

法律知识学习园地



当前劳动法热点问题与实务操作解析
——劳动合同书面化的法律风险分析及防范

2013年第10期

主编：盛惊宇

编辑：兰腾

局（沪）法律事务部 主办



正文

根据《劳动合同法》的规定，订立书面劳动合同是用人单位和劳动者的法定义务，而基于劳动关系中用人单位的相对优势地位，法律规定用人单位是未依法订立书面劳动合同之不利法律后果的主要承担者。以下我们对劳动合同书面化的法律风险进行分析，并试图对风险的防范措施提出建议。

一、 劳动合同书面化的法律风险识别

关于签订书面劳动合同，应分初次确立劳动关系、第一次期满续签（固定期限）劳动合同以及第二次续签（无固定期限）劳动合同三个阶段来讨论。

在初次确立劳动关系时，应注意以下几个时间点：用工之日、用工之日起1个月、用工之日起满1年。从用工之日起1个月内签订的书面劳动合同都属于合法范围内的；若超过1个月用人单位仍未与劳动者签订书面合同，则须向劳动者支付2倍的工资，并要求补签劳动合同；若超过1年的，则推定用人单位与劳动者订立了无固定期限劳动合同，但并不免除其订立书面劳动合同的义务，并且劳动者可主张用人单位向其支付（最多）11个月的双倍工资。

当前述劳动合同期满时，用人单位与劳动者若达成合意续签劳动合同时，也应注意几个时间点：劳动合同期满之日、劳动合同期满之日起满1个月以及劳动

合同期满之日起满 1 年。对于这三个时间点之间劳动合同的续签与否可能产生的法律风险与初次确立劳动关系时是一致的，在此不再赘述。

当前述第 2 次固定期限的劳动合同也期满时，根据法律规定，除非劳动者自己提出订立固定期限的劳动合同或者是符合用人单位单方解除或有条件解除（提前 30 天或额外支付 1 个月的代通知金）情形的，劳动者有权要求签订无固定期限的劳动合同，用人单位不得拒绝。此时关于无固定期限劳动合同的签署也应该在第 2 次固定期限的劳动合同期满之日起 1 个月内完成，否则自超过 1 个月之日起，用人单位需向劳动者支付 2 倍工资，直至签订书面的无固定期限的劳动合同之日的前一天，即此时 2 倍工资支付不以 11 个月为上限。

由上述分析可知，未依法签订书面劳动合同将产生用人单位支付 2 倍工资，甚至须与劳动者签订无固定期限劳动合同的法律后果。

二、 劳动合同书面化的法律风险分析

正所谓知其然更要知其所以然，在完成法律风险识别之后，我们需要对前述风险的产生原因进行分析。结合实践经验，劳动合同书面化的法律风险成因可以从用人单位自身原因及劳动者原因两方面进行分析。

前者包括用人单位故意不签署或者是遗忘签署。随着《劳动合同法》的深入贯彻，用人单位对于书面劳动合同的签署越来越重视，因此在用工之处，用人单位会积极促成劳动合同的签署；但是当首次签订的劳动合同到期时，由于劳动合同管理不到位等原因，用人单位往往会遗忘安排劳动合同的续签，此种情形为因用人单位原因导致劳动合同未能书面化的主要表现形态。

后者表现为员工拖延甚至拒签劳动合同，或者是找人代签合同而事后又予以否认。

此外，我们还需特别注意一类特殊群体的劳动合同书面化之法律风险，其成因往往是企业高管，尤其是人力资源管理者利用自己的职权便利以及公司的管理漏洞，故意不签署劳动合同或者故意隐匿劳动合同以造成为签署书面劳动合同之

假象。

三、 劳动合同书面化的法律风险控制

在对劳动合同书面化的法律风险进行识别及分析后，我们需要做的是讨论如何控制风险。

1、 用人单位如何防止遗忘签署（续签）劳动合同？

我们建议用人单位可以制作**员工名册**，标注好每位员工的劳动合同签订日及到期日，且设定备忘，放置于显著位置；对于员工人数不多的用人单位，可以**控制好劳动合同的到期日**（如统一将合同到期定在某年的6月20日或者是12月31日，这样就能集中处理劳动合同到期的终止或者是续订事宜）。

2、 用人单位如何应对员工的“狡猾”行为？

对于员工拖延或者拒绝签署劳动合同的，建议保留书面证据材料，例如用人单位多次发送给员工要求其签署劳动合同的通知信函以及发件回执，若员工坚持不予签署，则用人单位应及时解除劳动合同，并且为员工办理离职手续。

对于员工虚假签署劳动合同的，为避免因员工故意找人代签而恶意请求用人单位支付双倍工资产生的争议，建议用人单位在与劳动者签订或续签劳动合同时采用**面签方式**，同时可以将签好的**劳动合同扫描留存**，并通过邮件或其他方式发送给劳动者，并**要求其发送回执进行确认**。

3、 如何应对企业高管的“监守自盗”行为？

建议做好相关人员的劳动合同保管工作（如由专人负责保管这些人员的劳动合同）并留存签署过劳动合同的书面证据（如要求其签署的邮件或书面通知以及相应的发送回执）。此外，还可以通过员工手册来规定高管落实劳动合同签署的责任。

上述风险控制措施均可以体现在员工手册的制定当中，例如针对于所有员工

可制定如下劳动合同签署要求及处理规则：

第 X 条 合同签订：员工在用工之日起一个月内，依据《劳动合同法》有关规定应当签订《劳动合同》。

(1) 如员工承诺在规定时间内补交报到材料未履行的，导致合同未签、录用手续未办等责任由本人承担，公司可书面通知终止劳动关系，且无需向员工支付经济补偿；

(2) 员工在入职时未签订劳动合同的，在用工之日起一个月内仍就劳动合同的协商签订无法达成意向的，公司应书面通知终止劳动关系，且不支付任何经济补偿；

(3) 员工无正当理由未按照公司的劳动合同签署制度和流程签署劳动合同或者拒绝在公司要求的期限内签署书面劳动合同的，公司有权视为其严重违反用人单位的规章制度而解除劳动合同，而无须支付经济补偿；

(4) 员工在入职时阅读或签领《员工手册》的，在用工之日起一个月里未收到签订《劳动合同》通知的，基于避免企业无意识造成不应当存在的违法后果，员工有义务书面提醒公司尽快签订《劳动合同》，并可越级直接向总经理反映此种情况。[请注意，该条规定意在促使员工主动签订合同，但并不能免除公司在一个月内未与员工签订书面劳动合同的责任，涉诉公司仍然需要提供证据证明通知过员工签订书面合同]

劳动合同应由本人在人事部人员面前签字，不得代签，不得涂改。

针对企业人力资源高管，可制定如下劳动合同的签署要求及处理规则：

(1) 公司总经理、副总经理等由董事会聘任的，由董事会批准或决定签订劳动合同。

(2) 人事部及相关管理劳动合同的人员，应当书面向总经理或法人代表提出合同的签订，由于本人未提出书面告知的而出现未签合同情况的责任由本人自

行承担。

四、与“双倍工资”相关的几个法律问题

在劳动合同书面化的法律风险探讨中，可以看到用人单位须承担的风险主要集中于承担“双倍工资”的支付责任，因此我们拟对与“双倍工资”的相关法律问题

进行阐述。

1、双倍工资的性质：是否属于劳动报酬？

根据《上海市高级人民法院·民一庭·劳动争议案件若干问题的解答》，双倍工资的性质并非完全是劳动者提供正常劳动所获得的一种劳动报酬，其超出双方约定的劳动报酬的部分应定性为因用人单位未按法律规定与劳动者签订书面劳动合同而应承担的法定责任。

2、劳动者主张双倍工资的仲裁时效如何计算？

鉴于双倍工资的上述性质，双倍工资中属于双方约定的劳动报酬的部分，劳动者申请仲裁的时效应适用《劳动争议调解仲裁法》第二十七条第二至第四款的规定，而对双方约定的劳动报酬以外属于法定责任的部分，劳动者申请仲裁的时效应适用《劳动争议调解仲裁法》第二十七条第一款至第三款的规定，即从未签订书面劳动合同的第二个月起按月分别计算仲裁时效。

举例来说，某员工于2012年1月1日入职（用工之日未签订书面劳动合同），直至2012年12月31日，用人单位仍未与其签订书面劳动合同。假设在这12个月期间，用人单位仅向劳动者支付正常工资（1倍工资），那么劳动者对用人单位自2012年2月1日起用人单位每月应支付的双倍工资的主张之仲裁时效应该按以下方式计算：

对于2012年2月应额外支付的1倍工资主张的仲裁时效，应以2012年2月1日为仲裁时效起算点，那么劳动者应于2013年1月31日前就此提起劳动仲裁；对于2012年3月应额外支付的1倍工资主张的仲裁时效，应以2012年3

月 1 日为仲裁时效起算点,那么劳动者应于 2013 年 2 月 28 日前就此提起劳动仲裁,以此类推。