

人权论集

邱本 著

 吉林大学出版社

图书馆

1082
70

图 书 在 册 (C I P) 目 录 查 询 页

人 权 论 集 著 者 邱 本 著 第 一 次 出 版 吉 林 大 学 出 版 社 2009 年 4 月

ISBN 978-7-5601-4387-2

人 权 论 集

中 国 图 书 在 册 (C I P) 第 一 次 出 版 (2009) 号 023930

邱 本 著

书 名 : 人 权 论 集
著 者 : 邱 本 著
出 版 社 : 吉 林 大 学 出 版 社
出 版 年 月 : 2009 年 4 月
定 价 : 30.00 元

书 名 : 人 权 论 集
著 者 : 邱 本 著
出 版 社 : 吉 林 大 学 出 版 社
出 版 年 月 : 2009 年 4 月
定 价 : 30.00 元

书 名 : 人 权 论 集
著 者 : 邱 本 著
出 版 社 : 吉 林 大 学 出 版 社
出 版 年 月 : 2009 年 4 月
定 价 : 30.00 元

发 行 所 址 : 0431-88492836

吉 林 大 学 出 版 社

网 址 : <http://www.jlu.edu.cn>
E-mail: jlu@jlu.edu.cn

图书在版编目 (C I P) 数据

人权论集/邱本著. —长春: 吉林大学出版社, 2009. 4
ISBN 978 - 7 - 5601 - 4367 - 5

I. 人… II. 邱… III. 人权 - 文集 IV. D082 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 053630 号

善 本 本

书名: 人权论集
作者: 邱本 著

责任编辑、责任校对: 丛立新
吉林大学出版社出版、发行
开本: 880 × 1230 毫米 1/32
印张: 10.125 字数: 240 千字
ISBN 978 - 7 - 5601 - 4367 - 5

封面设计: 刘 瑜
长春市东文印刷厂印刷
2009 年 6 月第 1 版
2009 年 6 月第 1 次印刷
定价: 20.00 元

版权所有 翻印必究
社址: 长春市明德路 421 号 邮编: 130021
发行部电话: 0431 - 88499826
网址: <http://www.jlup.com.cn>
E-mail: jlup@mail.jlu.edu.cn

作者简介

邱本 QIU BEN

1966年生，江西宁都人。

1989年毕业于吉林大学法学院，获法学学士学位；

2000年毕业于中国社会科学院研究生院，获法学博士学位；

曾在瑞士联邦研究所做访问学者。

著有《自由竞争与秩序调控》、《经济法原论》、

《市场法治论》、《宏观调控法论》、《市场竞争法论》、

《经济法通论》、《经济法总论》、《经济法研究》（三卷）、

《经济法原理》、《法律面面观》、《问学之道》等著作；

在《哲学研究》、《法学研究》、《中国法学》

和《法理学论丛》、《商事法论集》、《经济法论丛》等书刊上

发表《无偿人权和凡人主义》、《从契约到人权》、

《形中法学论纲》、《商土中国及其法治建设》、

《经济的法律分析》等学术论文一百二十余篇。

自序

关于人权是人的基本权利，它直接关切到人的生存和发展，因而一般说来是人就会关心人权，因为我们每个人都是人，都会关心人的问题和处境、人的生存和发展、人的权利和命运，只是关心的程度和方式有所不同而已，如有的是本能的意识，有的是朴素的认识，有的是系统的知识，有的是专门的研究，有的是具体的实践，但都是对人权的关心。而人们只要关心人权，就应对人权有发言权。因此，人权是十分大众化的，它会得到大家的关心，也需要大家去研究。

一切真正的研究都应该探究天地人、追求真善美，都是为了使人更加成之为人。人类的一切学问，其使命都是“问道”，而“道不远人，远人非道”，因此，它们所问之道都是“人道”。“人道”是人权的基础和核心，既然要追问“人道”，那么就應該研究人权。研究人权是人的一种责任，尤其是一个学者的责任，因为只有研究人权，才能真正认识人、尊重人、做好人；也才能研究好学问，因为一切学问归根结底都是有关人的学问，都是“人学”，研究人和人权是研究其它一切学问的前提和基础；也只有认识了人、研究好了人权，才能研究好其它学问，其它一切学问才有人性，因为人和人权是其它一切学问的最终目标。

在对人权的研究中，法学研究占有极其重要的地位。因为法

学研究的对象是人的行为关系，核心是人的权利义务，关切到人的安身立命，这就决定了法律与人权是密切相关的。自人权正式提出以来，尤其是在现当代，人权文件无不以宣言、公约和法律的形式公诸于世，法律对人权的影响最大，人权的内容大都以法律规定为准，人权的实现必须经由法治。人权是法学研究的最终内容，也是法学研究的最高使命，黑格尔说：“成为一个人，并尊敬他人为人，是法的绝对命令。”因此，法学研究与其他研究相比，其崇高使命和最终目的更是为了人权、为了使人更加成之为人。

不过，我研究人权虽然出于职业的原由，但更多的是由于深深的现实感触。每当我走出家门，走到社会上，总能看到不少流浪的、乞讨的、不幸的，他（她）们要么是由于年老，要么是由于多病，要么是由于残疾，要么是由于无助，总之是由于种种原因使他（她）们走到了这一步。每当我遇到他（她）们的时候，除了微薄的施舍外，我什么也做不了。不仅如此，就是那些小商小贩，我也不敢多看他（她）们一眼，因为他（她）们的眼睛里充满了期待和渴求，我根本无力去满足他们，我只会让他（她）们失望和扫兴。还有那些民工，那些失业下岗人员，他（她）们的生活处境，跟他（她）们所希望的人的生活相差甚远，他们中的一些人还没有过上真正有人格尊严的生活。这些人就是我们经常所说的社会弱势群体，社会弱势群体是任何国家都存在的情况，如当今世界经济最为发达的美国，在其高速公路的入口处，就经常可以看到无家可归的穷人站在那儿，举着牌子，上面写着：“你的任何零钱，对我帮助都很大”，或者“有3个小孩，没有钱吃饭”。^①我不是救世主，我也没有能力救助他（她）们，但每当看到比自己更不幸的人们，内心和思想总是感

^① 参见马一龙：《美国穷人的抗争》，载《读者》2009年第4期。

触很深，感慨不已，有话要说。我虽不能成为他（她）的代言人，但我认为正是这些社会弱势群体最关心人权和最需要人权，保障他们的人权也是政府人权工作的重点和难点，政府有义务和责任去保障他（她）们的人权，我们的政府为此作出了巨大的努力，并且还在为此而不懈地努力。与此同时，作为国家的公民，我们也有义务和责任为他们的人权而呐喊，为改进和保障他们的人权而尽力。

但社会的另一面，又形成强烈的反差。有钱有闲的人热衷于养宠物，经常可以看到各种寻宠物启事。在启事中，对宠物的特征、性情、食宿等描写得一清二楚、无一遗漏，并且一再嘱咐拾得者要对它好生呵护，要跟自己一样早上给它喂牛奶，中午喂香肠，晚上吃面包，尤其注意不能给它吃某些东西，否则会生病的。这总是让人想起阿瑟·奥肯在其名著《平等与效率》里说的那句名言——“成功者喂养猫狗的食物甚至胜过失败者哺育他们后代的食物”。这个社会多么的不公平！2006年7月12日中央电视台新闻频道的新闻社区报道：哈尔滨一市民拾得一宠物狗，该狗不吃不喝，把该市民给急坏了。无奈，该市民只好广告招领，竟有80多人前来认领，甚至还有外地的。他（她）们都认为小狗是自家的。而拾得者又怕被人骗领，不厌其烦地对认领人“验明正身”，核实无误后，才将小狗归还原主。电视台是当作一件趣闻轶事来报道的，但我、也许还有许多其他人看完后心里却是沉甸甸的。人们对自己的同类手足、身边的难兄难弟熟视无睹、无动于衷，却有那么多人对一只走失的宠物怜爱有加、关怀备至，难道人与人之间的关系不如人与物的关系？难道爱人不如宠物？这与我们所提倡的和谐社会、以人为本是不完全吻合的。我们的社会高度重视和保障人权，并取得了举世公认的成就。但这些现象却说明，我们的社会确实出现了一些偏差，存在着一些问题，而要纠正这些偏差和解决这些问题，我认为最根本

的一条就是，我们的社会实有必要大力开展广泛而深入的人权启蒙和人权教育。

鉴于上述原因，我对人权做了一些研究，结果就是这本《人权论集》。

这本文集的写作时间跨度较大，长达十多年。

最早的写于20世纪的1995年。人们都知道梅因在《古代法》中说的那句“一言而为天下法”的名言，即“从身份到契约”，至今人们还在津津乐道。但我认为我们不能仅仅停留于此而不前进。其实，梅因所说的“从身份到契约”，只是漫长的人类历史的一段时期，并不是全部，还有它之前与它之后的两段时期。因此，存在的问题是它之前的时期怎样概括？它之后的时期又怎样概括？我们应接着梅因讲。那么，怎样接着梅因讲呢？经过较长时间的思考和研究，我认为人类社会的发展历史可以从不同的角度并用不同的范畴去概括，如可以把它之前的时期概括为“从平权到身份”，把它之后的时期概括为“从契约到人权”。这三种概括和三段时期与众所周知的马克思主义关于把人类社会发展历史划分为原始社会、奴隶社会、封建社会、资本主义社会、社会主义社会和未来的共产主义社会的思想是相吻合的，其中“从平权到身份”相当于从原始社会到奴隶社会，“从身份到契约”相当于从奴隶社会、封建社会到资本主义社会，“从契约到人权”相当于从资本主义社会到现在乃至未来的社会，这样，人类社会的发展历史就是一个“从平权到身份”——“从身份到契约”——“从契约到人权”的进程。与之相伴随，会导致相应的法律变革。所以，我将来计划以上述概括为中心写一本《社会演进和法律变革》的书。目前，我只是就《从身份到契约》和《从契约到人权》各写了一篇论文。其中，《从契约到人权》的主要思想是认为，人的千差万别是固有的，其中有些差别足以决定并导致人与人的不平等和不自由，特别是在现当代社

会，人们在天赋条件、后天情况、竞争能力、市场机会、经济实力和社会地位等等方面都存在差别，有的甚至是天壤之别。而契约只能存在于平等自由主体之间并发挥功用。很显然，在上述情况下，契约不但难以存在和发挥功用，反而往往异化为强者支配弱者的恣意妄为，导致优胜劣汰、弱肉强食、两极分化和社会不公。这就说明，在现当代社会，不能仅仅依契约去设定人们之间的权利和义务，而必然会诉诸人权并要求依人权作为标准去设定人们之间的基本权利和义务，由此会导致一系列的社会变化和法律变革。本文发表于《法学研究》1998年第6期。

1996年《哲学研究》第9期发表了赵汀阳先生的文章《有偿人权和做人主义》。赵文的中心意思是人权是有偿的，人权的享有是有条件的，其根本条件就是一个人首先要做成一个人、尤其是要做一个有道德的人，然后才能享有人权，而不道德的人、坏人不享有人权。（赵先生的提法有所变化，最初他也提过“预付人权”，但没有特别强调。最近赵先生在《中国社会科学》2006年第4期发表《“预付人权”：一种非西方的普遍人权理论》一文，对“预付人权”予以了特别强调，并把以前的各种提法统一为“预付人权”。意思是说，人权是预先付给每个人的，一个人获得预付人权就意味着承诺了做人的责任，如果一个人拒绝了做人的责任，将会收回预付给他或她的人权。可见其思想并没有太大变化。）我读后深受启发，觉得耳目一新，但仔细思考，又觉得歧义甚大，不敢苟同。于是针对着写了《无偿人权和凡人主义》一文。我的观点是，人权是无偿的，只要是人就应无条件地享有人权，这和做什么样的人没有关系，哪怕他（她）是一个不道德的人、坏人也应和有道德的人、好人享有同样的人权，认为人权是平等的，因此，人权中的“人”是“凡人”，即“凡人”和“凡是人”都应享有人权。本文发表于《哲学研究》1997年第2期。

上文发表后,《哲学研究》1997年第7期发表了王海明先生的商榷文章《有偿人权还是无偿人权》,从文中的论述看主要是同我商榷的。王文一开头便认为:“人权是一种权利,如果弄清了权利的依据,那么人权的依据也就迎刃而解了”。尔后他的许多推论和结论都是据此作出的。我认为,把权利和人权混为一谈是引发人权问题争论并对人权作出错误认识的重要根源。鉴于此,我续写了《再论人权的依据和人权的享有》一文,对自己的观点进行了申辩和补充,对王文意见进行了分析和评述。为了便于读者明了原委,参与讨论,分辨是非,正确评判,特附上赵文和王文。还值得一提的是,郭道晖先生在《政法论坛》2004年第2期发表《人权的本性和价值位阶》一文,文中再次指出:“认为‘不道德的人、坏人没有人权’,更是错误的和十分有害的”。这跟我的观点是一致的。由此看来,不同学科的学者对人权的理解和认识是有所不同的,可以预见,这方面的争论还会继续下去。

承蒙中国社会科学院法学研究所前所长夏勇先生的关照,2003年9月至2004年3月,我有机会去瑞士联邦研究所作访问学者。到了瑞士联邦研究所以后,发现名副其实,其图书馆的藏书主要是宪政、宪法和人权方面的,我就此读了一些人权方面的书,结合自己已有的研究基础,选定《社会弱者的人权保障》为题进行研究。但要研究社会弱者的人权保障,首先要研究人权的起源,只有研究清楚了人权的起源以后才能更好地研究社会弱者的人权保障。所以,以后的几个月都是围绕这一选题而收集资料、读书思考、拟定提纲并慢慢撰写和反复修改论文,结果就是本书中的那一篇英文论文。回国后,没有时间、似乎也没有必要把它翻译成中文。后来这篇论文以英文形式发表于《21st Century Law Review》No. 1 2007。

书中的其它论文都是近两年撰写的,都是关于人权原理方面

的研究，有的分别发表于《社会科学战线》、《安徽大学法律评论》、《光华法学》、《21 世纪法律评论》、《中国法学网》等网刊，有的未来得及发表，借此机会附在本书中一起出版。

本书原来有一个较为庞大的写作计划，准备先研究人权基本原理，尔后再研究具体的人权类型，如经济、社会和文化等方面的人权。但生活的变故和工作的需要，使得我目前乃至今后相当长的一段时期都不可能开展这方面的研究，因而不得不中断原定的研究计划，只好先把已有的研究成果结集出版，所以名之为《人权论集》。

水平有限，不当之处，敬请批评指正！

邱本

目 录

自 序/1
从契约到人权/1
论人格尊严/30
人权是什么/46
从“类”的尺度探求人权的起源或基础/67
评“人权是一种道德权利”/82
论有限集体人权/94
论人权与正义/110
论人权与市场/126
论马克思主义的人权观/147
无偿人权和凡人主义/181
再论人权的依据和人权的享有/199
The Protection of the Human Rights of the Disadvantaged/214
附 1：有偿人权和做人主义/290
附 2：有偿人权还是无偿人权/302

从契约到人权

一百多年前，英国著名法律史学家梅因曾精辟地指出：“所有进步社会的运动，到此处为止，是一个‘从身份到契约’的运动。”^①一百多年过去了，人类社会已经有了很大的发展进步，并且还在不断地发展进步。那么，从“此处”以后，进步社会的运动又如何呢？我认为，可以概括为“从契约到人权”。

一、从身份到契约的意义及其弊端

在社会发展的某个历史时期，发生了一场伟大的社会变革，这场社会变更的核心是由身份命定变革为契约自由，梅因把它经典性地概括为“从身份到契约”的运动。他说：“关于我们所处的时代，能一见而立即同意接受的一般命题是这样一个说法，即我们今日的社会和以前历代社会之间所存在的主要不同之点，乃在于契约在社会中所占范围的大小。”^②随着契约在社会中所占范围的不断扩大，最终契约取代身份成为决定人们权利义务的根据。“从身份到契约”意味着身份一统天下让位于契约支配社会，契约普遍地存在于各种社会关系之中，以至于“我们决不

① [英] 梅因著，沈景一译：《古代法》，商务印书馆1995年版，第97页。

② [美] 梅因：《古代法》，商务印书馆1995年版，第172页。

会毫不经心地不理睬到：在无数的事例中，旧的法律是在人生时就不可改变地确定了一个人的社会地位，现代法律则允许他用协议的方法为其自己创设社会地位。”^① 梅因认为，“承认过去和现在之间存在这种差别，是最著名的现代思想的实质。”^②

“从身份到契约”是一场伟大的社会变革，在这场伟大的社会变革中，契约起着巨大的革命和推动作用。

契约是对身份的有力否定。身份的本质在于：以出身定名分，人们的出身是决定人们权利（力）义务的根本依据；以先天定后天，人的出身是人一切的一切中最至关重要的决定性的东西，即使人们后天再努力无关紧要，无法改变命运，因此，它否定人们的后天努力，推崇宿命论；以天命夺意志，把不以人的意志为转移的天命视为主宰，一切东西都是命中注定的，人的自由意志无足轻重，它严重束缚人的自由意志；以差别反平等，讲究身份是为了寻找差别、固定差别、反对平等。身份的上述本质决定了身份必然成为社会发展进步的阻碍力量。而契约的本质在于：以协议定权义，人们的权利义务不是由身份决定的，而是由人们之间通过契约达成的协议决定的；立足现在着眼未来，先天是后天的基础，但后天可以改变先天，人的命运主要是由人的后天努力决定的，它鼓励人们的后天努力，推崇进取的人生观；以意思自治为圭臬，自己是自身的主宰，一个人的一切都是由其自己的能力和努力决定的，别人无法控制；以平等为基础，契约是主体平等、权义平等，没有平等就没有契约，契约促进平等，反对歧视。契约的上述本质决定了契约与身份是对立的，契约是社会发展进步的促进力量，契约必然要打破身份，促进社会的发展进步。

① [美] 梅因：《古代法》，商务印书馆 1995 年版，第 172 页。

② [美] 梅因：《古代法》，商务印书馆 1995 年版，第 172 页。

契约与自由相关，契约与自由同义。没有契约就没有自由，契约“‘使自由有了内容，得到了解释。’对契约的权利不是被看作自由的一个方面，而是被看作自由的精髓，被看成永恒的和绝对的。除非在最严格的限度之内，否则，对这样权利不能有任何损害。”^① 自由是契约的基础、内容和生命，契约是自由的方式、体现和实现，“正是通过契约人们才能获得自由”。^② 契约弘扬自由，打碎各种束缚人们的桎梏，让人们尽可能自由地行动。

契约是人们的意思自治，“正是通过契约，个人才能够获得最充分的机会去发扬他的才干和使用他的财产。契约是扩大个人在资源利用方面自行处理权范围的主要法律手段。”^③ 契约是对个人主义和自力更生的强调，它要求人们自己照料自己，承担自己自由选择的后果，契约为人与人之间的关系提供了恰当的模式，为人们自由地进行交易提供了保障。契约的这些性质契合了商品经济、市场经济的本质要求，促进了商品经济、市场经济的发展。

契约最根本的内容之一就是个人与政府的关系也即两者权限的界定。“契约自由在那些企图尽量地缩小国家作用的人的信条中成了一项主要条款。在他们看来，政府唯一的合法职能是使由私人契约创设的义务得到强制履行。”^④ 自由缔约权被视为一种天赋的个人自然权利，任何有正常理解力的成年人都应享有，国家（政府）有义务加以保障。因此，“法律的存在不仅是为了保证自由缔约权不受其他人的侵害，更重要的是保证不受来自社会的侵犯。不管这个国家在其他领域能够干些什么，它不能对缔约

① [美] 施瓦茨著，王军译：《美国法律史》，中国政法大学出版社1989年版，第124页。

② [美] 施瓦茨：《美国法律史》，中国政法大学出版社1989年版，第22页。

③ [美] 施瓦茨：《美国法律史》，中国政法大学出版社1989年版，第123页。

④ [美] 施瓦茨：《美国法律史》，中国政法大学出版社1989年版，第125页。

的能力加以限制,因为这种能力是自然本身所赋予的。”^① 所以,契约是对权力的一种制衡,契约具有民主政治的功能,促进了民主政治的发展。

契约是推动社会发展进步的工具,是文明之母,这正如美国最高法院在 1787 年所指出的:“契约标志着社会在实现文明和繁荣方面获得的进展。”^② 布鲁克斯·亚当斯断言:“美国的文明建立在契约自由的理论之上。”^③ 美国律师协会 1896 年的当选主席亦宣布:“每一个曾经从野蛮国家过渡到开化国家的民族的司法史无不以有关身份的法律为其开端,以契约解释的法律为其归宿”。^④ 社会正朝着通过自由缔约而实现个人自治的方向发展,这已被视为人类的福音,对抽象的契约自由的任何限制都被视为是一种倒退,因而是专横的、不合理的。^⑤

从“身份到契约”这场伟大的社会变革运动经历了几个世纪,在十七、十八世纪这场运动是缓慢的,在十九世纪这场运动才发展到了顶峰,^⑥ 赫斯特总结美国历史上 1800 至 1875 年是“契约的年代”,^⑦ 弗里德曼认为“十九世纪是契约法的黄金时代”。^⑧ 至此,可以说,人类脱离了身份社会,而步入了契约社会。契约代表着社会发展进步的方向,契约成为新时代的主宰。

① [美] 施瓦茨:《美国法律史》,中国政法大学出版社 1989 年版,第 125 页。

② W. G. Miller, Lectures in the Philosophy of Law, See Kessler and Gilmore, Contracts, 2nd, ed., Little, Brown and Company, 1970, pp. 3~4.

③ [美] 施瓦茨:《美国法律史》,中国政法大学出版社 1989 年版,第 126 页。

④ [美] 施瓦茨:《美国法律史》,中国政法大学出版社 1989 年版,第 126 页。

⑤ [美] 施瓦茨:《美国法律史》,中国政法大学出版社 1989 年版,第 126 页。

⑥ Farnsworth, On Contracts (1), Little, Brown and Company, 1990, p. 24.

⑦ Hurst, Law and Condition of Freedom in the Nineteenth United States, See Kessler and Gilmore, Contracts, 2nd, ed., Little, Brown and Company, 1970, p. 24.

⑧ Frideman, History of American Law, See Kessler and Gilmore, Contracts, 2nd, ed., Little, Brown and Company, 1970, p. 24.

但我们在看到上述契约的伟大意义的同时，还必须看到契约的意义是历史性的，契约是一分为二的，在不同的社会历史条件下，契约的意义会发生变化，其弊端也日益在各个方面暴露出来。

首先，在经济上，契约反映并加强了市场自由竞争，但由于市场自由竞争是在千差万别的人们之间进行的，激烈的市场自由竞争必然导致优胜劣汰，结果生产日益集中，形成经济垄断。随着自由企业体制的衰竭和垄断的形成，“契约的意义发生了急剧的改变”，^① 契约不平等、契约无自由，契约已经异化了。垄断者与非垄断者、经济强者与经济弱者之间不可能有平等自由的契约，而只能是垄断者、经济强者单方面订立标准合同并以要么接受、要么拒绝的方式提交给非垄断者、经济弱者，非垄断者、经济弱者处于垄断者、经济强者的支配之下，契约自由蜕变成了垄断者、经济强者支配非垄断者、经济弱者的“自由”，一种为所欲为，在这种情况下，“对那些为了换取不足以维持生计的报酬而出卖血汗的人谈契约自由，完全是一种尖刻的讽刺。”^② 垄断的形成严重地限制了市场自由竞争，阻碍市场经济健康发展。

其次，在政治上，人们往往认为以契约为理念所构建的契约政体是最理想的民主政体，但实质上契约理念与现实的民主政体是相冲突的。如果我们考察一下民主政体的思想渊源，不难发现它们大都产生于城邦，因为只有小国寡民才能真正实现本来意义上的民主政体。但现实中的绝大多数国家并非小国寡民，更不是城邦国家，因此把这种源于城邦的民主政体思想推广到大国众民的国家并实行之，必然存有十分的紧张。这一点在卢梭那本影响

① Kessler, Contracts of Adhesion, See Kessler and Gilmore, Contracts, 2nd, ed., Little, Brown and Company, 1970, p. 25.

② [美]施瓦茨：《美国法律史》，中国政法大学出版社1989年版，第199页。