

法规速递

# 中华人民共和国劳动争议调解仲裁法

第一章 总 则  
第二章 调 解  
第三章 仲 裁  
第一节 一般规定  
第二节 申请和受理  
第三节 开庭和裁决  
第四章 附 则

## 第一章 总 则

第一条 为了公正及时解决劳动争议，保护当事人合法权益，促进劳动关系和谐稳定，制定本法。

第二条 中华人民共和国境内的用人单位与劳动者发生的下列劳动争议，适用本法：

- (一)因确认劳动关系发生的争议；
- (二)因订立、履行、变更、解除和终止劳动合同发生的争议；
- (三)因除名、辞退和辞职、离职发生的争议；
- (四)因工作时间、休息休假、社会保险、福利、培训以及劳动保护发生的争议；
- (五)因劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金等发生的争议；
- (六)法律、法规规定的其他劳动争议。

第三条 解决劳动争议，应当根据事实，遵循合法、公正、及时、着重调解的原则，依法保护当事人的合法权益。

第四条 发生劳动争议，劳动者可以与用人单位协商，也可以请工会或者第三方共同与用人单位协商，达成和解协议。

第五条 发生劳动争议，当事人不愿协商、协商不成或者达成和解协议后不履行的，可以向调解组织申请调解；不愿调解、调解不成或者达成调解协议后不履行的，可以向劳动争议仲裁委员会申请仲裁；对仲裁裁决不服的，除本法另有规定的外，可以向人民法院提起诉讼。

第六条 发生劳动争议，当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。与争议事项有关的证据属于用人单位掌握管理的，用人单位应当提供；用人单位不提供的，应当承担不利后果。

第七条 发生劳动争议的劳动者一方在十人以上，并有共同请求的，可以推举代表参加调解、仲裁或者诉讼活动。

第八条 县级以上人民政府劳动行政部门会同工会和企业方面代表建立协调劳动关系三方机制，共同研究解决劳动争议的重大问题。

第九条 用人单位违反国家规定，拖欠或者未足额支付劳动报酬，或者拖欠工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金的，劳动者可以向劳动行政部门投诉，劳动行政部门应当依法处理。

## 第二章 调 解

第十条 发生劳动争议，当事人可以到下列调解组织申请调解：

- (一)企业劳动争议调解委员会；
- (二)依法设立的基层人民调解组织；
- (三)在乡镇、街道设立的具有劳动争议调解职能的组织。

企业劳动争议调解委员会由职工代表和企业代表组成。职工代表由工会成员担任或者由全体职工推举产生，企业代表由企业负责人指定。企业劳动争议调解委员会主任由工会成员或者双方推举的人员担任。

第十一条 劳动争议调解组织的调解员应当由公道正派、联系群众、热心调解工作，并具有一定法律知识、政策水平和文化水平的成年公民担任。

第十二条 当事人申请劳动争议调解可以书面申请，也可以口头申请。口头申请的，调解组织应当当场记录申请人基本情况、申请调解的争议事项、理由和时间。

第十三条 调解劳动争议，应当充分听取双方当事人对事实和理由的陈述，耐心疏导，帮助其达成协议。

第十四条 经调解达成协议的，应当制作调解协议书。

调解协议书由双方当事人签名或者盖章，经调解员签名并加盖调解组织印章后生效，对双方当事人具有约束力，当事人应当履行。

自劳动争议调解组织收到调解申请之日起十五日内未达成调解协议的，当事人可以依法申请仲裁。

第十五条 达成调解协议后，一方当事人在协议约定期限内不履行调解协议的，另一方

当事人可以依法申请仲裁。

第十六条 因支付拖欠劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿等事项达成调解协议，用人单位在协议约定期限内不履行的，劳动者可以持调解协议书依法向人民法院申请支付令。人民法院应当依法发出支付令。

## 第三章 仲 裁

### 第一节 一般规定

第十七条 劳动争议仲裁委员会按照统筹规划、合理布局和适应实际需要的原则设立。省、自治区人民政府可以决定在市、县设立；直辖市人民政府可以决定在区、县设立。直辖市、设区的市也可以设立一个或者若干个劳动争议仲裁委员会。劳动争议仲裁委员会不按行政区划层层设立。

第十八条 国务院劳动行政部门依照本法有关规定制定仲裁规则。省、自治区、直辖市劳动行政部门对本行政区域的劳动争议仲裁工作进行指导。

第十九条 劳动争议仲裁委员会由劳动行政部门代表、工会代表和企业方面代表组成。劳动争议仲裁委员会组成人员应当是单数。

劳动争议仲裁委员会依法履行下列职责：

- (一)聘任、解聘专职或者兼职仲裁员；
- (二)受理劳动争议案件；
- (三)讨论重大或者疑难的劳动争议案件；
- (四)对仲裁活动进行监督。

劳动争议仲裁委员会下设办事机构，负责办理劳动争议仲裁委员会的日常工作。

第二十条 劳动争议仲裁委员会应当设仲裁员名册。

仲裁员应当公道正派并符合下列条件之一：

- (一)曾任审判员的；
- (二)从事法律研究、教学工作并具有中级以上职称的；
- (三)具有法律知识、从事人力资源管理或者工会等专业工作满五年的；
- (四)律师执业满三年的。

第二十一条 劳动争议仲裁委员会负责管辖本区域内发生的劳动争议。

劳动争议由劳动合同履行地或者用人单位所在地的劳动争议仲裁委员会管辖。双方当事人分别向劳动合同履行地和用人单位所在地的劳动争议仲裁委员会申请仲裁的，由劳动合同履行地的劳动争议仲裁委员会管辖。

第二十二条 发生劳动争议的劳动者和用人单位为劳动争议仲裁案件的双方当事人。

劳务派遣单位或者用工单位与劳动者发生劳动争议的，劳务派遣单位和用工单位为共同当事人。

第二十三条 与劳动争议案件的处理结果有利害关系的第三人，可以申请参加仲裁活动或者由劳动争议仲裁委员会通知其参加仲裁活动。

第二十四条 当事人可以委托代理人参加仲裁活动。委托他人参加仲裁活动，应当向劳动争议仲裁委员会提交有委托人签名或者盖章的委托书，委托书应当载明委托事项和权限。

第二十五条 丧失或者部分丧失民事行为能力劳动者，由其法定代理人代为参加仲裁活动；无法定代理人的，由劳动争议仲裁委员会为其指定代理人。劳动者死亡的，由其近亲属或者代理人参加仲裁活动。

第二十六条 劳动争议仲裁公开进行，但当事人协议不公开进行或者涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私的除外。

### 第二节 申请和受理

第二十七条 劳动争议申请仲裁的时效期间为一年。仲裁时效期间从当事人知道或者应当知道其权利被侵害之日起计算。

前款规定的仲裁时效，因当事人一方对方当事人主张权利，或者向有关部门请求权利救济，或者对方当事人同意履行义务而中断。从中断时起，仲裁时效期间重新计算。

因不可抗力或者有其他正当理由，当事人不能在本条第一款规定的仲裁时效期间申请仲裁的，仲裁时效中止。从中止时效的原因消除之日起，仲裁时效期间继续计算。

劳动关系存续期间因拖欠劳动报酬发生争议的，劳动者申请仲裁不受本条第一款规定的仲裁时效期间的限制；但是，劳动关系终止的，应当自劳动关系终止之日起一年内提出。

第二十八条 申请人申请仲裁应当提交书

面仲裁申请，并按照被申请人人数提交副本。

仲裁申请书应当载明下列事项：

- (一)劳动者的姓名、性别、年龄、职业、工作单位和住所，用人单位的名称、住所和法定代表人或者主要负责人的姓名、职务；
- (二)仲裁请求和所根据的事实、理由；
- (三)证据和证据来源、证人姓名和住所。

书写仲裁申请确有困难的，可以口头申请，由劳动争议仲裁委员会记入笔录，并告知对方当事人。

第二十九条 劳动争议仲裁委员会收到仲裁申请之日起五日内，认为符合受理条件的，应当受理，并通知申请人；认为不符合受理条件的，应当书面通知申请人不予受理，并说明理由。对劳动争议仲裁委员会不予受理或者逾期未作出决定的，申请人可以就该劳动争议事项向人民法院提起诉讼。

第三十条 劳动争议仲裁委员会受理仲裁申请后，应当在五日内将仲裁申请书副本送达被申请人。

被申请人收到仲裁申请书副本后，应当在十日内向劳动争议仲裁委员会提交答辩书。劳动争议仲裁委员会收到答辩书后，应当在五日内将答辩书副本送达申请人。被申请人未提交答辩书的，不影响仲裁程序的进行。

### 第三节 开庭和裁决

第三十一条 劳动争议仲裁委员会裁决劳动争议案件实行仲裁庭制。仲裁庭由三名仲裁员组成，设首席仲裁员。简单劳动争议案件可以由一名仲裁员独任仲裁。

第三十二条 劳动争议仲裁委员会应当在受理仲裁申请之日起五日内将仲裁庭的组成情况书面通知当事人。

第三十三条 仲裁员有下列情形之一，应当回避，当事人也有权以口头或者书面方式提出回避申请：

- (一)是本案当事人或者当事人、代理人的近亲属的；
- (二)与本案有利害关系的；
- (三)与本案当事人、代理人有其他关系，可能影响公正裁决的；
- (四)私自会见当事人、代理人，或者接受当事人、代理人的请客送礼的。

劳动争议仲裁委员会对回避申请应当及时作出决定，并以口头或者书面方式通知当事人。

第三十四条 仲裁员有本法第三十三条第四项规定情形，或者有索贿受贿、徇私舞弊、枉法裁决行为的，应当依法承担法律责任。劳动争议仲裁委员会应当将其解聘。

第三十五条 仲裁庭应当在开庭五日前，将开庭日期、地点书面通知双方当事人。当事人有正当理由的，可以在开庭三日前请求延期开庭。是否延期，由劳动争议仲裁委员会决定。

第三十六条 申请人收到书面通知，无正当理由拒不到庭或者未经仲裁庭同意中途退庭的，可以视为撤回仲裁申请。

被申请人收到书面通知，无正当理由拒不到庭或者未经仲裁庭同意中途退庭的，可以缺席裁决。

第三十七条 仲裁庭对专门性问题认为需要鉴定的，可以交由当事人约定的鉴定机构鉴定；当事人没有约定或者无法达成约定的，由仲裁庭指定的鉴定机构鉴定。

根据当事人的请求或者仲裁庭的要求，鉴定机构应当派鉴定人参加开庭。当事人经仲裁庭许可，可以向鉴定人提问。

第三十八条 当事人在仲裁过程中有权进行质证和辩论。质证和辩论终结时，首席仲裁员或者独任仲裁员应当征询当事人的最后意见。

第三十九条 当事人提供的证据经查属实的，仲裁庭应当将其作为认定事实的根据。劳动者无法提供由用人单位掌握管理的与仲裁请求有关的证据，仲裁庭可以要求用人单位在指定期限内提供。用人单位在指定期限内不提供的，应当承担不利后果。

第四十条 仲裁庭应当将开庭情况记入笔录。当事人和其他仲裁参加人认为对自己陈述的记录有遗漏或者差错的，有权申请补正。如果不予补正，应当记录该申请。

笔录由仲裁员、记录人员、当事人和其他仲裁参加人签名或者盖章。

第四十一条 当事人申请劳动争议仲裁后，可以自行和解。达成和解协议的，可以撤回仲裁申请。

第四十二条 仲裁庭在作出裁决前，应当先行调解。

调解达成协议的，仲裁庭应当制作调解书。调解书应当写明仲裁请求和当事人协议的结果。调解书由仲裁员签名，加盖劳动争议仲裁委员会印章，送达双方当事人。调解书经双方当事人签收后，发生法律效力。

调解不成或者调解书送达前，一方当事人反悔的，仲裁庭应当及时作出裁决。

第四十三条 仲裁庭裁决劳动争议案件，应当自劳动争议仲裁委员会受理仲裁申请之日起四十五日内结束。案情复杂需要延期的，经劳动争议仲裁委员会主任批准，可以延期并书面通知当事人，但是延长期限不得超过十五日。逾期未作出仲裁裁决的，当事人可以就该劳动争议事项向人民法院提起诉讼。

仲裁庭裁决劳动争议案件时，其中一部分事实已经清楚，可以就该部分先行裁决。

第四十四条 仲裁庭对追索劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金的案件，根据当事人的申请，可以裁决先予执行，移送人民法院执行。

仲裁庭裁决先予执行的，应当符合下列条件：

- (一)当事人之间权利义务关系明确；
- (二)不先予执行将严重影响申请人的生活。

劳动者申请先予执行的，可以不提供担保。

第四十五条 裁决应当按照多数仲裁员的意见作出，少数仲裁员的不同意见应当记入笔录。仲裁庭不能形成多数意见时，裁决应当按照首席仲裁员的意见作出。

第四十六条 裁决书应当载明仲裁请求、争议事实、裁决理由、裁决结果和裁决日期。裁决书由仲裁员签名，加盖劳动争议仲裁委员会印章。对裁决持不同意见的仲裁员，可以签名，也可以不签名。

第四十七条 下列劳动争议，除本法另有规定的外，仲裁裁决为终局裁决，裁决书自作出之日起发生法律效力：

- (一)追索劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金，不超过当地月最低工资标准十二个月金额的争议；
- (二)因执行国家的劳动标准在工作时间、休息休假、社会保险等方面发生的争议。

第四十八条 劳动者对本法第四十七条规定的仲裁裁决不服的，可以自收到仲裁裁决书之日起十五日内向人民法院提起诉讼。

第四十九条 用人单位有证据证明本法第四十七条规定的仲裁裁决有下列情形之一，可以自收到仲裁裁决书之日起三十日内向劳动争议仲裁委员会所在地的中级人民法院申请撤销裁决：

- (一)适用法律、法规确有错误的；
- (二)劳动争议仲裁委员会无管辖权的；
- (三)违反法定程序的；
- (四)裁决所根据的证据是伪造的；
- (五)对方当事人隐瞒了足以影响公正裁决的证据的；
- (六)仲裁员在仲裁该案时有索贿受贿、徇私舞弊、枉法裁决行为的。

人民法院经组成合议庭审查核实裁决有前款规定情形之一的，应当裁定撤销。

仲裁裁决被人民法院裁定撤销的，当事人可以自收到裁定书之日起十五日内就该劳动争议事项向人民法院提起诉讼。

第五十条 当事人对本法第四十七条规定以外的其他劳动争议案件的仲裁裁决不服的，可以自收到仲裁裁决书之日起十五日内向人民法院提起诉讼；期满不起诉的，裁决书发生法律效力。

第五十一条 当事人对发生法律效力的调解书、裁决书，应当依照规定的期限履行。一方当事人逾期不履行的，另一方当事人可以依照民事诉讼法的有关规定向人民法院申请执行。受理申请的人民法院应当依法执行。

## 第四章 附 则

第五十二条 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。

第五十三条 劳动争议仲裁不收费。劳动争议仲裁委员会的经费由财政予以保障。

第五十四条 本法自2008年5月1日起施行。



以案说法

## 如何对待这样的“问题”员工

A公司是一家经营软件外包业务的公司，经过几年的发展和积累，公司平稳的从创业期进入发展期，一切业务步入正轨，而现在的状态也让员工感到稳定、踏实。纪小姐跟随公司一直从一名人事行政专员成长为独当一面的人事经理，原本以为自己的工作也能渐渐清闲，却屡屡发现一些老员工已不见以往的工作激情，从传帮带的师傅变成了“甩手掌柜”，面对新员工在业务能力上远超他们也毫不担心，反倒认为自己是曾经与公司一同打拼天下的元老而理应“颐养天年”。这样的工作态度显然与公司竞争进取的企业文化背道而驰，但是纪小姐本人又没有处理这类问题员工的经历，便向我们提出咨询，希望能够通过什么手段改变现状，扭转公司现有的风气。

焦点问题：问题员工该如何处理？

问题员工中的“问题”只是一个较为笼统的称谓，究其原因会将员工分出多种类型，从而共同组成一般意义上的“问题员工”。案例中的老员工由于其工作时间、业务能力和对公司做出的贡献可归类为“倚老卖老”型的问题员工，是由外部变化与自身原因共同催化而成。这些员工通常在用人单位内的根基较深，处理不好，很容易牵一发而动全身，触及很多利益。因此，需要格外注意处理时的策略与技巧。

对于这类员工需要先正视他们的价值，即，其所创造的价值和付出的贡献是其成为真正“老”员工的资本，因此，其势必具有适应快、无需磨合的优势，所以更不能放弃对这类员工的考核和监督，要更多的给予其发展创造、挑战提升的机会，甚至可以通过利益驱动的方式提高考核指标，增强



工作要求，以业务的质与量共同说明其对公司的重要性。当然考核之后的结果将对这类员工的管理起更为关键的作用。

首先，当员工发挥正常及以上的效能完成或超出考核指标的，可以通过表彰会议、业务学习的形式让其现身说法，肯定其价值与能力，满足表现欲与成就感，让这类员工能够在团队中恢复其对自己的尊重与威信，继续扮演传授与携领的角色。其次，当员工不能符合考核要求，不能完成考核指

标的，要尽快、及时的将其归类于不胜任工作的行列中，通过面谈直接告知其可供选择的岗位或培训，包括相关岗位的职责、要求，培训的时间、内容安排，并详细说明期间待遇等相关信息，同时向员工提供可以提出申诉的内部通道，如工会、人力资源部等。根据《劳动合同法》第四十条的规定，劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的，用人单位提前三十日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者一个月工资后，可以解除劳动合同。员工接受公司安排的，填写《不胜任职位要求人员面谈记录表》并签字确认，由部门给予后续安排；当事人提出申诉的，在《不胜任职位要求人员面谈记录表》说明申诉理由并签字确认，部门按员工申诉程序处置；当事人拒不签字也不签字确认的，由两名证明人签字确认完成送达，直接按照调整岗位或培训处理。

调整岗位与培训之后都应当继续考核，以达成采取调岗与培训的最终目的，即，界定员工去与留。考核内容应由各部门根据培训内容、岗位要求，以及目前用人单位发展阶段对该员工职位与能力的要求制定，但考核内容还是应当围绕岗位应知应会的知识和技能，不能过难或过于生僻。考核不合格的，按不胜任职位要求根据《劳动合同法》第四十条解除劳动合同；考核合格可以恢复原岗位，或按照培训相对应的岗位安排工作。

这类员工只是问题员工中的其中一种，却也是很多用人单位中比较普遍、比较典型的一类，处理得当能够使其继续发光发热，处理不适则可能波及他，产生风险。

## “自动离职”需慎用

于某是一家IT公司的程序员，某日因家中有事，余某临时向程序总监口头请假后便赶回家中处理，没有履行公司要求的OA提交书面申请的流程。5天之后公司的人事专员才发现好几天没有见到于某出现在公司中，向总监询问后才得知余某仅向他申请了一天的事假，余下的四天不仅没有再继续申请任何假期，也没有对口头申请的一天事假补上书面申请。对公司的管理层汇报之后，一致认为于某的行为已构成《员工手册》中规定的“自动离职”，人事专员便对于某的不辞而别按照自动离职做出了处理，停止了余某的社保手续，也自离职当天停发工资。

一个月后于某再次出现在公司，但是公司的门禁系统已没有他的权限，原有的工位也安排给新来的员工，于某便直接找到人力资源部，要求恢复他的出入权限和原有的工作。但人事专员拿出层层领导签字的自动离职解除劳动合同决定，坚持称于某已不属于公司的员工。

1、能否在规章制度中对不辞而别的员工按照自动离职处理？

2、对不辞而别的员工又该如何处理？

《劳动合同法》第三十九条规定了六种可以即时解除劳动合同的情况，其中最为多用的是“严重违反用人单位规章制度”这一条款，因此，很多用人单位在自己的规章制度中对“严重违纪”规范了诸多行为类型。从制

度体系建立的角度来看具有建设性的意义，能够依靠法律赋予用人单位的权利，利用制度手段完成自主管理的目的，但是用人单位在建立制度体系和具体条款时也要注意制度的完善性、合法性以及合理性，不能因适用法律的错误或表述不清等因素使制度内容归于无效，徒增管理成本的增加。本案例中的情况就属于用人单位已有的制度因条款适用的法律错误，使用用人单位产生违纪解除劳动合同的风险。

《劳动人事部、国家经委关于企业职工要求“停薪留职”问题的通知》：“停薪留职”期满后一个月以内，本人既未要求回原单位工作，又未办理辞职手续的，原单位有权按自动离职处理。因此，自动离职并非如案例中所谓“不告而别”的概念，而是有其存在的特定土壤，如果并非员工停薪留职期满后一个月未履行的法定程序即停止为用人单位提供劳动的，都不能按照自动离职对待。根据《劳动合同法》第四条规定，用人单位应当依法建立和完善劳动规章制度，保障劳动者享有劳动权利、履行劳动义务。案例中的IT公司尽管是按照规章制度以自动离职对于某做出处理，制度制定的程序也完全符合法定要求，但依然会因制度中部分内容所适用法律错误使该条款不具有法律效力，公司的解除决定属于违法解除，应当按照于某的要求继续履行劳动合同。

但是于某的不告而别也不是无法管理，从其性质来看，于某口头申请的唯一一天假期并不符合公司对事假的审批流程，可视为没有履行请假手续，属于旷工。后四天于某更未履行任何请假手续，构成明显的旷工事实。因此，于某的行为完全可以跟旷工的规定与处理方式相挂钩，但是需要以用人单位具备有关旷工行为界定与处分办法为前提。即，首先，用人单位在规章制度中规定哪些情况属于旷工，如：(1)未履行请假手续即不上班或离开岗位的；(2)迟到、早退达一定时间以上者；(3)未履行年假管理流程，擅自休假的，等等。其次，制度中的奖惩规则、处分规则中需明确旷工属于违纪行为中的一种，其所达到的程度不同，设置不同的处分形式，直至解除劳动合同。如，旷工一天的，将给予书面警告处分；一年内累计旷工达2天（及以上）的为严重违纪，将给予解除劳动合同处分。既为员工提供纠正错误的机会，又能够对员工的请假手续与按时出勤予以严肃规范。

综上所述，用人单位在设置制度内容时，不仅注重体系的完整性，实体与程序兼备，同时也需注意条款是否能与其法律背景相对应，特别是涉及到处分劳动关系层面的内容，如辞退、开除、自动离职，末位淘汰、罚款、扣款等处分形式的使用。

## 签订保密与竞业限制协议的“时”与“机”

徐先生是某信息技术公司的程序总监，2008年初临危受命加入公司的创业团队，负责组建研发团队及公司产品程序部分的开发工作。2009年底产品面世，总裁却侧面了解到徐先生正在动员其他几位核心员工离开公司，与其一同创办自己的公司。总裁越想越生气，徐先生这个时候挖人创业，明显就是想将已经成熟的技术用于他自己的产品，这无疑是用总裁的钱为徐某另立门户做足基础。再三考虑之后，总裁动了开掉徐某的想法，但在通知徐先生之前，总裁要求HR要在不动声色的情况下让徐先生以及所有程序组的员工签署《保密协议》与《竞业限制协议》。

让HR意外的是，大部分员工包括徐先生在内都拒绝签订这两份协议，这下可让HR犯了难，没有这两份协议如何约束徐先生自立门户，公司的商业秘密岂不是百分之百的泄露？

案例焦点：

1、保密与竞业限制协议什么时候签订合适？2、没有二者，公司的商业秘密是否彻底得不到保护？

首先，根据《劳动合同法》第二十三条的规定，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。虽然很多企业管理者、HR

认为员工在职期间对保密与竞业限制具有必然遵守的义务，只有离职之后才需要通过契约、协议的形式将这些义务固定下来，但事实上劳动合同签订时，劳资双方是关系确定的“蜜月期”，将这两类协议作为劳动合同附件一并签署对员工来说比较容易接受，HR的可操作性就较强。类似产品族、技术族，及部分市场族等具有专业特征的员工在职业方向形成后再产生行业、专业变化的可能性很小，这类员工离职之后绝大多数都会选择继续从事与原用人单位相竞争业务的工作。因此，当劳动合同履行一定期限，特别是对那些心生离意甚至打算从事竞争行业的员工，谁也不愿意给自己增加任何“性价比”悬殊的义务，拒绝签署保密与竞业限制协议的风险自然很高。对于本案中的信息技术公司，既然徐某等人拒绝签署保密与竞业限制协议，企业不能强迫，只能从其他环节去保护自身利益。

其次，商业秘密是指不为公众知悉，能为权利人带来经济利益，具有实用性并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息。因此，即使没有签订保密协议，员工一旦涉及具有以上特征的商业秘密的，都应当遵守保密义务，企业可以依据《公司法》、《反不正当竞争法》、《刑法》等其他法律对商业秘密的规范以及知识产权来保护自身利益。但是，企业

与员工签订的保密协议通常可以约束更大的范围、更多的内容，例如客户信息、薪资标准、制度文件、工作文档等，而这些信息不具有商业秘密的法定特征，故，企业想要更大范围保护合法权益的，仍然应该在确立劳动关系之初就明确员工的保密与竞业限制义务。

第三，从《劳动合同法》第二十三条的规定来看，对负有保密义务的员工，用人单位可以在劳动合同或者保密协议中与劳动者约定竞业限制条款，并约定在解除或者终止劳动合同后，在竞业限制期限内按月给予劳动者经济补偿。劳动者违反竞业限制约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。但是法律没有对是否应当向员工支付保守商业秘密的“封口费”加以明确。结合相关法律政策对商业秘密的界定，保护商业秘密是所有涉密人员的绝对义务、法定义务，包括企业内的员工，即员工保守所知悉的商业秘密不以企业付出相对价的其他义务为前提，况且遵守保密义务并不因此影响或者侵犯员工的合法权益。因此，企业在处理保密协议与竞业限制协议时需了解用人单位在这两类义务中各自扮演什么角色，负有何种义务，又可能发生哪些成本，以此明确是否所有的员工都会涉及到保密，哪些员工需要不得从事相竞争义务等。

与法同行

## 即将培训的员工，用人单位能做什么？

王某是一家网络游戏公司的美术工程师，公司创立初期，王某跟随公司的主体产品一同成长，用了一年时间便成为公司美术部 2D 技术不可或缺的一员。随着产品的成熟与公司规模的发展，总裁计划利用 2 年时间推出一款 3D 版本的游戏，王某和其他 3 名美术部员工被选送至日本学习 3D 技术。对于王某及另外 3 名同事来说，能够公派去日本学习游戏技术确实是千载难逢的机会，而对于公司来说却又多了一份考虑，学习国外纯熟的技术对公司的产品开发的的确会有很大帮助，但是选派员工赴国外学习花费不小，一旦员工回国甚至还没回国就被其他企业挖角，自己岂不是为他人做嫁衣裳，不仅 3D 技术无从进展，之前公司 2D 产品的开发经验也会随员工跳槽而流失。

如何才能既可以送这些员工出国培训，又无须担心出国培训这样的决定会“好心办坏事”？用人单位还能否要求员工承担违约金？

在面临产品换代、创意更新日趋加快，质量、效率逐步提高的竞争与挑战下，培训对于企业的发展显得更为重要。培训使员工的知识、技能明显提高，有利于改善企业的工作质量、工作效能，同时也能满足员工实现自我价值的需要，获得精神上的成就感，从而达成企业与员工的共赢，提升企业效益，获得竞争优势。不仅技术岗位员工应当加强其技术培训，对管理职能的员工也应尽量给予其接触先进管理经验的机会，不能仅局限于企业内部的传帮带，很多更新、超越也需要通过同行业甚至跨行业相互交流、相互汲取的外力加以帮助，因此，不能因为成本耗费的风险而束缚了管理者的手脚，而是要让法律成为管理助手，来辅助和防范风险的发生，减少可能产生的损失。

首先，约定服务期，签订《培训协议》。《劳动合同法》第二十二条第一款规定，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。所谓服务期，就是依附于用人单位为员工提供专业技术培训这一特定前提下的概念，只有满足这一前提，企业才能与员工就工作时间的长短进行特殊约定。服务期可以与劳动合同期限重叠，也可以长于或短于劳动合同期限，通常情况下，企业为员工安排有专项培训都是希望员工能够稳定、长期的为企业提供服务，从而使培训的支出与产出达到平衡，因此，服务期长于劳动合同期限的较多，其他两种在此不再赘述。用人单位与员工在劳动合同期限之外约定的服务期限将被视为双方劳动合同的“新”期限。

其次，通过服务期约定违约金。《劳动合同法》第二十二条第二款规定，劳动者违反服务期约定的，应当按照约定向

用人单位支付违约金。违约金的数额不得超过用人单位提供的培训费用。用人单位要求劳动者支付的违约金不得超过服务期尚未履行部分所应分摊的培训费用。劳动合同法的颁布确实对违约责任及违约金的问题更加明确，范围也由此收紧，但并不是消除了所有员工应当对企业负责的义务，违反服务期约定与违反竞业限制义务两种情形的都应当支付违约金。

第三，对于违反服务期应承担违约责任的情形设定需明确。法律只规定用人单位可向违反服务期约定的员工收取违约金作为损失补偿及部分惩罚作用，但是并未明确什么情况下属于违反服务期约定，是否只是员工辞职才能构成？假设如此，员工只要保证不辞职就可以消极怠工，甚至玩忽职守、严重违纪也可以不承担任何违约责任？用人单位当然不能白白支付了培训费还得充当“老好人”，因此，在约定服务期和违约金时需要为行为事实的界定多做一步工作，例如，在规章制度或培训协议中约定，员工主动辞职，严重违纪被用人单位解除劳动合同，或因非用人单位原因致使劳动合同解除，提前结束服务期的，员工应当承担违约责任。以此加强对员工行为的约束，扩大可以收取违约金的范围。

第四，服务期内违约金的数额计算须有度。法律规定因培训约定服务期产生的违约金数额应当与培训产生的费用相当，不能超过培训费用，这就需要用人单位在提供专业技能培训时明确统计培训花费，并保留相关票据作为证明。因此，即使用户在在服务期约定中对违约金数额的要求高于实际支付的培训费用，也只能按照培训费用来收取违约金。同时，服务期协议中的违约金不仅以用人单位提供的培训费数额为上限，还需要以服务期的年限按比例逐年递减。如，用人单位为劳动者提供了 5 万元的培训费，并约定了 5 年服务期，劳动者履行 3 年后辞职。在这种情况下，服务期协议中只能约定 5 万元的违约金，同时在该劳动者辞职时，用人单位只能要求劳动者支付 2 万元的违约金。违约金的数额仅限于服务期尚未履行部分所应分摊的培训费用。

综上所述，网络公司在选派王某和其他员工赴外培训之前应当与其签订《培训协议》，约定公司期望与需要的服务期，并明确可以构成违反服务期的情形，以及违约金的数额等，同时对员工学成返回后可以任职的职位及职责等做提前准备，让员工了解继续服务会获得企业更多的认可与回报。在培训期间，员工的所处部门或人力资源部仍然需要定期监督和反馈，对培训过程要不断地进行评估，考察是否偏离设定的目标和方向，一旦出现偏差，要及时予以调整……结合这些左右的环节来达到降低用人单位为他人“作嫁衣裳”的风险，减少员工跳槽对企业可能造成的损失的损失的目的。

### 资讯驿站

#### 工资条例将在年内出台 规定同工同酬

近日有报道称，起草中的《工资条例》将在年内出台，其中最引人注目的是，工资协商制度、同工同酬等切实保障劳动者利益的条款将纳入其中。

《工资条例》中规定，如果劳动者就工资定额提出谈判，企业一方必须接受，可谈判的内容包括工资定额、计件、单价以及工资分配的各种事项。此外，《工资条例》明确规定了同工同酬，被派遣工和本企业员工享有同样的权利。《工资条例》将是目前级别最高的关于劳动者薪酬保护的法律法规。

亦有专家认为，随着今年全国两会对收入分配改革的呼声越来越高，《工资条例》的推行势在必行，今后用工问题的法律责任将更加清楚。一项总工会关于职工收入的专项调查中显示，208 家国企高管与一线职工的收入相差近 18 倍，而调查显示，两成职工 5 年间从未涨过工资。有消息称，我国收入最高 10% 群体和收入最低 10% 群体的收入差距，从 1988 年的 7.3 倍已经上升到 23 倍。国家发改委更是经常收到来信，反映各种收入分配不均的事件。收入分配改革引起了全民性的大讨论，不过，有专家对《工资条例》的出台另有看法。“《工资条例》出台过程中最重要的是利益平衡不好把握，职工工资正常增长机制纳入法制轨道对工人是好事，但这样规定，届时企业只能因为这个制度每年‘被迫’给员工加工资，在经济危机尚未结束之时，此时出台这个条例还要多方考虑。”



## 员工的年休假，用人单位该如何给？



2008 年 10 月底，董小姐与某人力资源服务公司签订劳动合同，担任该公司客户主管职务。按照公司制度的规定，董小姐应当享有 5 天的带薪年假。2009 年 7 月董小姐未经书面申请就为自己自行安排了 3 天的年假。8 月，公司按照制度规定“违反休假程序擅自休假达 3 天及以上的，构成严重违纪”，对董小姐予以解除劳动合同处理。当日董小姐就将公司诉至劳动争议仲裁委员会，要求公司支付双倍经济补偿金及 2008 年、2009 年未休年休假的三倍工资补偿。

员工的带薪年假该怎么休？年休假的管理，用人单位需要注意些什么？

从本案来看，董小姐与公司的争议源起于违纪解除，是否需要按照违法解除对待需要看公司的规章制度中对请假流程如何规定，制度实体内容和制定程序是否符合法律规定，董小姐又是否确实违反制度规定，如果这些证据和事实都属实，立的住脚，公司按照制度规定解除董小姐的劳动合同应当受到法律的保护和认可。

至于有关年休假的补偿是否支付则需要从以下几个方面分析：

### 1. 年休假的享受资格

《职工带薪年休假条例》第三条规定，职工累计工作已满 1

年不满 10 年的，年休假 5 天；已满 10 年不满 20 年的，年休假 10 天；已满 20 年的，年休假 15 天。第四条，职工有下列情形之一的，不享受当年的年休假：

(一) 职工依法享受寒暑假，其休假天数多于年休假天数的；

(二) 职工请事假累计 20 天以上且单位按照规定不扣工资的；

(三) 累计工作满 1 年不满 10 年的职工，请病假累计 2 个月以上的；

(四) 累计工作满 10 年不满 20 年的职工，请病假累计 3 个月以上的；

(五) 累计工作满 20 年以上的职工，请病假累计 4 个月以上的。

《企业职工带薪年休假实施办法》第三条规定，职工连续工作满 12 个月以上的，享受带薪年休假（以下简称年休假）。

因此，如果董小姐在入职之前，即 2008 年 10 月底之前的工作时间保持连续不断达 12 个月以上，且不具备上述第四条所列的几种情况的，可以享有其应有的带薪年假，年假天数根据其以前和现在的累计工作时间确定。这与以往一些 HR 所理解的“在本单位服务满 1 年方可享受带薪年假”的“司龄”资格完全不同，是按照将原用人单位与现用人单位的服务时间合并计算的工龄作为年休假资格认定的标准。但如果董小姐入职之前的工作时间存在断档，不能保持“连续”12 个月以上的，自 2009 年 10 月之前都不具备享受带薪年假的资格。

### 2. 什么情况下用人单位需要支付年假补偿？

《职工带薪年休假条例》第五条规定，单位根据生产、工作的具体情况，并考虑职工本人意愿，统筹安排职工年休假。年休假在 1 个年度内可以集中安排，也可以分段安排，一般不跨年度安排。单位因生产、工作特点确有必要跨年度安排职工年休假的，可以跨 1 个年度安排。单位确因工作需要不能安排职工休年休假的，经职工本人同意，可以不安排职工休年休假。对职工应休未休的年休假天数，单位应当按照该职工日工资收入的 300% 支付年休假工资报酬。因此，首先，公司可以统筹安排员工休年休假，也可以要求员工提出休假

申请予以审批，当员工当年度，特别是符合休假条件时，没有提出休假申请的，公司应主动为其安排休假。其次，当员工应休的年休假未能获得公司批准，或者公司没有为员工安排年休假的，公司将按照日工资的三倍支付年休假期间的工资。第三，如果出于本人意愿自愿放弃年休假的，公司仅仅表示认可还不行，必须有员工签字确认放弃当年年假的书面声明时，公司可以不再为其安排当年度的年休假，也无需支付年假补偿。

### 3. 新入职与离职员工的年假是否不用给？

既然上面的内容提到员工享受年假不是按照司龄而是工龄来认定，而离职员工对其之前已经付出的劳动与服务也应给予法定的认可与补偿，因此，新入职员工与离职员工的年假都不可避免，但是计算方式与在用人单位已经服务满一年以上的员工不同。《企业职工带薪年休假实施办法》第五条规定，职工新进入用人单位且符合本办法第三条规定的，当年度年休假天数，按照在本单位剩余日历天数折算确定，折算后不足 1 整天的部分不享受年休假。前款规定的折算方法为：(当年度在本单位剩余日历天数 ÷ 365 天) × 职工本人全年应当享受的年休假天数。第十二条，用人单位与职工解除或者终止劳动合同时，当年度未安排职工休满应休年休假的，应当按照职工当年已工作时间折算应休未休年休假天数并支付未休年休假工资报酬，但折算后不足 1 整天的部分不支付未休年休假工资报酬。前款规定的折算方法为：(当年度在本单位已过日历天数 ÷ 365 天) × 职工本人全年应当享受的年休假天数 - 当年度已安排年休假天数。用人单位当年已安排职工年休假的，多于折算应休年休假的天数不再扣回。因此，新入职员工与离职员工的年休假天数必然不能等同于一直提供连续服务的员工，不能完全的享受所有的年假，而是取决于其入职和离职的具体时间。离职时尚有未休完的年假的，用人单位应当按照员工当年已工作时间折算应休未休年休假天数并支付未休年休假工资报酬。

故，综上所述，公司是否必须支付董小姐未休年休假的补偿需要从董小姐的入职时间、连续服务时间、当年度事假、病假天数等综合判断。而作为用人单位在管理年休假时，还应把握年假安排的时间、分次使用还是一次性休完、对待具有年假“奉献精神”的员工如何处理等多重问题。

HR 诊室

## 员工频频离职，企业如何防范

春节过后即进入人才市场普遍认同的“金三银四”，从招聘的角度讲，员工易于找到新工作，企业易于找到新员工；而从人员流动的角度看，则意味着此时进入到一个流失率提高、离职率上升的高峰时期。面对频频提出辞职的员工，企业该如何防范，特别是减少核心员工的跳槽与流失，是企业HR乃至整个管理层需要关注的问题。

处方一：

### 用权责明确的制度、协议限制跳槽

不少企业的用人合同存在缺陷，往往双方的权利责任规定不对称，特别是对关键人才，激励的多，约束的少。《劳动合同法》第二十三条，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。对负有保密义务的劳动者，用人单位可以在劳动合同或者保密协议中与劳动者约定竞业限制条款，并约定在解除或者终止劳动合同后，在竞业限制期限内按月给予劳动者经济补偿。劳动者违反竞业限制约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。所以企业可以结合本企业商业秘密的特点制定专门的保密制度，或者用协议的方式固定下来，明确企业中各岗位核心秘密的范围和内容，具体工作内容和核心机密的保密期限，在一个合理的期限内要求员工履行保密义务；也可与关键员工签订竞业禁止协议，限制其离职后若干年内不得加盟与本企业竞争的企业或自己利用从本企业获取的独特资源和技术从事与本企业直接竞争的行业和领域。

因此，对于企业来讲，制定签订保密协议或者竞业禁止协议是一种预防措施，一种推定损害的事先防范制度。员工在自营或者为他人经营的竞业中，并不一定损害雇主的利益。如果员工在竞业中并不披露自己所掌握的原雇主的商业秘密，则实际上并未损害原雇主的权利。故而采用竞业禁止协议来保护商业秘密的方法是一种高标准的保护方法，它申明雇主坚持维护自身利益的态度，抬高员工违反义务的预期成本和风险，从而减小商业秘密被侵犯的可能性，同时也通过成本意识来约束员工的任意离职、随意跳槽。

企业可以通过“竞业禁止”避免员工离职后对自己的影响，但是企业也必须为此付出相应的代价，那就是向离职员工支付竞业禁止补偿金。《劳动合同法》第二十三条规定，对负有保密义务的劳动者，用人单位可以在劳动合同或者保密协议中与劳动者约定竞业限制条款，并约定在解除或者终止劳动合同后，在竞业限制期限内按月给予劳动者经济补偿。如果企业一方没有支付竞业禁止补偿金的，根据《合同法》的规定，合同双方互负具有先后履行顺序的履行义务，如果先履行一方未履行合同的，后履行义务方则有权拒绝其履行要求。

各地也对竞业禁止的补偿金事宜作了相关规定，例如《上海市劳动和社会保障局关于实施上海市劳动合同条例若干问题的通知》第4条第(二)款规定：“竞业限制协议对经济补偿金的标准、支付形式等未作约定的，劳动者可以要求用人单位支付经济补偿金。用人单位要求劳动者继续履行竞业限制协议的，应当按劳动争议处理机构确认的标准及双方约定的竞业限制期限一次性支付经济补偿金，劳动者应当继续履行竞业限制义务。”《深圳经济特区企业技术秘密保护规定》中也规定：“竞业限制协议中没有约定补偿费的，补偿费按照前款规定的最低标准计算。”“企业不支付或无正当理由拒绝补偿的，竞业限制协议自行终止。”

因此，既然用人单位期望员工履行竞业限制的义务，就需要承担对价的补偿责任，否则即使签订了保密与竞业限制协议，该协议也将成为废纸一张，为企业空添损失。

### 积极完善激励机制减少跳槽

紧密关注核心人才，重视与其沟通，

即时了解他们的职业发展要求，帮助其做好职业生涯规划，让他们看到自己的发展空间和机会。同时，也要让员工分享企业的目标、理想和未来，让核心人才与企业共同成长。

薪酬是一个人价值的体现，核心人才的使用价值和市场价值都比较高，同时他们自己也很清楚自己的市场价值，因此企业要留住他们，就要给予有竞争力的薪酬待遇。大企业可以尝试对关键人才采用年薪制，分配一定的期权或股权等来增强员工归属感。

培训也是一种激励，企业每年公布培训计划，给员工带薪学习的机会，不仅能够提高员工的素质和工作积极性，对企业来说，也为其发展提供了持续的动力。

### 强化企业文化的认同

许多企业会存在这样的问题，给了足够高的薪水，可还留不住人。这正是忽略了企业文化在工作中的重要性。企业应注意以企业文化引导员工，使其逐步认同企业的工作氛围，并通过各种文化推广活动强化企业的文化特色，统一思想，建立充满人情味的“感激”文化。即企业真诚感谢员工为公司发展做出的付出，同样地，员工也会感谢企业给予的发展机会，如此建立坦诚沟通的渠道，以情感和“感激”文化联系企业和员工，从而减少核心员工的流失。

处方二：

曾经一位学者说过：“让电脑工程师离职二年内不得从事与电脑业相关的工作，岂非逼电脑工程师喝西北风。”而让电脑工程师做别的，又会是社会的重大损失，也是极不合理的。因此，竞业禁止也难免会有限制竞争之嫌，但如果任何企业都可以从其他企业随意“挖墙角”的话，雇主就会失去培养人才的动力，总想着怎么去搭别人的便车了。因此，对于跳槽不能单纯的遏制，事实上也是遏制不了的，而是应该采取更为积极的应对措施。

### 优势并不完全在于团队

有些企业，特别是小企业常常把竞争力寄托在一个或几个优秀的团队上，所以，一旦优秀团队离开的话，对企业将造成致命的打击。出色的员工团队仅可能是企业竞争优势的“必要条件”，而非“充分条件”。因此，企业千万不要把自己弄到某项工作离开了某个员工就无法运转的地步，应该通过优化业务流程，科学设计岗位，加强知识管理，来降低对个别能力出色的核心员工的依赖，弱化核心员工对企业资源的控制，避免出现因核心员工流失给企业造成无可挽回的损失。

### 建立接班人计划

套用一句俗语，“失败有三，无后为大”。因此，企业应有其完善的后备人才制度，未雨绸缪，找出关键岗位，定期进行风险评估，如处在该岗位的人做得怎样，一旦人才流失又会对公司造成多大风险。积极制定接班人计划和人才梯队建设，如果该人才突然离开，就有人马上接替，避免岗位真空，有效地承受“团队”的出走，保证公司的长荣。

另外，也要注意其他员工的情绪变化，防止其他员工随流，或产生不信任感、不满、惶恐、焦虑等消极情绪。尽可能地公开、透明和坦率地处理人事，鼓励留下来的员工有更多的耐心，尽快消除他们的心理阴影。

对于企业来说，人力资源管理的目标，不仅仅是刻意降低离职率和跳槽率，更应该保持人员的流动处于有序状态。无论是采取减少和防止的措施，还是有效的处理跳槽之后的工作和影响，企业都应理性应对员工的跳槽。大可不必为员工“抛弃自己”而耿耿于怀，甚至撕破脸，从此誓不两立。不妨考虑使双方以后可以成为合作伙伴，或者实现“好马也吃回头草”这一新鲜理念。

## 企业员工管理与劳动合同操作技巧系列联合培训通知

《劳动合同法》已经实施将近两年，企业员工关系在这段时间面临着不断的挑战，企业人力资源管理面对法律政策和经济形势变化，如何掌握员工关系中的关键点，怎样将法律规定和企业管理有效结合，通过法律的有效运用避免企业员工关系管理中的风险，是当前企业管理中的热点和难点。为了帮助企业管理者有效运用法律政策，完善管理手段，和谐员工关系，北京市奕明律师事务所联合中国劳动保障报社法律事务中心、中国政法大学劳动法诊所、上海江三角律师事务所北京分所共同举办“2010年度企业员工关系管理实战系列培训”，通过对近两年来发生和处理的大量劳动纠纷、争议案例，详细解析员工关系管理的操作要领，帮助企业成功建立员工关系管理体系，现就有关事宜通知如下：

### 1、课程安排

以下为系列课程2010年3月至5月期间的课程内容及主讲老师：

月份	时 间	课 题	讲 师
3	25日上午	招聘录用员工风险防范与劳动合同签订技巧	张真颖
	25日下午	培训协议、保密协议及特殊待遇协议的条款设计与管理	阎付克
	26日全天	签署与解除无固定期限合同的操作实务	陆敬波
4	29日上午	招聘录用员工风险防范与劳动合同签订技巧	张真颖
	29日下午	培训协议、保密协议及特殊待遇协议的条款设计与管理	阎付克
	30日全天	签署与解除无固定期限合同的操作实务	陆敬波
5	27日上午	招聘录用员工风险防范与劳动合同签订技巧	张真颖
	27日下午	培训协议、保密协议及特殊待遇协议的条款设计与管理	阎付克
	28日全天	签署与解除无固定期限合同的操作实务	陆敬波

### 2、研讨费用

本次培训将免费面对北京市奕明律师事务所的会员及顾问单位，其他非会员企事业单位将参照以下费用标准收费：

每人1680元：含培训费、教材资料费等，同时为学员提供规章制度、员工手册、绩效管理、劳务服务合同、和派遣协议等十几项范本等。不含食宿，食宿统一安排，费用自理。

### 3、研修时间和报名方式

2010年3月24日—3月27日 北京（3月24日全天报到）

2010年4月28日—5月1日 北京（4月28日全天报到）

2010年5月26日—5月29日 北京（5月26日全天报到）

参加研修班的学员请填写以下回执表的内容，发送传真或电子邮件至北京市奕明律师事务所，我们将于开班前五日以通知的形式告知培训地点及行车路线，具体信息还请关注本所网站。

### 4、联系方式：

联系人：韩佳

电 话：010-64787178/64787188

传 真：010 - 64787128

E-mail：hanjia617@gmail.com

Web：www.bjls.net www.hanzhili.net

### 5、回执表

参加班次： (月)

单位名称			
通讯地址			邮 编
联 系 人	电 话		
E-mail	传 真		
学员姓名	性 别	部门、职务	办公电话
			手 机

备注：此表可复制，填写完后需加盖公章传真到本所，或将表格内所含信息以电子邮件形式发送至本所联系人。咨询问题请另附说明。

