

我国社会建设时代的社会法 及其体系论纲

董文勇

(中国社会科学院法学研究所,北京 100720)

摘要: 为解决民生问题和构建和谐社会、建设小康社会,党和国家提出了以保障和改善民生为重点的社会建设战略,该战略既需要社会法制的支撑,又为社会法制发展创造了条件。在社会建设时代,与社会建设战略相匹配的社会法必然是我国法律体系中重要的独立法律部门,并应当具备从保障基本民生到全面促进社会良性运转的多层次功能。为时代条件、社会法功能目标和社会建设的需要所决定,社会法需要以原有社会保障法内容为基础进行体系重构和扩展。我国社会建设时代的社会法可包括社会救助法、社会保险法、社会保护法、社会补偿法、社会促进法五个在功能上层层递进的核心功能分支体系,以及社会基本法、社会组织法和社会公益诉讼法三个基础分支体系。

关键词: 社会建设;民生;社会保障法;社会法;法律体系

中图分类号: DF0 文献标识码: A 文章编号: 1002-3933(2016)10-0002-20

Outline of the Social Law in China's Social Improvement Epoch

DONG Wen-yong

(Law Institute, Chinese Academy of Social Sciences, Beijing 100720 China)

Abstract: In order to solve the problems concerning people's livelihood and building a harmonious society, the Party and country formulate the Social Development Plan which focus on improving the people's wellbeing. The Plan needs to be supported by

收稿日期: 2016-05-30 该文已由“中国知网”(www.cnki.net)2016年9月 日数字出版,全球发行

基金项目: 国家社会科学基金一般项目《我国医药卫生体制改革法律问题研究》(10BFX078);中国社会科学院创新工程项目《社会法重大理论和实践问题研究》的阶段性研究成果之一

作者简介: 董文勇(1976-),男,天津静海人,中国社会科学院法学研究所副研究员,法学博士,研究方向:社会法、卫生福利法。

social legal system, as well as provides conditions for its evolution. In this era, the social legal system matching with the Plan must be the independent branch of China's legal system and has multiple functions which spread from ensuring and improving the people's wellbeing to promoting the society operates virtuously. Determined by the social condition, the functions of social law and the demand of carrying out the Plan, the social law should expand its disciplines on the base of social security law to five core branch laws which consists of social assistance law, social assurance law, social protection law, social compensation law and social promotion law, as well as social basic law, social organization law and social procedural law.

Key words: social improvement; people's welfare; social security law; social law; legal system

改革开放以来,经济发展一直是我国改革的主旋律,在此背景下,经济建设和社会发展出现非理性、非均衡的倾向,社会建设明显滞后于经济建设,社会矛盾日益突出,公民的生存风险逐渐全面显现。为解决民生问题和促进社会全面发展,党的十六届五中全会提出了“社会主义社会建设”任务,我国开始进入了社会建设时代。此后党和国家制定了一系列纲领性文件,或专门或重点地就在改善民生和调整社会治理模式中推进社会建设作出了规划,意在建设一个公民及群体社会权益得到保障的、实现社会共同治理的现代基本福利国家。社会建设的主要内容和最终目标决定了,在同时推进社会主义法治国家建设过程中,进行社会建设须以构建各种社会性制度和完善社会立法为基础^①。然而,社会法是核心清晰但边界模糊的法律类别^[1],它虽有关民生和福利保障,但在不同社会以及不同社会发展阶段,其作用、功能和内容均不相同。社会建设时代需要什么样的社会法?如何建构适应社会建设需要的社会法?这些问题在理论上尚不清晰、尚无答案,然而却关系到我国法律体系的完善、法治发展、现实民生问题和社会问题的有效解决,也关系到社会建设的战略全局。笔者认为,社会法的产生和发展始终始终遵循法律功能主义逻辑并以现实问题为面向,社会建设时代需要什么样的社会法,取决于解决民生问题的现实需要和国家的社会发展战略要求,因而,社会建设时代的社会法必然是包括社会保障法内容在内的有关社会安全、社会进步及伴随社会治理的一整套价值独立的、功能层级递进的完整法律体系。

一、社会法发展的时代决定条件

(一)民生问题催生的社会建设战略

改革开放以来,我国社会进入剧烈变化的发展阶段。这一急剧变化的过程打破了原有的社会结构和生活秩序,而新的社会秩序一直没有稳定形成,在缺乏理性规则干预的情况下,经济建设和社会发展出现非理性、非均衡的倾向,社会建设明显滞后于经济建设^②。在这

① “社会制度”是在一定历史条件下,为满足人类社会生活需要而建立的行为模式或社会规范体系,通常在宏观的意义上指基本社会形态,作为经济、政治、文化制度的总称。为示区别,笔者用“社会性制度”代指与社会保障和社会公共服务有关的具体制度。

② 有研究认为,我国社会建设落后于经济建设有15年之距。参见陆学艺:《当代中国社会结构与社会建设》,载《学习时报》2010年8月30日,第04版。

一时代背景下,民生得不到应有的改善使社会整体陷入“国富民穷”的怪圈^[2],居民的生活幸福感连续20年总体下降^[3]。经济和人身自由度的提高也带来了个人发展中的不确定性,公民养老、工伤等生存风险不断扩大;在社会公共资源在一定程度上按个人经济能力分配的情况下,老幼照料、教育、医疗、殡葬、公共文化、公共交通等领域社会公共服务存在不同程度的短缺和公益性不足,贫困、失业、文化素养降低等社会问题随之而生^[4],经济弱势群体的社会权利得不到充分保障^①。社会组织发展缓慢,影响到社会公共服务供给和服务质量,社会的现实需求得不到充分的满足。市场的自由发展也形成了市场与政府各自角色的重新定位,改革开放以来实行行政分权、权力下放等改革措施矫枉过正,自由主义经济和社会政策造成了一系列的社会问题^②。

社会问题的全面显现暴露出国家经济社会发展的不平衡性。我国的改革和建设在很大程度上被简单化为经济增长,且经济增长本身有异化为增长目的的倾向。随着经济社会的发展,简单的经济增长所带来的边际社会效益呈现递减趋势,经济单项突进式的改革步履维艰,改革和发展需要综合协调推进。改革需要完善社会性制度、提高社会福利水平,以此为经济发展提供稳定的社会秩序和高素质的劳动者队伍,并全面分享经济发展的成果。

在改革发展的关键时期,党的十六届五中全会提出了“社会主义社会建设”任务,“社会建设”国家发展战略目标被提到与经济建设、政治建设和文化建设比肩的高度。2006年中共中央在《中共中央关于构建社会主义和谐社会若干重大问题的决定》这一历史性文件中提出了“以发展社会事业和解决民生问题为重点”的基本公共服务体系建设目标。2007年,党的十七大报告强调加快推进以改善民生为重点的社会事业建设,推进社会体制改革,扩大公共服务,完善社会管理,并提出一系列具体目标。2011年制定的《国民经济和社会发展的第十二个五年(2011-2015年)规划纲要》、《人力资源和社会保障事业发展“十二五”规划纲要》以及《国家基本公共服务体系“十二五”规划》就推进以保障和改善民生为重点的社会建设作出了全面规划。2012年党的十八大报告指出,要“在改善民生和创新社会管理中加强社会建设”。

党和国家有关社会建设和加快社会事业发展的一系列文件为国家发展战略勾勒出了日益清晰的轮廓,即通过社会建设建立一个公民及群体社会权益得到保障的、注重社会共同治理的现代基本福利国家。社会建设战略的制定和实施标志着我国进入到了社会建设时代。

① 例如,中低收入群体是价廉质次的食物的主要消费群体,食品安全、卫生问题常常会损害他们的健康。阜阳“毒奶粉事件”、“三聚氰胺奶粉事件”等造成难以计数的中低收入家庭的婴儿患病、死亡。

② 例如,国家对医疗机构“放权、让利”,通过“以药养医”的市场化政策置换财政补助的形式减少对公立医疗机构的投入,医疗服务公益性下降,导致卫生资源分布不均、医疗费用水平高涨,产生“看病难、看病贵”的问题;住房保障“货币化”条件下国家政府参与房地产市场利润分配和房地产市场普遍的投机行为造就了大批“房奴”和居无定所的群体;幼儿教育 and 托幼“市场化”、公共教育资源急剧缩减和按身份配置,导致低收入群体、非公有单位人员的子女成为家庭的负担,也使得一些孩子失去接受启蒙教育的机会。

(二) 社会建设与社会福利的目标关联

实施社会建设战略需要解决相应制度的支持目标和着力点问题,然而究竟何为“社会建设”、社会建设是否以民生保障为已足?官方有关文件中没予以明确,社会建设实践中对此有着不同的解说。有学者认为,社会建设不仅意味着“一系列浮在表面的社会问题的解决”,还意味着“整个改革发展路径的重大变化”^[5],笔者对此深表赞同。民生以其内容的繁复和广泛关联而成为国家运行效果的指示器和晴雨表,解决民生问题同时也为国家改善治理方略、调整发展方向和目标、优化社会运行机制提供了契机。目前的民生问题实际上是民生服务缺失和不足、国家职能缺位错位、社会发育不健全等一系列国家运行问题的综合反映,因此社会建设是以保障和改善民生为重点和切入点,对从社会事业的内容到社会运行机制再到利益平衡工具等不同层面进行的系统改革。从这个意义上说,“社会建设”是个多层次的概念,它既表明一种时代背景,也是一种国家运行方略,同时也是以保障和改善民生为内容的一套社会服务和社会建构体系;“社会建设”不等同于民生保障本身,但是包括民生保障内容^①。

从社会建设作为目标体系的层面来看,有关社会建设的文件列举了社会建设的三项主要内容,即以社会公共服务和社会保障在内的民生建设、社会安全建设和社会体制建设。在社会建设的三项内容中,民生建设与社会体制建设二者间具有直接关联性,保障和改善民生必然同时需要改进社会管理体制。但是,社会安全建设与民生建设仅具有间接关联性,前者并非为后者所必需。因此,如果围绕保障和改善民生而构建相应的制度体系,那么社会管理制度则可以被吸收并附属其中,而社会安全制度则非为必要。

然而,“民生”是个内涵和外延均不确定的概念,民生之内容与经济和文化条件即发展水平直接相关。目前有关文件所列举的民生事项非常有限,即便是仅着眼于解决当前的民生问题,民生内容也仍待进一步调整和充实。一方面,执政党有关社会、政治、经济、文化和生态“五位一体”的建设方案着眼于政治考量,而如果从民生事业及其发生领域的角度考量,则民生建设体系至少还应包括:除政治思想和意识形态以外的社会文化建设,例如宗教服务管理、基本文娱设施建设等;民生事业所需的社会条件和社会结构,例如人口调控、国家和社会对公民的补偿、区域规划等。另一方面,官方文件中的民生内容体系包括收入分配调节内容,而其中有关调控初次收入分配的制度主要属于传统的经济制度,因而并不必然纳入到民生建设内容体系之中。

综上所述,在通过经济建设初步解放生产力之后,经由社会建设解决经济发展的目的问

① “社会福利”是个含义十分不确定的概念,广义为包括社会保障在内的一整套有关国家和社会对公民的照护体系,中义为与“社会保障”等同的概念,狭义为“社会保障”的下位概念。该概念与“社会保障”概念一道,作为舶来品被引入中国之初即发生了误译、误读,在概念的使用上较为混乱。参见尚晓媛:《“社会福利”与“社会保障”再认识》,载《中国社会科学》2001年第3期。我国传统上多取狭义概念。实际上,我国一直缺乏最上位的概念。上世纪90年代以来“社会法”的概念在我国重又兴起,本文取“社会福利”的广义概念,即最上位的概念,相关法律即社会福利法或社会法。下文除加引号者指代笔者并不认可的狭义概念外,其他均取广义概念。

题即民生保障问题便提上了日程,而民生保障这一系统工程一旦启动,便开启了一个社会整体变革的时代。在社会建设时代,国家不仅需要有针对性地解决民生问题,也需要同时解决与之相关的社会条件和社会结构问题、社会体制问题。而根据党和国家制定的社会建设政策,以民生保障为主要内容的社会建设的最终目标是“学有所教、劳有所得、病有所医、老有所养、住有所居”,并“努力让人民过上更好生活”。无论中外,致力于实现这些目标的政策即为社会政策,相关的制度即为社会福利制度。

(三)社会建设的社会法治支撑

依照现有社会建设政策,以保障和改善民生为重点的社会福利体系包括四大部分:一是包括教育服务和健康服务在内的社会公共服务体系,二是社会保障体系,三是以就业促进和次级收入分配在内的社会优化体系,四是以国家和社会组织围绕民生事务而形成的社会管理体系。前文述及,现有社会建设政策之内的社会福利政策在内容体系上还有进一步扩展的空间,但是社会福利体系的基本框架则较为完整,前文所述社会发展中的民生问题,在社会福利四大体系之内亦均可全面解决。

在社会建设背景下,民生问题的解决和社会福利体系的运行均需要依托于有关的社会性制度。上世纪90年代中期以来,我国开始有目的地进行法治国家建设。目前我国的社会福利制度建设实际上是在社会建设和法治建设的双重背景下进行的,这决定了,社会建设时代的社会福利制度建设必然遵循法治原则,建设以上述社会福利体系为内容的社会法治(参见图1)。实际上,“以民生为重点”的社会建设已经逐渐成为我国新的立法增长点^[6]。

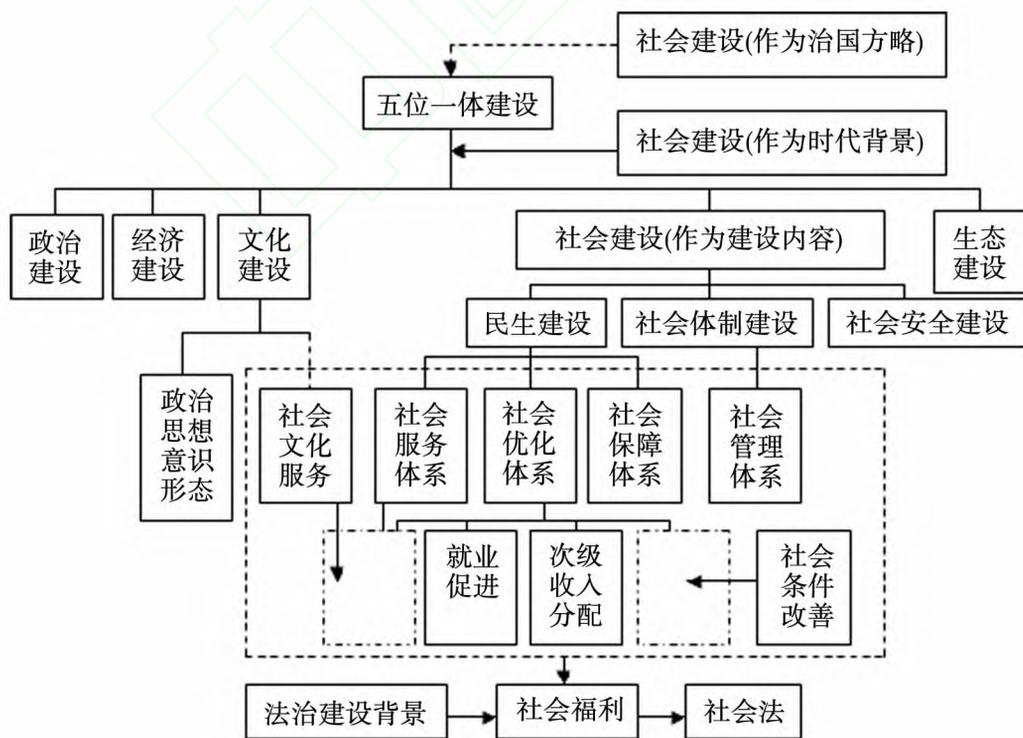


图1 社会建设和社会法的关系

为满足民生的需要,我国构建了一套包括社会救助、社会保险、“社会福利”、优抚安置制度在内的社会性制度,在我国传统上,与这些制度相对应的法律即总体谓之“社会保障法”。然而,社会建设时代的社会福利法即社会法是否等同于社会保障法?抑或,社会保障法是否为全面满足社会建设时代民生保障的全部需要?笔者认为,这些问题并非仅具有法学上的意义,更关涉到能否构建足以支撑社会建设所需要的法律体系,因为无论是在功能上还是在内容体系上,二者均有着巨大的差别。

二、社会法在我国当代法律体系中的地位

(一)时代发展提出的社会法地位问题

无论是在理念上还是在形式上,法律均是时代的反映,社会变迁会对立法和法律体系的变化产生根本性的影响。社会发展始终伴随着层出不穷的社会问题,例如“看病难、看病贵”问题、“房奴”问题、交通拥挤问题等,这些问题多属于传统法律部门关注较少的民生问题,关涉社会公共利益和长远利益。此外,国家根据变化了的社会条件调整社会发展战略,通过积极主动立法以求推动建立更为和谐的社会秩序、使公民的生存和发展需求得到充分和全面满足。出于应对新的社会问题和社会建设的需要,国家制定了许多新的法律,如社会保险法、卫生法、文化法、体育法、慈善法、宗教法等,这些新型法律均不完全属于民商法、经济法或行政法等任何一个传统法律部门。

然而,上述法律应归哪一法律部门?从这些法律的价值追求来看,这些法律是以社会问题、社会公共利益为主旨的,与民间社会结合紧密,且在很大程度上关乎个人及社会整体福利,在欧美国家,这些法律毫无疑问属于社会福利法或曰社会法的范畴。然而,“社会法”还是一个较新的概念,在理论上对“社会法”有着不同界说,主要有思潮说、法域说和部门法说^①。思潮说具有理论和观念意义,该说从根本上否定“社会法”以实在法的形式而存在;相对而言,法域说则长期影响于我国法律体系的构建。根据法域说,有关民生和社会建设的法律是其他部门法发生局部社会化的结果,并不形成一个法律部门。基于这种认识,我国法律体系中的劳动法或被划归民商法,或被划归经济法;社会保障法则长期被划归于行政法。而按照部门法说,社会法是个独立的法律部门,多认为主要包括劳动法和以社会救助、社会保险、优抚安置、弱势群体保护为内容的社会保障法^[7]。因此,无论根据法域说还是部门法说,上述新兴法律无法准确归类到任何一个现行法律部门之中,在立法实践上,这些法律主要归类到行政法体系中。尽管部门法说更趋近于法律实践,但仍具有不彻底性,因为从对公民生活权利的关照、对社会公正的价值追求、社会财富的二次分配等社会保障法的基本特征来看,这些新兴法律与社会保障法属于同一部类的法律当无疑问,也即,如果肯认社会法是包括社会保障法在内的独立法律部门,那么在逻辑上,社会法部门也绝不排斥其他有关社会福利的新兴法律。很显然,目前的部门法说对于法域说存在局部的理论妥协。

^① (日)菊池勇夫:《社会法综说(上)——九州大学社会法讲座30周年纪念》,有斐阁1958年版。转引自王为农、吴谦:《社会法的基本问题:概念与特征》,载《财经问题研究》2002年第11期。

（二）新时代法律体系的演变趋势和社会法部门的形成

通说认为,现代社会大量出现的有关社会福利的法律是“私法公法化”和“公法私法化”的结果。而所谓“化”仅指变化、倾向性,并不必然意味着实际完成了从量到质的变化,而“私法公法化”或“公法私法化”的上位概念仍是私法或公法;借助概念的某种变“化”、演“化”,原有法律体系仅仅是实现了进一步延伸。如果说概念法学理论为传统法律体系在保持与传统社会、简单社会的适应性方面居功至伟,那么在强调多中心主义、多元价值以及社会结构和社会关系变动不居的后现代社会,该理论对法律实践的影响则日益捉襟见肘。在后现代社会,社会关系、社会结构、利益诉求远较前现代社会和传统社会相比要复杂得多,“前现代社会向后现代社会的转变,冲破了法律价值单一性的桎梏,从而使那种排斥外来价值的封闭式规范体系和崇尚概念、拘泥概念的思维方式,难以适应多元价值并存沟通的时代潮流。……这种趋势使我们不得不认真考虑法律制度的观念更新、结构更新和思维方法更新。”^[8]面对新的社会发展潮流和空前变化多样的社会需求,借助概念内涵和逻辑的延伸而试图维持原有法律体系的努力既无必要也劳而无功,“社会的变迁和人的需求是不会按法学家们预设的那样发展的,为了适应新情况,立法总能突破现有法律的束缚,产生新的法律群和法律概念”^[9],经济法、环境资源法作为新的法律部门出现在法律体系之中,这即是有力的例证。如前所述,如果固守法域说,那么经济法、环境资源法作为“公法私法化”和“私法公法化”的结果,仍会零散地保留在行政法和民商法两大法律体系之内,也就不可能分别作为独立的法律部门出现在现代法律体系之中。随着法律实践的发展,没有迹象表明法律体系分蘖的脚步会止住,相反,这一趋势仍在延续和扩大。在“公法私法化”和“私法公法化”之外,在性质上异质于传统公法和私法、在形式上强调对专门问题的综合一体化引导或规制、在价值上有明显特殊性的法律群仍可能出现,以保障和改善民生以及社会优化治理为内容的社会法即是其一。事实上,从德国于1883年颁布《医疗保险法》以来,各国专门的社会立法迅猛发展,正是越来越庞大的社会立法才推动越来越多的国家走向现代福利国家的道路,建设福利国家已经成为现代理想国家的重要基本特征之一,而如果没有大量、集中的社会立法,就不可能建成福利国家。

散在于传统法律体系之中的社会法能否整体析出,在我国还取决于部门法理论在推动法律体系构建方面的进步。在多元价值并存、社会结构复杂、社会问题根源繁复的后现代社会,传统的以法律关系的同质性为主要依据的部门法划分理论也会因其与现实生活相隔膜而不得不有所突破。有研究发现,现代法律正从调整一类社会关系演化为调整多元社会关系的集合,因而法律类别的划分标准除所调整的社会关系的同质性外,还包括法律理念、法律保护的对象、调整的方法等,“社会问题所衍生的社会关系的法律调整使新型法律的产生有了可能和必要。”^[10]经济法、环境资源法等新型法律部门的出现即是如此,社会法同样也是如此。

社会法肇始于传统的民商法和行政法,从传统法律的社会化改进到专门民生条款的出现再到专门单行社会立法的出现,总体上亦未超出法律体系的整体演进规律,是法律规范从

诸法合体再到体系化专门发展这一过程的再一次展现。而实际上,尽管很多社会法律诸如工伤保险法、社会组织法等从民商法转化而来,但是在价值追求、体系结构、运行机制等方面已经与民商法存在天渊之别。同样,作为“公法私法化”的进一步延伸,过去属于行政法的有关社会福利的法律如健康法、教育法等,因其具有法律关系主体的群体性、权利义务的不对称性且合一性、法律实施方式的契约化等明显特征,也使得这些法律再也难以划归传统行政法部门。从传统法律部门内法律条款的社会本位化量变到大量、专门、集中社会立法的质变,时代条件和国家的治理方略是这一过程的催化剂,而规模庞大的社会立法必然对传统的部门法理论和传统的法律部门构成冲击,进而突破其体系外延的极限。在理论上,社会法的产生、发展和自成体系是迟早的事情,与其他法律部门一样,其早期的从属性只是历史性过渡阶段的暂时特征。

(三) 社会法作为我国独立法律部门的形成

我国立法机关采取了一种客观务实的态度,将社会法列为我国七个法律部门其中之一^[11],认为这种划分既符合我国的立法实际,“也比较符合法律自身的特点和内在规律”^[12]。如前所述,我国经济和社会发展中出现了大量的传统法律部门涵盖不了的民生问题,社会建设战略彰显出建设基本福利国家的政治决心,无论理论上如何认识社会法,它在事实上已经成为一个体系庞大、专事公民社会权利保障和促进的独立的重要法律部门。社会法的重要性早已远远超过很多传统法律^[13],社会法在我国法律体系中的地位应与其价值及其在国家发展战略中的地位相匹配,在这个意义上,社会法更有资格成为一个独立的法律部门。

社会法是否是我国法律体系中的一个独立法律部门,对我国社会建设实践具有极为重要的影响。首先,在社会法不能准确归类的情况下,法律的适用将难免受法律部门整体性质的影响。例如,若将《高等教育法》、《民办教育促进法》、《职业教育法》归属于行政法律部门^①,那么教育服务难免具有更多的行政管理色彩,因而,教育的社会自治性、灵活多样性难以显现。其次,受概念法学理论影响,法律体系的构建存在路径依赖特征,失当的法律属性定位会影响后续立法的科学性。例如,我国的社会保险制度最初附归属于体现国家对经济进行干预的经济法,而即便目前社会保险法已被归纳到社会法体系中,该制度仍具有浓厚的国家主义色彩,社会保险经办体制保持了明显的行政一元化特征,在此情况下,经办机构难以切实发挥保险人的职能^[14]。再次,民生立法常具有综合性和问题导向性,如果无视这一特征而寄希望于每一个法律部门中的相关法律都进行局部的立法改进,那么事实上无法做到立法上的协调性和同步性。例如,若要解决“看病难”这一民生问题,需要在医务人员、医疗机构、就医条件等方面进行资源配置的平衡,进而需要对人事、工资、财税、卫生规划、城乡规划、交通、信息等相关法律领域进行疏浚,如果不能突破现有法律体系设置社会法律部门、并

① 《高等教育法》和《民办教育促进法》是九届全国人大通过的“行政法”,资料来源:<http://www.cctv.com/news/china/20030220/100318.shtml>;修订《职业教育法》是列入十一届全国人大立法规划的“行政法”,资料来源:http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/2008-12/26/content_1467452.htm。

进行专门社会立法,那么这个问题将难以解决。最后,鉴于以往我国社会立法滞后,社会建设时代的到来需要大量的专门立法,而如果不能设置独立的社会法部门,那么在其他法律部门中进行大规模民生立法的可能性则大为降低,这是我国既有的立法体制所决定的。总之,在社会建设时代,社会法需要大规模独立建设,这不仅因为社会法有着特有的价值追求、重要的法治地位,而且还在于,不当的法律部门归类不利于社会法功能的发挥。

作为社会建设时代必不可少的独立法律部门,前述卫生法、教育法、文化法等以解决民生问题和引导社会良性发展问题为导向的,调整社会保障、社会公共服务和社会治理关系,保障、保护和促进社会法益的法律,应皆属社会法。社会法体系独立建设,是实现社会建设战略的必然要求。

三、社会建设时代社会法的功能

社会法是以社会问题和社会政策目的为面向而构建的法律部门,例如英国《济贫法》、德国《医疗保险法》、美国《社会保障法》,均为适应时代的需要、解决当时突出的社会问题而制定的。这决定了,社会法天然具有很强的功利性。如前所述,与传统法律部门相比,社会法主要不是法律概念演绎、法律制度精细化的结果,而是因应传统法律解决不了现代性社会问题和实现国家的社会政策性目标的结果。

(一)社会法功能演变规律之历史考察

在社会关系相对简单的农耕社会和“夜警国家”,国家强调自己责任或实行公民自治,社会救济制度成为与“原子社会”相适应的最主要的社会性制度形式。随着人类迈入工业社会,更多的人从能自给自足的农业部门中脱离出来,社会分工日益细密、利益关系相互纠结,现代生产和生活方式带来了与日俱增的生存风险。在市场竞争中人人都可能成为被排挤到“下层社会”的“多余者”,即所谓“风险群体”,这是一种“集体命运”,是个人难以抗拒和改变的;以个人之力难以对抗的,还包括严重的社会分化和社会公共资源配置不公,唯有借助国家之力、通过推行福利和社会政策方能解决^[15]。因而,国家立法一方面对原有私法进行基于社会本位考量的改造、有意识地扩充国家在民生保障方面的职能,另一方面,开启了专门的民生保障立法,遂有医疗保险、工伤保险等社会保险制度诞生于工业化德国,并与市场经济一道风行世界。

整体而言,社会法律因社会问题和社会需要而产生、发展,体系日益丰富,社会立法成为一股不可逆转的潮流。在此过程中,社会立法经历了三个发展阶段。第一阶段是从17世纪到第一次世界大战前后的分散、零星社会立法阶段,这一阶段社会立法的主要任务是解决诸如贫困、罢工、职业健康等突出的社会问题,意在通过化解社会矛盾和维护社会稳定和统治秩序,注重保障公民最基本的生存权利。第二阶段在两次世界大战之间,这一阶段的社会立法日益增多,其中以社会保险立法最为瞩目,社会公共服务立法也发展较快,该阶段的立法旨在保障绝大多数公民的基本生活和基本发展需要。第三阶段是第二次世界大战至今,战后和平和发展成为时代主题^[16],国家的主要任务已不再是“大炮”,而是“黄油”。各国在反思社会动荡冲突的根源、巩固生存安全和维护社会稳定的同时,将目光转向社会进步和社会

良性发展。相应的,社会立法从注重公民基本生活保障、基本层次的福利转向提供更高层次、更全面的福利,更多的有关社会保护、社会福利的立法被制定出来,社会法律体系之庞大,远超过很多传统的法律部门。

从社会法发展的历史来看,社会立法从被动的应对社会问题到主动满足社会的需要、再到积极引导社会良性发展,从分散立法到系统立法,均展示出与社会从低级向高级进化的同步性。如果说与传统社会相适应的传统立法主要关注基本秩序和基本自由,因而“不理琐碎之事”的话,那么与现代社会相适应的社会立法则具有两个明显的特征:一个是关注对象为“鸡毛蒜皮”之事,即响应生活各个细节之所需,即便具体而微也皆无遗漏;另一个是关注方式为慈母般“嘘寒问暖”,积极主动,优者鼓励之,弱者扶持之。因而,现代社会立法既防范社会风险又推动社会进步,凡为民生保护和促进之所需者,尽得到社会立法的响应。

(二)社会建设时代社会法的功能定位

社会法旨在直接或通过调控社会条件而间接保护公民的社会权利,若以权利视角观之,社会权利具有积极权利和消极权利双重属性^[17],因而需要作为相对义务主体的国家和社会承担或作为或不作为的义务^[18]。纵观世界法治发达国家之社会立法,多集尊重、保障、保护、促进理念为一体,以全面响应不同层次的权利诉求为宗旨,故要求社会法不仅仅能“扬汤止沸”式地化解公民所处之已然社会风险、简单解决民生问题,还应当能够“釜底抽薪”式地预防社会风险之发生或者恶化、“锦上添花”式地推动社会福利之提供,从而凭借社会法治的推行实现对社会问题的“标本兼治”和社会和谐安康。

受其整体上的多功能特征所决定,社会法内部存在一个层次分明的功能体系。按照公民社会权利获得满足的程度、社会资源配置的价值次序以及国家社会建设目标,社会法的功能体系可以包括社会救助、社会保险、社会补偿、社会保护和社会促进五项具体功能。社会救助功能在于保障公民最基本的生存和发展权,使之不低于一定的标准,为在社会竞争中遭遇不幸的公民提供重新崛起的机会,也为最基本的人权和人道主义精神构筑需要坚守的底线。社会保险功能则着眼于为一般公民化解一般社会风险,使绝大多数社会成员藉此规避生存风险、分享经济发展成果。社会保护功能旨在为社会弱势群体提供特别保护,通过倾斜性、补充性或特别性的权利赋予,最大限度消弥其弱势状况,实现其与一般社会成员实有社会权利的平等享有。社会补偿功能在于对为社会公共利益、共同利益作出贡献和承担损失的公民,以及对受政策和法律影响而遭受损失的公民提供利益平衡机会和方案,使社会发展的成本不会由任何一般公民独自承担,恢复其社会权利的完满性。社会促进功能旨在通过推动有利于社会长远发展、全面发展或可持续发展的社会服务和社会治理,通过优化社会结构,以及通过促进社会和谐稳定,保证公民的社会权利能够在更高层次上得以实现。社会法五项具体功能层层递进、相互耦合,共同构成覆盖多数人而又不遗漏少数群体、既保生存又促发展的社会法功能体系(参见图2)。

前文述及,后现代社会的民生问题具有高度综合性,社会法既需要专门立法以集中应对,也需要通过分散立法从不同角度发挥社会法的功能。例如对“看病难”、“看病贵”问题

的解决,需要建立体系健全的卫生法律制度,集合医疗救助、医疗保险、公共卫生、基本医疗服务、医药供应保障、食品安全等专门性法律制度的功能,在伤病救治、身心康复、疾病预防、健康促进等不同层级上实现这一民生问题的综合治理。

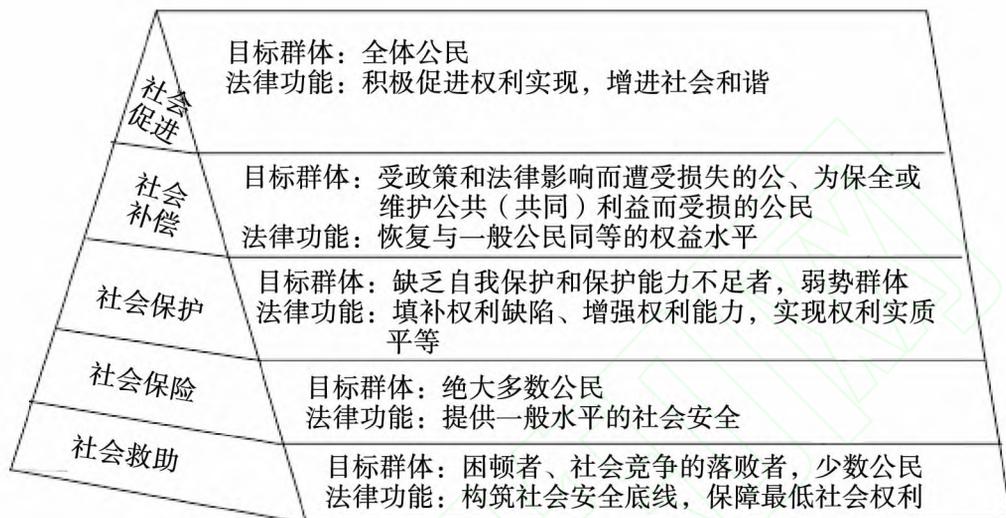


图2 社会法功能体系

四、社会法在社会建设时代的内容

社会法的复合功能必然需要一个多面向的社会法体系发挥出来。目前我国传统的社会法主要包括劳动法和社会保障法。然而,社会法是否以此为限、是否能与法律地位和功能体系相匹配?从社会立法的发展历史来看,社会法囊括哪些法律,取决于社会客观条件、国家的需要和国家希望社会法能够发挥何种功能,其中社会法的功能对社会法的内容体系具有直接影响。

(一)时代发展与社会法的内容更新

在计划经济时期,我国建立起一套社会保障制度体系。这一体系主要包括社会保险法和社会救助法;诚然,国家也制定了一些有关为公民提供特别福利的文件,但是其发挥的作用及影响面不及社会保险法,更不及社会救助法。总体而言,社会法的内容较为单薄。计划经济年代我国社会法制不发达,这与当时的社会条件有着极大的关系:计划经济条件下基本上不存在法律意义上就业、失业问题;统制经济社会缺乏流动性,社会关系简单,以简单的劳动关系为依托的社会保险关系也不甚复杂;信息不发达、不对称,一些社会矛盾可以掩盖或通过政治渠道化解;社会物质财富短缺,国家仅能保障公民基本生存安全或有限改善部分人的生活。在这种社会条件下,尽管我国与世界其他国家同处于社会法制发展的第三阶段,但是社会法制建设尚不可能、也无需大规模开展。

改革开放至今,其他市场经济国家普遍存在的社会风险在我国也逐渐显现,公民对生存和发展权益的诉求日益多样化、全面化;在由社会关系简单的传统社会向结构复杂的现代社会变迁过程中,国家需要全面推进社会进步。然而,原有的以基本保障为主要目的、以城镇居民和劳动者为主要对象的简单的社会保障法律体系延续下来并稍有拓展,在不断更新的

社会条件下,这套体系必然不适应新的社会形势,也不能为市场经济发展提供与之有效配套社会条件和社会环境。

在新的社会条件下,社会保障制度应当有新的内容。前文述及,社会法在理论上主要包括劳动法和社会保障法。法学理论落后于法律实践或有情有原^[10],但是我国立法层面上的“社会法”的边界也是不甚清晰的,国家立法机关将有关社会和民生的法律归类为“社会法”,包括劳动法、社会保障法和特殊群体保障法^[19]。关于劳动法是否属于社会法,在理论上存有争议^①;而各方均无争议的“社会保障法”所指为何?国家立法机关没有做出解释,官方有关社会建设的文件均将“社会保障”与“教育”、“医疗”、“住房”等问题分开表述,认为社会保障包括“社会保险、社会救助、社会福利、慈善事业”^②。社会法学通说则认为,“社会保障”包括社会救助、社会保险、优抚安置和社会福利四项基本内容。倘若如此,那么体系如此简单的“社会保障法”显然不符合全国人大规划的包括社会法的“全国法律体系的框架”^[20]。

能否寄希望于概念的拓展以实现社会保障法内容与社会现实的动态契合?实际上,“社会保障法”的功能定位于“保障”,这决定了其原有体系的扩展空间极为有限,而削足适履式的内容体系扩展使其名不副实。其一,社会发展中出现的人口调控、特殊群体补偿、家庭暴力等与“保障”理念无涉的新问题难以填充到社会保障法的任何子体系中去。其二,社会优待法、“社会福利”法的宗旨在改善和提高公民的社会权益,与“保障”或“安全”的内涵相去甚远。其三,“社会福利”概念的内涵和外延十分不确定^[21],即便是从狭义的“福利”如“残疾人福利”、“老年人福利”等概念来看,也仅指对社会弱势群体的帮扶和保护;弱势群体福利和文娱福利之间更是无法划分到一起。总之,扩充了社会公共服务和社会调节内容的社会保障法已失去原本意义,实质上已跃升为“社会法”。

从现实情况来看,以“保障”为视角的社会安全方案和思想观念已经落后于时代的发展,无法回应后现代社会对社会立法的要求。前文述及,社会发展的主要矛盾早已甩开“社会安全”这一早期立法诉求,而是在巩固社会安全的同时如何积极促进社会发展。此外,很多新的民生问题在现有社会保障法律框架内难以得到解决,如教育公平、社会歧视、就业促进等问题。还有一些社会保障法律制度已不适应新的社会形势,如优抚安置制度^[22]。

作为支撑社会建设的法律,社会法内容的厘定取决于社会建设的需要。从有关文件来看,社会建设已然规划的内容以远超出“社会保障”范围,遑论以社会建设为背景的其他民生建设内容。正如本文第一部分所述,我国社会建设时代的社会法必然是包括原社会保障法

① 如就劳动法的性质来说,我国学者孙学致认为作为劳动法主干法的《劳动合同法》属于私法(参见孙学致:《私法内的管制——〈劳动合同法〉规范结构的初步整理》,载《当代法学》2008年第4期),在德国学者杜茨看来,劳动法从法律性质上可以分为个别劳动法和集体劳动法,前者属私法范畴,属于特别债法,而后者则属公法范畴(参见(德)W·杜茨:《劳动法》,张国文译,法律出版社2005年3月版,第1-2页)。

② 参见《中共中央关于构建社会主义和谐社会若干重大问题的决定》,人民出版社2006年10月版;另参见胡锦涛:《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》,人民出版社2007年10月版。

内容在内的有关社会安全和社会进步的一整套法律,这是时代发展赋予社会法的新内容。

(二)社会法内容的中国特色

社会法律制度具有全球共同性,然而各国社会法的内容都具有鲜明的经济、政治、社会和文化特征。中国有特殊的国情,社会法内容之确定不仅仅取决于公民社会权利保障的需要,还决定于中国具体的社会条件和国家发展战略。

在一定程度上,社会建设与经济建设、基础设施建设、国防外交、关系国家长远发展的战略项目之间具有资源上的竞争性。中国作为经济发展中国家、人口大国、世界经济和政治大国,具有多维度建设发展目标,其中经济发展任务在相当长时期内仍是第一位的刚性任务,若没有快速的经济增长则无法保障庞大人口的生存、安全、发展和与人口规模相称的国际生存空间。欧洲福利国家的发展经验也证明,社会福利水平过高、范围过广会影响经济活力和本国经济的国际竞争力,进而损害社会福利的根基^[23]。况且,与欧洲人口规模和地域面积有限的福利国家相比较,由于国家的自然地理条件、国际地位、国际角色以及国家所面临的内外生存状况不同^①,这些国家的社会福利内容在很大程度上对于中国不具有借鉴意义^②。就中国的经济发展模式、政治体制、人口和环境条件、地理政治特点、国际角色等方面来看,中国的社会法律制度和经济发展水平之间的关系是特殊的,中国社会法制建设在国际上很难找到参照国。此外,中国还有诸多国外社会法制发展过程中未曾遇到过的问题,如人口调控问题、民办教师和赤脚医生问题、事业单位改革问题等,中国需要建立特有的社会法律制度加以解决。

中国社会法制建设的环境和条件决定了,需要根据中国的国情建设有中国特色的社会法律制度。尽管中国社会建设战略提出了诸多民生保障目标,但是中国的国情决定了中国只能建设“基本”福利国家,社会法所囊括的内容不能无所不包,凡必需者涵纳之,凡非必需者则去除之。

五、社会建设时代社会法的应有体系

上文述及,社会法具有多层次功能,这些功能通过专项的或多项社会法律体现出来,根据社会法的功能体系和内容范围,社会法在整体上可解构为社会救助法、社会保险法、社会保护法、社会补偿法和社会促进法五个核心功能分支体系。此外,作为完整的体系,社会法律体系还应包括能总括和指导各功能制度的社会基本法、规范社会法律活动参与者的社会组织法以及为公民社会权利提供救济的社会公益诉讼法三个基础分支体系,各分支体系内又涵括若干单行法。(见图3)

① 例如,中国是世界上邻国最多的国家,海上和陆上邻国多达20个。而欧洲福利国家的邻国一般不超过6个。复杂的地缘政治环境会大量消耗国家的各类资源。又如,中国的自然地理环境非常恶劣,这会加大自然环境治理和基础建设的成本。

② 例如,德国医疗保险的给付范围不仅包括最为核心的医疗费用,还包括疾病预防措施、疫苗接种、疗养等等非核心健康服务费用;此外还包括随附的疾病津贴内容。参见中华人民共和国劳动和社会保障部、德国技术合作公司:《德国医疗保险概况》,中国劳动社会保障出版社2000年12月版,第74-79页。



图 3 社会建设时代的社会法应然体系

（一）社会救助法

社会救助法是保障公民的社会权利不低于一定的标准、藉此保障和恢复公民最基本的生存和发展权利的法律。社会救助被认为是社会保障的起始和基础^[24]，近代以来，社会救助已然超脱偶然的、带有“恩赐”或“侮辱”味道的慈善行为^[25]，并已进化为一种具有法律形式的现代社会法律制度，成为各国社会法体系不可或缺的组成部分和社会安全底线的守护者。我国存在大量的市场竞争下的破产者和失业者、遭受天灾人祸者、“三无”人员、贫困流浪者、罹患疾病的贫困者、遭受家庭成员虐待者、遭受侵害而无力维权者等。这些人员多属于或沦落为社会弱势群体，在他们自我保障能力不足之时，国家和社会应对这些公民予以救助。

目前我国建立的社会救助法律制度包括最低生活保障制度、流浪人员救助制度、农村五保供养制度、灾害救助制度、教育救助制度、医疗救助制度、住房救助制度等。尽管社会救助制度体系日益完整，但是具体的制度建设尚不完善，有些制度如教育救助制度、医疗救助制度、住房救助制度还很零散，相应的规范性文件层级还很低。我国有必要就社会救助问题进行专门、系统的立法。

（二）社会保险法

社会保险法是国家和社会通过保险机制化解被保险人之生存经济风险的社会法，是目前各国社会法律体系中最主要、最典型的一部分。近代以来，受新技术驱动的市场经济和生活方式造就了一个充满失业、工伤等风险的社会，而社会家庭自身越来越难以抗制养老、疾病等经济风险。在社会分工日益细化并成为一种基本生活方式的陌生人社会，社会连带思想为解决这些社会问题开辟了道路^[26]，基于各种不幸和损害的社会诱因，在法律上，责任主体泛化和责任客观化：一方面，个人与他人的联系则由具有偶然性的后法律责任转化为具有必然性的先法律义务；另一方面，过错责任原则日益捉襟见肘^[27]，责任客观化为责任的转移提供了可能^[28]。在社会连带思想影响下，社会保险便成为一种绝好的制度创新形式^①。总之，社会保险制度已经成为与现代社会高度契合的社会性制度。

我国社会保险立法起步较早且最为成熟，然而一些基本、重要问题一直未能解决，如保险权利平等问题、保险事务统筹管理职权统一问题等。《社会保险法》的出台奠定了社会保险法的基本框架，我国仍需要进行社会保险单行立法。另外，社会发展中出现了一些新的社会问题，如老年和残疾人社会照护问题、公益性医疗服务执业风险和患者就医风险问题等，我国有必要适时建立社会护理保险、医疗责任保险、医疗意外保险等层级不等的新型社会保险制度。

（三）社会保护法

传统法律将所有人抽象化、符号化，法律权利整齐划一，希望个人能够凭借个人自治和公平竞争赢得生存和发展机会。然而，权利的实现程度和享有水平在实际上会受社会资源

① 社会连带思想对社会保险立法的影响最为直接，社会连带原则甚至被明确地规定为社会保险法的基本原则，如《德国社会法典》；一些国家的社会保险法即便没有明确社会连带原则，但一般都体现了这一思想。

的实际占有和掌控能力等诸多社会条件的制约,抽象的、形式上的权利平等并不必然产生实质平等。在社会日益复杂、个性化突出的现代社会,法律对公民权利的保护需要从抽象保护转为具体的保护,经历一场“从契约到身份”的反向的或者修正的法律构建和理性回归,根据不同人群的具体特点实行有针对性的保护,以增强其社会竞争能力和排除对其社会适应能力有影响的因素。此外,夜警国家、管制政府不适应社会事务日益专业化、技术化趋势^[29],新自由主义思潮的兴起要求政府积极作为、介入社会,以纠正市场经济对公民社会权利形成的压制和障碍。适应社会弱者保护的需要,社会保护法应运而生,旨在补充特定社会群体权利的不足,以满足其与其他社会群体平等共生、公平竞争和获得大致相等的生存和发展机会。在法律技术上,社会保护法表现为针对特定全体的社会权利弱点,或赋予其特有的社会性权利,或扩张一般社会权利的权能,亦或者增加政府和社会组织对于公民社会权利的保护责任等。

我国制定了大量的社会保护法,旨在对老年人、妇女、残疾人等特定群体的各项社会权利提供综合性保护。但是这些法律多属于框架性、纲领性的法律,仍失之具体和可操作性,影响了法律的执行和适用;有些法律的配套制度体系也不健全;进城务工人员是庞大的社会弱势群体,目前还没有对于他们的专门保护性法律。此外,教育、就业、就医、社会保险等领域还存在社会歧视问题,国家有必要从纵向角度保护一切社会性权利,制定反社会歧视法。

(四)社会补偿法

个人利益和公共利益具有对立统一性。在社会利益结构、利益关系错综复杂的现代社会,个人利益、公共利益和国家利益之间的冲突难以避免,利益选择和权利保护便成为一个重要的问题。如果假定个人与国家间存在社会契约,那么契约一方若向他方主张权利,则需要以对待给付为条件,在集体利益向个体利益主张权利时尤其如此;或者,如果某种共同选择的社会秩序以个人面临不确定风险威胁为代价,那么共同受益者应给予风险受损者以补偿^①。因此,在崇尚权利平等和社会公正的法治社会,利益主体之间的利益转移必不凭赤裸裸的暴力,而应在尊重交易对象的基础上进行平等利益置换;立法者分配利益也应兼顾利益的平衡。有鉴于此,若某一社会主体获得某种利益需以他人让渡或割舍利益为条件,则获益者或者利益得到保全者应当向利益受损者给予补偿。国家和社会对因保全或促进社会公共利益而受损的公民进行物质或劳务给付的制度即为社会补偿制度,相关法律即为社会补偿法。

目前我国法律中存在一定的社会补偿制度,例如发放独生子女费、移民补偿、退伍补偿、军烈属抚恤、见义勇为奖励等,但是,这些制度是不完整、不系统的。我国是发展中国家,改革发展之中必然伴随利益关系的调整,在保全或促进公共利益的同时需考虑利益出让者应有的利益,实现公共利益和个人利益的平衡和对个人合法权益的尊重、保护和保障。为此,

^① 这是因为,从终极意义上讲,个人愿意组成(加入)一个集体的初衷在于,集体能更好地保障个人利益,个人组成(加入)集体所付出的成本,应小于个人从集体获得的保障,这个集体才有存在的理由;而如果当集体要求个人付出大于其从集体获得的保障,那么这个集体存在的合理性就会发生动摇。

国家有必要制定专门的社会补偿法。

在目前和未来一段时间内,有诸多社会补偿问题需要在立法层面上得到解决,包括:犯罪被害人补偿问题、退伍军人补偿问题、民办教师补偿问题、事业单位改革下岗分流人员的补偿问题、重大突发事件受影响人补偿问题、计划生育受影响公民的社会补偿问题、受伤害见义勇为者和志愿服务者的补偿问题、医事意外受伤害者补偿问题等^[22]。

(五)社会促进法

社会的健康发展不仅需要克服现代社会中层出不穷的社会性问题,从终极盲目的角度出发,社会性法律更应着眼于积极促进社会良性发展、提高社会整体福利水平。

教育、医疗、住房、殡葬住房四大问题是关系社会长远发展或和谐稳定的重大民生问题。教育关系个人命运、国民文化素质和国家前途,影响国家和社会的每一个方面,教育应居各项社会政策的首位。医疗关系个人的生命健康和国民身体素质。住房是人的基本生活需要和社会基本单元——家庭的载体,具有特殊的文化和社会心理意义。住房对公民经济地位的鉴别作用可能会造成社会断裂问题^①;因购买住房而过度储蓄和掏空三代人积蓄的问题已经给国民经济造成严重影响,国民幸福感消失殆尽,非经济领域劳动者不能专注于关系国运的教科文卫本职工作,因而住房问题关系国民经济、国民福利和社会进步全局。殡葬问题关乎每一个人的善后、尊严及基本感情和基本伦理。这四个问题是目前和未来相当长一段时间内突出的关乎社会进步的问题,我国社会立法应立足长远、积极回应。

我国长期推行的人口数量调控制度目前在经济发展、伦理关系、精神健康、养老保障、国防治安等方面给社会带来的不利影响开始显现。目前人口老龄化趋势明显^[30],即将耗尽的人口红利对养老保障和社会公共服务带来巨大的压力^②,未来庞大的养老保险支出对劳动人口的数量、质量及相应的人口政策、就业政策、教育政策等社会政策提出了全面的要求。我国的人口政策和法律制度应尽快作出调整,通过鼓励的方式调节人口数量^[31]。

除以上问题外,我国的社会促进法律问题还包括就业促进问题、城乡规划问题、公办教育促进问题、国民健康促进问题、文化多样性保护和文化事业促进问题、民办社会服务事业促进问题等。

(六)社会法的其他分支体系

作为一个体系庞大的法律部门,社会法需要有一部基本法,以确定社会法的运行范围、

① 相关论著参见黄怡:《城市社会分层与居住隔离》,同济大学出版社2006年4月版;田野:《转型期中国城市不同阶层混合居住研究》,中国建筑工业出版社2008年1月版;吕露光:《从分异隔离走向和谐交往——城市社会交往研究》,载《学术界》2005年第3期;载毕然:《贫富混居遭抵背后的断裂现实》,载《南都周刊》2010年第34期等。

② 由于子女数量减少和城市化的进展,老年人都得依赖社保养老。全国社会保障基金理事会理事长项怀诚警示,按照目前的制度模式,2001年到2075年间,我国基本养老保险的收支缺口将高达9.15万亿元。赵馨:《项怀诚警示养老金缺口 未来缺口高达9.15万亿元》,资料来源:http://news.xinhuanet.com/fortune/2005-10/23/content_3671441.htm。相关研究另参见蔡昉:《人口红利消失之后》,载《财经》2010年第23期。

基本社会法律关系、整合和协调各分支法、能动地指导法律的有效运行。社会法对经济和社会条件具有强烈的依附性,在社会急剧变革的时代,社会法既需要保持稳定性,又要具有一定的弹性和开放性,因而需要明确社会法的基本原则。社会法制建设需要解决一些重大基础性问题,包括社会公共基金的法律性质、法律对人适用范围、基本法律关系即国家、社会组织、(用人单位、)公民三(四)者间的社会法律关系的性质等,这些均需要通过制定社会基本法以建立基本法律秩序。

社会法是在社会场域内产生和运行的法。在现代社会,利益的分化和重组促成了社会组织大量出现,在此背景下,传统私法对于资源配置不公的矫正作用日益下降^①,而事实上资源配置已经从个体之间的配置走向团体之间的配置。社会组织不仅使公民个人社会权利的载体在视觉上变得清晰可辨,而且通过分取传统由国家行使的权力、积极行使公共权力,个人的社会权利变得日益实在、可获得性更高;同时,传统国家因难以满足现代社会日益复杂繁多的职能期待而授权社会组织代行部分政府职能。社会组织的涌现促成了团体社会的形成,社会法以团体社会为依托而调整个人、社会组织、国家之间的关系,促成了各方共赢。鉴于社会组织在现代社会福利架构内的重要地位和我国社会组织不发达的现实,我国有必要在社会法框架内完善社会组织法律制度。

尽管社会权利的维护不单纯依靠司法机制,但是诉讼制度仍具有不可动摇的地位^[32]。在团体社会,个人可能会受到基于社会结构的损害,或因团体利益受损而被殃及^②,社会团体也可能对个人利益、社会公共利益或国家利益造成损害,法律实践存在对公益诉讼的客观需要^③,否则很多社会权利成为事实上不受保护的权利。为适应以新的诉讼方式满足社会需求的时代潮流和对新型权利提供司法救济^[33],法治先进国家普遍设立了公益诉讼制度,如英国的“检举人诉讼”制度、德国的团体诉讼制度、日本的民众诉讼制度等^[34],德国、日本甚至还建立了专门的社会诉讼制度。公益诉讼制度的产生真正“使社会权利成为司法上的可诉讼权利”^[35]。目前我国建立了劳动和社会保障争议处理制度,但是该制度仍属于传统司法制度,实际上不能满足社会诉讼需要。在社会公共利益已经成为独立利益的社会建设时代,我国有必要建立社会公益诉讼制度,使社会法中大量存在的“中看不中用”的“沉睡”条款“活起来”,“把不当真的法律变成当真的法律”^[36]。社会公益诉讼法应当成为我国社会法体系的重要组成部分。

结论

半个多世纪以来,中国先后实现了政治解放和经济解放,但是社会生活领域落后于世界潮流,民生整体紧蹙,社会问题日多。党和国家有关社会建设战略的提出,无疑释放了社会

① 私权利的实现主要借助司法机制和仰赖于法官的裁判,然而,这种机制天然具有滞后性、事后性,维护个别正义的“远水”不能满足维护一般正义之“近渴”,且对于资源配置中层出不穷的技术性问题,司法机构常常无能为力。

② 例如侵害社会保险基金、针对残疾人集体的形象损害等。

③ 例如美国经典的公益诉讼案——布朗诉教育委员会系列反教育歧视案、马婧诉教育部和财政部不作为案、梁丽萍诉国家图书馆歧视案等。

解放的先声。社会建设战略是在建设社会主义法治国家背景下提出的,社会建设主要包括但又限于社会福利内容,这意味着,社会建设战略所规划的社会福利内容需要得到各功能性社会法律的支撑。社会建设还是一种国家运行方略,功能性社会法律的实施离不开国家、政府、社会组织和个人的重新定位和相互关系的调整耦合,因而需要健全社会管理法律制度。社会建设还提供了一个时代背景、一个发展方向,在中国社会发展与世界潮流同步的时代,民生之所系,国家和社会任务之所在,时代潮流为社会法的大发展提供了条件和机遇,其内容体系也应随着时代的发展而超越社会建设的规划内容。整体而言,实施社会建设战略则必然且必须不断完备社会法律制度。

时代条件和国家战略决定了,社会法不会停留在理念和学说的层面,而应当且事实上已经是我国法律体系中日益重要的独立法律部门,且随着时代的发展而在法律价值、法律地位、法律功能和法律体系等方面不断地进化。作为与国家社会建设战略相匹配、为保障和促进人的全面发展所需要的法律部门,社会法需要具有全方位的功能,其不仅要解除民生之困,还要能化解和预防社会风险,更需要致力于促进社会和谐进步。这决定了,我国社会建设时代所需要建设的社会法制,不应仅仅包括社会保障内容,而应当根据保障和改善民生的需要、结合中国的具体国情和社会条件,重新构建一套内容丰富、体系健全的社会法律体系。一个全方位保障公民社会权利和满足社会建设需要的社会法律体系可以包括社会救助法、社会保险法、社会补偿法、社会保护法、社会促进法五个核心功能体系,以及社会基本法、社会组织法和社会公益诉讼法三个基础分支体系。

实施社会建设战略、全面构建社会法体系并不意味着我国必须重走国家和社会包揽一切民生事务的道路。过高的福利水平会影响经济发展和社会活力,然而我国远未及高福利水平,我国一方面有待在社会法制建设方面“补课”,另一方面还须使社会法制之建设以能满足“基本”福利国家的要求为限。如何平衡“过”与“不及”,唯赖具体法律之立法与实施环节加以解决。

参考文献:

- [1] 陈步雷. 社会法的部门法哲学反思[J]. 法制与社会发展, 2012, (4): 31 - 45.
- [2] 石建勋. 财政收入高增长下的隐忧[N]. 中国经济时报, 2008-04-01(A01).
- [3] Richard A. Easterlin, Robson Morgan, Malgorzata Switek, and Fei Wang. "China's life satisfaction, 1990 - 2010", PNAS, May 14, 2012.
- [4] 陈凤莉. 为大学生就业难“把脉”[N]. 中国青年报, 2011-10-20(09).
- [5] 何艳玲. “回归社会”: 中国社会建设与国家治理结构调适[J]. 开放时代, 2013, (3): 29 - 44.
- [6] 张博源. 社会建设视野下的法律制度供给给时序均衡问题研究[J]. 河北法学, 2010, (7): 55 - 61.
- [7] 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[J]. 法律科学, 2005, (2): 61 - 65.
- [8] 王卫国. 超越概念法学[J]. 法制与社会发展, 1995, (3): 33 - 37.
- [9] 白小平, 李擎. 社会法的规范语境与本土化构建[J]. 河北法学, 2013, (6): 58 - 65.

- [10] 郑尚元. 社会法的定位和未来[J]. 中国法学,2003,(5):124-135.
- [11] 李鹏. 大会常务委员会工作报告(摘要)[J]. 吉林人大,2001,(4):5-7.
- [12] 吴邦国. 在第十届全国人民代表大会常务委员会第二次会议上的讲话[A]. 中国人民代表大会年鉴2004[Z]. 北京:中国民主法制出版社,2004. 530.
- [13] [台]郭明政. 社会法[Z]. 台北:台湾元照出版公司,2009. 序言3.
- [14] 董文勇. 医疗费用控制法律与政策[M]. 北京:中国方正出版社,2011. 341-348.
- [15] [德]尤尔根·哈贝马斯. 柴方国译. 超越民族国家?——论经济全球化的后果问题[J]. 马克思主义与现实,1999,(5):60-64.
- [16] 邓小平文选·第三卷[M]. 北京:人民出版社,1993. 104.
- [17] 龚向和. 社会权与自由权区别主流理论之批判[J]. 法律科学,2005,(5):21-27.
- [18] [挪]A·埃德. 国际人权法中的充足生活水准权[A]. 刘海年.《经济、社会和文化权利国际公约》研究[C]. 北京:中国法制出版社,2000. 226.
- [19] 杨景宇. 我国的立法体制、法律体系和立法原则[J]. 政府法制研究,2003,(6):1-24.
- [20] 吴邦国. 加强立法工作 提高立法质量 为形成中国特色社会主义法律体系而奋斗[J]. 求是,2004,(3):3-8.
- [21] 杭行,刘伟亭. 关于社会福利制度的深层次思考[J]. 复旦学报·社会科学版,2003,(4):58-64.
- [22] 董文勇. 论系统建立社会补偿法律制度的必要性[J]. 新华月报,2012,(12):76-78.
- [23] See L. Ljungqvist, T. J. Sargent. The European Unemployment Dilemma, Journal of Political Economy, Vol. 106, No. 3, 1998.
- [24] 郑功成. 社会保障学[M]. 北京:商务印书馆,2000. 13.
- [25] 丁建定. 从济贫到社会保险[M]. 北京:中国社会科学出版社,2000. 147-148,159.
- [26] [法]埃米尔·涂尔干. 渠东译. 社会分工论[M]. 北京:三联书店,2000. 185,335-364.
- [27] 史尚宽. 债法总论[M]. 台北:台湾荣泰印书馆,1954. 104.
- [28] 王利明. 论无过失责任[J]. 比较法研究,1991,(2):44-60,23.
- [29] 郭道晖. 法治行政与行政权的发展[J]. 现代法学,1999,(1):11-14.
- [30] 国家人口发展战略研究课题组. 国家人口发展战略研究报告[EB/OL]. http://www.gov.cn/gzdt/2007-01/11/content_493677.htm,2014-02-16.
- [31] 董文勇. 我国应适时重新评估调整人口政策和法律[EB/OL]. <http://www.iolaw.org.cn/showArticle.asp?id=3446>,2014-02-16.
- [32] [台]吴震能. 日本社会保障诉讼制度浅介[J]. 中正大学法学集刊,2008,(25):93-137.
- [33] [意]莫诺·卡佩莱蒂. 徐昕,王奕译. 比较法视野中的司法程序[M]. 北京:清华大学出版社,2005. 372.
- [34] 颜运秋,周晓明. 公益诉讼制度比较研究[J]. 法治研究,2011,(11):54-61.
- [35] 郑贤君. 社会权利的司法救济[J]. 法制与社会发展,2003,(2):42-47.
- [36] 贺海仁,黄金荣,朱晓飞. 天下的法——公益诉讼的实践理性与社会正义[M]. 北京:社会科学文献出版社,2012. 48-49.

(全文共24,319字)