

中国法学会比较法学研究会主办

Comparative Law In China

2004年·上卷

比较法在中国

主 编/江 平

执行主编/刘兆兴 钱弘道

- | | |
|-----------------------|-----------|
| ◎宪法的社会性与大众化 | [郭道晖] |
| ◎契约精神与宪政的几个理论问题 | [李步云 肖海军] |
| ◎法治的意识基础：契约精神与宪政精神 | [卓泽渊] |
| ◎宪政的经济分析 | [钱弘道] |
| ◎中国宪法私法化研究 | [蔡定剑] |
| ◎全球化、小康社会与契约精神 | [杨海坤] |
| ◎认真对待宪法 | |
| ——论宪法效力的界定及其对私法的影响 | [张千帆] |
| ◎社会法初探 | [程信和] |
| ◎论德国行政程序法及其行政合同中的契约精神 | [刘兆兴] |



法律出版社
LAW PRESS CHINA

中国法学会比较法学研究会主办

Comparative Law In China

2004年·上卷

比较法在中国

主 编/江 平
执行主编/刘兆兴 钱弘道



法律出版社
LAW PRESS CHINA



目 录

上 卷

法理与法哲学

- | | | |
|-----|--------------------------------|-----|
| 3 | 社会法初探 | 程信和 |
| 21 | 契约精神的精髓 | 钱弘道 |
| 29 | 从卢梭的社会契约论到罗尔斯的社会正义理论
走向市场经济 | 徐爱国 |
| 39 | ——从身份到契约的运动 | 孙耀刚 |
| 46 | 西方社会契约观念的一些新变化 | 严存生 |
| 59 | 全球化、小康社会与契约精神 | 杨海坤 |
| 72 | 契约精神试析 | 罗文波 |
| 79 | 论我国当代契约精神的发育 | 孙 涉 |
| 88 | 西方社会契约理论的历史述评
社会契约视角下的法治国家 | 刘全德 |
| 100 | ——从域外法与法史学的角度分析 | 肖海军 |
| 115 | “良法”是对民主的回报 | 朱兴文 |
| 127 | 契约精神与政府管理 | 薄燕娜 |
| 137 | 反腐败与制度创新
中国大陆“法和经济学”的第一次勃兴 | 李小勇 |
| 153 | ——一个“学术想象力”的解释
什么是比较法 | 吴锦宇 |
| 166 | ——比较法概念的反思与重构 | 黄文艺 |

宪政与行政法

- | | | | |
|-----|-----------------------|-----|-----|
| 189 | 契约精神与宪政的几个理论问题 | 李步云 | 肖海军 |
| 206 | 宪法的社会性与大众化 | | 郭道晖 |
| 217 | 法治的意识基础:契约精神与宪政精神 | | 卓泽渊 |
| 231 | 宪政的经济分析 | | 钱弘道 |
| 276 | 宪政理念的比较 | | 汤琳俊 |
| | 中外视角:社会契约与宪政精神 | | |
| 288 | ——再读卢梭的《社会契约论》 | | 汤唯 |
| | 讨论自由对宪政的正当性、合法性的证成 | | |
| 307 | ——从契约自由原则谈起 | | 叶成朋 |
| | 契约精神的另一种解读 | | |
| 317 | ——兼及这种精神与宪政的关系 | 屈茂辉 | 章小兵 |
| 327 | 宪法与权利之历史演变 | | 龚向和 |
| 342 | 地方政府与中央政府关系的比较 | | 胡盛仪 |
| 355 | 宪政论 | | 石柏林 |
| 387 | 契约自由与宪政 | 李艳华 | 魏琦 |
| 397 | 地方制度基本范畴比较 | | 任进 |
| | 认真对待宪法 | | |
| 417 | ——论宪法效力的界定及其对私法的影响 | | 张千帆 |
| 445 | 公民基本权利的保障和宪政建设 | | 张彤 |
| 458 | 契约精神与雅典奴隶制城邦国家选举 | | |
| | 制度的民主特质 | | 律璞 |
| 465 | 高校——“认真对待学生的权利” | | 王丽英 |
| 476 | 中国宪法私法化研究 | | 蔡定剑 |
| 498 | 论宪法的私法化 | | 温辉 |
| 516 | 社会契约意识:宪政的观念支持 | 季金华 | 刘爱龙 |
| 528 | 略论美国的移民政策与移民法 | | 郭义贵 |
| | 十年磨剑:北洋政府时期中国的立宪之路 | | |
| 538 | ——从《天坛宪章》到《中华民国宪法》 | | 叶晓川 |
| 554 | 1787年《美利坚合众国宪法》与1947年 | | |
| | “中华民国宪法”之若干比较与思考 | | 聂资鲁 |

572	论德国行政程序法及其行政合同中的契约精神	刘兆兴
	对行政法上假契约现象的理论思考	
582	——以警察法上各类责任书为考察对象	余凌云

▪ 上 卷 ▪

• 法理与法哲学

社会法刍探

程信和*

一、社会法的出现

(一)关于社会法的代表性学说

从 19 世纪以来,在西方、东方国家,先后出现了社会法的现象与术语,但对其内涵及范围大小众说不一。大体上有三类见解:

1. 广义说

该说认为,社会法包括经济法、劳动法、社会保障法。随着资本主义的高度发展,尤其是在第一次世界大战以后,资本主义国家为了缓和激烈的社会矛盾,不得不通过“法的社会化”来干预经济生活,于是出现了社会法、经济法的现象。这类新型的法律观念首先产生于德国,而后传入日本及其他国家。德国学者认为,经济法和劳动法都属于社会法。^①日本学者认为:“所谓‘社会法’具有多种含义,这里指的是包括以社会福利国家的理想为基础,积极地使国民经济正常经营为目的的经济法(禁止垄断法、证券交易法、工业所有权法、土地法等),为以实现个人的实际平等为目的的保护经济贫弱者的社会立法(社会保障法、生活保护法等),以保护劳动者的权利为目的的劳动法等法的体系。”^②中国亦有学者主张:“经济法是社会法。”^③

* 中山大学法学院教授、博士生导师。

① 见上海社会科学院法学研究所编译:《法学总论》,知识出版社 1982 年版,第 40 页。

② 见上海社会科学院法学研究所编译:《法学总论》,知识出版社 1982 年版,第 25—26 页。

③ 见潘静成、刘文华主编:《经济法》,中国人民大学出版社 1999 年版,第 15 页。

2. 中义说

该说认为,社会法包括劳动法、社会保障法。持这种意见的中国、日本和其他外国学者主张,经济法与社会法是并立的,共同调整传统民法无法调整的经济关系。例如,中国有学者认为:社会法也是规范社会主义市场经济的一种必不可少的重要法律,主要是保障劳动者、老人、失业者、丧失劳动能力的人和其他需要扶助的人之权益的法律。其内容包含三类法律:劳动法,社会保险法,社会救济法。^①日本有学者指出,现代法中包括经济法、社会法(劳动法、社会保险法等等)。^②日本还有学者指出:“现在,社会法一词,通常被学者非常实际地肯定为对劳动法和社会保护法的总称,或者指社会保险及有关社会事业的法了。社会法理论的内容,虽然在许多地方还含糊不清,但是,它使劳动法和经济法(及其研究)从原来的法律部门分离出来,成为独立的一门科学,是对现状作出了宝贵贡献的。”^③这段论述亦将劳动法划入社会法,而将经济法与社会法视为并行关系。

3. 狭义说

该说认为,社会法只包括社会保障法。例如,中国有学者认为,在西方国家调整商品经济的法律中,劳动法主要规定对劳资关系的法律调整;社会法主要规定社会保险、社会补偿、社会福利、社会救济等制度。因而,将劳动法与社会法并列。^④德国有学者说:“什么叫社会法?它是一种社会保险,是为一国的社会政策服务的,如社会救济、困难儿童补助、医疗津贴等有关法律,都属于社会法的范围。……可以说社

① 见司法部、全国普法办公室编:《中共中央法制讲座汇编》,法律出版社1998年版,第78页。

② 见上海社会科学院法学研究所编译:《法学总论》,知识出版社1982年版,第103页。

③ 见上海社会科学院法学研究所编译:《法学总论》,知识出版社1982年版,第41页。

④ 转引自宋汝芬著:《参加立法工作琐记(下册)》,中国法制出版社1995年版,第31—32页。

会法就是一种社会保险。”^①

由上可知,“社会法”一词虽然大家都在使用,但其意思及用法不尽相同。不过,也可看出各种意见中含有共同的东西,即强调社会本位和国家因素,以此区别于强调个体本位和私人因素的传统民法。

比较起来,前述广义说失之过广,狭义说失之过狭。惟中义说较为合适一些。但对中义说亦须改进。笔者之浅见有两个:

其一,特定意义上的社会法已逐步成为现代国家法律体系中的一个新兴的部门法。改革开放以后,学习外国的经验,中国将“国民经济计划”改称为“国民经济和社会发展规划”,突出了“社会发展”的内容。“社会发展”包括哪些方面呢?主要有:人口问题、劳动问题、社会保障问题、环境保护问题等等。与之相适应,“社会法”应当涵盖这些领域,并使相关社会政策法律化。

其二,经济法与社会法是相互联系、共生共长的两个部门法。从中国社会主义的实际出发,在宪法这一根本大法之下,主要有六大法律门类:行政法、刑法、民法、经济法、社会法和诉讼仲裁法。即“1+6”的分类体系。过去我们认为经济法与民法、行政法有很大的相通性,其实还须注意到经济法与社会法之间更为相似或近似。因而界定经济法与社会法,必须分析这两者的相互关系,揭示它们共生共长的规律性。

(二)作为一种法律现象的社会法的出现

社会法是社会发展的产物,每一个国家在其发展的各个阶段,根据不同的需要,或多或少地进行社会立法,以解决面临的实际问题。例如,美国在20世纪30年代,为了缓和经济危机,罗斯福推行所谓“新政”,颁布一系列社会政策性立法,像《全国产业复兴法》、《农业调整法》、《紧急银行法》、《劳工关系法》等;当时,在名分上并没有严格区分何者为经济法、何者为社会法。又如,第二次世界大战结束以后,日本社会发生了重大的变化,经济法和社会法得到较快发展。社会立法的组成部分一为劳动法,一为社会保障法;从立法体系上看,它的经济法与社会法是分开的。再如,联邦德国把劳动法与社会法分开,1975年

^① 见上海社会科学院法学研究所编译:《法学总论》,知识出版社1982年版,第38页。

制定的《社会法典》(总则部分)以及若干单行法,旨在调整以社会保险为中心的社会经济关系,并以相应的程序法和社会法院等机构作为社会法实施的保障^①。这是狭义社会法体系中的一个代表。

社会主义国家从计划经济转变为市场经济并非突发性的,而是渐进性的。在逐步深化国内经济改革、与世界贸易组织规则接轨、建立社会主义市场经济体制的过程中,中国的社会、经济结构发生着重大的变化:企业自主权扩大,私人活动空间增加,社会中间层组织(非官方公共事务机构等)的出现,国家直接干预减少;与之相呼应,中国的经济、社会立法领域也出现了所谓“私法公法化,公法私法化”的现象。由此产生出新型的法律形态——经济法与社会法。关于社会立法:首先,《宪法》中规定了有关人口与计划生育、受教育权、劳动权、休息权、退休及保障、社会保险和社会救济、环境保护等社会政策,奠定了社会立法和经济立法的基调。其次,在宪法指导下,先后制定了《劳动法》、《环境保护法》、《人口与计划生育法》等法律;正在制定各种社会保障法。

有学者把当今私法的公法倾向和公法的私法倾向归结为经济法应运而生的现实基础;同时指出,“公法私法化”或者“私法公法化”的提法并不严谨,因为它们并未达到“化”的程度。^②此言甚是。化者,彻头彻尾彻里彻外之谓也。既然公法、私法依然分别存在,所以,“化”当是有限度的。借用上面这一论断,可以说,社会法应运而生的现实法律基础同样是私法的公法倾向和公法的私法倾向相结合。

社会法的产生,大体上可以分为:19世纪中叶为萌芽阶段,其标志是马克思称之为“起抗衡作用的工厂法”(马克思在《资本论》中用了很大的篇幅来叙述英国工厂法的历史、内容和结果);^③20世纪中叶为形

① 德国的《社会法典》是分期公布的:第一编“总则”,1975年;第三编“社会保障通则”,1976年;第五编“法定健康保险”,1988年;第六编“法定养老”,1989年;第十编“管理程序”,1980年、1982年。另外,德国还于1953年制定了《社会法院法》。由以上立法可知,德国的社会法体系中未包括劳动法。——见[德]罗伯特·霍恩等著:《德国民商法导论》,中国大百科全书出版社1996年版,第370—371页。

② 见李昌麒:《我对“需要干预经济关系论”的进一步的解释》,载《法治研究》1999年卷,浙江大学出版社2000年版,第56页。

③ 见《资本论》第1卷,人民出版社1975年版,第8、11页。

成阶段,其标志是各国的劳动法、社会保障法和环境法相继问世或体系化。东、西方学者对此均作过一些分析。例如,日本有学者提出:“19世纪末叶以来,随着资本主义矛盾的深化,产生了修正现存自由主义法秩序的需要,‘法的社会化’、‘由个人法到社会法’等等,以种种含混不清的形式总括成一连串的活动。由经济法、社会法(劳动法、社会保险法等等)的发展,造成了由警察国家到福利国家、文化国家等国家职能的扩大化。”^① 中国有学者指出:“社会法作为一个法律部门主要是20世纪60年代以后的事情。”^② 对各国社会法产生和发展的详细历程,尚待进一步考证。

必须注意到:社会法的概念落后于社会立法的现状。例如,1984年出版的《中国大百科全书·法学卷》中,列出了“经济法”、“劳动法”等条目,但没有出现“社会法”这一提法。

进入20世纪90年代,特别是到了世纪之交,社会法的问题已经提到了法学研究的重要议程。

二、究竟什么是社会法

(一)社会法的基础

要了解什么是社会法,首先必须了解什么是社会、社会事业和社会发展。

社会是指以共同的物质生产活动为基础而相互联系的人们的总体,它是与自然相对应的一个概念。社会现象复杂多样,由诸多人文、社会科学分别加以研究,故作为部门法之一的社会法的基础不能认定是广义的、包罗万象的社会,而只是社会问题的一部分。

社会事业是与国民经济相对称的一个概念。整个社会的演进,包含国民经济与社会事业两个大的方面的协调发展。如何理解中国“国民经济和社会发展规划”中的“社会发展”的内涵和外延呢?以下援引

① 见上海社会科学院法学研究所编译:《法学总论》,知识出版社1982年版,第102—103页。

② 司法部、全国普法办公室编:《中共中央法制讲座汇编》,法律出版社1998年版,第78页。

邹家华在1994年10月20日全国社会发展工作会议上的讲话中的一个提法：“我们所说的社会发展，是一个浩大的系统工程，它包含的内容极其丰富，直接关系到亿万人民的工作、学习和生活的各个方面，同所有社会成员的切身利益息息相关。从当前我们的工作领域看，社会发展的范围和内容，主要包括：人口控制与计划生育，科学教育事业，社会保障事业，缩减贫困，就业与人力资源开发利用，城市化与农村劳动力转移，生态环境与资源的保护，卫生保健事业，文化艺术、广播影视、新闻出版、体育娱乐事业，城乡公共设施建设，社会参与与社区建设，民主与法制建设，公共安全与预防犯罪，以及对妇女、儿童、老年人、残疾人等社会群体的保护等。社会发展的宗旨是促进人民生活质量、人口素质和社会文明程度的不断提高。促进社会发展，要以各项社会事业的建设为载体，通过有力的政府行为、人民大众的积极参与和有效的管理运行机制，实施一系列的社会政策来实现。”^① 以上所称“各项社会事业”及“一系列社会政策”涉及的法律问题极其广泛，有人口法、科技法、教育法、劳动法、社会保障法、自然资源法、环境保护法、卫生法、文化法、新闻法、体育法、刑法等等，若都归之于社会法体系，则不仅社会法无法包容，而且将会造成法律体系的混乱，故作为法律部门之一的社会法的基础也不能认定是各项社会事业的发展，而只能是指一部分社会事业。

这就产生了一个难题：社会法立足于社会、社会事业、社会发展，但又不能变成“泛社会法论”。外国有学者指出社会法理论在许多方面还“含糊不清”，其源盖出于此。出路何在？笔者认为，还是要从“社会公共利益”和“法的社会化倾向”两个角度综合进行考察。

（二）社会法的含义和范围

本文所称的特定意义上的社会法，调整基于人类的生存权和发展权而产生的特定的社会关系。主要有：

（1）调整人口生育、成长、迁移及其管理过程中的社会经济关系——人口法、计划生育法、母婴保健法、教育法（义务教育法、职业教育法、民办教育促进法等）以及特殊群体（妇女、未成年人、老年人、残疾

^① 1994年11月5日《人民日报》第3版。

人)保障或保护法等。

(2)调整用人单位与劳动者之间的劳动关系——劳动法以及安全生产法、职业病防治法等。

(3)调整因实施社会福利和社会救济而产生的社会经济关系——社会保险法、社会救济法、社会福利法等(可通称为社会保障法)。

(4)调整因利用和保护环境而产生的社会经济关系——环境保护法等。

(5)调整其他具有社会公益性的社会经济关系——如公益事业捐赠法、献血法等。

(6)规范有关社会团体的组织和行为关系——如工会法、红十字会法等。

简要地说,社会法是从社会整体利益出发,直接调整在国家管理和协调社会运行过程中产生的特定社会关系的法律规范的总称。

社会法最低限度的功能是为着保障人类的生存权,最大限度的功能是为着保障人类的发展权。德国学者在分析了疾病治疗、残疾人供养、教育补助、环境保护、居住、交通等等社会现象之后,指出:“社会法就是要从法律上来解决这些社会问题。但是现在我们的法制尚不能完全解决这一矛盾,社会法还有很大的发展前途。”^① 笔者认为,在目前的状况下似应着重对社会法作动态的考察,以实际需要为出发点,不必勉强追求抽象的定义界定。

(三)社会法的法律属性

有学者认为,社会法属于公法。例如,在法国《拉鲁斯大百科全书》中,公法类包括:社会保险和社会福利法。^②

有学者认为,社会法的“法律性质介于公法与私法之间”。^③

有学者认为:“在社会福利国家的工业社会中,各种社会关系越来越

① 上海社会科学院法学研究所编译:《法学总论》,知识出版社1982年版,第38—39页。

② 参见上海社会科学院法学研究所编译:《法学总论》,知识出版社1982年版,第30—31页。

③ 司法部、全国普法办公室编:《中共中央法制讲座汇编》,法律出版社1998年版,第78页。

越多,它们无法再用私法或者公法加以分门别类;它们促进了所谓的社会法的诞生。”^①

还有学者认为,社会法属于第三法域。例如,日本有学者提出,在现代,“在经济、社会保障、劳动关系等方面形成了公法与私法的相互交错,出现了作为中间领域的新型的社会法。”^② 中国有学者指出:“当今,随着市民社会与政治国家的相互渗透,某些私人利益受到普遍的公共利益的限制而形成社会利益。私法与公法的相互交错,出现了作为中间领域的、兼具私法和公法因素的社会法。如果我们将以国家本位为特征的公法看做是第一法域;以个人本位为特征的私法看做是第二法域;那么私法与公法相融合而产生的,以社会本位为特征的社会法则是第三法域。”^③

还有一种意见认为,社会法虽属公法、私法融合,但并未出现具有新质的第三法域。例如,中国有学者指出:“经济法和经济法的重要特征在于公法和私法的交错融合,为此学者有所谓第三法域之说,将社会法或经济法称为‘第三法域’。我们认为,这种认识仍是建立在公私法划分基础上,类似于黑白间之灰度或不同原色之组合,并不否定公私法的分类及其理念。在当代社会,法调整的社会关系是否直接体现国家或公共意志仍是决定法的调整方法及其力度的客观因素,社会和法律的发展迄今并未在国家意志和非公共主体意志之外造就出具有新特质之第三因素,故而无需像许多学者主张的那样,将社会法或经济法作为第三法域,以免降低公私法划分的理论和实践价值。”^④

笔者以为,虽然没有哪个国家在立法中明文界定何为公法、何为私法,但实际上是存在着公法、私法的划分的。公法关系属于国家管理的事务,其主体至少有一方为代表公权力的国家机关或依法具有管理公共事务职能的组织(某些企业、事业单位和社会团体);私法关系属于公

① [德]哈贝马斯著:《公共领域的结构转型》,学林出版社1999年版,第176页。

② 上海社会科学院法学研究所编译:《法学总论》,知识出版社1982年版,第25页。

③ 董保华、郑少华:“社会法——对第三法域的探索”,载《华东政法学院学报》1999年第1期,第30页。

④ 史际春、邓峰著:《经济法总论》,法律出版社1998年版,第43—44页。

民、法人或其他组织的事务,其主体各方法律地位平等。在社会主义市场经济条件下划分公法、私法仍有必要,对构建整个市场经济法律体系具有现实意义。

上述关于社会法的属性的各种见解中共同性的一点是,肯定社会法里公法因素的地位。但也存在认识上的不同,即社会法中是否还包含某些私法因素?假如社会法既包含公法因素、又包含私法因素,两者如何组合?组合成什么样的法律形态?

以上所说社会法调整的社会关系,有些是平等主体之间的关系,有些是不平等主体之间的关系,需要根据具体情况分别或者综合运用任意性规范与强制性规范、私法规范与公法规范加以规定。笔者以为,在社会主义中国,社会法的一部分规范属于公法,如人口数量控制、特殊群体利益的国家保护、劳动监察、社会救济、污染防治等等;另一部分则是由公法、私法两种因素融合为一体的,包括计划生育法、职业教育法、劳动法、社会福利法、环境保护法等等。现代社会法的社会公共性特征,社会整体利益与个体利益的适当协调,正是公法、私法两种因素有机结合的结果和体现。社会法是公私法规范相融合、以公法因素为主导的,这与经济法的性质类似。

三、社会法具有哪些价值

(一)社会法的理念

1. 社会本位

社会本位或称社会公共性,是指站在整个社会的立场来处理社会、经济问题。在20世纪创新的法律制度中,经济法立足于国家管理和协调经济关系,借助“国家之手”,解决“市场之手”难以处理的经济问题;而社会法则立足于国家管理和协调社会事业,从人口、劳动关系和社会保障制度等角度,弥补“市场之手”的不足。英国学者曾指出:英国经济法的特征之一是“发展了公共利益这个核心的概念”。^① 社会法亦是如此。民法设计的“权利本位”在立法史上迈出了重要的一步,但它主要

^① [英]施米托夫著:《国际贸易法文选》,中国大百科全书出版社1993年版,第36页。