

权利

权利思维方式研究

QUANLI SIWEI FANGSHI YANJIU

尹奎杰 著

吉林人民出版社

吉林省哲学社会科学“十五”规划项目

东北师范大学人文社会科学校内青年基金项目

权利思维方式研究

尹奎杰 著

吉林人民出版社

权利思维方式研究

著 者:尹奎杰

责任编辑:郭美英 封面设计:马继东

吉林人民出版社出版 发行(长春市人民大街 7548 号 邮政编码:130022)

印 刷:长春市华艺印刷有限公司

开 本:880mm×1230mm 1/32

印 张:11 字数:230 千字

标准书号:ISBN 7-206-04405-0

版 次:2006 年 12 月第 1 版 印 次:2006 年 12 月第 1 次印刷

印 数:1-2000 册 定 价:28.00 元

如发现印装质量问题,影响阅读,请与印刷厂联系调换。

序 言

权利，作为现代社会的最高理想，它把不同意识形态、不同社会阶层、不同民族国家、不同党派人士空前地联合起来，一起为争取权利、实现权利、维护权利与保障权利而斗争，它已经成为人们在法治社会中追求的指导原则和价值归宿，也是衡量社会进步与否的积极力量和基本标准。因此，“认真对待权利”，就成为法治实践与法学理论研究的一个经久不衰的话题。

正如法治不能没有法律，人类社会更不能没有权利。现代社会的法治应当是“良法”之治。按亚里士多德的说法，“法治应该包含两重意义：已成立的法律获得普遍的服从，而大家所服从的法律又应该本身是制订得良好的法律。”^① 普遍守法与追寻“良法”是“良法”之治的法治标准。普遍守法确定了法治的秩序，排除了人格化权威；追寻“良法”则确定了法治的道德性的法律前提。何谓“良法”？从法律的实质意义上说，“只有将尊重人类的尊严或者说只有尊重基本人权的法律才有可能成为‘法治’所需要的‘良法’”。^② 保障人权，尊重人的权利既是法治的道德要求，也是法治的基本价值之一。因此，尊重、认真对待权利也就成为法治中“良法”的实质性评价指标。权利作为“良法”的实质性指标，既是构建法治的切入点，也是评价法治的实质性力量。因为权利对法治的这种正当性的评价与肯定既是现代法治的逻辑起点，也是现代法治的道德要求。人类权利的实现程度表明了这个社会法治的程度和水平。正如托克维尔指出的，“没有一个伟大人物没有德行，没有一个伟大民族不尊重权利，因为一个理性和良知的集合体怎么能单凭

① [古希腊] 亚里士多德：《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆 1965 年版，第 199 页。

② 姚建宗：《法治的生态环境》，山东人民出版社 2003 年版，第 267 页。

强制结合起来呢?”^①可见,以科学的态度对待权利,已不仅仅是法治的理论要求,更是有德性的人类的理性自觉和良知的要求,关注权利,同样也是关注人本身。

以权利作为衡量与评价法治的正当性标准,就是以权利作为法治实践和法治理论研究的思维参照系和思维方式。这种以权利为价值取向与价值标准的思维模式首先强调对人的尊重与关怀,它以尊重人的基本权利为前提,强调以人为本的权利观念,实际上体现了法治关注人本身、关怀人本身、关心人本身的道德诉求和价值取向。现代的法治强调保障人权、实现人的权利追求,这在制度上赋予了法治的正当性。以权利为思维方法和思维模式,使我们在法治建设中得以真正体现以人为本位、以人为本体的法治理想。这也使我们能够在保障与实现人权的权利范式的法治语境下,构建出人文关怀的法律制度和法治环境。申言之,在法治建设中坚持权利思维方式,实际上就是坚持以人为本的法治观念,肯定和承认权利对公共权力、法律意志以及现代国家的合法性的决定作用和制约作用。研究现代社会的法律、政治、国家以及其他公共权力,离不开对权利的研究与肯定,离不开权利的思维方式,否则,这种研究就会成为无源之水,无本之木。

但是,正像庞德指出的那样,“法学之难者,莫过于权利也。”人类思维本身的复杂性与权利问题的复杂性交织在一起,使得权利思维方式问题的研究就更加显得扑朔迷离、难以把握。它往往被哲学思维、伦理思维、政治思维等问题所遮蔽。从理论上把它从传统的非法律思维中清理出来,以法律的思维对其进行理论上的还原,是当前我国进行法治建设中必须做出的理论努力。庞德早在上个世纪 20 年代就明确指出,“法律就是权利”。权利不但是法律的起点,也是法律的归宿。把握住了权利的思维,也就意味着把握住了法律

^① [法]托克维尔:《论美国的民主》上卷,董果良译,商务印书馆 1996 年版,第 272 页。

的思维。

本书从思维方式的一般规律入手，遵循法律思维特有的逻辑，层层递进地深入讨论了权利成为法律思维方式固有内容和基本标志的理论观点，并对这一观点进行了较为深刻的理论论证。书中明确指出和论证了权利思维方式的基本前提、理论表征、理论命题、逻辑思路，并通过撷取刑法、行政法和刑事诉讼法三门公法，从实体和程序两个方面论证了权利思维对法治实践的指导意义。

目 录

序 言.....	1
第一章 思维与思维方式.....	1
第一节 思维与法律思维.....	3
第二节 法律思维的一般规律	14
第三节 法律思维的适用方法	46
第二章 非法律思维方式	55
第一节 非法律思维方式的基本表现	55
第二节 非法律思维方式与法律思维方式之区别	65
第三章 法律的思维方式	79
第一节 法律思维的语言特性与法律思维 语言的使用规则	80
第二节 法律思维的语言功能与语言界限	88
第三节 法律思维模式与权利话语	95
第四章 权利思维方式的提出	109
第一节 权利与权利话语	109
第二节 权利范式的理论转向	120
第三节 权利思维方式的基本前提	123
第四节 权利思维方式的理论表征	140
第五章 权利思维方式的理论命题	148
第一节 人权是一切权利的原点	148
第二节 权利为一切权力的合法性与正当性的源泉	152
第三节 权利优先于义务和责任	157
第四节 真实的权利始终是个体性的权利	163
第五节 基本权利优先原则	171

第六章 权利思维方式的逻辑展开	181
第一节 权利的合理性优于权利的合法性	181
第二节 权利的现实性优于权利的理想性	191
第三节 权利的实现优于权利的救济	197
第四节 权利的保障优于权利的设定	203
第五节 实体的权利与程序的权利并重	206
第七章 权利思维方式的理论应用与实践逻辑	213
第一节 权利思维方式的利益平衡	213
第二节 权利思维方式的理论应用	257
第三节 权利思维方式的实践逻辑	265
第四节 权利思维方式的限度	276
第八章 权利思维方式的具体实践	291
第一节 权利思维方式法律实践的基本架构	291
第二节 例证之一：刑事法律实践中的权利思维	298
第三节 例证之二：行政法律实践中的权利思维	305
附录 法学的为学之道	319
后记	331
主要参考书目	333

第一章 思维与思维方式

思维是人的一种基本属性，也是人区别于动物和植物的标志之一。正如阿西莫夫所言，“人受惠于一种更重要的特化器官——人的头脑”，^① 因为人的大脑不仅帮助人类思考，处理各种人生问题，它也给予了人一种特定的能力——思维，它可以帮助人自身完成其他器官所不能完成的各种纷繁复杂的事情。在人类漫长的进化历史中，人类从原始人进化为现代的人，经历了几十万年、几百万年的历史过程，在这个漫长的历史过程中，人类不断地改造自身、改造自然，形成了人类社会。在人类社会的历史进程中，人类所创造的各种社会制度和各种样式的文明实际上都不过是人类思维发展与贡献的结果。可以这样说，没有人类的思维，就没有人类今天的文明。

当然，不同时代、不同文化、不同种族、不同社会的人的思维方式也有所不同。人类文明发展至今，人类思维方式也经历了很大的变革，就今天人类文化所呈现出来的多元化特点，我们也不难发现，人类思维从一开始就是呈现出多元化特点的。仅就原始社会而言，其思维形式也是多元化的。据考古学家和人类学家研究，不同的原始人群有不同的思维，而同一个原始人群体中的个人的思维也会有着一定程度的差异。正如结构人类学家列维·斯特劳斯在研究原始人类人基本思维时指出的那样，人类在“事物的命名与分类方式，结构与事件的关系，自然与文化的关系，个体名称与一般名称关系，艺术的形式与内容，历史概念的辨析”等方面都存在着诸多的差异。^② 可以说，有多少个民族就有多少种思维，有多少个人就

① [美] I·阿西莫夫：《人体和思维》，阮芳赋、张大卫译，科学出版社 1978 年版，第 136 页。

② 参见 [法] 列维·斯特劳斯：《野性的思维》，李幼蒸译，商务印书馆 1987 年版。

存在着多少种具体的思维方式。这体现了人类思维的普遍性与特殊性之间错综复杂的基本关系。一般说来,在相同文化背景、相同历史条件、相同教育程度或者相同宗教信仰下的人在思维方式上存在的共同性远远大于其存在的差异性,这就使得我们在研究人类思维时有章可循,有迹可察。这些共同点会帮助我们认识人类的共性,找到人类自身发展的一些基本规律,甚至发现人类的某些共同的本质。而所有这些,正是我们说的以某种共同方式存在的人的思维共性,我们把这种共性思维可以看做是人类思维方式与人类本性的基础。

正是基于这种共识,才使得学者探究人类思维规律成为可能。当前,学者们在研究人类思维方面已经取得了长足的进步,形成了关于思维的独立学科——思维学,人们不但从生理的角度研究人类思维形成的自然规律,也从社会学角度分析人类思维发展的一般规律,形成了诸多的思维学派与分支学科,使思维学形成了一系列的学科体系。诸如形象思维学、逻辑思维学、灵感思维学、创造性思维学、宗教思维学、社会思维学、原始思维学、模拟思维学、模化思维学、概率思维学、思维生理学、思维规律学、视觉思维学、机器思维学等分支学科。^①

应当说,法律思维学是一个刚刚兴起的学科,当前的学者讨论也集中于法学方法论范畴之内,^②也有学者从法律文化的角度,把法律思维看做是动态法律体系的组成部分,认为法律思维是法律意识和法律文化的统一,是法律发展的一种影响因素。^③但无论怎么说,这些研究仍然有一定的局限性,并未深入到法学研究的内部,就是用法律科学专门的方法、规范与逻辑来解释人们关于法律的思

① 可参见林喆:《法律思维学导论》,山东人民出版社2000年版,第49-50页。

② [德]卡尔·恩吉施:《法律思维学导论》,郑永流译,法律出版社2004年版。

③ 参见曾明奇、徐晓晴:《苏联法学界关于法学理论的新思维》,载《外国法学研究》1988年第2期。

维。本书正是从这个问题出发，力图用法学特有的权利话语来重新解读法律思维，这种解读也许只是一种粗浅的尝试，抑或是一种失败的尝试，但这种努力所力争改变的是一种泛化的法律思维的描述与研究，力争转换法学研究在思维学方面的视角，为法学研究做一些应有的努力。

第一节 思维与法律思维

法律思维是法律职业者必须具备的一种能力，它是法律职业者与其他职业者在行为方式与职业方式上的基本区别，是进入法律职业的一个基本标志。研究法律思维，首先要把法律思维与一般的常人思维区别开来。

一、思维与思维的特征

思维作为人的一种精神现象与认识活动，其能够表征人类的基本精神属性与意识能力，是哲学、心理学、生理学与逻辑学等学科常用来描述人类思想活动的语汇。《辞海》一书中对“思维”一词给出了一种含义：一是思考；二是理性认识或理性认识的过程；三是相对于“存在”而言的意识和精神。^①

从法哲学上来说，广义的思维概念则包含了感觉、知觉、理智、直觉、灵感、联想、情感、意志等心理因素在内的一切观念性的、主观性的因素。在这里，思维这一概念常常与意识、精神、认识等概念互换使用，“思维与存在”、“意识与行为”、“理性与感性”、“认识与行动”成为常常放在一起对举的范畴。由于这些概念在法哲学上常常互换使用，实际上它把人类的整个主观世界与客观世界广泛地联系起来，是人类认识活动与认识能力的基本体现。狭义的思维概念指的是人们的理性活动，即人们通过对事物的概念、判断和推理活动而形成的思想意识形式。在古希腊，理性常指人的

^① 《辞海》（缩印本），第1676页。

本性或神的属性，而 18 世纪的法国唯物主义者与空想主义者则把作为思维的理性看做是衡量一切现存事物的标准，合乎理性思维就是合乎自然与合乎人性。德国古典哲学家则把思维的理性看做是与“知性”相对应的概念来理解。

基于这种对思维不同的理解，在理论界就形成了对思维问题的不同研究方式与研究思路，一种是对思维进行多元式思考与研究的理论态势，进而形成了不同的研究学科与研究成果，这是与对思维进行广义理解的思路相契合的，如各种思维科学与思维学科的出现。另一种研究思路是对思维规律进行一般的理论研究，重在讨论思维的起源、本质、结构与方式等方面，这种研究更贴近于哲学思考或者逻辑学思考的一般形式。

另一方面，从人类心理能力发展的历史阶段来看，思维是人类心理发展的最高阶段。动物有心理、有感觉和知觉，高等动物（灵长类动物）还有一定的思维萌芽（初级思维与具体思维），但它们都不具备抽象思维的能力。人类在长期进化的过程中创造了语言，并由此形成了一套特殊的思维方式——抽象思维方式，借助于语言这种物质外壳，思维使人与动物区别开来，使人类心理能力发展到最高阶段。这种以语言为物质外壳的抽象思维呈现出以下几个方面特点：

（一）人类思维的自觉性

由于所有的动物都没有语言，因而动物对于反映在它们头脑之中的事物——各种颜色、声音、形状、气味、房屋、树木等等，就不可能用语言、语词加以区别和标志。这就是说，动物虽然有心理，但是动物对自身的心理是无法认知和察觉的。

人类有了语言，就可以在听到、看到和察觉到事物时用语言、语词把这些事物加以标志并区别开来，进而探究事物之间的内在联系与一般规律。语言、语词就使人为认识自身的思维与心理状态提供了可能，它使人得以进而了解自己的思想、情感与意识，因此，这种能力就可以称之为思维的自觉性。自觉性是人类思维的基本特

征。

当然，人类在分辨事物时，并不都靠语言、语词来加以区别和标志，有时还靠其他的形式，如绘画、歌唱、舞蹈、形体等艺术化的方式来再现人们的认识与判断，但无论采取什么样具体的形式来认识事物，这些方式基本上都要经过人类的思维来分析、综合与再现，所以我们可以说，思维的自觉性赋予了人类认识世界与探究世界真相的能力。

（二）人类思维的能动性

我们知道，动物依靠“物竞天择、适者生存”的被动生存模式，被迫地适应生活环境、适应自然，它们“除了无意识地用自己的粪便肥沃土地以外，它们没有能力从从觅食地区索取比自然界的赐予更多的东西……，狼不像猎人那样爱护第二年就要替它生小鹿的牝鹿；希腊的山羊不等幼嫩的灌木长大就把它吃光……”^①可见，动物的心理并不具备能动性。

人类的心理与思维具备能动性。这种能动性主要表现在两个方面：

首先，人能够对自身获得的感性认识进行抽象、概括，从而深入到事物的本质。而这是动物所不能达到的。一切动物都是，并且都只是凭借它们具有的视、听、嗅、味等感觉器官认识周围事物的。它们所认识、所反映的都是、都只是关于事物的颜色、形状、声音、气味等具体属性，以及事物间的外部联系。而人对客观现实的反映，人的思维则是凭借人所特有的语言实现的。语言、语词里包含着人类世代相传的知识经验。语言、语词都是概括的。在词的含义里抛开了事物的非本质属性，而只含有事物的一般的、本质的属性。正是凭借语言、语词，人对事物的认识就有了超出个人经验、从个别到一般、从现象到本质的可能性。

^① 恩格斯：《自然辩证法》，《马克思恩格斯选集》第4卷，人民出版社1995年版，第378—379页。

其次，人的思维能够调节、控制人的行动，从而使人的行动带有目的性。在思维调节、控制下，为了一定的目的而行动、并作用于客观现实、进而改造客观世界，这是人的思维能动性的主要表现。动物，即使是灵长类也没有行为的目的性。学会用杯取水灭火的黑猩猩，当水杯被换成带有漏洞的之后，它仍用它盛水多达几十次。黑猩猩会模仿人的扫地动作，但它的模仿的只是动作的本身，而不是动作的结果。黑猩猩只是把脏物从一处扫到另一处，而不是清除垃圾。人类由于有了语言和思维，因此在劳动之前，会用语言、概念、思想计划自己的行为，以想象的形式表现着劳动将要取得的结果。所以马克思说，“蜘蛛的工作与织工的工作相类似，在蜂房的建筑上，蜜蜂的本事，曾使许多以建筑师为业的人惭愧。但使最劣的建筑师都比最巧妙的蜜蜂更优越的，是建筑师以蜂蜡建筑蜂房以前，已经在他脑筋中把它构成了。劳动过程终末时取得的结果，已经在劳动过程开始时存在于劳动者的观念中，已经观念地存在着了”。^① 这种“观念的存在”指的就是人类思维对劳动起到的至关重要的作用。这体现了人类思维的能动性特点，使人类得以通过思维与意识认识客观世界，并且进而改造客观世界。

（三）人类思维的社会性

动物心理的发生发展是由外界刺激的生物学意义决定的，是按着自然淘汰这个生物学规律进行的。动物心理学家研究发现动物心理从低级到高级的发展经历了三个阶段：感觉阶段、知觉阶段和思维萌芽阶段。在感觉阶段，处于感觉阶段心理发展水平的动物为无脊椎动物。这种类型的动物只能对单一性质的刺激形成条件反射，即只能反映刺激的个别属性。蚂蚁、蜜蜂和蜘蛛等昆虫就是典型的无脊椎动物，它们只有感觉这种无理现象。例如，蚂蚁在打仗时，仅凭气味来分辨敌友。因为它们的触角是嗅觉器官，如果把它们的触角切断，蚂蚁就无法分辨敌友。蜜蜂区分敌友的方法也是如此，

^① 马克思：《资本论》第1卷，人民出版社1958年，第192页。

遇到气味不同的蜜蜂，就把它们咬死。蜘蛛也是凭单一刺激即振动作为信号来捕捉食物的。当一只苍蝇飞行撞到了蜘蛛网，就有可能成为蜘蛛的美食；而当人用夹子夹住一只苍蝇，把它放在蜘蛛面前，但不去触动蜘蛛网（即不产生网的振动），这时蜘蛛不会有任何反应。处于知觉阶段心理发展水平的动物为低等脊椎动物。这类动物不仅能够反映刺激的个别属性，而且能够对刺激物的多个属性进行反映。而处于思维萌芽阶段心理发展水平的动物是高等脊椎动物。哺乳类动物的神经系统发展日趋完善。它们大脑两半球皮层有了相当的发展，并且开始出现了沟回。大脑不同部位执行不同机能也日趋明显。一般说来，大部分哺乳类动物的心理只是达到了知觉的高度复杂阶段。只有灵长类动物的心理发展到了思维萌芽阶段。属于灵长类动物的有黑猩猩、大猩猩等。虽然猩猩能够学会比较复杂的语言，但它们自己不能创造语言，最多只能是语言的萌芽（也即思维的萌芽）。当动物的心理发展到思维的萌芽阶段，就为人类心理的产生创造了条件。人类心理就是在动物心理发展的基础上产生的，但是动物心理与人类心理又有本质的区别。

人的思维与意识是社会的产物，是在社会劳动中，在同别人的交往中不断发生与发展的。无论就群体的人类还是个体的人来说，思维的发生发展与展现，都离不开社会，离不开凭借语言实现的人际交往过程。任何个人一旦离开了人类社会，一旦失去了同别人进行言语交往的机会，从而失去对语言的掌握，那就不可能具有抽象思维，也就不会充分发展人类自身的思想意识与情感，更不可能形成人的个性，使人成之为人。

作为人类思维表现形式的物质外壳——语言，其以一定的声音和形状表现出来，呈现出一种社会化的存在属性。作为一种客观存在，语言不是依个人的存在与否为特点和标志，而是每个人一生下来，就会遭遇到语言并进而通过习得的方式掌握这种人类交往的工具。实际上，人类对语言的学习过程，就是人类思维不断养成的过程，人类获得了语言，就获得了具备人类自身特点的思维方式。所

以我们说，在人类不断社会化的过程中，语言的习得是人类获得社会属性的关键，也是形成人类思维的关键。

与此同时，不同时代、不同民族、不同文化背景下的社会风俗、社会习惯、社会行为规范等也有着明显的差异，这与一定时代的语言结合起来共同形塑着人类的思维。可以说，人类思维的起源与发展受制于或者决定于一定的社会历史发展规律，受制于或决定于一定的物质文化生活条件。

（四）人类思维的自我意识性

人类思维与高等灵长类动物思维的最大区别是，人类思维一方面具备了对客观事物规律的抽象性认识能力，另一方面就是人类思维包含了对自我的意识能力。

所谓自我意识，就是人们对自身存在的意识与认识，就是把人们的感知、记忆、思维、想象等心理活动指向于自身。比如对自我的生理认识、自我的心理认识、自我的道德认识以及自我的本质认识等等。

可以这样说，人类思维的自我意识性，不仅仅包括了人对自己的认识，更重要的是对人类存在规律的认识，即对人类自身存在的反思。人类的这种反思是人类哲学思考的源泉。在人类思维的自我意识中，既有自我认识、自我体验、自我控制，也有自我感觉、自我分析、自我观念、自我评价，更有自我感受、自我规范、自我约束。人类对自身的自我意识，使自身与他人、人类与自然相区分，通过对自身存在的反思与反省，重塑人类形象，改造人类自身的行为方式与社会制度，促进与推动人类向着更为文明、理性、科学的方面前进。

当然，影响人类自我认识与自我意识的思维方式的形成的因素是多样化的。既有来自于自然的因素，也受制于人类自身的局限性。人类理性能力本身的局限与认识的局限决定了人类在对自我认识的过程中必然地存在着一定曲折性，因此，人类要想通过自身的思维了解人自己，这条道路是漫长而充满艰辛的。正如孟斐斯神庙

上的神谕所告诫的那样,“认识你自己!”人类只有不断地改善自身的思维方式与思维结构,才能更好地认识人自身,把握人类自身的发展规律,推动人类社会的进步。

二、法律思维及其特点

由于思维是借助于语言所进行的理性认识过程,所以以不同语言模式认识事物、认识世界就会形成不同的思维。法律思维是运用法律职业所特有的语言方式与表达方式来认识事物的一种思维方式,它以理性化的思维为基本属性,从法律制度与法律精神原则出发,形成对事物的合法性与合理性的判断,进而形成一种专门的法律结论。以法官为例,法官在职业过程中对案件的判断就是以这种理性化思维为基本内容的,所以可以说,法律思维是与法律职业相联系的一种思维方式。当然,由于法律职业内部分工的具体性,也决定了不同法律工作者在职业活动中的具体的思维也有一定的区别,比如法官与检察官,律师与法官,检察官、法学家与法律职业人员等在思维上有一定的差异,但这种差异并不能抹杀法律思维的一般属性。

对于法律思维的特点,学者们莫衷一是,观点各异。有学者主张,法律思维有以下几个特点,即通过程序进行思考;遵循向过去看的习惯,表现得较为稳妥,甚至保守;注重缜密的逻辑,谨慎地对待情感因素;追求程序中的“真”,不同于科学中的求“真”;判断结论总是非此即彼,不同于政治思维的“权衡”特点。^①也有学者指出,法律思维至少有七个特点:即以权利义务分析为线索;强调普遍性优于特殊性;合法性优于客观性;形式合理性优于实质合理性;程序公正优于实体公正;理由优于结论;普遍性优于特殊性。^②也有学者从宏观角度出发,指出法律思维具有规范性;追寻

① 参见张文显主编:《法理学》,高等教育出版社2003年第2版,第303-304页。

② 郑成良:《法律思维是一种职业的思考方式》,载葛洪义主编:《法律方法与法律思维》第1辑,中国政法大学出版社2002年版,第36-40页。