

普通高等教育精编法学教材

社会保障法

Social Security Law

王显勇

杨军◎著

李海明

北京市高等教育精品教材立项项目



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

014034791

D922.182.3

14



北京市高等教育精品教材立项项目



Social Security Law

社会保障法

高等教育精编法学教材

王显勇
杨军◎著
李海明



北航

C1722633

D922.182.3
14



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

社会保障法/王显勇,杨军,李海明著. —北京:北京大学出版社,2014.4
(普通高等教育精编法学教材)

ISBN 978-7-301-24021-2

I. ①社… II. ①王… ②杨… ③李… III. ①社会保障-行政法-中国-高等学校-教材 IV. ①D922.182.3

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 046275 号

书 名: 社会保障法

著作责任者: 王显勇 杨 军 李海明 著

责任编辑: 冯益娜

标准书号: ISBN 978-7-301-24021-2/D·3539

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://www.pup.cn>

新浪微博: @北京大学出版社

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

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

出版部 62754962

印 刷 者: 北京汇林印务有限公司

经 销 者: 新华书店

730 毫米×980 毫米 16 开本 19.25 印张 340 千字

2014 年 4 月第 1 版 2014 年 4 月第 1 次印刷

定 价: 39.00 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,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

作者简介

王显勇,男,1976年12月生,法学博士、博士后,首都经济贸易大学法学院副教授,中国经济法学研究会理事,中国社会法学研究会理事,曾在《现代法学》《当代法学》《法学论坛》《政治与法律》《经济法学家》等各类法学刊物发表论文近40篇,出版有《社会保险基金法律制度研究》(独著,中国政法大学出版社2012年)、《公平竞争权论》(独著,人民法院出版社2007年)、《竞争法教程》(独著,法律出版社2008年)等著作,曾荣获第七届“挑战杯”全国大学生课外学术科技作品竞赛三等奖,两次荣获中国社会保障论坛优秀论文奖,荣获中国法学青年论坛第6期“社会管理创新与中国法治发展”二等奖,三次荣获中国经济法学研究会“优秀中青年论文奖”,三次荣获中国社会法学研究会青年优秀论文奖。

杨军,男,1976年生,法学博士,北京交通大学法学院讲师,主要研究方向为劳动与社会保障法、民事诉讼法、保险法等。曾在各类法学刊物发表论文10余篇,主持或参与省(部)级课题研究5项,主编或参编各类教材6部。

李海明,男,1980年6月生,中央财经大学法学院副教授,法学博士,中国社会法学研究会理事,主要研究领域为劳动法、社会法。曾在《中国法学》《清华法学》《现代法学》《法律科学》《法学》等刊物发表论文,出版有专著《劳动派遣法原论》。

目 录

绪论 社会保障国家——法治国家的新蓝图	(1)
第一章 社会保障法的产生与发展	(12)
第一节 社会保障法的产生与发展历程	(12)
第二节 中国的社会保障法的产生与发展	(17)
第二章 社会保障法基础理论	(22)
第一节 社会保障法基本问题	(22)
第二节 社会保障法的学理体系与具体内容	(31)
第三节 社会保障法律关系	(33)
第三章 社会救助法	(41)
第一节 社会救助法概述	(41)
第二节 城市居民最低生活保障制度	(45)
第三节 农村社会救助制度	(48)
第四节 自然灾害救助与扶贫开发制度	(53)
第五节 专项社会救助制度	(58)
第四章 社会保险法一般原理	(66)
第一节 社会保险与社会保险法	(66)
第二节 社会保险法的基本原则	(78)
第三节 社会保险法律关系	(82)
第五章 养老保险法律制度	(90)
第一节 养老保险与养老保险法	(90)
第二节 我国养老保险法律制度的形成与发展	(98)
第三节 我国养老保险法律制度的主要内容	(109)

第六章 医疗保险法律制度	(125)
第一节 医疗保险与医疗保险法	(125)
第二节 我国医疗保险法律制度的形成与发展	(134)
第三节 我国医疗保险法律制度的基本内容	(141)
第七章 工伤保险法律制度	(158)
第一节 工伤保险与工伤保险法	(158)
第二节 我国工伤保险法律制度的形成与发展	(165)
第三节 我国工伤保险法律制度的主要内容	(174)
第八章 失业保险法律制度	(192)
第一节 失业保险与失业保险法	(192)
第二节 我国失业保险法律制度的形成与发展	(197)
第三节 我国失业保险法律制度的主要内容	(206)
第九章 生育保险法律制度	(217)
第一节 生育保险与生育保险法	(217)
第二节 我国生育保险法律制度的形成与发展	(221)
第三节 我国生育保险法律制度的主要内容	(226)
第十章 社会福利法	(233)
第一节 社会福利与社会福利法	(233)
第二节 我国社会福利法律制度的形成与发展	(238)
第三节 我国社会福利法律制度的主要内容	(244)
第十一章 社会优抚法	(255)
第一节 社会优抚与社会优抚法	(255)
第二节 我国社会优抚法律制度的形成与发展	(258)
第三节 我国社会优抚法律制度的主要内容	(268)
第十二章 社会保障争议处理法律制度	(285)
第一节 社会保障争议处理法律制度概述	(285)
第二节 社会保障争议处理法律制度的主要内容	(288)
第三节 我国社会保障争议处理法律制度的不足和完善	(295)
参考文献	(298)
后 记	(302)

绪论 社会保障国家——法治国家的新蓝图

► 一、从风险社会到社会保障国家

（一）现代社会是风险社会

所谓现代社会,指的是19世纪末20世纪初期以来,尤其是第二次世界大战以来的国家与市场相结合的市场经济社会。所谓现代国家,是指在现代市场经济社会中存在的国家形态。诺贝尔经济学奖获得者萨缪尔森认为,在现代市场经济中,国家和市场这两部分都是必不可少的,没有政府或没有市场的经济都是一个巴掌拍不响的经济。^① 18世纪尤其是19世纪的工业革命创造了一个新的社会阶层——工人阶级。20世纪现代市场经济的发展将工业文明推向新的发展阶段。在工业社会中,占社会绝大多数的人们依靠出租自己的劳动力而获得其生活来源或工资,现代工业社会已非“财产权人的社会”。换言之,现代社会已非靠着运用财产,而是借着工作权,要求良好工作条件的权利以及工作薪资所构成之社会。^② 在现代市场经济体制下,国民之经济与社会生活可谓建立在两个基本命题之上,亦即所有人皆经由劳动而获致所得;此等所得皆可满足其个人及其家属生活之所需。^③ 现代社会结构的变化产生了新的风险,并促使很多风险形态由个人风险转化为社会风险,导致现代社会成为风险社会。

风险并不是工业社会独有的社会现象,在前工业社会时期也存在风险。安东尼·吉登斯将前工业社会的风险分为三类:一是来自自然的威胁和危险;二是来自诸如掠夺性的军队、地方军阀、土匪或强盗等人类暴力的威胁;三是来自失去宗教的恩魅或受到邪恶巫术影响的风险。^④ 这些风险显然是来自外部的风险,是因为传统的或者自然的不便性和固定性所带来的风险。

现代社会中的风险更主要指的是制造出来的内部风险,安东尼·吉登斯

① 参见〔美〕保罗·A. 萨缪尔森、威廉·D. 诺斯豪斯:《经济学》(上册)(第12版),高鸿业等译,中国发展出版社1992年版,第5页。

② 参见〔德〕彼德·巴杜拉:《自由主义法治国与社会法治国中的行政法》,陈新民译,载陈新民:《公法学札记》,中国政法大学出版社2001年版,第108页。

③ 转引自郭明政:《社会安全制度与社会法》,台湾翰芦图书出版公司1997年版,第128页。

④ 参见〔英〕安东尼·吉登斯:《现代性的后果》,田禾译,译林出版社2000年版,第69页。

曾一针见血地指出,现代社会中的风险是“人为制造的”。这就意味着这些风险并不是知识欠缺或主观失误的结果,也不是付出更多努力就可以克服或者纠正的问题,它是现代工业社会的结构性特征。^①现代化的生产方式与生活方式,为社会成员的个人风险转变为社会风险提供了天然有利的条件,劳动的协作化、生活的社会化、信息传导的快捷化,以及致险因素的增加和阶层利益集团的形成等,均是促使个人风险向社会风险转化的天然的催化剂,从而不仅大的自然灾害或战争可能导致社会危机,即使是被传统社会视为纯属个人及家庭问题的生、老、病、死、伤、残等事件,均可能通过群体方式演变为严重的社会问题与社会风险。以工伤事故为例,在手工生产条件下,它只能造成个体的伤残与死亡,损失也较小。工业化时代,劳动安全问题就更为突出,一个螺丝钉的松动、一只小阀门的损失、一点火星的触发、一次突然的停电、一丝一毫的马虎大意等都有可能酿成巨大的灾难。再如失业,工业化国家的失业率长期高达10%左右,这意味着10%左右的劳动者丧失收入来源,并必然影响到其家庭生活水平。^②

在贝克看来,风险社会是现代化不可避免的产物,现代工业化文明在不遗余力地利用各种科技手段创造财富的同时,也处处产生和遗留了不可胜数的“潜在的副作用”,当这些副作用变得明显可见,并将当代社会置于一种无法逃避的结构情境时,风险社会也就登上了历史舞台。换言之,风险社会的出现,是因为工业文明达到一定程度,其所生产的危险“侵蚀并且破坏了当前由深谋远虑的国家建立起来的风险计算的安全系统”。贝克指出,相比较前工业社会的风险而言,现代风险概念具有以下特点:其一,风险已经成为现代社会的构成性要素,而不是或有或无的概念。只要社会按照目前的方式运行,风险就必然存在,而且风险分配正在取代财富分配,成为社会的重要分配逻辑。其二,与前工业社会的风险更多是出于无知不同,现代风险指的是一种独特的“知识与不知的合成”。正是由于工业社会缔造了风险社会,所以风险社会的话语体系就是反思现代性。现代化正变得具有反思性,现代化正成为它自身的主题和问题。^③

因此,风险社会作为一个概念并不是历史分期意义上的,也不是某个具体社会和国家发展的历史阶段,而是对工业社会以来人类所处时代特征的形象描绘。因此,我们可以说,现代社会处于风险社会时代。研究者指出,风险

① 参见金自宁:《风险社会中的给付行政与法治》,载杨建顺主编:《比较行政法——给付行政的法原理及实证性研究》,中国人民大学出版社2008年版,第81页。

② 参见郑功成:《社会保障学》,商务印书馆2004年版,第184—185页。

③ 参见〔德〕乌尔里希·贝克:《风险社会》,何博闻译,译林出版社2004年版,第156页。

社会里的风险表现出以人为而非自然风险为主、兼具积极与消极意义、影响后果超越地理和时间限制、不可预测、被社会建构而成等独特性质。现代风险最重要的特征在于其深远影响和高度的不确定性,人们有强烈地控制它的主观愿望和需求,但是应对时又超出了个人能力所及,从而向国家和政府提出了“控制风险”的强烈要求,工业社会的风险控制由此成为公共政治领域的中心议题之一。^①

(二) 现代国家是社会保障国家

现代市场经济采用社会化大生产,生产成为了一个社会化的概念。采行自由主义的福利国家系奠基基于一个未曾形诸文字但却为所有自由主义福利国家所共同遵循的原理:每一个成年人(只要其非年老或受制于家务工作)皆有借由工作赚取所得以满足自己及家人生活需求之可能性与责任。^②但是这一原理在现代风险社会中充满例外,并且在实践过程中存在缺陷。所谓的例外不胜枚举,包括诸如以下社会问题:缺乏工作机会、丧失工作能力、收入微薄或所得中断、家庭成员过多而负担家计者过少、家庭所需远多于其成员所能给予、父母死亡或没有工作能力、父母无法胜任其责任、无足够满足需求之财货可供支配、物价过高、特定需求的满足远逾其所能负荷等。劳动生活中原理被不适当实践的典型领域:例如不符合人性尊严或有风险的工作条件、存在于劳动给付与薪资间的剥削关系等等。此等“劳工问题”的彰显则是因为劳工并未拥有足够赖以维生所必要的生活物质,其所获工资与其劳力付出及其所遭遇风险间根本不成比例。^③

现代社会国民所面临的社会风险,其种类大略分为贫困、老年、残疾、死亡、疾病、伤害、生育、失业以及照护等。^④风险的影响是多方面的,主要体现在职业收入的谋取方面和职业收入的水准方面。^⑤社会风险只能经由社会化途径解决,抗制劳工问题所引发的危害与缺陷乃是现代国家的责任,国家经由立法、行政与司法体系对社会进行干预,形成国家的特别社会责任。国家对社会的干预有两种途径:一是改变雇主与劳工间的法律关系,在既有的法律关系中以内化方式来解决社会问题;一是在既有的法律关系之外以外化方

① 参见金自宁:《风险社会中的给付行政与法治》,载杨建顺主编:《比较行政法——给付行政的法原理及实证性研究》,中国人民大学出版社2008年版,第75—76页。

② 参见〔德〕汉斯·查赫尔:《社会保险与人权》,载郭明政主编:《社会保险之改革与展望》,台湾翰芦图书出版公司2006年版,第7页。

③ 参见同上书,第2—12页。

④ 参见钟秉正:《社会保险法论》,台湾三民书局股份有限公司2005年版,第117页。

⑤ 参见〔法〕让—雅克·迪贝卢、爱克扎维尔·普列多:《社会保障法》,蒋将元译,法律出版社2002年版,第3页。

式解决社会问题。对于许多欧洲国家而言,19世纪代表的乃是一个伟大的探索过程,所探寻者正是在法律及政治上确实可行、饶富意义且充满希望的道路。^①内化方式凭由劳动法来实现,公权力借由强制禁止之强行法与概括条款,闯入劳资双方之社会经济领域,从而使劳动法自民法中独立开来。而不能借由内化的、劳工法的方式,或至少不能仅仅借由劳工法的方式获得解决的问题,例如,因疾病、职灾、残疾、老年与失业所产生的所得中断风险;因负担家计者死亡所产生的生计风险;因疾病以及意外事故所产生的医疗与照护风险等,在经历法国的互助制、英国的友谊社以及德国的共济组织等各种以外化方式解决风险的实验后,最后在德国通过建立强制性的社会保障制度进行解决,各国或地区纷纷效仿,社会保障国家应运而生。

社会保障的核心问题是社会需要的存在,以及如何来满足的问题。^②给付行政理论的创始人、德国著名法学家厄斯特·福斯多夫指出,工业化的出现使得个人的生存照顾可能会发生危机,从而产生满足人民“取用必要性”的“生存负责”问题。个人的生存照顾,系由个人自求生存,进展到团体负责,再到政治负责之历程,显示出生存照顾不仅涉及国家与国家权力之行使,且亦直接牵涉到自由经济生产及商业制度。^③社会保障国家的产生与发展使得给付行政与传统的规制行政并驾齐驱。社会现实生活的变化需要得到相应的法治反映与保障,社会保障国家借由社会立法让公权力干预社会现有之财产所得分配状况,公权力之干预工具有二:一为立法上之强制禁止规定,国家以监督者地位,对违法者施以制裁;一为国家借实物、服务、金钱给付社会弱者。前者借由法律授权,公权力得以作用于传统属于社会领域之家庭、社会组织、企业;后者则是国家将市场部门征收来的税收与政府人力资源相结合,以实物、服务、金钱的形式将权利分配给在市场部门没有发言权,而只能接受和要求有所增益的人们。^④

► 二、社会保障权:从宪法到法律

(一) 社会保障权是宪法中的基本人权

现代社会保障制度的确立与发展表明,慈悲已经升华为正义与平等,而

① 参见〔德〕汉斯·查赫尔:《社会保险与人权》,载郭明政主编:《社会保险之改革与展望》,台湾翰芦图书出版公司2006年版,第2—12页。

② 参见张世雄:《社会福利的理念与社会安全制度》,正港资讯文化事业有限公司1996年版,第5页。

③ 参见〔德〕厄斯特·福斯多夫:《当作是服务主体的行政》,陈新民译,载陈新民:《公法学札记》,中国政法大学出版社2001年版,第54页。

④ 参见葛克昌:《国家学与国家法》,台湾月旦出版社股份有限公司1995年版,第46页。

正义与平等已经成为制度化的公理。正如特拉特纳(Trattner)在其所著的《从济贫法到福利国家》一书中所言:“社会福利发展的历史就是从慈悲到正义之路,慈悲是善心是情操,正义是制度化公理,前者无法持久,而后者却可以长久运行。”^①社会保障发展的正义之路产生了一种不同于传统自由权的新的基本权利,即社会保障权等社会基本权。社会基本权是与福利国家或积极性国家的观念相对应的基本人权,通常情况下被归入积极基本权利,主要表现为对社会经济的弱者进行保护、帮助时要求国家作为的权利。社会基本权作为“为解决资本主义高度发达背景中,劳资对立与贫富悬殊等各种社会矛盾弊病,并防止传统自由权之保障空洞化,为谋求全体国民,特别是社会经济弱者之实质自由平等所形成的新形态人权”^②。

传统宪法所保障的公民的自由、财产等基本权利是消极权利,关注的焦点是抵御政府公权力的滥用。如1791年批准生效被称为“权利法案”的美国《宪法》第1条至第10条修正案,被认为是对消极权利的保障,保护个人自由和权利不受侵犯。在自由竞争的资本主义阶段,“从市民社会的最初原理来看,规定社会权是资本主义社会‘难以容忍’的让步和不法行为,是国家对‘自由权’的不当践踏”^③。随着国家对社会经济生活干预的盛行,民众要求国家干预才能实现的社会权等“积极权利”日益凸现。有学者对各国关于福利权(社会基本权)的宪法规范模式作了大致分类:其一是宣示性权利,如爱尔兰《宪法》、印度《宪法》、日本《宪法》。日本《宪法》对生存权等社会经济权利作了规定,但总体上占据主导地位的仍旧是“纲领性规定论”,根据这种理论,日本《宪法》中规定公民福利权利的条款只是课以国家的一种政治性和道德性的义务,并不具有司法的适用性。^④其二是立法裁量中的福利权。日本现在有很多人主张抽象权利论。其三是作为某种司法审查规范依据的福利权。如南非。^⑤但对社会基本权的宪法规范方式而言,可能还存在另外两种方式:一种是宪法缺乏社会和经济权利保障,如美国,法院大体上从两种路径出发对福利权加以保障:第一,通过将福利权承认为一种“新财产权”,进而使其获得正当程序的保障;第二,对福利案件适用宪法平等保护条款的规定。^⑥一种是宪法通过原则性规定,如德国确立社会国原则。

① 转引自郑功成:《社会保障学》,商务印书馆2004年版,第123—124页。

② 谢荣堂:《社会行政法概论之一》,载台湾《华冈法粹》2004年第32卷。

③ [日]大须贺明:《生存权论》,林浩译,法律出版社2001年版,第10页。

④ 参见同上书,第70页。

⑤ 参见胡敏洁:《福利权研究》,法律出版社2008年版,第92—95页。

⑥ 参见同上书,第98页。

(二) 社会保障权利的实现途径:从宪法到法律

学界普遍的见解是反对将社会基本权视为宪法上的一个公法权利,社会基本权利必须依法律才可实现。这些权利皆涉及国家财力,若不由立法者以立法方式决定这些权利的内容,先由法院解释社会基本权所涉及的宪法条文将无法实践这些权利。^① 德国现行《基本法》将《魏玛宪法》中的社会基本权条款完全删除,而浓缩成为《基本法》第 20 条“德意志联邦共和国乃是一个民主、社会、联邦国”及第 28 条所规定“各邦之宪法秩序应符合联邦、民主、社会、法治国之基本原则”条文中的形容词“社会”一词。然而,何谓社会? 何谓社会国原则? 在宪法上却几乎未有任何规定。根据德国《基本法》第 25 条的规定,德国尊重国际公约之一般规则,并承认其具有法律效力,由此,大量的国际公约遂如潮水般涌入德国的法规范,而成为德国法制的一环,不论是社会国原则、社会权或社会基本权,皆因国际公约之规定而涌入德国的法规范体系。因此,学者一般认为,纵然没有宪法上形式社会基本权的规定,但实质社会基本权则未见缺失。^②

在德国,“社会国”原则往往具备一定的宪法上的拘束力。依据这一原则,立法者往往负有宪法上的义务,即有义务去“平衡社会与经济上的对立并形成一合乎社会正义的秩序”。此外,还要求司法权和行政权在适用和解释法令时,负有使社会权具体化的义务。^③ 但是,社会法治国原则并不直接赋予公民某种权利,联邦宪法法院也并不直接承认从社会法治国原则中可直接推导出某种社会给付请求权。但是,其往往可以作为依法行政或法院审判时解释法律的依据。^④

纵不将社会福利给付视为人民权利,但由于其给付来源主要来自税收,因此至少是纳税人之义务。据此,举凡国家福利给付亦皆应规定于法律之中,且任何福利行政亦皆依法有据,亦即每一块钱的社会给付皆应有法律依据。基于此等考虑,德国《社会法法典》第 1 篇第 31 条即明文规定:“凡本法所规定之社会给付权利及义务,非经法律之规定或许可,不得创设、确认、变更或废止。”^⑤

① 参见陈新民:《德国公法学基础理论》(下册),山东人民出版社 2001 年版,第 695—700 页。

② 参见郭明政:《社会宪法——社会安全制度的宪法规范》,载苏永钦主编:《部门宪法》,台湾元照出版公司 2005 年版,第 318—321 页。

③ 参见纪和均:《浅论宪法核心理论》,载 <http://www.ntpu.edu.tw/law/paper/02/2003/79271201b.pdf>。

④ 参见陈新民:《德国基本法之基本权利体系》,载《宪政思潮》第 69 期。

⑤ 郭明政:《社会安全制度与社会法》,台湾翰芦图书出版公司 1997 年版,第 97 页。

由于社会基本权利之实践,依赖国家经济能力、立国原则及社会富裕程度等因素甚巨,其实践不似一般自由权利,国家仅不加干涉即可达成效果,而是,国家应该给予积极的给付行为,方可奏效。因此,立法者积极的作为,制定法律,是不可或缺之实践方式。现今许多社会基本权利之不获成文化及具体化,是可以预见及理解的。但是立法者必须体会宪法制定者的苦心,应把照顾人民福祉列为第一要务,视国家财力许可,一步一步地积极立法,才是使宪法理念不致因陈义过高而永远遭到废弃的命运。^①

► 三、社会保障国家:法治国家的新蓝图

(一) 从自由法治国到社会法治国

法治国家,乃依法律来治理国家以及保障人权。20世纪以来法治国家的发展已经有所改变。人民总是先求能够生存,然后才会要求享有自由、秩序与福祉。国家因此而负有广泛照料人民生存照顾的义务,并受这种义务之拘束。^②用公共行政的方式来提供生存照顾,变成行政法源中一个全新的议题。^③随着社会保障权利从宪法中逐步落实为具体的法律权利,自由法治国逐渐演进到社会法治国。

自由法治国与社会法治国两者皆是將国家与社会加以分开的国家形式,并且国家的行为都受到“法”的拘束,但是这个拘束国家的“法”,却依所处时代及所扮演社会功能之不同而有差异。在社会法治国中,由于财产自由、营业自由及契约自由并不能确保社会正义之维持,故须以“社会需要”之角度予以限制。但这种限制并不是以推翻一个法治国家之理念作为其代价,而系欲将该法治国家之内涵赋予新义。^④现代“福利国家”的用语,便是宪法意义上的“社会法治国”。福利国家不是完全的自由主义式的国家,国家有义务促成社会正义的实践。^⑤

(二) 社会保障的法律保留原则

德国著名法学家奥托·迈耶指出,法治是由三部分构成的:形成法律规

① 参见陈新民:《法治国公法学原理与实践》(上),中国政法大学出版社2005年版,第75—91页。

② 参见〔德〕厄斯特·福斯多夫:《当作是服务主体的行政》,陈新民译,载陈新民:《公法学札记》,中国政法大学出版社2001年版,第53页。

③ 参见同上书,第56页。

④ 参见〔德〕彼德·巴杜拉:《自由主义法治国与社会法治国中的行政法》,陈新民译,载陈新民:《公法学札记》,中国政法大学出版社2001年版,第108页。

⑤ 参见同上书,第101页。

范的能力、法律优先及法律保留。^①由此提出了法治三原则,即法律的规范创造力原则、法律优先原则及法律保留原则。在警察行政及干涉行政之范畴里,其适用法律保留原则及依法行政原则,可谓法学界一致的见解。关于社会保障等给付行政是否适用法律保留原则,学界向有争议,主要有以下几种观点:一是全部否定说。这种观点认为法律保留原则只适用于侵害行政领域,包括给付行政在内的其他行政领域属于国家本来的自由领域,在具有提供和赋予利益性质的给付行政领域,法律的根据是不必要的,并且,从国家政策论的角度来看,由于给付行政领域具有较多、较强的专门技术性要素,因而更有必要对其进行委任立法及赋予行政裁量权。二是全部法律保留论。这种观点认为,根据民主主义原理,无论是非权力性的,还是权力性的,一切公权性的行政都需要有法律(或者作为地方自治法的条例)的根据。三是特定需要论。这种观点对给付与侵害的关联性进行了重新定位,提出了给付行政在某些特定情况下需要有法律根据的观点。一般而言,在存在复数的申请人而受益决定只能对其中部分人作出,以及负担的赋课与利益的提供处于不可分割的关系时,相关受益决定的作出便需要有法律的根据。四是本质事项保留论。根据民主主义原理或者保障社会权的原理,给付行政的“本质的法关系”或者重要的法关系要求有法律的根据。^②

我们赞成郭明政等人的见解,主张社会保障等给付行政应适用法律保留原则,理由如下:第一,给付行政亦常伴随干预行政,例如保费义务;第二,社会给付每造成他人之负担,例如税收负担;第三,为防止社会行政之恣意与擅断;第四,社会给付应属于人民得以请求之权利而应明确规定;第五,社会给付为涉及人民生活保障与社会资源公平使用之重要问题,因此应经由立法程序之民主讨论;第六,基于中央法规标准法之规定,举凡与人民权利义务有关事项或其他重要事项,皆有法律保留之必要。^③从保障社会权的原则来看,作为保障社会权的行政,给付行政论所强调的不是由国家进行恩惠性的给付,而是要确保国民社会权的享有,所以,为了赋予并保障国民以明确的请求权,确保国民的自立性固有领域,给付行政也需要有法律的根据。^④钟秉正认为,政府的给付行政也应当有法律依据或授权才得以实施。社会法的实施手段

① 参见〔德〕奥托·迈耶:《德国行政法》,刘飞译,商务印书馆2002年版,第67页。

② 参见杨建顺:《论给付行政的法原理及实现手段》,载杨建顺主编:《比较行政法——给付行政的法原理及实证性研究》,中国人民大学出版社2008年版,第14—16页。

③ 参见郭明政:《社会安全制度与社会法》,台湾翰芦图书出版公司1997年版,第95—96页。

④ 参见杨建顺:《论给付行政的法原理及实现手段》,载杨建顺主编:《比较行政法——给付行政的法原理及实证性研究》,中国人民大学出版社2008年版,第14—16页。

本就是“干涉行政”与“给付行政”的混合,再加上事情涉及“福利大饼分配”以及“预算排挤”的问题,更应当由立法机关来把关才行。^①

(三) 社会保障国家:法治国家的新蓝图

社会保障属于公共领域,是以政府为主要责任主体的强制性事业,这是市场机制无法调整的领域,它只有依靠行政权力的有力介入才能完成其特定的任务。^②从学理上,德国几乎所有社会法教科书对社会保障的内容分类皆按照汉斯·查赫尔(Hans F. Zacher)所提出的新三分说,即“社会预护、社会补偿、社会促进与社会扶助”。所谓社会预护乃指在风险尚未发生之前即存在保障关系者,其包括具有社会保险关系之社会保险及依附于既有勤务关系公务人员照护。社会补偿乃是有因之给付,亦即基于特定之原因所提供之给付如因战争或暴力犯罪致发生损害之情形。社会促进与社会扶助则属无因之给付,可分为以特定福祉之促进或扶助为目的的特别促进与扶助以及以生存保障为目的的一般促进与扶助。特别促进与扶助包括劳动促进、教育促进、子女津贴、住房津贴、儿童与少年扶助等,一般促进与扶助则指老人扶助、残障扶助、生活扶助为内容之社会扶助法。^③

社会保障行政应当适用法律保留原则,遵守法治三原则。在现代社会中,伴随着工业化的进程,社会保障成为国家的重要任务,凡是政府的权力都应当来自法律的授权,一个现代化国家的重要表征在于由政府来统筹规划社会保障制度并借由立法过程取得其权限依据,以达到提升人民生活水准、保障社会安定之目的。^④社会保障法作为国家干预市场经济的法律载体之一,授权政府实施给付行政,保障人民社会保障给付请求权。社会保障国家逐渐地纳入到法治国家的新蓝图。在现代社会保障制度的发展进程中,以法律为依据,在管理机构的监管下采取强制方式实施,一直是最基本的特征之一,即先立法后实施。^⑤

现代社会保障法律制度真正萌芽于英国 1832 年颁布的《济贫法修正案》,史称新“济贫法”,规定社会负有保障公民生存的义务。德国在 19 世纪 80 年代相继颁布了一系列社会保障法,如 1883 年颁布了《疾病社会保险法》,1884 年颁布了《工伤事故保险法》,1889 年颁布了《老年和残疾社会保险法》,这些

① 参见钟秉正:《社会保险法论》,台湾三民书局股份有限公司 2005 年版,第 76 页。

② 参见郑功成:《社会保障学》,商务印书馆 2004 年版,第 373 页。

③ 参见郭明政:《社会安全制度与社会法》,台湾翰芦图书出版公司 1997 年版,第 130—131 页。

④ 参见钟秉正:《社会福利法制与基本人权保障》,台湾新学林出版股份有限公司 2004 年版,第 63 页。

⑤ 参见郑功成:《社会保障学》,商务印书馆 2004 年版,第 372 页。

社会保险法的出台,标志着社会保障法的诞生。英国在19世纪末和20世纪初期颁布了《公共健康法》、《失业工人法》、《教育法》、《退休金法》、《劳工介绍法》、《国民保险法》等一系列法规。美国于20世纪30年代通过世界上第一部《社会保障法》,意味着社会保障最终形成成为一种法律制度。

德国自19世纪末由俾斯麦首相创立强制性的社会保险制度以后,历经两次世界大战仍然坚持这一理念,相关法制的发展依旧持续而且相当完备,至今在有关社会福利的文献中总要带上一笔。德国1976年编撰了《社会法法典》。综合来说,德国至今为止已经编撰入《社会法法典》的有下列各编:第1编,总论;第2编,求职基本保障;第3编,劳动促进;第4编,社会保险总则;第5编,法定疾病保险;第6编,法定年金保险;第7编,法定意外保险;第8编,儿童与青少年扶助;第9编,复健与部分残障人士;第10编,行政程序、社会资料保护、给付者之合作与第三人之间的关系;第11编,社会照护保险;第12编,社会救助。尚未整合入法典的则有联邦教育促进法、联邦抚恤法、联邦儿童津贴法、住房津贴法等既有的法律规范,也是属于社会法的范畴。^①

► 四、结语:大同世界的法治实现

“大道之行,天下为公。选贤与能,讲信修睦。故不独亲其亲,不独子其子,使老有所终,壮有所用,幼有所长。鳏寡孤独废疾者,皆有所养。男有分,女有归……是谓大同。”^②大同之治,为最为安乐健全之社会。以现代语言之,人人有工作,人人有饭吃,灾难疾苦大家担当,个人无冻饿之虞,社会无贫苦之现象,才是“大同”之治。然社会病根未除,终无正本清源之道。有高瞻远瞩者,观察社会病象,思所以对症下药,乃提倡社会安全制,以为解救社会贫困之方略,现基本已为世界各国所一致采行。外国之行社会安全制者,辄曰人民“自摇篮以至坟墓”均属于政府应行注意之事,孟子曰“民事不可缓也”,意亦在斯。若政府更以法令辅导商人兴办及扩展一般保险事业,相互配合,同以分担损失之方法,消除人间疾苦,则民生均足,大同之治,可拭目以待也。^③

19世纪至20世纪上半叶,劳工问题的彰显引发了激烈的阶级冲突,为了缓和与消解社会冲突,一些国家通过革命建立了社会主义制度,取消了私有制。大多数国家则是通过改良以内化与外化方式在资本主义的土壤上通过

① 参见钟秉正:《社会保险法论》,台湾三民书局股份有限公司2005年版,第12—13页。

② 《礼记·礼运·大同》

③ 参见桂裕:《保险法论》,台湾三民书局股份有限公司1981年版,第405—410页。

劳动法、社会保障法等法律途径达致资本与劳动之间由对抗走向合作,以国家力量消弭社会贫困疾苦,促进社会安乐健全。

我国目前正在加快建设完善的社会主义市场经济体制,构建社会主义和谐社会,大力推进以改善民生为重点的社会建设,努力构建“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”的民生蓝图。这些民生蓝图的实现需要中国成为社会保障国家,需要社会保障法治的建立与完善。全国人大常委会于2009年8月份表示,加强社会领域立法,促进社会公平正义将成为今后我国立法的重点。我们完全有理由相信,社会保障法治国家的建设能够使我们每个人更有尊严地活着,有尊严的、良好的生活状态将使我们每个人紧紧相连,将使我们每个人与我们的国家紧紧相连。