

HR俱乐部、劳动法在线

联合强力推荐



# 劳动争议 实务操作与案例精解

王勤伟 著

企业人力资源管理工作指南 劳动争议案件代理操作读本

企业高层决策参考

中层业务学习指南

法律实务操作指点

用工风险防范必备

典型案例 具体分析 实用易懂 概括精要

企业法律与管理实务操作系列 WIN

超



# 劳动争议 实务操作与案例精解

王勤伟 著

中国法制出版社  
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

## 图书在版编目 (CIP) 数据

劳动争议实务操作与案例精解/王勤伟著. —北京:  
中国法制出版社, 2014. 1

ISBN 978 - 7 - 5093 - 4980 - 9

I. ①劳… II. ①王… III. ①劳动争议 - 劳动法 -  
研究 - 中国 IV. ①D922. 591. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 288562 号



策划编辑: 杨智 [yangzhibinlaw@126.com](mailto:yangzhibinlaw@126.com)  
责任编辑: 胡艺

封面设计: 周黎明

### 劳动争议实务操作与案例精解

LAODONG ZHENGYI SHIWU CAOZUO YU ANLI JINGJIE

著者/王勤伟

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/787 × 1092 毫米 16

版次/2014 年 1 月第 1 版

印张/17.25 字数/328 千

2014 年 1 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 4980 - 9

定价: 46.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 66033296

传真: 66031119

编辑部电话: 66038703

邮购部电话: 66033288

# 序

时至今日，我们看到的有关劳动争议的书籍一般侧重于理论研究，而本书的显著特点是实用性。书中介绍的十个方面的问题和八十一个案例，正是目前企业劳动用工过程中极易出现争议的节点，因此体现出三个特点。一是本书体例因循解决常见问题的需要，不循规蹈矩，字字句句掷地有声，实用精炼；二是案例极具代表性，可供解决问题时直接借鉴；三是法规引用和解释系统性、专业性强，是一本难得的工具书。

成书过程也值得称道。作者是一名专家型律师，执业领域是公司治理和劳动关系，办理了大量劳动争议案件，掌握大量第一手资料，边办案、边体会、边对比、边提高，是一本名副其实的个人智慧结晶。这样的书，值得读。

王勤伟律师在齐鲁律师事务所执业多年，我们是老同事，是难得的专业型、专家型律师，不仅职业品德有口皆碑，而且严谨勤奋，不仅专业，而且善于用心，执业过程中不忘收集提炼，成书济世，这正是律师行业需要提倡的，也诠释了一个专家型律师成长的轨迹。

愿本书对广大实务工作者具有指导意义，理论工作者也可借鉴其实务和案例。也愿王勤伟律师及时吸纳广大读者的反响和建议，不断有新作问世，为建立和谐劳动关系继续努力。

山东省律师协会会长

苏波

# 目 录

|                            |           |
|----------------------------|-----------|
| <b>第一章 试用期</b>             | <b>1</b>  |
| 一、概述                       | 2         |
| 二、试用期应当签订劳动合同              | 3         |
| 案例 1: 王某与某公司劳动争议纠纷         | 3         |
| 三、试用期的期限                   | 5         |
| 案例 2: 赵某与某贸易公司劳动争议纠纷       | 5         |
| 四、试用期的工资                   | 7         |
| 案例 3: 小李与某台资企业劳动争议纠纷       | 7         |
| 五、试用期的培训问题                 | 9         |
| 案例 4: 5 位硕士生与杭州某跨国公司劳动争议纠纷 | 9         |
| 六、试用期内劳动合同的解除              | 11        |
| 案例 5: 张某与广州某电子公司劳动争议纠纷     | 11        |
| <b>第二章 订立劳动合同</b>          | <b>14</b> |
| 一、概述                       | 15        |
| 二、依法建立劳动关系                 | 15        |
| 案例 6: 孙某与上海某跨国公司劳动争议纠纷     | 16        |
| 案例 7: 李某与广州某物业公司劳动争议纠纷     | 17        |
| 案例 8: 雷某与江阴某建筑安装公司劳动争议纠纷   | 18        |
| 三、及时签订书面劳动合同               | 21        |
| 案例 9: 李某与苏州某 IT 制造企业劳动争议纠纷 | 22        |
| 案例 10: 金某与郑州某服饰公司劳动争议纠纷    | 23        |
| 四、依法行使知情权                  | 26        |
| (一) 用人单位的告知义务              | 26        |

|                                 |           |
|---------------------------------|-----------|
| (二) 劳动者的告知义务                    | 26        |
| 案例 11: 金某与某酒店管理公司上海分公司劳动争议纠纷    | 27        |
| 案例 12: 徐女士与上海某高科技公司劳动争议纠纷       | 29        |
| 案例 13: 赵某与某保险公司劳动争议纠纷           | 30        |
| 五、劳动合同的订立及效力                    | 32        |
| 案例 14: 高某与北京某出版社劳动争议纠纷          | 32        |
| 案例 15: 易某与株洲某工贸公司劳动争议纠纷         | 34        |
| 六、劳动关系与劳务关系的界定                  | 35        |
| 案例 16: 孙某与日照某食品公司劳动争议纠纷         | 35        |
| 七、部门承包中劳动关系的认定                  | 38        |
| 案例 17: 陈某与成都某宾馆劳动争议纠纷           | 38        |
| <b>第三章 劳务派遣</b>                 | <b>41</b> |
| 一、概述                            | 42        |
| 二、劳务派遣三方的关系                     | 45        |
| 案例 18: 刘某与中复公司、大华公司劳动争议纠纷       | 45        |
| 三、劳务派遣单位与用工单位的责任承担              | 47        |
| 案例 19: 刘某与北京某物业公司、某劳务派遣中心劳动争议纠纷 | 47        |
| 四、用工单位劳务派遣制度的管理                 | 49        |
| 案例 20: 李某与苏州某台资服装公司劳动争议纠纷       | 49        |
| 五、劳务派遣纠纷的管辖                     | 52        |
| 案例 21: 孙某与上海浦东某企业服务公司劳动争议纠纷     | 52        |
| 六、劳务派遣关系中保密协议的效力                | 55        |
| 案例 22: 王某与北京某国际信息咨询公司劳动争议纠纷     | 55        |
| 七、劳务派遣合同的效力                     | 57        |
| 案例 23: 单某与北京某酒店管理公司劳动争议纠纷       | 57        |
| <b>第四章 特殊用工关系</b>               | <b>60</b> |
| 一、概述                            | 61        |
| 二、事实劳动关系                        | 62        |
| 案例 24: 李某与北京某科技有限公司劳动争议纠纷       | 62        |
| 三、双重劳动关系                        | 65        |
| 案例 25: 张某与某外企劳动争议纠纷             | 65        |
| 四、非全日制用工                        | 67        |
| 案例 26: 小刘与某公司劳动争议纠纷             | 67        |

|                           |           |
|---------------------------|-----------|
| 五、退休人员构成劳务关系              | 69        |
| 案例 27: 付某与成都某物业服务公司劳动争议纠纷 | 69        |
| 六、未成年工的管理                 | 70        |
| 案例 28: 小李与山西某国有煤矿劳动争议纠纷   | 70        |
| 七、女职工的特殊保护                | 72        |
| 案例 29: 徐女士与深圳某公司劳动争议纠纷    | 72        |
| 八、外国人在内地就业                | 76        |
| 案例 30: 玛丽与北京某民营企业劳动争议纠纷   | 76        |
| <b>第五章 规章制度</b>           | <b>80</b> |
| 一、概述                      | 81        |
| (一) 规章制度的主要内容             | 81        |
| (二) 规章制度与劳动合同的相互关系        | 82        |
| (三) 规章制度的制定程序             | 82        |
| (四) 规章制度的意义               | 83        |
| 二、规章制度的效力                 | 83        |
| 案例 31: 周某与某外资企业劳动争议纠纷     | 83        |
| 三、劳动者不能胜任工作的界定            | 86        |
| 案例 32: 小李与某广告公司劳动争议纠纷     | 86        |
| 四、不能胜任工作员工的处理             | 89        |
| 案例 33: 郝某与某公司劳动争议纠纷       | 89        |
| 五、依法调岗调薪                  | 92        |
| 案例 34: 屈某与上海某劳务公司劳动争议纠纷   | 92        |
| 六、劳动者患职业病时的岗位调换           | 94        |
| 案例 35: 赵某与某水泥厂劳动争议纠纷      | 94        |
| 七、员工违纪的处理                 | 96        |
| 案例 36: 王某与某公司劳动争议纠纷       | 96        |
| 八、末位淘汰制                   | 98        |
| 案例 37: 刘某与某电器销售公司劳动争议纠纷   | 98        |
| 九、附于劳动合同中的规章制度的效力         | 100       |
| 案例 38: 徐某与某公司劳动争议纠纷       | 100       |
| 十、严重违反规章制度的认定             | 103       |
| 案例 39: 刘某与某公司劳动争议纠纷       | 103       |
| 十一、规章制度与劳动合同不一致时的处理       | 105       |
| 案例 40: 王某与某外资公司劳动争议纠纷     | 105       |

|                                     |            |
|-------------------------------------|------------|
| 十二、规章制度的修改                          | 107        |
| 案例 41：赵某等与北京某航空制造企业劳动争议纠纷           | 107        |
| <b>第六章 无固定期限劳动合同</b>                | <b>110</b> |
| 一、概述                                | 111        |
| 二、连续订立两次固定期限劳动合同后签订无固定期限劳动合同的情形     | 113        |
| 案例 42：姜某与青岛某服饰公司劳动争议纠纷              | 113        |
| 三、劳动者在同一用人单位连续工作满十年订立无固定期限劳动合同的情形   | 116        |
| 案例 43：李某与莱芜某银行劳动争议纠纷                | 116        |
| 四、视为用人单位与劳动者已订立无固定期限劳动合同的情形         | 120        |
| 案例 44：霍某与某纸业公司劳动争议纠纷                | 120        |
| 五、连续工作时间的认定                         | 123        |
| 案例 45：刘某与某集团公司劳动争议纠纷                | 123        |
| <b>第七章 双倍工资问题</b>                   | <b>126</b> |
| 一、概述                                | 127        |
| 二、人力资源管理人员未签订劳动合同是否要支付双倍工资          | 128        |
| 案例 46：单某与北京市某物流公司劳动争议纠纷             | 128        |
| 三、停工留薪期间及停工治疗期间是否要支付双倍工资            | 130        |
| 案例 47：王某与北京某餐饮公司劳动争议纠纷              | 130        |
| 四、劳动合同期满后未续签书面劳动合同是否要支付双倍工资         | 133        |
| 案例 48：陈女士与北京某公司劳动争议纠纷               | 133        |
| 五、视为已订立无固定期限劳动合同后不补签书面劳动合同是否要支付双倍工资 | 136        |
| 案例 49：袁某与北京某中心劳动争议纠纷                | 136        |
| 六、未签订无固定期限劳动合同的双倍工资问题               | 139        |
| 案例 50：易某与广州某电子公司劳动争议纠纷              | 139        |
| 七、双倍工资的时效问题                         | 142        |
| 案例 51：白某与北京某时装公司劳动争议纠纷              | 142        |
| <b>第八章 保密义务与竞业限制</b>                | <b>147</b> |
| 一、概述                                | 148        |
| 二、竞业限制条款的效力                         | 149        |
| 案例 52：张某、李某、石某与某公司劳动争议纠纷            | 149        |
| 三、劳动者违反保密义务或竞业限制条款的责任               | 152        |
| 案例 53：赵某与某电子科技有限公司劳动争议纠纷            | 152        |



|                             |            |
|-----------------------------|------------|
| 四、竞业限制的经济补偿                 | 154        |
| 案例 54: 陈某与广州某科技公司劳动争议纠纷     | 154        |
| 五、保密费用                      | 156        |
| 案例 55: 张某与某科技公司劳动争议纠纷       | 156        |
| 六、竞业限制的适用范围                 | 157        |
| 案例 56: 小张与某公司劳动争议纠纷         | 157        |
| 案例 57: 陈某与某 IT 公司劳动争议纠纷     | 158        |
| <b>第九章 劳动合同的解除与终止</b>       | <b>160</b> |
| 一、概述                        | 161        |
| (一) 劳动合同的解除                 | 161        |
| (二) 劳动合同的终止                 | 161        |
| 二、协商解除劳动合同                  | 162        |
| 案例 58: 周某与广州某科技公司劳动争议纠纷     | 162        |
| 三、劳动者单方解除劳动合同               | 164        |
| 案例 59: 金某与某矿业公司劳动争议纠纷       | 165        |
| 案例 60: 柳某与某工贸公司劳动争议纠纷       | 166        |
| 案例 61: 王某与北京某石油公司劳动争议纠纷     | 168        |
| 案例 62: 黄某与广州某料理店劳动争议纠纷      | 170        |
| 案例 63: 向某与广州某公司劳动争议纠纷       | 172        |
| 案例 64: 刘某与某贸易公司劳动争议纠纷       | 174        |
| 四、用人单位单方解除劳动合同              | 175        |
| 案例 65: 文某与某投资公司劳动争议纠纷       | 176        |
| 案例 66: 薛某与郑州某客车公司劳动争议纠纷     | 179        |
| 案例 67: 李某与北京某私营公司劳动争议纠纷     | 181        |
| 案例 68: 王某与成都某公司劳动争议纠纷       | 182        |
| 案例 69: 黄某与某公司劳动争议纠纷         | 184        |
| 案例 70: 姚某与上海某物业公司劳动争议纠纷     | 185        |
| <b>第十章 社会保险问题</b>           | <b>188</b> |
| 一、概述                        | 189        |
| 二、养老保险                      | 191        |
| 案例 71: 赵某与济南某企业劳动争议纠纷       | 192        |
| 案例 72: 袁某与上海某视听系统有限公司劳动争议纠纷 | 194        |
| 三、医疗保险                      | 198        |

|                                 |     |
|---------------------------------|-----|
| 案例 73: 曹某与陕西某公司劳动争议纠纷           | 198 |
| 案例 74: 高某与上海某网络信息服务公司劳动争议纠纷     | 200 |
| 四、工伤保险                          | 203 |
| 案例 75: 贺某与莲花县某材料公司劳动争议纠纷        | 204 |
| 案例 76: 张某与威海某控制器公司劳动争议纠纷        | 205 |
| 案例 77: 李某与东营某石业公司劳动争议纠纷         | 209 |
| 五、失业保险                          | 211 |
| 案例 78: 李某与重庆某药厂劳动争议纠纷           | 213 |
| 案例 79: 梁某与南宁市某海鲜广场劳动争议纠纷        | 214 |
| 六、生育保险                          | 216 |
| 案例 80: 马某与河南某食品公司劳动争议纠纷         | 217 |
| 案例 81: 苏某与上海某半导体公司劳动争议纠纷        | 219 |
| <b>附 录</b>                      | 221 |
| 中华人民共和国劳动合同法                    | 221 |
| (2012 年 12 月 28 日)              |     |
| 中华人民共和国劳动合同法实施条例                | 231 |
| (2008 年 9 月 18 日)               |     |
| 中华人民共和国劳动争议调解仲裁法                | 235 |
| (2007 年 12 月 29 日)              |     |
| 中华人民共和国社会保险法                    | 240 |
| (2010 年 10 月 28 日)              |     |
| 工伤保险条例                          | 249 |
| (2010 年 12 月 20 日)              |     |
| 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     | 257 |
| (2001 年 4 月 16 日)               |     |
| 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 (二) | 259 |
| (2006 年 8 月 14 日)               |     |
| 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) | 261 |
| (2010 年 9 月 13 日)               |     |
| 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 (四) | 263 |
| (2013 年 1 月 18 日)               |     |

# 第一章 试用期

## 内容提要

试用期应当签订劳动合同

王某与某公司劳动争议纠纷

试用期的期限

赵某与某贸易公司劳动争议纠纷

试用期的工资

小李与某台资企业劳动争议纠纷

试用期的培训问题

5 位硕士生与杭州某跨国公司劳动争议纠纷

试用期内劳动合同的解除

张某与广州某电子公司劳动争议纠纷

## 一、概述

试用期是指用人单位对新招收的劳动者进行思想品德、劳动态度、实际工作能力、身体状况等进行进一步考察的时间期限。《劳动法》第21条规定，劳动合同可以约定试用期，但最长不得超过6个月。试用期不是劳动合同的必备条款，属于劳动合同中用人单位与劳动者双方约定的自治内容。用人单位与劳动者在劳动合同中约定试用期，一方面，试用期作为供用人单位考察劳动者是否适合其工作岗位的一项制度，给了用人单位考察劳动者是否与录用要求相一致的时间，避免用人单位遭受不必要的损失从而可以维护用人单位的利益，为每个工作岗位找到合适的劳动者。另一方面，试用期制度可以维护新招收劳动者的利益，使被录用的劳动者有时间考察了解用人单位的工作内容、劳动条件、劳动报酬等是否符合劳动法律法规与劳动合同的规定。因此，在劳动合同中约定试用期，既是劳动合同双方当事人权利的体现，同时也为劳动合同其他条款的履行提供了基础。

具体来说，可以从如下两个方面理解试用期的含义：

第一，试用期是用人单位与劳动者双方约定的相互考察以决定是否建立正式劳动关系的特定期限。

试用期是一个约定的条款，劳动合同的双方当事人——用人单位和劳动者必须就试用期条款充分协商，取得一致，试用期条款才能成立。如果双方没有事先约定，就不能以试用期为由解除劳动合同。用人单位与劳动者可以在法律允许的上限内任意约定试用期的长短以及延长或缩短试用期，这在很大程度上是基于双方的自由合意。

第二，在试用期内，用人单位和劳动者双方解除劳动合同的要件并不一致。

对用人单位来讲，解除劳动合同必须依法进行。根据法律规定，用人单位在试用期内解除劳动合同，应当符合下列情形之一：

1. 试用期内，劳动者不符合录用条件。这是《劳动合同法》第39条和《劳动法》第25条中都明确规定的用人单位在试用期内解除劳动合同的特定条款，用人单位适用这一条款解除劳动合同，必须有充足的证据证明劳动者在试用期内不符合用人单位的录用条件。

2. 劳动者存在过失。主要包括以下情形：

- (1) 严重违反用人单位的规章制度；
- (2) 严重失职，营私舞弊，给用人单位的利益造成重大损害；
- (3) 劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位的工作任务造成严重影响，或者经用人单位提出，拒不改正；
- (4) 以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使用用人单位在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同而致使劳动合同无效；

(5) 被依法追究刑事责任。

3. 试用期内有下列情形之一的，用人单位在提前 30 日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者 1 个月工资后，可以解除劳动合同：

(1) 劳动者患病或者非因工负伤，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；

(2) 劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作。

相反，对于劳动者而言，如果在试用期内解除劳动合同则不需要任何理由，只需提前 3 日通知用人单位，即可以解除劳动合同。

## 二、试用期应当签订劳动合同

我国《劳动法》自 1995 年 1 月 1 日开始实施，迄今已经 19 年了，但是直到现在，有些用人单位对试用期的认识仍然存在误区，认为试用期就是用人单位对新招用的劳动者考察、试用的一段时间，在试用期内无须与劳动者签订劳动合同，无须为劳动者缴纳各项社会保险。只有劳动者在试用期内考察合格，用人单位才正式录用该劳动者，此时，用人单位才与劳动者签订劳动合同，办理正式的录用手续，履行相关的劳动义务。用人单位的上述认识显然是错误的，这往往会使其遭受法律上的不利后果，增加其管理成本。实际上，试用期是一把“双刃剑”，既在相当程度上约束着劳动者，也在很大程度上约束着用人单位。



### 案例 1：王某与某公司劳动争议纠纷



#### 基本案情

某公司招聘工程师王某，在录用通知书上注明试用期为 6 个月，试用期工资为 3200 元，试用期后工资为 4000 元。王某入职后，某公司没有与其签订劳动合同。5 个半月后，某公司以试用期不合格为由解除了与王某的劳动关系。

王某提起劳动仲裁，要求某公司支付未签订劳动合同的双倍工资差额 18000 元，支付违法解除劳动关系的赔偿金 4000 元，补足工资差额 4400 元。



#### 处理结果

劳动争议仲裁委员会经审理，支持了王某的全部申诉请求。



#### 律师点评

根据《劳动合同法》的相关规定，用人单位自用工之日起即与劳动者建立劳动关系。建立劳动关系，应当订立书面劳动合同。已建立劳动关系，未同时订立书面劳动合同的，应当自用工之日起 1 个月内订立书面劳动合同。用人单位与劳动者在用工前订立劳动合同的，劳动关系自用工之日起建立。因此，本案中，某公司在与王某建立

劳动关系后，不与王某签订劳动合同，违反了《劳动合同法》的上述规定。

同时，《劳动合同法》第19条规定，试用期包含在劳动合同期限内，劳动合同仅约定试用期的，试用期不成立，该期限为劳动合同期限。某公司给王某的录用通知上只约定了6个月的试用期，但未与王某签订劳动合同，因此，单独约定的试用期不成立，王某已工作的5个半月的劳动报酬应当按照试用期满后的工资支付。所以，某公司应支付王某工资差额，具体金额为： $(4000\text{元} - 3200\text{元}) \times 5.5\text{个月} = 4400\text{元}$ 。

依据《劳动合同法》的规定，用人单位应在劳动者入职后一个月内签订劳动合同，用人单位自用工之日起超过1个月不满1年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当向劳动者每月支付2倍的工资。本案中，王某入职后某公司一直未与其签订劳动合同，根据上述规定，从王某入职的第2个月开始，某公司应当支付王某双倍工资，到其离职共4.5个月。因此，某公司应支付王某的双倍工资差额为： $4000\text{元/月} \times 4.5\text{个月} = 18000\text{元}$ 。

另外，某公司以试用期不合格为由，解除与王某的劳动关系，没有相应的证据，系违法解除劳动关系。根据《劳动合同法》的相关规定，用人单位违反劳动合同法规定解除或者终止劳动合同的，应当依照经济补偿金标准的2倍向劳动者支付赔偿金。本案中，王某入职不足6个月，其经济补偿金为其半个月工资，因此，某公司应支付的赔偿金数额为： $4000\text{元/月} \times 0.5\text{个月} \times 2\text{倍} = 4000\text{元}$ 。



### 实务提示

一些用人单位招聘新员工时，为了占据主动地位，往往不与试用期内的劳动者签订正式的劳动合同，或者只签订试用期合同，待试用期过后再与劳动者签订劳动合同。这种做法是违反劳动法律规定的。用人单位与劳动者建立劳动关系，就应当依法签订劳动合同。试用期是用人单位与劳动者劳动关系的一种表现形式，所以也应当签订劳动合同。试用期包括在劳动合同期限内。也就是说，不管劳动合同双方当事人订立的是一年期限的劳动合同，还是3年、5年期限的劳动合同，如果约定了试用期，劳动合同期限的前一段期限（由双方约定的期限，但是不得超出《劳动合同法》第19条规定的期限）为试用期，试用期是包括在整个劳动合同期限内的，不能单独约定试用期。用人单位在试用期过后再与劳动者签订劳动合同的做法，不仅是违法的，而且也可能将自己套牢。

根据现行的劳动法律法规，用人单位与劳动者未签订劳动合同但存在劳动关系的，属于事实劳动关系，受法律保护，而用人单位要终止事实劳动关系必须提前30日通知劳动者并应依法支付经济补偿。因此，用人单位不与试用期内的劳动者签订正式劳动合同，或者只签订试用期合同，想以此逃避用工责任的做法反而会得不偿失，无谓地增加管理成本。

用人单位在与劳动者约定试用期时，应当注意以下问题：

1. 同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期。即使该劳动者在用人单位劳动期间调整工作岗位，甚至该劳动者离开用人单位后又重新回来工作，用人单位与该劳动者也只能约定一次试用期。

2. 劳动合同仅约定试用期或者劳动合同期限与试用期相同的，试用期不成立，该期限为劳动合同期限。

3. 不是所有的劳动合同都可以约定试用期，如下几种情形不得约定试用期：

(1) 非全日制用工；

(2) 劳动合同期限不满3个月的；

(3) 以完成一定工作任务为期限的劳动合同。

4. 不能单独订立试用期合同。依据《劳动合同法》的规定，单独约定的试用期合同不成立，该期限就是劳动合同的期限。此种情形下，视为用人单位放弃试用期。

### 三、试用期的期限

实践中，用人单位滥用试用期侵犯劳动者权益的现象比较普遍，用人单位通常不管是什么性质、多长期限的工作岗位，也不管有没有必要约定试用期，一律约定试用期，只要期限不超过劳动法规定的6个月即可。有的用人单位与劳动者签订1年期限的劳动合同，其中半年为试用期；有的生产经营季节性强的用人单位甚至将试用期与劳动合同期限合二为一，期限一样长，试用期到了，劳动合同也到期了，如此种种。为解决这一问题，切实保护劳动者的权益，《劳动合同法》对试用期进行了细化，规定了明确的期限要求。这是法律的强制性规定，任何用人单位都不得违反。



#### 案例2：赵某与某贸易公司劳动争议纠纷



##### 基本案情

赵某是吉林省吉林市人。2008年7月，赵某大学本科毕业后被某贸易有限公司招聘为华南区销售代表。在签订劳动合同时，贸易公司人事部经理李某告诉赵某，劳动合同期限定为1年，试用期为4个月，试用期工资为每个月1300元，转正后工资为每个月1500元。赵某听后没有异议，当场就签订了劳动合同。

工作1个月后，赵某偶然得知，《劳动合同法》规定，劳动合同期限1年以上不满3年的，试用期不得超过2个月，自己的劳动合同中约定的4个月试用期明显超过法律规定。赵某觉得自己的权益受到了损害，于是找李某交涉，要求公司依法缩短试用期。李某直接拒绝了赵某的要求，并声称全公司的员工都是约定4个月的试用期，不可能对赵某一个人例外。

赵某不服，到当地的劳动争议仲裁委员会提起仲裁，要求仲裁机构裁决某贸易公

司与其签订的劳动合同中关于试用期的约定违法。



### 处理结果

劳动争议仲裁委员会经审理认为,依据我国《劳动合同法》的规定,劳动合同期限1年以上不满3年的,试用期不得超过2个月。赵某与某贸易公司签订的劳动合同期限为1年,试用期不应超过2个月。本案中,某贸易公司与赵某签订的劳动合同中约定了4个月试用期,已违反了《劳动合同法》的相关规定。后来,经劳动争议仲裁委员会调解,某贸易公司最终改变自己的错误做法,与赵某达成调解协议,双方同意将试用期变更为2个月。



### 律师点评

这是一起因试用期约定违法而引发的劳动争议案件。

试用期是劳动合同约定的用人单位与劳动者双方相互了解,确定对方是否符合自己的求职条件或招聘条件的考察期。为了保护劳动者的权益,劳动合同的试用期受到我国劳动法律法规的严格限制,用人单位与劳动者约定的试用期不能超越法律规定的范围。

本案中,某贸易公司与赵某签订的劳动合同期限为1年,而根据《劳动合同法》第19条的规定,双方约定的试用期不得超过2个月,即最长只能约定2个月的试用期。然而,某贸易公司却在劳动合同中约定了4个月的试用期,已超过2个月最长试用期的法律限制,显然违反了《劳动合同法》第19条的规定,侵犯了赵某的合法权益。



### 实务提示

我国劳动合同法限定了能够约定试用期的劳动合同的最短期限,并且在劳动法规定的试用期最长不得超过6个月的基础上,根据劳动合同期限的长短,将试用期予以细化规定。具体规定是:

1. 劳动合同期限在3个月以上的,可以约定试用期。也就是说,能够约定试用期的劳动合同最短期限是3个月。

2. 劳动合同期限为3个月以上不满1年的,试用期不得超过1个月;

3. 劳动合同期限为1年以上不满3年的,试用期不得超过2个月;

4. 3年以上固定期限和无固定期限的劳动合同,试用期不得超过6个月。

用人单位与劳动者约定的试用期不能超越上述法定试用期范围。用人单位违法约定试用期的,劳动者有权投诉到劳动行政部门或者提起劳动仲裁维权。违法约定的试用期已经履行的,用人单位应当对劳动者承担法律规定的赔偿责任,即以劳动者试用期满后的月工资为标准,按照已经履行的超过法定试用期的期间向劳动者支付赔偿金。

实践中,很多工作本来不需要过长的试用期,劳动者就能胜任,但有些用人单位



动辄规定试用期为三五个月，甚至半年，恶意用足法定试用期限上限，这加重了劳动关系的不平等性，增加了劳动者的职业不确定性和经济负担。这就提醒劳动合同双方当事人特别是劳动者一方在约定试用期时将技术含量的因素考虑进去。对用人单位来说，如果在合理时间内依然不能判断劳动者是否能胜任工作，就应当承担因此而带来的风险。

#### 四、试用期的工资

用人单位滥用试用期的另一个表现是试用期间付给劳动者的工资待遇低。实践中，试用期劳动者工资待遇低的现象非常普遍，很多用人单位视试用人员为廉价劳动力，任意压低基本工资待遇，甚至不给工资。还有一些用人单位，硬性规定在试用期间一切意外伤害不列入工作范围。这也是用人单位热衷于约定试用期的重要原因之一。对试用期内工资待遇较低的问题，社会反响非常强烈。为解决试用期间劳动者待遇过低或得不到保障的突出问题，劳动合同法做出了有针对性的规定，劳动者在试用期的工资不得低于本单位同岗位最低档工资或者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。这是劳动者在试用期内工资待遇的法定最低标准。



#### 案例3：小李与某台资企业劳动争议纠纷



##### 基本案情

江苏苏州某台资企业，为了控制人力成本特别是企业流动人员成本的开支，在规章制度中规定试用期支付给员工相当于同岗位正式职工工资的50%，其理由是新员工试用期主要是岗前的培训和教育，本身并不为企业创造价值。同时，其规章制度还规定，新员工在试用期内的社会保险暂不缴纳，如果员工能够通过试用期考核，将补缴试用期间的社会保险；如果新员工不能通过试用期考核，则企业在解除劳动合同的同时，并不负责补缴试用期间社会保险，其理由是新员工不能按期转正，说明该员工不符合企业生产经营要求，不能为企业创造价值，所以企业并不需要为其补缴社会保险。此种制度实行了5年之久，并未有人提出异议。2010年2月1日，制造部小李因未通过3个月的试用期考核，被该企业解除劳动合同。

同年2月12日，小李即向当地劳动争议仲裁委员会提出申诉，要求某台资企业补齐其试用期至少相当于同岗位正式员工80%的工资，同时要求该企业为其补缴试用期3个月的社会保险。



##### 处理结果

劳动争议仲裁委员会经审理，支持了小李的申诉请求。