

胡燕来◎著

# 解雇

人力资源法律实务指引



# DISMISSAL

*Legal Practice Guidelines for Human Resources Management*



法律出版社 LAW PRESS · CHINA

胡燕来◎著

# 解 雇

人力资源法律实务指引

# DISMISSAL

*Legal Practice Guidelines for Human Resources Management*



法律出版社 LAW PRESS · CHINA

## 图书在版编目(CIP)数据

解雇:人力资源法律实务指引/胡燕来著. —北京:法律出版社,2016.4  
ISBN 978-7-5118-9470-0

I. ①解… II. ①胡… III. ①人力资源管理 IV. ①F241

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第092793号

## 解雇:人力资源法律实务指引

著 者:胡燕来  
策划编辑:谢清平  
责任编辑:李娟华  
装帧设计:汪奇峰  
责任印制:张建伟  
内文制作:凌点工作室  
印 刷:三河市龙大印装有限公司

---

|       |                                                                                                                                                                                                                       |
|-------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 出 版   | 法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)<br><a href="http://www.lawpress.com.cn/">http://www.lawpress.com.cn/</a>                                                                                                                  |
| 编辑统筹  | 法律职业教育出版分社                                                                                                                                                                                                            |
| 经 销   | 新华书店                                                                                                                                                                                                                  |
| 总 发 行 | 中国法律图书有限公司 <a href="http://www.chinalawbook.com/">http://www.chinalawbook.com/</a><br>第一法律书店(010-63939781/9782) 西安(029-85388843)<br>重庆(023-65382816/2908) 上海(021-62071010/1636)<br>北京(010-62534456) 深圳(0755-83072995) |
| 销售专线  | 010-63939806/9830                                                                                                                                                                                                     |
| 数据支持  | 法律门 <a href="http://www.falvmen.com.cn/">http://www.falvmen.com.cn/</a>                                                                                                                                               |

---

|     |                        |
|-----|------------------------|
| 开 本 | 720毫米×960毫米 1/16       |
| 印 张 | 33                     |
| 字 数 | 610千                   |
| 版 本 | 2016年6月第1版             |
| 印 次 | 2016年6月第1次印刷           |
| 书 号 | ISBN 978-7-5118-9470-0 |
| 定 价 | 88.00元                 |

---

所有权利保留。未经许可,不得以任何方式使用。

如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换。

## 序

胡燕来律师的专著《解雇：人力资源法律实务指引》即将由法律出版社出版，邀我作序。起初，碍于盛情难却而答应。阅读书稿后，其内容令我感动，一位律师能写出如此书稿，对于像我这样不代理打官司的教书匠而言，几乎是写不出来的。于是，由勉强转为自觉和乐意，就为读者和作者写出如下文字，或许可作为序。

### 一、《劳动合同法》为何如此引人关注？

我国《劳动合同法》诞生于史称劳动立法年的2007年，在改革开放以来的立法中，是最引人关注的一部法律。2006年《劳动合同法（草案）》公开征求意见，在一个月內收到意见191 849件，是当时国家立法案征求意见数量的最高纪录。2012年《劳动合同法修正案（草案）》公开征求意见，在一个月內收到意见557 243件，又创国家立法案征求意见数量的最高纪录。就立法、修法问题争论而言，规模之大、时间之长、影响之广，《劳动合同法》也堪称“中国之最”。尤其是掀起两次争论热潮，一次是《劳动合同法》出台前后；另一次是今年全国“两会”期间及其前后。其中最震撼的一个观点是，“《劳动合同法》超前50年”。<sup>①</sup>

《劳动合同法》为何如此引人关注？从理论上说，是因为其规范对象即劳动关系是最基本的社会关系，其协调对象即劳动关系矛盾是最普遍的社会矛盾。就我国国情而言，以下两点也可足以说明其原因。

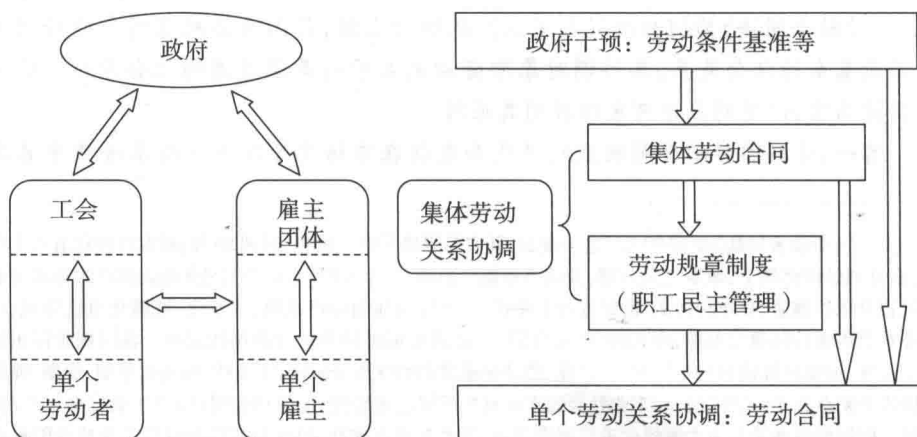
其一，是我国劳动合同制度的产生和发展在市场化经济体制改革进程中具有

---

<sup>①</sup> “《劳动合同法》超前50年”这一观点，其实是很搞笑的。试想，回到50年前即20世纪五六十年代，在计划经济体制下，城乡二元分割，劳动力不能自由流动，今天的《劳动合同法》能依那时的劳动关系状况设计吗？展望50年后即21世纪五六十年代，市场经济体制应已成熟，工业化、城镇化也已完成，后工业社会因素将居重要地位，今天的《劳动合同法》能适应那时的劳动力市场状况吗？我国现阶段正处在工业化、城镇化加速且与市场化、信息化、全球化重叠的特殊历史阶段，工业化、城镇化早期、中期、晚期的因素分别存在于一定区域，后工业社会因素在有些区域已现端倪。《劳动合同法》以工业社会工厂制、标准工时制的劳动关系为主流样本进行制度设计，当然有其合理性，但也会面临着对后工业社会因素难免滞后、对工业化早期因素难免超前的问题。但绝对不是所谓“超前50年”的问题。

特别关键的地位。市场化经济体制改革一直并行着两条主线：一条是关于生产资料配置的企业产权改革，另一条是关于劳动力资源配置的劳动制度改革。市场化劳动制度改革的实质是劳动力资源配置机制由行政配置转向市场配置。劳动合同制度作为劳动力资源市场配置机制的法律形式，从试点到推广，从实践探索到制度化、法律化，一直作为劳动制度改革的主线，与企业产权改革相互匹配。在国有企业承包制和初创外商投资企业阶段，固定工制度虽然是劳动制度的主流，而劳动合同制度已经启动，不仅在国有企业开始劳动合同制度试点，其适用范围由临时工扩展到正式工；而且开始在外商投资企业实行劳动合同制度。当国有企业步入股份制改革阶段，用工制度实行双轨制，即仅对原有职工保留固定工制度，而对新招职工普遍实行劳动合同制度。伴随着社会主义市场经济被确立为经济体制改革目标模式，国有企业步入建立现代企业制度和公司化改革阶段，劳动合同制度全面推行，且《劳动法》的实施，使不同所有制用人单位的劳动合同运行规则归于统一；《劳动合同法》的实施，使劳动合同制度的适用范围进一步扩大，尤其是将事业单位聘用合同和劳务派遣、非全日制用工等灵活用工形式纳入其中。可见，在生产资料配置市场化与劳动力资源配置市场化互动的两条改革主线中，劳动合同制度不仅是经济体制改革进一步市场化的重要推动力，而且也是体现经济体制市场化程度的重要标志，其地位和作用与企业产权改革可等量齐观。并且，在劳动合同制度助推市场配置劳动力资源和劳动者自由流动的大背景下，实现了数以亿计的农民工向非农产业和城镇的大转移，这堪称供给侧改革的成功范例。

其二，是劳动合同法在我国现行劳动关系协调机制中具有特别重要的地位。现代市场经济国家的劳动关系协调机制都表现为下图所示“三方兼三层结构”的基本框架。



在上述基本框架中,西方国家已形成集体劳动关系协调为主的劳动关系协调模式,劳动条件基准和劳动合同较之集体劳动关系协调处于次要地位;而在我国现阶段,仍然处在“大政府、小社会”的格局中,集体劳动关系协调的功能相对弱小,劳动关系协调主要依赖于劳动条件基准和劳动合同。并且,因劳动条件基准立法尚不完备,集体合同和劳动规章制度缺失或内容不完整,劳动权利义务的内容只得主要依赖劳动合同来确定。所以,劳动合同制度肩负着远比西方国家繁重的任务,其在劳动关系协调机制的地位也远比西方国家重要。

## 二、解雇制度在劳动合同法中为何如此重要?

劳动合同法,乃规范劳动力资源配置和劳动关系运行之法,亦即规范劳动合同订立、履行、变更、中止、解除、终止之法。其中,劳动合同解除包括协议解除和雇主(用人单位)或劳动者单方解除,解雇即雇主单方解除劳动合同的行为,劳动者因雇主违法或违约而单方解除的,也被视为解雇,亦即推定解雇。在劳动合同法体系中,解雇制度又称解雇保护制度,即限制解雇以保护劳动者职业安定的制度,较之其他制度,地位尤为重要。这是因为:

第一,解雇保护是劳动合同法基本功能的关键性支撑。在劳动关系协调机制中,劳动合同法与劳动条件基准法、集体劳动关系法在基本功能上有相对分工:劳动条件基准法是为劳动者利益保底,亦即给劳动关系中的劳动者利益提供底线保障;集体劳动关系法是实现劳动者的超底利益,亦即在劳动条件基准法给劳动者利益保底的基础上保障劳动者获得高于底线标准的利益;劳动合同法则是保障劳动关系稳定,从而给劳动条件基准法和集体劳动关系法规范劳动关系提供前提和基础。在此意义上,劳动合同法乃是稳定劳动关系之法。这也是劳动合同法独立于民事合同法或作为民事合同特别法的根本所在。正因为如此,劳动合同期限制度以其对无固定期限劳动合同的独特制度设计区别于民事合同期限制度,劳动合同解除制度以其对解雇保护的独特制度设计区别于民事合同解除制度。其中,解雇保护较之无固定期限劳动合同更为重要,因为依赖于解雇保护,无固定期限劳动合同才得以发挥其稳定劳动关系的功能。

第二,解雇保护是化解劳动合同法内在矛盾的聚焦点。劳动合同法尽管是稳定劳动关系之法,但作为劳动力资源配置之法,仍然要保障劳动者自由流动和雇主自主用工。于是,劳动力自由流动与劳动关系稳定、劳动者职业安定与雇主用工自主之间必然存在矛盾。虽然劳动者预告辞职制度可以保障劳动力自由流动,劳动合同协议解除制度可以缓解劳动力自由流动与劳动关系稳定的冲突,但劳动力自由流动与劳动关系稳定的矛盾,尤其是劳动者职业安定与雇主用工自主的矛盾,还需要在解雇保护的制度设计中有其得以化解的空间。例如,解雇事由的多少

和宽窄,解雇程序的松严,不当解雇法律后果的轻重,都是制约这种化解能力的重要节点,并且都是化解难度很大的节点。正因为如此,我国《劳动合同法》实施以来,关于解雇保护是保护过度还是保护不足的问题一直是争论的热点。

第三,劳动关系不稳定一直是我国现阶段的突出问题。我国正处在工业化、城镇化加速,且与市场化、信息化、全球化重叠的发展阶段。由于工业化和城镇化在进程上存在区域不平衡(即不同区域分别处于工业化、城镇化的初期、中期或后期)、在匹配上存在不同步(即城镇化滞后于工业化与工业化滞后于城镇化的现象并存)的现象,出现了一种规模巨大的农民工群体,其流动性极强且处于“双重体制外”状态,即在用人单位内部因多作为低端劳动者和非正规就业劳动者而成为体制外劳动者群体,在社会上因市民化程度偏低而成为公共产品分享上的体制外社会群体。《劳动合同法》虽然着力于稳定劳动关系,但其实施以来,农民工“短工化”现象仍然相当普遍且逐年递增。并且,伴随着后工业社会因素的萌发,“互联网+”等新业态的出现,尤其是“大众创业、万众创新”的热潮涌动,灵活就业不仅规模不断扩大,而且形式不断增多。于是,面对劳动关系稳定与劳动力市场灵活化的双向需求,劳动合同法和解雇保护制度该如何选择与兼顾,其难度越来越大。

### 三、本书有何重要贡献或亮点?

由上述可见,本书的选题,不仅意义重大,而且难度很高。较之我国大陆地区同类主题的已有研究成果,其值得重视的贡献或亮点,主要在于:

1. 梳理、评析、对策相配套。我国劳动关系和劳动法领域的现阶段,问题繁多且复杂,无法可依与有法难依并存,法律法规和政策的位阶层次多且地方规定差异较大,法律适用中惯于推崇“纪要”、“意见”之类内部文件规定。即使是公司HR和律师等专业人士,面对劳动争议案件和劳动法事务,也难免有“进入一片大森林而一头雾水”的感觉。针对这种状况,本书对问题的论述,大都以全面梳理为开端,即对与特定问题或事项相关的法律法规和政策规定、内部文件规定、学术争论要点等作出全面梳理,使问题点、异同点、分歧点一目了然;继而逐一作出法理、法律和实务上的评析,揭示其原因和实质,判断其正误;在此基础上,最后提出解决问题的对策性建议。以这种路径研究问题,既有一定深度,又不乏创新之处。

2. 法理分析、法条分析、案例分析相结合。在我国劳动法学研究中,就社会主义市场经济的劳动法理论和实践而言,历时不长,积累不厚,原理研究和实务研究都有短板,且对理论与实践紧密结合的研究尤其需要。本书作者从事法律职业二十多年,且由检察官转行律师,故书中的法条分析和案例分析已充分彰显其专业优势。难能可贵的是,本书还从法条分析和案例分析中上升到法理分析,并以法理分析统领法条分析和案例分析。例如,书中提出以“对接民事协议”理论来辅助分析

解雇及其相关协议;引入最后手段性原则来解释解雇要件的事实构成,都体现了作者法理研究与法律实务探索互动的功底,且对丰富和深化劳动合同法理论有贡献知识增量的意义。

3. 劳动法律实务、人力资源管理实务相贯通。伴随着《劳动合同法》的出台和实施,劳动法律业务和人力资源管理业务分别成为律师界和咨询服务界的新星,冉冉升起,持续闪亮,相映生辉。然而,这两类业务尽管都以劳动法专业知识为依托,但在价值取向、思维方式和职业规则上各有特点,甚至因形成定势而难免壁垒。本书作者作为劳动法专业律师,长期从事劳动争议案件代理业务和人力资源管理咨询业务,兼具这两类业务的理论、技能和经验,故能在本书中将劳动法律实务研究与人力资源管理实务研究相贯通。其研究中,既能以法律人思维和劳动法价值取向,剖析人力资源管理中的问题,引导人力资源管理遵循劳动法底线和规范化轨道;又能从人力资源管理视角,观察劳动法实施中的问题,尤其是发现问题的成因,并为用人单位提供应对问题、防范用人风险的人力资源管理思路和方案。例如,书中阐述的破译解雇难的“岗聘分离”原理,对于利用现行劳动合同制度的“夹缝”找出生机,依法合规地用人,有效地用人,就有重要意义。

当然,本书也有不足。例如,对法律中、案例中问题的研究,缺少对背景因素、政策意图的发掘和分析;对解雇制度的界定和体系结构,理解不尽准确;对某些疑难问题所提出的观点和主张,还有待商榷或进一步论证。希望作者在今后的实践和研究中,能贡献更多更优秀的成果。

最后需要说明的是,笔者对本书选题和内容的评述,定有欠妥之处,敬请读者判别和批评!

王全兴

2016年5月5日



# 目 录

## ► 解雇基础篇

### 第一章 解雇概要 / 3

#### 一、解雇及其体系 / 3

#### 二、用人单位解除权 / 7

#### 三、解雇一般原则之最后手段性原则 / 10

#### 四、劳动关系解除权消灭规则 / 13

#### 五、解雇的法律效果 / 16

#### 六、违法解雇的本质及责任简述 / 17

#### 七、对接民事协议在解雇中的灵活运用 / 19

#### 八、解雇之内部合规性审查思路 / 24

### 第二章 劳动法、用人单位与劳动者 / 27

#### 一、劳动法概述 / 27

#### 二、用人单位 / 34

#### 三、劳动者 / 38

### 第三章 特殊劳动者就业 / 44

#### 一、境外人员就业 / 44

#### 二、飞行员辞职限制 / 53

## ► 解雇实务篇

### 第四章 试用期内解除 / 61

#### 一、试用期概述 / 61

#### 二、试用期相关规定梳理 / 63

- 三、不符合录用条件的理解与适用 / 64
- 四、判断“试用期解除违法与否”的标准 / 68
- 五、如何理解试用期只能约定一次 / 69
- 六、试用期期限及其计算方法 / 69
- 七、对试用期工资限制的理解 / 70

**疑难问题** / 70

- 1. 医疗期内能否以不符合录用条件解除劳动合同 / 70
- 2. 试用期内患病可否中止劳动合同履行 / 72
- 3. 职务晋升后约定“岗位试用期”是否合法 / 73
- 4. 不能胜任工作能否作为不符合录用的条件 / 74
- 5. 经劳动者同意延长试用期合法吗 / 75
- 6. 试用期内劳动者辞职是否需要赔偿招录费用 / 76
- 7. 试用期内解除合同未说明理由是否属于违法解除 / 76
- 8. 口头方式约定试用期有效吗 / 77
- 9. 在规章制度中规定试用期是否有效 / 78
- 10. 隐瞒影响工作的病情是否属不符合录用条件 / 78
- 11. 前10天培训的,试用期能否从第11天开始 / 79
- 12. 试用期内服务期限解除条款的效力 / 80
- 13. 能否以不符合录用条件解除试用期内“三期”女职工 / 81
- 14. 以经济性裁员为由解除试用期内劳动者是否合法 / 81
- 15. 解除试用期内患精神病的劳动者是否合法 / 82

**第五章 严重违反规章制度解除** / 84

- 一、规章制度概述 / 84
- 二、规章制度相关规定梳理 / 86
- 三、规章制度的性质 / 87
- 四、三学说在程序瑕疵规章制度效力认定上的实践 / 88
- 五、规章制度的生效要件及司法实践 / 92
- 六、规章制度无效的不应为自始无效 / 96
- 七、劳动合同、集体合同与规章制度三者之冲突规则 / 97
- 八、严重违反规章制度的认定标准 / 98
- 九、无规章制度或无效时解除劳动者的依据 / 100
- 十、对规章制度的立法建议 / 101

## 疑难问题 / 102

1. 口头规章制度是否有效 / 102
2. 倡导性规定能否作为严重违纪的制度依据 / 103
3. 能否以违反计划生育为由解除女职工 / 103
4. 人民法院审查规章制度的合理性是否合法 / 106
5. 能否以严重违纪解除因利益冲突罢工的职工 / 107
6. “算老账”解除劳动合同是否合法 / 109
7. 以严重违纪解除拒绝缴保劳动者是否合法 / 110
8. 以严重违纪为由解除“三期”内女职工是否合法 / 111
9. 一个违纪行为可以两罚吗 / 112
10. 解除理由是否以用人单位告知的为准 / 112
11. 能否以集团公司规章制度解除子公司之劳动者 / 114

## 第六章 严重失职与营私舞弊解除 / 116

- 一、严重失职与营私舞弊解除相关规定梳理 / 116
- 二、严重失职解除的界定与认识 / 117
- 三、营私舞弊解除的界定与认识 / 119
- 四、重大损害的标准 / 121
- 五、严重失职与严重违反规章制度两者关系及其适用 / 123

## 第七章 双重劳动关系解除 / 125

- 一、双重劳动关系解除概述 / 125
- 二、双重劳动关系及其解除相关规定梳理 / 126
- 三、利益冲突解除操作要点 / 128
- 四、拒不改正解除操作要点 / 129
- 五、借调、借用与双重劳动关系解除 / 130

## 疑难问题 / 131

1. 解除向有竞争关系企业投资之技术人员是否合法 / 131
2. 能否要求“另一”用人单位支付解除之经济补偿金 / 131
3. “另一”用人单位以双重劳动关系解除是否合法 / 132

## 第八章 劳动者欺诈解除 / 134

- 一、劳动者欺诈解除的由来 / 134
- 二、劳动者欺诈解除的法定情形 / 136
- 三、劳动者欺诈解除的法律后果 / 139

疑难问题 / 140

1. 未为使用假文凭劳动者缴社保是否需承担工伤责任 / 140
2. 劳动者隐瞒怀孕订立的劳动合同是否有效 / 141
3. 明知他人代签劳动合同而不反对的,是否有效 / 142
4. 全日制大学生隐瞒身份签订劳动合同是否有效 / 143

第九章 被追究刑事责任解除 / 146

- 一、对“被依法追究刑事责任”的认定误区 / 146
- 二、劳动者被限制人身自由,用人单位怎么办 / 147
- 三、不得以旷工为由解除被限制人身自由的劳动者 / 148
- 四、被无罪释放请求继续履行劳动合同能否支持 / 148
- 五、对被追究刑事责任解除制度的立法建议 / 149

第十章 医疗期满解除 / 151

- 一、医疗期满解除概述 / 151
- 二、医疗期满解除相关规定梳理 / 152
- 三、医疗期满的界定 / 154
- 四、构成医疗期满解除之要件事实 / 159
- 五、医疗期满解除与“三期”女职工保护 / 160
- 六、“泡病假”之预防措施 / 161
- 七、病假工资计算模式(以上海为例) / 162

疑难问题 / 172

1. 辞职后患病,在离职前能否撤销辞职并享受医疗期 / 172
2. 医疗期满解除要不要事先做劳动能力鉴定 / 173
3. 零星病假是否应当累计为医疗期(以上海为例) / 175
4. 劳动者违反请假规定的,属于旷工吗 / 176
5. 用人单位有权要求患病劳动者到指定医院复查吗 / 176
6. 期满时患小病,单位是否应支付医疗补助费 / 177
7. 解除医疗期兼职的劳动者是否合法 / 178
8. 未提前 30 天通知或额外支付一个月工资,属于违法解除吗 / 179
9. 能否以医疗期满解除精神病劳动者 / 180

第十一章 不能胜任工作解除 / 182

- 一、不能胜任解除的定义及其评价方法 / 182
- 二、不能胜任解除相关规定梳理 / 184

三、构成不能胜任解除之要件事实 / 185

四、不能胜任工作的认定及操作流程 / 187

五、不能胜任与末位淘汰的融合贯通问题 / 192

#### 疑难问题 / 192

1. 劳动者未确认绩效考核是否有效 / 192

2. 临时对劳动者进行业绩考核是否有效 / 193

3. 通过民主测评获得的绩效考核结果是否有效 / 194

4. 能否以不胜任为由对七至十级工伤职工调岗降薪 / 195

### 第十二章 客观情况发生重大变化解除 / 197

一、客观情况发生重大变化解除 / 197

二、构成客观情况发生重大变化之要件事实 / 198

三、客观情况发生重大变化解除相关规定梳理 / 200

四、情势变更原则与客观情况发生重大变化解除 / 201

五、客观情况解除与客观经济情况解除的区别与联系 / 203

六、部门撤并是否属于“客观情况发生重大变化” / 205

#### 疑难问题 / 207

1. 以企业跨地区搬迁为由辞职可获得经济补偿吗 / 207

2. 用人单位搬迁是否属于客观情况发生重大变化 / 208

### 第十三章 经济性裁员 / 210

一、经济性裁员的定义 / 210

二、经济性裁员相关规定梳理 / 212

三、经济性裁员的两个要素 / 214

四、经济性裁员的四个限制 / 217

五、经济性裁员的操作实践 / 218

#### 疑难问题 / 224

1. 上海企业依法裁员但拒绝集体协商的是否有效 / 224

2. 企业能否以管理困难为由进行经济性裁员 / 225

3. 企业是否有权安排劳动者待岗且只发生活费 / 226

### 第十四章 推定解雇 / 233

一、推定解雇的定义 / 233

二、推定解雇相关规定梳理 / 235

- 三、推定解雇在我国的发展 / 236
- 四、构成推定解雇之要件事实 / 237
- 五、推定解雇的告知义务 / 238
- 六、劳动条件与劳动保护含义辨析 / 239
- 七、随时通知解除的推定解雇 / 240
- 八、立即解除的推定解雇 / 247

**疑难问题** / 250

- 1. 之前未缴社保可否作为现在解除劳动合同之理由 / 250
- 2. 能否以公司规定每月提取风险押金为由解除劳动合同 / 251
- 3. 劳动者辞职的,用人单位是否无须支付年休假工资 / 252
- 4. 能否以拒发高温津贴为由辞职并获得经济补偿 / 253
- 5. 推定解除不成立时对劳动者如何处理 / 255
- 6. 劳动者离职原因无法查明的应如何处理 / 256
- 7. 招聘广告对用人单位是否有法律约束力 / 257
- 8. 劳动合同履行期间约定劳动者提供担保是否有效 / 258

**第十五章 不服从调岗解雇** / 260

- 一、调岗权的概念 / 260
- 二、调岗权的理论研究梳理 / 263
- 三、调岗权相关规定梳理 / 265
- 四、我国调岗权之司法实践 / 266
- 五、董事会免除高管职务后之特殊调岗权 / 269
- 六、构成不服从调岗解雇之要件事实 / 270
- 七、调岗权滥用认定标准 / 271

**疑难问题** / 273

- 1. 依法调岗的,劳动者以降薪为由拒绝是否合法 / 273
- 2. 用人单位是否有权单方决定下调管理人员职务 / 273
- 3. 能否调整不能够胜任工作之“三期”女职工岗位 / 275

**第十六章 事实劳动关系解雇** / 277

- 一、劳动关系及相关概念 / 277
- 二、雇佣关系与劳动关系的区分 / 281
- 三、事实劳动关系的认定 / 282
- 四、特殊情况下事实劳动关系的认定 / 292

## 五、事实劳动关系的解雇 / 300

## 疑难问题 / 303

1. 自备工具快递员与快递公司是否存在劳动关系 / 303
2. 出租车公司与司机之间是否存在劳动关系 / 304
3. 冒充他人就业劳动者是否构成劳动关系 / 305

## 第十七章 劳动合同终止 / 306

- 一、劳动合同终止概述 / 306
- 二、劳动合同终止相关规定梳理 / 307
- 三、构成劳动合同期满终止之要件事实 / 309
- 四、劳动者丧失主体资格的终止 / 312
- 五、用人单位丧失主体资格的终止 / 316

## 疑难问题 / 319

1. 第三次固定期限合同期满后用人单位能否单方终止 / 319
2. 死亡劳动者某个近亲属申请劳动仲裁是否合法 / 320
3. 医疗期内达到法定退休年龄能否终止劳动合同 / 321
4. 期满后继续工作的单位能否随时终止劳动关系 / 322
5. 订立劳动合同时约定期满后自动续延是否有效 / 323
6. 劳动合同期满续签的应否享有一个月宽限期 / 324

## ► 解雇管理篇

## 第十八章 解雇手续 / 329

- 一、解雇手续的概念 / 329
- 二、解雇手续相关规定梳理 / 329
- 三、用人单位的提前通知义务 / 331
- 四、办理工作交接和出具离职证明 / 335
- 五、支付劳动报酬和经济补偿等款项 / 336
- 六、办理档案和社会保险关系转移手续 / 336
- 七、用人单位拒办解雇手续的法律责任 / 337

## 疑难问题 / 340

1. 在退工证明中如实记载“负面”事实是否合法 / 340
2. 对虚假记载的离职证明能否通过仲裁诉讼维权 / 341
3. 以会计拒办交接为由不出具离职证明是否合法 / 342

4. 以离职劳动者拒不交接为由扣发工资是否合法 / 343
5. 以无工会为由而未提前通知工会是否合法 / 343
6. 离职劳动者有权获得年终奖金吗 / 344
7. 对旷工或违纪职工以登报公告形式解除是否有效 / 346

## 第十九章 经济补偿法律适用 / 348

- 一、经济补偿概述 / 348
- 二、经济补偿相关规定梳理 / 349
- 三、经济补偿的性质 / 355
- 四、经济补偿的支付范围 / 358
- 五、经济补偿的分段计算法 / 360
- 六、加发经济补偿金、额外经济补偿金、加付赔偿金与赔偿金 / 363

### 疑难问题 / 369

1. 以严重违纪为由不续订是否要支付经济补偿 / 369
2. 医疗期满解除经济补偿的月工资如何确定 / 370
3. 关联企业间调动必须支付经济补偿吗 / 371
4. 未说明理由辞职要经济补偿支付吗 / 372
5. 被动更换派遣公司是否要支付经济补偿 / 372
6. 试用期内以未缴社保为由解除能否获得经济补偿 / 373
7. 派遣劳动者“被转正”是否应支付经济补偿 / 374
8. 无用工主体资格单位有支付经济补偿义务吗 / 374
9. 解除退休返聘人员要支付经济补偿吗 / 375
10. 以违法解除为由要求支付经济补偿能否支持 / 376
11. 协议经济补偿低于法定标准能要求补差吗 / 377
12. 劳动合同约定经济补偿低于法定标准是否有效 / 378
13. 劳动合同中约定违法解除需付经济补偿是否合法 / 379
14. 以未及时足额支付加班费为由解除能获得经济补偿吗 / 379
15. 弃保劳动者以未缴为由解除能否获得经济补偿 / 380
16. 以异地缴保为由解除能否获得经济补偿 / 381
17. 辞职后能否以未缴社保之新理由获得经济补偿 / 382
18. 经营期限届满不再经营需支付经济补偿吗 / 383
19. 能否以委托代缴社保为由解除并获得经济补偿 / 384
20. 以未办工作交接为由拒付经济补偿是否合法 / 385
21. 拒付五级至十级工伤辞职职工经济补偿是否合法 / 386



- 22. 劳动合同约定提前支付经济补偿是否合法 / 387
- 23. 不将军龄计算为经济补偿之工作年限是否合法 / 387
- 24. 合同中止期间不算作连续工作年限是否合法 / 389
- 25. 经营期限届满经济补偿年限包括 2008 年 1 月 1 日之前吗 / 390

## 第二十章 竞业限制法律适用 / 392

- 一、竞业限制概述 / 392
- 二、竞业限制协议的性质为对接民事协议 / 393
- 三、竞业限制相关规定梳理 / 394
- 四、竞业限制协议的生效与解除 / 395
- 五、竞业限制之劳动者范围的确定 / 396
- 六、竞业限制的行业领域 / 397
- 七、竞业限制违约金应定性为赔偿性违约金 / 398
- 八、竞业限制经济补偿的支付标准及提前支付 / 400
- 九、劳动者的违约责任 / 402
- 十、司法实践中违约金调整主要参考因素 / 404
- 十一、竞业限制违约责任与侵权责任竞合问题 / 405

### 疑难问题 / 408

- 1. 以规章制度方式规定竞业限制义务是否有效 / 408
- 2. 商业秘密公开劳动者能否解除竞业限制协议 / 409
- 3. 在保守商业秘密协议中约定违约金是否有效 / 409
- 4. 达到法定退休年龄终止时竞业限制条款是否有效 / 410
- 5. 以非货币形式给付竞业限制经济补偿合法吗 / 411
- 6. 用人单位违法解除时竞业限制协议是否有效 / 412
- 7. 劳动者在职期间是否负有竞业限制义务 / 414
- 8. 配偶开业生产或经营同类产品是否违反竞业限制约定 / 415
- 9. 约定竞业限制经济补偿低于最低工资是否有效 / 415

## ► 解雇责任篇

## 第二十一章 劳动者赔偿责任 / 421

- 一、“咸猪手”事件 / 421
- 二、劳动者赔偿之必要性 / 422
- 三、劳动者赔偿相关规定梳理 / 422