

## 「內地勞動合同法」研討會

**2007年11月27日**

~ 以下僅為講者對與會者提出的問題作出的一般性意見，並非正式的法律/專業意見。~

### 研討會期間，尚未回答的參加者提問：

1. 用人單位若與員工簽訂一年半時間的合同，而試用期為期兩個月，請問如果員工在這兩個月的試用期表現不理想，用人單位希望可以再給他一個月的時間以作進一步之觀察，故此延長該同事一個月的試用期，請問用人單位這樣做是否合乎法律法規？這樣的情形是發生在 2007 年，請問是否合法？

根據勞動合同的規定，勞動合同期限一年以上不滿三年的試用期不得超過二個月，所以用人單位增加一個月試用期的作法不符合規定。如發生在 2007 年，就不受上述限制。

2. 工會代表若是人事部員工，可有法律風險？  
任何員工都有資格成為工會代表，人事部員工應無特別的法律風險。
3. 新的勞動合同法有沒有規定填寫實際工資，還是可以用當地的最低工資填寫呢？  
要求在勞動合同中寫明勞動報酬（實際工資）。
4. 港澳臺同胞在內地工作，僱主要為他們繳納社保嗎？(我知悉這條例在 2005 年已通過)  
是的，僱主要給他們購買社會保險。
5. 如勞務派遣單位不依法交社保，用人單位有沒有責任去承擔這部份社保？  
勞務派遣單位（即用人單位）是僱主，有責任依法繳納社保，用工單位無該項責任。
6. 怎樣界定“高級”職員？是不是用薪金水準來決定？  
法律無規定，單位自己決定。

### 研討會期間，已回答的參加者提問：

7. 因趕工需要，聘請臨時工(時薪)，是否需簽訂勞動合同？  
非全日制用工（每日不超過四小時，每週不超過二十四小時）可以達成口頭協定，不簽書面勞動合同。

8. 國內員工可否直接跟香港總公司簽訂聘請合同？若是，按內地的還是香港的法律作為裁定？

如香港總公司在內地有獨立的企業，就應當安排內地員工與內地企業簽署勞動合同。如果內地員工已經與香港總公司簽署了勞動合同並發生爭議的，如無明確約定以哪的法律為準時，根據以往的做法應以內地的法律規定為準。

9. 在香港註冊的企業由於業務需要僱用內地員工在內地工作，由香港公司支付薪酬，這種勞務關係如何用新的勞動合同法處理及所面臨的法律問題？

基本同上。根據勞動合同法第 2 條的規定，在內地設立的企業與員工之間的勞動關係適用勞動合同法，並未對境外企業與內地員工之間的勞動關係是否適用該法作出明確規定。但是根據慣例，由於實際勞動關係發生在內地，均是以內地的法律加以管轄的。此外，如何處理相應的稅務、社保等問題，需同當地的勞動、稅務部門具體協商。

10. 港澳臺人員與內地外資企業簽訂勞動合同要注意的事項？與新法的關係？

港澳臺人員與內地外資企業簽署勞動合同，應以勞動合同法所要求的內容為準，除須包括內地員工的基本條款外，還應注意有關住房津貼、探親旅費、假期、稅項、子女教育津貼等相關部分，此外還應要求僱主及時辦理就業許可、居住等相應手續。

11. 請問內地勞動合同法是否適用於香港公司派駐內地工作之僱員？

如未約定管轄法律，發生爭議時又是向內地勞動仲裁機構提出申請的，可以參照適用內地的勞動合同法。

12. 員工不願意購買社保，企業是否可通過讓員工簽訂《放棄購置社保聲明》而免責？

不可以。

13. 新勞動合同法有否規定購買社保的人員百分比？

僱主應當為其所有僱員依法購買社保。

14. 新法實施後，合同期滿後(2008 年以前入職)，企業不與員工續簽，是否需要補償員工？

需要，但是 2008 年的補償標準應當根據勞動合同法的規定，之前的應當根據原合同或相應的法規標準補償。

15. 在 2 個合同後，便變成長期合約，是否可在合同未完成時用合同變更，延長合同？舊的合同是否不用重新簽，或可以更改在 1/1/2008？

根據勞動合同法第 35 條的規定，協商一致的可以變更勞動合同。這裏要注意當連續的工作期限達到十年時，僱主就需要與僱員簽署無固定期限的勞動合同。另外需注意，如果僱員事後有證據證明僱主是惡意延長合同期限、規避簽署長期勞動合同的，僱主就有很大的法律風險。舊的合同繼續有效，無須更改。

16. 員工工作當中，失職或做錯事，令公司利益蒙受損失，解僱時是否要作出補償呢？

你所說的屬於勞動合同法第 39 條第三款的情形，如果發生這種情況，解僱時僱主無需補償。

17. 員工惰懶，不願意工作，僱主多次警告仍未有改善，請問僱主能不作補償的情況下立即把他開除？

由於懶散並不屬於法定的解僱理由之一，如果也不屬於公司規章所規定的嚴重違反勞動紀律的情形，僱主就不能在不予補償的情況下立即開除該員工。

18. 如果員工在試用期工作表現未如理想，而公司亦有向員工反映，對方同意延長試用期 (公司有發延長試用期信，但沒有給員工簽收)，但到最後公司有理據證明員工失職，與對方即時終止合同，是否不需要向員工作出任何補償？員工可否事後向勞工局申訴說僱主迫他簽終止合同文件，要求僱主賠償 (代通知金、額外賠償金、交通費用、失業補助金等)? 2007 年法例與 2008 年法例是否對此點都有不同處理方法？

這裏要分兩種情況：如果是在試用期內員工失職的，進而被證明不符合錄用條件的，僱主解僱時不需支付賠償金；如果在試用期後員工失職的，但是並不屬嚴重失職並給僱主造成重大損害的，僱主開除該員工就面臨賠償的問題。另外，僱員要向勞動管理部門提供證據來證明是僱主逼迫其簽署終止勞動合同文件的，否則就很難成立。2008 年勞動合同法最大的不同就是，如果僱主違反該法的規定解除勞動合同，需要按經濟補償標準的二倍向僱員支付賠償金。

19. 假如我的員工現在的勞動合同於 2007 年 12 月 31 日到期，到期後公司決定不與她續約，是否不受新勞動合同法約束？換言之，即無須給予經濟補償金？(註：該員工是一名在上海僱用的經理)

是的，不受勞動合同法的約束。無需為到期終止的勞動合同向其支付經濟補償金。

20. 新合同是否可以完全取代 2008 年 1 月 1 日前所簽訂的合同？

可以。只要僱主和僱員均同意。

21. 僱主在什麼情況下可以解除無固定期限合同？僱主在什麼情況下，可以避免簽訂無固定期限合同？

僱主解除無固定期限勞動合同和勞動合同應當終止的條件詳見勞動合同法第 36、39、40、41 和 44 條。在勞動合同法規定必須簽署無固定期限勞動合同以外的情形下，僱主都不須與僱員簽署無固定期限的勞動合同。

22. 同一個用人單位是否允許各員工有不同勞動條件？每一個合同都要工會或全體職工通過嗎？(第四條)

法律規定應當同工同酬同條件，當然，由於勞動崗位的不同，企業有權針對不同情況提供不同的勞動條件。是的，應將合同的主要內容徵求職工代表大會或工會的意見，他們有權對不適當的勞動合同條款提出修改意見，通過協商的方式解決。

23. 我司有一女性僱員，在我司剛想開除她時(即今年 12 月約滿後)懷孕了，我知道她在懷孕期和哺乳期間我們不能開除她，對嗎？那麼，最快能將她免職的時間是何時？

是的，根據勞動合同法第 42 條第四款的規定，在她的懷孕期、產期和哺乳期這三期內，你司不可以開除該員工。只有在其哺乳期結束後才可以根據有關規定和條件作決定。

24. 員工在勞動合同快屆滿時剛好懷了孕，請問公司是否必須跟她續約？如在哺乳期前或哺乳期後解除員工，請問補償應怎樣計算？是按基本工資計算，還是連全部津貼計算？補償時期有多長，是從 2008 年 1 月 1 日起計算嗎？

不需要，公司可以將合同期限延長至她的哺乳期結束。哺乳期間內不可以與她解除勞動合同。哺乳期後、合同期限屆滿時解除的經濟補償金應從 2008 年 1 月 1 日起算（指合同期限屆滿的經濟補償金）。

25. 請問在哪裏可以找到以下資料？

- (i) 勞動定額標準 (第 31 條)
- (ii) 當地人民政府規定的勞動報酬及勞動條件的最低標準(第 55 條)
- (iii) 當地平均月工資 (第 47 條)

這些資料可以在當地的勞動主管部門的網站上去查找，或向當地勞動部門查詢。

26. 勞動合同要交政府部門登記嗎？

單獨的勞動合同不需要，集體勞動合同需報送勞動行政部門。

27. 董事是否包含在勞動合同法內的勞動者？當公司清盤，員工的薪金是否優先支付？

董事並不屬於企業的勞動者，是投資方或其代表，不屬勞動合同法管轄，應按照公司法的有關規定執行。公司清盤時，員工被拖欠的工資屬於優先支付的範疇。

28. 本法例生效前的年資，是否計算年資 (在以後的經濟補償金計算時)？

因為按年資計算經濟補償金的作法在勞動合同法生效之前就有，自然就應當予以累積計算，只是 2008 年起的期限計算標準和具體方法應當按勞動合同法的規定執行。

29. 公司是否一定要組織工會？有工會對公司有利嗎？

法律沒有規定一定要組織工會。

至於工會對公司是否有利，首先，工會要在區一級總工會的指導下成立，工會人員的也是如此，工會作為僱主與員工之間的第三方，可以在協調人事及行政規章制度方面起到一些積極作用，如果有大規模裁員等情況發生，也需要首先通過工會同意。

30. 請問最低工資是否包括住宿、膳食？另外，如計算超時工作工資，是否可將基本工資（低於法定最低工資）扣除住宿、膳食後計算？

最低工資不包括住宿、膳食，各地方的最低工資標準不同，例如，上海市今年的工資標準為 840 元。

如果計算超時工作工資（此處我的理解通俗稱為“加班工資”），不可將基本工資扣除食宿、膳食後計算，基本工資不得低於法定最低工資，且必須以現金形式發給僱員。

31. 工人是經由外包商聘請，而工人工作地點在經營者工廠內，倘發生事故應由誰負責？若由承包商負責，而承包商跑掉及不負責任應如何處理？

發生事故/工傷等情況，由該工人勞動關係所屬僱主公司負責，即工人和誰簽訂勞動合同，誰為該工人負責。

如果需要承包商負責，必須另外與承包商、工人訂立一個三方合同。

承包商跑掉的風險無論如何都將存在，只能通過法律手段將損失減到最小，但前提是，承包商承諾負責。

順帶一提，所有企業都需要為員工繳納工傷保險，是國家強制規定的，工傷保險可以支付一部份工傷造成的費用，也可以為公司規避風險，因為企業已經盡了購買工傷保險的義務。

32. 外資公司於內地設立代表處，招聘員工是否必須通過“勞動局外企服務部”（FESCO 對外服務公司）（例如日本公司在深圳的代表處）？“勞動局外企服務部”介紹過員工後，是否要每月支付手續費？

外資公司於內地設立代表處（非經營性質）招聘員工可以自主進行，但是員工的勞動關係管理必須通過對外服務公司（FESCO），因為代表處是沒有獨立用工權的，在這種情況下每個月都需要向 FESCO 根據委託管理的員工數支付管理費。

33. 可否具體說明背景調查方法？

新勞動合同法關於背景調查沒有規定。

專業的招聘公司與高管搜索公司使用一種比較規範的做法，讓被調查人事先簽署認可文件，同意針對他/她的過往紀錄進行調查並提供幾個推薦人姓名，並就此展開調查。

34. “背景調查”該如何進行？由哪些單位執行？

背景調查在中國市場，目前沒有單位被明確授權可以執行，只能通過被調查人主動提供推薦人姓名或通過私人關係進行詢問，或通過專業的招聘與高管搜尋公司開展此類調查。

2008年1月29日