

CSSCI 来源集刊

徐显明 主编

Volume XII 第12卷

人权研究

human rights

Öffentliches Recht

droits de l'homme

Menschenrechte

山东人民出版社
Shandong People's Publishing House

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

n rights

echt

r rights

第
12
卷

人权研究

徐显明 主编

图书在版编目(CIP)数据

人权研究. 第12卷/徐显明主编. —济南:山东人民出版社,2013.4

ISBN 978-7-209-07173-4

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(2013)第073667号

责任编辑:李怀德

人权研究(第12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 19.25

字 数 400千字

版 次 2013年4月第1版

印 次 2013年4月第1次

ISBN 978-7-209-07173-4

定 价 42.00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。唯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

《人权研究》集刊序	徐显明(1)
“人权条款”的宪法解释	
——方法论及体系解释的视角	李忠夏(1)
一、问题意识	(1)
二、人权与基本权利关系的历史梳理	(3)
三、人权观念对于宪法解释的重要性:方法论及体系解释的视角	(10)
四、人权条款宪法解释的中国意义	(18)
五、结语	(24)
作为人权的选举权及其法理基础	张卓明(25)
一、作为人权的选举权	(25)
二、选举权的人性基础	(28)
三、选举权的价值基础	(35)
四、选举权的政治基础	(43)
去留两彷徨:人权与法治语境下的信访制度.....	李红勃(53)
一、导论:问题与意义	(53)
二、信访制度的价值分析	(56)
三、信访制度的实证分析	(60)
四、为什么上访:信访的法社会学分析	(63)
五、信访的法治化驯服:一种可能性探讨	(66)
六、余论	(72)
论新闻自由与公共利益冲突之平衡	袁 方(74)
一、新闻自由与公共利益的冲突	(74)
二、美英模式	(76)
三、平衡的方法与原则	(85)
四、总结	(90)

美国言论自由的分裂	徐会平(91)
一、美国言论自由的分裂	(91)
二、言论自由主题转换与理论冲突	(100)
三、内容中立原则与言论的“新政”	(104)
仇恨言论法律规制的美国路线图	
——基于对司法判决的考察	龚 艳(110)
一、法律规制的宽容态度	(110)
二、法律规制的限制态度	(112)
三、重返法律规制的宽容态度	(114)
四、结语	(123)
论美国商业言论自由的规制体系	张妍妍(125)
一、合法真实性商业言论保护	(126)
二、违法性商业言论规制	(135)
三、虚假及误导性商业言论规制	(137)
四、结语	(152)
退休权的平等:机关事业单位职工养老金改革历程分析及法律思考	
.....	周 伟(153)
一、社会统筹:改革的历程	(153)
二、利益博弈:阻碍改革的因素	(162)
三、政策安抚:政策宣示与实施滞后的原因	(166)
四、同步实施:法律思考	(168)
五、结论	(175)
高等教育纠偏行动的平等意涵	
——以 Grutter 案与 Gratz 案为中心	王 婧(176)
一、纠偏行动的缘起与 Bakke 案的妥协	(177)
二、Grutter 案与 Gratz 案的不同结局	(180)
三、张力:形式平等与实质平等之间	(183)
四、反对意见的启示	(188)
五、结语	(192)
城乡一体化过程中失地农民权益的法律保护	(194)
一、失地农民权益流失的类型化	(196)

二、失地农民权益流失的原因分析	(203)
三、失地农民的抗争	(208)
四、失地农民权益保障的策略选择	(218)
儿童权利观初论	段立章(224)
一、儿童权利观念的源起与发展:一种观念的分析与规范的证成	(224)
二、障碍与超越——儿童权利观的未来	(232)
三、儿童权利观念与国家义务	(236)
四、结语	(240)
人权普遍性问题评议	
—— 一种现象学的视角	单 锋(242)
一、人权普遍性争议梳理	(243)
二、现象学:对现代性与相对主义的反思	(248)
三、现象学关于人权普遍性的分析结构	(254)
四、余论	(259)
后危机时代经济、社会权利的法律保护	宿 营(260)
一、金融危机与人权保护	(260)
二、国家保护经济、社会权利的责任	(267)
三、经济不平等对经济、社会权利的影响	(273)
四、后危机时代经济、社会权利保护的路径	(276)
为自由与民权而生的民主与法律	
——托克维尔《论美国的民主》的法社会学解读	牟利成(281)
一、引言	(281)
二、托克维尔的问题与方法	(282)
三、美国民主的社会现实路径及其逻辑	(283)
四、自由与民权的保护者——不稳定但被尊重之法律的逻辑	(285)
五、自由与民权的根基——宗教与民情	(288)
六、结语	(291)

Contents

The Interpretation of the Article of Human Right in the Constitution

.....	Li Zhongxia	(1)
I	Issues	(1)
II	The historical development of the relationship between human rights and fundamental rights	(3)
III	The significance of the Human Rights idea for the constitutional interpretation; from the perspective of the methodologies	(10)
IV	The significance of the Human Rights Article for the constitutional interpretation in China	(18)
IV	Conclusion	(24)

The Right to Vote as a Human Right and Its

.....	Zhang Zhuoming	(25)
I	The Right to Vote as a Human Right	(25)
II	The Needs and Images of the Human Being; the Foundation of the Right to Vote from the Point of Human Nature	(28)
III	Human Dignity and Autonomy; the Axiological Foundation of the Right to Vote	(35)
IV	Popular Sovereignty and Representation; the Political Foundation of the Right to Vote	(43)

Dilemma of Xinfang System in Context of Human

.....	Li Hongbo	(53)
I	Introduction; Topic and Its value	(53)
II	Value analysis of xinfang system	(56)
III	Empirical analysis of xinfang system	(60)
IV	Why xinfang; Sociological analysis of xinfang system	(63)
V	Towards rule of law; a possible path	(66)
VI	Conclusion	(72)

On the Balancing of Conflicts between Freedom of the

Press and Public Interests Yuan Fang(74)

- I Conflicts between Freedom of the Press and Public Interests (74)
- II International and Western Models of Balancing (76)
- III Methods and Principles of Interests Balancing (85)
- IV Conclusion (90)

The Division of the Freedom of Speech in the United

States Xu Huiping(91)

- I The Division of the Freedom of Speech; A Description (91)
- II The Topic of the Freedom of Speech Changed and Its Result; An Explanation
..... (100)
- III The Problem of "Neutral Principle" and A "New Deal" in the Freedom of Speech;
One Answer (104)

Route Chart of U. S. Approach to the Legal Regulation of Hate

Speech: An Study of Juridical Practice Gong Yan(110)

- I THE TOLERANT ATTITUDE OF THE LEGAL REGULATION (110)
- II THE RESTRICTIVE ATTITUDE OF THE LEGAL REGULATION (112)
- III RETURN TO THE TOLERANT ATTITUDE OF THE LEGAL REGULATION
..... (114)
- IV CONCLUSION (123)

The Regulation of the Freedom of Commercial

Speech in America Zhang Yanyan(125)

- I The Protect of Truthful and Lawful Commercial Speech (126)
- II The Regulation of Illegal Commercial Speech (135)
- III The Regulation of False and Misleading Commercial Speech (137)
- IV Conclusion (152)

Equality of Retirement Right: Analysis of Reform History

of Pension System of State Organs, Public Institutions and

Legal Advice Zhou Wei(153)

- I Social coordination; history of the reform (153)
- II Interest competition; factors impeding the full realization (162)
- III Policy pacification; reasons for delayed implementation (166)
- IV Synchronized implementation; legal advice (168)
- V Conclusion (175)

The Equality Connotation of Affirmative Action in Higher Education:

An Analysis centered on <i>Grutter</i> and <i>Gratz</i>	Wang Jing (176)
I The Origin of Affirmative Action and The Compromise of <i>Bakke</i>	(177)
II The Different Outcomes of <i>Grutter</i> and <i>Gratz</i>	(180)
III The Tension Between Formal Equality and Substantial Equality	(183)
IV The Inspiration of the dissent opinions	(188)
V Conclusion	(192)

On the Legal Protection of the Rights and Interests of Landless Farmers in the Process of Homogenization of Urban and Rural Area

Area	Research Group on Land for Construction (194)
I What rights do the landless farmers lose?	(196)
II Why do they lose their rights?	(203)
III The struggle of landless farmers	(208)
IV How to protect the rights and interests of landless farmers?	(218)

A Study On the Concept of the Rights of the Child

..... DuanLizhang (224)	
I	The Origins and Development of the Concept of Children's Rights; a Conceptual Analysis and Normative Evidence (224)
II	Barriers and Transcendence; the Future of the Concept of Children's Rights (232)
III	he Concept of Children's Rights and State Obligations (236)
IV	Conclusion (240)

Research on Issues about Universality of Human Rights:

a View from Phenomenology	Shan Feng (242)
I Research on Hackling the Disputes about Universality of Human Rights	(243)
II Phenomenology; Reflection on Modernity and Relativism	(248)
III Analysis Structure for Universal Human Rights from Phenomenology	(254)
V Conclusion	(259)

Legal Protection of Economic and Social Rights in the Post

Economic Crisis Era	Su Ying (260)
I Financial Crisis and Human Rights Protection	(260)
II The States Responsibility of Economic and Social Rights Protection	(267)
III The Impact of Economic Inequality to Economic and Social Rights	(273)
IV The Protecting Way to Economic and Social Rights in the Post Economic Crisis Era	

.....	(276)
Democracy and Law existing for Freedom and Civil Rights	
——the Further Clarification in the Angle of Sociological	
law of Tocqueville's Democracy in America	Mu Licheng (281)
I Foreword	(281)
II The thesis and method of Tocqueville's writing	(282)
III The practical way and logic that the democracy of America followed	(283)
IV The protector of freedom and civil rights—the logic of unstable but respected law	(285)
V The foundation of freedom and civil rights—the religion and the condition of the people	(288)
VI Conclusion	(291)

“人权条款”的宪法解释

——方法论及体系解释的视角

李忠夏*

摘要:人权条款自2004年入宪以来,其意义尚未完全显现,而宪法中人权条款与基本权利条款之间的关系也尚不明朗。由于宪法的特质在于其规范的开放性和不确定性,因此在宪法需要经常就具体问题做出价值判断时,人权条款便被赋予了保障宪法统一性的意义,因为具体宪法案件中的价值判断容易出现任意、反复和前后不一的危险,而人权条款的意义便在于保障宪法体系不会因经常的价值判断而崩溃,从而确保宪法的安定性和权威不致流失,人权条款对宪法体系的承载意义在当代中国尤其具有相当的重要性,人权条款的宪法解释亦会对中国的基本权利理论重构产生影响。

一、问题意识

人权问题在中国法学界并非是新问题,早在2004年“人权”入宪之前,学界对人权问题的研究便已经达到很高的程度。但对人权问题的研究,往往停留在法理或者国际法层面,很少将其与宪法联系到一起,尽管学界亦曾探讨人权与基本权利的关系,但却很少将人权在一国内部的实现与基本权利联系到一起,学界在进行基本权利理论的建构时,亦很少将其与人权联系到一起,这也导致一个奇怪的现象,即人权和基本权利在学界似乎分属截然不同的领域而毫不相干。这种情况并未因“人权条款”入宪而有所好转,尤其在宪法学领域,“人权条款”至今仍未起到人们所预期的作用。迄今为止,人们对“人权条款”的认识更多仍集中于其宣示性、纲领性或者说作为原则的意义,^[1]而未对其实践性意义给予过多关注,“人权条款”至今仍停留在空洞的抽象领域,而未能得以具体化。诚然,“人权”这一高度抽象化的语词增加了对“人权条款”进一步解释的难度,但正是“人权条款”的抽

* 李忠夏,法学博士,山东大学法学院副教授。

[1] 自2004年韩大元教授和焦洪昌教授尝试对人权条款进行规范性解释之后,迄今为止,对人权条款的解释并没有进一步展开,参见韩大元,宪法文本中“人权条款”的规范分析,载《法学家》2004年第4期;焦洪昌:《“国家尊重和保障人权”的宪法分析》,载《中国法学》2004年第3期;林来梵、季彦敏:《人权保障:作为原则的意义》,载《法商研究》2005年第4期。

象化同时也增进了宪法文本的开放性,并为宪法学中基本权利理论的进一步完善提供了契机,同时也为人权的实现提供了宪法上的依据,使得人权的研究不再仅仅局限于国际法层面。人权入宪之后,人权的普世性特质就与人权实现的中国化结合到了一起。对“人权条款”的解释不能因“人权”一词的抽象性而畏难停滞,亦不能将解释仅仅停留在意义的空洞阐述上,事实上,对“人权条款”的宪法解释亦是“广阔天地”、而“大有可为”,通过一种教义化的“人权条款”解释,亦对基本权利理论体系的进一步完善与自足有所助益。

当今中国的基本权利理论仍处于晦暗不明的境地,由于现实中各种侵权事件层出不穷,司法实践中又往往对这些侵权事件无能为力,因此人们对基本权利寄予厚望。但尴尬的是,规定于宪法中的基本权利却因宪法适用的难题而在实践中难以有效实施。缺乏实践带来的后果便是基本权利的教义学体系在中国大多只能局限于理论层面的建构,而缺乏相应的实践素材作为补充,但德国的经验表明,^{〔2〕}基本权利教义学体系的骨干却是司法实践中通过个案所做出的解释,只有通过判决、解释和学说,抽象的基本权利条款才会得到具体化,并在实践中切实具有意义。停留在抽象层面的基本权利体系在中国势必会遭遇到诸多问题,如学者的自说自话而发展出的基本权利理论多有冲突之处,甚至很难在同一学术平台上展开讨论。对具体基本权利的理论建构往往缺乏一种基本权利整体体系上的视野,很难想象,所谓的“隐私权”入宪、“沉默权”入宪是基于同样的基本权利内涵发展而来。基本权利理论中的核心问题,如基本权利的范围(哪些权利应属基本权利)、基本权利主体、基本权利冲突、基本权利第三者效力、基本权利的限制等问题由于缺乏一种体系上的指引而变得散乱无章,有学者注重从德国介绍经验、有学者注重从美国介绍,导致的后果便是宪法学内部难以形成一个统一的基本权利体系话语平台,造成对话沟通的困难。举例来说,学界包括对“未列举基本权利”的界定、对“权利入宪”问题的争论、外国人是否属中国宪法基本权利之主体以及基本权利第三人效力所引发的争论等等,都是缺乏一种整体上的体系指引所致。

体系的缺乏导致的后果便是,由于在最根本的问题领域缺乏共识,直接导致了学界在许多具体问题上的分野。举例而言,对哪些权利属于基本权利、何种权利该“入宪”以及“未列举基本权利”问题的争论都源于对基本权利的属性认识存有分歧所致,即基本权利究竟是实证性的权利、抑或是超实证之人权?基本权利与人权究竟处于何种关系?这种分歧是一种根本的方法论上的分歧。宪法文本一旦被制定出来,便具有了相对独立性,并不可避免会遇到解释上的困难,因此对基本权利的解释便会像其他法律解释一样遭遇到各种难题,传统的解释方法,如文义解释、逻辑解释、目的解释、上下文解释、历史解释等等在针对所谓的“疑难案件”时(在基本权利领域,则主要涉及基本权利冲突的案件)都难以得出令人信服的结论,通过一种排序式的解释方法的运用毕竟难以回避不同解释方法之间存在的矛盾,因此,解释方法的运用最终无法脱离价值判断,或者说超越解释方法的“元规则”,

〔2〕 拘于学识,本人只局限于对德国经验的借鉴,其他国家,如日本,宪法中虽然也有“人权”条款,但因不精日本宪法,在此只能略过不谈。

换一种术语,则可称之为“前理解”或者“宪理论”。而厘清人权与基本权利之间的关系,就是在于澄清关于基本权利的“宪理论”,体系解释也正是为建构一种“合乎宪法的宪理论”(博肯福德)提供储备。^[3]因此,首先有必要对人权与基本权利的关系进行全面反思,从而厘清基本权利的属性,此部分主要以德国为背景加以探讨,理由在于德国是世界上最早在宪法中规定“基本权利”的国家,因此,在实证的基本权利(或者说宪法权利)与超实证的人权之间关系方面,德国宪理论更具代表性,而且由于人权与基本权利的关系又涉及宪法方法论问题,而德国宪法学在方法论上的讨论也非常深刻,此亦为本文借鉴德国的主要理由。

二、人权与基本权利关系的历史梳理

(一)人权的兴起

人权的兴起是与市民权利的兴起联系在一起的,而权利的兴起则与近现代哲学上的巨大扭转密切相关,尽管中世纪后期欧洲“重商主义”的兴起,于交易习惯中产生大量的商事规则,使得商事权利已经实际存在,而资本主义的繁荣也是促成日后欧洲思想观念转变的重要原因之一。正是在科学、资本主义以及宗教危机等多种因素交织在一起的变革时期,哲学观念在欧洲发生了巨大的扭转,以追求至善和上帝理性为目标的哲学开始受到质疑,而人的理性则备受关注,哲学转向了文艺复兴时期的人文主义和启蒙时期的理性主义,开始关注人类本身,法律也完成了从义务本位向权利本位^[4]的转变,而权利一旦与自由主义的主张结合在一起,也因此从民商事交易的层面上上升到政治层面的诉求,构成了近代理性自然法的核心,并成为哲学上持续关注的焦点。^[5]

哲学上对权利、市民权、自由或者自然权利的讨论,通过法国大革命、美国独立战争等资本主义运动最终落实到法律文件当中。美国1776弗吉尼亚权利法案提到了“与生俱来的”(inherent)以及“自然权利”(natural rights);而法国则在1787年的人权宣言中,提到了“人权与市民权”;德国则与此不同,1848/1849年法兰克福保罗教堂(Paulskirche)中的制宪

[3] 关于法律解释的困境可参考苏力:《解释的难题:对几种法律文本解释方法的追问》,载《中国社会科学》1997年第4期;桑本谦:《法律解释的困境》,载《法学研究》2004年第5期。

[4] 在施特劳斯看来,古典政治哲学和现代政治哲学的根本区分点在于:在古典政治哲学以法律和规范为基点的地方,现代政治哲学则以个体的权利取而代之,成为政治哲学论说的出发点。林国荣:《自然法传统中的霍布斯》,载《现代政治与自然》,上海人民出版社,2003年版,第5页。

[5] 近代政治哲学起始于霍布斯,自霍布斯之后,众多的哲学家,如洛克、卢梭、康德等等都对个人权利或者市民权进行了相关的论述,但此时对“自然权利”、“人权”或者“市民权”的关注,都是在去神化之后的世俗体系中进行,在个体对抗国家的意义上进行,而这种变化也是与当时科学持续发展、理性持续解放、商品经济蓬勃发展、个体逐渐获得中心地位的背景密切相关,而在此阶段,人的理性选择和社会契约理论也逐渐取代上帝法成为自然权利的基础。参考 Michael Stolleis, *Geschichte des Öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd I, München 1988, S. 269ff.; Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd III/1, München 1988, S. 71ff.; F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 1996, S. 249ff.