

强昌文 著

法理文库

# 契约伦理与权利

——  
一种理想性的诠释

山东人民出版社

法律文库

海国文苑

# 契约伦理与权利

——一种道德形而上学的探索

周建波 著

强昌文 著

# 契约伦理与权利

——  
一种理想性的诠释

## 图书在版编目(CIP)数据

契约伦理与权利:一种理想性的诠释/强昌文著.  
济南:山东人民出版社,2007.1  
(法理文库/徐显明,谢晖,王人博主编)  
ISBN 978-7-209-04154-6

I.契... II.强... III.契约法-关系-伦理学  
研究 IV.D913.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2006)第163772号

责任编辑:李怀德

封面设计:武 斌

## 契约伦理与权利

强昌文 著

---

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 32开 (140mm×203mm)

印 张 7.875

字 数 165千字 插页4

版 次 2007年1月第1版

印 次 2007年1月第1次

ISBN 978-7-209-04154-6

定 价 18.00元

---

如有质量问题,请与印刷厂调换。(0633)8221365

# 法理文库

主编：徐显明  
谢 晖  
王人博

山东人民出版社


# 目 录

|                                |             |
|--------------------------------|-------------|
| 导 论 .....                      | (1)         |
| 一、我的问题 .....                   | (1)         |
| 二、本书的学术立场 .....                | (6)         |
| <b>第一章 契约伦理内在特质与权利凸显 .....</b> | <b>(10)</b> |
| 一、契约伦理的内涵 .....                | (11)        |
| 二、契约伦理的优点 .....                | (22)        |
| 三、契约伦理与权利相互吁求 .....            | (28)        |
| <b>第二章 契约伦理道德准则与权利神圣 .....</b> | <b>(39)</b> |
| 一、契约伦理与道德权利的确证 .....           | (40)        |
| 二、契约伦理与权利神圣性理由 .....           | (50)        |
| <b>第三章 契约伦理法律体现与权利正当 .....</b> | <b>(65)</b> |
| 一、契约伦理与权利法律化原因 .....           | (65)        |
| 二、契约伦理与法定权利形式正当性 .....         | (72)        |
| 三、契约伦理与法定权利实质正当性 .....         | (87)        |
| 四、契约伦理与权利正当性的补充说明 .....        | (91)        |

|   |       |
|---|-------|
| <b>第四章 契约伦理价值层次与权利走向</b> .....          | (97)  |
| 一、权利与伦理价值 .....                         | (99)  |
| 二、契约伦理价值层次与权利走向 .....                   | (102) |
| <b>第五章 契约伦理诚信品质与权利保障</b> .....          | (129) |
| 一、契约伦理品质与权利保障 .....                     | (129) |
| 二、诚信品质与权利保障的实例分析<br>——一个异域诚信故事的启迪 ..... | (138) |
| <b>第六章 契约伦理中西境遇与权利差异</b> .....          | (159) |
| 一、中国传统文化与契约伦理、权利 .....                  | (159) |
| 二、西方传统文化与契约伦理、权利 .....                  | (177) |
| <b>第七章 契约伦理与当代中国权利立法</b> .....          | (197) |
| 一、在法制观念上,弘扬契约精神 .....                   | (198) |
| 二、在立法形式上,发扬民主作风 .....                   | (202) |
| 三、在法律模式上,坚持程序中心 .....                   | (207) |
| 四、在价值位阶上,注重自由本位 .....                   | (211) |
| 五、在动力权衡上,信奉合理利己 .....                   | (215) |
| 六、在资源配置上,强调权利重心 .....                   | (221) |
| <b>结 论</b> .....                        | (225) |
| 一、社会转型与当代中国的伦理困惑 .....                  | (226) |

|                      |              |
|----------------------|--------------|
| 二、社会转型与市民社会的建构 ..... | (230)        |
| 三、社会转型与认真看待权利 .....  | (233)        |
| <b>参考文献</b> .....    | <b>(237)</b> |





# 导 论

中国已经走上了改革开放的不归之路，市场经济体制在不断完善，整个社会处于急速的转型时期，利益冲突和矛盾不断聚集凸显，与此相应的权利要求越来越强烈，但尊重和保障权利的意识在政府和民间都很不充分，原因是中国缺乏契约伦理的传统，而现实中契约伦理还未从边缘状态步入中心地位，所以，现实中契约观念相当薄弱。尽管契约伦理的形成和发展是社会进化的产物，但自觉地从理论上去积极建构，并理性地分析其与权利的内在关系，还是十分必要的。

## 一、我的问题

权利有着自己的经济基础、政治基础和文化基础，当然也有着自已的伦理基础，任何社会的经济、政治、文化和伦理都具有统一性。以伦理为视角来分析权利，并不是要剥离实际也无法剥离伦理与经济、政治、文化之间的内在联系，

只是要明确伦理与权利之间的关系。权利失去了自己的伦理基础，无法获得道德认同，其后果自然是悲哀的。那么伦理现象与权利究竟是什么样的关系呢？<sup>①</sup> 要给出答案，首先得明白权利是什么？这是个很难回答的问题。庞德曾说：“法学之难者，莫过于权利也。”<sup>②</sup> 但从中外有影响力的论著中，可以得出权利总是与人的要求、需要、欲望、主张、选择和利益等有关。<sup>③</sup> 现在的问题是，人的要求、需要、欲望、主张、选择、利益和权利是什么关系？即人的要求、需要、欲望、主张、选择和利益是权利形成的充分条件还是必要条件？如果这些是充分条件，那么为什么在权利的体系中不包括人的某些要求、主张、需要、欲望、选择、利益等。显然，我们不能把杀人的欲望和要求、盗窃和诈骗的欲望和要求等等视为正当的行为或视为权利。毫无疑问，权利体系中拒绝这些内容。既然我们只是承认人的众多的要求、需要、欲望、主张、选择、利益中的一部分是正当的，可作为权利看待，而不承认另一部分为正当的，不可作为权利看待，那么，我们究竟根据什么做这种承认或否定呢？格林主张权利包含两个要素：一是个人出于自我意识的本性而对自己行动

---

① 关于伦理与权利关系的详细内容，请看拙文：《权利的伦理解析》，载《法律科学》2005年第3期，第19~24页。此处只是粗略地交代，以引出契约伦理与权利之间关系的主题。

② 转引自程燎原、王人博：《权利及其救济》，山东人民出版社1998年版，序第2页。

③ 参见张文显：《法哲学范畴研究》，中国政法大学出版社2001年版，第300~305页。

自由的权利主张，二是社会对这种权利主张的普遍认同。<sup>①</sup>之所以会出现普遍的社会认同，显然是我们心中有一个共同的、相当于电子检波器似的东西，它允许一些波段的电波通过，而拒绝另一些波段的电波通过。我们心中的这种检波器就是某种评价标准。人的众多要求、需要、欲望、主张、选择、利益等要在我们心中的这个评价标准面前受到检验：符合这一标准或不违背这一标准的，则视为达标而通过；不达标的被淘汰。权利之所以能被确认而视为正当，就是因为我們心中的这种评价标准的存在。所以，对我们心中的评价标准的形成内容的分析，是证明权利正当性的关键。<sup>②</sup> 对此的分析只有在伦理中才能澄清。

人类的生活总是在社会共同体中进行的，在任何地方都一样——之所以必须这样，是因为不这样就不会有下一代，人类生活就将终止。共同体的存在依赖于伦理，或者说，没有伦理，就不会有人类共同体，也就不会有任何社会生活和人类生活。每个人的行为，或多或少，或直接或间接的具有利害人我的效用，是利害人我的行为。行为的根本特征是受意识的支配，即行为是有机体受意识支配的实际活动，是有机体有意识地为了什么所进行的活动。所以，伦理行为的根本特征是受具有道德价值的意识支配，即伦理行为是具有道德价值、可以进行道德评价的意识支配的行为，说到底，也

① 参见余涌：《道德权利研究》，中央编译出版社2001年版，第64页。

② 张恒山对人权的道德基础的分析、论证是颇具特色的，笔者在写此节内容时，受益匪浅。关于此方面的内容见张恒山：《义务先定论》，山东人民出版社1999年版，第300~307页。

就是受受害人我意识支配的行为，非伦理行为则是受不具有道德价值因而不可以进行道德价值评价的意识支配的行为，说到底，也就是受无关人我利害意识的支配的行为。受受害人我意识支配的众多伦理的事实行为并不都是应当的。伦理行为应该如何来自人们的相互确认和社会的认同。因为，伦理存在于社会关系之中、存在于人与人的相互关系之中。一切伦理行为都有自己的对应面。它或者相对于特定的人，或者相对于不特定的人。人们之间的相互确认和社会认同是通过道德评价来完成的。所谓道德评价就是生活于现实的各种社会关系中的人们，依据一定的道德标准，通过社会舆论或个人心理活动等形式，对他人或自己的行为进行评价，表明态度。

对人的伦理行为进行判断、分析和评价，必须确立一个框架，否则无法进行，或者说是一种多余的无谓之举。道德的分析框架是“善”与“恶”的评判。也就是说，“善”与“恶”这两个概念，是评价人的伦理行为或事件的最一般的范畴。<sup>①</sup>所谓的善就是一切符合道德目的、道德终极标准的伦理行为，但在不同的社会、不同的人、不同的伦理观往往会有不同的道德目的和道德准则，因而得出的什么是善和什么是恶的结果会有很大的区别。善与恶是比较而存在的，是在相互联系和相互斗争中不断发展的。但总体上说，在人类社会生活中，人们总是谴责那些不利于社会发展的不良行为，赞扬那些对社会、对人们有益的行为。通过善恶评

---

<sup>①</sup> 参见罗国杰等：《伦理学教程》，中国人民大学出版社1985年版，第383页。

价，一方面确立善的理想的价值体系引导人，另一方面确立行为的方针通路，形成有等级次序的准则、戒律的规范体系来约束人。所以道德把有利于人自我实现和自我完善的因素与有利于社会和谐稳定的因素都评价为善，而把以个人伤害社会和以社会整体扼杀个人的因素评价为恶。总之，道德实质就是限制人的行为恶性的必要的恶；就是不限于自我，还要超越自我；就是不仅要实现自我，并在自我实现和完善过程之中，关心或顾及他人和社会的利益。<sup>①</sup> 如果没有伦理机制，人的生活就失去了所谓人的意义，和动物的生存没有丝毫的区别。人的行为之所以是正当的，就是说人的行为或人行使权利的行为有着深厚的伦理基础。

众所周知，中国传统文化的主流精神是缺乏现代气息的，作为文化精髓的传统伦理当然也就不能适应现代权利观念和权利制度发展的需要。要认真看待权利，要选择适当的伦理基础，还得从当代中国的经济现实和社会现实谈起。

中国社会由计划经济向市场经济的变迁，实质就是将中国社会由行政性整合向契约性整合转变的过程，<sup>②</sup> 由义务本位传统文化向权利本位现代精神转变的过程。学术界对此给予了充分的关注，有关契约理念、契约制度和有关权利精神、权利制度的研究成果是相当丰富的。前者的研究凸显了契约伦理的时代诉求，后者的研究张扬了权利的精神气息。

---

<sup>①</sup> 参见张恒山：《义务先定论》，山东人民出版社1999年版，第309～311页。

<sup>②</sup> 参见郑成良：《法律、契约与市场》，载《吉林大学社会科学学报》1994年版第4期，第29页。

二者之间存在密切关系也是学界的共识。在对二者关注的过程中，还是发现了一些理论上的空缺（也许是我的阅读面所限），即契约伦理与权利之间究竟是怎样的关系？权利是如何以契约伦理为基础的？在契约伦理基础上生成的权利有什么样的基本状态和特点？简言之，这就是我的问题。

对权利的关注，可以说在中国形成了权利法学流派或当代中国权利法学，权利法学的集中论点主要围绕着权利与义务、权利与法治、权利与市场经济、权利与民主政治、权利与理性文化五个方面而展开。这些对中国法学发展特别是权利理论的发展做出了重大的贡献。今天我们共同喊出“权利神圣是我们坚定的信念，为权利呐喊是我们永恒的使命”的口号时，我们要在既有的理论基础上，向前迈出坚实的一步，才算是贡献了自己的一份力量。

## 二、本书的学术立场

首先要说明的是，本书的学术立场是我的主观选择，自然也就意味着它不是我的发明创造和臆想，而是在纷纭众说中进行的合理选择和学术认同。这种选择和认同是能动的结果，所以，也具有了“我”的成分；这种选择和认同是外在社会生活条件和学术背景的合力的产物，所以具有了客观性。总之，本书的学术立场是主观和客观的统一。

第一，现代权利观。书中所提到的权利都在现代意义上使用的，对历史中存在的权利也是用现代人的眼光来审视的。所以，首先要交代的是现代权利具有哪些基本特质？首先，现代权利是一种社会性的权利。权利的社会性指的不是

个别人的特权，而是社会上人人可以享有的权利；指的不是孤立的、封闭的权利，而是处于广泛的社会联系和社会合作关系中的权利，其使用和实现方式都是社会化的。其次，现代权利具有自主性和平等性。自主性指的是权利主体拥有完整的排他性的支配权，不受其他主体的侵害和干扰，权利主体既要自主行使，又要承担因权利的不当行使所带来的责任。平等性指的是基本权利的相同、对人的尊重、反对歧视。再次，现代权利是明晰的。权利的明晰性指的是权利与义务相对，有着明确的限度，权、责、利有明确的界定。明确的权利是市场经济的基础，是社会合作和交换的前提。正因为权利的明晰性，使得资源具有了通畅的流动性。复次，现代权利表现为多元化和多样性。多元化指的是权利主体的多元化、内容的多元化。多样性指的是权利层次的多样性和权利实现方式的多样性。最后，现代权利公开承认利己性。所谓利己性指的是权利永远以获取权利人的利益为指向，利己是权利行为的原动力。同时权利本身为权利实现划定了合理的途径。这些是笔者认可和坚持的现代权利观。

第二，温和道义伦理观。伦理学现在有三个主要的学术流派：道义论、目的论和完善论，分别强调行为本身的正当性、行为的效果和行为主体的德性。道义论的基本观点是：某些行为之所以内在地正当或在原则上正当，是因为它们属于它们所是的那种行为，或者说，因为它们与某种形式原则相符，即这些行为或行为原则本身正当与否主要就因为它们本身的性质，而不在于其所达成的目的。道义论把针对人的行为而发的道德义务判断看做更基本的、优先的。它认为对人及其品质的评价最终要依赖于对他的一系列行为的评价，

善恶的价值判断最终要归结为行为的正当与否，而行为的正当与否，则要看该行为本身所固有的特性或者行为准则的性质是什么。康德是道义论的典型代表。目的论的基本观点是：某些行为之所以正当，是因为“好”的结果所致。他们认为，人的一切行为都是有目的的，都是要达到某种结果的。我们可能确定某种“好”为最根本的“好”来规范我们的行为，来确定什么行为是正当的，什么行为是不正当的。功利主义是目的论的代表。完善论的基本观点：道德应当帮助人们去实现完善的、全面发展的目的，去努力达到人生各方面的卓越和优秀，达到至善，尤其达到人在道德德性和人格上的尽善尽美，致力于人格和德性的不断超越、尽可能地力求人的最高境界，展示人的最卓越的方面。<sup>①</sup>从以上所述，我们可以看出，道义论虽然具有浓厚的道德色彩，但它的“为义务而义务”的绝对性与权利所代表的人的主体性具有相悖的特色；目的论虽然强调了行为的目的性价值，但相对轻视如何实现该目的的手段或方式的价值意义，这与权利所代表的平向的、平等的取向是矛盾的；完善论只能说是一个美好的理想，与权利所体现出来的低度道德色彩是不相干的。所以，笔者认为温和道义论与权利的特质才是相容的。温和道义论是一种道义论和目的论结合的伦理观念，或者说是在典型道义论的基础上对目的论的一种倾斜的伦理观念。它强调在行为正当的前提下也适当考虑行为的效果。又称为道义目的综合论、规则功利主义等。罗尔斯、布兰特等

---

<sup>①</sup> 参见何怀宏：《伦理学是什么》，北京大学出版社2002年版，第65～74页。



是其代表。<sup>①</sup>温和道义论所体现的社会主体性、理性自律性和行为价值与权利的本质是相通的，所以，笔者坚持这种伦理立场。

第三，理性普遍主义。自 17 世纪以来，西方伦理学界一直在为现代社会寻求合理有效的伦理学理论解释和道德辩护，先后产生形形色色的道德理论，都想为现代人类道德做出普遍合理解释，他们的努力并没有获得预期的目的，正如麦金太尔所说的，现代伦理学的普遍理性主义追求和现代人的自我价值追逐是一对矛盾，必然铸成“现代性”道德失败的命运。<sup>②</sup>笔者对此表示保留的赞成。之所以保留，是因为，我们所谈的是现代社会的低度道德，历史上道德学者的一些失败命运，并不必然使我们采纳道德相对主义的立场。尽管人们各自遭遇的道德处境不同、主体的道德能力不同、道德价值观念、道德行为方式等因素存在差异，但在低限度的道义要求中，寻求普遍规范效力的道德原则或道德规范系统还是可能的。故此，在现代民主生活条件下，我坚持普遍理性主义立场。普遍理性主义在康德、罗尔斯甚至哈贝马斯的伦理观点中都有明确的反映。这些对本书的写作都起到了重大的影响。

---

① 参见万俊人：《现代西方伦理学史》，北京大学出版社 1992 年版，第 654～670、723 页。

② 参见 [美] 麦金太尔：《德性之后》，龚群、戴杨毅等译，中国社会科学出版社 1995 年版，译者前言第 10 页。