

## 社会法学在中国:任重而道远

### ——首届“中国社会法论坛”述评

谢增毅 刘俊海\*

由中国社会科学院法学研究所举办的首届“中国社会法论坛——完善社会法治,构建和谐社会”于2006年6月24日在北京召开。

来自全国人大常委会法工委、国务院法制办、中华全国总工会、劳动和社会保障部、法学所以及部分高校等机构的六十余位专家学者围绕“和谐社会与社会法的理论创新”、“劳动法的完善与劳动合同法制定中的热点问题”、“社会保障体制改革与立法完善”以及“环境友好型社会与环境法”等议题展开讨论。这也是法学所成立社会法研究室以来首次召开的大规模学术研讨会。

#### 一 和谐社会与社会法的理论创新

社会法是我国近年来在完善市场经济法律体系,落实科学发展观、构建社会主义和谐社会的历史大潮中应运而生的新兴法律门类和法律学科。与会学者就社会法的作用、主旨、内涵、核心范畴、理论体系以及社会法的未来发展等问题提出了许多真知灼见。

##### (一) 社会法的作用和主旨

与会代表普遍认为,社会法是与社会主义制度最为契合的法。社会法在缓和社会矛盾、维护社会稳定方面能够发挥积极作用,和谐社会的建立尤其离不开社会法的发展。随着社会建设和经济建设、政治建设、文化建设被摆在同等重要的位置,社会法的重要性日益凸显。在传统的法律部门中,民商法和经济法主要调整一国的经济生活,侧重于保护公民的民事权利;宪法和行政法主要规范国家的政治生活,保护公民的政治权利。然而,传统的法律部门对社会生活和文化生活的关注是远远不够的,作为与经济相并列的社会领域的事务也需要法律加以调整,公民政治权利和民事权利之外的权利(可以称之为“社会权利”)也需要法律加以保护,于是,社会法应运而生。

大部分与会代表认为,社会法的主旨在于保护公民的社会权利,尤其是保护弱势群体的利益。在社会关系中,有天生的强势群体和弱势群体之分,而且市场经济会自发地导致强者越强、弱者越弱。此时如果没有公权力的介入来保护弱者的利益,将使社会关系的失衡状态加剧并最终导致严重的社会问题。法治途径即制定和实施社会法是改变这种失衡局面的必然选择,尤其在当前我国深化改革而社会法理论与实践又比较薄弱的环境下,完善社会法,保障公民的社会权,使人们实现真正的解放——社会解放,对构建和谐社会具有重大而深远的现实意义。

##### (二) 社会法的定位和内涵

关于社会法的定位,部分学者主张,从现代法学的角度,应当将法律划分为公法、私法与社会法。按照这种“三分法”,社会法是公法、私法之外的第三法域。三分法的划分推广后,作为新兴的法域,社会

\* 谢增毅,中国社会科学院法学研究所助理研究员,法学博士。刘俊海,中国社会科学院法学研究所研究员。

法具有广泛的发展前景。这种观点认为,社会法不是一个法律部门,应该把社会法看作一个法域,一个介于公法与私法之间的领域。也有学者认为,社会法不是第三法域的代名词,而是一项体系完整的基本法律制度,是中国七个法律部门中的一个独立部门。

关于社会法的内涵,有学者认同立法机关的解释,主张社会法是指“规范劳动关系、社会保障、社会福利和特殊群体权益保障方面的法律;社会法是在国家干预社会生活过程中逐渐发展起来的一个法律门类,所调整的是政府与社会之间、社会不同部分之间的法律关系”。有学者在考察国外社会法的概念和学说的基础之上认为,社会法是解决一国的社会问题,体现国家的社会政策,保护公民的生存权和发展权等社会权利,需要国家、社会组织和公民参与的法律部门。

### (三)社会法的核心范畴和体系

有学者认为,社会权(社会权利)是社会法的核心范畴。社会权泛指弱势群体享有的体现社会正义的经济、社会和文化权利,社会正义是社会权的核心价值。社会权的保护不仅有利于增强弱势群体生存与发展的竞争力,充分体现以人为本的价值观,而且有助于确保政治安定和市场机制的顺利运转,还有利于弘扬和谐、平等、公正的价值理念。构建和谐社会,必须确认和维护社会权。

还有学者认为,社会法起源于国家解决社会的结构性矛盾,其以保护社会弱势群体的利益为目标,是对传统民法的修正和补充,其核心内容是社会权利。应该按照社会法的功能和本质,根据我国的具体情况,以社会权利为核心构造中国特色的社会法体系。确定社会法的体系和范围应主要考虑以下两个因素:第一,国家面临的社会问题以及国家所采取的社会政策;第二,社会权利的范围。由于社会法的本质在于保护公民的社会权利,确定社会法的范围还应当考虑公民的社会权利的范围。应该以《经济、社会和文化权利国际公约》中所包含的社会权利作为确定社会法范围的主要依据。也有学者认为,构建社会法学理论体系,既要在一定程度上反映我国的法律体系现状,还要能够引导我国法律体系的发展。

### (四)社会法的发展前景

有学者认为,完善社会法理论对中国法治和中国法律体系的发展以及社会法的学科建设具有重要意义。目前,我国社会法的理论研究首先需要统一“社会法”的概念以避免法学资源的浪费;其次,还应当创造出比较完善的社会法学的理论体系,以引导法律实践的发展。

有学者建议在国家立法规划中,增加《社会法典》《促进就业法》《平等就业保障法》《劳工权利保护法》《住房法》《医疗保健法》《福利保障法》(包括失业福利、老龄福利、工作事故和职业疾病福利、家庭福利、生育福利、因残疾丧失工作能力的福利等内容)、《儿童与青少年福利法》《社会救助法》《慈善事业法》等社会立法,以统筹经济社会发展和经济社会权利保障。

从以上学者的观点可以看出,和谐社会目标的提出,为社会法的发展提供了难得的机遇,也激发了学者对社会法理论研究的热情。目前关于社会法的争议主要在于社会法的定位上:社会法究竟是公法、私法之外的第三法域,抑或是独立的法律部门?“第三法域”侧重于描述“社会法”的法律属性,即社会法具有公法和私法融合的特征;“独立部门”的观点则侧重于说明社会法具有特定的调整对象和价值目标。笔者认为,现在的法律已经很难找到纯粹的公法或者私法了,公法私法化或者私法公法化已经是法律的普遍现象,要从公法、私法之外刻意划分出第三法域,是相当困难的。而且,现在几乎所有的法律部门都将社会公共利益作为自己的法益目标或价值之一,公法、私法都在一定程度上“社会法化”了,在公法、私法之外划分出社会法,并不符合法律的现状和趋势。“独立法律部门”的观点既能体现社会法作为实在法的价值,也符合我国立法实践和大陆法系现在关于社会法的普遍观点。在今天的德国,狭义的社会法概念更多地被人们所使用,社会法包括社会保险、社会福利、社会救助和社会补助(例如教育补助、生育补助以及住房补助)。<sup>[1]</sup>法国的社会法体系则主要包括两大部分:劳动法和社会保障法。<sup>[2]</sup>

[1] [德] 贝尔恩德·巴龙·冯·麦戴尔:“德国社会(保障)法:定义、内容和界定”,载郑功成、沈洁主编:《社会保障研究》,中国劳动保障出版社 2005年版,第 87 - 89页。

[2] 肖磊:“法国社会法的概念及由来”,载史际春、邓峰主编:《经济法评论》,中国法制出版社 2004年版,第 411 - 412页。

因此,把社会法作为独立的法律部门而不是泛泛的第三法域,更能与国际接轨。

社会法的体系构造是社会法研究的一个难点。中国的社会法是简单地借鉴大陆法系的做法,即将社会法等同于社会保障法,或劳动法和社会保障法,还是有所突破,是一个重要问题。有学者将社会权利作为社会法的核心范畴并以此构造社会法的体系,这的确可以说是一种创新。将社会权利引入社会法,既可以提升社会法的理论性,又可以提升社会法的正当性。社会法承载着保障公民的人权尤其是诸如公民的就业、社会保障、安全、健康等社会权利的功能,并因此而获得旺盛的生命力以及广阔的发展前景。而且以社会权利为核心范畴构造社会法的体系,就可以将涉及公民住房权、教育权、健康权、安全权等教育法、医疗卫生法、安全生产法等保护公民社会权利的法律纳入社会法的范围之中,从而丰富社会法的体系。

当然,社会法的概念、定位和体系,社会法不同内容之间的协调统一,社会法的基本制度的健全和完善等,在短时间内恐怕难以取得一致,由此可见,社会法的发展任重而道远。

## 二 《劳动合同法》制定中的热点问题

与会代表还就《劳动合同法》的立法理念和立法依据、劳动合同的形式、劳务派遣制度等问题展开了研讨。学者们普遍认为,和谐的劳动关系是和谐社会的前提和基础,《劳动合同法》是构建和谐劳动关系的重要法律制度。

### (一)《劳动合同法》的立法理念

大多数学者认为,劳动合同不同于一般的民事合同,双方当事人表面上平等而事实上不平等,在具体的劳动关系中劳动者相对于强大的用人单位总是处于弱势地位,因此《劳动合同法》应当秉承劳动立法产生以来的历史传统,旗帜鲜明地保护劳动者权益,使劳动者与用人单位达到相对的实质平等。也有学者认为,《劳动合同法》的基本理念应当是保护劳动者的权利,但为了达到劳资的相对平衡,对劳动者的保护应当是适度保护,控制在劳资双方都能接受的范围内,这样既有利于法律的执行和遵守,也有利于社会和谐的实现。还有学者认为,劳动关系的和谐是建立在劳资双方的合法权益都能得到有效保障的基础上的,劳动立法本着保护劳动者合法权益的理念无可非议,但如果仅仅只注重保护劳动者的权益而忽视了用人单位的合法权益,就会矫枉过正,导致恶性循环;因此,在立法理念上应强调“在保护劳资双方合法权益的基础上,偏重于保护劳动者的合法权益”。

### (二)《劳动合同法》的立法依据

有学者认为,应当以《劳动法》为依据制定《劳动合同法》。由于《劳动法》开宗明义地强调要保护劳动者的合法权益,其向劳动者倾斜的立法宗旨非常明显,所以,《劳动合同法》也需要秉承这样的精神和宗旨。也有学者认为,如果以《劳动法》作为《劳动合同法》的立法依据,就会出现悖论:《劳动法》作为上位法其效力高于《劳动合同法》;当《劳动合同法》与《劳动法》的规定不一致时,应该以《劳动法》的规定为准。这显然与《劳动合同法》的宗旨不符。为避免这样的矛盾,在确定《劳动合同法》的立法依据时,其语言表述仍需进行斟酌。

### (三)劳动合同的形式

有学者认为,鉴于实践中口头合同在劳动合同中占据了相当大的比重,法律应当承认口头合同的效力,如果不把口头合同合法化,就无助于保护劳动者利益。有学者则认为,从理论上讲劳动合同应当包括口头合同和书面合同,但是单纯依靠口头合同来证明劳动关系存在非常困难,而且目前中国的现状是书面合同太少,因此,应当要求用人单位使用书面合同,以此来保护劳动者的权益。

### (四)劳务派遣制度

针对劳务派遣现象,学者们认为应当严格规范劳务派遣制度。有学者认为,应规范劳务派遣单位,严格准入制度和审查淘汰制度,绝不允许以劳务派遣之名行劳务中介之实,劳务派遣单位与劳务中介机构必须严格区别开来,不准兼业。有学者认为,劳务派遣单位必须与被派遣职工依法签订劳动合同,而且要明确期限。也

有学者认为,劳务派遣单位与劳务使用单位必须保证法律法规赋予职工的全部劳动权利能够真正无瑕疵地实现,无论劳务派遣单位与劳务使用单位之间如何协议,劳务派遣职工与非劳务派遣职工依法享有的权利和利益应当是一致的;劳务派遣单位与劳务使用单位对所派遣和使用的劳动者必须承担连带责任。

### (五)劳动合同短期化问题

有学者认为,控制劳动合同短期化问题是《劳动合同法》需要破解的难题之一。简单地规定必须签订长期的劳动合同并不能够解决问题,应当从目前用人单位劳动关系短期化的基本动因入手,通过加大用人单位的解雇成本来遏制劳动合同的短期化趋势。同时,法律应规定用人单位终止劳动合同要支付补偿金,期限越短、次数越多支付得越高,同时限制有固定期限劳动合同解除的条件,以此对劳动合同短期化的趋势予以适当的限制。

《劳动合同法(草案)》目前还存在很多争议。笔者认为,劳动合同法的立法理念毫无疑问必须向劳动者倾斜保护,否则劳动合同直接适用民法或者《合同法》即可,无需专门立法。但这一理念如何体现在《劳动合同法》的具体条款上,显然是学者们关注不够的。换言之,在具体制度设计中,哪些制度应体现双方的平等保护,哪些制度应该向劳动者倾斜,其背后的理由则尚待深入研究。而且有些看似保护劳动者的条款是否真能起到保护劳动者的实效也应深入研究。例如,现有的《劳动合同法(草案)》第18条规定“用人单位以欺诈、胁迫的手段订立劳动合同的无效,该规定看似对用人单位很严格,其实将以欺诈、胁迫的手段订立的劳动合同作为可撤销合同可能对劳动者更为有利。劳动者可根据具体情形选择让合同生效还是无效,如果劳动合同一律无效,就意味着劳动者失去工作,对劳动者殊为不利。而且,根据草案的规定,如果劳动者以欺诈、胁迫的手段订立劳动合同的则有效。这种规定从表面看是向劳动者倾斜,但如此规定无疑也容易造成劳动者的道德风险,使用用人单位的风险加大,用人单位也可能因此提高用人的门槛或者严格订立合同程序,加大双方缔约成本,从而也不利于劳动者的就业。因此,在制定《劳动合同法》时,不能仅仅从字面上做出有利于劳动者的规定,而应深入分析制度可能造成的正反两面的影响以及用人单位可能推出的应对之策,否则“向劳动者倾斜保护”的目标可能落空。“雇佣关系在事实上的不平等,并非一定意味着风险或权利将完全归于一方,由于信息不对称或可能被隐蔽,雇员也有可能逃避义务。”<sup>[4]</sup>因此,在具体制度设计中也应注意平衡双方的利益,这恐怕也是《劳动合同法》实现保护劳动者利益的初衷得以真正实现的前提。

## 三 社会保障体制改革与立法完善

与会学者普遍认为,“没有社会安定,就没有社会发展;没有社会保障,就没有社会安定”。在中国,没有社会保障制度的完善,就没有社会的和谐与发展。

### (一)社会保障权的宪法保护和社会保障法律体系

有学者认为,社会保障在世界上的发展基本上体现为由一般的法律权利上升到法律基本权利,再上升为宪法权利,最后发展到国际公约中规定为一项国际基本人权的历史发展过程。这其中,把社会保障规定为宪法权利对社会保障制度的建立和发展意义巨大。我国2004年修改《宪法》时并没有对社会保障制度作出具体规定,因此社会保障权是否为我国宪法上的公民基本权利尚不明确。我国应从公民权利与国家义务两方面在宪法中确认公民的社会保障权。

有学者认为,完善我国社会保障法律体系是当务之急。目前我国社会保障法制建设的缺陷主要表现为:立法缺乏统筹规划、各项目之间缺乏衔接,立法层次低、法律约束力低,立法主体混乱、立法层级无序,法律规范强制力差、法律实施机制较弱。完善我国社会保障法应当首先树立正确的理念:没有法律支撑的社会保障不能实现社会公平。其次,要考虑由分散立法向相对集中立法发展,由地方立法向中央

[4] Simon Deakin, Frank Wilkinson: “再议劳动法与经济理论”,王俊杰译,载杨燕绥等编著:《劳动法新论》,中国劳动社会保障出版社2004年版,第136页。

立法发展,加快人大统一立法并确定中央立法和地方立法权限,尽快制定以社会保险法为核心、包括社会福利法、社会救济法、社会优抚法的各种实体法和程序法,最终制定一部完善的社会保障法典。

### (二)农村社会保障制度

有学者认为,在我国现阶段建立农村社会保障制度有五大重要意义:是国家实现战略目标的关键;能保障我国未来的粮食安全;推动城市化进程;推动城市和农村同步发展;拉动农村内需发展。我国农村社会保障制度的缺失是导致农村和农民贫困的重要原因,在我国农村建立社会保障制度非常必要和迫切。学者们进一步指出,在我国建立农村社会保障制度的基本原则应当包括:城乡有别的原则;地区有别的原则;强制性的原则;保障农民最基本生活需要的原则;多层次保障的原则。

### (三)医疗保险制度

有学者认为,我国社会医疗保险制度是由基本医疗保险、新型农村合作医疗保险和军人退役医疗保险三部分组成,多种形式并存的具体保险类型决定了制度适用的复杂性。有学者认为,我国社会医疗保险制度的发展方向是建立适用于全民的制度,使全体公民在生病的情况下都能够从国家和社会获得物质帮助。当前我国社会医疗保险立法带有浓厚的地方性特征,如何使千差万别的地方立法具有可协调性是制度完善的重要方面,社会医疗保险制度在存异的基础上,更要注重适用上的求同。

### (四)生育保险制度

有学者认为,我国生育保险制度存在很多问题,其中最主要的问题是参保率低。目前我国生育保险参保率低的原因主要在于:(1)社会观念落后,中国公众认为生育行为是个人行为,与社会无关,这是目前存在的最大问题;(2)生育保险覆盖面窄,统筹层次低,仅包括城镇地区,且主要集中在正规单位与部门,占全国女性80%的农村没有覆盖;(3)保险支出和实际支出落差大,统筹支付的项目和设施不太合理,而生育保险支出大幅上涨,但保险机构仅支付其中一部分,用定额或限额方式支付,导致家庭负担很重;(4)统筹方案不同,一方面老百姓支出得不到保障,另一方面基金支付年年有余。学者还针对生育保险的这种现状提出对策:(1)政府和公众应转变观念,认识到生育是一种社会行为,社会和政府应承担应有的责任;(2)完善实体法律制度,诸如扩大覆盖面,在基金筹集上建议全民参保等;(3)完善对弱势群体的救济保障制度。目前,我国对生育保险制度的研究非常薄弱。

从学者的发言可以看出,由于经济体制的急剧转型,以致我国的社会保障呈现出一种支离破碎的现象。各项目之间、各地方之间、各时期之间的制度安排有很大的差异。社会保障制度作为国企改革和经济体制改革的产物,很长时间以来仅被理解为一项经济制度。现在已经逐渐认识到社会保障的社会意义,社会保障被视为一项社会制度。但社会保障作为法律制度、社会保障权作为公民基本权利的观念在政府和民众中都非常薄弱。目前的社会保障制度离法治所要求的权威性、公平性、稳定性、透明化和可操作性相去甚远的主要原因就在于此。社会保障作为一项经济学家、社会学家和法学家都参与的制度,法学家的作用正在日益显现。在我国目前经济发展水平不高且处于经济转型过程中、各地发展不平衡的现实情况下,除了完善各项社会保障制度本身的内容外,如何完善社会保障的立法体制,明确哪些事项应由立法机关制定、哪些事项可由国务院制定、哪些事项应属地方立法、哪些事项必须在宪法中加以规定就显得极为重要。这是我国社会保障走向真正法治的前提条件,也是目前法学家应该做出回答的问题。与此同时,目前社会保障法律责任机制和纠纷解决机制非常薄弱,亟待完善。

## 四 环境友好型社会与环境法

与会学者普遍认为,从公法、私法、社会法三大法域角度来讲,环境法、资源法属于社会法;从目前构建和谐社会的角度来看,环境资源法具有重要的、不可替代的作用。但是,我国目前的法律体系还没有把环境资源法放在社会法中,而是分解后分别放到行政法、经济法等部门法中,因此有必要在立法层面对此进行完善。

有学者认为,完善建设环境友好型社会的法律体系应加强环境教育立法,倡导环境文化和生态文明,培育环境友好的文化氛围;加强循环经济和环境友好市场立法,建立以循环经济和绿色消费为重要特征的环境友好的经济发展和生活消费模式;加强环境友好技术立法,大力发展和应用环境友好的技术和产品;加强环境友好生态区立法,维护生态平衡和生物多样性等。

有学者认为,在我国农村社会的发展进程中,资源无序开发以及环境污染破坏一直是制约农村建设与农民福利提高的突出问题。影响我国农村环境保护的原因不在于立法不完善,而在于立法得不到执行。要解决我国农村环境保护执法问题,应当采取以下措施:(1)建立行政首长负责制;(2)明确我国农村环境保护管理的职能与分工;(3)借鉴韩国在“新村运动”中倡导农村自主建立农民组织的方式,在乡以下地区设立农民自治团体对农村环境问题进行自我防治与行为管理;(4)建立农村环境保护执法的联合执行机制。

有学者认为,要建立环境友好型生活方式,应该借鉴日本的立法经验,在法律和政策体系的构架方面,着手进行以下几个方面的工作:(1)在宪法的层次上,修改现行宪法关于环境保护的规定,确立可持续发展的理念,树立建设资源节约和环境友好型社会的目标;(2)在修订《环境保护法》时,既要在导言或者第一条的立法目的中要求对公众进行详尽的环境资源国情教育,在全社会培育环境友好型生活方式;(3)修改现行的《水污染防治法》、《固体废物污染环境防治法》、《大气污染防治法》等法律法规,在其中设置促进公众培育环境友好型生活方式的目标和具体措施规定或者完善已有的目标和具体措施规定;(4)制定《循环经济促进法》和《资源有效利用促进法》。

有学者认为,在构建环境友好型社会的过程中,应当强调政府公共部门的作用和责任。同时,还应引进环境公益诉讼制度,进一步完善现有的环评制度。

将环境法作为社会法的一部分并加以研讨,在国内可能尚属首次。环境法兼具公法和私法的特征,属于公法、私法之外的“第三法域”不成问题。但是环境法和作为法律部门的社会法的关系则相对复杂。在国外,环境法越来越成为一个独立的法律部门。但从前述学者的观点看,社会法旨在保护公民的社会权利,尤其是基本的生存权,环境法从立法主旨看重在保护公民的环境权。环境权的经典定义是:“人类有权在一种能够过尊严的和福利的生活环境中,享有自由、平等和充足的生活条件的基本权利,并且负有保证和改善这一代和世世代代的环境的庄严责任。”<sup>[5]</sup>显然,环境权和生存权二者在一定程度上都属于公民的基本权利,而且保护公民的生存权也是环境权的应有之义,从这个意义上看,环境法作为社会法的一部分并无不可。日本的沼田稻次郎先生曾提出社会法的体系,主张社会法包括劳动法、社会保障法、环境法、消费者保护法和教育文化法,<sup>[6]</sup>正说明环境法和社会法的密切关系。但环境法所保护的环境权与劳动法、社会保障法所保障的公民基本生存权还是略有不同,环境权显然超出了重在保护经济上的弱势群体的基本生存权。因此,有学者也提出疑问:“劳动法与社会保障法领域均是以生存权保障为其主要指导原理,但在环境法或消费者保护法之领域,生存权的指导性则不明显。”<sup>[7]</sup>此说亦有一定道理。当然,随着社会权利内容的丰富和内涵的发展,环境权和社会权的关系也日益紧密。譬如,日本学者认为社会权就是“基于福利国家或社会国家的理念,为使任何人都可以获得合乎人性尊严的生存,而予以保障的所有权利的总称”。<sup>[8]</sup>在经济发达的今天,社会权利显然已不再仅仅停留于满足公民基本需要的基本生存权了,发展权占据越来越重要的地位,诸如健康、住房、教育保障的目标已不再是仅仅满足公民的基本生存需要了,而旨在促进人类的发展和尊严。因此,从发展趋势看,作为保障人类生存和可持续发展的环境权也能被保障公民生存和发展的社会权利所包容,环境法作为社会法似能自圆其说。

(责任编辑:冉井富)

[5] 吕忠梅:《环境法学》,法律出版社 2004年版,第 92页。

[6] 蔡茂寅:“社会法之概念、体系与范畴——以日本法为例之比较观察”,载《政大法学评论》第 58期(1997年),第 396页。

[7] 蔡茂寅:“社会法之概念、体系与范畴——以日本法为例之比较观察”,载《政大法学评论》第 58期(1997年),第 393页。

[8] [日]清宮四郎:《宪法》,有斐阁 1986年版,第 22页。转引自竺效:“‘社会法’意义辨析”,《法商研究》2004年第 2期,第 64页。