

解除程序有瑕疵，“合法”辞退变违法

■ 马敬

劳动者和用人单位建立劳动关系，依据法律规定和合同约定享有权利和义务。用人单位在履行劳动合同过程中，依法享有用工管理权和自主权，同时劳动合同法赋予了用人单位依法解除劳动合同的权利。用人单位依法行使解除权时，应当在实体上和程序上均符合法律规定。然而，在司法实践中经常出现用人单位因解除程序存在瑕疵，从而导致解除行为违法。

合法辞退要上“会”，绕过工会不可取

刘先生曾是某建筑公司采购部副部长，2018年4月因工作岗位调动与主管领导发生分歧，自4月23日起向公司请病假。此后，刘先生陆续向建筑公司提交4份病假证明，载明病情均为心律不齐，建议休息治疗，刘先生休假至2018年5月底。

2018年6月初，建筑公司人事部门员工发现刘先生提交病假证明中的主任医师系妇产科医生，遂向医院核实病假证明真伪，医院答复病假证明均非该医院出具。2018年6月4日，建筑公司向刘先生发出《解除劳动合同通知书》，解除原因：刘先生自2018年4月23日起一直未到岗上班，经过核实其提交的病假证明是伪造假条，根据员工手册第11条假期管理要求及第4条考勤制度相关规定，其严重违反了公司规章制度。

在该案审理过程中，刘先生主张建筑公司与其解除劳动合同未通知工会；建筑公司认可该公司已建立工会组织，但主张该公司系合法解除劳动合同，无需征求工会意见。

法院经审理后认为，劳动者可依法享受休息和休假的权利。劳动者因患病需要休病假的，应当由就诊医院出具正式的诊断证明书或病假证明书，由具有执业资格的医师依据劳动者病情酌情确定病假期间。

该案中，刘先生所提交的病假证明均为虚假证明，建筑公司以此为由与刘先生解除劳动合同符合《中华人民共和国劳动合同

法》第39条之规定。但是，建立了工会组织的用人单位解除劳动合同应事先通知工会，否则仍属于违法解除行为。法院最终判决建筑公司应向刘先生支付违法解除劳动合同赔偿金15.4万元。

法官释法

依据《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释(一)》第47条之规定，建立了工会组织的用人单位解除劳动合同符合劳动合同法第39条、第40条规定，但未按照劳动合同法第43条规定事先通知工会，劳动者以用人单位违法解除劳动合同为由请求用人单位支付赔偿金的，人民法院应予支持。由此可见，即使用人单位合法解除劳动合同，仍应事先通知工会组织，否则将因解除程序存在瑕疵承担支付赔偿金的法律责任。

同一违纪行为，二次处罚要不得

陈先生曾系某运输公司员工，担任生产辅助工，工作内容包括操作吊车、设备运行等。2020年9月，运输公司作出《解除劳动合同通知书》，内容载明：“陈先生……您于2020年7月24日在工作岗位上严重违反《吊车安全操作规程》导致恶劣影响。根据劳动合同第7条，您已构成严重违反规章制度，现依据劳动合同及《中华人民共和国劳动合同法》等有关规定，于2020年9月30日对您做出解除劳动合同的处理决定。”

就解除的具体理由一节，运输公司主张陈先生在2020年7月24日违反操作手册，导致操作吊车时出现剐蹭事故。该公司在进行第三季度安全事故评查的过程中，评查委员会一致认为陈先生在工作中因个人疏忽出现剐蹭事故，导致公司重大经济损失，按照员工手册规定可以给予辞退处理。陈先生认可上述违纪行为，但主张公司已经对其作出扣除500元绩效工资、吊销3个月吊车本的处罚。

法院经审理后认为，运输公司已在关于

7月安全生产活动的奖惩通报中就陈先生吊车作业违规行为作出扣罚绩效、吊销吊车本的处罚，故运输公司再行以此为由作出解除劳动合同处理，存在严重程序瑕疵，属于违法解除，法院最终判决运输公司向陈先生支付违法解除劳动合同赔偿金9万元。

法官释法

依据《中华人民共和国劳动合同法》第39条规定，劳动者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。对于“严重违反用人单位的规章制度”的情形，用人单位可以员工手册、安全生产规范、考勤管理规范等内部管理文件形式制定，并在用人单位内部公示实施。在司法实践中，司法机关尊重用人单位用工管理权的行使，对合法合理的企业管理规范效力亦予以确认。用人单位可根据生产经营特点制定相应管理规范包括奖惩规定，但即使对违纪行为规定有不同程度处罚措施，对同一违纪行为用人单位作出处理决定后，不得再行作出二次处罚处理。

用工管理权限分明，擅自升级不可为

李先生系某保险公司的销售经理，从事保险销售工作。2019年3月中旬，李先生在为客户办理续保过程中，私自兑换客户礼品券，保险公司以此为由将李先生辞退。

在该案审理过程中，保险公司出示了该公司员工手册，李先生兑换客户礼品券的行为，属于乙类过失，同时员工手册中规定公司制定违纪积分制，乙类过失每次扣10分，累计积10分填写轻微过失单，扣发当月奖金的20%，填写轻微过失单的执行权限为部门经理/人力资源部经理。依据该规定，保险公司作出了《员工过失单》，违纪行为与前述一致，部门第一负责人意见处确认李先生存在泄露客户信息、兑换客户礼品券的行为，属于乙类过失，处理意见为给予口头警告并扣罚4月绩效1000元，李先生签字确认认可公司上述处理决定，但在后续审批过程中事业

部第一负责人意见为辞退。

保险公司称，李先生私自兑换的礼品是消毒液，属于违反《职业操守十二条》“利用工作之便，谋求私利”的情形，触碰了企业红线，因此在李先生签署《员工过失单》后公司审批过程中变更处罚为辞退。

法院经审理后认为，李先生存在违纪行为，其行为违反用人单位管理制度，理应接受公司监督管理。李先生的直属领导作出扣罚绩效及警告的处罚，该处分决定符合员工手册中纪律处分的规定，且该类处分的执行权限为部门经理或人力资源部经理，即李先生所在部门有权就李先生上述违纪行为进行处分。存在公司在后续审批过程中升级处分决定，存在严重程序瑕疵，因此法院确认保险公司与李先生解除劳动合同系违法解除，判令其支付违法解除劳动合同赔偿金4.7万余元。

法官释法

劳动者应当遵守用人单位依据民主程序制定、公布的管理规范，接受用人单位管理。用人单位的管理规范可规定违纪行为情形、违纪处罚措施及处罚程序。具体就该案而言，保险公司的管理规范针对不同种类的违纪行为制定对应等级的处罚措施，同时规定了执行处罚措施的层级权限。对于轻微过失的处罚权限下放至部门经理，即部门经理有权代表公司对下属员工轻微过失作出最终处理决定。用人单位以触碰了企业红线为由升级已作出的处罚决定，其行为本身亦违背了员工手册规定，存在程序违法情形。

法官提示

用人单位应当合法合规使用用工管理权，在遵守实体规范的同时应遵守程序规范，避免因程序瑕疵变主动为被动，导致承担败诉结果。

提高法律意识，尤其是程序意识，充分尊重程度性规定，是规范企业用工自主权不可或缺的一部分。

(作者系北京市海淀区人民法院法官)

一问一答

离职后，企业还能用我的照片吗？

我在某公司工作时，积极参加公司组织的宣传画册拍摄，我的一张正面全身照入选。当时，没有签订肖像权使用协议，公司也没给任何的报酬。

半年前，我在劳动合同到期后离开了公司。最近，我看到公司新印的宣传画册中依旧有我的那张照片。请问，我的正面全身照是否属于法律所保护的肖像？公司先后使用我的照片算不算侵权？我该怎么办？

读者 龚某

龚某读者：

首先，涉案照片属于法律上的肖像。民法典第1018条规定：“肖像是通过影像、雕塑、绘画等方式在一定载体上所反映的特定自然人可以被识别的外部形象。”据此，法律所保护的肖像由人的外部形象、外部形象载体和可识别性三个要件构成，可识别性是指呈现出来的外部形象能指向特定的自然人。该案中，某公司所使用的正面全身照，能够清晰地指向特定的你，所以属于法律所保护的肖像。

其次，某公司于你在职期间和离职后分别使用你的照片，应区别看待。民

法典第1019条、第1020条规定，未经肖像权人同意，不得制作、使用、公开肖像权人的肖像，但是，合理使用他人肖像的，比如，为课堂教学、展示特定公共环境等而使用的，可以不经肖像权人同意。该案中，你在职期间自愿为公司拍摄宣传照片，表明你对公司使用你的肖像用于企业宣传已有充分预期，故应视为同意使用，公司不构成侵权。而在你离职后，公司继续使用你肖像的事实基础已不存在，因此，在未经你同意的情况下继续使用你的肖像，不属于合理使用，显然侵犯了你的肖像权。

最后，你有权请求公司承担赔礼道歉、赔偿损失、停止侵害等民事责任。关于赔偿数额，要根据公司使用你肖像的获利情况和给你造成的经济损失情况而定。如果你没有受到经济损失，也不能证明公司从中获利了，那么可以要求酌情赔偿。关于停止侵害方面，你可以要求公司封存、销毁宣传画册，或者将你的照片从中移出，但这样损失未免太大，所以公司的选择可能是向你作出经济补偿，获得你的原谅，以求宣传画册能够继续发放。

安徽警官职业学院教授 潘家永

法律讲堂

遗嘱公证与继承公证有什么区别？

■ 雷春波 闫志远

最近很多朋友咨询：明明有遗嘱还办理了公证，为什么继承的时候还要让我再次办理公证？

在继承实务中，想必不少人有这样的疑问，这两个“公证”到底有什么区别？

遗嘱公证

遗嘱公证，简单地说就是公证机关对自然人所立遗嘱及内容的真实性、合法性进行公证。这就是民法典所规定的公证遗嘱，属于法律规定的有效遗嘱。

办理流程：

立遗嘱人本人到自己户籍所在地的公证机关申请办理，不能委托他人代理。

特殊情况下，如果立遗嘱人因病或其他特殊原因不能亲自到公证机关办理，可要求公证机关派公证员前往立遗嘱人所在地办理，但是立遗嘱人必须意识清醒且具有完全民事行为能力。

所需材料：

身份信息：户口簿、身份证、港澳台通行证(港澳台人员)、护照(境外人员)。

财产凭证：房产登记证明、车辆等动产产权登记、存款证明、公司执照/股权登记证明等财产证明材料。

如公证人员认为立遗嘱人民事行为能力存在缺陷，可能影响遗嘱效力的，会要求立遗嘱人提供专业卫生机构出具的健康证明。

继承公证

继承公证，指国家公证机关根据当事人的申请，依照法律规定证明哪些人对被继承人的遗产享有继承权并证明其继承活动真实、合法。

根据被继承人生前有无遗嘱分为遗嘱/遗赠继承和法定继承。被继承人生前如果立有遗嘱，公证人员会对遗嘱进行审查，并且询问所有继承人对于遗嘱的意见，以确认有效的遗嘱。如果被继承人立有多份内容冲突的遗嘱，以最后一份为准。没有遗嘱的法定继承，公证人员将逐一与继承人确认同意继承还是放弃继承的明确意思表示。从维护未成

年人合法权益的角度出发，未成年继承人的监护人不能代替其表示放弃继承，必须保证未成年继承人的继承份额。

办理流程：

所有继承人，包括放弃继承权的继承人亲自一起到公证机关办理继承公证，无法到场的继承人可以委托他人，并且委托需经过公证。

公证机关对各类材料确认，录音录像存档，完成现场公证程序。

公证机关工作人员调查核实所有信息，根据所有继承人的统一意见出具继承公证书。

所需材料：

被继承人身份材料：死亡证明、户口注销证明。

继承人身份材料：户口簿、身份证、港澳台通行证(港澳台人员)、护照(境外人员)

继承人与被继承人身份关系证明材料：

配偶：结婚证、离婚证/离婚协议、法院离婚判决书/调解书及文书送达回证或法律文书生效证明。

父母/子女：户口簿、出生证、独生子女证、人事档案保管部门出具的亲属关系证明/派出所开具证明等。

遗产材料：遗嘱/遗赠扶养协议、房产登记证明、车辆等动产产权登记、存款证明、公司执照/股权登记证明等财产证明材料

律师评析

遗嘱公证是立遗嘱人生前对自己个人的合法财产通过订立遗嘱作出安排，并经公证机关公证这份遗嘱的真实性、合法性。即使已经通过公证，也只是涉及继承人享有相应财产的权益份额，是继承人应然权利的体现。

实务中办理有关财产继承变更时，仅有少部分遗产因家庭关系简单、遗产份额清晰无需办理公证，可以直接办理登记变更。否则负责办理变更的相关行政机关仍然需要确认继承人不仅有应然权利，更重要的是享有实然权利。这个时候即需要去公证机关办理继承公证，方能将应然权利转化为实然权利，切实地完成继承。

(作者系上海家与律师事务所律师)

■ 谢炳城

李某于2019年10月17日入职某公司担任设计副组长，双方签订了三年期限劳动合同，约定试用期6个月。

2020年1月18日至30日，公司春节放假。春节放假期间，新冠肺炎疫情暴发，公司根据政府疫情防控规定继续停工放假，于3月15日复工。公司认为疫情停工客观上导致李某的试用期中止，应顺延1.5个月。4月30日，公司以试用期考核不合格为由解除了与李某的劳动合同。

李某认为公司违法解除劳动合同，遂申请劳动仲裁，主张恢复劳动关系，获支持。公司诉至法院，两审法院认为顺延李某的试用期合法，作出了支持公司的判决。

点评

本案争议的焦点是，企业因疫情防控停工，对员工作出试用期中止决定是否合法？

实务中有两种观点。一种观点认为不合法，试用期限法定，非经双方协商一致变更劳动合同，企业不可单方面中止或延长，试用期间是否存在停工放假等情形，则在所不问。另一种观点则认为合法，企业因疫情防控停工属于不可抗力，员工客观上没有提供劳动，企业的试用目的无法实现，应当允许单方面中止员工试用期。

笔者赞同第二种观点。

首先，从法律依据看试用期中止。所谓试用期中止，是指员工在未提供劳动期间对其试用期暂停计算，待正常提供劳动时再恢复计算，如员工在试用期间患病需住院治疗、企业因疫情防控等停工放假，等等。

国家层面的法律法规并没有对试用期中止进行规定，从这个角度上讲，企业中止员工试用期没有法律依据。但有一些地方规定了试用期中止制度，如《江苏省劳动合同条例》第15条第二款规定，“劳动者在试用期内患病或者非因工伤负须停工治疗的，在规定的医疗期内，试用期中止。”《天津市贯彻落实〈劳动合同法〉若干问题实施细则》第13条规定，“……劳动者在试用期内患病或者非因工伤负的，经劳动关系双方协商一致，试用期可以中止。”

其次，从试用期的立法本意看试用期中止。立法者之所以设定试用期制度，其用意是让劳动关系双方在一定期限内互相考察，最后作出选择，既是保障员工就业选择权的实现，也是保障企业用工自主权的行使。于企业而言，要对试用期间员工进行考察，前提是要实际试用，员工要实实在在地提供劳动，企业在试用过程中对员工的工作能力、工作态度、责任心、品行等进行观察了解，最后才作出是否正式录用的决定。若员工在试用期间客观上没有正常提供劳动，则导致企业对其的试用目的无法实现。如前述江苏、天津的规定，有其合理性。

再次，应防止企业滥用试用期中止制度，侵害员工合法权益。笔者虽赞同试用期中止，但应严格限制企业使用该制度，防止其滥用。一是以非企业原因为前提，比如疫情防控停工、员工患病住院治疗等，若因企业原因导致员工无法正常提供劳动，如企业因违反安全生产法律法规被政府部门责令停业整顿等，则不可中止员工试用期；二是员工未提供劳动期间要达到一定长度，如15日以上，若员工在试用期间结婚请了三天婚假，则不可中止其试用期；三是应在试用期间明确告知员工中止其试用期，不得在试用期满后告知。

该案中，公司因疫情防控停工属于不可抗力，客观上无法实现对李某的试用考察，公司决定中止其试用期，法院理应判决其合法。

特别提示

在企业劳动关系管理实务中，试用期中止依然是有风险的操作。笔者建议广大企业，一是尽量约定较长的试用期，即使中间有若干日没有提供劳动，也不影响对员工的考察；二是在劳动合同约定或规章制度中规定，非因企业原因导致员工未能正常提供劳动达到若干日的，企业可以中止其试用期；三是尽量与员工协商达成一致，并另行签订补充协议。只有如此，方能降低用工风险，保障企业健康稳定发展。

(作者系高级人力资源管理师)

企业因疫情停工，可以中止员工试用期