

# “末位”淘汰解约——太任性可以有

## 新闻背景

末位淘汰、末位调岗、末位降薪……

每到年底，业绩考核一出来，总有一批劳动者会忐忑不安。最让大家担心的，除了饭碗能不能保住，还有单位通过内部规章制度或劳动合同，规定的各种“末位”举措。

这些做法合法吗？劳动者和用人单位该如何面对？



视觉中国 供图

□ 江鹏程

末位淘汰、末位调岗、末位降薪……

每到年底，业绩考核一出来，总有一批劳动者会忐忑不安。最让大家担心的，除了饭碗能不能保住，还有单位通过内部规章制度或劳动合同，规定的各种“末位”举措。

这些做法合法吗？劳动者和用人单位该如何面对？

## 业绩垫底不能随意淘汰

吴昕在北京的一家房企做房屋中介。这几年恰逢房价大涨，吴昕的收入有了大幅提升。但是横向比较，她的业绩却被其他同事远远抛在了后面。

2014年年底，吴昕在公司业绩考核中垫底，得到了“有待改进”的评语。很快，她在公司工作的业务系统和人事系统就被强行关闭了。公司的人力资源负责人告诉吴昕，因为她的业绩太差，公司已经把她“淘汰”了。吴昕认为自己工作很卖力，如今被开很委屈。但公司一方却告诉吴昕，末位淘汰已经写入了公司的规章制度中，在员工进公司的时候，不仅已经签了相关的确认函，且双方的劳动

合同中也有约定。

在支付了吴昕相应的工资后，公司通知吴昕尽快离开单位。吴昕认为公司对她的“末位淘汰”违法。为此与公司发生了争议。

2015年5月，经过两审法院的判决，都认定该房产公司对吴昕进行末位淘汰属于违法解除劳动关系，判决该公司向吴昕支付违法解除劳动关系的赔偿金6万余元。

解析：

11月30日，最高人民法院公布《第八次全国法院民商事审判工作会议（民事部分）纪要》明确，用人单位在劳动合同期限内通过“末位淘汰”或“竞争上岗”等形式，单方解除劳动合同，劳动者可以用人单位违法解除劳动合同为由，请求用人单位继续履行劳动合同或者支付赔偿金。

根据我国劳动法的相关规定，用人单位可以解除劳动合同仅有两种形式：一是劳动者严重违反单位规章制度；二是劳动者不能胜任工作。

乍一看，如果末位淘汰已经写入单位的规章制度中或是劳动合同，劳动者在考核中仍然处于考核末端，当然属于违反了规章制度或劳动合同。但是，劳动者严重违反规章制度，必须是故意或者重大过失的心态。而考核末位是区分先进与落后的一种客观状态，

而非员工的主观行为。换言之，只要有排名，末位淘汰就具有必然性。此外，法律也不允许用人单位与劳动者在劳动合同中约定以“末位淘汰”为由解除劳动合同。

同样，末位淘汰与劳动者是否能胜任工作没有必然的联系。因为劳动者考核居于末位，可能是能力不够、也可能是其他员工太过优秀、还有可能是考核指标不合理等原因，在本单位考核末位者可能在其他单位名列前茅。以考核末位就认定为劳动者无法胜任工作，不但武断，而且也有违《劳动法》。

## 末位员工可以被调岗

小东在北京一家汽车公司当销售员。在今年的内部业绩中，他的排名倒数第一。日前，小东已经接到通知，说公司正在搞末位轮岗制度，各部门业绩差的业务员相互轮岗交流，小东明年要轮岗到售后服务中心。

小东对售后服务的业务不熟悉，而且与销售部比，售后部的资金和提成少不了，小东很不愿意去售后部，因此他多次向领导表示希望继续留在销售部，但领导却说，各种考核表明小东已经不胜任销售岗位。

小东认为当初进公司的时候，双方约定

自己做的就是销售，如果公司随意给自己调岗，属于违法行为。双方为此发生争议。

虽然用人单位以末位为名，辞退淘汰员工的行为不被法律允许，但法律并未禁止企业对员工的考核，也并不完全禁止企业的“末位”措施。对于考核末位的员工，单位可以做出法律允许的处理方式。

如果劳动者考核末位是因为不足以胜任工作，根据《劳动合同法》的相关规定，企业应当对劳动者先进行培训或者调整工作岗位。同时，法律规定，在劳动者经过培训或者调整工作岗位仍然不能胜任的情况下，才能提前30日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者一个月工资后解除劳动合同。

换言之，通过培训或者调岗后，如果劳动者仍不能胜任工作，企业可以实现“末位淘汰”的目的。

结合我国《劳动法》的有关规定，当末位调岗行为遇到以下情形就应该予以确认：一是劳动者考核末位是因为劳动者患病或者非因公负伤，在规定的医疗期满后不能从事原工作，也不能从事由用人单位另行安排的工作。考虑到劳动者的身体和家庭状况，末位调岗应该与劳动者现有的身体状况相适应，即调整后的岗位在强度上低于以前岗位。

位，专业技术人员可以适应。二是劳动者确实能力有限，不能胜任工作而考核末位，此时的调岗应该在体能、技术上不高于原来岗位。三是因客观情况发生了重大变化不得不进行调岗。例如，岗位因国家政策、公司经营等原因需要缩编或者裁撤。在此情况下必须通过考核进行末位淘汰，应当与调整前的岗位具有相关性或者相似性。

## 排名垫底可以“有限降薪”

莉莉是一家证券公司的业务人员，连续两年业绩都在单位排名垫底。由于签订的劳动合同还未到期，所以莉莉的工作暂时保住了。但是领导已多次和莉莉谈话，希望能够与莉莉重新签订劳动合同，适当降低她的工资与奖金。莉莉虽然拒绝，但莉莉知道，如果自己一直拒绝的话，劳动合同期满后自己一定会被“淘汰”。

莉莉想知道，业绩排名垫底公司对自己降薪，到底合法吗？

解析：

劳动者享受工资待遇是劳动合同最基本的内容之一，应该由双方协商确定。根据我国《劳动合同法》第35条的规定，用人单位与劳动者协商一致，采用书面形式，可以变更劳动合同约定的内容。此处的变更，以双方协商为条件。意味着如果在末位考核过程中，用人单位与劳动者经协商后，可以变更工资待遇。所以，经过民主协商程序是末位淘汰过程中降薪的必要条件。

值得注意的是，即使劳动者同意，末位降薪也要受到严格限制。即使用人单位通过劳动合同或者公开承诺将考核与劳动报酬、奖金等工资待遇相挂钩，也不得违反法律法规的相关规定。例如，试用期的工资不得低于本单位相同岗位最低档工资或劳动合同约定工资的80%，并不得低于用人单位所在地的最低工资标准。可见，“末位降薪”具有严格的法律规范和程序要求。（文中人物为化名）

作者单位：北京市怀柔区人民法院



更多精彩  
请扫描二维码

# 重庆多位司机“停车位”上“吃”罚单，冤不冤？

## 停车位未清理干净多名司机“吃”罚单

情的车主造成了误解，不过现在已经将编号清理了，还设有禁止停车的标示、障碍物，交巡警巡逻车也随时提醒着。

12月1日，记者以车主的身份联系上了南岸区市政道路管理部门，相关工作人员确认了“该处停车位是由于修红绿灯而被撤除的说法”。同时，该工作人员还表示，停车位的划线不能完全清理干净，只有等道路修复、整改才能将其完全消除，但该停车位前方就是红绿灯口，又有警示标志，希望广大驾驶员朋友能遵守规则。

## “吃”罚单属罪有应得还是身不由己

据《道路交通安全法实施条例》规定，交叉路口、铁路道口、急弯路、宽度不足4米的窄路、桥梁、陡坡、隧道以及距离上、下陡坡50米以内的路段，不得停车。

针对这一规定，有市民对《工人日报》记者表示，法律规定了，就该遵守；有些人抱着侥幸心理，吃了罚单不冤枉。但也有市民认为，政府应该重视停车位不足的问题，并设法解决。采访中，记者还了解到，青龙路这一段停车位划线的前两个星期，交巡警执法大队特意做了宣传，暂时不罚款，让市民朋友适应，但是已经被贴了罚单的车主只能按照《道路交通法》相关规定接受200元的罚款处罚。

据相关车主介绍，连续几天已经有好多位不知情的车主在该处被贴了违章停车的罚单。

不是停车位，为何又造成停车位的误解？

知情的市民表示，以前该处确实是停车位，但前段期间由于前方要修一个红绿灯，所以将该处的停车位撤销了，当时只将停车位的白线清除了，车位编号没有清理，给不少不知

规定，南岸区市政园林局将在青龙路部分符合停车条件的人行道上设置临时停车位解决停车难的问题，并对停放在停车位的车辆安排专人值守。

事实上，针对停车位乱停乱占等问题已经被人大代表政协委员多次在“重庆两会”上提起，但一直未得到妥善解决。

据了解，重庆市主城区车位共93.5万个，其中室内车位77.25万个、室外车位11.51万个、占道车位4.78万个，年均增速约10%，滞后小汽车增速3-5个百分点，同时存在着老城区和老旧小区车位匮乏、配建停车位挪作他用等问题。僧多粥少，停车位管理确是个“难题”。

对此，重庆市人民政府相关部门将采取完善管

理法规、规范占道管理、鼓励错时停车、加强收费信息化管理等措施，逐步解决破解停车问题。此外，据重庆市发改委信息显示，未来5年，重庆将规划建设300个大型公共停车场，向空中发展，建设立体停车场等，将新增停车位15万个，以期达到缓解市民停车难题。

“政府部门加强管理，是解决停车位难题的一大措施，但是还要提高司机的‘停车素质’。”陈平建议，停车问题还要上升到民生实事的角度，鼓励单位、小区停车场对外开放，发行债券、出台支持鼓励社会单位参与停车楼的修建，相关部门开展并联审批，简化办事流程，为公共停车场建设开辟“绿色通道”。

据相关负责人介绍，该案后续的国家赔偿、司法救助、追责等工作将依法启动。

## “新官不理旧账”民告官有望获支持

本报讯（记者张伟杰）11月29日，最高人民法院公布两项与保护产权有关的《意见》。最高法院研究室主任颜茂昆说，对于政府违反承诺，特别是因为政府换届、领导人员更替等原因毁约、违约的，要支持行政相对人的合理诉求。

据颜茂昆介绍，过去个别地方的一些行政政策没有连续性，“新官不理旧账”，有的随意调整规划，不给企业必要的拆迁补偿费用。针对这些问题，《最高人民法院关于充分发挥审判职能作用切实加强产权司法保护的意见》要求，对于因招商引资、政府与社会资本合作等活动中出现的纠纷，要认真审查该协议不能履行的原因和违约责任，切实维护行政相对人的合法权益。对于确实因为国家利益、公共利益或者其他法定事由导致行政机关不能履行承诺的，人民法院要依法判令行政机关补偿财产损失。

《关于依法妥善处理历史形成的产权案件工作实施意见》还规定，对于政府在土地、房屋等财产征收、征用过程中，没有按照补偿范围、形式和标准给予被征收用者公平合理补偿的错误裁判，人民法院应当依法审查，启动再审。

# 夫妻忠诚公证换不来“爱如磐石”

## □ 符向军

“夫妻忠诚协议”公证的并非是夫妻忠诚义务本身，而是违反夫妻忠诚义务时的违约责任。但公证本身并不能对夫妻忠诚度、“情比金坚”进行证明，也不会因为公证，就让夫妻更加忠诚。

这是给自己的婚姻加了一份“保险”。今年9月，江苏连云港市公证处在全省首开夫妻忠诚公证。工作人员表示，这项新业务是经过充分论证后推出的，符合法律规定，顺应市场需求。不少人前来咨询，目前也有几对夫妻成功办理公证。（11月30日《现代快报》）

乍一看，“夫妻忠诚协议”公证未免笑谈，因为夫妻之间忠诚与否，属于婚姻道德自主范畴，恰如“革命靠自觉”，只受道德自律的约束，外力、他律都难以约束。虽然夫妻互相忠诚也是婚姻法的要求，属于法定义务，但正由于夫妻忠诚本质上归于道德，且相对抽象，于法而言就是倡导性义务而非强制性义务，不具有强制执行力，婚姻法对违反夫妻忠诚义务也没有具体的罚则。

从法律上讲，夫妻之间可以签订忠诚协议，

但协议本身不同于一般民事意义上的债权债务合同，并没有强制约束力和执行力，主要靠夫妻双方的道德自觉来履行协议，任何一方违反忠诚义务，并没有直接的法律后果，法律也不会主动介入和干预。如此情况下，夫妻忠诚书面协议和“嘴上说说”没有实质差别，对夫妻忠诚协议进行公证，并不能像公证债权文书那样，赋予其强制执行效力，未免显得多此一举。

只不过，新闻中的“夫妻忠诚协议”公证，公证的并非是夫妻忠诚义务本身，而是违反夫妻忠诚义务时的违约责任，即，在违反法律禁止性规定以及公序良俗的情况下，夫妻可以对违反夫妻忠诚义务并导致离婚时的夫妻财产分割、赔偿，进行约定，赋予双方“债”的民事权利义务关系，公证处对此进行公证，并出具具有法律证明效力的公证书，

日后如果因夫妻一方“出轨”等违反夫妻忠诚义务情形而导致离婚诉讼的，“夫妻忠诚协议”公证就可成为呈堂证供，法院在调解或判决离婚时，经审查该呈堂证供合法有效，可据此进行夫妻财产分割，或判决一方给予对方经济赔偿。

说到底，这种“夫妻忠诚协议”公证，是对特殊情况下夫妻财产分割的一种民事约定，这种约定本身，也符合“离婚时过错方少分不分财产”的法律精神，只要具体内容不违反法律、公序良俗或超出实际，比如“不得离婚、必须离婚、放弃对孩子探视权”等涉及特定人身关系的违法约定，或约定对方承担超出其经济能力的赔偿等的，就属于意思自治范畴，未尝不可。但公证本身并不能对夫妻忠诚度、“情

比金坚”进行证明，也不会因为公证，就让夫妻更加忠诚，“爱如磐石”。相反，公证的内容兑现时，正是夫妻感情破裂闹离婚时。于此而言，“夫妻忠诚协议”公证并非婚姻忠诚的“保险箱”，不过是一种夫妻不忠之后的损失弥补，是一种慰藉和无奈。夫妻忠诚与否关键在于人心，取决于夫妻信任、夫妻感情和婚姻道德，靠一纸协议、公证和外部财产约束来给婚姻套上“紧箍咒”，以束缚婚姻、维系夫妻感情，注定不是捍卫妇女权益、维护婚姻家庭关系稳定的长久之计。

《关于依法妥善处理历史形成的产权案件工作实施意见》还规定，对于政府在土地、房屋等财产征收、征用过程中，没有按照补偿范围、形式和标准给予被征收用者公平合理补偿的错误裁判，人民法院应当依法审查，启动再审。

《关于依法妥善处理历史形成的产权案件工作实施意见》还规定，对于政府在土地、房屋等财产征收、征用过程中，没有按照补偿范围、形式和标准给予被征收用者公平合理补偿的错误裁判，人民法院应当依法审查，启动再审。