

人力资源法律管理 ① 陆敬波
丛书主编

解雇管理

陆敬波 主编 周斌 副主编

由屡获国际权威法律评级机构钱伯斯 (Chambers and Partners)

“年度劳动法律师事务所”大奖、入选ALB (《亚洲法律杂志》)

“2015年度最佳劳动法律师事务所”的江三角劳动法优秀律师团队主创，
吸收仲裁&法院、政府机关、HR法务、相关领域新闻记者等专业人士观点，
以法律视角全方位优化HR解雇管理

Guidance
Legal Management of Employment Termination ①
Management of Employment Termination





人力资源法律管理 ① 陆敬波
丛书主编

解雇管理



陆敬波 主编 周斌 副主编

[解雇管理]

创作团队

陆敬波

江三角律师事务所首席合伙人、主任，资深劳动法律师。我国劳动法律师服务市场的先行者和开拓者，创立了全国范围内知名度、团队规模、业务创收等方面领先的专业劳动人事法律服务机构——江三角律师事务所，中国第一家劳动法律服务在线平台——“劳动法苑”（laodongfa.com），第一本劳动法实务导向的期刊《劳动法苑》。

在劳动法专业领域的突出表现为其在业内和全社会赢得了很好的口碑和声誉，受众多大型跨国集团、国内外企业、各政府行政部门聘请担任常年法律顾问、培训讲师，担任上海大学等四所高等院校的兼职教授；先后出版《维权课堂——劳动者维权实战攻略》《劳动合同法 HR 应用指南》《纷争与和谐——劳动争议的预防和处理》《企业招聘管理法律实务》《集团型企业劳动关系管理》等著作，并再版多次，销量累计达数万册。

周斌

我国最多产的劳动法专栏作家，现任上海市人力资源和社会保障局《上海人力资源社会保障》杂志主编，上海市人力资源和社会保障局官方微博“上海

12333”负责人，上海工会管理职业学院兼职教授。

2002年起在《劳动报》开设劳动法专栏，2008年起在《人才市场报》每月点评劳动争议典型案例，2011年他在《劳动报》上的劳动法专栏文章获得第二十届上海新闻奖。他还曾经在《新民晚报》《21世纪人才报》《职业》杂志等报刊长期开设劳动法专栏。近二十年来他为各种报刊撰写的劳动法文章有2 000多篇，超过1 000万字。他是上海市法学会劳动法专业委员会理事、上海浦东新区劳动保障学会理事，常年在多家院校开设劳动关系课程。

苗其巍

携程旅行网工会副主席。先后在中国领先的在线旅行服务公司携程旅行集团担任人力资源高级经理、事业部法务总监等职务，是较少见的拥有丰富人力资源实践经验的法律人士。基于这样的优势，经选举历任携程旅行网工会委员、工会副主席，主持该工会日常工作，并且通过在“两新”组织工会中的突出表现得到各级总工会和工会成员的认可，被选举为上海市第十三次工人代表大会代表、上海市长宁区第五次工人代表大会代表。结合自身特点，将焦点关注于80后年轻群体的劳动权益，以及现代服务业的健康发展，成为工会媒体所关注的新兴“80后”工会主席。

常年关注我国劳动法律法规的发展和实践，被知名招聘网站前程无忧聘为特约顾问，为用人单位和劳动者释疑解惑超过十年。同时，受聘担任上海市长宁区劳动人事争议仲裁院兼职仲裁员，具有丰富的理论和实践经验。

刘小根

复旦大学法学院硕士毕业，劳动法实务操作经验丰富，对劳动法理论有一定研究，曾在《中国劳动》《中国人力资源》《上海法学研究》《上海劳动保障》等

刊物发表过《劳动争议案件证明责任之我见》《用人单位一事不再罚初探》《劳动争议案件证明标准研究》《解除试用期员工风险防范》《论仲裁员自由心证的构成要件》《仲裁员庭审思路梳理》等多篇劳动法相关论文。

张佶

上海市知名青年社会保险法专家，劳动法律顾问。在上海市人力资源和社会保障局系统从事一线业务多年，曾担任上海市社会保险事业管理中心长宁分中心结算服务科、基金征缴科科长，具有极其丰富的劳动关系业务知识和操作经验，目前为上海启恒律师事务所法律顾问。

《社会保险法》正式实施以来，多次担任政府部门的社会保险法律知识和业务经办的系列讲座讲师，并曾多次为上海宝钢、上海石化、国家核电、克莱斯勒汽车、上海市干部培训中心、漕河泾人才服务中心等众多大型企事业单位进行劳动关系法律知识和业务经办的系列培训。同时，在上海市人力资源和社会保障局官方刊物《上海人力资源和社会保障》和上海市总工会《劳权周刊》开设了专家专栏，常年在社会保险法及相关法律法规的宣传一线阵地笔耕。2014年，获得国家人力资源和社会保障部核心刊物《中国社会保障》杂志“社保达人”专题报道。

武鹏

现任绿地控股集团法务经理，上海仲裁委员会仲裁员，上海法学会劳动法专业委员会理事，上海财经大学兼职教授。曾长期在上海市高级人民法院、上海市第一中级人民法院担任审判员从事审判、调研工作，对劳动法、房地产法等有着长期深入的研究，具有丰富的审判经验和丰硕的调研成果。

在法院工作期间，参与或主审上海法院诸多疑难复杂案件，执笔或参与完成

多篇国家社科基金、最高人民法院或教育部等重大调研课题，有关调研成果连续多年在全市或全国法院系统评比中获奖，并被最高人民法院司法解释参考吸收或制定为上海法院执法意见。他还曾长期担任上海法官培训基地、上海工会学院和上海劳动仲裁院等机构的兼职教师，并受聘为上海财经大学、华东政法大学、华东师范大学等学校教授劳动法、司法前沿等课程。

徐文进

曾任律师，后通过全市公开选拔进入上海市第一中级人民法院工作。进入法院后，长期在商事审判庭、劳动争议审判庭从事书记员和法官助理工作，对劳动法、民商法等有较深入的研究。在《政法学刊》《人民司法》《中国劳动》等国家级核心期刊上发表论文十余篇。论文主要有：《公司治理语境下解聘高级管理人员的冲突及解决路径》《缺乏拘束力的录用信不应视作书面劳动合同》《特许经营模式下事实劳动关系中用人单位的识别》《劳动关系的司法认定中对双方意思自治的突破调整》《上海自贸区知识产权保护的价值抉择》等。

李秋红

江三角律师事务所研发与资讯中心律师，暨南大学法学硕士，本科经济学与法学双学士，具有良好的法学和经济学理论功底，善于法律分析、项目分析、信息处理等业务，致力于从法学、经济学、管理学等多角度为客户提供专业、及时的咨询意见、资讯服务和资讯产品。

史庆

江三角律师事务所首席合伙人秘书，律师助理。本科毕业于同济大学。拥有司法一线实习经验，熟练掌握各部门法，擅于从案例事件中归纳因果关系。

总序

我国正处于经济社会转型时期，劳动关系的主体及其利益诉求越来越多元化，劳动关系矛盾已进入凸显期和多发期，劳动争议案件居高不下……构建和谐关系的任务艰巨繁重。

——《中共中央、国务院关于构建和谐劳动关系的意见》

始于一粒小小的种子，在中国司法实践的土壤上生根、发芽，而后逐渐成长为一棵枝繁叶茂的大树，2015年1月1日，《劳动法》走过了它的二十年征程。二十年来，这部“基本法”逐渐延伸出各类“部门法”“地方法”，不仅在中央层面呈现出复杂的体系，而且在地方层面衍生出层出不穷的规定和解释：全国人大及其常委会先后出台了《职业教育法》、《职业病防治法》、《安全生产法》、《劳动合同法》、《就业促进法》、《劳动争议调解仲裁法》、《社会保险法》以及《劳动合同法修正案》，中央政府及其职能部门也出台了数量可观的行政法规和部门规章，最高人民法院自2001年起先后出台了4部有关劳动争议的司法解释；地方层面，截至2015年3月，北京共出台了1571篇劳动类地方性文件，上海出台了1631篇，江苏出台了1798

篇，广东出台了 2 726 篇……全国各地共出台了 29 711 篇劳动类地方性文件。

然而，蔚为壮观的劳动立法并没有给企业人力资源管理带来多大的便利。社科院于 2014 年 12 月发布的报告显示劳动争议已经成为中国社会矛盾冲突数量最多的一个方面，劳动争议“领跑”社会矛盾冲突“排行榜”。同时，国家统计局的数据显示，劳资争议的数量在 2009 年和 2010 年经历了短暂的回落后，于 2011 年至 2014 年又重新开始逐年上升。残酷的现实已经表明，劳资争议数量并没有随着立法的不断完善而下降，相反，诸多因素造成数字上升，同时也加剧了企业人力资源管理的难度。

一方面，传统劳动争议，包括双倍工资、违法解雇赔偿、无固定期限劳动合同的个别劳动争议，以及因减薪、裁员、关厂、搬迁、并购等引起的群体性劳动争议仍然是企业人力资源管理面临的最大困难。这一困难体现在人力资源成本、企业维权难度以及劳动法律适用等多个方面：首先，随着经济的发展，内地劳动力成本高企，而企业的社会责任却不见减少，人力成本因此居高不下，企业中不仅存在“招工难”，有的甚至出现“生存难”；其次，随着劳动立法的不断深入，员工的劳动权益日益增加，企业的用工自主权则相应减小，企业同样存在“维权难”；最后，不仅各地对劳动立法的适用存在不同的理解，央地之间的劳动立法也时常出现矛盾，企业在日常的人力资源管理中存在“适法难”……

另一方面，随着互联网与新媒体的发展，新型劳动争议开始出现：工作时间和地点的延伸更新了以往对旷工、加班、工伤以及劳动关系的理解；开放的言论和信息环境使得企业保护名誉权和商业秘密的成本不断增加；e-HR 系统（电子人力资源管理系统）的普及使得电子证据管理显得尤为重要，后者甚至成为一线工作人员的一堂必修课……在互联网时代，即使最基层员工的一个细小行为也可能对企业造成巨大影响，相应风险管理的重要性不言而喻。

这些问题倒逼着人力资源管理必须朝着合规化、精细化的方向发展。我们认为，企业亟须对日新月异的劳动法前沿问题进行整理，亟须用文字固定下来

的案例、法条和法律分析，从方法论的高度理解并解决这些问题。我们认为，企业需要的不是一本书——一本虽然详尽但仅涉及人力资源合规管理一隅的书，或者一本虽然涉及各个方面但不能鞭辟入里的书。企业需要的也不仅仅是当下流行的运用新媒体推送的资讯产品——它们仅能在快节奏的生活工作中提供碎片化的知识，无法深度分析现实中复杂的用工管理问题。

有鉴于此，我们认为企业需要的是一套丛书，一把能真正解决人力资源合规管理现实问题的金钥匙。这套丛书不仅需要从案例到分析、从分析再到建议，在形式上条块结合、在内容上以点带面，全面、系统、实用、严谨、深入地解决企业在人力资源合规管理中遇到的各种热点前沿问题和重点难点问题，而且需要书与书、章节与章节、段落与段落之间形成清晰的脉络，前后连贯、自成体系地对人力资源合规管理的每个模块进行剖析。为了满足这些要求，丛书的作者必须具备极高的专业水平，具备多年大量的、有效的经验积累。

幸运的是，江三角律师事务所经过十年的积累，形成了一支非常专业的、可以说是当今国内最优秀、最具规模的劳动法律师团队。这八十多名专业律师均长期工作在一线，相互分工与合作，为企业提供包括咨询、代理、培训和顾问在内的全方位的法律服务，其中许多律师已经在全国享有很高的知名度。不仅如此，我们还邀请了一部分国内人力资源管理领域的其他精英，包括劳动法领域著名学者、中央与地方各级官员以及知名企业的管理人员为本书撰稿，以举众人之力、博众家之长。

本套丛书涉及了人力资源管理中解雇管理、女职工管理、特殊员工管理、互联网与新媒体时代企业用工管理、工时与休假管理、薪酬福利与绩效管理、规章制度管理、群体性劳动争议管理共八个模块，并且结合最新的案例、运用最新的法规进行分析讲解，可谓内容全面、与时俱进；其次，这套丛书以实务为导向，语言平实、简明，内容深入浅出，适合读者随时翻阅查看，并将书里的知识要点运用到实践中；最后，撰稿人的专业化和多元化使本书具有极高的权威性和广泛的覆盖面，值得不同类型的读者阅读。我们真

诚期望这套丛书能够成为企业高管、人力资源部主管、法务部门主管、劳动法学者、专业律师，以及其他劳动法从业人员与爱好者的良师益友，一把真正解决问题的金钥匙。



江三角律师事务所主任

首席合伙人

2015年2月于上海

前言

提到解雇，你的脑海中可能会浮现出一个个问题员工，或者一个上级决定裁员的画面。当解雇成为必要时，首先你可能会思考，离职谈话应如何进行才不影响企业正常的员工关系管理；你可能还会想到，如果协商不成，那么可以以哪些理由解雇，哪些是合规的，哪些是有风险的；接着，你可能会考虑解雇需要经过哪些程序、办哪些手续，需要支付多少经济补偿金或赔偿金；最后，你可能会综合考量 A、B、C 解雇方案，找到最优的方案进行实施，或形成评估报告交给上级。至此，你可能认为你的任务已经完成了。

但解雇远没有那么简单。即便是最“完美”的解雇方案，也不能完全排除员工申请劳动仲裁的风险。你可能认为，你做出的解雇决定合情合理，员工怎么还不知足。殊不知，不同于美国、英国、法国、德国等国家在漫长的劳资冲突历史中形成的解雇制度体系，我国的解雇制度自诞生起就是顶层设计的产物——其对企业解雇情形、解雇程序、解雇保护和解雇证据均设置了极高的门槛。解雇制度因此成为我国劳工制度中中央与地方脱节最严重的一环。同时，解雇争议也因此成为劳动争议中数量最多并且证据最难收集、事实最难查明的一类，因而最令企业一线人员头疼。

一方面，没有关键性的证据，即使员工犯的错再大、再多，企业也很难在

仲裁中胜诉。另一方面，即使有证据，如果不能说明解雇的合理性，也可能败诉。甚至有时，明明没有解雇员工，“被解雇”的员工却拿着各种证据（比如企业拖延支付加班费的证据、企业的解雇通知书），主张自己被迫辞职或企业违法解雇，要求支付经济补偿金或赔偿金。解雇管理看似只是人事管理的一个模块，但其重要程度甚至高于其他任何一个模块；其也要求一线人员的工作不仅仅停留在解雇这一阶段，对风险的评估、证据的固定和成本的计算应贯穿整个人力资源管理流程。如果你能熟练掌握并运用解雇管理中的技巧，那么其他人力资源合规管理难题便迎刃而解；反之，你的工作可能举步维艰。从某种程度上说，能否顺利完成解雇任务，是判断一个人力资源一线工作者是否“胜任工作”的重要指标。

本书或许能助你顺利通过“考核”，甚至取得“优秀”的成绩。本书前六章介绍了应如何做到有理、有据、有序解雇，解雇手续应如何办理，哪些情形属于违法解雇，解雇争议应如何处理，即阐明了一般解雇流程的风险所在；第七章至第十八章详细介绍了企业经常遇到的多种解雇情形，深挖各种解雇情形中的常见错误；第十九章介绍了经济补偿金与赔偿金的适用条件、计算方法及实务操作建议。相信本书对解雇实践全方位的梳理，能让你全面深入理解劳动合同的解除和终止，同时甄别实务操作中的常见误区，在日常工作中做到有的放矢。



2015年4月

图书在版编目 (CIP) 数据

人力资源法律管理. 1, 解雇管理/陆敬波主编, 周斌副主编. —北京: 中信出版社, 2015. 7

(江三角·人力资源法律管理金钥匙丛书)

ISBN 978-7-5086-5315-0

I. ①人… II. ①陆… ②周… III. ①人力资源管理-劳动法-基本知识-中国

②解雇-劳动法-基本知识-中国 IV. ①D922. 5

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 136057 号

人力资源法律管理. 1, 解雇管理

主 编: 陆敬波

副 主 编: 周 斌

策划推广: 中信出版社 (China CITIC Press)

出版发行: 中信出版集团股份有限公司

(北京市朝阳区惠新东街甲 4 号富盛大厦 2 座 邮编 100029)

(CITIC Publishing Group)

承 印 者: 中国电影出版社印刷厂

开 本: 787mm × 1092mm 1/16

印 张: 21 字 数: 260 千字

版 次: 2015 年 7 月第 1 版

印 次: 2015 年 7 月第 1 次印刷

广告经营许可证: 京朝工商广字第 8087 号

书 号: ISBN 978-7-5086-5315-0/F · 3420

定 价: 48.00 元

版权所有·侵权必究

凡购本社图书, 如有缺页、倒页、脱页, 由发行公司负责退换。

服务热线: 010-84849555 服务传真: 010-84849000

投稿邮箱: author@citicpub.com

创作团队/Ⅲ

总序/Ⅸ

前言/Ⅷ

1
CHAPTER 003

第一章 解除理由

第一节 过错性解除/004

- 一、解除劳动合同的动议由用人单位提出/005
- 二、用人单位解除劳动合同基于劳动者的过错行为/006
- 三、用人单位的解除决定已事前通知工会/006

第二节 无过错性解除/007

- 一、解除的动议由用人单位提出/008
- 二、解除的理由基于法定情形/008
- 三、劳动者无主观上的过错/009
- 四、劳动者无禁止性解除的情形存在/009
- 五、履行通知的义务/009
- 六、向劳动者支付经济补偿金/010

第三节 经济性裁员/010

- 一、以裁减劳动者人数达到最低限度为适用前提/012

- 二、裁员基于法定的情形/012
- 三、需履行法定的程序/012
- 四、以裁员方案为裁员指南/012

第四节 协商一致解除/013

- 一、协商一致解除的认定问题/014
- 二、协商一致解除与经济补偿金的支付问题/015

第二章 解除依据

第一节 符合法定形式要求的证据/018

- 一、书证/018
- 二、视听资料/019
- 三、电子数据/019
- 四、当事人陈述/020
- 五、证人证言/020
- 六、物证/020
- 七、鉴定意见/021
- 八、勘验笔录/021

第二节 证据的“三性”/022

- 一、合法性/023
- 二、客观性/023
- 三、关联性/024

第三节 举证责任/025

3
CHAPTER **031****第三章 解除程序****第一节 提前通知程序/031**

- 一、过错性解除之即时通知/031
- 二、无过错性解除之提前三十日通知与代通金/032
- 三、经济性裁员之“无须通知”/033

第二节 征求工会意见/033**第三节 解除劳动合同通知书/035**

4
CHAPTER **039****第四章 解雇手续****第一节 正确评估事态/039****第二节 交接手续/042**

- 一、工作工具交接/042
- 二、工作内容交接/043

第三节 正确计算劳动者的钱款/044

- 一、结算工资/044
- 二、计算代通金/045
- 三、给予未休年休假补偿/046
- 四、计算违约金/048
- 五、计算损失赔偿金/049
- 六、其他钱款/050