



中国社会法论坛

民生保障与 社会法建设

The Protection of
People's Livelihood and Social Law

陈甦/主编



社会科学文献出版社

SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

民生保障与 社会法建设

陈甦/主编



社会科学文献出版社

SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

图书在版编目 (CIP) 数据

民生保障与社会法建设/陈甦主编. —北京: 社会科学文献出版社, 2009. 9

(中国社会法论坛)

ISBN 978 - 7 - 5097 - 0958 - 0

I. 民… II. 陈… III. ①社会保障 - 研究 - 中国②社会学 - 研究 - 中国 IV. D632.1 D90 - 052

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 133655 号

· 中国社会法论坛 ·

民生保障与社会法建设

主 编 / 陈 甦

出 版 人 / 谢寿光

总 编 辑 / 邹东涛

出 版 者 / 社会科学文献出版社

地 址 / 北京市西城区北三环中路甲 29 号院 3 号楼华龙大厦

邮政编码 / 100029

网 址 / [http: // www. ssap. com. cn](http://www.ssap.com.cn)

网站支持 / (010) 59367077

责任部门 / 社会科学图书事业部 (010) 59367156

电子信箱 / shekebu@ssap.cn

项目经理 / 刘骁军

责任编辑 / 刘骁军

责任校对 / 张德玉

责任印制 / 郭 妍 岳 阳 吴 波

总 经 销 / 社会科学文献出版社发行部

(010) 59367080 59367097

经 销 / 各地书店

读者服务 / 读者服务中心 (010) 59367028

排 版 / 北京中文天地文化艺术有限公司

印 刷 / 北京季蜂印刷有限公司

开 本 / 787mm × 1092mm 1/16

印 张 / 20.5 字数 / 359 千字

版 次 / 2009 年 9 月第 1 版 印次 / 2009 年 9 月第 1 次印刷

书 号 / ISBN 978 - 7 - 5097 - 0958 - 0

定 价 / 49.00 元

本书如有破损、缺页、装订错误,

请与本社读者服务中心联系更换



版权所有 翻印必究

总 序

出版《中国社会法论坛》丛书，是我们一直想做的事。

在经过较长时期本不应有的立法滞后、研究清淡的境况之后，如今的社会法正以异军突起般的态势，成为法制建设的重点和法学研究的热点。社会法境遇的变化是社会呼唤与时代选择的结果，是社会发展目标不断调整和社会治理机制不断完善的结果，然而这并不意味着社会法研究就此会成为法学当中的“显学”，因为社会法研究成为“显学”，除了要有社会需求和时代机遇之外，还要有专注于社会法理论与制度实践的持续不懈的集体努力。出版《中国社会法论坛》丛书，就是这种集体努力的一部分。

出版《中国社会法论坛》丛书的直接缘由，是中国社会科学院法学研究所持续举办的学术研讨会——“中国社会法论坛”。自2006年起，法学所开始举办“中国社会法论坛”，并由当时成立不久的社会法研究室具体承办。举办“中国社会法论坛”，旨在为从事社会法理论研究和制度实践的专家学者提供一个有组织规划并保持独特学术品位的交流平台。首先，论坛要反映社会法研究的发展历程，以论坛举办的连续性，彰显社会法研究的深入性；以论坛组织的精当性，体现社会法研究的代表性。其二，论坛要保持敏锐的学术洞察力和判断力，紧密追踪社会法研究领域的学术动向，力争每届论坛能够设定具有标识意义的主题，使论坛讨论的内容能够契合当时社会法研究的重点与热点。其三，论坛要保持对社会法实践的密切关注，成为理论研究与实践体现、实践经验与理论创新相互转换的良好中介，充分展示社会法领域专家学者的学术智慧与社会责任。其四，论坛要坚持与社会法宗旨相称的学术风范，让各种学术观点在追求法学繁荣、尊重理论创新、讲究实践理性

的氛围中形成与张扬。

“中国社会法论坛”自举办以来，得到了社会法领域的许多专家学者的积极响应与大力支持。来自大学、研究机构、立法机关、司法机关、国务院部委、工会等机构部门的专家学者，在“中国社会法论坛”上围绕学术问题发表真知灼见，针对立法实践建言献策，以其丰富的成果充分实现了举办“中国社会法论坛”的初衷。为了继续扩大“中国社会法论坛”的影响力，持续彰显与会者的学术贡献，我们将“中国社会法论坛”与会者提交的论文进行遴选之后，再以《中国社会法论坛》丛书的形式，每结一集，即行出版。

作为法学研究者与法律工作者，我们非常幸运地工作在一个充满希望与活力的时代，工作在一个能够充分倾注学术关怀、展示学术智慧、承担学术责任的时代。在这样一个时代，“中国社会法论坛”一定能够持续举办下去，成为有独特品位的社会法领域专家学者交流思想、切磋理论、融汇经验的学术平台；《中国社会法论坛》丛书也一定能够持续出版下去，成为有影响力的展示论坛成果的学术载体。我们为此而期待并努力着。

陈 甦

2009年8月

目 录

社会法理论的回顾与展望

社会法的部门法定位研究	叶静漪 阎 天 / 3
改革开放三十年中国社会法学的理论贡献	冯彦君 / 25
中国社会法学三十年	余少祥 / 40
企业社会责任：理论、立法与实践	杨汉平 高战胜 / 54
社会法视域下的 NGO 与善治政府	章 群 邓君韬 / 65
境外社会工作立法模式及其对我国的启发	竺 效 杨 飞 / 78

劳动法的改革与实施

集体协商在劳动关系发展中的理论与实践	张鸣起 / 93
对《劳动合同法》中无固定期限劳动合同误读的勘正	郭 军 / 105
我国劳动法制的特点、问题和建议	李坤刚 / 116
我国反就业歧视的对策	谢德成 / 130
制度缺失与城乡劳动力平等就业权	喻名峰 / 152
劳动报酬请求权的法规范分析	王立明 / 169
论劳动者休假权保护的法理基础	程 波 / 183
如何应对当前劳动案件数量急剧上升的挑战	谢增毅 / 199

社会保障制度的建立与完善

我国社会补偿、社会福利以及社会救济制度的热点问题	刘翠霄 / 209
我国社会保险立法研究	黎建飞 / 226
论医事法的性质	张赞宁 / 241
医疗保险公平性的理性回归与制度完善	曾 煜 / 258
《儿童权利公约》与我国《未成年人保护法》修订	柳华文 / 273
教育优惠政策与少数民族的平等保障	王柱国 / 284
我国灾害救助法律制度的完善	周宝妹 / 294
我国残疾人社会保障权的法律保护	董文勇 / 306
后 记	陈 甦 / 319

社会法理论的
回顾与展望

社会法的部门法定位研究

叶静漪 阎天*

引 言

最近十年间,社会法作为独立法律部门的崛起,是中国特色社会主义法律体系中最为引人注目之事。2001年3月9日,时任全国人大常委会委员长的李鹏同志在向九届人大四次会议作常委会工作报告时,首次宣示了社会法作为一级部门法的地位,指出“构成有中国特色社会主义法律体系的宪法及宪法相关法、民法商法、行政法、经济法、社会法、刑法、诉讼与非诉讼程序法七个法律部门已经比较齐全”。^①2007年,党的十七大正式提出以人为

* 叶静漪,北京大学法学院教授,中国社会法学会研究会副会长兼秘书长;阎天,北京大学法学院硕士研究生。本文为民政部委托课题“社会工作立法在社会立法体系中的地位研究”之研究成果之一,课题组其他成员(北京大学法学院2007级研究生赵银豪、潘磊、吕超、蔡文清、林静颖)对本文也有积极的贡献。

① 见《李鹏在九届全国人大四次会议上作的常委会工作报告(摘登)》, <http://www.people.com.cn/GB/other4349/4352/20010310/413444.html> (最后访问2008年4月27日)。关于社会法应作为一级部门法的主张,可以追溯到1993年。当时,中国社会科学院法学所课题组提出:我国社会主义市场经济法律体系框架主要由民商法、经济法、社会法三部分组成。1997年,党的十五大报告提出“加强立法工作,提高立法质量,到二〇一〇年形成有中国特色社会主义法律体系”,全国人大常委会办公厅研究室随即组建课题组,于1999年初发布了“中国特色社会主义法律体系若干问题研究”,提出“以宪法为核心,民商类、经济类、行政类、刑事类、社会类以及程序类等法律法规齐全”的立法要求。同年4月23日,课题组的王维澄同志在全国人大常委会法制讲座第八讲中,正式提出了宪法及宪法相关法、民法商法、行政法、经济法、社会法、刑法、诉讼与非诉讼程序法共七个法律部门。讲座主要内容后收入党刊《求是》。见中国社会科学院法学所课题组《建立社会主义(转下页注)

本、统筹兼顾、全面协调可持续发展的科学发展观,要求加强以改善民生为重点的社会建设,构建和谐社会,并提出了完善中国特色社会主义法律体系的历史任务。^①国家社会立法随之大幅提速,向社会立法倾斜成为当年中国立法的重要趋势,^②并持续至今。

社会立法即社会法的立法,它既可以指制定社会法的动态过程,又可以指制定社会法的成果,即成文社会法,本文即在这两种意义上使用“社会立法”这一概念^③。社会立法的指向是和谐社会,而“和谐社会的构建,不仅要依靠传统的公法、私法部门加以保障和推进,更要加强社会领域的立法”^④,厘清社会立法在中国当代立法体系中的地位,具有重要的现实意义。

而厘清社会立法在中国特色社会主义法律体系中的地位,关键是确定中国社会立法的内涵与外延。对此,全国人大常委会办公厅研究室课题组曾作出如下概括:

社会法是调整有关劳动关系、社会保障和社会福利关系的法律规范的总和,它主要是保障劳动者、失业者、丧失劳动能力的人和其他需要扶助的人的权益的法律。社会法的目的在于,从社会整体利益出发,对上述各种人的权益实行必需的、切实的保障。它包括劳动用工、工资福利、职业安全卫生、社会保险、社会救济、特殊保障等方面的法律。^⑤

按照这一观点,社会立法包括劳动关系立法、社会保障关系立法和社会

(接上页注①) 市场经济法律体系的理论思考和对策建议》,载《法学研究》1993年第6期;课题组《中国特色社会主义法律体系若干问题研究》,载《理论前沿》1999年第3期;王维澄《全国人大常委会法制讲座第八讲:关于有中国特色社会主义法律体系的几个问题》, <http://www.people.com.cn/GB/14576/15097/2369562.html> (最后访问2008年4月27日);王维澄《关于有中国特色社会主义法律体系的几个问题》,载《求是》1999年第14期。

① 胡锦涛:《高举中国特色社会主义伟大旗帜 为夺取全面建设小康社会新胜利而奋斗——在中国共产党第十七次全国代表大会上的报告(2007年10月15日)》,人民出版社,2007。

② 参见中国社会科学院法学研究所编,李林主编《中国法治发展报告 No. 6 (2008)》,社会科学文献出版社,2008,第5~8页。

③ “社会立法”一词在本文中并不是仅指立法活动本身,而是涵盖了立法活动的过程和成果,因此(特别是在立法成果的层面上),本文并不截然区分“社会立法”和“社会法”这两个词语。本文之所以较多地运用“社会立法”一词是为了强调社会法的动态发展过程,因为在本文中“社会立法”的语义不仅涉及了我国已经进行的和正在进行的社会法立法活动的过程和成果,也涵盖了对于我国社会法未来发展进程的规划和展望,即社会法高度完善的应然状态,而仅运用“社会法”一词则未必能够完整地表达这一含义。

④ 谢增毅:《社会建设与社会法》,2008年9月23日《光明日报》。

⑤ 王维澄:《全国人大常委会法制讲座第八讲:关于有中国特色社会主义法律体系的几个问题》, <http://www.people.com.cn/GB/14576/15097/2369562.html> (最后访问2008年4月27日)。

福利关系立法三个基本元素,而其目的价值则包括社会整体利益和受扶助者权益两个面向。国内学界对于社会(立)法的含义则争论颇大,不仅出现了所谓狭义、中义、广义乃至“泛义”社会法的提法,^①而且就社会法与相邻部门法特别是经济法、行政法的关系存在明显分歧。^②

本文认为,要打破学界争论的胶着状态,理清社会法的部门法定位,必须纠正孤立的、静态的视角,考察社会法在全世界的一般发展历程,对社会法在当代中国法律体系中的崛起做出历史的反思。目前的争论虽已涉及历史方法,但多限于对第三法域产生过程的一般描述,而未深入社会法的内部演化,特别是对劳动关系立法、社会保障关系立法、社会福利关系立法的历史递进性缺乏认识,也就无法通过历史反思得出有益于当下的结论。有鉴于此,本文拟以前述全国人大常委会办公厅研究室课题组的观点为基础,通过考察西方社会法和社会立法的历史发展脉络,探讨社会立法的内涵与外延,分析中国社会立法的发展要求,提出中国社会立法的体系建构设想。

一 社会法和社会立法的历史发展

(一) 从传统契约法到现代劳动法——社会法的诞生

在西方,除去历史上的零星立法,^③大规模、系统性的社会立法起源于

① 对国内学者使用“社会法”一语的梳理和分析,参见竺效《祖国大陆学者关于“社会法”语词之使用考》,载《现代法学》2004年第4期;以及竺效《法学体系中存在中义的“社会法”吗?——“社会法”语词使用之确定化设想》,载《法律科学(西北政法学院学报)》2005年第2期。

② 对于社会法与经济法的关系,参见董保华、郑少华《社会法——对第三法域的探索》,载《华东政法学院学报》1999年第1期,以及质疑文章,单飞跃、阳永恒《社会法:一种经济法研究进路的反思》,载《湘潭大学社会科学学报》2001年第5期;董保华《论经济法的国家观——从社会法的视角探索经济法的理论问题》,载《法律科学(西北政法学院学报)》2003年第2期,以及质疑文章,李昌麒、单飞跃、甘强《经济法与社会法关系考辨——兼与董保华先生商榷》,载《现代法学》2003年第5期。对于经济法与行政法的关系,参见胡小红《现代民法、现代行政法及社会法三者关系简释》,载《河北法学》2000年第1期;董保华《论经济法的国家观——从社会法的视角探索经济法的理论问题》,载《法律科学(西北政法学院学报)》2003年第2期。

③ 世界上最早的社会立法起源于英国,可追溯到1536年的《亨利八世济贫法》(The Henrician Poor Law),以及1601年的《伊丽莎白一世济贫法》(Elizabethan Poor Law)。但是当时的立法都不具有系统性。见Neil L. Kunze, “The Origins of Modern Social Legislation: The Henrician Poor Law of 1536”, *Albion: A Quarterly Journal Concerned with British Studies*, Vol. 3, No. 1, (Spring, 1971), pp. 9-20。

现代劳动关系立法（现代劳动法）。广义上的劳动关系自古有之，地主与佃农、作坊主与工匠的关系等均可归入此列；劳动关系本是契约关系的一种，受契约法的一般规则管控，本无特别立法之必要。契约法对劳动关系的规制包括两个方面：一是维护契约稳定。劳动关系往往涉及缔约方的生计，且为社会生产所系，因而必须保持适当的稳定。为此，契约法上的“允诺禁反言”原则适用于劳动关系，任何一方不得随意变更、解除劳动契约。二是保障契约自由。与其他契约一样，劳动契约也是意思自治的产物，任何缔约方或契约以外的主体不得干涉契约的订立、内容和终止。因此，劳动契约所约定的劳动条件、解除条件等，均取决于当事双方自愿磋商。直到14世纪中期，几乎不存在独立于一般契约法的劳动立法。

变化发生在14世纪后期。当时，黑死病疫情在欧洲爆发，夺去了数目惊人的生命，造成劳动力短缺。在农村，土地大量抛荒，地主不得不在佃户之外雇佣帮工，放大了经营成本。在城市，劳工和匠人趁机抬高工资要求，并四处迁徙以寻找出价更高的雇主，这无疑损害了雇主的利益。于是，地主和雇主诉诸英国国王，后者颁布了一系列《劳工训令》（the Ordinance of Labourers），规定将提前解约的仆人或工匠投入监狱。^①这是国家大规模介入劳动关系之始。由于《劳工训令》的本意在于加固劳动契约、稳定劳动关系，途径是以法律限制契约解除权，因此仍未超出契约法的范畴，其性质当属特别契约法，或称早期劳动契约法。进入工业革命时代，主要出于扩大生产、富国强兵的目的，早期劳动契约法维护契约稳定的功能得到重申。1823年，英国颁布的《主仆关系法》（Master and Servant Act）就规定了劳动者忠实于雇主的义务，并对任何所谓“破坏劳动关系的行为”（如请求解约、逃跑或怠工）设定了刑事责任和经济赔偿责任。英联邦的加拿大、澳大利亚、新西兰、南非等随即推出类似立法。^②随着工业革命的深入，劳动力自由流动的地位日益凸显，自由放任政策促使国家逐渐放松对劳动关系的管控，近乎强迫劳动的契约关系被表面上的自由所取代，早期劳动契约法的保障契约自由功能地位相对上升，形成了学者一般认为的劳动法的“自由放任时代”。这一时期，劳动关系受到一般契约法以及作为其特别法的早期劳动契约法的共同调整。

① 参见 Stephen J. Barres, “The Origins of Modern Labor Law”, *American Journal of Economics and Sociology*, Vol. 22, No. 2, (Apr., 1963), pp. 279 - 286.

② 曹燕：《从“自由”到自由：劳动法的理念缘起与制度变迁》，载《河北法学》2007年第10期。

此后的历史则为人们所熟知。由于契约法表面的平等和自由之下,掩盖着“强资本、弱劳工”的剥削关系,为了获得出卖劳动力以维持生存,劳动者的个人利益只能维持在相当低的水平,由此导致了两个方面的问题:一是雇主任意压低劳动条件和待遇,劳动者的生产、生活环境相当恶劣,严重损害了劳动者个人的身心健康,甚至不足以维持生产所必需的身心状况,劳动者无法“以劳动为生”,这在实质上削弱了整个社会的劳动力资源,损及社会整体利益;二是劳资对立日益严重,社会分化为工人阶级和资产阶级两大对立的群体,以罢工为主要形式的阶级斗争愈演愈烈,甚至上升为政治斗争,不仅在客观上损害了社会生产力,而且影响了社会安定。面对这一形势,早期劳动契约法的“契约自由”和“契约稳定”几无用武之地,通过劳资磋商改变局面的可能性微乎其微,国家的介入因而显得十分必要,由是催生了现代劳动法。首先,国家改革早期劳动契约法,将稳定劳动契约的重心从劳方转向资方,限制雇主任意解雇权,有效保障劳工的合同权益,使早期劳动契约法转型为现代劳动契约法;其次,国家建立劳动基准制度,将劳动待遇、卫生安全保障等法定条款注入传统劳动契约,特别注重女工、未成年工等特殊群体的身心保障,^①从而逐步建立了劳动基准法律制度;再次,国家承认工人的结社权,以及由此衍生的集体谈判权和罢工权,将集体谈判制度引入传统劳动契约的缔约过程,冀图将劳资矛盾和斗争纳入法治轨道,从而形成了集体劳动法律制度。

现代劳动契约法、劳动基准法和集体劳动法,构成现代劳动法的三大支柱,它们的建立标志着劳动法实现了从早期劳动契约法向现代劳动法、从民法特别法向社会法的转变,这一过程可参见图1。较之早期劳动契约法,现代劳动法的国家干预对象虽然仍是劳动契约关系,基本可以看作对契约关系注入了法定义务(劳动基准)和法定权利(集体谈判),重建劳动者“以劳动为生”的稳定预期,但其利益取向则发生了根本变化:早期劳动契约法的利益取向仍为个别的劳资利益,其调整对象仍不出具体的劳资关系,因而在制度上并未越出契约自由和契约稳定的传统契约法框架;而现代劳动法则以社会整体利益为取向,其调整范围越出了具体的劳资关系,而更多考量社会阶级(工人阶级和资产阶级)关系、社会群体(如女工、未成年工等)关系,因而在制度上越出了传统契约法范畴,染上了国

^① 现代劳动法的开端即为英国1802年《学徒健康与道德法》,其中对童工的年龄条件和工时限制作出了规定。参见林燕玲主编《国际劳工标准》,中国劳动社会保障出版社,2007,第21页。

家管制的鲜明色彩。利益取向的根本转变，标志着以现代劳动法为滥觞的社会法的诞生。

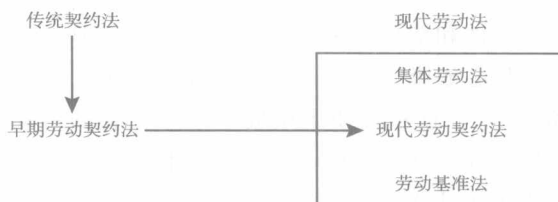


图1 从传统契约法到现代劳动法

（二）从现代劳动法到社会保障法——社会法的成型

尽管现代劳动法在很大程度上突破了传统契约法的框架，但其直接调整对象仍然是劳动契约关系，其背后的理念仍是个人通过劳动合同关系获得基本的生存条件。现代劳动合同制度为健全的劳动者提供了稳定的预期，即“以劳动为生”，这是该制度能够发挥安定社会的功效的根源所在。然而，随着资本主义社会经济的进一步发展，上述预期遭到了威胁乃至破坏。这种威胁主要来自三个方面：失业、伤病和衰老。其一，由于资本主义社会的劳动力相对过剩现象，以及经济周期的影响，即使雇主的任意解雇权受到限制，劳工的失业现象仍不可避免。失去工作的劳工无法透过劳动合同出卖劳动力，也就无法维持生活。其二，由于职业安全风险在重工业时代的上升，工伤现象层出不穷，而劳工偶然罹患疾病的情况亦不可能消除，更何况还存在数量不小的残疾群体，广义上的疾病人群同样面临着无力通过劳动合同维持生活的困境。毕竟，对于病、伤、残的劳工而言，个人生产能力必然下降，而雇主为提高经营效率而奉行“优胜劣汰”亦无可厚非。其三，衰老是任何劳动者都不可抗拒的自然规律，而年事日高虽然可以带来经验的积累，却很难抵御体力劳动能力的下降，作为劳工主体的体力劳动者于是面临类似伤残劳工的窘境：崇尚年轻的生理法则将转化为雇主的经营法则。此外，妊娠、丧偶和失怙等^①也会增大劳工的收入风险，破坏“以劳动为生”的预期。在工业化、城市化之前的传统社会，上述威胁都是通过家族、社区的保障机

^① 有学者将疾病、老年、妊娠、工伤、残疾、失业（及失收）、丧偶和失怙概括为现代社会的八种主要收入风险。见尚晓援《“社会福利”与“社会保障”再认识》，载《中国社会科学》2001年第3期。

制来实现的,例如族内的接济和赡养;而工业化将传统的社会关系打破,原子化的个人被从农村抛向城市,固有的威胁应对机制全面瓦解,而以契约结成的市场本身并不能提供替代机制。无法维持生计的失业者、病残人和老年人逐步沦为社会底层,造成了社会阶层和群体分化的加剧,危害到社会安定。由此,国家不得不回应这些威胁的挑战,超越对劳动契约的干预,转而强调对社会成员特别是无法通过劳动契约维持生计的成员的直接给付,建立社会保障法律制度。

与现代劳动法相比,社会保障法同样以社会整体利益为取向,着眼于社会安全,这也是英文中“社会保障法”(social security law)可直译为“社会安全法”的原因;但是,二者在调整对象方面存在根本的不同:社会保障法不再着眼于劳动契约关系的调整,不寻求重建“以劳动为生”的绝对信念,而着眼于调整国家与公民的关系,建立“由国家保障”的信念作为“以劳动为生”的补充。最早出现的社会保障法是社会保险法,^①它在原则上以社会成员的相互保险为保障途径,保险费用来自社会成员的劳动收入,而国家仅仅作为保险的发起者和运营者,因此带有从“以劳动为生”向“由国家保障”过渡的色彩。然而现代社会保险制度的经费来源越来越依靠政府拨款,^②从而使社会保险的国家保障色彩越来越浓。社会保障法的另一个重要组成部分是社会救济法。如果劳动者无法通过社会保险获得生存的必要保障,例如突患重病、无力缴纳社会保险费、扶养者忽然去世等,国家就会提供临时性的紧急援助,即社会救济。与社会保险相比,社会救济不仅是事后性、临时性的,而且仅覆盖有紧急需要的部分劳动者,其保障水平与维持基本生活所需大体相当;^③社会救济具有直接的国家给付性,是典型的社会保障法。另外,曾经服务于公职或军职的人员,在退出岗位后,通常需要由国家保障其基本生活。这种保障显然不是社会保险,并且也不同于社会救济,因为它不

① 社会保险制度肇源于德国。俾斯麦担任首相时期,先后制定了1883年疾病保险法、1884年工伤保险法和1889年老龄和伤残保险法,它们是世界上最早的社会保险法。见张守文《社会法论略》,载《中外法学》1996年第6期。

② 参见谢荣堂编纂《社会法规汇编》,元照出版有限公司,2001,第19页。

③ 相比之下,社会保险的保障水平则因投保人的保费支付水平而大有不同。正因如此,美国学者将所谓“社会福利”(social welfare)项目(大体相当于本文所称的社会保障和社会福利)区分为两个类型:一是以全体社会成员为对象、旨在使某方面的利益达到新的同一水平的项目,具有治疗性(curative);二是以部分社会成员为对象、旨在使某方面的利益回复各个对象原先的不同水平的项目,具有预防性(preventive)。据此,社会救济基本属于第一类型,而社会保险基本属于第二类型。参见Lawrence M. Friedman, "Social Welfare Legislation: An Introduction", *Stanford Law Review*, Vol. 21, No. 2, (Jan., 1969), pp. 217-247。

具有紧急性、临时性，而是一种经常性的制度，覆盖的社会成员范围基本确定，且保障水平对于各个受保障对象而言大抵相当（至少对原任职级相同者如此），通常略高于维持基本生活所需。如果将国家视为雇主，则在契约法的框架内，国家所提供的这种保障可视为履行后契约义务，本文将其称为“社会补偿”。^①在我国，社会补偿制度的核心即为社会优抚，因此社会补偿法又可称为社会优抚法。当然，随着社会优抚水平的提高，优抚制度的着眼点已经逐步越出基本生活的维持，而将重心移向优抚对象的职业发展，这就进入了社会福利的视野。

社会保险法、社会救济法和社会优抚法，构成社会保障法的三大支柱。由于引入了国家给付责任，将国家干预对象从劳动契约关系转向国家—公民关系，在“以劳动为生”之外为劳动者引入“由国家保障”的预期，因而社会保障法被公认为最典型的社会法，^②它的出现标志着社会法的成型。

（三）从社会保障法到社会福利法——社会法的提升

综观社会法在西方发展历程的前两阶段——现代劳动法阶段和社会保障法阶段，生存保障始终是立法的着眼点所在；这种保障的基础性，决定了保障水平相对均一，其性质为结果意义上的平等。概言之，国家以设定劳动基准、划定最低收入水平基线等方式，为全体公民提供相似的起点；在此基础上，公民可以自由投入竞争、谋求个人发展，而无后顾之忧。社会法正是在这个意义上发挥了社会安全阀的功能。然而，尽管个人的自主、自由的确是实现个人发展的最重要途径，但在第二次世界大战之后的岁月里，这一途径的局限也日益显露：一方面，就劳动者个人而言，面对日趋复杂的现代经济生活，个人在信息资源、经济资源、教育资源等方面的有限性凸现出来；现代经济的突出特征是资本、信息、智能等资源的高密度投入，这不是一个人的力量所能承担的，因而国家在贷款融资、教育培训、信息服务、政策优惠等方面的支持就十分必要。另一方面，就国家而言，世界已进入政治、经济、文化等全方位综合国力竞争的时代，包括社会建设在内的任何“短板”，都可能引发国家的全面劣势，因此国家必须对某些

① 社会补偿的概念源自社会学，是支撑社会优抚制度最重要的理论依据之一。参见袁寅生《社会补偿：优抚安置的一种理论阐释》，载《中国民政》2001年第4期。

② 在德国，将社会法等作为独立法律部门的社会安全法，已成为主流观点。见竺效《“社会法”意义辨析》，载《法商研究》2004年第2期。