

□ 上海七方律师事务所 李华平

员工被公安机关行政拘留了，自然无法到岗工作，有时甚至无法履行请假程序，在此情形下，用人单位能否以“旷工”为由将其解雇呢？

不支持解雇的案例

钱某与 A 公司签订了为期三年的劳动合同。2021 年 5 月 20 日，钱某因与他人打架斗殴被处以行政拘留 10 天的处罚。

同年 5 月 25 日，A 公司向钱某邮寄《解除劳动合同通知书》，表示“因你被拘留十天、根据双方签订的劳动合同中第十二条‘劳动合同的解除’中第七条‘在职期间有违法犯罪行为，立即开除’的约定，公司有权立即解除劳动合同。同时，因你被拘留十天，在此期间没有按公司规定履行请假手续视为旷工，也同时违反了公司的相关制度及《员工手册》的规定，决定从 2021 年 5 月 21 日起解除劳动合同。”

2021 年 6 月 15 日，钱某申请劳动仲裁，要求 A 公司支付违法解除劳动合同赔偿金 42772.50 元。

仲裁委员会受理后，对钱某的请求不予支持。钱某起诉至一审法院。

一审法院审理后认为：钱某因打架被公安机关拘留系接受行政处罚，钱某的打架行为不属于双方签订的劳动合同中约定的“违法犯罪行为”，故 A 公司以钱某违反劳动合同约定该项条款解除劳动合同显属错误。

至于旷工问题，钱某被拘留后无法向 A 公司提供劳动，系因客观原因所致，而非钱某主观上可以出勤工作而无正当理由不提供劳动，故钱某被拘留后未向 A 公司提供劳动的情形，不能构成法律意义上“旷工”。

一审法院判决 A 公司应支付钱某违法解除劳动合同赔偿金 42324 元。

公司上诉后，二审法院维持原判。

支持解雇的案例

雷某在 B 公司工作从事普工岗位，双方签订无固定期限劳动合同。

B 公司《员工手册》规定：“……第四条，下列情况属于严重违反公司纪律，给予解除劳动合同……44.偷窃或非法占有公司或他人财物的……49.被公安机关行政拘留、劳动教养或强制戒毒或实行

拘留的。”

2021 年 6 月 22 日，雷某因犯有盗窃的违法行为被公安机关给予行政拘留十日的行政处罚。

同年 7 月 6 日，B 公司出具《解除劳动合同通知书》，内载：“员工雷某，因你于 2021 年 6 月 22 日因盗窃被公安分局处行政拘留十日的处罚。根据公司员工手册及劳动合同条款，此行为已属于严重违反公司规章制度，故与你解除劳动合同。”

2021 年 10 月 15 日，雷某申请劳动仲裁，要求 B 公司支付违法解除劳动合同的赔偿金 198208.40 元。

劳动仲裁委员会对雷某的请求不予支持，随后雷某起诉至一审法院。

一审法院审理后认为，雷某因盗窃被行政拘留，虽然不构成刑事犯罪，仍可以认定其存在违法行为。

虽然法律未规定劳动者被行政拘留的，用人单位可以解除劳动合同，然劳动者仍应遵守用人单位的规章制度，现 B 公司依据劳动合



资料图片

同及员工手册的规定解除与雷某之间的劳动关系，并无不当。雷某的诉请没有依据，一审法院不予支持。

雷某不服一审判决，上诉至二审法院。

二审法院审理后认为，雷某客观上存在违法行为，虽然其违法行为不是在工作时间、工作场所实施，但其作为劳动者负有提供劳动的义务，其违法行为客观上妨碍了劳动合同的履行，妨碍了 B 公司的生产经营，B 公司可以根据合同约定及规章制度规定作出处理。B 公司解除劳动合同，符合法律规定。

二审法院最终驳回上诉，维持原判。

单位能否解雇遭行政拘留的员工

实践中的两种观点

从以上两则案例可以看出，员工因扰乱公共秩序、妨害公共安全、妨害社会管理、侵犯人身权利、财产权利等行为违反《治安管理处罚法》被依法行政拘留的，用人单位能否据此解除其劳动合同，实践中确实存在争议：

认为不能以旷工为由解除劳动合同的观点，其主要依据是：劳动者被行政拘留后无法向用人单位提供劳动，系因客观原因所致，而非劳动者主观上可以出勤工作而无正当理由不提供劳动，不能构成法律意义上“旷工”。因此，用人单位不得以旷工为由解除被行政拘留的劳动者劳动合

同。

劳动者被行政拘留期间，用人单位可以“中止”劳动合同的履行，而不是直接解除劳动合同。

原劳动部《关于贯彻执行〈劳动法〉若干问题的意见》（劳部发[1995] 309 号）第 28 条规定：劳动者涉嫌违法犯罪被有关机关收容审查、拘留或逮捕的，用人单位在劳动者被限制人身自由期间，可与其暂时停止劳动合同的履行。

而支持用人单位解雇员工的观点则认为：员工违反《治安管理处罚法》被依法行政拘留而导致不能正常出勤，影响了企业的正常生产经营，员工被限制人身自由是由于其自身的过错所导致，应当预见该违法行为有可能被限制人身自由而无法正常工作，但仍放任发生，由此产生的后果需自行承担，企业可以旷工为由解除劳动合同。

没有被行政拘留的劳动者缺勤都可以算旷工而解除劳动合同，而被行政拘留的劳动者反而不能以旷工解除劳动合同，不符合民众的普遍预期，这种判断会造成错误的价值观，影响到正常的用工管理秩序。

建议完善规章制度

《劳动合同法》第三十九条第（六）项规定：劳动者被依法追究刑事责任的，用人单位可以解除与劳动者的劳动合同。

很显然，行政拘留不属于“被依法追究刑事责任”的情形，不能直接适用该法条。

对于用人单位解除被行政拘留的员工，可以适用的法条是《劳动合同法》第三十九条第（二）项之规定，即劳动者严重违反用人单位规章制度的，用人单位可以解除劳动合同。

因此，员工被依法行政拘留的，用人单位的能否解除其劳动合同，关键要看《员工手册》等规章制度是否有相关规定。

如果用人单位的规章制度中明确规定员工被依法行政拘留的，属于严重违反规章制度的情形，那么用人单位以员工严重违纪为由解除劳动合同，则完全合法。

当然，如果用人单位的规章制度中没有明确的规定，就一定不能将被依法行政拘留的员工开除吗？也未必。

从笔者检索的相关裁判案例可以看出，员工如果因嫖娼、赌博、吸毒等违法行为被行政拘留的，因为这些行为明显违反了社会主义核心价值观和公序良俗，即使没有相关规章制度，判决用人单位解除合同合法也较为常见。

对于被行政拘留期间是否属于“旷工”，笔者也倾向于认定为这类行为属于旷工，因为员工应当预见从事违法行为而故意或放任该行为的发生，应当对后果负责，但考虑到实践中存在争议，建议最好不要用“旷工”的理由解除劳动合同，风险还是较大的。

为了应对这种情形，建议用人单位健全和完善规章制度，在《员工手册》中明确“员工被依法行政拘留，企业可以解除劳动合同”，以严重违反规章制度为由解除被依法行政拘留的员工，这样更为稳妥。