



## 劳动关系解除终止纠纷中的疑难问题

黄振东



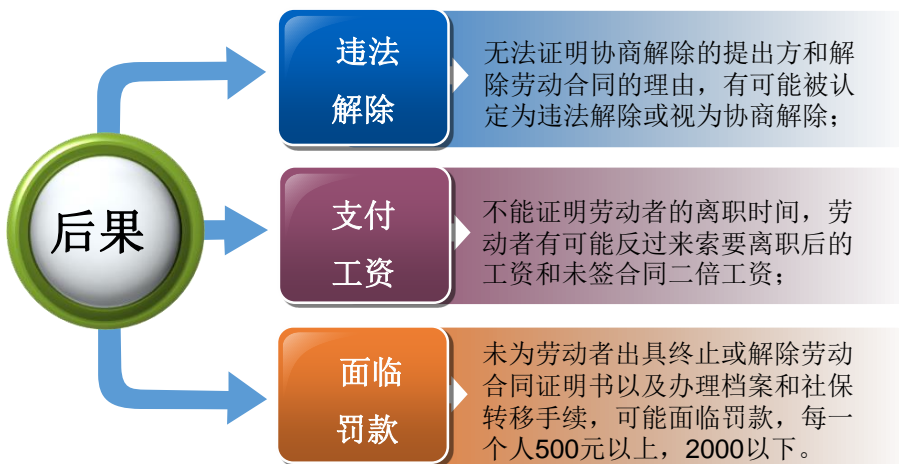
### 一、协商一致解除

# 1、口头协商解除举证不能的后果

## 案例

小王入职A公司，月工资6000元，双方劳动合同2014年10月到期。2014年10月后公司未再支付小王工资，小王的社保缴费至2015年2月。小王于2015年8月起诉公司，认为公司于2015年8月违法解除并欠付工资，要求2014年10月至2015年8月的工资和二倍工资以及违法解除赔偿金。公司认为2014年10月合同到期后小王不愿意续签口头要求辞职，公司同意，小王便离开了公司。公司没有提交考勤记录，通过银行发放工资。

问题：口头协商解除后，员工离开公司，公司未办理离职交接手续、未签书面协议会带来什么后果？



## 2、解除协议效力及涵盖范围的审查



明明协商解除

为何还来告我？

[常见解除协议条款](#)

## 3、视为协商一致解除的审查要点



省院12年指导意见第29条：  
劳动者与用人单位均无法证明劳动者的离职原因，可视为用人单位提出且经双方协商一致解除劳动合同，用人单位应向劳动者支付经济补偿。

原因：举证责任分配给谁都不合适。是谁主张谁举证、举证责任倒置的一种妥协，属于权宜之计。

## 4、事先约定解除合同条件的效力

解除权  
是否可以附不  
确定的  
期限或  
条件？

案例：双方签订的解除协议约定：鉴于公司生产经营战略的调整，公司决定将x x业务出售给某公司，公司与您经过协商，双方同意于2016年6月1日解除合同，并签订本协议，但是离职日可能会根据公司与某公司之间资产收购的进程而被提前或推后。如果离职日发生变化，公司将尽量提前通知您，并且有效的离职日最终应以公司正式发出的通知中所确定的日期为准。公司将按照法律规定给您离职补偿，其他事宜按公司法的规定执行。

## 5、协商解除与单方解除的界限

### 如何认定协商的合意？

案例：穆某某在某工艺品公司工作达14年零2个月，双方签订了无固定期限的劳动合同。2007年12月28日，某工艺品公司向全体员工发出《通告》，称决定于2007年12月27日终止与全部员工的劳动合同，工资结算到2007年12月27日止，相关补偿将依法计算并于2008年1月10日前将工资及相关补偿转入到个人账户，要求各员工按指定时间、指定地点办理离职手续。其后，穆某某填写了由某工艺品公司提供的《员工离职申请表》及《解除劳动合同确认书》，确认穆某某同意与公司于2007年12月27日解除劳动合同及接受公司支付的经济补偿。2008年1月10日，某工艺品公司向穆某某支付了12个月工资的解除劳动合同经济补偿金。后穆某某申请劳动仲裁要求某工艺品公司按照其实际工作年限支付解除劳动合同的经济补偿金。

### 本案是协商解除，还是单方解除？



## 6、仅有试用协议，不能以试用期不合格解除

案例：小王入职某科技公司时未签订劳动合同，仅在入职表上注明“符合试用条件，同意试用，试用期三个月，如表现好可提前转为正式员工，转正后正式签订劳动合同”，后小王工作一个月出现工作差错，给公司造成了损失。某科技公司以小王在试用期不符合录用条件为由解除劳动关系，小王申请仲裁，要求违法解除劳动合同赔偿金。小王的请求能否得到支持？

《劳动合同法》第十九条，仅约定试用期，试用期不成立，该期限为劳动合同期限。用人单位不能再以试用期不合格为由解除。



## 7、录用条件的审查标准

- 录用条件：以法定的最低就业年龄等基本录用条件和招用时规定的文化、技术、身体、品质等条件为准；
- 还包括是否胜任商定的工作为准。录用条件要和工作岗位、工作能力相联系，不得设定歧视性条件，更不得与法律法规相悖；
- 而且，录用条件应当适宜、科学，不能设定明显不能完成的、超过大多数劳动者平均水平的条件；
- 此外，录用条件应当较为客观，描述语言应当明确而不宜使用概括性、原则性语言，不宜完全以主观性条件进行评价；
- 用人单位应该在招聘劳动者时向劳动者明示具体的录用标准及条件。

何为试用期录用条件，用人单位能否将“不胜任工作，不服从领导安排”等岗位职责约定为录用条件？



“试用期间，新员工发生以下情况时，属于不符合录用条件，公司可以随时与其解除劳动关系：不服从领导者，应聘时提交给公司的个人信息与事实不符者，实际能力达不到应聘岗位任职要求，应聘前的个人经历影响公司工作，或者给公司带来损失者，试用期间违反公司相关规章制度者”，这种约定是否有效？属于不符合录用条件而解除，还是属于不胜任工作而解除？

## 8、违法或歧视性录用条件的排除

案例一：中国人民银行成都分行在2001年12月23日在成都刊登招录行员广告，规定招录对象为“男性身高1.68米，女性身高1.55米以上”。四川大学2002届应届毕业生蒋某，身高未到规定的高度，虽符合其规定的其他报名条件，却无法成为招录对象。于是他依据《宪法》第33条中关于公民在法律面前人人平等的规定，将中国人民银行成都分行告上法庭，请求法院判令被告该广告中含有身高歧视的行为违法，责令被告停止发布该违法广告，公开更正并取消报名资格的身高歧视限制。



案例二：北京某商场2000年10月规定，其所有在职的和新招聘的导购人员必须具备“35岁以下、北京市城镇户口”的条件，否则不予录用。该商场的这一规定也属典型的违法歧视，因为年龄和户口与导购工作本身没有任何关系。该商场部分在职和应聘人员迫于就业压力，向制假人员购买了北京市居民身份证、户口簿等证件，使之符合商场要求的户口和年龄条件。但不久该商场原有的和新录用的导购人员被控涉嫌伪造证件，其中已有24人被以伪造身份证件罪分别判处6至10个月不等的有期徒刑或者拘役。

- 问题：1、常见歧视条件有哪些？  
2、违法歧视应与合理甄选如何区别？

例：女邮递员就业歧视案例

## 9、试用期延长的效力

试用期能否**单方延长**？

协商延长未超最长试用期的**效力**？



试用期满后，公司自行规定延长试用期，延长试用期内员工仍不合格，能否解除？

## 10、试用期不符合录用标准的审查

审查标准是什么？

不符合录用条件的情形有哪些？



## 11、可以试用期不符合录用条件解除孕期女职工吗？

当怀孕

遇上

试用期

女职工在孕期的，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，法律没有禁止用人单位以三十九条的理由解聘。

但是不得以怀孕作为不符合录用条件的理由。

能否以入职时或试用期内怀孕应当主动告知公司作为录用条件？



三、严重违反规章制度解除



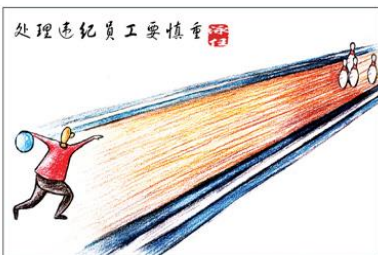
## 12、规章制度的司法审查标准

民主程序制定，**单决或共决**？  
内容合法，不存在**严重不合理**！  
已向劳动者公示，**公示的方法**？

规章制度合理性的  
审查标准是什么？



## 13、员工违规的证明标准



调查报告是否可行？

证人证言是否可信？

处罚通告是否可靠？

严重程度的认定标准

## 14、员工过失履行职务行为的赔偿

规章制度规定全赔**是否有效**？

公司**单方确定损失抵扣工资****是否有效**？

员工赔偿的**原则是什么**？



《我院指引》第99条：劳动者在履行劳动合同过程中造成用人单位损失，用人单位在解除劳动合同时要求劳动者一次性赔偿的，应予支持，但赔偿数额由人民法院根据劳动者的过错程度、造成损失的大小等具体情况酌情进行确定。

## 15、违反基础义务解除合同

可否再以严重违反劳动纪律为由解除？

可否以劳动者违反职业道德为由解除？

可否以劳动者违反约定义务或者以诚实信用原则而应承担的义务为由解除合同？

## 16、严重违反规章制度为由解除败诉的主要原因

一是规章制度制定内容或程序不合法

二是证据不足，违规事实无法固定

三是解除劳动合同的程序瑕疵

四是认定劳动者违规的严重程度的合理性不足

## 17、累计三次警告解除劳动合同的审查

**警告没签名是否一概无效？**

**警告不认可用人单位如何举证？**

**警告是上一合同期的是否累计？**

**警告又解除是否属于重复处罚？**



## 18、解除权的除斥期间

除斥期间是指法律规定某种民事实体权利存在的期间。权利人在此期间内不行使相应的民事权利，则在该法定期间届满时导致该民事权利的消灭。

中国《合同法》第95条规定：“法律规定或者当事人约定解除权行使期限，期限届满当事人不行使的，该权利消灭。法律没有规定或者当事人没有约定解除权行使期限，经对方催告后在合理期限内不行使的，该权利消灭。”

劳动法对除斥期间没有明确规定。

劳动争议审判中能否适用《合同法》的规定，尤其是《合同法》总则的内容？

劳动合同法  
遇上  
合同法



四、严重失职，营私舞弊造成重大损害解除

## 19、严重失职营私舞弊的表现形式



- (1) 因玩忽职守造成事故；
- (2) 因工作不负责任而经常产生废品；
- (3) 严重马虎损坏设备工具；
- (4) 浪费原材料或能源；
- (5) 贪污受贿；
- (6) 泄露或出卖商业秘密。

## 20、严重程度的把握标准

**案例一：**保安在场未发现他人故意隐藏货物，单位严重失职解除依据不足；

**案例二：**严重失职致产品报废损失，单位解除合法；

**案例三：**销售主管失职未尽审核义务，单位解除合法

**案例四：**错误译文被解雇，是否严重失职？

严重程度的把握标准：实践中，应当根据劳动者职责范围、工作内容、失职行为本身的恶劣程度，以及其失职行为对于企业经营所造成的直接负面影响等相关因素综合判定严重程度。

## 21、重大损害的认定标准



原劳动部《关于〈劳动法〉若干条文的说明》（劳办发〔1994〕289号）第二十五条第三款规定：“本条中的‘重大损害’由企业内部规章来规定。因为企业类型各有不同，对重大损害的界定也千差万别，故不便对重大损害作统一解释。若由此发生劳动争议，可以通过劳动争议仲裁委员会对其规章规定的重大损害进行认定。”

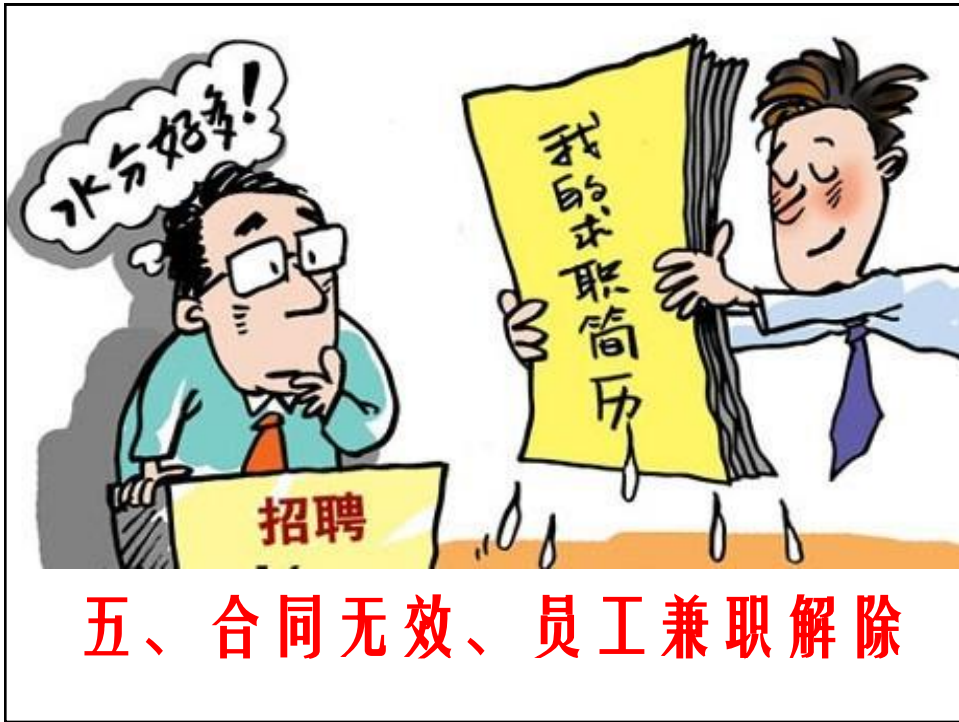
法院会综合考量用人单位本身存在的经营风险、劳动者的失职行为与损害结果、损失程度之间的因果关系、用人单位是否提供足够证据证明损害等因素，做出最终的判决结果。

## 22、偷窃公司废品是否可以开除？

偷窃是否本身就属于营私舞弊行为？



- 洗碗工打包剩菜回家 被认定盗窃公司财物遭开除
- 据经济之声《天下公司》报道，最近，南京发生的一件事在网上引起了议论。一家五星级酒店的洗碗工，因为把酒店里客人吃剩下的食物打包带回家，给她正在读大学的儿子吃，被酒店方面以盗窃公司财物为理由开除了。



## 23、劳动合同无效的原因



(1) 欺诈、胁迫、乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立的合同；

(2) 用人单位免除自己的法定责任，排除劳动者权利；

(3) 违反法律法规的强制性规定。劳动内容违反，从事走私、盗版光盘、毒品的生产与销售。未办理就业许可证

非法用工、设立中公司用工与劳动合同无效的区别？

劳动合同的部分无效与整体无效？

## 24、伪造学历解除

### 欺诈的构成要件？

有些工作十几年的老员工，从事普工作，以大专学历冒充高中学历，是否可以欺诈为由认定合同无效而解除？



## 25、兼职是否要批准？

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，拒不改正的，用人单位可以解除合同。

用人单位规章制度明确规定不允许劳动者兼职，是否有效？



建立双重劳动关系必须符合两个条件：  
第一，不能影响在原用人单位的工作；  
第二，用人单位没有禁止规定。



## 26、兼职的风险

劳动者兼职会给用人单位带来哪些风险？  
员工在外兼职，损害公司利益怎么办？

[员工兼职案例](#)

开网店、网络车

是否兼职？



六、不胜任工作解除

## 27、不胜任工作的证据审查

**考核规定** 职责和考核标准是否公示

**考核程序** 考核过程是否公开公正

**考核证据** 是否有明确的事实依据

## 28、不胜任工作解除的程序审查

### 五个步骤

- (1) 有证据证明劳动者不胜任工作；
- (2) 用人单位对劳动者调岗或培训；
- (3) 再次考核，劳动者仍不胜任工作；
- (4) 经过工会程序；
- (5) 提前通知或支付代通知金，并支付经济补偿金。

## 29、不胜任工作解除的禁止规定

- (一)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；
- (二)在本单位患职业病或者因工负伤并被确认丧失或者部分丧失劳动能力的；
- (三)患病或者非因工负伤，在规定的医疗期内的；
- (四)女职工在孕期、产期、哺乳期的；
- (五)在本单位连续工作满十五年，且距法定退休年龄不足五年的；
- (六)法律、行政法规规定的其他情形。①担任专职的工会主席、副主席或委员的。②担任平等协商代表的。③正处于义务服兵役期间的。

## 30、末位淘汰解除的审查

2005年7月，被告王鹏进入原告中兴通讯（杭州）有限责任公司（以下简称中兴通讯）工作，劳动合同约定王鹏从事销售工作，基本工资每月3840元。该公司的《员工绩效管理办法》规定：员工半年、年度绩效考核分别为S、A、C1、C2四个等级，分别代表优秀、良好、价值观不符、业绩待改进；S、A、C（C1、C2）等级的比例分别为20%、70%、10%；不胜任工作原则上考核为C2。王鹏原在该公司分销科从事销售工作，2009年1月后因分销科解散等原因，转岗至华东区从事销售工作。2008年下半年、2009年上半年及2010年下半年，王鹏的考核结果均为C2。中兴通讯认为，王鹏不能胜任工作，经转岗后，仍不能胜任工作，故在支付了部分经济补偿金的情况下解除了劳动合同。

2011年7月27日，王鹏提起劳动仲裁。同年10月8日，仲裁委作出裁决：中兴通讯支付王鹏违法解除劳动合同的赔偿金额36596.28元。中兴通讯认为其不存在违法解除劳动合同的行为，故于同年11月1日诉至法院，请求判令不予支付解除劳动合同赔偿金额。

法院生效裁判认为：为了保护劳动者的合法权益，构建和发展和谐稳定的劳动关系，《中华人民共和国劳动法》《中华人民共和国劳动合同法》对用人单位单方解除劳动合同的条件进行了明确限定。原告中兴通讯以被告王鹏不胜任工作，经转岗后仍不胜任工作为由，解除劳动合同，对此应负举证责任。根据《员工绩效管理办法》的规定，“C（C1、C2）考核等级的比例为10%”，虽然王鹏曾经考核结果为C2，但是C2等级并不完全等同于“不能胜任工作”，中兴通讯仅凭该限定考核等级比例的考核结果，不能证明劳动者不能胜任工作，不符合据此单方解除劳动合同的法定条件。虽然2009年1月王鹏从分销科转岗，但是转岗前后均从事销售工作，并存在分销科解散导致王鹏转岗这一根本原因，故不能证明王鹏系因不能胜任工作而转岗。因此，中兴通讯主张王鹏不胜任工作，经转岗后仍然不胜任工作的依据不足，存在违法解除劳动合同的情形，应当依法向王鹏支付经济补偿标准二倍的赔偿金。

**任正非：**公司不会迁就任何人，坚定不移淘汰不称职者

## （一）“末位淘汰制”的背景

（1）活力曲线（亦称 10%淘汰率法则），由20%的明星员工（A类）、70%的活力员工（B类）、10%的落后员工（C类）构成。



## （一）“末位淘汰制”的背景

（2）“末位淘汰制”被我国华为、中兴等知名企业所仿效。2009年华为继2007年对全体8年以上老员工实施“先辞职后竞岗”后又对5%的员工实施末位淘汰，在社会上引起轩然大波。

（3）最高法院选取最具代表性的中兴公司劳动争议纠纷案对“末位淘汰制”合法性作了权威认定，无疑是非常及时的。



## （二）人力资源管理视野下的“末位淘汰制”

### 1、“末位淘汰制”的优点

（1）激励员工、提高效率

（2）分流员工、精简机构

（3）促进竞争、激发潜力

## （二）人力资源管理视野下的“末位淘汰制”

### 2、“末位淘汰制”的弊端

（1）有违法的风险

（2）不一定“去粗取精”

（3）可能破坏企业人际关系

## （二）人力资源管理视野下的“末位淘汰制”

### 2、“末位淘汰制”的弊端

（4）有损人格尊严，可能导致优秀员工流失

（5）不符合现代人本管理思想

（6）持续使用可能对企业的总体绩效造成损失

## （三）劳动合同法视野下的“末位淘汰制”

1、“末位淘汰制”作为用人单位的内部规章制度，应符合规章制度的合法性要件

2、“末位淘汰制”下淘汰的员工必须“不能胜任工作”，并且必须经过培训或调整工作岗位后仍然不能胜任工作

3、“末位淘汰制”下末位员工工作岗位的调整或降薪必须事先予以明确约定

## （四）本案“末位淘汰制”的合法性分析

- 1、考核为C2不能等同于不胜任工作
- 2、王鹏没有因不能胜任工作而调整工作岗位或接受培训
- 3、中兴通讯解除劳动合同违反了《劳动合同法》第四十条第（二）项

## （五）本案对司法实践的指导价值

- 1、应注意“末位”与“不能胜任”的区别
- 2、应合理界定“淘汰”形式，“末位淘汰”并非一定无效
- 3、应着重审查用人单位是否有科学合理的考核指标体系



## 七、客观情况发生变化、患病或非因工负伤不能工作解除

### 31、致使劳动合同无法履行的客观情况的认定标准

“客观情况发生变化”指劳动合同订立时所依据的客观情况发生变化，劳动合同无法履行且无法达成变更劳动合同协议的情形。一般而言：**指用人单位分立、兼并、合资、转制、跨地区搬迁、企业转产或者重大技术改造。**

《劳动部关于中华人民共和国劳动法若干条文的说明》（1994年9月5日），本条中的“客观情况”指：发生不可抗力或出现致使劳动合同全部或部分条款无法履行的其他情况，**如企业迁移、被兼并、企业资产转移等，并且排除本法第二十七条所列的客观情况。**

第二十七条 用人单位濒临破产进行法定整顿期间或者生产经营状况发生严重困难，确需裁减人员的，应当提前三十日向工会或者全体职工说明情况，听取工会或者职工的意见，经向劳动行政部门报告后，可以裁减人员。

用人单位依据本条规定裁减人员，在六个月内录用人员的，应当优先录用被裁减的人员。

本条中的“法定整顿期间”指依据《中华人民共和国破产法》和《民事诉讼法》的破产程序进入的整顿期间。“生产经营状况发生严重困难”可以根据地方政府规定的困难企业标准来界定。“报告”仅指说明情况，无批准的含义。“优先录用”指同等条件下优先录用。



## 32、“客观情况发生重大变化”的认定标准

(1) 必须客观变化足以导致劳动合同无法履行的情况；

“客观情况发生重大变化”如何理解？

“经营状况发生重大变化”如何理解？

“劳动者工作场所发生变化”如何理解？

(2) 必须提供有效证据证明履行了协商程序  
协商的内容有哪些？



## 33、医疗期的认定标准

医疗期 = 治疗期？

医疗期 = 病假？



《企业职工患病或非因工负伤医疗期规定》第2条 医疗期是指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。

案例：小王2014年7月大学毕业后入职深圳某公司，担任公司的销售员，月工资标准5000元，2015年5月小王在家体检时检查出患有疾病，需要住院治疗，2015年5月11日小王开始住院并向公司提出病休申请，5月13日公司同意小王病假申请，休完1个月病假后，小王返回公司工作2个月后，后又感不适，小王又请假2个月，公司予以批准，病假到期后，小王又向公司申请延期一个月，公司不予批准，认为小王的病假已经超过了医疗期，且小王的病情没有那么严重，理应回来上班工作，但小王认为自己仍需要看病，双方僵持不下。

为此公司想按照《劳动合同法》第40条的规定，以医疗期满后小王不能胜任原工作，也不能从事公司另行安排的工作解除劳动合同。

小王则认为，需要经由劳动能力等级鉴定委员会确认后方能解除劳动合同，并要求公司支付6个月的医疗补助费。

双方为此争执不下，公司欲与其解除劳动合同，该如何处理？

- 问题：
  - 1、小王的医疗期应至何时结束，8月6日？10月6日？11月6日？如何确定其医疗期？
  - 2、小王医疗期满后，公司是否可以与其解除劳动合同？
  - 3、公司与小王解除劳动合同时是否需要补偿，该如何补偿？

## 医疗期的期限与计算



总工作年限	本单位工作年限	医疗期	累计病休时间段
10年以下	5年以下	3个月	6个月
	5年以上	6个月	12个月
10年以上	5年以下	6个月	12个月
	5年以上10年以下	9个月	15个月
	10年以上15年以下	12个月	18个月
	15年以上20年以下	18个月	24个月
	20年以上	24个月	30个月

## 34、医疗期热点难点问题



- (1) 医疗期能否多次享受？
- (2) 非连续的病休时间如何统计？
- (3) 医疗期遇休息日、法定节假日如何处理？
- (4) 超出医疗期的病假，用人单位是否需支付病假工资？

## 35、医疗期工资标准的确定

### 国家规定

劳部发(1995)309号：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，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%。

### 广东规定

广东省工资支付条例：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。不能低于最低工资标准的80%

### 深圳规定

深圳工资支付条例：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，但不得低于最低工资的百分之八十。

## 36、医疗期内劳动合同到期的 处理方法

劳动合同法第四十五条 劳动合同期满，有本法第四十二条规定情形之一的（如医疗期、女职工“三期”，劳动合同应当续延至相应的情形消失时终止。

**相应情形消失**

**如何理解？**



## 37、特殊疾病医疗期的确定

**特殊疾病医疗期=24个月？**

**24**

《关于贯彻〈企业职工患病或非因工负伤医疗期规定〉的通知》劳部发（1995）236号第二条规定：关于特殊疾病的医疗期问题，根据目前的实际情况，对某些患特殊疾病（如癌症、精神病、瘫痪等）的职工，在二十四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。

梁介树诉南京乐府餐饮管理有限公司  
《最高人民法院公报》2013年第6期

## 38、医疗补助费的适用规则

### 合同解除

《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》（劳部发[1994]481号）第6条 劳动者患病或者非因工负伤，经劳动鉴定委员会确认不能从事原工作，也不能从事用人单位另行安排的工作而解除劳动合同的，用人单位应按其在本单位的工作年限，每满一年发给相当于一个月工资的经济补偿金，同时还应发给不低于六个月工资的医疗补助费，患重病的增加部分不低于医疗补助费的百分之五十，患绝症的增加部分不低于医疗补助费的百分之百。

### 合同终止

《关于实行劳动合同制度若干问题的通知》（劳部发[1996]354号）第22条 劳动者患病或者非因工负伤，合同期满终止劳动合同的，用人单位应当支付不低于六个月工资的医疗补助费；对患重病或绝症的，还应适当增加医疗补助费。

### 案例

《关于对劳部发[1996]354号文件有关问题解释的通知》第2条 终止劳动合同时，需鉴定为5-10级

## 39、医疗期满解除劳动合同的程序审查

劳动合同法第40条 劳动者有下列情形之一的，……用人单位可以解除劳动合同：

（一）劳动者患病或者非因工负伤，在规定的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的；



**注意：程序要求！**  
**注意：致残、重疾！**  
**注意：五个步骤！**



### 40、经济性裁员的适用范围



当裁员人数达到二十人以上或者裁员人数不足二十人但占企业职工总数达到百分之十以上时，才构成经济性裁员。

不足人数，能否裁员？  
分公司裁员，人员比例如何确定？

## 41、经济性裁员的程序要件审查



- (1) 提前30日向工会或者全体职工说明情况，并提供有关生产经营状况的资料；
- (2) 提出裁减人员方案，内容包括：被裁减人员名单、裁减时间及实施步骤、符合法律法规和集体合同约定的被裁减人员经济补偿办法；
- (3) 将裁减方案征求工会或者全体职工的意见，并对方案进行修改和完善；
- (4) 向当地劳动行政部门报告裁减人员方案以及工会或者全体职工的意见，并听取劳动行政部门的意见；
- (5) 由用人单位正式公布裁减人员方案，与被裁减人员办理解除劳动合同手续，按照有关规定向被裁减人员支付经济补偿金，出具裁减人员证明书。

## 42、经济性裁员的替代方案审查



替代方案：降薪、放假、减少加班。

- (1) 无薪长假，无薪调休；
- (2) 单方调整工作岗位，迫使员工主动辞职；
- (3) 无薪教育培训；
- (4) 随意解除试用期员工；
- (5) 清退老员工，规避签订无固定期限劳动合同；
- (6) 随意改变工资结构，取消或减少员工收入；
- (7) 轻微违纪动辄罚款、解除劳动关系；
- (8) 进行加班管控，减少加班工资；
- (9) 学历经历再审查，借机解雇员工；
- (10) 随意减少福利待遇；
- (11) 请假不予书面批准，事后以旷工为由解除；
- (12) 欠薪逃匿。



## 43、工会人员终止的特殊规定

《工会法》第十七条 工会主席、副主席任期未满时，不得随意调动其工作。因工作需要调动时，应当征得本级工会委员会和上一级工会的同意。

罢免工会主席、副主席必须召开会员大会或者会员代表大会讨论，非经会员大会全体会员或者会员代表大会全体代表过半数通过，不得罢免。

第十八条 基层工会专职主席、副主席或者委员自任职之日起，其劳动合同期限自动延长，延长期限相当于其任职期间；非专职主席、副主席或者委员自任职之日起，其尚未履行的劳动合同期限短于任期的，劳动合同期限自动延长至任期期满。但是，任职期间个人严重过失或者达到法定退休年龄的除外。

第五十二条 违反本法规定，有下列情形之一的，由劳动行政部门责令恢复其工作，并补发被解除劳动合同期间应得的报酬，或者责令给予本人年收入二倍的赔偿：

- (一) 职工因参加工会活动而被解除劳动合同的；
- (二) 工会工作人员因履行本法规定的职责而被解除劳动合同的。



## 44、退休能否终止，如何补偿？

### 有关退休的规定

**问：**到达退休年龄但不能领取养老金，企业可以终止劳动关系吗？

**答：**根据《劳动合同法》第四十四条规定：劳动者开始依法享受基本养老保险待遇的，劳动合同终止。此外，根据《中华人民共和国劳动合同法实施条例》第二十一条规定：劳动者达到法定退休年龄的，劳动合同终止。

根据国发(1978)104号及沪社保业一(1996)76号文件规定，目前国家规定的退休年龄为：男性年满60周岁，女性从事管理和技术工作满55周岁、直接从事生产服务工作满50周岁（不包括事业单位在编的干部身份的女职工）。

©上海仲裁委员会  
www.comshanghai.com

**注意：法律冲突！**



## 45、合同到期一个月内，用人单位是否仍可以终止劳动合同？

● 《深圳和谐劳动关系促进条例》第十八条：续订固定期限劳动合同的，用人单位和劳动者应当在劳动合同**期满前一个月**协商续订劳动合同；经协商未能就续订劳动合同达成一致意见的，用人单位或者劳动者可以终止劳动关系。但依法应当订立无固定期限劳动合同的除外。

● 省院12年指导意见：……劳动合同期满后，劳动者仍在原用人单位工作，**超过一个月**双方仍未续订劳动合同，劳动者依据《劳动合同法》第八十二条第一款规定要求二倍工资，应予支持。

两者是否冲突，如何适用法律？



## 46、合同到期一个月后，用人单位是否仍可以终止劳动合同？

● 《劳动合同法实施条例》第六条 用人单位自用工之日起**超过一个月不满一年**未与劳动者订立书面劳动合同的，应当依照劳动合同法第八十二条的规定向劳动者每月支付两倍的工资，并与劳动者补订书面劳动合同；劳动者不与用人单位订立书面劳动合同的，用人单位应当书面通知劳动者终止劳动关系，并依照劳动合同法第四十七条的规定支付经济补偿。

● 《最高法院司法解释一》第十六条 劳动合同**期满后**，劳动者仍在原用人单位工作，原用人单位未表示异议的，视为双方同意以原条件继续履行劳动合同。一方提出终止劳动关系的，人民法院应当支持。

两者是否冲突，如何适用法律？



## 47、第二次合同到期后，用人单位是否仍可以终止劳动合同？

● 省院12年指导意见第19条：用人单位与劳动者已连续订立二次固定期限劳动合同，第二次固定期限**期满后**，且劳动者没有《劳动合同法》第三十九条和第四十条第一项、第二项规定的情形，劳动者提出续订劳动合同并要求订立无固定期限劳动合同的，用人单位应当与劳动者订立无固定期限劳动合同。

● 我院指引第77条：在固定期限劳动合同履行过程中，符合签订无固定期限劳动合同条件的劳动者要求在固定期限劳动合同**期满后与用人单位续签无固定期限劳动合同的**，应在固定期限劳动合同**期满终止前**提出。

两者是否冲突，如何适用法律？



## 48、相关冲突规定的协调观点

- (1) 第三次签无固定期限合同不需要用人单位同意续签合同作为前提条件；
- (2) 第二次劳动合同到期用人单位已经终止劳动合同后，劳动者才提出签订无固定期限劳动合同的，不予支持；
- (3) 第二次劳动合同到期后，用人单位未终止劳动合同，继续用工的，劳动者要求签订无固定期限劳动合同的，应予支持；
- (4) 第二次劳动合同到期前，用人单位提前一个月告知终止劳动合同的，劳动者在合同到期前提出签订无固定期限合同的，用人单位应当签订无固定期限劳动合同。
- (5) 第二次劳动合同到期后一个月内，用人单位可以终止劳动合同；一个月后一年内，劳动者拒绝续签的，用人单位可以终止。劳动者没有拒绝续签的，双方已经形成了新的事实劳动关系，用人单位已经不能终止以前的劳动合同了；一年后双方已经视为无固定期限劳动关系了，不能再终止合同。



## 十、员工被迫解除

## 49、以单位搬迁被迫解除的司法审查



合同地点变更原则：

合同约定的工作地点不可随意变更，否则可能被视为未按劳动合同约定提供劳动条件，劳动者可以被迫解除劳动关系。

即使劳动合同约定了用人单位可变更工作地点，变更工作地点仍需遵循以下合理性原则：

- 1、生产经营的需要；
- 2、变更工作地点后给予了劳动者合理的交通补贴或提供了免费的交通工具；
- 3、变更工作地点后不能给劳动者造成较大的不便利；
- 4、变更前后的工作地点原则上需在同一地区。

[关于企业搬迁劳动者可否被迫解除的观点](#)

## 50、解除理由是否可以变更？

解除权属于形成权，解除通知到达对方后不可以撤回、撤销。

员工的被迫解除劳动合同理由是否可以变更？

员工以回家有事提出辞职，后又以用人单位克扣工资为由被迫解除，用人单位是否应支付经济补偿？

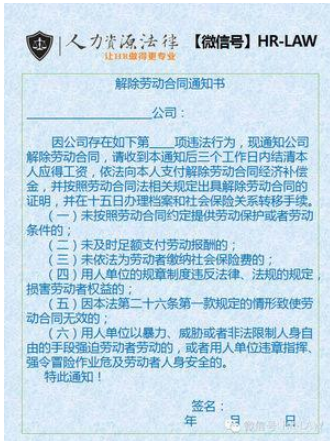
**可否撤回辞职？**

**可否变更理由？**

**可否不告而别？**

**可否行为解除？**

## 51、未及时足额的理解



未及时足额支付劳动报酬如何理解？  
延迟一两天发工资、或少发了几块钱员工能否被迫解除？

用人单位虽然存在未及时足额支付工资行为，但员工提出被迫解除前已经足额支付了工资，用人单位是否还需支付经济补偿金？

## 52、不能被迫解除的事项

员工是否可以用人单位未足额支付未休年假工资、高温津贴、二倍工资为由解除劳动合同，用人单位是否需要支付经济补偿金？

未休年假工资、高温津贴、二倍工资是否属于劳动报酬？





**谢谢！**

