

社会法概念反思： 社会法的实用主义界定与核心命题

丁晓东

内容提要：社会法的概念是中国社会法研究的基础问题。回顾中国社会法学界对此问题的争论，可以发现各方在不同层面使用社会法的概念，其中中义社会法是在研究对象与研究领域的意义上界定社会法，而广义社会法则在研究方法上界定社会法，二者具有各自语境中的合理性。借用语言哲学与实用主义法理学理论，可以发现语词与概念并不具备本质性的含义，对语词与概念应采用问题导向的实用主义界定。从制度研究这一问题导向出发，可以提取和凝练社会法中的不平等性、持续性、外部性问题这三个核心命题。从这三个核心命题角度切入，可以更好地从制度角度理解社会法，也可以更好地借鉴域外学术研究，形成社会法与传统公法理论与私法理论的借鉴与互补。

关键词：社会法 实用主义 不平等性 持续性 外部性

丁晓东，中国人民大学法学院副教授。

社会法的概念一直是困扰社会法研究的基础性问题。自 21 世纪初以来，我国立法机关就将社会法列为中国特色社会主义法律体系七个法律部门之一，与宪法及宪法相关法、民商法、行政法、经济法、刑法、诉讼与非诉讼程序法并列，社会法在我国法律体系中的地位与作用已经获得广泛认同。但在学术上，社会法的概念到底应当如何理解，仍然颇有争议，并产生了以中义社会法与广义社会法为代表的不同主张。

从实用主义法理学出发，本文探寻一种问题导向的社会法界定。就社会法学研究而言，其核心问题是制度问题，尤其是社会法与传统公法、传统私法具有一定区别的制度问题。因此，本文试图提炼社会法的三个核心命题：社会关系主体之间的不平等性、持续性与外部性。所谓不平等性，指的是社会法关系中相关主体在信息、能力等方面具有明显的差异，因而法律将其拟制为不平等关系。所谓持续性，指的是社会法所处理的很多关系往往具有持续性互惠与互信关系，而非一次性博弈关系。所谓外部性，指的是社会法所处理的关系不仅涉及当事人双方的利益，也会涉及不特定的第三人或社会性利益。本文认为，

社会法三个核心命题并不穷尽社会法的特征,但通过提炼与制度研究相关的社会法核心命题,可以使社会法的概念界定更具实用主义特性,以问题为导向。同时,社会法的实用主义界定可以更好地借鉴国外社会法研究,也可以与传统公法、传统私法的研究形成更好的理论对接与互补。

一 社会法的概念:历史与争议

我国对社会法概念的界定主要从官方与学界两个层面展开。一方面,官方从 20 世纪初就逐步确立了作为法律部门的社会法,并逐渐拓展其外延。另一方面,学界从 20 世纪 90 年代开始,围绕着社会法的概念展开了争论,同时将争议核心聚焦于社会法应当作为一个法律部门还是法域。回溯围绕社会法的官方界定与学术界定,有助于我们理解社会法概念争议的历史背景。

(一) 官方机构的社会法界定

我国官方对社会法的界定可以追溯到 2001 年李鹏委员长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》。在报告中,李鹏委员长指出,中国特色社会主义法律体系包括宪法及宪法相关法、民法商法、行政法、经济法、社会法、刑法、诉讼与非诉讼程序法七个法律部门。其中社会法指的是“调整劳动关系、社会保障和社会福利关系的法律。我国已经在这方面制定了劳动法和一批保障社会特殊群体权益的法律”。^[1] 2003 年,全国人大法律委员会主任委员杨景宇作出类似的界定。根据杨景宇的表述,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”。^[2]

2010 年以来,社会法的地位进一步确立。2010 年,我国最高立法机关成立社会法室。全国人大常委会法工委社会法室负责人指出:“社会法是我国社会主义法律体系中的一个法律部门,它包括劳动就业、收入分配、社会保障、困难群体权利保护等方面的法律。”^[3] 2011 年,官方发布的《中国特色社会主义法律体系》白皮书指出:“社会法是调整劳动关系、社会保障、社会福利和特殊群体权益保障等方面的法律规范,遵循公平和谐和国家适度干预原则,通过国家和社会积极履行责任,对劳动者、失业者、丧失劳动能力的人以及其他需要扶助的特殊人群的权益提供必要的保障,维护社会公平,促进社会和谐。”^[4]

在此后的时间里,我国官方对社会法没有进一步的直接界定。但从相关重要报告来看,社会法的重要性开始进一步提升。2014 年十八届四中全会通过的《中共中央关于全

[1] 参见李鹏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>, 最近访问时间[2020-02-02]。

[2] 杨景宇:“十届全国人大常委会法制讲座第一讲 我国的立法体制、法律体系和立法原则”, http://www.npc.gov.cn/zgrdw/npc/xinwen/2003-04/25/content_316546.htm, 最近访问时间[2020-02-02]。

[3] 《中国加强社会领域立法 最高立法机关成立社会法室》,《人民日报》2010 年 9 月 27 日第 13 版。

[4] 《中国特色社会主义法律体系》白皮书发布(全文), http://www.gov.cn/jrzq/2011-10/27/content_1979498.htm, 最近访问时间[2021-02-02]。

面推进依法治国若干重大问题的决定》提出：“加快保障和改善民生、推进社会治理体制创新法律制度建设。依法加强和规范公共服务，完善教育、就业、收入分配、社会保障、医疗卫生、食品安全、扶贫、慈善、社会救助和妇女儿童、老年人、残疾人合法权益保护等方面的法律法规。加强社会组织立法，规范和引导各类社会组织健康发展。制定社区矫正法。”^[5]2019年十九届四中全会通过的《中共中央关于坚持和完善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若干重大问题的决定》对“完善民生保障制度”提出了更高和更为全面的要求。^[6]

综观我国官方对社会法的界定，可以发现如下特征：其一，我国官方对社会法概念并未排除其他界定方式。正如李鹏委员长所说：“关于法律部门，法学界有不同的划分方法，常委会根据立法工作的实际需要，初步将有中国特色社会主义法律体系划分为七个法律部门。”^[7]其二，我国官方对社会法概念的界定具有实践先行的特征。虽然我国官方正式提出社会法的概念是在2001年，但早在中华人民共和国成立之初，我国就颁布了《工会法》（1950年）、《劳动保险条例》（1951年）等法律法规。自改革开放至今，我国又制定了《未成年人保护法》（1991年）、《妇女权益保障法》（1992年）、《劳动法》（1994年）与《老年人权益保障法》（1996年）等。这些法律虽然都在社会法概念提出之前进行立法，但无疑都是社会法的一部分。其三，我国官方的社会法概念是发展的而非一成不变的。正如杨景宇主任所言，“社会法是在国家干预社会生活过程中逐渐发展起来的一个法律门类。”^[8]

（二）学术领域的社会法界定

与官方的统一界定相对，学术领域对社会法有多种界定方式，其中包括了狭义、中义、广义与泛义等社会法理论。^[9]其中狭义的社会法理论认为，社会法主要指的是劳动法与社会保障法；^[10]中义的社会法理论认为，社会法包括劳动法、社会保障法、弱势群体权益保护以及社会福利关系方面的法律；^[11]广义的社会法理论认为，社会法指的是在公法与

[5] 《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》（2014年10月23日中国共产党第十八届中央委员会第四次全体会议通过），《人民日报》2014年10月29日第1版。

[6] 参见《中共中央关于坚持和完善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若干重大问题的决定》（2019年10月31日中国共产党第十九届中央委员会第四次全体会议通过），《人民日报》2019年11月6日第1版。

[7] 李鹏，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>，最近访问时间[2021-02-02]。

[8] 杨景宇：“十届全国人大常委会法制讲座第一讲 我国的立法体制、法律体系和立法原则”，http://www.npc.gov.cn/zgrdw/npc/xinwen/2003-04/25/content_316546.htm，最近访问时间[2021-02-02]。

[9] 参见王为农、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90-93页；竺效：《法学体系中存在中义的社会法吗》，《法律科学》2005年第2期，第61-65页。

[10] 更狭义的社会法界定则借鉴德国的社会法定义，将社会法等同于社会保障法。参见郭明政：《社会法之概念、体系与范畴》，我国台湾地区《政大法学评论》1997年第58期，第369-380页；张守文：《社会法略论》，《中外法学》1996年第6期，第8-14页；郑尚元：《社会法语境与法律社会化》，《清华法学》2008年第3期，第146-159页。

[11] 代表性的观点，参见王全兴：《社会法学的双重关注：社会与经济》，《法商研究》2005年第1期，第15-18页；李昌麒、甘强：《经济法与社会法关系的再认识——基于法社会学研究的进路》，《法学家》2005年第6期，第126-134页；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年第5期，第92-97页；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年第3期，第146-159页；参见余少祥：《社会法“法域”定位的偏失与理性回归》，《政法论坛》2015年第6期，第30-41页。

私法之外的第三法域；^[12] 泛义的社会法理论则认为，社会法是指一切与社会相关的法律与法学研究，包括社会中的法与法律社会学研究。^[13] 在这些理论界定中，影响最大和争论最为激烈的当属中义社会法与广义社会法的争论。

1. 中义社会法的主张

中义社会法首先认为，广义社会法可能导致社会法研究的泛化。中义社会法理论大都承认，社会法并非传统公法或私法，因而也可以被认为隶属于第三法域。但中义社会法同时认为，社会法是小于第三法域的一个子集，并不等同于社会法。例如有学者指出，“社会法的性质兼具公法和私法属性，但具有公法与私法属性的法律不只是社会法。”^[14]

其次，中义社会法坚持，作为法律部门的社会法界定与我国的法律分类模式更为协调，可以避免和其他法律部门例如经济法、环境法等领域的重叠。^[15] 例如有学者指出，虽然“立法部门对法律体系的认识以及其所采用的分类模式，并非是绝对的、科学的”，但“若着眼于现代法律体系逻辑性和法学体系协调性之诉求，社会法的概念则宜在中义层面上求同存异、传播使用”。^[16]

最后，中义社会法批判了广义社会法中的社会利益理论。有的中义社会法研究者指出，在个人利益与国家利益之间构建社会利益或社会性法益，据此作为广义社会法的理论基础，这不具备正当性。例如有学者指出：“社会利益本位论是不成立的，社会利益也不是社会法专有的利益”，因为社会利益和公共利益很难区分。强行将社会利益列为与公共利益并列的一类利益，并不符合人们的通常认识。^[17]

2. 广义社会法的主张

与中义社会法相对，广义社会法理论提出了若干相反的理由。广义社会法首先认为，社会法的学术界定要与官方界定保持距离。有学者认为，中义社会法的理论实质上是追随立法与行政的社会法划界的逻辑。但“官方划定法律部门是一种行政管理的需要”，当“学者自觉遵守且不断夸大这种行政划界，就可能束缚学者的理论逻辑”。^[18]

其次，广义社会法认为，社会法的范围界定也需要与学术领地的划分别开来。有的部门法，例如消费者保护法，虽然从学术领地上划分可能属于官方所界定的经济法，但仍然可以划入社会法的范畴，因为“学术逻辑有其自身的张力，完全没必要从学术领地的观念出发，削足适履”。^[19]

[12] 参见董保华著：《社会法原论》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 16 页；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 - 31 页；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；赵红梅：《第三法域社会法理论之再勃兴》，《中外法学》2009 年第 3 期，第 427 - 437 页。

[13] 参见林嘉：《社会法在构建和谐社会中的使命》，《法学家》2007 年第 2 期，第 1 - 6 页。

[14] 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 年第 3 期，第 151 页。

[15] 参见谢增毅、刘俊海：《社会法学在中国：任重而道远》，《环球法律评论》2006 年第 5 期，第 635 - 640 页。

[16] 冯彦君：《中国特色社会主义社会学理论研究》，《当代法学》2013 年第 3 期，第 16 页。

[17] 余少祥：《社会法“法域”定位的偏失与理性回归》，《政法论坛》2015 年第 6 期，第 30 页。

[18] 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 17 页。

[19] 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》，《法学》2014 年第 2 期，第 109 页。

再次,广义社会法理论认为,我国官方的社会法界定实际上是一种广义社会法。有学者认为,我国官方的社会法定义“在制度设计时已经进入 21 世纪,一开始就比保障弱势群体生存权范围更广泛,为制度改良留下了一定的空间”。因此,我国官方的社会法界定体现了“从狭义走向广义的定位,体现了‘广义社会法’的要求,与国际趋势也是一致的”。^[20]

最后,广义社会法理论认为,中义社会法采用了广义社会法的研究方法和理念,因而实际上是广义社会法的支持者。有学者认为,中义社会法理论将社会法界定为“调整自然人基本生活权利保障而衍生的社会关系”,^[21]或者从生存权、发展权以及其他社会权利的角度界定社会法,^[22]这实际上是在主张一种广义社会法的观念,“悄悄进入‘广义社会法’甚至于超‘广义社会法’的轨道”。^[23]

二 社会法界定争议的反思

如何看待学术领域对社会法界定的争论,尤其是中义社会法与广义社会法的争论?结合上述分析,可以发现二者是在不同层面对社会法进行论述。其中中义社会法是从领域法学的层面对社会法范围进行界定,而广义社会法则更多从研究方法的层面对社会法进行界定。从不同层面分析广义与中义社会法,既可以避免二者之间的相互误解,也可以发现二者理论在各自层面的合理性。

一方面,中义社会法以较为限定的立场界定社会法的研究领域,这具有特殊时代背景的合理性。就法学研究而言,社会法的界定是在学科体系建设的背景下展开的,面对民商法、宪法行政法等较为成熟的学科,如何确立相对稳定的学科范围与研究队伍,是一个非常现实的问题。中义社会法采取了大致吻合官方界定的社会法范畴,以劳动法与社会保障法、弱势群体保护法、社会组织法等法律为研究范畴,这一做法具有较为合理的历史现实性。

如果社会法在初创阶段即进行较宽的界定,研究力量尚属薄弱的社会法必然会面临难以驾驭的局面;而且这种过宽的界定也会面临和其他学科进行研究分工的难题。如同有学者所言:如果社会法“过于宽泛,容易模糊社会法和经济法的区别与界限”。^[24]此外,我国的社会法实践和学术研究密切相连。对于我国社会法建设中所遇到的各种问题,政府也经常建议学者建言献策,参与社会服务。因此,我国社会法在发展的初始阶段采取与官方机构大致吻合的社会法界定,有利于我国社会法研究的聚焦,增强社会法学的实践

[20] 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17页。

[21] 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年第3期,第155页。

[22] 参见谢增毅:《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年第5期,第97页。

[23] 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14页。

[24] 参见林嘉:《论社会保障法的社会法本质》,《法学家》2002年第1期,第116-121页。

感受力。从总体效果来看,中义社会法的建设也与我国社会法学的发展具有较高的契合度。正如有学者总结道,“社会法定位问题虽然被广泛讨论,但‘中义社会法’在事实上已经影响并塑造了中国社会法立法与学术的生态环境。”^[25]

另一方面,在研究方法上采取广义社会法的立场,有利于社会法研究的深入。首先,中义社会法本身就包含了许多具有差异性的问题,需要进行更为广义的研究。^[26] 例如《劳动法》《劳动合同法》包含较多私法规范;而《就业促进法》《矿山安全法》《职业病防治法》《安全生产法》则是公法规范与行政管理色彩更浓。弱势群体保护可能因为不同群体的特征而面临不同问题,例如妇女面临的问题可能主要是由家庭分工与生育问题所造成;老年人面临的问题可能主要由养老、社会保障等问题所造成;对于不同弱势群体所采取的保护方式可能也非常不同,例如未成年人的意志能力尚未成熟,对其保护可能更多需要依赖于家庭、社会与国家履行相关责任等等。

如果将社会法界定为对官方机构相关法律法规的追踪与解读,不深入理解这些法律法规背后的理论命题,那么社会法研究就会面临立法与法律解释的双重难题。在立法层面,我国的社会法亟需建构能够有效实施、符合社会实际的各类立法,避免法律条文仅仅成为“书本上的法”;而要实现这一目的,包括经验研究,交叉学科研究在内的研究方法具有至关重要的作用。在法律解释层面,我国的相关社会法解释也亟需进行更多的法理层面的论证,因为法律理论是法律解释不可分割的一部分。^[27]

由上可见,中义社会法的领域界定与广义社会法的方法论界定并不矛盾。即使是一些主张中义社会法界定的学者,也同样呼吁广义社会法的研究方法。如同坚持中义社会法的学者所言,“以社会法界定为研究取向的问题域或维度不宜过窄。即只通过研究社会法的调整对象来界定社会法,是远远不够的。”面对社会法所意图实现的社会公平、扶持弱势群体、实现社会和谐等政策目标,社会法研究“与其重视从调整对象的维度界定社会法,不如更加重视从政策目标及其实现机制的维度来界定社会法”。^[28]

事实上,很多学者都曾经在不同层面使用社会法,因此兼具中义社会法与广义社会法的主张。例如有学者曾指出,社会法“作为第三法域的中间领域,兼具私法和公法因素”,这一表述主要是从社会法的特征去描述的,因为“这样有助于”法学的分类和探求法的发展轨迹;而当有学者强调社会法与环境法等部门法存在区别时,其概念的使用主要是从学科研究对象与学科建设的角度进行阐述的。^[29] 同样,有学者虽然也聚焦中义社会法,但也指出社会法是一种广义社会法,因为社会法是“公法与私法以外之第三法域”,“与公法领域、私法领域相对应”,“具有冲破公法与私法划分藩篱的‘革命’意义”。^[30]

[25] 吴文芳:《我国社会法理论演进与研究路径之反思》,《华东政法大学学报》2019年第4期,第82页。

[26] 参见林嘉:《中国社会法建设40年回顾与展望》,《社会治理》2018年第11期,第22-30页。

[27] See Ronald Dworkin, *The Model of Rules*, 35 *University of Chicago Law Review* 14, 14-46 (1967); Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press, 1986, pp. 336-337.

[28] 参见王全兴、唐伟森:《我国社会法基础理论的研究路径选择》,《江淮论坛》2016年第6期,第118-123页。

[29] 参见林嘉:《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117页。

[30] 赵红梅著:《私法与社会法》,中国政法大学出版社2009年版,第44页。

三 社会法的实用主义界定

上文分析告诉我们,社会法可以在不同层面与不同意义上使用,既可以指研究对象与研究领域,也可以指更一般性的法律研究方法。但如何从法学原理的层面理解这一点,则需深入分析。有观点认为,概念的界定是法学研究的前提,应当首先通过对语词的辨析实现概念的统一。例如一百多年前,奥斯丁曾在《法理学讲义或实证法哲学》中指出,为了建构一门作为科学的法学,法理学必须首先实现法律概念的统一,消除词语的混乱与争议,实现法律概念的统一界定。^[31] 社会法的概念是否也可以通过语言与概念的辨析而统一社会法的概念与范围,从而消除争议?针对这一问题,可以借鉴维特根斯坦的语言哲学理论和20世纪以来的法律理论。这些理论表明,法律概念并不具备本质性的定义。

在关于语言与概念的使用中,维特根斯特具有举足轻重的影响,深刻地影响了20世纪的语言哲学,包括对法学领域对于法律概念的理解。根据传统观点,语言都有一个本质性的含义,语言的含义是词语本身界定的,对于概念的界定就是为了“使得我们的表达更精确”。^[32] 但维特根斯坦的语言哲学理论却指出,这种对概念的理解误解了语词与概念。^[33] 在其身后出版的《哲学研究》一书中,维特根斯坦指出,语词与概念的含义来自于这个词语“在语言中的使用方式”,^[34] 而不是由这个词和它所指的任何内在本质所决定的。维特根斯坦指出,概念的含义其实来自于“一个复杂的相似性重叠和交叉网络:有时是整体相似性,有时细节上的相似性”。^[35]

对于语词和概念的这种非本质主义特征,维特根斯坦将其称为“家族类似(family resemblance)”。^[36] 一个家族的成员之间可能存在某一点或多个相似之处,在“体形、特征、眼睛的颜色、步态、气质等”方面展现出类似的特征。这种相似性可能是中心化的,例如某个家族成员的眼睛都是棕色的,或者某个家族成员的头发都是金色的。但在其他更多情形中,一个家族成员的相似性可能是去网状或去中心化的,例如一个家族的成员甲乙丙都有高鼻梁,甲丙丁都有棕色眼睛,乙丙丁都是金色卷发,丙乙丁声音都有些沙哑。概念也是如此,有的概念具有一个相对稳定的内涵和中心点,围绕着中心点所划定的范围就是概念的范围。但在其他很多时候,概念可能是没有中心点或公分母,此时概念的界定取决

[31] See John Austin, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, 5th ed., revised and edited by Robert Campbell, John Murray, BiblioBazaar, 1885, Vol. I, pp. 85 - 86.

[32] Ludwig Wittgenstein, *Philosophical Investigations*, G. E. M. Anscombe trans., Macmillan, 1958, p. 43.

[33] 维特根斯坦早期的语言哲学理论更偏向逻辑实证主义,后期的语言哲学对逻辑实证主义进行了批判,参见 Robert J. Fogelin, *Wittgenstein's Critique of Philosophy*, in Hans Sluga and David G. Stern (eds.), *The Cambridge Companion to Wittgenstein*, Cambridge University Press, 1996, pp. 34 - 58.

[34] Ludwig Wittgenstein, *Philosophical Investigations*, G. E. M. Anscombe trans., Macmillan, 1958, p. 20.

[35] Ludwig Wittgenstein, *Philosophical Investigations*, G. E. M. Anscombe trans., Macmillan, 1958, p. 31.

[36] Ludwig Wittgenstein, *Philosophical Investigations*, G. E. M. Anscombe trans., Macmillan, 1958, p. 32. 对家族类似理论的进一步解读,参见 P. M. S. Hacker, *Insight and Illusion: Themes in the Philosophy of Wittgenstein*, 39 *Philosophical Quarterly* 155, 231 - 239 (1989); Hanna Feinchel Pitkin, *Wittgenstein and Justice: On the Significance of Ludwig Wittgenstein for Social and Political Thought*, University of California Press, 1972, pp. 63 - 65.

于如何从若干家族类似之处着手,划定概念的范围。^[37]

在法学理论中,维特根斯坦的语言哲学观已经被当代法学研究广为接受。例如德沃金的名著《法律帝国》中对于“语义学之刺(semantic sting)”的批判,^[38]就与维特根斯坦的理论具有理论上的一致性。二者都认为,概念的界定是一种建构性活动。在其著作中,德沃金也多次引用维特根斯坦的著作。^[39]此外,维特根斯坦的理论与广义上的实用主义法学理论也具有内在理论上的一致性。^[40]实用主义法学尽管内部有诸多分歧,^[41]但是它们都主张,概念的界定是为了解决实际问题,而不是一种探索先验知识的过程。^[42]

从维特根斯坦的语言哲学理论与实用主义法学出发,就可以理解社会法概念的多重使用。上文提到,中义社会法与广义社会法在两种不同的意义上使用社会法,事实上,我国法学界对社会法的定义有数十种之多。^[43]从本质主义与概念中心主义的角度看,这是一个很严重的问题,表明了概念的混乱与对社会法的认识不清。但从反本质主义的语言哲学理论与实用主义法学出发,很多社会法界定却可能具有其语境中的合理性,例如上文提到的中义社会法与广义社会法。^[44]

维特根斯坦的语言哲学理论给我们的启示是,对社会法概念的界定要摆脱本质主义的概念界定。要理解概念的“复杂的相似重叠、纵横交错的网络”,^[45]就应当关注社会法的各种具体表现形式,在具体问题中界定社会法,就需要在具体语境中通过寻找“家族类似”的方法来把握。实用主义理论则进一步提醒我们,语词的使用与界定应当采取问题导向,而非本质导向的立场。^[46]如同实用主义的创始人之一杜威所说,“从经验上讲,所有的反思都是从问题和困惑中出发的。它的目的是澄清和确定。”^[47]

四 社会法的核心命题

社会法研究的核心使命是制度研究,尤其是区别于传统公法和传统私法的制度。从

[37] See Steven L. Winter, *A Clearing in the Forest: Law, Life, and Mind*, University of Chicago Press, 2001, pp. 69 - 71.

[38] See Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press, 1986, chapter 2.

[39] 参见张延祥:《哈特与德沃金法理学中的维特根斯坦》,《北方法学》2017年第6期,第112-119页。

[40] 对于二者理论联系的分析,参见 Hilary Putnam, *Pragmatism: An Open Question*, Blackwell, 1995, pp. 27 - 56; Richard Rorty, *Consequences of Pragmatism: Essays, 1972 - 1980*, University of Minnesota Press, 1980, pp. 19 - 36; Richard Shusterman, *Practicing Philosophy: Pragmatism and the Philosophical Life*, Routledge, 1997, pp. 17 - 64.

[41] See Richard A. Posner, What Has Pragmatism to Offer Law?, 63 *S. Cal. L. Rev.* 1653, 1660 (1990).

[42] 一些代表性的实用主义法学论述,参见 Richard A. Posner, *Overcoming Law*, Harvard University Press, 1995; Daniel A. Farber, Legal Pragmatism and the Constitution, 72 *Minn. L. Rev.* 1331 (1988); Thomas C. Grey, Holmes and Legal Pragmatism, 41 *Stan. L. Rev.* 787 (1989); Robin West, Liberalism Rediscovered: A Pragmatic Definition of the Liberal Vision, 46 *U. Pitt. L. Rev.* 673 (1985); Steven D. Smith, The Pursuit of Pragmatism, 100 *Yale L. J.* 409 (1990); Richard Warner, Why Pragmatism? The Puzzling Place of Pragmatism in Critical Theory, 1993 *U. Ill. L. Rev.* 535 (1993).

[43] 参见李昌麒等:《经济法与社会法关系的再认识——基于法社会学研究的进路》,《法学家》2005年第6期,第126-134页。

[44] 实用主义对于语境的强调,参见 John Dewey, *Logic, The Theory of Inquiry*, in Jo Ann Boydston ed., Southern Illinois University, 1988, p. 72.

[45] Ludwig Wittgenstein, *Philosophical Investigations*, G. E. M. Anscombe trans., Macmillan, 1958, p. 4.

[46] See Michael Eldridge, *Transforming Experience: John Dewey's Cultural Instrumentalism* Nashville, Vanderbilt University Press, 1998, p. 4.

[47] John Dewey, *Experience and Education*, Macmillan Company, 1938, pp. 65 - 66.

制度研究这一问题导向出发,可以提取社会法的若干核心学术命题。

(一) 不平等命题

从制度研究出发,社会法学研究的核心命题之一在于不平等问题。在现代社会,随着大企业等社会权力主体的兴起,个体与社会权力主体之间的不平等已经成为越来越普遍的现象。而社会法的重要使命之一在于解决不平等主体之间的法律关系,这也已经成为社会法学的共识。例如有学者认为,“私法的前提假设是人们的平等人格,社会法关注平等人格背后人们在能力、条件、资源占有等方面的不平等。”^[48]也有学者认为,社会法“以社会公平为价值追求,并注重对社会弱势群体的关怀和照顾”。^[49]

不平等命题对于制度研究具有重要意义。尽管倾斜保护已经成为应对不平等问题的共识,但如何通过立法与法律解释设计行之有效的制度,却仍然有许多难点问题亟待深入研究。首先,在不平等问题的判断上,如何保证制度的公正性与有效性历来是一个难题。在劳动法、消费者保护法等很多法律制度中,尽管劳资双方、经营者与消费者之间存在不平等,但其不平等性不可一概而论。在很多情形中,双方整体而言具有不平等地位,但在具体语境中,双方却可能实力相当,甚至看似弱者的一方能力更强。例如在涉及高管、球员、明星等劳动者的情形中,其谈判能力可能会超过俱乐部或公司。^[50]在此类问题中,如果法律制度不能进行精巧有效的设计,就可能产生“搭便车”问题。一些并非弱势的个人或群体就可能借助制度为自身谋取利益,倾斜保护制度就可能出现损害社会公平、伤害弱势群体的现象。

其次,如何设计倾斜保护制度,也亟需深入研究。当前不少制度都从信息能力入手,要求能力较强的一方对能力较弱的一方披露更多信息,使双方能力达到平等状态。但也有很多研究表明,信息披露其实未必能够帮助弱势群体,反而会造成弱势一方信息过载、决策失误等问题。^[51]此外,矫正社会主体之间的不平等应当更多采取事前规制,还是应当采取事后的救济损害?有学者指出,对于不平等主体可以采取权力规则对强势一方进行规制,即通过事先规制的方式降低强势一方的能力,增强弱势一方。但这种规制方式也可能存在问题,因为这种方式可能会对社会主体施加过多限制。^[52]最后,就救济制度而言,对于损害弱者权利的行为,应当更多依赖于行政等积极手段加以保护,还是更应当依赖于司法等被消极手段进行保护?在以司法手段对弱者权利进行救济时,对于弱势群体在诉讼门槛、主管机关、举证责任、损害赔偿标准等方面又应当作何种制度设计?此类问题,也都需要社会法研究超越传统公法与私法,在制度方面作出回应。

(二) 持续性命题

从制度研究出发,社会法研究的另一核心命题在于持续性问题。所谓持续性,指的是在劳动合同关系、妇女权益保护以及很多关系中,双方往往是熟人或半熟人关系,彼此之

[48] 信春鹰:《中国特色社会主义法律体系及其重大意义》,《法学研究》2014年第6期,第25页。

[49] 林嘉:《社会法在构建和谐社会中的使命》,《法学家》2007年第2期,第2页。

[50] 参见谢增毅:《公司高管的劳动者身份判定及其法律规则》,《法学》2016年第7期,第93-101页。

[51] See Omri Ben-Shahar and Carl E. Schneider, The Failure of Mandated Disclosure, 159 U. PA. L. REV. 647 (2011).

[52] See Samuel Bray, Power Rules, 110 Columbia Law Review 1172 (2010).

间具有持续性的信任或依赖关系。相比陌生人或纯粹市场主体来说,这种关系常常在长期互动中形成,而不仅仅是陌生人主体之间的博弈。

在制度层面,持续性命题首先需要确定,国家法律制度对于此类关系是否需要介入。在具有持续性特征的双方关系中,双方往往既具有对抗关系,也具有互惠关系,尤其具有长期互惠关系。对于这样一种关系,国家正式法律制度往往并不轻易介入,因为这种制度往往具有社群主义的特征,^[53]并且往往能够通过社会规范等方式非正式制度进行解决。^[54]例如在婚姻家庭关系中,婚姻和家庭往往被认为属于公民的私生活领域,只有婚姻关系破裂或者涉及家暴等严重问题时,国家才会介入。同样,在劳动关系中,和谐的劳资关系下,雇主和劳动者拥有广泛的共同利益。从制度研究的角度看,这就需要分析国家法律制度在何种程度对此类关系进行介入。例如,对于劳动关系中的非系统性加班问题,国家是否需要介入,或者在多大程度上介入。

其次,持续性命题也将对传统法律制度提出挑战。在持续性关系中,双方的合作互惠与对抗防御关系深度融合,这种关系既不像合同法那样,基本预设了双方的合作互惠合作关系,也不像侵权法那样,基本预设双方的对抗防御关系。也因此,这种关系中的合同与普通合同的适用原理可能有较大不同;同样,双方的信赖关系与侵权原理与传统侵权也可能有不同。以劳动合同法为例,劳动合同是一种典型的关系型合同。^[55]劳动合同意在建构持续性与互惠性的关系,而合同只是实现这一关系的手段之一。这就意味着,当合同的履行不符合双方互惠型关系建立时,合同就未必符合双方的意思,执行此类合同也不符合劳动合同法的目的。

最后,持续性命题也可以为弱势群体保护提供制度借鉴。目前,我国已经制定很多弱势群体保护的法律制度,但这些制度往往面临执行难题,可能成为纸面上的制度。导致这种情形发生的原因之一在于,当事人一旦走向对抗性的权利主张,就可能破坏双方的信任与依赖关系,从而危及自身长远利益。因此,很多当事人宁愿息事宁人,也不愿意诉诸法律救济。此类情形说明,对于持续性关系中的弱势群体保护,应当注重系统性的制度设计协助弱势群体,而不是为弱势群体提供单一的权利救济途径。因为弱势群体常常不愿诉诸此类权利救济,那些行使了此类权利的个体,也可能会因为关系破裂而遭受更大损失。

(三) 外部性命题

从制度研究出发,社会法研究的第三个核心命题在于外部性问题。所谓外部性,指的是法律关系中的主体行为是否会对其外部产生正面或负面的影响。^[56]例如在劳动就业关系中,虽然劳动合同直接涉及对象是用人单位和劳动者,但劳动者获得就业机会后,就能够为家庭开支、孩子抚养提供较为稳定的保障,因此,就业行为本身具有正外部性。而

[53] 关于法律中的个体主义与社群主义,参见 Paul W. Kahn, *Putting Liberalism in Its Place*, Princeton University Press, 2004。

[54] 关于法律与社会规范,参见 Eric Posner, *Law and Social Norms*, Harvard University Press, 2000。

[55] 以劳动合同为例,已经有不少此类研究,参见 Robert C. Bird, *Employment as a Relational Contract*, 8 *U. PA. J. LAB. & EMP. L.* 149 (2005)。

[56] See Lisa Grow Sun & Brigham Daniels, *Mirrored Externalities*, 90 *Notre Dame Law Review* 1 (2014)。

在诸如排放污染物等行为中,企业等行为则可能给社会带来负外部性。

外部性带来的挑战首先在于,如何判定外部性的存在与国家介入的必要。一般而言,当相关行为具有正外部性时,则国家不但应当允许此类行为,而且应当采取相关行动促成相关交易与活动。例如我国《就业促进法》里对促进就业,对弱势群体进行技能培训的规定,此类国家介入不仅有利于劳动者与用人单位,对于减轻国家的社会保障负担也可以起到积极作用。相反,当相关行为具有负外部性时,则此时国家应对此类活动进行规制,以避免公众为私人损害买单。而难点在于,很多活动往往兼具负外部性与正外部性,从而对制度设计产生重大挑战。以零工经济为例,零工经济一方面创造了大量就业岗位,对于整体社会具有一定的正外部性。但是,零工经济也伴随着对既有劳动关系的突破,在有的情形下可能引发市场最低工资恶性竞争、劳动者权益受损等负外部性。^[57]

其次,外部性问题还需要反思具体的规制手段。规制外部性的手段有多种,例如国家可以直接诉诸行政力量,禁止具有负外部性的活动与交易,命令相关主体开展具有正外部性的活动。国家也可以借鉴庇古税(Pigovian tax)的做法,对具有负外部性的活动进行征税,让相关主体承担活动所产生的外部性成本,对具有正外部性的活动进行补贴,激励相关主体进行此类活动。此外,国家还可以借鉴科斯定理提供的思路,在交易成本较低的情形下为相关主体提供谈判机会,通过相关主体之间的谈判解决外部性行为。这些规制手段的严厉程度各不相同,其功能和适用的情形也有很大差异。例如行政命令进路的优点在于较为简单直接,但缺点在于企业可能阳奉阴违,或者在形式上满足政府规制,但实质上却规避政府规制。科斯定理的进路则相反,其优点在于在交易成本较低的情形下可以进行更多的市场与社会主体的自我规制,但在交易成本较高的情形下面临政府规制失效的危险。而庇古税的进路的优点和缺点则介于二者之间。

(四) 小结

本文所提炼的社会法的三个命题并不能穷尽社会法的全部核心命题,其他核心命题也可能具有重要的制度意义。如同维特根斯坦的理论所述,家族类似可能是去中心化的,社会法家族成员之间的联系可能有多个不同的点。但通过这三个命题,可以从制度研究的层面更好地把握社会法。从当前我国社会法所包含的法律领域来看,某些法律领域同时兼具不平等性、持续性与外部性三个特征。例如在劳动法与某些具有身份关系的弱势群体保护法中,这三个特征都较为明显。但在其他有的隶属社会法的领域来看,则可能只具有其中一个或两个特征。例如在涉及不具有人身关系的社会安全保障法律中,可能主要涉及的是由风险所带来的外部性问题。通过聚焦于这三个核心命题,我们可以找到社会法家族类似之处的关键连接点,展开以问题为导向的社会法研究。

提炼社会法的三个核心命题,还可能对私法研究与公法研究提供启发。长期以来,面对私法研究与公法研究,社会法研究常常借用公法或私法理论来套用社会法的研究与解释。但事实上,无论是公法还是私法,其实都早已经不是纯粹的传统公法或私法。从上述

[57] See David Lee & Emmanuel Saez, Optimal Minimum Wage Policy in Competitive Labor Markets, 96 *J. PUB. ECON.* 739, 739 - 740 (2012).

的三个命题出发,恰巧可以发现社会法与前沿的公法与私法研究可以形成互动。例如在公法研究中,前沿研究早已指出,应利用国家力量与个人权利来对规制机构进行参与式治理或合作治理。^[58] 在私法研究中,婚姻法处理的就是典型的持续性法律关系,^[59] 行政许可涉及的就是外部性问题。^[60] 在公私法融合的个人信息保护研究中,就同时涉及主体不平等、持续性、外部性等问题。^[61] 采取实用主义的立场,围绕核心命题展开社会法研究,不仅更能将社会法研究引向深入,而且也能促进社会法与公法和私法的良性互动。

五 域外经验的重新反思

从域外经验看,实用主义的社会法界定也更符合国际经验。在社会法概念的讨论与争议中,一个不可或缺的视角就是比较法,很多学者都希望能够从域外特别是发达国家或地区找到社会法界定的答案。但深入考察比较法,就会发现社会法不具有本质性的含义。不同国家、不同政治与时代背景、不同学者著作中的社会法理论,对社会法都有不同的定义。

首先,各国对于社会法的界定各不相同。在美国,无论是在法律部门还是学科意义上,都不存在社会法这一概念。但同时,具有社会法特征的社会立法普遍存在,具有社会法研究特征的法学研究也浩如烟海。例如行政法学界对于政府决策正当性问题的关注,就与社会法学研究具有很高的重合度。^[62] 在欧洲大陆法系国家,社会法主要是与福利国家有关的社会立法,^[63] 因而常常也被称为也称为社会安全法、社会保护法或社会福利法。^[64] 例如在德国,社会法主要指的是关于“社会安全,也就是在于所有社会成员生活的安定性、永续性和抗风险性”的法律,^[65] 社会法研究也在一定程度被认为是行政法的一个分枝。例如马克斯·普朗克社会法和社会政策研究所将社会法研究的重点定位为“从法律和经济角度研究社会政治问题”,研究重点为“防范疾病、老年、长期护理、残疾、失业和事故等社会风险的制度,以及提供社会援助和支持的制度”。^[66] 在法国,社会法主要指

[58] 参见王锡锌:《参与式治理与根本政治制度的生活化——“一体多元”与国家微观民主的建设》,《法学杂志》2012年第6期,第94-98页。

[59] See Robert Leckey, *Relational Contract and Other Models of Marriage*, 40 *Osgoode Hall Law Journal* 1 (2002).

[60] 参见王轶:《行政许可的民法意义》,《中国社会科学》2020年第5期,第86-107页。

[61] 参见丁晓东:《个人信息权利的反思与重塑——论个人信息保护的适用前提与法益基础》,《中外法学》2020年第2期,第339-356页; Woodrow Hartzog, Neil Richards, *Privacy's Constitutional Moment and the Limits of Data Protection*, 61 *B. C. L. Rev.* 1687 (2020)。

[62] 参见钱叶芳:《论公共管制权——构成社会法核心范畴的新型国家权力》,《法学》2018年第4期,第83-96页。

[63] See Shaw et al., *The Economic and Social Law of the European Union* 343-366, Palgrave Macmillan, 2007; Pierre Pestieau, *The Welfare State in the European Union: Economic and Social Perspectives*, Oxford University Press, 2006, pp. 1-2, 20-66.

[64] See François Ewald, *A Concept of Social Law*, in G. Teubner (ed.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, de Gruyter, 1986, p. 40.

[65] 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年第3期,第152页。

[66] Max Planck Institute for Social Law and Social Policy, <https://www.mpg.de/149954/sozialrecht>, 最近访问时间[2020-02-02]。

“劳动法和社会保障法所构成的法律规范的总称”。^[67]而在日本,随着“社会法领域具体实定法的精细化、成熟化,社会法研究不再追求一统的体系构建,也不再拘泥于抽象的概念之争”。^[68]

其次,不同时代的社会法也不尽相同。欧美的社会法主要兴起于20世纪初。在德国,魏玛共和国时期开始强调劳动者权利与社会保障,例如《魏玛宪法》确立了关于公民的一系列社会与经济权利,规定公民从事劳动的机会以及在无劳动机会时的保障措施;同时规定国家应制定保险制度,以帮助劳动者“保持健康及工作能力,保护产妇及预防因老病衰弱之生活经济不生影响”。^[69]二战后的德国虽然继承了魏玛时期的部分社会权利,但更多强调个体尊严,而对魏玛时期对社群主义或团体主义倾向保持距离。对比美国,其曾经在很长一段时间里坚持放任自由主义,对社会法保持距离。^[70]但到了20世纪30、40年代的新政时期,社会立法在美国全面发展,到了60、70年代,民权运动与民权立法更进一步推动了社会法的发展。^[71]但到了80年代后,里根革命和新自由主义又对社会立法与国家规制产生了很大阻碍,甚至在全球层面掀起了去规制化的浪潮。最后,从学者论述来看,学者对于社会法的一些界定也很难形成一个共同的社会法概念。在当前中文学界的社会法研究中,借鉴较多的包括庞德、昂格尔、哈贝马斯、基尔克、辛茨海默、拉德布鲁赫等学者的理论。但这些学者大都是跨学科的法学家或思想家,其理论所使用与界定的社会法往往有复杂的学术传统与背景。例如庞德的理论主要位于美国现实主义法学传统,^[72]其阐述的社会法主要是挑战形式主义法学理论,将法律视为改变社会的工具;^[73]昂格尔的理论主要位于美国的批判法学传统,其早期著作中提到的社会法主要是为了批判自由主义形式法治或“法律秩序法”(legal-order law),^[74]因为昂格尔认为,社会法已经对公法/私法的二元区分提出了挑战,使自由主义法治在逻辑上无法自治。^[75]哈贝马斯所谈论的社会法主要是用于描述国家法对社会领域或“生活世界”的介入,^[76]其理论核心在于如何通过“社会的沟通理论”而重建“公共领域”。^[77]基尔克的理论核心在于

[67] 郑爱青:《法国“社会法”概念的历史缘起和含义》,《华东政法大学学报》2019年第4期,第57页。

[68] 田思路:《日本“社会法”:概念·范畴·演进》,《华东政法大学学报》2019年第4期,第62页。

[69] 《魏玛宪法》第161条、第163条。

[70] See James Willard Hurst, *Law and the Conditions of Freedom in the Nineteenth-Century United States*, The University of Wisconsin Press, 1956, pp. 3-32.

[71] See Bruce Ackerman, *We the People, Volume 3: The Civil Rights Revolution*, Harvard University Press, 2014.

[72] See Gary J. Aichele, *Legal realism and Twentieth-Century American Jurisprudence*, Garland Publishing Inc., 1990, chapter 2.

[73] See Roscoe Pound, *Social Control Through Law*, Transaction Publishers, 1997, pp. 63-65; Roscoe Pound, *The Lawyer As A Social Engineer*, 3 *Journal of Public Law* 292 (1954).

[74] Roberto Mangabeira Unger, *Law in Modern Society: Toward a Criticism of Social Theory 194*, The Free Press, 1977, pp. 53-54.

[75] 类似的批判法学观点,参见 Morton J. Horwitz, *The History of the Public/Private Distinction*, 130 *U. Pa. L. Rev.* 1423 (1982)。

[76] Jürgen Habermas, *Law as Medium and Law as Institution*, in G. Teubner ed., *The Juridification of Social Spheres*, De Gruyter, 1987, pp. 403-404.

[77] Jürgen Habermas, *Between Facts And Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, The MIT Press, 1998.

对个体主义的批判,其对社会法的讨论主要是为了捍卫德国的历史与社会传统,反对以德国民法典为代表的个体主义。^[78] 辛茨海默主要从经济宪法的角度探讨社会法,其理论主要针对资本主义所带来的不平等。^[79] 基尔克、辛茨海默等人的社会法讨论都有极为复杂的法哲学背景。^[80] 因此,即使上述学者都采纳了社会法的概念,他们也不是在同一个意义上使用社会法。

总结而言,如果采用单一和本质主义的社会法概念,社会法研究将很难进行比较法研究。直接从概念上寻求对应于中国的西方社会法,就如同在西方社会寻求中国社会中的“面子”这一概念,很难直接找到对应。但另一方面,如果我们转换视角,采用实用主义与问题导向的视角,就会发现在西方的社会法研究中,同样有大量研究关注社会法中的不平等、外部性问题与持续性问题。

就不平等问题而言,大量法学研究对市场失灵与国家规制进行了分析。一些学者指出信息不对称、就业歧视等方面的问题,因而主张国家介入;^[81] 另一些学者则认为国家介入可能造成更多的市场失灵、规制俘获等多方面问题;^[82] 还有学者则指出应当创新规制方式,例如以助推的方式矫正市场中的不平等问题。^[83] 就持续性问题而言,大量的法学研究通过法律与社会规范研究、^[84] 关系型契约研究^[85] 对劳动法、婚姻法问题进行了分析。就外部性问题而言,大量的法学研究分析了外部性问题所面临的问题与合理规制方式,例如庇古所提出庇古税,^[86] 科斯提出的交易费用问题,^[87] 以及卡拉布雷西等人提出的权利配置问题。^[88] 此类研究不一定直接冠名社会法研究,但从研究的深度和对中国社会法的启发来看,此类研究都可以和我国社会法学研究密切对接。

六 结 语

自 20 世纪末以来,围绕着社会法的争论就已经展开。重温学界对社会法的讨论,可

[78] 参见 McGaughey, Ewan, *The Social Role of Private Law* (Otto von Gierke, 1889), <https://ssrn.com/abstract=2861875>, 最近访问时间[2021-02-02]。

[79] See Ruth Dukes, *Constitutionalizing Employment Relations: Sinzheimer, Kahn-Freund, and the Role of Labour Law*, 35 *Journal of Law and Society* 341, 341-363 (2008).

[80] 对基尔克、辛茨海默等学者社会法理论的深入探讨,参见沈建峰:《社会法、第三法域与现代社会法——从基尔克、辛茨海默、拉德布鲁赫到〈社会法典〉》,《华东政法大学学报》2019年第4期,第37-52页。

[81] See Stephen Breyer, *Regulation and Its Reform*, Harvard University Press, 1982.

[82] See Marver H. Bernstein, *Regulating Business by Independent Commission*, Princeton University Press, 1955; Samuel P. Huntington, *The Marasmus of the ICC: The Commission, the Railroads, and the Public Interest*, 61 *Yale Law Journal* 614, 467-509 (1952); Michael Levine, Jennifer L. Forrence, *Regulatory Capture, Public Interest, and the Public Agenda: Toward a Synthesis*, 6 *Journal of Law Economics & Organization* 6, 167-198 (1990).

[83] See Richard H. Thaler & Cass R. Sunstein, *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, Yale University Press, 2008.

[84] See Eric Posner, *Law and Social Norms*, Harvard University Press, 2000.

[85] See Ian R. Macneil, *Relational Contract Theory: Challenges and Queries*, 94 *NW. U. L. REV.* 877 (2000).

[86] See Arthur Cecil Pigou, *The Economics of Welfare* (4th ed.), Macmillan, 1932.

[87] See Ronald H. Coase, *The Nature of the Firm*, 4 *Economica* 386 (1937).

[88] See Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 *Harv. L. Rev.* 1089 (1972).

以发现中义社会法更多从研究领域的角度界定社会法,强调以实证法作为社会法研究的主要对象。而广义社会法则主要从研究方法的角度来界定社会法。二者对社会法概念的界定与使用其实有各自不同的目的。社会法概念的多重使用提示我们,应当采取一种实用主义进路对社会法进行概念界定。本文借用维特根斯坦的语言哲学理论与实用主义法学理论,指出语词和概念的使用往往依赖于具体语境。因此,社会法概念的界定应当采取一种反本质主义与问题导向的概念界定方法。

从实用主义的立场出发,本文提炼了社会法学界有可能具有交叉共识的三个核心命题:社会主体能力的不平等性、社会主体关系的持续性、社会主体关系的外部性。通过这三个核心命题,可以更好地从制度这一法学研究的核心问题层面把握社会法。在比较法与社会法原理研究的层面,实用主义的社会法也可以更好地借鉴域外的学术资源。采用以问题研究为导向的社会法界定,凝练与制度相关的社会法命题,将是中国社会法学迈向成熟的有益途径。

[本文为作者参加的2018年度国家社会科学基金重大项目“我国社会法的概念、原则、理论与实践”(18ZDA140)的研究成果。]

[**Abstract**] The concept of social law is a basic issue in the study of social law in China. A review of the debate on this issue in China shows that the concept of social law has been used at different levels. The middle sense of social law defines social law in the sense of research object and research field, while the broad sense of social law defines social law in the sense of research method, both of the two definitions are reasonable in their respective contexts. An analysis using the theories of philosophy of language and pragmatic jurisprudence shows that words and concepts do not have essential meanings. We should adopt the problem-oriented pragmatism to define words and concepts. Starting from the problem-orientation of institutional research, we can extract and refine the three core propositions of inequality, sustainability and externality in social law. Understanding social law from the perspective of these three core propositions enables us to better grasp social law from the perspective of institutional research, and also to better learn from foreign academic research, thereby forming a relationship of mutual reference and mutual complementation between social law theory, traditional public law theory and private law theory.

(责任编辑:姚佳)