



法治湖南与区域治理研究

第4卷

主 编 杜钢建

副主编 徐涤宇 刘士平 赵香如



中国出版集团



世界图书出版公司

图书在版编目(CIP)数据

法治湖南与区域治理研究. 第4卷 / 杜钢建主编; 徐涤宇, 刘士平, 赵香如编. — 广州: 世界图书出版广东有限公司, 2011.8
ISBN 978-7-5100-3851-8

I. ①法… II. ①杜… ②徐… ③刘… ④赵… III. ①社会主义
法制 - 研究 - 湖南省 IV. ①D927.64

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 169788 号

书 名 法治湖南与区域治理研究(第4卷)
主 编 杜钢建
副 主 编 徐涤宇 刘士平 赵香如
策划编辑 周志平
责任编辑 汪再祥 程利华
出版发行 世界图书出版广东有限公司
地 址 广州市新港西路大江冲 25 号
邮 箱 sjxscb@163.com
印 刷 武汉三新大洋数字出版技术有限公司
规 格 850 毫米×1168 毫米 1/32
印 张 11.75
字 数 293 千字
版 次 2011 年 8 月第 1 版 2011 年 8 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978-7-5100-3851-8/D.0028
定 价 33.00 元

版权所有,翻印必究

《法治湖南与区域治理研究》 编委会

编委会顾问	李步云	谢勇			
编委会主任	夏国佳				
编委会副主任	傅莉娟	陈壮志			
编委会委员	张智辉	霍宪丹	胡旭晟	屈茂辉	俞荣根
	姜明安	李德文	范忠信	贾宇	王周户
	郑军	胡肖华	蒋建湘	肖北庚	王学杰
	唐琦玉	刘卫东	黎飞跃	肖质彬	陈弘毅
	米万英	朱瓠	铃木敬夫		

目 录

【亚洲人权理论与制度研究】

寻找人权的道德基础和文化资源的利用——根据多文化主义	
..... 市原靖久著 邱昌茂译	001
亚洲人权保障机制研究	稻正树著 铃木敬夫译 023

【法治湖南与制度创新】

地方立法的法规影响评估：一个初步的分析	李 锦 045
城市化与城市非正式就业——发展经济学视域下的政策选择及其意义	程 波 胡野萍 067
社会弱势群体保护的理论基础——一种以社会契约论为进路的解说	赵 迅 083
完善我国财政转移支付监督的法律思考	宋槿蒿等 108

【民主宪政与人权保障】

马来西亚议会民主制	
..... Nazauddin HJ, Mohd Jali Ma'rof Redzuan 著 陈俊铭译	121
马来西亚宪法之地位	
..... Nazauddin HJ, Mohd Jali Ma'rof Redzuan 著 王 斐译	133
渗透式人权教育的核心与进路——论中小学人权教育的内容与方法	刘士平 145
古罗马与古代中国反贪制度比较	赵香如 149
马来西亚治国理念——国家意识形态	
..... Nazauddin HJ, Mohd Jali Ma'rof Redzuan 著 旷琮译	160

【区域治理与地方自治】

- 欧盟的社会福利国家…………… 刘冬梅 177
- 马来西亚的政府组织和国家行政结构……………
- …………… Nazauddin HJ, Mohd Jali Ma'rof Redzuan 著 陈岁红译 203
- 越南民营企业的现状…………… 原田辉彦著 邓乾坤译 233
- 马来西亚的主要政策……………
- …………… Nazauddin HJ, Mohd Jali Ma'rof Redzuan 著 赵艳等译 266

【法律传统与比较研究】

- 人权发展的渊源与学说简论…………… 杜钢建 陈壮志 294
- 秦汉时期的廉政法律及其实践——以秦汉简牍法律文献为例……………
- …………… 戴金波 326
- 韩国土地所有权的近代转型…………… 林宗浩 349
- 食品主权之 2007 年 Nyéléni 的声明…………… 孙娟娟译 361

CONTENTS

【Research on Asia's Human Rights Theory and Systems】

Exploring into the Moral Basis and Use of Culture Resources	
——According to multiculturalism	
..... Yasuhisa Ichihara, Trans. by Qiu Changmao	001
The Protective System of Asia Human Rights	
..... Masaki Ina, ,Trans. by Keifu Suzuki	023

【Rule of Law in Hunan province and Innovation of System】

Test of Law Effect of Local Legislations	Li Jing	045
Urbanization and Unofficial Employment——Policy Choice and Its		
Meaning in the Aspect of Development Economics		
..... Chen Bo Hu Yeping		067
The Theory Basis of Social Vulnerable Groups——An Explain of Social		
Contract	Zhao Xun	083
Legal Thought of Improving the Financial Budget Transfer		
..... Song Jingli et al.		108

【Democratic Constitutionalism and Safeguard for Human Rights】

Parliamentary Democracy of Malaysia		
..... Nazauddin HJ. Mohd Jali Ma'rof Redzuan, Trans. by Chen Junming		121
Sovereignty of the Constitution in Malaysia		
..... Nazauddin HJ. Mohd Jali Ma'rof Redzuan, Trans. by Wang Fei		133
The Core and Road of Penetrating Education of Human Rights		
——on Content and Method of Schools	Liu Shiping	145

Comparative Study on the Ancient Anticorruption between China and Rome	Zhao Xiangru 149
Idea of Governing in Malaysia—— State Ideology	
..... Nazauddin HJ, Mohd Jali Ma'rof Redzuan, Trans. by Kuang Qiong 160	

【Areas of Governance and Local Self-government】

Welfare Countries of EU	Liu Dongmei 177
System of Government and National Administrative Structure	
..... Nazauddin HJ, Mohd Jali Ma'rof Redzuan, Trans. by Chen Suihong 203	
The Current Private Enterprise of Vietnam	
..... Teruhiko Harada, Trans. by Deng Qiankun 233	
Malaysia's Main Policy	
..... Nazauddin HJ, Mohd Jali Ma'rof Redzuan, Trans. by Zhao Yan et al. 266	

【Legal Traditions and Comparative Study】

The Origin and Theory of Human Rights	
..... Du Gangjian Chen Zhuangzhi 294	
The Theory and Practice of Law in Qin and Han Dynasties	
——Qin and Han Slips Legal Documents as Samples	Dai Jinbo 326
How Transformation into Modern Land Ownership in Korea	
..... Lin Zonghao 349	
Declaration of the Forum for Food Sovereignty, Nyéléni, 2007	
..... Trans. by Sun Juanjuan 361	

【亚洲人权理论与制度研究】

寻找人权的道德基础和文化资源的利用

——根据多文化主义

市原靖久著 邱昌茂译^①

前 言

本文的主要目的是依据批判性多文化主义揭示多文化主义人权论的可能性。同时说明,利用文化资源给人权寻找道德基础具有溯及性和选择性。

笔者之前一直在分析欧洲中世纪兴盛时期的法律思想,特别是古典时期基督教教会法中表现出来的教会法思想。与此同时,受哈罗德·J. 伯尔曼的影响,出于对“西洋法的形成”的关注,试图表明欧洲中世纪兴盛时期是法律思想史上划时代的转折期。

笔者试图努力表明,在欧洲中世纪兴盛期,“西洋法概念”的基础框架就已经基本出现了,该努力同时也是源自于我对“西洋法的传统的形成”的关心。但是,我想援引皮埃尔·勒让德(Pierre Legendre)和阿兰·苏皮欧(Alain Supiot)的有关“西洋基督教规范空间”的教义人类学,进一步阐明:一方面,“西洋的法观念”是在欧洲中世纪法学形成的特殊历史状况下诞生的;另一方面,也正是因为这样,西洋法的观念才获得了普遍性,也就是说经过“教皇革命”(伯尔曼)而诞生的“解释者革命”(勒让德)使得欧洲中世纪的法学和神学实现了分离。被世俗化的罗马=教会法体系成立之后,不管使法的支配正当化的意识形

^①[日]市原靖久,日本关西大学教授;邱昌茂,湖南大学法学院硕士研究生。

态如何,在实践性与技术性体系的法已成为必要的情况下,被世俗化的西洋型法律在全世界的任何地方都受到了广泛的继受。

那么,对于在西欧和非欧世界,在近代以后的全世界范围内都获得了一定普遍性的人权法体系,该如何看待呢?苏皮欧一方面站在教义人类学的观点上明确指出人权出自特殊的欧洲,但是另一方面又强调,人权解释的大门必须向所有文明敞开,人权必须成为全世界所有文明都能参与的开放资源。(苏皮欧,2003)^①

本文受苏皮欧认为人权是“人类共通的资源”的观点启示,试图从多文化主义人权论的视角出发考察人权的道德基础。本文的考察是按照以下的顺序进行的。首先,(批判性多文化主义)是为了对多文化主义人权论的基础——批判性多文化主义的内容进行说明而进行的准备,在概观多文化主义诸类型的同时,考察多文化主义中潜在的文化本质主义。(人权的道德基础)是在探讨人权的前提价值之后,确认人权的道德基础大概分为“实体性基础”和“程序性基础”。最后,(文化资源的利用)从维持人权的道德基础的必要性立场出发,建议眼下从该地区 and 集团的文化传统中寻求人权的道德基础。

一、批判性多文化主义

20世纪70年代出现的“多文化主义”概念,当初是为了在政策上应对国民国家内部文化和民族的多样性而使用的概念,并不是跨国概念。但是之后,不仅是社会学,文化人类学和哲学也都对多文化主义进行了探讨,可以说,现在它已经超越了国民国家政策的界限,扩展成了一个跨国性概念。

人权诞生于近代国民国家之中,因此具有很强的历史性。如果想通过人权普遍性的恢复和实质化过程,使之超越国民国家,成为一

^①本书所收译文之部分夹注,属参考文献类辅文,但明显感觉到文献信息不充分。限于条件,译者亦难以一一对这些文献信息补充、完善。本着尊重原著之原则,译者多采用“原文照译”方式处理。(编者注)

个共有的跨国家性价值,并为其寻找道德和文化基础而进行说明的话,那就不能依据国家多文化主义概念。在最近有关多文化主义的相关讨论,特别是批判性多文化主义的主张中,是有很多值得学习的。

本文中,笔者是从批判性多文化主义的立场出发来探讨多文化主义人权论的,因此,在这里首先对什么是批判性多文化主义进行考察。

(一)多文化主义的十种模型

利物浦大学的社会学家杰拉德·德兰迪(Gerard Delanty)概括说明了阶级、文化、性、种族主义等社会学上的基本概念,作为其系列中的一环,公开出版了《共同体》一书。(德兰迪,2003,译本《デランティ》,2006)

在该书中,德兰迪以社群的复活现象为中心,讨论了全球化和社会理论的变化问题。在其第5章《社群和差异—多文化主义的诸相》中,指出了多文化主义的十种模型。其中包括了批判性多文化主义(见下表1)。现在,就以这十种模型为线索对批判性多文化主义进行考察。

表1 多文化主义的十种类型

传统的多文化主义	1. 单文化主义
	2. 共和主义多文化主义
	3. 柱状化
	4. 自由多文化主义
	5. 社群多文化主义
近代的多文化主义	6. 自由·社群多文化主义
	7. 跨文化主义
	8. 激进多文化主义
后多文化主义	9. 批判性多文化主义
	10. 跨国家多文化主义

根据德兰迪(2006)作成。

首先,对于多文化主义的三大分类“传统的多文化主义”、“近代的多文化主义”和“后多文化主义”,德兰迪进行了如下的大概说明。

“近代的多文化主义”承认文化多样性的现实和多元主义政策的必要性。但是“传统的多文化主义”却不承认文化差异,认为应该消除文化差异。从这一点严格来看,“传统的多文化主义”还不能说是多文化主义模型。

“后多文化主义”的诞生是20世纪80年代中期以后多文化主义激进转变的结果,事实上,多文化主义被放弃,朝着新的文化差异的政治学转变。近代的多文化主义力图促进社会中各个集团的平等,努力构建共通的政治共同体。与此相对,后文化主义却把差异本身作为其所想达到的目标。(德兰迪,2006)。

接着,德兰迪对各个多文化主义模型进行了如下的说明。

1. 单文化主义

把政治认同视为占支配地位的民族文化认同,这是将多数派民族文化认同特权化,事实上否定了文化的多样性。在单文化主义基础上,文化的多样性仅仅存在于社会的外围。在这样的社会中,多文化主义的目的与其说是同化,倒不如说是统合。日本和德国的多文化主义就属此类,但是哪怕就是在正式的单文化国家,也基本上都有促进其他多文化主义的手段,在日本也正式存在着跨文化主义。在德国,尽管有血统主义,但是也还确实存在社群多文化主义。(德兰迪,2006)

2. 共和主义多文化主义

这是在法兰西共和国所见到的多文化主义模型。文化认同与政治认同完全分离。这里,多文化主义只限于私人领域,在公共领域是平等的(国家的中立性),官方上不承认文化的差异,并对共和主义的价值进行强制同化。采用广泛世俗主义的土耳其也属于这种模型。(德兰迪,2006)

3. 柱状化

柱状化现在虽然不存在,但是在荷兰政体内却曾经是统摄两个宗教传统的正式手段,作为组织教育的手段被天主教和新教正式采用。1983年以后,这个原则扩大到了犹太教和印度教等其他的传统宗教。柱状化只适用于宗教集团,而不适用于民族集团,对于影响力很小的民族集团是不起作用的。在世俗性很强的社会中,并不是合适的多文化主义模型。(德兰迪,2006)

4. 自由多文化主义

这是美国宪法正式规定的多文化主义模型,所有的移民都被同化为一个社会,这个模型的目的是为了养成共通的生活样式(美国式的生活样式),而不是为了保持差异。所以从严格意义上讲并不是多文化主义模型。(德兰迪,2006)

5. 社群多文化主义

这是加拿大的模型,加拿大对各种各样的集团都予以正式承认,而且还促使这些集团保持自己的差异,使之得到国家的支援和承认(采用自治政府的形式进行自律、少数民族和群体的多元性民族权、遭受不利益的各种集团的特别代表权等),印度和比利时也属此类。从奖励各集团保持自己的文化认同这一点来看,与美国的自由多文化主义是不同的。为了实现社会统合,国家的中立性原则作出了让步(承认的政治)。(德兰迪,2006)

6. 自由·社群多文化主义

它展示了一种微弱形态的多文化主义,在这一点上与社群多文化主义相区别。英国的多文化主义是多元主义的一种,来源于殖民地主义历史和英联邦。采用这种自由的形式,其重点在于合作与和平共存,而不是正式地封入政策。虽然其正式地承认多样性,但是对于给各集团授权这样的积极计划,却十分消极。在这一点上,可以称之为“自由·社群多文化主义”。它是经社群主义修正的自由主义。与更强有力的加拿大模型不一样,民族集团并不存在与社会支配型文化集团等同的基础。虽然默认地承认支

配型文化集团,但是在宽容性性质的范围内这一点上,其自由性要素较强,也可以称之为“沙拉碗”模型,是西欧和其他世界中最普及的传统之一,可认为是自由主义与社群主义和解的产物。总之,这个模型在大概的自由框架中吸收了文化的多样性,它具有很强的战略性质,很多情况下无法分辨跨文化的歧视废除。

7. 跨文化主义

它是最近把文化差异当成期待的美德来加以促进的稳健的多文化主义。这种想法表现为文化认识计划的形式,促进了宽容,也促进了对其他文化的认识。现今的大多数国家都高举促进文化理解的教育方针。(德兰迪,2006)

8. 激进的多文化主义

该模型认为,对于处于不利地位的集团,为了使其能够与支配性集团对抗,必须给予其特权。在这样一种激进的、强力的多文化主义概念中,国家为了承认边缘集团,不得不进行积极的介入,在现今的美国是处于主流地位的多文化主义形态。从批判者们的观点来看,激进多文化主义的主要要素在于揭示根本的差异,因此在思考方法上无非是人种主义,与其说是统合的,倒不如说是分断的。(德兰迪,2006)

9. 批判性多文化主义

虽然有点像社群主义模型,但是它作为文化多元性理论,超越了所有关于多文化主义的传统解释。在这一点上,它是激进的。而在接下来这一点上又与激进的多文化主义相区别,即对象集团主要是“后民族性的”——在民族集团内部和支配性文化集团内部都可以看到很多。在促进市民权利方面,国家有望是积极主动的,而不是反动的。批判性多文化主义强调民族集团内部的差异,结果承认了所有集团认同的多元化。批判性多文化主义强调集团的集合权利与个人权利的抗争,即个人有权对民族集团表示异议。这个模型主要是哲学性质的,并不能那么简单地与特定的政策相关联。(德兰迪,2006)

10. 跨国文化主义

随着全球化的发展,出现了一种更加柔性的市民权利,以及政府所应主导的新的方向。关于市民权利的一个最终结论在于对双重国籍和多重国籍的需求,但是这个模型的多文化主义所具有的意义并不明确。(德兰迪,2006)

以上就是德兰迪对各个多文化主义所作的说明。可以说,德兰迪对于多文化主义的全体布局是进行了如下思考的。

处于多文化主义核心位置的是“近代的多文化主义”(社群多文化主义、自由·社群多文化主义、跨文化主义),在其前后则分别是旧的“传统的多文化主义”(严格来说不能称之为多文化主义)、单文化主义、共和主义多文化主义、柱状化、自由多文化主义和最近强调集团内部文化差异的“后多文化主义”(激进多文化主义、批判性多文化主义、跨国文化主义)。

德兰迪通过将多文化主义分类成十种模型,将之前存在或者讨论的各种类型的多文化主义很巧妙地安排在全体布局之中。对此,笔者将发表以下两点看法。

第一,德兰迪认为“传统的多文化主义”不承认文化的差异,因此严格来讲不属于多文化主义的模型。只要是关于美国的话,将其理解为区别于多文化主义的“文化多元主义”可能更合适。

所谓文化多元主义可理解为原则上只是在私的领域承认文化多样性,不会给特定的民族集团设定公共政策和制度,并最终消除公共领域的文化差异。在美国,文化多元主义的结果导致了处于支配地位的主流文化对其他文化的统治和管理。社会运动曾对此提出了批判,所以又提倡了一个与文化多元主义相对抗的概念即“多文化主义”。经过实践过程之后(用德兰迪的分类来说,就是由“传统多文化主义”的自由文化主义向“后文化主义”的激进文化主义转变),开始对文化多元主义和多文化主义进行区别使用。

在加拿大和澳大利亚,公共政策最初是实施多文化主义,所

以很强调多文化主义在管理、统合国民国家的民族和文化多样性的功能,于是,像美国那样的文化多元主义批判=主流国民主义批判的要素就弱化了。包括单文化主义(日本和德国)、共和主义多文化主义(法国和土耳其),以及柱状化(曾经的荷兰)都一起包括在传统的多文化主义之中。但是关于美国的话,可以说理解为由文化多元主义向多文化主义转变可能更加符合历史过程。

第二,在说明批判性多文化主义时所使用的“后民族”——名词化就是(post-ethnicity),是理解批判性多文化主义的重要概念。

对此,德兰迪认为“现在,文化的多样性已不是由民族的差异性来决定,而是由阶级、性别、宗教或者说由消费所形成的生活方式所决定,以新的亚文化的出现为基础。也就是说,民族多样性这样的意识形态已经不再是多文化主义的基础”。(德兰迪,2006)另外,“民族集团的内部是同质的,因此,认为其与国民社群不一样的假设是有欠妥当的”。(德兰迪,2006)这样的理解可以说触及到了批判性多文化主义的根本。也就是说,对多文化主义将社群内部的文化多样性还原为民族性的倾向进行批判,指出民族内部的文化多样性,同时明确民族社会自身的构筑性,以此来脱离民族性构筑,这才是批判性多文化主义的立场。

(二)多文化主义中潜在的本质主义

批判性多文化主义的核心在于“后民族性”,这一点已经得到了德兰迪的确认。本节就参照塩原良和的研究,从更广泛的语境中探讨多文化主义中潜在的文化本质主义问题。可以说批判性多文化主义就是为了克服多文化主义中潜在的文化本质主义而提倡的概念。

塩原是对澳大利亚多文化主义进行的研究。该研究对于了解多文化主义政策,以及其相关讨论的曲折过程是非常有用的。

塩原认为澳大利亚多文化主义经历过如下的历史变迁,即官方多文化主义—对多文化主义中潜在的文化本质主义的批判—

反本质主义的多文化主义(全体世界主义、批判性多文化主义、新自由多文化主义)。这里首先来概括看一下塩原的说明。

1. 官方多文化主义

澳大利亚在 20 世纪 70 年代中叶,最初是将多文化主义作为国家理念引入的。80 年代政府开始正式提倡多文化主义并以此为基础实施相应的政策。在集团文化与社会文化的两极对立中,为了避免国民的分裂,主流社会必须以宽容的态度面对文化的多样性。这里的多文化主义通过多数方的“限制和宽容”来促使“集团的人”参加到“社会”全体中去。

2. 对多文化主义中潜在的文化本质主义的批判

官方多文化主义把民族性看成是集团成员共通的超越历史的不变本质,结果固定了民族集团与他人之间的界限,是导致社会断裂的本质主义。官方多文化主义把少数人嵌入到本质主义的“少数文化”中去,从而阻止了其象征性、社会性上升运动,掩盖了其与支配性集团之间的支配从属关系。既存的多文化主义是主流社会阶层的一种企图,它将民族性、少数人的文化规定为本质性的东西,这样就固定了与支配文化之间的界限,其结果一方面导致了“国民的分裂”,另一方面,将固定的身份强加在每个民族性个人身上,封闭了其主体性。

3. 反本质主义的多文化主义

澳大利亚的反本质主义多文化主义根据反本质主义的“脱离构筑”与国民国家民族主义的关系,分为以下三大类型。(塩原, 2005)

(1)社团世界主义——20 世纪 80 年代后半期出现的思想,试图创造出一种超越各个州和民族文化的纽带。实际上,通过福利国家的计划使作为集团的民族性得到维持。

(2)批判性多文化主义——是进入到 20 世纪 90 年代以后才得到主张的想法。它认为既存の国民国家统合和官方多文化主义维持了支配性集团的文化和社会中心性,使少数人被从属化,

进而加以批判,并努力使之解体。

(3)新自由多文化主义——自20世纪90年代开始反对批判性多文化主义,拥护一直以来处于主流民族主义中心位置的官方多文化主义,否定民族文化的本质性,试图重新构筑主流民族主义中心的国民统合。

反本质主义的多文化主义的三种类型对于理解批判性多文化主义是极其重要的,所以想详细介绍一下塩原对这些理论的说明。

(1)社团世界主义(corporate cosmopolitanism)

批判官方多文化主义是新的民族主义,通过政策性介入,维持文化的多样性(肯定多元的社会制度和福利国家的介入),最终培养出超越各个国家、各民族界限的超越性社会环境(cosmopolitanism)。这样的市民多元主义的目标在于追求“没有民族、国家的社群”。这始终都只是一种理想。要想实现市民多元主义,必须再一次使国家强大起来,结果又起到了重建主流民族主义的作用。(塩原,2005)

(2)批判性多文化主义(critical multiculturalism)

批判性多文化主义关注被多文化主义言说所隐蔽的不平等和权力关系,其目标在于实现主流民族主义的解体,具有对既存国家和支配性民族主义的批判性质。批判既存的官方多文化主义是由少数支配性集团进行的集团和文化管理,它使得民族间的差异和多数人与少数人之间的权力关系固定了下来。也就是说,它否定了从本质上看待民族性等社会范畴的本质主义,批判了对文化和民族性的静态和固定看法,认为这些都是阶级社会的产物。因此比起宗教、历史经验等出自共通国民的观点,阶级和家族关系的观点更受到重视。围绕文化差异的争论,应该考虑到各种可能发生的情况,从集团权利的尊重和承认,到所谓的民族净化,不拘泥于任何一个立场,不把民族差异绝对化,具体现象进行分析。(塩原,2005)