

CSSCI 来源集刊

徐显明 主编

山东人民出版社

Volume VII 第九卷

# 人权研究

human rights

öffentliches Recht

droits de l'homme

Menschenrechte

n rights

echt

rights

第九卷

人权研究

徐显明 主编

## 图书在版编目(CIP)数据

人权研究. 第9卷/徐显明主编. —济南: 山东人民出版社, 2010.5

ISBN 978-7-209-05259-7

I. ①人... II. ①徐... III. ①人权-研究  
IV. ①D082

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 049340 号

责任编辑:李怀德

封面设计:武 斌

## 人权研究(第九卷)

徐显明 主编

---

山东出版集团

山东人民出版社出版发行

社 址:济南市经九路胜利大街 39 号 邮 编:250001

网 址:<http://www.sd-book.com.cn>

发行部:(0531)82098027 82098028

新华书店经销

日照报业印刷有限公司印装

规 格 16 开 (180mm×255mm)

印 张 22

字 数 450 千字 插页 2

版 次 2010 年 5 月第 1 版

印 次 2010 年 5 月第 1 次

ISBN 978-7-209-05259-7

定 价 46.00 元

---

如有质量问题,请与印刷厂调换。电话:(0633)8221365

## 《人权研究》集刊序

“人权”，乃是人因其为人即应享有的权利，它无疑是人类文明史中一个最能唤起内心激情与理想的词汇。人权，在今天已不再是一种抽象的意识形态，而是已成为一门需要熟虑慎思的学问。在呼吁人权的激情稍稍冷却的时候，挑战我们的智慧与理性的时代已经来临。

近代以来国人对人权理想的追求，总难摆脱经济发展、民族复兴的夙愿，曾经的救亡图存激起的民族主义情绪，始终是我们面对“西方”人权观念时挥之不去的顾虑。在个人与社群、公民与国家、自由与秩序、普适价值与特殊国情之间，我们一直在做艰难的抉择。也正因此，为人权理想奔走呼号的人士固然可敬，那些秉持真诚的保留态度的人们也值得尊重。

人权不但张扬个人的自尊、自主、自强，也代表着一种不同于两千年中国法制传统的“现代”政治制度，它所依托的话语体系，既需要融合我们自己对理想社会的追求，也对我们既有的生活方式构成了严峻挑战。当意识到必须以一种近乎全新的政治法律制度迎接人权时代的来临之时，我们必须审慎思考自己脱胎换骨、破旧立新的方式。当经历“三千年未有之大变局”之后，一个古老的中国无疑遇到了新的问题。在这种格局下，人权的支持者和怀疑者都需要交待内心的理由：人权对中国意味着什么？对于渴望民族复兴的中国来说，人权对公共权力的规训是否意味着削弱我们行动的能力？对于一个缺乏个人主义传统的国家来说，人权对个人价值的强调是否意味着鼓励放纵？对于一个较少理性主义的国家来说，人权是否意味着将割裂我们为之眷恋的传统之根？对于这一源自“西方”的观念，我们又如何既尊重其普适价值又能不罔顾国情？诸如此类的问题，人权主义者必须做出回答，批评者亦必须做出回应。

人权既是美好的理想，又是政府行动的底线标准。

人权因其美好而成为我们为之奋斗的目标，毕竟，一个大国政道和治道

的双重转换,确实需要时间来承载思想和制度上的蜕变。但是,对公共权力的民意约束、对表达自由的保护、对信仰自由的尊重、对基本生存底线的维持、对人的个性发展的保障,都昭示了政治文明走向以人权为核心的追求“时不我待”。我们必须承认,人权不是今人栽树、后人乘凉的美好愿景,而应当成为政府的底线政治伦理。政府的人权伦理不能等待渐进的实现,而是政府之为政府的要件。人权标准是一个“理想”并不等于、也不应成为固步自封、拒绝制度转型的理由。

人权规范政府,但并不削弱权威。

近代民族国家的兴起和资本主义的扩张,将个人从传统的群体生活中抛出,个人直面国家,成为现代政治的基本特征。个人主义价值观的兴起,在文化意义上凸现了个性的价值,在制度设计上为保护个人提供了防护性装置。民主化消除了君主专制和寡头政治的专横,但又带来了“多数派暴政”的危险,而巨型资本渐趋显现的对个人权利的社会性侵害,也经由政府释放着它的威胁。因此,人权观念的主流精神,始终在于防范公共权力。

但是,政府固然没有能力为非,行善却也无能为力。缺乏公正而有力政府的社会,同样是滋生专制和暴政的温床。我们不会把尊重秩序与爱好专制混为一谈,也不会将笃信自由与蔑视法律视为一事。为公共权力设定人权标准,将强化而不是削弱权威,因为只有立足于民主选举、表达自由、尊重个性之上的公共权力才会获得正当性。与此同时,权威不等于暴力,它不是说一不二和独断专行。只有一个受到民意约束的政府,才能对维护公民的权利和自由保持高度的敏感。在一系列由于公共治理危机引发的严峻公共事件不断叩问我们良心的时候,我们相信,只有健全保障权利的政治安排,才能不致使政府因为无法获知民众的多元诉求而闭目塞听。我们需要牢记,一个基于民意和保障权利的政府才是有力量的。

人权张扬个性,但并不鼓励放纵。

人权旨在通过强化个人力量来对抗国家,它既张扬个性的价值,也坚信由制度所构造的个人创新精神乃是社会文明进步的根本动力。它让我们重新思考保障公共利益依赖于牺牲个人权益的传统途径的合法性和有效性是否仍然可行。在人权主义者看来,集体首先是个人的联合,公共利益也并非在各个场合都先于个人利益,它并不具有超越于个人之上的独立价值。为

了所谓公益而把牺牲个人当做无可置疑的一般原则,将最终使公共利益无所依归。人权尊重个人自由,也倡导个体责任与自由结伴而行,它旨在改善个人努力的方向,排除在公共安排方面的投机,唤起普遍的慎重和勤奋,阻止社会的原子化和个人的骄奢放纵。自由与责任的结合,使每个人真正成为自我事务的“主权者”。当专断与暴政试图损害人的心灵的时候,人权思想具有阻止心灵堕落的功能。一个尊重个人价值的社会,才能滋养自立自强、尊重他人、关爱社群的精神氛围。一个尊重个人价值的社会,才能真正增进公共利益、获致国家的富强和民族的复兴。

人权尊重理性,但并不拒绝传统。

面临现代社会个人与国家的二元对立,我们期望通过培育权利和自由观念增强个人的力量。人权尊重理性,它将“摆脱一统的思想、习惯的束缚、家庭的清规、阶级的观点,甚至在一定程度上摆脱民族的偏见;只把传统视为一种习得的知识,把现存的事实视为创新和改进的有用学习材料”(托克维尔语)。理性主义尊重个体选择,但它并不是“弱者的武器”,甚至不能假“保护少数”之名行欺侮多数之实。“强者”和“多数”的权利同样属于人权的范畴。张扬理性乃是所有人的天赋权利,故人权理念不鼓励人群对立、均分财富和政治清算。我们主张人权与传统的融合,意味着我们要把界定“传统”含义的权利当做个人选择的领地留给公民自己、把增进公民德行的期望寄托于自由精神的熏陶而不是当权者的教化。我们相信,人权所张扬的理性价值,在审视和反思一切陈规陋习的同时,又能真诚地保留家庭、社群、民族的优良传统。

人权尊重普适价值,但并不排斥特殊国情。

人权的普适价值,系指不同的民族和文化类型在人权观念上的基本共识,它旨在唤醒超越国家疆界的同胞情谊,抛却民族主义的偏私见解。“普适价值”的称谓的确源于“西方”,但“西方”已不再是一个地理概念而是政治范畴。人权不是“西方”的专属之物,而是为全人类共享的价值。我们拒绝个别国家挥舞的人权大棒,仅仅是确信那些出于狭隘民族国家利益的人权诉求构成了对人类共同价值的威胁。二战以后,随着对威胁人类和平和尊严的反思日益深切和国际交往的日益紧密,人权概念从东方和西方两个角度得到阐释,它厘定了共同的底线标准,也容忍各国的特殊实践。没有哪

个国家可以标榜自己为人权的标准版本。但是我们相信,承认人权的特殊性只是为了拓展各族人民推进人权保障的思想潜力,任何国家以其特殊性来否定人权价值都是缺乏远见的。特殊性的主张不能成为遮羞布,人权在消除不人道、不公正实践方面的规范意义,应被置于首要地位。正像宪政民主有其改造现实、修正传统的功能和追求一样,人权标准与现实之间的紧张关系必须通过优化制度安排、改造陈规陋习来解决。

当下纷繁复杂的人权理论,寄托着人们的期望,也挑战着人们的理智;既是我们研究的起点,也是我们审视的对象。人权是一门需要理性建构的学科。惟怀有追求自由的执着热情,又秉持慎思明辨的冷静见解,才能使之萌茁发展。《人权研究》集刊就是为之搭建的一个发展平台。

是为序。

徐显明

2008年12月10日

# 目 录

|                                   |         |
|-----------------------------------|---------|
| <b>权利本位理论:语境、局限与价值</b> .....      | 何志鹏(1)  |
| 一、权利本位理论的主张、批评与竞争 .....           | (1)     |
| 二、权利本位理论的内涵 .....                 | (8)     |
| 三、主张权利本位的理由 .....                 | (13)    |
| 四、权利本位理论的进步性与相对性 .....            | (17)    |
| 五、结论 .....                        | (22)    |
| <b>论《世界人权宣言》的实体内容及历史局限性</b> ..... | 孙平华(24) |
| 一、《世界人权宣言》的序言内容 .....             | (24)    |
| 二、《世界人权宣言》的正文内容 .....             | (28)    |
| 三、《世界人权宣言》内容的历史局限性 .....          | (45)    |
| 四、结束语 .....                       | (48)    |
| <b>学术史论:罗隆基人权理论研究考察</b> .....     | 刘志强(50) |
| 一、引言:本文学术史的界定 .....               | (50)    |
| 二、知人论世:学术问题及其意义 .....             | (51)    |
| 三、知世论人:学术史的回顾与评估 .....            | (52)    |
| 四、尾论:如何研究罗隆基人权理论 .....            | (68)    |
| <b>宪法基本权利规范的中国特色</b>              |         |
| ——以私有财产权条款为例 .....                | 祝 捷(70) |
| 一、引言 .....                        | (70)    |
| 二、解读的起点 .....                     | (72)    |
| 三、私有财产权条款的规范结构 .....              | (77)    |
| 四、私有财产权条款的规范功能 .....              | (87)    |
| 五、结语 .....                        | (92)    |
| <b>三种典型的财产权观念研究</b> .....         | 鞠成伟(94) |
| 一、导言 .....                        | (94)    |

|                                |                 |
|--------------------------------|-----------------|
| 二、德性财产观 .....                  | (98)            |
| 三、意志财产观 .....                  | (107)           |
| 四、公益财产观 .....                  | (113)           |
| 五、结语:财产权的衰落与新财产观的探求 .....      | (121)           |
| <b>时代变迁中的美国联邦宪法第九修正案 .....</b> | <b>郭春镇(125)</b> |
| 一、引言 .....                     | (125)           |
| 二、第九修正案的理论争议 .....             | (126)           |
| 三、宪法实践中的第九修正案 .....            | (130)           |
| 四、结语 .....                     | (144)           |
| <b>关于宗教或信仰自由的国际法律标准 .....</b>  | <b>班文战(147)</b> |
| 一、标准的确立 .....                  | (147)           |
| 二、内容 .....                     | (149)           |
| 三、接受与实施 .....                  | (155)           |
| 四、结语 .....                     | (159)           |
| <b>人体试验受试者权利保护研究 .....</b>     | <b>满洪杰(160)</b> |
| 一、人体试验及其历史发展 .....             | (160)           |
| 二、人体试验的伦理学 .....               | (162)           |
| 三、人体试验伦理法律规范现状 .....           | (166)           |
| 四、人体试验法律关系的客体、主体与法律关系 .....    | (170)           |
| 五、受试者保护的主要机制——伦理审查 .....       | (176)           |
| 六、受试者的知情同意权 .....              | (187)           |
| 七、受试者损害救济 .....                | (193)           |
| 八、跨国人体试验中的受试者保护 .....          | (201)           |
| 九、结语:对我国人体试验立法的展望 .....        | (205)           |
| <b>论环境权的规范效力 .....</b>         | <b>张震(207)</b>  |
| 一、环境权对立法权的规范效力 .....           | (207)           |
| 二、环境权对行政权的规范效力 .....           | (216)           |
| 三、环境权对司法权的规范效力 .....           | (224)           |
| <b>逮捕权司法实践研究</b>               |                 |
| ——以捕后轻刑为视角 .....               | 张昕(231)         |
| 一、导言 .....                     | (231)           |

|                                     |                  |
|-------------------------------------|------------------|
| 二、司法现状 .....                        | (232)            |
| 三、捕后轻刑原因分析 .....                    | (236)            |
| 四、控制轻刑逮捕率的初步设想 .....                | (243)            |
| 五、结语 .....                          | (253)            |
| <b>健康权的可诉性研究 .....</b>              | <b>孙 萌 (254)</b> |
| 一、健康权与“尊重、保护和实现”的国家义务 .....         | (254)            |
| 二、健康权的国际可诉性 .....                   | (256)            |
| 三、健康权的国内可诉性 .....                   | (261)            |
| 四、结语 .....                          | (267)            |
| <b>农民信贷权益的保障问题</b>                  |                  |
| ——以对村镇银行资金短缺困局的分析为例 .....           | <b>柴瑞娟 (269)</b> |
| 一、农民贷款难题与村镇银行的推出 .....              | (269)            |
| 二、村镇银行投资比例限制与其资金短缺之困 .....          | (270)            |
| 三、政府作为村镇银行投资主体的再分析 .....            | (273)            |
| 四、强制贷款者储蓄投资可行性分析:孟加拉乡村银行模式的借鉴 ..... | (275)            |
| 五、民间资本:村镇银行最为重要的投资主体 .....          | (277)            |
| 六、余论:村镇银行的具体设立可因地制宜 .....           | (279)            |
| <b>论灭绝种族罪及其国内法化 .....</b>           | <b>朱海波 (281)</b> |
| 一、灭绝种族的人罪化:1648 ~ 1948 .....        | (281)            |
| 二、《罗马规约》对灭绝种族罪的具体规定 .....           | (282)            |
| 三、灭绝种族罪的国内立法:模式与内容 .....            | (285)            |
| <b>权利与义务“一致性”的观念史考察</b>             |                  |
| ——以当代中国法学界为对象 .....                 | <b>王茂庆 (289)</b> |
| 一、权利与义务的“一致性”观念的流变 .....            | (289)            |
| 二、权利与义务的“一致性”观念与“权利本位论” .....       | (292)            |
| 三、权利与义务的“一致性”观念与人权观念 .....          | (294)            |
| <b>国际工运的发展趋势与中国工会</b>               |                  |
| ——以劳工权益保护为中心 .....                  | <b>王天林 (297)</b> |
| 一、引言 .....                          | (297)            |
| 二、全球化背景下国际工运的发展趋势 .....             | (298)            |
| 三、中国工会所面临的艰难困局 .....                | (305)            |

|                                  |                              |
|----------------------------------|------------------------------|
| 四、中国工会的应对策略选择 .....              | (307)                        |
| 五、结语 .....                       | (309)                        |
| <b>人权的相对普遍性 .....</b>            | <b>[美]杰克·唐纳利著 徐爽译(310)</b>   |
| <b>内容中立作为言论自由的核心:在联邦最高法院</b>     |                              |
| <b>适用的若干问题 .....</b>             | <b>[美]欧文·乔姆伦斯基著 龚艳译(326)</b> |
| 一、言论自由分析的核心原则:内容中立 .....         | (328)                        |
| 二、观点歧视的狭义界定 .....                | (331)                        |
| 三、以内容为基础向内容中立的转化:以一个可允许的目的 ..... | (333)                        |
| 四、不受保护言论类型的区别对待 .....            | (335)                        |
| 五、结论 .....                       | (337)                        |
| <b>道路交通事故社会救助基金的价值分析 .....</b>   | <b>唐艳秋 孙英翔(338)</b>          |
| 一、救助基金的人权价值 .....                | (338)                        |
| 二、救助基金的秩序价值 .....                | (340)                        |
| 三、救助基金权的效益价值 .....               | (342)                        |

## Contents

|                                                                           |                        |             |
|---------------------------------------------------------------------------|------------------------|-------------|
| <b>Rights – Oriented Approach of Law Revisited .....</b>                  | <b>He Zhi – peng</b>   | <b>(1)</b>  |
| I Arguments on Rights – Oriented Approach .....                           |                        | (1)         |
| II What Rights – Oriented Approach Means .....                            |                        | (8)         |
| III The Reasons of Rights – Oriented Approach .....                       |                        | (13)        |
| IV Rights – Oriented Approach; Advances and Limitations .....             |                        | (17)        |
| IV Conclusion .....                                                       |                        | (22)        |
| <b>The Content of The Universal Declaration of Human Rights</b>           |                        |             |
| <b>and Its Limitations .....</b>                                          | <b>Sun Ping – hua</b>  | <b>(24)</b> |
| I On the Preamble of The Universal Human Rights and Its Limitations ..... |                        | (24)        |
| II On the Context of The Universal Declaration of Human Rights .....      |                        | (28)        |
| III The Limitations of The Document .....                                 |                        | (45)        |
| IV Conclusion .....                                                       |                        | (48)        |
| <b>On the Viewpoint of Academic History; Review on the Study</b>          |                        |             |
| <b>of Luo Longji’s Human Rights Theory .....</b>                          | <b>Liu Zhi – qiang</b> | <b>(50)</b> |
| I Introduction .....                                                      |                        | (50)        |
| II The Academic Issue and its meaning .....                               |                        | (51)        |
| III Retrospect and Comments .....                                         |                        | (52)        |
| IV Conclusion .....                                                       |                        | (68)        |
| <b>The Constitutional Rights with Chinese characteristics:</b>            |                        |             |
| <b>A Perspective of Property Rights .....</b>                             | <b>Zhu Jie</b>         | <b>(70)</b> |
| I Introduction .....                                                      |                        | (70)        |
| II A Start of Discussion .....                                            |                        | (72)        |
| III The Structure of The Clauses on Property .....                        |                        | (77)        |
| IV The Normative Function of Property Clauses .....                       |                        | (87)        |
| V Conclusion .....                                                        |                        | (92)        |
| <b>A Study on Three Typical Concepts of Property</b>                      |                        |             |
| .....                                                                     | <b>Ju Cheng – wei</b>  | <b>(94)</b> |
| I Introduction .....                                                      |                        | (94)        |
| II The Angle of Virtue .....                                              |                        | (98)        |

|                                   |       |
|-----------------------------------|-------|
| III The Angle of Will .....       | (107) |
| IV The Angle of Public Good ..... | (113) |
| V Conclusion .....                | (121) |

### **From Limited Government to Unenumerated Rights: The Ninth**

#### **Amendment of the United States in the period of change of times**

|                                                                 |       |
|-----------------------------------------------------------------|-------|
| ..... Guo Chun - zhen                                           | (125) |
| I Introduction .....                                            | (125) |
| II Theoretical Arguments on the Ninth Amendment .....           | (126) |
| III The Ninth Amendment in the constitutional implication ..... | (130) |
| IV Conclusion .....                                             | (144) |

### **The International Standard of Freedom of Religion and Belief**

|                                             |       |
|---------------------------------------------|-------|
| ..... Ban Wen - zhan                        | (147) |
| I The Establishment of the Standard .....   | (147) |
| II The content .....                        | (149) |
| III The Acceptance and implementation ..... | (155) |
| IV Conclusion .....                         | (159) |

### **A Study on the Protection of the Volunteers in Human**

#### **Experimentation .....** Man Hong - jie (160)

|                                                                                  |       |
|----------------------------------------------------------------------------------|-------|
| I A Brief History of Human Experimentation .....                                 | (160) |
| II The Ethics of Human Experimentation .....                                     | (162) |
| III The Current Situation of Human Experimentation; Ethics and Law .....         | (166) |
| IV The Parties in the Legal Relations of Human Experimentation .....             | (170) |
| V Ethical Review; The Major System of Protecting Volunteers .....                | (176) |
| VI The Principle of Informed Consent .....                                       | (187) |
| VII Compensation for Damages of Volunteers .....                                 | (193) |
| VIII Protecting the Volunteers in the International Human Experimentations ..... | (201) |
| IX Conclusion; A Perspective on the Issue in China .....                         | (205) |

### **On the Legal effectiveness of Right to Environment .....** Zhang Zhen (207)

|                                                           |       |
|-----------------------------------------------------------|-------|
| I The Right to Environment and Power of Legislature ..... | (207) |
| II The Right to Environment and Executive Power .....     | (216) |
| III The Right to Environment and Judicial Power .....     | (224) |

### **Research on Judicial Practice of Arrestment Right—A Perspective**

#### **of Light Punishment After Arresting .....** Zhang Xin (231)

|                                                            |       |
|------------------------------------------------------------|-------|
| I Introduction .....                                       | (231) |
| II The Judicial Status .....                               | (232) |
| III The Analysis of light punishment after arresting ..... | (236) |

|                                                                                                        |                             |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------|
| IV The initial ideas of control light punishment after the arrest .....                                | (243)                       |
| V Conclusion .....                                                                                     | (253)                       |
| <b>The Judiciability of Right to Health .....</b>                                                      | <b>Sun Meng(254)</b>        |
| I Right to Health and State obligation to Respect, Protect and Fulfill .....                           | (254)                       |
| II The International Judiciable of Right to Health .....                                               | (256)                       |
| III The Domestic Judiciable of Right to Health .....                                                   | (261)                       |
| IV Conclusion .....                                                                                    | (267)                       |
| <b>On Protection of farmers' credit right: A Perspective of</b>                                        |                             |
| <b>Solution of Fund Shortage of Village Bank .....</b>                                                 | <b>Chai Rui – juan(269)</b> |
| I Farmers Loan Problem and the Emergence of Village Bank .....                                         | (269)                       |
| II The Investment Restrictions of Village Bank and Its Shortage of Funds .....                         | (270)                       |
| III Further Analysis of the Government Investment .....                                                | (273)                       |
| IV The Feasibility of Forced Lenders Saving – Investment; the Reference of<br>Grameen Bank Model ..... | (275)                       |
| V Private Capital; the Most Important Investment of Village Bank .....                                 | (277)                       |
| VI The Establishment of Village Bank Should Adapte to Local Conditions .....                           | (279)                       |
| <b>The Crime of Genocide and Its National Prosecution</b>                                              |                             |
| .....                                                                                                  | <b>Zhu Hai – bo(281)</b>    |
| I The criminalization of Genocide; 1648 – 1948 .....                                                   | (281)                       |
| II The Content of Rome Statute .....                                                                   | (282)                       |
| III National legislation on Crime Genocide .....                                                       | (285)                       |
| <b>Consistency between Rights and Obligations in the</b>                                               |                             |
| <b>History of Thought .....</b>                                                                        | <b>Wang Mao – qing(289)</b> |
| I The evolvement of the idea of consistency between rights and obligations .....                       | (289)                       |
| II The right – oriented theory and the idea of consistency between rights and<br>obligations .....     | (292)                       |
| III The idea of human rights and the idea of consistency between rights and<br>obligations .....       | (294)                       |
| <b>The International Labor Movement and Chinese</b>                                                    |                             |
| <b>Labor Union .....</b>                                                                               | <b>Wang Tian – lin(297)</b> |
| I Introduction .....                                                                                   | (297)                       |
| II International Labor Movement Under the Background of Globalization .....                            | (298)                       |
| III Chinese Labor Union; Difficulties .....                                                            | (305)                       |
| IV Tactics of Chinese Labor Union .....                                                                | (307)                       |
| V Conclusion .....                                                                                     | (309)                       |

## **The Relative Universality of Human Rights**

..... **Jack Donnelly Translated by Xu Shuang**(310)

## **Content Neutrality as a Central Problem of Freedom of Speech:**

### **Problems in the Supreme Court's Application**

..... **Erwin Chemerinsky translated by Gong Yan**(326)

- I Content Neutralization as the Central Principle of Free Speech Analysis ..... (328)
- II The Narrow Definition of Viewpoint Discrimination ..... (331)
- III Treating Content – Based Laws as Content Neutral Because of a  
Permissible Purpose ..... (333)
- IV Distinctions Within Categories of Unprotected Speech ..... (335)
- V Conclusion ..... (337)

## **Value Analysis On Social Assistance Fund For Traffic Accident**

..... **Tang Yan – qiu Sun Ying – xiang**(338)

- I A Perspective of Human rights ..... (338)
- II Social Stability and the Fund ..... (340)
- III Political Function of the Fund ..... (342)

# 权利本位理论：语境、局限与价值

何志鹏

20年前,中国法理学者举起了权利本位的旗帜,这一观念和学说不仅在法理学的层面上确立了权利的重要价值与核心意义,而且对于宪法、行政法、民法、刑法等学科的发展起到了不容忽视的作用。特别是随着法治理念的深入,国际交流的拓展,权利本位的观念与理论的解释力日趋明显,权利本位学说的影响日益深入人心。可以说,权利本位是20年来中国法理学的主导范式,是中国法学发展的核心理论,为中国法学的发展与繁荣奠定了基础。

## 一、权利本位理论的主张、批评与竞争

### (一) 权利本位理论的形成与发展

20世纪80年代末,当英美法理学界主要探讨法律论证和法律推理的问题<sup>[1]</sup>、法与市场道德的关系问题<sup>[2]</sup>、私有财产权的问题<sup>[3]</sup>、普通法的性质问题<sup>[4]</sup>,同时以较大的热情关注法律与政治的关系,从不同的视角(特别突出的是女性主义视角)探讨宪政、民主、国家权威等法理学与政治学的关系<sup>[5]</sup>之时,中国学者开始思索法学的根本问题,从基本范畴的角度探寻法的性质与方向,提出了权利和义务是法的基本范畴的观点,<sup>[6]</sup>并且在此基础

[1] Robert Alexy, *A Theory of Legal Argumentation*, Oxford: Clarendon Press, 1989; Friedrich Kratochwil, *Rules, Norms, and Decisions: On the Conditions of Practical and Legal Reasoning in International Relations and Domestic Affairs*, Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

[2] Jules Coleman, *Markets, Morals and the Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

[3] Jeremy Waldron, *The Right to Private Property*, New York: Oxford University Press, 1988.

[4] Melvin Aron. Eisenberg, *The Nature of the Common Law*, Cambridge: Harvard University Press, 1988.

[5] Catharine A. MacKinnon, *Toward a Feminist Theory of the State*, Cambridge: Harvard University Press, 1989; Roger Cotterrell, *The Politics of Jurisprudence: A Critical Introduction to Legal Philosophy*, London: Butterworths, 1989; Jon Elster and Rune Slagstad (eds.), *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge: Cambridge University Press, 1988; Leslie Green, *The Authority of the State*, Oxford: Oxford University Press, 1988.

[6] 研究权利与义务问题具有代表性的论文包括:张光博:《法定权利义务是法学研究的重大课题》,载《当代法学》1987年第3期;李龙:《论我国公民权利与义务的关系》,载《湖北师范学院学报》(哲学社会科学版)1987年第4期;张贵成:《论权利》,载《政法论坛》1988年第1期;张文显:《关于权利和义务的思考》,载《当代法学》1988年第3期;沈国明:《关于“权利”的几点思考》,载《当代法学》1988年第3期;张宗厚:《“权利本位”对于宪法学研究的意义》,载《当代法学》1988年第3期;葛洪义:《论法律权利的本质》,载《当代法学》1988年第3期;韦绍英:《“权利义务一致性”评析》,载《法学评论》1988年第5期;张光博、张文显:《以权利和义务为基本范畴重构法学理论》,载《求是》1989年第10期。

上提炼出了“现代法学应是权利之学,现代法制应以权利为本位”<sup>〔7〕</sup>的观点,简称“权利本位”理论。<sup>〔8〕</sup>这一观点的提出,一方面缘于到当时为止中国改革开放 10 多年在思想、制度上所取得的巨大成就所提供的客观环境,使法学界可以对中国社会中的法制问题进行系统反思;<sup>〔9〕</sup>另一方面缘于中国法学学者对于法律、法制、法学发展方向的历史使命感和深刻思考使得他们从学科独立和学术自足的角度树立法学的基石范畴,并在此基础上形成法学的话语体系。<sup>〔10〕</sup>

权利本位的观点提出以后,很多学者撰文进行阐述,逐渐形成一种研讨权利的浪潮;而且,在批评者和反对者的砥砺之下,将这一学说逐渐完善。<sup>〔11〕</sup>

## (二)对权利本位理论的质疑和批评

权利本位理论提出来以后,“时常受到批评,并发生了一场大论战”<sup>〔12〕</sup>,法学界人士从不同的角度对这一理论进行了质疑和批评。比较引人注目的主要有以下几个方面:

1. 权利本位本质上是资产阶级的法律思想。一些人士试图给权利本位扣上资产阶级的帽子,通过援引马克思、恩格斯、列宁、毛泽东、邓小平等共产主义革命家的语句,证明权利本位的一些主张实际上是资本主义学者已经主张过的,所以权利本位在社会主义的状态下不应当存在。<sup>〔13〕</sup>

2. 权利本位理论在历史划分和标准设定上的缺陷。张恒山教授从两个方面对权利本

〔7〕 郑成良:《权利本位说》,载《政治与法律》1989年第4期。

〔8〕 “在现代法哲学中,权利是更根本的概念,是法哲学的基石范畴,无论是法学理论,还是法律实践,都应当以权利为本位。”张文显:《法哲学范畴研究》(修订版),中国政法大学出版社2001年版,第342页。

〔9〕 “在商品经济和民主政治发达的现代社会,法是以权利为本位的。从宪法、民法到其他法律,权利规定都处于主导地位,并领先于义务,即使刑法,其逻辑前提也是公民、社会或国家的权利。”张光博、张文显:《以权利和义务为基本范畴重构法学理论》,载《求是》1989年第10期。“权利实质是一种平等的、横向的利益关系。在这种意义上,权利本位论是对抗以纵向绝对支配为标志的权力本位(例如,君权至上、官本位、家长制等)的一面旗帜,一个很有用的武器。”张文显:《法哲学范畴研究》(修订版),中国政法大学出版社2001年版,第348页。

〔10〕 “法学之不成熟和不发达的主要表现在于它还没有形成或建构起具有共识性的研究范式。”张文显:《法哲学范畴研究》(修订版),中国政法大学出版社2001年版,第367页。张文显、于宁:《当代中国法哲学研究范式的转换——从阶级斗争范式到权利本位范式》,载《中国法学》2001年第1期。

〔11〕 对于权利进行论证的主要论文有葛洪义:《论法律权利的概念》,载《法律科学》1989年第1期;郑成良:《权利本位说》,载《政治与法律》1989年第4期;张文显:《从“义务本位”到“权利本位”是法的发展规律》,载《社会科学战线》;郑成良:《权利本位论一兼与封国贤同志商榷》,载《中国法学》1991年第1期;葛洪义:《法律·权利·权利本位》,载《社会科学》1991年第3期;文正邦:《有关权利问题的法哲学思考》,载《中国法学》1991年第2期;林韶:《权利本位——市场经济发展的必然要求》,载《法学》1992年第6期;孙笑侠:《“权利本位说”的基本方法与理念》,载《中国法学》1993年3期;邱本:《现代法学应是权利本位的人学》,载《长白论丛》1995年第6期;夏勇:《权利发展说》,载夏勇主编:《走向权利的时代》,中国政法大学出版社1995年版等等。

〔12〕 张文显:《法哲学范畴研究》(修订版),中国政法大学出版社2001年版,第349页。有关论战的进程与细节,参见郭道晖:《“权利本位”的曲折经历》,载郭道晖等主编:《中国当代法学争鸣实录》,湖南人民出版社1998年版,第369~374页。

〔13〕 参见张光博、村然:《关于权利本位问题的对话——权利本位的基本论点剖析》,载《高校理论战线》1995年第1期;张光博、村然:《关于权利本位问题的对话——权利本位的目标模式及其扩散》,载《高校理论战线》1995年第2期;张光博:《评“权利本位论”》,载《当代思潮》1997年第1期;顾海波、洪晓梅、王晓伟:《评有关权利本位的几个基本论点》,载《当代法学》1997年第1期。