



形而下法理文库

法律父爱主义 及其对基本权利的限制

郭春镇 著

书馆

000000 LAW PRESS·CHINA



形而下法理文库

法律父爱主义 及其对基本权利的限制

郭春镇·著

图书在版编目(CIP)数据

法律父爱主义及其对基本权利的限制/郭春镇著.
—北京:法律出版社,2010.1
ISBN 978-7-5118-0336-8

I. ①法… II. ①郭… III. ①宪法—研究 IV.
①D911.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第013346号

© 法律出版社·中国

责任编辑/陈 慧

装帧设计/孙 杨

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/固安华明印刷厂

编辑统筹/法律教育出版分社
经销/新华书店
责任印制/张宇东

开本/787×960毫米 1/16
版本/2010年3月第1版

印张/13.5 字数/187千
印次/2010年3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)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908
上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-0336-8

定价:20.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《形而下法理文库》

编 委 会

总 编：孙笑侠

编 委：林来梵 夏立安 季 涛 石毕凡

梁上上 王冠玺 陈林林 李学尧

秘 书：陈林林 李学尧

总 序

自1832年英国法学家约翰·奥斯丁发表《法理学的范围》以来,已经过去了170余年。在此期间,无论是作为形而上学的法理学,还是作为严格科学的法理学都逐步走向成熟,并随着哲学的语言学转向呈现出彼此整合的新趋势,法理学的实践性格也愈显突出。在西方法治国家,法理学与时俱进,它与法律实践的困惑与进步同在,它总是理解与解释着不断出现于法律实践中的困惑并为之提供解决问题的新方法,它的发展也总是标志着法律实践的不断进步!因此法理学绝非空洞无物的玄学,而是真正有用的实践智慧的理性结晶。

在这样的理念指导下,浙江大学光华法学院法学理论学科确定了自己的学术方向与特色,我们提出的“返回形而下的法理学”基本上涵盖了上述理念,也承载了我们以往学术探索的内容。《形而下法理文库》的创设和出版,正是这种学术定位的拓展和结晶。霍姆斯曾言:“当我们研究法律的时候,我们不是在研究一个神秘莫测的事物,而是在研究一行众所周知的职业”,我们希望本丛书的出版,能够在一定程度上推动法理学的实践转型,至少能够折射出我们这一代法理学人在相关领域的学术关怀和努力。

本丛书是一个开放的、持续性的学术园地,今后将持续推出浙江大学法学理论学科点教师和博士的著作,同时拟选取国内

2 总 序

法律界的研究成果出版。举凡司法程序、法律职业、法律方法和判解研究方面的专著、文集和译著,只要符合本丛书之旨趣和标准,均在采集之列。因此,热忱欢迎海内外理论界和实务界的关注与参与。

2006 年 10 月

序

法律父爱主义是个有意思的话题,我把它称为“政府对公民强制的爱”。法律家长主义在中国长期受冷落,没有人作研究,最多只是在介绍当代西方法律思潮时一笔带过。这么一个有意思、有意义的话题在中国却没有被推荐介绍和深入研究,没有使这样一个具有中国本土意义的西方理论中国化,实在有些遗憾。春镇在浙大法学院攻读博士学位期间,有一天他跟我商量说他准备作“法律父爱主义理论”这个选题,真的令我十分高兴。选题可以看出一个人的眼光、视野和品位。

虽然这是个非常形而上的西方理论,但让它“落地”之后就可能成为中国式的形而下的制度问题。仔细地阅读和思考法律父爱主义的理论,我们不难发现它在中国有其存在的社会基础。在我和春镇共同研读法律家长主义理论的时候,我们看到了它对解决中国现实问题的潜在的理论生命力:首先,当代中国贫富差距日益拉大,需要政府对贫困者或弱者施以特殊方式的照顾;其次,当代中国公民的生活习惯是对政府的信赖和依赖;再次,在中国的传统与人民心理中的“仁政”、“民本”观也有和法律家长主义契合、对接、汇流之处;最后,法律父爱主义在当前中国还有其规范基础。因此我们共同写作了“法律父爱主义在中国的适用”并发表在《中国社会科学》(2006年第1期)上。

虽然在当前权利话语和权利范式成为主流乃至居于统治性地位的法学界,这样的话题似乎略显不合时宜。但这只是表象,其实,法律父爱主义同样甚至更加关注权利,只是关注的是那些处于

2 序

社会弱势群体的具体的、现实的人。当然,这个弱势群体的含义不是绝对的,而是相对的——任何人在某些特定的场景下,由于信息的不对称、认知能力的欠缺乃至社会情境的变化,都有可能成为弱者。对这些弱者权利和利益的关注,已经成为现代法律重要的组成部分。因此,基于具体身份的不同而颇具倾向性地区别对待,表象上呈现出对“从身份到契约”这一法律发展模式的反动,实质上是将抽象的法律人格在具体场景下“具体问题具体分析”,无违现代法治尊重个人自治、保障个人人权的精神。此外,法律父爱主义更注重现代法治课题,注重对社会国家、福利国家场景下对个人积极自由的保护。

本书是一部对法律父爱主义进行较为全面和深入研究的专著。春镇在攻读博士学位的三年时间里,对西方法律父爱主义的第一手资料文献进行了全面、详尽的收集和梳理,甚至将对一手文献的“涸泽而渔”作为目标。我高兴地看到,春镇对文献的把握切中肯綮,对法律父爱主义最为基本和核心的问题进行深入的探讨。从书中我们可以看到,作者对于法律父爱主义的源起、正当性、在中国特定法文化背景下的意义、在当前中国场景下的适用、法律父爱主义对具体基本权利的限制、如何防范将法律父爱主义变为“超父爱主义”以免侵害使人之为人的基本权利核心等问题,都有令人心有戚戚的论述。

值得一提的还有作者的研究方法。在本书中,春镇采取了多种法学研究方法,并自如地游走于各种方法之间。在运用规范分析方法时,春镇对某些规范文本的解析达到了精致的程度,如对商业言论和知情同意等问题的研究。在运用比较研究方法时,春镇强调从功能而非概念的视角进行比较,轻名重实,从法律父爱主义所达致的功能着手对不同的法律规范、法律原则、法律理念进行剖析,并在此基础上得出结论。春镇还尝试借鉴行为法律经济学的方法对父爱主义的规范进行分析,虽然对这种研究方式的运用仍颇显稚嫩且运用的十分克制和谨慎,对于观点的证明力度也打了

折扣,但这种尝试仍值得肯定。这是因为,尽管对法律规范分析实证研究是法律人安身立命所赖的根本方法,但从社会科学的视角对法律进行研究不仅提供了别样的视角,丰富了对法律的理解,还有可能提供知识上和实践上难以为其他研究方法所取代的成果。春镇曾说过,出版这本书是为了告别,我想这可能是要告别曾经戮力奋斗的研究话题和研究路径。根据本人对春镇的了解,他可能会在未来较长的一段时间里对行为法律经济学及相关社会科学等跨学科的研究方法着力,希望他能在这方面有所成绩,希望他能够获得一种新的法学研究的“独门暗器”。

只是,春镇的“告别”略显仓促,他原本有充足的时间来完善这本书,使其在遣词用句上更具有分寸感,在借鉴他人的时候能够更加圆融地化为自己的论述,能够对法律父爱主义在真实世界中如何适切地运用有更具深度的分析和更具建设性的结论。但瑕不掩瑜,春镇在这本书中所体现的学术训练、研究方法、论证方式和结论等方面的闪光点,都可让读者有所思考和启发。

春镇阅读面广,对新鲜知识时刻保持着学术兴趣,善于研读,且在学术旨趣上保持独立性,不容易受流行话题、导师兴趣、师兄弟爱好等因素的影响和干扰。所以我认为,他具有成为一名优秀学者的潜质。若能保持这种“烂漫向荣”的学习心态,同时力求避免“泛滥无归”的潜在可能,加上在未来的工作和研究中勤于笔耕,会取得令他自己和我们满意的成绩。

孙笑侠

目 录

绪论	(1)
第一章 法律可否像父亲一样？ ——法律父爱主义的理论	(8)
第一节 法律父爱主义概念	(9)
第二节 父爱主义式法律背后的“人”	(19)
第二章 父爱主义式法律存在的合理性	(24)
第一节 对快乐论、价值主观论与价值客观论的分析	(25)
第二节 父爱主义式的法律与效益	(32)
第三节 社会法治国的要求	(42)
第三章 法律父爱主义与中国之契合性研究	(51)
第一节 父爱主义在中国现行法律中的表现	(51)
第二节 法律父爱主义与仁政和民本	(53)
第三节 法律父爱主义在当前中国的必要性	(57)
第四章 法律父爱主义与基本权限制理论的关联	(60)
第一节 基本权的概念与历史沿革	(60)
第二节 对基本权的限制理论	(66)
第三节 法律父爱主义与基本权限制理论的关联	(77)
第五章 法律父爱主义限制基本权的应用	(83)
第一节 法律父爱主义对表达自由的限制	(83)
第二节 法律父爱主义对职业自由的限制	(95)
第三节 法律父爱主义对财产权的限制	(109)
第四节 法律父爱主义对自我决定权的限制	(120)

2 目 录

第五节 法律父爱主义对形式平等权的限制	(151)
第六章 法律父爱主义在中国适用的界限	
——对“超”父爱主义的防范	(164)
第一节 法律保留	(164)
第二节 比例原则	(169)
第三节 人性尊严	(178)
结语:中国法治“对极”与“逆差”场景下的法律父	
爱主义	(185)
参考文献	(190)
后记	(201)

绪 论

一、研究动机与目的

笔者对本书论题的研究始于导师孙笑侠教授公法理论的一次课堂讨论,在那次讨论中,孙老师以“我为什么要戴头盔”为例引发了同学们对法律限制自由和自治之理由的积极甚至激烈的探讨。在法律限制自由和自治的理由中,法律父爱主义(亦称法律家长主义)尤其激发了笔者的兴趣。^{〔1〕}在搜集整理了国内为数不多的涉及法律父爱主义的学术文献之后,笔者发现,在这些文献中除了张文显教授对法律父爱主义进行了一定程度的引介和梳理外,^{〔2〕}大都将其作为一种已经证成(justified)的限制自由和自治的理由来分析某个问题或某个规范。^{〔3〕}其实在这个领域还有很多值得挖掘和探索的学术问题,很多涉及限制自由和自治的法律和法规乃至规章都值得从宪法学和法理学的层面进行解读、分析和反思。诸如:法律父爱主义是否总是一种限制自由和自治的理由?它能在多大的范围内被证成?可以解读出法律父爱主义的法律、法规乃至规章有哪些?它的应用是否是对人的主体性的破坏,其应用范围的扩大是否会导致所谓“主体性的黄昏”乃至“黑夜”?它的应用是否意味着法律背后的人像的转变?它

〔1〕 本书的写作不但受孙笑侠教授启发,而且本书中的某些章节是与孙教授合写论文中的部分内容,因此孙教授与笔者对本书中的这部分内容共同拥有知识产权,特此说明。在此也向孙笑侠教授表示感谢。

〔2〕 张文显:《二十世纪西方法哲学思潮研究》,法律出版社1996年版,第549页。

〔3〕 舒国滢:“权利的法哲学思考”,载《政法论坛》1995年第3期;孙莉:“德治与法治正当性分析——兼及中国与东亚法文化传统之检省”,载《中国社会科学》2002年第6期,等等。

2 法律父爱主义及其对基本权利的限制

是否也应该受到限制,如果受限制,那么限制的边界在哪里?基本权核心能否作为一道限制它的“防火墙”?在中国,在这个背负了几千年特有法律文化而无西方宗教、哲学和历史背景的,正在建设法治国家的地方,法律父爱主义又该如何处理人权与善(good)的关系?它是否会和学理上主流的近代立宪主义宪法学的方向^[1]发生偏离乃至背离?等等。

出于对上述问题的思考,笔者试图梳理以美国为主的法律父爱主义的理论与实践并将其在功能上与其他国家包括我国实践(相对而言,我国的法律父爱主义实践远比理论要丰富和充实得多)相比较,以求能对我国法律中国家强制、法律干预和个人自由与自治的动态、紧张关系以及两者的界限做出初步的探索。

二、研究方法 with 视角

本书在写作过程中采用了以下研究方法 with 视角:

1. 法释义学的方法。法释义学,或者说教义学,是法学研究的主流和基本的方法。是对于实证法秩序中之各种法律概念、制度、原则或规则所为之体系性的操作。法学之所以成为一种相对独立的学科、一种实践性的学科,法律人思维之所以有其独特的内在特性也正是归结为法释义学这种法学的研究方法。作为一本法学专著,本书自是无法忽略和回避这一主流和基本的方法。因此,在本书中,对实证法的规范分析是其他诸多讨论的基础。

2. 比较法的方法。比较法在法学研究中的地位也是不可取代的。比较观察的用途是用于收集各种一致的现象,以及根据各种不一致的现象的差异程度将其分为不同阶段,以得到一般性的结果。正如大木雅夫所言,比较法的方法在理论上可以深化法的认识与扩大法学视野、确认法的发展趋势、认识各法律秩序的共同基础与确定理想类型;在实践上可以为立法提供资料、可作为法律解释的辅助并成为

[1] 林来梵:《从宪法规范到规范宪法——规范宪法学的一种前言》,法律出版社2001年版,第173~176页。

一种普遍的解释方法。^{〔1〕} 在本书中,笔者对美国、德国、日本和我国台湾地区某些法律规范在功能上进行了比较分析,以此为基础分析了我国的某些规范,试图以更宽的视角解读我国的宪法和法律并得出一些符合法律学发展趋势的某些推断。

3. 法社会学的方法。法学是一种拥有多种研究典范的学科。哈特曾经将观察法律的角度分为内在观点与外在观点,把有关法律现象与法律观点的陈述,也相应地分为内在陈述与外在陈述。在承认注重内在陈述的法释义学在法学研究中主流和基础地位的前提下,以外在观点为出发点对法律的论述也不可忽略。笔者也认为,法的理念存在于具体的社会生活之中,法释义学的讨论如果能与立法政策、社会改革互相对话,就能发挥更大的效用。因此,在本书中,在一个法治后发国家向法治发达国家学习、法律移植与法律学说继受的背景下,考虑不同社会背景、从社会的视角分析,有助于避免“宗主国”过多的甚至不当的影响,使“自我”与“他者”能够相对和谐地共处进而使“他者”成为新的“自我”的一部分。

本书所研究的法律父爱主义不是某个行为,而是国家与公民之间关系的一种理念与原则,更是作为一种限制自由和自治的原则和理由来讨论。它与其他的原则和理由诸如损害原则、公共利益和社会福祉等有不可分割的联系,甚至经常纠缠在一起以致有时几乎不能将其与它们严整地区分开来。但是不得不承认,在作为一种限制自由或自治的原则来证成某个或某些行为的时候,仅仅靠除了法律父爱主义之外的这几个原则与理由是不足够的,有时从父爱主义的视角反而更能分析、证成某类行为。如公共利益和社会福祉,除了自身的有如“罗生门”式的、甚至有时几至“自说自话”的脸庞外,还有被滥用以致“稀释”的可能与情形。试想,在社会分工越来越精密、社会连带越来越密切的现代社会,任何人的任何行动几乎都在不同程度上牵涉他人及公共利益,或多或少地会造成“外部性”,仅仅据此就以公共利益和社会福祉为由对人们的行为进行限制与干预,说服力有时

〔1〕〔日〕大木雅夫:《比较法》,范愉译,法律出版社1999年版,第68~77页。

4 法律父爱主义及其对基本权利的限制

颇感不足,甚至公益与社会福祉也有可能因此失去其自身最初的应用目的而成为“大力丸”与“十全大补膏”。因此,法律父爱主义的研究视角是从个人的角度来看规范对个人自由和自治的限制与干预。当然,这个“个人”并非原子化的个人,而是基于社会团结与连带的社会成员的个人。因为某个规范运作后果的直接和最终的承担者、权利义务的直接和最终承受者,毕竟还是个人,而从个人的角度看问题相信与自由主义的哲学与法学是一致的。从个人的视角分析问题的法律父爱主义还可以以更宽的视野看待诸如基本权的冲突这样的宪法问题。根据宪法学的基本原理,基本权的冲突应是在不同的主体之间,而间接的法律父爱主义通过对颁发许可证和执照等行政规制手段可以调整不同主体间的权利冲突,甚至可以诠释同一主体的诸种基本权冲突时的解决策略,如最低工资、劳动保护等牵涉劳动权与社会经济权之间的冲突。

三、本书架构

本书所研究的框架大体分为三大部分:第一部分重点讨论法律父爱主义的理论及其存在合理性,尤其是它与中国法律文化和现实的契合问题。第二部分重点讨论法律父爱主义对基本权限制的适用,讨论其对职业自由、商业言论、财产权、自我决定权和形式平等权的限制。第三部分重点讨论法律父爱主义在中国适用的界限,主张其适用的边界是作为基本权核心的人性尊严,这样才能保证它不会变成传统意义上的家长制,即“超”父爱主义。

以下就文章各章节的内容作简略叙述:

第一章引言。该章主要是提出问题:法律可否像父亲一样对待公民?在此基础上提出了法律父爱主义的定义与特征。法律父爱主义有以下特征:第一,其目的是为了增进或满足公民(或相对人)的福利、需要和利益;主要分为两种情形,一是阻止他自我伤害,二是增进其利益。第二,其措施必然是不同程度地限制相对人的自由或权利。法律父爱主义因限制对象的不同区分为直接父爱主义与间接父爱主义两种情形。前者是对受益当事人自由的限制,比如法律要求司机

系安全带;后者是对与受益者相对的主体的自由限制,受益者不一定总是其自由受到限制的人,比如禁止把受害者的同意当作推脱法律责任的辩护理由,这一法律限制主要是影响施害者,而试图保护的却是“心甘情愿”的受害者。第三,法律父爱主义的措施在客观上亦产生有利于公共利益的效果。然后指出,法律父爱主义的规定背后所隐藏的人像的变化,人“从对所有的人的完全平等的法律人格的承认到承认人格权”这一转变,关于“法律人格”发生了“从自由的立法者向法律的保护对象”、“从法律人格的平等向不平等的人”、“从抽象的法律人格向具体的人”的转变,在其背后则是“从理性的、意思表示强而智的人向弱而愚的人”的转变。作为现实问题,我们不能只重视对人的自由、特别是平等的极度追求,甚至对把人当成“弱者”、对父爱主义式的“予以保护”的形式都视为对旧身份制的复归而心存厌恶。

第二章父爱主义式法律存在的合理性。本章从三个方面论述法律父爱主义存在的理论基础:第一,从价值论的角度考虑,个人选择应该被尊重,但由于理性的有限性,个人未必在任何情况下都知道自己的最大利益,这就为增加其利益的外来干预提供了可能。可以设想,假如为了获取比赛胜利而参加棋类比赛的棋手在下每一步棋时都知道自己的最佳选择的话,就不会输掉任何一场比赛,而这是不可能的。此外,自治也未必总是一个比利益更重要的价值,虽然自治迄今仍是一个亟待进行法学与哲学反思的概念,但它至少不应该是一个非此即彼(all-or-nothing)的概念,而应是一个程度上(more or less)的概念。自治与利益的领域也不是非黑即白,而是存在很多灰色的区域。对于那些由年老、贫穷、柔弱、迷惑的人们引发的问题,不能完全将其放到贴有自治标签或贴有利益(慈善)标签的盒子里去。第二,从法律经济学的角度考虑,如果将自由理解为既包括积极自由也包括消极自由,那么有时即便限制了消极自由,也要看其对整体自由的影响,看看对积极自由的提高有多少。在限制消极自由所失去的内在固有价值远远低于因扩大积极自由产生的工具性效益而增加的价值时,这种限制可以被认为是正当的。即使不对自由作出积极或消极的划分,这种衡量也是有意义的。第三,父爱主义式的法律是社

6 法律父爱主义及其对基本权利的限制

会权发展所必需,两者有相同的哲学背景、相同的意图与结果,且它们的要求相互交叠。

第三章法律父爱主义与中国之契合性研究。本章在列举父爱主义式法律在中国实证法中体现的基础上,讨论其与中国古代的仁政、民本的关系,指出“仁政”的本意是要求政府既要在规范框架内“律己”,又要创造、发挥自己的能动性。在当前,可以将“仁政”解读为政府既不违反宪法规范,在宪法框架内行动,又充分发挥行政的“能动性”,为了公民的利益而对其有所行动。民本意味着“以民为本”和“民之所本”两层含义,后者则可与当前尊重人性尊严的“以人为本”的执政理念和宪法规范中的人权条款相符,可以与宪政与法治框架相契合。这一新“民本”体现在主客观两方面,一方面是政府实施仁政时主观上对百姓的爱,另一方面是在仁政理念下实施的政策与制度,其中包括对公民行动的引导甚至包括对某些自由的限制。在此基础上,指出当前的政治基础、民意基础和实证法规范基础使得法律父爱主义在当前中国具有必要性与可行性。

第四、五章基本权以及对基本权限制的理论及法律父爱主义限制基本权的应用。在这两章中,作者简要地梳理了基本权的概念、沿革与对基本权限制的理论,探讨了法律父爱主义与基本权适用边界的公共利益和在私人间适用的关联。在此基础上,详细论述了法律父爱主义对作为基本权的自我决定权、商业言论、职业自由、财产权和形式平等权的限制与对实质正义的追求。

第六章法律父爱主义在中国适用的界限——对“超”父爱主义的防范。本章着重讨论了如何使法律父爱主义不致演变成“超”父爱主义,沦为家长专制。作者在坚持法的(法律)保留的前提下,梳理和探讨比例原则与合理性,指出吸收了合理性原则的“积极内核”的比例原则是衡量一项法律规定是否属于父爱主义的标准。这种目的与手段之间的考量有时还要进行功利主义式的利益衡量,因此这种衡量须审慎进行。法律父爱主义是在尊重公民人格与主体性基础上的、为相对人自身的利益而对其自由进行温和限制的理论主张。为防范现代社会中的人向旧的身份制的完全复归,进而由于主体性的丧失