

Globethics Repository

The logo for Globethics, featuring the word "Globethics" in white sans-serif font on a blue rectangular background.

法权的构成及人权的法律保护[The Constitution of Legal Rights and Legal Protection of Human Rights]

This page was generated automatically upon download from the Globethics Repository. More information on Globethics see <https://www.globethics.net>. Data and content policy of Globethics Repository see <https://repository.globethics.net/pages/policy>.

Item Type	Article
Authors	黄, 建武
Publisher	西南政法大学
Rights	With permission of the license/copyright holder
Download date	2026-04-17 04:24:20
Link to Item	http://hdl.handle.net/20.500.12424/187112

黄建武：法权的构成及人权的法律保护

黄建武

摘要：法权不是权利主体单方面的行为自由，而是一种关系，这种关系既涉及与权利对应的义务人及义务，也涉及国家保护及救济的责任。法权有其特殊的构成。法权总是按自己的构成来回应社会的要求，社会的要求如要转化为法权，也必须适应法权的结构特点。在人权的法律保护中，法权正是以其特有结构来回应人权要求的。法权一方面需要以基本人权为自己的内容和自己的正当性根据，另一方面，法权的实现又受到经验领域条件的制约。要能确保人权的实现，法权应当是价值与现实，理性与经验的结合。

关键词：法权；法律权利；人权；权利构成

Abstract: Legal force is by no means ex parte liberty of the user. Rather, it is deemed a relationship that is concerned with both the obligor and obligation opposite to the force and the protection and remedy of the state. Legal force is characterized by its unique structure, on which it responds to the demands of society. And social demands, if required to transform into legal force, must do so in consistence with its structure. It is in the process of human rights protection that one can clearly see how legal force, based on its structure, responds to the demand of human rights. On the one hand, the existence and extension of legal force is justified with human rights, on the other hand, use of the force is constrained by empirical elements. To ensure well protecting human rights, legal force should be held a combination of value and reality, and reason and experience.

Key Words: legal force; legal rights; human rights; structure of rights

导论

在人权研究的进程中，将人权纳入法律保护的范围越来越成了一种当然的要求，由此，法律在获得新的正当性根据和更丰富的社会内容的同时，也正遭遇了一种自身结构适应性与其正当性之间的紧张。法律不确认和表达人权，就将失去自己的正当性根据；法律要确认和表达所有被认为是人权的東西，又有其自身结构的局限性。

人权得到法律的确认，人权就获得了法权(本文所用“法权”一词，是指法律权利，即国家法意义上的权利)的表达形式，并得到法律调整机制的保障，这自然是人权得以实现的最有效途径，但是，法权是有其特别构成形式的，它只能以自身的结构来回应社会的要求；由此，一种以直接社会权利形式(注：直接社会权利指被社会正义观认可的一定自由，这种权利以道德权利或习惯权利的形式存在。启蒙思想家所提到的“天赋人权”的内容，实质就是这种直接社会权利。可参见笔者拙文：法权的形成[J]. 中山大学法律评论. 北京：法律出版社，2000。)表现的人权或者以纯权利主张形式表现的人权，其要得到法律的确认而成为法律上的权利，必然要符合法权构成的特点。比如，作为人权一项内容的生命权在被表达为法律权利时，我们至少会问：它的主体是什么？内容是什么？当我们将生命权界定为人的生命不被任意剥夺时，我们还会进一步要求法律界定什么是“任意”，还会要求法律对生命权的界定能够回答诸如堕胎或安乐死是否为对生命权的侵害等问题。又比如，我们经常提到生存权，如果将其表达为法律权利它的含义又是什么？当我没有饭吃的时候，我是否得据生存权向社会成员或政府要求食品，而谁又有义务满足我的要求？我的疾病严重需要移植器官才能保证我的生存，但我穷得不名一文，生命权是否意味社会或政府必须安排我进行器官移植并支付相关费用？这些问题都涉及到法权的构成。

人权的法律保护，是一个非常复杂的问题，它牵涉法律和社会的多个方面，存在多种因

素的制约。如果从法与社会的关联性角度作一下梳理，大致可分为三个层面的问题：第一，它是一个法律的价值问题，即法律的正当性问题，这一问题研究所解答的是法律的应当；第二，它是一个规范实证的问题，即法权自身结构的问题，这一方面研究所解答的是法律规范层面的可能性；第三，它还是一个经验领域的条件问题，即在我们可感知的经验领域是否存在能够满足法律规范要求的条件，规范的要求是否能够在经验领域实现。这三个层面关联密切。法权应当承接价值上应当的东西，同时它们必须得到经验领域的条件支持，否则权利就无法实现。但是，它们也极有可能是不相应不协调的。价值上应当的东西在规范层面不一定可能构成权利；在价值上和规范构成上能够成立的东西，在经验领域不一定有条件支持。只有三者协调，人权的法律保护才是现实的。因此，对人权法律保护的探讨应当关注到这三个层面，而法权构成的分析，则是一个重要的切入点。

一、法权的构成

关于什么是法权或法律权利历来有着多种多样的解释，而我国学界至今也还没有一致的界定，我国当前的法理学教科书对权利的不同表述正展现了学界在这方面的不同理解。通常，一个学科的主流学说总是在教科书中得到表达的，通过教科书来了解主流观点也就是一条捷径。在此，我们将以孙国华、沈宗灵、张文显三位教授主编的不同版本教材为例来展现这种权利界定的差异，因为这三部教材在全国的影响力是得到公认的。

现代法学 黄建武：法权的构成及人权的法律保护

孙国华、朱景文教授主编的《法理学》(以下称孙本)界定：法律上的权利，是指法律所允许的、权利人为了满足自己的利益而采取的、有其他人的法律义务所保证的法律手段。 [1]沈宗灵教授主编的教材(以下称沈本)认为，权利是指法律规定，享有权利人具有这样或不这样行为，或要求他人这样或不这样行为的能力和资格 [2]。张文显教授主编的教材(以下称张本)提出，权利是规定或隐含在法律规范中、实现于法律关系中的、主体以相对自由的作为或不作为的方式获得利益的一种手段。 [3]

孙本对于法律权利的解释，涉及的因素包括：法律允许，权利人，权利人的手段，权利人利益，他人，他人的法律义务(与权利人权利对应)。

沈本解释涉及的因素包括：法律规定，资格或能力，权利人，权利人行为，他人及被要求行为。

张本的解释涉及的因素包括：法律规范规定，法律关系，主体(从行文的结构看当指权利主体)，相对自由的行为，利益。

可以看到，三个概念的相同之处在于都提到法律规定，权利人或主体；权利人行为(孙本中的采取手段可理解为行为)。不同之处则涉及：权利是手段或资格(这两者是否有区别，或者资格是一种法律手段?)；权利是否包含利益；权利是否包含义务人及对应义务等。从构成角度来看，这些界定的最大区别在于是否从关系上界定，即权利是否包括义务人及相关义务的因素。从这一方面看，孙本的界定可以称为强关系的界定，其界定权利时直接提到义务人的义务保证；沈本的界定可称为弱关系界定，其界定中提到了权利人要求他人作为不作为，可以看作暗含一种关系，但含义非常弱，因为这种表达是从权利人的行为上说的。张本的界定可以称为非关系论，因为在张本的权利界定中只涉及权利主体一方的内容，虽然界定中提到权利通过法律关系实现，但权利的表达中并没有表现出与义务有相关性。当然，张本的定义中提到权利通过法律关系实现是有特别意义的。

在比较三部教材的权利问题讨论时，我们还会发现它们的另一差别：孙本将权利的讨论放在法律关系一章，而沈本和张本都在法律关系之外设专章讨论权利、义务，而在法律关系部分则不再讨论这一问题。如果我们将教材的章节看作是问题讨论的理论背景（论域或语境），这种结构则会让读者感到，孙本是将权利（包括义务）看作是法律关系中的部分（范畴），而沈本和张本则是将权利义务看作是法律的基本范畴。这两者的差别，我们可以通过一个这样的问题使其明朗化：法律关系中的权利与法律规范中的权利有区别吗？答案应当是肯定的。前者是具体的权利，是主体的权利；后者是抽象的权利，是规范中的权利。（注：按黑格尔的解释，法律是对法（权）的表达，因此，法权在法律中是抽象的和一般的。参见黑格尔关于抽象法的叙述，以及关于法（权）和法律的论述。黑格尔·法哲学原理 [M]·范扬，张企泰，译。北京：商务印书馆，1961：47；218-224）在过去受欧洲文献影响的著作中，前者被称为主观（主体）权利，后者称为客观法。

当然，三部教材可能并不存在上述认识上的差别，只是为了讨论方便而在章节中作了不同安排。但是，理解这两种权利的差别非常重要，因为法律上的权利主要涉及立法问题，法律关系中的权利主要涉及法律实现的问题。虽然它们有着非常紧密的联系，但它们是法律活动的不同阶段，它们对其它法律手段和条件的配合有不同要求，比如法律关系中的具体权利除法律规定外，还可能产生于约定，而法律规范中的权利则不是这样。在人权法律化过程中，最重要的是将人权转化为法律规范中的权利，只有转化为法律规范中的权利，人权才可能通过法律关系去实现。

法权或法律权利的概念，不仅仅是法律思维的工具，它体现了权利研究的方法和结果，因此对于理解和确定各种权利要求，对于权利的制度表达，都有着重要的方法论的指导意义。不同的法律权利概念，其指导作用是不相同的。

笔者强调学界关于权利的界定是否存在关系内容方面的区别，是因为笔者认为，从关系角度界定权利具有特别的科学意义。它可以告诉立法者，在法权设定时必须考虑到对应的义务及相关因素的规范法学的代表人物凯尔森也主张从关系角度来理解权利。他在《法与国家的一般理论》一书中有一章专门讨论法律权利问题。他写道：如果权利是法律权利的话，它就必然是对某个别人行为、对别人在法律上负有义务的那种行为的权利。法律权利预定了某个别人的法律义务。 [6] 权利的内容最终就是某个别人义务的履行。 [6]84-85他提出，在实证法的领域，法律权利就是一种法律上的关系。如果法律秩序决定某人负有义务的行为，它就同时决定了另一个人的行为，通常就称之为这另一个人具有这种行为的权利。在这一意义上，每个权利相当于每个义务。这种意义上的“权利”不过是义务的关联。 [6]8 凯尔森还说到，这种关联性、相对性的观点，也正是奥斯丁的观点。他同时提到，在超越与义务的关联性谈权利时，是就法律权利这个用语的狭义的技术意义而论的 [6]87

美国法社会学家弗里德曼也主张从关系的角度来理解法律权利，但他认为法律权利除了像一些法学家理解的是权利人与义务人的双方关系外，主要是权利主体与国家的关系，权利是对国家的要求，国家有责任保护和促进权利持有人的利益。（注：参见：弗里德曼·法律制度 [M]·李琼英，林欣，译。北京：中国政法大学出版社，1994：266-267.）

应当说，从关系方面界定权利是许多学者的观点（注：林喆在其研究中提到，无论是霍布斯、卢梭、康德，还是黑格尔，他们在谈论权利时，都没有将其内涵看作仅仅是涉及个人的行为，他们无一例外地都注意到了除个人之外其他人的存在。林喆·黑格尔的法权哲学 [M]·上海：复旦大学出版社，1999：283.），一些学者从这一角度出发进一步展开了对权利构成的探讨。比如，英国学者怀特（Alan R. White）提出权利是关系，不同权利意味着不同的关系，他写道：一个人接受的权利（right to receive）将要求其他人的协助并包含

虽不一定，我将认为，逻辑地暗含 义务、责任，和基于这些对帮助的主张；另一方面，一个人行为的权利 (right to act) 则要求保护和包含其他人不要干预的义务和责任 [7]。美国北卡罗莱纳大学法哲学教授朴斯蒂玛 (Gerald J. Postema) 提出，一个权利是一种在权利的持有者 (J) 和应答者 (K) 及对象 (X) 之间的特定的规范性关系 (或一组这样的关系)。 [5]448 并进一步提出权利的 E-R 结构，即权利的 行使-尊重结构 (exercise-respect structure)，认为这种结构决定了权利持有者可以或被授权去做什么及与他人的关联，决定了权利由持有者如何行使和将被他人尊重 [5]451。

更具启发意义的是美国学者格维尔茨在人权的研究中进一步展开了这种关系结构并概括了权利的构成因素。他提出，人权是主张权，它产生了其他人或集团的关联义务。主张权的公式为：A 由于 Y 而对 B 有 X 的权利。由此，权利有 5 个构成要素：(1) 权利主体 (A)；(2) 权利的性质；(3) 权利的客体 (X)；(4) 权利的回答人 (B)；(5) 权利的论证基础或根据 (Y) [8]。还有一些作者也提出了关于权利构成的观点，都各有千秋。(注：比如美国学者霍菲尔德提出权利构成包括 4 个要素：法定自由、法定要求、法定权力、法定豁免。中国学者夏勇提出，权利构成包括 5 个要素：利益、主张、资格、权威、自由，参见：夏勇．人权概念起源 [M]．北京：中国政法大学出版社，1992：42-45.)

从关系构成和法权的特征来看，本文以为，A 由于 Y 而对 B 有 X 的权利 的权利表达公式是可取的，它比较简洁地展示权利作为一种关系的状况。但是，法权的构成则更为复杂，从关系的完整性来看，其因素应当包括：(1) 权利主体；(2) 权利的内容；(3) 权利客体；(4) 权利依据；(5) 法的强制力；(6) 义务人；(7) 义务人的义务。这 7 个要素对于法权构成来说各有意义，少了其中任何一个即无法权之存在。

(1) 权利主体 本因素所说明的是权利是谁的权利。比如人、人的胚胎、人群组织、自然界的生命和非生命体等，孰能持有权利。任何权利都是一定主体的权利，无主体即不存在权利。

(2) 权利的内容 权利的内容是指一定的自由，权利在实质上是自由，是意志行为的自由。包括免受干预的消极自由和去做什么的积极自由。对自由的肯定是对主体根本的肯定。

(3) 权利客体 这是指权利的内容 (自由) 指向的对象，如物和非物质财富。

(4) 权利依据 任何自由，如果被称为权利的话，则一定有其依据。自由只是事实，只有具有合理性依据才能被认可为权利。比如康德说权利的根据是，一个人的行为根据普遍的法则能够与所有人的自由相协调 [4]42。法律权利的依据，按通常的说法就是法律。这里有两个层次的问题值得说明：在法律关系层次，主体法律权利的依据当然是法律，但是，在法律规范层面，一项法律规范上的权利的依据则不是法律，即一项直接社会权利或主张要被确认为法权，除一般制度性依据外，其主要依据是法理，即法理证明应当如此。对于法律规范上的权利来说，法律 是这种权利的属性而不是根据，比如，要将人们生命权主张规定为法律权利，其根据是法理；而在生命权成为法律权利后，法律 则是生命权的法律属性 (区别于习惯权利、道德权利的属性)。而在具体法律关系中，主体生命权的根据就是法律。法律关系中主体权利的根据就是法律规定，这已是充足理由，尽管可能在具体情况中合法不合理；而一项要求要被设定为法律权利，则必须有法理依据，但不存在直接的法律规定 (如果有法律规定则已是法律权利)。

(5) 法的强制力 权利是含有强制力的，否则权利仅仅是一种要求、主张或愿望。在习惯

性权利或直接社会权利中，强制来源于人们对权利普遍认可，如果侵害权利，会遭到人们不同形式的排斥。康德在论述物权时也谈到这种情况，他认为物权是一种反对所有占有者占有它的权利。但是，占有的个人意志不能给他人强加责任，因此，经验的占有还不是一种权利，只有基于一种观念的共识，一种普遍观念的认同，这种个别的占有才有一般性的特征，才具有排他性，也才是一种权利 [4]75-79 正如他说，严格的权利也可以表示为这样一种可能性：根据普遍的法则，普遍的相互的强制，能够与所有人的自由相协调。 [4]42法权具有法律的特点，因此法权具有的强制是法律的强制即国家强制。孙国华教授曾论证法是力与理的结合 [1]41-43，这种观点在此也能证明法权是有理之根据并有国家强制力保证的。法权的强制力这一因素最重要的意义是说明了国家的责任，即当一种权利主张被国家立法确认为法权时，就意味国家担负了运用强制力保证其实现的责任。立法不仅仅是对人们某项权利的宣告，也同时是对国家担负相关救济责任的宣告。当该项权利受到侵害时，国家必须提供救济。有权利必有救济，无救济即无权利，这一法谚的关键意义正在于此。

(6)义务人 法权是权利人与义务人的关系，是权利人的自由与义务人义务的关系。因此法权必须包含义务人这一因素，它意味针对权利人的自由，谁负有义务。

(7)义务人的义务 这一因素进一步界定了权利的内容，构成了权利人自由的保证，使权利人的自由真正成为权利。在法权的构成中，没有这一因素也是不行的。因为规范对权利人自由的单方面表达还不足以界定权利，即权利仍是不清晰的，只有通过义务的表达，才使权利界定出来。比如，规定公民有权向政府提出批评、意见、建议、控告、申诉等，如果义务的表达是不得干涉、压制，那么政府完全可以对这些东西置之不理，而公民只要提出了批评意见等，其权利当然被视为实现了；如果义务的规定是政府必须受理、回复，那么权利人的权利又是另一种情况。再试想，如果在债权的规定中，只规定债权人有权要求债务人履行债务，而不规定债务人应当履行债务或只规定债务人不能压制债权人要求，这样的债权将会是怎样？

强调这些要素的有机结合构成了法权，这看来似乎有些权利义务不分了。其实，从结构上说这两者是不可分的，权利是一种关系，义务也是一种关系。当我们说权利时，我们是从一个方面来谈一种关系，当我们说义务时，我们是从另一方面来谈同一个关系。这正如我们前面曾引凯尔森所说的：每个权利相当于每个义务。这种意义上的权利不过是义务的关联。这里同时必须提到，权利的构成不等同于法条，一项权利通常不能在一个法条中得到完全的规定，而是分别表达在数个不同的法条中。

这样认识权利对于立法来说是非常重要的。如果要用法律确认人权、保障人权，就必须遵循这种结构的要求操作。只有按这种结构确认的权利，才可能真正转化为法律关系并得到实现。

二、人权与法权 法律之 应然

在法治的讨论中，人们共同赞成的就是良法之治，而良法的一个标准就是确认人权。因此，人权是法律应然之内容，法权的根本内容应当是人权的法律化。对此，国内外许多学者都有论述。

当把人权与法权的根本内容以及法律的善恶性质联系起来时，人们就不能不追溯人权自身的问题了。这里的问题涉及什么是人权，人权有哪些，是否所有的人权都应当和能够得到法律的表达或确认？只有了解了这些，我们才能了解法律之 应当，才能了解一项人权要求

何以 (而不是由于 人权 这一术语本身) 能够成为法权的根据。

人权定义本是一个争议颇多的问题，这里我们引用美国学者罗森鲍姆所说的多数学者的观点作一些讨论。罗氏在他的《人权哲学的导言》中写道：在人权概念上，21世纪人权哲学的学者们尽管观点有所不同，但大部分哲学家对某些他们认为是人权的基本问题却有一致的看法。提倡这些问题的人坚持：人权是我们大家作为人 (person)，仅因为我们是同其他相似的人生活在一起的人 (human beings) 才具有的某种东西。 [8]46这种“因人而具有”的主张，排除了不同的人在人权上的差异性和历史性，只因是人，皆有人权。对于这种绝对普适的人权概念，宪法和人权学者亚煦盖 (Yash Ghai) 评论道：它“基于这样的观念：A存在一种普遍的人的本性 (human nature)；B这种人的本性是可知的；C它是由理性可知的；D人的本性在本质上不同于其他实体。 [9]

但是，这种普适性的概念能说明什么是人权吗，比如，平等？人权学者都承认平等是一项重要的人权，但要证明这项人权是因人之属性而具有则是困难的。一些学者主张人生而平等，因此平等是一项人权。但其实，人生而平等只是一种假定而不是事实，在事实上，人生来就有差别，比如先天智力高低，性别、体力差别等。即便是人生来是平等的，但至多也只是事实。法学家们都清楚，事实不等于权利。如果事实能直接等同于权利的话，那么特权倒成天然权利了，因为人生而不平等则是事实。

因此，普适性的人权概念受到相对主义的挑战，亚煦盖在他的文章中描述了这种冲突：相对主义者挑战普遍主义的基础是挑战一些这样的假定。普遍主义的反对者承认权利从人的本性中抽出，但声称人的本性并不是绝对的，因为人们被与他们相关的其他人的关系所限定，并作为有相似观念的人的社会的一部分。一个人并不会高于或分离于社会。由于社会在文化上是不相同的，对于他们所产生的文化背景来说评价是相对的，一个社会或文化不能基于他们之外的价值来评价。通常被断言在这场争论中的普遍主义是西方人，而相对主义者是东方人。 [9]1098其实，英国人权学者米尔恩在谈到联合国《人权宣言》内容时，也明确提出：这一标准是由体现了自由民主工业社会的价值观和制度的各种权利构成的。但是，人类的大多数并不生活在这样的社会里，并且从来都没有生活在这样的社会里。在可以预见的将来，他们也不可能做到这一点。 [10]

人权确实与社会的文化和价值相关，一种事实，一种主张或要求，要能成为权利，必定要得到这个社会的价值观认可，但是，这并不意味着在多元文化、多元价值的背景之下不能产生共同的认识。我们应当看到，文化上的差异是存在的，但文化上一定程度的共性和价值上一定程度的共识也是存在的。其产生的根据就是在差异与矛盾的另一面，各民族在政治、经济、文化领域越来越多的交往和合作，在此基础上，不同文化互相影响并出现一定程度的互相吸收与融合。米尔恩在谈到文化差异时他也提出了最低人权标准：生命权，要求正义权，受帮助权，自由权，被诚实对待权，被尊重权，儿童受照顾权等 [10]233-262。这些标准在当今的各民族文化中是能够得到认同的，但这并不来源于抽象的人性或抽象理性，应当说，这既是各民族物质和精神文明发展到一定程度的结果，也是各民族文化交流和相互影响的结果。

《世界人权宣言》的内容得以形成，其实也是一个例证。各国在利益、文化差异的背景下，有冲突也有妥协，最后的文本能够形成，不能说只是西方国家强势压迫的结果，应当说是一种大致的文化共识。比如，在第一条的讨论中，由于哲学和宗教上的不同见解，起草者最后避开了有争议的人权源于上帝或自然的说法，经过反复讨论和选择，最后形成并由人权委员会以 12票赞成、0票反对、5票弃权通过了“人人生而自由，在尊严和权利上一律平等。他们在本性上赋有理性和良心，并且应当彼此待如兄弟关系”的法条草案。而条文中的“良心”一词，是由中国代表张彭春提议加上的，这是儒家伦理重要观念的西文表达。最后在联合国大会第三委员会 58个成员国代表的审议中，又发生激烈争论，主要围绕“生而自由”和“本性”的表达，最后以多数票通过的条文为：“人人生而自由，在尊严和权利上一律平

等。他们赋有理性和良心，并应以兄弟关系的精神相对待。 [11]

由此可以看到，尽管人们对于人权定义、人权来源等哲学 (或法哲学) 问题存在争议，但是并不妨碍人们在人应当有哪些权利方面能够形成共识。这些共识也就是法权主张之根据，是法律 应当 之根据。

但是，在这种共识中的各类人权 (人权目录)，并不必然都能由法权来表达或确认，因为从法权构成上说，并不是所有被称为人权的内容都能够符合法权构成要求的。法权的构成需要满足前述 7 个构成因素的要求，缺少任何一个，都不能说是真正意义上的法权。比如，前面提到的生命权、生存权，如果不从法权 7 个要素上进行界定，这些权利在法律上就是不确定的，在法律上不确定的当然不能说是法权。其他类别的人权如受教育权、健康权等也是这样。笔者曾在一次法理学年会上对 西部发展权 的提法和主张提出否定意见，其中一个方面就是认为在权利构成上这种主张不能成立，因为西部是我国的一个地理概念，它不具法权主体特征，同时所谓西部发展权对应的义务主体和义务内容也是不清晰和难以确定的。当然，如果从国家发展政策上说优先或倾斜某部分这并无问题，因为不具有严格规范性特征的政策确定的是工作方向而不是法权。

三、人权与法权 经验领域之 能够

在人权讨论中，人们多从 人应当有 的角度进行，并通常认为这是理性的证明或思考。虽然文化的差异和冲突使 人应当有 的主张同样地体现了这些差异和冲突，但每一种文化对 人应当有 都有自己的理解和自己的 理性 ，而世界人权文献的形成，似乎也证明这是人类 理性 的结果。

理性在价值和逻辑上证明了 人应当有 的东西，证明了法律的 应当 ，并不等于经验领域中必然有充分的条件保证这些 应当 成为现实。理性的光芒虽照亮了我们前进的方向，但它并没有为我们铺下一条通向目标的坦途，我们不得不在经验领域的崎岖道路上行走，我们不能不为适应道路的泥泞和荆棘而准备行装和迈出相应步态。在用法律来确认和保障人权时，我们需要考虑法权的构成因素，使权利的规定符合这种构成的要求，但是，这些构成因素实际上是受到经验领域的条件制约的，这些条件存在于我们感官感觉的领域，而不是存在于我们的思维领域，我们不能对它们视而不见，而是必须感知它、适应它。

霍姆斯在他的《普通法》中有一段后来常被作为名言引用的话： 法律的生命不是逻辑的：它是经验的。 一些人把它误读为要求法律工作者积累司法经验。其实，作者的意思指的是，法律来源于经验领域中各种条件及要求。他在后面进一步说到， 法律包含着一个民族经许多世纪发展而来的故事，它是不能像包含着公理和推论的数学书那样被处理的。

法律永远是一头从生活中吸收新的原则，另一头从历史中保留旧原则。 [12]按霍姆斯的观点，法律过去不是公理推导的结果，将来也不会是，它只会来源于社会现实。

其实，马克思更早论述了法权受制于社会的经济文化条件的问题。特别在 1875 年，针对《哥达纲领》(德国工人党纲领) 劳动所得应当不折不扣和按照平等的权利属于社会一切成员的提法，马克思指出，如果是属于一切成员 (包括不劳动者)，那么劳动者所得就不会是不折不扣的劳动所得；如果只属于劳动者，那么一切社会成员的平等权利又不存在。所以，在共产主义的第一阶段，这种平等权利只能是劳动者平等按照一个标准 劳动 来计所得的权利，这还是被限制在资产阶级的框框里的平等权利，因为如果一个劳动者子女多另一个劳动者子女少，每个人的实际财富就不一样。但是，在共产主义第一阶段这种弊病是无法

避免的。权利决不能超出社会的经济结构以及由经济结构制约的社会文化的发展。只有到了生产力高度发展，财富的源泉充分涌流之后，才能实行各尽所能，按需分配。（注：见：马克思恩格斯选集：3卷 [G]北京：人民出版社，1995：198-306.）不能放弃方向，但在现实条件下权利安排应当作出适宜的选择，这是我们看到马克思在当时的主张和态度。

人们的愿望，人们的追求会有相同，但在满足这种愿望的经验领域的条件方面，每个国家、每个民族，因其自然条件、生产发展等状况的不同而会有所不同，因此对权利的法律安排必然会有所不同。比如，《经社文公约》第1条规定 本公约缔约各国承认人人有权为他和家庭获得相当的生活水准，包括足够的食物、衣着和住房，并能不断改进生活条件。这种关于权利的规定是原则的，它的内容更多表达的是共同的愿望和要求，是一种权利确认的方向，但还不能说是权利本身，因为，尽管在义务方面公约规定了 各缔约国将采取适当的步骤保证实现这一权利，但从权利构成要素上说它仍不完整，权利人是难以主张这种权利的。因此，这种要求在各国的法律确认，会受到不同经验条件的制约。在美国可能规定为最低工资额、失业救济、最低生活保障（含有对生理、心理和社会发展因素条件的考虑），但是在非洲一些国家则只能规定为每天多少卡路里的食物和多少毫升的清洁水，而中国则会有不同于美国也不同于非洲国家的规定。义务教育及其他权利的规定也是如此。

法律权利的安排，既要考虑到价值合理性，又必须考虑到现实的可行性。没有前者，法律权利就没有正当性根据；没有后者，法律权利的规定就可能是空头支票。如果理性上应当而经验条件又可能，但法律不作规定或确认，那就是立法出了问题。如果法律规定那些理性上应当而实际上没有条件保证的权利，或者不考虑正当性根据来设置权利，则立法同样是出了问题。法权应当是价值合理性与现实可能性的结合，是理性的应当与经验领域的可能的结合。法权的规范实证层面的构成，联系着价值与现实、理性与经验，法律对人权的保障，只有在这两个方面能够结合，也才是可能的。

参考文献：

- [1] 孙国华，朱景文．法理学 [M]．北京：中国人民大学出版社，2004：385.
- [2] 沈宗灵．法理学 [M]．北京：北京大学出版社，2000：117.
- [3] 张文显．法理学：2版．[M]．北京：高等教育出版社，2003：109.
- [4] 康德．法的形而上学原理——权利的科学 [M]．沈叔平，译．北京：商务印书馆，1991：39-40.
- [5] Gerald J. Postema, The Concept of Rights, in Conrad Johnson ed., Philosophy of Law, Macmillan Publishing Company, 1993: 450.
- [6] 凯尔森．法与国家的一般理论 [M]．沈宗灵，译．北京：中国大百科全书出版社，1996：84-87.
- [7] Alan R. White, Right, Oxford University Press, 1984: 17.
- [8] 沈宗灵，周楠森．西方人权学说：下册 [G]．成都：四川人民出版社，1994：116-117.
- [9] Yash Ghai, Universal Rights and Cultural Pluralism: Universalism and Relativism: Human Rights as a Framework for Negotiating Interethnic Claims, 21 Cardozo L. Rev. 1097 (2000).
- [10] A.J.M.米尔恩．人权哲学 [M]．王先恒，施青林，等，译．北京：东方出版社，1991：4.
- [11] 格德门德尔 阿尔弗雷德松，阿斯布佐恩 艾德．世界人权宣言：努力实现共同标准 [M]．中国人权研究会，译．成都：四川人民出版社，2000：16-20；41-65.
- [12] Stephen B. Presser and Jamil S. Zainaldin, Law and Jurisprudence in American History, forth edition, West Publishing Co, 2000: 740-748.

来源：《现代法学》

/