



# 环球劳动法律专递

## GLO Law & Policy Newsletter in Employment

环球劳动团队

GLO Employment Practice Group

2019 年 第 2 期

Volume 2 of 2019

## 环球劳动法律专递

### 目录

2019 年第 2 期

➤ 环球视角.....	3
用人单位单方解除劳动合同之路径分析——企业如何进行经济性裁员（上篇） .....	3
➤ 案例分析.....	16
劳动者违反不招揽义务违约行为的认定及违约责任的承担——耿某某与某公司股权转让纠纷一案的评析.....	16
➤ 新规速递.....	21
《基层工会会员代表大会条例》之亮点解读 .....	21
本期作者简介 .....	32
环球简介 .....	33
环球劳动业务简介.....	34
版权与免责.....	35

## ➤ 环球视角

### 用人单位单方解除劳动合同之路径分析——企业如何进行经济性裁员（上篇）

作者：李昭 | 胡高崇 | 戴月

企业在商业经营中面临着来自各方面的风险，如果企业陷入经营困境，而不允许企业通过裁减人员的方式进行自救，将会使得企业情况恶化，进一步走向破产、倒闭，此时不仅不能保护劳动者的利益，甚至还会引发其他的社会矛盾。为此，我国《劳动合同法》第四十一条就经济性裁员进行了规定，允许企业在满足法定裁员要件的情况下裁员自救。

《劳动合同法》第四十一条规定如下：

有下列情形之一，需要裁减人员二十人以上或者裁减不足二十人但占企业职工总数百分之十以上的，用人单位提前三十日向工会或者全体职工说明情况，听取工会或者职工的意见后，裁减人员方案经向劳动行政部门报告，可以裁减人员：

- （一）依照企业破产法规定进行重整的；
- （二）生产经营发生严重困难的；
- （三）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，仍需裁减人员的；
- （四）其他因劳动合同订立时所依据的客观经济情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行的。

裁减人员时，应当优先留用下列人员：

- （一）与本单位订立较长期限的固定期限劳动合同的；
- （二）与本单位订立无固定期限劳动合同的；
- （三）家庭无其他就业人员，有需要扶养的老人或者未成年人的。

用人单位依照本条第一款规定裁减人员，在六个月内重新招用人员的，应当通知被裁减的人员，并在同等条件下优先招用被裁减的人员。

该条规定的经济性裁员与《劳动合同法》第三十九条规定的即时解除、第四十条规定的预告

解除共同构成了用人单位单方解除劳动合同的三种方式。其中关于即时解除和预告解除，笔者已经分别撰文介绍。<sup>1</sup>现分为上下两篇对经济性裁员的法定构成要件逐一展开介绍。上篇主要围绕经济性裁员的内涵及实体要件展开分析，下篇则主要介绍经济性裁员的程序要件及其他注意事项。

## 一、 经济性裁员的内涵

“裁员”这个词经常出现在媒体报道中。最近，互联网企业裁员已经成为了热门话题。然而我们在日常语境下使用的“裁员”与《劳动合同法》第四十一条规定的经济性裁员存在一定区别。

日常语境下的“裁员”不仅包括了即时解除、预告解除、裁员解除这三种企业单方解聘的方式，甚至还包括企业通过协商一致的方式与员工解除劳动合同。而《劳动合同法》第四十一条规定的经济性裁员仅仅指企业因为经济性原因一次性单方解除法定数量的劳动合同。具体来说，经济性裁员应同时具备以下特征：

- **裁减人员 20 人以上或者裁减不足 20 人但占企业职工总数 10%以上。**裁员人数要求是经济性裁员最显著也最广为人知的特征，但仅满足裁员人数要求，却不一定是经济性裁员。
- **一次性单方解除劳动合同。**如果企业分批次与员工解除劳动合同，每次解除的人数未超过人数要求，即便总解除人数超过了人数要求，也并不构成经济性裁员，至于分批次解除是否合法，取决于每一个解除是否满足用人单位即时解除或预告解除的法定要件。<sup>2</sup>此外，如果企业采用协商一致的方式分批次或一次性与超过人数要求的员工解除劳动合同，则无论如何不能构成经济性裁员。
- **解聘理由是《劳动合同法》第四十一条列举的四项理由之一，亦即因为法定的经济性原因而裁员。**如果企业选择的裁员理由是《劳动合同法》第三十九条或第四十条规定的解除理

---

<sup>1</sup> 详见环球劳动法律专递 2018 年第 1 期、2018 年第 4 期、2018 年第 6 期和 2018 年第 10 期。

<sup>2</sup> 根据全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会编制的《**中华人民共和国劳动合同法释义**》，在劳动合同法的制定过程中存在关于时间标准的讨论，考虑到企业选择经济性裁员以外的其他路径分批解除劳动合同也必须满足其他解除路径的法定要件，立法者最终决定，经济性裁员的时间标准就是一次性裁员。

由，即便一次性解聘人数超过经济性裁员的法定要求，也并不构成经济性裁员，裁判机关应适用《劳动合同法》第三十九条或第四十条，而非第四十一条的规定判断解除是否合法。反之，如果企业在一次性裁员超过法定人数时选择以《劳动合同法》第四十一条规定的经济性原因解除劳动合同，则必须遵守经济性裁员的法定实体和程序要件。

**企业在裁减人员时尤其应考虑清楚选择何种解聘路径。**如果在不满足经济性裁员条件（例如一次性裁减人员的数量不足，或者违反经济性裁员的任一实体或程序要件）的情况下，选择以经济性裁员的路径与劳动者解除劳动关系，即便企业本来可能已经满足了即时解除或者预告解除的条件，但因为解聘路径选择错误，也将因违反经济性裁员之法定要件而构成违法解除。相反，如果企业在满足经济性裁员实体和程序条件的情况下，错误选择其他未达到条件的解除理由，也将被认定违法解除。

## 二、 经济性裁员的实体要件

经济性裁员的实体要件，指《劳动合同法》第四十一条第一款所列举的四项裁员理由。只有企业的经济状况符合这四项裁员的法定理由之一，企业才可以启动经济性裁员程序。而一旦因经济性裁员引起纠纷，企业也必须提举证据向裁判机关证明自己的情况满足了四项法定裁员理由之一。如果企业在启动经济性裁员程序时没有说明裁员理由，或者其提出的裁员理由并非法定理由之一，又或者其虽主张存在法定裁员理由，但最终没有提交充分证据证明法定理由的客观存在，都将被认定为违法解除。

### （一）依照企业破产法规定进行重整

我国《企业破产法》为已经具有破产原因或有破产原因之虞而又有再生希望的企业提供了重整程序这一条救济路径。《企业破产法》第二条规定，*企业法人不能清偿到期债务，并且资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力的，依照本法规定清理债务。企业法人有前款规定情形，或者有明显丧失清偿能力可能的，可以依照本法规定进行重整。*第七十一条规定，*人民法院经审查认为重整申请符合本法规定的，应当裁定债务人重整，并予以公告。*因此，法院作出重整裁定，必然要审查企业是否存在不能清偿到期债务、资不抵债、明显缺乏清偿

能力或者有明显丧失清偿能力可能等法定情形。企业如已经法院裁定重整，则无须再证明其经济状况。

应当注意，《劳动合同法》第四十一条第一款所称重整仅指依照《企业破产法》规定启动的重整程序，不包括企业自行认为经济状况发生严重困难进而自发进行的资本结构、财务结构和管理运营结构的重整。在后面这种情况下，企业如启动经济性裁员，则必须证明存在《劳动合同法》第四十一条第一款所规定的其他几种情况。

## （二）生产经营发生严重困难

调研显示，因“生产经营发生严重困难”而引起的经济性裁员在已公开的经济性裁员案例中所占比例最高。笔者认为，该统计结果一方面说明，“生产经营发生严重困难”是企业比较喜欢采用的经济性裁员理由，另一方面又说明，“生产经营发生严重困难”这一裁员理由比较容易引起争议。

### 1、生产经营发生严重困难的一般表现

为了限制企业滥用生产经营困难启动经济性裁员，立法者为生产经营之困难增加了“严重”这一程度限制，进而为企业经营状况的证明和认定增加了更多的不确定性。企业是否满足“生产经营发生严重困难”往往取决于裁判者的心证。

通常来说，生产经营发生严重困难可以表现在以下几个方面：

- 从财务上看，连续亏损、营业额大幅或连续下降、订单持续显著减少且没有好转迹象等等。
- 从生产经营规模来看，不仅没有扩大，反而不断缩小。例如，生产线或业务线被迫关停、员工没有工作任务或工作任务大幅减少、员工逐渐离职且企业不再招聘新员工等等。

- 从外部原因来看，存在导致经营状况恶化的众所周知的原因。例如，政策变化、整体经济状况恶化等等。
- 从结果上来看，企业已经无法清偿外债，甚至无力支付员工工资、资不抵债、濒临破产等等。

## 2、生产经营发生严重困难的地域性规定

《劳动合同法》出台之前，《劳动部关于〈中华人民共和国劳动法〉若干条文的说明》（1994年9月5日颁布）第二十七条规定，“生产经营状况发生严重困难”可以根据地方政府规定的困难企业标准来界定。劳动部在《企业经济性裁减人员规定》（劳部发[1994]447号）中同样规定，用人单位濒临破产，被人民法院宣告进入法定整顿期间或生产经营发生严重困难，达到当地政府规定的严重困难企业标准，确需裁减人员的，可以裁员。据此，部分地区出台了关于困难企业或者严重困难企业的认定标准。然而该类认定标准与实践情况存在一定脱节。

以北京地区为例，北京市劳动局在《北京市企业经济性裁减人员规定》（京劳就发[1995]56号）中认为除企业濒临破产处于法定整顿期间外，在“连续三年经营性亏损且亏损额逐年增加，资不抵债、80%的职工停工待工、连续6个月无力按最低生活费标准支付劳动者生活费用的”情况下，可以实施经济性裁员。

在北京地区的司法实践中，曾经出现因不能证明存在该规定情形进而认定违法解除的实例。<sup>3</sup>然而，上述规定对“严重困难”的解释极为严格，甚至已经接近破产标准，此刻即便裁员往往也难以拯救企业。在实践中，法院很少直接援引该认定标准，部分案件中，法院甚至在未达到该认定标准的情况下依然认定了“生产经营发生严重困难”。<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> 在北京富豪宾馆（“富豪宾馆”）与刘少华劳动争议案（一审（2017）京0101民初10071号、二审（2018）京02民终1711号）中，富豪宾馆提交了连续两年的审计报告、向上级单位借款支付工资的请示和转账记录等资料，北京市东城区人民法院认为证据不足以证明《北京市企业经济性裁减人员规定》规定标准；北京市第二中级人民法院因责任承担主体发生变化而撤销了原判决，但从结果上来说以裁员程序违法为由支持了一审判决。

<sup>4</sup> 在中国惠普有限公司（“惠普公司”）与曹鸣鹏劳动争议案（一审（2014）朝民初字第41550号、二审（2015）三中民终字第03674号）中，惠普公司仅仅提交证据证明了其净利润持续下滑，北京市朝阳区人民法院和北京市第三中级人民法院结合程序合法等其他情形认定了合法解除。

为回应实践情况，2017年12月21日，北京市人力资源和社会保障局发布通知（京人社法发[2017]272号），宣布《北京市企业经济性裁减人员规定》（京劳就发[1995]56号）失效。这一废止使得北京地区关于“生产经营发生严重困难”的认定完全依赖于裁判者的自由心证。

除北京地区以外，**天津地区**存在类似标准，天津市劳动和社会保障局出台的《天津市企业经济性裁减人员暂行规定》（津劳办[2001]241号）规定，*生产经营状况发生严重困难确需裁减人员，应当同时具备下列条件：*

- （一）生产经营实际亏损连续三年（财政决算年度）以上，亏损额逐年增加，且生产经营状况无明显好转；*
- （二）连续两年开工率不足60%，有50%以上职工下岗待工；*
- （三）连续六个月以上在岗职工工资不能按照本市规定的最低工资标准支付。*

然而在天津地区少数已公开的与“生产经营发生严重困难”有关的经济性裁员案件中，因裁员程序违法，法院均未对生产经营是否发生严重困难进行实质性审查，上述规定是否对天津市法院的裁判具有指导异议存在疑问。<sup>5</sup>

以外，针对2007年—2009年全球性金融危机，部分地方出台了应对金融危机稳定就业的相关规定，其中包含了关于困难企业认定意见。<sup>6</sup>然而因实践中难以寻找直接援引该等文件的司法裁判案例，该等行政认定标准对司法认定的影响同样存在疑问。

总体来说，在劳动争议纠纷中，企业是否“存在生产经营发生严重困难”的认定和判断，主要依据裁判者的自由心证，用人单位要想取得胜诉的结果，就需要提交充分而完整的证据链条，证明己方主张。

---

<sup>5</sup> 有一种可能性，即规范性文件对劳动行政部门接受裁员报告文件并出具回执产生影响，进而影响到经济性裁员的程序性要件的达成。

<sup>6</sup> 例如，《上海市人力资源和社会保障局、上海市财政局关于2009年帮助困难企业减轻负担稳定就业岗位有关事项的通知》（沪人社就发[2009]16号）、《广东省劳动和社会保障厅、财政厅、地方税务局关于发挥社会保险功能扶持企业发展积极应对国际金融危机有关问题的通知》（粤劳社发[2009]6号）、《大连市人民政府办公厅关于控制和规范用人单位裁减人员有关问题的通知》（大政办发[2009]7号）。

### 3、生产经营发生严重困难的证明

实践中，企业可以提交财务报表、审计报告、纳税记录、税务鉴证报告等资料证明企业的财务状况。在涉及“生产经营发生严重困难”的案例中，该类财务证明材料既是使用率最高的证据，也是成功率最高的证据。但如果该类报告显示企业财务状况良好（例如，虽然利润存在连续下滑，但公司仍然在不断盈利），则难以说服法官认定“生产经营发生严重困难”。<sup>7</sup>

除了与财务状况相关的证据外，企业还可以提交违约或举债的相关证据、采取生产经营规模缩减措施的证据（如汇报材料、关键员工证言）等其他证据。但该类证据往往只能起到辅助性作用，难以据此单独认定“生产经营发生严重困难”。

#### （三）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

与生产经营发生严重困难不同，企业转产、重大技术革新或者经营方式调整往往是企业为了寻求更好的发展而做出结构调整或优化。这种升级优化型调整并不能必然导致经济性裁员，从事原工作岗位的劳动者可以转到因转产、技术革新或者经营调整而产生的新工作岗位工作。<sup>8</sup>立法者为限制企业权利滥用，进而为该种经济性裁员增加了“变更劳动合同”这一硬性前提条件。

实践中，企业以转产、重大技术革新或者经营方式调整为由启动经济性裁员的情况并不多。在已公开的少量案例中，不同法院对何为“经变更劳动合同”裁判尺度并不相同。有法院认为，没有证据证明口头协商变更即不满足变更劳动合同的前提条件；<sup>9</sup>也有法院在有间接证据证

<sup>7</sup> 在统一石油化工有限公司（“统一石化公司”）与潘红劳动争议案（一审（2017）京 0115 民初 10750 号、二审（2017）京 02 民终 9274 号）中，统一石化公司虽提交了审计报告证明营业收入及利润逐年下降，但审计报告同时又显示公司仍然处于盈利状态，并未出现亏损，故而北京市大兴区人民法院及北京市第二中级人民法院均认为用人单位提交的证据不足以证明“生产经营发生严重困难”。

<sup>8</sup> 参见全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会编制的《中华人民共和国劳动合同法释义》。

<sup>9</sup> 在东莞乐迪卡游戏机制造厂有限公司（“乐迪卡公司”）与吴永光劳动争议案（一审（2015）东二法虎民一初字第 673 号、二审（2016）粤 19 民终 5630 号）中，东莞市第二中级人民法院认为，企业转产、重大技术革新或者经营方式调整并不必然导致经济性裁员，致使劳动合同无法继续履行，劳动者原工作岗位如因客观情况而不存在，则用人单位应当与劳动者协商变更劳动合同将劳动者调岗至其他工作岗位，协商变更不成后方可解除劳动关系，而乐迪卡公司虽主张口头协商变更，但未举证证明，因此认定乐迪卡公司未征求吴永光的意见协商变更劳动合同，即直接解除与吴永光之间的劳动关系；东莞市中级人民法院同样认定乐迪卡公司未举证证明有经变更劳动合同后仍需裁减人员。

明存在口头协商变更的情况下认定了合法解除；<sup>10</sup>还有法院认为对员工的工作变更安排进行说明即可。<sup>11</sup>

在裁判意见存在分歧的情况下，笔者建议裁员企业仍然遵守《劳动合同法》第三十五条关于“协商”以及“书面形式”的要求，以书面形式与劳动者变更劳动合同，并保留书面证据。如统一安排对变更劳动合同进行说明的，也应当做到书面留痕，以签收变更方案（可以包含在书面裁员方案中）、电子邮件送达（如裁员对象为工人，不推荐使用电子邮件）等方式有效告知变更方案，并要求劳动者在一定时间内给予书面反馈。

考虑到裁判者对裁员理由审查享有较大的自由裁量权，笔者认为，裁判者还可能视情况对裁员和变更方案的合理性进行审查。举例来说，如果企业针对转产、重大技术革新或者经营方式调整并未影响到的工作岗位进行裁员，或者，企业提供的变更方案根本无从实现，则仍然存在被认定违法解除的风险。但总体来说，裁判者对《劳动合同法》第四十一条第一款第（三）项的“经变更劳动合同”的审查会宽松于对《劳动合同法》第四十条第（三）项协商变更劳动合同的审查。

#### **（四）其他因劳动合同订立时所依据的客观经济情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行**

除了《劳动合同法》第四十一条第一款第（一）至（三）项列举的经济性原因外，还有一些客观经济情况发生变化需要经济性裁员的情形，例如，为了防治污染进行搬迁需要经济性裁员；因此，立法者以“客观经济情况发生重大变化”作为兜底条款，但认为应当从严解释。<sup>12</sup>

### **1、客观经济情况发生重大变化的表现形式**

<sup>10</sup> 在上海闵行英特奈国际纸业包装有限公司（“英特奈公司”）与黄冬美劳动争议案（一审（2015）闵民一（民）初字第1808号、未检索到二审）中，英特奈公司用于证明向黄冬美提供过其他岗位的证据为黄冬美书写的内容包含“为什么要叫我到其它岗位”的申请，黄冬美虽认可真实性，但主张实际没有提供工作岗位，上海市闵行区人民法院认定，英特奈公司在作出解除劳动合同决定之前已与黄冬美充分进行沟通协商，在协商不成的情况下方作出解除劳动合同的决定，不违反法律规定。

<sup>11</sup> 在伊藤食品商贸（上海）有限公司北京分公司（“伊藤公司”）与陈学满劳动争议（一审（2013）朝民初字第31717号、二审（2014）三中民终字第04420号）中，北京市朝阳区人民法院认为伊藤公司提前就企业转产、调整经营方式等情况向员工进行了说明，并对员工的工作变更安排进行了说明，并将裁减人员方案等向劳动行政部门进行了报告，最终认定经济性裁员解除合法；陈学满在上诉理由中主张，伊藤公司裁员未进行变更劳动合同，不符合法律规定，北京市第三中级人民法院维持原判。

<sup>12</sup> 参见全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会编制的《中华人民共和国劳动合同法释义》。

因“客观经济情况发生重大变化”系兜底裁员理由，其没有固定的表现形式。除《中华人民共和国劳动合同法释义》提到的“防治污染进行搬迁”外，<sup>13</sup>“客观经济情况发生重大变化”在实践中的表现形式非常多样。

经常出现的一种情况是，企业以利润下降、发生亏损等经营困难的情况来证明“客观经济情况发生重大变化”，企业提交的证据也是与财务情况相关的证据。在部分案件中，法院认可该类与生产经营严重困难表现形式极其类似的主张，<sup>14</sup>但“客观经济情况发生重大变化”企业往往需要说明生产经营严重困难的原因，还需要说明为何致使劳动合同无法履行。因政策原因导致被裁员工所在业务（岗位）消失也是“客观经济情况发生重大变化”的常见形式。<sup>15</sup>在部分案件中，法院甚至认可因企业应对经济形势或自身经营状况变化做出结构和岗位调整而引起的劳动合同无法继续履行。<sup>16</sup>

## 2、客观经济情况发生重大变化 vs. 客观情况发生重大变化

《劳动合同法》第四十一条第一款第（四）项规定的“客观经济情况发生重大变化”与《劳动合同法》第四十条第（三）项规定的“客观情况发生重大变化”有何异同？

有观点认为，“客观经济情况发生重大变化”应侧重于客观“经济”情况，因此与经济情况无关的原因不应属于“客观经济情况发生重大变化”。例如，“防治污染进行搬迁”属于“客观情况发

<sup>13</sup> 《北京市劳动合同规定》（北京市人民政府令第91号）第三十条也将“因防治工业污染源搬迁”列为经济性裁员理由之一。

<sup>14</sup> 在玛氏食品（中国）有限公司（“玛氏食品”）与孟凡茂劳动争议案（一审（2016）京0116民初5805号、二审（2017）京03民终11316号）中，玛氏食品主张因宏观经济增长放缓，快速消费品和零售业呈现下滑趋势，网上购物和数字营销的冲击等客观经济情况，导致业务持续下滑、成本持续递增、收入显著下降，玛氏食品提交的证据有特定财务报表科目陈述报告，以及CCO岗操作工由裁员前的双岗调整为之后的单岗的邮件公证；北京市怀柔区人民法院、北京市第三中级人民法院均认为裁员理由成立。

<sup>15</sup> 在中投汇洋置业有限公司（“汇洋置业”）与董曙光劳动争议案（一审（2016）京0105民初47773号、二审（2017）京03民终447号）中，北京市朝阳区人民法院、北京市第三中级人民法院均认可的“客观经济情况发生重大变化”的情形为，因国务院发文要求停建CBD地区办公楼，汇洋置业的项目暂停开发，导致与项目开发员工无法履行劳动合同。

<sup>16</sup> 在北京《瑞丽》杂志社（“瑞丽杂志”）与程妮劳动争议案（一审（2016）京0101民初18231号、二审（2017）京02民终1681号）中，北京市东城区人民法院认为，瑞丽杂志根据市场经济形势、成本利润，调整组织机构、裁撤合并相关部门及职位等行为属于因客观经济情况发生重大变化；同时，北京市第二中级人民法院认为，在双方劳动合同约定可根据工作需要调整劳动者工作岗位的情况下，根据客观经营情况的变化调整程妮的岗位属于自主用工行为，程妮拒绝调岗决定，致使劳动无法继续履行；两审法院均认定瑞丽杂志的裁员解除行为合法。

生重大变化”而非“客观经济情况发生重大变化”。然而，该观点与《中华人民共和国劳动合同法释义》的列举明显矛盾。实际上，“客观经济情况发生重大变化”与“客观情况发生重大变化”并非互相排斥的关系，针对前者的“经济”二字理应做广义理解，环境保护、法律和政策变化、政治原因、技术革新等对经济行为产生影响的因素均可以理解为经济情况。

实践中，裁判者对“客观经济情况发生重大变化”的认定，相较于对“客观情况发生重大变化”的认定，通常更加宽松。例如，在依据“客观情况发生重大变化”单方解除劳动合同的案件中，要求客观情况的变化无法预见并且不可归责于用人单位，进而经营困难、商业风险、企业自主的经营结构调整等均不属于“客观情况发生重大变化”进而可以单方解除劳动合同的情形。<sup>17</sup>

然而如前文介绍，在经济性裁员的案例中，不乏有法院支持企业经营自主权的情形。例如，北京市东城区人民法院在瑞丽杂志裁员案中论述道：*因用人单位自身经济情况发生重大变化、主动或者被动适应市场变化采取的调整产业结构、战略调整等经济行为均应属于客观经济情况的范畴*。<sup>18</sup>北京市第三中级人民法院在汇洋置业裁员案判决中写道：*用人单位具有根据经济发展变化的需要进行组织架构调整的经营自主权*。<sup>19</sup>

笔者认为，之所以产生如此差异，是由于经济性裁员制度的程序要求和审查相较于其他用人单位单方解除途径均更为严格，因此在实体裁员事由审查上，将更多的尊重企业的经营自主权。

#### （五）影响裁判者审查判断裁员实体理由是否成立的其他因素

由于《劳动合同法》第四十一条第一款第（二）至（四）项规定的裁员理由均没有统一客观的认定标准，裁判者的自由心证格外重要。有来自于北京地区法官的观点认为，法官可能更

---

<sup>17</sup> 详见《用人单位预告解除劳动合同之路径分析——以客观情况发生重大变化为切入点》，环球劳动法律专递 2018 年第 4 期。

<sup>18</sup> 北京《瑞丽》杂志社（“瑞丽杂志”）与程妮劳动争议案（一审（2016）京 0101 民初 18231 号、二审（2017）京 02 民终 1681 号）。

<sup>19</sup> 中投汇洋置业有限公司（“汇洋置业”）与董曙光劳动争议案（一审（2016）京 0105 民初 47773 号、二审（2017）京 03 民终 447 号）。

多通过双方举证情况形成对企业实施经济性裁员是否有“恶意”的内心确认；如果企业在经济性裁员方案实施之前进行了必要性的充分论证，或者企业曾经试图或实际采取措施避免大量裁员，那么只要裁员事由基本符合法律规定，即可认为裁员事由合法。<sup>20</sup>

尤其是，企业是否严格、充分履行经济性裁员的法定程序对裁判者关于实体要件的认定也存在心证上的影响，如果裁员程序合法甚至超出法定标准（例如与工会、职工充分讨论、协商裁员方案的合法性、合理性和必要性，与劳动行政部门也存在充分沟通，采取了必要的防止裁员的措施等），则裁判者对实体要件的审查则相对从轻；如果裁员程序敷衍了事，则裁判者会倾向于严格审查实体性要件；如果违反了裁员程序，则直接导致违法解除的后果。<sup>21</sup>此外，企业给出的裁员补偿金方案以及是否及时向劳动者支付经济补偿也会对裁判者的心证产生一定影响。

因此，除了实体要件以外，企业在裁员过程中应格外重视裁员的程序问题，如有纠纷发生，用人单位在提交证据时也应当注意实体性证据和程序性证据的相互辅助。

### 三、企业选择“裁员”路径时的其他考量因素

#### （一）慎重选择单方解聘的具体路径

正如本文在第一部分所强调的，企业在裁减人员时尤其应考虑清楚选择何种解聘路径。因构成“客观情况发生重大变化”的情形往往也能构成“客观经济情况发生重大变化”，解聘路径选择错误的风险在“客观经济情况发生重大变化”的裁员理由下尤其容易发生。

例如，在北京近铁运通运输有限公司（“近铁公司”）裁员案中，近铁公司以经营收入大幅下降，业绩出现亏损情况，公司决定将运输及仓储相关业务全部外包为由裁减员工，近铁公司

<sup>20</sup> 宋鹏，《经济性裁员的司法认定》，载于北京市第二中级人民法院编辑的《法院审理劳动争议案件观点集成》（王金山主编，中国法制出版社2016年9月第1版）。该裁判思路与北京地区的司法实践也相吻合。

<sup>21</sup> 以前文提及的富豪宾馆和惠普案为例，富豪宾馆已经证明到连续两年存在亏损，然而因富豪宾馆未履行经济性裁员的程序要件，一审法院仍然认为富豪宾馆未能证明“生产经营发生严重困难”；而惠普公司仅仅提交公证书证明利润连续下滑，但惠普公司不仅与工会举行了民主协商会（提供了详细的会议纪要），就裁减人员方案向朝阳区人力资源和社会保障局进行了备案，还额外为被裁员工提供协商转岗的选择，以避免裁员结果，最终两审法院均认定为合法解除。

将裁员相关情况通知了全体员工，向北京市朝阳区人社局进行了裁减人员报告，并同意支付员工高于法律规定的经济补偿金，然而在《解除劳动合同通知书》中，近铁公司称根据《劳动合同法》第四十条第（三）项规定解除劳动合同。尽管近铁公司在庭审中解释法律条文的援引系笔误，但北京市朝阳区人民法院仍然以业绩出现亏损不符合法律规定的订立合同时的“客观情况发生重大变化”，且近铁公司并未就法律规定的变更劳动合同内容进行协商为由判决违法解除；北京市第三中级人民法院维持了一审判决。<sup>22</sup>

在上述案例中，近铁公司已经履行了经济性裁员的程序性要求，同时，业绩亏损虽不满足《劳动合同法》第四十条第（三）项规定的“客观情况发生重大变化”，但或可满足“客观经济情况发生重大变化”的经济性裁员事由，如果当时选择以经济性裁员途径解除劳动合同，近铁公司未必会败诉。

如果企业综合评估自身实际情况后，发现既符合“客观情况发生重大变化”，又符合“客观经济情况发生重大变化”，或者无法确定符合哪一种情形，企业可以考虑在可行的前提下，同步履行经济性裁员的程序要件和《劳动合同法》第四十条第（三）项关于协商变更劳动合同程序。同时，在解除通知中，避免明确援引具体法律条款，而采用客观情况和客观经济情况均已发生重大变化等可以进行两方面解释的表述；未来一旦发生争议，可以由律师介入后评估选择更符合企业情况的解聘路径来组织证据和应诉答辩。

## （二）创造条件优先适用协商一致解除方案

实践中，企业选择“裁员”的理由多种多样，但更多是基于必要性和成本做出的决定。在经济不景气的背景下，企业裁人的真实原因往往就是岗位不再有存在必要、人力成本开销过大等。而该等基于用工自主权的真实解聘原因并非裁判者会给予考虑的因素。为处理好这一对矛盾，企业应当善用协商一致解除。

尽管前文介绍中提到有的法院会尊重在“客观经济情况发生重大变化”的前提下企业主动进

---

<sup>22</sup> 北京近铁交通运输有限公司与赵刚劳动争议案（一审（2016）京0105民初22116号、二审（2018）京03民终4052号）。

行结构和岗位调整的经营自主权，但这种情况严重依赖于某一时期、某一地域的裁判风向，甚至依赖于某一具体裁判者的内心确认。因此，协商一致解除劳动合同永远应当是企业首先考虑的选择。协商解除不仅大幅降低后续发生争议的风险，弱化了裁员理由的选择和解释，在非对立的情境下，也更加便于企业做好安抚和沟通工作。

## 结语

本文就经济性裁员的内涵及实体要件（即经济性裁员的四项法定理由）进行了介绍。相较于实体要件，经济性裁员的程序要件同样重要。企业是否能够实施经济性裁员，除了满足裁员人数要求，以及存在法定裁员理由之外，更关键的是能够完整地履行我国法律、法规、规章以及规范性文件中规定的经济性裁员程序。这一部分内容将在《企业如何进行经济性裁员（下篇）》中详细展开。除此以外，下篇还将对经济性裁员的对象、经济补偿金的计算以及经济性裁员的替代方案等问题展开说明。

## ➤ 案例分析

### 劳动者违反不招揽义务违约行为的认定及违约责任的承担——耿某某与某公司股权转让纠纷一案的评析

作者：李昭 | 胡高崇 | 李丁丁

#### 一、 争议焦点

劳动者违反不招揽义务违约行为的认定及违约责任的承担。

#### 二、 基本案情

一审原告、被上诉人：某公司

一审被告、上诉人：耿某某

2012年5月，耿某某等人作为卖方与某公司作为买方签订《股权购买协议》，约定耿某某等人向某公司转让目标公司A公司的股权。《股权购买协议》中约定：在交割后五年内，卖方不得直接或间接，不论单独或共同，或代表或协助其他人士：直接或间接招揽、引诱、雇佣、或提供职位或顾问工作给曾经作为目标公司雇员，且（依据买方合理判断）可能掌握与目标公司有关的商业秘密，或有能力影响目标公司客户关系，或在目标公司拥有项目负责人以上职位的任何人士。同时，《股权购买协议》中还约定，卖方违反《股权购买协议》中约定的义务，应当赔偿买方的损失，包括买方主张权利而发生的相关费用。《股权购买协议》签订后，某公司向耿某某等人支付了股权转让对价。

2015年12月，耿某某入职某公司关联公司B公司咨询部工作。2017年初开始，耿某某作为咨询部的负责人之一，通过建立微信群等方式，组织、煽动包括A公司、B公司员工在内的咨询部员工离职，并加入竞争对手Z公司，并于2017年1月组织上述员工在上海召开会议，此后，自2017年1月底开始，包括耿某某在内的数十名上述咨询部员工陆续从某公司、

A 公司、B 公司及其他关联公司离职，加入 Z 公司。

2018 年 2 月，某公司诉至某法院，请求确认耿某某违反了《股权购买协议》中约定的不得招揽的义务，并请求判令耿某某赔偿某公司因此遭受的损失人民币 30 万元以及律师费人民币 5 万元。

某公司就其主张，提交了微信群聊天记录公证书、会议录音、参会人员证人证言、目标公司员工劳动合同及保密协议，用以证明耿某某存在违反《股权购买协议》项下不招揽义务的行为；同时，某公司还提交了费用说明、相关票据等，用以证明耿某某违反不招揽义务的行为给某公司造成的损失以及律师费的产生。

### 三、 审理结果

一审法院经审理认定，双方签订的《股权购买协议》系真实意思表示，未违反国家法律法规的禁止性规定，合法有效。双方均应依约履行己方义务；现某公司提交的证据中明显包含了耿某某煽动员工跳槽的内容，耿某某违反了上述协议的不招揽义务。但就损失赔偿的主张，法院认为，某公司提交的关于损失的说明及相关票据等并不能够证明费用的实际支出情况，也无法证明上述证据与耿某某违反不招揽义务行为之间存在因果关系。因此，对于某公司主张的损失，除《股权购买协议》中约定的律师费外，均未予支持。

后耿某某提起上诉，要求撤销一审判决。二审法院经审理后，驳回了耿某某的上诉，维持了原判。

### 四、 评析意见

本案的争议焦点为如何认定行为人存在不招揽行为以及行为人违反不招揽义务应当承担的法律责任。

#### （一）违反不招揽义务违约行为的认定

根据词典解释，“招揽”一词的意思是指招引到自己方面来；但在法律实践中，招揽的含义要广于上述解释。结合本案，法院在认定耿某某存在违反不招揽义务的行为时，并未机械地考察耿某某在实施招揽行为时是否已离开 B 公司而入职 Z 公司这一“自己方面”，亦未严格考察其是否实际将 A 公司员工“招引到”Z 公司，而是重点判断耿某某是否存在“招引”这一核心行为。

首先，本案中，耿某某开始实施招揽行为时，虽然仍在 B 公司工作，但其实际上系为其即将加入的 Z 公司招揽包括目标公司 A 公司在内的人员。并且，事实上，耿某某实施招揽行为后，很快便从 B 公司离职加入 Z 公司，作为 Z 公司的人员直接开展相关业务。因此，即使耿某某在实施招揽行为时仍是 B 公司的人员，亦不影响其招揽行为的认定。

其次，上述《股权购买协议》项下不招揽义务并未明确约定以 A 公司员工受招揽后实际入职其他公司作为违反义务的条件，因此，法院根据某公司提交的证据中能够明显体现耿某某实施招揽行为即认定其违反了不招揽义务。

与本案相类似，司法实践中，法院可能从实施招揽行为的人员曾经担任的职务、离职后从事的业务、被招揽人员的条件及招揽行为的结果等多方面客观情况综合认定劳动者或者其他人员是否实施有招揽行为<sup>23</sup>。

## （二）违反不招揽义务的责任承担方式

在合同法律关系中，违约责任的承担方式包括继续履行、采取补救措施、支付违约金和赔偿实际损失。如果违约人违反了合同约定的不招揽义务，其违约责任的承担方式也是上述几种。而在本案中，由于原告某公司与耿某某签订的合同中并未约定违约金，而原告某公司又未能提交除律师费以外的其他充分证据证明实际损失的存在，故而法院未能支持原告关于其他损失赔偿责任的诉讼请求。

---

<sup>23</sup> 见中山市第一人民法院（2017）粤 2071 民初 279 号民事判决书。

这也是跟合同的拟定做出了要求，尽量将违约责任的范围约定的详尽而具体，避免给违约方提供漏洞。

### （三）劳动关系项下不招揽义务的认定

本案中，原告某公司系基于《股权购买协议》项下不招揽义务的约定向耿某某主张的违约责任；原告与耿某某不存在劳动关系，本案也并非劳动争议纠纷。那么，在劳动关系项下，劳动者是否负有（明示或默示）的不招揽义务？

#### 1. 明示的不招揽义务

首先，司法实践并不禁止用人单位与劳动者之间就不招揽义务进行约定。但是，对于不招揽义务是否能够延伸到劳动关系解除或终止之后，存在一定的分歧。有观点认为，如约定是双方真实意思表示，则合法有效<sup>24</sup>；也有观点认为，劳动关系解除或终止后，双方的人身依附关系解除，劳动者无需再承担不招揽义务<sup>25</sup>。

对此，笔者认为，法律法规并未禁止用人单位和劳动者关于在劳动关系解除或终止后的不招揽义务的约定；并且，在实践中，该类约定往往涵盖在双方关于竞业限制的约定当中，即用人单位不仅要求劳动者本人在离职后不得直接从事竞争性业务，亦可能要求劳动者不得通过用人单位的其他离职员工间接从事竞争性业务。因此，从避免劳动者离职后间接从事竞争性业务的角度出发，用人单位与劳动者约定离职后的不招揽义务存在着一定的必要性和合理性。

#### 2. 默示的不招揽义务

根据劳动合同法第三条的规定，订立劳动合同应当遵循诚实信用的原则，劳动者的忠实义务是诚实信用原则的自然延伸，劳动者在履行劳动合同的过程中应当善意地履行自己的忠实义

---

<sup>24</sup> 见上海市黄浦区人民法院（2015）黄浦民一（民）初字第 5474 号民事判决书。

<sup>25</sup> 见湖州市中级人民法院（2015）浙湖民终字第 212 号民事判决书。

务<sup>26</sup>。据此，笔者认为，基于该等忠实义务，即使双方没有约定，劳动者在职期间也应具有默示的不招揽义务，不得为其他用人单位招揽本单位的人员。但从明晰责任承担方式的角度出发，笔者建议用人单位将劳动者在职期间从事招揽行为界定为严重违纪行为，进而强化规制路径。

#### （四）劳动关系项下违反不招揽义务的法律责任

与普通的合同关系项下可以要求违约人承担支付赔偿金、继续履行等违约责任不同，劳动关系项下的不招揽义务有其特殊的归责原则。

首先，笔者认为，基于忠实义务，劳动者在职期间，与用人单位之间不论是否存在关于不招揽的约定，都不得从事招揽行为。但是，鉴于司法实践中对于劳动关系解除或终止后劳动者是否仍负有不招揽义务存在分歧，劳动者在离职后存在招揽行为时，用人单位是否能否要求其停止招揽行为，存在一定的不确定性。

其次，根据劳动合同法第二十五条的规定，除违反保密义务或竞业限制义务的情形外，用人单位不得与劳动者约定违约金。据此，即使用用人单位与劳动者就违反不招揽义务约定了违约金，也存在因违反上述规定而被认定无效的可能性。

综上，对于违反不招揽义务的劳动者，用人单位可以按照约定，适用合同法及相关司法解释的规定，向劳动者主张损失赔偿责任；此外，用人单位也可以根据约定或规章制度的规定，在劳动者存在严重违反规章制度行为的时候，对其进行纪律处分，包括但不限于与其解除劳动合同。

---

<sup>26</sup> 见佛山市中级人民法院（2016）粤06民终4139号民事判决书。

## ➤ 新规速递

### 《基层工会会员代表大会条例》之亮点解读

作者：胡高崇 | 戴月

1992年5月18日，全国总工会印发了《关于基层工会会员代表大会代表实行常任制的若干暂行规定》（以下称“《暂行规定》”）和《工会基层组织选举工作暂行条例》（以下称“《暂行条例》”）。2016年10月9日，中华全国总工会印发《工会基层组织选举工作条例》（总工发〔2016〕27号）取代《暂行条例》。继此之后，为完善基层工会会员代表大会制度，推进基层工会民主化、规范化、法治化建设，中华全国总工会于今年1月再次出台《基层工会会员代表大会条例》（总工发〔2019〕6号，以下称“《条例》”），上述《条例》对原《暂行规定》进行了较大修改，并宣布废止《暂行规定》。现笔者结合劳动人事实践对《条例》中的亮点内容介绍如下：

#### 一、强化了同级党组织和上一级工会对基层工会会员代表大会的领导，增加了书面报告程序

《条例》强调了上一级工会对下一级工会召开会员代表大会的指导和监督职能，同时强化了党组织对会员代表大会的领导地位。

首先，基层工会召开会员代表大会应同时向同级党组织和上一级工会报告。具体来说，每届会员代表大会第一次会议召开前，应当将大会组织机构、会员代表构成、大会主要议程等重要事项向同级党组织和上一级工会书面报告。上一级工会接到报告后应于15日内批复。

同时，换届选举、补选、罢免基层工会委员会组成人员，均应向同级党组织和上一级工会书面报告。如罢免主席、副主席和委员，还应当经同级党组织和上一级工会进行考察，未建立党组织的，由上一级工会考察。经考察确认不能再担任职务的，应依法召开会员代表大会进

行无记名投票表决，表决结果为应参会人员过半数通过的为有效罢免，并报上一级工会批准。

## 二、 优化会员代表的产生来源及选举方法，增强了可操作性

《条例》提高了会员代表的广泛性和代表性，增强了会员代表名额要求的可操作性，并首次明确了差额选举的比例要求。

《条例》首次规定，中层正职以上管理人员和领导人员占会员代表总数比例一般不超过 20%，强调会员代表应以一线职工为主。就会员代表的多样性上，除了《暂行规定》提出的女职工、青年职工外，《条例》还要求劳动模范（先进工作者）占一定比例。

原《暂行规定》要求，会员在 200 人以下的基层工会，一般应召开会员大会，但同时规定，如因特殊情况召开会员代表大会，可寻求上级工会批准。《条例》将召开会员代表大会的最低人数要求降低为 100 人，但规定会员不足 100 人的基层工会组织必须召开会员大会。与此同时，《条例》降低了会员代表的名额相对于会员人数的比例，提高了会员代表大会的可操作性。

关于会员代表的选举方式，《条例》延续了《暂行规定》中的无记名差额选举，同时又明确要求差额率不得低于 15%。

## 三、 强化会员代表在职责履行过程中所能享有的权利，并明确了代表资格的罢免及终止情形

一方面，《条例》扩充了会员代表的职责，明确会员代表应对工会委员会落实代表大会决议的情况进行监督检查，并对工会委员会、代表大会各专门委员会（小组）工作进行评议，提出批评、建议。《条例》强调，基层工会应建立会员代表调研、督查等工作制度，充分发挥会员代表作用。《条例》内容还确保了会员代表正常享受劳动报酬和福利待遇的权利，明确

规定会员代表在法定工作时间内依法参加会员代表大会及工会组织的各项活动，单位应当正常支付劳动报酬，不得降低其工资和其他福利待遇。

另一方面，《条例》首次明确了罢免会员代表及代表身份自然终止的情形。原《暂行规定》仅规定，会员和原选举单位对违法乱纪和严重失职的会员代表，有权提出罢免的要求。如会员代表因故调离原选举单位，不能继续履行代表职责时，代表资格自然免除。《条例》明确提出，可以罢免会员代表的情形包括：不履行会员代表职责；严重违反劳动纪律或单位规章制度，对单位利益造成严重损害；被依法追究刑事责任；及其他需要罢免的情形。就会员代表身份的自然终止，除工作岗位跨选举单位变动外，还新增了与用人单位解除、终止劳动（工作）关系；以及停薪留职、长期病事假、内退、外派超过一年，不能履行会员代表职责的情形。以上变动实际上肯定了劳动（工作）关系与会员代表身份的关联性。

《条例》同时规定，在代表缺额的情况下，原选举单位应及时补选会员代表。罢免、自然终止和补选这一套流程可以确保会员代表有效履行其职责，而不是由不履行或不能履行代表职责的人占用代表名额。

#### **四、明确罢免基层工会主席、副主席、委员的具体条件和程序，为用人单位与上述人员解除劳动合同提供具有操作性的路径**

除会员代表外，《条例》还明确规定了可以罢免基层工会主席、副主席的情形，包括：连续两年测评等次为不满意；任职期间个人有严重过失；被依法追究刑事责任；及其他需要罢免的情形。如基层工会委员会委员具有前述后三项情形，可以罢免。在实践中，工会主席、副主席和工会委员在职期间的劳动合同解除问题，是用人单位经常面临的一个棘手问题，因为法律规定对于上述人员具有特殊的保护性规定；而《条例》的上述内容，提供了罢免工会主席、副主席和工会委员的可行路径，也减少了用人单位合法解除上述人员劳动关系的现实压力。

应注意，罢免基层工会主席、副主席、委员，除履行召开会员代表大会无记名投票的程序外，仍须履行前文提到的同级党组织和上一级工会考察，报上一级工会批准等程序。

扩展阅读：工会主席、副主席、委员劳动关系的特殊待遇

根据《中华人民共和国工会法》（以下称“《工会法》”）第十七条，工会主席、副主席任期未满时不得随意调动工作（如因工作需要调动，应征得本级工会委员会和上一级工会的同意）；而根据《工会法》第十八条，工会主席、副主席、委员享受劳动合同期限自动延长的特殊待遇（其中专职主席、副主席、委员延长期限相当于任职期间，非专职主席、副主席、委员的未履行完的劳动合同期限自动延长至任期届满）。关于劳动合同期限自动延长，《工会法》第十八条规定了两项例外，即任职期间“个人严重过失”和“达到法定退休年龄”。<sup>27</sup>

## 五、 允许通过电视电话及网络视频会议等方式召开会员代表大会，增加了便利

《条例》首次规定，规模较大、人数众多、工作地点分散、工作时间不一致，会员代表难以集中的基层工会，可以通过电视电话会议、网络视频会议等方式召开会员代表大会。不涉及无记名投票的事项，可以通过网络进行表决，如进行无记名投票的，可在分会场设立票箱，在规定时间内统一投票、统一计票。

该规定允许使用新型方式召开会员代表大会和投票表决，提高了会员代表大会可操作性、节约了召开会议的各项成本。

## 六、 强调工会代表大会与职工代表大会应分别召开，细化了程序要求

考虑到工会与职工代表大会在民主管理方面的职能和任务基本相同，为减少机构重叠、工作重复，原《暂行规定》规定，会员代表大会与职工代表大会可以分别举行，也可以结合举行，按会议议程分段召开。

---

<sup>27</sup> 应当注意，“个人严重过失”不能完全等同于《劳动合同法》第三十九条规定的用人单位单方立即解除情形，相比较而言，其范围更窄。《最高人民法院关于在民事审判工作中适用〈中华人民共和国工会法〉若干问题的解释》第二条规定，《工会法》第十八条规定的“个人严重过失”指具有《劳动法》第二十五条第（二）项、第（三）项或者第（四）项规定的情形。即“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”和“被依法追究刑事责任”这三种情形。

但是《条例》取消了结合召开的操作，细化了程序要求，其中明确规定会员代表大会与职工代表大会应分别召开，不得互相代替。如在同一时间段召开的，应分别设置会标、分别设定会议议程、分别行使职权、分别作出决议、分别建立档案。同时删去了原《暂行规定》关于结合召开的几个具体实施方面。

未来实践中如何执行分别召开的规定有待观察。但无论是结合召开还是分别召开，用人单位在制定、修改或决定有关劳动报酬、工作时间、休假休息、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，均应当按照《劳动合同法》第四条的规定履行民主协商程序要求，至少应做到将相关草案提供给工会或职工代表，邀请其提出意见，并保留相关证据。这既是确保用人单位规章制度有效性的重要环节，也是落实工会代表大会或者职工代表大会议题的必然要求。

附：

## 基层工会会员代表大会条例

总工发〔2019〕6号

### 第一章 总 则

**第一条** 为完善基层工会会员代表大会制度，推进基层工会民主化、规范化、法治化建设，增强基层工会政治性、先进性、群众性，激发基层工会活力，发挥基层工会作用，根据《中华人民共和国工会法》《中国工会章程》等有关规定，制定本条例。

**第二条** 本条例适用于企业、事业单位、机关、社会团体和其他社会组织单独或联合建立的基层工会组织。

乡镇（街道）、开发区（工业园区）、村（社区）建立的工会委员会，县级以上建立的区域（行业）工会联合会，如召开会员代表大会的，依照本条例执行。

**第三条** 会员不足 100 人的基层工会组织，应召开会员大会；会员 100 人以上的基层工会组织，应召开会员大会或会员代表大会。

**第四条** 会员代表大会是基层工会的最高领导机构，讨论决定基层工会重大事项，选举基层工会领导机构，并对其进行监督。

**第五条** 会员代表大会实行届期制，每届任期三年或五年，具体任期由会员代表大会决定。会员代表大会任期届满，应按期换届。遇有特殊情况，经上一级工会批准，可以提前或延期换届，延期时间一般不超过半年。会员代表大会每年至少召开一次，经基层工会委员会、三分之一以上的会员或三分之一以上的会员代表提议，可以临时召开会员代表大会。

**第六条** 会员代表大会应坚持党的领导，坚持民主集中制，坚持依法规范，坚持公开公正，切实保障会员的知情权、参与权、选举权、监督权。

**第七条** 基层工会召开会员代表大会应向同级党组织和上一级工会报告。换届选举、补选、罢免基层工会委员会组成人员的，应向同级党组织和上一级工会书面报告。上一级工会对下一级工会召开会员代表大会进行指导和监督。

### 第二章 会员代表大会的组成和职权

**第八条** 会员代表的组成应以一线职工为主，体现广泛性和代表性。中层正职以上管理人员和领导人员一般不得超过会员代表总数的 20%。女职工、青年职工、劳动模范（先进工作者）等会员代表应占一定比例。

**第九条** 会员代表名额，按会员人数确定：

会员 100 至 200 人的，设代表 30 至 40 人；

会员 201 至 1000 人的，设代表 40 至 60 人；

会员 1001 至 5000 人的，设代表 60 至 90 人；

会员 5001 至 10000 人的，设代表 90 至 130 人；

会员 10001 至 50000 人的，设代表 130 至 180 人；

会员 50001 人以上的，设代表 180 至 240 人。

**第十条** 会员代表的选举和会议筹备工作由基层工会委员会负责，新成立基层工会的由工会筹备组负责。

**第十一条** 会员代表大会根据需要，可以设立专门工作委员会（小组），负责办理会员代表大会交办的具体事项。

**第十二条** 会员代表大会的职权是：

- （一）审议和批准基层工会委员会的工作报告；
- （二）审议和批准基层工会委员会经费收支预算决算情况报告、经费审查委员会工作报告；
- （三）开展会员评家，评议基层工会开展工作、建设职工之家情况，评议基层工会主席、副主席履行职责情况；
- （四）选举和补选基层工会委员会和经费审查委员会组成人员；
- （五）选举和补选出席上一级工会代表大会的代表；
- （六）罢免其所选举的代表、基层工会委员会组成人员；
- （七）讨论决定基层工会其他重大事项。

### **第三章 会员代表**

**第十三条** 会员代表应由会员民主选举产生，不得指定会员代表。劳务派遣工会员民主权利的行使，如用人单位工会与用工单位工会有约定的，依照约定执行；如没有约定或约定不明确的，在劳务派遣工会员会籍所在工会行使。

**第十四条** 会员代表应具备以下条件：

- （一）工会会员，遵守工会章程，按期缴纳会费；
- （二）拥护党的领导，有较强的政治觉悟；
- （三）在生产、工作中起骨干作用，有议事能力；

(四) 热爱工会工作，密切联系职工群众，热心为职工群众说话办事；

(五) 在职工群众中有一定的威信，受到职工群众信赖。

**第十五条** 会员代表的选举，一般以下一级工会或工会小组为选举单位进行，两个以上会员人数较少的下一级工会或工会小组可作为一个选举单位。

会员代表由选举单位会员大会选举产生。规模较大、管理层级较多的单位，会员代表可由下一级会员代表大会选举产生。

**第十六条** 选举单位按照基层工会确定的代表候选人名额和条件，组织会员讨论提出会员代表候选人，召开有三分之二以上会员或会员代表参加的大会，采取无记名投票方式差额选举产生会员代表，差额率不低于 15%。

**第十七条** 会员代表候选人，获得选举单位全体会员过半数赞成票时，方能当选；由下一级会员代表大会选举时，其代表候选人获得应到会代表人数过半数赞成票时，方能当选。

**第十八条** 会员代表选出后，应由基层工会委员会或工会筹备组，对会员代表人数及人员结构进行审核，并对会员代表进行资格审查。符合条件的会员代表人数少于原定代表人数的，可以把剩余的名额再分配，进行补选，也可以在符合规定人数情况下减少代表名额。

**第十九条** 会员代表实行常任制，任期与会员代表大会届期一致，会员代表可以连选连任。

**第二十条** 会员代表的职责是：

(一) 带头执行党的路线、方针、政策，自觉遵守国家法律法规和本单位的规章制度，努力完成生产、工作任务；

(二) 在广泛听取会员意见和建议的基础上，向会员代表大会提出提案；

(三) 参加会员代表大会，听取基层工会委员会和经费审查委员会的工作报告，讨论和审议代表大会的各项议题，提出审议意见和建议；

(四) 对基层工会委员会及代表大会各专门委员会(小组)的工作进行评议，提出批评、建议；对基层工会主席、副主席进行民主评议和民主测评，提出奖惩和任免建议；

(五) 保持与选举单位会员群众的密切联系，热心为会员说话办事，积极为做好工会各项工作献计献策；

(六) 积极宣传贯彻会员代表大会的决议精神，对工会委员会落实会员代表大会决议情况进行监督检查，团结和带动会员群众完成会员代表大会提出的各项任务。

**第二十一条** 选举单位可单独或联合组成代表团（组），推选团（组）长。团（组）长根据会员代表大会议程，组织会员代表参加大会各项活动；在会员代表大会闭会期间，按照基层工会的安排，组织会员代表开展日常工作。

**第二十二条** 基层工会讨论决定重要事项，可事先召开代表团（组）长会议征求意见，也可根据需要，邀请代表团（组）长列席会议。

**第二十三条** 基层工会应建立会员代表调研、督查等工作制度，充分发挥会员代表作用。

**第二十四条** 会员代表在法定工作时间内依法参加会员代表大会及工会组织的各项活动，单位应当正常支付劳动报酬，不得降低其工资和其他福利待遇。

**第二十五条** 有下列情形之一的，会员代表身份自然终止：

- （一）在任期内工作岗位跨选举单位变动的；
- （二）与用人单位解除、终止劳动（工作）关系的；
- （三）停薪留职、长期病事假、内退、外派超过一年，不能履行会员代表职责的。

**第二十六条** 会员代表对选举单位会员负责，接受选举单位会员的监督。

**第二十七条** 会员代表有下列情形之一的，可以罢免：

- （一）不履行会员代表职责的；
- （二）严重违反劳动纪律或单位规章制度，对单位利益造成严重损害的；
- （三）被依法追究刑事责任的；
- （四）其他需要罢免的情形。

**第二十八条** 选举单位工会或三分之一以上会员或会员代表有权提出罢免会员代表。会员或会员代表联名提出罢免的，选举单位工会应及时召开会员代表大会进行表决。

**第二十九条** 罢免会员代表，应经过选举单位全体会员过半数通过；由会员代表大会选举产生的代表，应经过会员代表大会应到会代表的过半数通过。

**第三十条** 会员代表出现缺额，原选举单位应及时补选。缺额超过会员代表总数四分之一时，应在三个月内进行补选。补选会员代表应依照选举会员代表的程序，进行差额选举，差额率应按照第十六条规定执行。补选的会员代表应报基层工会委员会进行资格审查。

#### **第四章 会员代表大会的召开**

**第三十一条** 每届会员代表大会第一次会议召开前，应将会员代表大会的组织机构、会员代表的构成、会员代表大会主要议程等重要事项，向同级党组织和上一级工会书面报告。上一级工会接到报告后应于 15 日内批复。

**第三十二条** 每届会员代表大会第一次会议召开前，基层工会委员会或工会筹备组应对会员代表进行专门培训，培训内容应包括工会基本知识、会员代表大会的性质和职能、会员代表的权利和义务、大会选举办法等。

**第三十三条** 会员代表全部选举产生后，应在一个月内召开本届会员代表大会第一次会议。

**第三十四条** 会员代表大会召开前，会员代表应充分听取会员意见建议，积极提出与会员切身利益和工会工作密切相关的提案，经基层工会委员会或工会筹备组审查后，决定是否列入大会议程。

**第三十五条** 召开会员代表大会，应提前 5 个工作日将会议日期、议程和提交会议讨论的事项通知会员代表。

**第三十六条** 每届会员代表大会第一次会议召开前，可举行预备会议，听取会议筹备情况的报告，审议通过关于会员代表资格审查情况的报告，讨论通过选举办法，通过大会议程和其他有关事项。

**第三十七条** 召开会员代表大会时，未当选会员代表的经费审查委员会委员、女职工委员会委员应列席会议，也可以邀请有关方面的负责人或代表列席会议。可以邀请获得荣誉称号的人员、曾经作出突出贡献的人员作为特邀代表参加会议。

列席人员和特邀代表仅限本次会议，可以参加分组讨论，不承担具体工作，不享有选举权、表决权。

**第三十八条** 基层工会委员会、经费审查委员会及女职工委员会的选举工作，依照《工会基层组织选举工作条例》规定执行。

**第三十九条** 会员代表大会应每年对基层工会开展工作、建设职工之家和工会主席、副主席履行职责等情况进行民主评议，在民主评议的基础上，以无记名投票方式进行测评，测评分为满意、基本满意、不满意三个等次。测评结果应及时公开，并书面报告同级党组织和上一级工会。基层工会主席、副主席测评办法应由会员代表大会表决通过，并报上一级工会备案。

**第四十条** 基层工会主席、副主席，具有下列情形之一的，可以罢免：

- （一）连续两年测评等次为不满意的；
- （二）任职期间个人有严重过失的；
- （三）被依法追究刑事责任的；

（四）其他需要罢免的情形。

基层工会委员会委员具有上述（二）（三）（四）项情形的，可以罢免。

**第四十一条** 本届工会委员会、三分之一以上的会员或会员代表可以提议罢免主席、副主席和委员。罢免主席、副主席和委员的，应经同级党组织和上一级工会进行考察，未建立党组织的，由上一级工会考察。经考察，如确认其不能再担任现任职务时，应依法召开会员代表大会进行无记名投票表决，应参会人员过半数通过的，罢免有效，并报上一级工会批准。

**第四十二条** 规模较大、人数众多、工作地点分散、工作时间不一致，会员代表难以集中的基层工会，可以通过电视电话会议、网络视频会议等方式召开会员代表大会。不涉及无记名投票的事项，可以通过网络进行表决，如进行无记名投票的，可在分会场设立票箱，在规定时间内统一投票、统一计票。

**第四十三条** 会员代表大会与职工代表大会应分别召开，不得互相代替。如在同一时间段召开的，应分别设置会标、分别设定会议议程、分别行使职权、分别作出决议、分别建立档案。

**第四十四条** 会员代表大会通过的决议、重要事项和选举结果等应当形成书面文件，并及时向会员公开。

## **第五章 附 则**

**第四十五条** 除会员代表的特别规定外，召开会员大会依照本条例相关规定执行。

**第四十六条** 本条例由中华全国总工会负责解释。

**第四十七条** 本条例自发布之日起施行，以往有关规定与本条例不一致的，以本条例为准。1992年4月14日中华全国总工会办公厅印发的《关于基层工会会员代表大会代表实行常任制的若干暂行规定》同时废止。

## 本期作者简介



**李昭**律师为环球律师事务所北京办公室合伙人。李昭律师曾在北京市法院从事审判工作，自 2005 年 8 月律师执业以来，曾先后在北京市中伦金通律师事务所、北京市通商律师事务所担任专职律师、合伙人，2012 年 5 月加入北京市环球律师事务所，任合伙人。

邮箱：[lizhao@glo.com.cn](mailto:lizhao@glo.com.cn)

---



**胡高崇**律师为环球律师事务所常驻北京的合伙人，其主要从事劳动与雇佣等方面的法律服务。加入环球所之前，胡律师曾经长期在北京市海淀区人民法院从事劳动争议审判工作，担任审判长，审理逾千起劳动争议案件，案件类型涵盖终止与解除劳动合同相关纠纷、劳动报酬相关纠纷、竞业限制与服务期相关纠纷等。

邮箱：[hugaochong@glo.com.cn](mailto:hugaochong@glo.com.cn)

---



**李丁丁**律师为环球律师事务所北京办公室的顾问，其主要执业领域为劳动与雇佣等。

邮箱：[lidingding@glo.com.cn](mailto:lidingding@glo.com.cn)

---



**戴月**为环球律师事务所北京办公室的律师，其主要执业领域为劳动与雇佣等。

邮箱：[daiyue@glo.com.cn](mailto:daiyue@glo.com.cn)

---

## 环球简介

环球律师事务所（“我们”）是一家在中国处于领先地位的综合性律师事务所，为中国及外国客户就各类跨境及境内交易以及争议解决提供高质量的法律服务。

历史. 作为中国改革开放后成立的第一家律师事务所，我们成立于 1984 年，前身为 1979 年设立的中国国际贸易促进委员会法律顾问处。

荣誉. 作为公认领先的中国律师事务所之一，我们连续多年获得由国际著名的法律评级机构评选的奖项，如《亚太法律 500 强》（The Legal 500 Asia Pacific）、《钱伯斯杂志》（Chambers & Partners）、《亚洲法律杂志》（Asian Legal Business）等评选的奖项。

规模. 我们在北京、上海、深圳三地办公室总计拥有 300 余名的法律专业人才。我们的律师均毕业于中国一流的法学院，其中绝大多数律师拥有法学硕士以上的学历，多数律师还曾学习或工作于北美、欧洲、澳洲和亚洲等地一流的法学院和国际性律师事务所，部分合伙人还拥有美国、英国、德国、瑞士和澳大利亚等地的律师执业资格。

专业. 我们能够将精湛的法律知识和丰富的执业经验结合起来，采用务实和建设性的方法解决法律问题。我们还拥有领先的专业创新能力，善于创造性地设计交易结构和细节。在过去的三十多年里，我们凭借对法律的深刻理解和运用，创造性地完成了许多堪称“中国第一例”的项目和案件。

服务. 我们秉承服务质量至上和客户满意至上的理念，致力于为客户提供个性化、细致入微和全方位的专业服务。在专业质量、合伙人参与程度、客户满意度方面，我们在中国同行中名列前茅。在《钱伯斯杂志》2018 及 2012 年举办的“客户服务”这个类别的评比中，我们名列中国律师事务所首位。

## 环球劳动业务简介

**我们能够为客户提供全面的劳动与雇佣法律服务。**我们不仅为客户处理在交易过程中与劳动相关的事务,还协助客户处理日常运营过程中与劳动相关的事务,以及帮助客户解决各类劳动争议。

**我们拥有丰富的劳动与雇佣法律专业知识。**在劳动与雇佣领域,我们的劳动律师不仅深刻理解国家层面的各种法律法规规定,还谙熟地方层面的各种法律法规规定,并时刻关注国家和地方层面法律法规的最新变化和进展。尤其是,我们还能够将我们对相关法律法规的认识以及对复杂问题的理解准确和清楚地传达给我们的客户。

**我们能够为客户提供实用的劳动与雇佣法律建议。**我们秉承客户满意至上的理念,致力于为客户提供个性化、细致入微和全方位的专业服务。为此我们不仅要求自己提供的法律建议及时、准确,更要求我们提供的法律建议能够直接帮助客户解决实际的具体问题。

**我们拥有丰富的劳动与雇佣法律服务经验。**我们在劳动与雇佣领域的经验包括:(1)处理劳动合同订立、履行、解除或终止过程中的各种劳动争议,包括但不限于劳动合同效力、劳动合同期限、试用期、培训和服务期、薪酬待遇、工时休假、劳动合同解除、劳动合同终止、经济补偿金、竞业限制、劳务派遣等方面的劳动仲裁和劳动争议诉讼案件;(2)就企业日常运营过程中的劳动相关问题为客户提供咨询服务;(3)参与谈判并起草、审阅及修订各种与劳动相关的协议,包括个人劳动合同、集体劳动合同、劳务派遣协议、培训协议、竞业限制协议、保密协议、期权协议、协商解除劳动合同协议等;(4)设计、起草、审阅及修订各种与劳动相关的规章制度,包括员工手册、员工行为准则、工时休假制度、薪酬福利制度、股权激励计划、差旅报销制度等;以及(5)协助企业处理并购、重组、破产、清算以及解散等过程中的员工安置与规模裁员等劳动相关事务。

## 版权与免责

**版权.** 环球律师事务所保留对本报告的所有权利。未经环球律师事务所书面许可，任何人不得以任何形式或通过任何方式复制或转载本报告任何受版权保护的内容。

**免责.** 本报告及其内容不代表环球律师事务所对有关法律问题的法律意见，任何仅依照本报告的全部或部分内容而做出的作为和不作为决定及因此造成的后果由行为人自行负责。如您需要法律意见或其他专家意见，应该向具有相关资格的专业人士寻求专业帮助。

**联系我们.** 如您欲进一步了解本报告所涉及的内容，您可以通过下列联系方式联系我们。

### 环球律师事务所（北京总部）

北京市朝阳区建国路 81 号华贸中心 1 号写字楼 15 层&20 层 邮编：100025

电话：(86 10) 6584 6688

传真：(86 10) 6584 6666

电邮：[global@glo.com.cn](mailto:global@glo.com.cn)

### 环球律师事务所（上海）

上海市黄浦区湖滨路 150 号企业天地 5 号楼 26 层 邮编：200021

电话：(86 21) 2310 8288

传真：(86 21) 2310 8299

电邮：[shanghai@glo.com.cn](mailto:shanghai@glo.com.cn)

### 环球律师事务所（深圳）

深圳市南山区铜鼓路 39 号大冲国际中心 5 号楼 26 层 B/C 单元 邮编：518055

电话：(86 755) 8388 5988

传真：(86 755) 8388 5987

电邮：[shenzhen@glo.com.cn](mailto:shenzhen@glo.com.cn)

环  
球  
律  
师  
事  
务  
所

北京市朝阳区建国路81号华贸中心  
1号写字楼15层&20层 邮编: 100025  
15 & 20/F Tower 1, China Central Place,  
No. 81 Jianguo Road Chaoyang District,  
Beijing 100025, China  
电话/T. (86 10) 6584 6688  
传真/F. (86 10) 6584 6666

上海市黄浦区湖滨路150号企业天地  
5号楼26层 邮编: 200021  
26F, 5 Corporate Avenue,  
No. 150 Hubin Road, Huangpu District,  
Shanghai 200021, China  
电话/T. (86 21) 2310 8288  
传真/F. (86 21) 2310 8299

深圳市南山区铜鼓路39号大冲国际中心  
5号楼26层B/C单元 邮编: 518055  
Units B/C, 26F, Tower 5,  
Dachong International Center, No. 39 Tonggu Road,  
Nanshan District, Shenzhen 518055, China  
电话/T. (86 755) 8388 5988  
传真/F. (86 755) 8388 5987