

齐鲁社会法学论坛（第1辑）

民生保障与社会法治

MINSHENG BAOZHANG YU SHEHUI FAZHI

■ 主 编 杨士林 钱继磊
副主编 汲 雷 李秀风



中国人民公安大学出版社

齐鲁社会法学论坛（第1辑）

民生保障与社会法治

主 编 杨士林 钱继磊

副主编 汲 雷 李秀风



中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

民生保障与社会法治/杨士林, 钱继磊主编. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2012. 9

(齐鲁社会法学论坛)

ISBN 978 - 7 - 5653 - 1018 - 8

I. ①民… II. ①杨…②钱… III. ①社会保障—研究—中国
②社会主义法制—研究—中国 IV. ①D632. 1②D920. 0

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 224486 号

民生保障与社会法治

主 编 杨士林 钱继磊

副主编 汲 雷 李秀凤

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京泰锐印刷有限责任公司

版 次: 2012 年 9 月第 1 版

印 次: 2012 年 9 月第 1 次

印 张: 15.375

开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

字 数: 414 千字

书 号: ISBN 978 - 7 - 5653 - 1018 - 8

定 价: 48.00 元

网 址: www.cppsups.com.cn www.porclub.com.cn

电子邮箱: zhs@cppsup.com zhs@cppsu.edu.cn

营销中心电话: 010 - 83903254

读者服务部电话 (门市): 010 - 83903257

警官读者俱乐部电话 (网购、邮购): 010 - 83903253

法律分社电话: 010 - 83905745

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换
版权所有 侵权必究

民生保障与社会法治 编辑委员会

编委会主任：李文喜

编委会副主任：靳祥辉 王 涛 陈延东

编委会成员：汤黎虹 李炳安 杨士林

张新华 宋 彦 刘 涛

钱继磊 黄 涛 汲 雷

李秀风

前 言

究竟什么是社会法？社会法调整何种关系？其内容和范围如何等社会法的基本范畴问题在我国当下仍然是仁智相见、颇有争议的问题，社会法的基本范畴是社会法的核心问题，它是人们对社会法的概念、组成及体系的本质反映。目前，我国社会法理论研究者之间对于何为社会法尚缺乏共识。为此，借鉴其他国家的社会法理论，开展社会法理论研究，弄清社会法的含义、性质、法律体系就显得尤为必要。

德国理论界对社会法的含义主要从形式意义和实质意义两个方面给予界定。就前者而言，所谓社会法，主要是指“由立法者明文规定为社会法，或归纳为此一法学领域的规范”。^①德国《社会法典》第1册第1条对社会法作了界定，即“社会法是为实现社会公平和社会安全而制定的包括社会救助和教育救助在内的社会给付的法律。”形式意义上的社会法主要是纳入《社会法典》的法律规范。形式意义上的社会法容易使人们明白什么是社会法。所谓社会法就是立法机关所制定的社会法典，但这一界定对于一般人而言，并不明了社会法的性质。为此，德国学者又从实质意义上界定了社会法，实质意义上的社会法是从给付的方式以及目的出发给社会法下定义。德国学者认为，社会法是能够实现社会安全任务的法律规范的总称，这些社会安全任务主要包括：“保障人民有一个符

^① 周怡君、钟秉正著：《社会政策与社会立法》，台北洪叶文化事业有限公司2006年版，第20页。

合人性尊严的生存条件；实现个人自由发展的均等机会；保护及促进家庭；实现个人就业自由以达其生活保障；降低或均衡特别生活负担等。”^① 总之，实质意义上的社会法主要是指以社会公平与社会安全为目的的法律，其作用在于通过建立与实施社会给付制度，消除现代工业社会所产生的各种不公平现象。在德国，社会法作为一个独立的法律领域，以往曾经存在不少争论，但今日已少有质疑。迄今在德国，关于社会法的概念与范畴逐渐明确，并成为学术界、司法实务界、政治与社会上共同认可的概念与术语。^② 在德国，社会法主要是指与社会安全有关的法律规范或者社会给付的法律规范。

至于社会法的性质，目前大多数德国学者将其定位为公法的范畴，并且属于特别行政法。与一般行政法上的干涉、侵害行政不同，社会法主要属于社会给付行政。在德国，社会法所调整的社会关系是人民与国家之间的权利义务关系，这种权利义务关系是宪法上人民与国家权利义务关系的展开形式，这种关系又称为社会法律关系。国家在社会法律关系之下承担的是公法上的社会给付义务，而人民享有的则是公法上的社会给付请求权。因此，从传统的法律分类角度而言，社会法实质上仍然属于公法或者说原则上属于公法的范畴。“由法律特性与属性观之，社会法主要属于公法领域。”^③ 德国学者汉斯·F. 察哈尔认为：“社会法的核心部门就是社会保险法。……社会法在原则上属于公法范畴。”^④ 并且属于公法中的行政法范畴，属于给付行政的范畴。行政法上的主要原则，如依法行

① 周怡君、钟秉正：《社会政策与社会立法》，台北洪叶文化事业出版公司 2006 年版，第 22 页。

② 郭明政著：《社会安全制度与社会法》，台北翰芦图书出版公司 1997 年版，第 125 页。

③ 谢荣堂编著：《社会法入门》，台北元照出版公司 2001 年版，第 18 页。

④ [德] 汉斯·F. 察哈尔：《德意志联邦共和国的社会法》，于李殷译，载《国外法学》1982 年第 1 期。

政原则、合理行政原则等仍然适用于社会法的领域。个人的社会给付请求权是公法上的给付请求权，社会法上的争议为公法上的争议，由社会法院解决，德国社会法院法第1条明确规定：“社会法院为特别行政法院。”

关于德国的社会法体系，可以从两个方面加以说明：一是从《社会法典》的体系方面；二是从学者所构建的理论体系方面。首先，立法体系。从德国已经编入及计划编入社会法的立法而言，其体系内容分别是：第一编总则；第二编教育促进；第三编劳动促进；第四编社会保险总则；第五编法定疾病保险；第六编失业保险；第七编意外伤害保险；第八编儿童与少年扶助；第九编康复和残疾扶助；第十编行政程序；第十一编照护保险；第十二编社会救助。^① 由于德国《社会法典》涵盖的内容繁多，且各个特别的社会法制度在历史发展上有不同的结果，为此德国学者根据《社会法典》的内容，在理论上予以抽象概括，提炼出社会法的学理体系。其次，学理体系。目前，德国几乎所有的教科书均采用汉斯·F. 察哈尔1983年对社会法的分类，以此建构德国社会法的体系。^② 德国社会法的理论体系主要由三个支柱构成，分别是社会预护、社会扶助、社会促进与补偿，这三个支柱相互连接、层层递进、相互衔接、全面覆盖，构成了一个完整的社会安全保障体系。上述三个支柱属于社会实体法，加上权利救济等社会程序法，使得德国的社会法成为一个体系严密的逻辑体系。总之，德国的社会法制度建设日趋完备，社会法的概念、体系、性质也趋向成熟和定型，并形成理论建构与制度建设的良性互动，进而成为其他国家和地区社会法制度建设与理论建构的借鉴。

作为大陆法系国家滥觞的德国法自近代以来就对我国有很深的

① 钟秉正：《社会保险法论》，台北三民书局2005年版，第117页。

② 郭明政著：《社会安全制度与社会法》，台北翰芦图书出版公司1997年版，第130页。

影响，德国的民法、公法对台湾地区的立法及理论构建具有很深的影响，表现在社会法上，通过其理论的构建及其立法均可以明显看到德国法的印记。在我国台湾地区，社会法作为一个新兴的法学领域，台湾地区学者对其的认识也经历了一个逐步深化的过程。对于社会法的含义，台湾地区以往也存在广义、中义、狭义之说。广义的社会法是指国家为解决各种社会问题而制定的法律，包括劳动法、社会保障法、经济法、环境法、自然资源法、人口与计划生育法、科学技术法、教育法、文化法、卫生法、住宅法、公共事业法、农业法等。中义上的社会法则仅指劳动法和社会保障法，其中社会保障法不但涉及个人，也同时关系整体利益，社会法即是关于该制度的法律规范体系。狭义上的社会法则仅限于劳工福利、社会福利、社会保障或社会安全制度的相关法律规范。随着理论研究的深入，台湾地区学者对社会法的认识日趋深入，其后狭义上的社会法逐渐被学界所接受。^①例如，20世纪90年代台湾地区“国科会”之“学门规划资料—法律学”部分由王泽鉴先生主笔，王泽鉴先生将社会法定位于社会安全法，并明确区分劳动法与社会法。依据其界定，“社会法系以社会安全法为主轴所展开的，大凡社会保险法、社会救助法、社会福利法（儿童、老人、残障福利）、职业训练法、就业服务法、农民健康保险法等均属于社会法研究的范围。”^②1994年由法治斌主持的“法律学科人力资源现状调查与分析研究”课题将社会法与劳动法做分开处理，其中由郭明政撰写的社会法部分，继续沿用王泽鉴先生的见解，将社会法定位为社会安全法，并借鉴德国社会法理论体系，探讨构建台湾地区社会法的

① 谢荣堂：《社会法治国基础问题与权利救济》，台北元照出版公司2008年版，第309页。

② 郭明政：《社会法之概念、范畴与体系——以德国法制为例之比较观察》，载《政大法学评论》1997年总第58期。

概念、范畴与体系。^①可见，台湾地区学者对社会法内涵的界定与把握经历了“去粗取精、去伪存真”的过程，并最终形成共识。

鉴于社会法作为一个新兴的法学领域，一如大陆地区，台湾地区学者对其开展的研究远不及民法、刑法和商法，但近年来，社会法的研究在台湾地区属于快速发展的时期。虽然对社会法的含义及其范畴并未达成一致，但大体上而言，台湾地区学者基本形成了某种共识，即认为社会法从其法律特性而言，主要属于公法领域，尤其属于公法上的给付行政。如同一般行政法，社会法所规范的是人民与国家之间的权利义务关系，国家在社会法关系下所承担的角色为公法上社会给付的提供者、义务人及资源分配者，而人民则享有请求国家社会给付的权利。基于此种认识，社会给付义务机关相互之间的关系，如社会保险人与各自治团体之间的法律关系、“中央”及地方政府之间的关系等，均属于公法上的法律关系。由此，社会法在属性上属于特别行政法，在功能上以给付行政为主，至于一般行政中占有重要地位的干预行政，在社会法律关系中则仅居于次要地位。例如，依据“全民健康保险法”的有关规定对被保险人征缴保险费、滞纳金及其罚款，其性质属于干预行政的内容。虽然在保险费的征收征缴方面属于干预行政，但社会法的核心内涵却是给付行政。总之，社会法在法律属性上属于公法的范畴，属于公法中的特别行政法，并以给付行政为主。

至于台湾地区社会法的体系，由于台湾地区的法学和法律深受德国法制影响，并且社会法一词的用语也取自德国，因此其概念、范畴及体系基本上借鉴、参考了德国的理论及制度，并以此来界定社会法的概念、范畴及体系。以台湾地区的法学著作为例，其对社会法体系的构建，基本上是以德国的社会法体系为范本进行架构的。例如，周怡君、钟秉正合著的《社会政策与社会立法》一书

^① 郭明政：《社会法之概念、范畴与体系——以德国法制为例之比较观察》，载《政大法学评论》1997年总第58期。

即借鉴德国的分类模式，将台湾地区的社会法体系分为“社会预防”、“社会扶助”、“社会促进与补偿”三个支柱，构成其社会实体法，外加社会程序及权利救济法，由四项相互联系的内容构成。^① 谢荣堂编著的《社会法入门》和《社会法法规汇编》也以德国的社会法体系为依据，分析和架构台湾地区的社会法体系，并认为狭义上的社会安全体系就是一般所称的社会福利制度，其以社会保险制度、社会补偿与福利服务、社会救济制度为三大支柱，上述三大支柱属于社会法实体法，外加社会行政程序及权利救济制度，进而构成一个逻辑自洽的社会法体系。由此可见，台湾地区的社会法理论体系，虽然学者之间对社会法具体制度的称谓不同，但对社会法内容、体系的认识则是相同的，即社会法主要由社会预防（社会保险）、社会扶助、社会促进与补偿构成。

反观我国大陆地区，不仅社会法的观念远不及刑法、民法普及，公众对何为社会法不甚了解，甚至是一些从事这一领域研究的专业人员对于何为社会法也是一派茫然。更为不安的则是社会法理论研究者之间对于何为社会法尚缺乏基本的共识，更遑论构建逻辑严密、体系完整的社会法体系用来指导丰富多彩的立法实践了。总之，在我国大陆，社会法的概念、性质、体系、社会法不同内容之间的关系以及社会法的基本制度等基本范畴问题，在短时间内恐怕难以取得一致，社会法的理论研究可谓任重而道远。

这部《民生保障与社会法治》是我们对社会法基本理论及其有机组成部分等社会基本范畴的初步探讨，它是在山东省社会法学年会论文的基础上修改编辑而成。《民生保障与社会法治》共分为四个部分：一是社会法理论基础；二是社会保险；三是社会救助与社会福利；四是劳动合同与社会管理相关问题。这四个部分集中围绕社会法的性质与定位、社会法的内容等几个专题展开讨论。本书

① 周怡君、钟秉正著：《社会政策与社会立法》，台北洪叶文化事业出版公司2006年版，第31页。

吸收了近年来我国社会法研究的新成果，也汇集了本书作者个人的一些新思考，提出和阐释了一些新观点，对社会法理论进行了有益的探索。编辑出版该书算是我们研究社会法的一个初步成果，本书由主编分类、修改，济南大学法学院的汲雷、李秀凤两位老师协助主编做了大量编辑工作。中国人民公安大学出版社的编辑精心校对、编辑，付出了大量时间和精力。限于篇幅，在编辑过程中，对不符合主题的部分论文进行了删除。在此，对所有参与论坛的学者及论文作者致以诚挚的感谢，同时也感谢滨州医学院党委副书记、山东省法学会社会法学研究会会长李文喜，医学人文学院书记靳祥辉，院长王涛对论坛的鼎力赞助和大力支持，论坛之所以能够成功举办，得益于他们付出的心血。尽管本书经过我们多次修改和补充，但限于我们学识和学力，肯定仍存在错误、缺点，恳请同行专家和广大读者批评指正。

杨士林

目 录

社会法理论基础

对社会法理论基础的再认识	汤黎虹 (3)
社会法基本理论研究的误区解析	李炳安 (17)
试论社会法内涵及与其他相关学科的关系	杨士林 (24)
社会法理论基础及制度体系初探	徐丽红 (39)
试论西方国家社会法的产生及发展	邹艳晖 (50)
中国社会保障的社会排斥问题分析 ——以新生代农民工社会保障为例	赵德铸 (58)
论和谐社会建设中民生与法治的良性互动	王 涛 (67)
弱势群体的法律保护问题研究	韩 宁 (78)
农民工的权利诉求及社会政策回应	张世青 (86)

社会保险

海峡两岸失业保险立法比较研究	岳宗福 (105)
我国养老保险法律制度探讨	孙洁丽 (125)
论农村社会保险中的国家责任	王爱君 (133)
济南市城镇居民基本医疗保险试点存在的 问题与对策	刘 雪 (143)
社会保险法第 42 条解读 ——兼论工伤赔偿与民事侵权赔偿的竞合	左银刚 (151)

两个典型案例引发对职业病诊断鉴定程序的 重新审视	杨自根 (162)
-----------------------------------	-----------

社会救助与社会福利

清代山东的灾荒和社会救助研究	程 方 (171)
农村最低生活保障制度的建立及其实施研究 ——以济南市为例	崔恒展 (191)
农村孤儿社会救助的现状与对策 ——兼议适度普惠型儿童福利	丁苏红 (199)
农村残疾人就业援助体系建设存在的问题及对策 探析	王 倩 (206)
老年人权益保障法的立法定位、基本原则和制度 体系	肖金明 (214)
中日韩三国老年福利政策之比较研究	林宗浩 (233)
基于 logistic 回归模型的农村空巢老人生活满意度影响 因素分析	李宗华 张 风 (254)
山东省农村妇女土地权益调查分析	张雅维 王金玉 (262)
浅析社会保障房租值耗散的法律规制	张 鲲 张 雯 (275)
关于社会保障房的若干思考	张 雯 张 鲲 (288)
论我国刑满释放人员的社会保障	马全才 (299)
新中国慈善立法的历史回顾、现状评估与未来展望	杨道波 (314)
论医疗慈善基金的设立对我国社会保障制度的弥合	付东年 (339)

劳动合同与社会管理相关问题

日本劳务派遣法的发展及其启示	李长勇 (351)
劳动合同法背景下之劳务派遣：问题与反思	汲 雷 (362)
我国集体谈判制度存在的问题及完善	谭秋霞 (372)

我国工会法的历史发展、问题及对策	李永军 (382)
职工代表大会制度现存问题和对策	张朝霞 (399)
和谐社会视角下罢工权的立法实现	黄涛 (423)
“过劳死”相关问题的法律探析	宋敏 (433)
我国突发事件中的志愿者法律关系研究	张 琴 (443)
我国社会管理体制的现状与问题	王亚南 张伟丽 (454)
从社会抚养费制度看计划生育国策的宪法走向	李 飒 (465)

社会法理论基础

对社会法理论基础的再认识

汤黎虹*

社会法理论基础的傳統理論主要有保護弱者論、社會安全論、社會福利論和第三法域論，雖然具有一定的合理性，但缺乏現實的可靠性。筆者前几年大膽提出了社會問題論，但近三年發現社會問題論是基於社會主體協同解決社會問題的義務而立意的，沒有涉及社會權利和社會義務關係的研究，於是積極探討並提出“扶權論”，即幫扶主體有義務幫扶被幫扶主體實現被幫扶權利的理論；這一理論決定於社會法的價值取向——解決社會問題和構建和諧社會，與行政法的“控權論”、民商法的“保權論”、經濟法的“限權論”形成鮮明的界分。

一、社會法理論基礎的傳統理論及評價

早在 20 世紀前後，有些國家（包括中國）的社會法學者就提出了社會法的理論基礎，概括起來主要有如下四個方面：（1）保護弱者論，即從規範社會的階級均衡關係或者從保護特定主體或者保護勞動者階級意義上去理解社會法；（2）社會安全論，即將社會法等同於社會安全法或者上升至整個“社會安全網”的高度來理解；（3）社會福利論，即從社會福利的意義上理解社會法；（4）第三法域論，即認為社會法是公法與私法之外或者是公私法融合的又一法域。

* 湯黎虹，福州大學法學院教授，中國商業法研究會社會法制專業委員會主任委員，福建省法學會社會法研究會會長。