

企业裁员、调岗调薪、 内部处罚、员工离职 风险防范与指导

增订
3版

王明 著

(人力资源与用工管理专家，著名劳动律师)

解答常见实务问题

点评常见典型案例

列明相关法律法规

配套实用文书范本

通俗 易懂 简明 实用

购买本书，免费分享电子版增值服务！（见封底）

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

首席执行官、著名劳动法专家、当当网友、亚马逊网友联合推荐及读者来信选登

企业的人力资源部和法务部门需要一本融合深厚法律基础和清晰行动指引的工作手册，本书正好做到了这一点。将现行法规和企业实践无缝整合，作者为中国的公司法务做出了重要的贡献。

——数字星空CEO 刘建华

金融危机的到来，导致很多企业经营受到很大影响，如何合理合法地进行裁员；如何合法地进行调岗调薪；如何对于违纪员工进行处罚；在员工离职过程中，怎么避免风险将是企业HR面临的重大问题。本书的作者是一位从业多年的律师，以丰富的实践经验指导企业如何进行操作才能避免风险。

随着《劳动合同法》的颁布实施，企业如何正确处理与员工的关系成为HR面临的主要问题。本书结合最新的法律法规，以生动具体的案例，从理论到实践进行了详细而清晰的解读，对于帮助企业正确行使权利，避免用工风险起到了很好的作用。

——著名劳动法专家 石先广

对工作帮助挺大，HR必看。我是做人力资源的，因为工作需要，看了一些关于劳动法方面的书，感觉这本书对于一些专业方面的内容分析的透彻、实用，对我的工作帮助挺大。前几天有个员工离职，老板问我一些事情，我都能对答如流，感谢，一本很专业、但又通俗、实用的书！

——当当网友maria9857

规避法律用工风险值得一看，很有价值。

——当当网友书中的温馨

这本书从律师的，实践的视角看HR细节问题，非常实用，案例丰富，内容紧凑，是本难得的好书，相见恨晚啊，推荐！

——当当网友zhaocuicui522

觉得很实用，主要从企业角度去考虑如何去规避这些风险，以及有争议后如何处理。觉得HR必读，当你处理劳动争议时，里面的很多东西你都可以用来去说服你的员工，从而降低企业的人力雇佣风险。

——当当网友夹心熊

如果是做人力资源管理的，此书是非常值得看的。

——亚马逊网友ganliwen

昨天定的，今天就收到了，中午休息的时候翻了几页看看，感觉不错。比较喜欢看案例分析，比较贴切，而且也能加深印象！

——亚马逊网友lxh

本人从事人力资源相关工作，近日有幸读到了您的著作，此书内容详实，针对于目前较多企业面临的人力资源管理问题，实用性强，现已然成为我的必备工具书！

——读者小印

我本职是人事行政主管，浅浅翻阅了一下，觉得这本书很适用于我现在所处的企业。而且言语表达清晰，实际案例解释明晰，对我们帮助很大，非常感谢您编著的这本好书。

——读者侯颖



超值服务

购买本书，免费分享电子版增值服务（非本书全文电子版）。

下载步骤：1. 登录中国法制出版社官网（www.zgfzs.com）

2. 找到“增值服务”栏目

3. 找到“分享喜悦”分栏

4. 点击《企业裁员、调岗调薪、内部处罚、员工离职风险防范与指导》

5. 输入密码 **fxxy168**

6. 下载成功

上架建议 人力资源管理·劳动法

ISBN 978-7-5093-4418-7



9 787509 344187 >

定价：39.80元

精读好书，分享成功

企业裁员、调岗调薪、 内部处罚、员工离职 风险防范与指导

增订
3版

王明 著

图书在版编目 (CIP) 数据

企业裁员、调岗调薪、内部处罚、员工离职风险防范与
指导/王明著. —3 版. —北京: 中国法制出版社, 2013. 4
(企业法律与管理实务操作系列)

ISBN 978 - 7 - 5093 - 4418 - 7

I. ①企… II. ①王… III. ①企业管理 - 人力资源管理
IV. ①F272. 92

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 040410 号

策划编辑 刘峰 (52jm.cn@163.com)

责任编辑 杨智

封面设计 周黎明

企业裁员、调岗调薪、内部处罚、员工离职风险防范与指导

QIYE CAIYUAN、TIAOGANG TIAOXIN、NEIBU CHUFA、YUANGONG LIZHIFENGXIAN
FANGFAN YU ZHIDAO

著者/王明

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/787 × 1092 毫米 16

版次/2013 年 4 月第 3 版

印张/15.75 字数/246 千

2013 年 4 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 4418 - 7

定价: 39.80 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 66034985

市场营销部电话: 66033393

邮购部电话: 66033288

目 录

第一章 企业裁员法律风险及防范 / 1

第一节 协商一致解除劳动合同及注意事项 / 2

一、协商一致解除劳动合同的法律依据 / 2

案例 1: 双方协商一致达成的劳动合同就一定受法律保护吗? / 2

二、哪些情况下适合协商一致解除劳动合同? / 3

案例 2: 裁员时, 用人单位应尽量与员工协商解除劳动合同 / 3

三、协商一致解除劳动合同时用人单位应注意的问题 / 4

案例 3: 公司首先向劳动者提出解除劳动合同的, 应当支付经济补偿金 / 5

案例 4: 员工主动辞职的, 应当要求员工递交辞职申请书 / 5

第二节 因员工违纪解除劳动合同操作流程及处理技巧 / 6

一、在试用期间被证明不符合录用条件的, 用人单位可以与劳动者解除劳动合同 / 6

案例 5: 必须设置录用条件并且证明员工不符合录用条件, 才可以与试用期内的员工解除劳动合同 / 7

案例 6: 超过试用期, 企业不能以试用期内不符合录用条件为由与员工解除劳动合同 / 8

二、劳动者严重违反用人单位的规章制度的, 用人单位可以与其解除劳动合同 / 9

案例 7: 严重违反单位规章制度的, 单位可解除劳动合同 / 11

三、严重失职、营私舞弊, 给用人单位造成重大损害的, 用人单位可以与其解除劳动合同 / 12

案例 8: 工作失误给单位造成损害的, 单位有权解除劳动合同吗? / 13

四、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, 用人单位可以与其解除劳动合同

同 / 14

案例 9: 兼职在对完成本职工作无影响的情况下, 公司有权与其解除劳动合同吗? / 14

五、因《劳动合同法》第 26 条第 1 款第 1 项规定的情形致使劳动合同无效的, 用人单位可以与劳动者解除劳动合同 / 15

案例 10: 劳动者持假文凭与用人单位签订劳动合同, 劳动合同无效 / 16

六、劳动者被依法追究刑事责任的, 用人单位可以与其解除劳动合同 / 21

案例 11: 公司因为员工曾经被追究过刑事责任而解除劳动合同是不可以的 / 21

第三节 经济性裁员操作流程及注意事项 / 23

一、经济性裁员的内涵 / 24

二、进行经济性裁员必须满足的条件 / 24

案例 12: 企业能直接进行经济性裁员吗? / 25

案例 13: 工厂拆迁是否属于“客观情况发生重大变化”? / 26

三、企业如何进行经济性裁员 / 26

案例 14: 进行经济性裁员必须遵守法定程序 / 27

第四节 用人单位提前通知解除劳动合同的情形及处理技巧 / 30

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, 用人单位可以解除劳动合同 / 30

案例 15: 医疗期满后直接与员工解除劳动合同是违法的 / 31

二、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, 用人单位可以与其解除劳动合同 / 32

案例 16: 企业不能以员工不能胜任工作为由直接解除劳动合同 / 32

三、劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化, 致使劳动合同无法履行, 经用人单位与劳动者协商, 未能就变更劳动合同内容达成协议的, 用人单位可以与其解除劳动合同 / 33

案例 17: 企业不能随意以客观情况发生重大变化为由与劳动者解除合同 / 34

第五节 裁员的例外情形 / 36

一、劳动者具备下列情形之一的, 用人单位不能依据《劳动合同法》第 40 条、第 41 条的规定解除劳动合同 / 36

案例 18: 用人单位一定要对员工进行离职前的健康检查 / 37

案例 19: 在规定医疗期内的, 用人单位不得解除劳动合同 / 41

案例 20: 女职工在孕期的, 公司不得解除劳动合同 / 42

案例 21: 工厂能否解除与老张的劳动合同? / 42

二、即使劳动者具备了《劳动合同法》第 42 条规定的情形, 用人单位仍然有权依据《劳动合同法》第 39 条的规定与劳动者解除劳动合同 / 43

案例 22: 孕妇严重违反规章制度的, 用人单位有权与其解除劳动合同 / 43

案例 23: 工伤职工被追究刑事责任的, 用人单位有权与其解除劳动合同 / 44

案例 24: 医疗期内的患病职工提供虚假简历签订劳动合同的, 用人单位有权与其解除劳动合同 / 44

三、基层工会专职主席、副主席或者委员的特殊规定 / 45

案例 25: 工会主席的劳动合同期限能否自动延长? / 45

第二章 调岗调薪操作技巧指导 / 48

第一节 企业在调岗调薪中常见的误区 / 49

一、认为单位有权随意调整员工的工作岗位 / 49

案例 26: 单位不得随意调整员工的工作岗位 / 49

案例 27: 员工不能胜任工作的, 单位可调整其工作岗位 / 50

二、认为单位有权自由地调整员工的工资 / 50

案例 28: 案情相似, 处理结果却不同 / 50

第二节 可以调岗调薪的情形 / 51

一、用人单位与劳动者就调岗调薪协商一致 / 51

二、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的, 用人单位可以另行安排工作 / 51

案例 29: 医疗期满后, 劳动者能从事原工作的, 单位不得调整其工作岗位 / 52

三、劳动者不能胜任工作, 用人单位可以调整其工作岗位 / 52

案例 30: 没有充分合理的理由, 公司不得随意调岗调薪 / 53

四、劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化, 致使劳动合同无法履行, 用人单位可以与劳动者协商变更劳动合同, 调整劳动者的工作岗位 / 53

案例 31: 客观情况发生重大变化时的劳动合同解除 / 54

五、企业转产、重大技术革新或者经营方式调整, 可以变更劳动合同, 调整员工工作岗位 / 55

案例 32: 企业转产的, 可以变更劳动合同 / 55

六、劳动者与用人单位签订了脱密期保密协议的, 在劳动者提出辞职后, 用人单位可以调整其工作岗位 / 55

案例 33：双方有脱密期保密协议的，劳动者应遵守该协议 / 56

第三节 企业调岗调薪处理不当的法律后果 / 57

一、劳动者可以解除劳动合同 / 57

案例 34：企业能否随意变更劳动者的工作岗位？ / 57

二、劳动者可以要求支付经济补偿 / 58

案例 35：公司违法解除劳动合同的，劳动者可要求经济补偿 / 58

三、用人单位有可能支付赔偿金 / 59

案例 36：用人单位逾期不支付补偿金的，将加付赔偿金 / 59

第四节 企业在调岗调薪过程中需要注意的问题 / 60

一、调岗之前分析利弊、慎重考虑 / 60

二、加强考核，以便有充分的调岗调薪依据 / 60

三、用人单位要换位思考，在与员工面谈前准备充分 / 60

四、与员工亲切面谈并告诉员工调整的原因及依据，争取获得员工的理解和支持 / 61

五、调岗调薪后，要与员工签订变更协议 / 61

六、调岗后要对劳动者进行岗位培训 / 61

案例 37：单位能否单方变更劳动合同？ / 61

第三章 劳动合同变更、续签过程中企业需要注意的问题 / 64

第一节 劳动合同的变更过程中应注意的问题及操作技巧 / 65

一、劳动合同变更的法律依据及原则 / 65

案例 38：公司不得单方面变更劳动合同 / 65

案例 39：变更劳动合同，一定要签订变更协议 / 66

二、劳动合同变更的常见情形及处理技巧 / 67

案例 40：公司与员工协商一致可以变更劳动合同 / 67

案例 41：公司与员工协商变更劳动合同，不得违反法律规定 / 67

案例 42：因劳动者自身原因不能胜任工作的，可以变更劳动合同 / 68

三、劳动合同变更的程序 / 69

四、劳动合同变更过程中用人单位应当注意的问题 / 70

第二节 劳动合同续签过程中应注意的问题 / 70

一、应当提前与员工协商是否续签劳动合同 / 70

案例 43：公司应当与员工协商劳动合同的续签问题 / 71

- 二、如果继续留用劳动者，必须在劳动合同到期前就要书面签订劳动合同 / 71
 - 案例 44：继续留用劳动者的，应及时签订劳动合同 / 71
- 三、用人单位不与劳动者续签劳动合同的，最好提前书面通知劳动者，并在到期日办理离职手续 / 72
 - 案例 45：不续签合同的，用人单位应提前通知劳动者 / 72
- 四、与特殊主体续签劳动合同的注意事项 / 73
 - 案例 46：雇佣外国人应办理就业许可证 / 73
- 五、确定是否需要签订无固定期限的劳动合同 / 75
- 六、续签劳动合同时的工资等待遇问题 / 76
 - 案例 47：续签合同时，不得随意降低劳动者待遇 / 77

第四章 如何制定合法有效的规章制度以便对员工进行管理 / 78

第一节 企业如何制定合法有效的规章制度 / 79

- 一、企业规章制度的含义及作用 / 79
 - 案例 48：员工违反规章制度的，公司有权与其解除劳动合同 / 80
 - 案例 49：用人单位解除劳动合同需有充足的理由 / 81
- 二、制定企业规章制度的法律依据 / 82
- 三、企业规章制度的效力 / 84
 - 案例 50：依法签订的集体合同的效力如何？ / 85
- 四、企业规章制度的主要内容及制定技巧 / 86
 - 案例 51：公司的规章制度应具体明确 / 94
 - 案例 52：休假是否应有一定的时间限制？ / 95
- 五、制定合法有效的规章制度的程序及违法的法律后果 / 109
 - 案例 53：制定规章制度要符合相应的法定程序 / 110
 - 案例 54：规章制度的内容不得违反法律规定 / 111
 - 案例 55：用人单位的规章制度不得与集体合同相冲突 / 112
 - 案例 56：规章制度不得违反公序良俗 / 112
 - 案例 57：规章制度应向劳动者公示 / 114
 - 案例 58：规章制度不公示的，将不具备相应的效力 / 115
 - 案例 59：规章制度违法将承担相应法律责任 / 117
 - 案例 60：规章制度的内容不得违反法律规定 / 117
 - 案例 61：规章制度违法，劳动者有权解除劳动合同 / 118

案例 62: 制定规章制度应履行相应的民主程序 / 119

六、企业制定规章制度中应该注意的问题 / 120

案例 63: 规章制度应明确其效力范围 / 121

案例 64: 规章制度中应明确规定责任条款 / 122

第二节 如何利用规章制度对违纪员工进行处罚 / 123

一、员工常见违纪的类型及处罚类型 / 123

二、违纪员工处理的原则 / 123

三、违纪员工处理的程序 / 124

案例 65: 用人单位应注意固定相关的证据 / 125

案例 66: 充分的证据调查和固定有利于用人单位避免法律风险 / 125

案例 67: 可以采用录音方式进行证据固定 / 126

案例 68: 劳动者的“检查书”, 用人单位可以作为证据使用 / 127

四、用人单位在处理违纪员工过程中需要注意的问题 / 128

案例 69: 用人单位对员工的处罚不得超过必要限度 / 128

案例 70: 用人单位应做好证据的收集和固定工作 / 129

案例 71: 不及时对违法员工作出处分, 公司将面临法律风险 / 130

五、员工违纪典型案例解析 / 131

案例 72: 在仲裁或诉讼中, 用人单位应提供充分的证据 / 131

案例 73: 员工拒绝签字是否会影响规章制度的效力? / 131

案例 74: 及时搜集、固定证据意义重大 / 132

案例 75: 无法提供证据, 公司承担败诉后果 / 133

案例 76: 公司应避免其自身制度存在漏洞 / 134

案例 77: 公司可以将员工违纪行为的录像及时进行固定 / 135

第五章 员工离职风险防范与操作指导 / 136

第一节 用人单位需要支付经济补偿金的情形及计算标准 / 137

一、用人单位应当支付经济补偿金的情形 / 137

案例 78: 用人单位未提供劳动保护的, 劳动者有权解除劳动合同 / 137

案例 79: 用人单位必须为员工缴纳社会保险 / 139

案例 80: 企业的规章制度要合法, 不得侵犯员工合法权益 / 139

案例 81: 违背劳动者真实意思订立的劳动合同无效 / 140

案例 82: 工厂用工可以限制工人的人身自由吗? / 141

- 案例 83: 双方协商一致解除劳动合同就不需要支付补偿金吗? / 141
- 案例 84: 续签劳动合同, 可以降低劳动者的待遇吗? / 142
- 案例 85: 公司破产, 仍需支付员工经济补偿金 / 143
- 案例 86: 以完成一定任务为期限的劳动合同终止, 需要支付经济补偿金吗? / 145
- 案例 87: 用人单位经营期限届满而导致劳动合同不能履行的, 用人单位也要支付经济补偿金 / 146

二、经济补偿金的计算标准 / 146

- 案例 88: 劳动者工作年限能否连续计算? / 147
- 案例 89: 吴某的经济补偿金该如何计算? / 151
- 案例 90: 奖金是否计入月平均工资? / 152
- 案例 91: 月工资超过当地月平均工资的三倍的, 经济补偿金如何计算? / 153
- 案例 92: 耿某应获得多少经济补偿金? / 153

三、关于经济补偿金的纳税问题 / 154

四、不支付经济补偿金的法律后果 / 155

- 案例 93: 逾期不支付经济补偿金的, 将加付赔偿金 / 155

第二节 用人单位不需要支付经济补偿金的情形 / 155

一、由于劳动者的过错, 用人单位解除劳动合同, 用人单位不需要支付经济补偿金的六种情形 / 156

二、劳动者提出解除劳动合同, 并且与用人单位协商一致解除劳动合同的, 用人单位不需要支付经济补偿金 / 156

- 案例 94: 提前 30 天通知公司, 员工即可解除劳动合同 / 156

- 案例 95: 员工主动要求辞职的, 公司不需支付经济补偿 / 157

- 案例 96: 员工离职, 应以书面形式提前 30 天通知公司 / 158

- 案例 97: 解除劳动合同后, 员工必须依法进行工作交接 / 158

三、由于劳动合同终止, 用人单位不需要支付经济补偿金的两种情形 / 158

- 案例 98: 劳动者开始享受基本养老保险的, 劳动合同自然终止 / 161

- 案例 99: 员工被宣告死亡的, 单位需要支付经济补偿金吗? / 162

- 案例 100: 只要不续签劳动合同, 用人单位就需要支付经济补偿金吗? / 162

四、法律法规规定的其他情形 / 162

第三节 经济赔偿金 / 163

一、用人单位应当支付经济赔偿金的情形 / 163

二、经济赔偿金的标准 / 163

- 案例 101: 非法解除劳动合同, 用人单位需支付赔偿金 / 163
- 三、用人单位支付了经济赔偿金后, 不需要再支付经济补偿金 / 164
- 第四节 用人单位要求劳动者承担违约金的情形及处理技巧 / 164
- 一、服务期 / 164
- 案例 102: 用人单位不能与劳动者随意约定由劳动者承担违约金 / 164
- 案例 103: 违反服务期协议的, 劳动者将支付违约金 / 166
- 案例 104: 飞行员违约, 航空公司要求天价违约金 / 166
- 二、竞业限制 / 171
- 案例 105: 竞业限制补偿金应在劳动合同解除或终止后发放 / 173
- 第五节 用人单位在为员工办理离职手续过程中需要注意的问题 / 179
- 一、劳动合同终止的相关文书 / 179
- 二、文书的送达 / 182
- 三、离职手续的交接 / 183
- 四、在办理离职手续过程中用人单位应当注意的问题 / 185
- 案例 106: 对从事有职业危害作业的员工一定要进行离职体检 / 185
- 案例 107: 用人单位应及时出具终止劳动合同的证明 / 187
- 案例 108: 劳动合同终止后, 用人单位应及时为劳动者办理档案、保险转移手续 / 188
- 案例 109: 与员工解除劳动合同的, 应书面通知 / 189
- 案例 110: 工伤职工可以获得哪些经济补偿? / 191
- 五、对不辞而别员工的处理 / 192

第六章 企业劳动争议预防及处理技巧 / 194

- 第一节 劳动争议常见类型及预防技巧 / 195
- 一、调岗降薪 / 195
- 二、少缴或者不缴社会保险 / 195
- 案例 111: 用人单位必须依法为员工缴纳社会保险 / 197
- 三、不支付加班工资 / 198
- 案例 112: 员工的加班工资该如何计算? / 199
- 案例 113: 安排职工加班的, 用人单位要支付加班费 / 200
- 四、拖欠工资及提成款 / 200
- 案例 114: 公司拖欠工资将可能承担严重的法律后果 / 201

五、拒不支付劳动报酬罪 / 202

案例 115: 鞋包加工厂老板恶意欠薪 5.4 万被判刑, 成为温州因恶意欠薪而获刑第一人 / 204

六、离职不支付或者少支付经济补偿 / 204

案例 116: 公司不按时支付补偿金的, 将面临罚责 / 205

七、孕妇三期 / 206

案例 117: 只要女职工在孕期, 公司就不得与其解除劳动合同吗? / 209

案例 118: 不得安排女职工在孕期加班 / 210

八、非法解除劳动关系 / 212

案例 119: 公司不得无理解除劳动合同 / 212

九、工伤纠纷 / 213

案例 120: 如何认定工伤? / 216

案例 121: 工伤职工可以自己申请工伤认定吗? / 219

十、劳务派遣纠纷 / 223

案例 122: 劳务派遣单位和用工单位对于劳动者承担连带责任 / 224

案例 123: 同工不同酬的, 被派遣劳动者有权要求补足差额吗? / 230

第二节 劳动争议的时间成本及费用成本 / 231

一、打一场劳动争议官司耗费的时间 / 231

案例 124: 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, 由哪个仲裁委员会处理? / 234

二、打一场劳动争议官司花费的费用 / 237

第三节 企业劳动争议预防技巧 / 238

一、正确利用法律法规, 制定规章制度 / 238

二、总结经验和教训, 完善公司的各种法律漏洞 / 238

三、平时注意搜集和保存证据 / 238

案例 125: 考勤记录保存不完善, 公司缺乏证据终败诉 / 238

第四节 企业劳动争议应对技巧 / 239

一、发生劳动争议后, 企业首先应该怎么做? / 239

二、企业在处理劳动争议中应注意的问题 / 240

案例 126: 公司未与员工协商解决劳动争议, 贪小利失大利 / 241

第一章 企业裁员法律风险及防范

本章导读

本章将全面地介绍企业裁员的类型及各种类型的裁员过程中企业应注意的问题。本章讲述的裁员是一种大裁员的概念，凡是企业与员工提前解除劳动合同，而不管是因为企业的原因还是因为劳动者的原因，我们均称之为企业裁员。

《劳动合同法》及《劳动合同法实施条例》共规定了企业在 14 种情况下可以依照《劳动合同法》规定的条件、程序与员工解除固定期限的劳动合同、无固定期限的劳动合同或者以完成一定任务为期限的劳动合同。

在本章中，笔者根据劳动合同解除发生的原因不同，归纳出四种情形，并分别讲述在四种情形下，企业裁员应该注意哪些问题。

第一节 协商一致解除劳动合同及注意问题

第二节 因员工违纪解除劳动合同操作流程及处理技巧

第三节 经济性裁员操作流程及注意问题

第四节 用人单位提前通知解除劳动合同的情形及处理技巧

第五节 裁员的例外情形

第一节 协商一致解除劳动合同及注意问题

一、协商一致解除劳动合同的法律依据

只要合同双方不违反法律的强制性规定，双方达成的合同就受法律保护。但劳动合同不同于其他民事合同，劳动者是弱势群体，国家为保护劳动者的合法权益，防止企业利用优势地位强迫劳动者签订不平等合同，在劳动法律领域作了许多强制性规定，即使双方签订了合同，也未必一定受到法律保护。

但如果合同双方当事人就劳动合同的解除协商达成一致，就受到法律保护。《劳动法》、《劳动合同法》、《劳动合同法实施条例》对此均有规定。

1. 《劳动法》关于协商一致解除劳动合同的规定。

《劳动法》第24条规定：“经劳动合同当事人协商一致，劳动合同可以解除。”

2. 《劳动合同法》关于协商一致解除劳动合同的规定。

《劳动合同法》第36条规定：“用人单位与劳动者协商一致，可以解除劳动合同。”

3. 《劳动合同法实施条例》关于协商一致解除劳动合同的规定。

《劳动合同法实施条例》第19条规定：“有下列情形之一的，依照劳动合同法规定的条件、程序，用人单位可以与劳动者解除固定期限劳动合同、无固定期限劳动合同或者以完成一定工作任务为期限的劳动合同：

（一）用人单位与劳动者协商一致的；

……”



典型案例

案例1：双方协商一致达成的劳动合同就一定受法律保护吗？

李小姐应聘某公司的总裁秘书，由于总裁秘书主要的职责是陪同总裁出席各种重要会议，因此该总裁秘书的形象非常重要，前两任秘书都是因为怀孕而被公司另行安排工作。该公司为避免同样的问题出现，于是与李小姐在劳动合同中约定，公司派李小姐进修，李小姐三年之内不得结婚怀孕，否则公司有权立即与李小姐解除劳动合同并要求李小姐承担违约金。李小姐认为自己还很年轻，不着急结婚生孩子，因此同意了公司的要求，与公司签订了劳动合同。工作一年后，李小姐意外怀孕，李小姐本打算做流产手术，但医生告诉李小姐，由于李小姐身体的原因，如果流产，今后可能永远怀不上孩子了。李小姐考虑再三，决定与男友结婚并把孩子生下来。公司发现李小姐结婚并且怀孕后，立即与李小姐解除劳动合同，并且向劳动争议仲裁委员会提起仲裁，要求李小姐支付违约金。而李小姐也提起仲裁，原因在于单位违法解除劳动合同，

要求单位支付经济赔偿金。

劳动争议仲裁委员会经过审理后认为，虽然签订劳动合同时，李小姐同意三年之内不结婚怀孕，但该约定违反了法律的强制性规定。《就业促进法》第27条明确规定，用人单位录用女职工，不得在劳动合同中规定限制女职工结婚、生育的内容。因此用人单位与李小姐在劳动合同中的约定是无效的，用人单位违法与李小姐解除劳动合同，应当支付李小姐经济赔偿金1万元，李小姐不需要向用人单位支付违约金。

律师点评

在本案中，企业可能会感觉到委屈，在签订劳动合同时，企业已经充分向李小姐解释了岗位的重要性，三年之内不结婚不怀孕也是李小姐真实的意思表示，企业并没有强迫李小姐同意，完全是企业与李小姐协商一致签订的劳动合同。但李小姐违反劳动合同不仅没有支付违约金，反倒是企业需要向李小姐支付经济赔偿金。

由于劳动合同不同于其他普通民事合同，国家对劳动法律进行了很多强制性的法律规定，即使用人单位与劳动者协商一致签订劳动合同，也不能违反国家强制性的法律规定，否则即使双方同意，也不会受到法律保护。

因此，用人单位在与劳动者签订合同时，并不是只要劳动者同意了劳动合同的内容，就一定能受到法律的保护，还不能违反法律的强制性规定。如果违反了法律的强制性规定，即使双方当事人当初签订合同是真实的意思表示，也不受法律保护。

二、哪些情况下适合协商一致解除劳动合同？

在任何情况下，只要劳动合同当事人就劳动合同的解除协商一致，就可以解除劳动合同，而不受劳动合同中约定的劳动合同终止条件的限制。而且协商一致解除劳动合同的，由于双方已经就有关补偿等一系列问题达成一致，双方不会产生纠纷。因此，在用人单位欲与劳动者提前解除劳动合同的时候，尽量采取协商一致的方式。

特别是在劳动者没有什么过错或者没有明显过错的情况下，而用人单位由于业务调整或者其他各种原因而准备与劳动者提前解除劳动合同时，尽量采取与劳动者协商一致的方式解除劳动合同，不然一旦发生纠纷，用人单位很容易被认定为违法解除劳动合同，需要支付双倍的经济赔偿金。

典型案例

案例2：裁员时，用人单位应尽量与员工协商解除劳动合同

赵某自2007年在某公司担任财务人员，劳动合同将于2010年10月30日到期。2008年由于金融危机的影响，公司2008年下半年业务一直不好，公司准备裁员，以减少开支。赵某平时工作不积极，做事马虎，公司便决定将赵某裁掉。公司作出决定后，公司人力资源部门查找了赵某最近一段的工作记录，发现赵某前一段有过几次工作失误，并被公司予以书面警告，但赵某并没有犯过严重性错误，因此公司人力资源部门

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为
但请勿去除文件宣传广告页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



决定争取与赵某协商解除劳动合同。人力资源部门找赵某协商，由于2008年经济形势不好，公司决定裁员，而赵某由于平时表现不是太好，曾经被公司几次书面警告，公司决定与赵某解除劳动合同，但考虑到赵某曾经在公司工作了一年多，公司同意补偿赵某2个月的工资。赵某同意解除劳动合同，但认为公司违法解除劳动合同，要求公司按照双倍的赔偿支付经济赔偿金。人力资源部门指出，由于赵某工作不积极，并且几次出现工作失误，公司才决定与赵某解除劳动合同，正是考虑到赵某曾经在公司工作了近两年，公司才决定补偿2个月的工资，如果赵某坚持，公司将直接以赵某违反公司的规章制度为理由解除劳动合同，并且不给予任何补偿。赵某经过考虑，认为自己确实在工作中出现过几次失误，如果真要打官司，自己不但要花费巨大的精力、金钱，而且是否一定胜诉也没有把握，便同意了公司的要求。



律师点评

在本案中，由于人力资源部门平时有严谨的考核，并与赵某有了正确的沟通，双方才就劳动合同的解除协商达成一致。

虽然赵某平时工作有失误，但如果公司强硬的与赵某解除劳动合同并且不支付补偿，一旦赵某提起仲裁，如果公司被认定为违法解除劳动合同，就要支付双倍的经济补偿。因此，用人单位在与员工解除劳动合同时，尽量协商解决，争取与员工达成一致，双方之间达到平衡。

三、协商一致解除劳动合同时用人单位应注意的问题

企业在大多数情况下与员工解除劳动合同，都是采取协商一致的方式，与员工达成一致意见。但企业在具体操作的过程中，必须注意以下问题：

1. 如果是劳动者首先提出解除劳动合同的，用人单位不需要支付经济补偿金。

根据《劳动合同法》第46条第(2)项和劳动部颁发的《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》第5条的规定，如果是用人单位首先向劳动者提出解除劳动合同并且与劳动者协商一致解除劳动合同的，用人单位应当向劳动者支付经济补偿。

如果是劳动者首先向用人单位提出解除劳动合同并且协商一致解除劳动合同的，用人单位不需要支付经济补偿金。

因此，如果劳动者有辞职的想法，用人单位应尽量让劳动者提出书面的辞职报告。用人单位需要注意的是，如果劳动者提出口头的辞职申请，用人单位一定要劳动者提出书面的辞职申请，并且需要亲笔签字，以免劳动者事后否认。

2. 尽量与员工协商一致后，再书面确认。

如果用人单位准备与劳动者提前解除劳动合同，尽量先与其协商，待到双方基本达成一致后，再进行书面确认，而不应该直接以书面的形式通知，这样不利于问题的解决。

如果用人单位直接书面通知员工与其解除劳动合同，一旦员工不同意并且提起仲

裁，很容易被认定为违法解除劳动合同，一旦被司法机关认定为违法解除劳动合同，用人单位就要支付双倍的经济赔偿金，这对单位是得不偿失的。



典型案例

案例3：公司首先向劳动者提出解除劳动合同的，应当支付经济补偿金

高某与公司签订了为期四年的劳动合同，工作两年以后，由于高某经常生病，承受不了工作的压力，并且觉得工资低，便准备辞职。公司看高某有辞职的想法，就提出与高某解除劳动合同，高某同意了公司的要求，双方协商一致解除劳动合同。劳动合同解除后，高某要求公司支付经济补偿金，但公司认为双方协商一致解除劳动合同，不需要支付经济补偿金。高某提起仲裁，最后劳动争议仲裁委员会裁决公司支付高某两个月的经济补偿金。



律师点评

公司虽然与高某协商一致解除劳动合同，但由于是公司首先向高某提出解除劳动合同的，因此按照法律规定，公司应当向高某支付经济补偿。在本案中，如果是高某主动提出解除劳动合同，公司就不需要支付经济补偿。



典型案例

案例4：员工主动辞职的，应当要求员工递交辞职申请书

高某在某公司担任销售经理2年，后因为高某搬家离公司比较远，于是向公司口头提出了辞职，公司表示同意。双方签订了书面终止劳动合同的协议，协议是这样写的：“某公司与高某经过协商，决定提前终止劳动合同，双方的劳动合同于2008年10月31日终止。”双方签订书面终止劳动合同的协议后，高某办理了工作交接手续。高某办理完交接手续后却要求公司支付2个月的经济补偿金，公司认为是高某主动提出的辞职，公司不应该补偿。高某为此提起仲裁，在仲裁中，公司虽然主张是高某主动提的辞职，但无法提供任何证据，而双方签订的协议也无法证明究竟是哪方首先提出的解除合同，最后在劳动争议仲裁委员会的主持下，双方达成和解，该公司支付高某1个月的经济补偿金。



律师点评

在本案中，虽然是高某主动提出的辞职，但由于高某只是口头表示辞职，双方签订的书面终止合同协议中并没有说明高某主动辞职，因此企业在劳动仲裁中才处于被动的地位。

因此，如果员工提出辞职，用人单位一定要要求员工递交辞职报告或者在终止协议中明确指出是劳动者首先提出的辞职，并且需要亲笔签字。

第二节 因员工违纪解除劳动合同操作流程及处理技巧

本节导读

因员工违纪解除劳动合同，指由于劳动者自身存在过错而使用人单位有权随时解除劳动合同，又称为过失性解除劳动合同。

关于用人单位因员工违纪解除劳动合同的情形，《劳动法》第25条只规定了四种情形，后《劳动合同法》第39条增加了两种情形，变成了六种情形。《劳动合同法实施条例》第19条对此也作了同样的规定。

对于因员工违纪而解除劳动合同的情况，用人单位在作出解除劳动合同的决定之前，必须证据确凿。否则，一旦被认定为违法解除劳动合同，用人单位将支付双倍的经济补偿金，用人单位损失将很大。

一、在试用期间被证明不符合录用条件的，用人单位可以与劳动者解除劳动合同

用人单位以员工不符合录用条件为由解除劳动合同时，需要注意以下几点：

1. 必须设置录用条件。

录用条件，是指用人单位在招用劳动者时，依据岗位要求所提出的具体标准。用人单位针对不同的工作岗位向劳动者提出的录用条件和标准各不相同。

用人单位要想证明劳动者试用期间不符合录用条件的前提就是必须有录用条件，如果连录用条件都没有，根本就没有办法证明劳动者不符合录用条件。

2. 必须对录用条件进行公示。

对录用条件必须进行公示，公示的方式多种多样，可以在招聘广告中，也可以在应聘登记表中，也可以最终写在劳动合同中等。

3. 用人单位必须证明劳动者不符合录用条件。

用人单位不但设置了录用条件，而且必须证明员工在试用期间不符合录用条件，用人单位要想证明员工在试用期间不符合录用条件，就必须做好以下几点：

第一，做好岗位职责及要求的详细描述。

岗位职责的制定，根据工作任务的需要确立工作岗位名称及其数量；根据工种确定岗位职务范围；根据工种性质确定岗位使用的设备、工具、工作质量和效率；明确岗位环境和确定岗位任职资格；确定各个岗位之间的相互关系；根据岗位的性质明确实现岗位的目标的责任。

通过制定岗位职责，可以最大限度地实现劳动用工的科学配置；有效地防止因职务重叠而发生的工作扯皮现象；提高内部竞争活力，更好地发现和使用人才；是组织

考核的依据；提高工作效率和工作质量；规范操作行为；减少违章行为和违章事故的发生。

第二，做好试用期的考核工作，考核工作应该详细、具体、客观，同时对于表现不好或者有失误的记录，最好让员工签字确认。

4. 必须是在法定试用期内作出是否符合录用条件的决定，超过了法定试用期就不能以员工不符合录用条件为由与劳动者解除劳动合同。

根据《劳动合同法》第19条的规定，劳动合同期限三个月以上不满一年的，试用期不得超过一个月；劳动合同期限一年以上不满三年的，试用期不得超过二个月；三年以上固定期限和无固定期限的劳动合同，试用期不得超过六个月。同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期。以完成一定工作任务为期限的劳动合同或者劳动合同期限不满三个月的，不得约定试用期。试用期包含在劳动合同期限内。劳动合同仅约定试用期的，试用期不成立，该期限为劳动合同期限。

如果用人单位与劳动者约定的试用期超过了法定试用期，应该按照《劳动合同法》第83条的规定向劳动者支付赔偿金。另外在法定试用期外是不可以解除劳动合同的，如果解除，就属于违法解除，要支付经济赔偿金。

劳动部办公厅1995年1月19日对四川省劳动厅《关于如何确定试用期内不符合录用条件可以解除劳动合同的请示》的复函中规定，对试用期内不符合录用条件的劳动者，企业可以解除劳动合同；若超过试用期，则企业不能以试用期内不符合录用条件为由解除劳动合同。



典型案例

案例5：必须设置录用条件并且证明员工不符合录用条件，才可以与试用期内的员工解除劳动合同

2008年1月20日，孙某被一家软件公司录用为销售部经理助理，双方签订了2年的固定期限劳动合同，并约定了2个月的试用期。孙某入职一段时间后，公司领导认为其工作态度十分认真，但专业知识和业务水平都不理想，与招聘时对空缺岗位的要求存在很大差距。2008年3月6日，该公司以孙某在试用期被证明不符合录用条件为由，决定解除与孙某的劳动关系，并不予支付任何经济补偿。孙某认为，自己工作积极努力，专业知识和业务水平也正在快速提高，公司领导在未对其进行任何考核，也没有任何考核标准的情况下，片面地认为自己不符合录用条件，解除劳动关系是不合法的。于是孙某向劳动争议仲裁委员会提出申诉，要求该软件公司向其支付经济补偿。劳动争议仲裁委员会经调查审理后，裁定该软件公司与孙某解除劳动关系属于违法行为，对孙某的申诉请求予以支持，要求该软件公司向孙某支付双倍的赔偿金。

律师点评

用人单位与劳动者订立书面劳动合同，并依据劳动合同期限长短约定不同的试用期，主要是为了考察所招用的劳动者是否符合用人单位所提出的要求和标准。在试用期内，如果劳动者符合用人单位的录用条件和标准，双方将继续履行订立的劳动合同；如果劳动者被证明不符合用人单位提出的录用条件和标准，或不能胜任劳动合同中约定的工作或岗位，用人单位可以与其解除劳动合同。

本案中，该软件公司招聘时没有讲明具体录用条件，对空缺岗位也没有明确的岗位说明，并且也未提出相应的考核标准对孙某进行考核。因此，公司不能以领导主观判断其“专业知识和业务水平与招聘时对空缺岗位的要求存在很大差距”为由解除孙某的劳动关系。值得注意的是，企业对于员工是否符合录用条件的考核必须在试用期内；若超过试用期，即便员工的考核结果不能达到要求，企业也不能以试用期内不符合录用条件为由解除劳动合同。

典型案例

案例6：超过试用期，企业不能以试用期内不符合录用条件为由与员工解除劳动合同

2008年1月，某企业招聘销售人员，要求身体健康，年龄30岁以上。高某与该企业签订了为期2年的劳动合同，合同规定试用期为2个月。2008年7月，高某因患乙肝住院治疗，该用人单位以高某现在患病，不符合录用条件为由，解除了与高某所签订的劳动合同，同时，不担负高某的医疗费，也不给予有关的病假待遇。问该企业的做法正确吗？

律师点评

这是一起因用人单位违反劳动法律法规而引起的争议。依据《劳动法》第25条和劳动部办公厅《关于如何确定试用期内不符合录用条件可以解除劳动合同的请示》的规定，只有劳动者在试用期间被证明不符合录用条件的，用人单位才可以解除劳动合同。试用期已过，用人单位就不得再以不符合录用条件为由同劳动者解除劳动合同。本案中，高某已经工作了6个月，试用期已过，此时，企业再以不符合录用条件为由要求同其解除劳动合同，显然是违反法律、法规规定的。

《违反〈劳动法〉有关劳动合同规定的赔偿办法》（劳部发〔1995〕233号）第2条规定，用人单位违反规定或劳动合同的约定解除劳动合同，对劳动者造成损害的，应赔偿劳动者损失。《企业职工患病或非因工负伤医疗期规定》（劳部发〔1994〕479号）第3条规定：“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，给予3个月到24个月的医疗期……”；第5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”。根据这些规定，企业应给本案中的高某报销医疗费。如果医疗期满，高某不能从事原工作，也不能从事由企业另行安排的工作，则可依据《劳动法》第26条和《劳动合同法》第40条的规定，解除与高某的劳动合同，但需按《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》支付经济补偿金和医疗补助费。

【企业防范】

1. 在发布的招聘简章、招聘信息中应明确录用条件和标准。用人单位在广告上发布招聘信息时，除了注明对职位的一些基本要求（如年龄、职业技术、学历等）外，还应对所聘职位的具体录用条件、岗位职责进行详细描述，并在与劳动者订立劳动合同时再次以书面形式明确告知。

2. 对劳动者进行背景调查。核查劳动者提供的信息是否是真实的，是否违背诚实信用原则，是否隐瞒应当告知用人单位的重要信息，如证实劳动者有此类不正当行为，用人单位可视其为不符合录用条件。

3. 建立试用期的绩效评估制度，明确考核标准、考核方式及考核方法。用人单位制定的考核内容、评分原则及决定劳动者是否最终被录用的客观依据应当事先告知劳动者，并让其签字确认。

4. 在试用期届满前，及时对员工作出考核评价，符合要求的，及时转正；不符合要求的，在试用期届满前与其解除劳动合同，并及时办理离职手续。

二、劳动者严重违反用人单位的规章制度的，用人单位可以与其解除劳动合同

用人单位以劳动者严重违反规章制度为由与劳动者解除劳动合同的，必须注意以下几点：

1. 用人单位规章制度的制定必须符合法律规定。

用人单位制定的规章制度必须符合法律法规的规定，如果用人单位的规章制度违反了法律法规规定，损害了劳动者权益的，根据《劳动合同法》第38条的规定，劳动者可以与用人单位解除劳动合同，在此种情况下，用人单位仍然需要支付经济补偿金。

关于如何制定合法有效的规章制度，我们将在本书的第四章做详细充分的解释。

2. 何为“严重违反”。

应当根据劳动法规所规定的限度，用人单位不能无限制的扩大。一般应当由规章制度或用人单位自由裁量决定，但不论是由规章制度直接规定的，或是用人单位自由裁量的，都应当符合正常情况的一般性评判标准，而不能任意规定或裁量。例如，违反操作流程、故意损害生产设备、不服从用人单位正常的管理、无理打架等可以视为严重违反规章制度，但是某员工偶尔上班迟到几分钟，用人单位就不能视其为“严重”违反自己的规章制度。如果非常细小的差错都被认定为严重违反规章制度，可能就被认定为无效。

3. 如何认定劳动者的行为严重违反用人单位的规章制度。

在公司的规章制度对劳动者有约束力的前提下，用人单位要以劳动者违反自己的规章制度为理由来解除劳动合同，依据法律法规的规定，劳动者违反用人单位的规章制度的行为程度必须达到“严重”。只要劳动者的行为符合的严重违反用人单位规章制度的情形，用人单位就可以以此为理由与劳动者解除劳动合同。

对于哪些属于严重违反规章制度的情形，用人单位必须事先在规章制度中作出规定，如果用人单位在规章制度中没有作出规定，就不能以此为理由解除劳动合同。

4. 常见的严重违反用人单位规章制度的情形。

具体哪些情形属于严重违反规章制度的情形，每个单位要根据本单位的实际情况来制定，并不仅限于以下情形，比较常见的严重违反规章制度的情形有：

(1) 涉嫌违反《治安处罚法》及构成犯罪的行为：

- ①盗窃同事或单位财物（包括知识产权等无形资产）者。
- ②聚众闹事妨害正常工作秩序者。
- ③故意毁坏单位财物，金额较大者（具体数额由单位自行决定）。
- ④利用职权受贿或以不正当手段谋取私利者。
- ⑤严重违反各种安全制度，导致重大人身或设备事故者。
- ⑥利用单位名义招摇撞骗，使公司蒙受名誉或经济损失者。
- ⑦伪造公司公文或者公章者。
- ⑧经公检法部门给予行政拘留、劳教、判刑处理者。

(2) 违反单位考勤制度的行为：

- ①一个月内迟到、早退累计超过6次（含）以上者。
- ②连续旷工5天或一年内累计旷工10天以上者。
- ③在工作时间睡觉或擅离职守，导致公司蒙受重大损失者。
- ④无故旷工未向领导汇报给企业造成重大损失（5000元以上）者。

(3) 违反公司员工日常行为规范及工作纪律的行为：

- ①故意违反公司员工行为规范，给公司形象或者利益造成重大损害者。
- ②因违反公司员工日常行为规范被记大过或给予警告3次以上（包括3次）者。
- ③上班时间长从事非工作范围内的活动，被发现经批评仍不悔改且有3次以上的类似行为者。

(4) 违反单位诚信保密制度的行为：

- ①虚报工作成绩骗取公司奖励或者规避公司惩罚者。
- ②遗失重要公文未及时汇报者。
- ③故意撕毁公文者。
- ④故意泄漏重要商业秘密者。
- ⑤隐瞒重要事实或者提供虚假材料骗取公司提拔者。
- ⑥打听他人收入或者将自己的收入透漏给他人的。

(5) 影响生产秩序及侵害公司利益的行为:

- ①在外从事第二职业或其他非法经营活动者。
- ②借用公司名义承揽业务谋取私利者。
- ③非法收受商业贿赂或者回扣者。
- ④非法煽动罢工、怠工,影响生产秩序者。
- ⑤工作严重失误导致公司大量产品不合格或者其他导致公司利益重大损失者。

(6) 违反公司员工管理制度的行为:

- ①拒不服从单位正常工作调动者。
- ②不服从上级指挥,目无领导,顶撞上级,而影响公司指导系统的正常运作,情节严重者。
- ③造谣生事,捏造虚假事实,导致其他员工降薪、降职或受处分者。
- ④利用职权,散布虚假信息或者擅自发布命令,扰乱公司正常管理者。



典型案例

案例7: 严重违反单位规章制度的, 单位可解除劳动合同

郭某是某酒店的电工,与该酒店签订了为期5年的劳动合同。工作不久后,酒店下发了经酒店职工代表大会通过并与工会协商后确定的规章制度——《员工手册》,其中规定:“职工有下列情况之一的,属于严重违反公司规章制度的行为,公司可解除劳动合同:(1)无故旷工连续4天,一年内累计旷工超过8天的……”。之后,有一个建筑公司找到郭某,想临时雇佣他到外地一个工地做几天电器安装工作,给予他4000元。郭某见报酬丰厚,便一口答应下来。郭某在建筑工地一连干了7天,也没跟酒店请假。郭某回到单位后态度诚恳地写了一份很长的书面检查。但没想到,1个星期后,酒店召开了全体职工大会,会上宣布了解除郭某劳动合同的决定。郭某不服,认为酒店仅依据内部的规章制度就作出解除劳动合同的处罚决定,是违法的。请问:酒店作出的解除郭某劳动合同的决定是否正确呢?



律师点评

酒店的做法是正确的。郭某作为酒店的员工,就应当遵守酒店的内部规章制度和各项纪律,但他明知故犯,严重违反了酒店的规章制度——《员工手册》,酒店依据内部规章制度对其进行处罚是有理有据的。

《劳动合同法》第39条规定,劳动者严重违反用人单位的规章制度的,用人单位可以解除劳动合同。案例中的公司依法定程序制定的规章制度——《员工手册》中,明确禁止员工旷工,并规定,员工无故旷工连续4天,一年内累计旷工超过8天的,属于严重违反公司规章制度的行为,公司可以解除其劳动合同。郭某为了干私活,连续旷工7天,属于严重违反公司规章制度的行为,按照上述《劳动合同法》第39条中的规定,公司有权解除其劳动合同。因此,酒店的决定是正确的。

【企业防范】

《劳动合同法》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。那么用人单位的规章制度在法律体系中又处于什么地位呢？

无论是《劳动法》，还是《劳动合同法》，其法律规范均是经过抽象、总结的。一般来说，规定得比较原则、比较宏观，要使其落实到具体的劳动关系中，还必须通过企业的规章制度将其细化、具体化。因此，企业在组织、管理生产活动中，常常会依据国家的法律，结合本单位的实际，按照一定的民主程序制定出比较系统、规范的供全体职工共同遵守的规章制度，通常包括技术操作规程、劳动安全卫生规程、日常劳动纪律和其他各项制度等。

对用人单位来说，法律有原则规定的，应结合本单位实际，将法律原则具体体现在企业规章中；法律有明确的标准性规定的，制定企业规章应遵从该标准规定；法律授权企业制定规章的，应按法律授权，从本单位实际出发，制定相应的企业规章。

规章制度是企业根据自身特点，对企业内部的劳动纪律和职工的劳动权利义务的具体化和明确化，它是企业对职工进行生产和经营管理的手段和标准。

建议公司在规章制度中对哪些属于严重违反的情形作出明确具体的规定。对于严重违反情形，最好分梯度来处理，比如第一次违反，给予什么样的处罚；第二次违反给予什么样的处罚；第三次违反即属于严重违反规章制度。

三、严重失职、营私舞弊，给用人单位造成重大损害的，用人单位可以与其解除劳动合同

是指劳动者在履行工作职责期间，由于没有按照岗位职责履行自己的义务，或者违反忠诚义务，有未尽职责的严重失职行为或者利用职务之便谋取不正当利益，给用人单位造成了重大损害。

根据劳动部办公厅颁发的《关于〈劳动法〉若干条文的说明》的规定，“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，故不便于对重大损害作统一的解释。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。

对于“重大损害”的界定权首先在于用人单位，但用人单位并不能随意解释，将非常小的损害定义为重大损害。如果因此发生争议，劳动争议仲裁委员会有权重新认定。但需要提醒企业的是，用人单位也不能因为仲裁委员会有可能重新认定就不对重大损害进行规定，因为如果不规定，一旦员工给单位造成损害，就没有依据。企业完全将“重大损害”的界定权交给了劳动争议仲裁委员会，就失去了主动权。

比较常见的属于该类规定的情形有：

1. 由于未履行工作职责给公司造成重大损失的情形。

例如钱某担任公司保卫，但在上班时间私自外出，导致公司财物被盗。

2. 利用职务便利，索取好处或者为其他亲人、朋友谋取好处，给公司造成重大损害。

例如孙某是公司的采购员，孙某利用为公司采购物品的便利，从其哥哥处高价购买物品，谋取利益。

3. 由于工作失误给公司造成重大损失。



典型案例

案例 8：工作失误给单位造成损害的，单位有权解除劳动合同吗？

2008年6月3日，某单位锅炉工赵某值夜班时，因与另一单位值班人员喝酒后睡觉，造成锅炉停炉事故，因此给公司造成损失5万元。单位规章制度中规定，如果由于工作失误给公司造成损失1万元以上者，单位有权与其解除劳动合同。单位根据有关规定，与赵某解除了劳动合同。赵某不服，向当地劳动争议仲裁委员会提出申诉。劳动争议仲裁委员会经过审理后认为，由于赵某严重的失职给公司造成重大损失，公司有权与其解除劳动合同，因此劳动争议仲裁委员会驳回了赵某的仲裁申请。



律师点评

公司规章制度明确规定由于个人失误给公司造成1万元以上损失的，公司有权解除劳动合同，赵某由于个人的失误给公司造成了5万元的损失，因此公司有权解除劳动合同，公司的做法是合法的。

【企业防范】

为防止用人单位在适用该条与劳动者解除劳动合同时产生不必要的纠纷，建议用人单位注意以下几点：

1. 对重大损失作出界定。

重大损失的界定权首先在用人单位，如果用人单位事先对重大损失没有作出规定，在劳动者给公司造成损失时以重大损失为依据与劳动者解除劳动合同就没有十分明确充分的依据。

如果用人单位事先作出了规定，就有依据可循，用人单位在对重大损失作出界定时，最好有明确的数额，比如造成损失5000元以上者，为重大损失。

2. 对严重失职、营私舞弊的情形最好在劳动合同和规章制度中作出补充规定。

虽然法律对严重失职、营私舞弊的情形并没有作出明确的规定，具体哪些情形属于严重失误、营私舞弊，最终的认定权要由仲裁机关或者法院来行使，但用人单位最好事先对一些常见的情形在劳动合同和规章制度中作出规定，这样便于管理。

四、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，用人单位可以与其解除劳动合同

劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，就是我们通常所说的兼职，我国有关劳动方面的法律法规对兼职并没有作禁止性规定，但是完成本职工作是劳动者应尽的职责，在业务时间从事兼职工作，必然会影响劳动者的时间和精力，不能全心全意的工作。如果劳动者不能全心全意完成本单位的任务，用人单位就有权与其解除劳动合同。

用人单位需要注意的是，适用该规定时，只要符合下列情形之一的，用人单位就可以与其解除劳动合同：

1. 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的。

至于什么情形算是严重影响，法律上并没有作明确的规定，需要根据具体情况具体分析，但用人单位必须提供相应的证据，证明由于劳动者的兼职，对完成单位的工作任务造成严重影响，如影响了单位工作的进展等。用人单位要想证明对完成本单位的工作任务造成严重影响，从举证责任上讲，非常的困难，用人单位很难举证。我们建议用人单位不要轻易适用这条与劳动者解除劳动合同。

2. 劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，经用人单位提出，拒不改正的。

存在兼职行为，但用人单位无法就兼职行为给本单位工作任务造成严重影响进行证明时，可以适用“经用人单位提出，拒不改正”的规定。因为只要用人单位发现劳动者有兼职行为，就可以要求劳动者改正，如果劳动者拒不改正，就可以解除劳动合同。



典型案例

案例9：兼职在对完成本职工作无影响的情况下，公司有权与其解除劳动合同吗？

宋某是某公司的财务总监，双方签订了为期3年的劳动合同。合同期限内，宋某又在其他公司找了一份兼职工作，每月只要请三天假去兼职单位工作。公司发现宋某兼职的事情后认为，公司支付宋某高额劳动报酬，他应当尽职尽责为公司工作，而宋某兼职必定会分散其完成本职工作的时间和精力。公司遂向宋某发出一份通知，要求宋某自收到通知10日内终止兼职工作，并向公司提交兼职单位出具的书面证明。10天后，宋某仍然继续兼职，公司据此解除了与宋某之间的劳动合同。宋某认为自己兼职并没有对完成本职工作造成影响，因此公司无权与其解除劳动合同。问：兼职在对完成本职工作无影响的情况下，公司有权与其解除劳动合同吗？



律师点评

本案中宋某从事兼职工作的行为是明确的，虽然宋某的兼职并没有给公司造成严重影响，但是在公司提出限期改正的要求后，宋某仍然兼职，公司适用“经用人单位

提出，拒不改正”的规定与宋某解除劳动合同是符合法律规定的，公司有权与宋某解除劳动合同。

【企业防范】

用人单位在适用该条规定与员工解除劳动合同时，应当注意几个问题：

第一，用人单位应当对员工的兼职行为进行核实，并留存相关的证据。如果没有证据可以证明员工兼职，就不具有适用该条款的事实基础。用人单位与员工解除劳动合同后，劳动者不承认有兼职行为，用人单位将非常被动。

用人单位在适用本条与劳动者解除劳动合同时，必须有劳动者兼职的证据。关于证明劳动者兼职的证据，可以是通过与劳动者谈话，劳动者自己承认；也可以是劳动者所兼职的公司的证明；也可以是其他可以证明劳动者兼职的证据等。

第二，确定员工具有兼职行为，并对完成本单位工作任务造成了严重的影响，用人单位可以依据此条规定解除劳动合同。但从用人单位的举证责任角度考虑，“严重影响”是一个模糊的概念，要根据用人单位的具体情况和劳动者兼职的具体行为来综合判断。需要强调的是，用人单位对兼职行为提出改正要求是行使此项劳动合同解除权必不可少的程序。建议用人单位尽量不要适用这条与劳动者解除劳动合同。

第三，存在兼职行为，但用人单位无法就兼职行为给本单位工作任务造成严重影响进行证明时，可以适用“经用人单位提出，拒不改正”的规定。但用人单位需要注意的是，用人单位在要求劳动者改正时，必须保存相关证据，用人单位可以采取书面形式，要求劳动者改正，并且要求劳动者签字确认。

第四，企业应对这一规定的最好办法是，在企业规章制度和劳动合同中规定，不允许员工兼职，将兼职列为严重违反用人单位规章制度的情形，用人单位一旦发现员工兼职，有权直接解除劳动合同。

五、因《劳动合同法》第26条第1款第1项规定的情形致使劳动合同无效的，用人单位可以与劳动者解除劳动合同

《劳动合同法》第26条第1款第1项规定，以欺诈、胁迫的手段或乘人之危，使对方在违背其真实意思的情况下订立或者变更的劳动合同，属于无效或部分无效劳动合同。

所谓欺诈是指一方当事人故意告知虚假情况或者故意隐瞒真实情况，诱使对方当事人作出错误的意思表示并且基于这种错误的意思表示签订劳动合同的行为。例如员工提供了虚假的学历、工作经历等。

所谓胁迫是指以给公民及其亲友的生命健康、荣誉、名誉、财产等造成损害为要挟，迫使对方作出违背真实的意思表示，并签订了劳动合同的行为。员工威胁公司的情况比较少见，但并不是没有。例如员工利用知悉用人单位的某种秘密为条件，胁迫用人单位与其签订劳动合同。

所谓乘人之危是指行为人利用他人的为难处境或紧迫需要，为牟取不正当利益，迫使对方违反自己的真实意思表示而签订劳动合同。这种情况也比较少见，主要指员工利用企业处于危难处境，迫使用人单位违反真实的意思与其签订劳动合同。

劳动者采用上述方式签订而致使劳动合同无效的，用人单位有权解除劳动合同。



典型案例

案例 10：劳动者持假文凭与用人单位签订劳动合同，劳动合同无效

某单位招聘财务总监，要求 MBA 毕业，5 年以上工作经验。梁某持某名牌大学 MBA 证书应聘为财务总监，双方签订了为期 3 年的劳动合同。工作半年后，公司发现梁某虽然工作上没有出现大的差错，但工作能力一般，于是公司对梁某进行了调查。经过调查得知，梁某仅是某普通大学经济专业毕业，并没有取得 MBA 证书，梁某应聘时提供的 MBA 证书是假的。于是公司据此与梁某解除了劳动合同。梁某认为，虽然自己提供的文凭是假的，但在工作的半年时间内，自己能够胜任工作岗位，因此公司无权与其解除劳动合同。梁某为此提起劳动仲裁，劳动争议仲裁委员会经过审理后认为，梁某提供虚假的文凭，采取欺诈的手段与公司签订劳动合同，公司有权与其解除劳动合同，因此劳动争议仲裁委员会驳回了梁某的仲裁申请。



律师点评

用人单位与个人之间进行双向选择时，应当遵守相关法律、法规，应当据实向对方介绍各自的基本情况和要求，并提供必要的证明文件或者其他相关材料。梁某在应聘时，采用伪造的文凭，使公司认为其受过相应的专业教育，并与其订立了劳动合同。显然，这一劳动合同的签订是梁某伪造文凭，导致公司陷入错误认识的结果。根据“采用欺诈、胁迫等手段订立的劳动合同无效”的法律规定，公司与梁某订立的劳动合同无效。无效的劳动合同从订立时就没有法律约束力，因此，公司以“劳动合同”无效为由解雇梁某是可以的。

那么，梁某有权索要补偿金吗？答案也是否定的。因为《劳动合同法》关于“用人单位提前解除劳动合同的，应当依照国家有关规定给予经济补偿”的规定，是针对有效合同而言的，公司与梁某签订的劳动合同是无效合同，所以谈不上“解除合同”，当然也就不存在给予经济补偿金的问题。

【企业防范】

用人单位要防止劳动者采取欺诈的手段签订劳动合同，为防止这一情况的发生，用人单位要做到以下几点：

1. 面试登记表的填写。

很多企业在面试的时候，并没有让应聘者填写面试登记表，而只是根据应聘者的简历随机地进行提问，没有意识到面试登记表的作用，认为既然已经有了应聘者的简

历,就不需要再填写面试登记表了。

面试登记表与简历不同,它的主要作用在于:

(1) 可以提供更多企业想了解的信息

面试登记表和简历不一样,简历是应聘者个人制作的简历,应聘者往往在简历中只写自己辉煌优秀的一面,而对于自己不利的一面往往避而不谈,通过简历不能全面地考察一个人。而面试登记表是用人单位根据自己单位的实际情况制定的,是用人单位提问应聘者有关信息的最直接的渠道,用人单位可以把自己想了解的信息进行提问。而且用人单位应该根据每个岗位的不同而设计不同的面试登记表。对于用人单位提问的信息,应聘者无法回避,必须如实回答,否则将构成欺诈,有可能导致合同无效。

(2) 是以后解决纠纷的依据

由于面试登记表是应聘者亲自填写的,如果由于填写信息不真实,应聘者需要承担相应的法律责任,是用人单位维护自己合法权益的重要依据。

面试登记表

应聘职位: _____

姓名		性别		出生日期		照片
籍贯		希望工作城市		可参加面试城市		
血型		身高		体重		
身份证号码						
学历		毕业院校				
毕业时间		所学专业				
在校担任班/校干部	是 <input type="checkbox"/> 否 <input type="checkbox"/>	如果是,请写明具体职务及任职期:				
本人现住址(邮编)					联系电话	
外语语种		外语程度	高	中	初	期望收入 元/月
② 学习和接受培训经历 EDUCATION: (从中学填起)						
年 月 至 年 月		学 校 名 称		所学专业	获得证书	

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为
但请勿去除文件宣传广告页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



(续表)

③ 校内社团或校外实践经历 EXTRA - CURRICULAR ACTIVITIES					
年 月 至 年 月	校内何部门/ 校外何城市何公司何部门		岗 位	主要成就	
④ 家庭主要成员 FAMILY MEMBERS:					
姓 名	与本人关系	工作单位	部 门	职 位	联系电话
您是否有亲友在本公司工作? 是 <input type="checkbox"/> 否 <input type="checkbox"/>					
姓名_____ 部门_____ 城市_____ 关系_____					
⑤ 奖惩记录 HONOR /SCHOLARSHIP:					

本人声明：以上表格中所填写的内容均属实，如有虚假，愿意接受公司的解雇或其他处分！

本人签名：_____ 日期：_____

2. 简历的确认及保存。

很多用人单位并不重视对应聘者简历的确认问题，用人单位在收到简历后，如果对该应聘者感兴趣，就直接通知面试，面试通过后，就直接签订劳动合同。而对于最重要的简历，却没有进行保存，即使进行了保存，由于没有让应聘者进行确认，一旦