

经济法博士精品文库

李昌麒/主编

福利供给变迁中的 经济法功能研究

陈治/著

法律出版社

经济法博士精品文库

李昌麒/主编

福利供给变迁中的 经济法功能研究

陈治/著

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

福利供给变迁中的经济法功能研究/陈治著. —北京:
法律出版社, 2008. 4

(经济法博士精品文库)

ISBN 978 - 7 - 5036 - 8277 - 3

I. 福… II. 陈… III. 社会福利—经济法—研究—中国
IV. D922.182.34 D922.290.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 030322 号

©法律出版社·中国

责任编辑/陈 慧

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/北京外文印刷厂

编辑统筹/法律教育出版分社
经销/新华书店
责任印制/张宇东

开本/A5
版本/2008 年 3 月第 1 版

印张/9 字数/240 千
印次/2008 年 3 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)

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 西安分公司/029 - 85388843 重庆公司/023 - 65382816/2908

上海公司/021 - 62071010/1636 北京分公司/010 - 62534456 深圳公司/0755 - 83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 8277 - 3

定价:20.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

出版说明

兴起于 20 世纪 80 年代初期的中国经济法学,经过二十余年的发展,已经取得了令世人瞩目的成就。时至今日,不仅经济法的学科地位已为学术界所广泛认同,而且经济法作为一个独立的法律部门也得到了人们的普遍接受。然而,不可否认的是,作为一门新兴的、发展中的年轻学科,经济法学的许多领域还有待进一步开拓,许多问题还有待进一步研究。可以说,无论是经济法学宏观体系的构建,还是经济法学微观理论的深化,皆有赖于学者们继续大胆创新和勤奋耕耘。

西南政法大学经济法学学科点自 20 世纪 80 年代成立时起,就一直紧紧跟踪经济法学科的发展,并在经济法理论和实务研究方面作了长期不懈的努力。经过全体教师的共同奋斗,学科点在学科建设和学术研究方面取得了较为丰硕的成果,在法学界享有一定的声誉。自 1996 年获得博士学位授权资格后,学科点又于 2002 年被评为国家高等学校重点学科点。但是,经济法学科的发展任重而道远,要实现经济法学科发展的宏伟目标,我们尚需不断进取。我们深知,只有与全国经济法学会的志士仁人们共同努力,以更加丰硕的教学和科研成果,回应新的世纪、新的时代对经济法学科发展的要求,才不愧于国家对经济法学科建设所寄予的厚望。

博士作为高层次的专门人才,向来是学科建设的生力军。为了充分发挥经济法博士在经济法学科发展中的重要作用,亦为经济法博士展示其成果提供畅通的途径,我们决定编辑出版这套《经济法博士精品文库》。文库将每年出版 2 至 3 部,面向全国征集稿件。凡经济法专

业博士论文以及选题方向属于经济法领域的其他专业的博士论文,均属于征稿范围。应征稿件经学科点聘请的文库编辑委员会审订后,择优推荐给出版社,一经采用,即由学科点按有关规定资助出版。

热忱欢迎有志于经济法学学科建设的博士们踊跃赐稿!

西南政法大学经济法学科点
《经济法博士精品文库》编辑委员会
2002年7月

序 一

法律功能的基本含义就是表明属于社会系统组成部分的法律在社会整体中所扮演的角色或所处的地位,以此作为解释它们之所以存在的理由与根据,或曰正当性之基础。显然,正当性问题是任何一个法律部门尤其是作为新兴法域的经济法所难以回避的,这也可以说是本书研究的基本意义所在。

作为经济法理论研究的一个课题即“经济法功能”,其本身的意蕴是非常丰富的,内容又是相当庞杂的。经济法究竟具有怎样的法律功能,是单一的还是多重的?在多重法律功能之间又具有怎样的关系,是并列的还是递进的?这些功能是经济法固有的、恒定的,还是在社会变革中逐步生成的?经济法的功能作用于社会关系有没有限度?经济法功能是否能够实现,它又怎样实现?这些都是在经济法功能研究中应当回答的问题。对此,学界虽有一些涉足,但在研究方法与伦证结论上仍需进一步改善与深化。要驾驭“福利供给变迁中的经济法功能”这个命题,应当说既是重要的又是具有相当难度的,尤其是如何采取科学的方法,选取一个适合的切入点加以论述,更是一个颇费思量的问题。

鉴于目前以福利供给作为视角研究经济法功能的著述并不多见,我作为陈治的导师,一直鼓励她将此作为博士论文的研究方向。现在呈现在读者面前的《福利供给变迁中的经济法功能研究》一书就是她勇于探索所取得的理论成果。在该书中,作者紧紧围绕福利供给变迁中的经济法功能的定位、经济法功能的生成、经济法功能的限度、经济法功能的实现等基本问题,较为深刻地阐述了福利供给变迁与经济法的内在联系,得出了经济法具有利益配置功能与社会整合功能的基本结论。在我看来,本书在以下方面体现了作者比较独到的思考与见解,

可以为学界研究经济法功能提供一种可行的思路,亦为国家机关在福利供给变迁中的制度设计提供有益的参考。

第一,关于经济法功能研究的方法论问题。单就经济法功能而言,它是属于经济法理论研究的一个问题,带有规范性的研究色彩。可以说,现有的研究范式基本上是沿着上述路径而展开的。但是,不可忽视的是对法律功能或者经济法功能的研究,其实也应当具有相当的实证色彩,应当把它置于社会现实背景下予以考量。我们知道,法律功能的研究是属于法理学的一个重要分支——法社会学所研究的领域,它在法社会学的研究上一直占据着非常重要的地位,以至于人们将其称为“功能主义法学派”。如果对该学派的理论稍加审视,不难发现其核心思想是要将法律作为一种社会制度,强调法律与社会之间的关联,主张从社会系统中去观察、衡量、判断乃至预测法律的现状及其走向。而在社会系统中考察法律在社会整体中的地位或角色,就是属于法律功能的问题。由此可见,法律功能研究离不开社会实证的研究方法。同样,经济法作为一门理论与实践相结合,但更偏重实践的法学学科,不应当远离具体的社会问题而去作单纯的抽象的理论认知,于是,本书作者选取了执政者与人民群众都十分关注的福祉问题作为论证的切入点,将经济法功能置于社会福利变迁中去考察,力图从社会实证层面进行经济法功能生成的社会动因分析、结构—功能主义分析、经济法运行限制分析、经济法运行的社会效果分析等,在此基础上,探讨了经济法功能的基本内容、生成机理、功能限度以及功能实现的社会绩效,体现了经济法作为“回应型法”的基本要求。

第二,关于经济法理论研究中的一些基本问题。在我国,经济法理论研究还是一个比较薄弱的环节,对于不少基本问题仍然存在不少的分歧。比如经济法有没有自己的主体制度,其主体的范围有多大、具有怎样的特征等,可以说是见仁见智。应当说,经济法主体在职能上可能与民法主体和行政法主体有某些交叉,但归根到底,经济法主体是经济法的一个独立范畴,或者说经济法应当有自己的主体制度,它是经济法律关系形成的必要条件。本书在探讨福利供给变迁中的经济法功能

时,借助法社会学上结构功能主义的分析方法,从社会公共利益的视角对经济法主体的构成及其特点进行了比较深入的剖析,指出“以社会公共利益为本位的经济法,有利于将那些增进社会公共利益的组织系统纳入其调整范围,从而形成各具公益角色的主体结构”。这就从一个新的角度界定了经济法主体的范围。

目前,对于经济法的调整方法,学者有过许多论述,通常将其归纳为强制性调整方法与非强制性调整方法,但在运用上人们更多的是强调了强制性调整方法,往往忽视了非强制性调整方法。对此,本书对非强制性调整方法给予了充分的重视,将福利供给与契约化的实施机制紧密联系起来进行了研究,而契约本身正是经济法非强制性调整的一种典型方式。揭示出这一点,我以为是很重要的。在过去的福利供给中,往往是以政府的名义直接供给的,忽视了供给者与供给对象的之间的双向互动关系,如果以契约作为联系纽带,不仅有利于规范政府的供给行为,同时也可以通过契约赋予受供者以某种义务。福利供给的契约化可以为福利供给制度的改革提供一种新的思路。

第三,关于经济法对社会民生问题的关注。无疑,增进人民福利是改善民生中的一个重要问题。胡锦涛同志在党的十七大报告中明确指出“加快推进以改善民生为重点的社会建设”,要“扩大公共服务,完善社会管理,促进社会公平正义,努力使全体人民学有所教、劳有所得、病有所医、老有所养、住有所居,推动建设和谐社会”。可以说,党的十七大报告对推进社会建设给予了充分的重视,极大地改变了过去偏重于经济建设而不太重视社会建设的状况。围绕着推进社会建设,党的十七大又进一步强调了建立公共服务型政府,转变政府职能,促进劳动就业与提高人民收入水平,并指出“初次分配和再分配都要处理好效率和公平的关系”,这是对公平与效率关系的全面阐述。尽管我们一直在强调结果公平,但在现实中的某些制度缺陷又使得人民群众受教育的机会、迁徙的机会、进入市场的机会等面临许多困境,最后导致了结果不公平。此外,十七大报告中还特别强调了公众的民主参与,指出要提供民主参与政治决策的机会与条件。陈治在本书中以十七大报告精

神为指引,以社会福利为主线,以改善民生为归宿,对社会建设中的上述相关问题进行了较为系统和深入的分析。更为重要的是,与福利经济学的论述有所不同,本书立足于经济法的基本属性,从正式制度层面对今后我国福利供给制度的构建提出了自己的主张,凸显了本书研究的理论和现实意义。

在构建小康社会与和谐社会的今天,如何改革和规范我国的福利供给制度,这是一个需要认真探索的问题,陈治对此作了一些有益的探索,当然如果仅仅把社会福利制度的建立置于经济法的理论框架中去思考,恐怕仍有进一步讨论的必要,我意今后还应当从多元的角度去构思具有中国特色的福利制度。

我作为陈治的导师,看到她能够在我国法学界以福利问题作为切入点进行法律功能研究并不多的情况下,写出具有新的和一定独立见解的学术著作来,我自然感到由衷的欣慰。

是为序。

李昌麒

二〇〇七年十月

序 二

“福利”是多年来呈现于诸多学科领域的一个重要概念:在政治学上,福利关乎国家治理中的国家经济伦理义务;在经济学上,福利事关一个国家公共产品的提供;在社会学上,福利是社会整合的重要范畴;在法学上,福利决定着社会正义的实现。正因为如此,本人以为,福利在内容上应指公共福利,即包括以政府为直接责任主体、面向全社会提供的以收入保障为核心的再分配计划(亦即消极福利),以及有助于提升社会成员发展能力的信息提供、资金帮助、就业促进培训等计划(亦即积极福利),而不宜定位为一个与社会保险、社会救济、社会优抚相并列的社会保障的子项目。当前,我国正处于社会转型时期,我们已经肯认市场的绩效并选择了市场经济体制,同时确立了构建和谐社会以使全体人民共享改革发展成果的目标。在这种社会历史背景下,福利供给作为接近正义的方式和手段,对其进行深入探讨便具有重要的理论价值和实践意义。然而,从国内现有的文献来看,法学界特别是经济法学界对此鲜有关注。从这个意义上讲,陈治的《福利供给变迁中的经济法功能研究》一书,在一定程度上填补了学术上的这一缺憾。

陈治是由我指导毕业的硕士研究生,在攻读硕士学位期间,她就显示出了突出的学术潜质。硕士研究生毕业后,她又师从我国著名经济法学家李昌麒教授,在李教授的悉心指导下,其研究能力更有大幅提高。本书是在她的博士学位论文的基础上修改而成的,其理论与实践意义主要表现在以下几个方面:首先,本书多维度尤其是从法律的视角,对“福利”的含义作了较为合理的界定。从经济学的角度看,福利主要是一个与效用相联系的问题,这也是为什么亚当·斯密在《国富

论》中推定个人利益的简单加和就可以在市场这只“无形的手”的指引下达到社会利益点的实现的原因之一；换言之，福利的供给问题在经济学者眼里更多的是一个关涉效用的问题。而本书的突破点就在于其对福利与公平正义关系的揭示，使其成为经济公平与经济民主的重要内容。其次，本书实现了研究视角的创新。本书事实上是福利供给的经济法功能解释，或者说是从实证的角度对经济法的功能进行了研究。这在某种程度上可以说改变了经济法功能研究的方法论立场，也反映了作者从福利供给变迁中国家与市场二者联动的角度对经济法的功能进行拓展性研究的学术努力。这种动态性的研究，事实上对福利供给过程中各相关主体——政府职能机关、其他福利参与供给者及福利需求者——在利益的配置中如何进行联动与整合进行了“深摹”。最后，本书对研究方法的选取较为精准。方法是认识世界的桥梁与纽带，方法的择取一定程度上反映着作者思维的广度与深度，并且与其学术作品的价值紧密相关。值得肯定的是，本书对福利供给以法律社会学方法进行了考察。这一方面避免了视野的狭隘化，避免了“只见树木，不见森林”的方法论缺陷；另一方面，也正好反映着“从社会的角度解释法律、从法律的角度解释社会”的法社会学之训。应该说，这种解释是有生命力的、有价值的、有助于有效“逼真”的（借用当代解释学大师伽达默尔的说法）。

博士论文从某种意义上讲是“急就章”，存在某些不完善之处也是无可避免的。就本书而言，福利作为一种公共产品，其供给果真存在着国家主导或者市场主导之争吗？这到底是学术界的“意见”还是对现实的准确摹写？这值得进一步思考。同时，福利的供给除了国家与市场之外还有没有其他方式？亦有必要再研究。至少，从经济学界的研究成果看，就有论者提出公共产品供给的国家、市场、志愿者三方结合的联动机制。美国学者埃利诺·奥斯特罗姆更是在充分检验上述国家与市场方案的基础上，提出了自治组织理论（self-governance theory），并从实证的角度进行了有力的分析。这些研究成果值得作者进一步关注。虽然如此，但瑕不掩瑜，本书仍不失为经济法学界研究福利供给的

佳作。我十分乐意把此书推荐给学界同仁,并祝作者拿出更多、更好的学术精品来。

是为序。

卢代富

二〇〇七年十一月十日于山城

内 容 摘 要

福利是一个跨越经济学、伦理学、哲学、社会学、政治学、法学等多学科领域的概念,具有丰富的内涵与外延。它往往表现为各种名目繁多的公共补贴、现金资助、社会服务并伴随着错综复杂的实施体系、灵活多样的实施方式,尤为重要,它是特定政治、经济、社会、文化背景的产物,不可避免地带有各自国家独特的历史传统与价值观念的深刻印迹。然而,透过表象理性审视,不难发现在这些处处彰显“差异”的现象背后,实则贯穿着一条体现“共性”的演进线索,这即是围绕利益分配所展开的自由放任主义与国家干预主义的论争及其实践。因而,尽管福利问题本身带有个性、多元化与地方性的特点,但均无法回避对以国家为主导的福利模式与以市场为主导的福利模式进行不断的权衡与探索。

而经济法——蕴含国家与市场的辩证关系并将之作为基本的认知范式、追求实质平等旨在实现社会公共利益,没有理由排斥对福利的关注。这是因为,一方面,经济法的基本命题都是围绕国家与市场的关系而展开,这当然不能忽略国家与市场的福利角色——是需要国家实施福利干预抑或放任市场自发调节促使个体为自身福利承担责任的问题;另一方面,经济法奉行实质平等与社会公益的基本目标,旨在改变社会成员间的在资源、机会、条件、结果上的不平等境遇,增进社会整体的利益。而常常最为直观地体现这种实质不平等现象的即是在关乎人们福利需求的经济社会领域,如收入保障、劳动就业等,对此,经济法亦须作出回应。

当“福利”与“经济法”发生牵连时,经济法便被置于一个社会现实的场景下,产生诸如经济法在这样的社会场景中扮演怎样的角色、其地

位如何的涉及法律与社会关系的议题,用一个规范的概念表达,即是经济法的功能。本书即尝试从福利的视角探究经济法的功能。这意味着福利问题是全书的论证背景,而从中推及经济法的功能是全书的论证主题。将要展开的是,什么是福利与福利的供给,福利的供给呈现怎样的变迁历程;在福利供给变迁中经济法究竟具有怎样的法律功能,其功能又是如何生成的,它具有怎样的功能限度,最终又如何实现。具体内容由六章构成。

第一章——福利供给的理论概说。本章构成全书论证的前提部分,主要阐释福利与福利供给两个基本的概念。为此,本章首先选取经济学、伦理学、哲学、政治学、法学中的福利思想进行考察,提出福利已经从早期的偏重于个人“效用判断”的概念发展成为一个跨越多学科、具有多种蕴涵的政治经济术语,尤为重要的是它与当代政府的活动密不可分,实际上代表着一种有别于传统行政目的的新的政府目的,其核心即在于进行福利配给与实施。在此基础上,本章对于福利供给的本质、内容、主体、方式进行揭示,并将之与传统的行政目的以及公共经济学上的公共产品供给进行比较。本章的主要任务是将全书的逻辑起点进行限定,以便为后文论证的展开提供条件。

第二章——福利供给的变迁与争鸣:以福利供给模式为视角的考察。本章以福利供给模式为视角,集中考察福利供给的变迁历程,在评析有关观点争议的基础上,对这一历程进行总结,指出这是一个以实现利益均衡配置为目标、对国家与市场的福利角色进行不断权衡的过程。它演进的方向是谋求政府的功能角色与市场的机能并重,并就福利供给的内容、主体及方式进行具体变革,推动一种新的供给模式的建立。在这一过程中折射出有关福利需求与社会分配、国家干预与市场调节、公共部门与私营部门关系的基本命题,为引入经济法功能的分析提供了一个重要的社会背景与实证基础。

第三章——福利供给变迁中经济法功能的定位。本章提出全书的中心命题:在福利供给变迁中经济法具有利益配置的功能与社会整合的功能。这是开启法律与社会互动论证的序幕。本章首先回答的是,

为什么要从福利供给变迁中探寻经济法的功能,在“福利供给变迁”与“经济法功能”二者之间究竟具有怎样内在的关联;然后分别就福利供给变迁中经济法的利益配置功能与社会整合功能之蕴意进行具体阐释;最后提出从福利供给变迁探究经济法功能的意义,这即是改变经济法功能的认知进路与传统定位,以及进一步完善经济法“需要国家干预论”的正当性基础。

第四章——福利供给变迁中经济法功能的生成。围绕上一章提出的中心命题,本章将具体论证:经济法的利益配置功能与社会整合功能的生成原因是什么,它们又是如何生成的?这是法律与社会互动的论证重点。考虑到福利供给的变迁总是体现在相关法律制度的变化上,故本章首先从福利供给变迁中经济法功能生成的制度背景入手,指出这些制度均存在一定的片面性与局限性,无法全面担负福利供给变迁中提出的在内容、主体与方式上的重建任务。而经济法的利益配置功能与社会整合功能正是在这样的背景下应运而生。这表明经济法功能的生成并不是封闭与自我证成的,而是立足于外在的现实动因。那么,为什么是经济法而非其他的法律部门生成了这样的功能呢?关键在于经济法内部的结构属性为其功能的生成提供了条件,这实际上契合了法律社会学上结构功能主义的分析路径,揭示出经济法的功能是借助内部的结构特点而与外在社会现实产生关联的状态。

第五章——福利供给变迁中经济法功能的限度。本章进一步论证的是在福利供给变迁中经济法存在功能的限度,也就是经济法功能受到各种因素的制约从而难以在社会系统中发挥实效。这种限度既可能是经济法“与生俱来”的,即经济法无法应对所有的福利问题;亦可能是社会现实划定的,尤其是当以我国为考察基点时,经济法功能发挥的社会基础尚显薄弱;还可能是经济法的规范因素决定的,即经济法既有的规范体系无法满足需要。总之,经济法功能的限度是在法律与社会互动过程中必须考虑的因素,它们构成了经济法功能实现的制约因素。

第六章——福利供给变迁中经济法功能的实现。本章旨在论述经济法功能的实现过程。在福利供给变迁中经济法功能的实现,即是将

经济法的利益配置功能与社会整合功能转化为现实的存在,并以一种新的供给模式的形成作为功能实现的标志与结果。如果把经济法功能的生成看作是从系统内部探究经济法与社会发生关系的状态,那么,经济法功能的实现便是从系统外部探究经济法的社会效果。这实际上构成了法律与社会互动论证的一个完整链条。为此,本章将从经济法功能实现的条件、经济法功能实现的途径、经济法功能实现的阶段、经济法功能实现的具体法律机制几个层面展开论证。

Abstract

The monograph probes into a theoretic matter of functions of economic law in an angle of view of the change in welfare provision. As we know, welfare has its various connotations and extensions in economics, ethics, philosophy, sociology, politics and law science. The more important, the welfare provision systems have been deeply influenced by distinct history tradition and value. However such problem as what role the government or the market has played in the matter of welfare provision becomes a common focus in those different systems, just as in economic law which concerns the same question and investigates how to combine the two sides. Then the topic about welfare is related into the economic law, further the topic about the functions of law involved the relation of the law and the society can be put forward to settle societal problems especially rose in the change of welfare provision. This monograph is intended to answer the following questions: What is welfare and welfare provision? How do welfare provision systems change? What functions does economic law have in the change of welfare provision? How do these functions of law come into being? What limitations do substantial economic law systems have in face to a new model of welfare provision? How do functions of economic law realize? This monograph consists of six chapters.

Chapter one, entitled by the idea source of welfare provision, is a logic premise of the article. This chapter may take on two missions, first of which is to interpret the concept of welfare in view of a new theory on government purposes to allocate and provide welfare, which have differences with the traditional administration purposes to limit in maintaining the public order;