公司过错解雇的11个棘手问题

[（一） 试用期“泡病假”如何证明不符合录用条件？ 1](#_Toc470279905)

[（二） 未约定录用条件，试用期就不能解雇了吗？ 4](#_Toc470279906)

[（三）严重违纪的“严重”如何认定？ 6](#_Toc470279907)

[（四） 病假手续瑕疵能算旷工吗？ 8](#_Toc470279908)

[（五）不定时工作制员工如何证明“旷工”？ 13](#_Toc470279909)

[（六） 规章制度未列明的违纪行为不能解雇了吗？ 16](#_Toc470279910)

[（七）规章制度的民主程序怎么做？ 19](#_Toc470279911)

[（八）严重失职的“重大损害”如何证明？ 19](#_Toc470279912)

[（九）公司能禁止员工非工作时间兼职吗？ 21](#_Toc470279913)

[（十）员工被治安拘留能否解雇？ 22](#_Toc470279914)

**（一） 试用期“泡病假”如何证明不符合录用条件？**

**【案情简介】**

张某与某公司签订了3年的劳动合同，其中约定试用期为3个月。张某某刚入职公司工作10天左右，因胃溃疡入院治疗2个多月。入院后，张某的试用期即将届满。对此，公司的HR很疑惑，张某入职10天左右即休病假2个多月，公司还没有充足的时间考察他的工作能力，如果将其转正，无法确保其一定胜任岗位要求；如果不将其转正，又该如何处理张某的劳动关系呢？可以延长他的试用期吗或者可以终止与他的劳动合同吗？

对于试用期内休长期病假的员工，公司处理方式的误区：

**1、单方面延长试用期**

很多公司对于像张某这样的员工，可能会产区单方面延长试用期的办法。这种做法看似比较合情合理：员工刚入职工作即休较长时间的病假，待员工病情痊愈时，已经将近或者超过试用期了，而公司并未对员工的工作能力等方面有充分的时间予以考察，如果就此将员工转正，对公司来说似乎不太公平。但是公司单方面延长试用期的办法实际上是一种单方面变更劳动合同的行为，按照劳动法的规定，变更劳动合同，应当遵循平等自愿、协商一致的原则。公司未征得张某的同意，单方变更（即延长）试用期的决定没有法律依据。

**2、试用期到期直接解除劳动合同**

根据我国原劳动部办公厅《合同制工人在试用期内患病医疗问题给宁波市劳动局的复函》(劳办险字［1989］3号)和原劳动部颁发的《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条的规定，劳动者在试用期内患病或非因工负伤，可以享受的医疗待遇，医疗期限为3个月。因此，职工在试用期也享有医疗期的权利，公司不能在试用期满时以职工试用期病假时间太长无法考核为由直接与职工解除劳动合同。

如何正确处理试用期内长期休病假的员工

**1、中止条款的约定**

现行劳动法中没有劳动合同中止条款的约定，但是也没有禁止约定劳动合同中止情形的约定，而我国部分地区法规政策中有劳动合同中止条款的约定，如上海市《关于本市劳动者在履行劳动合同期间患病或者非因工负伤的医疗期标准的规定》第26条：“第二十六条劳动合同期限内,有下列情形之一的，劳动合同中止履行：

（1）劳动者应征入伍或者履行国家规定的其他法定义务的；

（2）劳动者暂时无法履行劳动合同的义务，但仍有继续履行条件和可能的；

（3）法律、法规规定的或者劳动合同约定的其他情形。劳动合同中止情形消失的，劳动合同继续履行，但法律、法规另有规定的除外。”《山西省劳动合同条例》第23、24条：“用人单位与劳动者协商一致，可以中止履行劳动合同，中止履行劳动合同期间，用人单位和劳动者双方暂停履行劳动合同的有关权利和义务。协商中止履行劳动合同的，双方应当书面约定劳动合同恢复履行的期限或者条件。中止履行劳动合同的期间，不计入劳动者在用人单位的工作年限。中止履行劳动合同的情形消失，除劳动合同已经无法履行外，劳动合同应当恢复履行。”

因此，企业可以尝试在劳动合同中约定，在试用期内因为劳动者原因无法到岗工作的，视为试用期中止，待劳动者到岗后恢复劳动合同继续履行试用期的权利义务。

**2、试用期转正（考核）条款的约定**

根据《劳动合同法》第21条规定：“除劳动者有本法第39条和第40条第一项、第二项规定的情形外，用人单位不得解除劳动合同。用人单位在试用期解除劳动合同的，应当向劳动者说明理由。”因此，如果企业在试用期内与员工解除劳动合同，应由充分合理的理由。也就是说，企业应有明确的录用或转正条件且已经向劳动者公示过。 因此，企业可以在录用或转正条件中规定：试用期员工在岗时间必须达到一定的比例，否则应视为试用期考核不合格；或者试用期内因病导致工作较长时间无法正常开展的，视为员工身体条件不能达到岗位要求，不能胜任工作等。

**3、一定条件下的延长试用期**

试用期是否可以延长，在满足一定条件下应可以延长试用期：

条件一，原来约定的试用期限小于法律规定的最长期限。即上述案例中，张某的劳动合同是3年，根据劳动合同法规定，三年期限的劳动合同可以约定6个月的试用期，而张某的劳动合同仅约定了3个月的试用期。

条件二，试用期延长必须与劳动者协商一致。

条件三，延长后的试用期与之前约定的试用期之和不大于法定的最长试用期限。

条件四，延长试用期必须在之前约定的试用期到期前提出

将试用期的出勤天数作为录用条件，主要是针对缺勤、事假情况的考核。不太适用于试用期请病假的情况。对于在试用期请病假，公司与员工无法达成协议延长试用期的情况，可根据绩效指标等录用条件来考核。

**（二） 未约定录用条件，试用期就不能解雇了吗？**

**【案情简介】**

某公司新开发一款产品，为迅速打开市场，面向社会公开招聘一名销售经理，招聘广告要求应聘人员须符合“大学本科以上学历，三年以上同行业销售经验，有事业心，能承受较大工作压力，具备较强市场开拓能力”的条件。

招聘广告发布后，周某前来应聘，其自身条件符合“大学本科以上学历，三年以上同行业销售经验”，面试时周某口若悬河、滔滔不绝，自称在行业内人脉广泛，如其担任销售经理，必能很快打开销售局面，每季度至少也能有500万元销售额。该公司领导为其所动，遂决定聘任其为公司销售经理，合同期限3年，试用期3个月，试用期内底薪2万元，试用期满后底薪3万元，并外加丰厚销售提成，但双方未约定录用条件。

然而周某就任后的表现却让公司领导大跌眼镜，到3个月试用期快结束时，销售额尚不到100万元，远低于周某500万元的承诺，但周某仅报销所谓的营销费用就达到5万余元。该公司领导不由心生怀疑，一打听，得知周某面试时所谓的人脉广泛等均不过是周某自吹自擂而已，根本不是事实，而且周某在前任公司就是因为不能胜任工作而被炒鱿鱼的。

一气之下，该公司领导要求人事部门立即以不符合录用条件为由让周某走人。周某离开公司后即到劳动争议仲裁委员会申请仲裁，要求该公司支付违法解除劳动合同赔偿金。因该公司无法证明录用条件的具体内容，也不能提供周某不符合录用条件的证据，最后劳动争议仲裁委员会裁决该公司解除劳动合同违法，向周某支付赔偿金2万元。

【分析】

明明是周某不能兑现其承诺，给公司销售带来巨大影响，为什么最终却以公司人财两空，哑巴吃黄连——有苦难言收场？作为用人单位，如何避免此类风险？

《劳动合同法》第二十一条中规定，在试用期中，除劳动者有该法第三十九条和第四十条第一项、第二项规定的情形外，用人单位不得解除劳动合同。《劳动合同法》第三十九条中规定，劳动者在试用期间被证明不符合录用条件的，用人单位可以解除劳动合同。由此看来，该公司以周某不符合录用条件为由解除劳动合同并无不当，为什么会被认定违法解除劳动合同并支付赔偿金？

问题的关键在于证据。因为按照前述《劳动合同法》第三十九条中的规定，用人单位以劳动者不符合录用条件为由解除劳动合同时，劳动者在试用期间不符合录用条件的事实必须“被证明”，否则不能解除劳动合同。也就是说，用人单位必须举证证明劳动者在试用期间不符合录用条件。而要对此进行证明，用人单位必须从以下几个角度进行：

（1）约定有录用条件；

（2）有劳动者在试用期间的表现记录；

（3）劳动者在试用期间的表现不符合约定录用条件。

其中约定有录用条件是进行证明的前提，因为如果连录用条件都没有，何从谈符不符合录用条件？而本案中，该公司正好就连录用条件也没有和周某作出约定，自然无法证明周某不符合录用条件，败诉也属情理之中。

因此，作为用人单位，要想避免蹈本案中某公司的覆辙，就必须引起对录用条件的重视，制定并和劳动者约定录用条件，并记录和保留劳动者在试用期间的表现。

**（三）严重违纪的“严重”如何认定？**

严重违纪，从劳动法角度是指严重违反公司规章制度。在我国，企业可以通过建立企业的规章制度来约束、激励、管理员工。《劳动合同法》第三十九条规定，劳动者有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，而无需支付经济补偿金。至于 “严重违纪”的标准，法律并没有没有统一的量化指标，企业可根据自身情况，对“违纪”“严重违纪”等加以界定。在现实生活中，很多企业认为既然法律把“严重违纪”的界定权交给企业，就可以为所欲为，无限地放大员工的责任，减少自身风险，将并不严重的违纪行为规定为“严重违纪”以此来解除劳动合同，这种现象严重侵犯了劳动者的合法权益。处于弱势的劳动者，如果发现公司的规章制度"严重违纪"的界定不合理，不合法，侵犯到自己的合法权益，依法有权对该界定的有效性提出异议。

**【案例简介】**因琐事顶撞经理被除名 油漆工法院维权获支持

油漆工刘赴，为了更换工作鞋与经理发生争执后，被公司予以除名，刘赴一怒之下将公司告上法庭。近日，上海市嘉定区人民法院以原告行为未达到严重违纪的程度为由，判决单位支付解除合同的赔偿金、当月工资、加班费差额等共计3万余元。

刘赴为上海市外来从业人员，1996年刘赴进入某加热设备公司任油漆工。2008年6月，刘与公司经理因是否为刘更换工作鞋的问题起了争执。同日，公司向刘赴发出书面通知称，因刘赴在上班时间，不服从上级主管分配的工作，出言顶撞，恶言相向，严重违反劳动纪律，此行为违反《劳动法》及公司《职工管理条例》，公司决定予以除名。后经过嘉定区劳动争议仲裁委员会裁决后，刘赴不服，诉至嘉定法院。

庭审中被告辩称，原告在被告要求其给一批货物刷底漆的指示后，以鞋坏为理由拒绝工作，并口出秽言，引起员工围观。原告的行为严重违反了公司的劳动纪律，用人单位可以解除劳动合同，被告经工会讨论后，作出的除名决定是合法的。

嘉定法院审理后认为，违纪是否严重，一般应当以劳动法规所规定的限度和用人单位内部劳动规则关于严重违纪行为的具体规定作为衡量标准。原告与被告的经理因工作鞋的问题发生争执，该行为未达到严重违纪的程度，被告作出给予原告除名处分决定的理由并不充分，法院不予支持。最终，法院依法判决被告支付解除劳动合同关系赔偿金、当月工资、加班费差额等共计3万余元。

本文所涉及的法条：

《劳动合同法》

第四条　…用人单位在制定、修改或者决定有关劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利、职工培训、劳动纪律以及劳动定额管理等直接涉及劳动者切身利益的规章制度或者重大事项时，应当经职工代表大会或者全体职工讨论，提出方案和意见，与工会或者职工代表平等协商确定。在规章制度和重大事项决定实施过程中，工会或者职工认为不适当的，有权向用人单位提出，通过协商予以修改完善。用人单位应当将直接涉及劳动者切身利益的规章制度和重大事项决定公示，或者告知劳动者。

第三十九条　劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同： …（二）严重违反用人单位的规章制度的；…

第七十七条　劳动者合法权益受到侵害的，有权要求有关部门依法处理，或者依法申请仲裁、提起诉讼。

**（四） 病假手续瑕疵能算旷工吗？**

**【案情简介】**员工拒交病假单原件，能否以旷工为由辞退？

周某于2007年1月4日至某公司工作，双方最后一份《劳动合同》期限为2011年1月1日至2013年12月31日，月基本工资人民币6,000元、月岗位奖金2,820元等。2013年7月27日，周某因心律失常至上海市东方医院就诊，医生开具有2013年7月27日至2013年8月9日期间的病情证明单。2013年7月31日，周某填写请假申请表向公司申请2013年8月1日至2013年8月9日的病假，并提供病情证明单原件。后周某分别多次至上海市东方医院就诊，医生均开具病情证明单，休息期间呈连续状态，病假期限直至2013年12月31日。该些病情证明单开具后，周某均将复印件及挂号费收据复印件邮寄给公司。

2013年9月中旬，公司告知周某，其提供的病情证明单等均系复印件，公司不予准假，并要求周某由公司人员陪同至仁济医院复诊。周某随后回复称，公司《员工手册》规定可以在上班后第一天交病假单原件，因身体原因需要休息，公司可派人上门查看病情证明单原件。 2013年10月12日，公司向周某邮寄《病假期结束告知书》，再次要求周某提供挂号单以及诊断证明原件，否则视为严重违反公司病假管理规定，并将视同周某自动离职。周某随后收到该告知书等。但周某仍未提交相关原件。

2013年12月3日，公司向周某邮寄《告知函》，载有“你寄给公司的病情证明单等都是复印件，是无效的。医院给你出具病情证明单的原件就是给你交给公司请假用的，请你务必于12月6日之前将病情证明单原件交给公司，如你有需要请你自留病情证明单复印件。你作为一名公司员工，提供病情证明单是你应做的义务。如果收到本通知函后一直不提供病情证明单原件，公司将视为无效请假，并视为旷工”等。周某随后收到该告知函。

2013年12月19日，公司再次向周某邮寄《告知函》，载有“公司于2013年12月3日告知你将所有病情证明单原件交给公司，至今未收到你的任何回复，期间所有请假为无效请假，视为旷工。2013年12月6日至今你未将上述材料提供给公司，2013年12月25日前，请对此作出回复，逾期公司将按期按照员工手册及病假相关规定进行处理”等。周某随后收到该告知函。 2013年12月27日，公司向周某邮寄《“解除/终止劳动合同”通知书》，载有“你自2013年8月1日开始请病假至今，公司多次发邮件、发书面告知函告知你履行请假手续、出具病情证明单原件，你都置之不理。因你已严重违反公司病假管理制度，按员工手册„„第四章惩处第1项第10条„„员工具有下列情况之一者， 应予以‘开除、解雇或免职’处分。连续旷工3天或全年旷工达7日以上者„„公司将与你解除/终止劳动合同”等。周某于2013年12月29日收到该通知书。

此外，2013年12月27日之前，公司多次拿着周某的病假单复印件去东方医院核实，得出的结论均为病假单为真实。

维权：劳动者仲裁、一审均败诉

周某随后申请仲裁，要求公司支付违法解除劳动合同赔偿金119,364元。但未获仲裁支持。周某起诉至法院。

一审法院认为，劳动者严重违反用人单位规章制度的，用人单位可以解除劳动合同。根据某公司员工手册并结合查明的其他事实，公司解除双方劳动合同合法有据。依员工手册之《考勤及假期管理办法》的规定，员工病假连续超过三天者，除了提供就诊证明和挂号单外，另需提供医院出具的休假证明，且要求在上班的第一天交到人事行政部。上述规定未明确员工提供的休假证明需是原件还是复印件，周某在病假前期仅提交病情证明单复印件尚有情可原。但周某自2013年8月1日起连续数月，持续请病假，而仅提供病情证明单复印件和挂号费收据复印件，公司作为用人单位对周某病情真实性产生怀疑，进而要求周某提交病情证明单原件当属合理、必要，周某理应予以配合。某公司于2013年9月中旬、10月12日、12月3日、12月19日多次要求周某提交病情证明单原件，并对逾期提交的后果作了警示。周某即使确因身体原因不能亲自当场提交，在长达数月的时间内，也完全有条件以其他方式进行提交，实际上却未予提交，显然违反了作为劳动者应履行的基本义务。结合2013年12月3日、12月19日两份《告知函》的内容，将周某自2013年12月7日起的病假视为旷工合乎情理。截至2013年12月27日，周某连续旷工已经超出3天，依员工手册关于连续旷工3天或全年旷工达7日以上可予开除的规定，某公司解除与周某的劳动合同未违反法律的规定。故周某要求支付违法解除劳动合同赔偿金119,364元的请求缺乏依据，原审遂驳回周某的诉讼请求。

二审：劳动者二审反败为胜

二审认为，根据某公司2009年版员工手册规定：请病假需要提供医院就诊证明和挂号单，否则一律按事假处理。病假连续超过三天者，除了提供上述证明外，另需提供正规二级及以上级别医院的休假证明，且要求在上班的第一天交到人事行政部门。符合以上条件者按照病假六个月内的工资计发。没有提交相应材料或者不符合公司要求的，一律按照事假计算。该劳动手册中并未规定劳动者请病假需提供的材料系原件还是复印件，且明确可在上班的第一天交到人事行政部门。某公司确实多次致函周某要求提供病假单原件，但周某已将相应复印件邮寄给某公司，并告知某公司可上门核实，且从庭审的情况看，周某提交的病假单复印件有相应的原件予以对应。周某的上述行为，并未违反员工手册之规定，也末达到严重违反用人单位规章制度之程度，且至2012年12月27日某公司发出解除劳动合同通知书日，周某尚处于法定医疗期内，故本院认为，某公司以周某未提交病假单原件而认定周某旷工，既缺乏合同依据，亦缺乏法律依据，其于2012年12月27日发函解除双方的劳动合同关系之行为，并不符合劳动法及劳动合同法之相关规定。周某要求某公司支付解除劳动合同的赔偿金，具有事实基础及法律依据，其合理部分，本院予以支持。就赔偿金的具体数额，本院根据周某的基本工资及岗位月度奖的金额及支付情况，酌定为118,000元。据此，依据《中华人民共和国劳动合同法》第四十七条、第八十七条，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（二）项之规定，判决如下： 撤销原判，改判某公司应于本判决生效之日起7日内支付周某违法解除劳动合同赔偿金人民币118,000元。

**【分析】**

请假瑕疵不等同于旷工

本案的主要争议焦点在于本案劳动者拒不按照单位要求将病假单递交给单位，而是要求单位到家中核实，是否构成严重违纪？ 首先，从事实上看，公司认定周某2013年12月7日至2013年12月27日旷工，但该期间周某确实处于病假期间，且公司也去医院核实了周某的病假单均为真实。在公司辞退周某时，周某处于医疗期是个客观事实，不能认定为旷工。

其次，从法律依据上看，公司的员工手册明确规定了劳动者可以在上班后第一天补办请假手续；且即使手续不全也只能视为事假。因此，公司以旷工超出3天为由辞退周某显然缺乏法律和规章制度依据。

最后，从庭审查明的情况看，周某没有故意提交病假单原件的恶意，而是确有情可原：周某所患为心脏疾病，客观上需要静养，确实不方便去公司亲自交病假单；双方在本案之前已经发生过劳动争议，缺乏互信，原告在庭审中表述担心快递中途丢失或公司不承认收到有一定合理性；再者，周某也曾要求公司可派员到家中核实，但公司宁愿多次去就诊医院核实也不愿意到员工家中慰问，有点缺乏人情味。

综上，周某未及时递交病假单原件，充其量是请假程序上存在瑕疵，旷工通常是指应上班而未上班的情形。周某在医疗期内本就不应去上班。因此，周某请假程序上的瑕疵不能等同于旷工，公司败诉应在情理之中。

**（五）不定时工作制员工如何证明“旷工”？**

**【案例简介】**

刘先生曾担任北京塞克先达科技发展有限公司（以下简称塞克先达公司）研发部副总经理，在实行不定时工作制情况下，被公司以“旷工70余天”为由解除劳动关系，双方为此发生争议。在协商不成的情况下，刘先生不得不通过法律程序维护自己的合法权益。经过劳动争议仲裁、一审判决、终审判决后，刘先生最终胜诉，获赔15万余元。

**【争议】**

单位以旷工为由辞退职工刘先生1997年10月入职塞克先达公司，任研发部副总经理，月薪1万元。但自2010年5月起，塞克先达公司开始停发刘先生工资，理由是其“未请假，无故不出勤”。2010年8月，塞克先达公司研究后认定，刘先生“自2010年5月至2010年8月13日期间无故不出勤，也无任何请假手续，按照公司规定，其旷工行为已严重违反劳动纪律，公司按双方劳动合同约定及公司规章制度，依法解除双方劳动关系。”并将公司决定通知了刘先生。对于“旷工”一事，刘先生并不认可，鉴于公司已作出决定，刘先生无奈申请劳动仲裁。

**【判决】**

职工胜诉获赔15万余元仲裁中，刘先生表示自己并不存在旷工，因为其负责的研发项目经常需要外出查找资料，且由于自己的工作性质和职位需要，属于不定时工作制，公司并未对他执行每天考勤制度，所以公司单方解除劳动关系属于违法。

不过刘先生也表示不愿继续在塞克先达公司工作，要求公司支付他2010年5、6月份工资、解除劳动合同经济补偿金等。

海淀仲裁机关审理后裁决塞克先达公司支付刘先生5、6月份工资2000元、解除劳动合同经济补偿金13万元及2010年7月至8月13日生活费953元，对此塞克先达公司不服，起诉至海淀法院。

庭审中，塞克先达公司出示了刘先生的“旷工”考勤记录，对此刘先生不予认可，提出自己因工作及职位需要无需进行考勤，而塞克先达公司也没有证据证明其对刘先生进行过考勤管理。

因刘先生不属旷工，塞克先达公司与其解除劳动关系就属违法，依法应当赔偿。据此法院判决塞克先达公司按仲裁裁决，支付刘先生各项赔偿金。

一审判决后，塞克先达公司提出上诉，二审法院审理后做出了维持原判的终审判决。

**【分析】**

此案的焦点问题是塞克先达公司是否对刘先生执行过每天上下班的考勤制度。因《劳动法》规定，用人单位可以根据自己不同岗位的情况，经过劳动保障部门审批后实行综合计算或不定时工作时间制度。当前许多公司的管理层，因为具有明显的工作机动性强、无法确切衡量工作时间等特点，可以实行不定时工作制，即不需要进行正常工作时间的安排和考勤，而以其工作任务完成情况来考核工作量。

不定时工作制的特点之一就是工作时间上不再存在休息日、节假日，一律由员工根据需要自行安排。因此，如果对某个岗位实行不定时工作制，不能再以标准工时的管理制度要求员工打卡、考勤，更不能以公司员工不记考勤、旷工而作出违纪处理。

本案中，用人单位认为刘先生因执行每天上下班的考勤制度，不请假出勤就是旷工。而刘先生认为自己因工作及职务需要，无需每天考勤，双方各执一词。而法律规定，劳动争议案件中由用人单位承担职工工资、考勤等举证责任，举证不能，承担不利后果。在本案中，恰恰塞克先达公司不能举证证明其对刘先生执行的是每天上下班的考勤制度，因此法院依法采信刘先生无需考勤的主张，刘先生“旷工”自然不能成立。

在实践中，大多数用人单位对实行不定时工作制的人员都放弃或未进行考勤；对于不定时工作制人员的工作考核并不依照工作时间确定，而以工作任务的完成效果作为考核的主要依据。对于不定时工时制度的岗位，公司不能再施行标准工时的考勤管理制度，又如何对实行不定时工作制的员工进行考勤方面管理？

放弃或无法实行考勤制度，并不代表公司无法对其的工作时间进行管理。对于实行不定时工作制的员工，用人单位应该在制定规章制度或劳动合同中有明确的特别条款，对不定时工作制员工的工作时间进行特别的管理。譬如：公司可以针对不定时工作制员工明确规定“一般情况下自由安排工作时间，但是公司需要随叫随到，不服从工作安排视为无故缺勤”之类的规定。也可以采取其他方式考勤，比如约定周会、工作日志、工作业绩等方式检查工作等等。

针对不定时工时制度人员，应当建立起符合岗位性质的考勤管理办法。

无论是实行何种工时制度的员工其均应当服从公司的管理和工作安排，用人单位应当有权根据工作需要要求不定时工作制员工每日到单位出勤，但不宜与标准工时制'朝九晚五'的员工一样维持8小时考勤管理制度，这样可能出现不定时工作制员工的实际提供劳动的时间远远超过平均每天8小时的情况，如果劳动者有充分证据证明，加上其每天出勤之外的工作，其客观上确实每日平均工作时间明显超过8小时，且此状态是经常性的，那么用人单位依然存在支付加班费的风险（未充分保障员工的休息权）。

根据制定的规章制度或劳动合同中有明确的特别条款，就可以对不定时工作制员工进行考勤管理。

**（六） 规章制度未列明的违纪行为不能解雇了吗？**

**【案情简介】**公司无规章制度 违纪员工能不能被辞退

徐某2011年10月份通过外服派遣至某外资公司上海代表处担任行政助理，负责代表处日常行政事务的管理、市场调研及翻译工作。 2012年初因徐某怀孕，该外资公司代表处适当减少了徐某的工作任务，但是徐某仍然感到工作任务很重，工作态度开始有些散漫，并且工作中涉及的英文邮件全部转发给一位案外人，然后该案外人翻译好后再转发回徐某。外资公司代表处发现徐某存在上述情形后，2012年9月份以徐某工作中玩忽职权，违反职业操守，已造成严重失职为由，决定待徐某三期届满即与徐某解除劳动合同。  
　　2012年11月初开始徐某开始申请产假，之后继续申请哺乳假。2013年11月8日徐某三期届满，该代表处根据之前的处理决定对徐某做出了解除劳动合同决定，将徐某退回外服公司。  
　　徐某收到解除通知后提起了劳动仲裁，要求外服公司支付解除合同赔偿金，并要求该代表处承担连带赔偿责任。庭审中徐某认可自己将内部邮件转发案外人，但表示她将公司邮件转发给他人是为了提高工作效率和质量;登录开心网等网站也是为了搜集资料，是为工作登录的;而且最重要的是代表处本身没有根据《劳动合同法》制定过任何规章制度，自己转发邮件及登录开心网站的行为没有相关的规章制度规定进行约束，代表处对其做出的解除合同决定是没有依据的，属于违法解除。仲裁经过审理后却驳回了徐某要求赔偿近的请求。  
　　本案涉及的问题比较有代表性：就是当用人单位没有相关的规章制度或规章制度中没有规定某些具体违纪行为，而员工又确实存在比较明显的违纪情形时，对于该违纪员工用人单位是否可以解除劳动合同?用人单位没有完善的规章制度时如何处理?

**【分析】**

律师认为劳动者在履行劳动合同时除了应遵守用人单位依据《劳动合同法》通过民主程序制定的规章制度外，还应当遵循依法，诚实信用原则，即劳动者在履行劳动合同过程中，应恪守信用，善意地履行自己的义务，劳动者对用人单位的忠诚义务就是劳动合同基本的附随义务之一。针对本案，徐某在未经代表处允许的情况下，长期将代表处电子邮件转发给非公司人员的其他人员的行为有违劳动者最基本的忠诚于用人单位的职业要求，上班时间登录开心网交友网站也是违反劳动者最基本的劳动纪律的。代表处虽然没有规章制度，但是针对徐某的上述行为做出解除决定并退回外服公司的行为，律师认为是有法律依据的。最终劳动仲裁委员会也采纳了律师的意见，驳回了徐某要求双倍经济补偿金的请求。  
　　虽然本案支持了代表处解除合同的行为，但是律师还是要提醒用人单位和劳动者，规章制度无论对于用人单位还是对于劳动者来说都非常重要。对于严重违纪的劳动者，除了违反上述提到的基本劳动义务、职业要求或法律法规外，其他的违纪行为均需要有合法有效的规章制度进行规范，否则用人单位在对劳动者做出解除合同处理时，往往会以解除行为没有制度依据而被仲裁或法院认定该解除为违法解除。此时劳动者可以提起仲裁要求恢复劳动合同的履行，或者要求用人单位支付违法解除合同的双倍经济补偿金。  
　　《劳动合同法》施行后，很多用人单位都逐步建立或修订规章制度，但仍有部分用人单位存在规章制度缺失或违法情形。有的用人单位的规章制度内容非常严格甚至是违反法律规定的，常见的如“公司有权根据生产和经营需要随时调整员工的岗位，员工必须服从。”“夫妻双方同为公司员工，一方提出辞职的，另一方亦必须提出辞职。”“工作期间发生的一切伤亡事故，与本公司无关，由劳动者本人自行负责。”等等，这些违反法律规定的内容都是无效的。根据《劳动合同法》及司法审判实践经验，合法有效的规章制度要具有“三性”：一是内容要合法;二是制定过程要经过民主程序;三是制度要向全体员工进行公示或告知。用人单位只有具备着“三性”的规章制度，当发生争议时才能作为有效的证据而被仲裁或法院采纳认定。对于用人单位来说应根据相关的劳动法律法规，进一步完善企业的规章制度，做到合法有效，不仅可以有效进行用功管理，更可以在发生劳动争议时有据可依。

**（七）规章制度的民主程序怎么做？**

只有遵照科学、合理的制定程序,才能制定出合法、有效的规章制度。合法、有效的规章制度的制定一般要经历以下几个阶段:

(1)立项阶段:企业的管理人员对企业现状进行分析、预测,提出哪些制度需要确立、哪些制度需要修改和变更,并对提出的制度进行审查,以确认是否有制定的必要性,还可邀请专业人士参与,以提供技术支持和操作指导。

(2)起草阶段:进行制度内容的具体撰写,要确保制度的内容不会违反国家的相关法律、法规,并要结合企业自身的现实需要,还要考虑实际操作性和员工的接受程度。

(3)讨论阶段:应将撰写好的规章制度交由有关部门以及职工代表大会或者全体职工讨论。企业规章制度的制定一定要注意与工会或者职工代表平等协商,让职工充分反映和表达自己的意见。最后根据各方的讨论意见对制度作必要的修改和调整。

(4)公示阶段:根据法律规定,只有经过公示的制度才能作为企业管理、处罚的法律依据,否则在职王不知情的情况下,企业是不能以此作为执行标准的。

**（八）严重失职的“重大损害”如何证明？**

**【案情简介】**

李某是某跨国公司总务主管，负责食堂管理也是他工作内容之一。食堂管理并不麻烦，因为公司午餐是通过快餐公司送货上门，李某只需负责卫生、清洁、保温等后续工作。

　　4月，公司员工午餐完毕后，下午陆续有多名员工发生腹痛、腹泻症状，经医院诊断为“急性肠炎”。事发后，李某更换了午餐供应商，谁料5月又发生同类事件。事发后，食品药品检验局对该午餐供应商送检的样品进行了检查，发现食物正常，也不能将此事件归结为“食物中毒”。李某再次更换了午餐供应商。

　　连着2个月发生同样的事件，造成公司人心惶惶，员工均向公司提出不愿在公司用餐。

　　由于公司地处开发区，周边并无用餐地点，公司为了安抚人心，只得在午餐时提供车辆送员工外出用餐。同时，有人将此情况汇报给了国外总公司，总公司对此事件非常重视，且责令一定要严肃处理。公司随即以“严重失职，造成重大损害”为理由，解除了与李某的劳动合同。

　　李某不服，认为这两起事件与自己并无直接关系：第一、食物是由具备相关资质的快餐公司提供的，而事发后自己也紧急更换了供应商；第二、事发后经医院诊断，发生病状的员工均为“急性肠炎”，而非“食物中毒”；第三、快餐供应商的送检样品也均为合格。公司如何能说此事是由于自己“严重失职”引起的呢？

　　对此，公司进行了多方面的举证。公司称，虽然李某在事发后紧急更换了午餐供应商，同时也拿出了一份自己拟定的但还没有来得及实行的“食堂管理规定”，但通过这两起事件能看出李某的失职所在。其一、根据卫生部门相关规定，快餐公司送来的午餐应该由公司食堂留样一份，并存放24小时。而李某没有根据该规定执行，事情发生后是由快餐公司提供了一份食物样品送检。其二、李某的工作内容之一便是负责食堂管理，保障公司全体员工用餐的卫生、安全是食堂的主要职责之一，但是直到事情发生后他才拟定了相关的管理制度。

　　公司同时举证证明这些失职行为造成了“重大损害”。这些损害不仅仅是经济损失，还包括其他无法用金钱计算出的损害，比如给员工带来的心理恐慌以及员工对公司信任感的降低等等。在某些程度上说，公司信任度的缺失更难弥补。

　　根据《劳动合同法》规定，如果劳动者发生“严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的”，用人单位即可解除与其的劳动合同。如何衡量劳动者失职的严重程度，如何评估给单位造成损害的重大程度，这些都需要用人单位在以此为理由解除劳动合同时举证的。

　　本案中，公司就通过各种证据证明了这一点。

现实生活中，用人单位经常会以“严重失职”为理由解除与员工的劳动合同，但是一定要同时举证出员工有“严重失职”和他的行为给企业造成了“重大损害”。两方面缺一不可，这样用人单位的解除行为才合法有效。

**（九）公司能禁止员工非工作时间兼职吗？**

**【案情简介】**年休假兼职葬礼司仪 主管被警告下不为例

“年休假期间兼职也不行吗？”武先生是一家文化传播公司的项目主管，由于职业原因，他一直对自己的口才比较自信。在入职该公司之前，武先生曾多次帮朋友做婚礼司仪。从今年7月开始，经朋友介绍，他开始接触葬礼司仪这一行。见得多了，他也想挑战一下自己，于是，在上个月，趁着年休假的机会，他终于迈出了做葬礼司仪的第一步。

经朋友推荐，休假期间，他做过两场葬礼司仪，不巧的是其中一场，他的一位同事也出席了葬礼。休假刚结束，公司经理就专门找他谈话，说扣掉季度奖并严肃警告他，公司不允许员工在外兼职。“让我好自为知，还说下不为例。”武先生很纳闷，“我利用年休假兼职挣点外快，没有影响工作啊，究竟错在哪了？”

**【点评】**

　　休假时兼职能否被辞 看是否构成严重违纪

　　本案中，武先生在外做司仪，时间不固定，只是向外单位提供司仪服务，视为与外单位建立劳务关系。但武先生所在公司禁止员工兼职，其在外做司仪的行为可以视为严重违反公司规章制度的行为，公司可以依据《劳动合同法》第39条第一款第二项的规定与武先生解除劳动合同。

　　作为劳动者，完成本职工作，是其应尽的义务。从事兼职工作，在时间上、精力上必然会影响本职工作。对于用人单位来讲，对一个不能全心全意为本单位工作并严重影响工作任务完成的人员，一般是难以接受的。

　　所以，很多用人单位都规定本单位员工不得在外兼职，如果这个制度是通过合法的程序制定的，就对劳动者有约束力，劳动者违反规定的，用人单位有权解除劳动合同。

**（十）员工被治安拘留能否解雇？**

**【案情简介】**酒后闹事被治安拘留 公司不得单方解除劳动合同

半个月前，小江因为酒后丧失理智，而蛮不讲理地在一家酒店打、砸闹事。之后，小江虽然为自己的行为深深后悔，并主动前往酒店赔礼道歉、赔偿损失，但仍被公安机关根据《治安管理处罚法》的有关规定，处以拘留10天的治安处罚。拘留期满释放后，小江立即回到公司准备上班，但却被告知已经被公司解聘。理由是小江被拘留期间，不仅影响了公司形象，还耽误了工作，公司主张有权单方解除与小江的劳动合同。尽管小江一再苦苦哀求，可公司还是坚持，对小江索要赔偿金的请求，也一口拒绝。

**【分析】**

公司的做法是错误的。一方面，公司的行为属于违法解除劳动合同。根据《劳动法》第二十五条之规定，用人单位因劳动者“犯错”而有权单方解除劳动合同的情形，仅仅限于劳动者“严重违反劳动纪律或者用人单位规章制度”、“严重失职，营私舞弊，对用人单位利益造成重大损害”、“被依法追究刑事责任”等三种，《劳动合同法》第三十九条也有相似的内容。与之对应，很明显，小江的情形并不在前两种之列。那么，是否属于“被依法追究刑事责任”呢？答案也是否定的，因为治安拘留是指公安机关对于违反了行政法律规范、尚不构成犯罪的公民，所作出的在短期内限制其人身自由的一种处罚措施。《关于贯彻执行〈劳动法〉若干问题的意见》第二十九条也指出：“劳动者被依法追究刑事责任的，用人单位可依据劳动法第二十五条解除劳动合同。‘被依法追究刑事责任’是指：被人民检察院免予起诉的、被人民法院判处刑罚的、被人民法院依据刑法第三十二条免予刑事处分的。劳动者被人民法院判处拘役、三年以下有期徒刑缓刑的，用人单位可以解除劳动合同。”正因为小江虽然也被限制人身自由，虽然在一定程度上影响了公司形象，甚至耽误了公司的工作，但毕竟没有经过法院审判或检察院提起公诉，只是由公安机关根据《治安管理处罚法》所作出，性质上并不属于犯罪而属于治安拘留，决定了公司据此解除劳动合同的行为是违法的。另一方面，公司必须承担赔偿责任。《劳动合同法》第八十七条规定：“用人单位违反本法规定解除或者终止劳动合同的，应当依照本法第四十七条规定的经济补偿标准的二倍向劳动者支付赔偿金。”即如果公司固执己见，拒绝收回成命，则因其行为属于违法解除劳动合同，而必须承担对应的赔偿责任。