

劳动和社会保障法律资讯

第十二期

深圳市律师协会劳动与社会保障法律业务委员会

二〇一三年八月

本期目录

一、最新文件

劳务派遣若干规定（征求意见稿） 2

二、案例参考

广东高院再审案例：二倍工资时效及
视为订立无固定期限劳动合同后是否支付二倍工资 17

三、实务研讨

试用期十个典型法律问题与风险提示 21

劳务派遣若干规定

（征求意见稿）

第一章 总则

第一条〔立法依据〕为规范劳务派遣，维护劳动者的合法权益，促进劳动关系的和谐稳定，依据《中华人民共和国劳动合同法》（以下简称劳动合同法）、《全国人大常委会关于修改〈中华人民共和国劳动合同法〉的决定》（以下简称修改决定）和《中华人民共和国劳动合同法实施条例》（以下简称劳动合同法实施条例）等法律法规，制定本规定。

第二条〔定义〕本规定所称劳务派遣，是指用人单位以经营方式将招用的劳动者派遣至其他用人单位使用，由后者直接对劳动者的劳动过程进行管理的一种用工形式。

用人单位将业务发包给承包单位，但对从事该业务的承包单位劳动者的劳动过程直接进行管理的，属于劳务派遣用工。

第三条〔不得设立〕用人单位或者其所属单位出资或者合伙设立的劳务派遣单位，向本单位或者所属单位派遣劳动者的，属于不得设立的劳务派遣单位。

第二章 劳务派遣适用范围

第四条〔三性岗位〕劳动合同用工是我国的企业基本用工形式。劳务派遣用工是补充形式，只能在临时性、辅助性或者替代性

岗位上实施。

临时性工作岗位是指存续时间不超过六个月的工作岗位。

辅助性工作岗位是指为主营业务岗位提供服务的非主营业务岗位。用工单位的辅助性岗位由用工单位根据所处行业和业务特点，提出拟使用劳务派遣用工的辅助性岗位列表，经与工会或职工代表大会共同协商确定，并在用工单位内公示，接受监督。

替代性工作岗位是指用工单位的劳动者因脱产学习、休假等原因无法工作的一定期间内，可以由其他劳动者替代工作的岗位。

第五条〔用工比例〕用工单位应当严格控制劳务派遣用工数量。用工单位在辅助性岗位使用的被派遣劳动者数量不得超过用工总量的 10%。

前款所称用工总量是指用工单位订立劳动合同人数与用工单位辅助性岗位使用的被派遣劳动者人数之和。

计算劳务派遣用工比例的用工单位是指依照劳动合同法和劳动合同法实施条例可以与劳动者订立劳动合同的用人单位。

第六条〔不受三性岗位限制情形〕外国驻华外交代表机构、联合国系统组织代表机构、外国新闻代表机构、外国企业常驻代表机构和外国金融机构常驻代表机构等组织使用被派遣劳动者的，不受临时性、辅助性、替代性岗位和劳务派遣用工比例的限制。

第三章 劳动合同的订立、履行

第七条〔签订劳动合同〕劳务派遣单位应当依法与被派遣劳动

者签订书面劳动合同，并明确告知该劳动者为劳务派遣用工形式。

第八条〔劳动合同期限〕劳务派遣单位应当与被派遣劳动者订立二年以上的固定期限劳动合同。经双方协商一致，可以订立无固定期限劳动合同。

第九条〔不得订立以完成一定工作任务为期限劳动合同〕劳务派遣单位不得与被派遣劳动者签订以完成一定任务为期限的劳动合同，但可以安排其在用工单位从事以完成一定工作任务为期限的工作。

第十条〔不得非全日制用工〕劳务派遣单位不得以非全日制用工形式招用被派遣劳动者，但可以安排其在用工单位从事非全日制工作。

第十一条〔试用期〕劳务派遣单位可以依法与被派遣劳动者约定试用期。劳务派遣单位与同一被派遣劳动者只能约定一次试用期。

劳务派遣单位与用工单位约定的试岗期或试工期等不属于劳动合同法规定的试用期。

第十二条〔劳动合同内容〕劳务派遣单位与被派遣劳动者订立劳动合同，除应当载明劳动合同法第十七条规定的事项外，还应当载明被派遣劳动者的用工单位以及派遣期限、工作岗位、与用工单位同类岗位劳动者同工同酬等情况。

第十三条〔同工同酬〕被派遣劳动者享有与用工单位的劳动者同工同酬的权利。用工单位应当按照同工同酬原则，对被派遣劳动

者与本单位同类岗位的劳动者实行相同的劳动报酬分配办法。用工单位无同类岗位劳动者的，参照用工单位所在地相同或者相近岗位劳动者的劳动报酬确定。

劳务派遣单位与被派遣劳动者订立的劳动合同和与用工单位订立的劳务派遣协议，载明或者约定的向被派遣劳动者支付的劳动报酬应当符合前款规定。

第十四条〔核实劳动合同订立情况〕劳务派遣单位在派遣劳动者前应当向用工单位提供与被派遣劳动者签订劳动合同情况的证明。

用工单位在接受被派遣劳动者前应核实劳务派遣单位与被派遣劳动者签订劳动合同情况。

用工单位使用未与劳务派遣单位签订劳动合同的被派遣劳动者，视为与被派遣劳动者建立劳动关系，应及时补订劳动合同，劳动合同起始时间自用工之日起计算。

第十五条〔劳务派遣协议〕劳务派遣单位派遣劳动者应当与用工单位订立劳务派遣协议。

劳务派遣协议应当约定下列内容：

- （一）派遣岗位名称和性质；
- （二）工作地点；
- （三）派遣人员数量和期限；
- （四）按照同工同酬原则确定的劳动报酬；
- （五）社会保险费的数额与支付方式；

（六）服务费的支付方式和标准；

（七）违反协议的责任。

劳务派遣协议除以上条款外，也可以约定以下内容：

（一）工作时间和休息休假事项；

（二）劳动安全卫生以及培训事项；

（三）劳动者工伤或患病期间的相关事项；

（四）经济补偿等费用；

（五）解除劳务派遣协议的条件；

（六）法律法规等规定的其他事项。

第十六条〔劳务派遣单位义务〕劳务派遣单位应当对被派遣劳动者履行下列义务：

（一）如实告知被派遣劳动者劳动合同法第八条规定的事项、应遵守的规章制度以及劳务派遣协议中有关工作岗位性质、社会保险、劳动报酬等方面的内容；

（二）建立培训制度，加强劳动者上岗知识等素质教育，加强安全和技能培训；

（三）与劳动者签订劳动合同，依法为其参加和缴纳社会保险费，并按规定为其办理社会保险关系转移手续；

（四）按照有关规定及劳务派遣协议约定按时足额支付劳动者的劳动报酬、福利待遇；

（五）督促用工单位改善劳动安全卫生保护条件；

（六）依法出具解除或终止劳动合同证明；

（七）协调处理劳动者与用工单位的纠纷；

（八）法律、法规、规章规定的其他义务。

第十七条〔用工单位义务〕用工单位应当对被派遣劳动者履行下列义务：

（一）执行国家劳动标准，提供相应的劳动条件和劳动保护；

（二）告知被派遣劳动者的工作要求和劳动报酬；

（三）支付加班费、绩效奖金，提供与工作岗位相关的福利待遇；

（四）对被派遣劳动者进行工作岗位所必需的技能培训；

（五）连续用工的，实行正常的工资调整机制；

（六）法律、法规、规章规定的其他义务。

用工单位在实行不定时工作制或综合计算工时工作制的岗位使用被派遣劳动者的，应当向劳务派遣单位提供人力资源社会保障行政部门的审批证明，并告知被派遣劳动者。

第十八条〔继续履行〕劳务派遣单位行政许可未延续或者被撤销、吊销、注销的，已依法订立的劳动合同和劳务派遣协议继续履行至期限届满。

第十九条〔工伤认定〕被派遣劳动者在用工单位发生工伤的，劳务派遣单位作为申请主体处理工伤认定等事宜，用工单位协助调查处理，并承担相应的赔偿责任。

第二十条〔不得克扣拖欠挪用〕劳务派遣单位不得克扣、无故拖欠或挪用用工单位按照劳务派遣协议支付给被派遣劳动者的劳动

报酬等各项费用。

第二十一条〔禁止转派遣〕用工单位不得将被派遣劳动者再派遣到其他用人单位。

第二十二条〔禁止扣押、收取财物〕劳务派遣单位和用工单位不得扣押被派遣劳动者的居民身份证和其他证件，不得要求被派遣劳动者提供担保或以其他名义向劳动者收取财物。

第二十三条〔退回时不得解除劳动合同情形〕有下列情形之一的，用工单位可以退回被派遣劳动者，劳务派遣单位应当重新为被派遣劳动者派遣工作。

（一）用工单位因劳动合同法第四十条第三项、第四十一条规定的情形，将被派遣劳动者退回劳务派遣单位的；

（二）用工单位被依法宣告破产、吊销营业执照、责令关闭、撤销、决定提前解散或者劳务派遣协议期限届满等情形，将被派遣劳动者退回劳务派遣单位的；

（三）用工单位将在非临时性、辅助性和替代性岗位上的被派遣劳动者或超比例用工的被派遣劳动者退回劳务派遣单位的。

被派遣劳动者在无工作期间，劳务派遣单位应当按照不低于注册所在地人民政府规定的最低工资标准，向其按月支付报酬。

第四章 劳动合同的解除、终止

第二十四条〔被派遣劳动者解除劳动合同〕被派遣劳动者可以依照劳动合同法第三十八条的规定与劳务派遣单位解除劳动合同。

被派遣劳动者提前三十日以书面形式通知劳务派遣单位，可以

解除劳动合同。被派遣劳动者在试用期内提前三日通知劳务派遣单位，可以解除劳动合同。

第二十五条〔劳务派遣单位解除劳动合同情形〕劳务派遣单位与被派遣劳动者协商一致，可以解除劳动合同。

用工单位因劳动合同法第三十九条和第四十条第一项、第二项规定的情形将被派遣劳动者退回劳务派遣单位的，劳务派遣单位可以依照劳动合同法的有关规定与被派遣劳动者解除劳动合同。

第二十六条〔变更协商不一致时解除劳动合同情形〕劳务派遣单位维持或提高劳动合同约定条件，将被用工单位退回的被派遣劳动者改派新用工单位，劳动者不同意的，劳务派遣单位可以解除劳动合同。劳务派遣单位降低劳动合同约定条件，将被用工单位退回的被派遣劳动者改派新用工单位的，劳动者不同意的，劳务派遣单位不得以此为由解除劳动合同。

第二十七条〔妥善安置被派遣劳动者劳动合同终止〕劳务派遣单位被依法宣告破产、吊销营业执照、责令关闭、撤销或者决定提前解散的，经与用工单位协商妥善安置被派遣劳动者后，原劳动合同终止。

第二十八条〔经济补偿〕有下列情形之一的，劳务派遣单位应当向被派遣劳动者支付经济补偿：

（一）被派遣劳动者依照本规定第二十四条第一款的规定解除劳动合同的；

（二）劳务派遣单位依照本规定第二十五条、第二十六条解除

劳动合同的；

（三）劳务派遣单位依照本规定第二十七条终止劳动合同的。

经济补偿依据劳动合同法第四十六条、第四十七条、第九十七条的规定执行。

第五章 跨地区劳务派遣

第二十九条〔跨地区派遣待遇的标准〕劳务派遣单位跨地区派遣劳动者的，被派遣劳动者享有的劳动报酬、劳动条件和社会保险，按照用工单位所在地的标准执行。劳务派遣单位注册地的有关标准高于用工单位所在地的有关标准，且劳务派遣单位与被派遣劳动者约定按照劳务派遣单位注册地的有关标准执行的，从其约定。

第三十条〔跨地区社会保险缴纳〕劳务派遣单位在用工单位所在地设立分公司或子公司的，应当由分公司或子公司在用工单位所在地为跨地区派遣的被派遣劳动者办理参保手续，缴纳基本养老、基本医疗、失业、工伤和生育保险费。

劳务派遣单位未在用工单位所在地设立分公司或子公司的，劳务派遣单位应当依法在劳务派遣单位所在地为被派遣劳动者办理参保手续，缴纳基本养老、基本医疗、失业、工伤和生育保险费。

跨地区经营劳务派遣业务的，劳务派遣单位不得委托其他单位代缴被派遣劳动者的各项社会保险费。

第六章 监督管理

第三十一条〔监管职责〕县级以上人力资源社会保障行政部门负责本行政区域内劳务派遣的监督管理。

第三十二条〔工会职责〕工会依法维护被派遣劳动者的合法权益，对劳务派遣单位履行劳动合同、用工单位使用被派遣劳动者情况进行监督。

用工单位违反有关临时性、辅助性、替代性岗位和劳务派遣用工比例规定使用被派遣劳动者的，工会有权提出意见或者要求纠正；被派遣劳动者申请仲裁、提起诉讼的，工会依法给予支持和帮助。

第三十三条〔行业协会〕各地可建立劳务派遣行业协会，实行行业自律管理。行业协会可建立劳务派遣单位资质信用评价体系，向公众发布劳务派遣单位的信用情况。

第七章 法律责任

第三十四条〔违法解除、终止〕劳务派遣单位违法解除或者终止被派遣劳动者的劳动合同的，依照劳动合同法第四十八条、第八十七条的规定执行。

第三十五条〔连带赔偿责任〕用工单位给被派遣劳动者造成损害的，劳务派遣单位与用工单位承担连带赔偿责任。

第三十六条〔罚款〕劳务派遣单位、用工单位违反劳动合同法有关劳务派遣规定的，由人力资源社会保障行政部门责令限期改正；逾期不改正的，以每人五千元以上一万元以下的标准处以罚款，对劳务派遣单位，吊销其劳务派遣经营许可证。

第三十七条〔视为与被派遣劳动者建立劳动关系〕用工单位违反劳动合同法有关劳务派遣在临时性、辅助性、替代性岗位用工规

定或者超比例使用被派遣劳动者，依据劳动合同法第九十二条第二款有关规定罚款后一个月内仍不改正的，在非临时性、辅助性、替代性岗位或者超比例使用的被派遣劳动者视为与用工单位建立劳动关系，用工单位应及时补订劳动合同，劳动合同起始时间自处罚之日起满一个月的次日计算。被派遣劳动者书面表示不愿与用工单位建立劳动关系的除外。

第八章 附则

第三十八条〔不属于劳务派遣情形〕下列情形不属于本规定所称劳务派遣：

（一）用人单位以组织委派或任命的形式将本单位劳动者派至其上级单位或所属单位劳动的行为；

（二）用人单位将本单位劳动者派往境外进行劳动的行为；

（三）用人单位将本单位劳动者派往家庭或自然人处进行劳动的行为。

第三十九条〔继续履行〕修改决定施行前已依法订立的劳动合同和劳务派遣协议继续履行至期限届满，用工单位不得以不符合临时性、辅助性、替代性岗位规定或超出劳务派遣用工比例或劳务派遣单位未依法取得行政许可为由退回被派遣劳动者。但是劳动合同和劳务派遣协议的内容不符合修改决定关于同工同酬规定的，应当依照修改决定进行调整。

用工单位在修改决定施行前除临时性、替代性岗位之外已使用

的被派遣劳动者超过规定比例的，在未达到规定比例要求之前，不得在辅助性岗位使用新的被派遣劳动者。

第四十条〔继续履行期间不得解除〕在修改决定施行前已依法订立的劳动合同期限未届满前，劳务派遣单位不得以未依法取得行政许可为由解除被派遣劳动者劳动合同。

第四十一条〔人数统计〕被派遣劳动者应作为用工单位从业人员中的劳务派遣职工进行统计。

第四十二条〔争议处理〕被派遣劳动者与劳务派遣单位或用工单位发生劳动争议的，按照劳动争议有关规定处理。劳务派遣单位与用工单位因履行劳务派遣协议发生纠纷的，按照民事纠纷有关规定处理。

第四十三条〔具体实施办法〕各省、自治区、直辖市人力资源社会保障行政部门可根据本规定和本地区实际情况制定实施办法。

第四十四条〔实施日期〕本规定自 年 月 日起施行。

关于《劳务派遣若干规定（征求意见稿）》的说明

2012年12月28日，第十一届全国人大常委会第三十次会议通过了《关于修改〈中华人民共和国劳动合同法〉的决定》（以下简称修改决定）。为了贯彻落实修改决定，进一步规范劳务派遣，我们起草了《劳务派遣若干规定（征求意见稿）》（以下简称征求意见

稿)。现将主要内容说明如下：

一、关于劳务派遣的定义

征求意见稿规定，劳务派遣是指用人单位以经营方式将招用的劳动者派至其他用人单位使用，由后者直接对劳动者的劳动过程进行管理的一种用工形式。用人单位将业务发包给承包单位，但对从事该业务的承包单位劳动者的劳动过程直接进行管理的，属于劳务派遣用工（第二条）。

二、关于临时性、辅助性和替代性工作岗位

为了增强操作性，征求意见稿对辅助性工作岗位作了细化规定：辅助性工作岗位是指为主营业务岗位提供服务的非主营业务岗位。用工单位的辅助性岗位由用工单位根据所处行业和业务特点，提出拟使用劳务派遣用工的辅助性岗位列表，经与工会或职工代表大会共同协商确定，并在用工单位内公示，接受监督（第四条第三款）。

三、关于用工比例

按照修改决定的要求，征求意见稿对企业的劳务派遣用工比例

作出了规定，即用工单位在辅助性岗位使用的被派遣劳动者数量不得超过用工总量的 10%，而用工总量是指用工单位订立劳动合同人数与用工单位辅助性岗位使用的被派遣劳动者人数之和（第五条）。同时，征求意见稿对一些涉外机构不受临时性、辅助性和替代性工作岗位限制的情形等也作出了具体规定（第六条）。

四、关于劳动合同的订立、履行、解除和终止

劳务派遣单位属于特殊的用人单位，因此，征求意见稿规定了劳动合同期限、协商订立无固定期限劳动合同、试用期、同工同酬、劳动合同解除、经济补偿以及劳务派遣单位与用工单位的义务等相关内容（第七条至第二十八条）。

五、关于跨地区劳务派遣

为规范异地派遣行为，征求意见稿对跨地区派遣情形下的被派遣劳动者的劳动报酬、劳动条件和社会保险标准，以及参加社会保险的方式作出了规定（第二十九条、第三十条）。

六、关于监督管理与法律责任

为了加强对劳务派遣的监督管理，征求意见稿规定了人力资源

社会保障行政部门、工会和劳务派遣行业协会的职责（第三十一条至第三十三条）。为了保护劳动者权益，征求意见稿规定了劳务派遣单位、用工单位违反劳动合同法规定的法律责任以及连带赔偿责任；用工单位违反劳动合同法有关劳务派遣在临时性、辅助性、替代性岗位和用工比例规定的，被行政处罚后一个月内仍不改正的，视为被派遣劳动者与用工单位建立劳动关系（第三十四条至第三十七条）。

七、关于过渡期内超比例用工处置

为保障法律的平稳实施，最大限度地减少劳动合同调整对劳动关系的影响，针对劳动合同法修改决定施行前订立的劳务派遣协议和劳动合同作出了规定。即，修改决定施行前已依法订立的劳动合同和劳务派遣协议继续履行至期限届满，用工单位不得以不符合临时性、辅助性、替代性岗位规定或超出劳务派遣用工比例或劳务派遣单位未依法取得行政许可为由退回被派遣劳动者。但是劳动合同和劳务派遣协议的内容不符合修改决定关于同工同酬规定的，应当依照修改决定进行调整。

用工单位在修改决定施行前除临时性、替代性岗位之外已使用的被派遣劳动者超过规定比例的，在未达到规定比例要求之前，不得在辅助性岗位使用新的被派遣劳动者（第三十九条）。

广东省高级人民法院

民事裁定书

(2013)粤高法民申字第396号

再审申请人（一审原告、二审上诉人）：黄某强，男，1981年4月11日出生，汉族，住广东省广州市。

被申请人（一审被告、二审被上诉人）：广州市绿盈物业发展有限公司。住所地：广东省广州市番禺区大石朝阳西路大石城

法定代表人：陈某锐，该公司总经理。

申请再审人黄某强因与被申请人广州市绿盈物业发展有限公司（下称绿盈公司）劳动争议纠纷一案，不服广东省广州市中级人民法院（2010）穗中法民一终字第6237号民事判决（下称二审判决），向本院申请再审。本院依法组成合议庭进行了审查，现已审查终结。

黄某强申请再审称：（一）我知道自己权利被侵害的时间即为申请仲裁时，应从我申请仲裁的2009年11月15日开始计算仲裁时效期间，故我的起诉并未超过时效。（二）视为双方已经签订无固定期限劳动合同不等于已经签订劳动合同，绿盈公司仍负有与我签订

书面劳动合同的义务，故二倍工资是有法律依据的。(三)绿盈公司还应向我支付休息日加班费、带薪年假费用、两个月的经济补偿金和高温费。二审判决处理不当，请求撤销二审判决，对本案进行再审。

绿盈公司没有提交意见。

本院认为，本案为劳动争议纠纷。黄某强以绿盈公司未与其签订书面劳动合同及无故解雇等为由，起诉请求绿盈公司支付少付的加班费、三个月经济补偿金、休息日加班费、带薪年假费用、代通知金、高温费和上述费用的经济补偿金，以及未签订书面劳动合同双倍工资差额。从黄某强的再审申请理由看，本案争议焦点仍为其主张双倍工资差额是否部分超过劳动争议申请仲裁的时效期间，其请求绿盈公司支付各种补偿费用是否应予支持。

根据查明的事实，黄某强于2007年11月入职绿盈公司，任安管部领班，双方没有签订劳动合同。2009年7月2日，绿盈公司要求黄某强填写“员工离职申请表”，以黄某强违纪为由将其辞退。2009年11月15日，黄某强向广州市番禺区劳动争议仲裁委员会申请仲裁，请求绿盈公司支付2007年11月28日至2009年11月5日的休息日、法定节假日加班工资7944元，支付2007年11月28日至2009年11月5日未签订劳动合同的二倍工资19800元。

《中华人民共和国劳动合同法》（下称劳动合同法）于 2008 年 1 月 1 日施行，该法第十条规定用人单位最迟应于用工之日起一个月内与劳动者签订书面劳动合同。黄某强入职后一直未与绿盈公司签订劳动合同，其应于劳动合同法施行之日知道自己的权利受到侵害。绿盈公司的违法行为一直持续，黄某强却直至 2009 年 11 月 15 日才申请劳动争议仲裁。黄某强申请劳动争议仲裁之日，仅是其主张权利之日，而非知道或应该知道权利受侵害之日。根据《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第二十七条：“劳动争议申请仲裁的时效期间为一年。仲裁时效期间从当事人知道或应当知道其权利被侵害之日起计算”的规定，黄某强在 2008 年 11 月 15 日前未订立书面劳动合同的双倍工资差额已经超过劳动争议仲裁时效期间。根据劳动合同法第十四条第三款：“用人单位自用工之日起满一年不与劳动者订立书面劳动合同的，视为用人单位与劳动者已订立无固定期限劳动合同”的规定，自 2009 年 1 月 1 日起，视为双方已经订立无固定期限劳动合同，用人单位无需向劳动者支付此后的双倍工资差额。据此，二审判决判令绿盈公司应向黄某强支付 2008 年 11 月 15 日至 2008 年 12 月 31 日的双倍工资差额，符合法律规定。

绿盈公司每月向黄某强支付的工资 1800 元包含了正常工作时间工资和加班工资，并不存在拖欠加班工资的情形。黄某强的其余诉请则均未经过劳动争议仲裁，二审判决对此不予支持，处理正确。

综上所述，黄某强的再审申请不符合《中华人民共和国民事诉讼法》第二百条规定的情形。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百零四条第一款之规定，裁定如下：

驳回黄某强的再审申请。

审 判 长 王 恒

代理审判员 强 弘

代理审判员 李 磊

二〇一三年三月二十日

本件与原本核对无异

书 记 员 范兴龙

试用期十个典型法律问题与风险提示

文：李迎春律师

一、试用期的期限

《劳动合同法》对试用期期限规定有非常具体的规定，《劳动合同法》第十九条规定，劳动合同期限三个月以上不满一年的，试用期不得超过一个月；劳动合同期限一年以上不满三年的，试用期不得超过二个月；三年以上固定期限和无固定期限的劳动合同，试用期不得超过六个月。

【风险提示】三年期限的劳动合同，试用期可达六个月，但劳动合同期限为二年零三百六十四天时（不到三年），试用期不得超过二个月，一天之差，试用期可相差四个月，这不是操作技巧，而是劳动合同法中试用期的临界点现象。部分用人单位在与员工订立劳动合同时，刻意的在劳动合同期限上加多一天或一个月，如将合同期限设为一年零一天，三年零一天，目的是将试用期订为2个月或6个月，其实多此一举。劳动合同法中的“以上”是包括本数的，一年整期限的劳动合同完全可以订2个月试用期。但因为加多了一天，劳动合同终止时将可能多支付半个月工资标准的经济补偿。

二、试用期工资标准的确定

由于劳动法对试用期的规定非常原则，缺乏具体的可操作条款，实践中用人单位往往利用试用期的“模糊规定”损害劳动者的

合法权益，试用期演变成了“白干期”“廉价期”，劳动者在试用期内获得的劳动报酬非常低廉，严重损害了劳动者的利益。为了保护劳动者的合法权益，《劳动合同法》第二十条规定，劳动者在试用期的工资不得低于本单位相同岗位最低档工资或者劳动合同约定工资的百分之八十，并不得低于用人单位所在地的最低工资标准。劳动合同法规定了两个“不低于”原则，首先不得低于用人单位所在地的最低工资标准，这是试用期工资的最底线，其次，不得低于本单位相同岗位最低档工资或者劳动合同约定工资的百分之八十。

【风险提示】 如何理解“劳动者在试用期的工资不得低于本单位相同岗位最低档工资或者劳动合同约定工资的百分之八十，并不得低于用人单位所在地的最低工资标准”？按照劳动合同法实施条例的规定，应当理解为：劳动者在试用期的工资不得低于本单位相同岗位最低档工资的百分之八十，或者不得低于劳动合同约定工资的百分之八十，并不得低于用人单位所在地的最低工资标准。

三、以口头或其他形式约定试用期的法律风险

实践中很多用人单位口头或以其他形式（如在入职登记表或员工手册中载明试用期）与劳动者约定一个月到六个月试用期，但不签订劳动合同。这种口头或者以其它形式约定的试用期满后，用人单位认为该劳动者试用合格，就签订正式劳动合同，如果用人单位认为不符合录用条件，就解除劳动关系。用人单位该做法是违反法律规定的，在发生劳动争议时往往会处于被动地位而导致败诉。劳动部在《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意

见》第十八条规定，劳动者被用人单位录用后，双方可以在劳动合同中约定试用期，试用期应包括在劳动合同期限内。《劳动合同法》第十九条第四款规定，试用期包含在劳动合同期限内。根据该规定，我们可以知道试用期存在的前提是劳动合同双方签订了劳动合同，试用期存在于劳动合同期限内，双方没有订立劳动合同，试用期当然不可能存在，所谓皮之不附，毛将焉存？

【风险提示】劳动合同法施行后，用人单位如果还在入职登记表或员工手册中载明试用期，而不与劳动者订立书面劳动合同，将面临很大的法律风险。首先，在入职登记表或员工手册中载明的试用期无效，视为无试用期，其次，不签订书面劳动合同超过一个月不满一年的，应当向劳动者每月支付二倍的工资。超过一年仍不与劳动者订立书面劳动合同的，视为用人单位与劳动者已订立无固定期限劳动合同。

四、用人单位订立单独的试用期合同的法律风险

司法实践中一些用人单位为了避免与劳动者订立劳动合同，往往在招用劳动者时与劳动者签订一个单独的试用合同，期限一般为三个月到六个月不等，在试用期合同期满后决定是否正式聘用该劳动者。用人单位这样做的目的往往是为了规避法律，在试用期使用廉价劳动力，方便解除劳动合同。《劳动合同法》规定，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。

【风险提示】约定单独的试用期合同不仅仅需承担违法约定试用期的风险，还白白“浪费”了一次固定期限合同，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。而连续两次订立固定期限劳动合同的，将面临着需订立无固定期限劳动合同，用人单位单独订立试用期合同太不值得了。

五、试用期内用人单位是否需缴纳社会保险费

试用期内不为员工缴纳社会保险费，这是实践中很多用人单位的习惯性做法，劳动者由于法律知识的缺乏，也常常错误认为试用期内用人单位可以不缴纳社会保险费，导致自己的合法权益受到损害。《劳动法》第七十三条规定，劳动者在下列情形下，依法享受社会保险待遇：（一）退休；（二）患病；（三）因工伤残或者患职业病；（四）失业；（五）生育。实际上，劳动关系一经建立，用人单位就应当依法为劳动者缴纳社会保险，试用期并非独立于劳动关系外的“特殊期”，试用期包括在劳动合同期限内。用人单位在试用期拒绝为劳动者办理社会保险的，劳动者可以向劳动和社会保障部门投诉，造成劳动者损失的，用人单位应当承担赔偿责任。

【风险提示】用人单位不应当存在试用期不缴纳社会保险费的侥幸心理，如果劳动者在试用期发生工伤、疾病、意外伤亡，公司将承担因此发生的大笔赔偿费用，得不偿失。试用期内用人单位未为劳动者缴纳社会保险费的，应当及时补缴，避免被投诉的风险，按照劳动合同法的规定，用人单位未依法缴纳社会保险费的，劳动者有权解除劳动合同，用人单位需支付经济补偿。

六、用人单位违法约定试用期的情形及法律责任

《劳动合同法》第八十三条规定，用人单位违反本法规定与劳动者约定试用期的，由劳动行政部门责令改正；违法约定的试用期已经履行的，由用人单位以劳动者试用期满月工资为标准，按已经履行的超过法定试用期的期间向劳动者支付赔偿金。用人单位违法约定试用期的情形一般有以下几种：

(1) 用人单位约定的试用期超过法律规定的最长期限

比如：小张与公司签订了二年期限的劳动合同，合同中约定试用期为六个月，试用期工资为 3000 元，试用期满后，工资为 3500 元。这就是约定的试用期超过法律规定的最长期限的案例。劳动合同法规定，劳动合同期限一年以上不满三年的，试用期不得超过二个月。本案中小张与公司签订的劳动合同期限为二年，按照法律规定试用期不得超过二个月。因此，小张可以向劳动行政部门投诉，由劳动行政部门责令用人单位改正。假如该试用期已经履行了五个月，则用人单位应当从第三个月开始每月按照 3500 元的标准支付小张赔偿金 10500 元（3500 元 x3 个月），该赔偿金不包含用人单位已经支付的工资 15000 元（3000 元 x5 个月）。

(2) 同一用人单位与劳动者约定两次以上的试用期

劳动合同法规定同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期，如同一用人单位与劳动者约定两次以上的试用期的，视为违法约定试用期，劳动行政部门可责令改正，违法约定的试用期已经履行的，由用人单位以劳动者试用期满月工资为标准，按已经履行的超过法定试用期的期可向劳动者支付赔偿金。

(3) 用人单位在以完成一定工作任务为期限的劳动合同或者期限不满三个月的劳动合同中约定试用期

劳动合同法第十九条第三款规定：“以完成一定工作任务为期限的劳动合同或者劳动合同期限不满三个月的，不得约定试用期。”如果用人单位在以完成一定工作任务为期限的劳动合同或者期限不满三个月的劳动合同中约定试用期，则应当承担违法约定试用期的法律后果。

(4) 用人单位在劳动合同中仅约定试用期或者劳动合同期限与试用期相同的

劳动合同法第十九条第四款规定：“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。”如果用人单位与劳动者签订一个单独的试用期合同，或者用人单位与劳动者签订的劳动合同期限与约定的试用期相同的，均为违法约定试用期。

【风险提示】用人单位需充分理解劳动合同法关于试用期的规定，避免在实践中违法约定试用期。因为违法约定的试用期已经履行的，由用人单位以劳动者试用期满月工资为标准，按已经履行的超过法定试用期的期间向劳动者支付赔偿金。

七、试用期内劳动者解除劳动合同是否需赔偿用人单位的培训费用

根据《劳动合同法》第三十七条之规定，劳动者在试用期内提前三日通知用人单位，可以解除劳动合同。《劳动部办公厅关于试

用期内解除劳动合同处理依据问题的复函》（劳办发[1995] 264号）规定：“用人单位出资（指有支付货币凭证的情况）对职工进行各类技术培训，职工提出与单位解除劳动关系的，如果在试用期内，则用人单位不得要求劳动者支付该项培训费用。”所以，劳动者在试用期内解除劳动合同的，无须赔偿用人单位支付的培训费用。

【风险提示】为了避免劳动者在试用期内获得用人单位的专业技术培训后离职，用人单位可采取如下应对措施：（1）尽量不在试用期内支付专项培训费用对劳动者进行专业技术培训；（2）如急需对劳动者进行专业技术培训，且劳动者仍处于试用期的，可协商缩短试用期。

八、试用期满后，用人单位能否仍以试用期内不符合录用条件为由解除劳动合同

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、身体情况等进一步考察的时间期限，试用期也是一个相互适应、双向选择的过程。《劳动合同法》第十九条规定，劳动合同期限三个月以上不满一年的，试用期不得超过一个月；劳动合同期限一年以上不满三年的，试用期不得超过二个月；三年以上固定期限和无固定期限的劳动合同，试用期不得超过六个月。同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期。以完成一定工作任务为期限的劳动合同或者劳动合同期限不满三个月的，不得约定试用期。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。《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；实践中常有用人单位在劳动者试用期满后，以劳动者不符合录用条件为由提出解除劳动合同，该做法显然不符合法律的规定。从法条的含义看，劳动者必须在试用期内被证明不符合录用条件的，用人单位方可解除劳动合同。另外，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）也对此进行了具体的规定，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。

【风险提示】用人单位要在试用期内解除劳动合同，实务操作中必须符合下面的两个条件：（1）需在试用期内对劳动者是否符合录用条件进行考核，能够提供证据证明劳动者不符合录用条件。所谓证据，司法实践中一般从两方面进行认定，一是用人单位对某一岗位的工作内容、工作要求即录用条件有没有具体描述；二是用人单位对员工在试用期的表现有没有作出客观的记录和评价。（2）解除劳动合同决定应当在试用期内作出并通知劳动者，超过试用期再以该理由提出解除劳动合同的将不能得到支持。实践中若试用期满后未办理劳动者“转正”手续，不能认为还处在试用期间，用人单位也不能以试用期不符合录用条件为由解除劳动合同。

九、劳动者试用期不合格能否延长试用期

《劳动合同法》第十九条规定了试用期的上限，即劳动合同期限三个月以上不满一年的，试用期不得超过一个月；劳动合同期限一年以上不满三年的，试用期不得超过二个月；三年以上固定期限和无固定期限的劳动合同，试用期不得超过六个月。如果劳动者在试用期内达不到用人单位的要求，用人单位可根据劳动合同法第三十九条之规定以劳动者在试用期间被证明不符合录用条件为由解除劳动合同，但不得延长试用期，用人单位延长试用期的，属于违法约定试用期，需承担相应的法律后果。但是，实践中有一种特殊情况，即用人单位与劳动者约定的试用期未达到法律规定的上限，比如，用人单位与劳动者签订了三年期限的劳动合同，合同中约定试用期为三个月，未达到六个月的上限，用人单位可否在三个月试用期满后以劳动者不符合要求为由延长试用期至六个月呢？笔者认为，如果用人单位与劳动者约定的试用期届满的，如果用人单位延长试用期，属于再次约定试用期的情形，违反了“同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期”的规定，同样属于违法约定试用期。

【风险提示】用人单位不得在劳动合同中约定延长试用期（在操作上建议在试用期满前采用变更方式），用人单位违法约定试用期的，劳动者可向劳动行政部门投诉，由劳动行政部门责令改正；违法约定的试用期已经履行的，由用人单位以劳动者试用期满月工资为标准，按已经履行的超过法定试用期的期间向劳动者支付赔偿金。

十、用人单位如何控制试用期的法律风险

用人单位应当从以下几个方面控制试用期的法律风险：1) 不能超期约定试用期；2) 不能口头约定试用期；3) 不能重复试用；4) 不订单独试用合同；5) 试用期内需参加社会保险；6) 试用期内不能随意解雇劳动者；7) 书面约定录用条件；8) 试用期患精神病可解雇；9) 试用期出资培训有风险；10) 以不符合录用条件解雇必须在试用期内做出，超出试用期做出不符合法律规定。（文：李迎春律师）