

作为一种法律干预模式的家长主义

黄文艺*

内容提要：作为一种法律干预模式，家长主义的核心特征是为了保护行为人的利益而限制行为人的自由。尽管中国各个部门法领域都不乏家长主义的法律规定，但在中国的法律话语体系中家长主义并未确立起合法地位。在梳理家长主义概念谱系的基础上，通过分析家长主义法律干预的构成条件、正当理据，可以从理论上确立家长主义作为一种独立的法律干预模式的地位。在中国的政治传统和语境下，为防止政府以家长主义之名随意剥夺或限制公民的自由，必须对家长主义法律干预的设立加以严格控制，谨慎地运用家长主义法律干预。

关键词：法律干预 法律家长主义 法理学

现代法律干预人们行为的理据纷繁复杂，诸如“诚实信用”、“公序良俗”、“交易安全”、“公共利益”、“社会正义”、“经济效率”等。从法律干预所要保护的利益来考量，众多的法律干预可以化简为两种模式，即为了保护行为人利益的法律干预和为了保护其他人利益的法律干预。前一种干预模式是本文所要讨论的法律干预模式，即西方学者通常所说的法律家长主义。其核心特征是，为了保护行为人的利益而干预行为人的行为。^{〔1〕}后一种干预模式是我们更加习以为常和频繁运用的法律干预模式，可相应地称为非家长主义的法律干预模式。由于其他人利益可进一步分为相对方利益、第三人利益、公共利益、社会利益等，^{〔2〕}这类法律干预又可划分出保护相对方利益的法律干预、保护第三人利益的法律干预、保护公共利益的法律干预、保护社会利益的法律干预等几类具体的模式。

尽管中国各个部门法领域都不乏家长主义的法律规定，但是我们并不把这些法律规定理解为家长主义的，更不会从家长主义的角度来论证其正当性。在中国的法律话语体系中，家长主义非但没有确立起合法地位，相反往往成为人们攻击和批判的对象。究其原因，主要有以下三个方面：首先，无论是在英文中还是在中文中，家长主义（paternalism）都是一个更多带有贬义的词汇。

* 吉林大学理论法学研究中心教授。

〔1〕 Joel Kleinig, *Paternalism*, Rowman & Allanheld Publishers, 1984, pp. 3-17; Donald VanDeveer, *Paternalistic Intervention: The Moral Bounds on Benevolence*, Princeton University Press, 1986, pp. 16-40.

〔2〕 关于个人利益、公共利益、社会利益的分类及其详细讨论，参见 [美] 罗斯科·庞德：《法理学》第3卷，廖德宇译，法律出版社2007年版，第13页以下。

一说到家长主义,人们就容易联想起家长制、专制,^[3]或者把家长主义与家长制相提并论。^[4]按照美国学者费因伯格的说法,家长主义是家长主义的理论对手给它贴上的一个不幸的标签。^[5]为此,有的学者把英文中的“paternalism”翻译为“父爱主义”,试图用“父爱主义”替代“家长主义”这个不幸的标签。^[6]

其次,由于缺乏深入研究,人们对家长主义充满着诸多误解和偏见。尽管国内已有一些学者开始介绍和引进西方的法律家长主义理论,^[7]但是对法律家长主义的研究还处于刚刚起步的阶段。在对家长主义缺乏公认的、清晰的概念界定的情况下,人们常常把一些原本不属于家长主义的负面现象都贴上家长主义的标签,然后对家长主义大加挞伐。例如,一些学者把公权力扩张或滥用的诸多情形,如学校开除怀孕的女大学生、警察查处在家看黄碟的夫妻、地方政府强制职工捐款维修名人故居等,都视作“家长主义”。由于人们经常把不是家长主义的东西当成家长主义来批判,家长主义无辜地背上了很多骂名。在这种舆论氛围下,家长主义非但没有任何的合法性可言,反而是人们欲除之而后快的对象。

更为重要的是,一种很强势的法律干预话语压制和替代了法律家长主义。这就是非家长主义法律干预话语。在中国,这种法律话语包含着一种很强烈的行为涉他性的逻辑推定,即认为所有个人行为都必然影响或涉及其他人的利益。为了保护其他人的利益,特别是社会利益、公共利益,法律就可以理直气壮地干预任何行为。正是按照这种逻辑,吸毒、赌博、卖淫都不仅仅是涉及行为人自己的事情,而是影响到家庭成员、邻里和社会秩序的事情,所以治安管理处罚法把吸毒、赌博、卖淫等行为当作妨害社会管理的行为予以禁止和处罚。既然没有什么行为不是涉他性的行为,政府只要拿起其他人的利益这个法宝,就有了干预一切行为的合法理由。这种不承认个人有任何自涉性行为的观念,以其他人的利益干预人们所有行为的逻辑,将会导致一种可怕的结果,即完全否认个人有独立的、自治的空间。试想,若能以家庭成员的利益为由禁止人们赌博、吸毒,为什么不可以用相同的理由禁止人们离婚呢?事实上,父母离婚对未成年子女的伤害程度远远超过偶尔几次的赌博行为。

其实,家长主义能够对禁止吸毒、赌博、卖淫等行为人自愿而为的行为提供更合理、更有效的解释。家长主义首先承认个人有独立或自治的私人空间,承认某些行为是自涉性的行为,然后再主张为了行为人自身的利益而干预其私人自治空间或自涉性行为。因此,虽然非家长主义干预和家长主义干预都可以达致干预行为人行为的结果,但是家长主义干预比非家长主义干预更尊重行为人的主体地位,因为它是为了行为人的利益而限制其行为自由,同时也更有利于保护行为人的自由,因为它坚持以最少限制的原则来限制行为人的行为自由。从这种意义上说,家长主义表面上看压制了个人自由,实质上却更尊重个人自由。

把上述三方面原因归结为一点,就是我们未能真正地理解家长主义,从而不能认真对待家长

[3] 参见孙笑侠、郭春镇:《美国的法律家长主义理论与实践》,《法律科学》2005年第6期。

[4] 参加韩保江:《哪些影响发展的体制弊端必须革除》,《学习月刊》2003年第8期。有的论者直接称之为“家长制主义”,参见朱四倍:《强制捐款背后的家长制主义者》,《观察与思考》2006年第23期。

[5] Joel Feinberg, *The Moral Limits of Criminal Law: Harm to Self*, Oxford University Press, 1986, p. 4.

[6] 参见孙笑侠、郭春镇:《法律父爱主义在中国的适用》,《中国社会科学》2006年第1期。但笔者认为,用“家长主义”对译英文中“paternalism”更为妥当。首先,汉语里的“家长主义”和英文里的“paternalism”的语义最为接近,在各自的语言体系中都是充满贬义和争议的术语。“父爱主义”则是一个更多带有褒义的术语,和“paternalism”的语义不相契合。其次,在法律“paternalism”中,立法者或其他政府官员的意图和动机是否出于爱或善意,事实上很难弄清楚,也没有必要弄清楚。“父爱主义”的语义则完全与此背道而驰,强调政府和法律的爱,但“爱”在法律上既很难确定,也没有什么意义,因此“父爱主义”在法律语境下是一个更具误导性的术语。

[7] 参见张文显:《二十世纪西方法哲学思潮研究》,法律出版社1996年版,第549页以下;郭春镇:《法律父爱主义及其对基本权利的限制》,法律出版社2010年版;前引[3],孙笑侠等文;前引[6],孙笑侠等文。

主义。本文的主要目的，是把家长主义法律干预与非家长主义法律干预区分开来，在对家长主义进行概念谱系分析的基础上，通过讨论家长主义法律干预的构成条件、正当理据等问题，恢复家长主义作为一种独立的法律干预模式的地位。在与中国的相关性问题上，本文主张，为防止政府以家长主义之名随意剥夺或限制公民的自由，必须对家长主义法律干预的设立加以严格控制。

一、家长主义的概念谱系

家长主义不仅是一个因褒贬不一而富有争议的概念，也是一个因频繁使用而语义复杂的概念。甚至在同一篇论文中，学者们所论及的“家长主义”也并不是同一个意义上的“家长主义”，尽管它们之间具有家族相似性和复杂的关联。为了更进一步厘清本文所讨论的法律家长主义，必须对诸多不同的家长主义进行概念上的谱系分析。就目前使用的情况来看，家长主义主要在三种相互关联的意义上使用。

（一）家庭关系领域的家长主义

这是原初意义上和本真意义上的家长主义。这种家长主义的典型是父母与未成年子女之间的关系，即父母为了保护未成年子女的利益可以对其进行监护、管束乃至惩戒。这种家长主义与家庭法直接相关，构成了家庭法的理论基础。不过，在家庭法领域，古代版的家长主义与现代版的家长主义有很大差异。在古代家族法中，家长主义不仅适用于家长与未成年家族成员之间，而且适用于家长与成年家族成员之间。例如，早期罗马法中，妇女处于丈夫的监护之下，丈夫死后又处于丈夫指定的继承人的监护之下。^{〔8〕}古代家长主义的另一个显著特征是，家长对家族成员的人身、婚姻、财产等利益拥有相当大的处分权。梅因指出，早期罗马法中，父家长对子女拥有无限制的肉体惩罚权，掌握子女的生死大权，主宰子女的婚嫁，可以令子女离婚，可以出卖子女。^{〔9〕}现代家庭法中，家长主义主要适用于父母与未成年子女，而且监护权的行使以尊重和保护未成年子女的权利为基本原则。

以未成年人为对象的家长主义建立在两个假定基础之上：（1）未成年人缺乏独立的判断能力和行为能力，必须由家长为其做出理性的判断和选择；（2）家长基于血缘和亲情关系最有可能替未成年人的利益着想，因而是未成年人最合适的监护人。前一个假定解决了未成年人为何需要监护的问题，后一个假定解决了由谁来监护未成年人的问题。但是，家长主义的实践并不一定完全符合两个假定。现实中的家长主义是极为多样化的：有许多成功型的家长主义，如历史上很多著名人物从小受到父母精心或严格的教育长大后成名成家的事例；有不少悲剧式的家长主义，如父母对子女婚姻的强行包办而制造出诸如梁祝那样的婚姻悲剧；还有更多普通版的家长主义，即平凡的父母以平凡的方式履行对子女的监护责任。古代版的家长主义和悲剧式的家长主义往往成为许多论者批判和攻击家长主义的靶子。

（二）政治领域的家长主义

这是一种拟制意义上的家长主义，即把政府与民众的关系比拟为父母与子女关系，要求政府像父母对待子女一样对待民众。本文把这种家长主义称为政治家长主义，以区别其他类型的家长主义。政治家长主义又可以分为中西两个版本。

一是中式的儒家版的家长主义，主张政府官员应像民之父母一样以亲民、爱民、惠民之心对

〔8〕 [英] 梅因：《古代法》，沈景一译，商务印书馆1959年版，第89页。

〔9〕 同上书，第79页。关于中国父家长的权力，特别是家产管理权，可参见 [日] 滋贺秀三：《中国家庭法原理》，张建国、李力译，法律出版社2003年版，第119页以下。

民众行使统治权。儒家的民本、仁政、德治等思想都建立在这种家长主义的逻辑之上。^[10]应当承认,在古代的君主专制政体和官僚政治体制下,以家长主义思想为基础的仁政、德治是人们所能构想出来的最理想的治国模式。就此而言,儒家的家长主义在当时的历史条件下有其进步意义。但是,儒家的家长主义从骨子里包含着一种专制政治的逻辑,即把民众单纯地视为政治统治的对象,并且赋予政府处置民众利益的绝对权力,因而在政治实践中表现为清天大老爷“为民做主”、“替民做主”。这种家长主义和现代的民主政治、有限政府等思想是完全对立的,不能作为现代政党和政府治国理政的政治原则。当然,儒家的家长主义所包含的亲民、爱民、惠民观念可以作为现代政府官员在民主、限权、法治的政治制度下施政的道德准则。

二是西式的福利国家版的家长主义,要求政府像家长一样承担起各种社会责任,诸如促进社会就业、解决分配不公、保护弱势群体、提供社会保障,乃至成为全体国民的保姆。这种家长主义思想为西方国家政府职能的扩张提供了合法性论证,推动了资本主义国家从“守夜人式的国家”向“福利国家”的转变。^[11]新自由主义经济学家极力反对这种福利国家版的家长主义。弗里德曼批评说,家长主义的“你的国家能为你做些什么”意味着政府是保护者而公民是被保护者,这个观点和自由人对自己命运负责的信念不一致。^[12]

(三) 伦理和法律意义上的家长主义

这也是一种扩展意义上的家长主义,把家长式干预的模式推广到家庭关系以外的社会关系领域,即一方可以为了另一方利益而干预其行为。这类家长主义问题实际上是由家长主义的批判者,即自由主义者所提出来的。在自由主义者看来,每个人都是本人利益的最高主权者和最佳监护者,因而拥有以自己的方式追求自己利益的自由。^[13]对个人自由的推崇和捍卫,使得自由主义者对任何限制自由的原则表现出警惕和质疑。密尔只承认伤害原则(“防止对他人的伤害”)是限制自由的正当原则,明确反对把家长主义作为限制自由的原则,却也承认一种特殊形式的家长主义。他说,一个人不能被强迫去做或不做某件事,但是如果看到一个人要过一座危桥,并且来不及告诉他面临的危险,是可以强行把他拉回来的,这不构成对他的自由的真正侵犯,因为自由在于做自己想要做的事,而这个人并不想自己掉进河里。^[14]自密尔之后,家长主义逐渐成为西方思想界热烈探讨的问题。

伦理和法律意义上的家长主义又可以分为私域的家长主义与公域的家长主义。^[15]在私域中,家长主义干预发生在私人之间,如医生与患者、律师与客户之间。对于私域的家长主义而言,经常引发争论的问题是,在什么样的条件下一方应为了对方的利益而对其实施家长主义干预。在2007年肖志军拒签事件的讨论中,许多论者都提出,即使家属不同意救治,医生为了挽救患者的生命也应当实施强制救治。^[16]私域的家长主义干预不仅是一个伦理问题,也是一个法律问题。针对肖志军拒签事件,一些法律界人士提出要修改《医疗机构管理条例》关于家属或关系人不签字同意就不能实施手术的规定,确立医生对生命垂危的患者的强制救治权。

在公域中,家长主义干预发生在政府与私人之间。在现代法治国家,由于政府对私人行为的干预是以法律为根据进行的,这种干预实际上就是法律对私人行为的干预。对于公域的家长主义

[10] 参见前引[6],孙笑侠等文。

[11] 参见王一行:《从伦理到法律的抉择——西方家长主义理念嬗变》,《中南林业科技大学学报》(社会科学版)2009年第5期。

[12] [美]米尔顿·弗里德曼:《资本主义与自由》,张瑞玉译,商务印书馆1986年版,第3页。

[13] 参见[英]密尔:《论自由》,程崇华译,商务印书馆1959年版,第10页,第13页。

[14] 同上书,第10页,第104页。

[15] David L. Shapiro, *Courts, Legislation, and Paternalism*, 74 *Virginia Law Review* 527 (1988).

[16] 关于肖志军拒签事件的讨论,参见苏力:《医疗的知情同意与个人自由和责任》,《中国法学》2008年第2期。

而言，核心问题是在什么样的条件下政府（法律）可以对私人的行为实施家长主义干预。本文所讨论的家长主义主要是公域的家长主义，即作为一种法律干预模式的家长主义。

二、家长主义法律干预的构成条件

为了避免把非家长主义的现象当成家长主义来讨论，家长主义论者都很重视家长主义的概念界定问题，并通过具体分析家长主义的各项构成条件，进一步明晰家长主义的判断标准。家长主义研究的重要代表人物吉诺德·德沃金在他撰写的《剑桥哲学辞典》“家长主义”辞条中，提出了P对Q的行为构成家长主义的三个必要条件：（1）P的行为是出于为Q避免某种危害或维护某种利益的意图；（2）P的行为与Q当时的偏好、意愿或价值观相反或无关；（3）P的行为是对Q的自主或自由的限制。^[17]另一位美国学者波普在德沃金的基础上进一步提出了强式家长主义（hard paternalism）的四个构成要素：（1）干预者是有意识地限制对方的自由；（2）干预者主要是出于善意而限制对方的自由；（3）干预者不考虑对方当下的偏好；（4）干预者或者不考虑对方是否愿意限制自己的行为，或者是有意识地限制对方本来想实施的行为。^[18]

显然，德沃金、波普所界定的家长主义是私域的家长主义。私域的家长主义非常强调干预者的内心意图，诸如干预者的干预是有意识的或出于善意的。为此，很多家长主义论者提出要区分干预的意图与结果，认为家长主义只要求干预者有为对方谋利的意图，而不必然要求有对方获利结果。美国学者赫西认为：“我们可以说为了当事人的利益是构成家长主义行为的必要条件，但不能说只有使当事人成功获益时才构成家长主义行为……我们只要求家长主义行为的意图是维护当事人的利益。”^[19]波普区分了善意（benevolence）和受益（beneficence），认为善意是家长主义行为的必要条件，而受益则不是必要条件。^[20]例如，强行把要过危桥的人拉回来，是否构成家长主义行为，要看干预者的意图：如果干预者是担心过桥者摔伤摔死，干预就构成家长主义行为；如果干预者是怕过桥者踩坏了他的桥，这样他就要修新桥的话，干预就不构成家长主义行为。虽然判断标准很清楚，但操作起来却不那么简单，因为干预者内心的真实意图并不容易弄清楚。本来很平庸的、甚至卑劣的机动一旦产生了美好的结果，就有可能被干预者本人或其他人粉饰为无比高尚的意图。

对于公域的家长主义来说，由于干预者不是某个具体的个人，而是设立或实施法律干预的政府，探究众多政府官员设立或实施法律干预的主观意图，既是很困难的也是没有必要的。对于立法官员来说，只要他所设立的法律干预客观上能保护行为人的利益，即可推定法律干预的目的是保护行为人利益。对于执法官员来说，只要他是严格按照立法的规定行使权力，他的执法意图并不影响执法行为构成家长主义行为。即使像实践中经常发生的那种情况一样，警察为了创收而去抓赌，但只要警察在法律范围内行事，并不影响禁赌法律是家长主义法律，也不影响抓赌是家长主义执法行为。因此，可以把家长主义法律干预的构成条件归纳为两项：法律干预的目的是保护行为人的利益；法律干预的方式是限制行为人的自由。当然，这两项基本条件必须给予进一步的说明和限定。

[17] Gerald Dworkin, *Paternalism*, in Robert Audi (ed.), *The Cambridge Dictionary of Philosophy*, Cambridge University Press, 1995, p. 649.

[18] Thaddeus Mason Pope, *Counting the Dragon's Teeth and Claws: The Definition of Hard Paternalism*, 20 Georgia State University Law Review 659-722 (2004).

[19] Paul Turner Hershey, *A Definition for Paternalism*, 10 Journal of Medicine and Philosophy 172 (1985).

[20] 前引 [18], Thaddeus Mason Pope 文, 第 696 页以下。

（一）法律干预的目的在于保护行为人的利益

家长主义法律干预模式区别于其他干预模式的标志性特征，在于它是为了保护行为人利益的目的而干预行为人的行为。驾驶员在开车时必须系安全带，摩托车驾驶员在驾车时必须戴安全头盔，之所以属于家长主义干预，就在于其直接目的是保障驾驶员的人身安全。不过，在大多数情况下，尽管家长主义干预的直接目的是保护行为人的利益，但其实际结果却不仅仅对行为人本人有利，往往还惠及其他人乃至整个社会。例如，禁止吸毒、赌博，不仅对当事者本人有益，也对其家庭成员有益。限制未成年人的法律行为能力，不仅对未成年人本人有益，也对其他社会成员有益，因为这一限制减少了交易的不安全性。这就是说，家长主义法律干预产生了积极的外部性效应。家长主义者把这种对其他人有利的情形称为非纯粹的家长主义，把仅对行为人有利的情形称为纯粹的家长主义。^[21]

家长主义法律保护行为人利益的方式有两种：一种方式是使行为人的利益得到增加，如养老保险制度保障公民在退休后能获得较丰厚的养老金。另一种方式是使行为人的利益免受某种损害，如强制要求系安全带使驾驶员在遇到交通事故时能避免或减轻身体伤害。家长主义者通常把前一种情况称为积极的或增进利益的家长主义，后一种情况称为消极的或防止伤害的家长主义。^[22]大多数家长主义法律干预都属于后一类情形。

在相当多的情形中，法律对行为人的干预可能同时出于多种目的，既是为了保护行为人的利益（家长主义目的），也是为了保护他人利益或社会利益（非家长主义目的）。例如，禁止卖淫，既是为了维护人们的人格尊严和身体健康，也是为了维护社会利益和他人利益，如防止性传播疾病的扩散、维护婚姻家庭关系的稳定、预防违法犯罪行为的发生等。不过，对于习惯于从社会利益角度考虑问题的国家来说，法律禁止卖淫可能主要是出于非家长主义目的。家长主义者根据干预目的是单一的还是多重的，把家长主义分为混合的家长主义与非混合的家长主义。^[23]

区分混合的与非混合的家长主义的关键在于确定法律干预的目的，这又使我们回到了法律解释学上那个永恒的难题，即如何探求立法者的目的或意图。^[24]例如，对于禁止赌博的法案，某个立法者投票支持的真实动机可能是赌场上一次不愉快的经历，但他阐述的理由却可能是堂而皇之的，如赌博会助长不劳而获的恶习。或者，本来有更好的理由来支持禁赌法案，但立法者却可能把某个并非直接相关的因素，如赌博会加剧贫富分化，作为他支持禁赌法案的理由。^[25]此外，纵然大多数立法者都投票支持禁赌法案，但他们支持的理由却可能各不相同，诸如嗜赌如命会损害身体健康，沉迷赌博会导致家庭破裂，政府官员参赌会败坏执政党和政府形象，赌博会引发其他违法犯罪行为。这样，从结果上说法案虽然通过了，但我们却找不出一个多数立法者的立法意图。^[26]在中国，探求立法者的目的或意图还面临着立法资料和信息缺乏的问题，即民众并不知道各个立法者是基于什么样的理由或目的投票通过立法的。所谓立法者的目的或意图，在很大程度上是读者根据立法背景和现实情况所进行的理性重构，而这种由读者所进行的重构同样也会产生出对立法者的目的的不同解释。就家长主义立法来说，对同一项立法的目的的解释不同，又会导致对该项立法是否属于家长主义立法产生分歧。例如，家长主义者对于禁止同性间性行为、

[21] 前引 [18]，Thaddeus Mason Pope 文，第 701 页以下。

[22] 前引 [1]，Joel Kleinig 书，第 14 页；前引 [5]，Joel Feinberg 书，第 8 页。

[23] 前引 [5]，Joel Feinberg 书，第 8 页。

[24] 关于法意解释和目的解释的问题，参见苏力：《解释的难题：对几种文本解释方法的追问》，《中国社会科学》1997 年第 4 期。

[25] 前引 [5]，Joel Feinberg 书，第 16 页以下。

[26] 前引 [24]，苏力文。

强制购买养老保险、禁止决斗等法律是否属于家长主义立法就存在不同意见。^{〔27〕}

(二) 法律干预的方式是限制行为人的自由

家长主义之所以被称为是一种法律干预模式，是因为它限制了行为人的行为自由。如果法律赋予了人们某种利益，却没有限制人们的行为自由，也不构成家长主义。例如，我国妇女权益保护法第 26 条规定，任何单位不得以结婚、怀孕、产假、哺乳等为由，辞退女职工或单方解除劳动合同。这一条款保护了妇女的权益，但并不构成家长主义法律干预，因为它并没有限制妇女的任何自由。^{〔28〕} 法律家长主义最为人所诟病的地方，就在于它限制了行为人的自由。一些古典自由主义者和现代保守主义者特别强调个人自由的神圣性，往往对打着保护个人利益的旗号而限制个人自由的家长主义法律的正当性表示质疑。即使是赞成家长主义法律干预的理论家，也对法律应当如何限制行为人的自由存在争论。

家长主义法律限制行为人自由的方式有很多。根据家长主义要求行为人作为还是不作为，可以把家长主义分为作为的家长主义和不作为的家长主义。作为的家长主义要求行为人做出某种行为，例如要求司机开车时系安全带、摩托车手驾车时戴头盔。不作为的家长主义要求行为人不得做出某种行为，即禁止行为人做出某种行为，例如禁止在危险的水域游泳、禁止私人决斗。

根据家长主义干预的行为是行为人自愿的还是非自愿的行为，家长主义可以分为强式的和弱式的家长主义。^{〔29〕} 弱式的家长主义干预的是行为人事事实上并不自愿的行为。由于不知情、智力缺陷、精神错乱、醉酒、吸毒等客观原因，^{〔30〕} 行为人可能会做出事实上并不自愿的选择。例如，因重大误解而订立合同，因受暴力威胁而被迫结婚。对这些行为人并不自愿的行为进行干预，实际上符合行为人的真实意愿。一些家长主义论者认为，弱式的家长主义非但没有威胁行为人的自由，反而增进了行为人的自由，因而是与自由主义相容的。一些家长主义论者甚至认为，所谓的弱式的家长主义根本就不是家长主义，而属于自由主义者所认可的伤害原则的范畴。^{〔31〕} 费因伯格提出，既然弱式的家长主义已经成为广泛使用的说法，那么我们不妨把弱式的家长主义纳入自由主义所承认的限制自由原则之列。^{〔32〕} 强式的家长主义干预的是行为人自愿的行为，例如，自愿的赌博行为、卖淫行为。强式的家长主义之所以被称为强式的，是因为它完全推翻了行为人的自愿选择，而将自己的价值观和判断强加于行为人。正因为这样，很多自由主义者都反对强式的家长主义。从法律的角度来说，强式的家长主义法律干预行为人的方式是直接否定行为的法律效力，并给行为人设定相应的法律责任；弱式的家长主义法律干预有时并不直接否定行为的法律效力，而是将决定权（通常表现为撤销权）交给行为人，如我国婚姻法规定，因胁迫的结婚属于可撤销的婚姻。

根据家长主义干预的对象是行为人的行为，还是其他人的行为，家长主义可以分为直接家长主义和间接家长主义。直接家长主义的特点，是仅仅干预行为人的行为，而不涉及其他人的行为。间接家长主义的特点，是通过直接干预其他人的行为，而间接干预行为人的行为。对未成年人的家长主义保护基本上都属于间接家长主义。例如，禁止歌厅、网吧向未成年人开放，禁止商店向未成年人出售烟酒，禁止企业招收童工，禁止任何人与幼女发生性关系。法律对这些组织或

〔27〕 前引〔5〕，Joel Feinberg 书，第 17 页以下。

〔28〕 关于这一条款的家长主义解释，参见前引〔6〕，孙笑侠等文。

〔29〕 Joel Feinberg, *Legal Paternalism*, 1 *Canadian Journal of philosophy* 105-124 (1971). 有学者把“hard paternalism”翻译为硬父爱主义，把“soft paternalism”翻译为软父爱主义，参见前引〔3〕，孙笑侠等文；前引〔7〕，郭春镇书，第 11 页以下。

〔30〕 前引〔5〕，Joel Feinberg 书，第 12 页以下。

〔31〕 Tom L. Beauchamp, *Paternalism and Biobehavioral Control*, 60 *The Monist* 67 (1977).

〔32〕 前引〔5〕，Joel Feinberg 书，第 14 页。

个人行为的直接禁止，其实也是对未成年人的相关行为的间接禁止，从而保护未成年人的利益。但是，在某些情形下，法律可能同时对双方当事人的行为都明令禁止。例如，法律既禁止开设赌场，也禁止参加赌博；既禁止提供毒品，又禁止吸食、注射毒品。由于直接家长主义只涉及一方当事人，而间接家长主义涉及两方当事人，费因伯格把直接家长主义称作单方当事人的情形，把间接家长主义称为双方当事人的情形。^{〔33〕}

根据家长主义干预发生的时间，可以把家长主义分为即时的、事后的和事先的家长主义。^{〔34〕}即时的家长主义是指在行为人即将要实施某种行为时，干预者立即阻止其做出该行为。大多数行政执法中的家长主义属于即时的家长主义。事后的家长主义是指在行为人已实施某种行为之后，干预者再否定该行为的效力或追究行为人的责任。司法中的家长主义通常是事后的家长主义。部分行政执法中的家长主义也属于事后的家长主义。事先的家长主义是在行为人尚未实施某种行为之前，干预者阻止其在将来做出该行为。立法中的家长主义通常是事先的家长主义。

三、家长主义法律干预的正当性

家长主义干预的正当性问题，是家长主义实践中最为重要的问题，同时也是家长主义研究中最充满争议的问题。由于家长主义法律干预的领域相当广泛，包括性、婚姻、家庭、文化教育、食品药品、医疗、交通、劳动就业、消费、社会保障等各个领域，很难用一条或几条简单的理据来解释所有形式的家长主义法律干预的合理性。^{〔35〕}家长主义论者往往用不同的理据来论证不同的家长主义法律干预的合理性，如行为能力缺失、当事人同意、风险规避、经济效率、分配正义、基本人权保障等。每一种理据的理解和适用都面临着诸多复杂的理论与实践问题。下面仅以行为能力缺失、当事人同意、基本人权保障、风险规避等几个理据来说明这种复杂性。

（一）行为能力缺失

行为能力缺失是论证法律家长主义正当性的最重要的一类理据。根据这一理据，在行为人缺乏或部分丧失理性的认知能力和决断能力时，其他人可以为了其利益而干预其行为。即使是最保守的自由主义者，也承认建立在行为能力缺失基础之上的家长主义的合理性。弗里德曼指出，为政府行动提供理由的家长主义在很多方面都是自由主义者最反感的，不过，对于那些不能自我负责的人来说，家长主义是无可逃避的选择，如精神病人和未成年人。^{〔36〕}罗尔斯认为，只有在行为人的理智力和决断力缺损时，家长主义干预才是正当的。家长主义原则是人们为了保护自己在社会上免受自己的理智力和决断力薄弱或缺损之害而会接受的原则。当发生上述情况时，其他人就被授权甚或被要求代表行为人做出行动，去做行为人在理性的时候将为自己所做的事情。^{〔37〕}这类家长主义属于典型的弱式家长主义。以此为由，现代各国的法律给未成年人、智力障碍者、精神病人设计了各种禁止或限制其行为能力的制度。

一个经常为人们所观察或体验到的现象是，即使是智力正常的成年人也会做出一些急躁冒失乃至非理性的行为。法律可不可以按照同样的理据把家长主义干预扩展到智力正常的成年人呢？

〔33〕 前引〔5〕，Joel Feinberg书，第9页以下。

〔34〕 前引〔18〕，Thaddeus Mason Pope文，第693页。

〔35〕 克罗曼认为，即使在合同法中，不同形式的家长主义限制之间也存在着明显的差异，那种认为用某个单一的原则就能很好地解释合同法中所有家长主义限制的看法是错误的。Anthony T. Kronman, *Paternalism and the Law of Contracts*, 92 *The Yale Law Journal* 765 (1983).

〔36〕 前引〔12〕，弗里德曼书，第34页以下。

〔37〕 John Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, 1971, pp. 249—250.

能不能以成年人的行为缺失理性为由进行家长主义干预呢？一些家长主义论者支持这一意见。吉诺德·德沃金提议说，既然我们都认识到我们身上的非理性倾向、认知和感知能力上的缺陷以及各种可避免和不可避免的无知，带着“社会保险单”对于我们来说无疑是理性和明智之举。^{〔38〕}他所说的“社会保险单”就是家长主义法律保护。一般认为，家长主义干预不仅有助于矫正行为人的认知能力缺陷，也有助于防止他人不道德地利用行为人的认知能力缺陷。^{〔39〕}

一些保守的自由主义者反对把这一理据的适用范围扩大，他们坚持“理性人”的假设，即每个人都能够根据所获得的各种信息，比较各种可能行动方案的成本与收益，做出个人利益最大化的行动选择。^{〔40〕}从这一假设可以推出反家长主义的结论，其他人用不着干预行为人的选择，也不应当代替行为人做出选择。不过，这一“完全理性”假设遇到了行为经济学强有力的挑战。^{〔41〕}行为经济学把行为心理学的理论和方法引入到经济学研究中，通过各种概念和理论揭示出理智健全的人也会做出诸多非理性的选择。以时间贴现理论为例，它揭示出许多为了追求当下的即时快乐而宁愿牺牲未来更大利益的现象。^{〔42〕}轻者如越来越多的人所持有的“今朝有酒今朝醉，哪管明日忧与愁”的即时行乐的消费行为，重者如酗酒、吸毒、赌博等行为人明知其危害却难以摆脱的上瘾行为。于是，一些家长主义论者认为，行为经济学为扩大家长主义干预的范围提供了理论基础。^{〔43〕}

（二）保障基本人权

保障公民的基本人权也是论证法律家长主义正当性的重要理据。从基本人权的特征出发，我们可以合乎逻辑地推理出对基本人权进行家长主义保护的必要性和正当性。从近代以来，许多重要的人权文件和人权理论家都强调，基本人权乃是人与生俱来、不可或缺的权利。正如贝勒斯所言，“人权是人之为人所享有的权利，因而，如果一个人丧失了人权，他就不再是人。”^{〔44〕}这意味着，一方面，对于他人而言，基本人权具有不可侵犯性，即包括政府在内的任何人都不得侵犯行为人的基本人权；另一方面，对于本人而言，基本人权也具有不可让与性和不可放弃性，即行为人本人也不得处分或放弃这些权利，既不能把基本人权变卖于市场，也不能把基本人权转借于他人。^{〔45〕}因此，要切实保障行为人的基本人权，不仅要设定侵犯人权的法律责任，以禁止其他人侵犯行为人的基本人权，也要设定对基本人权的家长主义保护，以禁止行为人转让或放弃基本人权。

不过，在各国的法律实践中，究竟哪些人权应当适用家长主义保护，这些人权应当适用何种家长主义保护，是经常引起激烈争论的问题。一般来说，生命权、身体权、人格尊严等人权都适用家长主义保护。对生命权的家长主义法律保护，主要表现为禁止行为人处分或放弃生命权，例如，禁止自杀行为，禁止双方自愿的私人决斗行为，禁止自愿的安乐死行为，禁止被害人同意的杀人行为。对身体权的家长主义法律保护，主要表现为禁止行为人签订以身体的某一部分或整体为交易对象的合同。在此，人体器官的自愿捐献是一个需要特殊考虑的问题。各国法律大都允许

〔38〕 Gerald Dworkin, *Paternalism*, in Richard A. Wasserstrom (ed.), *Morality and The Law*, Wadsworth, 1971, pp. 107, 120.

〔39〕 Richard A. Posner, *Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law*, 50 *Stanford Law Review* 1551 (1998).

〔40〕 丘海雄、张应祥：《理性选择理论述评》，《中山大学学报（社会科学版）》1998年第1期；魏建：《理性选择理论与法经济学的发展》，《中国社会科学》2002年第1期。

〔41〕 参见马涛：《行为经济学对传统主流经济学的挑战》，《社会科学》2004年第7期。

〔42〕 参见董志勇编著：《行为经济学原理》，北京大学出版社2006年版，第92页以下。

〔43〕 Colin Camerer, Samuel Issacharoff, George Loewenstein, Ted O'Donoghue and Matthew Rabin, *Behavioral Economics and the Case for Asymmetric Paternalism*, 151 *University of Pennsylvania Law Review* 1211-1254 (2003).

〔44〕 Micheal Bayles, *Ethics and Population*, Schenkman, 1976, p. 42.

〔45〕 徐显明：《“基本权利”析》，《中国法学》1991年第3期。

非营利性地、自愿地捐献人体器官，而仅仅禁止买卖人体器官。对人格尊严的家长主义法律保护主要表现为禁止卖身为奴。

（三）当事人同意

当事人同意干预，是家长主义论者喜欢使用的论证理据。家长主义的批评者认为，家长主义干预者将自己的意志强加给当事人，是对当事人的尊严和个性的侵犯。^{〔46〕}与这种批评相对应，家长主义的辩护者试图从当事人同意的角度来证明家长主义的正当性。只要有当事人某种真实的或推定的、过去的或将来的同意，那些加于他们头上的家长主义强制就可视为是正当的或合理的。美国学者克雷尼格把家长主义辩护者所提出的各种同意理论概括为五种：事先同意论、真实意志论、预期同意论、事后同意论、推定的理性同意论。^{〔47〕}由于预期同意论和其他理论有相当多的交叉之处，实际上主要是四种同意理论。

第一，事先同意论。人人都有难以抗拒诱惑的时候，所以会事先授权别人在其难以抗拒诱惑时进行必要的干预。家长主义论者经常举的例子是奥德修斯抵制女妖诱惑的故事。传说中，特洛伊战争后，希腊英雄奥德修斯带领手下人乘船回家，途中要经过一座岛，岛上美丽的的女妖以动人的歌声引诱过往人员上岛，然后将其吃掉。为了抵制女妖的诱惑，奥德修斯让手下人用石蜡堵上耳朵，同时把自己绑在船桅上，并告诉手下人经过岛时，无论他怎么哀求，都不能给他松绑，直到他们远离这个岛屿。^{〔48〕}手下人捆绑奥德修斯的行为就是事先同意的家长主义。事先同意论适用于私域的家长主义，它要求被干预者事先有同意干预的意思表示。但是，这一理论对于法律家长主义只具有非常有限的意义。只有那些以全民公决形式通过的家长主义立法，才有可能符合事先同意论的要求。而且，仅仅对于那些投票支持家长主义立法的人来说，才完全符合事先同意论的要求。

第二，真实意志论。人的真实意志可能不同于表现于外的表面意志。当一个人的真实意志与表面意志不一致时，为了实现其真实意志而干预其行为并不是对其意志的违背。例如，从一个人手里强行夺走一瓶有毒的饮料，并没有违背其真实意志，反而符合其真实意志。许多弱式的家长主义法律干预是以真实意志论作为理论基础。但是，真实意志论只适用于那些因行为能力缺陷、不知情、被胁迫等客观因素所导致的真实意志背离的情形，而不适用于因粗心大意等当事人主观原因所导致的真实意志背离的情形。

第三，事后同意论。在某些时候，当事人的同意只能在事后获得。例如，未成年子女在当时可能不理解和接受父母的家长主义干预，但他们长大后可能会理解和同意父母的行为。这种事后的同意也是家长主义干预的正当性基础。事后同意论的问题在于，如果当事人事后不同意的话，则以前的家长主义干预就失去了正当性。事后同意论只适用于私域的家长主义，而不可能适用于家长主义法律干预。这是由法律的性质所决定的。家长主义法律一旦生效，当事人就必须接受法律干预，而不可能有事后是否同意的问题。

第四，推定的理性同意论。无需当事人事先或事后有同意的意思表示，而只要求有足够充分的干预理由，就可以推定理性的当事人会同意家长主义干预。为了防止对这一理论的滥用，推定同意论者把这种推定同意的范围限定于维护诸如人的生命、健康等重要利益。因为生命、健康等利益对于每个人来说都是至关重要的，因此完全可以推定所有理性的人都会同意以维护这类利益为目的的家长主义干预行为。但是，这一理论存在着明显的问题：首先，这一理论容易被滥用来证成那些不适当的家长主义干预；其次，这一理论会把反对其推定的人视为是非理性的人。

〔46〕 参见前引〔1〕，Joel Kleinig书，第28页。

〔47〕 同上书，第55页以下。

〔48〕 前引〔38〕，Gerald Dworkin文，第119页以下。

（四）风险规避

帮助行为人规避风险是家长主义法律干预的另一重要论证理据。^[49]正如德国学者乌尔里希·贝克所分析的那样，现代社会是一个风险社会。^[50]除了传统意义上的自然风险（如地震、洪水等）不断发生之外，更主要的是各种人为风险的急剧增多，如生产和交通事故、食品药品安全、能源生态危机、金融危机、恐怖主义、传染病流行、刑事犯罪率上升等。在风险社会中，风险管理与控制成为政府和各行各业越来越重要的工作主题。家长主义就是法律应对和控制风险的重要策略。例如，法律强制危险行业的从业人员必须穿安全服，强制摩托车驾驶员戴安全头盔，强制机动车所有人或管理人投保交通事故责任强制保险。这样，当实际的危险发生时，行为人所遭受的损害或损失将会降低到最低程度，或者由社会来分担。

但是，这并不意味着法律可以随意以替行为人防范某种风险为由而进行家长主义干预。就日常生活经验而言，各种难以预料和控制的风险遍及日常生活世界的各个角落。如果允许法律随意地以预防某种风险为由而施加家长主义干预，几乎所有的私人行为都可能遭受法律的干预。这显然是我们不愿意接受的灾难性局面。一般来说，只有那些发生概率高、实际危害大的风险，法律才能进行家长主义干预。因此，设定家长主义法律干预之前，立法者要对风险进行分析和评估：（1）风险发生的概率。风险并不等于实际的危险，而只是代表了实际危险发生的可能性。各种风险的发生概率不同，意味着人们实际面临这些危险的概率也就不同。每个人在大街上或住宅区行走时，都会有遇到建筑物上搁置物或悬挂物坠落砸伤的风险，但这种风险发生的概率极低。法律通常只对那些发生概率较高的风险进行家长主义干预。例如，很多国家法律之所以强制人们参加养老保险、医疗保险、失业保险，就在于年老体衰、生病、失业等问题是所有人或者大多数人一生中都会必然会遇到的风险。（2）风险的危害性。尽管各种风险都会对人们的利益构成威胁，但不同的风险所威胁的利益和危害程度可能会有所不同。法律通常只对那些可能会对人身安全、生命安全造成严重威胁的风险进行干预，如交通、医疗等领域的风险。

四、家长主义法律干预的设立条件

尽管家长主义是任何社会都不可缺少的法律干预模式，但确像很多自由主义思想家所警告的那样，这种法律干预容易变成政府堂而皇之地把自己的意志强加于个人的幌子。特别是在我们这样一个儒家式的政治家长主义传统深厚的国家，某些政府部门或执法人员很容易打着家长主义的旗号侵损个人的自由。事实上，近年来很多出自中国政府部门的家长主义干预已经引发了社会各界的热议和质疑，如教育部关于禁止大学生在校外租房的禁租令，文化部关于卡拉OK场所强制安装卡拉OK内容管理服务系统的规定，工业和信息化部关于计算机强制安装绿色上网过滤软件的绿坝令。

要有效控制家长主义干预的滥用，必须在理论上和实践上确立家长主义法律干预的设立条件。这一问题恰恰是法律家长主义研究中的薄弱环节。本文试图从实体原则和程序要求两方面提出家长主义法律干预的设立条件。

（一）实体原则

第一，法律干预的理据充分。在讨论法律家长主义的正当性时，就已暗含着家长主义法律干

[49] 前引 [1]，Donald VanDeveer 书，第 302 页以下。

[50] 参见 [德] 乌尔里希·贝克：《风险社会》，何博闻译，译林出版社 2004 年版。

预设立的一项重要实体原则,即必须有重大而充分的理据。政府在设立家长主义法律干预时,有义务向利害关系人和社会公众提供重大而充分的理据,并接受利害关系人和社会公众的评判。

第二,法律干预所得大于所失。这一原则既适用于行为人,也适用于社会。对行为人来说,尽管法律干预的得失难以货币的形式进行准确的计算,但还是可以根据理性人的价值标准进行大体上的权衡。例如,人的生命通常高于其他利益,人格尊严、人身自由通常高于财产利益。由此可以说,禁止私人决斗的法律干预之所得——人身伤害或死亡事故的避免,大于所失——以决斗的方式解决纠纷的自由;禁止卖身为奴的法律干预之所得——人格尊严的维护,大于所失——财产利益的获得。对社会来说,法律干预之收益也应当大于成本。家长主义法律干预除了对行为人产生影响外,还会产生积极的或消极的外部性。非纯粹的家长主义干预具有积极的溢出效应,会惠及行为人以外的其他人,因而社会收益应当包括行为人的所得和其他人的受益。另一方面,家长主义干预也会产生消极的外部性,让其他人或整个社会付出一定的代价。例如,出于保护低收入工人目的实施的最低工资制度,可能会使一部分工人失去就业的机会。^[51]因为最低工资制度会导致那些原来在最低工资标准之下雇佣工人的雇主减少雇工的数量。对于这些因此而失业的工人来说,在最低工资标准之下的低收入就业状态也比完全失业状态要好。此外,法律干预给社会产生的成本还应当包括国家执法机构实施法律的成本。把上述三部分成本合在一起,就可以得出一个计算家长主义法律干预的社会成本。显然,社会的收益成本计算比行为人的得失权衡更为复杂。通常而言,只有那些经济领域的家长主义干预,如最低工资、强制保险等,才有可能较为准确地测算出社会收益成本。

第三,法律干预对行为人自由的限制应减少到最低限度。克雷尼格在讨论家长主义的限制时,提出了“优先选择最少限制的方式”。他解释说,假设有X和Y两种可供选择的方式,它们大体上都能同等有效地实现某一目标,使A免受人身伤害;如果X方式对A的自由限制更少,就应当优先选择X方式。^[52]这一原则的目的是尽可能地减少家长主义对个人自由的限制。举例来说,为了保护未成年人的利益,对于未成年人订立合同的家长主义干预至少有两种可供选择的方式:其一,合同一律无效;其二,合同经法定代理人追认后有效,未追认的无效。显然,前一种方式完全剥夺了未成年人订立合同的自由,而后一种方式则有限制地承认未成年人订立合同的自由。因此,按照优先选择最少限制的方式的原则,立法者应当选择第二种方式。

(二) 程序要求

程序的重要功能是排除法律决策过程中的恣意因素,保证决定的客观公正。^[53]为防止政府恣意地滥用家长主义法律干预,对政府设立家长主义法律干预进行程序控制是必不可少的。从中国的法律实践来看,正是由于家长主义法律干预的设立缺乏必要的程序控制,往往是由政府部门单方面做出决定的,而表现出很大的任意性,甚至出现了变化无常的现象。最典型的例子是教育部的“禁租令”。在短短的四年时间里,禁租令就经历了从设立到取消再到恢复这样几次反复无常的变动。2004年教育部《关于切实加强高校学生住宿管理的通知》规定,原则上不允许学生自行在校外租房居住;对已在校外租房的学生应要求其搬回校住宿;对极少数坚持在校外租房的学生,经本人与家长双方签字报学校备案。2005年教育部《关于进一步加强高校学生住宿管理的通知》不再明确禁止大学生校外租房,因而被新闻媒体解读为是对禁租令的解除。2007年教育

[51] 关于最低工资制度对失业的影响的讨论,参见韩兆洲、安宁宁:《最低工资、劳动力供给与失业——基于VAR模型的实证分析》,《暨南学报(哲学社会科学版)》2007年第1期。

[52] 前引[1],Joel Kleinig书,第74页。

[53] 季卫东:《法治秩序的建构》,中国政法大学出版社1999年版,第14页。

部《关于进一步做好高校学生食宿管理的通知》再次明确规定，原则上不允许学生自行在校外租房居住；对特殊原因在校外租房居住的学生，要履行相关备案手续。假如这种事关高校学生利益的重大决定的出台要经过征求社会意见、接受外来监督的程序，就不会出现此类行政主管部门翻手为云覆手为雨的现象。家长主义法律干预的设立应当经过立法听证程序，并在设立后接受司法审查。

在现代法治社会中，家长主义法律干预通常是以家长主义立法（包括议会立法和行政立法）为前提的，民主、开放的立法程序有助于防止家长主义法律干预的滥设。其中，立法听证程序尤为重要。立法听证程序能够保证利害关系人通过正式的渠道表达自己的意愿，保证立法者能够知悉利害关系人真实的意愿，从而使家长主义立法最大限度地反映利害关系人的意愿。立法听证程序能否真正发挥这种功能，取决于程序设计的合理性以及程序运作的有效性。与一般的立法听证程序一样，在家长主义立法听证程序中，听证参加人的遴选机制、听证参加人的代言能力、听证案卷对立法机构的拘束力等因素，^[54]对于听证程序能否发挥民主立法的功效具有实质性影响。

现代各国的法律实践表明，司法审查程序是制约和监督立法行为和行政行为的重要程序机制。对家长主义法律干预的司法审查包括两方面：一是对家长主义立法的司法审查。由于家长主义立法可以采取议会立法和行政立法两种形式，因而这种司法审查又可分为对议会立法和对行政立法的司法审查。在我国，现行的宪政体制和诉讼制度不允许社会组织或公民提请法院对立法进行司法审查，而只允许社会组织和公民就地方人大立法和行政立法同宪法、法律相抵触的问题向全国人大常委会提出审查的建议。近年来，很多学者都呼吁修改行政诉讼法，确立对行政立法等抽象行政行为的司法审查制度。^[55]对于家长主义行政立法来说，这显得尤为必要。如果允许社会组织和公民对家长主义行政立法的合法性和合理性提起司法审查，无疑将有助于有效扼制行政机关滥设家长主义干预的现象。二是对家长主义行政执法行为的司法审查。这类司法审查的法律意义较为有限，只能控制行政机关在执行家长主义立法上的随意性。

五、家长主义法律干预的有效性

在法律实施环节，所有法律干预都会普遍面临一个有效性的问题，即事实上能否为人所服从或执行的问题。^[56]影响法律干预有效性的因素很多，诸如违法行为的可观测性和可验证性、^[57]当事人求助法律干预的积极性、执法机构的执法能力和积极性等。在所有法律干预中，家长主义法律干预的有效性尤为突出。这在很大程度上是由家长主义法律干预自身的特点所决定的。

首先，家长主义法律所干预的很多行为都属于私密性较强的行为，如吸毒、赌博、卖淫、嫖娼等行为，这类行为干预的成本和难度很高。法律干预是以行为的可观测性和可验证性为前提的。只有当执法机构能够搜集到有关违法行为的证据时，才能认定和追究行为人的法律责任。法律干预的信息成本就是执法机构调查搜集证据所支出的人力、物力和时间成本。通常来说，行为的私密性、隐蔽性越强，法律干预的信息成本就越高。隐私权保护、私有住宅保护、非法证据排除等制度对执法机构搜集这类证据的活动施加了严格的制度约束，进一步增加了法律干预的信息

[54] 关于这些因素的分析，参见王惠玲：《我国立法型听证的与对策》，《法律科学》2006年第5期。

[55] 胡锦涛：《论我国抽象行政行为的司法审查》，《中国人民大学学报》2005年第5期。

[56] 这种有效性是事实上的有效性或社会学意义上的有效性。参见前引〔7〕，张文显书，第440页以下；郑永流：《法的有效性与其有效的法——分析框架的建构和经验实证的描述》，《法制与社会发展》2002年第2期。

[57] 张维迎：《信息、信任与法律》，生活·读书·新知三联书店2003年版，第196页。

成本。而且,在这类法律干预中,经济学家所说的信息不对称的问题更为突出,即行为人能够更加便利地隐瞒自己的行为信息,执法机构更难获取行为人的行为信息。如果行为人能够成功地隐瞒自己的行为信息,也就能够成功地规避法律干预。^[58]例如,出租车司机很容易虚系安全带骗过交警的检查,交警很难发现和查处这种违法行为。

其次,家长主义法律所干预的行为的受害者要么是行为人本人,要么根本不存在受害者。正如家长主义论者所指出的那样,家长主义法律干预的通常是行为人的自涉性行为,^[59]如果说这类行为有受害者的话,受害者就是行为人本人。在这种情况下,除非行为人认为法律干预能够改善自己的境况,如因重大误解而订立合同的人觉得请求法院撤销合同对自己更有利,否则行为人就不会主动求助法律干预。然而,在相当多的法律家长主义中,行为人并不认为自己是受害者,如自愿吸毒者、自愿赌博者,所以并不会主动寻求法律干预。更何况,这类法律干预的结果是对行为人实施法律惩罚,因而寻求法律干预无异于自投罗网。除了行为人事实在上同意的家长主义法律干预外,大多数家长主义法律干预实际上只能依靠政府机关的执法行动来实施。

在其他法律干预模式中,受害者及其家属的控告和举证是法律得以有效实施的重要机制。正是由于受害者及其家属的控告,执法机构才能确切地知道违法犯罪行为的发生,法律执行或适用程序才得以启动。特别是在信息传递手段落后的古代社会和处于政府权力控制边缘的农村和边远地区,受害者及其家属的控告几乎成为法律实施的惟一启动力量。受害者及其家属的举证,也是执法机构取得可靠证据的主要来源,有时甚至是取得可靠证据的惟一来源。但是,在家长主义法律干预中,由于不存在通常意义上的受害者,这一法律实施机制基本上就失灵了。由此可以说,家长主义法律干预其实是一种最依赖政府执法能力的法律干预。

当然,执法机构还可以依靠其他知情人的举报,如宾馆工作人员举报宾馆内的黄赌毒行为,查获有关人员的违法犯罪行为。随着匿名举报方式的增多(如匿名电话、电子邮件)以及匿名程度的提高(如电脑打印信件就比手写信件的匿名程度高),一个曾经到某个宾馆的嫖娼者也可能匿名举报该宾馆有卖淫嫖娼现象。不过,知情人的举报和受害者及其家属的控告相比,是一种更具偶然性、更不可靠的渠道。知情人不一定都会有积极性站出来举报,甚至因与自己的利益相关不敢出来举报。知情人的匿名举报只具有提供线索的价值,不能作为证据使用。而且,匿名举报甚至有可能是诬告,举报事实是否属实还需要进一步核实。

第三,强式的家长主义干预与人们的偏好和意愿是相抵触的,那些对某种行为的偏好和意愿特别强烈的人们可能并不接受法律的家长主义好意,不仅会以消极的方式躲避法律的干预,甚至还会采取积极的行动(如集体游行示威)对抗法律的干预。当法律干预的仅仅是社会中少数人或个人的偏好或意愿时,法律实施所遇到的阻力或许还不算大,而当法律干预的是社会中相当多的人乃至多数人的偏好或意愿时,法律实施所遇到的阻力将会是非常巨大的,甚至可能使法律变成一纸空文。美国历史上颁布的禁酒令和中国前些年一些城市颁布的禁放令(禁放烟花爆竹)就是家长主义干预失败的最典型个案。^[60]禁酒令和禁放令的颁布至少部分是基于家长主义的理由,即保护公民免受过度饮酒和烟花爆竹事故之害。尽管这类干预从理论上是可以证成的,并且得到相当多政治家和社会团体的支持,但它们面对的是已经成为多数人生活方式的根深蒂固的嗜好或习惯。

[58] 前引 [57], 张维迎书, 第 19 页以下。

[59] 前引 [18], Thaddeus Mason Pope 文, 第 660 页。

[60] 有关禁酒令和禁放令问题的详细讨论, 参见朱景文:《比较法社会学的框架和方法——法制化、本土化和全球化》, 中国人民大学出版社 2001 年版, 第 517 页以下。

最后，执法机构执法的积极性也是影响家长主义法律干预有效性的重要因素。徒法不能以自行，法律的有效实施在很大程度上取决于执法机构是否有足够的执法积极性。在法律实践中，执法机构缺乏执法积极性的情形很多，如执法机构与违法者的利益相关，或者执法官员被违法者收买。在扫黄、禁赌、禁毒等家长主义法律干预领域，这些情形都有可能存在。特别在黄赌毒属于地下暴利行业的情况下，执法官员本身很容易卷入其中。

对家长主义法律干预有效实施的制约因素的分析，进一步表明，必须相当谨慎地运用家长主义法律干预。

Abstract: Although there are some instances of legal paternalism in branches of law in China, its legitimacy in the system of legal discourse has not been recognized yet. One reason is that paternalism is a derogatory word in Chinese as well as in English. Moreover, there are many misunderstandings and prejudices towards paternalism, especially when people confuse it with other negative things. Most importantly, it has been long repressed and replaced by another powerful legal discourse, that is, non-paternalistic legal interference.

In order to affirm the independency and legitimacy of legal paternalism, we need to clearly define its meaning and reasons. As an important pattern of legal interference, legal paternalism has two basic elements. Firstly, its objective is to maintain the actor's interest, and secondly, its approach is to restrict the actor's freedom. The reasons to support paternalistic legal interference include incapacity, economic efficiency, distributive justice, basic human rights and risk aversion.

However, its affirmation doesn't mean that we can apply legal paternalism randomly to interfere with private life. On the contrary, its application should be strictly confined in China, so as to prevent the government from arbitrarily infringing on private rights. For its application, adequate reasons should be declared, the benefits should be greater than the costs, the least restrictive alternative should be preferred, public hearings should be hold, and judicial review should be available.

The effectiveness of legal paternalism is heavily influenced by its characteristics. For example, many behaviors interfered by it, such as drug abuses, prostitutions, gambling, etc., are more secret than other behaviors, so the costs of its enforcement are higher. Because the victims of such behaviors are either actors themselves or nobody, its enforcement depends on the government's capacity rather than the victims' accusation.

Key Words: legal paternalism, legal interference, jurisprudence
