



西南政法大学

统筹城乡法治研究丛书

刘俊 主编

1

The Frontier Issues of
Chinese Social Law Legislation



中国社会法立法 前沿问题研究

李雄 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



西南政法大学

统筹城乡法治研究丛书

刘俊 主编

1

The Frontier Issues of
Chinese Social Law Legislation

中国社会法立法 前沿问题研究

藏书章

李雄 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中国社会法立法前沿问题研究 / 李雄著. —北京:
法律出版社, 2016
ISBN 978 - 7 - 5118 - 9637 - 7

I. ①中… II. ①李… III. ①社会法—立法—研究—
中国 IV. ①D925.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 142114 号

中国社会法立法前沿问题研究

李 雄 著

策划编辑 沈小英

责任编辑 陈 妮

装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2016 年 1 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

印张 13.75 字数 220 千

印次 2016 年 1 月第 1 次印刷

编辑统筹 财经出版分社

经销 新华书店

责任印制 吕亚莉

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 9637 - 7

定价:45.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

全面建成小康社会是我国民族复兴的重大战略任务,而统筹城乡发展,健全城乡发展一体化体制机制,则是实现这一宏伟目标的必由之路。城乡二元结构是制约城乡发展一体化的主要障碍。因此,必须破除城乡二元结构,形成以工促农、以城带乡、工农互惠、城乡一体的新型工农城乡关系,让广大农民平等参与现代化进程、共同分享现代化成果。

在全面深化改革与依法治国背景下,加快建立健全符合改革发展需要的法律治理体系,加快完善现代市场体系,使市场在资源配置中起决定性作用,是新时期中国改革发展的一项核心议题。在所有法律治理体系的建立健全中,统筹城乡发展法律治理体系更为复杂。从大的方面来看,中国市场经济法律体系尽管已基本建立,但社会管理领域也同时存在市场经济体制机制不足与过度的问题,一些本来应由政府承担公共产品供给责任的领域,也常在市场化的呼声中推向了社会。因此,在我国公有制经济基础上建立市场经济模式,调整市场经济关系的法律制度及其理论,面临许多前所未有的新课题,理论与制度创新将显得更加重要。

2007年重庆市成为全国统筹城乡综合配套改革试验区,率先在全国探索大城市带动大农村的有效路径。为此,西南政法大学以重庆市法学会统筹城乡发展法制研究会为基础,依托西南政法大学经济法国家

重点学科和民商法市级重点学科,聚合理论与实务界相关领域专家学者,成立统筹城乡发展制度创新研究中心(以下简称“中心”)。“中心”专门致力于统筹城乡发展及其制度创新的科学研究、人才培养、学术交流和咨询服务,并最终实现建成统筹城乡发展“国家智库”发展目标。

“中心”以社会改革需求为导向,以体制机制为重点,通过理论和制度创新,推动重庆市统筹城乡发展综合改革社会实践。为此,“中心”将在“十三五”期间完成“五个一”具体任务:一个统筹城乡信息资源平台和数据库、一项统筹城乡发展评价指标体系、一套统筹城乡法治研究丛书、一个制度改革创新与实践基地、一个政策法律咨询平台。

“中心”目前正致力于“五个一”任务中一套统筹城乡法治研究丛书建设。本丛书的主要目的是以国家相关顶层设计为建设方向,通过丛书建设带动科学研究和人才培养,着力研究统筹城乡发展的若干理论与制度创新,为依法推进统筹城乡发展提供必要的理论支撑与制度保障。

我们也衷心希望和诚挚地欢迎对本领域研究有兴趣的社会各界力量汇聚到我们的研究平台,共同破解我国统筹城乡发展制度难题。

刘俊*

2016年1月

* 西南政法大学党委副书记,教授、博士研究生导师,西南政法大学统筹城乡发展制度创新研究中心主任,法学博士。

自序

约翰·康芒斯认为,劳动立法的每个议题都是一个工资议价的过程,这是因为有一个庞大阶级的人们没有自己的财产,而是长期依赖于与财产所有者进行议价的结果为生,这也是劳动立法为何十分重要的原因。

当下中国正面临如何进一步推进社会法立法的诸多困境。在全球经济形势依然严峻的大背景下,中国经济正步入缓行、调结构、提质量的新常态。经济新常态对中国社会法法治建设提出了新要求。以劳动法法治建设为例,其要着力处理好的若干重大关系不仅包括继承与变革的关系,还包括管制与放松的关系;不仅包括劳动法法治独立科学发展与兼容并蓄的关系,还包括劳动法法治建设整体部署与合理布局并逐一推进的关系;不仅包括本土化与开放的关系,还包括当下与前瞻的关系。可以说,中国当下面临的社会法立法建设问题,既是中国经济社会转型的必然要求,也是中国社会法法治建设本身要担负的新的历史使命。

同时,社会法立法当以解决社会问题、促进经济社会发展等为价值依归。中国社会法立法的价值定位问题或许显得更为复杂而迫切。回溯中国社会法立法建设历程,依附于特定时期的经济改革并逐步发展,可以说已成为中国式社会法立法建设的一大特色。这当然有其一定的必要性与合理性。但关键问题是,中国社会法立法建设一方面要担负起为经济改革发展服务的职能;另一方面却无暇过多顾及自身理

论与制度的建设,从而导致社会法法治建设与经济社会发展需求在一定程度上脱节。中国经济的长期快速发展更是放大了社会法立法面临的这一困境。比如,2016年“两会”期间《劳动合同法》改革论争备受关注,尽管百家争鸣,但实事求是地讲,又有多少人能够基于一个比较客观、中立的立场,以国际大环境和国情为基本背景,以社会法特有的价值依归和基本原理为根本指导,以社会法特殊的权利义务关系和法律调整机制为评判标准,全面、理性地对待当下经济下行压力与劳动立法之间的关系呢?如果我们对社会法本身的若干基本问题还没有厘定,对经济形势及其深刻原因还没有把握准,盲目在经济形势与《劳动合同法》之间给出某个结论性观点,可能会使问题更复杂。

脱离了国情来谈论《劳动合同法》及其修改,显然是不明智的,也是不可行的。无论如何,修法本身应根据客观需要并应与时俱进,但不能动辄便将修法与某个特定现象任意联想,甚至认为修法的目的是要破解某个特定问题。这同样有违常识。实际上,中国社会法立法建设,既要遵循社会法以解决社会问题并促进经济社会发展这一基本价值依归,又要立足于中国国情,针对当下中国社会法本身存在的若干问题,结合社会法法治建设需要和经济社会发展形势,按照轻重缓急,优先排序,着力解决经济新常态下劳动用工关系再造、依法促进平等就业、劳动合同法改革发展的宏观统筹等问题、理顺灵活用工法律关系,并进一步规范发展劳务派遣与非全日制用工、依法全面构建统一人力资源市场、深化社会保险立法的顶层设计、深化我国劳动争议调解制度改革等重大问题。

总之,站在历史的新起点上,时代给中国社会法立法建设提出了新课题,也给中国社会学学者提出了新要求。中国社会法立法问题的解决与科学发展,最终需从中国立场去探寻符合中国需要的中国方案。基于如上考量,笔者在多年持续研究的基础上,结合当下及未来一个时期的发展需要,重点选择了我国社会法立法中的一些热点难点问题分别讨论,旨在抛砖引玉,为推动我国社会法立法建设与社会法法治建设提供绵薄之力。本书得以顺利出版,离不开法律出版社财经分社社长沈小英女士、责任编辑陈妮女士等大力支持,得到西南政法大學统筹城乡发展制度创新研究中心的出版资助,在此一并致谢!

是为序。

李 雄

2016年1月

第一章 社会法的概念与特征	1
一、社会法的源起	1
二、社会法的概念	5
三、社会法的特征	9
第二章 全面深化改革中的中国劳动立法	19
一、问题的提出	19
二、我国劳动立法的主要成就	22
三、我国劳动立法面临的主要问题	24
四、我国劳动立法的展望	29
第三章 我国制定《平等就业法》的若干问题	40
一、制定《平等就业法》的主要理由	41
二、制定《平等就业法》应处理好十大关系	43
三、制定《平等就业法》应解决的十大问题	49
四、《平等就业法》的立法框架	59

第四章 我国劳动关系认定的几个基本问题	61
一、劳动关系认定:为何要认定	61
二、劳动关系认定:价值指向为何	64
三、劳动关系认定:标准体系怎样	68
四、劳动关系认定:应注意哪些问题	75
第五章 我国劳动合同立法的若干重大问题	80
一、劳动合同立法的宗旨	81
二、劳动合同立法的功能	89
三、劳动合同立法的治理	93
第六章 我国劳务派遣制度改革的误区与矫正	98
一、问题的提出	99
二、我国劳务派遣制度改革的误区	100
三、我国劳务派遣制度改革的矫正	106
四、结语	119
第七章 全面依法建设我国统一人力资源市场	121
一、问题的提出	121
二、我国统一人力资源市场的政策含义、时代特征与发展目标	123
三、我国统一人力资源市场面临的主要障碍	129
四、我国统一人力资源市场的制度架构	134
五、尾论	148
第八章 我国社会保障制度改革的新结构	150
一、全球社会保障价值理念的新维度	150
二、我国社会保障的新结构	152
三、发展型社会保障与就业政策的互动	157
第九章 我国社会保险立法的新理念与新使命	165
一、社会保险立法面临的新形势	166
二、社会保险立法应当秉承的新理念	171

三、社会保险立法应承载新的历史使命	182
第十章 我国劳动争议调解制度的反思与前瞻	189
一、我国劳动争议调解制度的正当性	190
二、我国劳动争议调解制度的反思	196
三、我国劳动争议调解制度的前瞻	202
四、结语	209

第一章 社会法的概念与特征

社会法作为我国现有法律体系的重要组成部分,依然面临太多的理论困境。其中,社会法的概念与特征是理解社会法的两把钥匙。重提该问题,主要是因为我国对社会法概念与特征的理解与把握尚处于表面热闹与自省纠结之境地。社会法的源起有其特定的社会背景、思想基础和法律基础。社会法天然以解决社会问题尤其是关注社会弱势群体利益为价值依归,不仅使社会法的政策含义和时代使命非常明显,也是推动社会法生成和发展的原动力。社会法在现代法律体系中的归位是其科学发展的一个关键。在法的现代化趋势下,唯有将社会法置于现代法体系结构中,合理安排其位置并有效协调其与私法的关系,才能使社会法获得生命力。社会法在法律本位、调整对象、理念宗旨、价值功能与调整模式五个方面具有鲜明的个性特征。

在全面依法治国背景下,我国社会法既面临着新的发展机遇,也面临着久而未决的理论困境。社会法在当前面临的主要理论困境是,社会法究竟如何界定?社会法有哪些特殊性?

一、社会法的源起

(一) 社会法产生的社会基础

任何法律的产生都有其特定的社会背景 and 需要

解决的主要问题。弗里德曼说:“构成法律的是要求,即真正施加的社会力量。”^①如产业革命促进了生产力的极大发展和市场经济的空前繁荣,在由农业社会向工业社会过渡中和完成过渡后,出现了许多社会问题,包括劳工劳动条件恶劣尤其是职业安全卫生等受到严重威胁、社会贫富差距扩大、人们生存环境污染等。这迫使人们不得不对绝对的私法自治观念产生怀疑和不满。最终,国家权力开始越过公法界限而介入私法领域,旨在更好地保护社会弱势群体的权利。从该意义上看,社会法的产生尽管也有其社会、经济、思想和法律等基础,但总体上还是基于解决社会问题,^②即社会法产生的社会基础。

大量研究也反复表明,社会法的产生源于社会的结构性矛盾,社会法产生的直接目的是解决一国的社会问题和社会矛盾。同时,社会法的内容必然体现一国所面临的主要或严重的社会问题和国家采取的社会政策。^③比如,在社会法理论与实践相对发达的德国,一般认为,社会法的产生是福利国家政策推行并保护社会中处于弱者地位的社会主体的结果。弱势群体保护是社会法中的重要议题。所谓弱势群体,是社会上经济贫困或受到制度、法律、政策排斥导致权利贫困的人的总称。^④在本质上,弱势群体是一个社会学概念,应根据人的社会地位、生存状况而非体能状态和生理特征来界定,且贫困性并非弱势群体的唯一特征,应区分“弱势群体”、“特殊群体”、“贫困群体”。现实中,“弱势群体”是一个虚拟概念,不具有社会学上的“群体”特征。^⑤进入20世纪以后,以1919年德国《魏玛宪法》为标志,社会法成为国家为实现社会政策而制定的诸如劳动法、消费者权益保护法等法律的总称。又如,日本的社会立法是在劳工运动的推动下起步的,其完全是日本政府在严重的社会问题压力下调和各种社会矛盾的产物。在这种特定的社会背景下,日本最初的社会立法大多是以慈善、抚恤、安抚的面目出现的社会救济性立法。^⑥直到今天,社会法这种实用性的色彩也依然存在。同时,社会法尽管主要基于解决社会问题而出现,但在不同国家有其不同称谓。在法国,“凡是有关公共秩序或利益、

① [美]弗里德曼著:《法律制度》,李琼英等译,中国政法大学出版社1994年版,第359页。

② 郑尚元著:《劳动法与社会法理论探索》,中国政法大学出版社2008年版,第268页。

③ 陈甦主编:《社会法学的新发展》,中国社会科学出版社2009年版,第8页。

④ 余少祥:“社会弱势群体保护的正当性论纲”,载林嘉主编:《社会法评论》(第3卷),中国人民大学出版社2008年版,第221页。

⑤ 余少祥:“法律语境中弱势群体概念构建分析”,载《中国法学》2009年第3期。

⑥ 王为农:“日本的社会法学理论:形成和发展”,载《浙江学刊》2004年第1期。

劳动关系以及经济安全保障的法律,并且不属于传统公法学所界定的研究范围的”,都称为社会法;在英国,类似的法律被称为“社会安全法”;在美国,则被称为“社会福利法”。

(二) 社会法产生的思想基础

考察社会法产生的背景并梳理有关研究表明,社会法产生的思想基础主要包括社会正义理论与社会连带责任理论。就社会正义理论而言,这一道德和政治哲学理论常被认为是继承和发展了社会契约论的基本精神和方法。“在他的正义论中,正义的主题或对象是社会的基本结构——用来分配公民的基本权利和义务、划分由社会合作产生的利益和负担的主要政治和经济制度。”^①社会正义理论除了体现在分配领域外,还在非利益分配领域有相当的表现。有学者认为,市场不能阻却歧视,“如果竞争性市场赶走了歧视,那么当前联邦政府政策存在的问题就不是缺乏有歧视的法律,而是缺乏真正具有竞争力的市场”。^②因此,市场竞争产生歧视是不可避免的,政府通过分配正义规制市场歧视并对社会弱势群体特别保护,便成为社会法证成的一个思想注脚。从社会连带责任理论来看,该理论定位于社会存在为统一整体,认为社会中人们之间存在相互作用、相互依存的社会连带关系,应在不同主体的诉求之间寻找连接点和契合点,即所谓的社会责任。通俗地讲,社会连带责任理论强调“人人为我,我为人人”。社会连带责任理论是社会法存在又一思想基础。根据社会连带责任理论,社会存在强者和弱者是必然的,而强者与弱者并非一成不变,社会没有理由抛弃弱势群体。社会对弱势群体同样存在依赖,社会主体在社会存在和发展中是相互依存、相互作用和相互发展的。^③值得一提的是,早期以福利国家思想、社会正义理论和社会连带责任理论为基础的社会法理论与实践关注于社会弱势群体的利益,在进入现代社会后,更需要关注这一社会问题。如20世纪70年代,德国社会理论界提出了“风险社会论”,该理论主要是反省现代化的一种理论,认为工业化并不等于现代化,甚至认为工业化与现代化存在一定程度的冲突,集中体现为工业化进程中社会不平等和

① 何怀宏著:《契约伦理与社会正义——罗尔斯正义论中的历史与理性》,中国人民大学出版社1993年版,第119页。

② [美]凯斯·R. 孙斯坦著:《自由市场与社会正义》,金朝武等译,中国政法大学出版社2002年版,第201页。

③ 郑尚元著:《劳动法与社会法理论探索》,中国政法大学出版社2008年版,第272~273页。

层级制并未得到制服。^①

(三) 社会法产生的法律基础

现代社会中市民社会与政治国家不再是泾渭分明的关系,私法与公法融合为社会法提供了法律基础。自古罗马法学家乌尔比安提出公法和私法的划分标准以来,公法和私法的划分长期影响着大陆法系各国法律部门的定性。私法与公法之间的划分成为法律体系化的基础。^②然而,以公法和私法为基本划分体系的“二元法律结构”在现代社会中正经历着一场声势浩大的解构运动,“在现代法治社会,公法和私法就像两个波涛汹涌的巨大冷暖气团,彼此之间交融渗透,并汇集成既有部分合流、又有更深层次上的分流的强劲浪潮。对于这种法治现象,法学家尤其是公法学家必须予以关注和思考,必须勇敢地应对并抓住这一挑战和机遇。总体而言,20世纪以来公私法的交融渗透大致呈现三种趋势:一曰私法的公法化;二曰公法的私法化;三曰公私法融合为社会法”。^③这种公私法融合的现象在西方主要表现为“私法公法化”,而在我国则主要表现为“公法私法化”。所谓“私法公法化”,其实质是运用国家权力调整一些原来属于私法的社会关系,使私法带有公法的性质和色彩。所谓“公法私法化”,其主要意蕴是随着社会发展,政治国家的治理理念和管理方式也不得不进行改革:一方面,按照以往的观念,政府是管理社会公共事务的唯一权力中心,但现今,因各种社会利益集团的形成及其事实上的权力增长,管理社会公共事务的权力中心必然趋于多元化;另一方面,过去的统治观念认为管理是“我命令、你服从”,而现在的治理观念则认为管理是社会方方面面的共同参与,治理方式强调加强政府、非政府组织和公民之间的平等协商与合作。^④综上所述,公法与私法融合是社会法产生的重要法律基础。

在我国,社会法兴起时间相对稍晚。社会法虽然重要,关系民生国计,但并非显学,尚未受到学界的细致研究并形成较为成熟的理论体系。与之相对的是,在社会法理论尚无多少眉目之前,社会法之说却成为理论研究、著作与刊物普遍使用的概念。尤其是在全国人大常委会将社会法列为独立的法律部门后,社会法的被关注度日渐高涨。在立法层面,较为显著的是在2007年国

① 刘小枫:“‘风险社会’与现代化”,载《二十一世纪》1994年8月号。

② [奥]凯尔森著:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1996年版,第226页。

③ 袁曙宏:“论建立统一的公法学”,载《中国法学》2003年第5期。

④ 吕世伦、任岳鹏:“根本法、市民法、公民法和社会法”,载《求是学刊》2005年第5期。

家出台的法律中,包括《劳动合同法》、《就业促进法》、《劳动争议调解仲裁法》等社会立法与《物权法》隆重登场,凸显了社会法在顶层设计的地位,甚至2007年被称为“社会法年”。但也应当看到,在我国现有七大部门法体系中,社会法的法治化程度还很低,其中又特别以权利建设和权利救济的法治化程度低最为突出。当前,我国对社会法的认识和理解整体上尚处于探索阶段,还未建立系统的社会法理论体系,但正如我们已提及社会法主要产生于解决社会问题这一特殊背景,我国社会法的整体幼稚并不影响我们对社会法承载的核心价值的基本判断。

总之,社会法和私法一样,“是社会共同的、由一定物质生产方式所产生的利益和需要的表现,而不是单个的个人恣意横行”。^① 它们的产生,“市民社会、经济关系的领域是决定性的因素”。^② 也就是说,社会法的出现同样适应了经济社会发展的客观需要,只不过人们当时并未清晰认识到这一点。同时,社会法天然以解决社会问题尤其是切实关注社会弱势群体利益为价值依归,不仅使社会法的政策性和时代性特征非常明显,也是推动社会法生成和发展的原动力,社会法将随着社会问题的不断显现和国家采取的不同社会政策而在范围和内容上不断调整与发展。

二、社会法的概念

第二次世界大战以后,西方法学家明确提出了社会法概念,并将社会法视为介于公法与私法之外的第三法域。^③ 在我国,社会法亦得到广泛认同。但社会法在我国作为一种后进学科,其面临的问题也不少,最关键的一个问题是社会法究竟是什么?或者社会法的概念究竟应如何界定?社会法是法律制度或法律体系的构成之一,还是一种研究方法?^④

(一) 主要争论

对社会法概念的认识一直是一个很有争议的话题。有学者指出,社会法

① 《马克思恩格斯全集》(第6卷),人民出版社1961年版,第291~292页。

② 《马克思恩格斯全集》(第4卷),人民出版社1972年版,第247页。

③ 林嘉:“论社会保障法的社会法性质——兼论劳动法与社会保障法的关系”,载《法学家》2001年第1期。

④ 郑尚元:“社会法的定位和未来”,载《中国法学》2003年第5期。

是20世纪“学者们比较喜欢使用的术语,但其含义却有多种”。^①由于社会法从开始并非一个特定化的概念,有关社会法的定义自然见仁见智了。比如,即便是在具有相似经济社会背景和法律传统的欧洲大陆,现在流行的社会法理论也没有提供统一的被普遍接受的社会法概念,社会法或者仅仅等同于社会保障法,或者等同于劳动法和社会保障法的集合。进言之,从域外关于社会法界定来看,有三种代表性学说:广泛社会法学说,即将社会法定义为所有为实现社会政策而制定之法律,社会法不为独立之法律部门,而为法律之社会化;狭义社会法学说,即认为社会法为社会安全之法,又分为最狭义社会法且仅包括社会保障法^②,以及泛狭义社会法包括劳动法与社会保障法以及环境法等;^③中义社会法学说,即认为社会法为公法与私法之外第三法域。

在我国,由于长期受社会主义法的性质认识之限制,不仅公法与私法的划分没有被认同,社会法之说也无从说起,社会法一直处于理论发现的“禁区”。“我们不承认任何‘私的东西’,在我们看来经济领域的一切都属于公法范围。”^④随着改革不断深入以及社会关系不断分化,以解决诸多社会问题需要为根本动因的社会法开始进入研究者与立法者的视野。1993年由中国社会科学院发表的研究成果《建立社会主义市场经济法律体系的理论思考和对策建议》明确指出,我国社会主义市场经济法律体系主要由民商法、经济法和劳动法三大部分构成。2001年在第九届全国人民代表大会第四次会议上,时任人大常委会委员长李鹏在其工作报告中提出了法律部门的划分问题,“关于法律部门,法学界有不同的划分方法,常委会根据立法工作的实际需要,初步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、诉讼与非诉讼程序法”。同时,社会法第一次被官方界定为“调整劳动关系、社会保障和社会福利关系的法律”。

需要指出的是,社会法概念自被引入我国以来,尽管在我国官方早已被确

① 赵红梅著:《私法与社会法:第三法域之社会法基本理论范式》,中国政法大学出版社2009年版,第44页。

② 陈继胜:“劳工法体系之基本认识”,载《劳工研究季刊》1983年第77期。

③ 蔡茂寅:“社会法之概念、体系与范畴——以日本法为例之比较观察”,载《政大法学评论》1997年总第58期。

④ 《列宁文稿》(第4卷),第222页。转引自林嘉:“论社会保障法的社会法性质——兼论劳动法与社会保障法的关系”,载《法学家》2001年第1期。

认,但学界对其讨论从未停止。当前,有关社会法界定的争论主要集中在社会法究竟是一个独立的法律部门,还是归位于“第三法域”。

赞同社会法为一独立法律部门的学者认为:一方面,鉴于法的现代化趋势下公法与私法本身也在不断突破传统之边界,公法私法化和私法公法化已成为法律的普遍现象,只不过有些法律部门的公法性质更为强烈一些,而有些法律部门的私法性质相对明显。因此,要从公法、私法之外刻意划分出第三法域,是相当困难的。现在的法律需要甄别的只是哪些法律的公法性质或私法性质更为明显一些,或者在同一法律部门中公法规范和私法规范如何相互配合。另一方面,不仅立法机关对社会法作为法律体系中的一大法律部门加以确认,而且如果将法制建设中的活生生的社会法继续描述为与公、私法并列的第三法域,将无助于在具体的立法实践中得心应手地构建社会法自身的规范体系,社会法将只能继续孵化为一种法律性质或者法律理念的学术描述,最终将有损于社会法作为具体规范体系的存在价值,有损于社会法在社会实际生活中的制度生成。^①

支持社会法为“第三法域”的学者则认为,一方面,在公法与私法相互融合趋势不断明显的背景下,社会关系中确有一部分不属于公法或私法调整的范围,不能单靠公法或私法调整。调整这些社会关系的法律规范即属于社会法的领域,且保护公民权利尤其是社会弱势群体的权利,恰恰是社会法的精髓和宗旨所在。因此,会法的出现,是法治精神日趋细密和深化的反映,是文明程度趋势不断增强的表现。^②同时,在法的现代化趋势下,只有将社会法置于现代法体系结构中,合理安排其位置并有效协调其与私法的关系,才能使社会法获得生命力。^③正如,有学者指出,社会法是指以维持社会弱势群体主体的生存及其福利的增进为目的而形成的,调整社会弱势群体在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。从第三法域的意义认识“社会”,应当与某些弱势

① 陈甦、谢增毅:“社会法基础理论研究”,载陈甦主编:《社会法学的新发展》,中国社会科学出版社2009年版,第13~15页。

② 史探径著:《社会法学》,中国劳动社会保障出版社2007年版,第32页。

③ 赵红梅著:《私法与社会法:第三法域之社会法基本理论范式》,中国政法大学出版社2009年版,第73页。