

劳动法律 资讯简报

分享 HR 法律当前裁判资讯 邮件发送
兼具广告性质，觉扰回邮即停发
第 1 期 本期共 5 页 2018 年 9 月 21 日

法规小结

试用期解雇 需把握这八要点

劳动合同法第三十九条规定，“劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同：（一）在试用期间被证明不符合录用条件的；”很多人以为试用期解雇很容易，殊不知这也是一个技术活，操作不慎就出问题。

从实务操作来看，试用期解雇一个员工和试用期后解雇的难度并无明显差别，都挺难！

下面，就试用期以员工不符合录用条件解雇需注意的一些问题做简要提示，供参考。

一、须有具体录用条件的约定

既然是以员工试用期不符合录用条件解雇，前提是要有录用条件的相关约定。道理很简单，如果连录用条件都没有，怎么说明员工不符合录用条件呢？

建议在与员工签订劳动合同约定试用期的同时约定录用条件，并且以书面方式签名确认。

二、有不符录用条件的证据

这个举证责任在公司，公司必须提供非常充分的证据证明员工存在不符合录用条件的证据。你总不可能要员工自己证明他符合录用条件吧。故在试用期内，用人单位应按照双方确认的录用条件对员工进行考核，以判断员工是否符合录用条件，以便发生争议时举证。

三、做出解雇决定必须在试用期届满前，超过试用期不能再以该理由解除

实务中常有用人单位在劳动者试用期满后，以员工不符合录用条件为由提出解除劳动合同，该做法存在很大法律风险。

从法条的含义看，员工必须在试用期内被证明不符合录用条件，用人单位方可解除劳动合同。另外，原劳动部办公厅对《关于如何确定试用期内不符合录用条件可以解除劳动合同的请示》的复函（劳办发〔1995〕16号）也对此进行了明确，对试用期内不符合录用条件的劳动者，企业可以解除劳动合同；若超过试用期，则企业不能以试用期内不符合录用条件为由解除劳动合同。

建议用人单位在试用期届满前完成试用期考核并做出是否解雇的决定。

四、解雇前应事先通知工会

按照劳动合同法的要求，用人单位单方解除劳动合同，应当事先将理由通知工会。

最高法院劳动争议司法解释四第十二条规定，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三十九条、第四十条规定，但未按照劳动合同法第四十三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，但起诉前用人单位已经补正有关程序的除外。

从上述规定可见，不通知工会是存在法律风险的。

《江苏省劳动合同条例》规定，用人单位单方解除劳动合同，应当事先将理由通知工会；用人单位尚未建立工会的，通知用人单位所在地工会。

五、千万别将解雇理由“不符合录用条件”写成“不能胜任工作”

“不符合录用条件”和“不能胜任工作”表面上看起来似乎有点傻傻的分不清，但实际上意思完全不同，导致的法律后果是不一样的。

用人单位以劳动者试用期“不符合录用条件”解除劳动合同，只要证据充分，程序合法，解雇不会产生经济补偿，也无需提起 30 天通知，但如果将解雇理由错写为“不能胜任工作”，事情就变得复杂了，按照劳动合同法第 40 条的规定，

以不能胜任工作解雇的，需证明员工不能胜任工作，且需证明经过了培训或者调岗后再次不能胜任工作，并且会产生经济补偿金的支付责任，还有，如果未提前 30 天通知的话，还需支付一个月工资的“代通知金”。

六、注意试用期解雇的法定理由及限制

《劳动合同法》第二十一条规定，在试用期中，除劳动者有本法第三十九条和第四十条第一项、第二项规定的情形外，用人单位不得解除劳动合同。用人单位在试用期解除劳动合同的，应当向劳动者说明理由。

七、送达解雇通知给员工，告知解雇理由

劳动合同法第二十一条规定用人单位在试用期解除劳动合同的，应当向劳动者说明理由。当然，一个规范的解雇程序，也应当向员工送达书面解雇通知，并由员工签收，保留签收证据。

八、向员工出具解除合同证明

劳动合同法要求公司出具解除或者终止劳动合同的证明，如未向劳动者出具解除或者终止劳动合同的书面证明，给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。

司法实践中，用人单位不出具离职证明的赔偿案例主要为两种类型，一是赔偿劳动者失业保险待遇损失，二是赔

偿劳动者因缺乏离职证明未能就业导致的工资损失。

实务分析

人力资源经理 与律师的关系

首先，律师是人力资源经理的参谋。HR 的工作做得最多的执行制度，但是 HR 工作面对的是人，而人是思想和行为最多元化以及变化多样的，在执行制度过程中，制度再明确也无法一一对应人的思想和行为的多元化，HR 工作中，除了与同事商量外，律师和行政机关的办事人员也是重要的参谋、参考意见。

其次，律师是人力资源经理的校对员、纠错员。HR 的工作面对大量的文书，难免有疏忽，律师检查、校对，可以对合法性进行审查，更对书面内容及时进行校对和纠错，防止笔误、防止考虑不周等情况发生。

再次，律师是人力资源经理劝阻老板冲动决策的解释员。律师和人力资源经理都是受雇于企业或老板，但律师相对要独立一些，理论性和案例要丰富一些，老板从管理和成本角度出发，有时考虑不周到，或者意气用事，一时作出了不符合人力资源管理的决策，从经济

性和纠纷两方面都不符合企业的利益，这时，律师适当提出意见，可能更容易为老板所接受。同时，出现问题时，律师可以为 HR 分担部分压力和责任。

最后，律师是人力资源经理的资料搜索员。律师对法规、案例、资料的收集和鉴别能力相对较强，可以及时帮人力资源经理收集到相应资料。此外，律师对档案保管，从第三方角度，可以完整保存相关证据，为以后寻找书证提供了可靠保证。

案例分析

招用法定退休年龄算 不算劳动关系

仲裁不予受理

一审、二审法院均确认有劳动关系

简要案情：

美之怡物业公司注册成立于 2011 年 3 月 14 日。王庆云至美之怡物业公司上班，双方最近一期合同签订时间为自 2015 年 12 月 1 日起至 2016 年 11 月 30 日，合同名称为劳务合同书，合同约定王庆云从事保洁工作，每周工作 6 天，每天工作 7 小时，每月劳务费为 1680 元。2017 年 3 月 24 日，王庆云向苏州市吴中区劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁，要求确认与美之怡物业公司存在劳动关系，该委以王庆云已超过法定退休年龄，

作出不予受理通知书。

王庆云于是向苏州市吴中区人民法院提起诉讼，要求确认其与美之怡物业公司存在劳动关系。

庭审时，王庆云陈述，其一直在美之园小区的物业公司上班，做保洁工作，物业公司换了好几家，后与美之怡物业公司每年均签一次合同，其不认识字，手上也没有合同，不知签的是劳动合同还是劳务合同，美之怡物业公司未为其缴纳社保，其未享受退休金及养老保险金。

美之怡物业公司陈述，其公司成立后就一直为美之园小区提供物业服务，王庆云在2011年12月份进入美之怡物业公司工作的，具体哪一天无法确定。因王庆云入职时已达退休年龄，双方签的是劳务合同，其公司未为王庆云缴纳过社保。因年限久远，现不能提供双方第一期签订的劳务合同。王庆云曾在2014年离职过，在2014年11月份又回公司上班，大约间隔过半年时间。对此，王庆云陈述，其未中途离职，曾因其公公过世向公司请假过一个月，其在2016年6月19日上班时发生交通事故受伤，受伤前工资每月约为1800元，工作时间为7点到16时，负责小区的楼梯地面保洁工作。受伤后，美之怡物业公司未为其垫付过医疗费。

吴中区人民法院作出判决，王庆云

与苏州市美之怡物业管理有限公司自2011年3月14日起存在劳动关系。

苏州市美之怡物业管理有限公司不服，又向苏州市中级人民法院提起上诉，请求二审撤销原判依法改判。最终苏州市中级人民法院判决驳回上诉，维持原判。

简要分析提示：

本案主要有在个方面的提示：

1、劳动仲裁委以王庆云已超过法定退休年龄，作出不予受理通知书。因此，这一类的案件均由人民法院管辖，但是仲裁前置程序仍然必须进行，收到不予受理通知书，人民法院才受理。

2、一审法院认为，最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（三）》第七条规定，用人单位与其招用的已经依法享受养老保险待遇或领取退休金的人员发生用工争议，向人民法院提起诉讼的，人民法院应当按劳务关系处理。因此，如果已达法定退休年龄，同时已享受退休待遇，就只能按劳动关系处理，不享受劳动者待遇，主要的差别是劳动关系一般只结算工钱。

3、苏州市中级人民法院认为，王庆云入职美之怡物业公司工作时虽已经达到法定退休年龄，但未丧失劳动能力及劳动者资格，因王庆云在户籍所在地未享受养老保险待遇，美之怡物业公司亦未提供王庆云可以享受相关基本养老保

险待遇的证据，一审法院据此认定王庆云、美之怡物业公司之间的关系更符合劳动关系的基本特征，双方存在劳动关系。因此，如果已达法定退休年龄，但尚未享受退休待遇，那还要算劳动关系，依法享受劳动者待遇。

江苏正和正律师事务所

郭庆荣律师 编辑整理

地址：常熟市汇丰时代广场 4-622 室

电话：13913626788

微信同号，欢迎微信交流、讨论、咨询
提供劳动法律专项顾问业务
