

SPECIAL ISSUE OF LABOR LAW

金诺

劳 动 法 专 刊
Special Issue of Labor Law

SPECIAL ISSUE OF LABOR LAW

劳动法专刊

金诺律师事务所
Winners Law Firm

PREFACE / 卷首语



什么是专业?对于律师职业来讲,专业就是对一个领域持续的研究和实践,专业就是将一个领域甚至一个问题做到极致,专业就是不仅熟悉在这个领域的法律问题,还对这个行业有充分的了解,专业就是对同一个问题能够提供各种不同的解决方案。就像一个拆弹专家,了解所有的爆炸装置,了解最尖端的技术,了解不同文化背景,拥有各种拆弹手法,等等。

劳动法在中国是一个最让人纠结的专业领域。首先它调节的是最为复杂的法律关系,无论是代表劳方还是代表资方,均属于投入产出极不成比例的工作。劳方、资方和政府的三角关系,彼此冲突又相互依存,使得问题更加复杂。2008年1月1日实施的《劳动合同法》,将本来应该通过市场博弈形成的平衡格局进行了人为的安排,落后的观念和先进的技术手段绑定在一起,甚至颠覆了正常的价值理念。外资人力资源管理的理念和经验与中国本土文化的融合和冲突,更让劳动法律事务在中

国已经超出了法律的范畴。因此,可以说在中国从事劳动法事务,不仅需要扎实的专业知识、超凡的智慧,更需要有一定的理想追求和牺牲精神。

金诺律师事务所非常了解劳动法律事务对于社会、劳工、企业的重要,并始终认为这是法律服务的高端领域。事务所不仅建立了近20人的劳动法团队,还有自己的人力资源专家,并发起设立了天津HR经理俱乐部。多年为各类企业提供劳动法律服务,长期与政府、工会、商会、职工、仲裁机构、审判机构以及研究机构的交流,积累了丰富的经验。我们一直希望将我们的律师处理各类事务的经验做一个总结,将我们的研究成果与各界进行分享。经过了一定时间的准备,终于汇集了这个专刊,其中涉及外企、国企、事业单位人员管理的各个层面,员工医疗期问题、职业病制度、和外籍人员在华就业等领域的前沿问题。我们希望通过我们的努力,帮助我们的客户实现最合理合法的用人模式,优化企业资源配置,建立完善的管理制度,实现企业和员工利益的共赢。希望我们的研究,能够促进劳动立法,促进司法进步,促进劳动法律体系的完善。希望与国内外同行建立交流平台,共同促进劳动法专业领域的深入和繁荣。

李海波

CONTENTS / 目录

浅析《天津市企业工资集体协商条例》立法不足和执行困境	01
企业劳动用工风险管理法律服务介绍	03
员工医疗期管理的法律对策	06
职业体育中的劳动法律应用及风险分析	09
外籍人员非法就业及其法律责任	16
聚焦女职工劳动保护——《女职工劳动保护特别规定》亮点解读	18
竞业限制涉及商业秘密保护问题的实务与对策	20
浅析我国职业病制度	23
我国外派船员劳动权益保护问题初探	27
何去何从话“年假”——某外企年休假劳动争议仲裁案办案手记	30
事业单位人事争议处理浅析	33
金诺的人力资源 and 劳动关系法律服务特色	38

浅析《天津市企业工资集体协商条例》 立法不足和执行困境

□ 徐永革



徐永革 律师

金诺律师事务所高级合伙人、人力资源总监
天津人力资源经理俱乐部执行主席
天津市企业联合会特聘劳资关系专家
业务专长：劳资关系、人力资源、投资移民

自2010年9月1日起施行的《天津市企业工资集体协商条例》终于成为天津在劳动关系领域一项敢为人先的骄傲成就，天津成为全国第一个制定工资集体协商地方条例的省级行政区。这项第一也成为某些领导的业绩，随着此条例实施已近一年，本文将探讨执行中存在的问题和不足。

一、立法之初的不足

企业工资集体协商条例调整的是劳资关系，涉及到千千万万的劳动者和成千上万家企业的切身利益，必须经过充分的论证和双方利益代言人充分表达意见的程序。我国的立法机构这些年有了很大进步，很多立法都采取了公开征求意见的程序，让更多的人参与和表达意见，尽量避免立法中出现问题。天津市人大常委会好像没有公开征求意见这个习惯，虽然也有征求意见，但那些多是体制内的商会、工会代表征求意见，没有向社会公开，没有让真正的企业家、劳动者、学者、专业人士参与。致使这部天津首家制定的《天津市企业工资集体协商条例》立法上没有突

破、执行上没有保障，成为一个十足的鸡肋。反观本来计划第一个也是非常应该尽早制定企业工资集体协商地方法规的广东省，在立法之初充分调研，及时向社会公布立法草案，社会各界纷纷表态，研讨会、专家论证会多次召开，代表不同利益群体的代表充分表达观点和态度，省高层领导意识到问题的复杂性，最终将工资集体协商地方立法搁置到2011年。

二、条例难以承担和谐劳资关系的大任

我们应当理解政府希望劳资关系改善推出工资集体协商制度，希望通过员工的要求来促使企业加薪，缓解紧张的社会矛盾。但是，劳资协商不是万能的，在罢工权没有法律定义和约束、工会的真正代表性方面没有突破之前，贸然推进工资集体协商只会将本来还算和谐的劳资关系带入混乱、非理性。笔者在实践中，观察到更多发生停工罢工企业是那些曾经按照政府要求开展过工资集体协商的企业，员工开始拒绝原来走形式的工会代表自己和企业协商，采取自发的停工形式要求加薪。

在广东省对工资集体协商地方立法

征求意见时，香港中华厂商联合会常务会董邓焯表示：“本会认为，实现企业管制民主化，是企业经营发展的理想目标，是一个循序渐进的过程。另外工资集体协商机制对于中国企业而言，也是一个崭新的课题，应透过提升经济水平和国民素质逐步发展，需要认真地研究，不宜操之过急。”所以说，工资集体协商一定是好事，但是目前，未必是好事，也不是靠发个文件就好使的。这一点上，广东省比天津明智。

再看看北京，2011年5月北京市总工会《关于进一步加快推进工资集体协商工作的通知》根据北京市总工会二季度职工队伍状况分析会表明，10%的职工群体月收入低于1100元，职工人数为数十万，主要集中在各区县的非公中小企业，分布在餐饮、建筑、商业零售、租赁服务等行业；60%的职工群体月收入在2000元左右，职工收入分配问题亟待解决。北京市总工会表示，将全面启动工资集体协商工作，在劳资关系融洽、工会组织健全、具备协商条件的企业率先开展；对于劳动关系不稳定、工资水平低、收入差距大、工

资长期不增长、工作时间长的企业重点开展，由基层工会发出协商要约，开展协商；针对职工月收入低于1100元的企业将逐一开展协商，年内力争全部建立工资集体协商机制；并定下在各产业工会开展1至2个行业协商、各区县工会开展3至5个区域行业协商的目标。看起来北京的做法比我们天津更务实，好像是在做事而不是在搞运动。

三、执行中的难题

1、客观的数据哪里来

协商依据的数据无疑是协商双方最关注的问题，数据从哪来也困扰着劳资双方。目前获取的渠道一般通过网上查询，或从政府统计部门、人力社保行政部门获取最低工资标准、社平工资、劳动力市场价位、工资指导价、物价上涨指数，本企业、本行业工资水平及劳动生产率、企业利润等。从2008年起市人力资源和社会保障行政部门开始发布工资协商指导信息，提供包括本市经济发展、居民收入及职工收入数据，近年来本地区生产总值、财政收入总额、消费价格指数；近年来工资集体协商相关政策文件，本市最低工资标准、工资指导价、社会保险基数上下限、单位和个人交缴比例；城市居民人均可支配收入及支出情况；城镇单位从业人员劳动报酬和人均劳动报酬；部分工种（岗位）劳动力市场指导价位及人工成本等有代表性行业岗位的相关信息。不能否认政

府部门做的工作，但是，企业状况千差万别，天津市整体的工资信息对不同性质、不同规模、不同行业的企业缺乏指导性，缺乏独立第三方对具体行业、不同性质企业的客观的薪酬信息给企业和员工开展集体协商带来极大困难。

2、不要忽视行业集体协商

在主客观情况还不是理想的情况下，天津更应借鉴省市的经验，将集体协商的重点转向收入比较低、工作稳定性低的服务业和中小型民营企业、通过行业协会或地域商会和工会组织开展工资集体协商，协商中应当请当事企业和员工代表参加，表达真实意见，不要让公务员把员工和企业都代表了！如果行业集体协商能够真正开展是对劳动者和社会的一件好事，但是，这就让法定代表企业和员工的商会和工会领导们辛苦了，这些工作恐怕没有领导愿意真正去落实，就像公安机关抓卖淫嫖娼和赌博的有积极性，抓拐卖儿童的没有兴趣一样。

3、协商的导向要清晰

对企业的协商应该本着对员工基本权益、最低收入标准和社会保险缴纳为标准的协商，加薪幅度更多的靠市场影响而不是行政命令。今年劳动力资源极度缺乏的情况下，企业对基层劳动者大幅加薪的程度远远高于政府往年的要求。在加薪幅度方面，政府每年发布的工资指导价要更多的考虑到不同企业和员工的利益，不当是为了给领导看的。天津有很多出口企

业和外商投资企业，在人民币升值的背景下企业经营步履维艰，一些加工制造业毛利率很低，但是这些企业吸纳了大量就业人口，如果让这些企业和那些垄断的各级国有企业、金融、地产一样的加薪幅度，只会让这些企业内乱和倒闭。

4、通货膨胀的影响谁来买单

在通货膨胀严重影响到劳动者生活的情况下，通过集体协商的形式迫使企业给员工加薪的初衷有它的合理性，但是笔者认为，这些不是根本的解决之道，员工权益保障的基本职责在政府，员工不是工资低而是工资的购买力下降，如果向天津市工资指导线中线15%加薪幅度连续5年加薪，后果就是物价再涨5倍，大批企业倒闭。通货膨胀引发的货币贬值不是依靠大幅加薪能够解决的。这要靠政府尽快控制通胀，大幅提高社会保障水平和适度提升基层劳动者的收入来完成。

5、中国式对策

法律带给人的应当是敬畏，可是在我们这里有我们的国情，各级官员注重的是如何给领导写总结汇报，现在官员们也进步了，报告中数字要好看。所以工资集体协商在执行中出现政治化、业绩化、数量化、形式化就不会引以为奇了。企业也从紧张中逐渐轻松了，开始以中国特有的方式对待《天津市企业工资集体协商条例》。

企业劳动用工风险管理 法律服务介绍

□ 周丽霞



周丽霞 律师

金诺（北京）律师事务所合伙人，大连海事大学法学硕士。周律师的主要业务领域为企业劳动用工风险防范与争议解决、外商投资与国际贸易、企业常年法律顾问。周律师执业至今，为多家大、中型国有企业、外资企业和民营企业提供常年或专项法律服务，客户遍及各行各业。办理各类复杂、疑难的劳动仲裁和诉讼案件，能凭借专业优势为企业出具最优的应诉方案，最大程度上保障企业的利益。曾发表《企业劳动用工的法律风险管理与防范》、《“三期”女职工的劳动权益保护专题》等多篇专业文章，2011年，周律师出版了专著《HR全程法律顾问——企业人力资源管理高效工作指南》，该书首次上市5个月即售罄，刷新了同类书籍的最好销售记录，得到了各地HR读者的一致好评和肯定。

引语

在做劳动法律师的这些年中，常常被客户问到同样的问题，你们劳动法非诉业务都包括什么内容，能给企业提供些什么法律服务呢？言外之意就是，除非碰到劳动仲裁或诉讼的案子，不然我有什么理由找律师啊？毋庸讳言，我们不少客户，包括很多知名外企，都是先找我们代理劳动争议仲裁案件，进而委托我们做他们的劳动法常年法律顾问的。因为仲裁案件的发生，往往使那些过去HR法务管理工作中的漏洞原形毕露，无处藏身，而我们又不得不在激烈的冲突中去面对和解决，无论如何补救，其所带来的后果和支付的成本都是企业不愿意看到的，甚至是触目惊心的。这时候，听到企业HR最多的话就是，这个当时要是问过律师就好了，这个文件要是当时让律师给把把关就好了。然而，作为律师，我们又何尝不希望帮助企业在平日做好劳动用工风险的管理和防控工作，而不要总是充当灰头土脸的“救火队员”啊？我们到底能做什么，如果您也有这样的疑问，就请看下面的介绍吧。

正文：

2008年，《劳动合同法》、《劳动争议调解仲裁法》、《劳动合同法实施条例》、《职工带薪年休假条例》等劳动法律法规的相继实施，给企业HR带来了严峻挑战。经过2008、2009两年的调整适应和平稳过渡，2010、2011年又进入劳动立法非常活跃的时期，先是最高人民法院颁布了《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（三）》，紧接着《社会保险法》正式出台，作为其配套法规，《工伤保险条例》、《工伤认定办

法》、《非法用工单位伤亡人员一次性赔偿办法》等法规也相继被重新修订。这些新的劳动法律法规和之前颁布并继续有效的《劳动法》、《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（一）》、《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（二）》等相关法规，共同构成现阶段规范企业劳动用工法律适用的框架体系。

随着劳动法律法规的不断更新和完善，给企业最直接的影响就是加大了依法用工的难度，提高了违法用工的成本和风险，这对于企业和企业的人力资源部门来说无疑都是巨大的挑战。实践中我们经常看到，由于企业对法条的解读有误，或者对某个问题认识不全面，及对相关的风险估计不足，导致陷于被动甚至承担败诉的结果。

事实上，由于劳动法保障劳动者利益的立法倾向和相关法规的日渐完备，企业在任何一个环节和方面的违法都可能会导致纠纷的产生，甚至仅仅是相关制度的不规范或存在漏洞，都有可能引起巨额索赔。我们提供的劳动法常年法律顾问服务最大的特点就是，针对企业日常的劳动法律事务，不仅能为企业防范和控制用工法律风险，为企业的人力资源管理工作保驾护航；更能通过在法律允许的范围内合理的规划，最大程度上为企业降低用工成本，从而提高企业利润。具体的工作和服务内容介绍如下：

1、企业用工方案的评估和制定

根据企业所在行业、领域的用工要求，以及企业的实际情况，对企业现有的用工方案和用工现状进行考察和评估，为企业量身定制最节省用工成本和最低用工风险的整体用工方案，是

我们为企业提供劳动用工风险管理法律服务的核心工作和首要出发点。

无序、无计划、不规范的用工，不仅会给企业的人力资源工作和经营管理埋下隐患，引发劳动争议和导致高额赔偿，更会增加不必要的用工成本，严重降低企业的绩效和利润。企业的用工方案，是我们针对企业不同的岗位要求，不同的员工级别，依法制定的全面性、多样性的整体用工计划和具体实施措施，主要包括用工方式、工时标准、薪酬体系、保密级别、休假体系、劳动合同期限等内容。比如，就用工方式而言，包括自主用工、业务外包、劳务派遣等多种形式，对于自主用工，还有全日制用工和非全日制用工等不同形式，我们将根据企业的实际用工需要和现状，对于不同的岗位和不同的员工确定不同的用工方式。比如，对于适合采用劳务派遣的岗位，就可以不使用成本和风险较高的自主用工形式；对于能够不采用全日制用工形式的，可以选择成本较低的非全日制用工形式。

就工时标准而言，包括标准工时制、综合计算工时制、不定时工时制等；就薪酬体系而言，包括固定工资制、浮动工资制、结构工资制、年薪制等；就保密级别而言，包括一般保密义务、竞业限制义务、培训协议附带的保密义务等；就休假体系而言，包括法定最低假期、福利假期、特殊员工享受的假期等；就劳动合同期限而言，包括短期劳动合同、无固定期限劳动合同、以完成一定任务为期限的劳动合同等。

企业最佳用工方案的全面制定和实施，能保证其在充分运用法律赋予的用工自主权的范围内，有效实现用工的灵活性和多样性，从而最大程度节省企业的用工成本。

2、劳动合同文本的审查和修订

劳动合同是确立双方劳动关系的依据，也是规范双方劳动关系的首要法律文件，一般包括《劳动合同书》和《保密协议》，劳动合同书包括但不限于《固定期限劳动合同》、《无固定期限劳动合同》、《以完成一定任务为期限的劳动合同》、《非全日制用工劳动合同》、《劳务合同》、《劳动力派遣协议》等合同文本。

我们将根据相关法律规定和企业的用工需要，拟订合理的合同条款，最大限度保护企业的相关利益。在规范的劳动合同版本的基础上，将针对不同级别和部门的员工，对于劳动合同的具体条款作出一定的相应的调整，比如，劳动合同的期限及试用期的期限、服务期条款、违约金条款、保密条款、竞业限制条款等。

关于保密协议，对于企业的中高层员工，需要签订专门的《保密协议》，以避免企业的商业秘密被泄露，给企业业务造成无法弥补的损失。对于普通员工，则一般在劳动合同的保密条款

中根据相关的法律规定作出约定即可。不同级别的员工应承担的保密义务和竞业限制义务应是不一样的，过去那种不做区分认为只要给所有员工课以最重的义务，就能万事大吉的想法早就不能适应新的法律实践了。我们承办过的一个案例中，企业想当然地和全体员工都签订了竞业限制条款，在解除劳动合同时未支付竞业限制补偿金，也未告知不需要员工承担竞业限制义务，结果一名普通员工离职后1年仍未找工作，却要求用人单位支付1年的工资作为竞业限制补偿金，劳动仲裁委最终支持了员工的申诉请求。可见，无视法律条款的内涵和其环环相扣的运作程序，非但达不到最大限度维护企业利益的目的，反而搬起石头砸了自己的脚。

3、审查和完善企业的各项规章制度

企业的规章制度体系包括劳动合同管理制度、岗位职责制度、绩效考核制度、薪酬福利制度、考勤制度、休假制度、奖励与惩罚制度、培训制度、保密制度和劳动规章的制定与颁布制度等。

企业规章制度是规范劳资双方用工关系和权利义务的核心标准，企业规章制度的全面制定和有效实施，对于保护企业的合法权益，和规避相应的法律风险，都至关重要。比如，根据《劳动合同法》三十九条的规定，用人单位可以以“严重违反规章制度”为由与任何员工解除劳动合同，包括处于患病期、孕期、产期、哺乳期等不能轻易解除劳动合同的职工。但是，何谓“严重违反”，法律没有也不可能作出明确规定，这就赋予了用人单位界定构成“严重违反”的自主权。但是，实践中，常常因为用人单位在规章制度中未对此标准作出界定，或该界定明显违反法律的基本原则，同时，对于与此相关的书面证据又缺乏收集的意识，导致在与那些有过失的员工的劳动争议中，陷于被动，甚至吃了哑巴亏。

再比如，“不能胜任工作”、“不符合录用条件”、“重大损害”等等，这些《劳动合同法》中的原则性的概念，用人单位都可以通过相关制度的建立和完善来达到对自己有利的局面，从而在法律允许的范围内实现更自主的用工管理。

4、制作或修订与劳动用工相关的所有法律文件

一个劳动关系从建立、存续到终止，即从员工入职，在企业工作到离职，无论从实体到程序，处处都涉及到劳动法律法规的适用，这个过程是一个复杂和系统的法律运作过程。各种规范的和标准化的法律文件和文书对于确保整个过程各个环节和各个方面的依法进行，落实各项规章制度的执行，以及作为证据的保存，都具有重要的作用。

比如《职工名册》，劳动法律法规对其内容、编制及保存

都有明确规定，如不符合法律的规定，用人单位将被处以2000元到2万元的罚款。再如，我们承办过的一个案件，女职工怀孕后告诉了单位主管一声，就再未在公司上过班，这期间单位给其发E-mail通知解除劳动合同。之后，该女职工休到产假结束来公司要求上班，公司不同意，女职工遂申请劳动仲裁，要求支付产假工资和报销生产费用。仲裁委以单位不能证明解除劳动合同的通知已送达女职工本人作为由，认定双方劳动关系有效存续，用人单位应支付全部上述费用。可见，各种文件及其送达签收的程序对于保护企业的利益和应对诉讼纠纷，有着多么重要的意义。

我们将在企业现有的相关文件的基础上，根据企业的具体要求，审查、修订和制作下述文件，包括但不限于《员工手册》、《企业职工名册》、《招聘申请书》、《工资预算表》、《面试记录表》、《录用通知书》、《入职登记表》、《用工单位基本信息告知函》、《劳动合同文本领取签收单》、《入职声明》、《岗位职责书》、《公出登记批准单》、《加班申请表》、《请假单》、《考勤表》、《员工要求签订固定期限合同意见书》、《岗位绩效考核表》、《调岗通知书》、《调岗协议书》、《不能胜任培训报告》、《培训协议》、《培训计划》、《培训费用报销单》、《降薪通知书》、《严重违纪行为表》、《失职行为表》、《重大损失标准》、《违反劳动纪律处罚书》、《降薪协议书》、《劳动合同续订书》、《劳动合同续订通知书》、《劳动合同变更书》、《解除劳动合同通知书》、《解除劳动合同协议书》、《兼职报批表》、《终止劳动合同通知书》、《员工拒绝续签合同声明》、《离职交接单》、《经济补偿金领取证明》等等。

5、劳动合同法律实务操作培训

劳动合同法律的实务操作，不仅仅是企业法务部或人力资源部门的事情，事实上，企业各部门主管、经理以上级别的人员都会在工作实践中涉及到劳动法律法规的具体运用和落实。因此，我们建议，凡是企业主管以上级别的员工，都应掌握基本的劳动合同法常识和原则，在出现劳资纠纷时，有一个大致的判断和比较合理的应急处理。

在此法律服务项目中，我们将结合企业的实际情况，向企业提供3-5次/年劳动合同法实务培训。具体培训的时间和培训内容与企业协商后确定。

附：培训提纲（供参考）

- 1、规章制度相关操作实务及适用技巧；
- 2、劳动者入职管理操作实务及适用技巧；
- 3、订立劳动合同的形式和期限操作实务及适用技巧；
- 4、无固定期限劳动合同操作实务及适用技巧；

- 5、试用期操作实务；
 - 6、培训与保密实务及适用技巧；
 - 7、薪酬管理实务及适用技巧；
 - 8、假期管理实务及适用技巧；
 - 9、加班与考勤实务操作及适用技巧；
 - 10、社会保险实务操作及适用技巧；
 - 11、劳动合同条款与劳动合同效力操作实务及适用技巧；
 - 12、劳动合同变更操作实务及适用技巧；
 - 13、劳动合同解除和终止操作实务及适用技巧；
 - 14、“三期”女职工劳动关系争议应对技巧；
 - 15、劳动争议解决实务及操作技巧。
- 6、解答劳动法律咨询和提供法律意见

我们将指派专门律师，随时解答企业在劳动用工过程中出现的法律疑问和咨询。

在全面了解企业劳动用工管理现状和用工形式及特点的基础上，针对企业各发展阶段的用工需要，出具劳动用工法律意见，作为企业实施劳动用工管理提升的参考意见。

7、裁员方案定制和劳动争议谈判

如企业出现劳动争议纠纷，或需要进行较大规模的人事变动或裁员，我们将根据法律规定，结合企业的需要拟定裁员方案，针对不同的员工情况确定裁员的方式、步骤和补偿数额，确保全部相关手续的依法办理，并在此过程中做好证据的收集和整理，最大程度降低企业的裁员成本和法律风险。

如企业需要，我们将亲自到场与员工谈判，协助企业相关人员处理好劳资纠纷，以最大程度保障企业的利益。

结语

常常听到我们的客户和老板在抱怨劳动合同法是怎样地倾向劳动者，生意又是如何地雪上加霜，而通过我们的法律顾问服务和支持，企业往往才发现他们是如何忽略了那些被自己扔在角落里的“权利”。企业用工过程中，常常看不见这些自己手里有的，却一味滥用那些自己手里没的，是引发劳动争议和纠纷的症结所在。因此，我们希望通过我们专业的法律服务，帮助企业的人力资源管理工作实现规范和高效，既能充分发挥劳动合同法赋予企业的用工自主权，又能最大程度上避免劳动争议事件的发生。

员工医疗期管理的法律对策

□ 宋慈



宋慈 律师

南京大学法学学士 美国范德比尔特大学法学硕士
2010年加入金诺律师事务所，劳动法业务部律师，美国纽约州律师
业务领域：企业劳资纠纷及人力资源管理，企业规章制度的设计和审核，劳动合同解除等事务处理，劳资纠纷的调解、仲裁和诉讼，涉外劳资纠纷，商业移民与外国人就业等。

“医疗期”一直是企业人力资源管理中频频涉及的工作内容之一，也是用人单位和员工共同关注的热点。本文立足于现行医疗期法规政策，从企业管理角度介绍医疗期制度，并提供相应的企业管理措施，以期为人力资源管理提供一定的指导作用。

一、医疗期的含义

原劳动部在1994年颁布《企业职工患病或非因工负伤医疗期规定》（以下简称《医疗期规定》），其中第二条明确了医疗期的含义，即企业职工因患病或非因工负伤停止工作治病休息不得解除劳动合同的时限。事实上，此描述并不精准，不得解除具体是指用人单位不得解除劳动合同，并不限制员工主动辞职或双方协商一致解除劳动合同。

实践中，用人单位经常会混淆医疗期与病假之间的关系。二者的区别主要在

于：病假是一个生理概念，为员工患病或非因公负伤后接受治疗的实际发生期限，为“弹性”区间。换言之，只要专业医疗机构认为员工有休病假的需要，开具建休证明，员工就可以享受病假，病假期无上限；而医疗期是一个法律概念，根据法定条件确定期间长度，除非员工的法定条件发生变化，否则该期限不会改变，为“刚性”期间。因此就可能会出现员工病假期超过医疗期的情形，譬如，员工的医疗期为3个月，但是已经连续或累计休了4个月的病假。在企业管理中，很多企业有一种误区，对于已满医疗期的员工申请病假，企业可以不予批准。实际上，关于医疗期的法规政策并未确认企业在员工医疗期满后可以不安排员工病假。相关法规政策只规定医疗期满后企业可解除劳动合同，换言之，企业可以在员工医疗期满后解除劳动合同，但若企业选择保持劳动关系，且员工提供了符合企业规定的病假申请材料

后，则需继续安排员工病假。

二、医疗期的计算

依据企业员工实际参加工作年限和在本单位工作年限的双重条件，一般给予三个月到二十四个月的医疗期。具体而言，员工实际工作年限十年以下，在本单位工作年限五年以下的，医疗期为三个月；五年以上的为六个月。员工实际工作年限十年以上的，在本单位工作年限五年以下的为六个月；五年以上十年以下的为九个月；十年以上十五年以下的为十二个月；十五年以上二十年以下的为十八个月；二十年以上的为二十四个月。如员工患有癌症、精神病、瘫痪等特殊疾病，在24个月内尚不能痊愈的，经企业和劳动主管部门批准，可以适当延长医疗期。此处需注意“**经企业和劳动主管部门批准**”，一旦员工希望延长病假期，需先行申请延长，但最终的决定权则在于企业一方。

本单位工龄 实际工龄	5年以下	5年-10年	10年-15年	15年-20年	20年以上
10年以下	3个月	6个月			
10年以上	6个月	9个月	12个月	18个月	24个月

实践中发现，有的企业员工在受雇前存在自由职业者的经历，亦即该员工在此期间未与任何企业建立劳动关系，为依靠个体劳动获取收入的自雇人员，比如自由撰稿人。为确定医疗期的长短，在计算此类人群的实际工作年限时，是否将自由职业期间作为工龄计算，目前法律尚未明确规定。严格讲，该类员工的累计工龄应根据其档案记载情况确定。同时，可以参

考其社会保险缴费记录。如果员工档案显示为失业状态，同时社保缴费记录表明为个人缴费，则不应将其自由职业期间认定为工龄。如果可行，建议由保管该员工档案的人事部门出具相应的证明文件。

医疗期的计算应从病假第一天开始，无论员工连续休假或间断休假，在医疗期计算周期内累计计算直至期满。具体而言，医疗期三个月的按六个月内累计病

休时间计算；六个月的按十二个月内累计病休时间计算；九个月的按十五个月内累计病休时间计算；十二个月的按十八个月内累计病休时间计算；十八个月的按二十四个月内累计病休时间计算；二十四个月的按三十个月内累计病休时间计算。同时，病休期间，公休、假日和法定节日计算在内。

医疗期	3个月	6个月	9个月	12个月	18个月	24个月
医疗期计算周期	6个月	12个月	15个月	18个月	24个月	30个月

此外，需用人单位特别的注意是，医疗期可循环计算。譬如，劳动者医疗期为三个月，如在六个月内累计病休时间不足三个月，从第七个月起劳动者的医疗期重新计算。

实务中，部分劳动者滥用此制度，恶意循环请病假。有鉴于此，国内一些地区已经开始自行制订医疗期计算方法：如上海的医疗期标准就是根据职工在本单位工作年限计算，劳动者在本单位工作第一年，医疗期为三个月，以后工作每满一年，医疗期增加一个月，但不超过二十四个月。鉴于天津尚无类似规定，为应对员工的恶意病假行为，用人单位一方面可以加强完善自身的病假申请流程，要求请假员工除提供公司指定正规医院开具的诊断证明书（建休证明）外，另需提供就诊记录，包括挂号单、病历、化验单、收费单据等。如此一来，员工虚假病假的可能性将大幅降低。另外，公司可以在规章制度中明确，如果对员工提供的请假材料存疑，公司有权陪同其到公司指定医院复查。另一方面，对于虚假病假，在规章制度或劳动合同中要明确，申请虚假病假属于严重违纪情形，并对情节严重、假期天数较长的情形，公司可以解除劳动合同。当员工申请病假存在虚假或欺诈行为的，企业可以依据这些规定进行相应处

理。

三、医疗期员工待遇

如果员工根据公司规章制度履行了正规的病假申请手续开始病休，即开始享受医疗期内的医疗待遇，主要涉及病假工资或疾病救济费。

原劳动部《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》（以下简称《劳动法意见》）第五十九条规定，职工患病或非因工负伤治疗期间，在规定的医疗期间内由企业按有关规定支付其病假工资或疾病救济费，病假工资或疾病救济费可以低于当地最低工资标准支付，但不能低于最低工资标准的80%。《天津市工资支付规定》第二十五条也再次确认了这一标准，即劳动者患病或非因工负伤治疗期间，在规定的医疗期内用人单位按有关规定支付其病假工资，用人单位支付劳动者病假工资不得低于本市最低工资标准的80%。

上述法规政策实际上赋予了用人单位制定病假工资的自主权限。实务中，用人单位首先可以根据自身的经营特点、管理需要以及承受能力在规章制度或劳动合同中制定病假工资的标准。因病休员工未能在工作时间内提供正常的劳动，因而其

病假工资可以低于天津市最低工资标准，法规政策对此也是加以肯定的。然而，为保障劳动者维持基本的生活水平，《劳动法意见》对于用人单位的工资制定权设定了限制，即医疗期内的工资不得低于最低工资标准的80%，只要用人单位严守这一底线，司法实践一般都会认可公司自主制定的病假工资标准。

四、解除劳动合同

1. 医疗期内解除劳动合同

根据《医疗期规定》，医疗期似乎即为用人单位不得解除劳动劳动合同的期间。许多用人单位也深以为然，实际上这一理解是偏颇的，亦有悖于《医疗期规定》的立法本意。为此，2008年《劳动合同法》进行了修正，细化了其中之意，规定员工患病或非因工负伤在规定的医疗期内，用人单位不得依照无过失性辞退（第四十条）或经济性裁员（第四十一条）解除劳动合同，但却并未禁止用人单位因员工严重违纪、徇私舞弊或其他法定理由解除劳动合同。

结合上述内容，医疗期内可以解除劳动合同的情形可以归纳为：

- ①. 员工主动辞职；
- ②. 双方协商一致解除劳动劳动合

同。此情形下，如果由员工首先提出并最终达成一致，则用人单位无需支付经济补偿金；如由用人单位先行提出并达成一致，则需支付经济补偿金；

③. 依据劳动合同法第三十九条解除劳动合同，包括试用期间不符合录用条件；严重违反用人单位的规章制度；严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害；劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位的工作任务造成严重影响，或者经用人单位提出，拒不改正；以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同致使劳动合同无效；被依法追究刑事责任。

2. 医疗期满解除劳动合同

根据1994年原劳动部颁布的《医疗期规定》，企业职工非因工致残和经医生或医疗机构认定患有难以治疗的疾病，在医疗期内医疗终结或医疗期满后，不能从事原工作，也不能从事用人单位另行安排的工作的，需申请复工鉴定，由劳动鉴定委员会对其劳动能力进行鉴定。被鉴定为一至四级的，应当退出劳动岗位，终止劳动关系，办理退休、退职手续，享受退休、退职待遇；被鉴定为五至十级的，医疗期内不得解除劳动合同。然而在2008年颁布的《劳动合同法》中，条文并未涉

及复工鉴定程序，只是明确了以此为由解除劳动合同，用人单位须提前30日书面通知劳动者或者支付一个月代通知金。

虽然基于法律的效力等级，《劳动合同法》应当优于《医疗期规定》，但是司法实务中往往存在某些不可确定因素，因此不能简单认为，《劳动合同法》未明示复工鉴定程序为法定前置程序，用人单位便可略过该程序直接解除劳动合同。有鉴于此，律师建议，如用人单位与员工就医疗期满后劳动能力存在异议，应当先行申请劳动鉴定委员会进行劳动能力鉴定，根据鉴定结果区别对待：如果构成一至四级伤残，即时办理退职、退休手续；如鉴定为五至十级，医疗期满后用人单位可解除劳动合同，并依据劳动部关于印发《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》的通知（劳部发[1994]481号），依法支付经济补偿金和不低于六个月工资的医疗补助费。患重病和绝症的，还应增加医疗补助费。其中，员工患重病的，应支付不少于九个月工资的医疗补助费，患绝症的应支付不低于十二个月工资的医疗补助费。

然而不同于经济补偿金的法律规定，现行法律、法规在计算医疗补助费时并未细化月工资的计算标准，结合法律实践，律师建议，此处的“工资”可以为员工的固定工资，即公司与员工约定在正常

的工作时间内提供正常劳动所应当获得的固定性收入。比如公司与员工在履行劳动合同中每月发放工资的固定部分为5000元，其中包括了基本工资、固定奖金、固定津贴等固定性货币收入，然而因为在工作期间内，员工因病假、事假、加班等原因，每月获得的工资或高于或低于5000元，但是在计算医疗补助费用时，用以作为计算基数的月工资标准应为5000元。

五、结语

用人单位在人事管理过程中难免会遇到各式各样与医疗期相关的问题或纠纷，而我国现行医疗期的法规政策出台时间早，一定程度上难免与企业现代管理需求相脱离，因此众多用人单位在处理医疗期纠纷时往往无所适从，不知如何应对。其实，应对措施也并非遥不可及，一方面，用人单位注重完善内部规章，规范病假申请制度，严格病假申请流程，避免将申请制度流于形式使员工有空可钻，减少虚假病假的可能性；另一方面，一旦出现医疗期纠纷，用人单位应及时加强与患病或负伤员工的沟通，避免激化员工及其家属的敌对情绪，坚持以法律为依托，兼顾人性化管理理念，力争通过和谐的对话妥善处理。



职业体育中的劳动法律应用及风险分析

□ 郜丰



郜丰 律师

南开大学法学学士，金诺律师事务所律师，曾先后在天津某人民法院、天津市某律师事务所从事法律工作，加入金诺后先后任职劳动法业务部、金融业务部。
业务领域：劳动法、民商法、金融法，先后参与过企业股权激励、体育产业开发、退役运动员安置、法律诉讼指引等专项课题的法律研究。

前言：

随着市场经济的发展、传统体育项目向现代竞技运动的演变，以及社会大众观赏高水平体育竞赛与表演的强烈需求，赋予部分体育项目竞赛以市场为价值取向，导致了商业化对体育的渗透，进而形成了职业体育。职业化是竞技体育在市场经济条件下的必然产物。以此同时，随着我国社会主义法律体系的初步形成，劳动立法日趋完善，劳动者的维权意识也日渐加强，外部法律环境的变化对各用人单位提出了较高的要求。各用人单位需要拥有较强的法律意识，在处理劳资关系上需要较强的规范性和风险意识。然而，在职业体育如火如荼的今天，适用于职业体育的法律法规并不健全，甚至可以说是空白。本文旨在遵循现有法律框架对职业体育中劳动法律进行应用分析，更多的目的是为各运动员和俱乐部进行风险提示，让人们具有更强的法律风险意识，以期职业体育相关法律法规的不断完善。

一、体育运动员类型

我国作为体育大国，拥有大量的运动员。然而由于体制的限制，大部分属于专业运动员。纵观国际，运动员包括业余运动员、专业运动员、职业运动员。我国体育人才的训练、培养是沿袭前苏联的体系，走的是“县市少年业余体校——省体育运动学校(专业队)——国家队”这种特定的人才培养之路。

大部分专业运动员运动生涯初期都是业余运动员，参加少年业余体校训练，他们很多都在训练的同时保持着与同龄人一样的正常的文化学习。在中国业余运动员多为青少年运动员，意在为专业队、职业队输送体育人才。优秀青少年业余运动员，经选拔

试训后，进入专业队。专业运动员大多隶属于各专业运动队，各专业运动队则属于国家全额拨款的事业单位，运动员属于各专业运动队的事业编制职工。其中，通过运动学校选拔入队的运动员拥有干部身份，通过试训入队的运动员则属于工人身份。专业运动员与运动队属于人事关系，受国家人事法规、政策调整，不属于劳动法的调整范围。

职业运动队则拥有自己的青年运动员培养系统和梯队建设，同时也不乏像向专业队一样从业余运动员中吸收人才。对于已经职业化的运动项目，优秀青少年业余运动员经选拔试训后进入职业运动队成为职业运动员，与其效力的俱乐部属于劳动关系，属于劳动法的调整范围。特别是90年代后半期以后，体育运动的职业化迅速发展，但总的来看立法工作相对滞后和薄弱，许多职业运动员在适用劳动法时出现矛盾和问题，本文主要讨论职业体育中的劳动法律应用并进行风险分析。

二、职业体育法律关系的确定

劳动关系的界定，是判断劳动者能否适用劳动法以及确定其法律地位的前提。国际上，一般劳动关系的判断基准主要包括：人的从属性；经济的从属性两种标准。我国没有明确劳动关系的判定指标，但在答复国际劳工组织为制定2006年国际劳工大会《关于雇佣关系的劝告》而提出的调查书时，提出了劳动关系构成的基本要素是：从属关系、受益者监督下的劳动、劳动报酬的获得、劳动用具的提供等，还认为具备了一个要素就应该认定劳动关系的存在。在《中华人民共和国劳动合同法实施条例（草案）》征求意见稿中第三条规定“劳动合同法所称劳动关系，是

指用人单位招用劳动者为其成员，劳动者在用人单位的管理下，提供由用人单位支付报酬的劳动而产生的权利义务关系。”

从世界其他国家来看，无论是欧洲还是美国，不管是篮球运动员还是足球运动员，职业运动员与俱乐部之间的关系均为劳动关系，均受当地劳工部门管理并适用劳动法律。笔者作为律师认为，职业运动员劳动关系的判断基准应该以相关法律规定为依据。劳动部关于贯彻执行《中华人民共和国劳动法》若干问题的意见（劳部发【1995】309号）第一条第四款明确规定，公务员和比照实行公务员制度的事业组织和社会团体的工作人员，以及农村劳动者（乡镇企业职工和进城务工、经商的农民除外）、现役军人和家庭保姆等不适用劳动法。该除外条款将不适用劳动法的情形进行了列举，显然本文所述不属于该范围。相反，根据《中华人民共和国劳动法》第十五条第二款，“文艺、体育和特种工艺单位招用未满十六周岁的未成年人，必须依照国家有关规定，履行审批手续，并保障其接受义务教育的权利。”以及国务院《禁止使用童工规定》第十三条，“文艺、体育单位招用不满16周岁的专业文艺工作者、运动员的办法，由国务院劳动保障行政部门会同国务院文化、体育行政部门制定。”另外，《关于确立劳动关系有关事项的通知》劳社部发〔2005〕12号 第一条，“用人单位招用劳动者未订立书面劳动合同，但同时具备下列情形的，劳动关系成立。（一）用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格；（二）用人单位依法制定的各项劳动规章制度适用于劳动者，劳动者受用人单位的劳动管理，从事用人单位安排的有报酬的劳动；（三）劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。”《中华人民共和国劳动合同法》第二条，“中华人民共和国境内的企业、个体经济组织、民办非企业单位等组织（以下称用人单位）与劳动者建立劳动关系，订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同，适用本法。国家机关、事业单位、社会团体和与其建立劳动关系的劳动者，订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同，依照本法执行。”职业体育俱乐部是市场经济体制下的具有独立法人资格的经营实体，按照我国相关法律法规的规定，职业体育俱乐部必须是在国家工商行政部门依法注册登记的企业法人。职业体育俱乐部是职业运动员最基本的从业单位。可见，职业运动员受《劳动法》和《劳动合同法》的保护，职业体育属于劳动法律的调整范围。

三、职业运动员劳动法律适用现状

通过以上的分析，职业体育中运动员与俱乐部之间的法律关系被界定为劳动关系已无悬念，并拥有充分的法律依据。此外，近十年来的也不乏职业运动员与其俱乐部对簿公堂的案例，每一

个案例都印证了劳动关系的存在及劳动法律的适用。

2002年12月29日，谢晖与重庆力帆俱乐部签订《球员工作合同》，约定谢晖转会至力帆俱乐部，并为其效力于2003年后半赛季、2004年全年度赛季、2005年全年度赛季。力帆俱乐部向谢晖分阶段支付薪金。后因力帆俱乐部终止了与谢晖的合同，因此双方在薪金的支付问题上出现争议。经双方多次协商未果，谢晖向重庆市江北区劳动争议仲裁委员会申请进行劳动争议仲裁，并得到受理。之后，重庆市江北区劳动争议仲裁委员会作出裁决，裁决力帆俱乐部应该向谢晖给付工资、补偿金、滞纳金等共计约400万元。力帆俱乐部不服裁决，提起法律诉讼。尽管谢晖的律师一再表示“这起官司肯定能赢”，但谢晖考虑到诉讼程序复杂，时间过长，诉讼期间无法在中国足协注册，无法进行正常的训练和比赛，运动能力和状态难以保证，即便胜诉，担心以后没有哪个俱乐部会愿意接纳他，今后的职业生涯可能就此葬送，无奈之下当年29岁的谢晖决定妥协，最后仅仅以70万的低价结束了这场闹得沸沸扬扬的中国职业体育劳资纠纷第一案，而这个“放弃维权”的决定让谢晖至少多踢了三年球。



图为：谢晖，原中国国家足球队队员，曾留洋德国

2002年10月12日，上海东方篮球俱乐部有限公司与马健签订《中国篮球协会俱乐部篮球队运动员服役合同书》，由东方篮

球俱乐部聘请马健服役两年，马健应得工资总额为一年人民币60万元(税后)。其中，第3.6条款约定：“因为乙方（马健）原有伤病而无法以符合甲方（东方篮球俱乐部）要求的水准进行比赛，甲方可以立即以书面形式解雇乙方，并按通知之日期结清乙方当月工资。”服役合同签订后，马健通过了体能测试并由东方篮球俱乐部向中国篮球协会注册，参与了2002年12月至2003年3月间的2002-2003年度中国男子篮球甲A联赛的比赛和训练，共上场19场，计344分钟，得分为68分。2003年2月28日，东方篮球俱乐部向马健发出《通知》，根据服役合同第3.6条款，解除了与马健的合同。马健致函中国篮球协会，寻求解决办法，但未获书面答复。2003年4月29日，马健向上海市徐汇区劳动争议仲裁委员会申请仲裁，同年5月6日，该仲裁委员会以马健的请求事项不属于劳动争议受理范围为由决定不予受理。马健对此不服，遂起诉至法院，请求判令东方篮球俱乐部撤销发出的解除服役合同《通知》，继续履行服役合同，撤销服役合同第3.6条款。一审法院认为，根据东方篮球俱乐部与马健签订的服役合同的内容，马健、东方篮球俱乐部之间具有身份上的隶属关系，故认定双方之间构成劳动关系，应当受到劳动法的调整。双方的争议焦点在于东方篮球俱乐部是否可以依据双方签订的服役合同第3.6条款与马健解除劳动合同。在马健经过大半个赛季的比赛、训练后，仍未能在场上有出色的发挥，担当起东方篮球俱乐部所期待的球队主力之一的情况下，东方篮球俱乐部有理由相信马健对其所担任的工作是不胜任的，无法达到当初双方签约的目的。因此，东方篮球俱乐部依据服役合同第3.6条款解除与马健的劳动合同并无不妥。在服役合同第3.6条款订立的过程中，并不存在东方篮球俱乐部故意利用其优势或者由于马健一方的草率、没有经验等订立合同的情况；东方篮球俱乐部作为用人单位，其要求劳动者的劳动内容达到其用工标准理由正当，该条款本身也不存在显失公平的情况。故，马健要求撤销该条款的理由不能成立。据此判决对马健的诉讼请求不予支持。

一审判决后，马健不服，提出上诉，根据《劳动法》第二十六条第一项规定，在劳动者患病或者非因工受伤的情况下，用人单位不得随意解除劳动合同，而是应当给予劳动者医疗期，只有当劳动者医疗期满后，不能从事原工作也不能从事由用人单位另行安排的工作时，用人单位才能提前三十日以书面形式通知劳动者解除劳动关系。而其与东方篮球俱乐部签订的《运动员服役合同书》第3.6条款明显违反了该规定，故该条款应当予以撤销，据此作出解除劳动关系的通知也应当被撤销。根据《劳动法》第二十六条第二项规定，只有在马健医疗期满后，经过培训或调整岗位，仍不能胜任工作的，东方篮球俱乐部才可以解除劳

动合同。马健存在伤病，但现不能证明是原有伤病，在医疗期间东方篮球俱乐部不得解除劳动合同。一审法院认定马健无法以符合东方篮球俱乐部要求的水准进行比赛也缺乏事实和法律依据，故请求判决支持其原审诉讼请求。

东方篮球俱乐部辩称，马健在签订合同前隐瞒了其原有的伤病，违背了诚实信用原则，不应受《劳动法》第二十六条的保护。马健是作为著名运动员引进的，但其表现与主力球员的水准差异明显，东方篮球俱乐部有权依据双方签订的合同第3.6条款解除劳动合同。故请求判决驳回上诉，维持原判。

二审法院认为，原审认定的事实正确，依法予以确认。本案属于劳动争议纠纷，应当适用劳动法进行调整，系争的服役合同第3.6条款并不违反劳动法的规定，东方篮球俱乐部可以行使解除权，与马健解约。据此判决驳回上诉，维持原判。



图为：著名篮球运动员马健

2004年12月6日，张琦与奥神职业篮球俱乐部有限公司正式签订了《运动员服役合同书》，约定张琦在奥神俱乐部服役16年，合同存续期间，奥神俱乐部向张琦按月支付3000元的工资，张琦应根据奥神俱乐部安排，参加该俱乐部关于集训、训练、比赛以及各种推广宣传活动和会议，期间未经奥神俱乐部事先书面同意，张琦不得代表其他任何第三方参加任何商业或非商业的比

赛、宣传、广告、代言、接受采访、电视、电影等活动，否则应向奥神俱乐部支付违约金1500万美金。

2007年11月23日，张琦离开奥神俱乐部。对此，奥神俱乐部称，当天张琦未经俱乐部允许擅自离开，并自该日起不再参加俱乐部的训练比赛，经多方联系拒不归队，离队期间，张琦代表北京体育大学等单位参加了全国体育学院校篮球比赛，并取得冠军。俱乐部认为，张琦的行为已经严重违反了双方签订的合同规定，应依约支付违约金。

张琦则称，2007年11月23日，张琦按照奥神俱乐部安排进行赛事训练活动，俱乐部实际控制人因不满其场上表现而厉声斥责，并强令其立马走人，为避免更激烈的冲突，张琦到场边观看训练，但再次被强烈要求立即卷铺盖走人，于是回到宿舍等候处理。当晚，驻地保安到宿舍通知张琦，说俱乐部领导让他拿着行李和个人物品立即离开宿舍。无奈之下，张琦不得不离开。此后，张琦多次与奥神俱乐部联系，请求回队训练或由俱乐部出具同意离队证明，但均遭到拒绝。在此期间，奥神俱乐部未有任何人要求张琦回队训练或者通知已经解除劳动关系，也不安排工作，并且拒付工资。张琦认为，俱乐部的行为已经严重违反了双方约定及法律规定，且停发工资等行为已经做出了终止劳动关系的意思表示，并且张琦继续履行该合同的可能性已经不存在了，因此要求解除合同并支付相应款项。庭审中，双方争议的焦点是张琦与奥神俱乐部之间是劳动关系还是商业聘用关系。

张琦的代理人认为，国家体育总局、教育部、公安部、财政部、人事部、劳动和社会保障部六部委于2007年8月31日颁布实施了《运动员聘用暂行办法》，明确规定了运动员实行聘用、培养和退役制度，但该文件主要适用于教育体育行政部门即全额拨款事业单位聘用运动员的情况，故不当适用于奥神俱乐部。

他指出，奥神俱乐部是一家依法成立的有限公司，属于劳动法上的用人单位，张琦作为劳动者接受俱乐部的管理，根据俱乐部的安排工作，并由俱乐部按月支付工资，因此张琦事实上已成为企业的成员，并为企业提供有偿劳动，双方即建立劳动关系，因此张琦与奥神签订的是劳动合同，双方之间的法律关系属于劳动关系，应受劳动法调整。同时，合同中关于违约金的约定显失公平，与每月3000元的工资相比，约定如此高额的违约金，是对运动员进行精神和经济上的胁迫，是以其经济等优势强迫运动员接受这些不公平的条款。

张琦代理人同时指出，张琦与奥神俱乐部在长期履行合同过程中，每月只支付工资，没有支付过其他奖金、上场费等，而张琦一直从事的都是陪练的角色，出国也是在现场做录制和从事杂务，根本没有按照培养一个运动员的方式来培养张琦。经向中国

篮协了解，奥神也没有在篮协注册，同样张琦也没有被注册为职业运动员，故奥神根本没有与张琦建立一种真正的运动员与俱乐部的关系，双方应当是一种劳动关系。

奥神俱乐部认为，从合同内容看，合同明确约定了双方的关系是聘用关系，其主要合同条款比如对商业秘密、肖像权等的约定，都是商业条款，因此是具有商业性质的合同，不是劳动合同，不能依据《劳动合同法》进行审理，也不能据此认定解除合同。笔者认为，根据《关于确立劳动关系有关事项的通知》劳社部发〔2005〕12号规定，双方主体合格，俱乐部制定的各项劳动规章制度适用于球员，球员受用俱乐部的劳动管理，从事俱乐部安排的有报酬的劳动，提供的劳动是业务的组成部分。因此，双方之间构成劳动关系。

最近，上海市浦东新区劳动人事争议仲裁委员会作出裁决“申花应支付孙吉74.8万元的欠薪”。此后，当年其余四名“欠薪风波”的当事人也纷纷效仿。从杭州方面传来消息，前申花球员杜威、沈龙元也开始了他们的讨薪行动，显然，这次孙吉的胜出，让他们看到了拿回自己劳动报酬的希望。

此外，成都市劳动争议仲裁委员会受理四川大河足球俱乐部劳资纠纷案、曲乐恒申请辽宁足球俱乐部继续履行劳动合同及工伤待遇案、深圳市亚旅足球俱乐部欠薪案也都印证了职业运动员与俱乐部之间属于劳动关系。

从以上案例不难发现，职业体育中的劳动争议多集中于工资问题。1994年足球职业化改革之初，顶级球员月工资只有3000元左右，加上补贴和奖金年收入也不到10万元。而到了1998年，每个俱乐部里年薪超过百万的球员竟高达半数。球员收入非正常的迅猛增长引起了外界关注。1999年，中国足协第一次发布了“限薪令”，明确规定球员的月薪不能超过1.2万元，联赛中胜一场的奖金不得超过40万元。这样算来球员的平均年薪应该不到60万元人民币，但当时并未得到实施。2002年年底，足协重提限薪令，但上有规定，下有对策，为了追逐或者挽留优秀球员，各俱乐部还是想方设法施展金钱攻势。有的俱乐部为了能够使某优秀球员加盟，不仅要支付高额的转会费，还要付出一笔价格不菲的签字费并承诺高额年薪。为了让球队中的大腕顺利签约，很多俱乐部都和大牌队员签了两份合同：一份上交足协，也就是符合规定的月薪封顶的“假合同”；而双方私下签订的那份真实合同往往年薪达到数十万、上百万。这就使整个职业联赛球员收入基数不断提高，球员们的工资收入也居高不下。另外难免为双方埋下了纠纷的隐患，俱乐部不堪重负，屡屡以“赖账”方式来逃脱巨额薪水，而被欠薪的运动员则一而再、再而三地走上“秋菊打官司”的道路。由于“真合同”经过了球员、俱乐部的

认可，并盖章作实，亦属于正式合同，俱乐部只执行这份合同的条款并无不妥。“假合同”本身由于与明面合同在条款上存在差异，这就需要认定哪份合同更为权威，但这时候需要球员举证。但很关键的问题是，一般这两份合同涉及到的球员和俱乐部都是受益方，到了最后，还是会出现证人退缩、证据难寻的问题。与其“堵”，不如“疏”，2003年中国足协修改了“限薪令”《中超俱乐部一线球队工资奖金管理规定》，不再对球员的个人收入做出明确的数额限制，而是转而对俱乐部的工资总额加以限制：“每个俱乐部全年发放的工资、奖金总额不超过全年经营收入的55%”。中国足协认为，“55%”是俱乐部盈利或亏损的临界线，而这是足协在考察了国际职业足球俱乐部及职业体育发展的总体现实和平均数据后得出的结论。2006年，中国足协再次下发了关于限薪的文件，严格限定了球员的最高年薪不得超过100万元人民币。

除了限薪以外，欠薪与减薪问题也十分严重，由此引发了一系列矛盾和纠纷。比如深圳市亚旅足球俱乐部事件就是一例。2009年4月3日下午，标注为“（2009）粤联律函字第09014号”的讨薪律师函分别被送抵深圳市足球协会和深圳市亚旅足球俱乐部有限公司。函中称，受到18位队员以及8位俱乐部工作人员的委托，就欠付工资、奖金及训练津贴一事寄出律师函。这26位委托人要求深足俱乐部和深圳足协在接到律师函15天之内付清欠薪，否则将继续通过法律渠道予以追究。经过统计，这28位深足员工共被拖欠360万元的薪金，最多一人被拖欠410500元，最少一位被拖欠2400元。一位深足队员昨天告诉晶报记者：“这笔欠薪包括2008赛季的一个月工资，以及全年比赛奖金和训练津贴。”2009年2月，深圳足协已经向球员出具了加盖公章的欠条。队员说：“拿到欠条后，欠款至今仍被拖欠，已经影响到正常的工作和生活，对于比赛发挥也造成不良影响。”既然是深足俱乐部的内部欠薪，为何还要牵涉主管部门？律师函中写道：“球员与深圳市亚旅足球俱乐部有限公司（原名‘深圳市香雪上清饮足球俱乐部有限公司’）签订了《运动员工作合同》，工作人员亦存在事实劳动关系。亚旅俱乐部因故自2008年2月28日开始将俱乐部事宜交由深圳市足球协会代管，球员和工作人员的工资、奖金及津贴亦于2008年3月开始由深圳市足球协会发放，但是一直被拖欠。”

此外，2009年6月24日天津泰达队全队罢训，以极端的方式反对俱乐部迟迟不给正式劳动合同以及拖欠月工资。“天津和其他俱乐部一样，都是两份合同，一份是给足协备案用的，不起作用；另一份是俱乐部和球员签的正式合同，工资待遇实际上以这个为准。”有知情人告诉记者，往年这么做都没有问题，但今年

受金融危机的影响比较大，又赶上泰达集团希望从上赛季的第四名打进前三名，所以，他们最初和队员谈的条件“非常苛刻”。比如为了减少支出，有不少俱乐部给出球队一个跼脚尖才勉强够到的指标。一旦成绩达不到指标，球员的薪水也将大打折扣。为了减少薪水支出，处于资方的俱乐部通常会在球员工作合同中加上一些附加条款，比如：出场率要达到80%以上得到多少薪水，达不到一定标准就要降薪。

《劳动合同法》第三章第三十条规定，用人单位应当按照劳动合同约定和国家规定，向劳动者及时足额支付劳动报酬。用人单位拖欠或者未足额支付劳动报酬的，劳动者可以依法向当地人民法院申请支付令，人民法院应当依法发出支付令。该法第四第三十八条规定用人单位有下列情形之一的，劳动者可以解除劳动合同：（一）未按照劳动合同的约定提供劳动保护或者劳动条件的；（二）未及时足额支付劳动报酬的；（三）未依法为劳动者缴纳社会保险费的，等等。第七章第八十五条规定，用人单位有下列情形之一的，由劳动行政部门责令限期支付劳动报酬、加班费或者经济补偿：……逾期不支付的，责令用人单位按应付金额百分之五十以上百分之一百以下的标准向劳动者加付赔偿金。如果严格按照劳动合同法实施，欠薪球员可以依法向当地法院申请支付令，要求俱乐部支付报酬。这个报酬可不仅仅指的工资，奖金是报酬中必不可少的一部分，如果在支付令期限内，俱乐部还未支付，那按照应付金额50%到100%加付。此外，如果职业运动员遇到这种情况，可以直接与俱乐部解约，不用承担任何责任。

球员个人的工资数额是其自身劳动力价值的体现，高水平球员理应获得更高的工资，中国足协在没有任何客观、合理依据的情况下为球员设置最高工资额是对球员利益的侵犯，也是对俱乐部之间在招募优秀球员上的竞争的限制。事实上，近年来随着俱乐部普遍采取降薪措施，不少职业球员的收入已经难以维持其生计。比如在不少球队，年轻队员或是替补队员的月工资可能只有两三千元，最低的只有1500元左右（税前）甚至更少。如果打不上比赛，即便是球队赢球了，奖金也分得很少（比如只有500元）。那么，这些队员的年收入也只有不到2万元。由于足球运动员的运动寿命有限，再加上不可避免可能会遇到伤病等原因，因此在中国足坛，大部分队员还是有后顾之忧的。如果中国足协如果有朝一日对球员工资的下限做出规定，那么该规定将有助于保障低收入球员的权益，笔者认为这才符合劳动法保护劳动者的宗旨。

除工资问题外，转会问题也是近些年来职业体育中暴露的又一顽疾。按照《中国足球协会运动员身份及转会规定》，中国职

业球员与原国内俱乐部合同到期后，即便未与原俱乐部签订新工作合同，30个月以内的所有权仍隶属原俱乐部或者所在地会员协会。也就是说，即便是已经被原俱乐部拒绝续签合同，但球员不经同意仍不能代表其他俱乐部踢球。职业球员本来就是吃青春饭的，职业生涯最多也就是十几年时间，用30个月的时间换取自由身，这个代价几乎是任何人都不敢付出的。也正是“30个月保护期”这个土政策给了俱乐部尚方宝剑，令球员在同俱乐部的博弈中处于绝对弱势地位。

国际足联的《球员身份与转会规则》中有明确规定：“一名职业运动员在与其现签约的俱乐部的合同结束、或将在6个月内到期的前提下，可以自由地与另一家俱乐部签约”，即博斯曼法则，这是国际足联给予世界各地球员的“尚方宝剑”。依靠博斯曼法则，周海滨自由转会成功，这暴露出中国足球“土政策”的落伍和故步自封。而且，周海滨成功转会直击中国足球转会制度的要害，很有可能让过去那种不合理的“包身制”彻底灭亡。中国联赛历史上不乏因为“限制30个月”的规则而跟俱乐部闹翻的先例，早的如邓乐军一怒之下从山东鲁能退役，30个月后才恢复自由身，但那时他已经无心恋战绿茵场，转向高尔夫球；近的也有张效瑞，因为与俱乐部的纠纷远走津门，而后只能在乙级联赛栖身。还有知名球员陈涛，多年前他也曾为自由身而战斗过。当年陈涛、张烈等几名沈阳球员就曾被俱乐部开出了“5年低薪”的合同，陈涛等球员一度拒绝签约，但最终无球可踢的悲惨处境迫使陈涛选择了妥协，签下了这份相当于卖身契的合约，而几名拒不妥协的队友则最终无法转会，被迫选择退役。面对无视球员利益的土政策，甚至连郝海东也发出了“中国球员地位不如民工”的愤慨，遥想当年，乌拉圭的佩纳罗尔还曾看上当时效力于八一的郝海东，郝海东正是因此中国转会政策的禁锢错失了留洋的最好机会，那时候中国球员尚不知留洋是什么滋味。

从目前的情况来看，似乎只有国际转会才能让中国球员享受自由之身，但很多球员已经想出了“曲线救国”之策。只要利用国际自由转会规则，让自己“出口转内销”，国内俱乐部同样可以受益于自由转会，从中避免高额的转会费。以400万元身价转会到天津的王新欣为例，其实他与辽足的合同已经到期，是一名自由球员。按照国内转会规矩，天津泰达俱乐部必须支付给辽足一大笔转会费。但如果天津方面可以找到一家合适的国外俱乐部，按照国际足联的自由转会规则签下王新欣，随后再以零身价将其转会到天津，那么就可以因此省去400万元的高价了。如此推广开来，那么国内转会市场也不存在所谓的包身限制，一切球员都可以享受到自由转会的政策，那么俱乐部对球员的控制和所谓30个月所有权的枷锁也将不复存在。类似的还有戴琳先转投波

黑联赛，然后回国曲线加盟申花等典型案例。

根据《劳动合同法》第四章第三十七条规定，劳动者提前三十日以书面形式通知用人单位，可以解除劳动合同。也就是说，与俱乐部建立劳动关系的职业运动员，遇有不满意现有俱乐部情形，只要书面通知俱乐部，便可在30日后与俱乐部解除劳动合同，转而投向条件更加优越的俱乐部。对花费了高额转会费引进球员的原俱乐部而言，仅一纸通知就能解除劳动合同，有失公允；另一方面，《劳动合同法》第七章第九十一条还规定“用人单位招用与其他用人单位尚未解除或者终止劳动合同的劳动者，给其他用人单位造成损失的，应当承担连带赔偿责任。中超金德队球员陈涛与俱乐部合同到2009年底，2007年夏，意甲热那亚队希望以分期付款方式，支付给金德120万欧元（金德要求的价格），实现陈涛加盟的想法，被金德拒绝，后者希望一次性付清。2007年12月，陈涛希望转会到其他中超俱乐部，请求俱乐部将其挂牌，遭拒绝。陈涛称准备退役。作为特殊行业，以30日之前通知用人单位的方式解除合同，显然是不合适的。转会期是解除和签订新合同的合理时间段（如果是中外转会，则两个转会期都可遵照），金德俱乐部要求损失赔偿也是合情合理的，是否属“漫天要价”需要相关劳动仲裁部门确定。但陈涛希望转会，俱乐部拒绝为其上榜，应属于违法。至于《劳动合同法》中规定的违约金，数额限于用人单位提供的培训费用，不可与转会费同日而语，起不到限制转会、稳定劳动关系的作用。如此发展的话，必将导致运动员的频繁转会，严重阻碍体育事业的发展，这显然不是《劳动合同法》所期望的。

面对职业运动员转会，《劳动合同法》无可奈何。一方面，《劳动合同法》未对运动员转会制度做出特殊规定，职业运动员转会应该适用现有合同解除制度；另一方面，依现有劳动合同解除制度，将导致运动员频繁转会，不利于和谐劳动关系的建立和体育事业的健康发展。

目前我国职业体育中的劳动法律应用尚处于工资等基本问题的初级阶段，随着《劳动合同法》的深入实施，职业体育中存在的问题势必呈现出多样化的趋势，例如：俱乐部内部规定（队规）的效力确认、工资集体协商、无固定期限劳动合同的签订与否、试用期、竞业限制、服务期、运动员和俱乐部的合同解除权等。因此，希望我国有关部门重视职业体育中蕴含的法律风险，尽早出台专项规定明确相关内容，以保证我国职业体育的健康发展。

虽然现阶段我国对于专项调整职业运动员与俱乐部之间劳动关系的法律尚属空白，但不能忽视现有劳动法律的作用及价值。随着运动员和俱乐部法律意识的提高和对劳动法律的不断了

解，不排除运用现有法律进行维权等现象的发生，因此这其中蕴含着巨大的法律风险。下面笔者从职业运动员和俱乐部两个角度分析现有劳动法律对职业体育的影响和利益的保护。

四、劳动法律对职业运动员利益的保护

结合《劳动合同法》等现有法律规定，职业运动员有权要求对俱乐部内部规定进行民主协商、要求进行工资集体协商、要求缴纳社会保险，主张俱乐部过错的随时解除权，甚至有可能出现运动员要求签订无固定期限劳动合同的情形，这些俱乐部都应该了解并加以应对。根据《劳动合同法》第四条，俱乐部的内部规定如果没有经过民主协商、公示等程序，或没有证据证明经过以上程序，那么该规定在程序上存在瑕疵，有可能被认定为无效，俱乐部依据无效规定对运动员的处理也进而失去了相应依据。

虽然运动员依据《劳动合同法》第三十七条提前三十日通知俱乐部即可解除劳动合同对俱乐部显失公平，存在很大的变数，但是如果运动员《劳动合同法》第三十八条解除合同则存在一定的合理及合法性。毕竟没有任何法律允许拖欠运动员工资、允许不为运动员缴纳社会保险，即使日后出台专项规定，相信也不会允许俱乐部存在第三十八条中的侵害运动员权益的行为出现，前几年的民航机长解除劳动合同案件已证实了该法律规定的效力。因此，对于存在第三十八条违法行为俱乐部的运动员，不排除利用此条法律规定同俱乐部解约进而转投其他俱乐部的可能。该条规定也对各职业俱乐部的自身建设提出了较高要求，除了各队的硬件建设外，更要重视各队的软件建设，及时更新法律知识，做到与时俱进。

五、劳动法律对职业俱乐部利益的保护

在《劳动合同法》保护运动员利益的同时，其中也不乏对俱乐部有利的条款，俱乐部如果充分运用，在一定程度上也能保护其自身利益。首先，上面提到的俱乐部内部规定如果经过了民主协商程序，并对队员进行公示，则可以作为各俱乐部处理运动员的有效依据。

其次，关于试用期的法律规定，能为俱乐部有效考察运动员提供法律依据，使各俱乐部更放心的挑选队员，而不必担心签约后发现队员不符合要求而出现的解约损失。根据《劳动合同法》的第三十九条、第四十六条规定，在试用期内如果发现运动员不符合录用条件，俱乐部有权解除其劳动合同，并不需支付任何经济补偿。

此外，《劳动合同法》第二十四条关于竞业限制的规定，能使俱乐部有效约束明星或关键运动员转会至其他竞争球队。例

如：同为中超俱乐部的争冠集团或保级集团的球队，以及同城德比球队等。在一定程度上，保证了球队的竞争力。

另外，根据《劳动合同法》第二十二条的法律规定，如果俱乐部对运动员进行了专项技术培训，例如：送年青运动员出国训练。则俱乐部可以同该运动员约定服务期及违约金。

最后，如果运动员出现了《劳动合同法》第三十九条所述行为，俱乐部有权依法随时解除其劳动合同并不需支付经济补偿金。

六、结语

奥运会的发展离不开最优秀运动员的参加，奥运会的大门越来越向职业运动员敞开。这客观上加快了体育职业化的进程，随着体育职业化的深入和职业体育的不断成功，职业体育中的劳动法律立法及应用更需要相关部门的重视和从业人员的关注。与此同时，劳动立法也在日趋完善，如果没有针对职业体育的专项法律规定，可以说，劳动立法越完善，带给职业体育的矛盾和风险越来越大。

随着职业体育的国际化，更多的国外运动员加盟我国。国外运动员的法律意识远远高于我国运动员，外援的不断加入，致使俱乐部的法律风险也在不断加大，如果俱乐部不能在法律方面很好的进行完善，那其在与外国运动员的合作中势必处于劣势。今年NBA劳资谈判的破裂，预示着明年可能有更多的职业篮球运动员加入到我国联赛，这其中不乏知名运动员。NBA当家球星、全明星中锋霍华德近日也表示明年将来华效力。与霍华德的专业团队的合作也是对我国并没有完全职业化的联赛一种考验，其专业团队中不乏优秀法律人士，在此笔者也呼吁相关人士重视此类问题。建议职业运动员、俱乐部在签订服役合同书时，应请专业律师仔细阅读，了解其中的法律风险的，并提供较好的应对。

职业体育纷繁复杂，除了解决基本劳动关系的劳动法律之外，还涉及方方面面的法律规定，例如：知名运动员、教练员的股权激励，而这些在我国尚属空白。如果能有效利用股权激励，对于吸引运动员、留住运动员将会更具优势。笔者呼吁大家更多地重视职业体育中的法律应用及相关风险，并制定应对方案，使职业体育健康发展。

金诺律师事务所作为天津市体育局的常年法律顾问，长期关注体育法律法规，关注体育产业、股权激励、场馆建设、退役运动员安置、大型运动会的法律服务，并在前不久成功为奥运冠军佟文维权成功，撤销了国际柔联对佟文的禁赛处罚。金诺律师事务所站在了体育法律服务的前沿，不断进取的金诺律师将以优秀的团队为广大客户提供更专业、更广泛的法律服务。 

外籍人员非法就业及其法律责任

□ 赵金霞



赵金霞 律师

毕业于中南财经政法大学法学专业，后，又获得天津师范大学宪法与行政法学硕士学位。2001年始，在河北省唐山市唐山学院任教，教授法学；于2007年正式加盟金诺律师事务所专职从事律师工作。
主要业务领域：人力资源法律服务，擅长企业奖惩、绩效、薪酬福利等各项规章制度的制定、劳动合同的拟定和修改、企业裁员策划和处理、劳资关系谈判、危机事件处理、企业人力资源和劳资关系培训等。

随着外籍人员在中国就业人数的大幅提升，外籍人员就业方面的相关问题受到越来越多用人单位的关注。本文将以一典型案例为切入点，就外籍人员非法就业及其法律责任问题进行法律和实务解析，希望能对用人单位正确处理外籍人员用工有所帮助。

一、案 例

2009年3月初美国人Andrew与中国某通讯公司通过互联网达成工作意向。2009年7月Andrew持旅游（L）签证到该通讯公司工作，在职期间一直未办理《外国人就业许可证书》、《外国人就业证》。但是，双方签订了书面劳动合同，约定某通讯公司支付Andrew月薪3万元，其他费用自理。

2010年2月、3月，通讯公司以Andrew负责的工程项目已接近完工，工作量减少为由分别支付其工资10000元和15000元。2010年3月底，公司以项目完成为由通知Andrew解除劳动合同。Andrew于2009年4月1日正式停止工作。

Andrew向当地仲裁委申请仲裁，要求通讯公司补发未足额发放的工资并支付违法解除劳动合同双倍赔偿金。

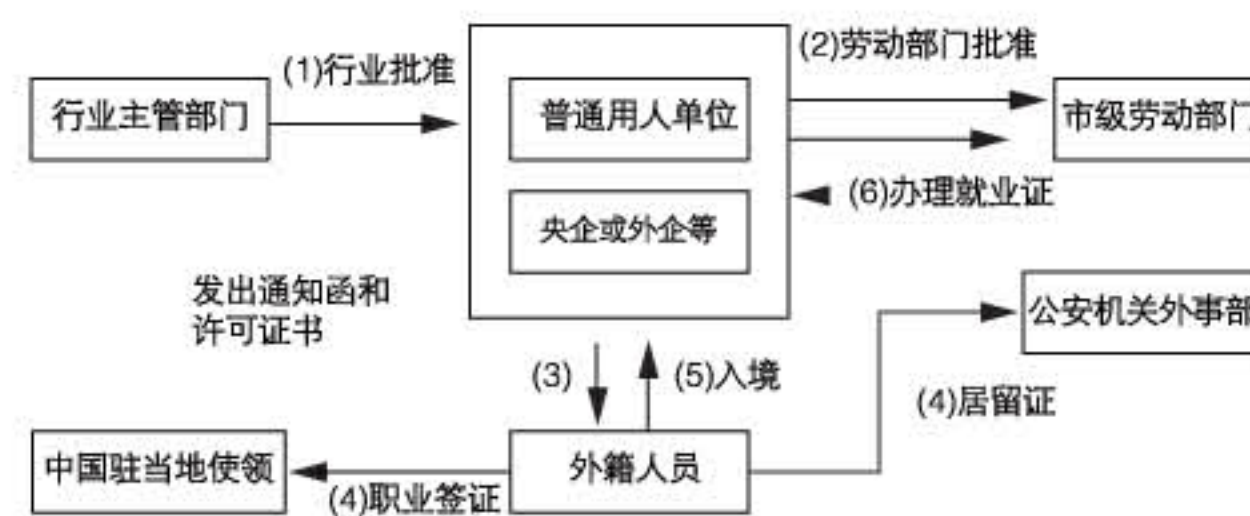
二、外籍人员在中国就业与非法就业

上述案例为典型的外籍人员非法就业的案例，我们将以此案例为切入点深入剖析外国人非法就业的相关问题。

所谓外籍人员在中国就业，是指没有取得定居权的外国人在中国境内依法从事社会劳动并获取劳动报酬的行为。

外国人在中国境内就业，需要符合我国劳动部等四部委于1996年颁布《外国人在中国就业管理规定》规定的就业条件和就

业岗位。同时，还需要按照下列从（1）到（7）程序办理就业审批和核准手续：



所有按照上述手续办理就业许可、就业证（专家证）和居留证的外籍人员在中国境内就业的，都属于外籍人员合法就业，而没有办理上述外国人就业证和居留证的外国人在中国境内就业的则构成非法就业。

通常非法就业主要有以下几种情形：

- （1）持旅游签证或访问签证在企业内任职；
- （2）就业证登记单位与实际任职单位不一致；
- （3）外国人员工作单位和工作地点变更后仍沿用原就业证。

三、外籍人员非法就业劳动合同效力

外籍人员虽然没有办理我国法律规定的相应就业手续，但是他们已经签订了劳动合同，外籍人员已向用人单位提供劳动、服从用人单位管理，用人单位向外籍人员支付劳动报酬，似乎在用人单位和外籍人员之间已经形成了既成的劳动关系，那么究竟双方劳动合同是否有效？“劳动关系”如何处理呢？

我们认为，应认定双方劳动合同无效，劳动关系不成立。理由如下：

1、根据《劳动合同法》第26条“下列劳动合同无效或者部分无效：……（三）违反法律、行政法规强制性规定的。”而上述《外国人就业管理规定》第8条，关于外国人就业程序的规定，应属于外国人就业管理领域的“强制性规定”，虽然，该规定并非属于法律或行政法规。

2、中国劳动法上的劳动者的主体资格受到相关法律特殊规制的，而并不是我们民事法律领域的自然人都能够成为劳动法律关系的劳动者一方主体，如实习学生、已领取养老待遇人员等。因此，我们认为，外籍人员在中国境内就业需要具备相应的主体资格，而办理就业审批和证件恰恰是为其取得了劳动者的主体条件，未办理就业手续则不具备劳动者的主体资格条件，因此，则不能成立劳动法律关系。

3、为保障我国劳动力就业市场的稳定，需要对外国人员在境内就业进行特殊的规制和管理，这符合中国的国情，同时也与国际管理保持一致。如果外国人没有按照相关规定办理审批手续仍然构成合法就业，给予中国劳动者同样的特殊保护，则显然与我国的外籍人员就业特殊管理制度是相违背的。

因此，我们认为，非法就业的外国人与用人单位签订的劳动合同应当无效，并且，双方关系不按照劳动关系处理。这一观点，虽然在立法上没有全国统一的意见，但是各地方纷纷通过各种形式表达了这一观点：如《北京市关于劳动争议案件适用法律问题研讨会会议纪要》“外国人、港澳台地区居民未依法办理《外国人就业证》、《台港澳人员就业证》的，其与用人单位签订的劳动合同应为无效劳动合同。外国人、港澳台地区居民已经付出劳动的，由用人单位参照合同约定支付劳动报酬。”广东、浙江、深圳等相应地方的法院或仲裁机构也都有明确的类似的处理意见，上海地区在审判实务也是如此把握。

四、非法就业后雇佣事项处理

依照上述结论，外籍人员非法就业后，劳动合同无效，双方劳动关系不能成立，则双方之间的关系或争议就应按照民事法律中的雇佣关系来处理，基本处理方法为：

1、外籍人员已经付出劳动的，用人单位应按照合同约定支付外籍人士劳动报酬。“劳动合同被确认无效，劳动者已付出劳动的，用人单位应当向劳动者支付劳动报酬。劳动报酬的数额，

参照本单位相同或者相近岗位劳动者的劳动报酬确定。”这是《劳动合同法》对于无效劳动合同中，劳动者已经付出劳动后劳动报酬的处理规定。但是，此规定的操作性并不是很强，而各地规定按照合同约定支付劳动报酬则更具操作性。

2、任何一方违反约定要求解除双方关系的，均不需要向对方支付补偿或赔偿。因为，首先双方劳动合同本身就是无效的，其中的约定不具有法律效力，无权要求对方承担相应违约责任；其次，双方用工关系的存在本身就是违法的，双方有义务随时解除或终止违法行为的持续或继续，这是法定义务，因此不应产生法律责任。

3、外籍人员在非法就业期间因工作原因导致伤害事故或职业病的，用人单位应当按照《侵权责任法》的处理原则，依照过错确认用人单位的责任，而不是按照工伤的原则承担无过错责任。

4、外籍人员无权要求用人单位缴纳社会保险，也无权要求用人单位支付其他法定报酬和福利。

五、非法就业行政责任承担

对于非法就业的用人单位和外籍人员，除了处理劳动合同和劳动关系领域的责任外，还应当依法承担相应的行政责任。根据《外国人在中国就业管理规定》及《中华人民共和国出境入境管理法》等相关规定，用人单位和外籍人员可能承担以下责任：

1. 终止雇佣行为：即双方应当立即停止非法就业和非法用工的行为，这是每一个非法就业行为必然产生的法律后果。
2. 罚款：根据情况的严重程度，相关政府部门可以给予非法谋求职业的外国人以最高1000元人民币的罚款，而非法招用外国人的单位的罚款额度5000元至50000元人民币。
3. 限期出境和承担遣送费用：对于情形比较严重的非法就业和用工的情形，可能被公安机关要求限期出境，如果需要公安机关遣送回国的，相应的遣送费用由用人单位承担。

根据上述对于外国人非法就业的分析，我们可知在开篇的案例中Andrew在某通讯公司任职没有办理就业许可证和居留证，因此，Andrew构成了在中国境内非法就业；双方劳动合同无效，Andrew无权要求某通讯公司支付解除劳动合同经济补偿金；但是，对于其在任职期间，公司少支付的工资，Andrew有权要求公司支付。并且，基于该案情况，Andrew和某通讯公司还可能承担罚款或限期出境等行政责任。🏠

聚焦女职工劳动保护—— 《女职工劳动保护特别规定》亮点解读

□ 周丽霞



周丽霞 律师

金诺（北京）律师事务所合伙人，大连海事大学法学硕士。周律师的主要业务领域为企业劳动用工风险防范与争议解决、外商投资与国际贸易、企业常年法律顾问。周律师执业至今，为多家大、中型国有企业、外资企业和民营企业提供常年或专项法律服务，客户遍及各行各业。办理各类复杂、疑难的劳动仲裁和诉讼案件，能凭借专业优势为企业出具最优的应诉方案，最大程度上保障企业的利益。曾发表《企业劳动用工的法律风险管理与防范》、《“三期”女职工的劳动权益保护专题》等多篇专业文章，2011年，周律师出版了专著《HR全程法律顾问——企业人力资源管理高效工作指南》，该书首次上市5个月即售罄，刷新了同类书籍的最好销售记录，得到了各地HR读者的一致好评和肯定。

2012年4月28日，国务院总理温家宝签署国务院令，公布了《女职工劳动保护特别规定》（以下简称《特别规定》）。这项新法规的出台和施行，再一次将女职工劳动保护的话题推到了风口浪尖，“‘三期’待遇”、“职场性骚扰”、“禁忌劳动”，这些敏感词汇一时间成为大家街头巷尾热议的焦点。那么，新法规到底与之前的《女职工劳动保护规定》有哪些差别，做出了哪些新规定，何以“特别”呢，这是目前企业和劳动者共同关注和关心的话题。于员工而言，更关心的是又能享受到哪些新的权益，而作为企业，则需要思考和关注应如何依法保护女员工的这些权益，从而避免法律风险和引发纠纷。

《特别规定》全文16条，附录4项19条，总的来说，整个篇幅不长，但较之以往的规定却在很多方面有了新的突破和进步，具体如下：

一、扩大了适用范围

《特别规定》第2条明确规定，“中华人民共和国境内的国家机关、企业、事业单位、社会团体、个体经济组织以及其

他社会组织等用人单位及其女职工，适用本规定。”由此，《特别规定》将劳动保护的适用范围从原有的国家机关、企事业单位延伸到了“个体经济组织以及其他社会组织等”所有用人单位，女职工的范围也从城镇女职工扩展到了包括农民工、小时工等各种用工形式在内的全国所有女职工。

二、产假延长至98天

《特别规定》参照国际劳工组织有关公约，将生育产假期延长至14周，较原规定90天延长了8天。对于“三期”女职工来说，这无疑是最直接的受益了。由于实务中，晚育女职工还享受晚育奖励假，因此，以北京为例，晚育女职工可以享受的产假达到128天，如果是剖腹产的，产假将可达到143天。产假的延长，有助于女职工特殊时期的身体恢复，虽然在一定程度上增加了企业的用工成本，但也是企业必须担当的社会责任。

关于女职工怀孕后流产，也能享受产假的规定，《特别规定》并不是首次提出，之前的《女职工劳动保护规定》中已经对女职工的流产假待遇做出了原则性规

定。之后劳动部《关于女职工生育待遇若干问题的通知》对于流产假待遇做出了进一步的规定，但是产假应休时间规定得比较宽泛，进而导致实务中执行的休假时间长短不一，此次《特别规定》参照上述劳动部的《通知》，明确了流产假期的档次划分和应休时间标准，即“怀孕未满4个月流产的，享受15天产假；怀孕满4个月流产的，享受42天产假”。

三、用人单位有责任防止“职场性骚扰”

《特别规定》明确，“在劳动场所，用人单位应当预防和制止对女职工的性骚扰”，这是我国劳动法领域首次明确用人单位应承担防止职场性骚扰的雇主责任，用人单位有义务采取适当的措施避免使女职工因工作遭受性骚扰，以及及时制止已经发生的性骚扰。但是，在实际操作中，如何界定职场性骚扰，用人单位采取哪些措施将被视为履行了上述雇主责任，以及性骚扰发生后，女职工能据此要求单位承担何种责任，仍然有待实务中进一步探讨和明确。我们认为，在目前法律规定和标准尚不清晰的情况下，企业可以首先有意

识有计划地制定和出台一些措施，以承担和履行相应的雇主责任，包括在电梯等企业公共场所安装摄像头、设置可视窗口；将防止性骚扰纳入用人单位规章制度，并对员工开展相关的宣传和教育；在单位内部建立有效的举报和投诉制度，鼓励女职工主动拿起法律武器保护自己，等等。

四、调整了女职工禁忌从事的劳动范围

此次《特别规定》的一个重要内容，就是对女职工禁忌从事的劳动范围作了重大调整，表现在“一个扩大、一个缩小、一个删除”：1、扩大了孕期和哺乳期禁忌从事的劳动范围；2、缩小了经期禁忌从事的劳动范围；3、删除了已婚待孕期禁忌从事的劳动范围。女职工禁忌从事的劳动范围的调整，使得倾斜性保护的

立法目的和本意能更好地得以实现，既保护了“四期”女职工的劳动权益，又避免了过多的“禁忌”可能引发的就业歧视。

《特别规定》附录列示了“四期”女职工禁忌从事的劳动范围，但其中对劳动标准尚未做出明确的规定，因此，可以预计的是，未来经过专家的深入调研和论证，女职工禁忌劳动范围的相关文件还将进一步被修订和完善。

五、明确了生育待遇支付渠道

过去很长一段时间内，各地法规一般只要求企业为具有本市城镇户口的职工缴纳生育保险，因此，外地户口的员工和农民工事实上都无法享受到生育保险待遇。2011年7月1日，《社会保险法》正式实施后，明确将生育保险的覆盖人群扩展到包括外地户口职工和农民工在内的所

有员工。因此，为全体员工缴纳生育保险并且保证她们享受到法律规定的生育保险待遇，成为企业必须承担的义务和责任。企业依法为员工缴纳生育保险后，女职工生育的，相应的生育津贴和医疗费用等均由生育保险基金支付；如果企业未为员工缴纳生育保险的，则由单位按照女职工产假前工资的标准支付生育津贴及报销医疗费用。

总之，随着女职工劳动保护法规的不断修订和完善，给用人单位的依法用工提出了更高的要求 and 更大的挑战，企业应当正视这种现状和趋势，正确解读新的法规政策，认真研究应对策略和措施，及时纠正过去的做法，从而保证合法用工，避免因沿用旧规定而引发劳动争议和承担不利后果。

竞业限制涉及商业秘密保护问题的实务与对策

□ 杨玲



杨玲 律师

金诺律师事务所合伙人，劳动法业务部部长
毕业于北京大学法律系，获取法学学士学位。
毕业后，先后工作于人民检察院、外资企业、律师事务所。1997年加入金诺律师事务所，目前担任劳动法业务部部长。
业务领域：公司法律事务，人力资源与劳动关系，公司内部管理制度的设立与完善，企业内部危机处理、协调劳资纠纷等。

随着社会的进步，科技的发展，市场竞争的日益激烈，必然促进人才的进一步流动，而人才流动又必然造成企业商业秘密泄露的可能性。现代社会人才流动是无法避免的，这是社会发展和社会分工的必然趋势。为避免因人才流动造成商业秘密的泄露，损害企业利益，多数企业纷纷通过竞业限制的方式，保护自身对商业秘密的合法权益，正如有专家指出的：“人才流动与商业秘密保护从来就是一对孪生兄弟”。

所谓竞业限制是指为避免用人单位的商业秘密被侵犯，员工依法定或双方约定，在劳动关系存续期间或劳动关系解除、终止后的一定时期内，不得到与本单位生产或经营同类产品、从事同类业务的有竞争关系的其他用人单位兼职或任职，也不得自己开业生产或经营与本单位有竞争关系的同类产品或经营同类业务。我国现行法律没有对竞业限制的对象作出明确限定，因此，雇佣双方可以根据实际情况自愿选择签订竞业限制协议，作为劳动合同的附件，使其具有法律效力。同时，根据我国《劳动合同法》的规定，由于竞业限制所限制的是员工的劳动权利，因此，

作为竞业限制协议生效的一个基本要件，用人单位必须对员工作出相应的经济补偿。

实践中，如果企业希望通过采取竞业限制的方式，保护自己拥有的商业秘密不被泄露，在实际操作时需要注意遵循以下基本原则。

1、遵循公平、自愿、诚实信用，以及保证合同目的合法的基本原则。

2、尽可能明确商业秘密的保护范围以及竞业限制的范围：用人单位首先应根据商业秘密的价值性、新颖性、保密性、秘密性等诸多要素来确定哪些属于自己的商业秘密，明确哪些技术信息和经营信息属于保护范围内的商业秘密，并采取相应的保密措施加以规范，避免将该行业的一般知识、经验和技能都纳入商业秘密的具体范围，更不能扩大到与本企业商业秘密无关的领域和行业。竞业限制应以与本企业的业务相同的竞争业务为限。履行竞业限制义务的员工如果利用自己掌握的企业所有的技术秘密或经营秘密进行兼职或在一定期限内和他人共同经营与原单位业务相同的竞争企业，或引诱掌握上述商业秘

密的人员离职，或将上述商业秘密提供给他人，均构成违反竞业限制的行为，应当承担相应的法律责任。

3、要有明确的适用对象：实践中，建议企业不宜将适用竞业限制的对象随意扩大，需要根据企业自身的实际情况，将掌握企业重要商业秘密的员工列为竞业限制的对象，如：从事研究、开发、掌握重要技术的骨干、管理人员以及关键岗位的高层人员等。同时，如果能够列出明确的与本企业相似的有竞争性的企业名单，更便于操作。

4、要有明确的竞业限制期限的约定：根据我国《劳动合同法》的规定，竞业限制的最长期限不得超过两年。企业可以根据掌握企业商业秘密的人员所在岗位和掌握秘密的程度，该商业秘密的价值，竞争优势的持续时间以及商业秘密对同业竞争对手的利用价值和离开后将对本企业造成的损失程度等因素，综合考量确定竞业限制的期限。一般而言，商业秘密的竞争优势就在于具有较强的时间性，超过一定的期限，其优势就不复存在。因此，确定竞业限制的期限需要兼顾企业与员工的合法权益。

5、约定明确的经济补偿金额：在竞业限制协议中应明确约定在竞业限制期间经济补偿的数额或计算方式，支付方式等重要事项。根据我国《劳动合同法》的规定，企业在运用竞业限制条款时，须遵循公平原则，在解除或终止劳动合同后在竞业限制期限内按月向离职员工支付相应的经济补偿，否则，离职员工可以不再履行竞业限制义务。对于竞业限制的补偿金额问题，至今法律上没有一个明确的规定，《劳动合同法》虽然确定了应当约定竞业限制补偿金的原则，但是并没有明确补偿金的标准。此前，《劳动合同法》草案曾经规定了竞业限制数额不得少于劳动者在该用人单位的年工资收入，但终因争议过大而取消。尽管如此，各地的一些地方规定还是提供了一些指引作用，如深圳市就做出了明确规定：竞业限制协议约定的补偿费，按月计算不得少于该员工离职前12个月月平均工资的二分之一。实践中，对于约定过低的经济补偿金，一旦发生纠纷一般不被司法机构认可。

目前，我国关于商业秘密的保护以及竞业限制在实践操作中存在着以下主要问题，也是企业比较困惑的难题。

1、首先，目前我国关于商业秘密保护的律不系统，只散见于法律、法规、行政规章、地方性立法，因此具有不系统、不全面、缺乏权威性的特点。在保护商业秘密中，竞业限制是一个比较有效的保护方式，但是，我国竞业限制的条款与商业秘密保护条款一样零零散散，没有形成一个完整的体系，并且不宜操作。

2、竞业限制保护范围过窄。目前为止，竞业限制比较倾向于保护企业的技术秘密，而对于在市场经济中广泛存在的并具有一定经济价值的技术诀窍、经营秘诀、客户名单、货源情报等广义的商业秘

密则保护力度明显不够，当然，这与用人单位举证困难也有一定的关系。

3、违约金的设定：既然《劳动合同法》对于违反竞业限制义务承担违约金的数额没有具体规定，就说明用人单位可以与员工进行协商约定，但是，违约金的数额不能违反《合同法》等有关法律的规定和公平原则，应根据劳动者的劳动报酬、商业秘密的价值等因素合理确定。

4、市场经济的不断发展刺激了人才的频繁流动，因此，促使很多用人单位对于掌握了本单位商业秘密人才的流动相当头疼，于是企业一般都选择与员工约定“竞业限制条款”。但是，实践中，经常发现企业所设计的竞业限制条款存在是否合法、是否具有可操作性、是否能够保障企业利益等问题。

比如：一些企业在与员工劳动关系存续期间，以工资福利待遇的形式将竞业限制补偿或保密费支付给员工，而到了竞业限制履行期间反而不支付经济补偿金，这种做法已不符合《劳动合同法》的规定，同样无法真正实现企业的目的，保障企业的合法权益。

5、竞业限制的方式：很多企业要求员工履行竞业限制的方式仅局限于与自身有竞争关系的第三方形成雇佣关系，而这样单一的限制方式不利于全面保护企业对商业秘密的权利，因此在设计竞业限制条款时需要注意组合设计方案。

竞业限制的单位对象：多数企业在设定竞业限制的单位对象时往往用概括的方式，而一旦产生争议时，企业还需采集更多的证据来证明该单位与本企业存在竞争关系，并且，有时还需面对相类似的第三方时，该企业在应诉过程中就会陷于困境。因此，律师往往建议企业在设定竞业限制的单位对象时，可以考虑用列举法和概括法相结合的方式，更加有利于明确和定性竞业限制的单位对象。

6、竞业限制的法律后果：根据我国《劳动合同法》的规定，违反竞业限制义务的法律后果仅涉及到违约金的救济方式，但是，从法律上讲，还应可以设定返还补偿金、赔偿经济损失、继续履行等更广泛的救济方式，从而更有利于保护企业的合法经济利益。

7、在实践操作中，违反竞业限制义务的赔偿金额的计算、举证责任均存在一定的难度，因此，也导致了不利于打击侵犯商业秘密的违法行为。

企业在使用竞业限制条款时，除了注意法律层面上的规定以外，还需要注意把握具体应对方面的细节问题，比如：

1、在解除或终止劳动合同时，需要注意完善商业秘密文件、资料、财物的交接手续。企业应事先准备好所有的交接工作，事先对该岗位所涉及的所有涉密信息进行清理、审查、统计，要求涉密员工在劳动合同解除或终止前的一段时间内归还所统计出来的属于企业的一切文件、资料和财物，只有企业确认已收到员工所移交的文件、资料和财物，交接工作才算完结。

2、对于劳动合同存续期间，由普通岗位逐渐转为重要岗位，尚未签订竞业限制协议的重要涉密人员，企业须及时签订竞业限制协议，作为劳动合同的补充约定。对于重要涉密人员，企业应当要求该员工留下相应的联系方式，同时，可以要求员工出具书面承诺书，保证今后不违反竞业限制的约定，并且保证与企业保持应有的联系方式，以便企业随时了解该员工去向。这种方式看起来比较简单，但是，也可以起到一定的威慑作用。

3、企业内部建立有关信息资料管理制度和涉密人员管理制度。对商业秘密中的技术信息和经营信息，进行保密管理，

设定企业相关人员负责专项监控，避免出现不加强商业秘密的日常保护措施，反而仅注重违约人员的后期追诉。实际上，这样无形中会加大企业的追诉成本，而且，一般而言，收效较小。

总之，现代社会人才流动是无法避免的，这是社会发展和社会分工的必然趋势，而企业又非常担心人才流动造成商业

秘密的泄露。那么，2008年1月1日起正式施行的《劳动合同法》规定了竞业限制条款，明确了企业对商业秘密知识产权的法定权利，实现了企业商业秘密的民法保护，是对企业知识产权的尊重，有利于企业竞争力的提升。由此可见，《劳动合同法》对保密协议和竞业限制条款的规定在商业秘密保护方面迈出了重要一步，但

是，同时，在一些具体执行措施上仍有一些不足和空白，操作性不强，而且，至今尚未完善。因此，在立法进程比较缓慢、滞后的情况下，就需要企业在具体操作过程中，尽可能根据自身的发展需求，在遵循法律基本原则的基础上加以规范与完善，以充分保障企业和员工的双重合法利益。🏠

浅析我国职业病制度

□ 王雪姣



王雪姣 律师

王雪姣，济南大学法学学士
2008年加入金诺律师事务所，劳动法业务部律师
业务领域：企业劳资纠纷及人力资源管理，突发事件应对与处理，员工工伤、职业病事务处理，劳动法律培训，工会相关法律事务，商业移民与外国人就业，涉外劳资纠纷，其他各种公司法律事务

引言

伴随2008年《劳动合同法》实施以来劳动者维权意识的增强以及诸多涉及职业病问题的焦点案例的曝光，职业病问题已然成为一个受到越来越多人关注与重视的社会问题。《中华人民共和国职业病防治法》中对职业病做了明确的界定：职业病是指企业、事业单位和个体经济组织的劳

动者在职业活动中，因接触粉尘、放射性物质和其他有毒、有害物质等因素而引起的疾病。从以上释义可明确产生职业病的三个要素：
（一）职业病的主体为劳动者；
（二）职业活动中涉及某些特定因素；
（三）劳动者的健康隐患与职业活动具有因果关系。

一、背景介绍

随着工业化的推进，我国职业病病例数也在逐年增加。除煤炭、铁道、冶金等职业病多发行业外的其他领域的诸多企业也越来越多牵涉其中。据统计，我国2010年新增职业病27240例，并且近三年一直呈逐年上升趋势。

类 目 年 度	新增总数	尘肺病	职业中毒	职业性肿瘤	职业耳鼻喉 口腔疾病
2008	13744	约10704	--	--	--
2009	18128	14495	2464	63	1106
2010	27240	23812	2034	80	1314

注：以上均为卫生部公布数据。

二、立法现状

我国有关职业病的专门法律规范不多、总体可行，其中包括：
2002年5月1日，《职业病防治法》开始施行，该法从前期预防、劳动防护、事后诊断和监督管理等方面对用人单位职业病防治行为进行规范；

2002年，《职业病危害因素分类目录》，对职业病危害因素进行分类汇总；
2002年，《职业病危害项目申报管理办法》，要求用人单位依照《职业病危害因素分类目录》对职业病危害因素进行申报；
2002年，《职业病诊断与鉴定管理办

法》，具体规范职业病诊断与鉴定过程中的事项与问题；
2002年，《职业卫生服务机构管理办法》，具体规范职业卫生服务机构及职业病诊断机构的资质及管理问题；
2006年，《建设项目职业病危害分类管理办法》，要求可能产生职业病危害的

项目建设前经过卫生部审核或备案。

三、具体规范

职业病的预防、控制及治理涉及到企业建设、投产的各个方面，也即建设项目在可行性论证、建设、竣工验收及投产使用阶段均需采取相应的措施对涉及产生职业病危害因素的项目进行预防、处理及控制。本部分拟从涉及职业病项目的建设单位的前期建设、职业病项目申报、投产使用中的劳动防护、职业病诊断与鉴定及职业病待遇等几个方面对我国现行法制背景下法律法规对职业病问题的规定进行分析与探讨。

建设项目的核准和备案：

《职业病防治法》明确规定，可能产生职业病危害的新建、扩建、改建建设项目和技术改造、技术引进项目开工前，建设单位必须向卫生部门提交职业病危害预评价报告进行相应的审核或备案。未履行此程序的建设项目，相关部门不得批准开工建设。经过卫生行政部门备案或审核批准之后，企业需依据评价报告所确定的职业病防护措施与主体工程同时设计、同时施工、同时投入生产和使用。

对于已经审核或备案的建设项目职业病危害预评价报告，其生产规模、工艺或者职业病危害因素的种类、防护设施等发生变更时，建设单位应当对变更内容重新进行职业病危害预评价并经卫生部门的审核或备案。

除职业病危害预评价报告外，建设项目在竣工验收前，建设单位还应当进行职业病危害控制效果评价。《建设项目职业病危害分类管理办法》第二十三条规定：建设单位在竣工验收前，应当委托具有资质的职业卫生技术服务机构进行职业病危害控制效果评价，职业病危害控制效果评价应当尽可能由原编制职业病危害预评价报

告的技术机构承担。

根据《职业病防治法》第十七条规定：职业病危害预评价、职业病危害控制效果评价由依法设立的取得省级以上人民政府卫生行政部门资质认证的职业卫生技术服务机构进行。职业卫生技术服务机构所作评价应当客观、真实。

若建设单位未履行以上程序或措施即进行建设和生产的，则依据《职业病防治法》第六十二条的规定，需承担以下行政处罚措施：建设单位违反本法规定，有下列行为之一的，由卫生行政部门给予警告，责令限期改正；逾期不改正的，处十万元以上五十万元以下的罚款；情节严重的，责令停止产生职业病危害的作业，或者提请有关人民政府按照国务院规定的权限责令停建、关闭：

- （一）未按照规定进行职业病危害预评价或者未提交职业病危害预评价报告，或者职业病危害预评价报告未经卫生行政部门审核同意，擅自开工的；
- （二）建设项目的职业病防护设施未按照规定与主体工程同时投入生产和使用的；
- （三）职业病危害严重的建设项目，其职业病防护设施设计不符合国家职业卫生标准和卫生要求施工的；
- （四）未按照规定对职业病防护设施进行职业病危害控制效果评价、未经卫生行政部门验收或者验收不合格，擅自投入使用的。

职业病危害项目申报制度：

国家对职业病监管的另一项主要措施为职业病危害项目申报制度，即要求存在或产生职业病危害项目的用人单位对其职业病危害项目进行申报。根据《职业病危害项目申报管理办法》第二条规定：存在或者产生职业病危害项目的用人单位，应当按照《职业病防治法》及本办法规定申

报职业病危害项目。依据该办法规定，职业病危害项目是指存在或者产生职业病危害因素的项目，而职业病危害因素按照卫生部发布的《职业病危害因素分类目录》确定。用人单位应当在建设项目竣工验收之日起30日内向所在地县级卫生行政部门申报职业病危害项目。若用人单位未按规定进行职业病危害项目申报的，根据本办法第九条规定：用人单位违反《职业病防治法》及本办法的规定，未申报职业病危害项目或者申报不实的，责令限期改正，给予警告，可以并处2万元以上5万元以下罚款。

投产使用过程中的劳动防护：

- 依据《职业病防治法》第十九条规定：用人单位应当采取下列职业病防治管理措施：
- （一）设置或者指定职业卫生管理机构或者组织，配备专职或者兼职的职业卫生专业人员，负责本单位的职业病防治工作；
 - （二）制定职业病防治计划和实施方案；
 - （三）建立、健全职业卫生管理制度和操作规程；
 - （四）建立、健全职业卫生档案和劳动者健康监护档案；
 - （五）建立、健全工作场所职业病危害因素监测及评价制度；
 - （六）建立、健全职业病危害事故应急救援预案。

第二十条规定，用人单位必须采用有效的职业病防护设施，并为劳动者提供个人使用的职业病防护用品。用人单位为劳动者个人提供的职业病防护用品必须符合防治职业病的要求；不符合要求的，不得使用。

企业在处理涉及职业病危害员工的劳动关系时需注意以下两点：

第一、《职业病防治法》第三十条规

定，用人单位与劳动者订立劳动合同时，应当将工作过程中可能产生的职业病危害及其后果、职业病防护措施和待遇等如实告知劳动者，并在劳动合同中写明，不得隐瞒或者欺骗。劳动者在已订立劳动合同期间因工作岗位或者工作内容变更，从事与所订立劳动合同中未告知的存在职业病危害的作业时，用人单位应当依照前款规定，向劳动者履行如实告知的义务，并协商变更原劳动合同相关条款。用人单位违反前两款规定的，劳动者有权拒绝从事存在职业病危害的作业，用人单位不得因此解除或者终止与劳动者所订立的劳动合同。

第二、依据《劳动合同法》第四十二条规定：劳动者有下列情形之一的，用人单位不得依照本法第四十条、第四十一条的规定解除劳动合同：从事接触职业病危害作业的劳动者未进行离岗前职业健康检查，或者疑似职业病病人在诊断或者医学观察期间的；

另外，依据《职业病防治法》相关规定，对从事接触职业病危害作业的劳动者，用人单位应当按照国务院卫生行政部门的规定组织上岗前、在岗期间和离岗时的职业健康检查，并将检查结果如实告知劳动者。职业健康检查费用由用人单位承担。用人单位还需为劳动者建立职业健康监护档案，并按照规定期限妥善保存。对于进行职业健康检查的机构，《职业病防治法》中也有明确的规定，即职业健康检查应当由省级以上人民政府卫生行政部门批准的医疗卫生机构承担。

职业病诊断及鉴定制度：

根据《职业病防治法》规定，职业病诊断应当由省级以上人民政府卫生行政部门批准的医疗卫生机构承担。而天津地区的唯一一家综合性职业病诊断机构为坐落于天津市河东区新开路上的天津市职业

防治院。根据《职业病诊断与鉴定管理办法》第十一条规定：申请职业病诊断时应当提供以下文件：

- （一）职业史、既往史；
- （二）职业健康监护档案复印件；
- （三）职业健康检查结果；
- （四）工作场所历年职业病危害因素检测、评价资料；
- （五）诊断机构要求提供的其他必需的有关材料。

职业病诊断机构在进行职业病诊断时，应当综合分析下列因素：

- （一）病人的职业史；
- （二）职业病危害接触史和现场危害调查与评价；
- （三）临床表现以及辅助检查结果等。在没有证据否定职业病危害因素与病人临床表现之间的必然联系的，在排除其他致病因素后，应当诊断为职业病。

职业病诊断结论并非最终结果，当事人对诊断结果有异议的，可依据《职业病诊断与鉴定管理办法》第十九条规定，在接到职业病诊断证明书之日起30日内，向做出诊断的医疗卫生机构所在地设区的市级卫生行政部门申请鉴定。设区的市级卫生行政部门组织的职业病诊断鉴定委员会负责职业病诊断争议的首次鉴定。当事人对设区的市级职业病诊断鉴定委员会的鉴定结论不服的，在接到职业病诊断鉴定书之日起15日内，可以向原鉴定机构所在地省级卫生行政部门申请再鉴定。省级职业病诊断鉴定委员会的鉴定为最终鉴定。职业病诊断鉴定费用由用人单位承担。

职业病待遇：

根据《工伤保险条例》第十四条规定，职工有下列情形之一的，应当认定为工伤：（四）患职业病的；第十七条规定，职工发生事故伤害或者按照职业病防治法规定被诊断、鉴定为职业病，所在单

位应当自事故伤害发生之日或者被诊断、鉴定为职业病之日起30日内，向统筹地区社会保险行政部门提出工伤认定申请。遇有特殊情况，经报社会保险行政部门同意，申请时限可以适当延长。用人单位未按前款规定提出工伤认定申请的，工伤职工或者其近亲属、工会组织在事故伤害发生之日或者被诊断、鉴定为职业病之日起1年内，可以直接向用人单位所在地统筹地区社会保险行政部门提出工伤认定申请。

根据以上规定可知，员工被诊断为职业病的，需到劳动行政部门进行工伤认定的申请，后继续到劳动能力鉴定部门进行劳动能力鉴定，根据被鉴定的工伤等级标准，依据《工伤保险条例》规定，被鉴定为工伤一至四级的，退出工作岗位，享受相对应的一次性伤残补助金及伤残津贴待遇；被鉴定为工伤五至六级的，保留劳动关系，享受相对应的一次性伤残补助金，由用人单位安排适当工作，难以安排工作的，按月发给伤残津贴，经工伤职工本人提出，该职工可以与用人单位解除或者终止劳动关系，由工伤保险基金支付一次性工伤医疗补助金，用人单位支付一次性伤残就业补助金；被鉴定为工伤七至十级的，享受相对应的一次性伤残补助金，劳动合同期满终止，或者职工本人提出解除劳动合同的，由工伤保险基金支付一次性工伤医疗补助金，用人单位支付一次性伤残就业补助金。

四、结语

《职业病防治法》自2002年颁布实施至今已历时9年，在具体操作及实施中已经越来越多的显示出不足与欠缺，今年7月4日，全国人大常委会在其网站公布了《职业病防治法修正案（草案）》，并面向社会征求意见。从草案内容来看，此次修改主要集中在以下几个方面：

首先，修正案要求各地卫生行政部门向社会公布本区域内承担职业病诊断的医疗卫生机构名单，并禁止鉴定机构拒绝劳动者的诊断要求，以便于保护劳动者在涉及职业病问题上的权利。

其次，对于诊断和鉴定材料获取，修正案要求将工作场所职业病危害因素检测资料代替现场危害调查与评价，纳入考虑范围，使评价依据更加客观。同时，修正案一方面要求用人单位提供诊断和鉴定资料，另一方面赋予鉴定机构到工作场所进行现场调查的权利，并禁止用人单位进行妨碍。劳动者对用人单位提供的检测结果有异议的，鉴定机构应当提请相应卫生

监督管理部门进行调查并由该部门做出判定。

再次，对于职业病诊断，修正案要求在没有证据否定职业病危害因素与病人临床表现之间的必然联系的即诊断为职业病，而取消了原来“排除其他致病因素”的要求；同时，当用人单位不提供诊断资料时，诊断和鉴定机构可结合劳动者临床表现、辅助检查结果、劳动者的职业史、职业病危害接触史，并参考劳动者自述、卫生部门检查信息做出诊断和鉴定结论。这些要求减轻了劳动者提供证据的责任，并将其转移给用人单位。

最后，修正案赋予劳动者对职业病

诊断过程中职业史、危害接触史、劳动关系、工种、岗位和在岗时间有关争议提起仲裁的权利，并要求仲裁机构在30日内做出裁决。劳动者无法提供由用人单位掌握的证据的，用人单位应当提供，用人单位不能提供的，应承担不利后果。

此次《职业病防治法》修改意图明显，即通过制度设计引导甚至迫使用人单位完善、落实职业病预防措施。若以上修正意见被正式采纳至新的法律当中，则用人单位应更加重视法律关于申报审核的要求、改善劳动者工作环境的要求，并注意保存相关文件资料。🏠

我国外派船员劳动权益保护问题初探

□ 华峰



华峰 律师

中国矿业大学（北京） 经济法学硕士
业务领域：公司法律事务、劳动法律、劳资关系、事业单位法律等

摘 要

我国的外派船员队伍伴随着改革开放的步伐逐渐壮大，尤其是近些年，外派船员的数量井喷式增长，这不仅体现了我国作为第四大劳务输出国的实力，更体现了改革开放后，远洋运输业的发展。越来越多的外国海运企业雇佣我国的船员。船员作为特殊的高危行业，人身伤亡事件也随之增多。外派船员人身损害赔偿案件涉及的法律关系较复杂、主体多、影响面广，加之当前并无直接的法律可以援引，如何在这种情况下保护好外派海员的合法权益，是一个值得探讨的问题。

一、外派船员人身损害赔偿案件存在的问题

外派船员人身损害赔偿案件是一种新型的劳动争议案件，然而如何处理该类案件，是否属于工伤，如何给予赔偿等诸多问题上，存在着许多不明确的地方，在具体案件的处理过程中，部分法院多选择驳回起诉或驳回诉讼请求。由于劳动争议的前置程序，劳动者的合法权益得不到及时救济。规定的不明确和不合理，一定程度造成了受害方投诉无门。

外派船员人身损害赔偿案件牵涉到多方主体，案件的处理牵涉到多方利益，尤其是船员外派企业的利益。许多地方对于船员外派企业与外派船员间是否是劳动关系有自己的规定，为了维护船员外派企业的利益，在有劳动合同的情况下，就是不作相应的认定。船员外派不同于海上运输，不是以船舷为履行义务的标志，法律关系更复杂。因为人格无法出让，外派企业除了输出劳务，还承担着外派船员的教育、管理、升迁、奖励等一系列工作，即与劳动合同有关的所有事项，这其中就包含了根据《船员

外派协议书》而必须附随的为外派船员缴纳社会保险的义务。不少外派船员自身维权意识差，平时忙于工作，认为与公司签订《船员外派协议书》后公司就会处理好自己所有事情，其实这种认识不符合实际。用人单位在发生事故时，为逃避赔偿，千方百计推卸责任。在发生人身损害案件后，企业方往往否认存在劳动关系，或者坚持所签订的合同是劳动中介合同等。

二、外派船员劳动权益涉及的法律关系

船员外派企业一般以自己是劳动服务中介公司或船员代理公司的名义来抗辩。有的学者也认为，外派船员是通过具有外派劳务经营权的船员外派企业向境外雇主派出的船员，认为船员外派企业就是船员劳务中介机构或者船员劳动服务机构。这种认识容易让人产生歧义，不利于维护外派船员的利益。如何认定船员经营主体的法律性质，在处理该类案件中殊为重要。

1. 船员外派公司

完全独立性质的船员外派公司是指依法设立的具有船员劳务经营主体资格的企业。船员外派公司是我国加入WTO以后，进一步强化和规范我国市场经济的产物，也是我国航运业生存和发展的必然结果。目前，该类公司一方面通过和船员签订船员管理合同，取得对船员劳动力的占有、支配和使用的权利，另一方面又通过和海外雇主签订船员劳务合同，将其所拥有的劳动力使用权让渡给海外雇主。船员外派公司通过两个合同关系确立了自己在船员劳务经营中的主体资格，享有合同权利的同时也负有劳动法和其他有关法律所规定或者合同双方约定的义务。还有些从事船员劳务经营的公司虽不具备完全独立的法人资格，但依法可以找

到其法律责任的承担者，一旦不履行其义务，就要独立地向外派船员或者海外雇主承担相应的法律责任。

2.船员劳务中介公司

该类公司是指依法设立，在船员与海外雇主之间提供劳动中介服务的企业。劳动中介机构与劳动力交易双方签订的合同属于居间合同，船员中介公司不可能是劳动力的占有、使用和交换关系中的主体，它只是根据当事人的委托，将有关订约的事项具实报告给有关当事人。一旦忠实地履行了报告事宜就完成了合同义务。当外派船员在履行海外雇主所赋予的义务造成伤害时，法律上就不可能与船员劳务中介公司发生关系。因此，许多船员外派公司为了逃避自己的相应责任，尽可能把自己装扮成船员劳务中介公司。

3.船员代理公司

该类公司是指依法设立的为船员提供生活服务的企业，是纯粹为船员日常生活提供方便，并从中获得报酬的企业。与船员中介公司一样，船员代理公司也不可能是劳动力的占有、使用和交换关系的主体。因此，也不可能是外派船员人身损害赔偿关系中的当事人。

综上，外派船员人身伤亡赔偿关系中的主体，即船员外派企业，必须是依法设立具有船员劳务经营主体资格的公司，或者虽没有独立的主体资格，但能找到法律责任的承担者。

三、外派船员人身损害赔偿与工伤保险赔偿的关系

外派船员工伤是指的外派船员在船工作期间所遭受的人身损害，但是这种损害必须满足一定的条件，即在工作区域、工作的原因、在工作时间造成的人身损失，包括因为在岗期间受到损害及由于劳动条件或是设备不安全引起的损害。

司法实践中，外派船员发生工伤事件后，一般是通过选择国内及国外两种途径解决。国外解决途径是指向船东公司所在地或是船旗国所在地提起人身损害侵权诉讼。国内解决途径主要通过以下三种方式：工伤保险赔偿为主，以船东互保协会赔偿和商业保险赔偿为辅的情形。工伤保险是我国的一项强制性保险制度，我国的《社会保险法》、《工伤保险条例》、《劳动合同法》中都有具体的规定。用人单位包括外派机构都应该按照规定缴纳，一旦发生工伤事件，单位可以按照我国的法律规定向人力资源与社会保障局的工伤科申报工伤认定，在工伤认定结论下来后，由工伤保险经办机构向员工支付工伤待遇。如果用人单位未替员工缴纳相应的工伤保险，发生工伤事件后，用人单位应该参照《工伤保险条例》规定向员工承担赔偿责任。

除了工伤保险赔付外，大多数从事营运的船舶都加入了船东

互保协会，由船东互保协会承担船员人身伤亡风险，船东互保协会依据“会员先付”原则，船东对于船员伤亡责任先行赔付之后再由协会补偿。此外，很多船东公司为船员集体投保了人身伤害商业保险，由商业保险机构承保船员人身伤亡保险。

外派海员伤亡事件发生后，如果选择国外索赔的途径，一般都是由派遣公司代船员或是近亲属向外国的船东公司索赔，因为外国船东大多参加了船东互保协会，加之受到海事劳工公约的规范，船东公司或是外派公司为海员缴纳了人身伤亡商业保险，商业保险加上船东互保协会的赔付是远远超过国内的工伤保险赔偿标准的。

外派海员发生工伤事件后，是不是可以在向国外主张赔偿的同时再次向国内的工伤保险经办机构要求工伤待遇。这个问题应该综合分析，如果国外的赔偿标准低于国内的工伤保险赔偿标准，工伤保险机构应该补足差额；如果国外的赔偿部分超过了国内的标准，那么就不可以再次要求工伤待遇。

《劳动部关于外派劳务人员伤、残、亡善后处理问题的复函》

1、外派劳务人员伤残或死亡属于外国有关方面造成的，外派单位应积极索赔，不应为外方承担伤害赔偿责任。外方付给的赔偿金，原则上应归当事人或其家属所有。但单位已垫付的诉讼费（包括索赔支出的费用）、医疗费、护理费、治疗期间工资以及事故善后处理等费用，应从国外赔偿金中扣还。

2、外派劳务人员在外国发生伤、亡后，应按照因工伤亡对待。国外赔偿金与国内工伤保险待遇相重复的费用可酌情扣发。但国外赔偿金中的精神损失赔偿不作为重复待遇计算。

3、国外没有赔偿金的，按国内工伤保险待遇处理，所在单位应给予适当照顾。

四、船舶失踪时外派船员的赔偿问题

海上作业的风险性较大，船舶有时候由于各种原因会与陆地失去联系。我国《海商法》规定：“船舶在合理时间内未从被获知最后消息的地点抵达目的地，除合同另有约定外，满两个月后仍没有获知其消息的，为船舶失踪。船舶失踪视为实际全损。”自然人宣告死亡的有下列情形：公民有下列情形之一的，利害关系人可以向人民法院申请宣告他死亡（1）下落不明满四年；（2）因意外事故下落不明，从事故发生之日起满二年的。战争期间下落不明，下落不明的时间从战争结束之日起计算。

船舶失踪认定为实际全损与公民宣告死亡时间上的法律规定是截然不同的，一旦船舶满两个月仍没有消息，就可以认定为船舶失踪，可以视为实际全损，此时就可进入索赔程序；而船员

死亡必须经过利害关系人申请才可以启动，并且要经过四年后法院的判决，这必然导致船员死亡后的赔偿滞后。这是不利于船员近亲属获得赔偿的。因此建议针对海事法作出特别的规定：如果失踪船舶上的工作船员，从船舶被认定为失踪时还未有生还的信息，经有关机关证明该船员不可能生还，利害关系人即可向海事法院申请宣告船员死亡。这样就有利于船员的近亲属权利的保护。

五、外派船员伤亡的精神损失赔偿

精神损害赔偿相对于财产上损害赔偿而言是“非财产上损害”，指没有直接财产内容或者不具有财产上价值的损失。非财产损害指肉体痛苦和精神痛苦，须以自然人生理和心理的感受为基础，故其主体范围限于自然人，且不包括精神病人和植物人等心神丧失的无民事行为能力人。

我国民事法律及海事法律虽未明确对船员精神损害做出规定，但是目前的司法实践中，交通主管部门和法院对于人身伤亡所产生的精神损害以各种名目进行赔偿。自2001年3月10日期生效的最高人民法院关于《精神损害赔偿司法解释》、《最高人民法院关于审理涉外海上伤亡案件赔偿的具体规定（试行）》：“三、伤残赔偿范围（三）安抚费，是指对受伤致残的精神损失所给予的补偿。可按伤势轻重、伤痛情况、残疾程度，并考虑其年龄、职业等因素作出一次性的赔付。”可见，这些规定成为对于船员人身伤亡损害所造成的精神损害予以赔偿的标准。

从理论上来说，工伤事故作为特殊的侵权行为，导致船员遭受生命、健康身体的伤害，根据《最高人民法院关于审理人身

损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》的规定，理所当然的应该享有精神损害的赔偿请求权。但是，《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》又规定：属于《工伤保险条例》调整的劳动关系和工伤保险范围的，不适用本条规定。从该规定可以看出，因为《工伤保险条例》并未规定精神损害的赔偿，那么，实际上剥夺了工伤船员的精神损害赔偿请求权，是对船员诉权的限制，是不公平的。同样作为人身伤害，工伤赔偿显然比一般人身损害赔偿的范围更加狭窄，这并不利于对工伤船员权益的保护。当前来说，除非单位愿意主动的支付给船员精神损害抚慰金，否则，工伤职工的精神损害赔偿请求便会因为于法无据，而得不到支持。

同时，船员伤害案件又属于海事法院专属管辖的范畴，在没有约定仲裁条款的前提下，海事法院可以针对此类案件直接受理不用经过劳动仲裁的前置程序。但是如果选择劳动仲裁前置程序就可能出现不予支持精神损害赔偿的情形，如果直接选择了诉讼就有可能获得精神损害赔偿的诉求，但同时可能减少了“一裁两审”程序，对于船员的实体权利产生一定程度不利影响。如何选择维权途径，应综合分析案件的实际情况。

结束语

外派船员与船东公司之间的特殊关系，船员势必处在弱势地位，海上运输存在巨大的风险，当船员的权益受到侵害时，经常难以得到保障，因此应进一步健全相关的法律制度，并充分考虑案件的实际情况，依法维护船员的合法权益。📌

何去何从话“年假” ——某外企年休假劳动争议仲裁案办案手记

□ 周丽霞



周丽霞 律师

金诺（北京）律师事务所合伙人，大连海事大学法学硕士。周律师的主要业务领域为企业劳动用工风险防范与争议解决、外商投资与国际贸易、企业常年法律顾问。周律师执业至今，为多家大、中型国有企业、外资企业和民营企业提供常年或专项法律服务，客户遍及各行各业。办理各类复杂、疑难的劳动仲裁和诉讼案件，能凭借专业优势为企业出具最优的应诉方案，最大程度上保障企业的利益。曾发表《企业劳动用工的法律风险管理与防范》、《“三期”女职工的劳动权益保护专题》等多篇专业文章，2011年，周律师出版了专著《HR全程法律顾问——企业人力资源管理高效工作指南》，该书首次上市5个月即售罄，刷新了同类书籍的最好销售记录，得到了各地HR读者的一致好评和肯定。

随着2008年《劳动合同法》的实施，作为该法的首个配套法规，《职工带薪年休假条例》（以下简称“《条例》”）同时施行，紧接着，2008年9月18日，《企业职工带薪年休假实施办法》也公布施行，对《条例》的相关内容做了进一步的明确和细化。可以说，随着这两部法规的出台，“年休假”这个一直以来地位有点尴尬，且从来不会成为劳动争议热点的问题却越来越受到劳动者的重视，甚至逐渐沦为劳动争议的“重灾区”，这一点在有关外企的劳动争议中尤为明显。

在我们代理的外企劳动争议案中，年休假的出境率越来越高，且“要价”不菲，有的案子中光此一项申请请求就高达上百万。外企员工年休假工资的补偿请求之所以高，主要有两方面的原因，一是外企员工的工资普遍偏高，尤其是外国国籍的员工，一般都是高级别员工，月收入动辄20万上下；二是由于外企员工的年休假天数多比照其总部所在国员工的休假天数确定，因此，年休假天数远远高于我国上述《条例》所规定的年假天数。按说，员

工工资高，给的年休假长，这无论对于员工，还是企业来说都是件好事，但往往却由于企业的相关制度和规范存在漏洞，而实施过程又疏于补救，结果引发和员工的纠纷，进而演变成了诉讼。这里我们要分享和讨论的就是一个我们所刚刚代理的非常典型的外企年休假劳动争议仲裁案。

我们的客户是一家全球500强企业，员工林某为该公司某部门总监，新加坡国籍，月薪为150,000元。按照公司规定，林某每年可以享受的年休假为30天。林某于2012年1月主动提出辞职，离职前尚有2011年度未享受的年休假27天。公司办理离职时，一次性向其支付了27天的工资186,207元作为年休假工资的补偿。之后，林某将公司告到北京市劳动争议仲裁委员会，要求公司按照日工资300%的标准补发年休假工资558,621元。

庭审中，对于林某应享受的年休假总天数双方均无异议，即均认可其30天的年休假天数。但是，对于这30天的年休假性质却发生了严重分歧，公司认为，这30天中，5天为法定年假，剩余

25天为公司作为福利给的额外年假，而且公司在《员工手册》中对于额外年休假的待遇有明确规定，即未休部分按日工资予以补偿，因此，不应该适用日工资300%标准的法定年休假待遇。同时，公司认为，由于本案中林某已经休了3天的法定年假，因此，企业只承担再支付25天的按日工资计算的额外年假工资和2天的按日工资300%标准计算的法定年假工资的义务（即 $150,000/21.75 \times 25 + 150,000/21.75 \times 2 \times 200\% = 200,000$ ）。但林某认为，一方面，《员工手册》的相关规定显失公平，企业在法律规定之外自行约定年休假待遇的做法侵害了员工的合法权益，因此，不予认可；另一方面，即便根据《员工手册》分为法定年假和额外年假，其本人法定年假部分也应是15天，而非5天，另外，其已休的3天也应当属于额外年假而非法定年假，因此，要求企业再支付27天的按日工资300%标准计算的年假工资（即 $150,000/21.75 \times 27 \times 300\% = 558,621$ ）。双方上述争议之间的差额为358,621

元。

围绕上述争议焦点，仲裁员当庭提出了一系列问题要求双方举证和展开辩论，分别是：

（1）法定年假和额外年假的假别天数如何确定？谁负有对工作年限的证明义务？

公司提交的《员工手册》中明确将本公司的年假分为“法定年假”和“额外年假”两部分，但是，对于具体年假天数，只是笼统地按照员工职级确定了一个总的天数。对此，公司HR的解释是每位员工的从业情况不同，所以没办法在《员工手册》这个统一的规范文件里，分别明确两种假期的天数。仲裁委认为这也是可以理解的，那如何来确定每个人的法定年假和额外年假的天数呢？公司提出，《员工手册》第5.2条明确规定：“员工享有的法定年假应根据其累计工作年限确定，累计工作年限包括员工为前任雇主工作的时间，员工应向人力资源部提供累计工作年限的证明。”公司认为，基于上述规定，员工有义务向用人单位证明其工作年限，单位根据其提供的工作年限证明确定其法定年假天数，剩余年假天数即为额外年假。实务操作中，如果员工未能提供证明的，公司则直接按照法律规定的年休假最低天数，即5天确定员工的法定年假，本案中，林某就是因为自始至终未向公司提交工作年限证明而被直接适用5天法定年假的。因此，公司认为，上述做法作为对于员工不主动提交工作年限证明的一种应对，不违反相关法律规定，应得到法律的支持。

对此，林某认为，《员工手册》虽然规定了由员工提交累计工作年限的证明，但是并没有明确说明，如果员工未提供就直接适用最低工作年限的法定年假；而且，按照一般的常识推理，林某现年50岁，不可能才有10年的工龄，另外，没有

任何一项法条规定，外国人在国外的工龄是不予计算的。因此，即使区分法定年假和额外年假，法定年假也应是最高天数，即15天，而非5天。

经过双方激烈辩论，仲裁庭最终认为，首先，企业有权在法律规定的年假标准之上和员工约定额外的年假，包括对其工资补偿标准和应休未休的处理作出约定，这种约定受到法律的保护。同时，企业也有权要求员工提交工作年限证明，来用作确定法定年假的长短，如果员工原因导致未提交的，企业可以使其承担适用较低年限的法定年假的不利后果。但上述处理措施应明确规定在劳动合同或员工手册中，即在员工充分了解和认可其应承担的义务以及不作为所带来的后果的基础上，企业才有权援引和适用相应的规定。本案中，公司《员工手册》中虽然明确了员工应承担证明其工作年限的义务，但没有对员工不提交证明的处理做出明确规定，因此，这种情形下，公司直接适用最低年限的法定年假是欠妥的，同时鉴于林某的实际年龄，综合考量应当按照最高工作年限的法定年假，即15天来确定林某的法定年假，剩余15天则可以约定为额外年假。

（2）林某已休的3天到底是法定年假，还是额外年假？

公司《员工手册》中对于法定年假和额外年假哪个先休，哪个后休没有做出明确规定，同时，公司内部的请假申请单中，也只有年假一项，未写明是法定年假，或是额外年假。由于对此无法承担举证义务，因此，林某认为已休3天是额外年假的主张被仲裁委认可。

综上，仲裁委裁决公司共应向林某支付年假工资补偿289,656元，其中，15天的按日工资300%标准计算的法定年假工资206,897元（即 $150,000/21.75 \times 15 \times 200\%$ ）；12天的按日工资计算的额外年假工资82,759元（即

$150,000/21.75 \times 12$ ）。鉴于公司已支付年假工资补偿186,207元，因此，应再补发年假工资差额103,449元。

可以说，本案的教训是深刻而惨痛的，除去严格根据法律规定应当补发的部分，仅仅因为规章制度和流程设计上的一点漏洞，而且是一个看似微小的瑕疵，企业还为此案多支付了近9万元。这也不得不让我们再次感叹HR法务工作的重要性，虽然它不直接创造价值，虽然它看似是件“花钱的事”，但是在合法合理的范围内少花钱难道不就是在为企业创造价值么？反思本案，我们认为，针对类似企业的年休假的条款约定及实务操作，HR应当务必理顺和做好以下三方面的工作：

一、《员工手册》应约定明确

HR在起草和修订《员工手册》中的年休假条款时，应尽可能准确和清晰，尤其应当写明以下几个问题：

1、员工的年假天数和核定依据：

确定年假天数时，应首先确保全体员工能享受根据其工龄而依法享有的法定年假，在此基础上，可以根据职级划分，为高级别的员工规定额外年假或者叫福利年假。对于额外年假，企业可以自行约定相应的年假工资补偿标准，请休流程和应休未休的处理。

2、“工龄”证明的提交，以及提交不了如何处理：

企业可以要求员工提交其工作年限的证明，包括其在国外工作期间的年限证明，并且单位有核实的权利，一旦经核实发现有任何虚假或不符，单位有权要求其重新提供真实的年限证明。对于员工本人确实无法提交或不愿提交的，企业可以规定直接按照较低工作年限确定其法定年假天数。当然，在这种情况下，从人力资源管理的角度，我们还是建议企业尽量结合员工的实际年龄来确定相对合理的法定年假天数，避免引发员工过多的负面情绪。

3、年假如何申请，何种年假先休；
在规定员工的年假申请流程时，应区分法定年假和额外年假的请休顺序，即员工先休法定年假，休完后再休额外年假。

4、当年年假未休完如何处理，离职时所剩未休年假如何处理。

无论对于当年未休完的年假，还是离职时尚未休完的年假，《员工手册》都可以明确规定，企业有权要求员工在一定时间内休完，如果员工主动提出不愿意休的，可以要求其出具书面申请，这种情况下未休年假的，企业无需支付年假工资。这里需要注意的是，不少企业《员工手册》中关于年假未休完就按作废处理的规定，存在很大的法律风险，应当及时予以纠正，否则一旦发生争议，将很难得到法律的支持。

二、请假流程写明假别

HR在设计请假申请单时，可以将法定年假和额外年假分开列明，员工请休时，应在假别中写明请休的是法定年假，还是

额外年假。

三、离职巧处理，免纠纷

需要特别提醒HR的是，即便上述两个方面的工作都做得不好或有漏洞，对于年假争议来说，还有一个最为简便且保险的解决办法，就是员工离职时，做好未休年假的处理。一般来说，员工的离职日期不是HR能决定的，或者是员工主动离职，或者是和其直接上司沟通好了离职时间。但是经由HR办理离职手续时，应休年假是否休完却是HR必须审查的项目之一，如发现尚有未休年假，应及时和离职员工的主管领导沟通，在确认没有其他阻碍事项及风险后，告知员工以其休完剩余年假的日期作为正式离职日期，公司将结算工资至该年休假休完之日。上述做法，既保障了员工的年休假权益，又避免了企业额外支付2倍年假工资的法律风险。

结语

众所周知，外企向来是待遇高、福

利好的代名词，但企业想要在一定范围内合理控制人力成本也是情理之中的事情。如何合法地控制成本，怎样制定有效的措施，面对难题，常常需要HR“三头六臂”，考虑周全，并随时寻求和依靠专业律师的支持和协助，否则，就很容易像本案中的公司一样稍有不慎，终酿成大错。

注

本案中，在计算年假工资时，林某还犯了一个法律常识性错误，这里需要特别说明，以免造成歧义。即虽然相关法律规定，法定年假工资报酬应按照员工日工资收入的300%支付，但同时规定，这300%中包含用人单位已经支付的员工正常工作期间的工资收入，也就是说，企业补发年假工资补偿时，仅需再补发员工日工资200%的年假工资即可，而非再补发300%。

事业单位人事争议处理浅析

□ 严新雨



严新雨 律师

南开大学，民商法专业法律硕士
2007至2009年在北京市中银律师事务所工作；2009年加入金诺律师事务所。
人力资源及劳动法业务领域：目前主要从事公司应急事件解决方案设计及处理；公司内部选举及民主程序法律方案设计；公司员工劳动关系转换及处理方案设计；公司内部规章制度、员工手册撰写及审议；体育法律及退役运动员安置研究；事业单位人员管理法律制度研究。法律服务涉及公司及事业单位内部管理的各个环节。

前言

近年来随着一系列劳动法律法规的颁布实施，整个社会劳动者的法律维权意识显著提高，事业单位人员争议也随之成上升趋势，特别是事业单位聘用制度改革推行后，事业单位人员争议应该如何解决、适用什么方式解决、依据什么法律解决就成为亟待研究的问题。因此，探讨事业单位人员争议的解决方式具有十分重要的现实意义。本文将结合现行的有关事业单位人事争议解决的相关规定以及事业单位的自身特点，站在律师的角度上对我国事业单位争议产生、法律规定适用、争议处理做出初步的探讨和分析，以图在日益增加的事业单位人事争议的解决处理上理清一丝头绪。

一、事业单位的法律定义及类型

根据2004年6月国务院发布的《事业单位登记管理暂行条例》规定:事业单位,是指国家为了社会公益目的,由国家机关举办或者其他组织利用国有资产举办的,从事教育、科技、文化、卫生等活动的社会服务组织。在审判实践中,对事业单位的认定主要依据该条例。通常情况下,拥有《事业单位法人证书》的单位即为我国法律所认定的事业单位。

我国事业单位的经费来源与企业、公司不同,主要来源于国有资产。因此,根据经费来源的不同大致可以将事业单位分为三类:国家全额拨款的事业单位,比如学校、科研单位、卫生防疫等,这种事业单位的人员费用、公用费用都由国家财政预算全额

提供;差额拨款的事业单位,比如医疗卫生机构,其人员费用由国家财政拨款,其他费用由单位自筹自支;而对于有产品和创收能力的事业单位,国家财政则不再拨款,采取完全自收自支的财政管理形式,这种事业单位虽然在经营上与一般的公司很像,但是由于其管理的财产是国家所有,因此仍属于事业单位相关法律法规规范调整。

二、聘用制改革的目的及聘用制改革后事业单位工作人员范围界定

2002 年7月6日国务院办公厅转发人事部《关于在事业单位试行人员聘用制度意见的通知》, 开始全面启动事业单位人事聘用制度改革, 事业单位与其工作人员之间通过签订聘用合同明确双方的权利和义务。此次聘用制改革的目的是通过建立和推行聘用制度, 实现用人上的公开、公平、公正, 保障单位的自主用人和人员的自主择业。通过实行人员聘用制度, 转换事业单位用人机制, 实现事业单位人事管理由身份管理向岗位管理转变, 由行政任用关系向平等协商的聘用关系转变, 建立一套符合社会主义市场经济体制要求的事业单位人事管理制度。笔者认为, 从根本理解事业单位的聘用制改革目的, 是我们准确认识与界定事业单位聘用合同法律性质的前提和基础, 也是我们在面临事业单位争议时分辨事业单位争议类型、准确适用法律法规的逻辑起点。

经过全国范围内大规模的聘用制改革后, 我国事业单位工作人员的构成情况可以根据是否有编制和签订的合同类型分为

四种情况：A、有编制，无需签订聘用合同。对于这部分俗称“老人”，在国家正推行的聘用制全部实行后，最终也要签聘用合同；B、有编制，签订聘用合同；C、无编制，签订劳动合同；D、无编制，人事代理或劳务派遣的。对于这四类人员与事业单位的关系区分，现在通常被没有任何异议的认为，A、B是典型的人事关系，其而与事业单位发生的争议是典型的人事争议。C类人员由于签订的是劳动合同，建立的是劳动关系，因此当然属于劳动争议。而D类人员是事业单位与劳务派遣公司建立了法律上的劳务派遣关系，由劳务派遣单位与D类人员签订劳动合同，派遣至事业单位，根据《劳动合同法》规定，此类人员与事业单位的争议也属于劳动争议。

准确界定与事业单位建立法律关系的类型、明确事业单位工作人员构成的划分十分重要，是解决事业单位争议的第一步。根据以上的分类我们可以得知事业单位的争议并非均为人事争议，也有劳动争议的存在，而对于究竟什么是划分事业单位工作人员类型的标准，业界存在编制说和合同类型说两种观点，笔者将在下面予以介绍。

三、事业单位人事争议的处理

（一）事业单位人事争议的受理机构

说到人事争议的解决，第一点就应该说明人事争议的受理机构。2003 年8月，最高人民法院公布了《最高人民法院关于人民法院审理事业单位人事争议案件若干问题的规定》（以下简称《若干问题的规定》）。该规定明确了人民法院受理人事争议案件的范围、人事争议仲裁与诉讼的法律关系、人事争议诉讼的时效、仲裁裁决的强制执行等问题，为人民法院处理人事争议案件提供了依据。根据《若干问题的规定》第二条规定，我国对事业单位人事争议的受理如同劳动争议处理一样施行“一裁两审”制度，并且进行人事争议仲裁是法院受理人事争议的必要的前置程序，凡是未经人事争议仲裁机构裁决的，当事人直接向人民法院提起诉讼，人民法院不予受理。

2008年，国务院机构改革从机构和管理体制上整合了劳动争议仲裁和人事争议仲裁两个仲裁体系，人力资源和社会保障部成立，将以前分别由人事部和劳动部行使的人事争议仲裁和劳动争议仲裁职能合二为一，并内设调解仲裁管理司统一对两个仲裁制度进行管理及工作指导。地方劳动争议仲裁委员会和人事争议仲裁委员会也整合成一个统一的仲裁委员会。在天津市区内是将人事争议仲裁委员会合并到各区劳动争议仲裁委员会里由统一的劳动人事争议仲裁委员会就劳动人事争议统一立案受理，现阶段各区劳动争议仲裁委员会已经基本完成了挂牌、换章的工作。

（二）事业单位人事争议处理适用的程序法

2008年5月1日《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》正式施行，其中第五十二条规定，“事业单位实行聘用制的工作人员与本单位发生劳动争议的，依照本法执行；法律、行政法规或者国务院另有规定的，依照其规定。”2009年1月1日人力资源和社会保障部公布施行了《劳动人事争议仲裁办案规则》，规则第二条明确规定，“本规则适用下列争议的仲裁：……（三）事业单位与工作人员之间因除名、辞退、辞职、离职等解除人事关系以及履行聘用合同发生的争议；……”该两个规定明确了事业单位人事争议仲裁适用的法律，将人事争议仲裁制度逐步纳入了劳动争议仲裁法律制度体系。

然而与事业单位人事争议仲裁适用法律规定的相对完善相比不同，我国现阶段对人民法院审理人事争议案件所适用法律的规定仅仅限于最高人民法院发布的一个司法解释和一个适用法律的答复中，一共六条规定。《最高人民法院关于事业单位人事争议案件适用法律等问题的答复》中明确规定：人民法院审理事业单位人事争议案件的程序运用《中华人民共和国劳动法》的相关规定……”。由此看来，根据前述法律规定，笔者认为事业单位人事争议解决适用的程序性法律有《劳动法》、《劳动合同法》、《劳动争议调解仲裁法》、《劳动人事争议仲裁办案规则》、《人事争议处理规定》等相关法律法规。

（三）事业单位人事争议处理适用的实体法

《最高人民法院关于事业单位人事争议案件适用法律等问题的答复》（以下简称“《答复》”）第一条规定“……人民法院对事业单位人事争议案件的实体处理应当适用人事方面的法律规定，但涉及事业单位工作人员劳动权利的内容在人事法律中没有规定的，适用《中华人民共和国劳动法》的有关规定。”《劳动合同法》第九十六条规定“事业单位与实行聘用制的工作人员订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同，法律、行政法规或者国务院另有规定的，依照其规定；未作规定的依照本法有关规定执行。”

由此我们可以看出在解决事业单位人事争议适用的实体法上，基本上采取“有特别规定适用特别规定，没有特别规定适用普通规定”的原则，在存在人事方面的法律规定时，适用人事方面的规定，对于在人事法律中没有规定的，适用《劳动法》的有关规定。但是在具体适用《答复》第一条的规定时，有些人提出了质疑。由于我国现存的人事争议方面的规定均只限定在部门规章、地方政府规章这一层级，尚没有人事方面的法律规定，因此，有些人认为人民法院审理事业单位人事争议应该依法直接适

用《劳动法》，且仅限适用《劳动法》。对于这样的观点，笔者认为过于教条、机械，完全忽视了事业单位有别于普通企业的特殊性质，十分不利于事业单位人事争议的正确解决。虽然我国现在没有有关人事关系法律层面的规定，但基于人事争议的特殊性，法院在审理中可以扩大人事争议实体法的适用范围，在人事争议审理的过程中引入人事管理及争议解决的部门规章、地方规定，同时扩张理解该《回复》中有关“《劳动法》”的含义，将《劳动法》及劳动法领域的其它相关劳动的法律法规也包含在内，这样才能有效解决事业单位人事争议审理中的法律适用问题。

（四）事业单位人事争议解决适用法律的方式

综上所述，笔者根据最高人民法院的解释结合事业单位的性质及管理的特殊性和有关法律专家的观点，对事业单位人事争议处理实体法的适用做出尝试性的概括如下，仅为个人观点以供大家共同探讨：

首先，对于人事聘用法律规范中没有规定，而劳动法律规范中有规定；或者人事法律规范的规定较劳动法律规范规定粗略和简单的，应当按照劳动法的有关规定适用。当然，并不是所有的劳动法的规定都适用于聘用关系，主要是涉及劳动权利和劳动义务的，劳动法有规定的，要适用其规定。众所周知，劳动法对劳动关系双方权利义务的调整范围比较广泛，包括了劳动关系的缔结期、存续期间，也包括劳动关系终止后部分劳动权利义务的延续期间。例如，在劳动合同订立前，用人单位对与劳动有关的内容和单位基本情况有如实告知的义务；对劳动者与劳动合同直接相关的基本情况，劳动者有如实告知的义务。在合同解除时，用人单位必须在规定时间内为劳动者办理档案和社会保险关系转移手续、支付经济补偿金，并对合同文本有一定期限保存的义务。上述列举的义务是劳动合同订立前或者解除后的附随义务，而人事聘用制度对聘用合同附随义务或者没有规定，或者规定很粗略，因此，对于聘用合同双方的附随义务应当参照劳动合同法的规定加以适用。

其次，对于人事法律规范中没有专门规定，劳动法中涉及的但是又不符合事业单位特点和运行体制的规定，则无法在聘用合同中加以适用，需要制定适用于人事聘用制度的专门规定，例如，集体协商和集体合同制度现阶段便不能完全在聘用关系中适用。用人单位和职工代表进行集体协商、签订集体合同主要是对劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利等事项进行协商，达成集体合同。但是现阶段国家通过编制管理实现对事业单位人员的配置和调控，按照编制进行核算拨款，实行国

家统一、规范的工资制度，并且有规范的工作时间、休息休假、劳动安全卫生制度。我国现有的集体协商和集体合同制度在设计时仅仅针对企业和其职工，并未包括事业单位，由于不符合事业单位现行管理体制和运行机制的，无法在聘用合同中加以适用。

再次，对于只在人事聘用制度中有规定，而在劳动法中没有规定的情形，当然应当按照聘用制度的规定调整聘用关系。例如，事业单位聘用制改革过程中必然涉及的奖惩、职称、职务、职级、考核等问题纯粹是单位内部行政管理权限内的问题，而且这些问题在处理时有很强的技术性，如果单位和职工因上述问题产生纠纷，无法通过劳动法进行调整。但是如果惩罚、考核等问题涉及除名、辞退、聘用合同的解除时，则不能因为涉及惩罚、考核问题而认为无法适用劳动法。

最后，对于劳动法与事业单位人事聘用制度法律、法规规定不一致和冲突的地方，优先适用聘用制度的规定，如果聘用制度仅仅是一些规章和效力较低的政策，则应当适用劳动法。例如，前述《人事争议处理规定》和《劳动争议调解仲裁法》关于争议处理时效的规定不一致，前者规定人事争议当事人从知道或应当知道其权利受到侵害之日起六十日内应当提出人事争议仲裁的请求，而后者则规定劳动争议当事人从知道或应当知道其权利受到侵害之日起一年内须提出劳动争议仲裁的请求。根据《立法法》，法律的效力高于行政法规、地方性法规、规章。《人事争议处理规定》是部门规章，与《劳动争议调解仲裁法》的规定相抵触，自然应当适用《劳动争议调解仲裁法》的规定。同时，《劳动争议调解仲裁法》规定事业单位实行聘用制的工作人员与本单位发生劳动争议的，依照该法执行；法律、行政法规或者国务院另有规定的，依照其规定。这里的表述也是优先适用法律、法规和国务院的有关规定，并不包括部门规章在内。

四、事业单位人事争议处理中存在的主要问题

（一）事业单位工作人员范围的确定问题

一般认为，事业单位工作人员是指与事业单位有人事关系的自然人。《人事争议若干规定》对于事业单位工作人员的范围未做明确具体的界定，容易出现劳动争议和人事争议案件受理过程中诉讼主体出现交叉和争议，影响当事人权利的实现。例如：现实情况下存在虽然没有编制，但是与事业单位签订聘用合同的一类人员。对于这种人员与事业单位的关系，以及发生争议时的争议类型、适用的法律在审判实践中存在着一定的争议。有二种不同的观点，一种观点为“编制说”，认为判定此类人员与事业单位发生的争议是不是人事争议，完全取决于其有无编制，有编制受到编制机构管理部门管理的就是人事争议，没有编制的就是劳

动争议,即便签订的是人事聘用合同也是劳动争议,适用劳动法的调整。持这种观点的人认为国家通过编制管理实现对事业单位人员的配置和调控,按照编制进行核算拨款。事业编制人员受人事部门的管理,有些工资标准、职称由人事部门核定,实行国家统一、规范的工资制度。进入和辞退都要经过人事部门的备案。因此,是否具有事业单位编制是分辨是否是人事争议的强有力的标准,编制内人员与事业单位的争议均为人事争议,编制外人员与事业单位的争议是其他类型的争议,但决不可能是人事争议。另一种观点为“合同类型说”,认为判定是否是人事争议的标准并不在人员是否有编制,而是在于与事业单位签订合同的类型。只要签订人事聘用合同的人员,与事业单位均建立了人事关系,产生的争议也毫无疑问的是人事争议。持该种观点的人是从我国事业单位聘用制改革的最终目的的角度考虑的,认为聘用制改革就是要打破身份制管理的弊端,聘用制合同的签订就是为了明确事业单位与其工作人员的人事关系,仅用是否具有编制来判断是否存在人事关系,是十分片面且不合理的。笔者了解到,基于以上两种观点的裁决在实际审判中均有出现,造成了完全不一样判决结果,给事业单位争议解决造成困惑。

（二）事业单位人事争议受案范围的问题

《最高人民法院关于人民法院审理事业单位人事争议案件若干问题的规定》第三条规定:“本规定所称人事争议是指事业单位与其工作人员之间因辞职、辞退及履行聘用合同所发生的争议。”将该规定与人事部制定的规章相比较,可以看出前者人事争议范围仅包括事业单位与其工作人员之间因辞职、辞退及履行聘用合同所发生的争议,范围远远小于后者,对《若干问题的规定》范围之外的人事争议,仍一裁终局。我们学习劳动法律的规定得知,凡属《劳动调解仲裁法》第二条规定范围的劳动争议,人民法院是均予以受理的。因此,可以看到,劳动争议受案范围相对明确、宽泛得多。而事业单位职工与单位之间因工资、保险、福利、培训、劳动保护等问题发生的争议、没有签订聘用合同的事业单位职工与单位之间发生的争议是否属于法院受案范围,未予明确。什么才是因辞职、辞退和履行聘用合同而发生的争议,也不甚明了。有观点认为应当严格地掌握受案范围,只要不是因辞职、辞退、履行聘用合同而产生的争议一概不管。其实,因辞职、辞退、履行聘用合同而产生的争议,也几乎不可避免地会涉及工资、保险、福利等问题。如果聘用合同中有这方面的约定,自然可以依据合同条款来确定双方的权利义务,受理此类案件顺理成章。但如果未签订过聘用合同,或者聘用合同中没有这方面的约定,或者聘用合同中的约定不明确,如何处理就

很成问题,如果以不属于法院受案范围为由不予处理,从目前的规定看似并不违法,甚至是合法的,但显然不合理,也难以让人信服,更重要的是这里有一个价值取向问题,不予处理意味着鼓励用人单位不与职工签订聘用合同,即使签也要尽力回避义务问题、责任问题,这显然不是大家愿意看到的结果。但如果处理,又存在着法律依据问题。笔者认为有关学者对此事的观点可以在司法实践中予以借鉴,即履行聘用合同时所涉及的奖励、职称、职务、职级是纯粹的单位管理,不应成为司法调整的对象,司法也调整不了,而且会使单位的用人自主权受到牵制;工资、福利、保险、工伤、聘用关系的解除等方面因涉及具体劳动者的切身利益司法应当介入;至于考核问题,一般来说司法不应介入,但如果因考核引发辞退、降薪,另当另论。上述观点可以供我们参考。另外,在司法实践中,对“辞职、辞退”应做广义的理解。人事制度改革尚处于摸索实践中,尚无较高层次的法律文件可以适用,因此许多事业单位在与职工终止人事关系时不一定采用辞退形式,而是采用开除、除名、按自动离职处理等形式,后果与辞退并无本质差异,但对个人一方的利益会有非常巨大的影响,如果严格按“辞职、辞退”来审核受案范围,并不现实,也不合理。

（三）仲裁程序与诉讼程序衔接中出现的问题

同劳动争议案件一样,事业单位人事争议案件也要先经过仲裁程序才能进入诉讼程序,这一点上两类案件非常相似。劳动争议案件经过仲裁程序后,可能会有两种结果,仲裁机构做出不予受理通知书(决定书)或者仲裁裁决。无论哪种结果,当事人不服都可以起诉,法院都应受理。而事业单位人事争议案件经过仲裁程序后,如果仲裁机构作出不予受理通知书(决定书),当事人不服起诉,人民法院是否能够受理,却存在截然相反的两种观点,其依据均是《若干问题的规定》第二条,即当事人对依照国家有关规定设立的人事争议仲裁机构所作的人事争议仲裁裁决不服,自收到仲裁裁决之日起十五日内向人民法院提起诉讼的,人民法院应当依法受理。有观点认为,该第二条只明确规定对仲裁裁决不服才可以起诉,并不包括仲裁机构做出不予受理通知、决定的情形。另一种观点却认为只要经过了仲裁程序人民法院就应当受理——与劳动争议案件的处理模式相同。由于对《若干问题的规定》第二条的不同理解,导致各地法院,甚至同一法院的不同合议庭在裁判结果出现了非常大的差异。笔者认为第一种观点缺乏合理性,同劳动争议一样,仲裁程序是法院受理事业单位人事争议的前置程序,只要经过了仲裁程序,不论结果如何,均应赋予人民法院受理、审判的权利,这也更利于保护当事人的合法权益。

五、对事业单位人事争议处理的建议以及面对事业

单位争议处理的现存问题,律师应该采取的行为

目前,规范事业单位人事关系(聘用关系)规范性文件在法律渊源上基本可以归类于国务院部门规章,此外各级人事厅局也制定了数量众多的规范性文件,相互之间不乏矛盾之处,更重要的是,这些文件效力均较低,很难作为判案依据。实体法的严重缺乏也给人民法院审理事业单位人事争议案件带来了极大的困扰,面对这种现状,笔者认为当务之急就应该完善人事争议的高层次立法,统一现行的不同效力等级人事关系规范性文件的矛盾之处,解决人事争议处理无法律依据的问题。而作为律师,笔者认为我们应该清楚了解当前事业单位人事争议解决面临的困难,积极学习更新事业单位人事争议的法律规范,面对事业单位的客户或者在着手解决人事争议的仲裁与诉讼案件时力争做到以下几点:

（一）参照《劳动合同法》及其他具有较高法律效力的劳动法律法规的规定尽量细化聘用合同的条款设置,从而最大程度的避免发生人事争议时因约定不明确而造成的法院不予受理、判决无明确依据的情形发生。

（二）明确告知出现人事争议的客户当前法院及仲裁审理人事争议的混乱现状及成因,帮助客户建立人事争议解决的合理预期,尽量协助客户采取以协商、调解的方式解决人事争议。

（三）处理人事争议时首先要查明争议人员与事业单位签订

的合同类型,综合考虑争议人员的不同身份及合同类型确定争议类型,适用相关法律。

（四）根据不同形式的事业单位（如：公立医院、公立学校等）进一步了解此类型单位及其上级主管部门制定的有关该类单位人事关系管理、人事争议解决的政策规定。

（五）一旦进入到仲裁或诉讼程序,尽力说服法院考虑国家对事业单位聘用制改革的总体目的做出公正裁决,避免死扣法条字面含义而可能造成的不合理判决,侵害当事人双方的利益。

结束语

以上对于事业单位人事争议解决的观点均为笔者在考虑自身在人事争议解决中遇到的具体问题并参考法律学者论著的基础上提出。随着事业单位人员聘用制改革的深入、人事争议仲裁与劳动争议仲裁合并的推进,作为律师,笔者关注不是简单的制度和机构如何改革,而是迫切关注我国事业单位人事争议处理的方式究竟如何,是直接将劳动法引入事业单位人事争议解决,还是尽快在对事业单位的性质和地位进行准确定位的基础上,制定实施一部专门的人事争议解决的法律?我们期待有关法律官员对我国事业单位人事争议处理程序的重视,尽快使我国事业单位人事争议的解决处理拥有全面完善的法律支持,从而在根本上维护事业单位及其工作人员的法律权利。

金诺的人力资源 and 劳动关系 法律服务特色

随着劳动合同法一系列配套法规的颁布实施，企业和员工对于劳动法律的需求急剧上升，加之经济环境的影响，使本来不是重点的劳动法律成为近年来关注的焦点，很多律师也开始进军劳动法律服务市场，如何看待劳动法律市场，如何给自己定位，如何确立自己的独特优势，本文将做简要的总结：

一、如何看待这个法律需求

劳动法律业务涉及的法律法规非常繁杂，鉴于劳动关系在中国的特殊性，地方法规和各级政府的政策起到的作用往往超过法律，劳动法的颁布表明政府对劳动者的法律保护水平的提升，改变了为了经济发展而牺牲劳动者利益的阶段，但是，通过实践我们得出了劳动关系领域的需求还是主要来自于有一定规模的民营企业和外资企业。民营企业的需求是被动地面对劳动合同法带来的劳动合同、劳动报酬和离职补偿问题。外资企业面临的则是人力资源管理的政策如何适应劳动法律和全球管理政策的本地化问题。虽然原来只有外资企业孤独地被劳动法调整，现在又加了民营企业这个伙伴，但是民营企业的劳动法律服务市场还是很初级的，金诺的市场定位于知名内、外商投资企业。

二、如何结合自身优势定位

金诺作为商事律师事务所，在2007年开始组建了劳动法专门的团队，借助于劳动合同法颁布的契机，将劳动法律业务推出。金诺的客户结构和目标客户是知名内、外商投资企业，外商投资企业本身的管理制度比较健全，但是如何适应新的劳动合同法带来的人力资源管理的挑战是这些企业需要面对的难题。



劳动法团队成员合影

针对内、外商投资企业客户的需求将金诺劳动法律服务定位为人力资源和劳资关系法律服务，重点帮助客户完善人力资源管理政策，提升人力资源和劳动关系管理水平。推出了规章制度和员工手册制定、经济性裁员、劳资关系专项顾问、停工罢工处理、外籍员工劳动关系管理等专项服务。



金诺人力资源与劳动法律服务宣传网页

金诺的劳动法客户定位于知名内、外商投资企业和人力资源服务机构，现在以劳动法律需求为主的常年客户包括了一汽丰田、一汽夏利、三星通讯、诺维信、诺和诺德、歌美飒、施耐德、通用、劲量等500强公司和泰达人才、外企服务总公司、泰达人力资源、世纪津工、华维等主流人力资源服务机构。



徐永革律师与部分客户进行新春餐会

三、如何劳资冲突中如何发挥律师作用

劳资冲突在当今成为困扰企业和政府的一个难点问题，金诺作为主要为企业方提供法律服务的律师事务所，不是简单机械的对客户提供僵化的法律咨询，而是发挥了解企业管理的优势，帮助企业规范管理流程和完善人力资源政策。



2011年11月28日金诺劳动法研讨会在政协俱乐部举行

金诺的全员雇员制管理保证了律师安心工作和律师间的团队合作，这是从管理体制上的根本优势。公司化管理保证了金诺可以不间断的安排律师培训、交流、研讨来保证律师自身能力的不断提升。



劳动法团队成员参观天士力领略企业文化

对于客户的法律需求的法律意见的水平高低，和律师对企业人力资源管理的流程掌握的程度有直接关系，金诺鼓励律师走进企业和HR们请教和学习管理常识，促进了律师们业务水平的提升。



严新雨律师代理佟文案件胜诉，荣获市领导颁发的“重大贡献奖”



佟文案件律师团队与佟文及吴教练合影留念

在处理劳资关系方面，金诺更注重帮助客户建立内部劳资关系管理体系，提前预见和避免冲突的发生。按照中国的法律和国情成立和发挥工会的作用，正确理解和审慎开展工资集体协商。在发生冲突时我们的律师团队可以和客户共同出现在现场，并肩合作，尽快平息劳资冲突。

金
福