



The Basic Theory of Social Law

社会法基本理论

汤黎虹 / 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



The Basic Theory of Social Law

社会法基本理论

汤黎虹 / 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

社会法基本理论/汤黎虹著. —北京:法律出版社, 2017. 5

ISBN 978 - 7 - 5197 - 0910 - 5

I. ①社… II. ①汤… 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(2017)第 108193 号

社会法基本理论
SHEHUIFA JIBEN LILUN

汤黎虹 著

策划编辑 李 群
责任编辑 李 群 李 璐
装帧设计 汪奇峰

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京京华虎彩印刷有限公司
责任印制 胡晓雅

编辑统筹 法律应用·大众读物第一出版社
开本 A5
印张 10.375
字数 268 千
版本 2017 年 5 月第 1 版
印次 2017 年 5 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/ www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/ info@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792

举报维权邮箱/ jbwq@lawpress.com.cn

咨询电话/010 - 63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400 - 660 - 6393

第一法律书店/010 - 63939781/9782 西安分公司/029 - 85330678 重庆分公司/023 - 67453036

上海分公司/021 - 62071639/1636 深圳分公司/0755 - 83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 0910 - 5

定价:36.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

前 言

笔者是新中国改革开放后第一批研究社会法学的学者。2004年,出版了专著《社会法通论》(吉林人民出版社出版),比较全面地考察了社会法的基本理论问题和体系问题。因应社会法学教学需要,2008年主编了教材《社会法学》(中国人民公安大学出版社出版),进一步深化了理论研究,建构了社会法体系框架。2009年,承担并主持福州大学课题《社会法基本理论研究》;2010年,开始承担并主持教育部课题《社会安全稳定政府职责的社会法调整》;2011年,开始承担并主持国家社会科学基金一般项目《社会法理论基础与制度体系研究》;2012年,福州大学设立社会法学专业二级学科,2013年开始招收社会法学硕士研究生,笔者作为社会法学的学科带头人,主讲了“社会法基本理论”课程;2014年,适应招收研究生的需要,主编了教材《社会法学》(第二版)(中国人民公安大学出版社出版),将教学科研的最新成果写入其中。近十年来,笔者先后在《当代法学》《东方法学》《江淮论坛》等杂志发表有关社会法的论文近20篇,其中多篇被中国人大报刊复印资料全文转载。这本著作,就是在以往的积累和深化研究基础上,整合而成的。

社会法的发展,有着一个“客观”的过程。其发源于欧洲工业革命后,开始围绕解除企业后顾之忧,着重“社会扶弱”,以提升企业竞争能力;20世纪30年代后,美国开始将其扩展到综合竞争领域,着重“社会福利”,以提升综合竞争能力。欧美等国家的社会法基本理论也对此进行了诠释和探讨。中国从21世纪开始,适应加快社会建设、保障和改善民生的需要,愈加重视社会法治建设,将欧美社会法律制度进行了吸收和整合。党的十八大特别是十八届三中全会提出加强社会治理、十八届四中全会提出加快法治社会建设以来,愈加强调中国特色,因为一二百年前欧洲的社会法律制度及理论不能完全适应现代需要,美国的现代社会法律制度及理论不能完全适应中国需要,特别是在习近平提出新发展理念指引下,中国社会法治现代化和特色问题更加突出,究其背后原因,正是众所周知的中国国情。因此,中国建设一个什么样的社会法律制度和理论的问题,需要“社会法基本理论”来回应。

社会法基本理论,是社会法诸多理论的集合,是一个完整的体系。它要论证社会法从哪里来(法源),为什么会来(客观背景),干什么(传统功能和现代功能),是什么(西方国家社会法的本质和中国社会法的本质),哪些对象(现代调整范围),什么样的内容(社会权利本位还是社会义务本位),如何实现社会权利(构建制度体系、调整方法)等一系列重点理论问题。只有将这些问题说清楚,才会有利于回应中国建设一个什么样的社会法律制度和理论的问题。这本著作,正是秉持这样的思考,全面研究而成的。

社会法基本理论的研究,绝不能在社会法的小圈圈里打转转,因为,社会法作为一个独立的法律部门,必然要与同“位阶”的其他法律部门相区分。笔者在2007~2010年做经济法学的学科带头人的过程中,主讲了“经济法基本理论”课程;在2011~2014年做宪法学和行政法学

的学科带头人的过程中,主讲了“行政法基本理论”课程。结合以前讲授民商法学的认识,沿用行政法理论基础是“控权论”的理论,笔者提出了民商法的理论基础是“保权论”(保护财产权的理论),经济法的理论基础是“限权论”(限定经营权的理论),社会法的理论基础是“扶权论”(帮扶实现社会权的理论),从而从根本上将若干部门法区分开来。由此认识社会法理论基础,并依此建构中国现代社会法制度体系,也是本著作的一个贡献。

当前,中国社会法理论和制度的研究形成了“热潮”,该领域的学者和实际工作者人数众多,研究越来越向理论方向拓展;同时,许多社会法研究机构、智库的工作,也越来越重视理论与实际的结合;不仅如此,社会法学在一些知名大学被确定为二级学科,这些学校已经或者准备招收硕士、博士研究生。这样,本书的一些理论建树,对于推动社会法研究等工作的开展,就具有了现实意义抑或应用价值。当然,本著作还有许多理论问题没有揭示或者论述透彻,如法源问题等,希望更多向同仁们的研究成果学习,加强合作,互相启发,真正发挥应有的作用。

目 录

导 论 001

- 一、本书讨论的目的 001
- 二、本书讨论的方法 005

第一编 社会法演变和构成

第一章 社会法的演变及逻辑 013

- 一、社会法历史演变质考 013
- 二、社会法历史逻辑辨析 020
- 三、社会法理论逻辑梳理 028

第二章 外国社会法的“构成” 041

- 一、外国社会护救法构成 041
- 二、外国社会促进法构成 059
- 三、外国社会优待法构成 066
- 四、外国社会维权法构成 073

第三章 中国社会法的“构成” 080

- 一、中国社会护救法构成 080

- 二、中国社会促进法构成 089
- 三、中国社会优待法构成 098
- 四、中国社会维权法构成 108

第二编 社会及社会法内涵

第四章 社会和社会法的要义 119

- 一、社会法的“社会” 119
- 二、社会法的概念和特征 129
- 三、社会法的价值及取向 133

第五章 社会权的理念和约束 137

- 一、社会权的生成及理念 137
- 二、社会权的内涵和外延 143
- 三、社会权的约束和精准性 150

第六章 社会义务的重新定位 155

- 一、社会义务的释义和确认 155
- 二、社会义务本位的检讨 162
- 三、政府给付的社会义务化 166

第三编 社会法的理论基础

第七章 社会法理论基础沿革 177

- 一、传统理论基础及品评 177
- 二、社会问题论和协同论 186

第八章 扶权论与部门法界分 194

- 一、社会法的扶权论内涵 194
- 二、理论基础的部门法界分 198

第四编 社会法的制度体系

第九章 社会法制度体系透析 209

- 一、社会法制度体系内涵 209
- 二、社会法制度体系理论 216

第十章 社会法制度体系内容 227

- 一、社会护救的法律制度 227
- 二、社会促进的法律制度 233
- 三、社会优待的法律制度 239
- 四、社会维权的法律制度 242

第五编 法治与社会法创新

第十一章 社会法治理论的展评 253

- 一、社会法治理论的发展 253
- 二、社会法治理论的评价 261
- 三、社会权利本位论的生成 272

第十二章 社会治理与制度创新 276

- 一、理念转变与制度创新 276
- 二、社会法制的 content 创新 286

三、社会法制的体系创新	292
-------------	-----

第十三章 社会法理论特色定位 301

一、中国社会法理论根据	301
-------------	-----

二、社会法理论特色精髓	305
-------------	-----

三、特色社会法理论进路	309
-------------	-----

四、社会法特色理论创新	312
-------------	-----

参考文献	318
------	-----

导 论

一、本书讨论的目的

本书讨论的总目的:建立具有中国特色的现代社会法基本理论体系。

西方的社会法理论是按照竞争的需要,随着对自由论的批判以及正义论的兴起而产生和发展起来的,大体可以概括为四个方面:一是扶助弱势群体理论(简称扶弱论);二是社会安全论;三是社会福利论;四是第三法域论。扶弱论和社会安全论是服务于个体性企业竞争需要的理论,其支撑的制度主要是社会保险制度和弱势群体(贫困者、老年人、未成年人、残疾人等)扶助制度;社会福利论是服务于人力资源有效利用的理论,其支撑的制度主要是社会救助制度和社会促进制度;第三法域论属于法社会学范畴。站在当前科技现代化和经济全球化的立场看,扶弱论和社会安全论已经过时,主要是因为其服务于个体性企业竞争需要的目的已经不能完全符合现代化对人力资源

的要求,当然,其对于许多国家特别是发展中国家而言,仍有社会保险、扶贫等意义;社会福利论服务于人力资源有效利用的目的,虽然符合现代化对人力资源的需要,但其突出给付义务本位,不能完全符合现代化对协调人力资源的使用效率和社会资源给付效率以及实质公平的需要。

中国的社会法学者,普遍认同起源于18世纪的欧洲、到19世纪后有了较大发展的西方国家的理论,特别是认同20世纪30年代后美国的社会法理论。中国学者于20世纪30年代介绍了西方的社会法理论,21世纪初开始大量介绍并赞成西方的社会法理论,形成了“西方观点”的不同流派的社会法理论。^①21世纪以来,中国社会法学者对社会法治理论做了较多研究,但时至今日,仍有多数学者认同并坚持西方的扶弱论、社会安全论和社会福利论,他们缺乏对社会法现代化理论展开应有的研究,特别是未对协调人力资源的使用效率和社会资源给付效率以及实质公平的社会法治理论展开应有的研究,从而不可避免地模糊了现代社会法治的科学内涵,在一定程度上影响了社会法制度体系建构,以致给社会法治建设造成某些不利的影响。

笔者于21世纪初开始,对“西方观点”的社会法理论特别是扶助弱者论、社会安全论、社会福利论(笔者称其为传统理论)、“第三法域论”以及近些年出现的脆弱性理论等进行了分析,认为这些理论中有很多内容都已经过时,而且不符合中国国情和社会法治现代化要求,于是,提出了以“扶权论”为理论基础的一系列社会法理论。

由于传统理论已经不符合法治现代化的要求,因此需要梳理社会

^① 汤黎虹:《社会法通论》,吉林人民出版社2004年版,第56~61页;汤黎虹主编:《社会法学》,中国人民公安大学出版社2008年版,第7~9页。

法治历史脉络,进而透过社会法治历史的研究及其逻辑考察,可以明晰进入新时期的或者说现代社会法治的形式和内容。

法治现代化是法治进入现代社会对存在状态的一个变革过程,其实质是一个伴随着社会从传统到现代的转变,法律制度自身不断合理化、系统化,从历史发展而来的各种体制适应迅速变化的各种功能的展现过程,其包括法治体系和法治能力的现代化。社会从传统到现代的转变,集中表现为市民社会到公民社会再到群体社会的转变,其背后是农业社会向工业社会再向信息社会的转变,其源于获取资源的竞争。在这一转变中,社会法虽然一直秉持对企业公平竞争给予保障的原则,但具体方式却在不断变化。开始的一段时期,鉴于企业无力负担失业、工伤、养老、医疗、职工健康和抚养子女等成本的压力的情势,国家突出了“扶助弱势群体”的汇集性功能(诸如将保险等汇集到社会层面)的立法;后来,为了保障包括企业和一定区域在内的竞争环境稳定(社会安全稳定),突出了“福利”的汇集性功能(将各项福利等汇集到社会层面)的立法;再后来,为了保障包括企业、区域、国家在内的综合竞争力的职业岗位能力的提升,越来越突出了“提升职业岗位能力”的汇集性功能(特别是将社会教育促进和健康事业促进等汇集到社会层面)的立法。这在社会义务层面上,就是从“授人以鱼”转变为“授人以渔”;在社会权利层面上,就是从“获得鱼”到“获得渔”。可以说,“提升职业岗位能力”的汇集性功能的立法与法治能力的现代化是一致的。我们可以做出一种判断:社会法治现代化首先是“功能”的现代化,而提升职业岗位能力的汇集性功能则是社会法治现代化的首要标志。

中国的社会法,不仅体现了农业社会向工业社会再向信息社会的转变、体现了从突出“扶助弱势群体”向突出“提升职业岗位能力”的汇

集性功能的立法的转变,而且具有其自身的特点:一是价值不一致,即有些法律突出公平价值,有些法律突出效率价值;二是法治依据不一致,即有些法律突出西方法治模型(社会义务本位),有些法律则突出中国法制传统(突出政府给付),其造成的直接后果是社会运行效率不高、扶助的精准性不够以致造成社会浪费。其背后原因是多方面的,但主要还是受到人口多、底子薄、发展不平衡等中国特色基础上的法治发展进程的直接影响。因此,中国需要进行综合的社会法调整。首先在价值方面,突出过程的效率价值(形式价值),结果(目标)的公平价值(实质价值);在法治依据方面,实行权利本位和政府给付义务向社会转化。因此,传统理论,显然不符合中国的国情。“扶权论”及其理论体系的优点就在于它符合中国的实际,它强调职业岗位能力提升中权利的实现,容易在理论研究、法律制定和实施中操作。可以说,社会法治现代化首先是“理论”的现代化,而“扶权论”及其强调职业岗位能力提升中权利的实现,则是社会法治现代化的另一重要标志。

不仅如此,社会法治的现代“功能”还要求现代化的制度来体现,社会法治的现代“理论”也需要对现代化的制度的建立发挥支撑作用。因此,社会法制度的现代化也成为社会法治现代化的重要标志。

当今国际国内的形势已经并正在发生深刻的变化,社会法治需要适应综合国力竞争及其社会转型的需要,因而要求人们必须用更加深邃的历史眼光和更加宽广的全球视野,深刻认识和把握社会法治的时代发展要求和根本趋势,不断研究社会法治的新的路径,形成新的共识,不断做出理论创新和制度创新,为科学构建社会法制度体系,加快推进社会法治建设做出贡献。

本书讨论的主要内容,是要揭示职业岗位能力提升中权利的实现根据和内涵,进而阐释由这一内涵决定的新型的社会权利和社会义

务关系,以及这一新型关系的建构与中国特色的社会法治建设、社会体制机制和法律制度创新的关系,为中国社会法治现代化发展提供理论支持。

二、本书讨论的方法

作为一项成体系的理论探究,本书与其他学术著作一样,也运用了一定的方法。由于本书是讨论以新型的社会权利和社会义务关系为内容的社会法治现代化等问题的,所以,方法的选择就应当有利于展开对这些问题的讨论,特别是从客观而不是从主观出发,准确把握事物的本质并追求逻辑的可靠性,使其得以证成。这样,本书突出了实证研究方法、抽象到具体的方法、价值分析方法。

(一) 实证研究方法

关于实证研究方法,在社会法理论的研究中,更加突出的应当是运用历史研究法、比较研究法、逻辑分析法。

从1601年英国颁布《济贫法》开始,社会法在全世界发展起来,形成一整套体系,其中,以社会保险法、社会救助法、就业促进法和与之关联的教育促进法、健康保障法以及对老年人、残疾人、未成年人的社会照顾法为典型代表。历史表明,社会法及其理论的发展有着不断创新和完善的过程,也有着经验的吸收、借鉴和推广的过程。社会法理论应当运用历史研究法将这样的历史展示出来,从而有利于把握社会法及其理论的“来龙去脉”。

比较研究主要是国别比较研究。事实上,中外社会法理论的内涵和外延是有着许多差别的。如何认识这些差别以及如何将这些差别整

理出来并加以比较,对于鉴别不同国别的社会法的优劣,准确把握中国社会法治发展规律,具有积极的意义。从历史来看,欧洲一些国家的社会保险、社会救助、健康保障以及对老年人、残疾人、未成年人的社会照顾等法律制度及其理论的创新和完善,美国的就业促进和与之关联的教育促进等法律制度及其理论的创新和完善,大都有比较方法运用的影响,中国社会法律制度及其理论的创新和完善也应当运用比较研究方法,使之能够做到取长补短,更加符合社会法治发展规律。

社会法理论研究运用逻辑分析法主要是揭示社会法的历史逻辑和理论逻辑。社会法产生和发展有着清晰的历史背景逻辑,主要是:工业革命与激烈竞争、生产的社会化与协同力量增强、人群的社会化与降低社会风险这样几对关系的交错发展。这一背景逻辑与社会法产生和发展的历史逻辑是一致的。随着紧密依赖型的社会人群关系的形成,以及降低社会风险的需要,制定一些各方都必须遵守的“协同”规则的法律也就必然产生了,其促使依赖型的社会人群关系更加紧密,社会风险降低的可能性越来越大;随着社会化的人群的社会需要的增长,新的社会需求性权利和社会给付性义务的关系就要由新的法律规定,以构成新型的社会规则,进而不断推动社会需求性权利和社会给付性义务的关系的演化。与社会法的历史逻辑相应,社会法产生和发展有着清晰的理论背景逻辑,包括在近现代产生的一系列深刻影响社会法理论基础的形成的理论,诸如:消极国家的政治理论、国家介入理论、社会公益权利的理论、机会平等理论、社会保障理论等。这一背景逻辑与社会法产生和发展的理论逻辑是一致的,它促使社会法的内涵理论从“法域”论到“目的”论再到“过程”论,进而促使社会法的理论基础的认知升华;也使社会法的外延理论从“一分”说到“二分”说再到“三分”

说,直到“多分”说。^① 社会法理论研究运用逻辑分析法,对于进一步证成社会法治发展规律,准确把握社会法理论的内涵和外延,无疑有着重要的意义。

(二)抽象到具体的方法

社会法理论研究运用抽象到具体的方法,首先是范畴抽象方法,即抽象出基石范畴,并逐步展开基本范畴、普通范畴。

(1)从内容来看,社会法理论的基本范畴包括社会权利和社会义务,其中,社会权利又可分为若干方面的权利,诸如享有社会保险权、就业受助权等;社会义务也可分为若干方面的义务,诸如履行社会扶助的义务、社会救助义务等。这些具体的社会权利和社会义务是普通范畴,在此之上更为抽象的范畴应当是“社会”,它涵盖抽象的社会权利和社会义务,是基石范畴。

(2)从形式来看,社会法理论的基本范畴包括:社会护救、社会促进、社会优待、社会维权,其中,社会护救包括社会预护、社会扶助、社会解救;社会促进包括就业促进、教育事业促进和健康事业促进等;社会优待包括社会照顾和社会补偿;社会维权包括对被社会援救权、社会促进权和社会优待权的维护,这些具体的范畴是普通范畴,在此之上更为抽象的范畴应当是“社会”,它涵盖社会援救、社会促进、社会优待、社会维权等基本范畴。^② 可见,社会法理论研究运用抽象到具体的方法,应当从“社会”这一基石范畴开始,在展开的社会援救、社会促进、社会优待、社会维权等基本范畴之中,展开社会权利和社会义务的基本范畴,

^① 汤黎虹:《社会法论纲——基于社会法历史逻辑和理论逻辑的辩考》,载《福州大学学报(社会科学版)》2014年第1期。

^② 同上。