

TSINGHUA LAW REVIEW

VOLUME 6 NUMBER 1

# 清华法律评论

《清华法律评论》编委会 编

第六卷 第一辑

## 专题研讨：两岸法治发展

李念祖 从中文语法言说基本权利的本义

王广辉 特别行政区制度对国内关系的影响

刘智慧 两岸票据保证立法比较启示录

苏 南 论台湾地区公共工程契约之损害赔偿

林 峰 论“一国两制”与中国有关国家行为的规则或政策在香港司法实践中的应用

胡心兰 蔡岳勋 从洛克劳动财产权观点论美国知识产权之扩张

高铭志 陈建璋 黄筱苹 日本、韩国与中国台湾地区气候变化及能源相关基本法与草案之研究

## 论 文

李红勃 惊险的游戏——当代中国信访博弈的法社会学分析

陈洪杰 次优方案：命案赔偿“空判”危机之对策分析

蒋志如 试问中国法学院何处去？——以案例教学法在中国语境的遭遇为中心的考察

陈无风 洪延青 我国控烟立法的困境及其消解

[德] K.H. 舒曼 蔡桂生译 论刑法中所谓的“客观归属”

曾文远 从“人”到“公民”——读卢梭《爱弥尔：论教育》

## 明理讲坛

李国能 香港反腐败法律制度

TSINGHUA LAW REVIEW  
VOLUME 6 NUMBER 1

# 清华法律评论

第六卷 第一辑

《清华法律评论》编委会 编

清华大学出版社  
北京

## 内 容 简 介

《清华法律评论》(第六卷第一辑)分为三个部分,共收录 14 篇文章。第一部分是主题研讨,即“两岸法治发展”,共收录了 7 篇文章,从不同角度探讨两岸法治发展所呈现出的新问题和趋势。第二部分是论文,共收录 5 篇视角独特、内容新颖的论文和 1 篇经典译文。第三部分是明理讲坛,收录了香港特区首任首席大法官李国能先生的香港特区反腐败制度系列讲座。本书适合法学学者、法律专业学生及一般读者阅读。

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13701121933

### 图书在版编目(CIP)数据

清华法律评论.第六卷.第一辑/《清华法律评论》编委会编.--北京:清华大学出版社,2012.6

ISBN 978-7-302-30191-2

I. ①清… II. ①清… III. ①法律—文集 IV. ①D9-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 228200 号

责任编辑:杨爱臣

封面设计:吴 俊

责任校对:王荣静

责任印制:李红英

出版发行:清华大学出版社

网 址: <http://www.tup.com.cn>, <http://www.wqbook.com>

地 址:北京清华大学学研大厦 A 座 邮 编:100084

社总机:010-62770175 邮 购:010-62786544

投稿与读者服务:010-62776969, [c-service@tup.tsinghua.edu.cn](mailto:c-service@tup.tsinghua.edu.cn)

质 量 反 馈:010-62772015, [zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn](mailto:zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn)

课 件 下 载: <http://www.tup.com.cn>, 010-62795954

印 装 者:清华大学印刷厂

经 销:全国新华书店

开 本:170mm×255mm 印 张:17.75 字 数:343 千字

版 次:2012 年 6 月第 1 版 印 次:2012 年 6 月第 1 次印刷

定 价:43.00 元

---

产品编号:049138-01

# 《清华法律评论》

## 第六卷 第一辑 编辑委员会

顾 问 屠 凯

主 编 王欣濛 徐 树

副 主 编 吴 俊 谈中正

责 任 编 辑 陈寒非 蒋 铃 李纪宏 李 政

黎沛文 刘金瑞 刘 磊 刘 猛

刘信一 刘胜军 马 进 饶维嘉

苏 南 隋 愿 谈中正 汪江连

王一超 王 鑫 姚明斌 张 永

## 卷首语

秉承“新百年、新清华、新法学”的理念，我们致力于进一步提升《清华法律评论》的学术品质，并形成了“惟精惟一，不舍昼夜；立言立德，无问西东”的编辑共识。

在本辑中，我们设置了“两岸法治发展”专题，以推动两岸学者间的交流与争鸣。该专题汇集了7篇优秀论文，研讨主题、视角、方法各有千秋、精彩纷呈：有追本溯源对基本权利的中文语法诠释，也有跟踪前沿对气候变化立法的路径分析；有分析“一国”（涉及中国国家行为的规则或政策）在“两制”（香港司法）实践中的应用，也有探讨“两制”（特别行政区制度）对“一国”（国内关系）的影响；有对两岸具体制度的比较研究（票据保证、工程契约的损害赔偿），也有从思想维度（洛克的财产权观点）对权利演进的观察分析。具体介绍如下：

宪法是宪政国家中政治对话的主要内容，我们至今仍在尝试或学习宪法对话，并未完全习惯。宪法对话必须使用能为社会所理解、接受并且信服的语言。宪法对话中最为基础的“基本权利”（fundamental rights）是一种外来语，在中文语境中难免造成理解盲点。李念祖教授的《从中文语法言说基本权利的本义》一文从中文语法出发，分析和澄清基本权利类型与保护的确切含义。我们相信他的努力将促进宪法对话在中文语境中的开展。

“一个国家，两种制度”的制度设计推动了国家统一进程，也认可了资本主义和社会主义两种制度的并存。王广辉教授在《特别行政区制度对国内关系的影响》中指出，尽管特别行政区制度不会从根本上动摇内地社会主义制度的根基，但对国内关系的处理会产生一定影响。从积极方面看，特别行政区制度有助于改变中央对地方的绝对控制，提高地方的自主性，使中央与地方关系朝法治化的方向转变。从消极方面而言，特别行政区制度造成了国家区别对待不同行政区域的客观事实，也导致大众对社会主义制度的优越性产生困惑。我国需要重视这类消极影响，尤其是需要通过健全社会主义民主制度来化解。

票据是现代经济生活中重要的信用支付工具，为增强票据信用，保证票据流通的效率和安全性，各个国家和地区票据法均确立了票据保证制度。刘智慧教授的《两岸票据保证立法比较启示录》一文，比较分析了两岸立法在部分保证、保证记载事项、保证是否允许附条件、保证人与被保证人承担责任的关系以及保证人清偿债务后的权利等方面的差异，并探讨了背后的原因，提出在完善中国内地票据保证立法过程中，必须以增强票据的信用功能为中心，关注效率和

公平这一法律价值判断领域的对立又统一的命题,寻求二者在票据保证规则设计中的平衡。

公共工程建设涉及公共资金、公共利益,事关国计民生,苏南教授的《论台湾地区公共工程契约之损害赔偿》一文探讨了公共工程契约遭遇违约时的救济途径。该文立足解释论,在两岸现行法制下,寻找契约救济的请求权基础,分别论述了瑕疵担保责任、债务不履行请求权在公共工程契约被违反时的适用特点和意义。该文具体分析了在公共工程契约被违反时如何认定损害赔偿的事实,如何划定所受损失和所失利益的范围,并对确定损害赔偿的方法及范围提出灼见。该文还探讨了在公共工程契约中违约金适用的特殊性,辨析了违约金和损害赔偿在契约违反时的适用关系。这一比较研究对理解两岸有名合同的异同颇有助益。

香港特区法院所审理的“刚果(金)案”引发了实务界和学术界争论“一国两制”框架下司法机关如何适用国家豁免规则。林峰副教授的《论“一国两制”与中国有关国家行为的规则或政策在香港司法实践中的应用》一文即是对“刚果(金)案”的一个有益反思。与现有文献不同的是,该文集中讨论了香港特区法院的司法实践。对香港特区法院能否直接适用中央政府遵循的国家豁免规则或政策,该文提出了三个可供考虑的解决方法:由全国人大或其常委会制定全国性的主权豁免法律并将该法纳入《中华人民共和国香港特别行政区基本法》(以下简称《基本法》)附件三;明确规定中央政府的任何有关外交的规则和政策都自动适用于香港;从《基本法》中完全取消香港法院对外交事务的管辖权。在利弊分析的基础上,该文认为第一种方法比较可取,既可以解决法律适用问题,又能遵守“一国两制”原则,也有助于捍卫香港特区的法治。

随着互联网影响的日渐深入,传统的知识产权观念及以之为基础的知识产权理论与制度有可能修正甚至变革。胡心兰、蔡岳勋两位学者的论文《从洛克劳动财产权观点论美国知识产权之扩张》从洛克关于劳动财产权的观点出发,以美国关于知识产权扩张的学说论争、制度发展为镜鉴,梳理了知识产权扩张的趋势,展现了理论和制度上的张力。该文还敏锐地指出,知识财产权之扩张可以凸显传统知识产权观的某些局限,并促使人们回归并反思“知识产权体系内部统一性”这一基础命题。该文一方面考察和解读美国法上的相关讨论,另一方面亦以洛克的劳动财产权观点作支撑,足见部门法学的比较法研究不应忽视法哲学领域的智识资源。

近年来,世界各国(地区)为回应全球变暖问题,制定了一系列法规。部分国家(地区)选择的途径是偏重发展可再生能源并导入“京都机制”,因其契合温室气体减量,且直接涉及减量措施,已成为回应气候变化的主流立法方向。与此同时,以日本、韩国、中国台湾地区为代表的亚洲国家与地区另辟蹊径,采取较为抽象的立法模式,以拟订基本法作为应对气候变化的途径。高铭志、陈建

璋与黄筱苹三位学者的《日本、韩国与中国台湾地区气候变化及能源相关基本法与草案之研究》一文锁定后一途径,予以深入具体的研究。

论文部分我们汇集了6篇同样各具卓见的佳作,其中有本土问题关注,也有域外理论研究;有法学规范分析,也有跨学科视角探讨。具体介绍如下:

信访制度在我国法治国家建设过程中有特殊的意蕴,学界对其的效果褒贬与存废之争已旷日持久,但以社会学、行政学以及法学等单一学科视角分析为主。李红勃副教授的《惊险的游戏——当代中国信访博弈的法社会学分析》一文结合社会学和法学的双重视角,综合运用各种分析方法,在实证考察的基础上,系统阐释了信访关系三方(信访者、地方政府和国家)博弈中蕴涵的机理和三方各自的“囚徒”困境。文章对信访制度提出了颇有借鉴意义的改进思路,值得一观。

在死刑案件的处理当中,“偿命”与“赔钱”本应是并行不悖的司法多选题,但司法实践却频繁演绎出“偿命不赔钱”抑或“赔钱不偿命”的两难选择。陈洪杰博士在《次优方案:命案赔偿“空判”危机之对策分析》一文中指出,“既偿命又赔钱”尽管在外观上更具合法性,但却在司法实践中陷入严重的“空判”危机。为应对该问题,法院通过“赔钱减刑”对被告人一方进行正向激励,对被害人一方进行逆向激励。但对被害人一方的逆向激励缺乏正当性,难以制度化。所谓的“正向—逆向”刑事和解激励机制只能成为妥协于现实的次优方案。从长远来看,合理培育宽宥文化以消解当事人合意匮乏的难题,方能标本兼治。

蒋志如博士的《试问中国法学院何处去——以案例教学法在中国语境的遭遇为中心的考察》是一篇探讨关于法学教育改革问题的文章,特别集中在对案例教学法的讨论。该文内容写实、全面,分析务实、深刻。作者梳理了案例教学法在中国被认识、被实践和进一步发展的全程,分析了得失,总结出“案例教学法若想继续在中国实践应实施严格意义上的案例教学法”这一中心观点,并就实施方法提出了具体建议。该文对于中国现阶段法学教育改革,特别是案例教学法在中国的继续推广,益处良多。

《烟草控制框架公约》在我国正式生效已逾6年。按照公约的规定,诸多义务需要缔约国于公约在各国内生效后5年内逐步履行,当下无疑已到了检验公约在我国实施效果的时刻。然而,我国控烟立法历经8年努力仍以失败告终,表现为国际公约义务履行不到位、国内立法状况落后、烟草体制改革进程缓慢。而纵观各国控烟的历程及其手段,都表现出措施有效性打折、推行成本巨大、争议频发等特点。洪延青与陈无风两位博士的《我国控烟立法的困境及其消解》一文即在分析传统控烟困境的基础上,提出在控烟过程中引入行为主义视角,打出“四两拨千斤”的控烟思路,以期缓解控烟过程的诸多压力,最终保障民众健康权的实现。

在刑法理论界,多数人认为,客观归属主要解决因果关系判断的问题。但

是,其生发的社会哲学背景如何,其理论根基是什么,其探讨的价值主要致力于什么问题,或者说,其对犯罪因果关系的认定有何突破性贡献,等等,则鲜有讨论。德国学者舒曼的《论刑法中所谓的“客观归属”》一文(蔡桂生博士译)从前述问题意识出发展开论证,对客观归属理论进行了深入的剖析,具有相当重要的理论和现实意义。

曾文远博士的《从“人”到“公民”——读卢梭〈爱弥尔:论教育〉》一文通过对《爱弥尔:论教育》教育思想的解读,探寻卢梭人性论思想及政治伦理学基础。感觉论是对理性主义时代感情消失的批判和回应,从“非我”中勾画出人的经验自我形象。意志论则重塑了人的主体绝对性,确立了人的纯粹自我形象。经验自我和纯粹自我的统一和分裂就是人的全部发展史。经由否定之否定,人的最终归宿在于公民。经验世界的危险使人的一切都与政治有关,意志伦理的绝对性是理性的自明,政治也就不再只是被被动接受。从“人”到“公民”的途径就是教育,其任务是产生“人”,塑造“公民”。人和公民的教育最终都是一种符合天性的教育,人的教育以感觉论基础,要求身心的健康;公民的教育以意志论基础,体现自由意志的理性自觉。

2011年10月,香港特别行政区终审法院首任首席法官李国能先生受邀来到清华大学法学院,举行了以“香港反腐败法”为主题的系列讲座。本刊在第五卷第一辑中收录了该系列第一场讲座的记录,本辑的“明理讲坛”将延续前述内容,收录该系列的第二场讲座。在本场讲座中,李国能先生接续第一场讲座的主题,重点介绍了香港《防止贿赂条例》第8条、第10条以及第4条的内容、实践应用以及相互联系。该讲座详细阐述了香港地区的反腐败法律制度,通过对一系列案例和原理的介绍,以及与师生之间的问答互动,使香港地区的反腐败法律制度得以淋漓尽致地表达。

一如既往,我们要认真感谢海内外学界前辈先进与后起才俊的来稿支持,感谢复审老师倾心倾力的严格审稿,感谢清华大学出版社编辑们一丝不苟的辛勤工作,《清华法律评论》与诸位须臾不可分离。

《清华法律评论》编委会

2012年6月

# 清华法律评论

第六卷第一辑

## 目 录

### 专题研讨：两岸法治发展

---

- 1 李念祖/从中文语法言说基本权利的本义
- 8 王广辉/特别行政区制度对国内关系的影响
- 22 刘智慧/两岸票据保证立法比较启示录
- 40 苏 南/论台湾地区公共工程契约之损害赔偿
- 70 林 峰/论“一国两制”与中国有关国家行为的规则或政策在香港司法实践中的应用
- 82 胡心兰 蔡岳勋/从洛克劳动财产权观点论美国知识产权之扩张
- 98 高铭志 陈建璋 黄筱革/日本、韩国与中国台湾地区气候变化及能源相关基本法与草案之研究

### 论 文

---

- 127 李红勃/惊险的游戏——当代中国信访博弈的法社会学分析
- 154 陈洪杰/次优方案：命案赔偿“空判”危机之对策分析
- 171 蒋志如/试问中国法学院何处去？——以案例教学法在中国语境的遭遇为中心的考察

- 194 陈无风 洪延青/我国控烟立法的困境及其消解  
213 [德]K. H. 舒曼 蔡桂生译/论刑法中所谓的“客观归属”  
234 曾文远/从“人”到“公民”——读卢梭《爱弥尔：论教育》

## 明理讲坛

---

- 256 李国能/香港反腐败法律制度

# Tsinghua Law Review

Volume 6, Number 1

## CONTENTS

### Symposium: Legal Developments of the Cross-Straits

|                                                                                                                                                                                                          |                                           |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------|-----|
| How Fundamental Rights Are Cast in Chinese Language .....                                                                                                                                                | Li Nianzu                                 | 7   |
| The Effects of the Special Administrative Region System on<br>Domestic Relations .....                                                                                                                   | Wang Guanghui                             | 21  |
| Comparison Revelation of the Bill Guarantee Legislation on<br>Taiwan and the Mainland .....                                                                                                              | Liu Zhihui                                | 39  |
| The Damage Compensation of Public Construction Contract in<br>Taiwan .....                                                                                                                               | Su Nan                                    | 69  |
| “One Country, Two Systems” and Judicial Application of Chinese<br>Rules or Policies on Act of State in Hong Kong .....                                                                                   | Lin Feng                                  | 81  |
| Is “Intellectual Property” a “Property”? —the “propertization”<br>tendency of intellectual property rights under the American<br>Jurisprudence, with the reference to John Locke’s<br>Labor Theory ..... | Hu Hsin-Lan Tsai Yueh-Hsun                | 97  |
| A Study on the Climate Change and Energy Related Basic Acts and/or<br>Bills in Japan, South Korea and Taiwan .....                                                                                       | Gao Mingzhi Chen Jianzhang Huang Xiaoping | 126 |

### Articles

|                                                                                        |           |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------|-----------|-----|
| Dangerous Game: Analyzing of <i>Xinfang</i> Game in China by Sociology<br>of Law ..... | Li Hongbo | 153 |
|----------------------------------------------------------------------------------------|-----------|-----|

|                                                                                                                       |                                             |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------|-----|
| Subdominant Option: Study on “Useless Sentence” of Civil Compensation<br>Collateral to Capital Case Proceedings ..... | Chen Hongjie                                | 170 |
| Where Do Chinese Law Schools Go? — A investigation on the<br>process of case method in China .....                    | Jiang Zhiru                                 | 193 |
| The Dilemma of Tobacco Control in China and Possible<br>Solutions .....                                               | Chen Wufeng Hong Yanqing                    | 212 |
| On the “Objektive Zurechnung” in Criminal Law .....                                                                   | Kay H. Schumann, translated by Cai Guisheng | 233 |
| From “Person” to “Citizen”—Reading Rousseau’s “Emile:<br>On Education” .....                                          | Zeng Wen yuan                               | 255 |

# 专题研讨：两岸法治发展

## 从中文语法言说基本权利的本义\*

李念祖\*\*

**摘要：**“基本权利”是英语 fundamental rights 的中文表述，其实是一种外来语。既是外来语，不免有不易为中文语境所认识的理解盲点存在。本文尝试从中文本土的语法，言说或表述基本权利的类型与保护的确切含义。从孙中山领导辛亥革命成功，建立民国起算，到今天已经超过 100 年了，中华民族始终还在尝试或学习，也似乎还未完全习惯从事宪法对话。要从事宪法对话，一定要使用能为华文社会所理解、接受并且信服的语言，才会发生效果，本文以此为题，用意在此。

**关键词：**基本权利 中文

### 一、基本权利是外来语

“基本权利”是英语 fundamental rights 的中文表述，其实是一种外来语。依据《元照英美法词典》(*English-Chinese Dictionary of Anglo-American Law*)的解释，fundamental rights“一般指个人所拥有的，不容侵犯或剥夺的重要权利”。<sup>[1]</sup>按照 *Black's Law Dictionary* 的解释，则是源自于宪法明文规定

---

\* 本文原在 2011 年 11 月 5 日于中国人民大学“第二届海峡两岸公法学论坛‘基本权利的研究方法与类型’”口头发表。

\*\* 东吴大学法研所、台湾大学政研所兼任教授，宪法学会秘书长。

[1] 薛波：《元照英美法词典》，589 页，北京，法律出版社，2003。

或是必然隐含于此等规定范围之内的权利<sup>〔2〕</sup>。既是外来语,不免有不易为中文语境所认识的理解盲点存在。本文尝试从中文本土的语法,言说或表述基本权利的类型与保护的确切含义。

## 二、什么是基本

### (一) 每个人同样该有的

所谓“基本”,指的是“每个人同样该有的”而言。若不是每个人同样该有的,若不是对每个人都重要的,不会也不能称之为“基本”的。

### (二) 每个人

“每个人同样该有的”,其中“每个人”指的是每个自然人而言,也就是《淮南子·精神训》<sup>〔3〕</sup>或是孙中山先生在《社会主义之派别与方法》中所言“圆颅方趾”之人<sup>〔4〕</sup>。从生物学上或可将一个“人”形容为“灵长类人科动物”,但人不是物,吾人宁可避免循此路径定义自然人,以示对“人科动物”应该具有“人性尊严”的基本尊重。法学著作在定义“人”的时候,偏好说“人同时指涉自然人与法人”,却不进一步再就自然人为严格之定义<sup>〔5〕</sup>,并不是词穷,而是出于对“人”的尊重。不欲以任何不够周延的定义挂一漏万或挂万漏一,损伤人的尊严,更要避免排除任何一个不可被排除的主体。其实,人之所以为人,是因为他是人,而不是因为他符合任何一种“人”的定义的缘故。不擅为人下定义,避开了将人“物化”的陷阱,更足以表达没有人可以决定另一个人是人或不是人的道理。至于“人”是否应该包括“法人”或其他集体性质的单位,则是另外一个问题,本文因为篇幅所限,暂不置论。

### (三) 每个人之所以为人不可或缺者

“每个人之所以为人不可或缺者”,更为简单的表述,可以称之为人性尊严或人格尊严<sup>〔6〕</sup>。人性也就是人的本性或共性之意。人格,是做人的资格与必

〔2〕 “Those rights which have their source, and are explicitly or implicitly guaranteed, in the federal Constitution.” *Black's Law Dictionary*, 8<sup>th</sup> edition, St. Paul: West Publishing Co., 1990, p. 674.

〔3〕 《淮南子·精神训》:“故头之圆也象天,足之方也象地。”《南史·陈本纪》:“方趾圆颅,万不遗一。”

〔4〕 “圆颅方趾,同为社会之人。”孙文:《社会主义之派别及方法》,载《国父全集(第二册)》,298页,台北,台北文物供应社,1981。

〔5〕 如台湾地区“民法”第6条、第7条规定曰:“人之权利能力始于出生,终于死亡。”“胎儿以将来非死产者为限,关于其个人利益之保护,视为已出生。”是从时间作为描述人的方法。然则人的文化观念,未必始于出生,终于死亡。中国人算年龄辄言虚岁,盖欲将虚岁计入;今日普世保护著作权,著作人格权于死亡后仍受保护,皆为通例。

〔6〕 《联合国宪章》前言:“重申基本人权,人格尊严与价值。”《世界人权宣言》序言:“鉴于对人类家庭所有成员的固有尊严及其平等的和不移的权利的承认,乃是世界自由、正义与和平的基础。”

要条件；尊严，则是人之所以为人必须有的精神面貌。每个人之所以为人不可或缺的因素（或资格），包括物理的条件与精神的条件，一旦有所欠缺，即是人性尊严或人格尊严的欠缺，一个人即不能成就一个完整的、人文意义上的人。每个人之所以为人的条件或资格，有时会以更具体的物理或精神要件加以指涉，例如生命、身体、思想、财产、行动空间等等，有时也会被归纳为“在个人于人之所以为人的基本事项上从事选择的自由”〔7〕。

#### （四）平等

以每个人之所以为人同样该有的基本事项为强调时，背后是一种平等的观照与关注〔8〕。也只有从每个人都处于同等地位的假设上从事观察，才能发觉人的共性。如果没有“人有共性，生而平等”的假设与关怀，就不能确切把握“基本”一词的意义。中文里“同理心”、“人溺己溺、人饥己饥”、“此亦人子也，当善遇之”〔9〕，都是一样的意思。

### 三、什么是权利

#### （一）权利指涉 right，是翻译用语

“权利”一词，已是今日大家耳熟能详，朗朗上口，甚至写入宪法与法律的词汇，其词义却不一定能为一般人衷心领会。所以如此，可能与此一中文词语只是个历史不满 150 年的翻译词汇有关。

#### （二）首见于丁韪良译《万国公法》（1864 年）

权利一词的翻译，首见于 1864 年美籍人士 William Martin（丁韪良）为同文馆所翻译的《万国公法》一书，原著是 Henry Wheaton 的国际公法教科书 *The Elements of International Law*〔10〕。这是大清帝国成立同文馆后，第一本有关西方法律的译作。《万国公法》广泛影响东亚地区，“权利”一词今天也是日文的习惯用法，中日学者不乏考证认为《万国公法》为日语“権利”一词之源头者〔11〕。《万国公法》中并不严谨、大体上是意译的词汇，对今天产生的正面、负面影响，

---

〔7〕 “真正为了自由而珍惜自由的人们相信，拥有自由从事选择，而非被选择，乃是使得人之所以为人的一项不可让渡的元素。”Isaiah Berlin：《自由四论》（*Four Essays on Liberty*，1969）。

〔8〕 “社会主义之主张，实欲使世界人类同立于平等之地位，富则同富，乐则同乐，不宜与贫富苦乐之不同，而陷社会于竞争悲苦之境”，孙文，同注〔4〕所引文，293 页。

〔9〕 语出陶渊明《与子书》，见于萧统：《陶渊明传》，引自（清）陶澍注，杨家骆主编：《陶靖节集注》，17 页，台北，世界书局，1999。

〔10〕 H. Wheaton, *Elements of International Law*, 6th edition, Boston: Little, Brown 1855.

〔11〕 周圆：《丁韪良“万国公法”の翻訳手法：汉訳“万国公法”1 卷を素材として》，载《一桥法学》2011 年第 10 卷第 2 号，702 页；李贵连：《话说“权利”》，载《北大法律评论》，第 1 卷第 1 辑，122 页，北京，法律出版社，1998。

却不可小觑。例如将 Power 译为权力、Sovereignty 译为主权,还有就是将 Right 译为权利,都为人沿用至今<sup>[12]</sup>。

### (三) 权利一词的古义

“权利”一词在中文中出现,可以推到先秦的《荀子·劝学》:“是故权利不能倾也,群众不能移也,天下不能荡也。生乎由是,死乎有是,夫是之谓德操。”《荀子·荣辱》:“义之所在,不倾于权,不顾其利。”<sup>[13]</sup>丁韪良的翻译取此二字,或是采用“权”是“权衡”、“利”是“优势”的意思;凡处于权衡之优势地位者,必为拥有 right 无疑。然则此与中国人自孟子的义利之辨<sup>[14]</sup>以降,像荀子一样以“权利”为含有威势与货利双重负面语义的理解相比,已是南辕北辙。

### (四) “以霸译王”

中国近代第一位大翻译家严复先生在与梁启超先生通信时说道,用“权利”二字翻译“Right”,是“以霸译王”<sup>[15]</sup>。严先生使用孟子的语言,一语道中了“权”、“利”二字与“Right”的字义格格不入,甚至是悖反的用法。我们不知丁韪良是否并不理解中文词汇背后的文化意涵而发生了翻译错误。这个不够准确的翻译,使得通晓中文却不熟悉西方语言的中国人,不能确切理解“Right”的原有意思,还可能走上误解的歧途。

### (五) Right, Recht, Droit

英文中 Right 的名词与形容词拼法相同,其形容词的解释,就是“正确”、“对”的意思<sup>[16]</sup>。“Right”在德文中是“Recht”,在法文中是“Droit”,德文中“Recht”与法文中“Droit”都兼指“权利”与“法律”二字。从其使用习惯上说,权利就是法律,此字背后所带有的正当性含义,再明显不过;使用“权利”两字加以翻译,确实是用霸道理解王道。只会让中国人听到“权利”一词,即生文化上的排斥感,这与西方讲到 Right 时是理直气和的情形,完全不同。德国人会说要为 Recht 奋斗<sup>[17]</sup>,美国人会说要认真对待 Right<sup>[18]</sup>,华人社会则对“权利”完全

[12] 丁韪良(W. Martin):《万国公法》,17~24页,台北,“中国国际法学会”,1998年重印(同治三年(1864),京都崇实馆版)。

[13] 论者亦有举《后汉书·董卓传》:“稍争权利,更相杀害。”以为证者,与今日之用语习惯,尤无二致。参见周圆,同注11所引文,702页。

[14] 《孟子·梁惠王》:“王何必曰利,亦有仁义而已矣。”

[15] 严复:《与梁启超书》(1902),收入朱荣贵编:《前辈谈人权——中国人权文献选辑(第1册):人权的肇始》,152页,台北,辅仁大学,2001。

[16] Oxford Dictionary 解释 right (adj.): morally good or justified; required by law or duty; right (n.): What is good, just, honourable. E. Ehrlich et al., *Oxford American Dictionary*, N. Y.: Oxford University Press, 1980, p. 583.

[17] R. von Jhering, *Der Kampf ums Recht* (1872), 梁启超于1902年之《论权利思想》中将之译为“权利竞争论”,“权利”一词显然是从丁韪良译法,严复先生的不同意,当亦本此。

[18] R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge: Harvard University Press, 1977.

没有类似的感觉，少有热情可言；与翻译词汇的选字不够恰当，恐有直接的关系。

#### （六）right and wrong, 义与不义

林语堂先生曾将《墨子·非攻》翻成英语，遇到“义与不义”一句，以“right and wrong”，加以表达。<sup>[19]</sup>显示 right 在中文里应该与“义”而不是“利”相当。

#### （七）Right 的正确译法——正义

Right 在中文中有比“权利”一词更适当的对应词语吗？中文已经将 Obligation 释为“义务”，以“义”一个字来表达 Right，似乎并不恰当。Right 既具有强烈的正当性意涵，可不可以就用“正义”一词作为 Right 字较为准确的译法呢？《辞海》“正义”条：“正义即正道也。……按伦理学上谓不侵人之利益，亦不让我之利益被侵于人事曰正义。”<sup>[20]</sup>用“正义”翻译 Right，应该是恰当的。简单地讲，“权利”，其实它的另一个名称是“正义”！

## 四、基本权利：每个人之所以为人应从公权力处得到的起码正义

基本人权的项目常被归纳为自由权、平等权、参政权、受益权与社会权，晚近还有集体权概念的出现<sup>[21]</sup>。如果换上中文语法加以表达，应该得到下列的表述清单：

1. 自由权：每个人之所以为人起码应得政府尊重或不受政府干预的自由选择正义；
2. 平等权：每个人之所以为人与其他人一样从政府起码可以得到的最大自由或正义；
3. 参政权：每个人之所以为人可以成为政府的一分子或参与政府决策的起码正义；
4. 受益权与社会权：每个人可以请求政府提供，或由政府使第三人提供，以确保人之所以为人而生存生活的起码正义（或保护）；
5. 集体权：以由个人所构成的集体为单位所应共同追求，以使每个人之所以为人之正义得以实现的起码正义。

[19] 林语堂：《林语堂中英对照西湖七月畔》，146～147 页，台北，正中书局，2009。

[20] 《辞海（中册）》，2468 页，台北，台湾中华书局，1995。

[21] 李念祖：《新兴人权入宪的取舍》，载《宪政时代》2007（3），301～304 页。