

《劳动合同解除与终止操作指南》2013 版

齐精智 中国人力资源开发网合作律师

由于中小企业员工流动频繁、用工管理缺乏规范，使企业在劳动法律风险管理方面埋下了隐患。本文不揣浅陋，拟就用人单位解除和终止劳动合同的相关法律问题予以粗浅讨论。

劳动合同的解除与终止都会使劳动合同约定的权利义务归于消灭。劳动合同可由双方协商解除或者由劳动关系中的一方依法单方解除。但依据《中华人民共和国劳动合同法实施条例》第 13 条之规定，劳动合同的终止必须法定，不能由双方当事人约定终止的事由。

一、 劳动合同的解除

主体	解 除 种 类	是 否 需 要 支 付 经 济 补 偿 金	用人单 位 法律风险	竞 业 限 制 条 款 效力	程 序 要 求	备 注
双 方	协商解除（用人 单位提出）	是	解除协议 是否合法 有效	对双方当 事人仍然 具有约束 力，但双方 另有约定 的除外。	由用人单位 向 劳动者首先 提出解除劳 动关系的动 议	解除协议中可 协商加班、带 薪年休假、社 保等其它劳动 争议。不违反 法律行政法规 强制性规定且 无欺诈胁迫乘 人之危的有效
	协商解除（劳动 者提出）	否	能够证明 是由劳动 者提出	同上	由劳动者向 用人单 位首先提出 解除劳动关 系的动议	强制性规定且 无欺诈胁迫乘 人之危的有效
劳 动 者	劳动者单方解除 （辞职权）	否	用人单 位 负 举 证 责 任	有效。	劳动者解除 劳动合同，应当 提前三十日以 书面形式通知 用人单位。	辞职是劳动者的 法定权利。劳动 者只要依法行 使，就能解除劳 动合同。不以用 人单位同意为前 提。
	劳动者单方解除 （试用期内）	否	用人单 位 负 举 证 责 任	有效。	劳动者在试用 期 内 提 前 三 日 通 知 用 人 单 位 ， 可 以 解 除 劳 动 合 同 。	劳动者无需书面 通知
	劳动者单方解除 （劳动者被迫解 除）	是	用人单 位 证 明 自 己 无 过 错	有效。	应 提 前 通 知 单 位 。 暴 力 威 胁 限 制 自 由 除 外	劳动者未通知 的，应当赔偿招 工和培训费用。

用 人 单 位	用人单位单方解除（劳动者有过失）	否	用人单位证明劳动者有过错	有效	不需要提前 30 日通知，或者额外支付一个月的工资	用人单位应当事先将理由通知工会。 未通知工会的应当支付赔偿金。
	用人单位单方解除（劳动者无过失）	是	用人单位负举证责任	有效	提前 30 日书面通知，或者额外支付劳动者一个月工资后，可以解除劳动合同：	
	用人单位单方解除（经济性裁员） ①依照企业破产法规定进行重整； ②生产经营发生严重困难； ③企业转产、重大技术革新或者经营方式调整，经变更劳动合同后，仍需裁减人员； ④其他因劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，只是劳动合同无法履行。	是	用人单位负举证责任	有效	裁减人员二十人以上或者裁减不足二十人以上但占企业职工总数百分之十以上的有严格法定程序要求； 裁减人员时，应当留用下列人员： ①与本单位签订较长时间固定期限劳动合同； ②订立无固定期限劳动合同 ③家庭无其他就业人员，又需要抚养的老人或未成年人 经济性裁员需要向劳动部门报告，而不是经过其审批。	用人单位违反规定约定的，工会有权要求用人单位纠正。 用人单位应当研究工会的意见，并将处理结果书面通知工会。

二，劳动合同的终止

终止类型	是否需要支付经济补偿金	法律依据	法律备注
用人单位 经营期限届满 、被吊销营业执照、责令关闭、撤销或者用人单位决定提前解散而终止劳动合同的；	是	《劳动合同法》第四十四条，四十六条	用人单位不再具备法人主体资格

因用人单位被依法宣告破产而终止劳动合同的；		是		
固定期限劳动合同期满终止	劳动者同意以相同或提高劳动条件续约的，用人单位拒绝的	是	《劳动合同法》第四十六条第五项	固定期限劳动合同终止后，用人单位负有续订通知义务。用人单位没有履行通知义务或拒绝续约的，应当支付经济补偿金。（详见拙作《固定期限劳动合同到期后，企业的续订通知义务》）
	用人单位没有履行续约通知义务	是		
	用人单位以维持或提高劳动条件续约，劳动者不同意续约。	否		
劳动者开始依法享受基本养老保险待遇的；（劳动者达到法定退休年龄）		（用人单位）否	《劳动合同法实施条例》第二十一条	劳动者达到法定退休年龄时还不能享受养老保险待遇的，用人单位也可以终止劳动合同。
劳动者死亡，或者被人民法院宣告死亡或者宣告失踪的；		否	《劳动合同法》第四十六条第六项	劳动者丧失民事主体资格
以完成一定工作任务为期限的劳动合同期限届满终止的；		是	《劳动合同法实施条例》第二十二条	对《劳动合同法》的修正。依据《劳动合同法》的规定是不需要支付经济补偿金的

三、劳动合同解除与终止中的其它问题

其他情况	法律依据	备注
劳动合同不得解除的情形	<p>《劳动合同法》第42条</p> <p>（一）从事接触职业病危害作业的劳动者未进行离岗前职业健康检查，或者疑似职业病病人在诊断或者医学观察期间的；</p> <p>（二）在本单位患职业病或者因工负伤并被确认丧失或者部分丧失劳动能力的；</p> <p>（三）患病或者非因工负伤，在规定的医疗期内的；</p> <p>（四）女职工在孕期、产期、哺乳期的；</p> <p>（五）在本单位连续工作满十五年，且距法定退休年龄不足五年的；</p>	用人单位不得依照本法第四十条、第四十一条的规定解除劳动合同：（但是可以依据《劳动合同法》第三十九条解除）

劳动合同逾期终止的情形	劳动合同期满，有《劳动合同法》第42条规定情形的，劳动合同应当延续至相应的情形消失时终止。	
“末位淘汰”单方解除劳动合同	劳动者不符合劳动合同法第四十条第（一）项、第（二）项规定的情形，单位通过“末位淘汰”等形式单方解除劳动合同的违法。	应当支付赔偿金
经济补偿计算基数中工资	《劳动合同法实施条例》第27条 劳动合同法第四十七条规定的经济补偿的月工资按照劳动者应得工资计算，包括计时工资或者计件工资以及奖金、津贴和补贴等货币性收入。 劳动者在劳动合同解除或者终止前12个月的平均工资低于当地最低工资标准的，按照当地最低工资标准计算。劳动者工作不满12个月的，按照实际工作的月数计算平均工资。	
计算经济补偿中劳动者工作年限	经济补偿按劳动者在本单位工作的年限，每满一年支付一个月工资的标准向劳动者支付。六个月内不满一年的，按一年计算；不满六个月的，向劳动者支付半个月工资的经济补偿。 劳动者月工资高于用人单位所在直辖市、设区的市级人民政府公布的本地区上年度职工月平均工资三倍的，向其支付经济补偿的标准按职工月平均工资三倍的数额支付，向其支付经济补偿的年限最高不超过十二年。	本条所称月工资是指劳动者在劳动合同解除或者终止前十二个月的平均工资。
经济补偿金和赔偿金是否可以并存	不能。《劳动合同法实施条例》第二十五条 用人单位违反劳动合同法的规定解除或者终止劳动合同，依照劳动合同法第八十七条的规定支付了赔偿金的，不再支付经济补偿	经济补偿金与赔偿金的性质不同，不能并存
经济补偿金是否需纳个人所得税	个人因与用人单位解除劳动关系而取得的一次性补偿收入（包括用人单位发放的经济补偿金、生活补助费和其他补助费用），其收入在当地上年职工平均工资3倍数额以内的部分，免征个人所得税；超过的部分按照《国家税务总局关于个人因解除劳动合同取得经济补偿金征收个人所得税问题的通知》（国税发〔1999〕178号）的有关规定，计算征收个人所得税。	《关于个人与用人单位解除劳动关系取得的一次性补偿收入征免个人所得税问题的通知》（财税〔2001〕57号）
经济补偿金何时向劳动者支付	在办理工作交接时支付	关于“工作交接”的内容双方有约定。
多重劳动关系认定	企业停薪留职人员、未达到法定退休年龄的内退人员、下岗待岗人员以及企业经营性停产放长假人员，与新的用人单位应当按劳动关系处理。	《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（三）》第七条
劳动关系解除后，用人单位的义务	出具解除或者终止劳动合同证明，并在15日内为劳动者办理档案和社保的转移手续。	

版权声明：

本文版权归属齐精智律师所有，未经许可不得用于商业用途。为个人学习等合理使用的引用和转载请注明出处。

尊重他人的知识产权就是尊重你自己。