全面推进依法治国背景下社会法的发展

中国社会法学研究会2015年年会

论文集（上册）

中国人民大学法学院

2015年10月

目　录

第一部分 社会法与法治社会建设、民法法典化下劳动法的机遇与挑战（上册）

1、社会法的“扶权论”——由法权的历史逻辑和理论逻辑判定……汤黎虹 1
2、社会法范畴的界定——从历史研究和词义分析的视角……刘冬梅 12
3、法治社会建设中的“社会法之治”……胡蚯蚓 26
4、社会法：法治高级阶段的重心……陈永鸿 41
5、道德与法治协同视域下的社会法理论与发展进路……王涛、王德强 45
6、论社会权的司法保护路径……张元华 50
7、社会法视野下受教育权等相关权利的裁判现状与司法重塑……石　珍 59
8、美国教育捐赠税制及其启示--以美国《国内税收法》501（c）条款为视角……周贤日 73
9、卫生法顶层设计及其基本法的战略定位——层次、视角和本位的立法选择……董文勇 87
10、中国式“人肉搜索”之我见——以侵犯隐私权和保障发展权为视角王亚群、李长健 104
11、农地三权分置视阈下土地承包经营权流转之风险防范……李长健、杨莲芳 110
12、社会法视野下转变国家治理观念的挑战与出路……石　珍 122
13、社会法视域下小型食品加工作坊监管矛盾的法治化回应……石　珍 136
14、社会法视野下环境保护临时性措施的法治构建……龚海南 148
15、环境侵扰与权利保障：社会法中不可量物侵入之补偿请求权的法律构建……石　珍 159
16、铁路行业社会资本准入领域制度……亏道远 170
17、雇佣、劳动立法的历史考量与现实分析……董保华 185
18、跨越劳动法和民法的界河：《侵权责任法》第三十五条后半句法律适用分析 胡大武 200
19、雇佣合同、劳动合同与民法典编纂论纲……谢增毅 242
20、中国社会劳动法学发展评析（1995-2014）--基于期刊论文的分析……金　丽 250
21、民法在劳动合同中的适用：一个劳动法学教义学的尝试……刘绍宇 272
22、比较与借鉴：日本债权法现代化对劳动法的影响……战东升 301
23、劳动契约法律规制对民事契约的依赖--以契约自由为视角 ……李敏华 315

第二部分　健全劳动关系协调机制及劳动权利的体系和内容（中册）

基础理论

24、“和谐劳动”的观念更新与塑造……冯彦君 323
25、劳动关系集体化转型中的两种力量和两种路径——当前中国劳动关系发展的特点和趋向……常　凯 331
26、从劳资正义角度思考和谐劳动关系之构建……韩桂君 346
27、内部制衡是建设和发展和谐劳动关系的基础……李培智 361
28、和谐劳动关系视野下的员工满意度调查研究……陈　珊 367
29、构筑劳资关系制衡机制是发展和谐劳动关系的基石—基于劳资关系治理模式的创新思考……刘金祥、梁效威 374
30、中国经济转型下的劳工权益……吴贵军、梁宝霖 382
31、通往安全弹性化的路径探索--以欧盟 Flexicurity 概念为线索展开……田　野 389
32、重思“员工与企业攻读难关”：经济新常态背景下劳资分担经营风险的法治化--以无薪

休假为考察重点 …… 王天玉 406
33、论劳动关系社会协调机制的应然地位…… 谢天长 422
34、论劳动合同在劳动关系协调中的地位--寻找丢失的“合意” …… 沈建峰 433
35、论雇员关系法律调整模式的选择--以家政工劳动权益保护立法模式选择研究为例
…… 周述荣 448
36、马克思劳动视域下的正义原则…… 杨彬、黄海洋 471
37、网络技术对劳动关系的影响…… 喻术红 481
38、《立法法》视野下的劳动法乱象…… 姜俊禄、罗凯天 487
39、我国劳动法的法典化：背景、概念与路径依赖…… 李广德 496
40、全面深化改革中的中国劳动立法…… 李　雄 509

反歧视法

41、我国反就业歧视法行政实施机制构建研究…… 王显勇 527
42、依法治国下劳动关系协调机制的健全——以完善我国就业歧视诉讼制度为视角……
…… 黄晓华 551
43、我国女性就业平等权的法律保障…… 廖　归 561

个别劳动关系法

44、确认劳动关系应以用工事实为标准——贾某诉奥美公司劳动争议案评析……
…… 苏玉、张立鹏、惠兴杰、翟继满 572
45、送奶工劳动关系之判断——原告阮某诉被告某乳品配送有限公司案…… 田思路 583
46、论应届大学毕业生的劳动者资格——兼评““郭懿诉江苏益丰大药房连锁有限公司劳动争议案” …… 黄秀梅 588
47、兼职在校大学生主体资格判断——以经济上从属性与人格上的从属性为标准……
…… 付雅芹，朱丽叶 599
48、职业教育实习生保护问题…… 闫　冬 607
49、超龄就业者研究：基于王洪兴案的展开分析…… 魏超洲 614
50、韩国“外国人雇佣许可制”劳工权益问题探析…… 吴锦宇、尹虎 631
51、劳动法上“用人单位”概念与功能的检讨…… 石　娟 640
52、劳动法视野下的分支机构法律地位论析…… 许建宇 656
53、求职欺诈解雇研究 …… 范　围 665
54、劳动关系中欺诈行为的法律分析…… 朱颖新 683
55、劳动合同法上电传劳动问题之初探------以劳动者身份的电传劳动为视角…… 孙冰心 691
56、用工单位知情权和劳动者隐私权之间的冲突和协调…… 赵　超 697
57、劳动者保密义务法定论 …… 李　亘 705
58、用人单位未续订书面劳动合同的法律责任研究…… 李凌云 714
59、用人单位规章制度司法审查的实例分析…… 陈楚风 725
60、浅析几类特殊的劳动争议…… 张朝霞 754
61、对用人单位以劳动者严重违章解除劳动合同的司法审查…… 徐增鹏 761
62、企业解散时劳动者权益保障分析…… 安淑珍 769
63、劳动合同终止相关问题探析…… 吴颖萍、张凤婷 775
64、劳动者权益保障：退休终止劳动合同制度研究…… 魏超洲 781
65、经济补偿金的定性及计算标准研究…… 曹艳春、郭亚全 805

66、浅议派遣与外包的判别因素……陆敬波、史庆 816
67、论劳务派遣用工方式的适用范围——基于用工单位的考察……周宝妹 822
68、论劳务派遣的司法规制--以逆向劳务派遣为进路……薛长礼 831
69、劳务派遣制度规制失灵及其制度匡正——人事外包经营劳务派遣业务之禁止……
……潘羿嘉 845
70、跨越劳动法和民法的界河：《侵权责任法》第三十五条后半句法律适用分析……
……胡大武 863
71、我国非标准劳动关系立法的回顾与展望……李凌云 906
72、论非典型劳动者的就业转换权……班小辉 915
73、事业单位法治的盲区：辞职难与添加违约金之反思……赵　毅 927
74、医生劳动权的内涵及实现机制……周海波 945

集体劳动关系法

75、中国集体劳动关系和谐运行面临的挑战与对策— 基于行动型集体劳动争议的分析……
……李琪、段毅 952
76、集体劳动关系协调机制的不足与完善……高　洁 985
77、工会参与企业劳资协商管理的途径及其反思——基于广东省“和谐劳动关系先进企业”的调研……刘焱白 991
78、工会会务假法律问题探讨--基于台湾地区工会立法的考察与借鉴……胡玉浪 1002
79、论我国公立大学校长的工会会员资格……柯宇航 1014
80、超越工业多元主义——中国集体协商制度的宪法解读……阎　天 1024
81、广东省集体合同立法有关罢工的限制及合理性探讨……翟玉娟 1043
82、沪粤集体合同地方立法比较及其启示……刘　诚 1050
83、英、美、德三国公部门集体协商制度立法及对我国的启示……王继远 1057
84、推进集体协商的现状、问题与对策调研——以珠三角 Z 市为例……
……欧阳白果 朱立方 1070
85、我国工资集体协商制度的反思与重构……张　琳 1083
86、“利益争议”处理机制的缺失与完善……徐小洪 1091
87、论集体劳权与分配机制的一体化……陈步雷 1099
88、论职工股的经验与价值……李海明 李文佼 1111

劳动基准法

89、比较法视野下倒闭企业工资风险分担机制之研究……侯玲玲 1120
90、科学确定最低工资标准探究——以 S 省 C 市为研究样……王　蓓 1134
91、工资指导线制度实效阻却因素研究——兼议工资指导线制度之完善……贺　玲 1149
92、风险补偿工资机制的法律促进与保障……汤道路 1161
93、工作时间的判定标准与计算……王皎皎、王丹丹 1168
94、论“过劳”法律治理的标本兼治……谭金可 1179
95、劳动者带薪年休假权利的法理基础与制度前景……曹　燕 1199
96、职工休病假的条件与程序研究……尹明生 1214
97、年休假权的解释伦--以 2008-2014 年再审裁判文书为中心……曹克奇 1223
98、跨国劳动监察之“中国问题”、“中国元素”与“中国方案”……郑丽珍 1240

劳动争议处理法

99、劳动争议裁审机制的优化……邓　峰 1258
100、劳资争议协调解决机制刍议……金京玉 1265
101、基于生产经济学视角的劳动争议举证责任分配……曹艳春 1271
102、江苏法院近年来处理的劳动争议案件情况报告—以 2008－2012 年间的案件为研究对象
……侯海军、杨晓蓉 1284

第三部分　社会保障法的顶层设计和制度完善（下册）

基础理论

103、我国社会保障立法顶层设计需处理好的重大问题……张新民 1289
104、安全、平衡、绩效：完善社会保障资金管理制度……张　姝 1299
105、通往正义的共治之路：央地视野下社会保障专项转移支付的法治塑造……邓世缘 1305
106、以信托法理完善社会基金管理体制论纲……赵廉慧 1323
107、社保公平筹资分配机制研究——兼论中国社保收入分配悖论的起源……张春丽 1335
108、城乡社会保障一体化的社会法思考——以促进社会分配公正为视角……马　哲 1355

社会保险法

109、《弱者的守望——社会保险法的理论发展与制度创新》序言……余少祥 1361
110、社会保险经办机构法律规制的重构--基于团结原则和补充性原则的视角…胡川宁 1372
111、社会保险欺诈的界定 ……杨　华 1381
112、困境与出路:论我国社会保险争议处理制度的重构……何文杰 1393
113、我国社会保险争议处理程序制度研究：基于现行立法和司法的双重考量‥罗　恒 1413
114、我国劳动保险全国统筹机制：法律设计、制度变迁与现实启示……岳宗福 1444
115、延迟退休问题实证调查与方案建议……钱叶芳 1451
116、论被开除公职者的退休金权利限制规则……张荣芳 1469
117、论退休法律关系的基本构造……张凌竹，王鹏 1479
118、西方养老保障制度对我国孝道文化传承的立法启示 ……李志强 1493
119、浅析珠三角第一代农民工养老保障的制度缺失与构建设想--以深圳为例……
……苏媛、梁宝霖 1503
120、基本养老金投资立法的新发展及反思--兼评《基本养老保险基金投资管理办法》
……江玉荣 1511
121、企业补充养老保险制度的德国经验与中国启示……杨复卫 1520
122、城乡居民基本养老保险法律制度的完善……王祥军、王亚菲 1532
123、论我国城乡居民基本养老保险均等化的实现……杨德敏、李鑫佳 1540
124、老之将至何所依--基于裸老族现状对我国养老保险体系的反思 ……
……周书含、邱曾平、郭文婕、丁春红、李海莹、吴晓月、伍奕 1546
125、北京市失独家庭养老立法初探——从西城区西长安街街道的数据说起……
……李秀梅、赵丹慧　李春英 1555
126、整合城乡基本医保的立法及其变迁趋势……孙淑云 1566
127、工伤保险制度的历史渊源研究……李满奎 1579

128、透过“过劳死”立法的缺位审视我国工伤认定范围……胡彩霄 1591
129、论工伤保险基金现行支付制度的缺陷与完善……徐智华、黄丽娜、邓娜 1602
130、工伤认定中替位代偿制度之规范误区与制度重塑--以违反公法上强制性义务下用人单位之终极责任为研究对象……戴　乔 1612
131、跨越劳动者权利保障与工伤赔偿责任主体的横沟:用人单位未建立职工健康档案之妨碍证明责任的法治构建 ……张　琴 1622
132、工伤处理中的劳动关系问题研究　……李孝保 1632
133、论工伤保险的法治实践--基于青海省相关立法、执法、司法实践 ……王立明 1640
134、生育社会保障法律制度价值理念与顶层设计……唐　芳 1653
135、德国社会护理保险制度的困境与未来发展方向……郝丽燕 1671

社会救助法

136、中国需要社会救助基本法……何　平 1685
137、社会救助法程序问题研究……唐政秋 1695
138、社会救助法律制度的社会价值控制分析……张妤婕 1699
139、责任强调能力提升：国外社会救助权的当代发展……冀慧珍 1711
140、社会救助管理的法治化及建构路径……邓志红 1731
141、取消农村法律援助事项范围限制的可行性研究……梁高峰 1739

社会福利法

142、慈善法中的公益要求 ……杨道波 1745
143、慈善组织商业活动立法问题初探……李永军 1753
144、慈善捐赠义务的分离性及其转化的立法促进——从“舆论逼捐”说起……李喜燕 1760
145、论慈善组织高管的谨慎义务……王　涛 1770
146、我国老年监护制度的立法检讨与完善……周湖勇 1781
147、青年知识工人住房保障的特定因由与基本构想--基于创新要素培育视角…谭　丽 1792

社会法的“扶权论”

——由法权的历史逻辑和理论逻辑判定

汤黎虹*

摘　要：公民权随着人类社会的演化出现了基本民权（自由权）、政治权和社会权三个形态，在竞争和协同的关系变化中，社会权由贫弱者需要社会扶助的权利发展为全部人群需要提升生存能力的权利。与此相应，早期的自由主义理论及“政治”理论受到了批判，偏向社会义务的社会保障（福利）理论得以产生和发展。这一理论是在自由主义理论及“政治”理论不能应对社会矛盾的情形下产生并发挥作用的，在其支撑下，社会法也确认了社会义务本位的偏向。社会义务本位的缺陷是社会义务缺乏与社会权利的对应，造成社会义务的盲目和混乱。因此，社会法应当尊重法律重视法权的逻辑，以社会权利为本位，构建社会义务“供给”围绕社会权利“需求”来运行的范式，笔者发现并将支撑这一范式的理论称为“扶权论”。

关键词：社会权利　社会义务　社会法　基础理论

本文并不是解释何为“扶权论”，也不是要解释何为“社会权”以及如何“扶权”，因为这样的问题在近几年笔者的文献中已经做了阐释[①]。本文的中心任务是阐释“扶权论”的形成及其根据，说明这一理论的正确性及对实践的意义。

一、问题的缘起

当今中国，社会法内涵的深化和外延的扩展，正在触动新的理论基础的生成。近十多年来，中国的民生领域特别是劳动就业、教育培训、健康卫生、社会安全等领域，社会权利意识不断增强，社会权利扩张呼声日益高涨，与此相应，更加广泛履行社会义务和增大社会给付义务的要求越来越强烈，已然成为一种新常态，这不仅反映了新时期改革发展稳定关系的现实需要，而且也符合以民生为中心的社会法治建设的需要。也正是在这一时期，社会法学界对社会权利的研究特别是对社会权利与社会义务关系的研究开始出现，由此冲撞了西方以社会义务为

* 汤黎虹，温州大学特聘教授。中国社会发展战略研究院院长，亚太社会治理促进协会会长，中国商业法研究会社会法制专业委员会主任委员，福建省法学会社会法学研究会会长，福建省城市科学学会副会长。

① 参见：汤黎虹主编《社会法学》（第二版），中国人民公安大学出版社 2014 年 9 月出版，第 1—46 页；汤黎虹《对社会法理论基础的再认识》载《东方法学》2012 年第 4 期，第 52 页—53 页；汤黎虹《社会法的生成与体系定位》，《温州大学学报》（社会科学版）2013 年第 4 期，第 3—12 页；汤黎虹《社会法论纲——基于社会法历史逻辑和理论逻辑的辨考》载《福州大学学报（哲学社会科学版）》2014 年第 1 期，第 49—54 页；等等。

本位的社会法理论基础，拓展了探讨符合中国现实需要的以社会权利为本位的社会法理论基础的空间。

社会法理论基础是民生领域社会权利和社会义务关系理论的抽象概括而形成的基本原理，它来自社会法的实践，又应用并指导社会法的实践，是社会法理论与实践关系的运动规律，对此学界毫无争议。然而，在社会法理论基础的内涵方面，特别是社会权利本位还是社会义务本位的问题上面，社会法学界的认识还不够深入，在当今中国社会法治建设需要的新形势下，学界看到了西方传统社会法理论基础的缺陷，但却很少有人提出适合当今中国社会法治建设需要的社会法理论基础。这样，必然在某种程度上负面影响了社会法实践。

在法理学界，权利本位和义务本位之争早已成为过去式，权利本位的主张一直作为法理的主流延续到今。但是，在中国社会法学界，由于研究社会法理论的时间较短，更多了解和研究外国社会法理论成为时髦，并且较多主张运用外国社会法理论基础的学说来指导中国的社会法实践，而国外社会法理论基础的学说，又是以社会义务为本位的，诸如：扶助弱者理论，社会福利理论，社会安全网理论，等等，均以社会义务为法律之中心，以此为指导的立法皆系义务性规定，而且对不同身份的主体规定不同的社会义务。这样，就使中国社会法理论基础的认识较多局限于社会义务本位上了。

在此，笔者并不是否定社会立法规定社会义务，而是认为不应当忽视社会权利，应当在社会权利和社会义务的关系中，以社会权利为法律之中心，社会义务据此而延展，因为社会法过度规定社会义务，特别是社会给付义务，并没有对应社会权利的需求，或者没有有效反映社会权利的结构要求，以致出现社会义务“不公正”和“浪费式”规定、社会义务盲目履行和无力履行等问题。

秉持这样一些看法，笔者近几年来不断讨论并提出了“扶权论”，认为这一理论符合中国以民生为中心的社会法治建设的需要，它主张以社会权利为本位，强调社会权利和社会义务有限互动。由于笔者近几年对其讨论是零散的，因此，需要在此将这一观点和主张系统地论述，期望激发社会法学界的更深入讨论。

二、自由权和政治权之后的社会权生成

从历史看，公民基本权利领域是随着人类社会的演化而不断扩展的。原始阶段后期的人群，经济活动出现的简单商品生产和商品交换致使基本民权意识萌生，但政治活动还处于朦胧状态；后来随着国家的出现以及疆土的扩大和人口的增加，越来越大规模的商品生产和商品交换使得基本民权逐步生成和扩张，愈加重要的政治活动使政治权力得以产生和发展；但是，人们需求的无限性与生产力水平相对低下的供给有限性的矛盾一直是常态，加之依靠政治权力的利益集团的巧取豪夺，使财富分配不公及导致的贫富差距悬殊屡见不鲜，对此，不断扩张的

基本民权（主要表现为自由权）根本无力对应，后来产生的政治权利能够发挥的作用亦很微弱，争取生存的法则在这时经常表现出社会冲突，有时会造成社会动荡，给占统治地位的利益集团造成威胁甚至打击，最后，这些利益集团也不得不对贫弱者权利施以关注，以致承认贫弱者权利。历史证明，正是人类社会的这种演化，才使公民基本权利得以不断扩展。理论家对公民基本权利的认识也是这一社会演化的自然反应。20 世纪德国著名法学家卡尔•施密特就将公民基本权利划分为三大领域，即“自由权”、“政治权利”以及“社会主义的权利”。[①] 英国著名社会学家 T. H. 马歇尔则认为，公民权的演化经过了基本民权、政治权和社会权三个历史阶段。[②]

从根本上说，公民权演化出社会权，始于人类社会运行中竞争和协同的关系变化。笔者认为，社会是人群与人群交往的系统，而人作为人群中的个体，具有自然的和社会的双重属性。自然的人具有与动物相似的属性，亦即为了生存和生理需要，通过竞争谋求生存资料和生理的满足；社会的人是在人和人、人群和人群交往中存在的，其间往往用较高级的语言和思维进行沟通并协调，并创造出道德照顾彼此的关切，从而形成了一定范围的协同力量，旨在共同抵御危害和创造更加丰富的生存需要。[③]正是人的这种自然的和社会的双重属性，才决定了人类社会交往过程中形成竞争和协同的关系。当然，在这一关系中，最残酷的是人与人、人群与人群的竞争，他们各自在生存资料供给一定的情况下，运用各种手段争相获取更多的份额，于是使历史无时不刻地造就贫富差距悬殊的情景，生出无数的贫弱者，进而演绎了无数抗争、战争和朝代更迭、有时给社会造成巨大的破坏、又不断推动着社会生产力发展的史实。由此，也使人们越来越懂得“协同”的重要性，越来越懂得“协同”起来跟自然环境、跟同一物种的生物、跟不同物种的生物作斗争对于保护和发展自己的意义，于是展现了协同起来竞争的能量。人类通过这种展现，使自己从开始的群居到部落再到部落联盟和国家，开展抵御危害和创造更加丰富生存需要的各项活动。由此逐步形成了生产、交换、分配、消费的社会生产方式——经济系统——及与此相应的基本民权，并且形成了维持和推动经济系统运行的、掌控权力的运行的方式——政治系统——及与此相应的政治权力。在历史上，掌控政治权力同时较多表现为掌控经济系统运行，当这一掌控为少数人谋利益而使多数人贫弱时，社会就动荡甚至改朝换代。资产阶级革命后，旨在团结多数人革命的宪法赋予了公民政治权，由此，公民权登上了政治舞台。然而，机器大工业的产生和生产社会化的发展，使竞争发生了巨变，竞争

[①] [日]阿部照哉等:《宪法・基本人权篇(下册)》，周宗宪译，中国政法大学出版社 2006 年版，第 37 页。转引自莫纪宏《论对社会权的宪法保护》载《河南省政法管理干部学院学报》2008 年第 3 期，第 1 页。

[②] Thomas H. Marshall: Class, Citizenship, and Social Development, Greenwood Press,Westport, 1973,p.8.参见陈鹏《公民权社会学的先声——读 T.H.马歇尔<公民权与社会阶级>》，载《社会学人类学中国网》，http://www.sachina.edu.cn/Htmldata/article/2008/12/1656.html，2015 年 3 月 6 日访问。

[③] 汤黎虹《社会法的生成与体系定位》，《温州大学学报》（社会科学版）2013 年第 4 期，第 9 页。

的尖锐程度和范围都是空前的，掌控经济系统运行的政治权力越来越明晰地代表资本家利益运行，大资本对中小资本的压迫、资本家对工人的压迫，变得越来越严重，资本家和工人协同的力量变得微弱下来，贫弱者的不断大量涌现以及无助，已经不是自由权和政治权利的行使所能解决的了，贫弱者需要社会扶助的权利也已经远远超出自由权和政治权利的范围，近代宪法和法律所确认的自由权体系和政治权利体系对竞争中的贫弱者无异于画饼充饥，根本不能保证他们享有需要社会扶助的权利，结果只能使劳资矛盾和官民矛盾愈加尖锐，继而发展为社会动荡。面对这种威胁，政治权力既要妥协，又不能任由公民政治权利无限扩张，于是，寻找新的出路成为必然。西方资本主义国家从 18 世纪开始建构新的具有“补救”性的系统——贫弱者需要社会扶助的权利的系统——狭义社会[①]，并通过社会法律承认贫弱者需要社会扶助的权利——社会权，就是这条新出路的举措。

从工业革命后人类的“协同”方面看，工业革命不仅实现了从传统农业社会转向现代工业社会的重要变革，而且加深了生产的社会化程度，进而导致某一人群对外在的另一些人群的依赖性越来越强，决定了紧密依赖型的社会人群关系的形成。激烈的竞争是当资源需求量严重超过供应量时所产生的相互作用的形态，人类为了防止竞争发展成为人们之间的一种直接对抗关系，造成更大的危害，就必须制定一些各方都必须遵守的“协同”规则，以此降低社会风险。生产过程的社会化使生产过程从一系列的个人行动变为一系列的社会行动，决定了彼此分散的行动体系尽可能的协同起来，使目标、手段和从属的结果都得到合理的考虑和权衡。人群的社会化表现为：从小范围群体之间相互依存和联系到更大范围群体之间相互依存和联系；人群划分更加细致使不同人群外化为社会人群，例如成年人与未成年人的划分、年轻人与老年人的划分等；形成的贫穷等人群和突发事件中的受生命威胁的人群外化为社会人群。这些社会化的人群，对社会扶助的需要的增长日新月异，从而使引发社会风险的因素不断增大，如果处理不好，就会威胁甚至被破坏社会的安全稳定，由此决定必须通过降低社会风险的一系列办法，诸如：制度、机制等。[②] 不同社会化人群的社会权就是这样生成了。

人类进入 20 世纪，社会权呈现快速扩张状态。以科技进步为核心的协同竞争的生产方式促使人们有更强的生存能力，因此，世界越来越多的国家开始重视并承认就业权及与此相联的受教育权和健康权；同时，竞争的加剧导致更严峻的生产安全威胁，自然灾害对诸多人群生存能力的破坏力也越来越大，不同人群享有安全保障权、为社会尽维护安全义务时而受到伤害的人享有社会补偿权，享有社会预防灾害权和灾害发生后的受解救权，等等，逐步为法律所确认。可见，20

[①] 狭义社会是指特定人群以脱离或者避免某种痛苦和危险的现实需要为目的，以脱困和解困的互动为基础，以帮扶为纽带的系统。汤黎虹主编《社会法学》（第二版），中国人民公安大学出版社 2014 年 9 月版，第 19 页。

[②] 参见汤黎虹《社会法论纲——基于社会法历史逻辑和理论逻辑的辩考》载《福州大学学报（哲学社会科学版）》2014 年第 1 期，第 50 页。

世纪后，社会权已经不仅仅局限于贫弱者需要社会扶助的权利，而是全部人群（不同人群之和）需要社会帮扶来获取生存能力[①]的权利。由此，一些学者对社会权内容作了新的描述。英国著名社会学家 T. H. 马歇尔认为，社会权包括：一是最基本的经济福利与安全；二是完全享有社会遗产；三是根据社会普遍标准享有的文明生活。[②]

中国改革开放以来特别是近十几年来的社会法确认的社会权，已经并正在尽情地囊括全部人群需要社会帮扶来获取生存能力的权利。笔者近些年的研究中，首先将社会权作为一种需求权，认为社会权的形式上是对社会帮扶义务的需求，实质是对提升生存能力的需求；同时，又将社会权描述为“脱困”权。这里的“困”不是指生活困难，而是指提升生存能力的权利缺少社会帮扶而无法实现的困难。社会权缺少社会帮扶是社会矛盾形成的基本原因。

三、自由论和政治论之后的社会论偏向

理论历来是对现实生活的反映，并根据现实生活的变化进行修正。在基本民权（主要是自由权）和政治权发展到社会权的过程中，理论也随之发展和不断修正着。

适应基本民权（主要是自由权）需要的理论主要是自由主义理论，它反映了自由竞争时期资本主义的经济利益和政治需要，其核心范畴是“自由”。英美传统经验主义的消极自由主义“把自由看成是没有约束和限制”[③]；后来，随着正义论的兴起，欧陆传统的理性主义的积极自由主义将自由理解为既有为所欲为的权利又有不损害他人责任义务。以法国 1804 年制订的《民法典》为代表的尊重个人自由的西方法律，接受了自由主义理论，确立了意思自治原则、契约自由原则，强调民事主体根据自身意愿创设自己的权利义务，特别是允许当事人在交易中通过合意自主选择和实现利益。由此推动了自由放任的竞争模式的形成。然而在这种模式下，人们的经济实力、市场机会、竞争能力、财产状况、社会地位等方面的差距不断拉大，特别是资本家们通过资本的积累、资本的掠夺机会使自身更加富有，而靠出卖劳动力的工人农民则因为没有这样的实力和机会则愈加贫穷。对此，理论家们进行了猛烈的批判。马克思指出：“资本主义生产方式用来加剧社会生产中的这种无政府状态的主要工具正是无政府状态的直接对立物”，提出这一状态的解决只有通过工人阶级的政治斗争，消灭资本主义私有制才能实

[①] 生存能力是指通过帮扶形成的人群生存和发展需要的素质，包括生活能力，工作能力，应变能力，创新能力，等等。

[②] Thomas H. Marshall: Class, Citizenship, and Social Development, Greenwood Press,Westport, 1973,p.8.参见陈鹏《公民权社会学的先声——读 T.H.马歇尔<公民权与社会阶级>》，载《社会学人类学中国网》，http://www.sachina.edu.cn/Htmldata/article/2008/12/1656.html，2015 年 3 月 6 日访问。

[③] 石元康《当代西方自由主义理论》，上海三联书店，2000 年版，第 9 页。

现。[①]英国的约翰·穆勒在《论自由》等著述中认为，正义的行为，就是能够促进大多数人的最大幸福的行为；国家应采取某些干预政策，通过法律手段，把个人利益和社会利益，以及把不容忽视的资产阶级利益和无产阶级的要求调和起来，限制遗产继承，发展合作社，增加对全民的救济。[②] 德国的施穆勒、布伦坦诺认为，国家的公共职能应不断扩大和增加，凡是个人努力所不能达到或不能顺利达到的目标，都应由国家实现；他提出要增进社会福利，实行社会改革，并通过工会组织来调整劳资之间的矛盾，主张由国家来制定劳动保险法、孤寡救济法等。哈贝马斯指出："自由资本主义的基础被阶级斗争和使社会发生混乱的经济危机倾向所动摇。"认为这种混乱和危机应当通过国家制定全面计划、市场替代和补偿战略予以解决。其中社会福利、卫生、教育、娱乐、住房等市场替代和补偿政策，是对"旧的市场机制已被察觉到的弱点和危机倾向的反应"，是"国家自觉地试图克服自由资本主义无政府主义地追求利润所造成的使社会分裂的后果，力求使生产关系免除传统的劳资冲突。"[③] 20 世纪 30 年代世界性经济危机彻底暴露了自由放任市场经济的弊端。凯恩斯认为，失业和分配不公是市场经济社会的两大根本弊病，进而提出有效需求理论：为了刺激需求、重新建立一个完全就业的平衡机制，应由国家增加货币供应以满足人们储蓄的欲望，同时增加公共设施建设以形成更多的投资和就业机会，并以此刺激消费，推动经济发展。这些理论，既是对自由放任资本主义生产方式的否定，又是对公民基本权利从自由权到政治权利再到社会权利的呼应。

与"自由论"相适应，社会契约论也在近代资本主义国家的建立后兴起并发展为政治理论。其主张人人平等，主权在民，认为国家起源于人们之间的某种契约，基本逻辑是："自然状态"下每个人无法孤立地实现自己所拥有的自然权利，只有通过人民合意性的约定进入"社会状态"，人民之间为了共同获得公平、正义和自由而一致达成契约，让渡自己的权利交给公共权威即国家，委托国家作为一个公共管理组织，所以国家统治合法性的基础就在于遵守人民的委托，一旦国家违反委托契约，人民就可以撕毁原始契约、推翻国家统治。并且国家在体现人民的共同意志的同时，人民也要遵守社会契约。[④]这种突出公民政治权利的政治理论与后来社会发展现实产生了许多矛盾，对此，马克思进行了深刻的批判，认为：社会契约论从抽象的个人出发来论证国家和政府的正当性，是一种假象，其掩盖了资产阶级的目的和社会矛盾；而社会契约论的个人主义则是狭隘的自由观，是要资本家的自由，而工人除了有出卖劳动力的自由，其他一无所有，其宣

[①] 恩格斯《反杜林论》。《马克思恩格斯选集》第三卷，第 313 页

[②] 参见《西方近现代社会保障理论资料》，http://www.doc88.com/p-2189063671039.html，2015 年 3 月 3 日访问。

[③] [英]约翰·基恩《公共生活与晚期资本主义》，社会科学文献出版社，1999 年版，第 97—100 页。

[④] 参见：百度百科《<社会契约论>（法国思想家让·雅克·卢梭 1762 年编著图书）》http://baike.baidu.com/link?url=deuYchHs5BGSAWNpA7n_yDpIuwh-NrH_DB7xoygK8weVoBkWc8_0hK8ciPgISMpAILINOROm6YthlEe6zkzEWUrcAbLdC5qfUtQhHnzj24_，2015 年 3 月 13 日访问。

称的自由处置私有财产权也是受经济条件限制的。因此，必须消灭资本主义私有制，建立每个人都能自由发展的联合体。[①]

对自由主义理论的批判并提出新理论的不仅仅限于上述理论，还包括保障社会平等理论、社会福利理论。保障社会平等理论认为：自由的伦理形式是公平和正义，公平和正义的实质内容是财富的平等分配。但实际财富的分配上，资本所有者和劳动力所有者之间是失衡的。因此，其代表人物罗尔斯说：保障公民的基本自由“只限于将文明强度提高到每个人都可以享受自由的水平”，“保证每个公民具有最起码的社会、经济地位，并由此促进机会平等。”[②] 社会福利理论的代表人物马克斯·韦伯认为：“在当代资本主义条件下，国家的社会福利政策已经开始发挥关键性的作用。各种有组织的利益集团对国家的压力下以及国家利用社会政策的形式来提高自身的权力和合法性，都促进了这些福利战略。”[③] 1942年，贝弗里奇提交了题为“社会保险和相关服务”的报告，其中社会保障计划包括社会保险、社会救济和自愿保险三种保障方法，设计了一整套“从摇篮到坟墓”的社会福利制度，提出国家将为每个公民提供九种社会保险待遇，提供全方位的医疗和康复服务，并根据个人经济状况提供国民救助。[④] 以奥地利法学家E·埃利希、德国社会学家M·韦贝尔、法学家H·坎托罗维奇和美国法学家R·庞德等为代表的社会学法学派，认为法或法学不应像十九世纪前那样仅强调个人权利和自由，而应强调社会利益和法的社会化。其中，庞德强调法所要达到的是社会目的，法律规则是实现社会公正的指针；其中社会目的就是社会和谐，而要达到社会和谐就要由国家承担社会保障责任。[⑤]

在20世纪下半叶，适应摆脱高通胀、高失业、低增长的困境，资本主义由国家垄断阶段向国际垄断阶段过渡的需要，新自由主义理论发展起来，他们主张政府减少对经济的干预，实行经济自由化、私有化、市场化、全球一体化。密尔顿·弗里德曼提出：高效率来自市场竞争，如果对低收入者给予最低生活水平的维持制度，会挫伤人们的劳动积极性，最终有损于自由竞争和效率，因此他提出既帮助低收入者维持最低生活水平，又不挫伤人们的工作积极性，不损于竞争和效率的“负所得税”办法。阿瑟·拉弗、保罗·罗伯茨认为：减税既可以增进效率（因为富人愿意投资，穷人又愿意加班、兼职），又不会有碍于“公平”（因为失业者有工作可做，穷人能增加收入）；社会福利的税收效果是，选择工作所

[①] 洪小兵《马克思对社会契约论的批判及其现实意义》载《武汉大学学报（人文社科版）》2009年第1期，第12页—15页。

[②] [英] 彼得·斯坦、约翰·香德《西方社会的法律价值》，中国法制出版社，2004年版，第106页。

[③] [英]约翰·基恩《公共生活与晚期资本主义》，社会科学文献出版社，1999年版，第45页。

[④] 《<贝弗里奇报告—社会保险和相关服务>简介》http://bbs.tianya.cn/post-develop-284971-1.shtml，2015年3月3日访问。

[⑤] 参见：百度百科《社会法学派》

http://baike.baidu.com/link?url=qoITxRAyntVmAWR4u-fj0--36rZuCe45AG01MgY6p62QT7dPxW88mw2KlrxdVCy4，2015年3月3日访问。

获得的收入与选择领取救济金所获得的收入，两者在数量上非常接近。[①]这样强调“自由”、“市场”、“效率”理念的理论，已经与传统的自由主义理论不一样了，其突出特征是附带了有限的社会保障内容。

上述对自由论和政治论的批判并提出新的理论，至少表明了两点：一是早期的自由理论和与此相联系的社会契约论，在资本主义社会发展过程中越来越不合时宜，根本不能面对新的社会矛盾，对解决社会矛盾起不到应有的理论支撑作用，所以提出新的理论顺理成章。二是自由理论对应的是公民自由权利，社会契约论对应的是政治权（公民政治权利和国家政治权力），而社会论特别是社会福利论，对应的则是社会义务（其突出国家的福利给付责任就是义务）。这种没有延续对应权利的做法，主要是阶级矛盾调和的需要，其讨论资产阶级如何通过国家和社会更多地履行扶助贫弱的义务，目的是缓和日益尖锐的社会矛盾。

四、法假定和义务论之后的扶权论内涵

自由论所强调的自由权有一种假设：个体的人是有个人意志的，而个人意志是能够与他人意志和自然之间和谐的。然而，这一假设是存在缺陷的，一是强调自由的人为了追求自己的幸福，往往会践踏社会公共道德，从而导致社会公共道德水平的下滑；二是无限制地放大和扩充自己的自由，会限制和侵害其他人的自由以及利益，从而会导致多数人的不幸乃至加速和扩大社会的不和谐，比如社会财富的严重分配不公导致社会矛盾越来越突出。资产阶级夺取政权之后，广大无产者的境遇越来越差，与资本家集团的矛盾越来越尖锐，进而出现了越来越激烈的社会对抗和频繁的社会动荡，已经映衬了这种假设的缺陷。对此，一批思想家提出了正义论，强调此自由不能损害彼自由，进而提出了“自由权平等”的自由论。法律特别是民商法的发展，反映了这样的过程。民法的意思自治原则作为公平交易的准则，一直规范着人们的交易行为，其背后的根据就是自由权的平等；民商法的假设就只能是：交易双方的交易（横向）权利是平等的。就此笔者认为，民商法的理论基础应当是“保权论”，即保护平等交易权利的理论。[②]

政治理论所强调的政治权的假设，也是存在缺陷的。社会契约论认为国家权力来自于个人的自然权利，每个人都有政治表达权，社会契约的订立必须经过全体人民的合意，国家所做的决策必须经过所有人民的同意，据此提出政治权是全体人民共同权利的假设。然而，由于每个人的个体利益和诉求千差万别，某一群体所要表达的利益诉求有时并不是其他群体所需的，因而会导致他们的利益诉求很难得以主张，特别是掌握政治权力的利益集团在本质上具有扩张性和侵害权利

[①] 参见：《西方社会保障三大理论流派述评》http://www.lwlm.com/Insures/200810/165226p2.htm

[②] 参见汤黎虹《对社会法理论基础的再认识》载《东方法学》2012 年第 4 期，第 52 页—53 页；《论经济法的理论基础》载《行政与法》2012 年第 4 期，第 101 页。

的特性，时常会出现假借主权者的名义践踏人民权利的现象，更加束缚了非统治集团特别是贫弱者的利益诉求，证明这种假设根本不成立。所以，后来的政治理论才更加强调正义和权利平等。美国著名法学家、新自由主义的代表人物约翰•罗尔斯的权利学说认为：正义是至高无上的，社会正义原则分配基本权利义务，平等的权利是正义的前提，正义是权利的重要原则，这种权利（即基本自由权利）的平等，是个人要求治理者平等关怀和尊重的权利。[①] 可见，平等权利学说是认知社会契约论的实际缺陷的反映。与现实中的政治权力与全体人民共同权利不平等相应，资产阶级宪法和行政法，从根本点上提出一个假设：政治权力和人民权利是不平等的。这种不平等是纵向的国家政治权力与人民共同权利的不平等，所以，理论家才提出要平等，反映在宪法上，则要突出公民权利，在行政法上则要突出“控制行政权”，于是一些理论家提出行政法的理论基础是“控权论”。[②]

实践证明，民商法的假设——交易双方的交易权利是平等的（横向关系中主体之间地位平等），根本不能对应由事实上的不平等、不公正引发的贫弱或者生存能力低下的状况，其主要是因为民商主体（个体）单独解决贫弱或者生存能力低下的问题简直就是天方夜谭，例如，任何企业都不可能在公平交易中独自承担工人工伤、失业、医疗、养老等费用，如果这样做，只能是倒闭。至于宪法和行政法的假设——政治权力和人民权利是不平等的（纵向关系中主体之间地位的不平等），承认了不平等的现实，并且力求通过规定公民权利来解决这一不平等的问题，但资本主义生产方式固有的矛盾，决定了政治权力和人民权利之间实质不平等的问题难以解决，贫弱或者生存能力低下的状况仍然普遍存在。

要弥补上述缺陷，只能在能够直接对应贫弱或者生存能力低下状况中寻找答案，经过实践，人们找到了社会法这一弥补其缺陷的出路。与民商法、宪法行政法的假设不同，社会法的假设——社会主体的权利是不平等的（横向关系中主体之间地位的不平等）。这一假设承认“富强与贫弱，生存能力低下与生存能力很强”的根本上的不平等，以及由此决定的不同主体权利的不平等。它切实对应了由事实上的不平等、不公正引发的贫弱或者生存能力低下的状况，特别是社会给付义务的规定，直接对应了贫弱或者生存能力低下的群体并为缓解这一群体的生存危机提供了法律保障。

早期的社会法，主要是扶助贫弱的法，社会保险法、社会救助法、社会福利法等均突出国家的扶助义务；现代的社会法，主要是提升生存能力的法，它突出了国家和社会的帮扶义务，强化了“就业促进”义务的中心地位，并围绕“就业促进”展开教育促进、健康促进和社会扶持、社会维权等一系列社会义务。这样

[①] 百度文库>专业资料>人文社科>《浅析约翰罗尔斯的政治权利理论》
http://wenku.baidu.com/link?url=j9u9CcV3lClP40IjaVzDTy7tFO-JgMIat6tU4MgWKJuJDUd9CBlBmgiLV0xOxZPIBDYu-D1fd93mCgpooaH5p9-MkJwZXuzzbYoSGi_BLjS。2015 年 3 月 11 日访问。

[②] 参见熊文钊著《现代行政法原理》法律出版社 2000 年版，第 121－129 页；朱新力等著《行政法学》清华大学出版社 2005 年版，第 15－18 页。

的义务本位法，其实已经偏离了法律重视法权的逻辑，当然，这一偏离是有理论支撑的，新的理论以反对不公平为基础，在试图束缚国家政治权力扩张时强调国家的义务，于是生成了以国家给付为主的社会保障（福利）论。正是在这一理论支撑下，社会立法也更多转向规定国家给付为主的社会保障和福利给付义务，而忽略了规定社会权利。

笔者认为，社会权利首先是一种汇集的脱困权利。社会权利作为一种脱困权利，是解脱特定困难或者困境的“质’的权利（这里所说的特定困难或者困境，是在提高生存能力的过程中遇到阻碍或者限制）；其作为一种要求汇集力量来解困的权利，是因为靠意识自治的个体无力解困。与此相应，社会义务是一种汇集的解困义务。其作为一种解困义务，是对权利主体在提高生存能力过程中遇到困难或者困境时履行解困义务，使该困难或者困境得以解脱；其作为一种汇集的力量来解困的义务，是因为社会权利主体的脱困权利要靠法定义务主体承担解困义务来实现。

笔者还认为，社会权利与社会义务是一种“需求”和“供给”的对应关系。（1）社会权利是一种机会性需求权利。其作为一种需求权利，是提高生存能力需求的“量”的权利（包括在脱困过程中需要公平机会的权利）；同时它也是实现提高生存能力机会的权利，即实现脱困机会的权利。（2）社会义务是一种对应性供给义务。其作为一种供给义务，即履行解困义务主要以社会给付来完成（这里的社会给付包括社会资金、社会服务、社会政策）；同时其作为一种对应性义务，是对应社会需求权利而确立并履行的义务。

在实践中，社会权利和社会义务都应当受到约束。因为：（1）社会义务的约束在于供给的有限性。在资源供给有限而需求无限的关系中，社会义务总体上要受到有限的人力、物力、财力等资源的约束，使得社会给付必须限制在能够给付的能力范围内；同时，鉴于地区差别和人的地位不同，对各种机会公平的挑战无时不在，社会政策的倾向以及对不同人群的具体给付义务也不可能相同，从而会进一步约束社会义务。（2）社会权利的约束在于需求的无限性。人们在实现提高生存能力的目标的过程中，同时也是在这种需求的“量”的社会权利扩张中，总会遇到时间、空间和各种资源的限制，于是人们也就不断的为自己制造出更多的难题和更大的麻烦，例如规定基准，进而又要花力气，克服这些难题。

社会保障（福利）理论并不适用上述社会权利与社会义务的对应关系要求，其支撑的社会保障（福利）法是以社会义务为本位的，并没有顾及社会权利“需求”是否存在，按照传统立法思路（考虑现实情形的的对应性和各种可能性），主观地设定社会保障（福利）的给付义务，致使社会义务缺乏与社会权利的对应，造成社会义务的盲目和混乱。

对此，笔者主张衔接法律重视法权的逻辑，构建突出社会权利本位的、直接

反映社会权利与社会义务的“需求”和“供给”的对应关系的社会法。其中，概括社会权利与社会义务的“需求”和“供给”的对应关系的理论，笔者简要称其为“扶权论”，并认为它是社会法的理论基础[①]。

五、结论

社会法的“扶权论”是指社会法调整社会主体在提升生存能力的过程中发生的帮扶关系的理论，它突出社会权利本位、直接反映社会权利与社会义务的“需求”和“供给”的对应关系，它将提升生存能力作为目的，将帮扶权利义务的运行作为过程，对应的是：分散的个体可能或者正在面临着许多自身难以解决的困难或者难以摆脱的困境，而个体性的关系无力使其脱困的现实，通过社会法生成归类汇合的功能，确认相关主体脱困的权利和与之相应的帮扶义务，进而调整脱困权利（社会权）与相关主体履行解困义务的帮扶关系。

社会法的“扶权论”首先是对法权的历史逻辑分析后做出的结论，基于人类社会竞争和协同的关系变化中，社会权由贫弱者需要社会扶助的权利发展为全部人群需要提升生存能力的权利的事实，判定出社会法应当突出社会权利本位。

社会法的“扶权论”更是对法权的理论逻辑分析后做出的结论。法权的理论逻辑起点是自由主义理论，因为其缺乏公正性而受到后来“政治”理论的批判，由此也生成了偏向社会义务的社会保障（福利）理论。因为自由主义理论支撑的民商法的假设、“政治”理论支撑的宪法行政法的假设，并没能根本解决缺乏公正性的问题，于是人们找寻出社会保障（福利）理论支撑的社会法假设，并展开社会义务的规定。然而，社会法的社会义务本位并没有反映社会权利与社会义务的“需求”和“供给”的对应关系，造成了社会义务的盲目和混乱，因此，提出反映这一对应关系的“扶权论”就顺理成章了。

[①] 汤黎虹《对社会法理论基础的再认识》载《东方法学》2012 年第 4 期，第 50 页—51 页。

社会法范畴的界定

——从历史研究和词义分析的视角

刘冬梅[1]

摘要：“社会法”概念产生于 19 世纪的德国，是指对市场经济弊端进行平衡的社会政策机制的法律化表现。这个概念在德国经历了从“第三法域”到“法律部门”的讨论，最终落实在“社会福利法”，也即我们所称的社会保障法。在受欧洲大陆法影响较深的东亚地区，“社会法”也是一个普遍使用的概念，但对其存在多种理解。伴随着市场经济制度的引入，中国的“社会法”讨论也开始了，且亦有逐渐缩小范畴的迹象。与德国的概念演变过程进行比较，并分析“社会法”的原始含义，有助于澄清错误理解，少走学术弯路。

关键词：社会法　概念　范畴　词义分析

随着与市场经济制度相配合的社会政策在中国的出现与逐步法律化，“社会法”这个西方概念被越来越频繁地采用。自本世纪初以来，“社会法的范畴”成为中国法学界的一个热点问题，且并未因官方将社会法界定为“调整劳动关系、社会保障、社会福利和特殊群体权益保障等方面的法律”[2]而就此息纷止争。较早开始社会法研究，持“广义社会法”观点的董保华，近年仍在发文与持较狭义社会法观点的学者们“商榷”。[3]回顾十几年来国内法学界对社会法范畴的讨论可以发现，虽然观点迄今尚未统一，但是有从“广义”向“中义”和“狭义”靠拢的趋势。把中国社会法概念的演变与此概念的原产地德国的社会法概念发展史进行比较，也会发现虽然制度产生背景不同，但过程上是有相似之处的。那么中国的社会法概念有无可能像在德国一样，最终落实在“社会福利法”或“社会保障法”这种实体法概念上呢？本文尝试以历史研究和词义分析的视角切入到这一问题的讨论中来。

一、社会法概念在中国的使用

“社会法”概念在中国的最早使用，大约是 1993 年社科院发表的论文《建立社会主义市场经济法律体系的理论思考和对策建议》。[4]其主要观点是：社会主义

---

[1] 作者简介：刘冬梅，中南大学法学院副教授，德国慕尼黑大学法学博士。

[2] 国务院新闻办公室：《中国特色社会主义法律体系》白皮书，2011 年 10 月发布。

[3] 董保华：《“广义社会法”与“中义社会法”— 兼与郑尚元、谢增毅先生商榷》，《东方法学》，2013 年第 3 期，第 11-22 页；《社会法研究中的法律部门与“法律理念”的关系 — 兼与冯彦君先生商榷》，《法学》2014 年第 2 期，第 101-110 页。

[4] 中国社会科学院法学所课题组：《建立社会主义市场经济法律体系的理论思考和对策建议》，《法学研究》，1993 年第 6 期，第 3-19 页。

市场经济法律体系主要由民商法、经济法和社会法构成。“社会法”是调整因维护劳动权利、救助待业者而产生的各种社会关系的法律规范的总称，包括劳动法、社会保障法等，法律性质介于公法与私法之间。社科院的这一观点之后被国家立法机构采纳，“社会法”被界定为我国社会主义法律体系“七大法律部门”中的一个部门。[5]然而学术界并未自此就遵循这一界定，而是发展出了各种各样的观点。

（一）“广义社会法”、“中义社会法”与“狭义社会法”之争

1.“广义社会法”说

本世纪初，**董保华**在《社会法 — 对第三法域的探索》[6]等一系列文章中，把社会法定义为以社会本位为特征的、由于“私人利益受到普遍的公共利益的限制而形成社会利益”而出现的兼具公法、私法特征的第三法域，是国家为保障社会福利和国民经济正常发展，通过加强对社会生活干预而产生的一种立法。按照他的定义，劳动法、环境保护法、社会保险法、消费者权益保护法、反垄断法、反倾销法、公用事业法、教育法、中小企业振兴法、妇女权益保障法、未成年人保护法、老年人权益保障法等等都属于社会法的组成部分。但是他也承认，公法私法的互相渗透是否会导致一个公法私法传统二元划分之外的“第三法域”，学术界的认识并不统一。

实际上，在讨论的初期，把社会法等同于“第三法域”的观点是较为普遍的。如王全兴、管斌 2003 年在《经济法与社会法关系初探》一文中，把社会法定义为“伴随着国家力图通过干预私人经济以解决市场化和工业化所带来的社会问题，应对经济、社会和生态可持续发展的需求，而在私法公法化和公法私法化进程中产生和发展起来的第三法域”。[7]他们认为社会法的发展过程经历了工厂法、社会保障法、经济法和环境法四个阶段，可见，该文对社会法持广义的理解。在研究了各国法学界对社会法的界定后，他们也并未局限于广义的“第三法域说”，而是提出了“广义社会法”、“中义社会法”和“狭义社会法”的划分，其中广义社会法指的即是“第三法域”，包括劳动法、社会保障法、卫生法、住宅法、农业法等，狭义社会法指劳动法和社会保障法，中义的社会法则包括了劳动法、社会保障法和经济法。此后，王全兴又进一步把社会法概念归纳为几个层次：（1）作为独立法律部门的社会法，即劳动法和社会保障法，或是其中之一；（2）作为法律群体的社会法，即第三法域中除经济法之外的其他法律部门；（3）作为法域的社会法，即整个“第三法域”；（4）作为法律观念的社会法，即法律的社会化现象。他仍然持广义社会法的观点，认为社会法的研究范围宜宽不宜窄，至少应当以作为法律

---

[5] 同注 3，第 11 页。

[6] 董保华、郑少华：《社会法 — 对第三法域的探索》，《华东政法学院学报》，1999 年第 1 期，第 30-37 页；董保华：《试析社会法的调整模式 — 对第三法域的探索》，《西南政法大学学报》，2000 年 2 月，Vol.2.No.1，第 34 页。

[7] 王全兴、管斌：《经济法与社会法关系初探》，《现代法学》，2003 年 4 月，Vol. 25, No. 2，第 113 页以下。

群体的社会法为研究对象，还有必要扩及第三法域，甚至可以将公法和私法中的法律社会化现象也纳入进来。[8]

2.“中义社会法”说

在这一时期，也有学者虽然承认“第三法域”的存在，但对社会法持较为中义的“法律部门”观点，如林嘉 2002 年在《论社会保障法的社会法本质》一文中，把广义社会法界定为为了解决社会性问题而制定的各种有关社会法规的总称，狭义社会法则专指社会保障法。她认为前一种定义过于宽泛，后一种过于狭窄，应该将社会法定位于中义概念，即劳动法和社会保障法。[9]也即是说，林嘉当时的“中义社会法”观点与王全兴的“狭义社会法”观点基本一致。但是在 2007 年《社会法在构建和谐社会中的使命》一文中，林嘉又把狭义社会法定义为包括劳动法和社会保障法。这说明，对于何为“中义”和“狭义”社会法，不同学者有不同的界定方式，即使是同一个学者的观点，也有可能随着时间产生改变。本文把“社会法包括劳动法与社会保障法”的观点统一划入“中义社会法”之说。

“中义说”之下的社会法范畴与官方的法律体系划分一致，持“中义社会法”观点的学者呈增加的趋势，他们对于“广义社会法”亦即“第三法域社会法”观点的质疑也在增强。如冯彦君 2013 年在《中国特色社会主义社会法学理论研究》一文中批评“法域社会法说”“扰乱了法律部门的传统法学体系认知框架和基本法学共识，使社会法成为一个极具弹性的‘菜篮子’，……社会法应有的确定性、相对独立性难于实现，早期经济法学研究上贪多求全的教训难免会在社会法学研究中重演”。[10]

3.“狭义社会法”说

2003 年，郑尚元在《社会法的定位与未来》一文中，将自己对社会法的理解称为“中义社会法”。他认为社会法包括了社会保障法、弱势群体保护法、公益事业法和教育权利保护法，劳动法则被排除在外。[11]他所定义的“狭义社会法”，则仅指社会保障法。这种界定方式，与他将社会保障法狭义地理解为原始的“社会安全法”有关，但实际上，1935 年产生于美国经济萧条时期的“社会安全（social security）”概念经过各国与国际组织的不断扩展，已经不仅是指针对特定“社会风险”的措施，而且加入了许多福利促进的内容，与狭义社会法概念已基本等同。在中国，“社会安全法”的另一种更普遍使用的译法“社会保障法”，其范畴也已远远超过原始的“社会安全法”，弱势群体保护法和教育权保护法等内容，皆可划归于社会保障法之中。因此，与其他学者的观点相较，郑尚元其实持的是一种“狭

[8] 王全兴：《社会法学研究应当吸取经济法学研究的教训》，《浙江学刊》，2004 年第 1 期，第 26 页。
[9] 林嘉：《论社会保障法的社会法本质—兼论劳动法与社会保障法的关系》，《法学家》，2002 年第 1 期，第 118 页。
[10] 冯彦君：《中国特色社会主义社会法学理论研究》，《当代法学》，2013 年第 3 期，第 16 页。
[11] 郑尚元：《社会法的定位与未来》，《中国法学》，2003 年第 5 期，第 124-135 页；《社会法的存在与社会法理论探索》，《法律科学》，2003 年第 3 期，第 40-48 页。

义社会法”观点，即社会法为社会保障法的另一种说法。

郑尚元也认为社会法是具有公私法融合属性的法律，但是与持“中义社会法”说的学者观点一致，他也不赞成把社会法理解为法律理念。他认为，公法私法融合的结果是公法与私法之外的“第三法域”，而不是“社会法”，“第三法域”并不能等同于社会法。以国家或社会为本位、以公共利益为保护对象的法律可谓繁多，但是不同质的领域根本不能探讨广义与狭义问题。把社会法界定于公法、私法之间的几乎所有法律，极易造成理论与制度研究两张皮的现象，形成学术空转。因此他坚持社会法应被定性为实在法，也即是一个独立的法律门类。[12]

（二）“第三法域”批判

以上三种观点的基础都是承认公法与私法之外的“第三法域”的存在，区别在于是认为社会法就是“第三法域”的代名词，还是社会法属于“第三法域”。谢增毅在对各国社会法概念进行比较后，对“第三法域”的观点提出了质疑。他认为，公法私法化或私法公法化是现代法律的普遍现象，只不过有些法律的公法性质更强烈一些，有些的私法性质更强烈。且几乎所有的法律都将社会利益作为立法价值，公法和私法都在一定程度上“社会法”化了。他的观点实际上是借鉴了德国法学界当今的主流观点。他亦了举德国劳动法为例：劳动法是典型的既有公法性规定又有私法性规定的法律领域，但是德国法学界并未把劳动法作为公私法融合的第三法域，而是把劳动法的内容进行划分，劳动合同法与集体合同法归于私法，劳动保护法与职工民主参与法归于公法。他认为，划分所谓的“第三法域”，既没有必要也不可能。如果把社会法作为第三法域，则社会法只能沦为一种法律理念，而无法构建自身的范畴和体系，最终将危及社会法自身的存在。

因此，谢增毅对我国立法机关将社会法定位为“规范劳动关系、社会保障、社会福利和特殊群体权益保障”的法律部门持肯定态度。他认为，传统法律部门对社会生活的关注远远不够，公民社会权利的实现需要新的法律部门加以保护。社会法作为保护弱势群体生存权和发展权的法律，应该以社会权作为其核心概念，以社会权的范畴构造社会法的体系，将涉及公民教育权、健康权等的法律纳入社会法的范围之中。[13]

（三）比较法视角

以上各种观点主要集中于社会法究竟是一种法律观念，还是一个法域，抑或是一个法律部门的辨析上。学者们对社会法概念的界定，多借鉴大陆法系国家和

---

[12] 郑尚元：《社会法语境与法律社会化——“社会法”的再解释》，《清华法学》，2008 年，Vol.2, No.3，第 146-159 页。

[13] 谢增毅：《社会法的概念、本质和定位：域外经验与本土资源》，《学习与探索》，2006 年 9 月，第 92-97 页。

日本、我国台湾地区的学说，在阐述自己观点的同时，也对各国社会法概念的使用进行了比较。其中以竺效的介绍较为详细。[14]他考察了德、法、日、英、美等国的社会法概念使用情况后，指出英美国家并没有“social law”的用法，与“社会法”相关的法律多称为“social security law”或“welfare law”，内容主要包括社会保险和社会救济。对社会法概念持多种理解方式的主要是日本学术界，有“作为部门法及法域的社会法”、“作为保护社会集团型的社会人的社会法”和“作为对民法的修正的社会法”等观点，但近年来已转向对具体法律领域如劳动法和社会保障法的关注。法国的社会法概念相对狭义，最初指的是劳动法和雇佣劳动者社会保险法，随着社会保险逐渐扩张，目前主要包括劳动法和社会保障法。而在“社会法”和“第三法域”概念的发源地德国，社会法已由最初的“第三法域”缩小到了基本等同于“社会保障法”。

由以上可见，不仅各国对社会法的理解颇有不同，处于不同发展时期的社会法概念的内涵也在变化，最终皆倾向于从抽象的法律理念落实为实在法。最早“发明”社会法概念的德国，其概念已经狭义化，与“社会保障法”或“社会福利法”基本等同。我国学术界目前对社会法的讨论，接近若干年前的日本及更早之前的德国学术争论的情形，立法机构的法律部门划分，则貌似与法国当前的社会法概念有些近似。这说明伴随市场经济的引入而出现的我国社会法理论，总体上深受大陆法国家的影响，然而理论的来源是纷杂不一的。同时不容忽视的是，在法律概念的移植过程中，不少人对西方语境也不加辨析地通盘接受，而忽略了本国的制度背景和制度渊源。计划经济时期，我国的社会主义性质劳动制度和社会保障制度是一个统一的整体，它们之间的紧密关系迄今仍然体现在宪法第 42 条至第 45 条的逻辑之中，我国的劳动立法也仍然保持着较为强烈的行政法特征。因此，立法者将劳动法和社会保障法共同划入社会法这一法律部门，与“公法私法化”或“私法公法化”之西方社会法语境无关，而主要是本国法律传统在新历史时期的延续和发展，就如“社会主义计划经济”向“社会主义市场经济”的转变并非历史的遽然转折，而是制度的与时俱进式修正一样。

二、“社会法”概念的历史与构词研究

如上所述，“社会法”一词最早产生于德国。英美法系国家中实际上并无“social law”一词，因此很难进行概念的比较。如果一定要在英语中找出“社会法”的对应词，则“welfare（福利）”最接近德国现代社会法概念（Sozialrecht）中的“sozial”，“welfare law”，即社会保障法或广义社会福利法，基本可等同于“Sozialrecht”。这也说明，我们移植而来的“社会法”一词，其原本含义中的“sozial”，

[14] 竺效：《“社会法”概念考析——兼议我国学术界关于社会法语词之使用》，《法律适用》，2004 年 3 月，第 72-74 页。

所对应的并非汉语中的“社会”。由于“第三法域”和“社会法”的概念皆原产于德国，因此有必要追溯这些概念在德国的产生与发展史，以弄清它们的确切含义。

（一）“社会法”概念的出现及演变

1.“社会法”概念的提出

德语中的“sozial”一词来自于拉丁语“socialis”，最初含义是指社会状况。[15]它在法语和英语中的形式是“social”。[16] 这个词自 18 世纪中期进入德语，在德语中获得了更为广泛的运用，其含义也越来越丰富。1870 年，德国法学家 Hermann Roesler 曾在《社会的法与私法》（Sociales Recht und Privatrecht）一书中感叹道：“social 这个词现在是如此流行，被使用在了如此之多的关联之上……”[17]他自己也因受当时新历史学派的社会政策（Sozialpolitik）学说[18]影响，构造出了“sociales Recht”一词。

Roesler 提出这个概念的背景，是 19 世纪下半叶欧洲资本主义和市民社会的迅速发展。他认为，为了体现并规范这种新的发展现象，有必要创制新的法律形式，因此建议在传统的公法与私法划分之外，设立“行政法”（Verwaltungsrecht），而“社会”行政法（soziales Verwaltungsrecht） — 亦称为“社会法（soziales Recht）” — 是其中的重要组成部分，用来“解决社会中的法律发展问题，化解社会阶层中的矛盾与冲突”。[19]Roesler 把“社会法”解释为“关于社会自由的规范”，[20]认为这种规范兼具了公法和私法的特征，范围广泛，其内容包括人身法、物权法、职业法等，一些已有的法律如征用法、水法和保险法被完全划入“社会法”，还有一些领域被认为既属于私法也属于“社会法”，如家庭法和财产法等。[21]

同时期的德国法学家 Otto von Gierke 也提出了一个相似的“社会法”（Sozialrecht）概念。Gierke 创制这个概念并非是因为受到 Roesler 的启发，研究的入手点也与 Roesler 并不相同。他是在对德国合作社法（Genossenschaftsrecht）的研究中，认为合作社法具有的是一种与对公法和私法的传统理解皆不完全一致的形式，因此设计了一个介于公法与私法之间的“社会法”领域，定义为“将作为个体的人类意志载体之间的关系作为公共事务加以规范的法律”，[22]如家庭法、社团法、教会法、社区法等。

Roesler 和 Gierke 几乎同时提出“社会-法”概念，反映出德国法学界普遍对当时的社会结构变化和因此出现的“社会问题”进行了思考，并试图以法律形式和内

---

[15] *Franz-Xaver Kaufmann*, Sozialpolitisches Denken – Die deutsche Tradition, S. 14ff.
[16] *L. H. Adolph Geck*, Über das Eindringen des Wortes „sozial“ in die deutsche Sprache, 1963.
[17] *Hermann Roesler*, Sociales Recht und Privatrecht, in: Berliner Revue 1870, S. 9.
[18] *Detlev Zöllner*, in: Köhler/Zacher (Hrsg.), Ein Jahrhundert Sozialversicherung, Berlin, 1981, S. 61ff.
[19] *Hermann Roesler,* Volkswirtschaftstheorie, S. 280.
[20] *Roesler,* Über die Grundlehren der von Adam Smith begründeten Volkswirtschaftstheorie, Ein Beitrag zur Rechtsphilosophie, 2. Aufl., 1868, S. 264.
[21] *Roesler,* Deutsches Verwaltungsrecht, 1872.
[22] *Gierke*, Deutsches Privatrecht, Bd. I, 1895, S. 26.

容上的创新对社会整合发挥作用。实际上，通过立法解决当时最为严重的“社会问题” — 即劳工问题 — 也的确是当时乃至以后的迫切要求。但是 Roesler 和 Gierke 的社会法概念并未获得学术界的广泛认可。[23]大多数学者仍认为，法律本身就是一种社会现象，以是否具有“社会”性来进行区分，实际上并无法界定法律领域的边界；传统的公法私法的划分方式，也并未因社会结构的变化而失去其适用性。因此，这个概念出现之后，在社会政策学说的影响下逐渐缩小范畴，最终落实为用来解决劳工问题的法律部门。

2. 劳动法与社会法的混同阶段

虽然“第三法域”理论并未动摇传统的公法私法二分法，但在对劳工立法进行归类时，也的确一度出现了混乱状况，主要表现为“社会法”和“劳动法”概念的混同。与 Roesler 和 Gierke 的“社会法”相比，二十世纪初期的“社会法”概念外延缩小，人们倾向于认为“社会法”与社会政策的范畴基本重合，也即是包括了现代意义上的劳动法与社会保险法。公法性质的社会保险法早期主要是针对劳工的社会保险，所以也被认为是劳动法的一部分，劳动法中新出现的劳动保护法具有的也是公法属性。因此当时较为普遍的看法是：“劳动法”或“社会法”中既有公法性质的也有私法性质的内容，它们因建立在共同的客观事实要件上而不可分割，所以应被集合在同一个法律部门中加以规范。[24]至于是称为“社会法”还是“劳动法”，则并无一定之规。如 Kaskel 将“社会法”定义为“为从属性有薪劳动者制定，以改善其经济与社会状况的特别法”，分为四个部分：“社会”保险法、“社会”保护法、“社会”合同法和“社会”组织法。[25]从这个定义可以看出，Kaskel 所认为的“社会法”包括了现代劳动法和社会保障法的主要内容。Sinzheimer 则把劳动法定义为“整体规范雇佣劳动者的各种关系的法律”，[26]包括了所有与雇佣劳动者相关的法律，如劳动合同法、结社法、失业救济、劳工保险、劳资协议等。[27]总的说来，当时“劳动法”和“社会法”概念之间并无清晰的边界，常被作为近义词使用，但劳动法通常被采用得更多，如 Kaskel 后期更常用劳动法指称这一领域。

3.劳动法与社会法的分离

在德国，劳动法与社会法的分离，很大程度上是由二战后的立法进程所决定的。1949 年，联邦德国基本法第 74 条第 12 项仍然将社会保险视为劳动法的一部分：“劳动法，包括了企业宪章、劳动保护、劳动中介及包含了失业保险的社会保险。”然而在第 96 条关于审判权的规定中开始有所区分：“联邦应设立一般

[23] *Schmid*, Sozialrecht und Recht der sozialen Sicherheit, S.68ff.
[24] *Walter Kaskel*, Arbeitsrecht, Berlin, 1925, S. 3.
[25] *Walter Kaskel*, Begriff und Gegenstand des Sozialrechts als Rechtsdisziplin und Lehrfach, in: Deutsche Juristen-Zeitung, 1918, S. 541ff.
[26] *Hugo Sinzheimer*,Grundzüge des Arbietsrechts, 1927, S. 3ff.
[27] *Sinzheimer*,Grundzüge des Arbietsrechts, S. 6.

审判权、行政审判权、财税审判权、劳动与社会审判权”。“劳动与社会审判权”是形成一个共同的审判体系还是两个独立的审判体系，在本条中的表述并不清晰，但随着 1953 年劳动法院法和社会法院法的制定，劳动法院与社会法院成为各自独立的审判机构，劳动法与社会法也正式分离。由于社会法院属于特殊的行政法院，因此自 1960 年代开始，社会法逐渐被定位于公法性质的“特殊行政法”。

1950 年代德国法学界仍有观点认为，劳动法与社会保险法的密切结合是势所必然，[28]然而在之后的讨论中，主流观点逐渐倾向于不再强调劳动法与社会保险法的整体性，而是开始着重讨论“广义社会法”与“狭义社会法”的区分。自 1960 年代末起，意见逐渐趋向于统一。Wertenbruch 认为广义社会法是指介于公法与私法之间的法律，既包括了私法性质的机制如劳动法，也包括了行政法性质的国家福利措施，狭义社会法则专指“通过社会福利待遇提供公共服务”，因此亦被称为“社会福利行政法（Soziales Verwaltungsrecht）”；[29]Bogs 把社会法定义为“规范公共福利待遇及其机构的法律”；[30]Wannagat 则认为社会法是一种新的公法形式，其核心领域是社会保险法、救济法、公共福利法等。[31]

1970 年代开始的社会法典编纂工作，使得实用主义的社会法概念完全占据了上风。1973 年，Wannagat 主张将“社会法”理解为“社会法典中规定的法律”。他认为社会法典所规范的应是公法性质的社会福利待遇制度，其目的是平衡社会利益冲突，为所有人尤其是弱势者创造平等机会和有人类尊严的生活条件。[32]Wertenbruch 持相似的观点，他把社会法定义为“立法者认为是社会法及考虑作为社会法的法律”，并将这个概念称之为“形式的社会法概念”。[33]这种观点获得了大多数人的支持，但也有学者试图从社会法的功能和类型入手定义社会法概念。Zacher 认为,既然社会法概念具有无法消除的多重性，那么就有必要理解与接受这种多重性。他把“社会法”概念的各种理解划分为四个层次。第一个层次也即最普遍的理解是“实用主义的社会法”，即德国社会法典中所规定的内容；第二个层次是“社会政策的社会法”，在这一层次上，社会法被认为是由国家社会政策所决定的法律,因此劳动法也是“社会法”的组成部分；第三个层次是“实证主义的社会法”，是指对经济与服务保障、通过集体满足个人生存和平等发展的期望以及如何实现这些期望的整体性规定；最后一个层次更为抽象，它是指社会法概念的持续深化，是对法律所遇到的新挑战的持续回应，是用以应对挑战的原则与实质领域。[34]

---

[28] *Viktor Weidner,* Zur Rechtssprechung des Bundessozialgerichts, in: Juristen-Zeitung, 1959, S. 700ff.
[29] *Wilhelm Wertenbruch*, Begriff und Bedeutung des Sozialrechts, 1968; Sozialrecht und allgemeines Verwaltungsrecht, 1969.
[30] *Walter Bogs*, Sozialenquete, Soziale Sicherung in der Bundesrepublik Deutschland, Stuttgart, 1966.
[31] *Georg Wannagat,* Sozialrecht im sozialen Rechtsstaat, in: Sozialrecht und Sozialpolitik, Festschrift für Kurt Jantz, Stuttgart 1968, S. 55ff.
[32] *Georg Wannagat,* in: Sozialgesetzbuch, 1973.
[33] *Wertenbruch*, Sozialverwaltungsrecht, in: Besonderes Verwaltungsrecht, 1976, S. 333ff.
[34] *Zacher*, Was ist Sozialrecht, in: Sozialrecht in Wissenschaft und Praxis, 1978.

目前德国普遍采用的是实用主义社会法概念。作为为执行国家的福利社会政策目标而建立起来的特殊行政法部门，社会法完全属于公法领域，对此也早已不存争议。社会法的特殊作用在于实现有人类尊严的生活、满足社会参与及对一般性社会风险的防御。[35]社会法通过其所承担的特殊任务，把自己与一般行政法和私法都明显区别了开来。劳动法虽然也深受国家社会政策影响，但因在德国具有深刻的民法渊源，其核心部分仍属于私法范畴。[36]如今普遍的观点是：公法性内容的加入并不会导致私法性质的法律成为"第三法域"。实际上，公法性规范侵入私法领域的情况并非只发生在劳动法，"社会主义小油滴"[37]浸透了德国民法中的许多领域，已是公认的事实，然而这并不导致其基本性质的改变。[38]

（二）"社会法"词义辨析

与德国社会法概念的多重性相对应的是"sozial"一词在词义上的丰富性。"sozial"这个形容词通常如英语中的"social"一样，在汉语中被译为"社会的"，但是，"sozial"并不完全等同于英语的"social"，同样也不完全等同于汉语中的"社会的"。它已在德语中分化出了多个层次，具有更为丰富的含义，在进行讨论时，必须首先解释它的确切含义，否则很容易产生误解。[39]

"social"和"sozial"皆来自于拉丁语"socialis"，"socialis"的名词形式是"societas"，表达的是许多人共同行动或共同生活的状况。它们在法语和英语中分别发展成了"social/societé"和"social/society"。这个词从法语进入德语后，与德语中的"Gesellschaft/gesellschaftlich（社会/社会的）"出现了重叠：名词保持了原有的德语形式"Gesellschaft"，形容词则同时接纳了拉丁语形式"sozial"。"sozial"的一般性含义等同于"gesellschaftlich"，但它逐渐发展出批判性和规范性的内涵，与当时的主要"社会问题"之间产生了紧密的关联。[40]

1980 年代以来，为了阐明"Sozialrecht"的确切内涵，Zacher 多次对"sozial"的词义进行细分：它的第一层含义是"与社会普遍相关的"；第二层含义是"集体的一般性义务"；第三层含义是"对不合理的生活水平差距的批判"。[41]2013 年，Zacher 再次对中国读者阐释了他对"sozial"概念的深化认识[42]：它在第一个意义层

---

[35] *Zacher*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts (HStR) Bd. 2, 3. Aufl. 2004, S. 659, 678 (Rdnr. 2); *Atkinson*, Poverty and Social Security, 1989, S. 100.
[36] *Becker,* Sozialrecht und Sozialrechtswissenschaft, in: Zeitschrift für öffentliches Recht, 12/2010.
[37] *Gierke*, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, 1889, S. 13.
[38] *Becker,* Sozialrecht und Sozialrechtswissenschaft, in: Zeitschrift für öffentliches Recht, 12/2010.
[39] *Kaufmann*, Sozialpolitisches Denken – Die deutsche Tradition, 2003. S. 14ff.; *Felix Schmid,* Sozialrecht und Recht der sozialen Sicherheit – Die Begriffsbildung in Deutschland, Frankreich und der Schwerz, 1981, Berlin; *Zacher*, Das „Soziale" als Begriff des deutschen und europäischen, in: Das Soziale in der Alterssicherung : Jahrestagung 2005 des Forschungsnetzwerkes Alterssicherung (FNA), 2005.
[40] *Kaufmann*, Sozialpolitisches Denken – Die deutsche Tradition, S. 22.
[41] *Zacher,* Grundtypen des Sozialrechts, in: Fünst/Walther/Herzog/Roman/Umbach/Dieter C.(Hrsg.), „Festschrift für Wolfgang Zeidler", Bd. 1, Verlag Walter de Gruyter, 1987; Juridification in the field of social law, in: *Gunther Teubner* (Hrsg.), "Juridification of social spheres.", Berlin, 1987; Entwicklung einer Dogmatik des Sozialrechtes, in: *Fiat iustitia*, Recht als Aufgabe der Vernunft, Wallerath "Festschrift für Peter Krause zum 70. Geburtstag".
[42] *Zacher*, 《福利社会的欧洲设计》，北京大学出版社，2014，第 14-17 页。

面上服务于对现象的描述与理解，也即等同于一般性的形容词"'gesellschaftlich'（社会的）"；在第二个层面上服务于价值判断和规范，用来区分社会领域中的"正确的"、"错误的"、"好的"和"坏的"事物。"正确的"和"好的"社会就被称之为"sozial"社会。第三个层面指的则是对不合理的不平等生活条件的批判，以及将这种不平等向着"更多平等"方向修正的要求。在社会政策与社会法领域，采用的是它的第三层意义，并常与其他相关名词组合在一起使用，如"soziale Frage"、"Sozialstaat"、"Sozialpolitik"等。

国内及台湾学者大多将上述名词译为"社会问题"、"社会国"、"社会政策"，这种译法是不确切的。这里适用的皆为狭义的、批判性和政治性的第三层含义，因此确切的译法应该是"福利社会问题"、"福利社会国家"、"福利社会政策"，例如，"Sozialstaat"与英语中的"welfare state（福利国家）"基本同义。"社会法"也属于这种情况。此外，德语中还经常采用一个与"Sozialrecht"等义的概念"Sozialleistungsrecht"，可译为"社会福利法"或"社会福利待遇法"，基本等同于我们所常用的"社会保障法"。这也说明，德国现代"社会法"概念并非是广义的"与社会相关的法"，而是"与福利状况相关的法律"。

国内在社会法范畴研究中出现的争论，与"社会法"这种翻译的不确切应有一定关系。对"社会法"的理解，普遍存在着望文生义而偏离其真实含义的问题。相似的情况还有"社会保障"等概念。由于中文译义与原始含义不能完全对应，导致了理解上的歧义，甚而影响到了研究的正确方向。从词语的所来处寻找正确的解答，对这些关键性词语做出清晰辨析，应是我国社会法学科建设基础工作的重要部分。

三、"社会法"的中国定位

（一）劳动法与社会保障法的发展趋势

社会法概念使用中的混乱状况，并非只发生在中国。实际上，在许多国家，社会法与劳动法的关系都表现得混淆不清，有的把社会法认为是劳动法的组成部分，也有把劳动法视为社会法一部分的，或者认为社会法与劳动法共同组成一个法律部门。[43]这主要是由于"劳工问题"与"福利社会问题"在历史上的紧密联系造成的：社会法的重要发端 — 社会保险 — 最初是国家为缓解劳工生存困境采取的干预手段。雇佣劳动者就业是强制性社会保险缴费的前提条件，社会保险法与劳动法之间的联系主要表现在一是适用同样的事实构成要件；二是存在功能上和机制上的紧密衔接。[44]社会保险迄今仍是雇佣劳动者生活保障的重要措施，但在社会保障制度获得充分发展的国家，社会保险扩张至雇佣劳动者之外的全体社会

[43] *v. Maydell*, Das Sozialrecht und seine Stellung im Gesamtsystem, in: *ders./Ruland/Becker* (Hrsg.), Sozialrechtshandbuch (SRH), 4. Aufl. 2008, § 1, Rdnr. 4.
[44] *Boecken*, Sozialrechtslehre und Privatrecht, SDSRV 47 (2000), S. 61, 66 ff.

成员，以及其他福利制度如社会促进、社会救助的迅速发展，已使得社会保障与劳动关系的联系日益弱化，社会法的独立内核日益凸显，同时法律的实用性要求使得同质度较弱的边缘性规范逐渐被剥离出去，直至社会法和劳动法各自形成独立的法律部门。

劳动制度与社会保障制度分离的情况在我国也已发生。这种变化也体现在宪法的修改上：1982 年宪法与之前历部宪法在社会保障规定上的主要区别，是将“获得物质帮助权”的主体由“劳动者”修改为“公民”。1980 年代以来,国家启动经济制度的转型，社会保险制度最早是为了配合企业制度改革,以城镇职工强制性社会保险的形式出现，规定在劳动法中。但是，随着社会保障制度的发展，职工社会保险之外的新保障类型不断出现，使得与劳动关系相关的社会保险在整个社会保险制度中的比重降低。同时劳动法自身也随着《劳动合同法》的颁布具有了更强的私法性质，越来越多被认为应归于民法一类。

对比他国的社会法概念发展史,产生以下疑问：从目前的趋势来看，我们移植而来的“社会法”概念，是否会像它在其起源地德国的经历一样，最终与劳动法分道扬镳，而与“社会保障法”划上等号？或者另一种可能性：如果我国经济制度中的社会主义成分仍然能保持相对强势的地位，劳动法也能继续保持较强的行政法特征，那么是否目前这个官方界定的，包含了劳动法与社会保障法、具有较多行政法内容的“社会法”概念可以一直延续下去？还有一种可能性或许是：近几年，中央政府的社会政策有所调整，开始大力鼓励商业保险和私人资本参与社会保障事务。如果这种政策倾向得以长期持续，那么商业保险与慈善等私法行为是否会正式成为中国社会保障法的组成部分，最终形成一个具有较多私法性质的内容，从而更为驳杂的“社会法”部门？

(二)社会经济制度的决定作用

以上问题皆不是社会法本身能够回答的问题,也并不完全由国家的中长期社会政策所决定,而是最终取决于国家选择怎样的社会经济制度。对于当前的中国来说，也即是“社会主义”和“市场经济”如何结合、能否稳定结合的问题。如今，旧有的“社会主义福利国家”模式已不再适用，新的建立于“社会主义市场经济”基础上的福利国家模式尚未形成，学术界对“社会法”概念与范畴的争论，正是制度未定型期的表现。鉴于中国的伟大制度试验仍处于进行时,下结论尚为时过早。但是，在这样的历史背景下讨论中国“社会法”的范畴，显然不能仅囿于“第三法域”和“法律部门”之争，而应放宽视野，对我国福利国家制度的整体发展趋势予以更多关注。

社会法在西方的经历也许可以作为镜鉴：资本主义世界中的各国，对自由与平等关系的理解也是各有侧重的，因而产生了不同的福利国家类型。在自由资本

主义盛行的国家，如美国，由于强调自由市场经济而导致对社会平等的忽视，因而产生出“残缺”[45]的社会政策与社会法，其发展程度尚不足以形成独立的法律部门。在既重视国家干预又重视自由市场的国家，如德国，“市场经济”所代表的自由权和“福利社会”所代表的平等权的相互制约与平衡，催生出“福利社会市场经济”制度，而劳动市场和社会福利领域的各自充分发展，也使得劳动法和社会法承担的任务与实现方式的特性越来越边界分明，从而最终各成体系。

我国的情况是：“社会主义市场经济”理应比“福利社会市场经济”包含更多的平等权内容，因为社会主义制度本身即是“sozial”的最大化发展。[46]这在计划经济时期表现得十分突出：计划经济下的劳动用工制度具有强烈的“福利”色彩，劳动权更多意味着“获得劳动机会权”，而“劳动自由权（择业自由和用工自由）”的成分较少。这从我国宪法对劳动权的表述中即能清晰得出。在这种制度下，劳动法与社会保障法无法进行清晰的区分，是由于“劳动”几乎不具备“市场”性。当前，劳动用工因“市场经济”而获得了私法性质，并以劳动合同法的颁布而形成了完整的劳动法律领域，其主要功能在于调整劳动关系，规范劳动市场，也即服务于劳动自由权的实现。另一方面，曾是劳动法一部分的社会保险法，其覆盖范围因雇佣劳动者之外其他人群的加入，实际上已从劳动法中分离出去，成为社会保障法的重要组成部分。同时，“社会主义”的内在性质，要求国家必须为人民提供全面的（即便不是十分充分的）福利保障，社会保障必然是全覆盖的完整制度而不是残缺型福利制度，因此，社会保障法虽然尚未完善，但是已经以社会权为基础搭建了完整的体系框架，具备了形成独立法律部门的条件。

综上所述，我国的劳动法和社会保障法，在权利体现、调整对象、承担任务乃至法律属性上都有很大的不同，且各自独立的倾向日益明显。将其集合在一个存在诸多解读方式的“社会法”概念之下，对于官方性质的法律部门划分来说，由于历史的原因，也许并无不可。然而对于学术研究和学科建设来说，这种定位虽然已经比“作为法律理念的社会法”要实在很多，但由于这两个法律领域的基本权利出发点的不同，并无法整合出一个总括性的体系框架。

四、结语

比较建国以来历部宪法对劳动权和社会保障权的表述，82 宪法第四十五条将之前的“劳动者有获得物质帮助的权利”修改为“公民有从国家和社会获得物质帮助的权利”，似乎已经预示了劳动法与社会保障法的分离。将劳动法与社会保障法整合于一个“社会法”概念下的意图，也因其各自法律属性的差异，而缺乏充

[45] *Zacher*, 《福利社会的欧洲设计》，第 40 页。
[46] *Zacher*, 《福利社会的欧洲设计》，第 17 页。

足的论据和高度的认同。至于把“社会法”等同于公法私法之外或者跨越公法私法的“第三法域”的观点，则是一种陈旧的争论，早已被最早提出这种设想的德国法学所抛弃。中国的“社会法”研究，由于既对本国法律传统立足不深，也对概念的来龙去脉研究不透，而使自己陷入了困境。

笔者的观点是，在学术研究领域，要么索性放弃这个本身即存在太多误解与歧义的“社会法”概念，要么如德国法学界一样，落实在“社会法”的狭义理解，即专指社会保障法。因为一个跨越公法私法的庞杂“社会法”领域，在理论基础和体系框架建设上都存在难以克服的困难，在市场经济背景下也不具备形成一个统一司法权的可能性。这一点，已被德国劳动法院和社会法院的发展所证实。

参考文献

1. *Atkinson*, Poverty and Social Security, 1989

2. *Becker,* Sozialrecht und Sozialrechtswissenschaft, in: Zeitschrift für öffentliches Recht, Vol. 65. 2010

3. *Boecken*, Sozialrechtslehre und Privatrecht, SDSRV 47 (2000)

4. *Bogs,* Sozialenquete, Soziale Sicherung in der Bundesrepublik Deutschland, Stuttgart, 1966

5. *Eichenhofer*, Sozialrecht, Türbingen, 2007

6. *Geck,* Über das Eindringen des Wortes „sozial“ in die deutsche Sprache, 1963.

7. *Gierke,* Die soziale Aufgabe des Privatrechts, 1889

8. *Gierke,* Deutsches Privatrecht, Bd. I, 1895

9. *Kaufmann,* Sozialpolitisches Denken – Die deutsche Tradition, 2003.

10. *Kaskel,* Begriff und Gegenstand des Sozialrechts als Rechtsdisziplin und Lehrfach, in: Deutsche Juristen-Zeitung, 1918

11.*Kaskel,* Arbeitsrecht, Berlin, 1925

12. *v. Maydell,* Das Sozialrecht und seine Stellung im Gesamtsystem, in: Sozialrechtshandbuch (SRH), 4. Aufl. 2008

13. *Rauscher,* Die soziale Rechtsidee und die Überwindung des wirtschaftsliberalen Denkens, 1969

14. *Roesler,* Über die Grundlehren der von Adam Smith begründeten Volkswirtschaftstheorie, Ein Beitrag zur Rechtsphilosophie, 2. Aufl., 1868

15. *Roesler,* Sociales Recht und Privatrecht, in: Berliner Revue 1870
Roesler, Deutsches Verwaltungsrecht, 1872.

16. *Schmid,* Sozialrecht und Recht der sozialen Sicherheit – Die Begriffsbildung in Deutschland, Frankreich und der Schwerz, Berlin, 1981

17. *Sinzheimer,*Grundzüge des Arbietsrechts, 1927

18. *Stolleis*, Geschichte des Sozialrechts in Deutschland, 2003

19. *Wannagat,* Sozialrecht im sozialen Rechtsstaat, in: Sozialrecht und Sozialpolitik, Festschrift

für Kurt Jantz, Stuttgart 1968
20. *Wannagat,* in: Sozialgesetzbuch, 1973
21. *Weidner,* Zur Rechtssprechung des Bundessozialgerichts, in: Juristen-Zeitung, 1959
22. *Wertenbruch*, Begriff und Bedeutung des Sozialrechts, 1968
23. *Wertenbruch*, Sozialrecht und allgemeines Verwaltungsrecht, 1969
24. *Wertenbruch,* Sozialverwaltungsrecht, in: Besonderes Verwaltungsrecht, 1976
25. *Zacher,* Was ist Sozialrecht, in: Sozialrecht in Wissenschaft und Praxis, 1978
26. *Zacher,* Grundtypen des Sozialrechts, in: „Festschrift für Wolfgang Zeidler“, Bd. 1,1987
27. *Zacher,* Juridification in the field of social law, in: “Juridification of social spheres.”Berlin, 1987
28. *Zacher*, in: Handbuch des Staatsrechts (HStR) Bd. 2, 3. Aufl. 2004
29. *Zacher,* Das „Soziale“ als Begriff des deutschen und europäischen, in: Das Soziale in der Alterssicherung : Jahrestagung 2005 des Forschungsnetzwerkes Alterssicherung (FNA), 2005
30. *Zacher,* Entwicklung einer Dogmatik des Sozialrechtes , in: Recht als Aufgabe der Vernunft, Wallerath “Festschrift für Peter Krause zum 70. Geburtstag“
31. *Zacher,* 《福利社会的欧洲设计》，北京大学出版社，2014
32. *Zöllner,* in: Köhler/Zacher (Hrsg.), Ein Jahrhundert Sozialversicherung, Berlin, 1981
33. 董保华、郑少华：《社会法 — 对第三法域的探索》，《华东政法学院学报》，1999. 1
34. 董保华，《试析社会法的调整模式 — 对第三法域的探索》，西南政法大学学报，2000.2
35. 董保华，《社会法原论》，2001
36. 董保华，《“广义社会法”与“中义社会法”— 兼与郑尚元、谢增毅先生商榷》，《东方法学》，2013. 3
37. 董保华，《社会法研究中的法律部门与“法律理念”的关系 — 兼与冯彦君先生商榷》，《法学》2014. 2
38. 冯彦君：《中国特色社会主义社会法学理论研究》，《当代法学》，2013. 3
39. 林嘉：《论社会保障法的社会法本质—兼论劳动法与社会保障法的关系》，《法学家》，2002. 1
40. 王为农，吴谦，《社会法的基本问题：概念与特征》，《财经问题研究》，2002.11
41. 王全兴，管斌，《经济法与社会法关系初探》，《现代法学》，2003.4，Vol. 25, No. 2
42. 王全兴，《社会法学研究应当吸取经济法学研究的教训》，《浙江学刊》，2004. 1
43. 谢增毅，《社会法的概念、本质和定位：域外经验与本土资源》，《学习与探索》，2006. 9
44. 郑尚元，《社会法的定位与未来》，《中国法学》，2003. 5
45. 郑尚元，《社会法的存在与社会法理论探索》，《法律科学》，2003. 3
46. 郑尚元，《社会法语境与法律社会化 — 社会法的再解释》，《清华法学》，2008，Vol.2, No.3
47. 中国社会科学院法学所课题组，《建立社会主义市场经济法律体系的理论思考和对策建议》，《法学研究》，1993. 6
48. 竺效，《“社会法”概念考析——兼议我国学术界关于社会法语词之使用》，《法律适用》，2004. 3

法治社会建设中的“社会法之治”[1]

胡蚯蚓*

摘　要：法治社会语境下的社会法应是涵盖典型社会法和“社会性法”的广义社会法体系，它在我国法治社会建设中具有不可替代的工具价值，包括改善民生、实现社会公平、推动社会管理创新、引导公民遵纪守法以及促进经济增长方式转变。同时，中国社会法在立法、执法、司法救济等方面存有诸多缺陷，必须认真反思，努力重构，否则将阻碍其自身在法治社会建设中发挥应有的功能。

关键词：法治社会建设；社会法；立法；　执法；　司法救济

法令行则国治，法令弛则国乱。[2]历史经验证明，法治是人类社会迄今为止所创造的最佳治理方式。放眼经济、社会快速转型的当代中国，协调与失衡同在，进步与流弊共生。唯有依法治国，方能固本安民。大力推进法治建设的当局中央政府将法治的内涵创造性地拓展为“法治国家”、“法治政府”和“法治社会”三个层面。其中，法治社会建设致力于建立全体社会成员自觉遵纪守法的有序社会状态，“在法治轨道上统筹社会力量、平衡社会利益、调节社会关系、规范社会行为，依靠法治解决各种社会矛盾和问题”。[3]这样的价值目标和战略择定与旨在解决社会问题的社会法之间存在着诸多方面的契合。后者作为中国特色社会主义法律体系的重要组成部分，在过去的十几年间于实践与理论双重维度获得了值得肯定的发展。然而，一个无法回避的残酷事实是，我国在该领域现有的法律制度之完善性和成熟度尚低，远不足以搭建起覆盖各项社会事业的法律构架或法治社会所应具有的运行机制。笔者认为，在当前举国上下全面开展法治社会建设的大背景下，两个紧密相关的问题值得被审视，即社会法何以成为“治”的工具，以及中国社会法自身之“治”。两个“治”的含义显然不同，前者是治国、治世，后者是修治、医治。回答前一个问题将有助于厘清社会法在法治社会建设中承担的使命，从而促使立法、司法、执法机关、学术界以及广大人民群众认真对待社会法。后一个问题则重在反思我国目前在社会法立法、执法以及权利救济方面存在的障碍和问题，为社会法今后的发展、完善明确方向，使之在法治社会建设中发挥应有的功效。本文在简要分析法治社会语境下社会法之合理外延的基础上，试图对上述两个问题做出初步探讨，望各位学术前辈不吝指正。

---

*胡蚯蚓（1987- ），女，中国国家公派留学生，荷兰莱顿大学法学院社会法学博士在读。

1 本文参评 2015 年社会法年会青年优秀论文。

2 语出我国东汉政论家、思想家王符之著作《潜夫论》。

3 魏礼群：《法治社会建设的六大特征》，载光明网：http://theory.gmw.cn/2015-05/17/content_15692207.htm

一．社会法在法治社会语境下应作广义理解

学界对社会法所涵盖的内容历来存有争议，主要可分为狭义、中义和广义三种学说。狭义社会法一般仅指劳动法和社会保障法；中义社会法是“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关系的总和，”[4]因而包括劳动法、社会保障法、妇女权益保障法、未成年人保护法、残疾人保护法等；广义说认为应当跳出“学术领地”思维，建立广义社会法体系，除了上述中义社会法所包含的法律规范外，社会法还应包括经济法、行政法中的“社会性法”，如消费者权益保护法、反垄断法、环境保护法等。[5]狭义说的范围过窄，无法适应不断发展的社会现实，因而鲜被我国社会法学者采纳。争议主要存在于中义说和广义说之间。笔者认为，在当前法治社会建设的语境下，应对社会法作广义理解。

首先，法治社会建设具有全面性，即对经济、政治、文化、社会、生态等多方面厉行法治。[6]抛开环境、消费、教育等关乎国计民生的大问题去谈生存权保障、谈社会治理、谈公平正义难免流于狭隘和片面，无法全面揭示社会法对法治社会建设的价值。其次，社会法存在的意义在于保护弱者，解决社会问题。然而对于“哪些弱者是社会法的保护对象”以及“哪些社会问题由社会法解决”，并没有明确的评判标准。如果劳动者、贫困者、残疾人、未成年人、妇女是弱者，那消费者和生活环境被污染的群众又何尝不是？既然劳工问题、济贫问题、特殊群体保护问题是社会问题，那同样困扰公众的环境问题、消费者问题又何以被排除在外？面对这些疑问，中义说并不能给出有力的回应。于是，不同中义说学者眼中的社会法所涵盖的内容可能大相径庭，用冯彦君先生的话就是，“社会法成为一个极具弹性的‘菜篮子’，只要是菜，至于往里面装什么，则取决于选择者的认识与偏好。”[7]广义说可以避免因认知差异而造成的社会法内涵上的随意性。但更重要的是，主张广义社会法并不是为了解释公法和私法之外的“第三法域”，[8]或为经济法学寻求具有解释力的研究进路，[9]而是为具有内在相似性并逐渐交融的社会问题寻求“整体解决方案”[10]。换句话说，并非所有兼具公私法属性的法律或所有经济法都属于社会法，被捆绑在广义社会法体系中的法律应当具有相似的内在理念。消费者保护法、环境保护法等“社会性法”企图保护弱势自然人的人身、财产权利免受强势法人的侵害，这一点与劳动法并无本质区别。而自然人身份的多重性使劳动者保护、消费者保护、环境保护、特殊群体保护等问题相互交织，彼

[4]林嘉：《社会法在构建和谐社会中的使命》，载《法学家》2007 年第 2 期。
[5]参见董保华：《社会法研究中“法律部门”与“法律理念”的关系--兼与冯彦君先生商榷》，载《法学》2014 年第 2 期。
[6]同前注 2，魏礼群文。
[7]冯彦君：《中国特色社会主义社会法学理论研究》，载《当代法学》2013 年第 3 期。
[8]参见郑少华：《社会经济法散论》，载李昌麒主编：《中国经济法治的反思与前瞻》（2000 年全国经济法学理论研讨会论文精选），法律出版社，2001：第 367-369 页。
[9]单飞跃：《经济法理念与范畴的解析》，中国检察出版社，2002：第 124 页。
[10]同前注 4，董保华文。

此重叠，共同构成了对自然人基本生活权利的完整保障。因而，没有必要为了遵循传统学术划界而强行将上述“社会性法”从社会法体系中抽离。最后，多数中义说学者批判广义社会法的主要依据是其有悖第九届全国人大第四次会议对我国法律体系的七大部门划分。但是，该届人大常委会工作报告的表述是：“构成有中国特色社会主义法律体系的基本标志是；第一，涵盖各个方面的法律部门(或法律门类)应当齐全。”[11]这说明，所谓的七大部门并非都是严格依据法律调整对象和调整方法划分的狭义法律部门，其中的民商法、经济法、社会法和程序法事实上都是有独特调整对象的狭义法律部门之上位概念，属于广义法律门类。[12]因此，按照法律理念相似性建立起的广义社会法体系虽然包含调整对象、调整方法互不相同的法律，但是与官方划分并不违背。

因此，本文所指的社会法是指广义社会法体系，主要包括劳动法、社会保障法、特殊群体保护法以及其他法律部门（门类）中具有“社会法品格”，发挥“社会法功能”的非典型社会法，如义务教育法、消费者权益保护法、环境保护法、反垄断法等。

二．社会法在法治社会建设中将成善事利器

工欲善其事，必先利其器。法治社会建设是一项宏大的历史性工程，其成功有赖于正确的路径选择和全面的制度安排。当前，这项工程面临的主要阶段性任务包括改善整个社会的民生状况，保障社会成员均衡发展，推动社会管理机制创新，引导全体社会成员遵纪守法以及促进经济全面、协调、可持续发展。[13]对于这些任务的完成，社会法具有不可替代的工具价值。

（一）回应百姓需求，关切民生点滴

哲学家康德早就提出，人是目的，而非手段。[14]就我国而言，无论发展社会主义市场经济，还是建设社会主义法治国家，其最终目的都是为人民群众谋取利益，创造福祉。近几十年来，中国经济的快速腾飞使我国人民的总体生活水平相比改革开放以前有了较大改善，然而，庞大的人口规模决定了我国人均财富量仍然处于较低水平，且由于社会发展极不均衡，绝大部分社会财富被少数人控制或占有，贫富差距的鸿沟日益加深。于是，有相当一部分人民群众仍在为温饱、教育等基本生存发展条件而挣扎；而对于其他或许已经“衣食无忧”的亿万百姓而言，生活仍然面临着医疗卫生、教育、环境、住房、就业、文化发展等诸多方面的困难和压力。因此，改善矛盾交叠的民生状况是当前我国社会发展面临的紧迫任务，也是法治社会建设实践中必须集中精力攻克的一大难题。

[11]《全国人民代表大会常务委员会工作报告》，《人民日报》2001 年 3 月 20 日第 1～2 版。
[12]同前注 4，董保华文。
[13]参见喻中：《法治社会建设在现阶段的任务》，载《新视野》2014 年第 4 期。
[14]参见[德] 伊曼努尔•康德：《道德形而上学的奠基》，李秋零译，中国人民大学出版社，2013。

社会法对改善民生具有重要意义。首先，其关注点包含公民生活的方方面面，从城乡差别到贫富分化，从下岗失业到劳动保护，从性别歧视到社会保险，从安全生产到贫困救助……可以说，社会法以保障生存权和发展权所蕴含的广泛物质法益及精神法益为己任，旨在维护“人作为人”所应当享有的体面生存、和谐发展的权利。[15]同时，改善民生是广大人民群众最迫切的愿望，亦是社会最深层的需求。在各类法律规范中，以解决社会问题为宗旨的社会法最正面、最直接地回应着这种愿望和需求，将宪法上维护人之自由、尊严的抽象目标宣言落实为具体可行的制度。既通过扶危济困防止和消除部分社会成员的绝对贫困和边缘化--“授人以鱼”，又注重帮助、鼓励社会成员积极就业和创业，靠自己的辛勤劳动收获财富和幸福--“授人以渔”。总之，一个完善、成熟的社会法体系往往可以从多个层次改善民生状况，为社会成员的生存和发展提供多样化的选择、服务和保障，以实现各得其所。

（二）追求实质正义，促进社会公平

市场经济体制下的立法保障市场主体独立做出经济决策的自由和在进入市场、获得收入、参与竞争等方面的平等机会。然而，社会成员之间存在种种客观差异，一味强调形式上的正义和抽象的平等自由在许多时候会造成实质上的不平等和不自由。正如罗尔斯所言，“即使在秩序良好的社会里，我们的人生前景也深受社会偶然性、自然偶然性和幸运偶然性的影响，以及受基本结构(及其不平等)使用这些偶然性来满足社会需要之方式的影响。……如果我们忽视人生前景中产生于这些偶然性的不平等，让这些不平等自动地发挥作用，而没有能够建立起保证背景正义所必需的规则，那么就不能建立一种公平的社会合作体系。”[16]因此，一个追求公平正义的社会既要平等分配基本权利义务并保障机会均等，又有必要通过社会和经济上不平等的制度安排使处于最劣势地位的社会成员受益最大。[17]

社会法正是凭借倾斜保护和平衡协调的制度机能，在一定程度上避免形式正义与实质正义相互分离的法律。换句话说，为矫正“强势公平”造成的强弱加剧、社会矛盾加深等弊端，社会法区别对待强者和弱者，以实现社会的整体平衡。[18]以劳动法为例，通过构建完整的劳动权利体系（以及一系列配套措施），它在制度上保障处于弱势地位的劳动者能够真正自主择业，并在平等的地位之上与处于优势地位的雇佣者缔结公平的劳动合同。而在劳动关系开始以后，被侵权的劳动者可以诉诸多种法律途径，使劳动权利得到救济。尤其是集体劳权（包括参加和组织工会,集体谈判或协商、民主管理、社会对话等权利）的设立，有效弥补了

[15]参见冯彦君：《为社会法注入发展理念》，载《中国社会科学报》2013 年 2 月 22 日 A04 版。
[16][美]约翰·罗尔斯：《作为公平的正义——正义新论》，姚大志译，上海三联书店，2002：第 85、89 页。
[17]参见[美]约翰·罗尔斯:《正义论》，何怀宏等译，中国社会科学出版社，1988：第 12 页。
[18]同前注 3，林嘉文。

劳资双方在能力、地位上的悬殊，在强弱之间建立起既合作又制衡的平等博弈机制，对双方形成公平交易、互利共赢的和谐劳动关系具有重要影响。与此类似，为防止经营者利用其市场优势地位侵害弱势消费者的权益，《消费者权益保护法》作出了诸多偏向消费者一方的规定，如惩罚性赔偿规则。而《残疾人保障法》、《未成年人保护法》、《妇女权益保障法》等其他社会法为特殊群体提供了优于一般人的保护，目的在于保障所有社会成员拥有平等的生存权、发展权，共同享受社会进步的成果，以实现自身的全面价值。

（三）多方面推动社会管理创新

首先，社会法一般包含相应的矛盾调处机制、利益协调机制和诉求表达机制，使社会弱势群体能够通过制度化、规范化的渠道主张和维护自身的合法权益。例如我国《劳动法》第十章、《妇女权益保障法》第八章、《消费者权益保护法》第六章、《环境保护法》第五章都涉及权利人在权益受到侵害时应当向何组织或机构、以何种方式反映情况、表达意见和维护权益。且不论这些规定的完善程度和实施情况，至少从理论意义上，它们的存在为权利人和有关组织理性表达诉求提供了制度支持，有助于社会裂痕的减少以及社会运行效率的提高。

其次，社会法法律规范一般会明确规定负有相关义务的国家机关及其工作人员的法律职责，以及当其有未履行职责、挪用公款、滥用职权、玩忽职守、徇私舞弊或其他违法行为时应当承担的法律责任。这类规定的意义在于敦促政府履行其社会管理职能和公共服务职能，从传统计划经济体制下的管制型政府向现代服务型政府的转变。

再次，为推进多层次多领域依法治理，我国法治社会建设的重要内容之一便是“还权于社会”，尊重和鼓励社会的自我之治。[19]对此，社会法的特殊贡献在于其对工会、消费者组织、环境保护组织、妇女组织等重要社会组织和团体的规范与引导作用。通过建立健全这些社会组织和团体参与社会事务、维护公共利益、救助特殊人群、预防违法犯罪的机制，使其充分发挥行业自律和专业服务功能，以及对其成员的行为导引、规则约束、权益维护作用。

最后，我国是一个职业病和安全生产事故频发的国家。尤其是煤矿、危险化学品、建筑施工、冶金、机械制造、民爆器材、烟花爆竹等行业往往成为职业病和安全生产事故“重灾区”。大面积发生的职业病和重大安全生产事故不仅仅侵害的是个体劳动者的生命健康安全，更有可能引起严重的社会动荡和恐慌。因此，健全安全生产方面的法律制度，强化监督管理，明确相关人员的职责和责任，建立长效的预警应急机制，无疑将推动我国安全生产形势实现好转，从而保障社会长治久安和人民安居乐业。

[19]我国目标建立的法治社会有别于学者提出的“社会法治国”形态。后者侧重于国家的“服务”、给付以及对社会成员的“生存照顾”的义务，但公权力在实质上仍保持着对社会的控制与支配，属于国家本位。参见江必新,王红霞：《法治社会建设论纲》，载《中国社会科学》2014 年第 1 期。

（四）引导社会成员遵纪守法

社会法本身作为具有约束力的行为规范，为社会法法律关系主体提供了行为指南。做事照法、遇事找法、解决问题靠法。社会法告诉“强者”要在不伤及“弱者”权益的前提下获取正当利益，告诉“弱者”通过合法途径救济自己的权利，告诉社会组织和团体用法律认可的方式参与社会事务、承担社会义务，同时也告诉享有职权的国家工作人员秉公执法、依法办事。各领域社会法的贯彻实施将使法治文化、法治精神在全体社会成员之间弘扬和传播。

另外，社会法通过保障人民群众生存、发展所必须的物质精神条件，增强其幸福感、安全感和成就感，使之成为法治的受益者，从而间接培养起全社会的法律信仰。相反，如果没有社会法构建起的“社会安全网”，处于生活窘境、承受着巨大经济或精神压力的人们就有可能出于报复社会或谋取生计的目的从事违法犯罪活动。以失业和犯罪的关系为例，有研究表明，我国犯罪率的上升和“第五次犯罪高峰”的产生与 2000 年左右出现的城市失业率跳升有关。[20]由于失业民工在当时没有被城市最低生活保障和其他社会保险覆盖，亦得不到相应的社会救助和失业培训，其脆弱无助往往滋生出较高的犯罪倾向。[21]另一个典型的例子就是农民工讨薪。由于欠缺书面劳动合同、农民工工资与工程款相挂钩、施工企业层层转包或违法分包，再加上有关执法部门不履行维权职责，我国有大量农民工的劳动报酬权被侵犯而得不到救济。于是，不少农民工被迫采取激烈的违法行为（如非法拘禁包工头、封堵道路、强拉电闸、燃烧厂房、破坏生产设备等）进行讨薪，以求权力部门和全社会的关注。[22]但“以违法对抗违法”的结果只能是两败俱伤，甚至是对整个社会秩序的破坏。

总之，社会法对引导和教育社会成员遵纪守法既有直接作用，又有间接影响。只有认真执行社会法，让人民群众的生存、发展权益获得切实尊重和保障，让社会充满公平正义，才能形成“法治社会人人有责、法治社会人人共享”[23]的生动局面。

（五）促进经济增长方式的转变

传统理论研究侧重发掘社会法在保护弱势群体、促进社会公正方面的价值，但事实上，社会法对推动经济增长方式的转变具有不可估量的作用。

根据国外几项经济学实证研究，雇佣童工会降低一个国家对海外投资者的吸引力；[24]容忍性别歧视会使那些依赖廉价劳动力和低技术含量产品参与国际竞争的国家丧失一部分优势；[25]赋予劳动者强大集体劳权（尤其是组织和参加工会的

[20]章元，刘时菁，刘亮：《城乡收入差距、民工失业与中国犯罪率的上升》，载《经济研究》2011 年第 2 期。
[21]同上注。
[22]参见人民网报道：http://society.people.com.cn/n/2015/0108/c136657-26348896.html
[23]同前注 2，魏礼群文。
[24]Braun, S. (2006)Core Labor Standards and FDI: Friends or Foes? The Case of ChildLabor. *Review of World Economics*,Vol.142, no. 4: 765–791.
[25]Busse, M. (2002) Do Labor Standards Affect Comparative Advantage in Developing Countries?*World Development*, Vol. 30, no. 11:

权利以及集体谈判权）的国家事实上获得了更多外资；[26]通过法律手段较好地保障了公民自由和基本人权的国家亦更容易得到国外投资者青睐；[27]从 1999 年至 2008 年，在经济增长和经济竞争力方面排名世界前十五的国家中，绝大多数通过立法规定了较高的劳工标准，劳动者有权享受带薪年假、带薪病假、带薪产假、带薪陪产假，甚至工作中的哺乳间歇时间……[28]可见，以降低劳工保护来抑制生产成本从而获得竞争优势的时代已经过去。在经济全球化不断深入的今天，廉价劳动力和强竞争力之间的等式逐渐被推翻。一个国家的经济增长水平和竞争力并不仅仅与劳动力成本相关，更取决于科技水平、创新能力、人口素质、企业知名度及美誉度、适应国际市场变化的能力等众多因素。以劳动法和社会保障法为核心的社会法建立起的强有力的社会安全体系虽然在短期可能加重国家和企业负担，但从长远角度，则会为一国经济增长提供持久动力。一方面，国家和企业的生产力、竞争力将因此被提升。国外研究显示，提高安全生产标准有利于降低由生产事故和职业病造成的巨额经济损失（根据国际劳工组织在 2009 年的估算，每年全世界范围内职业病和安全生产事故伤亡所产生的经济损失大约占全球 GDP 的 4%，[29]而我国每年相应的经济损失高达 2000 亿人民币，相当于 GDP 的 2.5%左右[30]），并且在企业层面有助于生产力的提高以及其他经济目标的实现；[31]带薪病假可以减少疾病传播等原因对生产力造成的负面影响；[32]享受带薪产假的妇女更愿意在生育之后回到原来的工作单位，这将减少因人员流动带来的种种损失；[33]而对工作时长进行合理限制也将提高劳动者的工作效率和企业生产力……[34]另一方面，越来越多开放经济体将劳动保护作为条件纳入贸易协定。截至 2009 年，共有 37 项南北和南南贸易协定包含劳动保护条款，[35]而美国和欧盟也将劳动保护作为普遍优惠制（Generalized System of Preferences）的重要内容加以规定。由是，为劳动者提供良好法律保护的国家在国际贸易中有可能获得免税、减税等优惠，反之，则会丧失与他国进行贸易合作的机会，甚至遭到贸易制裁或

1921–1932.

[26]Kucera, D. (2002) Core Labour Standards and Foreign Direct Investment. *International Labour Review*, Vol. 141, No. 1-2: 31–69.

[27]Busse, M. and Braun, S. (2003) Trade and Investment Effects of Forced Labor: An Empirical Assessment.*International Labor Review*, Vol.142, no. 1: 49–71.

[28]Heymann, J. and Earle, A. (2010) Raising the Global Floor: Dismantling the Myth that We Can't Afford Good Working Conditions for Everyone. *Stanford University Press*: 55-62.

[29]International Labour Organization(2009) World Day for Safety and Health at Work 2009: Facts on Safety and Health at Work.

[30]参见新华网报道：http://news.xinhuanet.com/newscenter/2006-05/09/content_4524580.htm

[31]International Labour Organization (2006) Occupational Safety and Health: Synergies between Security and Productivity. International Labor office, GB.295/ESP/3.

[32]Chatterji, M. and Tilley, C. (2002) Sickness, Absenteeism, Presenteeism, and Sick Pay.*Oxford Economic Papers,* Vol.54: 669–687; Institute for Women's Policy Research (IWPR) (2004) No Time to Be Sick: Why Everyone Suffers When Workers Don't Have Paid Sick Leave. Washington, DC.

[33]Waldfogel, J., Higuchi, Y. and Abe, M. (1999). Family Leave Policies and Women's Retention after Childbirth: Evidence from the United States, Britain, and Japan. *Journal of Population Economics*. Vol. 12, No. 4:523-545.

[34]Shimizu T., Horie S., Nagata, S. and Marui, E. (2004) Relationship between Self-Reported Low Productivity and Overtime Working. *Occupational Medicine,* Vol. 54: 52–54;Shepard, E. and Clifton, T. (2000) Are Longer Hours Reducing Productivity in Manufacturing? *International Journal of Manpower*, Vol. 21, No. 7: 540–552.

[35]Ebert, F. C. and Posthuma, A. (2011)Labour Provisions in Trade Arrangements: Current Trends and Perspectives. *Discussion Paper Series of International Institute for Labor Studies.*

其他惩罚。因此，通过完善社会立法来改善我国接近 8 亿[36]劳动者的生活、工作条件，应当是中国未来经济增长方式转化的重要路径之一。

此外，社会法还有可能通过扩大内需来推动我国经济增长方式转变。在过去的三十余年，中国经济增长属于出口导向型增长。然而，在我国跻身世界中等收入国家行列之后，原来支持经济高增长的一些因素正在发生翻天覆地的变化。[37]以内需取代外需，从出口导向型的高速增长转为贸易平衡型的中速增长，将是中国未来十到二十年间经济增长方式转变的方向。[38]社会立法通过提高最低工资标准，保障劳动者按时足额获得劳动报酬，向贫困人群提供社会救济，以及完善义务教育、公益医疗等方面的社会保障，可以大大增强城乡居民的消费能力，并消除人们对消费的后顾之忧，从而实现内需扩大和经济增长。另外，消费者权益保护方面的社会立法将促使国内企业改善产品质量、制定合理价格，通过树立品牌信誉获得国内消费者的信任，从而有力地刺激国内消费。

三．社会法的有所作为必须基于自我修治

相比中国特色社会主义法律体系之下的其他法律部门（或法律门类），社会法尚处于发展初期。虽然从上个世纪八十年代起，社会立法工作不断被提上议事日程，而且有相当一批关于劳动关系协调、公益事业完善、生存权益保障和弱势群体保护的法律法规被相继颁布实施，但社会法在我国总体上仍属于后进之学、势微之法，存有显而易见的问题和缺陷。若不全面审视这些问题和障碍并进行有针对性的修治、完善，必将制约中国社会法在法治社会建设中发挥其应有的功能。

（一）立法上的弊端

健全的社会法体系能够从各个方面保障公民生活（生存）权利，但我国现有的社会法法律法规数量甚低，许多重要领域尚属立法盲区，无法可依。根据《中华人民共和国现行有效法律分类目录》，截至 2013 年 5 月，我国现行有效的法律（包括现行宪法）共计 242 件。其中，罗列在社会法门类下的法律仅 21 件，即使加上那些广义的“社会性法”，数量也绝对无法与经济法、行政法匹敌。经济法的高产出与改革开放以来国家以经济建设为中心的指导方针直接相关。由于经济立法能够保障市场秩序，促进生产力发展，提高 GDP，因而很容易激发立法积极性。[39]而行政法的庞大数量则与多层级立法体制以及长期形成的“国家积极广泛干预社会事务”的传统有关。相比之下，社会法不但不能产生较高的经济效益，反而需要投入大量人力、物力、财力，再加上一贯强势的政府需要主动“放手”，

[36]参见 2013 年中国劳动统计年鉴: http://free.xiaze.com/nianjian/zgldtjnj2013/

[37]参见陆丁：中国经济增长方式转变面临的挑战及其应对。上海财经大学高等研究院 2011 年度政策研究报告之二 [SUFE-IAR-201102]。

[38]同上注。

[39]参见张旭昌：《我国社会立法的现状分析》，载《法制与社会》2009 年第 8 期（上）。

将部分社会管理权和服务、监督职能下放给社会组织或团体，有关方面对社会立法缺乏积极性也在常理之中。近些年，随着人民群众对“学有所教、劳有所得、病有所医、老有所养、住有所居”的呼声逐渐增强，国家的治理方针和发展理念发生了一定转变，几部具有广泛影响力的法律（以《劳动合同法》和《社会保险法》为代表）经过多年酝酿终于颁行。但即便是在这些新出台的法律中，也随处可见制度空白。例如，在 2010 年出台的《社会保险法》中，多达 11 处需要依靠国务院制定行政法规来明确具体规则，共 13 处 19 次提及“国家规定”来指明相关制度。[40]

另外，我国社会立法还欠缺总体性框架和科学理论支撑。以单行法形式颁布、实施的各种法律法规要么是为了应对改革中出现的问题而进行紧急立法的产物--“头痛医头、脚痛医脚”，要么缺乏相互协调与整合--“自说自话、单打独斗”。由此产生的第一个后果是，社会法难以构建起科学完整的制度体系。以社会保障为例，在尚未制定该领域基本法的情况下，就由多元立法主体各自颁行具体领域的法律法规，日后很有可能出现难以统筹的局面。另一个后果即是不同法律规定之间明显的内容冲突或适用范围的不一致。举个简单的例子。《劳动法》第三十六条规定：“国家实行劳动者每日工作时间不超过八小时、平均每周工作时间不超过四十四小时的工时制度。”而1994年2月3日由国务院发布，并于1995年3月25日通过修订决定的《国务院关于职工工作时间的规定》（简称《规定》）第三条规定：“职工每日工作8小时、每周工作40小时”。这里的矛盾在于，前者是将“八小时”和“四十四小时”作为劳动者每日和每周平均工作时长的上限加以规定，而后者按字面解释是将“八小时”和“四十小时”作为确定的工作时长，即职工每天应工作8小时，每周应工作40小时。即使将后者也理解为对工作时长上限的规定，其中却没有出现“平均”二字，且“40小时”比前者的“四十四小时”显然更严格。问题是，《劳动法》的效力位阶高于《规定》，按“上位法优于下位法”的法律适用原则应当适用《劳动法》，而修改后的《规定》相比《劳动法》属于后法，按“后法优于前法”的原则又应当适用《规定》……这一连串的疑惑和冲突难免造成法律适用的混乱。除了缺少必要的制度衔接与配合，我国大部分社会立法并没有经过充分的理论论证，先天理性不足，科学含量很低。[41]而且许多法规草案的起草、论证、修改是由有关行政机构或社会团体操作的，立法技术非常粗糙。要么规定过于笼统，可操作性低，要么用语不严谨，引发歧义。在国家相关部门出面解释之前，许多规定往往沦为摆设。

立法不平衡是我国社会法的又一缺陷。这种“不平衡”主要体现在两个方面。第一，部分法律法规仅覆盖有话语权和影响力的利益群体，特别需要保护的弱者反而被排除在外，有违“法律面前人人平等”的原则。以《劳动法》为例，作为劳

[40]参见栗燕杰：《中国社会保险法治评估与展望——以<社会保险法>为核心的考查》，载《人民论坛》2014 年第 32 期。
[41]参见郑尚元：《社会法的定位和未来》，载《中国法学》2003 年第 5 期。

动关系领域的基本法，其适用对象并不包括机关事业单位以及社会团体之中未签订劳动合同的“非编制人员”、小时工等灵活就业人员、民办非企业单位的工作人员。但事实上，这些被边缘化的劳动者在我国大量存在，且更容易被用人单位侵犯权益，因而需要劳动法肯定其合法劳动者地位并给予相应的保护。第二，就立法领域而言，目前的中央集中立法主要聚焦于劳动和特殊群体保护等问题。相比之下，社会保障制度作为社会法的另一大核心支柱，却不见应有的繁荣。虽然《社会保险法》和《军人保险法》填补了社会保险领域的“法律”空白，但社会救济、社会福利法律关系的调整至今仍依靠“试行”、“暂行”、“意见”、“通知”等分散独立的行政法规和规章，严重影响了社会保障立法的权威性和稳定性。

（二）执法中的问题

“有法不依，执法不严”是用来形容我国普遍执法现状的最常见描述，而在诸法之中被人们称为“软法”的社会法，则面临着更加难以逾越的执法障碍。

第一，如前文所述，社会立法的不完善、不协调、不一致、不严谨时常给法律适用带来困境，不仅法律保护对象不知诉诸何法，就连执法机关也“无所适从”。有时，甚至“应该由谁来执法”这一基本问题都无据可循，致使相关机构相互推诿或争相执法。如此窘境，与其说有法不依，不如说有法难依。

第二，我国目前的社会法大多刚性不足，感召意义大于规范意义，导致了实施上的随意。“一些地方政府基于多种短期目标和经济利益的考量, 往往通过牺牲社会法的执法来发展经济”，[42]还有一些执法人员法律素养较低，法治意识不够，采取的执法形式与社会法的立法精神相违背。更有甚者，以执法之名，行“谋私利”之实。

第三，执法监督内外失灵。在内部，一般由同级人民政府或上级国家机关对执法行为进行监督，并追究相应的法律责任。但问题是，如果执法机关没有及时、如实地进行汇报，负有监督责任的上级行政机关常常无从知晓执法的真实情况。即使可以知晓，有时监督机关自身也对社会法的重要性认识不够，于是纵容下级执法机关的不作为或不规范执法。在外部，原则上任何组织和个人都对执法行为享有监督权，可以检举违反法律规定的执法行为。但事实上，绝大多数社会法法律法规并没有规定外部监督的具体程序和配套措施。势单力薄的执法对象大多不愿、不敢要求执法机关承担社会法上规定的义务和责任。近年来，随着媒体影响力快速扩大，知情的群众更倾向于向网站、报社、电视揭发行政不作为或滥用执法权行为，因为媒体的介入能够引起上级行政机关的重视和全社会的广泛关注。但这种现象事实上折射出的是政府面临的信任危机和执法监督机制的极度不健全。

（三）司法救济的不力

[42]同前注 3，林嘉文。

当世界上一些国家和地区已开始尝试通过集体申诉制度、对公民权利和政治权利的社会性解释、利用肯定性救济手段给予社会权利事实上的司法保护以及公益诉讼等多种形式来发展社会权利的司法救济时，[43]我国在该领域仍旧裹足不前，既缺乏相应的制度性探索，亦未对社会权利之可诉性给予应有的正视与肯认。当事人权益的维护要么依靠有关机构的权力整体推动，要么经由行政机构或社会团体的监督检查和其他行政行为进行个体救济。[44]如果通过司法途径维权，基本需要依靠民事或行政诉讼程序来实现。民事和行政诉讼程序双轨并行，表面上为权利救济上了“双保险”，但事实上却为权利人实现权益制造了诸多难题。

首先，民事诉讼和行政诉讼程序复杂、周期较长、灵活性弱，增加了弱势群体救济权利的难度和成本。适用民事诉讼程序的案件可能发生在用人单位和劳动者之间、特殊群体与侵害人之间、经营者和消费者之间，实施垄断行为的经营者与受损者之间，或环境破坏着与受损害者之间。然而，大多数社会法法律法规只提及了权利人的诉讼权以及被告可能承担的民事责任，对司法程序性规范却鲜有涉及。问题是，经济上、社会上的弱者大部分也是信息上、知识上的弱者，在没有专业人士指导和帮助的情况下，他们甚至可能不知如何启动复杂的民事诉讼程序，更不用说在后续的诉讼过程中与对方当事人站在“平等”地位进行你来我往的交锋。另外，民事诉讼程序相对周期漫长，再加上法院民事庭任务繁重，审理进度较慢，原告一般很难及时挽回权益。尤其是劳动争议，除非法律有特别规定，否则通常要经过“(一调)一裁两审判”，对权利人而言无疑是金钱和时间的双重考验。与之类似，权利人通过行政诉讼程序救济权利的，一般必须先经过行政复议，除非法律有特别规定行政复议与行政诉讼是选择性关系（如《社会保险法》第八十三条第一款和第二款）。但是我国法律中有些行政复议前置的合理性不足，且行政复议机制的有效性和公正性有待怀疑，在实践中往往构成社会弱者自由维护的阻碍。简言之，普通民事诉讼程序和行政诉讼程序没能实现社会法对弱者倾斜保护的本意，反而在某些方面增加了维权的负担。

其次，民事和行政诉讼双轨制救济模式不利于解决涉及多方主体的复杂社会权纠纷。社会法法律关系具有多样性。有些法律关系（如特殊群体保护）可以拆分成民事关系和行政关系进行分别处理，但有些法律关系（如社会保险关系）错综复杂，不可归结为民事关系与行政关系的简单相加。仅以社会保险费的征缴为例,涉及到用人单位、劳动者、社会保险经办机构、社会保险费征收机构[45]和社会保障行政部门等多个主体。在用人单位不按时缴足保险费的情况下，劳动者依法对其享有请求权（《劳动法》第七十三条）。而社会保险费征收机构有权责令用人

[43]参见郑贤君：《社会权利的司法救济》，载《法制与社会发展》2003 年第 2 期。
[44]同前注 40，郑尚元文。
[45]根据《社会保险费征缴暂行条例》第六条，社会保险费的征收机构由省、自治区、直辖市人民政府规定，可以由税务机关征收，也可以由劳动保障行政部门按照国务院规定设立的社会保险经办机构征收。因此，社会保险经办机构与保险费征收机构有可能合二为一，也有可能相互独立，需根据不同省份的具体规定而定。

单位限期缴纳或者补足（《社会保险法》第六十三条），并有义务将该情况提供给社会保险经办机构，由后者汇报社会保障行政部门（《社会保险费征缴暂行条例》第十五条）。社会保障行政部门依法对欠缴社会保险费用的用人单位作出相应行政处罚（《社会保险法》第八十六条）。对于此类涉及多元主体和复杂法律关系的社会权纠纷，民事和行政诉讼这两种各具特性的救济程序其实都很难给予以非常合理的解决。权利人面临着程序选择上的困惑和尴尬。[46]

此外，利用民事和行政诉讼程序救济社会权还存在专业性的不足。社会权纠纷在内容、性质、法律适用以及双方当事人地位等诸多方面与其他类型的法律纠纷存有显著区别，不适合与民事或行政类案件进行捆绑、组合。而且，由民事庭或行政庭审理社会权纠纷的前提是，审判人员在熟知自身领域法律知识之外还掌握具有较强专业性的社会法知识和相关审判技巧。如果无法保证这一点，很有可能造成事实认定的错误和法律适用的混乱。

（四）反思与重构

我国社会法实践问题丛生，与法制普遍不健全、经济和社会发展不平衡、社会法学不繁荣，以及市场功能性缺陷等复杂因素皆有干系。我国社会法法律制度的建构绝非一朝一夕之功。然而，如果社会各界，尤其立法、司法、执法、学术界人士能够认真体察今日中国对社会法的深切需要，反思社会法的发展症结，重构不合理的制度设计，那么，建立一个成熟、完善的社会法体系亦是可以企及的目标。

社会法实践中遭遇的许多问题实际上都根源于立法缺陷。对混乱无序的立法体制进行改革，并建立整体性立法框架、制定长远的立法规划是改变相关法律法规“一盘散沙”局面的必由之路。同时，应当在所有社会法草案的起草、讨论、修改过程中都引入法学专家意见和社会调研分析。前者是为使社会法的制定得到充分的科学论证和理论支撑，增强整个法律体系的协调性和逻辑自洽性；后者则旨在避免社会法的内容与实际生活脱节，因为社会法应当具有“民之所望，法之所向”的本质特征。此外，社会法立法还需紧随时代步伐，调整法律主体之间的权义配置，在转型时期保障公平正义的实现。

社会法执行过程中的部分问题会随着社会立法的完善迎刃而解，例如法律内容冲突、执法主体不明等。但是，另一些问题的破解必须依靠执法体制的改革和创新。综合执法、政府机构改革、行政执法责任制、政府绩效考评、首长问责制等都是近些年来经实践检验具有一定效果的行政权力配置和运行方面的改革措施，完全可以结合社会法的特点加以运用，以提高社会法的执行力度和执行水平。另外，有必要加强所有执法人员对社会法法律知识的学习，使之认识到社会法实施的重要性，即社会法作为“民生之法”如得不到贯彻执行，“执法为民”四个字无

[46]参见付龙飞：《社会保障权司法救济机制研究》，载《经济经纬》2011 年第 3 期。

从谈起。

对于社会权的司法救济，有少数学者基于我国国情提出了一些有价值的改革方案。例如，根据劳动争议的类型和标的额区别对待，不必所有案件都需要经过“一裁两审”的程序；[47]建立专门的劳动争议审判庭，并对劳动争议实行特殊陪审；[48]在法院内设立专职社会保障法庭,执行专门的司法程序；[49]改造行政复议程序和仲裁程序，并确立公益诉讼制度等。[50]这些构想虽然还有待具体化，但总体上为我国社会权司法救济路径的开拓提供了有益启示，值得重视和探讨。

结语

社会法的本性决定，它可以而且应当在法治社会建设的宏伟工程中大有作为。但无论从何种角度，中国社会法都还处于幼年时期，必须经过全方位的打磨与完善，才能成为法治社会建设中的善事利器，担当起构建社会安全网的历史重任。

参考文献：

中文学术期刊和专著：

[1]林嘉.社会法在构建和谐社会中的使命[J].法学家,2007,(2).

[2] 董保华.社会法研究中“法律部门”与“法律理念”的关系--兼与冯彦君先生商榷[J].法学,2014,(2).

[3]冯彦君.中国特色社会主义社会法学理论研究[J].当代法学,2013(3).

[4]单飞跃.经济法理念与范畴的解析[M].北京：中国检察出版社，2002.

[5]郑少华.社会经济法散论.中国经济法治的反思与前瞻:2000 年全国经济法学理论研讨会论文精选 [C]. 北京：法律出版社，2001.

[6] 喻中.法治社会建设在现阶段的任务[J].新视野,2014,(4).

[7](德)伊曼努尔•康德，著.李秋零,译.道德形而上学的奠基[M].北京：中国人民大学出版社，2013.

[8] 冯彦君.为社会法注入发展理念[N].中国社会科学报,2013 年 2 月 22 日（A04 版）.

[9]（美）约翰·罗尔斯,著.姚大志，译.作为公平的正义——正义新论[M].上海：上海三联书店，2002.

[10]（美）约翰·罗尔斯，著.何怀宏等，译.正义论[M].北京：中国社会科学出版社，1988.

[47]同前注 3，林嘉文。

[48]参见陈金红：《关于完善我国劳动争议审判组织的若干立法建议》，载《皖西学院学报》2002 年第 18 卷第 3 期。

[49]参见尹乃春：《论社会保障司法救济的构建与完善》，载《经济体制改革》2007 年第 5 期；张姝：《论社会保障权及其司法救济》，载《青海社会科学》2010 年第 5 期。

[50]同前注 45，付龙飞文。

[11]江必新,王红霞.法治社会建设论纲[J].中国社会科学,2014(1).
[12]章元，刘时菁，刘亮.城乡收入差距、民工失业与中国犯罪率的上升[J].经济研究,2011(2).
[13]陆丁.中国经济增长方式转变面临的挑战及其应对[R].上海财经大学高等研究院 2011 年度政策研究报告之二[SUFE-IAR-201102].
[14]全国人民代表大会常务委员会工作报告[N].人民日报,2001 年 3 月 20 日（1 - 2 版）.
[15]张旭昌.我国社会立法的现状分析[J].法制与社会，2009,（8）.
[16]栗燕杰.中国社会保险法治评估与展望——以《社会保险法》为核心的考查[J].人民论坛，2014,（32）.
[17]郑尚元.社会法的定位和未来[J].中国法学，2003,（5）.
[18]郑贤君.社会权利的司法救济[J].法制与社会发展,2003,(2).
[19]付龙飞.社会保障权司法救济机制研究[J].经济经纬,2011,(3).
[20]陈金红.关于完善我国劳动争议审判组织的若干立法建议[J].皖西学院学报,2002,(3).
[21]尹乃春.论社会保障司法救济的构建与完善[J].经济体制改革,2007,(5).
[22]张姝.论社会保障权及其司法救济[J].青海社会科学,2010,(5).

网页：

[1] 魏礼群.法治社会建设的六大特征.光明网：http://theory.gmw.cn/2015-05/17/content_15692207.htm
[2]人民网报道：http://society.people.com.cn/n/2015/0108/c136657-26348896.html
[3]新华网报道：http://news.xinhuanet.com/newscenter/200605/09/content_4524580.htm
[4]2013 年中国劳动统计年鉴: http://free.xiaze.com/nianjian/zgldtjnj2013/

英文学术期刊和专著：

[1]Braun, S.(2006) Core Labor Standards and FDI: Friends or Foes? The Case of Child Labor. *Review of World Economics*, Vol.142, no. 4: 765–791.
[2]Busse, M. (2002) Do Labor Standards Affect Comparative Advantage in Developing Countries? *World Development*, Vol. 30, no. 11: 1921–1932.
[3]Kucera, D. (2002) Core Labour Standards and Foreign Direct Investment. *International Labour Review*, Vol. 141, No. 1-2: 31–69.
[4]Busse, M. and Braun, S. (2003) Trade and Investment Effects of Forced Labor: An Empirical Assessment. *International Labor Review*, Vol.142, no. 1: 49–71.
[5]Heymann, J. and Earle, A. (2010) Raising the Global Floor: Dismantling the Myth that We Can't Afford Good Working Conditions for Everyone. *Stanford University Press*.
[6] International Labour Organization (2009) World Day for Safety and Health at Work 2009: Facts on Safety and Health at Work.
[7]International Labour Organization (2006) Occupational Safety and Health: Synergies between Security and Productivity. International Labor office, GB.295/ESP/3.
[8] Chatterji, M. and Tilley, C. (2002) Sickness, Absenteeism, Presenteeism, and Sick Pay. *Oxford Economic Papers,* Vol.54: 669–687.
[9] Institute for Women's Policy Research (IWPR) (2004) No Time to Be Sick: Why Everyone Suffers When Workers Don't Have Paid Sick Leave. Washington, DC.

[10] Waldfogel, J., Higuchi, Y. and Abe, M. (1999). Family Leave Policies and Women's Retention after Childbirth: Evidence from the United States, Britain, and Japan. *Journal of Population Economics*. Vol. 12, No. 4:523-545.
[11] Shimizu T., Horie S., Nagata, S. and Marui, E. (2004) Relationship between Self-Reported Low Productivity and Overtime Working. *Occupational Medicine,* Vol. 54: 52–54.
[12] Shepard, E. and Clifton, T. (2000) Are Longer Hours Reducing Productivity in Manufacturing? *International Journal of Manpower*, Vol. 21, No. 7: 540–552.
[13] Ebert, F. C. and Posthuma, A. (2011) Labour Provisions in Trade Arrangements: Current Trends and Perspectives. *Discussion Paper Series of International Institute for Labor Studies.*

社会法 ：法治高级阶段的重心[1]

陈永鸿

法治是现代政治文明的高级形态，是人类社会发展的理性共识，但法治经历了产生、发展到成熟三个阶段，每一个阶段都有其立法的演进，执法的转型和司法的改革三个领域的切入点，这个切入点是整个法治建设的轴心，以保障法治的顺利完成在社会发展的一定时期的特有任务，为法治进入下一个阶段奠定基础。

一、人身法：初级法治的中心

法治发轫于资产阶级对人身的关切，这是资本主义发展的必然结果，是对封建社会法律本质的否定。资产阶级对人身自由的关注是基于自身的利益的考量，同时，基于政治和经济的方面的因素，也同意给予公民人身自由权。初级法治以人身保护法为中心，其原因在于：

第一，人身的限制是封建法的重要特征。古代中西方封建社会的法律对人身自由的限制是一个重要内容。学界以往在研究封建法的时候往往偏重的是其残酷性，特别中国古代社会的肉刑，更是体现了封建专制制度的残忍性。在西方，封建法的残酷性要比东方少一些，但在对人身的限制上具有共同的特征。在中国明朝，法律规定行业从业人员的身份确定方式和从业范围，是一种典型的人身自由限制的立法。

第二，人身自由权是法治发展初期的重要目标。封建社会对人身自由的限制随着资本主义的产生而成为资产阶级革命的目标，争取人身自由成了早期法治革命的重要内容。早在 1215 年的英国《大宪章》第三十九条中就规定：凡自由民除经其贵族依法判决或遵照内国法律之规定外，不得加以扣留、监禁、没收其财产、褫夺其法律保护权、或加以放逐、伤害、搜索或逮捕。1679 年，英王签署《人身保护法》，全文二十条，全部是关于人身自由的保护，目的是防止国家借助公权力肆意拘押或逮捕公民。《人身保护法》规定：非依法院签发的载明缘由的逮捕证，不得逮捕羁押；已依法逮捕者应视里程远近，定期移送法院审理；经被捕人或其代理人申请，法院可签发人身保护状，着令逮捕机关或人员申述逮捕理由，解送、保释或释放被捕人，违者可

[1] 陈永鸿　法学博士，教授，华南师范大学法学院

处罚金。

第三，人身自由为资本主义发展奠定了基础。 资产阶级对财富的追求必然需要为其创造必要的条件，法治除了平等的守法和适用法律外，一个重要的因素是良法，而良法的标准随着社会历史背景的不同会有相应的变化。早期的资本主义与法治的初级阶段是相辅相成的，法治的初期的良法必须瞒足资本主义经济对上层建筑的需要，也就是说，良法的重要标准是对人身自由的保护。资本主义经济发展首先要保障市场主体的人身自由，需要自由的劳动力，就必须打破封建社会法确定的农奴对封建主的人身依附关系，消除专制政体下公权力的恣意妄为，这需要国家立法保护公民的人身自由，完成农奴向公民身份的转变。

二、民主法：中级法治的轴心

资本主义渡过初级阶段的后，逐渐向中级阶段转型，法治作为上层建筑的重要组成部分也随着资本主义经济的发展开始实现自我完善，将从立法上重点保护人身自由向保障人民民主转变。当然这并不意味着国家不重视民事或刑事立法，而是在这段时期，保障公民政治权利的民主法显得更加突出。

首先，民主法是中级法治的前提。资产阶级在革命胜利后，借助于公民人身权利的的保障瞒足了资本主义经济发展的基本条件，使得资本主义经济快速发展起来，正如马克思所指出，资本主义在十年创造的财富比整个封建社会所创造的财富都要多。但随着经济的发展，公民政治权利意识也进一步觉醒，要求扩大政治权利的呼声越来越强，因此民主法成了资本主义法治中级阶段的法治建设的重点。中级法治的民主法建设以选举法为核心内容，1832 年，英国颁布《1832 年改革法》，1867 年，又实施《人民代表制度法案》，资产阶级民主权利与中级法治的有效对接。在资本主义中级法治阶段，基本实现了选举权的普遍性和平等性，选举权不再是有产者的专有权利。

其次，民主法是中级法治的稳定器。法治的实现需要普遍的守法即法律之上，而要实现这一点需要国家强力推行民主。破除公权力的垄断与封闭，消除公权力成为特殊利益集团牟利的工具，促进公权力在阳光下运行。民主在发挥法治的稳定器的功能，主要表现在两个方面，一方面，民主是公民建立和增强国家认同感的重要途径。随着经济的快速发展，财富的积累呈几何式增长，国家调节财富分配的能力增强了，权力分配资源的几率大大增加了，如果缺乏民主的介入，民

众在社会财富的分配的话语权就会丧失，各种利益集团相互结盟，瓜分社会财富的势头越来越强，这就必然导致民众对政府产生不满，社会阶层的对抗情绪不断蔓延，法律的信仰严重弱化，法治的基础便不复存在；另一方面，民主是制定良法的基本条件。法律的公意的体现，是各种社会力量博弈的结果，唯有良法才能实现善治，才能使社会各个阶层各得其所。民主为公民表达诉求提供的法律平台，为社会各个阶层的理性协商供给制度安排，最大程度实现社会的公平正义，防范利益集团垄断国家立法权并借助于立法权寻求自身利益。总之，民主在中级法治的发展上在多个层面发挥不可替代的作用，是法治的稳定器。

最后，民主法是中级法治的标志。在资产阶级取得政权后，并没有实现他们在革命中承诺的平等、自由、博爱这些鼓舞人民起来参加革命的口号，特别是选举的平等权，根本就不可能实现。因为早期的资本主义国家，社会结构是一个金字塔型的，并不是一个当代资本主义社会的扁平状的社会结构，中产阶级还没有成为社会的重要力量，大部分公民都属于低收入阶层。如果实行平等的普遍选举，那么国会的议员极有可能绝大部分来自于低收入阶层，这对资本主义国家的政治发展而言会是一个重大的转折点，这显然不是资产阶级所愿意看到的结果。因此，早期的资本主义国家对公民的选举权实行了严格的限制，大部分公民不享有选举权，据统计，英国初级法治时期享有选举权的公民只占总人口的 15%。当资本主义发展到中期阶段，中产阶级成为了一支平衡社会利益的重要力量，民主法的建设的时机成熟，这样，民主法就成了资本主义国家中级法治的标志。

三、社会法：高级法治的重心

当资本主义出现垄断的经济现象后，国家必须借助“有形之手”消除资本主义市场经济所产生的“社会病”，平衡不同社会阶层的利益，以保持社会持久的创新力。这样，社会法便应运而生，成为法治高级阶段的重心。

第一，社会法是法治高级阶段的应有之义。法治的高级阶段体现了人类文明发展的一个新的高度，对社会弱势群体的的全面保护成了这一文明时期的显著特征。社会法以保护社会弱势群体的利益为目标，以保护公民生存的基本人权为价值追求。社会法的产生的根源在于社会矛盾使社会弱势群体的生存权受到威胁，社会法正是为了维护其生存权而产生，因此，社会弱势群体是社会法关注的重点。质言之，

保障弱势群体的生存权是社会法产生的正当性基础，劳动法、社会保险法、社会救助法、社会福利法等社会法律制度都是指向社会弱势群体的生存需求。

第二，社会法彰显人的尊严与法治高级阶段相契合。法治文明的重要标志之一是对人尊严的保护，不同历史形态的法律对人的尊严的确认和保障的程度是存在质的区别的。法治文明的高级阶段内在地要求国家法律对人的尊严作出回应，以全面维护人的尊严特别是弱势群体的尊严保护为核心的宪政制度安排使人的尊严的保护上升到一个新的境界。社会法对社会弱势群体生存权的保护彰显了法治文明中人的尊严的特质。德国《社会法典》宣称：保证人们享有具有人格尊严的生活、为发展个性（特别是年轻人）创造平等的前提条件；保护家庭并促进和谐；保护择业自由和获取劳动保障；克服偶然性生活困难。因此，保障社会弱势群体的生存权，维护其人格尊严是社会法的主要宗旨，这一宗旨与法治高级阶段的使命产生内在的契合点，从而使得法治的高级形态的特征更加具有时代性与正当性。

第三，社会法标志着法治文明体系完全形成。法治文明是一个漫长的发展过程，经过数千年的思想争锋、政治洗练和制度变迁，逐步形成一个相对独立并与上层建筑的其他组成部分相互影响的系统。社会法以其调整对象的特殊性、主体的多元性、内容的广泛性而成为法律体系中具有重要地位的部门法。在法治的高级阶段，社会法是国家立法机关立法规划中的重大工程，是处于优位的立法项目的，从而使得法治文明体系中最后一环衔接起来，形成与高级法治相一致的法律体系。

道德与法治协同视域下的社会法理论与发展进路*

王涛　王德强

摘要：社会法作为保障民生之法，在法治社会进程中承担着重要的使命。坚持以法治国与以德治国相结合的法治方针，这意味着道德与社会法在理论上存在思想基础与追求价值方面的协同。当然道德与社会法之间还存在一定界限，而当我们强调法律相对于道德的独立性时，应当认识到社会法自身道德性的培育。社会法的宗旨是维护弱势群体的权益，并且有着经济与社会的双重功能，因此社会法的发展进路中，应当向关注弱势群体的发展权、农村社会救助、人口老龄化社会予以支持。

关键词：道德；法治；社会法；弱势群体；发展权

“法治”与“道德”是人类治国安邦的根本手段，二者正如鸟之双翼，车之双轮，从来都是相辅相成、共同作用，和谐统一于治国的实践中。党的十八届四中全会更加全面具体地论述了两者的关系：以法治体现道德理念、强化法律对道德建设的促进作用，以道德滋养法治精神、强化道德对法治文化的支撑作用，实现法律和道德相辅相成、法治和德治相得益彰。因此，道德与法治协同的根本点和落脚点就是增强法治的权威性，被社会广泛认同。一个成熟的法治社会，必须具备精神和制度两方面的因素， 即具有法治的精神和反映法治精神的制度。[1] 法律与道德之间，应当形成法主德辅、 相互补充、 相得益彰的最佳比例关系。社会法作为保障民生之法，其宗旨是于保护公民的社会权利，尤其是对社会弱势群体给予倾斜保护，[2]以实现社会公平，在法治社会的建设中发挥着重要作用，十八届四中全会提出了推进社会治理体制创新法律制度建设的要求，由此可见社会法肩负着重要的历史使命。本文着眼于增强社会法的道德理念，以促进社会法的发展。

一、理论起点：道德与社会法理念的契合

（一）现代精神：道德与社会法协同的思想基础

道德与社会法共同的价值要素就是两者相通的现代精神，体现为追求社会以人为本、公平正义、社会和谐有序的理念，也体现了社会核心价值观的追求。法治精神与倡导人的尊严、社会的和谐、社会正义和社会公正等德治精神是一致

**基金项目：国家社会科学基金项目“基于道德与法治协同的村镇社会化养老服务法律保障研究”（15BFX182）阶段性研究成果。

作者简介：王涛（1991-），华中农业大学文法学院硕士研究生，研究方向：经济法学。王德强（1969-），华中农业大学文法学院副教授，硕士生导师，研究方向：社会法学，经济法学、农村经济法制。

的， 这是德治与法治相结合的共同基础。罗尔斯的《正义论》指出："正义是社会制度的首要价值，正像真理是思想体系的首要价值一样。"[3]正义是道德的基础，没有正义基础就难以建设符合社会主义市场经济规范的道德体系。《公民道德实施纲要》要求公民的道德建设要把继承优良传统与弘扬时代精神相结合，注重效率与维护社会公平相协调，这正是契合了和谐社会发展的要求。

（二）以人为本：道德与社会法协同的价值追求

以人为本是社会法的人文标志和重要品格，是蕴藏在社会法背后的一种精神力量，体现了社会法深厚的文化内涵，是其生存和前进的动力源泉，也是社会法的价值归属。[4]以人为本理念并非今天特有，中国儒家文化以及西方文艺复兴思想中皆贯穿着对以人为本的执著追求。科学发展观提出了以人为本的理念，足以凸显出这一价值应当贯穿于社会发展的始终。社会法以人为本体现在弱者救助方面，这不仅是维护社会公平和社会安全，也是伸张社会道义。弱势群体的产生原因是多元的，自然与社会原因都可能导致新的弱势群体的出现。中华民族的传统美德中，许多规范已被在制定法律时所吸纳，如尊老爱幼是道德规范，体现在法律当中就有《老年人权益保障法》和《未成年人权益保护法》；扶贫济困是传统美德，实践中有《城市居民最低生活保障条例》等，这些道德理念被纳入立法之中。

从国家的角度来看社会法的产生，是国家为了保障弱势群体的生存权与发展权，借助于公权力，介入经济、社会等原属于私法的领域进行干预，以达到制衡利益关系、保护弱势社会成员合法权益的目的。因此，社会法的宗旨是扶弱抑强，向弱势群体倾斜。随着经济社会发展、国家财力强盛和人民生活水平的提高 ，对弱势群体和社会特殊群体权益保障的水平也应当随之提高。

（三）道德自律：社会法运行的保障基础

法律运行包括立法、法律实施、守法三个方面，在法律的整体运行中道德始终发挥重要的促进和保障作用。孔子曰：徒善不足以为政，徒法不足以自行。对于法治来说，社会文化以及习惯、风俗等，从来就是社会秩序和制度不可缺少的一部分。[5]这体现出法律运行的关键在于内在的道德支持，道德是法律的前提和基础，只有为社会公众所接受和认可的道德规范才能够对法律的有效运行发挥重要的促进和保障作用。在立法环节，立法者制定的法律必须是良法；在法律实施环节，执法机关和司法机关必须对人的尊严和人的价值的予以认可和尊重，做到合法与合理的平衡；在守法环节，良好的道德规范有助于降低法律实施的交易成本，为公民遵纪守法打下良好基础。

二、理性应对：道德在社会法中的功能与边界

道德与法律之间的关系是法学界历来所讨论的热点问题，以无论是"分离说"

还是“结合说”，我们都应当清楚地认识到两种对立观点所蕴含的共同的目标—维护法治。[6]因此，在什么意义上坚持法律与道德的分离，在什么意义上坚持法律与道德的结合，即厘清道德与法律之间的界限，才能更好地促进法治社会的建设。在探讨道德与社会法的协同过程中，我们尤其应当厘清其边界和功能。

（一）发挥道德在法治文化建设中的作用

对于法治文化的形成而言，道德的作用具有无可替代的优势。一方面，由于法律具有他律性，其所形成的往往是一种外生性的国家强制性秩序，但是，仅仅当人们对于他律性以及外生性的法律有着发自内心的认同及自愿服从的情感时，法治文化的价值观才能形成。为此，需要提高民众的道德水准，当上升成为法律的规范同时也是一定社会绝大多数成员的普遍性伦理道德准则时，对于法律的信仰就会内化为一种道德义务，而不是迫于外在的强制与威慑而被动地服从法律。因此， 我们要唤起民众对于法治文化的情感， 依法治国所依据的法律就必然是合乎公平、 正义等道德观念的法律，是反映最广大民众意愿、 符合社会发展方向的良法。

（二）社会主义道德在社会法制度中的体现

党的十七大提出：“要加强社会公德、职业道德、家庭美德、个人品德建没，发挥道德模范榜样作用，引导人们自觉履行法定义务、社会责任、家庭责任。”社会主义核心价值观提出：“爱国、敬业、诚信、友善”的公民基本道德规范，覆盖社会道德生活的各个领域，是公民必须恪守的基本道德准则，也是评价公民道德行为选择的基本价值标准。因此，在新的时期道德被赋予了新的内涵，成为了指引公民和社会新的方向。在社会法的发展中，应当体现当代的道德精神。目前社会法的调整的社会关系范畴主要包括劳动关系、社会保险关系、社会救助关、社会福利关系、优待抚恤关系、社会公益关系和慈善事业关系等社会关系。社会法所调整的社会关系尤其需要道德的关怀，因为以劳动者为代表的相对弱势群体和老年人、妇女、未成年人、残疾人、灾民、五保户、流浪乞讨人员、城乡低保户、特困户等弱势群体其在获得社会分配、获取社会财富方面具有天然的弱势，这是由于制度安排的缺陷造成的，而他们自身应用法律制度的能力更具有局限性，更多的是需要政府部门和社会力量、家庭的参与才能实现其社会权，这种权利的获取可以说是消极被动的。因此，需要当代道德精神融入到社会法制度中去。

(三)把握道德原则与社会法可诉性的关系

社会法所赋予的社会权享有可诉性，是现代社会保障制度区别与传统的济贫和慈善制度一个最大不同之处。传统的济贫是“以恤民为本”的思想作为出发点的，主张对困难的公民进行救济。但这种救济是以统治方和救济方的自由意愿为出发点的，被救济方基于此制度获得的权利是缺乏国家强制力保障的非规范性的道德、宗教权利，也没有为现实和潜在的社会保障需求者提供可靠的权利救济途

径与方法。现代意义上的法律权利而言，有权利就有救济，没有救济的权利不是权利。但社会法立法中将道德原则纳入到法律中去，成为一种权利，例如《老年人权益保障法》中的“常回家看看”是一种宣示性、激励性、倡导性、促成性的法律规范，体现了老年人的精神慰藉需求，是现代法律发展的一种趋势。现实中，也偶有发生一些老年人将子女诉诸法庭要求探望的案例，这就违背了立法者的初衷。但对于其他道德原则的法律条文，例如《妇女权益保障法》要求促进男女平等，则是可诉性权利。因此，在处理道德原则和社会法的关系时，要做到制度的“软性”和“硬性”相协调，实现“软硬之治”。

三、展望未来：社会法发展的进路

（一）社会法更关注弱势群体的发展权

社会法以人为本的理念，反映了法律发展与社会发展良性互动的新认识。未来发展中，社会法不仅仅是满足弱势群体的生存权需要，更加关注其发展权，保障弱势群体能享有参与社会发展的机会。保障弱势群体能享有社会发展的成果。社会法实现弱势群体发展权的过程就是政治、经济、社会、文化、生态权利实现的过程，因此，发展权视野下的发展也是政治、经济、社会、文化和生态的综合发展，离开了任何一方面，发展就会偏离以人为目的的发展方向。弱势群体虽然在某些方面 是弱者, 但他们仍然有参与发展、表达自己意志的权利。忽视他们的权利诉求是非常可怕的，也是非常危险的。弱势群体是社会结构中的组成部分, 力求使他们成为社会和谐的因素，而不可成为社会不和谐或者不安定的因素，否则，我们的社会系统就会受到结构性的破坏。为了疏通权利表达的通道，必须建立相关的法律法规，使弱势群体回归主流社会。

（二）社会法向农村社会救助倾斜

社会救助正当性来源于国家伦理的道德，其体现平等尊重和人道关怀的国家责任。[7]《中国农村扶贫开发纲要（2011-2020 年）》提出到 2020 年要稳定实现扶贫对象不愁吃、不愁穿，保障其义务教育、基本医疗和住房，保证贫困地区农民人均纯收入增长幅度高于全国平均水平，基本公共服务主要领域接近全国平均水平，扭转城乡差距扩大的趋势。

而在我国，社会保障的实践中农民长期得不到保护，不仅造成了城乡收入差距的不断扩大，而且也是中国目前社会不公正最突出的表现。目前农村社会救助的制度主要包括：五保供养制度、农村医疗救助制度、特困户救助制度以及农村扶贫救助制度，目前法规方面仅有国务院颁布的《农村五保供养工作条例》、《社会救助办法》，在规章方面也仅有《农村敬老院管理暂行办法》，其他的都是政策性文件，这种“法律少文件多”造成了农村社救助面临着救助水平偏低、救助范围狭窄、救助缺乏有效监管的问题。这亟需社会法予以农村社会更多的支持。

（三）人口老龄化需要社会法支持

随着我国人口老龄化趋势的加快，老龄问题已经成为社会发展中需要应对的问题。而我国老龄化的特征是：未富先老、未备而老和孤独终老。《老年人权益保障法》提出了实现老年人的老有所养、老有所医、老有所为、老有所学、老有所乐。为此，社会法需要发挥其作用，建立各种老年人权益保护制度。首先，完善社会养老保险制度和社会化养老服务制度实现老年人的老有所养；其次，完善老年人医疗健康保险制度。建立和健全老年人医疗保险制度， 为老年人提供基本医疗保险， 满足其基本医疗需求；再次，实现老年人的老有所为需要完善老年人社会参与制度，例如老年人协会建设、退休返聘制度等；最后，解决老年人的老有所学和老有所乐，需要推动和创新老年人的文化教育、娱乐生活项目与方式， 解决老年人的精神需求问题。

四、结语

在全面推进依法治国的今天，我们更应该处理好法治与道德的关系，使二者在相互支持中获得良性发展。但本文坚持认为法治应当起主导作用，我们既要反对以法治完全取代德治的做法，也要反对重视德治而忽视法治的倾向。[8]社会法应当顺应法治社会的进程，加强其在社会治理中的作用，尤其是向目前处于社会底层的群体倾斜，以经济和社会作为其双重关注点，既满足其生存权又向发展权迈进，以实现社会弱势群体的可持续发展。

参考文献

[1]莫于川.法治国家、法治政府、法治社会一体建设的标准问题研究-兼论我国法制良善化、精细化发展的时代任务[J].法学杂志，2013（6）:9-20.

[2] 谢增毅，刘俊海.社会法学在中国:任重而道远—首届“中国社会法论坛”述评[J].环球法律评论，2006（5）：635-640.

[3]约翰·罗尔斯.正义论[M] .何怀宏等译.北京:中国社会科学出版社，1988 年版.

[4]李炳安.略论社会法的逻辑起点和基本范畴[J].法学评论，2014（2）:129-133.

[5] 吕世伦，张学超.“以人为本”与社会主义法治—一种法哲学上的阐释[J].法制与社会发展，2005(1):85-102.

[6]孙笑侠，麻鸣.法律与道德:分离后的结合—重温哈特与富勒的论战对我国法治的启示[J].浙江大学学报(人文社会科学版)，2007（1）：144-152.

[7]杨思斌，田文利.论社会救助立法的伦理基础[J]. 河北法学，2010(7)：47-54.

[8] 李林.论依法治国与以德治国[J]，哈尔滨工业大学学报(社会科学版)，2013（1）：70-73.

论社会权的司法保护路径[1]

张元华[2]

摘要：伴随着社会的发展进步，人们对权利谱系中自由权与社会权之内涵与关系的认识不断深化。作为完整个人不可或缺的权利内容，二者具有相互关联性，若无司法保护之途，均将沦为空谈而未能成为真正的权利，尤其是作为最低人权保障的社会权，更应强化人格尊严的司法保护。不少国家对社会权的司法保护已经进行了有益探索并付诸实践，为我国完善社会权的司法保护提供了可资借鉴的蓝本，应以此为契机，通过扩大社会权保障的范围与广度，推动人格尊严的最低保护力度，从而促进人民法院在全面深化改革中的地位提升与准确定位，体现出裁判作为维护社会公平正义最后一道防线的社会功能，倒逼人大科学立法与政府严格执法，为推动“法治中国”进程提供制度支撑与实践能量。

关键词：权利　自由权　社会权　司法保护

西方法谚有云：“无救济即无权利！”社会权作为权利谱系之一种，是人成其为人的最低人格彰显，理应给予保护路径尤其是司法保护之途。社会权如若不能通过司法途径予以救济，在发生权利冲突或权利受到侵犯时，就难以得到公正、有效的保障，也就不能称其为真正的法律权利，而只是政治话语中或道德意义上的权利而已。纵观我国当前的政治生态与人民法院定位，尚未在政治理念与程序构建中对社会权提供真正有效的司法保护，大大影响到社会权之权利本质，也无法真正发挥出权利之应有功能。本文遵循基本权利二分之路径，通过域外借鉴与域内考察相结合的方式，从法院地位提升、相关制度完善及法院裁判方式等三个方面，提出社会权司法保护之具体路径，以助益于社会权之司法保护在实践中落地生根，进而促进人民法院职能定位明晰与职能作用发挥，加速“法治中国”之构建。

一、社会权之探源

权利是人们在一定社会发展阶段对自身生存、生产、生活与发展权能的一种法律确认，其不能在真空中存在，故受到多种因素的影响与制约，诸如经济条件、

---

[1] 参评青年优秀论文

[2]作者介绍：张元华（1979-），江西宁都人，西南政法大学博士研究生，浙江省温州市中级人民法院助理审判员。
通讯地址：浙江省温州市鹿城区市府路 512 号温州市中级人民法院 张元华 收
邮政编码：325088　电话：13819738218　E-mail: runzhiboxiong@163.com

[2] 马克思恩格斯全集（第三卷），人民出版社 1973 年版，第 12 页。

国家体制、文化习俗等。“权利永远不能超出社会的经济结构以及由此经济结构所制约的社会的文化的发展。”[3]早在古希腊与古罗马的自然法和自然权利思想中，就蕴涵着的简单的人权理念，被认为是权利的萌芽阶段。在柏拉图“理想正义”和亚里士多德“自然正义”的思想影响下，自然法学者整体认为自然世界中存在一种自然法，它赋予每个人相同的理性，人在理性的支配下生活，不但按照自然生活，而且也按照公正生活，人们拥有平等的公民权。在自然状态下，自然法则教导着有意遵从理性的全人类：人人都是平等独立的，任何人不得侵害他人的生命、健康、自由或财产。[4]权利观念虽发展较早，但其直接渊源应是欧洲文艺复兴运动中的人文主义思潮，以及随后宗教改革和启蒙运动所宣扬的自由平等和“天赋人权”等观念。从权利的发展历程来看，理论界对其分类形成了两种学说，即“三分法”和“二分说”，但观二者的理论积淀与影响力来看，后者占据主流。“二分说”认为，公民权由公民自由权和公民社会权两部分组成，其理论根基在于传统人权或者基本权利的哲学基础基于双重假定：一是将人设定为自然状态下的人；二是对权利来自何处的追问。前者假设了一种前社会、前政治和前历史的自然状态，后者追问的结果则确立了权利来自造物主这一答案，两者的结合形成了人权或者基本权利的自然权利或者天赋权利观。[5]除了理论依据之外，自由权与社会权二分的文本根据是：一般认为，二者分别对应于国际人权两公约，即社会权泛指《经济、社会和文化权利国际公约》规定的权利；自由权泛指《公民权利和政治权利国际公约》规定的权利。[6]在社会经济不断改善的推动下，国家职能不仅仅是消极的“守夜人”角色，政府需要从主动提供保护与给付义务方面考虑，介入到公民的生活和社会的经济中，由此形成的福利国家观念实际上在西方世界各国得到了实践认可。社会权观念最早可追溯到 1919 年德国魏玛宪法时期的“社会国家”，社会权是“针对那些伴随资本主义高度化而产生的失业、贫困、劳动条件恶化等弊害，为保障社会的、经济的弱者而形成的 20 世纪的人权”。[7]社会权正是随着福利法治国的产生而形成的一种权力形态，是社会发展到一定阶段要求国家提供利益与物质帮助，扩展了权利的范围覆盖面，转变了权利的属性功能度，实现公民合乎尊严的生活、社会又好又快地发展的优良宪政秩序。

人作为一种“类存在物”，必有其共性，人类社会方能和谐共存并获致发展。立基于前文对权利的“二分说”，二者是否就没有任何联系呢？当然不是。传统观念认为，社会权利不是针对所有人的普遍性的权利；社会权利直接涉及的仅是特定的人们，它更多的是一种利益，一种政府作为施主可以随意施舍或者撤消的

---

[4] [英]洛克：《政府论》（下篇），叶启芳、瞿菊农译，商务印书馆 2011 年版，第 6 页。
[5] 张弘：“欧盟宪法公民社会权司法救济及借鉴”，载《北方法学》2009 年第 6 期，第 21-22 页。
[6] [美]杰克• 唐纳利：《普遍人权的理论与实践》，王浦劬等译，中国社会科学出版社 2001 年版，第 27-37 页。
[7] 袁立：“中国社会权司法保护路径的建构”，载《南通大学学报》（社会科学版）2011 年第 3 期，第 45 页。

赏金、福利、特权或者一种好处，而非人人生而有之的个体性的权利。[8]权利是一个纷繁复杂的体系，难以通过条块进行分割，二者作为统一于权利之下的子权利，虽然存有理念上的差别，但并非彼此毫无关联。社会权是自由权的一种补充、一种保障。[9]从实质上来说，社会权是个人获得完全社会化以及作为社会交往的主体生存和发展所必需的基本权利，它的实现以社会保障责任与国家和政府保障责任为前提。[10]虽然说社会权实现确实需要依赖于一国的经济发展水平和财政政策，社会立法的制定与否属于立法机关的立法裁量范围，但除此之外，应该通过宪法来给政府施加相应的强制性义务，法院也有维护与保障社会权实现的义务，否则就无法成为一种“司法上的权利”，沦落为停留在理论中与书面上的权利。

二、社会权之保障路径

（一）域外借鉴

社会权已在各国宪法中作出规定，并明确为可审判的权利而得到广泛的保护，但保护途径有所不同，归纳起来主要有三种方式：一是视社会权为可审判的、主观权利以直接保护。不仅在宪法中明确规定社会权，而且建立了违宪审查制度，如德国、法国、意大利、日本、希腊、爱尔兰、西班牙、葡萄牙、南非、芬兰、瑞典、匈牙利、俄罗斯和其他独联体国家等，最突出的当属德国、南非和芬兰。如 1919 年德国《魏玛宪法》第 162 条规定：“关于工作条件之国际法规，其足使世界全体劳动阶级得最低限度之社会权利者，联邦应赞助之”；联合国大会于 1966 年 12 月 16 日通过了《经济、社会和文化权利国际公约》；1975 年《希腊共和国宪法》第二编规定“个人权利和社会权利”；1982 年《葡萄牙共和国宪法》在第三章专节规定“社会方面的权利与义务”，1991 年《乌兹别克斯坦共和国宪法》则在第九章规定“经济和社会权利”。二是通过适用公民和政治权利来对社会权进行间接保护。对于在宪法中没有明确规定社会权的国家，更多地是通过适用某些公民和政治权利，来对社会权进行间接保护，主要表现为通过平等和程序规范，将实质性保护扩展到经济社会领域的权利。如加拿大最高法院将该国的《权利与自由宪章》第 15 条（不得歧视的法律的平等保护与获益权）适用于福利和其他社会福利。德国联邦宪法法院也确认了平等享有国家提供的福利的原则。美国法院在 Goldberg 诉 Kelly 案中裁定，第 14 条修正案的法律正当程序权要求应当为福利受益人提供举证听证，以使他们能够在自己的福利被福利当局终止之前申明他们的合格条件。[11]三是视社会权为客观法律规范而予以间接保护。将经济

[8] 参见[美]伯纳德•施瓦茨：《美国法律史》（中译本），中国政法大学出版社 1990 年版，第 272-276 页。另见[美]杰克•唐纳利：《普遍人权的理论与实践》（中译本），中国社会科学出版社 2001 年版，第 31 页。
[9] 冯彦君：“中国特色社会主义社会法学理论研究”，载《当代法学》2013 年第 3 期，第 17 页。
[10] 莫纪宏：“论对社会权的宪法保护”，载《河南政法管理干部学院学报》2008 年第 3 期，第 4 页。
[11] 龚向和：“通过司法实现社会权——对各国宪法判例的透视”，载《法商研究》2005 年第 4 期，第 134 页。

和社会权利作为客观规范来看待，以指导原则或立法命令的形式出现在不少。一方面，法院通过适用指导原则解释权利法案、立法和其他政府行为，这些指导原则有可能成为社会权的来源。如印度最高法院认为宪法第四部分的“国家政策指导原则”在解释基本权利的内容上至关重要。由此，第 21 条规定的不被剥夺生命权被解释为包括生活权、生活基本必需品如适当营养、衣装、阅读便利和住房权、健康及教育权；另一方面采取宪法指令的形式，法院可以发布宣告性命令，宣称立法机关在执行相关指令上的失败属于违宪，甚至发布强制命令，迫使立法机关贯彻指令。[12]

（二）域内考察

由国家性质、社会主义道路及社会制度所决定，我国宪法虽历经演变，但从不缺乏对社会权的制定与保障，体现出了社会主义的科学性与优越性。自新中国诞生后的第一部宪法到现行宪法，从未间断过对社会权的规定，且随着经济社会条件的不断改善，对社会权内容及其保障措施予以完善、丰富，总纲中对社会权的保障条款，由 1954 年宪法的 2 条增加至 1978 年宪法的 5 条直至 1982 年宪法 6 条。现行《宪法》第 33 条第三款明确规定“国家尊重和保障人权”，从多个角度对社会权进行了确认，囊括范围相对比较广泛，具体来说，第 14 条、第 19-22 条、第 26 条分别规定了国家在经济、教育、科学、医药卫生、文学艺术、环境方面的价值追求，赋予国家积极作为的义务；第 42-49 条则主要规定了劳动权，休息权，退休人员的生活受到国家和社会保障的权利，社会保障权，受教育权，进行科学研究、文学艺术创作和其他文化活动的自由权利，妇女在政治的、经济的、文化的、社会的和家庭的生活等各方面享有同男子平等的权利，婚姻、家庭、母亲和儿童受国家的保护的权利。我国虽于 2001 年 2 月 28 日签署并批准加入《经济、社会、文化权利国际公约》，但现行宪法没有明确规定国际条约与国内法的效力关系，致使国际公约在适用上的困难。就当前情况来说，我国公民虽不可能直接适用国际人权条约的相关规定，但就国际人权公约所规定的内容和体现的理念来说，我国公民应享有不低于人权公约规定的权利。

二十一世纪前后，我国在经济社会转型发展取得明显成效的同时，民生保障方面相对不足而问题日益凸显。为因应时变，我国制定了大量的社会法，对社会权进行具体细致的规定，使得诸多的社会权权利事实清晰、保障主体明确。在社会保障方面，如 1989 年《环境保护法》、1994 年《劳动法》、1998 年《失业保险条例》、1999 年《社会保险费征缴暂行条例》、1999 年《城市居民最低生活保障条例》、2007 年《就业促进法》；在弱势群体保护方面，如 1991 年《未成年人保护法》、1992 年《妇女权益保障法》、2008 年《残疾人权益保障法》、1996 年《老年人权益保障法》、1993 年《消费者权益保护法》；在教育权利保障方面，如 1986

[12] [挪]艾德等：《经济、社会和文化的权利》，黄列译，中国社会科学出版社 2003 年版，第 22 页。

年《义务教育法》、1995 年《教育法》、2003 年《民办教育促进法》、1996 年《职业教育法》；公益事业举办方面，如 1997 年《献血法》，等等。这些法律对社会权的确权，是宪法社会权的具体化，是“宪法委托”下的社会权立法。当法律自身与宪法相抵触时，依照我国法律规定，全国人民代表大会及其常委会可以对行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例以及最高人民法院、最高人民检察院作出的司法解释等进行合法性审查，可依照法定程序审查至最终予以撤销。但该审查不包括对全国人大及常委会自身制定的法律审查，与国外的违宪审查制度尚有一定差距，难以真正实现全面的合法性审查。且根据现行《宪法》第 67 条的相关规定，宪法解释权仅限于全国人大常委会，各级人民法院自然不是法定的宪法解释机关，更不用说违宪审查权。这可以说我国虽有立法，但没有立法后的审查，更准确的说是没有法律适用过程中对立法的一种审查。另外，按照我国实践，所有行使公共权力的机关都是人权保障机构，应当担负起人权保障的职能，履行好保障人权的义务。但这些机构并不具有人权保护专门机构的性质与功能，因此我国还没有严格意义上的国家人权保护机构。[13]

三、社会权之司法保护路径

公民社会权要作为一种真正意义上的法律权利，就必须具有可以在法庭裁决的权利。否则就会变味或者形同虚设。我国宪法第 33 条规定“国家尊重和保障人权”，是我国人权保障的最高法律依据。为此，也建立了立法、行政和司法的相关保障机制。社会权作为人权的重要组成部分之一，理应得到司法保护。《行政诉讼法》第 11 条第 6 项规定：公民对行政机关没有依法发给抚恤金的，可提出行政诉讼。对其他社会权的救济则缺乏配套的程序法律规定。相比自由权，社会权没有得到相应的司法救济，这与宪政基本理念相违背。

（一）确立法院相对独立地位。社会权作为关乎最低限度的人权保障问题，谈社会权的司法保护，前提是执掌司法权的法院能说得上话，且就案件而言说出的话能算数，也就是说司法裁判的终局性与权威性。当前的法院地位与管理、法官人格与裁判独立亟需改进，同时也需要加强裁判的执行力度，营造良好的崇法尚法环境。我国《行政诉讼法》第 11 条规定的受案范围以“人身权、财产权”为标准，对社会权的保护仅体现在该条第 6 款，即“认为行政机关没有依法发给抚恤金的”可以提起行政诉讼，将大多数社会权排除在司法保护范围之外。自 5 月 1 日起，我国已经全面施行立案登记制，这是目前拓宽社会权司法保护之路，实现社会权司法保护最可行、最经济之路。因为宪法诉讼与违宪审查制度因牵涉政体调整，不得不慎重考虑与全盘操作，而立案登记制实施则可以扩大法院受案

[13] 韩大元：“国家人权保护义务与国家人权机构的功能”，载《法学论坛》2005 年第 6 期，第 10 页。

范围，是一种切实可行的举措，但关键在于进一步明确法院定位与地位，确保法院受理的案件能够实质性化解。根据我国宪法规定的实行人民代表大会制度下“一府两院”的政体，司法机关本应只指涉法院、检察院，与同级政府具有相同宪法地位的国家机构。然在具体设计上不是采用狭义上的司法机关（包括法院和检察院）概念，而是采用了广义上的司法机关（还包括前期的侦查机关和后期的监狱机关）概念，也可称之为“大司法”模式。司法权由法院和检察院共同行使，甚至还赋予给侦查、执行机关来行使，导致了司法和行政职能交错配置，政府机构中的司法局和政法委就是其中的典型。司法机关此种交错的体制构建，导致司法权的运行非常复杂，容易受到外部场域的干扰与影响。在现有法律框架下，法院既不具有独立的法律地位，也不具有独立的实际能力。我国《宪法》第 126 条规定“人民法院依照法律规定独立行使审判权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉”，但《宪法》第 3 条第 3 款规定“国家行政机关、审判机关和检察机关由人民代表大会产生，对它负责、受它监督”。我国的政治构架是人大监督下的“一府两院”模式，各地法院设置要经权力机关批准，法院主要人选要经权力机关选举或任命，向权力机关汇报工作，接受权力机关宏观和微观上的监督，因此法院在整个国家机构中并不具备严格意义上的法律独立地位，尤其是法院在人、财、物方面受制于同级政府的“地方化”问题严重，法院工作容易受到党政机关的制约掣肘。当前尝试设立跨行政区域的法院，对法院人、财、物实行省级统管，具有较强的合理性与科学性，但应密切结合法院工作实际，既防止虚报资金，又防止调控过度，确保人尽其才、物尽其用。我国长期强调并坚持政治对于法制工作的统领作用，旗帜鲜明的政治性是中国法院区别于西方国家法院的根本因素。在人民代表大会制度下，法院与其他国家机关之间是分工合作的关系，各级法院在党委的领导统筹下，在人民代表大会的监督支持下，相互配合、协同工作，集中力量共同解决一些重大问题，携手应对重大突发事件。这正是西方司法中立、被动理念所忌讳和避免的。[14]虽说不能完全照搬照抄西方做法，但也应在遵循司法规律的前提下确立法院地位，构建起相对独立的司法运行制度。

（二）建立健全相关法律制度。一是建立违宪审查制度。“权利救济之大端莫过于宪法救济”。[15]宪法作为母法，宪法救济也就自然成为公民权利救济之根本，山东齐玉苓案首开引用宪法进行判决的先河。然而，我国目前没有建立起有效的违宪审查机制，公民的宪法权利受到侵犯后往往“诉讼无门”，导致公民的宪法权利无法得到有效保障。从社会权的性质来看，社会权的实现需要国家的积极作为，既需要作为立法机关的人大作为，通过制定法律为后续的执法、司法提供保障，也需要政府执法、法院司法的作为，通过法律的应用提供社会权的维护与保

[14] 刘耀辉：“强化社会权效力的路径探析——一种比较法视角”，载《武汉公安干部学院学报》2010 年第 1 期，第 57 页。
[15] 程燎原，王人博：《权利及其救济》，山东人民出版社 1998 年版，第 374 页。

障。具体到可操作的违宪审查机制构建来说，有三种情形：如认为所涉法律违宪，则应该裁定中止诉讼并报请最高人民法院认定。最高人民法院审查后，认为合宪的应裁定恢复诉讼；认为违宪的应根据《宪法》第 67 条向全国人大常委会书面提出违宪审查要求。如认为所涉法规违宪，则应看法律就该问题是否作出过规定。如果法律已经作出过规定并且规定合宪，则应直接适用法律；如果法律没有规定或者法律规定违宪，则应根据《宪法》第 67 条或《立法法》第 90 条向全国人大常委会书面提出进行审查要求，由专门委员会审查后提出意见。如认为所涉规章及以下的规范性法律文件违宪，则法官享有对以上冲突规范的选择适用权。二是完善公益诉讼制度。美国首创建立了公益诉讼制度，分集团诉讼、告发人诉讼、实验案件三种；欧洲有类似的公益诉讼称团体诉讼，英国有用公法名义保护私权之诉，法国有越权之诉，德国有代表人诉讼；日本法律中则有居民诉讼、民众诉讼。[16]从宪政的角度看，公益诉讼是违宪审查的前奏，也是当代中国宪法诉讼的特殊表现形式。因为公益诉讼基于其特殊性，有利于维护因民事侵权、违法行政、违宪立法等侵犯的权益。当然，公益诉讼需要系列配套制度跟进，尤其是在司法保护环节，关键在于法院要落实好诉讼程序规定，为进入公益诉讼的当事人提供权益与制度保障。最高人民法院出台的民事诉讼法司法解释第 284-291 条首次对提起公益诉讼的条件、管辖、立案公告、与私益诉讼关系、是否适用和解调解等相关程序，作出了明确规定。但毕竟此类案件的司法实践才刚起步，不少问题将不断涌现，单就环保公益诉讼来说，由于环境民事公益诉讼周期长，诸如原告得不到持续的项目资金支持时无法坚持完成诉讼；损害评估鉴定费用高；判决得不到执行的风险大；胜诉后环境修复资金和服务损失等款项的使用，等等，都需要在将来的司法实践中不断探索予以完善。三是健全案例指导制度。当今社会发展日新月异，单靠法律和司法解释皆难以有效解决新奇、疑难案件。我国虽不是判例法国家，但并不等于否认上级法院案例的指导作用。实行案例指导制度，通过司法机关对有关案件的判决，指导下级法院或同级法院对类似案例进行类似判决，在改变“同案不同判”现象的同时，既可有效引导社会公序良俗，又可倒逼法院案件审理工作，加强理论探讨与总结提升，更好地发挥理论作用来指导审判实践，实现“从审判实践中来、到审判实践中去”，从而提升司法公信力。至今，最高人民法院已经发布了十批 52 个指导性案例，涵盖的范围比较广泛，可以说是囊括了民商事、刑事和行政诉讼的方方面面，既有利于统一法律适用和裁判尺度，提升司法效率，促进司法公正，又弘扬了社会主义法治精神和社会主义核心价值观。退而言之，作为维护社会公平正义最后一道防线的法院，其审判活动起码应该对行政机关当前行为，以及以后相关行政行为的正当程序能够进行有效制约与规范，否则，人民法院的功能缺失与地位不存。

[16] 参见袁立：“中国社会权司法保护路径的建构”，载《南通大学学报》（社会科学版）2011 年第 3 期，第 51 页。

（三）规范法院具体裁判方式。一是基于平等权的合理性审查。设立社会权目的之一，就是给予弱势群体最基本的生活保障，能够有尊严地生活，真正体现出平等权思想。基于平等权的合理性审查，是保护社会权的一种便利选择，并不需要具体界定社会权的权利范围，也不至于仅仅将社会权视为一种愿景上的道德或国家目标规范，能够在平等权利与平等原则的层面上给予广泛保障。对于联邦法院而言，尤其是对于社会经济立法而言，站在尊重立法机关的立场，立法者于立法当时的实际目的或法院事后发现的可想象之目的都可以被视为正当目的，而且手段与目的之间只需有合理关联即可，此即为合理性审查标准。[17]基于平等权的合理性审查，并不质疑社会资源分配是否应该有群体上的差异，而在于群体分类是否合理，如区分缺乏合理性论证则可判定其带有歧视性而违宪。如 1982 年的“移民子女学费案”，布仁南法院的多数意见认为，立法将家长过错的负担转移到其子女身上，并不符合正义的基本观念；而且，公共教育并非是宪法赋予个人的权利，也不仅仅是与其他社会福利相同的某种利益，因为教育对维持社会机制、个人生活所产生的长期影响，使得基于法律地位而剥夺基本教育的原则很难符合平等保护的宪法规范。[18]法院通过个案来对是否需要保障社会权、保障方式等问题作出具体判断，由此实现有限社会资源的充分利用。二是对社会政策请求权的承认与促进。社会权内容往往随着经济社会发展而变化，与社会规范和政策密切相关，其保障是国家的一种宣示性义务或政策性目标，具有一定的政治色彩。即诸多社会权不仅体现为法律，还体现在诸多的政府社保政策上，其承认与落实情况直接关乎社会权的保障程度。但其本质还是种基本人权，可以通过法律规定、原理以及技术等，将政治问题转化为法律问题予以解决。南非 Grootboom 案具有典型意义，其适用《宪法》第 26 条：“任何人都有权获得足够的住房。国家必须在其可利用资源的范围内采取合理的办法和其他措施逐渐达到这项权利的实现。任何人都不得被从其住宅中驱逐，在没有获得法院在考虑所有有关的情况后发布的命令之前，任何人都不得毁坏他人的住宅，任何法律都不得允许任意将人们从其住宅中驱逐。”尽管南非宪法这一权利条款要求国家在其可利用资源的范围内采取合理的立法或其他措施逐渐实现这项权利，但其并没有产生个人直接获得住处或者住房的请求权。[19]该案系个人通过合理的政策请求权实现其间接权利保障，意味着国家在保护某项经济和社会权利方面怠于制定法律和政策时，个人可向法院请求立法和行政机关采取合理的立法或其他措施来保障社会权的实现。司法者并非永远只能做跟随者的角色，某种情况下它还可以为引领者。在其权限范围之

[17] 黄昭元：“宪法权利限制的司法审查标准：美国类型化多元标模式的比较分析”，载《台大法学论丛》第 3 期。转引自蔡琳：“论社会权裁判的方式及其理由”，载《内蒙古社会科学》（汉文版）2010 年第 4 期，第 44 页。

[18] 龚向和：《作为人权的社会权——社会权法律问题研究》，人民出版社 2007 年版，第 186-187 页。

[19] Jeanne M. Woods. Justiciable Social Rights as A Critiqueof the Liberal Paradigm [Z] . Tex. Int' lL. J, 2003, p796.

内，司法机关可发挥其积极作用，这将有助于社会政策和相关立法的推进。[20]三是判决政府履行最低限度义务。社会权作为一种积极权利，涉及到社会资源的再分配，往往对应着一定的政府义务。这就意味着当自由市场无法兑现这些权利时，国家有义务采取行动以促使政府来保障社会权的实现，这在很大程度上取决于政府履行义务的情况，同时也需要对政府义务的履行情况进行判断。对于国家的社会权保障义务，联合国经济、社会和文化委员会已经确定了一个必须得到保证的最低限度的概念，其在 1990 年《第 3 号一般性意见：缔约国义务的性质》中提出：各缔约国应用“一切适当方法，尤其包括立法方法”履行《公约》第 2 条所载的义务。此即国家“最低限度的核心义务”，以满足和实现公民最基本生活需求为限度，且应尽最大努力获取相应资源。[21]在南非 TAC（Minister of Health v. Treatment Action Campaign）案中，法院根据《宪法》第 28 条，认为每个儿童都具有对基本营养、住房、基本医疗保健服务和社会服务的权利，并责令南非政府采取措施，撤销有关禁止奈韦拉平推广的命令，在全国各家医院广泛使用该药物以有效阻止艾滋病病毒在母婴之间传染。尽管法院并没有明确创造一种权利，但“法院……必须……如同立法机关一样运用其广泛的权力去影响政策的形成”，可以要求政府机关必须履行明确且不能迟延的义务，对社会特殊群体提供特殊的医疗服务，或间接促使立法机关制定出相关法律，可以发挥积极作用来实现社会权。

四、结语

社会权作为权利体系中不可或缺的组成部分之一，在保障社会中弱势群体的人格尊严具有重要意义，理应给予完备的司法保护之途。因为对社会权的司法保护，可以保障那些缺乏起码的生存手段和能力的人的基本生存需要，维护了他们能够成其为人的起码尊严，使平等不至停留在抽象权利或书本理论上，而成为人们内心、日常生活中的感性体验，以及社会群众可以看得见的平等尊严，将社会权导向了一种真正意义上的平等，即实质平等。同时，还可昭示出司法在社会权保障中所具有的不可替代价值，对于进一步明确人民法院在国家权力谱系中的定位，赋予人民法院应有的国家治理功能，为更好地发挥出人民法院司法保障功能，提升人民法院的地位、加速“法治中国”建设进程提供了良好契机。

[20] 胡敏洁：“论社会权的可裁判性”，载《法律科学》2006 年第 5 期，第 30-31 页。
[21] 张敏：“社会权实现的困境及出路——以正义为视角”，载《河北法学》2014 年第 1 期，第 174 页。

社会法视野下受教育权等相关权利的裁判现状与司法重塑[1]

石珍[2]

[内容摘要]通过对司法裁判的梳理，可以发现高校行政诉讼仍存在较多需克服的问题。第一，被准予进入司法审查视野的纠纷仍集中于涉及学生身份关系的教育行政行为；第二，法院过于谨慎，对高校行为科以了较低密度的审查强度；第三，在裁判方式中，法院所选择撤销加重做判决，彷如“踢皮球般”地将众多事项的决定权仍交还给了高校，无助于学生权利的维护。在未来的高教行政诉讼中，除却更改报考志愿、开除学籍、不予录取、拒绝颁发毕业证或学位证等涉及身份关系的行为之外，高校惩戒行为、奖学金之发放或取消、对学生基本权利产生重要影响的考试评分或强制措施等行为也将被纳入司法审查的范围之类。而在审判过程中，法院也不会再望“学术判断”而兴叹，至少借助禁止不利变更原则、禁止不当联结原则、比例原则、禁止权力滥用原则等手段，法院亦可以对高校行为中涉及大学自治或专业判断的事项加以最低程度的约束。至于，对非学术性问题，法院更应积极进行独立地事实认定与法律判断了，从而最终构建起一套严密的权利保护体系，使得学生权利不再湮没于特别权力关系之中。

[关键词]特别权力关系；禁止不利变更；履行判决；判断余地；

在法治建设中的过程中，除却法规范之订立发挥的奠基性作用之外，法院内部所涌动着的司法能动主义的暗流也滋润着法治的成长。虽然出于形式法治的桎梏，法官一般需要遵循已经成型的法律教条而不得肆意去变更规则，但是，仍有一些司法判决在较为狭小的自主解释空间内大胆地尝试着某种创新。而且，这种创新在往往能够迎合现实之所需，并在某种程度上将引致公众的赞誉。否则，很难解释为何法官会冒着“擅动不守法”的帽子去做着拆除现实法治藩篱的“苦力

1.本文参评青年优秀论文

2 石珍，1985 年 8 月出生，本科就读于西南政法大学获法学学士学位，研究生就读于西南政法大学获宪法学与行政法学硕士学位，现任重庆市大渡口区人民法院研究室主任助理，曾在《法律适用》、《人民司法》、《天津行政学院学院》、《岭南学刊》、《人民法院报》、《中国消费者报》、《中国工商报》等刊物上发表论文三十余篇，曾在全国法院系统学术讨论会、执法公信力论坛、青年法学论坛、京津沪渝法治论坛、泛珠三角合作与发展法治论坛、审判管理专业委员会年会、全国副省级城市法学会年会、广东社会科学学术年会、“全国“鹏城法治”杯《深化司法体制机制改革》征文、中国工商总局“商事登记制度改革”、行政审判专业委员会年会”等比赛中获得三十余个省部级及其以上奖励。联系方式：13760139843；通信地址：重庆市大渡口区人民法院研究室；邮编：400000；邮箱：huayuanfeiyu@163.com。重庆市大渡口区人民法院；重庆；400000

活”，也无法解释僵硬的法律条文何以能在纷繁复杂的实践之中焕发出丰富多彩的光芒。

可以说，尽管司法的空间相当局促，但法院并没有完全拘泥于形式法治的制度安排，而在众多案件中努力维护实质正义，并通过个案的积累增强了司法的权威，至少在技术的层面诱致了某些法律变革。[3]法院在田永案[4]中所展现出来的开放反思的“僭越之举”，便创造性地将法槌的力量扩展到了以往司法几乎不得“破门而入”的学校教育行政领域，使学生之受教权得以拨云见日，便是明证。经由此案，在未改动形式上之诉讼法条文的情况之下，步入司法实践视野的高校行政案件开始呈几何数地增长。因此，借助现有法院判决文书的分析，抽取某些零星但独特的裁判，对于不断地充实与完善现有法治状态也不失为一种合理的路径。尤其在指导性案例开始萌生其规制意义之时，通过精研典型案例中所迸发出来的某些智慧，也将为后续类似纠纷的解决提供智识上的参考。故本文将选取北大法宝所公布的超过百例的有关高校行政纠纷的裁判文书，并对其中若干暗含着启示意义的典型案件进行细致地研讨，最终审慎地提炼出就高校行政领域司法审查密度之突围有着导向性价值的处理方式。

一、资格准入：高教行政之受案范围

依传统行政法之观点，高等学校与学生被视为特别权力关系的一个环节。所谓特别权力关系，是指基于特别的法律原因，国家享受对于具有某种身份的特定主体，如公务员、学生、军人或受监禁者，享有概括性的支配权能并使该特定主体处于绝对服从的地位。[5]特别权力关系不受依法行政原则的支配，国家或公共团体基于特别权力关系限制相对人之权利或自由时，不必个别另有法规之依据。[6]就此而言，在消极面向上，大学应不受其上级机关指令的约束；在积极面向上，大学对于研究、讲学或学习等相关学术活动，享有独立的学术自治权力，而且是由大学内部的成员自行规范与管理。[7]学校可以在无法律依据下，限制学生之基本权利，对于违反义务之学生，亦可施以惩戒，并且学生对于有关特别权力关系之争议，亦不得请求司法救济。[8]而后随着基本权利体系的构建、给付行政理念的彰显以及民主建设的扩大化，上述之见解渐渐受到挑战。以“身份关系与管理关系二分”以及“重要性理论”为立论基础，司法实务界开始对传统之特别权力关系进行一定程度的冲击与解构。

[3]何海波.实质法治:寻求行政判决的合法性.法律出版社.2009.421
[4]北京市海淀区人民法院(1998)海行初字第142号
[5]翁岳生.行政法与现代法治国家.台湾大学法学丛书编辑委员会.1990. 132
[6]翁岳生.法治国家之行政与司法.月旦出版社.1997.58
[7]许育典.法治国与教育行政:以人的自我实现为核心的教育法.台北高等教育出版社.2002.289.
[8]周志宏.大学自治与强制退学制度.台湾本土法学杂志(第29期).2001.62

就我国目前之状况而言，自田永诉北京科技大学[9]案彰显其规范效应之后，大量高校行政案件涌入法院。这一系列司法个案为特别权力关系在教育行政领域的“消解”开启了一炉温暖的“权利火种”，为学生权利救济的“病灶”提供了一剂良方。然而，即便教育行政诉讼的门槛已然放低，但能够获取实证层面之准入资格的案件类型却几乎集中于学位证与毕业证之发放或撤销、开除学籍或责令退学之处分以及招生录取此三类行为之上。即在司法实践学上，可诉的“高校管理行为”被解释为仅限于国家的侵害必须改变学生的身分，才有救济的可能。[10]纵观北大法宝所刊载的司法案例中，尚未有针对警告、记过、留校察看等违纪处分行为提起行政诉讼而被法院受理的案件，亦为有涉及到学生保送研究生、推免留学、奖学金评定等行为而诉诸权利救济的裁判。最高人民法院行政庭所编写的《行政执法与行政审判》中所涉及的教育行政案件也一再强调着这么一种判断，“学校对学生作出取消入学资格、退学、开除以及其他涉及改变学生的受教育者身份的处分行为，纳入行政诉讼的范围，由法院给予司法审查；留降级、体学等学籍处分以及警告、严重警告、记过、留校察看等纪律处分，因不会影响学生的受教育权，应被排除在法院受理的范围之外，避免不必要、过度地介入到高校纠纷当中，浪费司法资源。”[11]可见，我国之司法实践明显采纳了德国重要公法学者乌勒教授（C.H.Ule）的“身分与管理关系二分法”理论。在此规则之下，如学生所受处分系为维持学校秩序、实现教育目的所必要，且未侵害其受教育之权利者（例如记过、申诫等处分），除循学校内部申诉途径谋求救济外，尚无许其提起行政争讼之余地；反之，如学生所受者为退学或类此之处分，则其受教育之权利既已受侵害，自应许其于用尽校内申诉途径后，依法提起诉愿及行政诉讼。[12]

从实践功能上分析，越过单纯的维护内部纪律范围，将“特别权力服从者从特别权力关系本身排除出来的行为或涉及有关作为市民在法律上的地位的措施”均纳入司法审查的范围。这种突围对当时严防死守司法介入的教育行政而言，实属一种极具价值的挑战。当时的法官，将其目光与视野置于最关乎学生利益的受教育权之上，审时度势地仅对涉及学生法律地位之身份的行为开放司法救济的大门，也基于较少对学校管理行为的冲击以及避免瞬间教育失序的考量。若这也反映出了司法过程应有的能动性与审慎性。一方面，司法不能对学生权利之救济无动于衷，但另一方面亦不能一下子就矫枉过正了。学生权利与大学自治之间的博

[9]北京市第一中级人民法院(1999)一中行终字第 73 号

[10]许育典.释字第六八四号下大学与学生的法律关系.月旦法学杂志.2011(12):97

[11]上海市高级人民法院行政审判庭.关于上海市高校教育行政案件的调查情况.载最高人民法院行政审判庭.行政执法与行政审判(总第 17 集).法律出版社.2006 .116。类似观点还可参见广东省高级人民法院行政审判庭.关于教育行政案件有关问题的调研报告.载最高人民法院行政审判庭.行政执法与行政审判(总第 29 集).法律出版社.2008 .467-476；窦家应.广州市两级法院审理高校行政案件的探索.载最高人民法院行政审判庭.行政执法与行政审判(总第 18 集).法律出版社.2006 .136；天津市高级人民法院行政审判庭.关于审理教育行政案件的调查报告. .载最高人民法院行政审判庭.行政执法与行政审判(总第 12 集).法律出版社.2004.131-140.

[12]赖恒盈.告别特别权力关系（下）——兼评大法官释字第六八四号解释.月旦法学杂志.2011(11):183

弈幅度应当在一种循序渐进地过程中获得民众以及教育系统的接受与认可。例如，我国台湾地区，学生行政争讼权从“无”，到艰难地跨进到“只有一小部分”，再到全面性地获致保护，时间上也整整跨越了二十多年。1984 年台湾大法官会议第 187 号解释已经在公务员领域松动了特别权力关系的束缚；但直至 1995 年台湾大法官会议第 382 号解释才采纳了“基础关系与经营关系二分”的理论，允许学生就退学、开除学籍等涉及身份变动系的行为提起行政诉讼；最终及至 2011 年台湾大法官会议第 684 号解释又突破了“基础关系与经营关系的界限”，全面采取“重要性理论”，认为“即使非属退学或类此之处分，本于宪法第十六条有权利即有救济之意旨，仍应许权利受侵害之学生提起行政争讼，无特别限制之必要”。

然而，若在高校行政诉讼发展之初始阶段，言及避免“司法过度侵入教育自主领域，造成对学校不必要的困扰”可能一定的说服力。但纵观高校行政诉讼之发展，已然经历了约二十个年头，积累了丰富的裁判经验。此时仍不允许学生就关涉其其他重要权利的高校行政行为提起司法诉讼则有失妥当了。至于对非属侵犯学生受教育权之行为的审查，人民法院其实已经提供了几例可资借鉴的裁判经验。在“谢雯诉北京市崇文区教育委员会不服申诉决定案”[13]中，作为学生的谢雯因“落选市级三好学生的评定”向崇文区教育委员会提起了申诉，在遭受崇文区教育委员会驳回申诉申请之后，谢雯遂又提起了行政诉讼。本案之意义在于，虽然谢雯提起诉讼之对象仅为“市三好学生之评定结果”，但法院并没有因“‘市三好学生之评定行为’不涉及受教育权之实现、未变更谢雯学生之法律身份与地位”，而将谢雯简单而粗暴地拒之于法院之外。相反，无论是一审法院还是二审法院，均认真考量了谢雯之诉求，且在把握住北京市教育委员会京教德[2001]10 号文件规定之精神实质的情形下，认定“前门小学将区、市三好学生的学生投票评选合二为一，在学生投票评选出区三好学生人选的基础上，经任课老师评议、校行政会讨论确定并公示了市级三好学生的人选，非属违反程序、营私舞弊、暗箱操作”。而在“陈舜文、陈丽云诉南华大学颁发毕业证、学位证案”[14]中，陈舜文、陈丽云以“该毕业证及学位证书上写有‘专科起点’的字样，是对自己学业的一种不公平待遇”为由提起了行政诉讼。在此案中，法院将其审查范围扩张至了毕业证书以及学位证书所载明的内容亦算是一种突破。另外，在“蔡霞诉北京教育考试院取消考试成绩决定案”[15]中，原告就考试院取消其全部科目成绩的行为提起了诉讼。尽管取消其成绩，并不意味着原告无法取得自考文凭。毕竟，只要原告在未来继续努力，通过重修、再次考试，依然可取得自考学位与毕业证。

[13]北京市崇文区人民法院（2004）行字第 30 号判决书；北京市第二中级人民法院（2004）二中行终字第 246 号判决书。

[14]湖南省衡阳市蒸湘区人民法院（2005）衡蒸行初字第 11 号；湖南省衡阳市中级人民法院（2005）衡中法行终字第 77 号。

[15]北京市海淀区人民法院（2003）海行初字第 58 号

但因原告一门考试舞弊，便取消其当年自考的全部 8 科目课程的成绩，仍然会给原告造成重大影响。故法院不仅受了此案，还以“《高等教育自学考试暂行条例》第三十七条规定中“取消考试成绩”应当是指取消考生有作弊行为的单科考试的成绩，被告取消其他科目成绩属于扩大解释；且取消考试成绩的权力应专属于教育行政部门，被告并不享有此项职权”为由，撤销了被告之惩戒行为。尽管，这三个案例并未如田永案一般，基于被最高人民法院公报刊载而发挥出里程碑式的意义。但它们所孕育着潜在意义与效用几乎不亚于田永案。因为它们以积极的姿态在回应着学生权利诉求，在努力地打破特别权力关系下的某些真空地带。这显然是值得推广，也应当为行政法的适用空间之拓展提供经验的借鉴。

总而言之，在特别权力关系被扬弃后，基于对人民基本权利的重视，以及利用法律救济权予以保障该些基本权利的实践，都使得“重要性理论”变得举足轻重。虽然大学自治系国家“功能性权力分立”的落实，但大学不因具自治权而成为治外法权，国家基于法治国原则，对于大学当然仍具有一定界限之监督权限。[16]这种限度以是否侵犯学生之基本权利为标准，而非局限于身份关系中受教育权的保障。即在影响基本权利时，特别是在敏感的基本权利领域，即使提供给付也需要专门的法律根据。[17]例如，在高校学生管理工作中，记过及其以上处分往往将直接导致学生无法顺利获得高校的学位证书，甚至还将应该处分被归入学生档案而影响学生之未来就业，故此时便应开启行政诉讼的途径以便于及时保护学生的权益；奖学金的评定或取消，显然也将严重侵犯学生之物质权益，亦应有诉诸法院救济的可能性；对高中生进行三好学生的选拔将因涉及到高考加分而极大地影响学生顺利考取大学的机会，对在校学生进行保送生与推免生的认定则将影响学生继续接受更高一级教育的权利，故同样需要提法院供司法上的保障。另外，一般情况下，对于高校所作出的舞弊认定行为，若未附加更为严重的后果，而仅是取消了学生该科之成绩，那么学生通过申诉等内部救济程序似乎当可获得保障。但若该高校认定学生之行为为舞弊的场景，属于公务员考试或研究生入学考试等关乎学生获取特定身份的考试场景，则理所当然应当为学生就该认定为舞弊性质的行为进行相应诉讼。否则，即便仅仅是取消了当科的考试成绩，也将直接导致该学生无法顺利的通过考试。

二、中场对峙：高教行政之审查强度

前面已经述及，在司法实践中，几乎仅有开除学籍或责令退学、招生录取、拒绝颁发或撤销学位证或毕业证此三类影响学生受教育之身份的行为获致了司法审查的准入资格。然而，即便如此，若不关注在审判过程中法院对高校行为审

[16]董保城,朱敏贤.国家与公立大学之监督关系及其救济程序.载大学自治、自律与他律.元照出版社.5
[17] （德）沃尔夫,奥托·巴霍夫等.行政法 （第一卷）.高家伟译.商务印书馆.2002.345

查的限度，那么仍将徒使起诉之学生空怀有救济之可能性。因此，考察法院在学生与高校对峙之时所能掌握的判罚标准或强度同样极为重要。一般而言，针对高校所作出的管理行为，不能仅采取单一的司法审查强度，而应尝试宽严相济的多元审查标准综合作用。其中，判断不同审查强度的选择与采用的关键因素，便在于是否涉及专业的学术判断基准。

（一）涉及学术性事项的争点

1、设定学位授予、毕业条件之审查

《最高人民法院公报》在“何小强诉华中科技大学履行法定职责纠纷案”[18] 中提炼裁判要旨时，言及“各高等院校根据自身的教学水平和实际情况在法定的基本原则范围内确定各自学士学位授予的学术标准，是学术自治原则在高等院校办学过程中的具体体现；有学士学位授予权的大学在国家学士学位授予基本原则范围内，有权自行制定授予学士学位的学术标准和规则。”这样一种观点几乎是法院裁判不约而同采纳的标准。如陈劲诉重庆师范大学不予颁发学士学位证书案[19]、杨亚人与天津科技大学履行行政义务纠纷上诉案[20]、韦安吉与广西工学院行政裁决纠纷上诉案[21]、白紫山等与武汉理工大学教育行政行为纠纷上诉案[22]等裁判理由均承认了“学校以培养人才为目的，有权对自己所培养的学生质量作出规定和要求；且学校如何规定自己学校学生的质量和水平，不是司法审查的对象”。[23]

然而，即便基于学术自治之理由，上述理由似乎毋庸置疑。但若因此而绝对不能审查高校所设定的毕业条件或学位授予条件，则显然过于放纵了高校之自治规则的制定权。虽然，基于大学之自治权，各专业教学单位（系、所）亦得自定义与学习及研究有关的规则，例如选课规则、研究生毕业条件，包括应发表文章若干篇，或必须通过什么样的考试等。但其设置的规则至少应当接受禁止不当连结禁止原则以及比例原则的规制。例如，若无视学生在遭受纪律处分之后的实际表现，对于受记过处分的学生均一律不予发放学位证，则有违法治国原则中比例原则，也有悖于高校惩戒行为之教育功能的实现。值得注意的是，在“张福华诉莆田学院颁发学位证书纠纷案”[24]中，法院便以“被告所制订的《莆田学院学士学位授予工细则（试行）》中第三条[25]规定，与《中华人民共和国学位条例》第四条规定相抵触”为由，拒绝适用被告拟定的自治规则。

---

[18]最高人民法院公报，2012 年第 2 期

[19]重庆市沙坪坝区人民法院（2008）沙法行初字第 31 号判决书；重庆市第一中级人民法院（2008）渝一中法行终字第 225 号判决书。

[20]天津市高级人民法院（2005）津高行终字第 0002 号

[21]柳州市中级人民法院(2010)柳市行终字第 3 号

[22]湖北省武汉市中级人民法院（2006）武行终字第 60 号

[23]湖北省武汉市中级人民法院（2006）武行终字第 60 号

[24]莆田市城厢区人民法院(2010)城行初字第 22 号

[25]该条款内容为，在校学习期间，违反学校有关管理规定，曾受过校行政记过（含记过）以上处分者或按结业处理者，不授予学士学位

2、基于学术原因拒绝颁发学位证、毕业证的审查

既然大学对于教学、研究与学习之学术事项，诸如内部组织、课程设计、研究内容、学力评鉴、考试规则及毕业条件等，均享有自治权。[26]且学位评定需要依赖学者学术性的专业评价，则受理行政争讼之机关审理大学学生提起行政争讼事件，亦应本于维护大学自治之原则，对大学之专业判断予以适度之尊重。[27]故上海市高级人民法院行政审判庭在最高人民法院行政审判庭所编写的《行政执法与行政审判》中亦主张，“若因学术标准而不授予毕业证、学位证的，基于学术自治及专业性，司法审查应以形式审查为主，对学术不作实质性的评判。[28]如在“刘燕文诉北京大学学位评定委员会不批准授予博士学位决定纠纷案”[29]中，法院也只是对授予学位的程序是否合法进行判断，并未对刘燕文的学术水平进行评价，便是尊重学术自治权的体现。

但是，正如同所有的自治权均存在有他律监督一般，学术自由亦非绝对而仍有其界限存在。[30]在学位授予才三级评审制的情况下，形式上拥有最终决定权的校学位评定委员会，其表决自由应该受答辩委员会以及院（系）学位委员会所享有学术自由权的限制。第一，对学生学术能力与实际水平的考察，作为学院之老师以及答辩委员会之成员最为熟知。校学位委员会成员无法重建学术判断之现场，从而难以发现事实之真相。第二，知识背景、专业能力和学术素养才是成全学术权力之威望的主要来源，而职务和组织并非彰显学术权力之魅力的基本构成要素。校学位委员会之构成人员虽为各自领域内学术造诣较深厚者，但并不意味着它能对无涉其专业或研究方向的论文进行恰如其分的评价。校学位委员会成员对学生学术能力所为之判断，并不能以“判断余地”或事涉专业性为由，排斥司法之审查。相反，正是由于辨别学生之学术素养往往系基于专业能力所为，故对学生学术能力之审查与核准亦非校学位委员会所能胜任。因此，针对刘燕文类的案件，法院不仅可从学校学位委员会之表决程序上加以评价，也能通过解释规则否定学校学位委员会就学术水平进行重新评价的权力。

（二）涉及非学术性事项的争点

1、　设定纪律惩戒规范之审查

基于建构内部纪律、维护团体秩序、提升教学秩序的目的，高校有权自主设定惩戒性校规。当出现身体、学业、品格或行为上的法定情形时，高校即可通过

[26]李慧宗.教育行政法要义.元照出版社.2004.399

[27]赖恒盈.告别特别权力关系（下）——兼评大法官释字第六八四号解释.月旦法学杂志.2011(11):186

[28]上海市高级人民法院行政审判庭.关于上海市高校教育行政案件的调查情况.载最高人民法院行政审判庭.行政执法与行政审判(总第17集).法律出版社.2006 .116

[29]北京市海淀区人民法院(1999)海行初字第103号；北京市海淀区人民法院(1999)海行初字第104号

[30]蔡茂寅.试评湛中乐、韩春晖大著——论《大陆公立大学自治权的内在结构》一文.载大学自治、自律与他律.元照出版社.74

某种方式剥夺学生的受教育权利。[31]从法律上看，教育部制定的《普通高等学校学生管理规定》第69条[32]直接赋予了高等学校管理学生的权力，《中华人民共和国高等教育法》第41条则通过授权高校校长制定具体规章制度的方式间接地肯定了高等学校制定管理规则的权力。同时，《中华人民共和国高等教育法》第53条规定也从另一个角度诠释了学生行为规范和学校各项管理制度对高校学生的约束力。

然而，设定纪律惩戒规范固然属于学校自治权的范围，但它又是一项非常严肃的法律行为，应该遵循基本的法治原则和起码的程序规范。[33]第一，高校在制定对学生处分相关规章制度中，凡涉及以上“自由裁量”的规定时，必须遵循“比例原则”。高校针对学生行为所设定的纪律处分，不仅应当与学生违法、违规、违纪行为的性质相适应，更要与认定违纪行为之依据的规范位阶及其性质相联系。例如，《大学生日常行为规范》中随拟定的义务多属于倡导性的义务，并不具备某种法律上的责任。故高校就不得对“违反《大学生日常行为规范》”的行为设定惩戒性的处罚。第二，高校制定纪律惩戒规范之时应当遵守禁止不当连接的原则。不当连接禁止是指权力机关在其权力作用上应该遵循最低理性的要求，应当只考虑到合乎事物本质的要素，而不可将与法律目的无关的法律上及事实上的要素纳入考虑。[34]例如，把学生欠费与纪律处分挂钩，凡因欠费的学生(其中不乏家庭困难的同学)就可以根据学校的规范性文件给以“警告”的纪律处分，就属于典型的不当连接。

2、 基于非学术理由拒绝颁发双证、取消学籍、实施纪律惩戒的审查

若言及高校在学术上基于专业角度的自治权力，限缩其他机构对高校的规制当有一定程度的正当性。如在是否将通过四六级考试或发表论文与学位授予进行挂钩，或以多少门课程的重修、以何种课程为学生学习的必修科目作为学位授予的否定性要件等方面，司法机关需要克制其审查的冲动。然对于非高度专业性的判断，依然采纳低密度的审查强度径而不进行适度的司法干预则有失正当。

（1）首先，对并不涉及专业判断的事实，法院一般可以对其进行全面审查，运用证据规则审查高校提供的证据是否足以支持其纯粹事实认定的结论，并可以自己的判断取代高校的判断。[35] 在“谢文杰诉山西师范大学拒绝颁发毕业证案”[36]中，法院便以“被告无正当理由拒不公布考试成绩，拒不提供试卷，应承担举

[31]葛新斌. 新旧《普通高等学校学生管理规定》之比较分析——从高校学生身份处分权的制度安排出发.教育学报.2005(6):24

[32]高等学校应当根据本规定制定或者修改学校的学生管理规定，报主管教育行政部门备案(中央部委属院校同时抄报所在地省级教育行政部门)，并及对向学生公布。

[33]李永林. 论高校惩戒性校规的行政法规制. 湖北行政学院学报.2008(4):36

[34]陈敏，行政法总论，神州，2003,518

[35]沈岿. 析论高校惩戒学生行乃的司法审查. 华东政法学院学报.2005(6):33

[36]最高人民法院中国应用法学研究所编.人民法院案例选(总第44辑).人民法院出版社.2004.438.

证不能的法律后果”为由，认定“谢文杰此次考试成绩应视为合格”。而在“辛芙萌不服中国药科大学教育行政管理纠纷案”[37]中，对于“原告是否曾被被告录取，且在被告处完成了学业“这一事实性的判断，法院当然可以在综合衡量当事人提供之证据的基础上进行自主的判断。

（2）对于拒绝发证行为中的法律问题，法院可以凭借其专业能力进行审查。一般而言，对于以下事项，法院可提高其审查强度，而非需要尊重高校所作出的判断或理解。第一，原判断之决策过程有无应遵守之法律程序，决策过程是否践行。[38]如韦安吉与广西工学院行政裁决纠纷上诉案[39]、林丹娟不服漳州师范学院开除学籍案[40]、许昌学院与李莉亚开除学籍处分决定纠纷上诉案[41]等均是以程序违法为由，撤销了学校不予发放双证的行为。同时，学校是否将有关自治规则告知于学生，亦可归于本条正当程序之告知义务范畴。第二，法律概念涉及事实关系时，其涵摄有无错误。在“甘露不服暨南大学开除学籍决定案”[42]中，最高人民法院便对《普通高等学校学生管理规定》第五十四条第五项中“剽窃、抄袭他人研究成果”所涵摄的事实作出了独立的判断，即此处“剽窃、抄袭他人研究成果”系指“高等学校学生在毕业论文、学位论文或者公开发表的学术文章、著作，以及所承担科研课题的研究成果中，存在剽窃、抄袭他人研究成果的情形”[43]，而不应当包括甘露在提交课程论文中的抄袭行为。第三，不确定法律概念原则上仍应受司法审查。在 XX 学生诉西南大学开除学籍案中，人民法院便对 “品行恶劣，道德败坏之行为”进行解释，而将原告恋爱并怀孕之行为排除于“品行恶劣，道德败坏”这一不确定法律概念之外。

（3）对属于高校自由裁量范围内的行为，法院一般不做合理性审查。考虑到高校内部秩序、高校自治与学术自由的维护，法院的审查应当局限于法律问题，即审查作出处分决定的主体资格、内容和程序等是否合法，处分行为主要事实依据是否充分，而不宜对高校做出的处分决定的具体理由(合理性)进行审查。[44]然而，高校学生采取的惩戒行为是否合法，除却正当程序原则之规制外，还应受法律保留原则、比例原则、不当联结禁止原则、禁止不利变更原则等规则加以检视。遗憾的是，在司法裁判中，几乎未有对高校采取的开除处分是否得当进行评价的裁判。更为遗憾的是，在“涂冬华诉湖南医学高等专科学校行政处理决定案”[45]中，

---

[37]江苏省南京市鼓楼区人民法院（2007）鼓行初字第 7 号。
[38]李建良.行政裁量与判断余地.月旦法学教室(第 98 期). 48
[39]柳州市中级人民法院(2010)柳市行终字第 3 号
[40]福建省漳州市芗城区人民法院（2006）芗行初字第 120 号；福建省漳州市中级人民法院（2007）漳行终字第 13 号。
[41]河南省许昌市中级人民法院(2009)许行终字第 16 号
[42] 最高人民法院(2011)行提字第 12 号
[43] 最高人民法院(2011)行提字第 12 号
[44]李永松,翟新明. 司法审查对公立高校纪律处分争议的有限介入. 陕西理上学院学报(社会科学版).2007(3):72
[45]湖南省长沙市岳麓区人民法院（1999）岳行初字第 29 号；湖南省长沙市中级人民法院（2000）长中行终字第 14 号

原告之主张“被告违反法定程序，且加重了对原告的处罚”，本身便是在援引禁止不利变更原则进行权利维护，但该受理法院居然视如未见，加以了回避。在该案中，被告第一次作出的 “关于李迈、涂冬华考试舞弊处分的决定”（湘医专教字（1997）第 11 号），仅“决定给李迈、涂冬华留校试读一年的决定，在留校试读期间，按成教学生缴纳学费标准加收一年学费的处分”，该决定被长沙市岳麓区法院（1998）岳行初字第 44 号行政判决所撤销。而后被告重新作出决定之时，便改为“勒令退学处分”了。对比前后两次纪律处分决定，第二次处分决定剥夺了第一次处分决定给予原告的试读机会。这显然违背了“禁止不利变更原则”，理应予以撤销，而法院却予以了维持。

三、法槌定音：高教行政之裁判方式

获致司法审查的资格准入、细化法庭对峙的审查强度均只是学生权利保护的中间型环节，而裁片文书的确定才是对案件实体问题处理结论的终局宣示。选择不同的裁判方式，所集中突出展现的对学生权利救济的程度亦有所差异。对于请求消除学校开除学籍、责令退学、取消学籍等诉求而言，简单的撤销判决即可达致学生所欲获得的目的，实现权利救济的效果。但对于请求颁发毕业证、授予学位、予以录取等需要法院更改行政行为的内容或创设新的权利义务的事项而言来说，仅仅以撤销原明示的拒绝行为，或宽泛地要求高校重新作出处理决定，对学生的权利救济可能均无济于事。 因此，就必须对高校行政诉讼中法院可资使用的判断手段进行分析与讨论。一般而言，基于开除学籍、责令退学、取消学籍而引发的诉讼，原告之要求即为撤销高校所作出的处理决定，故或用驳回诉讼请求判决、或用驳回起诉判决、或用撤销判决，均较少引发争议。但在因拒绝颁发学位证、毕业证而产生的纠纷中，原告请求颁发双证的诉求涉及到具体义务内容的实现，故在撤销兼重做判决与履行判决之取舍上，以及履行判决之程度上往往平添了较多争议。故本文在此仅对颁发双证纠纷中法院应如何裁判加以分析，而对其他问题暂时予以忽视。

而对司法实务进行细致地观察，可以发现，被诉行为是涉及学位证之拒绝授予还是毕业证之拒绝发放，将在很大程度上影响法院的裁判方式选择。这种区分在“田永案诉北京科技大学”案得到了很鲜明的彰显，该案中法院法院判决“一、被告在该判决生效之日起 30 日内向原告颁发大学本科毕业证书；二、被告于该判决生效之日起 60 日内组织本校有关院、系及学位评定委员会对原告的学士学位资格进行审核……”。即针对毕业证和学位证明显采取了两种不同的判决模式。对颁发毕业证之诉讼请求采取了限期颁发的履行判决，而就授予学位证的诉讼请求作出的却是撤销兼责令重做的判决。前者涉及到了履行义务的具体内容，而后者则沿袭了司法权对于行政权保持克制姿态的思路。这种区别性对待的裁判

方式在其他案例也如出一辙，几乎未见有判处被告对原告是否符合毕业条件加以重新审核的案例，也未见有判处被告于一定期间内向原告授予学位证的案例。如杨宝玺诉天津服装技校不履行法定职责案、谢文杰诉山西师范大学拒绝颁发毕业证案、彭健诉昆明理工大学教育管理行政不作为案等案均是判处被告于一定期间内向原告颁发毕业证书；而樊兴华诉郑州航空工业管理学院评审学位程序违法请求重新评审并授予学士学位证书案[46]、韦安吉与广西工学院行政裁决纠纷上诉案等案则均是在撤销被告原拒绝授予学位行为之后，责令被告重新就学位事宜进行审核并作出决定。在“张福华诉莆田学院颁发学位证书纠纷案”中，法院更是明言直陈，虽然被告之行为违法，“但原告请求法院判令被告向原告颁发学士学位证书，由于司法权不能替代行政权，该请求本院不予支持”，故判决“被告在判决生效之日起60日内召集本校的学位评定委员会对原告张福华的学士学位资格进行审核，并作出是否授予学士学位的决定”。[47]

上述一种差异性对待的裁判方式，大多是基于存在“判断余地”的考量。判断余地是在司法实践中发展而来的，在法院无法对一个法律概念的事实要件进行合理的解释与适用时使用。[48]承认判断余地的理由则不外为权力分立、功能法观点、及高度属人性的判断。[49]一般而言，法院应当全面审查行政行为法律授权基础的事实要件是否得到满足。但因其专业之认知及能力的特殊性，行政机关就存在于构成要件中不确定法律概念的了解可能更为恰如其分，此时就例外地承认行政机关享有判断余地。在享有判断余地的领域之中，司法能就行政权所施加的判断只采取较低的审查密度，除却行政机关之判断存在恣意滥用及其他违法情事时之外，必须接受在该领域内作出的行政决定。在授予学位的评定过程中，对于“学生是否满足了授予学位的要求”这一事项，需要由受任于学位评定委员会这一特殊机构的掌握着专门知识的审查人员通过遵循特殊的评价规则进行判断。且其衡量标准亦属于法律上可把握领域之外的事项，审判人员欠缺充分的认识可能性。同时，学位答辩情况等亦存在着不可代替性及不可反复性。故学位水平评定结论往往具有不可预测的主观因素，而不会像自然科学的计算标准和参数一样明确可依。故学位授予被允许有相当程度的“判断余地”。[50]此时，即使高校曾作出的拒绝授予学位行为违法，法院亦不得无视高校所拥有“判断余地”，而仅能责令高校重新就授予学位事项作出决定。而是否符合毕业条件，则不涉及到专业性的判断，无“判断余地”。只要接受了正规的学校教育，学习结束时满足了高校所设置的学分要求，且无诸如必修科目不及格、重修科目超过学校规定等非涉专业性

[46]河南省郑州市二七区人民法院（2003）二七行初字第67号
[47]莆田市城厢区人民法院(2010)城行初字第22号
[48]德国国际继续教育与发展协会，最高人民法院行政审判庭，国家法官学院编.中德行政法与行政诉讼法实务指南：中国行政法官实践手册.中国法制出版社,2008.6.
[49]黄锦堂.判断余地理论于公务员保障法之适用与检讨. 2009(9):55
[50]郭庆菊. 高校教师职称评审行为之司法审查.学术交流.2011(3):79

判断的否定性事由，就应该认定学生达到了毕业条件。再兼之高校不具有颁发毕业证书与否的自由裁量权，故在高校已经已经行使了首次判断权后，法院自然可以直接判令被告向原告颁发毕业证。

然而，若基于存在“判断余地”的理由，就简单地认定法院无权科以高校在一定期限内履行授予学位之具体义务，亦可能有失妥当。一方面，在司法实践中，由于法院所作出的责令重做判决不能堵住高校再次作出一个类似拒绝行为的后路，学校之授予学位的实体请求往往在经历一番司法救济程序后还是回到了被拒绝的原点。这不仅造成了重复诉讼、浪费司法资源，更主要是将置学生于长期无学位的困境，最终将使得学生因此而长期无法获致满意的工作。例如，在“王林辉与武汉大学不授予学士学位决定及行政赔偿纠纷上诉案”[51]中，原告就被告拒绝授予第二学士学位的行为进行了三次诉讼，历经三年时间，依然未能如愿。在前两次诉讼中，法院均以高校之行为违法法定程序为由责令重做授予学位与否的决定。在第三次诉讼中，由于被告表决程序符合该校《武汉大学学位授予工作实施细则》中规定的程序，故法院支持被告的拒绝授予学位行为。可以想见，若被告第三次拒绝行为仍然不符合法定程序，那么将继续开启第四次、第五次，甚至第 N 次诉讼程序。这样一种反复几乎无助于任何权利之维护，反而将危及司法之权威并放纵行政权力的滥用。另一方面，尽管学位评价事项确实具有专业知识性，且进入行政诉讼的证据可能并不能完全地反映学生学术水平之客观事实，依据这些部分事实判决行政机关为一定内容的行为可能存在不合适的情形。但这并意味着，法院完全应听凭高校学位评定委员会的判断。校学位评定委员会所做之评价，需要尊重院学位委员会以及答辩委员会就学生学术能力所做的判断。若校学位评定委员会之否定评价未就学生何处不符合学位授予要件之事项作出释明，那么理应以权力滥用之理由拒绝承认。同样以“王林辉与武汉大学不授予学士学位决定及行政赔偿纠纷上诉案”为例。原告在武汉大学修完双学位规定的全部课程且通过双学位的论文答辩。虽其因毕业前未通过国家大学英语六级考试而未授予第二学士学位。但其于毕业后经武汉大学同意，回到武汉大学参加了国家大学英语六级考试并通过了该考试。此行为符合《武汉大学双学位授予暂行办法》第四条第二项规定的补授学士学位的条件。故在原告向武汉大学提交授予第二学士学位申请之后，该学校的哲学学院和 WTO 学院学位委员会负责人均签署“同意授予”意见。然仅因校学位委员会简单地表决程序就予以了否定，且这种表决建立在两次违法行为被法院撤销的基础之上。又未附加任何对原告学术水平、科研素质不符合学位授予条件的说明，使得学生就其不符合学位授予要件的事项陷入“斯芬克司之谜”的猜测之中。故上述之不予授予学位的行为显然属于滥用学位评定权的行为。同时，若仅以举手表决，无需做任何实质上的解释或说明，就能随意否定

[51]湖北省武汉市中级人民法院(2010)武行终字第 108 号

答辩委员会以及该校哲学学院、WTO学院这两个学院学位委员会作出了学术判断，也属于“学术评价权”的僭越。因此，在此案件中，基于原告顺利通过各项考试以及论文答辩且取得了该校哲学学院、WTO学院这两个学院学位委员会“同意授予第二学士学位”之事实，结合校学位委员会多次无视正当程序属权力滥用之事实，再兼校学位委员会未对原告不符合学位授予要件的事项进行厘清之事实，法院应当认定校学位委员会所具有的“判断余地”已然丧失，而直接判处被告在一定的期限内发放学位证。

总而言之，从权力分工以及专业考量的客观视角出发，在涉及学位授予的事项上，法院不宜将自身的判断取代高等学校的判断。法院应当恪守司法权与行政权的界限而不能过分侵越行政权的“判断余地领域”。一般情况下，对违法的不予授予学位的行为，法院亦只能在撤销原不予授予学位决定之后，要求高校在一定期限内重新审核并作出授予学位与否的决定，，而不能对高校如何履行职责提出具体性的要求。然而，从及时有效保护学生合法权益以及防止高校滥用学术评价权的角度出发，对于多次违反正当程序而否定学院学位评定分委员会“学位授予建议”的校学位评定委员会，在其提供的卷宗不能呈现出否定理由而时，应当缩减其“判断余地”，除非校学位评定委员会能提供详细地涉及到实质性事宜的判断理由。且原告可以提供证据证明被告在实体性判断过程中存在着恣意、滥用权力、实施了不当联结等事实，以促使法院缩减高校所拥有的“判断余地”。若有充分理由证明高校实施了滥用权力等构成实质违法的行为，在以下条件皆满足的情形下，可以直接判处高校发放学位证：（1）满足了学校就学位授予所设定的无涉专业判断的要件，如通过了四六级考试、在规定的刊物上发表了论文、通过了所有规定的预设课程；（2）不存在着学校拟定的不予授予学位的事由，如被处以了记过及其以上处分、重修科目超出了学校授予学位的最低要求；（3）答辩委员会作出了论文答辩通过的决定；（4）院学位委员会向校学位委员会作出了同意授予学位的决定。

四、事后花絮：高教行政之未来展望

司法判决浓缩了一国行政法制度和行政诉讼文化，通过它可以较为务实的窥探教育行政法在实然状态下的运行状态。在上文的分析中，我们可以发觉，以个案适用法律的方式来修正高校行政法治中种种落后之观念，在整体上可能是趋于保守、稳重的，甚至某些裁判在一时还会阻碍高校法治进程的发展。但其中亦不失开放、能动的司法裁判。无论是以指导性案例的姿态发挥着引导性作用，还是仅仅以普通个案的身份沉默于卷帙浩繁的众多案例之中，这些闪现着法官审慎判断、智慧突破的个案均不会烟消云散。在目前的司法现状中，尽管被准予进入司法审查视野的纠纷仍集中于涉及学生身份关系的教育行政行为，尽管法院过于谨

慎而对高校行为仅科以了较低密度的审查强度，尽管法院在最终的裁判文书中彷如“踢皮球般”地将众多事项的决定权仍交还给了高校，但是，只要法官树立起这样一种自觉，利用司法制度改革给予的契机，发挥出案例指导在推动法律制度变革过程中的独特作用，那么这些情形终将成为历史。

高校行政行为的审查规则，不仅仅涉及到诉讼机制的配置问题，更深刻蕴涵着公私法区分之一元主义、公私法在维护当事人权益上存在的理念差异等内涵。这也就决定着高校行政诉讼的发展也将呈现出一种反复权衡、综合博弈的渐进过程。而随着教育法治理念的不断彰显，随着司法裁判经验的继续丰富，随着学术权力与行政权力界限的日益分明，诉讼实务也终将构建起一套多层次、富有弹性的科学地司法审查密度。可以想见，在未来的高教行政诉讼中，除却更改报考志愿、开除学籍、不予录取、拒绝颁发毕业证或学位证等涉及身份关系的行为之外，高校惩戒行为、奖学金之发放或取消、对学生基本权利产生重要影响的考试评分或强制措施等行为也将被纳入司法审查的范围之类。而在审判过程中，法院也不会再望“学术判断”而兴叹，至少借助禁止不利变更原则、禁止不当联结原则、比例原则、禁止权力滥用原则等手段，法院亦可以对高校行为中涉及大学自治或专业判断的事项加以最低程度的约束。至于，对非学术性问题，法院更应积极进行独立地事实认定与法律判断了，从而最终构建起一套严密的权利保护体系，使得学生权利不再湮没于特别权力关系之中。

美国教育捐赠税制及其启示

—— 以美国《国内税收法》501(C)条款为视角

周贤日[1]

摘　要：英国《伊丽沙白法规》开启了通过国家税收和行政干预制度救济贫民的先例，其对美国的公益慈善事业发展产生了重要影响。美国的教育捐赠税制在19世纪末构建起自身的现代模式，1939年制定的《国内税收法》经过多次修正，形成了在实体、程序和管理方面的成熟制度。其中的501（C）条款列出了包括教育组织在内的27种享受联邦所得税减免的非营利组织，对高校基金会发展起到了扶持和推动作用。美国教育捐赠税制相对完善的税收激励机制，合理的个人所得税制，完备的捐赠减免税法律程序和管理规定,非政治化的捐赠免税政策，有利于推动捐赠事业。建立税收激励机制，实行税收优惠政策，完善税收体系，是域外经验对我国教育捐赠税制建设的基本启示。

关键词：教育捐赠；国内税收法；非营利组织；税收激励机制

中图分类号：D912.16　　文献标志码：A　　文章编号：1674-3555(2015)01-0001-06

DOI：10.3875/j.issn.1674-3555.2015.01.001　　本文的PDF文件可以从xuebao.wzu.edu.cn获得

考察美国的公益慈善事业发展历程，可以发现美国120多万个各类公益慈善组织、数千亿美元公益慈善基金积累、每年捐赠的高达GDP的9%[1]的公益慈善基金在美国的政治经济社会发展中发挥了深刻的影响，“公益”成为了美国的核心价值观念，而把教育放在首位或者重要突出位置，是各基金会最大的共识之一[2]29。

在美国、英国、澳大利亚等发达国家，对慈善组织、非营利组织都有明确的税收征管和税收优惠制度，这在很大程度上促进了非营利组织的完善和发展，同时也从税收角度对非营利组织的发展起到了一定的监管作用，使其资产能够更有效地运用到非营利事业中[3]。当我们追寻美国的教育捐赠制度发展的历史，我们

[1]收稿日期：2015-04-09
基金项目：国家社会科学基金(CIA100151)
作者简介：周贤日(1972-)，男，广东陆丰人，教授，博士，研究方向：社会法学。华南师范大学法学院，广东广州　510006

在感慨美国的教育捐赠事业的成绩时，发现其背后激励、培育教育公益慈善的税制尤为值得我们关注和深思，“任何征税制度很容易成为一个社会的政治及经济的一面明朗的镜子”[4]，美国对教育捐赠等公益慈善事业的税制更是如此。虽然已有不少文献论述公益慈善捐赠税制问题，但专门针对教育捐赠（特别是高等教育捐赠）税制领域的相关问题开展研究的为数尚少。美国多数州在 19 世纪末 20 世纪初从 18 世纪的限制慈善捐赠转变为采取措施激励捐赠[5]，从减免捐赠税制不完善到完善的过程，构建了美国减免捐赠税制的具体制度、规则，呈现了在实体、程序和管理方面的成熟制度

和先进实践，为完善中国教育捐赠税制提供了域外经验和借鉴。而其中的关键法律是美国《国内税收法》[2]的 501（C）条具体列举了符合为促进宗教、慈善、科学、公共安全检测、文学、教育、推进国家或者国家体育竞赛爱好、防止虐待儿童或者动物的 27 类组织的豁免联邦所得税资格申请和程序[3]，在 501(d)（e）（f）（k）（n）（q）、521（a）和 527 条规定了其他几种类型组织。为了获得所得税豁免资格，这些组织必须是公司、社区福利基金、基金、协会或者基金会。基金或者基金会信托是有资格的。然而，个人或者合伙是无资格的。这些组织具体的减免税收条件在该法案的 503 – 509 条中规定，许多州参考了联邦 501（C）条款中对享受税收减免非营利组织的定义。美国《国内税收法》对组织的分类非常细化，如仅 501（c）(3)就分为教育、慈善、科学、自由、检测公共安全、推进国家或者国际间业余体育竞赛、或者预防虐待儿童或者动物的组织，对应有不同的税收减免规则、程序和文件[6]。美国慈善的发展与发达是建立在其慈善法律制度相对成熟基础上的，美国慈善法治对推进我国慈善法治建设有许多值得反思和参考的

---

2 有人翻译为美国税法典、美国国内收入法或美国联邦税法等不同的名称，英文为 Internal Revenue Code of the United States.

3 根据 2015 年 2 月美国国税局第 557 号出版物第 68-69 页附录的组织参考表（Organization Reference Chart），501(c)定义的所有组织类型和其描述为: 501(c) (1)根据国会法案(包括联邦信贷法)建立的公司; 501(c) (2)享受税收减免的纯粹控股公司; 501(c) (3)宗教、教育、慈善、科学、文学、公共安全测试、促进业余体育竞争和防止虐待儿童或动物七个类型的组织; 501(c) (4)公民联盟、社会福利机构和地方雇员协会; 501(c) (5)劳动、农业和园艺组织; 501(c) (6)商业联盟、商业协会、房地产联盟等组织; 501(c) (7)社交团体和康乐会; 501(c) (8)信托受益协会; 501(c) (9)自愿雇员受益协会; 501(c) (10)对内兄弟社团和联合会; 501(c) (11)教师退休基金协会; 501(c) (12)慈善人寿保险协会、联合灌溉公司、公共电话公司等; 501(c) (13)坟墓管理机构和公司; 501(c) (14)联邦授权信用社和共同储备基金; 501(c) (15)互助保险公司和社团; 501(c) (16)资助农业灌溉的合作社; 501(c) (17)补充失业信托基金; 501(c) (18)员工年金信托基金(1959 年 6 月 25 日之前建立的); 501(c) (19)邮政机构或军队服役人员和退伍人员组织; 501(c) (21)黑肺病患者受益基金; 501(c) (22)允许自由退款的支付基金; 501(c) (23)老兵协会(1880 年以前建立的); 501(c) (25)纯粹控股公司或多头控股信托基金; 501(c) (26)联邦资助的为高危人群提供医疗保险的组织; 501(c) (27)联邦资助的职工赔偿再保险组织; 501(c) (28)国家铁路退休工人投资信托基金；501（c）（29）合作健康保险发行人。本文只论述 501(c) (3)宗教、教育、慈善、科学、文学、公共安全测试、促进业余体育竞赛和防止虐待儿童或动物 7 个类型的组织涉及的联邦所得税豁免等问题。

经验启示。

一、英国《伊丽沙白法规》确立的公益慈善税制起源及现行英国《慈善法》[4]对慈善组织的免税规定

随着英国工业化发展和对外进行战争，贫富悬殊扩大，济贫规模增长迅猛，为此 1601 年英国议会通过了《济贫法》（相对于 1834 年新济贫法而言又称《旧济贫法》），同时，伊丽沙白女王颁布了《英格兰慈善用途法规》,统称为《伊丽沙白法规》。上述法规规定，对有能力工作的人，教区应该给他们工作，以便让他们度日；救济的负担由教区承担，授权教区通过地方税或者不动产税筹措必要的救济金。根据《济贫法》，全国普遍设立收容贫民的济贫院，主要救济老人、孤儿和残废者等失去劳动力的贫民[7]。

《伊丽沙白法规》在多方面有开创性和先导性，如实际上开始了调节税收制、慈善事业世俗化、援助对象社会化以及有效地管理监督机制等。因此，在公益史上被认为具有里程碑的作用，是现代公益事业的先声[2]11。我们研究后世的教育捐赠等公益慈善税制等，往往以《伊丽沙白法规》确立的现代公益税制为源头，进行必要的探讨。研究英国《济贫法》的文章很多，有肯定、有否定的意见。从《伊丽沙白法规》产生的历史背景看，总体上应当得到肯定，它开启了通过国家税收和行政干预制度救济贫民的立法，发展成为现代福利国家的基本慈善救济机制。

由于英国内外战争、经济萧条等导致了财政亏空和贫富分化，为了缓解农民和工人的生活困难，1795 年英国实行了《斯品汉姆兰法》，根据家庭的大小和食物的价格对当地的农业工人增加工作补贴，即“斯品汉姆兰制度”。施行这一补贴制度后，1802 – 1803 年至 1831 – 1832 年，英国济贫税开支增长了约 62%[8]。使得英国财政负担沉重，改革呼声高涨。随着工业革命的发展，《斯品汉姆兰法》不能适应英国的当时形势[5]，1834 年英国“新济贫法”开始实施。新济贫法取消了一切济贫院外救济，建立联合教区的济贫院，节省了大量的开支。1834 年济贫税开支为 631.7 万镑，从 1835 年以后逐年下降，1835 年为 552.6 万镑，1836 年下降到 471.8 万镑，1837 年下降到 404.5 万镑[9]。1840 – 1850 年 4/5 的救济金是发放给济贫院外的人，这使济贫支出增幅过大，在 19 世纪 80 年代以后，为降低济贫支出，政府严格限制院外救济，这便使得接受院内救济的人数迅猛增长，1880 – 1914 年接受院内救济的人数从 15.6 万人增加到 25.5 万人，1912 年英国济贫院中的贫民人数达到约 27.5 万人的历史最高水平[10]。1905 年，自由党和工党联合

4 参阅：Charity Act 2011[EB/OL]. [2015-06-24]. http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2011/25/contents.

5 对斯品汉姆兰法的相关学者批评与分析，可以参考: 夏雪. 蝴蝶效应, 斯品汉姆兰法与大转型: 批判视阈下波兰尼思想启示[J]. 商业时代, 2013, (16): 4-6 等等.

在选举中获胜，在新形势下，税收用途改变，由为战争付费变为支持人民的福利。1906 年大约有 1/3 受政府救济者是老人和身体衰弱的人，1908 年的养老金法案规定 70 岁以上的老年人都可获取养老年金。这种由议会拨款用于社会救济的普惠制度开启了英国“福利国家”的基础[7]。到了 1948 年英国颁布《国民救助法》，取代了《济贫法》，原来由济贫法提供的各种救济逐渐纳入到英国现代公益慈善税制、社会保障和社会救助制度中[11]。

关于英国现代公益慈善的范畴，可以 2011 年英国《慈善法》为例加以简述。该法规定“慈善”的含义意味着一个机构仅为慈善目的而设立、以及服从于高等法院对慈善组织行使司法管辖权的控制。“慈善目的”是指（a）在第 3 节（1）范围内以及（b）第 4 节的公共利益。第 3 节关于慈善目的的描述是（1）在以下描述的目的主旨范围内：（a）预防或者救济贫穷；（b）提升教育；（c）提升宗教；（d）提升健康或者拯救生命；（e）提升公民或社区发展；（f）提升艺术、文化、历史遗产或者科学；（g）提升业余运动；（h）提升人权，冲突解决、和解或者促进宗教或者种族和谐或者平等和多样化；（i）提升环境保护或者改善；（j）救济因为年幼、年老、疾病、残障、贫穷或者其他苦难；（k）提升动物福利；（l）促进皇家军队或者警察、消防和拯救服务或者急救服务效能；（m）许多其他慈善目的。如果一个组织符合慈善法规定的慈善目的，经过依法登记，可以享受慈善税收豁免权利[6]。

虽然《伊丽沙白法规》所确立的公益慈善税制、救济制度等被英国后来发展起来的公益慈善税制、以及现代国家普遍覆盖的福利税制和社会保障模式取代[7]，美国建国初期，美国大部分的慈善捐赠在理念、法律和实施机构等方面还是反映了传统的英国模式和一些特点[5]，英国《伊丽沙白法规》对美国等各国的公益慈善事业发展产生的重要影响是不可否定的，但是由于美国政府一开始就强调个人自由和减少政府干预，重视“授人以渔”的教育捐赠、而不是“授人以鱼”的济贫捐赠，美国教育捐赠税制有其灵活性和创新性[12]。美国教育捐赠税制突出体现了美国式民主、宗教慈善和重视教育科研的自身特色，尤其在 19 世纪末的慈善体制转变中构建了自身的慈善捐赠模式。

二、美国教育捐赠减免税的初期规定

19 世纪末 20 世纪初，经济的迅速增长与贫富的差距悬殊并存，在包括遗产税、捐赠减免税等优惠政策激励下，美国社会出现了持续近半个世纪的基金会发

6 这两段文字由笔者直接翻译自英国 2011 年慈善法（Charity Act 2011）；国内有些文章阐述英国慈善组织、登记与税收关系的，例如王世强. 英国慈善组织的法律形式及登记管理[J]. 社团管理研究，2012，(8)等等，也可参考.

7 这一变化以 1942 年著名的《贝弗里奇报告：社会保险和相关服务》（Social Insurance And Allied Services, Reported by Sir William Beveridge, 1942）为重要标志.

展高潮，建立了一批至今影响深远的教育基金会[13]。耶鲁大学在 1890 年率先创设了第一个校友基金会，不久堪萨斯大学于 1893 年设立了第一个公立大学基金会[14]，此后美国教育基金会雨后春笋般发展起来，为美国教育多样化发展、提升竞争力提供了重要的制度支持。

1913 年美国开始征收个人所得税，1917 年美国税法规定了教育捐赠免税的规定[2]34，增加规定捐款或实物捐赠可用来抵税，可抵税部分最高达 15%，以鼓励民众捐款行善。1935 年美国国会在通过《社会保障法》进行构建和完善养老、失业、残障、妇女的社会保险项目的同时，通过相关税法，允许公司以 5%的收入用于享受免税的公益事业[2]36。美国在 1965 年规定，超过纳税优惠限额的捐赠可以在连续 5 年的扣除中抵消[15]。现在，经过多次修改和发展的美国国内税法规定，美国个人所得税的可抵税比例维持在 50%、企业所得税的可抵税比例维持在 10%左右。

美国激励国民积极捐款的还有遗产税。为了筹集资金发展美国海军，美国于 1797 年首次开征遗产税，并于 1916 年成为固定税[16]。美国的遗产受益人如果要继承遗产就必须先缴纳遗产税，而遗产税、赠予税又实行高额累进制，税率最高达 55%，因此高收入、多财产者的后代要继承遗产会遇到税收杠杆。高额的遗产税迫使许多美国富裕阶层人士以设立基金会、将遗产捐给慈善组织等方式，以合理避税，保障子孙的利益。随着经济发展和收入增加，不少富裕的美国人在纳税和慈善之间选择了后者。美国慈善法将这种慈善事业的税收减免看成是“政府与捐赠者为公益进行的合作投资”。美国税法规定只有捐赠给有免税资格的慈善组织的捐赠者才可享受慈善捐赠抵扣待遇，政府在此合作过程中发挥着筛选的功能，指导慈善捐赠给那些有自治能力的慈善组织[17]。

三、美国对教育捐赠减免税的调整改革

伴随 1974 年美国国内税收法的修改、美国个人所得税的不断提高，收入较高的家庭更愿意把钱投入到教育领域。这一法律把高收入家庭所持有的部分资金吸收到高等教育中来，用以资助优秀的学生或支持高等教育的发展。特别是 20 世纪以来，美国遗产税的税率非常高。遗产税开征起点是 67.5 万美元，联邦对 67.5 万美元至 300 万美元之间的遗产征税为 37.5%，对超过 300 万美元部分遗产征收的税率高达 55%。

美国政府在 2001 年改革遗产税，经过各方博弈，美国国会在 2001 年通过了《经济增长与税收救济协调法》。根据该法，遗产税的豁免额逐年增加，从 2001 年的 67.5 万美元增加到 2009 年的 350 万美元；遗产税税率逐年降低，从 2001 年的 55%降低到 2009 年的 45%。这一立法还规定，如果国会在 2009 年之前没有通过关于遗产税调整的新法案，遗产税在 2010 年暂停征收并于 2011 年继续征收。但是，2011 年的免征额将下降为 100 万美元，税率上升为 55%[18]。

此外，美国政府对于公益性捐赠，允许捐赠者在超出税收规定的比例部分，可以累积到下一年度结转予以扣除，但结转期限不得超过 5 个纳税年度。而同时期的 1978 年，国会通过法案，把基金会投资所得的税由 4%减为 2%[2]38-39。这些都从客观上把社会捐资引向了高等教育、科研等公益领域，对有效引导社会捐赠氛围起到了非常重要的作用。

1939 年美国制定的《国内税收法》，此后经过持续多次修正[8]。根据该法相关条款规定，凡符合条件的非营利组织，经美国国税局[9]核准认定后享有免税资格，其正常的所得免交公司所得税。正常的所得是指这些非营利组织在从事非营利事业中取得的所得，包括政府拨款、社会捐赠和服务性收入。在免税资格的认定上，美国的联邦法典第 26 卷——《国内税收法》第 501（C）（3）条款明文规定了免税的组织，该条款规定，如果一个组织的机构和运作是为了以下一个或者更多的目的，该组织可以获得联邦收入所得税豁免的资格：（1）宗教，（2）慈善，（3）科学，（4）公共安全检测，（5）文学，（6）教育，（7）推进国家或者国家体育竞赛爱好，（8）防止虐待儿童或者动物。并要求这些组织是为公共利益而建立并运作的公司、机构以及社区福利基金、基金和基金会[19]。假设一个组织要申请作为一个慈善组织获得免税认可，这个组织必须表明其组织和运作是为了公共利益的目的[20]。

美国《国内税收法》的 170 条款规定向大多数 501（C）（3）组织提供慈善捐赠的捐赠者可以享受对应金额的联邦所得税减免优惠。该条款规定这种减免必须进行核查（如提供超过 250 美元捐款的收据）。由于这项与捐赠相关联的减税条款，是否具有 501（C）（3）资格对一个慈善机构的维持和运作来说非常重要。许多基金会和公司章程规定不向不具有 501（C）（3）地位的慈善机构捐款，并且个人捐赠者也因为可能因无法获得减税而不考虑向这样的慈善机构捐赠。美国《国内税收法》509（a）（4）条款规定“公共安全测试”类型组织是一个公共慈善机构而非私人基金会，但向 509（a）（4）类型组织捐赠的捐赠者不享受联邦所得税、遗产税或赠与税减免。

501（C）（3）规定的免税组织可以分为如下两类：第一类是公共慈善机构，美国《国内税收法》规定该机构的特征包括“不是一个私人基金会”、“收入的相当一部分直接或间接来源于公众（捐赠）或政府（拨款），受到广泛的各界公众（不限于少数个人或家庭）支持。”公共慈善机构的定义在美国《国内税收法》

8 本文有关美国《国内税收法》的程序和管理部分内容，参考了李锐，李堃. 美国国内收入法典：程序和管理[M]. 北京：中国法制出版社, 2010. 该书是以 1986 年《美国国内收入法》（《美国国内税收法》）为翻译版本的. 本文同时参考了 2015 年 2 月 27 日美国国税局第 557 号出版物部分内容；同时可以参考胡笑辉. 从美国 1990 年收入法案看其税收改革[J]. 涉外税务，1991，(7)等相关文献. 也可以参考比较新的美国税法译本，例如：霍继光. 美国税法典[M]. 北京：经济管理出版社, 2011.

9 也有人翻译为美国国内收入局、美国国内收入署，英文为 Internal Revenue Service，简称 IRS.

509（a）（1）到 509（a）（94）条款之间。第二类是私人基金会，有时称为非经营性基金会，大部分收入来源于投资和捐赠，收入主要向其它组织捐赠而非直接用于慈善活动；私人基金会是美国《国内税收法》509（a）条款定义的不满足公共慈善机构条件的 501（C）（3）组织。这些组织获得免税资格主要是因为它们从事公共或者慈善的目的和范畴[21]。

综上，税费优惠政策一般对在联邦政府注册登记的免税组织有效。大学属于教育机构，自身在享受国家免税政策的同时，对学校捐赠过的个人和团体享有相应的税收抵扣制度。美国联邦政府为鼓励企业、慈善机构和个人向高等教育捐赠，还专门制定了税收法律条款，针对高校捐赠的鼓励性政策包括给捐款人提供适当的税收减免，并制定特殊政策鼓励向大学募捐，如配套资金政策，即政府为了鼓励捐赠者，会对捐助人提供一定比例的配套资金，并计算在个人捐赠名下，不同的捐赠用途是影响配套资金分配比例的重要因素。由于政府出台的这一系列有利于高等教育的捐赠政策，使捐赠人享有很高的社会声望和影响力的同时，对于捐赠人的免税政策享受的优待又激发了社会各界人士对高校捐赠的热情，形成了良好的社会风尚。笔者在 2015 年 5 月初给小孩报名交费参加美国密苏里大学杜鲁门学院针对中学生领导能力培训项目的同时，以现金方式捐赠了一小笔款，当时工作人员只是用便签先写了一张收条，但是数周后我收到了密苏里大学出具的可以凭此向美国税务部门申请抵扣税款的捐赠税收抵还收据信（发票），过了数周又收到了该学院负责人写给我的感谢信，使人感受到在这种看似普通的捐赠中，美国高校管理机构对捐赠管理及抵税的规范和透明。根据美国《国内税收法》，对于免税组织下列收入免征所得税：1.利息、股息、专利使用费、地租、养老保险金等收入；2.为政府开展调查研究收入；3.为学院、大学或医院开展活动获得的收入；4.志愿者开展商业活动时获得的收入；5.慈善机构为其成员、学生、病人、管理人员或职员服务时获得的收入；6.出售赠品的收入；7.在展览会或博览会上开展服务活动所获得的收入或参加贸易展览活动获取的收入；8.为小型非营利性医院提供特定服务获得的收入；9.出售具有慈善性物品获取的收入[22]。

为了从法律制度层面规范捐赠，避免滥用捐赠税收减免制度，美国《国内税收法》第 6050L 节“关于某些被捐赠的财产的申报”规定，如果因任何慈善捐赠减免税收的财产的受赠人，在其接受捐赠后两年内销售、交换或者采取其他方式处理前述财产，受赠人应依据部长制定的表单、规章申报和说明[23]141。

美国《国内税收法》第 6113 节规定了“关于不可扣除的捐赠的披露”，在第 6710 节规定了“未按规定披露捐赠是不可扣除的行为”及罚款的规定[23]241,547。根据美国《国内税收法》对于慈善捐赠的规定，下列七项捐赠不得减税：对特定个人的捐赠；对不合格组织的捐赠（没有资格获得减税捐赠的组织）；能获得部分补偿或期望获得个人利益的捐赠；提供时间或服务的捐赠（如献血或提供志愿服

务等）；捐赠者的个人费用（如吃饭或收养孩子的费用）；为确定捐赠实物市场价格所花费的评估费用；财产部分利益的捐赠。

四、美国教育捐赠税制基本特点

美国较为完善的高校捐赠法律制度、运行机制和教育捐赠基金积累，与美国成熟发达的各项法律制度密切相关。美国成熟发达的高校捐赠制度包括捐赠基金筹措机制、投资机制、监管机制、信息披露机制和富有激励作用的合理税收机制。分析美国包括教育捐赠在内的公益慈善税制，借鉴域外的经验，改良中国教育捐赠税制，促进中国高校捐赠事业发展，有现实的理论研究、制度借鉴和实践探索价值。

（一）比较完备的美国捐赠税收激励机制

美国 1917 年设置了捐赠扣除政策，经过不断发展，对捐赠者鼓励力度大。很早就有美国学者对税收激励慈善捐赠的关系就做了详细研究[10]。

美国税法规定，企业向公益性社会团体捐款，其捐赠税前扣除额不得超过应纳税额的 10%；同时规定超出比例的捐赠，可以向后结转，在不超过 5 个纳税年度内予以扣除。同时还规定，捐赠给大学或符合规定的研究机构，用于生物、物理和应用科学的教育、研究和科学实验，可以超出规定限额。个人所得税方面，个人向公益性社会团体捐款，其捐赠税前扣除额不超过应纳税额的 50%。但向教育的个人捐赠则不受扣除限额的限制。纳税人进行公益性捐赠税前扣除手续简便，非货币性捐赠允许扣除，直接向大学基金会的捐赠可以税前扣除，每个公民都有权查阅相关报表，以确保捐款人有机会了解自己的捐款用途[24]。

（二）美国个人所得税法的捐赠抵扣制度对推动捐赠事业发展起了重要作用

美国联邦个人所得税实行综合所得税制，主要是根据个人收入的不同性质进行相应处理，归类为劳务所得、非劳务所得、由他人处转移而来的所得和推定所得四类。将纳税人全年各种所得不分性质、来源、形式统一加总求和、统一扣除，形成单一的应税所得，按相应的超额累进税率计算应纳税额。同时美国实行完善的税前抵扣机制[25]，这包括了慈善捐赠和各种生活负担抵扣，合理反映了收入与负担的关系。美国个人所得税制度的设计，做到量能征税，这是大多数美国家庭有能力、也有积极性参加慈善活动的原因之一。

通过反向激励，开征遗产税、赠与税，鼓励纳税人积极进行公益性捐赠。目前世界上近 150 多个国家和地区征收遗产税和赠与税。美国遗产税法规定，捐赠给教育机构的遗产可不受限制地免除遗产税，相当于政府提供间接资助，促进了高校捐赠事业发展。捐赠事业的发展，光靠提升社会公众的慈善热情是远远不够

10 See: Clotfelter C T. Tax Incentives and Charitable Giving: Evidence from a Panel of Taxpayers [J]. Journal of Public Economic, 1980, 13(3): 319-340; Feldstein M. Clotfelter C. Tax Incentives and Charitable Contributions in the United States: A Microeconometric Analysis [J]. Journal of Public Economics, 1976, 5(1): 1-26.

的，良好社会氛围的形成需要制度的激励[11]。欧美发达国家高校捐赠事业发展的经验启示我们，促进我国高等教育捐赠事业发展，税收政策的完善非常重要[26]。

（三）比较完善的美国捐赠的减免税法律程序和管理规定

税法是美国最为复杂的部门法律之一，而且免税资格的获得对慈善组织而言十分重要。提高税法关于捐赠减免税管理规定的规范性和透明性，特别是在对慈善组织地位的认定和税收待遇方面提高可操作性至关重要[5]。美国 1986 年的《国内税收法》收录了美国的联邦税收法律，是一部专业性很强的法律文件；为了便于理解《国内税收法》，美国财政部专门颁布了《所得税条例》，对许多细节性的问题进行解释，并提出具体的实施办法[27]6-7。同时，如上所述，美国国税局在 2015 年 2 月发布的第 557 号出版物对免税组织作了具体指引。

根据美国《国内税收法》给予慈善组织的税收待遇可以将慈善组织定义为：收入无需交税，而且其捐献者因其捐款而获得税收减免的组织。1969 年以来，美国联邦税法将慈善组织分为私人基金会和公共慈善组织两类并实行有差别的税收等政策[27]4,23。自 20 世纪以来，美国享受税收激励的慈善组织超过 120 万个，所掌握的资金超出 6 000 亿美元[28]。

美国公民捐款减免税极其方便，只需要在年底的报税单上附上慈善机构的抵税发票(收据)，即可坐等税务局寄来的退税支票。对于慈善机构而言，任何一家要取得签发抵税发票(收据)权利的慈善机构，都必须受到税务局各项严格的监管：慈善机构须提供年度报表，包括年度收支明细帐，其付给董事、执行官、骨干雇员和 5 个收入最高员工的薪酬等；同时，必须通过专门机构对慈善机构的财务和经营状况的审计，审计对象每年会有不同侧重点。美国税务局通过评估，对违规的慈善机构给予处罚，其中严厉的处罚之一是取消违规组织的免税资格。

同时，规定了比较完备的司法救济程序。如果美国国税局签发了不利于你的决定信或裁决书，你已经用尽了所有的行政救济手段，你的组织就可以依据 501C 条款和 556 号出版物的详细指引寻求司法救济[29]。

（四）美国税法实行非政治化的捐赠免税政策

在慈善组织参与政治方面，美国联邦税法 501（C）（3）规定，慈善组织不得参与竞选，即不支持或反对任何公共职位候选人；不得参与实质性游说活动，即不对立法进行实质性的支持。否则不能获得免税政策待遇。

同慈善与政府的边界比较而言，慈善与商业的边界问题要复杂一些。非营利组织的商业化是 20 世纪 60 年代以来出现的一种新动向，到 80 年代非营利组织借助商业活动筹资成为一种主要的运营模式，商业与慈善之间的界线越来越模糊。为了使商业和慈善的边界清晰化，联邦税法建立了两道“防火墙”以限制慈善

11 2014 年 7 月至 2015 年 7 月，我在美国访学，看到所在大学的多数大楼、广场、设施、办公室、课室、户外休闲椅子、不少树木等等，都有捐赠人名牌，形成了浓厚良好的捐赠社会氛围.

组织的商业活动和基金会的商业所有权。根据 511 – 514 条款之规定，凡是与免税机构慈善性质不相关的贸易或商业收入，都必须依法纳税，除非法律另有明确规定，这就是所谓的非相关商业所得税。非相关商业所得税规定注重的是产生收入的活动类型，而非这些收入被使用的方式。由于非相关商业所得税法包含无数的例外和排除条款，因此实施起来非常复杂和烦琐。从技术的角度讲，美国国税局通过三种方式来监督慈善组织的运作：一是慈善机构提供的年度报告信息；二是审计慈善机构的财务和经营状况；三是通过评估给违规慈善机构以处罚，直至吊销其免税资格[27]90。

与税法的激励和约束同等重要的是慈善组织的自我治理，大多数慈善机构都是由董事会（也称受托人委员会）来进行管理，形成比较完善的内部自我治理格局[27]86。

五、教育捐赠税制的美国经验和启示

美国多数州在 19 世纪末 20 世纪初从原来的限制慈善捐赠转变为采取措施激励捐赠，从减免捐赠税制不完善到完善的过程，构建了美国减免捐赠税制的具体规则，呈现了在实体、程序和管理方面的成熟制度和先进实践，为完善中国教育捐赠税制提供了域外经验。

（一）税收激励机制，实行简化、高效的捐赠税务抵扣规则和程序

慈善捐赠事业有利于优化资源配置、公平收入分配，起到弥补二次分配不足的作用[30]。多数国家在促进捐赠事业发展中普遍选择的干预机制之一是采取税收激励机制，税收对捐赠有着较强的激励作用。各国税收激励捐赠一般有：税收扣除、税收抵免、税款指定制度和双倍扣除等方式。一般实行累进税率的国家，多采用税收扣除的方式[31]。

美国捐赠税收激励幅度较大，税收扣除额较高，激励了捐赠。美国个人所得税制设计合理，考虑个人和家庭负担，有关捐赠的减免税法律程序和管理规定明确，可操作性强，推动了捐赠事业发展。美国税法划分慈善组织与政治活动的边界、慈善与商业的边界，实行不同的税收政策，公共利益和慈善目的为豁免税收的基本主旨。

美国国内税务局 556 号和 557 号出版物对慈善捐赠的税务抵扣和其他税务豁免抵扣有规范明晰的抵扣程序，其中提及的抵扣信件及申诉程序等非常具体的规定也值得深入分析。

（二）实行税收优惠政策，激励捐赠意愿和促进公益慈善事业

借鉴域外经验，中国应完善税法中有关捐赠的各项税收政策，切实保护捐赠人权益，促进教育等领域慈善捐赠事业发展。

中国个人所得税除了应对工资薪金所得和个体工商业户生产经营所得的教育等慈善捐赠继续实行税收扣除政策，同时建议允许捐赠扣除的比例从 30%提高

至 40%的上限。个人捐赠的税前扣除规定应具体化，如捐赠扣除应当在捐赠发生的纳税期进行，以次或月为纳税期的应当在捐赠发生的年度内以当年应纳税所得额为基数计算扣除额，年终进行汇算清缴。在税前扣除存在最高比例限制的情况下，对一次捐赠数额达到或超过年应纳税所得额一定比例的可考虑加成扣除或在以后一定的年度内逐年递延扣除[32]。

现实生活中，实物捐赠占了个人慈善捐赠的相当比重。据民政部网站消息，我国 2009 年捐赠中，货币约 227.5 亿元，物资折价约 105.28 亿元[33]。捐赠者往往会被实物捐赠和劳务捐赠的税前扣除计算所困扰。要尽快出台实物捐赠的税收扣除办法，并相应制定实物作价的实施细则及价格评估认定的具体规定。

中国应进一步提高税务机关的服务质量和效能。征管机关在严格执法的前提下，在税收宣传、提供服务等方面积极为纳税人服务，提供便捷快速的教育等公益捐赠抵税方式，促进教育捐赠等公益慈善发展。

（三）完善税收体系，适时开征遗产税，实现对财富再次调节，促进捐赠事业发展

遗产税作为个人所得的另外一种税收调节杠杆，征收起点较高，征收对象主要是高收入者，是抑制高收入人群代际转移的有效手段，有利于减小社会群体间贫富差距。世界上包括美国在内的近 150 个国家和地区开征遗产税的法律制度和实践[34]，印证了遗产税的经济和政治的双重积极功能。

中国具备了开征遗产税的社会条件和基础，应当提高个人所得税的征收起点，借鉴美国的综合所得税制，降低普通劳动者生前税收负担，以遗产税对个人所得进行再次调节。经过 30 多年的经济快速发展，中国已经出现了富裕阶层和一批富豪；中国已经培养了一大批资产评估人员，积累了一定的财产评估经验[1]。

开征遗产税，应当将税收所得用于均衡贫富的公益慈善和公共服务、福利领域，不能作为政府投资、公共工程建设、官僚住房公车费用和其他公务开支的费用，要依法节制公权力对捐赠款项和遗产税入的侵蚀，是切实引导财产持有者积极捐赠善款、逐步减少贫富悬殊、促进公益慈善事业发展、实现公共服务均等化、营造仁爱友善和乐于助人社会氛围的重要措施。

结　语

美国税法有私人基金会和公共慈善组织的区分、区别慈善组织和政治活动的边界、划分慈善与商业的界限，实行有差别的税收待遇。美国《国内税收法》501（C）条款以及相关条款较集中反映了美国法律对非营利性组织从事慈善活动的法律取向和相关规则、程序。美国捐赠税收激励幅度大，税收扣除额高，有效激励捐赠发展。美国个人所得税制设计相对合理，考虑了个人和家庭实际负担和支出，有关捐赠的减免税法律程序和管理规定明确，可操作性和透明度强，推动了捐赠事业发展。

税收优惠政策是引导社会各界将资金捐赠到慈善领域的有效激励措施之一。与美国等国对比，中国慈善组织的定性规则比较模糊，对慈善组织功能区分、收入来源区分的规定不具体，捐赠免税税额偏低，慈善捐赠退税、抵扣程序繁琐，很多人畏于程序的烦琐而在捐款之后没有申请免税、抵扣[35]，中国当前的慈善捐赠税收优惠政策对公益慈善事业的支持力度不足。因此，合理调整慈善捐赠的税收制度十分迫切和重要。

个人直接对其他个人或者家庭的资助教育等慈善捐赠活动，通常不被作为慈善免税的范畴。因为，个人的慈善救济虽然属于积极的公民资格，它也意味着“公民资格的排斥性概念而非包容性概念”（此处如果方便请加入一个注释：【英】内维尔.哈里斯等著，李西霞、李凌译：《社会保障法》，北京大学出版社 2006 年版，第 29 页。）因此，从本文论述语境来说，笔者探讨的是间接性质的慈善捐赠减免税收问题，如果是私人领域的直接馈赠或者善举，不属于税收减免的讨论范畴。建立完善的教育捐赠在内的公益慈善事业税收优惠法律体系，提高税收优惠政策的立法层次和实际可操作性，加快遗产税的立法研究，尽量减少政府直接投资、有效节制官僚公务开支，建立起具有联动效应的激励捐赠税收机制，建立公益慈善组织免税的认定和审查监管机制，提供便捷的免税、抵税发票制度和程序，是慈善捐赠事业发展较好的美国等国家的制度和实践给我们提供的基本启示。

参考文献

[1] 高辉清，胡少维．国家信息中心：中国收入差距大因为一般人太穷[EB/OL]. [2015-04-08]. http://www.china. com.cn/ economic/yzjj/txt/2006-08/10/content_7069774_4.htm.

[2] 资中筠. 财富的归宿: 美国现代公益基金会述评[M]. 上海: 上海人民出版社, 2006.

[3] 王劲颖、沈东亮. 美国非营利组织运作和管理启示与思考: 民政部赴美国代表团学习考察报告[J]. 社团管理研究, 2011, (3): 25.

[4] 斯坦利·S·萨尔. 联邦征税制度[C] // 哈罗德·伯曼. 美国法律讲话. 陈若桓, 译. 北京: 生活•读书•新知三联书店, 1988: 118.

[5] 张奇林. 美国的慈善立法及其启示[J]. 法学评论, 2007, (4): 105.

[6] 冯崇微, 曹波. 发达国家对非营利组织的税收优惠[J]. 中国社会组织, 2014, (15): 22-23.

[7] 滕淑娜. 从赋税来源与用途看英国近代议会与税收[J]. 史学理论研究, 2011, (2): 74.

[8] 郭家宏, 唐艳. 19 世纪英国济贫院制度评析[J]. 史学月刊, 2007, (2): 51-52.

[9] 丁建定. 英国新济贫法制度的实施及其评价: 19 世纪中期英国的济贫法制度[J]..华中师范大学学报: 人文社会科学版, .2011, (4): 34-35.

[10] 克拉播. 简明大不列颠经经济史[M]. 上海: 上海译文出版社, 1980: 411.

[11] 黄红梅. 英国《济贫法》退出历史舞台的根源分析[J]. 中国市场, 2011, (1): 155-156.

[12] 张奇林. 美国的慈善立法及其启示[J]. 法学评论, 2007, (4): 105.

[13] 王名, 徐宇珊. 基金会论纲[EB/OL]. [2015-06-25]. http://www.cssm.org.cn/view.php?id=25820.

[14] 刘树堂. 影响中国大学教育基金会发展的若干因素研究. 山东大学 2009 年硕士论文:12-13.

[15] 吴玉章. 社会团体的法律问题[M]. 北京: 社会科学文献出版社, 2004: 137.

[16] 刘北辰. 美国遗产税对我国的启示[J]. 税收征纳, 2013, (2): 7-8.

[17] 尤婧宏, 中美慈善税收立法比较研究[J]. 现代商贸工业, 2012, (18): 141-142.

[18] 赵海建. 美国“鼓励”富人今年死[N]. 广州日报, 2010-8-3(A12).

[19] Department of the Treasury. Internal Revenue Service: Section 501(c) (3) Organizations, Publication 557, Tax-Exempt Status for Your Organization[EB/OL]. [2015-04-08]. http://www.irs.gov/publications/p557/.

[20] Department of the Treasury. Internal Revenue Service: Section 501(c) (3) Organizations, Publication 557, Charitable Organizations[EB/OL]. [2015-04-08]. http://www.irs.gov/publications/p557/.

[21] 邵平, 王怡, 谭芬. 比较视野下中美非营利组织的税法适用研究[J]. 法制与社会, 2012, (11): 13-15.

[22] Hopkins B R. The Law of Tax-Exempt Organizations [M]. New York: John Wiley & Sons Inc, 2011: 45.

[23] 李锐, 李堃. 美国国内收入法典: 程序和管理[M]. 北京: 中国法制出版社, 2010: 141.

[24] 郭健. 社会捐赠及其税收鼓励研究[M]. 北京: 经济科学出版社, 2009: 87.

[25] 雷新华. 张 洪. 借鉴美国经验改革我国个人所得税制[J]. 财会月刊, 2008, (8)下旬: 88.

[26] 郭晓红. 论我国高等教育捐赠税收政策[J]. 科技和产业, 2011, (3): 70-74.

[27] [美]贝奇·布查特·阿德勒. 美国慈善法指南[M]. NPO 信息咨询中心, 译. 北京: 中国社会科学出版社, 2002.

[28] 姜爱林. 发达国家调节收入分配差距的做法、启示及其政策建议[J]. 黄河科技大学学报, 2010, (1): 63-64.

[29] United States Congress. Tax-Exempt Status for Your Organization: Publication 557. Cat. No. 46573C [C] // United States Congress. Internal Revenue Code. 2015: 6.

[30] 曲顺兰, 高国强. 国外税收调节收入分配的经验与启示[J]. 涉外税务, 2011, (4): 58.

[31] 樊丽明, 郭健. 社会捐赠税收激励的国际经验与政策建议[J]. 涉外税务, 2008, (11): 14-15.

[32] 沈琳. 两岸三地慈善捐赠的税收优惠政策比较与借鉴[J]. 财会研究, 2011, (18): 20-21.

[33] 贾玥. 民政部: 2009 年全国接收各类捐赠款物 332.78 亿[EB/OL]. [2015-04-08]. http://politics.people.com.cn/ GB/1027/11322154.html.

[34] 叶丽蓉.遗产税的公平与效率分析: 以美国遗产税改革为例[D]. 上海: 复旦大学研究生院, 2007: 23-24, 50.

[35] 王俊秋. 论我国慈善法律制度建设[J]. 长春师范学院学报: 人文社会科学版, 2007, (11): 12-16.

The Tax System of American Educational Donation and Its Enlightenment Under the View of Section 501 (C): *The Internal Revenue Code* of USA

ZHOU Xianri
(School of Law, South China Normal University, Guangzhou, China 510006)

Abstract: The British "Elizabeth code" opened a precedent for the relief of the poor through the national tax revenue and administrative intervention system, which has an important impact on the American public charity development of the United States of America. United States built the modern model of its educational donation tax system at the end of the 19th century. Internal Revenue Code of the United States enacted in 1939 and had been revised several times, forming a mature system in entity, procedure and management. The Term 501 (C) of this code lists 27 types of non - profit organizations including educational organizations, which enjoy the federal income tax relief and deduction. The above 501(C) Term has supported and promoted the development of university foundations. American educational donation tax system with reletive perfect donation tax incentive mechanism, reasonable personal income tax system, complete donation relief and deduction tax legal procedures and regulations, non-political donation tax-free policy is conducive to promoting the donation and charity work. It is the fundamental enlightenment from the foreign experience to China's educational donation system to establish tax incentive mechamism, to implement tax revenue preferential policy, to perfect the tax system.

Key words: educational donation; Internal Revenue Code; NPO (non-profit organization); tax incentive mechanism.(编辑：朱选华)

卫生法顶层设计及其基本法的战略定位[1]

——层次、视角和本位的立法选择

董文勇*

【摘要】在全面深化医改和全面推进依法治国的历史时期，现行以政策为主、法律为辅的卫生基础治理模式需要进行法治化转型，碎片化专门立法体制不再适应卫生法治发展的需要，卫生法存在顶层设计必要。制定卫生基本法是实现卫生法顶层设计的举措。卫生法治的主要矛盾和卫生实践决定了，基本法立法应着眼于宏观层面，其内容应具有卫生、经济、社会、文化、环境一体性。以技术和行政业务板块为视角的立法滞后于时代发展，立法应围绕人的健康需要而展开。基本法层次的健康利益主体既非患者亦不局限于公民，立法应以国民的健康利益为本位。

【关键词】卫生基本法；顶层设计；立法；国民健康

在社会福利事业中，少有如健康问题一般、牵涉甚广、关系甚巨且错综复杂的领域，这对该领域的法治建设构成个严峻的考验。建国半个多世纪以来，我国逐步建立了庞大的卫生法律群和政策群，尽管如此，该领域的矛盾依然此起彼伏，这促使国家和社会不断对卫生事业的治理模式进行反思。随着 2009 年新一轮医药卫生体制改革（以下简称“医改”）的深化，通过法治的方式对医药卫生制度进行顶层设计已成为必然趋势。近年来，社会有关制定“卫生基本法”的呼声日渐高涨，屡屡成为“两会”的集中议题之一，以期解决我国医药卫生事业发展所需要的根本制度、根本方向等问题。[2]从第九届到第十二届全国人大，卫生基本法均被纳入立法规划，[3]2013 年草案起草工作开始启动，卫生法治进入战略化发展的历史时期。然而，有关卫生基本法的立法探索已有 20 余年之久，至今各界对此法的立法层次、立法视角、立法本位等关系到卫生法治构建战略走向的问题莫衷一是，这无疑使立法工作充满变数，故对于卫生基本法的立法定位问题仍具有探讨的必要。笔者认为，卫生基本法具有最高位阶的地位、最广泛的涵盖面、最综合的影响力、最深入的贯穿力而需要着重于卫生领域的基本性问题、方向性

1本文参评青年优秀论文

*作者简介：董文勇，男，中国社会科学院法学研究所副研究员，法学博士。主要研究方向为卫生福利法学、社会法学。E-mail：dongwenyong@189.cn。中国社会科学院法学研究所　北京　100720

[2]参见袁飞：《中国科协副主席陈赛娟：希望本届人大期间完成卫生基本法》，载《第一财经日报》2009 年 3 月 10 日第 A03 版。

[3]1998 年九届全国人大称之为“卫生法”，2003 年第十届称之为“初级卫生保健法”，2008 年第十一届称之为“基本医疗卫生保健法”，2013 年十二届称之为“基本医疗卫生法”。

问题、全局性问题和长远性问题，如同卫生基本法决定整个卫生法的面貌一样，基本立法的立法定位也直接决定基本法的价值取向、基本框架和立法效益，制定卫生基本法应当以科学、适宜的理念为引导。为实现有效的顶层设计、解决现实问题和推动卫生法治良性发展，立法应在立法层次、立法视角和立法本位等重大方面进行科学定位。

一、卫生法顶层设计与卫生基本法立法

卫生基本法是卫生法律体系中最需要率先立法的基础性法律，这是卫生立法之有效性的基本保障。然而，以往我国一直采取碎片化单行卫生立法体制，这一体制虽然具有针对性强、操作性强的优势，但同时也流弊丛生，卫生法治的进一步发展需要卫生法整体进入集约化、内涵化构建阶段，顶层设计势在必行。卫生基本法的制定为卫生法的顶层设计提供了机遇。

（一）卫生法顶层设计：法治实践的规诫

卫生问题具有一定的社会性且涉及每一个人的切身利益。进入本世纪以来，我国卫生领域的矛盾日渐突出，社会反响十分强烈。为保障卫生公平和效率，国家颁布了诸多改革政策以及制定了数量巨大的卫生法规和规章，然而法律和政策的实施并未从根本上解决这些矛盾。在此情势下，对卫生事业的有效法治化治理问题随即浮出水面，该问题又牵涉卫生法治建设的一些重大基础性问题，主要包括以下几各方面：

第一，立法的价值选择问题，即在公平和效率之间作何取舍，或以何者为先。这是卫生事业法治化治理的根本性问题之一。自上世纪 80 年代以来，我国的卫生立法凸出了效率优先的特征，导致国家和社会的责任体现不足，医疗卫生事业的公益性水平下降，造成了诸多公平性问题。例如，国家在公共卫生方面的投入和保障不足，在缺乏经费和人力资源支持的情况下，一些本已消灭的地方病重又抬头，肺结核等一些传染性疾病的治疗费用由个人担负；国家的卫生支出结构出现重城轻乡、重大医院轻基层医疗机构的问题，致使人口数量占多数的农村地区的缺医少药问题仍未彻底解决，基层医疗机构特别是农村、偏远地区的基层医疗机构大面积解体。[4]又如，建立公益性医药卫生制度不应局限于考量卫生经济指标，还应考量虽不符合效率价值要求但具有道德价值和社会效益的方面。然而，我国医药法律制度建设尚不能保证罕用药物的供应保障，[5]急救服务发展也较为滞后、问题多多。[6]再如，医疗保障立法基本上按照先社会强势群体再社会弱势

[4]参见国家卫生和计划生育委员会编：《中国卫生和计划生育统计年鉴 2014》，载中国协和医科大学出版社 2014 年版，第 17 页。

[5]参见程岩：《罕见病法律制度的困境与出路》，载《河北法学》2011 年第 5 期。

[6]急救服务是典型的被经济因素“绑架”的医疗服务。例如，湖南湘乡市人民医院 120 急救中心因患儿家属不能及时支付 800 元车费而拒绝配送急救车，致使病童因被耽误 1 个多小时而。参见刘晓波：《800 元车费

群体扩展的顺序加以推进，[7]换言之，卫生公共资源优先保障了社会中的最有自我保障能力的群体。如果说获得卫生服务的机会公平、卫生资源的分配公平、健康领域的正当差别待遇是衡量卫生实质公平的三个基本方面的话，[8]那么现行卫生法普遍存在着公平性缺陷。

第二，卫生事业的法律性质问题，即医疗卫生机构的法律性质是企业还是事业单位、事业单位是否允许进入市场营利等问题。在这个方面，相关法律和政策的立场出现重大偏差。例如，国家一度将医疗卫生“事业”做“产业”性规划；[9]出台规范性文件鼓励公立医疗机构从事营利性工副业经营；[10]在法律上将医疗服务关系视为民事法律关系，并规定通过违约或侵权之诉解决医患纠纷；法律允许患者自由选择医院、医生，[11]形成有规划、有组织、有特定目标的卫生公共服务体系与自由就诊的市场机制之间的矛盾，从而在客观上助推了转诊制度乃至整个卫生公共服务体系的低效运行甚至部分瓦解，造成了基层医疗机构资源的闲置性浪费和高端资源的利用性浪费。[12]

第三，健康责任分配问题，即保障和促进公民健康的责任在国家、社会和个人之间如何分配，以及责任大小问题。在这个方面，国家对国民健康承担的责任一度持续减少，社会和个人承担越来越主要的责任。[13]例如，国家在举国体育体制下将体育经费过度投入竞技体育项目，而对群众体育、全民健身项目支持不足；国家卫生事业费用占政府支出的比例长时间持续下降，[14]医疗机构的政策性亏损、正常运转经费主要靠药品价格加成的方式来解决，使得公立医疗机构部分地偏离了救死扶伤的法定公益性职责；婴幼儿以及中、小学生的免疫、营养费用主要由家庭和个人担负等等。

第四，健康保障基本路线和模式问题，即国家卫生政策倡导的中国特色医药

“卡”住 1 岁幼儿急救车》，载《三湘都市报》2014 年 1 月 6 日第 A06 版。又如，急救服务可能会因患者抵地处远而拒绝救治，参见曹晶晶等：《四求 120 都不发车婴儿延误救治惨死》，载《新快报》2009 年 11 月 18 日第 A08 版。再如，急救中心可能会出于营利的考虑而不适当地送医，参见胡梦：《急救车被指舍近求远送医脑溢血患者死亡》，载《长江商报》2009 年 11 月 20 日。

[7]为推行改革，国家先后颁布的最主要文件包括：《国务院关于建立城镇职工基本医疗保险制度的决定》[国发（1998）44 号]、《关于建立新型农村合作医疗制度的意见》[国办发（2003）3 号]、《国务院关于开展城镇居民基本医疗保险试点的指导意见》[国发〔2007〕20 号]，保障的对象依次是：作为经济优势群体的城镇职工和机关事业单位职工、有生产资料保障和生存保障的农村居民、既不占有生产资料又无独立经济收入的城镇居民。

[8]参见杜仕林：《健康公平的法律本质解读》，载《河北法学》2009 年第 8 期。

[9]参见《中共中央、国务院关于加快发展第三产业的决定》[中发(1992)5 号]。

[10]参见《卫生部、财政部关于加强农村卫生工作若干意见的通知》[卫计发(1992)141 号]。

[11]参见《城镇职工基本医疗保险定点医疗机构管理暂行办法》第九条、《关于实行病人选择医生促进医疗机构内部改革的意见》。

[12]参见董文勇：《医疗费用控制法律与政策》，中国方正出版社 2011 年版，第 138—140 页。

[13]从 1990 年到 2000 年，政府卫生支出占卫生总费用构成的比例从 25.1%下降到 15.5%，占 GDP 的比例从 1%下降到 0.72%；相应的，社会和个人卫生支出所占比例持续上升。参见前引 3，国家卫生和计划生育委员会书，第 91 页、94 页。

[14]从 1990 年到 2006 年，卫生事业费占财政支出的比例从 2.79%总体持续性下降到 1.96%。从 2007 年开始虽然比例上升，但是仍未恢复到 1982 年 2.96%的比重。参见中华人民共和国卫生部编：《2011 中国卫生统计年鉴》，中国协和医科大学出版社 2011 年版，第 90 页。

卫生体制如何体现在法律制度上、法律是否应当保护民族医药卫生事业和产业、预防为主原则如何在法律上得以体现等问题。我国在计划经济年代首创了被世界卫生组织和世界银行誉为“解决发展中国家医药卫生问题的唯一典范”的低成本、高效益的国民健康服务体制，改革开放之后，由于对这一体制的制度性保障不足，以及由于对“高投入、高消耗、高消费”的“三高”西医医疗服务模式缺乏必要的干预，“慢性病高发难治、药害严重、医疗费用居高不下”这三大西方医疗体制弊端在我国逐渐显现。虽然世界银行早在 1984 年发布的《中国卫生部门报告》中就已经对中国步西方后尘的问题作出了提醒，[15]我国历次医药卫生体制改革的相关文件也均强调预防为主、发展中医药事业，但是并没有在法律上得到充分体现和落实，因而国家的卫生发展战略流于口号和形式。此外，西方医学和中国民族医学在医学标准和评价体系等方面存在巨大差异，在两种医学和医疗服务体系的竞争过程中，我国民族医学技术及医学知识转播方式、民族医疗服务模式面临在技术上被边缘化、在管理上被“地下”化的严峻挑战，这与医学教育权、学术评价权、信息传播权、行政管理权的配置体制直接相关。国民健康路线的选择不仅仅是技术问题，同时也是法律问题，如果法律建设的重点和标准与西方接轨，那么民族医学和医疗服务模式则必然衰亡。

卫生领域存在的上述诸多矛盾多具有基础性和全局性，关系全体公民的根本健康利益。这些矛盾对卫生事业的现行治理模式构成挑战。现行以政策为主、以法律性文件为辅的基础性卫生治理的模式未能满足实践需求，在全面推行依法治国的时代背景下，卫生基础性问题必然需要通过基础性卫生立法加以解决。

（二）卫生法顶层设计：立法体制的改进

建国以后，我国卫生立法日益活跃，国家制定和修改了约 15 部卫生法律、约 50 余部卫生法规以及约 300 余部卫生行政规章；其他规范性文件数量之巨，难以计数。这些法律文件部分地满足了医药卫生领域对法律的需求。然而，以往的卫生立法在体制上注重填补空白，因而形成外延式数量扩张格局；同时，立法侧重微观技术层面，部门立法特征极为突出。随着卫生法治的发展，这种碎片化单行卫生立法体制的不足显现出来，所制定之法律也存在一定的质量缺陷。卫生法治本身存在的问题具体包括：

第一，因立法缺乏系统性和协调性而产生法律冲突。例如，《医疗事故处理条例》与人民法院有关人身损害赔偿问题的司法解释在责任认定范围和赔偿范围上均有冲突——前者体现医疗服务的公益性，实行有限责任；而后者取向于医疗服务的商业性，主张等价有偿、损害填补。又如，《传染病防治法》第六十二条规定“对患有特定传染病的困难人群实行医疗救助”，然而根据《关于进一步完善城乡医疗救助制度的意见》等有关医疗救助的规范性文件，社会医疗救助制度

[15]参见郭清：《城市初级卫生保健管理》，中山大学出版社 1996 年版，第 9 页。

的主要功能在于作为医疗保险的补充，以及为未参保困难群体解决医疗费用负担问题，满足困难群体的“基本医疗服务”需求，因而并未将特种传染病救治费用列入医疗救助费用担负范围。

第二，立法角度存在明显的单方性，卫生立法无论是在名称上还是在理念上、内容上，均大量植入了有关“管理”的“基因”、体现出单方管控的特征，相对主体的合理利益诉求在法律上没有得到充分反映。例如，《医疗机构管理条例》、《药品管理法》等法律文件既是如此；《执业医师法》因其在实质上强烈的“管理”特征而为广大医师所诟病。受立法视角的制约，相关立法的完整性不足，以《医疗机构管理条例》为例，有关公立医疗机构的治理结构、医疗机构的运营权、政府相关部门与各类医疗机构的关系、政府对公立医疗机构承担的责任等方面的规定均告阙如。

第三，立法工作较为被动，缺乏应有的前瞻性，一些重要立法呈现应急性、临时性特征。特别是在缺乏总体立法规划的指引的情况下，立法缺失问题更加突出。例如，我国制定了有关食品“卫生”的法律，但是食品“安全”问题长期被忽视；目前《食品安全法》虽然已经制定并实施，但是食品“营养”问题还有待通过立法加以解决。与之类似的，还包括区域卫生规划、急救、人类基因安全、药物警戒等方面的立法缺失。

第四，立法碎片化，同一项事务基于不同的立法角度被人为地割裂开来，具有同一目标的单行立法或叠床架屋、或零散杂乱。例如，从 1952 年至 1989 年，国家至少颁布了 36 项关于公费医疗的规范性文件；又如，在有关控烟的立法方面，《关于限制在公共场所设置烟草广告的通告通知》与《关于坚决制止利用广播、电视、报纸、期刊刊播烟草广告的通知》完全可以合并制定；再如，医疗服务作为一项最主要、最核心的卫生服务行为，应当有一部完整的法律加以全面规定，然而相关条款主要散落在《医疗机构管理条例》、《执业医师法》和《侵权责任法》这几部法律、法规中，这使得法律之适用欠缺最基本的便利性；医疗服务立法缺失之严重，以至于《侵权责任法》越俎代庖，在这部全部为保护性条款的法律中，立法者例外地通过设置专章制定了大量的调整性条款。

第五，立法次序较为混乱，立法的价值取向、立法的紧迫性和必要性等因素没有得到充分体现。例如，医疗保障的价值在于利用有限的公共财物资源最大可能地分散医疗费用风险，故健康风险愈大的群体则愈需要加以重点保障，然而自上世纪 90 年代以来，我国医疗保障立法的目标群体选择是首先从最具有自我保障能力的城镇职工开始，然后是占有一定生产资料或具有一定独立收入的农村居民，最后才是既不占有生产资料又没有独立收入的学生、家务劳动者等城镇居民。又如，在医疗保险和医疗救助两者之间，以抗风险为目的的医疗保险优先立法，而以保基本、保底线为宗旨、最具成本效益比的医疗救助立法却迟迟不能出台。

基于卫生立法体制和卫生法律本身的缺陷，具体的单行卫生立法或可以有效规制专门领域、专门问题，但是在应对一些深层次性、基础性和全局性问题方面则无能为力。例如政府的卫生支出项目和其他支出项目的竞争问题、卫生人力资源配置的结构性缺陷问题、解决“看病贵”的制度性协调问题、医药卫生发展模式问题、国民健康服务体系的中国化问题等，然而任何单行专门立法都不可能有效解决这些问题。况且，这些具体的卫生立法本身也需要完善。鉴于立法体制存在碎片化弊端，这具体卫生法律文件的完善需要以上位法、基础性法律为指导，然而，这一层次的立法尚付阙如。

（三）通过制定卫生基本法的顶层设计

这些情况表明，尽管专门立法和相应的政策趋于完备，但是由于存在价值选择和方向性问题，专门立法的效益差之毫厘失之千里，甚至南辕北辙。如果价值问题和方向性问题得不到解决，那么专门立法也难以独善其身。此外，上述问题多具有深层次性，甚至会触及政府职能及其运行方式、行政手段和市场机制的关系等基本层面，这决定了，然而任何单行专门（卫生）立法都不可能有效解决这些问题。健康领域的问题错综复杂，任何一个问题点都有可能牵涉到一个问题面，如“药价虚高”问题，制度的调整或构建需要协同进行，否则，难免“收之桑榆失之东隅”。此外，一些问题的解决还存在立法体制、执法体制障碍，仅针对某一问题的局部性立法还不足以解决问题。[16]

从历史角度看，我国医药卫生领域出现的种种问题，均与医药卫生制度的方向性问题、基础性问题相关，虽然技术性、局部性专门立法汗牛充栋，但是常常事倍功半，甚或劳而无功。[17]为解决现实问题，我国经历了几次大规模的医药卫生体制改革，每次改革所制定的纲领性医改政策都起到了纲举目张的效果，深刻地影响了全局，发挥出了巨大效用。[18]历史揭示出一条重要规律，即看似空泛、缺乏可操作性的基础改进措施却最有可能实现“一两拨千斤”的宏观效率价值，价值取向和方向正确的基础性治理能达事半功倍之效。

制定卫生领域的基本法即是基础性改进的举措。目前我国碎片化单行卫生立法的边际效益不断下降，主要依靠政策的基础性卫生治理模式遭遇瓶颈，客观上，我国需要对卫生领域在治理模式和治理路径方面进行整体性的转换升级，有必要

[16]该问题典型者，如 2013 年春季出现的人感染 H7N9 禽流感患者的治疗费担负问题。在医疗、医保在立法和管理上相互分割的体制下，患者的医疗费用究竟由医保部门解决还是由卫生部门解决，出现了较大的分歧和不确定性。

[17]在药品价格体制方面，国家实行政府指导价和市场定价并举的制度，并为此制定了诸多精巧的各种规定和技术标准。然而，物价部门数十次限制药品价格，其直接结果不仅没有起到实质性降价的作用，而且在客观上为不合理的虚高定价做了合法性背书，同时浮现的药品“降价死”问题也损害了药品的可及性。类似的问题还包括强令高端医疗人才沉降到基层的制度、有关废止“以药养医”的规定、有关禁止医务人员收受“红包”的规定等。

[18]例如，医药新政深刻地改变了医药产业环境和市场竞争格局，药品价格趋于降低、医院对药品收入的依赖性降低等。参见侯勇、干荣富：《简析新政引领下的医药工业现状与发展趋势》，载《中国医药工业杂志》2014 年第 4 期。医改还明显地促进了基本公共卫生服务逐步均等化、健全了基层医疗卫生服务体系。参见李玲、陈秋霖：《理性评估医改三年成效》，载《卫生经济研究》2012 年第 5 期。

在整体性立法、综合性立法和基础性立法上“补课”，实现对整个卫生法律体系的顶层设计，以提升卫生法律体系在整体上的功能有效性。通过制定卫生基本法，在技术上主要实现三个目标：一是根据我国的宪法精神、宪法原则及《宪法》中有关医药卫生的条款，[19]结合国家的国民健康政策，设置相对具体的基础性卫生条款，以纠正偏离宪法的改革行为、保证卫生法律体系与宪法保持一致。二是解决卫生法律体系割裂问题，实现体系内各法律分支的系统和协调，整合其法律功能；二是通过将卫生科学规律、社会科学规律、最新的法治精神以及国家意志充分纳入立法来保证立法的科学有效性，以解决立法“治标不治本”问题，实现对卫生领域的根本性治理。

二、立法层次：微观、中观还是宏观？

目前，卫生基本法的立法工作正在推进，但是就立法层次问题尚存争议。“基本”这一概念具有相对性，在多层次卫生法律体系中，所制定之基本法为何者之基本？亦即，该法应定位于何种层次？这一问题影响卫生基本法的立法内容和范围，是立法需要首先明确的重大问题。

（一）卫生法体系的层次性

卫生法律以保障个人或群体的健康权益为基本要务，然而影响健康的因素较多，如生活方式、[20]受教育水平、[21]洁净的环境等，[22]保障人体健康的手段也多种多样。实现健康不仅有人的要素，还有物和技术的要素；物的要素不仅有药品和医疗器械的要素，还有资金的要素；人的要素不仅包括卫生人力资源要素，还包括服务要素。因此，人的健康实现体系是个具有多层次、多面向的自然和社会体系。在法治国家，凡为维护公民个人及群体健康所需要者，皆以有关健康维护之法律予以保障。

卫生法律体系的基础是健康实现体系，后者的体系在很大程度上决定前者的体系，这决定了，卫生法律体系也必然是多向度、多层次的、围绕人的健康需要而组织起来的法律系统。从我国卫生法律的现状和趋势来看，我国拟建设的卫生法律体系应当是以专门卫生法律为主体、以其他相关法律中的卫生条款为补充的，以众多专项卫生法律为基础、以少量综合性卫生法律为统领的，以各专门领域基本法为支柱、以卫生母法为核心的，层次分明、功能整合、系统有机的卫生法律体系。根据以上不同类型法律在卫生法律体系中的功能，这一多项度、度层次的

[19]为行文方面，本文省略“中华人民共和国”称谓，后文亦同。

[20]参见[美]维克托•R•福克斯：《谁将生存：健康、经济学和社会选择》，罗汉、焦艳、朱雪琴译，上海人民出版社 2000 年版，第 31 页。

[21] GrossmanMichael. “TheDemandforHealth:ATheoreticalandEmpiricalInvestigation”. NewYork:ColumbiaPress,1972. Also see: Grossman Michael, “On the Concept of Health Capital and the Demand for Health”, Journal of Political Economy, 1972 (80).

[22]James Fries. “Aging, Natural Death, and the Compression of Morbidity”, New England Journal of Medicine, 1980.

法律体系可分为三个层次：第一个层次为“卫生母法”及其他起基础性作用的母法相关法，发挥协调健康与经济、社会等相关领域关系、框定健康基本法律关系、指导各专门分支法律的制定和实施之职能；第二层次为“医药卫生基本法”体系，[23]即医药卫生各个专门领域的基本法，规定公共卫生、医疗服务、医疗保险、医药、保健等各领域的基本法律制度和基本法律关系，这一层次的基础性法律可包括“公共卫生基本法”、“医疗基本法”、“医疗保障基本法”、“医药基本法”等；[24]第三层次为各专项卫生法，具体规定某一方面的法律制度、法律关系和技术性规范，用以规范具体的服务和管理行为，例如在卫生母法和公共卫生基本法的提挈下，制定“《基本公共卫生法》”、“《职业健康法》”、“《地方病防治法》”等单行专门法；在卫生母法和医疗基本法基础之上，制定“《基本医疗服务法》”、“《营利性医疗服务法》”、“《转诊法》”等单行专门法（参见附图）。根据各卫生法律在法律体系中的性质和地位，第一层次的卫生法在整个卫生法律体系中提纲挈领、铺垫基础、引领方向，属于宏观层面的卫生法，以医药卫生各专门领域的基本法为主的第二层次卫生法居于中观层面，而第三层次中的各专项卫生法细致入微，属于微观层面的卫生法。

上述卫生法的体系仅系基于目前立法情势和实际需要的理想模型，实际上，我国的卫生法律体系总体上是一种微观的、碎片化的、散在的、平面的专项卫生法体系。卫生法律体系模型中的第一层次只有数量极少的其他规范性文件，严格意义上的法律和法规是缺失的；第二层次中除医药基本法之外，[25]有关其他卫生领域基本法律关系和法律制度的立法是缺失的，因而在事实上，我国的卫生法尚未实现体系化。

（二）卫生基本法立法层次的应然选择

卫生法律群的体系化面临卫生基本法的立法层次问题。从目前卫生基本法草案的参考版本来看，国家拟制定“《基本医疗卫生法》”。对于立法定位问题，大致有两种意见：一种意见认为，卫生基本法应具有综合性，既规范卫生关系又能够协调卫生系统以外其他社会各方关系，而应当是高层次、带有全局指导意义，[26]该种意见支持卫生宏观立法。另有意见认为，“现阶段对于基本医疗卫生的认识更为明确，涉及面不那么宽，这样或许更有利于推进立法过程”，[27]以《中共

[23]“医药卫生基本法”和“基本医药卫生法”是不同的概念，前者指在“医药卫生”专门领域的发挥基础性、统摄该领域之整体的法律，此“基本”为学理评价，非法律名称；“基本医药卫生”是专有名词，指医药卫生领域最核心的服务及管理类别，乃相对于“非基本”医药卫生而言，有关这一“具体”服务管理类别的法律即基本医药卫生法。下文有关基本公共卫生法与公共卫生基本法、医疗基本法与基本医疗法等概念的区分逻辑相同。

[24]法律文件的具体名称可分别确定为《公共卫生法》、《医疗法》、《医疗保障法》、《医药法》。

[25]严格讲，尽管《药品管理法》综合规范药品管理行为，但并不能完全担负医药领域基本法的作用。因为该法并不涉及医疗器械以及具有类似药物价值的化妆品、保健品及其他与人体健康直接相关的产品。即便针对药品而立法，也并未涉及基本药物、药品供应保障、医药产业安全等重要问题。

[26]参见前引 1，袁飞书。

[27]参见王丹、甘贝贝：《一场有关卫生法名称的讨论》，载《健康报》2015 年 3 月 10 日第 1 版。

中央国务院关于深化医药卫生体制改革的意见》（中发[2009]6 号）所划定的改革范围为卫生基本法的立法范围，[28]该意见基本上赞成制定中观层面的卫生基本法。笔者赞成前一种意见。作为卫生领域的基本法，显然不应当定位在微观层面，而究竟定位于中观还是宏观层面，取决于国家需要通过立法解决什么问题、完成何种任务。

进入本世纪以来，我国医疗卫生领域矛盾日益凸显。有些矛盾异常尖锐且“久治不愈”，这些矛盾包括医疗纠纷、“看病贵”、药品安全等。有些矛盾长期潜伏、积累，有集中大面积爆发的风险，例如环境污染造成癌症等恶性疾病和罕见病的发病率上升；[29]或者直接决定医疗卫生体系的运行效益，例如食品安全问题、因贫困而卖血和因源于不良文化舆论环境的同性恋而导致的艾滋病蔓延。与此同时，针对不同“标靶”的对策性的专门立法和政策性文件层出不穷，但收效甚微，甚或立法劳而无功、不断推翻重来。[30]有些立法视角狭窄、割裂，立法目标“只见树木不见森林”，无法从根本上解决现实问题。[31]

为推动卫生事业健康发展，国家和社会一直希望通过卫生基本法的立法来消除制约卫生事业发展的瓶颈、解决现有专门立法所难以应对的突出矛盾，然而综观卫生领域的各类矛盾和卫生法治建设的现状，中观层面的立法仍难以实现立法目的。第一，中观层面的立法限于基本医疗卫生制度的法律阐释，无力引领我国卫生事业发展的方向，也难以解决卫生事业的法律属性和价值选择等关系卫生事业发展全局的问题。第二，中观层面的立法限缩于卫生内容之中，无法跳出“就事论事”式的立法旧制，仍然不能解决那些在深层次上影响卫生事业发展的、不属于卫生领域的因素，如行政权调整和事业单位改革问题、国民健康与经济、社会、环境的协调问题等。且立法没有广泛涉及并整合国民健康体系运转所需要的人、财、物、教育、宣传、科技、信息、文化、伦理、组织等必要的基础性要素。这决定了，综观层面的立法不能实现对医疗卫生问题的根本性治理。第三，以基本医疗、基本卫生、基本药物、基本医保四项内容为主的立法带有明显的对改革

---

[28]参见王星星、丁国武、杨敬科：《论卫生基本法立法的基本问题》，载《医学与法学》2014 年第 4 期。另参见黄清华：《“基本医疗卫生立法”法理学研究——以中国卫生体系基本立法为目标》，载《法治研究》2014 年第 11 期。

[29]通过百度网站搜索“癌症村”，相关信息约有 2,320,000 条；搜索“污染、怪病”，相关信息约有 1,430,000 条。2013 年 2 月，环保部发布了《化学品环境风险防控“十二五”规划》，该规划中，官方第一次正式承认化学品污染造成“癌症村”的存在。参见环境保护部：《化学品环境风险防控“十二五”规划》，载《中国环保产业》2013 年第 2 期。

[30]较典型者如有关医疗纠纷处理的立法和司法解释，仅仅为了禁止“闹医”行为，原卫生部、公安部就联合制定了三个文件。其他立法的效果也十分有限，甚至有害无益，这些立法包括医药集中招标采购立法、药品价格控制立法、基层医疗机构人力资源保障立法等。

[31]以多点执业立法为例，规范性文件频出，但实施起来却“叫好不叫座”。参见赵兵辉：《医生多点执业为何“叫好不叫座”？》，《南方日报》2013 年 1 月 22 日第 B02 版。这些立法既不符合“竞业禁止”之行业规律，也有悖于促进连续、系统诊疗服务的改革方向。制度措施既非市场手段也非行政手段，运行机制模糊；且手段和目标并不匹配。此外，制度缺乏诸多相关制度条件和社会环境的支持，如教育和学术科研、人事管理、事业单位单位改革等。类似的还有关于制止闹医、维护医疗机构秩序的立法。根本而言，碎片化立法均不可避免、程度不一地带有立法割裂色彩。

成果加以确认的痕迹，这决定了它不可能将不断持续的卫生改革行为纳入引导和规范的目标体系。第四，“基本医疗”、“基本卫生”是专有名词，特指国家主导的、为社会所需要的最不可克减的健康服务。基本医疗卫生制度仅仅是卫生福利制度体系中最核心的内容，尽管具有一定程度的基础性，但是并不能涵盖、引导、协调卫生事业的全部，甚至也不能为各专门领域的单行立法提供足够的法律依据。第五，中观层面的立法能够实现对各专门领域基本法的统合和集成，但是缺乏对各专门领域的横向协调和纵向贯穿，不能完成对卫生法律体系进行有机整合的立法任务。总而言之，中观层面的卫生立法尽管较为成熟，但是立法的目的不是“立得出法”，也不是“便于立法”，而是要解决现实问题、有助于实现国民健康战略。

宏观层面的卫生基本法应当是卫生母法，具有卫生（部门）宪法的性质。作为卫生母法的基本法，应当具有如下几个特征：第一，承接《宪法》中有关卫生的条款并结合《宪法》中有关经济、社会、文化、教育的以及有关法治的条款，并加以具体化。第二，是国民健康领域的基础性大法，兼为执行性根本法。第三，在整个卫生法律体系中居于基础性地位、发挥整合性作用，指导中观层面的立法、协调国民健康体系内外的法律关系，建立和框定基础的和重要的卫生法律制度。第四，明确卫生法治的基本原则和卫生基本法律关系的性质。

三、立法视角：技术、业务还是健康？

在价值取向多元化的现代社会，有关健康之法律面临经济的、社会的、观念的、技术的等多种因素的挑战，个人或群体的健康利益容易淹没其中，因而，“看病难”、“看病贵”、“医患纠纷”、食品安全等有关人体健康的问题层出不穷，产业集团因祸得福，但人民大众为之受累。这现代卫生事业提出了一个严肃问题：卫生法治为谁服务、为何种目标而建设？这个问题是卫生法治的根本问题，卫生基本法立法不容回避。

（一）从医药卫生到健康的立法视角演进

健康问题错综复杂，健康因子和健康内容具有学科和社会多元性，这是近代以来人类社会努力探索健康之路的重要认识成果，也是上世纪六、七十年代以来国际社会对传统的以生物医学为中心、以医疗为导向、医学精英主义色彩浓厚的健康维护体系进行反思的结果。[32]基于健康因素的综合性和广泛性，现代国家的国民健康维护体系既包括保健、预防、医疗、康复等服务层面的体系，又包括医药研发、生产、供应等技术和物质层面的体系，还包括为医药消费提供经济支持的医疗保障体系；除此以外，国家还通过对经济、社会和文化等领域的干预，保障疾病抗御核心体系的有效运行、改善国民健康的环境和条件。

[32]参见刘桂生、张拓红、王志锋：《不同语境下的初级卫生保健》，载《医学与哲学（人文社会医学版）》2008年第8期。

法律是一套利益分配规则，健康利益也必然是法律关注的对象。与传统立法不同的是，有关健康的立法不仅限于意愿取舍和价值选择，而更应体现社会规律、遵循医学和药学自然科学规律，在法律上满足这些规律对人的行为的影响，据此重新调整人的行为、重构权利义务关系体系，以保证立法的科学性和有效性。这决定了，健康科学规律应当在立法方面得以体现，因而，有关保障和促进个人和群体健康的法律就绝不可能仅仅是医药法、医疗法和公共卫生法，但凡影响健康利益之所在，皆纳入立法之范围。

健康科学的发展对立法的影响不仅仅局限在有关健康之法的法律体系方面，还包括对相关法律之理念和精神的影响。在以生物医学为内容、以技术主义为路线和以治疗为核心的传统医学模式下，人是生物体，患者是病体，医学父权主义思想统治医患关系，患者也只能是医疗行为的客体、医生的支配对象，患者地位卑微而渺小。[33]反映在在立法方面，人的因素可能会被忽视，或者被技术和物质的因素所压制，公民的健康权益、患者的医疗康复权益难以彰显。随着生物医学向社会医学拓展，患者作为病体的技术价值和作为人的社会价值被挖掘出来，医学技术的发展客观上需要将医患双方视为伙伴关系。伴随着上世纪六、七十年代西方的患者权利运动和其他社会权利运动，在法律上，患者在医疗服务关系中的权利主体地位不断得到肯定和强化，[34]一般公民乃至全体国民在其与国家和社会的健康维护法律关系中也具有了健康权益主体的地位。

总之，现代健康科学和法律观念发生了质的飞跃，人的健康利益真正成为健康科学和法律所共同追求的目标。随着人的地位、人的价值、人的健康利益在健康科学和法律科学中得到全面提升，深受健康学科规律支配的立法亦会从医药卫生视角向健康视角转变。

（二）健康立法视角具有优越的法治意义

医药卫生法向健康法的嬗变解决了为何、为谁而立法的问题，人的健康及人的健康权益成为健康法治最为核心的概念，因而，与保障和促进国民健康有关的法律必然产生从医方技术本位、政府业务本位向健康权益本位演进，根据保障和促进公民健康权益、改善国民健康的需要而完善立法。

以健康立法视角取代医药卫生立法视角，具有诸多法治优越性。第一，围绕公民个人和全体国民的健康而立法，使碎片化、形式化的医药卫生法律具有了价值协调、功能整合的“灵魂”，凡不利于促成此种目的之法律，皆需要清理、修订。第二，以“健康”为标尺衡量卫生法律体系，有助于促使与健康有关之法律形成体系，凡有空白者，皆须弥补，或经济、民事、行政等法律规范有碍健全权益保障之实现者，皆应调整甚至让步。第三，现代公法奉行“权利”本位，而非

[33]参见李霁、张怀承：《医学模式的演进与患医关系的变更》，载《中国医学伦理学》2004 年第 2 期。
[34]参见刘兰秋：《域外患者权利的立法化简介》，载《中国卫生法制》2007 年第 4 期。

“权力”本位。[35]技术权力、卫生行政权力之配置、行使，均源自保障和实现健康权益的需要，若无后者则无前者，前者亦无独立存在的价值和必要。只有采取健康立法视角，才能充分体现法律权利（权力）的结构、主辅关系和支配关系，防止技术权力、卫生行政权力反仆为主，杜绝制定以单向度管理和控制为特征、以行政权力和技术权力为本位的法律。第四，以人的“健康”作为立法目标，能够协调健康利益与经济利益、权力利益、管理利益的矛盾和冲突，防止卫生法律蜕变为政府对医药卫生的“管控法”、[36]卫生行业维护法，[37]进而成为医药和医疗产业集团和卫生行政机关追求独立利益的工具，[38]或者为了某种利益而忽视有健康保障价值的立法需求。[39]

（三）卫生基本法立法的视角选择

强调立法以“健康”为目的，并不意味着全部卫生立法均直接与健康相关。立法是否以健康为视角，取决于立法层次、立法目标。以规范特定业务、特定技术的使用为目的的微观层面的立法具有工具价值，宜着眼于其专业性、局部技术性；以规范专门领域的基本制度、基本法律关系的中观层面立法，宜以有利于保障、促进和实现人的健康宗旨来统合本位阶和下位阶立法。然而，卫生母法作为宏观层面的立法、卫生领域的根本大法，法律本身不具有技术性、不强调专业性和行业性，则应当直接明确健康维护宗旨、体现健康维护体系、规范健康维护关系，突出将“健康”作为一切医药卫生活动的最根本的目的，系统围绕人的健康需求而非囿于行政部门的职能范围、医疗卫生机构的业务板块进行基础性立法。

卫生基本法作为整个卫生法律体系的基础和总纲，法律的名称、内容和功能方面均应体现“健康”理念，以匹配其作为母法的地位。其一，概念外延的广度决定了立法的层次，“健康”概念外延之广，非“卫生”、“医药卫生”等概念所能企及。相对于“健康”概念，卫生、医疗、医药、医保本身具有工具性价值，而不具有目的性价值，调整“卫生”、“医疗”、“医药”、“医保”关系的立法不可能成为健康领域的母法。其二，概念内涵的统摄能力决定了立法的高度。人的需要、人的利益是一切社会活动的根本目的。“健康”这一概念能够体现卫生立法的极终目的、体现法律的人本理念，因此，《中共中央国务院关于深化医药卫生体制改革的意见》的首条基本原则就是“坚持以人为本，把维护人民健康权益放在第一位”。一切医药卫生活动、卫生相关行政部门的一切权力行使行为均统一于国民健康、服务于公民健康权益，否则，医疗、医药和卫生技术及卫生行政权

[35]参见刘旺洪：《权利本位的理论逻辑——与童之伟教授商榷》，载《中国法学》2001 年第 2 期。

[36]例如，我国的食盐专营制度广受诟病，而反对取消专营制度的主要理由包括不利于普及碘盐和消除碘缺乏病。而有大量研究表明，强制全民补碘的制度既非必要也有严重的健康负效应。参见滕卫平：《防治碘缺乏病与碘过量》，载《中华内分泌代谢杂志》2002 年第 3 期；于志恒、刘守军：《碘摄入量与甲状腺肿率的变化有无规律可循》，载《中华流行病学杂志》2004 年第 8 期。

[37]参见罗兵：《强制全民补碘值得商榷》，载《中国质量报》2013 年 8 月 15 日第 006 版。

[38]参见前引 4，程岩书。

[39]例如，有关控制吸烟的立法长期难产；限制烟草生产的立法还未提上日程。

力就有可能异化为一种对人的压制力量。其三，卫生基本法以“健康”为立法视角，不仅能够把卫生、医疗、医药、医保四项基本业务联系起来、整合起来，发挥对中观层面立法的指导作用，而且还能够把医疗卫生不能直接触及到的领域（如食品安全、水源保护、全民健身等）联系起来。最后，作为卫生基本法，只有明确“健康”这个概念，才能在理念上、出发点上、落脚点上为卫生法治掌舵，防止国民健康事业因业务领域不同而被人为割裂，或因过于强调法律的工具性、技术性而陷入立法工具主义、技术主义的迷途。综上所述，卫生基本法只能采用“健康”视角，对此责无旁贷。

四、立法本位：患者、公民还是国民？

在卫生法律体系中，健康权益的主体具有多元性，患者、公民和作为公民整体的国民均可以是健康权益的归属者，然而，卫生基本法的保障对象与中观和微观层面的卫生法有无不同？卫生基本法视野内的健康权益为谁所有？这是卫生基本法立法需要回答并体现的问题。

（一）卫生法律体制的历史演变

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，健康责任自己承担，臣民、公民和患者与国家并无法律上的直接关系。法律主要规范医方与患者之间的民事关系，卫生民事制度是与“原子社会”相适应的最主要的卫生法律制度形式。进入工业社会以来，越来越复杂的生产和生活方式带来了与日俱增的生存风险，人人成为“风险群体”的一员，这是一种不可归咎于个人的“集体命运”。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，唯有借助国家和社会之力、通过推行公共卫生福利和国家卫生政策方能保障个人的健康权益。[40]为了消除自由放任和极端个体权利本位的消极影响，[41]应对现代社会生存危机，国家职能普遍积极扩张。[42]国家不仅更新传统医疗服务民事法律制度，而且主动干预社会生活，承担起保障公共卫生福利的政治义务；国家不仅保障已然罹患疾病者的医疗权益，还将卫生风险防卫线向前拓展，为公民提供可以随时响应需求的一整套公共的卫生服务管理体系，将卫生福利制度打造成现代国家基本福利制度的必要组成部分。随着法治发展，相应的卫生宪法制度、卫生行政法律制度、卫生福利法律制度相继形成。历史证明，这种由国家主导和参与的卫生、社会、国家整体动员体制能够极大改善国民健康面貌，这种成绩是“原子化”、离散化的传统社会和传统卫生民事法律体制所难

[40]参见 [德]尤尔根·哈贝马斯：《超越民族国家?——论经济全球化的后果问题》，柴方国编译，载《马克思主义与现实》1999 年第 5 期。
[41]参见冯宪芬、刘永峰：《社会整体利益解析》，载《福建论坛（社科教育版）》2007 年第 2 期。
[42]参见汪来杰：《西方国家公共服务的变化：轨迹与特征》，载《社会主义研究》2007 年第 6 期。

以取得的。[43]

健康权益保障方式的体系化、国家制度化深刻地影响了卫生法律关系。在法律关系上，卫生法律关系不再局限于医方与患者，还包括公民与公立卫生服务体系中的所有机构；国家不再是超然于医患双方之外的主体，而是卫生法律关系的重要主体；国家在宪法层面上面对全体国民，在具体法律制度上由国家的卫生相关行政机关面对公民、由政府委托或法律授权的公立卫生服务机构面对患者。

（二）卫生基本法视野中的“人”

近代以来的卫生法律发展历史表明，卫生问题不再仅仅是患者求医问药的私事，因而不仅仅局促于民事法律之一隅，公共利益、国家利益在健康事务领域之凸显决定了，卫生关系需要向系统的健康关系演进，健康法律问题在整体上带有越来越浓厚的公共性、政治性和战略性色彩，国家的立法视野需要放眼于改善和提高全民的健康状况，保障全体国民和国家的健康安全。保障整体健康安全利益的战略体现在立法方面，必然是围绕实现全体公民的整体健康利益而建立高度概括化、抽象化的多方法律关系，将公民之全体视为法律关系中的一方，将国家健康服务体系、医药产业体系视为另一方，将与健康体系相联系的教育、环境、财政等相关体系作为相关方。

卫生法律关系主体的概括化、集团化是主体类型之一种。上文述及，在不同的具体卫生法律关系中，主体类型有所不同。从卫生宪法、卫生领域基本法的角度来看，卫生法律关系的主体必然是概括化、集团化的，但并不排除将个体化的患者包括其中。问题在于，一般法律所使用的“公民”概念能否满足卫生基本法对于主体概念的需要？有学者指出，“公民”概念存在着“在法律话语与政治话语之间、官方话语与民间及学术话语之间的语义断裂”，这一概念所承载的价值理念已经达到超负荷的程度，“国民”概念有重启之必要。[44]笔者深表赞同。在基本法层面上，“公民”概念的内涵和意义均相对狭促，法律保障的主体应是“国民”，以“国民健康利益”为本位展开制度构建。

第一，“公民”与“国民”概念有别。“公民”概念是个体概念，具有个人意义；在法律性质上只反映人的法律身份和法律地位；在关系角度可以表示散在的一般、一般中的不特定的个体，也可以表示不特定个体的简单多数或“全”体，在功能上不能直接反映出国家和个人之间双向的利益对立统一关系；在法律权益

[43]以我国为例，中国进入近代历史时期即伴随着与国民健康直接相关的鸦片贸易问题，中国人被蔑为“东亚病夫”。中华人民各共和国成立之后掀起了“人类有史以来从未有过的”爱国卫生运动，禁毒、禁娼、消灭血吸虫和地方病，大规模开展除病灭害运动和发展体育运动，建立起覆盖城乡的基本医疗卫生服务体系，改变了国民既贫且弱、缺医少药的局面，改善了国民健康素质，人口死亡率由 1952 年的 17‰下降到改革开放前的 6.21‰，相应的，婴儿死亡率由 200‰降到 34.7‰，预期寿命从 35.0 岁上升到 67.9 岁。参见前引 3，国家卫生和计划生育委员会书，第 231、233 页。国家层面的整体动员为巩固政权和增强社会主义的优越性提供了支持，健康事业的发展成就也为中国在国际社会赢得极大荣誉。

[44]参见郭台辉：《“国民”与“公民”之间：citizen 在中国》，载《中国社会科学报》2013 年 5 月 29 日第 A06 版。

的实现机制角度，可以由公民个人或通过技术性地还原为个体的方式受领。然而“国民”乃是相对于“国家”而言的，是群体概念、总括性的概念，不仅具有法律意义，还有政治意义、公共意义，该概念强调国家所保障的是全体国民的概括性利益、共同利益和根本利益；在法律性质上，该概念只能表示一个“整”体，不具有个体意义；在关系角度体现无数个体公民的有机统一和全体公民的概括集成；在功能上能够体现出作为个体或整体的公民对于国家的意义，以及国家对其人民的政治义务；在法律权益的实现机制角度，国家所保障的整体权益不可以技术性地简单分割为个体权益，不通过个别化机制兑现。另外，“国民”概念在量的意义上，其内涵远高于无数个体利益简单相加之和；在质的意义上“国民”概念无法以任何形式的“公民”概念所取代。

第二，一般化的“公民”和整体化的“国民”对应不同层次的法律场境。在微观和中观卫生法律之中，法律关系相对具体，权利主体也应当相对清晰、具体，法律制度有明确的指向，以便于法律确认和法律实施。这就要求具体卫生法律中的“人”应具有一般性、可识别性，立法奉行以人为本的理念。而在宏观卫生立法中，卫生母法的任务是框定健康相关基本关系、基本秩序，确定全体公民“共同”的健康权益以及对健康权益的整体性保障体系，是故，卫生基本法必然从公共角度安排国家对国民的健康保障制度，这里的“人”必然是“国民”。

第三，卫生基本法的立法意义决定了国家应当为其“国民”而立法。健康问题事关全体国民的健康素质、社会活力和国家竞争力，是国家层面的重大战略性问题，“人民身体健康是全面建成小康社会的重要内涵，是每一个人成长和实现幸福生活的重要基础”、[45]“没有全民健康就没有全面小康”。[46]在战略层面上，健康问题需要纳入国家发展战略、在整个国家层面上加以解决，立法所要处理的对象必然是国与民之间有关健康的基本关系，解决如何动用整套国家机器、动员国家所有资源尽可能满足全体国民健康需求的问题，而公民个体化解决机制则无益于实现整体健康利益。因此，卫生基本法需要关注全体公民“共同”的、“整体”的健康利益，立法本位也必然由具体法律的“以人为本”上升为基本法的“以民为本”。为了“国民”的健康而制定基本法，符合国民健康的战略层次定位，能够体现立法的基础性意义，有助于解决困扰国民健康、影响公民健康权益的一系列深层次问题，提高全民族的健康水平。

总之，卫生基本法作为宏观卫生立法，只能围绕全体国民的健康利益而展开，以国民健康利益为本位。

[45]《习近平：人民身体健康是全面建成小康社会的重要内涵》，资料来源：http://news.xinhuanet.com/politics/2013-08/31/c_117171570.htm。
[46]《没有全民健康就没有全面小康》，载《健康报》2014 年 12 月 15 日第 01 版。

五、结语

当前国家正在全面深化医药卫生体制改革改革和全面推进依法治国，这一时代背景为完善卫生立法提供了良好的历史契机和难得的经验资源。我国已经建立了相对完备的专门性卫生法律体系，卫生法律实践和卫生领域的社会矛盾决定了，我国卫生立法需要从外延式立法向内涵式立法转变，从整合体系功能和解决重大基础性问题和方向性问题角度进行卫生法治顶层设计。同时，有关宏观架构的改革经验也表明，目前已经到了制定卫生基本法的历史时刻。

制定卫生基本法不是对现行微观层面的卫生法律文件进行汇编，也不是要在现行专门法律文件的基础上稍加提炼、整合，在中观层面制定卫生法典，而是需要从原则到理念、从层次到方向、从框架到内容进行总体调整和基础性设计。卫生基本法应当是卫生母法、卫生宪法，以实现在高度抽象、概括和一般化的国家政治宪法和具体的卫生法律之间搭建联系和转化的桥梁，立法必然定位在宏观层面。现代医学和我国传统医学的发展、国家的社会建设战略和法治战略决定了，制定卫生基本法应当秉持以民为本的立法本位观，以全方位满足国民的健康利益诉求为立法标准，这样的基本法可以名之曰《中华人民共和国国民健康法》。该法的功能应当是解决那些关系整个国民健康事业长远发展的方向性问题、基础问题、全局性问题和重大问题。

附图：卫生法律体系结构模型

中国式“人肉搜索”之我见

——以侵犯隐私权和保障发展权为视角

王亚群　李长健*[1]

摘要：社会法研究不仅需要关注生存权的维护，也应关注发展权的保障。时代信息化，发展权的外延也在扩展和丰富。“人肉搜索”是互联网发展过程中的网络社会现象，备受关注。《最高人民法院关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》公布实施引发关注和讨论。文章通过对“人肉搜索”及隐私权相关基本理论介绍，从“人肉搜索”发展透视其实质，试图引导大众正确对待“人肉搜索”，为网络时代保护个人权益寻求有效合理方式提供环境和群众基础。

关键词：人肉搜索　隐私权　信息利用

中国式“人肉搜索”已然成为中国社会特有的现象。从2006年的“虐猫事件”“铜须门事件”，2007年的“铁军打人事件”“王菲博客事件”到08年的“辽宁女事件”“华南虎事件”，“人肉搜索”在中国社会展现巨大威力同时，更引发了非议。“人肉搜索”事件以其综合性特性成功升级为法律事件，《最高人民法院关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》的公布实施更是为其“正了名”。《规定》规定：网络用户或者网络服务提供者利用网络公开自然人基因信息、病历资料、健康检查资料、犯罪记录、家庭住址、私人活动等个人隐私和其它个人信息，造成他人损害，被侵权人请求其承担侵权责任的，人民法院应予以支持。这意味着“人肉搜索”被视为侵犯隐私权的行为，将被终结和予以追责。

一、人肉搜索与隐私权基础理论

（一）“人肉搜索”基础理论

首先，从定义和分类来说。广义上的“人肉搜索”泛指一切由信息“征集者”提出问题、信息“应征者”回答问题的信息搜索与提供方式。人们利用现代信息科技，变传统的网络信息搜索为人找人、人问人、人挨人的关系型网络社区活动，变枯燥乏味的查询过程为一人提问、八方回应，一石激起千层浪，一声呼唤触动万颗

*作者简介：王亚群，女，山东烟台人，华中农业大学农民权益保护与区域发展研究中心助理研究员，硕士研究生。李长健，华中农业大学文法学院教授，农民权益保护与区域发展研究中心主任，学科首席教授，博士生导师；研究方向：三农问题研究；

心的人性化搜索体验，是通过集中网民的力量去搜索信息和资源的一种方式，把从互联网上寻找网页和信息答案变成从网民身上找寻答案。而狭义上的“人肉搜索”是指以网络为平台,以网民为资源,逐渐获取某个人或某些人信息,然后整理分析这些信息,最后找出这个人并确认某个人信息的过程。从类型上看，中国目前的人肉搜索事件大致可以分为两大类：一类涉及搜索官员及公众人物，另一类则是事关社会道德问题。其中第二类又分为两种，一种是以挑战社会特定全体的人肉搜索事件，另一种则是构成了中国人肉搜索的主体，即性道德和婚姻道德问题。

其次，了解人肉搜索的本质，还需从其特征入手。跟传统的搜索引擎相比，“人肉搜索”有其自身的特点：首先，“人肉搜索”是一种智能式搜索，具有广泛性。其提供答案并非单纯的网络信息采集方式，而是成百上千具有智慧的网民以自己的知识提供解答。其次，“人肉搜索”可以作为一种自力救济方式。因为“人肉搜索”的广泛性，其可以作为一种意见评价机制。网络中挑战人们道德底线的言行因“人肉搜索”的出现而能够被揭开匿名、虚拟的面纱，使网络言行不当者能在现实社会中接受公众的监督与道德评判，为其言行承担应有的责任。在公权力不够发达或公权力不作为时，公权力救济不必完全排斥自力救济，尤其是在我国案件多、司法资源相对匮乏的背景下，合理限度内的自力救济不仅可以使当事人的合法权利予以及时救助，还提高了违法者违法成本和机会成本，节约了稀缺公共资源，达到对社会资源的有效利用。但是，“人肉搜索”也具有一定的盲目性。正是由于回答问题的对象各式各样，各有各的知识面与性格类型，这就造成回答问题的时必然带有一定的非理性因素。甚至过于情绪化的回答者以相当粗暴的方式去攻击讨论的对象。正如我们所见到的一样，网络上被人肉搜索的当事人身份被“搜索”曝光后，适当的指责是应该的，但失去理智的辱骂已偏离了正当的理性。这种非理性因素，给被搜索人造成了极大的伤害，甚至侵犯了其应有的正当性人身权利。这也是人肉搜索被立法追究责任并将面临终结的原因。

（二）隐私权基础理论

首先，从概念上讲，隐私就是自己的个人私事，个人信息等个人生活领域内的事情不为他人知悉，与公共利益、群体利益无关，禁止他人干涉的纯个人私事。王利明教授在其主编的《人格权法新论》一书中认为：隐私权是自然人享有的对其个人的与公共利益无关的个人信息、私人活动和私有领域进行支配的一种人格权。这种观点已被不少学者所认可。在民法史上，隐私权是一个比较年轻的权利，它的本质在于确保个人远离公众目光，而隐私权的客体是自然人的隐私，隐私的范围随着人类社会的进步而不断变化和扩展。概言之，隐私权指自然人享有私人生活安宁和私人信息依法受保护，不受他人侵扰、知悉、使用、披露和公开的权利。

其次，在分析一种行为是否侵犯隐私权时，除了定义的对照，还需要根据现

行法律关于隐私权范畴的规定进行判断。在我国现行法律中，只有《侵权责任法》第二条讲民事权益范围中包括了隐私权，即从以下几个方面进行归类：1、未经公民许可，公开其姓名、肖像、住址、身份证号码和电话号码；2、非法侵入、搜查他人住宅，或以其他方式破坏他人居住安宁；3、非法跟踪他人，监视他人住所，安装窃听设备，私自拍摄他人私生活镜头，窥探他人室内情况；4、非法刺探他人财产状况或未经本人允许公布其财产状况；5、私拆他人信件，偷看他人日记，刺探他人私人文件内容，以及将他们公开；6、调查、刺探他人社会关系并非法公诸于众；7、干扰他人夫妻性生活或对其进行调查、公布；8、将他人婚外性生活向社会公布；9、泄露公民的个人材料或公诸于众或扩大公开范围；10、收集公民不愿向社会公开的纯属个人的情况；11、未经他人许可，私自公开他人的秘密。即是否侵犯公民隐私权，可以看其是否属于以上几种。

二、从“人肉搜索”的发展透视其本质——对比隐私权进行分析

目前，人肉搜索面临终结和追究责任，引发了人们对于规制的广泛讨论，其中，隐私权是规制的最大理由。这种观点认为，人肉搜索应该被禁止，因为其侵犯了被搜索人的个人隐私权。但纵观人肉搜索的发展，我们将看到不一样的答案。

笔者认为，人肉搜索是互联网时代的信息利用行为，是网民自主互动、互相协作的一种联合信息搜索、信息数据化和信息公开化的过程，并非侵犯的是隐私权，也不能一概予以禁止：

首先，人肉搜索并非新鲜事物，为何现今要提出禁止呢？社会生活中的人肉搜索已然早已存在。在前互联网的时代，人们实际上一直在从事类似于人肉搜索的社会行为，我们一直生活在流言八卦和小道消息当中。在小型的熟人社会里，我们通过搜罗关于某人的信息和传言来获得乐趣，或者进行道德评判；我们会打听和传播周围熟人朋友的奇闻轶事或风流韵事，我们以此为乐，或者表达谴责。在八卦乐趣之外，一些重要的社会行为需要人肉搜索: 比如乡村的媒婆在进行说媒的过程中就要对男方和女方进行各方面信息的探听，以确保双方的人品。所谓小型的熟人社会并不仅仅是我们印象当中的农业社会，它还包括我们日常称之为“圈子”的任何一种群体: 律师有律师圈子，商人有商人圈子，学者有学者的圈子，等等。此外，中国人还知道一种被认为是比较极端的搜索行为:文化大革命时代的检举告密文化和“内查外调”行动，每一次对于“阶级敌人”的处理都建立在调查的基础上； 每一次运动都要调查嫌疑者的历史问题和以往表现，如果嫌疑者的原籍或原工作单位在外地，人们就要长途跋涉，查遍祖宗八代和前生今世，对于祖宗八代和历史问题上天入地的追查其实就是前数字化时代的人肉搜索。正如有

论者指出的: 与其说“人肉搜索”是在虚拟空间内发生的“人民战争的汪洋大海”不如说是文革中惯见的暴力行径在网络世界的重演，新时期的网民们不知不觉地在行动上继承了他们在意识上口诛笔伐的文革遗产。

其次，人肉搜索并非侵犯的是公民隐私权，其所利用的信息是以所谓的被侵权人提供的信息为基础，既然是自身提供的个人信息，即公开的信息，谈何遣返隐私权呢？在信息网络时代，人类生活痕迹留下的数字化信息大幅度增长，并被长时间地(甚至是永久性地) 保存下来，且可供日后任何不特定的人检索。我们每天都接受大量数字信息；我们每天也发出很多数字信息、数字化和互联网大大便利了我们的生活。我们可以通过网络购物，我们也可以通过电子邮件通讯、数字化和互联网也增加了我们的生活内容: 在论坛里参与讨论，在“博客”上抒发自我，以及在社交网络上寻找乐趣都是体现。人们在信息网络上的每一次行为都被记录下来，人们的购物记录、搜索记录、“博客”发表、好友添加等等都被互联网给记下了。人们被记录下来的信息可能会被别人所用，无论是用于赚钱，还是用于整人，一句话，你在使用网络，网络在保存你的记录，在互联网时代，人们留下了太多的可供日后检索的信息记录，但前提都是：信息是你自己留下的。

最后，如果人肉搜索被终结和追责，互联网时代的众多信息将面临“洗盘”和“大扫除”。在解释中我们不难看到，人肉搜索追责是一种不告不理的行为，从这一点上来说，互联网中的所谓人肉搜索侵权行为如果不面临不公和不平衡就要一概追究，这将意味着信息“大洗盘”。

总之，“人肉搜索”作为一种搜索方式，是依托数万网民而不再仅仅依靠网络数据库，是一种网民自发性的、集体完成的行动。网民们可以利用Google、百度等超强的搜索引擎，输入不同的关键词；从被搜索的目标对象入手，查询目标对象及朋友的博客、播客、论坛、QQ空间等，寻找蛛丝马迹；同时利用一些常用及社区类网站，如淘宝、天涯、猫扑、百度贴吧、新浪论坛等，搜寻目标对象可能留下的注册痕迹；通过被搜索目标的ID或邮件地址，查其IP号，锁定目标对象现实生活中的活动范围，进而确定其真实身份等。

三、正确对待人肉搜索——信息化大潮下，寻求合理有效维权途径

中国已经变成了一个多元的社会，这似乎已经成为老生常谈。但我们很少会细致地认识社会的多元究竟意味着什么？社会多元不仅仅意味着我们需要宽容各种价值观和秉承这些价值观的人，社会多元还意味着多元的价值及多元的共同体之间的原则性分歧，甚至由这些原则分歧引发的暴力性冲突无论是实际的暴力还是隐喻的暴力。

网络化时代，更多的冲突在出现凸显，现在是人肉搜索，人肉搜索之后将会是何？要在信息化时代维权，需要的不是一概承认或者否认：

首先，适者生存，要学会认同和接纳各种价值观，继而寻求合理的规制途径。中国的网络文化需要在对比当中才能得以凸显。《纽约时报》在报道中国人肉搜索时曾总结道:对于一个西方人来说，最令人震惊的是中国互联网文化与我们如此不同，新兴网站和“博客”在中国远没有我们的有影响力，社交网站还没有正式起步，最有生机的仍然是大量不知名的在线论坛，这也是人肉搜索开始的地方。这些论坛已经进化为比英语互联网上的任何事物更具参与性、更动态、更平民主义甚至更加民主的公众空间。中国的网络论坛以及人肉搜索代表了中国特色的网民文化、中国网民文化与传自西方的自由个体主义隐私权文化有着根深蒂固的冲突。我们已经在人肉搜索这一现象当中看到了这种冲突，这种冲突也构成了中国人肉搜索乃至其他一系列网络现象的规制问题的根本困境。

其次，正确看待人肉搜索行为，认识到解决人肉搜索侵权行为的关键是依法规范网络行为，而非终结人肉搜索。人肉搜索在世界各地都有发生，可以说只要有网络存在，就会有人肉搜索发生的可能。在网络社会中，无论是否存在法律上的规制，人肉搜索都会发生，其中的违法行为也都会发生。就像有侵权行为法的存在，有刑法的存在，但还是有侵权行为和犯罪行为的发生一样。我认为，人肉搜索只是一种形式、一种方式、一种技术，在网络上对一个人或者一个行为进行评论、进行批评，都是言论自由的范畴，都是合法的行。

最后，在网络时代，在人肉搜索行为的规制问题上，要正确看待法律规制的作用和谨慎进行法律规制。在世界上法律最为发达、法律最为民众所重视的美国，法律(无论是司法还是立法) 在面对诸如宗教、族群以及家庭性道德的问题上都会面临文化冲突的巨大挑战，并且目前很难找到解决问题的有效途径。在法律目前仍然处于致力于获得民众尊重和遵奉的中国，法律受到文化冲突的挑战则更大，如果政府规制和法院判决不能很好地考虑多元社会的文化冲突的话，法律本身的权威甚至会受到极大的威胁，人肉搜索现象及其带来的相应法律问题凸显了这种规制的困境。当网民所代表的民众不能认同政府和法院依据隐私权和隐私文化对于人肉搜索的规制时，政府决策和司法判决本身的正当性便处于质疑之中。其次，在立法科学性不足的背后，是急功近利，有关方面似乎总是想着尽快根据情况立法来禁止某些网络行为。虽然法律重在防患于未然，但是法律的目的和作用绝不主要是防范错误。因为如果因为怕犯错而禁止一切新的尝试，社会又如何前进？

参考文献：

[1]白雪飞. 互联网领域隐私权问题研究[D].黑龙江大学,2003.

[2]马春军. 隐私权的法理学分析[D].黑龙江大学,2003.

[3]严志凌. 隐私权的民法保护与实务探析[D].苏州大学,2003.

[4]王丽平. 人肉搜索与隐私权保护的协调[D].河南大学,2010.

[5]王春光. 我国网络隐私权民事保护制度研究[D].吉林大学,2005.

[6]黄革跃. 论隐私权[D].湘潭大学,2005.

[7]胡蕴桐. 隐私权在网络时代的发展与法律保护[D].华东政法大学,2008.

[8]杨亮. 互联网环境下的隐私权及其法律保护[D].四川大学,2007.

[9]郭云龙. 公民网络隐私权私法保护制度研究[D].陕西师范大学,2013.

[10]张阳. 公民网络隐私权的国际私法保护制度研究——以国际民事管辖权为视角[J]. 社科纵横,2014,03:79-83.

[11]刘凡义. 网络时代的隐私权及其法律保护[D].吉林大学,2004.

[12]邬琼. 论我国网络环境下的隐私权私法保护[D].中国政法大学,2010.

[13]刘华. 人肉搜索侵犯隐私权的民法规制[D].安徽大学,2014.

[14]黄婷,胡海春. “人肉搜索”与隐私权的冲突研究[J]. 法制与社会,2010,27:67-68.

[15]郑兴刚. 当代中国网络政治参与研究[D].南开大学,2012.

[16]姚吟月. 网络舆论监督的现状、问题及对策[D].南京师范大学,2012.

[17]姚吟月. WEB2.0 时代的民意表达——对江苏地区网民舆论监督规范意识及其认知的调研报告[J]. 东南传播,2011,01:45-50.

农地三权分置视阈下土地承包经营权流转之风险防范

李长健　杨莲芳[1]

摘要：随着农地三权分置的制度创新，坚持土地集体所有制，稳定农地的承包权，除转让和互换，无论采取转包、出租、入股、租赁，流转仅限于承包地的经营权，集体始终保有所有权，承包权则一直在农户手中。但法律滞后于农地制度的改革与创新，不仅影响改革的进程，随着流转的全面展开，将产生诸如非农化、非粮化与确权不确地、违约、农地过度集中等损害农民土地权益的风险。首先应当对农地三权分置政策予以法律规范化的“三权分离”；　健全经营权主体准入制度，建立对流入方的资信情况、农业经营能力、履约能力等进行核查的农业生产经营资质审查制度；配套建立农地经营权主体的经营内容监管制度，防止土地承包经营权流转后经营的“非农化”和“非粮化”；并探索土地流转风险保障金制度的构建。最后，还应当对不符合“三权分离”理念的具体法律条文进行修改，理顺条文之间的逻辑关系。

关键词：土地承包经营权流转；三权分置；风险防范；准入；确权不确地

“土地是保障城镇化发展的重要资源平台，也是农民最基本、最重要的生产资料和家庭财富。能否以土地权益的合理保障落实以人为本的目标，关乎新型城镇化能否落到实处。”[2]新型城镇化进程中，农地制度的改革与创新应既不允许任何组织和个人侵害农民的土地承包权，也不会放任农民为了短期利益轻易丢掉自己的土地，坚持土地集体所有制，稳定土地的承包权，放活土地经营权，这是关系到农业发展和社会稳定的大政策，更是对农民利益保护的重要举措。文章主要针对土地承包经营权来研究农用地的法律制度创新与风险防范，以及与之配套的相关法律的修改。

一、逻辑起点：农地三权分置的实践与争议

农业的家庭承包经营是在土地所有权和承包经营权实行两权分离的基础上实现的，而随着农业和农村经济的发展，实践中又出现了农户承包地的承包权和

1基金项目：教育部哲学社会科学研究重大课题攻关项目“新型城镇化进程中农民土地权益保障研究”（批准号：14JZD014）；湖北省高等学校优秀中青年科技创新团队计划项目“城乡一体化发展与基层社区治理创新研究”（批准号：T201528）。
作者简介：李长健（1965-），男，华中农业大学文法学院教授，博士生导师，农民权益保护与区域发展研究中心主任。杨莲芳，（1990-），女，华中农业大学农民权益保护与区域发展研究中心助理研究员。
2参见陈昊，夏方舟，严金明：《新型城镇化背景下农村土地制度创新研究评述》，载《中国土地科学》2013年11期。

经营权分离的现象，农地的承包者把土地的经营权（即使用权）拿出来流转，而自己则仍然享有土地的承包权，并以此获得土地的流转收益。于是，农村土地就出现了所有权、承包权、经营权“三权分置”的现象。[3]

（一）农地三权分置的实践

实际上，农地三权分置的实践从 20 世纪的 90 年代开始至今从未停止过，并且涉及面越来越广。相关资料显示，实践中早已有浙江、湖北、重庆、河南、福建、安徽、山东、陕西等地出台指导土地承包经营权流转的三权分置的规范性文件，如中共浙江省杭州市萧山区委办公室萧山区人民政府办公室《关于进一步健全土地经营权流转机制推进土地适度规模经营的意见》（2006 年 5 月 24 日萧委办[2006]37 号）规定：“坚持‘稳制活田、三权分离’的原则。在稳定家庭承包责任制的前提下，依法实行土地集体所有权、家庭承包权和土地经营权的分离，逐步形成农业用地要素市场。”中共湖北省武汉市委办公厅武汉市人民政府办公厅《关于引导农村土地承包经营权流转推进土地规模经营的意见》（2007 年 2 月 7 日武办发[2007]1 号）规定：“坚持‘稳制活田、三权分离’的原则。……推进农村土地集体所有权、家庭承包经营权和农村土地使用权‘三权’分离，放活农村土地使用权”。重庆市人民政府办公厅《关于加快农村土地流转促进规模经营发展的意见》（2007 年 9 月 12 日渝办发[2007]250 号）规定:“坚持‘稳制、分权、放活’的原则。……在不改变土地承包关系的前提下，实行土地所有权、承包权和土地使用权分离，创新流转机制，探索有效形式，放活土地使用权。”

十八届三中全会《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》提出，“稳定农村土地承包关系并保持长久不变，在坚持和完善最严格的耕地保护制度前提下，赋予农民对承包地占有、使用、收益、流转及承包经营权抵押、担保权能。”在 2013 年底的中央农村工作会议中提出“不断探索农村土地集体所有制的有效实现形式，落实集体所有权、稳定农户承包权、放活土地经营权”。2014 年中央一号文件又提出“在落实农村土地集体所有权的基础上，稳定农户承包权、放活土地经营权，允许承包土地的经营权向金融机构抵押融资。”至此，在国家政策层面，土地承包经营权分置成承包权和经营权，形成了农地的所有权、承包权、经营权三权分置之格局。

(二) 农地三权分置的争议

虽然农地三权分置在土地承包经营权流转实践中已得到广泛的认可与推行，并得到国家政策的确认，但在理论上却存在较大争议。部分学者认为将承包权和经营权从土地承包经营权分离出来，不仅没有理论依据的支撑，而且存在着较大的社会风险[4]。以“三权分离”学说为基础构建土地所有权、承包权、经营权的农

3参见陈锡文：《关于解决“三农”问题的几点考虑——学习〈中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定〉》，载《中共党史研究》2014 年第 1 期。
4参见孟勤国等：《中国农村土地流转问题研究》，法律出版社 2009 年版，第 46-47 页。

地产权观点，不符合法理上设置他物权的立法意图而难以在法律上表达，主观臆断了流转土地承包经营权与稳定土地承包之间的关系，进而与农地制度深化改革的方向相悖。[5]与此相反，根据对权利主体、权利内容、权利性质以及侵权形态、救济方式和责任方式等方面的比较，可知土地承包权与经营权之间存在较大差异。[6]将土地承包权看成是包含在土地承包经营权之中导致土地承包经营权的功能超载，会对土地承包经营权的有序流转产生阻碍作用，进而不利于承包农户土地权益的保障，并且这也造成理论上的混乱与纷争，两者必须分离。[7]土地承包权和经营权的分离不能看成是土地承包经营权的整体性流转,它只是其中部分权能的流转，不属于债权性流转，是一种保留性的且是物权性的流转。[8]笔者认为我们可以反向思考，先假设土地承包经营权不能分离为承包权与经营权，也就是说承包权包含于土地承包经营权之中，但依《农村土地承包法》第五条可知承包权具有身份性，即决定了其具有成员权和专属权的基本性质[9]，由此可知，不能分离的土地承包经营权（即包含承包权的土地承包经营权）就只能归属于承包人；即使流转，也不能发生权属变动的情形。但这显然与实践中事实情况不符。因此，该假设不成立，反向可知土地承包经营权分离为承包权与经营权是必须、可行、合理的。

承包权和经营权分离后，承包人保留承包权并在流转过程中将占有、使用、收益以及部分处分权能让与流入方形成经营权。[10]即土地承包经营权必须同时在不同的权利主体之间分离为承包权和经营权，承包人保留承包权而流入方获得经营权。但有学者认为，这两种权利之间存在先后关系，不能同时存在而没有共时性，土地承包经营权的取得是土地承包权实现的基本方式，土地承包权的权利内容在形态上仅表现为一种可期待利益，是取得土地经营权的前提和基础，其行使方式在于向集体经济组织为一定表意行为，具有请求权属性，实为土地承包请求权，获得土地承包经营权即为土地承包权得到实现[11]。分离之后的土地承包权和经营权一样，同样具有用益物权的性质。[12]另有学者认为，土地承包权不是用益物权，而是农村集体经济组织成员依法承包由本集体经济组织发包的农村土地的一种资格，具有身份性，属成员权。[13]笔者赞同农村土地承包权只能由具有集体

5参见高圣平：《新型农业经营体系下农地产权结构的法律逻辑》，载《法学研究》2014 年第 4 期。
6参见丁文：《论土地承包权与土地承包经营权的分离》，载《中国法学》2015 年第 3 期。
7同上，参见丁文论文。
8参见潘俊：《农村土地承包权和经营权分离的实现路径》，载《南京农业大学学报（社会科学版）》2015 年第 4 期。
9依我国《农村土地承包法》第 5 条规定，“农村集体经济组织成员有权依法承包由本集体经济组织发包的农村土地。”即土地承包权是指农村集体经济组织成员依法承包由本集体经济组织发包的农村土地的一种资格，只有具备了本集体经济组织的成员身份才能享有土地承包权，具有身份性。
10参见前引 4，潘俊论文。
11参见前引 5，丁文论文。
12参见陶钟太朗，杨遂全：《农村土地经营权认知与物权塑造———从既有法制到未来立法》，载《南京农业大学学报（社会科学版）》2015 年第 2 期。
13参见前引 5，丁文论文。

经济组织成员身份的人享有，是成员权，土地经营权则属用益物权，并且认为二者可以同时存在不同的主体手中。所以，农地承包权只由组织成员享有，农地经营权由其用益物权的性质决定了可以不受身份限制自由流转，这便解决了农村土地承包经营权要流转起来物尽其用、实现其财产权的价值却碍于其身份性不能流转给集体经济组织成员以外的主体的矛盾困境。

二、制度囿限：基于流转方式差异之三权分置的分析

土地承包经营权在《物权法》用益物权编中有着详细规定，所以，土地承包经营权属于用益物权，具备流转的法律基础。在坚持农村土地集体所有制和稳定家庭承包经营的基础上，放开土地承包经营权流转的限制，实施农业规模化经营与现代化运作，是实现农业现代化的客观要求，也有利于将多余的农村劳动力转移到城镇，进而加速我国的新型城镇化进程。根据《农村土地承包法》第 32 条[14]、第 49 条[15]、《物权法》第 128 条[16]以及 2008 年十七届三中全会《中共中央关于推进农村改革发展若干重大问题的决定》和 2013 年十八届三中全会《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》等国家政策文件，我国现行土地承包经营权的流转方式，主要包括转包、出租、转让、互换、入股、抵押等。

（一）转包与出租

依《农村土地承包法》第 39 条和《物权法》第 128 条之规定，原承包方与发包方之间的关系不因转包而改变；出租是承租人与出租人就农地的占有、使用权等阶段性用益，但不包括处分权达成农地租赁合同。[17]农地转包和出租后，虽然耕种使用土地的不再是原承包人，但农地的承包关系并不会变成发包人与受转包人或者承租人之间的关系，却仍然是发包人与原承包人之间的承包关系。那么，按三权分置的角度来分析，转包和出租针对的是分离出来的土地经营权，属于债权性权利的让渡，其流转的本质是基于农地转包合同或出租合同而产生了土地经营权的债权债务关系，转包和出租后享有土地承包权的仍是原土地承包人。但《农村土地承包经营权流转管理办法》第 13 条规定以转包和出租流转的土地再流转时应当取得原承包方的同意，立法背景是三权未分置即土地承包经营权为分离并肩负社会保障的功能，具有身份性，为保障集体经济组织成员的权益，避免承包

14《农村土地承包法》第 32 条：通过家庭承包取得的土地承包经营权可以依法采取转包、出租、互换、转让或者其他方式流转。

15《农村土地承包法》第 49 条：通过招标、拍卖、公开协商等方式承包农村土地，经依法登记取得土地承包经营权证或者林权证等证书的，其土地承包经营权可以依法采取转让、出租、入股、抵押或者其他方式流转。

16《物权法》第 128 条：土地承包经营权人依照农村土地承包法的规定，有权将土地承包经营权采取转包、互换、转让等方式流转。流转的期限不得超过承包期的剩余期限。未经依法批准，不得将承包地用于非农建设。

17参见彭虹：《论农地融资的主体资格———以承包经营权流转集中的继受主体为视角》，载《农村经济》2013 年第 8 期。

农户因放开流转而失地的风险有此规定。现在仍保留取得原承包方的同意明显是对私权的妨碍，违反意思自治的原则，因为三权分置之下，不论经过多少次转包与出租都不会影响原承包人与原承包人与发包人之间的承包关系，意味着承包农户始终享有承包权，不会出现流转后失地的风险。

（二）转让与互换

在农地三权分置后，转让分为两种，一种是土地承包经营权的整体转让，即现有法律定义的原承包方退出原承包关系将自己所有的承包经营权有偿转让给他人，受让方取代原承包方获得完整的承包经营权，并与发包方在农地上产生新的承包关系，这其实是原承包人退出土地承包关系；另一种是指承包权不变，转让的客体仅针对农地的经营权，也就是指经营权流入方再把经营权转让给其他主体，经营权的转让不涉及承包关系。互换，表面是承包人相互交换承包地，实际是原承包地承包经营权的丧失，而取得新承包地之上的承包经营权，本质是承包经营权的整体性变动。承包经营权整体转让和互换导致了原承包经营权人与发包人之间的承包关系的消灭和受让人与发包人之间新的土地承包关系和新土地承包经营权的产生。根据《农村土地承包法》第 41 条之规定[18]，以家庭承包方式获得土地承包经营权再转让的，转让前提是原土地承包经营权人“有稳定的非农职业收入或者有稳定的收入来源”，并“经发包方同意”，但对稳定收入来源的认定具有能动性，存在权力寻租的空间，随着土地承包经营权流转市场的繁荣，易导致权力寻租干涉农地的转让。由于承包权是成员权并且为保证土地承包经营权流转后不改变农业用途，所以承包经营权整体性转让和互换时，要求转让和互换的受让人应是具有农业生产能力的农户，且本集体经济组织的成员在同等条件下享有优先权。但是，若是后一种经营权的转让时，则不能规定优先权。

（三）抵押与入股

从《农村土地承包法》第 32、49 条以及《物权法》第 128、133 条的内容来看，我国法律分别对按家庭承包方式与通过招标、拍卖、公开协商等方式（即非家庭承包）获得承包经营权做出了规定，通过非家庭承包的农地既可以转包、出租、互换、转让也可以进行抵押和入股，其流转几乎没有什么限制；而对家庭方式承包的土地承包经营权流转方式则有一定的限制，不能用来抵押和入股。那么，我国目前主要就是这两种土地承包经营权。党的十八届三中全会[19]和中央有关文件提出，稳定农村的土地承包关系长久不变，赋予土地承包经营权抵押、担保的权能。在农地三权分置思路下，不论是抵押的农地在实现抵押权时，还是入股企业的农地在进入破产清算时，由于抵押的仅仅是农地的经营权，变现的也只是农

18《农村土地承包法》第 41 条规定：承包方有稳定的非农职业或者有稳定的收入来源的，经发包方同意，可以将全部或者部分土地承包经营权转让给其他从事生产经营的农户，由该农户同发包方确立新的承包关系，原承包方与发包方在该土地上的承包关系即行终止。

19党的十八届三中全会《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》要求“赋予农民对承包地占有、使用、收益、流转及承包经营权抵押、担保权能”。

民承包土地上的收益，不影响承包权。因此，将承包经营权进行抵押或是作为投资入股，都只是针对土地经营权而言的抵押和入股，承包权因其成员权的身份性不会受到影响。

三、风险分析：基于流转阶段差异的风险及原因分析

农村土地流转问题主要是以土地确权为基础，探索以多种途径放活农村土地承包经营权。目前，中国多数省份农村已全面推行土地承包经营权确权登记与颁证工作，以努力促进多种形式的土地流转。土地流转风险防范应当是在土地法律制度设计的先期考量中最重要的因素。

（一）基于流转阶段差异的风险识别

1.流转前：农地“确权不确地”风险

通过土地承包经营权的流转将集体土地区分成为独立的物并分散给各个主体，形成排他支配权，解决了土地资源的物权化问题，但是其前提是必须对农地的承包经营权进行确权。随着农村土地承包经营权流转的普遍推行，农地确权工作全面展开，但实践操作中确权异化隐含风险。据调研[20]，岱山县高亭镇南浦村采用了土地承包经营权档案化流转方式——流转耕地承包权仍属村民个人，但具体地块不明确到户，只向参加流转的村民颁发经营权流转凭证，载明流转人姓名、流转数量和流转期限。这其实就是集体收归经营模式，即村集体采确权不确地、不明确四至的方式，把农民的土地集中起来，经统一整理后转包或租赁给第三方开展规模经营。[21]荆门市土地流转工作中亦采取了农村土地“确权不确地”的做法，较典型的是彭墩村整村土地采取“确权不确地”推进土地流转。彭墩村的耕地（包括迁村腾地的土地）确权到户，发放土地承包经营权证，农户把土地存进土地存贷合作社，土地存贷合作社再把土地贷给彭墩生态产业集团进行农业生态产业园建设使用。[22]

依据三权分置的思路，“确权不确地”即确定农户的农地承包权，“不确地”将使与之对应的经营权只能在集体收归后予以统一流转落到实处，也就是确权不确地将导致个体农户享有的承包经营权中承包权与经营权不能自然分离，意味着确权不确地的农地将不能由农户决定自由流转，其收益取决于集体流转的收益。农地“确权不确地”实质上是使土地承包经营权的客体虚化不特定。首先，土地承包

20华中农业大学农民权益保护与区域发展研究中心课题组于 2014 年 12 月赴浙江舟山、宁波调研。

21据调研访谈了解，南浦村全村除 200 余亩耕地村民自种之外，其余全部发包给种田大户，流转率达到 87.26%。但是，南浦村流转的部分土地已经改变用途，或用于建设设施等，意味着耕地总面积的减少。据调研访谈得知，采用确权不确地模式的远不止这一个村庄。

22华中农业大学农民权益保护与区域发展研究中心课题组于 2015 年 5 月赴湖北省荆门市调研，据调研得知彭墩村“迁村腾地”供获得 3200 亩的土地，其中 200 亩用于宅基地建房，腾出的 3000 亩作为耕地采取“确权不确地”，村集体将腾出的 3000 亩土地采确权不确地、不明确四至的方式分到户，发放承包经营权证，流转后的收益按照承包经营权证上记载的面积分红，类似于“确权确股”。

经营权的客体虚化不特定，不仅意味着农户可以就不确地范围内的土地主张自己应得份额的权利，笔者认为，也意味着农户可以对不确地范围内的某一块地主张权利，即有选择性地既可以对这块地主张权利，也可以对那块地主张权利。那么，当政府征地时，若是全部征地，解决补偿款的分配不会有太大问题，但若是只征部分土地，极有可能为获得征地补偿款，众多农民提出权益诉求，那征地补偿款究竟应给谁，容易引发冲突和纠纷。其次，“确权不确地”使土地承包经营权的客体虚化不特定极易导致农用地的用途改变，非农化风险加大。南浦村流转后的土地，部分改变用途用于建设便说明了这一点。

2.流转中：土地承包经营权流转的“非农化”和“非粮化”风险

土地承包经营权分离之前的土地承包经营权流转，由于其对农民的社会保障性，具有严格的身份限制，或限于农户之间，或经过发包方同意流入农户之外。农地承包权和经营权分离之后，农地经营权的用益物权属性决定了其受让主体无身份限制，即流入方将不再受到集体经济组织成员身份的约束；也说明土地承包经营权流转具有开放性和流动性的特点，这意味着除了转让和互换导致承包经营权的整体性变动将受到限制之外，有意愿和能力从事农业生产活动的主体原则上都可从承包人处以转包、出租、抵押入股等方式获得。所以，因土地承包经营权流转便利，加之目前缺乏限制农地非农化用途的具体规定，大量非农身份主体拥工商资本进入后易产生改变农地农用的想法，甚至付诸实施。又由于与蔬菜、花卉等比较，粮食种植的效益较低，所带来的利益相形见绌，土地使用者受利益驱使便更加趋向于舍弃粮食种植而将土地用于其他方面的种植。由此，从全国范围内的流转来看，将会在很大程度上降低种粮的比例，使得粮食产量下降，从而产生国家的粮食安全风险。根据农业部 2014 年的农村经营管理情况统计来看，自 2014 年底截止，全国家庭承包耕地流转面积共计 4.03 亿亩，其中流入到企业的耕地面积占总值的 9.6%，较 2013 年增幅达 0.2%；而这些流转的土地中，用于种植粮食作物的面积总数仅为 2.29 亿亩[23]，有调查显示，在一些流转给公司、企业租种的耕地中，种粮的比例甚至只有 6%[24]。总之，主要来自土地用途变更致使非农用地增加，或者虽然保持农用地的耕地性质，但是基于农业资本或者农民的逐利本性而使农业生产由粮食作物向非粮经济作物或是发展观光旅游转变，进而危及国家粮食安全。

3.流转后：流转违约与农地过度集中的风险

农地三权分置即农地承包权与经营权分离后，有利于提升土地的利用效率，使得集体土地流转过程中，一些地方政府为获取土地承包经营权流转的增值收益而片面追求流转规模，强行推动流转侵害农民的土地权益。一方面，进入农村参

23参见农业部经管总站体系与信息处：《2014 年农村经营管理情况统计总报告》，载《农村经营管理》2015 年第 6 期。

24参见张洪源：《工商资本投资农业面临的问题及投资模式探究》，载《现代经济探讨》2015 年第 2 期。

与土地承包经营权流转的工商资本处于强势的地位，流转中易挤压农民的利益空间；另一方面，一旦土地转入方经营不善出现亏损或破产的情况，很有可能违背流转合约无力支付流转租金或企业“跑路”。流转农地的农民将承担无法收回流转费的损失，或者转入方在对土地进行合并以及相关基础设施建设后，农民还必须支付将土地还原成原有面貌的成本[25]。“如果不重视分散的普通农户的需求，而将主要资源、政策、话语都服务于所谓的新型经营主体，就可能在服务新型农业经营主体的过程中进一步削弱当前为普通农户提供的最低限度的生产服务，从而导致普通农户的破产。”[26]所以，要保证作为承包方的农民能够比较稳定地从土地承包经营权流转或农地经营中持续地获取利益。

农民生存与发展在很大程度上信赖于土地，农村土地流转过度集中将对后代农民生存权和发展权造成损害[27]，对于后代农民而言，土地是其赖以生存的根本，是实现其生存权益的物质基础；“土地具有社区性的特征，对后代农民生存权具有保障功能，一旦动摇了其生存的根本，就会损害农民的社区生存权益”。在社会保障与就业状况不能满足后代农民的生存与发展需求时，过度的土地流转集中必然会对农民生存权造成损害。农民发展权是农民个体或者整体享有与其他主体一样同等地参与社会、政治、经济以及文化活动，并可以分享该利益成果的权利。[28]

（二）土地承包经营权流转风险的原因剖析

1.经营权主体准入制度不健全

根据《物权法》第十一章的规定可知，土地承包经营权在主体上区别于其他用益物权在于它的主体只能是从事农业生产经营的人。所以，只能是农业生产经营者通过土地承包经营权流转取得土地经营权，不从事农业生产经营活动的则不能成为土地承包经营权的主体。特别是随着农地三权分置、土地承包经营权流转的全面推进，进入流转的工商资本中，有的并不打算利用取得的农地从事农业生产经营，而仅是为伺机牟利而利用流转圈占农地；有的则根本不具有农业生产经营能力。但我国法律关于经营权主体准入的规定十分不具体，准入制度停留在口号阶段，操作性不强，仅在《物权法》第 128 条“依照农村土地承包法的规定”指引性规定流转，在《农村土地承包法》第 33 条规定流转的规则“受让方须有农业经营能力”，但没有对流入方的经营能力、资信情况、履约能力要求的详细规定，易产生由于流入方经营不善履约能力不足，导致土地流转费用不能及时到位损害农民土地权益的风险。

25参见蒋永穆，杨少垒，杜兴端：《土地承包经营权流转的风险及其防范》，载《福建论坛（人文社会科学版）》2010 年第 6 期。

26《农村土地实行三权分置，严禁土地流转“非农化”》，《每日经济新闻》2014 年 10 月 21 日。

27参见李长健，刘磊：《代际公平视域下农村土地流转过度集中的风险防范》，载《上海财经大学学报》2014 年第 1 期。

28参见李长健，伍文辉：《土地资源可持续利用中的利益均衡：土地发展权配置》，载《上海交通大学学报（哲学社会科学版）》2006 年第 2 期。.

2.风险防范措施不到位

农地三权分置后土地流转全面推开，农地经营权流转因解除了身份限制具有开放性和流动性，有意愿从事农业生产活动的主体原则上都可从承包人处以转包、出租、抵押入股等方式获得，所以，携商业资本的非农身份主体均可进入流转市场成为农地经营权的主体。土地的资本化经营必然以追求利润为其本质，土地流转于公司后，必然被投向高效的农业甚至非农产业，公司为了利润就不惜与政府和村委会合作强制流转农民的土地。但是，我国目前还没有关于防止公司资本下乡以租赁、入股等形式兼并农民土地的法律制度，也没有关于下乡公司经营不善违约跑路的风险防范措施。

3.法律规定的矛盾与滞后

其一，法律的出台严重滞后。虽然各地早已有农地三权分置的实践，但也仅是政策对此予以规定，并未上升为法律层面的农地使用权、承包权、经营权的"三权分离"，所以，法律上的缺失，导致实际操作中因无法可依，执法无据，土地流转过程中往往易产生诸如"确权不确地"等异化政策的行为，其潜藏巨大的危害农户土地承包经营权与土地承包经营权流转的风险。其二，土地承包经营权流转的内容散见于《物权法》、《农村土地承包法》、《土地管理法》和《农村土地承包经营权流转管理办法》之中，并没有一部全面规范土地承包经营权流转各方面内容及程序的基本法律。关于农地的抵押和入股，《物权法》和《农村土地承包法》对此进行了部分原则性的规定，但是却没有关于抵押和入股的进一步规定，如怎样确定抵押客体，如何进行入股的登记注册，入股的主体资格有何限制条件，以及入股的注销事宜等事项的操作规范都缺乏具体的规定。其三，法律规范中关于土地承包经营权流转的内容设计不科学。三权分置后，转包或者出租属于物权性质的农地经营权的流转，转包或者出租"部分或全部土地承包经营权"法律条文内容不科学；转包或出租"经发包人同意"同样不符合物权处置意思自治的原则。

四、制度回应：三权分置下土地承包经营权流转的风险防范

农地三权分置的目的是在三项权利分离的情况下来保障各个主体的权益，通过制度设计尽可能规避深化农村土地制度改革的风险。[29]获得效率的核心在于用活经营权，实现公平的关键在于保护承包权，所以保护承包权与用活经营权从而实现公平与效率的有效统一。[30]只流转经营权而不流转承包权，既盘活了农村土地资源，又能防止失地风险；农村土地流转机制应该以市场机制为基础，但是由于土地的社会保障等属性的存在，国家宏观调控和政府市场规制的作用不可或

29参见辜胜阻、李洪斌、曹誉波：《新型城镇化改革的原则与路径——十八届三中全会的城镇化新政》，载《江海学刊》2014 年第 1 期。
30参见张红宇：《农业规模经营与农村土地制度创新》，载《中国乡村发现》2013 年第 2 期。

缺。

（一）经营权主体的准入

1.市场主体身份限制的取消

市场在资源配置中起决定作用，就应当取消《农村土地承包法》规定的家庭承包的土地承包经营权转让其受让方为“其他从事农业生产经营的农户”这一转让对象范围的限制条件规定，农地三权分离后，由于承包权的成员权属性和身份限制，转让针对的仅仅是农地的经营权，所以，应依法规定家庭承包的土地承包经营权转让其受让方(即流入方) 为一切农业生产经营者，即除农户外，还包括法人、其他组织、自然人等。土地承包经营权分离后无论进行哪种方式的土地承包经营权流转，都要坚持承包权与经营权分置的底线，即不能改变土地的农业用途，只要从事农业生产经营且符合土地管理法不改变农地用途，就能成为土地经营权的流转主体。

2.国家对市场主体的规制

除了转让须经“经发包方同意”，其他流转方式的经营权受让主体没有资格限制，不必经发包方同意，但这并不意味着只要与承包人达成合意就能让其他主体成为经营权人，还必须从源头上进行风险控制，对经营主体的准入资格进行审核。第一，在防范大量工商资本下乡参与流转而引发农地“非农化”方面，注重土地承包经营权流转前后的审查，即在流转前加强审查工商资本的农业经营能力、资信情况、履约能力等方面；在流转后则进行非农化的监管，及时查处农地经营者的相关违法违规行为。第二，为了防范流转后改变农地用途引发“非粮化”的风险，尝试引入新增补贴试点，以农机具购置补贴为重点，增加农业生产者补贴试点，进行农产品目标价和农业保险试点，并试点营销贷款，引导合理的土地流转价格，从而降低粮食生产成本，让农地经营权受让主体在粮食规模化生产中多获利。并且，为了防止在承包权与经营权分离后拿补贴的不种粮、种粮的拿不到补贴的倒挂现象，应当配套对现行直接发放给农户的农业直补办法进行改革。

（二）建立土地承包经营权流转风险保障金制度

随着农地三权分置，土地流转限制大幅减少，为切实保障土地流转方（即农户）的利益，防止因流入方经营不善，履约能力不足，导致土地流转费用不能及时到位损害农民土地权益的风险，政府应建立土地流转风险保障金制度。土地流转风险保障金由风险补助金、风险准备金和流转保证金三部分组成，分别由县乡两级财政、村集体和土地流入方（即经营主体）承担。其中，为了防范流入方改变农地用途或者因经营不善等原因无法向农户支付流转费等风险，在土地流转合同签订后，强制经营业主要向流转中心交纳一定比例的土地流转风险保证金。当流转到期或合同解除时，流入方若无过错则可领回风险保证金。

（三）具体法律条文的修改

1.政策的“三权分置”到法律的“三权分离”

土地承包经营权流转的法律保障的重要前提是农地政策，但农地政策最终仍需要通过法律的认可，以法律规范的方式对其予以固化，而法律化的突破口在于通过对农地政策所确定的政策目标和措施在实践中的实效性愿景，与农地政策真正在实践中发生的实际规范效果进行判断，决定是否立法及如何立法。[31]因此，对目前实践中存在的土地承包经营权流转方式进行法律角度的审视十分必要且尤为重要。现在关于土地承包经营权的法律规定难以满足现实之需，立法上，必须确认土地的使用权、承包权、经营权“三权分离”，其中的关键是土地承包权与土地承包经营权的分离，并依法确认和规范物权性的农地经营权流转方式，进而理顺各种流转方式之间的区别与限制。在完善物权性质的农地经营权法律制度基础上，依法规范现行土地承包经营权流转方式的具体法律制度内容，如转让、抵押、入股等，同时，法律应明确规定物权性的农地经营权流转方式，即物权性的土地承包经营权流转方式的种类和内容由法律规定。并且，由于农地确权关涉到政府、集体、社区和农民多方利益诉求和利益分配的矛盾协调问题，在农地三权分离之下落实好农地的确权颁证，有利于协调各主体间的利益关系，最终形成多元主体的和谐利益关系。

2. “农业用途”的限缩解释

《农村土地承包法》第 33 条规定流转“不得改变土地的农业用途”，此条对改变土地的农业用途予以限制，只能遏止流入方经营主体擅自将农业用地改为建设用地，而不能促使其用作基本粮田进行粮食生产，因为“农业用途”的范围极为广泛，而一般来说，种粮较之从事其他农业生产收益要低得多得多。现实中相当多的流转土地的经营权受让人是为从事其他高效农业生产，如蔬菜、花卉、苗木的种植，而非粮食生产流转土地的。因此，为保障粮食安全，保障基本粮田的规模，应对“农业用途”作必要的限缩解释，明确：土地为基本粮田的，土地承包经营权流转不得擅自改变土地的粮田用途。另一方面，国家应采取相应的补偿政策，保障种粮户种粮的积极性。[32]

2. 取消“发包人的同意”

基于退出承包关系是土地承包经营权的整体性变动，流转前应当“经发包方同意”。在农地三权分离的语境下，基于承包权的成员权属性和身份限制，转让仅指土地承包经营权分置后的经营权，也就是特指经营权的转让，所以，土地承包经营权转让其受让方(即流入方) 为一切农业生产经营者，即除农户外，还包括法人、其他组织、自然人等；又由于转让只是经营权的私权处分，不会影响到

31参见黄河：《试论农地政策与农村土地承包经营权流转保障法律制度的构建》，载《河北法学》，2009 年第 9 期，第 34－35 页。转引自参见潘俊：《农村土地承包权和经营权分离的实现路径》，载《南京农业大学学报（社会科学版）》2015 年第 4 期。

32参见郭明瑞：《土地承包经营权流转的根据、障碍与对策》，载《山东大学学报（哲学社会科学版）》2014 年第 4 期。

承包关系，所以，经营权的转让亦不必经发包方同意，应取消《农村土地承包法》第 37 条规定流转“经发包方同意”。因此，在三权分离的语境下，出租、转包、转让、抵押、入股的客体都只是针对经营权的流转，“经发包方同意”与农地经营权的本质上是一种支配权的物权属性不相吻合，经营权受让主体没有资格限制，不必经发包方同意，《农村土地流转管理办法》第 13 条规定再流转“经原承包方同意”也应取消。

3. 集体经济组织成员不享有优先权

《农村土地承包法》第 33 条规定“在同等条件下，本集体经济组织成员享有优先权。”鉴于无论怎样流转（互换和转让除外），承包权始终掌握在承包农户手中，所以，在发包阶段通过具有身份限制的土地承包权，足以充分地对成员进行倾向性的保护；而在土地承包经营权流转阶段，出于农地经营权的财产权本质，考虑到市场经济中市场主体的平等性，村集体组织成员与非成员的权益应得到平等保护。[33]所以，出于市场主体的地位平等性和权益保护的公平性，家庭承包的土地承包经营权流转中“本集体经济组织成员享有优先权”不具有普遍适用性，土地经营权出租、转包、抵押、入股等流转时集体经济组织成员不享有优先权。

33参见温世扬,兰晓为：《土地承包经营权流转中的利益冲突与立法选择》，载《法学评论》2010 年第 1 期。

社会法视野下转变国家治理观念的挑战与出路[1]

石珍[2]

【内容摘要】 社会自治领域的日益扩大，以国家权力为核心的一元权力结构逐渐解体，公共权力领域和私人领域的二元性分化开始进行，治理型政府开始取代管理型政府逐步成为现代政府建构的主导形态。权利本位的治理范式，重视主体间性，激活了交往理性，关注自我管理，重塑了权力责任，凸显服务职能，涵盖了为民品质。且随着法治国家的不断演进，单纯的形式法治已经无法适应治理型政府的内涵与要求，作为一种更为合乎权利保障要求的法治形式，实质法治亦将在执法过程中发挥其独特的作用。上述执法理论与执法目的的变迁，必然又直接影响到执法理念的更新与升级。首先，公职人员必须克减干预性执法理念，缔生给付性执法理念，通过识别违法行为的培训与指导等其他柔性治理手段去达致消除违法行为的目的。其次，削损惩戒性执法理念，换持恢复性执法理念，通过补偿、调解等各方认可的治理方案，修复被损害的社会关系，防止矛盾的进一步升级与扩大。再次，摒弃自卫性执法理念，建构履职性执法理念。即便职业投诉人反复投诉、无理缠讼的行为，给执法人员带来了极大压力和冲击，公务人员也不能出于规避自身的风险责任的考虑，盲目地支持其漫天要价地请求，甚至向经营者施加压力，而应将公共权力的好钢用在维护安全与促进服务的好刃上。最后，去除专断性执法理念，接引参与性执法理念，通过参与程序向群众求计问策，以“原生态”的群众意见作为判断的“参照系”，从群众意见中汲取处理职业投诉的养分。

【关键词】 给付性执法理念；恢复性执法理念；履职性执法理念；参与性执法理念；治理范式；实质法治

法律是描述性和规定性的。作为“法律”而言，没有进入人的意识的“纸上的法”还不是法。法律规则为了获得最大限度的有效性，需要一种为它提供支撑的法律理念方面的基础。在不同的法律理念的指导下，公众会对法律规范产生不同

---

[1]本文参评青年优秀论文

[1] 石珍，1985 年 8 月出生，本科就读于西南政法大学获法学学士学位，研究生就读于西南政法大学获宪法学与行政法学硕士学位，现任重庆市大渡口区人民法院研究室主任助理，曾在《法律适用》、《人民司法》、《天津行政学院学院》、《岭南学刊》、《人民法院报》、《中国消费者报》、《中国工商报》等刊物上发表论文三十余篇，曾在全国法院系统学术讨论会、执法公信力论坛、青年法学论坛、京津沪渝法治论坛、泛珠三角合作与发展法治论坛、审判管理专业委员会年会、全国副省级城市法学会年会、广东社会科学学术年会、“全国“鹏城法治”杯《深化司法体制机制改革》征文、中国工商总局“商事登记制度改革”、行政审判专业委员会年会”等比赛中获得三十余个省部级及其以上奖励。联系方式：13760139843；通信地址：重庆市大渡口区人民法院研究室；邮编：400000；邮箱：huayuanfeiyu@163.com。重庆市大渡口区人民法院；重庆；400000

的理解，并在后续采取不同的行为。即便是在当今世界，立法机关也不能仅凭巨细无遗的法律条文来规范复杂的社会实务，公职人员所持执法理念的差异往往会影响原法律条文的实然运行。无论是市场体系的成熟、公民社会的成长，还是国家治理结构的完善，执法者法律理念的萌生与显彰均直接关乎着上述目的的有效实现。可以说，公职人员在整个国家治理体系中扮演着基础性的角色。若一个国家的公职人员有过多的“越界行为”，那么这个国家就会衰退。因此，作为执法者的公职人员都应该拥有第一项公民美德，也就是良好适当地法律理念。

但是，虽然改革开放以来我国政府在不断地改变决策方式和治理模式，法治规划与服务蓝图也日益丰满，但政府主导下的管理行政依然是对目前中国社会管理模式最为恰当的概括。在此管理范式下，公职人员虽已然脱离了封建社会中统权思维的束缚，开始将自身的行为置于法律的审视与规范之下，但却陷入了形式法治思维的桎梏。以处理职业举报为例，监管部门在执法过程中，过多地考虑了自身的履职风险，人为地增添了对举报事务的处理程序，极其频繁地使用了规制性的管理手段.。基于这种执法理念的“指使”，职业投诉愈演愈烈，不仅职业投诉人不曾树立起对法律的信仰与尊崇，更在一定程度上加剧了经营者对法治的不信任。更为重要的是，科以经营者繁复地检查义务将严重影响市场经济运行的秩序，从而损害政府的执法权威。因此，本文便针对执法实务中的职业投诉问题，详细分析公职人员所持执法理念上的偏差与不足，并通过治理范式理论的描述及实质法治目的的勾勒，阐释公职人员执法理念上应有的精进与突破。

一、执法理论的铺陈：管理范式到治理范式的嬗变与转型

（一）管理范式的拘囿与弊端：权力本位

在中国历史上，国家与社会长期融为一体，中国传统政治文化没有内含“社会独立于国家并获致不受国家干预的自主权利”这种确定而明晰的观念，且权力中心主义一直是传统中国难以割舍的消极观念。而受此中国传统观念的影响，新中国成立后的计划经济时代，我国行政管理最突出的特点就是以行政权力为中心，对社会事务实行多方面、全方位的管理。虽然自改革开放以来，我国政府在转变政府职能、构建服务行政、积极维护公民权利方面取得了极其重大的发展，但管理思维依然无处不在。例如，对公民权利存在着重大损害的劳动教养制度一直存在，作为市场主体参与经济经营的行政许可制度仍未全面放开，市政建设的公众参与、重大决策的意见征集依据形同虚设。

在此种管理范式之下，社会主体是否能够享有某种权利或是否应当承担某种不利后果，能否获致从事某种行为的准入资格，以及其他各种行政目标的达成与实现，均仰赖于政府依单方意志作出某种支配行为。在社会发展中，社会公众难有意见表达和行为选择的权利和机会，除了盲目地接受政府及其职能部门的管理

和支配，不能主动积极的介入社会公共管理领域。虽然，这种国家控制能力和社会动员能力极强的模式有其历史合理性，在关乎民族存亡的历史关头，它重建了自清中叶后溃败的社会政治秩序，抵抗了外族侵略，实现了民族独立和国家统一，并逐步克服政治解体和社会解组并存的总体性危机。[3]但随着市场经济的日益发展，以及公众权利的日益觉醒，这种压制性的管理范式必将产生各种社会管理危机。

1.压缩了主体间性，克制了交往理性。

在资本主义的发展进程中，理性越来越被局限于目的——手段的关系，萎缩成工具理性。所谓工具理性是指被资本主义的唯功利原则“异化”了的理性，它对实现最佳效益的途径的考量纯粹出于手段——目的的理性思考。工具理性是自由主义人性论的一部分，该理论的设立基础在于“人在本质上是互相隔绝的”，它过分地凸显个人权利，却不承认公共责任。在这种工具理性下，严格考虑自我利益的取向极其盛行。可以说，资本主义现代化的历史，实质上是工具理性越来越发达、其运用范围无限扩张的历史，西方现化社会的许多弊病正产生于此。[4]

为了克服这种工具理性的弊端与危害，哈贝马斯以“主体间性”为内核发展处了“交往理性”理论。该理论认为，个人主义已经成为现代社会中各种问题的根源，故应主张摒弃极端的个人主义，通过主体间性来消除人与人之间的对立，实现平等主体间的自主的、合理的交互关系和相互作用。交往理性建立在相互沟通后达成理解的基础之上，这样就可以修正法律系统过分的形式理性化；同时这种建立在平等、协商基础上的理性，也让现实生活中公众所追求的是实证正义更加形式合理化，最终“系统与生活实际之间与之内都朝向形式且实质合理化发展”。[5]然而，作为管理范式的国家行政却强调权力流向的单程性与强制性，未曾正视作为行政机关与行政相对人二者之间的对话可能。建立在国家强制力基础上的国家管理行为对于该行为的接受与否也不看重，这就极大地限制了交往理性的实现，为社会矛盾的积累与发酵提供了较大的可能。

2.损耗了行政效率，降低了制度信誉。

管理型政府以管理者即政府为“中心”，强调“便于管理”和“全能管理”的原则，常常采用行政命令的方式、暗箱操作的方式、行政性垄断和行业垄断的方式、封闭的方式、人治的方式进行管理。而这种单向度的方式压制相对人的意愿表达，扼杀了相对人希望获得尊重和认同所带来的心情愉悦进而是智识创新上的灵感，也导致了相对人对行政管理、行政执法的厌恶；纵然行政目标有益于行政相对方，也还是难以感化人们的内心或情感从而获得相对方对行政管理的回应、支持与合

[3] 伍俊斌.公民社会基础理论研究.人民出版社.2010.236
[4] 任岳鹏.哈贝马斯：协商对话的法律.黑龙江大学出版社.2009.54
[5] 王崇名.法律与社会——西方法律文明与未明的韦伯，台北杨智文化事业股份有限公司.2004.87.

作。[6]这也就使得行政管理的行为很难获致社会主体内心上的尊重，更难获致公众主动积极的配合。这种不配合，甚至对立的情绪直接制约着行政目的的及时实现，从而损耗了行政效率。而行政效率的损耗以及管理目标的未达成又反过来助推者管理手段的实施，这一点从“死灰复燃”的无证无照行为的取缔便可略窥一斑。

同时，传统公共行政强调的统一规制和监控，极大地抑制了社会主体的主动创造力；代表国家意志的政府管理和服务，对市场信号和消费者需求的反应也不甚灵敏。这样一系列的因素也从一另方面阻滞了高效行为的出现。更为重要的是，管理行政企图把纷繁复杂、瞬息多变的社会生活纳入预定的计划框架体系，使社会呈机械式的有序状态。某些行政计划式的管理手段往往有意无意地违背市场规律，以各种行政手段实现国民经济的粗放式增长，实际上便严重降低了资源的配置效率和使用效率。同时，对社会的要求与愿望反应迟钝或不愿作出反应的政府往往会遭致更为严重的权威危机、信任危机和合法性危机。

3.忽略了服务职能，扭曲了权力本质。

随着市场经济转型的不断演进，社会竞争也日渐突出，贫困、失业、疾病等一系列社会问题严重困扰了社会公众的的自我维持与发展。在此背景之下，政府不仅要维护公共安全和秩序、防止和抵御外来侵略和破坏，更重要的是要积极主动地为人民提供最大的服务和照顾以满足人民各项生活所需并提高全民生活水平和质量。[7]政府有责任通过行政的和组织的方法来提高国家的效率、减少浪费、降低人民的不满情绪、增进个人福利与保障，帮助人们更有效地成为能够自由发展的公民主体。然而，传统的、为缓和冲突、保持“秩序”的管理范式却忽视了政府在提供公共服务方面的服务性作用与公共责任机制的建设与发展，它已无法反映出现代公共服务所需承担的广泛的、管理的以及政策制定的角色。管理范式下单纯的权力手段已经远远不能适用时代的要求，那种死板、僵化的严格行政不能灵活地应对纷繁复杂的社会情况。而将这种公共服务职能上缺位与在对公民权利限制上的显形进行对照，便可发现管理模式实质上就是一种治民活动而非为民服务。它是权力本位或政府本位的一种集中体现，扭曲了服务与保障的权力本质。

总而言之，管理范式压缩了社会公众的主体间性，取消了社会主体与政府之间良性互动的空间，阻滞了社会秩序的发展与构建。它撕裂了社会连带，使得作为国家建构者的公众与政府之间产生了信任上的裂痕，甚至使得公民在受到政府压制之后形成了对政府憎恨，且公众无法合理预测超乎法律之外的行政权力将会如何加诸自身。更为重要的是，这种管理范式过分的强调对社会成员的消极管理却忽视了服务职能的积极实现，从而使得政府在社会管理中的合法性危机得以彰显。可以说，传统的管理范式已经在理论和实践的质疑声中陷入了“四面楚歌”

[6] 石佑启,杨治坤,黄新波.论行政体制改革与行政法治.北京大学出版社.2009.290-291
[7]刘丹等.法治政府：基本理论与框架.中国法制出版社.2008.116-117

的境地。所幸，我国政府在不断完善自我建设的过程中，意识到了管理范式将严重影响市场经济与公众权利的全面实现，故以十八届三中全会作为契机，正式提出了“国家治理”范式。

（二）治理范式的突破与涅槃：权利本位

管理范式的国家行政模式已然无法应对我国经济发展中所呈现出的社会需求与公众期待，故一种新型的“国家治理”模式应运而生。我党在十八届三中全会公报，明确指出“全面深化改革的总目标是完善和发展中国特色社会主义制度，推进国家治理体系和治理能力现代化。”同时，人们熟知的“社会管理”表述也变成了“社会治理”。虽然仅一字之差，但“治理”与“管理”的差别却显而易见，它是一个治国方略的总体思想的变化。较之“管理”,“治理”更强调灵活性、协调性、沟通性，彰显了国家的公平、正义，社会的和谐、有序。确切地说，这种以“治理”形式出现的制度范式更为强调政府的导航功能，重视权利保障和社会公平的实现，致力于为社会提供公平与有效的公共服务。它集中体现的是一种权利本位的法治思想。

1.重视主体间性，强调交往理性

通常意义上，国家政治权力体系存在着两条向度截然相反的路径，一个是自上而下的政治权威流通轨道，一个是自下而上的民意表达流通渠道。二者相辅相成，形成了一种协商、互动、可信的交往理性。传统的管理范式过度依赖于国家或政府从上至下的强权性管理，缺乏民意表达与公众参与的功能，阻滞了交往理性的实现。随着现代社会主体性的全面复苏和主体间性的迅速成长，公众的程序性权益诉求更是与日俱增，人们已经不再满足于消极、被动地等待国家供给公共物品，而要以主体身份广泛参与公共物品的生产与分配过程，寻求公域之治过程正当与结果正义的统一。[8]这就需要借助治理范式予以实现。

在当代治理主义看来，政府组织在整个社会中虽然仍充当着非常重要的角色，在合法使用暴力和维护公民基本权利方面，仍有着其他组织无可代替的作用。但是，政府组织今天已经不再是实施社会管理功能的唯一权力核心。[9]新型的治理范式能够突破强权性管理的拘囿，借助社会力量共同治理社会事务的过程，将社会成员的利益诉求与权利表达反映到政治权力的核心范畴之中，并能引起公共权力的及时回应。如贝阿特·科勒——科赫指出：“实质上，治理是关于不同公民的偏好意愿转化为有效政策选择的方法手段和多元社会利益如何转化为统一行动以及怎样实现社会行为体的服从。”[10]治理范式为公民参与提供了有效途径，公民通过确定和参与能够帮助自己、结成胜利同盟的利益相关团体，从而制度化、

[8]罗豪才,宋功德.公域之治的转型——对公共治理与公法互动关系的一种透视.中国法学会编.首届“中国法学优秀成果奖”获奖论文集.法律出版社.2012.6

[9]张铭,陆道平主编.西方行政管理思想史.南开大学出版社.2008.308

[10]Beate Kohler—Koch，Rainer Eising，The Transformation of Governance in the European Union，London：Routledge，1999，P．36．

规范化地参与公共政策和公共治理，满足利益诉求，最终实现了交往理性。

2.关注自我管理，强调权力责任

从权力来源的角度来看，治理范式强调公民与政府之间的委托代理关系。故国家治理不仅是国家机关对社会的管理，还包括正确处理国家机关之间的关系、国家与公民之间的关系以及公民与公民之间的关系，是全面有效协调社会关系的概念，涉及如何进行科学有效的权力配置、提高政府自身行政管理水平等方面。作为委托人，公民怎样行使监督权，怎样设计可行的良好的机制激励作为代理人的政府更好地为公众服务，减少或避免道德风险(如腐败等)和败德行为的发生[11]，属于治理范式必须加以回答的关键问题。在此过程中，作为治理的主要引导者，权力行使者承担起了内外两层责任：一是必须履行为大众谋取福利的义务，尽最大的能力和智力制定相关政策，改善社会机制，创造更多的机会和利益；二是在制定公共政策和提供公共服务的时候，必须对自己的行为负责，对自身在工作中的失职、失误要承担相应的法律、政治、工作责任。[12]

3.凸显服务职能，强调为民品质

在全球化进程中，国家角色的转变、政府改革的发展、公民社会的复兴、非政治组织的崛起已经改变了传统的政治管理格局，使得公共事务呈现出现日益多元、复杂和互动的特点。[13]在此过程中，由于信息掌握能力的局限性、竞争能力的弱化、社会风险的日益显化，社会主体个人难以应对层出不穷的复杂事务。面对突如其来的各种灾害、失业下岗的经济压力、再就业能力的培育等等困难，政府需要突破其在管制范式下的消极作为倾向。从治理的本质来看，虽然有需要控制和监管的一面，但最终还是应该为社会提供更多的服务。可以说，治理范式基于保障人权和服务社会的理念而产生，它强调行政权力以供给、支付等方式积极满足社会需要并最大限度地增加社会福祉。

总而言之，治理作为一种新的理念，它是一种优化、良性、多元化、多角度的管理，内涵更为全面。它对以往以管制、控制、命令为特征的统治来说是一种修正甚至是“反叛”，它适应了民主国家人们限制政府权力、摆脱行政奴役、走向自主管理的普遍诉求。这种行政范式的转变，必然要求公职人员在执法理念加以有效回应。管制范式下的干预性执法、惩戒性执法理念、自卫性执法理念、专断性执法理念需要得到及时地遏制，并不断孕育出给付性执法理念、恢复性执法理念、履职性执法理念以及参与性执法理念。

二、执法目标的更迭：形式合法到实质权威的架构与生成

受古典自由主义思潮的影响，十九世纪的立宪主义将国家定位于维持公共安

[11]赵一君编.中国民族自治县公共治理优化研究.中国民族大学出版社.2012.10
[12]杨光斌主编.政治学导论.中国人民大学出版社.2011.289
[13]邵鹏.全球治理：理论与实践.吉林出版集团有限责任公司.2010.40

全与秩序的角色，私人社会、经济领域被认为只需在自由竞争的前提下进行独立的自我调节、自我负责即可。与此相对应的传统行政法学便以形式法治的适用为其关注重点。所谓“形式法治”，是指依据国家制定的法律(亦称“人定法”或“实在法”)，去实现国家的目的(掌握国家权力、控制社会秩序)，只着眼于是否履行了法制的形式要件，而不问法制本身的理念与价值。[14]形式法治观点强调行政机关能否对公民的自由财产进行干涉以及干涉的程度与方式等均只能由经立法机关同意的法律来决定，即通过抽象的法律保留原则对行政活动进行法律化的控制。行政机关惟有通过至少形式意义上严格的执行法律才能为自身的行为寻求合法性基础。在此前提之下，以公权力的合法行使为核心的行政过程，观念上是先由法律做一般层面上的抽象规定，再由行政机关依据法律规范而具体实施行政行为，然后受该行政行为影响的主体可以申请有权机关严格按照该法律规范对行政行为的法律效力进行判断或有权的行政机关主动依职权进行法律判断，最后在必要时采取强制力贯彻实施。即行政权的具体运作过程中，形式法治将行政行为的实施理解为一个依据法律条文和案件事实而作出相应行为的逻辑推理过程；而在对行政权的监督过程中，形式法治亦将实证性的法律规范作为其合法性判断的唯一基准。通过法律规范的严格适用，通过剥离行政活动中属于实际经验、政策导向以及利益评价等法律规则以外的要素，就能对行政机关实施的行政行为进行合法性评价。若行政行为自成立之初便因不具备法律规范的明确性要件而违法，或者由于错误地行使裁量权而导致行为不当，根据形式法治的要求，行政机关应当作出该行为自成立之初就没有发生效力的意思表示。即作为执法主体而言，公职人员需要严格照搬立法机关的立法指令，将立法机关的法律贯穿于自身行政的每一个过程，完整的将法律从行政行为开始“传送”至行政行为结束，否则将面临司法审查败诉的风险。

但是，随着宪法原理的转换与现代行政的发展，传统意义上的形式法治主义已不能完全应对，由此促使了法治主义由形式法治主义向实质法治主义的转变。[15]所谓实质法治，并非不重视规则，而是超脱于规则的保守性之外，更强调规则的实效；或者说关注实现行政法律秩序、行政法治与公民自由的行政法价值，而非规则的效力、或规则的强制性本身问题。这种转变对行政执法的影响表现为以下几点：

（一）在宪法构造上，实质法治已不仅仅关注从形式上规范法与行政的关系，而更加强调对公民基本权利的尊重。

形式主义法治观将法治片面理解为社会行为规范体系，而忽视对法治精神实质的探究，容易产生恶法亦法的情况，从而在实践中出现德国希特勒纳粹法

[14]郭道晖.历史性跨越：走向敢主法治新世纪.湖北人民出版社.1999.48
[15]江利红. 日本行政法学基础理论. 知识产权出版社. 2008. 194

那样残害人类自由与尊严的暴行。[16]这种打上了工具理性烙印而离弃了价值理性和人文精神的形式法治，非但不能解决人为物所异化的问题，相反，它还成为了促成人为物所异化的一个因素。而“实质行政法制观”认为，“法治主义”并非是将“依法行政”的手段或形式进行自我目的化，而应将其目的、内容放在与人权保障为核心的相应关系中加以认识、分析与解释。即现代法治国的实质意义，是为了人民在社会上自由民主生活的利益，国家权力的运作必须受到实证法拘束，而且整个实证法内容，须符合宪法上自由民主法治的价值体系要求，并促成人的自我实现的最大可能性。[17]

（二）在行政模式上，实质法治已不仅仅关注社会自由秩序的维持，而更加强调对公民基本福祉的提供与保障。

市民社会的形式主义法治为国家划定了活动的空间，在这个空间内国家基本上是一种扮演“夜警角色”的消极国家，是独立于市民社会和市民生活之外的存在。而市民社会本身的不自足和不自洽，又必然要求国家从消极走向积极，介入并干预经济社会生活。[18]例如，伴随着工业化的日渐增加及其所造成的贫富悬殊产生了大量的社会安全同题，且这种社会问题在通货膨胀、经济危机、房价居高不下的背景下得到了发酵，逐渐形塑出了当代给付行政（服务行政）的发展。给付行政的勃兴要求行政主体积极履行生存照顾的义务而满足社会的公共需求，这就为现代行政突破形式法治的藩篱而跨进实质法治提供了场景。在给付行政模式将大行其道的现代法治社会，国家与人民之间的关系在许多情形下已由单纯的权力服从关系，渐渐转化为一种类似于债权义务关系之请求给付关系。[19]行政法不再是行政的羁绊，行政法的作用不再是作为对干预主义的国家砝码，相反，它应当增进政府行为的合法性，并基于团体主义之特征，不断推进和满足公共利益或者公共目标。[20]

（三）从法治原则来看，实质法治已不仅仅关注“一元鼎力”的“合乎法律”，而更加强调“多元并行”的“合理正当”。

形式法治过分凸显合法行政原则的地位，强调合法行政原则在行政法原则中的“一元鼎力”。形式法治期待官员和公民对法律绝对忠诚，任何对法律的背离行为都被视为对法律秩序的威胁。[21]形式法治认为，合理性仅仅是立法者所应当孜孜追求的，而不能要求执法者对法律的不完善负责。[22]但实质法治更强调在法律实施过程中考虑公正合理。在公法中的功能主义看来，由于福利国家的出现和积极行政的生长，原有的议会和法院仅仅通过严格的规则来对这种服务型政府

[16]陈凤芝.法治的道德之维：当代中国法治的人学分析.中央民族大学出版社.2008.101
[17]许育典.宗教自由与宗教法.元照出版有限公司.2005.148
[18]李永成.经济法人本主义论.法律出版社.2006.60
[19]曾昭恺. 由法安定性论公法上情事变更原则. 载城仲模主编. 行政法之一般法律原则，三民书局. 1994. 284
[20]Cf. Carol Harlow & Richard Rawlings . Law and Administration .London. Butterworths .1997. p.70.
[21]卢剑峰.行政决策法治化研究.光明日报出版社.2011.92
[22]姬亚平.行政奖励法制化研究.法律出版社.2009.96

及其能动性裁量权的机械法律控制已不再有效，行政法必须从控制和权利转向功能和效率，以有效发挥行政权的自身能动性和促进社会发展的积极功能。[23]行政法实践也屡屡表现出这样的迹象，在适用法律明文规定效果不佳、会激发矛盾时，实践者会在法律规定之中注入新的精神，或者突破、甚至背弃法律明文规定，去彻底消弭矛盾，而不让“案了犹未了”。[24]

总而言之，形式法治强调的是“依法而治”，将法治作为工具性使用；实质法治强调的是“法的统治”，把法治作为一种价值。[25]随着法治建设的不断深入，依法行政观念的逐渐加强，仅停留于形式法治是远远不够的，还应向法治的更高层次即实质法治发展。[26]而较之强调秩序、偏重自上而下的管理的形式法治而言，实质法治虽也重视民众守法，但其重点不是“治民”而是“治官”。实质法治主义观倡导在司法和执法过程中，不能简单地“依照法律”，而要在适用和执行过程中善于判断法律的正义性，实现由形式法治向实质法治的转化。[27]因此，这种执法目的的更迭，必然影响到执法理念的采取与演进。所谓干预性执法、惩戒性执法理念、自卫性执法理念、专断性执法理念均是形式法治观的一种体现，只有给付性执法理念、恢复性执法理念、履职性执法理念以及参与性执法理念的秉持才能不断体现现代社会的服务基因。

三、执法理念的适配：权力至上到权利本位的精进与突破

如前所言，社会自治领域的日益扩大，以国家权力为核心的一元权力结构逐渐解体，公共权力领域和私人领域的二元性分化开始进行，治理型政府开始取代管理型政府逐步成为现代政府建构的主导形态。且随着法治国家的不断演进，单纯的形式法治已经无法适应服务型政府的内涵与要求，作为一种更为合乎权利保障要求的法治形式，实质法治亦将在执法过程中发挥其独特的作用。而上述执法理论与执法目的的变迁，必然又直接影响到执法理念的更新与升级。尤其是在处理职业投诉时，如何看待职业投诉的性质，是权利行使还是权利滥用？是促进依法行政，还是浪费执法资源？是有利于规范市场秩序，还是阻碍了市场经济发展？是应当予以全面性支持，还是必须限制性否定？离离种种的思索一直困扰着基层执法工作者，也成为了市场监管人当前的“阿克琉斯之踵”。这样一个难题的厘清与解决，就必须将执法理念与治理性政府、实质法治目的进行有效对接。

就人民群众利益的实现而言，职业投诉有其值得赞颂的有利效果，也存在着不可避免的消极影响。一方面，职业投诉能够净化市场，促进经营环境的合法有序。在深圳的职业投诉实践中，职业举报极大地消减了不明码标价、销售过期食

[23]周佑勇.行政裁量治理研究：一种功能主义的立场.法律出版社.2008.38
[24]余凌云.行政法讲义.清华大学出版社.2010.71
[25]石国亮,梁莹,李延伟.国外政府管理创新要略与前瞻.中国言实出版社.2012.116
[26]余凌云.行政法讲义.清华大学出版社.2010.71
[27]江必新主编.行政执法与行政审判(2010 年第 6 集).中国法制出版社.2012.13

品等直接关乎群众合法权益的违法行为，危机食品安全的不利因素也得到了较大范围的抑制。因此，虽然“职业投诉”的直接目的在于个人私利，但却在一定程度上实现了公益价值的维护。但另一方面，从市场经济行为的基本效率出发，面对着标签不合格等瑕疵性的微小违法行为，细致履行了索证索票义务的善意经营者无能力也无责任对其销售的产品进行面面俱到的检查，但职业投诉却使他们疲于应对，苦不堪言。若绝对地要求经营者对职业投诉中标签不合法的行为承担起赔偿或处罚责任，则将极大地消减了市场经济效率，最终也会给人民群众的日常生活带来不可言喻的不利影响。更为重要的是，层出不容的批量投诉消耗掉了行政机关大部分的精力，从而导致在本应投入行政资源的重大安全事项上缺乏相应行政资源的供给，捉襟见肘的执法力量也无法合理地配置到真正地安全秩序维护之上，又会反过来影响到人民群众消费安全的保障与实现。因此，职业投诉利弊交织，处理职业投诉既不能一棒子打死，又不能一味地纵容，不能因咽废食，也不能全然接受。处理职业投诉需要凭借多层次的治理理念，将对投诉事项的评判置于实质法治目标下加以审视，才能妥切合理的解决职业投诉难题。

（一）克减干预性执法理念，缔生给付性执法理念

所谓干预性执法理念，是指公职人员为了达成维持社会秩序或消除危害状态的目的，习惯采取事前禁止或事后惩戒形式的一种理念。在性质上，干预性执法理念属于一种管理行政范式下权力服从的思维定式，它将政府与行政相对人置于不存在对等地位与对等关系之上。而给付性执法理念，则是行政机关为了确保私人在生活和事业上的可能性，而对私人提供精神的或物质的便利与利益的一种理念。在这种理念之下，只要没有特别的法律规定，政府往往会借助非权力性的行政合同或行政指导等形式形成法律关系，而非通过行政处罚等权力性质的手段强力推进。且这种非权力性的手段不但在给付行政领域被广泛运用，而且在传统干预行政领域也被作为权力的补充性手段而得以运用。[28]

虽然服务型政府建设在新世纪得到认同并推行，但是由于长期形成的“政府中心主义”惯性思维作祟，各级官员的服务意识仍然淡薄，官本位思想依然严重，配套制度建设不够完善。[29]以处理职业投诉为例，批量投诉所反映出来的不合法状态，部分违法是基于国家标准过于陈旧（如皮蛋的标准），部分违法乃因国家标准过于泛化了食品安全标准（如字体大小、配料顺序等根本与食品安全无关），部分违法则是由于立法未关注特殊现象（如添加药膳是广东传统饮食文化的一种习惯），部分违法则处于习惯（价格标签标注的品名为“康师傅绿茶”，而非“康师傅绿茶 调味茶饮料”）。作为经营者在缺乏指导的情况下根本难以消除，一味地以事后处罚/责令改正作为等干预性执法手段克减不合法状态的出现，往往难以

[28]杨解军. 中国大陆行政法的革命. 元照出版社. 2009. 35
[29]卢剑峰.行政决策法治化研究.光明日报出版社.2011.96

奏效。因此，公职人员必须缔生给付性执法理念，通过其他柔性的治理手段去达致消除违法行为的目的。例如，公职人员可以有针对性地对经营者的品管人员进行细致到位的指导与培训，将违法的商品拦截于进货关口；公职人员也可以如深圳市市场监督管理局龙华分局一般，主动性地同高校联系，召集与培养志愿者，不定时地到经营场所协助排查违法事项，纠正违法；公职人员甚至还可以对经营者的管理方式进行指导，帮助经营者构建起一套行之有效的自我监管制度。值得注意的是，给付性执法理念的缔生并不意味着放纵违法，对于违法性质较为严重、危害较大的行为仍需惩处不贷。

（二）削损惩戒性执法理念，换持恢复性执法理念

所谓惩戒性执法理念，是指公职人员对违反行政管理秩序的行为，偏好通过给予行政处罚施加法律制裁从而纠正违法并防止再次违法的一种理念。惩戒性执法理念深受长期的单一权威导向和严格的等级制度影响，它使政府成为了行政管理的唯一权力中心。而恢复性执法理念，则强调通过补偿、行政指导等各方认可的治理方案，修复被损害的社会关系，最终防止矛盾的进一步升级与扩大。在恢复性执法理念中，权力并非解决问题的核心要素，权利保障才是治理手段采取的终极目的。

法治概念中包括两个实质性的考虑：一是类似民众正义感的民众期望；二是考量法律实

施的结果。[30]惩戒性执法在试图维护原有社会关系的同时，既可能因为行政行为本身的惩罚性造成涉及当事人社会关系的新破坏，也可能因为行政处罚不注重补偿受害人利益等原因，引发涉及受害人社会关系的改变，也可能因为行政处罚不注重社会或者国家利益的弥补，而导致原有违法行为的社会危害性长期存在。[31]而“恢复”理念则有助于公职人员从一个更为全面的视角，重新评估行政措施种类的选择与采纳，有助于公职机关把握住违法行为的社会根源，从而创新社会治理手段，一劳永逸地解决社会矛盾，实现实证正义。

在处理职业投诉的实践之中，诸如销售过期产品等某些违法行为确实对投诉人造成了一定的损害，此时经营者对购买者给予一定的补偿也属于应尽的义务。然而，由于即便公职人员妥善地处理了投诉人的申诉事宜，也不能免除对其举报事项的立案调查，故经营者往往不会选择和投诉者达成调解。毕竟，经营者无法接受既赔款又遭遇处罚的双重责难。此时，就必须凭借恢复性执法理念，加以解决。如果当事人违法的主观恶意不强，造成的社会危害性不大，又愿意承担恢复受损法律关系的责任，公职人员可以在主导民事关系处理的前提下，有条件地放弃或者调整行政处理方式，以实现“恢复”之目的。[32]另外，在执法实践之中，针

[30]高鸿钧.现代法治的出路.清华大学出版社.2003.221
[31]徐敏韬.恢复性司法理念应用于工商行政执法之构想.中国工商管理研究.2011(5):47
[32]徐敏韬.恢复性司法理念应用于工商行政执法之构想.中国工商管理研究.2011(5):49

对产品外包装上存在违法事项的情形，即便是处以经营者高额的行政处罚，也无法杜绝再次违法的发生。毕竟，经营者并非一切流通商品的质检员。处罚再多，经营者也无能力将标签违法状态从进货入口予以消除。因此，针对此种事项，必须秉持恢复性执法理念，指导经营者主动做好入口关的审查以及日常销售环节的排查。

（三）摒弃自卫性执法理念，建构履职性执法理念

所谓自卫性执法理念，意味着公职人员是从出于规避自身风险责任的角度考虑采取何种行政手段，而非出于维持社会安全秩序以及保障公众合法权利的目的。这种理念其实质仍然根源于传统权力结构下的官民社会，将公共权力定位于确保自身仕途一帆风顺，至于公众权利则被置之脑后。而履职性执法理念则着重强调公共服务职能的实现，一切措施的制定、一切行为的实施均以增进社会福祉、实现安全秩序为终极目标。可以说，公共性是政府的本质属性，关注社会公共利益，提供高质量的公共服务，提高国民福祉，应始终是政府的首要责任。[33]无论是行政处罚等惩戒手段的威慑与制裁，还是行政指导等柔性手段的劝导与指引，公共权力均应围绕着公共服务职能的实现而运行。至于何谓公共服务职能，则体现于三个方面：一是维持性公共服务，是指维持国家安全、行政管理正常运转的公共服务；二是经济建设服务，是政府为促进经济发展而直接进行各种经济投资的服务；三是社会服务，是指政府通过转移支付和财政支持对教育、社会保障、公共医疗卫生、科技补贴、环境保护等社会发展项目所提供的公共服务。[34]

就职业投诉而言，自卫性执法理念表现如下：1、选择性执法。对于职业投诉而言，公职人员往往面临着高强度的复议诉讼的威胁，一着不慎，便可能败诉。因此，对于职业投诉，公职人员往往会认真对待程序。即便是诸如外包装广告违法不适于普通销售行为的情形，公职人员也会采取立案-责令改正-销案的程序。但这种繁琐程序的选择却未实时地体现于处理其他投诉事务之中。这也就意味，处理职业投诉时的策略选择更多地是公职人员的一种自卫手段，并非公职人员内心依法行政、服务于民的观念迸发。2、机械式释法。在执法实践之中，若将诸如外包装内容虚假等标签违法事项均归入《食品安全法》第八十六条的射程范围，往往会给经营者一种执法机关“吹毛求疵”的“直观感受”。这种处置方法，甚至让一些普通消费者都不能理解。从法律解释的角度出发，《食品安全法》第四十八条已经明确了“生产者对标签、说明书上所载明的内容负责”，也就意味着标签虚假内容的防范并非经营者力所能及的责任。缘何一以蔽之地以《食品安全法》第八十六条处理标签违法事项，便在于规避复议诉讼责任的目的。毕竟，在处理职业投诉时，经营者鲜有不服而寻求救济，但投诉者一旦未满足其诉求，往往会纠缠至死。

---

[33] 赵颖著.公共应急法治研究.法律出版社,2011.219

[34]参见越爱英,李晓宏著.政府行政成本与绩效研究.中国社会科学出版社,2009.14-15

自卫性执法理念，与其说是形式法治的一种体现，不如说是对公共权力的一种蔑视与滥用。他不仅助长了职业投诉漫天要价的狮子口，也加剧了基层执法机关案件多人力少的矛盾，更加损害了经营者、执法者已经投诉者对法律实施的信任与尊崇，最终公共道德的培育、社会安全的维护、社群关系的和谐以及法律正义的实现也将因此而受到严重威胁。因此，必须祛除掉执法为己的自卫性执法理念。即便职业投诉人反复投诉、无理缠讼的行为，给执法人员带来了极大压力和冲击，但公务人员不能畏难而盲目地支持其漫天要价地请求，甚至为避免被诉而不合法地向经营者施加压力，而应坚持公务员的基本气节，将公共权力的好钢用在维护安全与促进服务的好刃上，切实履行国家治理范式下的基本职责。也只有有效实现了公共服务职能，才可能获致社会公众对行政执法的普遍认同，最终形成一种社会共治的和谐场景。因此，必须摒弃过于关注自身利益的自卫性执法理念，构建起履职性执法理念，将实质法治的精神与内涵时刻展现于执法过程中。

（四）去除专断性执法理念，接引参与性执法理念

专断性执法理念是指，行政机关对权力的单方命令性与强制服从性表现出了异乎寻常的偏好[35]，行政权的行使方式与手段较偏重法律规范之下的强制与独断。在这种执法理念之下，公民一切都依赖政府，导致其主体意识逐渐淡薄，其竞争乃至生存能力逐渐退化。[36]行政权力凌驾于公民权利之上，也易化了权力的来源于本质，不符合治理范式下的权利本位观念。随着社会治理范式的转变，参与性执法日渐登上了行政法治的大雅之堂。所谓参与性执法理念让公众参与和商谈对话成为民主决策的形式要件，注重以交往与对话为内核进行民主决策，为当代中国的法治理念的更新提供新的可能。其中，行政合同、行政指导、行政承诺、行政奖励等非权力性手段开始大量涌现。这种伙伴式的协商关系是对传统的机械法治主义和干预行政的重要修正，使现代依法行政走向机动法治主义和福利行政，体现了现代行政管理权力手段淡化的新特点。[37]

既然职业投诉毁誉参半，则执法人员完全可以通过参与程序向群众求计问策，以“原生态”的群众意见作为判断的“参照系”，从群众意见中汲取处理职业投诉的养分。妥切处理职业投诉，需要更新治理观念，通过多元化的手段、弹性化的制度、有效的沟通与交流加以解决。面对着经营者或职业投诉人的不甚理解，也一定要以倾听的艺术、体恤的情怀、到位的解释、朴素的情感加以解答与回应，通过群众所能接受的语义表达实现法律目的。

四、结语

正如英国的韦德爵士(W．Wade)曾精辟指出的，“在国家步人了法治国家的

[35]杨解军. 中国大陆行政法的革命. 元照出版社．2009，33
[36]姜明安.法治的求索与呐喊.中国人民大学出版社.2012.466
[37]石国亮,梁莹,李延伟.国外政府管理创新要略与前瞻.中国言实出版社.2012.118

阶段之后，行政权力已经摆脱了以往只是作为执行国家统治者意志的工具的角色，进一步要为国家的发展与全体人民的福利，创造出一个发展的空间与秩序。”[38]但现代的公职人员并非圣贤，亦非殉道者，但是他们每个人仍须致力于集体决策，并确保这些决策能够反映人民的利益。[39]若非公职人员的自我约束，决策过程中的法治精神与服务意识将难以维持。因此，无论是为了积极实现实质法治的目标，落实“人民主权”、“主权在民”之宪政精神，为行政决策与活动寻找新的正当性支点，还是为了真正落实国家治理范式的内在要求，激活交往理性并取得相对人对行政管理目标的认同，凸显服务职能从而重塑政府信用与制度权威，作为公共行政的主要实践主体，公职人员必须转变原来形式法治与管制范式下的执法理念，通过给付性执法理念、恢复性执法理念、履职性执法理念以及参与性执法理念去捍卫法律尊严、实现社会正义。

[38]陈新民. 中国行政法学原理. 中国政法大学出版社. 2002. 3.
[39][美]彼得斯.政府未来的治理模式.吴爱明,夏宏图译.中国人民大学出版社.2013.2

社会法视域下小型食品加工作坊监管矛盾的法治化回应[①]

石珍[②]

【内容摘要】食品生产加工小作坊的行政监管与食品消费的安全性、生活需求层次的广泛性、居民自我保障的局限性性以及地方发展的稳定性等密不可分。单纯地以生产许可、行政处罚等传统干预行政之规制手段难以解决食品生产加工小作坊所面临的各种问题，食品生产加工小作坊之行政规制必须置于给付行政模式的要求之下予以讨论。在以消费安全作为基本监管目标的同时，还需注意小作坊业主及其从业人员生存与发展的保障、饮食文化的继承、当地群众消费习惯的维护以及消费者消费层次的自由选择。即需根据食品生产加工小作坊在当地实际的特殊情况，依照小作坊自身的规模大小、质量安全状况等因素加以“统一规划、分类监管”，将打击违法与帮扶发展有机结合起来，正确引导食品生产加工小作坊走向符合规范生产的方向，最终从根本上解决食品生产加工小作坊的监管问题。

【关键词】给付行政；规制行政；食品生产加工小作坊；消费安全；

自 2007 年始，频发的中国食品安全一直牵动着国人的神经。从三聚氰胺到皮革奶，从瘦肉精到苏丹红，从地沟油到化学火锅，中国的食品质量正在遭遇着有史以来最为沉重的信任危机。针对这一系列食品安全事故，社会公众往往谴责政府监管的缺位与乏力，政府也一再强调要不断地增进自身的监管力度。可以说，如何设置安全有效、防范有力的质量监管体系，如何构筑起公众健康安全的“防火墙”，成为了政府监管的重中之重。

正是基于上述背景，对食品生产者施以更为严格的前置审查成为了规制食品安全的一项重要手段。在执法实务之中，生产设备简陋、卫生环境恶劣、经营能力较弱的食品生产加工小作坊往往难以顺利获致前置性的行政许可。对小型作坊提高其准入门槛，将不符合安全生产条件的小型作坊拒之于生产许可之外，显然

[①] 本文参评青年优秀论文。

② 石珍，1985 年 8 月出生，本科就读于西南政法大学获法学学士学位，研究生就读于西南政法大学获宪法学与行政法学硕士学位，现任重庆市大渡口区人民法院研究室主任助理，曾在《法律适用》、《人民司法》、《天津行政学院学院》、《岭南学刊》、《人民法院报》、《中国消费者报》、《中国工商报》等刊物上发表论文三十余篇，曾在全国法院系统学术讨论会、执法公信力论坛、青年法学论坛、京津沪渝法治论坛、泛珠三角合作与发展法治论坛、审判管理专业委员会年会、全国副省级城市法学会年会、广东社会科学学术年会、“全国“鹏城法治”杯《深化司法体制机制改革》征文、中国工商总局“商事登记制度改革”、行政审判专业委员会年会”等比赛中获得三十余个省部级及其以上奖励。联系方式：13760139843；通信地址：重庆市大渡口区人民法院研究室；邮编：400000；邮箱：huayuanfeiyu@163.com。重庆市大渡口区人民法院；重庆；400000

是将质量安全关口前移的一种有效举措。它能从源头上堵住假冒伪劣产品泛滥于世之路，也是打造无缝隙安全监管关键性的第一站。但这样一种监管策略的采取显然仅仅是干预行政模式的一种表现，即通过行政许可、行政处罚等管制性的手段加强对公共安全秩序、公民生命财产安全的保障，而忽视了对于生产者本身发展权的维护。然而，行政管理模式已经逐渐从“防范国家权力”的干预行政模式迈向了“通过国家的权力，向国家要求权利”的给付行政模式，现代公共行政更加强调行政权力以供给、支付等方式积极满足社会需要并最大限度地增加社会福祉。因此，本文将从国家治理模式中给付行政的角度对食品生产加工小作坊的规制问题加以讨论，就如何改善目前干预型监管模式中存在的困境与不足提出针对性的建议，以便更高地优化监管绩效、实现监管目的。

一、素描食品生产加工小作坊之规制现状

小作坊的存在有着悠久的历史。追溯到农业社会时代，小作坊就已然成为了人们餐饮的主要食品来源地，也是当时最为重要的食品加工场所。在当今社会之中，虽然食品生产的规模化与工业化已经成为了经营者做大做强的必由之路，某些小作坊在食品企业日益涌现和群众食品安全意识日益提高的双重夹击下艰难维生。但在经济发展较慢的广大地区，小作坊仍然凭借其低廉的销售价格、传统的购买习惯等优势满足了一定群体的社会需求，从而占据着较为宽广的市场。在深圳这种高速发展的大型城市，由于原经济特区被限定于深圳的特定领域之内（即人们所称的关内），故以原关外所在的龙岗区、宝安区、龙华新区、光明新区、大鹏新区、坪山新区为例，大部分地区仍处于类城乡结合部的状况。其经济发展较慢、生产能力低、生产条件简陋、生产环境恶劣属于常情。此时，在一定程度上，小作坊依然属于满足市场经济发展需求的助推力量。按食物链环节分类，小作坊包括农产品初级加工小作坊、食品生产加工小作坊、流通型小作坊以及餐饮型小作坊四类，本文所欲研究的对象便为食品生产加工小作坊。

如何对食品生产加工小作坊进行定义，不同地区的法律规范尚存在着差异性的描述。例如，在云南省与海南省便将小作坊的从业人员限定于十人以下，但有些地方则仅以“从业人员较少”作为识别小作坊的一个特征；有些省份将未签订食品质量安全承诺书或未取得食品生产许可证设定为食品生产加工小作坊的基本要件，但有些省份却未考虑生产者有无获取食品生产许可证；甚至，还有些省份将小作坊的销售范围限定于本村或本村临近区域。本文认为，食品生产加工小作坊的概念设定不宜过于僵化。将食品生产加工小作坊的从业人数、销售范围局限于具体的标准之下，难免挂一漏万，不利于对食品生产加工小作坊的统筹与全面监管。而将依法取得了食品生产许可证排除于食品生产加工小作坊的范围之内，也极不科学。毕竟，食品生产加工小作坊在其特征上并不意味着它在法律身份上

的不合条件。故经综合考虑，本文认为食品生产加工小作坊，是指有固定生产场所、从业人员较少、规模较小的从事食品生产的（不含现做现卖）的企业或个人。

(一)食品生产加工小作坊之基本特点

第一，规模较小，安全生产条件欠缺。在市场竞争机制当中，虽然有些食品生产小作坊及时改进工艺设施，不断提升产品质量，从而发展成为了具有一定规模的食品企业。但大量的食品生产加工小作坊仍然受制于落后的生产设施之中。为了节约生产成本，往往三五几人，在极为破旧狭小的房子里，便可成立一个小作坊。很多原则上不能混用亦或需隔离安置的材料也被随意地摆放于有限的空间之类.那些消防设施，抑或卫生生产工具，往往不予置办。至于潮湿、杂乱的生产环境更是比比皆是。甚至，尚有少许小作坊擅自违规适用非法的食品添加剂。可以说，大量食品生产加工小作坊均达不到食品生产的安全标准，也无法顺利获致生产许可证。

第二，资金奇缺，难以达致许可要件。很多食品生产加工小作坊均属于小本经营者。若想依法获得安全生产的许可证，他们不仅需要缴纳法定的生产许可证费，还必须投入大量的资金对其现行的生产环境进行细致整改。但由于经济能力，他们无法购买较为先进的生产设备和检验设备，也承担不起组织人员培训、完成厂房修缮所需消耗的庞大费用，更难以支付高额的卫生环境治理的费用。同时，由于知识能力结构上的不足，很多业主也不具备提升产品质量的知识能力。即使，小作坊经营业主具备改善生产条件的能力，但这也将提升起经营成本，从而使得销售量本身变不大的小作坊难以为继。这就使得安全生产条件差的食品生产加工小作坊不可能在短时间之内便达到获证的要求。

第三，价格低廉，传统工艺市场较广。在中国的传统饮食文化中，不同民族与地域的特色小食品，多是通过传统的手工工艺，在小作坊中制作生产，在一定的地域范围内流向消费大众的，它们成为了弘扬中华饮食文化的重要载体，如豆制品、小糕点、烧腊食品、面食等。这些食品极具地方特色，较为符合当地的饮食特色与习惯，能够迎合很多人的口味与需要，。而且，该类小作坊各类设施成本十分低廉，雇工一般亦为其家庭成员，故其销售价格也容易被部分收入较低的群众所接受。同时，在某些城郊、农村等偏远地区，小作坊之销售有着明显的就近优势。结合上述众多特点，食品生产加工小作坊始终保持着一定的市场占有率。

（二）食品生产加工小作坊之规制困境

第一，生产隐蔽，难以及时发觉违法。食品生产加工小作坊所需从业人员较少，生产空间的要求也不十分巨大。有时一个简易的套房，便可顺利地进行作坊食品的生产操作。甚至，很多小作坊业主便在自家当中的内室里从事食品加工活动。若此类加工行为未与周边四邻发生环境纠纷等实际摩擦，基于中国传统人情社会的存在，也很少有人会主动性地予以告发。故这种不显山露水、闷头关门式的加工行为往往难以被监管部门发觉。这就使得查处工作常需要借助大量的人力

和物力资源。甚至，部分小作坊业主对于监管部门的处罚往往小理小睬，甚至专业性地打起了游击战，常习惯性地打一枪换一地方，更加扩大了监管难度。因此，对于基层执法力量乏缺资源的监管部门而言，食品生产加工小作坊之监管，显然将处于一种违法过剩的局面。

第二，数量众多，难以全面施加监管。前已述及，食品生产加工小作坊的生产设备配置与人员配备要求极低。在简陋的工作房内，召集几个人，置办几件简陋的生产工具，便可组建一个食品生产加工小作坊。可以说，食品生产加工小作坊的从业门槛较为低下。这就使得不符合安全生产条件的小作坊广泛的散布于广大城郊、农村等地区。甚至，某一小范围的地域之内，却积聚着众多小作坊生产者。对于此种情形，往往难以全面施加监管措施。毕竟，若仅依法整治某一家小作坊往往有违法律的平等对待原则；若全部加以处置，又可能引发群体性的阻碍。

第三，关涉生计，难以有效执行制裁。食品生产加工小作坊所需的人员素质及其设施操作能力并不高，很多小作坊的业主及其从业人员均是失地农民、下岗工人及外来务工人员等贫困弱势群体。对于他们而言，小作坊属于他们赖以谋生的手段。这也就意味着，若严格的依法施加行政处罚，无论是高额的处罚费用还是没收财产造成的损失，亦或未来停止生产的损耗，均不能为小作坊经营者所能接受；若一味关停食品生产加工小作坊，也将造就更多的失业，从而平添不稳定的社会因素。除此之外，很多小作坊生产的食品均为当地人所喜食乐用的传统食物。尽管其加工生产条件较为简陋，但基于传统饮食习惯亦或购买便宜物品的需要，该类小作坊往往成为了群众日常生活的首选。若对不具备安全生产要件的小作坊一律予以责令退市，也将给群众日常生活带来众多困难。针对上述现实，监管机构即便发现了违法经营的小作坊，往往也难以有效执行。

二、重构食品生产加工小作坊之规制理论

从早期对食品生产加工小作坊的监管情况来看，政府主要采取了两种方式：一是行政许可（即发证），二是通过“食品打假”运动。即以生产许可证等准入手段限制食品生产型小作的发展，再通过强制手段逐步降低与消除无证小作坊的数量，最终促使食品生产加工小作坊或顺利获证，或退出市场。例如，仅 2001 年，以《关于彻底解决乡镇政府所在地及县城以上城市小食杂店、小摊点无照经营食品问题的指导意见》等文件为指导，广东省范围内就组织开展了八次大规模的食品专项打假联合行动(粤质技监函[2001]334 号)。[③]这样一种监管措施的采取显然是在回应干预行政下政府秩序保障功能的需要。但小作坊在方便群众生活、解决进城务工人员和城镇下岗失业人员就业等方面发挥出了积极作用，食品生产加工小作坊的规制与劳动就业的促进、民俗风情的维持、社会秩序的保障甚至民族宗

[③]刘亚平著.走向监管国家——以食品安全为例.中央编译出版社.2011.92

教的尊重等息息相关。对于那些家庭文化水平低下、欠缺外出打工能力的小作坊业主或从业人员而言，小作坊式本小利微的食品加工就是其全家赖以生存的基本屏障。对之予以强制性的干预，有时便等于是将一个或若干家庭推向了一个安全未定的窘局，从而造成新的社会隐患。这也是小作坊“屡打不绝”，常常死灰复燃的一个重要因素。因此，就必须将食品生产加工小作坊的规制置于给付行政之下加以考察，从而更好地解决食品安全生产与小作坊业主及其成员之生活保障的矛盾。

（一）何为给付行政

给付行政是国家治理模式的一种表现，是相对国家管理模式下的干预行政而言的一种新型行政模型。传统上认为，干预行政为公权力作用的体现，通常以发布命令的方式实施，公民对此只能服从。但现代国家行政职能扩张，国家不仅是消极地维持秩序，而且要积极地提供服务。[④]于是，给付行政应运而生。给付行政是针对现代社会条件下，个人的生存必须仰赖行政作用的现实而提出来的。它是以积极增加公共利益为直接目的，通过一定供给性行为帮助公民改进生存状况为内容的国家行政，它以实现公民之受益权与社会权为内容而提供给付服务、救济与照顾。

给付行政的概念来源于德国的学者福斯托夫（Ernst Forsthoff）1938 年所提出来的理念“作为给付主体的行政”。他除了将将现代行政分为有关秩序的行政（如警察、租税等规制的行政）与有关形成的行政（如经济行政、供给事业行政等），还从行政行为态样角度，将之分为干预行政[⑤]与给付行政[⑥]。他认为,“给付行政，是指服务于生活考虑的活动；这里的生活考虑，是指对于不得不从事现代集团生活的人，给付提供其为维持日常生活所不可欠缺的生活物资或者生活服务的活动。”。[⑦]但随着该理论的不断深入与发展，现代的给付行政的范围已不只局限于“生存照顾”，所有为共同体成员提供或改善生活条件，通过给付直接或间接地协助或追求利益的行为均可视为给付行政；给付标的并不局限于金钱和物质的给付，而是政府总体上承担服务的职能。[⑧]给从权利方面来讲，给付行政(或称服务、授益行政)更多地涉及公民以生存权为核心的在社会经济文化方面的权益，需要政府积极地作为而促成权利的实现或保障，这与传统的以自由权为核心的自由、平等、参政等权利不同，后者只要求政府消极地不侵犯并保护权利免受侵害。[⑨]

给付行政不是一切政府的特质。在传统的政府治理模式中，政府的主要职责

[④]张树义主编. 行政法学. 北京大学出版社. 2012. 130
[⑤]又称秩序行政，例如行政处罚、行政强制、行政征收与征用等均属于干预行政范畴。
[⑥]又称服务行政，例如各种社会保险、公用事业、公共营造物等均属于给付行政范畴。
[⑦]杨建顺. 日本行政法通论. 中国法制出版社. 1998. 327.
[⑧]喻少如行政给付制度研究. 人民出版社. 2011. 188
[⑨]陈贵民. 现代行政法的基本理念. 山东人民出版社. 2004. 127

是统治和规制而不是提供和给付。只有在民主政治制度建立以后，特别是随着人权理论的发展，给付行政才日渐成为公民的基本权利。[10]给付行政之形成与发展，与行政从自由法治国转为社会法治国、国家权力从消极避免干预人民权利自由转变成积极介入人们生活等轨迹休戚相关，它也是国家从管制行政走向福利行政的产物。其范围包括水、电、气、义务教育、公共医疗、公共交通等供给性行政，失业救济、贫困帮助、灾害救助等社会保障行政，以及行政奖励、财税补贴、国家助学贷款等资助行政。当然，虽然干预行政是指行政机关等行政主体为了实现维持社会秩序、实现公共福祉等目的，而对私人的权利、自由进行限制的活动；而给付行政是指行政机关为了确保私人在生活和事业上的可能性，而对私人提供精神的或物质的便利与利益的活动。[11]但这种区分，并不具有绝对意义上的周延性，在实践生活中，给付行政与干预行政的界限并非清晰无虑的。一方面，二者都会在不同程度上介入私人的生活领域，从而对其行为对象产生各种影响；另一方面，在干预行政下授益性的物质帮助行为同样存在，而给付行政亦有侵害国民权利的可能性，如附义务的行政给付行为。最为重要的是，给付行政与干预行政总是相随相伴的，给付行政并未取代干预行政，而是与干预行政一种并存于现代行政管理模式之中。

（二）给付行政之规制理论

受十九世纪初期自由主义思潮的影响，自由与民主等理念被灌输于人民的头脑之中，此时的干预行政模式之规制理论以立宪主义、干预行政之法律保留原则、行政之合法律性、权力分立原则以及个人自由权利保障这下五个要素为基本内涵。在此模式之下，规制理论包含着以下几个特点：第一，规制理念强调秩序中心主义，国家被定位于守夜人的角色。即对于危及到社会公共秩序或违法侵犯他人权益的行为，则需凭借国家权力予以消除；而若他人之行为并非有违法律上的义务，则国家权力不得予以干涉。第二，规制对象以传统的自由权为核心，要求政府消极地不侵犯并保护权利免受侵害，并赋予了公民相应的防卫与抵御权能。第三，政府的规制范围受到了严格限制，被局限在消极地保障个人契约自由、防御外敌、惩罚犯罪等有限领域，个人的幸福、社会的发展主要靠个人自力更生。第四，规制行为以强制与限制为手段，偏重于“堵”的方式，行政处罚、行政强制、行政许可审批等权力性质的行政行为是其典型的行为样态。第五，干预行政以维持社会秩序为目的，在此领域之下行政主体行使管制性权力，相对人仅享有防御性权利，其义务是对公共权力的负担或容忍。

然而，随着国家行政逐步从在自由主义时代发展起来的守夜人国家转向社群主义时代下的行政国家，给付行政已然登上了历史性的舞台。这就使得规制理论

[10]刘丹等著.法治政府：基本理论与框架.中国法制出版社.2008.106

[11]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——给付行政的法原理与实证研究.中国人民大学出版社.2008.7

需要有所增益，以便回应给付行政所带来的新变化。细加分析，给付行政之规制理论主要有以下几点变化：

第一，规制理念从维持社会秩序转变为人权保障、服务社会。国家行政管理的任务便不在局限于维持秩序而是扩展至对社会各领域的全面调控以真正实现对人权的保障。可以说，给付行政正是基于保障人权和服务社会的理念而产生的，它强调行政权力以供给、支付等方式积极满足社会需要并最大限度的增加社会福祉。这就要求监管部门不仅要顾及到公民在消费领域中的食品安全，也要关注食品生产加工小作坊业主及其从业人员继续生存与发展的权利。

第二，规制职能从责任政府到参与民主，从消极行政到积极行政。给付行政模式下的政府职能在于积极主动地提供人民最大限度的服务及照顾，以满足人民各项生活所需[12]；行政法之任务也不再限于消极保障人民不受国家过度侵害之自由，而在于要求国家必须以公平、均富、和谐、克服困窘为新的行政理念积极提供各阶层人民生活工作之照顾。[13]国家在实现保障个人自由权利这一传统任务时，需要通过政策性扶助保障所有社会全员享有实质上的自由、平等与发展的权利。[14]对于小作坊而言，政府不仅要把住其安全生产的关口，将存在着重大安全隐患的食品排除于市场流通之外；但同时也要积极地创造条件，如提供资金与技术支持等，引领众多小作坊业主能够在规范的环境下继续从事生产，以解决小作坊业主及其从业人员的生活窘局。

第三，规制重心从保障自由权利扩充至保障社会权利。即政府行为不仅应当保障人民拥有一个免得遭到国家统治权力之侵犯的自由领域，而且还保障作为现代公民权利之主要内容的社会权的实现，以便人人都能过一种体面而有尊严的生活，保证每一个人有机会在社会与文化发展，以及促成社会正义等目标。[15]

第四，规制手段从独断、强制到协商、合作。单纯的权力手段已经远远不能适用时代的要求[16]，那种死板、僵化的严格行政不能灵活地应对纷繁复杂的社会情况。为了弥补这种权力手段的不足，政府的角色应当由传统直接、由上而下的强制性统治向重视协调、平行协商合作的柔性“治理”转变。对于小作坊之规制而言，仅仅依靠许可审批卡住前置关口，再凭借处罚手段剔除不合法的小作坊，尚难以解决监管难题。小作坊生产的简易与隐蔽性、监管成本的高昂以及违法过剩现象的存在等要素使得小作坊即使被严厉查处，往往仍会死灰复燃。这就需要政府创造性地运用某些非权力性的手段加以引导，如构建起一些工业园，为小作坊业主提供一个集中生产的安全环境等。

---

[12]翁岳生主编.行政法.中国法制出版社.2002.30

[13]翁岳生主编.行政法.中国法制出版社.2002.60

[14]王丹红.行政给付受领权的权利性——以社会保障行政为例. 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.2008.85

[15] 钱宁.社会正义、公民权利和集体主义——论社会福利的政治与道德基础.社会科学文献出版社.2007.217。

[16]杨解军.中国大陆行政法的革命.元照出版社. 2009.33

三、改进食品生产加工小作坊之规制实务

食品生产加工小作坊的行政监管关涉到非常复杂的问题体系，它与食品消费的安全性、生活需求层次的广泛性、居民自我保障的局限性性以及地方发展的稳定性等密不可分。如何对之加以监管，将直接影响到小作坊业主及其从业人员之生活保障、消费者之身体健康、地方饮食文化之继承发扬以及和谐社会目标之构建与实现等问题。因此，前文已经述及，食品生产加工小作坊之规制必须置于给付行政模式的要求之下予以讨论，而非以传统干预行政之规制手段去解决规制食品生产加工小作坊所面临的各种问题。只有以给付行政的视角去对待食品生产加工小作坊之监管，才可能打破“小作坊安全问题泛滥——打击——小作坊安全问题暂缓解决——死灰复燃一再次打击”的怪圈，最终实现食品生产加工小作坊之规制的系统性与有效性。

（一）规制目标：食品安全、自我保障与便民消费

食品生产加工小作坊之规制与广大人民群众的利益休憩相关。一方面，小作坊生产的食品质量是否合格直接到消费者的人身安全。因此，确保小作坊生产之卫生安全属于食品监管工作的首要目标，且这种安全性的监管应当贯穿于食品生产加工小作坊的全部生产过程之中，不能对某一个死角或环节有所忽略与疏漏。另一方面，食品生产加工小作坊在人民日常生活之中发挥出了极其重大的社会作用。它不仅传承与发扬着各地区内独特的饮食文化，也为周边群众,尤其是低收入者，提供了一种低价消费的机会与便利，还有效地解决了部分下岗职工、失地农民等弱势群体就业与自我保障问题。故在以消费安全作为基本监管目标的同时，还需注意小作坊业主及其从业人员生存与发展的保障、饮食文化的继承、当地群众消费习惯的维护以及消费者消费层次的自由选择。即给付行政下的行政规制，其目标不能仅局限于维持消费安全，还需考量小作坊业主及其从业人员的生存保障，以及消费者对于传统食品、低价食品的消费选择。这一点在《关于印发(关于进一步加强食品生产加工小作坊监管工作的意见>的通知(国质检食监〔2007) 284 号)和《关于进一步加强全国生产加工食品质量安全专项整治工作的通知》(国质检食监 (2007) 461 号)两个文件中已经得到了证实。即国家首次提出了限制区域销售和添加物质备案的原则，食品生产加工小作坊允许生产的产品实行目录管理，不再强调城区不允许有小作坊的观点。显然，这是在回应小作坊生产自我保障的民生特点。

（二）规制思路：全面监管与分类监管

对于广大人民群众而言，食品质量安全之重要性是不言而喻的。它不仅影响到公众的生命财产安全，也关系到社会经济秩序的稳定与发展。更为重要的是，维持一个良性安全的社会秩序，始终是一个国家存在的正当性来源，也是其首要的执政理由及其规制目标。国家在制定监管对策时，应当面面俱到，无所疏漏。

政府对食品生产加工小作坊的监管不应停留于或侧重于事前审批阶段，而是要将整个生产过程均纳入到行政监管之中，对食品生产加工小作坊所有的经营活动进行适时监管。即便食品生产加工小作坊之监管确实存在着各种特殊性的事由，但促进小作坊业主及其从业人员之自我保障与实现便民消费的目标并不能消减食品安全保障的必要性。即面对着各种复杂的监管环境，政府应当迎难而上，对食品生产加工小作坊进行法律上的全面监管。监管部门不得因为存在着发现难、执行难、治本难等监管难题，便放弃政府自身的监管职责，或进行选择性执法。

但同时，正因为食品生产加工小作坊之监管关涉民生，若仍按照大中型食品企业的标准去严格规制食品生产加工小作坊的生产行为，可能无助于解决监管问题反而频生监管问题。就目前而言，食品生产的安全监管延续了以往工业生产的基本思路，着重于大中型企业的监管，而未考虑小作坊监管的特殊性。但若严格要求所有的食品生产均需在依法取得生产许可证并加贴 QS 标志后才得以销售，则将导致大量的食品生产加工小作坊置于非法经验的窘局之上，且这种窘局依靠小作坊自身力量难以破解。因此，就必须强化分类监管的理念，对于食品生产加工小作坊构建起有别于食品生产加工小作坊的监管体系。即根据食品生产加工小作坊在当地实际的特殊情况，依照小作坊自身的规模大小、质量安全状况等因素加以“划等分级”，针对性地制定切实可行的规制办法，引导那些质量安全意识强、制度完善、设施设备齐全的小作坊按照 GB/T23734 标准进行建设，用它们作为典型示范指引其他小作坊向这些小作坊聚集靠拢。这样一种思路也已然被《关于进一步加强食品生产加工小作坊监管工作的意见》以及《食品生产加工企业质量安全监督管理办法》所采纳。同时，也应当按照质量安全风险，对处于食品风险水平的小作坊实施不同程度的法律规制。例如，对专供婴幼儿和其他特定人群的食品，或声称具有特定保健功能的食品，就不得放宽小作坊的准入条件。

（三）规制原则：打疏结合、罚扶结合

随着 2005 年《关于加强食品生产加工小作坊监管的指导意见(试行)》的下发，食品生产加工小作坊监管工作全面启动，质监部门沿用了食品生产许可证制度的思路，在介入食品生产加工小作坊监管过程中采取了以堵为主的途径。[17] 在这样一种思路之下，政府习惯使用直接的政府许可与处罚手段管住食品生产加工小作坊的经营行为。监管机关在查处相关违法行为之时，常常偏好于罚款手段实现整治目的，却常常忽视整改手段的适用。这就使得违法行为被罚款之后，仍然处于持续违法或继续违法的状态。在未来的规制过程中，除却堵住违法生产的缺口之外，尚需疏导小作坊生产所存在着的众多安全生产问题，在有条件的情况下，引导小作坊走向安全生产发展的道路。其实，小作坊所生产的食品并不必然与质量不合格、违法取缔等相关。对于某些有潜质走向合法的小作坊应当包容其存在，

[17]常宇鹏. 洛阳市食品小作坊监管情况的调研报告. 郑州大学 2012 年专业硕士学位论文. 37

给予其一定的整改与发展空间，正确引导食品生产加工小作坊走向符合规范生产的方向。若不采取疏导的规制策略，一味强调对食品生产加工小作坊的限制，将助长监管机构“以罚代管”现象的产生，最终导致对食品生产加工小作坊的“管不胜管”。

（四）规制重点：准入机制、帮扶机制与处罚机制

1. 准入机制

《食品生产加工企业质量安全监督管理办法》很明确地规定了食品生产企业的准入要件，即均需获得食品生产许可证及 QS 认证标志。这样一种措施的采取显然能从源头上打击食品质量低下的生产企业，也为食品质量安全监管提供了制度上的保障。但如前所言，对于食品生产加工小作坊需由当地政府结合辖区内的特殊情况作出具体性的规制意见。这就要求食品生产加工小作坊的市场准入机制在兼顾兼安全性的同时，也应当体现灵活性。《食品安全法》第二十九条第三款也对食品生产加工小作坊颁发了“特赦令”，为建立适应食品小作坊自身特点的准产许可制度扫清法律障碍。[18]当地政府可以根据本地基本情况，对具体性的市场准入要件等技术规范的设置。例如，对食品生产加工小作坊之许可设置稍低于大中型食品生产企业的要求，但同时对小作坊之销售区域进行限制，控制其流通范围。

2. 帮扶机制

在给付行政模式之下，食品生产加工小作坊之规制并非仅仅涉及到食品安全问题，它还关涉到小作坊业主及其从业人员的生存生活问题。在某种程度上可以说，生产经营一个小作坊，可以养活一家人，甚至几家人，这是实实在在在为政府、为群众分忧解愁。因此，监管部门不能简单以产品质量不合格、无证生产食品为由，一棍子予以取缔。给付行政下小作坊之规制不仅应当注重监管问题，还需考量对小作坊的引导帮扶问题。即应当将帮扶机制的构建作为规制食品生产加工小作坊中一个更为突出的地位。通过政策等手段引导帮助食品生产加工小作坊挖掘其自身的优势并克服其劣势，让小作坊业主感受到不治理改造就有损失的氛围，最终整合做强，规范发展，从而自根本上解决小作坊规制难的困境。对此，我国的食品安全法也是直接确立了引导帮扶和监管并重的原则，允许地方政府因地制宜地采取相应措施规制小作坊之生产。就如何进行帮扶而言，在实践中已经出现了几种经验模式：

第一，联合经营模式。当地政府通过财政补贴等各种手段将某一地区范围内分散但生产品种同类的小作坊进行资源整合，引导这些小作坊业主共同投资建立符合食品卫生要求的新企业，从而达致合法生产的条件。

第二，龙头企业收购模式。由于联合经营可能存在着利润分配、亏损承担等

[18]常宇鹏. 洛阳市食品小作坊监管情况的调研报告. 郑州大学 2012 年专业硕士学位论文. 23

各种问题，故有些政府引导小作坊业主只进行产品的初加工，再由某些龙头企业专门性的收购与精深加工。如此一来，小作坊就成了龙头企业的半成品加工车间。龙头企业在统一收购小企业初加工的食品后，将严格按照质量体系要求运作。这样配套性的生产，解决了小作坊食品难以达标上市的难题，又能有效遏制假冒伪劣现象，最终凸显了龙头品牌的规范效应。

第三，协会推动模式。某些地区内，同一食品生产作坊众多，但其各自的标准存在着差异，价格销售也存在着无序竞争。对此，可以通过引导成立行业协会或经济合作社的方式，综合协调各食品的生产标准。同时，由行业协会或经济合作社推动散装食品的统一工艺、价格、包装、检验等事项，也能促进小作坊生产的发展。

第四，工业园区生产模式。政府部门承担建立工业园区的责任，然后组织小作坊业主集体进驻生产环境卫生达标的加工基地内进行集中生产与统一检验，这样提高产品质量的安全保障。

第五，加盟生产模式。对于那些生产工艺较为安全，且极具特色的食品，可以引导生产类似产品的小作坊加盟，实行统一品牌、统一检验。

第六，重点培训+行政资助模式。在众多食品生产加工小作坊中，可能存在某些生产设备、生产环境较好的小作坊，这时通过重点培训与行政资助的模式可以督促与帮助小作坊业主做好改造工作，重点引导小作坊业主在生产设备、操作安全、产品检验等方面逐渐达到安全生产的要件，督促他们建立进货台账、生产与检验记录等，规范其食品添加剂的合法使用，从而顺利获得食品市场准入的通行证。同时，对于那些根本无法达到合法生产条件的小作坊业主，在劝阻其停止违法生产行为之后，为解决其谋生问题，也采取培训技术等方式，牵头为其在有用人需求的加工基地内提供暂时的工作岗位。

3.处罚机制

处罚机制的构建是规制食品生产加工小作坊所必不可少的管制手段。在实践过程中，监管部门对于不合法经营的小作坊业主要首先给予一定的帮扶与引导。但对于某些根本无法达到合法生产条件的小作坊而言，监管部门亦不能基于其关系着民生安稳，便对小作坊存在的隐患坐视不理。监管部门应当采取日常监管、随机抽查等方式对小作坊之生产进行严密管控，同时也要鼓励消费者对其发现的违法经验小作坊进行检举揭发。对重大违法情形只有不姑息养奸，才能有效提升规制的安全系数。值得注意是，在实践中，存在着干预行政模式下重处罚轻帮扶的现象。如大部分地方政府过于强调“秉持高压态势，以开展食品生产加工小作坊专项整治行动的方式，继续沿用食品生产许可证制度的思路，采用‘两严一打’模式进行规制。”这就需要各地政府转变其理念，在规制食品生产加工小作坊之时，应当充分考虑到其在方便群众生活、消化地方农副产品、体现地方特色、解决城乡就业等方面发挥的重要作用，将打击违法与帮扶发展有机结合起来。

四、结语

食品生产加工小作坊的行政规制问题与中国悠久的饮食文化传统、劳动者的自我保存与发展以及城乡就业等息息相关，此类小作坊的长期存在将是一个必然性问题。因此，如何监管与引导食品生产加工小作坊规范经营，怎样提升其食品安全质量，又能发扬地方传统饮食文化，且能满足低收入人群的消费选择，是各级政府及其工商质监部门必须面对与解决的现实问题。这就需要监管部门转变干预行政模式下以秩序安全为目标的行政规制，开始以给付行政的服务理念去对待食品生产加工小作坊的行政规制问题。在规制过程之中，对那些不合生产安全的食品生产加工小作坊，不可能不加区分地一棍子打死，而要积极探索“统一规划、分类监管、集中检测”的新模式，鼓励具有特色的食品生产加工小作坊，通过联合经营、配套加工、工业园区生产、协会推动等形式整合做大一批有区域产品特点的经济联合体，最终从根本上解决食品生产加工小作坊的监管问题。

社会法视野下环境保护临时性措施的法治构建

龚海南[1]

【内容摘要】由于环境污染具有持续力度极强以及恢复难度极大的特点，传统诉讼中事后赔偿等救济方法无法及时制止环境污染行为，为了应对环境污染难题，有效化解环境纠纷，保证诉讼保全制度在环境诉讼中的有效贯彻与确切落实，应当借鉴国外已经较为广泛应用的环保禁令制度来实现国家治理手段上的突破与创新。只有环保禁令制度才能有效地遏制环境违法行为以及合理的维护被申请人的合法权益，最大限度地实现当事人和社会整体环境利益的保护，既使有限司法资源的效用最大化，又提高了法律运行的实际效率。首先，诉前环保禁令以环境侵权行为地所或污染结果发生地所在基层法院管辖为宜；而对于诉中环保禁令，则直接由受理了环境侵权诉讼的法院决定即可。其次，不应当将提供担保作为诉前保全的必备条件。再次，需要从以下几个方面考量环保禁令的实施：在决定采取一个诉前或诉讼中的环保禁令时，法院除了需要考虑可能造成的不可弥补的损失之外，还需要判断申请人胜诉的可能性有多大，并权衡经济、社会、环境等各种利益，确立发展经济与保护环境、维护人类健康的平衡点。

【关键词】国家治理；循环经济法；环保禁令；行为保全；胜诉可能性；利益权衡；

在 20 世纪 70 年代中期以前，环境保护的义务还很少在各国宪法中涉及。但随着全球变暖、土地荒漠化和气候异常等一系列问题愈来愈严重，世界各国，特别是工业化国家，开始通过更多地政府干预介入经济活动，试图对产生环境污染和破坏的经济行为进行限制和管理。在此过程中，20 世纪中叶诞生的可持续发展理论，实际上就是人们全面反思传统发展理论、寻找人类社会发展的新出路、谋求新的发展战略、选择新的发展模式的产物。其中，无论环境保护是否构成已经成为新兴的基本人权，个人及国家都负有义务确保其所从事的任何活动，不会对环境造成损害。

但值得注意的是，在环境侵权案件中，污染或破坏环境的侵权行为通常不仅

[1] 龚海南（1976.2-），男，上海人，西南政法大学民商法博士生，重庆市第三中级人民法院研究室主任，在《法律适用》、《人民司法》、《兰州学刊》等中文核心期刊发表论文 6 篇，全国法院第 20 届学术讨论会优秀奖，中国法学会第七届中国法学青年论坛二等奖，重庆市人大主办“改革开放 30 年民主法制建设”理论研讨会二等奖，中国法学会第三届“京津沪渝法治论坛”优秀奖等，武陵山区中级法院（鄂、湘、黔、渝四省）第五届司法研讨会二等奖，重庆市法院系统调研成果评比获二等奖 1 次、优秀奖 4 次等。联系方式：13008352856。邮箱：76310183@qq.com。通讯地址：重庆市第三中级人民法院，邮编 408000。重庆市第三中级人民法院；重庆；400000

会造成受害人身体健康、生命和财产的损害，而且还会导致环境质量恶化、生态功能退化与生态系统平衡失调，严重的还会出现生态系统崩溃。这种受损害的生态环境往往难以得到修复与改善。即便是新民事诉讼法已经将公益诉讼纳入了诉讼机制之中，但由于环境污染具有持续力度极强以及恢复难度极大的特点，传统诉讼中事后赔偿等救济方法无法及时制止环境污染行为。可以说，环境保护手段的欠缺与无效问题已经威胁到人类的生存和发展。因此，为了应对环境污染难题，有效化解环境纠纷，保证诉讼保全制度在环境诉讼中的有效贯彻与确切落实，应当借鉴国外已经较为广泛应用的环保禁令制度来实现国家治理手段上的突破与创新。

一、循环经济法之环保禁令的理论背景

所谓环保禁令，又称环境诉讼中的临时性措施，是指在环境诉讼的裁判决定宣告之前，由人民法院依据职权或基于当事人的申请，要求污染环境的行为者停止实施其继续危害环境行为的一种民事裁定。由于环保禁令是针对环境污染者行为的禁令，故又被称为行为保全。究其本质，环保禁令是诉讼禁令的一种。按照诉讼禁令发布时间的不同，诉讼禁令可以分为诉前禁令、诉中禁令和诉后禁令；而循环经济法之环保禁令就是集诉前禁令与诉中禁令为一体的综合制度，它以及时纠正环境污染行为、防止环境污染的继续恶化为根本目的，对民事诉讼的程序性规定加以了制度性地重塑。作为一种临时措施，环保禁令的这种“临时”是相对于生效裁判文书所确定的“永久禁令”而言的，即该环保禁令不会影响到当事人最终权利的实现，且可以被后续的生效裁判文书所推翻。

（一）效率正义价值的证成

正义一直被认为是法律价值的中心。比利时哲学家 C．佩雷尔曼(Chaim Perelman)说过，正义是一个伟大的最有号召力的概念。[2]长期以来，人们一直以为非正义主要是指实体裁判上的不公正。但正义的内涵与属性决定了正义必须以人们看得见的形式及时地实现。即正义不仅是公平正义，也应当是一种效率正义。20 世纪末由美国当代名法学家波斯纳和卡拉布雷西等人推动的法律经济学运动，已经成了法律中的“显学”[3]。迟来的正义之所以为非正义，倒不是因为实体结论发生了错误或者造成了实体上的不公正，而是由于实体结论的过迟产生而造成了程序过程上的不公正。这种正义的迟到现象所损害的是司法裁判的及时性。[4]所谓及时，应当指相对人的合法利益与权利在合理的期限内得到法律的保障，损害得以迅速地救济，即及时得到其(根据法律)应该得到的东西。[5]

---

[2] 曾筱清.金融全球化与金融监管立法研究.北京大学出版社,2005.41
[3] 吴育林.社会主义道德与市场经济统一性研究.中山大学出版社,2007.223
[4] 陈瑞华.看得见的正义.北京大学出版社,2013.62
[5] 周世中主编.走出法学象牙塔——应用型法律人才培养模式创新实验区建设的研究与实践.广西师范大学

在环境损害案件中，对制止环境违法做出程序性规定，本是为了体现法律的公正，尊重被执行人的权利。[6]然而，如果任由边执行、边诉讼、边污染行为的发生，则难以恢复原装的被污染的环境将长期处于长期的被污染状态之中。即便最终的裁判认定污染者的行为违法，也属于一种迟到的非效率正义。这种正义的迟到损害了本应该尽早得到法律保护的受害人的合法权益，迟来的处理结果所造成的非正义感将使被害人以及其他与案件结局有着直接利害关系的人，产生一种受歧视，甚至被抛弃的感觉。[7]因此，法院必须通过作出环保禁令来及时制止环境损害行为。这样才能给与社会公众利益及时的法律救济，从而将被损害的当事人合法权益、公共环境利益以及社会秩序恢复到一种实质的平等状态。只有环保禁令制度才能有效地遏制环境违法行为以及合理的维护被申请人的合法权益，最大限度地实现当事人和社会整体环境利益的保护，既使有限司法资源的效用最大化，又提高了法律运行的实际效率。

（二）环境权利保障的需要

每个人从出生时起，一刻也不能离开空气、阳光、水和大地等环境要素。[8]但20世纪以来尤其是二战以后，严重的环境污染和世界范围的资源稀缺对人类自身的安全，以及经济社会的发展构成了严重的威胁。[9] 作为一项新的人权主张，环境权就是在这样的背景下提出来的，并逐步得到了道义上和法律上的支持。[10]从“自然一人一社会”作为一个辩证发展的整体的角度来理解，而不是站在人类中心主义，或自然中心主义的立场上，环境权利是一项自然权利，是指公民、法人及其他组织天生就应享有的保有适宜生存的环境和合理利用环境资源的权利。作为一种不同于自由财产权利也迥异于政治文化权利的新型人权，人类环境权具有代际权和共享权的特点。即由于地球只有一个，因而自然环境资源是人类世世代代的共享财富，人类必须世世代代予以保护方能有所继承，方能保证人类的延续。[11]

污染物与所造成危害之间的关系往往由于事物间的复杂性、危害初期的隐蔽性、造成危害的多因素性以及危害显现的长期性等原因，使得要确定某些环境污染所造成的危害大小往往有很大的难度。而兼之环境权利所具有的代际性特点，故一旦社会环境遭到破坏，就会造成影响深远的危害后果。例如，许多污染物质，特别是一些不易分解、降解的污染物将长期存在在海洋中，并随海水的流动，充分扩散到全球海洋的每个角落，殃及全世界的海洋环境和居民及其子孙后代。[12]

出版社,2011.320

[6] http://www.hshb.gov.cn/html/2012-04/6714.html.访问日期 2014-6-5

[7] 郑红秀编.走向法治——法治话语下的程序正义论.中国时代经济出版社,2010.41

[8] 田文富.环境伦理与和谐生态.郑州大学出版社,2010.130

[9] 贾卫列,刘宗超.生态文明观 理念与转折.厦门大学出版社,2010.198

[10] 贾卫列,刘宗超.生态文明观 理念与转折.厦门大学出版社,2010.198

[11] 徐祥民,田其云等.环境权环境法学的基础研究.北京大学出版社,2004.125

[12] 朱晓东等编.人类生存与发展的新时空：海洋世纪.湖北教育出版社,2000.304

因此，如果环境损害中司法裁判固守“以最终裁判文书作为救济依据”的观点，只以最终的经济补偿为救济手段，就会放任侵害行为发生与扩大，对受害人以及全社会而言都极端不利。尤其是在我国经济高速发展过程中，环境污染问题集中呈现出了压缩型、复合型特点，如不事前采取手段制止污染行为，而是在司法裁判作出之后纠正违法的环境污染行为，则将使得老的环境与新的环境问题一起发酵，造成难以估计的损害。这就需要人民法院能够在最终裁判作出前勒令停止违法行为，为环境损害受害人提供一种更为便捷有效地诉讼规则和实用程序，实现其权利救济的需要。这也是环保禁令制度的基本诉求，即通过简捷有效的程序规则，能够满足公众环境权利意识提高后权利救济的急迫需求。

（三）民事诉讼实践的响应

我国环境问题由过去演变至今，呈现出在新老污染源存在的基础上新增污染源、传统污染类型和新的污染类型同时并存、污染范围持续扩大、污染和生态破坏产生持续性影响等恶性循环后果，增加了在治理范围、治理对象、治理手段等方面的困难。[13]为了防止环境污染的持续发生，新修订的《民事诉讼法》以提起公益诉讼的方式赋予了法定机关和有关组织代为保护社会公共利益的权利，且更加强化了诉讼中保全制度的运用与实现。与此同时，重庆市高级人民法院于 2011 年 11 月 15 日率先以制度的形式推出了“环境保护禁止令制度”。随后，昆明地区紧跟而上，对“环境保护禁止令制度”做出了更为细致的规定，如环保禁止令的概念、申请范围、申请条件、申请的审查、申请错误的救济、禁止令的效力和执行。再后来，江苏省无锡市、常熟市、昆山市均开启了“环境保护禁止令”的司法实践。在贵州，依据诉讼法有关诉讼保全的规定，贵阳法院创设环境侵权案件“诉前禁令”制度，将传统意义上的财产保全扩大到行为保全。[14]该院于 2013 年 2 月作出第一个环境侵权“诉前禁令”，有效防止环境污染损害的扩大。

可以说，法院的禁止令，不仅保障经济罚，更可以执行行为罚，这样可以更好地从严从快从重处理环境违法案件。环保禁令制度转变了传统的权利救济理念，将救济阶段由终审裁决作出后提前至诉前和诉中，以预防性救济有限度地替代补偿性救济。环以新《民事诉讼法》的施行为契机，重庆市、昆明市、贵阳市等地法院积极试点推行的环保禁令，丰富了我国环境损害的权利救济手段和救济方式，迈出了完善环境民事诉讼救济制度的重要一步。它加速了民事保全制度的部门法化，其对环境民事诉讼中权利救济理念的革新，客观上将为整个民事诉讼权利救济理念的转变提供必要的推动力量。

（四）域外禁令制度的启示

自 20 世纪晚期以来，因为天然重大灾害相继发生、科学技术进步及各国间的相互合作，已经使得环境保护的议题受到相当程度的重视，也有相当多对于如

[13] 何广顺,王晓惠,周怡圃等.基于区域经济发展的渤海环境立法研究.北京出版社,2009.111

[14] http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2013-07/07/content_66386.htm?div=-1.访问日期 2014-6-5

何保护环境的回应，因此，吾人须先了解域外禁令制度的相关经验。

在英美法中，禁令是衡平法上关于行为保全的救济措施，通常是在普通法对某种损害行为不能提供充分救济时，当事人就可寻求禁令来作为补救。由于民事诉讼常常要花费很长的时间，能够将侵权事态及时制止的临时禁令就显得尤为重要，否则，即使诉讼成功，侵权人很可能已经造成不可挽回的损害。故当某种民事侵害行为可能继续或者虽未发生但已迫在眉睫，法庭可依当事人的申请或依职权发出禁止令。禁令制度分为中间禁和最后禁令。简单地说，最后禁令就是在对实体问题听审后，在诉讼的最后阶段作出的禁令，具有判决的性质， 而中间禁令是在诉讼程序进行过程中，法庭对实体问题进行听审前作出的禁令。[15]“中间禁令是在法庭对案件的实体问题作出最后的判决之前所作出的快速的、短期的救济措施。这些命令适用于在等待案件实体判决时为了避免那些难以弥补的损失而需要法庭立刻采取措施的场合”。[16]许多案件，尤其是衡乎法庭受理的案件，当事人们往往接受中间禁令，认为中问禁令说明审理极可能得出的结论，所以不再继续诉讼程序，案件就此结束。[17]当然，凡法院给与禁令时，法院的实践要求原告作出允诺：如果经过审理原告得不到所申请的救济，他应赔偿对方因禁令而遭受的一切损失。[18]同样，禁止令在意大利、葡萄牙也扮演着重要的角色。相关的案件大多为海上非法捕鱼(意大利)、严重的污染以及非法的废弃物处置，尤其是存在累犯的危害性(德国)。在丹麦，阻止环境污染的禁止令措施属于行政措施，但是情节严重的污染案件一般由刑事法院实施处罚。在荷兰，实施禁止令的规定属于刑事法律范畴；在葡萄牙这一规定则完全属于行政刑法体系；在瑞典，这种处罚措施体系自成一体。[19]

值得注意的是，在既有的以“行为保全”为研究对象的论述中，有部分研究成果将大陆法系的假处分制度与“行为保全”的制度相等同。如《德国民事诉讼法》中没有设“保全程序”专章，而是以“假扣押与假处分”直接命名。日本对民事保全单行立法，究其内容，也是对审判程序的假扣押与假处分和作为执行程序的假扣押与假处分作出规定。[20]根据请求内容不同，德日等国学者又将确定临时状态的假处分区分为制止性假处分和履行性假处分。其中，对被告行为的制止是在权衡了多种因素之后，基于一种假设而作出的应急选择，即暂时承认原告在争执的法律关系中处于权利人的法律地位，为了避免损失的扩大而责令被告实施一定的行为。[21]

---

[15] 郭小冬.民事诉讼侵害阻断制度研究.知识产权出版社,2010.52
[16] 郭小冬.民事诉讼侵害阻断制度研究.知识产权出版社,2010.53
[17] 沈达明编.比较民事诉讼法初论.中国法制出版社,2002.557
[18] 沈达明编.比较民事诉讼法初论.中国法制出版社,2002.560
[19] （荷兰）迈克尔·福尔,（瑞士）冈特·海因主编.欧盟为保护生态动刑——欧盟各国环境刑事执法报告.中央编译出版社,2009.25
[20] 李仁春.民事保全程序研究.中国法制出版社,2005.71
[21] 郭小冬.民事诉讼侵害阻断制度研究.知识产权出版社,2010.45

英美法系和大陆法系的代表性国家都异曲同工地发展了行为保全制度，增加了保全的种类，扩充了保全的范围和方式，在法学理论和司法体系中建立起并实践了行为保全，发挥着财产保全所不可替代的作用，并与财产保全一起构建了一个较为完整的保全体系。[22]无论是中间禁令制度还是假处分制度，都是相对终极救济而言的暂时性救济手段。这种临时救济以对申请人权利救济的效率为首要目标，其效率价值体现在以下几个方面：一是申请提出时间的灵活性，既可在诉讼前，又可在诉讼开始后、终审裁判作出前；二是注重救济的迅速性，英美中间禁令在情况紧急下不经通知被申请人即可作出；三是审查范围的放宽，对案件是非曲直、请求权和请求理由、紧急审理申请范围的要求较低；四是效力的有限性，以防止过度追求效率理念给当事人的实体权利造成损害。这些均对我国构建环保禁止制度有着不可言喻的促进作用。

二、循环经济法之环保禁令的启动程序

（一）管辖权的确定

管辖权是指法院从事其行为，包括审理和判决案件的权限在内的权力。从纠纷的裁判者角度看，管辖权是司法权或审判权的基础，司法权通过对管辖权的分配而特别授予；从受裁判者角度看，只有将具有可司法性或可裁判性的事项提交法院，才能够使纠纷通过司法途径获得解决。[23]确定管辖制度的意义都是多方面的. 首先是便于当事人请求司法保护，使当事人在民事权益受到侵害或者发生争议时，能够便捷、及时地了解在哪个法院起诉或应诉；其次是保障各法院在划定的职权和职责范围内及时行使审判职权和履行审判职责，避免法院之间对民事案件相互推诿或互相争执。[24]正是基于上述两种考虑，对于诉前环保禁令以环境侵权行为地所或污染结果发生地所在基层法院管辖为宜，这样才不至于因盲目禁止而损害行为人的合法权益，又可及时保护提出申请者的合法权利；而对于诉中环保禁令，则直接由受理了环境侵权诉讼的法院决定即可，无需诉诸其他法院，平添诉累。其他诸如案件移送、不予立案等程序可以准照一般民诉程序。

但值得注意的是，管辖权异议制度的能否运用？管辖权异议，是指当事人向受诉法院提出的该院对案件无管辖权的主张。规定管辖权异议一方面可以进一步落实当事诉讼权利平等原则，另一方面也有利于法院正确行使管辖权。[25]但环保禁令制度是否也应有相应的管辖权异议程序呢？答案应是否定的。原因有四：其一，从环保禁令的价值追求来讲，及时有效地制止环境损害行为、实现权利救济是首要目标，繁琐的程序势必会造成申请审查效率的降低；其二，从环保禁令的

[22] 张卫平主编；施高翔.中国知识产权禁令制度研究.厦门大学出版社,2011.47
[23] （美）爱德华兹；傅郁林等译评.美国法官裁判文书自选集（爱德华兹集）.华中科技大学出版社,2013.99
[24] 王娣,傅郁林，乔欣等.民事诉讼法.高等教育出版社,2013.122
[25] 李浩.民事诉讼法学.法律出版社,2011.84

程序构造来讲，它并未对被申请人的实体权利进行处分，即使管辖权有误也不会对被申请人造成不可弥补的损害；其三，从被申请人的权益保障来讲，申请人向法院提出申请时，原则上必须提供担保，这可以保障因申请错误给被申请人造成的损失能够得到弥补；其四，由于法律没有规定相应的处罚强制措施，当事人即使没有正当理由也可以有恃无恐地在管辖问题上纠缠不休，且无须承担任何责任。[26]因此，管辖权异议极易成为当事人拖延诉讼的“策略”，这与环保禁令所面临的不可扭转的需要及时得到纠正的污染损害相矛盾。

（二）环保禁令申请的提起

环保禁令是在案件全面审理前对当事人行为进行一种限制和约束。确立环保禁令制度的意义在于，通过裁定禁止被申请人为或不为一定行为，可以防止申请人权益或社会公共利益的继续受到不可恢复损害。因此，对于诉中环保禁令而言，人民法院可依据当事人的申请，也可基于维护公共利益的目的而依据职权决定采取环保禁令措施。但基于司法诉讼的被动性，对于诉前环保禁令，法院只能依据当事人的申请而开启环保禁令审查的程序。且由于诉中环保禁令的申请之基础在于一个已经成立的诉讼程序，故申请人一般具有提出环保禁令的资格，无需详细论述。故此处将笔墨集中于诉前环保禁令申请的提起。

现行起诉条件的制度逻辑在于，通过起诉条件控制滥诉，节约国家司法资源。然而，这一手段过于依赖立案法院的事前审查而缺乏事后规制措施，其实它对预防滥诉所起的作用是有限的。[27]按照我国广泛接受的大陆法诉权理论中的“二元诉权说”，对于起诉和受理条件加以限制做过多的限制并无根据。可以说，现行起诉制度将起诉条件与诉讼要件严重混淆，造成起诉条件高阶化和起诉难，在一定程度上限制甚至遮蔽了当事人诉权。同时，我国法律并未赋予当事人在立案阶段的程序参与权，这种程序保障的缺乏有可能导致纠纷被法院拒之门外，容易激发当事人的不满，也容易造成社会对司法权威的不信任。更为重要的是，当事人向法院提出申请，启动环保禁令程序以产生诉讼系属时，需要考虑民事诉讼起诉条件的“高阶化”与环保禁令制度追求的“高效性”之间是否存在冲突。毕竟，环保禁令制度是一种高效、便捷的救济途径，繁琐的起诉程序可能造成环境污染的不可回转。因此，在诉前环保禁令的提出时，应将原来绝大部分涉及实体问题的起诉条件审查放于实体审理过程中，只保留与实体审查无关或关系不大的“纯粹”的起诉条件。具体来说，当事人应当明确；申请事由作为审理对象要以法定形式向法院提出，提交申请书及相应证据并交纳申请费。如果环保禁令申请因客观原因欠缺某个形式要件，原则上也并不必然导致申请的失败，除申请人拒绝在合理时间内补正外，法院应予受理。

---

[26] 张卫平,齐树洁主编.司法改革论评（第 14 辑）.厦门大学出版社,2012.150

[27] 陈桂明主编.中国法学会民事诉讼法学年会论文集(民事诉讼法学专论 2007 年卷).厦门大学出版社,2008.128

（三）环保禁令申请的担保

采取环保禁令的措施的法律意义是禁止当事人或利害关系人继续实施损害其他当事人利益货公共利益的行为，等待法院作出判决。这种禁令建立在诉讼结果尚未确定的基础之上，难免会因环保禁令的错误实施而造成对被申请人的损害。故一般而言，请求法院采取环保禁令的申请人，在提出申请时应当提供担保，申请人不提供担保的，驳回申请。若在执行停止有关行为裁定过程中，被申请人可能因采取该项措施造成更大损失的，人民法院可以责令申请人追加相应担保。申请人不追加担保的，解除有关停止措施。[28]这样，一方面，环保禁令之担保责任，可以强化申请人的责任感，另一方面可以确保被申请人因申请环保禁令错误而产生的损失得以弥补。

但值得注意的是，发布环保禁令的目的在于暂定法律关系状态，防止重大危险的出现，因此，法院在审理时职权色彩明显，不严格遵循处分权主义。其原因在于：一是降低当事人适用行为保全制度的难度，二是此类行为保全可能涉及其他第三人或社会的利益(如环境公害事件行为保全所保护的利益明显具有社会性等)，为了保障第三人或社会利益免受侵害，法院应当依职权决定行为保全的方法。[29]故不应当将提供担保作为诉前保全的必备条件。利害关系人申请诉前保全，申请人是否应当提供担保的问题，应当由法院自由裁量而不是由法律作出强制性的规定。[30]比如，在一些公害性案件，以工业废水污染为例，某一工厂所排放的污水造成河流严重污染，附近居民和在该河流养殖水产品的企业申请法院采取保全措施。对于工厂来说，保全措施意味着停产，而停产则造成巨大的损失。倘若按照该损失数额要求受害人提供担保，受害人显然承担不起，而且也需要很长时间。况且保全措施对施害者造成的损失也很难确定。在日本就有公害案件的假处分因上述原因不必提供担保的例子。[31]

另外，但是如何确定担保的范围却是一个在实践中难于把握的问题。如果担保范围过大，势必会给申请人带来很多额外的负担；反之又会无法给予被告合法权益以有效、充分的保护。[32]关于担保数额的确定，英美法系中间禁令制度和德国的假处分制度都是以被申请人可能遭受的损失为标准，我国环保禁令申请的担保数额也应以被申请人可能的直接损失为限。担保的形式依照担保法的规定。具体而言，法院确定担保数额时可以遵照以下步骤：先会同当地环保团体、行业协会、环保行政主管部门等相关单位，审查被申请人可能的损失数额以确定初步的担保数额；再根据当地的经济发展水平、申请人的经济能力、申请人的证据材料初步显示的其胜诉可能性等要素，对初步的担保数额作适当修正，确定最终的担

[28] 杨西玲主编.民事诉讼法教程.陕西人民出版社,2007.101
[29] 江伟主编.民事诉讼法 第 5 版.中国人民大学出版社,2011.209
[30] 毕玉谦,谭秋桂，杨路.民事诉讼研究与立法论证.人民法院出版社,2006.264
[31] 李仁春.民事保全程序研究.中国法制出版社,2005.144-145
[32] 骆东平等主编.民事诉讼法学.厦门大学出版社,2010.266

保数额。例外地，如果是为了公益或者申请人有特别困难无力提供担保，人民法院经审查认为有必要进行行为保全的，法院可以裁定申请人可以不提供担保。[33]

三、循环经济法之环保禁令的实体裁判

如果将管辖权、当事人适格、申请人提供担保作为法院审理环保禁令申请的形式要件，那么法院对环保禁令的裁判准则，则是法院作出判决所需要的实体要件。申请人若要获得期望的环保禁令裁定，必须向法院提供能够满足其裁判准则的证据，否则将会被驳回申请。与一般民事诉讼请求相比，法院认定环保禁令请求成立时所适用的裁判准则更为严格。

（一）损害不可弥补性

虽然行为保全与财产保全都为防止合法权益受到难以弥补的损害，但二者关注的重心并不相同：财产保全解决的是判决所确定的债权将来有难以实现的危险，具有将来性；而行为保全解决的是因请求权行使本身的迟延特点所产生的导致请求权缺乏实际利益的危险，具有现实性。[34]而环保禁令作为行为保全的一种措施，也必然需要以损害的正在持续地受到被申请人的损害为基本要件。若被申请人的环境损害行为已经完成、损害结果已经出现，则没有必要使用禁令这种以停止侵权、恢复原状为内容的救济方式。因此，环保禁令的申请人必须提供有效证据来证明他人正在实施行为可能是损害社会环境的违法行为。

且在现代实践中，法院在考虑是否同意初步救济的时候，无法弥补的损害是一个考量的因素。只有当法律上没有足够的救济的时候环保禁令才能介入。例如，在环保禁令的申请过程中，被禁止的行为可能给社会环境造成“难以弥补的损害”，如用金钱难以弥补的损害。如在 Flether v. Bealry（1885）28Ch. D.688 案中，原告向法庭申请禁止被告以任何一种可能污染河水的方式倾倒废物。法庭认为该损害几十年后才会发生，原告并没有因被告排放的废弃物而面临十分紧迫的危险，且有足够的时间采取避免损害发生的措施，因而不具有损害难以弥补的情形，原告的禁令申请被驳回。

当然，环境侵权危害人数往往众多，且不局限于当代人，有时还会损及后代人；而且往往同时危害生命健康权、人身权、财产权等众多权益。因此环境侵权救济中注重运用事前预防性的侵害排除手段。[35]故在证明被禁止行为可能给其造成“难以弥补的损害”时，并不需要证明可能的侵权行为造成的损害在客观上是绝对的“难以弥补的损害”。同时，诉前环保禁令的申请不是一个自给自足的独立存在的程序，不能脱离审判程序和执行程序而存在，也即诉前环保禁令的申请程序原则上需要有诉的事后提起为前提。若申请人在合理期限内，未能及时提起诉讼，

[33] 姜启波,张力.民事审前准备.人民法院出版社,2005.134
[34] 最高人民检察院民事行政检察厅编.民事行政检察指导与研究 总第 12 集.中国检察出版社,2013.82
[35] 李爱年,李慧玲主编.环境与资源保护法.浙江大学出版社,2008.149

则法院可驳回诉前环保禁令的申请。

（二）胜诉可能性

在决定采取一个诉前或诉讼中的环保禁令时，法院除了需要考虑可能造成的不可弥补的损失之外，还需要判断申请人胜诉的可能性有多大。胜诉的可能性是在对诉讼各方的损害之间进行平衡比较后才能确定。当艰难的平衡决定性地倾向于原告时，原告不需要强烈地表明胜诉的可能性以获得预防性的环保禁令。莱特把这种平衡表述为一种“倾斜的平衡”。这一点可以比照专利侵权中的诉前禁令等制度。在德国、美国等专利制度发达的国家，法院在作出是否准予临时禁令措施时，都要考虑原告胜诉的可能性。[36]

这就要求法院在作出环保禁令之前，对案件的基本走向特别是申请人在实体诉讼中胜诉的几率作出预判，以避免禁令救济与案件最终的审理结果不一致对被申请人造成的损害。参照国外司法实践经验，法官认定胜诉可能性要素一般是通过审查申请人权利的有效性及被控行为侵权的可能性两方面因素来实现。[37]且由于环保禁令在时间上较为紧迫，因而法院只能就环保禁令请求有无理由进行“低密度的明显性审查”，借此判断当事人申请禁止某一行为的请求是否具备充足理由。毕竟，过度追求申请人的胜诉可能性，可能会背离环保禁令制度“及时、高效的实现权利救济为第一要务”的基本理念。因此，法院在是否发布环保禁令程序中所作的审查，是较粗略，且具概括性，而不深入探究细部与过度复杂性的问题，故称为“略式审查”。申请人请求人民法院发布临时禁令时，无须提供确切的证据清楚、全面地证明被申请人环境侵权行为的存在，只要提交的初步证据能证明环境侵权行为有存在的合理性即可。另外，如果有必要作出预备性禁制令以保护原告免受严重伤害，同时对被告又不造成负担，那么即使原告证明胜诉的可能性时，理由不够充分，也可能获得禁制令。相反，如果预备性禁制令会给被告造成严重负担，原告就需要表明有更大的胜诉可能性。[38]

（三）利益权衡

一项环保禁令的出台取决于主要争诉问题胜诉的可能性以及损害的紧迫性。如果由于特定原因在具体个案中不能完全确定胜诉前景，比如由于需要广泛收集证据，则要对颁布或不颁布环保禁令的后果进行利益权衡。一般而言，诉讼不仅仅是影响当事人两极间的事情，公共利益也会被牵扯进去。通常认为法院考虑公共利益，在于审查发布或拒绝禁制令对“非当事人利益”的影响；公共利益有时也指原告请求所依据的法律中体现的一般政策。[39]对环境侵权的原因行为，既不能完全禁止，也不能完全放任自流，而应权衡经济、社会、环境等各种利益，确立发展经济与保护环境、维护人类健康的平衡点，并据以对环境侵权的原因加以适

[36] 万鄂湘，张军主编.民事法官必备法律司法解释解读（中册）.人民法院出版社,2008.1081
[37] 刘春霖等编.知识产权法实施中的疑难问题.中国人民公安大学出版社,11
[38] 庄汉.正义与效率的契合——以行政诉讼中暂时权利保护制度为视角.清华大学出版社,2010.161
[39] 庄汉.正义与效率的契合——以行政诉讼中暂时权利保护制度为视角.清华大学出版社,2010.159

度的调控与限制。[40]

如在 Boomer v. Atlantic Cement Co., 26 N. Y.2d 1020(N.Y. 1970)案中，被告开了一家很大的水泥厂，靠近纽约奥尔巴尼。他们被相邻的土地所有者起诉，污垢、烟和工厂的振动伤害了这些土地所有者的财产。原告寻求永久性禁令和赔偿金，但是禁令的要求被拒绝了。尽管裁决的内容是：第一，存在妨碍行为；第二，原告受到实质上的损害，但否定禁令的根据是“妨碍行为和禁令造成的经济后果的巨大悬殊”。基于这种原因否定禁令，法院承认这是“推翻了在这个法院的一些例案里被持续重申的且从未被否定的法律原则，即妨碍行为被发现和提起诉讼的一方证明受到实质损害，禁令将被同意。”在纽约，以前的规定是这样的妨碍行为会被禁止，即使妨碍行为的影响和禁令的影响所造成的经济后果已经表现出明显的差异。法院指出被告对工厂的投资超过$45000,000 并且雇佣了 300 名员工。法院确信使工厂不产生妨碍的运行的技术是不存在的；在可预见的未来这种技术也不太可能开发出来。法院明确表示现在要平衡与妨碍行为造成的损害和停止妨害行为的成本。如果这项经济费用巨大，那么没有禁令会被批准。在这类案件中，法官思维中应兼有方法论个人主义和方法论集体主义的元素，才能认识问题的复杂性，才能更好地进行利益衡量，以实现最佳利益。

[40] 李爱年，李慧玲主编.环境与资源保护法.浙江大学出版社,2008.149

环境侵扰与权利保障：
社会法中不可量物侵入之补偿请求权的法律构建[1]

石珍[2]

内容摘要：尽管《物权法》在相邻关系一章以第 90 条的形式对不可量物侵入作出了规定，故其以不完全法条的身份宣示了相邻关系视域下不可量物侵入之救济制度的缺位。同时，无论是《侵权责任法》、《民法通则》抑或是《环境保护法》，均只明确规定了环境侵权的判断标准：即以造成了“重大损害”作为判断侵入者承担民事责任的前提。该“重大损害”或以实际发生人身财产实质损害为判断标准，或以违反符合法定的排污许可或排污标准为判断标准。这样，在不可量物侵入符合法定的排污许可以及排污标准之时，只要未产生显性损害（病理性损害为显性损害），受害人即便遭受难以忍受的精神折磨，亦无法寻求相应的救济。甚至，受害人会因遭受的噪音侵害处于法定标准之上或下而获得天壤之别的司法判决。这显然有失公正。因此，本文针对不可量物侵入在程度和性质上的差异，创造性的引入了“较大损害”这一与传统实践中“重大损害”标准相对应的标准，构建出了相邻关系视域下不可量物侵入之补偿请求权。具体而言，本文认为，对于轻微侵入，相邻各方负有决对的容忍义务；对于重大侵入，则应课以侵权法上的责任；而至于较大侵入，则应赋予受害方相邻关系上的补偿请求权。当然，较大损害的判决，必须借助于法官的自由裁量，从利益因素、时间因素、距离因素、妨害排除之可能性、不可量物妨害行为的形态性质等方面加以实际判断。

关键词：不可量物；补偿请求权；相邻关系；较大损害；重大损害；轻微损害

不可量物侵入问题涉及公共利益与私人利益，横跨公法和私法两大法域，制度构成十分复杂。在现代大陆法系中，关乎不可量物侵入的法律调整主要有两种

---

[1] 本文参评优秀青年论。

2 石珍，1985 年 8 月出生，本科就读于西南政法大学获法学学士学位，研究生就读于西南政法大学获宪法学与行政法学硕士学位，现任重庆市大渡口区人民法院研究室主任助理，曾在《法律适用》、《人民司法》、《天津行政学院学院》、《岭南学刊》、《人民法院报》、《中国消费者报》、《中国工商报》等刊物上发表论文三十余篇，曾在中国法学家论坛、全国法院系统学术讨论会、执法公信力论坛、青年法学论坛、京津沪渝法治论坛、泛珠三角合作与发展法治论坛、审判管理专业委员会年会、全国副省级城市法学会年会、广东社会科学学术年会、“全国“鹏城法治”杯《深化司法体制机制改革》征文、中国工商总局“商事登记制度改革”、行政审判专业委员会年会”等比赛中获得三十余个省部级及其以上奖励。联系方式：13760139843；通信地址：重庆市大渡口区人民法院研究室；邮编：400000；邮箱：huayuanfeiyu@163.com。重庆市大渡口区人民法院；重庆；400000

不同的规范模式：一种是以物权法为中心的制度模式，另一种是以侵权法为中心的制度模式。[3]其中，物权法主要从相邻关系的角度对不可量物的侵入进行调整。就我国现行的立法规范而言，《物权法》第 90 条[4]、《侵权责任法》第 65 条[5]、《民法通则》第 124 条[6]、《环境保护法》第 41 条[7]、《环境噪声污染防治法》第 61 条[8]、《大气污染防治法》第 62 条[9]等均对不可量物的侵入加以了法律层面的规制。

相邻关系制度的功能定位为对相邻之物在使用过程中的冲突进行调整，实现物之利用效率的最大化及利益平衡。而在现代相邻关系制度中，不可量物侵入制度往往处于核心地位。因此，就必须从相邻关系的视域借助利益平衡的理念对不可量物侵入的救济制度进行构建。然而，尽管《物权法》在相邻关系一章以第 90 条的形式对不可量物侵入作出了规定，但该条款并未对受侵入者在何时有权禁止不可量物侵入、何时对此侵入负容忍义务以及在负容忍义务时是否有补偿请求权等问题作出任何规定，因此该条款充其量在性质上只是一个用处不大的引致性法律条款。即从物权法角度对不可量物侵入实施法律规制存在着制度上的缺失。而单纯从侵权法层面规范不可量物侵入，则惟该不可量物的排放对受侵入者的身体、财产等造成了显而易见的损害或该不可量物的侵入违反了国家的强制性排放标准[10]，受侵入者方可请求侵入者承担损害赔偿或排除侵害的侵权责任。这样，在纷繁复杂的社会现实中，受侵入者的权利便无法得到充分救济，如侵入者在行政许可的范围内排放噪音时，受侵入者只能望而兴叹。

其实，不可量物侵入的排放标准仅仅为法律拟制的结果，不可量物的排放符合法定标准并不意味着该排放行为就没有对他人造成损害。法律将标准范围内的侵入权利分配给侵入者，只是禁止了受侵入者以物权请求权的方式阻挠侵入者排放不可量物。若不从相邻关系的角度赋予受侵入者一定程度的补偿请求权，则对受侵入者而言难免有违公平正义。因此，对于于司法实践之中，法官审理该类案件时，其所关心的不应为不可量物侵入是否达标的问题，而是更注重相邻关系视域下利益平衡的运用与权利公正的考量。它要求法官于一定条件之下发挥其主观能动性，根据一定的价值标准以保证最重要利益的最小损失，以便做出恰当的审

[3]金启洲.民法相邻关系制度.法律出版社,2009.80

[4]不动产权利人不得违反国家规定弃置固体废物，排放大气污染物、水污染物、噪声、光、电磁波辐射等有害物质。

[5]因污染环境造成损害的，污染者应当承担侵权责任。

[6]违反国家保护环境防止污染的规定，污染环境造成他人损害的，应当依法承担民事责任。

[7]造成环境污染危害的，有责任排除危害，并对直接受到损害的单位或者个人赔偿损失。

[8] 受到环境噪声污染危害的单位和个人，有权要求加害人排除危害； 造成损失的，依法赔偿损失。

[9]造成大气污染危害的单位，有责任排除危害，并对直接遭受损失的单位或者个人赔偿损失。

[10] 一般将之表述为“重大妨害”

判，并追求法律所要达到的实质正义之内在目标，实现最佳的社会效果[11]。其中，对于不可量物侵入未及侵权赔偿程度的行为，亦应考量其造成的利益损失而适当给予补偿。

一、 传统实践：民事侵权制度下权利救济之制度困境

案例一[12]:2009 年，原告 A 认为被告 B 公司产生油烟、废气、空调等噪音严重影响了原告的生活，给原告的生产生活造成了不良的影响，于是提起了民事诉讼。在诉讼过程中，X 县环境监测站于 2006 年 9 月 12 日，2006 年 12 月 27 日，2007 年 9 月 19 日，2008 年 9 月 27 日，2009 年 4 月 20 日对被告的噪声进行监测。监测结论为:1 号点(原告 A 家)昼间噪声为 60. 5 分贝，夜间为 54. 3 分贝，1 号点夜间超过《声环境质量标准》(GB3096-2008)中 2 类标准限值 4.3 分贝。于是，法院认定“被告 B 公司所有的空调、鼓风机、抽油烟机等设备产生的噪声，超过国家排放标准，给原告及其家庭人员正常生活及身心健康造成了严重的影响”，故判决被告 B 公司停止侵权并赔偿原告精神损害抚慰金。

案例二[13]: 2009 年，原告 C 认为被告 B 公司产生油烟、废气、空调等噪音严重影响了原告的生活，给原告的生产生活造成了不良的影响，于是提起了民事诉讼。在诉讼过程中，X 县环境监测站于 2006 年 9 月 12 日，2006 年 12 月 27 日，2007 年 9 月 19 日，2008 年 9 月 27 日，2009 年 4 月 20 日对被告的噪声进行监测。监测结论为:2 号点(原告 C 家)昼间噪声为 51. 5 分贝，夜间为 48. 3 分贝，2 号点白天与夜间均未超过《声环境质量标准》(GB3096-2008)中 2 类标准限值。于是，法院认定认定“被告 A 公司所有的空调、鼓风机、抽油烟机等设备产生的噪声并未超标而不应当承担民事责任”，并判决驳回了原告 C 的诉讼请求。

上文所举两例案件都是因噪声污染而提起的侵权之诉。二者之间有着相似的案情，案例中 A.C 的生活安宁权益与健康权均遭受到了不同程度的损害，且其所受侵害与 B 公司制造的噪声存在直接因果关系。但是，法院却做出了两个截然相反的判决。这无疑是匪夷所思的。

然而，若精致的分析法律规范的要求，该法院未有错误之处。如前所言，《物权法》第 90 条款过于简单与粗糙，几乎形同虚设。因此，针对不可量物侵入的权利救济，我国立法上主要采取了环境侵权的判断标准。无论是《侵权责任法》第 65 条、《民法通则》第 124 条抑或是《环境保护法》第 41 条，均只明确规定了受侵害人针对环境污染损害所享有的救济权利。而是否构成环境污染损害，我

[11]即当存在多种利益且各种利益之间存在冲突时，法官根据现行法律以及法律原理等对此做出利益考量，权衡各方利益之轻重以便寻求出众多利益的折中点，做出有利于各方判决的利益协调过程。

[12](2009)X 法民初字第 1879 号

[13](2009)X 法民初字第 1880 号

国司法实务一般采取的是两种标准：一种是以实际发生人身财产实质损害为判断标准，另一种则以符合法定的排污许可或排污标准为判断标准。对于符合法定的排污许可以及排污标准亦未造成实际人身财产实质损害的不可量物侵入，法律视之为一种合理范围内的损失，一般要求邻人对之加以容忍。因此也就造成了上面那两个令人啼笑皆非的判决的出现。

其实，正是由于不可量物侵入具有不可衡量的性质，法律才拟定了一个排放标准对之进行了规制。这种拟制标准有其存在的必要性。它不仅仅为民法不可量物侵入提供了一个客观标准；更重要的是，通过这种做法，可以使公共利益和私人利益得以协调，避免了公法规范与私法规范之冲突，进而为实现公法和私法功能上的相互配合奠定了基础。这一标准也确定了不可量物侵权下受侵害人之损害赔偿请求权或排除妨害请求权[14]的适用范围，即该请求权只有在违法性[15]的不可量物侵入场合才有可能成立。但是，这些标准中的极限值和参数仅仅客观地反映了当前的技术水平。即便是属于上述参数和极限值所评价的侵入，如上所述，其原则上也只是一个“参考标准”，在个案中仍需要作进一步的判断。或者说，公法上的规定和标准只是增加了判断上的便利，但它并不能成为判断“侵入者之民事责任”的实质性判断标准。这就意味着未超过排污标准合法的排放行为，并非就不需要对邻人承担责任了。虽然，我国现在对于噪音、日照、建筑物间隔距离虽有确定的标准，但因不可量物的种类复杂，而且会随着科技的发展、人类追求的提高而不断扩充，有关标准的制定就会出现滞后现象。因此，就应当将加害者权利利用的适法性和受害者的受损害程度两方面相结合进行判断。本文认为，对于排放的不可量物在法定标准范围的行为，应当以维护相邻关系为基础，视其对邻人所造成的影响程度[16]，而课以侵入人一定的补偿责任。这样，才能在相邻关系的主体之间形成利益上的平衡。其实，即便是对不可量物的侵权责任，也同样采取了利益衡量[17]的方法。当出现不可量物侵权案件时，适用何种责任形式则需要法官考量当事人双方的利益。

二、 超越视域：相邻关系制度下损害补偿之合理突围

如果说在传统的农业社会，相邻关系主要表现在流水、排水、通行、根枝竹木越界等方面，那么在现代的工商业社会，伴随工商业发展而产生的煤气、热气、

[14]赔偿损失之目的在于弥补已经造成的各种人身财产损害，即救济已然之损失；排除妨害之目标在于预防将来可能发生的不可量物侵权之害，即防患于未然。

[15]此处之违法性一般指结果不法，因为结果不法理论在审判实践中更具有可操作性，更有利于判断。

[16]这种损害的程度通常是可以通过评估、鉴定、医学鉴定、测量等技术手段实现的。

[17]所谓利益衡量，又称为利益考量或利益分析，指的是法官在适用法律的过程中对所涉及的相互冲突的各种利益进行比较，作出评价并加以抉择的形式。

噪声、震动等不可量物妨害问题则成为现代各国相邻关系制度规范的重点。[18]甚至，在现代相邻关系制度中，不可量物侵入制度往往处于核心地位。如德国民法典中不可量物的规定经过两次修正，现已形成一套十分完备和精致的制度，以至于在整个相邻关系法中处于一般条款地位。颇为遗憾的是，尽管我国《物权法》第 90 条规定了不可量物的排放不得违反国家规定，但是该法律并未在相邻关系的视域下继续对不可量物侵入的法律后果加以规定，从而导致了《物权法》第 90 条无法发挥其应有的功能。而侵权法视域下对不可量物侵入的规制缺乏梯度性的安排，对超出容忍限度的妨害，只要妨害人没有采取必要的预防措施加以避免，不问加害人主观上是否预见或回避损害发生之可能，即构成过错，应承担侵权责任；而对于容忍限度内的妨害，则不问受害人是否可能真正受到了不利影响，而一律不予以加以救济。即，侵权法中责任分配采取了全有全无的原则，要么认定侵权责任成立，要么否认侵权责任存在。这样，就无视了不了量物侵入相邻关系之时的复杂特性。

不可否认，当不可量物侵害侵犯到人们的财产权和人身权时，受害人可以选择提起侵权之诉以保护自己的权益。但是，由于不可量物侵入的特殊性，其对人体的影响并非都是显性影响。有的个体承受能力强只会产生不适的感觉(即隐性的影响)，有的个体承受能力差就可能诱发某些疾病(即显性的影响)。而在仅产生了隐性影响的情况下，侵权之诉这并非最有利的救济方式。如对于符合排污许可以及排污标准的不可量物侵入之行为，即便该行为确实对受侵入人的生活和精神造成了不便，但只要该行为未造成人身或财产上明显的损害后果，则无法通过侵权之诉的赔偿请求权加以救济。此时，就有必要借鉴相邻关系制度中补偿请求权加以利益衡量。即一方为公共利益或他方私人利益不得已而作出“牺牲”时，有权获得一定的补偿。此时，不可量物侵入的受害方本应享有的排除妨害请求权因一项特别法律规定而被剥夺，但其同时被赋予另一项补偿请求权。这种请求权在性质上与一般侵权行为责任中的损害赔偿请求权不同：前者中的加害行为是法律所允许的，因此不具有违法性，不属于侵权责任范畴；而后者中加害行为是一种违法行为，是一种侵权责任[19]。就补偿请求权与损害赔偿请求权的区别而言，在于后者往往以可加以证明的损害存在为适用前提。如，若侵入者排放的噪音造成了被侵入者听觉上的病症，则一般可课以赔偿损失的责任；但若该听觉上的不适尚未成为病症，仅仅只表现为一种精神上的折磨，则无法适用赔偿责任条款，而只能通过补偿请求权加以救济。

可以说，不可量物侵入对人体的不利影响属于常识性的判断。这种不利影响既包括物质上的财产损失，如烟气、湿气导致房屋受损、家具物品霉变损坏；也包括身体上的损害，如噪音影响睡眠导致健康受损；还包括精神上的损害，如在

[18]金启洲. 民法相邻关系制度. 法律出版社, 2009. 80
[19]金启洲. 民法相邻关系制度. 法律出版社, 2009. 145

居民区附近设置的殡仪馆整日播放的哀乐引致恐惧紧张甚至精神痛苦。[20]只是由于不同个体承受能力的不同而受到不同程度的影响。故不应当苛求受害人必须因不可量物诱发疾病才能获得救济，而对精神方面的不利影响视而不见。本文认为，针对不可量物侵入所造成的隐形影响，法官可以通过考量各相关因素之后，从相邻关系视域下的补偿请求权出发适当对受侵入者加以救济。当然，由于隐性影响的不可量性，确定是否予以补偿以及补偿额度时应当以综合考虑不可量物的排放标准、持续性以及降低其影响的技术可能性等。如上述案例中，以环境侵权为判断角度，则由于该排放的噪音未超过法定标准，原告 C 便无法获得法律的救济。但是，原告 A、C 所处环境并未有较大的差距，理应受到不相上下的法律保护。因此，就必须引入不可量物之补偿制度，避免往后 A、C 的诉讼结果迥然不同、防止这种显失公正的判决继续出现，就有必要引入相邻关系的视角来调和不可量物侵入的纠纷。相邻关系调整不可量物侵入时应当以利益平衡、协调发展为原则，这对于实现社会整体利益的优化配置非常重要。同时，不可量物侵入多因涉及环境问题而具有高度科学技术性和利益高度冲突的特点，是在一定限度内可以容忍的危害，因此应对邻人的妨害排除请求权加以限制，这也体现了社会化确认的权利不得滥用原则。

其实，就不可量物侵入的责任构成而论，可以借鉴德国的立法模式。即采取区分原则，对需行政许可才能营业的企业或设施造成的不可量物侵害和一些特定的设施所造成的环境污染侵害实行无过错侵权责任，而对日常生活和不需许可的企业或设施造成的不可量物则考量其在维持相邻关系上的意义。[21]这种针对不同对象，规定不同责任，分属不同的法域，制度构成和体系安排十分合理。

三、法律回应：不可量物侵入时补偿请求之技术弥补

总的说来，不可量物侵入的救济制度大体包括三个部分内容：其一是不可量物侵入轻微损害，不得禁止之；其二是不可量物侵入较大损害，不得禁止之，可以寻求补偿救济；其三是不可量物侵入造成重大影响或重大损害，得禁止之，例外情况下不得禁止而寻求赔偿救济。其中，第三点内容属于侵权法视域下不可量物侵入之救济途径，而第二点内容则属于本文所描述的侵权法视域下不可量物侵入之救济途径。即对于符合不可量物侵权构成要件的行为，可以通过侵权责任加以规制；而对于不符合不可量物侵权构成要件的行为，则需要通过补偿责任加以规制。而以不可量物补偿的方式对受侵入者者加以保护，使得对土地及不动产的使用限制扩大到对健康、精神的不可侵性、行为的自由及感情领域，更加体现“人本主义”的关怀。

[20]杨立新主编.类型侵权行为法研究.人民法院出版社,2006,717-719
[21]金启洲.民法相邻关系制度.法律出版社,2009.151-154

（一） 不可量物补偿之构成要件

1、不可量物造成的侵害必须属于较大。就社会现状而言，不可量物侵入的结果呈现多样化趋势。除了对土地及相邻不动产产生侵害以外，人们更加关注其对人的身体健康、生活质量所产生的负面影响。而这种负面影响往往无法加以数量上的衡量与判断。因此，在侵入者排放的不可量物符合法定标准的情况下，受侵入者往往无法获得法律上的任何救济。这显然有违公正之涵义。此时，则可以引入“较大损害”这一概念，从赋予受侵入人补偿请求权的角度平衡相邻关系中的各方利益。就“较大损害”这一概念而言，若不可量物的侵入为违法相应的行政强制性规定，亦未对受侵入人人身财产造成实质上的损害，而仅仅是对受侵入人的生活或精神造成了相当程度的不利影响，即可视不可量物造成了较大侵害。当然，完全区别较大损害与重大损害有一定的困难。就其二者的区别而言， 重大损害指不可量物侵入造成了实质损害或违反相应排污许可、排污标准，而较大损害则属于未造成了实质损害、亦未违反相应排污许可以及排污标准，但又接近于重大损害的情况。

2、不可量物妨害必须不是由特殊管道产生的。[22]如果不可量物侵害是经由特殊管道产生的，那么当然没有衡量补偿请求权的适用余地，受害人可以直接请求排除侵害，以停止该侵害之继续发生。[23]若行为人排放不可量物的行为是该地域或该时间范围内人们对不动产利用的通常性行为，则认为其具有时间和场所的惯行性。因此，一般不发生赔偿之责任，而发生补偿之责任。

3、相互冲突的利益都受到法律的保护。只有法律规定的权益，才会受到法律的保障，法律没有规定的权利只能算作裸权利，即没有法律上的力为之提供强有力的保护。在现代社会，不可量物妨害案件的双方当事人往往一方是企业，另一方是公民个人。因此，在不可量物妨害案件中涉及到的利益相应的就体现为企业一方的经济利益和公民一方的财产利益及人身利益。而企业的经济利益又经常关涉到一个地方的社会利益和公共利益。无论是社会利益还是企业经济利益以及个人的人身财产利益，都是法律明确规定的，都理所当然地受到同等的保护。但是，当它们发生冲突时，总是要根据一定的标准对其作出权衡和取舍。若企业以违法的手段排放不可量物，则其利益是不受法律保护的，邻人可以基于此而提起侵权诉讼。

（二）不可量物补偿之技术考量

其实，在不可量物侵入救济制度的建立过程中，将不可避免地面临一个问题：如何调节社会经济发展的需要与公民生活环境利益的冲突。因产业活动产生的不可量物侵入害案件既牵涉受害人的合法权益问题，又涉及加害方企业的发展状况并进而影响到经济的发展和社会的稳定，甚至还牵涉到后代的权益问题。因此，

[22]叶知年主编.生态文明构建与物权制度变革.知识产权出版社,2010.355-356
[23]叶知年主编.生态文明构建与物权制度变革.知识产权出版社,2010.355-356

这类案件的处理常常需要运用利益衡量原则，在经济效率与社会公平正义之间寻求最佳的乎衡点。利益衡量方法赋予了法官一定的自由裁量权，由其根据司法实践中的具体案件情况，在法律规定的标准和范围内进行自由裁量，以便合理恰当地调解当事人的利益冲突，最终实现公平正义。这是构建社会主义和谐社会的题中之义，也是构建和谐社会的必然要求。对于不可量物侵权妨害是否应该给予补偿，可以考量以下几个因素。

1.利益因素

法官在进行利益衡量时，应从局部和整体两方面考虑当事人各方的利益并做出合理的选择。当利益相冲突的案件当事人之间的利益都需要保护时，法官应该判段一方的利益是否重于另一方的利益，并且应该在多大程度上给予保护，以及应当考虑这样做所产生的社会效果。如果不可量物侵入行为对社会利益的侵害远远低于其所带来的利益，则对受侵入人就无给予保护法律之必要；如果不可量物侵入行为的危害程度较大而有必要课以民事责任，则可以通过利益补偿的方式做到对各方利益的平衡与保护。

另外，还需要不可量物妨害行为对邻人造成损害的利益类型。尽管邻人的各种不同性质的利益都应受到法律的保护，但是，在价值判断上具有阶梯性和层次性。邻人的人身利益、财产利益及居住利益之保护有先后顺序、有重要和次要之分。同时，邻人的各种利益与加害企业的经济利益以及其所带来的社会效益之间，也需要法官进行恰当的利益衡量。

2.时间因素

按照传统的相邻关系理论，如果被害建筑物存在于加害建筑物之前，加害者应向被害者赔偿所造成的损失；如果加害建筑物建设后(或企业活动开始后)，被害者才开始成为毗邻土地的所有者的，一般而言，被害者的赔偿请求不予认许。[24]这个理论原则上可以适用于不可量物妨害行为的救济程序。审判实践中，法官也应当借鉴日本的“自甘冒险”和“危险引受”规则进行自由裁量，对加害人利用土地在先，受害人利用土地在后并明知存在不可量物侵入可能的，适当提高受害人的容忍义务限度。但是，本文认为此处还需要考量后迁入之邻人有无预见到可量物妨害行为。对后迁入之邻人不予保护的理由在于其有自甘冒险的因素，且后迁入之邻人可能已经在不动产价格等方面获得了补偿。但是，自甘冒险行为的认定必须具备几个条件，其中之一便是行为人能预见损害之发生且默示或明示同意。因此，若后迁入之邻人有无预见到可量物妨害行为的可能性，则不应对时间因素加以考量。

另外，侵害持续的时间或者重复发生的频率，对于评估排放行为造成的不利影响具有决定意义。如邻居家装修发出的噪音，如果只是在当地正常的工作时间

[24]梁慧星主编.迎接 WTO：梁慧星先生主编之域外法律制度研究集(第 2 辑).国家行政学院出版社,2000.125

里发出，它被认为是轻微损害；相反，如果持续到正常的休息时间，则会被认为是一种较大损害，甚至可能发展为重大损害。

3.距离因素

不可量物侵害具有消极性和范围性的特征，是由不可量物的发散性决定的。许多不可量物产生的物质性侵害通常会随着空气、水流等扩散，造成的影响亦会随着邻接层次的不同而异，通常邻接越近造成的危害越大，随着不可量物的扩散，其作用亦不断减弱。[25]因此，一方面，随着经济的发展，相邻关系已经从不动产土地与土地平面的直接相连发展到土地或建筑物在立体空间上的相连接，特别是近现代高层建筑的发展演变出更为复杂的各区分所有权之间的相邻关系，随之而来的现代的许多不可量物侵害已经突破了地域性的限制。[26]因此，有无受到不可量物妨害行为的影响，不能局限于一般意义上的邻人。即便相隔数十里，只要受到了不良影响，亦应当认定其为本出所指的邻人。另一方面，又不能盲目扩张邻人的范围，使排放不可量物者承受其不可预见的义务。

4.妨害排除之可能性

法规范或法律本身，是由许多相互对立的，不断地被争论着的各种物质、国家、宗教以及伦理等利益的协力产物。而由于个人主义本性，不可量物的排放总会产生不同的利益主张和要求。这就意味着当一种利益与另一种利益相互冲突而又不能使两者同时得到满足时，就得根据这些利益的优先秩序进行合理安排。若排放者采取相应的措施治理不可量物会付出较高的代价，且不采取措施只会造成较大损失，则可以以补偿的方式加以救济。即在判断受害地通行性之妨害或收益之减少是否超过可以期待的限度时，在考虑受害地之当地的性质、结构和目的确定的基础上，依照受害地的通常的(非具体的)利用人的感受来确定[27]。

5. 不可量物妨害行为的形态性质

不可量物妨害行为的形态性质也会影响法官所进行的利益衡量。例如不可量物妨害行为是属于大气污染、水污染等常规污染行为，还是属于有毒物质或核辐射等高危行为；不可量物妨害行为是否在法律规定的污染物排放标准之内，以及造成的侵害后果是暂时的还是永久的；不可量物妨害行为的危害范围等等都是法官所需要考虑的要素。只有从多角度对不可量物妨害行为后果进行考量，综合衡量各方利益，公平客观地分配各方损失负担和利益分享，才可能实现公正的司法。一般而言，对于公益性的不可量物妨害行为，邻人所提起的妨害除去和不作为之诉请求应被限制，但仍应被赋予可提起代替妨害除去及代替不作为之诉和补偿请求之诉；对于私益性的不可量物妨害行为，邻人如能证明加害方已达到法定的侵

[25]叶知年主编.生态文明构建与物权制度变革.知识产权出版社,2010.330
[26]杨立新主编.类型侵权行为法研究.人民法院出版社,2006, 717-719
[27]金启洲.民法相邻关系制度.法律出版社,2009.110-114

权条件时，即可享有妨害除去请求权、不作为之诉请求权、补偿之诉请求权等完整的请求权利，不受任何限制。

（二） 立法对接：《物权法》第 90 条的修正意见

如上所述，由于《物权法》第 90 条存在的不足，导致了相邻关系视域下不可量物侵入之补偿请求权的缺位，从而无法公正的救济受侵入者的合法权利。故本文认为，有必要对该条款加以修正，具体意见如下：将“不动产权利人不得违反国家规定弃置固体废物，排放大气污染物、水污染物、噪声、光、电磁波辐射等有害物质”修改为“不动产权利人违反国家规定弃置固体废物、排放大气污染物、水污染物、噪声、光、电磁波辐射等有害物质的，应当承担相应的侵权责任；不动产权利人未违反国家规定弃置固体废物、排放大气污染物、水污染物、噪声、光、电磁波辐射等有害物质的，但给他人造成了较大损害的，可以责令不动产权利人给予受害者一定的经济补偿”。

此时，再结合《侵权责任法》、《环境保护法》以及相关的污染防治法，便形成了完善的关于不可量物侵入的法律救济制度，其总体结构如下：

侵害类型	容忍义务	补偿请求权	排除妨碍请求权	赔偿请求权
轻微侵害	有	无	无	无
较大侵害	有	有	无	无
重大侵害 1. 当地通行的且不可避免的侵害	有	无	无	有
重大侵害 2. 非当地通行的或可避免的侵害	无	无	有	有

四、结语

不可量物侵入不仅涉及私人土地所有者之间的利益冲突关系，而且也关系到整个社会的环境保护问题，不可能在一种法律中将二者很好地统一起来，故采分别立法方式。[28]也就是说，将相邻关系视域下的补偿请求权纳入不可量物侵入制度之中，并没有否定或排斥侵权损害赔偿请求权或侵权排除请求权的适用。只

[28]金启洲.民法相邻关系制度.法律出版社,2009.117-119

是针对不可量物侵入在程度和性质上的差异，对受侵入人之权利救济手段应加以不同的限制。即在轻微侵害场合，要求受侵入人负绝对的容忍义务；在较大侵害场合，对受侵入人的排除请求权附加一定的条件，并设损害补偿请求权对其予以救济；而在重大侵害场合，则赋予了受侵入人排除请求权以及损害赔偿请求权。这种制度设计系从侵入之合法性出发，最大程度地实现不同土地所有人私人利益之间以及私人利益与社会经济发展之间的平衡。可以说，无论是排除请求权、相邻法上的补偿请求权，还是侵权法上的损害赔偿请求权，都是在于排除或填补受侵入人所发生的损失[29]，从而达到利益上的平衡。

[29]金启洲.民法相邻关系制度.法律出版社,2009.221-225

铁路行业社会资本准入领域制度

亏道远*

摘要：铁路行业向社会资本开放涉及效率与安全、营利性与公益性之间的博弈。一方面，铁路行业需要向社会资本开放，引入公平自由竞争，使市场在铁路行业起决定性作用；但另一方面，铁路行业又不能散失安全和公益性保障。因此，需要建立科学规范的社会资本投资铁路准入领域法律制度，确立铁路行业向社会资本开放的合理界限，明确开放的具体业务领域或不开放的具体业务领域。负面清单模式路径是确立铁路行业向社会资本开放合理界限的可行路径。以安全性和公益性作为判断标准，应该禁止社会资本投资铁路主干线基础设施运营业务领域和铁路旅客运输业务领域，除此之外的铁路行业经营业务领域为允许社会资本投资经营的范围。

关键词：铁路行业　社会资本　开放界限 安全性 公益性

引 言

李克强总理在2014年8月22日考察中国铁路总公司时指出要推进铁路建设不能再靠国家‘单打独斗’，要放宽资本准入，吸引更多社会资金参与铁路建设①。在此之前，国家已经发布了一系列规范性文件②鼓励社会资本③投资铁路，要求规范设置社会资本投资铁路的准入门槛，要求市场准入标准要公开透明，对各类投资主体同等对待，不得单对社会资本设置附加条件。但是，这些鼓励性政策出台后，虽然投资者的热情度很高，但同时也表示政策原则性强，操作性不足，尤其是缺乏对投资者利益保护的具体法律制度。因此，大部分投资者持观望态度，实际参与投资的很少，即使有少量社会资本投资者投资到铁路建设领域，也很少有成功的典范。究其原因，一方面是铁路改革不到位，铁路行业监督管理体制还不健全，社会资本投资铁路后很难通过公平自由竞争实现营利；另一方面是铁路行

---

*作者简介：亏道远（1977—），石家庄铁道大学人文学院法律系副教授，法学博士，研究方向：铁路法、企业国有资产法、公司法。本文系国家社科基金项目《高铁走出去的法律保障问题研究》（项目批准号：15BFX195）阶段性研究成果，以及河北省生态和发展环境研究基地资助计划研究成果，河北省重点学科培育计划资助项目研究成果。石家庄铁道大学 人文学院，河北 石家庄 050043。

①参见《李克强：铁路改革要为大型国企改革创造经验》，中国政府网：http://www.gov.cn/guowuyuan/2014-08/25/content_2739469.htm，2014 年 8 月 25 日访。

② 国务院 2005 年发布了《国务院关于鼓励支持和引导个体私营等非公有制经济发展的若干意见》；2010 年发布了《国务院关于鼓励和引导民间投资健康发展的若干意见》；2013 年发布了《国务院关于改革铁路投融资体制加快推进铁路建设的意见》；原铁道部 2005 年发布了《铁道部关于鼓励支持和引导非公有制经济参与铁路建设的意见》；原铁道部 2005 年发布了《铁道部关于鼓励支持和引导非公有制经济参与铁路建设经营的实施意见》；2012 年发布了《铁道部关于鼓励和引导民间资本投资铁路的实施意见》。

③ 社会资本的范围主要包括民间资本、外资以及竞争性国有资本。

业缺乏保障社会资本投资者利益的法律制度[①]，尤其是缺乏社会资本投资铁路的准入法律制度，使社会资本投资铁路的渠道不畅通，而在社会资本投资铁路的准入法律制度中，最为关键的是没有明确社会资本可以投资铁路行业的哪些具体业务领域或不能投资哪些具体业务领域，即社会资本投资铁路的准入领域不清晰，这是阻碍社会资本投资铁路的首要原因。因此，在深化铁路改革的同时，应该以立法先行的思维，借助《中华人民共和国铁路法》（以下简称《铁路法》）修改之际[②]，从立法层面上建立科学规范的社会资本投资铁路准入领域法律制度，确立铁路行业向社会资本开放的合理界限，清晰地告知社会资本投资者铁路行业开放的具体业务领域或禁止的具体业务领域，在铁路改革领域实现《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》所指出的立法和改革决策相衔接，做到重大改革于法有据、立法主动适应改革和经济社会发展需要的要求。

一、铁路行业社会资本准入领域制度设计的路径选择

“工欲善其事，必先利其器”[③]，要确立铁路行业向社会资本开放的合理界限，建立科学规范的社会资本投资铁路准入领域法律制度，首先必须先选择合理的制度建设路径。确立铁路行业向社会资本开放的合理界限主要有两条路径可供选择：一条路径是以列举式的方式从正面规定国家允许社会资本投资铁路的具体业务领域，除法律规定允许准入领域之外，不允许社会资本投资，即所谓的“正面清单”模式路径；另一条路径是以列举式的方式从负面规定国家禁止社会资本投资铁路行业的具体业务领域，除了法律明文规定禁止准入领域之外，社会资本投资者可以自主选择投资铁路行业的具体业务领域，即所谓的“负面清单”模式路径。

社会资本投资铁路准入领域法律制度其本质是要进一步厘清铁路行业政府与市场的界限，在铁路行业向社会资本开放界限的制度设计中，正面清单模式路径和负面清单模式路径的选择直接决定着政府和市场的资源配置边界。有学者指出，任何社会都存在着法律的“空白地带”，即便是在一些西方发达国家，法网细密，法律多如牛毛，法律的“空白地带”也随处可见[④]。在铁路行业向社会资本开放界限的制度设计中，正面清单模式路径从政府管制的角度出发设计准入领域法律制度，将铁路行业的“空白地带”留给政府，以这种模式路径设计准入领域法律制度，政府的资源配置权限占有绝对优势；而负面清单模式路径则是从市场的自由竞争视角出发，将铁路行业的“空白地带”划分给市场，以这种模式路径设计准

[①] 参见徐天柱：《我国铁路产业投融资模式的法律规制》，《学术界》2014 年第 5 期。

[②] 《铁路法》修改已经列入十二届全国人大常委会立法规划第一类项目（条件比较成熟、任期内拟提请审议的法律草案）。

[③] 《论语·卫灵公》第十五。

[④] 王利明：《负面清单管理模式与私法自治》，《中国法学》2014 年第 5 期。

入领域法律制度，市场的资源配置权限占有绝对优势。

设置准入法律制度的目的就是引导和鼓励市场主体进入市场，同时又对市场主体进入市场进行规范和约束[①]。基于效率的考虑，凡是市场配置资源更有效的，就应该实行市场化，但基于安全等因素的考虑，又不能一切都交给市场[②]，这在铁路行业更为必要。建立社会资本投资铁路准入领域法律制度，确立铁路行业向社会资本开放的合理界限，其根本目的就是要充分保障社会资本投资者投资铁路的自主投资权，进而保障社会资本投资者在铁路行业的自主经营权，但是，基于安全性和公益性的考虑，又需要在一定程度上限制社会资本投资者投资铁路的投资自由。因此，在建构法律制度的路径选择上，负面清单模式路径将铁路行业的“空白地带”划分给市场，更能给予市场主体扩泛的行为自由[③]，更能保障社会资本投资者投资铁路的自主投资权；同时通过禁止准入领域的限制性规定又可以兼顾铁路行业的安全性和公益性。所以，选择以负面清单模式路径确立铁路行业向社会资本开放的法律界限更具有合理性和可行性。目前，这种路径选择的认识逐渐被接受，并在政策实践中逐渐被接纳。

二、铁路行业社会资本禁入领域的判断标准

以负面清单模式路径确立铁路行业向社会资本开放的界限，需要确立禁止社会资本投资铁路行业的具体业务领域，其难点是如何确立禁止社会资本投资铁路行业的具体业务领域。因为确立了禁止社会资本投资铁路行业的具体业务领域也就等于赋予了国有资本垄断该业务领域的经营特权,同时也是对社会资本投资者在铁路行业自主投资权的限制。所以，这种法律制度设计保护的不是市场主体的平等自由，而是通过法律制度设计保护特殊领域的垄断专营，是制造市场主体的不平等以及限制经营自由，是违背市场经济基本原则的特殊处理，属于例外情形。按照法学的基本原理，例外情形的适用必须有充足的理由，而这种理由就是判断铁路行业具体业务领域是否应该禁止社会资本投资的标准。

（一）安全性判断标准

安全的基本价值是市场准入价值体系的基础，市场安全更是市场准入各项制度的出发点和落脚点[④]。在交通运输领域，安全是永恒的主题，铁路运输行业的安全问题体现在三个层次上：第一层次是铁路运输安全；第二层次是国民经济安全；第三层次是国家安全。其中，铁路运输安全是最低层次的安全，也是最具体的安全，直接表现为发生铁路交通事故的风险。铁路运输安全事故的发生一般伤

[①]参见章志远、黄娟：《公用事业特许经营市场准入法律制度研究》，《法治研究》2011 年第 3 期。

[②] 参见张守文：《政府与市场关系的法律调整》，《中国法学》2014 年第 5 期。

[③] 参见王利明：《负面清单：一种新的治国理政模式》，《新华文摘》2014 年第 22 期。

[④] 吴弘：《市场准入法律制度的理论基础》，张守文主编：《经济法研究》第 7 卷，北京大学出版社 2010 年版，第 362 页。

亡较大，对具体受害者及其家庭会造成毁灭性打击，对社会公众会造成心理上的阴影。所以特大事故的发生或铁路事故的频繁发生，会冲击铁路行业的健康发展，直接影响铁路运输企业竞争能力的提升；除了铁路运输安全之外，社会资本投资铁路还涉及国民经济安全，这是更高层次的安全。铁路运输是国民经济的大动脉，铁路运输市场的稳定健康发展是国民经济健康发展的重要组成部分。如果铁路运输市场受到冲击或大起大落必将影响国民经济稳定健康的发展。允许社会资本投资铁路行业，如果没有合理的准入领域法律制度限制，大量的外资或民间资本可以任意进入铁路行业进行炒作或突然撤资，这样会对铁路行业的健康发展造成冲击，进而危及整个国民经济安全；国家安全是社会资本投资铁路必须考虑的最高安全要素，铁路运输是客货运输的基础性交通工具，尤其在发生战争或其他危及国家安全的危机事件时，铁路运输必须承担军队和重要物资的运输任务。如果没有科学合理的社会资本投资铁路准入领域法律制度，铁路行业所有领域任意向外资或民间资本开放，铁路运输受制于外资或民间资本投资主体，在发生危及国家安全事件时，如果国家利益与投资主体利益发生冲突，强行侵害投资主体利益则不符合市场经济原则，也不符合我们努力建设社会主义市场经济体系的宗旨，而不强行侵害市场主体利益则会危机国家利益，这样将陷入两难境地。因此，社会资本投资铁路的安全涉及国家安全、国民经济安全以及铁路运输安全，需要将安全确立为禁止社会资本投资铁路具体业务领域的判断标准，其理由可以从中国早期外资投资铁路的历史经验和目前外资深度介入行业的实践经验中得到应正。

1.中国早期外资投资铁路的历史证明允许社会资本投资铁路存在安全风险

中国早期的铁路主要依靠利用外资修建，铁路的出现和不断发展，为中国社会发展带来了新的活力，为社会进步作出了毋庸置疑的贡献。但是，我们又不得不承认，中国早期的铁路发展历史基本是帝国主义对华的侵略历史。如名为中俄联办、实为沙俄政府直接经营的东省铁路和南满支线；德国强占胶州湾并强夺胶济铁路直接经营权乃至山东全省铁路经营权；法国强行承办龙州铁路和抢夺滇越铁路的经营权等，这些都是帝国主义利用外资修建铁路对中国进行侵略的历史罪证[①]。

考察中国早期利用外资修建铁路的历史发现西方列强在中国修筑铁路，其目的不是让中国富强和繁荣，而是攫取更多的利益。铁路修建后，铁路沿线地区损失很大，森林遭采伐、内河受侵犯、土地被霸占，铁路所到之处，民众利益受到威胁和损害[②]。其对安全造成的威胁主要表现在：其一，丧失铁路控制权，中国铁路的经营管理权被帝国主义列强所控制。帝国主义各国获取中国铁路控制权的手段主要有两种：一种是直接在华投资修建铁路并直接经营，如名义上为中俄联

[①] 详见金士宣、徐文述：《中国铁路发展史（1876-1949）》，中国铁道出版社 1986 年版，第 3-225 页。
[②] 葛玉红：《清末民初铁路引发的社会矛盾及原因分析》，《南京社会科学》2013年第8期。

办实为沙俄控制的东省铁路、德国直接经营的胶济铁路和法国直接经营的滇越铁路等，这种获取铁路控制权的方式比较直接，从表面上直接表现出铁路控制权的丧失；还有一种比较隐蔽的手段是通过铁路贷款来控制中国铁路。他们利用甲午战争后清政府所处的外交和财政困境，胁迫清政府接受财政贷款，并从中索取铁路权，然后通过他们设在中国的银行进行直接投资或贷款来实现所获得的铁路权。如芦汉、正太、汴洛和道清等铁路，各帝国主义的公司或银行以债权人的身份负责建造这些铁路，然后又以受托人的身份负责经理这些铁路，这些铁路名义上虽为中国所有，实则被帝国主义列强所控制；再如沪宁、粤汉两条铁路，表面上设有一个中外合组的管理造路、行车机构，但通过管理机构的人员选派，实际上铁路经营管理的大权都操纵在代表银行或公司的人员之手，实际经营管理权被帝国主义列强控制[①]。

其二，帝国主义列强利用已经取得的铁路权来建立自己的“势力范围”并实现资源掠夺。帝国主义列强通过上述的方式获取铁路控制权后，并利用自己控制的铁路不断建立自己的势力范围，利用铁路疯狂进行土地、矿产和森林等资源掠夺。俄国在1896年与中国签订《御敌互助援助条约》（即《中俄密约》）后，随后又签订了《合办东省铁路公司合同》、《合办东省铁路公司章程》和《东省铁路公司续订合同》，凭借合同条款，沙俄以“铁路附属地”的名义大肆侵占铁路两侧领土，并设地亩处专门出租经营铁路附近土地，赚取巨额利润[②]。此外，沙俄还以《合办东省铁路公司章程》和《东省铁路公司续订合同》为依据，积极调查并开采扎赉诺尔、瓦房店、烟台三煤矿。1901年又强索铁路沿线两侧15俄里以内的煤矿开采权，次年又挟制盛京（奉天）将军签订协议强夺15俄里以外的抚顺路天大煤矿。并且，在东省铁路开工之初，沙俄还在我国东北林区滥行采伐森林，据不完全统计，在20世纪头十年内，沙俄每年掠夺黑龙江、吉林两省的木材价值在一亿银元以上[③]；日本控制的吉会铁路开通后，沿线矿产也遭到掠夺性开采，森林遭到破坏性砍伐，东北大部分的森林、矿产、农产品资源通过吉会铁路运送到了朝鲜及日本[④]。除沙俄和日本外，其他帝国主义列强也无不在自己控制的铁路沿线进行大量的资源掠夺。借助自己控制的铁路线路扩大自己的势力范围，并进行疯狂的资源掠夺是中国铁路早期利用外资建设铁路的基本特征，几乎无一例外。

其三，帝国主义列强利用铁路侵略中国的罪行激起民愤，造成社会不稳定。如前所述，帝国主义列强通过各种手段控制其出资修建的铁路后，并通过所控制的铁路疯狂掠夺铁路周边的土地、矿产、森林以及农产品等资源。除此之外，铁路雇佣的外国雇员们常常骄横跋扈，随处欺压百姓，无视中国法律并任意践踏。

[①] 参见金士宣、徐文述：《中国铁路发展史（1876-1949）》，中国铁道出版社 1986 年版，第 18-27 页。
[②] 参见滕仁：《中东铁路“地亩处事件”述略》，《俄罗斯东欧中亚研究》2014年第1期。
[③] 参见金士宣、徐文述：《中国铁路发展史（1876-1949）》，中国铁道出版社 1986 年版，第 18-27 页。
[④] 参见曲朝霞、林榕：《简析吉会铁路的建设及其沿线的殖民经营》，《社会科学战线》，2012年第8期。

而且，铁路犯罪不断增多，铁路交通事故频发，而在铁路事故导致人们财产损失或生命健康造成伤害后往往得不到应有的赔偿，而且相关部门不但不赔偿和安抚，还要严惩聚众诉求者[①]。各帝国主义列强利用铁路侵略中国的罪行，以及他们在经营铁路中的种种暴行，不断激起民众的强烈反抗。历史资料显示，从外资在中国土地上修建的第一条铁路，即吴淞铁路起，当地群众的反抗运动就从未停止过，而且经历了赎回路权，筹资自办铁路，到由湖南、湖北、广东和四川的绅商组织发起，并由工人、学生、农民、军人等参加的保路运动，其中以四川的保路运动声势最大，斗争最为激烈，最后引发为革命起义[②]。

从中国早期外资投资铁路的历史经验中可以看出，帝国主义列强都是以商业经营的名义获得筑路权，他们都采取逐步渗透的方式，开始先获得小范围的筑路权，然后通过各种手段逐步扩大辐射与铁路相关的收益权益，实现侵略之目的。当遇到群众反抗，政府要求收回路权时，又以商业经营自由为名，千方百计反对收回筑路权。虽然当今的国力与清末时期的国力完全不同，帝国主义的侵略已经成为历史，但是，社会资本的逐利本性并没有改变，如果外资过度渗透到关系国计民生的铁路运输领域，仍然会导致铁路控制权的丧失，仍然会对国家安全、国民经济安全和铁路运输安全造成威胁。因此，中国早期外资投资铁路的历史经验证明允许社会资本投资铁路存在安全风险，确立禁止社会资本投资铁路的具体领域需要以安全作为判断标准。

2.外资深度介入行业的经验证明允许社会资本投资铁路存在安全风险

引进外资是我国改革开放过程中实施的重要政策，近三十多年来，利用外资的程度和水平已经成为衡量地方经济发展的重要指标，甚至很多地方已经将招商引资的业绩作为考核干部工作绩效的重要依据。外资对我国经济发展的贡献已经成为不可否认的事实，外商投资的进入，确实给很多行业和地方经济的发展带来了活力，促进了行业和地方经济的快速发展。但是，近年来，一些重要行业的外资深度介入，也给这些行业带来了安全威胁。如互联网行业，近十余年来，外资通过 VIE（variable interest entity，简称 VIE 即“协议控制实体”）模式绕过政府监管和投资限制，借助中国互联网企业急于筹资而又无法满足境内上市条件只能到境外上市的机遇，外资已经逐步深度介入各大互联网企业，成为多家互联网巨头的大股东。据人民网维护中国网络安全系列报道，目前腾讯的第一大股东，网易的前三大股东，新浪的前三大股东，以及百度的前三大股东都是外资企业[③]，人

[①] 参见葛玉红：《清末民初铁路引发的社会矛盾及原因分析》，《南京社会科学》2013年第8期。

[②] 保路运动的详细史情可参见金士宣、徐文述：《中国铁路发展史（1876-1949）》，中国铁道出版社 1986 年版，第 221-223 页。

[③] 参见曾亮：《外资深度介入中国互联网产业或威胁网络安全》（维护中国网络安全系列报道二），人民网：http://it.people.com.cn/n/2014/0430/c1009-24958732.html，2014年4月30日访。

民网已经发出警惕：没有网络安全就没有国家安全[①]，外资深度介入中国互联网产业或威胁网络安全[②]。

再如兰州“4·11”自来水污染事件，调查结果认定为供水安全责任事件，事故的直接原因是兰州威立雅水务公司4号、3号自流沟由于超期服役，沟体伸缩缝防渗材料出现裂痕和缝隙，兰州石化公司历史积存的地下含油污水渗入自流沟，对输水水体造成苯污染[③]。而调查显示，受污染的兰州威立雅水务公司自流沟建成于1959年，使用年限为50年，实际已运行近60年，早已超期服役。虽然调查组将事故责任认定为兰州威立雅水务公司的主体责任不落实，对自流沟维修保养不到位；兰州石化公司的环境风险和隐患排查治理不彻底，以及相关部门履行职责不到位等。但很显然，虽然有其他辅助原因，而导致事故的直接原因是破旧管道超期服役，而作为外资控制的自来水公司不愿花费高额成本进行更新改造，是资本的趋利性质所致。如果长期使用这样的管道供水，不是渗油也会渗入别的污染物，不是4月11日发生也会在以后不特定的时间内发生。因此，我们不得不追问，像自来水这样的特殊公共事业，直接关涉公众的用水安全，是否能让外资深度介入，外资的深度介入并控制自来水企业是否确实存在安全风险。

从外资深度介入互联网行业和自来水行业引发的安全威胁和安全事件，我们可以类推到铁路行业，它们都共同属于关系国计民生的重要行业，如果让外资或者是民间资本深度介入到铁路行业的关键领域，资本的逐利本性也一样会威胁到铁路运输安全，乃至国民经济安全以及国家安全。因此，从外资深度介入特殊重要行业引发的安全威胁和事故可以证明，允许社会资本投资铁路存在安全风险，确立禁止社会资本投资铁路的具体业务领域需要以安全为判断标准。

由此可见，从中国早期外资投资铁路的历史分析和外资深度介入互联网行业和自来水行业引发的安全威胁和安全事故论证充分说明，在确立允许社会资本投资铁路行业具体领域的问题上，我们不能只看效率，必须清醒地认识到安全是确立铁路行业向社会资本开放界限必须考虑的因素，尤其是对外资和民间资本开放的领域，我们不得不提高警惕。因此，确立禁止社会资本投资铁路的具体业务领域需要以安全为标准进行判断。

（二）公益性判断标准

如前所述，铁路行业具有极强的特殊性，兼具营利性和公益性特征。虽然铁路投资成本较大，需要巨额资金投入，但铁路建成后可以通过铁路运输赚取收入

[①] 曾亮：《倪光南：无网络安全就无国家安全 丢掉幻想是正道》（维护中国网络安全系列报道一），人民网：http://it.people.com.cn/n/2014/0429/c1009-24953592.html，2014年4月29日访。

[②] 参见曾亮：《外资深度介入中国互联网产业或威胁网络安全》（维护中国网络安全系列报道二），人民网：http://it.people.com.cn/n/2014/0430/c1009-24958732.html，2014年4月30日访。

[③] 王衡、连振祥：《兰州自来水污染原因查明 兰州威立雅董事长被撤》，新华网：http://finance.sina.com.cn/china/20140612/180219402248.shtml，2014年06月12日访。

而营利。只要国家铁路管理体制设计合理，并且具有完善的投资者权利保障法律制度，铁路行业可以实现营利，而且利润不菲。英国1830年依靠蒸汽动力牵引运输的第一条铁路，即利物浦-曼彻斯特铁路，投入运营后其利润很快就达到了10%,而且客货运量的速增激发了人们对铁路的投资兴趣,促使英国在1836至1837年出现了铁路发展史上第一次大狂热[①]。美国铁路产业的发展一开始就遵循了私人资本为主体的投资体制，而吸引大量私人资本投资的主要动因就是美国铁路可观的营利能力，19世纪40年代在新英格兰和大西洋中部地区的铁路就已经有2/3能够赢利，平均利率近7％，少数铁路的股息高达10％,在1849—1859年期间对西部铁路投资的平均回报率达到7％，超过当时美国经济中任何其他产业的投资收益率[②]。高收益促使了社会资本对铁路行业的投资热情，也成就了美国早期铁路建设的高速发展。因此，营利性是铁路行业吸引社会资本投资的直接动力，没有高收益的驱使，就不可能引发社会资本对铁路行业投资的狂热追求，也就无法成就铁路建设的快速发展。

但是，铁路行业除了营利性特征之外，还具有极为明显的公益性特征，主要表现为：

其一，铁路运输是居民出行和货物运输的基础性交通工具。铁路运输的服务对象是不特定的社会公众，在今天的生活中，人们中长途出行和中长途大批量货物运输的主要交通工具是火车，铁路运输以其速度快、成本低、安全性高以及绿色环保等特征深受人们的信赖，已经成人们生活中不可或缺的基础性交通资源，已经与人们的生活紧密地联系在一起，连续而不间断地享受铁路运输服务，已经成为广大人民群众的普遍诉求。

其二，铁路运输是拉动一方社会经济发展的主要动力。“要想富先修路”是一句激励人们致富的口号，这句口号告诉人们一个哲理，即交通运输是经济社会快速发展的前提条件。如果一个地方交通落后，信息蔽塞则这个地方基本就是贫穷落后的代名词，既不可能有大量的投资涌入，也很难出现经济社会的快速发展；相反，如果一个地方交通发达，人们出行和货物运输极为便捷，则这个地方经济社会快速发展的可能性会很大，尤其是一个地方如果修通铁路，则对这个地方的招商引资，乃至促进经济社会快速发展有极大的帮助。因此，是否有铁路运输是衡量一个地方经济社会发展水平或发展潜能的重要指标，铁路运输跟一个地方的经济社会发展密切地联系在一起，是带动一个地方经济社会快速发展的主要动力。

其三，铁路运输承担着大量的社会公益性运输职能。铁路运输与民航、公路以及水路运输不同，其具有运输成本相对较低，而运输速度又相对较快，而且运

[①] 刘佳：《简论 19 世纪三四十年代英国铁路的发展及国家干预的开始》，《首都师范大学学报（社会科学版）》，2009 年增刊。

[②] 参见汪建丰：《美国政府铁路产业政策变迁的历史分析》，《社会科学战线》2005 年第 3 期。

输能力相对较大等特点。因此，铁路运输比其他运输方式承担着更多的公益性运输任务，如学生、伤残军人、涉农物资和紧急救援等公益性运输任务，以及涉及边疆稳定，具有重要政治意义的一些运输任务，如青藏线、南疆线等，即便亏损经营也必须持续提供公益性的铁路运输服务。

从以上三方面的公益性表现分析可知，公益性是铁路运输服务的本质属性之一。依据资本的逐利本性，铁路运输的公益性特征很难给铁路投资者带来丰厚的投资经济利益回报，它不是吸引社会资本投资铁路的动力，反而是阻碍社会资本投资铁路的阻力。并且，如果允许社会资本投资铁路，社会资本的逐利本性会驱使社会资本投资者强化股东利益的最大化，进而会侵蚀铁路行业的公益性。因此，社会资本投资铁路有降低铁路行业公益性的风险，公益性应该作为确立禁止社会资本投资铁路具体业务领域的判断标准。

三、铁路行业社会资本禁入领域的具体判断

确立了安全和公益性为禁止社会资本投资铁路行业具体业务领域的判断标准并不代表要以安全和公益性为由而彻底拒绝社会资本投资铁路，其目的是要以安全性和公益性为标准，科学地判断铁路行业哪些具体业务领域需要禁止社会资本投资，从而建立科学合理的社会资本投资铁路准入领域法律制度，确立铁路行业向社会资本开放的合理界限。因此，需要对铁路行业的具体领域进行类型化细分，然后依据安全性标准和公益性标准进行具体判断。

铁路行业的经营业务领域主要有三类：第一类是铁路基础设施服务业务领域，包括铁路基础设施建设和基础设施运营业务领域；第二类是铁路运输服务业务领域，包括铁路旅客运输服务和铁路货物运输服务业务领域；第三类是其他业务领域，如车辆租赁、车辆维修以及多种经营等业务领域。除此之外，有学者还将铁路行业发展规划、铁路运输市场监管和安全监管等政府职能行为归为一类，将信息查询、财务清算、调度指挥、客票销售等公共中间品环节归为一类。提出对于公共中间品环节业务应该单独组建成行业内的公共服务机构和公共设施企业，实现独立完整运作，这样既可以作为共用设施多次重复使用而节约成本，还有利于为行业内各运输企业提供透明、平等、无差别的服务[①]。但是，政府行为服务类型属于纯粹的公共产品，具有绝对的非排他性和非竞争性，只能由政府提供，而且专属于政府职权，不在是否允许社会资本投资铁路的范畴之内。从表面上看，将公共中间品环节业务独立出来，单独组建业务公司，独立地为各类铁路运输市场主体提供服务，可以从制度设计上保证其独立性，为公平公正地对待各类市场主体提供了制度保障。这好像是一个很好的思路，可以适用于目前铁路行

[①] 参见张梦龙、欧国立：《铁路改革必须重视物品属性的结构性影响》，《宏观经济研究》，2013 年第 8 期。

业的运营模式，也可以适用于未来铁路行业深化改革后的各种运营模式。但是，铁路运输调度指挥系统中的铁路行车调度指挥由各拥有路网的铁路企业行车调度台实施，具体由列车调度员在其负责的区段内统一调度指挥，它必须依赖于铁路路网进行行车调度指挥，无法单独组建独立系统；而目前铁路系统内存在的庞大清算系统主要依托于中国铁路总公司而存在，由于目前铁路行业内缺乏公益性补贴机制，中国铁路总公司只能通过铁路清算系统进行盈亏路线以及盈亏业务之间平衡互补清算。随着铁路行业的市场化改革逐步深入到位，将可能实现铁路运输主体之间互相清算交割，届时独立的清算系统也将不复存在。至于客票销售等环节，也将会随着铁路行业市场化改革的深入到位而由市场主体自行解决。因此，铁路行业需要依据安全和公益性标准进行判断的具体业务领域主要是基础设施领域、运输服务领域和其他业务领域。

（一）铁路基础设施领域社会资本禁入的具体判断

对铁路基础设施进行整体考察很难准确判断允许社会资本投资是否会危及安全和破坏铁路运输的公益性，因此，需要对其细分，通过考察不同的业务环节，根据不同环节的特征进行判断，从而制定更为科学的准入领域法律制度。

铁路基础设施领域主要包括基础设施建设领域和基础设施运营领域（即路网经营领域）。其中基础设施建设领域可以分为主干线基础设施建设领域和支线基础设施建设领域；基础设施运营领域可以分为主干线基础设施运营领域和支线基础设施运营领域。主干线主要是指国家重点规划的主干道以及连接省会城市以及较大城市之间的线路；而支线主要是指主干线之外的线路，主要包括不在主干线上的地级市、县级市或城镇之间，或它们与省会城市之间的线路，以及货运专线等线路。

按安全标准和公益性标准进行判断，在基础设施的建设领域，无论是主干线基础设施建设，还是支线基础设施建设，允许社会资本投资准入都不会涉及安全问题，只要建设完工后不拥有铁路的所有权和经营权，则不论是外资还是民间资本投资建设铁路，只要工程质量合格都不会危及安全，也不会破坏铁路的公益性。但是，对铁路基础设施的运营领域进行考察可以发现，铁路是国民经济的大动脉，大动脉主要就是指铁路基础设施的运营，尤其是主干线的运营。铁路主干线的运营是否保持通畅，关乎民众出行是否顺畅和安全，关乎各类市场主体的货物运输是否畅通。如果从整个铁路主干线是否畅通运营的角度观察，还关乎国民经济安全，关乎社会稳定，乃至国家安全。如果允许社会资本投资进入铁路主干线的基础设施运营领域，让外资或者民间资本控制铁路主干线的经营权或所有权，则相当于外资或民间资本控制了国民经济的大命脉，这对国民经济乃至国家都会构成安全威胁。而且资本的逐利本性会促使社会资本投资者朝着自己利益最大化的方向努力，为了提高运输效率，社会资本投资者会不断降低路网维护成本，并且充

分使用路网设施，这样很容易导致安全事故，危及铁路运输安全。英国铁路路网公司过度私有化后导致重大安全事故频发，最后因经营陷入困境而破产，英国政府只能对路网公司重新实施国有化经营管理[①]；美国铁路基础设施主要由铁路货物运输公司拥有，而且主要是私有，美国铁路旅客运输公司主要租用铁路货物运输公司的铁路线路。由于资本的逐利本性，私有制的铁路货物运输公司不愿过多地投资铁路基础设施的更新改造， 所以线路老化，速度缓慢已经成为制约美国铁路发展升级的瓶颈[②]。日本铁路民营化后由 JR 各公司负责铁路基础设施的安全建设，在桥梁和隧道等老朽设施的更新、交叉路口的改良、雪崩和塌方等安全运输防护设施等方面，投资比民营化前几乎减少了一半，安全隐患不断积累[③]。英国、美国和日本等国家铁路基础设施由民营资本控制的经历证明，如果铁路主干线的基础设施运营业务允许社会资本投资将存在重大安全风险。

铁路支线相对于铁路主干线其对整个国家的重要性和影响力相对要小，主要在区域范围内，出现问题容易控制，所以其安全危害性要比主干线小，公益性的程度也要比主干线弱。如果允许社会资本投资铁路支线建设和运营领域，不会危及国民经济安全和国家安全，至于铁路运输安全，支线铁路公司一般规模都不大，对小公司进行监管相对容易，只要安全监管到位，铁路运输安全可以得到保障。并且，更主要的原因是国家没有足够的资金修建全部铁路，而很多铁路支线的尽快建成对当地经济社会的发展非常重要，因此，允许社会资本投资修建铁路支线和运营支线是明智的选择。

由此可见，用安全标准和公益性标准对铁路基础设施领域进行判断，发现铁路基础设施建设领域允许社会资本投资准入不存在危及安全和丧失铁路公益性的风险。在铁路基础设施领域，能够危及到铁路运输安全、国民经济安全乃至国

[①] 英国于1993年通过了新的《铁路法》开始实施铁路私有化改革，成立了一家路网公司（ Railtrack），它拥有所有铁路基础设施，并于1996年在伦敦证券交易所上市实现股份公众化，将路网公司彻底私有化。私有化初期，Railtrack 公司经营状况良好，政府补贴大幅减少，基本减少到改革前的一半左右。但是，私有化后的英国路网公司强调股东利益最大化，将主要精力放在了股东价值及如何对股东分配股利上，而非放在路网维护上，对路网维护投入较少，并且将大量的维护工作交给安全责任意识不强的私营企业，导致重大安全事故频发。1999年后，经营每况愈下，负债总额高达33亿英镑，最后资不抵债，只能靠政府补贴度日。2001年英国铁路路网公司进入破产程序，2002年10月3日，英国重新组建路网公司（ Network Rail），由英国政府借款给新路网公司收购了原路网公司的资产，政府成为新路网公司的实际控制人。新的路网公司是不以营利为目的的特殊法人，宗旨是为列车运营公司服务，没有股东，全部利润用于路网再投资。参见：梁栋：《英国铁路考察报告》，《铁道经济研究》2010年第4期。

[②] 美国铁路公司在 2000 年引入的 Acela 列车是美国第一列高速列车，大多时候都满员。该车已经缩短了华盛顿、纽约和波士顿之间的运行时间，但是老化的轨道和桥梁都令其降速，在巴尔的摩有百年历史的隧道中，火车经过时简直在爬行。参见 RON NIXO NAUG：《纽约时报头版刊文：花 110 亿美元 美国高铁仍落后中国》，观察者网译，凤凰资讯网：http://news.ifeng.com/a/20140810/41516115_0.shtml，2014 年 8 月 10 日访。

[③] 陈志广：《 日、英两国铁路事业民营化改革及其启示》，《国家行政学院学报》2012 年第 5 期。

家安全的领域是铁路基础设施的主干线运营领域，而且具有极强的公益性程度；铁路支线的运营领域安全性属于区域范围，容易控制，并且其公益性程度相对于主干线运营领域要小。因此，从表面上看似乎可以得出结论，应该禁止社会资本投资铁路主干线的基础设施运营领域，而主干线和支线的基础设施建设领域和支线的运营领域皆可以向社会资本开放。但问题是社会资本投资修建铁路的目的往往是通过拥有铁路线路进行经营而赚取利润，一般情况下出资修建铁路也就意味着将拥有铁路所有权，同时也就可以自主经营铁路，所以很难将铁路基础设施的建设和铁路基础设施的运营直接分开。

要达到既吸引社会资本投资参加铁路主干线建设，同时又不能失去铁路主干线的所有权和经营权需要借助投资方式的设计。如 BT（build--transfer 的简称）投资方式，由出资方修建完铁路后即转让给国有铁路公司，出资方不进行铁路路网经营，也不拥有所有权。目前很多铁路项目建设都采用施工方垫资修建铁路的方式，修建完工后即转让给国有铁路公司经营。这种投资方式适用于国家或地方政府急于修建铁路却资金暂时不足，只能边建设边筹资的情形，特别适合中国目前急于发展经济但苦于财政资金匮乏的现实情况。BT 投资方式既能筹集到资金修建铁路，又不会丧失铁路的所有权和经营权，目前很受欢迎。再如铁路发展基金模式，由中国铁路总公司设立铁路发展基金，由社会资本投资者将资金投入到铁路发展基金，再由发展基金投资到铁路项目，然后按投资协议给社会资本投资者固定的利润回报。目前国家发展改革委会同财政部、交通运输部已经制定了《铁路发展基金管理办法》，界定了铁路发展基金的基本性质和运营方式[①]。这种投资方式既可以吸引大量社会资本投资到铁路主干线的基础设施建设领域，又不会丧失铁路主干线的所有权和经营权，不会危及铁路行业的发展安全，也不会丧失铁路的公益性特征。

综上所述，通过安全标准和公益性标准对铁路基础设施领域进行判断，可以得出如下结论：其一，禁止社会资本投资铁路主干线的建设和运营领域，但是采用BT投资方式和铁路发展基金投资方式等不丧失铁路主干线所有权和经营权的投资方式除外；其二，向社会资本开放除涉及铁路主干线所有权和经营权之外的所有铁路建设投资项目，允许社会资本拥有铁路支线的所有权和经营权。

（二）铁路运输领域社会资本禁入的具体判断

铁路运输领域包括铁路旅客运输领域和铁路货物运输领域，二者的运输对象不同，导致二者对安全要求不同，二者的公益性特征也不同。因此，应该区分判

[①] 2014 年 6 月 25 日国家发展改革委会同财政部、交通运输部制定了《铁路发展基金管理办法》，规定铁路发展基金是中央政府支持的、以财政性资金为引导的多元化铁路投融资市场主体。铁路发展基金存续期为 15-20 年，中国铁路总公司作为政府出资人代表，以及铁路发展基金主发起人，与社会投资人签订出资人协议，确定双方的权利、责任、义务，保证社会投资人按约定取得稳定合理回报，社会投资人作为优先股股东，不直接参与铁路发展基金经营管理。并且要求铁路发展基金投资必须符合国家规定的投资方向，主要用于国家批准的铁路项目资本金。

断是否允许社会资本投资铁路旅客运输领域和铁路货物运输领域。

1.铁路旅客运输服务领域是否禁止社会资本准入的判断

铁路旅客运输服务的对象是人，运输对象的性质决定了铁路旅客运输服务的要求主要是安全、快速和舒适，其中安全是前提，只有在满足安全的基础上才能追求速度和舒适。因为铁路运输事故导致的是生命和健康损失，所遭受的损失很难弥补，即便事故之后会进行一定数额的经济赔偿，但经济赔偿无法挽回生命和健康损失，所以铁路旅客运输服务对安全的要求很高，而且是永恒的。危及铁路运输安全的因素很多，铁路路网的维护不到位，铁路机车的维护不到位，铁路运输公司的管理不到位等因素都会危及铁路运输服务安全，如果允许社会资本投资铁路，在资本逐利本性的驱使下，股东利益最大化的要求会促使其不断降低运营成本，而过度降低运营成本的风险就会危及铁路运输服务安全。因此，允许社会资本投资铁路旅客运输服务领域有安全风险。

另外，铁路旅客运输具有很强的公益性，其运输服务对象是不特定的人，任何公民都可能成为铁路运输服务的对象，铁路旅客运输服务的任何变化都可能会影响到广大居民的出行。如果允许社会资本投资铁路旅客运输服务领域，在资本逐利本性的驱使下，社会资本投资者为实现利润最大化，会根据市场情况确定价格。在目前铁路旅客运输服务价格相对偏低的实际情况下，社会资本投资设立的铁路运输企业进行涨价的可能性很大，尤其是在节假日，旅客出行量剧增，铁路运力无法满足旅客运输需求，铁路运输市场完全由铁路运输企业控制，在这种情况下社会资本投资设立的铁路运输企业进行大幅涨价的可能性会更大。而涨价的直接后果就是导致居民出行成本增加，会遭致社会公众的强烈反对，甚至会否定社会资本投资铁路改革的成果。而且在利润最大化的驱使下，为了压缩运营成本，社会资本投资者还会减少运输服务人员，以及采取其他压缩成本的行为，而这些行为的结果都可能会降低服务质量，遭致社会公众的不满。因此，允许社会资本投资铁路旅客运输服务领域有降低铁路公益性特征的风险。英国铁路客运公司采用特许经营的方式，不出售股票，其理由一方面是很多客运公司不可能自我盈利，故私人部门不可能真正接手；另一方面就是铁路客运服务主要是基于广泛的社会、经济目标，而非狭隘的商业目标，保留国有的方式便于通过合同设定、财政补贴等手段保障一定水准的服务[①]。美国政府为了保证铁路旅客运输的公益性，同时要减轻铁路公司的压力，免除铁路公司经营客运的法律责任，于1971年由政府出资成立了美国国家铁路客运公司（Amtrak），接管了铁路公司几乎全部的城际客运业务，实行“网运分离”运营模式，由 Amtrak 与经行的各铁路公司签订线路长期租用合同，并支付过路费，经营亏损则由政府补贴[②]。

[①] 陈志广：《 日、英两国铁路事业民营化改革及其启示》，《国家行政学院学报》2012 年第 5 期。

[②] 参见来有为、宋方明：《美国铁路规制改革》，《经济理论与经济管理》2003年第3期。

由此可见，铁路旅客运输服务具有很强的公益性特征和安全性要求，允许社会资本投资铁路旅客运输服务领域会导致安全风险和降低铁路旅客运输服务公益性风险，所以从铁路运输的公益性和安全性角度分析，应该禁止社会资本投资铁路旅客运输服务领域。

但是，我们的特殊国情又不允许我们完全禁止社会资本投资铁路旅客运输服务领域，我国有13亿多人口，铁路旅客运输服务需求量非常大，而且我们还处于发展中国家，居民人均收入不高，铁路旅客运输是广大居民出行的基础性交通工具，铁路旅客运输在我们生活中具有极为重要的地位，具有保障民生工程的性质，尤其是在相对落后的地区，铁路旅客运输还是一种奢求。如果我们只设立国有铁路旅客运输公司很难满足居民出行需求，单独由国家出资经营铁路旅客运输业务也不太现实。而且很多社会资本投资设立的铁路运输企业自己修建铁路后需要在已经修建的铁路上进行旅客和货物运输，并且更多的是当地居民和政府要求铁路公司从事旅客运输服务，满足当地居民出行的要求。

因此，在铁路旅客运输服务领域，合理的开放界限应该是禁止社会资本投资铁路客运服务领域，但允许社会资本投资者在自己修建的铁路线路上从事客运服务，以及允许社会资本投资者在以自己修建的铁路为起始点一端的线路上从事客运服务。

2.铁路货物运输服务领域是否禁止社会资本准入的判断

铁路货物运输服务的对象是货物，其主要关注的是货物运载能力，以及货物运输装卸便捷程度，尤其是一些特殊形状和特殊性质的物品，需要特殊的火车车厢进行装载，如超大件物品、保鲜物品以及具有强腐蚀性物品等。货物运输对速度有一定程度的要求，但没有像旅客运输那样强烈，只要在满足其他条件的情况下能尽量加快速度即可。从安全性和公益性进行考察，铁路货物运输具有一定的安全性要求，也具有一定程度的公益性，但相比铁路旅客运输其安全性要求较低，公益性程度也弱。铁路货物运输服务的安全性主要体现在货物运输安全，虽然货物运输的安全性没有旅客运输那么高，货物运输发生事故导致的主要是财产损失，财产损失相对于生命和健康损失容易得到补偿，但铁路货物运输载重量大，运输事故造成的财产损失巨大，所以安全对货物运输也很重要。并且，铁路货物运输是社会经济生活中市场主体的主要货物运输方式，保持铁路货物运输服务的持续和稳定对国民经济和国家安全非常重要，这是铁路货物运输服务公益性的具体体现。

因此，如果允许社会资本投资铁路货物运输业务领域，会造成一定程度的安全风险和铁路公益性减损的风险，但这种风险很小，没有达到需要禁止社会资本投资铁路货物运输业务领域的程度，其安全风险和公益性保障只需要保留适当数量的大型国有独资或控股铁路货物运输企业即能达到规避安全风险和保障铁路

货物运输公益性需求的目的，没有必要禁止社会资本投资货物运输业务领域。而且铁路货物运输业务有较大的盈利空间，是吸引社会资本投资的主要领域，因此，应该向社会资本投资者开放铁路货物运输服务业务。

（三）铁路其他领域社会资本禁入的具体判断

铁路基础设施领域和铁路运输领域是铁路行业的核心领域，铁路行业的经营首先必须有铁路，然后需要有运输经营，除此之外，还需要有其他业务的配合，如车辆租赁业务、机车维修业务、货运代理业务等不属于铁路基础设施业务和铁路运输业务的业务领域。这些业务对铁路运输也非常重要，是铁路行业健康快速发展必须具备的业务。从安全性考察，这些业务对铁路运输安全也较为重要，如果业务服务质量不过关，很容出现铁路运输交通事故，如机车维修不过关，很容易在运输过程中出现问题，甚至导致交通事故。但这类安全风险的防范只需通过设立合理的准入条件即可有效避免，主要属于资质条件要求，不需要禁止社会资本投资这类业务。同时，这类业务的公益性特征比较弱，社会资本投资提供此类服务不会导致降低铁路公益性特征的风险。因此，此类业务更加适合市场化竞争，通过设置合理的市场准入条件，鼓励各类投资主体进行公平的市场竞争是发展此类业务的重要渠道。

结　论

从立法论的角度分析，建立社会资本投资铁路准入领域法律制度应该选择负面清单模式路径，按照安全性标准和公益性标准进行判断禁止社会资本投资铁路行业的具体业务领域。具体为：其一，禁止社会资本投资铁路主干线基础设施领域，但是，允许以不拥有铁路主干线基础设施所有权和经营权的投资方式投资建设铁路主干线，如 BT 投资方式和铁路发展基金投资方式等；其二，禁止社会资本投资铁路旅客运输业务领域，但是允许社会资本投资者在自己修建的铁路线路上或者以自己修建的铁路线路为起始点从事旅客运输服务；其三，除以上禁止之外的铁路行业经营业务领域允许社会资本投资经营。

雇佣、劳动立法的历史考量与现实分析

董保华[1]

内容提要：管制与自治相结合产生出了社会法独特的调整机制，这种机制以具体、渐进的方式存在。过分强调抽象平等或抽象不等，都是不恰当的。雇佣合同与劳动合同并列所形成的问题难以解决的现实，折射出我国对社会化立法的认识误区。中国民法典的编撰不应仅局限于观念逻辑，更要关注观念背后的历史逻辑。

关键词：劳动合同雇佣合同社会法民法典编撰

近年来，随着我国民法典编撰紧锣密鼓的展开，研究雇佣关系与劳动关系之间的关系，有助于对社会化思潮中立法体系保持清醒的认识。

一、问题：雇佣关系与劳动关系的相互关系

雇佣关系与劳动关系，围绕两者的相互关系，学界早有争议，归类起来无非三种观点：其一，雇佣关系与劳动关系相互独立。劳动合同属劳动法调整，基本上属于公法范畴，雇佣合同属民法调整，属于私法范畴，性质上有较大差别。雇佣合同的当事人法律地位平等，劳动合同生效后，一方与另一方发生组织领导关系、管理与被管理的关系。[2]其二，雇佣合同关涉的是民事主体的民事权利义务，因此它属于一般的民事合同，受我国《合同法》的规制，又由于合同法分则中没有雇佣合同规定，因此它又属于无名合同。从而，“民法上关于雇佣合同的规定为一般规定，劳动法上关于劳动合同无特别规定时，适用民法上雇佣合同的规定”[3]。其三，雇佣关系应该是劳动法调整范围内一般劳动关系的一种特别形态，应该把它纳入到社会法的范畴。[4]

三种观点的争论，学者关注的一般是观念逻辑，这种观念逻辑在民法典编撰中被激活和放大。“未来中国将出现一个以民法典为一般私法，以民法和商法领域的众多单行法律（如消费者保护法、产品责任法、劳动合同法、公司法、票据法、证券交易法、破产法、海商法、保险法、信托法和知识产权法等）为特别

---

[1]董保华，男，（1954-），华东政法大学教授，博士生导师，中国社会法学研究会副会长，中国劳动法学研究会副会长，中国劳动学会常务理事。本文系国家社会科学基金重点项目“集体劳动争议处理和应对的法律机制研究”（14AZD048）阶段性成果。

[2] 文学国：《论雇佣合同》，载《法律科学》1997 年第 1 期。

[3]彭万林主编：《民法学》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 730 页。

[4]许建宇：《雇佣关系的定位及其法律调整模式》，载《浙江大学学报（人文社科版）》2002 年第 2 期。

私法的多种法源并存的局面。”[5]将劳动合同法列为私法的特别法，代表了相当一部分学者的看法，与上述第二种观点较为接近。这种观点的前提是我国整个法律体系应当纳入公法、私法的二分法体系，理由是我国只能以欧洲为模仿对象，具体说来，应当模仿德国。其实历史并没有给我们模仿德国的机会。

法国将劳动法与社会保障法统称为社会法，社会法作为私法与公法相融合的第三法域，与公法、私法相并列，是三分法。雇佣关系与劳动关系的含义类似，受《法国劳动法典》调整，基本上可以视为本文开篇时介绍的第三种观点。从《法国劳动法典》适用的广度上看，除了对适用一般规定的劳动者做了规定之外，还专门设立一卷对某些行业进行特别规定，调整对象涉及各种企业与不同类型的劳动者。[6]从《法国劳动法典》调整的深度上看，当整个雇佣关系（劳动关系）几乎都纳入劳动法时，也考虑了这种关系的整体平衡，并形成一个较为完善的调整机制。在第一卷第二编“劳动合同”中对于劳动合同订立、履行、解除等进行了规定，还确定了相应的适用范围[7]；第一卷第三编规定了集体劳动合同的适用范围[8]及基本规范；《法国劳动法典》还详细地规定了工时、休假等基准制度。哪怕从形式上看，法国也是将整个雇佣关系作为劳动关系置于社会法。

其实，德国也只是形式上保留着二分法，在一般法之外保留着一个庞大的特别法群体，德国在雇佣关系平等性理论之外，发展出从属性理论，依据后者做出的制度安排，其实具有非常强烈的社会法属性。以德国劳动契约法草案为基础，有台湾学者将劳动契约与一般雇佣契约区别为四个方面：（1）雇佣契约乃一方于一定或不定期限内为他方服劳役，而他方给付报酬之契约；劳动契约则指当事人之一方对于他方在“从属关系”提供其职业上的劳动，而他方给付报酬的契约。（2）雇佣契约纯粹是“利益交换价值”的关系；劳动契约则是基于共同事业目的的一种“人的组合”关系。（3）雇佣契约的双方当事人系居于独立、自由、平等的主体地位，而相互作对待给付（提供劳务与支付报酬）之对价关系；劳动契约的劳工，则是居于从属之地位，依据雇主指示提供劳务之服务。（4）雇佣契约不具“伦理性”；而劳动契约则具有显著的“伦理性”（即雇主对劳工负有保护义务，而劳工

[5]陈卫佐：《现代民法典编纂的沿革、困境与出路》，载《中国法学》2014 年第 5 期。

[6]包括能源——采掘业、加工工业（包括家庭劳动者、对织布、络纱、裁剪、印染、漂白与上浆等作业工种）、公共建筑与工程施工、交通运输业与通讯业（包括运输业间断性劳动者、海员、港口装卸企业的员工）、推销代表、记者、艺术工作者、模特、住宅楼的看门人与雇员、家庭雇员、保育员以及对

[7]“本编第一、第二、第三、第四、第五以及第六章的规定尤其适用于公务办事处及部委办事机关、自由职业、民事公司、行业工会以及各种性质的协会的受薪雇员。” 《法国劳动法典》，罗结珍译，国际文化出版公司 1996 年版，第 18 页。

[8] 《法国劳动法典》第 L131－2 条规定，集体协议一编的规定适用于工业、商业行业、使用《农村法典》第 1144 条所指之受薪雇员服务的农业行业、自由职业、公共及部属办事机构、家庭雇佣、住宅楼或非住宅楼或者混合用楼房的门卫与看门人、上门工作的劳动者、照看母婴的保姆、民事公司的员工、职业工会、合作性公司、不具有公共机构性质的社会保险机构的员工以及协会或者其他一切私法组织的员工，不论这些组织的形式与标的如何；适用于公营企业、具有工商性质的公立机构，受到保护的手工作坊以及上门劳务分派中心等等。

对雇主则有忠实及服从的义务）。[9]

事实上法、德这两种立法形式虽有差异，但没有本质区别，形式差异是一种历史选择的结果。1896 年的《德国民法典》第 616 条至 618 条被称之为“一滴社会之油”，作为一种补救，通过特别法的形式进行解雇保护、企业委员会、集体合同和劳动法院等一系列社会立法，以渐进的形式完成了三分法。《法国民法典》的先天不足，也形成了后发优势，给其提供了直接以《劳动法典》这种更完整的形式来反映社会化要求的机会。台湾的立法体系受德国影响很大，但台湾学者也认为这种特别法形式“渐渐形成一个公私法外在概念体系与指导理念都自成体系的第三法域”。他们认为，消费者权益保护法也具有“第三法域”的特点，但“最多可以纳入同样松泛的经济法领域 ,其体系化的程度都还无法和真正属于第三法域的劳动法相提并论”。[10]法、德劳动法表面形式不同，但实质相同，两者都走了一条“私法公法化”、“私法社会化”从而形成“第三法域”的道路。我国走的是“公法私法化”的道路，直接从一元法律结构走向三元法律结构，这条道路决定了我国在体系上应当类似法国而非德国。根据全国人大公布的中国特色社会主义法律体系的“七分法”，社会法并列于民商法，这是历史选择的必然结果。

“借助于法典编纂，中国民法将完成民法基本原则、一般性民法规则和民事法律制度的系统化、逻辑化和现代化。”[11]学者提出 “重要的范式转变”，这种转变“蕴藏着民法典新的机遇”。[12]将民法典编撰仅视为一种系统化的逻辑安排，是我国学界较为流行的看法。恩格斯在《卡尔·马克思〈政治经济学批判〉》一书中精辟地指出：“历史从哪里开始，思想进程也应当从哪里开始，而思想进程的进一步发展不过是历史过程在抽象的、理论上前后一贯的形式上的反映”。[13]观念逻辑是历史过程自身逻辑的反映。事实上，一个国家的法典编撰并非是任意的观念选择，立法者只能在历史给定的现实环境下进行制度设计。法律作为社会生活的调节器，我们不仅要认清历史选择的方向，更要关注渐进发展的现实特点。开篇时介绍的三种观点须置于历史环境考察，劳动与雇佣的相互关系背后存在着社会立法发展进路的思考。

二、现状：劳动关系并列于雇佣关系

如果引入历史观察的视角，劳动关系并列于雇佣关系，上述第一种观点反映

[9]简良机：《劳基法实务争议问题之研究》，蔚理出版公司 1990 年版，第 3 页。转引自郭玲惠《劳动契约法论》，三民书局 2011 年版，第 24-25 页。
[10]苏永钦：《现代民法典的体系定位与建构规则——为中国大陆的民法典工程进一言》，载《交大法学》2010 年第 1 期。
[11]陈卫佐：《现代民法典编纂的沿革、困境与出路》，载《中国法学》2014 年第 5 期。
[12]见茅少伟：《寻找新民法典：“三思”而后行——民法典的价值、格局与体系再思考》，载《中外法学》2013 年第 6 期。该文对这种观点进行了介绍。
[13] 《马克思恩格斯选集》第 2 卷，人民出版社 1972 年版，第 122 页。

的只是我国的立法现状。主体合格是我国劳动关系认定的基本条件，[14]劳动法采取了一种用人单位、劳动者“双适格”才能纳入调整范围的限定性规定。就用人单位而言，我国劳动法以内涵上不规定，仅对外延进行列举的方式来进行限制，凡法律没有列举的便不适用劳动法，范围较为狭窄。就劳动者而言，受到年龄、文化、健康、行为自由等一些标准的限制，实际适格范围也较为狭窄。与劳动法那种较为封闭的调整对象不同，雇佣关系采取开放的调整范围，受雇人因劳动给付支付报酬，凡不能纳入劳动法范围的均可作为雇佣关系受到民法规范。这种并列关系既存在现实性也存在局限性。

1.原生状态：雇佣关系与劳动关系的同质

讨论雇佣关系通常是从有偿雇佣开始的。“雇佣，谓当事人约定一方于一定或不定期间内，为他方服劳务，他方给付报酬之契约。”[15]我国有关民事合同的立法中并无雇佣关系的立法，现行雇佣关系的介绍基本上来自于国外民法典的规定。[16]讨论劳动关系之前必然会提到的是劳动。“广义的劳动，谓人间之有意识的且有一定目的之肉体的或精神的操作”，“劳动法上之劳动为基于契约上义务在从属的关系所为之职业上有偿的劳动。”[17]当前的定义大体上有两个要点，一是将劳动关系的当事人定义为劳动者与用人单位，二是强调劳动关系与集体劳动过程相联系。[18]我国大陆学者自上世纪八十年代开始归纳的劳动关系的特征至今没有太大的变化。[19]最表面的观察便会发现，雇佣和劳动讲的都是马克思所说的“雇佣劳动”，源于一种劳动与报酬的交换关系，两者只是从不同的视角进行观察。雇佣劳动的成立，首先依赖于双方当事人在劳动力市场上的自由意志选择，即它发端于流通领域；雇佣劳动的实现则要依靠劳动的付出，即它实现在生产领域。雇佣关系强调流通领域的特点，劳动关系则强调生产领域的特点。

2.法律调整：雇佣关系与劳动关系的异质

法律对两种关系适用不同的调整方式。劳动法确定了一个相对狭窄的调整范围，立法者便可对调整对象进行更为细致和具体的规范，这种机制主要指两个方面：一方面，劳动基准法是有关劳动报酬和劳动条件最低标准的法律规范的总称，公法在劳动关系中的介入使劳动关系具有强制的特点；另一方面，依靠集体的力量争取自身的权益，工会在劳动关系中的介入使劳动关系具有团体的特点。劳动法由此建立起一整套社会化的调整机制。在雇佣关系中，雇主与雇工双方任意选

---

[14]《劳动和社会保障部关于确立劳动关系有关事项的通知》（劳社部发〔2005〕12 号）

[15]史尚宽：《债法各论》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 291 页。

[16]例如，《日本民法典》第 623 条规定，“雇佣，因一方当事人约定为相对人服劳务，相对人约定对之付予报酬，而发生效力”，《日本民法典》，王书江译，中国法制出版社 2000 年版，第 113 页。

[17]史尚宽：《劳动法原论》，正大印书馆 1978 年版，第 1－2 页。

[18]董保华：《劳动法论》，世界图书出版公司 1999 年版，第 40 页。

[19] 如有学者认为“劳动关系是劳动者与用工单位之间为实现劳动过程而发生的劳动力与生产资料相结合的社会关系”。见贾俊林主编：《劳动法学教程》，中央广播电视大学出版社 1990 年版，第 26 页。也有学者称其为“劳动者与用工单位之间为实现劳动过程而发生的劳动力与生产资料相结合的社会关系”。见吴超民、王全兴、张国文：《中国劳动法新论》，中国经济出版社 1994 年版，第 32 页。

择、双务有偿，雇员劳动给付、雇主支付报酬，双方可通过缔结合同明确双方权利义务，实现意思自治。

法律对两种关系采用不同的调整深度。借助两种社会化的调整方式，劳动关系的调整深度与雇佣关系出现了明显的差别，劳动法的调整机制成为分层调整模式。宏观层次，劳动基准法调整全部劳动关系；中观层次，集体合同是在劳动基准法的基础上，对该劳动力使用者中劳动者权利义务的整体内容进行约定；微观层次，劳动合同调整个别劳动关系。劳动关系通过三个层次的层层推进，法律不仅规范流通领域，而且将关注目光深入到生产过程。“雇佣关系是人类社会发展到资本主义阶段，劳动成为商品的一种劳动交易形态。”[20]如果将雇佣关系与劳动关系进行比较便会发现，雇佣关系显然只有微观层次的调整方式，只将关注的目光及于劳动力支配权与劳动报酬交易的流通领域。

法律对调整对象有不同的假设。法律在进行制度安排时往往基于调整对象在社会生活中的实际地位抽象出不同的假设，作为制度设计的前提。民法采取任意的方式是以调整对象具有平等性的特点为前提；劳动法则以调整对象具有兼容性特点作为制度设计前提。宏观层次的劳动基准法调整方式，是由劳动关系所具有的人身关系和隶属关系的特征所决定的；微观层次的劳动合同调整方式，是由劳动关系所具有的财产关系和平等关系的特征所决定的；中观层次的集体谈判和集体合同调整方式，作为一种承上启下的层次，兼顾了劳动关系的各种特征。立法假设与立法者对社会生活观察的深浅密切相关。当立法者的目光局限在交换领域时，劳动力交易中平等特点受关注；当立法者的目光深入到生产领域时，劳动者对于用人单位指挥管理的服从性导致劳动关系具有不平等的特点会视发现。生产过程衍生出了劳动关系的其他品性，即除了平等性与财产性外，还有隶属性与人身性。

立法假设受自身体系的限制。我国目前实行一种可称之为七部类划分为特点的立法体系。九届全国人大将社会法界定为“调整劳动关系、社会保障和社会福利关系的法律。”[21]社会法与民商法是并列的法律门类。民法以平等主体作为自己的调整对象并实现意思自治，平等只有在抽象中才存在，民事立法具有抽象的特点，往往采用合并式立法技术，合同双方的权利义务规定在同一规范中平等设置。劳动法以形式平等、实质不平等的社会关系作为规范对象，往往采取分列式的倾斜立法模式，对强势主体课以更重的义务。这种不平等只有在比较中才存在，社会法立法以具体为特点。

3.劳动关系并列于雇佣关系存在着现实悖论

雇佣关系与劳动关系在原生态上都是雇佣劳动产生的社会关系，但在进入两

[20]薛少峰：《程序规定的实体法思考：试论雇佣关系的界定和雇主替代责任》，载《前沿》2004 年第 7 期。
[21]参见李鹏 2001 年 3 月 9 日在第九届全国人民代表大会第四次会议上所作的《全国人民代表大会常务委员会工作报告》，http://www.chinanews.com/2001-03-19/26/79548.html，最后访问日期：2012 年 2 月 2 日。

种法律体制调整后，依据不同的立法假设，产生了完全不同的效果，也被视为两种不同的法律关系。这种“一分为二”的双轨制存在着制度摩擦。例如，同一个劳动者走进两个不同的用工主体，一个被视为劳动法上的用人单位，另一个被视为民事雇主。前者是不平等主体，适用劳动法；后者是平等主体，适用民法，劳动者的保护水平完全不同。同样，同一个用人单位走来两个不同的打工者，一个被视为劳动者，适用劳动法；一个被视为雇工，适用民法。大学生打工作为雇佣关系不能适用劳动法，曾引发了社会热议。这种制度摩擦产生的社会矛盾已经引起各方关注。

不仅如此，这种双轨制的制度安排还会产生隐蔽劳动关系的情形。[22]隐蔽劳动关系涉及两种社会关系，一种是真实的劳动关系，一种是表象的社会关系。劳动关系“一直是并将继续是工人赖以在劳动法和社会保障领域获得与就业相关的权利和利益的主要载体。它也是确定雇主对工人的权利和义务的性质和范围的关键参照点。”[23]出于逃避税收或社会保障目的而以表象关系掩盖真实劳动关系时，就出现了“隐蔽劳动关系”。国际劳工大会第 198 号建议书认为某种表象的“合同安排产生剥夺劳动者应享有的保护的后果”，要求与这种现象 “做斗争”。[24]在我国以民事雇佣关系来掩盖真实劳动关系是一个值得注意的现象，建筑领域层层转包之所以流行，有一部分原因就是将社会法调整的劳动关系变形为民事雇佣关系。这种现象不仅逃避税收或社会保障，还导致大面积欠薪现象的发生。

可见，以上关于雇佣关系、劳动关系争论中的三种观点，“并列”讲的是现状。当双轨制的并列制度具有明显弊病，而我国又存在着模仿欧洲的呼声时，改变这种双轨制的安排，就成为擅长逻辑思维的学者主张，“纳入”讲的是改变现状。雇佣关系与劳动关系，谁纳入谁？出于不同的学科背景，对改变现状往往会有不同的方案。从如何整合民法典所涉及的体系资源出发，我国在民法典的制定上出现了两种主张，一是尽量求“全”的模式，即在民法典中包容进更多内容，覆盖更多领域。理想的状况是，不同的“人”（如经营者和消费者）、不同的政策目标（同等保护或区别对待）、不同性质的规范（自治规范与管制规范）都能被恰到好处地融入一炉，以让民法典能紧扣时代脉搏。二是尽量求“纯”的模式，即把民法典当成一部“原则法”，仅包含原则性、一般性的内容，将那些因为特定社会政策或经济政策所作的规定留在民法典外。”[25]以这两种理解为框架，都可以一定的方式将劳动合同纳入私法，从而使其成为私法的组成部分。如果我们对这种逻辑进

[22] “隐蔽雇佣关系”是国际劳工组织近年经常使用的一个概念，在我国应当称为隐蔽劳动关系。

[23]国际劳工局：《雇佣关系》，国际劳工大会第 95 届大会报告五（1），日内瓦 2006 年，第 3 页，http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_ilc_95_rep-v-1_zh.pdf，2008-3-1。

[24] 参见国际劳工组织第 198 号建议书《关于雇佣关系的建议书》，国际劳工大会 2006 年 6 月 15 日通过。http://www.docin.com/p-48022197.html，2008-3-1。

[25]茅少伟：《寻找新民法典：“三思”而后行——民法典的价值、格局与体系再思考》，载《中外法学》2013 年第 6 期。

行历史考量，1999 年的《合同法》起草、2007 年的《劳动合同法》起草都涉及雇佣与劳动相互关系，在民法典编撰背景下这一争论被重新包装。围绕着三部法也形成了三种不同的话语系统。能否解决两种关系的制度摩擦应当成为各种方案的试金石。

三、探索：以抽象平等的原则将劳动关系纳入雇佣关系

上述第二种观点主张劳动合同纳入雇佣合同。上世纪末，我国《合同法》制定过程中数个草案都曾设计了雇用契约专章，这是民法研究者将劳动关系纳入雇佣关系的一次重要努力，是一次以公法、私法的二分法的学术观念对公法、私法、社会法的三分法的立法实践提出的挑战。如果以当今民法典制定中求“全”与求“纯”理解来分类，应当属于后者。

我国《民法通则》将“平等主体”作为调整对象，“平等主体”必然要求“主体平等”。从《民法通则》到《合同法》的制定过程中，学者所理解的私法基本上是一种传统意义上的私法体系，市场经济的发展使我国更多的学者从二元法律结构出发来解读中国的社会现象，所有的法律都要归入或公或私的二元结构中进行界定。他们强调“劳动法根植、发端于民法”，“调整劳动契约的劳动法与调整雇佣契约的民法的亲合关系是不容否认的”。[26]民法研究者希望对完整的劳动法进行肢解从而将劳动合同置于雇用合同的覆盖之下。这种肢解劳动法的观点也得到相当一部分劳动法研究者的支持。“借口劳动法为独立的法部门而否定劳动合同关系适用民法调整的可能性和必要性，显然是无视历史也无助于现实的。将劳动法的一部分---劳动合同法作为民法的特别法对待，有助于对劳动合同进行严密的法律调整,也有助于协调劳动法与民法的关系。”[27]民法研究者、部分劳动法研究者对现行立法的批评如出一辙，不仅观点一样，表述也相同。

国家立法部门最终公布的《合同法》文本中，删去了雇佣合同的内容。全国人大在《合同法》公布不久后，公布了七分法的立法体例等于回答了雇用合同从《合同法》中删除的原因。随着当年观点在民法典起草中的重新活跃，我们不妨分析一下当年立法部门拒绝这种观点的具体原因。学者强调雇佣关系、劳动关系的所谓“亲和性”，在我国建国以来的历史发展中从不存在。归纳他们将劳动法视为民法特别法的现实理由，不外乎是完善体系、填补空白、修改规范，分析我国的立法实践，基本上都站不住。

其一，完善体系。公法、私法相互溶合产生了劳动基准、集体合同、劳动合

[26] 宁红丽：《我国雇用制度的立法完善》，载王利明、郭明端、潘维大：《中国民法典基本理论问题研究》，人民法院出版社 2004 年版，第 654 页。

[27]冯彦君：《解释与适用--对我国<劳动法>第 31 条规定之检讨》，载《吉林大学社会科学学报》1999 年第 2 期。宁红丽：《我国雇用制度的立法完善》，载王利明、郭明端、潘维大：《中国民法典基本理论问题研究》，人民法院出版社 2004 年版，第 654 页。两位学者不仅观点一样，在不加引注的情况下，文字表述也一样。

同等形式，并形成劳动法中层层限定的有机整体。学者要求劳动法中劳动契约部分进入民法，劳动法中劳动基准等其余部分置于何处？一些民法研究者认为劳动法将“整个阶级出卖给了企业家”，[28]暗示以劳动基准法的方式深入生产过程的调整是不成功的，放弃也罢。劳动法研究者一般不认为应当放弃劳动基准，当劳动法的一部分归入私法体系调整，成为私法的特别法；另一部分似乎只能成为公法的特别法。事实上这是没有可操作性的。例如，现实生活中大量存在的拖欠工资问题应当如何处理？拖欠工资中违反最低工资是公法问题，违反约定工资是私法问题，如何纳入两个体系分别处理？这种归类在实践中必然引发混乱。

其二，填补空白。一些学者要求对劳动合同立法空白直接适用《合同法》调整。[29]在目前的劳动司法中，法官并不能直接适用《民法通则》、《合同法》的相关规定，这种做法具有合理性。在改革开放的过程中，我国开始试行中国式的劳动合同制度，改革原来的固定工制度，形成了一套相对完整的规范。在解决类似的社会问题时，民商法与社会法适用不同的调整方式、救济手段，也形成两套独立的话语系统。[30]基层法官是无法判断所谓立法空白的。现在那种通过最高院的案例公开、司法解释等有限度接纳民法规范的做法在实践中已经产生了扩大适用的问题，[31]贸然放开法律适用必然形成简单相加的情形，导致显失公平的结果。

其三，改进立法。当劳动法学者准备按照雇佣合同的规则提出立法建议时，不能不注意到一个无法回避的事实：与劳动合同已经有几十年的发展历程从而形成一套完整制度不同的是，我国对雇佣合同表述却语焉不详。于是，劳动合同解雇保护制度与雇佣合同任意解雇制度的区别成为当时学者找到的主要差异。相当一部分劳动法学者主张限制劳动者过大的辞职权，并引入民法调整平等主体关系时常用的合并式抽象立法模式，改变劳动法根据强弱主体分列式的具体规范，从而赋予用人单位更大的辞退权，以实现民法要求的平等保护。[32]就在学者讨论得热火朝天的时候，《劳动合同法》的立法窗口真的打开，从这一讨论偃旗息鼓，一些学者还迅速改变观点的表现来看，恐怕这种观点的主张者也意识到没有可行

---

[28]“我们看一下那部劳动法上，劳动者有什么真正的保护措施？可以说劳动法把劳动人民，这个过去被称为领导阶级的整个阶级出卖给了企业家。也许这话说得极端一点。改革开放以来新闻媒体关于劳动者遭受损害的报道，已经是在一定控制之下的报道，也是非常触目惊心的，———在现代的文明的法制国家怎么能允许这样的事情存在。”梁慧星：《合同法的成功与不足》，载《中外法学》1999 年第 6 期以及《中外法学》2000 年第 1 期。

[29]周长征：《劳动法原理》，科学出版社 2004 年版，第 118 页。

[30]例如，一些民法采用损害赔偿的地方，劳动法则用经济补偿金制度或惩罚性赔偿来处理。

[31] 通过最高院的判例，在上下班途中发生交通事故，既适用工伤规定，又适用损害赔偿，一笔医疗费获得双份“赔偿”，引发各地不同的理解，已经在全国引起极大的混乱。

[32]冯彦君：《解释与适用--对我国<劳动法>第 31 条规定之检讨》，载《吉林大学社会科学学报》1999 年第 2 期。王全兴：《社会法学的双重关注：社会与经济》，载《法商研究》2005 年第 1 期。李坤刚：《关于我国劳动合同制度两个问题的探讨》，载《现代法学》2000 年第 5 期。徐智华：《劳动合同解除之法律适用——兼对《劳动法》第 25 条规定之评析》，载《中南财经大学学报》2000 年第 5 期。王旭东：《劳动者无条件预告解除权之畸形现状——对我国《劳动法》第 31 条规定之反思》，载《连云港职业技术学院学报》2004 年第 3 期。张怡超：《劳动合同单方预告解除制度研究》，载《中国劳动法学研究会会员代表大会暨完善劳动保障法律制度研讨会优秀论文集》（2003 年，北京），第 129 页。这只是热议中的少数文章。

性。

《合同法》讨论中将劳动关系纳入雇佣关系，究其实质是要将劳动关系“形式平等而实质不平等”的假设前提改造为民法“平等关系”的假设前提，并据此纳入“私法自治”的调整方式。对雇佣关系进行抽象平等的描绘尽管诱人，但脱离实际，社会真切感受的是劳动关系的从属性。让一个已经进行深度调整的法律领域，仅仅为了满足学者理论自洽的需要而退至浅层次，是不现实的。学者的观念逻辑脱离社会现实也与历史逻辑相悖，那种看法无论在学术领域取得怎样的主流地位，借用他们自己的说法，都因“无视历史也无助于现实”而难以对劳动法的立法现实产生影响。这场讨论的最大贡献可以说是通过学者强调的“亲和性”，为“雇佣”正名。最高院在司法解释中将“从事雇主授权或者指示范围内的生产经营活动或者其他劳务活动”定义为“雇佣”，并在人身损害赔偿中做出了规定。[33]劳动关系与雇佣关系的不同规定，使并列的格局不仅依然维持，而且得到了强化。在《合同法》的立法中，上述第二种观点并未能取代第一种观点。

四、探索：以抽象不等的原则将雇佣关系纳入劳动关系

上述第三种观点主张雇佣合同纳入劳动合同，这尽管是世界潮流，在我国却是学界中少数人的观点，劳动合同立法给这种观点的实现提供了机会。

对于《劳动合同法》立法最具影响力的两个案例，总理为农民工讨薪和黑砖窑事件，前者拉开了劳动合同立法的维幕，[34]后者促使维幕落下。[35]当时的中央电视台以《劳动合同法诞生记-----黑砖窑案助其全票通过》进行了报道。[36]这两个案例都涉及了雇佣合同与劳动合同的相互关系。以总理讨欠薪的这个群体看，“农民工”这个职业身份群体，正如这种称谓所表明的，反应的是农民身份与工人身份混合的一种极为矛盾的现实。据全国总工会公布的资料显示，近 70%的农民工有过被拖欠工资的经历。[37]这种拖欠与建筑领域中层层转包后，形成的包工头与农民工的雇用关系有关。山西“黑砖窑”事件，除了其中涉及的刑事责任外，其本身的用工也是在劳动合同法调整范围之外，属民事雇佣。我国矿难、劳灾、欠

[33]《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第 9 条：“从事雇佣活动，是指从事雇主授权或者指示范围内的生产经营活动或者其他劳务活动。雇员的行为超出授权范围，但其表现形式是履行职务或者与履行职务有内在联系的，应当认定为从事雇佣活动。”

[34]总理为农民工讨欠薪意义重大，标志着中央政府的注意力开始从“以经济建设为中心”转向了“解决两极分化”这样的一些社会问题，对弱势群体的诸多民生问题倾注了越来越多的关注，《劳动合同法》正是在这样的历史背景下拉开了立法的大幕。

[35]劳动合同法自 2005 年开始起草，起草过程中争论不断。两年之后，发生了黑砖窑事件。全国人大常委会组成人员在 2007 年 6 月 2 4 日下午在分组审议劳动合同法草案时，强烈抨击山西“黑砖窑”事件，并提出要尽快通过劳动合同法，通过这部法律和其他相关法律的实施，切实保护劳动者的合法权益，严防类似事件的发生。四天之后，劳动合同法得以通过。

[36]全国人大法工委行政室副主任，《劳动合同法》起草的负责人张世诚称，“一起突发事件让《劳动合同法》的出台突然加速。如果没有发生这个事情，这部法律可能还得讨论一段时间。”见劳动合同法诞生记黑砖窑案助其全票通过——经济半小时 2007 年 12 月 27 日

[37] 郭爱萍：《和谐社会构建中的劳资关系思考》，载《求实》2006 年第 8 期。

薪频发的现实，说明底层劳动者的保护流于失范。雇佣合同纳入劳动合同应当顺理成章，然而现实立法似乎拐入了另一条道路。

只有“低标准”才可能“广覆盖”，当我国大面积的升高劳动标准时，劳动关系的调整方式变得极其刚性化。有学者对 2007 年公布的《劳动合同法》进行了统计。“在这部只有 98 条的法律中，竟然使用强制性用语‘应当’达 70 次，使用强制性用语‘不得’达 28 次，共涉及 64 个条款。”[38]其实，这只是以最简单的方式进行统计的。[39]如果将隐性的表达与显性的表达相加，“不得”达 31 处，“应当”达 106 处。这些强制性规定往往以劳动部门的行政执法做为救济手段。我们对于《劳动合同法》的用语进行更加精确的统计，会发现《劳动合同法》的强制程度比我们想象的更高。[40]国家以这种高标准的方式对劳动关系过深介入，使已经纳入劳动法调整范围的一些小企业都感到难以承受，客观上也就关闭了劳动关系向雇佣关系扩张的大门。这种关闭也使这轮立法起动及结束时受到关注的两个案子中的雇工最终被排除在受益人范围之外，现实立法并未让雇佣关系纳入劳动法的调整范围。抽象不等的立法思维最终使雇佣关系与劳动关系并列的现实格局依然维持。

这种抽象不等的思维也以迂回曲折的方式影响着民法典的起草。如果说当年以求“纯”的模式将劳动合同纳入雇佣合同，雇佣合同本身在合同法应为有名合同，现在民法学者对雇佣合同的研究热情大大下降。在求“全”的模式，民法典追求目标是：“制定出‘自治’与‘管制’兼顾、公法与私法相容、各种不同性质的规范和谐共处的规范体系。”[41]时过境迁，物是人非，如果说当年强调的是雇佣合同对劳动合同的改造，那么今天更多强调的是劳动合同对民法的改造。当年认为劳动合同不成熟，需要雇佣合同的呵护；现在是劳动法太成熟，有了拯救民法体系的功能。劳动法这种以强制性规范为主要特点的立法，已经不以肢解而是以完整的形式进入民法，学者对他们所希望建立的民法体系已经有了不同的认识。从完善民法体系，充分发挥民法典功能的角度要求将劳动合同以特别私法的形式纳入私法，以让民法典能紧扣时代脉搏。

在空谈“不同性质的规范和谐共处”时，至少应当了解一下准备接纳的是怎样的规范。事实上，雇佣关系与劳动关系的“亲和性”，只存在于部分学者对历史一厢情愿的憧憬中。中国关于雇佣关系以及劳动关系的称谓，长期受到意识形态的

---

[38]王建勋：《法眼审视新<劳动合同法>》，载《南方都市报》2008 年 03 月 16 日，第 A23 版。

[39]这种统计本身并未注意法律表达中使用同义词、近义词或省略词的技术，而这种技术在《劳动合同法》中大量使用。《劳动合同法》规定的命令性规范并不仅仅体现在“应当”的表达中，禁止性规范也并不仅仅表现在“不得”的表达中。当《劳动合同法》在法律责任中做出行政处罚设置时，其实际上是以法律义务尤其是强制性义务为前提的。我们可从“法律责任”的视角，去理解一些“不得”、“应当”的同义词、近义词或省略词，从而更精确的认识《劳动合同法》的强制性。按我们的统计，《劳动合同法》中隐性的“不得”有 3 处，隐性的“应当”有 36 处。

[40]董保华：《劳动合同立法的争鸣与思考》，上海人民出版社 2011 年版，第 783－786 页。

[41] 钟瑞栋：《民法典规范配置问题初探——以公、私法“接轨”为视角》，载《光明日报》2014 年 6 月 4 日第 16 版。

影响，有政治特性。马克思在《资本论》中详细地分析了资本家是如何通过占有工人劳动所产生的剩余价值而对其进行剥削的，[42]雇佣劳动被认为与剥削紧密相联。这种原罪的看法在劳动合同立法中被人们重新提起。“我们切不可纵容那些违法用工的企业、靠压榨工人生存的企业。”[43]这种观点极大地影响了劳动合同的实际起草者，黑砖窑事件更是强化了这种意识：“‘在《劳动法》实施的过程中，我们看到了强资本的影子，我们看到了黑砖窑。黑砖窑这个血汗工厂我认为已经够残酷了。’在郭军看来，劳动者尤其是廉价劳动力的生存状况，表明《劳动合同法》的制定非常有必要。”[44]郭军是代表全国总工会参加《劳动合同法》制定的起草者。“强资本”、“血汗工厂”、“黑砖窑”这三个概念，第一个概念是合法的，第二个概念是不道德的，第三个概念是违法甚至于犯罪。当性质完全不同的概念，在“够残酷”的政治评价下混为一谈时，我们看到了刑民不分、劳动关系与犯罪关系混淆的情况，这种提法本身是缺乏法律思维的。劳动合同立法中，“民法思维”、“除非废除劳动法，回到民法调整时代”[45]成为对批评者一种最无可置疑的指责。

民法典编撰“求全”的代价必然是体系庞大与内容驳杂并存，在这种抽象思维中，劳动关系与雇佣关系，强者恒强，弱者恒弱的现实，似乎并未引起重视。意识形态的政治化思维是历史留给我们的包袱，《劳动合同法》是社会氛围的产物，《劳动合同法》大讨论中一个意味深长的现象是众多劳动法研究者的学术观点同时往一个方向发生根本性变化，劳动关系在“抽象不等”观念下被强烈地要求国家管制，以实现与雇佣关系的区别。从抽象平等转向抽象不平等，在中国的现实生态中是多么容易实现。近年来，受这种情绪的影响，我国相关立法[46]及最高院司法解释中开始抹去“雇佣关系”的提法，而改称“劳务关系”，[47]多少说明有关方面试图回避面对这类关系失范而带来的尴尬。然而，一种社会现实并不因为我们改变称呼而消灭，当“雇佣关系”被整合进入“劳务关系”的大概念时，这种社会关系依然与劳动关系并列。不同的是，经历了劳动合同立法，劳动关系的公法因素大大加强，与仍以“意思自治”为调整方式的雇佣关系更加格格不入。当民法贪大求全时，如何处理这种价值体系的混乱成为新的问题，两种规范固然可以都收入囊

---

[42] “工人超出必要劳动的界限做工的时间，虽然耗费工人的劳动，耗费劳动力，但并不为工人形成任何价值。这段时间形成剩余价值，剩余价值以从无生有的全部魅力引诱着资本家……只是从直接生产者身上，劳动者身上，榨取这种剩余劳动的形式。”厦门大学经济学系《资本论》教研室选编：《<资本论>选读》，厦门大学出版社 2000 年 4 月版，第 158 页。

[43]常凯的观点。《<中国党政干部政坛>刊文指出，不能袒护压榨工人的企业》，转引自《报刊文摘》，2010 年 10 月 18 日。

[44]常凯：《常凯驳张五常：劳动法有利中国》，载《中国青年报（北京）》，2008 年 2 月 1 日。

[45]刘诚：《论劳动合同立法的指导原则》，载《上海师范大学学报》2007 年第 2 期。

[46] 我国立法一般不再提及雇佣关系。例如，《中华人民共和国侵权责任法》第三十五条规定：“个人之间形成劳务关系，提供劳务一方因劳务造成他人损害的，由接受劳务一方承担侵权责任。提供劳务一方因劳务自己受到损害的，根据双方各自的过错承担相应的责任。”

[47]《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（三）》第七条：“用人单位与其招用的已经依法享受养老保险待遇或领取退休金的人员发生用工争议，向人民法院提起诉讼的，人民法院应当按劳务关系处理。”

中，但未必会和谐共处，更不要谈融于一炉。可以想见，当两种或多种性质不同、价值迥异的制度安排在同一个体系中，冲撞将会变得更加激烈。

五、启示：社会法有自己特有的规律

学者谈论“雇佣关系与劳动关系的亲和性”，“自治与管制兼顾”，“公法与私法相容”，“不同性质的规范和谐共处”，“恰到好处地融入一炉”，没有回答以什么样的方式实现这些目标。雇佣合同与劳动合同并列所形成的问题清晰可见，《法国劳动法典》、德国特别法作为目标又一目了然，然而，多次旨在解决这一问题的努力均难奏效。当我们对社会化立法的特有的规律缺乏认识时，“亲和性”“兼顾”“相容”“和谐共处”“恰到好处”只能是充饥的画饼。如果说在《合同法》讨论中过分强调抽象平等，夸大了合同对于劳动关系的调整作用；在《劳动合同法》立法中过分强调抽象不等，夸大了基准对于劳动关系的调整作用。这些讨论或多或少的忽视了雇佣关系、劳动关系内在要求。社会法针对的是形式平等而实质不平等的社会关系，劳动关系的不平等是具体的，劳动法作为社会法有自己特有的机制，当民法典试图用抽象的方式去解决问题时，注定无功而返。

1.自治与管制结合产生特有的机制

私法自治与公法管制有人比喻为楚河汉界，[48]私法的平等与公法的不等，两者都有必要以较为抽象的形式存在，两种法律价值唯有抽象才具有普遍的意义。对于二元法律结构而言，权利和权力的结构分化一旦完成，在经济社会生活中就形成了自治与管制的二元并存局面。保障权利和限制权力，二元法律结构所要坚持的传统价值对于我国法制建设具有如此重要的意义，在求全的思维中多少有些低估，民法典求“纯”思维总体是正确的。然而，面对形式平等而内容不等的劳动关系（雇佣关系），抽象的价值观念也面临棘手的问题：如何协调权力和权利二者间的关系？如果过份强调国家权力的无限性，脆弱的权利必将萎缩甚至重新为权力所吸收；如果片面强调权利的绝对性，忽视权力在市场经济中的能动作用，不仅会阻碍社会经济总量结构优化，而且会导致社会公平和效率之间的紧张关系。最佳的方式是为私法与公法相结合划出一块相对独立的领域，“以维持这种社会经济弱者阶层的生存及其福利的增进为目的的诸法律在学术上按体系分类，称为‘社会法’，……。”[49]劳动关系的特点决定其必然纳入第三法域的方式进行较为封闭的规范。无论是德国以特别法的方式，还是法国以劳动法典的方式来调整劳动关系，劳动法的第三法域特点是由其特有的机制所决定的。

第三法域这一概念，本身既强调了独立也强调了对另两个法域的承认和依

[48]赵娟：《“楚河汉界”与“貌离神合”——对公法与私法之间关系的基本认识》，载《江苏社会科学》2007年第6期。

[49] [日]星野英一：《私法中的人》，王闯译，载梁慧星主编：《民商法论丛》第8卷，法律出版社1997年版，第186页。

赖。公法、私法的机制都应以一种完整的机制独立存在，并从外部对社会法域产生影响。与我国某些学者观点相反，民法典只有与劳动法分离并保持其私法自治的精髓，也才可能真正对社会法产生辐射力。我国民法典编撰应当摆脱一种只有纳入自己体系才能施加影响的传统思维。没有立法上依归，并不等于说劳动法不需要借鉴私法的理论，劳动法作为公法与私法相融合而产生的法律部门，也存在着私法规范，需要以私法理论来研究。不仅如此，我国的社会立法可以说走的是一条“公法私法化”的道路，通过合同制度来改造高度集中统一的管理制度，是我国改革开放取得的巨大成效，私法理论在推动劳动公法转向社会立法中功不可没。在过去《合同法》讨论以及今天民法典讨论时，一些学者立论时将理论影响与立法制约相混淆，这是不恰当的。正是这种立论上的错误导致两种倾向：要么试图肢解劳动法来让民法观念对劳动法施加影响，要么试图大大改造自己的价值观念，来使劳动法进入自己的体系。如果说肢解别人如同伤人，过度改造自己如同伤己，这都是对私法传统价值的不自信。这种不自信本身说明中国“意思自治”不是讲过头，而是没讲够。

2.自治与管制结合形成具体的配比

与唯有抽象性才具有普遍性的价值追求不同，社会法作为自治与管制两种因素的交集，公法因素与私法因素进入同一法域，两种因素的结合，也会产生化学反应，在一个相对封闭的范围内，基准与合同之间要形成更为具体的配比关系。

1995 年《劳动法》定义的“用人单位”与“劳动者”，在 2005 年已经发生了巨大的变化。颁布《劳动法》时，我国还以公有制经济为主体并适当考虑已经引入的外资企业，当时“劳动者”的描绘很大程度上是基于这两类企业来进行的，这都是有一定规模的用人单位。在劳动合同立法时，两个民事雇佣典型案例折射出我国出现了扩大劳动法适用范围的实际压力。劳动标准作为一种易上难下的一种标准，如何在维持现有劳动法保障水平和基本机制的基础上，对我国不甚恰当的调整范围进行扩大是社会法的重要课题。要使劳动法对现实中各种形式的雇佣关系加大覆盖面，使最普通的劳动者得到保护，必须摆脱对凝固化、标准化、形式化和行政化刚性管理体制的依赖，实行一种柔性化的管理体系。这一体制应当是既注意劳动关系的稳定性，更要防止凝固化；既注意标准劳动关系，更关注非标准化的劳动关系；保持劳动关系的书面形式，更强调实际履行，防止形式化；劳动关系需要行政保护，更要防止行政机关的过份介入形成劳动关系行政化。应当根据我国劳动者出现分层的实际情况，在中下层劳动者中实现“广覆盖”，将重点放在调整劳动法的适用范围上。实现这一目标，须通过非凝固化、非标准化、非形式化、非行政化，使劳动关系调整由刚变柔，从而找到普通劳动者、正常企业、国家行政部门都能接受的法律平衡点。这四个方面的合理把握，正是合同与基准配比关系的具体尺度。

在笔者看来，促使劳动合同法起动与终结的两个案例，是社会现实向我国劳动法发出了历史信号，社会法作为第三法域应当扩大范围，劳动合同的调整机制也应当涵盖雇佣合同，当年将雇佣合同整体摘除出《合同法》似乎也给了《劳动合同法》以立法空间。然而，一些阶级对立的论述，最终模糊了法律调整的具体尺度。与具有民商事特点的财产立法、具有道德化色彩的政治立法所具有的抽象特点不同，作为一种形式平等而内容不等的关系，合同与基准的恰当配比，是立法中真正应当关注的具体问题，这也从另一个侧面说明社会法不能陷入某种抽象的思维，无论是“抽象平等”还是“抽象不等”。

3.自治与管制结合出现渐进的道路

从世界各国的情况看，雇佣关系的民法调整走向劳动法的调整，并不是一个完整的、一蹴而就的过程，与保障权利、限制权力的抽象价值不同，社会法特殊而具体的制度特点是以一个漫长而逐步的形式渐渐呈现出来。在这个过程中，那些社会化生产程度比较高的、易于组织起强大力量的劳动者具有较强的施压能力，往往率先成为劳动法的调整对象。我国雇佣关系是在国家管制较弱的地方生长出来，这种自发的特点也使其不易纳入国家管制的视野，我国劳动法适用范围的发展也以渐进为特点。这种富有弹性的渐进过程也正是社会立法具体化的表现形式。

劳动基准法、集体合同、劳动合同，劳动法调整机制的三个层次性虽然层层相扣，但是每个层次又是独立发挥作用的。由于我国劳动合同立法已经形成高标准、窄覆盖的现状，雇佣关系在走向劳动法调整过程中，我国应当建立起一种部分适用制度。这种制度在大陆法系与英美法系均可找到借鉴的样本。以美国和法国为例，两者尽管分属不同的法律体系，都采用了了劳动法的弹性调整机制。

美国并不存在统一的劳动法典，美国的劳动法体系由判例法与制定法两部分构成。从联邦层面上，各部法律[50]分别确定不同的调整对象，不同的社会群体有着差异化的保护措施。与美国的立法模式完全不同的是，法国的劳动法体系主要通过其劳动法典建立的。《法国劳动法典》共分九卷对涉及劳动关系的方方面面进行了细致的规定，如有关劳动的规定、劳动规章、职业介绍与就业、行业团体劳动冲突、对执行劳动立法与法规的监督、对某些特别行业的特别规定、继续职业培训等等。此外，《法国劳动法典》以专章的形式，分种类对劳动法适用的特殊人群作了特殊的适用规定。在完成一般性的规定建立了一般性的制度之后，在该部劳动法典中，列出非全部适用劳动法三个层次调整或在同一调整层次非全部适用的劳动者种类，分门别类专章对其进行特殊规定，达到进一步的弹性调整目的。

[50]铁路劳动法(Railway Labor Act of 1926)、国家劳资关系法(National Labor Relations Act of 1935)、公平劳动标准法(Fair Labor Standards Act of 1938)、职业安全与健康法(Occupational Safety and Health Act of 1970)、家庭事务假与病假法案(Family and Medical Leave Act of 1993)等等。

在劳动合同立法过程中，当我们错过了将雇佣关系纳入劳动合同法调整的机会后，雇佣关系与劳动关系并列在中国当下是现实选择，这种选择并不完美，甚至可以说是一种无奈的选择。改变这种状况只有依赖社会法的特有机制以具体的、渐进的方式逐步推进，贸然纳入以抽象见长的民法典是不恰当的。在中国民法典编撰的讨论中，几乎没有人涉及雇佣关系与劳动关系并列所形成的制度摩擦、价值冲撞，这本身说明社会法这种具体的、渐进的特点，与民法完全不同。大部分学者在这一问题的讨论上是满足于一种体系上的完美，忽视了任何理论都不可能突破历史给定的具体条件，观念逻辑不可能突破历史逻辑。

综上，从《合同法》到《劳动合同法》，两次立法实践告诉我们，国家管制才具有真正力量，劳动合同法也因此有了过度强制的特点。德国是一个私权保护根深蒂固的国家，仅将消费者保护引入民法典就造成民法体系传统价值的巨大危机。我国是一个私权保护曾被破坏殆尽的国家，追求形式上的大而全时，我国民法必定放弃长期坚守的某些价值底线。当民法大量吞入强制性规范时，真有能力消化吗？在同情弱者、加强管制的呼声中，“恰到好处”的标准是极难把握的，“私法自治”的理论建树将显得多么艰难。铁扇公主吞入孙悟空时，铁扇公主虽可宣誓形式上的胜利，但取得主导地位的一定是孙悟空。社会法研究者可以乐观预言，民法典编撰可能是一次社会法理论的大扩盘。问题是：中国真需要这样的一次扩盘吗？我国社会法理论的一大问题是用国家管制代替社会自治，失去了民法学者在私法自治上的坚守，社会法立法时也失去了一个参照的对象，必然会向国家管制走得更快。从这一意义上看，根据已经变化了的社会环境，论证私法自治的当今价值及表现形式，才是中国民法典能为我国法治建设做出的真正贡献。

跨越劳动法和民法的界河：《侵权责任法》第三十五条后半句法律适用分析

胡大武

内容摘要：1000 份裁判书统计分析表明：雇主责任和违反安全注意义务是法院裁定劳务接受者和劳务提供者承担责任的两个主要原因。判决书文本所呈现的 50%责任配置规律彰显了裁判者在立法和社会现实之间息事宁人的选择，而较高的上诉率和改判率则揭示了如何适用人身损害赔偿司法解释有关雇主责任规定和《侵权责任法》第三十五条后句是裁判者的重大理论和实践难题。这一难题产生的根本原因在于：裁判者对后者所规定的在自然人劳务提供者自身遭受意外伤害时适用过错责任的规定的适用往往忽视了不同劳务提供者所从事劳动的差异性。试图用民事平等法则裁判自然人之间所形成的雇佣关系恰恰是对公平价值的背离。在现行法律背景下，司法者应当秉承职业健康安全理念，细分自然人之间劳务关系类型，在充分考虑案件中劳务提供者所提供劳务的从属性因素、营利性因素和危险性因素基础上做出正确的裁判。《人身赔偿司法解释》中有关雇佣关系的规则应视为《侵权责任法》第 35 条后句之特殊情形，雇主责任属于劳务接受者责任的特殊规定，对于具有从属性劳务关系的自然人劳务提供者在工作过程遭受意外伤害的，裁判者应回归人身损害赔偿司法解释的适用，由劳务接受者承担具有严格责任性质的雇主责任。这种责任的理由在于：劳务接受者没有采取积极的有效防范措施才导致风险发生。

关键词：劳务提供者；雇主责任；《侵权责任法》第三十五条后句

Abstracts: Statistic analysis based on 1000 judgments showed that employer liability and violating duty of care are two major reasons for the court to find the labor receiver and the labor provider liable. The fifty-fifty distribution of liability between them indicates the court's preference for social effects rather than strict legalism in judging a case. Meanwhile, the high appealing rate and amending rate revealed that how to choose between the judicial interpretation on personal injury related to employer liability and section 35(2) of tort law in these cases are major challenges for judiciaries-in both theoretical and practical senses. The major reason for the controversy lies in the fact that tort law requires fault for establishing liability. In this

---

胡大武，西南政法大学经济法学院教授，博士生导师，博士后合作导师，联系方式：hdwcd@aliyun.com。
说明：本初稿中诸多统计数据好需要再次核对，请不要引用和做非本次会议之目的之外的用途使用。
在本文写作过程中，我所指导的研究生罗恒先生和杨春女士在统计上做了大量的工作，在此一并致谢。但文责自负。

context, when the labor provider, who is a natural person, suffers incidents and got injured, applying tort law would ignore the distinctions between different works. In this sense, applying civil "equality rule" to adjust the employing relationship between natural persons is a deviation from the value of fairness. With this regard, judiciaries should hold the idea of profession security and distinguish different employing relationship in a more detailed way; they should make judgment after considering the subordination factors, profitability factors and risk. In terms of the application of judicial interpretation, the articles about employment relationship in the interpretation should be regarded as the special condition of the second of article 35 of tort law and employer responsibility should be regarded as the special provision of labor receiver's liability. When the subordinated labor provider got injured during work, the judiciary should apply the judicial interpretation and the labor receiver should bear the strict employer liability.

Key words: contract for service; employer liability; article 35 of Tort Law

一、问题的提出

《侵权责任法》第 35 条后句的是与非

《侵权责任法》第 35 条后句规定：自然人之间提供劳务的，"提供劳务一方因劳务自己受到损害的，根据双方各自的过错承担相应的责任。"（以下简称"第 35 条后句"）。学界对该条的评价存在截然相反的两类意见，同时在如何适用该条上意见纷呈。

（1）截然相反的评价。（1）否定论。对《侵权责任法》第三十五条持否定论者以杨立新、梁慧星为代表。其主要理由为：第一，无法为提供个人劳务者提供安全保障。杨立新教授认为："尽管立法者考虑的是接受劳务的一方作为个人，赔偿能力有限，因而规定为过错责任原则，但是这样无法为提供个人劳务的人提供安全保障，是不妥当的。"[①]第二，使用人责任不是侵权法上问题。梁慧星教授亦认为：侵权责任法第 35 条基于个人之间使用关系的使用人责任根本就不是侵权责任问题，而是合同法、劳动法、社会保险法上问题，被使用人在执行职务中自身受到损害的，根据双方各自的过错承担相应的责任是完全错误的。[②]第三，违反相关法律。梁慧星教授认为：这样做不仅不公正，也违反劳动法，违反社会保险法，甚至违反宪法。现行劳动法（1994）第 73 条规定，劳动者在劳动中"负伤"、"因工伤残"，应"依法享受社会保险待遇"[③]。（2）肯定论。该论以王利明教

[①] 杨立新：《侵权责任法条文背后的故事与难题》，法律出版社，2011 年版，第 130 页。
[②]梁慧星：侵权责任法相关规定的理解与适用（下），载《人民法院报》，2011 年 9 月 28 日第 7 版。
[③] 梁慧星：侵权责任法相关规定的理解与适用（下），载《人民法院报》，2011 年 9 月 28 日第 7 版。

授为代表的学者认为现行规定正确。其支持理由包括：第一，自然人之间提供劳务的意外伤害风险缺乏工伤保险分担机制。在没有工伤保险机制分担风险的时候，提供劳务一方因劳务受到伤害的，不宜采取无过错责任的原则[①]。按照该逻辑，如果有工伤保险机制分担意外伤害风险，那么实行无过错责任原则并无不当。第二，过错原则更能体现公平。第三十五条规定的劳务提供人在提供劳务过程中自身遭受伤害的按照过错责任原则处理规定更加注重公平，更好地平衡了双方利益。[②]例如，家庭雇用小保姆做饭，小保姆不停劝阻，违反操作规程做饭时被烫伤，则接受劳务一方承担无过错责任确实过重。本条款规定双方根据各自的过错程度承担相应责任，较为妥当平衡了双方的利益[③]，亦是我国民法公平原则在侵权责任法中的要求和体现[④]。第三，有助于促使雇员谨慎行为以避免事故的发生[⑤]。

（二）相左的适用意见。不同学者对该句的认知及评价上的差异致其如何适用《侵权责任法》第三十五条后句主张亦各不相同。（1）第三十五条后句取代论。有学者认为：《侵权责任法》是以“提供劳务一方”、“接受劳务一方”、“劳务”、“劳务关系”等术语分别取代了“雇员”、“雇主”、“雇佣”、“雇佣关系”等术语[⑥]。《侵权责任法》第三十五条后半句已经取代了《人身损害赔偿司法解释》第十一条规定的内容，在今后的审判实践中应依据前者处理[⑦]。（2）过错类型化分类适用。杨立新教授认为将《侵权责任法》第三十五条后句的过错原则具体细化为三种情形：A 接受劳务一方因过错造成提供劳务一方损害的，应当承担全部责任；B 提供劳务一方因自己的过错造成自己损害的，由自己承担全部损害后果；C 对提供劳务一方受到的损害的发生或者扩大，接受劳务和提供劳务的双方均有过错的，适用侵权责任法第 26 条规定，双方根据各自的过错确定赔偿责任。[⑧]该主张彻底地贯彻了过错责任原则，是对取代论进一步阐释。（3）适用劳动法和社会保障法。把劳动法和社会保险法关于工伤保险的规定，解释为本法第 5 条所说的“其它法律另有规定”，按照特别法优先适用原则，直接适用劳动法、社会保障法的有关规定，而不适用本法第 35 条最后一句。[⑨]该主张彻底颠覆了该条的立法目的。

肯定论者和否定论者的观点都无法自圆其说。一方面，尽管否定论者对第 35 后半句的规定提出了强烈的批评，但是因其缺乏对劳动法和民事法体系的整体把握，忽视劳动法和民事法之间的逻辑关系，没有考虑到现行劳动法和司法实

[①]王利明主编：《中华人民共和国侵权责任法释义》，中国法制出版社，2010 年版，第 156 页；

[②] 国家法官学院案例开发研究中心编：《中国法院 2012 年度案例：雇员受害赔偿纠纷》，中国法制出版社，2012 年版，第 69 页。

[③]王利明主编：《中华人民共和国侵权责任法释义》，中国法制出版社，2010 年版，第 156 页；

[④] 王旭光主编：《侵权责任法实务论证与案例精析》，法律出版社，2010 年版，第 143 页。

[⑤]王利明主编：《中华人民共和国侵权责任法释义》，中国法制出版社，2010 年版，第 156 页；王旭光主编：《侵权责任法实务论证与案例精析》，法律出版社，2010 年版，第 143 页。

[⑥]奚晓明主编：《<中华人民共和国侵权责任法>条文理解与适用》，人民法院出版社，2010 年版，第 258 页。

[⑦]奚晓明主编：《<中华人民共和国侵权责任法>条文理解与适用》，人民法院出版社，2010 年版，第 259 页。

[⑧]中国人民大学民商事法律科学研究中心“侵权责任法司法解释研究”课题组：“中华人民共和国侵权责任法司法解释草案建议稿”，载《河北法学》，2010 年第 11 期， 第 11 页。

[⑨] 梁慧星：侵权责任法相关规定的理解与适用（下），载《人民法院报》，2011 年 9 月 28 日第 7 版。

践将自然人用人资格排除在外的既定法律事实，得出了自然人之间提供劳务适用劳动法的错误判断。另一方面，按照肯定论者过错责任原则的逻辑，将劳务提供者和接受劳务者视同为民法天然的平等派，并据此区分劳动合同和劳务合同。在此点上，即便是肯定论者的王利明教授也体会出了第三十五条后句的不当。他认为："由于雇员是利用雇主所提供的劳动条件完成雇佣活动的，因此，雇员受损害，往往是由于雇主所提供的物件（如机械） 或者其他条件（如所从事工作的危险性）造成的。……雇员对因从事雇佣活动所受损害享有的请求赔偿的权利，是其享有的劳动保护的自然延伸，并非是基于雇佣合同产生的。雇主应当为雇员提供适于服务的劳动条件，实行劳动保护，改善工作环境。雇员所享有的劳动保护的权利是宪法赋予的，任何人不能剥夺。" 这一理由毫无疑问是支持保护雇员的，无法得出 "雇员在从事雇佣活动中受到损害的。雇主和雇员根据双方各自的过错承担相应的责任" [①]。

学者之间的争论常常源自于自身的规范逻辑和对社会生活的感性判断，这常常成为正确判断的障碍。为进一步甄别肯定论和否定论之主张，本文通过 1000 份已生效二审裁判文书的统计[②]，揭示法院适用《侵权责任法》第 35 条后半句的逻辑、裁判方法及裁判规则。在此基础上，对《侵权责任法》第三十五条的正确适用提出浅见。

二、法官的策略：司法实践中的三条道路

法律一旦颁布，法官唯一任务就是正确解读并妥当适用。在对待《人身损害赔偿司法解释》第十一条雇主承担无过错责任的规定和对《侵权责任法》第三十五条后半句过错责任原则规定的态度上，裁判文书显示不同法院法官裁判时存遵守、变通或一定程度抵制的司法心里。在立法方面，因雇佣关系纠纷被明确纳入到"提供劳务者受害责任纠纷"案由中[③]。在 1000 份"提供劳务者受害责任纠纷"案由的裁判文书中，将《人赔偿司法解释》作为裁判依据的案件共计 711 件[④]，将《侵权责任法》作为裁判依据的案件共计 679 件[⑤]，将《民法通则》[⑥]作为裁判依

[①] 奚晓明 王利明主编：《侵权责任法热点与疑难问题解答》，人民法院出版社，2010 年版，第 120 页。

[②]为了掌握法院适用《侵权责任法》第 35 条后半句裁判方法及裁判规则，笔者对全国各省的司法裁判文本做了收集（西藏除外）。在选择裁判文本的过程中，笔者发现浙江和河南的"劳务提供者受害责任纠纷"案件较多。因此，基于确保 1000 份样本的广泛性，笔者先通过裁判文书网收集了其他省市省府所在地的中级人民法院的裁判文书（因直辖市内有多个中级人民法院，我们则选择该市建院历史最长的中级人民法院的裁判文书为样本）。在此基础上，对浙江和河南的样本做了取舍。本文的相关数据是通过对 1000 份二审裁判书文书的统计分析得出的。

[③] 例如，（2013）浙甬民一终字第 952 号裁判文书载明："本案黄仁贵是在雇佣活动中受伤，故本案的案由宜定为提供劳务者受害责任纠纷"。

[④] 不包括将《人赔司法解释》做依据，但不指明具体条款的 2 件在内。适用《人赔司法解释》裁判案件的情形包括：单独适用，同其他法律规定一起适用之情形。

[⑤]不包括将《侵权责任法》做依据，但不指明具体条款的 1 件案件在内。依据《侵权责任法》第三十五条后句裁判案件的情形包括：单独适用，同其他法律规定一起适用之情形。

[⑥] 有关劳动提供侵权责任纠纷案中，劳务提供者遭受意外伤害的法律适用规范主要涉及到劳务提供者的过

据的案件 221 件[①]，将《合同法》作为裁判依据案件 30 件，将《安全生产法》作为裁判依据的案件 1 件。可见，在“劳务提供者遭受意外伤害纠纷”案件中，法院适用依据按照频率高低的顺位分别是《人赔司法解释》、《侵权责任法》、《民法通则》、《合同法》、《安全生产法》。统计显示，在裁判“提供劳务者受害责任纠纷”案中，法院裁判依据尽管多样，但如何适用《侵权责任法》第三十五条后句同《人赔司法解释》第十一条乃是裁判者的重大难题。

（一）遵守：《侵权责任法》第三十五条后半句取代论。有学者认为，我国《侵权责任法》“将雇佣人责任改为使用人责任，并由过错推定责任改为无过错责任。”[②]统计显示，在 1000 份裁判文书中，有 619 件直接接受劳务者因雇佣而承担责任。在饶某因与吕某甲、何某提供劳务受害责任纠纷案找中[③]：“新法优于旧法、上位法优于下位法师法律规范相冲突时的法律适用原则，当二者并无冲突或互为补充时，人民法院可同时适用……雇员在从事雇佣活动中遭受人身损害的，由雇主根据无过错原则承担赔偿责任，该规定与《侵权责任法》第三十五条之规定存在冲突。根据新法优于旧法、上位法优于下位法的法律适用原则，提供劳务方与接受劳务方（即雇员与雇主）之间的责任应适用《侵权责任法》第三十五条之规定予以认定。原审法院依据《人身赔偿解释》第十一条第一款的规定，判决雇主何某承担雇员吕某甲的损害赔偿责任系适用法律不当，应予纠正。”在在荆伟与王伟兰提供劳务者受害责任纠纷案中[④]，二审法院认为：“关于争议是由谁提供的劳动工具马登的问题，双方当事人对劳动工具马凳是谁提供的，各执一词，且双方均没有证据证明自己的主张成立。在此种情况下，可以依据双方存在的劳务关系，认定雇主应当承担赔偿责任。”在该案中，法院根据双方的劳务关系认定雇主责任，将雇佣关系纳入劳务关系范畴，并适用《侵权责任法》第三十五条后句之规定，裁定接受劳务者承担 90%责任，接受劳务者承担 10%的责任。在陈蒋兴诉谢志龙、朱先伟提供劳务者受害责任纠纷一案[⑤]中，法院回避了当事人有关是否雇佣关系问题，直接认定双方为劳务关系，径直适用《侵权责任法》第三十五条后句之规定。在杭州市中级人民法院受理的乔哲江、何新装和浙江自理建设集团有限公司、杭州市夏衍幼儿园提供劳务者受害责任纠纷案中，裁判书明确载明：“根据《侵权责任法》第三十五条后半句规定，在雇佣关系中，雇员

错和过失认定问题。按照过错原则，无论劳务提供者是否过错还是过失均应该承担相应的责任。但是，《人身赔偿司法解释》第十一条并没有对应雇员遭受意外伤害情形做出雇员因重大过失情形下免除或减轻雇主责任的明确规定。《民法通则》第一百三十一条和《人赔司法解释》第十一条规定均强调了规定受害人对损害的发生也有过错的情况下。从立法本意看，该规定是一般性的侵权归责原则，并不适用具有从属性或控制性的雇佣关系下雇员遭受意外伤害之情形。事实上，最高人民法院对于雇员遭受意外伤害的责任分配思路与工伤赔偿思路是一样的。

[①]不包括将《民法通则》做依据，但不指明具体条款的 1 件案件在内。

[②] 梁慧星：侵权责任法相关规定的理解与适用（下）2011 年 09 月 28 日，人民法院报，第 07 版。

[③]参见（2013）鄂汉江中民一终字第 00073 号。

[④]参见辽（2014）沈中民一终字第 00038 号；此类案件还可参见(2013)浙嘉民终字 502 号。

[⑤] （2013）浙绍民终字第 852 号。

受到损害的，雇主承担过错责任。该规定已经取代了《人身损害赔偿司法解释》第十一条雇主承担无过错责任的规定”[①]。

根据统计，在 1000 份裁判文书中，满足如下两个条件的裁判文书 24 份，即：第一，仅在劳务提供者和接受者之间进行责任分配；第二，仅依据《侵权责任法》第 35 条后句作为裁判依据。24 份裁判文书中劳务关系接受者和劳务提供人之间的责任份额比例如如下表一：

表一：仅依据《侵权责任法》第 35 条后句作为裁判依据之劳务提供者和劳务接受者责任统计表：

责任百分比	**劳务提供者件数**	***劳务接受者件数***	责任百分比	**劳务提供者件数**	***劳务接受者件数***
0.00	**6**		0.60		***4***
0.10	**1**		0.70		***5***
0.20	**6**		0.80		***7***
0.30	**5**		0.90		***1***
0.40	**4**		1.00		***6***
0.50	**1**	***1***	平均比	**20.42%**	***78.33%***

上表显示，即便是在取代论的裁判案件中，劳动者担责的份额也很少。雇主承担则责任份额远比雇员打得多。在 24 件裁判文书中，劳务提供者承担责任的最高比例为 50%，案件数为 1 件；24 件案件中，劳务提供者承担的责任均为 50%（包括 50%）以下；劳务提供者不承担责任的案件 6 件，占比占比为 25%。相反，劳务接受者承担 50%以上（不包括 50%）在内的案件 23 件，占比为 95.83%，雇主承担全责的 6 件，占比为 25%。若综合算之，在 24 件案件中，劳务提供者平均承担的责任份额为 20.42%;劳务接受者承担的责任份额平均为 78.33%。就改判率而言，24 份裁判文书中，有 4 个案件被改判，改判率为 36.36%。

（二）坚守雇佣关系。《人赔司法解释》有关雇佣关系责任配置的规定表明最高人民法院在雇员遭受安全生产事故问题上采取了“中间道路”。一方面，对过错责任原则的适用进行了限制，另一方面又调和了绝对无过错责任下对劳务提供者极端自我照顾义务忽视行为的治理。这意味着，当劳务提供人因违反工作场所中严格的绝对义务而承担责任时，法院不得不考虑：法律旨在保护疏忽大意的劳务提供者，并且，相比较而言，劳务接受人处于更有利的控制和避免风险的地位。

[①]杭州市中级人民法院受理的乔哲江、何新装和浙江自理建设集团有限公司、杭州市夏衍幼儿园提供劳务者受害责任纠纷案，（2013）浙杭民字第 3300 号。笔者认为；该法院按照过错原则处理是正确的，但是阐述的理由却是欠妥的。在本案中，实际上为承揽关系，不属于雇佣关系。此外，亦可以参见（2013）鄂汉江中民一终字第 00073 号；（2013）黑中民终字第 471 号。

所以，只有在极少数案件如因提供劳务人故意或者任性轻率行为导致自身伤害时才会因为共同过失原则而减少劳务接受者的损害赔偿。同时，劳务提供人是否具有故意和轻率行为需要由劳务接受方举证。在一些家政服务员遭受意外伤害的案件中，劳务提供者基于自己的判断产生了一个超出劳务接收人控制范围之外的新的独立风险。在众多擦洗玻璃的家政服务员坠楼事故中，该类情形普遍。[①]在雇主责任的 619 份裁判文书中，共计 196 份裁判文书适用《人赔司法解释》第 11 条，占 1000 份裁判文书中的 19.6%。

1.在 196 份文书中，仅将《人赔司法解释》第 11（1）条作为裁判唯一依据的裁判文书仅 11 份[②]，其中 10 份裁判文书显示劳动者受伤，都未签订任何合同。在《侵权责任法》生效后，很多法院在裁判雇佣关系案件的时候，仍然适用《人赔司法解释》。雇佣关系不同于承揽关系，居间关系中的劳务提供关系。即便 2011 年最高人民法院将 2008 年劳务（雇佣）关系统一为劳务关系案由后，司法实践中仍存在着这种区分。例如，在郑某与被上述人张某、重庆某某运输有限责任公司提供劳务者受害责任纠纷一案中，尽管法院将该案件案由确定为提供劳务者受害责任纠纷，但是仍认为“其本人虽有一定的不慎，但并不属于重大过错，则一审未减轻郑某的赔偿责任并无不当。”[③]显然，在该案件中，法院尽管将雇佣定位劳务，但却并未适用《侵权责任法》第三十五条后句所规定的过错责任原则，而适用雇主责任原则。在该案件中，张某长期受雇是法院适用《人赔司法解释》的前提之一。相反，对于那种仅是基于特定时间内完成某项工作，一旦该工作结束双方关系终止的劳务关系则同雇佣关系实质有本质的区别。11 份裁判文书中劳务提供者和接受者承担的责任份额分配情况如下表二：

表二：仅将《人赔司法解释》第 11（1）条作为裁判依据之劳务提供者和劳务接受者责任统计表

责任百分比	**劳务提供者件数**	***劳务接受者件数***
0.00	**9**	
0.30	**1**	
0.40	**1**	
0.60		***1***
0.70		***1***
1.00		***9***
责任平均比	**6.36%**	***93.64%***

[①] (德国)U.马格努斯 (西班牙)M.马丁-卡萨尔斯主编，叶名怡 陈鑫译：《侵权法的统一：共同过失》，法律出版社，2009 年版，第 157 页。

[②]鉴于将《人赔司法解释》第 11（1）条和第 11（2）条作为裁判依据的案件中，因有承担连带责任的当事人参与责任的分配，从而可能降低雇主承担责任比例。因此，本文不再讨论将《人赔司法解释》第 11（1）条和第 11（2）条作为裁判依据的裁判文书。

[③] 参见重庆市第三中级人民法院，（2013）渝三中法民终字第 00970 号。类似案件还可参见北（2014）二中民终字第 00743 号。

上表显示，在坚守雇佣关系的裁判案件中，劳动者担责的份额更少。雇主承担则责任份额远比雇员大得多。在 11 件裁判文书中，劳务提供者承担责任的最高比例为 40%，案件数为 1 件；承担 40%（包括 40%）以下责任的案件为 2 件，占比为 18.18%；劳务提供者不承担责任的案件 9 件，占比占比为 81.82%。相反，劳务接受者承担责任份额都在 50%以上，雇主承担全责的 9 件，占比为 81.82%。**若综合算之，在 11 件案件中，劳务提供者平均承担的责任份额为 6.36%;劳务接受者承担的责任份额平均为 93.64%。**统计数据表明：尽管 81.82%的案件中，劳务接受者承担全责，但是仍有 18.18%的案件中劳务提供者仍然担责。就改判率而言，11 份裁判文书中，有 4 个案件被改判，改判率为 36.36%。这表明法院在适用《人赔司法解释》第 11（1）时并非贯彻了无过错责任原则。 在 11 份裁判文书中，有 2 份裁判文书显示劳动者因“违反安全操作规范和工作规定”而担责。而“劳动者未尽安全注意义务”则没有成为适用该条的理由。这一裁判现象表明：一方面该类裁判表明了裁判者对于劳动者承担责任的谨慎态度，另一方面说明该类裁判在一定程度上否定了雇主责任的绝对无过错责任原则的适用。 2.将《人赔司法解释》第 11（1）和（2）条同时适用。该类裁判文书共计 12 份。12 份裁判文书责任分配统计如下表三：

表三：同时适用《人赔司法解释》第 11（1）和（2）条劳务提供者和接受者责任承担统计表

责任百分比	**劳务提供者件数**	***劳务接受者件数***
0.00	**6**	
0.10	**3**	***1***
0.20	**2**	
0.30	**1**	
0.50		***1***
0.55		***1***
0.60		***1***
0.70		***1***
0.80		***1***
0.90		***1***
1.00		***5***
责任平均比	**8.33%**	***83.75%***

如上表显示，在 12 份仅适用《人赔司法解释》第 11（1）和（2）条进行裁判的案件中，劳务提供者承担责任平均责任比例为 8.33%。劳务接受者承担的责任比例为 83.75%。相比较仅适用《人赔司法解释》第 11（1）条的裁判文书而言，

前者在劳务提供者责任承担比例方面增加了 1.97%，而在劳务接受者方面，则是减少了 9.89%。需要求证的是：在依据《人赔司法解释》第 11（2）条裁判的时候，其前提条件是雇佣关系的确认。按照逻辑推断，由于有其他人承担连带责任，裁判者面临分配劳务提供者意外伤害风险救济具有更大的灵活性。在此常理下，劳务提供者承担的责任可以更少些。因为在分配较低责任份额给劳务提供者之后，雇主同承担连带责任的人之间更有能力共同分配雇主责任份额。但是，本统计数据并没有得出这样的逻辑结论。这表明，即使在认同《人赔司法解释》第 11 条规范的裁判文书中，法院也并没有按照无过错责任原则分配责任。在司法实践中，《人赔司法解释》第 11 条被打了折扣。

（三）区分并用。据统计，在 1000 份裁判文书中，同时适用《侵权责任法》第 35 条和《人赔司法解释》第 11 条的裁判文书有 202 份，占比 20.20%。其中，同时将《侵权责任法》第 35 条后句和《人赔司法解释》第 11（2）条作为裁判依据的案件 35 件；同时将《侵权责任法》第 35 条后句和《人赔司法解释》第 11（1）条作为裁判依据的 166 件。在 166 件中，在劳务接受者承担雇主责任类型中，仅将《人赔司法解释》第 11（1）和《侵权责任法》第 35 条后句作为适用依据的 44 件[①]，只将《人赔司法解释》第 11（2）和《侵权责任法》第 35 条后句作为适用依据的 7 件。统计数据表明，在判定劳务接受者是否承担雇主责任的时候，按照《人赔司法解释》相关规定认定。一旦认定雇主责任的成立，需要认定劳务提供和接收双方责任大小的时候，则依据《侵权责任法》第三十五条后句之过错责任原则规定，考虑劳务提供者是否有过错。这也是诸多法院将《人赔司法解释》第 11 条同《侵权责任法》第 35 条后句，或者《民法通则》第 131 条等混同适用的根本原因。在（2014）鄂武汉中民二终字第 00346 号案件中，法院裁判认为：劳务提供者何绍友与丁波之间的雇佣关系系个人之间的劳务关系，根据《中华人民共和国侵权责任法》第三十五条之规定，提供劳务一方因劳务自己受到损害的，应按双方各自过错承担相应的责任。本案件中,作为提供劳务一方的何绍友……对事故的发生具有一定过错，应自负一定比例的责任，原审酌定其自负 30%的责任并无不妥，二审予以支持。

1.在 44 件将**《侵权责任法》第三十五条后句和《人赔司法解释》第 11（1）**条作为裁判规范案件中，劳务提供者和接受者责任比例如下表四:

表四：同时适用《侵权责任法》第三十五条后句和《人赔司法解释》第 11（1）条之劳务提供者和接受者责任承担统计表：

[①] 本处选取的裁判文书限于法院仅依据《人赔司法解释》和《侵权责任法》作为裁判依据，并且《人赔司法解释》依据中包括了第 11 条，《侵权责任法》中包括了第 35 条后句在内，排除了将《民法通则》、《合同法》等作为依据但同时又将《人赔司法解释》和《侵权责任法》作为裁判依据的裁判文书，以及存在连带责任和受益人责任情形的案件。

责任百分比	**劳务提供者件数**	***劳务接受者件数***
0.00	**14**	
0.10	**5**	
0.20	**6**	***1***
0.30	**9**	
0.40	**5**	***1***
0.50	**3**	***3***
0.60	**1**	***5***
0.70		***9***
0.80	**1**	***6***
0.90		***5***
1.00		***14***
责任平均比	**21.14%**	***78.86%***

上表显示，在 44 件裁判文书中，综合算之，劳务提供者平均承担的责任份额为 21.14%;劳务接受者承担的责任份额平均为 78.86%[①]。

2.将雇佣关系依据《侵权责任法》第三十五条后句规定的过错责任原则处理，涉及到连带责任，则依据《人赔司法解释》第 11（2）条所规定处理[②]。在普海龙诉上海东圣建筑工程(集团)等提供劳务者受害责任纠纷一案中[③]，对于劳务接收方的主要义务被表述为："董仕科作为接受劳务一方，有义务为劳务者提供必要、安全的工作场所和作业工具，而普海龙作为提供劳务一方也应当在工作过程中负有安全谨慎注意义务。本案普海龙在提供劳务过程中从三米高处摔下受伤，工具现有证据无法证实普海龙从高处摔下系其自身疏忽大意所致，还是董仕科提供的作业工具在安全保障方面存在瑕疵。故法院根据本案的实际，酌情确定董仕科对蒲海龙的损害承担 50%的责任"。在本案中，法院在适用了《侵权责任法》第三十五条后句的基础上，适用《人赔司法解释》第 11（2）条所规定的连带责任，本质上是将工程发包中非法承包案按照非劳动关系处理的。在 7 份仅同时依据《人赔司法解释》第 11（2）条和《侵权责任法》第 35 条后句作为适用依据的裁判文书作为其责任份额的统计分析。如下表五：

---

① 由于统计数据的限制，如果样本更多，劳动提供者承担的责任份额可能还要更大。

②不过当法院在适用《人赔司法解释》第 11（2）条的时候，其逻辑仍需以雇佣关系存在为前提。此类关系一般分为：同承包人具有长期稳定的关系和不具有长期稳定的关系。

③ （2013）沪一中民一（民）终字第 3052 号。在本案中，普海龙在提供劳务过程中从三米高处摔下受伤，工具现有证据无法证实普海龙从高处摔下系其自身疏忽大意所致，还是董仕科提供的作业工具在安全保障方面存在瑕疵。故法院根据本案的实际，酌情确定董仕科对蒲海龙的损害承担 50%的责任"。在本案中，法院在适用了《侵权责任法》第三十五条后句的基础上，适用《人赔司法解释》第 11（2）条所规定的连带责任，本质上是将工程发包中非法承包案按照非劳动关系处理的。

表五：同时适用《侵权责任法》第三十五条后句和《人赔司法解释》第 11（2）条之劳务提供者和接受者责任承担统计表：

责任百分比	劳务提供者件数	*劳务接受者件数*
0.00	**2**	
0.30	**3**	
0.40	**2**	
0.60		***2***
0.70		***3***
1.00		***2***
平均责任比	**24.28%**	**65.71%**

上表显示，在秉持区分论的 7 件裁判文书中，综合算之，在 7 件案件中，劳务提供者平均承担的责任份额为 24.28%;劳务接受者承担的责任份额平均为 65.71%[①]。

（四）基于平均责任比的分析

从无过错责任到过错责任的改变，对于劳务提供者和劳务接受者而言，责任砝码的倾斜在多大程度上为弱者赢得了正义？《侵权责任法》第 35 条究竟在多大程度上改变了《人赔司法解释》第 11 条所确定的雇主责任。有关劳务提供关系下裁判者法律适用后的总体责任平均如下表六：

表六：劳务提供者和接受者平均责任统计表

适用情形	劳务提供者平均责任比	劳务接受者平均责任比
《人赔司法解释》第 11（1）条	6.36%	93.64%
《人赔司法解释》第 11（2）条	8.33%	83.75%
《侵权责任法》第 35 条后句	20.42%	78.33%
《人赔司法解释》第 11（1）条和《侵权责任法》第 35 条后句	21.14%	78.86%
《人赔司法解释》第 11（2）条和《侵权责任法》第 35 条后句	24.28%	65.71%

上述统计表明：（1）从总的责任分配比例看，无论是哪条选择，劳务提供者承担的责任份额都相对于劳务接受者而言更少。在主张《侵权责任法》35 条后句替代论的裁判案件中，劳务提供者平均承担的责任份额为 20.42%;劳务接受者承担的责任份额平均为 78.33%。在坚守雇佣关系案件中，劳务

[①] 由于统计数据的限制，如果样本更多，劳动提供者承担的责任份额可能还要更大。

提供者平均承担的责任份额为 6.36%;劳务接受者承担的责任份额平均为 93.64%。这表明：司法裁判并不会因新法而带来实质上的影响。司法长期实践所形成的裁判思维显著地影响了法官的决策。另一方面，不管适用什么样的法律规范，面对伤痕累累的劳动者，法官不得不思考裁判在解决社会问题中的社会后果。在该类案件中，很少看到裁判者作为冰冷的旁观者存在。裁判者群体在极力找寻给予劳务提供者救济的法理依据。即便对于那些坚持第 35 条后句替代论的裁判者亦是如此。（2）《侵权责任法》颁布后，更多的裁判文书呈现总体上增加劳务提供者责任的趋势。在劳务提供者者责任承担方面，由适用《人赔司法解释》第 11（1）条雇主承担无过错责任时的 6.36%到《人赔司法解释》第 11（2）条和《侵权责任法》第 35 条后句并同适用的 24.28%之责任差异，跨度达到 17.92%。而劳务接受者责任比例的差异跨度达到 27.93%。更有甚者，即便在可能认定为劳动关系的案件中[①]，法院仍可能裁定劳务提供者承担较大比例的责任份额。[②]（3）相当多的司法裁判将学理上和《人赔司法解释》第 11（1）条所确定的雇主无过错责任原则修订为过错责任原则，以此达至《人赔司法解释》第 11 条和《侵权责任法》第 35 条后句在适用上的一致性。

三、判决书中的责任分配趋势分析

第三十五条后句文意明确规定了过错责任原则的适用。1000 份裁判文书统计表明：一审劳务提供者不承担责任案件 312 件，占比为 31.2%，承担 10%责任的有 87 件，承担 20%责任的有 164 件，承担 30%的有 191 件，承担 40%的有 51 件，承担 50%责任的有 43 件，承担 60%责任的案件有 17 件，承担 70%责任的案件有 21 件，承担 80%的案件有 10 件，承担 90%责任的有仅 1 件，参见下表：

表七：一二审劳务关系双方责任承担比例对照表

案件数　责任比例	一审劳务提供者占比	一审直接接受劳务者占比	二审劳务提供者占比	二审直接接受劳务者占比
败诉[③]	60	0	54	0

[①]在上诉人盐城市明星涂装设备有限公司与被上诉人张庆伟提供劳务者受害责任纠纷案中（参见(2013)青民五终字第 592 号）. 在该案中，一二审都认为劳务提供者同劳务接受者之间存在劳动关系，但是仍判决劳动者承担 40%责任。

[②] 法院认为:“原判认定被上诉人侯德臣与上诉人青岛港友装卸有限公司之间存在劳动关系的主要依据是，被上诉人提供的工资情况说明、证人证言和上诉人法定代表人丁玉友为被上诉人办理的入港证。上述证据相互印证，足以证明双方劳动关系事实的存在”。

[③]劳动者败诉原因集中度高。在劳动者败诉案件中，无论一审，还是二审，“原告证据不足证明双方存在劳务或雇佣关系” ，“直接认定原被告无雇佣关系，系其他法律关系”，“ 非因提供劳务受伤”和“原告证据

判决未注明	8	12	7	15
判决酌情补偿[①]	0	12	0	12[②]
0	312	**73**	287	**67**
4%	1	0	1	0
5%	3	0	4	0
10%	**87**	**1**	**94**	**4**
15%	11	4	9	4
20%	**164**	**20**	**178**	**18**
25%	6	4	4	4
30%	**191**	**45**	**208**	**36**
33%	1	1	1	1
35%	5	8	6	9
40%	**51**	**45**	**54**	**48**
45.00%	1	7	1	7
47.00%	0	1	0	1
48.00%	0	1	0	1
49.00%	0	1	0	1

不足以证明是因提供劳务受伤”四方面的原因均是劳动者败诉案件数量的主要原因。因这四类原因败诉的案件数量一审分别为：20 件，12 件，8 件和 6 件，共计 46 件，占一审败诉案件 60 件的 76.67%；二审案件分别为 21 件，9 件，6 件和 5 件，共计 41 件，占二审败诉案件 54 件的 75.93%。这四类败诉原因实质上均表明该类案件不属于《侵权责任法》第三十五条后句适用范围。此外，基于原告和被告达成了相关调解协议的劳动者败诉案件一二审均分别共计 6 件。根据裁判书的语义表达，具体分为四类理由：“原被告已经达成调解协议”案件一二审均为 2 件；“原被告之间存在和解协议且不显失公平”案件一审 2 件，二审 1 件；“原被告已达成赔偿协议并履行完毕”一审和二审均为 2 件；“原告证据不足证明调解协议书协议显示公平；原告无证据证明自己对协议存在重大误解”二审案件 1 件。除了前述两类外，法院因“原告起诉已过诉讼时效”和“竞合之诉，原告已经向侵权人起诉，已丧失要求雇主赔偿的权利”裁判劳动者一方败诉的一二审案件均分别为 2 件；“原告不足以证明被告存在过错”一审劳动者败诉案件 3 件，二审 2 件；“此案已经先前案件审理完毕，原告属于同一事由再次起诉”一审裁判劳动者败诉案件 1 件；“原告无证据证明被告未足额支付赔偿款”二审裁判劳动者一方败诉案件 1 件。

[①] 本处所谓“判决公平补偿”是指：法院裁判书中没有明定双方当事人责任比例，而是基于公平原则，裁判劳务提供者酌情给予劳务提供人一定数额的补偿。

[②] 说明：(2014)沪一中民一(民)终字第 343 号裁判文书中，案件的焦点在于原告是否是在提供劳务过程中遭受伤害。一审和二审都未能支持死亡劳务提供者家属之雇佣过程中死亡的主张。但是，一审法院认为：“上海南汇银利奶牛场作为雇主，对龚某的人身安全已经尽到合理注意义务和及时救助义务，不具有过错。因此，傅惠琴等要求上海南汇银利奶牛场承担基于雇主的安全保障义务的赔偿责任的主张，亦不能成立”。裁判驳回已死亡劳务提供者一方全部诉讼请求。二审法院“受害人作为被上诉人的雇员，因难以查明的原因在被上诉人处遭受伤害；同时上诉人为挽救受害人的生命支付了巨额的费用，承担了十分严重的损害后果，对于上诉人家庭是一个沉重的负担，如全由上诉人方承担，不利于社会的公正公平和社会和谐，故本院认为对本案的损害后果应适用公平原则为妥，除被上诉人已支付上诉人的费用外，本院酌定被上诉人补偿上诉人 200，000 元”。基于此，在本统计表中，在一审栏中，该裁判文书统计在“败诉”栏中。在二审统计栏中，该裁判文书统计在“判决公平补偿”栏中。

50.00%	**43**	**76**	**43**	**83**
51.00%	1	0	1	0
53.00%	1	0	1	0
55.00%	0	6	0	7
56.00%	0	1	0	1
60.00%	**17**	**84**	**16**	**84**
65.00%	2	8	1	8
70.00%	**21**	**157**	**16**	**168**
75.00%	2	3	1	2
80.00%	**10**	**125**	**10**	**129**
85.00%	1	6	2	6
90.00%	**1**[①]	**46**	**1**	**51**
95.00%	0	2	0	3
100.00%	**0**	**251**	**0**	**230**
合计	1000	1000	1000	1000

（一）逢十责任规律。上表显示，零责任点、承担 10%,20%,30%,.....90%100%点上的案件占比远较于这些点之间的案件占比数量多。每逢整十案件数量占比大。例如，在劳务提供者承担责任项下，承担责任为 0 到 10%区间的案件总数仅 4 件，而 0 责任点上有案件 312 件，10%点上案件有 87 件。在 20%和 30%区间的案件仅 6 件，而 20%点上的案件就达到 164 件，30%点上则有 191 件。

无论是一审还是二审，无论是劳务接受者承担责任案件比例还是劳务提供者承担责任案件比例均显示出每逢整十案件数量占比大特点。一审劳务提供者零责任和恰逢十整数点上案件共计 897 件，二审为 907 件。一审劳务接受者承担责任案件逢整十倍整点数案件 923 件，二审则为 918 件。这反映了裁判者在责任认定上倾向于按照 10 的倍数配置责任的偏好。裁判者在责任认定上倾向于按照 10

[①] 说明：(2013)浙台民终字第 66 号案件中，二审法院认为：王岳福在从事劳务过程中发病，送往医院后经诊断为蛛网膜下腔出血、高血压病，后经治疗无效死亡。因此，一审认定王岳福的死亡与从事的保洁工作不存在直接关系，并无不妥。上诉人方认为，王岳福在工作中摔倒受伤，但未能提供充分有效的证据加以证明，故一审法院不予采信，亦无不妥。王岳福病情发作时已 66 周岁，年龄较大，但被上诉人仍安排王岳福每天工作长达 12 小时，而长时间工作会导致身体过度劳累，可能对病情发作起到一定诱因作用，因此，被上诉人对因王岳福死亡而造成的经济损失应承担相应责任。一审法院根据本案实际情况酌情确定被上诉人承担 10%的赔偿责任，与其过错程度大体相当，故本院予以维持。

的倍数配置责任的偏好是法院裁判习惯使然。这一裁判习惯与多大过错承担多大责任逻辑要求相悖。此外，统计表还显示，裁判者对数字“5”的钟爱倾向。在劳务提者承担10%-19%责任区间，总计98份裁判文书中，责任分配要么是承担10%责任，要么是承担15%责任。其中，10%责任案件87件，承担15%责任案件11件。在劳务提者承担20%-29%责任区间，总计170份裁判文书中，责任分配要么是承担20%责任，要么是承担25%责任。其中，20%责任案件165件，承担25%责任案件6件。一审劳务接者责任分配数据显示，除了33%、51%、53%责任各一件外，逢十倍数区间责任数均呈现出“5”数为末尾数的特征。无论一审，还是二审，无论是劳动提供者责任分配还是劳务接受者责任配置均体现出了这一特点。

（二） 劳务提供者弱势保护规律。基于第三十五条后句所规定的过错责任原则本身无倾斜保护理念适用之余地。但是，作为裁判者的法官在面对遭受意外伤害的劳务提供者在社会政治、经济之弱势地位时，却无法淡定适用过错责任原则。参见表八：

表八：一、二审劳务关系双方责任区间案件占比对照表

案件数 / 责任区间	一审劳务提供者	一审直接接受劳务者占比	二审劳务提供者占比	二审直接接受劳务者占比
0-9%	**316**	**73**	**292**	**67**
10-19%	98	5	103	8
20-29%	**170**	**24**	**182**	**22**
30-39%	**197**	**54**	**215**	**46**
40-49%	52	55	55	58
50-59%	45	83	45	91
60-69%	19	92	17	92
70-79%	**23**	**160**	**17**	**170**
80-89%	**11**	**131**	**12**	**135**
90-99%	1	48	1	54
100%	**0**	**251**	**0**	**230**
合计	932	976	939	973

上表显示：（1）劳务提供者不承担责任的占比最大，劳务接受者承担100%责任的案件占比最大。一审裁判书中劳务提供者不承担责任的案件为312件[①]，

[①]一审劳务提供者不承担责任的原因。一审提供劳务者不承担责任的理由可以分为如下几种情形：①“直接接受劳务者之外的其他被告担责”案件6件；②“被帮工人责任”案件1件；③“公平责任”案件6件；④“雇主责任”259件；⑤“过错责任”案件5件；⑥“合伙债务连带责任”案件1件；⑦“收益人责任”案件4件；⑧“违反安全保障义务”案件29件；⑨“违约责任”案件1件。

占比为 31.2%。劳务接受者不承担责任的案件仅 73 件，占比为 0.73%。相对应，一审裁判书中劳务接受者承担 100%责任的案件为 251 件，占比为 25.1%；一审无裁判劳务提供者承担 100%责任案件。

（2）劳务提供者和劳务接受者承担责任比例数相对集中，50%是责任分水岭。总体上，无论一审还是二审，单纯就责任案件数量而言，劳动者承担 50%上责任案件相对较少，而劳务接受者承担超过 50%以上责任则相对较多。在一审劳务提供者承担责任的 620 件案件中（不包括败诉，判决为注明、判决酌情补偿和不承担责任的案件在内），承担不超过 50%责任（包括 50%责任在内）的案件 564 件，占比为 90.9%。相反，在一审裁判劳务接受者承德那责任的 976 件案件中（不包括败诉，判决为注明、判决酌情补偿和不承担责任的案件在内），超过 50%责任（不包括 50%责任在内）案件 683 件，占比为近 70%。二审情况同一审类似。

一方面，无论是一审还是二审，劳务提供者承担责任的区间为 50%责任以下区间，而劳务接受者承担责任的主要区间则为 50%以上区间。一审劳务提供者承担责任集中在 10%-19%（98 件）、20%-29%（170 件）、30%-39（197 件）和 40%-49%（52 件）区间点上，总计 517 件，占承担责任总案件 620 件的 83.39%[①]。一审劳务接受者承担责任的案件集中在 50%-59%（83 件），60%-69%（92 件），70%-79%（160 件）、80%-89%（131）和 100%（251 件）点上。五区间案件共计 717 件，占劳务接受者承担责任案件 976 案的 73.46%。

（3）在总数量趋势上，劳务提供者承担责任的比例呈现递减趋势，而劳务接受者承担责任的比例呈现递增趋势。相对劳务接受者承担责任比例而言，劳务提供者承担责任的递减趋势更为明显。无论是一审还是二审，这一趋势均得到了体现（参见图一：一审劳务提供者和劳务接受者责任案件数量趋势分析）。

图一：一审劳务提供者和劳务接受者责任案件数量趋势分析

由上图可以观察到，一审劳务提供者和劳务接受者在 40%责任点发生交汇。在 0-40%区间，劳务接受者承担的责任案件数均高于劳务接受者案件责任数。而

① 不包括劳务提供者败诉、判决未注明和公平补偿的案件在内。

在 40%-100%区间，劳务接受者承担责任案件数均高于劳务提供者责任案件数。这表明了劳务提供者往往承担更少的责任。因该类人群一旦遭受意外伤害后所面临的经济上的困境迫使裁判者不得不借助“抑强扶弱”原则裁判案件。然而，第三十五条后句所确定的过错责任原则在司法实践中遭受到了抵抗性适用，这表明了法律不应当仅是学者逻辑的推演结果，而更应该是现实经济和社会整体理性的反映。法院在适用背离社会整体理性的立法时，不得不采取更能平衡当事人利益的变通的适用方法。这也是霍姆斯所谓的“法律的生命不在于逻辑，而在于经验”哲理的体现。

（三）责任分配中 40%零界上诉点定律。

上诉案件量的大小同责任承担的比例具有密切的联系，对当事人责任份额的认定是影响上诉率的决定性因素。在笔者统计的 1000 份裁判文书中，劳务提供者和直接接受劳务者上诉呈现出不同的特征，参见下图：

图二：一审劳务提供者与直接接受劳务者上诉率对比图

上图显示：（1）劳务提供者和接受者在承担责任比例方面均呈现出承担的责任比例越高，上诉的意愿就更强的特点。但是，二者之间仍存在差异。相较于劳务接受者而言，在 40%责任点以上，劳务提供者上诉量随一审裁判其承担责任的份额的增大而体现出强烈的上诉意愿。劳务提供者上诉曲线显示当承担的比例超过 40%的时候，其上诉的趋势就更强烈，上诉的比率就越大，当责任比例为 50%以下时，劳务提供者上诉率在 25%和 50%之间，在 90%和时候，上诉率则达到 100%。对劳务接受者而言，并未出现 100 的上诉率情形。两条曲线还同时表明，在责任份额达到 40%时候，双方上诉意愿均同时呈现上升趋势。这表明了一方当事人的责任份额一旦超过 40%，提起上述的意愿强烈。相对于劳务接受者而言，劳务提供者提起上述的可能性更大。（2）无论是劳务提供者，还是劳务接受者，在一审裁判其不承担责任的时候仍然提出了上诉。其中，涉及到因“原判决事实认定不清”而上诉的案件 240 件，占劳务提供者上诉案件 278 件的 86.33%。涉及

到因“不服赔偿金额”案件为 77 件，涉及到“适用法律错误”而上诉案件 59 件，涉及到因“程序违法”而上诉案件 9 件。具体参见下表九：

表九：劳务提供者不承担责任情况下其上诉的原因和案件数量统计表

劳务提供者不承担责任情况下其上诉的原因	案件数量
不服赔偿金额	29
其他被告应当承担连带责任	1
原判决事实认定不清	131
原判决事实认定不清，不服赔偿金额	44
原判决事实认定不清，程序违法	8
原判决事实认定不清，适用法律错误	53
原判决事实认定不清，适用法律错误，不服赔偿金额	4
应当由直接侵权人承担责任	1
原判决适用法律错误	6
原审违反法律程序	1
合计	**278**

与提供劳务者不同，在不承担责任时也上诉的原因则为“原判决事实认定不清”，上诉案件也仅 4 件。可见，无论是对劳务提供者而言，还是对劳务接受者而言，“原判决事实认定不清”都是其上诉的主要理由。

（四）改判率高。根统计，在 1000 份二审法院裁判的判决书中，共有 249 个案件被改判。其中，劳务提供者提出二审上诉案件 224 个，上诉率为 22.4%，改判 70 个，改判率为 31.25%；直接接受劳务者提出二审上诉案件 562 件，改判 110 件，上诉率为 56.2%，改判率 19.57%；两者均提出上诉的案件 88 个，改判 36 个，改判率为 40.91%。总体上，三类主体上诉案件 874 个中，改判案件 216，改判总比率 24.71%。具体参见表十：

表十：上诉主体与上诉率、改判率对照表

是否改判 / 上诉主体	维持	改判	主体上诉率	改判率	合计
仅劳务提供者	154	70	22.4%	31.25%	224
仅直接接受劳务者	452	110	56.2%	19.57%	562
劳务提供者，直接接受劳务者	52	36	8.8%	40.91%	88
合计	658	216			874

上表显示，在由劳动提供者和劳动接受者单独或同时提起的上诉的 874 件案件中：（1）相较劳务接受者上诉案而言，劳务提供者上诉案件改判的比率增加了

11.68 个百分比。这表明，劳动提供者上诉时候，其改判率更高。例如，一审 8 个案件劳务提供者败诉，二审被改判为劳务接受者承担一定比例的责任案件为 7 个[①]。（2）两者共同上诉案件改判的比例均高于劳务提供者和直接接受劳务者单独上诉改判比例。比直接接受劳务者上诉改判率 19.57%高 21.34 个百分比。如表二所示，单就责任案件改判趋势而言，二审改判在 60%-69%区间点呈现出劳务提供者和劳务接受者不同的走势。一方面，劳务提供者在小于此区间责任案件数方面在二审呈现增加趋势，而劳务接受者的案件数则呈现减少趋势。另一方面，劳务提供者在大于此区间责任案件数方面在二审呈现减少趋势，而劳务接受者的案件数则呈现增加趋势。这表明，裁判者对于责任分配的和谐性立场。一方面，不要让劳动者承担太沉重的责任负担，凡一审给予劳动者太重责任的时候，二审往往会调减责任份额。另一方面，在一审裁定劳务接收者承担太高比例责任的时候，则二审裁定劳务提供者承担责任的可能性就越大。一审直接接受劳务者责任总体趋势是承担比例越高，改判率越低。反之，对于劳务提供者而言，一审裁判劳务接受者承担的责任比例越高，改判率就越高。

四、责任分配分析

当法院在裁判该类案件的时候，若按照过错责任原则裁判，其通常面临着劳务接受者如何指证劳务提供者的过错。而劳务提供者也面临着如何指证劳务接受者的过错。在 1000 份裁判书的统计中，“作出生效判决法院对遭受伤害劳动（劳务）者身份的裁定”项下，有 953 件案认定劳务提供者身份，3 件认定为劳动法上劳动者，24 件认定为承揽人。在适用第三十五条后句的司法裁判中，是否严格执行了过错责任原则？如果没有严格执行，又是基于什么原因没有执行？对此，需要检讨劳务提供者承担责任比例和裁判理由。二审劳务提供者承担责任比例和裁判理由如下表十一：

[①]其中 8 个案件分别是：（2014）江中法民一终字第 97 号；辽（2013）铁民一终字第 00629 号；（2012）青民五终字第 256 号；（2014）兵一民终字第 5 号；（2014）宜民终字第 242 号；（2013）漯民二终字第 206 号；(2014)沪一中民一（民）终字第 343 号；（2013）浙金民终字第 1682 号。二审维持一审劳动者败诉的 1 个案件是：（2014）西民一终字第 56 号。

二审劳务提供者承担责任比例和裁判理由

责任理由	裁判理由										
	9种理由	非劳务提供伤害	公平责任	过错责任（一般过错）	违反安全操作规范和工作规定	未尽安全注意义务	未说明	重大过错	重大过失	自身身体原因	合计
劳务提供者败诉	0	54	0	0	0	0	0	0	0	0	54
判决未注明	0	0	0	2	0	4	0	0	1	0	7
0%	287	0	0	0	0	0	0	0	0	0	287
4%	0	0	0	0	0	1	0	0	0	0	1
5%	0	0	0	1	0	3	0	0	0	0	4
10%	0	0	0	22	1	69	1	0	1	0	94
15%	0	0	0	2	0	7	0	0	0	0	9
20%	0	0	1	40	4	127	2	0	4	0	178
25%	0	0	0	2	0	2	0	0	0	0	4
30%	0	0	1	37	9	155	1	3	2	0	208
33%	0	0	0	0	0	1	0	0	0	0	1
35%	0	0	0	1	1	4	0	0	0	0	6
40%	0	0	0	14	2	34	1	1	1	1	54
45%	0	0	0	0	0	1	0	0	0	0	1
50%	0	0	2	8	4	25	0	1	2	1	43
51%	0	0	1	0	0	0	0	0	0	0	1
53%	0	0	0	1	0	0	0	0	0	0	1
60%	0	0	2	3	1	8	0	2	0	0	16
65%	0	0	0	0	0	1	0	0	0	0	1
70%	0	0	1	6	0	7	1	1	0	0	16
75%	0	0	1	0	0	0	0	0	0	0	1
80%	0	0	0	2	0	4	0	4	0	0	10
85%	0	0	0	1	0	1	0	0	0	0	2
90%	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1	1
合计	287	54	9	142	22	454	6	12	11	3	1000

（一） 裁判文书规则原则特点。

1.归责原则适用的多样。在 1000 份案件中，就做出二审生效裁判文书案件统计而言，除了 31 份裁判文书中裁判者没有载明“本案的归则原则” 外[①]，过错责任原则案件 660 件，无过错责任原则 409 份裁判案件，连带责任原则 221 件，公平责任原则 18 件。其中，过错、无过错和连带原则同时适用的有 40 件[②]，过错责任原则和无过错责任原则同时适用的有 95 件，过错责任原则同连带责任原则同时适用 122 件，无过错责任原则同连带责任原则同时适用的有 36 件。过错责任和公平责任同时适用的有 1 件[③]，过错责任以及无过错连同合伙责任 1 件[④]，单独适用“公平责任”16[⑤]件，单独适用“合伙责任和受益人责任”1 件[⑥],过错和无过

[①]在众多的法院裁判文书中，对于责任原则的表述不完全相同。在统计过程中，笔者按照学理标准归类。对于裁判文书中出现的“选任过失”、“管理人未尽管理义务”的表述，笔者归为过错原则的适用之列。合伙责任归为连带责任之列。雇主责任和受益人责任归为“无过错责任”，“劳务提供者自己责任”也归为“过错责任”。承担连带责任包括违法分包工程给无资质承包人，车辆挂靠中的被挂靠人承担的责任为连带责任，尽管在法律上仍为过错，但是因承担连带责任，故不归为“过错责任”中，应该为“无过错责任”之列，违反“诚实信用原则”归为“过错责任原则”。

[②]参见苏（2013）连民终字第 0854 号。三种归责原则同时适用的案件主要情形包括：对于雇佣关系中的雇主实行无过错责任原则，对于作为劳务提供者的雇员实行过错责任原则，对于发包人以及受益人等实行连带责任原则。

[③]参见（2013）邢民一终字第 445 号。本案为“生命权纠纷”。

[④] 参见（2014）承民终字第 00721 号。

[⑤] 其中包括，（2012）浙温民终字第 847 号中法院依据“收益人补偿”原则 1 件。

[⑥]参见（2013）邢民一终字第 455 号。

错及连带责任案 1 件[①]，无过错同公平原则 1 件[②]，“公平责任”及“受益人责任”1 件[③]。

2.法律关系性质成为责任归责的决定性因素。在二审生效裁判中，“作出生效判决法院裁判考虑的因素”统计显示：基于雇佣做出的裁判文书 894 件，基于承揽做出裁判 119 件，基于“劳务成果之归属”做出裁判 16 件，基于过错 707 件，基于利益成果之归属裁判案件 16 件。

3.安保义务为责任归责的重要考虑因素。无论是从劳务提供者角度，还是从劳务接受者角度看，雇佣责任和安全注意义务均是劳务提供者遭受意外伤害纠纷案中法院考虑的主要因素。在一审裁判文书中，222 份判决书适用了安保义务,779 份裁判文书没有提及安全保障义务。在二审生效裁判文书中，劳务接受者因雇主责任担责的案件 622 份，245 份裁判文书载明提及到了劳务接受者对劳务提供者承担安全保障义务，238 份裁判文书基于劳务接受者的安全保障义务而承担责任；755 份裁判文书则没有提及安全保障义务。与一审相比，二审认可劳务接受者安全保障义务的案件增加了 23 件。在二审裁判书中，劳务提供者担责案件 658 件[④]，其中： 因“未尽安全注意义务”而担责 454 件，因“违反安全操作规范和工作规定”而担责 22 件.

在劳务接受者承担雇主责任的 622 份裁判文书中，劳务提供者因“未尽安全注意义务”而担责案件 269 份，“违反安全操作规范和工作规定”而担责案件 11 件，基于过错责任（一般过错）而担责 96 件，因“重大过错”而担责 6 件，因“重大过失”而担责 6 件，基于“公平责任”担责 3 件，因“公平责任”担责案件 3 件，因“自身身体原因”而担责 1 件[⑤]，“未说明”2 件，不担责 225 件。“未尽安全注意意义务”的 269 份安全中，劳务提供者承担的责任比例统计如下表：

4.过错原则为最核心的归责法理，但过错原则并未完全适用。过错责任原则在统计文本中得到了最彻底的体现，成为法院责任配置的最核心法理，但是，过错形态却存在诸多类型。在劳务提供者方面，有一般性过错、重大过错和重大过失之分，但责任分配比例存在明显的不均衡。劳务提供者因一般性过错担责的案件达到了 142 件，因重大过错担责案件 12 件，重大过失担责案件总计 11 件，“自身身体原因”担责 2 件，裁判文书中“未说明”6 件，参见下表十二：

[①]参见（2014）余民一终字第 45 号。
[②]参见（2014）长民终字第 00084 号。
[③]参见（2014）浙甬民一终字第 220 号
[④] 330 件没有说明责任份额。
[⑤] 参见（2014）郑民一终字第 793 号判决。在此案中，劳动者担责 40%责任份额，劳务接受者担责 60%责任份额。

表十二：劳务提供者不承担责任情形下相关责任人担责原理

责任原因 审级	直接接受劳务者之外的其他被告担责	劳务直接接受者担责原理									合计
		被帮工人责任	公平责任	雇主责任	过错责任	合伙债务连带责任	受益人责任	违反安保义务	违约责任	选任过失	
一审	6	1	6	259	5	1	4	29	1	0	312
二审	4	0	9	233	5		5	29	1	1	287

上表表明：在 1000 份裁判文书中，一审劳务提供者不承担责任的案件 312 件，二审 287 件；一审劳务接受者不担责的案件 73 件，二审 67 件。二审“作出生效判决法院裁判书中责任承担人”统计项中，直接接受劳务者承担责任的 927 件，劳务提供者承担责任 673 件。此外，明确发包人承担责任的 282 件，其中第一发包人 164 件，第二发包人 101 件，第三发包人 17 件。此外，其他第三人承担责任案件 64 件。不过，从裁判文书来看，对于什么是一般过错，什么是重大过错和重大过失均没有统一的标准。逻辑上，劳动者存在重大过错的时候，承担责任比例应该比存在一般性过错时承担的责任比例要大。但统计显示，法院裁判并不按此逻辑，劳务提供者承担责任的原因同承担责任的比例并不完全一致。在“一般性过错”情形下劳务提供者承担责任的比例并不低。例如，因一般性过错承担 50%以上责任的案件 21 件，劳务提供者因一般过错承担 80%责任的案件有 2 件，承担 85%的责任案件有 1 件。因“重大过错”承担责任的案件中，劳务提供者被裁判承担 30%责任的案件有 3 件。劳务提供者因“重大过失”承担 10%的案件 1 件，承担 20%责任案件 4 件。事实上，对于劳务提供人遭受伤害的情况下，很难对于双方各自的过错做出准确的判断。这也是司法实践中对于劳务提供人的过错责任裁判千差万别的根本原因。劳务提供者的责任份额在很大程度上成为法官行使自由裁量权的问题。不过，既然适用过错原则，则理应按照多大的过错就承担多大的责任。因此，绝无将第三十五条后句同第 26 条并列适用之理。但此种情形在司法实践中大量存在。在（2013）沪一中民一（民）终字第 2708 号案件中，法院依据《侵权责任法》第二十六条规定“ 被侵权人对损害的发生也有过错的，可以减轻侵权人的责任。”并依据此规定，进一步适用第三十五条后句之过错原则。但是此裁判书文本并不指出提供劳务者存在何种过错主观意图、有哪些行为表现和相关证据是什么。

在劳务提供者承担责任的案件中，公平原则被充分重视。凡劳务提供者承担责任份额越大的，责任分配原则多适用的是公平原则。这也代表了此类案件处理

的司法逻辑，即法官为了达到给予作为处于悲惨困境的劳务提供者提供帮助，往往用私法手段即千方百计找到承担责任的理由以达到本应该由公法救济弱者的目的。在 1000 份裁判文书中，尽管明确基于单独“公平责任”，劳务提供者担责 9 件。但是，即便在过错责任适用中，公平原则亦被被考虑。例如，在一审裁判劳动者承担 85%责任案件，即张王平等与许明亮提供劳务者受害责任纠纷上诉案中[①]，法院在认定劳务接受者聘请的垃圾清运车主没有驾驶农用车的资质而自身死亡的情形下，裁判劳务接受者承担 15%的选任过错责任。就本案事实看，当事人之间系明显的承揽关系，但裁判者显然基于劳务提供者死亡这一事实，裁判的天平在劳务提供者的选任过错砝码下向劳务提供者倾斜。在（2014）大民一终字第 259 号案件中，劳务提供者在工作中死亡，但是自身身体突发原因，二审法院酌情裁判劳务接受者承担 15%的责任。(2013)浙台民终字第 66 号案件中，劳务提供者承担 90%责任。此案件的焦点是劳动者死亡是否是因工作原因死亡。裁判者无法得出劳动者是在提供劳务活动中死亡，而是劳动者自身疾病死亡。在此基础上基于公平原则而裁判劳动者自身承担 90 责任。

（二）责任主体以劳务接受者和提供者为主。1000 份裁判文书的立案案由均为“提供劳务者受害责任纠纷”。其中，被认为为“劳务提供人”裁判文书 953 份；被认定为“劳动法上的劳动者”为 3 份；被认定为“承揽人”的 25 份；与本案中被告无劳务（雇员）、劳动关系的“其他类型的人”19 份。在二审裁判书中劳务接受者的归责原因主要有两个，即雇佣关系责任和违反安全保障义务；劳务提供者的责任承担原因主要为“违反安全操作规范、工作规定”和“未尽安全注意义务”。直接接受劳务者因“雇主责任”承担责任的案件共有 623 件，因安全保障义务的不履行担责案件 238 件，两类原因案件累计 891 件。劳务提供者因“ 违反安全操作规范、工作规定和未尽安全注意义务”而承担责任的案件共计 476 件。这表明了我国司法实践在劳务提供者责任配置理由方面呈现出“从行为人内心的主观要素转变为对注意义务的违反”的倾向[②]。

1. 劳务接受者责任主因

(1)劳务接受者承担雇主责任。在 1000 份裁判文书中，将雇主责任作为裁判理由的案件占比为 62.1%。然而，统计显示司法实践裁判有关雇佣关系的法律依据多种多样。尽管在侵权责任法生效后，最高人民法院已经将 2008 年“劳务（雇佣）纠纷”案由变更为 2010 年的“劳务提供者遭受意外伤害纠纷”，但法院判决文本显示劳务接受者责任并未彻底取代雇主责任。原因在于两个方面：一是裁判者将雇主责任作为劳务提供者责任类型之一；二是裁判者认为雇佣责任不同于劳务接受者责任。统计显示：基于雇佣关系下之雇主责任，有 233 份裁判书裁判雇主

[①] (2014)宜民一终字第 00310 号

[②] 民法侵权责任内部的变化，参见[日]吉村良一著 张挺译：《日本侵权行为法》，中国人民大学出版社，2011 年版，第 149 页。

全责，有 390 份裁判书裁定劳务提供者也要承担责任。然而，根据《人赔司法解释》第十一条之规定，雇员在履职过程中遭受意外伤害的由雇主承担责任。这表明：在《侵权责任法》生效后，法院对于雇佣关系下发生的雇员遭受意外伤害案件的责任归责态度发生了改变。

在逻辑上，雇主责任在适用中应该排斥对公平责任、过错责任等的同时适用[①]，但司法实践并非如此。[②]笔者通过对 621 份判决书文本中雇佣关系适用法律依据统计后表明，法律依据的适用存在多种情形：（1）单独以《人身损害赔偿司法解释》第 11 条（以下简称"11 条"）为裁判依据的案件共有 135 件，占比为 *21.7*。（2）单独以《侵权责任法》第三十五条后句为适用依据案件有 147 件，占比为 *23.63*%。（3）第 11 条和第三十五条后句并用的裁判书有 87 件，占比为 *14*%。（4）《人身损害赔偿司法解释》第 11 条和《民法通则》第 131 条、或者《侵权责任法》第 26 条，或者《人身损害赔偿司法解释》第 2 条，或者《侵权责任法》第三十五条后句混合适用的裁判书有 90 件，占比 14.5%。（5）第三十五条后句和其他法律依据混同适用的判决共 67 件，占比为 10.75%。总体上，在认定为雇佣关系裁判书中，将《人身损害赔偿司法解释》第 11 条作为裁判依据的案件为 312 件，占比为 50.08%；将《侵权责任法》第三十五条后句作为裁判依据的案件 302 件，占比为 48.47%；将《民法通则》第 131 条作为裁判依据的有 40 件，占比 6.42%，其中，将《民法通则》131 条单独作为适用依据的仅 3 件。将《人身损害赔偿司法解释》第 2 条作为裁判依据的有 30 件，占比为 4.82%，其中，将仅第 2 条作为裁判依据的案件 4 件；将《侵权责任法》第 26 条作为裁判依据的案件有 90 件，占比为 14.5%。其中，将 26 作为唯一法律适用依据的仅 7 件（参见表四：1000 份裁判书中雇主责任和劳务提供者安全注意义务责任法律适用统计分析表）。不过，《民法通则》131 条，《人身损害赔偿司法解释》第 2 条和《侵权责任法》第 26 条都是"过错相抵"在不同规范性文件中的同义表达。

（2）劳务接受者违反安全保障义务。在劳务接受者因安全保障义务不履行而担责的的 238 案件中，其中劳务提供者不承担责任案件 28 件，承担 50%以下责任（包括 50%在内）的案件共计 225 件，占比为 94.53%。这表明，裁判者自身的逻辑在于尽量减少劳务提供者的负担。与此相反，法院对劳务接受者承担的责任比例配置却要高的多。在劳务接受者因"违反安全保障义务"的 238 件案件

[①] 对于侵权法上的责任类型，不同学者主张各不一样。有学者认为：雇佣责任不过是一种裁判机制，仅适用于判定雇主是否应该担责这一问题的处理。在解决这一问题后，过错相抵、公平责任等规范或原则才会被讨论。事实上，按照工伤赔偿的一般性原则，雇主责任一旦被确定，除了法定的几种雇主免责情形外，劳动者不承担责任。

[②]在部分案件中，劳务提供者和劳务接受者之间的关系被认定为承揽关系，劳务接受者承担选任过错。这包括：（2013）岩民终字第 1154 号，（2014）莆民终字第 319 号，（2014）穗中法民一终字第 151 号，苏（2012）苏中民终字第 2111 号，（2013）青民五终字第 545 号，（2013）浙金民终字第 1351 号。这些案件法院在立案时案由为：人民法院在立案时的案由是提供劳务者受害责任纠纷。只是后来法院在审判的过程中改变了立案庭的初步认定。

中，50%以下（不包括）责任的案件总计为 50 件，占比 34.87%，承担 50%以上（包括 50%）责任案件 188 件，比例为 78.99%。统计表明：法院对于劳务接受者承担安全注意义务给予了充分考虑，符合劳动者职业健康安全权本身的价值取向。

2.劳务提供者责任主因

在 1000 份判决书中，劳务提供者违反操作规则和未尽安全注意义务的案件达到 476 件，占比为 47.6%。在该类案件中，无论是劳务提供者责任还是接受者责任，50%均是一个分界线，其反映了数字中的法律责任分配规律或司法裁判者的心理逻辑。对于劳务提供者而言，法院对于劳务提供者的责任分配通常不超过 50%，而对于劳务接受者而言，其承担的责任往往高于 50%。这一 50%规律揭示了法院在安全注意义务上的裁判倾向，即为了平息双方矛盾，基于劳务提供者为弱者这一客观现实，从救济劳务提供者而限制其责任承担之立场，或许担心劳务提供者承担的责任一旦超过 50%，往往导致劳务提供人的上诉或者上访等。

在二审裁判书中，以“劳务提供者违反安全操作规范和工作规定”和“未尽安全注意义务”为裁判理由的 476 件案件中， 相关的法律适用依据呈现出同劳务接受者责任法律依据适用的多种情形。统计表明：（1）单独以《人身损害赔偿司法解释》第 11 条为裁判依据共有 37 个案件，占比为 7.77。（2）单独以《侵权责任法》第三十五条后句为适用依据案件有 163 件，占比为 34.24%。（3）《人身损害赔偿司法解释》第 11 条和《侵权责任法》第三十五条后句并用案件有 56 件，占比为 11.76%。（4）《人身损害赔偿司法解释》第 11 条和《民法通则》第 131 条、或者《侵权责任法》第 26 条，或者《人身损害赔偿司法解释》第 2 条，或者《侵权责任法》第三十五条后句混合适用的裁判书有 116 件，占比 24.36%。（5）《侵权责任法》第三十五条后句和其他法律依据混同适用的判决共 96 件，占比为 20.16%。（6）将《民法通则》第 131 条作为裁判依据的有 40 件，占比 6.42%，其中，仅将 131 条单独作为适用依据的仅 2 件。（7）将《人身损害赔偿司法解释》第 2 条作为裁判依据的有 24 件，占比为 5.04%，其中，将仅第 2 条作为裁判依据的案件 3 件；（8）将《侵权责任法》第 26 条作为裁判依据的案件有 118 件，占比为 24.78%。其中，将第 26 条作为唯一法律适用依据的仅 11 件，参见表十三：[①]

[①] 没有援引：指法院虽然援引了相应的法条依据，但没有援引《人身损害赔偿司法解释》第 2 条和 11 条；《侵权责任法》第 26 条和 35 条；《民法通则》第 131 条。该类案件一般被法院认定为是承揽关系、侵权关系等案件，尽管它的立案案由是“提供劳务者受害责任纠纷”。

没有注明：指法院没有注明判决所援引的法条，即无任何法条依据。

表十三：雇主责任和劳务提供者安全注意义务责任法律适用统计表

裁判依据	法律适用样态	619 件直接接受劳务者因雇佣关系担责		476 件劳务提供者未尽安全注意义务担责	
		案件数量	占比	案件数量	占比
人赔司法解释第 11 条	单独适用	135	21.70%	37	7.77%
	同第 35（2）条并列适用	87	14%	56	11.76%
	同其他规定同时适用	90	14.47%	116	24.37%
侵权责任法第 35（2）条后半句	单独适用	147	23.63%	163	34.24%
	同其他规定同时适用	67	10.77%	96	20.17%
民法通则第 131 条	单独适用	3	0.48%	2	0.42%
	同时适用	40	6.43%	40	8.40%
人赔司法解释第 2 条	单独适用	2	0.32%	3	0.63%
	同时适用	30	4.82%	24	5.04%
侵权责任法第 26 条	单独适用	7	1.13%	11	2.31%
	同时适用	90	14.47%	118	24.79%

上表亦显示，在 1000 份裁判书中，476 件劳务提供者未尽安全注意义务担责（包括违反安全操作规程）和 619 件雇主责任案件之间存在密切的逻辑关系。在雇主责任案件中，劳务提供者往往因未尽安全注意义务而担部分责。在劳务提供者承担未尽安全注意义务的案件中，直接接受劳务者往往承担雇主责任[①]。

五、裁判纠偏：走出侵权法第三十五条后句的适用误区

上述分析表明“雇主责任”和“安全注意义务”之所以成为裁判最主要的责任配置理由，其根本原因在于双方当事人往往以其作为支持己方主张或否定对方主张的抗辩理由[②]。在司法实践中，一方面，劳务提供者通常基于下列原因主张劳务接受者应该担责：因器械或者工具的缺陷而受到伤害，而劳务接受者本应纠正这些缺陷；或者因劳务接受者的疏忽大意而遭受伤害；或者劳务提供人因遵守或者执行命令而受到伤害；或者因其共同同事遵守规程或者遵守劳务接受者的命令

[①] 476 个案件中，违反安全操作规程的案件 22 个，未尽安全注意义务案件 454 个。

[②]在按照民事法律解决劳务纠纷的时候，劳务提供人不得不依据民事诉讼之“原告举证”法则，需要提出劳务接受者之过错，其必须证明：劳务接受者知晓其所选任的劳务提供者不适合从事这一工作，或者，劳务接受者知晓其为劳务提供者所使用的工具、器械存在瑕疵或者具有危险性。但是，如果劳务接受者能够证明劳务提供者知晓工具、器械存在瑕疵或者具有危险性的情况，或者证明劳务提供者对于意外事故的发生负有一定的责任，那么劳务提供者的赔偿请求就会被驳回或减轻。显然在私法思维指导下，在劳动者遭受意外伤害的情况下，要想获得赔偿，需承担全部的举证责任，包括对劳务接受者过错、事故和伤害原因的证明。

而受到伤害。另一方面，劳务接受者也往往基于如下原因主张劳动提供者承担责任：劳务提供人遭受意外伤害是因其不谨慎所致，劳务提供者明知风险存在，应该遵守“风险自负原则”，即劳务提供者在接受工作时就已经了解该工作存在的风险，接受工作就表明对这些风险的接受。不过，从举证责任角度看，因为劳务提供者很难证明劳务接受者的过错，并且劳务接受者也可以通过证明上述抗辩事由的存在而规避责任。显然，在私法的逻辑下，自然人之间提供劳务遭受意外伤害的，劳务提供人将不得不承担诸多不利后果。这一不利后果通过法官对《侵权责任法》第三十五条后句的不当认识得以实现。

（一） 裁判技术上采取了一刀切的处理方式，未能反映劳务类型的多样形态

雇佣关系和劳务关系的区分的混乱往往导致适用法律的错误。在上诉人苏文兵因与被上诉人刘西君提供劳务者受害责任纠纷一案中[①]，法院认为：苏文兵购买报废装载机，请刘西君为其运输，双方形成雇佣关系。裁判文书显示，刘西君为苏文兵提供运输劳务明显具备承揽关系性质，当事人之间没有从属性及控制性特征。但法院依然认定为雇佣关系并适用《侵权责任法》第三十五条后句之过错责任原则。

1000 份判决显示劳务提供人的劳务内容多种多样。在这些具体劳动中，安全生产性劳务占比最高。其中，装修（室内、室外）案件 56 件，家政服务 6 件，人工搬运、装卸货物 75 件，安全生产性劳务 450 件，运输劳务 78 件，餐饮、教育卫生、销售等服务性工作 39 件，主要以农村的安装、拆除、搭建、维修性等为主的劳务 137 件，农业劳务纠纷 31 件，其他劳务 128 件，参见图三：

图三：自然人提供劳务类型统计表

当今社会利用他人之劳务从事工作的关系非常广泛。从大规模企业的劳动关系到个人之间的劳务关系，或者从营利性的行业到非营利性的家庭劳务，还有从普通行业到危险性的行业，各不相同。试图通过适用《侵权责任法》第三十五条后句以裁决所有的因劳务提供所导致的纠纷的主张无法适应复杂的劳务关系现

[①] 参见（2014）宜民终字第 18 号案。

实。裁判者应该根据实际情况采取最恰当的法律规定以及法律构成。从这个意义上，限定《侵权责任法》第三十五条后句的适用乃是正确的方向。不过，也恰恰因为劳务提供人和接受者之间的关系多种多样，即使采用类型化方式，也应该认识到适用于不适用的界限是流动的。因此，考虑到受害人的方便，应该减轻因劳务提供而遭受伤害者的证明责任，应该保留该条适用的灵活性。

不同的劳务关系反映了不同当事人之间的社会地位差别、经济条件的差异。这种差异往往成为法律调整相关社会关系的重要因素。不同劳务之间的差异不仅是矛盾双方各自抗辩或支持己方观点的关键支撑，而且亦是法院选择裁判依据的参考因素。这种差别化的劳动意味着劳动者遭受意外伤害后不同的救济方式、救济力度和救济理念。毫无疑问，劳务一词所具有广泛的内涵特点决定了裁判者需要区分劳务的类型并适用不同的责任规则。这一点是正确适用民法和劳动法的前提。这或许也是诸多国家民法典中规定了有关劳动者保护条款的根本原因。例如，《巴西新民法典》第 593 条就规定不受劳动法或特别法调整的服务提供才按照民法有关“提供服务规则处理”[①]。

（二）裁判理念上忽视了侵权法本身的弱者保护功能，试图用民法的平等掩盖客观存在的不平等现实。

民事法以所谓的意思自治取代现实的不平等，资本自由和资产者意志式的意思自治同劳务提供者的无奈性选择的背离不仅扭曲了意思自治的根本内涵，而且基于资产的意思自治所建立的民事法律规则，其忽视了社会中贫弱者的现实困境。从对于生命的关怀出发，防止更多的残疾人存在，应该强化劳务接受者的责任，这不仅是促进劳务接受者阻止风险发生的有效性机制，而且亦是其作为收益人所应该具有的责任，更是其作为业主对于合法进入者的主权者保护义务的体现。因此，劳务接受者的责任更具有了公益性内涵。正是此原因，《台湾地区民法典》第 483（1）条规定了“雇佣人预防危险之责任”，即“受雇人服劳务，其生命、身体、健康有危险之虞者，雇用人应按其情形为必要之预防”[②]。事实上，在 1837 年，英国历史上最具有影响力的 Priestley v. Fowler 案件中法官就对雇主对雇员的照护义务作出了理论阐述。

对于劳动者的保护，在法律史上经历了从民事自由，过错理念向政治社会模式转变，即从伤害自负到“安全绝对第一”的理念转变。在当代风险社会中，社会个体的所有不幸都是当下社会造成的，所有不平等都具有来自社会的原因。提供劳务者自然人的不幸不仅是个人的不幸，而且是社会的不幸。这种不幸往往同其所提供劳务的体力劳动、从属性关系、接受者的营利性和劳务活动本身的危险性等特点具有必然的因果关系，参见表十四：

[①] 齐云译，《巴西新民法典》，中国法制出版社，2009 年版，第 85 页。

[②] 高点法学研究室 主编：《学习式立法》，高点文化出版事业 来胜文化事业有限公司，2007 年版，第叁-149 页。

表十四：自然人之间提供劳务类型化分析表

标准 劳动活动	是否体力劳动[①]		营利因素[②]		从属因素		危险因素[③]	
	体力	非体力	营利	非营利	从属	非从属	危险	非危险
	56	0	56	0	0	56	56	0
家政服务	6	0	0	6	6	0	0	6
人工搬运、装卸	75	0	0	75	75	0	75	0
安全生产性劳务	450	0	450	0	450	0	450	0
运输	0	78	78	0	78	0	78	
餐饮、教育、销售等服务性工作	39	0	39	0	39	0	0	39
安装、拆除、搭建、维修性劳务	137	0	137	0	0	137	137	0
农业劳务	31	0	0	31	31	0	0	31
其他劳务	0	128	128	0	128	0	0	128
合计	794	206	888	112	807	193	796	204

上表显示：（1）自然人之间提供的劳务有 79.4%属于体力性劳动。（2）接受劳务者营利性明显。统计数据显示 1000 份判决书中，营利性占比高达 88.8%，这意味着直接接受劳务者通过劳务提供者的劳动获得更多的商业性利益。（3）自然人之间提供劳务所形成的社会关系从属性显著。统计数据显示：在 1000 份判决书中，有 807 份判决书揭示了提供劳务者同接受劳务者之间存在从属性。劳务提供者的自然人通常接受劳务接受者的指令和安排，具有明显的从属性。（4）提

[①]体力劳动和非体力劳动：马克思将劳动分为简单劳动和复杂劳动。其所指的简单劳动是指不需经过专门训练和培养，一般劳动者都能胜任的劳动。复杂劳动则是指需要经过专门的训练和培养、具有一定的文化知识和技能的劳动者才能从事的劳动，在同样的时间里，复杂劳动创造的价值量等于倍加或自乘的简单劳动创造的价值量。有学者将劳动生产劳动者的层次结构分为：简单型体力劳动者、技术型体力劳动者、职能管理型劳动者和经营管理型劳动者（参见：张陆、王歧兴，《简单劳动、复杂劳动的区分与劳动者的层次结构分布》）。

通常，当劳动者运用生产资料，进行直接劳动操作以生产物质产品，其劳动耗费以体力为主时，他从事的是体力劳动；而脑力劳动则以脑力耗费为主，其特征在于劳动者在生产中运用的是智力、科学文化知识和生产技能，故又称智力劳动。（1）学习时间长短：体力劳动短，非体力劳动长。（2）是否需要想像、联想、分析、推理、研究、论证等劳动：非体力劳动需要，体力劳动不需要。（3）生产劳动工序上和方法上不同：非体力劳动有很大的自主性和选择性，体力劳动自主性和选择性很小，只能在生产程序规则的基础上有较小的自主性和选择性。（4）非体力劳动多是开发创新性质的劳动，而体力劳动多是在已开发创新基础上进行的再生产，是一种重复性生产劳动。

[②]营利性劳动和非营利性劳动的划分标准：（1）是否直接与生产资料相结合来提供劳务：营利性劳务者一般没有直接与生产资料相结合来提供劳务；非营利性劳务者一般直接与生产资料相结合来提供劳务。（2）劳务提供者是否从中获取商业利益，承担一定的商业风险营利性劳务者一般可以从中获取商业利益，承担一定的商业风险；非营利性劳务者不会，而是以劳务本身作为取得报酬的对价。

[③]危险性劳务和非危险性劳务划分标准：（1）工作环境是否存在较大的风险：前者是，后者不是。（2）是否需要劳务提供者尽到高于一般性质的安全注意义务：前者是，后者不是。

供劳务的自然人所从事的工作危险程度很高。在 1000 份裁判书中，危险性劳动为 796 件，占比为 79.6%。在劳动内容上，“安全生产性劳务”和“安装、拆除、搭建、维修”两类危险性很高的劳务共计 587 件，占比 58.7%。事实上，作为劳务提供者的自然人通常提供的是体力劳动，这种体力劳动往往因工作环境客观危险因素的存在，加之安全保障意识的缺乏（特别是在我国职业健康安全教育缺位的情况下更是如此）导致提供劳务者遭受人身意外伤害。这种劳动往往成为直接接受劳务者获得更多利益的前提或重要因素。

（三）裁判视野上秉持狭隘的部门法思维，缺乏体系化的劳动者保护观

裁判者潜在地将民法和劳动法做了绝对的二分，要么是劳动法问题，要么是民法问题[①]。对于劳动者权益的保护，在诸多国家均形成了包括宪法、民事法、劳动法、社会保障法和刑法等部门法在内的劳动者权益保障体系。在这一体系中，不同的部门法之间存在着功能互补、此消彼长的具有流动性的劳动者保护机制。在我国，民法特别是侵权法所具有的“弱者保护”功能被我国民法学界长期忽视，以致形成当下劳动社会保障法学者和民法学者之间缺乏沟通，并进而导致多数民法学者不关注劳动法，或者仅是将劳动法作为民法的特别法看待；而多数劳动法学者不讨论民法问题，忽视侵权法和合同法理论在劳动法中的运用。这一局面继续强化了我国合同法中不设雇佣合同的认识。当西方发达国家已经走过了由雇佣合同到劳动合同的立法进程，并呈现出私法公法化的趋势之时，我国现行法律生态却日益要求矫正立法和学理的偏差，逆向作为，从具有强公法性质的劳动法向私法性质很强的雇佣关系的转变。

加拿大著名劳动法专家 Terence G.Ison [②] 认为：侵权责任的威慑价值是有限的。尽管它激励了降低责任风险或者保险费用增加的风险，但是却无法降低伤害发生的几率。就事故发生率而言，侵权责任太情节化（episodic）和无规则可循（irregular）。其无法达到阻止不可预料风险的目的，无法使对风险的监控达到满意水平。[③]恰如 1967 年的 Woodhouse 报告所指出的那样，过错之诉（negligence）是彩票的一种形式。在产业事故情形下，过错诉讼仅能为不到百分之一的受害工人提供不确定性的解决办法。[④]相比较国外的认识而言，我国《侵权责任法》第

[①]在统计时，我们设置了劳务提供者的身份认知项，即“劳务提供人”、“劳动法上劳动者”和“其他”三个类别，旨在检讨裁判者对民法和劳动法的认知逻辑。在 1000 份劳务提供者受害责任纠纷案件的裁判文书中，仅有三份裁判文书认可劳务提供者为“劳动法上的劳动者”。而“其他”项中包括了“承揽人”、“第三人”等。这一现象具有法律适用的必然逻辑。基于立法依据的适用，法院也不得不采用二分法的办法。这一司法习惯的养成强化了民法和劳动法二分思维的进一步固化。不过，即便如此，面对遭受意外伤害的劳动者，裁判者不得不放弃过错责任原则的机械适用，即便在过错责任之下，亦不得不强化劳务接受者的法律责任。这反映在二审案件对劳务提供者责任的普遍减轻和对劳务接受者责任的增加的趋势上。裁判者运用这一司法技巧巧妙地克服了成文立法所带来的适用难题。

[②]Terence G.Ison 教授将普通法以过错为基础的工伤赔偿制度称之为法庭上的彩票（Forensic Lottery）。其主张对新西兰的伍德报告有很大影响。该报告中五次提到了 Terence G.Ison 教授的主张（Brian Easton, "The Historical Context of the Woodhouse Commission" (2003) ,34 VUWLR ,p197）。

③Terence G.Ison：Compensation Systems for Injury and Disease：the Policy Choices,Butterworths,1994,p.46-47.

④New Zealand Royal Commission of Inquiry into Compensation for Personal Injury Compensation for Personal

三十五条后句之规定彰显了我国多数立法者和理论研究者的保守性，并未认识到“私权发展的高级阶段，私权的功能和作用得到了越来越大的弘扬和发展。私权不仅仅表达个人意志和个人利益，私权还承载着社会公共利益，同时协助公权力对整个社会进行合理的管理。”[①]当我们讨论雇佣关系的时候，国外已经从雇佣关系的认知发展到劳动关系的讨论；当我国立法者排除家政工人于劳动法保护之外的时候，越来越多的国家正在将自然人纳入劳动法用工主体之列[②]。

（四）职业健康安全风险的忽视

现行立法是基于共同过失原理构建劳务提供者和接受者的责任分担机制。此类责任分担机制仅是限于传统民事侵权法所谓的侵权人承担责任并不是以有损失存在才承担责任，而是有过错[③]。在 1000 份裁判书中，法院对于责任的配置几乎要求提供劳务者具有超人般的注意义务，这显然对于劳务提供人有失公平。反而，我国部分法律对于雇主的安全保障义务做了规定，亦有相关特别法对安全生产中的劳务提供者遭受意外伤害规定了无过错原则。这些法律政策的基点恰恰在于对于遭受意外伤害的劳务提供者的工作本身更多地具有公共政策性质。目前，法院基于比例难题以及由此所引发的劳务提供者上诉率居高不下的根本原因很大程度上在于对于劳务提供者遭受意外伤害责任规则同雇佣关系逻辑的误解，将雇佣关系同劳务提供关系等同的逻辑错误直接影响了法院本身思维的逻辑，并由此产生的对于“弱者保护”理念的背离，忽视人类法律历史的发展逻辑，忽视国际立法主流的影响。

其实，对于这一点恩格斯在《英国工人阶级状况》一书中就已经明确阐明了其中的理由。“在任何情况下责任都应当由厂主来负，因为孩子们还不会遵守预防办法，而成年人当然是为了自己的利益而遵守这些办法的……既然孩子们不**会**谨慎小心，那就必须禁止使用童工；既然成年人**常常**不够谨慎，那末他们或者同样是小孩子，就是说，他们还处在不能完全了解这种危险的发展阶段上，而应当在这上面负责的，不是使他们不**能**受教育的资产阶级，还能是谁呢？——或者是机器装置得不好，必须在周围加上隔板或栅栏，这当然也是资产阶级应当关心的；再不然就是有一种比对于危险的恐惧更强烈的动机支配着工人，——他们为了要多挣一些钱，必须赶快工作，没有谨慎从事的时间，如此等等，——在这种场合

Injury in New Zealand: Report of the Royal Commission of Inquiry (Government Printer, Wellington, 1967) para 1 [Woodhouse Report].

[①] 参见马新彦教授在首届“全国民法基础理论与民法哲学论坛”上的发言，http://www.lncivillaw.com/s_HY_hownews.asp?id=314。显然，当一个人因意外伤害后，其所陷入的生存困境的解决应该基于公私法的双重设计加以解决。（1）私法赔偿应有限度。这种限度在于不能因私法责任的承担让责任人本身限于困境，这是底线。否则，责任人将因不能承受赔偿之重而不得不逃避该类义务，更让自己陷于困境之中。基于此，更多法院采取了劫富济贫的手段，尽可能地找到理由让更多环节当事人加入到分担责任风险中来。（2）公法层面。当没有找到更多人分担责任的时候，公法必然调整，以解决私法救济不足或不能的问题。因此，国家保障责任应该归位于此。

[②]在此种逆向运动中，最高人民法院却还保持着理性的思考。但是，最高人民法院这种理性思考和作为在诸多批判声中正在不断地远去。

[③] 我国侵权责任法第六条将此作为一般性规则原则。

下应当负咎的也还是资产阶级……一切不幸事件的罪过归根到底总是在厂主身上，至少至少也应当要求他终生赡养失去工作能力的工人，而在工人死亡时，就应当赡养他的家庭……仅仅为了一个阶级的利益。”

劳务提供者因履职而遭受意外伤害，即使有一定过错也因劳务接受者的风险责任而吸收。然而，近五年司法裁判实践表明，面对《侵权责任法》第三十五条后句文意上带来的偏差，该规定未能得到司法的有效实施。在大量的案件中，只有极少数法院会毫无顾忌地适用《侵权责任法》第三十五条后句的规定。如果仅就过错责任分配要求看，那种无法指出劳务接受者过错的判决实际上是武断的，仅在对第三十五条后句进行狭隘的理解中找寻过错责任的分配要素。因此，法院才采取各打五十大板的策略寻求社会冲突的平息。一方面，对于劳务提供人而言，责备其对自身安全的疏忽大意，追问劳务提供者思想上的过错[①]。但是，往往忽视基于疏于照顾自己的义务只与一个劳务提供者所能够遇见的范围和性质相关的基本原理的运用[②]。另一方面，对于劳务接受者而言，则因其风险防范义务的不尽责或者未履行好业主的职责，其对安全生产义务的不履行通常总会成为其承担责任的基础。

六、理念的回归：找回逝去的雇佣关系中的司法裁判理性

劳务提供者的劳务活动具有职业化特征。对于职业化的劳务提供中导致的意外伤害救济应该秉持职业健康安全保护理念。“职业灾害”责任是对古典立法“将损失理解为个人的命运”和古罗马法原则“所有权人自吞苦果”、反对由法律来阻碍偶然事件的发生，并反对由法律补偿由命运所造成的不平等[③]的否定。显然，古典的侵权立法是错把风险责任配置为过错责任，使劳务接受者承担的责任明显超出了根据其经济或社会的目的、诚信或善良风俗施加的限度。基于工作环境权的逻辑，接受劳务者应该确保合法进入该场所之人的人身安全。显然，劳务提供者的生命健康的重要性远远大于劳务接受者的经济利益的重要性。劳务接受者承担无过错责任具有公共政策的合理性，通过公共政策的配置可以实现损失分散之目的[④]。

（一）风险具有客观性。风险的客观性表现为两个方面：（1）劳务工作机械

[①]在吴业细与张武任、江长生等二审民事判决书中，法院认为：“被上诉人吴业细作为具有完全民事行为能力的人，且经常从事建筑工作，应该知道在没有任何安全防护措施狭隘工作的危险性，应尽到注意安全义务，但在思想上未引起重视，其本身亦有过错，应担承担一定的民事责任。”参见参见（2013）鹰民一终字第 238 号。

[②][德国]U.马格努斯、(西班牙)M.马丁-卡萨尔斯主编，叶名怡 陈鑫译：《侵权法的统一：共同过失》，法律出版社，2009 年版，第 69 页。

[③] [德]马克西米利安.福克斯著 齐晓琨译：《侵权行为法》，法律出版社，2006 年版，第 2 页。

[④] (德国)U.马格努斯 (西班牙)M.马丁-卡萨尔斯主编，叶名怡、陈鑫译：《侵权法的统一：共同过失》，法律出版社，2009 年版，第 156 页。对于该类风险，可以通过保险加以化解。在家政服务行业，日益要求特别的保险的推出。目前，我国各地均推出不同保险额的保险。

性。机械性工作在性质上就伴随着不可避免的不注意[①]。“鉴于人类在本质上的不完美，无论何等仔细周到的人，如将其长期置于精神紧张的状态，都会犯错误”[②]（2）风险来源往往为劳务接受者所提供环境的客观存在。在徐生富与孔德先提供劳务者受害责任纠纷案件中[③]，法院认为：徐生富辩称因孔德先自身操作失误以致损害结果的发生，但未能提交充分有效证据证明，且其自述此情况亦未听闻。双方均认可孔德先知悉木工技术且会操作射钉枪，孔德先在可以预知射钉枪使用风险的情况下违反规程致己伤害与情相悖，故法院对于徐富生辩称意见不于采纳。”理性雇员不会故意伤害自己是风险责任归责的逻辑起点，而职业灾害的防范具有公共性则是劳务接受者承担风险责任的公法逻辑。生产安全责任是伴随着人类生产力的提高和技术进步而存在的。尽管在很多的具体案件中是以私的法律关系存在，但这种风险防范政策明显具有公共性。

实践表明，提供劳务者遭受意外伤害风险原因乃基于两个方面的叠加。（1）客观可能性。风险源通常来源于劳务接受者提供的场所。有学者指出：“在产业化的工厂，产业事故通常很少是个人过错导致，日益难以归咎工人个体责任，而通常生产过程本身是事故发生的原因”。[④]事实上，劳务提供中的意外伤害事故风险原因同产业化工厂中发生的事故原因没有任何差异。在提供劳务纠纷案件中，提供劳务者遭受意外伤害本身表明在提供劳务过程中一定风险的存在。这种风险因不同的工作场景和工作内容决定其发生的确定性程度。例如擦玻璃，对于在一楼擦窗户的风险就比在二楼和三楼擦窗户的风险大。因此，相对而言，一楼的家政服务接受者对于风险的责任承担就要小些。当然，在一楼因擦玻璃所受到的伤害相比较而言也要轻。此外，风险的客观性决定了风险的发生概率也会因为劳务接受者本人从事该类活动发生，作为劳务接受者手臂的劳务提供人面对的风险同接受者面临的风险概率是一样的。（2）主观可能性。经过风险防范培训的劳动者比未经过培训的劳动者具有更好的风险防范意识。提供劳务者自身对风险防范和意识薄弱通常也是导致事故发生的重要原因。简单地从这两个方面考察，现行《侵权责任法》第三十五条后句采取的过错责任原则似乎符合风险来源的两个方面的必然逻辑。即一方面，接受劳务方因其本身提供给劳务提供者的工作环境或场所具有客观的风险性，应该承担过错责任；另一方面，提供劳务者因自身疏忽大意导致意外伤害事故的发生亦应该承担相应的责任。

然而，风险的客观性决定了接受劳务者承担责任的合理性。一方面，风险来源的客观存在意味着劳务提供人遭受意外伤害的风险具有不确定性，即使合理的

[①] 班天可，雇主责任的归责原则与劳动者解放，《法学研究》，2012 年第 3 期，第 114 页。
[②] 班天可，雇主责任的归责原则与劳动者解放，《法学研究》，2012 年第 3 期，第 114 页。
[③] 参见北（2014）二中民终字第 00743 号。
[④] Evert. Verhulp ,The employment contract as a source of concern in Robert Knegt(Eds.)The Employment Contract as an Exclusionary Device: An Analysis on the Basis of 25 Years of Developments in the Netherlands ,Intersentia Uitgevers ，2008 ，P66.

注意也不能完全杜绝风险的发生。当劳务接受者自己亲自为自己提供劳务的时候，其同样可能发生意外伤害风险。故劳务接受者承担劳务提供者的风险后果符合公平价值要求。[①]另一方面，风险依附在其物业之上，其作为业主应该承担此责任。对此，有学者指出："由于雇员是利用雇主所提供的劳动条件完成雇佣活动的，因此，雇员受损害，往往是由于雇主所提供的物件（如机械） 或者其他条件（如所从事工作的危险性）造成的。"[②]值得特别指出的是，如果置身于该场所的劳务提供者基于工作的原因或者其自身所造成的风险是职务工作的可能延伸从而因自身作用制造了新的风险源导致自身伤害的情形，劳务接受者仍应承担责任。

（二）劳务接受者拥有控制劳务提供者职业安全风险的能力。这种能力体现为三个方面：第一，劳务接受者对于劳务提供人所工作的环境中存在的风险种类和风险可能发生的位置更为熟悉；第二，基于对劳务提供者的控制地位具有控制劳务提供者冒险工作的能力，即面对雇主的指令，劳务提供者不得不在要么服从劳务提供人的防范风险的安排措施，要么不干走人的选择；第三，其可以花较小的钱为该类活动购买商业保险，防范风险的发生。[③]其应为雇员的职业活动负有安全注意和劳动保护的义务。在部分判决中，劳务接受者主张劳务提供人不听安排，擅自作业造成了伤害。但是，尽管"不能规定雇主必须预见到雇员会拒绝执行命令，雇主不能保证雇员会犯不可预见的疏忽大意，但如果雇员的疏忽大意可以预见到，就必须提供必要的设备预防事故发生，即便雇员有足够的工作经验。"[④]不过，一些特别案件显示，的确存在劳务提供者"自甘冒险"的情形，如不听劝阻，不按照操作规则操作机器等。尽管这些是劳务提供者受伤的主要原因，但是在安全生产场合，我们仍有足够的理由相信：一方面，事故之所以发生乃是因劳务提供者没有接受过包括劳务接受者提供的职业安全培训所导致的；另一方面，如果接受服务者强力阻止劳务提供者之风险行为，仍可以避免意外伤害事故的发生。可以想见，当面对血淋淋的事故时，提供劳务者自甘冒险的行为将不会发生；劳务接受者也会坚决阻止劳务提供者的冒险行为。此外，劳务接受者承担责任并非没有获得相应对价。在德国法中，雇主有保护雇员生命、健康安全的默示义务。与此相对，雇员则有听从雇主指令，保守雇主秘密，保护雇主猜猜和在雇佣关系存续期间不同雇主竞业的默示义务[⑤]。德国法上的默示义务是具有相互性。对于履职中的伤害，雇主责任原则均属于无过错责任原则。"属于直接责任、单方责

[①] 侯国跃：《中国侵权法立法建议稿及理由》，法律出版社，2009 年版，第 264 页。

[②] 奚晓明 王利明主编：《侵权责任法热点与疑难问题解答》，人民法院出版社，2010 年版，第 120 页。

[③] 目前，还没有保险公司开设该类意外伤害保险。因此，可以推动商业保险公司从事专门性或者从属附加该类风险的附加险在内。

[④] [加]达.E.奥斯特.L.夏莱特：《雇佣合同》，王南译，中国对外翻译出版公司 1995 你年版，第 56-61 页。

[⑤] Sascha Morgenroth, Employment Contracts and Further Legal Sources, in Jens Kirchner, Pascal R. Kremp, Michael Magotsch,eds, Key Aspects of German Employment and Labour Law" , Springer Heidelberg Dordrecht London New York, 2010 ,p31.

任，是一种普通的人身损害赔偿责任”[①]。据此，劳务接受者完全承担责任的因果关系得以建立，即接受劳务者没有做出积极的最大努力防止风险发生事实本身就构成其承担劳务提供者伤害责任的正当理由。对此，恰如加拿大学者指出的那样：“风险危害的程度与合理注意的程度相一致，行为人没有把危险限定在合理限度内，就是一种过错”[②]。

（三）劳务提供活动中所产生的风险由劳务接受人承担，有利于强化其选任劳务提供人，督促其提高风险意识。对于没有经过特定职业培训的人，其防范风险的意识和能力较弱，接受劳务者如果强化风险意识，而不抱侥幸心理往往能防止事故的发生。劳务接受人只能证明自己不能阻止劳务提供人的情况下才对劳务提供人遭受意外伤害不承担责任。不过，对于法官来说，给予劳务提供人何种程度的自我保护通常取决于特定场景下的劳务提供人自身职业技能水平。取得职业资格的劳务提供人的自我保护水平显然高于未参加培训的劳务提供人的自我保护水平。1000 份裁判书显示，自然人劳务提供者几乎没有获得过职业培训。这表明了我国劳动者的培训远远不够，执业培训的缺乏恰恰是发生意外伤害事故的重要原因之一。

在以危险性特别大的诸如安全生产法上所谓的活动中，实行绝对严格责任是必要的，这对于国家在此领域中的职业健康安全公共政策目标的实现具有重要意义。在对于非安全生产的劳务提供人伤害案件中，绝对严格责任可以被在低水平上适用。例如，在家政服务工作中，需要借助安全设施的室外擦玻璃工作等劳务应该适用严格责任，以强调一般家政服务和特殊家政服务之间的差异性。对于此类家政服务提供人必须取得职业资格才能从事。家政服务接受者应该在许可家政服务员从事该类工作时查验其职业资格证。否则，若家政服务员没有获得该类资格而导致该类意外事故发生的，家政服务接受者应该承担严格责任。通常情况下，基于经济上的考量，劳务提供者为生存所需存侥幸心理而从事该类危险工作，尽管其存在一定过失，但不应配置其承担过失责任。反之，对于非危险性的劳务，则劳务提供人在存在重大过失或故意的情况下应该承担责任。

（四）劳务接受人往往具有更大的经济支付能力，有更强的责任承担能力。风险责任的正当性基础在于风险分配。人身意外伤害一旦发生，其后果往往具有不可移转性，并且受伤人往往将成为其家庭乃至社会的负担。强化劳务接受者的责任，以便一旦劳务提供人发生意外伤害可以促使劳务接受者及时地给予救济。

危险防范义务的不履行主要体现为如下几个方面：第一，选任过失。雇主在录用雇员的时候，均应考察劳务提供者的资质，通过录用程序明确其是否适合于其所从事的工作。第二，监督义务的违反。作为雇员的管理人之雇主，在管理那些文化素质比较低的劳务提供者之时，因后者判断能力低，对危险的认识不充分，

[①] 杨立新、袁雪石、陶丽琴，《侵权行为法》，中国法制出版社，2008 年版，第 364 页。
[②] [加拿大]欧内私特.J.温里布：《私法的理念》，北京法学出版社，第 5 页。

其理应承担起危险防范义务。对于危险监督义务的不履行应成为雇主承担责任的根本依据。从而适用一般侵权责任条款。第三，危险的发生同其取得利益具有密切的因果关系。雇佣他人扩张活动领域的人，就因此对社会增大了危险性，因而应该承担该危险性的现实化过程中的责任。同时，雇佣他人以扩张自己的社会活动的领域并享受到利益的人，应该赔偿与该事业活动有关的给他人造成的损害[①]。

《侵权责任法》第三十五条后句仅适用于直接的自然人之间提供劳务和接受劳务之情形。例如，自我雇佣形态的家政工人为自然人提供家政服务。但是，在存在事务多层转包的情况下，认定劳务接受者的责任承担更为复杂。相对于劳务提供者而言，其危险来源的责任主体具有多个，如第一发包人、第一承包人，第二承包人等。他们之间的责任分配可以考虑三个因素：（1）谁处于劳动风险控制的最佳位置。（2）第二谁获得的利益最多。对于上述两个问题的甄别也需要考虑两个因素：完成事务中是否涉及到抽取劳务利益、承包人承包是否仅是提供劳务还是包括劳务和材料在内。（3）合同中是否对风险进行了约定。风险责任承担的约定意味着签约方自身对于风险责任的事先认知，发包人对劳务提供者风险的认知和对劳务承接者的风险认知已经成为合同签订中的一大风险考虑因素而存在。因此，一旦合同约定了风险转移则表明事务承接方已经考虑了风险因素，并将风险利益考虑在承包费用中。这应当成为发包方免责正当性基础，这也应该成为裁判者减轻或者免除责任的基础。因此，若发包人的合同中，明确了自然人发包人的免责约定，则法院应当免责。相反，因没有免责约定，则发包人应当承担一定责任。

七、自然人之间劳务提供中“过错”认定：换个思维的活法

如何认定劳务提供中的过错将直接影响到劳务提供者权益保障水平。“法律规则应根据文意进行解释，并考虑到历史及立法时的背景以及适用时的社会现实进行整体解释，但法律规则的精神和目的则是最根本的因素。”[②]笔者认为，对于《侵权责任法》第三十五条后句的适用应秉承弱势保护原则，倾斜保护劳务提供者，对劳务关系双方的责任正确界分。

（一）将雇佣关系[③]作为劳务关系的一种特殊类型，适用严格责任[①]

[①] 【日】吉村良一著 张挺译：《日本侵权行为法》，中国人民大学出版社，2011 年版，第 148 页。

[②] 《西班牙民法典》第 3 条第 1 款。

[③] 在(2014)宜民一终字第 00310 号裁判书中，一二审法院均将劳务提供者从事一次性清运垃圾工作关系认定为雇佣关系，并适用《侵权责任法》第三十五条后句之规定。显然，其是对雇佣关系的从属性后者控制性的不当理解。雇佣关系同劳动关系的差异仅在于我国现行劳动法排除了自然人作为劳动法上用工主体资格之故，其实质仍未具有从属性和控制性内涵。而劳务关系劳务提供者的从属性很弱，甚至根本不存在。本案中的劳动者同劳务接受者之间的关系就是如此。在本中，鉴于提供劳务的劳动者在提供劳务过程中死亡，裁判者又按照过错责任原则分配给劳务提供者 85%的责任，劳务接受者 15%责任。这实际上是裁判者

我国现行《侵权责任法》规定了三种归责原则，即过错责任、推定过错、无过错责任和公平原则。有学者认为：无过错责任之适用是以难以认定使用人过错为条件的,如其过错明显，断无机械适用无过失责任之理由。因过错责任最能表明归责之原因并最能体现社会正义,最能指出责任人之过错予以遣责之。[②]在美国1990年的著名案例 Indiana Harbor Belt Railroad American Cyanamid Co 中，波斯纳法官认为：当过失责任可以解决问题时，就没有必要求助于严格责任制度[③]。从《侵权责任法》第三十五条后句之规定看，其文意为过错原则，排除了公平原则和无过错原则的适用。但是1000份裁判书表明,《侵权责任法》第三十五条后句之过错责任原则在劳务提供者遭受意外伤害的情况下无法有效归责,经常会发现不存在可归责或归责勉强的情形。这种窘态乃在于自然人之间提供的劳务活动仍然存在诸多的风险。对于风险性劳务，波斯纳法官强调："在行为之危险性得以善尽注意义务（亦即无过失）加以避免时，过失责任主义足以发挥侵权行为法之功能，此时无须采取无过失责任主义。但是某些特殊意外事故，无法以善尽注意义务加以避免，而只能以改变活动方式或地点，使意外事件在别地发生，或因而减轻损害之危险；或只能减少活动范围，以减低意外事件之发生次数时，无过失责任即提供行为人一项过失责任无法提供之诱因,使被告尝试其他避免意外事件发生之方法，或在无法避免事故发生时，更换地点、改变活动方式、或减少（甚至不从事）发生意外事故之活动。"[④]

任何风险都是可以避免的，只要采取了足够的风险防范措施。现代事故法的重心已经转移到保护受伤当事人一方，独立于导致事故发生责任人行为，不考虑受害人是否应受诘责。[⑤]因此，对于《侵权责任法》第三十五条后句适用时，需要认识到劳务提供人的过错就在于：劳务接受者没有采取积极的有效防范措施才导致风险发生。

《人身伤害赔偿司法解释》使用了"劳务"语词。该司法解释第九条第二款将"从事雇佣活动"界定为"是指从事雇主授权或者指示范围内的生产经营活动或者

对雇佣关系和劳务关系内涵的误读。传统意义上的劳务关系应该仅指：承揽、保管和委任三类。在此案中，从责任分配原理上看，按照公平原则分配责任更为恰当。

[①] 除了严格责任外，一般意义上的过错原则仅适用于：非持续性即不具有建立劳动关系的心里意愿，及双方之间的劳务具有一次性特征的非从属，非危险和非营利性的劳务。对于《侵权责任法》第三十五条后句之过错原则的适用应当限定为在劳务提供者自身制造了风险，该风险同劳务接受者所提供的工作环境和工作内容无因果或条件上的联系之范围内。

[②]刘士国，"使用人责任疑难问题探讨"，《辽宁大学学报》（哲学社会科学版），2006年第6期，第147页。

[③] Indiana Harbor Belt Railroad Co. v. American Cyanamid Co., 916 F.2d 1174 (7th Cir. 1990)。此案件为美国第七巡回法院法官理查德.波斯纳做出裁定的。此案后来成为了美国法学院第一年侵权法课程必读案例。该案件被用来阐释什么时候适用过失责任（negligence liability），什么时候适用严格责任（strict liability）这一问题。

[④] [1] 916 F.2d 1174（U.S.Ct.App.7th Cir.， 1990）. 转引自陈聪富：《侵权归责原则与损害赔偿》，第161页。

[⑤] Evert. Verhulp ,The employment contract as a source of concern in Robert Knegt(Eds.)The Employment Contract as an Exclusionary Device: An Analysis on the Basis of 25 Years of Developments in the Netherlands ,Intersentia Uitgevers ，2008 ，P68.

其他劳务活动”。这表明“雇佣活动”就是一种劳务活动。“指示”是其特点。王涛与合肥鹏泰投资有限公司、安徽鸿鹄建筑节能防水工程有限公司等提供劳务者受害责任纠纷一案中[①]，**一审法院认为：“**王涛根据时朝各提供的劳动工具、安排的工作场所，从事时朝各所要求的拆除变压器防护栏工作，时朝各按每天 100 元给付王涛劳务报酬，故王涛为提供劳务一方，时朝各为接受劳务一方，双方之间是雇佣关系”。可见，在本案中，法院将雇佣关系作为劳务关系看待。但是，从种属关系论之，并非所有的劳务均是雇佣活动。因此，第三十五条包括了雇佣关系下的雇佣活动，但不仅限于雇佣活动。雇佣活动仅是劳务活动的一种特殊情形。把雇佣关系纳入到《侵权责任法》第三十五条后句所规定的劳务关系之内涵中，把《人身损害赔偿司法解释》中有关雇佣关系的规则视为《侵权责任法》第三十五条后句的特殊性规定，可以在逻辑上协调两者之间二选其一适用的矛盾，并且不影响有关雇佣关系司法解释的效力。因为《人身损害赔偿司法解释》的相关规定仍属过错原则。只不过，其前提条件是以重大过错或过失为前提。不过，我国工伤保险相关规定采取了严格责任原则[②]。为了同现行的工伤保险规则原则保持协调，法院在适用雇佣责任的时候应比照工伤保险相关规定裁定[③]。

（二）区分严格责任适用的三种情形

1.区分营利性劳务和非营利性劳务。对于营利性者适用劳务接受者责任原则。我国之所以将自然人排除在劳动法用工主体资格之外，根本原因在于：自然人作为用工主体的承担责任能力不足。同时，劳动法上之用人单位主要以营利形态的经济活动主体为主要。因此，此种分类不加重非营利型劳务接受者的责任。营利性意味着同劳动法中“抽取不法利益之禁止”的原则相背离。从实务看，无论是在农村建房中，还是承揽事项转包中，都存在第一承包人再次转包事实的大量存在。在黄淑英、卢洋与法库县教育局、法库县叶茂台镇人民政府、李明辉提供劳务者受害责任纠纷案中，作为第一承揽人的李明辉以 10000 元的承包费从叶茂台镇人民政府处承包了学校窗户清洁工作，尔后以 5000 元的价格再转包给了李明辉。卢仁山在擦玻璃劳动中发病死亡。在此案中，法院最终按照公平原则，综合考虑原告所受损失、被告的受益情况和经济承受能力、社会和谐等因素做出了判决。[④]在本案中，第一承揽人从第一被告处以 10000 元承包，而让 8 位具体从事擦玻璃工作的人共计获得 5000 元的劳务费用。因此，第一承包人实际抽取了第二承包人 5000 元的直接劳动利益。

[①] 参见（2014）合民一终字第 01323 号

[②] 有学者认为我国工伤保险实行无过错责任原则。由于无过错责任乃大陆法系概念，而英美法系侵权法中则使用严格责任概念。从工伤保险法将故意、醉酒、自杀等排出在工伤救济之外的规定看，工伤保险采用严格责任原则更为妥当。

[③] 我国《社会保险法》第 37 条将“故意犯罪；醉酒或者吸毒；自残或者自杀”排除在工伤原因之外。

[④] 参见黄淑英、卢洋与法库县教育局、法库县叶茂台镇人民政府、李明辉提供劳务者受害责任纠纷，辽宁法库县（2013）法民一初字第 252 号。

是否抽取利益应该成为责任主体确定的主要因素。在陕西省高级人民法院再审的杨英涛诉被申请人张侃良案中，法院认为：承包人和其他劳务提供者同工同酬，即使其从原告处承包了劳务工作，但没有二次利润，所谓的承包实际上是一种提高劳动效率的劳动形式承包。因此，再审裁定同工同酬的第一承包人不承担雇主责任[①]。可见，我国司法实践已经认识到了：在存在抽取劳务利益之情形下，表明了承包人从事了非单纯的劳务提供活动。在实务中，可以从两个方面判定是否存在抽取劳务利益事实的存在：一是为了完成发包人的事务，承包人是否提供原材料。二是其将该事务再转包给另外的直接提供劳务者的时候，其是否以更为低的价格转包给直接劳务提供者。通常而言，这两类事实都说明承包人并非真正的劳务提供者，其行为已经具有商事行为的性质，具有劳动法上用工主体的实质内涵。基于此，在法律责任分配方面就意味着：一是对于发包人人而言，其风险责任的降低或免除；二是对于最终提供劳务者而言，其承担更大的意外伤害风险的必然逻辑。在此情形下，具有商事行为性质的直接劳务提供者自行承担其所承包事务中的意外伤害风险。

2.区分从属性劳务和非从属性劳务

从《侵权责任法》第三十五条后句之本意看，乃在于劳务提供者和接受者之间天然平等。在这一假设前提下，仅得以非从属性劳务才符合立法本意。对于从属性业务，属于雇佣性质的劳务提供关系则需要按照弱者保护原理处理。这一区分在许多国家或地区的民法典中得到了充分体现，并体现为一般性立法选择。（1）对从属性劳务和非从属性劳务做了明确的区分，将从属性劳务关系纳入劳动法调整范围。代表性立法如《葡萄牙民法典》、我国《澳门民法典》、《瑞士债法典》。《葡萄牙民法典》一千一百五十二条规定了劳动合同的概念，一千一百五十三条则明定了劳动合同由特别法例规范。一千一百五十五条则将劳务合同明确分为三类，即委任、寄托及承揽均属于劳务合同。[②]（2）将劳动法排除在外的从属性劳务关系在民法典中给予特别规定。在从属性劳务提供中，雇主享有命令和要求雇员忠诚的权利，但同时也为承担雇员遭受某种风险的保护义务。这些风险包括生命风险（早期的工厂立法和现代的职业安全和健康）和经济风险（例如收入来源中断）、免遭因疾病、不公平解雇所致的就业风险和年龄大的原因工作被停止的风险）[③]代表性立法例如：《巴西民法典》。（3）将从属性劳动和非从属性劳动放置在民法典中分别规定。该立法例如《意大利民法典》、《德国民法典》、《荷兰民法典》。事实上在从属性形态下，接受劳务者通常在作业内容和工作方式上制定了发生损害的机制。劳务提供者按照此机制工作而遭受损害，劳务接受者作为组

[①] 杨英涛诉被申请人张侃良案，（2014）陕民意申字第 00020 号。

[②] 唐晓晴等译：《葡萄牙民法典》，北京大学出版社，2009 年版，第 198 页，第 199 页。我国《澳门民法典》继承了《葡萄牙民法典》的内容，见《澳门民法典》第六章和第七章相关规定。

[③] Simon Deakin ，the legal framework of employment relations，September 2007，p5.

织者应该承担全部责任。

3.区分危险性劳务和非危险性劳务

最大的注意或勤勉不是严格责任的抗辩理由[①]。“出于技术或经济的原因人们无法或者尚无法将他们所自带来的危险置于控制之下，过失责任倘若一方面固守由理性人范畴中推出的注意义务和危险之间的相互关系，而另一方面却使自己陷入不得不将理性人标准下原本正确的行为认定为不合理行为的境地，这就走向荒唐了。”[②]在冀泮虎诉刘明提供劳务者受害责任纠纷一案中，原告在建筑工地拆除外架的时候，因触高压线而坠落受伤。在本案中，法院认为：“冀泮虎根据刘明的指示到室外去拆钢管。当时冀泮虎向刘明说过上面有高压线的情况，但刘明作为雇主未采取相应的防护措施，冀泮虎在拆卸钢管时因钢管接触高压线被电击受伤，对此，刘明存在过错，应对冀泮虎所受的损害承担主要责任；冀泮虎明知钢管旁边有高压线，拆卸钢管上的卡子时未尽到相应的安全注意义务，对其受伤亦存在过错，应承担次要责任。”[③]在本案件场景中，原告和被告之间并未形成稳固的持续性的长期劳务提供关系，故不属于雇佣关系。不过，原告根据被告安排从事相关工作，性质上可以适用承揽中的定作人的指示过错。在此案件中，按照交往安全理论，即如果某人创造了一个危险的根源，也就是说，如果他使这一危险的根源产生并且延续……那么他就要根据情况为了保护他人而采取必要的安全措施。[④]在上诉人王洪轩因与被上诉人徐辉提供劳务者受害责任纠纷案[⑤]中，上诉人担责 40%，理由在于：其自身具有重大过失。即其受伤主要是因为没有把固定钻杆的插销插上，导致钻杆掉落砸伤其脚部，伤残 7 级。

上述二案件的裁判因固守过错责任原则，忽视了职业健康风险归责原理。对于危险性劳务未按照风险归责原则由劳务接受者承担。在现代社会，随着人权保障理念的增强，职业健康权保障被法律得以强化，风险性劳动中的劳动者保护得到强化，对于依靠劳动者冒生命风险而获得利益的行为附加更为严格的风险责任成为定律。对此，日本学者指出：在营利型和危险型的情况下，从报酬责任或者危险责任视角看，就不需要以劳务提供者的故意或者过失为要件了[⑥]。“利益之所存，损失之归属”。某种经济活动在实施过程中将会给社会带来危险的情形下，“当存续危险而提升利益时，由此而产生的损害由制造出这种原因的人来承担。现代企业的实际情况也是将收益和危险作为核心要素。并且二者相伴的时候很多。所

[①] (奥地利)伯恩哈德·A.科赫 (奥地利)赫尔默特·考茨欧 译者：管洪彦，法律出版社，2012 年版，第 276 页）。

[②] [德]克雷斯蒂安.冯.巴尔著 张新宝译：《欧洲比较侵权法》（上卷），法律出版社，第 390 页。

[③] 在本案中，法院在责任划分方面适用侵权法上的过错责任原则，而在赔偿方面则适用人身损害赔偿司法解释的规定。参见北京市顺义区人民法院民事判决书，（2013）顺民初字第 13635 号。

[④] [德]马克西米利安.福克斯著，齐晓琨译，《侵权行为法》，法律出版社，2006 年版，第 103 页。

[⑤]上诉人王洪轩因与被上诉人徐辉提供劳务者受害责任纠纷案，（2012）青民五终字第 1123 号案件中。

[⑥] [日]吉村良一著 张挺译：《日本侵权行为法》中国人民大学出版社，2013 年版，第 150 页。

以，应以报酬责任原则和危险原则作为根据进行解释。”[①]

八．余论：民法之不能与劳动法之能

徐国栋教授在《中国法学》2011 年第 5 期发表了“论民事屈从关系——以菲尔麦命题为中心”大作，其自身亦发出这样的邀请“如果有人还像鸵鸟一样一头扎进平等的沙堆，那他就太接近 18-19 世纪了。处在 21 世纪的人们，应认真考虑如何修改《民法通则》第 2 条，这才是需要更大智慧的问题。把“平等主体”改为“平等主体与不平等主体”诚然可以，但如此民法又何以与行政法区分呢？真是愁死人了。还是破坏容易重建难呀！但愿有智者能解我愁！”[②]。徐教授之困在于要在民法的范围内按照民事思维调整雇佣关系。其殷勤的主张源自于民法同劳动法的历史逻辑。然而，这一逻辑不仅破坏了民法本身的内在逻辑机理和特质的统一，而且困扰立法和司法多年。在 2009 年 11 月 5 日至 12 月 5 日，立法机构就《侵权责任法》草案在全社会公开征求意见期间，就有意见认为：提供劳务一方在劳务过程中自己受到伤害的，应由接受劳务一方承担责任，但提供劳务一方对伤害的产生有过错的，可以适当减轻或者免除接受劳务一方的责任。[③]此意见有两个关注点：一是确立雇主责任的一般性原则；二是将劳务提供者过错作为减轻或免除雇主责任的条件；三是赋予法院结合案件事实裁判劳务提供方承担责任的灵活性。在此类案件中，接受劳务方往往主张曾经劝阻劳务提供人从事其认为危险的工作，劳务提供人自愿地将其自身置于风险中，要求劳务提供人自担风险。然而，假若受害人有权处分受到影响的权利，则对于损害的事先统一本身就能够阻止严格责任，尤其是财产权。严重的人身伤害通常不能归属于该种类。在这些案件中的受害人的同意可以仅仅解释为异常的危险或者共同过失。[④]这是因为：劳务提供者往往是从事无技术含量的底层劳动者，他们经济上的内在压力使得劳务提供人的自由选择无法实现[⑤]。不过，考虑到诸如家政服务员在内的劳务提供者在反反复复的很不舒服的过程中从事同一活动，应当对该环境中的劳务提供人有一定的宽宏[⑥]。

自然人提供劳务是否适用劳动法在本质上取决于其从属性和控制性特征的存在与否，取决于其劳动是否具有职业健康保护的要求。在法律史上，有关劳动

[①] [日]田山辉明著 顾祝轩 丁相颖 译：《日本侵权责任法》，北京大学出版社，2011 年版，第 143-144 页。

[②] 徐国栋，论民事屈从关系——以菲尔麦命题为中心，《中国法学》2011 年第 5 期，第 页。

[③]全国人大常委会法制工作委员会民法室编：《侵权责任法立法背景与观点全集》，法律出版社，2010 年版，第 116 页

[④] (奥地利)伯恩哈德·A.科赫 (奥地利)赫尔默特·考茨欧 译者：管洪彦，法律出版社，2012 年版，第 49 页）。

[⑤] (德国)U.马格努斯 (西班牙)M.马丁-卡萨尔斯主编，叶名怡 陈鑫译：《侵权法的统一：共同过失》，法律出版社，2009 年版，第 153 页。

[⑥] (德国)U.马格努斯 (西班牙)M.马丁-卡萨尔斯主编，叶名怡 陈鑫译：《侵权法的统一：共同过失》，法律出版社，2009 年版，第 86 页。

者权益保障的立法在众多国家经历了从侵权法保护到劳动法保护的历程。在侵权法内部亦经历了从过错责任到过错推定再到无过错责任的发展历程[①]。我国《侵权责任法》第三十五条后句试图将企业活动和一般的非企业活动分离，并限制劳动法的普遍适用。在侵权法内部使该条同第六条一般侵权条款保持体系上的一致性。然而，其却忽视了客观的现实，即现代社会包括诸如家政服务已经成为一个职业，并正在产业化[②]。在这一产业中，包括家政服务在内自我雇佣形态已经成为中国的常态，自我雇佣者劳动亦具有生存保障需求和社会保护的性质。将责任配置给接受劳务的雇主是一种合理的次优选择。通过合理的社会风险分担机制实现意外伤害发生后果的社会化解是人类发展的智慧创造。

肯定论者的认知自当错误，然否定论者的一刀切认知亦不妥当。《侵权责任法》第三十五条后半句的适用，应当考虑从属性和控制性因素。凡是从属性的劳务提供关系，应当继续适用最高人民法院司法解释和劳动法。然而，问题的根源仍在于劳动法用工主体资格的限制。一方面，《中华人民共和国劳动合同法》的第二条第一款对 1994 年《劳动法》所规定的用人单位主体资格做了重大修改。新法对“用人单位”的外延作了进一步的延伸——在原“我国境内企业、个体经济组织”基础上把“民办非企业单位等组织”也纳入“用人单位”范畴中，同时新法增加了“等”字。这表明立法者已经考虑到了劳动关系的流动性特征，为新形势下的用人单位主体留下了适用的空间。这意味着未来我国劳动法的适用主体会更加广泛。另一方面，在司法实践中，越来越多的“边缘化”用工主体可能被归类为“用人单位”。但肇始于二十年前所形成的劳动法适用范围之司法惯性障碍仍然存在，欲解决理论和实践难题，需要民法典的立法者思考虑雇佣关系当如何是好？基于此，如何阐释《侵权责任法》、《人身赔偿司法解释》等在后《劳动合同法》时代的适用范围取决于司法者对当代劳动法的立法目的、精神和价值追求的理解程度，取决于对于民法之不能和劳动法之能的认识水平，更取决于立法者是否能理性走出民法和劳动法的界河误区。

[①] 民法侵权责任内部的变化参见【日】吉村良一著 张挺译：《日本侵权行为法》，中国人民大学出版社，2011 年版，第 148 页-149 页。

[②] 有学者并不同意该观点。参见谢增毅：“超越雇佣合同与劳动合同规则——家政工保护的立法理念与制度建构”，载《清华法学》，2012 年第 6 期。

雇佣合同、劳动合同与民法典编纂论纲

谢增毅[1]

一、概念辨析：文本与现实

雇佣关系（雇佣合同）、劳动关系（劳动合同）的概念以及两者关系，是我国劳动法最基本、最重要，同时也是最混乱的话题之一。不同国家和地区对之也存在不同理解，甚至也产生分歧。

在德国，“雇佣”的定义，可以从民法典的规定大致看出。《德国民法典》第611条规定，因雇佣合同（Dienstvertrag, service contract），允诺劳务的一方有义务提供约定的劳务，另一方有义务给予所约定的报酬。雇佣合同的标的可以是任何一种劳务。[2]因此，雇佣合同强调的是合同的标的是劳务，这是雇佣合同的本质，也是雇佣合同区别于以劳动或劳务的结果为标的的承揽合同等其他合同的主要标志。[3]可见，雇佣合同作为债权合同的一种，强调合同的标的为劳务和报酬，对当事人的地位及其相互关系并未给予关注。与雇佣关系或雇佣合同相对的是劳动关系和劳动合同(Arbeitsvertrag, employment contract)。在德国，劳动关系是劳动法适用的基点。劳动关系通过劳动者和雇主之间的劳动合同建立。按照德国学者的观点，按照劳动合同，劳动者承担在雇主领导和指挥下给付约定劳动的义务；雇主承担支付约定劳动报酬的义务。[4]虽然在德国，劳动合同和劳动关系的法律概念都没有立法的明确界定，但学界对劳动合同（劳动关系）以及调整劳动关系的劳动法的认识是比较一致的。例如，“根据流行的定义，雇员(employee)是指基于私人合同，处于‘人身从属(personal subordination)’关系中，而有义务为他人工作的人”，“这一准则的核心要素是人身从属性”。[5]因此，劳动合同区别于一般雇佣合同之处在于雇主对劳动者的“领导和指挥”，即劳动者从事的是“从属性”或“依附性”劳动。我国台湾著名民法和劳动法学者史尚宽先生也持相同理解。他在论述劳动契约与雇佣契约之区别时指出，德国所规定之雇佣契约，纯为独立的两个经济行为者间之经济价值之交换。而劳动契约则表明受雇人对于雇用人之身分的从属的关系。劳动契约为雇佣契约之一种，而其特点在于有从属性。[6]史尚宽先生所称的从属性，在德国又被称为“非自主性”或“依附性”。德国学者也认为，劳动关系和一般雇佣关系的区别在于是否具备从属性。“要通过私法性合同建立

作者简介：谢增毅，中国社会科学院法学研究所。

[2]陈卫佐译注：《德国民法典》第611条，法律出版社2015年版，第238-239页。

[3]陈卫佐译注：《德国民法典》第631条，法律出版社2015年版，第249页。

[4]〔德〕雷蒙德·瓦尔特曼：《德国劳动法》，沈建峰译，法律出版社2014年版，第43-44页。

[5]Manfred Weiss and Marlene Schmidt, Labor Law and Industrial Relations in Germany, Kluwer Law International, 2008, p.45.

[6]史尚宽：《劳动法原论》，中国政法大学出版社2000年版，第14页。

劳动关系，被允诺的劳动给付必须依据指示来提供，人们称其为非自主性劳动。在法律上与此相对的是（自由）雇佣合同”。[7]因此，在德国语境下，劳动契约乃是特种之雇佣契约，可称为从属性的雇佣契约。[8]雇佣契约强调合同的标的为劳务，至于当事人之间是否存在从属性，在所不问；而劳动契约则强调雇员接受雇主“领导和指挥”的从属性。[9]对劳动关系“从属性”的揭示，一方面反映了雇主和雇员劳动关系的本质内容，另一方面也突出了劳动合同规则对当事人具体地位和实力的关注。

在日本，学界对雇佣合同和劳动合同的理解与德国有所不同。关于雇佣合同的定义，民法典第 623 条规定，“雇用是根据当事人的一方约定向对方从事劳动，对方约定对其支付报酬，而发生其效力。”[10]因此，从《民法典》文本角度看，“雇用合同”仅强调合同标的为劳动（劳务），并没有其他限定。关于劳动契约，严格说来，日本《劳动契约法》并未对其定义进行规定。该法第 6 条规定，“劳动契约是劳动者被雇主使用下劳动，雇主对此支付工资，根据劳动者与雇主的合意而成立”。该规定指出了劳动契约的基本要素，即当事人一方在另一方的指挥命令下劳动，另一方对此支付等价报酬。[11]可见，从条文上看劳动契约突出了雇主对雇员的指挥命令，即突出了从属性。因此，从文本角度看，劳动契约和雇佣契约是存在差别的。有趣的是，在日本，学界对雇佣合同和劳动合同的异同却存在不同看法。例如，下井隆史指出，“民法上的雇佣，是约定‘服从的劳务’和‘获取报酬’的契约关系，这无非是资本主义社会租赁劳动关系的法的表现。所以把劳动契约与作为契约类型的雇佣契约做同一理解是正确的。”[12]岛田阳一则指出，雇佣契约和劳动契约的性质是同一的还是不同的，一直存在争议。1950 年代确立的民法学通说认为，雇佣合同和承揽、委任等其他劳务供给合同的区别在于是否基于“指挥命令”而提供劳务，因此，主张雇佣合同和劳动合同是不同的法的概念的说法就无法得到充分论证了。然而，最初立法时，基于“指挥命令”而提供劳务并不是雇佣合同和其他劳务提供合同之间的区别，这一点是很明确的。2007 年制定劳动契约法时，虽然将劳动合同和雇佣视为同一类型的法的性质，有关劳动合同性质的争议不会因此而终结。[13]虽然民法对雇佣合同的定义和劳动契约法对

---

[7]〔德〕雷蒙德·瓦尔特曼：《德国劳动法》，沈建峰译，法律出版社 2014 年版，第 44 页。

[8]史尚宽：《债法各论》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 294 页。

[9]至于何为“从属性”，传统上，一般把个人必须遵守雇主的指示以决定工作如何开展以及工作时间，作为判断从属性的主要标准，随着高技能个人享有越来越多的自主决定如何以及何时开展工作的自由，这一标准受到了挑战，现在判断“从属性”以及劳动关系的存在，需要综合考虑多种因素。参见 Manfred Weiss and Marlene Schmidt, Labor Law and Industrial Relations in Germany, Kluwer Law International, 2008, pp.45-47.

[10]日本 2004 年修改《民法》时，将第 623 条以下的“雇佣”的用语改为“雇用”，其主要目的主要是实现语言的现代化。参见田思路、贾秀芬：《日本劳动法研究》，中国社会科学出版社 2013 年版，第 94 页。因我国长期使用“雇佣一词”，且今日我国台湾地区民法中仍使用“雇佣”一词，德国民法典的中译本也使用“雇佣”，本文遵从习惯，仍使用“雇佣”一词。

[11]田思路、贾秀芬：《日本劳动法研究》，中国社会科学出版社 2013 年版，第 94 页。

[12]田思路、贾秀芬：《契约劳动的研究——日本的理论与实践》，法律出版社 2007 年版，第 64 页。

[13]岛田阳一：《雇佣契约的思考》，劳动政策研究·研修机构出版，《日本劳动研究杂志》， 2012 年 11 月号

劳动合同的定义有所不同，但目前，无论在理论上还是实务上，劳动契约和雇用契约在日本基本上是通用的。[14]概言之，当前日本主流的意见认为，雇佣契约和劳动契约是同义的，均指具有从属性的劳务提供合同关系。少数派的观点认为，雇佣契约的概念宽于劳动契约，前者既包括后者，还包括不存在从属性的劳务供给关系。

在我国台湾，“民法”第 482 条规定了雇佣的定义。该条规定，“称雇佣者，谓当事人约定，一方于一定或不定之期限内为他方服劳务，他人给予报酬之契约”。但依学者观点，雇佣契约与劳动契约的概念相当，即使理论上或有些微差异，但实务上则无明确区分。“如具从属性之劳务给付者，即属于雇用（或劳动）关系性质之劳务契约，亦即适用劳基法上之相关劳工保护规范”。[15]可见，雇佣契约和劳动契约并不作严格区分。

因此，在德国，对雇佣合同和劳动合同的区别较为明显；在日本和我国台湾，并不严格区分雇佣（雇用）合同和劳动合同，主流观点认为二者是一致的。

在我国，新中国成立以后，民国时期民法典及其雇佣合同的规则没有得到延续，雇佣合同没有被立法所确立，也没有相应的制度实践。在《合同法》起草过程中，原本有“雇佣合同”内容，后来被取消，主要是因为来自劳动行政部门的反对。[16]目前，仅有个别司法解释提到“雇佣”。2003 年《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第 9 条规定，“从事雇佣活动”，是指从事雇主授权或者指示范围内的生产经营活动或者其他劳务活动。雇员的行为超出授权范围，但其表现形式是履行职务或者与履行职务有内在联系的，应当认定为“从事雇佣活动”。但案例实践中并没有明确如何把握“雇佣”的定义和本质；而且，除了侵权之外，“雇佣”活动如何受法律调整并不清晰。

二、雇佣合同和劳动合同的实质差别：价值与方法

上述关于雇佣合同和劳动合同的差异，主要从外延上进行区分，即受雇人是否提供了从属性的劳务；如是，则属于劳动关系，如否，则属于雇佣关系。由于承揽合同、委任合同等其他契约类型的成文化，排除了承揽合同、委任合同的劳务供给关系中，大部分劳务提供者提供的劳务都具有一定的从属性，即都受到雇用人一定的指挥控制，纯粹的完全由受雇人自主决定的劳务供给关系越来越少。

(No.628)，第 1 页。

[14]田思路、贾秀芬：《日本劳动法研究》，中国社会科学出版社 2013 年版，第 103 页。

[15]林良荣：《雇佣契约的“伪装”与劳动权利之保护》，载林良荣等主编：《劳动市场变迁与社会安全制度——两岸劳动法与社会法的比较》，新学林 2013 年版，第 46 页。

[16]有学者指出，《劳动法》的起草及《合同法》的起草几乎处于同一时期，当《合同法》（草案）征求意见时，来自劳动行政部门的意见是，根本没有必要在《合同法》中规定“雇佣合同”制度，再者“雇佣”这一剥削现象已经被消灭，不存在雇佣关系。因此，来自行政部门的干预使《合同法》规定“雇佣合同”制度的计划落空。参见郑尚元：《雇佣关系调整的法律边界》，《中国法学》2005 年第 3 期，第 87-88 页。

“今日大部分之雇佣关系，均属于劳动法上意义之劳动关系”。[17]不具从属性的一般雇佣关系的比例低、数量少。因此，大部分劳务提供者都作为雇员或“劳动者”受到劳动法的调整和保护。这也是为何在日本和我国台湾，实务上很难将雇佣合同和劳动合同加以区分的重要原因。依笔者之见，雇佣合同和劳动合同的本质区别不仅在于其范围大小和量上多少的差别，而更在于法律对雇佣合同调整的理念更新和内容变化。

如上述，雇佣契约的概念和相关规则确立于民法典之中，以德国法为代表。由于雇佣契约作为债权之一种，雇佣合同被作为财产性的合同，因此，雇佣合同的规则主要立足于劳务如何提供，报酬如何支付。当事人的财产利益，包括雇用人如何受领劳务，受雇人如何获得报酬是其关注的焦点。从这点看，雇佣合同和其他以物为标的的财产性合同，如买卖合同，并无实质区别。但事实上，雇佣契约之债务毕竟由人提供，与一般的物物交换具有明显区别，劳务与劳务提供者无法分离，因此，作为主要规范财产关系的合同法规则本身是难以照顾到标的（劳务）之外的提供者的身份属性及其人格要求的。但劳动者的保护涉及人权保护的诸多因素，必须关注劳动者的安全、健康、休息休假，平衡劳动者的工作与生活，维护劳动者的自由和人格利益，如此广泛的内容实为债法规则难以容纳。而且，雇佣合同具有明显的社会属性。雇佣关系是一种广泛的社会关系，其与零散的、个别的交易关系不同，雇佣关系是维护社会生产的必要条件，劳动力的待遇和保护，不仅关涉其本人，也涉及劳动力的不断延续以及劳动力背后的家庭和社会。

由此，传统的依靠民法典来规范雇佣契约的做法是无法满足雇佣合同的人格属性和社会属性的。随着实践的发展，十九世纪末、二十世纪初以来，“遂进入具有社会色彩的劳动契约时代”。在“劳动契约”时代，国家制定了劳动保护法规，使雇主负担公法上的义务，以保护劳动者；将劳动契约社会化，制定代表高度社会意义的劳动契约法；利用团体协约使劳资双方由对立进而合作；实行社会保险政策；设立劳动法庭等等。[18]因此，雇佣契约到劳动契约的转变，其反映的是通过民法典的债法或合同法规则调整雇佣契约，还是通过民法规则之外的特别劳动立法调整劳动关系的变迁。本质上，由于大量劳动特别法的出台，民法典所规定的雇佣合同，越来越受到民法典之外的特别劳动法的调整，雇佣契约也逐渐被劳动契约所取代。因此，从雇佣契约到劳动契约的转变，主要不是因为雇佣关系本身的变化，而主要是法律的调整模式、价值追求和规则内容的变化。台湾学者黄越钦指出，“雇佣契约与劳动契约虽然表面上所规范的对象都在于劳务之提出与劳务之受领，但其间有极大不同。雇佣契约系以雇用人对劳务之‘所有’及对劳动者之‘支配’为中心；而劳动契约则以提供劳务的劳动者其‘人’为中心，以此中心

[17]史尚宽：《债法各论》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 294 页。
[18]黄越钦：《劳动法新论（修订三版）》，翰芦图书出版社公司 2006 年版，第 7 页。

所展开的法律体系，当然与市民法大异其趣，逐渐远离。”[19]在笔者看来，雇佣契约乃是以“物”为中心，劳动契约乃是以“人”为中心；前者以劳务的给付为其核心要务，后者以劳动者的保护为其核心要务。这是雇佣契约和劳动契约在法的价值追求和规范内容上的根本区别。

因此，相比民法典中数量极为有限的雇佣合同条文，劳动法的立法数量相当可观，内容极为丰富，而且，许多规则已经改变了民法典的雇佣合同规则。德国学者尖锐指出，虽然《德国民法典》第 611 条及以下各条从原则上说也适用于雇佣契约，但实际上，这些条款由于各种劳动单行法规的存在而几乎完全不起什么作用。人们普遍认为，劳动法早已在《德国民法典》之外自成体系，无论是在大学的法学教学中还是在法学著述中，劳动法都被视为是一个独立的法律部门。[20]我国台湾著名民法学者黄茂荣先生也指出，随着受雇人之保护（最低工资、终止之保障、社会保险）的加强，“有一天民法上关于雇佣之规定，可能走入法制史，而不再有现行法的意义。”[21]因此，随着实践的发展，劳动法和民法典的关系可谓渐行渐远，劳动法日益成为一个独立的部门并获得巨大的发展。相反，民法典中雇佣合同规则日渐式微，作用越来越小。

三、雇佣合同法死亡了吗？

从上文可以看出，大量劳动立法的出台使得民法典有关雇佣合同规则的规定越来越具有象征意义，其发挥作用的空间十分有限，民法中的雇佣合同规则大部分已被劳动法规则所取代。雇佣合同规则会不会如黄茂荣先生所言，很快“走入法制史，而不再有现行法的意义”？从目前主要大陆法系国家民法典看，雇佣合同规则尚且存在，雇佣合同规则并不会快速“死亡”。

第一，劳动合同本质上是私人（私法）合同，私法原则和规则仍有适用于劳动关系的余地。德国法非常强调劳动合同是基于私人合同（private）而建立，将依据私法合同，而非受迫或者根据公法建立的关系（如职业公务员或法官），作为判断劳动合同和雇员身份的两大要素之一。[22]因此，尽管劳动法产生了大量异于民法特别是雇佣合同法的规则，但雇佣合同规则及其背后的私法理念和基本原则仍可适用于劳动关系。

具体而言，一是民法或债法的基本原则仍是劳动合同的基本原则。基于前述理由，民法中的许多重要原则甚至可以直接适用于劳动合同。这一点在日本的《劳动契约法》中体现得尤为明显，民法中的许多原则被直接规定在该法中。该法第三条规定，“劳动契约，应该基于劳动者和雇主对等的立场的合意，订立以及变

[19]黄越钦：《劳动法新论（修订三版）》，翰芦图书出版社公司 2006 年版，第 37 页。
[20]〔德〕罗伯特·霍恩等：《德国民商法导论》，楚建译，中国大百科全书出版社 1996 年版，第 347 页。
[21]黄茂荣：《债法各论》（第一册），中国政法大学出版社 2004 年版，第 132 页。
[22]Manfred Weiss and Marlene Schmidt, Labor Law and Industrial Relations in Germany, Kluwer Law International, 2008, p. 45. 另一要素为“人身从属性”。

更。”“劳动者和雇主，在遵守劳动契约的同时，必须诚实信用地行使权利和履行义务。”“劳动者和雇主，基于劳动契约行使权利时，不能滥用这种权利”。[23]可见，平等、诚实信用、禁止权利滥用等原则被置于劳动合同规则的重要地位。二是民法的基本原则或规则仍可运用于劳动合同的具体规则当中。劳动合同的特殊性在于期限的长期性和内容的不确定性。由于劳动合同往往持续时间长，且工作内容存在很大不确定性，劳动合同内容无法事先将双方的具体权利义务加以一一明确，因此，合同的履行、变更和解除有赖于民法的公序良俗和禁止权利滥用等原则。再以日本劳动契约法为例，该法有关就业规则变更、借调、惩戒、解雇的规则都援引了民法的公序良俗原则或禁止权利滥用原则。例如，该法第 16 条关于解雇理由的规定是，“解雇，欠缺客观的合理的理由，不被相当于社会的通常理念所认可时，作为该权利的滥用而无效。”该条规则实际上是将民法的公序良序和禁止权利滥用具体适用于解雇的场合。三是作为劳动合同的“原型”，雇佣合同规则仍然可以适用于劳动合同。例如，德国民法典中有关雇佣合同的规则不仅适用于一般的雇佣合同，许多具体规则都可以直接适用于劳动合同。

第二，并非所有雇佣关系都可以纳入劳动法之中，部分雇佣关系仍需适用雇佣合同规则。虽然，大部分雇佣关系已被纳入劳动法的调整范围，受到劳动法的调整，但现实生活中仍有部分不具从属性的雇佣关系无法纳入劳动法，只能依靠传统的雇佣合同规则进行调整，还有一部分雇佣关系无法完全适用劳动法，只能适用劳动法的部分规则，雇佣规则仍有适用的余地。前者如偶然雇用钟点工在家从事家务工作，偶尔雇人剪草修花，雇人搬运东西，实属典型之雇佣关系，难以纳入劳动法的调整范围；后者如家庭或个人长期雇佣家政工，该雇佣关系具有劳动关系的某些特点，但劳动法的某些规则又难以完全适用，比如解雇保护、工作时间规则等，[24]因此，雇佣合同的一些规则仍然可以适用于该类主体。特别是随着科技和网络技术的发展，各种灵活用工方式不断涌现，越来越多的雇佣关系可能无法或一时无法被劳动法所吸收，民法中的雇佣规则就有用武之地。

四、将雇佣合同规则纳入民法典

（一）雇佣规则存在的客观基础

诚如上文所述，仍有部分雇佣关系难以成为劳动关系，无法纳入劳动法的调整范围，因此，民法典或债法的雇佣规则仍有存在的基础。这不仅是理论问题，而是实践提出的问题。尽管我国在正式的法律中并没有出现雇佣的概念，但有关司法解释对“雇佣”作了规定，相关立法也出现过类似的概念。这说明了实践中“雇佣”的存在。例如，2003 年最高人民法院出台的《关于审理人身损害赔偿案件适

[23]田思路、贾秀芬：《日本劳动法研究》，中国社会科学出版社 2013 年版，第 394 页。
[24]关于家政工的法律保护，参见谢增毅：《超越雇佣合同与劳动合同规则--家政工保护的立法理念与制度建构》，载《清华法学》2012 年第 6 期。

用法律若干问题的解释》（人身损害赔偿司法解释）第 9 条规定了雇员在从事雇佣活动中致人损害的赔偿责任，第 11 条规定了雇员在从事雇佣活动中遭受人身损害的赔偿请求权，而且第 9 条还界定了何为“从事雇佣活动”。[25]虽然该司法解释对“雇佣”的界定存在诸多值得商榷之处，但毕竟在司法解释中承认了雇佣活动或雇佣关系的存在。《侵权责任法》第 35 条规定了“个人之间形成劳务关系”导致的侵权责任的承担主体。[26]很明显，“个人之间形成劳务关系”按照目前《劳动法》的规定不属于劳动关系，也不受劳动法调整，其很可能形成民法上的雇佣关系。因此，我国零散的和雇佣有关的规定也暗示了现实中存在大量的“雇佣关系”。由于在债法或合同法中缺乏雇佣的定义和一般规则，现实中雇佣关系就难以认定，相关规则就难以统一，例如上述司法解释和《侵权责任法》在涉及“雇佣”的侵权责任规定上就存在较大不同。因此，从调整对象看，现实生活中仍有部分雇佣关系难以纳入劳动法的调整范围，雇佣规则有其存在的客观基础。需要说明的是，“雇佣”关系的特殊形式——劳动关系强调雇员从事的是非自主性（从属性）的劳动，换言之，雇员需要按照雇主的指挥和管理从事工作，但雇员和雇主是相互独立而平等的，一般的雇佣关系更强调劳务提供者的自主性，因此，雇佣关系和是否存在“剥削”并无直接关系。行政机关主张“雇佣”这一“剥削”现象已经消灭，不存在雇佣关系，因此不需要雇佣合同的观点，是不能成立的。上文提及，日本 2004 年修改《民法》时，将“雇佣”改为“雇用”，虽然其目的主要是实现语言的现代化，但从涵义上看，“雇用”相比“雇佣”似乎更准确。《现代汉语词典》将“雇佣”解释为，“用货币购买劳动力”；将“雇佣劳动”解释为，“受雇于资本家的工人的劳动”；将雇用解释为“出钱让人为自己做事”。[27]可见，“雇佣”一词具有较强的意识形态和历史痕迹，“雇用”更为中性，更贴近其现代涵义，不易引人误解。未来编纂民法典时，不妨借鉴日本，在正式的法律中用“雇用”取代“雇佣”。

同时，从德国和日本的立法和实践看，雇佣的定义是可以清楚界定的，雇佣关系和劳动关系也可以从理论、立法和实务上加以区分，并给予相应的法律调整。我国不应仅因为缺乏雇佣规则的传统和实践而在民法典编纂时放弃雇佣规则。

（二）雇佣规则：劳动法与民法的连接点

除了上述理由，雇佣合同规则的存在意义还在于提供劳动法和民法规则的连接点。虽然在民法典之外，出台了大量的特别劳动法，但劳动合同毕竟是私人之间的合同，私法或合同法的一般规则仍有适用余地。德国学者也认为，劳动关系法（劳动合同法）包含着在本质上属于私法的法律规范，这些规范伴随着作为私法上债权关系的劳动关系的始终：从通过缔结劳动合同建立劳动关系，到以双方的权利义务（给付义务和从义务）安排劳动关系的内容以及劳动关系的障碍（给

[25]《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第 9 条。
[26]《侵权责任法》第 35 条规定，“个人之间形成劳务关系，提供劳务一方因劳务造成他人损害的，由接受劳务一方承担侵权责任。提供劳务一方因劳务自己受到损害的，根据双方各自的过错承担相应的责任。”
[27]《现代汉语词典》（2002 年增补本），商务印书馆，2002 年版，第 456 页。

付障碍、责任）直至劳动关系的终结（即通过解除、期限届满以及达到年龄界限等）。其调整的方法和私法中的其他规则并无差异，也就是说人们可以不断使用特别是法律行为理论、债法总论以及债法分论的知识。[28]因此，当劳动法规则不敷使用时，仍必须求助于合同法或民法的一般规则。如果不在民法中规定雇佣合同规则，劳动关系与民法的适用就缺乏必要的连接点，当劳动法规则缺失时，劳动关系是否可以适用合同法或民法的规则就成为疑问。以德国为例，在劳动关系法的领域，一般民法的规范，特别是民法总则的规范和债法总则的规范，依然发挥着主要作用；合同法上的劳动法特别规则建立在上述规范的基础上，大多数情况下都涉及对多个法律中条文的互相适用。[29]在我国台湾地区，劳动契约乃为私法契约之一种，虽然劳动契约非民法有名契约之一种，但系规范私人间之生活关系，除有其他法令特别规定外，仍回归民法之适用。[30]我国 2007 年《劳动合同法》也将民法或合同法的基本原则引入其中。该法第 3 条规定，“订立劳动合同，应当遵循合法、公平、平等自愿、协商一致、诚实信用的原则”。而且，在实务中，仲裁机构或法院也会依照诚实信用等民法或合同法原则要求双方承担权利义务。因此，在民法典中规定雇佣合同规则不仅在于为那些无法纳入劳动法体系的一般雇佣关系提供法律规范，更在于为劳动关系找到其法律坐标，使其融入民法规则之中，并有适用民法规则的可能。

五、小结

从雇佣合同到劳动合同，体现了法律对雇佣关系调整的理念和内容的变化，即将雇佣合同视为财产合同，着眼于劳务和报酬的履行，“以物为中心”，转变为肯定劳动合同的身份属性，着眼于劳动者的保护和劳动秩序的维护，“以人为中心”。这种转变使劳动法在民法之外获得巨大发展，并逐步获得独立之地位。

虽然劳动法和民法渐行渐远，但雇佣合同规则并未“死亡”。雇佣合同规则尚有存在的基础和必要，雇佣合同规则既为那些无法纳入劳动法的一般雇佣关系提供规则，也架起劳动法和民法沟通的桥梁，为劳动关系适用民法规则提供制度的连结点。因此，在民法典中规定雇佣合同势在必行。

[28]〔德〕雷蒙德·瓦尔特曼：《德国劳动法》，沈建峰译，法律出版社 2014 年版，第 21 页。
[29]〔德〕雷蒙德·瓦尔特曼：《德国劳动法》，沈建峰译，法律出版社 2014 年版，第 9 页。
[30]郭玲惠：《劳动契约法论》，三民书局 2011 年版，第 17 页。

中国社会劳动法学发展评析（1995—2014）

——基于期刊论文的分析[1]

金丽[2]

摘要：选题主要围绕《劳动法》二十周年祭，基于学术研究被忘记，做有关对劳动法学研究的学术研究。本文通过对发表在《中国社会科学引文索引（1995——2014）来源期刊目录》（CSSCI）中的19家法学核心期刊中刊载的关于劳动法学研究的论文的整理、分析，从两方面概括出我国劳动法学发展20周年的现状：一是随着《劳动合同法》和《劳动争议调解仲裁法》等相继出台，劳动法学作为一个法部门学科已然自成系统，学科成熟。二是在中国社会劳动法学框架下部门法发展不平衡，具体制度研究不彻底。通过对现状的评析以及对相关问题的论证，认为平衡部门法发展应当成为当今时代劳动法学研究的一个重要课题和途径。

关键字：中国劳动法学；时代主题；部门法平衡；统计分析；

一、选题标准、工作步骤

论文选取得范围包括1995——2014年公开发表在《中国社会科学引文索引（1995——2014）来源期刊目录》（CSSCI）中的19家法学核心期刊。在上述刊物上发表的论文，可以大致进行下列四种分类:其一，仅仅关于狭隘《劳动法》的发表论文（当然基于学科的交叉，做到精确的分类是很难的，这里也只是基于1994年颁布的《劳动法》为依据进行划分的）。其二，围绕《劳动合同法》展开研究的论文。其三，是围绕《劳动争议调解仲裁法》为研究对象的论文。其四，是与其他部门法交叉融合而论，只要主题与劳动法有联系，其实这一部分主要是涉及社会保障法领域。除非文章使用的分析方法明显呈现出其他部门法学的研究范式，均纳入评价范围。以此为标准，在上述范围刊物上列入考察目标的论文总数为306篇，其中《劳动法》147篇，《劳动合同法》76篇，《劳动争议调解仲裁法》16篇，其他67篇。其中又把《劳动法》分两个阶段，1995——2007年，这一阶段劳动法为102篇，2007——2014年仅为45篇。而这里的《劳动合同法》和《劳动争议调解仲裁法》是从2007年《劳动合同法》和《劳动争议调解仲裁法》颁布前后年限为期限的。

---

[1]本文参评青年优秀论

[2]作者：金丽（西南政法大学，经济法学硕士）

学术研究的创新，针对所选择的论文，具体从发表的时间、作者、时代背景、研究对象等方面进行评价。当然，尽管努力覆盖相关学科 1995——2014 年全部有价值的正式发表的文章，但是一方面样本的选取方面难免存在疏漏，另一方面选取的标准本身具有强烈的主观性，而在实施上述标准进行文章评价时，无论是筛选的标准、归类的判断，还是评价依据、意见，肯定会有不少可以商榷的地方。任何试图用文字来对既有文字进行事后评价的做法，都受制于评价者的主观感受而很难有绝对客观的标准。本文采用了统计学的相关研究方法进行，希望能够尽力达到学科评价的初衷。

二、总体概况

表一：1995—2014 年 19 家公开发表在《中国社会科学引文索引（1995—2014）来源期刊目录》（CSSCI）中 19 中法学核心期刊与劳动法制相关论文发表总数一览表

类别	比例		百分比（%）	
	1995—2007（年）	2007—2014（年）	1995—2007（年）	2007—2014（年）
《劳动法》	102	45	33.33	14.7
《劳动合同法》	76			24.84
《劳动争议调解仲裁法》	16			5.23
其他类	67			21.9

从表一可以看出，宏观上《劳动法》从 1994 年颁布以来的一个大体趋势，1995——2007 年发表的论文有 102 篇，百分比为 33.33，而 2007——2014 年发表的论文为 45 篇，百分比仅为 14.7。前后两个阶段对比，后一阶段的《劳动法》论文发文量明显下降。说明相关学者的关注点转移了。而从 2007 年以来，可以看到关于研究《劳动合同法》的论文发表量为 76 篇。这说明随着 2007 年前后的《劳动合同法》和《劳动争议调解仲裁法》的出台，一部分学者的关注点转移到《劳动合同法》和《劳动争议调解仲裁法》上去了。而其他（表一中“其他类”，下同）有 67 篇相关文章，占据了相当一部分比例。这里不乏是采用其他的视角，比如从经济学视角进行劳动法制分析。2007 年以来关于《劳动法》研究的论文仅占 14.7，比其他的还少了 7.2 个百分点。从而得出的结论是《劳动法》得不到应有的重视，尤其是随着 2007 年前后《劳动合同法》和《劳动争议调解仲裁法》颁布，《劳动合同法》所占的百分比为 24.84，《劳动法》所占的比重为 14.7，比《劳动合同法》少十个百分比。

《劳动法》虽然经历了 20 多年的发展与完善，但抽象理论更多倾向于词语、口号、概念的引入和来源于交叉学科的视角转换，而缺乏对具体制度的统治和约束。而与此同时，现实问题不断的拷问既有制度和规则，并且吸引了更多的注意力，针对具体现实情形的策论、建议、评论、反思更多占据了学术期刊的篇幅。在具体部门制度的对策性研究中，虽然冠以劳动法学或者与之相关制度的名字，但其研究更多是基于相邻学科的分析框架做出的情形，也较之普遍。在研究范式上，创新性不足，纯理论到理论、自说自话的陈述是主要方式。同时，经过综述仍然有相当数量的文章依旧是老生常谈并没有提出新的理论，可能在研究深度、广度上并不非常令人满意，但无论是资料来源、数据收集还是文献引证上，都能够引入新的知识资料，辨别学界原有的认识偏差，增加了客观上的知识引入和积累。在基础薄弱的中国劳动法学，甚至整个中国法学，在转轨、主流范式未能确定、社会中的价值争论不休的背景下，基础知识的积累无疑也是当下值得肯定并应当鼓励的方向。

三、材料的统计与分析

（一）、《劳动法》显冷清，《劳动合同法》是热门

图一：劳动法学分布折线图

根据图一分析，《劳动法》自 1994 颁布以来，历经 20 年。2007 年以前，也就是在《劳动合同法》没颁布以前，不管是从发文量还是研究的学者来看是比较受关注的。但是从《劳动合同法》和《劳动争议调价仲裁法》相继出台，情况就不同了。由于在总体概述部分已经结合表一对具体情况简单做了交代这里就不再赘述了。而具体到研究的内容上来看，就举《劳动法》来说，研究内容单一，学者们的关注点往往停留在主要的制度体制、原则范围中。如劳动争议、工资、劳

务派遣、劳动标准这几方面的论文就占了绝大部分。例如，随着市场经济的高速发展，与之新起的家政服务行业也是蓬勃发展。但与之相对应的法律制度却是依旧无人问津，仅仅只有 5 篇相关文章（家庭雇佣型家政工人工伤保险制度研究——胡大武；理念与选择：劳动法如何照耀家政工人——胡大武；住家家政工人与雇主在住宅隐私权上的冲突及其协调——胡大武；德国家政服务法制度研究——胡川宁；特殊劳动案件的认定与处理——睢素利）。随着社会经济发展、城市化进程和人民群众物质、文化生活水平的提高，城市对家庭保姆的需求逐步上升。这就使得对家庭保姆人身与劳动相关权益的保护日益突出。我国目前家庭保姆行业的相关法律、法规明显缺失，没有专门的调整规范，影响了对家庭保姆和相对方合法权益的保障。目前立法上对家庭保姆与所服务家庭的法律关系定位和法律调整的缺失在实践中暴露出不少问题，集中体现在家庭保姆缺乏社会保障，进而影响了这一行业的规范发展与规模发展。当然不仅仅是家政，具体到对《劳动法》的每个制度、制度背后的法理意义、与社会相结合的程度都值得学者专家们穷尽毕生。所以作为法学学者应该看到这点，多关注这些，推动完善相关法制的发展。

作为劳动法制的基本法，《劳动法》本应该是“数量多多，贡献多多”，但是从 306 篇论文中，所占的份额，寥寥可数。在这种为数不多的发文中，论文产生整体生态问题不过是旧有习惯的延续，同时相当数量的文章并没有提出新理论，在研究深度和广度上并不非常令人满意。其中值得肯定的是对《劳动合同法》的研究，2007 年《劳动合同法》颁布，不管是从发文量还是对《劳动合同法》具体制度的分析与研究，抑或是在《劳动合同法》出台之前对《劳动合同法草案》的提出考量与分析都是值得肯定的。这说明中国法制建设组将完善与成熟。在颁布一部法律时时做到了实事求是，做到了与社会需要相吻合。

(二)、发文数量呈增长趋势，问题也相伴产生

图二、1995—2014 年 19 家期刊法学杂志与劳动法制相关论文发表总数年度趋势

注：从图可以看出，1995—2004 年 19 法学期刊发表的对劳动法制研究的论

文差不多，但是总数都很少在10篇之下。从2004—2007年是个逐年上升去趋势，同时发表的数量最多。2007—2014年总体是下降趋势。其中2012年之后这几年直线下降。

从图二，1995—2014年19家期刊法学杂志与劳动法制相关论文发表总数年度趋势来看，劳动法制的发文量是呈增长趋势的，1995——2004 年这一阶段发文量不多，但是总体维持在每年10篇左右。但是从2004年之后，发文量明显增加，尤其是在2007年前后发文量接近40篇，这是与《劳动合同法》和《劳动争议调解仲裁法》出台关系密切。这说明一些学者在 CSSCI 发文越来越多，对劳动法制研究的学者也越来越多，可能是学者的积极性提高的原因，也可能对劳动法制研究的学者素质提高的原因，当然也可能是期刊本身审稿标准发生了变化。

表一、发文3篇以上的学者发文的引用频次前10名

序号	题目	作者	发表时间	引用频率	期刊
1	美国劳务派遣的法律制度及对我多立法的启示——兼评我过《劳动合同法》的相关规定	谢增毅	2007—11—15	132	比较法学研究
2	法国劳动合同立法的启示	郑爱青	2002—09—15	104	法学杂志
3	论不当劳动行为立法	常凯	2000—09—10	100	中国社会科学
4	劳动权的多重意蕴	冯彦君	2004—05—15	96	当代法学
5	论我国无固定期限劳动合同	董保华	2007—11—15	95	法商研究
6	劳动合同立法争论中需要澄清的几个基本问题	王全兴	2006—09—20	90	法学
7	不当劳务派遣及其管制	郑尚元	2008—04—15	67	法学家
8	WTO 的“社会条款”之争与	周长征	2001—05—25	63	法商研究

	中国的劳动标准				
9	劳动合同若干法律问题研究	林嘉	2003—12—15	61	法学家
10	劳动派遣关系的法律规制研究	侯玲玲 曹燕	2003—11—13	53	法学评论

表二、发文量排名前10位的作者及其工作单位

排名（前10位）	作者	工作单位	发文量（每人）
1	王全兴 董保华	上海财经大学法学院 华东政法大学	12
2	冯彦君 林嘉	吉林大学 中国人民大学	11
3	关怀	中国人民大学	10
4	黎建飞	中国人民大学	9
5	侯玲玲 谢增毅	深圳大学法学院 中国社会科学院	8
6	钱叶芳	温州大学法学院	7
7	常凯	中国人民大学	6
8	郑尚元 姜涛	中国政法大学 江苏大学法学院	5
9	秦国荣 曹燕 单海玲 周长征 许建宁 郑爱青	南京师范大学法学院 西北政法大学 华东政法大学 北京大学法学院 浙江大学法学院 中国人民大学法学院	4

10	胡大武 沈同仙 郭捷 吴文芳 黄昆 范进学 董文军	西南政法大学 苏州大学法学院 西北政法大学 上海财经大学法学院 西北政法大学 山东大学法学院 吉林大学法学院	3

注：1995——2014 年发文者共有 222 名，其中 3 篇以上者有 19 名，占 8.86%

其次从表一、表二可知，306 篇文章，作者是 222 位。从发文作者来看，发文量 5 篇以上的少之又少，其中发文量为 5、6、7、9、10 篇的分别只有一人，发文量为 8 篇、11 篇、12 篇的也分别只有 3 人。可见，高产学者并不多，就其原因，可能是学者研究领域广泛，对劳动法制研究不是其主打领域，疑惑是期刊在选文中做了要求。从研发单位看，文章出处多来自五院四系，其中中国人民大学，华东政法大学研究成果较之多些，可见在五院四系中人才济济，学术创作繁荣。这也和北上广这些经济高速发展相呼应。再者，从文章引用频率上看，排在前 10 位的文章中，以谢增毅为首，而这篇“美国劳务派遣的法律制度及对我国立法的启示——兼评我过《劳动合同法》的相关规定”的文章也是关于《劳动合同法》的。从上表可以得出，多产者往往也是文章被引用次数最多的，两者成正相关。发文量在前 10 名的学者与文章引用前 10 名的学者都是发文在 3 篇以上的那些学者。

从文章的来源上看，这 306 篇文章中不乏有些是出自法院的人员发表的，有些是律师事务所成果，有些是协会成果。从这一层看，发文质量还待考究。原因分析主要有：①学者自身，法院工作者毕竟是在工作中的具体案件出的结论，实践意义上可能是很权威，但是究其毕竟是工作者远离学术研究很久，是否与学术研究脱轨，其专业性值得考究。而其他像律师事务所，协会等更是值得推敲。而具体到相关学者，是否以学术研究为主，是否做到了学术创新，事实上根本排除不了滥竽充数的。②期刊审稿。在审稿时，可能由于名人效应，对已经有影响力的学者的文章审核有所松懈，导致选取的文章质量存在一定的问题。另外，偏重选取地区文章、学科领域文章等，以致不能以一种客观公正的标准去衡量不同学者的文章，导致一些质量高的文章没有被采用这些都是可能的。再者，与审核者的学术素养也可能存在着很大的联系，如果学术修养不高，决定了最后刊载的文章的质量。

然而，从目前的结果来看，鉴于社会科学研究快速发展和学科多元化的大背景下，发文总数量相对而言是偏低的，且多次发文者所占的比重也是很少的。文章被引用的次数也相对集中，不能做到对劳动法制全面的研究，这就会导致劳动法制发展的进程缓慢。

图三、劳动法制发文期刊分布状况

当然这种种现状的出现原因，图三是劳动法制发文期刊分布状况。在这 19 家核心法学期刊中可以看出，当代法学、法学家、法学、法学杂志、政治与法律等期刊发表的关于劳动法制的文章相对较多。尤其是法学杂志、和当代法学最多，达到了 50、44 篇，但是像比较法学研究、法制与社会发展、清华法学、中国社会科学等期刊发文量所占比重很少。但相比其他杂志，比较法学、清华法学、中国社会科学等期刊更权威、平台更高。间接映射出劳动法学发文质量不高，这也无形中给劳动法制学者以鞭策、警醒。在注重学术研究的同时更注重研究成果的质量。就文章被引用频率来说，比较法学研究、法学杂志、中国社会科学期刊最高，虽然比较法学研究和中国社会科学这两期刊的发文量不高，但被引用次数最高。依旧表明，比较法学研究和中国社会科学等期刊发表的论文质量水平很高。在保证期刊质量的同时，提高自身的竞争优势，在激烈的学术期刊竞争中提高自己的优势地位。为此，我们应该结合行业、社会现状、期刊本身现状以及其发展战略，从组稿，审稿制度方面进行不断完善与创新，提高各板块的发文量。与此同时，这 19 家法学期刊中可能又有质量不高，影响不大，学术研究不严谨等情况，基于此，各家期刊都应该，结合自身的特点和地域优势，把自身建设做好做强，为中国法制建设共同进步。

四、总体评价

本报告上半部分是对《劳动法》（1995—2014）从时间上的一个总的概览，是量化的阶段性的分析，通过《中国社会科学引文索引（1995——2014）来源期刊目录》(CSSCI)中的 19 家法学核心期刊上关于老动法制的论文作为样本分析，通过一系列的图表进行解析，运用了统计学的相关方法进行了考究，这样就会对

从 1994 年我国《劳动法》颁布以来到 2007 年的《劳动合同法》和《劳动争议仲裁法》及其相关法律文件的出台，以及从《劳动合同法》和《劳动争议仲裁法》颁布之后到现在，从时间空间上对劳动法制的发展的脉络有一个整体把握。而本部分是具体从内容、研究方法、学术上进行评析。立法上从 1802 年英国国会通过的《学徒健康及道德法》被认为是现代劳工立法的开端起算，《劳动法》自产生之日起至今已经历过 200 多年，这其中，经历了自由资本主义到国家垄断资本主义再到现在的超国家垄断资本主义。《劳动法》逐渐发展，自成体系，独立于其他部门法，形成了具有自己特色兼具公法和私法双重属性的社会法，尤其是《劳动法》与社会主义制度最契合。不断更新、学术交叉、价值冲突自然不能在以静态的思维方法去解释。虽然经过几十年的发展，但总体内容上研究单一，方法上几乎都是抽象到抽象的理论描述，没有实质性的科研创新。词语、口号、概念依旧是描述似的解说，孤立空洞的理论分析没有结合到具体制度中，有不少篇幅是与当下经济的发展、国家制度是脱轨的，教科书似的阐述没有触及时政解决实际问题，这样就会显得论文缺少新鲜血液而缺乏活力。同时，现实问题不断出现拷问制度和规则，也吸引了一部分的注意力，但是没有太多的实质性的建议。本报告考察的论文集合与上部分统计结果是一致的，不少论文依旧反应些老生常谈的问题。首先，对总论的研究数量占总体比重太少[1]，总论与部门法脱离，很多对部门法的研究往往只是给出问题——阐述问题——提出建议的这种简单粗糙的论述，而没有结合到总论中去，没有从劳动法制的理念出发。例如 2007 年以来对《劳动合同法》的一般原理的讨论往往是就事论事，因缺失总体价值的指导，操作起来达不到劳动法制作为保护弱者、实现公平的要求。这种两头脱节的弊端在很多学科研究中都有延伸。其次，自说自话似的写作模式空洞，说服不了读者，不管是从经济发展的角度，还是从当下的研究范式上看，研究方法陈旧，这种单独的从抽象到抽象、从理论到理论是的研究范式，依然不能适应当下具体制度的变化，解决实际案件中往往会显得中气不足。法律疑惑是法学是人类解决问题的科学，从其制定到应用到现实中去，表现出来的都是具体的案例，而这种通过对案例分析研究学术的论文太少，实践是检验真理的唯一途径，而本报告考究的论文很少涉及对具体案件分析。再次，部门法研究关注点不平衡，学者分布也有失偏颇，领头人也就是那几个权威性的代表。这当然不是劳动法学研究者持续低水平的借口，更不是躲进小楼成一体的理由，反而应该成为劳动法学界学术研究的动力。

“数量不多，贡献不足”是做这项课题给出的直观映像。从 1994——2015 年这 20 年期间，除去不符合选题标准，与学科确实一点关系都没有的排除，列入考察目标的论文总数仅为 306 篇。这个数字是很可怕的，可以感受到劳动法学是怎么在其他法学学科夹缝之间生存的。而作为这样一种保护弱者维持社会公平正

义的法律竟然得不到应有的重视，就别说仅仅通过几个法学家去推动实现更加规范化、体系化、国际化的中国劳动法学。即便是年限跨度很大，可很多依旧是对传统的延续，当然其中也不乏值得肯定的。对于当下经济发展与国际化接轨，而劳动法本身就是一门和国际接轨很密切的学科，将来不难看到具有建设性、创新性的学术成果。

同时，虽然有相当数量的文章并没有提出实质性的理论，在研究深度上、方法上还有待改善，但无论是从收集资料、文献引证，都引用了新的知识。但是应该摒弃那种自话自说，理论到理论的研究思路，而应更多的尝试其他学科的研究方法，实证分析方法、比较分析法、统计学分析方法，学术研究没有边界，其他学科的研究范式、模式往往是另辟蹊径的有效途径。再次，虽然部分期刊可能对有些论文拒之门外，但这并不是劳动法学类文章趋势走低的理由。案例研究[2]是一种新的研究思维，而且随着各省各院的法律裁判文书上网的推进，不乏是劳动法学研究的一个新领域。更加值得肯定的是，这些案列研究都能结合实际问题给出合乎事实的建议。这对相应的立法、司法或者理论问题很有借鉴意义。事实上本报告所考究的文章也有不少是对具体案件分析得到更加一般性结论的研究。但是，有一些案列研究属于纯粹就事论事，缺乏探讨性，也缺乏一般理论的广度，脱离学术研究的初衷。此外，《劳动法》本身就与国际接轨，所谓学术不破不立，无论是理论、资料和文献来源都只局限与国内的研究成果，很少涉及外文的研究，这对于《劳动法》这种国际趋同性很强的法来说限制了《劳动法》的发展，而且对于外来的借鉴为《劳动法》注入了新鲜的血液。当然这种情况的出现与学者自身学术素养、研究学者数量甚少，尤其和新一代的学者的缺失不无关联。

随着《劳动合同法》和《劳动争议仲裁法》的出台，一部分学者转向对这一领域的研究，这是很容易理解。首先，相当一部分的论文只是对其中一个制度一个概念进行了渲染似的介绍和评析。例如对《劳动合同法》中劳动合同的订立研究的篇幅太多，而整个《劳动合同法》内容是很丰富的，解决实际问题不能仅仅只了解某一个制度某一个原则就能达到预期效果的，而且不乏只是借题发挥没有实质性的科研。其次，热点问题的回避，没有结合现实社会中的热点问题进行分析，观点依旧是老掉牙。就工伤制度来说，脱离社会，脱离现实的就事论事，介绍了具体情况之后，又回到原有的劳动法学框架提出些粗糙的建议。随着经济体的发展，产生在劳动领域的案件是越来越多，而且《劳动法》本身就是从民法中分离出来的，与民法的交叉很正常，而与此同时关于这种学科管辖认定方面的论文微乎其微[3]。其中也不乏值得欣慰的地方就是，从“1998——2005 年劳动法学和社会保障法学研究的回顾与展望”，全面的对劳动法学科的总体评析，了解劳动法学的科研成果与趋势[4]。

在《劳动合同法》中围绕劳动合同的相关制度研究是劳动合同法研究领域的

热点[5]，这也是从《劳动合同法》颁布至今一直持续发热的现状。其中多数是介绍似的或者描述性的写作方式，或者是对教科书进一步的探讨、资料的加补，大多数是有理有据能涵盖文章的主体内涵。其他也都是传统持续的问题，如劳动关系的认定[6]、劳动合同的违约[7]、无固定期限合同[8]，大部分是技术性规则的讨论。随后出台的《劳动合同实施条例》，也没有改变这种不平衡局面。

在《劳动合同争议调解仲裁法》领域中，包含的内容也很广泛，劳动争议调解一般机制[9]、仲裁程序[10]、借鉴他国经验[11]、制度创新的领域都有文章涉及，有从一般问题研究也有就具体问题具体研究，以及基于案例的研究等。如沈茂国、杨丽："审理劳动争议案件的几个问题探究"对劳动争议案件整体进行了把握，但是基本上也只是对法条的解释，理论创新不足。总体上来说，对《劳动争议调解仲裁法》进行了全面的了解与把握，只是事实上的因果关系未经仔细考究。

在《社会保障法》中，由于各国的实践呈现出了不同的趋向。原来非市场化的国家如我国，在建立和健全市场化制度的过程中一直强调对劳动者权益的保护，从总体上来看强化了《社会保障法》的保护。社会保障立法是社会保障制度建设的依据和起点，注意吸收法理学的研究成果，并且提出了中国社会保障法律体系架构的设想。所以社会保障法这一领域一直是热点，企业社会责任和工人的权利、就业欠薪保障法制[12]、解雇保护制度[13]、禁止就业歧视[14]、女职工的特殊保护机制[15]、劳动权平等[16]从社会保障法理念看，这些个热点正是反应了社会保障法存在的价值。

五、贡献研究和亮点论文

（一）总论

在总论部分的研究上没有过多的对具体针对性问题的研究，但是也有很多具有价值的论文。首先是采用历史分析方法，关怀对 60 年来我国劳动法的发展，从历史、制度体系切入，对劳动法从无到有、从残缺到逐渐完善进行了梳理。在这种不间断、回顾事实的基础上，较全面把握劳动法的发展过程、历经背景。对不同阶段的劳动法所呈现出来的弊端、具体政策的反映，这对我国劳动法学以后的发展补充了借鉴经验。如本文[17]对 20 世纪 60 年代我国的劳动法的梳理可知道，这一阶段由于"文化大革命"在一系列重大理论和政策问题上

混淆是非，劳动者的劳动权、休息权、物质帮助权等都受到了严重的侵害，所以这一阶段的劳动法制很混乱，从某种意义上说是倒退的。在课题组看来，虽然历史分析方法在社会学研究领域并不具有创新意义，但是这种从历史、写实的角度研究某种现状是非常有价值的。有些矛盾或问题的出现，总是有它的历史根源，在分析和解决某些问题的时候，只有追根溯源，弄清它的来龙去脉，才能提出符合实际的解决办法。

其中两篇以研讨会综述这种模式对劳动法学和社会保障法学的研究，虽然会议所讨论的问题并没有多少是当下热点和突出性的问题，但是这种学术交流，是思想和创新的原动力，其中“中国劳动法和社会保障法 2002 年学术研讨会综述”[18]来自全国高等学校、科研单位和实务部门的 40 余名专家、学者参加了会议，提交论文近 30 篇。内容涉及劳动法基础理论、《劳动法》的实施和完善、弱势群体的法律保护，虽然都是些老生常谈的话题，但是给出了实质性的解释和建议。如其中对弱势群体的认定，这种规范性的构成要素，是要经过科学严谨的态度才能得出合理的结论。另一篇[19]来自美国、澳大利亚、新西兰、韩国、日本、尼泊尔、瑞典、中国大陆，香港等 14 个国家和地区的 60 多位代表参加的一次学术交流，研讨了进入 21 世纪以来劳动法学和社会保障法学的热点问题，这种对热点问题及时的研究讨论、结合国内外的不同学术观点，对我国劳动法学发展提供了平台，更有效的推进劳动法制改革，以适应“入世”所带来的挑战，并维护国家和民族利益。

其他亮点研究涉及：董保华、王德志的文章提出我国劳动基准法应当实行“低标准、广覆盖、严执法”， 建立起一套以保护弱者利益为目标的控权机制，以促使政府以公权力的方式，保障劳动者的生存底线。这条生存底线也应成为国家公权力的控制线。对于具有公权力性质的实体内容，国家有直接介入权。该文[20]立意虽然没有什么创新性，但该文力求破除传统的阐述模式，与其他文章提出的相关问题出发，另辟蹊径，以比较方式树立自己的观点，《劳动法》是保护法，《劳动法》可以借鉴人力资源管理指导思想，建立一套以保护弱者利益为目标的控权机制，实现“低标准、广覆盖、严执法”三者相结合。如同董保华对劳动基准法目标选择的所表达的内容一样，王德志的文章[21]，也是从劳动法的目标理念出发，从宪法的角度进行劳动权的研究，该文对于宪法劳动权的理论建构，应当立基于“以宪法解释宪法”的原则上，从宪法文本以及宪法变迁中探求宪法劳动权的内涵。其实，宪法是上位法，从宪法的本质来说劳动法中的劳动权是宪法的衍生品，宪法规定基本人权、平等、自由而这些法的价值都反映在具体部门法中。这种从宪法到部门法串联式的研究，也是现在一些学者不重视、忽略的地方，从而导致部门法与宪法的脱轨。

另外，也有不少以其他学科领域、交叉学科为研究视角的文章，姜涛[22]以劳动法治为视域展开的分析与建构，认为劳动刑法跻身于现代刑法之列、彰显其重要功能、明确其罪责模式以及揭示其本质。求证劳动刑法制度创生的法理基础，而且它更想从一个全新视角来理解劳动刑法制度的形成、功能及罪责结构，进而认识中国劳动刑法制度创生的内在机理。协调刑法与劳动法律之间的冲突以及理顺不同劳动犯罪之间的罪责矛盾。可喜的是，一直处于夹缝中几乎被遗忘的家政工人的权利与保护有几篇不错的文章，家政服务这一行业本身没有形成规范体系，

很多和雇主之间是处于一种劳务关系，没有劳动关系的双重保障，基于本身处于弱势这种尴尬的处境，所以当发生纠纷，往往权益得不到维护。胡大武[23]的几篇文章有针对性的对家政工人在务工、工作环境、工伤认定等相关问题给出了具体阐释，尤其是在住家家政这种情况下雇主以房屋物权人身份所享有的住宅隐私权具有民事权利性质，而住家家政工人基于人格尊严所享有的住宅隐私权属于劳动权的重要内容。雇主和住家家政工人的住宅隐私权所依存空间之高度同一性决定了彼此发生冲突的必然性。这种冲突是围绕雇佣关系以及家这一特殊环境而展开的，并体现为多个层面的权利冲突。在这种冲突中，雇请住家家政工人的事实决定了雇主对住宅隐私权的期待是被弱化的，也是雇主负有为住家家政工人提供合理隐私空间义务的根本原因，住家家政工人也因此获得了对雇主所提供隐私空间的控制权。这种全方位的对家政工人的权利、义务、工作环境进行界定。用胡大武的另一篇文章来说，让劳动法照耀家政工人。

（二）分论

《劳动合同法》自 2007 年颁布实施以来备受学界关注，相对于其他来说数量众多，但是研究范围相对集中，几乎都是围绕劳动合同、劳动关系认定、劳动派遣等方面，其中不乏佳作，但也有不少只是概念似的阐述，对个别法条的解释，仅通过理论性的分析就得出结论，没有创作性理论创新和研究范式。不过从另一方看，这也表明学者对《劳动劳动合同法》的关注，劳动合同具体制度的成熟。常凯[24]从《劳动合同法》立法从发，探讨《劳动合同法》在立法过程中要解决的几个基本问题。立法依据是民法还是《劳动法》，回答这个问题是《劳动合同法》立法首要问题，直接涉及到《劳动合同法》在私法和社会法两大法域中的定位问题。此点，该文作者强调的是《劳动合同法》的社会法性质。这其实是很重要的一步，定位，在法学中很多是涉及定位，疑惑说是定性，没有清楚的边界范围的认定，是不能进行科学的划分，包括部门法之间，部门法内部相关制度的划分，都是非常重要的。作者从社会法和民法的产生发展进行解释，从各部门法调解的主体进行对比，民法是调节平等主体之间的权利义务的法律，《劳动法》属社会法调解的主体地位不平等，这也就涵盖了社会法的保护性性质。孙学致[25]又对《劳动合同法》的私法属性进行研究，学科交叉是不可避免的，具有双重属性的法大量存在，社会法就是兼具公法和私法双重属性。

基于这种对具体制度进行的严肃性中规中矩式的研究，以下几篇文章也是采用这种方式进行研究，虽然没有什么创新突破性进展但是能据理力争，逻辑结构严谨，也是不错的文章。

翟中鞠、王全兴[26]于劳动关系协调法中若干问题的思考，劳动关系也是劳动合同法中重要的部分，主体双方如何认定，双方责任分配。翟中鞠、王全兴分析

了什么是用人单位团体，指出我国目前还不存在用人单位团体。在政府、劳动者和用人单位三方参与劳动关系协调的实践中，尽管企业主管部门或企业家协会曾经或仍在充当用人单位方面代表的角色，但都缺乏法律依据和理论依据。这篇文章发表于 1997 年，虽然现在我国关于劳动合同主体以有法律依据，但这在当时对于推进立法司法程序是很有意义的。郭捷[27]对《劳动合同法》适用范围进行了分析，得出《劳动合同法》在适用范围方面较之于《劳动法》，《劳动合同法》扩大了适用主体的范围，将非典型劳动关系及事实劳动关系等纳入调整的范畴。这对我国劳动人事管理体制改革，不同主体的利益及其保护，给出了法律依据。李培智[28]以大学生实习为切入点，大学生实习期间与劳动单位的劳动关系认定，大学生一脚踏入社会的人，在实习、实训过程中与用人单位的关系认定是法律不能回避的问题，对这一劳动关系认定上观点很多，作者通过不同观点对比，认为大学生身份毕竟特殊，大学生实习形成的劳动关系也不同于标准劳动关系，难以被标准劳动关系所包容，应根据大学生的具体状况，在劳动立法中对形成劳动关系的主体双方的权利义务作出专门规定。以上这些基础性文章占据了相当大篇幅，不一一列举。

其中不乏创新性佳作，冯玉军、方鹏[29]以经济学视角解读《劳动合同法》的不足与完善，《劳动合同法》在中小企业中的实施困境。许多企业不愿和工人签订劳动合同，不签合同，双方权利义务得不到确定，一遇到纠纷吃亏的是处于弱势地位的劳动者，企业也往往通过这点规避责任，这也不仅仅是在中小企业中发生，这种现象广泛存在。中小企业由于成本及技术上的劣势，导致其必须采取各种手段降低用工成本，获取微薄的利润。从另一方面中小企业的劳动者素质偏低，法律认知不足。作者认为利用劳动力供求关系，来平衡资方对于单个工人的压倒性优势的问题，国家也给企业由于信息不对称造成的人才流失以指导，这样在两者之间形成平衡，有利于形成稳定的企业职工关系，解决信息——成本——利润之间的关系达到企业和职工的双赢。本文亮点在于引进了实证主义分析方法，引用社会科学方法研究范式，虽然不是劳动法学研究的初探，但是这种新的尝试是值得肯定的，为劳动法学的研究带来了新气象。周长征[30]在金融危机背景下对《劳动合同法》实施，认为我国当前经济发展所面临的最大问题是因为劳动者工资水平增长缓慢而造成的内需不足，更应当积极贯彻实施包括《劳动合同法》在内的各项劳动立法。吴元元[31]基于法律经济学的分析视角，无论是《劳动合同法》还是配套的实施条例、无固定期限劳动合同皆无法保护员工的职业稳定权，反而损害了同样值得珍视的就业权，引发了一系列影响就业数量、就业质量的利益再分配效应。在劳动力结构性过剩的背景下，以提升劳动者职业技能，降低其可替代性来提高企业解除劳资契约关系的退出成本，应当是更有助于激励企业保持稳定的劳资契约关系，节省执法成本的可行进路。

在《劳动争议调解仲裁法》中，董保华[32]对我国劳动争议处理体制进行了反思，认为我国现行劳动争议处理体制的症结表面上看是程序上的问题，实质是体制上的问题，劳动争议处理程序的合理化涉及部门利益的调整。指出在协商制度中缺少群体利益的代表者、调解制度中缺少独立的第三方、仲裁制度中缺少其应有的灵活性，并给出了实质性的改革措施，这是非常具有创见性的论文。涂永前[33]针对劳动争议调解仲裁法第 47 条，强调第 47 条背后仲裁和审判的平衡观念，从法理上、制度传统上评析了我国的“一调一裁二审”的立法态度。认为劳动争议仲裁的问题并不在终局，而在于制度协调。这种对具体法条设立的法理与制度性研究，对立法意义重大。李明祥[34]则结合挪威调解管制度看我国劳动争议解决机制的改革，给出两点借鉴经验：一是建立健全中国的劳动争议三方解决机制，二是中国应该制定劳动争议法。我国的调解机构内设于企业内部，正是这一内设，使得调解形同虚设，指出中国的工会形同虚设。又从立法上确定双方权利义务，鉴于 2007 年通过的《劳动争议调解仲裁法》，对劳动争议调解制度的完善有推力的。徐成斌、杨云蛟[35]从法律和现实脱轨的事实问题从发，指出我国当前立法与执行之间冲突。劳动争议仲裁证据制度尴尬处境，认为立法明确，法律依据充足的情况下，但在具体实施的情况下又举步维艰的局面。强调确立“谁主张，谁举证”和“因用人单位的单方处理行为引起的争议，由用人单位举证”相结合的举证责任分担原则。明确仲裁庭的调查取证的职责范围，确立质证规则。保证争议在依法准确的基础上得到解决。还有郑尚元[36]在劳动争议仲裁中对仲裁时效研究都是非常出色的文章，引出时效概念、区分劳动仲裁时效与仲裁申请时效，在现行劳动仲裁制度裁决当事人权利争议的大前提下，应当比照“诉讼时效”的长度设置劳动仲裁申请期限。协调“劳动仲裁时效”与劳动仲裁裁决期限，使两者能够成为实现劳动争议及时、合法处理的制度和谐。在这一板块基于劳动争议调解仲裁法性质和适用范围决定了文章的篇幅和相关文章的研究领域，其实除了上面的这些还有很多精彩的文章，就不一一列举了。

《劳动法》的研究从 1995 年实施以来从未间断过，虽然在经历《劳动合同法》、《劳动争议调节仲裁法》及相关法律法条的出台，其中也遭受过忽视的现实，但对《劳动法》研究是很全面的，贡献亮点性文章很多。王天玉、仇晓光[37]在劳动法基础理论的研究中，对劳动权、工作权、就业权、职业安定权给出了科学定位，从不同的角度辨析这几个权的特点与区别。认为工作权是劳动权必须包含的内容，是劳动权体系的核心权利，《劳动法》以劳动权为核心，劳动权以工作权为核心。这种对概念的理解是学习法律的前提，但事实上很多人包括一部分学者往往基本概念都搞不清楚。

基于经济全球化的发展，劳务派遣的出现和发展是世界大趋势，王全兴[38]通过对中西方劳务派遣的对比分析，得出“杀牛可否用鸡刀”的形象比喻，界定了

对劳动派遣的适用范围，适当提高派遣机构的准人“门槛”， 要求派遣机构与要派企业对派遣劳动者的损害承担连带赔偿责任，形成迫使派遣机构和要派企业谨慎选择劳动派遣及其规模的机制，加大公共政策对职业介绍业务的支持力度，提高职业介绍对劳动派遣的竞争力。胡大武[39]认为立法应该将家政工人纳入劳动法律体系中保护，颁布家政工人劳动权益保护法，提升我国家政工人的地位和待遇，促进家政产业的发展。周长征[40]以中国入世以来法律、人权受国际的约束出发，洽谈中国的劳动标准，认为我们应尽快进行劳动法制改革，以适应“入世”所带来的挑战，并维护国家和民族利益。谢增毅[41]研究了退休年龄以及法律依据，指出了退休的法律意义，法律上的退休主要是指一种资格和权利，即以达到法定退休年龄的人可以享受养老的待遇，基于我国目前的立法是将达到退休年龄的就业人员排除在《劳动法》的适用范围之外，所以我国应该改变现行的立法规定，将以达到将达到退休年龄继续就业者纳入《劳动法》的保护范围。

侯玲玲[42]以北京、上海、广东、深圳为样本揭示我国加班工资计算基数的地方裁审规则。法院调研报告显示，加班工资案件量过大已成为当前劳动争议审判制作的掣肘。加班工资案件的裁审过程就是认定延长的工作时间和加班工资计算基数的过程。给出司法裁判应遵循的程序，第一阶段：“工资”之判定，第二阶段：“正常工作时间工资”之判定，第三阶段：司法衡平。单海玲[43]指出我国涉外劳动法律规范体系建构失衡，将国内《劳动法》类推适用于涉外《劳动法》，导致彼此间在价值取向、调整范围、调控方法等方面产生冲突与碰撞。国家立法层面上缺乏《劳动法》与涉外《劳动法》有机衔接的效用机制。黎建飞[44]针对我国大陆与台湾地区之比较研究，进行全方位阐述了解雇保护制度。解雇权行使禁止和解雇权行使限制使雇主的法定解雇权受到禁止和限制。解雇保护的预告期与补偿金制度是我国大陆与台湾地区都采用的，却各有自己的特色。农民工作为弱势群体终日无奈的继续在贫困线上苦苦的煎熬，不能公平的分享医疗、就业、教育、娱乐等社会保障性的“改革红利”的人。李雄[45]认为劳动权是我国宪法赋予劳动者的一项基本权利，在改革和发展背景下，重新定位并依法确立“农民工”劳动权主体地位既是切实保障他们利益的前提条件，也是他们公平分享改革发展成果的重要依据，应当依法确立“农民工”平等的劳动者身份。结合当下我国民主法治的发展，自由平等的实现，更丰富发扬宪法作为根本法的作用。

鉴于和《劳动法》、《劳动合同法》相较，对《社会保障法》研究的论文很少，粗略计算下不超过 15 篇，其中较突出贡献性文献就更少。管斌[46]对 2003 年 11 月 19 日至 20 日，由中国劳动法学研究会主办的中国劳动法学研究会会员代表大会暨完善劳动保障法律制度研讨会，进行了全面的回放。当然这里不能将学者的观点全部呈现，但是这种进行研讨会综述的方式，对社会保障法的现状、发展是非常重要的。林嘉[47]从《劳动法》与《社会保障法》关系的视角出发，充分讨论

了《社会保障法》的本质，认为将社会法看作是一个法域更为合理，从社会法产生以来，关于社会法涵盖的内容就未有定论，各国大多将其看作是公法与私法之外的第三法域，这样有助于法学的分类和探求法的发展轨迹。强调《社会保障法》是最典型的社会法，以社会利益为本位，以社会公平为其价值追求，以强制性作为其实施手段。甑增水[48]研究了劳动者因工伤赔偿责任制度，对工伤认定、赔偿范围进行了剖析。指出我国当前在工伤赔偿这一块先进性与缺点，认为《工伤保险条例》所规定的工伤标准，目的是为社会保险机构支付保险待遇提供依据，是社会机构的抗辩工具，不易作为用人单位对职工工伤承担赔偿责任的依据。

胡大武[49]主张我国未来家政工人工伤保险政策以工作时间作为权衡家政工人享受工伤保险权益的核心标准，将每周工作达到 3 天或者达到 24 小时的家政工人纳入工伤保险范畴，强制要求家庭雇主为该类家政工人购买工伤保险，同时，许可每周工作时间不到 3 天或者不到 24 小时的家政工人以自我雇佣者身份自行参加工伤保险。这对有利于化解家政工人与其雇主之间的诸多矛盾，真正实现对家政工人的公平。邱宝华[50]基于我国欠薪现象日益突出，劳动者权益急需加强保障，而且建立良好的市场规范体系，转变政府职能需要制定专门的欠薪保障法，以维护劳工权益，安定社会秩序。虽然该文发表 2006 年，但我国企业欠薪、农民工讨薪问题依旧没有解决，屡屡发生，对于当下如何解决此类社会问题，维持社会秩序依然是非常有价值的文章。俞德鹏[51]为理顺下岗职工的劳动关系促进国有企业改革和下岗职工再就业工作，建议：(1)以企业提前解除“终身雇佣合同”为法理，思考国有企业“断关系”中的法律问题；制定并完善《企业职工解除劳动关系条例》；(3)以公平补偿为指导原则，以经济补偿金代替基本生活保障；(4)以协保（协议保留社会保险关系）来解决下岗人员社会保险关系的接续问题。冯彦君、王丹丹[52]研究了非全日制用工养老保险立法模式，对中日两国进行了比较，基于每个国家的经济制度、文化背景、历史传统不同，任何国家养老保险制度的建立和完善是不同的，但又都必须通过不断改革来适应社会的发展变化。任何国家好的制度，成功的探索都值得我们来学习，该文作者也认为合理借鉴其立法技术和制度设置方略，有利于我国尽快将非全日制用工养老保险纳入法制化轨道，逐步建立起保险金标准统一、社会功能多元、基金储量丰沛、体现代际公平的双层次非全日制用工养老保险立法模式，早日实现中国养老保险制度“覆盖全体劳动者“的社会保障法制目标。

六、总结

基于对发表在《中国社会科学引文索引（1995——2014）来源期刊目录》（CSSCI）中的 19 家法学核心期刊中关于劳动法学 20 年的论文评析，我们发现，理论与现实脱节，能做到将理论与社会现状映射不多。研究范式上，缺少实证分

析，传统的自说自话不能反映实际问题，没有说服力，已经过时。对劳动法基本问题的认识不够深入。或许问题远不止列出来的这几点。

基于现状，我们发现劳动法学整体研究并没有显著的进步，值得肯定的方面也很多，相比庞大的论文发表数量的增加，符合劳动法学原理和范式、与法律固有的逻辑、制度和规则相结合的研究成果的增加是肯定的。部门法的发展有其自身的特点，不管是在形式方面疑惑是在内在方面，起点也各不相同，自然发展进程也不一样。在研究范式上，即使是同种范式，存在的时期也不一样，研究范式的变革进程也不同。在研究的侧重点上，关注的内容或者是研究范围的大小等不同。这可能与具体的部门法的研究对象、管辖范围、兴起起点有一定的关系，所以平衡部门法发展是时代的课题。但是我们还是期待着学界整体水平的上升，期待着更多的对话、争论和更深入的思辨，也期望着这次课题能为劳动法学的发展尽绵薄之力。

注释：

1、如董保华："中国劳动基准法的目标选择"，《法学》2007 年第 1 期；关怀："在和谐社会中进一步完善与健全劳动法制"，《法学家》2005 第 5 期；关怀："六十年来我国劳动法的发展与展望"，《法学杂志》2009 年第 12 期；林嘉："世纪之交的劳动法发展——一种全新的思维和开放的观点"，《法学家》2001 年第 3 期；赖长鸿："完善我国新型劳动法律体系架构研究"，《现代法学》2002 第 5 期；

2、如冯彦君、王天玉："劳动合同服务期规则的适用——以东航返航事件为切入点"，《当代法学》2009 年第 4 期；王倩："非全日制用工规定的缺陷及其完善——以麦当劳低薪事件为例"，《法学》2007 年第 7 期；张昊华："对一起劳动行政案件的分析"，《政治与法律》1998 年第 2 期；刘金祥："构筑劳资关系制衡机制是消除'资本强权'的根本之道——从'华为辞职门'事件想道德"，《政治与法律》2008 年第 4 期；方有明："是劳动争议,还是民事纠纷"，《法学》1999 年第 8 期；

3、如方有明："是劳动争议,还是民事纠纷"，《法学》1999 年第 8 期；姜涛："放任与压制之外——劳动刑法的中国出场形态"，《法学论坛》2010 年第 6 期；姜涛："劳动刑法:理念转变与立法完善"，《法学论坛》2009 年第 2 期；姜涛："劳动刑法:西方经验与中国建构"，《环球法律评论》2009 年第 2 期；王林清："公司法与劳动法语境下竞业禁止之比较"，《政法论坛》2013 年第 31 卷第 16 期；

4、如关怀、姜俊禄："1998 和 1999 年劳动法学与社会保障法学研究的回顾与展望"，《法学家》2000 年第 1 期；关怀、姜俊禄："2000 年劳动法学与社会保障法学研究的回顾与展望"，《法学家》2001 年第 1 期；林嘉、林敏："2001 年劳动法学和社会保障法学研究的回顾与展望"，《法学家》2002 年第 1 期；林嘉、林敏："2002 年劳动法学和社会保障法

学研究的回顾与展望”，《法学家》2003 年第 1 期；黎建飞：“2003 年劳动法学和社会保障法学学术研究回顾”，《法学家》2004 年第 1 期；林嘉、黎建飞：“2004 年劳动法学和社会保障法学学术研究回顾”，《法学家》2005 年第 1 期;；林嘉、黎建飞、林海权：“2005 年劳动法学和社会保障法学学术研究回顾”，《法学家》2006 年第 1 期；

5、如郭捷：“劳动合同法适用范围解析”，《法学论坛》2008 年 2 期；王全兴、黄昆：“劳动合同效力制度的突破和疑点解析”，《法学论坛》2008 年第 2 期；程延园：“劳动合同立法如何平衡劳动者与企业的权益”，《法学杂志》2007 年第 3 期；姜颖：“劳动合同期限的立法探讨”，《法学杂志》；傅静坤：“劳动合同中的解约金问题研究”，《现代法学》2000 年 22 卷第 10 期；董保华：“司法解释视角下的劳动合同和劳动规章制度”，《政治与法律》2012 年第 12 期；秦国荣：“无固定期限劳动合同：劳资伦理定位与制度安排”，《中国法学》2010 年第 2 期；冯彦君：“劳动合同解除中的‘三金‘适用——兼论我国《劳动合同法》的立法态度”，《当代法学》2006 年第 20 卷第 5 期；

6、如谢增毅：“劳动关系的内涵及雇员和雇主身份之认定”，《比较法研究》2009 年第 6 期；冯彦君、张毅慧：“‘劳动关系’判定标准的反思与重构”，《当代法学》2011 年第 6 期；钱叶芳：“论劳动关系稳定评价指标体系的构建”，《法商研究》2010 年第 4 期；王飞：“劳务关系也应由《劳动法》调整”，《法学》1998 年第 1 期；贾秀芬：“劳动关系多元化与农民工非典型劳动者的法律保障”，《法学杂志》2009 年第 2 期；张荣芳：“论劳动关系的建立时间”，《现代法学》2012 年第 34 卷第 3 期；常凯：“劳动关系的集体化转型与政府劳工政策的完善”，《中国社会科学》2013 年第 6 期；游正林：“对中国劳动关系转型的另一种解读——与常凯教授商榷”，《中国社会科学》2014 年第 3 期；

7、如周春华、刘俊：“用人单位单方解除劳动合同制度研究”，《法学论坛》2008 年第 5 期；俞里江：“论劳动合同的缔约过失责任——以劳动者保护为视角”，《法学杂志》2009 年第 10 期；秦国荣：“劳动违约责任：归责原则、构成要件及立法完善”，《当代法学》2006 年第 20 卷第 2 期；太月：“劳动违约责任免责事由的适用分析”，《当代法学》2013 年第 4 期；

8、如董保华：“论我国无固定期限劳动合同”，《法商研究》2007 年第 6 期；王全兴、黄昆：“无固定期限劳动合同的是与非”，《法学家》2008 年第 2 期；季秀平、胡枚玲：“论无固定期限劳动合同制度的细化与完善”，《法学杂志》2010 年第 1 期；王茂生、李志勋：“无固定期限劳动合同双方的利益平衡”，《法学杂志》；秦国荣：“无固定期限劳动合同：劳资伦理定位与制度安排”，《中国法学》2010 年第 2 期；

9、如王天玉：“无固定期限劳动合同：劳资伦理定位与制度安排”，《当代法学》2013 年第 5 期；翟玉娟：“一起劳动争议案件反映出的几个法律问题”，《当代法学》2003 年第 8 期；陈彬：“论我国劳动争议处理制度的重构”，《现代法学》2005 年第 27 卷第 6 期；谢青：“劳动争议的界定及其分类处理”，《政治与法律》2008 年第 10 期；梁彤 、覃文光 、李益明：“论劳动争议诉讼中劳动者的人权保障”，《政治与法律》2007 年第 4 期；

10、如江伟、肖建国：“劳动争议仲裁制度的比较研究——兼论我国劳动争议仲裁立法之完善”，《法律科学》1995 年第 2 期；涂永前：“我国特色的劳动争议仲裁终局化之理念和制度架构——《劳动争议调解仲裁法》第 47 条释正”，《法律科学》2013 年第 3 期；郑尚元：“劳动争议处理程序之和谐——以“劳动仲裁时效”为例”，《法学家》2005 年第 5 期；徐智华：“劳动争议仲裁制度的缺陷与完善”，《法学评论》2003 年第 6 期；王国社：“内地与香港劳动争议仲裁制度比较研究”，《现代法学》2004 年第 26 卷第 3 期；

11、如张荣芳：“美国劳资争议处理制度及其借鉴”，《法学评论》2004 年第 1 期；王国社：“内地与香港劳动争议仲裁制度比较研究”，《现代法学》2004 年第 26 卷第 3 期；周贤奇：“德国劳动、社会保障制度及有关争议案件的处理”，《中外法学》1998 年第 4 期；

12、如刘勇：“高龄劳动者就业促进中的法律问题”，《法学》2012 年第 10 期；邱宝华：“建立欠薪保障法律制度 促进劳动就业”，《政治与法律》2006 年第 1 期；刘金祥：“就业权保障与劳动基准的平衡研究——以构建和谐社会为视角”，《政治与法律》2007 年第 2 期；

13、如钱叶芳：“裁员保护立法的国际比较及其启示”，《法商研究》2012 年第 2 期；单海玲：“雇员离职后的竞业禁止”，《法学研究》2007 年第 3 期；胡立峰：“美国劳动法对雇主不当解雇行为的规制：源流、发展与反思”，《环球法律评论》2009 年第 1 期；黎建飞：“解雇保护：我国大陆与台湾地区之比较研究”，《清华法学》2010 年第 5 期；沈同仙：“论完善我国不当解雇的法律救济措施”，《中国法学》2012 年第 6 期；黄卉：“德国劳动法中的解雇保护制度”，《中外法学》2007 年第 1 期；

14、如庞铁力：“劳动权的平等保护及禁止就业歧视的法律思考”，《 法学杂志》2012 年第 3 期；刘林平 、雍昕 、舒玢玢：“劳动权益的地区差异——基于对珠三角和长三角地区外来工的问卷调查”，《中国社会科学》2011 年第 2 期；阎天：“重思中国反就业歧视法的当代兴起”，《中外法学》2012 年第 3 期；

15、如孙晓萍：“中国女工的劳动保护”，《法学评论》1995 年第 2 期；林艳琴：“女职工特殊劳动保护制度的困境及对策研究”，《法学杂志》2011 年第 11 期；

16、如冯彦君：“劳动权的多重意蕴”，《当代法学》2004 年第 18 卷第 2 期；李拥军：“权利问题研究与中国当代劳动法观念的更新”，《当代法学》，2005 年第 19 卷第 5 期；王月明：“消除年龄　歧视是劳动权平等保护的首要内容”，《法学》2010 年第 3 期；庞铁力：“劳动权的平等保护及禁止就业歧视的法律思考”，《法学杂志》2012 年第 3 期；秦国荣：“劳动权的权利属性及其内涵”，《环球法律评论》2010 年第 1 期；李雄：“劳动权保障与制度重构——以‘农民工’为视角”，《现代法学》2006 年第 28 卷第 5 期；王德志：“论我国宪法劳动权的理论建构”，《中国法学》2014 年死 3 期；

17、如关怀：“六十年来我国劳动法的发展与展望”，《法学杂志》2009 年第 12 期；

18、如黄昆、曹燕、徐芳宁：“中国劳动法和社会保障法 2002 年学术研讨会综述”，《法律科学》2003 年第 2 期

19、如叶静漪、井涛：“21 世纪亚太地区劳动法与社会保障国际研讨会综述”，《中外法学》1998 年第 6 期；

20、如董保华：“中国劳动基准法的目标选择”，《法学》2007 年第 1 期；

21、如王德志：“论我国宪法劳动权的理论建构”，《中国法学》2014 年第 3 期；

22、如江涛：“劳动刑法:理念转变与立法完善”，《法学论坛》2009 年第 2 期；“劳动法治视域下劳动刑法制度创生的法理求证”，《法制与社会发展》2011 年第 2 期；

23、如胡大武：“住家家政工人与雇主在住宅隐私权上的冲突及其协调”，《法商研究》2012 年第 4 期；“家庭雇佣型家政工人工伤保险制度研究”，《现代法学》2012 年第 34 卷第 1 期；

24、如常凯：“关于《劳动合同法》立法的几个基本问题”，《当代法学》；

25、如孙学致：“劳动合同法中的私法属性”，《当代法学》;、

26、如翟中鞠、王全兴：“关于劳动关系协调法中若干问题的思考”，《法商研究》1997 年第 5 期；

27、如郭捷：“劳动合同法适用范围解析”，《 法学论坛》2008 年第 2 期；

28、如李培智：“大学生实习劳动关系认定探微”，《法学杂志》2012 年第 6 期；

29、如冯玉军 、方鹏：“劳动合同法’的不足与完善——劳动合同法在中小企业适用的法经济学分析”，《法学杂志》2012 年第 2 期；

30、如周长征：“国际金融危机背景下劳动合同法的实施——兼论司法能动主义在劳动争议处理中的作用与局限”，《清华法学》2010 年第 5 期;、

31、如吴元元：“劳资契约安排的制度逻辑——无固定期限劳动合同的法律经济学重读”，《现代法学》2009 年第 31 卷第 1 期；

32、如董保华：“论我国劳动争议处理立法的基本定位”，《法律科学》2008 年第 2 期；

33、如涂永前：“我国特色的劳动争议仲裁终局化之理念和制度架构——‘劳动争议调解仲裁法’第 47 条释正”，《法律科学》2013 年第 3 期；

34、如李明祥：“从挪威调解官制度看我国劳动争议解决机制的改革”，《法商研究》2002 年第 1 期；

35、如余成斌、杨云蛟：“完善劳动争议仲裁证据制度之思考”，《法学》1997 年第 8 期；

36、如郑尚元：“劳动争议处理程序之和谐——以‘劳动仲裁时效‘为例”，《法学家》2005 年第 5 期；

37、如王天玉、仇晓光：“工作权之再认识——与劳动权相比较视角下的展开”，《当代法学》2011 年第 3 期；

38、如王全兴：“劳动派遣是‘鸡刀’还是‘牛刀’——我国劳动派遣的现实本质及其矫正”，《当代法学》；

39、如胡大武：“理念与选择：劳动法如何照耀家政工人”，《法律科学》2011 年第 5

期；

40、如周长征：“WTO 的‘社会条款’之争与中国的劳动标准”，《法商研究》2001 年第 3 期；

41、如谢增毅：“退休年龄与劳动法的适用——兼论‘退休’的法律意义”《比较法研究》2013 年第 3 期；

42、如侯玲玲：“我国加班工资计算基数的地方裁审规则——以北京、上海、广东、深圳为样本”，《法学》2014 年第 6 期；

43、如单海玲：“我国涉外劳动法律规范的弊端与矫正”，《法学》2012 年第 4 期；

44、如黎建飞：“解雇保护：我国大陆与台湾地区之比较研究”，《清华法学》2010 年第 5 期；

45、如李雄：“劳动权保障与制度重构——以‘农民工’为视角”，《现代法学》2006 第 28 卷第 5 期；

46、如管斌：“完善劳动保障法律制度研讨会综述”，《法商研究》2004 年第 1 期；

47、如林嘉：“论社会保障法的社会法本质——兼论劳动法与社会保障法的关系”，《法学家》2002 年第 1 期；

48、如甑增水：“劳动者因工负伤的赔偿责任研究”，《法学杂志》2011 年第 1 期；

49、如胡大武：“家庭雇佣型家政工人工伤保险制度研究”，《现代大学》2012 年第 34 卷第 1 期；

50、如邱宝华：“建立欠薪保障法律制度 促进劳动就业”，《政治与法律》2006 年第 1 期；

51、如俞德鹏：“理顺下岗职工劳动关系的法律思考”，《法学论坛》2000 年第 6 期；

52、如冯彦君、王丹丹：“非全日制用工养老保险的立法模式选择——以中日比较为视角”，《当代法学》2010 年第 6 期；

53、如刘大洪、张剑辉：“如劳动者双重权利的残缺与互动——国企改革中劳动者权利之构造与实现”，《法商研究》2003 年第 2 期；吴超民：“劳动关系协调要论”，《法商研究》1998 年第 3 期；

54、如郑祝君：“劳动争议的二元结构与我国劳动争议处理制度的重”，《法学》2012 年第 1 期；单海玲：“雇员离职后的竞业禁止”，《法学研究》2007 年第 3 期；沈茂国、杨丽：“审理劳动争议案件的几个问题探究”，《现代法学》1996 年第 2 期；

55、如吕琳：“论‘劳动者’主体界定之标准”，《法商研究》2005 年第 3 期；张渊：“劳动合同无效制度研究”，《法学》2003 年第 2 期；李海明：“论劳动法上的劳动者”，《清华法学》2011 年第 2 期；王德志：“论我国宪法劳动权的理论建构”，《中国法学》2014 年第 3 期；

民法在劳动合同中的适用：一个劳动法教义学的尝试[1]

刘绍宇[2]

[摘要] 民法能否在劳动合同法律关系中适用，这是一个无论在实务界还是理论界，都尚无定论的问题。理论上的争议与法制上的模糊，造成司法实践中各地各级法院各行其是，严重减损了法律的确定性，因而有必要尽快确立通说。学界纠缠于劳动合同法的独立性与特殊性问题，执着于劳动合同的定位，形成了不同学说。无论劳动合同法如何定位，劳动合同都可以在一定限度内适用民法，只不过不同定位下适用民法的模式有所不同。若将劳动合同法定位为民法，劳动合同适用民法则有事实与规范形式相适应而实质不相适应之虞，可通过客观目的的探究进行目的论限缩加以解决；若将劳动合同法定位为劳动法，劳动合同可以通过类比适用实现从劳动法到民法的跨部门法法律适用。经过分析可以发现，当今不应再纠缠于劳动合同法的独立性和特殊性问题,而应转向以法教义学为基本方法的解释论研究。有必要通过授权式类比和劳动法判例制度来控制法官的自由裁量进而夯实类比适用的确定性。结合我国既有的司法案例和学术研究，我国目前可将民法领域中的缔约过失责任、格式条款、预约、抗辩权等制度适用于劳动合同。此外，要真正实现民法在劳动合同中的合理适用还有赖于劳动法体系的完善，我国应牢牢把握民法法典化的契机进行劳动法体系的改良，填补雇佣合同的法律漏洞，厘定劳动合同法与民法之间的关系。

[关键词] 劳动合同法 民法 法律适用 法教义学

一、问题与研究视角的切入

民法能否直接适用于劳动合同法律关系？

时至今日，对于这个问题，不仅官方没有给出一个确切的答案[3]，司法实践中法院各行其是（见表 1），学界也是莫衷一是。这种不确切在司法实践中不断带来争议，浪费了宝贵的司法资源，也减损了法律的确定性。与此同时，学者们以各自笃信的答案为大前提深耕细作，浪费了宝贵的学术资源，也在分歧的观点

---

1 本文参评青年优秀论文

[2] 刘绍宇，中国政法大学中欧法学院法学硕士、汉堡大学法律硕士。北京市海淀区西土城路中国政法大学研究生院，100088。电话18810990587，邮箱 hzliushaoyu@163.com。

[3] 台湾学者刘士豪指出："因为劳动合同是否适用合同法？在大陆有相当的争论。不过大陆随着 2008 年劳动合同法的实施似乎形成与合同法完全分立的现象。"这里的"似乎"足见答案之不确切。见刘士豪：《民法典与部门民法的契合——以劳动契约（合同）与雇佣契约（合同）的关联为例》，《劳动、社会与法》2011 年 5 月，第 93-146 页。

上渐行渐远。[4]

表一　各级法院处理民法能否直接适用于劳动合同问题的代表性做法[5]

做法	代表性案例	主要判决意见
径直在劳动合同中适用民法，并未深究到劳动合同能否适用民法这一问题	“沈宗英与采埃孚电子（珠海）有限公司劳动合同纠纷案”	法院直接援引《合同法》第41条“格式条款和非格式条款不一致的，应当采用非格式条款”之规定，认定合同自带工时条款为格式条款进而否定其法律效力
法院意识到劳动合同能否适用民法这一问题，在劳动合同中适用民法的同时加以一定的说明甚至论证	“孙尧与上海佳豪船舶工程设计股份有限公司劳动合同纠纷上诉案”	法院认为原告得依《合同法》第42条关于缔约过失责任的规定向雇主主张损害赔偿责任，原因在于劳动合同“虽有其特殊性，但仍然遵循《合同法》的基本原理，《合同法》的一般理论仍然适用于劳动合同领域”
法院意识到劳动合同能否适用民法这一问题，在劳动合同中参照适用民法并加以一定的说明	“高轶明诉北京比德创展通讯技术有限公司劳动合同纠纷案”	法院依照《劳动合同法》第三条中的原则性规定，参照《合同法》第42条关于缔约过失责任的规定支持了原告的缔约过失损害赔偿责任主张
法院意识到劳动合同能否适用民法这一问题，拒绝在劳动合同中适用民法并	“焦作康业医用材料有限公司与苗建庄财产损害赔偿纠纷	原审法院认为，“双方为劳动者与用人单位之间的劳动关系，不能适用民法关于平等民事主体之间的权利义务关系。”

[4] 有的学者以劳动合同法的民法定位为大前提，在此基础之上进行研究，如国内关于劳动合同格式条款的几篇论文均是如此，参见单名扬：《劳动合同中格式条款应用问题》，中国社会科学院研究生院硕士论文，2014年；鲁叔媛：《格式条款订入劳动合同的法律规制》，载《上海政法学院学报(法治论丛)》2013年第3期；詹璐璐：《姜某与A公司劳动合同格式条款约定相悖引发争议》，载《工会博览》2011第10期；高圣平：《格式劳动合同的行政规制论——兼评《中华人民共和国劳动合同法(草案)》第五章》，载《法学杂志》2007第2期；而有的学者则以劳动合同法的劳动法定位为大前提进行研究，如国内关于劳动合同缔约过失责任的研究大多建立在以劳动合同法为劳动法的大前提下，参见岳中峰：试论缔约过失责任理论在劳动合同制度中的引入与适用》，载《河北法学》2006 第 12 期；张冬梅：《论劳动合同中的缔约过失责任制度》，载《北京市工会干部学院学报》2005年第2期；林旭霞：《关于完善劳动合同立法的若干问题思考》，载《福建论坛(经济社会版)》2000年第12期；刘爱戈：《公司高级管理人员劳动合同订立研究》，苏州大学硕士论文,2002年；滕艳军,刘娟：《试论我国未来劳动合同法中缔约过失责任制度的构建——兼评《劳动合同法(草案)》相关条款》，载《湖南公安高等专科学校学报》2007年第1期；王克军：《论劳动合同中的缔约过失责任》，吉林大学硕士论文，2007 年；褚国良：《无效劳动合同研究》.山东大学硕士论文,2007年；太月：《劳动缔约过失责任制度研究》，吉林大学硕士论文,2007年。

[5] 据笔者对北大法宝的检索，各地各级法院对该问题的处理大致有这四种作法，参见：沈宗英与采埃孚电子（珠海）有限公司劳动合同纠纷案，广东省珠海市中级人民法院，[2014]珠中法民一终字第 761 号；孙尧与上海佳豪船舶工程设计股份有限公司劳动合同纠纷上诉案,上海市第一中级人民法院,[2014]沪一中民三(民)终字第1457号;高轶明诉北京比德创展通讯技术有限公司劳动合同纠纷案,北京市朝阳区人民法院,[2008]朝民初字第 06688 号；焦作康业医用材料有限公司与苗建庄财产损害赔偿纠纷上诉案，河南省焦作市中级人民法院，[2007]焦民终字第1070号。

加以一定的说明	上诉案”	

目前来看，学界关于这一问题大致形成以下四种观点：①肯定说。该观点认为，劳动合同法属于民事法律，民法与劳动合同法属于一般法与特别法的关系，法律适用上遵循一般法与特别法的适用规则。这种观点一度为立法所认可，[6]我国著名民法学者梁慧星教授亦持该观点[7]，当然也有很多其他学者持该观点，但随着我国《劳动合同法》的出台，此种学说有日渐消弭的趋势[8]；②限制适用说。该观点仍主张劳动合同法民法特别法的定位，但是在法律适用上，必须在不违背特别法的立法目的和基本精神的前提下适用一般法的规定；[9]③否定说。这种观点认为，劳动合同并非民事合同，《劳动合同法》也并非民事法律，在《劳动合同法》中没有具体规定时，不能适用民法的规定。[10]④参照适用说。这种观点同样否认劳动合同法为民事特别法，但“当劳动法律制度缺乏某些合同方面的规定时，可以运用合同法的基本原则和原理指导劳动合同实施中出现的问题”[11]，民法中的规范可在劳动合同的处理中参照适用[12]。

[6] 我国在起草《合同法》时一度采纳这种观点：《合同法》（草案）第 444 条规定：“雇佣为当事人一方为他人提供劳务，他方给付报酬的合同。国家机关、企业、事业单位、社会团体及其他组织与其雇员订立的劳动合同，劳动法无特别规定的，适用本章规定。”在 1998 年 8 月九届全国人大常委会第四次会议上，全国人大常委会法制工作委员会副主任委员胡康生所作的 《关于〈合同法(草案)〉的说明》中作了明确的阐述：“保险法、担保法、劳动法、著作权法等法律，对有关合同的特殊性问题作了具体规定，因此在合同法分则中不再专门规定，上述法律未规定的，适用合同法总则的规定。”

[7] 参见梁慧星：《劳动合同法：有什么错？为什么错？》，http://www.iolaw.org.cn/showarticle.asp?id=2428，访问日期：2015 年 6 月 27 日。

[8] 参见郭洁、杜甲华：《民法学》，中国人民公安大学出版社，2002 年版，第 20 页；屈茂辉：《中国合同法学》，湖南大学出版社，2003 年版，第 23 页；刘春茂：《刘春茂法学文集》，中国法制出版社，2012 年版，第 505-506 页；陈海燕、翟超：《劳动合同、合伙合同实务操作指南》，中国人民公安大学出版社，2000 年版，第 35 页；彭万林：《民法学》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 730 页；董保华主编：《劳动关系调整的的社会化与国际化》，上海交通大学出版社 2006 年版，第 30-31 页。

[9] 参见王全兴：《劳动法（第三版）》，法律出版社 2008 年版，第 130 页；马强：《合同法新问题判解研究》，人民法院出版社 2005 年版，第 25 页。

[10] 参见张自合、贺宝钢、王黎东等：《常见法律纠纷实务指导丛书》，北京：中国检察出版社，2010 年第 1 版，第 1 页；王立兵：《经济法》，长春：东北师范大学出版社，2011 年第 1 版，第 132 页；王晓明、李国本：《经济法》，高等教育出版社，2008 年第 1 版，第 68 页；王春平、应瑞瑶：《经济法学》，中国农业出版社，2003 年第 1 版，第 115 页；学习考试用书研发中心编著：《国家司法考试法条、考点、题解辅导全书 民法》，清华大学出版社 2013 年版，第 339 页；张霞：《劳动法实施中的疑难问题》，中国人民公安大学，2009 年版，第 48-49 页。

[11] 参见喻术红：《劳动合同法专论》，武汉大学出版社，2009 年第 6-7 页。

[12] 俞里江：《论劳动合同的缔约过失责任——以劳动者保护为视角》，载《法学杂志》2009 第 10 期；单国军:《劳动合同法审判适用的几个基本问题》,载北京市法学会劳动法学和社会保障法学分会 2007 年年会论文集,第 39 页。

表二　学界代表性观点梳理

学说	主要观点	认可度/状况
肯定说	该观点认为，劳动合同法属于民事法律，民法与劳动合同法属于一般法与特别法的关系，法律适用上遵循一般法与特别法的适用规则	这种观点一度为立法所认可，有日渐消弭的趋势。
限制适用说	该观点仍主张劳动合同法民法特别法的定位，但是在法律适用上，必须在不违背特别法的立法目的和基本精神的前提下适用一般法的规定	对具体适用则缺乏深入论述
否定说	这种观点认为，劳动合同并非民事合同，《劳动合同法》也并非民事法律，在《劳动合同法》中没有具体规定时，不能适用民法的规定	支持者相对较少
参照适用说	这种观点同样否认劳动合同法为民事特别法，但“当劳动法律制度缺乏某些合同方面的规定时，可以运用合同法的基本原则和原理指导劳动合同实施中出现的问题”，民法中的规范可在劳动合同的处理中参照适用	对具体适用则缺乏深入论述

目前肯定说和否定说虽然看似各执一端，针锋相对，但都深受部门法思维之影响，抱守法律定位决定法律适用的法理。[13]本文的首要任务是揭示肯定说和否定说的谬误之处。限制适用说与参照适用说，则在学界尚处于犹抱琵琶半遮面之境地，不仅支持者不多，而且大多点到为止。对于民法究竟如何适用于劳动合同，即如何限制或如何参照，学界的研究更是付之阙如[14]，这正是本文研究的重中之重，也正是本文利用法教义学分析框架进行的一次尝试。

近年来，法教义学在国内方兴未艾。尽管理论上对于何谓法教义学,仍有不同见解,但普遍认为尊重体系与逻辑是它的基本特征，形式推理是其基本方法，[15]体

[13] 不少论文中明文表达了这种逻辑：“如从法理分析,非同一部门法之间因所属法律系统的基本性质不同,不存在相互援引的空间。”见俞里江：《论劳动合同的缔约过失责任——以劳动者保护为视角》，载《法学杂志》2009 第 10 期；俞里江：《劳动者在乙肝歧视案中的利益保护》，载《人民司法》2008 年第 24 期。

[14] 不少学者指出了该研究的重要性，如谢国帅指出，民法中的契约自由理念与劳动法上的生存权理念究竟应如何调和，亦即民法上的原则及规定在劳动争议案件中哪些仍可以继续适用，哪些可以部分适用，哪些必须完全排除适用对于劳动争议案件的处理实是一个重大的课题，见谢国帅：《劳动争议案件审判要旨》，人民法院出版社 2006 年版，第 169 页；又如潘峰指出，实务界在劳动法无特殊规范的情况下总是求助于民法理论和民法规范，甚至不恰当地引用民法规范，违背了劳动法基本理念。劳动合同法实施以后，这种情形有所减少，但如何处理劳动法与民法的关系，仍是实务中的难题之一。因此，如何根据我国劳动关系的现实状况，研讨与分析民法理论特别是合同法理论对劳动法的适用问题，就显得极为必要。见潘峰：《劳动合同附随义务研究》，中国法制出版社 2010 年版，第 3 页。

[15] 许德风：《法教义学的应用》，载《中外法学》2013 年第 5 期。

现了对进入实践场景规则的“规范性解释”[16]，本文的主要任务就是以法教义学为工具，对这限制适用说与参照适用说进行深化，探讨两种法律定位下劳动合同如何适用民法，努力为裁判者提供可借鉴的规则选择与法律论证机制。

二、部门法理论下劳动合同法与民法在法律适用上关系的困境

（一）比较法上的前车之鉴：以俄罗斯为例

在介绍我国部门法理论对劳动合同法与民法之间关系的影响之前，本文把目光投向部门法理论的母国俄罗斯。非常有意思的是，俄罗斯在该问题上面临着几乎与我国毫无二致的处境，可以说提供了一个比较法上的前车之鉴，十分值得我国反思与借鉴。这背后主要有两方面的原因：一方面，作为部门法理论的母国，俄罗斯的法律运行深受部门法理念的影响，而我国在相当一段时间内法制建设取师于前苏联，部门法理论由此流传至我国并经历了一个本土化的过程；另一方面，俄罗斯劳动法的演化路径与我国如出一辙，都是公法私法化的过程，与传统大陆法系国家劳动法所经历的私法社会化之演化路径形成鲜明的对比。

在俄罗斯，部门法是指规制特定社会关系的法律规范的总和，[17]其不仅仅在法律体系化和法律教育方面扮演着重要角色，在立法与司法实践中也发挥着重要的作用。[18]在立法上，所有立法都必须隶属于某一个特定的部门法，例如，俄罗斯联邦总统曾否决过一个保护贝加尔湖的法案，给出的理由在于，在这部法案中有一个条款将这部法律定性为一个独立的法律部门，而在总统看来，这是不可能的，因为该法案应属于环境保护的法律体系。而也正基于此，该法案不能规制其他问题，比如对使用贝加尔湖名称进行收费，因为这属于税法的范畴。[19]在司法实践中，法官也抱守部门法理念。例如，在 1977 年之前，公民人格权仅仅在民法和刑法层面被保护，宪法和劳动法则未对此进行规定，这导致在劳动关系中的诽谤没有法律规制，因为劳动关系由劳动法规制，劳动法没有对此进行规定，而民法则规制民事关系，虽然有关于公民人格权保护的规定，但是不能适用于劳动关系。如此一来，劳动者不能就劳动手册中关于解雇理由的诽谤性记录向法院提起诉讼，这对普通劳动者倒没什么影响，因为他们可以就解雇本身提起诉讼，而对高级雇员，劳动法并没有赋予他们就解雇本身提起诉讼的权利，因而他们无法获得任何法律救济，此外雇主的诽谤性评论也不能通过诉讼的方式来解决。这一状况直到 1977 年前苏联宪法第 57 条规定了公民人格尊严的保护才得到改变，从

[16] 蒋大兴：《商法:如何面对实践》，载《法学家》2010 年第 4 期。

[17] *see* Ger P. Van den Berg, Branches of Law under the Russian Civil Code: with Special Attention to Labor Law, in P*rivate and Civil Law in Russian Federation: Essays in Honor of F.J.M. Feldbrugge* 53 (William Simons ed., 2009).

[18] *Id,*at 55.

[19] *Id.*

此之后民法上关于人格权保护的条款通过宪法第 57 条得以在劳动关系中适用。[20]又例如，在拖延支付工资纠纷中，一套基于最低工资指数、反映通货膨胀水平的利率被用来专门用于计算工资的利息，原因在于，俄罗斯联邦法院认为，民法中关于利息的规定并不能适用于劳动关系，工资利息请求权是基于劳动合同产生的，而只有劳动法才能适用于劳动合同，劳动法中的漏洞并不能用民法来填补。[21]

随着俄罗斯法律体系的不断完善和法学研究的不断进步，部门法理论的漏洞及其对司法实践造成的困难逐渐为法学界所觉察和反思，在相当一段时间内让法学界陷入了左右为难的境地。在上个世纪八十年代重建运动(perestrokia)的影响下，苏联进行了民法的再法典化，颁布了 1991 年《民事立法纲要》从而取代 1961 年《民事立法纲要》。在《民事立法纲要》的一份草案中，有这样一条规则，其他部门法若无明文规定，该法不得适用于其他部门法领域。然而最终版本却作出了相反的规定，即该法适用于所有财产关系，包括家庭法、劳动法甚至自然资源与环境保护法。如此一来，民法不再是一个部门法，而与家庭法、劳动法和自然资源与环境保护法形成了一般法与特别法的关系，在特别法没有规定时适用一般法。这立法变动立刻在司法实践中产生了影响。以精神损害赔偿为例，在 1991 年《民法立法纲要》颁布之后，劳动者在被解雇之后可以基于民法中关于精神损害赔偿的规定向雇主主张精神损害赔偿。[22]

苏联解体之后，俄罗斯开始了新一轮的民法法典化。在《俄罗斯联邦民法典》的前几份草案中，1991 年《民事立法纲要》的做法得以延续；而最终版本，即《俄罗斯联邦民法典》却似乎再一次改弦更张，回归到了 1961 年《民事立法纲要》的做法。法典本身并未对该问题做出规定，而法典的起草者之一 Braginskii 教授却声称：法典并没有指向家庭关系和劳动关系的规定，因而有足够的理由表明，该法典采取了 1961 年《民事立法纲要》的立场。由此，民法不能在劳动关系中适用，除非劳动法中就某一具体制度另有规定。而根据 Braginskii 教授在 1998 年的莱顿周年大会上的论文，他似乎又改变了之前的观点。他指出，最近劳动法典的修改表明，民事立法的发展能够影响劳动法，以精神损害赔偿为例，在民事立法中精神损害赔偿完善的背景下，1997 年俄罗斯对劳动法典进行修改时规定雇员可在非正常解雇和调岗的情形下向雇主主张精神损害赔偿。[23]

从上述可见，在俄罗斯，部门法思维的流弊较之中国体现得更甚，形成了法官适用法律的一道枷锁，造成了法律适用的分割化(compartmentalization)，减损了法律体系作为一个系统的内在统一性(unity within the legal system)。[24]此外，部

[20] *Id,*at 56.
[21] *Id,* at 60.
[22] *Id,* at 57.
[23] *Id,* at 58.
[24] *Id,* at 81.

门法理论也给立法和司法带来了较大的困惑和争论，立法一再犹疑不决，司法也缺乏确定性。在不断的摸索之中，俄罗斯在该问题上也探寻到一些解决措施，主要是对部门法理论进行了改造，社会关系在法律体系和法律部门中不再具有决定性意义，问题的法律性质成为了关键因素。[25]从立法技术上来看，原来不同部门法之间出现了相互适用的通道，例如民法典中就婚姻关系中的财产关系有一条原则性规定，而该规定指向了《家庭法典》中的具体规定，《住房法典》也是如此，[26]又如在《家庭法典》中规定，民事法律可适用于家庭成员之间中财产和个人非财产关系，前提是本法没有特别规定，而且民法的适用不得与家庭法的精神相冲突。民法可通过类比的方式在家庭关系中适用。[27]

（二）部门法理论对我国的影响：以民法在劳动合同中的适用为中心

部门法理论流传至我国，经历了一个本土化的过程，有学者主张对其加以改造和扬弃，[28]也有学者对其加以全面否定[29]。在笔者看来，部门法理论所蕴含的对法律规范体系进行分门别类的理念十分可取。事实上，公法与私法的区分，程序法与实体法的分离，无不在世界法制史上有着重要意义，立法、司法与法学研究的专业分工是法制现代化的重要特征。然而，过度强调各个部门法之间的独立性，沉迷于勾勒出各个部门法所规制领域的楚河汉界，不仅会徒劳无功，而且有损法秩序作为一个体系的内在统一性，给司法实践带来困难。

肯定说与否定说正是这种部门法理念下的产物。按照部门法理论，各个部门法之间相互独立，各自规制各自的社会关系，井水不犯河水，民法调整民事关系，劳动法调整劳动关系。按照这种逻辑，劳动合同能否适用民法这一问题就转化为劳动合同法的法律定位。如果将劳动合同法定位为民法，那么劳动合同适用民法自无疑义；如果将劳动合同定位为劳动法或社会法，那么劳动合同适用民法则勉为其难。事实上，我国大多数学者在解释劳动合同能否适用民法时的理由都是劳动合同法的法律定位：认为劳动合同不能适用民法的理由在于劳动合同法已经不属于民法范畴，[30]而认为劳动合同能适用民法的理由在于劳动合同法仍属特别民法，与民法之间属于一般法与特别法的关系[31]。不少论文中明文表达了这种逻辑：

---

[25] *Id,* at 62.
[26] *Id,* at 62.
[27] *Id,* at 58.
[28] 参见张美玲、谭金可：《部门法划分理论刍议——论职业安全卫生法部门法归属》，载《西部法学评论》2014 年第 2 期；何文杰：《部门法理论革新论》，载《兰州大学学报（社会科学版）》2007 年第 4 期。
[29] 参见刘诚：《部门法理论批判》，载《河北法学》2003 年第 3 期。
[30] 参见潘峰：《代签劳动合同效力问题探析——兼析<劳动合同法>第 16 条第 1 款之规定》，《中国人力资源开发》2007 年第 11 期，第 81-84 页；王利明：《合同的概念与合同法的规范对象》，《法学前沿》第二辑，法律出版社 1998 年版；喻术红：《劳动合同法专论》，武汉大学出版社 2009 年版，第 6-7 页。
[31] 参见王全兴：《劳动法（第三版）》，法律出版社 2008 年版，第 130 页；马强：《合同法新问题判解研究》，人民法院出版社 2005 年版，第 25 页；国家法官学院、德国国际合作机构：《法律适用方法：劳动合同案例分析》，中国法制出版社 2012 年版，第 69 页；王全兴，黄昆：《劳动合同法律适用的若干规则》，载《北方法学》2009 年第 3 期。

“如从法理分析,非同一部门法之间因所属法律系统的基本性质不同,不存在相互援引的空间。”[32]也正基于此，学界把精力主要投入到了劳动合同法的法律定位之中，直接导致探讨劳动合同法的法律定位的文献汗牛充栋，而探讨劳动合同究竟如何适用民法的文献则凤毛麟角。

而部门法理念下的肯定说和否定说，无论在法理还是实践中都陷入了困境。

（1）肯定说的困境

肯定说认为，劳动合同法属于民事法律，民法与劳动合同法属于一般法与特别法的关系，法律适用上遵循一般法与特别法的适用规则。肯定说的困境在于，忽视了劳动合同法自身的特性。劳动合同在与一般合同具有共性的同时存在较大的特性，此种特性主要表现为两个方面：政策性特性和技术性特性。在劳动合同中适用民法时只有充分考虑劳动合同之特性从而加以调整才能实现劳动关系裁判的公正。[33]

政策性特性。谢鸿飞将特别民法的功能类型分为补充型、政策型和行政型三种，在他看来，劳动法是是典型的政策型特别民法，是“国家为了实现特别的社会政策目的，尤其是以弱者保护为核心的‘社会共生’而制定的特别民法。”[34]政策性特性可以说是劳动合同法与民法分离的主要原因。这种政策性特性主要体现为对劳动者进行倾斜保护，而从劳动市场的角度来看，体现为要实现劳动市场的灵活化与安全性，如此才能在最终意义上实现对劳动者的保护。

技术性特性。劳动合同在法律调整方式上也迥异于一般民事合同。在德国法上，劳动合同是一种继续性合同[35]，而“受有限理性限制，合同法实际上是以一次性交易为典型调整对象构造其规则体系的,对具有持续性并随时发生变化的劳动合同关系则存在无法克服的调整障碍:劳动合同的成立仅仅意味着劳动关系被启动,随之发展起来的复杂样态远远滋出当初合意所能规划的范围。”[36]在日本法上，劳动合同被认为一种地位设定契约，创设出雇员地位，而劳动契约的内容并非由该契约决定，而是由地位设定后的关系来决定。[37]在英美法上，有人提出劳

---

[32] 俞里江：《论劳动合同的缔约过失责任——以劳动者保护为视角》，载《法学杂志》2009 年第 10 期；俞里江：《劳动者在乙肝歧视案中的利益保护》，载《人民司法》2008 年第 24 期。

[33] 王全兴教授在其经典教材《劳动法学》中曾对劳动合同法的特性有过很好的概括，他将劳动合同法的特性概括为诺成性、附和性、双务性、从属性、有偿性和继续性，见王全兴：《劳动法》，法律出版社 1997 年版，第 146 页。

[34] 谢鸿飞：《民法典与特别民法的关系》，载《中国社会科学》2013 年第 2 期。

[35] 以时间因素在合同履行中所处的地位和所起的作用为标准，合同分为一时性合同和继续性合同。一时性合同，是指一次给付便使合同内容实现的合同。继续性合同是指合同内容非一次给付可完成，而是继续地实现的合同。其基本特色在于，时间因素在合同履行上居于重要地位，总给付的内容决定于给付时间的长短，换言之，随着履行时间的推移，在当事人之间不断地产生新的权利义务。雇佣合同、劳动合同、合伙合同、租赁合同、借用合同、保管合同、仓储合同等均属于继续性合同。见崔建远：《合同法》，北京大学出版社 2012 年版，第 28 页。关于继续性债务与一时性债务的区分可参见[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国债法总论》,杜景林、卢谌译,法律出版社 2002 年版，第 10-14 页。

[36] 孙学致：《合同法的局限：一个劳动关系的视角》，载《当代法学》2007 年第 6 期。

[37] 劳基法上对于劳动契约之规范范围，尽显定于地位设定阶段（契约缔结）与地位脱离阶段（契约终止）

动合同是一种关系型契约。[38]国内，也有学者从合同法中的合意理论出发，来研究劳动合同中的合意，挖掘出不少特性。[39]这些理论模型从不同角度刻画了劳动合同本身不同于一般民事合同的特性，这种特性并非基于倾斜保护劳动者的国家政策，而是基于劳动合同自身的特性。此种技术性特性往往被忽视，实际上，在采取外接模式的德国，民法之所以在劳动合同中被调整地适用，很多时候是因为这种技术性特性，而非政策性特性。[40]

（2）否定说的困境

否定说认为，劳动合同并非民事合同，《劳动合同法》也并非民事法律，在《劳动合同法》中没有具体规定时，不能适用民法的规定。然而，无论在司法实践中还是在法理上，劳动合同适用民法都具有充分的必要性和可行性。从历史渊源上来看，在主要大陆法系国家，劳动合同均脱胎自民法上的雇佣合同，这种历史渊源上的亲缘性当然为劳动合同适用民法提供了些许理由，毕竟法律的发展是一个不断积累的演进过程。随着私法社会化的不断演进，我们可以看到劳动法不甘寄民法篱下而欲自立门户的孜孜以求，然而即便无论立法模式上还是法律观念上劳动法俨然独立自成体系，法律适用上劳动合同法却始终与民法藕断丝连，似乎斩不断初生时的脐带而仍接受着民法的给养。这背后的理由恐怕就不是历史渊源上的亲缘性所能解释的。

首先，劳动合同适用民法具有必要性。民法源远流长，博大精深，体系恢宏，制度精巧，劳动法则相形见绌，在面对复杂的劳动法实践常力有不逮，劳动法内部的漏洞层出不穷，而民法恰好提供了一个庞大的规则宝库可资借鉴。此时，若动辄劳动法有漏洞即将民法规则引入其中，劳动法体系自身势必与民法大量重复、叠床架屋，这在立法技术上实属下策。[41]只有构造一个民法在劳动合同中适用的通道，才能兼顾法律适用的需求和立法技术的科学。这种必要性在我国法治环境下更应被强调，原因在于我国劳动法发展时间较短，劳动法体系本身不够完善，法律漏洞出现的可能性更大。

之因，学者指出此乃劳动契约是一种地位设定契约。其依据主要是根据曾参与劳基法立法的末宏严太郎教授之想法。当时参与立法的末宏教授曾提及，劳动契约是个别劳动者受雇主适用，进入从属的劳动契约之契约，据此劳动者取得雇主所经营事业从业员之地位，按照其地位一般的关系取得权利并负担义务。根据此项记载，学者认为末弘教授所思考的劳动契约是一种地位设定契约。并且指出，劳动契约之内容，并非由当事人决定，而是由地位设定后之关系来决定，因此劳基法上对于劳动契约之规范范围，也才会仅限定于地位设定阶段与地位脱离阶段。见侯岳宏：《劳动契约法律规范立法方式之检讨—日本法之启示》，载《台北大学法学论丛》2012 年第 83 卷，第 211-252 页。

[38] *See* Bird, R. C. (2005). Employment as a relational contract. *U. Pa. J. Lab. & Emp. L.*, *8*, 149; Bird, R. C. (2007). Employment Contract Instinct with an Obligation: Good Faith Costs and Contexts, An. *Pace L. Rev.*, *28*, 409.

[39] 张帆：《劳动合同中的合意问题研究》，华东政法大学博士论文，2012 年。

[40] 如在德国，标准格式合同中一般不允许契约性惩罚，但是在标准劳动合同下是允许的。这是因为雇员履行工作义务不能被强制执行，如果不允许约定契约性惩罚，那么雇主就没有其他实现其合同权利的途径。参见[德]曼弗雷德·魏斯、马琳·施密特：《德国劳动法与劳动关系》，倪斐译，商务印书馆 2012 年版，第 90 页。

[41] 张国华：《劳动关系法律适用研究》，浙江大学硕士论文，2012 年。

其次，劳动合同适用民法具有可行性。劳动合同适用民法的可行性主要源自劳动合同与民事合同的共性，即两者都是一种合同，劳动合同脱胎于民事合同。劳动合同与民事合同之间的共性学界多有论述，此处不复赘论。值得注意的是，私法社会化的趋势不仅催生了劳动法作为独立法律领域的出现，还以社会化的方式改造着私法，两者有相互靠拢的趋势。比较典型的例子是，我国《合同法》中的格式条款本身就带有显著的私法社会化色彩，倾斜保护缔约能力较弱的一方，恰与劳动法倾斜保护较为弱势的劳动者的理念契合，由此，我国司法实践中法官援引《合同法》中关于格式条款的规定来处理劳动合同中的格式条款问题十分常见，虽然在法律适用上存在一定障碍，但是有着深厚的法理基础。由此可见，现代民法自身即带有社会化的色彩，常与劳动法之理念不谋而合。

三、比较与启示：域外劳动合同法法律定位与劳动合同法律适用关系之考察

本国法上的法律难题常可以从比较法上寻找到解决之道，本部分考察比较法上对劳动合同法法律定位与劳动合同法律适用之间的关系，希冀通过比较获得一些参考和启示。

（一）劳动合同法的法律定位：游走在民法与劳动法之间

二十世纪以来欧洲主要大陆法系国家莫不经历了私法社会化[42]的洗礼，劳动法即为其典型注脚。传统债法在规制劳动关系领域愈来愈力不从心，在其基础之上不断衍生出有利于劳动者保护和更加契合劳动合同特性的单行立法和劳动法判例，即在性质上迥异于传统民法的特别民法。面对数量庞大而又迥异于传统私法的劳动合同规则，各国做出了不同的处理，由此形成了劳动合同立法的不同模式。[43]

以德国为代表的一些国家将这些特别民法外接于民法典，形成了劳动合同立法的外接模式。在这种模式下，劳动合同法只是不属于形式民法[44]，仍属于实质民法。以瑞士为代表的一些国家则将这些规则内设[45]于民法典，形成了劳动合同

[42] 私法社会化是指与近代私法相对称的，一种回应法的现代化要求的现代私法形态。见赵红梅：《私法与社会法》，中国政法大学出版社 2009 年版，第 32 页。

[43] 关于劳动合同法的历史演进具体可参见刘士豪：《民法典与部门民法的契合——以劳动契约（合同）与雇佣契约（合同）的关联为例》，《劳动、社会与法》2011 年 5 月，第 93-146 页。

[44] 根据民法的表现形式，民法可以分为形式民法与实质民法。所谓形式民法，是指以民法命名的成文法典，即民法典。而所谓实质民法，是指一切以民法的调整手段，调整民事关系的法律规范的总和，其不仅包括民法典，而且包括民事单行立法、民事法规、规章、判例法、司法解释以及民事习惯。见马俊驹：《民法学》，清华大学出版社 2007 年版，第 2 页。

[45] 外接和内设的提法由苏永钦教授提出，他认为，在台湾民法典的制定中，“第一条有关法源的规定，当初立法者把草案原定的‘本律所未规定者’，改为‘法律所未规定者’时，基本上已经放弃了尽收所有民事规范于一法的‘法典’的想法。由于现代民事规范必然兼容政策性规范，这一字之差，也就是以政策性规范的‘外接’模式替代了‘内设’模式。换言之，通过这一条的宣示，‘政府’恒可以另外针对特定政策目的而订定特别民法或特别民事规定，不改变民法典内在价值的一致性，而于其共同组成广义的民法。”

立法的内设模式。在这种模式下，劳动合同法被整合进入形式民法，成为民法典的一部分。以法国为代表的一些国家则将这些规则另起炉灶，外置于民法典，形成独立的法律部门，形成了劳动合同立法的外置模式。[46]在这种模式下，劳动合同法已经超然于民法之外，形成独立的法律领域。

表三　比较法上劳动合同法的立法模式总结

立法模式	具体做法	法律定位	代表国家
内设模式	劳动合同法内设于民法典，劳动合同作为民法典中有名契约之一种而在民法典合同法部分中规定，劳动合同法属于形式民法的范畴	民法（形式民法）	瑞士
外接模式	是指劳动合同法外接于民法典，劳动合同的规制是以民法典中雇佣合同为基础，辅之以劳动单行立法和判例等特别民法，劳动合同法只是不属于形式民法，尚属于实质民法的范畴	民法（实质民法）	德国、日本和台湾
外置模式	劳动合同法完全外置于民法典，形成独立的法典或者法律部门，劳动合同法不但不属于形式民法，而且不属于实质民法，而属于独立于民法的劳动法或社会法	劳动法或社会法	法国、俄罗斯

值得注意的是，虽然国外已经形成了各自的立法模式，但是关于劳动合同法的法律定位的争论并未止息。主要的争议在于劳动合同法脱离民法是否存在必要。梅迪库斯认为，“要想在民法与特别私法之间划出一条清晰的界限是不可能的。”[47]原因在于：“首先，各特别私法没有自成一体的规则。毋宁说，他们都以民法的存在为前提，本身仅仅规定了一些补充性规范；其次也是主要的原因是，对于特别私法与民法之间的划界缺少一种必要的、体系上的理由。因为即使是作

见（台）苏永钦：《走入新世纪的私法自治》，第 6 到 7 页。赵红梅教授对外接和内设作了进一步的阐述，参见赵红梅：《私法与社会法》，中国政法大学出版社 2009 年版，第 35-41 页。

[46] 外置的提法综合了林嘉教授对比较法上劳动合同法立法模式的经典概括和赵红梅教授对私法与社会法之间关系的研究。林嘉教授认为，比较法上劳动合同的立法模式主要有三种：①劳动合同完全取代雇佣合同，仍然在民法典中规定，以瑞士为代表；②将劳动合同作为雇佣合同的一种，由民法典来规定，以德国为代表；③劳动合同作为劳动法内容来规定，劳动合同脱离于民法典，以法国为代表。见林嘉：《劳动合同若干问题研究》，《法学家》，2003 年第 6 期，第 65-72 页。赵红梅教授认为，法律社会化向着纵深发展，已经从以私法社会化为主导的浅社会化模式向以社会法为主导的深社会化模式转变。见赵红梅：《私法社会化的反思与批判——社会法学的视角》，《中国法学》2008 年第 6 期，第 170-182 页。

[47] [德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社 2000 年版第 17 页。

为一般私法的民法，其一般性也并非指每一条规范都适用于任何一个人。”[48]而大多数学者，其中不乏不少法学巨擘，都倾向于认为劳动法已经脱离民法形成一个新的法律领域。[49]赵红梅教授在这些理论基础之上，特别强调要区分私法社会化与社会法，认为“私法与社会法之间的划界并不缺少一种必要的体系上的理由”[50]，“法律社会化向着纵深发展，已经从以私法社会化为主导的浅社会化模式向以社会法为主导的深社会化模式转变。”[51]

此外，在劳动合同法仍定位为民法的前提下，还存在立法模式上将这些特别民法内设入民法典还是外接于民法典的争论。外接模式“于私法而言，是一种比较局部、保守的变革”[52]，一方面“既保持了《民法典》自身的传统品格又对现代社会发展做出了必要的妥协让步”，[53]而另一方面“可能的不利后果是，作为传统私法表征符号的《民法典》在现实生活中的作用可能日渐衰微，甚至濒临被边缘化的困境；相反《民法典》之外的单独立法却在现实生活中发挥更积极作用。”[54]内设模式“于私法而言，是一种比较彻底、激进的变革。如此可能有助于恢复法典形态的私法在现实生活中发挥主导性作用。但也可能产生一些不利的后果，主要是私法面临被整体异化或消解（社会法化）与去系统化（体系不自洽）的危险。[55]可以说，两种模式各有千秋，孰是孰非，至今仍无定论。

这种争议十分激烈，导致了在特定国家之中，立法模式、法律观念与学术观点之间存在落差，司法实践中采取的只是一种通说。例如在德国，外接模式只是一种为法律实践所认可的通说[56]，从而避免法律运行中的不确定性，学界尚存在不少反对声音。不仅如此，在法律观念上，“人们普遍认为，劳动法早已在《德国民法典》之外自成体系，无论是在大学的法律教学中还是在法学著述中，劳动法都被视为一个独立的法律部门。”[57]在司法实践中，劳动关系纠纷也是在劳动法院由专门的劳动法法官处理。[58]劳动法典编纂的尝试也一直在进行。[59]而在我

---

[48] 同上。

[49] 参见[德]拉德布鲁赫：《法学导论》，米健、朱林译，北京中国大百科全书出版社 1997 年版第 77 页；[德]哈贝马斯:《公共领域的结构转型》,曹卫东等译,学林出版社 2002 年版,第 176、179 页；[德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》,王晓晔等译,法律出版社 2003 年版,第 74 页；[台]王泽鉴：《债法原理》，北京大学出版社 2013 年版，第 114 页；[台]苏永钦：《寻找新民法》，北京大学出版社 2012 年版，第 83 页。

[50] 赵红梅：《私法与社会法》，中国政法大学出版社 2009 年版，第 30 页。

[51] 同上，第 440 页。

[52] 同上，第 37 页。

[53] 同上。

[54] 同上。

[55] 同上，第 40 页。

[56] 通说机制在国外法律运行中扮演着重要的角色，关于国外通说制度的一些介绍，参见姜涛：《认真对待法学通说》，载《中外法学》2011 年第 5 期；姜涛：《法学通说的文明与法学通说的选择》，载《法律科学(西北政法大学学报)》2009 年第 3 期；姜涛：《论法学通说的形成机理》，载《学术界》2012 年第 10 期；姜涛：《法学通说:一个初步的分析框架》，载《北大法律评论》2011 年第 2 期；庄加园：《教义学视角下私法领域的德国通说》，载《北大法律评论》2011 年第 2 期；黄卉：《论法学通说(又名:法条主义者宣言)》，载《北大法律评论》2011 年第 2 期。

[57] [德]罗伯特·霍恩、海因·科茨、汉斯·G·莱塞著，楚建译，《德国民商法导论》，中国大百科全书出版社 1996 年版，第 347 页。

[58] *See* Kirchner, J., Kremp, P. R., & Magotsch, M. (2010). *Key aspects of German employment and labour law.*

国，关于劳动合同与民法的关系，也处于立法不置可否，司法实践各行其是，学界莫衷一是的状态，区别在于国外的通说机制在保留争论的同时，在司法实践中确立了一个统一的标准，避免了司法实践中的混乱，这一作法值得我国借鉴。

（二） 劳动合同的法律适用：殊途于法律定位而同归于法律适用

从上述可以看出，劳动合同法的法律定位无外乎民法和劳动法两种定位方式，其中夹杂着在将劳动合同法定位为民法之下将其采取内设还是外接于民法典的立法模式之争。下面介绍在不同的法律定位下，劳动合同法与民法在法律适用上的关系。

在外接模式下，虽然劳动合同法定位为民法，但是劳动合同适用民法受到不少限制。首先，外接模式下，纷繁复杂卷帙浩繁的劳动单行立法与判例都在一定程度上改造甚至架空了民法在劳动合同中的适用。以德国为例，在民法典之外存在着雇保护法案(Ku€ndigungsschutzgesetz)、产妇保护法案(Mutterschutzgesetz)、兼职和固定期限雇佣法案与一般平等对待法案(Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz)等多部单行法案，[60]与民法典中民法总则、债法总则和雇佣合同分则共同构成了劳动合同法的法律规范。此外，判例法在德国劳动法中也扮演着重要的角色，[61]法官在裁判时在劳动合同中适用民法会受到这些判例的约束。其次，法官在裁判时若在劳动合同中适用民法须考虑劳动法自身的特性，而并非毫无顾忌地直接适用。以德国劳动合同格式条款的法律规制为例：在 2002 年《债法现代化法》颁布之前，《一般交易条件法》明确将劳动关系排除其适用范围，[62]而在 2002 年《债法现代化法》将《一般交易条件法》整合入《民法典》之后，[63]破天荒地将劳动关系纳入其适用范围。由此，1976 年颁布实施的《一般交易条件单行法》，经过 30 年其适用领域首次被立法者拓展到劳动关系领域。[64]然而与此同时，修订之后的《民法典》第 310 条第 4 款第 2 句前半句对这种适用作出了明确的限制，即在适用过程中必须适当考虑“劳动法中的适用特点”(Die im Arbeisrecht geltenden Besonderheiten)。[65]在外接模式的台湾，黄呈贯教授曾指出，“民法典中雇佣契约一节之规定即并不能毫无疑义地全部适用于劳动关系,应只有在性质相符合并不互相排斥时,始有适用之可能，”[66]在《定型化契约之适用于

Springer Science & Business Media.p315.

[59] [德]曼弗雷德·魏斯、马琳·施密特：《德国劳动法与劳动关系》，倪斐译，商务印书馆 2012 年版，第 30 页。

[60] 同上，第 33 页。

[61] 同上，第 34 页。

[62] 《一般交易条件法》第 23 条第 1 款。

[63] 《德国民法典》第 305 到 310 条。

[64] [德]曼弗雷德·魏斯、马琳·施密特：《德国劳动法与劳动关系》，倪斐译，商务印书馆 2012 年版，第 89 页。

[65] 关于德国一般交易条件法在劳动关系中的适用，可以参见朱军：《德国一般交易条件法在劳动关系中的适用》，载《中德法学论坛》2009 年。

[66] 黄程贯：《劳动法中关于劳动关系之本质的理论》，载《政大法学评论》第 59 期，第 231 页。

劳动契约——兼评台北地方法院九十一年度劳诉字第一二九号判决》一文中，李洙德教授以民法上格式条款为例介绍了台湾地区民法能否适用于劳动关系的讨论，其中有观点认为“民法系针对市民社会，以当事人间之缔约地位平等而加以规范，因此民法规定并不适用于具有社会法性格的劳工领域”，而他本人也主张，“劳动法关系与民法关系其本质上究有不同，因此某一民法规定不一定适用于劳工法领域，至于个案上能否或于何种程度上可以适用且须进一步参考其他标准。[67]

而在外置模式下的法国，虽然劳动合同法已经脱离民法，但是法官在劳动合同案件中依然适用民法。研究法国劳动法的学者指出：“原则上讲,作为民法的特别法,劳动法的适用排斥民法普通规则的适用。劳动领域中的法律责任问题自然也有别于一般的民事责任。但事实上民法责任一般规范在劳动关系中并没有完全失去作用。劳动关系中某些特殊的问题仍需要以这些民法规范为补充才能得以圆满解决。法国丰富的司法实践为民事责任规范与劳动法原则的衔接提供了现实的例证。法国最高法院(Courdecassation)的判例不仅在劳动和社会保障立法的具体运用上起到了细化的作用,而且为如何配合运用相关民事责任规范确立了基本原则。”[68]当然，民法并不是劳动关系审判的主要法源，只是在例外情况下被适用，在郑爱青教授所著的《法国劳动法概要》一书中，民法甚至没有被列为劳动法的法源。[69]

由此可见，在比较法上，劳动合同法的法律定位并不能决定劳动合同能否适用民法：即便将劳动合同法定位为民法，劳动合同适用民法也要受到诸多限制；而即便将劳动合同法定位为劳动法，劳动合同适用民法也存在可能。也就是说，无论劳动合同法如何定位，劳动合同都是在一定限度内适用民法。

（三） 比较与启示

从比较法上的现象可以得出两点启示：其一，劳动合同法的法律定位并不能决定劳动合同能否适用民法，无论劳动合同法如何定位，劳动合同都是在一定限度内适用民法，这就从比较法现象上质疑了肯定说和否定说的科学性；其二，劳动合同法的法律定位争议颇多，尘埃难定，纠结于法律定位而探讨法律适用是一件吃力不讨好的事，不如在保留劳动合同法的法律定位的争论的同时，确立一种通说在司法实践中加以贯彻。尽快确立通说从而避免司法实践中的不确定性本身带来的效益可能比选择一个更优的法律定位的效益大得多；第三，比较法上劳动合同适用民法的任务主要交给了法官，制定法上少有关于劳动合同如何适用民法的规定，劳动合同适用民法主要是一个度的把握和拿捏，只有法官才能在社会现

[67] 李洙德：《定型化契约之适用于劳动契约——兼评台北地方法院九十一年度劳诉字第一二九号判决》，第 9-11 页。
[68] 陈鹏：《法国法上民事责任制度在劳动关系中的适用》，载《朝阳法律评论》2009 年第 2 期。
[69] 郑爱青：《法国劳动法概要》，光明日报出版社 2010 年版，第 24 页。

实中具体问题具体分析，当然，这种制度安排有赖于劳动法审判的高度专业化和独立性。

四、法教义学视角下劳动合同法与民法在法律适用上关系的反思与重构

（一）劳动合同法与民法在法律适用上关系的法教义学反思

上述从部门法理论出发，指出了部门法理念下解决劳动合同能否适用民法这一问题的路径，即先确定劳动合同法的法律定位，在此基础之上依据法律定位决定法律适用的法理，判断劳动合同能否适用民法，由此产生了肯定说和否定说两种学说，揭示了这两种学说所面临的巨大困境。接着本文考察了考察了比较法上劳动合同法与民法在法律适用上的关系发现，国外并不存在肯定说与否定说，而且不论劳动合同法定位为民法还是劳动法，劳动合同都是在一定限度内适用民法，进而从比较法的现象上再次质疑了肯定说与否定说的合理性。本部分试图从法教义学的视角来审视肯定说与否定说的理论前提，即部门法思维下法律定位决定法律适用的逻辑。

同一部门法内，法律适用也受到诸多限制。即便将劳动合同法定位为民法，劳动合同法之于民法的特性也不能被抹杀，倾斜保护劳动者的政策性特性与民法私法自治的理念存在着冲突，调整方式上所表现出来的技术性特性也与一般民事合同格格不入。在劳动合同中适用民法，极有可能出现事实与规范形式相适应而实质不相适应[70]的情形，即案件事实完全符合特定规范的事实构成，却在根本上违背了劳动合同法的基本原则或调整方式，导致形式合法而实质不公的现象。在法教义学上，当“在法律规定的字义明确包括事实但违背法律的客观目的时，不仅字义解释而且体系解释和历史解释都不适用，这便发生客观目的的探究。”[71]客观目的探究的结果是限缩或扩张法律规范的适用范围。具体到劳动合同适用民法的情形，通过客观目的的探究可以发现，《劳动合同法》的立法目的为“明确劳动合同双方当事人的权利和义务，保护劳动者的合法权益，构建和发展和谐稳定的劳动关系”，当在民法在劳动合同中的适用有违劳动合同法自身的立法目的时，即可通过目的论限缩排除民法在劳动合同中的适用。

不同部门法内，法律适用也存在可能。跨部门法的法律适用绝非新鲜事物，不仅在司法实践中反复出现，而且为一些学者观察到并分析。苏永钦教授曾谈及公法与私法之间的法律适用：“公私法不但从形式观点来看，其概念相互假借，规则相互准用，而构成要件的设定又往往以对方规范操作的结果为前提。而且从实体内容来看，公私法又会相互工具化。这使得公私法的操作困难倍增，一方面

[70] 参见郑永流：《法律判断大小前提的建构及其方法》，载《法学研究》2006 年第 4 期；郑永流：《法律判断形成的模式》，载《法学研究》2004 年第 1 期。
[71] 郑永流：《法律方法阶梯》，北京大学出版社 2012 年版，第 151 页。

要谨守各自的界线，另一方面又要避免政策、价值的矛盾，使人民无所适从。”[72]在行政法领域，已经有不少学者，尤其是来自实务部门的学者，注意到行政法类比适用民法从而填补法律漏洞的现象，并论证了法理基础及其限度。[73]由此可见，不同法域乃至不同法律部门之间的法律适用完全存在可能，公法与私法之间尚且可发生跨法律部门的适用并在理论上被证立，劳动合同法属于公法与私法融合之法的社会法，其跨部门法法律适用的正当性自不待言。那么法律方法上通过何种途径才能实现这种跨部门法法律适用？目前看来只有类比能够担此重任。德国著名法学家恩吉施曾经指出类比的这种独特功能：“类比不仅发生在具体的法律部分之中，更别说只是在具体的法典内部，还发生在从一个法典到另一个法典，从法律的这部分到法律的那部分之中。”[74]郑永流教授也指出行政法有漏洞可跨部门类比适用私法，用私法类填补行政法漏洞。[75]由此可见，类比是劳动合同法劳动法定位下劳动合同适用民法的模式。

由此可见，劳动合同能否适用民法是一个伪问题。无论劳动合同如何定位，劳动合同都能在一定限度内适用民法，这不仅为比较法上的现象所印证，也为法教义学所论证。真正的难题在于，民法如何在劳动合同中适用。法教义学是一门关于法律适用的学问，后面就运用法教义学来具体探讨民法究竟如何在劳动合同中适用。

（二）法教义学视角下劳动合同适用民法的两种模式

通过上面的论述，围绕着劳动合同能否适用民法这一问题所形成的肯定说和否定说已被完全否定，而限制适用说与参照适用说，在法教义学看来，前者是一种目的论限缩，后者是类比适用，下面分而述之：

（1）民法定位下劳动合同适用民法的模式：目的论限缩

在将劳动合同法定位为民法的大前提下，劳动合同法与民法处于特别法与一般法的关系，劳动合同法是民法的特别法，适用特别法优于一般法之规则。须注意的是，特别法优于一般法的规则，具有规范意义和体系意义两个维度。所谓规范意义上的特别法优于一般法，主要是为了解决法律规范竞合的问题，指向的是两个规范意义上的法条。在法律方法上，两个法条之间要被评价为特别法与普通法，进而适用特别法优于普通法这一规则须满足两个条件：第一，在逻辑上，两

[72] 苏永钦：《公私法的融合及其方法论》，武汉大学讲座，2009 年 11 月 19 日，参见 http://thml.whu.edu.cn/html/huodongdangan/jiangzuosudi/2009/1121/512.html。

[73] 参见徐军、江厚良：《论行政法上的类推适用：以类推适用民法规范为中心》，全国法院系统学术讨论会，2011 年；周公法：《论行政法领域的类推适用》，载《行政法学研究》2011 年第 3 期；王贵松：《民法规范在行政法中的适用》，载《法学家》2012 年第 4 期；刘志刚：《论行政法视野中的类推制度》，载《现代法学》2008 年第 6 期；郑永流：《法律方法阶梯》，北京大学出版社 2012 版，第 172 页。

[74] [德]卡尔·恩吉施：《法律思维导论》，郑永流译，法律出版社 2014 年版，第 182 页。

[75] 郑永流：《法律方法阶梯》，北京大学出版社 2012 年版，第 172 页。

种法条间有普通与特别的关系，即其中之一的构成要件要素为另一法条所包含；第二，系争法条分别规定之法律效力在存在上已规范地评价为不能并存。[76]所谓体系意义上的特别法优于一般法，描述的是法律体系中不同的规范群在逻辑意义上构成普通与特殊或抽象到具体的关系，形成双重甚至多重的普通特别结构，[77]以外接模式下的劳动合同立法为例，劳动合同法包括民法总则、债法总则、雇佣合同分则再到劳动单行立法与判例，这些规范群依次发生了从普通到特殊、从抽象到具体的递进。而劳动合同法与民法处于特别法与一般法的关系之所指，主要是在体系意义上的，这种体系意义上的一般法与特别法，为找法提供了指引，在寻找作为大前提的法律规范时，首先应考虑作为特别法的劳动合同法，如果劳动合同法中没有与案件事实符合的法律规范，那么可以去民法中寻找。当然，劳动合同法中确实存在不少法条与民法中的法条构成规范意义上特别法与一般法的关系，此时须遵循特别法优先于一般法的规则，比较典型的例子是，劳动合同法中关于劳动合同法律效力的规定与民法中关于合同法律效力的规定。因此，劳动合同适用民法的前提是劳动合同法中没有符合案件事实中的规范，即特别法没有规定时才能适用一般法的规则。

表四 我国劳动合同法中的普通特别结构

	我国大陆	我国台湾地区
普通	《民法通则》	《民法典》总则
特别	《合同法》总则	《民法典》债编·通则
特别的特别	《劳动合同法》	《民法典》债编·雇佣
特别的特别的特别		《劳动基准法》
		《职业灾害劳工保护法》、《大量解雇劳工保护法》、《企业并购法》第 15 条至 17 条、《金融机构合并法》第 19 条等

已经指出，在劳动合同中适用民法有规范与事实形式相适应而实质不适应之虞，可通过客观目的探究进行目的论限缩来解决。目的论限缩所依据的法理为平等原则，即不同的案型，应为不同的处理。[78]通过客观目的的探究，可能会发现劳动合同中适用民法符合所谓的客观目的，从而事实与规范不仅形式相符合而且实质相符合，最终肯定该规范之于该事实上的适用，也有可能会发现劳动合同中

[76] 参见黄茂荣：《法学方法与现代民法》，法律出版社 2007 年版，第 210-218 页。
[77] 苏永钦：《大陆法系国家民法典编纂若干问题探讨》，载《比较法研究》2009 年第 4 期。
[78] 参见前注 75，第 491 页，第 495 页；前注 74，第 152 页。

适用民法违背所谓的客观目的，事实与规范只是形式相符合而实质不符合，从而限缩该规范的适用范围，最终排除该规范之于该事实上的适用。此外，前文已经指出，劳动合同法不仅有政策性特性，而且有技术性特性，一般合同法的调整技术很有可能在性质上无法在劳动合同领域适用。

（2）劳动法定位下劳动合同适用民法的模式：类比适用

在将劳动合同法定位为劳动法的大前提下，在劳动合同中适用民法从法律方法上讲是一个运用类比适用填补法律漏洞的过程。与源远流长博大精深的民法相比，劳动法显得十分稚嫩，自立门户的话无法做到自给自足，而基于劳动合同与民事合同的渊源与共性，劳动合同的法律适用可以从民法中获得丰富的规则资源。劳动合同中适用民法，本质上是在承认劳动合同法中就相关问题存在法律漏洞，并通过类比的方式去民法中寻找解决办法从而填补该漏洞。于是，该问题演化为法律漏洞的识别与填补问题，法教义学中关于这方面的研究为此提供了很好的参考。

类比适用的依据是相同之案型，应为相同处理。[79]卡尔·拉伦茨指出："内存于法律中的原则是：同类事物同等处遇。如果法律以特定方式规整案件事实 A, 对于评价上应属同类的事件 B 则未有规则,此等规则欠缺即属法律漏洞。"[80]平等原则是发现法律漏洞的重要手段之一。[81]而通过平等原则发现法律漏洞的关键和难点都在于相似性的认定上，即如何认定事实 A 与事件 B 在评价上属同类事件。[82]关于相似性的认定，众说纷纭，不复赘论，这里主要参酌伯顿的观点。在他看来，要判断相似性，首先要认定事实 A 与事实 B 之间的相似点与不同点，这是判断相似性的事实基础，至于事实间的相似点重要还是区别点重要则取决于法律标准，这是一个法律评价的活动。规则、判例和原则、政策都可以充当产生法律理由的法律标准，前提是这些标准必须服务于法律目的的实现。社会情景不同，法律目的不同，法律标准也随之不同。[83]具体到劳动合同，劳动合同与民事合同既有相似点，又有不同点，表现为劳动合同与民事合同的共性与特性。在不同的案件中，结合法律的规范意旨，有时劳动合同的特性不会表现，有时劳动合同的政策性特性表现，有时劳动合同的技术性特性表现，有时的的政策性特性与技术性同时表现。当在特定的情景中，结合法律的规范意旨，劳动合同的特性并未凸显，此时类比适用民法的正当性基础就十分夯实。

以劳动合同适用劳动合同《合同法》第 42 条关于缔约过失责任的规定的案

---

[79] 前注 75，第 491 页。

[80] [德]卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2003 年版，第 252 页。

[81] [德]齐佩利乌斯：《法学方法论》，余振豹译，法律出版社 2009 年版，第 94 页。

[82] 此处众说纷纭，不复赘论，参见：贾焕银：《类比推理与家族相似:对类比推理关键点的分析》，载《法律方法》2009 年第 2 期。

[83] 同上。

型为例，劳动合同的特性，无论是政策性特性还是技术性特性，主要都体现在劳动关系持续阶段。而缔约过失责任所规制的主要是合同缔结阶段，在此阶段，劳动合同的特性并未表现出来。不仅如此，缔约过失责任这一规则乃是民法中诚实信用原则的延伸，而依照《劳动合同法》第 3 条，劳动合同的订立应遵循诚实信用原则，两者具有共性。由此，劳动合同可以类比适用民法中关于缔约过失责任的规定。类似的法律理由还可以证成劳动合同类比适用民法中的预约制度。

值得注意的是，通过类比适用在劳动合同中适用民法的前提是存在法律漏洞，必须是不能通过劳动法体系内部的法律解释来解决的法律问题。以代签劳动合同的法律效力为例，司法实践中不少法官运用民法中关于代理制度的规定来解决。事实上，结合《劳动合同法》第 3 条和第 26 条的规定即可认定合同是否有效：如果代签合同违反了第 3 条“订立劳动合同，必须遵循合法、公平、平等自愿、协商一致、诚实信用原则”，那么可径直认定为构成第 26 条中“违反法律、行政法规强制性规定”，从而合同无效；反之亦然。

五、我国民法在劳动合同中适用规则的完善

（一）我国劳动合同适用民法模式的对比与选择

无论是将劳动合同法定位为民法还是劳动法，劳动合同都是在一定限度内适用民法，只不过适用模式不同。接下来的问题是，两种法律定位究竟何种更是我国当下情形下的更优选择？下文从劳动者保护、体系效益两个个方面来对两种模式进行比较。

劳动者权利保护。倾斜保护劳动者是劳动法的宗旨，劳动者权利保障程度理应成为评判标准。本文认为，将劳动合同法定位为劳动法能够获得更加大的权利收益，理由如下：首先，在诸多部门法中，民法规则林立博大精深，且充斥着种种法言法语，是一般民众难以掌握的一个部门法，而将劳动合同法定位为民法，将导致民法被卷入劳动法体系之中，在很大程度上加大了学习劳动法的难度，这不利于劳动者维护自身权利，人为造成了一种知识壁垒。日本制定《劳动契约法》，其初衷之一就是方便雇员学习和了解，因为以往的劳动契约法散存于民法、单行法和判例之中，一般民众根本无法掌握，极大影响了他们维护自身的劳动权。[84] 与发达国家相比，我国劳动者在教育水平上逊色不少，更有必要加强劳动法的通识性；其次，仔细考察两种定位劳动合同适用民法的模式，民法定位下劳动合同是在限制下适用民法，劳动法定位下劳动合同是通过类比适用民法，两者都涉及法官的自由裁量，而后者与前者相比更容易控制法官的自由裁量，原因在于后者是在判决中运用类比须有详细的论证和严格的条件。我国法院独立性不高，地方

[84] 参见侯岳宏：《劳动契约法律规范立法方式之检讨—日本法之启示》，载《台北大学法学论丛》2012 年第 83 卷，第 211-252 页。

政府在发展地方经济的动因下极有可能给法院施加压力迫使其作出不利于劳动者的判决，因此有必要从立法层面对法官的自由裁量进行控制。

体系效益。体系效益是苏永钦教授经常使用的一个词，[85]在他看来，法律的体系化不仅具有形式美感，而且具有帮助找法用法的功能，甚至惠及立法和专业教育[86]，这可以说是大陆法系与英美法系相比的一大优势。在对比消费者保护法与劳动法的体系化程度时，他指出与松散而难以体系化消费者保护法不同，属于第三法域的劳动法已经自成体系，并产生了体系效益。[87]将劳动合同法定位为劳动法，可以形成以个体劳动法、集体劳动法和劳动保护法为内容的劳动法体系，而在司法实践中，该三部分往往同时出现相互交织，集体劳动关系和劳动保护条款都会出现在劳动合同之中。这种体系化的安排在司法实践中可以便于法官找法用法，同时也便于法律研习者学习和掌握，从而获得相当大的体系效益。而如果将劳动合同法定位为民法，法官在处理劳动关系纠纷时还须频繁深入民法寻找规范，专攻劳动法的法律工作者也须深入学习内容庞杂的民法难以适从，这就是体系收益较低的体现。有学者评价德国劳动合同的法律规制模式："由于德国等传统民法国家的民法典对社会的影响十分深刻，以至于积重难返，因此很难指定独立的劳动合同法来取代民法典中关于雇佣合同的规定。"[88]虽然有失公允，但是也确实反映了国外囿于历史的包袱，也出于变法的困难，无法将散乱的劳动法通过立法加以规整，而我国反而可以直接借鉴其多年来在渐变式法律变迁过程中的经验实现一种后发优势。

由此可见，将劳动合同法定位为劳动法，不仅能够更好地实现劳动合同法的立法宗旨，而且能够获得更大的体系效益。事实上，台湾有学者指出，有迹象显示，我国立法层也倾向于将劳动合同法定位为劳动法。[89]为此，后文将以劳动合同法定位于劳动法为大前提，着重探讨该模式下规则建构的完善。

（二）授权式类比的确立

南京国民政府的《劳动契约法》第 42 条规定："劳动契约除本法有规定外，准用民法之规定。"该条文寥寥数字，却足见立法者之功力，即便是八十年后的今天，依然让人钦佩不已。若没有民法与劳动法的双重功力，兼具法律方法的深厚功底，此等立法恐难面世。该法条就是一种授权式类比。所谓授权式类比，是指"那种由法律明文授权法院将某类型之法律规定适用到另一个类型的案型上。"[90]从法律规定的种类的角度观之，授权式类比一般表现为引用性法条，即在其构

[85] 参见苏永钦：《寻找新民法》，北京大学出版社 2012 年版，第 82 页，第 88 页，第 89 页。
[86] 同上，第 76 页。
[87] 同上，第 83 页。
[88] 冯涛：《劳动合同法研究》，中国检察出版社 2008 年版，第 16 页。
[89] 刘士豪：《民法典与部门民法的契合——以劳动契约（合同）与雇佣契约（合同）的关联为例》，《劳动、社会与法》2011 年 5 月，第 93-146 页。
[90] 黄茂荣：法学方法与现代民法，法律出版社 2007 年版，第 388 页。

成要件或法律效力的规定中，引用其他的法条。[91]授权式类比依其功能又可以分为两种，一种是为了避免繁琐的重复规定，另一种则是为了避免挂一漏万的规定。这里着重探讨的是前者。

在授权式类比的法条中，相似性的高低不同，法条中的字眼或语法也有所区别；此种行为上的区别也提示法律适用者在审判时注意相似性的程度。常用的行文表达主要有：①“适用（关于）……之规定”；②“准用……之规定”或“比照……之规定”；③“……亦同”或“……有同一之效力”。表达①表示，拟处理之案件型与拟引用之法条所规范之案型之抽象的法律事实实际上同一，或在规范上被评价为同一的情形；表达②表示，拟处理之案型与拟引用之法条所规范之类型之抽象的法律事实虽不同一，但却类似，从而基于平等原则，对它们作同一处理的情形。表达③通常被用于法律效力的准用上，表示它们所在之法条所处理之案型与拟引用之法条所规范之案型所涉之法律事实同属于一个上位类型。[92]具体到民法在劳动合同中的适用，应根据具体情况来进行授权式类比的法条设计。

在我国的法律体系下，该授权式类比既可以通过制定法的形式，也可以通过最高院发布司法解释的形式，亦可通过全国人大发布立法解释的形式。授权式类比存在一些缺陷，只有与指导性案例制度配合才能充分实现法律的确定性，后文会详细说明。

（三）劳动法指导性案例的建构

无论是在德国、台湾还是日本，劳动法判例在其劳动法体系中都扮演着举足轻重的角色。在法国，在劳动合同中适用民法十分微妙由法官把握，虽然已经确立了一些判例，但是仍存在很多不确定性。[93]在德国，雇佣与劳动法领域没有一部成文法典，而是散存于多部制定法中，而制定法漏洞则由判例法来填补，因而与其他部门法相比，判例法在劳动法体系中地位尤为重要，弊端则是使得司法实践中雇主和雇员理解和适用劳动法十分困难。[94]在日本，《劳动契约法》制定的一大初衷正是为了解决散存于几十年来积累的判例法中的劳动法规则根本无法为一般民众所知悉的问题；不同于我国《劳动合同法》，日本《劳动契约法》实际上少有制度创新，更多的是对以往较为散落的法规和判例的一次规整，颇有美国法上的法律重述的色彩。[95]台湾一直酝酿却迟迟难产的《劳动契约法》也颇有

[91] 同上，第 172 页。
[92] 同上，第 173-183 页。
[93] 陈鹏：《法国法上民事责任制度在劳动关系中的适用》，载《朝阳法律评论》2009 年第 2 期。
[94] *See* Kirchner, J., Kremp, P. R., & Magotsch, M. (2010). *Key aspects of German employment and labour law*. Springer Science & Business Media.p34.
[95] 田思路：《日本劳动法研究》，中国社会科学出版社 2013 年版。

类似的意味。[96]总之，尽管是在不崇尚判例制度的大陆法系，在劳动法领域判例依然大行其道，究其原因，笔者认为主要是因为劳动法案件关涉劳动关系的管制与自治，政策性较强，很难在制定法上给出一个一刀切的规则，须法官结合具体案情进行利益衡量。而劳动法判例的功能在于，能够在具体案例中确立利益衡量的规则或程式，为后来的案例提供指引，普通的法条根本无法传递这些信息。[97]具体到通过类比在劳动合同中适用民法，授权式类比的缺陷在于，通过一个简单的法条的形式无法传递进行类比过程中丰富的信息，甚至会导致法官在裁判过程中不顾类比背后的理由生搬硬套，而劳动法判例弥补了这一缺陷。不仅如此，“在授权式类推适用，被准用之法律，到底都只是被类推适用到拟规范的案型，它与直接规范究竟不同在这里，由于拟规范的案型与被类推适用之规定所规范之案型到底只是相似而不同一，其间自有大同中的小异。该小异在法律上每每有足够的意义以要求，将被准用的规定相应于此小异，作必要的限制或修正后，再适用到拟规范的案型上来。”[98]究竟如何相应于小异作必要的修正恐怕也不是一个授权式类比的法条所能表达的，这也有赖于法官在具体案例中提供裁判理由从而为后案提供指引。此外，劳动法判例自身也是夯实类比适用法律确定性的一种途径。某些情形下的类比尚不足以转化为授权式类比，此时可以通过判例的形式加以确立。已经有学者指出，唯有建构在判例之上的有法律效力的法律解释，才是实现法律确定性的正途，[99]对于更加捉摸不定的法律续造，判例也是实现法律确定性的法宝。

当下，我国案例指导制度正如火如荼地开展。党的十八届四中全会《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》提出了“加强和规范司法解释和案例指导，统一法律适用标准”，案例指导制度由此从“司法机关的司法改革举措上升为执政党支持司法的指导方针”，重要性被进一步强调。6 月初，最高人民法院发布了《〈关于案例指导工作的规定〉实施细则》。案例指导制度正在逐步完善成形，成为我国法律体系中的重要一环。案例指导制度的主要功能在于“统一法律适用标准”，完全可以实现国外劳动法判例同样的功能，因此民法在劳动合同中的适用完全可以依托指导案例制度。

而遗憾的是，在已经发布的指导性案例中，关于劳动法领域的为数不多，目前来看只有三个，即关于不能胜任工作的 18 号案例，关于拒不支付劳动报酬的 28 号案例和关于工伤认定的 40 号案例。在这些案件中，也无一涉及民法在劳动

---

[96] 参见侯岳宏：《劳动契约法律规范立法方式之检讨—日本法之启示》，载《台北大学法学论丛》2012 年第 83 卷，第 211-252 页。

[97] 日本《劳动契约法》还为此受到诟病，有学者认为《劳动契约法》将以往判例成文法化，却漏损了很多判例中承载的重要信息。参见参见侯岳宏：《劳动契约法律规范立法方式之检讨—日本法之启示》，载《台北大学法学论丛》2012 年第 83 卷，第 211-252 页。

[98] 黄茂荣：《法学方法与现代民法》，法律出版社 2007 年版，第 391 页。

[99] 钟驰名：《法律解释实现法律确定性的路径探究》，载《汕头大学学报(人文社会科学版)》2012 年第 5 期。

合同中的适用，甚至也没有涉及法律方法的运用。本文认为，案例指导制度应当在劳动法领域进一步被强调。实际上，在司法实践中有不少关于民法在劳动合同中适用的判决，其中不乏精彩之作，如在“高轶明诉北京比德创展通讯技术有限公司劳动合同纠纷案”中，法官就民法上的缔约过失责任能否在劳动合同中适用进行了精彩的论证，完全可以作为指导性案例为后案参考。

（四）劳动法体系的完善——兼论民法法典化对我国劳动法的挑战与机遇

民法在劳动合同中的合理适用，不仅有赖于解释论上的法律方法的发达，更仰仗于立法论上劳动法体系自身的改进与完善，而新一轮民法法典化则为劳动法体系的完善提供了一个难逢的契机。无论在比较法上还是在我国司法实践中，民法与劳动法都有着千丝万缕的联系，民法法典化对劳动法有着深刻的影响，[100]在带来挑战的同时也提供了机遇，民法学界与劳动法学界应牢牢把握住此次机遇通力合作，厘清劳动法与民法之间的关系，消除司法实践中广泛存在的分歧，争取毕其功于一役。在笔者看来，民法法典化给劳动法带来了如下的机遇与挑战：

明确劳动合同法的立法模式。前述比较法上劳动合同法的三种立法模式——内设、外接与外置无不是以民法为参照系所做的分类。目前民法典的缺位，加之劳动法体系本身比较混乱，我国劳动合同法究竟属于何种立法模式，处于何种法律定位尚存较大争议，给司法实践带来不确定性。此番民法法典化为明确劳动合同法的立法模式和法律定位提供了一个极好的契机，在司法实践中确立通说，保证法律的确定性。

其次，我国劳动法在雇佣合同或称劳务合同的规制方面存在法律漏洞，[101]给司法实践带来较大的困难，法官在裁判雇佣合同之时无法可依，雇佣关系中受雇人的权益也无法得到很好的保障。我国法学界也存在雇佣合同民法规制还是劳动法规制的争论，在此次民法典制定的大背景下，完全可以在制定法上确立雇佣合同的规制问题。

最后，我国《劳动合同法》颁布之后，其较高的劳动者保护水平可谓是毁誉参半，在受到广泛的赞扬的同时，也受到了主要来自企业的广泛诟病。我国应把握这次民法典制定的机遇，对我国劳动合同制度作一次深刻的审视，查缺补漏，如有必要甚至可以改弦更张，真正实现劳动关系自治与管制的平衡。

事实上，在此次民法法典化运动中，如何处理特别民法与民法典之间的关系成为了一个中心议题。不仅有从事民法总则、债法和物权法等一般民法研究的学

---

[100] 民法典体系的确立对民法典的制定，乃至于民事特别法，如劳动法和劳动合同法的制定具有决定性的意义。见刘士豪：《民法典与部门民法的契合——以劳动契约（合同）与雇佣契约（合同）的关联为例》，《劳动、社会与法》2011 年 5 月，第 145 页。

[101] 参见郑尚元：《雇佣关系调整的法律分界——民法与劳动法调整雇佣类合同关系的制度与理念》，载《中国法学》2005 年第 3 期。

者的积极参与，更不乏从事知识产权法、消费者保护法、婚姻家庭法和商法学者的身影，特别民法与民法典之间关系的处理也得到了深入的讨论。而遗憾的是，民法典制定与被不少人视为特别民法的劳动法之间的关系这一议题目前看来还少有讨论，[102]还有待进一步的研究。

基于以上对比较法的探讨、对我国实践的考察和法教义学上的分析，笔者认为，此番劳动法体系的完善应立足于法律适用，短期内，尽快填补民法典雇佣合同之法律漏洞，结束雇佣合同无法用之现状，同时确定劳动合同法的法律定位，依笔者之主张，可将劳动合同法定位为劳动法，并通过授权式类比和劳动法指导案例制度建构劳动合同适用民法的通道；长期来看，则可尝试建立独立的劳动审判机制劳动法庭甚至劳动法院，编纂劳动法典，强化劳动审判的专业性和独立性，完善我国劳动法体系，如此一来，劳动法中的漏洞就会越来越少，劳动合同适用民法的任务也可以交给法官来裁量。

六、民法在劳动合同中的具体适用——一个类型化的处理

虽然司法实践中我国各地各级法院对于劳动合同能否适用民法这个问题各行其是，但是无论法官在劳动合同中适用民法的动机如何，方式如何，丰富的司法案例客观上为规则的构建提供了良好的素材。只有学习和吸取作为外来资源的比较法经验，把握和回应作为本土资源的我国实践，并通过法教义学将两者整合，才能为司法实践提供科学的指引。本部分就试图结合我国该领域的司法实践和学术成果作一尝试，并作类型化处理，从而为规则的建构提供些许参考。同时此处对司法实践中作法全方位的揭示，也印证了前述的结论，即我国司法实践中对于劳动合同能否适用民法这一问题各地各级法院确实是各行其是。

（一） 格式条款

笔者在北大法宝中以格式条款为关键词，并把案例范围锁定在劳动合同纠纷进行检索，得到了 305 个案例，可见在劳动合同法的话语中，格式条款这一合同法上的称谓可谓是司空见惯。剔除一些仅仅是诉讼主体不一案情完全一样的案件和格式条款仅仅是作为一种称谓并没有在判决中有何实际意义的案件，在剩下的判决中，当事人都提出关于格式条款的主张，

大部分所有法院都肯定《合同法》中关于格式条款的规定能够适用于劳动合同，[103]也有部分法院认为劳动合同中的条款不构成格式条款，原因在于劳动合同的订

[102] 据笔者所掌握的文献，目前只有西北政法大学谢德成教授和台湾地区铭传大学刘士豪教授对此问题有过系统专门的研究，见谢德成：《民法法典化与《劳动合同法》的立法关系》，载《中国劳动》2015 年第 9 期；刘士豪：《民法典与部门民法的契合——以劳动契约（合同）与雇佣契约（合同）的关联为例》，《劳动、社会与法》2011 年 5 月。

[103] 见何道纯与佛山市顺德区高美空调设备有限公司劳动合同纠纷上诉案，[2014]佛中法民四终字第 900 号；李栋与东莞市顺昌隆纸品有限公司劳动合同纠纷上诉案，[2014]东中法民五终字第 1979 号。

立双方可以协商，[104]还有部分判决回避了该争点[105]。在这类案件中，劳动合同能否适用民法并没有作为一个争点，似乎法官们都认同民法能够在劳动合同中适用，而且在其他案件类型中，劳动合同能否适用民法经常被提出作为一个争点而被讨论。值得注意的是，司法实践中还出现的与此相关的一个争议是，就《协商解除劳动合同协议书》是否是格式合同，[106]该问题还涉及到该协议的性质问题，此处就不展开讨论。

我国学界关于劳动合同格式条款的研究十分有限，迄今为止只有一篇硕士论文和三篇期刊论文。[107]这些研究的普遍问题在于，均以劳动合同法的民法定位为大前提，没有意识到在我国劳动合同能否适用民法本身是存在争议的。再反观台湾的研究：台湾实际上通说认为承德国之作法，将劳动合同作为特别民法加以规制，但是仍有学者围绕劳动合同法的法律定位对该问题进行了深入探讨，[108]由于台湾对格式合同的规制与德国相比更接近我国，该研究对有着很大的参考价值。总而言之，我国对这方面的研究仍比较薄弱。在这些文献中，关于劳动合同适用格式条款规则的论证十分丰富，此处不复赘论。

鉴于司法实践中的格式条款规则在劳动合同中的反复适用和法理上的正当性，笔者认为可以通过授权式类比的方式建立制定法上的正当性，从而劳动合同中格式条款可以准用《合同法》中的规定。此外，进一步在劳动合同法内部建立更加契合劳动法特性的劳动合同格式条款的特别规定。

（二） 缔约过失责任

笔者在北大法宝中以缔约过失为关键词，并把案例范围锁定在劳动合同纠纷进行检索，得到了 23 个案例，可见在劳动合同法的话语中，缔约过失责任这一合同法规则在劳动法实践中也经常出现。在这些案例中，当事人之间或一方提出

---

[104] 见胡银华与上海比迪工业铝型材配件有限公司竞业限制纠纷上诉案,[2014]沪一中民三(民)终字第 2115 号。

[105] 见陈金莲诉杭州梦之湖香水商贸有限公司劳动争议案,浙江省杭州市滨江区人民法院,[2015]杭滨民初字第 331 号;陈华华诉浙江松科电器有限公司劳动争议案,浙江省嵊州市人民法院,[2015]绍嵊民初字第 551 号；乔步兵与许继集团有限公司等劳动争议纠纷上诉案,河南省许昌市中级人民法院,[2014]许民终字第 1505 号；班孝程与 RAMUNICOMANAGEMENT（MCC）LIMITED（瑞木镍钴管理（中冶）有限公司）劳动争议上诉案,北京市第二中级人民法院,[2015]二中民终字第 03187 号；张琦诉上海宝俪优贸易有限公司劳动合同纠纷案,上海市普陀区人民法院,[2014]普民一(民)初字第 7029 号;临安市左右手液化气有限公司与黄宏良劳动争议纠纷上诉案,浙江省杭州市中级人民法院,[2014]浙杭民终字第 3028 号。

[106] 如王同辉与山东中技桩业有限公司劳动争议纠纷上诉案，山东省滨州地区（市）中级人民法院，[2014]滨中民一终字第 553 号;邱科峰诉宁夏金昱元化工集团有限公司劳动争议纠纷案,宁夏回族自治区青铜峡市人民法院,[2014]青民初字第 793 号；杨军诉宁夏金昱元化工集团有限公司劳动争议纠纷案,宁夏回族自治区青铜峡市人民法院,[2014]青民初字第 796 号。

[107] 参见单名扬:《劳动合同中格式条款应用问题》，中国社会科学院研究生院硕士论文，2014 年；鲁叔媛:《格式条款订入劳动合同的法律规制》,载《上海政法学院学报(法治论丛)》2013 年第 3 期；詹璐璐:《姜某与 A 公司劳动合同格式条款约定相悖引发争议》，载《工会博览》2011 年第 10 期；高圣平:《格式劳动合同的行政规制论——兼评《中华人民共和国劳动合同法(草案)》第五章》，载《法学杂志》2007 年第 2 期。

[108] 李洙德.(2003).定型化契约之“适用”于劳动契约. 法令月刊， 2，21；洪莹容.(2009).论［效力减缩原则］於定型化劳动契约之适用?：从国内几则法院裁判谈起。

了缔约过失责任的请求，或双方就是否存在缔约过失责任进行了争论，部分法院并未对该问题进行回应，[109]部分法院不支持在劳动合同中主张缔约过失责任的请求，有基于“劳动合同缔约过失责任是产生于合同订立阶段的民事责任，劳动合同缔约过失责任的适用应当以劳动关系未建立或劳动合同因一方或双方过错导致无效为前提”，[110]也有基于证据不足而未予支持的，[111]也有部分法院支持了在劳动合同中主张缔约过失责任的请求，理由是“劳动合同系一种特殊类型的合同，虽有其特殊性，但仍然遵循《合同法》的基本原理，《合同法》的一般理论仍然适用于劳动合同领域”，[112]也有未给出任何理由直接适用的[113]。

我国关于劳动合同缔约过失责任的研究较为丰富。早在《劳动合同法》制定之前即有学者建议在《劳动合同法》中建构劳动合同缔约过失责任制度，劳动合同缔约过失责任的制度需求可以说很早就为学界所意识到。[114]《劳动合同法》颁布后，就其是否确立了缔约过失责任又有争议，有学者认为《劳动合同法》确立了缔约过失责任制度，[115]也有学者《劳动合同法》只是部分确立了缔约过失责任。[116]笔者认为，《劳动合同法》确实规定了合同无效情形下的缔约过失责任，[117]却并未规定合同未成立情形下的缔约过失责任，可认为存在法律漏洞。此时通过类比适用《合同法》关于缔约过失责任的规定可以填补该漏洞，理由在于劳动合同自身的特性在缔约阶段并未体现，因而两种情形存在较大的相似性。这种类比适用完全可以通过授权式类比进一步确定。

在劳动合同中适用缔约过失责任还有一种路径——法的类比。相对于制定法

---

[109] 如马猛诉复旦大学劳动合同纠纷案，上海市杨浦区人民法院，[2015]杨民一(民)初字第133号；杨玉森与孟村回族自治县商务局劳动合同纠纷上诉案,河北省沧州市中级人民法院,[2014]沧立民终字第376号；贵州省石阡县温泉投资开发有限公司诉何顺强等追索劳动报酬纠纷再审案陕西省铜川市中级人民法院,[2013]铜中民再字第14号；庄a诉上海A咨询有限公司劳动合同纠纷案；宁典与先声药业有限公司等劳动争议纠纷上诉案,上海市闵行区（上海县）人民法院,[2012]闵民一(民)初字第17245号（在该案中，双方当事人就劳动合同能否适用民法展开了论争）。

[110] 孙尧与上海佳豪船舶工程设计股份有限公司劳动合同纠纷上诉案,上海市第一中级人民法院,[2014]沪一中民三(民)终字第1457号。

[111] 王其超诉庞贝捷管理(上海)有限公司其他劳动争议案,上海市长宁区人民法院,[2014]长民四(民)初字第665号.

[112] 孙尧与上海佳豪船舶工程设计股份有限公司劳动合同纠纷上诉案,上海市第一中级人民法院,[2014]沪一中民三(民)终字第1457号。

[113] 蒋曰红与深圳市汇顶科技股份有限公司劳动合同纠纷上诉案，广东省深圳市中级人民法院，[2013]深中法劳终字第1574号；王某诉某食品贸易有限公司其他劳动争议案，上海市长宁区人民法院，[2013]长民四(民)初字第61号。

[114] 岳中峰：《试论缔约过失责任理论在劳动合同制度中的引入与适用》，载《河北法学》2006年第12期；张冬梅.：《论劳动合同中的缔约过失责任制度》，载《北京市工会干部学院学报》2005年第2期；林旭霞：《关于完善劳动合同立法的若干问题思考》，载《福建论坛(经济社会版)》2000第12期；刘爱戈：《公司高级管理人员劳动合同订立研究》，苏州大学硕士论文,2002年；滕艳军,刘娟：《试论我国未来劳动合同法中缔约过失责任制度的构建——兼评《劳动合同法(草案)》相关条款》，载《湖南公安高等专科学校学报》2007第1期；王克军：《论劳动合同中的缔约过失责任》，吉林大学硕士论文，2007年；褚国良：《无效劳动合同研究》，山东大学硕士论文,2007年；太月：《劳动缔约过失责任制度研究》，吉林大学硕士论文,2007。

[115] 白璐：《论劳动合同中的缔约过失责任》，载《河西学院学报》2008年第6期。

[116] 参见顾正阳：《论劳动合同中的缔约过失责任》，载《江南论坛》2013年第12期；俞里江：《论劳动合同的缔约过失责任——以劳动者保护为视角》，载《法学杂志》2009年第10期。

[117] 《劳动合同法》第26条、第86条。

类比从一个具体的法律条文出发，并从这个规范中抽象出一个可适用到相似案件上的基本思想，法的类比是从大多数具体法律规定出发，并从这些规定中建立一般原则，并将之适用到没有制定法规定所调整的案件上。[118]前文所述的在劳动合同中类比适用《合同法》中关于缔约过失责任的规定就是一种典型的制定法的类比，因为类比的对象是一个具体的法律规则。而该法律漏洞亦可通过在《劳动合同法》内部通过法的类比来实现：从《劳动合同法》第 26 条和 86 条中得出《劳动合同法》在合同无效的情形下存在对信赖利益的保护，以及对信赖利益损失的补偿的一般原则，结合《劳动合同法》第 3 条规定的诚实信用原则，将该一般原则适用到合同未成立的情形。当然，这一路径难以通过授权式类比加以确定化，只有依赖于劳动法指导性案例制度，这也揭示出授权式类比的缺陷，不是所有类比都能通过授权式类比的形式表达出来。

（三） 抗辩权

《合同法》上有三大抗辩权：同时履行抗辩权、先履行抗辩权和不安抗辩权。若以抗辩权为关键词检索，则会受到民诉法上抗辩权之干扰，故而笔者先后以同时履行抗辩权、先履行抗辩权和不安抗辩权为关键词，并把案例范围锁定在劳动争议范围内进行了检索。其中关于同时履行抗辩权的有 7 个案例，先履行抗辩权的有 12 个案例，不安抗辩权的有 47 个案例。从这些案例看来，除去法院回避这一问题的案例外，[119]法院在劳动合同中适用民法上的抗辩权时基本没有意识到劳动合同能否适用民法这一问题，而是或径直适用，或以别的理由拒绝适用。在李某与深圳倍某某有限公司劳动合同纠纷上诉案中，法院认为依《劳动法》第 52 条之规定，工资不在同时履行抗辩权的范畴之内，而关于经济补偿金则可主张同时履行抗辩权。[120]在重庆山外山科技有限公司与尹明兰等公司竞业限制纠纷上诉案中，法院认为关于敬业限制不可主张同时履行抗辩权或先履行抗辩权，这是由敬业限制的特性决定的，因为竞争限制是一种不作为义务，具有损失不可挽回性。[121]在马军与江苏苏华达新材料有限公司经济补偿金纠纷申请案中，法院认为根据案情劳动者不享有先履行抗辩权。[122]在广州市邦盛生物科技有限公司与周凯劳动合同纠纷上诉案中，法院认为用人单位依《合同法》67 条的规定确实享有先履

---

[118] 见[德]卡尔恩吉施：法律思维导论，郑永流译，法律出版社 2014 年版，第 184 页；郑永流：法律方法阶梯，北京大学出版社 2012 年版，第 172 页。

[119] 杨瑞全诉北京渔阳出租汽车集团有限公司劳动争议案，北京市平谷区（县）人民法院，[2014]平民初字第 05841 号；王云敏与杭州恒生网络技术服务有限公司竞业限制纠纷上诉案，浙江省杭州市中级人民法院，[2014]浙杭民终字第 62 号。

[120] 李某与深圳倍某某有限公司劳动合同纠纷上诉案，广东省深圳市中级人民法院，[2011]深中法民六终字第 1827 号。

[121] 重庆山外山科技有限公司与尹明兰等公司竞业限制纠纷上诉案，重庆市第一中级人民法院(原四川省重庆市中级人民法院)，[2014]渝一中法民终字第 02472 号。

[122] 马军与江苏苏华达新材料有限公司经济补偿金纠纷申请案，江苏省高级人民法院，[2014]苏审二民申字第 553 号。

行抗辩权，但是未能举证证明负有先履行义务的劳动者一方存在未履行竞业禁止义务的行为，因此为支持用人单位主张的先履行抗辩权。[123]在韩某某劳动合同纠纷案中，法院认为就竞业限制适用先履行抗辩权，但是案中劳动者无法证明用人单位未履行支付竞业限制补偿费。[124]在刘文朋诉韦文杰等追偿劳动报酬纠纷案中，法院认为虽然工资未全部到期，但是由于用人单位没有及时履行前期付款义务，故劳动者享有不安抗辩权，可以要求用人单位提前支付全额工资。[125]

我国关于劳动合同抗辩权的研究并不多见，而且这些文献基本都持劳动合同可以适用民法的观点，认为合同双方可以依《合同法》关于抗辩权的规定主张抗辩权，但同时认同劳动合同抗辩权具有特性，进行符合劳动法特性的劳动合同抗辩权建构。[126]笔者认为，短期内，可通过授权式类比的方式规定，劳动合同准用《合同法》关于抗辩权之规定；在此基础之上，确立一些关于劳动合同抗辩权方面的指导性案例；长期来看，可以进一步通过修法的形式建立劳动合同法自身的抗辩权制度。从前述的案例中可以看出，司法实践中确实出现了有关劳动合同抗辩权的案例，案例中的争点往往是抗辩权的限度在哪，如上述案例中就竞业限制能否适用抗辩权的规定不同案件中存在分歧，这些都是指导性案例应该解决的。

七、结论

本文对劳动合同能否适用民法这一由来已久却一直尘埃未定的问题进行解决。实际上问题的症结远不是答案是否正确，而是没有确定的答案。我国学界一直纠结于理论的分歧，却忽视了司法实践中的同案不同判，尽快确立一种通说从比纠结于何种法律定位更优来得迫切得多。无论劳动合同法定位为民法还是劳动法，劳动合同都是在一定限度内适用民法，在汲取民法资源的同时兼顾劳动合同法自身的特性。虽然两种定位下的适用模式不同，但是在适用结果上并没有太大差别，况且两种定位下在比较法上都有运行良好的例证。因此，尽管本文在前文中倾向于将劳动合同法定位为劳动法，笔者更希望该问题的通说能够更快确立并在司法实践中得以统一贯彻。

本文是一次法教义学在劳动法学中的尝试。笔者认为法律方法在劳动法学中的强调是存在必要而且有意义的。法律具有模糊性，有法律即有漏洞，更何况是面对变动不居波谲云诡的劳动法实践，一旦发现问题即试图通过立法的形式来解决不仅滞后，而且不经济，只有在不断完善立法的同时强化法律方法在司法实践中的运用，才能不变应万变。法教义学在劳动法学研究中的重要性也应进一步被

[123] 广州市邦盛生物科技有限公司与周凯劳动合同纠纷上诉案，广东省广州市中级人民法院，[2013]穗中法民一终字第6517号。

[124] 韩某某劳动合同纠纷案，上海市第二中级人民法院，[2011]沪二中民三(民)终字第970号。

[125] 刘文朋诉韦文杰等追偿劳动报酬纠纷案，浙江省义乌市人民法院，[2014]金义苏溪民初字第191号。

[126] 吴万群：《劳动抗辩权初论》，载《法学杂志》2012年3期；胡玉浪：《论劳动报酬请求权与抗辩权》，载《福建农林大学学报(哲学社会科学版)》2009年第2期；郭俊卿：《劳动合同中的抗辩权研究》，南京航空航天大学硕士论文，2009年。

强调，法教义学不仅能够夯实劳动法的独立法律部门的地位，而且能够引导劳动法的研究方向，加强劳动法研究对劳动法实践的指导。正如有学者借用王泽鉴教授《人格权法》一书的副标题评论："民法学人应将"法教义学、比较法、案例研究"三种方法结合一体，通过判例研究展开学界与司法实务界的良性互动，促进法律的合理化发展。"劳动法学者亦如是。

虽然本文的路径主要是解释论的，但是要真正解决劳动合同法与民法在法律定位和法律适用上关系的问题，根本上有赖于立法论上劳动法体系的完善。我国司法实践中何以法官频繁适用民法，不仅意味着劳动合同法法律定位的模糊不清，而且表明我国劳动法规则体系的贫乏，是法官的无奈之举。不仅如此，比较法上民法在劳动合同中的适用基本都是由法官来完成的，前文所述的类比适用也好，客观目的的探究也罢，都不过是法律适用方法，本应交由法官来完成，而这有赖于专门的劳动法院和劳动审判人员、高度的司法独立和体系完善成熟的劳动法体系的支持。因此，要实现民法在劳动合同中的合理适用，须在解释论与立法论上双管齐下。近年来，民法典的制定再次紧锣密鼓地展开，可以说为协调和确定劳动合同法与民法之间的关系提供了一个很好的契机。民法典的制定不仅仅是民法学者的事，也是劳动法学者的事，两个群体之间进行更多的对话对我国民事立法和劳动立法科学性的提高都大有裨益。

综上所述，笔者的建议是，短期内，尽快填补民法雇佣合同之法律漏洞，结束雇佣合同无法用之现状，将劳动合同法定位为劳动法，并通过授权式类比和劳动法指导案例制度建构劳动合同适用民法的通道；长期来看，则可尝试建立独立的劳动审判机制劳动法庭甚至劳动法院，编纂劳动法典，强化劳动审判的专业性和独立性，完善我国劳动法体系。同时，逐渐强化法律方法在劳动法司法实践中的运用，增强劳动法判决的说理性。

比较与借鉴：日本债权法现代化对劳动法的影响

战东升

摘　要：鉴于现代社会中服务合同的重要性，日本法制审议会在债权法修改过程中对服务合同的若干立法提案进行了审议。在既有的提案中，主张构建服务合同一般规定（总则）及其具体规则的提案，具有很高的呼声。但是该提案因忽略了对“类似劳动者型服务提供人”的保护，受到劳动法学者和法制审议会委员们的广泛质疑，最终在“中间草案”阶段被删除。在充分吸取日本立法失败经验的基础上，我国《民法典》对服务合同的立法可采取总则——分则的“中服务主义”立法模式，将雇佣合同和“类似劳动者型服务合同”除外，以消费者型服务合同为中心，构建服务合同的一般规定。对“类似劳动者型服务合同”，不应适用服务合同的一般规定，而应由雇佣合同进行规制或作为劳动法的课题作进一步研究。

关键词：服务合同；类似劳动者型服务合同；雇佣合同；劳动合同法

2014 年 10 月，《中共中央关于全国推进依法治国若干重大问题的决定》明确提出了编纂民法典的要求。民法典的编撰对劳动法将产生什么样的影响，成为学者们关心的重要话题之一。而作为一衣带水的邻国日本，早已于 1898 年制定了《日本民法典》。目前，作为民法核心部分的债权法，正迎来其制定 110 多年以来首次大规模的修改，有学者称之为“债权法的现代化”。官方层面的修改已于 2009 年 10 月启动，目前已完成了修改草案并计划于今年提交国会进行审议。2013 年 10 月，在第 126 次日本劳动法学会上，学者们专门就“债权法修改与劳动法”这一主题进行了研讨。本文以服务合同立法为例，详细介绍日本债权法修改对劳动法可能产生的影响，以供我国立法借鉴。以下，本文首先概述日本债权法修改的概况与服务合同立法所面临的课题，接下来就日本法制审议会前后对服务合同的立法提案进行详细考察，最后在总结日本法经验的基础上为明确我国民法典编撰过程中对服务合同的立法方向、对“类似劳动者型服务提供人”的保护等提出建议。

一、日本债权法修改的概况及服务合同立法的课题

（一）日本债权法修改的概况

1.学术团体的讨论

1998 年是日本民法典实施 100 周年。这一年，日本私法学会举办了“民法 100

作者简介：战东升，法学博士，西南政法大学经济法学院副教授。

年与债权法修改的课题及方向”研讨会等一系列纪念活动。通过这些活动，众多民法学者在不同场合提出有必要对日本民法典的债权部分进行修改。以此为契机，学者们组织了若干研究会开始对这一问题的研究。这其中，主要有两个影响比较大的研究团体。①

一个是2005年11月，由约20名日本民法学者组织成立的“民法修改研究会”（以下简称“修改研究会”，其提案称之为“修改研究会案”），其代表是上智大学法科大学院教授加藤雅信。

另一个是在民法修改研究会成立约一年后，于2006年10月成立的“民法（债权法）修改研讨委员会”（以下简称“研讨委员会”，其提案称之为“研讨委员会案”）。②研讨委员会以民法学者为中心，包括商法、民事诉讼法学者和法务省审议官等在内共由35人组成。委员长是早稻田大学教授镰田薰，事务局长是法务省参与内田贵（原东京大学教授）。

2.法制审议会的讨论

2009年10月，日本法务大臣发布了关于民法（债权关系）修改咨询第88号令。该咨询令的主要内容是：“民事基本法典之民法中的债权关系，为使其应对当今社会经济变化，让一般国民容易理解其内容，有必要对与国民日常生活和经济活动具有密切联系的合同规定为中心，进行重新审视，并提示其纲要。”其修改范围主要是以现行日本民法典中的债权关系（合同）为中心，具体包括第3编债权中的规定（无因管理、不当得利、侵权行为除外），第1编总则中的第5章（法律行为）、第6章（期间计算）和第七章（时效）等内容。

法务省法制审议会③收到该咨询后，设立了民法（债权关系）部会（以下简称“部会”），并于2009年召开了第1次会议。之后，以2个月召开3次会议的频度，开启了以债权法为中心之政府层面的民法修改。此次民法修改共分为三个阶段：第一阶段主要是对成为审议对象的论点进行整理，第二阶段是形成“中间草案”，第三阶段是确定最终的修改大纲。[1]（P.8）

（二）日本服务合同立法的课题

在现代社会，随着经济特别是第三产业（服务业）的发展，交易的对象正逐渐从物开始转向服务（劳务）。反映到日常生活中，例如医疗、教育、旅游、信息提供等服务合同得到了广泛应用。由此而引发的交易纠纷也在不断地增加。④为

① 此外，在2008年10月的私法学会上，庆应义塾大学的金山直树教授发起成立了时效研究会，并召开了“面向消灭时效法修改”的研讨会。该提案的内容刊登在《NBL》2008年第887号。

② 研讨委员会的设立宗旨、成员组成、会议的议事録等可登录http://www.shojihomu.or.jp/saikenhou/查询。研讨委员会自成立伊始，一直宣称该团体仅是为民法修改而成立的一个民间学术性团体，但是因有法务省参与和审议官的参加，使其带有浓厚的官方色彩，而且之后的法制审议会的审议受研讨委员会提案的影响颇深。关于这一点的批判，请参考[日]加藤雅信：《民法（債権法）改正－民法典はどこにいくのか》，日本評論社2011年版。

③ 所谓的法务省法制审议会是日本对民法、刑法等重要法律进行修改时，为法务大臣提供咨询的机构。根据审议的内容，委员会由法学者、裁判官、律师、相关机构的政府官员和民间团体的代表等组成。自2008年以来，关于民法方面的修改，法制审议会除设置了民法（债权关系）部会之外，还设置了 “民法（继承关系）”部会、“民法成年年龄部会”等，检自http://www.moj.go.jp/shingi index.html，最后访问时间：2015-07-01。

④ 从日本消费生活中心所受理的商品和服务的投诉数据来看，2010年商品为32.9%，服务为64.7%，后者几乎是前

了应对和解决这些纠纷，日本政府颁布了《分期付款销售法》和《特定商业交易法》等一系列以服务为直接规制对象的法律。

但是，在私法层面，日本现行《民法典》只规定了 13 种典型合同，与服务相关的也仅有雇佣、承揽、委托和保管四种。而且，这些合同制定于 110 多年前，已不能很好地适应社会的发展。随着服务合同种类和数量的增加，其中的一部分从性质上可归类为委托或承揽等典型合同，也有一部分可归类为商法或特别法中的运送、保险等典型合同，但更多的服务合同却无法归类为任何一种既有的典型合同。不难推测，随着经济的发展，属于无名的服务合同将会不断地增加。对于在制定民法典时立法者所没有考虑到的服务合同，民法（合同法）应该如何予以应对，成为摆在日本民法学者面前的一个重要的课题，也是此次日本民法（债权法）修改时的一个热点和难点问题。

二、法制审议会之前的讨论

（一）检讨委员会案

为了应对日渐增多的新型服务合同，研讨委员会在其提案“各种合同”的第 8 章规定了新的合同类型——“服务合同（役務提供契約）”。①并将其定义为“当事人一方（服务提供人）收受或者不收受另一方当事人（服务受领人）的报酬，为其负有提供服务的合同”。服务合同作为一个上位概念，其规则（总则或一般规定）可适用于雇佣、承揽、委托、保管合同，而既有的典型合同的规定，可对服务合同的总则规定进行补充或修正。[2]（P.3）同时，当新的服务合同无法从性质上确定为既有典型服务合同时，服务合同的规则作为一般规定可对其适用。[2](P.6) 服务合同的一般规定应仅适用于有偿合同还是有偿无偿均可以适用，这一问题在研讨委员会的讨论过程中存在着争论，最终委员会采取了后者的立场。[2](P.9)

对于研讨委员会创设服务合同的总则规定这一提案，学界有不同的理解。有学者认为，如果对市场上销售的合同范本等灵活地加以利用的话，可解决无名服务合同无规则可依的问题，而且服务合同的形式多种多样，从众多合同类型中归纳出一般规定也并非一件易事，甚至会起到适得其反的作用。[3]（P.152）与此相反，也有学者认为，现代社会中服务合同纠纷日益增多是发达国家共同面临的课题，从理论上对现有民法典中的规定及其判例、学说进行加工和梳理，寻找出规制它们的规则，从法政策的观点来看也是合乎目的的。[4]（P.378）

此外，也有学者提出批评，认为研讨委员会案关于服务合同的定义不够精确，主张以“有用的服务”作为要件。[5]（P.64）但是，对此有学者反驳，服务对债权人是否有用这一基准，在服务内容定型化、标准化越来普及的情况下，与商品供给同

者的一倍。国民生活センター編，《消費生活年報 2011》，国民生活センター2011 年版，第 14 页。

① 对研讨委员会服务合同内容的介绍，可参考周江洪：“服务合同立法模式及其具体规则之探讨——兼评日本〈债权法改正基本方针〉中相关规定”，载《中日民商法研究》第 9 卷，法律出版社 2009 年版，第 32 页。

样正逐渐失去个别性和主观性，因此在定义中明示其意义并不大。[4]（P.378）

值得注意的是，在诸多批评意见中，最具说服力且最有代表性的是来自劳动法学者镰田耕一的批评意见。该学者指出，研讨委员会对服务合同提案的任意解除权规定是以消费者型服务合同作为前提进行创设的，这对“类似劳动者型服务提供人”①的保护十分不利。由此进一步主张，服务合同的总则规定不应适用于“类似劳动者型服务合同”，而应由雇佣合同或由法律规定准用《劳动合同法》的部分规定的方式进行规制。[6]其理由如下：

一方面，提案【3.2.8.10】规定，服务提供人在结束服务提供前，服务受领人可以随时解除合同。即，服务受领人的任意解除权。该条规定从劳动法的角度来看，其创设是不合理的。日本民法第 628 条规定，在有期雇佣合同中，双方当事人无不得已之事由，禁止 解除合同。而民法第 627 条虽然规定了无期雇佣合同下的双方当事人的任意解除权，但是设置了 2 周的预告期间，而且根据日本《劳动合同法》第 16 条（解雇权滥用法理）规定，服务受领人（雇主）的任意解除权实质上已经被否定。②虽然，提案【3.2.12.05】规定【3.2.8.10】对雇佣合同适用除外，服务受领人的任意解除权因此可以不适用于雇佣合同，但是在日本，目前“类似劳动者型服务合同”很难被认定为雇佣合同（劳动合同），因此，作为服务合同总则规定的【3.2.8.10】仍可适用于 “类似劳动者型服务合同”，然而这对保护“类似劳动者型服务提供人”十分不利。

另一方面，提案对服务提供人的任意解除权设置了两种方案。【3.2.8.11】甲案规定在有偿服务合同的情况下，服务提供人不享有任意解除权；乙案则规定，只有存在不得已事由的情况下，服务提供人才可以享有任意解除权。这两个方案虽有细微的区别，但其共同点是服务提供人与服务受领人相比，其任意解除权都受到了极大限制。

研讨委员会之所以创设出这样不均衡的提案，从其引用的日本最高裁判所的一个关于教育合同的案例③可以看出端倪。在该案中，最高裁判所依据日本宪法第 26 条的宗旨和教育理念，认为学生（服务受领人）享有任意解除权，但是对

---

① 随着日本“服务经济化”、通信技术的迅猛发展以及国际竞争的日趋激烈，近些年日本企业所面临的环境不容乐观。很多企业不得不被迫采取各种方式压缩开支，其中减少人工费就是企业所经常采取的方式之一。这也导致一直以来由正式社员从事的工作转由非正式社员来处理。除此之外，企业与劳动者签订承包合同、委托合同等劳动合同以外的合同形式越来越多，获取劳动力的方式也变得越来越丰富。为了提高生产效率，很多企业将信息提供业务、人事招聘业务、财务会计业务等外包给专业化的公司，这样的例子也屡见不鲜。近些年，随着 SOHO、网络办公等就业形式的兴起，劳动者就业的形式也日趋多样化，一些处于雇佣与个人创业之间的中间就业形式也随之出现。通常，这些劳务（服务）的提供人与其受领人之间的合同，其性质如果具有“使用从属性”，则该合同就是劳动合同，雇主的责任等要受到日本《劳动合同法》的规制。但是，在现实社会中，难以认定两者之间具有“使用从属关系”的合同也很多。而且，这些合同都有一些共性，即劳务提供人无论在经济层面还是在信息的获得上，以及在与雇主的交涉上都处于劣势地位。像这样的劳务提供人与雇主所签订的，并不一定具有“使用从属关系”的合同，笔者称之为“类似劳动者型服务合同”，劳务提供人称之为“类似劳动者型服务提供人”。关于日本“使用从属性”的判断标准和相关案例的介绍，可参考战东升：“日本法上的劳动合同性质之探讨”，载《社会法学研究》2014 年第 1 辑；田思路、贾秀芬：《契约劳动的研究——日本的理论与实践》，法律出版社 2007 年版。

② 关于介绍日本解雇权滥用法理的文献，可参考战东升：“日本法上的解雇制度研究”，载《民商法论丛》2009 年第 44 卷。

③ 最判 18 年 11 月 27 日、民集 60 卷 9 号 3437 頁。

大学（服务提供人）的解除权进行了限制，即只有在正当事由的情况下才享有。

像这样的规定——【3.2.8.10】服务受领人任意解除权和【3.2.8.11】对服务提供人任意解除权的限制，对大学与学生之间的教育合同而言，考虑到消费者与服务提供人之间的信息不对称等情况，因而创设对服务受领人有利的规定或许是可以理解的。与此相反，对于“类似劳动者型服务合同”而言，如果考虑到类似劳动者型服务提供人与服务受领人（雇主）在信息、经济和交涉能力上的不对等，则更应当设置有利于“类似劳动者型服务提供人”保护的规定。

（二）修改研究会案

修改研究会案将民法典规定的 13 种典型合同予以分类：在第 3 编“债权”第 2 章“合同”第 1 节规定了“总则”，第 2 节规定了“所有权转移合同”（第 1 款买卖、第 2 款交换、第 3 款赠与），第 3 节“物之利用合同”（第 1 款租赁合同、第 2 款使用借贷合同），第 5 节其他合同类型（第 1 款消费借贷、第 2 款合伙、第 3 款和解）。[错误！未定义书签。](P.211)与此同时，在第 4 节规定了“服务合同（役務提供契約）”，并在该节中的第 1 款规定了雇佣，第 2 款规定了承揽，第 3 款规定了委托（第 1 目有偿委托、第 2 目无偿委托、第 3 目准委托），第 4 款保管（第 1 目有偿保管、第 2 目无偿保管）。[错误！未定义书签。](P.211)

与研讨委员会案相比，修改委员会案的最大特征是未创设服务合同的一般规定，而仅仅是对民法典现有的合同类型进行了归类整理，创设了服务合同这一概念。但值得注意的是，根据修改研究会代表加藤雅信在研讨委员会第七次全体会议上的发言可知，民法修改研究会也曾就是否需要创设服务合同的一般规定这个问题进行过讨论，但是因为问题比较复杂，最终不得已而放弃了。①

三、法制审议会的提案及讨论

（一）第一阶段

1.提案的内容

对于如何应对新的服务合同这一问题，部会分别在“检讨事项（12）”论点第 1“服务合同的总论”，第 4“替代准委托之服务合同一般规定”作了回应。并在部会第 16、17 次会议上，在镰田薫部会长的主持下，由笠井朋照关系官对“应对新的服务合同之必要性”等问题意识进行了说明，并由委员们进行了审议。

“检讨事项的补充说明”对此提示了以下三种方案：[7]

第一种，将旅游合同、医疗合同、教育合同等需要特别规制的合同作为新的典型合同规定到民法之中（以下简称“A 提案”）；②

① 修改研究会代表加藤雅信同时也是研讨委员会的委员。民法（債権法）改正検討委員会全体会議（第 7 回）議事録(2008年9月23日)41页,检自http://www.shojihomu.or.jp/saikenhou/indexja.html,最后访问时间:2015-07-01。

② 多数外国法采用该方案。此外，日本学者也有类似的主张，例如[日]執行秀幸：“民法に新たに取り入れるべき契約類型はあるか”，载椿寿夫など編：《法律時報增刊　民法改正を考える》，日本評論社 2008 年版，第 322 页。

第二种，从重视创设合理的任意规定的观点出发，将无法归类到民法典现有典型合同的以及被当作准委托处理的服务合同，在民法典中通过创设有偿服务合同的独自规定来进行处理（以下简称“B 提案”）；①

第三种，日本民法典现有的雇佣和承揽等典型服务合同的规定中，除了该合同类型固有的规律之外，还存在着可适用于所有服务合同的一般规则，将其进行归纳并总结，创设服务合同的总则规定（以下简称“C 提案”）。②

2.部会的讨论

针对以上提案，法制审议会的委员们在部会第 16、17 次会议上进行了审议，委员们的意见主要有如下几点：[8]（P.37)[9]（P.420-422)

第一，对创设服务合同的总则规定这一提案持赞成意见的不多，而创设在某种程度上明确限定适用范围（或者具有一定通用性）的合同类型的意见则相对比较多。后者，例如创设不存在信赖关系的服务合同（能见善久），以及在现行 4 个典型合同之外以准委托为基础构建第 5 个典型合同（松本恒雄）等。但是同时也有委员指出，倘若如此，则不可能涵盖所有的服务合同（中田裕康）。

第二，也有委员认为，提案规定的内容毫无新意，而且又是任意规定，因此创设新的合同类型的意义不大（冈正晶）。

第三，有委员认为，服务合同依当事人交涉能力的强弱主要可划分为两大类：（1）服务提供人是企业，服务受领人是消费者的服务合同（即“消费者型服务合同”）；（2）服务提供人是个人，服务受领人是企业，其服务提供关系实质上类似于劳动合同的服务合同（即“类似劳动者型服务合同”）。对后者的服务提供人有必要予以特殊保护，不应适用服务合同的一般规定（新谷信幸、山野目章夫）。

第四，对类似劳动者型服务合同的服务提供人的具体保护方法，比如扩大雇佣合同的适用范围，或者根据需要准用《劳动合同法》的规定等（中田裕康，山川隆一）。

3.中间论点整理

基于以上部会的讨论，中间论点整理在论点“第 47 服务合同（役務提供型の典型契約）的总论”作了如下总结：[错误！未定义书签。](P.347)

“一方当事人向另一方当事人提供以服务为内容的典型合同，民法上规定了雇佣、承揽、委托及保管合同。但是，当今社会以新的劳务、服务给付为目的的合同日渐增多，因此就出现了仅通过现有服务合同的规定恐不能充分地对予以应对这样的问题。所以，有见解认为，可通过创设属于服务合同的新的典型合同的方式，以及创设可适用于服务合同之总则规定的方式来加以应对；如果采用这种观点的话，与此同时也有必要对既有各典型合同规定的适用范围予以重新考虑。”

“关于服务合同，因当事人属性的不同会导致当事人之间在交涉上的不对等，

① 该方案是日本民法学者松本恒雄的提案。[日]松本恒雄：“サービス契約”，载《别冊 NBL》1988 年第 51 号。
② 这是前述研讨委员会的提案。

例如企业对消费者提供服务的合同和个人以有偿方式提供服务的合同。在此，有两个问题被指出：一是为了不损害在交涉上处于弱势一方当事人的利益，有必要对其予以特殊考虑，二是有的合同属于既有的何种典型合同可能不是很清晰，因此应明确各典型合同的意义，使其比较简单容易地区分。基于这些问题意识，有必要留意其与各典型合同论点之间的关系，同时也有必要对是否需要新的典型合同，服务合同规定的编排方式等服务合同整体上的问题作进一步考察。”

除此之外，中间论点整理在论点“第 50 替代准委托之服务合同一般规定（役務提供型契約の受皿規定）”之“新的一般规定的要否”又作了进一步阐述：[9](P.392)

“属于服务的典型合同，民法规定了雇佣、承揽、委托及保管，但是现代社会以各种各样的服务为给付目的的合同之中，有很多却很难从性质上确定它们究竟属于哪一种。对于这个问题，除了将其作为无名合同和混合合同来进行处理之外，一般认为准委托的规定（民法第 656 条）起到了兜底的作用。但是也有观点指出，就该条的适用情况来看，委托的规定被准用于各种各样的服务合同未必妥当。此外，也有提案提出，有必要对既有的服务合同的适用范围进行重新考虑。基于此，对不可归类为既有典型合同的服务合同是否需要对其新设可适用之规定群这一问题，需要留意其与承揽和准委托的适用范围之间的关系，作进一步考察。”

“如果创设新规定的话，例如，……服务提供人及服务受领人的义务内容，服务提供人请求报酬的要件，任意解除权的有无等可成为对象；这些规定是否合理，需要留意对交易情况造成的影响，以及对服务受领人处于弱势地位的情况和服务提供人处于弱势地位的情况完全相同地予以对待是不适当的这样的意见的同时作进一步考察。”

（二）第二阶段

1.提案的内容

在综合部会第一阶段的审议意见和征求到的意见的基础上，为展开第二阶段的讨论，事务局作成了新的提案，其提案理由及内容主要有如下几个方面：[10](P.92-96)

首先事务局认为，雇佣和寄托在服务合同中性质比较特殊，因此在考虑如何应对新的服务合同这一课题时，最主要的是要考虑其与委托和承揽合同之间的关系。针对第一阶段应对新的服务合同的三种方案，①事务局排除了 A 提案、B 提案，而是采取了与 C 提案相近的方案。

排除 A 提案的理由是，服务合同多种各样，很难从中把需要单独予以立法的服务合同给找出来；而且从既有的立法提案来看，也没有关于这方面具体的介绍。

① 请参照本文三（一）1 的内容。

关于 B 提案，在第 17 次部会会议上，有委员提出创设无信赖关系仅以服务提供为适用对象的合同类型，或者创设由两者——目前被归类为准委托的有偿服务合同和无法归类为现行民法典既有的有偿服务合同——所构成的合同类型的建议，也得到了其他委员的支持。但是，事务局认为，这样一来如何划定该合同类型的适用对象，以及如何区别其与承揽和委托合同之间的关系则成为一个难题。

还有一种方法，即根据服务受领人在交涉能力上是否占有优势作为标准来进行划分。如前所述，在部会第 17 次会议上，有委员提出在创设服务合同一般规定的时候，要考虑对处于弱势地位的服务提供人的保护，应排除一般规定对其适用。但是，事务局认为，这样一来，该群体的服务提供人将陷入无规则可适用的窘境，而且即便服务提供人与受领人之间在地位上差在着差异，也存在着可适用于两者之间的规定。因此事务局进一步主张，应创设包括处于弱势地位的服务提供人在内的合同类型及其规定。但是，在制定涉及到与服务提供人保护相关的具体规定——例如报酬和任意解除权时，需要再进行详细地分析。

这就是事务局在第二阶段提出的方案。该方案内容的主要特征是，并不将服务合同限定于一定范围之内，而是以服务提供作为一般要件来划定适用范围；如果可归类于承揽和委托等典型合同时，则适用其规定。采用这种立法方式创设新的合同类型及其规则，则服务合同将包括现有的 4 种典型合同（雇佣、委托、承揽、保管）和新的典型合同，或者是它们的混合合同。与此同时，事务局也指出，从现有 4 种典型合同之外的众多服务合同中能否创设出具有合理性的一般规则，可能会遭到质疑，因而有必要在制定各规则的具体内容时作进一步地考察。

2.部会的讨论

针对上述方案，法制审议会委员们在部会第 57 次会议上进行了审议。由于对服务合同的立法模式在第一阶段已经作了比较充分的讨论，因此在此次会议上，委员们就这一问题发言的不多。这其中，最值得注意是的安永贵夫①委员的发言。他指出如果新设服务合同及其规则的话，首先应当充分把握国民日常生活中服务合同都存在哪些问题，因此他事先向部会提交了劳动法学者镰田耕一通过实证调查，以业务委托合同为素材研究劳务提供合同法律关系的论文。②其发言主旨是，批评事务局所列举的现实生活中的新型服务合同多数是消费者型服务合同，所提出的“替代准委托之服务合同一般规定”也主要是以消费型服务合同所创设的，如果这些规定适用于“类似劳动者型服务合同”的话，这对保护“类似劳动者型服务提供人”十分不利。由此，进一步强调应对这一群体实施特殊保护，不应适用服务合同的一般规定。[11](P.48-50)

① 安永贵夫是“日本劳动组合总连合会副事务局长”。

② 安永委员向部会提交的论文是，鎌田耕一：“労務サービスの法律関係－業務委託契約書を素材として－”，早稲田大学 21 世紀 CEO 叢書『企業社会の変容と法創造』2008 年版。

3.中间草案

自 2009 年 10 月法制审议会设置民法（债权关系）部会以来，经过 3 年多的审议，2013 年 2 月公布了中间草案。在中间草案中，由于反对意见众多，代替准委托之服务合同一般规定的提案被删除了，但是对准委托（民法 656 条）作了部分修改，提案的内容如下：[12]

明确规定准委托是非法律行为的事务委托；但是在选择受托人的时候，其知识、经验、技能等属性不被当作主要考虑要素之委托，不得准用本人亲自履行义务、任意解除权（651 条）等规定。此外，中间草案还以（注）的形式提示了第二种方案，即维持现行民法第 656 条的现状，不作修改。

总体上来看，中间草案基本上维持了现行日本民法 656 条的规定，即对非法律行为的事务委托可准用委托合同的规定。而且据中间草案的解说，在日本通说认为无名的服务合同通常可归类为准委任合同，但如此一来多种多样的无名服务合同都被看作准委托，全部准用委托合同的规定的话，有些时候并不适当。特别是以当事人之间的信赖为基础而设立的任意解除权规定，不应当适用于所有服务合同。因此，中间草案将准委托之中全面准用委托规定并不适当的合同类型加以提取，对于该类合同排除部分委托规定的准用。

那么，如何来提取那些应排除适用部分委托规定的合同类型呢？中间草案主要着眼于受托人的个性，即通过判断合同当事人两者之间是否存在着正是因为该受托人所以委托人才把事务委托给他来处理这样的关系。中间草案将其表述为“选择受托人的时候，其知识、经验、技能等属性不被当作主要考虑要素之委托”，亦即比较单纯的仅以事务处理为内容的委托。在这样的准委托合同中，中间草案认为，准用以信赖关系为背景的规定（例如任意解除权）是不合理的。

以上是中间草案关于准委托第 1 项的规定。随后，中间草案又在第 2 项对准委托的终止作了如下规定：（1）合同当事人没有约定准委托期间时，各当事人随时都可以提出解约。准委托合同在解约提出之日起 2 周后终止。（2）合同当事人即使约定了准委托的期间，如果有不得已的事由，各当事人也可以即时解除合同。但是，如果解除的事由是因当事人一方的过错而产生的时候，该当事人应对另一方当事人承担损害赔偿责任。（3）无偿的准委托，受托人可以随时解除合同。

提案第 2 项的前两种情形，基本上与现行《日本民法典》雇佣合同 627 条第 1 项、628 条的规定相一致。这也意味着，对不具有信赖要素的委托，合同解除时不能适用以信赖关系为背景的任意解除权规定，而应适用雇佣合同的解除规定。而最后一种情形则是为无偿准委托所设立的。这是因为在无偿准委托合同中，受托人的行为多是善意的，合同的拘束力对受托人而言较弱，从而允许受托人随时可以解除合同。

针对以上中间草案的内容，在接下来的部会审议过程中，委员们对上述中间草案的内容提出了众多质疑，主要集中在如下几个方面：第一，“受托人的属性”

这一标准不够明确；第二，使用该标准，可否将众多的服务合同划分为是否具有信托要素的委托，也未尝可知；第三，委任的规定是否可适用于准委托，正确的做法是应当根据个案来进行判断[13]。最终事务局在第三阶段的提案中，删除了上述中间草案的提案，而采取了第二种方案，即维持现行民法第 656 条的现状，不作修改。

（三）小结

法制审议会第一、二阶段对服务合同立法的讨论，基本上沿着研讨委员会的立法提案进行。其基本思路是，在对现有服务合同——尤其是承揽和委托（准委托）的适用范围加以明确的同时，创设服务合同的一般规定。但是，缺少对医疗合同、旅游合同等个别典型合同立法的深入讨论。对能否创设出服务合同的一般规定（总则），从中间论点整理征求到的意见来看，不够统一，既有赞成的也有反对的。

正如部会所讨论的那样，现实生活中服务合同多种多样，根据合同当事人的关系，大体上可以划分为三种类型：①消费者型服务合同，②类似劳动者型服务合同，③服务提供人与服务受领人都是企业或者个人的服务合同。虽然事务局希望创设能包含前两者类型在内的一般规定，但受到了很大质疑。

而且，劳动法学者和部会委员们分析认为：无论是研讨委员会案还是中间草案以前阶段的部会提案，实际上都主要是以消费型服务合同为中心，尝试创设服务合同的一般规定；但通过这种方式创设出的服务合同一般规定，如果适用于“类似劳动者型服务合同”，这对保护“类似劳动者型服务提供人”是十分不利的。

由于反对声音较多，到中间草案时，创设替代准委任的服务合同一般规定这一提案被删除了。取而代之的是，继续保留日本民法典“准委任”这一概念，但是将准委托明确定位为非法律行为的事务委托，同时再将准委托划分为具有信赖要素的委托和不具有信赖要素的委托，而对后者对适用委托合同的规定作出限制，例如排除适用亲自履行和任意解除权的规定等。

但是即便如此，在接下来的部会审议阶段，提案仍受到了诸多批评，最终到了法制审议会的第三阶段，事务局将这一提案也删除了，即维持现行民法第 656 条的现状，不作修改。这也意味着，此次日本债权法修改对服务合同的立法最终未获成功。

四、日本法对我国服务合同立法之借鉴

（一）服务合同立法的必要性

根据有关数据统计，2014 年我国服务业（第三产业）增加值占 GDP 的比重为 48.2%，服务业已成为我国国民经济发展的重要组成部分。反映在法律上，以服务为客体的合同群成为新型合同的增长点。可是，在私法规制方面，我国与日

本同样，虽有部分合同从性质上可归类为委托或承揽等典型合同，但更多的服务合同却面临被无法归类为任何一种既有合同类型的困境。

如何应对日益增多的无名服务合同这一课题，现已成为一项世界性的难题。实际上，在我国《合同法》的起草阶段，立法者就已经意识到了：《合同法》征求意见稿曾专设“服务合同”一章，尝试过创设服务合同的一般规则。[14]〈P.150〉不过遗憾的是，这一立法构想并没有能够得到实现。而已公布的学者们的《民法典》建议稿，对服务合同的立法模式采取的主要是将现实生活中的各种服务合同予以典型化，[15][16][17]而缺少对各种服务合同的横向性、综合性的类型化思考。

随着经济的发展，可以预见现实生活中新型服务合同将日益增多。对那些性质上无法确定为典型合同的类型，其法律关系全部交给合同解释会导致法律关系的不稳定。再者，我国与日本不同，在违约责任方面，合同法总则采取了严格责任；因此，一旦被认定为非典型合同，就很有可能适用合同法总则中的严格责任原则。[18](P.210-211)而且，目前当今世界各国的合同法规则大多是以物及其权利的交易为中心而构建起来的，考虑到其与服务及其合同之间的区别，[19](P.97)[20][错误！未定义书签。](P.16-17)也非常有必要对服务合同立法进行全新思考。

（二）服务合同一般规定的立法思路

通过以上对日本研讨委员会案和部会第一阶段 C 提案的分析，我们会发现学者和部会委员们反对替代准委托的服务合同总则这一提案的主要原因在于：现代社会中服务合同多种多样，既有消费者型服务合同又有“类似劳动者型服务合同”，对能否创设可涵盖两者的一般规定充满了疑问，而且提案的部分规定（例如服务受领人的任意解除权等）也不利于对“类似劳动者型劳务提供人”的保护。

理论上，创设服务合同一般规定有两种思路：第一，将“类似于劳动者型服务合同”包括在内一起创设服务合同的一般规定，只是在设立具体规定时可以设置适用除外；第二，直接将雇佣合同和“类似劳动者型服务合同”排除在外，构建服务合同的一般规定。

笔者认为，后一种模式更具有可行性。首先，前者创设可涵盖两种合同类型的一般规定是很困难的，例如在报酬支付时间和任意解除权方面，两者之间差别很大；其次，即便能创设出，如果规定的实用性不强，其意义也不是很大，容易招致质疑；而现实生活中像教育、旅游、医疗等消费者型服务合同越来越多，以其为中心同时兼顾个人或法人之间的服务合同来构建新的服务合同类型及其具体规则，例如着眼于服务提供人的责任和义务，创设具有冲击性、有利于消费者保护之类的规则，其意义似乎也更大。①

① 值得注意的是欧盟共通参考框架草案（DCFR）的重要特征之一，即是特别重视对消费者权益的保护。半田吉信：“新しい契約類型としてのサービス契約”，载小林一俊・岡孝・高須順一编：《債権法の近未来像－下森定先生傘寿記念論文集》，酒井書店 2010 年版，第 378 页；王金根：“欧洲法通则：服务合同及其对我国服务合同立法的借鉴意义”，载《民商法论丛》2010 年第 47 卷。但是 DCFR 的起草者对类似劳动者型服务合同如何进行规制，是否可以适用服务合同一般规定还不明确。关于这一点，有必要今后作进一步地研究。

此外，这还涉及民法与消费者（合同）法之间的关系这一重要问题，也是此次日本民法（债权法）修改的焦点，本

（三）服务合同一般规定与雇佣合同之间的关系

在我国，由于现行《合同法》没有规定雇佣合同，因此主张创设服务合同一般规定的学者，对如何处理与雇佣合同之间的关系，态度不一。例如，有学者仅是基于现行《合同法》将服务合同划分为承揽型、委托型和保管型三种，并没有涉及到雇佣合同。而有学者则认为，雇佣合同在我国合同法中属于无名合同，以物的交易为中心构建的合同法总则无法对其适用，主张应使其适用服务合同的相关规则。[21]（P.74）而笔者则认为，由于雇佣合同在服务合同中性质比较特殊，服务合同的一般规定不应适用于雇佣合同。

我国现行《合同法》中虽然没有规定雇佣合同，但是将雇佣合同有名化的呼声一直很高。如果我国《民法典》规定雇佣这一合同类型，笔者认为，在采“中服务主义”立法模式：合同总则——服务合同总则——服务分则立法模式的前提下，雇佣合同作为自罗马法时代以来一直存在于大陆法系国家的典型服务（劳务）合同，在形式上应当置于服务总则规定之下。

（四）对“类似劳动者型劳务提供人”的保护

近些年，随着就业形式的多样化，即使在我国为用人单位提供劳务（服务）的就业者中，不能明确是否是劳动者而处在中间灰色地带的人，即“类似劳动者型服务提供人”也在不断地增加。对“类似劳动者型服务提供人”的保护问题，与民法学者相比，我国劳动法学者给予了更多的关注。

日本研讨委员会对这一问题的讨论，主要是将劳动合同和雇佣合同视为“同一说”的前提下展开的，倾向于将“类似劳动者型服务合同”交由《劳动合同法》来处理。[2](P.248）但是对劳动合同性质的判断，目前日本的判例和学说都广泛采用了“使用从属性”这一标准，而该标准通常仅适合用于那些在工厂劳动或从事定型性工作的劳动者，对被赋予了较大裁量权的劳动者却并不适用。[22]（P.67）在现代社会，这一标准实质上起到了限制《劳动合同法》适用范围的作用。因此，目前在日本，实际上“类似劳动者型服务提供人”很难得到《劳动合同法》的保护。[23]在债权法修改过程中，为了保护“类似劳动者型服务提供人”，多数劳动法学者和法制审议会的委员们都主张对其不应该适用服务合同的一般规定。有学者则进一步主张，在将劳动合同和雇佣合同加以区别的前提下，由雇佣合同来处理或者作为劳动法的课题作进一步的探讨。①

同样，在我国，笔者认为，考虑到目前我国《劳动法》和《劳动合同法》很难覆盖类似劳动者型服务合同的现状，[24]（P.7）为了保护“类似劳动者型服务提供人”，雇佣合同有其存在的自身意义。此外，我国今后的劳动契约立法也应当从

文暂不作探讨。国内对该问题研究的文献，可参考谢鸿飞：“民法典与特别民法关系的建构”，载《中国社会科学》2013年第2期。

① 持此相同或类似观点的有：［日］鎌田耕一：“雇用、労働契約と役務提供契約”，载《法律時報》2010年第82卷第11号；［日］土田道夫編：《債権法改正と労働法》商事法務2012年版（水町勇一郎）；［日］水口洋介：“役務提供型契約”，载《ジュリスト》2012年第第1441号；［日］川口美貴＝古川景一：“民法（債権関係）改正と労働法の課題”，载《季刊労働法》2011年第232号。

解雇保护、工伤保险制度等方面加强对一这群体的保护。

五、结语

制定一部具有中国特色的《民法典》，一直以来是我国众多学者的梦想。全国人大常委会法制工作委员会已正式启动了民法典编纂工作，决定首先进行民法总则的起草。中国法学会民法典编纂项目领导小组组织撰写的《中华人民共和国民法典·民法总则专家建议稿（征求意见稿）》已初步完成，目前正在征求意见。按照编撰民法典的日程安排，民法总则出台后，接下来就要制定民法分则。日本法的经验告诉我们，我国无论在制定民法总则还是制定民法分则之时，都应该考虑到对劳动法可能造成的影响，否则就会出现像日本债权法修改过程中所发生的那样——因为没有考虑对劳动法的影响，最终导致服务合同提案无法通过的现象。我国在起草《合同法》时，虽曾有对服务合同和雇佣合同的讨论和草案，但最终未获成功。而此次民法典的编撰，也为多年前立法设想的“复活”迎来一次良机。

众所周知，日本现行民法典是在借鉴法国、德国法的基础上制定出来的，而此次日本债权法修改的一个重要目标，是将日本民法实施一百多年来的经验、成果加以梳理和总结，向欧洲乃至世界债权法的共通化传递自己的声音。近些年，我国民法和劳动法在立法方面都取得了长足的进展。此次民法典编撰，如果能在服务合同立法方面有所突破，这不失为我国向国际社会的一种发声。但是该目标的实现，不仅考验民法学者的智慧，同时也有赖与劳动法等其他学科的学者和实务界人士的共同努力。

参考文献：

[1] [日]筒井健夫，“‘民法（債権関係）の改正に関する中間試案’について”，载《NBL》2013 年第 998 号。

[2] [日]民法（債権法）改正検討委員会編：《詳解・債権法改正の基本方針Ⅴ各種の契約（2）》，商事法務 2010 年版。

[3][日]東京弁護士会法友全期会債権法改正プロジェクトチーム編：《民法改正を知っていますか》，民事法研究会 2009 年版。

[4] [日]半田吉信：“新しい契約類型としてのサービス契約”，载小林一俊・岡孝・高須順一编：《債権法の近未来像－下森定先生傘寿記念論文集》，酒井書店 2010 年版。

[5] [日]坂本武憲：“役務提供契約”，载《法律時報》2009 年第 81 卷 11 号。

[6] [日]鎌田耕一：“雇用、労働契約と役務提供契約”，载《法律時報》2010 年第 82 卷第 11 号。

[7] [日]民事法研究会編集部編：《民法（債権関係）の改正に関する検討事項—法制審議会民法（債権関係）部会資料〈詳細版〉》，民事法研究会 2011 年版。

[8] [日]金融財政事情研究会：《民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理”に対して寄せられた意見の概要》，金融財政事情研究会 2012 年版。

[9] [日]商事法務編：《民法（債権関係）の改正に関する中間論点整理の補足説明》，商事法務 2011 年版。

[10] [日]部会资料 46，http://www.moj.go.jp/shingi1/shingikai_saiken.html，最后访问日期：2015-07-01。
[11] [日]第 57 回议事録，http://www.moj.go.jp/shingi1/shingikai_saiken.html，最后访问日期：2015-07-01。
[12] [日]民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明，
http://www.moj.go.jp/shingi1/shingikai_saiken.html，最后访问日期：2015-07-01。
[13] [日]第 57 回议事録，http://www.moj.go.jp/shingi1/shingikai_saiken.html，最后访问日期：2015-07-01。
[14] 全国人大常委会法制工作委员会民法室编著:《中华人民共和国合同法及其重要草稿介绍》，法律出版社 2000 年版。
[15] 梁慧星主编：《中国民法典草案建议稿》，法律出版社 2003 年版。
[16] 徐国栋主编：《绿色民法民法典》，社会科学文献出版社 2004 年版。
[17] 王利明主编：《中国民法典草案建议稿及说明》，中国法制出版社 2004 年版。
[18] 周江洪：“服务合同的类型化及服务瑕疵研究”，载《中外法学》2008 年第 5 期。
[19] [日]松本恒雄：“サービス契約”，载《别冊 NBL》1998 年第 51 号。
[20] [日]戦東昇：“役務提供型契約に関する比較法的考察”，载《九大法学》2012 年第 104 号。
[21] 曾祥生：“服务合同：概念、特征与适用范围”，载《湖南社会科学》2012 年第 6 期。
[22] [日]島田陽一：“雇用類似の労務供給契約と労働法に関する覚書”，载《新時代の労働契約法理論》，信山社 2003 年版。
[23] 田思路、贾秀芬：《契约劳动的研究——日本的理论与实践》，法律出版社 2007 年版。
[24] [日]龔敏：“中国労働法上の「労働者」と「使用者」”，载《労働法律旬報》2012 年第 1771 号。

Comparison and Reference: The influence of Japanese obligation law modernization on the labor law

Zhan Dongsheng

Abstract: In view of the importance of the service contract in modern society, Legislative Council of the Ministry of Justice of Japan has reviewed a number of legislative proposals of service contract during the modification of the law of obligation. It is highly accepted to advocate constructing the general provisions(General) and the specific provisions of service contract in existing proposals. However, this proposals has ignored the protection of "service provider similar to the labor", this leads to widely questioned by the labor law scholars and the Legal Committee, finally was deleted during the "middle of the draft" phase. Based on fully absorb the experience of the legislation’s failure of Japan, our country’s civil code should adopt this Legislative model that general--specific provisions with “proper service doctrine”, except the Employment contract and "service contract similar to the labor", and then take consumer-oriented service contracts as the center to construct general provisions of service contract. The "service contract similar to the labor" should not be applied to the general provisions, It should be regulated by the employment contract or be further study by the labor law scholars.

Key words: Service Contract; service contract similar to the labor; employment contract; labor contract law

劳动契约法律规制对民事契约的依赖

——以契约自由为视角

李敏华[1]

内容提要：劳动契约的私法性不因其所属的法域而就不复存在，契约自由限制的差异不仅不是劳动契约域民事契约关系的断裂，而恰恰是它们彼此关联的证明，也不因此就不再需要因民事契约私法性所产生的理论、制度。作为劳动法律的核心——劳动契约法律，其规制适度即是不能离开民事契约理念、制度的依赖。

一、劳动契约的私法性

劳动契约如民事契约一样，都具有私法性，都不能脱离契约自由与契约自由限制。

首先，从一些立法例可见劳动契约的私法基础性。在德国，将劳动契约规定在《德国民法典》第 611 条至第 630 条中，且以劳务合同的形式使其为一种具体的债的关系，对雇主与雇员之间的劳动关系作了基本规定[2]，同时配以一些单行法规，如工资续付法、休假法、解雇保护法，以此构建起德国劳动关系法律体系[3]，并在理论上将接受单行法调整的劳动关系视为《德国民法典》所规定的雇佣关系的特殊形式。奥地利的立法体例亦大致相同。这种立法体例有益于劳动关系的处理，既能正视自身的特殊性，又不忘其作为契约的一般属性，并可使劳动关系相关立法更客观、适度。在瑞士，于 1971 年对其 1911 年公布施行的债法中的第 319 条至 362 条进行了修正，将原有的“雇佣契约”一章修改为“劳动契约”一章，使具有浓厚社会化色彩的劳动契约进入民事法典之中，甚至将团体协约也纳入民事法典之中，这符合法社会化的潮流，而且也使劳动关系规制更加体系化，使其私法性与其联系更紧密。如此，除了益于劳动关系周到、适度的处理以外，也益于法体系的整合。在《日本民法典》债权偏中第 623 条至 631 条也规定了雇佣制度[4]。在《意大利民法典》“第五编 劳动”中也有劳动关系的规定[5]。在英美法系亦类同，没有脱离私法的框架，其将劳动关系的一部分置于契约法的规定下，称为

---

[1] 本文哈尔滨师范大学法学院，联系方式：李敏华，哈尔滨师范大学法学院，电子邮 liminhua67@126.com ；手机：15846525605

[2] 郑冲、贾红梅译：《德国民法典》，法律出版社 1999 年 5 月第 1 版，第 143～150 页。

[3] 黄越钦著：《劳动法新论》，中国政法大学出版社 2003 年 4 月版，第 81 页。

[4] 王书江译：《日本民法典》，中国人民公安大学出版社 1999 年 2 月版，第 110～111 页。

[5] 费安玲、丁玫译：《意大利民法典》，中国政法大学出版社 1997 年 6 月版，第 515 页及以后。

“雇佣法”，另一部分以单行立法形式进行，称为“劳动法”[6]。能共处于同一法典之中的各种关系，即足以表明它们有能统率该法典的共性存在，民法典的共性即是私法性。

其次，将劳动契约视为私法契约，是理性对待劳动契约现实的必然。现有劳动契约的专门立法模式，例如，我国大陆与台湾，易使人只专注劳动契约的特色，而不能正确对待其私法性，劳动契约的私法性面临着劳基法、工作规则等的威胁，因此需要我们理性地正视劳动契约私法性的客观存在。即使是那些被竭力归纳出的区别于私法契约的劳动契约三大原则——工资续付原则、劳务给付义务不得强制原则、危险负担之责任归属于雇主原则[7]——也不能证明其能脱离得了私法体系。工资续付原则是指在妇女“三期”、符合法定条件的病假期间、带薪休假等期间内，尽管劳方未提供劳动，但资方仍要照付劳动报酬。这一点被视为违反了民法或民事契约法中的“等价交换”性，事实并非如此，我们知道，由于主体实力上的差异、供求关系等市场因素的作用，私法领域中的等价交换性也不是绝对的，其具有非客观性，劳动契约的“工资续付原则”可谓是等价交换的非绝对性的延伸，而且是伴随民法社会化而日益显著的结果，其至多可以作为民法的特例，而不足以成为其拒斥私法性的根据。劳务给付义务不得强制原则，是在债权与人格权之间更重人格权的选择结果，这一原则在我国《合同法》中也有规定，其中第110条规定：“当事人一方不履行非金钱债务或者履行非金钱债务不符合约定的，对方可以要求履行，但有下列情形之一的除外：①法律上或事实上不能履行；②债务的标的不适于强制履行或者履行费用过高；③债权人在合理期限内未要求履行”，其中“债务标的不适于强制履行”即包括“劳务给付不得强制履行”的内容，至于危险负担之责任归属于雇主原则亦有类似情形。

二、契约自由的不同限度对民事契约与劳动契约关联性的证明

劳动契约（法）与民事契约（法）有着难以割舍的亲缘关系，其之所以专门化或独立化，是由于劳资关系成长现实的逼迫，需要相关法律能将其作为特殊使命予以强调，如此方能更好地使劳资关系向着如人所愿的方向发展。如果始终让其栖息在“长者”——民法之下，那么它就会不自觉地受到束缚，并产生对长者的依赖，不自立于长者，它就不会被强调、被突出，对其使命完成就不会被提升到新的高度。但无论怎样，都无法脱离其与家族的亲缘性，民法社会化之下，劳动法或劳动契约法有重归民法或民事契约法的倾向，即是一证明。然而，有一种声音认为，契约自由限制程度上的差异构成了对民事契约（法）与劳动契约（法）关联性的威胁。契约自由限制是自治与管制共同使用于契约法中的产物，自治与

[6] 周长征著：《全球化与中国劳动法制问题研究》，南京大学出版社，2003年10月，第188页。
[7] 黄越钦：《劳动法新论》，中国政法大学出版社2003年4月版，第91页。

管制是现代各法中所共同的调整方法，只是它们在传统公、私法以及新出现且难以归类的各法域中，有比例上的差异，此即谓契约自由限度差异。在传统私法中，尽管冠有“强制”的调整方法，但其只是“自治”调整方法的背景而已，自治仍是私法中的显性力量。反之，在传统公法中，则与此相反。而如今，自治与管制于法中配置状况则不如传统公、私法中那样鲜明，因而，一方面使传统公、私法的划分模糊了，另一方面却使原来同处于私法中的契约关系，例如劳动契约关系与其它民事契约关系，因契约自由限制强弱对比鲜明，而使人们有把契约导向分裂的趋向，认为高度的契约自由限制，即高度的管制，是公法的或曰社会法的性质的标示，但却是与私法性的脱离。这种认识不具有客观性，它是由于人们不肯摆脱传统的将自治与管制分别专属于不同法域的思维路径的结果，面对自治与管制这一专属性的丧失，人们茫然不知所措，在惯性思维之下，将自治与管制所占比例的不同作为区分不同法、不同法现象的依据。这不仅不能产生有说服力的结论，而且会误导理论与立法实践，但如果换一个观察问题的视角，我们就会发现契约自由限制度恰恰表明劳动契约与民事契约的关联性，这是极为重要的。

契约自由限度的不同没有阻断民事契约与劳动契约的关联性，而恰恰证明是二者的联系所在。**首先**，契约自由限度的差异，是在不同时代背景下，传统私法与现代私法对比的结果。具体而言，契约自由限度的差异，应是不同时代背景观察下的产物。在未能跳出法工具有限的局限的现时代，法以自治与管制对私的社会关系进行调整是当然选择，与以往相比，主旋律未变，所变化的只是管制适用余地日益扩大，这是因为只有借助有限工具间的互助协同以及更多的管制，才能满足现代社会背景下私法的宗旨。现代私法的变化是因应社会情势变化的逼迫而于立法上将自治作为规制工具的同时，增大了管制的力度。总之，劳动契约自由的更多限制即是私法现代变迁的体现，契约自由限制增强是整个时代基点变化意义上的增强，而不是劳动契约独自的变化。**其次**，契约自由与契约自由限度是民事契约与劳动契约实现各自契约目标的共同媒介，因此契约自由及契约限度的理论、规则均有适用于两类契约的余地。虽然可以说契约自由是私法最重要的特点，但这种断言的真理性似乎只能在传统私法之下或对自由追求的假象之下才会得以验证。自治或曰自由在应然意义上，从来都是手段而不是目标，至多其可作为某一阶段意义上的目标。我们追求自由，是因为我们需要它，需要它背后所蕴含的东西而不止于自由。基于人的认知理性局限，在某一阶段，我们可能会认为自由是使我们获得或获得接近我们所要东西的利器，甚至是唯一的，以致在表象上这一“利器”——自由——似乎就成了我们的目标或想要的东西。由此推论，契约自由也就是契约的目标，是契约当事人的追求。这也是自治或契约自由被作为私法或私法契约精髓的根据。历经实践的这种认知，让人们意识到，美好的自由却给他们带来了其所不期望的东西甚至是不利或灾难。之所以酿此祸端，乃是因为

对自由追求的假象所致，人们将手段视为目标，将次级目标视作终极目标的缘故。此亦是自由之所以被“放任”、私法自治或契约自由之所以被滥用的根源所在，以致丧失了自由的工具性功用。于是如何最大可能地发挥出自由的“善”、抑制住其“恶”，成为现代法，特别是现代私法或契约法的核心问题。别无他途，选择了“管制”，但由于管制是权力的象征，其亦如自由一样都要历经人之操守，此亦有被滥用的趋向，此正如孟德斯鸠所言：“每个有权力的人都趋于滥用权力，而且还趋于把权力用至极限，这是一条万古不易的经验”[8]。鉴于自由与权力滥用的极端实践，因此，需要将自由与管制结合于法中，以管制限制自由、以自由监督管制成为现代法的选择。这是现代法的共性，当然也应是原本同属私法、同属契约法的民事契约与劳动契约的共性。综上可知，契约自由与契约自由限度不是现代契约法所要最终追求的，它只是现代契约（法）所要追求目标的媒介，并且现代契约法律规制适度与否应在于契约自由适度与否，而不是契约自由的大小。民事契约自由与劳动契约自由限制的不同，是为确保它们各自契约目标的实现，而因应契约的不同情势却对自由与管制所做的不同配置，是为避免重蹈规制极端这一历史覆辙的目的而服务的。

三、劳动契约自由规制适度对民事契约自由制度的依赖

劳动契约对民事契约的依赖实际上就是对民事契约私法性的需要，劳动契约的私法性不因其所属的法域而就不复存在，也不因此就不再需要因民事契约私法性所产生的理论、制度。那么这个私法性究竟是指什么，一个极具主导性而且现在仍为许多学者所主张的观点是，将私法性等同于私法自治，但如前文所言，由于自治作为一种法的工具，而不只局限于私法的领地内使用，自治与管制已被共同使用于现代各法域之中，只是有所侧重而已，因此这一主张的说服力已大为削减。这里认为，私法性，它是一个综合的判断，它是由各个不同但又具有一贯联系的一些属性的结合。这其中除了“自治”的因素以外，还有“私的”因素，例如：恩格斯认为，“私法本质上只是确认单个人间的、现在的在一定情况下是正常的经济关系”[9]；孟德斯鸠认为：“民法是以私人的利益为目的”[10]。另外，私法规范在制裁方法上主要有赔偿损失、违约金、宣布合同无效等，采取或启动这些措施的法律主体应为契约相对人，而不是权力机构。[11]由这些私法或私法规范的特征可知，劳动契约具有私法性是无疑的，但受社会连带原则的制约，其同时又伴有公法性，加之劳基法的突出地位，因此在理论上劳动契约有被归入民事特别法与

---

[8] 【美】E·博登海默著：《法理学：法律哲学与法律立法》，邓正来译，中国政法大学出版社 2004 年 1 月版，第 63 页。

[9] 马克思、恩格斯著：《马克思恩格斯全集》第 4 卷，人民出版社 1958 年第 1 版，第 76 页。

[10] 【法】孟德斯鸠著:《论法的精神》（下册），张雁深 译，商务印书馆 1961 年 11 月版，第 191 页。

[11] 叶静漪 、【瑞典】Ronnie Eklud ：《瑞典劳动法导读》，北京大学出版社 2008 年 7 月版，第 6 页。

社会法的两种观点，劳动契约的私法性也常常因此被漠视。这里认为，民事契约与劳动契约即使分属于不同法域，也不妨碍它们在私法上的关联性，不同法域区分是法功能上的要求，是为突出某些主体、某些利益的保护，是权力介入程度的不同而已，所调整的对象、直接利益均是私的。民事契约与劳动契约设计上的差异是无可非议的，但这种差异不应是建立在对民事契约刻意排斥的基础上的。劳动契约为丰富民事契约提供了材料，为民事契约法所欲达致目标——例如生计、自由、安全等——的高效完成提供了更具体的方案；民事契约雄厚、精致、成熟的制度、概念、逻辑以及其它理论，都是劳动契约理论研究与制度设计无法逾越的前提，劳动契约只有在接受它的前提之下，才会有发展。当然，这并不意味着要将民事契约的理论与制度全盘地塞进劳动契约之中，这是我国劳动契约自由规制尤其应引以注意的问题。

在我国，由于理论认识与立法上的缘故，更易使劳动契约自由规制拒斥民事契约相关理念与制度的可借鉴性，由此造成了法律适用上的困难。我国对雇佣关系——包括劳动法意义上的及其以外的——的现有立法状况不能不说与此无关，该立法现状致使我国雇佣关系保护不周全。我国除在《民法通则》第 121 条、《侵权责任法》第 34 条、第 35 条以及 2004 年施行的《最高人民法院关于审理人身损害赔偿纠纷案件适用法律若干问题的解释》第 8 条、第 9 条、第 11 条中有雇佣关系下人身侵权责任的规定以外，雇佣关系在民事法律或法规中可以说是寥若晨星，基本为空白。从现有的理论与立法模式上看，劳动关系以外的雇佣关系是以民事法予以规制的，劳动关系的调整则适用于《劳动合同法》、《劳动法》等。尽管《侵权责任法》第 34 条有所突破，但也仅限于“用人单位的工作人员因执行工作任务造成他人损害的情形。”这种分裂的立法模式易造成法律适用的困难，如辨识不同法律关系的麻烦，因劳动而产生的纠纷解决中法律漏洞填补上的困难。在“分裂”的立法模式之下，民事雇佣契约的立法亦不具有系统性，适用于劳动关系及其以外雇佣关系的一般性规定与理念、理论的缺失或不被认知，造成了适用中的不必要困难。主观上的刻意划界，不止背离了二者内在联系的客观性，而且在现实立法中亦无法将其界分清楚，主客观分裂使立法陷于不必要的纠结之中。就劳动关系中侵权责任的立法而言，《劳动合同法》第 88 条有规定，如果说还有规定的话，那就是：《劳动合同法》第 92 条，《条例》第 35 条与《修正案》第 4 条（这些都是从属于《劳动合同法》第 88 条的）；《侵权责任法》第 34 条，最高人民法院司法解释第 8 条、11 条、第 12 条。《劳动合同法》第 88 条是关于在劳动关系存续期间用人单位对劳动者身心构成侵权的责任规定，依该条所列举的用人单位侵权的四种情形可知，它既包括劳动者从事职务活动中用人单位侵权的情形，又涉及劳动者未从事职务活动中用人单位侵权的情形。但对劳动关系存续期间劳动者从事职务活动中，劳动

者造成他人损害的责任承担、劳动者自身遭受损害的责任承担、用人单位以外的主体侵害劳动者的责任承担等均没有规定，而且，即使用人单位对劳动者构成侵权之适用情形的规定也不够周延，如未规定用人单位对劳动者侵权的替代责任。呈现这种局面的原因无非是刻意将其与民法区分的结果。就雇员在工作中的责任（包括造成自身、单位财产、人身损害的情形）而言，在我国，由于对劳动法与私法关系的不恰当处置，割裂二者的联系性，不适当强调它们的区别性，因而在立法上“扭捏、羞涩”的雇员责任规定必是含混、有缺漏的。于劳动法中，鉴于“劳动法是保护劳动者、倾斜劳动者”的理念，因而劳动立法中排斥雇员责任，《劳动合同法》也仅有 2 条规定；于民事立法中，因雇员的身份而使其独立于私法的理念，因而民事立法对雇员的责任规定亦是不全面、含混、矛盾的，且主要限于《侵权责任法》与《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释 》（法释[2003]20 号）中的侵害人身权的情形。这种立法思考导向下的立法缺乏逻辑性、体系性、系统性，法律适用困难，造成法律实施低效。事实上，相关法律争议的解决不能因劳动法律缺漏而被置之不理，在民法规范中寻求解决方案是别无它途的选择，也就是说，为了解决问题还是不得不逾越对民法与劳动法人为刻意划分的界线。值得继续说明的是，这种主观刻意的弊害亦体现在民法规定中。依《侵权责任法》第 34 条，其规定了用人单位工作人员执行职务活动中造成他人损害的责任，但却未涉及劳动者执行职务活动中自身遭受损害的责任规定，遇有该等情形时，只得从《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释 》寻求解决依据，尽管该司法解释第 11 条可作援引的依据，但结合该司法解释其他规定，如第 8 条、第 9 条等，这里“雇佣关系”的含义似乎不统一，有时指“劳动关系”，有时指“劳动关系以外”的因劳动而发生的法律关系。这里认为，将劳动契约法作为民法的子系统仍是必要的，如能既考虑其本身的特殊性，又能将其与其他民法调整对象共性的东西抽象为一般性，那么就会避免上述诸种困惑，一个逻辑周延的、系统 、全面的、体系的、便于实施的法律制度就会呈现出来。

事实上，许多国家在民法典中都有关于雇佣契约的规定，如德国、日本，它实际上是对雇佣关系的总括性规定，无论产业上的，还是非产业上的，它实际上是在承认一个事实：无论哪种雇佣契约，它都不能没有与契约、私法契约、私法契约社会化的关联性。瑞士将“劳动契约”替代“雇佣契约”直接纳入债法中的做法更是表明了此种态度。

总之，劳动契约规制适度不能没有民事契约理论与制度的支撑，这是劳动契约规制理性所要求的。对在我国，恰如郑尚元教授所言：“中国劳动合同制度之先天理性不足源自理论上的营养不良”[12]，而这种状况产生的原因，就是我们对

[12] 郑尚元：《劳动合同法的制度与理念》，中国政法大学出版社 2008 年 3 月版，第 87 页。

民事契约理论与制度在劳动契约之下接受与发展、创新上的不足。社会发展至今天，使本具有天然联系性的世界似乎再也难觅隔绝的可能，事物之间的丝丝相连简直是一张网，让人有些窒息，意欲辟出一片的的确确的独自的领地，无疑是一种虚幻。敌对的结果只会害己，好的选择只能是回应这种客观情势，保持合作的态度，以此开辟出新的意义上的独自领域。法社会化之下的公法私法化、私法公法化，使传统各法的独自性受到了动摇，明智之举当不是固守传统的对待问题的思路，即不是一味追求传统意义上的法划分的纯粹性，应在联系的、合作的视角下进行法律理论研究与立法，劳动契约自由的规制即应采取此种路径。我国劳动契约理论与立法对此的态度，是"羞羞答答"式的，这在我国《劳动合同法》中即有明显的体现。一些劳动契约法规定虽极力地将其与《合同法》相区别以达倾斜于劳动者的目的，但结果却与这种倾斜劳动者的目标相悖离，《劳动合同法》关于违约金责任的规定即是如此，《劳动合同法》规定了两种适用违约金责任的情形：服务期违约、竞业限制违约。依《劳动合同法》第 22 条与《劳动合同法实施条例》第 16 条的规定，如果劳动者违反服务期的，就要依约定向用人单位依法承担支付不超过用人单位提供的专项培训费用的违约金责任。这一规定是为了保护劳动者，扼制用人单位滥用优势而与劳动者签订不利于劳动者的服务期合同所作的倾斜性规定。该违约责任的规定"不仅无从涉及违约金的惩罚性，就连对资方最基本的投入也未能保护回收……对资本利益的保护限于'未及补偿性'，依现有立法也没有以其它责任形式补救的规定"[13]。之所以如此规定服务期违约金责任，是顾及了劳动者偿付能力的有限性并且不因此阻碍劳动力流动等因素，以标识对劳动者的倾斜保护。似乎可以基于同样的理由，也对劳动者竞业限制的违约责任作出类似规定，但《劳动合同法》第 23 条、第 24 条、第 90 条却作出了与之截然不同的规定，依此规定，劳动者违反竞业限制约定的，要依约定向用人单位支付违约金，并且违约金责任数额没有像服务期违约金那样有法定数额限制，不止如此，如果劳动者因违反竞业禁止义务而给用人单位造成损失的，劳动者还要承担赔偿损失的责任。这种以倾斜、保护劳动者利益为宗旨的劳动合同立法却做出了严于《合同法》的规定，我们知道，《合同法》关于违约金和赔偿损失两种违约责任并用是有前提的，即仅当违约金支付不足以弥补非违约方所受损失之时，方可适用。《劳动合同法》中这种不能保持一贯的立法现象的发生，一个关键原因在于，它是两种极端的产物，具体是指：要么是在倾斜劳动者保护的立足点之下，刻意寻求与《合同法》的差别，如此刻意的结果往往是产生出不具正当性的规定，服务期违约责任的规定即是如此，这种规定的执行纵容了劳动者的不诚信、挫伤了用人单位投资于人力资本的积极性，该规定虽然促进了劳动力的流动，但也悖离了稳固劳动关系的宗旨；要么疏于对民事契约制度及其精神实

[13] 黎建飞、李敏华：《劳动合同服务期责任的法哲学思考》，载《河南省政法管理干部学院学报》2009 年第 2 期，第 102 页。

质的领会，劳动契约制度的借鉴只是借其“形”，而未借其“神”。总而言之，是由于对民事契约理论与制度缺乏正确理念所致。劳动契约自由的规制既要依靠民事契约又要不寄身于它。就劳动者违反服务期和竞业禁止所应承担违约金责任大小的确定而言，如果遵循合同法的禁止惩罚性的原则，但并不否认合理设计的违约金约定的可执行性，同时给予劳动者一定的排除该约定适用的公平权利，例如，劳动者可通过证明其与用人单位之间存在讨价还价能力的欠缺、被迫离开等情形，以此排除过高约定数额违约金的适用，那么就可避免或减少前述不良后果的发生，这起码是一种心理暗示的作用。[14]在下文中将以诚信原则为例进一步论证这个问题。

[14]Anthony Kraus ， Employee Agreements for Repayment of Training Costs :The Emerging Case Law,*Labor Law Journal*, fall2008,pp.218-219.