

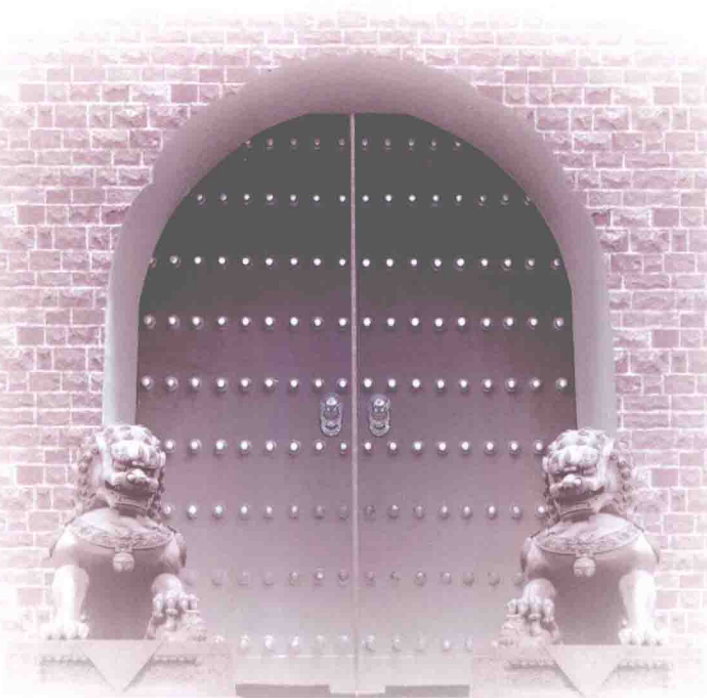
刘作翔 著

权利与规范理论

——刘作翔法学文章与读书笔记选

The Theory of Rights and Norms

——Analects and Reading Reports of Liu Zuoxiang in Jurisprudence



中国政法大学出版社

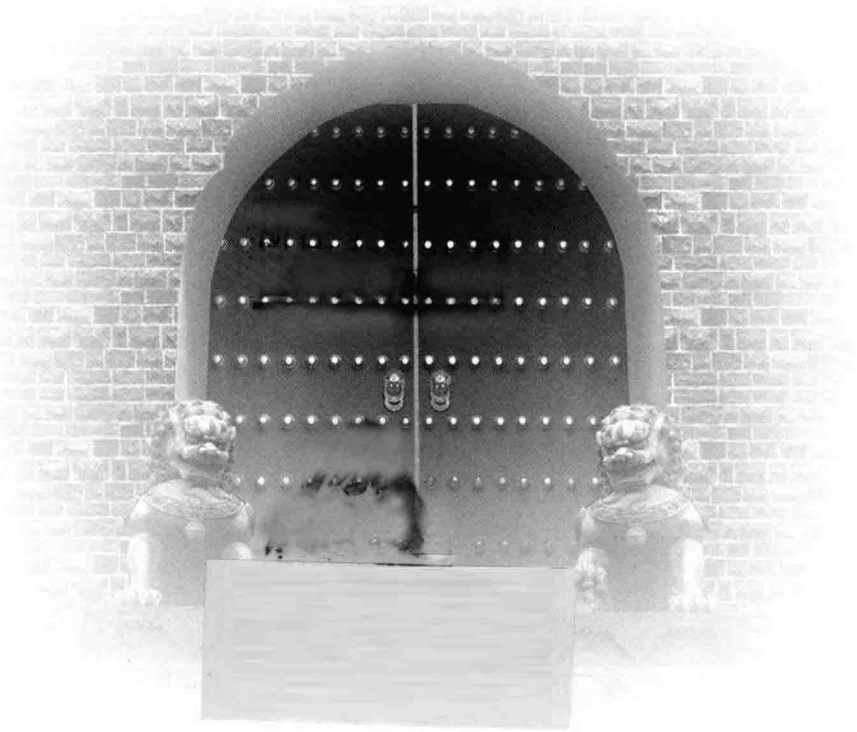
权利与规范理论

——刘作翔法学文章与读书笔记选

The Theory of Rights and Norms

——Analects and Reading Reports of Liu Zuoxiang in Jurisprudence

刘作翔 著



中国政法大学出版社

2014·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

权利与规范理论：刘作翔法学文章与读书笔记选/刘作翔著. —北京：中国政法大学出版社，2014. 9

ISBN 978-7-5620-5598-3

I. ①权… II. ①刘… III. ①权利—研究 IV. ①D9

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第197723号



- 出 版 者 中国政法大学出版社
- 地 址 北京市海淀区西土城路 25 号
- 邮寄地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
- 网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名：中国政法大学出版社)
- 电 话 010-58908285(总编室) 58908334(邮购部)
- 承 印 固安华明印业有限公司
- 开 本 720mm×960mm 1/16
- 印 张 31.75
- 字 数 520 千字
- 版 次 2014 年 9 月第 1 版
- 印 次 2014 年 9 月第 1 次印刷
- 定 价 66.00 元



刘作翔教授2002年11月-12月访问法国埃克斯-马赛法律、经济与科技
大学欧亚研究所时拍摄

作者简介

刘作翔 法学博士。现任中国社会科学院法学研究所二级研究员，教授，法学理论专业博士生导师，博士后流动站合作导师，《环球法律评论》杂志主编。中国社会科学院院级特殊学科“法社会学学科”主持人、中国社会科学院创新工程项目首席研究员、中国法理学研究会副会长、中国法律社会专业委员会副会长、中国法学期刊研究会副会长。获人事部“1996年度国家级有突出贡献的中青年专家”、国务院1997年度“享受政府特殊津贴专家”、国家七部委全国“百千万人才工程”1995/1996年度第一、二层次人选等称号。2004年被中共中央组织部确定为“中央联系专家”。2004年入选首批“当代中国法学名家”。

发表学术论文和文章290余篇，有60多篇被《新华文摘》、人大报刊复印资料等全文转载和转摘。出版个人学术著作10部，代表著作是《法律文化理论》（商务印书馆1999年出版）、《权利冲突：案例、理论与解决机制》（社会科学文献出版社2014年出版）、《我之法学观——刘作翔文章选》（湘潭大学出版社2008年出版）、《思想的碎片——刘作翔法学言论选》（中国法制出版社2012年出版）、《思想的记录——刘作翔法学演讲选》（厦门大学出版社2013年出版）、《思想的碰撞——刘作翔法学演讲与对话选》（方志出版社2014年出版）、《权利与规范理论——刘作翔法学文章与读书笔记选》（中国政法大学出版社2014年出版）、《法治的路径——项目研究报告（2001~2006）》（山东人民出版社2008年出版）、《法理学视野中的司法问题》（上海人民出版社2003年出版）。主编法律硕士专业学位研究生教材《法理学》（社会科学文献出版社2005年出版）、《中国社会科学院法学博士后论丛》第一卷（中国政法大学出版社2004年出版）等，主编、参编其他著作、教材、辞书、论文集等110多部。获各级、各类学术奖30多项，其中省部级以上奖10多项。主要研究领域有法理学、法社会学、法律文化理论、民主法治理论、法学发展等。

序言 权利与规范理论的永久魅力

对于以法学或法律研究为业的人来讲，权利理论和规范理论是其终身都离不开的话题。权利，乃法律的核心内容；规范，乃法律的表达形式。权利由规范来确认，权利从规范中获得；规范内含了权利，并确认了权利的法定性。现代社会对权利的认知，已不只限于法律权利和法律规范，其他多样化类型的权利种类和规范种类也已进入我们的视野。本书中关于权利冲突多样化形态的研究表明，各种不同类型的权利种类及其规范种类共存于社会生活之中，影响着我们的生活样态。并且，各种不同的权利，由于其性质不同，其规范来源也不同。美国学者威尔曼讲道：法律权利是其他种类权利的范式。每种权利种类之所以存在，是有其根据和理由的。而这一问题同权利的形式意义即权利来源的规范形态又分不开。作为一个法哲学命题，即各种不同性质的权利之规范来源，表面上看，似乎是一个规范形式问题，但如果深入进去，我们会发现它不仅仅是一个规范形式问题，在规范形式的背后，有其本质问题。本书中所讨论的自然权利、习惯权利、道德权利、宗教权利、法定权利、推定权利等，以及与其相对应的自然法、习惯法、道德法、宗教法、人定法等，为我们展现了一幅广阔的人类权利图景和规范图景，而诸种权利之间以及规范之间的关系，则成为历史上和现实中法律哲学、道德哲学、政治哲学等热议的话题，经久不衰。

权利冲突理论是权利理论的一个重要内容。通过对权利冲突理论的研究，可以丰富甚至矫正我们已有的一些权利理论，并开发出一些非常重要的权利理论，诸如权利限度理论、权利滥用理论、权利相对性理论、权利隐含义务理论以及社会利益的权利表达问题等。通过什么样的方式解决权利冲突，也是我们必须高度重视的一个法律问题。

对法律体系的考察所引发的规范体系的讨论，是因应现实生活的需求而提出的一个不能回避的问题。一方面，法律体系随着社会生活的发展而不断地丰富其内容；另一方面，法律体系的发展又催生了新的规范类型，诸如习

惯、政策、司法解释、国际条约和国际惯例等，而现有的法律体系概念和结构的局限性使得这些法律中开发出来的新的规范类型无容身之地，必须寻找一个能够替代有局限性的法律体系概念的新的概念和结构体系。于是，规范体系的概念应运而生。对此，尽管我做了一些有限的论证，但关于规范体系的建立与完善工作，依旧任重而道远。

一旦我们将研究视野投入到现实生活领域，就会发现有无穷尽的问题等待着我们去回答，诸如权利问题、规范问题、司法问题、法治问题，这些问题具有永久的魅力和强大的生命力。谁能说只有生活之树常青，而理论是灰色的？理论也具有它旺盛的生命力。理论的旺盛生命力来源于产生它的生活的旺盛生命力。因此，我们可能需要修正一个长久以来被误导的理念——生活之树常青，理论之树也是常青的。只是我们需要不断地对它浇灌，不断地给它注入新的营养和水分。

是为序。

刘作翔

2014年6月28日

目录 CONTENTS

序 言 权利与规范理论的永久魅力	1
------------------------	---

法学文选

从自然权利走向法定权利

——人体捐献器官移植中的分配正义问题	3
--------------------------	---

社会利益问题：理论与实践的背反及其争论	11
---------------------------	----

权利相对性理论及其争论

——以法国若斯兰的“权利滥用”理论为引据	27
----------------------------	----

权利冲突是否为权利中隐含义务的冲突？

——美国法学家沃尔德伦与威尔曼的争论	43
--------------------------	----

权利冲突的多样化形态

——兼论多样化的权利冲突社会解决机制	52
--------------------------	----

“真正的权利”理论

——卡尔·威尔曼的权利学说	69
---------------------	----

通过司法解决法律权利之间的冲突

——卡尔·威尔曼等美国学者及美最高法院对典型案例的司法推理	78
-------------------------------------	----

通过司法解决法律权利与道德权利的混合权利冲突

——卡尔·威尔曼及美国最高法院对典型案例的司法推理	96
---------------------------------	----

解决道德权利、法律权利双重权利的冲突

——卡尔·威尔曼等美国学者对典型案例的道德推理	108
-------------------------------	-----

在司法中运用紧急避险解决权利冲突

——卡尔·威尔曼等美国学者及美最高法院对典型

案例的司法推理	135
紧急避险：解决权利冲突的制度设计及刑民案例	152
一般权利和特殊权利的冲突问题	167
如何理解男女平等？	
——欧盟法院判决要求保险业取消对妇女的优惠	
措施引发的问题	172
美国工会权利与雇员民事权利的冲突	176
安乐死问题的争论和进展	180
平等的观念源自何处？	
——人类平等观念的生物学基础和根据	185
自由和安全如何权衡？	
——“9·11”后美国等西方国家采取的反恐措施及其争论	188
“权利位阶”：一个未能证实的虚幻命题	193
规范体系：一个新体系结构的思考	195
“依法治国”与“依宪治国”的法理意蕴	217
民主是分层次的	
——关于民主的三点认识	227
对法律实施问题的几点认识	231
不能把形式法治看得太低	234
法律审查和评估标准探讨	236
对法律职业共同体的认识和理解	
——兼论中国式法律职业共同体的角色隐喻及其现状	240
关于司法权和司法体制的宪法修改意见	257
对“司法公信力问题”的三点思考	268
关于司法基础理论问题的思考	270
“案结事了”及其他	274
做法律思想的发现者和传播者	279
对“新法治十六字方针”的文化解读	281
标准化：中国法治向纵深发展的标志	285
对“法律与政治”关系的几点思考	289

读书笔记

遵循先例：原则、规则和例外	
——卡多佐的司法哲学观	295
奥斯丁、凯尔森、拉兹的法律体系理论	
——根据《法律体系的概念》一书	320
温斯坦莱法律思想述评	
——读《自由法》	354
福泽谕吉的法律思想	
——读《劝学篇》	362
略论韩非法概念及其特征	
——读《韩非子》	367
关于21世纪的对话	
——读《展望21世纪》	371
历史发展的绝对性与相对性	
——学习恩格斯《路德维希·费尔巴哈和德国古典哲学的终结》 的一点体会	382

序、跋

寻找失缺的“历史感”	
——《我之法学观——刘作翔文章选》后记	391
在思想家的世界里徜徉	
——《思想的碎片——刘作翔法学言论选》自序	394
写作与阅读	
——《思想的碎片——刘作翔法学言论选》后记	396
读万卷书，行万里路	
——《思想的记录——刘作翔法学演讲选》后记	401
法学家的责任	
——《思想的碰撞——刘作翔法学演讲与对话选》代序言	405
思想的交流与碰撞：求知与求真	
——《思想的碰撞——刘作翔法学演讲与对话选》后记	412

我的以现实案例为轴心的研究历程

——《权利冲突：案例、理论与解决机制》后记	416
-----------------------------	-----

附 录

锻铸政体的法理学

——中国社会科学院法学研究所刘作翔教授学术访谈录	425
--------------------------------	-----

两部“追求思想和创造思想”之佳作

——评刘作翔教授《思想的碎片》及《思想的记录》	446
-------------------------------	-----

《当代中国法学名家》一书中的“刘作翔”介绍	450
-----------------------------	-----

刘作翔教授作品目录（1985～2014.10）	464
-------------------------------	-----

后 记	498
-----------	-----

法学文选

从自然权利走向法定权利

——人体捐献器官移植中的分配正义问题^{〔1〕}

一、中国器官分配与共享系统的建立——解决人体捐献器官的分配机制

（一）中国器官分配与共享系统的启动

《新京报》2012年2月6日报道：2011年4月，全国160多家拥有器官移植资质的医院开始试点“中国器官分配与共享系统”。这个系统是卫生部为规范器官移植建设的八大系统之一。

长期以来，器官捐献与移植在中国还属“冷门”。通过正规渠道捐献的器官与大量的需求不成比例。这也导致地下器官买卖，违法违规为患者实施移植手术等现象的发生。卫生部所建设的统一规范体系正是解决这些乱象的手段，其中也将触碰该领域背后的利益“潜规则”。

据公开报道显示，中国目前已成为世界第二大器官移植国，每年约有一万例移植手术，还有上百万等待器官移植患者。在器官供求严重失衡之下，一些等不到器官的患者不惜通过黑市购买器官，导致地下器官买卖利益链的形成。专家认为，建立完善的器官捐赠体系，是改变器官移植乱象的一条根本出路。目前，卫生部委托中国红十字会负责主持人体器官捐献和获取试点工作，已在16个省市试点1年。“就像做慈善一样，只有让更多人知道能公平地分配使用器官，才能有更多人愿意来捐献器官。”一名器官移植医生感慨道。

为了应对严重的器官短缺，卫生部和中国红十字会于2009年8月宣布启动建设“中国人体器官捐献体系”，期望缓解器官移植发展遭遇的瓶颈。从2011年开始，卫生部正在全国逐步建立起器官移植的八大系统，“它们相互联

〔1〕《中国社会科学院研究生院学报》2013年第5期发表。发表时有删减。《中国社会科学文摘》2014年第3期“论点摘要”摘登。本文是作者主持的中国社会科学院2010年度重大课题“中国法治进程中的权利冲突及其立法司法解决机制研究”的阶段性成果。

系，建立起之后将形成一个监管网络”。卫生部有关人士说。其中，“器官分配与共享系统”由卫生部委托香港大学的医疗专家领衔研究设计。目前，中国160多家拥有器官移植资质的医院都获得了该系统使用账号，只要连接互联网，移植医院就可在系统内实现器官共享。卫生部也要求公民捐赠来的器官，要通过系统进行统一分配。此前，研究者结合多个国家的经验，结合中国国情，最终制定出器官分配政策和分配原则。系统分配的一大优势是，改变过去由医院或医生来决定器官分配权的状况。在分配系统制定的政策基础上，卫生部制定下发《中国人体器官分配与共享基本原则和肝脏与肾脏移植核心政策》（以下简称《核心政策》），卫生部希望通过此政策实现公平、公正、公开分配器官。卫生部一位官员在2010年举行的器官分配政策的研讨会上坦言，器官分配和共享原则，是给国内大多数捐献者一个政策上的交代。^{〔1〕}

（二）最早使用分配系统进行器官移植的个案

广州军区广州总医院是最早使用分配系统进行器官分配的移植医院。2011年4月，分配系统开通一个多星期后，在这家医院遇到首例对公民捐献的器官分配。当时，广州军区广州总医院的一名重症肝病患者，正在等待肝源。这名来自广东外语外贸大学的女生，刚转入医院，系统对她的评分就已接近40分。这意味着，她在7天内死亡概率超过70%，达到超紧急状态。最后，这名大学生接受了肝移植，但遗憾的是，她没能度过危险期。

有些医生提出疑问，这名女生刚转入医院，等待时间不长，另外她病情危重，移植后生存概率也不高，为什么系统要将她排在第一位？“如果有两个病人，一个不做手术7天内会死亡，手术后，存活1年的概率也只有50%；但另一名病人，如果不移植还可以等半年，移植后存活1年的概率是90%，那器官应该给谁？”江文诗说，这是一个伦理学的争论。“在医学上，我们可以明确知道，如果这个器官给了较轻的病人，重症病人很可能会死掉，因为7天内再有器官的可能性比较小。”

但有人则提出疑问，为什么不干脆把患者的等待时间作为最重要的标准？谁先进入系统等待器官，谁就应该最早获得器官。对此，江文诗解释说：“美国曾将等待时间作为唯一标准，产生的结果是，等待者名单无限膨胀，也同

〔1〕 吴鹏：“捐献器官该分配给谁”，载《新京报》2012年2月6日，第A14、A15版。

时带来了不公平。”她说，因为有人通过各种方式要求医生把自己列入名单，以赚取等待时间。所以，为了保证公平性，卫生部政策中并没有将等待时间作为病人排序的最重要的指标。影响匹配名单排序的因素，以肝移植为例，依次为地理因素、年龄因素、医疗紧急度评分、血型匹配、器官捐献者及其直系亲属的优先权和等待时间。在地理因素上，获得器官的移植医院有器官的优先使用权。有医生说，获取器官的移植医院有优先使用权，这可保证器官移植的质量。

另外，为了保证公平，在系统分配器官时，一些特殊因素也考虑在内。比如，O型血病人有优先权，这是因为O型血器官可以适配其他血型，而O型血患者只能接受O型血器官。同时，在卫生部的政策中也明确指出，“为鼓励器官捐献，尸体器官捐献者的直系亲属或活体器官捐献者，如需要接受移植手术，排序时将获得合理的优先权”。^{〔1〕}

（三）人体器官分配与共享信息系统的正式确立

到了2012年10月，卫生部决定，将建立人体器官分配与共享信息系统，今后人体移植器官将实行全国统一分配，分配原则包括供患双方的血型、组织配型、年龄是否匹配，双方距离远近，以及患者病情需要的紧迫程度，等等。卫生部《中国人体器官获取与分配管理办法（试行）》（征求意见稿）日前经卫生部人体器官移植技术临床应用委员会讨论通过，近期印发全国。并称今后将建立人体器官分配与共享信息系统，依靠信息系统进行分配，将提高分配效率、防止器官浪费、掌握分配情况、实施监控管理、保证每一例分配的溯源性，消除主观和人为因素的影响和干预。

据了解，该办法主要针对与人体器官捐献来源的器官获取与分配，不包括其他如亲属间来源的器官移植。主要出台背景是为了更好地贯彻《人体器官移植条例》，推进我国人体器官捐献工作，规范化管理捐献来源的器官，有效降低移植等待名单上患者的死亡率，提高受者的术后生存率，消

〔1〕 吴鹏：“捐献器官该分配给谁”，载《新京报》2012年2月6日，第A14、A15版。国外的经验：公开报道称，以美国为例，基本上各州都有完善的器官获取组织，公民申领驾照时均须进行器官捐献意愿登记，同意捐赠者会在驾照上予以标注。如果司机突发车祸遇难，医院查验驾照后便可在第一时间直接摘除其器官，而无须家属同意。甚至，有一些国家还遵循“默认同意”原则。例如，西班牙相关法规就规定，公民如果生前没有提出书面要求不捐献器官，就默认同意捐献。正因为有了这样的制度保障，西班牙是目前世界上器官捐献率最高的国家，每百万人口中捐献器官者高达38人。

除不公平性。^{〔1〕}

二、从自然权利走向法定权利——器官移植中的分配正义问题

虽然是一个捐赠器官移植问题，但涉及分配正义。从这个事例中我们可以看看分配正义是如何进行的。从器官移植中我们可以发现权利类型的一个渐次递进状态。

首先，按照我们老百姓所理解的最质朴的一种情感，我们一般应该遵循这样一个原则，即“先来后到”原则，也就是排队的办法。我们为什么要排队？排队里面其实有很深的哲学理念和公平观念在内。因为排队遵循的是一种“自然法”，这个“自然法”是什么意思呢？就是“先来后到”。大多数情况下，自然法是一种良好的符合人类正义感和公平感的秩序安排，最典型的如“先来后到”、“不劳动者不得食”，这就是自然法中的自然秩序。这个“自然法”维持了一种自然秩序，其中也体现着人们的一种自然权利。比如，我们打饭或排队买票，先来的先打（买），后来的后打（买），没有理由后来的插到我前面。当有人插队时，人们会感到很愤怒，为什么人们对插队的人这么愤怒，对插队这种行为深恶痛绝呢？主要是它违反了一种自然法则，违反了一种“先来后到”的原则，侵害了人们所认同的自然权利、公平感和自然秩序。而这种自然法则和“先来后到”的原则是符合人们心目中的公平感的。

但人类社会的自然法同人类社会之外的自然界的自然法则是有所区别的。人类社会的自然法秉持一种朴素的自然正义观在其中，违反这种正义观便违反自然法，如违反了“先来后到”的原则，则违背了人类的自然法。而自然界的自然法并不遵循和具备这样一种原则，自然界的自然法奉行的是“弱肉强食”的丛林法则，是“大鱼吃小鱼”的游戏定律，我们从动物世界的多种纪录片中都可以发现这样一种定律和法则。比如，一头强悍的狮子捕获了一只奔跑中的羚羊，这是“弱肉强食”的第一步；当这头狮子正准备享用捕获的美食时，狮王来了，它就得乖乖地将美食让位于狮王，自己在远处观看，

〔1〕 见赵新培：“移植器官将全国统一分配”，载《北京青年报》2012年10月11日。器官短缺是器官移植中面临的最主要的问题。国内每年约有150万人次需要器官移植，但仅有1万人次能够进行移植手术。为解决这一问题，国家于2013年2月底，将从19个试点省份向全国推广人体“器官捐献”工作，并拟设立器官捐献基金。参见谢庆富：“如何完善器官捐献制度”，载《新京报》2013年2月6日。