

■ 姚建宗 等 著



法学理念 · 实践 · 创新丛书

新兴权利研究

 中国人民大学出版社

■ 姚建宗 等 著



法学理念 · 实践 · 创新丛书

新兴权利研究

目 录

第一编 总 论

第一章	新兴权利要论	3
	引 言	3
	一、“新兴权利”的概念描述与范围划定	5
	二、权利之“新”的形式标准	8
	三、权利之“新”的实质标准	10
	四、权利之“兴”的动因	13
	五、权利之“兴”的方式	17
	六、“新兴”权利与权利发展	20
	七、结语	21
第二章	新兴权利的生成：以“户外广告发布权”为例	22
	一、问题的提出	22
	二、地方立法中生成的新兴“权利”	24
	三、对新兴“权利”的类型化分析	30
	四、“户外广告发布权”在理论上的生存空间	35
	五、结语：慎重对待新兴权利的生成	41

第二编 分 论

第三章	行政知情权	45
	引 言	45
	一、行政知情权的本体论	48
	二、外国行政知情权法律制度考察——以美国法为视角	64
	三、行政知情权与相关权力和权利的冲突与解决	71

	四、我国行政知情权立法与实践的现状与反思	79
	五、结语	87
第四章	信息权利	88
	引 言	88
	一、信息的法律意义	90
	二、信息权利	96
	三、具体信息权利	103
	四、结语	130
第五章	基因权利	131
	引 言	131
	一、基因财产权	133
	二、基因专利权	144
	三、基因隐私权	153
第六章	性权利	157
	引 言	157
	一、性权利的本体论阐释	160
	二、性权利存在的人性基础	162
	三、性权利存在的社会基础	171
	四、性权利运作的基本路径	179
	五、从法律规则的角度对性权利的解析	194
第七章	同性恋者的婚姻权	199
	引 言	199
	一、作为基本社会事实的同性恋现象	201
	二、同性恋现象的社会认同	206
	三、同性恋者“婚姻”的正当性	213
	四、同性恋者婚姻权利化的现实障碍	221
	五、同性恋者婚姻权的法律保障	223
	六、结语	228
第八章	安宁死亡权	229
	引 言	229
	一、事实上的安乐死	229
	二、安乐死的界定	237
	三、安乐死的正当性论证	242
	四、安乐死的权利基础	248
	五、安宁死亡权的设计	259

第九章	适当生活水准权	263
	引 言	263
	一、适当生活水准权作为基本人权的论争	265
	二、适当生活水准权的适当标准	275
	三、适当生活水准权的救济	287
	四、适当生活水准权在我国的实现——以廉租房制度为例	293
第十章	清洁饮水权	309
	引 言	309
	一、清洁饮水权概述	310
	二、清洁饮水权的内容	313
	三、清洁饮水权的实施机制	319
	四、当代中国的清洁饮水权问题	322
第十一章	食物权	326
	引 言	326
	一、食物与食物权	327
	二、食物权的内容	330
	三、食物权的实施机制	336
	四、食物权的理论难题	341
	五、当代中国的食物权问题	347
	六、结语	353
第十二章	动物的权利——法律保护动物的伦理学依据	355
	引 言	355
	一、动物权利论——法律保护动物之伦理依据的一种进路	356
	二、人类中心主义与非人类中心主义 ——不可逾越的界限与超越性的视界	366
	三、人类义务论——法律保护动物之伦理依据的另一种进路	372
	四、对人类义务论的补正	380
	五、结语	383

第三编 余 论

第十三章	社会弱势群体的权利保护	387
	引 言	387
	一、问题的切入——对当代中国弱势群体权利状况的关注	388
	二、社会弱势群体权利保护的涵义	392

	三、社会弱势群体权利保护的制度机制	406
	四、社会弱势群体权利保护的界限	423
	五、结语	429
第十四章	言论自由的限度	430
	引 言	430
	一、有关言论自由限度理论的哲学立场	434
	二、色情言论的法律规制	440
	三、歧视性言论的限制	450
	四、言论自由与名誉权、隐私权的冲突	458
	五、国家利益与言论自由的限制	469
后 记		478

第一编

总 论

第一章 新兴权利要论^①

引 言

我们一般都认为，从整体上看，西方世界中，不仅权利的观念和意识，而且权利的法律确认和保障制度，都是最为发达和完备的。而以中国为代表的东方世界——更不用说更为晚进的一些亚非拉国家——从整体上看，不仅在传统上比较缺乏权利的观念和意识，而且在国家层面更缺乏相应的法律权利保障制度，这种情况直到 20 世纪前半期也没有太大的实质性改变。因此，当时间进到 20 世纪 90 年代初，面对全球范围之内众多国家对于包括《世界人权宣言》、《公民权利和政治权利国际公约》以及《经济社会文化权利国际公约》等在内的人权文献所宣示和记载的各类具体人权的高度认同，美国哥伦比亚大学的著名宪法学家路易斯·亨金不无自豪而

^① 本部分的大纲式初稿完成之后，我曾将其电邮给吉林大学法学院的蔡立东教授和彭诚信教授，请他们从民法学的角度对于本部分所涉及的若干可能的“新兴”权利提出批评与建议。随后，作者又专门邀请蔡立东教授、彭诚信教授和于莹教授就本部分的框架、观点、思路、具体权利形式进行了较长时间的讨论。在经过自己三次修改且正式稿完成之后我又专门征求了蔡立东教授的意见，并特别地请他对文中一些从私法角度来看不太准确的表述作了修正。在此，作者谨向蔡立东教授、彭诚信教授和于莹教授致以诚挚的感谢！

欣喜地宣告说：“人权是我们时代的观念”，而“我们的时代是权利的时代”^①！

无独有偶，经过改革开放三十年，我国的经济、社会、文化和政治都取得了异常迅猛的发展与长足的进步，反映在我国社会主义法治建设上，即我国社会不仅在权利的法律制度确认和保障方面进步明显，而且我国公民的权利意识与权利观念也大大地得到了加强，这从我们日常生活中出现的大量维权诉讼中就可得到生动的印证。也正因为这种情况对于当代中国而言意义非凡，所以，张文显教授以与亨金同样的自豪和欣喜宣告说：“我们的时代是一个迈向权利的时代，是一个权利备受关注和尊重的时代，是一个权利话语越来越彰显和张扬的时代。我们越来越习惯于从权利的角度来理解法律问题，来思考和解决社会问题。我们这个世界的权利问题正以几何级数的速度增长。经典的权利在新的时代背景下衍生出许多新的具体的权利问题，而新的社会关系要求在权利大家族中添列新的成员，新兴权利与日俱增；人的权利还没有从根本上解决，动物的‘权利’、植物的‘权利’以及其他自然体的权利已被提到日程；我们刚‘否定’‘自然权利’的概念，却又面对‘自然权利’的现实；法律权利与‘道德权利’、‘习俗权利’，国内法的权利与国际法的权利等‘权利’形式难解难分地交织在一起。”^②

诚然，至少在当代中国，权利的的确确已经成为中国人日常生活的基本观念与思维习惯。新型的、性质各异的各种权利作为“新兴”权利不断地在人们的生活中得到主张甚至获得法律化的制度表达。但是，任何事物都必然具有正反两面，权利自然也不例外。当代中国社会这种权利话语的张扬，权利主张的扩展，权利类型的增加，以及权利实践的深化，一方面使我们的社会尽显现代社会的时代风貌，高扬现代法治的核心价值理念，表征中国社会主义法治建设的初步成就；另一方面，权利话语的滥觞，权利主张的乖戾，权利实践的非理性张扬，确实也存在着使权利庸俗化的极大可能，从而可能使权利本身也自我蒙羞。正如玛丽·安·格伦顿所说的：“权利话语为我们带来的独一无二的影响经常与我们古老而崇高的权利传统相矛盾。虽然它与媒体当前所提倡的十秒钟广播讲话的节目规格完美结合，但却严重限制了进行对话的机会，而这正是一种有序的自由体制最终赖以存在的基石。权利范畴的迅速扩展——延及树木、动物、烟民、不吸烟者、消费者等等——不仅使权利碰撞的机会成倍增加，而且也使核心民主价值面临平凡化的风险。”^③ 这或许是因为，虽然“人们宣扬，抑或提出了各种各样的新的权利，由此拓展了个人自由的范畴，但却未对它们的归途、彼此的关联以及它们与相应的责任或者总体福利的关系给予太

① [美] 路易斯·亨金著，信春鹰、吴玉章、李林译，信春鹰校：《权利的时代》，“前言”，1页，北京，知识出版社，1997。

② 张文显、姚建宗：《权利时代的理论景象》，载《法制与社会发展》，2005（5）。

③ [美] 玛丽·安·格伦顿著，周威译：《权利话语》，“前言”，3页，北京，北京大学出版社，2006。

多的考虑”^①。

这也客观地表明，在当代中国权利已经逐渐登上社会主义法治的圣坛并日享神圣的荣耀之时，我们也真真切切地需要对权利保持着欣喜与忧虑、激情与理性、鼓动与克制之间的微妙的平衡。因此无论是在理论上还是在实践上，确实都需要以我国社会现实中所存在并始终积极争取其实现的各式各样的“新兴”权利为对象，进行思想与理论意义的逻辑梳理与内涵整理。而这样的学术工作大体上可以划分为两部分：一是在宏观上对于我国社会中现实存在的各种“新兴”权利进行整体描述与大致归类，并一般地探究其共性；二是从更加深入的更微观的层面，以“新兴”权利的典型样态为对象，力求准确地揭示“新兴”权利产生和发展的基本规律，总结和归纳“新兴”权利之能为“权利”的严格标准，排除和过滤现实中所存在的各种虚妄的“权利”呓语。作为对我国改革开放三十年来产生和存在的各种“新兴”权利状况的初步的宏观考察，本书的探讨限于前者。

一、“新兴权利”的概念描述与范围划定

如果以当代中国改革开放三十年来整个社会的全面发展所带动的法制的进步和法治的发展为背景，以法律权利为对象，来审视和考察我国社会主义法制建设的总体面貌，那么，以下两个方面是我们不能不加以特别关注的：一是三十年来我国公民法律意义上的权利意识和观念确实得到了飞速的发展，甚至显现出了权利话语超乎寻常的社会观念与思想的统治力；二是三十年来我国法律权利的数量急速地增长以及制度化水平的不断提高。

在我国法律权利数量的急速增长和制度化水平的不断提高当中，就当代中国社会以及我国公民来说，生活事实的一个非常重要的侧面就是，我们不断地遭遇到了许许多多仅从生活经验出发，未曾识见的法律权利，对于这些法律权利，我们从不熟悉到熟悉、从不了解到了解、从力求加以理解到直接付诸实践。而当我们对于这些法律权利刚刚有所把握的时候，不经意间，又有一些未曾识见的法律权利又悄然来到了我们的生活中间……更为准确的描述可以是这样的：改革开放的这三十年，我国公民真实的法律生活与法律实践就是不断地遭遇、了解、熟悉和实践由“新”到“旧”的一个又一个法律权利的三十年；改革开放的这三十年，也就是“新兴”权利不断展现、不断为人们了解和熟悉并加以生活实践从而“隐去”其“新”，同时另一些“新兴”权利一个又一个相继“现身”，从而又开启一个又一个同样的“去”

^① [美] 玛丽·安·格伦顿著，周威译：《权利话语》，“前言”，4页，北京，北京大学出版社，2006。

“新”并羽化成熟为法律权利的过程。至今，这样的过程依然在延续之中而没有、也当然不可能中止。因此，对于当代中国的法治建设来说，“新兴”权利的“兴”与“隐”，毫无疑问，就是一幅当代中国社会主义法制建设的历史画卷不断展开的过程。

由于我们的目的并不在于对三十年来我国社会现实存在的这些“新兴”权利中的某些具体权利样态的产生、发展和成熟的过程进行详细的描述和细致的剖析，也不准备对这一过程所蕴涵的共同性的基本规律进行深入的探究和准确的揭示，而是重点放在对我国改革开放三十年来权利现象发展的宏观样态做一个大致的描述与勾画。所以，我们不对“新兴”权利做严格的定义式概念界定，而只是对其做大体上统一的状态性描述，并通过对“新兴”权利进行类型意义上的范围划定而确定其大致边界。而这里所谓的“新兴”权利及其边界范围，实际上是由如下的一些要件来共同予以确定和限定的：

第一，所谓“新兴”权利，特指中国社会所存在的权利的各种“新”现象与“新”样态，而这些所谓的权利的“新”现象与“新”样态在其他国家很可能早就存在因而并不“新”了。比如，在西方很多发达国家，证券的发行、交易，以及期货的买卖，早已经有了数百年的历史，因而，根本就不是什么新鲜事物了，基于购买股票和期货而产生的一系列相应的权利也当然没有什么“新”的意味了；但在当代中国，也只是在改革开放之后，我国才逐渐建立起与证券和期货买卖直接相关的各种法律制度，因此，基于购买股票和期货而产生的一系列相应的权利在当代中国就属于本书所界定的“新兴”权利。

第二，所谓“新兴”权利，特指自1978年以来我国社会逐渐出现的权利的各种“新”现象与“新”样态。比如，我国公民现在所享有的私有财产权，行政了解权（知情权），提起行政诉讼的权利，获得国家赔偿的权利等等。

第三，所谓“新兴”权利，特指权利的各种“新”现象与“新”样态。这里所说的权利的各种“新”现象与“新”样态实际上就是指权利在主体、客体、内容方面的扩展或限制等变化情况。比如，因购买“国债”而成为债权人所享有的权利本应属于一般债权人所享有的权利，但就我国情况而言，只是在改革开放之后，我国才正式以法律的方式制度化地发行国债，因此，就我国改革开放三十年的历史而言，因购买“国债”而成为债权人从而所享有的权利，我们也将之归入“新兴”权利之列。

第四，所谓“新兴”权利，首先包含了已经获得法律意义的那些权利的“新”现象与“新”样态，也就是已经得到法律意义上的制度化的权利形式，即法律权利，比如，地役权、股东知情权、股东对于股东大会决议的撤销权以及股东派生诉讼提起权等等；其次，所谓“新兴”权利还包括了目前只是得到一定程度的社会认可的社会性权利主张，尽管其也获得了将之法律制度化的广泛的社会呼吁与支持，尽管国家已经对其做了充分的无罪化和无害化的实践处置，但目前还没有得到真正的权

威性的法律化和制度化的表达形式,比如,所谓安乐死的权利^①,同性恋者的婚姻权^②等等;最后,所谓“新兴”权利还包括了异乎寻常的,同时也是有悖于权利传统和权利常态的一些“权利”诉求形式,而根据制度演化的技术操作并从实践可行性来看,我们又很难真正将其制度化,因此,在一个相当长的时期之内,基本上只能以观念、思想和单方面诉求的方式存在的权利主张,比如所谓动物的权利、植物的权利^③等等即属此类。

第五,所谓“新兴”权利之“权利”较为宽泛,不仅包含一般所谓真正意义的“权利”,而且也包含了属于“自由”(freedom)甚至“特权(特惠)”(privilege)的内容。比如,当我说“独身妇女的生育权”属于我国的“新兴”权利时,实际上就没有完全将“权利”与“自由”加以区分。

由上可知,我们所谓的“新兴”权利事实上并不是一个真正的法学意义上的概念,它所表征和代表的实际上是一系列不同类型和性质的权利,因此,可以说它实际上也就是一个表征“权利束(丛)”的统合概念。同时,这里的“新兴”权利肯定更不是一个立法上的概念,也就是说,它不是一个实证法意义上的严格的法律制度层面的概念;当然,它也不是一个学理上正在加以总结的可能的学术概念;相反,它是而且仅仅只是用以描述我国社会现实中所存在的某些具体权利诉求和权利主张现象的一个松散的概念。

① 请参阅如下主要著作:翟晓梅:《死亡的尊严》,北京,首都师范大学出版社,2002;傅伟勋:《死亡的尊严与生命的尊严》,北京,北京大学出版社,2006;段德智:《西方死亡哲学》,北京,北京大学出版社,2006;王晓慧:《论安乐死》,长春,吉林人民出版社,2004;倪正茂、陆庆胜等:《生命法学引论》,武汉,武汉大学出版社,2005;倪正茂:《生命法学探析》,北京,法律出版社,2005;温静芳:《安乐死权研究》(吉林大学博士学位论文,2008年)。

② 请参阅如下主要著作:李银河:《同性恋亚文化》,北京,中国友谊出版公司,2002;刘达临、鲁龙光主编:《中国同性恋研究》,北京,中国社会科学出版社,2005;周丹主编:《同性恋与法》,桂林,广西师范大学出版社,2006;郭晓飞:《中国法视野下的同性恋》,北京,知识产权出版社,2007;冯浩:《论同性恋者的婚姻权》(吉林大学硕士学位论文,2007年)。

③ 请参阅如下主要著作:[美]纳什著,杨通进译,梁治平校:《大自然的权利》,青岛,青岛出版社,1999;莽萍、徐雪莉编:《为动物立法:东亚动物福利法律汇编》,北京,中国政法大学出版社,2005;[美]汤姆·雷根、卡尔·科亨著,杨通进、江娅译:《动物权利论争》,北京,中国政法大学出版社,2005;[美]G.L.弗兰西恩著,张守东、刘耳译:《动物权利导论》,北京,中国政法大学出版社,2005;[英]考林斯伯丁著,崔卫国译:《动物福利》,北京,中国政法大学出版社,2005;[美]汤姆·雷根著,莽萍、马天杰译:《打开牢笼:面对动物权利的挑战》,北京,中国政法大学出版社,2005;[英]安德鲁林基著,李鉴慧译:《动物福音》,北京,中国政法大学出版社,2005;[印]维韦卡梅农、[日]坂元正吉编,张卫族、马天杰等译:《天、地与我:亚洲自然保护伦理》,北京,中国政法大学出版社,2005;莽萍:《绿色生活手记》(修订版),北京,中国政法大学出版社,2005;高利红:《动物的法律地位研究》,北京,中国政法大学出版社,2005;司景辉:《动物的权利抑或人类的义务》(吉林大学硕士学位论文,2007年);Andrew Linzey, Paul Barry Clarke (Edited), *Animal Rights: A Historical Anthology*, Columbia University Press, 2004; Alison Hills, *Do Animals Have Rights?*, Icon Books Ltd., 2005.

二、权利之“新”的形式标准

从上述有关“新兴”权利的概念解析中可以看出,我们所谓“新兴”权利,简单地讲,完全可以从形式标准和实质标准两个方面来分别考察其具体内涵,以及对其给予相应的身份认定。就形式标准而言,在当代中国,所谓“新兴”权利,大体上主要是指如下两种意义上的所谓“新”的权利:

第一,以时间为标准,在中国既定的法律制度中,凡是过去在中国的法律文本中没有明确规定的法律权利而在新的法律文本中明确规定或者隐含着的法律权利,就是所谓的“新兴权利”。这种情况至少包括了三种类型:

一是过去的法律文本没有任何规定而新的同类法律文本在条文中非常明确地确认了的新的法律权利,这种法律权利就是所谓的“新兴”权利。这样的例证并不缺乏,比如,我国《宪法》一直没有明确地规定我国“公民的私有财产权”,但2004年3月14日第十届全国人民代表大会第二次会议通过的我国《宪法》第四次修正案将《宪法》第13条“国家保护公民的合法的收入、储蓄、房屋和其他合法财产的所有权”、“国家依照法律规定保护公民的私有财产的继承权”的规定修改为:“公民的合法的私有财产不受侵犯”、“国家依照法律规定保护公民的私有财产权和继承权”、“国家为了公共利益的需要,可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿”。由于现行《宪法》已经如此明确地规定了“公民的合法的私有财产不受侵犯”,从而使“私有财产权”成为我国公民的一项“新兴”权利。再比如,2001年12月29日第九届全国人大常委会第25次会议通过并于2002年9月1日起施行的《中华人民共和国人口与计划生育法》第17条规定了“公民有生育的权利”。但这个规定比较笼统,当时并没有考虑到我国社会现实生活中早已经存在的一些特殊情况和要求,而2002年9月27日吉林省第九届人大常委会第32次会议通过并于当年11月1日正式实施的《吉林省人口与计划生育条例》第30条第2款规定了“达到法定婚龄决定不再结婚并无子女的妇女,可以采取合法的医学辅助生育技术手段生育一个子女”,这一规定出台之后引起了社会的广泛关注和激烈的争论。作为一个地方性法规,该规定并没有违反作为其上位法的《人口与计划生育法》,同时它还确定无疑地在其效力范围之内确认和规定了公民中的“独身妇女”所享有并可实现的“生育权”这项“新兴”权利。另外,在我国民商事法律中,相关的现行法律已经规定的一些法律权利比如地役权、股东知情权、股东对于股东大会决议的撤销权、股东派生诉讼提起权等等权利,也属于这种情形下的“新兴”权利。

二是过去的法律文本和现行的同类法律文本都没有非常明确地在具体的法律条

文中确认和规定某种法律权利,但从相关法律具体条文的规定中可以合乎逻辑而又不违背法律精神地推导出某种将受到既定法律的肯定与保障的法律权利,这种法律权利也属于“新兴”权利范畴,比如,“隐私权”在我国就属于这种类型的“新兴”权利。同样类型的“新兴”权利还有囚犯的婚姻权、艾滋病人的婚姻权^①,以及虽然主要以变性人和同性恋者为主要关注对象但应该更为广泛的性权利^②,都属于这样的“新兴”权利类型。

三是过去既定的任何法律的文本都没有非常明确的法律条文对相关的法律权利作出明确或者隐含的规定,而是崭新的以前没有过的法律的文本在具体的法律条文中对相关的法律权利作出了明确的或者隐含的规定,这样的法律权利也属于“新兴”权利。比如,有关基于买卖“股票”等证券和各种“期货”而相应取得的系列法律权利,购买基金者作为某种基金的持有者所享有的权利,以及《合同法》第286条所规定的“承包方的优先受偿权”,就属于这种类型的“新兴”权利。同样,尽管1989年国务院颁布的《种子管理条例》还没有作出相应的规定,但我国2000年制定、2004年修订的《种子法》却明确地确立了“种子产权”;同样,1997年我国国务院颁布的《植物新品种保护条例》以及于1999年6月和8月先后实施的《植物新品种保护条例实施细则》农业部分和林业部分确立了植物新品种发明人对于植物新

① 参见孟金梅:《艾滋病与法律》,北京,中国政法大学出版社,2005。

② 除前面所列相关文献外,请参见:[美]张哲瑞联合律师事务所编:《裸露的权利:美国法与性》,北京,法律出版社,2005;李楯:《性与法》,郑州,河南人民出版社,1993;[美]理查德·A·波斯纳著,苏力译:《性与理性》,北京,中国政法大学出版社,2002;李银河:《性文化研究报告》,南京,江苏人民出版社,2003;李银河:《性的问题·福柯与性》,北京,文化艺术出版社,2003;刘达临、鲁龙光主编:《中国同性恋研究》,北京,中国社会科学出版社,2005;周运清主编:《性与社会》,武汉,武汉大学出版社,2005;刘达临:《中国当代性文化(精华本)——中国两万例“性文明”调查报告》,上海,上海三联书店,1995;潘绥铭:《中国性现状》,北京,光明日报出版社,1995;潘绥铭、[美]白威廉、王爱丽、[美]劳曼:《当代中国人的性行为与性关系》,北京,社会科学文献出版社,2004;陈学明:《性革命》,台北,台湾扬智文化事业股份有限公司,1995;冀祥德:《婚内强奸问题研究》,北京,人民法院出版社,2005;[美]约翰·盖格农著,李银河译:《性社会学——人类性行为》,郑州,河南人民出版社,1994;[美]坦娜希尔著,童仁译:《历史中的性》,北京,光明日报出版社,1989;余凤高:《西方性观念的变迁》,长沙,湖南文艺出版社,2004;张红:《从禁忌到解放——20世纪西方性观念的演变》,重庆,重庆出版社,2006;[英]杰佛瑞·威克斯著,宋文伟等译:《20世纪的性理论和性观念》,南京,江苏人民出版社,2002;[美]凯瑟琳·巴里著,晓征译:《被奴役的性》,南京,江苏人民出版社,2000;[英]安东尼·吉登斯著,陈永国等译:《亲密关系的变革:现代社会中的性、爱和爱欲》,北京,社会科学文献出版社,2001;[法]福柯著,余碧平译:《性经验史》,上海,上海人民出版社,2002;[芬兰]韦斯特马克著,李彬译:《人类婚姻史》,第2卷,北京,商务印书馆,2002;A. Soble (ed.), *The philosophy of Sex*, Bowman and Littlefield Publishers, Inc., 1991; Paul R. Abramson, *Sexual Rights in America: The Ninth Amendment and the Pursuit of Happiness*, New York University Press, 2003; 赵合俊:《作为人权的性权利——一种人类自由的视角》(中国社会科学院研究生院博士学位论文,2002年);李拥军:《性权利研究》(吉林大学博士学位论文,2008年)。

品种的“新品种权”^①。这些法律法规所明确规定的上述法律权利，都属于“新兴”权利。

第二，以空间为标准，在中国的法律地域范围之外早就存在而在中国的法律地域空间中过去尚未存在，并因而在后来的中国法律中通过相应的具体条文，明确地规定或者隐含地规定的法律权利，也是我们所界定的“新兴”权利。这类“新兴”权利实际上也可以分为三个层次：

一是国际层面的法律文献，比如联合国及其相应的机构或者其他国际性组织所制定的法律文件，通过相应的具体法律条文明确规定或者隐含地规定的法律权利，例如，国际人权文献之一的《经济社会文化权利国际公约》所确认的一系列权利，如“适当生活水准权”项下所列举的诸如获得适当的食物权利，获得清洁饮水的权利，如以及获得适当的住宅（住房）的权利等项法律权利，就属于这种“新兴”权利类型。

二是地区层面的法律文献，比如欧洲或者美洲或者非洲地区通过相应的区域性国家间政府组织所制定或者通过的法律文献，在具体的法律条文中明确规定或者隐含地规定的法律权利。

三是其他民族国家或者相关的独立法域的法律通过具体的法律条文明确规定或者虽未明确规定但已隐含在具体条文中的法律权利。

一般说来，这三种情况实际上都必须通过所谓的“法律的移植”或者“法律引进”而实现相应的国内法的转化。比如我国民法领域的不安抗辩权，我国《合同法》中的债权人的代位权、撤销权，我国《公司法》中的股份回购请求权，我国《证券法》中规定的投资者对虚假陈述人的损害赔偿请求权，我国《物权法》中的地役权，就属于这种类型的“新兴”权利。

三、权利之“新”的实质标准

“新兴”权利的实质标准，也就是在权利的实质内容上，我国既存的法律权利类别都无法加以涵盖和纳入其中的那些内容，这些内容有些是完全崭新的，有些内容尽管本身并没有什么变化但是这些内容的适用范围或者适用条件却发生了变化，从而在变化了的适用范围或者适用条件下，这些内容也自然构成一类“新兴”权利的内容。

从实质标准来看，在当代中国，所谓“新兴”权利，实际上所涉及的大体上是

^① 参见樊松娟：《生物技术法律制度研究综述》，载易继明主编：《中国科技法学年刊》（2006年卷），武汉，华中科技大学出版社，2007。

如下几种法律权利样态：

第一，纯粹的“新兴”权利。这种“新兴”权利，所指称的就是在既有和现有的所有法律权利中，根本就没有存在过这样的类似权利样态，即，对于这类权利来说，不仅权利主体是崭新的，也就是特别地为法律所独立确认的，而且权利客体以及客体物也是崭新的或者说特别地被法律确认的。这类法律权利，实际上就是最典型、最标准的“新兴”权利。比如，在冷冻精子、卵子、受精卵和胚胎上所成立的相应的权利（不管是作为物权还是作为人格权）^①，在基因上所成立的各种权利^②，艾滋病人的权利，同性恋者的权利，变性人的权利，我国《消费者权益保护法》所规定的消费者的人格权，公民对于尸体的权利，死者的名誉权等等，都属于这种类型的“新兴”权利。

第二，主体指向的“新兴”权利。这种“新兴”权利，所指的是在权利客体及其范围不发生变化的情况下，权利主体的范围发生了变化，这种变化表现为：要么是权利主体范围的扩展，要么是权利主体范围的限缩，由此所导致的法律权利样态。例如，基于团体成员的特殊身份所具有的权利，比如作为合法的特定俱乐部的成员所具有的权利，在某个小区居住从而作为业主之一所具有的权利，以及我国最高人民法院通过司法解释所确立的在发包人欠付工程价款范围内实际施工人对于与其没有合同关系的工程原始发包方所具有的直接赔偿请求权，就属于这种类型的“新兴”权利。^③

第三，客体指向的“新兴”权利。这种“新兴”权利，所指的是在权利主体及其范围不发生变化的情况下，权利客体的范围发生了变化，这种变化大致体现为权利客体的承载物即客体物的范围的扩展或者缩减，从而形成的法律权利样态。在这里，必须加以说明的是，所谓法律关系客体或者权利客体，实际上是一致且统一的，那就是“利益”——尽管这个“利益”确实也是可以分成不同的类型的，但在现实生活中，“利益”本身又一定是有相应的物质承载者的，也就是客体物。^④ 所以，我们通常所说的权利客体的变化或者权利客体范围的变化，实际上是权利客体物及其范围的变化。比如，尽管我国没有任何法律作出明确规定，但学术界一直在广泛地

① 参见倪正茂、陆庆生等：《生命法学引论》，武汉，武汉大学出版社，2005；李善国、倪正茂、刘长秋：《辅助生殖技术法研究》，北京，法律出版社，2005；廖雅慈：《人工生育及其法律道德问题研究》，北京，中国法制出版社，1995。

② 参见倪正茂、陆庆生等：《生命法学引论》，武汉，武汉大学出版社，2005；刘长秋、刘迎霜：《基因技术法研究》，北京，法律出版社，2005；王迁：《论“基因歧视”及其法律对策》，北京，中国人民大学出版社，2005；樊松娟：《生物技术法律制度研究综述》，载易继明主编：《中国科技法学年刊》（2006年卷），武汉，华中科技大学出版社，2007。

③ 参见《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》[法释〔2004〕14号]第26条。

④ 参见颜俊、姚建宗：《法律关系客体理论新探》，载《当代法学》，1993（2）。