保华月刊

Baohua Monthly

2020年9月刊
Sup.2020
第44期
NO.44

- 案例调研：法定医疗期满后员工继续请病假，企业是否应当支付病假工资？

- 《最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》

总编：董保华
责编：董润青、杨杰
编辑：于海红

保華律師事務所

目录 Catalogue

2 **劳动法新闻资讯**
Labor Law News

劳动新规详解
Close Look at New Labor Regulations

13 新法规：《最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》
New Regulation: *Provisions of the Supreme People's Court on Several Issues Concerning the Laws Applicable to the Trial of Civil Cases of Infringement of Trade Secrets*

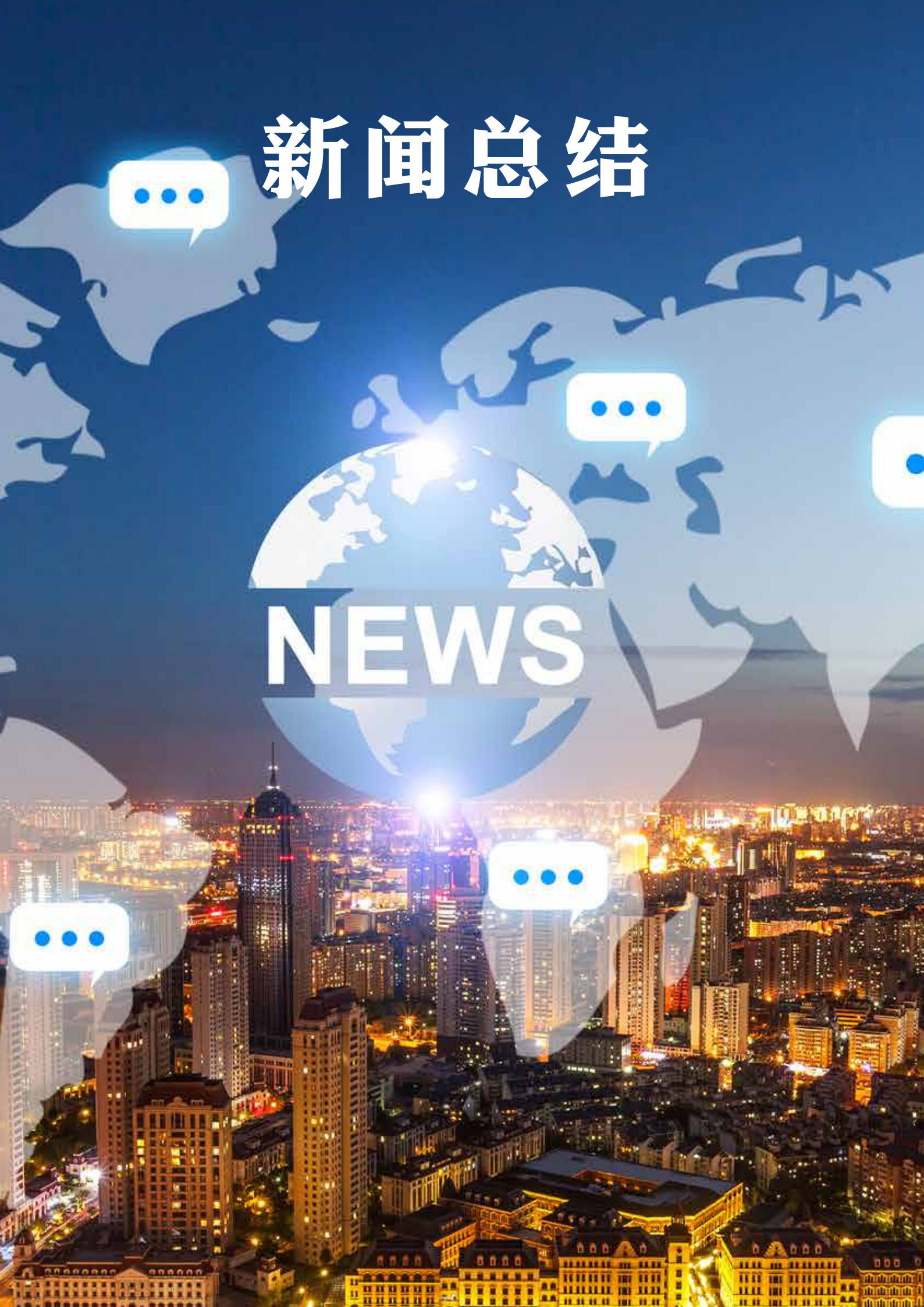
热点追踪
Hot Issues

23 案例调研：法定医疗期满后员工继续请病假，企业是否应当支付病假工资?
Case Study: Should the Company Pay Sick Leave Salary if the Employees Continue to Apply for Sick Leave after the Statutory Medical Treatment Period Expires?

老董杂谈
Professor Dong By-Talk

29 论我国无固定期限劳动合同
Discussion on the open-ended labor contract in China

新闻总结



一、教育部取消《留学回国人员证明》

来源：央视新闻

摘要：近日，为简化留学回国人员办事程序，方便广大留学回国人员工作和生活，教育部发布公告，决定自 2020 年 11 月 1 日起，取消《留学回国人员证明》。

Recently, in order to simplify the procedures for returnees and facilitate the work and life of returnees, the Ministry of Education of the People's Republic of China issued an announcement and decided to cancel the *Certificate of Returned Overseas Students* from November 1, 2020.

受疫情影响，许多留学生或准备出国的学生进退两难。近期教育部连发重磅消息，国家出台一系列措施及时为这类人群顺利留学就业提供保障。一是允许通过与境外合作高校签订交换生协议等方式，接收出国留学生先行在国内借读学习，还可以通过中外合作办学等方式丰富就学路径；第二，就是宣布取消《留学回国人员证明》，此项措施在留学生和海归群体中关注度极高。

《留学回国人员证明》曾经是国家教育部国际合作与交流司制表，由中国驻外使（领）馆教育（文化）处（组）出具的证明材料，发给在国外或境外正规高等院校和科研机构学习、学术访问，并且连续在外居住六个月以上即将回国工作的留学生，是海归在国内就业、升学、海外学历学位认证等的重要依据。《留学回国人员证明》最主要的用处在于：首先，留学生回国就业，尤其是应聘公务员或事业单位时，《留学回国人员证明》可起到重要帮助作用；其次，留学生回国后，在部分地区的落户转户等需要此证明；还有，北上广深等大城市对归国留学生提供创业、就业、购买免税车等福利，留学生享受相关优惠政策时需用到这份证明。

此证明设立的初衷是为留学生和国内相关机构服务提供有权威性的证明，防止有的人会伪造“克莱登大学”一类的海外经历学历，国内机构或公司招聘人员没有途径去核查。所以开具《留学回国人员证明》相当于国家出面核查留学生的留学经历，确认其留学真实性。

但是，不少留学生反映，办理《留学回国人员证明》的过程较为繁琐。办理证明首先要求留学生抵达国外时进行报到注册，并在回国前提交申请才行，否则不予补办。办理时要填写申请表、提供护照复印件、毕业证、学位证或邀请函，还要提供回国机票，办理时间和邮寄时间加起来往往要半个多月。而且，为确保留学回国人员证明真实可信，2007 年又增加了新的规定，要求在办理时，申请人或代理人必须本人出现在申请现场，使用使（领）馆工作电脑登录到毕业学校网站上的个人学籍管理电子系统，协助工作人员确认申请人的学习经历和毕业事实。

很多人往往因为没有收到任何机构或组织的提醒，错过了办理的机会，等回国发展后才发现很多地方落户、入职、考公、办理学历认证都需要《留学回国人员证明》，因此而引发的各种错失机会、耽误发展的事件也时有发生。于是一些留学生为了办此证明要么再次出国，要么托同学朋友或者花钱找代办。随着中国出国留学人数大幅增加，出具《留学回国人员证明》这样的工作也给中国驻外使（领）馆教育（文化）处（组）官员带来了不少压力。

据悉，在 2017 年初，已有驻外使（领）馆教育（文化）处（组）官员主动向留学生征询关于《留学回国人员证明》必要性的意见。该证明被取消，说明征询意见得到落实，体现了简政放权的治理方向，更体现了国家对于留学生群体的尊重和重视：让留学生回国就业创业更容易、更便利，为他们在祖国的发展营造

更宽松的政策环境。

《留学回国人员证明》取消后，如何有效地证明留学生的身份呢？根据最新规定，通过留学人员提供的国外院校或科研机构录取材料、国外院校颁发的学位证书或毕业证书、国外院校或科研机构出具的学习进修证明材料或留学人员自愿在教育部留学服务中心开具的国外学历学位认证书等，来认定留学人员身份和经历，也可通过留学人员护照及签证、出入境信息、回国行程票据等确定留学人员在外留学期限。也就是说，将原本的《留学回国人员证明》从一纸证书转化为个体单位多方面求证，增加了处理行为的灵活性，也将驻外使（领）馆教育（文化）处（组）从琐碎的业务中解脱出来，留出精力处理更复杂的留学事件，更好地为海外留学生服务。

《留学回国人员证明》的取消，能够帮助并鼓励更多的海外留学生回国发展，加速人才回流，特别是给受疫情影响难以办理《留学回国人员证明》的留学生群体提供了方便，更体现了国家对外开放的决心，是一件具有历史意义的大事。

二、最高检、公安部修改侵犯商业秘密刑事案件立案追诉标准

来源：最高人民检察院官方微信

摘要：近日，最高人民检察院、公安部发布关于修改侵犯商业秘密刑事案件立案追诉标准的决定，将《最高人民检察院、公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(二)》第七十三条侵犯商业秘密刑事案件立案追诉标准进行了修订。

Recently, the Supreme People's Procuratorate and the Ministry of Public Security of the People's Republic of China issued a decision on revising the standards for filing and prosecuting criminal cases infringing on trade secrets, which revised the standards for filing and prosecuting criminal cases infringing on trade secrets in Article 73 of Provisions of Provisions of *the Supreme People's Procuratorate and the Ministry of Public Security of the People's Republic of China on the Standards for Filing and Prosecution of Criminal Cases under the Jurisdiction of Public Security Organs (II)*.

内容如下：

【侵犯商业秘密案(刑法第二百一十九条)】侵犯商业秘密，涉嫌下列情形之一的，应予立案追诉：

(一)给商业秘密权利人造成损失数额在三十万元以上的;

(二)因侵犯商业秘密违法所得数额在三十万元以上的;

(三)直接导致商业秘密的权利人因重大经营困难而破产、倒闭的;

(四)其他给商业秘密权利人造成重大损失的情形。

前款规定的造成损失数额或者违法所得数额，可以按照下列方式认定：

(一)以不正当手段获取权利人的商业秘密，尚未披露、使用或者允许他人使用的，损失数额可以根据该项商业秘密的合理许可使用费确定;

(二)以不正当手段获取权利人的商业秘密后，披露、使用或者允许他人使用的，损失数额可以根据权利人因被侵权造成销售利润的损失确定，但该损失数额低于商业秘密合理许可使用费的，根据合理许可使用费确定;

(三)违反约定、权利人有关保守商业秘密的要求，披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密的，损失数额可以根据权利人因被侵权造成销售利润的损失确定;

(四)明知商业秘密是不正当手段获取或者是违反约定、权利人有关保守商业

秘密的要求披露、使用、允许使用，仍获取、使用或者披露的，损失数额可以根据权利人因被侵权造成销售利润的损失确定;

(五)因侵犯商业秘密行为导致商业秘密已为公众所知悉或者灭失的，损失数额可以根据该项商业秘密的商业价值确定。商业秘密的商业价值，可以根据该项商业秘密的研究开发成本、实施该项商业秘密的收益综合确定;

(六)因披露或者允许他人使用商业秘密而获得的财物或者其他财产性利益，应当认定为违法所得。

前款第二项、第三项、第四项规定的权利人因被侵权造成销售利润的损失，可以根据权利人因被侵权造成销售量减少的总数乘以权利人每件产品的合理利润确定;销售量减少的总数无法确定的，可以根据侵权产品销售量乘以权利人每件产品的合理利润确定;权利人因被侵权造成销售量减少的总数和每件产品的合理利润均无法确定的，可以根据侵权产品销售量乘以每件侵权产品的合理利润确定。商业秘密系用于服务等其他经营活动的，损失数额可以根据权利人因被侵权而减少的合理利润确定。

商业秘密的权利人为减轻对商业运营、商业计划的损失或者重新恢复计算机信息系统安全、其他系统安全而支出的补救费用，应当计入给商业秘密的权利人造成的损失。

三、三部委解读国办发文以新业态新模式引领新型消费加快发展

来源：人民日报海外版

摘要：国务院办公厅近日公布了《关于以新业态新模式引领新型消费加快发展的意见》（简称《意见》），提出到 2025 年，培育形成一批新型消费示范城市和领先企业，实物商品网上零售额占社会消费品零售总额比重显著提高，“互联网+服务”等消费新业态新模式得到普及并趋于成熟。国家发改委等三部委相关负责人在国务院政策例行吹风会上对《意见》进行了解读。

Abstract: The General Office of the State Council of the People's Republic of China recently published *Opinions on Accelerating the Development of New Consumption Led by New Business Models* (referred to as *Opinions*), proposing that by 2025, a number of new consumption demonstration cities and leading enterprises will be cultivated, the proportion of online retail sales of physical goods in the total retail sales of social consumer goods will be increased significantly, and new modes of consumption such as "internet plus Service" will be popularized and matured. The relevant responsible persons of the National Development and Reform Commission and other two ministries and commissions interpreted the *Opinions* at the State Council policy briefing.

据介绍，《意见》旨在着力补齐新型消费短板，促进线上线下消费深度融合，努力实现新型消费加快发展，为形成以国内大循环为主体、国内国际双循环相互促进的新发展格局提供坚实支撑。

15 项政策落子精准

近年来，以网络购物、移动支付、线上线下融合等新业态新模式为特征的新型消费迅速发展。特别是今年新冠肺炎疫情发生以来，传统接触式线下消费受到影响，新型消费发挥了重要作用，促进经济企稳回升。数据显示，消费已连续 6 年成为拉动经济增长的第一动力。今年前 8 个月，全国实物商品网上零售额同比增长 15.8%，高出社会消费品零售总额 24.4 个百分点。

为了更好地释放新型消费潜力，《意见》提出了 15 项有针对性的政策措施。

在促进线上线下融合消费方面，《意见》明确提出“支持互联网平台企业向线下延伸拓展”“推动线上线下消费高效融合、大中小企业协同联动、上下游全链条一体发展”；在新型消费基础设施建设方面，《意见》要求进一步加大 5G 网络、数据中心、工业互联网、物联网等新型基础设施建设力度，优先覆盖核心商圈、重点产业园区、重要交通枢纽、主要应用场景等；在优化新型消费发展环境方面，《意见》给出了加强相关法规制度建设、深化包容审慎和协同监管、健全服务标准体系、简化优化证照办理等多项具体措施……

吹风会上，国家发改委副秘书长高杲表示，中国之所以在疫情最严重的时期能够保持各类生活必需品的正常供应，价格总体平稳，使居民的基本生活消费得到有效保障，随后稳步推动复工复产、复商复市，一个很重要的原因就是近年来基于网络数字技术等现代信息技术的发展。

“我国在电子商务、新零售以及移动支付、物流快递等相关配套领域已经具备了良好的发展基础。”高杲说，《意见》就是要顺应新型消费发展大趋势，通过完善基础设施、优化政策环境，促进新业态新模式引导下的新型消费持续健康发展。

信息消费作用更大

今年以来，在线教育、网络医疗、直播电商等信息消费的新业态、新模式蓬勃发展，不仅有效满足了人民群众的需求，也使得信息消费本身成为有效扩大内需、拉动经济增长的新动力。

此次《意见》提出的“加强信息网络基础设施建设”“完善商贸流通基础设施网络”“大力推动智能化技术集成创新应用”等政策措施，将为新型消费提供巨大支持。

“目前，全国已建设开通 5G 基站超 50 万个。5G 用户不断增长，累计终端连接数已超过 1 个亿。5G 应用不断丰富，覆盖工业、医疗、媒体、交通等多个领域。”工信部信息技术发展司负责人李颖说，新发展格局为信息发展带来了机会。工信部将加快构建信息消费的大市场，从需求侧和供给侧同时发力。

对于直播带货及电子商务，商务部市场运行和消费促进司负责人王斌透露，据商务部监测，上半年全国电商直播超过 1000 万场，活跃主播人数超过 40 万，观看人次超过 500 亿，上架商品数超过 2000 万。在消费场景上，从日用品、农产品直播到产业带直播、老字号直播、非遗产品直播、文化旅游产品直播，各类直播场景层出不穷，满足了居民个性化、多样化的消费需求。

“2012 年至 2019 年，电子商务交易额由 8.1 万亿元扩大到 34.8 万亿元，年均增长 23.1%，网络零售额由 1.3 万亿元扩大到 10.6 万亿元，年均增长 34.9%”“今年上半年，跨境电商零售进出口额增长了 26.2%，线上线下不断融合创新”……王斌用多组数据，展示了新型消费特别是信息消费的旺盛活力与巨大潜力。

配套措施支撑力强

值得注意的是，一系列配套措施将加快落地，支持《意见》实施，助推新型消费成为中国经济的“加速器”。

王斌表示，《意见》对指导商务部门坚定实施扩大内需战略、着力完善现代商贸流通体系、加快新业态新模式新消费发展等具有重要意义。下一步，商务部将重点抓好几方面工作：

健全商贸流通体系。加快国际消费中心城市培育建设，深化步行街改造提升，

加快发展品牌连锁便利店，提升电商进农村综合水平，推动城乡商贸流通转型升级，打造现代商贸流通体系。

提升流通现代化水平。支持传统商业加快数字化、智能化改造，健全流通标准体系，加快发展商贸物流和现代供应链，促进降本增效，夯实国内大循环基础。

培育壮大新型消费。不断推进线上线下深度融合，商旅文体跨境融合，促进绿色循环消费，发展夜间经济，做强小店经济、首店经济、首发经济，推动消费新业态新模式新场景加速普及应用。

营造安全放心消费环境。加快商务信用体系建设，深入贯彻落实《电子商务法》，促进新业态新模式新消费健康发展。

“我国地域辽阔，不同地方都有各自的特点和优势。新型消费也必然会形成各具特色、优势互补、协同发展的区域格局。”高杲说，应充分发挥多部门参与的完善促进消费体制机制部际联席会议制度作用，一方面强化财税、金融、用工、用地、社保等方面的支持，另一方面引导各地区更好发挥比较优势，最终形成合力，更好地满足人民群众对美好生活的新期待。

四、明年起全国基本医保参保信息实现互联互通

来源：医保局网站

摘要：近日，国家医保局、财政部、国家税务总局公布《关于加强和改进基本医疗保险参保工作的指导意见》（简称《意见》），明确自 2021 年参保年度起，全国参保信息实现互联互通、动态更新、实时查询。国家医保局对《意见》进行了解读。

Abstract: National Healthcare Security Administration, Ministry of Finance of the People‘s Republic of China and State Taxation Administration of The People's Republic of China jointly published the *Guiding Opinions on Strengthening and Improving the Participation in Basic Medical Insurance* (referred to as the *Opinions*), which clearly stated that since the year of participation in 2021, all insurance information in the country can be interconnected, dynamically updated and queried in real time. The National Healthcare Security Administration interpreted the *Opinions*

一、政策背景

参保工作是基本医疗保险的基础性工作。我国基本医疗保险制度建立以来，特别是全民参保计划实施以来，参保覆盖率一直保持在 95%以上的较高水平，为保障公民依法享有基本医保权益发挥了重要作用。

经济社会发展进入新阶段后，参保工作面临新的形势，主要体现在：一是人口流动和就业形态多样化对参保工作提出更高要求。新型城镇化深入推进，人口在城乡之间、区域之间频繁流动，新就业形态不断增加，参保工作必须适应经济就业发展新变化，为重点人群、新就业形态从业人员提供更加优质的服务，更好促进人口合理有序流动。二是医疗保障高质量发展要求不断完善参保工作，必须更加注重提高参保质量，进一步规范基础信息采集、提高信息质量、统一校验规则，减少不必要的重复参保，为医疗保障高质量发展奠定基础。三是医保信息化建设为加强和改进参保工作创造了条件。随着全国统一的医疗保障信息平台建设深入推进以及医保电子凭证的广泛推广，全国医疗保障系统将逐步实现全国参保信息实时查询功能，为更加精准制定政策、精细化提供服务提供技术支撑。为此，国家医保局会同财政部、税务总局研究制定了《指导意见》，以进一步提升参保缴费服务，稳妥有序清理重复参保，建好国家医疗保障信息平台基础信息管理子

系统，推动参保工作更加便民高效、方便快捷。

二、主要原则和目标

《指导意见》提出了四项原则：一是坚持全面覆盖，补齐短板。落实全民参保计划和依法参保要求，着眼保基本、全覆盖，有针对性加强重点人群、困难人群参保缴费服务，改进参保薄弱环节服务。二是坚持分类完善，精准施策。对建档立卡贫困人口、学生、新生儿、缴费中断人员等参保对象，根据实际情况，不搞“一刀切”，分类制定针对性政策，保障合理待遇。三是坚持优化服务，保障待遇。持续加强参保政策宣传，提升参保便民服务，保障参保人依法享有基本医疗保障待遇，增强群众获得感。四是坚持技术支撑，提高质量。依托全国医疗保障信息平台基础信息管理子系统参保功能模块，清理无效、虚假、重复数据，实时识别参保人参保缴费状态，提升参保质量。

《指导意见》提出了阶段性目标：自 2021 年参保年度起，全国参保信息实现互联互通、动态更新、实时查询，参保信息质量明显提升；到 2025 年，基本医保参保率稳中有升，管理范围水平明显提升，群众获得感满意度持续增强。

三、重点任务

《指导意见》提出六项主要工作任务，分别是合理设定参保扩面目标、落实参保缴费政策、做好跨制度参保的待遇衔接、有序清理重复参保、完善个人参保缴费服务机制、加强财政补助资金管理服务。

其中，一是首次提出重复参保的界定及处理原则。明确原则上不允许重复参保，指出重复参保指同一参保人重复参加同一基本医疗保险制度（制度内重复参保）或重复参加不同基本医疗保险制度（跨制度重复参保），具体表现为同一时间段内同一参保人有两条及以上参保缴费状态正常的参保信息记录。提出了制度内重复参保、跨制度重复参保的处理原则。二是进一步明确了跨制度参保的待遇衔接原则。为避免参保人身份切换时出现待遇空白期，《意见》提出参保人已连续 2 年（含 2 年）以上参加基本医疗保险的，因就业等个人状态变化在职工医保和居民医保间切换参保关系的，且中断缴费时间不超过 3 个月的，缴费后即可正常享受待遇，确保参保人待遇无缝衔接。中断缴费时间超过 3 个月的，各统筹区可根据自身情况设置不超过 6 个月的待遇享受等待期。待遇享受期满后暂停原参保关系。三是进一步明确了个人参保缴费服务机制。在缴费服务方面，提出要利用国家统一医保信息平台基础信息管理子系统实时核对参保人参保情况。加大参保缴费宣传力度，拓展多样化的参保缴费渠道，不断提高参保缴费服务便利性。明确了对于退费的处理原则，对居民医保，待遇享受期没有开始前重复缴费的可以退费；待遇享受期开始后，暂停的参保关系不再退费，主要考虑是其参保关系没有终止，可以随时根据需要恢复待遇享受，便于参保人根据自身就业状态变化，稳定连续享受待遇。其余情况由省级医疗保障部门会同相关部门，确定可以退费和不予退费的具体情形。四是提出加强财政补助资金管理。除大中专学生入学当年重复参加居民医保情形外，其他重复参加居民医保的，需终止相关居民医保参保关系，并扣减重复参保当年涉及的各级财政补助资金。跨制度重复参保且连续参加职工医保一年以上（含一年）、参保缴费状态正常的，在按本意见规定的原则处理后扣减重复参保当年居民医保的各级财政补助资金。

四、加强改进重点人群参保缴费服务

《指导意见》进一步明确了重点人群的参保缴费政策，包括建档立卡贫困人口、大中专学生（含全日制研究生）、新生儿、退役军人、短期季节性务工人员及灵活就业人员、被征地农民等。

其中，对于建档立卡贫困人口，为确保稳定脱贫，在职工医保和居民医保之间切换参保、转移接续参保关系时，不设等待期，不受居民医保规定缴费时间限制，在参保缴费后，即可享受相应待遇，医疗保障经办机构应及时暂停原参保关系。对于大中专学生，鼓励在学籍地参保，支持具备条件的统筹地区在确保与学生原参保地医疗保险待遇无缝衔接的前提下，将大中专学生参加居民医保的参保缴费期从学年调整为自然年度，作出调整的统筹地区学生在入学当年学籍地如发生医疗费用，采用异地就医直接结算报销费用，报销比例不受转外就医调减比例规定限制。对于新生儿，规范参保登记，要求使用新生儿本人真实姓名和身份证明，原则上新生儿出生后 90 天内由监护人按相关规定办理参保登记，自出生之日起发生的医疗费用均可纳入医保报销。对于短期季节性务工人员及灵活就业人员，考虑到参保关系频繁转换，为确保待遇有效衔接，《指导意见》提出享受新参保的参保关系、暂停原参保关系（不做终止）的处理办法，保障合理待遇需求。

五、2020 秋季大学生就业报告出炉

来源：金羊网

摘要：近日，智联招聘发布《2020 秋季大学生就业报告》。报告显示，今年毕业生就业专业对口程度高，计算机、会计专业就业范围广，而工学专业就业收入更高，2020 届毕业生第一份工作平均起薪为 5290 元/月；毕业生收入高低与其毕业院校的等级形成强关联，毕业生收入排行前 50 名的高校多为双一流/211/985 类大学。

Abstract: Recently, Zhaopin recruited and released the *Employment Report of College Students in Autumn 2020*. The *Report* shows that this year's graduates have a high degree of employment, and Graduates majoring in computer and accounting have a wide range of employment, while engineering majors have higher employment income. The average starting salary of the first job of graduates in 2020 is CNY 5,290 /month; There is a strong correlation between graduates' income and the grades of their universities. Most of the top 50 universities with graduates' incomes come from first-class /211/985 universities.

六成多毕业生愿调低薪资预期

根据智联招聘平台大数据，2020 届毕业生第一份工作的平均起薪为 5290 元/月，且薪资与学历高低成正比。具体来看，硕士及以上学历的毕业生首份工作平均起薪高于整体水平 2000 元以上，本科与大专学历则分别为 5102 元/月与 4562 元/月。高学历人才进入职场，拥有相对的高起点。

与此同时，报告显示，疫情让应届生的求职偏好及心态发生了变化，择业观念越发务实。55.7%的毕业生表示注重企业的福利待遇，54.3%倾向于选择具备人性化制度与文化的雇主，还有 46.3%向往抗风险能力强的大企业。

尽管薪酬福利仍是毕业生求职时最看重的因素(占比 60.2%)，但 63%的求职大学生将顺利就业当作第一要务，可以接受实际薪资不如预期。

超过四成企业扩大招聘规模

数据显示，33.3%的企业已启动秋招，两成还在筹划中，今年没有校招计划的占到 46.5%。在有招聘计划的企业中，42.6%的企业招聘规模与同期相比有所增加。

在招聘面向的毕业生身份上，一半以上的企业同时接受 2020 与 2021 届毕业生； 26.2%受访企业表示岗位仅对 2020 届毕业生开放，19.7%受访企业仅针对

2021 届毕业生进行招聘。

随着疫情防控进入常态化，企业在招聘时更倾向于寻找心智成熟的人才共同成长。具体来看，企业最为看重的通用素质为责任心(55.7%)和抗压能力(45.9%)；对人际沟通、逻辑思维、语言表达等素质的重视程度紧随其后，占比均超过三成。

与此同时，今年秋季招聘期间，70.2%的企业表示会提供部分岗位的实习机会，12.3%的企业中全部岗位都有实习机会。

机械工程专业毕业生月薪最高

另外，智联招聘发布的对 2019 届毕业生的毕业院校及平均月薪进行追踪发现，毕业生收入高低与其毕业院校的等级形成强关联，毕业生收入排行前 50 名的高校多为双一流/211/985 类大学。

具体来看，华南理工毕业生平均薪酬为 8590 元/月，名列广东省高校首位，中山大学以 7978 元/月的平均薪酬位居省内高校第二位，深圳大学以 7393 元/月紧随其后。

数据显示，机械工程以 6851 元/月成为高薪之首。机械技术发展迅速，已经不仅应用于机械产业，而是各行各业不可或缺的创新驱动力。

其他工学学科毕业生收入优势依然凸显，在前 10 名中占据 7 席、前 20 名中占据 11 席。材料科学与工程、电子科学与技术、软件工程等专业已成为数字化人才的蓄水池，也成为企业人才大战中的主要目标。

除工科“硬核”人才外，工商管理(6370 元/月)、心理学(6156 元/月)与传播学(5918 元/月)也都成为各学科的高薪代表。

六、长三角一体化示范区实施外国高端人才工作许可互认

来源：浙江在线

摘要：近日，《长三角生态绿色一体化发展示范区外国高端人才工作许可互认实施方案》正式发布，旨在构建更加开放的人才合作共享机制，打造外国高端人才来华工作首选地、自由流动示范区、创新创业活力场，推进一体化示范区高质量发展。

Abstract: Recently, the *Implementation Plan for Mutual Recognition of Work Permits for Foreign High-end Talents in the Yangtze River Delta Ecological Green Integration Development Demonstration Zone* was officially released, aiming at building a more open mechanism for cooperation and sharing of talents, so as to create a preferred place for foreign high-end talents to work in China, a free-flowing demonstration area, and an innovation and entrepreneurship vitality field, so as to promote the high-quality development of the integrated demonstration area.

该方案适用于符合《外国人来华工作分类标准（试行）》中的“外国高端人才（A 类）”人员，主要包括入选国内人才引进计划的外国人才、符合国际公认的专业成就认定标准的外国人才、符合市场导向的鼓励类岗位需求的外国人才、创新创业人才、优秀青年人才和计点积分在 85 分以上的外国人才。

一体化示范区按照三地最优、统一标准的要求，在符合法律法规和相关规定的前提下，给予外国高端人才最长 5 年的工作许可期限。上海青浦、江苏吴江、浙江嘉善中的一地认定，三地互认。初次申请达不到“外国高端人才（A 类）”标准的外国人，在之后的工作中如能够达到外国高端人才条件的，在提供相应材料并经一体化示范区任一属地管理部门认定后，也列为本方案的适用对象。

据悉，嘉善探索实行外国人工作和居留许可“一窗式受理、一站式审批、一

门式服务”综合审批服务运行模式后，办理时长从原来的 39 个工作日缩短至 5 个工作日。

“提升一体化示范区工作许可互认业务办理效率，既降低了企业的管理成本，也能为一体化示范区吸引更多海外高端人才营造良好氛围。”省外国专家局副局长张红卫说，我省根据试点情况，将考虑进一步下放审批权限，在全省推行外国高端人才工作许可互认。

七、四所高校应届生可直接落户上海

来源：中国网

摘要：《2020 年非上海生源应届普通高校毕业生进沪就业申请本市户籍评分办法》正式发布。办法明确提出，将之前“以北京大学、清华大学为试点，探索建立对本科阶段为国内高水平大学的应届毕业生，符合基本申报条件可直接落户”的政策，范围扩大至在沪“世界一流大学建设高校”。

Abstract: The *Scoring Methods for Applying for Shanghai Household Registration for Non-Shanghai College Graduates to Work in Shanghai in 2020* was officially released. The *Methods* clearly put forward that the previous policy of "taking Peking University and Tsinghua University as pilots to explore the coverage policy of fresh graduates of domestic high-level universities at the undergraduate level, that is, as long as they meet the basic reporting conditions, they can be awarded Shanghai Household". The scope has been extended to "building a world-class university around Shanghai"

在沪“世界一流大学建设高校”包括上海交通大学、复旦大学、同济大学、华东师范大学，因此四校应届本科毕业生符合基本申报条件即可直接落户。

此外，2020 年标准分为 72 分，评分选项包括毕业生要素分，包括学历、毕业学校、学习成绩、外语水平、计算机水平等；以及导向要素，包括荣誉称号、学术、文体竞赛获奖、科研创新、国家就业项目服务期满等，还有用人单位要素分，包括引进重点领域人才、承担重大项目、自主创业等。

八、上半年银行普遍降薪

来源：中华网河南综合

摘要：近日，六家国有大行，9 家股份行均发布 2020 年半年度报告。随着上市银行完成中报披露，上半年银行业人均薪酬的情况也浮出水面。上半年，员工的薪酬出现下调。36 家上市银行今年上半年支付给职工以及为职工支付的现金合计为 4008.4 亿元，相比去年同期的 4014.3 亿元，下降 5.9 亿元，同比下降幅度达到 1.5%。

Abstract：Recently, six large state-owned banks and nine joint-stock banks all released their semi-annual reports for 2020. With the disclosure of the listed banks in the interim report, the per capita salary of the banking industry in the first half of the year also emerged. In the first half of the year, the salary of employees was lowered. The cash paid by 36 listed banks to employees and for employees in the first half of this year totaled CNY 400.84 billion, down by CNY 590 million compared with CNY 401.43 billion in the same period last year, with a year-on-year decline of 1.5%

据称，银行聘用的合同工薪酬不算在此薪酬包中，因此实际薪酬下降的幅度可能更大。

在进行统计的 15 家上市银行（包括 6 家国有行、9 家全国性股份行）中，上半年平安银行以 30.06 万元的人均薪酬力压群雄；中信银行紧随其后，上半年人均薪酬达到 28 万元，浙商银行排第三，人均薪酬达到 27.8 万元。

随后是招商银行、民生、兴业、光大、浦发四家银行，上半年的人均薪酬均在 20 万元左右。

紧接着是交行、华夏银行，上半年的人均薪酬均在 17 万元左右。

而最后垫底的是，五家国有大行，相比来看，交通银行为 17 万元，比较接近股份行水平，其余五大行在 12 万元到 13 万元之间，月均约 2 万元。

其中，农行跟邮储银行的人均收入最低，半年薪资分别为 12.35 万和 12.05 万元，对应 2 万出头，相当于平安银行的四成左右。

综合来看，平安银行月薪高达 5 万，中信、浙商、招商、民生月薪均超 4 万，国有行除了交行，均是月薪 2 万出头。

需要说明的是统计口径：薪酬数据来自“现金流量表”中的“支付给职工以及为职工支付的现金”项目，这个数据代表员工实打实拿到手的钱。

法规名称：《最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》（以下简称《规定》）

Regulation: Provisions of the Supreme People's Court on Several Issues Concerning the Laws Applicable to the Trial of Civil Cases of Infringement of Trade Secrets (hereinafter referred to as the Provisions)

发布：最高人民法院

Published by: Supreme People's Court

公布日期：2020年9月11日

Published on: Sep 11, 2020

施行日期：2020年9月12日

Implemented on: Sep 12, 2020

概要：《规定》共二十九条，对商业秘密司法保护作出了较为全面的规定，主要内容包括商业秘密保护客体、商业秘密的构成要件、保密义务、侵权判断、民事责任、民刑交叉以及有关程序规定。

Abstract: There are totally 29 articles in the Provisions, which make comprehensive provisions on judicial protection of trade secrets, including the protection objects of trade secrets, the constitutive requirements of trade secrets, confidentiality obligations, infringement judgment, civil liability, civil and criminal intersection and relevant procedural provisions.

亮点：

Highlights:

同 2007 年最高人民法院发布的《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》相比较：

Compared with the *Interpretation of the Supreme People's Court on Several Issues of Laws Applied in the Trial of Civil Cases of Unfair Competition* issued by the Supreme People's Court in 2007:

一、《规定》对商业秘密的涵义即范围和三性进行了明确、细化和补充。

The *Provisions* clarify, refine and supplement the meaning, scope and three properties of trade secrets.

如《规定》第一条对 “技术信息”和“经营信息”进行了列举等。

For example, Article 1 of the *Provisions* lists "technical information" and "business information".

具体可参见《规定》第一条至第七条。

For details, please refer to Articles 1 to 7 of the *Provisions*.

二、《规定》完善了侵权行为的认定标准。

The *Provisions* have perfected the standard of identification of tort.

如在确定侵权人的保密义务方面，《规定》第十条明确当事人未在合同中约定保密义务，但根据诚信原则以及合同的性质、目的、缔约过程、交易习惯等，被诉侵权人知道或者应当知道其获取的信息属于权利人的商业秘密的，人民法院应当认定被诉侵权人对其获取的商业秘密承担保密义务。

If the infringer's obligation of confidentiality is determined, Article 10 of the *Provisions* make it clear that the parties have not agreed on the obligation of confidentiality in the contract, but according to the principle of good faith, the nature, purpose, contracting process and trading habits of the contract, if the alleged infringer knows or should know that the information obtained by him belongs to the trade secret of the obligee, the people's court shall determine that the alleged infringer bears the obligation of confidentiality for the trade secret obtained by him.

具体可参见《规定》第八条至第十四条。

For details, please refer to Articles 8 to 14 of the *Provisions*.

三、《规定》强化了侵犯商业秘密的民事责任，提高侵权违法成本等。如：

The *Provisions* strengthen the civil liability for infringement of trade secrets, and increase the illegal cost of infringement, such as:

1、《规定》第十八条规定人民法院可根据权利人的请求，判决侵权人返还或者销毁商业秘密载体，清除其控制的商业秘密信息，以减少、消除再次发生侵权行为的风险。

Article 18 of the *Provisions* stipulates that the people's court may, at the request of the obligee, judge the infringer to return or destroy the carrier of trade secrets and clear the trade secret information under his control, so as to reduce and eliminate the risk of recurrence of infringement.

2、《规定》第二十条参照专利法第六十五条的规定，规定了人民法院可以参照商业秘密许可使用费，确定因被侵权所受到的实际损失，并规定了与之相关的考虑因素；根据商业秘密的特点，对侵犯商业秘密民事案件中的法定赔偿认定进行了规定。

Article 20 of the *Provisions* refers to the provisions of Article 65 of the Patent Law, which stipulates that the people's court can determine the actual losses suffered due to infringement with reference to the trade secret license fee, and stipulates the relevant considerations; According to the characteristics of trade secrets, the determination of legal compensation in civil cases of infringement of trade secrets has been stipulated.

具体可参见《规定》第十七条至第二十条。

For details, please refer to Articles 17 to 20 of the *Provisions.*

四、《规定》明确了民刑交叉以及有关程序规定。

The *Provisions* clarify the intersection of civil and criminal law and relevant procedural provisions.

如《规定》第二十三条规定，当事人主张依据生效刑事裁判认定的实际损失或者违法所得确定涉及同一侵犯商业秘密行为的民事案件赔偿数额的，人民法院应予支持。

For example, as stipulated in Article 23 of the *Provisions*, if the parties claim to determine the amount of compensation for civil cases involving the same trade secret infringement according to the actual losses or illegal gains determined by the effective criminal judgment, the people's court shall support it.

具体可参见《规定》第二十二条至第二十七条。

For details, please refer to Articles 22 to 27 of the *Provisions*.

新法规链接：

最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定
（2020 年 8 月 24 日最高人民法院审判委员会第 1810 次会议通过，自 2020 年 9 月 12 日起施行）

为正确审理侵犯商业秘密民事案件，根据《中华人民共和国反不正当竞争法》《中华人民共和国民事诉讼法》等有关法律规定，结合审判实际，制定本规定。

第一条　与技术有关的结构、原料、组分、配方、材料、样品、样式、植物新品种繁殖材料、工艺、方法或其步骤、算法、数据、计算机程序及其有关文档等信息，人民法院可以认定构成反不正当竞争法第九条第四款所称的技术信息。

与经营活动有关的创意、管理、销售、财务、计划、样本、招投标材料、客户信息、数据等信息，人民法院可以认定构成反不正当竞争法第九条第四款所称的经营信息。

前款所称的客户信息，包括客户的名称、地址、联系方式以及交易习惯、意向、内容等信息。

第二条　当事人仅以与特定客户保持长期稳定交易关系为由，主张该特定客户属于商业秘密的，人民法院不予支持。

客户基于对员工个人的信赖而与该员工所在单位进行交易，该员工离职后，能够证明客户自愿选择与该员工或者该员工所在的新单位进行交易的，人民法院应当认定该员工没有采用不正当手段获取权利人的商业秘密。

第三条　权利人请求保护的信息在被诉侵权行为发生时不为所属领域的相关人员普遍知悉和容易获得的，人民法院应当认定为反不正当竞争法第九条第四款所称的不为公众所知悉。

第四条　具有下列情形之一的，人民法院可以认定有关信息为公众所知悉：

（一）该信息在所属领域属于一般常识或者行业惯例的；

（二）该信息仅涉及产品的尺寸、结构、材料、部件的简单组合等内容，所属领域的相关人员通过观察上市产品即可直接获得的；

（三）该信息已经在公开出版物或者其他媒体上公开披露的；

（四）该信息已通过公开的报告会、展览等方式公开的；

（五）所属领域的相关人员从其他公开渠道可以获得该信息的。

将为公众所知悉的信息进行整理、改进、加工后形成的新信息，符合本规定第三条规定的，应当认定该新信息不为公众所知悉。

第五条　权利人为防止商业秘密泄露，在被诉侵权行为发生以前所采取的合理保密措施，人民法院应当认定为反不正当竞争法第九条第四款所称的相应保密措施。

人民法院应当根据商业秘密及其载体的性质、商业秘密的商业价值、保密措施的可识别程度、保密措施与商业秘密的对应程度以及权利人的保密意愿等因素，认定权利人是否采取了相应保密措施。

第六条　具有下列情形之一，在正常情况下足以防止商业秘密泄露的，人民法院应当认定权利人采取了相应保密措施：

（一）签订保密协议或者在合同中约定保密义务的；

（二）通过章程、培训、规章制度、书面告知等方式，对能够接触、获取商业秘密的员工、前员工、供应商、客户、来访者等提出保密要求的；

（三）对涉密的厂房、车间等生产经营场所限制来访者或者进行区分管理的;

（四）以标记、分类、隔离、加密、封存、限制能够接触或者获取的人员范围等方式，对商业秘密及其载体进行区分和管理的；

（五）对能够接触、获取商业秘密的计算机设备、电子设备、网络设备、存储设备、软件等，采取禁止或者限制使用、访问、存储、复制等措施的；

（六）要求离职员工登记、返还、清除、销毁其接触或者获取的商业秘密及其载体，继续承担保密义务的；

（七）采取其他合理保密措施的。

第七条　权利人请求保护的信息因不为公众所知悉而具有现实的或者潜在的商业价值的，人民法院经审查可以认定为反不正当竞争法第九条第四款所称的具有商业价值。

生产经营活动中形成的阶段性成果符合前款规定的，人民法院经审查可以认定该成果具有商业价值。

第八条　被诉侵权人以违反法律规定或者公认的商业道德的方式获取权利人的商业秘密的，人民法院应当认定属于反不正当竞争法第九条第一款所称的以其他不正当手段获取权利人的商业秘密。

第九条　被诉侵权人在生产经营活动中直接使用商业秘密，或者对商业秘密进行修改、改进后使用，或者根据商业秘密调整、优化、改进有关生产经营活动的，人民法院应当认定属于反不正当竞争法第九条所称的使用商业秘密。

第十条　当事人根据法律规定或者合同约定所承担的保密义务，人民法院应当认定属于反不正当竞争法第九条第一款所称的保密义务。

当事人未在合同中约定保密义务，但根据诚信原则以及合同的性质、目的、缔约过程、交易习惯等，被诉侵权人知道或者应当知道其获取的信息属于权利人的商业秘密的，人民法院应当认定被诉侵权人对其获取的商业秘密承担保密义务。

第十一条　法人、非法人组织的经营、管理人员以及具有劳动关系的其他人员，人民法院可以认定为反不正当竞争法第九条第三款所称的员工、前员工。

第十二条　人民法院认定员工、前员工是否有渠道或者机会获取权利人的商业秘密，可以考虑与其有关的下列因素：

（一）职务、职责、权限；

（二）承担的本职工作或者单位分配的任务；

（三）参与和商业秘密有关的生产经营活动的具体情形；

（四）是否保管、使用、存储、复制、控制或者以其他方式接触、获取商业秘密及其载体；

（五）需要考虑的其他因素。

第十三条　被诉侵权信息与商业秘密不存在实质性区别的，人民法院可以认定被诉侵权信息与商业秘密构成反不正当竞争法第三十二条第二款所称的实质上相同。

人民法院认定是否构成前款所称的实质上相同，可以考虑下列因素：

（一）被诉侵权信息与商业秘密的异同程度；

（二）所属领域的相关人员在被诉侵权行为发生时是否容易想到被诉侵权信息与商业秘密的区别；

（三）被诉侵权信息与商业秘密的用途、使用方式、目的、效果等是否具有实质性差异；

（四）公有领域中与商业秘密相关信息的情况；

（五）需要考虑的其他因素。

第十四条　通过自行开发研制或者反向工程获得被诉侵权信息的，人民法院应当认定不属于反不正当竞争法第九条规定的侵犯商业秘密行为。

前款所称的反向工程，是指通过技术手段对从公开渠道取得的产品进行拆卸、测绘、分析等而获得该产品的有关技术信息。

被诉侵权人以不正当手段获取权利人的商业秘密后，又以反向工程为由主张未侵犯商业秘密的，人民法院不予支持。

第十五条　被申请人试图或者已经以不正当手段获取、披露、使用或者允许他人使用权利人所主张的商业秘密，不采取行为保全措施会使判决难以执行或者造成当事人其他损害，或者将会使权利人的合法权益受到难以弥补的损害的，人民法院可以依法裁定采取行为保全措施。

前款规定的情形属于民事诉讼法第一百条、第一百零一条所称情况紧急的，人民法院应当在四十八小时内作出裁定。

第十六条　经营者以外的其他自然人、法人和非法人组织侵犯商业秘密，权利人依据反不正当竞争法第十七条的规定主张侵权人应当承担的民事责任的，人民法院应予支持。

第十七条　人民法院对于侵犯商业秘密行为判决停止侵害的民事责任时，停止侵害的时间一般应当持续到该商业秘密已为公众所知悉时为止。

依照前款规定判决停止侵害的时间明显不合理的，人民法院可以在依法保护权利人的商业秘密竞争优势的情况下，判决侵权人在一定期限或者范围内停止使用该商业秘密。

第十八条　权利人请求判决侵权人返还或者销毁商业秘密载体，清除其控制的商业秘密信息的，人民法院一般应予支持。

第十九条　因侵权行为导致商业秘密为公众所知悉的，人民法院依法确定赔偿数额时，可以考虑商业秘密的商业价值。

人民法院认定前款所称的商业价值，应当考虑研究开发成本、实施该项商业秘密的收益、可得利益、可保持竞争优势的时间等因素。

第二十条　权利人请求参照商业秘密许可使用费确定因被侵权所受到的实际损失的，人民法院可以根据许可的性质、内容、实际履行情况以及侵权行为的性质、情节、后果等因素确定。

人民法院依照反不正当竞争法第十七条第四款确定赔偿数额的，可以考虑商

业秘密的性质、商业价值、研究开发成本、创新程度、能带来的竞争优势以及侵权人的主观过错、侵权行为的性质、情节、后果等因素。

第二十一条　对于涉及当事人或者案外人的商业秘密的证据、材料，当事人或者案外人书面申请人民法院采取保密措施的，人民法院应当在保全、证据交换、质证、委托鉴定、询问、庭审等诉讼活动中采取必要的保密措施。

违反前款所称的保密措施的要求，擅自披露商业秘密或者在诉讼活动之外使用或者允许他人使用在诉讼中接触、获取的商业秘密的，应当依法承担民事责任。构成民事诉讼法第一百一十一条规定情形的，人民法院可以依法采取强制措施。构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第二十二条　人民法院审理侵犯商业秘密民事案件时，对在侵犯商业秘密犯罪刑事诉讼程序中形成的证据，应当按照法定程序，全面、客观地审查。

由公安机关、检察机关或者人民法院保存的与被诉侵权行为具有关联性的证据，侵犯商业秘密民事案件的当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集，申请调查收集的，人民法院应当准许，但可能影响正在进行的刑事诉讼程序的除外。

第二十三条　当事人主张依据生效刑事裁判认定的实际损失或者违法所得确定涉及同一侵犯商业秘密行为的民事案件赔偿数额的，人民法院应予支持。

第二十四条　权利人已经提供侵权人因侵权所获得的利益的初步证据，但与侵犯商业秘密行为相关的账簿、资料由侵权人掌握的，人民法院可以根据权利人的申请，责令侵权人提供该账簿、资料。侵权人无正当理由拒不提供或者不如实提供的，人民法院可以根据权利人的主张和提供的证据认定侵权人因侵权所获得的利益。

第二十五条　当事人以涉及同一被诉侵犯商业秘密行为的刑事案件尚未审结为由，请求中止审理侵犯商业秘密民事案件，人民法院在听取当事人意见后认为必须以该刑事案件的审理结果为依据的，应予支持。

第二十六条　对于侵犯商业秘密行为，商业秘密独占使用许可合同的被许可人提起诉讼的，人民法院应当依法受理。

排他使用许可合同的被许可人和权利人共同提起诉讼，或者在权利人不起诉的情况下自行提起诉讼的，人民法院应当依法受理。

普通使用许可合同的被许可人和权利人共同提起诉讼，或者经权利人书面授权单独提起诉讼的，人民法院应当依法受理。

第二十七条　权利人应当在一审法庭辩论结束前明确所主张的商业秘密具体内容。仅能明确部分的，人民法院对该明确的部分进行审理。

权利人在第二审程序中另行主张其在一审中未明确的商业秘密具体内容的，第二审人民法院可以根据当事人自愿的原则就与该商业秘密具体内容有关的诉讼请求进行调解；调解不成的，告知当事人另行起诉。双方当事人均同意由第二审人民法院一并审理的，第二审人民法院可以一并裁判。

第二十八条　人民法院审理侵犯商业秘密民事案件，适用被诉侵权行为发生时的法律。被诉侵权行为在法律修改之前已经发生且持续到法律修改之后的，适用修改后的法律。

第二十九条　本规定自 2020 年 9 月 12 日起施行。最高人民法院以前发布的相关司法解释与本规定不一致的，以本规定为准。

本规定施行后，人民法院正在审理的一审、二审案件适用本规定；施行前已经作出生效裁判的案件，不适用本规定再审。

法定医疗期满后员工继续请病假
企业是否应当支付病假工资？

Should the Company Pay Sick Leave Salary if the Employees
Continue to Apply for Sick Leave after the Statutory Medical Treatment Period Expires?

上海保华律师事务所 李尔菲
Baohua Law Firm Li Erfei

《关于贯彻执行<中华人民共和国劳动法>若干问题的意见》第 59 条规定，职工患病或非因工负伤治疗期间，在规定的医疗期内由企业按有关规定支付其病假工资或疾病救济费。此外，《企业职工患病或非因工负伤医疗期规定》第五条规定，企业职工在医疗期内，其病假工资、疾病救济费和医疗待遇按照有关规定执行。根据以上规定，法律仅明确了企业在员工法定的医疗期内有支付员工病假工资的义务，但并未明确企业对于超出法定医疗期之外的病假期间是否有继续支付病假工资的义务。当员工无法在法定医疗期内痊愈时，员工可能会继续提交病假申请，而企业出于关怀员工的角度出发，也并不会武断的拒绝病假申请，强行要求员工上班，那么在企业给予员工超出法定医疗期的病假期间内，企业是否还需要承担员工的病假工资呢？笔者通过调研各地法规及司法判例，对该问题进行了分析。

According to Article 59 of Opinions on Several Issues concerning the Implementation of the Labor Law of the People's Republic of China, during the medical treatment period of an employee suffering from illness or non-work-related injury, the enterprise shall pay the employee the sick leave salary or illness relief funds during the stipulated medical treatment period in accordance with relevant provisions. In addition, Article 5 of the Provisions on the Medical Treatment Period for Corporate Employees Due to Illnesses or Non-Work-Related Injuries stipulates that the sick leave salary, illness relief funds and medical treatment for corporate employees during the medical treatment period shall be implemented in accordance with relevant regulations. According to the above regulations, the law only clarifies that company has the obligation to pay employee's sick leave salary during the statutory medical treatment period, but it does not clarify whether the company has the obligation to continue to pay sick leave salary for the sick leave period after the statutory medical treatment period. When an employee cannot recover within the statutory medical treatment period, the employee may continue to submit sick leave applications. From the perspective of caring for employees, the company may not arbitrarily reject the sick leave applications and force the employee to start to work. Therefore, does the company still need to bear the sick leave salary of its employees during the sick leave period beyond the statutory medical treatment period? The author analyzes this issue by researching local laws and judicial precedents.

从法律法规层面来看，在各地的工资支付规定中，对于企业支付病假工资的期限一般有两种表述方式：

第一种表述方式为，在国家规定的医疗期内，企业应当支付病假工资或者疾病救济费，即与全国规定相同，并未对医疗期外的病假工资进行明确规定，这一类地区有广东、江苏、浙江、重庆、天津、山东等。

第二种表述方式为，劳动者在病休期间，企业应当按规定支付假期工资，也就是说，只要是在病假期间，企业都有义务支付病假工资，不按照医疗期内外进行区分，这一类地区有北京、上海等。

除了以上两种常见的法律规定外，某些地区对此问题进行了明确规定，例如山东青岛规定，超过医疗期，用人单位未按规定组织劳动能力鉴定的，按不低于当地最低工资标准的80%支付疾病救济费。

在以上法律规定的基础上，笔者对各地进行了案例检索，以进一步核实当地口径。

一、北京

《北京市工资支付规定》第二十一条规定，劳动者患病或者非因工负伤的，在病休期间，用人单位应当根据劳动合同或集体合同的约定支付病假工资。

在(2019)京 03 民终 16834 号案件中，法院明确指出，医疗期是指劳动者因患病或非因工负伤停止工作治病休息，用人单位不得解除劳动合同的时限，但并非劳动者享受病假的当然截止期限。一方面，医疗期并不排斥用人单位和劳动者在此之外额外延长病假期间。另一方面，在医疗期满后，若劳动者不能从事原工作，也不能从事用人单位另行安排的工作的，用人单位有权依法定程序解除与劳动者的劳动合同，并依法给予劳动者相关待遇。若用人单位放弃行使此种解除权利，或者未依法行使该项解除权利，则双方劳动合同关系存续，劳动者仍需病休的，有权依法继续享受病休待遇。类似案例还有(2019)京 01 民终 1093 号。

此外，在(2019)京 02 民终 7070 号案件中，法院认为，超过医疗期后，如果员工申请了病假，则公司应当支付病假工资；对于未请假也未提供劳动期间，公司可以不支付工资。

因此，北京法院的观点与北京市法规规定一致，即只要员工在病休期间，公司就应当支付病假工资。

二、上海

《上海市企业工资支付办法》第九条规定，劳动者在依法享受婚假、丧假、探亲假、病假等假期期间，企业应当按规定支付假期工资。

(2020)沪 01 民终 4254 号案件中，法院认为，员工在医疗期满后向公司提交病假单，公司对员工仍需病休的事实知晓，虽然公司表示不同意其继续请病假，但并未对其另做工作安排，因此公司应当支付病休期间的病假工资。

(2015)沪一中民三(民)终字第 768 号案例中，员工在医疗期满后向公司提交病假单，公司告知员工在医疗期满之后的病假单将视为无薪事假，员工对此未提出异议，也未进行劳动能力鉴定。对此，法院认为公司无义务支付此期间的工资。

结合上述两个案例可得知，上海地区法院倾向于认为，员工在医疗期满后请病假，公司同意的，则应当支付病假工资；公司不同意员工请病假，但未对员工进行其它工作安排的，则仍需支付该期间的病假工资；若公司明确告知员工医疗期满后的病假申请将视为无薪事假，且员工未提出异议也未进行劳动鉴定的，公司可以不支付此期间的工资。

三、广东：广州、深圳

《广东省工资支付条例》第二十四条规定，劳动者因病或者非因工负伤停止工作进行治疗，在国家规定医疗期内，用人单位应当依照劳动合同、集体合同的约定或者国家有关规定支付病伤假期工资。《深圳市员工工资支付条例》第二十三条进一步规定，员工患病或者非因工负伤停止工作进行医疗，在国家规定的医疗期内的，用人单位应当按照不低于本人正常工作时间工资的百分之六十支付员工病伤假期工资，但是不得低于最低工资的百分之八十。

在 (2020)粤 01 民终 7944 号案件中，广州市中级人民法院认为，虽然员工未能证明其在医疗期满后履行了请假手续，但公司在知悉员工回家养病且病情较为严重的情况下，长达一年多的时间内未催促员工提交病假或履行请假手续，未催促员工返回上班，应视为公司同意员工医疗期满后仍继续病休，因此需支付此期间的病假工资。

在(2018)粤 03 民终 3994 号案件中，深圳市中级人民法院根据员工提交的出院记录（其中载明医嘱员工出院后全休壹年），认为员工在医疗期满后根据医嘱休息期间仍处于病假期，公司应向员工支付病假工资。

由此可看出，广东省法院部门对此问题的看法是，如果有证据可证明员工在医疗期满后的确需要休息，则休息期间为病假，公司应支付病假工资。

四、江苏

《江苏省工资支付条例》第二十七条规定，劳动者患病或者非因工负伤停止劳动，且在国家规定医疗期内的，用人单位应当按照工资分配制度的规定以及劳动合同、集体合同的约定或者国家有关规定，向劳动者支付病假工资或者疾病救济费。

(2017)苏 05 民终 5981 号案例中，一审法院认为，劳动者患病，且在医疗期内，用人单位应向劳动者支付病假工资或疾病救济费，超过医疗期的，用人单位没有支付病假工资或疾病救济费的义务，因此不支持员工要求的医疗期以外的疾病救济费。二审法院支持了一审判决。南京市中级人民法院在(2015)宁民终字第 2623 号案例中也持相同观点。

值得注意的是，(2015)苏中民终字第 03723 号案例中，虽然一审法院的意见与上述意见相同，但二审法院表达了相反观点，认为根据员工提交的遗嘱可证明其在医疗期满后的病假情况属实，公司在医疗期满后未另行安排员工工作，因此应支付该期间的病假工资。

结合上述案例可知，江苏法院对此问题存在不同观点，可能会简单根据医疗期来区分是否需支付病假工资，也可能根据案件的具体情况进行分析，有可能会支持员工在医疗期满后的病假工资请求。

五、浙江

《浙江省企业工资支付管理办法》第十七条规定，劳动者因患病或者非因工负伤，未付出劳动的，企业应当支付国家规定的医疗期内的病伤假工资。

(2015)浙民申字第 2434 号案例中，浙江省高级人民法院认为，医疗期满后，只有当公司为员工向社会保险管理机构申请延长医疗期并获批准的情况下，员工才能主张延长医疗期间的病假工资。在未经批准的情况下，员工要求继续享有病假工资，于法无据。

根据以上案例可看出，浙江省的口径为，公司仅在医疗期内由支付病假工资的义务，医疗期满后，员工可通过延长医疗期继续享有病假工资，否则不能要求公司支付病假工资。

六、重庆

《重庆市企业职工病假待遇暂行规定》第七条规定，职工患病，在医疗期内停工治疗期间，每月领取的病假工资不得低于当地最低工资标准的 80%。

(2018)渝 03 民终 296 号案例中，法院认为，公司批准员工病假期间超出了法定医疗期，属于企业的自主经营管理规定，因此应当按照病假工资支付。相同的，在(2015)渝五中法民终字第 04119 号案件中，法院认为，公司因员工的患病情况同意其继续回家休养，此应视为公司同意延长员工医疗期，故应当支付病假工资。可以得出，重庆的法院会从公司是否批准员工医疗期后的病假来判断是否应支付病假工资。

七、天津

《天津市工资支付规定》第二十五条规定，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%。

(2019)津 01 民终 6460 号案例中，公司主张员工在医疗期满后的休假属于旷工，但未获得法院支持。法院认为，员工提供的病假材料等能够证明员工在此期间仍处于病休期间，故不属于旷工，应支付该期间的病假工资。

(2017)津 01 民终 3533 号案例中，法院认为，医疗期满后员工治疗未终结但公司也未申请员工进行劳动能力鉴定，应继续支付员工病假工资。

因此，天津法院的观点是，医疗期满后员工仍处于病休期间的，公司可以申请进行劳动

能力鉴定，但如果没有申请鉴定的，则应当继续支付病假工资。

八、山东：济南、青岛

《山东省企业工资支付规定》第二十六条规定，劳动者患病或者非因工负伤，在国家规定的医疗期内的，企业应当按照国家和省有关规定支付病假工资或者疾病救济费，病假工资或者疾病救济费不得低于当地最低工资标准的 80%。

对于济南地区，在(2015)鲁民提字第 43 号案件中，一审法院认为，根据案情可以认定公司认可了员工在医疗期满后在家休假的事实，因此在此期间应支付病假工资。而在公司发出上班通知后，员工未上班也未向公司请病假，应认定为旷工，公司无需支付此期间的病假工资。该观点获得了二审法院及山东省高级人民法院的认可。

对于青岛地区，前文中提到，《青岛市企业工资支付规定》第二十条规定，劳动者因病或者非因工负伤停止工作，用人单位应当按照以下标准支付病假工资或疾病救济费：（一）在规定的医疗期内，停工医疗累计不超过 6 个月的，由用人单位发给本人工资 70%的病假工资；（二）在规定的医疗期内，停工医疗累计超过 6 个月的，发给本人工资 60%的疾病救济费；（三）超过医疗期，用人单位未按规定组织劳动能力鉴定的，按不低于当地最低工资标准的 80%支付疾病救济费。因此，青岛法院均直接适用了上述规定，判决公司在超过医疗期后向员工支付不低于当地最低工资标准的 80%支付疾病救济费。相关案例有(2020)鲁 02 民终 7005 号、（2019）鲁 02 民终 5267 号、(2018)鲁 02 民终 9415 号。

因此，山东地区内，针对有明确规定的青岛地区，公司应按照当地规定支付疾病救济费；而对于济南等地区，法院会根据员工在医疗期满后是否确实在休假的事实，来判定公司是否需支付该期间的病假工资。

总结

通过上述法律法规检索及案例分析可以看出，较多地区只规定了公司在医疗期内应支付病假工资，对于员工超出医疗期后的待遇问题，各地在法律规定层面上有明确规定的较少。各地司法部门在劳动争议处理中做法不一，即使同一地区法院也可能出现彼此不同的判决。

对此问题，笔者倾向于认为，在无明文规定的情形下，公司无需承担员工超出医疗期后的病假工资。原因如下：

1、就合法性而言，根据前述的劳动部规章的相关规定，法律并未规定企业在超出员工医疗期之外的病假期间有支付病假工资的义务；换言之，即使企业在这种情形下不支付病假工资，也不违法。从这个角度来看，员工医疗期满后要求企业支付病假工资并无法律依据。而对于此种情形下员工基本生存和疾病救济的保障，可以通过我国的社会保险制度解决，正如《劳动法》第 70 条之规定："国家发展社会保险事业，建立社会保险制度，设立社会保险基金，使劳动者在年老、患病、工伤、失业、生育等情况下获得帮助和补偿。"

2、就合理性而言，对于某些受到特殊保护的员工，如果仍给予其超出医疗期后病假工资的待遇，则可能会造成对企业的不公平。《劳动合同法》第 40 条虽规定了企业在员工医疗期满后，在满足一定条件下可以与员工解除劳动关系，但同时在第 42 条又规定对于某些类型的员工不得依据第 40 条进行解除。在这种情况下，如果要求企业在员工医疗期之外的病假期间仍然支付病假工资，等于是变相延长了员工的医疗期，实质上加重了用人单位的义务，导致权利义务不对等的情况。

3、从企业的角度出发，笔者建议可采取以下措施应对此问题：

（1）企业可在劳动合同中对医疗期满前后的病假问题进行明确约定，并制定相应的病假管理制度。

（2）在实际操作中，若发生员工医疗期将至的情况，可提前向员工告知公司的规定，

以及公司对于医疗期满后请病假的处理方式，以免双方理解不一致的情况。

（3）企业可以制订和完善工资发放体系，例如针对医疗期满后员工继续请病假的待遇，可考虑仅给予最低的保底待遇福利，这样既可以保障员工的基本生存权，又能有效降低企业的用工成本，同时还可以防范员工医疗期满后泡病假的行为。

（4）用人单位需了解当地立法和司法口径，必要时寻求专业人士的支持与辅导，便于解决企业管理和用工成本控制的难题。

论我国无固定期限劳动合同

我国自 1976 年以来每 10 年左右就有一次用工制度的大调整。1986 年通过“四项规定”[1]在新工人中实现劳动合同制度；随着《中华人民共和国劳动法》（以下简称《劳动法》）的实施，1996 年在全体员工中实行劳动合同制度；而《中华人民共和国劳动合同法》（以下简称《劳动合同法》）似乎预示着我国又将发生一次用工制度大调整。我国以前那种以有固定期限合同（定期合同）为主的用工制度将转变为以无固定期限合同（不定期合同）为主的用工制度，这显然是我国用工制度的巨大改变，其调整力度比前两次调整可以说是有过之而无不及。如何评价这样的转变，笔者发表一些自己的浅见。

一、我国无固定期限合同以突破合同原理的方式进行推进

为了实现稳定劳动关系的目标，《劳动合同法》将我国解雇保护的水平提高到一个全新的高度。在推进无固定期限合同的一系列措施中，强制续签制度、禁止约定终止条件制度、收紧法定解除制度可以称为“三管齐下”。以下分述之。

强制续签制度。1995 年实施的《劳动法》确立了我国的无固定期限劳动合同制度。依《劳动法》的规定，理解无固定期限合同显然有三个要点：（1）工龄条件，即劳动者在同一用人单位连续工作满 10 年的；（2）自愿续订，即当事人双方同意续延劳动合同；（ 3）由劳动者提出，即由劳动者提出订立无固定期限的劳动合同。只要三个条件同时具备就“应当订立无固定期限的劳动合同”。而《劳动合同法》对上述制度进行了全面修改。这种修改与《劳动法》的规定相比存在三方面的差异：（1）扩大了签约范围，变《劳动法》中的 10 年工龄一种情形为工龄、次数两种情形；（2）改变了续订程序，变《劳动法》中的自愿续签为强制续签；（3）对劳动者的行为要求有了改变，变《劳动法》中要求劳动者提出明确要求为模糊要求，除劳动者提出订立固定期限劳动合同外，都应当订立无固定期限劳动合同。就强制续签制度而言，劳动者在用人单位连续工作满 10 年的，只要劳动者提出或者同意续订、订立劳动合同的，就应当订立无固定期限劳动合同。这样劳动合同的续延就成为一种单方行为、强制行为，合同是否续延只取决于劳动者一方的态度。

董保华，论文转载自《法商研究》2007 年第 6 期；人大复印资料 2008 年 02 期《经济法学、劳动法学》转载。

[1] “四项规定”是指：国务院发布的《国营企业实行劳动合同制暂行规定》、《国营企业招用工人暂行规定》、《国营企业职工待业保险暂行规定》和《国营企业劳动争议处理暂行规定》。

禁止约定终止条件制度。《劳动法》虽不允许当事人约定解除条件，但提倡双方当事人约定终止条件。《劳动法》第 19 条将“劳动合同终止的条件”作为劳动合同的必备条件。同时，其第 23 条规定：“劳动合同期满或者当事人约定的劳动合同终止条件出现，劳动合同即行终止。”这些规定在《劳动合同法》中均被去除。在《劳动法》中，即便是原固定工实行的无固定期限的劳动合同，也允许约定终止的条件。而在《劳动合同法》中，这种约定终止条件的行为将不被允许。

收紧法定解除条件制度。在劳动合同的过错性解雇中，所有的规章制度都由工会与用人单位共决，劳动纪律不再作为劳动合同的内容。在劳动合同的非过错性解雇中，在《劳动法》已经从严限制的基础上，通过增加对老、弱、病、残的保护，强化“不得解除”的反向限制。企业裁员时不仅要优先留用老、弱、病、残员工，而且还要优先留用家里有老、弱、病、残的员工。

劳动合同的结束可以分为期满终止、约定终止以及法定解除。《劳动合同法》的“三管齐下”使我国上述三个方面已经在《劳动法》的基础上全面收紧。任何合同的订立或续订都应当是双方行为，且是协商一致的结果，强制续签不仅不符合合同原理，也不符合《劳动合同法》本身的基本原则。《劳动合同法》第 3 条规定：“订立劳动合同，应当遵循合法、公平、平等自愿、协商一致、诚实信用的原则。”《劳动合同法》的强制续签制度明显与这一原则相抵触。由于这一制度是违背法理的，必然在社会现实中产生出悖理的结果。劳动合同的内容并不是只有合同期限一项，还应包括劳动报酬、工作内容、工作地点、工作时间、休息休假、劳动保护、劳动条件和职业危害防护等诸多内容。当双方无法就这些内容达成一致时，合同应如何强制续签？例如，在续订无固定期限劳动合同时，劳动者同时要改换工作地点或者升职、涨薪，用人单位是否有权拒绝？如果拒绝，按《劳动合同法》第 82 条第 2 款的规定，“用人单位……自应当订立无固定期限劳动合同之日起向劳动者每月支付 2 倍的工资。”如果不能拒绝，用人单位等于丧失了劳动管理权。

任何合同的设置均有一定的目的和条件，当这种目的和条件成就时，合同终止本是顺理成章的事。但是，“为了防止用人单位规避劳动合同期限约束，随意终止劳动合同，《劳动合同法》取消了《劳动法》中有关用人单位与劳动者可以约定终止劳动合同的规定，明确劳动合同终止是法定行为，只有符合法定情形的，

劳动合同才能终止。”[2]劳动合同的双方当事人不能就合同的终止、解除进行约定，这就使劳动合同脱离了合同的一般轨道。其实赋予双方当事人的任何权利都有可能被滥用，不给当事人约定权利自然无滥用之忧。《劳动合同法》就选取了这种因噎废食的方式。

劳动法作为社会法兼有公法与私法的特征。劳动法出于保障劳动者生存利益的需要，将一部分内容规定为强制性规范而使劳动法具有公法的特征，这部分内容应当成为劳动关系的底线性规定。劳动关系作为一种劳动力支配权与劳动报酬的交换，使劳动关系仍需保留任意性规范，也使劳动法具有私法的特征。这种私法特征给出了一个相对灵活的空间，也成为人力资源管理的基础。《劳动合同法》“三管齐下”的目的是压缩当事人的协商空间，以使劳动关系稳定甚至凝固。当合同当事人不能就合同的订立、终止、解除进行约定时，劳动合同在很大程度上已经不具有合同的特性了。无固定期限合同的推行以及伴随着这种合同而进行的一系列改造大大强化了劳动合同的福利色彩并以国家责任向企业转移为基本特征。当无固定期限劳动合同成为我国的主要用工形式时，我国企业的社会福利职能必然得到加强，其经济功能也就必然被弱化。由此可见，我国对主要用工形式的重新定位也会带来对企业功能的重新定位。

值得注意的是，以上这种改造正是采纳了我国一部分劳动法学者的意见才得以形成的。以强制续签为例，一些学者建议将《劳动法》中“双方同意续延”的表述删除。例如，有人认为：“将‘双方同意续延’的表述删掉，只要劳动者提出签订无固定期限的劳动合同，用人单位就应当与之签订无固定期限劳动合同，将其作为用人单位的法定义务，使劳动者的无固定期限劳动合同签订权受法律保护。”[3]也有人认为：“除去当事人双方同意续延的条件，只要劳动者经考核合格，劳动者愿意续签合同就应当签订无固定期限合同。”[4]“如果劳动者连续在单位工作三年以上的，劳动者只要要求签订无固定期限的劳动合同，用人单位应当与之签订无固定期限的劳动合同。”[5]为什么以研究法律原理作为职业的学者却提出一

---

[2] 劳动和社会保障部：《<中华人民共和国劳动合同法>宣传提纲》.http：//trs. molss. gov. cn/was40/mainframe. htm。

[3] 金英杰：《试论职业稳定权——兼谈瑞典劳动法对我国劳动权内涵的启示》，载林嘉主编：《劳动法评论》第 1 卷，中国人民大学出版社 2005 年版，第 180 一 181 页。

[4] 姜颖：《劳动合同法论》，法律出版社 2006 年版，第 119 页。

[5] 李坤刚：《试论我国劳动合同立法应关注的几个问题》，载叶静漪、周长征主编：《社会正义的十年探索：中国与国外劳动法制改革比较研究》，北京大学出版社 2007 年版，第 223 页。

系列违背法律原理的主张呢？笔者认为，在他们看来，劳动者的职业稳定是一个更高的目标，为了实现这一目标完全可以突破法律原理以及现行制度的约束。这就提示我们，如何看待职业稳定显然是首先应当搞清楚的问题。

二、将职业稳定设定为一种普遍的目标备受质疑

《劳动合同法》起草时，我国出现了劳动关系长期化与劳动合同短期化的问题，即一些企业对于打算长期雇佣的员工也只签订短期合同，这一问题被我国的一些学者片面地概括为“劳动合同短期化”。上述学者一些突破合同原理的主张，正是作为解决这一问题的对策提出来的。围绕着职业稳定与无固定期限合同的推进，也有学者提出了一些不同的看法，可惜这些不同的看法被立法者忽视了。

（一）职业稳定是否所有员工共同的价值目标

从克服劳动合同短期化出发，有些劳动法学者以抽象劳动者为保护对象，将职业稳定作为所有劳动者的共同目标。例如，叶静漪教授认为：“我们在制度设计上首先应有一个理念，就是要确立一个明确的目标一职业稳定性。通过制度来制约用人单位，不能让企业把劳动者的青春榨干了，不付出任何成本，再去找新的廉价劳动力，要让劳动者有所补偿。”[6]李坤刚教授也认为：“我国目前实行的短期合同制有诸多弊端：劳动者对岗位的竞争导致了雇佣条件的恶化，他们为工作的续延甚至不得不放弃自己的合法权益；雇佣失去社会公正性，很多劳动者的黄金年龄被用完后，被过早地挤出了工作岗位；劳动者无职业稳定感和对企业的忠诚感等。职业不稳定给社会和谐和工业化带来很多棘手问题，这种状况应当尽快予以改变。”[7]

由上可见，一些学者在谈论职业稳定时，使用了“不能让企业把劳动者的青春榨干了”、“劳动者的黄金年龄被用完”这样一些充满感情色彩的表达方式，这也是在《劳动合同法》起草中部分学者特有的话语特征。这些学者的基本逻辑显然是：谁使用了劳动者的“青春”、“黄金年龄”，谁就应当为这部分劳动者养老送终。按照这种逻辑必然得出对于不符合企业要求的老、弱、病、残员工仍应当由企业保障而不是社会保障的结论。可以毫不夸张地说，我国计划经济时期的做法其实最好地体现了这种逻辑—企业作为安置主体为职工提供了“从摇篮到坟

[6] 原作者李萌、李杰：《今年萝卜不怕坑 劳动合同法改变职场规则（2）》，http： //www. zgjrw.com/News/200667/Tech/312864811801. shtml.
[7] 李坤刚：《劳动合同法中的抑制与平衡》，载《中州学刊》2005 年第 6 期。

墓”的一揽子社会福利。

上述观点也受到一些学者的批评。有些学者认为应当对劳动者进行具体分析，不同年龄、不同地域、不同生活习惯以及处在不同层次的劳动者对于职业稳定有着不同的要求。具而言之：

一是不同地域、不同生活习惯的劳动者对于职业稳定的要求不同。“劳动合同短期化是急需解决的问题，但并不是所有劳动者都认为劳动合同期限越长越好。很多农民工是以一年为外出务工周期，在春节后才决定当年是否外出、是否改变务工城市或企业。超出一年的合同期，对他们并无价值，有时甚至还妨碍他们的就业决策。所以，设计制度时不能一刀切，而应具体问题具体分析。”[8]

二是不同年龄的劳动者对于职业稳定的要求不同。相比较而言，中老年劳动者对于职业稳定的要求会比较迫切，而青年劳动者并不强烈。“与中年劳动者对退休前就业稳定的愿望相比，一些合同的期限短，即企业只使用劳动者的青春期，使不少中年劳动者面临失业风险。若只看到后者，设计出的制度即使解决了中年劳动者就业问题，也避免不了其他劳动者的职业焦虑；若只顾及前者，可能出现企业与年轻劳动者签订 30 年劳动合同，却在其 50 多岁时终止合同，从而使劳动者失业。”[9]

三是不同层次的劳动者对于职业稳定的要求不同。笔者认为，从事不同劳动岗位的劳动者和不同生产经营性质的用人单位，对劳动合同期限的要求也不同。一般而言，掌握一定职业技能或有经营管理经验的劳动者，其就业竞争能力和与资本方的抗衡能力较强，他们希望在不断行使择业权的过程中寻找到自己最理想的用人单位和就业岗位，他们并不希望与某一个企业签订较长期限的合同，相反用人单位愿意与这些劳动者签订较长期限的劳动合同；从事简单的生产和服务、在劳动密集型的企业就业的劳动者，由于其劳动力的替代性强，在劳动力供求状况的作用下，容易遭受到失业的威胁，一旦被用人单位解除或终止合同，就很难找到新的就业岗位，因此他们普遍希望与用人单位签订较长期限甚至是无固定期限的劳动合同，就很难找到新的就业岗位，因此他们普遍希望与用人单位签订较长期限甚至是无固定期限的劳动合同，用人单位劳动合同短期化的对象主要也是

[8] 沈水生：《辩证看待劳动合同短期化》，载《人民日报》2006 年 5 月 10 日。
[9] 沈水生：《辩证看待劳动合同短期化》，载《人民日报》2006 年 5 月 10 日。

这部分劳动者。”[10]

（二）职业稳定的目标是否受经济发展目标的制约

在《劳动合同法》的立法讨论中，那些主张以职业稳定为基本目标的劳动法学者很少谈及经济发展。他们的基本逻辑是发达国家实行的一般都是无固定期限合同，我国也应当移植这一制度。有人认为：“我国劳动合同的价值取向，应通过对处于弱者地位的劳动者提供特殊法律保护，借鉴发达国家在劳动合同期限上的合理规定，使无固定期限劳动合同成为用人单位与劳动者签订劳动合同的首要选择。”[11]

这种简单照搬国外做法、忽视我国现实用工机制的想法，也受到一些学者的批评。有人认为：“解决劳动合同短期化问题，决不能以牺牲双向选择的劳动用工机制为代价。这一用工机制使劳动者自主择业、企业按需用人，促进了劳动力资源按市场规律合理配置，极大地解放了生产力，为 20 多年来经济社会的平稳快速发展作出了贡献。设计解决劳动合同短期化问题的制度，应侧重于引导，在特殊情形下可适度限制企业选择合同期限的权利。但决不能退回到计划经济时代僵化的用工机制。”[12]“如果将无固定期限扩大到一般情况，虽然可以维护劳动关系的稳定性，但是会造成用人单位的负担过重，并且会不利于劳动力的流动和更多劳动者的就业。”[13]

（三）我国是否可以现行无固定期限合同作为劳动关系的基本形式

有人认为，我国的无固定期限劳动合同本身并无问题，在劳动合同立法中所要解决的问题主要是扩大无固定期限劳动合同的适用范围，“使无固定期限劳动合同成为用人单位与劳动者签订劳动合同的首要选择……扩大《劳动法》中无固定期限劳动合同的签订范围，鼓励签订无固定期限劳动合同，严格限制签订有固定期限劳动合同，这对劳动者、用人单位和社会三方都有利。”[14]

也有学者提出按市场经济的基本要求重构劳动合同期限制度的意见。该学者认为：“我国劳动合同期限应分为有固定期限和无固定期限两种，并要重新诠释其内涵和外延。有固定期限劳动合同是用人单位和劳动者明确约定合同终止时间

[10] 沈同仙：《权利保护和利益平衡一一对劳动合同立法中几个有争议问题的看法》，载《中国劳动》2005 年第 7 期。
[11] 刘福奇：《对劳动合同制度若干问题的探讨》，载《中国劳动关系学院学报》2006 年第 1 期。
[12] 沈水生：《辩证看待劳动合同短期化》，载《人民日报》2006 年 5 月 10 日。
[13] 黄宁：《劳动合同若干实践问题研究》，载《广西政法管理干部学院学报》2002 年第 4 期。
[14] 刘福奇：《对劳动合同制度若干问题的探讨》，载《中国劳动关系学院学报》2006 年第 1 期。

的劳动合同，是以用人单位和劳动者信息充分为前提，以恪守劳动合同约定和推崇劳动合同实际履行，确保劳动合同双方当事人的预期利益和信赖利益得以实现的劳动合同。无固定期限劳动合同应回复其不定期合同的本来面目，劳动合同期限的长短完全根据劳动合同履行过程中劳动关系的和谐状况而定。”[15]其中，“有固定期限劳动合同应分为短期合同、长期合同和以完成一定工作为期限的劳动合同三种形态……”[16]

可见，在追求劳动者职业稳定的背后存在两种观念的冲撞：劳动者应当作为抽象的主体来认识还是应当作为有着不同特点的具体主体来认识；在保护劳动者利益时，是否应当兼顾企业的承受能力以及市场机制的培育；我国是简单地扩大无固定期限合同，还是要在对无固定期限合同按市场经济的要求重新定义的基础上再来谈扩大？

在《劳动合同法》起草的初期，可以说是以劳资冲突理论作为基本指导思想的。我国持这一理论的学者故意将劳动关系改造成劳资关系，以强调我国正在出现两种值得关注的趋势：“有产者阶层不仅在经济上的权利和地位不断上升和加强，而且其政治地位也在不断飘升……劳动者的权利和地位处于不断下降的趋势中。”[17]这些学者认为，有产者作为一个整体与劳动者作为一个整体处在此消彼长、尖锐对立的状态，“劳资矛盾越来越激化……劳资冲突已经成为社会最突出的问题”。[18]“按照马克思主义的基本理论，劳动关系的实质是阶级关系……目前在我国国有企业的劳动关系并不是阶级关系，但在私有制的企业中，劳动关系即是劳资关系，具有明显的阶级关系的性质。这种劳资矛盾的性质，并不会因为我们在主观上不予承认便不存在。”[19]在阶级分析的视野中，劳动者与资本都是两个利益共同体，结成两个不同的阶级，两个阶级之间则处于尖锐对立、此消彼长的斗争状态。这种阶级斗争的分析方法本质上是一种批评性而非建设性的理论。这种理论关注的重点在于否定现行制度，而不关注如何改进现行制度。可以看到，我国一部分学者在讨论劳动者职业稳定时，完全是以劳资冲突理论作为基本依据的。因此，他们既不需要讨论劳动者内部的不同分层状况，也不必考虑相对方的经济

[15] 李培志：《<劳动合同法>应全力扭转合同短期化趋势》，载《中国劳动》2006 年第 2 期。
[16] 李培志：《<劳动合同法>应全力扭转合同短期化趋势》，载《中国劳动》2006 年第 2 期。
[17] 常凯：《劳权保障：社会主义市场经济题中之义》，载《中国劳动》2004 年第 1 期。
[18] 郭晋晖：《<劳动合同法>争论继续：谁真正代表工人利益》，载《第一财经日报》2006 年 4 月 7 日。
[19] 常凯：《劳权论——当代中国劳动关系的法律调整研究》，载中国劳动社会保障出版社 2004 年版，第 27 页。

承受能力，更不用考虑对用工机制的影响以及对法律原理的突破。这种指导思想被立法者采纳时，劳动关系研究就陷入了简单化。

劳资冲突理论除了将今天我国劳动关系的现状简单地纳入阶级斗争的框架进行分析外，最主要的问题是抽象地讨论劳动者与资本的关系。笔者认为，民法与社会法在分析方式上，前者是以抽象的视角而后者是以具体的视角来观察问题。我国一些研究社会法的学者采用的方法其实是纯民法的。民法因其抽象，而将其研究对象均视为平等主体，这是一种抽象平等的概念。我国一些研究劳动法的学者，将这种抽象的方法与阶级分析方法相结合，得出了一个与民法学者完全相反的结论，即抽象不平等的概念。以阶级冲突、抽象不平等的概念作为前提，劳动者只是一个利益共同体，没有任何差别；法律只是一种打击资本、保护劳工的工具。《劳动合同法（草案）》（以下简称一审稿）基本上是按照这样一种思路来进行起草的。从二审稿开始，那种打击资本的简单想法开始得以纠正，以后的三审稿、四审稿每一稿都有进步，然而那种抽象劳动者的思路仍留有较重的痕迹。从社会法以及利益分层的角度看，需要以无固定期限合同的方式实现职业稳定的是一部分竞争力较差的中老年职工，这恰恰是《劳动法》规范的重点。如果我国不加分析地将这种需求扩大为整个劳动者的共同需求，显然是不科学的。

《劳动法》对于享受“无固定期限合同”这一企业福利的受惠人群是有所控制的。符合“同一用人单位连续工作 10 年”的人群，一般接近中年，渴求职业稳定，是最需要这一福利措施的人群；一个员工能够为企业连续服务 10 年，企业也应当承担某种道义责任。通过“自愿续签”，企业的道义责任转化为法律责任。这种以道义为基础的法律责任，具有极强的正当性，当企业拒绝时，会对企业与员工的信赖关系产生不良影响。而这种信赖关系是人力资源管理的基础。

《劳动合同法》在扩大无固定期限合同的覆盖面时，实际上是在对企业与国家的关系重新定位。无固定期限合同的福利职能与企业的经济职能存在着内在的冲突。国家将自己应当承担的社会保障职能转嫁给企业，通过企业保障来实现，这种措施以强制续签的方式推进，已经完全丧失了正当性。除非企业丧失经济本性，否则其趋利本性必然抵制这种转嫁，方式必然是将矛盾推给劳动者。

假设一个企业将两次续签的时间定为 4 年，那么 4 年中员工必须取得没有替代性这样一种地位，否则很可能被替换。因为替换一个员工的成本远低于给员工

终生雇佣的成本。本来我国面临的是劳动关系长期化与劳动合同短期化的矛盾，而现行制度却引导劳动关系短期化，令人费解。无固定期限合同制度只能使少数取得无可替代地位的员工受惠。这部分员工主要是员工的上层，本来就受到充分的保护，现行的无固定期限合同制度无非是锦上添花而已。因此，现行的无固定期限合同制度将加大员工本已存在的两极分化。

三、我国无固定期限合同不符合国际惯例

我国这次用工调整，并不是源于现实的压力，而是一些青年学者倡导的所谓学习国外先进经验的结果。这些青年学者主张在我国实行以无固定期限合同为主的用工制度的主要依据是发达国家的做法。有人认为："无固定期限合同为主是市场经济国家的普遍做法。例如，根据 2002 年的统计数字，日本无固定期限劳动合同仍占 89% 。"[20]对于笔者的批评，这些青年学者扣上了"无视国际惯例"、"方向性错误"、"完全站在资方立场"的帽子。[21]在一审稿讨论中，人大代表也是因为"有些国家的法律规定，如果在同一单位的同一性质劳动合同，连续签两次之后，第三次续签时必须签成长期合同"，因此建议我国也实行以无固定期限合同为主的用工模式。[22]

从世界范围看，无固定期限合同与解雇保护相联系，体现的是一种安定劳动关系的特点；固定期限合同由于较难与解雇保护相联系，体现的是不安定劳动关系的特点。如果从这一意义上看，将以固定期限合同为主的用工模式转化为以无固定期限合同为主的用工模式，似乎也是符合世界潮流的。然而，我们的认识不应当仅仅停留在抽象的目标设定上。劳动法律制度改革的复杂性，不仅在于它要确立新的劳动关系，而且是要在旧的劳动关系的基础上形成一种新型关系。我国应当将注意力更多地集中在具体制度的安排上，尤其是与之相配套的解雇保护制度。

劳动法由公法与私法相互渗透与交融而形成，其形成的途径主要有"私法公法化"和"公法私法化"。就西方发达国家而言，虽也存在着"公法私法化"的情况，但劳动法的出现，主要还是"私法公法化"的过程，即在市场经济自由竞争已经形成的条件下，国家干预加强、公法职能增长的结果。这种公法职能的增

[20] 许浩：《<劳动合同法>草案二审：常凯、董保华再争锋》，载《中国经济周刊》2007 年第 3 期。
[21] 参见刘诚：《论劳动合同的指导原则》，载《上海师范大学学报》2007 年第 2 期。
[22] 参见《发言摘登：分组审议劳动合同法草案（一）》，http： //WWW. npc. gov. cn/zgrdw/common/zw. jsp? label=WXZLK&id=343883& pdmc= 1503.

强本身会受到市场力量的制约。西方国家的无固定期限劳动合同至少存在以下三种典型的模式：

一是美国模式。在这种模式下劳动力市场完全开放，法律虽主张无固定期限劳动合同，但这种合同可以自由解除，没有限制，因此基本上仍是雇佣自由的模式。美国的无固定期限是与自由雇佣相联系的。“在美国劳动法领域中，Horace Gay Wood 的一段话经常被引用：“对我们来说，以下规则是不可动摇的，即普通的或不确定的雇佣就应被初步认为是任意雇佣（hiring at will） ……如果当事人没有共同将雇佣理解为只在某一固定和有限的期间内有效，那么它就是不确定期限的，并可依据任何一方当事人的意志而终止。”[23]由于我国将无固定期限劳动合同理解为不可终止的用工制度，因此，美国的无固定期限劳动合同与我国的无固定期限劳动合同显然不是一回事。

二是欧洲模式。在这种模式下劳动力市场相当开放，法律虽主张不定期劳动合同、限制定期合同，但是不定期劳动合同仍然可以解除，只是对解雇作了部分限制。法国的无固定期限劳动合同只要有“实际的严肃的理由”就可以解除。英国的制度可以说是介于美国与法国之间，其不公平解雇立法旨在通过公共权力介入劳资关系以限制雇主滥用解雇权。就解雇保护经常使用的三大手段，即解雇理由、提前通知、经济补偿而言，英国一般实行有理由不必通知，有通知不必有理由，通知期也可用补偿金代替的制度。我国劳动合同的解除制度则要求三者同时具备，解雇理由还必须是法律严格限定的几种理由。比较起来，这些国家的无固定期限劳动合同都没有《劳动法》那么高的福利性，更无法与我国将要实施的《劳动合同法》相比。

三是日本模式。在这种模式下劳动力市场不够发达，无固定期限劳动合同只是针对部分员工适用，但这种终生雇佣主要是通过企业信用来维持，而不是依赖国家强制。我国青年学者最推崇的是日本的终身雇佣制，遗憾的是他们并未真正弄明白日本的终生雇佣制。

中日两国之间对终身雇佣制的理解有很大的差异。我国的无固定期限劳动合同被理解为劳动关系只有在法定条件出现时才能终止或解除。日本的终身雇佣制从法律上看，只要用人单位支付补偿金，劳动合同仍然可以解除，属于“经营方

[23] [美]Daniel Foote：《美国劳动法的放松管制》，杜钢建、彭亚楠译，载《国家行政学院学报》2001 年第 5 期。

保留解雇权”的“单方终身雇佣制”。在日本的6352万就业人口中，其中雇佣劳动者大约为5390万，其余1000万左右为非标准劳动关系；在5390万被雇佣的劳动者当中，大约有3500万人是被终身雇佣的。[24]可见，日本终身雇佣制吸引的对象是市场竞争能力较强的员工，其维系的基础是企业信用并依靠行业规则来实现。

由上可见，我国一些青年学者在呼吁引入无固定期限劳动合同作为普遍制度时，均忽视了对各国不同的雇佣制度进行具体的考查。他们引入的只是一个名称或标签，而这一标签所代表的内容则与他们的主张大相径庭。

四、我国劳动关系应当追求动态和谐

我国是在高度集中统一的计划经济走向市场经济过程中形成真正意义上的劳动法的，这一过程也是国家用工转化为企业用工与劳动者自主择业的过程，这是一个“公法私法化”的进程。我国在无固定期限劳动合同制度的构建方面，走了一条与世界大部分市场经济国家截然不同的发展道路。在改革开放前，我国长期实行的是高度集中统一的管理模式，职工进入企业后实行“固定工制度”。“固定工制度”是我国当时全民所有制单位的基本劳动制度。这种制度的基本特点是“固定”，人员只进不出，职工的工作期限没有规定，就业后长期在一个单位内从事生产和工作，职工一般不能离职，单位也不能辞退，工资待遇和劳保福利根据国家的统一规定给予，企业并不是经济组织，只是一个社会安置单位，劳动力基本上处于凝滞状态。仅从期限的角度来看，这是一种超稳定的无固定期限的劳动关系。

在经济转轨的过程中，劳动合同期限制度成为重要的手段，人们力图通过这种期限制度来形成市场机制。于是，我国推行了一种以固定期限合同为主、以无固定期限合同为辅的改革模式。当时的改革是以劳动合同的签订、履行、终止、变更、解除来调节劳动力的供求关系，其目标是既能使劳动者有一定的择业权，又能制约劳动者在合同期内履行劳动义务和完成应尽的职责，从而使劳动力有相对的稳定性和合理的流动性。在经济转轨的过程中，固定期限合同与无固定期限合同承载的功能各不相同。经济体制改革初期人们那种“劳动者和企业通过劳动力市场双向选择，劳动者以工资为测量器和指示器在社会范围内流动从而以劳动

[24] 参见董保华主编：《劳动合同研究》，中国劳动社会保障出版社2005年版，第132页，第231一253页。

力市场实现人员配置”的期望，主要由固定期限合同来完成；无固定期限合同承载的则是让一些不适宜参与市场竞争的老年职工，以安置的方式退出或有限地参与市场竞争。

在制度安排上，《劳动法》将解雇行为分为两大类即“解除”与“终止”。我国立法对用人单位的解除权进行了极其严厉的双向限制。从正向上看，只有具备八个法定理由才可以解除劳动合同，其中前四个是过失性理由，后四个是非过失性理由。在非过失性解除中，还受到反向的“不得解除”的限制，即同时具备非过失性解除和不得解除条件时，执行不得解除的规定。除了法定理由的限制外，非过失性解除还要执行提前通知、支付经济补偿等解雇保护的规定。笔者曾比较世界主要发达国家的解雇保护规定，还没有发现其中任何一个国家的解雇保护严于我国的劳动合同解除制度。[25]与解除制度的过严安排相适应，我国劳动合同的到期终止则几乎没有限制，相当宽松。“趋利避害”是所有经济人的本性。立法上对用人单位过严的解除权限制使雇主避开“解除劳动合同”而选择“终止劳动合同”。对于无固定期限合同而言，由于不存在到期终止的形式，劳动关系只能因解除而消灭，劳动关系得到从严保护。

这种功能分配具有一定的历史合理性。新中国成立以来，原“固定工制度”作为用工制度的主要形式，在保障劳动者就业和社会主义初级阶段的经济建设中发挥了重要的作用。在计划经济体制下，我国一直处于高就业阶段。如果在经济转轨的过程中不设过渡期，而是过快地将所有的员工推向市场，那么必然会引起社会剧烈动荡。因此，在一定时期内锁定一部分员工不完全参与市场竞争不失为一种适当的方式。但是，当我国将现行无固定期限合同这一带有过渡性质的规定作为一种制度化、长期化的措施来推广时，会带来诸多问题。

我国现行无固定期限合同的稳定性固然会使员工增强对用人单位的归属感与向心力，但其过强的福利性质也会使员工丧失进取的动力，从而使企业背上沉重的包袱。很多签订了无固定期限劳动合同的员工，由于没有失业的压力，不愿意去学习和接受新的知识，致使自己的知识结构老化，也使企业无法跟上科技进步的步伐。无固定期限合同的福利功能与企业的非福利机构的特征相抵触。20世纪90年代我国推行无固定期限合同时是以10年工龄作为基本界限的，由于当

[25] 参见董保华主编:《劳动合同研究》，中国劳动社会保障出版社2005年版，第132页，第231一253页。

时的外商投资企业、民营企业都很年轻，无固定期限合同员工主要集中在国有企业。无固定期限合同其实也成了国家将一部分社会职能转嫁给国有企业的形式。这种社会福利职能的过度转嫁最终使国有企业不堪忍受，爆发了声势浩大的大下岗。国有企业员工希望通过无固定期限合同保持一种超稳定的劳动关系的愿望被彻底打破。随意下岗的无固定期限合同下的员工，恰恰变成了用工最不稳定的群体。我国的无固定期限合同制度设计最终走向了反面。这次，当我们将无固定期限合同强加给所有企业时，可能会出现两种结果：一部分企业会通过劳动关系短期化的方式，避开无固定期限合同；另一部分企业会接受这样的制度安排。前者等于法律目标落空，后者有可能让我们重新面临大下岗。值得注意的是，前者很可能是民营企业，后者很可能是国有企业。也就是说，我们再次提供了民营企业战胜国有企业的契机。

笔者以为，重构我国的解雇保护制度应当从固定期限合同与无固定期限合同的双向改革入手，将固定期限合同与无固定期限合同界定成为两种与市场经济相联系的用工形式。无固定期限合同应当体现法律限定内根据各自情况可能出现的变动性，双方当事人有正当理由（应当是正当理由而不是法定理由）就可以解除合同，如果用人单位没有正当理由解雇员工则应当向员工支付经济补偿金。我国无固定期限合同改革的重点应当是去除其福利因素，放宽无固定期限合同的解雇限制，使其能够成为一种与市场相联系、使劳动力实现有序流动的用工形式。固定期限合同预期性较强，只能体现合同期内的相对稳定，通过终止合同给予经济补偿有助于克服劳动合同的短期化倾向。从制度安排上看，我们应当让两种合同在一定条件下成为可以选择的形式，两者各自承担不同的功能：固定期限合同应当更多地体现双方的约定，而无固定期限合同应当更多地体现法定。只有在这种双向改革的基础上，我们才可能实现以安定劳动关系为主的用工模式。由于我国从计划经济向市场经济的过渡已经完成，我们也已经具备按市场经济的内在规律改革无固定期限合同、固定期限合同的条件。目前，我国劳动法对解雇的规定相当零散且尚未形成完善的制度，我们完全可以借鉴国外的立法经验，作出无因解雇、有因解雇和推定解雇的制度安排，建立在非法解雇和不公平解雇情况下对劳动者的保护制度。遗憾的是，在已经颁布的《劳动合同法》中，我们看到无固定期限合同正在按照相反的方向进行着改造。

我国这次用工制度的调整与前两次调整有明显的不同。1986 年、1996 年的两次调整，整个社会经过了较长时间的酝酿，这一次的调整则极其突然。1986 年我国在大规模推行“新人新制度（劳动合同制度），老人老制度（固定工制度）”之前，已有长达几十年的试点经验，进入 80 年代后一些地方立法更为国家立法积累了经验。1996 年全员劳动合同制的立法，则始于 90 年代初的试点，许多地方也对全员劳动合同制制定了规范性文件。如果说前两次调整在调整方向、调整力度上基本达成了共识的话，那么这次调整则分歧巨大，即使参与立法的各部门也未完全达成共识。在国务院起草的一审稿中，还是以固定期限合同为主，但至全国人大法制工作委员会起草的二审稿突然调整成以无固定期限合同为主。我国是一个大国，立法应充分论证，循序渐进。我国在建立固定期限劳动合同与无固定期限劳动合同的新平衡时，不能忽视原有制度在现实生活中也是一种基本平衡的关系。当我们要破坏一种旧的平衡建立一种新的平衡时，实际上是要对原已存在的劳动关系进行再构造。这种再构造所形成的新的利益机制，难免与原来的利益机制相矛盾，我们应当极其谨慎地处理这种矛盾并作出周密的安排。对于一时没有看准的问题，不应急于求成。从这一意义上讲，笔者认为《劳动合同法》对无固定期限合同的改革是不够谨慎的。

地址：上海市长宁区定西路988号银统大厦南楼601室
Address: 601, South Tower, YinTong Building, 988 Ding Xi Road, Changning District, Shanghai

邮政编码：200050
Postcode: 200050

www.baohualaw.com