

# 論當前時代正當性的“疊代”特徵與“社會法”的全面重構

冉 昊\*

**摘要** 打破線性歷史進化論認知，以具象歷史時空觀分析，就可以看到中國當前已經進入了“疊代”型時代階段。一方面，人人平等的社會啟蒙時代任務尚未全部完成；另一方面，社會分層帶來的差異又已加速出現並趨於固化。因此，當代法治建設，除需繼續補課此前時代正當性要求的充分私法自治與有限行政外，尚需全新發展對社會本身提供全面保護的社會法，以兼容並蓄的綜合性“社會給付”為核心辦法，來幫助每個人在風險分層社會中有效應對失能，藉以破除固化，而不是僅僅局限於特定弱勢群體的幫扶。圍繞這一“社會給付”核心，可在傳統法律關係理論的基礎上創新建立起社會法元概念——差別性“社會人”、賦權性“社會財”、彈性“社會權”和明確社會義務，作為“社會法律關係”的主體、客體、內容三要素，確立“彈性主張”和“剛性給付”的社會請求權基礎構造。再依此理論重構，抓住窗口期儘快彙編中國的《社會法典》，從當前日益緊迫的養老、生育、教育、住房等問題入手，成熟一章、彙編一章、頒行一章，將法律的功能由事後救濟推進到事前預防，為人們提供穩定的心理預期。就此，由分別體現自由市場傾向與社會平等傾向的編纂型“民法典”與彙編型“社會法典”共同構成兩翼支撐，均衡探索中國式現代化法治道路。

**關鍵詞** 時代正當性 疊代 社會給付 社會法

對比於歐陸先行國家自下而上、摸索步入工商業社會的自生路徑，後發國家工業化大都啟動於完全不同的生產力起點，而更多運用了自上而下的推動路徑；再得益於科技浪潮的湧動升級，促使生產力加速度增長而逐漸交疊於一維。這就在本質上提示我們，在當前，應展開對長期以來慣性遵從的“線性進化社會發展路徑認知”的大力反思（因為這一認知的歸納構建係由此前時代的先賢單一根據歐陸先行國家的歷史演變經歷做出），而回歸本國自身生產力的進程，<sup>[1]</sup> 實事求是地考量其在各種歷史耦合下走到當下帶來的時代要求，才能對應做出妥適的上層建築規劃。

鑒此，本文擬通過“時代正當性”（legitimacy of the era）概念的創建應用，指出當代中國社會所處階段的“疊代”型特性，進而厘清其中相疊的多個時代階段及其分別的正當性需求。基於

\* 冉昊，廣東財經大學法學院教授，法學博士。

[1] 參見冉昊：《全球各國現代化發展的“適應性路徑”共通——兼論“中國式現代化”的科學內涵》，載高鴻鈞主編：《中國比較法學——比較法基礎理論反思》2024年卷，中國政法大學出版社2025年版，第99-113頁。

這些分別的社會內在正當要求，當前既不可或缺私權效力的強化、以補課長期缺失的產權保護任務、從頭建立社會基本秩序；同時也需有否定之否定思維來打破傳統私權的封閉性，為廣大人民再設立普遍的“社會產權”，確保每個個體面臨風險分層社會中避無可避的失能風險或階層固化，都能獲得制度性的托底矯正。從權利體系上，這就要求我們在系統發展純粹私法之虞全面重構保護社會的“社會權”，同時形成對私權的充分保護、以及對私權積累下之先占所有權壟斷固化的有效博弈。

## 一、對當前時代正當性的“疊代”認知

### （一）“時代正當性”概念的確立

所謂“時代正當性”，是筆者嘗試來解釋法律變遷的一個基礎概念：指在生產力基礎形態不斷變化的時代階段下，不同生產力方式會分別主導形成不同的社會關係和社會需求，進而帶來對應的社會階層及其各自不同的利益訴求，產生問題糾紛；而處身其中的個體根據自身感受到的實際需要，特別是針對本國既有制度前設在應用固化後帶來的突出弊端，就會產生不同的直觀認知，進而形成不同的價值傾向優先性判斷，再以此為據認可人際關係間的一定權利分配模式為正當（legitimacy）。

由此，就完全可能導致同一個社會制度，處在不同生產力時代階段下，會產生不同的制度效果，“‘拿破崙的’所有制形式，在19世紀初期原是保證法國農村居民解放和致富的條件，而在本世紀的進程中卻已變成使他們受奴役和貧困化的法律了。”<sup>[2]</sup>

進而在不同時代的審判實踐中，基於此“時代正當性”的潛在作用，就會發生產權保護上的變遷：如在歐洲早期工業革命時代，人們為反制於此前中世紀的整體性黑暗，就傾向於去建構個體的獨立性，而致力於保護其財產的完整性，於是依照物的有體外觀等發展出了絕對性“物權”理論，<sup>[3]</sup>此時，如有工廠在生產自己的產品時產生了噪音、廢氣等影響到周邊，法官就會從工廠所踞土地的物權絕對性入手，以財產權完整性之名來維護工廠的生產，這意味著在雙方衝突中，彼時代賦予了工廠的生產利益占優；而在歐洲進入到後福特工業時代後，從普通市民到個案法官的內心直覺上，都已轉向於對人們整體生活美好的重視，對此類噪音廢氣擾民事件，學理上遂開始湧現大量有關財產權社會性/相對性的討論，以對抗財產權絕對的認知傳統，再在既有權利圖譜或先例系統的邊角中找到零星的制度火花，於其基礎上演化確立出“安寧權”、“不可量物訴訟”或“安寧享受”先例等新型規則，<sup>[4]</sup>來為工廠周邊住戶提供出救濟，這意味著在雙方衝突中，新的時代賦予了住戶的生活利益占優，而從工廠角度來看，就是傳統物性財產權保護的削弱。<sup>[5]</sup>

[2] 卡爾·馬克思、弗里德里希·恩格斯：《馬克思恩格斯文集》第2卷，人民出版社2009年版，第569-570頁。“把半農奴式的農民變成了自由的土地所有者之後，拿破崙鞏固和調整了某些條件，以保證農民能夠自由無阻地利用他們剛得到的法國土地並滿足其強烈的私有欲。可是法國農民現在沒落的原因，正是他們的小塊土地、土地的分割，即被拿破崙在法國固定下來的所有制形式。這正是使法國封建農民成為小塊土地的所有者，而使拿破崙成為皇帝的物質條件。其只經過兩代就產生了不可避免的結果：農業日益惡化，農民負債日益增加。”

[3] “為了使個人能自由支配財產，增加財產的利用價值，至少從物權之概念上，要設想出一種不受公法支配限制，具有絕對性之所有權。而以此為中心所構成的羅馬法系之物權概念最為合適”。[日]我妻榮：《日本物權法》，台灣五南圖書出版公司1999年印行，第3頁。

[4] “安寧權”和“不可量物訴訟”係歐陸立法理性路徑依賴下的演化產物，“安寧享受”先例應用則係英美司法理性路徑下復興古老“妨害法（nuisance law）”而來。See Eric Freyfogle, *The Land We Share: Private Property and the Common Good*, Washington: Island Press, 2003, p. 55-79.

[5] 所以從法教義學來看，這些工廠/周邊住戶權利或救濟的獲得，分別是“土地財產物權”/“安寧權”或“安寧享受先例”法律規則適用的結果；但如果跳出我們身在其中的法律“廬山”反過來觀察，法社會學就會告訴我

再深入來看，即使是上層建築本身，也同樣受到“時代正當性”的作用而催生其自身內容發生變遷，“財產權，在一個社會還沒有解決秩序（order）問題的較早階段時顯得最為突出的一種觀點，是作為一種對某物的對抗世人的權利……而到了20世紀六七十年代……所感興趣的已不再是秩序（order）問題，而是幸福最大化（maximization of welfare）。”<sup>[6]</sup>即在19世紀，（處於早期工業化時代階段的先行國家的）財產權上層建築，是將其理解為具有對世性的“物權”；而到了20世紀中期後，其上層建築中卻已拋棄了這一“物”之外觀，去構築一種全新的財產理解。為什麼會有這一變化？發現這一現象的學者給出了其解釋：在一個社會發展的較早階段，它還沒有解決基本的秩序（order）問題，此時，“早期理論家，像布萊克斯通、斯密、邊沁，就普遍警惕社會中財產權受到侵害的可能性，相應地，他們認為有必要明確地表述為什麼所有權的安全關涉重大”<sup>[7]</sup>，於是就將所有權具象化，依託於有形的外觀載體來將財產關係化約為客體“物”本身，從而可依物之實在性發展出絕對性的手段和範圍，來強化對它的保護、減少可能遭受的侵害——實質上即保護了各個客體物背後掌握其的主體人，由此來確保每個主體的自由——確立社會基本秩序；而在生產力再發展了一二百年，經歷累積、產生變化後，先行國家的“秩序問題已基本得到解決。現代理論家，遂並不令人驚奇地，感興趣於還沒有解決的問題，諸如，處理長期契約、控制複雜組織中代理人的行為、微調規制溢出性的刺激。換句話說……幸福最大化（maximization of welfare）”<sup>[8]</sup>，即在抽象秩序基本形成的基礎上，人們有條件去注重具體正義了，就會逐漸將關注轉向，擺脫抽象秩序下的類型化法定權利帶來的高下預判，而去具體場景中具體判斷究竟保護哪一方以及保護的程度。為此，其以否定之否定思維再放棄依託有形物的“物權”理解，而將財產關係化約為人與人之間的相對性配置“權利束”，這樣，各方當事人的衝突權益，無論有否物之外形，就都能被視為一個“權利束”（而不是分別具有不同對抗效力層級的“自物權”、“他物權”或者“債權”等），遂彼此先天平等，得以時人心中的公平正義認知去綜合該衝突場景各個具體因素來權衡決定，此時這些“權利束”之間誰比誰更強（better），更強的那個獲得此處的法律救濟，而順理成章實現了具體正義的調整。

以上制度形式、制度適用、乃至制度本身的變遷說明，儘管我們習慣以“公正”、“正義”等大詞（concept）賦予法律以永恆的形式追求，但實質上在不同的時代階段下，人們會基於不同的時代基礎情理產生偏好上的差異，進而在內心自動地調整對這些大詞的觀念認知（conception）、從而形成公正與否的判斷——是為該時代的正當性之體現；再以此為據，去一點點地調整、改變法律的適用乃至規則本身，直至最終（令得權利衝突中）符合時代正當性的那一方人群獲得保護。<sup>[9]</sup>

## （二）多重時代正當性帶給當前的“疊代”性特徵

這樣的一個過程，在過去，由於生產能力自然增長的緩慢，會被拉長在數百上千年、分佈於幾十代人中潛移默化地進行，於是，一個有限壽命的個體通常都難以在經驗上感知到，而只有專門的司法史理性中會去慢慢追尋——典型如英美法系國家中普通法（common law）的各種術語、令狀、規則，歷千百年，從英倫三島農業封建莊園時代、到日不落帝國工業時代、再到現代美國科技時代

們，更加起作用地，是這些規則背後的不同時代階段價值選擇所帶來的正當性詮釋。

- [6] Thomas W. Merrill, Henry E. Smith: 《法律經濟學中財產權怎麼了？》，羅勝華譯，載易繼明主編：《私法》第3輯第1卷，北京大學出版社2003年版，第297頁。
- [7] See Thomas W. Merrill, Henry E. Smith, *What Happened to Property in Law and Economics?*, The Yale Law Journal, Vol.111, 2001, p.363.
- [8] Ibid., p.398.
- [9] 以上論證，在拙文《論當代中國的交疊特徵與法治社會建設：從財產權角度的路徑分析》中都有所表達，但因彼時發刊編輯等要求，未能使用“時代正當性”和“疊代”等概念給予清晰闡釋。參見冉昊：《論當代中國的交疊特徵與法治社會建設：從財產權角度的路徑分析》，載《中國法學》2021年第4期。

中的“舊瓶裝新酒”式演變。<sup>[10]</sup>而在這一漫長的線性進程中自下而上依次經歷的西方學人們，得以一代一代各自記錄自己壽命期間的單一認知，成為不同時代的顯學；再經傳承下來形成對比，就能夠清楚地看到這種“時代正當性”的差異，並認可為一個自然變遷的過程。

但在後發國家自上而下的推動型發展中，全球化的制度傳遞和科學技術的奇點突破，卻使得這一過程被壓縮在一兩個甲子內加速變遷，迫使我們身處其中的每代人，都於一己壽數之內直面其頻頻量變乃至質變，而同時感受到多種差異性的需求，“建立憲政民主國家，這在西方來說，是一個現代早期的、17到18世界重點要解決的問題；社會公正問題，是19到20世紀歐美面臨的核心問題；LGBT，是21世紀的問題。而這些問題在中國是同時出現的”<sup>[11]</sup>“21世紀的中國，有5000年文明傳承，也有工業時代的特徵，更有信息化時代的特徵”；<sup>[12]</sup>“西方發達國家像我這樣年齡的人，當他們出生的時候，前兩次工業革命早已完成，只能經歷第三次工業革命，但作為中國人，我有緣享受‘後發優勢’，用短短的四十年經歷了三次工業革命，走過了西方世界十代人走過的路”<sup>[13]</sup>……交疊之下，不禁困惑叢生。

即以新中國76年的發展歷程來看，1949年後的社會主義初期探索直接根據革命導師的理想設計和大國模板採取了公有制改造、禁止私產運行的計劃路徑，在實踐中將幾乎一切資源，包括土地、資本、企業、人力等等都納入了公有範疇。由此，整個經濟運行空間內只剩下了一個惟一的財產權人——以中央政府為代表的國家，對應配套以計劃辦法管制推行。經過三十餘年的運行，導致社會存在上幾盡夷平一切利益集團和階層分化，社會意識上則讓普羅大眾對財產經驗（如財產之歸屬、保護、運用、責任等）認知斷代經年，失去了對效率的有效激勵和追求，整個社會陷入了一個均貧狀態。於是，在彼時的“時代正當性”中，不患寡而患不均現象幾近消失，整個社會中蔓延的氛圍可謂人人患寡、個個求財。

為了順應這一社會需求，1978年後中國共產黨開啟實用主義智慧，主動以“改革開放”嘗試探索市場路徑，資源的生產和分配開始部分擺脫計畫、而更多依靠平等主體間以各自獨立財產不斷自願交易帶來的最大化利用，彼時的自然人、工商戶、農村家庭承包戶、不同性質的企業、甚至國家組織等各種主體、準主體<sup>[14]</sup>，紛紛以自己的真實合意去努力將可掌控的（產權或完整或不完整的）資源進行交換，就此，給交易個體以及社會整體都帶來了交易標的的效率化利用、幾何式增長，帶動社會財富迅速上行，緩解了時人被壓抑良久的基本需求，相對實現了平等與效率的共振。順理成章，在彼階段中的應然“時代正當性”，自然就是對能夠促成以上交易的所有平等主體之各自獨立財產及其交易的充分保護。只是受此前幾十年意識形態的慣性影響，此種保護始終不敢大張旗鼓，在交易層面的債權還好，一旦深入到物權層面，就只是做而不述或者矯以文飾<sup>[15]</sup>的“猶抱琵琶半遮面”了。

[10] See Morton J. Horwitz, *The Transformation of American Law 1780-1860*, Harvard University Press, 1977; *The Transformation of American Law, 1870-1960, The Crisis of Legal Orthodoxy*, Oxford University Press, 1992.

[11] 參見青年哲學家周濂訪談, <http://www.ftchinese.com/story/001083417?page=rest&archive>, 最後訪問時間: 2019年11月12日。

[12] 參見法學家孫憲忠:《讓民法典編纂體現時代性與民族性》，載《人民日報》2018年4月16日，第16版。

[13] 參見經濟學家張維迎:《我所經歷的三次工業革命》，載《經濟觀察報》2018年1月8日，觀察家版。

[14] 此概念為筆者仿照“準法人”而來，指代當時計畫體制轉型下，大量囿於規則或體制、並未取得形式獨立民事主體身份、但又具有一定實質獨立性的市場參與主體。這樣的一種認知顯然不符合現代法治的要求，但卻是後發國家得以發展的現實，即運用所謂“弱（weak）”制度，有什麼就先用什麼（use what you have），先建立起來初步的市場，再致力於市場建立後的“強”制度或曰正式制度的完善。See Yuen Yuen Ang, *How China Escaped the Poverty Trap*, Ithaca, NY: Cornell University Press, 2016.

[15] 典型如1986年《民法通則》第五章第一節的長標題，“財產所有權和與財產所有權有關的財產權”，就是對現行《民法典》中已得到共識和承認的“物權”概念的矯飾版本。

此後，1993年中華人民共和國憲法修正明確加入了“國家實行社會主義市場經濟”字樣，中國並於2001年正式加入WTO。就此，全球化的便車給中國帶來了巨大的世界市場以及對先行工業國家科技成果的便捷使用，又不期而遇全新信息科技浪潮提供的諸多超越可能，遂以廿餘年迅猛增長，造就了相當於西方幾百年的巨大物質積累。但在此無序增長的過程中，相較於此前（幾近夷平各種利益集團和階層而使）市民社會端整體呈現出的初平狀態，社會主體及其交往的基本形態又已悄然變化：各種（以財產所有為基礎的資本型）組織體陸續做大，不斷給人們帶來無法預期的外生風險；社會交往在普遍連帶的同時加速精細分工，導致專業門檻日益擢升；逐漸地，即使於生、老、病、死等基本民生中，個體自己意思的可控比例都在極速下降，私主體於事實上喪失了平等性，源於個體的差異開始固化為層級的差距，而在縱向上梗滯著人群的上下流動，在橫向上阻礙了資源的自由流轉。這意味著，我們的當前時代，在嵌套一體的原子型社會基本秩序調整尚未完善之時，經濟與社會又已走向“脫嵌”，<sup>[16]</sup>風險社會全面降臨，<sup>[17]</sup>世風人心疏離孤獨，生態環境滿目瘡痍！身處這樣的時代階段下，由不得人們心中的“公平”、“正義”認知標準再次轉向，醞釀著新的一重“時代正當性”破繭而出。

在以上多重“時代正當性”的作用下，當代中國各種衝突頻仍，各種糾紛紛紛從單向性走向了“相互性”，如城市人口集聚中的房東所有者和租客長租者<sup>[18]</sup>、農村土地徵收補償款分配中的名義承包戶和實際耕種人、互聯網平台與其上的商戶和勞動者、國際高端醫企的藥品專利權與無數病人的續命生存權……不同人群間的權利衝突時演時烈，而法律判斷卻滯著於傳統的產權理解，重有形、輕無形，重物質、輕人力，重人為、輕自然……以至於“健全以公平為核心原則的產權保護”雖然最早見諸文字於《關於全面推進依法治國若干重大問題的決定》，但卻就是在法學領域中，卻始終突破有限。顯然，這已不能僅歸於某一單一法學理論本身的問題，而正是我們後發國家獨特的生產力進程帶來了多重“時代正當性”的交疊，而要求有關社會治理和權利理解的整體理論基礎的拓展。

鑒此，對比於先行國家在生產力線性進程下慢慢走至當代、而致當前時代階段和問題需求的相對單一性，後發國家生產力加速、壓縮經歷而至的當代格局已經顯現出了自己的特徵，筆者將其經驗描繪為一種“疊代”<sup>[19]</sup>形態——多種生產力決定的生產方式和相應社會階層參差發生，以致多個時代階段於事實上共存於一維，不同的利益訴求遂糅合顯現，矛盾疊加。

## 二、依“疊代”認知重塑當前發展“社會法”學科的正當性基礎

以上時代正當性“疊代”認知從經驗常識上看很簡單，但在當前世界各國認知自己時潛在遵從

[16] See Karl Polanyi, *The Great Transformation, The Political and Economic Origins of Our Time*, Boston, Beacon Press, 2001, chapter 6.

[17] 依據德國社會學家烏爾里希·貝克的詮釋，現代社會的本質特徵之一就是充斥著越來越多組織化而沒有人具體承擔責任的狀態，由此製造著大規模的風險，令人們面臨普遍的外生威脅。參見[德]烏爾里希·貝克：《風險社會》，何博聞譯，譯林出版社2003年版，第6-9頁。在法學系統中，這意味著，傳統以來通過以規訓個人責任為核心的“侵權法”實現的私法內生規制，越來越難有用武之地，而需要一套全新規制的部門法的出現。

[18] 典型如疫情之下，美國是在聯邦發出“禁驅令”——即使房客無力支付房租，房東也不得驅逐其離開——此後各州紛紛執行，並數次延長其時限，迄今未止；我國則是由若干部委聯合發出了減免房租的一紙呼籲建議，而由國企帶頭減免了中小承租企業的部分租金。

[19] 此“疊代”不同於經濟學“迭代”概念，強調的是多個時代階段疊加於一維，而帶來不同質的多種社會關係和社會問題的糅合並存，為此需要條分縷析、逐次厘清而各自解決，而不是對已有的問題視而不見，只是一味下猛藥提拽發展，期冀新階段加速超車後就能迭加覆蓋掉前一階段所有的問題。

的線性歷史進化觀前提下，於理論上卻並不清晰。人們慣性地將自己所處時代歸類為經典權威（根據先行國家既有歷史進程總結）構建而來的線性進化鏈條下的某一單一階段，再按圖索驥去認識其中的社會矛盾，然後機械決定上層建築的對策；面對糅合疊加在一起的問題，也是慣性地適用既有的單一法律權利（即得到某既定部門法律規範確認的權利類型）來做出判斷保護，或者以不確指的“公平”、“人民利益”理念來和稀泥式分擔，依此得出的權責分配往往同時減弱了各方當事人的公平感和獲得感，令法治難以獲得有效率的實施。

### （一）“疊代”特徵要求的“社會給付”時代任務

加速發展至今的當代中國正是如此，廣袤地域下的人們雖置身於同一空間內、實際上卻處於不同的時代中，有的地區已經進入了中等發達水準、甚至信息科技引領的新生產力萌芽階段，有的地區則還停留在農業轉換工業化的初期。其中既有早期風車水磨的殘留混合於現代工業市場秩序的急迫需求；亦有各種權貴、金融、科技大資本經歷積累增長後帶來的人群傾軋、差異分化，以致原本初平社會結構中尚可大致運行的抽象民法“人”假設——即獨立財產權主體之間的平等交往（從而有可能以真實的合意交換帶來對交易標的真正效率化的利用，實現平等與效率的共振），在實際上分化為一組組具體人群<sup>[20]</sup>之間的強弱對峙，其以格式合同、勞動協議、勾選同意等形式展開的所謂平等交易背後，體現的都是強勢一方的最大化利益計算、而難有弱勢方的真實意思表達，也就不再能給交易個體乃至社會整體真正帶來效用的最大化。漸漸地，平等和效率同時喪失，整個社會由早期的初平狀態走向結構性的不平等狀態。

面對這一風險外生、差距內化、人群疏離而不是趨於平等的社會格局，很多人就從現象出發，直接呼喊資本具有原罪，或者簡單要求回到上世紀的新中國初建時代，以平等之名絞殺財富的努力。實際上，馬克思及其後繼者根據其所處階段中的類似現象形成的“時代正當性”認知，的確就是認為先占的“所有權”從對生產資料的占有異化為對勞動者剩餘價值的占有，所有權人與非所有權人之間的物的差異轉化為人的傾軋。因此，其上層建築反映——如《民法典》等致力於確立的“物權”平等規範的普遍適用，作為同一硬幣的另一面，就反而會加速社會財富聚集向少數人，加劇社會結構的不平等。正是在這樣的認知指導下，19世紀時工人們直接搗毀機器、廠房等資本家的所有物，20世紀的一些國家則從制度上嘗試了消滅資本和“物權”。但歷史的過程已經證明，這些做法並不能帶來社會的長期改善和持續進步，這也就說明他們尋找到的這一問題癥結並不準確，而僅僅流於問題的表面。

為此，在馬克思《資本論》天才猜想的基礎上，現代經濟學家在《21世紀資本論》中以詳實、連續的歷史數據進行對比後找到了新的原因：資本經過自由積累逐漸做大後，回報率就會超過所在社會的平均生產率增長。此時，如果再不加外在調整地任其自然運作下去，基於慣性作用，這些資本就會以一個愈來愈高於他人的速率去加速自身收益，而在社會整體蛋糕中占據愈來愈大的份額，壓縮他人份額事實上的可能。<sup>[21]</sup>

以此原理來看，資本並沒有原罪，只是資本固有的逐利性和普遍性，會使它經歷一段時間的市場發展積累到一定程度後，收益加速，而不可避免地帶來人群差異化的結果。因此，所有權也罷、物權也罷，本身並不帶血和骯髒，只不過一旦陷入加速膨脹趨勢後，的確就無法再自行約束而會走向壟斷固化，當此之時，“看不見的手”的神話調整能力便獨立難支，而需要一股新的力量來與其形成有效的博弈。故而，《21世紀資本論》中針對這一資本收益率持續高於經濟增長率的趨勢，推導得出，大型資本除應由市場主體自治調整外，尚須對其增設額外的規制，如全球範圍的累進資

[20] 如經營者vs.消費者、雇主vs.雇員、城鄉資本vs.個體農戶、壟斷平台vs.信息個體等。

[21] Voir Thomas Piketty. *Le Capital au XXIe Siècle*: Editions du Seuil; 2013. 中文譯本參見（法）托馬斯·皮凱蒂：《21世紀資本論》，巴曙松譯，中信出版社2014年版，第345-441頁。

本稅等。<sup>[22]</sup>英國經濟史學家則提出著名的“脫嵌”解讀，指出經濟“脫嵌”於社會而不能再能相互扶持後，就需要一股外生的力量介入進來分別給予額外的保護，帶來“市場機制”和“社會保護”交替推進的雙向運動。<sup>[23]</sup>歐陸主流經濟學也從19世紀漫無控制的自由主義放任走到“社會市場經濟”等主張的出現，強調由市場對經濟過程進行基本協調，而一旦該過程產生不合社會願望的不合理結果，國家即遵循市場一致原則進行糾正性的干預，<sup>[24]</sup>“每個人都應該自求多福是過去社會的信條。今日的社會，人民不再依賴傳統的基本人權，而是依賴分享權。這個新興的分享權唯有依賴公權力的介入，方可實現其功能”。<sup>[25]</sup>前述美國法學者則反思改變了“財產權”上層建築本身，將其含義從對世性的絕對“物權”轉向相對性的“權利束”，“通過這樣的定義使人們相信，所謂‘財產權’，並沒有什麼固有的核心，而不過是一個可以變化的利益集合，那麼，當社會產生整體福利的需要時，政府來自由擴張或壓縮一部分人的財產權利，也就沒有什麼不對的了”。<sup>[26]</sup>

各個國家政治、經濟、法律等上層建築方面的這些變化昭示我們，面對“疊代”階段下變化的社會主體結構，近代化以來沿襲適用的夜警國家社會治理思路——保持公私分野，由（實質上基本）平等的私人主體之間互相互博弈來演化出自然結果，帶動個體和社會一起優勝劣汰進化發展——已難堪其任。而必須及時更新我們的社會治理理念，不再單一（追隨早期經典）將上層建築制度假想敵局限於國家“利維坦”來時時消極限制，還應將事實上已不平等的私主體關係中那些資本型組織體、權貴、平台等等難以自行約束的強勢方一併納入視野，而允許政府公權力來積極作為，作為一股額外的力量進入到已失去了主體際均衡性的社會關係中去進行差別性矯正和托底型補充，從傳統的“有限行政”走向現代“給付行政”。

一言以蔽之，在當前交疊的“時代正當性”下，一方面，我們要繼續尊重個體，通過私權的培育確保每個主體具備“自我給付”資格，能夠自我決定、自我承擔，藉以形成平等交往、效率最大化的社會基本秩序；另一方面，隨著經濟與社會的“脫嵌”，現實社會關係中的主體平等性又已開始失範，“工業時代的到來，使得個體自己為自己承擔全部責任變得日益困難”，<sup>[27]</sup>此時就應再借助政府公權力等額外力量來及時提供以“社會給付”，幫助每一個個體提升自身、破除固化，保證一個社會可持續發展的基本活力。

## （二）圍繞“社會給付”重塑“社會法”的全面內涵外延

以上社會治理理念落實到我國法治建設上，“自我給付”培育私權的能力交給晚近編纂完成的《民法典》去承擔，“社會給付”的培育自然就要求我們再發展出一個新型的社會保護法律系統及其部門法典來，將包括給付行政公權力在內的多種社會資源整合納入，一體轉化成社會自身的有序保護。從法律關係上，這就應是在傳統自治型私法、約束型公法之外的第三法域“社會法”的勃興，用以解決“人民日益增長的美好生活需要和不平衡不充分的發展”這個新興的主要矛盾，提高

[22] 同上註中文譯本，第507-556頁。

[23] See Karl Polanyi, *The Great Transformation, The Political and Economic Origins of Our Time*, Boston, Beacon Press, 2001, Part Three *Transformation in Progress*.

[24] See Erhard Ludwig, *The Economics of Success*, Thames & Hudson, 1963; Van Hook, James, *Ludwig Erhard, the CDU, and the Free Market, Rebuilding Germany: The Creation of the Social Market Economy, 1945-1957*, New York: Cambridge University Press, p.139-188.

[25] Ernst Forsthoff, *Die Verwaltung Als Leistungsträger* (《作為給付主體的行政》), Stuttgart und Berlin, 1938. 轉引自陳新民：《公法學劄記》，法律出版社2010年版，第39頁。

[26] See Thomas W. Merrill, Henry E. Smith, *What Happened to Property in Law and Economics?*, *The Yale Law Journal*, Vol.111, 2001, p.365

[27] Stiglitz, Foreword of *The Great Transformation, The Political and Economic Origins of Our Time*, Boston, Beacon Press, 2001, p. xi.

第二次分配所得在每個人整體財產中的比例、並促進第三次分配<sup>[28]</sup>的自治增長。

作為一個新型的社會保護法律系統，這一“社會法”自然就並不限於此前（從“勞動法”發展而來帶給我們的）“特定弱勢群體幫扶法”定位，而應是在疊代變化了的分層風險社會中，幫助所有人以內生啟動的外在力量來恢復走向主體間實質平等的社會固有法律，以破解（現代化結構下）工商運行機制帶來的資本積累傾軋以致單憑個體難以逾越的藩籬、以及出生、教育等帶來的先天階層固化。其破解的辦法，也不僅在於事後的個別矯正，而更需要預先依託大數保險原理等設計出整體性的“社會給付”制度安排，來將每一個個體在分層風險社會下必然遭遇的失能和風險，主動擴散至全社會在時間和空間上予以分擔，藉以克服由於疾病、衰老等帶來的個體失能，以及累積巨大的資本帶來的主體際均等性失衡問題。換言之，“社會法”法治辦法的核心，應在於通過高階立法設立從原則到規則的普遍性“社會給付”規範，而賦權廣大民眾以明確的社會請求權，來穩固提高社會保障等新型所得在個人財富中的比例，確保遭遇風險滑落到社會金字塔下端後，人們仍然能夠擁有底限財富去完成基本的生存、教育和發展，藉以打通階層的上下流動，給人們帶來穩定的心理預期。

為此，圍繞這一“社會給付”核心，我們就有必要在現行（起自勞動法源頭的）社會法基礎理論上做出重大突破，<sup>[29]</sup>擺脫其“特定弱勢群體幫扶”的定位，而將所有人群和個體都納入制度性的覆蓋，來全面重構“社會法”。以國家底限給付、行業共助給付、（市場商業給付）、公益組織慈善給付、個人互助給付的多層次“社會給付”體系為核心，重新確定“社會法”的獨立內涵和開放外延，形成一套包含社會保護共同抽象因素的元概念和基本原則，以此構成一個開放而系統的法律體系，推動實踐中的具體保護紛紛落地。

### 三、依全面社會保護的“時代正當性”基礎 鑄造“社會法”學科元概念和基礎框架

綜上，在當前“疊代”性提供的社會保護“時代正當性”下，當代中國“社會法”完全有必要及時展開系統的重構，為此，筆者初步思考在基礎定位、核心內容、請求權構造、法律關係、基本原則和實踐應用六個方面做出以下框架推進：

#### （一）基礎定位

依託以上“時代正當性”基礎，我國當代“社會法”的定位，應從既往的特定弱勢群體幫扶法，更新為以“社會給付”手段來幫助每一個人在風險分層社會中應對失能、破除固化的現代化社會固有法律。

以此定位，凡採用個體本位下私人給付以外的手段而使人們獲得的財富增長和問題應對，都可以劃入這一新興學科領域。由此，就確立了學科自身的核心內涵——“社會給付”，而區別於個體通過勞動或市場交換獲得的私人給付；同時也保持了外延的開放性——隨著以後國家治理方式的變

[28] 社會分配有三個層次：第一層次以競爭為動力，由市場主導，根據能力大小決定收入多寡；第二層次以公平為動力，由政府承擔社會保障和福利兜底維護；第三層次以道德為動力，由慈善事業社會組織主導，推動社會財富由富裕階層向低收入階層重新流動。

[29] 這是因為勞動法，（大概來說包括勞動合同法與勞動保護法，前者屬私法範疇，後者屬公法範疇，我國現行立法中不做清楚區分，）限制於固定的弱勢群體為調整對象；以有限的矯正措施為調整手段；核心內容為經過勞資雙方談判和強行法輔正後獲得的個別資方的“勞動給付”，其比較於整體“社會給付”的制度安排，在給付內容、給付對象、給付方法等方面都具有質和量上的差異性，使得勞動保護和社會保護內容難以化約，形成一套包含共同抽象因素的社會保護元概念和基本原則。若以此為“社會法”基礎理論底色，面對現代風險分層社會下不斷擴大的社會保護需要，就難以自生自發地系統拓展去應對，而限制了“社會法”自身的時代功能。

革，在單一的私力救濟和公力救濟外，會有更多領域發生重疊而實際適用“社會給付”方式，到時便可將這些領域也納入社會法的外延，適用下列社會法基本原則和規則的調整。

## （二）核心內容

按照以上基礎定位，我們可依託大數保險等原理以及比較法上的良好經驗，設計一個開放的、包括了國家、行業、（市場、）慈善組織和家庭個人等多層次遞進的系統給付安排，作為社會法法律部門的核心內容：

### 1. 國家的底限給付

即對每個國民從出生、教育、居住、醫療到養老的全部過程，政府要基於“社會法治國（sozialrechtsstaat）”的現代國家定位承擔一定的剛性責任，從生存照顧到福祉提升。對此，在通過立法強制建立社會保險基金對個人和企業適度籌集資金的基礎上，應以（包括城市和農村的）全部土地<sup>[30]</sup>以及礦山資源能源、國企資產和上繳利潤等等在內的全部社會主義國家資產作為支撐，對上述責任提供最基本的覆蓋。這裏強調是“最基本的覆蓋”，即以普惠為前提，但以適度普惠<sup>[31]</sup>為提供原則，覆蓋社會福利的“底線公平”。

### 2. 行業的行業給付

即由各行業建立起自己的行業保險基金，如英國的教育職員保險、美國的汽車工會保險、韓國的女教師團保險、日本的農業協會保險……由個人、雇主和協會集體協商後共同確定繳費比例和獲得辦法，由國家給予稅收優惠，然後長期運行增益。這一部分從歷史上來看就是社會保險制度的萌芽，<sup>[32]</sup>在我國一些現行國有部門運行中（基於此前的計畫全包體制）也已有潛在體現，完全可以合理繼承下來，再通過“社會法”的法治改造將其顯性化、均平化，確保財稅資金運用的透明性和惠及眾人的公平性。

### 3. 市場的商業給付

由中外市場和企業發展出覆蓋內容和深度不一的商業保險，提供給不同收入的人們來多元選擇，借此形成豐富的商業給付，補充上述國家底限給付等基本保險。對於這一塊，毫無疑問份屬私法關係，應該“市場的歸市場”，避免公權力在前端的過多干預，而交由“保險法”等進行規制；只不過由於它的交易內容特殊性和時間延長性，所以還應在私法性之外賦予其一定的社會法性，如現在《保險法》中對壽險企業的破產限制等。相應地，在社會法的制度設計上就應著力做好與保險法等的接口工作，加強運行過程中的大數據監管和破產後的指定接管工作等。

### 4. 公益組織的慈善給付

從經濟學角度來看，慈善是工資和稅收之後的社會財富第三次分配。因此，在以上國家、行

[30] 這裏對城市和農村土地的統一化考慮，不以土地實際占有為目標，而可以考慮數字化分配記賬的方式，讓每個國民均等收益。這是一個比較大的構想，須在現行城鄉分治基礎上緩步推進而逐漸並合，後續還需要充分的討論和衡量，但從總體來看，它有利於改變城鄉分立的現代社會發展弊病，更完全符合我國社會主義國家全民共用的本質精神。在法治學理上將其實現的可能，正有賴於私法上“公物”理論的發展、行政法上“給付行政”對傳統“干預行政”理論的超越以及社會法學科中宏大《社會法典》的構建等。

[31] 對大國來說，福利提供絕不是越多越好，否則一定不可持續。對此，1958年，威倫斯基和勒博在《工業社會與社會福利》一書中首次提出了“補缺型” vs. “制度型”的著名兩分法，此後蒂特姆斯又提出“選擇型” vs. “普惠型”的區分，分別意味著國家在社會福利提供中承擔積極責任還是補救責任，確定福利資格時是基於家計調查（貧者給予）還是公民身份資格（普遍給予）。在這些學理基礎上，我國民政部於2006年提出了“適度普惠”的概念，“逐步拓展社會福利的保障範圍，推進社會福利制度由補缺型向適度普惠型轉變”。參見喬東平、黃冠：《從“適度普惠”到“部分普惠”——後2020時代普惠性兒童福利服務的政策構想》，載《社會保障評論》2021年第3期，第80頁。

[32] 19世紀80年代，德國鐵血宰相俾斯麥開始推行“社會立法運動”，基於當時的歷史資源和社會結構，他將源自中世紀的行業自治組織確定為社會保險機構，推行雇主和雇員之間的自救，就此開始了社會保障事業的社會化運作先河。

業、市場之外，應允許和鼓勵形形色色的社會公益組織的充分發展，作為社會肌體的末端神經元，其能最敏感地感知到社會不同人群、不同時期的各種具體需要，靈活豐富地提供相應的慈善供給，而不像國家做慈善那樣難於下沉到細節。對於這一塊，未來應該將《慈善法》納入《社會法典》中作為獨立的一編；而在當前，應在《慈善法》的修訂中注重慈善主體設立、平台募捐運行、個人捐款退稅等規則的細化和平衡，藉以避免前端主體設立上的諸多限制和運行中的過多干預，而著重加強後端監管，遵循“近似原則”等確保慈善組織解體後剩餘財產的使用符合最初的捐贈目的。

### 5. 家庭和個人的互助給付

參照德國等先行國家已運行多年有一定成熟經驗的“時間銀行”機制，創建中國的“社會號積分”機制，將每個個人的納稅數額、志願服務時間、捐贈物品、獻血數量等等，按照一定方法換算後計入自己的“社會號”積分中，在未來其個人以及其家庭成員產生養老、醫療、護理等需求時，就以“社會號”積分為據，換得其他人的免費幫助。從文化繼承上來看，這一制度設計也正反映了我國傳統中大同世界“美美與共”的理想。<sup>[33]</sup>

#### （三）請求權構造

根據以上基礎定位與核心內容設計，我們就可以在傳統自然法學財產權理念基礎上，借鑒現代法經濟學“賦權（entitlement）”辦法，對上述社會給付結果建立起“社會產權”概念，來賦予社會中的每一個個體。因為“社會權不是那種僅以憲法的規定作為根據就能請求法院實現其權利的具體權利。其要成為可以向法院請求救濟的具體權利，尚有必要由立法賦予其依據”，<sup>[34]</sup>或者借助司法手段由法院通過法律續造產生<sup>[35]</sup>。這樣，在風險分層社會中，當人們遭遇出生起點、基礎教育、基本居住、大病救治、老年照護等人都必然經歷的無能為力階段時，就可以此“社會產權”為據，獲得確定的請求權權能，對政府、行業、他人等明確的給付主體去主張對應的社會給付內容，獲得一定的幫助來分擔風險、均衡成長。

此種“社會產權”，是為廣義“財產權”，同時又需要政府、社會和他人的積極承擔，故而在具備“私權”和“公權”各自一部分性質的基礎上產生了自己的特性。一方面，它從財產取得方式、財產使用目的上都顯然有別於私權，因而不具有自然法通過“天賦人權”等學說強調的財產權絕對性特徵，故應區別於無差別、剛性化的傳統私財產權，而賦以其“差別性”和“彈性化”的特點；另一方面，（特別是當應用於國家的底限給付時）它又具有行政給付的一部分屬性，故而尚需

[33] 參見康曉光：《中國的慈善藍海》，載人大公益研究院主頁，2021年10月1日，[https://mp.weixin.qq.com/s/DY\\_mNZ9LehcFdTnFJ2uQ4g](https://mp.weixin.qq.com/s/DY_mNZ9LehcFdTnFJ2uQ4g)。

[34] [日]蘆部信喜：《憲法學》（第三版），林來梵等譯，北京大學出版社2006年版，第83頁。實際運行中也有這種以立法鍛造的例子，如我國醫療保險改革中有學者研究提出的職工請求權，“‘統賬結合’模式下的職工基本醫療保險個人帳戶具有所有權屬性，新一輪職工醫保改革將職工對此項繳費的所有權轉變為門診費給付請求權。作為社會保險的組成部分，職工通過繳納保險費而享有保險給付請求權。基於此，個人帳戶的所有權完全轉變為請求權的實施路徑是將個人帳戶作為職工繳費記賬帳戶，將職工實際繳費金額抽象為社會貢獻值，表示為薪點，並逐步將已有個人帳戶沉澱資金轉變為薪點數，被保險人基於個人帳戶薪點向社保經辦機構請求門診和住院保險給付。”參見王天玉：《職工基本醫療保險個人帳戶的權利構造》，載《法學》2021年第8期，第165頁。

[35] 以法律續造的例子，如1962年德國聯邦社會法院第四審判庭在一項判決中指出，社保關係中的經辦機構應履行“告知、關照、維繫”之附隨義務。該義務可從類債權關係——社會保險法律關係出發，作為與私法中類似的附隨義務推導出來。目的是賦予參保人一項請求權，若給付機構違反及時告知義務而致其未能領取獲得本應享有的某項社會福利救濟時，其能夠直接恢復獲得該社會保障，而不僅僅如傳統行政法上那樣限於請求行政機關公開或告知該項信息。社會保險法上的此項特殊請求權，是從私法的實體請求權教義學出發，解決了一個公法請求權類型的問題，將附隨義務應用到國家賠償法領域，就是社會法上的“法官造法”。Menger, ber die Identität des Rechtsgrundes der Staatshaftungsklagen und einer Verwaltungssteitesachen, in Forschung und Berichte aus dem öffentlichen Recht-Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, 347.參見婁宇：《公民社會保障權利‘可訴化’的突破》，載《行政法學研究》2013年第1期。

賦予其剛性承擔的特點，每一個履行了社會義務的個體，都可以對國家欠債、行業失信等導致的給付不足，以此“社會產權”為請求權基礎，在一定時效內提出主張、直至要求司法系統的介入，來維護其獲得應有的社會幫助。為此，“社會產權”就同時具備了“彈性主張”和“剛性給付”的雙重特徵，體現了“社會法”學科調整社會關係的基礎定調。這一“彈性主張”和“剛性給付”的請求權構造，也正構成了以下社會學科“法律關係”基礎理論的一部分。

#### （四）法律關係

依法理學基礎，法律對社會的調整，都係遵循一段社會關係的內在邏輯展開，以主體、客體、內容三要素形成法律關係的經典構造；各個部門法的調整即循此法理，秉承所調整事物本身的性質屬性，在主體、客體、內容上分別體現出自身的核心特徵。為此，上述基礎定位、核心內容以及請求權構造的系列特性，就應一脈相承細化在“社會法律關係”的主體、客體、內容三要素上，筆者就此分別概括為差別性“社會人”、賦權性“社會財”和彈性“社會權”，構成“社會法律關係”的三原色創新理論。

1. 主體上，區分給付主體和受領主體，對後者建立起差別性“社會人”概念，作為社會法律關係主要的主體要素。

上述多層次社會給付的核心內容設計表明，社會法規制範圍內的社會保護法律關係在整體上體現為，一方主體在完成一定義務後，於法定或約定情形出現時或遭遇特定災害等時，得由另一方主體提供各種金錢或服務的幫助。前者應涵蓋社會生活中的所有人，後者則限於特定政府機構以及其他社會機構等，二者各自的權能內容難以如私法關係一般通約互換，故而社會法律關係主體宜區分為受領主體和給付主體<sup>[36]</sup>來分別描述。

對於前者，本文以“社會人”概括之，將其從傳統民事法律關係的抽象“民法人”理性主體，發展為差別性的具體主體，即卸下民法為實現人人平等的基礎目標而擬制的統一無差別“人格”面具，而承認在此基礎上人們之間還強弱有別、需求有異，具有現實的差別性，相應要求社會幫助上的差異性對待。<sup>[37]</sup>具言之，每一個“社會人”主體都可根據自身的具體情況，包括其先天條件、社保繳費、以及“社會號積分”數額（表明的社會義務履行情況）等，在其需要獲得社會照顧時，去主張與自身情況比例相符合的社會幫扶——是為彈性主張，而基於明確的請求權基礎獲得確定的給付——是為剛性給付。

2. 客體上，建立起賦權性“社會財”概念，作為社會法律關係的客體要素。

社會給付的對象，可以是貨幣、服務和實物待遇、時間提供等，而給受領主體帶來若干的財富增加，所以逐漸地，個體的心理上也會將它納入一種廣義的財產認知，而不能接受其隨便喪失。但比較於傳統私法關係中的客體財產——通常來說其取得或者基於個人的勞動（加上大地的饋贈）、或者基於無主物先占，再遵循此屬性邏輯，推演出應給這些私法財產以絕對性的自然法保護，既昭示對勞動的尊重和既有秩序的維護（體現公平目的），也充分鼓勵人們繼續勞動去創造增加個人財產從而帶來社會總財富的增長（體現效率目的）——“社會法”規制範圍中的這些財富的增加卻並非基於勞動或先占，而係基於相關法律創制的特定身份或危劣情勢等，故而秉其屬性邏輯，規制自應與私法財產又有所不同。

[36] “給付主體”中又包括了從國家政府機構到各種行業機構、社會組織以至家庭個人若干種，其中，對於承擔底限給付責任的國家政府機構，由於脫胎於行政主體性質，故仍須承擔剛性責任，且由於它承擔的不是傳統消極行政而是積極給付的行政內容，故而在行政法上有很多探討，其不再適用“法律保留”原則。對此問題以及其他行業機構、以至家庭個人在“社會法律關係”中應承擔的責任範圍及其對自身“社會財”的細化權能，將另文研討。

[37] 這意味著，在當前“疊代”時代特徵下，我們每個人，都需要在補課轉型為經濟理性人全能自顧的同時，進一步成為“社會人”得到他助並助他。

對此，參考我國台灣學者的既有研究，暫稱為“社會財”。對其適用的調整規則，首先應明確其屬於廣義財產範疇，從而依“財”之形順延自然法學帶來的財產權剛性保護理念，無論是不當損失亦或非法剝奪，都應受充分的補償或賠償；然後在具體規制上，卻又並不是如私法財產般獲得從客體對象的“物”性出發推導出的自然法學對世保護，而應認同其“制度性事實（institutional fact）”<sup>[38]</sup>的屬性，而基於分析法學創設的“請求權—職責、自由—無權、權力—義務、豁免—無權能”這四組法律相關<sup>[39]</sup>來精細化詮釋，賦予豐富而彈性化的權利義務內容。使得不同社會法律關係中的給付主體和受領主體可分別基於請求權、自由、權力、豁免等，對“社會財”客體分別享有職責、無權、義務、無權能等不同的內容，或主張自身社會財的不受侵害，或要求他人社會財的合理使用和信息披露，<sup>[40]</sup>或對上述國家底限給付等產生類似“新財產（new property）”辦法<sup>[41]</sup>的強化效力，在出生起點、老年照護等每個人都必然經歷的無能為力階段，能夠以確定的請求權能去主張相應社會財的剛性給付。

3. 內容上，建立起彈性“社會權”概念和明確的“社會義務”概念，作為社會法律關係的內容要素。

與上述差別性主體、賦權性客體的創新特性相適應，社會法律關係的內容，同樣有別於傳統私法的“權利”本位闡發：一是在權利這塊內容上確立彈性“社會權”的元概念，二是在義務這塊內容上有所明確，以“社會義務”的履行作為享受相應“社會權”的必要前提。

所謂彈性“社會權”，指社會主體的權能並不僅限於“權利”這一種傳統形式的權益理解，還包括了上述請求權、自由、權力、豁免等多種內容，甚至涵蓋社會法律關係運行中涉及人身的種種權益，如當今科技運行導致的海量“社會人”主體的個人隱私、生物數據等熱點問題。<sup>[42]</sup>當然其中最主要的，仍是前述請求權構造中抽象概括出的“社會產權”，並與其“剛性給付”和“彈性主張”雙重特徵一脈相通。

所謂“社會義務”，源自社會法與傳統私法的一個重大差別，即它沒有自然權利源頭，而更多來自於人們的能動創設，如各種社會保險基金的繳納聚成等，都取決於人們對相應義務的預先履行，即“社會給付”的可持續源自於廣大連帶社會中的每個人的貢獻。故而社會法學科應從一開始，就強調社會法律關係調整中權利和義務的實質關聯性，在義務內容上更加清晰地指出，作為一個連帶社會中的個體，每個人都須履行自己的“社會義務”作為享受相應“社會權”的必要前提，如養老保險社會法律關係中的受領主體應充分履行自己繳納社會保險等的義務，到期才可以主張獲得相應的社會給付。

[38] “制度性事實”（institutional fact）一說對應於“原始性事實”（brute fact），是一種以人類實踐活動或其結果為條件的事實，其存在和意義，取決於實際發生的行為或事件背後適用於這些行為或事件的規則。“儒勒·梅裏杯在國際足聯制定出關於設立、規定和組織世界盃賽的規定前，對球迷們是沒有特別的意義的”，參見[英]麥考密克等：《制度法論》，周潔謙譯，中國政法大學出版社1994年版，第136頁。

[39] See Wesley N. Hohfeld, "Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning", *The Yale Law Journal*, Vol.23, 1913, p.16; "Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning", *The Yale Law Journal*, Vol.26, 1917, p.710-733.

[40] 典型如捐贈人對自己捐贈給慈善組織的財產，除《慈善法》修改中明確的慈善組織對其財產使用的披露義務外，捐贈人也可憑其捐贈身份，對相關“社會財”主張更清楚的知情權。這種財產關係的延展性，顯然有別於傳統私法關係中物權變動一旦發生後即與原產權人徹底失去關係的斷裂式、原子式思維，體現出連帶性的社會法律關係特性創新，必須是在產權清晰基礎之上的一種揚棄發展。

[41] 這是上世紀中在美國逐漸興盛的一種社會保護路徑，這一財產權路徑的資源基礎在於美國法治不區分公私法的憲法統領體制，而我國繼受歐陸、一直區分公私法，晚近又剛剛編纂實施《民法典》，故而現有法治資源上並不支持這種憲法財產權路徑，而只能依靠居於公法與私法之間的社會法建設來實現這一保護。

[42] 這些方面毫無疑問也非常重要，但將這些放到完全新興的“信息法”或“數據法”中去保護會更為便宜，而“社會法”作為新興的傳統學科，需做好的就是與其的接口工作。

### （五）基本原則

一個明確的部門法大都應具備符合自身調整內容之屬性的基本原則，既往的社會法研究對此提出了“社會本位”、“保護弱勢群體”等原則，在這些基礎上，貫徹上述創新研究內容，筆者將“社會法”基本原則概括為以下四項：

1. 矯正正義下的差別平等原則，強調社會發展產生分化後的傾斜保護；
2. 與社會經濟發展水準相一致原則，即社會保護中不做過度福利，避免陷入福利主義的陷阱，而要始終保持充分的競爭和活力。這兩條是我國社會法整體應遵循的原則；
3. 底限給付的剛性覆蓋原則。這條主要是針對給付主體中的政府角色，要確保我國政府每年的福利支出在當年GDP占比中逐年增加，不低於世界各國的平均水準。當前世界各國財政的福利支出通常都要占到30-60%強，而我國還不到15%，亟待以《社會法典》的法治權威推動其不斷提高；
4. 社會權利與社會義務相關聯的原則，這條主要是針對受領主體“社會人”設置的。我國法學科恢復初建於改革開放之始，於國門新開一縫時懵懂繼受，將公法、私法截然區分對立，更在彼時的時代正當性尋求下，圍繞自由主義的“主體權利”理解生髮出一系列自然法學理論、原則等，而相對忽視連帶社會背景下每個人應承擔的義務方能使社會網路可持續運營，故在“疊代”遭遇後現代複雜社會後，現行法律理論就越來越不敷使用而自縛手腳，限制了法學科對已成為常態背景的社會普遍連帶和人群分化現實的真實反應。為此，應抓住當前全面重構“社會法”的窗口期，重新認知私權利和公權力之間的關聯和分野，如社會保護法律關係從性質上就具有長期性和三邊性，而需要持續性的外部介入等。

### （六）實踐應用

依照以上五點理論創新，我們就能打破此前（同時包含勞動法與社會保障法兩大部類的）社會法的混同複雜，而推導出以“社會給付”為核心的全新“社會法”學科基本框架，並以此為據著手彙編（而非編纂）中國《社會法典》，讓學術和立法回應民生。

此前，在勞動法與社會保障法兩大部類的混同下，很多人認為當前社會法研究基礎還很薄弱無法厘清相應規範的宏線內容，因而編纂社會法典的基礎還不成熟。但在將二者有所區分後，在比較法上我們就可以看到，如德國就是專注於社會保障，而在1977年提前啟動了其《社會法典》（SGB）彙編工作，成熟一章、頒佈一章，用三十餘年時間陸續彙編而成，<sup>[43]</sup>而在這一過程中為其國民提供出穩定的心理預期，逐漸達到了良好的社會治理效果，成為整個歐盟經濟的中流砥柱。再對比義大利、智利、美國等國在金融危機、新冠危機以來發展遲滯的種種反面經驗，我們就能看到，“無論何時，貧者的上升通道被封堵，都比貧困本身所帶來的後果顯得更為嚴重”，<sup>[44]</sup>為了給廣大民眾帶來穩定的心理預期，而避免矛盾積累深重後突發狀態帶來社會的激烈變動，我們應擺脫法教義學下“法典創制只能系統編纂”的單一印象，不再漫長等待社會法學教義的完全成熟去沉澱生活實踐、形成抽象“概念金字塔”概念來系統編纂適用，而是以彙編辦法及時展開，從當前日漸緊張崩壞的養老、醫療、生育、教育、住房等問題入手，需要哪部分、就彙編哪部分，成熟一部分、就頒佈一部分，為人們一點一點提供出確定的請求權基礎，將法律的功能由事後救濟推進到事前預防。

[43] 1977年頒佈第4編“社會保險總括性規定”，1983年頒佈第10編“社會管理程序與社會數據保護”，1989年頒佈第5編“法定醫療保險”，1990年頒佈第8編“少年兒童扶助”，1992年頒佈第6編“法定養老保險”，1995年頒佈第11編“社會護理保險”，1997年頒佈第7編“法定意外保險”，1998年頒佈第3編“就業促進”，2001年頒佈第9編“殘疾人的康復和參與”，2005年頒佈第2編“求職者基本保障”、第12編“社會福利”，直到現在還在持續修訂增加中。

[44] 馮華：《貧富差距到底有多大？》，載《人民日報》2015年1月23日，第17版。

具言之，我們應以滿足“疊代”性下的社會保護需要為目標，首先根據上述理論闡發制定出《社會法典》第一編“總則”編。於其中確定社會法的內涵、外延和基本原則；建立上述“核心內容”中由國家、社會、家庭和個人多層次共同實現的“社會給付”，特別是明確我國社會主義國家政府福利支出的剛性比例——每年財政的福利支出占比應不低於世界各國的平均水準或像《教育法》中一樣直接劃定所占GDP比例；再理順社會法律關係及其內生請求權的發生、運行和監督邏輯，規定“社會人”“社會財”“社會權”等創新概念，注重其差別性、賦權性、彈性的特徵，確立全新的社會法律關係。<sup>[45]</sup>

然後進入分則各編，從當前中國社會緊迫需要的養老、醫療、家庭生育等問題入手，在現行《社會保險法》、《老年人權益保障法》、《母嬰保健法》、《慈善法》、“社會救助法草案”、“建立健全職工基本醫療保險門診共濟保障機制的指導意見”等基礎上，逐章彙編中國《社會法典》。需要哪部分、就彙編哪部分，缺乏哪部分、就增加哪部分，成熟一部分、就頒佈一部分，通過各個分編的陸續頒佈逐漸落地上述“社會給付”的多層次設想，為人們提供出穩定的心理預期，確保生有所安、老有所護，在市場經濟充分發展之虞保護社會本身的和諧、流動、可持續發展。

綜上，通過具象的歷史時空觀分析，我們可以看到，中國當代已經進入了“疊代”型時代階段，社會分層已經出現並會趨於固化。故在當代法治建設中，除需繼續補課之前的公、私法建設外，亟需發展以“社會給付”為核心的新型社會法，來對社會本身提供全面保護，幫助每一個人在分層社會中應對失能、破除固化，而不僅僅限於特定弱勢群體的幫扶。

圍繞這一“社會給付”核心，我們就可建構出專門調整“社會法律關係”的社會法部門，對應建立起內涵外延相對清晰的創新元概念——差別性“社會人”、賦權性“社會財”、彈性“社會權”和明確社會義務，作為社會法律關係的主體、客體、內容三要素。由此確立“彈性主張”和“剛性給付”的請求權構造，體現“社會法”學科調整社會關係的基礎定調。

依此理論重構，我們就可抓住當前法典制定的窗口期，儘快彙編中國的《社會法典》，於其中確定出給付行政和矯正正義的剛性任務，從當前日益緊迫的養老、生育、教育、住房等問題入手，成熟一章、彙編一章、頒行一章，將法律的功能由事後救濟推進到事前預防。就此，由分別體現自由市場傾向與社會平等傾向的編纂型“民法典”與彙編型“社會法典”一起，兩翼支撐、均衡探索中國式現代化道路。

[45] 如在《民法典》“物權”類型之外，對接《民法典》第一章“基本規定”第3條：民事主體的人身權利、財產權利以及其他合法權益受法律保護，任何組織或者個人不得侵犯；《民法典》第五章“民事權利”第113條：民事主體的財產權利受法律平等保護，明確確立“社會財”類型，以及其賦權性特徵。

**Abstract:** China has entered the stage of "overlapping eras". On the one hand, the general task of overall enlightenment of equality has not been fully completed; On the other hand, the stratification of the society has accelerated and tends to solidify. Therefore, the contemporary construction of the rule-of-law, in addition to enhancing the private law autonomy and limited administration which are required by the former 'legitimacy of the era', also requires to develop a brand-new social law which provides comprehensive protection of the society itself, with the core method of inclusive and comprehensive "social payment" to help everyone deal with disability effectively and break the solidification of a stratified and risky society. Thus, the function of the social law couldn't be limited as the 'assistance to specific vulnerable groups'. Traditional theory of legal relationship comprises three elements as the subject, object and content. With the core of "social payment", we can innovate the three elements of 'social legal relationship' respectively as differential 'social person', entitled 'social property" and flexible "social right" bundled with clear social obligation. Accordingly, the basic structure of social law claim is "flexible claim" and "rigid payment". With all these innovation, the structure of social law become concise and clear, make it possible to compile China's Social Code as soon as possible by seizing the current window period for Codification, starting from pressing issues as the elder people supporting, childbirth, education and housing.

**Key words:** Legitimacy of the Era; Overlapping Eras; Social Payment; Social Law

---

(責任編輯：唐銘澤)