

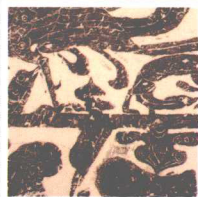
走出市场困境

弱者维权实证研究

陈志 著



西南政法大学



经济法學文庫

12

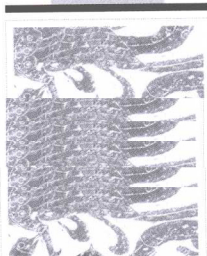
走出市场困境

弱者维权实证研究

陈志 著



西南政法大学



经济法
学文库

12

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

走出市场困境：弱者维权实证研究/陈志著. —
北京：法律出版社，2015. 7
(西南政法大学经济法学文库)
ISBN 978 - 7 - 5118 - 8060 - 4

I. ①走… II. ①陈… III. ①法律援助—研究—中国
IV. ①D926. 5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 130346 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/陈 妮

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/财经出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

责任校对/王 丰

责任印制/吕亚莉

印刷/北京京华虎彩印刷有限公司

开本/720 毫米×960 毫米 1/16

印张/14.25 字数/185 千

版本/2015 年 7 月第 1 版

印次/2015 年 7 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010 - 63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话：

第一法律书店/010 - 63939781/9782

西安分公司/029 - 85388843

重庆公司/023 - 65382816/2908

上海公司/021 - 62071010/1636

北京分公司/010 - 62534456

深圳公司/0755 - 83072995

书号：ISBN 978 - 7 - 5118 - 8060 - 4

定价：39.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

西南政法大学经济法学科始创于 20 世纪 80 年代初,是全国率先设置的几个经济法专业之一。本学科于 1996 年取得博士学位授予权,2000 年开始向国外和我国港澳台地区招收博士研究生,2002 年和 2007 年被教育部评定为国家级高等学校重点学科。经过多年的积累和传承,本学科在经济法理论和实务研究方面取得了较为丰硕的成果,并在经济法基础理论、农村经济法制等领域形成了自己的研究特色和研究优势,在法学界享有一定的声誉。

根深方能叶茂。本学科在李昌麒教授、种明钊教授等前辈的精心策划、直接组织或推动下,在全国同行的热忱关心和大力支持下,在学科全体教师共同努力下,已成功推出“经济法博士精品文库”(法律出版社出版)、“西南政法大学经济法系列”(厦门大学出版社出版)和“经济法论坛”(群众出版社出版)等多个系列出版物,建立了“李昌麒经济法网”、“中国农村经济法制创新研究中心网”和“西南政法大学经济法研究中心网”等多个

学术网站。这些系列出版物和学术网站,对夯实本学科的建设平台、繁荣经济法学学术研究,产生了并将继续产生极大助益。为进一步拓展本学科的建设平台,推动经济法学研究,我们决定出版“西南政法大学经济法学文库”。与本学科现有的几个系列出版物的侧重点不同,本文库主要为本科的教师尤其是中青年教师提供一个发表优秀作品的途径,展示本学科教师对经济法学理论和实务问题的新思考和新探索。

当下,经过经济法学界同人的不懈探索,有关经济法的共识增多了,经济法的“合法性”也不再是一个问题。但是,作为一门新兴的法学学科,经济法学的研究在理论上尚需进一步推进,在实证上有待进一步加强。可以说,未来经济法研究,既需要“多谈些主义”,也需要“多谈些问题”;既需要“大胆假设”,也需要“小心求证”;既需要加强“本土性研究”,也需要开拓“国际性视野”;既需要“前瞻性分析”,也需要“回应性探索”。当您推开本文库这扇经济法学研究之门后,您或许看不到惊世骇俗的思想,但我们相信并期待着,您将在本文库中感悟到经济法学的堂奥,见证本学科教师对经济法学脚踏实地、孜孜以求的精神。

些许微衷,尚请贤明察之。



2011年5月

自序

留意弱者维权的法律问题已有一些时日了。记忆中,应该肇始于2005年夏季代理的一起农民工维权纠纷案。那是一起我任课班级一位学生的家长委托我代理其追讨农民工欠薪的案件。这类案件当时在全国各地都有发生,大同小异:标的小,影响大,案情简单,追讨艰辛。由于该案证据缺失,农民工维权保护程序设置烦琐,加之较小的诉请标的与追讨欠薪所耗费的时间、精力、必要费用等较大的成本之间的利益权衡等原因,委托方最终忍痛放弃了应当获得的部分工薪而和解结案。此案代理效果不太理想,由此引发我对弱者维权保护问题的关注,开始收集研读相关文献资料,也断断续续发表过几篇弱者维权救济以及吁请完善弱者保护立法的理论文章,如《土地征收中农民权益保护法律问题研究》(载《重庆工商大学学报》2006年第2期)、《企业社会责任体系下的农民工权益保护》(载《经济管理》2006年第5期)、《论公平价格理论与我国粮食直补政策的完善》(载《农业现代化研

究》2008年第9期)、《中国个体工商户的发展现状与制度保障》[载《欧亚研究》(韩文期刊)2010年第3期]、《中国个体工商户持续发展的制度保障——兼评〈个体工商户条例〉》[载《中国法研究》(韩文期刊)2011年第12期]、《构造农村土地承包经营权入股制度的法律思考》[载《武汉理工大学学报》(社会科学版)2012年第25卷第1期],等等。平心而论,这些研究成果大都是应景之作,虽有理性思考,但缺失真情实感。真正促使我静下心来系统研究弱者维权法律问题的,是2012年7月我在韩国的一次生病就医经历。

2012年是我在韩国东亚大学准备博士学位论文答辩的一年。7月的一天凌晨,因突发急性胰腺炎,剧烈的疼痛折磨得我直不起腰,大汗淋漓,这是我老毛病了。回望我在国内发病,每次心急火燎地被送往医院,面对的都是漫长的排队挂号、叫号就诊、上楼血检、下楼尿检以及各种仪器检查反复折腾的场景;回想每次病愈出院,面对的都是一长串治疗费、医药费不清不白的账单。此时身在异国他乡,旧病复发,想到即将上演国内就诊的一幕幕,我备感弱小无助,难免心生悲凉。

谁料想,接下来的就治疗过程令我大开眼界!我在就医过程中不仅没有一星半点“患者是弱者”的无助感觉,反而领受到韩国医护人员快捷、高效、真诚的医疗服务带给我的无尽温暖。清晨,我被送往釜山下端的一家私立医院,医院同样人来人往、比肩接踵,但一进该院,一位导医模样的年轻女子见我脸色苍白、疼痛难忍的样子,即刻将我搀扶到一辆救护轮椅上,不由分说直接将我送往一内科医生诊室,其他患者见状纷纷让道。在医生诊治过程中,导医则忙进忙出地帮助我办完治疗所需的一应手续,连测定尿淀粉酶必须进行的尿检也是在导医的引领下快速完成的。从踏进该院到躺在病床上输液,前后不足40分钟。病痛一缓解,精神一放松,我禁不住喟然长叹:患者是上帝的感觉真好!次日出院时,医生仅给我开出两天的备用药,我要求多开一些,但医生婉拒。我的韩国导师赵东济教授告诉我,韩国实行医药分离,医生开出的处方药限量,且只能到有售药资质

的药房去买。难怪我一天半治疗下来,治疗费、医药费仅相当于在国内发病所需费用的1/3左右。

在韩的这次就医经历对我触动很大。通过国内国外两种就医际遇的比较,我深切体会到:患者的心理、健康状态及遭受病痛折磨的境遇决定了,相对于拥有专业知识、专门技能的医生以及提供专业诊疗服务的医疗机构而言,无论哪个国家的患者都处于弱者地位。患者在此情形下是否可以活得有尊严,能否享受到贴心的医疗保障从而摆脱身心、经济方面的沉重负担,在很大程度上取决于一个国家对患者权益是否尊重、如何保护的制度安排。在韩国,患者之所以能受到医护人员的尊重、关爱,能获得高效的诊治和护理服务,是因为韩国构建了一整套保护患者权益的法律制度,譬如韩国的医药分离制度切断了医院诊疗与药房售药及更上游的制药企业的药品生产之间的利益链条,医药之间形成了有效的相互监督机制,医只行医,药不随医。在此背景下,医院和医生为提高声誉,取得患者信赖,只会想方设法为患者节省药费,并制定合理的治疗方案;另外,药房发现医生处方超量或有其他问题,可以随时举报。由此,患者不仅能在医院、医生那里获得热忱、高效的医治服务,也能避免不必要的药费开销,不致因患病后“天价的治疗费用”而陷入经济困境。

正是这种鲜明的、清晰的经历对比,让我真正体会到弱者的无奈以及弱者能够获得制度护卫的宝贵。在现实的市场经济活动中,不难遇到因各种原因陷入无奈状态的弱者们,譬如权益受损的消费者,艰难讨薪的农民工,屈从于优势强权地位者的小微企业,公司中遭受排挤打压的小股东……我能够感受到他们处于困境时的愤愤不平与苦苦挣扎,也能够体验他们在困境中那种急切的救助期盼。我总想向这些“弱者”呼喊:“弱,不一定就是因为是我们自己的错,我们不能自认倒霉!静下心来想一想,肯定还会有出路!”正是基于这样的激情,我决定就弱者维权法律问题进行系统的分析研究。我深知,目前我国学术界有关弱势群体保护的理论研究已有

相当深度,且硕果累累。在此学术氛围下,以自己的学识、水平,要想在此领域有所超越、有所突破,难度很大。我好一阵纠结,好一阵徘徊,但最后,为弱者呼喊的冲动给了我动力,“自信人生二百年,会当击水三千里”的豪迈诗句给了我勇气,我毅然沉下心来,细致研读相关文献,静心思考创新之点。

我从事法学教育与法学研究 20 多年,可以结合担任兼职仲裁员及兼职律师的实际进行研究。自己在担任兼职仲裁员过程中,以独任仲裁员、首席仲裁员身份办理过不少弱者维权纠纷案,比如,消费者维权纠纷案、屈从于优势大企业的小企业维权纠纷案,等等;在担任兼职律师中,代理过一些比较典型的弱者维权纠纷案,比如,因政府不当干预导致企业陷于弱者地位而发生的维权纠纷案、因遭受大股东排挤而处于弱者地位的小股东维权纠纷案,等等。由于亲历亲为实施弱者维权救济,掌握了大量第一手素材,直观的、感性的认知比较丰富,为此,我决定将自己的专著定位于采用实证分析的方法,研究弱者如何维权自救。一是我的研究对象仅限于市场经济活动中被扭曲、被无视、被侵害的那些个体性的市场主体,研究这些个体性的弱者如何在纠纷发生后通过法律手段维护和救济已经受到侵害的权利,如何在纠纷发生前通过适当的预防措施避免陷入困境,我不打算研究传统意义上的弱势群体如何通过社会舆论、社会运动或者形成某种政治力量以改变自身群体的不利地位。二是我的研究并非单纯的理论思辨和逻辑推演,而是采用实践证明、确凿验证的研究方法,从弱者维权的大量第一手素材中提炼出典型的事例或现象,上升到制度层面、理性层面予以分析。进而将弱者维权类型化,并结合对弱者维权救济制度的评判以及立法的梳理,从弱者维权的个别事例或现象中,抽象出、归纳出对于同类型的弱者维权具有普遍指导意义的、带规律性的方式、方法和手段,为弱者事后维权、事前预防指明路径,明确方向。

基于这样的定位,我的专著将呈现三个创新之点:一是突出理论与实

际的切合,感性认知与理性思考的融通;二是不拘泥于法学著作那种传统的厚重严肃模式,表现手段上既注重展示弱者维权艰辛的真情实感,又注意保持法学研究的理性严谨;三是目前鲜有以实证方式系统研究市场经济活动中的弱者如何维权自救的著作,本书的问世算是初次尝试,抛砖引玉吧。

因为本书研究的主题是弱者维权而非弱势群体维权,因而在接下来的谋篇布局中,我首先需要在理论上清晰界定弱者的概念,厘清弱者与弱势群体的关系,分析二者的异同,并试图对弱者按照法律的标准予以界定和识别。弱势群体是一个成熟的概念,是从宏观层面关注那些相对固定的社会群体或社会阶层,比如,下岗失业人员、残疾孤寡人员、生活贫困人员等群体。而弱势群体权益保护问题业已引起全社会的高度重视、高度关心,国家也已通过完善的相关法律、健全的相关制度筑起了弱势群体权利保障的堤坝,前面提到理论研究有相当深度的领域也主要是指弱势群体权益保护领域。但弱者是一个相对的概念,是从微观层面关注处于市场活动的动态关系中的特定主体或社会个体。对弱者的界定,应置于一个具体的法律关系或力量对比关系中考察,相对劣势的一方因遭遇相对强势一方的损害或者“压迫”而陷入困境者,其权利状态不稳定,则属于弱者。譬如,一个企业自身有竞争能力,有发展前景,一般来说难以与“弱势群体”相提并论,但当它一旦遭遇公权力干预,便可能陷入权利难保的困境,成为弱者;再如,公司的小股东自身有经济能力,有经营利益,本身也不属于弱势范畴,但当它一旦遭遇大股东或控股股东的压制排挤,股东权利被忽视甚至剥夺,也会陷入困境状态,成为弱者;还有,那些在具体的消费关系中因遭受经营者侵害而陷入困境的消费者个体,那些在具体的市场交易中因遭受独占地位的经营者侵害而陷入困境的中小企业,那些在具体的劳动关系中因遭受不良老板侵害而陷入困境的农民工个体,诸如此类。

这些活动于市场经济中的特定主体或社会个体,在特定的市场经济活

动中因经济技术力量、谈判缔约力量、风险控制与承受力量的对比而发生变化。譬如,某个医生在患者面前可能处于相对强势,但当其购买“土鸡蛋”的时候被小商贩“忽悠”的可能性却大大增加。易言之,弱者虽然具备弱势群体的共同特征,但是,市场交易中的弱者往往具有非确定性、非群体性、非致命性等特点,因而难以引发较大震荡的“社会效应”,难以产生获得普遍同情的“社会效果”,难以达成人人称道的“社会共识”。相应地,这些市场经济中处于弱者状态的特定主体或社会个体如何维权,便难以成为理论研究的热门课题。因而,毫无疑问,弱者维权法律问题既具有较大的研究空间,也具有较大的理论价值。尤其当前,依法治国举世瞩目、举国关心,司法体制改革逐步推进、众望所归,在此背景下,弱者维权法律问题的研究更具有重要的现实意义。

鉴于此,全书在结构安排上,我考虑“序言”之外,正文以一章的篇幅安排“弱者维权的理性考量”,以诠释“弱者”与“弱势群体”的异同,构建识别弱者的法律标准,探究弱者的成因,试图构筑市场经济中弱者权益保护的制度屏障。然后,依据市场活动中弱者维权的类型,以五章的篇幅,分别为“政府不当干预下的弱者权利守护”、“公司中小股东的维权困局”、“革新消费者的维权模式”、“摒弃‘医闹’后的维权正道”、“优化农民工的维权机制”,专门研究不同类型的弱者维权的法理根据、制度障碍、救济路径,揭示不同类型的弱者维权的特点、难点。最末以“后记”结尾。而关于书名的拟定,考虑到既然采用实证方法,意图通过感性认知与理性思考的融通达到为弱者通过维权走出困境而指明方向、选择具体路径的研究目的,书名定为《走出市场困境——弱者维权实证研究》,应该算直截了当、名实相符吧。

陈 志
2015年4月

目 录

第一章 弱者维权的理性考量	1
第一节 弱者:市场活动中被扭曲的主体	1
一、弱势群体:不能忽视的力量	1
二、市场经济中的“弱者”及其法律识别	6
三、弱者维权问题的研究价值	14
第二节 艰难的守卫:敢问路在何方	18
一、立法保护	19
二、行政保护	21
三、司法保护	22
四、社会保护	26
第二章 政府不当干预下的弱者权利守护	28
第一节 实例评判:强势干预酿造恶果	28
案例1 政府“拉郎配”的结局:捆绑的集团终分家	28

案例 2 公权介入的苦恼:不能割让的企业利益	34
第二节 都是干预惹的祸:难以管控的有形之手	40
一、市场失灵需要政府干预	40
二、越位错位撕裂企业权益	42
三、不当干预下的维权困惑	45
第三节 放开你的手:政府守法是法治社会的根基	52
一、牢固树立法治经济观念	52
二、让制度束缚政府的干预之手	54
 第三章 公司中小股东的维权困局	59
第一节 实例评判:尴尬的小股东	59
案例 3 难言的困惑:知情权话语权都去哪儿了	59
案例 4 无言的结局:开发利润人间蒸发	65
第二节 被扼制的咽喉:不能发声的投资者	71
一、“先天不足”的小股东	71
二、小股东备受节制的成因	74
三、小股东权益保护的现状	76
第三节 曙光在前头:破解困局的革新思路	81
一、小股东维权救济的诉讼路径	81
二、小股东保护机制的改革完善	85
 第四章 革新消费者的维权模式	90
第一节 实例评判:无奈的消费者	90
案例 5 沉重的消费:接受美容服务损害了健康	90
案例 6 触目惊心的统计:消费欺诈何时了	98
第二节 永远的弱者:“上帝”终究是虚名	105

一、消费者的市场定位	105
二、消费者保护的制度困境	108
第三节 提振维权精神:消费者权益保护的法治进展	113
一、我国消费者立法的重大突破	113
二、新修订的《消费者权益保护法》的特色总结	119
三、消费者权益保护法治前瞻	123
 第五章 摒弃“医闹”后的维权正道	131
第一节 实例评判:激愤的患者	131
案例7 失职的医生:病体中的遗留物	131
案例8 粗心的护士:“张冠李戴”打错的针药	136
第二节 医患间的纠结:难以平复的紧张关系	142
一、医患关系的属性解读	142
二、医患矛盾的理性评判	144
三、医患关系的法律调整	147
第三节 医患和谐之路:医疗纠纷非诉讼处理机制	152
一、医疗纠纷处理机制的现状	152
二、国外医疗纠纷处理机制及启示	154
三、健全医疗纠纷调处机制的设想	159
 第六章 优化农民工的维权机制	165
第一节 实例评判:憋屈的农民工	165
案例9 病痛中的呼唤:谁为我的工伤埋单	165
案例10 难以追讨的工薪:没有合约保障的用工	169
第二节 二元户籍制的产物:游走在城市边缘的群体	176
一、法律语境下的农民工	176

二、农民工跌入底层的制度成因	179
三、农民工维权救济的现实困境	182
第三节 城市化进程中的功臣：忘不了的农民工	185
一、前赴后继的农民工	185
二、农民工维权救济的路径选择	188
三、农民工维权救济的制度完善	192
参考文献	197
后 记	209

第一章 弱者维权的理性考量

第一节 弱者:市场活动中被扭曲的主体

一、弱势群体:不能忽视的力量

弱势群体从被忽视到被关注,多归功于他们自发或者有组织地发起了一系列声势浩大的社会运动。这些运动改变甚至引领了经济社会的发展走向,以至于有学者评价说:“19世纪是劳工运动的世纪,20世纪是消费者运动的世纪。”^①其实,深谋远虑的政治家早就意识到,如果任由农民、劳工、消费者、残疾人、妇女、老人等弱势群体在社会的“丛林竞争”中自生自灭,那么,这些处于弱势地位的人就不会愿意相信和遵守诸如不得偷盗、不得抢劫、尊重他人人格尊严之类的“社会契约”,他们甚至完全有理由怀疑那些“社会契约”不过是掌握了话语主导权的强者哄骗弱者的一套谎言。一旦这些弱者被发动和组织起来,就很容易形成一股股不容

^① [美]埃德加·博登海默著:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社2004年版,第321页。

小觑的政治、经济和社会力量。因此,任何一个明智的政府绝不会轻视或者无视这些弱势群体对于社会的和谐稳定、文明进步可能产生的巨大力量。那些政治的、科技的、文化的或者经营管理方面的精英人物,固然在推动经济社会进步中发挥了引领和引擎般的作用,但也应当注意到,那些曾经的社会精英往往也是既得利益的坚决捍卫者,他们对于既定的体制常常缺乏创新的动力和激情。推动社会转型和制度创新还需要发动弱势群体和依赖弱势群体的力量。

在我国社会政治生活领域中,虽然官方语境下较长一个时期都在刻意回避使用“弱势群体”的概念,而代之以“困难群众”、“困难人群”的称谓,但是,自2002年3月,时任总理朱镕基在第九届全国人大五次会议上所做的《政府工作报告》中使用了“弱势群体”这一概念后,弱势群体的生存和发展问题就被正式纳入到我国政府的官方话语体系中。弱势群体的范围也从下岗工人、农民工、“体制外的人”等在职业和就业方面的弱势人群推及社会生活、生存发展、文化教育等其他方面的弱势人群。各级政府在制定有关就业、社会保障、教育、医疗等公共政策时,对这些人群的诉求作出了某些必要的回应,在具体的制度安排中努力为他们提供平等的就业机会,提供基本的公共教育和医疗卫生服务,建立覆盖全民的基本社会保障体系,建立健全更加公平的税收制度,等等。政府的这些举动不仅在一定程度上缓解了社会群体之间因强弱对比和社会分化产生的紧张,降低了社会断裂的风险,而且也顺应了科学发展观和政府职能转变的历史潮流,为社会融合和社会进步做了良好的铺垫。

众多媒体和其他社会成员、公益组织的“围观”以及由此形成的公共舆论进一步强化了弱势群体的力量。从某种角度看,农民、小业主、消费者、残疾人等群体本来是缺乏话语力量的一盘“散沙”,但是,由于互联网技术的发展,微信、社交论坛等新媒体的出现,关心公益的社会人士和公益组织日渐增多,加上弱势群体本来就人数众多,他们的声音通过种种途径和方