

建筑施工企业如何直面应对《劳动合同法》 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E5_BB_BA_E7_AD_91_E6_96_BD_E5_c122_485281.htm

一、建筑业的现实情况 建筑业是国民经济支柱产业，其增加值约占GDP的7%。同时，它又是劳动密集型行业，就业容量特别大。尤其是近些年来，随着国家基本建设投资规模的不断扩大，职工队伍发展迅猛，从业人员已经达到4000多万人，农民工超过3200万人，占到农村进城务工人员总数的三分之一强。然而，与此形成鲜明对比的，是低得可怜的劳动合同签订率。据了解，建筑业劳动用工情况大致如下：一是企业“自有职工”，包括在劳动法颁布实施之前，招用的农民合同制职工，形成企业自有的劳务作业班组，普遍签订了劳动合同，但是随着企业管理层和作业层的两层分离，这类人员数量比例较小；二是自2001年建筑业企业资质重新就位后，新出现的建筑劳务分包企业，以独立企业法人形式出现，为总承包和专业承包企业提供劳务分包服务，由其直接招收、管理和使用进城务工人员，合同签订率仅有30%左右，大多数是与技术骨干签订的；三是由“包工头”带到工地劳动或者企业直接使用的零散用工，他们能占到进城务工人员总数的70%以上，但基本上没有签订劳动合同。与此同时，除少数企业使用地方劳动保障部门提供的合同范本以外，大多数劳动合同内容与《劳动法》要求相差甚远。尤其是一些劳务分包公司与进城务工人员签订的劳动合同，有的没有明确的工作内容，有的缺少工资支付标准或方式，有的以劳务合同或劳务协议代替劳动合同，个别劳务公司或“包工头”还和工人签订

了霸王合同甚至生死合同。一方面，一些“包工头”随意用工、管理混乱，违法转嫁经营风险，损害农民工的合法权益；另一方面，农民工队伍庞大、松散，无序流动，职业技能培训和鉴定数量严重不足，从业人员素质较低，给工程建设质量带来隐患。经常能够听到农民工爬塔吊、集体上访等事件的发生，在社会上产生了严重的负面影响，直接影响到劳动关系的和谐和社会政治的安定。尽管近年来在党和政府以及各级工会组织的积极努力下，一些问题得到了较好的解决，但是要从根本上解决问题，必须依靠法制建设和机制建设，规范建筑企业劳动用工，认真落实劳动合同制度，既保护广大劳动者的合法权益，又维护众多建筑施工企业的合法利益。

二、《劳动合同法》的新规定

2007年6月29日，《中华人民共和国劳动合同法》（以下称《劳动合同法》）由十届全国人大常委会第28次会议审议通过。《劳动合同法》与《劳动法》的精神一样，在尊重用人单位用工自主权的基础上，更加突出“扶弱抑强”的立法宗旨，设计了许多新制度，意在通过倾斜立法纠正失衡的社会关系，使劳资关系保持相对平衡。如果用人单位不与劳动者签订书面劳动合同，企业将为此支付高昂的用工成本。用人单位自用工之日起超过1个月但不满1年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当向劳动者每月支付2倍的工资。超过1年不与劳动者订立书面劳动合同的，视为用人单位与劳动者已订立无固定期限劳动合同。一旦订立无固定期限的劳动合同，没有法律规定的可以解除劳动合同的情形，用人单位无法辞退劳动者，否则，违法辞退要支付2倍的经济补偿金。《劳动合同法》不仅对劳动合同期限、试用期、经济性裁员、经济补偿金等内容作了补充和

完善,而且对用人单位民主管理、劳务派遣、非全日制用工、竞业限制等内容做出了新的法律规定。“非全日制用工”、“劳务派遣”等不同于传统就业形态的新的用工方式被正式确认并予以规范;将个人承包经营者纳入调整范围,对企业内部承包经营仍予认可。“有些法律关系究竟是劳动关系还是雇佣关系,或者是承揽合同关系、委托合同关系,在定性上更加困难。而不同的定性将直接影响到劳动者权益的保护方式和保护程度。”《劳动合同法》扩大了劳动者权利保护范围和补偿力度,并规定劳动报酬案件可以依法向法院申请支付令。随后(2007年12月29日),又一为劳动者“撑腰”的《劳动争议调解仲裁法》获得通过。劳动争议仲裁不收费,申请仲裁时效期间由60日调整为一年,对大部分劳动争议案件(有关劳动报酬和社会保障的劳动争议,约占全部的2/3)实行有条件的“一裁终局”制度,赋予劳动者是否“一裁终局”的决定权。种种因素相结合,必将导致劳动争议案件数量大幅度增长。

三、建筑企业的应对方略

承载着千千万万劳动者的厚重期许,《劳动合同法》自今年1月1日起已正式实施。对企业来说,影响之大前所未有的。对于劳动密集、队伍流动、事故高发的建筑企业,更是如此。建筑企业由于用工形式的特殊性和多样性,应该深入研讨,在吃透该法及其影响的基础上,结合行业特点和自己的实际,制定出相应的应对措施。

1、充分发挥劳务分包企业的作用,调整经营结构,促进企业发展

2001年建设部颁布87号令,提出建筑劳务分包概念,将建筑业企业划分为施工总承包、专业承包和劳务分包三大序列,重新进行资质就位。2004年最高人民法院发布《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问

题的解释》（法释[2004]14号），其中第七条规定，具有劳务作业法定资质的承包人与总承包人、分包人签订的劳务分包合同，当事人以转包建设工程违反法律规定为由请求确认无效的，不予支持。然而，这些文件规定都晚于1997颁布年的《建筑法》，法律效力较低。《建筑法》规定主体结构的施工，必须由总承包企业自行完成，否则，属于违法转包。这就使得总承包企业自备劳务作业队伍成为必须。另外，也由于业内有关各方认识不到位，不同程度地存在“重总包、轻劳务”的观念，总承包、专业承包企业即使使用了合法的劳务分包，如意外伤害保险费用缴纳、伤亡事故法律责任等，并未因此而减除。很多建筑施工企业，出于降低施工成本考虑，对劳务分包企业的营业执照和资质证书并不热心关注，完全可以以内部劳务承包协议，取代劳务分包合同。虚与应承签订部分劳动合同，用以搪塞劳动行政部门的检查。致使“包工头”队伍具有较强的依附性、寄生性和流动性，挤占了大量的劳务分包资源和市场空间。本次《劳动合同法》虽然没有对农民工权益保护做出专门的规定。但“同工同酬”的要求，统统打破了正式工、非正式工的等级差别。《劳动合同法》适用于所有劳动者，只要企业用工，就得为员工未来负责。正在修订的《建筑法》也即将明确建筑劳务分包企业的法律地位。所以，总承包企业再行分包工程，不管是专业工程分包、还是劳务分包，都必须与具有相应资质的分包单位签定书面承包合同，可以尽量减少直接用工。劳务企业要依法与农民工签订劳动合同并办理工伤、医疗或者综合保险等社会保险。总承包企业对劳务分包企业的用工情况和工资支付进行监督，仅就本工程发生的劳务纠纷承担连带

责任。大型施工总承包企业可以积极分离富余职工，成立建筑劳务分包企业；低资质等级的施工总承包企业向建筑劳务分包企业转化；劳务分包企业广泛开展内部机制创新，通过参股、入股等方式，对信誉良好但不具备建立企业条件的劳务队伍进行收编，促使“包工头”转化为合法的企业职工或股东。使农民工最大程度地被劳务企业所吸纳，在有组织、有制度、合法经营的企业保障下，保护劳动者合法权益。建筑施工总承包、专业承包和劳务分包企业，结合自身优势，顺应法律安排，或者拓宽服务领域做强做大，或者突出主业做精做专形成特色，以市场为导向，加快经营结构调整，共同促进建筑行业的蓬勃发展。

2、合理布局、梯次兼备，努力掌握合同签订与类型选择的主动权

当然，不管是施工总承包企业、专业承包企业，还是劳务分包企业，其生产经营是通过不同工种、不同岗位和许多具体环节联结起来的一个复杂过程，每一工种、岗位对劳动力的需求和技术水平的要求各不相同，有的需要劳动者长期在此从事劳动，而有的则不宜把一个劳动者长期固定下来，适合作相对灵活的调整；有的生产项目或工作任务属于短时期的或者临时性的，项目完成后生产任务即告结束。《劳动合同法》遵从社会实践，将劳动合同按期限规定了三种类型，即固定期限劳动合同、无固定期限劳动合同和以完成一定工作任务为期限的劳动合同。至于哪些工种、岗位需要订立哪类合同，都应从生产工作的实际出发。一般情况下，劳动合同的期限是由用人单位在要约时，与劳动合同的其他内容一起，提出建议，同劳动者协商一致后确定的，用人单位往往掌握着合同签订与类型选择的主动权。但是，从目前的业务实践情况看，企业对劳动

合同期限的确定，大多数是盲目的。劳动合同千篇一律，不管什么岗位、工种，期限全都一样，要么三年、要么五年。建筑企业的劳动者一般分为公司办公人员和现场施工人员。公司的办公人员，属于管理人员，一般包括合同预算、工程技术、行政后勤、财务人员等，工作相对稳定，可与其签定固定期限的劳动合同。对于一些工作保密性强、专业技术性强、工作又需要保持人员稳定的岗位，或者对于愿意长期在企业发展，也属于企业需要长期留任的其他人才，企业在经过严格审查后，也可以选择与其订立无固定期限劳动合同。施工现场人员，流动性强，数量大，来源复杂，出现工伤等劳动风险的几率也大。对其中企业的派驻人员，应当于其签定劳动合同；而其他人员，比如施工班组长、施工作业人员，如果并非企业内部员工，应由劳务公司与其签订以完成某项工程为期限的劳动合同；总承包企业与劳务公司签署劳务分包合同。零星用工通过劳务派遣或者非全日制用工等形式。不过，新《劳动合同法》对短期劳动关系也作出了详细规定。用人单位与劳动者协商一致，可以订立以完成一定工作任务为期限的劳动合同。但这种短期用工或者劳动合同期限不满三个月的，不得约定试用期。由于劳务派遣在规避实际用工单位风险、降低人力资源成本方面具有巨大的优势，法律对其作了专节规定，一般只在临时性、辅助性或者替代性的工作岗位上实施，意在不能使其成为未来建筑用工的常态。劳动者在同一用人单位一般平均每日工作时间不超过四小时，每周工作时间累计不超过二十四小时的用工形式属非全日制用工。非全日制用工双方当事人可以订立口头协议，但小时计酬标准不得低于用人单位所在地人民政府规定的最低

小时工资标准，而且劳动报酬结算支付周期最长不得超过十五日。《劳动合同法》重申了国家建立健全社会保险制度的重大决策，要求在劳动合同的必备条款中将社会保险列明，但考虑到社会保险制度比较复杂，需要国家统筹安排，应由社会保险法作出具体规定，因此只在第四十九条、第五十条中作了原则性、倡导性规定，没有规定用人单位不履行相应义务所应承担的法律责任。但按照2004年施行的《工伤保险条例》规定，各类企业、有雇工的个体工商户（即用人单位）都应当参加工伤保险。未参加工伤保险期间职工发生工伤的，由该用人单位按照条例规定的工伤保险待遇项目和标准支付费用。就目前来说，用人单位必须为劳动者缴纳工伤保险费。至于其他社会保险费，用人单位则不是必须缴纳的，可以与劳动者就如何承担问题做出协商。近年来，也常有工地接受大学生寒暑假打工，或者接受学校组织的实习活动。这种用工可以不签订劳动合同，但要尽量签订书面协议，以便明确双方权利义务关系。因为在校生利用业余时间勤工俭学或者实习，并非真正意义上的劳动者，不视为就业，不能称为建立劳动关系，属于一般民事法律关系，不受劳动合同法规所调整。总之，《劳动合同法》确立了全日制用工、非全日制用工和劳务派遣用工三种合法的用工形式，其中全日制用工又按期限分出三个类型。订定劳动合同除了坚持法定原则以外，应当兼顾当事人双方的利益和企业的发展需要。根据生产经营的长期规划和目标任务，对劳动力的使用进行科学预测，将生产岗位、工作任务划分为若干序列，使劳动合同长短并用，梯次配备，形成灵活多样的用工格局。

3、培养人才、重视人才，适当运用服务期、竞业限制的相关规

定《劳动合同法》规定，用人单位为劳动者提供专项培训费用，对其进行专业技术培训的，可以与该劳动者订立协议，约定服务期。用人单位与劳动者可以在劳动合同中，约定保守用人单位的商业秘密和与知识产权相关的保密事项。劳动者违反服务期、竞业限制约定的，应按照约定向用人单位支付违约金。并且在“劳动者违反竞业限制”的相关条款中，对违约金数额没有规定上限。这样对企业来说，可以大胆出资对技术骨干员工进行培训，既能稳定队伍，又可化解投资风险；既有利于企业保护知识产权，又可以激发职工的创新热情。劳动合同不同于普通意义上的民事合同，其内容更多地具有法定性，不能任意设定违约金、不得收取员工任何的抵押金、保证金。按照《劳动合同法》的规定，仅出资培训、保密协议、竞业禁止情况下才能约定违约金；并且违约金的数额不得超过用人单位提供的培训费用，且按照未履行部分进行分摊；竞业禁止的期限由三年变成二年。诸如用人单位给高级主管、高技能人才提供特殊待遇，如买房、买车，是否可以约定服务期？至少目前，尚无充分的法律依据。针对实践中很多用人单位将实习期、带教期间约定为出资培训的做法，新法不予认可。新法限定出资培训专指提供专项培训费用，进行专业技术培训。用人单位在约定服务期时，一定要将出资项目、出资费用等明确下来，并将相应发票妥善保存。竞业限制是指用人单位与劳动者签订协议，约定劳动合同终止或解除后一定期限内，劳动者不得自营、为他人经营与用人单位业务相同、相关业务，或到经营同类、相关业务的其它用人单位任职。实践中很多用人单位为规避竞业禁止补偿金，在劳动合同中约定将一部分工资视为竞业禁止补

偿金。新法进一步明确了竞业禁止补偿金应当在解除或者终止劳动合同后支付，其他做法将被认定为无效。用人单位签订竞业禁止协议，应当将本单位的经营范围、业务范围予以明确（最好能列举竞争单位名单）。注意，竞业限制的人员仅限于用人单位的高级管理人员、高级技术人员和其他负有保密义务的人员。保密协议原则上无期限限制，但竞业禁止期限不得超过两年。

4、厘清内部承包合同与劳动合同的关系，正确处理项目承包中的“包”与“管”在建筑行业，建筑企业的内部承包者作为建筑企业的职工，在企业的有效监督、管理下，组织管理建设工程的人、财、物，建造符合法律规定和委托方要求的建筑工程，自负盈亏；而建筑企业通过有效的管理内部承包者，确保建设工程施工合同的有效履行和建设工程的质量，并通过管理费形式获取相应利益，用以改善建企业条件，更好的实现企业扩大和资质等级的提升。这就是通过企业内部承包合同而确立的建筑企业内部承包模式。承包合同成为明确企业与职工权利义务关系而进行分工的依据。新的《劳动合同法》再次将个人承包经营纳入其调整范围。这种生产经营模式如今已经成为苏浙两个建筑强省的建筑企业的最主要经营模式。自其兴起至今已历二十余载，并未被现行法律和行政法规所禁止，合同成立并生效。当然，企业内部承包并不是一个标准的法律术语。1988年，国务院颁布《全民所有制工业企业承包经营责任制暂行条例》，其中第41条明确要求：“承包经营企业应当按责权利相结合的原则，建立和健全企业内部经济责任制，搞好企业内部承包。”原劳动部办公厅曾于1993年12月27日发布《关于履行企业内部承包责任合同的争议是否受理的复函》。函复阐明

：企业实行内部责任制后与职工签订的承包合同与劳动合同有很大差别，一般不属于劳动合同。但《工伤保险条例》规定“用人单位实行承包经营的，工伤保险责任由职工劳动关系所在单位承担。”《劳动合同法》第九十四条规定，个人承包经营违反本法规定招用劳动者，给劳动者造成损害的，发包的组织与个人承包经营者承担连带赔偿责任。从此可以看出，企业内部承包反映的是利益合同关系，在本质上更是管理关系。成功的项目承包，关键在于面向市场的有效的激励和约束。建筑企业与其内部承包人在建立合法的人事或者劳动合同、工资以及社会保险关系的基础上，可以通过内部承包合同，把资质、资金和项目等各项资源进行有机整合，但务必强化管理特别是质量管理和安全管理，从根本上解决“管理缺位”问题。企业可以通过统一控制账户、审核监视支出、授权合同签订、强制工伤保险、预留风险基金等多种措施，掌握承包合同内部追偿的主动权，防范经营风险。在项目管理上，努力营造人员、制度和责任三落实的管理格局，保证工程质量、安全生产的有效控制，实现企业、个人承包经营者、劳动者共利多赢。的确，《劳动合同法》的出台给企业带来了很大的冲击。不可否认，这部法律的重心是保护劳动者权益，因为《劳动合同法》属于社会法的范畴，社会法的立法原则就是“扶弱抑强”，通过倾斜立法纠正失衡的社会关系，使劳资关系保持相对平衡。但是，《劳动合同法》作为国家立法，考虑的是整个国家利益，其目标还是劳资关系的和谐稳定，在保护劳动者权益的同时也兼顾了企业的利益。故此，针对该法新的特点，转变以前用工的习惯，研究顺应该法实施的对策，依法完善企业的用工制度，不断

增强企业的竞争力，把企业做大做强，才是我们建筑业劳动合同用工管理的奋斗目标。（作者：张太盛，河北大元建业集团有限公司总经济师）100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com