**论解雇应当作为最后手段使用**

**——以上海裔维科技有限公司等劳动合同纠纷案为例**

解雇的最后手段性集中体现了解雇保护制度在保护劳动者就业安定以及调和劳资利益冲突方面的努力，体现出《劳动合同法》倾斜保护劳动者合法权益，以实现社会正义的取向。本文以上海裔维科技有限公司等劳动合同纠纷案为例，探讨在新冠疫情这一特殊背景下，用人单位基于《劳动合同法》第四十条第三项“客观情况发生重大变化”单方解除合同的权利应当受到限制，“受疫情影响”不足以成为用人单位解雇劳动者的“正当事由”。解雇应当作为最后手段使用的原则要求用人单位在实体上和程序上都要承担较重的责任，不到万不得已不得采取解雇的手段，并且解雇的程序要合法合规。法院在审查用人单位解雇劳动者的合法性、合理性时，可以考虑援用行政法上的比例原则。

**一、案例与简要评析**

刘彪红于2021年6月15日至裔维公司工作，双方签订过劳动合同。2022年3月起上海受疫情影响，刘彪红工作场所于2022年3月17日至23日、30日至31日因疫情处于封控状态，刘彪红未能正常出勤；4月1日至19日期间居家办公，正常提供劳动；4月20日起未能正常提供劳动。2022年5月18日裔维公司与刘彪红就解除劳动关系及经济补偿等进行协商，一方表示劳动者可接受降薪60%，同时服从在不能够居家办公的情况下按照最低工资标准支付报酬，若不能接受，则公司与其解除劳动合同并给予经济补偿，另一方表示希望按法律规定处理相关事宜。2022年5月20日，裔维公司向刘彪红发送解除劳动合同通知，载明“⋯⋯疫情封控前，我们原本希望通过合作伙伴的方式，把板房技术部进一步做好扩展经营，但是现在封控前确定的合作公司也已倒闭，所以板房基础业务开展也更加困难。结合公司目前遭遇疫情封控重创的企业实际情况，自4月中起就无法继续劳动关系，故一直与您协商，希望您可以体谅公司实际困难的同时，公司也尽可能地最大努力给予您补偿办法，但是您一直拒绝协商未果。无奈之下，很遗憾地通知您：您与公司签订的劳动合同于2022年4月30日予以终止，就职期间其他合同一律终止⋯⋯”，通知还载明了裔维公司拟对刘彪红补偿方案。刘彪红于2022年6月23日申请仲裁，仲裁裁决裔维公司支付刘彪红违法解除劳动合同赔偿金38875.20元。裔维公司不服仲裁裁决，向上海市青浦区人民法院起诉。一审法院判决裔维公司支付刘彪红违法解除劳动合同赔偿金37,633.79元。双方均不服一审判决，向上海市第二中级人民法院提起上诉，二审法院维持原判。

裔维公司诉称裔维公司因上海疫情连续封控原因而连续未有业务收入、经营困难，决定注销刘彪洪所在的技术板房事业部，劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化而使得劳动合同无法履行。公司多次与刘彪红协商，希望其体谅公司困难，公司愿意在支付补偿金的情况下解除劳动合同，具有主观善意，一审判令公司支付两倍赔偿金过高。

一审法院认现裔维公司提交的部门裁撤调整通知、资产负债表等证据系裔维公司自行制作，刘彪红亦不予认可，故不予采信。裔维公司提交的现有证据不足以证明裔维公司、刘彪红劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化而致使劳动合同无法履行，系违法与刘彪红解除劳动合同。二审法院认为裔维公司于2022年5月单方解除双方劳动关系，此时恰逢疫情封控期间，诚然，疫情的发生对用人单位正常经营，对劳动者工作、生活确实带来影响，双方本应相互扶持、共克时艰，裔维公司单方径行解除，不具有合理性，理当支付赔偿金。[[1]](#footnote-1)

本案的争议焦点之一是裔维公司是否属于违法解除合同而应当支付赔偿金。一审法院从证据角度出发，认定裔维公司系因举证不力而不满足《劳动合同法》第四十条第三项的要求，背后暗含的是若企业能够提出有力的证据，如正规会计师事务所制定的资产负债表等，则有可能不属于违法解除合同。但是考虑到相应成本较高，大多数企业很难提出“完美无瑕”的有力证据证明其确实经营困难，故在与本案相同情况下大都会被认定为违法解除合同。二审法院则指出在疫情封控期间双方应相互扶持，裔维公司单方解除合同缺乏合理性。但这一论证理由似乎完全脱离了《劳动合同法》关于基于客观情况发生重大变化解雇的法律条文，而直接从政策考量角度、社会角度出发，不过其隐隐传达出了最后手段的原则。

本文认为两审法院关于裔维公司是否属于违法解除合同而应当支付赔偿金这一问题的结论是正确的，论证理由亦有可取之处，但是论证过于简略。故本文将引入公法上的比例原则，将之适用于劳动法解雇保护制度，进而对本案进行简要评析。

**二、比例原则在解雇制度中的适用**

最后手段性原则要求须雇主在使用法律所赋予各种保护手段后，仍无法改善情况下，才能解除劳动合同。但是劳动合同法实施条例对于39条、40条和41条中的相关规定并没有进行细化，于是实践中有人假借正当事由对劳动者进行解雇，需要对进一步的解释。以下将借鉴公法上的比例原则，对解雇应当作为最后手段作出进一步的解释。

比例原则原适用于国家和公民之间的关系，是公法中的重要基本原则之一，但其介入劳动合同解除制度是必要的。首先，劳动法是兼具公法与私法特征的社会法，尤其因解雇制度涉及劳动者的重大利益，并触及维护公共利益的要求，而有较多的强制性规范，因此劳动法领域的利益调整包含了平等主体之间、公共利益与个人利益之间的多重利益关系，用比例原则来解释、衡平用人单位与劳动者之间的权利义务关系具有必要性和可行性。其次，在解雇情形下，企业一般都有“压迫式”的权力，劳动者处于非常被动劣势的地位，这使得理论上的主体平等不能完全实现[[2]](#footnote-2)，企业单方解除合同的权利必然要受到法律上的限制。由此，在解雇制度法规上需要适用比例原则，尤其是最后手段原则来调整这种不对等的关系。

广义比例原则概念，包括了三个下位概念:适当性原则、必要性原则、及狭义的比例原则。

1、适当性原则

适当性原则指公权力机关实施权力行为，特别是不利于行为相对 人的行为时，必须认定该行为对达到相应公共目的或目标是必要且必须的，方可实施[[3]](#footnote-3)。适当性原则运用在解雇制度中，可以表述为：企业解雇劳动者必须是为了且有助于达到其目的，且该目的必须合法、合理，例如基于市场环境变化，为了避免损失，提高利润，企业可以自主决定裁撤岗位、解雇员工，并且解雇是必要且必须的。因此，必须存在真实的、最终的、有效的企业决策。雇主只是泛泛地声称，作出了某个决策而需要解雇员工，并不具有说服力。而法院出于对企业自主经营权的尊重，审查范围实际上非常狭窄，仅审查企业决策是否被滥用，而并不审查企业决策的合目的性和必要性。[[4]](#footnote-4)

本案中，一方面，仅有部门裁撤调整通知复印件这一证据载明裔维公司因上海疫情连续封控原因而连续未有业务收入、经营困难，经股东沈某、张巍电话会议研究决定注销裔维公司技术板房事业部（本案劳动者所在部门）和企划事业部。而刘彪红表示未收到通知。因而这一裁撤部门的决策的真实性、最终性、有效性存疑。另一方面，从双方曾协商可采取降薪方案来看，并考虑到疫情并非永久性的存在，而是一时性的障碍，板房技术部进一步扩展经营将来仍有可能实现，因而解雇并不是必须的、唯一的手段。

2、必要性原则

又称为最小侵害原则，指公权力机关实施权力行为时，通过合理利益衡量，确定该行为实施结果的公益大于损害的私益。[[5]](#footnote-5)适当性原则运用在解雇制度中，可以表述为：企业在解雇前，应考虑调岗或培训、降薪等变更劳动合同的手段；决定解雇劳动者的，应当及时足额支付经济补偿金、提前通知劳动者或支付代通知金，以使劳动者的损害降到最低。劳动关系的存续是个长期的过程，劳动合同履行是个动态的过程，不能因为劳动合同的某一些方面无法得到履行，就全盘否定劳动合同、否定劳动关系，双方当事人还应当积极协商，通过变更劳动合同内容达成新的协议，从而尽可能使得劳动关系继续存续。因此，用人单位有向劳动者提出协商的当然义务，而且用人单位应当履行诚实信用的协商义务，即变更劳动合同的内容应当具有合理性，不得随意变更。[[6]](#footnote-6)

本案中，裔维公司于5月18日与刘彪红协商降薪以继续履行合同，5月20日即发出解除合同通知，仅给予劳动者两日的考虑时间，并且降薪40%、未正常提供劳动则仅按最低工资标准亦有过度而缺乏合理性、强迫劳动者辞职之嫌。

3、狭义比例原则

指行为方式选取成本最小、 收益最大、对相对人损害最小的实施。[[7]](#footnote-7)即行政主体采取行政手段所造成的损害不得与要达成的行政目的的利益明显失衡。适当性原则运用在解雇制度中，可以表述为：企业解除劳动合同对劳动者个人、对社会公共利益造成的损害不得大于企业由此获得的利益。反之，则因该解雇措施违反狭义比例原则而构成违法或不合理。例如，《劳动合同法》规定不得以无过失性解雇以及经济性裁员，解雇处于三期的妇女，因为怀孕女工的利益，即保护母亲和婴儿的利益涉及保护人类社会的根本利益。此外，基于经营原因的解雇必须具有社会正当性，否则无效。

本案争议发生的时间点主要是在上海封控期间，社会各阶层都处于极度敏感状态，十分强调维稳的重要性。疫情期间劳资关系的处理基调为援企稳岗稳就业，平稳本轮疫情给各社会主体带来的冲击、维护劳动关系的和谐稳定、保障企业正常生产经营秩序及维护劳动者的合法权益。对于企业而言，其面临经营困难、工资支付困难、甚至破产的风险，而对于劳动者而言，疫情封控本就对其正常的生活、工作造成了巨大影响，若此时被解雇将更是雪上加霜，甚至可能影响一个个家庭的基本生存权的实现。因而，两相权衡下，本着人民利益至上，人民的安全、生存与健康的权利至上的理念，疫情期间更应严格落实解雇应当作为最后手段这一原则。用人单位以“疫情影响”为由，适用《劳动合同法》第四十条第（三）项“客观情况发生重大变化”之规定解除劳动合同，需要有充足的证据证明其自身以及所在行业的经营情况、受疫情的影响等。“经审查劳动合同有继续履行可能的，对当事人主张解除劳动合同的，一般不宜支持。”“经审查劳动合同有继续履行可能的，对当事人主张解除劳动合同的，一般不宜支持。”上海在封控期间出台的司法政策也传达出相同的信号（见上海市高级人民法院、上海市人力资源和社会保障局关于疫情影响下劳动争议案件处理相关指导的意见（沪高法[2020]203号））。

**三、余论**

虽然疫情封控的时代似乎已经成为过去，中国已经进入了后疫情时代，此时再研究疫情背景下解雇应当作为最后手段使用这一原则在司法实践中的适用，似乎“为时已晚”。但是这一原则却是劳动法解雇保护制度的一项基本原则，在众多解除劳动合同纠纷中均得适用。此外，虽然曾经来势汹汹的新冠疫情已经几乎成为过往，但是很难保证将来不会再出现相似的情况，因而需要从此次疫情中汲取司法经验，希冀能为将来应对此类突发状况提供先例指导。

还有一点需注意的是，虽然本文强调解雇应当作为最后手段使用，尤其是在疫情背景下出于公共利益的考量，但是鉴于多地涉疫政策体现出将本应由政府承担的社会责任转嫁到企业身上的特点，企业的生存经营不可谓不艰辛，司法与行政的脱节造成了企业夹缝中生存的困境。然而司法仅能秉持着劳动合同的订立、履行和变更应当遵循合法、公平、平等自愿、协商一致、诚实信用的原则，尽可能使得劳动关系能够得到继续存续。这一问题的解决有待相关政策的调整与完善，贯彻依法保护劳动者合法权益和促进企业稳定发展并重的原则，既要注重保障劳动者基本生活和就业，又要努力为企业生存和发展创造条件。

**参考文献**

姜昕：《比例原则研究———一个宪政的视角》，法律出版社2008年版。

姜颖、李文沛：《试论比例原则在劳动合同解除中的应用》，河北法学2012年第8期

吴勇：《德国基于经营原因的解雇规制及借鉴》，南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学)2021年第1期。

周国良、王国社、周长征：《劳动合同解除权的行使——客观情况发生重大变化的讨论》，《中国劳动》2012年第3期。

Xxx：《xxx》，……

1. 上海市第二中级人民法院（2023）沪02民终7255号民事判决书。 [↑](#footnote-ref-1)
2. 姜昕：《比例原则研究———一个宪政的视角》，法律出版社2008年版，第20页。 [↑](#footnote-ref-2)
3. [↑](#footnote-ref-3)
4. 吴勇：《德国基于经营原因的解雇规制及借鉴》，南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学)2021年第1期，第140页。 [↑](#footnote-ref-4)
5. 姜颖、李文沛：《试论比例原则在劳动合同解除中的应用》，河北法学2012年第8期，第77页。 [↑](#footnote-ref-5)
6. 周国良、王国社、周长征：《劳动合同解除权的行使——客观情况发生重大变化的讨论》，《中国劳动》2012年第3期，第51页。 [↑](#footnote-ref-6)
7. [↑](#footnote-ref-7)