

試用期內 解除勞動合同實務探析

文／徐雪舫、李小明

企業招錄員工時一般會約定試用期以對新員工的品行、工作能力等進行考察。試用期對企業而言有其必要性和合理性。惟，企業在試用期內不能僅憑主觀判斷而解除員工的勞動合同，試用期內解除勞動合同仍須符合法律規定的條件。本文試析企業在試用期解除勞動合同應遵守的法定條件和注意事項：

一、試用期解除勞動合同的法律規定

試用期解除合同，是指企業根據《中華人民共和國勞動合同法》（勞動合同法）第三十九條第（一）項的規定解除勞動合同。勞動合同法第三十九條第（一）項規定，「勞動者有下列情形之一的，用人單位可以解除勞動合同：（一）在試用期間被證明不符合錄用條件的……。」據此，企業在試用期解除勞動合同必須同時滿足如下條件：（1）時間在試用期內；（2）企業在員工入職之時告知其錄用條件；（3）存在不符合錄用條件的客觀事實。若符合上述條件，企業構成合法解除，不需要支付經濟補償或賠償金。

二、當在員工入職之初告知其明確的錄用條件

企業應當在員工入職之初告知其明確的錄用條件。錄用條件應以書面方式記載，例如在勞動合同、員工手冊、錄取通知書、崗位說明書、招聘簡章、招聘電子郵件內列明，並請員工簽字確認。

錄用條件可以包含以下幾類：（1）關於員工自身情況的錄用條件，包括員工的身份、學歷、工作經歷、技能、健康等；（2）關於崗位本身的錄用條件，包括工作任務、指標、業績要求、目標達成率等；（3）關於員工入職後工作表現的錄用條件，包括缺勤、遲到、工作失誤以及對規章制度的遵守情況等。

（4）關於員工辦理入職手續的文件，包括員工先前離職的退工單、離職證明書、社會保險移轉手續等。錄用條件約定的越全面完整，則企業受到保護的程度就越高。此外，實踐中還經常見到勞動合同中約定員工在試用期內未通過工作考核的，視為不符合錄用條件。該等約定一般可以被勞動仲裁委和法院認可，但考核依據的主要標準應在員工入職之時明確告知員工，否則仍可能被認定為未告知員工錄用條件，而導致企業被認定為違法解除勞動合同。

需特別注意的是，錄用條件應儘量客觀和具體。例如，缺勤應規定不得超出的次數上限，崗位條件應規定合格的指標達成率等，這樣依據客觀資料可以認定不符合錄用條件，儘可能地減小判斷的主觀性和隨意性。換言之，勞動仲裁委和法院在審理本類案件時，非常注重企業並非主觀隨意地解除勞動合同，而是依據不符合錄用條件的客觀事實予以解除。

但勞動仲裁委和法院對於錄用條件本身一般不予干預，對於明確記載和告知的錄用條件會予以認可。據此，企業可以在合理範圍內設定相對高的錄用條件，以便在主張員工不符合錄用條件時掌握主動權。當然，企業設定的錄用條件不應明顯不合理，也不能違反法律規定。

例如，根據2019年2月18日頒佈的《人力資源社會保障部、教育部等九部門關於進一步規範招聘行為促進婦女就業的通知》的規定，「不得將限制生育作為錄用條件」。若企業違反規定將是否生育作為錄用條件，則顯然不會得到勞動仲裁委和法院的支持。

三、不符合錄用條件的證據

勞動合同法第三十九條第（一）項規定「在試用期間被證明不符合錄用條件」，故企業應承擔不符合錄用條件的舉證責任。企業應注意提供的證據要具備客觀性。例如，證明員工缺勤應提供考勤記錄，證明員工未達到銷售指標應提供財務資料等。若企業對員工進行試用期考核的，則應採取客觀的考評標準及方式。

例如，考核員工的專業知識、行業理解力及規章制度掌握情況時，企業可以出具考卷讓員工書面考試，並將考試成績作為判定是否合格的標準。考題應儘可能為客觀題，以保證測試結果的客觀性和公正性。反之，應儘量避免以主觀評分的方式得出考核結果，因為勞動仲裁委和法院可能會認為考評方式主觀性過強而不予採納考核結果。此外，試用期考核應給予員工知情權，例如，考核結果應通過電子郵件、書面通知等方式送達員工；若員工對考核結果提出異議，企業應做出合理的解釋。

四、勞動合同的解除

當企業已告知員工錄用條件，並收集到員工不符合錄用條件的證據之時，企業可以在試用期內隨時解除

勞動合同。試用期解除的程式與勞動合同解除的一般程式無異。需提醒的是，員工在試用期不符合錄用條件的同時也可能會嚴重違反規章制度，此時企業應在解除通知書上同時列明該兩項解除事由，以便後續涉及勞動仲裁和訴訟時有更多的抗辯空間。

此外，在某些特殊情形下，即使沒有書面記載的錄用條件，勞動仲裁委或法院也會推定存在默示的錄用條件，並據此判定員工不符合錄用條件及企業合法解除。例如，《北京市高級人民法院、北京市勞動人事爭議仲裁委員會關於審理勞動爭議案件法律適用問題的解答》第11條規定，勞動者不符合錄用條件的情況主要有以下情形：

（1）勞動者違反誠實信用原則對影響勞動合同履行的自身基本情況有隱瞞或虛構事實的，包括提供虛假學歷證書、假身份證、假護照等個人重要證件；對履歷、知識、技能、業績、健康等個人情況說明與事實有重大出入的；（2）試用期間存在工作失誤的，對工作失誤的認定以勞動法相關規定、用人單位規章制度以及雙方合同約定內容為判斷標準……。

據此，當此類案件在北京審理時，若員工違反誠實信用原則對影響勞動合同履行的自身基本情況有隱瞞或虛構事實的，或者存在明顯工作失誤的，勞動仲裁委和法院也會認定員工違反錄用條件。惟，該等規定涉及的情形比較有限，企業一般仍需依據明確告知員工的錄用條件予以合法解除勞動合同。

五、結論

根據司法界目前的主流觀點，勞動仲裁委和法院一般認為試用期是勞動合同當事人為了相互了解對方而在勞動合同中約定的特定期限，也是企業對於新員工的勞動態度、工作能力等的考察期間，法律允許雙方在試用期相互進行考察和選擇。因此，就員工是否符合錄用條件的認定，勞動仲裁委和法院在試用期的認定標準略低於試用期屆滿後的認定標準。

惟，勞動仲裁委和法院仍要求試用期解除不能主觀和隨意，企業必須提交不符合錄用條件的客觀證據。綜上，企業應當做好書面記載和告知錄用條件，以及收集不符合錄用條件的客觀證據等工作，以盡量降低被認定違法解除的法律風險。

（作者徐雪舫是理律法律事務所資深顧問；李小明是上海律同衡律師事務所合夥律師。本文不代表理律法律事務所及律同衡律師事務所意見。）