

法律父爱主义在中国的适用

孙笑侠 郭春镇

源自西方的法律父爱主义理论主张政府在某些领域为了公民自身的利益可以不顾其意志而限制其自由或自治。结合中国问题意识,本文将它概括为“政府对公民强制的爱”。该理论与中国法律文化传统、法律规范与社会现实颇有契合之处,且与中国当前注重以人为本的新“民本”理念相适应,因此有广泛的适用空间。但是为了防止该理论的滥用,防止将人由目的变成客体,需要将其限定在不得侵犯作为基本权利核心的人性尊严的范围内。

关键词 法律父爱主义 法律家长主义 新民本理念 人性尊严

作者孙笑侠,1963年生,法学博士,浙江大学法学院教授(杭州 310028);郭春镇,1974年生,浙江大学法学院博士研究生(杭州 310028)。

引言

传统的公民针对政府享有的防御性消极权利,随着社会变迁而发生变化。社会不足以使人们在孤立于政府与社会的情形下过上满意的生活,因此,衍发出公民要求政府为特定行为的积极权利。这些权利的诞生以及随之而来政府承担的积极行动之义务,使得政府比以前更密切、更广泛地介入人们的生活,这实际上又对个人自治和契约自由构成限制、威胁。国家从“守夜人”变身而为“家长”或“父亲”,这两种看似对立的身份却都为人们所需要,正如我们的生活同时需要父亲的严厉和慈爱一样。这个相对于个人来说既像“利维坦”又像“父亲”的政府和体现其意志的法律,可否出于对公民的“爱”而限制他们的自由或自治呢?

在法治发达国家,随着近代法向现代法变迁,“法律人格”发生“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,其背后反映出“从理性的、意思表示强而智的人向弱而愚的人”的转变。^①此时,政府通过法律对公民施予强制的爱在特定领域是否成为必要?^②在中国这个全民科学文化教育水平不高的社会里,在这个有长期“仁政”传统的国度里,基于什么理由可以施用这种“爱”,又基于什么理由必须限制它?

从中国制度化的历史来看,有些强制规定是人们容易接受的,如强制骑摩托车者戴头盔、汽车司机系安全带,禁止免除雇主责任的劳动合同,劳动法规中的强制保险,等等。有些规定

① 星野英一:《私法中的人》,王闯译,中国法制出版社,2004年,第50页。

② 如在雇佣契约、供求关系极不平衡的当事人之间,消费者与生产和销售者之间等领域。

则是人们反感和拒绝的,如云南省曾在1980年代婚检中进行处女检查,并对检查中的非处女予以50元罚款等规定。也有些规定是有争议的,比如最近“强制婚检”的存废问题。本文试图描述和分析的,就是这样的法律规则的存与废所涵盖的问题。

一、法律父爱主义的基本理论

说到法律父爱主义,人们一般会联想起中国传统的家长制或罗马法中的家父权制。但无论中国式的“父为子纲”、“君为臣纲”这样的父权还是罗马法中的家父权,都已消失于历史的舞台,而法律父爱主义在当代法上却屡见不鲜。

(一) 法律父爱主义的概念与特征

父爱主义(Paternalism)又称家长主义,^①它来自拉丁语 pater,意思是指像父亲那样行为,或对待他人像家长对待孩子一样。当然,这里是指具有责任心和爱心的父亲或家长。法律父爱主义主要分为两种:软(soft)父爱主义和硬(hard)父爱主义。软父爱主义的核心是:只有“真实”(即那些在认知上和意志上没有欠缺)的决定才值得尊重。^②它只对受到削弱的决定,即“强制、虚假信息、兴奋或冲动、被遮蔽的判断,推理能力不成熟或欠缺”的结果进行限制和干预。^③正如范伯格所说,软父爱主义保护当事人不受“不真实反映其意志的危险的选择”的危害。^④因此,软父爱主义不是阻碍自治,而是在实际上保护和提升自治。^⑤软父爱主义的典型例子来自密尔,这个例子涉及一个人在不知道的情况下要过一座被毁坏、有危险的桥。密尔解释说,有人“可能抓住他将他拉回来而不真正侵害他的自由,因为他自己也不想堕入水中”。^⑥在当事人不知道关于桥安全与否的情况下,很难说当事人是自由的或自治的,因为他并不知道他过桥这一行为的真正结果是什么。其中的理论依据是:人们正在作出的选择并不总能反应他们的愿望和偏好,信息的缺乏、不成熟或不自愿都能阻碍愿望的实现。^⑦因此,即便声称自己是自由至上主义者(Libertarianist)的人士,也同意基于软父爱主义而进行的规制和干预。^⑧硬父爱主义是指管理人出于增加当事人利益或使其免于伤害的善意考虑,不顾当事人的主观意志而限制其自由的行为。善意的目的、限制的意图、限制的行为、对当事人意志的不管不顾,构成这

- ① 舒国滢:《权利的法哲学思考》,《政法论坛》1995年第3期;张文显:《二十世纪西方法哲学思潮研究》,法律出版社,1996年,第549页;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视》,《中国社会科学》2002年第6期。本文出于对该概念内涵的考虑,将其翻译为父爱主义。
- ② Joel Feinberg, *Moral Limits of the Criminal Law, vol. I: Harm to Others*, Oxford University Press, 1987, p. 10.
- ③ Joel Feinberg, Legal Paternalism, In Rolf Sartorius (ed.), *Paternalism*, University of Minnesota Press, 1983, pp. 3, 7.
- ④ Joel Feinberg, *Moral Limits of the Criminal Law, vol III: Harm to Self*, Oxford University Press, 1989, p. 99.
- ⑤ Heta Häyry, Paternalism, In Ruth Chadwick (ed.), *Encyclopedia of Applied Ethics*, Volume 3, 1998, p. 454. 弱家长主义的核心观点能被证成(justify),因为对当事人的干预实际上是支持而不是压制当事人的自治。
- ⑥ John Stuart Mill, On Liberty 166 (Gertrude Himmelfarb, ed.), Harmondsworth: Penguin, 1974.
- ⑦ Cass R. Sunstein, Disrupting Voluntary Transactions, in John W. Chapman & J. Roland Pennock (eds.), *Markets and Justice*, New York Univ. Press, 1989, pp. 279, 282; Sunstein, Legal Interference with Private Preferences, *U. Chi. L. Rev.* 53, 1986, pp. 1158—1166.
- ⑧ John Hospers, Libertarianism and Legal Paternalism, *J. Libertarian Studies* 4, 1980, pp. 255, 256, 265.

个概念的四个重要组成部分。^① 硬父爱主义体现在强制戴安全帽的规定等等。

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而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自由的限制，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，这种措施在客观上亦产生有利于公共利益的效果。法律父爱主义与公共利益或公共福祉和社会连带之间存在“剪不断，理还乱”的关系。有些法律或政策的规定，从社会的角度来看是公共福祉，从个人的角度来看，则是父爱主义的。如台湾地区“大法官”在论证第 472 号解释关于法律要求强制保险的规定合宪的时候，就以公共福祉和社会连带作为证成该规定的理由，其立法目的是想消除由于对当事人的伤害而对其他社会成员产生的负担。对于以公共利益取代法律父爱主义的观点，有学者提出这样的质疑：“为什么有些人那么热心地坚持认为：那些从伤害中承受的不幸最多的人最不可能从该立法中获益？”^②

（二）法律父爱主义的理论依据

佩雷尔曼在其论证理论中曾提出所谓“惯性原理”（Prinzip der Trägheit）：诉诸既存之实务“实践”者，无须证成，只有改变者才需要证成。^③ 自近代社会以来，自治、自由与权利被视为人的基本价值之一，任何试图对它们施加的限制都要承担论证责任。基于法律父爱主义而对自治、自由进行限制，当然须有充分的证成理由。通常支持的理由有三方面：第一，从价值论的角度考虑，个人选择应该被尊重，但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，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。^④ 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价值远远低于因扩大积极自由而增加的价值时，这种限制可以被认为是正当的。^⑤ 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，近代法律中的“人”是源自经济学中理性经济人的假设，是“利己的、理性的、运动着的”、“自由而平等”的人。^⑥ 但是历史事实表明，世界各国劳动力市场的供求关系总是处于不平衡的

① Thaddeus Mason Pope, Counting the Dragon's Teeth and Claws: The Definition of Hard Paternalism, *Ga. St. U. L. Rev.* 20, Spring 2004, p. 659.

② Paul Burrows, Analyzing Legal Paternalism. *International Review of Law and Economics*, vol. 15, 1995, pp. 15, 500.

③ 舒国滢：《走出明希豪森困境》，《法律论证理论》（序），中国法制出版社，2002 年，第 12 页。

④ Gerald Dworkin, *The Theory and Practice of Autonomy*. Cambridge University Press, 1988, p. 9.

⑤ Paul Burrows, *Analyzing Paternalism*, pp. 15, 496.

⑥ 拉德布鲁赫：《法律学入门》，转引自星野英一《私法中的人》，第 34 页。

状态,无数人为了生活不得不签订由企业单方面决定内容的合同以获得维持生活所必需的财物;同时,信息的不对称也总是使大量消费者处于不利境地;……于是,在法律中的“人”的形象发生了转变。它由抽象地认为人是自由行动的立法者、具有平等的法律人格,转变为对人的法律人格予以具体理解,承认由于人在各方面的不平等而造成这样的现象:有些人因富有和强势而享有自由,有些人则由于穷困、弱势、不理性而不能享有这些自由,因而需要予以特别关照和保护。法律中人的形象从理性的、强而智的人转变为在一定程度上弱而愚的人,^①而这也是现代法治国家发展的必然。因此,在某些领域,法律父爱主义的存在是合理的。

二、法律父爱主义在实证法上的应用

法律父爱主义制度在各国的实证法上应用范围颇为广泛,限于篇幅,此处仅以美国和中国大陆为例,对其在合同法、行政法和宪法等领域的应用进行粗略的梳理。

(一) 合同法

法律父爱主义在合同法上的应用,最著名的案件之一是洛克纳案,该案的缘起是纽约州劳动法的规定。为了保护面包工人,他们每周工作时间不得超过6天,每天不得超过10小时。洛克纳是纽约一个面包房主,他起诉该法律侵犯他的“合同自由”和私人财产权,最高法院多数法官判定他胜诉。这在当时即遭到最高法院法官霍姆斯(Oliver Holmes)的反对,他在其著名的反对意见中提出:“美国宪法不应遵循(社会达尔文主义者)斯宾塞的社会静力学”。^②这个1905年作出的判决直到1937年才被推翻。诸如禁止卖身为奴、^③在婚约中规定不得提出离婚的条款、^④房屋租赁合同中房屋最低可居住性条款的不可放弃、^⑤禁止放弃某些消费合同中“冷静期”^⑥等等,可以说都体现出合同法中的法律父爱主义。中国《合同法》第53条关于合同免责条款的规定、第81条关于不可转让专属权利的规定以及第233条关于对危害承租人安全或健康的租赁合同解除权的规定,《劳动法》第44条关于劳动者正常工作时间之外的工资标准规定、关于最低工资的规定,也都体现了法律父爱主义的应用。

(二) 行政法

父爱主义在行政法上的应用主要体现在健康和和社会保障以及公共安全方面。一些行政主体通过对相对人个人行为的规制实现其父爱主义的目的。

美国1970年代围绕着苦杏仁苷(Laetrile)的争议是硬父爱主义在公共健康规制中的一个典型例子。^⑦苦杏仁苷是作为治疗癌症的药使用的,尽管实际上没有研究表明它有临床效果。^⑧即便病人们已经认识了其缺点和可能的副作用,食品与药品管理局(FDA)还是禁止苦杏仁苷上

① 星野英一:《私法中的人》,第71页。

② Lochner v. New York, 198 U. S. 76 (1905).

③ Hodges v. United States, 203 U. S. 1—38 (1905—1906).

④ S. Williston, A Treatise on the Law of Contracts, § § 1741—1743 (3d ed. 1972). 转引自 Anthony T. Kronman, Paternalism and the Law of Contracts, *Yale L. J.* 92, April 1983, p. 763.

⑤ Anthony T. Kronman, Paternalism and the Law of Contracts, p. 763.

⑥ A Case Study of the Impact of Consumer Legislation: The Elimination of Negotiability and the Cooling-Off Period, *Yale L. J.* 78, 1969, p. 618.

⑦ Marcia Angell, Breast Implants: Protection or Paternalism, *New Eng. J. Med* 326, 1992, p. 1695.

⑧ Arnold S. Relman, Closing the Books on Laetrile, *New Eng. J. Med* 306, 1982, p. 236.

市并获得了最高法院的支持,最终限制患者服用苦杏仁苷的权利^①。

在健康领域,父爱主义还体现在对保健品的规制,尤其是对保健品的行政许可方面。虽然关于保健品的规制问题仍存在尖锐对立,但FDA对于新药发展的规制仍可视作力图达到两个目标:禁止未获得许可证的药品进入市场;限制消费者对药品的选择领域。此时,个人自由被限制在政府机关行政许可的裁量范围内。^②中国《药品管理法》第25条对医疗机构配制制剂的行政许可的前提要求、质量要求和仅能在本医疗机构使用而不得在市场销售的规定,第37条对药品实行处方药与非处方药分类管理的规定等,是法律父爱主义在中国行政规制中的体现。

在行政法领域里,父爱主义还表现在社会保障和退休制度上。社会保障系统是最大、最有力的父爱主义计划,对雇主和雇工都是如此。美国总统福特于1974年签署《雇员退休收入安全法案》,合乎该法条款的退休计划就被称为“合格计划”,它涉及传统的公司退休金计划、401计划、为雇工利益设置的免税或受教育而追加退休养老金计划以及个人退休账户计划等等。经过联邦税务局(IRS)或者联邦劳工部(Department of Labor)备案和批准的遵守“合格的退休计划”的公司雇主和雇员,可以享受包括抵税和延税等最多的税务优惠。就雇工而言,如果他们提前从合格退休计划中支取金钱,法律就要求他们交税并加以10%的罚款。^③法案本不禁止在死亡、残疾、退休之前支取该款项,但IRS规定除五种例外,禁止当事人提前支取并要追加10%的罚款。^④政府对私人退休金制度的鼓励措施是立足于父爱主义的限制,法律强制雇员储蓄而不是消费,他们必须现在储蓄以便在将来收到退休金。^⑤中国《社会保险费征缴暂行条例》第4条、第7条、第12条、第13条关于社会保险费的缴纳主体、形式和罚则的规定,《失业保险条例》、《工伤保险条例》关于强制保险的规定,亦是法律父爱主义的体现。

(三) 宪法

父爱主义在宪法性法律上的应用主要体现在对商业言论和男女平等等方面。商业言论(commercial speech)作为表达自由中的一种,历来为美国宪法第一修正案所保护。1978—1981年,Puerto Rico当地的一个赌场因为做广告而根据法律规定屡次被罚款,该赌场不服,提起诉讼,该案最终被最高法院判决维持原处罚决定。^⑥该案的判决对言论的限制目的在于阻碍消费者从事合法但不受宪法保护的行为,其主要目的在于保护消费者。在法院曾经处理过的案例中,这个案件被认为体现了最纯粹的父爱主义。^⑦

自1985年以来,要求限制烟草广告的呼声越来越高,美国医学协会(American Medical

① Laetrile, *Fed. Reg.* 42, 1977, pp. 39, 768, 39, 803.

② Michael D. Greenberg, Information, Paternalism, and Rational Decision-making: The Balance of FDA New Drug Approval, *Alb. L. J. Sci. & Tech.* 13, Summer/Fall 2003, p. 663.

③ 近年来这个规定有所放松,1997年,纳税人税收免除法开了几个口子,使人们可以从个人退休账户提前支取金额。参见 Taxpayer Relief Act of 1997, Pub. L. no. 105—134, 111 Stat. 788 (1997)。

④ 转引自 Edward J. Gac & Wayne M. Gazur, Tapping “Rainy Day” Funds for the Reluctant Entrepreneur: Downsizing, Paternalism, and the Internal Revenue Code, *Ky. L. J.* 86, Fall 1997/1998, pp. 134, 135.

⑤ Edward J. Gac & Wayne M. Gazur, Tapping “Rainy Day” Funds for the Reluctant Entrepreneur: Downsizing, Paternalism, and the Internal Revenue Code, p. 127.

⑥ *Posadas de Puerto Rico Assoc. v. Toursim Co.*, 478 U. S. 328 (1986).

⑦ F. Dostoyevsky, *The Gambler*, in *The Gambler/Bobok/A Nasty Story* 17 (Penguin Classics, 1966). 转引自 Daniel Hays Lowenstein, Symposium: Commercial Speech and the First Amendment: “Too Much Puff”: Persuasion, Paternalism and Commercial Speech, *U. Cin. L. Rev.* 56, 1988, p. 1205.

Association) 投票表决提请国会制定禁止烟草广告的议案。在辛辛那提大学法学院的一个禁止烟草广告和促销禁令合宪性讨论会上, 罗文斯坦教授认为该禁令是合宪的。他认为即便在 Posadas 案之前, 最高法院类似的判决也无庸置疑, Posadas 一案更是解决了这个问题, 最高法院如果是否决对烟草广告禁令的话, 需要违反先例。如果只看法院的行为而不是看其语言, 会发现除非商业言论真正服务于父爱主义目的, 否则一般都会被限制。法院还从来没有否决过一个可能被解释为执行一种真正父爱主义政策的限制商业言论的议案。如果我们看看法院做了什么而不是说了什么, 很明显, 商业言论原则不是一个反父爱主义的制度。^① 类似的制度在中国《广告法》及相关法律法规和规章上也经常可见。比如, 第 14、15 条对药品、医疗器械广告某些内容的禁止性规定, 药品广告的内容须以有关卫生行政部门批准的说明书为准的规定, 国家规定应当在医生指导下使用的治疗性药品广告中必须注明“按医生处方购买和使用”的规定; 第 16 条禁止麻醉药品、精神药品、毒性药品、放射性药品等特殊药品做广告的规定; 第 18 条对烟草广告限制性规定、烟草广告中必须标明“吸烟有害健康”的要求等。国家食品药品监督管理局印发的《保健食品广告审查暂行规定》从 17 个方面明确保健食品广告中不得出现的内容, 以引导消费者合理使用保健食品; 并且规定, 保健食品广告中必须说明或者标明“本品不能代替药物”的忠告语, 电视广告中保健食品标识和忠告语必须始终出现。

美国法律出于对母亲健康生育能力这一公共利益的考虑, 允许雇主不让妇女从事某些特定工作, 如夜班、加班、重劳动以及在刚生育完之后的劳动。虽然有女权主义者认为, 尽管现在的妇女比 18 世纪的妇女享有很多的权利, 但传统观念中认为妇女应主要为家庭服务的看法还没有从雇主的思想里完全消除, 并将上述规定以讽刺的口吻称为“浪漫父爱主义”, 以“女性工资”、“女性工作”的形式限制妇女。^② 但法院依然表现了对类似规定的尊重, 承认雇主可以有不同的雇佣条件的要求, 而这种要求是以性别为基础的。^③ 中国的《妇女权益保障法》也不乏针对妇女的父爱式的特别保护, 如第 25 条规定任何单位均应根据妇女的特点, 依法保护妇女在工作和劳动时的安全和健康, 不得安排不适合妇女从事的工作和劳动, 妇女在经期、孕期、产期、哺乳期受特殊保护; 第 26 条规定任何单位不得以结婚、怀孕、产假、哺乳等为由, 辞退女职工或者单方解除劳动合同; 而这些规定可以不理睬妇女本人的相反意愿。首次提请第十届全国人大常委会第十六次会议审议的《妇女权益保障法修正案草案》, 从国家保障妇女依法享有社会保险、社会救助、社会福利和卫生保健等权益、防止就业中的性别歧视、强化女职工特殊劳动保护等方面作出了新的规定。此外, 中国《义务教育法》更典型地体现了国家或政府为公民自身利益而对其自由作出限制。

三、法律父爱主义、仁政与民本理念

法律父爱主义意味着在某些领域、在某种程度上政府可以而且应该充当“家长”或“父亲”的角色, 而作为政府这一抽象概念具体体现者的政府“官员”则是父爱式法律和政策的制订者

① Daniel Hays Lowenstein, Symposium: Commercial Speech and the First Amendment: “Too Much Puff”: Persuasion, Paternalism and Commercial Speech, p. 1205.

② Pamela J. Smith, Romantic Paternalism—The Ties That Bind Also Free: Revealing the Contours of Judicial Affinity for White Women, *Journal of Gender, Race and Justice*, Fall 1999, p. 135.

③ Phillips I, 400 U. S. at 543. 第五巡回法庭维持了地区法院的判决。

与执行者,这在中国古代“父母官”的称谓和仁政爱民的民本理念中有所体现。^①从中国在这方面的历史与现实资源,可以发现法律父爱主义在中国的特殊意义。

(一) 古代仁政和民本理念

政府对公民生活的干预、对公民施予强制的“爱”而不管公民是否同意,颇有向前现代法制复归的外在表现,但这却能和中国法律传统、本土资源进行相对契合的汇流与衔接。对于身负五千年法制传统的中国而言,以新的眼光看待和解读传统中有助于建构既与中国公民法情感相协调,又能与世界法治理论相对接的、具有自身特色的法治,似乎更为可行。中国古典典籍中所蕴涵的日常经验性思想内容,常常与包括现代西方思想和理论在内的古今中外各种思想表现出彼此相容的特点。^②西方法律父爱主义则与中国的“父母官”称谓中所蕴涵的仁政、民本理念有几乎相同的内涵。

仁政爱民的民本观的渊源可追溯到殷周,《尚书》有“实施德于民”^③之说。至春秋时期则将德与礼、忠信、仁义相结合,构成治国的基本原则。孔子认为所谓“仁”就是将“恭、宽、信、敏、惠”五种品德推行于行政事,他还主张“节用而爱人,使民以时”^④,即“爱民”思想。孟子继承孔子德政思想而主张仁政。“亲亲而仁民,仁民而爱物”。^⑤荀子也继承了孔子的儒学思想,他在论述水之载舟、覆舟问题之后说道:“故君人者,欲安,则莫若平政爱民矣”。^⑥他认为“有社稷者而不能爱民,不能利民,而求民之亲爱己,不可得也。民不亲不爱,而求其为己用,为己死,不可得也。”^⑦

《说文解字·人部》这样解释:“仁,亲也,从人从二”。在解读时存在明显的偏向:一是将“仁”人际化,认为“仁”是一个表示人际关系的概念;二是认为“仁”主要是指爱人,尤其是指爱他人。^⑧郭店竹简出土后,人们意识到“仁”的古文应为上“身”下“心”,更多反映了心/身、内在的一面。将此两者结合起来才构成“仁”的完整内涵。孔子仁学也因此包含了“成己”与“爱人”两方面内容。^⑨颜回“其心三月不违仁”,^⑩决不是说其心在三个月里一直在想着爱人,而应是指律身修己而言。所以仁决不仅仅是要消极地适应外在规范,而是一种创造力,一种不可遏止的成就、实现自己的冲动。^⑪“仁政”的“原意”也因此意味着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”解读为与政府在既不违反宪法规范,在宪法框架内行动,又充分发挥其“能动性”,既实现自己又“爱”公民,为了公民的利益而对其有所行动。

中国古代之所以有仁政爱民政策,是由于古人相信“民惟邦本”,将“民”视为国家之根本。而对民本含义的解读,在夏勇教授看来,有两种含义:其一是将民本解释为“民为君本”,

① 需要说明的是,“父母官”这一概念与传统说法的角度并不完全一致,它更是一种描述性的,对公民爱护且尊重其人格尊严与主体性,而非将其作为统治者治理工具的概念。

② 李幼蒸:《原始仁学的意义——〈论语〉文本的符号学—解释学读解法》,《国外社会科学》2004年第5期。

③ 《尚书·盘庚》。

④ 《论语·学而》。

⑤ 《孟子·尽心上》。

⑥ 《荀子·王制》。

⑦ 《荀子·君道》。

⑧ 梁涛:《郭店竹简仁字与孔子仁学》,《哲学研究》2005年第5期。

⑨ 梁涛:《郭店竹简仁字与孔子仁学》。

⑩ 《孔子·雍也》。

⑪ 梁涛:《郭店竹简仁字与孔子仁学》。

有些统治者讲“以民为本”，讲的是统治术，把统治者与“民”之间的关系比喻成“水舟”关系。其二是他所说的“新”民本，即《尚书》“民惟邦本”的“原意”不仅是讲民为国之根基、源泉或凭恃，而且是讲民为国之主体。民本的主体不是君主，不是君主以民为本，而是民为主体，民为本，君为末。他认为“民惟邦本”是一个关于价值法则和政治法则的判断，也是一个关于人民的主体资格判断，还是一个关于政治合法性的判断。^①民之尊贵，民之尊严，民之不可侵辱，乃是天理，是一种可以与西方“natural rights”（自然权利）相对应的“天爵”。^②后一种仁政爱民理念完全可以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。

仁政与民本理念在古代实证法规范中时有所见，即便这些规范是基于前一种民本理念，但从个人的视角来看，仍有法律父爱主义的特征——主观上为了当时民众的利益而在客观上限制其自由。从功能比较的角度来看，这些规定通过对契约自由、自我决定予以限制的直接父爱主义，通过为保护特定主体限制他人的间接父爱主义，实现保护弱势群体的目的。

（二）当前中国场景下的适度法律父爱主义

由于法律父爱主义（又译为法律家长主义）的名称，人们很容易将其与封建家长制联系起来，忽略其背后“人像”有近代法中的“人”向现代法中的“人”的转变，忽略它仅仅在某些方面有向旧身份制的复归的表象，而绝非在实质意义上回复旧身份制，忽略它是在尊重人格和人性尊严的基础上考虑中国现实中的人的具体地位而作出的制度性安排。由于历史和现实的原因，中国法治化进程主要是政府主导、政府与社会互动的模式。它强调在市场经济羽翼未丰，民主化进程有待推进，社会自治能力较为欠缺的情况下，在不排斥社会对法治的推动力的前提下，政府在某些领域运用一定的强制力规制经济与社会的法治建设。在中国现阶段，没有政府主导，仅靠社会规范和力量来推进法治，将会延宕这一进程的实现，同时还很可能因各种矛盾冲突使法治化过程耗费过多社会资源。这是中国法治建设的现实选择，也使法律父爱主义在这个场景下的应用有较之西方更大的空间。^③

法律父爱主义在当前中国有其存在的社会经济基础。中国的贫富差距不仅存在，而且还有扩大趋势，目前中国的基尼系数已经超过了警戒线0.4，收入差距已经处于高水平，城乡整体的基尼系数持续上升并达到0.465，2005年将逼近0.47。^④由于弱势群体在与强势群体进行缔约时缺乏相应的讨价还价的能力（bargaining power），如果不加干预，往往会出现“马太效应”，这在一个关注实质公平、关注具体的“社会人”^⑤权利的政府是不能视之泰然的。甚至有学者主张，当前中国应将制订关注和调整“社会人”权利的法律作为政府首要任务。^⑥

法律父爱主义在当前中国有其存在的民众心理基础。在中国，民众心理中以“仁政”与

① 夏勇：《中国民权哲学》，三联书店，2004年，第8页。

② 夏勇：《中国民权哲学》，第11—14页。

③ 当然，有些权力最终还是应由政府移转至社会。

④ 《国际金融报》评论员：《中国基尼系数已逼近0.47 统筹公平与效率》，《国际金融报》2005年10月12日。

⑤ 这个社会人是与特别注重追求自身利益最大化的经济人、与生态环境和谐共存的生态人相对应的概念。

⑥ 周旺生：《中国法理学的若干迷点——2005年5月18日晚在中国人民大学法学院的演讲》，学术观察网，<http://www.oao.com.cn>。

“民本”观为代表的政府观念与法律父爱主义之间存在对接汇流的可能性。当代中国公民的生活习惯是对政府的信赖和依赖，占全国人口85%的农村人口受教育的程度不高，其公民智识尚未达到“小康”水平，这更在一定程度上印证了“愚”的人的形象，^①加上各地区文化与经济发展不平衡，这时，政府采取法律父爱主义中强制“爱”的方式来引导、干预仍十分必要。前述两种民本思想中的“水舟”关系为中国人所熟知且信赖，政府必须考虑公民的利益，要做“父母官”，否则有可能倾覆。由于主张对他人或社会的绝对个人自主权的正当性在中国传统中极少见到，^②这种以公民利益为主导的温和功利主义与中国人的法情感协调一致，接受起来几无任何障碍，这就为出于保护公民利益而对其个人自治进行一定程度的干预留下空间。从先秦思想中解读出来的新“民本”，与现代法治尊重人、爱护人、保护作为社会人的基本权利与尊严的品格，与中国宪法修正案中的人权条款可紧密衔接。而现代法治社会中的人是社会人，不能脱离其具体的生活场景，他们在处于弱势的时候，需要政府不顾其形式上看似“自治”而实质上由于其弱者地位造成的“不自治”来对其进行法律干预。^③

法律父爱主义在当前中国有其政治基础。以中国共产党第十六次代表大会和总书记胡锦涛2003年7月1日讲话为标志，中国的改革发展和执政理念在向新民本主义和人本主义过渡。胡锦涛2004年3月10日在中央人口资源环境工作座谈会上的讲话中提出“以人为本”，并对其作出解释：“坚持以人为本，就是要以实现人的全面发展为目标，从人民的根本利益出发谋发展，促发展，不断满足人民日益增长的物质文化需要，切实保障人民群众的政治、经济和文化权益，让发展的成果惠及全体人民。”这意味着政府将一种以人为本的理念作为施政的纲领。在这个前提下，法律父爱主义就有了坚实的政治基础。

法律父爱主义在当前中国还有实证法上的规范基础。福利国家的影响和中国人权与社会保障制度的入宪为法律父爱主义的实施提供了规范依据。宪法修正案在宪法第14条中增加一款，作为第4款：“国家建立健全同经济发展水平相适应的社会保障制度”。据此，国家负有责任保障公民享有实质上的权利，维护社会成员社会福利和社会保障的权利也因此具有宪法上的依归。社会保障制度在对个人自由选择上总带有或强或弱的强制，或不顾当事人自己意愿的成分。

四、人性尊严与对“超父爱主义”的防范

法律父爱主义绝非是一个在任何场合都可以被证成的理论和原则，它只能在特定的场合才具有正当性。我们也清楚地知道，在今天的西方，人们通常对“法律父爱主义”颇有微词，所以处在现代化进程的中国，“法律父爱主义”似乎有背时之嫌疑。基于前述的分析，我们认为认真考虑并发掘其正面的意义，限制并消解其负面的影响，还是很有必要的。

范伯格运用利益衡量原则论证：只有在风险是“如此不合理”的情况下，对当事人自愿行

① 需要说明的是，作者无意将农民视为“愚”的代表，从本文及星野英一教授的文章中可以看出，任何一个主体、包括受高等教育的主体、在某个方面可称为精英的主体都可能在其他某些方面是个“愚”的人。

② 夏勇：《中国民权哲学》，第82页。甚至自治这一价值在当前西方主流法学家心目中也不是最重要的价值。如罗尔斯、德沃金、范伯格等学者对所谓均衡论的主张，参见皮文睿《儒家法学：超越自然法》，《美国学者论中国法律传统》，中国政法大学出版社，1994年，第120—122页。

③ 必须承认，现有的对于法律上“自治”的理解尚缺乏法学和哲学层面的反思，自治的内涵与外延尚未有具统治力的共识。

为的直接干预才能被证明为正当的。^①对于很多行为,如果采用一种粗暴的、直接的家长式统治,无限扩大强制性“父爱”的范围,将个人完全作为政府行为的客体——我们姑且称之为“超父爱主义”——则会造成政府施行暴政的危险。现代社会中由于社会分工进一步细化,“弱而愚”的人不但没有减少,相反还在增加,他们恰如需要家长特殊关照的弱小的子女。值得重视的是,政府在对他们的利益和福祉多一份关注的同时,也要为父爱式的法律设定一个界限,超越这个界限的“超父爱主义”必须被禁止。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。它在基于爱民理念而限制公民自由与自治的同时,必须有一个限度,而人性尊严是这一理论应予关照的核心概念。正是基于人性尊严,法律父爱主义使弱势群体在面对强势群体缺乏讨价还价能力的时候能有所依靠,避免“自治”地沦为强势的附庸与客体,或避免人们在不理性的思维状态下作出损害自己以后过正常人有尊严之生活的行为。缺乏对人性尊严关照的法律父爱主义必然会沦为“超父爱主义”,进而对公民的权利造成过度的侵害并违反“以人为目的”这一根本出发点。

(一) 人性尊严——父爱主义应用的界限

前已述及,在现代法中虽对人因有强弱、慧愚不同而加以区别对待,不过其前提是承认人的实际能力的不平等,但强调当事人法律人格和尊严的平等。法律父爱主义的立法本意在于促进当事人人权的保障,但公民防御权的衰微之势可能导致人权体系的崩溃。因此,如何使法律父爱主义与人权保护和谐共处并最终促进人权的发展,实是一个重大课题。我们认为,为使积极权利与消极权利和谐发展,法律父爱主义的立法虽可直接或间接地限制人们的某些行为,但不得侵犯人权或宪法基本权的核心——人性尊严。

1. 人性尊严的内容。人性尊严是一个高度抽象的法学概念,对于人性尊严的意义的诠释必然受到对“人”的理解的影响。正如德国联邦宪法法院一段著名的宣示中所说的那样:“基本法中人的形象,并非是一个孤立、自主的个人形象”,^②“未经思虑的活动自由与在法的意义上的自由所必要的交互关系是不相合致的”,^③这意味着,人性尊严中的人的形象并非是高大大英俊、强而有力,并非这样“自主”的,他们“未经思虑”的活动也可能印证他们有可能是“弱而愚”的。学者们一般从正反两个方面给它下定义。

从正面积极地为人性尊严下定义的学者,其定义大都相当抽象,难以掌握。如“人的固有价值、独立性、本性、本质”、“在特殊且本质的意义之下形成个人的东西”等,有的定义稍为详密,如“人性尊严与时间及空间均无关,而是应在法律上被实现的东西”。它的存立基础在于:人之所以为人乃基于其心智;这种心智使其有能力自非人的本质脱离,并基于自己的决定去意识自我、决定自我、形成自我。^④李震山教授则通过总结人性尊严的特点来给它下定义:作为权利主体的每个人都将人本身作为目的,并在尊重基本权利正当行使的范围内尊重宪法人性尊严核心内涵的自治与自决。^⑤

由于从正面所下定义的欠缺,为了便于在法律适用中实现对人性的尊严的保障,从反面侵害的角度进行定义则成为一个虽不甚严谨、但颇具实效的方法。典型的例子就是德国联邦宪法法

① 范伯格:《自由、权利和社会正义》,贵州人民出版社,1998年,第65—73页。

② BVerfGE 4, 7, 转引自蔡维音《德国基本法第一条“人性尊严”规定之探讨》,《宪政时代》1999年第18卷第1期。

③ 德国基本法第二条第一项后段。

④ 蔡维音:《德国基本法第一条“人性尊严”规定之探讨》。

⑤ 李震山:《人性尊严之宪法意义》,《人性尊严与人权保障》,元照出版公司,2001年,第11—19页。

院在判决中导出的著名的“客体公式”，即当个人在国家中完全被变成一个客体时，就抵触了人性尊严，因为一个人既然被矮化为“物体、手段与数值”，自然不必在意其精神与意识，因而极易成为他治、他决的客体，构成对人性尊严之侵害。^①

2. 宪法规范的解读与人性尊严。与德国宪法明文规定人性尊严不同，美国宪法仅仅为政府划出一个轮廓，专注于限制政府权力而缺乏要求政府主动行为确保人民权利的积极因素。两个宪法在文本和性质上大不相同：德国基本法以价值为中心，并设定了权利和义务；美国宪法是价值中性以求保护消极自由，尤其是政府不得干预的自由，但没有写出政府必须实现的价值。尽管如此，按照布兰代斯法官的说法，宪法是“具有成长性，能扩展并吸收新的条件。成长性意味着政治、经济和社会的变化。因为我们的宪法拥有成长和吸收的能力，它能够作为发展着的人的基本法”。^② 对于宪法修正的规范基础及各权利之间的关系，尤其是道德权利、法律权利与人性尊严的关系，德沃金与布伦南大法官都认为，宪法所确认的基础性价值是人性尊严。^③ 与美国宪法相似，中国台湾地区“宪法”也没有关于人性尊严的直接规定，而且可否从“宪法”增修条文第10条第6项规定（“国家应维持妇女之人格尊严，保障妇女之人身安全，消除性别歧视，促进两性地位之实质平等”）中导出也不无疑问，对此，前“司法院大法官”吴庚在承认上述言论的前提下，认为“我们现在解释宪法不是探求制宪者的意思，而是宪法的意思，尤其对基本权的解释更应考量人民的权利意识、社会发展的现况与人权之普世趋向”，这实是对布兰代斯法官所言的精当理解与运用。

3. 中国大陆宪法规范中人格的尊严与人性尊严的关联。我们论述德国、美国和中国台湾地区的宪法规范、宪法解释与宪法理论中对人性尊严的规定，是试图借鉴它们在宪法规范中没有规定人性尊严的条件下如何随着社会的发展从宪法中解读出人性尊严这一理念，进而在分析中国大陆学者对人格与人性尊严论述的基础上，以一种开放性和成长性的态度来解读中国宪法的规定，并探索可否导出人性尊严这一宪法权利的核心。因为我们需要人性尊严这一使人之为人的最基础与核心的价值。对此，夏勇有着深刻而精当的论述：尽管从中国的传统学说和当代理论中很难找到西方式的自然权利，但“人之作为人的要求和尊严……是内在于每个人自身，是人之天性、民之本性”，“我们的同胞也是人，是正常的人，是有尊严和价值的人。在具备人之作为人的一般特性的意义上，他们与欧洲人、美洲人、非洲人和其他国家的人毫无二致。他们不希望在没有满足需求时被说成是没有需求”。^④

对于中国宪法第38条规定的中华人民共和国公民的人格尊严不受侵犯中所说的人格尊严，国内的学者有不同理解。有学者在其论述中将其与德国基本法保障人类尊严和人格尊严条款同等对待。^⑤ 林来梵教授则在承认“人的尊严”即“人格尊严”的“人格主义”的前提下，认为从目前中国宪法学界的通说来看，现行宪法中的“人格的尊严”显然有别于人性尊严，认为现行宪法规范的用语和结构本身决定了它必然被解释为一项单纯的具体权利，而与它最为近似的权

① 黄桂兴：《浅论行政法上的人性尊严理念》，载城仲模编《行政法之一般法律原则》（一），三民书局，1997年，第11页。

② Ernst Benda, The Protection of Human Dignity, *SMUL Rev.* 3, Spring 2000, pp. 452, 453.

③ “In Search of the Constitution: Mr. Justice Brennan” and “Ronald Dworkin: The Changing Story”, both Produced by Public Affairs Television, Inc., New York, 1987. 转引自 Michael J. Meyer, *The Constitution of Rights*, Cornell University Press, 1992, p. 1.

④ 夏勇：《中国民权哲学》，第49页。

⑤ 蔡定剑：《中国宪法实施的私法化之路》，《中国社会科学》2004年第2期。

利类型当然为人格权。^①但他并不是将两者截然切断,也为人格尊严向人性尊严的转换留下一定的空间:“人格主义最为适合于作为建构或诠释我国宪法权利规范的核心原理,甚至可借鉴来作为当代我国法秩序整体的哲学基础”。^②

中国宪法的发展和执政党政策的指引性作用为将现行宪法中“人格的尊严”向“人性尊严”的转换提供了政治上和法律上的空间、契机和必然性。2003年10月中共十六届三中全会通过《中共中央关于完善社会主义市场经济体制若干问题的决定》,将“坚持以人为本,树立全面、协调、可持续的发展观,促进经济社会和人的全面发展”作为全党的指导思想。温家宝总理在2004年3月5日全国人大会议上所作《政府工作报告》,对落实“以人为本”的说明是:“政府的一切权力都是人民赋予的,必须对人民负责,为人民谋利益,接受人民监督。……只有人民监督政府,政府才不会懈怠。”“以人为本”既是对新民本主义的表述,更是对人性尊严的内在意蕴的表达。在现行宪法中,集中体现“以人为本”和人权、人性尊严内涵的,是第24条修正案。从宪法文本上看,将“国家尊重和保障人权”放在第二章“公民的基本权利和义务”的第1条,明确了其一般原则的地位,因而宪法第38条的人格尊严就成为人权条款下并体现人权要求的人格尊严。将二者相结合,在中国当前宪法规范和宪法学理论的动态发展中,不难从规范体系和时代背景中解读出宪法规范中内含的“人性尊严”这一理念。这在一定程度上为中国法律父爱主义的有限适用提供了合理坐标。

结 语

在考虑中国历史文化传统、现状、福利国的影响和现行宪法规范的前提下,在某些领域以法律父爱主义作为立法原则是正当和可行的。它虽然表象上呈现了向近代法注重身份这一特点的复归,但其为解决“弱而愚”的现代人像所面临的困境有积极意义,而且这种表象的复归是在尊重人格平等的前提下产生的。因此,在这些领域内,父爱主义的法律法规能够证成。但父爱式法律不得逾越作为基本权利核心的人性尊严这一界限。人性尊严既是法律父爱主义适用的出发点,也是产生其良好效果的依据,更是对法律父爱主义予以限制适用的标尺。要反对借“父爱”之名,行侵犯人民权利之实的制度与行为,为此,除了在立法时要注意不得侵犯人性尊严外,最好的方法就是建立宪法诉讼和司法审查作为制度上的保障。中国当前不存在违宪审查制度并不是禁止父爱主义立法的理由,从理论上讲,任何立法——不管是在特定领域内的法律父爱主义还是其他立法——都有可能侵犯人民的权利。尽管我们尚未建立违宪审查制度,但现有制度也有一定的纠正功能——虽然还很不完善,孙志刚案件引起《收容遣送办法》的废止即是一个证明。尽管这种包括人大备案制度在内的纠错机制尚无法与违宪审查相提并论,但它毕竟存在并在一定程度上发挥作用。某些领域的法律父爱主义立法若有侵犯人性尊严的现象,相信也会如其他侵犯人权的法律法规一样,在现有的纠错制度框架内得到一定程度的解决。

〔本文责任编辑:王好立〕

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,第174—175页。

② 林来梵:《从宪法规范到规范宪法——规范宪法学的一种前言》,第173—176页。