

# 法律如何调整不平等关系？

## 论倾斜保护型法的法理基础 与制度框架

丁晓东\*

**摘要** 特定行业与领域的不平等关系催生了一系列倾斜保护型法,例如消费者保护法、劳动者保护法、个人信息保护法。这类法律中公法属性与私法属性高度融合,以个人——社会——国家的三元框架拟制法律关系,在倾斜保护的同时维持社会与市场的有限自治。法律倾斜保护并非因为不平等关系本身而成立,而是因为特定行业与领域的不平等关系兼具互惠性与侵害性,同时具有社会治理与政治意义。在制度层面,倾斜保护型法可能面临赋权无效、赋权被滥用、施加责任过严或不足等问题。应以信任为价值基础,以协调联动的“药方”式策略调整不平等关系。倾斜保护型法可以为公私法二元划分的困境提供新解释,为规制理论、父爱主义与行为主义理论提供新视角,为法治提供兼具社会主义特殊性与全球普适性的新想象。

**关键词** 不平等关系 倾斜保护 消费者保护 劳动者保护 个人信息保护

### 引言:不平等关系与倾斜保护

随着我国社会快速发展和行业领域的功能分化,在特定行业与领域诞生了一系列倾斜保护型法律。例如在市场消费领域,我国制定了《消费者权益保护法》等相关法律,在确认商家与

\* 中国人民大学法学院副教授。本文为作者参与的2018年度国家社科基金重大项目“当代中国国家治理中的规范协同问题研究”(项目编号:19ZDA155)和“我国社会法的概念、原则、理论与实践”(项目编号:18ZDA140)的阶段性成果。

消费者平等民事地位的同时,对消费者进行倾斜保护。<sup>〔1〕</sup>在劳动与社会保障领域,我国制定了《劳动法》《劳动合同法》等类似法律,将用人单位和劳动者视为资强劳弱的不平等关系,对劳动者进行倾斜保护。<sup>〔2〕</sup>在个人信息保护领域,我国制定了被立法起草者称为调整“不对称关系”的《个人信息保护法》,对信息处理关系中的弱势信息主体进行倾斜保护。此外,在网络平台监管、环境保护、医疗卫生、食品药品、教育培训等领域,我国制定了《网络安全法》《电子商务法》《环境保护法》《食品安全法》《药品管理法》《教育法》等法律法规,在一些条款中将用户与平台、被侵权人与排污企业、患者与医疗机构、食药消费者与商家、学生与教育机构之间的关系视为不平等关系,对相对弱势的一方进行倾斜保护。

综观倾斜保护型法律,可以发现它们具有某些类似特征。一方面,此类法律常常对弱势主体赋权,对强势主体施加相应责任和监管。例如在消费者保护领域,相关法律赋予消费者知情权、反悔权等权利,对商家施加相应义务和监管。在劳动者保护领域,相关法律赋予劳动者以最低工资、工作时间、职业安全、工伤保护、就业平等保护、劳动合同期限、解雇保护等权利,要求用人单位承担相应义务和监管。在个人信息保护领域,相关法律赋予个体知情选择权、查询复制权、更正权、删除权、携带权等权利,要求信息处理者承担相应义务和监管。另一方面,此类法律又赋予双方自治合作空间,对弱势主体和强势主体达成的合意,法律在很多情形下常常认可其效力。

在理论与制度层面,倾斜保护型法都提出了一系列问题。首先,如何理解倾斜保护型法的法律属性。这类法律是否应被视为私法,因为其主要调整社会民事主体之间的关系?或者,因为此类法律有显著的公法介入,是否应将其视为公法?其次,法律为何对某些领域与行业的不平等关系进行倾斜保护?倾斜保护具有直觉上的可接受性,因为它既矫正不平等关系,又为社会与市场主体的意思自治提供空间。但从更广的法学研究视野出发,会发现法律调整不平等关系并不一定采取倾斜保护的调整模式。再次,法律如何设计倾斜保护型法的制度?倾斜保护制度是否会导致“谁弱谁有理”的困境?或者导致社会与市场自我调整机制的失灵?最后,如何在深层原理层面看待倾斜保护型法?

本文将倾斜保护型法视为一种理想类型,对其进行整体性思考。本文指出,特定行业领域的倾斜保护型法中公法属性与私法属性高度融合,其出现是因为不平等关系具有治理型需求与政治内涵,单纯的不平等关系并不能推论出法律的倾斜保护。在制度原理层面,倾斜保护应以信任促进与信任激励为原则,避免具有人民内部矛盾性质的不平等关系演变为敌对关系。在制度设计上,法律应采取“药方”式的调整方式,以协调、联动、治理的进路调整不平等关系。

〔1〕 参见蓝寿荣、周艳芳:“论消费者倾斜性保护的逻辑”,《南昌大学学报(人文社会科学版)》2015年第3期,第98—105页。

〔2〕 参见郑尚元:“社会法的存在与社会法理论探索”,《法律科学》2003年第3期,第43页;钱叶芳:“保护不足与保护过度——试论《中华人民共和国劳动合同法》倾斜保护的‘度’”,《法商研究》2007年第3期,第40页;林嘉:“审慎对待《劳动合同法》的是与非”,《探索与争鸣》2016年第8期,第56页。

在法理层面,倾斜保护型法可以为公民法二元划分的困境提供新解释;为规制理论、父爱主义与行为主义理论提供新视角;为中西竞争与数字化时代的法治提供兼具社会主义特殊性与全球普适性的新想象。

## 一、倾斜保护型法的法律属性

特定行业与领域的倾斜保护型法属于公法还是私法?这一法律定位问题是理解倾斜保护型法的起点。对这一类型法律进行深入分析,可以认为其既不同于传统私法,也不同于传统公法。应采取公私法融合或社会法的整体性视角进行分析,避免“横看成岭侧成峰”的视角局限。<sup>〔3〕</sup>

### (一)调整对象

首先,在调整对象方面,倾斜保护型法与传统公私法存在区别。就私法而言,传统民法或商法主要调整社会或市场主体之间的关系,且将双方拟制为平等关系。<sup>〔4〕</sup>倾斜保护型法呈现了部分类似、部分区别于传统私法的特征。一方面,倾斜保护型法主要调节社会主体或市场主体之间的关系,这与传统私法具有部分相似性,但另一方面,其倾斜保护的特征与传统民法的平等原则形成了直接区别,这类法律不仅针对事实上的不平等关系,而且在法律上将二者拟制为不平等关系进行调整。

就公法调整对象而言,传统公法主要关注国家机构或国家与个人之间的关系,例如传统宪法中的国家机构部分主要关注国家公权力层面的权力配置,公民基本权利部分主要关注公民与国家之间的纵向关系,传统行政法主要关注行政机构或行政机构与行政相对人的关系,而非直接调整社会与市场主体之间的权利义务关系。而倾斜保护型法律所调整的关系恰巧是此类主体之间的关系,并不直接涉及作为国家权力代表的公权力机关。即使倾斜保护型法律涉及调整公权力机关,此时公权力机关也以社会主体或市场主体的性质出现。例如在劳动保护中,当国家机关和劳动者签订劳动合同,聘用劳动者从事非公务性工作,此时国家机关以用人单位的身份和劳动者形成法律关系。<sup>〔5〕</sup>当国家机关收集与处理个人信息,此时国家机关以信息处理者的身份和个人形成法律关系。<sup>〔6〕</sup>

〔3〕 参见苏永钦:《寻找新民法》,元照出版社2008年版,第251—306页。

〔4〕 对民法中不平等或“弱式”平等问题的探讨与反思,参见王轶:“民法价值判断问题的实体性论证规则——以中国民法学的学术实践为背景”,《中国社会科学》2004年第6期,第104—116页;蔡立东:“‘平等主体关系说’的弃与留——未来《民法典》调整对象条款之抉择”,《法学论坛》2015年第2期,第13—19页。

〔5〕 在国外,公务员可能作为雇员出现,而我国的公务员与西方不同,因此一般不适用《劳动法》或《劳动合同法》。

〔6〕 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。

## (二)法律渊源

其次,倾斜保护型法兼具私法与公法渊源。一方面,倾斜保护型法律可能被视为具有市场或社会调整法特征的法律,具有私法性渊源。例如消费者保护法可以被视为矫正消费市场的法律,教育、就业等社会层面的各类反歧视法可以被视为矫正社会不公的法律。另一方面,相关法律也可以被视为公法性法律在私法领域的辐射。在宪法可以私法化的国家和地区,宪法基本权利可以通过第三人效力而辐射到公法领域,例如欧盟《一般数据保护条例》就是欧盟宪章中个人数据被保护权的具体化;<sup>〔7〕</sup>在宪法不能直接适用的国家,国家可以通过立法的方式将公法价值转化为具体立法,例如1964年美国制定的《民权法案》可以被视为立法机构将平等价值观转换为社会领域立法。<sup>〔8〕</sup>我国的很多倾斜保护型法律也明确将其渊源追溯到宪法,例如我国《劳动法》《个人信息保护法》都在其条文中规定了“根据宪法”的表述。

倾斜保护型法的公私法渊源在很多情形下已经高度融合,而且呈现加速趋势。以个人信息保护领域为例,我国和欧盟等国家和地区的法律渊源可以追溯到宪法层面,<sup>〔9〕</sup>但这一法律也具有明显的市场调整特征,其中包含了大量调整民事主体之间权利义务的内容。<sup>〔10〕</sup>在劳动保护领域,我国劳动法上的很多制度都具有宪法渊源。<sup>〔11〕</sup>《劳动合同法》并未明确规定“根据宪法”,但这并不意味着这部法律就完全区别于《劳动法》,《劳动合同法》与《劳动法》不仅很多制度相同,而且在保护理念方面都具有相似性,呈现公私法渊源高度融合的特征。<sup>〔12〕</sup>即使在消费者保护领域,也有学者认为,消费者权利的渊源是宪法性权利,<sup>〔13〕</sup>而非仅仅是对消费市场的修正;在医药、食品、教育、互联网等领域,这些领域与公民权利联系则更为紧密,相关倾

〔7〕 See Paul M. Schwartz and Karl-Nikolaus Peifer, “Transatlantic Data Privacy Law”, *Georgetown Law Journal*, Vol. 106, No. 1, 2017, pp. 115—179; Chris Jay Hoofnagle, Bart van der Sloot and Fredrik Zuiderveen Borgesius, “The European Union General Data Protection Regulation: What It Is and What It Means”, *Information & Communications Technology Law*, Vol. 28, No. 1, 2019, pp. 65—98.

〔8〕 See Bruce Ackerman, “The Civil Rights Revolution”, *We the People*, Vol. 3, Massachusetts: Harvard University Press, 2014, pp. 133—137.

〔9〕 参见王锡锌、彭鐔:“个人信息保护法法律体系的宪法基础”,《清华法学》2021年第3期,第6—24页;龙卫球:“《个人信息保护法》的基本法定位与保护功能——基于新法体系形成及其展开的分析”,《现代法学》2021年第5期,第84—104页。

〔10〕 即使规定在《民法典》人格权编中的个人信息条款,也呈现宪法权利与民事权利相互影响的特征,参见朱虎:“人格权何以成为民事权利?”,《法学评论》2021年第5期,第58—69页。

〔11〕 参见阎天:“重思中国劳动宪法的兴起”,《中国法律评论》2019年第1期,第59—64页。

〔12〕 参见董保华:“雇佣、劳动立法的历史考量与现实分析”,《法学》2016年第5期,第18页;王天玉:“劳动法分类调整模式的宪法依据”,《当代法学》2018年第2期,第112—122页。

〔13〕 See Sinai Deutch, “Are Consumer Rights Human Rights?”, *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 32, No. 3, 1994, pp. 537—578.

斜保护型法的公私法融合属性也更高。<sup>〔14〕</sup>

### (三) 法益保护

最后,倾斜保护型法呈现公私法融合的法益保护特征。一般私法保护个体权益,公法保护集体权益或公共性权益,但倾斜保护型法往往同时保护个体与集体。一方面,法律所赋予弱势主体的权利既是为了保障弱势个体,同时也是为了保护弱势群体,制约与监督强势群体,保证公共利益的实现。例如消费者保护法赋予个体以知情权、撤回权,既是为了矫正消费者个体的信息不对称,也同时可以利用个体进行“私人执法”。<sup>〔15〕</sup>另一方面,倾斜保护型法对强势主体施加相应义务,除了矫正强弱个体之间的关系,也具有保护集体利益的功能。在倾斜保护机制下,强势主体的产品说明、劳动规章、用户协议可能成为效力待定的“私人立法”,而非可以随意制定的合同要约或意思表示。<sup>〔16〕</sup>互联网平台等强势主体建立的“私人信访”与“私人司法”,可能成为效力待定的结论,而非终局性裁决。

从法益保护手段上来看,传统私法与公法中,一般私法依赖个体自行民事救济;公法依赖行政监管保护。但在倾斜保护型法中,传统私法与公法的这类特征很难区分。例如在消费者保护法等法律中,惩罚性赔偿制度被广泛应用,既对弱势个体进行补偿和救济,也对弱势群体进行预防性保护;<sup>〔17〕</sup>在劳动法等倾斜保护型法中,法律引入了“责令承担民事责任”制度,既依赖民事救济制度,又引入行政力量弥补个体力量不足;<sup>〔18〕</sup>在个人信息保护法、食品安全与环境保护类法律中,法律引入了公益诉讼制度,利用诉讼制度创新对集体利益的保护。<sup>〔19〕</sup>

〔14〕 参见焦洪昌:“论作为基本权利的健康权”,《中国政法大学学报》2010年第1期,第12—19页;湛中乐:“公民受教育权的制度保障——兼析《义务教育法》的制定与实施”,《华南师范大学学报(社会科学版)》2016年第3期,第56—62页;马长山:“智慧社会背景下的‘第四代人权’及其保障”,《中国法学》2019年第5期,第13页。

〔15〕 See William B. Rubenstein, “On What a ‘Private Attorney General’ Is--And Why It Matters”, *Vanderbilt Law Review*, Vol. 57, No. 6, 2004, pp. 2129—2173.

〔16〕 参见高圣平:“用人单位劳动规章制度的性质辨析——兼评《劳动合同法(草案)》的相关条款”,《法学》,2006年第10期,第157页;林旭霞:“论网络运营商与用户之间协议的法律规制”,《法律科学》,2012年第05期,第139页;Mark A. Lemley, “Terms of Use”, *Minnesota Law Review*, Vol. 91, No. 2, 2006, pp. 459—483.

〔17〕 王利明:“惩罚性赔偿研究”,《中国社会科学》2000年04期,第113页;赵红梅:“美、德新型惩罚性赔偿对我国《消法》修订的启示”,《法律科学》2011年第5期,第183—190页。

〔18〕 参见胡建森、吴恩玉:“行政主体责令承担民事责任的法律属性”,《中国法学》2009年第1期,第77—87页;谢增毅:“劳动行政机关责令用人单位承担民事责任研究”,《当代法学》2010年第3期,第111—117页。

〔19〕 参见吕忠梅:“环境公益诉讼辨析”,《法商研究》2008年第6期,第131—137页;刘艺:“论国家治理体系下的检察公益诉讼”,《中国法学》2020年第2期,第149—167页;张新宝、赖成宇:“个人信息保护公益诉讼制度的理解与适用”,《国家检察官学院学报》2021年第5期,第55—74页。

## 二、倾斜保护型法的适用情形

面对不平等关系,法律并非都采取倾斜保护模式。研究倾斜保护型法,需要进一步分析法律调整平等关系的不同模式,以及倾斜保护模式的比较优势与适用情形。

### (一)不平等关系调整的其他模式

首先,法律可以采取私法自治+公法间接调整模式。尽管社会与市场广泛存在各类不平等,但很多情形下法律仍将双方的关系拟制为平等关系进行调整。例如对于个人和企业的商业合同,除非此类合同涉及公民最低生活保障,否则此类合同一般被视为普通合同。对于个人与企业之间的劳务合同,法律也一般将其视为普通合同对待。用民法术语来说,法律一般以“私法自治”“平等原则”“互换原则”等原则调整此类关系。当然,民商事法律对此类关系采取私法自治与平等原则调整,并不意味着国家与社会无视其中的不平等问题,不能通过其他法律和方式进行间接调整。例如国家可能通过税收、行政等公法或政策对其进行调整。<sup>[20]</sup> 这里仅仅说在第一种模式中,法律并不直接调整不平等关系。

此外也需要指出,这一模式更接近韦伯所说的理想类型。<sup>[21]</sup> 在现代民法中,已经有很多规定直接调整不平等关系。例如民法关于格式条款的规定就考虑了合同双方的强弱关系,<sup>[22]</sup>关于安全保障义务的规定调整大型组织与个体之间的强弱关系。<sup>[23]</sup> 还有学者将劳动法、消费者保护法视为特别民法。<sup>[24]</sup> 我国《民法典》在人格权编中对个人信息保护制度进行了规定,进一步表明我国《民法典》已经直接调整不平等关系。本文所说的第一种模式更接近

---

[20] 也有学者从效率与制度能力出发,主张将矫正不平等的问题更多留给完成立法机关完成。参见 L. Kaplow and S. Shavell, “Why the Legal System is Less Efficient than the Income in Redistributing Income”, *The Journal of Legal Studies*, Vol. 23, No. 2, 1994, pp. 667—681. 相反的观点,参见 C. W. Sanchirico, “Taxes versus Legal Rules as Instruments for Equity: A More Equitable View”, *The Journal of Legal Studies*, Vol. 29, No. 2, 2000, pp. 797—820. 中文语境下的讨论,参见许德风:“合同自由与分配正义”,《中外法学》2020年第4期,第973—1000页。

[21] 关于韦伯的理想型(ideal type),参见(德)马克斯·韦伯:《韦伯方法论文集》,张旺山译,台湾联经出版社2003年版,第216—217页。

[22] 参见季卫东:“从社会关系合同化的视角推敲格式条款的法理”,《探索与争鸣》2020年第5期,第9—11页。

[23] 参见万方:“公私法汇流的闸口——转介视角下的网络经营者安全保障义务”,《中外法学》2020年第2期,第357—377页。

[24] 参见谢鸿飞:“民法典与特别民法关系的建构”,《中国社会科学》2013年第2期,第98—116页;沈建峰:“劳动法作为特别私法——《民法典》制定背景下的劳动法定位”,《中外法学》2017年第6期,第1506—1525页。

近代民法或传统民法的调整方式，而非现代民法；<sup>〔25〕</sup>对于民法中的倾斜保护型制度或特别民法，则已经接近或属于本文所讨论的倾斜保护型法。

其次，法律还可以对不平等关系进行严格公法规制。例如在市场交易领域，法律禁止传销活动，禁止个人自愿卖身为奴、自愿出售身体器官。涉及劳动者保护时，我国法律禁止用人单位和劳动者达成不缴纳五险一金或可以任意解雇劳动者的合同。<sup>〔26〕</sup>在涉及个人信息保护时，很多国家和地区禁止企业过度收集和处理个人信息，即使此类收集获得消费者的明确同意。在卡拉布雷西(Guido Calabresi)与梅拉米德(Douglas Melamed)关于法律规则分类的文章中，法律所采取的这类框架被称为“禁易规则”(rules of inalienability)，即法律出于人格利益、风险规制等各种原因而禁止双方通过市场合法交易。<sup>〔27〕</sup>

第二种调整模式也是一种理想类型，在本文所提到的各行业和领域的倾斜保护型法中，就常常与此类调整模式存在交叉。此外，公法的监管的严厉程度也常常不同。例如对于自愿卖身为奴、自愿出售身体器官，法律不仅禁止此类交易，而且在严重情形下还会采取刑事处罚。对于某些违反劳动法或个人信息保护法的交易，法律可能采取中等程度的监管，认定相关合同或行为不具有法律效力，同时对其进行行政罚款。<sup>〔28〕</sup>而对于违反消费者保护法的某些交易，法律可能采取较轻的处罚，例如在实际执法中采取宽松立场，甚至在一些具有瑕疵性的行为中仍然维持交易的有效性。<sup>〔29〕</sup>当第二种模式采取较为宽松的立场时，这一模式就可能接近倾斜保护模式。

## (二) 倾斜保护模式的适用情形

相比倾斜保护模式，第一、二种模式有其各自优势。例如第一种模式可以最大程度促进社会信任、节省社会成本。如果民事法律规范需要在每一个具体场景中区分强势群体与弱势群体，那么整个社会的制度运行将面临巨大的成本。如果个体可以以收入低的理由而不支付合同相对方，或者要求企业免除其债务，那么整个社会的信任体制将很快崩溃。不仅每一次民事行为都面临被宣布为无效的危险，而且很多个体都可能将自己打扮为弱势群体，激励“谁弱谁

〔25〕 关于近代民法与现代民法的区别，参见梁慧星：“从近代民法到现代民法——二十世纪民法回顾”，《中外法学》，1997年第2期，第19—30页；洪艳蓉：“现代民法中的弱者保护”，《河南政法管理干部学院学报》2000年第4期，第49—52页。

〔26〕 美国等强调自由市场的国家则采取任意解雇模式(at-will)，参见Richard Epstein，“In Defense of the Contract at Will”，*University of Chicago Law Review*，Vol. 51，No. 4，1984，pp. 947—982.

〔27〕 See Guido Calabresi & Douglas Melamed，“Property Rules，Liability Rules and Inalienability：One View of the Cathedral”，*Harvard Law Review*，Vol. 85，No. 6，1972，pp. 1089—1128.

〔28〕 参见许可：“劳动合同的自治与规制——以‘违反强制性规定的劳动合同’为中心”，《法学家》2017年第2期，第56—68页。

〔29〕 例如在英美法系，存在所谓的“蓝铅笔教义”(Blue Pencil Doctrine)：当法院发现合同条款中既存在合法和可执行的条款时，又存在不合法和不可执行的条款时，法官可以保留合法和可执行的部分，划掉不合法和不可执行的部分。参见 *Nordenfelt v Maxim Nordenfelt Guns and Ammunition Co Ltd* [1894] AC 535.

有理”的不良风气。<sup>〔30〕</sup>

相比倾斜保护模式,第二种模式的比较优势在于有效防范风险。在强弱主体关系中,弱势一方可能防御能力较弱,很难通过赋权或倾斜性制度进行自我保护。特别是在现代风险社会,风险的起因更难预测,个体更难对相关风险进行预防。如乌尔里希·贝克(Ulrich Beck)所言,在现代工业社会中,现代社会的风险除了自然灾害,生老病死这类风险之外,更多包括了“完全逃脱人类感知能力的”风险。<sup>〔31〕</sup>面对此类风险,个体常常出现认知错误,要么对相关风险防范不足,要么对某些风险防范过度。<sup>〔32〕</sup>

倾斜保护型法为何没有完全采取第一种模式或第二种模式?其原因在于倾斜保护型法所调整的不平等关系主要位于特定行业或领域,在这些行业或领域,强弱主体之间形成了基于身份与功能的不平等关系。与一般不平等关系不同,特定行业领域的不平等关系具有行业性与功能性特征,同时双方的关系也呈现互惠与侵害高度融合的特点。

首先,这类不平等关系的调整对特定行业 and 领域的发展至为重要,往往具有外部性与公共性意义,而不仅仅是强弱主体之间的内部问题。在个人与企业的商业性合同、劳务合同、非处理的个人信息收集关系中,双方虽然也存在力量或权力的失衡,但这种失衡是偶然性或非功能性的,对于行业监管与社会治理并无太大意义。此时,法律就更适宜采取第一或第二种调整模式,将不平等关系拟制为平等合作关系或拟制为特定主体之间的风险预防关系,不需要借助倾斜保护模式进行社会治理。但现代社会,社会逐渐衍生出了卢曼所谓的社会子系统,促进了特定行业与领域“逐渐增加的、更为抽象的、预先条件化的、具有结构风险的分化。”<sup>〔33〕</sup>特定行业领域的强弱主体失衡不仅可能导致具体关系面临不公与支配,而且可能导致行业信任与社会治理危机。无论是消费者保护、劳动者保护、个人信息保护还是其他行业领域,一旦强弱关系导致的不公平现象蔓延,某个行业或领域就可能面临社会治理失败。<sup>〔34〕</sup>因此,各国法律往往对此类不平等关系进行行业与社会治理。即使在美国这样特别强调自由市场与私法自治的国家,其在消费、劳动以及个人信息保护等领域也引入了公平性监管,而非完全采取私法自治和私法个体救济的模式。

其次,特定行业领域的不平等关系往往兼具合作性与侵害性,这也使得法律难以直接适用第一种模式或第二种模式。当不平等主体以互惠关系为主,主要为合作关系时,调整不平等关

〔30〕 在这个意义上,将大多数民商事关系拟制为平等关系,仍然具有很强的制度正当性。参见王轶:“民法价值判断问题的实体性论证规则——以中国民法学的学术实践为背景”,《中国社会科学》2004年第6期,第104—116页。

〔31〕 (德)乌尔里希·贝克:《风险社会》,何博闻译,译林出版社2004年版,第18—19页。

〔32〕 参见(美)凯斯·R·孙斯坦:《风险与理性——安全、法律及环境》,师帅译,中国政法大学2005年版,第1—10页。

〔33〕 (德)尼克拉斯·卢曼:《法社会学》,宾凯、赵春燕译,上海人民出版社2013年版,第235页。

〔34〕 参见叶静漪、李少文:“新时代中国社会治理法治化的理论创新”,《中外法学》2021年第4期,第845—864页。

系宜采取第一种模式,将其拟制为法律上的平等关系。因为在合作互惠为主的关系中,双方的交易费用(transaction cost)或沟通成本往往相对较低。<sup>[35]</sup> 双方自治常常能使交易双方变得比原先更好,以实现卡尔多希克斯最优甚至是帕累托最优。即使双方偶尔出现侵害行为,双方也可能通过协商的方式解决侵权问题。<sup>[36]</sup> 而当不平等主体以侵害关系为主,二者主要为防范救济关系时,调整不平等关系宜采取第二种公法规制模式。其原理在于,当侵害而非互惠占据主导地位,弱势一方遭受侵犯的风险就越大,法律对弱势个体与弱势群体的保护就越有必要。但在特定行业领域所形成的不平等关系中,双方形成的关系往往合作性与侵害性高度交融,如果贸然采用第一种模式,就可能对双方的侵害关系防范不足,贸然采用第二种模式,则可能扼杀双方的合作互惠空间。

以消费领域为例,消费者与商家总体上具有合作关系,但也可能存在商家支配甚至欺诈消费者的风险。尤其在信息技术时代,经历了数字化变革的商家可以利用数据进行个性化推荐,尽可能获取消费者剩余,<sup>[37]</sup>形成了一种前所未有的“监视资本主义”。<sup>[38]</sup> 在医患关系、劳动关系、个人信息处理等关系中,二者之间的互惠与侵害共存关系也很明显。医院与病人具有治病救人的共同目标,但个别医院也可能利用其优势地位而诱导非理性治疗;<sup>[39]</sup>用人单位与劳动者往往形成关系型契约,既可能与劳动者成为合作共同体,也可能对劳动者进行支配甚至剥削;<sup>[40]</sup>在个人信息处理关系中,信息处理者既可能利用个人信息为个体提供更好服务,也可能利用信息优势而算计与支配个人。<sup>[41]</sup> 由于特定行业中不平等关系往往合作与侵害高度融合,因此倾斜保护型法被广泛采用,既为行业的市场与社会调整提供空间,同时又引入倾斜性

[35] See Ronald H. Coase, “The Nature of the Firm”, *Economica*, Vol. 4, No. 16, 1937, pp. 386—405.

[36] 如科斯定理所言,在交易费用为零或较低的情况下,当事人总能找到最合理的合作方式或资源配置方式。See Ronald. H. Coase, “The Problem of Social Cost”, *Journal of Law and Economics*, Vol. 3, 1960, pp. 1—44.

[37] See Ariel Porat and Lior Jacob Strahilevitz, “Personalizing Default Rules and Disclosure with Big Data”, *Michigan Law Review*, Vol. 112, No. 8, 2014, pp. 1417—1478; Gerhard Wagner and Horst Eidenmüller, “Down by Algorithms? Siphoning Rents, Exploiting Biases and Shaping Preferences-The Dark Side of Personalized Transactions”, *University of Chicago Law Review*, Vol. 86, No. 2, 2019, pp. 581—609.

[38] Shoshana Zuboff, *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, New York: Public Affairs, 2019, pp. 1—10.

[39] 申卫星:“医患关系的重塑与我国《医疗法》的制定”,《法学》2015年第12期,第79—80页。

[40] 参见冯彦君:“‘和谐劳动’的观念塑造与机制调试”,《社会科学战线》2015年07期,第213—214页;娄宇:“民法典的选择:劳动合同抑或雇佣合同——《德国民法典》第611a条修订的教义学分析与启示”,《法律科学》2019年第5期,第141—155页。

[41] 参见张守文:“消费者信息权的法律拓展与综合保护”,《法学》2021年第12期,第149—161页;梅夏英:“社会风险控制抑或个人权益保护——理解个人信息保护法的两个维度”,《环球法律评论》2022年第1期,第5—20页。

制度来矫正这一关系。<sup>[42]</sup>

### 三、倾斜保护模式的挑战

倾斜保护模式有其独特优势,在各行业领域被普遍应用,但其所面临的问题也同样明显和突出。无论是赋予权利还是施加责任,都存在不少挑战。

#### (一) 赋予权利的挑战

赋权的挑战首先在于它常常无法为弱势一方赋能,帮助其做出理性选择。例如在消费者保护中,法律往往要求商家或经营者强制披露产品信息,以保证消费者知情权,但大部分消费者在大多数情况下仍然会忽略此类信息。面对生活中的信息过载,消费者可能会对一些高危产品的告知进行认真了解,但对一般产品信息可能不会投入时间精力。<sup>[43]</sup>在劳动者保护中,我国劳动法要求用人单位以书面合同的方式与劳动者签订劳动合同,但在实践中,劳动者仍然主要依赖与用人单位的沟通而了解信息,较少对书面劳动合同进行仔细阅读与理解。<sup>[44]</sup>在个人信息保护中,个人也常常对企业等信息处理者的隐私政策熟视无睹,面对枯燥、专业、复杂的隐私政策,个人常常没有兴趣、时间与精力去阅读和理解。

强化知情权保护也常常难以解决这一困境。为了保障个体知情权,法律经常进行一些制度设计,以进一步警示甚至强制个人进行阅读和理解。例如在金融、医疗等场景下,法律可能要求用户在同意之前必须等待一定时间,以期望用户进行充分阅读;或者要求用户进行签字,甚至进行相关知识测验,以保证用户在充分知情的情形下进行用户选择。在个人信息保护中,也有相关法律制度要求企业以“单独同意”甚至“书面同意”的方式获取个人同意。<sup>[45]</sup>例如要求企业以弹窗的方式向用户进行告知,或者采取选择加入(opt-in)的方式获取用户同意,以此倒逼用户进一步阅读企业的隐私政策。但在实践中,个人常常是消极等待、要么去网上搜寻测验答案,很少因为此类制度设计而提升其知情的意愿和能力。<sup>[46]</sup>

[42] 关于互惠与侵害融合型关系的法律调整,参见丁晓东:“社会法概念反思:社会法的实用主义界定与核心命题”,《环球法律评论》2021年第3期,第93—94页。

[43] See Omri Ben-Shahar and Carl E. Schneider, “The Failure of Mandated Disclosure”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 159, No. 3, 2011, pp. 647—749.

[44] See Cynthia L. Estlund, “How Wrong Are Employees about Their Rights, and Why Does It Matter?”, *New York University Law Review*, Vol. 77, No. 1, 2002, pp. 6—35; Matthew T. Bodie, “Taking Employment Contracts Seriously”, *Seton Hall Law Review*, Vol. 50, No. 5, 2020, pp. 1261—1282.

[45] 参见我国《个人信息保护法》,第14,23,29条。

[46] 相关实验,参见 Omri Ben-Shahar and Adam Chilton, “Simplification of Privacy Disclosures: An Experimental Test”, *The Journal of Legal Studies*, Vol. 45, No. 52, 2016, pp. 41—67.

在个体知情权缺失的情形下,个体的选择权可能变成一种非理性选择,丧失其意义。<sup>[47]</sup>一方面,面对强势一方的信息披露与选择请求,个人可能草率选择同意,无法通过自身的选择进行合理的风险防范或权衡利弊,造成弱势一方保护不足。另一方面,非理性选择也可能造成对弱势一方的保护过度。即使强势一方的活动并不会对其造成风险,甚至可能给双方带来共赢,个人也可能会草率地选择拒绝。例如在个人信息保护中,信息的合理收集与利用可能会让商家更好地了解用户需求,为用户提供更好服务,但由于消费者的担忧和不信任,消费者可能会拒绝此类合理的信息收集与利用。

其他类型的赋权可能带来更多的挑战。首先和知情选择权一样,其他类型的权利也难以成为真正的弱势群体行使。此类权利即使被行使,也可能主要为赋权群体中的强势群体所行使,真正的弱势群体在行使此类权利时,往往能力较弱、顾虑较多,例如可能担心维权的成本,或者担心被雇主报复。此外,赋权还会带来搭便车、敲竹杠、成本增加等问题。例如在消费者保护中,有的消费者可能利用反悔权进行搭便车,不断购买和退换衣物,以达到免费试穿、拍照的目的。<sup>[48]</sup>有的职业索赔人可能利用法律赋予的多倍赔偿的权利,以达到巨额索赔和敲诈商家的目的。<sup>[49]</sup>在劳动者保护中,某些劳动者可能利用平等就业权而获取其本来不胜任的职位,某些“老油条”可能会利用解雇保护政策而在用人单位混吃混喝。在个人信息保护中,某些个体可能利用法律赋予的个人信息权利来提出某些不合理的主张,或者通过诉讼等方式来获取社会关注、要挟信息处理者。<sup>[50]</sup>

## (二)施加责任的挑战

对强势一方施加责任,途径之一是政府的直接规制。相比个人赋权,政府规制的优点是可以有效压制强势一方。但这一途径也面临种种挑战。首先是规制过严问题:过严的政府规制命令会扼杀社会主体自治合作和市场创新的空间。例如在消费者保护中,产品严格规制固然有利于提升产品质量、保障消费者,但政府规制也很可能抬高产品成本和定价,让社会中的低

[47] 参见王锡锌:“个人信息权益的三层构造及保护机制”,《现代法学》2021年第5期,第105—123页;在劳动者保护场景下,这一问题可能更严重,参见吴文芳:“劳动者个人信息处理中同意的适用与限制”,《中国法学》2022年第1期,第221—243页;王倩:“作为劳动基准的个人信息保护”,《中外法学》2022年第1期,第183—201页。

[48] 参见靳文辉:“消费者撤回权制度的反思与重构——基于法律经济学的分析”,《法商研究》2017年第3期,第151—159页。

[49] 参见熊丙万:“法律的形式与功能——以‘知假买假’案为分析范例”,《中外法学》2017年第2期,第300页。

[50] 例如个人所提起的删除权、被遗忘权等各类权利主张的大都是一些曾经有过负面记录的公众人士。参见郑曦:“‘被遗忘’的权利:刑事司法视野下被遗忘权的适用”,《学习与探索》2016年第4期,第60—66页;丁晓东:“被遗忘权的基本原理与场景化界定”,《清华法学》2018年第6期,第99页;王凌峰:“‘被遗忘’的权利及其要旨——对‘被遗忘权’规范性基础的批判性考察”,《华东政法大学学报》2021年第5期,第41—54页。

收入群体难以承担。对于低收入群体而言,他们可能更愿意低价获取一些质量较差甚至具有瑕疵的产品。在劳动者保护中,最低工资、无固定期限合同、五险一金等种种劳动规制可以对用人单位施加强制义务,但也会限制具有灵活用工需求的企业与劳动者的合作机会。在个人信息保护中,信息收集的最小必要原则可以有效限制信息处理者,但也可能剥夺个人信息被合理利用的机会。

政府规制还面临执法能力有限、规制俘获等问题。在大部分行业,不平等关系所需要监管的社会主体都是海量的,需要监管的问题也千变万化,但监管机构的人员却往往非常有限,其专业与知识也常常很难跟上行业的发展变化。同时相比企业等社会主体的迅捷敏锐,政府规制机构由于其官僚体制特征,也往往行动较为迟钝缓慢。因此,规制机构常常很难及时发现行业问题,或者很难制定有效与符合现实的规则与命令。<sup>[51]</sup> 在实践中,规制机构的监管常常落后于行业发展,或者常常在问题爆发之后,迫于社会压力而制定过度和过严的规制政策。<sup>[52]</sup> 此外,政府规制也可能导致规制俘获等经典问题。拥有更多资源的企业或商家往往较为容易获取信息、规避监管;在有的情形中,政府规制甚至可能沦为一些企业打击其他企业的工具,不仅无法实现有效监管,而且造成不公平的竞争政策。

政府对强势一方施加责任的另一途径是间接规制,即要求企业进行自我治理。这一工具介于政府直接规制与市场自治之间,因此具备二者的某些优势,例如避免了政府规制带来的过严与过宽问题,更有利于从专业角度发现企业内部问题,以及为市场运行提供更多空间。<sup>[53]</sup> 但其问题也同样明显。政府间接规制可以要求企业内部建立各类治理机制、风险评估流程、合规审计程序、专业负责人员,但这类做法毕竟都需要企业去落实。面临市场竞争的压力,企业往往会从单个企业成本与风险的角度考虑问题,而不一定从保护个体权益与符合政府合规要求的角度考虑。企业的自我规制有可能成为企业一方面防范用户投诉与诉讼、另一方面应对政府监管的工具。从矫正不平等关系的相关问题来看,企业自我规制如果运行不当,反而可能加剧相关问题。<sup>[54]</sup>

[51] See Meg Leta Jones, “Does Technology Drive Law? The Dilemma of Technological Exceptionalism in Cyberlaw”, *Journal of Law, Technology & Policy*, No. 2, 2018, pp. 249–284; Matthew U. Scherer, “Regulating Artificial Intelligence Systems: Risks, Challenges, Competencies, and Strategies”, *Harvard Journal of Law & Technology*, Vol. 29, No. 2, 2016, pp. 353–400.

[52] 在风险规制的文献中,已经积累了大量对于这一问题的讨论。参见史蒂芬·布雷耶:《打破恶性循环——政府如何有效规制风险》,宋华琳译,法律出版社2009年版,第1–41页。

[53] See Michael P. Vandenbergh, “The Private Life of Public Law”, *Columbia Law Review*, Vol. 105, No. 7, 2005, pp. 2029–2096.

[54] See Dennis D. Hirsch, “The Law and Policy of Online Privacy: Regulation Self-Regulation, or Co-Regulation?”, *Seattle University Law Review*, Vol. 34, No. 2, 2011, pp. 439–480.

## 四、倾斜保护模式的重塑

面对倾斜保护的挑战,倾斜保护型法需要在原理与制度层面进行重构。在原理层面,法律需要特别注重信任关系的建构,围绕信任关系进行制度设计。

### (一)以信任为基础的倾斜保护

信任对于市场交易、社会关系建构的重要性,已有大量法学和其他学科文献研究。<sup>[55]</sup>例如研究者指出,对于合同关系,信任可以大幅降低交易成本。<sup>[56]</sup>即使纯粹商业性的合同,其效率也往往依赖于双方的信任与关系,而非合同本身。<sup>[57]</sup>在团队关系中,信任也是关键性因素,离开了团队成员之间的信任,猜忌与不信任会让团队关系异化和丧失行动能力。

在法律倾斜保护的不平等关系中,信任问题更为重要。在平等主体之间,信任缺失较少激化矛盾,平等主体之间的信任丧失,只会促使这些主体转向其他主体寻求合作。但在不平等关系中,信任丧失则很可能激化矛盾。一旦法律制度安排失当,就可能使双方的矛盾升级,使得弱势主体与强势主体之间的“人民内部矛盾”转换为“敌我矛盾”。导致二者采取“机会主义”(opportunism)的态度来看待对方,<sup>[58]</sup>作为弱势的一方就会将强势一方视为压迫者;而强势的一方也可能将弱势一方视为对手或敌人看待,在尽量获取最大利益的同时采取各种方式防范措施。

在某些不平等关系中,我们已经看到信任解体与矛盾激化所带来的危险。例如在医患关系中,我国的医患矛盾曾经一度激化,导致患者对于医院和医生产生了较高的不信任情绪,甚至导致了极端暴力伤医事件。而医院为了预防医患矛盾,也不断对防御措施层层加码,包括在医院门口设置安检措施,以及对患者进行尽可能多的化验和机器检查,为未来可能出现的医患纠纷储备证据。这类医患关系的恶化极大消耗了社会资源,造成了医患双方的双输局面。只是到近年来,随着医疗体制的改善和疫情等因素,医患之间的信任又大幅回升,医患关系才逐渐改善。信任机制对于调整不平等关系的重要性,可见一斑。

从信任出发调整不平等关系,传统法律已经具备不少经验。例如普通法在律师与客户之

[55] See Tamar Frankel and Wendy J. Gordon, “Symposium: Trust Relationships”, *Boston University Law Review*, Vol. 81, 2001, p. 321.

[56] 参见张维迎、邓峰:“国家的刑法与社会的民法:礼法分野的法律经济学解释”,《中外法学》2020年第6期,第1405—1425页。

[57] See Stewart Macaulay, “Non-contractual Relationships in Business: A Preliminary Study”, *American Sociological Review*, Vol. 28, No. 1, 1963, pp. 55—67; Ian R. Macneil, “Values in Contract: Internal and External”, *Northwestern University Law Review*, Vol. 94, No. 3, 2000, pp. 877—907.

[58] See Robert H. Sitkoff, “An Economic Theory of Fiduciary Law”, in Andrew S. Gold & Paul B. Miller eds., *Philosophical Foundations of Fiduciary Law*, Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 201.

间等能力不平等关系时,<sup>[59]</sup>往往将这类关系视为一种信任关系,并以信义义务的法律框架进行规制。在这类关系中,由于双方的不平等地位,强势的一方具有自由裁量权的权力与责任,<sup>[60]</sup>但必须履行谨慎义务(duty of care)与忠诚义务(duty of loyalty)。<sup>[61]</sup>强势一方的受托人必须超越单纯的合同义务,以更高标准谨慎行事;必须以弱势一方的委托人的利益为最高标准,避免与委托人的利益冲突。随后,在法学研究与制度实践中,信义义务这一框架又被用于分析医患关系、<sup>[62]</sup>劳资关系等具有典型不平等关系等主体中。<sup>[63]</sup>尤其是在个人信息保护、用户与平台等关系中,这一法律框架被越来越广泛地应用。<sup>[64]</sup>面对大型平台与信息处理者对个人信息的专业化收集与利用,个人很难通过个体控制来维护自身权益。为了调整二者的不平等关系,维系个人对平台的信任,应当要求平台超越合同责任,承担信义义务。<sup>[65]</sup>

但总体而言,信义法的框架更多关注不平等个体之间的信任关系,对弱势个体与强势群体、弱势群体与强势群体等不平等关系关注不足。对涉及群体的不平等关系,法律不能仅仅依赖普通法信义义务或司法的框架进行应对。无论是消费者保护、劳动者保护还是个人信息保护中的不平等关系,法律都需要政府规制对其进行调整。在政府规制中,也应当从信任原则出发设计相关制度,激励强势一方获取弱势个体尤其是弱势群体的信任。

[59] Edward D. Spurgeon and Mary Jane Ciccarello, "The Lawyer in Other Fiduciary Roles: Policy and Ethical Considerations", *Fordham Law Review*, Vol. 62, No. 5, 1994, pp. 1357-1410; Paul Zwier, "Is the Maryland Director and Officer Liability Statute Based on a Male-Oriented Ethical Model?", *University of Baltimore Law Review*, Vol. 18, No. 2, 1989, pp. 368-383.

[60] See Margaret M. Blair and Lynn A. Stout, "Trust, Trustworthiness, and the Behavioral Foundations of Corporate Law", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 149, No. 6, 2001, pp. 1735-1810.

[61] See Tamar Frankel, *Fiduciary Law*, Oxford: Oxford University Press, 2011, pp. 106-108, 169-172.

[62] See Michelle Oberman, Mothers and Doctors' Orders: Unmasking the Doctor's Fiduciary Role in Maternal-Fetal Conflicts, *Northwestern University Law Review*, Vol. 94, No. 2, 2000, pp. 451-502.

[63] See Matthew T. Bodie, "Employment as Fiduciary Relationship", *Georgetown Law Journal*, Vol. 105, No. 4, 2017, pp. 819-870.

[64] See Jack M. Balkin, "Information Fiduciaries and the First Amendment", *U.C. Davis Law Review*, Vol. 49, No. 4, 2016, pp. 1183-1234; Lina M. Khan and David E. Pozen, "A Skeptical View of Information Fiduciaries", *Harvard Law Review*, Vol. 133, No. 2, 2019, pp. 497-541; Jack M. Balkin, "The Fiduciary Model of Privacy", *Harvard Law Review*, Vol. 134, No. 1, 2020, pp. 11-33.

[65] 参见解正山:"数据驱动时代的数据隐私保护——从个人控制到数据控制者信义义务",《法商研究》2020年第2期,第71-84页;邢会强:"数据控制者的信义义务理论质疑",《法制与社会发展》2021年第4期,第143-158页;丁晓东:"基于信任的自动化决策:算法解释权的原理反思与制度重构",《中国法学》2022年第1期,第99-118页。信义义务在公司法经济法领域较早受到关注,参见楼建波、姜雪莲:"信义义务的法理研究——兼论大陆法系国家信托法与其他法律中信义义务规则的互动",《社会科学》2017年第1期,第92-102页;徐化耿:"信义义务的一般理论及其在中国法上的展开",《中外法学》2020年第6期,第1537-1595页;郭雳、彭雨晨:"新发展格局下资管业务管理人信义义务研究",《江汉论坛》2021年第7期,第137-144页。

## (二)弱者权利的程序性理解

从信任原则出发,可以重新思考弱势赋权。弱势一方的权利更应被视为一种程序性权利,而非刚性权利。当此类权利的行使有利于防范风险、促进双方信任时,此时应当保证此类权利的行使;相反,当此类权利的行使无益于防范风险,反而可能破坏双方关系时,则此时不一定将此类权利上升为法定权利。或者对于某些法定权利,应将其视为程序性权利,而非刚性的实体权利。

以知情选择权为例,信息披露在一定程度上有利于弱势一方防范风险,赢取弱势一方信任。因此,尽管消费者、劳动者或互联网用户可能很少阅读产品说明、劳动合同或用户协议,但信息的合理披露仍然有其正面作用。但如果法律对知情选择权作过高要求,要求强势一方对所有情形均进行警示性告知和强化选择要求,则此类告知将不仅无法帮助弱势群体获取相关信息,反而可能造成不信任情绪的泛滥和双方的防范升级。因此,知情选择权的设置与解释应当看其是否有利于真正“助推”弱势一方做出更好选择,有利于消除弱势一方对强势一方的不信任。当个人提起知情选择权的请求,监管机构或法院应当从程序权利与个案判断的角度对其进行分析。

其他赋权也应从程序与个案的角度进行判断。例如在消费者保护中,反悔权应当在信息不对称的情形中得到保障,此种情形下的反悔权除了能够保障交易公平,还有利于倒逼商家进行更有效的信息披露。但对于双方沟通充分、信息对称的交易,例如线下双方对于打折商品的交易行为,此时应审慎主张反悔权。在劳动者保护特别是在平台从业者、劳务派遣等具有争议性的劳动场景中,应对每种赋权进行功能性判断,确保权利的主张有利于劳动者防范风险、促进双方信任。在实践中,执法机构与司法机构也往往依据不同的情形对劳动者权利进行保护。例如在涉及平台企业的劳动争议案件中,法院对认定劳动关系较为谨慎,但在交通事故案件中则倾向保护劳动者权利。<sup>[66]</sup>在个人信息保护中,法律所赋予个人的查询复制权、更正权、删除权、携带权等权利也应做程序性理解,应在个案中根据不同场景而赋予其边界。<sup>[67]</sup>

## (三)强者施责的药方式规制

从信任建构出发,也可以对规制强势一方进行重新理解。无论是政府规制还是企业的自我规制,都应注重不平等关系的信任建构与信任激励。政府除了直接对强势一方进行监管外,还应强化强势主体的对外承诺,利用弱势主体的维权机制,注重各方主体的协调配合。在规制方法上,此类规制应注重规制工具或“药方”的合理搭配使用,<sup>[68]</sup>在发挥各类工具或“药方”的

[66] 参见王全兴、王茜:“我国‘网约工’的劳动关系认定及权益保护”,《法学》2018年第4期,第64页。

[67] 参见 Margot Kaminski, “Binary Governance: Lessons from the GDPR’s Approach to Algorithmic Accountability”, *Southern California Law Review*, Vol. 92, No. 6, 2019, pp. 1586–1592; 王锡锌:“个人信息可携权与数据治理的分配正义”,《环球法律评论》2021年第6期,第5–22页。

[68] See Ian Ayres and John Braithwaite, *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*, Oxford: Oxford University Press, 1992, pp. 57–60.

效果时,注重“药方”的合理搭配,避免各类“药方”的副作用和过度治疗。<sup>[69]</sup>

首先,政府规制应对严重破坏信任的行为进行严格监管,建立事前预防机制和事后救济与惩罚机制,防止信任关系遭受整体性破坏。例如在医患关系中,对于进行诱导非理性治疗甚至恶性诈骗的医院,应进行事前的严格监管;对于暴力伤医事件,应进行事后严惩,防止其以弱势群体或私力救济的名义破坏信任关系。在消费者保护、劳动者保护、个人信息保护中,法律也应当对商家欺诈、雇主剥削、企业恶意泄露个人信息等行为进行严格规制。此类行为不但破坏个案中的信任关系,而且很容易演变为群体不信任,不仅破坏不平等群体之间的合作互惠空间,而且可能造成二者的敌对关系。

其次,政府规制还应对强势主体的说明、制度、协议等承诺进行严格监管。对于商家的格式合同与产品说明、企业的劳动规章制度、网站的用户协议与隐私政策声明的性质,法律实践与法学研究对其一直存在争议。由于双方的不平等关系,有观点认为应将其视为合同要约,假定其有效;另有观点认为应将其视为“私人立法”,对其效力进行严格审查。但无论是哪种观点,都应对这类承诺中的有效部分进行严格执法,因为这种承诺不仅关乎弱势主体对强势主体的直接信任,也是政府规制的重要抓手。正如上文所述,政府规制面临监管过严、能力不足等问题;企业自我规制也面临动力不足等问题。但通过监管与执行强势主体的承诺,可以较为有效地解决此类问题。政府可以为社会与市场的合作提供空间,避免政府规制过严问题。政府也可以大大减轻其执法所需要的资源,因为政府可以按照强势主体的承诺,对照承诺进行执法检查,毋需漫无边际地进行执法检查。此外,政府也可以有效地督促企业等社会主体进行自我规制,正如许多研究指出,企业的各类说明、制度与协议,虽然很难起到提示消费者、劳动者与用户的作用,但常常可以起到促进企业内部治理的作用。<sup>[70]</sup>

最后,政府规制应与弱势主体维权进行联动,以建构合作治理机制。上文已提到弱势主体赋权的问题,并且主张以程序性权利看待此类赋权,以避免赋权可能带来的种种问题。但弱势主体赋权也具有正面效果,弱势主体的赋权可以为政府规制提供执法线索,补充执法力量。一方面,弱势主体中的个体可以通过积极的举报、申诉和诉讼而形成有效的监督力量,对强势主体形成制约和监督。另一方面,弱势主体可以通过公共舆论、团体组织进行社会维权,通过公益诉讼、集体诉讼等法律形式进行司法维权。政府规制应将弱势主体的维权视为契机,对其进行积极利用与引导。一旦弱势主体的“私人执法”和政府规制与企业自我规制形成良性互动,

[69] 参见宋亚辉:“风险控制的部门法思路及其超越”,《中国社会科学》2017年第10期,第136—158页。

[70] See Peter P. Swire, “The Surprising Virtues of the New Financial Privacy Law”, *Minnesota Law Review*, Vol. 86, No. 6, 2002, pp. 1263—1324.

弱势主体的赋权就会成为政府有效监管的有效帮手，促进与激励不平等关系中的信任建构。<sup>〔71〕</sup>

## 五、余论：倾斜保护型法的法理内涵

本文对倾斜保护型法进行系统性思考，指出倾斜保护型法呈现公私法高度融合的特征，其所调整的不平等关系不同于一般的不平等关系。在行业性与领域性的不平等关系中，强弱主体之间的关系往往具有行业性特征与治理需求，同时兼具互惠与侵害关系，因此不宜采用私法自治+公法与政策间接调整模式，也不宜采用公法严格监管模式。作为替代，本文指出倾斜保护应当以信任原则为基础，以解决人民内部矛盾的方式对特定行业与领域的不平等关系进行治理。在具体的合作治理方式上，应一方面将弱势赋权视为程序性权利，另一方面选择合适的政府规制手段或“药方”，考虑各种规制手段的药效及其副作用，以及不同规制手段的协调配合。

从倾斜保护型法的系统性思考出发，也可以在深层法理层面对法学研究与法律制度提供新思考。首先，倾斜保护型法提供了一条重新解释公私法二元划分的途径。对于传统法学研究而言，不平等关系并不是一个凸显的议题；传统法学也倾向于将不平等关系视为为私法特别问题或公法特别问题，以维持公私法的二元想象。自19世纪末以来，这种二元想象就一直遭受批判。例如在德国，基尔克等人对公私法二元划分进行了批判，主张私法的社会角色与社会功能。<sup>〔72〕</sup>在美国，法律现实主义学者庞德、黑尔、科恩指出，私法的合同、侵权、财产等制度，本身就依赖于国家公权力的执行，公私法的二元划分本身就是一种想象。<sup>〔73〕</sup>及至批判法学和过去几十年的法学研究，肯尼迪、霍维茨等学者对公私法的二元划分进行了更深入的批判。<sup>〔74〕</sup>但作为一种制度想象与话语体系，这一划分在不少情况仍然具有其强大的生命力与

〔71〕 See Orly Lobel, “The Renew Deal: The Fall of Regulation and the Rise of Governance in Contemporary Legal Thought”, *Minnesota Law Review*, Vol. 89, No. 2, 2004, pp. 342–470; 陆宇峰：“论高度复杂社会的反思型法”，《华东政法大学学报》2021年第6期，第138页。

〔72〕 See Otto von Gierke, “The Social Role of Private Law, Translated, with an Introduction”, *German Law Journal*, Vol. 19, No. 4, 2018, p. 1017.

〔73〕 See Roscoe Pound, “Liberty of Contract”, *Yale Law Journal*, Vol. 18, No. 7, 1908–1909, pp. 454–487; Robert Hale, “Coercion and Distribution in a Supposedly Non-Coercive State”, *Political Science Quarterly*, Vol. 8, No. 3, 1923, pp. 470–494; Morris Cohen, “Property and Sovereignty”, *Cornell Law Quarterly*, Vol. 13, No. 1, 1927, pp. 8–30; Lon Fuller and William Perdue, “The Reliance Interest in Contract Damages”, *Yale Law Journal*, Vol. 46, No. 3, 1937, pp. 373–420; Robert Hale, “Bargaining, Duress and Economic Liberty”, *Columbia Law Review*, Vol. 43, No. 5, 1943, pp. 603–628.

〔74〕 See Duncan Kennedy, “The Stages of Decline of the Public/Private Distinction”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 130, No. 6, 1981–1982, pp. 1349–1357; Morton Horwitz, “The History of the Public/Private Distinction”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 130, No. 6, 1981–1982, pp. 1423–1428.

制度正当性。正如本文所述,在非行业性与非功能性的不平等关系中,通过私法自治与公法间接调整不平等关系,或者在公法层面对不平等关系进行严格规制,在很多情形中仍然具有制度优势。

究竟是什么原因导致了倾斜保护型法的出现?本文指出,原因是一系列特定行业与领域的不平等关系凸显,而特定行业与领域的功能分化已经具备了政治与治理意义。基尔克、庞德、黑尔、科恩、肯尼迪等学者所未竟的二元学术批判,在行业性与功能性领域首先成为了法律事实。<sup>[75]</sup>在消费者与商家、劳动者与用人单位、信息主体与信息处理者、患者与医疗机构之间,不仅双方存在事实上的强弱不平等关系,而且很多国家的法律在规范意义上将其拟制为不平等关系。这些被拟制为不平等关系的法律规范不仅直接反应在行业性领域性立法上,而且开始影响传统部门法相关条款的理解与解释。

其次,倾斜保护型法提供了一条重新思考自由主义与父爱主义、法律经济学的途径。在西方消费者保护、劳动者保护等问题的讨论中,不平等关系经常被放置在规制理论的探讨框架,而其大背景则是政治理论中的自由主义与父爱主义之争,以及法律经济学背景下传统成本效率分析与行为主义经济学之争。例如近二十年来美国法学界最为当红的桑斯坦(Cass Sunstein),就利用行为主义经济学理论发展出了一套助推理论与“放任自由父爱主义”(libertarian paternalism),试图寻求自由主义与父爱主义的精妙融合。这些学术争论为本文提供了诸多有益的帮助,本文对这些学术文献也多有引证。

但本文的讨论也表明了这些理论的不足。正如本文所述,特定领域的不平等关系既不是一个纯粹的私法自治问题,也并非纯粹的社会福利分配与转移问题,而是一个功能分化背景下的政治与治理议题。无论是政治理论还是法律经济学,都没有对特定领域不平等关系的政治内涵给予足够的重视。在西方规制与公法理论研究中,若干学者曾经在一定程度上捕捉到这一问题的政治内涵。例如桑斯坦曾在其网络法论述中提出消费者主权与政治主权、消费者与公民的区分;<sup>[76]</sup>在产品消费者中的提出消费者的身份建构与“团结”(solidarity)问题。<sup>[77]</sup>巴尔金(Jack M. Balkin)曾经在言论自由研究中提出个人——数字基础设施(digital infrastructure)——国家的三元结构,以实现言论从自由到平等的转换。<sup>[78]</sup>但即使是桑斯坦、巴尔金、莱西格这样当代美国最杰出的法学家,也未从人民内部矛盾与政治的意义上看待不平等

[75] (德)贡塔·托依布纳、顾祝轩:“私法的社会学启蒙:对谈当代著名法学家托依布纳”,高薇译,《交大法学》2013年第1期,第7页。

[76] 参见(美)凯斯·桑斯坦:《标签:社交媒体时代的众声喧哗》,陈颀、孙竞超译,中国民主法制出版社2021年版,第206—226页。

[77] See Cass R. Sunstein and Edna Ullmann-Margalit, “Solidarity Goods”, *Journal of Political Philosophy*, Vol 9, No. 2, 2001, pp. 129—149.

[78] 参见 Jack M. Balkin, “Free Speech Is a Triangle”, *Columbia Law Review*, Vol. 118, No. 7, 2018, pp. 2011—2056;左亦鲁:“从自由到平等:美国言论自由的现代转型”,《比较法研究》2021年第1期,第152页。

关系,没有从治理的意义上对其进行分析。正是由于缺乏政治与治理的视角,不少研究经常陷入提问分析“犀利”而解决方案“无力”的困境。<sup>[79]</sup>

最后,倾斜保护型法提供了一种既具有中国特色、又具有普世可能的法律新想象。就中国特殊性而言,我国的社会主义制度使我国比西方更关注社会主体之间的不平等问题。我国的法律体系虽然受西方影响深远,在一定程度上也借鉴了西方的公私法二元划分结构,但我国宪法与法律采取了大量以个人——社会——国家所拟制的三元结构。在法律层面,我国更是经常进行上文所提到的保护型立法,对不平等关系进行倾斜保护。相比西方国家的社会性立法经常遭受的违宪审查挑战与社会正义,倾斜保护型法在我国拥有更为坚实的法律基础与社会共识。

就普适性而言,不平等关系在西方法律体系也正从边缘走向中心。随着数字社会的到来与数据、算法、平台的大规模应用,企业等社会主体与个人之间的不平等关系越来越明显。如果说工业化时代的企业与个人之间主要体现为非支配性的市场关系,那么数字化时代的企业与个人越来越呈现巴尔金所说的操纵关系。<sup>[80]</sup>正是在这样的背景下,西方社会法律学术领域与实践领域都涌现了一批倾斜保护的文献与立法。在学术领域,一系列数据权力、算法权力、平台权力的概念被提出;<sup>[81]</sup>在制度上,以《一般数据保护条例》为代表的数字隐私立法引领了全球性的法律变革。如果说西方传统法律研究仅仅在反垄断的背景下对“市场权力”进行探讨,那么在数字化时代社会权力问题已经成为法学研究与法律实践的共同议题。

从不平等关系所处的中西法律坐标出发,<sup>[82]</sup>可以更清晰地看到倾斜保护型法的历史意义。19世纪初,黑格尔曾经以普适性与特殊性的辩证来论述市民阶级的法的合理性。在黑格尔看来,以财产权等个人权利为基础的法律体系,既是市民阶级的法所特有的,又是具有普遍性与世界历史意义的制度安排。作为一种与社会主义法治有天然亲近关系的制度框架,倾斜保护型的法也同样具备了特殊性与普适性的想象空间。尤其在中西竞争、数字社会到来的大

[79] 参见戴昕:“犀利还是无力?——重读《代码 2.0》及其法律理论”,《师大法学》2018 年第 1 期,第 268 页;丁晓东:“从‘马法’到马克思主义之法:网络法的法理学与部门法意义”,《地方立法研究》2021 年第 6 期,第 109—125 页。

[80] See Jack M. Balkin, The Fiduciary Model of Privacy, *Harvard Law Review Forum*, Vol. 134, No. 1, 2020, pp. 11—33.

[81] See Kenneth A. Bamberger and Orly Lobel, “Platform Market Power”, *Berkeley Technology Law Journal*, Vol. 32, No. 3, 2017, pp. 1051—1092; Frederike Kaltheuner and Elettra Bietti, “Data Is Power: Towards Additional Guidance on Profiling and Automated Decision-Making in the GDPR”, *Journal of Information Rights*, Vol. 2, No. 2, 2018, pp. 1—17; Gina-Gail S. Fletcher, “Deterring Algorithmic Manipulation”, *Vanderbilt Law Review*, Vol. 74, No. 2, 2021, pp. 259—325.

[82] 另一个本文并未涉及但重要的问题是古今法律传统中的不平等关系,在传统中国五伦关系的想象中,基于平等主体的“朋友”关系曾经在近代革命政治中的想象中发挥了重要作用。中国礼法传统中不平等关系的法律想象与创造性转变,是另一个值得重视的问题。参见章永乐:“四海之内皆兄弟:近代平等政治中‘五伦’话语的突变”,《现代哲学》2015 年第 6 期,第 37—49 页。

背景下,这一类型的法将为我们提供法学的新想象。理论想象未必可以决定制度实践,但亦是实践不可分割的一部分。

---

**Abstract:** The unequal relationship in specific industries and fields has spawned a series of “preferential protection” laws, such as consumer protection law, labor law and personal information protection law. Such laws embody the characteristics of high integration of public and private law and articulate legal relations in the ternary framework of “individuals-society-state”. While trying to adjust the unequal relationship, it also tries to maintain social and market self-governance. The reason why these laws adopt the preferential protection mode is that the relationships in these specific industries are at the same time potentially reciprocal and invasive and such relationships have the significance of politics and public governance. The “preferential protection” laws also face the problems of ineffective empowerment, abuse of rights exercise and overly strict or insufficient responsibility. For further improvement, they should take trust as the value basis and adjust the unequal relationships with the coordinated “prescription” strategy. “Preferential protection” laws can provide a new explanation for the dilemma of the public and private law distinction, a new perspective for regulation theory, paternalism and behaviorism, and a new imagination for the rule of law with both socialist particularity and global universality.

**Key Words:** Unequal Relationship; Preferential Protection; Consumer Protection; Protection of Workers; Personal Information Protection

---

(责任编辑:章永乐)