

### ■权益视点

# 人事经理兼任工会主席的角色分析

近期在对基层工会的调研过程中发现,部分企业存在人事经理(即人力资源部门负责人,以下称人事经理)和工会主席由同一人担任的现象。有些工会干部对此现象提出了质疑,认为人事经理兼任工会主席会导致角色冲突,不能发挥维护职工权益的积极作用,应该予以回避。那么人事经理能不能兼任工会主席?是不是违反法律规定?能不能履行好人事经理和工会主席两份工作职责?

### 人事经理不是用人单位利益的主要代表者

人事经理的基础身份是与用人单位签订劳动合同的劳动者,他的工作职责是按照法律规定、用人单位的岗位职责和本单位领导的要求做好人事工作。人事经理经授权后对外可以代表用人单位行使与岗位职责相关的职权,但不是用人单位利益的主要代表者。

人事经理与作为用人单位利益主要代表者的法定代表人、大股东等具有显著区别。作为一名普通的劳动者,人事经理有权加入本单位的工会组织,成为一名工会会员,与其他工会会员一样享有选举权和被选举权,有权被选举为工会委员会委员、常委以及副主席和主席。禁止人事经理被选为工会委员、常委、主席没有法律依据。

### 法律法规允许人事经理兼任工会主席

《工会法》第九条规定:“企业主要负责人的近

亲属不得作为本企业基层工会委员会成员的人选”。《江苏省实施<工会法>办法》第八条规定,企业主要行政负责人和配偶以及他们的近亲属不得作为本企业工会委员会成员的人选。全国总工会2008年制定的《企业工会主席产生办法(试行)》第六条规定:“企业行政负责人(含行政副职)、合伙人及其近亲属,人力资源部门负责人,外籍职工不得作为本企业工会主席候选人。”全国总工会2016年关于印发《工会基层组织选举工作条例》的通知(总工发〔2016〕27号)第十一条规定:“单位行政主要负责人、法定代表人、合伙人以及他们的近亲属不得作为本单位工会委员会委员、常务委员会委员和主席、副主席候选人。”

上述法律和地方法规规定企业主要行政负责人和配偶以及他们的近亲属不得成为工会委员会成员的人选,也就不能成为工会主席、副主席的人选。法律没有要求人事经理需要任职回避。尽管2008年全国总工会制定的《企业工会主席产生办法(试行)》要求人力资源部门负责人任职回避,但在2016年全总印发的《工会基层组织选举工作条例》中取消了该规定,要求工会主席任职回避的仅限“行政主要负责人、法定代表人、合伙人以及他们的近亲属”。按照新的文件优于旧的文件的原则,人事经理可以兼任所在单位的工会主席。

且在实践中,人事经理兼任工会主席更加有利于工会主席了解用人单位与职工实际情况,方便工会主席作出有利于职工方的判断,有利于平

衡职工与企业之间的劳动关系。

### 代理人单位与劳动者对峙法庭是角色最大冲突

人事经理的岗位职责包括处理用人单位与员工的劳动关系,不可避免的代表用人单位出现在仲裁庭或法庭上。当人事经理兼工会主席与某一员工对峙时,参与诉讼的员工可能会认为,作为工会主席的人事经理不应该和员工对峙法庭,而应站在员工一边履行工会主席职责。

人事经理兼工会主席出庭与员工对峙从形式上存在角色冲突,但个人观点认为并不违反法律规定。一是人事经理兼工会主席参与与劳动者的诉讼,履行的是人事经理的岗位职责和用人单位的意志,他在用人单位授权范围内按照用人单位的意志表达观点,所产生的法律后果由用人单位承担。二是工会主席的产生基于会员的选举,工会主席应该维护工会会员整体利益,并非与某一工会会员个体存在代理关系。类似于人大代表代表人民反映其所选区人民的整体意志,但不是某一个公民的代理人。三是如果发生劳动争议的员工要求人事经理兼工会主席以工会主席的身份帮助协调劳动关系而被拒绝,则工会主席存在履职问题。

尽管本文的观点是人事经理可以兼任工会主席,但建议用人单位谨慎选择代理人参与与劳动者的劳动争议诉讼,避免产生争议。

曹琪

### ■以案说法

# 一二驾与出租车公司之间是劳动关系吗

### 【案情简介】

李毅(化名)于2016年5月4日进入沐阳某出租车公司工作,为二驾司机。2016年12月5日凌晨,李毅在沐城镇迎宾大道候客时被人殴打致伤。因为工伤待遇等问题,请求仲裁确认本人与出租车公司之间建立劳动关系。出租车公司认为:本案车辆由案外人魏某租赁经营,二驾与出租车公司之间不存在劳动关系。沐阳县人社局仲裁院裁决:出租车公司与二驾之间不存在劳动关系。

关于从出租车公司聘用的司机(即正驾)手中承包车辆进行运营的驾驶员(即二驾),与出租车公司之间是否存在劳动关系,是一个长期令人困扰的问题。

### 双方之间没有建立合同关系的意思表示

劳动合同虽然有别于民事合同,但这主要体现在法律明确规定的方面,如劳动合同的主体资格、试用期期限、终止和解除法定程序和条件等等,法律规定更多体现了国家对用人单位经营权的限制,同时对处于弱势地位的劳动者特别保护。

但是,应该指出的是,劳动合同法对于建立合同关系并仍然需要遵循双方意思表示一致,以及合同相对性的合同法基本法理。对于二驾和出租车公司,这两个主体并没有建立合同关系的意思表示,很多时候,出租车公司甚至不知道正驾聘请了二驾。二驾乃是遵循与正驾的民事约定,从正驾手中获得车辆经营的权利,并且向正驾缴纳承包费用。所以,二驾与正驾之间建立普通民事合同关系,意思表示明确,权利义务清晰,并不违反法律。

正是由于双方之间毫无建立合同的意思表示,正常情况下,连二驾自己都不认为与出租车公司之间具有劳动关系。所以在正常经营过程中,二驾并不要求确认与出租车公司之间的劳动关系,特别是在确认劳动关系之后,还有二倍工资、社会保险、加班费等诸多劳动利益,二驾根本不会向出租车公司主张这些利益,这至少也是受到了道德上的约束,知道其与出租车公司之间并无劳动关系。

本案中,出租车公司在与正驾之间的《出租车租赁经营合同书》经营条款第四条第三款约定:“未经甲方同意并和公司签定书面二驾协议,乙方不得私自将车辆交予其他人驾驶”。租赁合同明确排除了二驾另行转租行为,因此,正驾将车辆转租给二驾的行为违反其与出租车公司的约定,不能代表出租车公司同意转租,因而也不能体现出出租车公司与二驾建立劳动关系的意思表示。

### 车辆运营管理≠对劳动者的劳动管理

很多人对于二驾的经营需要经过出租车公司同意,需要佩戴出租车的统一标识,遵从定期安全培训教育,使用文明礼貌用语,规范使用出租车的发票,以出租车公司名义揽客等等,视为是出租车公司对二驾的管理,这其实混淆了出租车公司基于交通行业部门的运营规范要求与劳动管理的区别。

出租车公司必须按照行业规范对出租车驾驶员提出形象标识、车辆安全、文明运营,这种行业规范是所有从事出租车运营的从业人员必须遵守的,是一种行业管理。就如同律师协会对律师有执业、收费、着装管理一样,这同样是一种行业管理,但不能认为进行这样的行业管理了,律协与律师之间就建立劳动管理关系。

劳动管理更多的是考勤、目标任务、工作绩效、工作标准等等管理,强调的是用人单位对劳动者提供劳动过程中组织化管理,这种管理使得劳动者对用人单位具有人格上的依附性。另外,由于劳动者基于提供劳动,从用人单位获得报酬,这样使其又产生了对用人单位经济上的依附性。相反,二驾对出租车公司并没有任何经济上的依附性,更不会从出租车公司领取工资,反而需要向出租车公司聘用的正驾缴纳租金。这点重大区别,毫无疑问使得二驾在劳动法基本法理上无法成为劳动关系下的劳动者。

本案中,即使出租车公司为二驾办理了工作牌、服务监督卡,仅仅也是为了满足行业管理中持证上岗接受顾客监督的基本要求,不代表出租车公司对二驾进行了劳动管理。

### 二驾可通过商业保险等防范运营风险

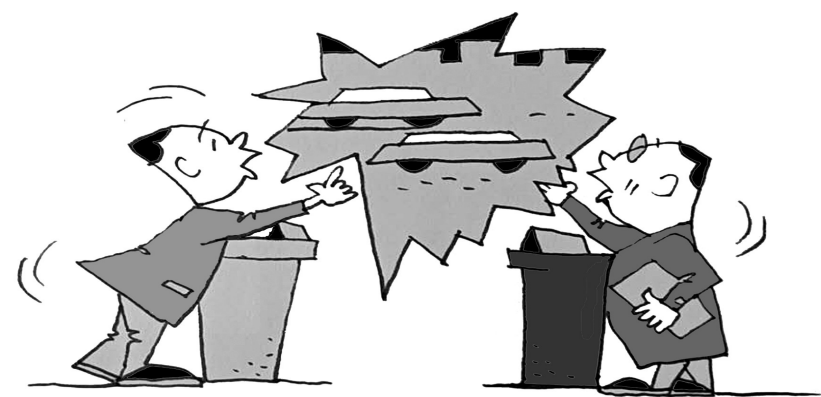
正常经营过程中,二驾不会要求确认与出租车公司之间的劳动关系,只有在发生了自身事故,导致二驾本人伤亡,或者造成第三人伤亡,产生重大经济损失时,基于承担责任能力不足和自我保护的考虑,才要求确认与出租车公司之间的劳动关系,并且在确认劳动关系之后,将本因由其个人承担的经济损失转移到出租车公司方面。显然这对出租车公司是不公平的。

基于劳动法对劳动者的保护思路,很多裁判往往武断地将二驾与出租车公司确认为劳动关系,以便为后续令出租车公司承担赔偿责任奠定基础条件。

事实上,二驾可以通过商业保险来减小运营风险造成的他人损害,通过社会保险来保障个人的养老、疾病等风险,同时也应当在经营过程中,严格遵守运营规范,减少事故发生,从根本上减少风险。但由于追求经济利益最大化和成本投入最小化,二驾在这方面的自我保护并不周详,自我保护规避风险的意识不足,从而导致风险发生后,个人往往难以承担巨大的经济损失,从而以劳动者弱势群体地位为由,产生强烈的将损失转移给出租车公司的冲动。本质上说,这种转移风险的做法违背了诚实信用的原则,不应通过裁判得到支持。

本案中,二驾在运营过程中,候客时被人殴打致伤,可以通过民事侵权的方法追究致其伤害者的法律责任,从而维护其人身权利,其认定劳动关系从而走工伤认定渠道费时费力,并非是维护自身权利的最佳渠道。

李静



天成 绘

### ■董律师信箱

## 怀孕不满三个月,可以休“保胎假”

两年前,我进入某连锁房屋中介公司从事出纳工作。前段时间我怀孕了,这是第二胎。去医院检查后,医生建议我在家保胎休息。我拿着医院的证明找公司请假,公司副总经理答复:“你可以在家休息,不过按照公司规定,你就算病假,休息期间工资按照公司考勤管理制度执行。”请问,公司的答复是否正确?

——女职工小张

公司答复是错误的,从今年7月1日起,“保胎假”≠病假≠事假,你有权休“保胎假”。

一直以来,国家和地方对怀孕女职工需要保胎休息的情况,即“保胎假”并没有明确的规定,实务中一般是按照病假来处理。这来源于1982年原国家劳动总局《关于女职工保胎休息和病假超过六个月后生育时的待遇问题给上海市劳动局的复函》第一条的规定:“女职工按计

划生育怀孕,经过医师开据证明,需要保胎休息的,其保胎休息的时间,按照本单位实行的疾病待遇的规定办理。”更有甚者,有些单位认为,如果女职工保胎休息超过法定医疗期的,要按照事假来处理,在休息期间不发工资。

上述情况,在《江苏省女职工劳动保护特别规定》(以下简称《特别规定》)颁布以后,已经发生改变。《特别规定》首次将女职工孕程保护纳入规章,规定女职工怀孕不满3个月的,可以休“保胎假”。《特别规定》第十一条规定,女职工怀孕不满3个月需要保胎休息或者怀孕7个月以上且上班确有困难的,应当根据医疗机构的证明安排其休息;休息期间的工资按照劳动合同或者集体合同约定计发,但不得低于当地最低工资标准的80%。根据这一规定,只要医疗机构证明女职工需要保胎休息的,用人单位必

须安排其休息,并且在休息期间,必须按照劳动合同或者集体合同的约定继续发放工资,实发工资不得低于当地最低工资标准的80%。

除新增“保胎假”之外,《特别规定》还有以下亮点:规定用人单位应当开展集体协商,并订立女职工特殊保护专项集体合同或在集体合同中进行专章规定;充分保障女职工的平等就业权,规定用人单位招工,不得以性别或者变相以性别为由拒绝接收符合条件的女性;在国家规定的基础上,将女职工“四期”保护扩展为“六期”保护,明确了经期、已婚待孕期和更年期保护措施;明确规定用人单位应当采取制定规章制度、开展教育培训、提供免受性骚扰的工作环境等措施预防和制止对女职工的性骚扰;明确规定用人单位每年至少要安排1次妇科常见病普查,增加对年满35周岁女职工的“两癌”筛查等。董彬

### ■各地动态

## “您的劳动权利受保护了吗?”

### 南航学子一线调查为边缘群体发声

作为普通劳动者,你知道并了解《劳动合同法》吗?你知道加班工资怎么算,出现工伤如何寻求工会帮助吗?当你的劳动权益受到侵犯时,该怎么办?近日,来自南京航空航天大学“新公民之声”实践团队,进行了一项针对边缘群体劳动权利现状的调研。

为期一周的调研结果显示,在南京城市边缘低收入劳动群体中,七成劳动者知道《劳动合同法》的存在,而他们中仅有40%左右和所在单位签订劳动合同。数据表明,这部分人群对于法律大多还处于“我知道”的层面,并没有上升到“我知道且会适用法律来保护我”的层面;另一方面也说明了,在南京市目前的劳动市场中,这部分边缘群体的地位相对来说比较低,缺乏话语权,大多以公司安排为导向,而没有主动向企业提出权益诉求或者自己提出的权益诉求并没有受到应有的重视。

“新公民之声”队长孙浩祥谈起对边缘人群关注的起因,他是在一次和自家小区保安聊天中得知,他们日常工作很辛苦,但薪酬十分低,甚至连南京的最低工资标准都够不上,还发现他们没有签订任何的劳动合同,也不知道公司应该给予一定的福利待遇,甚至在他们的圈子里很多人因为小疏忽就被公司口头开除。“作为

一名法学的学生,第一反应就是这些都是极其不符合我国劳动法相关规定的。但因为这些劳动者本身文化水平不高,以及不被重视,导致他们应享受的权利在很长时间里都处于被迫缺位的状态。”孙浩祥召集了同样有兴趣的队友,拟定问卷去了解这些边缘群体,尽可能为他们发声让公众听到。

“新公民之声”团队在一周的时间内,每天晚上十一点半到凌晨两三点去走访各个小区、学校、便利店以及外来务工人员聚集区进行实地采访、发放问卷。团队成员温浙微在统计数据时感慨:“他们没有严格的八小时工作制,一个月也未必能有法律规定的四天休息日,没有加班工资,没有社会保险。他们只知道一定得按照老板的要求才能拿到报酬,且缺乏维权意识,又缺乏维权途径。”

调查中还有一个很突出的问题,就是维权途径的闭塞。半数的劳动者知道自己单位有工会存在,但几乎所有人都坦言自己在劳动权益相关的问题上没有受到单位工会给予的帮助。

调查显示,如何为劳动者争取合法劳动权益,工会组织依然面临严峻的挑战。

通讯员 李凌羽 记者 鲍晶

### ■12351 热线

#### ☆职工怎样休带薪年假?

答:职工累计工作满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。职工在年休假期间享受与正常工作期间相同的工资收入。

#### ☆关于职工病假假期有何规定?

答:企业职工因患病或非因工负伤,需要停止工作医疗时,根据本人实际参加工作年限和在本单位工作年限。实际工作年限十年以下的,在本单位工作年限五年以下的为三个月;五年以上的为六个月;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。

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。