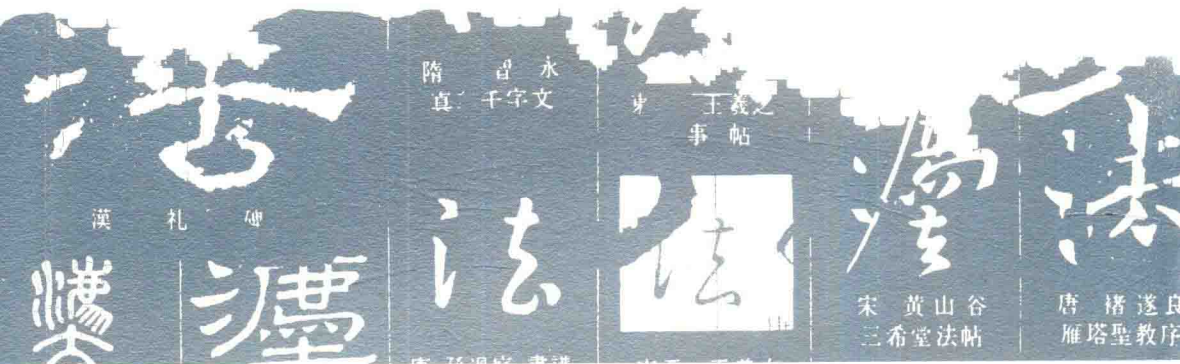




华南理工大学

SOUTH CHINA UNIVERSITY OF TECHNOLOGY

法学文库



以人为本的法治观

The Human Oriented View of the Rule of Law

程关松 / 著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA



华南理工大学

SOUTH CHINA UNIVERSITY OF TECHNOLOGY

法学文库



以人为本的法治观

The Human Oriented View of the Rule of Law

程关松 / 著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

以人为本的法治观 / 程关松著. —北京: 法律出版社, 2017

ISBN 978 - 7 - 5197 - 1004 - 0

I. ①以… II. ①程… III. ①法学—研究 IV.
①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 144554 号

以人为本的法治观
YIREN WEIBEN DE FAZHIGUAN

程关松 著

策划编辑 王 扬
装帧设计 乔智炜

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 三河市龙大印装有限公司
责任校对 晁明慧
责任印制 张建伟

编辑统筹 独立项目策划部
开本 720 毫米×960 毫米 1/16
印张 17
字数 210 千
版本 2017 年 7 月第 1 版
印次 2017 年 7 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5197-1004-0

定价:48.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

2004年,华南理工大学法学院正式成立。回溯源头,自1993年学校创办法学专业算起,“尔来二十有一年矣”。法学专业从无到有、从小到大、从弱到强,21年筚路蓝缕的办学历程凝结了全体华南理工法律人的汗水、艰辛、欢笑与荣誉。所幸功不唐捐,在国家、社会、学校和同仁们的大力支持下,华南理工大学法学专业的学科实力跃升至全国前列。

我院现有法学与知识产权两个本科专业;拥有法学一级学科博士学位授予权以及法学一级学科硕士学位授予权;成为全国186所法律硕士专业学位研究生培养试点单位之一,同时是全国8所法律硕士专业学位知识产权方向培养试点单位之一;入选教育部首批卓越法律人才教育培养基地;2012年法学学科被评为广东省优势重点学科。

学院不仅在办学层次上经历了跨越式的发展,同时也在研究平台建设、研究成果产出方面取得了不菲的成绩。隶属于学院的华南理工大学广东地方法制研究中心是广东省人文社会科学重点研究基地;与广东省人大合作共建的“广东省人大立法评估与咨询服务基地”已受托起草多部地方法规并出版多项重大课题的研究报告;国家知识产权培训基地也已承担多期国家高端知识产权人才的培训任务。以研究平台为依托,学院在法律方法与法律思维、地方法制建设、知识产权战略、财税法、刑法学、房地产法学等多个专业领域都具有独特的研究特色和重要地位,学术科研硕果累累,并产生较强的学

术影响力。

值此建院十周年之际,为集中展示我院教师学术研究实力,推动我院学术研究的继续深入发展,学院决定与法律出版社合作推出“华南理工大学法学文库”系列丛书。本系列丛书秉持精雕细琢、宁缺毋滥的理念,成熟一本出版一本,所收录著作均为我院教师多年呕心沥血、潜心钻研的学术力作,研究领域覆盖法理学、法律史学、宪法与行政法学、刑法学、民商法学、经济法学、知识产权法学、诉讼法学等多个学科,较全面地反映了“法治中国”建设过程中重要的理论与实践问题。

年轻的华南理工大学法学院自创立至今一直承蒙社会各界幸惠,在此我们致以深深的谢意。“华南理工大学法学文库”的出版是我们漫漫征途的里程碑,也是继续前进的出发点,我们会用精品佳作回馈各界同仁一如既往的关注与支持!

华南理工大学法学院

2014年7月

目 录

第一章 以人为本的法学方法论	(1)
第一节 法学方法论的概念	(2)
一、法学方法论的界定	(2)
二、法学方法论的价值	(5)
第二节 现代法学方法论的发展	(6)
一、法学方法论的现代勃兴	(6)
二、现代法学方法论的论争	(7)
三、现代法学方法论的转向	(9)
四、中国法学方法论的发展	(11)
第二章 以人为本的法学本体论	(13)
第一节 人的法律存在方式	(14)
一、哲学本体论的嬗变	(14)
二、法学本体论中的人	(15)
第二节 人本主义法学本体反思	(18)
一、人本主义法学的产生	(18)
二、人本主义法学的论证	(19)
第三章 以人为本的法学认识论	(21)
第一节 事实陈述的法学认识论	(22)

2 以人为本的法治观

一、西方事实陈述的认识论	(22)
二、中国事实陈述的认识论	(24)
三、事实陈述认识论的局限	(26)
第二节 价值阐释的法学认识论	(29)
一、西方价值阐释的认识论	(29)
二、中国价值阐释的认识论	(33)
三、价值阐释认识论的局限	(35)
第四章 以人为本的法律主体论	(37)
第一节 以人为本的法律主体认知	(38)
一、自然法学派的主体认知	(38)
二、人文主义的法律个体范式	(46)
三、人本主义的法律整体范式	(50)
四、个体主义与整体主义的相互嵌入	(51)
第二节 以人为本的法律主体建构	(53)
一、近代法律的主体建构	(53)
二、现代法律的主体建构	(57)
三、法律二元主体的建构困境	(61)
四、法律多元主义的主体建构	(63)
五、法律以人为本的主体建构	(65)
第五章 以人为本的法律人性论	(75)
第一节 法律的人性分析	(76)
一、人性的法律构造作用	(76)
二、法律的人性促进作用	(79)
第二节 法律的人性假设	(80)
一、性恶论与法律的相反相成关系	(80)
二、性善论与法律的相辅相成关系	(85)
第三节 马克思主义的法律人性分析	(90)

一、人是法律的本源	(90)
二、人是法律的主体	(91)
三、人是法律的目的	(92)
第六章 以人为本的法律价值观	(94)
第一节 价值哲学	(94)
一、价值概念	(94)
二、价值判断标准	(95)
三、实践判断标准	(99)
第二节 以人为本的法律价值	(100)
一、法律价值的概念	(100)
二、法律价值的属性	(101)
第七章 以人为本法律价值的演变	(105)
第一节 古希腊的法律价值观	(105)
一、古希腊法律价值观的产生	(105)
二、古希腊法律正义观的形成	(109)
第二节 法律价值观的分离契合	(115)
一、法律价值观分离的实质	(115)
二、法律价值中立观的分化	(116)
三、法律价值观契合的共识	(121)
第八章 以人为本法律价值的发展	(125)
第一节 以人为本与人的尊严	(125)
一、人的尊严观念的勃兴	(125)
二、人的尊严观念的法律化	(127)
三、人的尊严观念的法治化	(128)
第二节 以人为本与福利主义	(132)
一、福利主义的缘由	(132)
二、福利主义的法学	(133)

第三节 以人为本与公民参与	(134)
一、公民参与理论的兴起	(134)
二、公民参与的法律原则	(137)
三、公民参与的法律程序	(141)
第四节 以人为本与良法善治	(146)
一、麦金太尔的美德理论	(147)
二、泰勒的自我认同理论	(148)
三、沃尔泽的复合平等论	(151)
第九章 以人为本的法律规范论	(155)
第一节 个人主义的规范建构	(155)
一、个人主义的兴起	(156)
二、自然权利学说的形成	(158)
三、近现代自然法的形成	(163)
四、自由意志的规范功能	(167)
五、消极自由的法律形式	(168)
六、积极自由的法律形式	(172)
七、个人主义规范的困境	(174)
第二节 功利主义的规范建构	(177)
一、功利主义法律规范的产生	(177)
二、个人功利主义的法律形式	(179)
三、社会功利主义的法律形式	(180)
四、功利主义法律规范的平衡	(182)
五、功利主义法律规范的局限	(185)
第三节 以人为本的规范建构	(188)
一、中国法治体系的形成	(188)
二、中国法治体系的本质	(189)
三、人的需要的规范建构	(194)
四、否定价值的法律形式	(203)

五、肯定价值的法律形式	(221)
六、实质价值的法律形式	(225)
第十章 以人为本的法律实践论	(228)
第一节 法律实践的目的	(228)
一、法律实践的价值	(228)
二、人的全面发展观	(231)
第二节 法律实践的属性	(233)
一、法律的正当性	(234)
二、法律的合理性	(235)
三、法律的有效性	(236)
四、法律的现实性	(238)
第三节 以人为本法律实施的途径	(239)
一、法律实施途径的选择	(239)
二、理念论法律实施途径	(241)
三、规范论法律实施途径	(247)
四、融贯论法律实施途径	(249)
基本结论	(254)
后记	(258)

第一章 以人为本的法学方法论

从实然的角度考察,以人为本预设一个基本的法学理论前提,即既存的法律存在对人的异化。从应然的角度出发,法律应当回归于人的需要。以人为本的提出预示着法学研究范式的转型,蕴含对法律的考察和法律知识的重构从以制度为中心的描述转向以人为中心的诠释。以人为本法学方法论的一般问题应以人为出发点和归宿对法律现象从本体论上作反思性解释,从实在论角度对法律异化作批判性解释,从法律制度重构角度对人性、意志自由、主体间关系作构建性解释,将以人为本引入法学的目的在于重构法律的知识体系和法律规范体系,确立人在法学体系和法律体系中的本体地位。以人为本不主张法律的人学分析在个体与群体、自然属性与社会属性、主体性与伦理性、同一性与多样性等范畴上的二元对立关系中的独语论,而主张这些范畴之间的可通约性和可转换性。以人为本在确立人在法律中本体地位的同时,还将探讨消除法律中人及人际间的内在紧张的有效机制,并构建一种和而不同的人的规范性理想发展图景,以促进人的全面发展。

第一节 法学方法论的概念

一、法学方法论的界定

法学方法论在中国逐步被重视是与德国法学家卡尔·拉伦茨的《法学方法论》的翻译和杨仁寿的《法学方法论》的出版分不开的。关于法学方法论的内涵和法学方法论的分类学问题,目前尚没有达成共识。从法学方法论研究的实际情况分析,关于法学方法论的研究在三个不同的论域中展开:一是关于法律发现和法律创制的方法论研究;二是关于法律适用的方法研究;三是关于法学研究和教学的方法。关于法律领域中方法论的称谓众说纷纭,内涵和外延缺乏一个明确的界定,其概念集中表述为法学方法论、法律方法论、法律学方法论、法学研究方法论。^{〔1〕}其中,以法学方法论的表述为一般表述,这大概是受德国法学家卡尔·拉伦茨的《法学方法论》和杨仁寿的《法学方法论》表述的影响。

〔1〕 在我国,关于法律中的方法和方法论的名称、内涵和外延在界定和使用上极为庞杂。一种是把法学方法与法律方法不加区分地使用;另一种是把法学方法与法律方法并列区分使用,还有一种是将法律领域中的方法区分为立法的方法、司法的方法和法律研究的方法。可参见胡玉鸿:《关于法学方法论的几个基本问题》,载《华东政法学院校报》2000年第5期;季涛:《法学方法论的更新与中国法学的发展》,载《浙江社会科学》2000年第5期;刘水林:《法学方法论研究》,载《法学研究》2001年第3期;李可、程旭:《对传统法学方法论的反思》,载《邵阳师范高等专科学校学报》2001年第6期;秦勇:《关于法学方法论在中国的几点思考》,载《黑龙江教育学院学报》2002年第6期;谢晖:《法律方法:法律认知之根本》,载《法学论坛》2003年第1期;陈金钊:《追问法律方法论学科的意义》,载《法学论坛》2003年第1期;严存生:《作为技术的法律方法》,载《法学论坛》2003年第1期;周永坤:《法学的学科定位与法学方法》,载《法学论坛》2003年第1期;胡玉鸿:《方法、技术与法学方法论》,载《法学论坛》2003年第1期;黄竹生:《法律方法与法学的实践回应能力》,载《法学论坛》2003年第1期;张骥:《法学方法论及其在法治研究中的应用》,载《中国人民大学学报》2003年第3期;林来梵、郑磊:《法律学方法论辩说》,载《法学》2004年第2期;刘水林:《法学方法论的哲学基础》,载《西南民族大学学报》2004年第4期;王新生:《法律方法的技术意义和规范意义》,载《甘肃政法学院学报》2007年第2期;舒国滢:《走向显学的法学方法论》,载《法制日报》2007年4月15日,第14版;胡玉鸿著:《法学方法论导论》,山东人民出版社2002年版;李其瑞著:《法学研究与方法论》,山东人民出版社2005年版。

其实,在拉伦茨的《法学方法论》中,他对于法学的理解和我国学者的理解有很大的差异。拉伦茨的《法学方法论》将“法学”界定为:“以某个特定的、在历史中逐步形成的法秩序为基础及界限,借以探求法律问题之答案的学问。”^{〔1〕}为了进一步说明《法学方法论》中的“法学”为何,拉伦茨将“法学”与法哲学、法理学、法社会学、法史学、法理论学进行了比较分析。他把法学定义为:“以处理规范性角度下的法规范为主要任务的法学,直言之,其主要想探讨规范的‘意义’。它关切的是实证法的规范效力、规范的意义内容,以及法院判决中的裁判准则。”^{〔2〕}杨仁寿先生的《法学方法论》对“法学”的界定与拉伦茨在《法学方法论》中的界定没有实质性的差别,只不过更为狭义,他直接将“法学”界定为法解释学。^{〔3〕}可见,拉伦茨和杨仁寿所界定的“法学方法论”大致相当于我国学者所界定的法律方法论而不是法学方法论。

在法律领域的方法论争辩中,我们主张法学方法与法律方法的相对区分。欧阳康认为:“方法是主体依据于对客体发展规律的认识为自己规定的活动方式和行为准则,是客观规律的主观运用,是人们实现特定活动目的的手段或途径,是主体接近、把握以致改造客体的工具或桥梁。”^{〔4〕}方法既包括思维活动的方式,也包括实践活动的方式。在法律领域中,法学方法表现为法律思维活动的方式,法律方法表现为法律实践活动的方式。李其瑞认为:“法学方法是法学研究中具有理论指向的认识论意义上的科学方法,而法律方法则是法律适用中具有实践指向的手段。”^{〔5〕}托马斯·维滕贝格尔认为:“法律方法论在德国是由萨维尼在19世纪中期以一种古典方式发展起来的。和以往一样,法律方法论是制定法所有解释和适用的基础。法律理论上它所依据的假定是,法律适用者受到一个即使是能够变化的规范内容的约束,该

〔1〕 [德]卡尔·拉伦茨著:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,“导论”,第18页。

〔2〕 [德]卡尔·拉伦茨著:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第77页。

〔3〕 参见杨仁寿著:《法学方法论》,中国政法大学出版社1999年版,第22页。

〔4〕 欧阳康著:《哲学研究方法论》,武汉大学出版社1998年版,第52页。

〔5〕 李其瑞著:《法学研究与方法论》,山东人民出版社2005年版,第29页。

规范内容是法律发现的前提并体现在规范文本中。”^{〔1〕}这种界定大致反映了法律领域中方法研究和运用的基本事实。

方法论从哲学意义上讲是指“关于研究的方法、方式的学说以及在某一科学上所采用的研究方式、方法的总和”。^{〔2〕}可见,特定科学领域中的方法有理论取向的方法和实践取向的方法之分。但是,由于方法论是对方法的理论上的反思或阐明,因此,方法论是一种理论形态的存在,属于法学认识论的范畴。陈修斋认为:“方法论作为认识论的组成部分来看待,是在近代才得到确立的。”^{〔3〕}张文显认为:“法学方法论就是对各种法学研究方法所组成的方法体系以及对这一方法体系的理论说明。”^{〔4〕}从方法论的角度看,无论是对法学方法还是对法律方法的理论反思或解释均只能表述为法学方法论,实际上也就是关于对法律认识的理论表达。

从纵向来看,法学方法论的研究对象和范围包括法律发现或法律创制方法的理论、法律适用方法的理论、法学研究和教学方法的理论。从横向来看,法学方法论的研究对象和范围包括认识法律本体的方法、认识法律结构的方法、认识法律功能的方法、认识法律价值的方法和认识法律实践的方法。

法学方法论具有一般性和特殊性的特征,同时也具有整体性和层次性的特征。法学方法论的一般性表明无论是法学方法还是法律方法都必须遵循法学认识论的一般思维方式。法学方法论的特殊性表明法律的不同领域中的思维方式存在一定的差异。不仅理论导向的法学方法与实践导向的法律方法,立法的方法、司法的方法、法律研究的方法,而且不同法系的法学方法和法律方法之间在对法律的认识上都存在一定的差异;法学方法论的整体性表明法律领域中的任何方法都是对法律现象和法律规律的认识,而法律现象

〔1〕 [德]托马斯·维腾贝格儿:《法律方法论之晚近发展》,张清波译,载郑永流主编:《法哲学与法社会学论丛》(2005年卷),北京大学出版社2006年版,第16页。

〔2〕 [苏联]罗森塔尔、尤金编:《简明哲学词典》,中共中央马克思、恩格斯、列宁、斯大林著作编译局译,生活·读书·新知三联书店1973年版,第60页。

〔3〕 陈修斋主编:《欧洲哲学史上的经验主义和理性主义》,人民出版社1986年版,第274页。

〔4〕 张文显主编:《法理学》,高等教育出版社、北京大学出版社2007年版,第24页。

和法律法规之间是一个有机联系的内在整体,这就决定了对法律认识的方法之间的内在有机联系。法学方法论的层次性表明人们对法律的认识有一个不断深化和类型化的过程,同时人们对法律的不同阶段和不同方面的认识立场和视域不同,而使法律领域在知识形态上存在客观的分层现象和必须进行功能分派的必要性。

二、法学方法论的价值

方法论在本质上是方法与认识论的融合。方法因认识论而具有精神内涵和方向,认识论因方法而具有科学性和实践性。没有方法的认识论只能是一种形而上学的认识论,没有认识论的方法只能是一种纯粹而盲目的实践工具。方法论是连接理论与实践的中介,它具有理论性和实践性的双重品质。这就决定了法学方法论在认识法学方法和法律方法中必须遵循法律认识论的一般思维规律,同时对法律的深刻认识和科学把握又必须运用科学的方法。拉丁语中 *jurisprudence* 表述的是“法律的知识”,乌尔比安曾下过一个定义:“法学是关于人和神的事务的知识;是关于正义和非正义的科学。”^{〔1〕}但是,法律知识如何获得、已获得的法律知识如何构建为法律知识体系、法律知识体系如何转化为实在的法律制度、法律制度在实施的过程中如何实现法律的价值,这不仅是一个法律知识学问题,也是一个法学方法论问题,同时还是一个法律实践问题。法学方法论具有沟通法学理论与法律实践的品质。法学的繁荣和法治的发展离不开方法论。

〔1〕 [古罗马]查士丁尼著:《法学总论——法学阶梯》,张企泰译,商务印书馆 1989 年版,第 5 页。

第二节 现代法学方法论的发展

一、法学方法论的现代勃兴

考夫曼认为,自萨维尼将历史研究的方法论应用到法学研究领域以来,法学方法论的地位不断凸显,成为近代法学不可分离的重要组成部分,基于不同的法学方法论,形成了不同风格的法学流派。^{〔1〕} 由于近代社会的相对稳定性,不同法学流派对法律现象的解释没有出现尖锐对立的社会条件。然而,由于现代社会的高度复杂性,现代的不同法学流派在解释法律现象和重构法律体系过程中出现了尖锐对立的局面。这种尖锐对立引起了不同法学流派的争论,也推动了法学方法论的发展。

在理论上,一方面,分析法学派对法律科学性的执着追寻和自然法学派对法律价值的坚定捍卫与法律焦点问题纠结在一起,使法学方法论不仅具有理论反思的功能,更具有解决问题的功能。哈特认为,现代社会的法律焦点问题从纯理论角度考察看似一个“偶然”事实,但这些“偶然”事实寄托着人类巨大的思维结构、行为准则和社会生活。经过一段时间之后,这些“偶然”事实将在人类的社会生活中成为普遍事实。^{〔2〕} 对当下“偶然”事实的透视极大地激发了法学方法论的潜能,各种类型的法学方法论应运而生。

另一方面,随着现代性消极后果的不断积累,整个人类社会处在风险之中,以致形成风险社会。而风险社会使依靠特定方法论建立起来的法学知识体系缺乏解释力,依靠特定方法论建立起来的法律制度缺乏有效性。贝克认为:“科学和法律制度建立起来的风险计算方法崩溃了。以惯常的方法来处

〔1〕 参见[德]考夫曼著:《法律哲学》,刘幸义译,法律出版社2004年版,第121页以及脚注第34、35注释。

〔2〕 参见[英]哈特:《实证主义和法律与道德的分离》,载许章润组织编译:《哈佛法律评论:法理学精粹》,法律出版社2011年版,第302页。

理这些现代的生产和破坏的力量,是一种错误的但有时又使这些力量有效合法化的方法。”^{〔1〕}法律方法的短缺需要法学方法论发现新的方法或者重构方法体系,直接推动了法学方法论的现代勃兴。

在实践上,现代社会的复杂化和权利意识的兴起形成大量疑难案件,任何一种纠纷解决方法都难以解决类型不断分化的社会纠纷,在疑难案件成为常态的现代社会,迫切需要法学方法论对传统方法进行重构,也需要发现更为妥当的多元化纠纷解决机制。在更为妥当的“决疑术”没有发现之前,各种不同风格的论证理论暂时充当着法学方法论的功能,起着一种法律修辞学作用。不仅在日常生活中,甚至在塑造社会基本结构的宪法领域,法学方法论的争论同样引起了变革宪法的要求。拉伦茨认为:“方法论上的论辩,在宪法意义上就包含有爆炸性的因素。”^{〔2〕}现代社会的高度复杂化和法学的发展突出了法学方法论的重要理解功能和知识重构功能。

二、现代法学方法论的论争

第二次世界大战以后,纽伦堡审判和东京大审判,不仅引发了关于法律的价值之争,也引发了法学方法论之争。在法律的价值之争中,实证法受到批判,自然法开始复兴,价值分析的方法受到关注。在法学方法论之争中,实证主义的“科学”方法论受到质疑,而寻求法的价值和意义的方法论受到重视。

考夫曼认为:“法学是否真是一门科学,不仅取决于,也是本质上使然:是否法学方法论满足了科学的要求?在19世纪实证科学理论及法学理论盛行下,一直到20世纪,甚至今日,这个问题是被大多数人肯定的。”^{〔3〕}对此,考夫曼则表示怀疑,他认为:“如果人们把方法论所称的方法单纯描述为,为了认识客体(不需要是实体)的合乎计划、理性的程序,那么,在法学方法论上,

〔1〕 [德]乌尔里希·贝克著:《风险社会》,何博文译,译林出版社2004年版,第19页。

〔2〕 [德]卡尔·拉伦茨著:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第3页。

〔3〕 [德]考夫曼著:《法律哲学》,刘幸义译,法律出版社2004年版,第72页。