王新生　主编

社会法学论丛

（2017年卷　总第3卷）

Journal of Social Law

本期要目

劳动与社会保障制度专题

浅议我国劳动合同试用期的法律制度　蒋韶寒

第三人侵权责任与工伤保险责任竞合的法律适用及立法完善　吴　勇　吕丹玉

劳动者权利保护专题

基层群众自治组织工作人员职业伤害救济制度研究　王　霞　付　丹

加班制度下的“过劳死”问题　王红艳　唐思佳

海外建设工程劳务用工专题

境外工程劳务派遣问题研究　杜卫红　胡　骜

海外建设工程劳务用工法律问题探析——以缅甸某电厂建设工程为例　王新生　谭雨燕

社会治理机制研究专题

国内外新型城镇化进程中的“城中村”治理实践研究　唐　琼　禹　航

社区治理法治化：社区共同体建设的根本出路　张承安　李　浩

风险社会及其他问题研究

论“风险社会”与“社会风险”的刑法应对　申　纯

物业管理法律问题研究　戴谋富　李玉林

社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

王新生　主编

社会法学论丛

（2017年卷　总第3卷）

Journal of Social Law

社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

《社会法学论丛》编委会

本　刊　顾　问：叶静漪　常　凯

编辑委员会主任：谢　勇

编辑委员会副主任：傅如良

编辑委员会委员：（按姓氏笔画排序）

马长生　王红艳　王新生　田兴洪

刘文华　刘林平　李　晴　陈　醒

肖北庚　余卫明　张承安　邹宏如

庞圣祥　周艳红　胡平仁　胡旭晟

高中权　卿定文　唐政秋　彭亚东

傅如良　谢　勇

主　　编：王新生

执　行　编　辑：张敏纯　董　婷　梁　名　唐思佳

卷首语

经过近两年的准备，第 3 卷《社会法学论丛》得以面世。本卷《社会法学论丛》共推出了 5 个栏目，发表了 23 篇学术论文，主要涉及社会法的基础理论及当前社会法领域的热点、难点问题。

“劳动与社会保障制度专题”栏目共发表了 4 篇文章。蒋韶寒撰写的《浅议我国劳动合同试用期的法律制度》一文针对劳动合同实施过程中，用人单位利用试用期制度的缺陷，侵犯劳动者的合法权益的现象，对我国现行试用期的法律进行解读并对其存在的问题进行分析，最终提出完善我国劳动合同试用期法律制度的建议。吴勇、吕丹玉撰写的《第三人侵权责任与工伤保险责任竞合的法律适用及立法完善》一文针对第三人侵权责任与工伤保险责任竞合的现行规定及法律适用困境，从工伤保险立法目的的角度对该问题进行了分析，并提出了立法完善建议：提高立法位阶，至少纳入《工伤保险条例》层面来；明确工伤保险制度目的尤其是工伤保险基金的有效利用这一目的；在我国《工伤保险条例》中明确第三人侵权责任和工伤保险责任竞合的具体处理规则。阳明武撰写的《论我国住房公积金制度的完善》一文梳理了我国住房公积金制度的产生与发展的过程及其存在的缴存差额大、资金闲置多、覆盖面不广、监督乏力等主要问题，提出了完善我国住房公积金制度的建议。唐政秋撰写的《最低生活保障标准及其实施研究》一文展现了我国最低生活保障标准的演变过程，指出了《社会救助暂行办法》颁布之前最低生活保障标准存在的主要问题，并就该办法对最低生活保障标准的继承与完善进行了分析，最后提出有效实施我国最低生活保障标准的建议。

“劳动者权利保护专题”栏目共发表了 5 篇文章。王霞、付丹撰写的《基层群众自治组织工作人员职业伤害救济制度研究》一文从具体案例出发，针对基层群众自治组织法律地位不清晰、其工作人员职业伤害救济在理论与实践中存在诸多争议等问题，提出要运用劳动关系理论对现有制度进行完善，把基层群众自治组织工作人员职业伤害纳入工伤保险制度体系。王红艳、唐思佳撰写的《加班制度下的“过劳死”问题》一文从“过劳死”的成因、司法实践的处理以及法律规制三个方面进行分析，提出三个对策：规制加班制度；将“过劳死”认定为工伤；加强实践中的具体维权。徐莉、陈怡灵撰写的《中国涉外劳工权利保护研究》一文针对我国海外劳工权益受损问题，通过对我国相关现行法律规范和国外法制进行评析，提出要从国内法制和国际法制两方面入手完善海外劳工权利保护机制。王译曼、梁名、李睿周撰写的《农民工权益的劳动诉讼保障机制研究》一文指出农民工权益的劳动诉讼保障机制仍存在着农民工劳动关系未厘清、行政程序与司法程序相交叉的问题，对此应当从立法、制度和农民工自身法律知识层面完善农民工权益的劳动诉讼保障机制，以达到保障农民工权益的应有之效。高中权、王艺霖、熊亚云撰写的《论二孩政策背景下女性劳动就业权的保障》一文通过对二孩政策对女性劳动就业权产生的负面影响及其原因的分析，提出女性劳动就业保障的对策：促进《反就业歧视法》的出台，设立专门的保护女性平等就业与职业权益的机构，完善生育保险制度以及建立就业歧视奖惩制度。

“海外建设工程劳务用工专题”栏目共发表了 2 篇文章。杜卫红、胡骜撰写的《境外工程劳务派遣问题研究》一文针对目前境外中资企业劳务派遣过程中存在的输入国市场准入限制、境外工程劳务派遣合同的签订和履行等法律问题，提出了解决境外工程劳务派遣问题的法律措施：立法层面制定专门性法律，完善管理体制以及规范劳务市场。王新生、谭雨燕撰写的《海外建设工程劳务用工法律问题探析——以缅甸某电厂建设工程为例》一文分析了海外工程建设劳务用工的主要问题及其原因，基于中国企业在缅甸某电厂工程建设的具体案例分析，提出了海外建设

需要全本请访问 www.ertongbook.com

工程劳务用工冲突的解决机制：根据国际法原则解决问题，依照两国间的国际条约或者共同国际组织相关规定解决劳务矛盾，扩展海外派遣劳动者维权的救济途径以及积极借鉴他国劳务用工纠纷解决经验。

“社会治理机制研究专题”栏目共发表了5篇文章。唐琼、禹航撰写的《国内外新型城镇化进程中的“城中村”治理实践研究》一文从“新型城镇化”、“城中村”概念出发，结合国外自主性居住区及国内广州珠海的改造经验，联系社会实际，提出以“三赢”为目标、及早规划城市建设和增强城市包容性这三个“城中村”改造建议。张承安、李浩撰写的《社区治理法治化：社区共同体建设的根本出路》一文通过指出社区共同体建设法治化的现实困境，提出了社区共同体建设法治化应坚持的原则，以及社区共同体建设法治化的路径：明确社区主体的法律地位、完善社区法律体系、增强社区居民的法律意识和提升社区治理法治化能力。艾超、王建剑撰写的《社会工作组织管理机制研究——基于行政立法监督视角》一文指出了社会工作组织在自我管理、政府管理等监督管理活动中的漏洞，通过使用数据分析法、小范围的访谈法以及典型现象观察法等实证研究方法，提出了社会工作组织管理的法律建议。田兴洪、尤金亮、郭健撰写的《论我国社区矫正的经费保障》一文针对目前我国社区矫正经费保障存在的经费保障不到位、相关制度不健全等问题，通过借鉴国外社区矫正经费保障经验，提出我国社区矫正经费保障需要从加快社区矫正经费保障立法、建立全额的动态增长的社区矫正经费保障机制、构建社区矫正经费保障中央和省级财政分级负担体制、设立社区矫正专项建设基金、加大社区矫正基层基础建设保障力度、完善现行社区矫正经费划拨制度等方面加以完善。屈振辉撰写的《我国社会工作立法相关问题研究》一文主要围绕我国社会工作立法展开。首先，指出了社会工作立法对和谐社会建设的意义。其次，对社会工作立法性质进行理论探讨，认为新时期我国的社会工作立法应属社会立法。再次，探讨了中国社会工作立法的主要生成途径，有借鉴和移植国外社会工作立法、“伦理法律化”以及“政策法律化”三种形式。最后，对未来我国社会工

作立法提出了三个方面的预想。

“风险社会及其他问题研究”栏目发表了 7 篇文章。申纯撰写的《论“风险社会”与“社会风险”的刑法应对》一文认为尽管源于社会学的“风险社会”理论对刑法学的基础理论产生了较大冲击，但在当前中国，所谓的“风险社会”并未到来。刑法面临不断增加的“社会风险”，应坚持有所为有所不为。对于传统的社会风险，应当在坚守刑法的基本立场和基本原则的基础上，积极予以应对；而对于现代科技进步所带来的现代性风险，应保持刑法的消极保守立场，防止刑事法网的不恰当扩张。戴谋富、李玉林撰写的《物业管理法律问题研究》一文针对我国物业管理存在的问题，通过借鉴境外先进的物业管理立法模式，在立法和具体执行方面提出了相应的完善建议。陈淑芬、王颖撰写的《新环保法下湘江流域环境保护法律机制研究》一文从生态环境退化、环境事故多发、环境诉求强烈、环境压力加大四个方面剖析了湘江环保问题的趋向，从明确政府的环境责任、解决违法成本过低的问题等四个方面解读了新环境保护法，剖析新环保法存在的问题并提出相应完善对策，最后以此为基础对湘江环境保护法制建设进行了探讨。乔英武、李娟、吴一冉撰写的《论损害额认定制度在环境公益诉讼中的确立与完善——基于全国首起检察机关提起的环境民事公益诉讼案的实证分析》一文以首起宣判的检察机关提起的环境民事公益诉讼案件作为实证分析的基础，首次提出在环境民事公益诉讼领域确立损害额认定制度。在针对司法实践中的适用问题并参考国内外立法实践的基础上，进行了损害额认定制度的具体构建，包括其适用的原则、范围及所需考量的因素。易顶强、杨柳独秀撰写的《“小官巨贪”的整治研究》一文以某些村干部以权谋私、欺上瞒下、化公为私、优亲厚友、贪污受贿、权钱交易等腐败问题为研究对象，通过总结“小官巨贪”的表现特征、形成原因，对这一问题的治理提出了几点应对之策。熊世遥撰写的《论 P2P 网络借贷政府监管制度的构建》一文针对我国 P2P 网络借贷发展现状及存在的法律、道德、政府监管问题，通过借鉴国外政府监管经验，提出构建我国 P2P 网络借贷政府监管

制度的建议。张敏纯、王悦、董婷撰写的《网络预约出租车法律规制分析》一文分析了政府对于网约车的规制现状并对其规制主体、规制必要性和适度性方面进行了法律分析，指出了对于网约车当前立法规制的不足，并提出完善相应行政法规、健全行政部门监管体制和健全网约车平台安全管理体系的法律完善建议。

目　录

CONTENTS

劳动与社会保障制度专题

浅议我国劳动合同试用期的法律制度 …… 蒋韶寒 / 3
第三人侵权责任与工伤保险责任竞合的法律
　适用及立法完善 …… 吴　勇　吕丹玉 / 17
论我国住房公积金制度的完善 …… 阳明武 / 31
最低生活保障标准及其实施研究 …… 唐政秋 / 44

劳动者权利保护专题

基层群众自治组织工作人员职业伤害
　救济制度研究 …… 王　霞　付　丹 / 57
加班制度下的“过劳死”问题…… 王红艳　唐思佳 / 70
中国涉外劳工权利保护研究 …… 徐　莉　陈怡灵 / 80
农民工权益的劳动诉讼保障机制研究 …… 王译曼　梁　名　李睿周 / 97
论二孩政策背景下女性劳动
　就业权的保障 …… 高中权　王艺霖　熊亚云 / 112

海外建设工程劳务用工专题

境外工程劳务派遣问题研究 …… 杜卫红　胡　骜 / 127
海外建设工程劳务用工法律问题探析
　——以缅甸某电厂建设工程为例 …… 王新生　谭雨燕 / 136

社会治理机制研究专题

国内外新型城镇化进程中的“城中村”治理
　实践研究 …… 唐　琼　禹　航 / 153
社区治理法治化：社区共同体建设的根本出路 … 张承安　李　浩 / 164
社会工作组织管理机制研究
　——基于行政立法监督视角 …… 艾　超　王建剑 / 175
论我国社区矫正的经费保障 …… 田兴洪　尤金亮　郭　健 / 190
我国社会工作立法相关问题研究 …… 屈振辉 / 205

风险社会及其他问题研究

论“风险社会”与“社会风险”的刑法应对 …… 申　纯 / 233
物业管理法律问题研究 …… 戴谋富　李玉林 / 245
新环保法下湘江流域环境保护法律机制研究 …… 陈淑芬　王　颖 / 257
论损害额认定制度在环境公益诉讼中的确立与完善
　——基于全国首起检察机关提起的环境民事公益
　　诉讼案的实证分析 …… 乔英武　李　娟　吴一冉 / 268
“小官巨贪”的整治研究…… 易顶强　杨柳独秀 / 285
论 P2P 网络借贷政府监管制度的构建 …… 熊世遥　易顶强 / 294
网络预约出租车法律规制分析 …… 张敏纯　王　悦　董　婷 / 308

劳动与社会保障制度专题

需要全本请访问 www.ertongbook.com

浅议我国劳动合同试用期的法律制度

蒋韶寒*

摘　要：劳动合同试用期作为劳动合同存续期间的一个特殊阶段，对规范劳动关系中当事人双方权利和义务具有重要的意义。然而在劳动合同实施过程中，用人单位利用试用期制度的缺陷，侵犯劳动者的合法权益的现象较为普遍，且较为复杂。因此规范劳动合同试用期法律制度对劳动者权利的保护是必要的。本文首先阐述了试用期的概念及意义，然后对我国现行试用期的法律进行解读，对存在问题进行分析，最终提出完善我国劳动合同试用期法律制度的建议。本文的观点独辟蹊径，并对劳动合同试用期法律的制定与完善提供了参考意见，具有较强的现实意义。

关键词：劳动合同；试用期；劳动关系；《劳动合同法》

一　试用期的概述

劳动者一般处于劳动关系的弱势地位，因此在《劳动法》中体现的立法精神是对劳动者的倾斜保护。其中，劳动合同试用期作为劳动法律的一项特殊专有的制度，在保护用人单位和劳动者双方的合法权益上都能起到积极的作用。

何为“试用期”，学术界对其解释不一。首先，《汉语大辞典》对

* 蒋韶寒，女，湖南永州人，桂林电子科技大学信息科技学院专任教师，主要从事经济法学、劳动法学研究。

“试用”的定义是“使某人受到一段时期的检验或试工以便能确定这人是否适合于做某事”。因此“试用期”即指上述试用所发生的期间。其次，有些学者认为，“劳动合同的试用期是当事人双方在合同中约定的试用工作的期限，即指用人单位和劳动者为相互了解、选择而约定的一定期限的考察期”①。再次，还有这样一种观点，“劳动合同试用期，是劳动关系当事人双方建立劳动关系时，依照法律规定，在平等自愿、协商一致的基础上订立劳动合同的同时，在劳动合同期限之内特别约定的一个供当事人双方互相考察的、合同解除条件亦无严格限制的期间”②。

关于试用期，我国法律并无明确之定义。我国于 1994 年的《劳动法》中首次确定了试用期制度，《劳动法》第 21 条规定：“劳动合同可以约定试用期。试用期最长不得超过 6 个月。”2007 年 6 月 29 日，第十届全国人民代表大会常务委员会第二十八次会议通过的《中华人民共和国劳动合同法》（以下简称《劳动合同法》），对于试用期制度的规定相对《劳动法》而言更加详细与完善，但是仍未给出试用期的明确规范的定义。但在劳动部办公厅对《关于劳动用工管理有关问题的请示》的复函中有如此描述：试用期是用人单位和劳动者建立劳动关系后为相互了解、选择而约定的不超过 6 个月的考察期。该项表述明确而完整，应为我国法律上对试用期的定义。本文所指试用期便采取上述观点。

从前文所述的各项观点及法律法规中可以看出，劳动合同试用期制度是当事人实现双向选择的过程，有利于劳动合同的双方当事人。一方面，对用人单位来说，直接招聘劳动者存在风险及不确定性，不能全面地了解劳动者的个人素质，也不能判断该劳动者是否符合用人单位的需求。在劳动合同试用期，用人单位可以通过劳动者的具体表现，对其各项能力进行充分考察与评估，判断劳动者对用人单位的合适性。且试用期阶段通常工资较低，对于用人单位来说也是极为节省成本的。另一方

① 郑尚元：《劳动合同法的制度与理念》，中国政法大学出版社，2008，第 195 页。

② 石先广：《劳动合同法下的员工关系管理》，中国劳动社会保障出版社，2008，第 225 页。

面，对于劳动者，在劳动合同试用期可充分了解及熟悉工作环境、工作内容等各项制度，并可做出是否有兴趣长期从事此项工作的二次选择。若不合适，也不会因为解除合同而付出昂贵的代价。因此，试用期是立法者考虑劳动合同当事人双方的利益而产生的一项合理制度。但是在实践中，法律本身存在的缺陷以及劳动关系的复杂性，使得劳动合同试用期的纠纷也出现了较为复杂的状况。因此，如何通过法律的规制及完善确保试用期制度在保护劳动合同双方当事人权利的层面上最大程度地发挥作用，是我们需要考虑及研究的。

二　我国劳动合同试用期制度的立法现状

纵观我国《劳动合同法》，关于试用期的条款共有 8 条，分别是第 17 条、第 19 条、第 20 条、第 21 条、第 37 条、第 39 条、第 70 条和第 83 条，主要涵盖了试用期的适用规则、期限、劳动者待遇、试用期劳动合同解除及经济赔偿金等方面，下文将根据这几个方面进行详细论述。

（一）劳动合同试用期的适用规则

我国《劳动合同法》第 17 条规定，“劳动合同除前款规定的必备条款外，用人单位与劳动者可以约定试用期、培训、保守秘密、补充保险和福利待遇等其他事项”。由规定可以看出劳动者与用人单位可以自行协商，约定试用期，而试用期不是法律规定的必要事项，只有双方同时接受和认可，试用期才具有法律效力。同时为了保护弱势的劳动者，《劳动合同法》第 19 条和第 70 条分别规定：“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”；“非全日制用工双方当事人不得约定试用期”。非全日制用工的特殊性就在于劳动关系的不确定性和间歇性，非全日制员工只是为了完成某一时期的特定任务，并且他们的工资相对于正式员工通常较低，因此不适宜对其约定试用期。

（二）试用期的期限规定

我国《劳动合同法》第 19 条对试用期的期限进行了规定。我国的试用期的期限与劳动合同期限相结合，根据劳动合同期限的不同对试用期期限进行划分，共有三个档次，具体来说：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。

详细的期限规定，限制了用人单位随意延长试用期限的行为，有效防止了用人单位违法设立较长的试用期或者擅自延长试用期的行为，从法律上保障劳动者的合法权限。此外，《劳动合同法》还规定了试用期必须包含在劳动合同期限内，有利于保障劳动者的福利以及试用期满后的相关权益。

（三）试用期的待遇

《劳动合同法》第 20 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”。关于该条款中“或者”的歧义，《劳动合同法实施条例》第 15 条对该条条款进行了明确，“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 80% 或者不得低于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”①。从以上表述来看，试用期的待遇受两个条件限制，一个是选择性条件，两个 80% 可任取其一；还有一个限制性指标，即不得低于当地的最低工资标准，该项为试用期工资待遇的底线。

在社会保险方面，《劳动合同法》第 17 条明确规定社会保险为劳动合同必不可少的条款。只要建立了劳动关系就必须缴纳社会保险费，即

① 王志强：《论超长试用期的法律效力》，《经济师》2011 年第 1 期。

用人单位自用工之日起需为员工缴纳社会保险的原则。

（四）试用期劳动合同解除以及经济赔偿金

对于用人单位的单方解除合同的条件，《劳动合同法》第 21 条、第 39 条及第 40 条进行了详细的描述，具体而言分别为：劳动者在试用期间被证明不符合录用条件、劳动者有严重过错、劳动者患病或者非因工负伤、劳动者不能胜任工作等。其中患病或非因工负伤解除合同的前提是医疗期满。对于试用期劳动者单方解除的条件，《劳动合同法》第 37 条指出，试用期内劳动者可以随时提前三日通知用人单位，立即解除劳动合同。通过这一表述不难看出，试用期劳动者的单方面解除劳动合同，与用人单位的单方面解除相比，具有较为宽松的外部环境，这也是立法倾向保护劳动者的一个体现。①

在实践中，很多用人单位认为试用期内与劳动者形成的劳动关系不正式。故存在着试用期随意和劳动者解除合同的情形，这种行为是违反法律的，若违法则需承担相应的法律责任。

若属于《劳动合同法》第 36 条协商一致解除劳动合同，不需要经济补偿金。若属于第 38 条规定解除合同的，则用人单位需支付补偿金。若属于第 39 条规定的六种情形之一解除劳动合同的，无需支付补偿金。若用人单位依据第 40 条第 1 项、第 2 项规定解除劳动合同的，用人单位需要支付劳动者经济赔偿金。

（五）违反约定试用期的法律责任

对于违反约定试用期的法律责任追究，在我国《劳动合同法》第 83 条规定如下：“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

① 陈海挑、石顺光：《“试用期”质疑——我国现行试用期制度之批判》，《私法研究》2011 年第 2 期。

需要全本请访问 www.ertongbook.com