

# 百悦法律简报

企业合法退工裁员 专刊

2008 年 12 月 16 日



上海百悦律师事务所 编辑

《百悦法律简报》重点介绍同企业有密切联系的国内最新立法及相关判例，同时提供公司、外商投资、知识产权、国际贸易等领域的法律动态，并进行必要评述。简报旨在宣传介绍国内法律最新动态，普及法律常识。敬请受众勿依赖此为正式的法律意见。如果您对简报任何内容感兴趣或有任何问题需要帮助，请与本所联系，本所经验丰富的专业律师将给您满意的解答。

主 编：章琦

电子邮件：[company-lawyer@sohu.com](mailto:company-lawyer@sohu.com)

网 址：<http://www.barrylawyer.com>; <http://www.company-lawyer.net>

地 址：上海市浦东新区东方路 1988 号华南大厦 701 室 邮编：200125

## 《企业合法退工裁员专刊》

2008 年 1 月 1 日以来，《劳动合同法》、《劳动争议调解仲裁法》和《劳动合同法实施条例》先后颁布实施，整个 2008 年可谓“劳动法年”。

新法的不断出台，对裁员、解雇的条件及程序规定比过去更严格，操作稍有不慎将会给企业带来重大用工风险。如何合法裁员，并能最大限度降低企业可能承担的风险，是企业必须思考的问题。

本刊将就企业在新的劳动法律（规）体系下如何合法退工裁员进行专门介绍。

### 一、试用期内企业如何合法裁员？

试用期内企业裁员应注意两个问题：

1、劳动合同中约定的试用期不得超过《劳动合同法》第 19 条约定的期限，一旦超过，将不能适用试用期裁员的规定。

2、走出试用期内企业可无理由裁员的误区。过去有观点认为试用期内企业可以无理由与员工解除劳动关系，不过从法律规定来看，事实上并未赋予企业可任意解除劳动合同的权力。相反，除非企业能证明员工在试用期内不符合录用条件，否则一样不能随意裁员。

**评析：**如何证明员工不符合录用条件，这与企业当初设定的录用条件有很大关联。换言之，企业在录用前就应做好相应的准备工作（包括招聘广告、员工入职登记表的设计等），以便在试用期内发现员工达不到录用条件后便可以合法退工。

### 二、合同到期后如何合法裁员

这里需区分两类情况：

1、合同到期时尚不具备签订无固定期限劳动合同的条件（具体是否具备此项条件可参见《劳

劳动合同法》第14条),此时企业可自行终止劳动合同。此种情形下企业无提前30天通知员工的义务,只要按员工工作年限支付经济补偿金即可。当然,如果在女职工“三期”或停工医疗期内,则另当别论。

2、合同到期时已具备签订无固定期限劳动合同的条件,此时员工有权要求企业与其签订无固定期限劳动合同。问题在于,如果企业不同意签订无固定期限劳动合同或双方就合同条款无法达成一致的,应如何处理?对此有两种不同意见:一种意见认为,劳动合同的签订需双方协商一致,如双方无法达成一致的,则企业应按合同终止支付补偿金即可。第二种意见认为,如双方无法达成一致的,应按法律规定的标准就不一致的内容进行约定。具体的法律依据是《劳动合同法实施条例》第11条的规定。笔者赞同第二种观点。

**评析:**如果员工一定要求单位签订无固定期限劳动合同,从法律上讲单位很难直接拒绝,此时将充分考验企业管理人员的法律智慧。即使签订了无固定期限合同,企业也并非束手无策,具体可参见本刊第三条。

### 三、合同未到期如何合法裁员

这是企业面临裁员风险最高的一种情况。如果此时企业强行裁员,对员工而言有两种选择,一是可以要求恢复劳动关系直至合同期满,二是不要求恢复劳动关系,但要求企业支付相应的双倍赔偿和待通金,并且该赔偿额不受3倍月平均工资的限制。而对企业而言,最大的难点在于如何证明员工严重违纪或严重失职给单位造成损害,这样的举证通常在法律上实现的难度很高,而这也是企业在劳动争议案件中败诉率高的主要原因。

**评析:**企业在处理这类情况时,除需要制订严密的规章制度,加强日常的考评和奖惩管理,尽量形成书面文件外,更要有足够的耐心和打持久战的准备。另外企业要充分了解员工的心理状态,针对不同的个体,制订不同的因应策略,亦需要通过变薪调岗、轮岗培训、绩效考核和施加工作压力等多种方法来迂回实现目的。

### 四、通过外服等劳务派遣机构录用员工的用工单位如何合法裁员?

很多公司或外国企业代表处(用工单位)通过外服等劳务派遣单位(用人单位)以劳务派遣的方式在境内用工。按照现行的法律规定,此种情况下发生劳动争议时,用工单位和用人单位需共同向劳动者承担责任。换言之,用工单位虽然将人事功能外包,但一样要承担劳动法上的责任,只不过与普通的裁员程序存在以下不同:

1、用工单位的裁员属于“退回”的概念。换言之,“退回”员工并不意味着劳务派遣单位与员工劳动关系的解除。只是这种情况下,用人单位往往会把所有其应承担的责任全部转嫁给用工单位。

2、低工资员工的退回。工资比较低的员工,是指其工资收入与本市职工最低工资差别不大的员工。此种情况下的退回,用人单位会将其应承担的责任转嫁给用工单位。

3、高工资员工的退回。工资比较高的员工退回,用工单位可以给员工两种选择:

1)用工单位可以要求员工自动辞职或签订三方协议(用工单位、用人单位和劳动者),由用工单位支付一定的经济补偿,以达到退工的目的。

2)将员工直接退回给用人单位,由用人单位以本市职工最低工资标准向员工支付工资,直至其与用人单位的劳动合同期满。该部分工资的支付由用工单位向用人单位补偿。

高工资员工在权衡各种利弊关系后,可能会选择第一种模式,这无疑是对用工单位和用人单位风险较小的模式。

4、签订无固定期限劳动合同员工的退回。如果员工具备了签订无固定期限劳动合同的条件,要求与用人单位签订无固定期限劳动合同,而用人单位又约定将上述责任转移给用工单位,此时用工单位是否有权退回员工?笔者个人理解,无固定期限劳动合同只对员工与用人单位生效,并不直

接约束用工单位。换言之，如果用工单位此时退回的话，仅需承担经济补偿金和待通金的责任。至于无固定期限劳动合同项下继续履行合同的义务应由用人单位自行承担。

**评析：**采用劳务派遣的模式，并不必然降低企业的用工风险。实践中由于用工单位与用人单位签订的劳务派遣协议都是由用人单位提供的格式文本，其中的内容多数对用工单位不利，并且往往约定将风险转嫁给用工单位。这样的后果是风险全部由用工单位承担，用人单位则可以在不承担零风险的情况下坐享收益。因此，用工单位如何与用人单位正确签订劳务派遣协议，合理分配双方的风险，应成为用工单位在劳务派遣模式中着重考虑的问题。

## 五、被裁对象为企业高管的，如何裁员？

高管的聘用在法律体系中属于公司法与劳动法的竞合。对于此类人员的解聘，主流观点认为应适用公司法而非劳动法。理由是高管作为职业经理人，是资本代理人。企业高管是受企业投资人信托的受托人，而非普通的劳动者，所以对高管的辞退应依照公司法及公司章程的规定，而不受劳动法之诸多限制。

**评析：**笔者也赞同该主流观点，企业高管的解聘应不受劳动法约束，此时企业也无需支付赔偿金或补偿金等。另外企业需要充分重视公司章程的作用，因为公司章程不仅对出资人、公司本身有约束力，对公司高管、董（监）事等均具有约束力。故企业聘请高管时应履行必要的公司法律程序，特别是在公司章程中明确载明高管的聘用和解聘程序，以免与普通的劳动关系混同。

## 六、集体裁员

符合《劳动合同法》第 41 条规定的情形，企业可以实施集体裁员。但此时实施集体裁员的，除要履行必要的程序如听取工会或职工意见外，仍然要承担经济补偿金和待通金。

**评析：**集体裁员的关键在于需要取得劳动行政部门的认同。与政府部门良好沟通的结果往往是集体裁员成功的关键。

## 结语：

现行的劳动法律制度造成企业解聘员工的难度越来越大，而通过和员工友好协商解决争议以及让员工自行提出辞职等非讼途径，始终是降低企业退工风险的首选模式。当然，实行该模式不仅涉及法律问题，还涉及心理学、社会学等诸多方面，也需要员工所在部门、人事部门、法务部门和外部律师之间的紧密配合。无论如何，强行解聘和提交劳动争议程序是企业裁员的最后手段，运用必须谨慎之又谨慎。

如需了解更多资讯，可以访问上海公司律师网（[www.company-lawyer.net](http://www.company-lawyer.net)）。

