

论民事规训关系

——基于福柯权力理论的一种阐释

汪志刚*

内容提要：民事规训关系是一种内含了以纪律的制定与执行作为其主要内容的规训权力的“非纯粹”民事法律关系，主要包括劳动、教育、住院医疗和亲权关系等。它们都具有存在上的稳定性和差序化、定型化的结构，是融人身与财产、支配与请求于一体的兼具功能上的私益性和生命治理性的身份关系。其生成的法理基础在于形式平等与实质不平等的分层实证化、自由向权威的妥协、法律与纪律的双重规范与协作。这些关系在形成秩序和生产驯顺而有用的生命时，也因其内含的权力的私利性、强制性和扩张性，权力作用的隐秘性、绵密性及其对个体的区别对待而隐含了对权利的潜在威胁，需要法律通过建基于弱者保护原则之上的各种分权制衡策略来更好地实现其调整，以保障被规训者不堕其自由平等主体之本性。

关键词：规训权力 纪律 身份 劳动合同 亲权 住院医疗合同

依据传统民法理论，铺展于平等、自由基础之上的民事法律关系与一方得服从于另一方意志或命令安排的权力服从关系理应属于两种不同性质的法律关系，二者不仅泾渭分明，原则上应分受不同性质法律规范（私法规范或公法规范）的调整，而且势如冰炭，很难实现在同一法律关系中的并存。这种理论上的分野虽然在现实中多有贯彻和体现，然而，与之相反的冰炭同炉的情况在现实中却也并不少见。正如学者所言，私法社团的内部关系和父母与未成年子女之间的关系虽受私法调整，但其中也同时包含了一定的主体隶属关系，雇佣契约和培训契约虽然性质上属于私法契约，但其中也同样存在受雇人和受教育者的意志须受制于对方意志之常情。^{〔1〕}这种融形式上的主体地位平等与意志的强制约束于一体的法律关系就是本文所述的民事规训关系所要重点研究的对象。笔者希望通过规训权力理论这一由福柯发展出来的权力理论和生命政治理论^{〔2〕}的引入，来更好地理解这些法律关系，

* 江西财经大学教授。

〔1〕 参见朱庆育：《民法总论》，北京大学出版社2013年版，第9页。

〔2〕 依福柯所述，生命政治本质上是一种在自由主义框架下对自由的个体生命加以治理的政治技艺，主要包括宏观上的对作为生命体的整体人口的治理以及微观上的对个体身体的规训。See M. Foucault, *The Birth of Biopolitics: Lectures at the Collège de France, 1978 - 1979*, Palgrave Macmillan, 2008, p. 317, p. 67.

进而为我国法更好地实现对这些法律关系的调整提供些许助益。

一、民事规训关系概念的提出

“民事规训关系”一词在既有民法学理和实践中并不存在，该词是笔者在结合福柯的规训权力理论和传统民事法律关系理论的基础之上所提出，其意是指某些法律关系虽然具有平等主体之间民事法律关系的性质，但同时也内含了一方得以各种手段（如通过纪律约束等）对另一方进行规训的权力服从关系。这种内含了一定的规训权力与服从关系的“非纯粹”民事法律关系就是本文所述的民事规训关系。其中，“民事”是相对于那些完全不具有主体平等性的规训关系（如监狱对囚犯的规训）而言的，“非纯粹”则既指该法律关系同时混合了“平等主体间的民事法律关系”和“实质上不平等的命令服从关系”，又指该法律关系并非“纯粹的法律关系”（纯受法律调整的社会关系），而是同时内含了“一定的不受法律直接调整的、可由规训权力或纪律在法定框架范围内自主调整的社会关系”。以下将首先就其中所涉的“规训”一词到底所指为何以及其在实践中的具体表现等相关问题，作一简要说明和阐释。

（一）作为微观权力技术的规训

“规训”一词在古汉语中早已有之，其意与“训规”基本相同，既可指动态的规诫训导，也可指静态的规诫训导之规条。在该词被作为福柯所著的《规训与惩罚》一书中所述的 discipline 一词（该词的法语为 descepline）的中文对译词之后，其意已有所变化。因为，不管是在英文还是法文中，该词都不仅有纪律、教育、训练、训导、校正和处罚之意，而且还可被用来指称某一知识领域和学科。正是借助于对该词所具有的多词性和多义性的创造性利用，福柯才会将该词作为一个重要的理论术语提出，并用它来指称在近现代社会中发展起来的一种权力技术。

依福柯所述，这种权力技术乃是一种普遍存在于监狱、军队、工厂、学校和医院等场所中的用来干预、训练、监视和矫正个体生命或其身体运作的权力技术，其权力技术所要直接干预和控制的对象并非身体这一物质形式本身，而是其行动机制、效能及其内在组织，即身体力量及其运用本身。^{〔3〕}这种干预和控制的目的不是要破坏或毁灭生命，而是要在对生命保持各种压制性与否定性力量的同时，通过对个体身体活动过程的干预与控制来实现生命的规范化与正常化，“使后者不仅在‘做什么’方面，而且在‘怎么做’方面都符合前者的愿望”，^{〔4〕}进而生产出如其所欲的驯顺而有用的身体。正是为了实现这一目的，权力与知识于此形成了联盟。在此一联盟中，知识即有关生命体的知识不仅可以为权力直接干预个体生命提供认知和规范图式^{〔5〕}（例如，知识可以为学校通过合理安排教学空间和作息时间来实现在对学生的规训提供认识上的指导），在合规律性的基础上与权力的合目的性相结合，进而增进二者共同之权威，而且可以与权力一道共同定义何为规范或正常，以便能

〔3〕 参见〔法〕米歇尔·福柯：《规训与惩罚》，刘北成、杨远婴译，三联书店2012年版，第155页。

〔4〕 同上书，第156页。

〔5〕 参见〔德〕托马斯·雷姆科：《超越福柯——从生命政治到对生命的政府管理》，梁承宇译，《国际社会科学杂志（中文版）》2013年第3期，第88页。

够为规训提供某种可作为标尺的行为常规或生理常规。^{〔6〕}与之相关联的是,权力即规训权力则可通过动员和利用这些知识,在定义何为规范或正常的基础上,按照特定目的来规划和编排人体的运作及其效能,通过空间的分配、时间的筹划、动作的控制和力量的编排等权力技术的运用,^{〔7〕}将身体纳入一套已严格限定了其行动场所、时间、方式和过程的纪律或规范的控制之下,继而通过层级监视、规范化裁决和检查(或考核、考试)等手段来实现对前述规划和编排的具体实施,^{〔8〕}将身体力量的运用纳入权力的持续监督与控制之下,并强加给这些力量以一种“驯顺—功利”关系。简言之,依福柯所述,规训作为一项针对个体身体而实施的他律性的微观权力技术,实际上是一种将个体身体活动置于权力体制与真理体制共同构成的关系网络之中加以规范和治理的生命治理术。这一技术虽然在构成上相对复杂,但真正构成其核心的应是结合了权力与知识的身体行动纪律或规范的制定与实施,即规训权力在其核心意义上应可被定义为一种为了实现他人身体行动的规范化或正常化而制定和实施干预他人身体行动过程的纪律或规范的权力,而制定和实施此一纪律或规范的过程就是规训的过程。

(二) 规训权力的应用及其在民事领域中的展开

按照福柯的研究,规训作为一项集身体行动“立法”(制定身体行动纪律或规范)和“执法”(执行前一立法)于一体的权力技术,虽然早已存在于世,如在修道院、军队和工场中的应用等,但该技术的发展成熟及其在世俗社会中的广泛应用,主要还是17、18世纪以后的事情。^{〔9〕}值此时期,资本主义生产方式的崛起和科技的进步,在将一种长于理性考量和功利算计的思维方式广布于社会各领域的同时,也改变了有关人体的思维和实践样式。于此,“人是机器”的观念开始产生,并在如下领域得以贯彻:一是“解剖学—形而上学”领域,一是“技术—政治”领域,即福柯所说的“由一整套规定和与军队、学校和医院相关的、控制或矫正人体运作的、经验的和计算的方式构成”的社会领域。^{〔10〕}在前一领域中,人体主要是被作为可解剖的机器来对待的,其所涉问题主要是功能和解释问题。就此,笛卡儿写下了其最初篇章,医生和哲学家则续写了其后的篇章。而在后一领域,人体主要是被作为可操纵的机器来对待的,其所涉问题主要是服从与使用问题。^{〔11〕}就此,写下其最初篇章的或许是军人、狱卒和工场主,又或许是牧师、教师和家父,其具体起源已无从考证,也难以细究。^{〔12〕}然而,有一点是可以确定的,即真正促使这种技术在社会中广泛应用的应是资本主义本身。正是资本主义生产方式的变革和工业进步所带来的人口增长及其大规模流动,以及与之相伴的社会的日益组织化和个体的平权化与原子化,造就了大量的由众多分散个体汇聚而成的组织——在校学生、住院患者和军队的人数猛增,生产机构也变得愈益

〔6〕 例如,正常的小学六年级学生注意力集中的时间一般都可达到30分钟以上,50米短跑的速度应在11秒以内,如果达不到这种常规,那就意味着不规范或不正常,需要进一步加以规训(训练或矫正)。

〔7〕 参见前引〔3〕,福柯书,第160页以下。

〔8〕 同上书,第194页以下。

〔9〕 同上书,第155页,第235页。

〔10〕 同上书,第154页。

〔11〕 同上。

〔12〕 “这种新的政治解剖学的‘发明’不应被视为一种蓦然的发现。相反,它是由许多往往不那么明显重要的进程汇合而成的。……最初,它们是在中等教育中起作用,后来又进入小学。它们逐渐控制了医院领域。经过几十年的时间,它们改造了军队组织。”同上书,第156页以下。

庞大和复杂，并从中产生了大量的对这些分散的个体进行理性化管理的需要。^{〔13〕}作为对这种需要大爆发的一种回应，规训这一权力技术开始在社会中得到日益广泛的应用，^{〔14〕}并在不同组织和社会关系中——从工厂到机关、从家庭到学校、从体育俱乐部到医院、从军队到监狱、从戒毒所到收容院等——得以扩展、模拟和相互支持，以至于其“似乎要涵盖整个社会”。^{〔15〕}

“规训社会”的到来在契合了资本主义社会化大生产需要的同时，也在社会生活各领域中催生了大量的基于规训而生的权力服从关系。自法律角度观之，这些权力服从关系有的系产生于公法领域，有的系产生于私法领域，但从其产生一般都须以主体间存在相对稳定的时空结合关系——这是由规训必须以被规训者会在一个较长的时间段内持续处于规训一方所支配的物理空间范围内为前提所决定的——和“立规行训”之权威于其中的存在为前提的角度看，得在民事领域中产生的规训关系大致包括以下两类：

一类是发生在法人内部的民事规训关系，具体主要包括发生在用人单位与劳动者之间、教育机构（含培训机构）与受教育或培训者之间、医院与住院患者之间的民事规训关系。^{〔16〕}这三种民事规训关系虽然在整体上都可以被视为是存在于作为契约主体的法人与相对的个体之间，但实际上，它们也同样存在于法人内部不同层级的管理者和被管理者之间，如法人内部的上下级之间、教师与学生之间、俱乐部教练与运动员之间、医护人员与住院患者之间。也就是说，内含于这三者中的规训权力实际上是以一种非中心化的、弥散的状态存在于法人内部不同层级和关系结合点上的，具有一种网状的结构和金字塔式的层级。另外，需说明的是，基于医患之间的人身依赖关系往往相对较弱且医方所拥有的“立规行训”之权威主要是建立在知识权威这一柔性权威的基础之上，故一般说来，医方所拥有的为住院患者身体行动“立法”（要求患者谨遵医嘱和遵守医院管理制度）和“执法”（由医护人员负责执行前述“立法”）的权力^{〔17〕}通常并不包括前二者所共有的对被规训者进行处罚的权力，或者说，其“处罚”更多地是以患者本人须对其不合规范的行为所致后果自担责任作为其表现形态的。^{〔18〕}因此，相对于前二者而言，医疗规训所包含的规训强度往往相对较弱。当然，如果这种规训是建立在强制医疗的基础之上的，则其规训强度在某些方面甚至会强于前二者，如医方在某些情况下就拥有前二者所不拥有的对被规训者实施人身上的强制约束与隔离的权力等。^{〔19〕}

另一类是发生在个体间的民事规训关系，具体主要包括发生在父母与未成年子女之间、监护人与被监护人之间、个体经济组织中的雇主与雇员之间的民事规训关系。这三种民事

〔13〕 前引〔3〕，福柯书，第245页以下。

〔14〕 “‘规训’……它可以被各种机构或体制接过来使用。”“它可以用于改造犯人，但也可以用来医治病人、教育学生、禁闭疯人、监督工人、强制乞丐和游惰者劳动。”同上书，第242页以下，第231页。

〔15〕 同上书，第157页，第235页。

〔16〕 关于这三种法律关系的性质，学理上有一定争议，而这主要源于这些法律关系所固有的混合性，即一方面它们都具有主体人格平等和由私人合意创设的民事法律关系性质，另一方面又都具有一定的实质不平等和命令服从关系性质。正是这种性质上的非单一性为我们将它们定性为“民事+规训”的民事规训关系提供了法理依据。

〔17〕 对于非住院患者，医方虽然也拥有一定的为其身体行动“立法”的权力，但由于二者间并无稳定的时空结合关系，所以医方一般不太可能针对患者来执行前述“立法”，而是更多地需依赖患者本人依前述“立法”进行自我规训。这种自我规训已非本文所述规训。

〔18〕 参见侵权责任法第60条。

〔19〕 参见传染病防治法第39条、精神卫生法第40条。

规训关系虽然在其身体行动“立法”制度化和规训人员组织安排上不如前述存在于法人内部的民事规训关系那么完备、系统，但基于“立规行训”之权威在这些旧的权威机构和相对简单的社会组织体（家庭、个体工商户）中的稳定存在及其对现代规训技术的吸收和运用，^[20]学理上依然可以将它们定性为一种相对简单的民事规训关系。

（三）民事规训关系概念的确立

前述各种民事规训关系的存在已经表明，规训关系并非只是一种个别的、特例性的存在，而是可广泛存在于多个民事领域中。面对这一法律现象，传统民法学理的认识和处理大多是个别化的，其讨论和处理一般都仅针对其中一种法律关系来展开——但一般不会以规训的名义来展开，而很少将前述法律现象作为一个整体法律现象揭示出来，并就此展开研究。与之相对的是，部分学者则试图借助于实质不平等这一理论观察结果来统领包含前述民事规训关系在内的各种实质上不平等的民事法律关系，并就此展开研究。例如，徐国栋就曾以“民事屈从关系”为题，对民法中各种包含了意志屈从关系的实质上不平等的法律关系（亲子关系、监护关系、住院医疗关系和劳动关系等）展开了深入研究，并将这种屈从与传统民法上的形成权理论相联结，以谋求二者在内在法理上的贯通，同时对民法只调整平等主体间的法律关系这一传统理论提出质疑。^[21]这种分析和质疑虽不乏真知灼见，但在笔者看来，其将民事屈从关系与传统民法上的形成权理论相联结，并不能有效阐明其中所包含的具有规训性质的民事屈从关系的本质特征。因为，依后文所述，规训权力并非一种形成权，二者虽然在结果上都会导致某种意义上的屈从，但这种屈从实际上是建立在不同法律结构之上的。

以此观之，以民事规训关系这一概念来概括前述各种包含规训权力的民事法律关系，不仅可以起到概括、凝练和突出其共同特征的作用，而且可以为我们从规训与民事法律关系相结合的角度来进一步分析和挖掘这些法律关系所内含的共同法理提供一种思维导向上的指引，进而为我们更好地实现对这些法律关系的总体把握和调整提供理论基础。以下的讨论也将重点围绕这种总体把握和调整来展开。

二、民事规训关系的法律结构、性质与功能

民事规训关系虽然在实践中的表现形态较为多样，既可表现为机构对个体的规训，也可表现为个体间的规训，既可表现为一种特殊的私法契约关系（如劳动合同关系^[22]），也可表现为一种传统民法上的亲属身份关系（如亲权关系），但自本文所采取的规训权力与民事法律关系相结合的角度看，它们在法律结构、性质和功能上依然具有许多方面的共性。

[20] 福柯认为，规训这种权力技术也可对于一些旧的权威机构所用。例如，在家庭内部，父母就会将规训技术用于其对子女的培养。“它们首先吸收的是教育和军队模式，然后吸收了医学、精神病学和心理学模式。这就使得家庭成为考虑正常或不正常的规训问题的一个最佳起点。”参见前引〔3〕，福柯书，第242页。

[21] 参见徐国栋：《论民事屈从关系——以菲尔麦命题为中心》，《中国法学》2011年第5期，第159页以下。

[22] 关于劳动合同关系是否属于私法契约关系，学理上有不同看法，本文赞同部分学者所主张的劳动法为特别私法，劳动合同为特别法所规定的一种私法契约的观点（参见沈建峰：《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1519页）。同理，学校与学生、医院与住院患者之间的关系也可被定性为一种特别的民事契约关系，其特别之处就在于其中融合了一些行政法或/和社会法因素。

（一）民事规训关系的法律结构

民事规训关系作为一种存在于相对人之间的法律关系，一般只能发生在相互之间有着相对稳定的社会关系且该社会关系的结构已被差序化和定型化的民事主体之间。所谓相对稳定，是指当事人之间的社会关系会在一个较长的时间段内以相对稳定的结构持续存在。所谓差序化，是指当事人在这种社会关系中所扮演的角色往往是相对固定和相互依存的，其所得分配的利益和权责不仅很大程度上取决于其角色地位，而且其分配也是有结构差异和层级的。当然，这种差序化结构的存在并不一定意味着民事规训关系就不再具有所有民事法律关系都具有的当事人法律地位平等的形式结构。只不过在这里，形式结构上的平等更多地是一种抽象的法律人格平等，一种与其内含的实质权利义务本身是否平等无关的纯形式平等和资格平等，即所有民事规训关系主体都平等地享有独立的法律主体资格这一一般性的法律地位和基于此一地位而生的基本权利。也正是这一一般性的法律地位，决定了所有民事规训关系都必然是一种发生在民事法律关系主体之间的关系，且必须将其自身的构造与运行奠基在这种主体地位平等及其因此而生的基本权利之上，而不能损及后二者。在民事规训关系是基于契约而生时，这种平等也包含了缔约意思的平等，即缔约主体的缔约意思是不受对方意志强制的。

与之相关联的是，所谓定型化则主要是指当事人在这一社会关系中的结合方式往往是相对固定的，且大多会表现出一定的团体化或组织化特征，是更为复杂的存在于团体之中的结构化社会关系的一部分。^[23] 前文所述的民事规训关系大多存在于家庭、公司、学校和医院等团体内部，就很好地反映了这一点，而团体一般都意味着其人员和财产组合方式是相对固定的，具有不完全拘泥于特定当事人意志的一般性和普遍性。正是这种一般性和普遍性，决定了身处其中的当事人通常只能遵从或顺应其结构，而不能任意改变其结构，除非这种改变依然处于法律这种结构性权力机制——构造主体间相互关系基本框架的权力机制——所容许的范围内。

（二）民事规训关系的内容和性质

民事规训关系所涵盖的各民事规训关系虽然在内容和性质上并不完全相同，但整体上说，它们都具有非常明显的复合性，即都是由一系列与人身和财产相关的具有不同性质的权利、义务、权力和责任共同构成的，具有融各种公私法因素于一体的复合性。

第一，所有民事规训关系都包含有规训权力，而规训权力作为以他人身体行动为客体的、集身体行动“立法和执法”于一体的概括性权力，本身就具有内容上的复合性。其权力内容一般主要包括布置和限定他人身体行动场所和时间的权力，规定他人身体行动方式、任务和界限的权力，监督乃至控制和指挥他人身体行动过程的权力，对他人身体行动过程及其结果进行检查考核的权力以及在一定范围内对他人实施奖惩的权力等。这些权力虽然依其所具有的单方“立法和执法”权能而言，一般更适合于被称为权力——可直接强制对方服从的一种合法力量，但从其所具有的私人性及其权力行使的自主性和排他性的角度看，它们又可被称为权利——专属于特定私法主体的一种资格和能力，一种大多不具有司

[23] 例如，公司与该公司特定部门经理的劳动关系所含的权利义务内容就基本上是相对固定的，并不会因为这个经理岗位上发生了人事变动而发生实质上的变化，而且这一关系还必然会与存在于公司内部的其他社会关系相关联，共同构成一个结构化的公司内部关系的整体，并使其自身必然受到这一整体社会关系的制约。

法上可诉性的权利,或者也可基于其目的的非纯自利性和社会性(详见后文)而被称为一种义务或责任。^[24]

第二,规训权力就其内容所具有的法律属性而言,一般都具有以下特性:其一是规训权力通常都是与人身和身份密切相关的,事涉相对人的人身自由、安全以及基于其身份而生的角色权利(劳动就业权、受教育权、基本医疗获得权和受扶养权等)和利益,因而也就具有非常明显的涉身性和身份性,具有“严格地与人身相联系,并且不能转让和继承”^[25]的一身专属性。与之相应,接受规训的义务也同样只能由被规训者本人来承担。其二是规训权力通常都会涉及到一些与主体身份相关的财产权力(权利)与义务,如为被规训者提供一定的财产以供其使用并对其使用进行管理,对被规训者施以一定的财产处罚或奖励等。其三是规训权力的行使行为(如发布纪律、命令和指示等)多数都不具有法律行为性质,而是更多地属于一种事实行为或者根本不能引起任何法律关系变动的纯生活事实。在这些行为系由法人针对其内部成员作出时,该行为也可被称为一种私的行政行为或私法管理行为。此类行为一旦作出,即具有类似于公法行政行为的公定力和拘束力,相对人对此一般只能服从,而无法与之协商。即便是在此类行为已具有某种实体上或程序上的不当时,相对人一般也只能申诉,而不能起诉,除非这种不当已构成对其法律权利的侵害(详见后文),否则这种内部管理问题将不会被带入司法程序。也就是说,在法律所承认的规训权力得自主调整的管理与被管理、命令与服从的关系范围内,只要规训权力的行使未构成违法,相关法律通常并不会对这种关系的实质内容进行干预和调整。在此意义上,我们可以将这种得由规训权力自主调整的关系称为是一种内嵌于劳动、教育、住院医疗和亲权关系^[26]等法律关系架构之中——规训权力是其所归属的具体法律关系的权义结构的一部分且获得了法律的明确认可——的不受法律直接调整的事实关系或社会关系。

第三,规训权力就其所生综合法律效应或作用而言,整体上应更接近于私法上的支配权。只不过,与传统的人对物或奴隶主对奴隶的支配不同的是,这种支配并不需要以将被支配对象归属于特定主体所有为前提,更不需要以建立一种人身上的、无限制的、全面持久的支配关系为目标。因为通过规训所实现的支配本身就是建立在相对人也是自由法律主体之上的支配,是一种不同于前述“归属性支配”的“并联性支配”和“管理性支配”,是韦伯所说的通过发号施令和对命令的服从所体现出来的支配(发号施令的权力就是支配的权力,拥有这种权力者即为权威),^[27]其支配目标主要是为了能够在一定事项范围内将

[24] 例如,亲权就可以被称为是一种“义务权”。参见[德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》上册,王晓晔等译,法律出版社2003年版,第283页。

[25] 同上书,第284页。

[26] “仅因为父母照顾和一定的法律地位相关联,就将其视为一种纯粹的法律关系,这是一个重大的误解。实际上,照顾权的法律表象只是法律设定的父母子女之人身联系的后果:法律规定的目的在于保护此种关系,并为这种关系提供必要的制度设计。”[德]迪特尔·施瓦布:《德国国家法》,王葆苜译,法律出版社2010年版,第319页。

[27] 在讨论上下级、领导与被领导这种具有命令服从性质的社会关系时,支配与权威二词只是对这种关系不同侧面的一个表达。韦伯在讨论这些关系时,所使用的Herrschaft一词就兼有支配与权威之意。在该词被用来表达某种通过命令与服从所表现出来的强制控制关系时,其意更接近于支配;在其讨论更侧重于发布命令者所拥有的权力的来源及其正当性时,其意更接近于权威。参见[德]马克思·韦伯:《经济与社会》第1卷,阎克文译,上海人民出版社2010年版,第147页,第154页。

对方身体行动控制在一个由纪律的制定和执行所构成的强制、剥夺、义务和限制的体系中，进而“使后者不仅在‘做什么’方面，而且在‘怎么做’方面都符合前者的愿望”。简言之，基于规训而生的“支配效应不应被归因于‘占有’，而应被归因于调度、计谋、策略、技术和运作”，^[28]或者说应被归因于内含于该关系之中的管理、控制和指挥权力或权威的运用，其支配目标主要是为了能够在一定范围内形成可辅助其整体关系目标（生产、教育、医疗和抚养等）实现的人格与财产上的从属关系（管理与被管理、命令与服从的关系），一种必然会受到法律严格限制甚至可由当事人自主解除的对他人身体行动的间接支配。这种支配的间接性不仅体现在其支配通常并不包含处分他人人身的权能上，而且表现为其所使用的支配手段一般也不直接接触他人身体本身，而是只“触碰”他人身体行动的时间、空间和方式等，通过给他人身体行动“立法和执法”来实现其支配，进而使得依特定规范行动逐渐内化——这种内化需要被规训者自身意志的配合——为一种寓于被规训者身体和灵魂之中的习惯，而习惯的养成往往意味着规训目的的完美达成。^[29]简言之，存在于规训之中的支配实际上主要是一种通过将特定行为习惯“强制”播种于被规训者身体和心灵之中而达成的支配，是一种通过被规训者本人自觉却未必自愿——“自觉是理性的品格，自愿是意志的品格”^[30]——的行动所标识出来的支配，一种需借助于被规训者本人自由意志的参与和协作才能达成的间接支配和柔性支配。^[31]

第四，民事规训关系除包含规训权力外，通常还包含以下权利义务：其一是在契约型民事规训关系（如劳动、教育和住院医疗关系）中所产生的请求相对人履约或承担违约责任的权利，请求撤销、变更或解除合同的权利等。这些权利有的属于请求权，有的属于形成权，有的则属于缔约自由的延伸。在法定的民事规训关系（如亲权关系）中，同样可能发生一些亲属法上的身份请求权与形成权，前者如抚养费请求权，后者如父母对子女所实施的超出其行为能力的法律行为所享有的同意权等。其二是规训权力人应在一定范围内承担起对相对人的人身和财产的安全保障或照护义务。这种义务虽然在契约型民事规训关系中可以被解释为是一种合同附随义务，但实际上它也是一种基于规训权力人所享有的优势法律地位所产生的法定义务——这种义务也会在一定程度上诱发规训。其三是规训权力人应在一定范围内为被规训者的行为对外承担责任，如父母为未成年子女、用人单位为劳动者、雇主为雇员所承担的替代责任，教育机构为未成年学生造成的损害所承担的过错（违反教育管理职责）责任等。^[32]

（三）民事规训关系的目与功能

民事规训关系作为民事法律关系的一种，理当具有所有民事法律关系都具有的私利性，即具有可促成其法律关系主体私利实现的目的和功能。这种私利性在民事规训关系中虽可表现为与一般的财产交易关系相近的纯个体自利性（如包含于其中的请求权就具有这种自利性），但这种自利性实际上并非民事规训关系所要实现的私利的全部。因为，规训权力作

[28] 前引〔26〕，施瓦布书，第28页。

[29] “纪律的概念包括群众不加鉴别、不作反抗的服从的习惯特性。”前引〔27〕，韦伯书，第147页。

[30] 冯契：《中国古代哲学的逻辑发展》上册，上海人民出版社1983年版，第50页。

[31] 正因如此，所以福柯才说，规训既以自由为前提，同时又不断消耗自由。参见前引〔2〕，Foucault书，第63页以下。

[32] 参见侵权责任法第32条、第34条、第35条、第40条。

为一种非对称的主要存在于特定团体或身份体之中的权力，其权力配置的最初来源并不是完全为了实现特定权力人的个体私利，而是为了在特定的社会关系中持续实现不同主体间的分工与合作，从而实现劳动分工这一“绝对的行为规范”^[33]的要求。正是这一要求，决定了规训权力的发生与行使实质上只是特定主体（用人单位、教育机构、医院和父母等）在特定社会关系中所扮演的社会角色的一种功能表现，其目的和功能主要是为了促成分工合作关系整体目标实现。而就其整体目标实现而言，毫无疑问，纯个体自利性的“分”只是其中的一面，更为重要的一面是“合”，是相对人之间利益的“合”及其与整个团体利益的“合”。正是这种“合”决定了规训关系也具有有助于相对人利益实现的利他性和促成团体中其他成员和整个团体利益实现的群体自利性或利群性。

这种不同的自利性与利他性于此的纠缠，在凸显了民事规训关系所涉利益结构复杂性的同时，也在一定程度上凸显了民事规训关系的社会组织功能，即以一种相对稳定、规范的方式将不同主体利益结合在一起，并通过其内部权力运作来促成这些利益实现的功能。这一功能作为民事规训关系所具有的社会性的一种表现，虽然离不开整体法律秩序的支持，但从其可促成群体利益实现的角度看，其功能的实现很大程度上仍主要得益于规训权力的运用。正是由于规训权力具有规范行为的作用，所以在规训关系相对人之间和整个团体中，才有可能形成一种有利于其整体关系目标实现的内在秩序（生产、教育、医疗和人伦秩序等）。这种内在秩序的形成在为前述群体利益的实现提供了秩序保证的同时，也标示着民事规训关系所具有的另一社会功能就是规训依其本质所固有的生命治理功能，即通过规范他人身体行动来塑造主体本身，进而为社会生产出驯顺而有用的身体的功能。于此，所谓的规训实际上可以被看成是一种按照特定目标和程序来制作拥有特定质素的主体的过程，而构成此一过程核心的就是规范化和主体化。于此，规范化是指通过向个体施压——这种压力既来自于纪律本身所内含的否定性力量，又来自于集体行动和团体秩序给个体所带来的循规蹈矩的压力，在团体中其他成员的行动都合乎纪律和秩序时，这种压力尤甚——和训导，以促使其行动与特定纪律规范所确立的模式化行为相吻合的主体制作程序；主体化是指使被规训个体得以被塑造成为具备特定质素的主体，这种特定质素就是福柯所说的驯顺性和有用性。^[34]

（四）小结

综上所述，民事规训关系不仅具有存在上的稳定性和差序化、定型化的结构，而且具有融不同人身和财产权力或权利于一体的复合性，具有可同时促进个体私利和群体利益实现的社会性和以生命治理功能为主要表现形态的人口生产功能。正是这些共有的结构、性质和功能，决定了所有民事规训关系都可以被定性为是一种具有一定社会性的身份关系，其既可表现为传统的亲属身份关系，如亲权关系，又可表现为新型的社团身份关系——存在于私法社团中的基于关系性契约而形成的身份关系，^[35]如劳动、教育和住院医疗关系等。

[33] “劳动分工将会成为一种绝对的行为规范，同时还会被当作是种责任。”[法]埃米尔·涂尔干：《职业伦理与公民道德》，渠东、付德根译，上海人民出版社2014年版，第5页。

[34] 前引[3]，福柯书，第245页。

[35] 有关社团身份关系这种新型身份关系更为详尽的阐释，参见马俊驹、童列春：《身份制度的私法构造》，《法学研究》2010年第2期，第61页以下。

这不仅是因为只有身份关系才有可能同时具备前述结构、性质和功能，更是因为规训关系实际上已经在一定范围内“复制出一般法律和政府的形式”^[36]——纪律是对法律的复制，^[37]规训主体是对政府的复制，而政府与公民之间的关系显然属于一种典型的公法身份关系。当然，从另一个角度讲，契约型民事规训关系的身份关系性质也可从其社会学发生基础得以证明。因为这种契约型身份关系的产生与发展本身在很大程度上就根源于其对传统的亲属身份关系的功能替代和升级，是家庭功能日益衰退、父母权力日益从中析出并被重新安置于各种由众多分散的原子化个体共同构成的人口生产和社会生产单位（学校、医院和工厂等）之中的产物。对于此一社会学发生基础，限于本文篇幅和写作目的，此处不予详述，而是仅就该产物赖以产生的法理基础加以必要的阐释。

三、民事规训关系生成的法理基础

从上文的分析可以看出，民事规训关系作为一种融民事与规训于一体的法律关系，其最根本的法理特质就在于，所有的民事规训关系都是一个融主体平等与身份差异、意志自由与命令服从、人身关系与财产关系、个体私利与群体私利、消极压制与积极生产等矛盾于一体的法律关系综合体。面对这些法律关系综合体，我们不禁要问，它们到底是以何种方式、何种名义将这些复杂的矛盾统一于一体的。这就是此处所要讨论的生成法理问题。

（一）逻辑基础：形式平等与实质不平等的分层实证化

如前所述，民事规训关系作为一种产生于民事主体之间的关系，必然具有所有民事法律关系都具有的形式平等的法律结构。然而，形式平等的法律结构的存在并不意味着实质不平等的法律结构就无法与之并存。因为形式平等终归只是一种通过将主体从各种具体法律关系中予以抽离而形成的抽象理念建构，它虽然可在内在体系上构成对所有民事法律关系的一种约束——所有民事法律关系都不能有违这种形式平等原则——但它本身并不能为具体民事法律关系配置具体权利义务。这些具体权利义务的配置仍需法律依特定法律关系的目的是性质以及当事人的意思现实地加以确定，而这本身就意味着一种形成实质上不平等的法律关系结构的可能性。再加上，依现代法治理念，私权主体本就可在不违法的情况下，将法律分配给他们的私权予以重新分配，从而使得特定民事法律关系呈现出一种自愿的实质不平等的结构。亦即，法律主体地位的平等赋予与具体权利义务的配置本就属于两个不同层面的问题，前者的存在并不能从逻辑上排除后者的不平等分配。

以此观之，规训权力以及与之相伴的实质不平等同样也可以被看成是这种具体权利义务配置的结果。这种配置在实证法上多表现为相关立法在调整民事规训关系时，一般都会概括地认可一方有权在不违法的情况下自主地对另一方进行教育、管理乃至奖惩，而另一方则相应地负有相对的义务。^[38]这种法律上的概括认可——只例示其基本的权义类型，而

[36] 前引〔3〕，福柯书，第29页。

[37] 按照国内部分学者的观点，纪律可被称为是一种“软法”。参见姜明安：《软法的兴起与软法之治》，《中国法学》2006年第2期，第26页。

[38] 参见民法总则第26条、第35条和第36条，教育法第29条、第30条、第43条和第44条，劳动法第3条、第4条、第19条和第25条，执业医师法第21条，侵权责任法第60条，传染病防治法第39条，精神卫生法第30条和第35条。

不穷尽需依具体情境加以确定的具体内容——在赋予了规训权力以实证法上的有效性的同时，也使规训权力的产生成为所有民事规训关系的一种标配，一种依其法律关系性质必然会产生法定效果，而非当事人的意志所能左右。也就是说，即便是在契约型的民事规训关系中，当事人的意志对于规训权力的产生通常也只能发挥非常有限的作用，其作用就在于当事人一旦同意缔结此类契约（劳动、教育和住院医疗合同等），规训权力就会因契约的成立而自然产生，而不管当事人是否已就此作出明确约定。正如学者所言：“在关系性契约中，内容和责任的渊源都来自关系本身，是缓慢进化的习俗与法律模式的结果，个人的承诺只有微不足道的意义。”〔39〕当然，从意思表示解释的角度讲，我们也可以认为，这里已存在一个同意或授权，即当事人缔结相关契约的行为本身即已表明，他们对这种依其合同性质必然产生的权义配置结果实际上已经表示了同意和接受，其缔约行为本身就已经内含了一种授予对方以一定规训权力的概括意思表示。简言之，存在于民事规训关系中的形式平等是法律依一般的平等原则强制确立的，存在于其中的规训权力和因此而生的实质不平等也同样获得了法律的认可和契约当事人的同意。

（二）价值基础：自由向权威的必要妥协

规训权力的确立在造就了实质不平等于形式平等之上的结构叠加的同时，也给民法所奉行的奠基于均质强者基础之上的意思自治原则带来了极大限制，并在当事人之间造就了一种命令服从关系。这种命令服从关系之所以会得到法律和契约当事人的认可，其根本原因并不在于法律和当事人要在这里完全放弃其对平等、自由等基本价值的维护，而是为了追求其他价值而对被规训一方的自由作了必要的限制。这种限制的必要性不仅源于当事人在进入此类关系时本就存在某种先在的事实上的不平等，而且源于当事人于此所追求的利益的实现本身就需要依赖于某种权威秩序的生成，源于这种权威秩序的生成对于整体私法秩序的形成所具有的基础作用。

首先，从当事人所实际享有的社会地位的角度看，基于人与人在特定社会结构下所实际享有的社会资源和能力的不同，可以发现，民事规训关系相对人在实现其相互结合时，本就存在某种由特定社会结构所决定的事实上的不平等。这种不平等一般多表现为相对弱势的一方在事关其生存和发展的基本权利（劳动就业权、受教育权、生命健康权和受扶养权）实现方面本就存在对另一方所提供的社会资源的稳定依赖，而后者作为这些资源的拥有者和提供者一般又都拥有或源于习俗与传统、或源于知识与技能、或源于财产与生产资料所有的权威——教师、医生和父母的权威主要源于前二者，用人单位的权威主要源于后者。面对这些非制度性的权威，若法律和契约当事人拒绝给予其以认可，不肯承认一方有权对另一方发号施令，而是想单凭平等协商和意思自治来实现双方法律关系的调整，则不仅在法理上易导致资源的错配——资源的拥有者将被迫与不拥有这些资源者来平等协商应如何利用和支配其手中的资源，就好像大家都平等地拥有这些资源一样，而且在实践中易导致这些法律关系的存在目的根本无从得以实现，而是只能在反复的、无休止的平等协商中将其自身存在目的高悬。试想一下，如果每一次生产、教育活动都需要征得劳动者或受教育者的同意，那工厂和学校的情形又将会怎样？

〔39〕 [美] 麦克尼尔：《新社会契约论》，雷喜宁译，中国政法大学出版社1994年版，第16页。

其次，从规训双方拟实现的法律关系的目的和利益的角度看，其利益虽各有不同，但也有其相同的一面。这一相同面就是为了维持其关系的稳定性而产生的对稳定的关系秩序或团体秩序的需求。而团体秩序的形成一般不太可能像商品交易秩序的形成那样，可以完全建立在法律这一公共权威所确立的自由平等的基础之上，而是需要在承认这些基础法权的同时，将其秩序的形成建立在法律和契约当事人所认可的次级权威的基础之上。正如恩格斯所言：“联合活动就是组织起来，而没有权威能够组织起来吗？”^[40] 韦伯也认为，任何组织的形成均需建立在特定的权威基础之上，以确保那种作用于该组织的秩序得以实现，甚至是强制实现。^[41] 也就是说，团体内部秩序的形成主要依赖于权威机制，^[42] 一种其团体成员会按照既定方式习惯性地服从整个团体或特定团体成员所发布的命令的机制，也只有借助于这种机制及其对内存于团体之中的各种社会生产和人口生产要素与法权资源（权利义务等）的有效配置，才有可能形成一种既有益于相对人、又有益于整个团体利益实现的内部秩序，以免相对人或整个团体陷入“物者必争，争而不已”，而无可断曲直、可正众行、可合众利的权威的无序状态。正是基于对这种内部秩序需求的社会有益性（超个体利益的利他性和利群性）的肯定，法律与契约当事人才会于此以公共权威或自愿接受之名对这些内存于特定社会关系中的次级权威的合法性作出明确的肯认。虽然这种肯认会在当事人之间造成一种权利义务的非对称性，但不管怎么说，这依然是那些不拥有特定社会资源的主体在谋求和获取其生存和发展所需资源时必然要付出的“代价”，是这些个体被结构化在各种社会关系中所实际拥有的生存与发展空间在法律上的一种应然反映。

最后，从法律和整体私法秩序形成的角度看，虽然承认一方的权威必然会造成另一方自由受限，但毕竟此处受限的主要是其本身即可被克减的兼具“法律上的自由”和“事实上的自由”的意志自由和身体活动自由，^[43] 而在民事规训关系中，对这两种自由作出一般意义上的限制本身并不构成违法，也不会损害到当事人所享有的一般法律地位和基本权利（但这并不排除其在具体运行过程中可能出现违法）。而且，更为重要的是，这种非对称性的权力建构所带来的关系秩序本身就是整体私法秩序赖以形成的重要基础。因为单纯依赖建立在自由平等基础之上的商品交换式的契约联合，所能带来的主要是一种产品流通与交换秩序，而无法为产品本身的社会化大生产和自由劳动者这一最重要的生产要素的“生产”（教育、医疗和抚养等）建立起有益于其整体目的实现的“生产秩序”。这种“生产秩序”的形成更多地需依赖前文所述的权威机制，也只有借助于那些内含了这种权威机制的工厂、学校、医院和家庭等社会组织或团体对个体的有效组织和规训，整个社会才有可能形成一种有益于前述生产目的实现的私法秩序。

简言之，承认内生于特定社会关系中的规训权威本身就是劳动分工这一“绝对行为规

[40] 《马克思恩格斯选集》第3卷，人民出版社1995年版，第224页以下。

[41] 参见前引〔27〕，韦伯书，第141页以下。

[42] 马克思曾明确指出，“工场手工业分工的前提是资本家对于……人享有绝对的权威；社会分工则……只承认竞争的权威。”马克思：《资本论》第1卷，人民出版社2004年版，第412页。

[43] 从法律会为这两种自由的行使划定界限并在其受侵害时为其提供保护的角度看，可被称为是“法律上的自由”，但从其自由的非涉他性的行使一般都不会引发任何法律效果的角度看，它们又可被称为是自然享有的“事实上的自由”。参见龙显铭：《私法上人格权之保护》，中华书局股份有限公司1958年版，第2页。

范”的要求。这种“规范是团体对自己的观察，没有人可以有权宣布或建立它”，^[44]而是至多只能在承认它的基础上对它进一步加以规范。也正是这一规范要求，决定了规训权力作为一种非对称性的权力得以以其有益于公益之名而获得法理正当性。若无此一公益之名，单纯依赖纯个体私利的实现本身并不足以使规训权力得以正当化。

（三）规范策略基础：法律与纪律的双重规范与协作

形式平等与实质不平等的分层实证化和自由向权威的部分妥协虽然可以为民事与规训关系的结合提供一种逻辑上的可能性和价值上的必要性支持，但仅有这两方面的支持本身并不足以使这种矛盾的组合真正成为法律上的现实，这就需要一种能够妥善协调其内在矛盾的规范手段上的支持。这一规范手段上的支持就是此处所述的法律与纪律的双重规范与协作，即民事规训关系一方面须受到法律这一他治性规范的调整，另一方面又须受到纪律这一内生于特定社会关系之中的互治性规范的调整，而构成二者相互衔接界面的是规训权力的行使界限。也就是说，在这一界限内部，是规训权力得自主调整其内部关系的作用范围，其权力行使的主要方式是纪律的颁布与执行。法律的作用范围则一般应止步于规训权力的行使界限之所在，而不会去直接干预后者的行使以及与之相关的义务履行本身——这构成了纪律处分和不遵守纪律的行为通常都不具有法律上的可诉性的根本原因。^[45]

这种双层的规范调整结构之所以能够为民事规训关系的成立与运行提供一种规范手段上的支持，很大程度上应得益于法律与纪律之间的相互补充与协作。这种相互补充与协作的首要表现在于，法律与纪律在规范任务和调整范围上是既分又合的。其“分”主要体现为二者各管一块，即法律作为一种高度抽象的可适用于整个社会共同体的一般性规范，其对民事规训关系的调整一般仅限于从规范的一般性和普遍性出发，为后者配置基本权利和义务（含对规训权力和接受规训的义务的概括认可），明确当事人应予遵守的当为和不当为的行为规范，并为其权利义务的实现提供具有事后救济性的诉讼保障和公法意义上的外部监督，以保障法律本身所追求的社会目标和价值的实现——我国的劳动、教育、医疗和家庭立法大体上都是如此。除此之外，出于对私法自治的尊重，法律一般不会对规训权力这一自治性权力的行使本身进行实质上的干预，后者主要构成了纪律的作用范围。也就是说，纪律作为一种只能在法律所规范的社会层面之下运行的、仅适用于特定当事人或团体内部的个别性规范和特殊规范，其规范任务一般仅限于在法律所确定的框架和界限范围内对那些法律本身并不直接加以调整的更深层次的社会生活细节进行调整——细节才是纪律和规训权力发挥其作用的支点和基础。这体现在民事规训关系中，就是纪律所调整的事项主要是依当事人所具体扮演的社会角色来明确其所享有的身份利益，从细节性的当为、不当为以及如何为的角度来明确其应予遵守的具体行为规范（我们只要随便翻看一下各种形式的适用于员工、学生和患者的管理制度或守则就可大体明了这一点），并通过各种过程性控制和内部监督手段的运用来保障前述身份利益及其法律关系整体目标的实现。其“合”主要体

[44] François Ewald, *Norms, Discipline, and the Law*, in R. Post (ed.), *Law and the Order of Culture*, Berkeley: University of California Press, 1991, p. 155.

[45] 当然，如果这种处罚或违纪行为已构成对相对人受法律保护的权利的侵犯，或者其处罚已经涉及到相对人身份权利的取得与丧失的（如解除劳动关系、开除学籍、不予颁发学位证书等），则其同样应具有法律上的可诉性。

现为，法律虽不直接干预规训权力和纪律本身的运作，但会为其提供合法性支持并为其权力行使划定界限，而纪律作为规训权力所内含的“制纪权”的产物，也会反过来对规训权力的行使构成一种反向约束，其典型体现就是纪律在法人对个体的规训中会构成对弥散于法人内部不同层级之上的规训权力行使的一种整体约束，如经理对员工、教师对学生的管理和处罚也应符合厂规厂纪或校规校纪等。这种约束之所以可能，一方面是源于纪律对法律所划定的界限及其所内含的基本价值的遵从，另一方面又源于纪律或规训权力本身所固有的目的理性，即其权力的行使也应服从于其所服务于的法律关系整体目标的实现，而不应以损及后者为目的。

正是前述既分又合的结构关系决定了二者在规范功能上也必然具有互补性。这种互补性从法律对纪律的作用的角度看，不仅表现为法律可根据不同民事规训关系的特点和时代变化来动态地为纪律和规训权力的行使划定界限（如劳动法所规定的8小时工作制），而且表现为法律可为后者提供合法性证明，甚至可为其披上一层平等的契约关系外衣——契约型民事规训关系中的规训权力的合法性就可以被视为是源自于契约当事人的同意。若无此一合法性证明，则通过纪律和规训的实施所产生的不平等和支配难免会在理论上和现实中遭遇各种质疑和危机。而一旦有了法律的背书，则被规训者实际上已很难通过法律本身来反对这种不平等和支配了——只要其不构成违法，或者至少可大大削减其反抗的范围和力度。甚至在某些情况下，法律还可动用其权力之剑来维护纪律对那些桀骜不驯的个体的规训，以补足纪律这一相对温和的规范力量的强制力不足，^[46]从而使得规训权力得以在法律的支持下不断完成其发展与壮大。^[47]

纪律对法律的补充作用则在于，纪律可为法律拟追求的价值目标的实现提供各种支持。这种支持的首要体现就是，通过纪律和规训所形成的秩序和对个体驯顺性的塑造，本身就是形成整体私法秩序和形塑主体对法律权威的服从的基础——微观秩序支持宏观秩序、遵纪支持守法。其次，纪律对法律的支持还体现为，若无纪律这一深入社会毛细血管的权力触手的媒介，单纯依赖法律本身是很难实现对各种复杂群体和已被赋予了自由主体地位的分散个体的有效治理的。而一旦有了纪律的媒介，法律不仅可以以较低成本实现其对自由社会的治理，而且可通过将其自身的价值观念渗入到纪律之中和对纪律规范的再规范来实现其价值观念向被规训个体更为具体的、细节的传导，并借助于纪律这一权力与知识复合体所产生的“真理化效果”来进一步增强其价值观念的正当性及其对个体的规范作用。

正是通过法律与纪律这一——主宏观——主微观、一重形式——一重实质、一重抽象价值——一重现实目的、一主结果控制——一主过程控制的规范组合，平等与不平等、自由与权威这些相互悖反的价值于此形成了一种合则两利、离则两伤的辩证关系，并为我们所处的这样一个既要自由、又要有效治理的现代社会奠定了重要基础。正因如此，福柯才说：“‘启蒙运动’既发现了自由权利，也发明了纪律。”^[48]

[46] 参见夏立安、孙祥：《迈向生命政治的法律观——福柯法律思想解读》，《浙江大学学报（人文社会科学版）》2014年第4期，第82页。

[47] [法] 米歇尔·福柯：《必须保卫社会——法兰西学院演讲系列1976》，钱翰译，上海人民出版社2010年版，第27页。

[48] 前引[3]，福柯书，第249页。

四、民事规训关系的价值评价与法律调整策略之再思

对于民事规训关系这样一种有着双层的规范调整结构的法律关系综合体来说,要想对它进行有效调整,法律上除需要为其有效运行提供必要的外部制度保障外,更需要从其内部着手解决其所内含的法律和纪律或规训权力之间的分权制衡问题,以避免法律对自治的过度干预和纪律对法律或权利的过度侵蚀。就此,既有的学理讨论虽然已有所洞见,但基于其讨论策略的非整体性以及其对规训和纪律作用的整体性认识欠缺,这些既有的洞见在许多方面仍需进一步概括和提升,并将其概括和提升所得建立在对民事规训关系的整体价值评价之上。

(一) 对规训本身的价值评价

在平等和自由已被赋予了伦理上的正当性的背景下,通过规训所表彰出来的不平等和不自由往往自带“恶”的阴霾,而这实际上是不公正的,也是经不起理性推敲的。

首先,任何时代的法律和社会关系都无法超越其所处时代的物质生活条件和因此而生的社会基本结构。这种客观条件的制约性反映在民事规训关系中,就是前文所述的规训权力的产生本身就是劳动分工的要求,是社会化的物质生产和人口生产的客观需求在法律上的一种应然反映。若法律于此拒绝作出这种反映,而是要将其法律关系的调整完全交给平等协商和意思自治,则被消灭的将不再是权威和规训本身,而是其赖以产生的社会关系。

其次,善恶的判断作为一种规范伦理学的运用,不管其所依据的基础伦理为何,其价值评价一般都是立足于公共善(社会善)而非个人善的角度,从目的评价和手段评价这两个基本维度展开的。从目的上讲,这里首先需要区分的是规训本身所固有的技术目的和其所服务于的具体社会关系(劳动、教育和医疗关系等)拟达成的社会目的。考虑到后一目的主要是由具体社会关系所赋予,而非规训本身所固有,故此处先讨论前一目的。就前一目的而言,规训对个体驯顺性和有用性的塑造虽然具有非常明显的工具理性色彩,与自由、平等和尊严等崇高字眼所彰显的价值理性和人文关怀确实不可同日而语,但问题是,驯顺性和有用性的塑造本身并非必然为恶,而是中性的,其善恶的判断仍需根据其所服从的权威和拟服务于的具体目的的伦理属性来加以确定,此其一。其二,从人作为一种社会存在物的角度看,一般意义上的驯顺性和有用性的塑造本身就是个体社会化的一个重要内容,甚至可构成自由、平等和尊严等价值赖以实现的重要基础。因为人要在社会中生存,就必然首先要实现社会化乃至再社会化。而在人的社会化过程中,行为的社会化本身就是其核心内容,其基本要求就是驯顺性,即要学会服从法律、道德和纪律等社会规范权威,进而形成一种尊重他人权利的社会品性和善德,而这恰恰构成了其所尊重的价值赖以实现的必要条件。而有用性则代表了技能的社会化和生活目标的社会化,二者的基本要求是要学会生存和发展所需的基本技能,并将这些技能用于服务于自身独立乃至造福社会,即做一个独立的、对社会有用的人,而这种独立性和有用性恰恰又构成了个体自由和尊严之所在及其在现实中得以更好地实现的重要依托。

最后,从手段上讲,规训作为一种主要以“立规行训”为手段的权力,若单从被规训者的角度看,确实有着非常明显的手段上的压制性、侵入性、否定性和强制性,客观上会

形成一种对个体自由及其生命力量的部分压制与否定。再加上规训的支点本就在于日常生活细节,其权力运作的场域(工厂、学校、医院和家庭等)与整体社会也是相对隔离的,并特别强调对个体的比较、分类和区别对待,而这无疑会进一步放大和推动其压制与否定之恶。但问题是,任何权力都不只包含冲突的一面,而是也包含合作的一面。这种合作表现在规训中,就是对个体自由及其力量的部分压制本身就是形成社会合作和群体秩序的必要前提,同时其对被规训个体也并非是完全有害的。因为在规训中所使用的手段本身也是传递知识、培养技能、道德教化和保护被规训者本人的一种手段,具有功利论意义上得被称为善的利他效果。正如有的学者在讨论教育时所谈到的那样,“人需要保育和塑造,这里所说的塑造意味着规训和教导”,“规训防止人由于动物性的驱使而偏离其规定:人性。……教导则是教育的肯定性的部分”。^[49]“教育者为避免无知、不成熟的个体受制于自身的非理性和动物性做出愚蠢行为而发出制止或干预,实质是帮助个体获得永久的自由。”^[50]由此看来,将规训权力视为是一种“横暴权力”,实际上是一种片面思维的产物。更何况,历史地看,与君权制社会中对个体的教育、管理和训练往往会更多地使用暴力和惩罚相比,现代社会中的规训作为一种经历了启蒙运动洗礼的通常并不直接接触身体本身的权力技术,反倒是更少暴力、更加人道化,因而可被称为是一种历史向度意义上的善,一种基于社会契约和合作所产生的“同意权力”,一种并不必然是恶,但有可能被用来为恶(服务于恶的目的)和恶为(使用恶的手段)的中性权力。

(二) 民事规训与法律可能产生的价值冲突

规训本身是中性的这一价值判断虽然也适用于民事规训,但这并不排除规训在具体的社会关系中会因其所服务的目的或所使用的手段为恶而成为一种恶。要真正把握这里可能发生的恶,就必须要对规训或纪律与法律之间可能产生的冲突有一个基本的认识。

1. 民事规训与法律可能产生价值冲突的原因

第一,从目的上讲,二者虽都有形成秩序和形塑主体之目的,但所代表的根本利益一为个体和/或团体私益,一为公益,而这正是诱发二者之间可能产生价值冲突的根本原因。再加上规训关系的非对称性本就潜在地包含了某种以强凌弱的危险,面对这种危险,若无必要的内外部控制和制衡,则规训对个体驯顺性和有用性的塑造完全有可能在现实中被扭曲为一种惟规训权力人私利是图的恶,甚至会被扭曲为一种对他人的奴化和将他人完全作为自己谋利的工具。

第二,从价值基础上讲,法律对民事规训关系的调整与保护的价值基点是人格自由、平等和尊严,所要谋求的是公平、正义,而纪律调整的价值基点建立在实质不平等和不自由基础之上,所要谋求的是内部秩序,并有着借助于其权力作用来实现更效率的治理——增强内部一切因素的驯顺性和有用性——的效率理性。这种不平等和不自由虽然可以在一定范围内得到法律的保护,但毕竟,“它们具有引进不可克服的不对称性、排斥相互性的作用”,^[51]具有所有权力都必然具有的维持、强化和扩大其权力不对称性的本性。也正是这一本性决定了纪律和规训必然内含了一种通过其内部权力扩张和运作来对抗其已获得的法

[49] [德] 伊曼努尔·康德:《论教育学》,赵鹏、何兆武译,上海人民出版社2005年版,第4页。

[50] [英] 以赛亚·柏林:《自由论》,胡传胜译,译林出版社2003年版,第322页。

[51] 费孝通:《乡土中国》,三联书店2013年版,第249页。

定形式框架的危险，^[52]进而造成对法律所划定的权力行使界限的破坏，造成工具理性对价值理性的僭越与践踏。

第三，从规范运作模式上讲，二者虽有其共性，但也有明显差异。法律作为以社会共同体的名义创制出来的叠加于生活世界之上的意义体系，是以权利这一抽象概念作为运作基础的，目的是要通过抽象权利的增减来实现对主体行为的规范，从而实现社会共同体的利益；而纪律和规训权力作为内生于生活世界本身的经验需求的一种直接反映，本质上是以具体的现实利益作为运作基础的，目的是要通过非权利化的事实上的身份利益的增减来实现对主体行为的规范，从而实现特定个体或团体的利益。正是以上差别决定了法律更加关注抽象的权利和共同价值，而纪律更加关注具体的、现实的目标和利益，前者是相对稳定的经评价为正当的利益，后者是变动不居的未必具有正当性的利益，而这必然隐含了一种为了后述利益而罔顾前述利益的危险。

第四，从权力运作方式上来讲，法律只在那些被认为对社会共同体具有重大意义的领域运作，其存在和运作是中心化的、公开的、客观的和集体化的，不仅有着明确的权力（制定和执行法律的权力）中心和分权制衡的结构，而且还会利用其刚性尽量排除恣意、任性和不必要的对个体差异性的考虑，以谋求其法律效果的必然性和确定性。更何况在民事领域中，法律通常只会在主体无法通过第一性的自我调整来实现其法律关系目的时才会介入。纪律则主要是在无明确统一规则的法外空间运作的，其存在和运作是主动的、细密的、非中心化和金字塔式的，是持续不断的、零敲碎打的针对各种身体活动细节的形式多样的操作和永恒的战斗，是既可通过其关系网络不断放大和扩散其权力效应的权力展布，又可通过其金字塔式的结构来实现各种“权大于法”（规训权力大于纪律）——虽然纪律对规训权力有一定的反制作用，但这并不能根本改变其权大于法的本质——的威权化操作的权力垄断。面对这种细密的、弥散的而又垄断的权力操作，若无必要的制衡和监督，则所有“权大于法”的弊端皆可生于此。而且，更为重要的是，其权力运作还是相对隐秘的，可在与外部隔离的环境下进行，而这无疑更容易催生一种借助于其不易被发现而滥用权力的机会主义。有时它还会披上一层真理的外衣，以知识和有利于被规训者的名义出现，从而使其更有机会将自身包装成一种“伪善”（目的恶而手段善）。同时，它还是一种非常重视记录、区分和比较不同个体差异的个性化操作技术，而这种针对不同个体的弹性化操作和区别对待无疑是非常有利于滋生各种歧视和不公正的。

2. 民事规训与法律可能产生冲突的具体表现

以上所述表明，规训虽有其存在的现实必要性和合理性，但也同样存在侵蚀法律和吞噬权利的危险。这种危险性在历史和现实中已有非常多的表现。若无现代劳动法对资本的规训权威的约束，那么当年曾被马克思大加鞭挞的各种侵害劳动者权益的现象^[53]又将会以一个什么样的面目继续呈现在现代民法面前呢？时至今日，即便现在已有看起来非常严格的劳动法，这种恶依然可以在我们身边时时得以窥见。同理，类似的恶也不会因为教育、医疗和亲子关系已被先验地赋予了某种目的上的善而被自然消除，反倒是更容易使法律对

[52] 前引[51]，费孝通书，第249页。

[53] 参见前引[42]，马克思书，第453页以下。

存在于这些领域中的规训抱有一种更为乐观和宽容的态度，也更愿意赋予规训者以更大权责，而这在市场经济条件下往往意味着更大的诱发人性之恶的危险，具体体现如下：

一是规训权力的行使已逾越了所有私权行使都必须恪守的底线，从而直接构成了对作为个体的人应受法律保护的权利的侵害，如以侮辱、殴打、虐待、侵害隐私、非法拘禁等手段实施规训，以扣压被规训者身份证、学位证、档案等作为迫使其就范的手段，以要求患者配合治疗为名对患者实施各种人身侵害乃至药物试验等。

二是规训权力的行使已直接侵入了其本身并无权加以调整的领域。这种侵入或表现为直接侵入了法律才有权调整的事项领域，如禁止员工在一定期间内结婚生子，禁止已足婚龄的学生结婚等；或表现为直接侵入了依其法律关系本旨本不在其调整范围内的事项，如强令员工要求其家属配合政府工作（例如强制拆迁等），强令学生必须参加特定补习班，强迫或诱导患者必须从指定店铺购买药品和辅助医疗设备等。

三是在规训权力自主调整与法律有限干预的分治领域，其权力行使已明显违背相关法律所确定的强制性规范，如任意延长劳动时间和剥夺员工休假权利，所提供的学习、就医和劳动条件不符合法定标准，随意开除学生学籍和无正当理由拒发毕业证和学位证，歧视特定被规训者，甚至使被规训者“被精神病”。

四是在规训权力能够较为自主地加以调整的“法外空间”，利用法律界限的模糊性和规训权力所固有的弹性，实施一些与其法律关系目的乃至与公序良俗原则相悖的行为，如滥用纪律处罚权，巧立名目收费和罚款，课堂内容课外收费补，将被监护人当“摇钱树”，给患者安排过度医疗，甚至“抢”病人和“倒卖”病人等，可谓不胜枚举。

（三）民事规训与法律冲突的调整策略

民事规训与法律之间可能发生的冲突虽然形态多样，但从法律调整的角度看，这些问题归根结底都是规训权力的合理行使界限问题，是规训或纪律与法律之间的分权制衡问题。就此，我国既有的相关立法虽然并未从规训的角度看待前述民事规训关系，但还是会通过自主管理权、教育和管理职责、监护职责或义务等概念将其中所包含的规训权力表达出来，并通过不同的立法和多部门法的合作来对其加以规范。对于这些立法，本文无意也无力于此一一评述，而是仅想从规训之恶的防范和规训与法律冲突协调的角度来进一步思考其整体规范策略，以资我国相关立法参考。本此思路，同时基于规训关系相对人之间本就存在某种事实上的不平等和实力悬殊，本文认为，这里首先需要考虑的是应将弱者保护原则和权责统一原则这两个反映社会公平的原则^[54]确立为此处的立法基本原则，然后再以此为基础具体考虑应采取何种立法策略来制衡规训权力，以避免规训之恶。依笔者的理解和观察，这些策略应主要包括以下几个方面。

1. 分权于集体和社会的策略

对于民事规训这样一种主要发生在民事相对人之间或私法团体内部的具有一定隐秘性的非对称性权力活动，最能深切感受其权力影响和最有动力去制约其可能的恶的当属被规训者本人（以及教育和医疗规训中的未成年学生的家长和患者家属）。而从规训可能为恶最

[54] 相关学理阐释，参见胡玉鸿：《正确理解弱者权利保护中的社会公平原则》，《法学》2015年第1期，第91页以下。

重要的根源就在于其同时结合了私利性与权力的非对称性的角度看,在当前社会尚无法根除其私利性(虽然教育和医疗在一定范围内属于公共品)的情况下,抑制规训之恶的首选策略应是通过其内部权利配置上的抑强扶弱来对冲规训关系的非对称性,从而最终实现分配正义,同时也可较好地避免法律的过度干预,维护私法自治。这种内部权利配置上的抑强扶弱的一个基本策略就是要赋予和保障被规训者得通过成立维护其自身利益的组织来克服其作为个体的弱小性,从而使之有能力去制衡那些大多以组织形态表现出来的规训权力人,如工厂、学校和医院等。

以此观之,我国劳动法和工会法有关“劳动者有权依法参加和组织工会”的规定当不失为一种较为契合此一策略的制度安排。只不过在现实中,由于工会在组织架构和人员构成上并不具有真正的独立性等原因,这种以集体权利或社会权力来制衡规训权力的制度安排并没有很好地发挥其应有作用,从而使得整体国家和社会必须为了维护良好的劳动关系付出高昂的社会成本。当然,这种实际运行结果上的不能令人满意,并不能从根本上导致我们对这种根源于分权制衡和社会自治理念的权利配置合理性的否定,或者说,我们所要做的更多地是应通过相关制度的完善来更好地保障其功能发挥,而非否认制度本身。正是基于此一认识,笔者认为,《国家中长期教育改革与发展规划纲要(2010-2020)》和教育部在《关于建立中小学幼儿园家长委员会的指导意见》中所提出的“中小学和幼儿园应积极推进家长委员会的建设”的指导意见,当不失为是当下完善我国学校制度、有效制衡教育规训中可能发生的恶的一个重要方向。同理,以法律的名义来保障和促进患者权益保护组织^[55]的建立和运行,也不失为当下抑制医疗规训之中的恶的一个重要选项。

当然,这种通过结社来补强一方权力以制衡另一方的策略,并不完全适用于亲权关系。因为在亲权关系中,被规训者本身就是理性和能力尚未发育充分的未成年人,对于这些未成年人在相对于其父母或监护人时所应受到的保护,显然不能依赖于其自身的结社,而是更多地需依赖于其他依法具有监护资格的家庭成员的监督,以及相关社会服务机构所拥有的社会权力的运用。就此,我国相关立法虽然已经作出了许多规定,也赋予了诸多组织以保护未成年人的社会职责,^[56]但基于各种原因,它们在穿透家庭堡垒对其所内含的规训之恶的屏障方面依然需要走好“最后一公里”,而这或许就是当下正在获得更大发展的社工机构和社会工作者将来可有所作为的地方——它们在抑制教育和医疗规训中可能发生的恶的方面,同样可有所作为。

2. 权益保护基准上收于法的策略

在民事规训中,被规训者所享有的可能遭受规训权力侵害的利益实际上是非常多样的。面对这些多样的利益,法律在为其提供免受相对人侵害的保护时,首要任务自当是要明确其受法律保护的范围和界限,这些界限同时也是规训权力的行使界限。而要明确这些界限,其基本策略应是权益保护基准上收于法:其一是要明确被规训者所享有的哪些利益已重要到必须纳入法律的保护范围,从而使之具有法律上的可诉性和可救济性。在此范围之外的,

[55] 关于患者所享有的结社权等集体权利的法理基础及其实践情况,参见谢晓:《论患者权利类型》,《法律科学》2013年第5期,第73页以下。

[56] 参见民法总则第36条第2款,未成年人保护法第8条和反家庭暴力法第4条等。

原则上应属规训权力得自主调整的范围。其二是要明确在法律的保护范围内,哪些事项已重要到只能由法律来调整,^[57]规训权力只能为其中所含权益提供保护,而不得干预;其他领域的事项则可由法律(含契约)和规训权力分治。其三是在法律与规训权力分治领域中,应分别权益类型明确其受法律保护的最低限度和基准,以避免因基准不明而造成的规训权力自由裁量范围过大,从而给被规训者的权益保护带来各种可能的危害。

经由以上三个层面的划界,大体上应可明确规训权力的行使界限。首先,在法律的保护范围内,被规训者所享有的权益大致包括两个方面:一是其作为一般法律主体所享有的与其他个体并无实质差异的权利,包含各种公法权利和私法权利。二是其作为特定身份主体所享有的角色权利,如劳动就业权、受教育权、基本医疗获得权和受扶养权等。在以上权利所涉领域中,只能由法律调整的领域一般主要涉及的是前一种权利,其具体包含哪些权利相关立法大多不会明示,而是更多地需结合整体法律秩序与特定民事规训关系的目的和性质来综合地加以判定。例如,劳动行政部门在依劳动法第89条对用人单位采取相应行政措施时,往往就需借助这种方法来判断后者制定的劳动规章制度是否已构成违法。与之相对的是,在法律与规训权力分治领域,二者分治界限的划定除可借助于前述方法外,更多地需依赖于相关特别法对这些源自整体法律秩序要求的界限的明确申明和细化,需依赖于其对被规训者所享有的角色权利受保护界限的明确规定,如明确规定哪些行为不得实施,明确规定规训权力人所提供的劳动、教育和医疗条件必须达到的最低基准,明确规定剥夺被规训者角色权利所必须满足的条件(如单位单方解除劳动合同的条件,开除学籍或不颁发毕业证或学位证的条件,禁止或强制病人转院或出院的条件)等。其次,在规训权力得自主调整的范围中,被规训者所享有的利益基本上是一些与其个体身份和特质相关的不具有法律上的可诉性的利益,如升职加薪、使用单位财产、免受非歧视性的不公正对待、获取必要资讯、提起申诉等身份利益。在这些利益受规训权力侵害时,法律一般并不干预,而是更多地会将其保护任务归属于相关行政管理部门。当然,这里也不排除随着社会情况的变化,法律将一些原本其并不干预的事项纳入其调整范围。在这方面,劳动法的发展即为著例。我国劳动基准法的范围已扩大到工时、休假、工资保障、劳动安全卫生、女工和未成年工特殊保护——早期的立法对这些事项并不进行干预——等各个方面,而这对于相关教育、医疗和家庭立法无疑是富有启示的。

3. 适度的过程性干预策略

以社会权力和个体私权来制衡规训权力的策略虽为协调民事规训与法律冲突之根本,但适度地通过行政权力的过程性干预来制衡规训权力也是国家履行其保护义务的必然要求。尤其是考虑到规训权力得自主调整的事项和范围本就存在一定的动态可变性,而法律的一般性和稳定性又决定了其必然具有一定的模糊性和滞后性,司法的干预也主要是事后的。就此而言,我国虽已在劳动、教育、医疗和未成年人保护方面设置了一些行政管理部门,但在其具体权力配置和职责履行方面仍有许多亟待完善和加强之处。

[57] 在行政法上,“重要性理论”是确定立法干预内部行政限度的一个基础理论。依此理论,凡涉及公民基本权利的重要事项,必须由立法者以立法的方式来决定,而不能让行政权自行决定。参见陈新民:《行政法总论》,台湾三民书局1995年版,第100页。

结 语

综上所述,民事规训关系作为一种内含了以纪律的制定与执行作为其权力主要内容的规训权力的“非纯粹”民事法律关系,在许多方面有着不同于其他民事法律关系的特殊性。正是通过对这些特殊性的理论分析和阐释,我们既看到了平等与自由是如何以一种富有张力的方式实现了其与身份和权威的冰炭同炉,又看到了所谓的平等自由的个体是如何在现实中被规训细细打磨成其在现实中的驯顺模样的。对此,现代民法乃至整个法律体系若要真正保障身处规训社会之中的我们能够不堕其自由平等主体之本性,其德性和操守又将于何处安放才能不失其追逐权利、对抗不公、寻求正义的“初心”呢?或许,这就是我们在面对民事规训关系时,最需要认真加以思考的问题。

Abstract: The main content of disciplinary power is making and enforcing disciplines. The civil disciplinary relationship refers to the civil legal relationship containing disciplinary power, including labor relations, educational relations, inpatient medical relations, parental relations, and so on. All of these legal relationships have the following common characteristics: firstly, they all have the stability of existence and the diversity-orderly and relatively fixed structure; secondly, they all contain personal relations and property relations, domination relations and claim relations; and thirdly, they all have the function of self-interest and life governance. Therefore, all of these legal relationships are essentially personal status relationship. The legal basis for its formation lies in stratified establishment of formal equality and substantial inequality, the compromise of individual freedom with normative authority, and the dual adjustment of and cooperation between law and discipline. These relationships imply a potential threat to rights when forming order and producing a tamed and useful life because of the self-interest, mandatory and expansionary nature of the power contained therein and because of the secretive and meticulous operational mode of discipline power and its differential treatment of different individuals. As a result, it is necessary for the law to improve the adjustment of these legal relationships by adopting various strategies of separation and restriction of power based on the principle of protection of the weak, so as to protect disciplined persons from losing their nature of freedom and equality as legal subjects.

Key Words: disciplinary power, disciplines, status, labor contract, parental authority, inpatient medical contract
