



中国劳动关系学院
建校70周年祝贺文集

Exploring the Advancement
of the Rule of Law in Labour Relations I

劳动关系法治化探索 ①

姜颖 / 主编



法律出版社
LAW PRESS·CHINA



中国劳动关系学院
建校70周年祝贺文集

Exploring the Advancement
of the Rule of Law in Labour Relations I

劳动关系法治化探索 ①

姜 颖 / 主编



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

劳动关系法治化探索：中国劳动关系学院建校70周年祝贺文集. 上 / 姜颖主编. -- 北京：法律出版社，2019

ISBN 978 - 7 - 5197 - 3717 - 7

I. ①劳… II. ①姜… III. ①劳动法—中国—文集
IV. ①D922.504 - 53

中国版本图书馆CIP数据核字(2019)第168426号

劳动关系法治化探索(上)

——中国劳动关系学院建校70周年祝贺文集
LAODONG GUANXI FAZHUIHUA TANSUO(SHANG)
—ZHONGGUO LAODONG GUANXI XUEYUAN
JIANXIAO 70 ZHOUNIAN ZHUHE WENJI

姜颖主编

策划编辑 李璐 林蕊
责任编辑 李璐 林蕊
装帧设计 汪奇峰

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京虎彩文化传播有限公司
责任校对 昆明慧
责任印制 胡晓雅

编辑统筹 司法实务出版分社
开本 710毫米×1000毫米 1/16
印张 28.5
字数 481千
版本 2019年9月第1版
印次 2019年9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)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/400-660-8393

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、子公司销售电话：

统一销售客服/400-660-8393/6393

第一法律书店/010-83938432/8433

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 3717 - 7

定价:88.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

2019年是新中国成立70周年,也是中国劳动关系学院建校70周年。

中国劳动关系学院的前身是1946年4月从华北联合大学分离建校的晋察冀边区行政干部学校。1949年年初,学校迁至天津,更名为华北职工干部学校。1949年9月,根据刘少奇同志的指示,华北职工干部学校更名为中华全国总工会干部学校,全国总工会副主席李立三同志兼任第一任校长。经党中央批准并由刘少奇同志亲自审定学校校址;1954年8月,学校从天津迁至北京。1984年9月,中华全国总工会干部学校正式改建为中国工运学院,开始面向全国工会系统和社会开展成人学历教育。2003年5月,中国工运学院改制升格为普通本科院校,并更名为中国劳动关系学院。2017年7月,中华全国总工会、教育部共同印发了《关于共建中国劳动关系学院的意见》,学校发展迈入新的历史阶段。根据全国总工会和教育部的指导和要求,学校多年坚持弘扬劳动特色、工会特色、工运特色,坚定不移地走“特精尖”内涵式发展道路,已经形成了以普通本科教育为重点、工会干部培训为使命、稳步发展研究生教育、做精做强高等职业教育的办学格局,成为在工会和劳动关系领域学科门类较为齐全、较为完整的大学。

在七十载弦歌奋进的历史长河中,中国劳动关系学院坚持特色行业院校发展之路,确立了新时代“劳动+”“工会+”特色学科体系,努力培养新时代的奋斗者。中国劳动关系学院法学院以劳动法和社会保障法为特色的法学学科发展方向,不仅对学校办学特色的形成助益良多,在“弘扬特色创一流”的新时代

使命中也将担当重任。中国劳动关系学院法学院的前身为组建于1986年的“劳动法学系”,由我国著名法学家、新中国劳动法学科的奠基人之一关怀教授亲自主持创办,1992年更名为“法学系”;2016年8月改为“法学院”。2003年经教育部批准开始招收法学专业(劳动法与社会保障法方向)普通本科生;2007年被教育部确定为国家级特色专业建设点;2008年被北京市教委确定为北京市特色专业建设点。2015年为中国法学会“法治社会研究方阵”的理事单位、中国社会法学会研究会副会长单位、中国社会法学会研究会劳动法学会常务副会长单位和秘书处所在单位、北京市劳动与社会保障法学会副会长单位和团体理事单位,成为我国培养高素质劳动法律人才的重镇和基地。三十多年来,法学院坚持走特色办学的发展道路,一直以劳动法和社会保障法为专业特色,着重劳动法和社保法的教学和研究,为各级工会、法院、仲裁院、律所和各企事业单位培养了大批高素质的劳动法律专门人才。

2018年“五·一”前夕,习近平总书记给我校劳模本科班学员回信,极大地鼓舞了我校继续办好劳模本科教育的信心,极大地鼓舞了全校师生员工“弘扬特色创一流”的决心。习近平总书记在回信中强调,“劳动最光荣、劳动最崇高、劳动最伟大、劳动最美丽”。这一指示对于我校坚持办学的正确政治方向、建设高素质教师队伍、形成高水平人才培养体系具有重要的指导意义。

劳动的光荣、伟大、崇高与美丽,离不开社会法的保驾护航。劳动法是保障劳动者的法律,社会保障法以增进公民福利、实现公民社会保障权利为根本目的,只有全面协调国家、社会、劳动者、用人单位等各主体的利益,切实保障劳动者的基本权利,增强劳动者的劳动获得感,才能奠定劳动光荣、伟大、崇高与美丽的坚实基础。这在新时代社会主义中国,尤为必要。

劳动的光荣、伟大、崇高与美丽,需要进一步推进社会法学研究、完善社会法律制度。人民对于美好生活的向往,不仅是我们的奋斗目标,也是社会法学的立法取向。作为规范劳动权利与义务,规范社会福利供给,合理配置社会主体社会保障权利义务的社会法,应当将合理增进人民劳动与社会保障权利作为矢志追求的目标。

值此中国劳动关系学院70周年校庆之际,法学院组织编写了这套“劳动关系法治化探索——中国劳动关系学院建校70周年祝贺与纪念文集”。该文集

分上下两卷,本书为文集的上卷,由我国劳动法和社会保障法领域的资深、知名专家学者共襄我校70周年校庆之盛举而特意惠赐文稿所成,主题涵盖社会法与劳动法的一般理论、劳动合同法、劳动基准和集体劳动法,以及社会保障法,且文章均为作者从近年论著中亲自挑选的代表之作,既有对基础理论的深入探讨,也有对制度热点和社会现实需求的积极回应,可以说这本文集是我国当前劳动法与社会保障法优秀研究成果的一次总结和展示,也是文集的学者们通过“以文会友”的方式向中国劳动关系学院院庆表示祝贺,向中国劳动关系学院法学院表达了深厚的学术友谊之情。诸位方家慧赐良稿,共襄盛事,不仅是我校之幸事,也是我国社会法学研究事业之幸事!在此,我也代表法学院向各位专家学者多年来对中国劳动关系学院及法学院的支持与帮助致以真挚的谢意与感激!

习近平总书记指出,“社会主义是干出来的,新时代也是干出来的”。中国劳动关系学院法学院全体教师在“立德树人,德法兼修,培养高素质法治人才”这一新时期法学专业培养目标的背景下,团结一心、开拓进取、砥砺前行,为把学校建设成为我国高素质应用型人才培养的重要基地、工会干部培训的最高学府、劳动关系和工会领域研究的高端智库付出应有的努力;为在2029年建校80周年之际,实现学校“劳动关系和工会领域国内一流、国际知名大学”的建设目标做应有的贡献!

姜 颖

2019年8月8日

社会法与 劳动法的 一般理论	个体之人与集体之人 ——私法与社会法的人像区别之解析	赵红梅 / 3
	论公共管制权 ——构成社会法核心范畴的新型国家权力	钱叶芳 / 19
	劳动关系法律调整的伦理要求与法治内涵	秦国荣 / 39
	世界视阈下的和谐劳动关系调整机制	程延园 / 57
	转型时期的劳动关系:趋势与思维嬗变	谢德成 / 69
	"走出去"中国企业在全球化过程中的劳工法律风险 统筹管理	姜俊禄 / 83
	合意在劳动法中的命运	曹 燕 / 87
	意大利准从属性劳动制度剖析及其启示	王全兴 粟 瑜 / 106
	网络信息化对劳动者权益的影响及其应对 ——基于美国的立法与实践考察	喻术红 / 125
	网络主播劳动者地位认定的困境、反思和出路	王立明 邵 辉 / 135
	中国分享经济平台典型劳资争议司法案例研究	陆敬波 史 庆 / 154

劳动合同 法论	从雇佣契约到劳动契约的法理和制度变迁	黎建飞 /169
	劳动力市场灵活性与劳动合同法的修改	谢增毅 /187
	劳动合同期限分治的立法意义及其功能性回归	冯彦君 /210
	我国无固定期限劳动合同制度实施困境的成因与出路	沈同仙 /224
	论劳动合同法中的性别平等保障缺失与补救	蒋 月 /233
	论经济补偿制度的法律定位与规范功能	薛长礼 /243
	我国劳务派遣法律规制的再思考	李坤刚 /258
劳动基准 法与集体 劳动法论	工资制度的市场化改革问题	刘 俊 徐志强 /273
	退休年龄的法理分析及制度安排	林 嘉 /292
	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	刘金祥 /316
	职场性骚扰的共同侵权责任形态研究	曹艳春 /325
	劳动关系的集体化转型与政府劳工政策的完善	常 凯 /336
	集体谈判散论	刘 诚 /356
	集体劳动关系与和谐社会构建	石美遐 /367
	《广东省企业集体合同条例》的制度创新与不足	翟玉娟 /374
社会保障 法论	论社会保险权的司法救济	郭 捷 /387
	社会保险经办机构的法律定位	叶静漪 肖 京 /395
	基于财务独立的社会保险基金预算	张荣芳 /405

论工伤保险基金先行支付制度的缺陷与完善	徐智华 邓 娜 /410
长期照护保险立法探析	郑尚元 /420
就业援助:社会救助立法的基本取向	杨德敏 /435



—— 社会法与劳动法的一般理论 ——

个体之人与集体之人

——私法与社会法的人像区别之解析

赵红梅*

【摘要】 社会法为公法与私法以外之第三法域。私法对人的认知受个人(自由)主义政治哲学观的影响,社会法对人的认知受集体(反自由)主义政治哲学观的影响。关于人的认知前提假设,私法与社会法最本质的区别是:私法中的人是币钵之人,存在形态为“独”与“合”;社会法中的人是集体之人,存在形态为“群”与“群之成员”。就私法与社会法两者而言,每一个书本都具有多重身份:作为独立自我的个体和与他人合作的书本以及作为集体成员的币体。私法与社会法的人像区别在法律对群体纠纷的处理模式及其态度上也有明显体现。

【关键词】 私法 社会法 个体之人 集体之人 个人主义政治哲学 集体主义政治哲学

一、导言

在展开本文的论证之前,需要对“私法”与“社会法”这两个基本概念加以界定。“大陆法系中公认的基本法律分类是公法和私法,私法主要包含民法和商法两个部分。”^①“私法是整体法律制度的一个组成部分,它以个人和个人之间的平等和自觉(私法自治)为基础,规定个人和个人之间的关系。”^②约翰·亨利·梅利曼和卡尔·拉伦茨上述关于“私法”的界定为笔者所认同,从而作为笔者使用这些概念

* 中国政法大学民商经济法学院社会法研究所所长、教授,中国社会法学会常务理事。原文刊载于《法商研究》2009年第2期。

① [美]约翰·亨利·梅利曼:《大陆法系》,顾培东等译,法律出版社2004年版,第72页。

② [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1、45、48、180~181页。

的依据。在一些大陆法系国家或地区,社会法有广义社会法、狭义社会法和中义社会法之分。^③ 笔者赞成“中义社会法说”,并认为只有该说(社会法为公法与私法以外之第三法域)才可冲破大陆法系中公法与私法划分的樊篱,摆脱公法与私法理论的禁锢,具备对新生的法律现象进行科学性、合理性解释的理论功能,从而对传统法律(学)具有“革命”的意义。^④ 古斯塔夫·拉德布鲁赫对作为第三法域之社会法的阐释非常经典:“如果要用法律语言来表述我们所见证的社会关系和思潮的巨大变革,那么可以说,由于对社会法的追求,私法与公法……之间的僵死划分已越来越趋于动摇,这两类法律逐渐不可分地渗透融合,从而产生了一个全新的法律领域,它既不是私法,也不是公法而是崭新的第三类:经济法与劳动法。”^⑤ 弗朗茨·维亚克尔对此所作的阐释也相当精辟:“在个人与国家之间插入合法或非法的团体权力,后者成为社会法的真正住所与源泉。”^⑥

以上述界定为基础,本文的命题是:私法中的人是个体之人,社会法中的人是集体之人。笔者认为,若这一命题得以成立,对人的个体性与集体性认知观念的不同,就成为私法与社会法最本质的区别,其他的若干区别^⑦可由此推导派生出来。

在大陆法系,关于人及其相互关系,公法与私法在本质上迥然有别,甚至可以毫不夸张地说,对此之认识形成了公法与私法的分野。^⑧ 那么,在当代社会,这种区别是否同样存在于私法与社会法之间而尚未被研究者从理论上予以充分揭示呢?

2006年1月,3名美国国际商用机器公司(CIBM)职员因“被迫加班工作却没有获得补偿”,将IBM告上法庭,打算为美国国内所有被IBM拖欠加班费的雇员追讨加班费(为加利福尼亚州的雇员追讨过去4年内的加班费,为其他州的雇员追讨过去3年内的加班费,但起诉时没有获得这些雇员授权),加班费总额共计数百万美元。^⑨ 这个案件中的集体诉讼方式极具典型性和代表性。欧洲是否应当引入

③ 参见郭明政:《社会法之概念、范畴与体系——以德国法制为例之比较观察》,载《政大法学评论》1997年第58期。

④ 参见赵红梅:《私法社会化的反思与批判——社会法学的视角》,载《中国法学》2008年第6期。

⑤ [德]古斯塔夫·拉德布鲁赫:《法学导论》,米健、朱林译,中国大百科全书出版社1997年版,第77页。

⑥ [德]弗朗茨·维亚克尔:《近代私法史——以德意志的发展为观察重点》,陈爱娥、黄建辉译,上海三联书店2006年版,第585页。

⑦ 笔者认为私法中的人与社会法中的人还有一些派生属性差别,如高度抽象与适度具体、理性智慧与感性愚蠢、自私利己与克私利公等。

⑧ 参见[日]美浓部达吉:《公法与私法》,黄冯明译,中国政法大学出版社2003年版,第25页。

⑨ See lied Herring, Worker Overtime Suit Hits IBM, Jan 24, 2006, http://www.lieff callracer.com/news/articles/2006/2006012_rh.htm.

在此案中适用的美国式集体诉讼制度,^⑩历来是一个有争议的热门话题,^⑪长期以来一些欧洲国家特别是大陆法系国家一直拒绝接受或怀疑这一诉讼模式。^⑫为实现对消费者等个体社会弱者的保护,他们主张改造既有的民事诉讼程序,在此基础上发展出“代表人(共同)诉讼”^⑬模式。但是,代表人诉讼仍以多数受害者个体自愿加入诉讼为前置条件。大陆法系的法学家认为,诸如此类问题,毕竟涉及的是私人利益,只是事件往往同时造成许多个别人受害,而有数量上的“公共性”而已。^⑭一宗发生于我国甘肃省兰州市的劳动者群体性讨要加班工资维权诉讼案件^⑮就印证了这一见解。随着诉讼的深入,用人单位不依法向职工支付加班工资的违法事实越来越清楚,可参加诉讼讨要加班工资的职工却在不断“减员”。虽然在二审进行过程中由于用人单位撤诉,法院作出“双方均按原审判决执行”的终审裁定,但坚

⑩ 集体诉讼(class actions)是指当众多的受害者因同一个违法行为受侵害,但由于每一个受害者所遭受的损失很小而不值得为之进行个别诉讼或主张权利时,将众多的小额请求(赔偿请求或禁令请求)合并在一起,允许一个或数个原告不经多数受害者委托依法自行代表所有受害者提起诉讼,从而使这种类型的小额请求也可以通过司法程序迫使违法者退出非法所得或停止违法行为的一种诉讼模式。

⑪ 2001年,英国宪法事务部门进行了一场有关集体诉讼的咨询活动。2002年4月,英国宪法事务部门发布了一份咨询后的报告。这份报告归纳了80多位被调查者对此份咨询中各种提议的回答;有人强烈反对把损害赔偿金判给不知名索赔者的建议,并且反对进行针对被告的与之前没有主要直接因果关系的诉讼程序;有人则强烈支持通过组织代表来进行集体诉讼的建议。Peter Cashman, *Class Action Law and Practice*, Federation Press, 2007, p. 623.

⑫ 据阿斯垂德·斯坦得勒介绍:20世纪70年代,美国式集体诉讼制度成为德国学术界讨论的主题之一,不过对此,学者们普遍都持怀疑态度。之后大约20年间,关于德国集体诉讼的思考停止,直到20世纪90年代末才得以恢复。今天,集体诉讼问题则是程序法、竞争法、反垄断法、消费者保护法面临的主要问题之一。参见[德]阿斯垂德·斯坦得勒:《德国公益诉讼》,王洪亮、黄华莹译,载清华大学法学院编:《“公共利益与私人诉讼学术研讨会”论文集》,2006年,第3页。

⑬ 参见范愉:《集团诉讼问题研究》,北京大学出版社2005年版,第277页。

⑭ 参见苏永钦:《走入新世纪的私法自治》,中国政法大学出版社2002年版,第9、12、242页。

⑮ 虽2004年甘肃省兰州市某公司安排121名职工在休息日加班后,既未安排补休,也未支付任何加班工资。于是,121名职工联合向甘肃省兰州市劳动仲裁委员会申请仲裁,该仲裁委员会裁决某公司向121名职工一次性支付2004年度加班工资、经济补偿金共计25万多元。对此,该公司不服,遂向甘肃省兰州市榆中县人民法院提起诉讼。在一审过程中,该公司撤销了对金某等47名职工的起诉(因这47名职工已经做出妥协,放弃了自己的权益),维权职工则由原来的121人减少到74人。2006年3月20日,甘肃省兰州市榆中县人民法院作出一审判决,裁定由该公司向郑某等74名职工一次性支付加班工资和经济补偿金共计7万余元。一审宣判后,该公司还是不服,遂向甘肃省兰州市中级人民法院提起上诉。在上诉审理期间,该公司提出中请撤诉,理由是其已与余下的74名职工(被上诉人)达成和解协议。2006年6月7日,甘肃省兰州市中级人民法院作出终审裁定,认为双方经过协商达成和解协议,准予上诉人撤回上诉,双方均按原审判决执行。参见郝冬白:《讨加班工资:官司赢了后的尴尬》,载《兰州晨报》2007年6月18日。

持到底的74名职工最终也迫于压力与用人单位签订了“不平等条约”,^⑩“自愿”放弃了对原审判决全部内容的执行主张,丢弃了即将赢得的胜利果实。

近年来,我国已经发生了一些真正具有集体维权性质的公益诉讼案件,如刘某娟诉杭州乐金化妆品有限公司(以下简称乐金公司)、南京苏宁环球购物中心(以下简称苏宁购物中心)消费者权益纠纷案,^⑪但该案最终并未使刘某娟实现其意欲实现的维护集体公益之目的。2008年三聚氢胺毒奶粉事件,有关部门最终通过诊疗记录统计确定全国各地共有近30万名三聚氢胺毒奶粉受害婴幼儿。许多法律学者和律师等法律实务工作者主张采取民事诉讼的方式解决受害者获得赔偿问题。^⑫而这近30万名受害者即将获得赔偿的主要途径却是:由中国乳制品工业协会组织协调三鹿集团股份有限公司等22家责任企业建立基金给予赔偿。^⑬

接下来的问题是,上述对同类案件的不同处理模式及其反映出的解决思路是否体现出私法与社会法的本质区别?而对这个问题的求证,又必将成为论证社会法能否独立于私法的关键(理论基石)所在。

^⑩ 该“不平等条约”的内容主要有三条:第一,双方劳动争议自协议签字之日起和解息讼;第二,74名职工自愿放弃对原审判决全部内容的执行主张;第三,在劳动关系方面,用人单位在今后对74名职工不排斥、不责难,与其他职工一视同仁。参见郝冬白:《讨加班工资:官司赢了后的尴尬》,载《兰州晨报》2007年6月18日。

^⑪ 2004年1月26日,刘某娟在江苏省南京市南京苏宁环球购物中心购买了一瓶由杭州乐金化妆品有限公司生产的价格为170元的海哲蓝O₂时光嫩肤液,该化妆品的外包装上只标明限用期限到2007年11月27日,并未标明开瓶后的使用期限和正确使用方法。刘某娟购买后开瓶使用,并于2004年3月8日以化妆品的限用期限不能等同于开瓶后的使用期限,杭州乐金化妆品有限公司和南京苏宁环球购物中心未在该化妆品的外包装上标明开瓶后的安全使用期限和正确使用方法,致使其难以正确使用为由,向江苏省南京市鼓楼区人民法院起诉,认为两被告对化妆品使用期限的不当标示行为侵犯了其依法享有的消费者知情权,要求法院判令两被告在海哲蓝O₂时光嫩肤液的外包装上标明开瓶使用期限和正确使用方法并提供相应的检测报告。一审法院判决认为,原告购买的化妆品海哲蓝O₂时光嫩肤液外包装底部标明的限用期限应视为开瓶前或开瓶后都应达到的使用期限,因国家法律和行业规范对开瓶后的使用期限没有强制性的要求,故判决驳回原告刘某娟的诉讼请求。刘某娟对此不服,上诉至江苏省南京市中级人民法院。二审法院判决撤销一审判决,责令被告人于判决生效之日起3个月内以书面形式告知刘某娟其购买的海哲蓝O₂时光嫩肤液的开瓶使用期限,并驳回刘某娟要求两被告在与其购买的海哲蓝O₂时光嫩肤液同样产品上标明开瓶使用期限的诉讼请求。参见《刘某娟诉杭州乐金化妆品有限公司、南京苏宁环球购物中心消费者权益纠纷案》,载《中华人民共和国最高人民法院公报》2005年第6期。

^⑫ 参见张新宝:《从公共危机事件到产品责任案件》,载《法学》2008年第11期;吴春岐:《“问题奶”生产者、销售者的不真正连带责任》,载《法学》2008年第11期;张雪忠:《质监机构产品抽检中的民事责任》,载《法学》2008年第11期;孙维飞:《“三鹿问题奶粉事件”与侵权法中的因果关系》,载《法学》2008年第11期;刘璐:《“三鹿问题奶粉事件”损害赔偿民事诉讼程序之保障》,载《法学》2008年第11期。

^⑬ 参见《30万毒奶粉患儿将获赔偿——三鹿等22家企业将给予一次性现金赔偿》,载《北京晚报》2008年12月28日。

二、理论前提之说明

私法对人的认知受个人(自由)主义政治哲学观的影响,^{②①}社会法对人的认知受集体(反自由)主义政治哲学观的影响。两种政治哲学观的根本区别在于对社会起源及其本质的解释不同。在个人(自由)主义看来,人的本体是“原子化”的孤独个体。“自由主义的假设就是人类个体本质上是孤独的,具有独立于——如果不是对立——其他人的需要和利益。这种假设是自由主义理论的出发点。”^{②②}在集体(反自由)主义看来,社会作为整体或有机体,汇集和结合了构成社会的各个要素或细胞,社会作为要素或细胞的总和,在性质上并不由这些要素或细胞的性质来规定;由个人联合而形成的集体不同于单独个体的实体,集体作为一种特殊的实体,以外在的形式作用于个体,并在个体身上形成一种完全内在的存在。^{②③}也就是说,集体(反自由)主义将个人定位于社会“有机体的一个器官”。^{②④}斐迪南·腾尼斯关于“联合体”与“共同体”的区分较好地界定了个人主义与集体主义两种不同的社会观。^{②⑤}据此,社会学家李强指出:“个人主义的社会观就其本质而言是把社会看作某种形式的联合体。社会是人们聚集在一起的产物。人们聚集的目的是实现各自的利益。除了每个人自己的利益之外,社会没有自身独特的利益。在这个意义上,所谓个人利益服务于社会利益、集体利益,只能是毫无意义的昏话……与此相反,集体主义者心目中的社会是一个共同体。它不仅仅是一群个人的简单集合体,而是由人们组成的某种形式的共同体。这意味着,人们之间有某种超越个人利益之上的纽带,即共同利益、共同信仰、共同道德。这个共同体的利益绝对大于所有个人利益的总和。”^{②⑥}

当然,有当代新个人(自由)主义者认为,反个人(自由)主义者对其一系列夸张的指控“包含着真理被扭曲的回声”,^{②⑦}自由主义并不是要肯定“原子主义”,它仅

^{②①} 私法社会化的思想基础是在对古典自由主义进行批判的基础上发展起来的新个人(自由)主义,其与个人(自由)主义的思想理念尚无根本冲突。

^{②②} 参见[加拿大]威尔·金里卡:《自由主义、社群与文化》,应奇、葛水林译,上海世纪出版集团2005年版,第14、228页。

^{②③} 参见渠敬东:《现代社会中的人性及教育——以涂尔干社会理论为视角》,上海三联书店2006年版,第72页。

^{②④} 参见[法]E. 涂尔干:《社会分工论》,渠东译,上海三联书店2000年版,第185页。

^{②⑤} 参见[德]斐迪南·腾尼斯:《新时代精神》,林远荣译,北京大学出版社2006年版,第19~22、60~61页。

^{②⑥} 李强:《自由主义》,中国社会科学出版社1998年版,第156、244页。

^{②⑦} 参见[美]斯蒂芬·霍尔姆斯:《反自由主义剖析》,曦中等译,中国社会科学出版社2002年版,第267~275、367页。

仅是想“把被政府官员大肆滥用的正当性策略,从他们的武器库中除去”,^{②7}自由主义并不破坏全部社会纽带,但确实鼓励个人独立。^{②8}罗尔斯和德沃金这些新个人(自由)主义者并不是真正古典概念上的原子主义者。“他们的论证注意到了而且确实强调了作为个人的我们对于我们的文化结构和社群的依赖。”^{②9}笔者认为,新个人(自由)主义者的上述辩解,提醒我们对其关于人的“原子化”的理解不要过于偏激。但是,不可否认,新个人(自由)主义与集体(反自由)主义对人的“个体”或“集体”本质属性的认识确实存在差别。新自由主义仍然属于自由主义阵营,在个体与集体、自由与控制的天平上,新自由主义总体上还是倾向于个体与自由一边。正如威尔·金里卡所言:“社群主义喜欢强调文化成员身份的重要性,强调我们进入并非我们可以选择的历史和语言的重要性。这被看作超出自由主义知识范围的一种洞见。”^{③0}这种洞见即使像罗尔斯和德沃金这样的当代自由主义代表者也没有加以强调。^{③1}

在反个人(自由)主义阵营中,社群(community)主义是对个人(自由)主义批判得最彻底、最深刻,与个人(自由)主义最针锋相对的理论体系。社群主义对社会法理论的启发意义十分重大。

社群主义强调社群对于自我和个人的优先性,因此,社群概念对于社群主义正像个人概念对于自由主义一样,具有压倒一切的重要性。^{③2}不同的社群主义者对社群的界定是各不相同的。一般来说,社群主义者把社群看作一个拥有某种共同的价值、规范和目标的实体,其中,每个成员都把共同的目标当作自己的目标。因此,在社群主义的眼中,社群不仅仅是指一群人,它是一个整体,个人都是这个整体的成员,都拥有一种成员资格。^{③3}社群主义者所说的社群有许多个基本的向度,如地理的、职业的、年龄的、性别的、文化的、种族的,甚至国家的。不同的向度分别构成了不同类型的社群。

^{②7} 参见[美]斯蒂芬·霍尔姆斯:《反自由主义剖析》,曦中等译,中国社会科学出版社2002年版,第267~275、367页。

^{②8} 参见[美]斯蒂芬·霍尔姆斯:《反自由主义剖析》,曦中等译,中国社会科学出版社2002年版,第267~275、367页。

^{②9} A. Jaggar, *Feminist Politics and Human Nature*, Rowman and Allenheld, Totowa, HJ, p. 40.

^{③0} 参见[加拿大]威尔·金里卡:《自由主义、社群与文化》,应奇、葛水林译,上海世纪出版集团2005年版,第14、228页。

^{③1} 参见[加拿大]威尔·金里卡:《自由主义、社群与文化》,应奇、葛水林译,上海世纪出版集团2005年版,第14、228页。

^{③2} 参见俞可平:《社群主义》,中国社会科学出版社1998年版,第22~23、45、55、57页。

^{③3} 参见俞可平:《社群主义》,中国社会科学出版社1998年版,第22~23、45、55、57页。