

权利的法律与道德根基

编者按：权利是对现代政治和法学具有深远影响的一个基本概念。在这个日益明显的“权利时代”，伴随社会生活的发展变化，关于权利的很多法理问题仍亟待深入的探讨，以促使现代政治和法治沿着更为合理的道路向前延伸。例如，人权究竟建立在怎样的基础之上？权利的主体是否只能是人？作为权利主体的人究竟是怎样的人？大自然、动物等是否可能成为权利的主体？中国基于其社会现实和文化理路应该如何开拓和发展人权理论？为此，本刊再次组织关于权利的笔谈，希望以此提出一些新的线索，开出一些新的方向，引发一些新的讨论。

权利的道德基础与现代权利理论的困境

薛 军^{*}

现代权利理论起源于古典时代的权利观念。无论是古典的还是现代的权利理论，都指示着某种特定的利益分配机制，这与权利在本质上乃是对利益的诉求相关。但二者也存在重大差异。古典时代的“权利”（*ius*）概念，具有客观性的特征，它强调的是，处于某一特定的社会结构中的主体，可以而且应该获得与其德性、能力、社会地位等依据该社会中存在的正义观念相称的利益分配。优士丁尼《法学阶梯》开篇时提到的“给予各人其所应得”（*suum cuique tribuere*）的原则，就是古典时代权利观念的集中体现。相比之下，现代“权利”（*diritto soggettivo, subjektives Recht, Droit subjectif*）观念则具有主观性的特征。这种权利观念强调的是，任何个体在本性上都追求自我利益，彼此之间难免会发生激烈的冲突，为此，法律体制以赋予“权利”的方式，在法律层面上认可个体的某些类型的利益，并且确保将依据个体的权利主张，运用法的强制力来保障权利中所内含的利益的实现。

从古典权利理论与现代权利理论的上述对照中，我们可以发现二者之间差异的实质内涵。古典的权利理论，是以既定的社会正义观念为基础去建构一种利益分配秩序。在这样的分配秩序中，权利拥有者之所以能够享有权利，并不是因为他主观上追求相关的利益，而是基于他在社会结构中表现出来的德性和能力等因素，将权利配置给他，合乎道义的正当性。就此而言，古典的权利论也包含了“义务”（*officius*）的维度，甚至可以说，在这种权利理论中，个体对“权利”的享有，其实是他履行“义务”的一种结果。古典权利的理论结构因此还预示着这样的前提：任何单独的个体，不可能也不应该脱离他所从属的社会的基本道义观念来提出抽象的权利（利益）主张。对处于社会中的个体而言，首要的道德事实是义务而非权利：享有权利的正当性是以义务的履行为基础的。

但现代权利理论却赋予了权利以完全不同的内涵。作为原子式的个体的自我利益诉求之表达的“权利”，被当作是一切社会秩序建构的前提（所谓的“天赋权利”和“自然权利”观念，表

^{*} 北京大学法学院副教授。

达的就是这一层意思),并且建构社会共同体的目的,不过是以某种方式使得个体之间的相互冲突的权利诉求能够得以调和,维持一种和平的生活秩序。这样的权利概念,去除了古典权利概念中的义务论内涵,表达的是一个无社会性拘束的个体所具有的各种利益诉求。基于不可更改的人性事实,这些权利(利益)被认为具有正当性甚至是神圣性。正是在这一方面,现代权利理论抛弃了古典权利理论中关于人在本性上是一种社会性动物的观念,而认为,人的自私自利的本性促使他们为了权利(利益)而战,而不会自觉地去履行义务。在这样的人性事实下,“自然而然”的权利(利益)诉求,相对于“自觉自愿”的义务履行,更适宜于作为社会秩序建构的出发点,也更加具有现实性,虽然它看上去不那么高尚。

毫无疑问,相对于追求德性和节制,并且结合了义务论的古典权利理论,现代权利理论因张扬和尊重人的自然需求和欲望,因此特别能够激发民众的认同,正如柏克所说,“关于人权的小小的教义问答很快就能教人学会;推论全都在激情之中”。现代权利论的巨大力量,也体现在耶林“为权利而斗争”的口号所产生的巨大影响之中。但现代权利理论在释放自己革命性能量的同时,也在不断侵蚀自己的基础。当权利理论被逐渐推广到极端,出现所谓“权利爆炸”现象时,它也就日益沦为具有高度主观性、个人性的利益欲求的理论包装。当存在利益冲突的人相互之间动辄以“我有权利……”这种所谓的“权利话语”(right-talking)来互相论辩、攻击的时候,对权利概念的诉诸,也就逐渐失去了道义的力量。而这恰恰就是现代权利理论困境最重要的症状。现代权利理论在摆脱了古典权利理论结构中厚重的道德基础之后,却发现自己日益沦为一种浅薄的理论修辞,试图为一些道义上可疑的利益诉求提供苍白无力的辩护和论证。

现代权利理论的困境,在根本上来源于道德基础在其理论结构中的缺失或淡化。权利学说作为特定社会背景之中的利益分配机制,它不可能、也不应该脱离为该特定社会的文化、道德和主流意识形态所支持的道义正当性。只有当权利体系中所体现的利益分配格局,遵循或者说大致吻合于其所在社会中客观的、超个人的正义观念的时候,诉诸于权利学说,才具有一种道义的力量,而不是一种空洞的说辞。就此而言,如果现代权利学说不能摆脱其浓重的主观化的色彩,不能超越形而上学的抽象人性预设,不能落实到具体的社会历史语境中去展现它的具体内涵,它就不可能走出困境,重获新生。

但是,现代权利理论走出困境,并不意味着可以回归到古典权利理论之中。经历了现代性的洗礼和理性主义的启蒙之后的现代人,已经不可能被动地去接受社会为其做出的安排。现代社会生活也不可能呈现为一种静态的结构,并且在其中为每个人预先安排好其权利义务。古老的斯多亚式的义务论的道德伦理,必然要被现代人主观能动地探索和发现自己潜能的努力所打破,因此,相对于古典权利理论来说,现代权利论必然要以一种更具灵活性、包容性和交互性的道德伦理观念作为其基础。

意志抑或利益：权利概念的法学争论

朱庆育*

权利是“私法的核心概念,亦是法律生活多样性的最终抽象”。不过,在瓦格纳(Gerhard Wagner)看来,冯·图尔(Andreas von Tuhr)的这两项判断并非自古皆然。首先,由于个案导向的思维,罗马法学始终未能抽象出一个一般性的权利概念,个人利益的保护体现在个案诉讼当

* 中国政法大学民商经济法学院教授。

中。这一局面直到温德沙伊德 (Bernhard Windscheid) 提出实体请求权理论, 才为之彻底改观。其次, 权利作为私法核心概念的历史同样年轻。萨维尼虽然使用了一般性的权利概念, 但在他的理论体系中, 居于核心地位的不是“权利”, 而是“法律关系”。改变局面的, 仍是温德沙伊德。他在 1862 年首版的《学说汇纂教科书》第 1 卷中为“权利的一般理论”单辟一编, 奠定了它的核心地位, 此等态势, 直至今日仍未动摇。一般性权利概念之出现, 也就意味着一般性权利理论之成型。

起初, 以萨维尼和温德沙伊德为代表的意志理论占据绝对主导地位。萨维尼认为: “个人所享有的权力 (Macht), 即个人意志支配的领域, 并且该支配乃是在吾等同意之下进行。我们称此权力为该当之人的权利 (Recht), 它与权限 (Befugnis) 同义, 间或亦被称为主观意义上的权利 (Recht im subjectiven Sinn)。”温德沙伊德则认为: “权利是法律秩序所赋予的意欲准许 (Wollendürfen)、权力或支配。”依照意志理论, 权利划定了当事人的行为空间, 在此空间之内, 当事人得依其意志自由形成法律关系, 若权利遭受侵犯, 当事人可选择诉诸法院寻求法律救济, 以回复其受到侵害的自由意志, 亦可选择忍受侵犯、放弃权利。换言之, 权利的功能在于确保个人自由之实现。显然, 意志理论表达的是古典意志哲学背景下私法自治的要求。

不过, 将权利本质归结为意志的看法遭到耶林的强烈反对。1865 年, 耶林《罗马法的精神》第 3 部第 1 册出版, 该书以“权利的一般理论”作结, 系统表达了以利益理论取代之意志理论的立场。1877 年, 利益理论在《法律中的目的》第 1 卷中得到进一步展开。

在耶林看来, 意志理论近乎倒果为因, 因为, “权利非因意志而在, 相反, 意志乃因权利而有”。对此, 耶林以船夫为例进行类比。船夫对船拥有控制权, 他有权依其意志决定如何将船安全驶入港口以及如何避开暗礁, 然而, 船应当驶向何方, 却取决于航行目的, 而非船夫的意志。权利亦然。权利人得依其自由意志支配权利, 但权利之产生, 却非因意志, 而视乎权利人想要实现之目的。耶林进而认为, 任何事态皆由来有自, 如果说在没有任何外在推动的情况下, 意志能够自我产生, 这无异于抓着头发把自己从泥沼中拔出来的明希豪森神话。只不过, 自然界的推动因素乃是机械性的发生因, 人类世界则仰赖心理性的目的因。前者称“因果律”, 奉“无因则无果”为圭臬; 后者谓“目的律”, 讲究的是“无目的则无意志”或“无目的则无行为”。可见, 权利的本质不在于意志, 而在于它所指向的目的。另外, 耶林还指出, 在实证法的层面, 意志理论同样存在重大缺陷, 比如, 以意志力为权利本质, 也就意味着无意思能力者不能享有权利。

在耶林看来, “没有任何权利是自我生成或由意志造就的, ……不是意志或意志力、而是用益 (Nutzen) 塑造了权利的实质。”换言之, 决定权利本质的所谓目的, 乃是用益 (利益)。不过, 仅仅用益 (利益) 本身尚不足以成就一项法律上的权利, 毋宁说, 它只是权利的实质因素。除此之外, 权利还有其形式因素, 即该利益必须受到法律的保护。两相结合, 耶林的权利定义是: 受法律保护的利益。为了分析权利的实质因素, 耶林引入了一组彼此相关的概念: 用益 (Nutzen)、资源 (Gut)、价值 (Wert)、享益 (Genuß) 与利益 (Interesse)。其中, 权利乃是服务于“用益”的工具; 能够满足人的用益需求的物品 (Ding) 即客体 (Gegenstand), 是“资源”; 个人对于具体资源的价值评判与欲求, 称“利益”; “享益”则是个人对于生活条件的满足感。

耶林认为, 仅仅关注人的利己主义本性是不够的, 个人不仅必然生活于社会之中, 而且每一个体都在参与社会发展的过程。即便是一个微不足道的劳工, 并且即使他不从事任何工作, 亦至少通过说话来延续代代相传的语言。因此, 没有人只为自己而存在, 每一个人在追求自己利益的同时也在为社会付出, 而所谓社会, 就是一个“我为人人, 人人为我”的世界。耶林明确表示: “没有任何东西是纯粹属于你自己的, 社会或作为其利益代表的法律与你如影随形。在任何地方社会都是你的伙伴, 希望分享你所拥有的一切: 你自身、你的劳动力、你的身体、你的孩子

以及你的财富。法律是在个人与社会之间确立的伙伴关系。”因此，从终极意义上看，法律所体现的“利益”不是别的，是“社会利益”：法律的目的是为了保障“社会的生活条件”。于是，如维亚克尔（Franz Wieacker）所指出的，“法律被界定成社会或强势社会团体的利益，或不清楚地、煽动性地被称为‘公共利益’或‘国民的利益’”。

耶林将权利分割为实质因素与形式因素并强调实质因素的看法，遭到不少批评。其中，拉伦茨与凯尔森的评论颇引人注目。拉伦茨表示，“耶林提出权利乃是‘受法律保护的利益’之公式，它所强调的是，权利代表着权利人受保护的利益。然而，权利本身并不是这些利益，而仅仅是法律形式，它为此受到保护并有权要求得到保护。上述观点还诉引法律保护，但是，个人利益亦可借助刑罚或治安处罚之威慑方式而获得保护。权利的特征毋宁在于，权利人得依其意愿行使并处分权利。”凯尔森则认为，权利的利益理论“仅仅表明了法律所保护或承认的实质因素是什么，然而，对于法律人而言，需要考虑的只是‘如何’，即形式”，因为，“权利只是形式而不是内容，是保护本身而不是所保护的东西”。表面上看，拉伦茨与凯尔森均主张，权利乃是形式的法律保护，二者立场似乎相去不远，但实际上，他们各自依循的脉络可谓大相径庭。拉伦茨尚在传统理论框架下展开讨论，后者则独辟他径。一个重要表现是，对于主观权利概念及其与客观法之二元区分，凯尔森指其为自然法学的产物而予以否弃，在他看来，“主观权利既非‘意志’，亦非‘利益’或‘资源’，自然也不是法律制度所保护的其他类似客体，毋宁说，它就是保护本身，是法律制度的组成部分，即法律规范，并且是与主体处于特别关联之中的法律规范。”

人类学语境中“镶嵌”的权利

侯 猛*

外来权利话语如何与本土现实社会有效联结，这在中国是一个尤为突出和紧迫的问题。一如学者所指出的，在中国现代化进程中，“现代权利话语”与“传统德性话语”（主要指儒家文化传统）、“现实利益话语”（主要指社会主义集体利益传统）构成了相互竞争，而又需要相互协调。特别是，源于西方的现代权利话语进入中国以后，在很大程度上出现了权利难以实现的“水土不服”状况。对此，人类学虽然不一定能开出解决药方，但可以给出比较有说服力的解释。

人类学源于西方学术界研究非西方文化的传统，强调理解他者的重要性。因而，在知识传统上，它比较注重理解“在地”（local）经验，而对普适价值、现代观念总体上保持警惕。对于现代权利话语，人类学采取的主要是“语境化”（contextualization）理解方式。所谓“语境化”，就是强调现代权利的实现，必须建立在“在地”经验的基础之上，通过两者的磨合和交融，完成社会转型。从宏观上来讲，中国“在地”经验的基本事实是，同时存在着三种类型的社会结构：一是与现代权利话语相适应的“机械团结”社会；二是与现代权利话语不适应的“有机团结”社会；三是在现代化、现代权利话语冲击下，原有“有机团结”社会解体，但新的“机械团结”社会尚未形成的无序社会。因此，现代权利在中国的实现，必须针对这三种不同的“在地”经验分别加以调整。更进一步，在中观层面，要深刻理解现代权利与“在地”经验的关系，还需要开启以下几个分析视角。

“镶嵌”（embeddedness）。出于理解的需要，权利或法律常被视为一种独立的现象，法学、法律职业的独立存在价值由此也得以凸显。但现实是，权利或法律并不能与政治、经济、文化、

* 对外经济贸易大学法学院副教授。

宗教等现象截然分开，相反，它“镶嵌”在其中。选择什么样的权利以及权利实现到何种程度，都离不开具体情境，离不开特定的时空背景。当情境变量发生变化时，往往直接影响权利的实现程度。例如，当政治和经济都实行集权主义体制时，权利的实现会相对困难，而当政治开始民主化，经济开始市场化，权利的实现会变得相对容易。但权利与这些变量究竟如何发生联系，需要科学的因果关系分析。就此而言，学术研究有必要从定性走向定量，来深化对权利的理解。

“认同”（recognition）。权利话语是现代国家兴起的一个标志。作为后发国家，中国受到现代化和全球化的影响，在国家层面建构个体权利体系，并以此作为国家的治理术。但是，作为国家治理术的现代权利话语，并不能同步地被民众所接受。现代权利话语要从上层国家进入下层社会，一定要有民众认同的过程。这种认同，并不能被理解为被少数投机分子所利用，否则会发生很特殊的副作用，一如费孝通所言，“它破坏了原有的礼治秩序，但并不能有效建立起法治秩序”。这种认同应当是获得普遍认同。获得普遍认同的前提，就是权利对“我”有“意义”，进入“我”的“意义系统”。相应地，如果社会结构的变化带来了民众需求，就有了“认同”权利话语的基础。

“栖居”（dwelling）。对于“意义”的理解，还可以借助于“栖居进路”，它将作为有机体的个人在环境或生活世界中的沉浸，视为存在的不可或缺的条件。从这一视角看，世界持续地进入其居民的生活，它的许多构成因其被统合进人的活动的规则模式（regular pattern）而获得意义。相应地，在将权利话语引入特定社区（community）时，必须考虑到特定社区的空间地理和时间传统的“栖居”因素。其目的是为了实现“人，诗意地栖居”（海德格尔语）的“生态”（ecology）意义。相反，不顾时空“栖居”因素，强行普适的现代权利话语，固然使得个人作为独立主体开始兴起，但也造成了社区共同体解体，形成道德真空，个体权利反而异化成为膨胀的个人利己主义。

简言之，“语境化”理解现代权利话语，不是从既有的“理想类型”来理解权利的渊源、结构和内容，而是跳出个案，面对一览无余之现象，进行布洛维所主张的“延伸个案”（extended case method）分析。这样一种分析进路，不是强化中国与西方、传统与现代的对立关系，而是如学者所言，在整体论的关照下，消除“科学的社会科学”（以传统实证主义为教条的知识话语）与“地方性的”信念和知识的对立这一问题，从而达到“视域融合”的可能。

实践中，传统中国的“法律儒家化”，通过“以礼入法”，将同一性的法律转化为有差别的法律，从而较好地解释甚至也解决了国家法律与社会礼俗之间的冲突。在现代中国，外来的权利话语也要经历类似的转化过程——平面的、以平等为核心的权利话语，一旦进入特定社会情境，就要受到时空的挤压。这并非法律人类学所独有的研究对象，其实也是其他权利理论、权利哲学所需要解释的现象。以法律经济学为例，这也可以用科斯定理中“权利的相互性”来解释，权利的实现必须考虑交易成本。不同之处在于，法律经济学衡量权利实现的标准是经济效益的最大化，而法律人类学则是以人与环境（特定社区）的生态共存作为权利实现的衡量标准。

个人权利：公权力的边界和责任

贾西津*

权利是与个人紧密相联的一个概念。有时，权利也被区分为个人权利和“团体权利”。后者

* 清华大学公共管理学院副教授。

主要有三种用法。一是某种特定群体成员享有的权利，如工人的最低工资权、各级官员不同的文件阅读权；二是作为与其他类似群体相对的一个整体的群体权利，如民族自决权；三是群体作为一个整体，代表其成员的行为权，如工会代表工人谈判的权利。这些权利实际上大多可还原为个体的平等权利，尽管有些个体未必行使此类权利；在用于公权力的职位行为或用于表述团体对其成员的强制时，称之为“权力”更为合适。所以，“团体权利”是一个需要再界分的概念。

在现代社会，个人权利构成了公权力的边界和责任。

从每个人平等自由的角度，权利大体可分为三类。第一类是个人自由意志免于他人意志（包括集体意志）干预的权利，可称之为“自由权”。生命权，财产权，思想、良心、宗教信仰自由，言论和出版自由，和平集会和示威的自由，结社自由以及参加和组建工会的自由，迁徙自由等都属此类。第二类与从基本自由权衍生出的使个人“免于干预”的一系列特定程序相联系，可称之为“程序权”。此类权利具体又可分为三种情况。一是在基本自由权容易被干预的方面对“免于干预”的明示，如不得被奴役、不得被加以酷刑或强制医学实验、不得未经正当程序受拘捕和搜查等。二是对平等个人自由的程序保障，即法律的程序正义，如法律面前人人平等、独立公开公正的法庭审讯、无罪推定、不自证其罪、获得律师辩护、沉默权等。三是对个人自由具有基本关键意义的一些积极性程序保障，如投票权等。第三类是人人享有的获得一定生活水准，并不断使之提高，以免于基本衣食住行之困扰的权利，可称之为“福利权”。此类权利源自这样一种理念，即个人应平等分享社会公共服务和福利。典型的现代福利包括公共教育、基本健康、社会保障和保险等；较模糊的福利包括工作权、休息权以及人身安全、社会秩序等公共服务；人人有权享有能达到的最高的体质和心理健康标准则是较为激进的福利理念。

三类权利在所要达到的目标上存在一些差异。第一类“自由权”要达到的是“免于干预”；第二类“程序权”要达到的是免于干预和实现正当程序；第三类“福利权”要达到的是实现结果。其中，第二类权利其实是第一类权利的延伸，正当程序的目标仍然是增加自由权干预方的责任，以及增强自由权享有者免于干预的能力。第三类权利虽然也旨在增强个人自由的能力，但它不同于第二类权利：程序权有可判定标准，权责边界可界定，在理论上可以实现；福利权则没有可判定标准，无明确权责边界，在理论上不存在最终达到，只存在不断趋近。因此，福利权实际并不具有权利的法律保证特性，不如说是人类追求共同改善的一种理念。

与三类权利相应，存在着三个层次的公权力责任。一是不得干预个人自由的责任，二是遵从正当程序并保障个人自由的责任，三是提供公共福利结果的责任。其中，第一层次是公权力不能为的领域，公权力在此领域负有不得作为的责任，也即公权力自身行为的边界。这一边界并不局限于列举的自由权利领域，在法律没有明确禁止的地方，自由应归属个人，此即所谓“保留权利”原则。第二层次是公权力应该为的领域，既包括履行正当程序的责任，也包括提供间接制度规则，为个人自由提供积极保障。第三层次也是公权力作为的领域，但不一定是严格的法律责任，而更可能是一种政治责任，它与整个社会的发展阶段、政治观念等相适应，可以不断改进。

三种责任的不同层次在实践中特别需要理清。我们经常强调公权力应保障和促进个人自由权利，事实上，这一话语可能步入误区，即，将公权力的第三层次行为或政治性行为纳入其责任范畴，甚至将之作为责任的核心，而导致对第二层次之作为责任的忽视，而且，福利权的不可法定性也容易陷于过度的争执之中。同时，一个更重要的误区还在于，谈论公权力对权利的保障责任时，忽略公权力对权利的第一层次责任，即不得作为的责任。换言之，对于自由权利的实现，除有责任遵从正当程序、对其他个人或组织的侵犯权利行为进行限制或惩处外，公权力制约其自身在个人权利范围内的行为也构成其首要责任。公权力在个人权利领域不得作为的责任，或者，公权力自身行为的边界，是其他作为责任的前提。这一前提与公权力的民主性无关。在中国进一步

走向政治民主的过程中，有必要清醒地认识到，即使是民主产生的公权力，也不能成为在一切领域合法的权力，个人权利及其“保留权利”，构成了公权力“不得作为”的边界，也是包括民主权力在内的公权力的首要责任。

个人主义权利在俄罗斯的处境

刘洪岩*

无论是十月革命前，还是在20世纪90年代，俄罗斯立法者们都将颁布新的法令作为法制改革的主要方式，并不约而同地把以个人价值为核心的西欧式法作为立法模式。尽管亚历山大一世曾强调“新的或移植他国法的做法弊大于利”，但按照学者的说法，十月革命前“在向俄罗斯土壤中移植外国法的模式时，有时就是简单的照搬”。20世纪末的法制改革，与其说立法技术采用了比较法的方法，不如说只是简单地对外国法进行翻译。俄罗斯吸收西方法律传统的突出例证之一是人权和自由价值的确立。

作为西方法制的基本构成要素之一，人权和自由价值观产生于欧洲文艺复兴时期的社会政治观念之中，最初以个人主义原则为基础。当今，在人权与自由观被《世界人权宣言》等国际法律文件确立下来的同时，人权和自由的“区域化”观点也在各国得到了广泛的立法认可。很多国家并不希望把自己的国情与西欧社会混为一谈，拒绝接受为人权和自由所设定的统一模式，并试图修正西方关于“个人价值优先”的经典理论，代之以多元的人权和自由价值评判标准。在俄罗斯，存在着类似趋势。尽管俄罗斯也批准了《世界人权宣言》、《经济、社会和文化权利国际公约》以及其它相关的基本人权和自由国际公约，但其原则及精神在俄罗斯的实现有特定的“俄罗斯标准”。无论国外的还是俄罗斯本国的研究者，甚至包括俄官方人士，都指出俄罗斯人权保护领域正遭受着制度性破坏。欧洲国会议员定期发表关于俄罗斯违反欧洲人权标准的报告，一些国际组织甚至还详尽地将俄罗斯人权状态恶化的情况通报全球。

虽然俄罗斯在立法层面已接受西方人权和自由的基本价值观，但西方关于权利的理解在俄罗斯国内常遭到批评。即使在20世纪80年代末苏联的“改革”时期，也有人提出，西方的人权法律观与历史悠久的俄罗斯政治文化不相适应。现在，仍有一些批评者将西方人权价值视为“哲学和意识形态领域的人类大杂烩式价值观的简单架构”。人权和自由的价值观是欧洲文艺复兴时期取得的最重要的成果之一，但很多作者也将这一时期与“短暂的激情、专横和放荡”联系在一起。人权和自由之价值观之所以很难在俄罗斯找到生存的土壤，重要原因之一在于这种价值观与俄罗斯长期的专制传统和社会文化特性不相适应。相对于人权和自由价值观诞生地西欧而言，俄罗斯完全属于异类的文化模式。可以说，在俄罗斯根本就不存在西方式的人权和自由实现的历史和文化前提。不仅如此，人权和自由观念产生之初就对俄罗斯传统道德价值观形成了冲击，而这些道德价值观恰是俄罗斯特有文化的基石，试图在俄罗斯本土“复制”西方式的人权和自由价值观，本身就构成了对俄罗斯社会的危害。

此外，西方人权和自由还受到俄罗斯东正教教会的批评。首要的是西方的某些权利在实践上过于激进，不利于个人道德修养的提升。教会甚至将某些做法看作严重的“精神疾病”。当然，东正教教会的一些观点也同样遭到了美国国际宗教自由委员会发表的报告的驳斥。2006年，俄罗斯东正教教会倡导人们接受《第十届世界俄罗斯人民总教会关于人的权利与尊严的宣言》。这

* 黑龙江大学法学院副教授。

一宣言反对某些国家利用人权之名，行扩张其政治、意识形态、军事和经济利益之实。东正教教会甚至号召多元的世界观、文化、法律制度和政治制度的全世界大融合。

无论是基于个人主义理性，抑或集体主义理念所创制的法律，在俄罗斯都没能更好地发挥其应有的社会功能。近年来，个人主义行为模式在俄罗斯法中表现尤为突出，但并不能因此断言相似的生活方式已为大多数俄罗斯人所接受和认可。同时，那种认为苏联时期的文化根植于集体主义价值观的看法也是不准确的。实际上，大多数俄罗斯人的个体心理其实是以二者道德的契合为基础的，个人主义和集体主义观念的共生现象既存在社会公共意识之中，也存在于个人主义意识之中。个人主义与集体主义在历史不同阶段对俄罗斯社会的道德标准有着不同影响作用，但都共同参与了俄罗斯社会意识和法制核心价值的形成，俄罗斯的社会意识以及俄罗斯法的核心价值观因此也总是在个人主义与集体主义之间徘徊。

宪法权利的价值根基

翟国强*

如果说宪法是国家的根本法，处于法律体系的顶端，那么，宪法本身的正当性何在？宪法上有没有法？对此追问的回答，最终可能不得不承认某种超实证规范的“根本规范”或“高级法”。其实，承认实证法律体系的道德关联性是现代法学摆脱严格实证主义影响后的一个重要特征，有学者称之为“自然法的复兴”。通观各种自然法的学说和理念，其中自然权利构成了自然法的核心。如拉德布鲁赫所言，自然法是建立在特定人类权利之上，先于国家立法而存在，几乎与历史同在，由人所拥有的基本权利及人权。而宪法权利正是将这种先验的自然权利以法的形式加以实证化的结果。从根本上说，宪法权利的实质在于以宪法规范的形式来确认并保障特定社会的根本规范，这些根本规范具有最高法效力，其价值位阶甚至高于在同一宪法体系中的一般宪法规范。战后德国宪法学上所谓“违宪的宪法规范”正是基于这一原理。

由于这种价值关联性，宪法权利被认为是原则性的权利，存在着从道德权利提升到法律权利的开放部分。一方面，宪法权利为国家权力划定界限，是国家行为合法的条件，即作为条件规范的宪法权利；另一方面，宪法权利也是国家行为的目的，国家为了实现这种价值目标需要积极作为，即作为目的规范的宪法权利。而恰恰是宪法权利的这种价值关联性使得完整的法律体系可以通过金字塔顶端的宪法规范，对下位规范的合宪性控制进行法律体系内的自我反思和完善，从而打通自然法与实证法之间的隔阂。据此，作为法律体系顶端的宪法规范具有了连接自然法的曲径通幽之处，缓解“恶法非法”和“恶法亦法”之间的紧张。

既然宪法权利是自然权利的法定化，一种有着价值根基的权利，那么宪法权利本身的正当性又从何而来呢？这一问题促发了商谈治国理论的出现，其中典型的代表是哈贝马斯的程序性宪法理论。根据这种程序性宪法理论，宪法基本权利体系的逻辑起点乃在于商谈原则和法律形式相互交叠的结果，二者可归结为法律形式化的民主原则，作为根本规范的人权可通过法律体系本身被塑造。当然，为达成可普遍接受的价值共识，上述理论必须预设一种“理想的商谈情境”。换言之，必须保障商谈程序本身的公开、平等、无强迫性。如此，通过商谈形成宪法权利体系的过程和对特定权利的保障就构成了一个循环的回路：在宪法案件之中对于具体权利的保障最终也会影响整个宪法权利体系的内涵，而通过法律体系对宪法权利不同层次的保障，最终又会形成法律

* 中国社会科学院法学研究所助理研究员。

体系本身的规范基础。

就此来看，宪法权利并非具有固定不变的内涵，而只是一种相对确定的、同样可以通过社会沟通和商谈改变的价值共识。而所谓宪法规范和法律体系随社会事实而变化，并不是规范对事实的妥协，而是通过现实之中无处不在的商谈生成新的规范的过程。这种商谈可以产生新的价值共识，进而影响宪法规范和法律体系的变动。经由商谈程序来确定根本规范，一方面可以回避对于法律规范的价值追问无限递归的困境，同时又可兼顾到法律规范的“事实关联性”，将规范的变动置于现实世界动态的沟通和交往过程之中，从而解决规范变动的正当性难题。通过这种反思完善机制，以宪法权利为价值核心的法律体系可以适应社会的变迁和发展，有效缓解法律所规范的社会事实与法律规范变动之间的悖论。

无论是宪法权利的保障，还是通过宪法权利实现法律体系的“自创生功能”，都有赖具有实效性的宪法审查制度作为关键性的整合机制，而我国目前具有实效性的宪法审查制度尚付阙如。现行宪法将审查法律法规合宪性的权力授予了全国人大及其常委会，根据立法法第90条第2款的规定，公民或其他组织也可以提请宪法审查。然而，迄今为止，有权机关并未作出任何具有法律效力的宪法性判断或决定。这种现状自然影响着法律体系的自我反思和完善机能。为此，一个具有实效性的宪法审查制度对于宪法权利保障和社会主义法律体系的完善的重要意义自不待言。不过，在从“人治”向形式法治所要求的“规则之治”过渡阶段，通过宪法审查推翻民主程序制定的法律，可能对形式法治要求的“依规则治理”的价值目标构成一定程度的冲击。特别是，在承担法律制定功能的代议机关同时也是最高权力机关的现实情况下，我国尤其需要在制度设计上考虑如何缓和宪法权利的价值关联性与形式法治之间的紧张关系。

宽容的权利

陈根发^{*}

宽容作为一种价值取向，越来越影响到法学思想和理论。从法律与宽容的关系角度看，可以说，原本概念模糊的宽容正在逐渐为法律所确认，正在从一种超法律价值或超法律原则变成人们可以依法诉求的一种权利。

拉德布鲁赫在《法哲学》中把宽容看成与赦免相关的一个法律概念。他指出，“赦免不仅是一种和善的法律形式，而且是完全与法律无关的领域中映射进法律领域的，并使冷漠昏暗的法律世界真正得以可见的耀眼光芒……赦免使与法律无关的价值领域兀立于法律世界的中央，比如宗教的慈悲价值、伦理的宽恕价值。”保罗·利科在《论公正》中也认为，宽容原本“不属于法律秩序”，“甚至也不属于法的层面”，但是由于“宽容源于一种天赋的理由”，因此它“不仅仅是一种超法律价值，还是一种超伦理价值”，并且，“从其目的而论，宽容还是规避不了法的领域……宽恕的‘目的’不是消除记忆，不是忘却；相反，宽恕的‘目标’是消除债务，而这与消除忘却的‘目标’是不可调和的”。按照拉德布鲁赫和利科的理论，我们可以把法律宽容理解为是从“完全与法律无关的领域”或法律秩序以外的领域中映射进法律领域的超法律价值或超法律原则。在西方宪法史上，有所谓的宽容条款，它在集权主义盛行的16和17世纪被解释为赦免性的容忍、宗教禁令的宽免、移居国外的许可等，在性质上都是国家对人民的一种恩赐，或被认为是一种“政治上的睿智”。在现代宪法中，尚未出现“宽容”或“容忍”的用语，“宽容”看上去没有

^{*} 中国社会科学院法学研究所副研究员。

完全被确定为人民的权利或义务。不过，德国联邦基本法及各邦的宪法中，虽没有直接出现“宽容”（Toleranz）的字眼，但出现了“忍耐”（Duldsamkeit）、“尊重”（Achtung）和“顾虑”（Rücksichtnahme）等几个与“宽容”接近的用语，它们在司法实务和法学教学领域，一般被解释为宽容原则。

西方的法律宽容是与宗教宽容一起生成和发展起来的，法律宽容的权利性在债务免除和免责的法庭审理中得到了淋漓体现。这在莎士比亚的《威尼斯商人》中法院对夏洛克的审判有所反映。在剧中，乔装成律师的正义化身鲍细霞向法庭提出犹太富翁夏洛克应该给予债务人安东尼奥以宽容的诉求，最终得到了法庭的认可，当时的宽容主要被看作对商人破产和异教徒的一种慈悲和救济。莎士比亚把“宽容”即慈悲（the quality of mercy）视为来自“上帝德性”的权利，认为执法的人倘能把宽容调剂着公道，人间的权力就和上帝的神力没有差别。在古代社会，许多国家都不同程度地实施了债务奴隶、债务审判及债务监禁的法律制度。英美破产法的早期，采纳了让不幸但诚实的债务人从债务的重压下获得自由的免责政策，免责制度随着宽容思想的发展而确立。现在，破产免责制度主要是被作为债务人救济的一种机制来运用的，其理念被定位于人的尊严乃至人性的保障这一道义。在英、美、日、德等国家中，债务人的免责请求实际上已经成了“宽容的权利”的一个主要表现。

在我国，对于法律宽容的议论多是直接从刑法、民法等部门法领域探讨宽容原则的运用和立法。例如，有学者在探讨我国“宽严相济”的刑事政策时认为，宽严相济的宽，是指宽大、宽缓和宽容，主要表现为非犯罪化、非监禁化和非司法化等情形。“刑事和解”制度，实际上是宽严相济的刑事政策的体现，对被告人而言无疑是一种宽大或宽容，其理论基础并不是一定的具体方法、对策和程序，而是一系列的原则和价值，主要体现的是宽恕或法律宽容的原则。有学者在研究“司法对传媒的宽容”时，强调以宽容的态度对待传媒。其实，在我国的民事乃至刑事审理中，法官事实上也经常可以围绕法律——比法律更为宽容，通过法律的解释做出判决，以实现个案正义。可以说，这种在宽容原则指引下的法律解释实质上就是对“宽容的权利”的确认或裁决。

当“宽容的权利”通过规避法律秩序而使自己置于法律秩序之上时，这种权利对法律秩序本身而言是否就是某种副作用呢？如果我们从法哲学的角度来审视司法的话，下面的结论也许更能为人们所接受：司法虽然是人类的正义，但它决不能将自己设想为最终的裁判。司法的远大目标是不仅要使自己与野蛮的复仇、酷刑相分离，而且也要与宗教式的复仇和不宽容相分离，这就需要创制一种神圣的法律上的“宽容的权利”，并使这种权利具有可诉性。就法律层面而言，正如有学者指出的，宽容应成为“宪政生态主义的价值取向”之一。虽然“宽容”一词尚未出现在我国的宪法性文件中，“宽容的权利”尚未成为宪法规定的基本权利，但是我们有理由相信，随着“宽容”一词走进更多的基本法律和法规，其日渐被感知的权利意识将升华为一种新的权利。

被指控人权利的扩张

祁建建*

被指控人权利主要指受到刑事追诉的人的自由和财产在诉讼过程中免受国家非法侵犯。就其性质而言，这些权利属程序性权利，在程序的不同阶段，大体共有九种。立案侦查阶段包括无正

* 中国社会科学院法学研究所副研究员。

当理由不受拘留、逮捕和羁押的权利以及免于自证其罪、排除非自愿供述的权利。审判前包括依法获得保释的权利，聘请或由政府提供律师的权利，获悉被指控事实和罪名的权利。审判阶段包括公正无偏私的陪审法庭审判或法官法庭审判的权利，交叉询问和传讯证人的权利。审判后则包括上诉权以及一事不再理、免受双重危险的权利。

赋予被指控人权利在理论上源于无罪推定原则。将无辜者受追诉或被定罪的可能性减至最小，是被指控人权利立法的首要目的。考虑到社会生活的复杂性，那些认为自己不可能犯罪的人在某种情况下也可能陷入犯罪嫌疑，因此，保护被指控人权利对每一个社会成员都有现实意义。其次，保护被指控人权利也减少了有罪者被判处与其犯罪行为不成比例的过重处罚的可能性。当然，加强被指控人权利并非十全十美。其中一个重要的负面影响是它必然使对犯罪行为人的证明过程更为困难，但鉴于无辜者被定罪的危害程度，即使增加证明的难度也是值得的。需要指出的是，并非所有的人都更重视权利保护而不注重对犯罪的控制，尤其是在以犯罪控制为其主要职责的部门，抵制被指控人权利改革的因素从不曾消失。支持与抵制被指控人权利的两支对抗性力量的角力结果充分体现在刑事司法改革的成果上。

被指控人权利目前已成为人权和公民权利的重要组成部分。由权利意识的进步所推动的争取权利的事件和运动，对于被指控人权利的发展起到了关键作用。这主要有两种方式，一是自下而上的压力，来自那些受到歧视的人及其同情者；二是自上而下的妥协，来自开明的决策者。

有组织的强大压力团体是自下推动的一种形式，以公益诉讼为主导的律师事务所也发挥着类似压力团体的作用。比压力团体和公益诉讼作用更为重要的是代表那些处在社会经济文化底层、受到严重歧视的人的群众运动。穷人和其他非主流群体，在提高社会地位进入中产阶级并增强对自身权利预期的过程中，对于推动被指控人权利扩张尤其感兴趣并富有斗争精神。提高教育水平也是使穷人和其他非主流群体更善于利用制度保护自身权利的一个因素。利用法律保护被指控人权利的实践，有助于使决策者及中产阶级更好地了解被指控人权利保护作为一项社会福利具有重要作用。

立法者、司法人员和行政官员也会自上而下地妥协。部分原因在于，当决策者的经济文化地位有所改变，在物质上变得更丰足时，其在考虑给予社会弱势群体权利上会有更多的自由空间和更开阔的胸怀，因此更愿意向来自下层的压力让步。换言之，在一定意义上，被指控人权利是一种社会奢侈品，更多的基本物质需要得到满足是其重要的社会条件。中等发达社会在公众舆论以及跨文化比较方面通常具有更高的批评容忍度，这在一定程度上表明了被指控人权利与社会发展水平之间的关联。

另外一个值得注意的现象是，随着信息技术的发展，个人意见的表达途径越来越多元化和迅速，信息网络的作用由此在信息封闭、言论自由受到较多限制的国家显得尤为重要。许多严重侵犯被指控人权利的个案，首先通过网络被披露，受到相对有闲的、有正义感的中间阶层的批判并帮助其传播，从而受到传统媒体的重视，这成了推动被指控人权利改革的重要舆论背景。

长期的被指控人权利扩张大致可以用社会阶层冲突及其相关现象来解释。在那些日渐为中产阶级所主导的社会中，可以作为歧视基础的人与人之间的区别越来越少，中产阶级会随着社会发展而对社会福利、社会保障等有更高期望值并努力争取，从而为更平等、有效的被指控人权利制度奠定社会基础。

在短期内，被指控人权利可能会有波动，个案中被指控人受到的待遇也多有不同。在相对制度化的被指控人权利的基础上，个案中或短期内对被指控人的区别对待，与被指控人的个人特征以及被害人、裁决者和犯罪行为的具体情况是紧密联系在一起。比如，几十年前国际上就有研究揭示了被告人在刑事诉讼不同阶段的权利与其经济地位、性别、种族、年龄、教育、城乡、地

区等有关。这些研究涵盖了逮捕、讯问、保释、律师辩护、正式的通知指控、陪审团审判以及量刑等各个刑事程序阶段，其中的某些因素在我国对被指控人权利也有很大影响作用。

当前我国被指控人权利呈现出明显的发展特点。首先是自上而下的推动，这主要体现为1979年以来的立法和司法解释、规章，特别是1996年刑事诉讼法修改之后的大量司法解释、规章，对于被指控人权利更为重视。其次是受到全球化的影响，这主要体现为国际公约对我国刑事司法的约束作用。被指控人权利作为程序性权利，其请求权的相对义务方一般是公、检等追诉机关或人民法院，一旦义务方未履行其义务，被指控人权利即受侵犯。因此，强化这些权利的可诉性，明确其受理机关、程序和后果，使被指控人权利有充分的诉权保障十分重要。从这个角度来说，我国刑事被指控人权利制度尚有很大发展空间。

“动物权利”的法律保护

常纪文*

国内近几年自发地出现了一些阻止贩卖、屠宰宠物动物的集体行动，也出现了与动物福利保护相关的法律诉讼。如何规范人与动物的关系，对包括宠物在内的动物实施有效的法律保护，已成为十分现实的法律问题。

关于宠物动物的立法保护，主要有两派观点。一是通过立法授予动物以权利。持该观点的大多是动物保护人士和环境伦理人士，他们试图把伦理学意义上的权利转化为法学上的权利。此外，也有少数法学者提出，立法应授予动物以法律关系的主体，清楚地界定动物的权利范围，明确规定动物权利行使的代表者和代理者。二是立法仅仅授予动物以客体地位，明确动物享有的福利形式和范围。动物是否可能成为权利主体？这是两种观点分歧的核心所在。回答这个问题，应首先在现有的主客二分的法律架构下，理清人与动物的法律关系。

众所周知，动物不具有现代法律所认可的意思表示，既不可能通过流血斗争来争取权利，有意识地、独立地要求人类为它们做什么或不做什么，也不可能通过讨价还价来减免自己的义务，扩大自己的权利。因此，动物不可能像人一样提出为现代法律架构所认可的权利诉求，只能被动地接受人提供的“好处”即福利。这种被动性，使得动物是人支配、管理和同情的对象，是人类恩惠的被施舍者。在人与动物之间，人是主宰者，动物是被支配者。体现在主客二分的法律架构上，可以说，人是动物保护法律关系的主体，动物则只能是动物保护法律关系的客体而非主体。这已被世界上绝大多数国家的立法特别是欧盟地区的动物保护法所印证。人作为法律制定者给自己施加公法上的动物保护义务，其根源在于人具有其他种类动物所不具有的发达理智、反思理性和道义精神。人类把对同类的情感关怀延伸到非人的动物身上，体现了人类的高尚情操。这种情操不仅维护了动物的内在价值，更重要的是，维护了人的体面和尊严。也就是说，人与动物之间法律关系的品位提升，其决定权还在于人的态度。要保护动物的福利，从立法上看，还得单方面地给人类施加更高的行为义务。

目前，我国在立法上同世界大多数国家一样，并没有承认动物的主体地位或所谓的“动物权利”。要救助那些不断流向餐桌的宠物动物，在立法整体尚不完善的情况下，现实途径是充分利用现有动物保护立法对公民、企业、国家机关和其他组织的权利和义务规定，而不是另起炉灶，虚无地在法院主张动物的权利。我国国家层次的宠物动物保护立法还没有起步，地方的宠物动物

* 中国社会科学院法学研究所研究员。

立法虽然数量众多，但大多倾向于以安全为目的的限制和管理，不涉及其人道运输和屠宰问题。在此条件下，一些动物保护组织正在考虑帮助宠物主人行使起诉权。在德国、奥地利等国家，按照动物福利法或动物保护法的规定，宠物是人类的伙伴动物，具有人格属性，因此，主人可以对伤害甚至杀害宠物的人提出精神赔偿的要求。而在我国，动物的人格利益性还没有得到立法和司法解释的确认，提出精神赔偿的要求一般得不到法院的支持。在猫、狗等宠物的法律地位尚未被提升的情况下，可以将其作为公私财物对待，由此，公民可以利用治安管理处罚法和刑法中有关财产保护的条款，获得行政救济和刑事自诉救济。

中国正在建设生态文明，人对动物的态度应有所转变，一些不良的消费方式也应有所改变。在德国、奥地利等一些国家，立法把猫、狗等视为人类的生物伙伴，宰杀吃肉是要负刑事责任的。人富有理性，应当负担起提高自身修养、人道对待动物的责任。很多宠物动物的主人精心地照顾和呵护宠物动物，付出了大量的情感和金钱，立法机关应高度重视这一民情民意，保护公民的财产和情感。与公民的权利救济相比，通过立法管制来禁止或限制消费猫、狗等宠物动物，建立严格的宠物动物交易记录和扑杀制度，是更有效的法律保护形式。具体而言，在基本法层次，应制定一部动物保护方面的基本法律，如动物保护和管理法，规定受保护和管理的动物范围，动物保护和管理的目的、政策、体制和原则，动物运输、屠宰和防疫等管理制度和责任等内容。在单行法层次，在动物保护和管理法的指导下，制定或修订野生动物保护法、农场动物保护和管理法、实验动物保护和管理法、宠物动物保护和管理法、动物运输管理法、动物屠宰管理法、动物防疫法。在行政法规和部门规章层次，国务院及其部门应结合需要，分别制定一些补充性或细化性的行政法规和部门规章。此外，享有立法权限的地方和民族自治区域，也可结合地方和民族的实际，制定一些既有利于经济发展，也有利于社会稳定和安全的动物保护法规、单行条例或规章。在这些立法之中，动物保护和管理法应明文禁止食用猫、狗等宠物动物，宠物动物保护和管理法应当对宠物动物的经营、运输、屠宰、扑杀作出基本规定，动物运输管理法、动物屠宰管理法、动物防疫法应对宠物动物的运输、屠宰、防疫、经营等作出具体规定。只有这样，才能给宠物动物以周全的法律保护，从制度上系统解决大多数残忍对待宠物动物的社会问题。

生命权发展中的权利论证

易 军^{*}

作为保障“人之为人”所必须的某些基本权利，往往被定位为先在的、固有的绝对权利，以显示其尊崇性。这些权利构成了立法的禁区以及公权力所能染指的界限。生命权即是一个显著例子。生命被认为是一项不证自明的、基于人之本性而有的天赋权利，是人存在的基础，具有最高的价值。此种观点固然有助于提升生命权的神圣性，但对于解决尘世的纠纷却往往并无助益。其实，权利的内容和范围并非先验的、本质存在的，而是在制度性的论证管道中，逐渐被塑造的。诚如有学者所言，权利的正当性并不单在于内容层次，而在于内容、制度与社会条件的相互支持所产生的合理可接受性。生命权含义的变动充分表明此论不虚。

首先，生命权的主体藉论证而扩张。生命权严格说来只是自然人的生命权。作为自然事物的一部分，自然人是具有自然本性的人，即生命权的主体限于在生物学的意义上存活的自然人。然而，随着生命科技的发展，特别是堕胎现象的发生，胎儿、胚胎乃至受精卵是否也享有生命权，

^{*} 中国政法大学民商经济法学院副教授。

成了生命权的界定中需要着力解决的问题。一类观点认为,权利及尊严是被归属后才产生的,亦即是被赋予或给予的,藉此否认胚胎的生命权。而另一类观点则认为,自精卵结合起,受精卵便开始其连续性、自我引导的发展过程,若无关键性的转折,此过程将导致器官的分化即人的诞生。换言之,人类个体的生命始自精卵结合,胎儿遂被承认得以成为生命权的主体。

其次,生命权的内容藉论证而变化。生命权历来被认为是自然人以其性命维持和安全利益为内容的人格权,而生命权人是否享有对生命利益的自主支配权呢?古往今来,人类的观念与法律对典型的生命利益自主支配——自杀的态度可谓是沧桑剧变。大体来说,在古希腊和罗马及早期基督教观念中,自杀受到道德宽容;而自基督教会形成,自杀就被严刑峻法所禁止,欧洲各国对自杀者进行严厉的惩处。随着教会绝对权利的瓦解,自杀非罪最终占据了主导地位。在自杀的非罪化和权利化过程中,启蒙思想家有关“人的理性自律能力”、“尊严无价”、“伤害原则”等观念无疑起到了奠基性作用。

再次,生命权的保护藉论证由以纯生物生命为核心的绝对化模式,走向了以生物生命为主、精神生命为辅的双轨模式。何谓生命权端赖“生命”为何而定,而生命本具有不同意蕴。其一,生命首先是生物生命,即人在生物学或医学上的生命。其二,生命为精神生命或传记生命,即人是有心灵、智识或精神生活的存在。人是生物生命与精神生命的统一体,在某种意义上,精神生命甚至更重要,人的生命正是因具有超越纯粹的生物生命的层次而有意义。其三,生命为延伸生命,即一个人的生命在其死后的延伸,例如,人的生命可因其精神活动的产品而在其生物生命终止后延伸。在生命科技昌明的现代社会,人的生命可藉其被冷冻的精子、卵子或受精卵而在其生物生命终止后存续相当长时期。

在近代以降祛魅化的世界中,由于受到实证科学的强烈影响,各国法制都建立了以生物生命为规制核心的模式——生命权乃是以生物生命为内容的绝对权。在此模式下,即使一个人的精神生命弱化乃至停止,但只要其生物生命尚存,他就会被认定为具有生命权,由此使得生命权的保障呈现出绝对化的倾向。目前生命权固然不能放弃生物生命的判准,转而立基于精神生命之上,但对于生命权的界定而言,例外吸纳精神生命的标准却并非不可能。事实上,在将生命权定位为生物生命权的绝对模式下,生命权的内涵甚至部分制度设计也考虑了精神生命的因素。例如,论证胎儿也享有生命权,其实并未以生物生命作为理据,而是关涉到人的精神生命的层次,因为胎儿尚只具有发展成为具有生物生命与精神生命的人的潜能,而非拥有生物生命的完整的人。在死亡的标准上,目前至少有80多个国家和地区开始采纳脑死亡标准。虽然心脏死亡与脑死亡均为生物生命死亡的标准,但一旦人们的兴趣不仅是在保存单纯的生物学生命之上,而且是要继续一种精神生命,那么重点就会移转到作为知觉和意识的支撑者的脑上来。就此而言,脑死亡标准的采纳也受到了精神生命的影响。如果承认凯尔森的“法律可以有任何的内容”这一较为极端的言论也具有部分合理性,那么,生命权缘何仅定于生物生命权一尊,而在一定条件下,其又为何不可被界定为精神生命权?至少,在以生物生命权为核心的基础上,可例外地承认精神生命权。目前,部分国家或地区已实现自愿安乐死的合法化,即比较同一个人现在与过去传记生命的状况,而在法律上规定在一定条件满足时,可授予某机关终结这个人生物生命的权利。这实际上是有条件地以精神生命作为判定生命权是否存在的依据,即当一个人的生物生命尚存,但精神生命丧失时,由于其已被定性为死亡,故安乐死并非侵害其生命权。

由生命权这一貌似客观、神圣性不容质疑的绝对权利的历史发展来看,权利并非凝固不变,其主体、内容、客体、保护方式等都随时空、观念的不同而呈现出差异或变迁。作为法律概念的权利,其实并不具有陈述价值,而具有规范价值,正如拉伦茨在《法学方法论》中所说,构成法律规定的概念,与法律一样通常具有历史性的时间结构,必须随历史之变迁而演进。在此过程

中，某一主导性观念之所以能被植入权利的内涵，端视持论者能否提出深具合理性的论证。正是在此意义上，我们说，权利通过理性论证而被型塑、变动和发展。

法治与和谐人权观

严海良*

“和谐”是中国当前的主流话语，对和谐社会的诠释和建构，需要在“法治”、“人权”入宪的语境中进行。总体而言，人权构成了“法治国家”的基本要义，而通过人权法治化来践行和谐则是政治共同体的最终诉求。

从人权与和谐的关系看，人权着眼的是人的尊严，而和谐关乎的是人与人之间的关系，乃至人与社会、人与自然之间“和而不同”的多元秩序。实际上，作为一种理念，“和谐”不仅统摄人权，而且能更好地提升人们对人权的理解与实践。关于人权理论，迄今已发展出所谓的“三代人权”说。第一代人权为消极权利，即强调个人自主、反对国家权力干预的权利，包括人身自由、思想自由、财产自由等。第二代人权是积极权利，即要求政府作出有利于个人的积极干预的权利，主要指经济、社会和文化权利。第三代人权被称为“连带关系权利”，是关涉人类生存条件的集体权利，如和平权、发展权、环境权等。从和谐的关系性视角着眼，可以说，第一代人权确立的是人与人之间平等的自由关系，第二代人权涉及的是人与国家、社会的关系，第三代人权则着重于人与自然、个人与人类共同体的关系。由此可见，三代人权生动地展现了和谐要义，为和谐理念所涵容。

而且，和谐理念也必然有助于深化人权理论。近代以来，无论是自然权利论者立足人的理性，还是功利主义者立足人的欲望，对人权的论证都主要是从人的主体性出发的。这种论证显然具有难以克服的缺陷。因为，人权作为面向共同体中他者的权利，并非仅是一种个人主体意义上的独白和呓语，而是人际社会关系中的普遍要求。所谓“人的尊严”，尽管指向人自身，但同时也是指向他者的承认。没有他者的存在，人权以及维护人的尊严是没有意义的；没有他者的承认，人权与尊严也只能是一种虚幻。因此，人权尽管维护了人的自主和尊严，但它本身不可能从孤零零的个人主体出发来获得有效论证。与之相对，正如《人权概念起源》一书中所言，“用和谐观念来看人权，就不能再从抽象个人的绝对权利出发来构设权利义务关系，而是要把人权放在具体的社会关系中来研究和推行。”这种认为人权作为共同体中的每个人都拥有的权利，只能源于人们在社会关系基础上的相互承认的和谐人权观，无疑为人权论证提供了新的视角。它不仅有助于克服西方高举个人本位的人权实践缺陷，而且也正是和谐理念的基本要求。

在和谐人权观的视域中，以人权法治化促和谐则是应有之义。人权本身就具有双重面向，既是道德权利，又是法律权利，它因此是指向法治实践的。至于如何通过人权法治化来促进和谐，则需要以维护人的自主为中心。人权源于人的尊严，维护人的尊严则在于对人的自主的尊重。所谓自主，在康德看来，就是，“没有谁能够用他对其他人的幸福的看法强迫我变得幸福，因为每个人可以按照自己认为合适的方式来追求自己的幸福，不论那种方式是什么，只要这样做时并不妨碍其他人在争取一个类似的目的上的自由。”从人权史来看，所谓“三代人权”，不过是对人的自主内涵及条件的不断拓展和保障。

然而，立足人的自主性来看待“三代人权”，康德意义上的自主显然因为其只属于私人意义

* 南京师范大学法学院副教授。

上的自主,而未能充分展示自主的内涵。康德意义上的人权,也只是对私人自主的保障,从而指称的主要是消极自由权。哈贝马斯指出,依据康德的逻辑,人的尊严也是缺乏有效保障的。因为,对私人自主的保障终究需要通过法的形式来进行,而人权实证化的结果却是,私人意义上的道德自主并不能摆脱政治上他治的“律治家长主义”。其实,从和谐人权观来看,三代人权是一个逐步发展为包含私人自主、公共自主与获得自主的特定生活条件的权利体系,它们是公民在交往共识的基础上论证并确立的。伴随传统社会伦理生活的分化,法律与道德作为两类虽然不同但却相互补充的行动规范并列出现,人的自主性也一分为二,即私人自主与公共自主。人权对人的自主性维护,不仅指私人自主,而且也指公共自主。二者相互隶属,互为源起。一方面,私人自主权构成了公共自主的普遍道德语境和前提,另一方面,私人自主权本身是公民在公共领域中通过法律确立的。质言之,社会成员从自己的私人领域中抽身出来,就大家共同关心的议题,通过公共自主权的行使,实现对私人自主的进一步确认和保障。

就当代中国而言,社会治理机制的变迁促使原来的“集体权利一个人义务”的政治关系模式趋于解体,并产生了两种相反相成的趋势。一方面,随着个人从政治伦理模式中解放出来,私人权利不断扩张,私人自主日益确立;另一方面,个人对政治参与权利表现出疏离和冷漠。“国家尊重和保障人权”在宪法上的确立,可以说就是对传统政治伦理模式解体的一种回应,即通过重新规设国家与个人之间关系的基本原则,重塑以人权为核心的法治秩序。这意味着,国家尊重和保障人权,不仅需要通过法律为私人自主提供依据和制度保障,而且还需开辟制度资源以落实公民的政治参与权利,因为,当代中国公民的政治冷漠与其说是对政治共同体的疏远,不如说是由于政治权利意识的觉醒而缺乏相应制度渠道的体现。和谐人权观体现的就是对人的双重自主的尊重和关怀,人权法治化也就是通过法治实现二者之间的有机统一。

人权与政治合法性

王立峰*

近代欧洲发展起来的人权政治方案或宪政方案,经历几个世纪的扩张,已在相当程度上成为全球性版本。西方以其人权标准,对非西方社会的人权实践进行干预,甚至质疑非西方国家政治的合法性。对此,非西方国家的应对整体上比较被动。一般的应对策略包括:证明本国人权状况已逐步改善;以其人之道还治其人之身,批判西方也存在人权问题;借助第二、三代人权,削弱西方对第一代人权的批评;诉诸主权至上的国际法原则,反对西方利用人权外交干涉他国内政;诉诸文化相对主义,强调本国或本地区人权观念的特殊性。这些策略在有些学者看来并不成功。例如,尽管把自己的人权问题归咎为客观条件限制所致,但那也仍然是人权问题;不能用别人的错误来为自己的错误辩护,积极人权与消极人权的道德价值排序需要研究;主权本身是手段,而不是目的,不能完全用来作为对抗人权的理由;强调文化或国情的特殊性,并不能否认人权原则的超文化性。西方强势人权话语的支撑在于其人权理论。这一理论既强调人权价值的普适性,也强调人权价值的神圣性。由此,应对西方人权方案,至少需要回答这样两个问题。

首先,人权是否具有普遍性?应该说,西方人权的普遍性是有限的普遍性。(1)从经验的角度看,世界上越来越多的国家和地区成为人权公约的签字国,但这种看上去是在验证人权普遍性的人权实践,并不足以推出人权普遍性的命题。关于人权主体及内容的理解差异,也决定了这种普遍性

* 中共中央党校副教授。

是相对的，比如，“三代同堂”的人权、不同价值取向的人权，注定了人权的普遍性是相对含混的。(2) 西方人权理论家们认为人权普遍性的道德基础在于人性，也就是说，人是理性的主体，但根据休谟原理，人拥有理性的事实并不必然在逻辑上推导出人应当享有人权的公理。(3) 西方人权理论重视消极人权而轻视或歧视积极人权，实质上是反国家的。女性主义对人权理论中男子主义的批判，社群主义对人权理论中个人主义的批判，文化多元主义（同性恋群体）对人权理论中异性恋的批判，文化相对主义对人权理论中欧洲中心主义的批判等，也突显出人权理论对少数民族、女性、同性恋者、发展中国家的忽视。作为政治合法性的理论，人权理论是一种国家理论，应当关注政府，而不是仅仅关注人性。(4) 人权仍然是一个需要证明其正当性的“真理”。当今世界，人权甚至已发展成为一个无宗教之名而有宗教之实的西方新宗教，关于人权的困惑不在于人权是否具有正当性根据，而在于具有何种正当性、如何证明其正当性。(5) 如果人权有普遍性，如何将具有普遍性的道德人权转换成对国家的道德要求也会成为一个问题。政治应当追求人权理想，但这种追求应当审慎，那种试图将完美的道德理想通过政治实践一蹴而就，甚至使用暴力或激进手段，往往会事与愿违。总体上，西方人权政治方案有优点，即解决了政治合法性的基础，强调了社会对政府的限制，防止政府作恶，但这种方案也有明显缺陷，即把人权的道德正当性与人权的实现混为一谈，过分强调人与政府的关系而忽视了人与人的关系。对于非西方社会而言，关键不在于简单拒绝西方人权方案中的普遍性要素，而是如何结合自己的情况，寻找出合适的人权发展路径。

其次，如果人权能为政府提供道德基础，如何从政治上建构这种合法性？通过人权的政治合法性建构具体体现在内部合法性与外部合法性两个方面。(1) 内部合法性主要表现为国家尊重和保障人权。人权与政治合法性的关系问题是一个宪政问题。人权实现的根本前提就是政治社会的建立，也即建立现代民族国家。西方人权方案认为政府是必要的恶，强调通过人权限制政府，只是看到了政治的道德基础问题，看到了手段的必要性，但忽视了人权的实现才是目的。国家尊重人权，要求通过权力来限制权力，要求国家通过一定程序捍卫社会成员为自己的权利进行辩护的可能性，还要求反对绝对主权。主权可能是国家主权，也可能是人民主权。人民主权也可能侵犯人权，因此，即使人民主权也不是绝对的。政治权力的行使者，不论是政府还是人民，都应当尊重人权。不加限制的人民主权会成为与集权政府一样的专制权威。在一个民主社会，政府意志与人民意志是一致的，在此情境下，如果人民高于人权，那意味着民主政府高于人权，这与宪政目标和人权理想是冲突的。因此，不论是人民主权还是国家主权，都不是绝对的，应当受到一定限制。(2) 外部合法性集中表现在人权与主权的关系上。这里，主权是指一国处理其国内和国际事务的最高权力，主权的主体是作为政治共同体的国家。显然，人权与主权之间存在可能的冲突和紧张，也就是说，特定国家主权是人权保障的前提，而人权的普适性又可能与特定主权发生冲突。如何解决这个问题？应当看到，在国家产生的逻辑上，国家的积极义务优先于消极义务，国家的消极义务不论多么有价值，都是条件性的，而不是主要的。在人类社会的很长时期内，国家承担的满足人们经济和社会需求的积极义务，符合人们基本道德情感。由此，西方人权概念的最大问题在于主张第一代人权，强调对国家的限制和国家的消极义务，而不重视国家的积极义务。西方人权理论忽略了国家的积极义务，它建构一系列措施来对抗政府，这样做恰恰违背了一个现代政治道德原则，即国家是满足人们需要、让人们过上幸福生活的手段，是一个工具性设置。只有理顺消极人权与积极人权的顺序，摆正主权国家的位置，人权才有望最终实现。

现代人权理论的宗教哲学渊源

石佳友^{*}

总体来说,现代人权理论有三个主要的思想来源:古希腊哲学中的理性主义,斯多葛学派中的个人主义以及基督教中的普世主义。其中,基督教哲学对现代人权理论的影响大体表现在以下三个方面。

首先,平等主义。在基督教教义中,一切人在上帝面前都是无差别的子民,他们在上帝面前都同样必须服从神谕,同样承担义务。人是物质世界中上帝的“代言人”,人是社会一切制度的创造者和目的,人不能被类比为“物”、一个可以操控的东西。每一个人类个体都代表着上帝的某一形象,这使得其应当具有尊严,每一个个体的形象尽管不同却都是平等的:“不再有奴隶和自由人的区分,也没有男人和女人的差别”。

其次,人的先在性。根据基督教教义,上帝创造了人类的祖先,使人类成为了“世界的主人”。赋予人在物质世界中的先在性有两个方面的原因:一方面,人类需要从物质世界获取其生存和发展的基础;另一方面,人被视为上帝派到物质世界的代表,他具有认识和支配物质世界的“理性”和从物质世界获取生存资料的“自由”。从这一公理出发,财产所有权自然而然成了最为基本的权利之一,它也被视为人类理性和自由的表达。人类所支配的物质世界成为了上帝的神界的延续,人的这一概念由此得到擢升,并在某种意义上被赋予神圣意蕴。这一“神化”的过程正是现代人权哲学中人的先在性的宗教来源。由于人是被赋予灵性的存在,其身上肩负上帝的使命,他必定享有“权力”和“权利”;由于受命于至高无上的神圣旨意,“权力—权利”的赋予仅仅与人的资格有关,换言之,只要具备人的资格即可享有“权力—权利”;任何政治机构的介入对于人的权利的取得都不是必要的,同样,任何公权力都不能非法剥夺人的此种权利。这种权利是人“与生俱来”的,与个体的具体条件无关。人权的不容置疑和不容反驳性(irréfutabilité)相当程度上在于其宗教来源。

第三,普世主义。按照教义,上帝是全能的,统治世间的万物;基督教的教义是普适性的,是永恒不变、超越时间和空间限制的圣律,反映了人类世界的普遍性法则,全人类都应当遵从。例如,基督教认为,摩西十诫中的孝敬父母、不可杀人、不可奸淫、不可偷盗、不可做假证陷害他人等,都具有普世性意义。同理,人在宇宙中的先在地位、人作为法律唯一的主体这一原则,亦是具有普世意义的公理。

基督教对现代人权理论的这些影响,在划时代人权法文献《世界人权宣言》中可以找到印记。事实上,很多西方学者也承认,《世界人权宣言》在相当程度上是所谓的犹太—基督传统(Judeo-Christian tradition)的产物。在其起草者勒内·卡森(René Cassin)等人的心目中,从一开始他们就想为全人类起草一部具有普世适用性的法律文本。在他们看来,基督教信仰与人权哲学之间存在着密切的内在联系:“作为造物主和救赎者的上帝是人权理论终极和无法回避的基础”。由此,在名称上他们刻意选择了“Universal Declaration”这一具有强烈象征意义的措辞。严格说来,“Universal Declaration of Human Rights”的准确译法应当是“普世人权宣言”,从中明显可见基督教哲学的痕迹。从内容上看,宣言“序言”开篇的“鉴于对人类家庭所有成员的固有尊严及其平等的和不移的权利的承认,乃是世界自由、正义与和平的基础”,第1条所宣扬的

^{*} 中国人民大学法学院副教授。

自由、尊严、博爱等原则，第2条所规定的平等原则，第6条关于法律人格的规定，第18条的宗教信仰自由等，都显然受到了基督教的影响。另外，宣言第2条尽管提到了人不得因性别等因素而受到区别对待，但是宣言并未以更多的篇幅去规定妇女权利，这也是“继受”了基督教长期忽视妇女权利的缺陷。

正是基于这些原因，在其他文明看来，《世界人权宣言》的“普世性”带有浓厚的西方色彩，普遍适用于“基督教世界”，而无法适用于其他文化和传统。十分典型的例证是，伊斯兰国家认为这个声称具有“普遍性”的人权宣言根本不能适用于穆斯林世界，它未能充分考虑伊斯兰文化和宗教语境。1982年，伊朗驻联合国代表就批评说，“《世界人权宣言》仅是对犹太—基督传统的一个世俗解读”，而在1990年，伊斯兰会议组织更是在开罗通过了一份《伊斯兰人权宣言》，对《世界人权宣言》的许多表述和条文进行了重要修正。

基督教以外的其他文化对于《世界人权宣言》的这些指责，一些西方学者也是接受和承认的。例如，法国有法人类学家就指出，“在基督教传统中，归根结底是上帝的智慧和意志赋予了人权以神圣的价值；而在一个一切超验因素被排除的政治和社会体制中，必然是人的理想和意志转化为法律本身”，法律所赋予的人权由此才具有更高的价值。从这个意义上来说，必须承认的是，现代人权理论在相当程度上其实“是某一特定的地域和历史条件下的文化的产物”。

国际贸易中的人权

刘敬东^{*}

近年来，国际上掀起了一股将国际人权法纳入WTO国际贸易法律体系的思潮。以彼得斯曼(Ernst-Ulrich Petersmann)、科蒂尔(Thomas Cottier)为代表的一批国际法学家相继撰文论证WTO法律制度确立尊重和保护人权原则的现实性和必要性，呼吁并推动国际人权法概念、标准和规则进入WTO法体系和争端解决机制。这一思潮与多年来西方国际法学界“去主权化”和“国际法宪法化”的大背景紧密相关。

当今国际法领域，国家主权和国家共同同意的国际法基础被认为严重弱化，尊重和保护基本人权则被认为是包括WTO法在内的所有国际法领域的最高指导原则。这些看法是“人权入世”思潮的主要基础。彼得斯曼在《国际市场的正义、人权和宪法理论》一文中就曾指出，“今天，在许多世界性、地区性的人权条约以及其他人权文件中，‘固有的尊严以及平等这些不可剥夺的人类所有人的权利是自由、公正和世界和平的基础’，得到了世界范围的承认，它要求将国际法、公共政策以及‘公正’建立在‘规范的个人主义’基础上，即‘所有人生而自由并享有尊严和权利平等’。同时，在国际经济法中，价值及政策必须通过个人同意、平等权利和民主程序合法化，而不是仅通过‘商人的哲学’将个人和社会‘用途’建立于衡量金钱的杠杆以及抽象的‘财富’概念和‘经济效率’的概念之上。”鉴于此，他提出了以人权为最高原则的国际经济法宪法化理论。对于“人权入世”思潮，联合国相关人权机构亦表示大力支持。2001年至2006年间，联合国人权事务高级专员办公室连续发表研究报告，分析论证国际人权法规则与WTO协定之间的关系和矛盾，并对人权法规则进入WTO法的具体途径和方法提出建议。

然而，“人权入世”主张也遭到不少反对和质疑。以经济学家帕格瓦迪(Jagdish Bhagwati)为代表的一批学者认为，WTO多边贸易体制以贸易自由化为核心宗旨，促进了国际贸易发展和

^{*} 中国社会科学院国际法研究中心副研究员。

各国经济繁荣,为世界人权的改善做出了巨大的贡献,所谓WTO忽视人权、与人权法规则对立甚至损害人权的观点是极其错误的。在他们看来,如果将“政治色彩”十分浓厚的国际人权标准纳入WTO体制,势必为某些成员方打着“保护人权”的旗号实行贸易保护主义提供便利,因此坚持反对立场。美国国际法学家杰克逊(John H. Jackson)在《人权与国际贸易》中也不无担心地指出:“人权与国家贸易之间的内在关系是一个非常困难的概念性问题,它一方面涉及公民和政治权利,而另一方面还有社会和经济权利……为了开展这一分析,作为人权基础的人的尊严的概念是极为重要的,但它是一个有时走得很远的概念。”此外,由于历史上美国、欧洲等西方国家或地区曾动辄以“人权”为由对发展中国家实施贸易制裁,包括中国在内的发展中国家对于“人权入世”思潮也普遍表示担忧。WTO奉行以贸易自由化为宗旨的非歧视原则、透明度原则,并建立了一整套行之有效的规则体系、争端解决机制,这在很大程度上抑制了发达国家的单边行动,从国际法体制上克服了长期困扰发展中国家的贸易制裁问题,而将国际人权法规则引入WTO法律体制,则可能为发达国家采取单边行动的提供“合法”依据,重蹈历史覆辙。

尽管有美国等成员方多次提议,但WTO迄今对“人权入世”没有达成任何共识,总体上保持一种消极态度,只对某些相关具体事项做出一些姿态。例如,2001年公布关于TRIPS协定与保护公共健康权之间关系的“多哈宣言”,作出有利于保护公共健康权的原则宣示;2003年WTO通过禁止冲突钻石贸易的“金佰利豁免”决议,允许成员方对冲冲突钻石贸易予以限制。尽管如此,WTO贸易争端解决专家组、上诉机构至今未能就人权与贸易法之间的法律关系给出权威解释。在尊重和保护环境呼声高涨的大背景下,作为重要国际组织的WTO的这一立场招致了国际上众多批评和指责。

在当前尚不宜全面将国际人权法纳入WTO法律范畴的现实条件下,WTO可采取两方面行动以消除各种压力并赢得国际声誉。一是对那些严重侵犯人权或对人权具有重大负面影响的商品或服务予以法律限制,这需要WTO按照公认的国际人权法标准、依据严格的程序做出安排,并予以法律上的监督,防止名为人权保护、实为贸易保护的政策措施扭曲贸易自由化宗旨。二是为促进对发展中国家至关重要的公共健康权,修改WTO现有知识产权协定,以利于发展中国家获得维护公共健康所需的大量廉价药品,防止公共健康危机危害普通人生命。在目前全体成员方缺乏共识、尚不能建立相应法律规则的情况下,WTO可从由GATT1994第20条“一般例外”条款形成的机制中寻求这些行动的法律依据。但需强调的是,WTO专家组、上诉机构运用国际人权法规则解释WTO协定例外条款必须严格标准,遵循国际法的善意原则确保贸易自由化政策与人权保护之间法律上的利益平衡,既赋予那些真正为了保护大规模人权而实施的贸易措施以合法性基础,又要切实防止以人权保护为借口实施“伪装的贸易保护主义”、损害贸易自由化的行动,这对于WTO来说是一个巨大的考验。

卡斯纳提斯(Anthony E. Cassinatis)在《国际法下与贸易措施相联系的人权》一文中指出,“发展中国家表达了对于以人权为目标的贸易措施的严重忧虑。例如,他们担心,人权只是作为保护主义的借口而出现,而且正试图降低他们的竞争性优势。被这种贸易措施引发的一个(具有法律效果的)政策性挑战将推动WTO规则的发展以适应(发展中国家的)这些关切,(规则)应具有公正性、一贯性并确保人权。准确地分辨出那些保护人权的国际法一般规则,对于迎接这个挑战的努力看上去是重要的。”这一看法得到了广泛赞同。就此而言,在专家组、上诉机构成功实践的基础上,各方平等磋商制定与人权有关的WTO协定规则,确保在人权与贸易关系上WTO法律制度的稳定性和可预见性,这不仅是WTO贸易自由化宗旨的必要保证,也是面对尊重和保护环境这一时代主题WTO法律制度赢得更高法律权威的必经之路。

重构人权的道德基础

胡水君^{*}

现代社会讲自由人权，一如古代社会讲仁义道德。在近代欧美，“不自由，毋宁死”，“宁愿在风暴中享自由，不愿在安宁中受奴役”，成为流行的话语。而在中国古代，处于社会价值体系的基础和主导地位的则是这样一些话语：“朝闻道，夕死可也”，“所欲有甚于生者，所恶有甚于死者”，“宁饥寒乘理而死，不愿饱暖违义而生”。同样是比生死看得更重的事物，在近代欧美是政治“自由”，而在中国古代则是道德“仁义”。中西两套话语体系的不同，鲜明地反映出作为政治和法律出发点的“道”在古今中外历史发展过程中的差异和变化。

作为现代之道，人权在当今世界已成为政治权力据以持续存在和运行的基本合法性渊源，现时代因此也被称为“民权世界”、“权利时代”。政治道德和社会选择全部或部分建立在关于个人权利的某种阐释的基础之上，这种想法是西方政治学中一个熟为人知的论题。尽管如此，人权或权利的道德基础或哲学根据却远没有达到坚不可摧的程度。对人权的理论论证要比对人权的政治宣称显得更为艰难。就此，有学者提到，人的自然权利教义面临道德质疑有时显得特别脆弱；还有学者甚至认为，令人信服地证明人享有存在或道德意义上的权利是不可能的。从源起上看，“自然权利”在兴起之初其实就已面临挑战。例如，柏克和边沁在18世纪末和19世纪初都曾对“自然权利”提出批评，视之为虚假的、“修饰学上的胡说”。20世纪中叶，《世界人权宣言》宣告“人人生而自由，在尊严和权利上一律平等。他们赋有理性和良心，应以同胞之义相待”。但对于人为什么生而自由平等，是“天赋的”（God-given），还是“自然的”（natural），抑或其他，宣言并没有作出充分的阐释。直到20世纪末，在《万民法》中，罗尔斯依然没有将人权设置在足够坚固的道德或形而上学基础之上。他说，“所谓人权，被认为是任何社会合作体系的必要条件。……这些权利并不依赖于有关人性的任何特定的全整宗教教义或哲学教义。例如，万民法并不是说，人是道德的人，在上帝眼中都具有同等价值，或者，他们具有某种道德的和理智的天分使他们得以有资格享有这些权利。”

作为现代政治合法性和社会合作体系必要条件的人权，却在构筑其道德或形而上学根据上面面临着困难，这显示出人权在政治、法律和社会合作体系层面，有着与其在道德层面不同的处境。实际上，虽然柏克、边沁等人否认权利是“上天赋予的”或“自然状态”中的物件，但他们并不因此否认权利本身，在他们看来，人的权利来源于社会习俗和法律。换言之，人权并非缺乏根据，它们植根于政治、法律和社会之中。在后来的讨论中，人权被更多地建立在人是人这一基本的自然事实基础之上，但由此也带来了一些现代问题特别是道德问题。这最明显地体现在霍布斯的“自然权利”理论上。在《利维坦》中，当霍布斯把以生命保全为核心内容的“自然权利”作为现代政治和法律新的基点时，他同时强调“旧道德哲学家所说的那种终极的目的和最高的善根本不存在”。如果说，人因为并且仅仅因为其是人，所以应该受到保护，这可以被确立为一项现代政治和法律原则，那么，这一原则也将因为它并没有从道德上区分好人和恶人而不可避免地遭受道德质疑。例如，对于穷凶极恶的人，是否应该以及为什么应该给以人权保护？或者说，穷凶极恶的人是否也具有人权？按照传统的道德理论，穷凶极恶的人因为丧失了“天良”这一人之为人的基本要素，理应遭受道德谴责，而且社会可以理直气壮地对其实施刑杀。这样一种理论与现

^{*} 中国社会科学院法学研究所研究员。

代人权原则存在着明显的张力。这些问题的形成,很大程度上是以现代人的经验认知与道德认知可能存在不一致为条件的,在此情形下,建立起人权与德性的融合或连接可谓一种时代需要。

大体而言,人权与德性可谓古今两种相辅相成的“道”。人权立足于人的身体和性命层面,旨在把人当人,不以非人的方式对待人;德性则立足于人的仁义和精神层面,旨在为君子,成圣贤,不“为草木禽兽”。人权与德性虽立足于人的不同方面,但却都被认为是人之为人的基本要素,特别是在政治和社会条件下,二者因此也都曾被认为是天赋的,正所谓“天植灵根”、“天赋人权”。由于立足点不同,人在人权那里主要是作为保护对象存在的,而在德性那里则主要是作为道德主体存在的。作为保护对象的人在现代不必是内心高尚的人,而作为道德主体的人则是道德感强烈、是非观分明的人。就此而论,德性更加注重精神超越和生命之道,比人权具有更强的精神属性,人权则更加注重世俗物欲和社会之理,具有明显的世俗倾向。而且,由于把仁义道德看作是比身体性命更高的价值,德性在一定程度上存在着轻视或漠视身体和性命的倾向,这既表现为个人舍生取义,也表现为人们在善恶感的支配下对犯下万恶罪行的罪犯执行死刑;而由于把人的身体尤其是生命保全视为至高的价值,人权在一定程度上具有摆脱善恶论的倾向,它在对人客观一体的保护中消解了“能好人,能恶人”、“恶不仁者,其为仁矣”的善恶结构。由此,人权与德性在现代条件下形成了一定的紧张。例如,按照君子能爱人也能憎人的道德逻辑,对极恶之人执行死刑很容易为德性理论所接受;而按照现代人权逻辑,死刑得因生命保全的绝对价值而被废除。人权与德性的这种紧张需要从根本道理上作出协调和澄清,以使古今两种普适之道都能得以张扬,而不致厚此薄彼或取此舍彼。

具体来说,若以人为道德的人,认定即使为恶之人也可能重现“良知”,则德性理论可以止于刑杀,而人权理论也由此可以获得道德支撑。就此而言,立足传统道德资源,重构现代权利理论,不仅是必要的,而且是可能的。从中国文化的理路看,现代权利理论适合沿着“民吾同胞,物吾与也”、“天地万物,本吾一体”的道德路径向前拓展,基于“恻隐之心,人皆有之”、“万物皆备于我”的普适德性逻辑来构建人皆应受人权保护的道德基础,以此实现人的道德精神与现代民主、人权保护、政治自由的融合或衔接。