

# 人文关怀的法律与法学话语

胡平仁, 鞠成伟

(湘潭大学法学院, 湖南湘潭, 411105)

**摘要:** 法的人文关怀是通过人权的规范保护来实现的。旧有的人性善恶假定作为其深层语法, 存在着逻辑缺陷也面临着现实困顿。为此, 我们必须超越人权论, 将人权保障的宏大叙事转化为具体的权利话语; 超越善恶论, 重建法的人文关怀的深层语法; 超越功利论, 谋求法学对人文社会科学的理论贡献, 以实现法的人文关怀话语系统的优化。

**关键词:** 人文关怀; 人权保护; 法益机制

**中图分类号:** D90

**文献标识码:** A

**文章编号:** 1672-3104(2009)01-0056-07

## 一、人文、人文精神与人文关怀

据《汉语大词典》的解释, 在汉语中, “人文”一词有三层含义: 一是指礼乐教化, 与“天文”相对。如《易·贲》: “观乎天文以察时变, 观乎人文以化成天下。”孔颖达将这里的“人文”疏为诗书礼乐之教。二是指人世间事。三是指习俗、人情。<sup>[1](439)</sup>在英语中, 没有单独的“人文”一词, 但有“人文科学”(the human sciences)和“人文学科”(the humanities)的概念。The humanities 源于拉丁文 Humanitas(意为人性、人情)。据说后者是古罗马思想家西塞罗用来翻译希腊文 Paideia 一词的。Paideia 在希腊语中的意思是“文化”“教育”, 西塞罗把它译成 Humanitas 的意图是表达一种教育理想, 即通过教育使人获得完善的人性。<sup>[2](1)</sup>这表明, 在中西方语言中, “人文”最初都意味着与人、人性、人情和文化教育有关。近代以来, 更是把人的价值、人的尊严、人的独立人格、人的个性、人的生存和生活及其意义、人的理想和人的命运视为“人文”的基本内容。

人文精神可以被界定为一种追求人生意义或价值的理性态度。它是人对自身命运的理解和把握, 或者说是对人的价值、人的生存意义的关注, 是对人类命运、人类痛苦与解脱的思考与探索。人文精神乃是人对自身作为个体存在的价值与尊严、人性与人格、生存与生活、现实与理想、命运与前途的认识与理解、

思考与把握。<sup>[3]</sup>换句话说, “人文精神是一套观念体系, 也是一种崇高的理念。其要义是: 一切从人出发, 以人为中心, 把人作为观念、行为和制度的主体; 人的解放和自由, 人的尊严、幸福和全面发展, 应当成为个人、群体、社会和政府的终极关怀; 作为主体的个人和团体, 应当有公平、宽容、诚信、自主、自强的自觉意识和观念。人文精神以弘扬人的主体性和价值性、对人的权利的平等尊重和关怀为特质。”<sup>[4](389-390)</sup>

人文关怀是人文精神的集中体现。人文关怀就是对人的生存状况的关注、对人的尊严与符合人性的生活条件的肯定, 对人类的自由与全面发展的追求。换句话说, 人文关怀包括对人的现实关怀和终极关怀。作为一种现实关怀, 它积极关注当下世俗生活中人的生存状况, 人的地位、尊严、权利和个性; 但作为一种终极关怀, 它又超越于现实的立足点, 执着探求超越现实的理想世界和理想人格, 旨在充分挖掘和展示人的自由天性和潜能, 高扬人的价值, 实现人的全面发展。脱离现实关怀来谈终极关怀, 只能是一种虚幻或精神鸦片, 人将抽空为符号; 而没有终极关怀指引的现实关怀, 只能导致人性的退化和人格的萎缩, 人将堕落为动物。

## 二、人文关怀的法律(含法学)话语

### (一) 法的人文关怀的具体话语

收稿日期: 2008-03-20

作者简介: 胡平仁(1962-), 男, 湖南嘉禾人, 湘潭大学法学院副院长、教授、博士生导师, 主要研究方向: 法社会学, 法理学; 鞠成伟(1982-), 男, 山东临沂人, 湘潭大学法学院硕士研究生, 主要研究方向: 法理学。

### 1. 人权保护话语的引进

法的人文关怀从话语上讲就是法律将人作为自己运作的核心, 将人的权利的保护作为自己的出发点和立足点, 也是终极目标。从人类历史的长河中来看, 人权保护引入法律是很晚近的事了。

在古希腊和古罗马法律观念中, 个体和共同体是天然的伦理统一关系, 人还没有自己的主体性, 个体利益还不是法律关注的中心。法律要服从自然法则, 对人事的规范是实现自然秩序的手段。即便个体可以在面临城邦威胁、家主宰治时主张某些权利, 那也不是基于自己的主体性, 而是基于自然法则。中世纪是“神”或者永恒理性的世纪, 法律成了神意的体现, 人只是上帝永恒事业的践行者。文艺复兴和启蒙运动开始了“人的发现”。这是对以往文明的根本超越, 它将重点指向了人的个体、人的欲望、人的本性, 将人性从自然和神性中摆脱出来, 成为独立的美和独立的尊严。从此人不是作为“手段”, 而是作为“目的”而存在。人, 或者说个体的存在和发展, 成为不依赖任何终极价值的独立价值。

但是法律并没有立即反映这一思潮, 先于文艺复兴而在 11、12 世纪便兴起的罗马法研究, 使得法律、法学走上了相对自主的发展道路。随后兴起的早期自然法更是阻挠了人本进入法律, 后来随着霍布斯、洛克等人的自然权利理论的兴起, 人本才成了法律哲学思潮的核心关注点。伴随英国革命、美国革命和法国革命而来的《权利法案》《独立宣言》《人和公民权利宣言》, 都代表着法律对人权的追求。《独立宣言》开篇第一句就讲人人都享有不可被剥夺的生命权、自由权和追求幸福的权利。随着美国宪法和法国宪法的颁布实施, 人权保护终于成了现代国家法律的核心任务。

人权保护成为法律的核心理念基础有着巨大的历史进步意义: 首先, 它解放了人, 维护了人的尊严, 有利于促进人的全面、自由发展。法律的人权保护将人从封建伦理、宗教戒律下解放了出来, 各种残酷的、非人道的压制措施都被清除了出去。同时, 法律的人权保护还塑造了人相对于庞大利维坦的优越地位, 旧的大山清除后国家便成了最大的潜在威胁者。从此人成了自我管理、自我选择、自我决定的自由主体。这无疑有助于人的全面发展。其次, 人权的法律保护促进了法律文明、政治文明和精神文明的全面进步。在自然、神意等基石坍塌之后, 人权保护为古老的法律躯壳注入了新的灵魂, 法律日益理性化、人道化; 人权保护为近代政府提供了根本性的合法性基础, 民主制、法治成为

人本政治的决定性标识; 除却枷锁之后的人性开始得到张扬, 艺术、哲学得到全面繁荣。

随着“国家尊重和保障人权”这一条款写入宪法, 人权的法律保护成了我国法学界探讨的热门话题。关心人权保护、探讨通过法律提高人权受保护的水平, 这本身是值得肯定的。但如果只是笼统地高唱人权保护的口号, 对人权问题泛泛而论, 不注意将人权保护话语和法律特有的规范话语体系相衔接, 则很可能会带来不必要的消极后果: 首先, “人权”是一个很宽泛的概念, 特别是 20 世纪以来, 它几乎成了各种各样的“人”(自然人、法人和其他自然人的集合)的各种权利的统称。在这种情况下, 人权保障作为一项原则写入宪法是非常必要的, 也是很有积极意义的, 但如果不加思考、不加限制地随便乱用, 则会与法律和法学中原有的“权利”和“权利保护”构成重叠, 甚至导致混乱。其次, 泛泛的人权保护口号可能冲击既有的权利保障法律话语体系, 甚至被某些人盗用来成为侵害人权的借口。即使在立法还不是很完善的我国, 立法者在进行制度设计时也早已将人权中的许多基本内容、尤其是生命权、人格尊严权、自由权等法益融汇进了原有的各层级法律中去, 并已经初步形成了一套行之有效的权利系统。如果以笼统的人权保护为借口不遵守、不执行法律, 反而可能侵犯人权。此外, 泛泛的人权保护口号还可能导致法学话语体系的不协调。经过上千年的发展, 法学已形成了自己一套独特的、结构完整的话语体系。法律原则、规则、概念共同结合成了一张运转良好的意义之网, 具有极强的规范性。如果只在口号层面上提人权保护, 则很难使它和既有的法律和法学的规范话语融合起来。

因此, 将人权保护话语引进法学应注意以下两点: 一是笼统的人权保护话语必须转化为规范话语, 使其与既有的法学话语体系相协调; 二是在前一工作的基础上完善法律的具体制度设计, 通过具体的制度设计来保护人权。

### 2. 权利、权力、义务和责任模式的构造

法律是借助规范机制<sup>[4](329)</sup>, 也就是通过权力、权利、义务和责任模式的构造来保护人权的。人权保护是法律正当化的根本依据, 也是法律正常运行的基石。“法益是法律未分化的本体, 权利、权力、义务和责任则是法益分化的形式。”<sup>[5](46)</sup>法律是通过将人权保护上升为法益的灵魂, 进而以此为依据来构造规范模式而实现人权保护目的的。

(1) 权力与权利的平衡。权力的实质是社会主体之间的优位关系, 它和社会生活的组织紧密相关。权利则是主体利益受保护的程度和行动自由的范围, 它和

个体的私域紧密相关。在现代社会,国家权力和社会权力起着越来越关键的作用,它们在发挥组织作用的同时也成了个人权利最大的潜在侵害者。法律要有效地保护人权,首要的任务就是要妥善平衡权力与权利的关系。具体来讲,就是要在权力积极性和权利自主性之间保持动态平衡。

(2)权利与义务的呼应。规范性权利保护个体追求自己的利益,具有私益性。如果不加拘束,则可能会危及社会组织和其他人利益保护。在人权保护成为法律本位的情况下,更应注意对权利的规范,做到权利和义务的呼应。规范性义务的实质是法律强制主体按照其要求行事。义务从应然的层面上约束着主体的行为,它直接反映了法律的规范目标。义务施加不仅是约束,也是保护,保持义务和权利的呼应既可以限制权利又可以平衡权利。通过调节义务施加对象和义务施加量的方式可以有效影响人权保护。

(3)职权与职责的对称。如果说权利与义务呼应主要是实现私人利益关系的平衡,那么职权与职责对称则是调控国家权力、社会权力的要求。权力的享有者掌控社会资源,借助其职权在社会关系中处于优位。他们的行为和公共利益、个体权利有着极为重要的利害关系,一旦滥用,后果十分严重。因此必需要有职责与职权相称。职责的实质和义务相类,调节职责也可以有效影响职权行使,保护人权。

(4)义务与责任的吻合。规范责任是法律要求主体对自己的行为承担法律上的不利后果。这里的行为一般是指未按规定履行义务。责任的实质是可归责性,即在需要承担责任的情况下,法律便可归责于主体。因此,责任上承规范义务,下接追究制裁,处于法律实现的关键位置。法律可以通过调整构成要件的方式促进义务与责任的衔接与吻合,实现不履行义务者负其责。这既可以追究不法,又可以保护无辜。

## (二) 法的人文关怀的深层语法

法的人文关怀的表达机制是以权力、权利、义务、责任为核心的规范机制,但是其深层语法却是人性假定:人性是怎样的?人性离不开法吗?这一深层语法所要解决的是规范机制存在的必要性、正当性问题,即这一假定为规范机制奠定了基础。

### 1. 人性善恶的假定

法律调控人的社会生活,这一调控主要是通过规范人的行为来实现的。人的行为基于习性而发,因此法律就不免要与人性打交道。

法律是人性的产物,并且是以人性为基础和出发点的。法律生活是人类生活的一部分,立法、执法、司法、守法都是由人来进行的,人性在漫长的岁月中

铸造了法律。法律规范的主要对象是人事,因此必然以人性为其最基本的出发点。西塞罗、格老秀斯、普芬道夫、霍布斯、洛克、康德等人都强调法律是人的理性创造的产物,是以人性为基本立足点的。古代罗马人就认识到“法学是关于神和人的事物的知识”<sup>[6](5)</sup>,法律应以人性为基本出发点,法学应研究人性。近代政治哲学、法哲学奠基人霍布斯的政治哲学、法哲学研究就是以人性研究为基础的。在其之后,几乎所有的法学大家也都将自己的学说建立在某种人性论之上。中国古代的思想家也多将法律建基在人性之上,管仲、孔子、荀子、韩非子等都是如此。我国古代的慎子就认为:“法非从天下,非从地出,发于人间,合乎人心而已。”(《慎子·佚文》)刘安也认为:“法生于义,义生于众适,众适合乎人心。”(《淮南子》)这里所说的法合乎“人心”,实际上就是法合乎人性。

但人性为什么需要法呢?社会为什么需要依法治国呢?古今中外的学者一旦涉及这一问题时,几乎无一例外的回答或假定是“因为人性是恶的”:正因为人性是恶的,人的行为才需要规范,法律才有必要存在。人性恶在西方最早的神话传说中就出现了。《圣经·创世纪》中也说,人性自夏娃吞食善恶果之时就已堕落了,人自那时起就背负了原罪,人自那时起就有了为恶的倾向。被誉为美国宪法之父的麦迪逊曾指出:“如果人都是天使,就不需要任何政府了。如果是天使统治人,就不需要对政府有任何外来的或内在的控制了。”<sup>[7](264)</sup>可以说,传统法学理论和法治实践基本上都是建立在“人性恶”这一基本假设的基础之上的。

### 2. 既有人性假定的逻辑缺陷与现实困境

其实,传统法学理论和法治实践的这一根基是非常脆弱的。从逻辑上来说,无论是“人性善”还是“人性恶”,都难以从中推论出需要法律和法治。如果人性是善的,固然不需要法、不需要政府,也无需依法治国;如果人性是恶的,法也是无能为力的。因为如果人的本性是邪恶的,那法也无法引导人向善,也无法让人去恶,除非把人性连根铲除。但那样一来,人性也就不再是人性,人也就不成其为人了。从现实的层面说,“人性善”或“人性恶”的假定都无法解释人性的实际状况,因为人性既有善的一面,也有恶的一面。而且人性的善恶并不是非菜拌豆腐,是截然分开、一清二白的,甚至也不是固定不变的。人性的善恶往往取决于一定的时空条件和一定的“量”“度”。更重要的是,“人性恶”这一假设极大地束缚了人性无限发展的可能性,使得人性发展的空间变得极为局促与狭窄,使本来应该是丰满的人性变得扁平。从某种意

义上说, 这甚至无异于大规模地扼杀人类的生命和未来。同时, “人性恶”这一假设也放弃了法律和法学对人性的指引与塑造职责, 使法律变成了一种单纯的控制甚至镇压的工具, 使法学变成了一种赚钱谋生的功利之学, 从而也极大地束缚了法律和法学自身的生命力及其对社会生活的型构能力, 使得法学期长期走不出“幼稚”和“自慰”的状态, 难以对其他学科作出应有的理论贡献和智慧启迪。尽管近些年来理论法学和部门法学都在关注人权保障问题, 甚至开始谈论“以人为本”和“人文关怀”, 但基本上还只是停留在外在的学理或技术层面, 而未能将对人的现实关怀和终极关怀真正沟通起来, 更缺乏对法律和法学的深切反思, 因而上述状况并没有根本改变。

### 三、法的人文关怀话语系统的优化

#### (一) 超越人权论, 将人权保障的宏大叙事转化为具体的权利话语

法的人文关怀就是尊重人权、保护人权, 但是法的这种关怀和一般的人权理论又有所不同。现代人权理论囊括了人的极其广泛的利益、需求, 涉及社会生活的方方面面。在现代社会, 法对人权保护发挥着越来越大的作用, 但法毕竟只是社会生活的一个子系统, 只能助益于社会生活的某方面需求, 这就决定了法发挥作用的有限性。因此, 以泛泛的人权理论来指导法律是无益处的, 法要真正有效地保护人权, 就必须将人权保障的宏大叙事转化为具体的权利话语。

权利话语首先是要将宏大宽泛的人权转化为规范性的法益。人权理论中的人权是理想的、应然的, 还只停留在观念层面。它是一个社会对人应享受何种待遇、获取何种利益的一般看法, 是人文关怀的一种价值标准。但是它们的范围、界限, 在现实中是否具备实施的条件, 通过何种途径实现等等都还是不确定的。能否通过法律以及怎样通过法律来实现人权更是不可知的。法学家的任务便是检讨一般人权理论, 按法律自身的特性对其进行取舍, 将能够融入法律体系的内容转化成法律范畴, 形成与法律规范机制相协调的法益理论。法律实务者所要做的便是将这一法益理论通过实在法规范体系予以实施、落实。通过权利、权力、义务、责任的规范性配置来有效地保护人权法益。

人权理论中的人权具有至上性, 转化成法律话语便是法律要以权利为本位。张文显先生从法学、哲学、伦理学和经济学等视角对权利本位进行了论证<sup>[4](356-366)</sup>, 从人权的视角同样可以做强有力的论证。

法律要坚持人权保护就必须确立权利的优越性地位, 即“人是万物的尺度”, 把人文精神作为现代法的精神, 作为我们法的根本理念。<sup>[8]</sup>具体来说就是: 第一, 要确立人相对于物质利益的优先性。在社会关系的处理上, 要把人的尊严、价值、生命等放在社会财富创造、积累之前。比如, 新颁布实施的《道路交通安全法》就否认了“撞了白撞”。法律不仅要保护物权, 更要保护人格权, 并且人格权的保护应优先于物权保护。因此就有学者主张要超越德国“物文主义”的民法典, 制定一部“人文主义”的民法典。<sup>[9]</sup>第二, 要确认、保护个体相对于集体的尊严。现代社会是知识膨胀、社会连带关系复杂、个体遭淹没的技术时代。个人作为微小的个体逐渐被边缘化, 集体利益、共同体利益、社会利益被高置于个体利益之上, 个人利益让位给集体利益。在这种情况下, 个体利益随时都可能被以集体的名义侵害, 人权保护也就无从谈起。因此, 在将人权转化为权利话语的过程中, 法律所要做的是确立个体的尊严, 使其核心利益不致遭受共同体的任意剥夺。第三, 要重视对弱势群体的权利的保护。社会强势群体占有各种社会资源, 其权利的自我实现能力也就较强。但下岗工人、残疾人、孤寡老人等弱势群体如不靠外界帮助, 极难正常生存。因此, 保护人权必须注意扶持、保护弱势群体。

人文关怀与人权保障的上述理念要靠具体的权利设计来实现。这就要求法律体系坚持权利本位, 创设一套实体权利、程序性权利(狭义)、救济权利有机结合的权利体系。这样一来, 人权保护就有了坚实的外在保障, 尊重权利、保证权利得到实现、受侵害的权利得到救济便是保障人权。

以人权法益在诉讼领域的保障为例。当事人的诉讼利益体现在诉讼法中便是“诉权”。“诉权”是19世纪才出现的概念, 诉权理论的成熟是诉讼法理论成熟的重要标志。尽管这几年国内也有一些学者开始从行政诉讼、刑事诉讼甚至宪法规制的角度来探讨“诉权”, 但诉权问题至今依然主要体现在民事诉讼法学领域, 而没有完全为其他诉讼法学所认同。这是一个很奇怪的现象。按理说, 只要有诉讼, 就会有诉权。诉权是诉讼的内核, 诉讼是诉权的具体表现形式。即使是由国家检察机关作为原告提起的公诉, 也至少还有另一方当事人的诉权问题。近些年来, 刑事司法学界围绕被告人的人权保障问题作了大量的研究和探讨, 但只有极个别的学者从诉权角度切入。<sup>[10]</sup>笔者以为, 被告人的人权保障问题既然是体现在诉讼过程之中的, 那就不如代之以被告人的诉权保障更为“专业”, 更为适当。因为对于诉讼法学来说, 人权概念毕竟过

于泛化,也不利于对各诉讼法领域基本原理和精神的沟通与总结。

关于诉权概念的含义,诉讼法学界众说纷纭。但 20 世纪 80 年代后期以来,特别是近几年来,人们倾向于认为,诉权是公民、法人和其他组织要求国家以审判方式对有关纠纷作出公正裁判的程序性权利体系,是人权的重要组成部分,是当事人各项诉讼权利的概括和集中体现。<sup>[11](38-77)</sup>应当说,这一理解抓住了诉权的实质。在禁止私力救济、国家垄断了暴力的政治社会中,任何个人都有请求国家保护、参与涉及自己的纠纷解决程序的权利,这是重要的人权。现代法律一般也应将其确认为人权法益,《人权公约》《公民政治权利与社会权利公约》就表达了这一要求。而诉权就是人权法益在法律上的转化形式,是法律的人权保障的具体权利话语。只要切实保障了当事人的诉权,在诉讼领域中我们就真正体现了人文关怀和人权保障。其他各部门法领域也都应如此。相反,如果我们只是笼统地谈论人文关怀和人权保障,人文关怀就可能缺位,人权保障就只是一张“狗皮膏药”。

## (二) 超越善恶论,重建法的人文关怀的深层语法

要真正构建以人为本的权利体系,实现法律的人权保障,还必须超越性善、性恶论,重建法的人文关怀的深层语法,这样才能为人权保障提供坚实的人性基础。我们以为,人性的实然可以从如下三个方面来认识,与此相适应,人性的三个维度也决定了法的功能。

### 1. 人性如水,随“物”赋形,需要法加以调控和引导

在笔者看来,人性很难说是善的还是恶的,人性如水。我们能说水是善的还是恶的吗?或者我们能说水一半是善的、一半是恶的吗?如果是这样,我们不是可以只要善的那一半,而不要恶的那一半吗?我们说人性如水,就是因为人性和水一样,都具有随物赋形和过犹不及的特性。人性如水,随物赋形,意味着近朱者赤,近墨者黑,其善、恶是相对于一定的时空环境的。人性如水,过犹不及,意味着其善、恶都取决于一定的“度”。唯其如此,对人性需要“引导”而不是“防范”,可以“提升”而不能“压抑”,可以“调控”但不能“铲除”。而法以其合规律性、价值性、明确性、具体性和社会强制性,能有效地发挥对人性的引导、调控与提升功能。

### 2. 人性如山,渴望秩序,需要法予以保障

有不少西方学者常常把“幸福”视为法所追求的价值,其实法并不能给人以幸福。20 世纪 90 年代末,北京有学者以部分从 20 世纪 30 年代到 90 年代结婚的

人为调查对象,问他(她)们对婚姻幸福的满意程度。调查表明,大约 45%左右的人们感到幸福,55%左右的人们感到不幸福。也就是说,自由恋爱的婚姻和非自由恋爱的婚姻其幸福程度基本上是一样的,而且离婚也不能使我们更加幸福。这个研究说明,尽管我们今天有了《婚姻法》,而且规定越来越多、越来越细,但我们却很难说,它就一定能给我们幸福,使我们生活得更好。

人们之所以需要法,很大程度上是一种心理需求,是希望社会要规则有序、和谐稳定。而法就是一种使人们生活更加有规则更加有秩序的制度,它以其合规律性和稳定性,可以增强人们的可预期性和心理安全感。事实上,我们所有的生活都是建立在一定的秩序和稳定的预期之上。社会如果没有一个稳定的预期,人们就会对未来的生活丧失信心,或产生不安全感,社会合作就难以进行,至少人们会以短期行为去追求短期效益,社会的宏观利益和长远利益就无法保障。

近代以来,社会流动的日益频繁把人们从一个熟人社会推向了一个陌生人社会,人们的社会之根受到了极大的冲击。这加剧了人际关系的不稳定性和个体心理的不安全感,从而扩张了人们对法律的需求。现代社会中法律地位的上升和法治的强化正是这一需求的表征。

此外,人性如山似水,还意味着好高骛远是人的本性。在这里,“好高”指的是人性的自我提升和不断超越,这种提升与超越常常与人的内在惰性相抵牾。“骛远”则是指人性对未来的渴望与追求,这种渴望与追求常常会与现实的需求相冲突,因而需要法来协调。

### 3. 人性如蚁,渴望合作,需要法作出社会分工与合作的制度安排

蚂蚁是典型的合群生活动物,蚁群成员包括蚁后、工蚁、雄蚁等,它们之间等级森严、分工明确,在自然法则的规范下生活秩序井然。人类生活也一直以社会的形式存在,这一真理包含在亚里士多德的著名论断中:“人是社会动物”。人性既如蚂蚁般合群,就少不了规范其生活的法则。人对利益多样性的需要和个人实现手段的有限性的矛盾,决定了人必须组织成社会才能生存;有限资源与无限需求之间的冲突,注定社会关系的实质在于利益关系的对立与纠葛,而由此导致的社会分工与合作往往需要具有合规律性与社会强制性的法作为制度保障。

我国古代思想家很早就认识到了这一点。比如荀子从“人能群”“人有欲”和“物有限”这三个前提出发,提出了他的礼法观。在他看来,人与牛马等动物

的根本区别,就在于“人能群”,即人能团结起来组成社会,从而役使牛马。但限于各方面条件,社会生活必须是有序的,人的欲望也必须有所节制,这就需要礼义或礼法。礼在中国古代是一种社会生活规范,大致相当于现在的民间法或民事习惯法(尤其是早期)。“礼者,贵贱有等,长幼有差,贫富轻重皆有称者也。”(《荀子·富国》)关于礼的起源及作用,荀子是这么看的:“礼起于何也?曰:人生而有欲,欲而不得,则不能无求;求而无度量分界,则不能不争。争则乱,乱则穷。先王恶其乱也,故制礼义以分之,以养人之欲,给人之求。使欲必不穷乎物,物必不屈于欲,两者相持而长,是礼之所起也。”(《荀子·礼论》)也就是说,礼义是安排社会秩序并使欲和物可持续发展的重要手段。

西方人也是这么看的。一位伟大的剧作家曾说过:自然界中按一定法则生活的生物,教给人类关于王国秩序的道理。美国学者约翰·梅西·赞恩就是从考察人类诞生之前遥远地质时期的蚂蚁生活而开始讲述人类的法律故事的。<sup>[12](4-11)</sup>他认为法源于人类如蚁般的自然天性。英国当代法理学权威D·罗伊德勋爵在其《法律的理念》一书的“英文版序”的开篇就指出:“法律是人类社会天性中的一项主要制度,若无法律,人类将为一种截然不同的生物。”<sup>[13]</sup>也就是说,法是人类社会天性的需要。

法是基于人的天然社会本性,在一定生产力水平和物质生活条件下产生的一种重要的社会共同生活制度,是人们在社会生活中发生的重要社会关系的定型化、模式化和规范化。就其调整对象和社会功能来讲,法乃是对以利益关系为核心的一定社会关系的确认、型构或调整。它所满足的,恰是人的社会性。

### (三) 超越功利论, 谋求法学对人文社会科学的理论贡献

在现代社会,法律、法学早已丧失了其自足性和自主性,法律成了实现形形色色的功利目标的工具;法学则沦为了其他社会科学的奴仆,要像等待奶妈那样等待它们为其提供方法、价值,自主的法学研究变成了以跟上其他学科最新进展、利用其他学科最新方法为荣的“接收器”。结果就是功利彻底主宰了法律和法学。

对此我们必须进行反思,以谋求新的超越。这不仅是为了拯救法律,更是为了重塑我们的生活:功利论的一统天下将我们的社会引入了深渊,社会法制生活的整体危机就是这一危机最显著的体现。长期以来,法律实证主义统治了法学,我们仅狭隘地将法律理解为政治优势者的命令规则,理解为约束人们外在行为

的活动规则。规则是无生命的,自然很容易成为外在事物的工具,成为可以为了各种功利目的随意更改的控制符号。结果包括纳粹统治、文革动荡在内的法制危机席卷而来,规则的膨胀立马变成了法律虚无。这难道不值得我们反思吗?在向自然科学靠拢、追求客观化精确理解的同时,我们付出了多么沉重的代价!我们只看到了这些外在的机械的规则,却不知去同情地体察它背后所体现的人心诉求;我们只看到了社会利益纷争的主宰作用,却忽视了人内心道德感的哀思。这种对法律功利化、物质化的理解只知道遥望头上的星空,却不知低头省思内心的道德律,完全抹杀了法律和人内心价值的紧密关联。在我们国家法律功利论还突出地表现在:一些法学者将对知识、正义的追求抛置脑后,把法学作为自己谋求功名利禄的敲门砖,学术腐败蔓延、学术研究整体水平难以提升;一些执法、司法者将对法律的敬畏与尊重搁置一边,玩法弄法,把法律作为满足自己私欲的工具。

超越功利论的法学就是要将法律理解为人类服从理性良心规则治理的伟大事业,它超越了功利,超越了时空,和人的生命长伴,与人的社会永随。法律有其外在的存在,也与社会条件有密切的互动关系,可它却不仅仅如此。它是人理性良心的必然产物。人有反思之心、品味之心、弃悔之心,这铸就了人的价值评判意识。人无法放任自己的行为,他总要赋予其意义,对它进行根源性、正当性追问,使其符合理性良心的法则,并进而按照这些价值去塑造法律。因此,法虽是现实的存在,却不是纯客观的存在,它是关涉价值的,是对正确的追求。他是人精神自控的体现,这一自控随着生理遗传、社会遗传而代代绵延,随着社会控制、社会教育而巩固。法学所要做就是要发掘这一切,为重新理解法律、塑造法律作准备。这是人类走出社会生活危机的起点,也因此是法学对社会生活新的贡献。

法学关心人就是要在社会生活中关心人内心对这一正当性事业的追求,通过法益确认将符合人性、符合人的全面发展要求的主观欲求确认为客观法益。在这一过程中,经济学考量、政治学抉择都只是一种手段、一种参考,它们只反映了人肉体或精神的某方面需求,却无法照顾到整个人性。比如功利,它只看到了人的肉体性存在,却忽视了人的精神性存在,人的理性不只是利害算计,还有道德考量。法学有自己的立足点,那就是对符合人性的正当性的追求。法益就是法律人手中的漏斗,任何社会欲求都要通过这一漏斗来过滤。对于通过漏斗、被承认为法益的欲求,法律会采用权利、权力、义务、责任这一规范机制来进

行调节。法学就是要通过内心省察、社会体验去探寻符合人性的正当性法则,不断完善法益确认机制。此外法学还要研究法益保护的规范机制:探寻规范机制自身的特点,考察其在社会生活中的实际运转,促进其功能完善等等。法益是法律未分化的本体,权利、权力、义务和责任则是法益分化的形式,因此法益确认机制和保护机制辩证统一,以上两方面的研究缺一不可,不能有任何偏废。

我们可以将坚持上述研究范式的法学研究称为法益法理学。它关注的焦点是法律调整机制自身的特点,因此它的思维主要涉及正当还是不正当,是否应当受到法律保护,或者是否具有法律上的意义,特定的权利、权力、义务、责任应如何在社会主体中间分配,行为应如何与这些规范相一致等等。这种思维方式就是法益分析,这是法律人所共有的,也是法律思维方式区别于政治思维方式(侧重于利与弊的权衡)、经济思维方式(侧重于成本与效益的比较)的根本标志。<sup>[5](47)</sup>法益研究和法益思维是法学独有的,也是法学自立的根基。基于此,法学就可以摆脱形形色色功利论的困扰,真正站立起来,在危机时刻为人类社会生活作出新的贡献,随之而来的则是法学真正摆脱对其他人文社会科学的纯粹依赖,将自己的东西“送出去”,实现和其他学科的对等交流。

## 参考文献:

- [1] 罗竹风. 汉语大词典(缩印本)上卷[Z]. 北京: 汉语大词典出版社, 1997.
- [2] 尤西林. 人文学科及其现代意义[M]. 太原: 山西人民教育出版社, 1996.
- [3] 姚建宗. 法治的人文关怀[J]. 华东政法学院学报, 2000, (3): 21.
- [4] 张文显. 法哲学范畴研究(修订版)[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2001.
- [5] 胡平仁, 等. 法律社会学[M]. 长沙: 湖南人民出版社, 2006.
- [6] 查士丁尼. 法学总论[M]. 北京: 商务印书馆, 1989.
- [7] 汉密尔顿, 等. 联邦党人文集[M]. 北京: 商务印书馆, 1995.
- [8] 李龙, 张文显, 等. 以人为本的法哲学解读金陵法律评论[J]. 2004, (秋季卷): 5-10.
- [9] 薛军. 人的保护: 中国民法典编撰的价值基础[J]. 中国社会科学, 2006, (4): 117-128.
- [10] 汪建成, 祁建建. 论诉权理论在刑事诉讼中的导入[J]. 中国法学, 2002, (6): 122-130.
- [11] 杨荣馨. 民事诉讼原理[M]. 北京: 法律出版社, 2003.
- [12] 约翰·梅西·赞恩. 法律简史[M]. 北京: 中国友谊出版社, 2005.
- [13] D·罗伊德. 法律的理念[M]. 北京: 新星出版社, 2005.

## On the legal discourse of humanism solicitude

HU Pingren, JU Chengwei

(Law School of Xiangtan University, Xiangtan 411105, China)

**Abstract:** The humanism solicitude of law is realized through the normative protection of human rights. The traditional presupposition that human nature is good or evil is the deep-seated foundation of humanism solicitude. but it is defective in logic and meets with troubles in reality. Therefore, we should transcend simple theory of human right and transform it into material discourse of legal rights, on the basis of which, the science of law can pursue new contribution to humanities and social science.

**Key Words:** humanism solicitude; protection of human rights; mechanism of legal interests

[编辑: 苏慧]