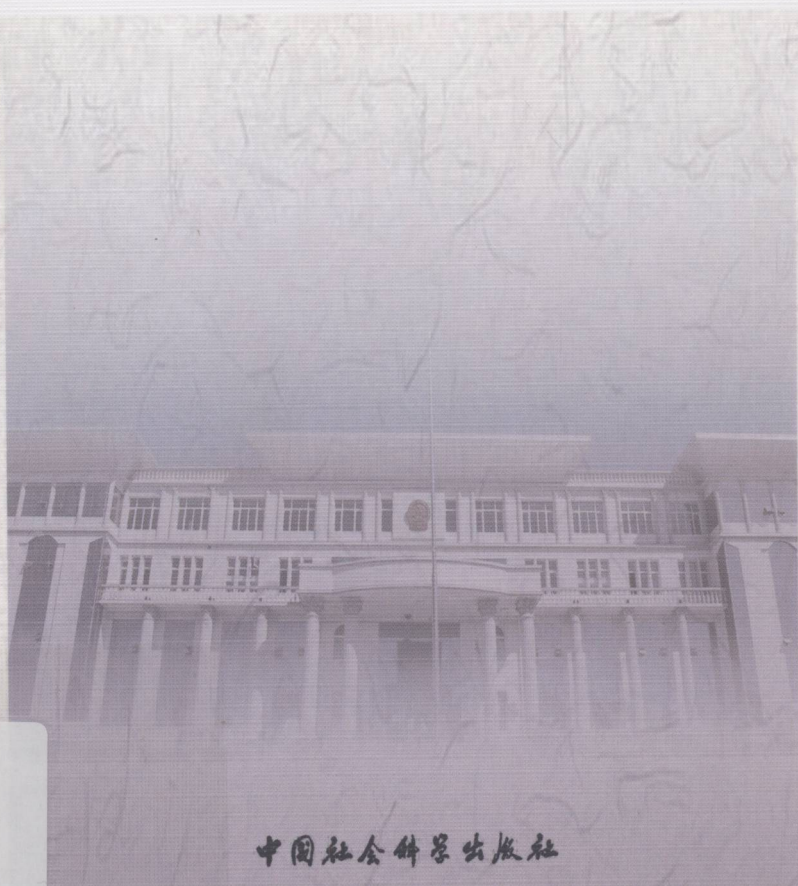


社会法理论与实践问题探索

徐丽红 著

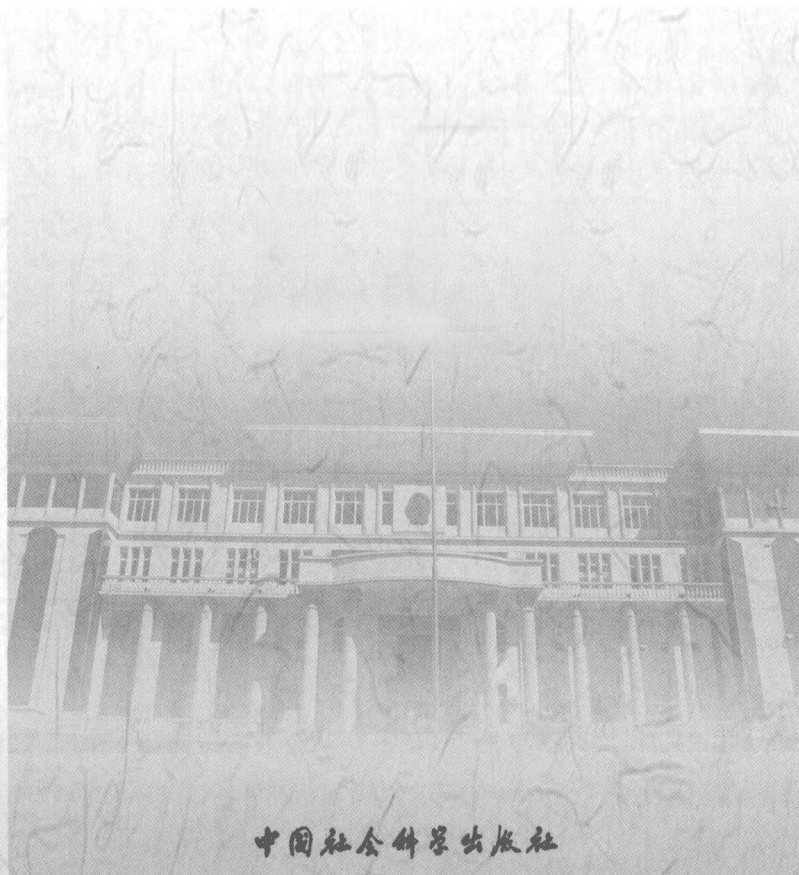


中国社会科学出版社

德州学院学术著作出版基金资助

社会法理论与实践问题探索

徐丽红 著



中国社会科学出版社

图书在版编目(CIP)数据

社会法理论与实践问题探索 / 徐丽红著. —北京: 中国社会科学出版社, 2012. 8

ISBN 978 - 7 - 5161 - 1235 - 9

I. ①中… II. ①徐… III. ①社会法学 - 理论研究 IV. ①D90 - 052

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 171373 号

出 版 人 赵剑英
责任编辑 宫京蕾
特约编辑 乔继堂
责任校对 韩海超
责任印制 李 建

出 版 社 **中国社会科学出版社**
社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号 (邮编 100720)
网 址 <http://www.csspw.cn>
中文域名: 中国社科网 010 - 64070619
发 行 部 010 - 84083685
门 市 部 010 - 84029450
经 销 新华书店及其他书店

印 刷 北京奥隆印刷厂
装 订 北京市兴怀印刷厂
版 次 2012 年 8 月第 1 版
印 次 2012 年 8 月第 1 次印刷

开 本 880 × 1230 1/32
印 张 10
插 页 2
字 数 256 千字
定 价 35.00 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联系调换
电话: 010 - 64009791

版权所有 侵权必究

序 言

在我国，社会法一词出现的时间较晚，是伴随着我国社会主义市场经济体制改革应运而生的概念，近几年社会法一词的出现频率逐渐提高并进入我国学术研究的视野。1993年八届全国人大一次会议通过的《宪法修正案》明确规定“国家实行社会主义市场经济”的目标以后，法学界开始对我国社会主义市场经济法律体系进行深入的研究。中国社会科学院法学研究所课题组于1993年8月完成的研究报告，即《建立社会主义市场经济法律体系的理论思考及对策建议》中提出，我国社会主义市场经济法律体系框架主要由民商法、经济法、社会法三大部分构成的初步设想。^①此后，许多学者在研究中也提出了法律体系中应当包括社会法。伴随着官方对社会法法律部门的不断明确和宣示，理论界也曾掀起了一股研究热潮，尤其是在2001年至2005年间，社会法的学术探讨非常活跃，产生了大量的研究成果。期间理论界对于何为社会法、社会法调整何种社会关系等社会法的基本范畴问题展开了广泛的研究和探索，回顾我国学者对社会法的各种研究成果，主要有以下三种观点：

第一种观点采用狭义社会法概念，即认为社会法是调整国家和人民之间的基本生活权利义务关系，其基本任务是化解人民在

^① 社科院法学所课题组：《建立社会主义市场经济法律体系的理论思考及对策建议》，《法学研究》1993年第6期。

社会经济生活中的社会风险，主要针对老年、失业、疾病、工伤、生育和生活贫困等社会风险提供社会安全保障。这种意义上的社会法实际上就是社会保障法。这种观点认为在市场经济条件下通过市场配置资本和劳动力等生产要素虽然实现了市场效率，但市场却无法解决劳动者在年老、失业、疾病、工伤以及生活贫困的情况下所面临的基本生存问题，换言之，也即是说市场机制无法解决社会的公平和正义问题。为此，需要国家和政府承担更多的角色和功能。社会法正是从社会公平正义出发，通过立法保障人民的基本生活，为整个经济的正常运行创造良好环境，使国民经济和整个社会保持稳定与和谐。德国在理论上基本采纳这种观点，德国自20世纪70年代之后开始编纂的《社会法典》原则上履行的是社会保障法的功能和任务。德国学者在理论上也为此构建起了严整的社会法体系，并按照社会法的功能将其分为三个部分，即所谓“三支柱理论”^①。三个支柱理论基本上涵盖了德国社会法典的主要内容，这三个支柱分别为：一是社会保险制度；二是社会补偿与福利制度；三是社会救助制度。此外，我国台湾地区的社会法理论主要借鉴德国社会法理论，认为社会法主要履行社会保障法的功能和角色。我国大陆地区学者借鉴参考德国及台湾地区的社会法理论，认为社会法就是社会保障法，这种意义上的社会法，内容上主要涵盖就业促进法、劳动标准法、社会保险法、社会福利法以及社会救助法等。

第二种观点采用中义的社会法概念，认为社会法是调整劳动关系、社会保障关系、社会福利关系的法律规范的总称。由于社会福利关系以及特殊群体保护关系本质上属于社会保障法的范畴，为此，这种意义上的社会法主要是指劳动法和社会保障法。法国学者认为，社会法是指有关调整劳动关系的劳动法和有关社会保

^① 蔡维音：《社会国之理论基础》，台北中兴出版文化公司2001年版，第104页。

障制度的社会保障法。法国法中的社会法是指规范以受薪者或者独立劳动者身份出现的社会成员从事某种职业活动的行为以及由此产生的法律后果的法律部门。法国社会法的体系主要包括两大部分：劳动法和社会保障法。我国最早的官方文件基本采纳了这种观点，如2001年3月9日，李鹏委员长代表人大常委会所作的《全国人大常委会工作报告》中即是使用这种意义上社会法。该报告指出，根据立法工作的需要，将有中国特色的社会主义法律体系划分为七个法律部门，即宪法及宪法相关法、民法商法、行政法、经济法、社会法、刑法、诉讼及非诉讼程序法。同时将社会法界定为调整劳动关系、社会保障关系和社会福利关系的法律。2003年4月26日，吴邦国委员长在第十届全国人大常委会二次会议上的讲话中指出：“中国特色社会主义法律体系，是由七个法律部门、三个不同层次的法律规范构成的。从横向上看，根据法律规范的调整对象和调整方法划分，中国特色社会主义法律体系主要有宪法和宪法相关法、民法商法、行政法、经济法、社会法、刑法、诉讼与非诉讼程序法七个法律部门组成。”与此同时，第十届全国人大常委会法律委员会主任委员杨景宇先生对社会法的解释是：“规范劳动关系、社会保障、社会福利和特殊群体权益保障方面的法律关系的总和。社会法是在国家干预社会生活过程中逐渐发展起来的一个法律门类，所调整的是政府与社会之间、社会不同部门之间的法律关系。”从官方的文件可以看出，中义上的社会法概念主要是指劳动法和社会保障法，这种意义上的社会法主要涵盖劳动法、社会保障法，其中社会福利法、弱势群体保护法可以归入社会保障法的范畴。

第三种观点采用广义的社会法概念。广义的社会法概念有多种不同的表述：如有的学者认为，社会法是私法公法化所产生的法规范和法现象。这些观点认为，19世纪末20世纪初，在传统私人自治的关系中出现了国家介入和干预的法律现象，伴随着国家

对人们社会经济生活的广泛干预，导致公法对市民社会的渗透和干预，这种体现国家介入和干预特征的法律规范即表现为私法的公法化，其目的在于解决当时存在的各类社会问题，这些法律规范被称为社会法立法。还有的学者在考察国外社会法的概念和学说后认为，社会法是解决一国的社会问题、体现国家的社会政策，保护公民的生存权和发展权等社会权利的法律规范的总称。这种意义上的社会法，通常被称为社会领域的立法，其在范围上除了涵盖中义上的社会法概念之外，往往还包括社会事业立法、社会组织立法以及社会管理方面的立法，等等。

上述各种不同的观点是我国学者对社会法理论的有益探索，各有优缺点。首先，社会法是社会保障法之说可以使社会法构建一个完整的学科体系，有利于使社会法的概念、范畴、法律关系以及责任形式与具体的社会法制度加以勾连，形成一个自圆其说的部门法体系；而其不足之处则在于其范围失之过窄，无法适应我国民生建设和社会建设的现实需求。其次，中义上的社会法将劳动法、社会福利法、弱势群体保护法纳入其中，范围有所扩展，这是其可取之处。但严格而言，这种意义上的社会法也存在不足，它难以在概念、范畴、法律关系上构成一个完整的体系，因为劳动关系与社会保障关系在法律性质上存在明显不同，劳动关系的核心是雇佣关系，而雇佣关系是私法关系；而社会保障关系主要是国家辅助及给付关系，核心关系属于公法关系。将两类不同性质的法律关系纳入一个法律部门，往往难以使社会法的概念、范畴、法律关系以及责任形式在体系做到完整和自洽。最后，广义上的社会法我国创新社会管理、关注民生热点和加强社会建设的现实需求和呼声相应，但这种意义上的社会法由于其范围过于广泛，同样难以使社会法在概念、范畴、法律关系以及责任形式上与具体的社会法制度相勾连，也难以在理论和制度上构建一个完整、符合逻辑的体系。这种意义上的社会法更多的是一种理念、

一种分析问题的方法，很难称得上是一个法律部门。

徐丽红老师的这部《中国社会法理论与实践问题探索》，对社会法理论和制度进行了较为深入的探索，主要是在中义上使用社会法概念。这部书包括两个部分：第一部分探讨了社会法理论和制度，主要从社会法产生的基础、社会法与经济法的关系的角度论述了社会法的内涵及社会法体系、范围。第二部分对社会法制度进行了探讨，主要对社会保险、社会救助以及弱势群体保护等问题展开较为详细的论述。本书是徐丽红老师承担的山东省教育厅社会科学研究项目的最终成果，它吸收了近年来我国社会法研究的新成果，也汇集了作者个人的一些新思考，对社会法进行了有益的探索。出版该成果的目的在于与同行学习交流，也恳请同行专家不吝指正。

杨士林 于济南大学法学院

2012年1月6日

目 录

理论编 社会法基础理论研究

导论	(3)
一 中国社会主义法律体系形成对社会法建设的意义 ...	(3)
二 社会管理体制创新下社会法的发展	(10)
三 中国社会主义法律体系形成与社会管理体制创新的 关系	(13)
第一章 社会法的定性	(14)
一 社会法的产生是社会发展的必然结果	(14)
二 对社会法的界定及评析	(15)
三 对社会法的准确定性	(19)
四 本专著的观点	(20)
第二章 社会法产生的基础	(22)
第一节 十七大公平理念下的社会法	(22)
一 公平理念是社会法产生的背景	(23)
二 公平理念是社会法的本质使命	(24)
三 公平理念在社会法中的贯彻	(25)
第二节 社会法存在与发展的物质基础	(27)
一 社会法存在和发展的政治背景	(27)
二 社会法存在和发展的经济基础	(28)

三 社会法存在和发展的社会基础	(29)
第三节 社会法存在与发展的理论依据	(30)
一 社会法的社会责任本位理论	(30)
二 社会法的公平责任理论	(31)
三 社会法的倾斜保护理论	(32)
第三章 社会法的制度体系建构	(33)
第一节 社会法的主体制度	(33)
一 社会法的调整对象	(33)
二 社会法主体的类型	(34)
三 社会法主体的特点	(35)
第二节 社会法的内容制度设置	(36)
一 倾斜保护性质的社会法	(36)
二 社会保障性质的社会法	(37)
三 社会公益性质的社会法	(37)
四 其他性质的社会法	(38)
第三节 社会法的责任制度建设	(38)
一 传统责任制度的划分方法受到冲击	(38)
二 社会法的责任特色	(39)
三 救济方式	(41)
第四章 社会法与民生法的关系辨析	(43)
一 民生问题的界定	(43)
二 研究民生问题的意义	(44)
三 民生问题的凸显需要新的法律诞生	(45)
四 民生法与社会法关系考辨	(46)
第五章 社会法与经济法的关系比较	(48)
第一节 比较的前提条件	(48)
一 理论意义上的社会法	(48)
二 实践层面的社会法	(49)

第二节 经济法与社会法的相同之分析	(50)
一 都以社会公共利益为本位	(51)
二 调整对象中都体现了对特殊群体的“倾斜保护” ...	(52)
三 都是社会可持续发展战略的有机组成部分	(53)
四 都是具有独特调整对象的部门法	(53)
第三节 经济法与社会法不同之分析	(55)
一 调整对象不同	(55)
二 目的及作用不同	(56)
三 调整方法不同	(57)
第四节 经济法与社会法的法功能协调发展之分析	(57)
一 法功能的内涵	(58)
二 社会法与经济法的法功能	(60)
三 社会法与经济法法功能实现之配合	(61)

实践编 社会法专题研究

第六章 倾斜保护性质的社会法专题研究	(65)
第一节 留守儿童的社会保障法律制度研究	(65)
一 留守儿童的现状	(65)
二 留守儿童问题的成因分析	(67)
三 建立完善的社会保障法律体系	(69)
第二节 农村“空巢”老人法律保障制度研究	(74)
一 问题的提出	(74)
二 农村“空巢”老人出现的成因	(76)
三 完善建议	(78)
第三节 婚姻中弱势方合法权益保护的完善	(82)
一 对婚姻法解释三财产规定的评析	(83)
二 国外离婚财产分割制度的评析	(85)

三 完善婚姻法解释三的修改建议	(87)
第四节 艾滋病人的法律保护	(94)
一 艾滋病的界定	(94)
二 现有法律、法规梳理	(96)
三 艾滋病人的法律保障探讨	(100)
第五节 对校车安全的法律思考	(103)
一 校车安全问题的根源	(103)
二 国外对教育的投入及其校车的安全保障	(106)
三 校车安全的法律保障	(110)
第七章 社会保障性质的社会法专题研究	(119)
第一节 无固定期限劳动合同制度完善的思考	(119)
一 我国无固定期限劳动合同制度的立法现状分析 ..	(119)
二 我国无固定期限劳动合同制度的缺陷	(122)
三 对无固定期限劳动合同认识误解的情形与原因的 探讨	(127)
四 解决我国无固定期限劳动合同制度缺陷的对策 ..	(129)
第二节 论我国失业保险制度的完善	(132)
一 我国现行失业保险制度的评析	(132)
二 我国现行失业保险制度存在的问题	(133)
三 对我国社会保险法中失业保险的评价	(136)
四 我国现行失业保险制度改革思路探讨	(139)
第三节 我国养老保险法律制度的完善	(143)
一 中国养老保险现状分析	(143)
二 中国现存的几种养老模式存在的问题以及完善 对策	(145)
三 建立健全中国养老保险法的内容	(147)
第四节 红十字会发展法律规制研究	(150)
一 完善《红十字会法》	(151)

二 红十字会职能的拓展	(151)
三 完善监督及信息公开机制	(152)
四 加强人事管理体制	(154)
五 做好红十字会与民间慈善的协调配合	(155)
第八章 社会公益性质的社会法专题研究	(158)
第一节 铁路系统改革探究	(158)
一 铁路的定性	(158)
二 铁路系统存在的主要问题	(161)
三 铁路系统改革措施	(165)
第二节 “入托难”现象的法律评析	(177)
一 “入托难”的法律意义	(177)
二 “入托难”现象的法律原因	(178)
三 以法律的视角解决“入托难”问题	(180)
第三节 治理学术抄袭的建议	(185)
一 回归学术的本位	(186)
二 健全相关法律、法规	(187)
三 改变出版业市场供大于求的局面	(191)
第四节 对“号贩子”现象的法规制	(192)
一 号贩子垄断了挂号资源	(193)
二 导致号贩子现象的原因分析	(194)
三 现有治理措施及不足	(195)
四 根治号贩子现象的措施	(196)
第五节 从廉租房取代经济适用房看我国的保障性住房 改革	(199)
一 经济适用房、廉租房的界定	(200)
二 对廉租房取代经济适用房的质疑	(202)
三 我国住房保障体制建设中应该着力解决的问题 ..	(208)

第九章 其他性质的社会法专题研究	(214)
第一节 “小悦悦事件”对我国社会问题立法的反思	(214)
一 问题的提出	(214)
二 对“小悦悦事件”的反思	(217)
三 问题的解决	(220)
第二节 公司社会责任制度的困境与突破	(225)
一 公司社会责任的内涵	(226)
二 公司社会责任制度的困境	(228)
三 公司社会责任困境的突破	(232)
第三节 我国食品安全法律体系的完善	(238)
一 完善食品安全法律体系的必要性	(238)
二 我国食品安全含义及存在问题分析	(239)
三 完善我国食品安全体系的对策	(242)
第四节 网络安全的法律保护	(250)
一 网络隐私权的含义	(251)
二 侵犯公民网络隐私权的行为和表现	(253)
三 我国保护隐私权和网络隐私权的法律现状	(255)
四 我国在保护网络隐私权方面应当采取的措施	(258)
第五节 论明星广告代言的法律规制	(263)
一 明星广告代言的基本概念	(264)
二 明星广告代言的理论与实践的矛盾	(267)
三 明星代言的法律规制完善建议	(272)
参考文献	(276)
后记	(302)

导 论

理 论 编

社会法基础理论研究

导 论

2011年，中国历史上发生了两件大事。一是在2011年3月10日吴邦国委员长宣布中国特色的社会法律体系建设完成；二是2011年2月19日，胡锦涛总书记在省部级主要领导干部社会管理及其创新专题研讨班开班式上就社会管理创新发表了重要讲话，指明了社会管理与创新的发展方向。中国特色社会法律体系的形成，为社会法的发展提供了直接的法律发展背景。而社会管理的创新看似与社会法的发展没有关系，但是，社会管理创新必须在法律的约束下进行，当前的首要任务就是解决民生问题，而解决民生问题最直接的法律部门就是社会法。因而，中国特色的社会法律体系的形成为社会法的发展奠定了理论的根基，而社会管理体制的创新为社会法的发展提供了实践的舞台。本专著正是力求从理论与实践两个方面对社会法展开进一步论证，因而，这两件大事是本著作写作的时代背景。

一 中国社会主义法律体系形成对社会法建设的意义

（一）中国特色社会法律体系的形成为社会法奠定了发展的大环境

一个国家法律体系的形成到底需要多少年？西方发达国家的答案是二三百年来，中国则给出了新答案。如果从新中国成立那一天算起，中国的答案是61年；如果从改革开放开始算起，中国的答案是32年。形成中国特色社会主义法律体系，是党的十五大提