

首页 &gt;&gt; 法学

## 论人权法的三种法理

2020年11月04日 09:54 来源：《法制与社会发展》2019年第6期 作者：刘志强

打印 推荐

作者简介：刘志强，广州大学人权研究院教授，广州学者特聘教授。

内容提要：人权与公法、私法以及公私交叉法的互构，体现在由各项具体权利构成的基本人权规范体系中。人权法的具体法理可以提炼为权力制约型法理、私权自治型法理与社会保障型法理。这些具体法理从法律权利的明文规定中推导出来，也需要在宪法和具体部门法中加以提炼。法理的内在逻辑决定了具体法理之上还有一般法理。从一般法律原则中可以揭示出人权运行的两种结构模式：防御权结构模式与合作权结构模式。这是人权在规范语境下的两种典型运行样态，也是人权法的一般法理。处理好防御权与合作权的微妙关系，可以促进人权事业的更好发展。除具体法理、一般法理外，还存在最高维度、最根本性的普遍法理。人权法的普遍法理所要揭示的是人权法的“法理中的法理”和“元法理”，这种普遍法理就是人权法中“人的尊严”的规范内涵，其负载了人权法律规范体系的基础价值原理，诠释着人权法的“法之价值”与“法之美德”。

关键词：人权法/具体法理/一般法理/普遍法理 Human Rights Law/Concrete Fali/General Fali/Universal Fali

标题注释：本文系教育部人文社会科学重点研究基地重大项目“中国人权话语体系构建与表达”（16JJD820025）的阶段性成果。

张文显教授的论文《法理：法理学的中心主题和法学的共同关注》<sup>①</sup>自发表以来，在法学界引发了广泛关注和深入探讨。该文认为“法理”是法理学的研究对象和中心主题，倡导部门法学者共同关注和研究“法理”。基于此种理论自觉，人权法学需要承袭法理学的问题意识，对人权法学中的法理予以重新梳理和反思。法理存在于法律规范之中，包含了“法之道理”“法之原理”“法之条理”“法之公理”“法之原则”“法之美德”“法之价值”等构成性内容，这表明“法理”是一个具有丰富内涵和广泛论域的概念。<sup>②</sup>此外，在不同维度和不同层面上，法理还构成了一个逻辑融贯的体系。有学者提出，根据“法理”的抽象程度、指涉广狭及层次关系，可将其分为具体法理、一般法理和基本法理，即体现在法律部门和法律个案中的具体法理、统摄部门法领域的一般法理、整个法理体系的基础法理，这三种类型的法理彼此密切相关而又层次不同。<sup>③</sup>也有学者认为，法理存在于法律明文、法律基础和法律之上，法律明文中的法理指直接存在于制定法中的法律原则，法律基础中的法理为立法意旨，而法律之上的法理为法律的效力基础，通常以法理念称之。<sup>④</sup>这种分类主要以法理与民法体系的关系为出发点。

还有诸多观点不再列举。<sup>⑤</sup>人权法不同于具体部门法，相较于其他法律，人权法规范体系更为隐蔽与分散，分析概括人权法法理的层次结构需要通晓人权规范与实在法体系之间的关系。具体来说，人权渗透于实在法体系之中，主要包括公法、私法、公私综合法三大部分，它们赋予人权以规范属性。首先，关于公法与私法的界分主要有利益说、意思说、主体说。<sup>⑥</sup>综合来看，公法关系属于国家管理的范畴，其法律主体至少一方代表公权力机关；私法关系属于公民、法人等平等主体之间的范畴。也就是说，公法涉及公权利，比如宪法权利、刑事上受保护的权力、行政上受保护的权力等。私法涉及市民权利，比如债权、物权、亲属权等。随着社会经济发展，公域

与私域的交互地带越来越多，比如劳动法、社会保障法等，它们涉及公民的劳动权、福利权、社会救助权等。其次，人权融入法律之中，从道德人权转化为法定人权，从而形成人权规范体系。

那么，围绕实在法体系，人权法的法理如何建构？本文拟从具体法理、一般法理、普遍法理三个维度来分析人权法的法理逻辑结构。在论证结构上，第一部分讨论人权规范融入宪法及各部门法的具体法理。一方面，生存权、发展权、财产权、公民权、自由权等需要在宪法和具体部门法中落实与体现，比如，民法对公民产权的保护，也是保护作为人权的财产权利；刑事诉讼法对被追诉人辩护权的保护亦是保护作为人权的自由权。另一方面，具体法理也可以直接从法律明文规定中推导出来，也就是“条理”“是理”“器理”，<sup>⑦</sup>其抽象程度较低。第二部分讨论人权法的一般法理。在具体法理之上的一般法理以整个实然法体系为基准，重在揭示人权规范体系的一般性原理，而一般性原理需要在立法的一般性原则层面上提炼。立法原则有时明定于条文中，如刑法中的罪刑法定原则；有时虽未明文规定，但仍作为法律实际适用的原则规范，如民法中的契约自由原则。本文认为，防御权模式与合作权模式是人权在规范语境下两种最典型的运行样态，处理好防御权与合作权的微妙关系能够促进法定人权不断转化为实有人权。此两种模式充分揭示了人权规范体系的背后机理，所以，本文将其提炼为人权法的一般法理。第三部分讨论人权法的普遍法理。按逻辑层次，普遍法理高于具体法理和一般法理。法理是实在法条文的价值基础，<sup>⑧</sup>人权法法理必然要回应人权法的道德基础，即“人之尊严”。

### 一、人权法的具体法理

人权与公法、私法和公私综合法的互构体现为：由生存权、发展权、财产权、公民权、自由权等构成的基本人权体系融入实定法体系，下文以列表的方式具体论证。

#### (一)人权融入公法之具体法理

具体权利 类权 参见法律条文 法理阐释

选举权和被选举权 公民权 《宪法》第三十四条：“中华人民共和国年满十八周岁的公民，不分民族、种族、性别……都有选举权和被选举权。”每个成年公民都拥有选举和被选举的权利。

信仰自由权 自由权 《宪法》第三十六条：“中华人民共和国公民有宗教信仰自由。”任何人在信仰上都是自由的。

辩护权 自由权 《刑事诉讼法》第十四条：“……应当保障犯罪嫌疑人、被告人和其他诉讼参与人依法享有的辩护权和其他诉讼权利。”刑事诉讼应保证被告人充分争辩；裁判者若只听信一面之词，即使裁判正确，也仍是错误的。

通过表1对一些具体权利的梳理，可以看出，公法主要涉及公民的公权利和自由权，公民权的本质是作为政治人的公权利。<sup>⑨</sup>不同于作为自然人、私人的私权利，也就是说，公民权或公权利的核心是政治权利，公民行使公权利可以监督和制约政府权力，推动政府权力的良性运行，从而维护社会整体的安全、秩序，为社会的个体和公众谋福利。<sup>⑩</sup>自由权亦是最重要的人权之一，一方面表现为身体自由，不受非法侵害；另一方面则体现为精神和思想层面的自由。自由权具体表现为选举权与被选举权、批评与监督权、信仰自由权、言论自由权、结社权、游行示威权、辩护权等，刑事诉讼的死刑复核程序也体现出对生命权的保护和尊重等。因此，人权在公法中的具体法理，就是权力必须依正义而行使，而不得高于正义；法律约束国家权力；构建开放、阳光、透明的政府信息公开机制；保护公民的权利乃是政府之天职；放纵恶即是侵犯善；如果出现疑问，就应该优先选择最宽容和仁慈的推定；(11)个人的不便成全了公共利益，而个人损失则由公共利益进行补偿；任何人都不能仅仅因为想犯罪就受到惩罚等。(12)

#### (二)人权融入私法之具体法理

具体权利 类权 参见法律条文 法理阐释

人格权(13) 发展权 《民法总则》第一百零九条：“自然人的人身自由、人格尊严受法律保护。”人格受到尊重乃是个人自由发展之前提。

物权 财产权 《物权法》第四条：“……私人的物权和其他权利人的物权受法律保护，任何单位和个人不得侵犯。”有恒产者有恒心，无恒产者无恒心。

土地承包经营权 财产权 《物权法》第一百二十五条：“土地承包经营权人依法对其承包经营的耕地、林地、草地等享有占有、使用、处分的权利。” 只有确定土地承包经营权的物权性才有利于维护公民的生产积极性。

随着国家减弱对经济和社会领域的控制，侵害人权的主体从公权力变为公权力与私人权力并重。而为了顺应这一变化，2004年，“国家尊重和保障人权”条款正式写入《宪法》，“尊重”与“保障”并重。(14)这就要求，国家要同时履行消极义务和积极义务。尊重是国家的消极义务；促进和提供是国家的积极义务，指国家通过积极行为提供人们获取资源的条件，并增强人们享有这种权利的能力；保护的义务是一种程序上的义务，指国家为人权受到的政府或私人的侵害提供救济。(15)因此，人权在私法上主要表现为财产权、发展权、自由权。财产权是生存权实现的物质条件，这需要保护公民的财产不受私人 and 政府的不法危害；个人发展权的核心内容是个人能力的充分开发与个性的自由发展，包括处事方式的自我选择、人生目标的自我确立、思想创造的不受限制等。(16)发展权的实现需要国家积极创设各种条件，并保护公民人格权不受侵害。故以上作为人权的财产权、发展权、自由权，在私法层面具体转化和表现为产权、土地承包经营权、建设用地使用权、宅基地使用权、地役权、债权、婚姻自由权、继承自由权、著作财产权等具体权利。人权融入私法的具体法理包括：法律倾向于使财产流转而不是积累；对于未出生之人，只要符合其利益，就认为他已经出生；公民不能自由处分自己的财产是不正义的；每个人的住宅都应该成为安全之地；侵犯著作权的应按权利人实际损失予以赔偿；契约因当事人达成合意而具有法律效力；债不受地点限制，不论在什么地方，债务人跑到哪里，债就跟到哪里；(17)一个人不得同时有两个妻子等。(18)

### (三)人权融入公私交叉领域的具体法理

具体权利 类权 参见法律条文 法理阐释

社会保障权 生存权 《社会保险法》第二条：“国家建立各种社会保险制度，保障公民在年老、疾病、工伤、失业、生育等情况下依法从国家和社会获得物质帮助的权利。” 法律必须要保护弱者。

劳动权 生存权、发展权 《劳动法》第二十六条：“……用人单位可以解除劳动合同，但是应当提前三十日以书面形式通知劳动者。” 劳动权是生存权、个人发展权实现的一般手段。

公平交易权 财产权 《消费者权益保护法》第八条：“消费者享有知悉其购买、使用的商品或者接受的服务的真实情况的权利。” 信息对称才能公平交易。

人权融入公私交叉法律体系的主要体现为：生存权、财产权等基本人权具体转化为劳动权、获取物质帮助权、社会保障权、知情权、公平交易权、食品安全权等。生存权的现代内容还包括如下几个方面：我国以解决人民温饱问题作为生存权的首要问题，西方国家则将之转入福利政策；劳动权是实现生存权的一般手段；社会保障是其救济方式。(19)财产权的实现也需要国家积极创设市场条件，故在公私交叉法中，人权法具体法理包括：国家和社会对依靠自身努力难以满足其生存基本需求的公民给予物质帮助和服务；社会救助应公开、公平、公正、及时；劳动者有权拒绝执行有风险的作业；未经专业培训的劳动者不得上岗；非因本人意愿中断就业的可领取失业保险金；经营者应当表明真实名称和标记；公共福利是最高的法律；法律的制定乃是以人民福祉为目的；任何人都不可预料风险事件的发生；人权是弱者的权利，等等。

概念、思想、理论都是概括出来的，没有概括，就没有概念、思想、理论，(20)法理也是概括出来的。就具体法理而言，其抽象程度较低，大都可以从制定法中直观地认识到。这种特性其实和上述各表列举出来的具体权利密切相关，具体权利是基本人权的进一步细分，需要利用法律条文的技术细节转换至可操作的程度。从法理学的特性也可以看出具体法理的重要性，法理学是一门说理性技艺，这不仅表现为与专业法律学者讨论或者辩驳以求真理，更重要的是，也面向社会普通公众，将枯燥乏味的法条、冷冰冰的文字诠释得生动、形象、精炼，让一个普通人能够直观准确地理解法律。具体法理便具有此种功能，当然，本部分的梳理旨在引出一般法理和普遍法理。

## 二、人权法的一般法理

具体法理是在法律的明文规定中总结和提炼的，然而，法理的内在逻辑决定具体法理之上还有一般法理，这就要求澄明各法域的规范来源和规范运行的背后机理。一般法理和具体法理之间的关系是：一般法理是具体法理的抽象与概括，具体法理是围绕一般法理所设定的理论安排。一般法理的提炼旨在整体把握人权实然规范体系的一般原理，揭示出在人权法秩序中具有规律性的一般运行模式。因此，人权法的一般法理需要在法律的一般原则层面加以提炼，也就是说，人权法一般法理蕴藏于各部门法的立法基本原则中。而这些立法基本原则，有时由法律明文表达，有时则未在法条文字上直接体现，尚须类型化的区分处理。

### (一)一般法律原则的类型划分

通过对公法、私法、公私交叉法的界分，我们发现公法中的一般原则主要体现在公权力的正当性，比如罪刑法定、法律保留、比例原则、法律监督、审判公开等。公法主要保护公民的政治权和自由权，这类人权需要国家履行消极义务，而且要限制自身的权力。私法领域集中表现为产权神圣、人格平等、契约自由，表现为自愿、平等、诚实守信、物权法定、物权正义、物权效率等原则，它们更强调对公民生存权、发展权以及财产权的保护。当然，社会法、经济法也在人权实现上发挥着重要作用。需要指出的是，人权的这几项重要权利并不是彼此分立、毫不相关的，而是相互联结。生存权如果不以财产权为基础，就无从谈起；政治权、自由权又必须以生存权、发展权为前提，只有先满足公民温饱、培育精神素质，才能养成良性的公民社会，从而推动政治权利的实现。

第一，人权在公法中的权力制约型原则。公法关注公权力之间、公权力与公民权利之间的关系。这两对核心范畴推动公法的制度变迁，“管理论”“控权论”“平衡论”<sup>(21)</sup>都是为了寻找这二者之间的理想模式，从而更有效地保障公民权利。一般来说，立法机关要承担消极义务，只有通过制定法律的方式，立法机关才可以对公民的基本权利作出限制，而且限制的理由必须是为了防止公共利益受到损害。<sup>(22)</sup>行政机关不得违反法律保留原则，法律必须对行政行为作出明确的规定与授权；也不得违反比例原则，要符合行政行为的适当性、必要性、目的性。司法机关须依法独立行使审判权，严格按照法定程序办事，不得枉法裁判、滥用司法裁量权、违法进行司法强制。

第二，人权在私法中的私权自治型原则。私法的基本理念与价值主要体现为人格平等、产权神圣和契约自由等。人格平等是人类社会对自身构成的理想描述，也是人类作为整体所追求的目标。私法中的人格平等体现为主体在法律关系中处于同等的地位，享有同等的权利。所有权是所有人对物的占有、使用、收益、处分并排除他人干涉的权利。目前来看，在我国，绝对所有权尚未充分发展，而相对所有权与我国社会本位传统相吻合，并由此获得保持发展的正合法理理由。<sup>(23)</sup>意思自由指个人依其意志自由形成私法上的权利义务，在合同中表现为合同自由，在婚姻中表现为婚姻自由，在遗嘱中表现为遗嘱自由。此为私法中最重要的基本原则，旨在保护个人的自主决定及人格尊严。

第三，人权在公私综合法中的社会保障型原则。公法、私法之外的第三法域，可称之为公私综合法，种类繁多，但在人权法视野下，主要指由劳动法、社会保障法组成的社会法。严格的公私法区分界限并不总是那么清晰，而是各法之间互相掺杂渗透。通常意义上的公私法界分用“交换正义”就可以得到澄清，然而，个人禀赋和社会地位的差异决定了要通过法律照顾弱势群体，在“交换正义”之外还存在“分配正义”。这种法律关系必然要以一个超越平等主体的机关作为先决条件。<sup>(24)</sup>比如，劳动法就属于公私法交叉法，涉及公民的社会救助权、平等就业权、职业选择权等。

### (二)一般法理的两种模式

从一般法理推导来看，人权在公法上的权力制约型原则关涉公权的自身制约问题；人权在私法上的私权自治型原则关注的是私权自由问题，即要求国家公权力不得侵害到私人自由空间；人权在公私交叉法上的社会保障型原则可被视为私权自治的重要补充，在一些特殊情况下，国家公权力得以正当介入私权范围。这便揭示出了人权规范体系的原理，人权规范实际是调整公民与公民、公民与社会、公民与国家之间的关系。在公领域，当国家履行消极义务时，公民与国家之间呈现出一种防御权结构模式。当国家履行积极义务时，公民与国家之间呈现出一

种合作权模式。在私领域，私人履行消极义务时，私人之间也呈现出一种防御权模式；履行积极义务时，呈现出一种合作权模式。而在第三法域，公民的劳动权、福利权、社会救助权则更加强调个人与社会的合作。

提炼出防御权法理模式与合作权法理模式，旨在把握二者交互运行的微妙关系，以促进法定人权不断地转换为实有人权。因此，防御权法理和合作权法理的关系集中体现为个人与个人、个人与社会、个人与国家三对范畴的区别与联系。

第一，个人与个人的关系。防御权模式强调个人的竞争对抗，“适者生存”的逻辑走向极端就演变为社会达尔文主义。而且主体性哲学中的理性主义很大程度上是工具理性(算计能力)，工具理性与人性“幽暗意识”(25)的人类学事实叠加起来，加剧了社会不平等现象。因而在私人关系上，人权实践面临的困境给理论和制度提出了难题。如果用规则来调整、制约，势必侵犯公民的道德自治空间。共时性理论视域下的合作权模式则认为，社会个体除了持有各种异质的主观目的外，总在不同内容、范围和程度上分享着相同或相似的主观目的和利益，这需要经由共同合作来实现。(26)从“人性之善”(27)角度的诠释与阐发，能形成私人的自发合作性。因此，这决定私法的制度选择，首先是合作权，其次是防御权。因此在私法关系中，平等原则、自愿原则、公平原则等可使私人之间平等对待、互相尊重、相互协商、相互建立信任，并使其具有主动、独立、坚韧、宽容、负责任等一系列公民美德。

第二，个人与社会的关系。在防御权模式中，个人与社会形成一种单向度关系，即个人权利优先于社会公共利益，社会集体利益服膺于个人利益，尤其在权益冲突中，个人权益往往具有不可置疑的优位性。这便导致社会利益的实质性空缺，而现代风险社会不只需要交换正义，还需要矫正正义。由此，合作权模式具有重要价值，在合作权模式中，个人与社会不再呈现出对立关系，而是交互关系，个人与社会的良性合作必将实现个人人权与集体人权的有机统合。

第三，个人与国家的关系。国家代表公权力。基于人性恶的前提假设，人性恶的属性必然推导出权力之恶，所以，公法的方法是基于人性恶假设的方法，是这种方法的规则化、系统化衍生的体系。(28)在个人与国家语境中，防御权模式体现的个人主体性就要求限制国家公权力，正所谓“法无授权不可为”。比如，立法机关对公民权利的限制应遵循法律保留的方式，限制理由也仅是为了防止公共利益受到侵害；行政机关不得违反比例原则；司法机关不能枉法裁判和滥用司法裁量权(29)等等。当然，个人与国家之间也不是对抗关系，公民公权力的实现需要国家提供必要的物质条件，私权受到侵害也需要国家予以充分救济。故从国家履行积极义务的角度，还可以阐发出个人与国家的合作性。所以在此种关系下，防御权是人权主体针对国家公权力的否定性权利，是人权的原始形态；合作权则是人权主体配合公权力的肯定性权利，要求国家在履行义务时提供条件，因此是人权的派生形态。(30)

概括来说，防御权法理强调个体之间、个体与社会、个体与国家的对立和排除。合作权法理则强调个体与个体、个体与社会、个体与国家的协商和合作。须指出的是，这并非说两种法理之间存在优劣之分，也绝非认为某一种法理就是济世良方，关键在于如何使法律制度处理好防御权与合作权的辩证关系，从而使法定人权不断地转化为实有人权。

### (三)一般法理的哲学基础

运用哲学的方法就是运用理论思维或逻辑思维的方法，通过高度抽象和概括以穷究事物或问题的根本和底蕴，从而揭示事物的本质和规律。(31)因此，本文力求上升至法哲学高度，来观察和分析防御权法理和合作权法理的解释性理由。

其一，防御权法理与主体性哲学。防御权发端于西方主体性人权思想的建立，主体性哲学形成于近代西方社会，在产生时就表现出与西方传统社会君权、神权和特权的对立。早在古希腊罗马时期，就形成了个人独立、人性平等、权利等观念，(32)这些观念为主体性思想的形成提供了必要的条件。伴随着文艺复兴、启蒙运动的发生，西方形成了大陆唯理主义传统与盎格鲁-撒克逊经验主义传统。大陆唯理主义传统崇尚人的理性认知能力，比如唯理主义的奠基者笛卡尔认为，采取数学方法，讲究论证逻辑并建立形而上学体系就能够把握事物的真理。由此形成了一种“本体—自然”的主客体关系，这是主体性原则的开端。(33)理性主义传统延续至德国形成了莱

布尼茨-沃尔夫学派，其思想发展的必然结果就是不断强调人的理性能力、事物的因果关系。而经验派由培根开创，并经霍布斯、洛克、贝克莱、休谟发扬光大。贝克莱和休谟更把经验论推向极端，走入主观唯心主义，只承认我们在感性中接受的知识。尤其是休谟在与独断论者辩论的过程中，提出了关于因果律的论证。康德对休谟的回应，标志着主体性哲学最终确立，不从理论理性的角度去“发现”自然法，而是从实践理性去“建构”自然法。(34)这就是康德在认识论里的一个“哥白尼式的革命”，他把主体和客体观念作了一个颠倒，不是主体符合客体，而是主体建立起客体，客体符合主体。因此，人具有道德立法的能力，每个人都有内在地要求感性的自我服从理性的自我的权利，把它运用于“外在的自我”，则产生私法意义上的主观权利。(35)再通过社会契约的视角，道德主体以公民身份联结起来而形成一个法律共同体，这便使人具有私人自主和公共自主的双重属性。(36)综合来看，主体性理论倡导个人的自主性，强调个人自由意志的实现，强调主客二元对立的思维方式，强调个人要排除个人、社会和国家等外在因素的干扰。

其二，合作权法理与共识性哲学。主体性导致了自然与精神、感性与知性、知性与理性、理论理性与实践理性、判断力和想象力、自我与非我、有限与无限、知识与信仰等在哲学上的对峙。(37)至后形而上学时代，一切进入反思之流。面对现代性的危机和后现代主义思潮的兴起，哈贝马斯仍然不断强调必须坚持现代性，但重建现代性的策略在于摒弃主体性哲学范式。而主体间性理论的兴起，则是对个人主义、防御主义、对抗主义内在缺陷的弥补。最初，胡塞尔的先验性主体间性理论认为，如果客观世界和复杂性主体是一同被奠基的，那么在最终构造层次上，主体间处于一种本质的相合中。(38)而哈贝马斯却指出了胡塞尔方案的缺陷，认为其没有采取普遍语言学的进路，导致了意识现象学无法实现主体间交流的目的。(39)因而从社会交往来看，人权蕴含在交往行为中，人权在社会中的确立则是交往理性运用的结果。在交往行为中，单个主体与其他主体相互协调，主体间性、共识性代替了主体性，从而“克服了主体与客体、主观与客观的两难”。(40)在交往行为中，不再以目的理性作为根本出发点，人们的主观诉求、具体愿望、审美旨趣都在多元的交互关系中得到充分体现。这就是说，私人权利不是一种竞争、敌对关系，而是主体之间在交往互动中得到承认的权利。客观法律秩序就是从这种相互关切、相互尊重的协商过程中演绎出来的。换言之，客观法与主观权利都是“同源地”产生的，它们都源于主体间的彼此协作与沟通、相互承认与关怀。所以，共识性哲学消解了主客体的二元对立关系，倡导主客体之间的沟通与合作。

“从来没有人可以理性地只把事实看作为任何事物给出的理由，必须一直存在一个‘可评价的理由’”。(41)对一般法理进行哲学层面论证的功能即在于此，思考人权法一般法理的哲学基础能够更为深刻地理解繁杂的人权规范体系的构造与逻辑。值得指出的是，寻找法理概念，需要区分描述性法律理论和规范性法律理论。前者试图解释实在法体系是什么，是关于事实的理论；后者则关注法律应该是什么，是关于价值的理论。(42)也就是说，前述关于人权法一般法理的讨论基于实然法体系，是一种对法律一般原理的解释性分析。规范性理论是一种价值性的思考，规范性论证带来的后果是：要么因为深入证明而使应然价值得以巩固和加强，要么认识到应然价值与事实存在距离。(43)但无论如何，以上两种情况对于人权法体系都是好的，而第三部分关于人权法普遍法理的论述正是对此进行的探讨。

### 三、人权法的普遍法理

按人权法法理的逻辑层次，普遍法理超越具体法理、一般法理而形成具有最高维度、最根本性的法理。具体法理由条文析出，一般法理是以整个实定法为对象而阐明其背后的理论基础。一般法理所提炼出来的防御权模式与合作权模式，旨在把握二者关系，从而使法定人权不断转化为实有人权。究其根源，基本人权体系实际上全都指向“人的尊严”。因此，普遍法理揭示人权法的“法理中的法理”，即作为“法源”和道德人权核心的“人的尊严”的内涵，并诠释这一命题如何作为基础价值原理而支撑人权法律体系的构建。

#### (一)普遍法理之内涵界定

在国际人权公约中，《联合国宪章》在“序言”中提到“重申基本人权、人的尊严和价值”，《世界人权宣言》《经济、社会和文化权利国际公约》《公民权利和政治权利国际公约》在其“序言”中都提及人的“固有尊严”(inherent dignity)。(44)《世界人权宣言》是我国政府认同的人权规范；《公民权利和政治权利国际公

约》是我国签署的国际人权公约，虽然尚未批准，但其体现的人权价值和精神早已融入我国的法治建设进程；

《经济、社会和文化权利国际公约》是我国签署并批准的国际人权公约，在法律上受其约束。上述三个最重要的国际人权文书，作为“国际人权宪章”，构成了国际人权规范体系的框架，其中所体现和倡导的人权共同价值是世界各国、各民族在价值认同方面的最大公约数。换言之，“共同价值”（45）超越了意识形态的对立以及普世主义和特殊主义的对立。（46）在德国宪法视野下，《基本法》第1条第1款规定：“人的尊严不可侵犯，尊重及保护此项尊严为所有国家机关之义务”。德国将人的尊严条款放在宪法的首要位置，强调“人的尊严”是整部《基本法》的基础与核心价值所在。（47）我国《宪法》第38条规定：“中华人民共和国公民的人格尊严不受侵犯。禁止用任何方法对公民进行侮辱、诽谤和诬告陷害。”这里的“人格尊严”可以作双重理解：一方面是狭义的人格权，包括荣誉权、名誉权、姓名权等；另一方面从基础性价值原理看，还可以将其扩大理解为“人的尊严”，即康德“人作为目的而非手段”的命题。人的尊严先于国家存在，根据这一特征足以合理地认为，它已然内化为我国法治体系中不可或缺的价值。（48）上述规范都明文规定了“人的尊严”，使这一抽象概念具备了规范上的效力。但是，作为人权法普遍法理的“人的尊严”还需要从法理学上对其进行追问与反思，首先要问的是，这一概念从何而来？

首先，从宗教学来看，人之尊严具有不可让渡性与人格禀赋性。基督教思想认为，一方面，人之尊严具有先天性和不可让渡性，因为它来源于“神赋”。所以神学经典提及，“在神一切的创造物中，人是彰显神公义、智慧和慈爱的最高贵的杰作”，（49）“尽管人的身体彰显神的荣耀，然而主要彰显神的形象的是人的灵魂”。（50）人便因着上帝赐予的荣耀而获得尊严，并且这种荣耀主要来源于人的灵魂。另一方面，宗教尊严观凸显出个人的人格性。“他要按公义审判世界，按正直判断万民”，（51）这就是说，末日要审判的人，都是作为不可替代、不可混同的个人，其意义在于阐释个体尊严实际涉及的是“人际的水平关系中单个人的价值，而无关于人类‘全体’在于神或此等存在层级之纵向关系中的位置”。（52）人与万物的区别可能已经作为普遍的共识，但个人尊严的证成还须阐明个体价值的独特性与不可替代性，此宗教学意义上的关键一步是人之尊严实际证成的必经过程。

其次，在道德哲学视域下，人之尊严的内涵还在于其不可侵犯性，这种内涵主要来源于理性主义传统。人的尊严基于其自然属性，因而康德提出人权就是任何人仅凭他的人性就应得到的“唯一的”权利，行使权利的自由“能够与任何人根据一个普遍法则的自由共存就是正当的”。（53）意思是说，每个人都先天拥有理性的自主决定能力，理性表现为个体思维的逻辑推理、对行为动机的审慎考虑、对行为结果的充分判断，由自主理性能力驱使行为实践而产生个体的先验自由。假设每个人都是立法者，所谓普遍法则是依靠个体之间理性能力的行使，获得意志的相互承认而产生的法则。可以看出，先验自由必须要求个体践行“自律”，不得越过普遍法则的标准和要求。因此，实践理性的要求是这样的：“你要如此行动，即无论是你的人格中的人性，还是其他任何一个人的人格中的人性，你在任何时候都同时当作目的，绝不仅仅当作手段来使用。”（54）在每个人的普遍立法意志得到相互承认的视角下来划定个人实践自由的绝对界限，任何人都必须尊重他人的意志和尊严，任何人不得将他人支配于自我的意志之下。“自律”概念在康德对“人之尊严不可侵犯”这一命题的诠释路径中占据了重要分量，可以说，高度道德化的自律性是人之尊严的根本。

最后，在社会学看来，人之尊严是一种主观心理感受。尊严并非是先天的，也不是理性的选择，尊严真正来源于人从社会身份中得到的心理体悟。哈贝马斯对康德道德哲学的批评在于，“康德为自己的激进付出了代价，那就是自由意志在超越世界的‘目的王国’（55）中所具有的，是一种无形体的地位”。（56）这就指出了康德尊严观论证过程中的问题，即康德所理解的个人或者说理性存在者是抽象意义上的人，这样所要捍卫的人之尊严的价值也就无处可寻。在社会实际生活中，人之尊严的来源并非如康德所理解的那样，是一种“目的王国”中的无价品，而是他人、群体和社会对个人给予的价值承认和尊重，并由此形成的个人在人们心目中令人尊敬、敬畏的地位或身份。（57）个人是从公民之间的身份认可中获得其自尊和承认的。（58）人的尊严意识诞生伊始，实际就是和社会关系紧密联系在一起，当一个人的社会地位低下时，若他时常被他人羞辱、使唤、扇耳光、恐吓、嫌弃和厌恶，不能作出自主意思决定，我们通常就认为他是没有尊严的。而一个人具有较高社会地位且衣着讲究、品味高洁，我们则认为他是有尊严的。

可见，人之尊严本质上是和他的社会身份联系在一起的。换言之，人们赋予了社会身份以尊严的意义，这种意义是实质性的。任何人无论其出身、相貌和智力如何，只要他能进入某种上流社会或者获取一定的身份地位，就可得到他人的敬重。在此种概念维度下，我们把身份地位置换为公民身份。“公民要作为(法律的)承受者而出现，仅仅是在享受着这些保护他们人的尊严的权利的时候，在他们共同致力于创立和保持一种基于人权的政治秩序的时候”，(59)公民身份在人权法律制度中得到承认，而公民的尊严则在人权法律秩序中得以维护。

综合几种尊严观来看，人之尊严的内涵包括了不可让渡性、人格禀赋性、不可侵犯性、主观心理性。宗教学从先验角度出发，道德哲学从人的自然属性解读，它们更多的是一种抽象的演绎，将尊严归入“彼岸世界”。而社会学则立基于社会实际生活，从社会身份角度加以阐发。由此在普遍交往过程中，“人的尊严”成为法理共识，“尊严”得以实际进入法秩序的运行与构建。

## (二)普遍法理之价值支撑

“人的尊严”命题对于人权体系的作用在于为其提供价值基础。道德人权在主流学界看来，似乎已成为不证自明的理论前提，(60)但近来，该理论假设备受质疑。一个显然的事实是，现在已经有了各类国际人权条约，表面来看，人权在当下得到前所未有的尊重，然而，人权事实却向世人展现出另外一幅图景：“人权修辞术忽视了对于人权本身的理解。”(61)约瑟夫·拉兹对人权概念的批评源于人权异化为话语人权、符号人权，被用于政治需求而导致与个人实际享有毫无关联。这便使拉兹开始反思人权的伦理教义基础，他首先反驳了坚持康德主义传统进路的詹姆斯·格里芬的道德权利说。拉兹认为，传统进路是从与人权实践无关的思考中被提出来的，没有提出有说服力的论据来证明人权实践应该遵循道德权利说。(62)拉兹据此认为，作为政治概念的人权仍然具有足够的理论解释力。卡尔·威尔曼重新捍卫了道德人权观：“拉兹摒弃这种‘人权是人之为而享有的道德权利’的传统道德人权观，所付出的代价未免太大了。”(63)威尔曼的意思是，拉兹的理论局限在于使人权丢失了普遍性的重要特征，丢弃了人权是人之为而享有的权利这一传统人权理论所取得的理论成果。紧接着，威尔曼重回康德哲学进路，试图从道德理性的角度解释人权的规范来源。然而不可避免的问题是，当道德权利在现实中遭受践踏时，道德人权观是否还有说服力？因此，威尔曼把希望寄托在“社会改革者”身上，期待他们来呼吁道德人权，批评不同意识形态下的法律和社会制度。(64)

另外一位批评者采取了与拉兹不同的诠释路径。科斯塔斯·杜兹纳认为，人性是一个模糊的概念，不能作为规范性价值的渊源，理解人权必须将人权视为依赖于他者而存在，人权方能回归至其本来面目而成为后现代的标准。(65)因此，科斯塔斯在后形而上学视域下，对人权的道德基础作了全新的解说：我们无须将应有权利归属于道德理性，要从关系性角度来理解人权。即是说，在诸多权利构造了我的权利和人格之前，就产生了我的义务，产生了尊重他人尊严之要求的根本转向。(66)这便回避了传统人权理论的争论，既维护了道德人权基础，又为人权现实提供了不同的解决思路。在此种学说中，“人的尊严”充当了理论演绎的关键，因为，当自我权利建立在他者权利的基础之上时，这便意味着，他人的权利先于我的权利产生，在我尚未具有人格和权利时，就已经赋予了我必须尊重他人尊严的义务，那么，维护“人的尊严”便构成了权利的基础。

因此，“人的尊严”的不可让渡性、人格禀赋性、不可侵犯性都在关系性视角下得到解释。由此可见，这种理论并没有否决宗教传统、理性主义传统所取得的理论成果，而又在社会关系中补充了主观心理性的特质，使尊严成为人心理可感知的一种内在状态。这就链接了“人的尊严”与人权的关系，无疑使得“尊严”一词成了人权的核心法理。

## (三)普遍法理之规范效力

人的尊严和价值代表了人类思想的现代深度和高度，其规范效力体现在，为人权法律体系的建构提供了预设功能。一方面，处理基本人权在个案具体化过程中发生的冲突。基本人权冲突指数个主体的基本人权相互对立，即一个主体在行使人权时会侵害另一个主体的人权。(67)故产生诸多无解的权利位阶问题。(68)这种无论顾及哪一方都会导致另一方受到损害的两难处境，让案件的审理裁判变得格外艰难。这时就需要诉诸人之尊严的普遍理念，使双方尽量能跨越伦理学事实分歧而确立一种重叠共识。另一方面，人之尊严对于人权法律体系还具有发现功能。比如，在信息化时代，公民数据权的保护不仅具有正当合理性，而且还逐渐成为维护人性尊严的一种世界



性趋势。制度实践对此应作必要的回应，比如建立和完善公民数据所有权制度、隐私权保护制度、知情权保障制度等。(69)又如，生存权不仅关涉“生存”，其内涵还包括公民有尊严生活的权利；这意味着，公民对生活环境有更高的需求和标准，因此，环境权也可能成为新兴人权。

综上所述，人权法有三种法理，即具体法理、一般法理、普遍法理。具体法理来源于法律明文规定，其抽象层次低、可适用性强，与个人具体权利关系紧密。一般法理在于阐明法律机理，即按一般法律原则探求人权法的一般运行模式，防御权法理模式与合作权法理模式的提炼能够较大限度地解释实在法体系的繁芜现象。普遍法理则在法律之上，体现着“正法”思想。(70)世界并非当下现存事物的简单罗列，其实同时包含着“过去”“现在”和“未来”三个维度，现在是过去的未来，也是未来的当下，未来的因素通过“预期”的方式介入到当下世界的建构中。(71)我们从具体规范追问至“人的尊严”层次，旨在从当下的维度反思过去的人权实践，为未来改良人权现实提供新的思路。在这一过程中，人权实践境遇也越来越清晰——人权同时具备了政治属性和法律属性。关于人权的乌托邦构想在社会现实图景中也因无法实现而失去了目标，我们心存疑虑，到底是人享有权利，还是权利塑造了人？如果是权利塑造了人，为何在权利爆炸的时代，人们在权利中收获的快乐却微乎其微？(72)这便导致重回传统人权进路，然而传统进路亦没有提供充分的论据证明道德人权的存在。因此，我们需要超越西方人权标准的理论来重新解释人权概念。这种理论必须跨越普遍主义与文化相对主义的鸿沟，以寻求一种最低限度的共识。

在后形而上学视域下，对笛卡尔、康德以来主体性理论的解构以及从主体性走向主体间性的过程是否已经为我们提供了解决方案？现在仍无法给出答案，关系性人权理论从反思人权现实而来，也必经人权现实检验。有学者提出，法理学思维是一种普遍性思维、一种理想思维、一种求真思维、一种辩证思维、一种综合思维等。(73)笔者认为，还应加上一种反思性思维。这种反思不仅仅来源于纯粹理性的推理和演绎，更重要的还在于从法治实践中反思理论。没有任何一种人为建构的理论是完美无缺的，作为有限理性的人只能从现实生活中不断反思，才能使理论之树常青。就此而言，提出问题，而非提供对策，或是本文的旨趣所在。

非常感谢林栋对本文的学术贡献。

①参见张文显：《法理：法理学的中心主题和法学的共同关注》，《清华法学》2017年第4期，第12页。

②参见注①，第12-22页。

③参见瞿郑龙：《如何理解法理？——法学理论角度的一个分析》，《法制与社会发展》2018年第6期，第60-62页。

④参见黄茂荣：《论民法中的法理》，《北方法学》2018年第3期，第7-8页。

⑤关于法理层次结构的分析，参见郑磊、宋华琳：《“公法中的法理”暨第四届“法理研究行动计划”学术研讨会述评》，《法制与社会发展》2019年第1期。

⑥参见程信和：《公法、私法与经济法》，《中外法学》1997年第1期，第11页。

⑦参见注①，第17页。

⑧参见注④，第7页。

⑨参见郭道晖：《人权的国家保障义务》，《河北法学》2009年第8期，第12页。

⑩参见注⑨。

(11)参见孙笑侠编译：《西方法谚精选——法、权利与司法》，法律出版社2005年版，第80页。

(12)参见注(11)，第49页。

(13)人格权与人权的关系从根本上说是民法与宪法的关系，虽然分属不同法域，但却存在着紧密的双向互动。这表现为：人格权擢升到更高效力层次，具有人权属性；而人权在输送价值的同时，也逐渐渗入其中。参见石佳友：《人权与人格权的关系——从人格权的独立成编出发》，《法学评论》2017年第6期，第99-102页。

(14)参见孙世彦：《论国际人权法下国家的义务》，《法学评论》2001年第2期，第93页。

(15)参见刘志强：《论国家人权义务的证成、类型与转化》，《岳麓法学评论》2017年第1期，第79页。

(16)参见夏清瑕：《个人发展权探究》，《政法论坛》2004年第6期，第174页。

(17) 参见注(11)，第155页。

(18) 参见注(11)，第172页。

(19) 参见徐显明：《生存权论》，《中国社会科学》1992年第5期，第46-47页。

(20) 参见邱本：《如何提炼法理》，《法制与社会发展》2018年第1期，第5页。

(21) 参见罗豪才、宋功德：《行政法的失衡与平衡》，《中国法学》2001年第2期。

(22) 参见张翔：《论基本权利的防御权功能》，《法学家》2005年第2期，第72页。

(23) 参见朱勇：《私法原则与中国民法近代化》，《法学研究》2005年第6期，第150页。

(24) 参见[德]古斯拉夫·拉德布鲁赫：《法哲学》，王朴译，法律出版社2013年版，第144页。

(25) “幽暗意识”一词出自张灏。他以幽暗意识来概括人性中的贪婪、自私、罪恶；他认为，正是西方基督教文明传统对人性幽暗意识的关注构成了西方社会对权力的警觉，从而促进法治文明的演进。参见张灏：《幽暗意识与时代探索》，广东人民出版社2016年版。

(26) 参见熊丙万：《私法的基础：从个人主义走向合作主义》，《中国法学》2014年第3期，第147页。

(27) 参见严存生：《“人性恶”是法律、法治的人性基础吗？》，《河北法学》2014年第3期；郭忠：《论中国传统性善论和法治的兼容性——兼驳“人性恶是法治基础”的观点》，《比较法研究》2016年第2期。

(28) 参见邱本：《论公法的法理》，载《“公法中的法理”暨第四届“法理研究行动计划”学术研讨会论文集》，第1-17页。

(29) 关于国家消极义务的内容，张翔认为无法从正面去说明国家机关的不作为，我们只能从反面，即国家机关对基本权利“侵害”的角度去界定国家机关的具体义务。参见注(22)，第71-72页。

(30) 参见注(15)，第78页。

(31) 参见文正邦：《法哲学研究》，中国人民大学出版社2011年版，第23-25页。

(32) 参见[英]梅因：《古代法》，沈景一译，商务印书馆2011年版，第167页；熊万鹏：《人权的哲学基础》，商务印书馆2013年版，第33页。

(33) 参见[美]梯利：《西方哲学史》，葛力译，商务印书馆2015年版，第316页。

(34) 参见吴彦：《法、自由与强制力——康德法哲学导论》，商务印书馆2016年版，第64页。

(35) 参见严海良：《人权论证范式的变革——从主体性到关系性》，社会科学文献出版社2008年版，第201页。

(36) 参见注(35)。

(37) 参见郑智航：《论法律内在逻辑的基调演变》，吉林大学法学院2010年博士学位论文，第76页。

(38) 参见李云飞：《论胡塞尔的先验主体间性问题的疑难》，《现代哲学》2016年第6期，第78页。

(39) 参见后盾：《如何实现主体间性？——哈贝马斯与卢曼社会理论的分歧》，《社会科学家》2017年第9期，第49页。

(40) 参见高鸿钧：《走向交往理性的政治哲学和法学理论(上)——哈贝马斯的民主法治思想及对中国的借鉴意义》，《政法论坛》2008年第5期，第19页。

(41) [英]约翰·菲尼斯：《法哲学》，尹超译，中国政法大学出版社2017年版，第4页。

(42) 关于描述性法律理论和规范性法律理论的探讨，参见[英]雷蒙德·瓦克斯：《法哲学：价值与事实》，谭宇生译，译林出版社2013年版，第5页。

(43) 参见注(24)，第13页。

(44) 国际人权宪章三份文书中的“inherent dignity”，都是“固有尊严”的意思，虽与本文所表述的“人的尊严”意思有所重合，但也有所不同。本文以为，人的“固有尊严”带有原本主义旨趣。但各国的宗教、制度与文化不同，在时代变迁中，人的“固有尊严”其功能有所分化。因此，本文在解释人的“固有尊严”的时候，参酌文义解释和历史解释，以上述“inherent dignity”产生时的情况为标准。但文义解释和历史解释也

要服从目的性解释和体系解释，为此，对“inherent dignity”，本文更多根据目前各国宪法上的规定，并从宗教、道德伦理、社会学等层面以体系方法解释为“人的尊严”，比“固有尊严”的原意更为妥切。

(45) 参见《习近平谈治国理政》(第二卷)，外文出版社2017年版，第521-526页。

(46) 参见叶险明：《“共同价值”与“中国价值”关系辨析》，《哲学研究》2017年第6期，第3页。

(47) 参见楚晨：《人的尊严的宪法含义——从比较法视角解析》，《成都理工大学学报(社会科学版)》2017年第6期，第4页。

(48) 参见王进文：《“人的尊严”义疏：理论溯源、规范实践与本土化建构》，《中国法律评论》2017年第2期，第102页。

(49) [法]约翰·加尔文：《基督教要义》，钱曜诚译，生活·读书·新知三联书店2010年版，第160页。

(50) 同注(49)，第163、164页。

(51) 《旧约·诗篇9：7》。

(52) [德]尤尔根·哈贝马斯：《人的尊严的观念和现实主义的乌托邦》，鲍永玲译，《哲学分析》2010年第3期，第8页。

(53) [德]康德：《道德形而上学》，李秋玲译，载李秋玲主编：《康德著作全集》(第6卷)，中国人民大学出版社2010年版，第238页。

(54) [德]康德：《道德形而上学的奠基》，李秋玲译，载李秋玲主编：《康德著作全集》(第4卷)，中国人民大学出版社2010年版，第437页。

(55) 所谓目的王国就是指，作为普遍立法者的理性个人，具有分析评判自己行为的能力。当理性人之间形成复杂的交互系统时，就产生了一个王国的概念。因此康德指出，“在目的王国中，一切东西要么有一种价格，要么有一种尊严。有一种价格的东西是，某种别的东西可以作为等价物取而代之；与此相反，超越一切价格、从而不容有等价物的东西，则具有一种尊严”。参见注(54)，第441、443页。

(56) 同注(52)，第9页。

(57) 参见韩跃红、孙书行：《人的尊严和生命的尊严释义》，《哲学研究》2006年第3期，第64页。

(58) 参见注(52)，第9页。

(59) 同注(52)，第7页。

(60) 关于应有人权、法定人权、实有人权的三阶层划分，是国内学界最具原创性和影响力的观点，参见李步云：《论人权的三种存在形态》，《法学研究》1991年第4期。

(61) [英]约瑟夫·拉兹：《人权无需根基》，岳林译，章永乐校，《中外法学》2010年第3期，第367页。

(62) 参见注(61)，第371、372页。

(63) [美]卡尔·威尔曼：《人权的道德维度》，肖君拥译，商务印书馆2018年版，第10页。

(64) 参见注(63)，第14、15页。

(65) 参见[英]科斯塔斯·杜兹纳：《人权的终结》，季乐宇译，《南京大学法律评论》2003年春季号，第21页。

(66) 参见注(65)，第36页。

(67) 参见张翔：《基本权利冲突的规范结构与解决模式》，《法商研究》2006年第4期，第94页。

(68) 参见张平华：《权利位阶论——关于权利冲突化解机制的初步探讨》，《法律科学》2007年第6期，第32-39页。

(69) 参见龚子秋：《公民“数据权”：一项新兴的基本人权》，《江海学刊》2018年第6期，158-160页。

(70) 参见注④，第7-8页。

(71) 参见泮伟江：《超越“错误法社会学”——卢曼法社会学理论的贡献与启示》，《中外法学》2019年第1期。

(72) 参见龚爱林：《人权：何去何从——从〈人权的终结〉谈起》，《湖南社会科学》2003年第2期，第19页。

(73) 参见邱本：《论法理思维的特性》，《理论探索》2019年第1期，第5-17页。

分享到：

转载请注明来源：[中国社会科学网](#)（责编：孙志香）

## 相关文章



## 今日热点

春节童谣中蕴含的民俗传承密码

【时评】“一起向未来”奏响人类最美和弦

【要论】认识党内监督和党外监督的相互关系

“一起向未来”奏响人类共同命运的最美和弦

高中伟：马克思主义中国化新飞跃的鲜明标识

《中国社会科学报》2022年1月24日第2336期

[回到频道首页](#)

值班电话：010-65393398 E-mail: [zgshkxw\\_cssn@163.com](mailto:zgshkxw_cssn@163.com) 京ICP备11013869号

中国社会科学网版权所有，未经书面授权禁止使用

Copyright © 2011-2021 by [www.cssn.cn](http://www.cssn.cn). all rights reserved

