

HR 实务操作之劳动合同条款设计

制订符合要求的 劳动合同 文本是用人单位除规章制度之外的重要的管理手段。一个规范的，符合用人单位管理需要的劳动合同文本，可以使劳资双方的权利义务关系得到充分确定，规范劳动合同履行中全部要素，有利于建立和谐的劳动关系。实践中，不少用人单位虽签订了劳动合同，但所选用的劳动合同文本要么是从网上的，要么是简单采纳劳动行政部门所推荐的文本，完全没有考虑到用人单位自身管理的特殊需要，没有结合包括 加班工资 基数约定， 试用期 录用条件约定等在内的具体情况，使得劳动合同成为仅仅证明劳动关系的一个凭证。

以 **录用条件** 为例，用人单位如果想在试用期内以不符合录用条件为由解除劳动合同的，就必须首先证明双方对录用条件进行了约定，约定录用条件最好的方式当然是在劳动合同之中，如不约定录用条件，用人单位实际上根本没有办法证明劳动者不符合录用条件，试用期的约定对用人单位来说也就没有意义了。建议明确录用条件的条款可以放在试用期约定条款下面，也可以单独列明。举例参考：

在试用期内，乙方有下述情况视为不符合录用条件的，甲方可以随时解除本合同，且无需向乙方支付任何经济补偿：

- 1、合同签订之日起，5 天内员工未能上岗的；
- 2、因乙方未能在 7 天内提供其被录用的相关资料，致使甲方无法办理录用及社会保险缴纳手续的；
- 3、在规定时间内未提交规定的证书证件的；
- 4、与原单位未解除/终止劳动合同/劳动关系的；
- 5、与原单位存在 竞业限制 约定且在限制范围内的；
- 6、与其他用人/用工单位存在未了 劳动争议 或诉讼纠纷的；
- 7、乙方被查实在应聘时，向甲方提供的其个人资料是虚假的，包括但不限于：离职证明、身份证明、户籍证明、学历证明、体检证明等是虚假或伪造的；应聘前患有精神病、传染性疾病及其它严重影响工作的疾病而在应聘时未声明的；应聘前曾受到其它单位记过、留任察看、开除或除名等严重处分、或者有吸毒等劣迹而在应聘时未声明的；应聘前曾被劳动教养、 拘役 或者依法追究刑事责任而在应聘时未声明的等；

那么劳动合同条款设计到底需要注意哪些问题呢，笔者结合自身的实践和咨询经验总结以下几点：

一、 通讯方式、送达、紧急情况联络人

用人单位在日常管理过程中，往往需要对劳动者发出通知、送达决定等，而不少用人单位的劳动合同中并没有对劳动者的通讯地址进行约定，在管理上带来不便，并引发法律风险。例如，对于不辞而别的员工，用人单位以旷工为由做出解除劳动合同的决定，但该决定必须送达劳动者才能产生法律效力，否则双方的劳动关系视为一直没有解除，劳动者可以要求用人单位补交社会保险。因此，约定劳动者的通讯地址变得极为重要，随着人员流动的加大，对于外地员工较多的生产密集性企业尤为重要，而员工身份证地址很多情况下与劳动者的实际住址并不相符。有鉴于此，用人单位应当在劳动合同中约定劳动者的通讯地址，并约定送达条款，参考规定“**用人单位对劳动者的送达均按该地址进行，如劳动者变更通讯地址的，应及时通知用人单位，未能通知的，用人单位可按原地址送达。**”在笔者接到用人单位的劳动争议咨询当中，就有很多碰到这方面问题的，当然该条款也可以通过在应聘登记表中，由应聘劳动者签字承诺。

除了约定通讯地址与送达条款外，用人单位还有必要在劳动合同中约定紧急联系人。紧急联系人是劳动者发生意外的情况下，用人单位需要将某些决定和通知送达劳动者，而劳动者本身由于客观情况无法接收这些决定或通知，必须由其他近亲属或朋友来接收文件，使这些决定或通知发生效力，因此，在劳动合同中事先约定劳动者的紧急联系人也是非常必要的。

二、合同期限

1、约定劳动合同期限存在的问题

合同期限是劳动合同的重要内容之一。《劳动合同法》第十四条规定的无固定期限劳动合同制度，尤其是连续签订两次以上固定期限劳动合同后必须签订无固定期限劳动合同的规定，对用人单位的管理带来重大难题。

实践中，无固定期限劳动合同确实可以解除，但实施起来绝没那么轻松，因为员工不是绝对的分化：一类是工作努力，各方面表现优秀；另一类表现很差，经常犯大过。大部分员工应该是处于两者之间的类型，利用员工严重过错或者违反规章制度来解除无固定期限劳动合同的想法过于理想化，以其他理由解除劳动合同也必须符合法定的相应条件。因此，签订无固定期限劳动合同，因为现有劳动法律对劳动者的过度保护，对用人单位的管理必然带来巨大的挑战。

在劳动合同期限的约定方面，与员工签订第一次劳动合同约定的合同期限是至关重要的。既不能约定太长的期限，因为期限太长不利于员工不符合要求时，尽早终止劳动合同；又不能太短，太短则第二次签订期限马上到来，用人单位必须在终止和签订的第二次劳动合同之间做出选择。很多用人单位存在的重大误区是，认为第一次签订劳动合同期限的长短并不重要，重要的是第二次签订劳动合同期限，其实这是错误的，根据《劳动合同法》第十四条的规定，连续签订两次固定期限劳动合同后，除劳动者提出订立固定期限劳动合同外，用人单位必须签订无固定期限劳动合同。即在第二次劳动合同签订之前，用人单位才有选

择权，用人单位想在第二次劳动合同到期后终止合同是不合法的。实践中，有的用人单位想尽办法，在第二次劳动合同到期后要求劳动者提出申请，或者操作中视为劳动者同意签订第三次固定期限劳动合同，但这种做法还是枉费心机，因为第三次劳动合同到期后，劳动者还是有权提出签订无固定期限劳动合同，用人单位还是不能终止劳动合同。

2、连续签订两次固定期限合同便应当签订无固定期限劳动合同，成为用人单位希望劳动合同到期终止无法逾越的门槛。但该条规定也存在漏洞，使用人单位有可能规避法律责任。

首先，连续签订两次，强调的是劳动合同的签订和续订。如果用人单位不是续订劳动合同，而是在第一次劳动合同履行一段时间后，将期限变更延长期限。此种情况下应属于劳动合同履行过程中的变更，就完全不符合连续签订两次的定义了，因为双方没有续订劳动合同，仍然是第一个劳动合同。而如果劳动者拒绝用人单位的延长要求，用人单位完全可以在第一次到期后终止劳动合同，此种压力下，很多劳动者可能被迫同意变更劳动合同期限。

其次，《劳动合同法》第十四条强调连续签订的是固定期限劳动合同，如果用人单位与劳动者签订的两次都是以完成一定工作任务为期限的劳动合同，或者一次是固定期限劳动合同，一次是以完成一定工作任务为期限的劳动合同，也可以规避签订无固定期限的劳动合同的义务。当然，还是结合用人单位的实际情况，根本性实现用人单位的用工自主权还要寄望于立法的改变。

如何约定第一期劳动合同的期限，具体多久，应由用人单位根据本单位的情况，结合不同的岗位做出不同的决定。

三、工作内容、工作地点及其变更

工作内容是指用人单位安排劳动者从事什么工作，是劳动者在劳动合同中确定的应当履行的劳动义务的主要内容。工作地点是指劳动者在用人单位从事劳动合同约定工作的地点。这两者都是《劳动合同法》规定的劳动合同必备条款。

工作内容一旦确定，在劳动合同履行中用人单位不能单方随意变更工作内容，如需变更，应当协商一致，且应采用书面形式。为了规避这一规定，实现灵活调整岗位的目的，用人单位在设计工作岗位条款时，选择笼统的大岗位概念，如生产岗位、管理岗位、后勤岗位等，然而这并不能达到目的。

司法实务中，会以实际从事的岗位为约定的岗位，如果用人单位调整，需要依法进行或重新协商。也有用人单位为了方便调岗，在设计工作岗位条款时附带这样一句话，“单位可根据实际经营管理需要，对劳动者的工作岗位进行调整，劳动者必须服从”，以为有了

这样的条款，调岗便不属于变更劳动合同。但其实，这样的条款等于赋予了用人单位随意调整劳动者工作内容的无限权利，属于免除自己责任、排除对方权利的条款，不具有法律效力。真正实施调岗，还是需要用人单位举证证明调岗的合法性、合理性。

因此，用人单位要想实现调岗的目的，不能靠那些抽象模糊的、免除自己责任的条款，而应设计出明确具体且合理的调岗条款，列明调岗的具体条件，才有可能被司法机关支持。

工作地点条款与工作内容条款的道理是一样的。用人单位无权单方面随意调整工作地点，如果约定工作地点为“中国”或“全省”，那么会被认为是在免除单位的责任。所以一般认为，工作地点至少要约定到市一级。也可以另外约定一些具体的调整工作地点的条件，这些条件可以参考上面调整工作岗位的条件。

四、工作时间与加班、休息休假

在本部分内容中，用人单位应当进行约定的内容是以下这些内容，包括适用哪一种工时制度，是标准工时还是综合计算工时或不定时工时制，后两者需要劳动行政部门审批；如果实行的是标准工时制，还应当约定的是关于加班的相关事宜，其中最为关键的是加班工资计算基准的约定，哪些收入应当列入作为计算加班工资的基准，应当加以明确。

此外，包括加班审批程序等在内的其他规定也应当约定，可以只做出原则性约定，具体应在规章制度中规范。休息、休假一般在劳动合同中只作原则性的约定，指明具体依用人单位依法制定的制度执行即可。

五、劳动报酬

劳动报酬争议是绝大多数劳动争议案件中都会涉及的问题，无论是工资支付还是经济补偿金的计算，都会涉及工资总额的问题。实践中不少用人单位在劳动报酬的约定方面往往讳莫如深，只是简单的约定不低于 最低工资 标准，至于工资结构如何，没有作出任何约定，而一旦发生纠纷，裁判机关一般依据单位或劳动者提供的工资单或发放记录，将所有收入全部认定为工资总额，并据此计算加班工资以及经济补偿金，无形中扩大了用人单位的义务。

劳动合同法并未对薪资结构作出限制，用人单位可以对自己的薪资事项自行进行设计。因此，劳动报酬条款不宜只签订一个总数，最好采用复合式工资结构：将劳动报酬的一部分作为固定工资，另一部分与经营状况、 绩效 考核挂钩。具体措施参考：

复合式包括多个组成部分，有相对固定的，如岗位、职务、技能工资等；也有相对浮动的，如绩效工资、奖金等。企业能够通过固定工资和浮动工资之间的平衡和调解，充分实现绩效管理。企业可以根据企业的经营状况随时调整浮动工资的发放数额，根据对员工绩效，

决定绩效工资或绩效奖金的发放数额。通常情况下，稳定的工资有助于员工的心理安全，变化的工资有助于激励员工工作热情。

企业单方面调整员薪酬而言，特别要注意合理性原则，首先劳动合同或规章制度中对此有相应的规定或约定，其次企业要有相应的证据来证明此种薪酬调整是适当的。

六、保密义务与竞业限制

保密义务与竞业限制是用人单位常常混肴的两个概念，保密义务是指劳动者承担的保守用人单位商业秘密的义务，该义务既可以包括在职时的保密义务，也可以包括离职后的保密义务。而竞业限制是根据双方的约定由劳动者承担的离职后不到与原用人单位有竞争关系的企业工作或自己开业生产或者经营同类产品，从事同类业务的义务。

用人单位可以在劳动合同中约定保密义务，也可以具体在规章制度中进行规定。但用人单位应当对商业秘密进行标示并规定相应的保密措施。

劳动合同法规定，竞业限制的人员限于用人单位的高级管理人，高级技术人员和其他具有保密义务的人员，并非对所有员工都可以进行竞业限制的约定。此外，最为关键的是，对劳动者约定竞业限制义务的同时，用人单位应承担支付竞业限制补偿费的义务，因此，对于竞业限制约定应慎重。

最高院《关于审理劳动争议问题司法解释四》、《江苏省劳动合同条例》中对竞业限制补偿金的标准和支付期限有框架性的规定，建议用人单位避免在劳动合同条款中设计“竞业限制补偿金包含在劳动者每个月的工资中，在劳动合同期内竞业限制补偿金随每个月工资支付”的条款内容，以免司法裁判中认定竞业限制条款约定无效。

七、劳动合同的解除、终止及离职手续办理

劳动合同解除包括协商一致解除与法定解除两种情况，法定解除又分为劳动者单方解除与用人单位单方解除，劳动者单方解除又可分为无理由解除和被迫解除，用人单位单方解除可分为因劳动者过错解除、非因劳动者过错解除及经济性裁员三类，劳动合同中一般可以对以上几种情况约定。

其他的约定解除情形如果不符合上述法定解除情形，是无效的。当然用人单位可以在规章制度中明确哪些情形属于劳动者严重违反规章制度，严重失职，徇私舞弊等，从而可以解除劳动合同。《劳动法》、《劳动合同法》明确规定了劳动合同终止的情形，法律条文明确规定的条款，可以无须在劳动合同中列明。

八、谨慎使用将劳动人事制度作为劳动合同的附件条款。

因企业劳动人事制度的制定、修改等系由企业与企业职工代表大会或工会之间完成，需要经过一系列民主程序，公示程序，在实际的用工实务中，企业往往由于自身的理解不到位或操作困难，未能符合上述程序要求。由此造成后期无法有效对员工进行管理、乃至在劳动争议中处于被动。针对上述情形，为了简化劳动人事制度的程序流程，HR或律师往往建议将规章制度作为劳动合同的附件形式体现。认为此种做法，即可表明已与员工进行了协商，

又可以证明已向员工告知。实务中，很多用人单位在设计劳动合同条款时，喜欢将用人单位各项规章制度作为劳动合同的附件。

但是劳动合同是由劳动者与企业间协商确定，若制度作为附件并属劳动合同的组成部分，则企业将来的制度的修改或解释等则应按劳动合同变更处理，此要求将使企业陷于被动和不利境地。

首先：规章制度如以劳动合同附件的形式列明，则意味着规章制度已经成为劳动合同的条款。在涉及修改规章制度的情形下，作为劳动合同条款的规章制度必须与每位员工协商一致。比如说：如果企业有几百甚至上千名员工，规章制度作为劳动合同的附件，则修改制度必须与每位员工协商一致，不同意修改的员工可以不受新制度的限制。而如果按照正常的规章制度修改流程操作，则意味着企业可以与职工代表进行协商，且最后的决定权仍在企业。

其次，法律规定用人单位在制定、修改规章制度或决定关系劳动者切身利益的相关事项时，应当履行民主协商程序。劳动合同订立过程中的协商是否可以等同于民主协商，本身即存在较大争议。如果从劳动者的角度考虑，将规章制度作为劳动合同的条款适用，则此条款是否有排除劳动者权利、免除用人单位义务的嫌疑，也未可知。因此，此种条款在效力认定上存在争议。

因此，如果仅出于简化公示程序的考虑而将规章制度作为劳动合同的附件形式体现，则没有必要如此操作，以致用人单位作茧自缚。可以在劳动合同中可以写上这样一段内容“乙方（劳动者）已经认真阅读了公司的员工手册（各项规章制度），理解了上述员工手册中的条文内容的含义，并且愿意遵守手册内容。”如此操作，也能证明达到员工手册（规章制度）的公示义务。