

GENERAL INTRODUCTION TO

余少祥 著

SOCIAL

社会法 总论

LAW

作者在自己以往社会法专题研究的基础上，综合分析国内外有关学说、观点，以学术创新精神，对社会法的起源，社会法的概念和性质界定，社会法的定位、法律特征、基本原则、法律机制、内容体系等基础理论问题进行了系统深入的探讨，试图构建社会法完整的理论体系。

GENERAL
INTRODUCTION TO

社会法
总论

SOCIAL LAW

余少祥 著



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

图书在版编目(CIP)数据

社会法总论 / 余少祥著. -- 北京: 社会科学文献出版社, 2019.5

ISBN 978-7-5201-4533-6

I. ①社… II. ①余… III. ①社会法学-研究-中国
IV. ①D902

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2019) 第 048554 号

社会法总论

著 者 / 余少祥

出 版 人 / 谢寿光

责任编辑 / 芮素平

文稿编辑 / 张春玲

出 版 / 社会科学文献出版社·社会政法分社 (010) 59367156

地址: 北京市北三环中路甲 29 号院华龙大厦 邮编: 100029

网址: www.ssap.com.cn

发 行 / 市场营销中心 (010) 59367081 59367083

印 装 / 三河市尚艺印装有限公司

规 格 / 开 本: 787mm × 1092mm 1/16

印 张: 24.5 字 数: 376 千字

版 次 / 2019 年 5 月第 1 版 2019 年 5 月第 1 次印刷

书 号 / ISBN 978-7-5201-4533-6

定 价 / 119.00 元

本书如有印装质量问题, 请与读者服务中心 (010-59367028) 联系

 版权所有 翻印必究

序 言

这本书是我承担的国家社科基金重点课题“社会法总论重大理论问题研究”（批准号：14AFX024）的成果之一，全部章节均出自本人之手，不包括课题组成员的成果，也不包括我撰写的系列研究报告。

作为课题研究的主“产品”，这本《社会法总论》能不能获得学界和同人的认可，说实话，我十分忐忑。我甚至揣测，能否有人耐心将这本书读完。毕竟，在学风日益浮躁，大家都在追求“短、平、快”的今天，基础理论研究是最吃力不讨好的事。从近十年中国社会法年会的情况看，基础理论研究一直是最落寞、被边缘化的领域。在社会法专业研究会年会中，“基础理论”仅有一次被设过分会场，会议论文也仅有少数几篇，这跟学会的导向有关，跟人才和研究氛围也有关联。社会法学者大都沉醉于对劳动法或其他分支学科某个具体问题的研究，看上去一片“繁荣”。事实上，全国人大常委会早就将“社会法”列为我国社会主义法律体系七大法律部门之一了。但到底什么是社会法，社会法与其他法律部门在哪些方面有区别，没有一个人能够从理论上说清楚。也就是说，我们的社会法没有理论。迄今为止，我国社会法所有的制度构建，都缺乏严密清晰的理论支撑。这是很大的问题，也是不能不解决的重要问题。为此，我和少数同人一直奋力疾呼，希望社会法学界重视并加强基础理论研究，因为这是我们一代学人必须肩负的使命。

我从2006年进入中国社科院法学所以后，就一直关注社会法基础理论研究，截至2012年底，已经基本上将国内带有“社会法”三个字的专著和论文看完，积累了约40万字的读书笔记，关于社会法基础理论的主要观

点已初步形成。实事求是地说，国内还是有一些学者对社会法基础理论问题做了很多有益的探索，这给了我很多正面或者反面的启迪。我当时就想在这些读书笔记的基础上，写一本关于社会法基础理论的专著，并拟就了全书的框架提纲。不久，恰逢国家社科基金课题招标。我想，反正这项研究要做，不如申报一个国家社科基金课题试试，争取能有几年时间静下心来写作。结果一查阅国家社科基金课题指南，我连“社会法”三个字的影子都没有发现，但我坚信这项研究的重要性，期待评审专家“慧眼识珠”，因此还是认真填写和提交了申报书。不久，立项结果公布，我申报的课题赫然在列，而且是重点课题。我不敢怠慢，开始全身心投入研究工作。这个课题预定的完成时间是四年，最终成果是一本40万字的专著。我当时雄心勃勃，准备一个人独立完成这本专著。但一个自然人一年能撰写的专著的字数是非常有限的，我一是还有别的工作任务，不能保证每天都有时间写，二是写的时候经常“卡壳”，需要查阅或补充很多数据资料，有时还要全部推倒重来。为了保证研究进度，我将中国政法大学徐妍老师和我的一名研究生李广厦延入课题组，由徐妍老师做“社会法的法律功能”研究，李广厦做“社会法的法律特征”和“社会法的价值目标”研究。考虑到观点、体例和风格的统一，我将自己积累的读书笔记倾囊相授，供他们参考，并跟他们一起拟定了写作提纲。徐妍老师功力深厚，且对社会法基础理论关注已久，很快就完成了写作。李广厦从入学伊始，确立的方向就是社会法基础理论，加上聪明勤奋，基础很好，经过一年多的努力，也顺利完成了课题任务。现在，李广厦已经在德国马普学会社会法与社会政策研究所攻读博士学位，专业方向正是社会法基础理论。

2016年8月，我因故离开法学研究所，调入中国社科院社会发展战略研究院工作。这是一个跨学科、综合性的研究机构，承担的课题多、任务重。我一方面接手一些新的课题任务，另一方面继续原有的社会法基础理论研究。我还要承担国家治理研究室、国家治理研究智库和国家机关运行保障研究中心的很多工作。这一段时间，我确实非常忙。直到2017年10月，原计划的研究专题终于全部完成，就是呈现在读者面前的这本《社会法总论》。遗憾的是，徐妍老师和李广厦撰写的章节不能放在一起出版，

因为那样不能算“专著”。目前，徐妍老师的大作已经在2018年社会法年会上“惊艳亮相”，李广厦的两章依然被“束之高阁”。我想，将来本书再版时，一定要将这三章补上。在此，我谨向两位作者表示歉意，也希望他们的大作能先以论文面世。因为一旦出书，就再难发论文。

其实，原定框架还有“社会法的结构分层”，在做课题申报时被我撤下，主要是因为这部分思考欠成熟，我也担心研究时间不够，招架不住。社会法的重大理论问题还有一些，一本书很难穷尽，且任何理论都是开放的体系，永远处在探索和发展之中。这本书能起到的作用就是抛砖引玉，一方面期望引起学界对社会法基础理论的重视，另一方面是提供一个“靶子”，供大家讨论和批判。本来，我有一个想法，即将它归入我的“弱者”研究系列，取名《弱者的福祉——社会法义理、考据与辞章》，因为社会法首先起源于弱者保护，后来才渐次发展为提供全民福利和保障。后来，我去征求刘白驹老师的意见，他建议还是用《社会法总论》：一方面，这本书阐述的都是“总论”问题；另一方面，有关社会法“总论”的专著目前一本没有，其可以起到先导作用。事实上，这本书贯彻的思想与我的“弱者”研究系列是一脉相承的，因为社会法在本质上是“民生之法”，其立法宗旨是保护弱者，维护社会实质公正和公平。为了便于读者了解我的“弱者”研究系列，我特将《弱者的权利》、《弱者的正义》、《弱者的救助》和《弱者的守望》四本书的“后记”或“序言”附录在后，供读者比较和对照，以更好地理解本书的主题和核心思想。

我再次说明，《社会法总论》的每一行字都是本人独立思考的结果，我文责自负，如有粗疏或不妥之处，敬请读者诸君不吝指正。

余少祥谨识

2018年12月10日

目 录

第一章 社会法的起源和发展	001
第一节 社会法起源	001
第二节 社会法的界定	016
第二章 社会法的理论基础	048
第一节 政治学理论	048
第二节 经济学理论	060
第三节 社会学理论	065
第四节 伦理学理论	074
第三章 社会法的性质定位	082
第一节 社会法的性质	082
第二节 社会法的定位	097
第三节 对不同观点的批判分析	117
第四章 社会法的基本原则	137
第一节 基准法原则	138
第二节 国家给付原则	148
第三节 限制所有权原则	160

第四节	向社会弱者倾斜原则	172
第五节	遵循经济社会发展水平原则	184
第五章	社会法的法律机制	197
第一节	社会法的立法机制	198
第二节	社会法的执法机制	218
第三节	社会法的司法机制	237
第六章	社会法的内容体系	255
第一节	社会保障法	256
第二节	社会保护法	268
第三节	社会促进法	299
参考文献		327
附录一	《弱者的正义》自序	356
附录二	《弱者的救助》序言	363
附录三	《弱者的守望》序言	370
附录四	《弱者的权利》后记	383

| 第一章 |

社会法的起源和发展

19 世纪中期以后，以私法和市场经济为特征的资本主义制度虽然为人类带来了越来越多的物质财富，但是造成了越来越多的社会问题。尤其在一些发达的资本主义国家，工业革命的成果落在了少数人手里，社会对这部分财富完全失去了支配权。由于社会安全和个人生存受到威胁，资本主义社会遇到了空前的危机。^① 在此情况下，资产阶级国家和社会改良主义者力图通过干预私人经济来解决市场化和工业化所带来的社会问题，并运用行政、法律手段对各类社会问题进行调节，以强化私权主体的社会责任，调和各种利益矛盾和冲突。在此过程中，公法手段被不断运用于过去与之不相干的劳动、社会福利救济、教育和经济等领域。其目的是以政府这只强有力的手来保护社会中处于弱势地位的当事人的利益，保护民生福祉。^② 正是公法和私法在解决社会问题时存在的不足，造成了“公法私法化”和“私法公法化”的现象，并最终促使了经济法、环境法、社会法等新的法律部门的诞生。

第一节 社会法起源

一 理论渊源

（一）空想社会主义理论

最早的空想社会主义者是英国人莫尔，他在 1516 年出版的《乌托邦》

① 白小平：《社会权初探》，《社科纵横》2004 年第 4 期。

② 余少祥：《社会法：维系民生之法》，《今日中国论坛》2009 年第 1 期。

一书，被称为空想社会主义的开山之作。在书中，莫尔提出孕妇、产妇、哺乳期妇女以及婴儿受社会保护，医疗服务完全免费，一切患病者都可得到治疗和所需营养。这就是一种实行社会保障的美好理想。早期空想社会主义的另一位代表人物，是意大利人康帕内拉，他在监狱里写的《太阳城》一书，同样产生了较大影响。中期空想社会主义者的主要代表是法国的摩莱里和马布利。摩莱里的代表作是《巴齐里阿达》和《自然法典》，马布利的著述有很多，1792年出版的《马布利全集》有15卷之多。他们的著作深受法国启蒙思想的影响，开始具有典型的空想社会主义理论形态。19世纪以后，资本主义在欧洲迅速发展，整个社会日益分裂为资产阶级和无产阶级两大对立阵营，资本主义社会内部的矛盾和弊端日益暴露。面对资产阶级的残酷剥削和无产阶级的苦难，圣西门、傅立叶、欧文将空想社会主义提到了前所未有的高度。他们对资本主义制度进行了无情的揭露和批判，有的还试图将社会主义理论同群众运动联系起来，甚至进行了通过暴力推翻当时社会制度的尝试。他们精心描绘了未来社会的蓝图，提出了一些积极主张和有价值的思想，具体包括：废除生产资料私有制，消灭剥削和压迫，消灭阶级和阶级差别；改变资本主义分配制度，实行共同劳动、合理分配；消灭工农差别、城乡差别、脑力劳动和体力劳动的差别；等等。如欧文致力于改善工人的劳动条件，提高工人福利。他召开股东会议推广自己的想法，呼吁议会通过这方面的立法草案，并出版了一本《论工业体系的影响》小册子，宣传劳工福利思想。后来，欧文两次发出呼吁书《上利物浦伯爵书——论工厂雇佣童工的问题》和《致不列颠工厂主书——论工厂雇佣童工的问题》，力图将零星赈济转变为劳工依法享有的权利。^① 空想社会主义者关于未来社会的某些天才构想，为社会法的诞生提供了直接的思想资料，成为社会法重要的智识资源。

（二）国家责任理论

早期资产阶级思想家魁奈、亚当·斯密和休谟等，都认为人类本性是

^① [英] 欧文：《欧文选集》第1卷，柯象峰等译，商务印书馆，1979，第101页。

利己的，每个人都是理性的经济人，是自己利益的最佳判断者，在市场上的行为遵循“效用最大化”原则。他们相信，人们追逐私利的行为，会带来社会的繁荣，整个社会在“看不见的手”的指引下有序地运行，最终会达到个人私利与社会福利平衡的结果。当时十分流行的工作伦理是加尔文主义哲学和社会达尔文主义^①，整个社会崇尚个人奋斗和自由竞争，认为贫穷和弱势都是个人责任。如洛克认为，“与穷人相比，富人拥有更多为自己行为负责的资本。但是，在有关贫穷的问题上，除了以自己的行为对穷人施加影响力之外，富人无法帮助穷人”。^② 随着社会化大生产的发展，人们对贫困与社会风险的看法发生了根本转变，贫困不再被认为是一种罪过，而是一种不幸，这种不幸的后果应该由社会来承担。社会风险是工业社会的必然现象，必须通过社会保险制度予以化解。^③ “物竞天择、适者生存”的市场竞争法则，虽然可以使竞争者之间保持公平的竞争秩序，却无法保证竞争结果的公平，因为竞争法保证的是程序的公正和形式公平，而不是结果的平等和实质公平。因此，一个人的不幸如贫困、失业、疾病、受教育程度低等，不应归责于个人道德的失败，而应归责于国家没有提供充分的机会和物质保障来缓解和消除上述不幸。也就是说，国家有责任向其提供医疗、住房、失业救济、教育等一系列福利，提供成人教育正是国家承担责任的一种方式。^④ 这就是国家责任论最初的理论形态，其为社会法的产生和发展提供了理论契机。

20 世纪 30 年代，凯恩斯主义彻底颠覆了西方古典经济学的理论基础，将国家责任论推到了一个新的高度。凯恩斯依据“有效需求原理”，认为资本主义经济患了失业、经济危机等多种严重疾病，并有引起无产阶级革命导致资本主义制度全面崩溃的危险，而病因正是“有效需求不足”。对此，他提出了由政府出面干预经济的“一揽子”措施，包括提高资本边际

① [美] 迪尼托：《社会福利：政治与公共政策》，何敬等译，中国人民大学出版社，2007，第 37 页。

② Calvin Woodland, “Reality and Social Reform, the Transition from Laissez-Faire to the Welfare State”, *The Yale Law Journal* 72 (2), 1962, p. 292.

③ 杨思斌：《英国社会保障法的历史演变及其对中国的启示》，《中州学刊》2008 年第 3 期。

④ 郭丁铭：《论成人教育法的社会法属性》，《昆明理工大学学报》2007 年第 2 期。

效率、“半通货膨胀”政策、扩大商品和资本输出等。其经济思想的核心是，放弃古典经济学的自由放任的市场经济政策，通过政府对经济的积极干预，缓解甚至解决资本主义社会的各类矛盾，挽救资本主义制度。以此为基础，美国国会批准了《社会保障法》，第一次在同一部法律中规定社会保险、社会福利和社会救济等内容，创建了社会保障法规由单纯的社会保险向综合性发展转变、国家职能从“消极”向“积极”转变的新模式。^①

（三）人权理论

在欧美的文化中，人权是一个专有名词，特指人的某种“自然权利”，即人因其为人而应该享有的权利。现代人权理论起源于欧洲的文艺复兴，文艺复兴的本质乃是其对人的本体价值的认识和确认。也就是说，每个人都有自己与生俱来的权利，这是基于人类本性的一种权利。文艺复兴后期，洛克在《政府论》中对“自然权利”作出了最早界定。他认为，人生来就应该是平等的，不存在从属或受制的关系，任何人都不得侵害他人的生命、健康、自由或财产。洛克避开了人权的来源及存在的合法性问题，直接将人生来就应该平等当作一个不言自明的前提条件展开论述。在洛克看来，全社会的生存是根本的自然法。他说：“根本的自然法既然是要尽可能地包含一切人类，那么如果没有足够的东西可以满足双方面的要求，即赔偿征服者的损失和照顾儿女们的生活所需时，富足有余的人就应该减少其获得充分满足的要求，让那些不是如此就会受到死亡威胁的人取得他们迫切和优先的权利。”^② 在个人与社会的关系上，杰克力图使个人与社会达到适当的平衡，认为“人一出生即享有生存权利”^③，且涉及全人类

① 美国1935年《社会保障法》的主要内容有：为因年老、长期残废、失业等陷入贫困的社会群体提供收入保障，为老年和残废者的医疗费用提供保障，为保障计划受益者提供现金保障待遇等。这部法律的直接理论来源是凯恩斯主义。凯恩斯倡导“积极国家”，反对自由主义的消极国家，主张政府要扩大福利设施，对经济活动进行积极干预，实行社会保障，消除贫民窟，实施最低工资法等。

② [英] 洛克：《政府论》（下），叶启芳等译，商务印书馆，1964，第118页。

③ [美] 杰克·唐纳利：《普遍人权的理论与实践》，王浦劬等译，中国社会科学出版社，2001，第102页。

生存的内容至少与涉及个人生存的内容一样多，反对牺牲个人利益以服从社会利益，人的基本生存权利不受侵犯。卢梭认为，人类根本的政治目标是追求平等与自由。他说，“如果我们探讨，应该成为一切立法体系最终目的的全体最大的幸福究竟是什么，我们便发现它可以归结为两大主要目标：自由与平等”^①；“每个人都生而自由、平等，他只为了自己的利益，才会转让自己的自由”。^② 卢梭认为，在自然状态中，人们之间虽因年龄、体力的不同存在自然的不平等，但绝没有财产和政治上的不平等，财富私有制和不平等占有乃是一切社会不平等的根源。这一时期，以洛克、孟德斯鸠、伏尔泰和卢梭等为代表的著名学者，倡导“自由、平等、博爱”和“人权”等思想，在政治、社会领域引起巨大变革，成为社会立法和国家对公民应尽义务的理论先导。

生存权学说是人权理论发展的必然结果。这一学说认为，国家应该把保护社会弱者生存作为自己的义务，社会财富的分配应确立一个使所有人都获得与其生存条件相适应的基本份额的一般客观标准。社会成员根据这一标准具有向国家提出比其他具有超越生存欲望的人优先的、为维持自己生存而必须获得的物和劳动的要求的权利。^③ 18世纪末，以托马斯·潘恩等为代表的一批思想家明确提出生存权和社会权思想，产生了极大的社会影响。在《人权论》一书中，托马斯·潘恩用清晰的语言系统阐述了穷人的权利，强调穷人不仅有生存权，而且应该享有各种经济、社会和文化权利，并且首次提出一项激进的社会改革方案，使穷人能实际享有这些社会权利。^④ 他将国家看成为人民利益服务的仆人，认为政府应该对社会负起责任，即不仅要照顾贫穷残疾者与孤儿寡妇，还要使身体强健的人有工作。同时，他主张对无劳收益征收累进税和实行高额分级遗产税，将税收用来为儿童和老人提供补助，为救济失业兴办公共工程，以及为教育提供款项，等。由于其杰出贡献，历史学家汤普森在评价《人权论》时认为，

① [法] 卢梭：《社会契约论》，何兆武译，商务印书馆，1982，第42页。

② [法] 卢梭：《社会契约论》，何兆武译，商务印书馆，1982，第9页。

③ 刘升平、夏勇：《人权与世界》，人民法院出版社，1996，第319页。

④ [美] 潘恩：《潘恩选集》，马清槐等译，商务印书馆，1982，第313页。

第一部分的成就是伟大的，但第二部分是非凡的，因为第二部分树起了导向 20 世纪社会立法的航标，成为社会法产生的理论先导。

（四）新财产权理论

作为一个古典的法律概念，“财产”或“财产权”（Property）长期被视为民法领域研究的重要内容。也就是说，法律强调财产权为私权利，应由意思自治主导的私法调整，尽可能禁止公权力对其进行干涉。如功利主义者认为，人是趋乐避苦的，财产权是个人追求快乐的工具，具有很强的个人主义倾向，强调个人财产神圣不可侵犯，即便社会共同福利要求对个人权利进行调整，也很难要求个人作出妥协。^① 社会契约论者大部分认为，个人在进入社会之前，在自然状态中拥有包括财产权在内的自然权利，政府的目的是保护财产权，如果它企图干涉个人的财产权，个人就可以反抗，甚至推翻政府。但是，随着“公法私法化”和“私法公法化”的出现，财产权已不再是一种纯粹的私权利，传统大陆法系关于公法、私法划分的理论基础也产生了根本的动摇。如洛克认为，财产私有权的无限积累是有条件的，因为在许多情况下，无限积累会侵犯自然法，它们不仅威胁无产者的自由和平等，而且威胁他们的实际存在。因此，当无限个人积累威胁到其他人的实际生活时，他主张允许而且实际要求采取针对性的政治行动。在《政府论》下篇“论财产”中，洛克并没有证明无限积累的普遍权利是正当的，其为限制财产权和新财产权学说打开了理论上的缺口。

19 世纪后期，欧洲国家普遍进行的社会立法由于涉及对个人财产权的调整曾遇到较多抵制。在这种背景下，格林提出了一种新的财产权理论，努力为社会立法提供理论支持。格林认为，财产权在欧洲发展历史上的实际结果，是其产生了大量不能拥有财产的人。虽然从法律上看，这些人可以有占有的权利，但实际上他们没有机会为自由的道德生活，为发展、实现或表达善良意志提供手段。为了改变这种状况，国家应该对那些损害其他人财产权及社会共同福利的财产权自由进行限制。^② 从保护被雇佣者财

① 邓振军：《从个人权利到社会权利——格林论财产权》，《浙江学刊》2007 年第 3 期。

② 邓振军：《从个人权利到社会权利——格林论财产权》，《浙江学刊》2007 年第 3 期。

产权出发，他也提倡对劳动合同中的契约自由进行限制。在强调对财产权的适当限制时，格林也力主维护个人自由使用和处置其财产的权利。他说，合理的财产权的无限制运用是“最高善”实现的条件，这种权利应该被赋予个人，不管他实际上如何使用它，只要他没有用一种干扰其他人运用类似权利的方式使用它即可。^① 20 世纪以后，Reich 教授在《耶鲁法学杂志》上发表的一篇文章之中，对“新财产权”理论做了进一步的阐述。他认为，财产不仅包括传统的土地、动产、钱物，还包括社会福利、公共职位、经营许可等传统的“政府馈赠”（Government Largess），这些“馈赠”一旦变成个人“权利”，就应受到个人财产权保障条款的保护，不能随意剥夺，必须使其受到“正当程序”和“公正补偿”的严格限制。^② 根据 Reich 教授的论述，在现代社会中，政府正源源不断地创造财富，主要包括薪水与福利、职业许可、专营许可、政府合同、补贴、公共资源的使用权、劳务等。这些财产是现代社会重要的财产形态，对其进行分配是通过公法而非私法实现的，因此对个人的生存和发展具有极为重要的作用。^③ 他认为，政府提供的社会保障和社会福利等也应被看作一种“新的财产”，给予充分的法律保障。Reich 教授的“新财产权”理论，重点阐述的是政府与权利持有者之间的关系，而非私有财产与其持有者之间的关系，它促使人们去关注政府可以提供哪些利益，如何保护权利持有者的合法利益，这对于从公法角度理解财产权是非常有益的。也就是说，当社会形态发生转变，需要解决的社会问题发生变化时，社会观念也会发生转变。在社会法形成和发展过程中，财产权观念即发生了重要变化，为社会法的产生和发展提供了条件。

（五）福利经济学思想

福利经济学的伦理学基础是功利主义思想。边沁提出，“最大多数人

① 邓振军：《从个人权利到社会权利——格林论财产权》，《浙江学刊》2007 年第 3 期。

② 参见 Charles A. Reich, “The New Property”, *The Yale Law Journal* 73, 1963 - 1964, pp. 733, 737 - 738。

③ 参见 Charles A. Reich, “The New Property”, *The Yale Law Journal* 73, 1963 - 1964, pp. 733, 737 - 738。

的最大幸福是正确与错误的衡量标准”^①，这里实际上隐含了一种共同体福利标准，即如果国家干预能够促进最大多数人获得最大幸福，提高社会总体福利水平，那么国家就应该进行干预。他说：“共同体的利益是什么？是组成共同体的若干成员的利益总和”，“不理解个人利益，谈论共同体的统一便毫无意义”^②；“功利原理是指这样的原理：它按照看来势必增大或减少利益相关者之幸福的倾向，亦即促进或妨碍此种幸福的倾向，来赞成或非难任何一项行动。我说的是无论什么行动，因而不仅是私人的每项行动，而且是政府的每项措施”。^③ 尽管边沁提出了某种集体形式的福利观念，其理论有一个基本缺陷是，只强调增加社会财富总量，而不问财富在社会中实际上是怎样分配的。正如英国学者诺曼·巴里所说，边沁思想的模糊之处在于，“它既可以建构比富国论远为自由放任的经济理论，也可以建构允许国家权力扩张的福利理论”。^④ 后来，穆勒探讨了国家进行社会财富再分配的可行性。他说，“财富生产的法则和条件具有自然真理的性质，它们是不以人的意志为转移的”，^⑤ “财富的分配不是如此，这是一件只和人类制度有关的事情”。^⑥ 但是，真正奠定福利经济学基础的是经济学家庇古，他提出的两个著名的理论为国家干预市场经济提供了充分理由：一是消除自由市场外部性理论；二是社会财富再分配理论。庇古认为，市场产生外部性，使得社会净边际产品和私人净边际产品相背离，这是自由市场本身无法克服的，只有借助国家的力量进行干预，才能解决外部性问题。他说：“显而易见，我们到目前为止所讨论的私人和社会净产品之间的那种背离，不能像租赁法引起的背离那样，通过修改签约双方之间的契约关系来缓和，因为这种背离产生于向签约者以外的人提供的服务或给他们造成的损害。然而，如果国家愿意，它可以通过‘特别鼓励’或‘特别限制’某一领域的投资，来消除该领域内这种背离。这种鼓励或限制可以

① 周辅成：《西方伦理学名著选辑》（下），商务印书馆，1987，第211页。

② [英] 边沁：《道德与立法原理导论》，时殷弘译，商务印书馆，2000，第58页。

③ [英] 边沁：《道德与立法原理导论》，时殷弘译，商务印书馆，2000，第58页。

④ [英] 诺曼·巴里：《福利·导言》，储建国译，吉林人民出版社，2005，第1页。

⑤ [英] 穆勒：《政治经济学原理》，赵宋潜等译，商务印书馆，1991，第226页。

⑥ [英] 穆勒：《政治经济学原理》，赵宋潜等译，商务印书馆，1991，第227页。

采取的最明显形式，当然是给予奖励金和征税。”^①

19世纪40年代，德国出现的历史学派提出了许多与古典政治经济学相对立的理论观点和政策主张。后来，以施穆勒、布伦坦诺等为代表的新历史学派明确提出国家福利思想，因其主张工人福利和社会改良，后又被称为“讲坛社会主义”。新历史学派的社会改良政策有两个支点：（1）劳资问题是一个伦理道德问题，不需要通过社会革命来解决，只要对工人进行教育，改变其关于心理和伦理道德的观点，便可以解决；（2）国家至上，国家可以直接干预经济生活，负起“文明和福利”的职责。^② 与以亚当·斯密为代表的英国古典自由主义思想相对抗，他们提出的关于改善社会福利的政策理念包括：国家的职能不仅在于安定社会秩序和发展军事实力，还在于直接干预和控制经济生活；经济问题与伦理问题密切相关，人类经济生活应满足高尚的、完善的伦理道德方面的欲望；劳工问题是德意志帝国所面临的最严峻的问题，国家应通过立法，实行包括社会保险、孤寡救济、劳资合作以及工厂监督在内的一系列社会措施，自上而下地实行经济和社会改革。^③ 新历史学派的这些思想主张，成为德国社会法产生的直接的理论源头。

当然，除了上述思想和理论体系，社会法产生的理论前提还有人道主义、社会平等思想、慈善思想、人权理论、社会连带思想、仁爱思想、社会民主主义、社会安全思想和社会正义理论等。因此，从某种程度上说，社会法是人类自身理性的产物。正如马克斯·韦伯所说，欧洲文明的一切成果都是理性主义的产物，只有在理性的行为和思维方式的支配下，才会产生严格推理证明和实验的实证自然科学，才会产生“可计算”的资本主义市场经济体制，才会产生“可预期”的作为“社会调整器”的法律制度。^④

二 实践渊源

社会法不是无中生有，而是适应社会需要出现的，是时代发展进步的

① [英] 庇古：《福利经济学》，朱泱等译，商务印书馆，2006，第20页。

② 杨礼琼等：《起源与思考：论现代社会保障体系初建立》，《理论探讨》2008年第3期。

③ 李珍：《社会保障理论》，中国劳动和社会保障出版社，2001，第39页。

④ 苏国勋：《理性化及其限制——韦伯思想引论》，上海人民出版社，1988，第91页。