

王新生 主编

社会法学论丛

2012年第1卷/总第1卷

中国社会科学出版社

王新生 主编

社会法学论丛

2012年第1卷/总第1卷

常州大学图书馆
藏书章

中国社会科学出版社

图书在版编目(CIP)数据

社会学论丛 / 王新生主编. —北京: 中国社会科学出版社, 2012. 12
ISBN 978 - 7 - 5161 - 2182 - 5

I. ①社… II. ①王… III. ①社会学—文集 IV. ①D90 - 052

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 044648 号

出 版 人 赵剑英
责任编辑 杨晓芳
责任校对 李华印
责任印制 戴 宽

出 版 中国社会科学出版社
社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号 (邮编 100720)
网 址 <http://www.csspw.cn>
中文域名:中国社科网 010 - 64070619
发 行 部 010 - 84083685
门 市 部 010 - 84029450
经 销 新华书店及其他书店

印刷装订 三河市君旺印装厂
版 次 2012 年 12 月第 1 版
印 次 2012 年 12 月第 1 次印刷

开 本 710 × 1000 1/16
印 张 15.25
字 数 273 千字
定 价 48.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书,如有质量问题请与本社联系调换

电话:010 - 64009791

版权所有 侵权必究

编辑委员会主任: 谢 勇

编辑委员会副主任: 傅如良

编辑委员会委员: (按姓氏笔画排序)

马长生 王红艳 王新生 田兴洪

刘林平 刘曙光 肖北庚 张承安

邹宏如 周艳红 胡平仁 胡旭晟

卿定文 高中权 傅如良 谢 勇

主 编: 王新生

执行编辑: 田兴洪 戴谋富 申 纯

发刊词

社会法在法律体系中应该是一门新兴学科，但在最近的100年里取得了迅猛的发展。自19世纪80年代在德国首先出现社会立法以来，世界各国对社会立法都普遍地重视，社会立法不断增多。特别在经过美国“罗斯福新政”之后，社会立法也成为国际潮流。世界也因此而得到极大的改变。我国社会法兴起的时间稍短，其大力发展则是在改革开放以来的30多年这段时期。2010年年底，我国宣布基本建成社会主义法律体系。作为其中之重要一部，社会法的基本法律得以制定和颁布。现在我国通行的社会法有18部，主要是：《关于工人退休、退职的暂行办法》；《归侨侨眷权益保护法》；《残疾人保障法》；《未成年人保护法》；《工会法》；《妇女权益保障法》；《矿山安全法》；《红十字会法》；《劳动法》；《老年人权益保障法》；《预防未成年人犯罪法》；《公益事业捐赠法》；《职业病防治法》；《安全生产法》；《劳动合同法》；《就业促进法》；《社会保险法》；《劳动争议调解仲裁法》。社会法基本法律、法规的制定与颁行，为我国社会法制建设奠定了“有法可依”的基础，为下一步我国社会立法提供了规范体系及制度框架。社会立法的加快及其完善，促使我国社会保障制度的建立与完善。我国政府庄严宣告：经过多年的努力，我国已形成一个基本的社会保障体系。这就意味着，我国社会法的发展将进入一个新的时期，进一步完善和发展社会立法的时期，进一步落实社会法要求的时期。为了贯彻落实社会法规范，全国各省市自治区及其他地方立法机关，根据本地实际制定或正在制定一系列地方性法规或规范性文件，进一步完善社会法律体系及实施规则体系。

社会立法的发展不仅是我国社会主义法制发展的结果，也与社会权利理论研究的深入发展分不开。二战以来，人权观念被国际社会普遍接受，且日益深化发展。《联合国宪法》、《联合国公民权利和政治权利国际公约》、《联合国经济、社会和文化权利国际公约》等国际条约和文件对社会权利都有着明确的规定。我国也在宪法（特别是1982年宪法）中规定了社会权利的基本内

容，并于1997年签署了《联合国经济、社会和文化权利国际公约》，承诺履行该条约规定的国际义务。由此可见，我国的社会法理论研究应该得到进一步加强，必须要以社会权利为导向，尽快构建完整的社会法理论体系，以指导和推动我国社会立法的发展，推进我国社会建设和社会保障事业的进步，增进我国公民的社会权利。

当前，我国正在大力提倡社会建设和创新社会管理，广大的社会法学研究者应当围绕这一任务努力工作，为其提供法律理论支撑和法律建议。2011年2月19日，中共中央总书记胡锦涛发表重要讲话，强调要紧紧围绕全面建设小康社会的总目标，牢牢把握最大限度激发社会活力、最大限度增加和谐因素、最大限度减少不和谐因素的总要求，以解决影响社会和谐稳定突出问题为突破口，提高社会管理科学化水平，完善党委领导、政府负责、社会协同、公众参与的社会管理格局，加强社会管理法律、体制、能力建设，维护人民群众权益，促进社会公平正义，保持社会良好秩序，建设中国特色社会主义社会管理体系，确保社会既充满活力又和谐稳定。胡锦涛同志的讲话对我国广大社会法学研究者提出了要求和目标，特别是要针对影响社会和谐稳定的突出问题展开专题研究，寻找问题的突破口，提出有针对性的解决办法，加强社会管理法律、体制和能力建设。社会法的理论研究应当以解决现实社会问题为导向，加强社会权利研究，促进以社会权利为导向的社会法制的发展。

为了深入研究社会法问题，长沙理工大学成立了“社会法研究所”，并以此为平台，集中了校内社会法学研究学者，并邀请校外社会法学及相关问题研究专家，定期召开主题研讨会，就有关社会法理论问题及当前社会热点问题展开学术探讨和研究。如弱势群体权益保障、农民工权益保障问题、工资协商问题、志愿者权益保障问题等等。相关研究成果汇集成册，成为《社会法学论丛》的来源。

《社会法学论丛》是由长沙理工大学社会法研究所独立运作的法学学术性集刊，旨在为广大社会法研究者建立一个高层次的学术交流平台，以此活跃社会法学研究的学术氛围，开阔社会法学研究视野，加强学术交流。《社会法学论丛》本着自由、独立之精神，以学术追求为导向，面向社会、面向现实，为我国社会法学的发展与繁荣作出自己的努力！

谢 勇

2012年12月20日

《社会法学论丛》卷首语

经过长达年余的准备，首期《社会法学论丛》得以推出。本期《社会法学论丛》共推出了7个栏目，发表25篇学术论文，主要涉及社会法的基础理论及当前社会法领域存在的热点、难点问题。其中包括长沙理工大学社会法研究所的研究人员在参与湖南省《志愿服务条例》立法工作中，针对志愿服务法律问题所撰写的两篇学术论文。

“社会法学基础理论专题”栏目共发表了3篇文章。胡平仁教授等人撰写的《从特殊主体和价值追求看社会法的理性定位》一文意在思考社会法的定位问题。该文指出，社会法对于“人”这一主体的认识不同于私法抽象权利主体，或公法上的平等公民，而是具有社会身份的类型化、差异性的人。从这一主体认识出发，社会法应确定以倾斜保护弱势群体为特征的注重实质正义的价值追求。基于这样的主体观念和价值基础，社会法是独立于公法、私法法域之外的“第三法域”的总称。傅如良、李小军、高广飞等人撰写的《公平正义与和谐社会的建构》一文从公平正义视角对社会主义和谐社会建构过程中的相关问题进行了分析，对社会法的价值追求进行了有意义的探索。包利民教授所著的《强者政治学与弱者政治学——政治思考的两个维度》一文从政治领域的思考入手，考察社会问题所在的正义性。

“志愿者权利保护立法专题”栏目共发表了两篇文章。周艳红副教授撰写的《志愿服务风险防范的法律保障》一文针对志愿服务风险无处不在的现实，认为要加强风险防范，降低和减少风险和责任事故的发生，立法方面应当制定和完善法律发现，对志愿服务组织和志愿服务活动进行严格规范；管理方面，有关政府部门应加强对志愿服务组织以及志愿者、志愿服务活动的执法和监管，促使志愿服务能够依法规范运作；志愿者组织和志愿者本身也应自觉守法。只有实现各个层面相互配合，才能有效防止风险。易顶强博士撰写的《志愿服务的法律监督》一文从监督视角探讨了志愿服务的相关问

题,指出执法监督、管理监督及志愿服务组织内部监督均应加强。

“工资协商制度专题”栏目发表了4篇文章。冯同庆教授所著的《企业改革中平等协商和集体合同制度的建立、问题及出路——工会实践探索的视角》一文指出,平等协商和集体合同制度从酝酿到实施的二三十年历程中,工会为了实现维护职工权益又与企业实行合作,进行了艰辛的探索。在这项制度越来越需要全面推行的背景下,正确估价实行这项制度必须支付的社会成本,以及掌握其契约要素与非契约要素的互补和平衡,显得尤为重要。徐莉博士撰写的《略论工资集体协商与公平分配制度》一文从公平分配视角探讨工资集体协商相关问题。指出公平分配是承认合理和特定条件下的差别工资待遇,同时反对劳动歧视,保障基本工资水平。工资集体协商方式是一种能够有效促成公平分配制度的方式。阳明武副教授撰写的《论工资集体协商的意义和原则》一文从宏观视角探讨了工资集体协商对于维护职工劳动报酬权的意义,并提出了合法、平等协作、按劳分配、逐步增加工资等原则。张奎讲师撰写的《论工资集体协商中工会职能的完善》一文探讨了工会在工资集体协商中在有关代表资格、权限、履行职能等方面存在的问题,提出了相应的完善措施。

“弱势群体权利保护专题”栏目共发表3篇论文。胡秀英教授撰写的《高校学生弱势群体全面和谐发展的思考》一文聚焦于高校中存在的学生弱势群体问题,分析其类型、成因、特征,提出了加强思考教育、人文关怀、心理扶助、自我激励、资助保障、危机干预等若干措施与机制。万绍和副教授撰写的《政治传统与现代政治平等权》一文则从平等权的视角阐释了相关政治、社会与法律的理论问题。郭慷助教撰写的《论弱势群体心理救助保障制度的建立——从人文关怀到法律保护》一文提出应当本着“尊重和保障人权”的宪法精神,建立弱势群体心理救助保障制度。

“农民工权益保护问题专题”栏目共发表了6篇文章。刘林平、李超海合著的《在粤湘籍农民工权益保障研究:基于地区和时间的比较分析》一文基于实证研究路径,运用调查统计方法对在粤湘籍农民工权益保障问题进行了研究,提出了富有建设性的建议。马长生教授、田兴洪教授合著的《我国新生代农民工市民化的现实障碍及改革路径》一文针对农民的地位、城市化建设与新农村建设齐头并进的战略前提,提出以应当以农民的利益和需要为中心的路径选择。张承安教授在《城市农民工道德问题及其化解》一文中指出,应注重对农民工的人文关怀和人性关爱,建立农民工服务站,提供法律援助,构建农民工教育的社区环境,加强对农民工的宏观调控和行政管理,转

变农民工管理模式。戴谋富副教授在《完善农民工社会保险制度思考》一文中,针对现阶段农民工的社会保险状况存在政策法规不完善、社会保险关系缺乏有效接续转移制度、参保率不高、参保意识不强等诸多缺陷,提出应当加快立法进程,在《社会保险法》中专列“农民工社会保险”专章,或者专门制定农民工社会保险基本法,并探索建立统一的农民工社会保险制度,分类分层次建立农民工社会保障体系。胡高飞博士在《农民政治不公平问题研究》一文中,分析了农民在政治生活中的诸多问题,提出了深化农村政治体制改革的对策。唐杰副教授在《当前中国农民政治人权意识分析》一文中,针对农民政治权力意识淡薄、民主意识不高等相关问题,提出完备法律保障、加强人权意识培养等措施。

“劳动法与社会保障法专题”栏目发表了4篇文章。尹海文副教授在《论反就业歧视法律制度的价值基础及本土化构建》一文中,基于平等、效率与自由等三大价值基础,制定一部专门的反就业歧视法,完善相关法律制度。王伟奇副教授在《“长株潭”地区最低生活保障制度的“一体化”》一文中,对湖南省“长株潭”一体化过程中有关最低生活保障制度的“一体化”问题展开讨论,提出在“长株潭”一体化区域内建立相互协作的最低生活保障管理制度具有可行性和必然性,而最终目标则是建立统一的管理机制。邹新树副教授在《破解城市农民工社会保障问题的基本原则及对策建议》一文中,提出要以现行制度框架为基础,实行全国统筹,优先发展医疗和工伤保险,注重发展社会福利、社会救济、社会优抚事业,还原医院的公益性质,降低医药费等原则和对策。申纯博士在《中国农村养老模式转变及法律保障》一文中就农村养老模式存在的问题,提出了相应的法律保障建议。

“风险社会研究”栏目发表了3篇文章。卢建平教授在《风险社会的刑事政策与刑法》一文中,针对风险社会中相关刑法问题进行了研究。他指出,在风险社会,建基于保障人权、弘扬法治的价值之上的刑法仍然只能担当“最后法”的角色。欲以刑法为急先锋以抗制风险存在着巨大的风险,容易导致牺牲社会成员的权益、丧失人权保障的功能。鲁芳教授在《矫正正义:风险社会中社会立法的价值追求》一文中,系统论述了矫正正义的内涵与意义,指出风险社会中的社会立法应当追求矫正正义,实现各种利益之间的平衡。姜明副教授在《试论“两型社会”建设视野下的环境教育立法》一文中提出了加强环境教育立法的建议。



目录

社会法学基础理论专题

- 从特殊主体和价值追求看社会法的理性定位 胡平仁 赵 蒹 / 1
- 公平正义与和谐社会的建构 傅如良 李小军 高广飞 / 11
- 强者政治学与弱者政治学
——政治思考的两个维度 包利民 / 18

志愿者权利保护立法专题

- 志愿服务风险防范的法律保障 周艳红 / 27
- 志愿服务的法律监督 易顶强 / 35

工资协商制度专题

- 企业改革中平等协商和集体合同制度的建立、问题及出路
——工会实践探索的视角 冯同庆 / 43
- 略论工资集体协商与公平分配制度 徐 莉 / 63
- 论工资集体协商的意义和原则 阳明武 / 68
- 论工资集体协商中工会职能的完善 张 奎 / 74

弱势群体权利保护专题

- 高校学生弱势群体全面和谐发展的思考 胡秀英 / 80
- 政治传统与现代政治平等权 万绍和 / 85

论弱势群体心理救助保障制度的建立

——从人文关怀到法律保护 郭 慷 / 105

农民工权益保护问题专题

在粤湘籍农民工权益保障研究:

基于地区和时间的比较分析 刘林平 李超海 / 116

我国新生代农民工市民化的

现实障碍及改革路径 马长生 田兴洪 / 135

城市农民工道德问题及其化解 张承安 / 145

完善农民工社会保险制度思考 戴谋富 / 150

农民政治不公平问题研究 胡高飞 / 162

当前中国农民政治人权意识分析 唐 杰 / 169

劳动法与社会保障法专题

论反就业歧视法律制度的价值基础及本土化构建 尹海文 / 175

“长株潭”地区最低生活保障制度的“一体化” 王伟奇 / 184

破解城市农民工社会保障问题的基本原则及对策建议 ... 邹新树 / 191

中国农村养老模式转变及法律保障 申 纯 / 198

风险社会研究

风险社会的刑事政策与刑法 卢建平 / 206

矫正正义: 风险社会中社会立法的价值追求 鲁 芳 / 215

试论“两型社会”建设视野下的环境教育立法 姜 明 / 225

社会法学基础理论专题

从特殊主体和价值追求看社会法的理性定位

胡平仁* 赵 兼

在三十多年改革开放实践中,如何处理好自由与平等、公平与效率的基本矛盾始终是一个难题。“中国经济的快速发展并没有像有些人设想的那样‘把饼做大’就能缓解‘分饼不公’的矛盾,而是出现了经济发展与内部外部矛盾同步持续深化的现象。”^①在此背景下,2007年3月1日,吴邦国委员长在全国人大会议上的工作报告中明确指出人大立法工作“要在继续完善经济领域立法的同时,着力加强社会领域立法,为构建社会主义和谐社会提供有力的法律保障”。^②毫无疑问,社会现实需要解决目前社会问题的法。然而,这些社会问题一定要靠社会法来解决吗?其他法律为何不能解决这些问题?社会法究竟是一个法律部门还是一个法域概念?它的内涵和外延究竟是什么?社会法的理论基础和基本品格为何?在社会法立法已经可以被称为一场立法运动的今天,这些触及根本、影响发展方向的问题却仍然含混不清。正如有的论者所言,“‘社会法究竟为何’之类的问题,目前还不能奢望有一个统一的答案。作为学术成熟标志的主体要素——学术共同体、内容要素——学术共同语言还没有真正形成,应该说各种学说尚处于成长、发展或消亡过程中”。^③有鉴于此,本文首先对已有的几种“社会法”用法进行简要评析,

* 作者简介:胡平仁(1962—),男,湖南嘉禾人,法学博士,中南大学法学院教授、博士生导师,主要从事法哲学与法社会学研究。

① 秦晖:《雄关漫道:中国第二轮改革开放的十五年》,《南方都市报》2007年1月24日。

② 阿计:《社会立法系列报道之一:社会立法全面起航》,《政府法制》2007年第10期,第47页。

③ 赵红梅:《私法与社会法——第三法域之社会法基本理论范式》,中国政法大学出版社2009年版,第49页。

SHEHUI FAXUE LUNCONG

社会法学论丛

初步得出社会法的理性定位是并且只能是第三法域的总称的看法；随后从社会法主体、正义观及其实现手段几个层面对上述结论进行法哲学性质的支撑性分析。希望这种概念层面的清理能成为社会法理论进一步探讨的基础。

一 第三法域——社会法的理性定位

社会法的内涵和外延究竟是什么，这是一个聚讼不休的难题。仅“社会法”一词的用法就有众多学者专门撰文论述，社会法的部门法、法域法之争，社会法与经济法的关系更是形成了一场颇有声势的大讨论，众多社会法、经济法、法理学、宪法学学者卷入其中。我国有学者曾将以往学者给“社会法”所下的定义进行了梳理，并归为四类：^①一是认为“社会法”指的是一种法学思潮，是一个相对于“个人法”和“国家法”的概念。这是一种“法本位”说，认为以社会利益为中心，追求社会公共和总体利益的最大化为目标是社会法的根本属性。然而，这种观点一方面与“权利本位”、“义务本位”的二分法多有交叠矛盾之处，也不足以说明社会法独立的价值与目的。二是将“社会法”视为一种“法源”，即用社会法来指代“法社会学”中的“行动中的法”，与“国家法”相对应。这种用法混淆了社会法与法社会学的概念，不利于社会法概念的廓清。三是从法律部门这一角度来认识“社会法”，即认为社会法是现行法律体系（主要是大陆法系或成文法系国家的法律体系）中的一个独立法律部门。这种说法是目前社会法学界较为流行的观点。四是认为“社会法”是现代法律体系中一个大的系统，是相对于公法和私法的“第三法域”。这个分类基本归纳了国内学者在使用“社会法”时所表达的含义。

上述第三种和第四种用法实际上包含以下三种观点：

第一种观点否认第三法域，认为社会法是一个公、私法融合的法律部门。具体范围又有广义狭义之争，但以劳动法和社会保障法为核心这一点是相同的。这一观点有两大方面值得质疑：其一，社会法中的很多规范既不能划入公法法域，也不能划入私法法域。例如，如果统一劳动合同的当事人就劳动时间和劳动报酬两项条款发生争议，我们可以将这一案件人为地割裂为一半私法性质、一半公法性质吗？勉强划入也会使公法和私法理论无法自洽。诚然，我们不能以法律规则无法得到有效分类来说明公、私法二元划分已经过时。因为公、私法的划分并不以法律规则为标准。对此，拉得布鲁赫曾有过评论：“‘私法’与‘公法’的概念不是实证法的概念，它也不能满足

^① 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年第11期，第91页。

任何一个实证的法律规则，当然，它可以为所有法律经验做先导，并且从一开始就为每个法律经验主张有效性。它是先验的法律概念。”^①那么，从“先验的法律概念”的角度，社会法有没有与公、私法三足鼎立的理由呢？笔者认为是有。这一点，下文将会详细论述，在此仅举一例说明。2000年，德国《民法典》把大部分消费者保护单行法放进了“债编”，而且在总则第一章关于“人”的第一节中加入了“经营者”、“消费者”这样明显带有政策倾斜属性的概念。德国《民法典》跨出的这一步清楚地表明：私法对于“人”的抽象认知观念已经有所动摇。^②这种理论根源上的变化，是“私法公法化”所不能解释的。如果私法的公法化将脱离私法主体平等、意志自由的原则，公法的私法化将使公法从“权力之法”变为“权利之法”，那么这种“化”法只是社会法破茧成蝶的形成过程罢了。其二，社会法作为部门法的独立性无法有力证明。按照现有部门法分科理论，要成为独立的部门法首先要具备独立的调整对象和调整手段。虽然这一理论受到经济法、环境法的挑战，但还是有较强说服力的。一些社会法学者提出社会法具有确定的调整对象，如社会法的调整对象是社会问题，具体来说包括三大方面的问题，即弱势群体问题、社会公益问题、社会安定问题。^③但是，如果我们深究一句“为什么这些社会问题属于社会法，而社会治安这种社会问题则不属于呢？”或者“所谓社会安定问题的具体界限是什么？是否社会法要调整一切影响社会安定的因素呢？”这个“确定”的调整对象就又变得不确定起来。

第二种观点承认第三法域，社会法和经济法是其下辖的部门法。该观点认为公法、私法两大法域的融合确实产生了“第三法域”，但却并不能以社会法单独称之。这个“第三法域”应下辖经济法和社会法两大部门法，它们的共同点在于立足“社会本位”，维护“社会利益”。其区分主要在于：“首先经济法因其直接涉及经济资源的初始分配，部门法主要调整经济活动中的管理与竞争关系，对国家经济的维护为其重心，社会法则以再分配为工具，间接调整经济关系。其次社会法因其部门法更多关注社会公共关系与资源再分配，在群体福利增加和弱势群体保护方面更具直接性，而经济法则较为间接。”^④这种观点在社会法学界和经济法学界都较为流行，下文将在主体和价

① [德]古斯塔夫·拉德布鲁赫：《法哲学》，王朴译，法律出版社2005年版，第127页。

② 赵红梅：《私法与社会法——第三法域之社会法基本理论范式》，中国政法大学出版社2009年版，第101页。

③ 汤黎虹：《社会法学》，中国人民公安大学出版社2008年版，第18页。

④ 张佑任：《经济法与社会法中的“社会利益”之辨析——以“法本位”为逻辑起点》，《四川文理学院学报（社会科学版）》2007年第7期，第65页。

值分析部分对此做出细致的讨论。

第三种观点承认第三法域,并认为社会法就是第三法域的总称,其外延包括经济法(包括《反不正当竞争法》、《反垄断法》、《市场监管法》、《产品质量法》、《消费者权益保护法》、《国有资产管理法等》)、社会保障法、劳动法等部门法。笔者较倾向于此种观点。社会法的独特性,不仅在于它解决的社会问题特殊,也不仅在于它调整的法律关系特殊,更重要的是,它体现了一种超越于传统公法和私法的主体认知和正义观念。

二 类型化、差异性的人——社会法的独特主体

众所周知,社会法是一个新兴的概念。有学者考察,早中期的奴隶社会和封建社会时期是公法发达的时期;近代社会也即17、18世纪资产阶级革命后至19世纪资本主义社会发展阶段是私法发达时期;而20世纪以来的现代社会则是社会法应运而生的时期。^①

在目前的社会法研究中,我们经常可以看到将社会法的主体视为“社会群体”或“社会团体”的论述。如有学者认为,社会权是指社会群体解决社会问题的权利(或权力),这里的社会群体包括政府。^②还有学者认为,社会法的主体是社会权,它包括两个方面:一个是主观性的社会权,权利主体是个人;另一个是作为共同体目的的社会权,表现为国家的积极作为。^③又有学者认为社会法的主体是社会“集体”,“社会法权利义务的本质为人民集体权利义务”。^④由此可见,虽然有众多学者使用,社会群体这一社会法主体概念的外延却需要进一步明晰。

首先,我们可以明确的是,社会群体是相对于公权力的国家而言的。“社会”是相对于“国家”而言的,“权利主体”也是相对于“权力主体”而言的。公法的范围服从权力规范与制约的需要,因此与公共权力的运行范围保持一致。^⑤公法中最重要的主体是国家,其他主体是以国家权力的相对人而存在的。虽然狄冀以“社会连带说”改造公法学,使公法从传统公法走向现代公法以后,在社会保障法等领域,国家起到了保障和后盾的作用,但是,从主体的角度考察,我们不能因此说国家是社会法的主要主体,即“社会群

① 李蕊、丛晓峰:《历史视角下的社会法范畴》,《北京科技大学学报(社会科学版)》2007年第6期,第25页。

② 汤黎虹:《社会法学》,中国人民公安大学出版社2008年版,第35页。

③ 夏正林:《社会权规范研究》,山东人民出版社2007年版,第103页。

④ 赵红梅:《私法与社会法——第三法域之社会法基本理论范式》,中国政法大学出版社2009年版,第224页。

⑤ 袁曙宏、宋功德:《统一公法学原论》,中国人民大学出版社2005年版,第80页。

体”的一部分。社会群体是“人”的集合，在社会生活中分属不同身份，具有独特特征，但从总体上说，他们仍是国家权力的相对方。

其次，如我们所知，私法的本体是私权，而私权的权利主体是法律上的个人。^①在私法的视野中，所有的人——不论是单个的人还是组织化的人——都是个体之人，都是一个独立之人，而不是一群关联之人。卡尔·拉伦茨在《德国民法典》中曾有分析，德文“person”，指有法律身份的人，有法律人格之人，与生物意义上的人（Mensch）有别。虽然今天的法律承认，所有mensch都是person，即每一个人都生而为人，^②但历史上，奴隶、异族、女性、未成年人都曾经是mensch而不是person。凯尔森认为：“所谓‘自然人’（Person）的概念也不过是法学上的构造，并且其本身完全不同于‘man’的概念。所谓自然人其实就是一种‘法人’。”^③在私法学看来，人格抽象是实现人平等、自尊、独立、自主、自由的必要前提。梅因在《古代法》中也强调“从身份到契约”是人类发展方向的正确选择。抽象、平等的人（主体），是私法逻辑自洽的前提。所以，我们无法想象，“消费者”这样的具体人格进入民法典，不能想象“新闻媒体”这样的职业描述进入侵权法，^④也不能想象在公司法中有大公司或中小企业的划分。如果说，承认契约自由的有限性还可以用“私法公法化”来退让的话，那么，具体人格的进入，则是私法陷入混乱的开端。

社会法中的“人”则不同于公法、私法。社会法的“人”是“社会群体”之人，是从抽象人格走向具体人格之人。^⑤对此，董保华在《社会法原论》中，赵红梅在《私法与社会法》中，都有基本相同的论述。其核心观点就是社会法中的人是具有身份、能力差异的人，然后将有同样身份之人集中为同一具有法律意义的类型，就是社会法对于“社会群体”的认知。在此，笔者将其归纳为差异性与类型化的统一。

“差异性”是指人与人之间的各种具体职业、阶级、社会地位的不同，它使人比私法上的抽象之人更加生动、丰富和多样。然而，法律作为一种一般性的行为规范，是不可能也不必要具化到每一个人的，于是，在承认人的“不同”的基础上，又需要寻求一定范围内的“同”。即将千差万别的人按其

① 彭诚信：《主体性与私权制度研究：以财产、契约的历史考察为基础》，中国人民大学出版社2005年版，第35页。

② [德]卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》，王晓晔译，法律出版社2003年版，第181页。

③ [美]凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，中国大百科全书出版社1996年版，第109页。

④ 张能宝：《“新闻（媒体）侵权”否定说》，《中国法学》2008年第6期，第188页。

⑤ 郑少华：《寻找劳动法上的“人”——以社会法为视角》，《社会科学家》2007年第1期，第105页。

共同属性（年龄、性别、职业、社会地位）进行适度抽象，使其特征具有一定范围内的普遍性，这就是所谓“类型化”。差异性与类型化所代表的共性和个性在一定条件下又是相互转化的，在较小范围内是共性的东西，在较大范围内又成了个性；反之亦然。以劳动者为例，按照生活中的划分方式，它不仅是与经营者相对应的概念，还有金领、白领、蓝领，脑力工作者、体力工作者，产业工人、技术人员、职业经理人等各种身份，彼此各不相同，这体现的是差异性。然而，在劳动法中，它却被类型化并抽象成同一个名称“劳动者”。这种适度抽象不是法学家理性构造的结果，而是社会发展进程中，劳动者在与资金雄厚、技术专业、人才众多的生产经营者博弈的过程中自发形成的身份认同。“劳动者”概念进入法律并不因其收入有差别、贡献分大小，而是因为他们共同面对超长工时、无理解雇、工伤致残等相同的法律问题。是以，蓝领、白领未能成为社会法的概念，而劳动者、经营者却位列其中。

“劳动者”、“消费者”、“妇女”、“未成年人”、“中小股东”各种群体以类型化的特征走入社会法，中小股东“短视”，消费者“愚笨”，妇女、未成年人“柔弱”，这是法律必须正视并给予特殊保护的缘由（这里的短视、愚笨、柔弱不是绝对意义上的，而是相对于掌握了丰富资源和信息的大股东、经营者、成年男性来说的）。可以说对个体差异的适度承认、对群体特征的充分肯定，是社会法与私法、公法的根本区别所在。社会法中的每一个人都具有双重的身份，他们既是独立自主的个体，又是类型化的集体中的一员。他们既可以个人的身份要求法律的倾斜保护，如《消费者权益保护法》中规定的溢价赔偿条款；也可以集体的名义进行权利诉求，如消费者协会可以敦促不合格产品的召回，以及种种集团诉讼。社会法中的每一个主体，都不但可以因为自己的弱势身份而受到法律的倾斜保护，也可以集团诉讼或公益诉讼方式为自己和同类型其他弱者争取权利。

从主体角度展开的这一认识，也可以清楚地向我们证明为什么经济法从属于社会法。经济法的一般理论认为，经济法的核心外延包括《反不正当竞争法》、《反垄断法》、《产品质量法》、《消费者权益保护法》等。如果我们对其逐一分析就会发现：《反垄断法》的重要任务是对“垄断企业”的界定，以对它课以较重的义务；《反不正当竞争法》花了很大精力区别“占据市场优势地位的企业”与一般的企业，因为需要对它们给予不同侧重的监管；《产品质量法》的权利义务责任是根据生产者、经营者、使用者的身份区别配置的；《消费者权益保护法》更是以不同身份区别对待的典范之作。正是因为这个原因，我们才认为经济法是社会法第三法域统率下的部门法。因为