

©上海交通大学法学院人权法研究中心主办

SJTU Human Rights Law Review

人权法评论

第一卷

回应国际国内社会面临的时代性命题，推进人权法领域观念性与制度性、国际性与国内性、理论性与现实性的研究

周伟 ©主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

©上海交通大学法学院人权法研究中心主办

SJTU Human Rights Law Review

人权法评论

第一卷

主 编 周 伟

编 辑 王光贤 孙维萍 萧 凯

万 毅 邵尔希 肖 晋



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

人权法评论. 第一卷 / 周伟主编. —北京:北京大学出版社, 2005. 8
ISBN 7-301-09394-2

I. 人… II. 周… III. 人权-法的理论-理论研究-中国 IV. D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 080639 号

书 名: 人权法评论(第一卷)

著作责任者: 周 伟 主编

责任编辑: 朱梅全 王业龙

标准书号: ISBN 7-301-09394-2/D·1242

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn> 电子信箱: pl@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

排 版 者: 北京高新特打字服务社 82350640

印 刷 者: 三河新世纪印务有限公司

经 销 者: 新华书店

730 毫米×980 毫米 16 开本 15.75 印张 305 千字

2005 年 8 月第 1 版 2005 年 8 月第 1 次印刷

定 价: 26.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,翻版必究

目 录

卷首语	周 伟 1
-----------	-------

▷ 理论论坛 ◁

和谐社会与权利保障	郑成良 3
权利冲突的几个理论问题	刘作翔 8
关于主权和人权的历史和法理学反思	陈弘毅 27

▷ 国际人权法 ◁

一般法律原则作为国际人权法的渊源	孙世彦 42
人权国际保护的司法维度	
——美洲人权法院的诉讼管辖实践	谷盛开 51
“酷刑”含义的演变及其界定	王光贤 65
The Universal Declaration of Human Rights: A Common Standard of Achievement	Wei Zhan 74

▷ 各科专论 ◁

论公民的刑事司法权利	周 伟 邵尔希 90
论正当法律程序与保障人权 ¹⁷	杨宇冠 禹艳辉 116

早修刑法 强化律辩权	周国均 138
非法证据排除规则的人权保护理念	孙维萍 151
中瑞刑事法中的人权保护之研究	张 建 160
Reforming the Chinese Criminal Defence System	Amanda Whitfort 170
人权、参政权与国家主权	叶必丰 182
传染病防治与公民基本权利保护的协调平衡	伍 瑾 193
论受教育权的性质	杨成铭 200
Discrimination in Education on the Grounds of Sexual Orientation: An Australian Perspective	Reeta Verma 218

▷ 法窗夜话 ◁

与大师对弈

——“德沃金法哲学思想国际研讨会”侧记	朱伟一 228
---------------------------	---------

▷ 稿 约 ◁

上海交通大学《人权法评论》稿约	238
Call for Papers	244
上海交通大学法学院人权法研究中心	246

卷 首 语

自1990年我国第一个专门的“人权研讨会”举办,到1991年中国政府第一个《人权白皮书》发表,人权成为了热门话题,当时就形成了一股前所未有的“人权热”。随之,我国在90年代制定了一系列关于人权保护的法律法规,并分别于1997、1998年签署了《联合国经济、社会、文化权利国际公约》、《联合国公民权利与政治权利国际公约》。2004年3月,“国家尊重和保护人权”以宪法修正案的形式正式进入宪法,人权开始成为这个东方民族的宪法文化的构成部分。

一个曾经视人权为异端的国家在短短十几年间发生如此巨大的变化,确实令人匪夷所思。但这其中又蕴涵着必然:既有改革开放带来的思想变革因素,也是经济制度变化和经济快速发展的推动使然;既是走向国际社会接受国际准则的要求所致,也是本国民主法制建设发展的必然走向;既是官方人权政策审时度势的调整的推动所致,也是最广大人民群众关注自身权利保护的必然结果。而人权和人权法的研究、教育工作,在推动中国人权事业的发展方面发挥了不可低估的重要作用。

“上海交通大学法学院人权法研究中心”(SJTU Human Rights Law Study Centre, HRLSC,中文简称“人权法中心”)就是以开展人权研究、推动人权教育为宗旨的学术机构。人权法中心成立于2002年9月,旨在回应国际国内社会面临的时代性命题,推进在人权法领域的观念性与制度性、国际性与国内性、理论性与现实性的研究,加强人权法教学、培训及人权知识的普及,促进人权研究与保护领域的国际、国内合作。成立三年来,制定了人权法课程教学计划,分别为法学本科生和硕士研究生开设人权法课程,参与了国内人权法教材的编写工作,与国外人权研究机构合作举办了人权研修班。人权法中心还承担着国家社科基金项目、上海市社科基金项目的研究工作,也开展着国际合作项目的研究。与十多个国(境)内外人权研究机构保持着密切的学术联系,出席、组办人权法研讨会,发表学术演讲,在人权法教育、研究领域发挥了积极作用。

《人权法评论》(SJTU Human Rights Law Review)的编辑出版是上海交通大学法学院人权法中心近年来教学、学术活动水到渠成的结果。她的面世标志着上海交大法学院建设及人权法中心的发展迈出了新的可喜的一步,也是我国人权及人权法研究领域的一件令人欣慰之举。《人权法评论》是上海交通大学法学院人权

法研究中心主办的学术刊物,旨在推动人权法研究和人权教育,将是上海交大法学院的人权法教学、研究人员与国(境)内外同行们切磋、交流的平台,也将是人权和人权法信息交流的中心。

在酝酿与筹备过程中,我们面临诸多困惑。例如在众多的以书代刊的刊物中,《人权法评论》能够扮演什么角色?能否扮演预期的角色?再如在目前对CSSCI 学术期刊或核心期刊趋之若鹜的情形下,主办《人权法评论》这样的代刊还有意义吗?在经过相当长时间的犹豫之后,我们最终还是下定决心主办这样一个刊物。因为中国的人权研究刊物不是太多了,而是太少了;研究人权法的高质量成果不是足够了,而是仍然十分匮乏;推动人权教育和研究的力量不是太大了,而是依然十分弱小;并且民众的人权意识不是已经很高了,而是非常需要人权法基本知识的普及。如果对这些有共识的话,《人权法评论》就一定能够得到从事和关注人权研究的同行专家的关心和支持!

社会科学不能脱离社会这个土壤,现代学术也很难再关门做经院式的研究。人权入宪是我国人权法研究的又一次难逢的机遇。相信《人权法评论》会在关注和研究人权法的众多同仁的支持下,深入进行人权理论研究,关注社会人权热点问题,为我国人权事业的发展贡献微薄之力。

周 伟

二零零五年七月二十七日 于上海世纪苑寓所

和谐社会与权利保障

◎ 郑成良*

构建现代和谐社会需要全体中国人在很多方面付出艰苦的努力,其中加强权利保障具有突出的重要性,而权利保障的加强和社会和谐的促进之目标,都只能在法律制度不断完善和发展的背景下展开。

从法律的角度看,构建和谐社会的关键所在是权利的配置、保障和救济问题。可以说,权利是和谐社会的“阿基米德点”。

和谐社会与权利保障之间具有互为因果的关系。一方面,只有社会成员的正当权利得到应有的尊重和保障,才可能有社会和谐可言;另一方面,只有和谐社会才有能力使所有人的正当权利得到应有的尊重和保障。两者相依相生,在循环之中互动不已。不过,两者的互动关系并非自发进行的,还需要以一定的法律制度为媒介和平台。一套合适的法律制度将有助于这种互动关系向着良性循环的方向发展,反之则可能造成互动的困难,甚至陷入恶性循环。

一、法律能为和谐社会做些什么

在对与构建和谐社会相匹配的法律制度进行探讨之前,有必要明确一个问题,即:法律能为和谐社会做些什么?这大致可以概括为以下四个方面:

一是有效地解决纠纷。纠纷是社会构成单位之间在不同的诉求、利益和预期上发生冲突,并在行为层面上(而非单纯的思想层面上)表现出来。大量的社会冲突如不能得到有效解决,显然就谈不上社会和谐。法律除了规定人们的行为规则、明确权利义务界限之外,还设定了独立的司法机构、仲裁机构,由其运用特定的法律规则解决纠纷,并且裁判的效力是以国家强制力为后盾的。当然,社会纠纷的解决有多种手段或者途径可供选择,但是法律手段在其中占据核心地位。

* 郑成良,上海交通大学党委副书记,法学院院长,教授,博士生导师,法学博士。

二是有效地防止纠纷的发生。尽管法律不是万能的,它不能防止任何具体纠纷的发生,但可以降低它们发生的概率,从而使实际发生的纠纷在总量和冲突烈度上控制在社会可以承受的范围之内。在我国目前这样一个社会转型阶段,各种社会矛盾激增,如果法律只能在事后对纠纷进行处理,而不能起到缓和矛盾增长趋势、防止纠纷发生的作用,那么这样的法律就没有满足构建和谐社会的需要。

前两件事情合起来就是秩序的形成和维系。法律的功能和使命就是通过有效地解决纠纷、防止纠纷来形成和维系秩序,而良好的秩序则是和谐社会的基本标志。但是,现代和谐社会仅仅有秩序是不够的,法律要能够而且必须做到第三和第四件事情。

三是保证秩序本身的公正性。无论是解决已然纠纷,还是遏止未然的纠纷,法律都应以实现社会公正为基本(尽管不是惟一)归依。以赤裸裸的暴力威慑为手段,固然也可以形成秩序,而且它能使已然的纠纷被快速解决,未然的纠纷也可能被有效地普遍压制下来,但这种秩序是不断积累社会矛盾的秩序,是潜藏着崩溃危机的秩序,而不是和谐社会所需要的秩序。

四是保证秩序之内的自由,即自由的秩序。以全面的行为管制为基本手段,也可以形成秩序,甚至是特别精致的秩序,从而达到个体行为的高度可预计性和可控制性。但是,缺乏自由的秩序就意味着缺乏活力的社会,一个秩序井然却死水一潭的社会,也不是现代和谐社会。因此,为了构建和谐社会,法律必须要保证秩序之内的自由。

总之,秩序、公正和自由是法律制度能够提供的三种最重要的公共产品,也是它可以为构建和谐社会提供的三种主要供给。

二、构建和谐社会的法制发展战略

法律如何为和谐社会的构建提供秩序、公正和自由这三种供给呢?主要是通过权利保障机制来实现。在法律的权威性得到社会成员较普遍的认可和尊重的情况下,权利、义务的配置及其保障机制,可以有效地对社会成员提供统一的行为指引(对行为人本人而言)、可靠性较高的预测(对他人行为而言)、对利益的合理预期以及救济权利和确定责任的公平程序。正是借助于权利、义务配置及其保障机制,和谐社会所需要的秩序、公正和自由才能够得到源源不断的供给。也正是因为法律制度直接左右着社会的和谐程度,所以,在社会转型的历史过程中,和谐社会的构建过程,必然要伴随着一个法制发展的过程。因此,如何选择和谋划与和谐社会构建相匹配的法制发展战略,就成为一个不可回避的重要问题。而选择与谋划适当的法制发展战略,必须充分考虑到以下三个基本维度:

一是时间维度。我们所建设的是现代的和谐社会,而不是前现代的和谐社会。追求社会和谐是人类几千年来的理想,在前现代的中国社会,亲民、爱民和以民为本的社会和谐,更被视为特别重要的公共价值目标,在理论和实践上都有所表现。孔子、孟子的“礼治”、“仁政”学说堪称是亲民思想的古代理论经典,文景之治、贞观之治等封建盛世中“轻徭薄赋”、“与民休息”的政策则是亲民思想在实践贯彻的例证。前现代的社会和谐理论和实践及其制度安排,是以人民的“福利”为基点来展开的,使人民的“福利”得到增进的政府、政策和官员,就是好政府、好政策和好官员,至于人民的“权利”,则基本处于这些政府、政策和官员的视野之外。现代的社会和谐理论和实践及其制度安排当然也要关注人民的“福利”,但仅此而已是不够的,还必须关注人民的“权利”。“福利”和“权利”是两个有重要差别的概念。前者更关注结果,而后者既关注结果,也关注过程;前者强调利益预期的满足,而后者强调合理的利益预期以及利益的衡平;前者的评价标准是自我导向的,因为每个人都是本人利益的最好的判断者,而後者的评价标准是公共导向的。如何在“福利”和“权利”并重的基点上推进法制发展,是建设现代和谐社会的一个重大理论课题和实践主题。

二是空间维度。我们是在当代中国这个特定的时间和空间维度之内来建设和谐社会的。对于一个社会而言,任何制度性安排的有效运转,都需要在文化传统中得到某种资源来充当润滑剂。在中国社会的文化传统中,福利关切度一直很高,但权利关切度一直很低,以至于许多民众和官员还不习惯从权利的角度来看待和评价行为、利益、程序和制度,而总是把福利当作惟一的评判标准。这意味着,在当代中国,建立和完善权利保障制度和机制将是一个渐进的和艰辛的过程,若急于求成,往往欲速则不达。因此,对法制与社会发展进行战略性的研究是非常重要的工作,其中,如何兼顾公理与国情是头等重要的事情。像市场经济有普遍规律一样,现代化的法制发展也有普遍的规律,违背了这种规律就要付出代价;符合普遍规律的举措,如果不适合特定的国情,也同样要付出代价。

三是制度维度。坚持社会主义道路并探索适合中国国情的社会主义制度,是历史的选择,因此,我们所建设的是社会主义的和谐社会,我们所需要的法律制度也应是能够为达成这个目标服务的法律制度。关注社会公平,是社会主义的题中应有之义,因此,与社会主义和谐社会相匹配的法律制度,必须关注困难群体的权利救济问题。在这个问题上欠账过多,会直接削弱法律制度的正当性。

三、现代和谐社会对权利保障的要求

在现代和谐社会中,对社会成员正当权利的保障始终贯穿着平等原则。可以

说,现代和谐社会对权利保障的核心要求,就是权利的平等配置和平等保护。

首先,基本权利的配置应当实行无差别的平等,即对于不同的人给予同样对待,这又被称为强势意义上的平等。基本权利是最重要、最核心的人权,它为人的生存和自我完善提供了可资利用的资源 and 空间。任何一项基本权利对于人们的发展都具有重要意义,而剥夺一项基本权利则意味着人生中某些重要的机会之门被关闭了。在现代社会之前的历史上,人的出身、性别、种族、宗教信仰、受教育程度等等自然状况都可能成为对其区别对待的考虑因素,基本权利的配置也从来没有实行过无差别的平等,人们自出生开始或者说在起点上就是不平等的。进入现代社会以后,情况完全不同了。“人生而自由、平等”的价值理念逐渐成为主导的社会意识形态,尽管这种价值理念本身并不具有实证依据,然而,一旦它成为社会的普遍确信,就自然而然地借助于“自然人人格一律平等”和“公民的法律地位一律平等”之类的法律原则而制度化、可操作化,并最终达成法律制度意义上的实证化。因此,在现代时空条件之下,基本权利的配置只能以公民资格或者自然人的人格作为惟一依据。显然,这是一种“平均主义”的权利配置方式。但是,在基本权利的配置上,按照现代社会主流意识形态、价值理念和传统,这也是惟一具有正当性的权利配置方式。

其次,基本权利以外的其他权利的配置可以在合理的限度内差别对待。基本权利的无差别配置使得每个社会成员都享有基本相同的生存发展条件,从而使人们可以在同一起跑线上展开竞争与合作。在此前提之下,平等原则允许基本权利以外的其他权利根据需要按照差别对待原则配置。例如,在普遍承认公民享有参与国家管理的政治权利的条件下,各国又都会对各种公职岗位规定具体的不同条件,这必然使得那些符合条件者才享有担任某种特定公职的权利,而不符合条件的公民则不能享有相同的权利。之所以说这种差别对待符合平等原则,是因为差别被控制在合理的限度内。综上所述,非基本权利有差别的配置也是一种平等,其含义是:不同的人不同对待,相同的人相同对待。事实上,非基本权利的差别配置对于和谐社会而言,也具有重要意义,因为无差别原则调整的是静态关系,差别原则调整的是动态关系。如果以单一的无差别原则取代差别原则,则个人的进取心将大大降低,社会也将失去大部分发展的动力,一个停滞不前的社会是不能被称为“现代的”和谐社会的。

再次,现代和谐社会要求对于所有人同样的权利给予同等的尊重,当权利被侵害时予以同等的救济机会,无论这种侵害是来自于个人、群体,还是公共机构。在尊重权利和救济权利方面,权利主体是什么人并不重要,同等的尊重和救济才是关键。如果对同样的权利,因主体的不同而提供不同的保护,因人而异,厚此薄彼,那么,实际上就意味着某些人受到了歧视或者压迫。试想,一个到处充斥着歧视和压迫的社会,我们无论如何也不会把它看作是一个现代和谐社会。

四、权利与法律、义务以及公共权力的关系

从法律的角度看,构建和谐社会的关键所在是权利的配置、保障和救济问题。可以说,权利是和谐社会的“阿基米德点”。如果我们在这个问题上能够达成共识,就可以对权利做进一步的考察,可以把它放在以下三种关系当中来界定,即法律与权利的关系、义务与权利的关系、公共权力与权利的关系。

关于法律与权利的关系。法律实证主义强调权利来源于法律,权利是法律之子;自然法学说强调法律来源于权利,权利是法律之父。由于自然法学说与我们的文化传统距离较远,法律实证主义的理解与我们的文化传统更为接近,因而在法律理论和法治实践中,权利保障问题自近代才逐渐得到重视,但重视的程度还远远不够。如果我们在这两种对立的两极之间各执一端,就会迷失方向。其实,这两种理解分别来自于两个不同的观察角度,即从法律实然的角度看,权利是法律之子,而从法律应然的角度看,权利又是法律之父,因为只有为了保障人民权利而形成的法律才是“我们的法律”,才是值得我们尊重和服从的法律。因此,在法律应然的层面,我们必须树立起法律以权利为本位的价值观念,把确认并保障每一个人的平等权利当作法律存在的理由,并由此出发审视我们的理论和实践。而如果离开了权利本位的价值原点去进行法律的理论思考和制度操作,我们就会从通向和谐社会的道路上偏离开来。

关于义务与权利的关系和公共权力与权利的关系。这两种关系其实是法律与权利关系在两个不同方面的延伸。既然在价值目标的层面法律应当以权利为本位,那么,义务的配置就自然也应当以权利为本位。尽管任何生活在社会中的人都必须接受一定的义务约束,但是,义务约束本身并不是法律的目的。具有正当性的义务来源于、服务于并从属于权利,与保障权利无关的义务是不必要、不合理的义务。同样的道理,公共权力的设置和运行也应当以权利为本位,因为对权利的保障是公共权力的存在理由,而不以保障权利为目的的公共权力是缺乏合法性、正当性的公共权力。◎

权利冲突的几个理论问题

◎ 刘作翔*

内容提要:在中国的法治进程中,权利冲突已经成为一个非常普遍的法律现象而广泛地存在于法治的各个环节之中,尤其是存在于司法审判中和日常生活中。本文通过对司法审判中和日常生活中权利冲突典型案例的分析和观察,提出了一些值得我们重视的法律理论问题,如权利冲突的界限,权利冲突的实质,权利冲突的原因,权利冲突的解决原则,权利冲突的功能等等。作者认为,要解决好权利冲突问题,有几个关键点应该强调:其一,最重要的是要确立一个权利平等保护的观念,而这一看似已经解决的简单问题,其实还存在着很大的认识误区;其二,权利冲突的解决是一个法治机制的综合性的作用过程,而不只是靠一个单一的法治机制的解决手段;其三,在综合性的法治机制中,作者更加看重和强调立法对于解决权利冲突的作用和意义。

关键词:权利冲突 权利平等 权利种类 司法过程 立法

在中国的法治进程中,有大量的权利冲突现象存在。这些权利冲突现象一般存在于一些立法中,更多地则存在于司法过程、执法过程以及人们的日常生活中。在一种普遍的社会现象之上,总是存在着一些需要我们关注的理论问题。而权利冲突作为一种越来越普遍的社会现象,也有许多需要我们予以关注的理论命题和理论问题:为什么会出现这些现象?为什么权利冲突变得这么普遍和广泛?它的原因是什么?它的实质、界限是什么?如何解决权利冲突?我们应该确立哪些解决权利冲突的原则?是否存在着某些原则?这些都是研究权利冲突问题时必然要涉及的理论问题,也是社会生活实践和法律实践中需要回答的问题。我们不可能一下子会对这些问题有一个完满的答案,但我们应该重视它们、研究它们。因此,笔者拟对以下几个有关权利冲突的理论问题作一点初步探讨:权利冲突的界限;权利冲突的实质;权利冲突的原因;权利冲突的解决原则;权利冲突的功能,等等。

* 刘作翔,法学博士,博士生导师,中国社会科学院法学研究所研究员。

一、权利冲突的界限

这里用“权利冲突的界限”这一命题,是想用来指称什么才是笔者所想说的、所想表达的“权利冲突”。笔者想先用“排除法”来分析这一问题。首先,违法犯罪行为是不是权利冲突?答案是否定的。因为所有的违法犯罪行为都不可能是合法行为,不可能是合法性权利,因此也不可能具有正当性。其次,侵权行为(行政侵权、民事侵权、司法侵权)是不是权利冲突?这有点儿复杂。一般来讲,侵权行为是指行为人的行为侵犯了法律所保护的合法性权利和合法性社会关系。从侵权行为的种类来看,有过错侵权行为、无过错侵权行为;有主观过错侵权行为、客观过错侵权行为,等等。有些侵权行为属违法行为,这类行为不属于权利冲突,因为这种行为不具有权利的正当性和合法性;而有些侵权行为的行为本身属合法权利和正当权利,如娱乐权(打麻将)、采访权等,但在行使过程中侵犯了其他人的权利,发生了权利冲突。无论是民事侵权,还是行政侵权、司法侵权,都存在着这样两种可能性,即违法行为的侵权,或合法权利、正当权利行使中的侵权。

于是,笔者想就“权利冲突”给出一个界限。笔者认为,权利冲突应该是指合法性、正当性权利^①之间所发生的冲突。通常来讲,权利冲突发生并存在于两造或两造以上之间,即两个或两个以上合法权利主体之间。它们可能发生于个体与个体、个体与团体、个体与国家之间,也可能发生于团体与团体、团体与国家、国家与国家之间。但实践中,我们往往过多注意到的是那些个体之间的权利冲突现象,而不太关注个体、团体、国家三者相互之间所发生的权利冲突现象和问题。那什么是合法性、正当性权利呢?首先它指法定权利。两个法定权利之间的权利发生冲突,是典型的权利冲突现象。这里的难点是,推定的权利,或者说道德权利、自然权利不属于权利冲突的一方或双方因素?从权利冲突现象来看,推定权利、道德权利、自然权利也可能是导致、发生权利冲突的一个因素。因为有的权利冲突现象的产生、发生是由于行为人的道德意识或主观观念的因素所致。在非法律领域,这种推定权利、道德权利是有着很重要的理论分析意义和实践意义的,它也可能对立法产生影响。因此,从发生学和现象学的角度来看,权利冲突既包括法定的权利冲突,也包括推定权利、道德权利等的冲突。但如果进入到现实的法律领域,尤其是进入到诉讼领域时,有法律意义的是法定的权利冲突。推定权利、道德权利虽也是引发权利冲突的一个很重要的因素,但它在法律上(尤其是在在诉

① 苏力先生用了一个“被承认的权利”来表述。参见苏力:《〈秋菊打官司〉案、邱氏鼠药案和言论自由》,载《法学研究》1996年第3期,第69页。

讼中)不具有实质性意义。^① 因为推定权利、道德权利在未法定化之前,仍然是处在认识和道德范畴。另外,道德权利是一种颇具个人化特征的权利种类,它在很大程度上取决于个人对事物的道德认识。没有一个法定的标准可以用来遵循,就不能用它来作为分析标准,如同我们不能用一种道德性权利来作为裁决标准。我们更不能把一种道德诉求提交法庭,法庭也不可能根据一种道德诉求来裁决案件。

为什么合法性、正当性权利之间会发生冲突?我们先排除社会性的分析因素,仅就权利本身的特性来分析,这就牵涉到权利的限度、权利的滥用这样的理论问题。^② 任何一种权利,都存在着一个运用和行使适当与否的问题。所谓权利的限度,是指一种权利的行使,有它特定的地点、场合、时间,也即权利行使的空间和时间条件。如弹钢琴、打麻将、城市里的老年秧歌队扭秧歌等等,这都是正当的娱乐活动,也是正当的娱乐权。但如果你不分场合、时间、地点,深更半夜还在行使你的娱乐权,并且随心所欲,那就可能侵犯到了别人的合法权利。当然,假如你是一个人身处荒岛,那你可以随心所欲,因为你没有影响到任何其他人。但是,人类的生存状态、生活状态不是如此,人类的大多数是生活在人群之中,是生活在人与人的关系体系、关系网络中的,即使有极个别的人单独生活在荒岛上。离开社会关系,人便不复为人。人的自然生存状态是如此,人生存于其中的政治社会、法律社会更是如此。由此,我们可以得出两个结论:第一,“权利”这个概念是一个关系概念,是一个关系范畴。所谓关系概念、关系范畴,是指它发生在人与人的关系之中,只有在人与人的关系中,权利概念才有意义,才得以解释;第二,作为关系范畴的权利并不意味着可以随心所欲,权利如同任何其他事物一样,也是有其限度的。拥有了权利的同时,也就意味着拥有了限度。这也就是权利的相对性。如果超过了这个限度,你就可能是滥用权利,就可能侵犯了别人的权利。由此,我们才得以

① 这里用一个案例来说明这一点。2001年12月,全国首例“亲吻权”索赔案由广汉市人民法院作出一审判决。法院对原告提出的因“亲吻权”受到损害的赔偿要求不予支持,但认为被告对原告身体权和健康权的侵害给原告造成了肉体和精神痛苦,应给付500元精神损害赔偿金。该案情是:2001年6月1日晚,广汉市国税局职工陶莉萍被民航飞行学校交通分院职工吴曦驾车撞伤。经诊断,车祸造成陶莉萍上唇唇裂等多处伤害,被医疗部门鉴定为十级伤残。经认定,吴曦负本次事故的全部责任。陶莉萍认为,由于上嘴唇残留了片状疤痕,让她每次与丈夫亲吻时都会疼痛,造成心理障碍,为此,陶莉萍向广汉市人民法院起诉,要求被告作出赔偿。而法院认为,一切权利必须有法律依据。由于我国现有的法律、法规均无关于亲吻权的规定,故亲吻权的提出于法无据。原告嘴唇裂伤,不能亲吻或亲吻变成一种痛苦的心理体验,属于情感上的利益损失,当属精神性人格利益损失。但利益并非都能得到司法救济,被告纯因过失而偶然导致原告唇裂,故对原告的赔偿请求不予支持。(详见《四川日报》2001年12月12日报道。)此案中原告提出的“亲吻权”就是一个典型的“推定权利”。这样一个推定的权利在没有法定化之前是难以得到法律的认可和法庭的支持的。

② 在此之前,笔者对这样两个问题曾思考过,但一直没有结论,源于笔者对权利问题持高度谨慎之态度,不能轻言“权利滥用”之判断。我们说,对于代表“公”的权力应有限度,但对于代表“私”的权利,是否也应有个限度?权力存在滥用问题,权利是否也存在滥用之可能?通过对以上权利冲突的分析,笔者认为可以得出一个肯定性的结论。

较好地理解我国宪法第51条的立法根据和立法精神：“中华人民共和国公民在行使自由和权利的时候，不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利。”

二、权利冲突的实质

马克思有句名言：“权利决不能超出社会的经济结构以及由经济结构制约的社会的文化发展。”^①笔者认为，这是马克思对权利的制约因素的最本质的揭示。我们虽然不能说，权利就等同于经济和文化因素，但权利同经济和文化因素是密不可分的。权利不是一种纯客观的东西，也不是一种纯主观的东西，而是一种主客观相结合的产物。具体而言，这种主客观的内容就是利益和价值（或价值观）。利益代表了客观的根由，价值代表了主观的需求。权利是不同利益和不同价值的体现和产物。权利的实质是如此，权利冲突的实质也是如此。因此，笔者认为，尽管权利冲突的表现形式多种多样，但归结起来，权利冲突的实质是利益的冲突和价值的冲突。只不过有时表现为“纯粹”的利益之间的冲突，有时表现为“纯粹”的价值之间的冲突，更多地则表现为利益和价值合二为一的综合起来的冲突。

第一，权利冲突是利益的冲突。每一种权利都代表着一种具体的利益。这种利益可能是物质的，可能是精神的，也可能是物质和精神兼而有之的。并且在社会生活中，尤其是在具体的个案中，利益都是具体的、看得见摸得着的，而非抽象的。它们可能是金钱、财产、物质、人身、生命，也可能是名誉、信誉、人格、肖像、隐私等等。因此，我们可以说，所谓利益，就是指一个人应该享有的和可以享有的，有利于、有益于自己的物质的或精神的事物。这其中又有两个层面的内容：“应该享有”是从应然的、道德的角度，也即人权的角度而言的；而“可以享有”是从实然的、法律的角度，也即可以实现的法定权利的角度而言的。利益的这两个层面的内容，也即尚未法定化的利益和已经法定化的利益，如同笔者在前面分析的那样，前者具有发生学和现象学的意义，但不具有法律上的意义；后者则具有现实的法律上的意义。但是在现实的纠纷中和个案中，这两种不同形态的利益是交织在一起的，因为作为案件主体的当事人，不可能通晓或仔细去区分哪个是法定化的利益，哪个又是未法定化的利益。由此，便可以理解为什么在一些案件中，当事人提出的一些利益要求和理由显得“荒谬、可笑”，实际上是在那些“懂法律”的人看来，这些要求和理由距法律太远，或与法律相悖。

从法律的角度，每一个法律意义上的人（个体、团体、国家）都有在法律的限度

^① 马克思：《哥达纲领批判》，载《马克思恩格斯选集》第3卷，人民出版社1995年版，第305页。

内追求和获取自己最大利益的正当权利,也有在法律的限度内维护和保护自己利益的正当权利。因为每一个人的利益追求是不同的,因此,形成了利益追求的多样性。但同时,由于人类在利益追求上的类同性,又形成了利益追求上的趋同性。于是,大多数情况下,一个人在追求他的利益的时候,是同其他人的利益互进的、互益的和互动的,否则,人类也就不可能形成一种互助的合作关系。但是,也有在特殊的情况下,一个人的利益追求同其他人的利益发生冲突和碰撞,相互之间形成一种对立和紧张关系。这也就是人类发生纠纷、冲突、矛盾甚至战争的原由之一。就像在一些案例中所表现的那样:在银行被抢劫案中,银行方面认为,银行职员有无条件地保护国家财产的义务,而银行职员则认为,在履行了应尽的法律义务之后,他还有保护自己生命安全的权利;在抱养弃婴案中,抱养人认为自己含辛茹苦,弃婴理应由其抚养,而弃婴之母则认为,孩子是自己生的,抚养权当然属于自己;在银行储蓄案中,储蓄人认为,已故丈夫存的钱,应该取出来,而银行方面则认为,国家的法律不能违反,违反就是失职;在“噪音污染”案件中,一方认为,自己有不受干扰的休息权,另一方则认为,自己有娱乐权;在医疗急救案中,患者一方认为,自己有得到及时治疗的权利,医院方面则认为,自己有经营收益的权利。而夫妻生育权相冲突的案例则是一个最具典型意义的权利冲突案例。丈夫想要孩子,有生育权;妻子则不愿意要孩子,有不生育权。这样两种权利不能相和谐时,便发生了冲突。在这个案件中,不存在对错问题,也不存在侵权问题,存在的只是一种需要相互配合才能实现的权利而在不配合的状态下所发生的冲突情况。因此,笔者认为,这个案例既是一个典型案例,也是一个特殊案例。典型在于冲突双方无对错之分,我们无法做是非判断;特殊在于它所涉及的权利类型是一种特殊类型。浙江有一家滨江建设有限公司,看中了杭州钱塘江畔滨江家园小区东面的一块空地,计划建造两幢32层约100米高的“组团酒店式公寓”。但公寓一旦建造,会影响到小区住户的光照。开发商表示,愿意以每户补贴3万元的方法“收购阳光”或者以每平方米3000元的价格回购住房,以此来弥补其中受影响最严重的18户住户的损失。然而,小区247家住户中95%以上的住户坚决反对。61岁的黄大伯说:“我看中这个地段,就是看中这儿的环境,这儿的阳光、水、空气,他们出多少钱都不能补偿我的阳光,也无法补偿被损坏的良好环境。”^①这些冲突,表面上看似都是些观念冲突,但实质上是各自不同的利益之间的冲突。利益才是引起这些冲突的真正根源和实质所在。

第二,权利冲突是价值的冲突。权利不是一种纯客观的东西,也不是一种纯主观的东西,而是一种主客观相结合的产物。其中,客观表现为利益需求,主观表

^① 参见张乐、傅丕毅:《建新楼巨款购阳光,老住户坚决不卖》,载《人民日报·海外版》2001年7月16日。