

寻找最佳劳资关系结合点

## 慎重思忖新《劳动合同法》（三）

期待在2008年1月1日《劳动合同法》实施后，中国的劳资关系进入一个和谐有序的新阶段

文/ 陈昱

陈昱，西南政法大学法律硕士，重庆索通律师事务所公司法律事务部副主任。在劳动争议和完善企业劳动人事管理制度以及企业改制、兼并、破产中的劳动关系处理方面经验丰富

### 高管人员的“紧箍咒”：商业秘密与竞业限制

《劳动法》第22条、《劳动合同法》第23条均规定：用人单位与劳动者可以在劳动合同中约定保守企业商业秘密的有关事项。

商业秘密对于一个依靠技术发展的企业而言相当重要，因此，法律规定商业秘密是需要双方在合同中约定的义务，尤其对掌握和了解企业核心秘密的人。其中，新法仅规定了承担违约金和赔偿责任，并没有像保护劳动者一样规定具体的数额和操作方法，需要企业在劳动合同中约定。

此外，如果劳动者侵犯企业商业秘密达到一定程度或获取巨大利益，就构成《刑法》上的“泄露商业秘密罪”，企业是可以动用国家公权力追究法律责任的。因此，建议对于此项约定应当明确具体地写在双方的劳动合同之中。

新法还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，并约定在解除或终止后，一定期限内劳动者不得到同行业、同类具有竞争关系的单位任职，或自己开业生产或经营同类产品、从事同类业务。

通常情况下，企业约定这类义务主要针对高管人员、高级技术人员、其他负有保密义务的人员。为便于实务操作和追究相关责任，建议企业对这类人员同时约定保密和竞业限制的双重条款，这样有利于收集证据。

需要说明的是，竞业限制义务是一种限制劳动者劳动权利的义务，因此也是一种具有刚性对价的义务，所谓刚性对价就是必须要用人单位支付一定的补偿后，该条款才具有约束力，因此，新法要求的条件是：按月支付经济补偿—形成对价，且应约定限制的范围、地域、期限，并不得超过2年。

### 企业“护身符”：违约金与赔偿责任

《劳动合同法》第25条规定，除法律规定培训费、保守商业秘密和竞业限制可以约定违约金的情形外，其他不得要求劳动者承担违约金。

显然，新法在违约的惩戒上倾向性地保护劳动者，如果企业违反合同不仅要给经济补偿金，而且要双倍支付赔偿金或接受处罚。而劳动者仅仅是补偿性支付全额培训费而已，对于其违反商业秘密和竞业限制的责任，并没有明确规定。

可见，这里的违约金也只是补偿性质，并不具有惩罚性质。对于这样的倾向性保护，企业要想对高技术人才具有约束力，显然是纸上谈兵。

但企业可以约定赔偿损失，《劳动合同法》第90条规定：劳动者违反本法规定解除劳动合同，或者违反劳动合同中约定的保密义务或者竞业限制，给用人单位造成损失的，应当承担赔偿责任。

关键的应对技巧就在于损失如何主张和计算问题上。

首先，可以在合同中约定的赔偿范围，如：招收录用费用；培训费用，包括但不限于学习费、报名费、资料费、工资及差旅费等；给用人单位造成的直接经济损失（注意收集损失的证据）；违反保密、竞业限制的赔偿；约定的其他赔偿费用。

其次，赔偿金额的计算标准约定，包括：被侵害而受到的实际损失作为赔偿额（如单方离职的损失）；以侵权人因侵权行为所获得的全部收益作为赔偿额；因侵权行为造成该商业秘密完全公开的，以该商业秘密的全部价值为赔偿额；必要时对商业秘密的全部价值，可由国家认可的资产评估机构评定；约定双倍返还竞业限制补偿费；违反竞业限制所获得的收益。

完备的合同约定才能保护用人单位的合法权益，所以，违约金和赔偿损失堪称为企业一软一硬的两个“护身符”。法定的违约金“软”，而约定的损失赔偿则需要“硬”。

## 劳务派遣合法化 非全日制用工成新形式

新法的又一突破就是将目前在全国大行其道的劳务派遣合法化，并加以限制。

劳务派遣，是目前很多大型国有企业均采用的用工形式。其优点是精简人员、减少企业不必要的负担，避免劳动争议、提高工作效率；缺点是劳务派遣人员没有归属感，同工不同酬以及员工缺乏忠诚度。

新法规定：劳务派遣单位应当与被派遣劳动者订立2年以上的固定期限劳动合同，按月支付劳动报酬，在无工作期间不得低于劳务派遣单位所在地区的最低工资标准支付劳动报酬。

该条对于劳务派遣单位是一种原则性的限制，目的在于保护劳动者稳定的工作和预期。

新法同时规定：劳务派遣单位有义务将劳务派遣协议的相关内容告知被派遣劳动者（派遣期限、岗位及法律规定的內容），实行同工同酬。

许多效益好发钱多的企业对此条非常头痛，因为要让劳务工与正式员工具有一样的收入，那么，采用劳务派遣就没有实际意义，对于此，企业应当通过细化岗位、职责；调整薪

酬制度（基本工资保持一致，拉大奖金、效益工资差距）；加强绩效考评；增设职务和职务津贴等方法来解决。

此外，新法提出了一种新型的用工形式：非全日制用工。对于这种新型用工，企业可以考虑在一些临时性、短期性、季节性的用工上试用，或者用于技术含量不高的如清洁工、快递人员等。

事实上，围绕新法的实施以及就此产生的新问题还有很多，比如跨区社会保险、劳务派遣中的临时性、替代性等等，都需要在实施中由司法机关做出进一步的解释，期待企业在解读和应对中找到劳资关系的最佳结合点，更期待在2008年1月1日《劳动合同法》实施以后，中国的劳资关系进入一个和谐有序的新阶段。

版权所有 © SGLA 2008。

此出版物仅供阁下参考和兴趣阅读之用，无意作为完整全面的信息，并不构成亦不应予以依赖为法律意见。请根据自身情况寻求专门咨询。