

企业解除劳动合同的法律陷阱和防范措施 PDF转换可能丢失
图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E4_BC_81_

E4_B8_9A_E8_A7_A3_E9_c122_484218.htm

???? 毋庸讳言，我国目前的劳动合同制度有许多不完善之处，而企业在不完善的法律之上的不慎重处理使企业与员工的劳动合同关系陷阱遍地、危机四伏。在现实中，企业在与员工签订劳动合同时，往往忽视企业本身的需求、条件和员工的个人背景、工作性质和岗位职责，采用当地劳动部门提供的统一格式的合同文本，略作删补，签署即可。这种操作模式虽然简便，但是导致千人一式的合同内容，在现行的劳动法律法规存在许多不完善、不明确和不统一的情况下，劳动合同纠纷一旦产生，经常无法依据合同约定解决纠纷。员工诉诸劳动仲裁机构和法院后，裁判官们又运用自由裁量权对劳动法律法规作出不同的理解和解释，同样性质的劳动合同纠纷产生差异很大的法律后果，使企业在处理劳动合同纠纷时无所适从，企业和员工双方均无法准确地评估风险，导致双方预期差异，增加和解难度。在企业管理实务和司法实践中，企业与员工最常见的劳动合同纠纷是企业提出解除劳动合同时对员工应承担的经济补偿问题，主要涉及经济补偿的条件、经济补偿基数、补偿年限和额外补偿等问题。

一、关于经济补偿的条件

（一）经济补偿的免责条件企业与员工签订的劳动合同期限未满，企业提出解除合同，并不一定导致企业对员工的经济补偿责任。依据《中华人民共和国劳动法》第25条和28条的规定，在员工试用不合格或有严重过错包括违纪、违法、犯罪等行为时，企业可以解除劳动合同而勿须承担向员工进行

经济补偿的责任。??（二）经济补偿的法定条件。依据《劳动法》第24条、第26条和第27条的规定，在企业与员工协商一致，员工患病或者非因工负伤经治疗仍不能工作、员工不能胜任工作、劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化、企业濒临破产或者生产经营状况发生严重困难等情况下，企业可以与员工解除劳动合同，但应当给予经济补偿。除协商解除劳动合同外，企业解除劳动合同，还应当提前30日以书面形式通知员工，否则应另行向员工支付自通知之日起30日的工资报酬（代通知金）。事实上，根据现行法律，除了《劳动法》第29条规定的几种不能解除劳动合同的情形外，在任何情况下，企业均有权提出解除与员工的劳动合同，唯一的条件是依法承担相应的经济补偿责任。当然，在不同的情形下，企业的经济补偿责任或有或无、或多或少。根据相关规定，协商解除劳动合同，如果是企业主动提出的，企业必须要依法支付员工经济补偿金，如果是员工主动提出的，则企业没有支付经济补偿金的义务。虽然是员工主动提出解除劳动合同的，但是企业有过错的，企业仍然不能免除责任。自2001年4月30日起施行的《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》第15条规定：用人单位有下列情形之一的，迫使劳动者提出解除劳动合同的，用人单位应当支付劳动者的劳动报酬和经济补偿，并可支付赔偿金：1?币员 A ?胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动的；2?蔽窗湊綻投?合同约定支付劳动报酬或者提供劳动条件的；3?笨丝刍蚌嗽薰释锹防投?者工资的；4?本懿恢L独投?者延长工作时间工资报酬的；5?钡陀诘钡刈畹凸ぶ时曜贾L独投?者工资的。二、关于经济补偿基数的确定问题 经济补

偿金基数的确定，涉及到两个问题，一是计算工资的时间标准，二是工资的组成标准。根据《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》(劳部发〔1994〕481号)的规定，企业与员工解除劳动合同，企业应根据员工在本单位工作年限，每满一年发给相当于一个月工资的经济补偿金，工作不满一年的按一年的标准发给经济补偿金。协商一致或因员工不能胜任工作而解除合同时，经济补偿金最多不超过12个月工资。该办法第11条规定，经济补偿金的工资计算标准是指企业正常生产情况下劳动者解除合同前12个月的月平均工资。用人单位因员工患病或者非因工负伤经治疗仍不能工作、劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化、企业濒临破产或者生产经营状况发生严重困难等情况解除劳动合同时，劳动者的月平均工资低于企业月平均工资的，按企业月平均工资的标准支付。根据1989年9月30日国务院批准、1990年1月1日国家统计局发布的《关于工资总额组成的规定》，工资总额由计时工资、计件工资、奖金、津贴和补贴、加班加点工资和特殊情况下支付的工资六个部分组成。下列各项不列入工资总额的范围：1、根据国务院发布的有关规定颁发的发明创造奖、自然科学奖、科学技术进步奖和支付的合理化建议和技术改进奖以及支付给运动员、教练员的奖金；2、有关劳动保险和职工福利方面的各项费用；3、有关离休、退休、退职人员待遇的各项支出；4、劳动保护的各项支出；5、稿费、讲课费及其他专门工作报酬；6、出差伙食补助费、误餐补助、调动工作的旅费和安家费；7、对自带工具、牲畜来企业工作职工所支付的工具、牲畜等的补偿费用；8、实行租赁经营单位的承租人的风险性补偿收入；9、对购买本企业股票和债券的职

工所支付的股息（包括股金分红）和利息；10、劳动合同制职工解除劳动合同时由企业支付的医疗补助费、生活补助费等；11、因录用临时工而在工资以外向提供劳动力单位支付的手续费或管理费；12、支付给家庭工人的加工费和按加工订货办法支付给承包单位的发包费用；13、支付给参加企业劳动的在校学生的补贴；14、计划生育独生子女补贴。为了避免因法律规定不一致、不合理而引起的纠纷，企业在与员工签署劳动合同时，应明确约定解除劳动合同时经济补偿金的具体计算方法，排除不确定因素。

三、关于连续工作年限的确定按《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》规定，企业与员工解除劳动合同时，员工在企业连续工作年限每满一年，就应发给相当于一个月工资的经济补偿金，即支付的经济补偿金计算公式是：
$$\text{经济补偿金总额} = \text{经济补偿金基数} \times \text{员工在本企业连续工作年限数}$$
根据上述办法规定，在企业 and 员工协商一致和员工不能胜任工作情况下解除合同，上述公式中的员工在本企业连续工作年限数最高以12为限，其他情况以实际年限数计算。在经济补偿金基数确定的基础上，员工在本企业连续工作年限（连续工龄）的长短关系到经济补偿金数额的多少问题。连续工龄是指职工在本单位连续工作的时间，亦可称为本企业工龄。1953年1月26日劳动部公布试行的《中华人民共和国劳动保险条例实施细则修正草案》第39条规定：本企业工龄应以工人职员在本企业连续工作的时间计算之，如曾离职，应自最后一次回本企业工作之日算起。根据该草案及其他有关政府文件规定，计算本企业连续工龄应该掌握下列要点：

1、凡经企业管理机关、企业行政方面或资方调动工作者，其调动前后的本企业工龄，均应连续计算

。 2、企业经转让、改组或合并，原有工人职员仍留企业工作者，其转让、改组或合并前后的本企业工龄，应连续计算。

。 3、因工负伤停止工作医疗期间，应全部作为本企业工龄计算。

4、疾病或非因工负伤停止工作医疗期间，在6个月以内者，得连续作本企业工龄计算；超过6个月病愈后，仍回原企业工作者，除超过6个月的期间不算工龄外，其前后本企业工龄，应合并计算。

5、留职停薪期间、留用察看期间应计入本企业工龄。

在层出不穷的新情况和新规定下，计算本企业连续工龄只掌握上述要点还是不够的。根据《关于国有大中型企业主辅分离辅业改制分流安置富余人员的劳动关系处理办法》(劳社部发〔2003〕21号)的有关规定，国有大中型企业在主辅分离、辅业改制过程中与员工解除劳动合同，应依《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》规定，根据劳动者在本单位工作年限发给经济补偿金，而对从其他国有单位(包括国家机关、事业单位和国有企业)调入本单位的职工，其在国有单位的工龄也可计入本单位工作年限。这一规定大大加重了企业的经济负担，更重要的是，界定主业、辅业、改制等概念和调查员工在其他国有单位的工龄往往成为企业力所不及的工作。另外，依据劳动和社会保障部《关于复转军人军龄及有关人员工龄是否作为计算职工经济补偿金年限的答复意见》(劳社厅函〔2002〕20号)第1条的规定，军队退伍、复员、转业军人的军龄，计算为接收安置单位的连续工龄。

对于此条规定，有的地方作出了扩大解释。如广东省劳动和社会保障厅《关于军龄是否计算为解除劳动合同关系经济补偿工作年限的复函》(粤劳社函〔2002〕250号)规定：“企业因经营生产状况发生严重困难，确需裁减人员的，对首次

领取经济补偿金的转业、退伍军人，企业在与之解除劳动关系时，应按规定将其军龄计算为本企业工龄，依法给予经济补偿。”按照此项规定和劳动纠纷案件举证规则，转业、退伍军人的非接收安置企业在与转业、退伍军人解除劳动合同时，还必须履行该员工是否属首次领取经济补偿金的调查、举证义务。在社会保障体系尚未全面建立、已建立的还远远称不上完善的社会环境里，企业代替社会承担一部分社会保障职能是可以理解的，但是在承担的责任范围界定不清、司法机构自由裁量的情况下，企业的风险是难以评估和预测的。一旦被裁决未按规定给予劳动者经济补偿金，企业还须支付数额可观的经济补偿金。

四、关于额外经济补偿金的确定

《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》第10条规定：“用人单位解除劳动合同后，未按规定给予劳动者经济补偿的，除全额发给经济补偿金外，还须按该经济补偿金数额的50%支付额外经济补偿金。”对上述规定的解释，司法实践中存在争议。有的认为，只要用人单位没有完全按规定向员工支付经济补偿金，即应承受全部经济补偿金50%的额外处罚。例如，企业依法应该向员工支付5万元的经济补偿金，而实际只支付了3万，经申诉裁决后，企业不仅应向员工支付5万元的经济补偿金，还得向员工支付2.5万元（ $5 \times 50\%$ ）的额外经济补偿金。有的认为，用人单位没有完全按规定向员工支付经济补偿金，只应就未按规定支付的那部分经济补偿金向员工支付50%的额外经济补偿金。如上述例子中，企业应向员工支付5万元的经济补偿金，另应向员工支付1万元〔 $(5-3) \times 50\%$ 〕的额外经济补偿金。应该认为，第二种观点符合公平合理原则，也符合《违反和解除劳动合同的经济补偿办法

》的精神，这一精神在《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》第4条规定中得到具体体现：用人单位支付劳动者的工资报酬低于当地最低工资标准的，要在补足低于标准部分的同时，另外支付相当于低于部分25%的经济补偿金。但是，仲裁和司法机构出于保护劳动者和弱势群体的考虑，往往采用第一种观点作出裁决。上述法律规定的不明确和司法实践的倾向性给企业带来很大的潜在风险。经济补偿金基数和连续工作年限的计算标准本来就存在不明确的地方，加上员工履历举证等方面的原因，企业计算的经济补偿金数额要完全符合仲裁员和法官计算的经济补偿金数额，几乎是不可能做到的。一旦前者少于后者，不管差额多少，依照第二种观点，企业就要就经济补偿金总额支付50%的额外经济补偿金。因此，企业支付额外经济补偿金的机率接近百分之百，客观上造成一个事实，即企业拒绝支付经济补偿金的法律后果和支付99%经济补偿金的法律后果是完全相同的。这种事实一方面损害企业依法支付经济补偿金的积极性，另一方面鼓励员工获取额外经济补偿金的投机性，因为他几乎没有仲裁和诉讼经济成本，却有极大的胜算把握。结果是劳资双方的博弈不可避免地造成企业经营秩序的破坏和司法资源的浪费。从长远来看，企业为了避免落入陷阱，可能对员工层层设防、步步为营，不仅牺牲了一个和谐的劳资关系，最终受损的还是员工的利益。从目前的情况看，对《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》第10条在劳动合同中作出明确解释，用当事人的明确意思表示免除企业对已同意发放的那部分经济补偿金承担额外经济补偿金的风险，是一个合理合法的规避办法。企业签订和解除劳动合同面临的法律陷阱不仅仅存在于

经济补偿金的问题，还存在于保密、竞业禁止等一系列问题。法律规定的明确和司法实践的统统一不是企业力所能及的事情，也不是短时间能解决的问题。因此，在一定的法律环境下，企业为了预见和防范解除劳动合同时的法律风险，应在现行劳动法律法规的基础上，加强自身的风险意识，完善劳动合同制度，法律有明确规定的，依法执行，法律没有规定或规定不明确的，在劳动合同中作出约定，有针对性地明确和细化劳动合同条款，特别是对现行法律规定不明确、可能产生争议的内容，应与待聘员工协商一致后，在合同中加以明确，使劳资双方在关系建立之初即以人力资源价值为基础，明确双方的预期，使之具有前瞻性和可操作性，减少任何一方运作或人为操纵的空间，避免不必要的讼争。 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问

www.100test.com