



经济法文库

Economic Law Library

社会保障的法学观

Legal Perspective on Social Security

◎ 董保华等 著

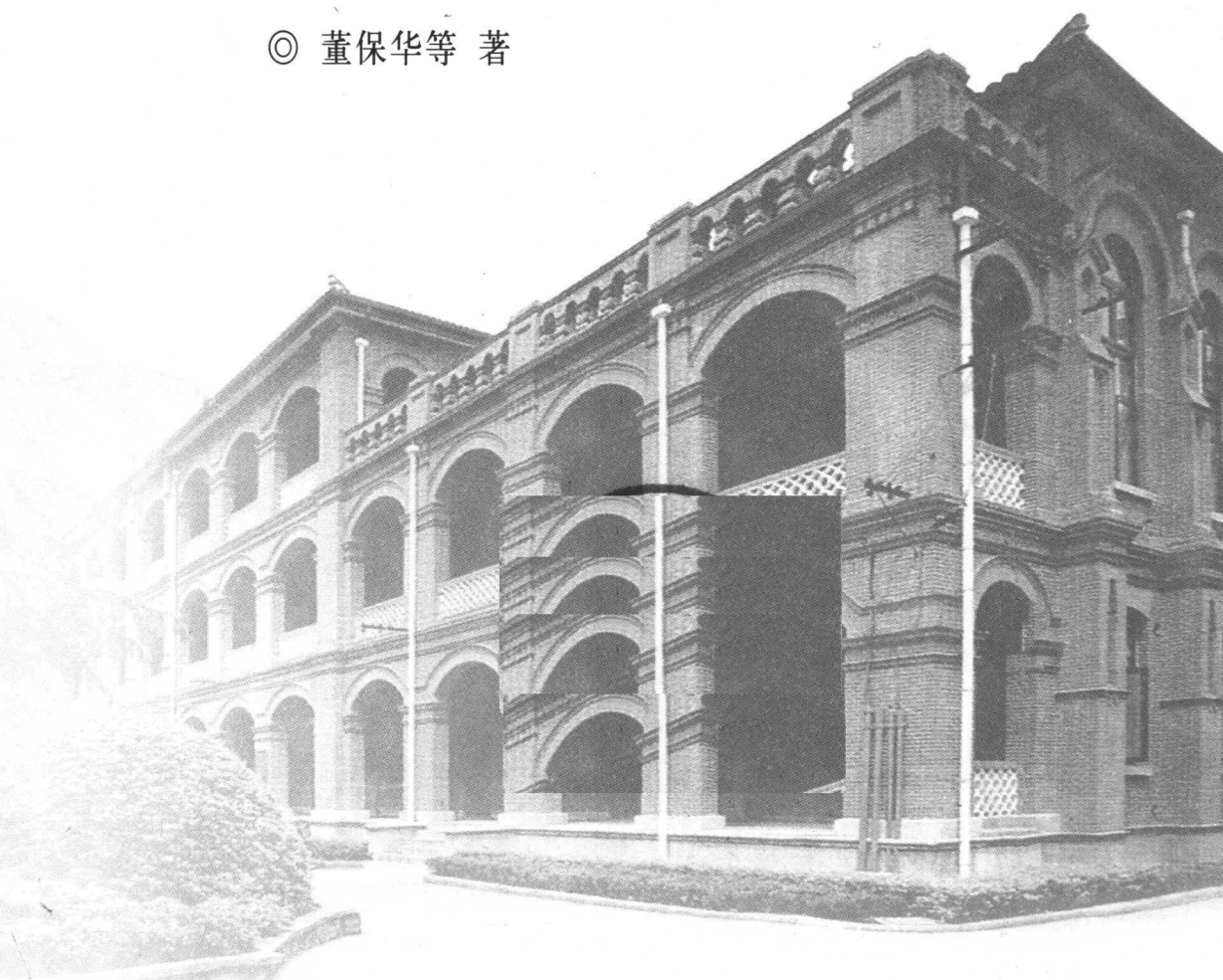


北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

社会保障的法学观

Legal Perspective on Social Security

◎ 董保华等 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

社会保障的法学观/董保华等著. —北京:北京大学出版社, 2005. 10
(经济法文库)

ISBN 7-301-09765-4

I. 社… II. 董… III. 社会保障—行政法—研究—中国 IV. D922.182.34

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 114954 号

书 名: 社会保障的法学观

著作责任者: 董保华等 著

责任编辑: 丁传斌 齐素平 王业龙

标准书号: ISBN 7-301-09765-4/D·1305

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

电子信箱: pl@pup.pku.edu.cn

排 版 者: 北京高新特打字服务社 82350640

印 刷 者: 三河新世纪印务有限公司

经 销 者: 新华书店

730 毫米×980 毫米 16 开本 22.75 印张 446 千字

2005 年 10 月第 1 版 2006 年 10 月第 2 次印刷

定 价: 36.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,翻版必究

《经济法文库》总序

我国改革开放二十余年来的经济法制状况,可以用“突飞猛进”这几个字来形容。仅从经济立法来看,在完善宏观调控方面,制定了预算法、中国人民银行法、所得税法、价格法等法律,这些法律巩固了国家在财政、金融等方面的改革成果,为进一步转变政府管理经济的职能,保证国民经济健康运行提供了一定的法律依据。在确立市场规则、维护市场秩序方面,制定了反不正当竞争法、消费者权益保护法、城市房地产管理法等法律,这些法律体现了市场经济公平、公正、公开、效率的原则,有利于促进全国统一、开放的市场体系的形成。

然而应该看到,建立与社会主义市场经济相适应的法制体系还是一个全新的课题。我们还有许多东西不熟悉,不清楚,观念也跟不上。尤其是面对未来逐步建立起的完善的市场经济,我们的法制工作有不少方面明显滞后,执法、司法都还存在着许多亟待解决的问题。

二十余年的经济法研究呈现出百家争鸣、百花齐放的良好局面,各种学术观点和派别不断涌现。但总体来说,经济法基本理论的研究还相当薄弱,部门法的研究更是分散而不成系统。实践需要我们回答和解释众多的疑难困惑,需要我们投入精力进行艰苦的研究和知识理论的创新。

在政府不断介入经济生活的情况下,我们必须思考一些非常严肃的问题:政府介入的法理依据究竟是什么?介入的深度与广度有没有边界?政府要不要以及是否有能力“主导市场”?我们应如何运用法律制度驾驭市场经济?

在国有企业深化改革过程中,我们不能不认真研究这样一些问题:国有的资本究竟应当由谁具体掌握和操作?投资者是否应与监管者实行分离?国有企业应当覆盖哪些领域和行业,应通过怎样的途径实现合并和集中?如何使国有企业既能发挥应有的作用,又不影响市场的竞争机制?

加入 WTO 以后,我国经济、政治、社会生活的方方面面都会发生重大影响。我们必须研究:市场经济法制建设将面临什么样的挑战和机遇?在经济全球化的背景下,我们的经济法制将如何在国际竞争中发挥作用?国外的投资者和贸易伙伴进入我国,我们会提供一个什么样的法律环境?我们又如何采取对策维护国家的经济安全和利益?

面对环境日益恶化和资源紧缺的生存条件,循环经济法制建设任务繁重。如何通过立法确定公众的权利义务,引导和促进公众介入和参与循环经济建设?怎样增强主动性和控制能力,以实现经济发展与环境资源保护双赢,实现利益总

量增加?如何发挥法律的鼓励、引导、教育等功能,通过受益者补偿机制,平衡个体与社会之间的利益?

在市场规制与监管方面,如何掌握法律规制监管的空间范围、适当时机和适合的力度?在法律上,我们究竟有什么样的有效规制和监管的方式、方法及手段?对各类不同的要素市场,实行法律规制与监管有什么异同?

.....

我们的经济法理论研究应当与经济生活紧密结合,不回避现实经济改革与发展中提出的迫切需要解决的问题,在观念、理论和制度等方面大胆创新。这是每一个从事经济法科学研究者与实际工作者应尽的义务和光荣职责。我们编辑出版《经济法文库》,就是要为经济法研究者和工作者提供交流平台。

《经济法文库》的首批著作汇集的是上海市经济法重点学科和上海市教委经济法重点学科的项目成果,随后我们将拓展选择编辑出版国内外众多经济法学者的优秀研究成果。我们坚信,这些优秀成果一定会引起社会各方面的广泛关注,一定会对我国的经济法制建设起到推动和促进作用。

期望《经济法文库》在繁花似锦的法学苑中成为一株奇葩。

华东政法学院 顾功耘

2005 年国庆节

CONTENTS 目 录

导论 社会保障法概述	1
一、社会保障法的涵义	1
二、社会保障法与社会法的界定	5
三、社会保障法与劳动法的界定	8
第一章 社会保障法的历史观	18
一、西方社会保障法的历史沿革	18
二、我国社会保障法的历史沿革	23
三、我国社会保障制度中存在的问题	26
四、西方社会保障制度演变对我国的启示	30
第二章 社会保障法的本位观	36
一、社会保障法以“社会”为本位	36
二、社会本位与个人本位的界定	41
三、社会本位与国家本位的界定	50
第三章 社会保障法的利益观	57
一、社会利益概述	57
二、社会保障法的受益主体	63
三、西方的社会利益保障体制	71
四、我国的社会利益保障体制	74
第四章 社会保障法的国家观	78
一、社会保障中的政府责任概述	78
二、各国社会保障体制中政府责任的演变	80
三、我国社会保障制度中政府面临的责任困境	85
四、我国社会保障制度政府责任体系的重建	90

CONTENTS 目 录

第五章 社会保障法的社团观	97
一、社会团体与团体社会	97
二、各国的非政府组织与福利服务	105
三、我国的社会保障非政府组织的现状与不足	120
四、重构我国社会保障非政府组织的思考	127
第六章 社会保障法的权利观	136
一、社会保障权	136
二、劳 动 权	147
三、物质帮助权	153
第七章 社会保障法的契约观	157
一、社会保障与社会契约理论	157
二、社会保障中契约的特征分析	162
三、我国现行隐性契约关系的弊端	168
四、隐性契约显性化的实现方式	174
第八章 社会保障的融资观	178
一、社会保障筹资方式的争鸣	178
二、社会保险费——一种特殊的费	186
三、社会保障税——一种特殊的税	190
四、关于我国社会保障费改税的思考	193
第九章 社会保障法的信托观	199
一、养老基金采用信托制度的必要性	199
二、信托制度与委托制度的区别	207
三、社会统筹与公益信托	209
四、个人账户与自益信托	215

CONTENTS 目 录

第十章 社会保障法的运营观	218
一、养老基金进入资本市场的必要性与可行性分析	218
二、养老基金资本化运作模式的国际考察	223
三、养老基金资本运作中的主体及其权责	230
四、养老基金资本化运作的法律监管	240
第十一章 社会保障法的协调观	249
一、我国社会保障制度地区差异分析	249
二、解决社会保障制度地区差异的国际经验	260
三、我国社会保障制度地区差异的协调机制	275
第十二章 社会保障法的执法观	284
一、社会保障争议的处理现状及理论重建	284
二、社会保障中的社会利益诉讼	290
三、社会保障争议的处理机构	296
第十三章 社会保障法的责任观(一)	307
一、社会保障法法律责任概述	307
二、社会保障法的归责原则	318
三、社会保障法的责任主体	321
四、社会保障法的责任形式	325
第十四章 社会保障法的责任观(二)	328
一、“工伤责任竞合”问题的提出	328
二、“工伤责任竞合”立法模式的争鸣	334
三、我国“工伤责任竞合”制度的探索	344
后记	356

导论 社会保障法概述

一、社会保障法的涵义

社会保障(Social Security)首次公开使用是在 1935 年美国的《社会保障法案》(Social Security Act)中。各国对社会保障的理解不尽相同。

英国学者贝弗里奇将社会保障视为一种公共福利计划,认为它是对社会成员中生活困难者的经济保障制度。社会保障是一种以国家为主体的公共福利计划与制度,指公民因特定原因收入中断或者减少或者具有某种需要时,国家给予公民本人及其家庭经济保障,并通过社会服务和社会救助提高全体公民的福利的制度。在英国,社会保障成为一种国民收入再分配的手段。英国的社会保障制度不仅规模大而且结构庞杂,其社会福利之完善是世界各国公认的。2000 年以后,英国的社会保障支出逐步走向千亿英镑,成为名副其实的福利大国。

德国学者艾哈德等则强调社会公平观念,认为社会保障是为市场竞争中的不幸失败者或失去竞争能力者提供基本生活保障。社会保障即是社会公正与社会安全,是为因生病、残疾、老年等原因而丧失劳动能力或者遭意外而不能参与市场竞争者及其家人提供基本生活保障,目的在于通过保障使他们重新获得参与竞争的机会。德国是最早举办社会保险并为公民提供较全面保障的国家。^①

在北欧国家,社会保障则常常被强调为国家给予居民的必要补偿和救济,适用于居民疾病、养育子女、工伤、失业、残疾、老年、社会医疗和死亡等情形。在日本社会保障被认为是对因疾病、伤残、失业、死亡、生育、多子女及其他原因生活陷入困境者,通过保险的途径和国家援助办法保障其最低限度的生活,同时致力于提高公共卫生与社会福利,使全体国民能过上真正有文化的生活。^②

对于美国社会保障内涵的界定,各国学者研究较多,说法不尽一致,一般说来有五种看法:社会保障即社会安全保障;社会保障即社会保险;社会保障即社会救济;社会保障即社会福利;社会保障即社会服务。《美国统计摘要》在 1961 年把美国社会福利保障制度的主要内容分为七类:(1) 社会保险;(2) 公共援助;(3) 健康医疗项目;(4) 其他福利服务项目;(5) 退伍军人项目;(6) 教育;

① 参见〔德〕路德维希·艾哈德:《大众的福利》,丁安新译,武汉大学出版社 1995 年版,第 181 页。

② 参见蒋月:《社会保障法概论》,法律出版社 1999 年版,第 5—11 页。

(7) 住房。美国专家则将其分为四类:第一类是从收入方面提供的保障;第二类是从开支方面提供的保障;第三类是从智力开发方面提供的保障;第四类是由于遭受损失而提供的保障。^①

各个国家对社会保障的理解的视角不同,有的侧重于对国民收入的重新分配,有的侧重于公共福利,有的把社会保障作为一种对受损的社会成员的经济补偿或是一种津贴。国际劳工局社会保障司编著的《社会保障导论(Introduction to Social Security)》(日内瓦,1989)一书对社会保障作了概括:“这一词汇在一些国家的解释比在另一些国家的含义要广。不过,它基本上可以解释为社会通过一系列的公共措施向其成员提供的用以抵御因疾病、生育、工伤、失业、伤残、年老和死亡而丧失收入或收入锐减引起的经济和社会灾难的保护、医疗保险的提供以及有子女家庭补贴的提供。”

我国学者对社会保障的理解也不一致。有些学者将我国理论界对社会保障现有定义进行了归纳,并将这些定义分为三类:一是认为社会保障是一种经济分配形式,是对国民收入的分配与再分配;二是认为社会保障是一类社会福利制度;三是认为社会保障是国家履行管理义务的一种社会责任。^②

我国台湾地区学者对社会保障的代表性定义主要有:

岑士麟认为,社会保障制度,顾名思义是一种旨在确保社会性安全的国家政治制度,亦即国家为推行福国利民的社会政策,立法制定制度,谋求国民生活普遍获得安全保障,免于生活资源之匮乏而濒临于危险。为期达到这一目标,社会安全遂着眼于保障国民的最低生活,且主要目的只以确保最低经济生活为限。

陈国均认为,社会保障是社会政策主要的一环,其范围甚广,可包括社会保险与公共救助等。从社会政策范围来看,包括四种基本政策,即社会政策、民族保育政策、农民政策以及劳工政策等。

谢征孚认为,社会安全政策,乃是运用社会保险、公共救助、儿童保育、家庭津贴、公共医疗、卫生保健、国民就业及廉价住宅等措施,以提高国民经济生活,保障生活最低标准,使国民所得再分配获得适当调整,促进经济繁荣,而维持国家长治久安,以达到人民安居乐业,国家富强康乐的理想境地。^③

从台湾学者的观点可以看出,社会保障是社会政策之一,是运用国家或社会力量,以保证人民生活安定的制度,内容包括社会保险、社会救助、国民就业辅导、国民职业训练、社会福利服务、公共卫生和医疗保险等。^④

① 参见黄安年:《当代美国的社会保障政策》,中国社会科学出版社1998年版,第1—2页。

② 参见王尚银:《对社会保障定义的商榷——兼论社会保障制度的风险覆盖范围》,载《贵州大学学报社科版》1999年第6期。

③ 参见江演亮:《社会安全制度》,台北五南图书出版公司1986年版,第5—6页。

④ 参见林嘉:《社会保障法的理念、实践与创新》,中国人民大学出版社2002年版,第7页。

大陆地区学者对社会保障的定义有如下观点:

观点一认为社会保障是以社会的力量,保证全体社会成员至少都能达到最低生活水平而形成的分配关系。其确切的内涵可以表述为:社会保障是在社会成员暂时或永久丧失工作能力、失去工作机会或收入不能维持必要生活水平时,由政府负责提供的生活保证。^①

观点二认为社会保障是社会(国家)通过立法,采取强制手段,对国民收入进行分配和再分配形成社会消费基金,对基本生活发生困难的社会成员给予物质上的帮助,以保证社会安定的一种有组织的措施、制度和事业的总称。^②

观点三认为社会保障是指国家立法强制规定的,由国家和社会出面举办,对公民在年老、疾病、伤残、失业、生育、死亡、遭遇灾害、面临生活困难时给予物质帮助,旨在保障公民个人和家庭基本生活需要并提高生活水平,实现社会公平和社会进步的制度。^③

观点四认为社会保障是指社会成员因年老、疾病、伤残、失业、生育、死亡、灾害等原因而丧失劳动能力或生活遇到障碍时,有从国家、社会获得基本生活需求的保障。它大体包括劳动保险制度即社会保险制度、社会福利制度、社会救助、优待和抚恤制度。^④

我国学者史探径在总结了二三十个社会保障的定义后,对社会保障做了如下概括:

有些人从社会安全机制着眼,认为社会保障是保障公民社会安全的项目的总和;社会保障就是社会安全网;社会保障是实现社会安定,并让每个劳动者乃至公民都有社会安全感的社会机制;社会保障是保障社会成员基本生活的社会安全措施的总称等等。

有些学者从经济分配关系着眼,认为社会保障是为确保某些困难社会成员的基本生活而产生的分配关系的体系;社会保障是实现上述目的,通过国民收分配与再分配而形成的一种分配关系;社会保障的方式自成体系的国民收入的分配与再分配;我国社会保障多为一种分配形式,是对按劳分配的必要补充。

有些学者强调社会保险的功能,认为社会保障是对大多数老人、遗属、残废者的保险,是一套完整的保险体系。

还有些人强调社会保障的特点,认为社会保障是对全体公民的基本生活权利给予适当保障的制度;社会保障是对公民应享有的物质帮助权利的保障。^⑤

① 参见徐放鸣、路和平、朱青:《社会保障初论》,中国财经出版社1990年版,第1页。

② 参见郭崇德主编:《社会保障学概论》,北京大学出版社1992年版,第12页。

③ 参见葛寿昌主编:《社会保障经济学》,复旦大学出版社1990年版,第2页。

④ 参见林嘉:《社会保障法的理念、实践与创新》,中国人民大学出版社2002年版,第8—9页。

⑤ 参见史探径主编:《社会保障法研究》,法律出版社2000年版,第30页。

我们认为,社会保障是指社会成员因年老、疾病、伤残、失业、生育、死亡、灾害等原因而丧失劳动能力或生活遇到障碍时,有从国家、社会获得基本生活需求的保障。这种观点可以成为我们论述社会保障权的基础。该定义涵盖了以下内容:(1) 社会保障具有强制性,由国家立法强制规定和实施;(2) 社会保障是国家和社会的责任;(3) 社会保障是对公民在年老、疾病、伤残、失业、生育、死亡、遭遇灾害、面临生活困难时给予的帮助;(4) 保障水平主要是满足公民的基本生活需要,但在某些项目上也具有提高公民生活水平的功能;(5) 社会保障的价值在于实现社会公平和社会正义。

在我国,社会保障大体包括社会保险制度,社会福利制度,社会救助、优待和抚恤制度。概括起来是三方面的内容,即社会救济、社会保险、社会福利。这三方面构成三个层次:社会救济是社会保障的最低层次,社会保险是社会保障的中间层次,社会福利是社会保障的最高层次。正因为这种层次性,才得以织成一张大的“安全网”使得到这种保障的人安居乐业,无后顾之忧。

为保障社会成员因年老、疾病、伤残、失业、生育、死亡、灾害等原因而丧失劳动能力或生活遇到障碍时,从国家、社会获得基本生活需求的权利,国家以各种方式建立社会保障制度。社会保障法也是重要的手段之一。社会保障法是调整以国家和社会为主体,为保证有困难的劳动者和其他社会成员以及特殊社会群体成员的基本生活,并逐步提高其生活质量而发生的社会关系的法律规范的总和。^①

值得一提的是,我国将长期使用的“劳动保险”的称谓变更为“社会保险”多少可以看出我国社会保障体制的变化。在国外,“劳动保险”与“社会保险”的称谓并无明显的差异,只是命名着眼点不同。我国目前使用“社会保险”的称谓,是要区别于传统的劳动保险。我国传统的劳动保险过分强调了职工身份,成为“企业保险”,即由企业承担职工养老、工伤、医疗、生育保险的所有费用和事务管理责任。各项保险主要在用人单位内部进行,资金的来源渠道单一,缺乏调剂功能,劳动保险的互济性、社会性很差。这套制度基本上是和我国长期高度集中统一的经济管理体制相适应的。在企业不负盈亏,劳动者的职工身份长期保持不变直至生命结束的情况下(职工退休后我们也称其为退休职工),这套保险制度还是起了巨大保障作用的。随着市场经济的发展,企业有了相对独立的经济利益,“企业办保险”的状况就难以维持下去了。在劳动力不断流动的情况下,职工与非职工的身份经常转换,不能只有用人单位内部的保险,没有用人单位外部的保险。我们要改革现行的劳动保险制度,增加其调剂功能,即加强互济性;提高社会化程度,即加强社会性,从而建立起社会保险制度。传统劳动法学受当时

^① 参见史探径主编:《社会保障法研究》,法律出版社2000年版,第31页。

保险体制的限制,往往将我国的社会保险作为企业保险来介绍。从整体上说这种做法已经过时。

二、社会保障法与社会法的界定

(一) 各国对于社会法的理解

对于社会法(Social Law),学术界众说纷纭。学者从不同的视角进行讨论,得出完全不同的结论。以下是一些常见的视角:

第一,相对于公法和私法而言,社会法也称“第三法域”或“广义社会法”,是以维护社会利益为宗旨的一种新的法律体系。

第二,相对于“个人法”而言,社会法指的是一种法学思潮,是以社会利益为本位的,从强调保护社会利益这一基点出发确立约束私人利益的社会统制关系的法律规范。按照这种观点,法律的本质是约束人们行为的社会规范。从这个意义上讲,以个人为本位的,从强调保护个人私利这一基本立场出发确定权利义务内容的法律规范,称为“个人法”。而与“个人法”相对应的,就是社会法。

第三,相对于“国家法”而言,社会法是由社会团体或者一部分社会群体制定的或者在某个群体或团体内部,因长期的历史习惯而形成的仅适用其内部的一种行为规范,如不成文的习惯、民约、团体章程等。这是从法社会学的角度来考察和认识法律渊源时所使用的概念,即区别不同的立法过程而使用的概念。而所谓的“国家法”是指由国家和地方立法机关制定的法律规范。

第四,相对于“自然法”而言,社会法调整人在社会中与他人结成社会关系时的行为的法律规范,与之对应的自然法,调整的是人与自然的关系。这是从法调整的对象角度,根据所立之法是体现人与自然的关系还是体现在一定生产力发展水平上人与人、人与社会的关系而对法所作的一种分类。

第五,相对于“制定法”而言,社会法是制定法作用于社会后的一种状态。法作为人类社会化过程中的一种自然选择,它一般具有三种成分:法的理想成分、事实成分和形式成分,也即自然法、制定法和社会法。从自然法到制定法再到社会法是法的应然到实然,再到法律的应然和实然的具体表现,它表明的是一个层层递进的过程。对法的各个成分都进行研究,有利于全面地了解法。

我们将社会法作为一种法律体系和法学思潮来加以理解。作为一种法律体系,社会法究竟应当包含哪些内容,各国也有不同的理解。从各国学者对社会法的研究和理解看,社会法有广义和狭义之分。广义的社会法是为了解决社会性问题而制定的各种有关社会法规的总称。它是根据国家既定的社会政策,通过立法的方式制定法律,以保护某些特别需要扶助人群的经济生活安全或是用以

普遍促进社会大众的福利。将所有有关社会法规集合在一起,便被广泛地称为社会法或社会立法。^①而狭义的社会法,通常专指社会保障法。从狭到广,大体上有三种观点。

第一种观点:社会法主要是社会保障法

德国是较早提出社会法概念并制定了《社会法典》的国家。第一次世界大战后,随着社会民主主义思想的兴起,德国实行了工业社会化政策,即实行由国家或中间团体干预的政策,以管理和纠正自由放任所带来的各种弊端,并开始了社会法的研究。

对于什么是社会法,在德国同样存在着分歧。有人称社会法是调整对收入(如工资)、个人待遇不足或其他特殊负担及损失进行平衡的社会支出以及与之相关的预防和改正措施的法律部门。它还应包括对“社会弱者”提供机会(如培训促进、住房补贴及职业介绍)的有关法律以及有关社会救济的基本保障法律。还有学者参照《联合国宪章》第22条的规定来定义社会法,该条款规定:“每个人作为社会成员有权享受社会保障,有权享受必要的经济、社会及文化权利以符合其人格尊严和促进其个性发展。”因此,这些学者将社会法理解为消除社会不公平和不平等待遇的法律。由于前者对社会法的描述不够精确且过于武断,后者对社会法的定义又过于宽泛,结果使《租房法》也都成为了社会法的内容,因此这两个定义在德国都未被普遍接受。

更多的学者从《社会法典》的规定来定义社会法,该法典第1条第1款规定,社会法典为实现社会公正和社会保障,应有效调整社会福利支出(包括社会救济和教育性救助)。它应协助:保证符合人之尊严的生活;为性格之自由发展创造平等的前提条件;保护家庭并促进和谐;保证自由选择就业方式以谋取生活费用;消除或协调生活特殊负担。法律意义上的社会福利支出是指国家以及依公法而组织的保险集体(如医疗保险、养老保险、工伤保险和失业保险组织)的支出。从社会福利支出的意义上理解社会法,则社会法包括社会保险、社会补偿、社会促进和社会救济。德国学者察哈尔认为,社会法是一种社会保障,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。其他调整公民之间相互关系的规定,如《劳动法》和《租房保护法》,尽管它们的宗旨也是为了保护社会弱者,但不应该包括在社会法中。因此,德国的社会法通常就是指社会保障法,两个概念是可以通用的。

第二种观点:社会法主要是社会保障法与劳动法

在法国和日本,社会法通常包括劳动法和社会保障法。法国一般认为社会法包括劳动法和社会保障法。在日本,社会法的研究和发展有一个演变的过程。

^① 参见陈国钧:《社会政策与社会立法》,台北三民书局1984年版,第112页。

对于社会法究竟是一种法律观念,还是根据这种观念制定的法律,都曾经引起过争论。最初,在学者的心目中,社会法一词意味着修正以个人的绝对所有权和契约自由等为基本原则的近代资本主义法的新的法学理论。根据这个修正理论而制定的法律,不属于私法、公法等任何一个旧的法律部门,而成了新的第三个法律领域。劳动法是其中的典型并得到了发展。随着日本进入战时体制,社会化思想迅速衰退。第二次世界大战后,社会法在日本重新得到发展,现在,社会法一词通常被学者肯定为对劳动法和社会保障法的总称,或者指社会保险及有关社会事业的法。^①

第三种观点:社会法作一种较为广泛的理解

在英美国家,社会法通常作较为广义的理解。在英国,社会立法被解释为对具有普遍社会意义的立法的统称,例如涉及教育、居住、租金的控制,健康福利设施,抚恤金以及其他社会保障方面的立法。工厂法属于社会立法。^②

美国学者海伦·克拉克在其所著的《社会法》(Social Legislation)一书中对社会法所作的定义为许多学者引用,他指出:“我们今天所称之‘社会法’,这一名词的第一次被使用是与俾斯麦的贡献有关,他在1880年曾立法规定社会保障,以防疾病、灾害、残废、老年等意外事故。其立法意义一是为了保护在特别风险下的人群的利益,另一方面是为了大众的利益,我们今天使用这一名词必须包括这两方面的意义。”^③

海伦·克拉克实际上也是从广义和狭义两方面来论述社会法的。就狭义而言,社会法旨在解决各种社会问题,是为保护经济弱者而制定的各种社会安全立法,如工业革命以前的济贫法,工业革命以后的工会法、工厂法、社会救济法、社会保险法等;就广义而言,除着眼于解决社会问题外,还在于预防社会问题,凡以改善大众生活状况、促进社会一般福利而制定的有关法律,都属社会立法范畴,如婚姻法、优生保健法、环境卫生法、职业训练法、国民住宅法等。20世纪30年代以前,社会法主要限于狭义范畴,20世纪30年代以后社会法逐步扩大到广义范畴。^④

(二) 社会法与社会保障法的相互关系

2001年3月9日,我国第九届全国人大四次会议《全国人大常委会工作报

^① 参见上海社会科学院法学研究所编译:《国外法学知识译丛·法学总论》,上海知识出版社1982年版,第41页。

^② 参见《牛津法律大辞典》,北京光明日报出版社1988年版,第833页。

^③ Helen I. Clarke, Social Legislation (1940), p. 117.

^④ 参见林嘉:《论社会保障法的社会本质—兼论劳动法和社会法保障法的关系》,载《法学家》2002年第1期,转引自中国人民大学复印资料《经济法学、劳动法学》第8期。

告》指出：“根据立法工作的实际需要，初步将有中国特色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、诉讼与非诉讼程序法。”并将社会法界定为“调整劳动关系、社会保障和社会福利关系的法律”。这是我国官方文件中第一次出现社会法的概念，并将其作为法律体系中一个重要的法律部门。

我们认为，社会法是以维持社会弱势主体的生存及增进其福利为目的而形成的，调整社会弱势群体在进行社会活动中所产生的社会关系，兼具私法和公法特点的新型法律部门。我们是按三元法律结构来理解社会法的。自古罗马法学家乌尔比安提出公法与私法的划分以来，利益的归类一直是分为国家利益与私人利益的二元结构，法律体系也以此为基础被划分为公法和私法的二元法律结构。随着社会的发展，社会分工日益精细，法人运动蓬勃兴起，社会上出现了大量的社会弱势群体，由此产生了独立于私人利益、国家利益之外的社会利益，社会法应运而生。社会发展到今天，维护社会安全、保障社会可持续发展以及人权观念的深入人心，成为社会法产生的社会基础。社会正义理论、社会连带责任思想、道德法制化思潮以及人权观念等构成了社会法存在和发展的理论基础。而公私法的融合或传统私法的公法化也为社会法的产生提供了法律基础。经过一个多世纪的发展，具有社会法性质的劳动法、社会保障法、就业促进法、保护消费者利益法等法律部门蓬勃发展，渐渐形成一个以弱者救助与倾斜保护为宗旨，以对社会中弱者的基本生活和基本权利的保障为目的，有别于公法和私法的法律体系——社会法。

社会法虽作为公法与私法相融合而产生的第三法域，但这一中间地带一经形成，就有既区别于公法，也区别于私法的特征。三类立法在不同的本位思想的指导下分工合作。私法以个人利益为本位，通过市场调节机制追求个人利益最大化以及交易安全；公法以国家利益为本位，通过政府调节机制追求国家利益最大化以及国家安全；社会法以社会利益为本位，通过社会协调机制追求社会利益最大化以及社会安全。

由于社会法从一开始就将社会保障法囊括其中，因此社会保障法是社会法最重要的代表。

三、社会保障法与劳动法的界定

劳动法与社会保障法在许多国家分属不同的法律部门，在我国两者则存在相互包含的关系。表面看来，这似乎只是一个立法技术问题，其实这里有着深刻的历史与现实原因。

(一) 我国关于两类立法相互关系的各种观点及评析

我国目前关于劳动法与社会保障法相互关系的各种看法,大致可以概括为三种观点:一是认为劳动法包括社会保障的内容;二是认为劳动法与社会保障法相互交叉;三是认为劳动法从属于社会保障法。

在我国,“社会保障法”是伴随着市场经济的发展而提出的一个概念。在相当长的时期内,我国并无严格意义上的社会保障法。“劳动法”在我国则可以说是源远流长。我国劳动法的调整对象存在着某些不恰当的扩张,正是这种扩张涵盖了社会保障内容,这种扩张可以概括为内在式的和外在式的。所谓“内在式”的扩张,也可以称为“劳动关系广义说”,是扩大了对劳动关系的认识,将一些社会保障内容加入劳动关系的范围,并形成第一种观点。这种观点在我国 20 世纪 80 年代的劳动法中较为流行。所谓“外在式”的扩张,可以说是“劳动法调整对象广义说”,是将劳动关系以外的一些社会保障关系纳入劳动法的调整对象,并形成了第二种观点。这种观点在我国 20 世纪 90 年代的劳动法中较为流行。当前,随着“社会保障法”这一概念被我国逐步接受,又出现了扩大“社会保障法”调整对象的倾向,我们可称之为“社会保障法调整对象的广义说”,并形成上述第三种观点。笔者认为这三种观点均存在一定的局限性。

第一种观点:劳动关系包含了保障福利内容

“劳动关系”有时也称为“劳资关系”、“劳雇关系”、“劳使关系”等等。我国台湾地区的一些学者认为,“劳动关系”以劳动为中心展开,着重以劳动力、劳动者为本位的思考;“劳资关系”含有对立意味,因为劳方资方的界限分明,它所展开的关系自然包含一致性与冲突性;“劳雇关系”以雇佣的法律关系为基础,重点在权利义务之结构;“劳使关系”则将所有价值意味予以排除,只剩下技术性涵义。^①我国大陆地区学者一般只使用“劳动关系”的概念,劳动关系概念的模糊性给了我国劳动法学者以广阔的空间。20 世纪 80 年代,我国较为流行的看法是对劳动关系作扩大的理解,构成“劳动关系广义说”。正是这种不恰当的扩大,使保障福利内容完全纳入劳动关系,也使社会保障法的范畴完全没有存在的必要。

“我们这里所说的劳动关系是指劳动者与生产资料相结合,在实现过程中和劳动力使用者即企业、事业、机关、团体等单位行政之间所发生的关系。由于生产社会化,劳动关系的概念也就扩大了,它不仅包括直接生产过程中发生的劳动

^① 参见黄越钦:《劳动法论》,台湾政治大学劳工研究所 1993 年版,第 9 页。