



李炳安◎主编
方益权 钊晓东 ◎ 副主编

东方社会法评论

第一卷

DONGFANG SHEHUIFA
PINGLUN

中国社会科学出版社

李炳安◎主编
方益权 刁晓东 ◎ 副主编



东方社会法评论

第一卷

DONGFANG SHEHUIFA
PINGLUN

中国社会科学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

东方社会法评论 (第一卷) / 李炳安主编. — 北京: 中国社会科学出版社, 2011. 10

ISBN 978-7-5161-0178-0

I. ①东… II. ①李… III. ①社会法学—文集 IV. ①D90-050

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 203438 号

策划编辑 张 林 (mslxx123@sina.com)

责任编辑 许 琳

责任校对 单远举

封面设计 李尘工作室

技术编辑 戴 宽

出版发行 中国社会科学出版社

社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号 邮 编 100720

电 话 010-84029450 (邮购)

网 址 <http://www.csspw.cn>

经 销 新华书店

印 刷 新魏印刷厂

装 订 广增装订厂

版 次 2011 年 10 月第 1 版

印 次 2011 年 10 月第 1 次印刷

开 本 710 × 1000 1/16

印 张 22.5

字 数 393 千字

定 价 50.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书, 如有质量问题请与本社发行部联系调换

版权所有 侵权必究

《东方社会法评论》编委会

总顾问 陈艾华

主 编 李炳安

副主编 方益权 钊晓东

成 员 (以姓氏笔画为序)

邱 本 刘玉侠 钱叶芳 王柏民 张玉霞 汤黎虹

黄 威 杨士林 王宗正 沈同仙 周湖勇

前 言

中国社会法学会自 2006 年成立以来，已经五年了！在这五年里，研究社会法的队伍不断扩大，尤其是青年学者日益增多，研究成果也可谓硕果累累。有些成果达成了共识，并得到了法律的认可，为社会立法做出了重大贡献。有些方面分歧较大，仁者见仁，还需继续探讨。分歧最大，也最难攻克的是社会法的基本理论了！不仅成果不多，而且分歧很大，诸多学者都在自己蜗居里苦苦探寻：或通过与民法、经济法的类比，来探寻社会法的调整对象和调整手段；或以社会法的部门法（如劳动法）的调整对象为基础，推而广之，“上升”为社会法的调整对象；或以社会法的演进历史为线索，挖掘社会法产生的历史背景和社会结构，把社会法基础理论的研究建立在历史发展基础之上。我们在学习学者们的研究成果时，对有些命题疑惑不解，感觉进入了丛林误区，列出来做些粗浅的探讨，以期引起同行们的多角度的思考，并贡献更多的创造性的研究成果。

误区一 第三法域就是社会法

此种观点影响甚大，认为第三法域是在第一法域、第二法域的发展过程中形成一个新的法域，第三法域也就是社会法。该观点若能成立，成立的理由还需要在以下两个方面重新审视：

一是“法域”为法的“域”，而不是指“域”中的法。公法和私法是法域，是部门法发展到一定程度后的一种学理划分方法，而且划分标准不同，分类也不完全一样。公法和私法本身没有共同的调整对象和基本原则，如刑法和行政法尽管都属于公法，但其调整对象和基本原则就迥然不同，再如，商法和婚姻法均属于私法，其调整对象和基本原则也相差很大。

公法与私法划分只是一个粗略的分类，不同的分类标准有不同的意义，便于从不同的角度来认识各部门法的不同属性而已，起着“文件夹”的作

用。但“文件”本身和“文件夹”的功能和性质还是有很大的区别，没有文件夹，文件仍然可以存在，有了文件，文件夹的功能才发挥出来，但即使这样，也代替不了文件。

所以，公法、私法属于法域分类，可以分别称为“第一法域”和“第二法域”，法域里面包含这若干部门法，本身不具有统一的调整对象和调整原则。我们认为，“法域”是“法”的“域”，强调的是边界，而不是指“域中的法”。有了第一、第二法域，再产生的也就自然是“第三”了，也就是“第三法域”。

二是第三法域不等于社会法，就像公法不等于刑法，私法不只有民法一样。如果完全等同，也只能在“域”的意义上使用，或者叫“第三法域”，或者叫“社会法法域”，如果简称的话，当然也可以像公法、私法那样，称为“社会法”，但这里的社会法是法域的概念，而不是部门法的概念，也不是社会法学的概念。

第三法域就是社会法，社会法就是劳动和社会保障法，将“包含集”简单等同于“子集”，然后，又将某一“子集”的调整对象和基本原则直接提升为“包含集”的基本原则和调整对象，导致逻辑上出现混乱，法域与部门法趋于混同。

第三法域是一个集合的概念，集合中任意两个元素都应是不同的对象，即具有互异性。互异性使集合中的元素没有重复，两个相同的对象在同一个集合中时，也只能算作这个集合的一个元素。从目前研究的成果来看，第三法域这个“集合”至少可以包括经济法和社会法，由于二者同属于第三法域这个“集”，自然也有诸多相同之处，如国家在这一领域都要发挥主导作用，但二者各自的调整对象、基本原则以及国家发挥作用的方式，都是不同的。

误区二 私法公法化、公法私法化为社会法学的逻辑起点

逻辑起点又称初始性范畴、理论基石、逻辑基石，或者称为学科的开端、学科的出发点，是该学科理论体系的研究起点，也是在历史上的起源“凝结”为理论叙述起点的逻辑范畴。它是一种理论体系区别于其他理论体系的标记，本身具有统领和建构某一理论体系的能力。在建立一种理论体系时，必须根据客观事物（社会法现象）的本来面目，科学反映各个概念、范畴、命题的排列顺序和特有联系方式。

无论是私法公法化，还是公法私法化，即使能作为范畴，也是一个过程

范畴，强调的是变化的过程，而不是一个状态的范畴。当事物的量与质一定时，该事物就处于一定的状态，当事物从一个状态（始态）变成另一个状态（终态）时就经历了一个过程（process）。“过程”是“变”的过程，所以，“变化”与“过程”常常不分离，称“变化过程”。私法公法化、公法私法化体现的是变化，是一个变化过程，强调公法私法相互影响、相互渗透的过程，而不是专指一个“状态”。状态范畴是体现一个事物本质的范畴，能够吸纳过程范畴的成果并不断巩固，能作为一个事物发展的历史起点，而过程范畴需要状态范畴的肯定和确认，本身具有很大的不确定性，不能完整体现一个事物的“质”与“态”。

再者，私法公法化、公法私法化本身也不具有按照一定层次有系统地将社会法构成一个有机的整体，不具有统领和建构社会法理论体系的内在属性，实体的权利义务结构不能依此而展开，不具备逻辑起点应该具有的“生成元”功能。

如果以私法公法化、公法私法化为社会法学的逻辑起点，也会产生与其他学科如经济法学共享逻辑起点的尴尬局面。

误区三 社会法的权利主体为弱势群体

该主张认为，社会法的权利主体为弱势群体，社会法的功能就是扶持社会弱势群体，甚至因此将社会法的基础理论归结为“帮扶”理论，有的学者甚至还将消费者、中小企业、非垄断企业等都视为弱势群体，导致权利享有者的范畴进一步宽泛。尽管“弱势群体”作为一个法定概念还需要进一步探讨，但该说将社会法功能定位于“扶持社会弱势群体”，还是有重要的现实意义。不过，以下问题需要进一步思考：

一是就社会法的各部门法来看，权利主体为弱势群体在社会救济法里面体现得较为充分，其他法则不尽然。比如，社会保险法里面，权利主体就较为复杂，就养老保险而言，既包括职工，也包括无雇工的个体工商户、未在用人单位参加基本养老保险的非全日制从业人员以及其他灵活就业人员。这里的“职工”也是广义的，不仅包括一般的管理人员，甚至也包括有控制和管理权力、代表产权的厂长、经理，他们自然不是弱势群体，但他们仍然享有社会保险权。就劳动法而言，一些具有特定技能的专家、能手，有很强的谈判地位和谈判能力，也很难纳入弱势群体的范畴。如果将社会法的权利主体定位为弱势群体，那至少可以宣告社会保险法不全属于社会法。这显然不

能成立。

二是消费者作为弱势群体，是客观存在的，但消费者的“弱”与社会法里的“弱”似乎也不尽相同。消费者的“弱”不是指经济上的弱，而主要是指对产品的了解、识别上的弱，产家商家会利用自己在这方面的强势来欺诈、诓骗消费者。任何公民都是现实或潜在的消费者，自然有的消费者很可能是经济上的强者。这与社会法中的弱者是不同的。社会法中的弱者主要体现在生存能力方面，是社会分化中的弱者、贫者，因而，在保护方式上也不同。消费者权益保护法主要是通过赔偿甚至是惩罚性赔偿来恢复消费者受损的权益；而社会法主要表现为行政给付和社会救助、支援。总体看来，消费者和经营者之间的权利义务关系，存在于消费者和经营者之间因购买商品或接受服务的消费行为而产生的民事法律关系中，消费者权利本来就是“民法中的人”理所当然享有的权利，可以通过消费者合同制度、产品责任制度（特别侵权行为）等民事责任制度得到表达和实现，无须也无法纳入社会法并通过社会法来得以保障。

至于将中小企业、非垄断企业等市场主体作为弱势群体，显然是不妥当的，不必多论。

误区四 社会法就是解决社会问题的法

该说直接突出社会法的主要功能，认为社会法是为了解决社会性问题而制定的各种有关社会法的总称。该说从社会法的功能出发，来对社会法进行界定，无疑对解决社会问题有着积极意义。但以社会问题作为社会法的中心范畴，容易导致泛化。

“社会问题”，在西方国家也翻译为社会病态、社会解组、社会反常或社会失调等。社会学认为，从涉及的面来看，社会问题是“社会的公众问题”而非“个人困扰”。从所处的状态来看，有了社会问题的社会关系的社会状态偏离了社会公认的正常状态。根据这一对社会问题的阐释，各个领域都会产生社会问题。根据社会问题产生的原因、社会问题的行为主体、社会问题的个体性或群体性、社会问题分布的领域、社会问题的性质等标准可分为结构性社会问题、变迁性社会问题、越轨性社会问题、道德性社会问题，等等。“结婚”、“都市问题”、“卖淫嫖娼”、“赌博吸毒”、“青少年犯罪”以及克隆技术的运用等都会产生或成为重大的社会问题。社会是一个复杂的系统，任何一个环节、层面都可能出现故障而产生社会问题，可以说，多数法

律制度都有从某一层面和角度解决社会问题的功能和任务，如刑法有解决青少年犯罪的社会问题的功能，婚姻法有预防因离婚而产生社会问题的功能，但我们不能说刑法、婚姻法都属于社会法。

从社会法的功能来看，社会法的确解决民生问题，也包括解决因民生而产生的社会问题。这是两个不同层面的问题，也就是说社会法既解决有关民生的社会性问题，也解决有关民生的个人困扰，如社会救济法。民生问题是一个社会的成员，如何从社会或政府获得自己生存和发展的社会资源和社会机会的权利的问题。社会法关注民生，保障民生，但也不是所有的民生都由社会法来解决。如物价法常有关于民生的内容，财政法、税法也有民生问题的调控，消费者权益保障法也会涉及民生问题，但这些民生内容主要体现国家的干预而不是国家的给付。

社会法调整民生问题时还有以下几个特点：其一，从调整方式上看是否主要体现为国家给付或保护，如果主要体现为国家的干预和宏观调控则属于经济法领域。如保障性住房从理论上讲就属于社会法调整，而经济适用房则属于经济法调整。其二，二者的内生性功能也不同。社会法主要是预防和尽量减少市场竞争中的贫富分化并对已经分化后的弱者、贫者提供保障，是对市场竞争机制缺陷的一种补救，具有促进公平的内生性功能。经济法则有保障公平的市场机制与竞争机制的功能，能够提高效率。其三，在对待社会组织上，社会法充分发挥社会组织的作用，国家也对这种社会组织进行保护和促进，并通过这种中介性的介入方式来实现对民生问题的协调、引导和解决，经济法则主要是通过财政、税收、金融等政策来进行直接调控。当然，从国家给付层面来看，经济法和社会法在解决民生问题上又是相互配合的，经济法调整的结果是社会法展开的基础，经济法的“开源”为社会法的国家作用提供了条件。

我们认为，社会法就是顺应社会权保障的要求，围绕着社会权体系构建起来的法体系。社会正义是社会法价值体系中的最高价值，具有根本性和基础性，涉及社会成员的地位、权利、机会等最基础、最主要的社会性生存资源，也是社会本原的道德要求和克服市场经济缺陷的必然选择。社会性生存是社会法的功能性属性，个体从“自给自足”发展为“社会性生存”，是社会生产高度社会化发展的结果。社会合作是反映社会法运作状态的特有属性。社会法的目的在于使富者与贫者达成一种建立稳定秩序的合作与通约，耦合社会碎片，达到社会的整合，强调沟通与共谋，重在动态运行和谐的合

作机制，为社会的强势群体和弱势群体搭建一套共生的法律制度。人文关怀是社会法的人文标志和重要品格，是蕴藏在社会法背后的一种精神力量，体现了社会法深厚的文化内涵和当代精神，是其生存和前进的动力源泉。社会和谐是社会法的目的属性，社会法是从整体上以维护社会和谐为目标而构建起来的制度体系。社会法是人类社会各种善性价值的有机统一体，也是人类善的集中体现。随着人的认识能力的提高、人类社会制度的完善以及人类精神文明建设的发展，社会法的善的价值得以不断展现和发展。离开了对“善”目标的追求，离开了对和谐社会这种“美”的价值把握，社会法就不可能成为推动社会发展和进步的力量。社会法是“善”与“美”的统一。

目前，温州大学社会法研究中心已经形成了以社会法的基础理论、劳动和社会保障法、教育法、环境和资源保护法及卫生法为研究重点的师资队伍，发展态势良好，正在加大力度引进知名学者，欢迎有志之士加盟。本书《东方社会法评论》经过两年的准备，在各位同仁的支持下终于得以完成，在此表示诚挚的感谢。同时，还恳请各位专家、学者不吝赐教，多多批评，为下一集出版提供宝贵的经验。

温州大学法政学院 李炳安

目 录

前言	李炳安 (1)
----------	---------

学者论坛

我国劳动合同服务期制度的反思和重构	沈同仙 (3)
劳动法上的劳动概念：法理逻辑与内涵界定	秦国荣 (13)
孟加拉国“绿色工作”的发展与借鉴	田思路 黄 沫 (27)

社会法基础理论

社会法视阈下的价值意蕴	
——对多元差异性主体的“善”	张玉霞 (43)
试论劳动法的道德观	许建宇 (55)
社会法特征之我见	汤黎虹 (70)

劳动和社会保障法制

我国工资保证金制度的反思与重构	许建宇 张夏子 (81)
企业停工工资支付法律问题探讨	胡玉浪 (106)
论惩戒性解雇的法律规制	潘 峰 (117)
美国集体谈判之工资制度及其立法借鉴	熊聪俐 (126)
行业协会法律规制模式及其运行保障研究	
——基于温州的实证分析	肖 磊 (136)
劳动关系稳定：公众认知和需要研究的问题	钱叶芳 (144)
制约与融入：新生代农民工市民化问题的反思	
——基于社会保障法律制度的视角	刘 芸 (163)
我国劳动人事争议仲裁制度的定位及走向	周湖勇 (183)

教育法制

高校自治权与学生受教育权平衡机制研究
——以国家权力对教育纠纷的介入为视角 龚向和 李孟春 (205)

论高校教师聘任制下教师权利义务之平衡 方益权 申晓丽 (216)

英国教学公司：法律性质与运行机制 李炳安 (224)

论教育科学发展的法治之路 胡廷松 (233)

环境与资源保护法制

遗传资源领域的“可持续性”发展内涵解读：传统知识可知识产权性研究
..... 钟晓东 周小玲 徐钰洁 (249)

我国野生动植物国际贸易法制探析 曹可亮 (265)

企业环境责任的审视与思考 刘芳雄 李公俭 (276)

论污染环境犯罪的立法修改与完善
——兼评《刑法修正案（八）草案》第44条 胡剑波 (289)

公民资格·民本思想·环境问题解决 欧阳恩钱 (309)

卫生法制

谈我国医疗责任险的发展和完善 黄 威 朱慧增 (323)

医疗权浅议 董 雷 (332)

完善医疗卫生服务准入机制，规范非公立医疗机构执医行为
..... 魏晋才 何李婷 (337)

医调委听证制度建设与公正性思考 陈颢 黄思思 张 超 (341)

我国劳动合同服务期制度的反思和重构

沈同仙*

21 世纪是知识经济的时代。“知识经济不仅代表着高效率，而且还标志着经济活动性质的一大转变。其中一个突出表现就是劳动生产率极大提高，本质特征是知识和技术在经济中发挥主导作用。”^① 在知识经济的背景下，市场竞争的核心是人才竞争。然而，人才不是一蹴而就的，需要一个历练和培养的过程。法律作为社会关系和人们行为的引导和规范手段，总是在维系社会“公平”和“效率”平衡的价值选择中进行制度安排。劳动法中的服务期制度正是法律在劳动关系中平衡社会公平和效率的产物。我国《劳动合同法》第二十二条规定：“用人单位为劳动者提供专项培训费用，对其进行专业技术培训的，可以与该劳动者订立协议，约定服务期。劳动者违反服务期约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。违约金的数额不得超过用人单位提供的培训费用。用人单位要求劳动者支付的违约金不得超过服务期尚未履行部分所应分摊的培训费用。”同时，《劳动合同法实施条例》第十七条规定：“劳动合同期满，但是用人单位与劳动者依照劳动合同法第二十二条的规定约定的服务期尚未到期的，劳动合同应当续延至服务期满；双方另有约定的，从其约定。”透过法律的上述规定不难解读出我国服务期制度的立法主要是通过确认和保护用人单位在培养人才中的利益，达到鼓励用人单位进行人才投入和培养的目的。然而，现实生活是纷繁复杂的，企业作为市场经营主体，其对人才的投入不仅限于“提供专项培训费用”；企业作为劳动力的使用者，其对人才具有的无限占有欲，决定它不会自觉地确定公平服

* 沈同仙，苏州大学法学院副教授，法学博士。

① 王岳森：《知识经济时代的劳资关系及和谐社会建设——探索与展望》，《宁夏社会科学》2006 年第 6 期。

务期。然而,我国现行法律并未对这些问题进行规定,以至于我国司法部门在处理相关纠纷时陷入无法可依的尴尬境地。为此,本文通过对我国服务期制度的立法反思,以期完善相关立法尽微薄之力。

一 服务期的含义及法律特征

我国劳动关系的服务期最早是在地方立法中出现,例如,上海、江苏、北京等地的劳动合同条例均规定,用人单位与其出资招用、培训或者提供其他特殊待遇的劳动者,可以在劳动合同中约定或者事先另行协商约定服务期。我国2008年生效的《劳动合同法》,立足现实需求,吸收了地方立法关于服务期制度的规定。但无论是国家法律还是地方立法,均未对服务期的概念作界定。学界对此也没有统一的表述。有学者认为,“劳动关系中的服务期,是指劳动者与用人单位约定的,劳动者因享受用人单位给予的特殊待遇而应当为用人单位工作的期限”。^①也有人认为,服务期是“用人单位在为劳动者先履行或承诺先履行相应义务或为劳动者提供某种特殊待遇的情况下,要求劳动者对其承诺为本单位工作满一定年限作为补偿并在该期限内不另谋职业的特定契约。服务期协议属于一种特殊的双务性民事约定”。^②台湾地区学者的观点是:“一般之理解系指不定期劳动契约中,雇主与劳动者约定应于一定期限内继续提供劳务之契约条款。”^③尽管不同的学者对服务期的定义有不同的表述,但揭示的服务期内涵基本上是相同的,具体包含以下三点内容:第一,服务期是以用人单位特定的优厚待遇为前提的,一方面这种优厚待遇必须超出同岗位同工种的普通劳动者,另一方面这种待遇必须是用人单位给付的现实利益。第二,服务期期间内,劳动者不得行使预期解除权,即由于接受了用人单位的优厚待遇,劳动者应当通过自己在一定期限内的创造性劳动补偿用人单位的前期投入。第三,劳动者违反服务期的约定将承担相应的法律责任,由于服务期正是用人单位收回前期投入的周期,因此,劳动者违反服务期约定而提前辞职便会损及用人单位的利益,劳动者要补偿用人单位相应的损失。由此我们尝试对服务期作出如下的定义:服务期

① 成曼丽、王全兴:《服务期的法律定性和法律后果》,《中国劳动》2006年第2期。

② 秦国荣:《服务期协议:概念、本质及其法律效力分析》,《法律科学》2009年第1期。

③ 焦兴铤:《“劳动基准法”释义——施行二十年之回顾与展望》,(台湾)新学林出版股份有限公司2005年版,第211页。

是用人单位与劳动者事先约定的，在用人单位给予劳动者一定特殊待遇之后，劳动者负有在一定期限内继续提供劳务的义务，否则劳动者将承担相应违约责任的制度。

从经济制度层面考察，服务期是一项保障用人单位回收对劳动者先期投入成本的制度。“法律不过是经济制度的记录。”服务期作为一项法律制度，其当事人之间的权利义务安排关注的焦点仍是用人单位的先期投入以及成本的收回，因此笔者认为服务期制度应当包含以下三点特征：

（一）服务期的双务性

用人单位为劳动者提供专业技术培训或其他特殊待遇，以提高劳动者的劳动技能，满足劳动者的特殊需要；劳动者在特定期限内放弃辞职权，并运用自己的专业知识继续为用人单位提供劳务，创造劳动价值，以实现劳资双方的双赢。

（二）服务期的用人单位先履行性

服务期虽然具有双务性，但是劳资双方权利义务的实现并不是同时的。在服务期制度中，用人单位负有先向劳动者提供约定待遇的义务。用人单位只有在先履行相应的义务后，才可以要求劳动者履行服务期相关义务，否则劳动者可以拒绝履行服务期协议，即劳动者享有后履行抗辩权。

（三）服务期期限效力对象的特定性

服务期期限效力的特定性是相对于劳动合同期限的效力而言的。关于服务期期限与劳动合同期限效力的关系，劳动法学界有不同的认识，主要有三种。第一种观点认为，服务期可以视为劳动合同的附属合同，是对劳动合同期限的补充或变更。^①在这种观点下，服务期被视为对原劳动合同期限的变更，在超过原有劳动合同期限的期间内，原劳动合同条件维持不变。第二种观点则将服务期视为独立的、附条件的定期契约，^②即服务期只是限制劳动者自由解约权的一种特别约定。与第一种观点不同的是，作为一个独立的新

① 参见黎建飞、李敏华《劳动合同服务期责任的法哲学思考》，《河南省政法管理干部学院学报》2009年第2期。

② 参见邱骏彦《约定服务年限与违约金之法律问题探讨》，（台湾）《辅仁法学》第20期。