

新兴权利间接入法方式的类型化分析

王庆廷

【摘要】就新兴权利的入法方式而言,既有直接入法,即在法律中直接赋予权利名号并表达相应权利内容,也有间接入法,即在法律中并不赋予权利名号但仍体现一定权利内容。相比于直接入法的简单化,新兴权利的间接入法呈现出复杂化样貌,大致可以分为三类:一是通过法律义务的反射间接入法,主要适用于自然体的新兴权利、个性自由类新兴权利、成长中的新兴权利、极易滥用且容易失衡的新兴权利等情形;二是通过国家职权的映射间接入法,主要适用于社会权类新兴权利、不宜提倡的个性自由类新兴权利等情形;三是通过一般条款的涵摄间接入法,主要适用于一些零散、琐碎的新兴权利。在新兴权利的立法进程中,依循温和的实用主义进路,优先选择适宜的间接入法方式,不失为一种更为理性的态度。

【关键词】新兴权利;法律义务;国家职权;一般条款;实用主义

【作者简介】王庆廷,上海对外经贸大学法学院讲师。

【原文出处】《法商研究》(武汉),2020.5.117~129

【基金项目】国家社会科学基金项目(19BFX185)。

一、引言:认真对待新兴权利的入法方式

新兴权利的理论证成是一回事,新兴权利的立法表达是另一回事。然而在既有研究中,新兴权利的入法方式问题要么被人为忽视:多数研究热衷于理论证成而淡漠于制度建构,似乎理论证成以后,入法问题就会水到渠成,不必耗费笔墨;要么被粗疏对待:少数研究虽然对于入法问题有所涉及,但也都都是想当然的方案预设或简单化的技术处理——让新兴权利名正言顺、大张旗鼓地进入立法条文。其实,新兴权利的入法问题远不止于字面上进入法律条文这般简单,背后牵动的乃是对新兴权利的体系化思考、多元间平衡与科学性表达,需要认真对待。

新兴权利的入法方式,或曰立法表达,系指某一新兴权利以何种方式(或形态)存在于法律之中。依是否具有明确的权利外观,大致可以将新兴权利的入法方式分为两大类。(1)直接入法,即新兴权利在法律之中名实兼备,既有权利之名(形式),也有权利

之实(内容)。其中,权利之名的立法形态有三种典型情形:一是“XX权”,二是“有XX的权利”,三是“有权XX”。权利之实的立法形态有两种典型情形:一是名实合一,即前述“XX”示意的核心内容,不作额外的具体解释;二是名实分离,即在权利之名后还予以专门的具体解释。以“隐私权”为例,2009年《中华人民共和国侵权责任法》首次予以明确正名且采取名实合一的立法形态,其中第2条规定:“本法所称民事权益,包括……隐私权……等人身、财产权益”。2020年《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)则采取了名实分离的立法形态,其中第1032条规定:“自然人享有隐私权……隐私是自然人的私人生活安宁和不愿为他人知晓的私密空间、私密活动、私密信息”。(2)间接入法,即新兴权利在法律之中无名有实,虽无权利之名(形式),但有权利之实(内容)。间接入法的立法形态比较复杂,其中权利内容的体现程度也有显性、中性与隐性的差别,有的可以通过法律

条款的字面意思直接推断出权利内容,有的则需要运用法律解释、法律推理、法的续造等意思转译技术将权利内容予以间接呈现。以“个人信息权”为例,2016年《中华人民共和国网络安全法》第41条规定:“网络运营者收集、使用个人信息,应当遵循合法、正当、必要的原则……不得违反法律、行政法规的规定和双方的约定收集、使用个人信息”。此处虽然没有出现明确的“个人信息权”字眼,但仍可从中推断出面对网络运营者收集、使用个人信息时,个人有知情、协商、自决、拒绝等权利内容。其中,根据前述“不得”条款可以直接推断出相应权利内容,而根据前述“原则”条款确定权利内容时则需要结合具体情境进行具体分析。

两类入法方式各有特点、互有侧重,除了前述表现形式的差异外,大致还有如下区别:(1)保障范围。将某一新兴权利冠以“权利”之名,其间蕴含复杂的含义:首先,任何权利均由多元要素构成,可以分解为利益、主张、资格、权能、自由等若干要素。^①其次,任何权利均以集群形式存在,可以细化为自由权、请求权、胜诉权等若干类别。以此观之,直接入法蕴含了全面的权利要素,涵盖了系统的权利集群,可以提供全面而系统的保障。间接入法往往只涉及权利要素的某一方面,或权利集群的某一类别,保障范围显得较为片面和零散。(2)国家态度。直接入法体现了国家明确而坚定的积极态度,间接入法则体现了国家模糊而摇摆的消极态度。以“安宁死亡权”为例,荷兰采取直接入法的方式,专门颁布《应求终止生命与协助自杀(审核程序)法》,对于医生的协助自杀行为,明确免于刑事责任。德国却采用间接入法方式:只在判例而非立法中认可“安宁死亡权”,既缺乏法定约束力,又与《德国刑法典》中的受嘱托杀人罪存在冲突。^②(3)权利对象。一般而言,直接入法的方式适用于成熟的、重要的、急迫的新兴权利,间接入法的方式适用于青涩的、次要的、舒缓的权利。以“土地承包经营权”为例,其就经历了一个全面禁止、有限开禁、逐步规范、正式承认的发展阶段,待其成熟之后,最终在2002年《中华人民共和国农村土地承包

法》中予以明确规定,并在2007年《中华人民共和国物权法》中确认了其用益物权属性;^③(4)背后理性。直接入法更多倚重建构理性,展示了立法者对权利调控的自信。间接入法更多倚重演进理性,展示了立法者对权利生长的尊重。(5)风险程度。某一新兴权利进入法律,本质上属于社会利益的再分配与社会结构的再调整,至少面临三个层面的风险:权利体系的融洽风险,社会成本的承受风险以及国家能力的兑现风险。以此观之,直接入法的保障范围更广、保障力度更强,因而实现成本更大,风险程度更高。间接入法的保障范围较狭、保障力度较弱,因而实现成本较小,风险程度较低。

综上可知,直接入法呈现出形式简单、操作便利、目标单一等特点,容易获得关注,容易成为新兴权利入法的首选方式。但在很多情况下,直接入法并非最佳的入法方式,会造成既有权利体系难以融合、现有经济基础难以承受、已有社会条件难以满足以及固有文化传统难以接纳等问题。相比之下,间接入法呈现出形式多样、操作复杂、目标多元等特点,尽管难以成为新兴权利入法的首选方式,但在很多情况下,间接入法比直接入法更为适合,效果也会更好。基于此,本文拟以新兴权利的间接入法为题,梳理间接入法方式的不同类型,适配不同类型的权利样态,祈望透过纷纭芜杂的表象发现背后的条理和规律,为新兴权利的立法表达提供方法论上的参考和借鉴。

二、通过法律义务的反射间接入法

所谓法律义务的反射,即对于某一新兴权利,并不在法律上明确赋名为权利,而是通过对相关主体课以义务的方式予以反向设置。需要说明的是,这里的义务是广义的,既包括狭义的法律义务,即“法律关系主体承担的不利益,表现为必须依法作出某行为或抑制某行为”,^④也包括狭义的法律义务,即“由于违反第一性法定义务而招致的第二性义务”。^⑤

新兴权利之所以能够通过法律义务的反射予以间接设置,其背后的法理意蕴就在于法律权利与法律义务的对立关系。作为法律规范的核心内容和法

律关系的关键要素,两者是对立统一的常态关系,处于相互对应、依存、转化的辩证过程和动态平衡之中。不过需要说明的是,这里的对应不是日常意义上的回报式对应,而是法律意义上的反射式对应。其中,回报式对应是指享受权利有履行义务的义务,履行义务有享受权利的权利。即对一个人而言,“没有无权利的义务,也没有无义务的权利”,享受权利的前提是履行义务,履行义务的结果是享受权利。例如,子女要取得继承父母遗产的权利,对应的便是履行对父母的赡养义务,不得虐待遗弃父母。反射式对应是指某项权利必然暗含某项义务,某项义务亦必然暗含某项权利。即对一个人而言,与本人权利对应的是他人的义务,与本人义务对应的是他人的权利,此时的权利与义务好比是一张纸的正反面。例如,父母有抚养子女的义务,对应的便是子女有要求父母抚养的权利。作为间接入法的方式之一,法律义务的反射又可以细化为以下四类情形:

(一)通过人类的自我设限关照自然体的权利

此一类型主要涉及人类与自然体(非人类事物)两方,基本模式是通过对人类课以消极的勿害义务和积极的保护义务并辅以相应的法律责任,在不动摇人类主体地位的前提下表达人类对自然体的人情关照和人道关怀,进而通过法律义务的反射间接肯认动物、植物、大自然甚至非生命物品等自然体的新兴权利——自然体虽然未能拥有权利之“名”,但可以享受权利之“实”。

通常情况下,法律上的权利主体专属于“人”,即生物意义上的自然人或法律拟制的其他人(如法人,本质上也是自然人的聚合)。如此规定既有深厚的现实逻辑性,很大程度上权利只有专属于人,才有实现的可能——通过人的亲自动或代理行为;也带有深刻的“人类中心主义”思想印记,正如古希腊智者普罗塔哥拉所言“人是万物之尺度”。但近代以来,随着经济社会发展和生态环境恶化,人类开始对极端的“人类中心主义”予以反思,“生态中心主义”理念逐渐得以提倡,随之对一些自然体采取了法律意义上的善待行动。以动物为例,自1822年英国的

《马丁法案》出台至今,世界上已有100多个国家和地区制定并实施了旨在保护动物福利和防止虐待动物的法律,如美国的《动物福利法案》、日本的《动物保护管理相关法》、菲律宾的《动物保护法》等。^⑥此外,司法实践中也出现了一些诸如动物被判处刑罚、宠物继承遗产之类的奇特案例。^⑦这就给世人提出了一个崭新而严肃的法律课题——自然体能否成为法律主体?是否可以拥有权利?怎样予以法律规定?等等。虽然有不少中外学者为自然体权利鼓与呼,^⑧也有少数法律以动物“权利”命名(如瑞典的《牲畜权利法》),但当前法学界的主流意见对法律意义上的自然体权利是不予认可的,原因有三:一是与现有法律权利的主客体二元划分法存在体系冲突。在我国现有法律体系中,人与自然体的法律地位是二元对立的主体与客体关系,即使存在一些动物保护和福利立法,动物的本质地位也仍然只是客体——把动物作为人类的施惠对象来对待。因此,如果贸然将动物等自然体确立为权利主体,就将对当下的法治实践产生难以调和的体系性冲突。二是动物等自然体无法亲自行使权利。总体而言,自然体没有人类的特有理性,难以亲自行使权利和提出主张。如果放任它们“为权利而斗争”,那么很可能会瓦解人类作为权利主体的正当性,最终导致权利的终结。^⑨三是即使可以指定人类作为代理人行使权利,效果也会大打折扣。基于思维方式差异,绝大多数情形下人类难以精确“理解”自然体的“意思”,更遑论有效代理其行使权利了。由此可见,虽然作为一种学术修辞,自然体权利并非绝然不可接受,但主流法学界仍持反对意见,这主要是源自实践层面的忧虑。其实,从权利设置方式的角度来看,就会发现前述忧虑完全可以通过新兴权利的间接入法方式予以技术性化解。即通过在内容上对与自然体相对的人类课以相关法律义务,进而反射为自然体的法律权利。例如,可以通过法律课以人类不得虐待虐杀动物、(为动物)提供舒适场所、保障(动物的)健康饮食等消极或积极义务。如此一来,表面上人类成为法律义务主体,实际上动物成了法律权利主体,享受着法律义

务反射的法律权利。

(二)通过底线义务的设置尊重自由的边界

此一类型主要涉及权利与自由的区别对待问题,基本模式是通过一般社会成员课以禁止人身伤害、人格歧视等消极的底线义务,以尊重少数人极具个体色彩的个性自由类新兴权利,彰显社会对个性张扬的宽容,展现国家对万物并作的包容。

根据美国法学家霍菲尔德的法律概念分析学说,法律上的权利一般系指狭义的权利,其简单公式是“我主张,你必须”;法律上的自由则与特权类似,其简单公式是“我可以,你不可以”。^⑩虽然自由是权利的本质与内核,但并非所有自由都能成为法律认可的权利。因为一项自由若要获得法律认可而转变为权利,其中就必然包含一些内在的、普遍的、重要的伦理价值:^⑪对个人而言,应该具有善的价值,即应该有利于个人的生存和发展,使各方面达致更加美好、良善、幸福的状态;对社会而言,亦应具有善的价值,即应该有助于提升国家、社会、集体等共同体的核心价值和根本利益。近年来,随着新兴权利话语的泛滥,一些本质上属于个性自由范畴的所谓新兴权利甚嚣尘上,如“乞讨权”“流浪权”“自杀权”“变性权”“吸烟权”“酗酒权”等假权利之名大行其道。但此类所谓新兴权利并不适宜成为法律权利:首先,在形式上难以匹配法律权利的构成要件,缺乏与之关联的法律义务。以“乞讨权”为例,如果承认其权利身份,必然需要对应的施舍义务,即行为人发出乞讨请求,他人则须履行施舍义务,这显然是非常荒唐的。其次,在内容上难以体现法律权利的伦理价值,缺乏对于个人和社会应有的善。以“自杀权”为例,如果承认其权利身份,对个人而言,权利实现则意味着生命完结;对社会而言,如果人人“为(自杀)权利而斗争”则意味着社会瓦解。

权利与自由的划分一定意义上就是群己边界的划分,权利更注重社会意义——群体的聚合与发展,自由更注重个人价值——个性的凸显和张扬。现代法治将权利作为基石,既要支持多数人的权利,也要维护少数人的自由,哪怕这些自由之于社会或个人

具有(多数人反对的)负面意义。法治文明的一个重要特征就是尊重这些另类的、奇葩的、任性的个人自由,而不会强迫每个人遵循(多数人认可的)特定的行为方式。那么,法律应该如何应对呢?从权利设置方式的角度看,虽然个性自由类的新兴权利难以权利之名直接入法,但可以通过对其他人设置底线义务的方式提供间接保障。例如,对于“变性权”人,不得予以人格歧视,不得予以人身伤害,不得采取暴力、软禁、胁迫等方式强制干涉其变性意愿,不得在就业、教育、医疗等方面设置禁入门槛等,若违反前述底线义务,则当承担法律责任。如此一来,虽然没有直接入法为权利,但通过底线义务的反射,个性自由类的新兴权利实际上也得到了基本保障,同时也表达了尊重但不鼓励、保护但不提倡的法律立场。

(三)通过部分义务的设置审慎支持权利的成长

此一类型主要涉及权利成长的对待问题,基本模式是通过阶段性地设置部分对应义务,对尚处于成长阶段的新兴权利予以审慎支持,以因应情势需要,平衡各方利益,避免急功近利带来的负面影响。

一项新兴权利从最初被提出,到最终获接纳,往往要经历漫长的时间,其间多有曲折往复。以“隐私权”为例,自1890年《哈佛法学评论》刊文提出相关概念,到20世纪70年代最终在美国法律体系中站稳脚跟,前后经历了近百年时间。^⑫特别是一些备受争议、与现有时空条件不甚匹配的新兴权利,即使在长远憧憬中可以期待,在当下也不适宜直接入法。一项权利往往对应若干义务或一个义务群,因而对于未来可期但当下仍不完全具备条件的新兴权利,既然不宜直接入法,那么退而求其次通过设置部分对应义务无疑可在一定程度上间接实现权利效果。以“沉默权”为例,虽然“在法治视野中,沉默权作为被告人应当享有的宪法性权利下的具体诉权,写进中国刑事诉讼法典只是时间性问题”,^⑬但基于刑侦技术、民众观念、治安形势等综合考量,当前仍不适宜直接、明确、完全地纳入刑事诉讼法。不过,对于这样一项“超前”的新兴权利,我国法律也并非完全排斥,而是通过渐进的系列义务设置方式,一定程度上

实现了沉默权效果:先是1979年《中华人民共和国刑事诉讼法》(以下简称《刑事诉讼法》)第32条规定“严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法的方法收集证据”,以及第64条规定“被告人对侦查人员的提问,应当如实回答。但是对与本案无关的问题,有拒绝回答的权利”;后是2012年修正的《刑事诉讼法》在沿袭前述规定的基础上,增添了“不得强迫任何人证实自己有罪”(第50条),非法证据排除(第54条),不得强制近亲属出庭作证(第188条)等内容。解读上述条文,可以发现多是义务性条款且大都在沉默权对应的义务射程之内。甚至可以从“如实回答”的义务规定中推定出默示的沉默权——“犯罪嫌疑人对侦查人员的提问,可以选择回答,也可以选择沉默,但如果选择回答,那就要如实陈述。换言之,犯罪嫌疑人有沉默权,但是没有说谎权”。^④

(四)通过义务的立法表达抑制权利的滥用

此一类型主要涉及义务立法背后蕴含的社会心理作用,基本模式是将原本的权利立法转换为义务立法,通过发挥义务立法的社会心理功能,一方面督促义务人严格履行义务,另一方面抑制权利人滥用权利的冲动,主要适配于一些极易滥用且容易失衡的新兴权利。

科学设置权利是立法的应然状态,正当行使权利是守法的应然状态。但基于人性弱点、社会环境等因素,一些权利极易被滥用,而一旦滥用,权利状态就会失衡,社会环境就会失序。权利滥用并非仅仅是守法的问题,与立法也息息相关。特别是对于一些极易滥用且容易失衡的新兴权利,立法的方式、技术、表达等因素都会带来不同程度的影响。通常而言,相较于直接入法,间接入法更有利于抑制权利的滥用程度。以行人的“优先通行权”为例,其正是通过设置机动车及其驾驶人等相对方的避让义务来实现的。《中华人民共和国道路交通安全法》第47条规定:“机动车行经人行横道时,应当减速行驶;遇行人正在通过人行横道,应当停车让行。机动车行经没有交通信号的道路时,遇行人横过道路,应当避让。”立法采用间接方式设置行人的“优先通行权”,

既契合我国当前的道路交通国情,也暗含着深厚的社会心理学意蕴,体现了权利平衡的智慧。首先,对行人一方来讲,有助于增强遵守交通规则的意识。当前我国行人的交通规则意识并不尽如人意,逆行、闯红灯、“中国式过马路”、擅入机动车道等不良现象时有发生。如果直接设置,那么很有可能会进一步恶化当前情势,行人过马路时可能会更加有恃无恐、无视交通规则。间接设置则有助于行人审慎而克制地行使权利:一是通过设置机动车义务的方式,减少了行人滥用权利的心理刺激;二是可以引导行人正当行使权利,形成与人方便己方便的对等心理——既然机动车一方有避让义务,将心比心,自己也不得有在路上停留、追逐、打闹等过分行。其次,对机动车一方来讲,有助于形成尊重生命、礼让行人的习惯。一是义务内容指向非常明确,即在任何情况下,只要路遇行人,就要及时避让。因为表面上避让体现了行人与机动车的通行权之争,实际上则是行人生命权与机动车通行权之争,前者在权利种群中应该占据绝对优势地位;二是义务方式有助于提升机动车驾驶人的素质,辅之以长期、有序、严格的交通执法,可以逐步使其由“我被逼避让”的“外在观点”转变为“我有义务避让”的“内在观点”,^⑤最终以遵守秩序的市民意识上升为人文关怀的公民美德。

三、通过国家职权的映射间接入法

所谓国家职权的映射,即对于某一新兴权利,并不在法律上明确赋名为权利,而是通过赋予国家以公共职权(职责)的方式予以关联设置。其中,这里的国家是广义的,包括政治或法律意义上的国家整体、具体的国家机关以及相应的公务人员。这里的公共职权也是广义的,既包括职权,即“国家机关及其工作人员为完成其承担的工作任务而依法拥有的权力”,也包括职责,即“在行使职权过程中依法必须怎样做或不怎样做,以及对其失职行为所承担的处罚”。^⑥

新兴权利之所以能够通过国家职权的映射予以间接设置,其背后的法理意蕴就在于法律权利与国家权力的内在关联。国家权力是国家职权的上位概

念。具而言之,国家职权是国家权力由抽象到具体的表现形式、由理念到现实的践行路径以及由整体到局部的分工产物。根据社会契约以及人民主权等经典理论,法律权利与国家权力的内在关联可以分解为三个方面:从权力来源来看,国家权力源于社会成员的自然权利让渡。人民是国家权力的终极拥有者,国家权力的合理性来自人民的授权或同意;从权力范围来看,国家权力受制于人民的意志。通过直接或间接的民主机制,人民以法律方式将国家权力固定和细化为各类国家职权,并且可以随时“限制、改变和收回这种权力”;^⑤从权力目的来看,国家权力服务于人民福祉、公共利益等共同善。在现代民主政治中,人民与国家之间的关系可以视为权力的委托和代理关系,国家作为权力的受托者或代理人,应当切实履行与人民之间的“社会契约”,为人民服务。国家权力本质上是为了实现人民的福祉而存在的,主要表现方式就是通过国家职权的行使为公民权利提供相关保障:一是尊重,即保持谦抑姿态,恪守权力边界,不得以任何方式侵犯公民权利;二是给付,即积极创造条件,提供权利实现所需的物质、程序或者服务;三是保护,即惩治不法行为,为受到侵害的公民权利提供公力救济。由此可见,在应然层面上,一项国家职权虽然表面上仅仅属于国家权力,但实际上往往会映射出法律权利的影子。进而言之,法律权利与国家职权之间存在实质的、常态的、应然的内在关联,法律权利会在国家职权中得到一定程度的体现。作为间接入法的方式之一,国家职权的映射可以再细化为以下两种情形:

(一)通过职权的立法表达增进社会福利

此一类型主要涉及政治态度与法律手段的结合问题,基本模式是将政治承诺转化为法律保障,即将社会福利、民生福祉和公共利益领域的政党纲领、国家政策以及政府方针进行法律化处理,转变为层级性体系化的国家职权,最终通过各级国家机关及其工作人员的公务行为造福社会、惠及民众。与之适配的是具有社会权属性的新兴权利,此类权利具有厚重的社会福利和民生福祉内容。通过国家职权的

立法表达,不仅可以映射出此类权利的“影子”,还可以使民众享受此类权利的“实惠”。

根据权利的核心功能差异,大致可以将其分为(广义)自由权和(广义)社会权两大类。其中,自由权属于消极权利,其核心功能是防御,对应国家的消极义务,即要求国家除了在个人权利受到侵害时提供救济之外,不得强加干涉,保持尊重即可。自由权的权利族群主要是一些传统权利,大致对应于《公民权利和政治权利国际公约》规定的诸项权利,如生命权、(狭义)自由权、财产权、人格权、结社权等。社会权属于积极权利,其核心功能是受益,对应国家的积极义务,即要求国家积极担负权利实现所需的经济基础、物质设施和制度供给等各项任务。社会权的权利族群主要是一些现代权利,大致对应于《经济、社会和文化权利国际公约》规定的诸项权利,如福利权、救助权、工作权、住房权、受教育权、环境权等。与自由权相比,社会权更注重实质平等,可以从正反方面理解:一是公民有获得基本生活条件的权利,二是国家有提供基本生活条件的义务。随着经济社会发展和权利意识高涨,近年来不少学者为具有社会权属性的新兴权利鼓与呼,主张直接以权利之名入宪入法。^⑥

其实,大部分具有社会权属性的新兴权利直接入法并非一项明智之举。首先,此类新兴权利的成本巨大,难以长期有效运行。社会权需要积极的权力扩张和巨量的成本投入,包括厚实的基础、严苛的社会条件和精良的治理能力,特别是税收汲取、收入分配以及风险操控能力。例如,住房权入宪的前提是需要国家有能力提供足量房屋,一旦出现经济问题,就很可能使权利成为“立法白条”;其次,此类新兴权利往往是纲领性的,难以有效进行司法救济。“社会权仅是对国家政治方针、目标的宣示,其所课予国家的义务只是应努力确保国民生存的政治和道德义务,而非一种法律上的强制性义务。”^⑦由此,社会权不像自由权那样具有可诉性,难以通过诉讼渠道得到保障。试想,成千上万的失业公民诉请判令国家保障工作权,如此情状显系法院不能承受之

重:不仅面临诉讼主体、管辖法院、诉请固定等诸多技术难题,即使最终可以受理并判如所请,但如何执行也是一大难题。在资源有限和经济规律等条件下,失业是难以消除的,即使国家拿到判决也可能有心无力,最后不过是由“立法白条”变为“司法白条”;再次,从长远来看,此类新兴权利直接入法还会造成国民能力的整体退化。社会权具有较强的人道主义性质,大量社会权入法会使国民形成对国家的习惯依赖,长此以往自身的奋斗能力会不断弱化。一旦国家出现财政困难、经济滑坡等非常状态,国家发展和个人生活如何平衡就会成为巨大难题,极易滑入社会动荡、两败俱伤的境地。以肇始于2009年的希腊主权债务危机为例,其终于在2018年三轮国际救助之后告一段落,但其间因大量社会权入宪入法带来的高福利扮演了极不光彩的角色:一是危机爆发的诱因角色。除了美国次贷危机、欧盟零散的财政政策等原因外,高福利带来的日益加剧的财政负担亦是一大诱因——危机爆发之前,希腊劳动者退休后的养老金与退休前的工资收入比达到95%,平均退休年龄是53岁;^⑩二是危机解决的羁绊角色。为满足救助计划中附加的紧缩财政条件,希腊政府采取了系列削减福利改革措施,但“习惯于养尊处优的希腊民众纷纷走上街头,从罢工示威游行,发展到与军警严重对峙,社会秩序陷入混乱”。^⑪

相比之下,如果采取国家职权的映射这一间接设置方式,即以职权取代权利,那么前述问题或可在一定程度上得到消解,并附带诸多优势:其一,虽然名义上缺失了明确的权利形式,但实质上仍保留了权利的实际内容;其二,免去权利带来的刚性压力和冲突风险,给国家根据时空条件灵活应对留下了操作空间;其三,虽然难以进行司法救济,但可通过政治协调、民主议事、选举监督、行政问责等程序予以弥补;其四,既可表明国家在政策方面的立场态度,也可通过职权细化和任务分工来明确实施机制,使“路线图”变为“施工图”;其五,可以减少国民的权利心理依赖,保持强健的国民精神。

纵览我国的新兴权利入法现状,环境权可谓国

家职权映射的一个良好例证。在现行环境法律体系中,并没出现明显的“环境权”字眼,主要是通过层级性体系化的国家职权映射来体现的:首先,宪法层面规定环境保护国家职权的总纲。《中华人民共和国宪法》(以下简称《宪法》)第26条规定:“国家保护和改善生活环境和生态环境,防治污染和其他公害”。其次,法律层面明确国家机关和相关部门的职权。《中华人民共和国环境保护法》第6条规定:“地方各级人民政府应当对本行政区域的环境质量负责”。第10条规定:“国务院环境保护主管部门,对全国环境保护工作实施统一监督管理”。此外,《中华人民共和国森林法》《中华人民共和国防沙治沙法》《中华人民共和国水污染防治法》等专门法律也有相关规定。再次,法律层级以下的法规、规章和其他规范性文件进一步细化了具体的职能部门、工作内容和履职方式。正是通过国家职权的层级体系映射方式,环境权虽无名但有实,逐步由宏观纲领化为微观举措,同时国家可以根据情势变化在环境保护与经济发展之间予以协调。特别是近年来借助党政部署、资金投入、立法修改、行政问责、环保督查等方式,严峻的环境形势得到明显改善。

(二)通过职权的柔性干预对自由予以引导

此一类型主要涉及国家职权与个人自由的关系问题,基本模式是通过国家职权的信息提供、思想教化、行为指导等柔性的干预措施,对缺乏个体善和共同善的个人自由予以引导,以减少其负面影响、限制其波及范围。与之适配的是个性自由类新兴权利,由于此类权利大多“害人害己”,因此宜通过法律义务的反射与国家职权的映射予以各有侧重的规控:前者立足自由主义立场,对之予以基本的尊重;后者立足家长主义立场,对之予以柔性的劝诫。

前已述及,诸如“乞讨权”“吸烟权”“酗酒权”“出轨权”之类的所谓新兴权利往往缺乏个体善和共同善。“历史表明,道德纽带的松弛是社会瓦解的第一步。”^⑫简单设想一下,如果前述权利在人群中大面积铺展和高密度流行开来,那么无论个人还是社会都会加速陷入窘境,英国法官德富林所言的“社会崩溃

命题”将不再是危言耸听。因此,对于此类权利,仅仅予以基本的尊重是不够的,还需要国家职权进行柔性的劝诫,即通过削弱物质条件、压缩生长空间、加大反向激励等方式表明对其不加提倡乃至消极反对的态度,使其始终处于社会多元的支流地位,不会失控演变为主流势力。

以“吸烟权”为例,虽然现代医学早已证明吸烟害人害己,但基于文化传统和个人习性,国家仍应予以最低限度的认可和尊重,同时也可通过提高烟草税费、扩大禁烟范围、加大控烟宣传等国家职权的行使,表明国家尊重但不支持、认可但不提倡、规制但不禁绝的态度,达致削弱吸烟诱惑、减少吸烟人群、维护民众健康的目的。《中华人民共和国烟草专卖法》第5条规定:“国家和社会加强吸烟危害健康的宣传教育,禁止或者限制在公共交通工具和公共场所吸烟,劝阻青少年吸烟,禁止中小学生吸烟”。此处即体现了国家职权对于“吸烟权”的两面性:一方面是不支持、不提倡、不放任的基本立场,甚至在特定时空下出于利益衡平考量以及对特定主体基于家长主义考虑会积极反对,强行干涉;另一方面,对于一般时空条件下成年人的吸烟行为予以基本的尊重,宣传吸烟有害健康的同时也尊重个人的自主选择,即通过柔和的教化来间接影响,而非通过粗暴的强力来直接干涉。

四、通过一般条款的涵摄间接入法

所谓一般条款的涵摄,即对于某一新兴权利,并不在法律上明确赋名为权利,而是通过一般条款释放内涵的方式予以隐含设置。一般条款主要系指“法律中的某些不具有确定内涵、外延,又具有开放性的指导性规定,其文义是空泛的、抽象的,表达立法者的价值倾向,其具体内涵需要法官于具体个案中依据价值判断予以具体化”。^③不过,笔者此处主要借用一般条款的表面含义,将其宽泛理解为一些模糊性、概括性、开放性、指导性、统摄性、裁量性的法律条款。从法治功能的角度来看,一般条款的涵摄反映了法律对社会生活统摄力和宽容度的衡平;从法治分工的角度来看,一般条款的涵摄体现了立

法与司法(乃至执法与守法)之间的分野与协同;从法治资源的角度来看,一般条款的涵摄展示了法律手段和其他调控资源的整合与倚助。此类间接入法方式主要适用于一些零散、琐碎的新兴权利。在立法者看来,此类新兴权利要么没有必要细化,要么没有意愿细化,要么没有能力细化,而是可以囊括于各类一般条款的涵摄体系之下,借助司法者的法律解释、法的续造等适法技术,在现有法律框架下得到相应保障。具而言之:

(一)通过概括法益条款的涵摄予以保护

就广义而言,法益指法所保护的客体,即应当受到法律保护的一切利益,系权利的上位概念。就狭义而言,法益是与权利并列的一个概念,即“一个社会的法观念认为应予保护的利益,但这种受法律保护的利益乃是一种概括的、不确定的利益,不具有具体的权利形态”。^④基于立法态度的谦抑、立法技术的限制等因素,法律对法益(广义)的保护大都采取两类方式:其一是明确的法定权利方式,以便给司法者(以及执法者和守法者)提供明确的行为模式指引;其二是概括的狭义法益方式,以便提升法律调控生活的张力,增强法律塑造社会的弹性。承载或表明概括的狭义法益的法律条款即概括法益条款,立法技术上常表现为明示列举加模糊概括相结合的方式,表述上多采用“等”“其他”“别的”“以及”等兜底性字眼。例如,《民法典》第3条规定“民事主体的人身权利、财产权利以及其他合法权益受法律保护”。概括法益条款是立法者给司法者的“留白”,授权法官根据具体案件情况予以增添、补充和细化相关内容,使法律在保持相对稳定的形式下,能够有效应对千变万化的时空情势。

面对五花八门的零散、琐碎的新兴权利,概括法益条款的存在可以在很大程度上将它们涵摄于内,让其享受法律荫庇。以近年来在网络空间兴起的“虚拟财产权”为例,虽然现有法律体系中没有明确的虚拟财产权,但无形不等于无价,虚拟不等于虚无,对于司法实践中的虚拟财产纠纷,依然可以通过概括法益条款的涵摄予以保护。例如,在2003年国

内首例虚拟财产失窃案“原告李宏晨与被告北京北极冰科技发展有限公司娱乐服务合同纠纷一案”^⑤中,审理法院认为“关于丢失装备的价值,虽然虚拟装备是无形的,但并不影响虚拟物品作为无形财产的一种获得法律上的适当评价和救济”。最终判决被告恢复原告在网络游戏中丢失的虚拟装备,并返还原告购买105张爆吉卡的价款420元,赔偿交通费等各种费用1140元。法院如此判断的背后是有概括法益条款支撑的,即可以追溯至《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》)第75条“公民的个人财产,包括公民的合法收入……以及其他合法财产”。可以推知,法院在审理过程中对“其他合法财产”这一概括法益进行了“补白”:首先将财产区分为有形财产与无形财产,其次论证虚拟装备的取得方式和占有行为合法,最后通过法律解释技术将“网络游戏中的虚拟装备”归入“其他合法财产”的范畴,进而予以司法保护。

(二)通过法律原则条款的涵摄加以救济

法律规则是具体规定权利和义务并设置相应法律后果的行为准则。法律原则是构成法律规则之基础或本源的综合性和稳定性的原理和准则。两者区别如下:在明确程度上,前者具体,后者抽象;在调控力度上,前者刚性强,自由裁量权较少,后者较柔和,自由裁量权较多;在适用范围上,前者狭窄,调整事项被明确限定,后者广阔,可涵盖很多调整事项;在要素数量上,前者数量较多,后者数量较少;在变化趋势上,前者容易随时空条件改变,后者可以保持相当长时期内的稳定性;在法律色彩上,前者最能体现法律的自足性,后者往往与道德、宗教、风俗、习惯等其他调控手段有所交叉。

承载或表明法律规则的法律条款即法律规则条款,承载或表明法律原则的法律条款即法律原则条款。两者的不同特点决定了,在很多情况下,面对形形色色的新兴权利主张,刚性的法律规则条款难有用武之地,而柔性的法律原则条款却可游刃有余,借助法官的适法技术,既无需大费周章修改法律规则,亦无需大张旗鼓冠以权利名号,即可将其涵摄于调

控范围之内,纳入现有法律救济体系。以“祭奠权”为例,虽然现有法律体系中没有明确的祭奠权,也缺少具体的法律规则条款,但不妨碍法官通过法律原则条款的涵摄方式对之予以救济。例如,发生在河南省禹州市的全国首例因未“报丧”而追讨祭奠权民事纠纷案中,魏春德、魏德亮(两被告)与魏玉平、魏玉枝(两原告)系一母同胞四兄妹,当事人的母亲于2006年9月15日在被告魏春德家去世后,两被告共同商议决定不告知两原告即将母亲火葬。法院认为此举致使两原告未能参加葬礼哀悼死者,有悖于善良风俗,最终判决两被告赔礼道歉。^⑥本案的裁判依据就是典型的法律原则条款,即《民法通则》第7条“民事活动应尊重社会公德,不得损害社会公共利益”。

(三)通过基本权利条款的涵摄进行保障

一般而言,基本权利是指由宪法规定的公民享有的主要的、必不可少的权利,具有宪法性、政治性、基础性。例如,《宪法》第二章“公民的基本权利和义务”中的选举权、教育权、言论自由权、宗教信仰自由权等。不过,出于行文需要,此处做广义理解,即不仅包括宪法,也包括民法、民事诉讼法等基本法律中的主要权利,如《民法典》中的人格权、婚姻自主权、物权、债权、知识产权等。承载或表明基本权利的法律条款即基本权利条款。很多情况下,面对层出不穷的琐碎的新兴权利主张,基本权利条款可以最大限度地发挥吸纳和存储功能,使它们享受基本权利的庇护。根据基本权利条款与新兴权利主张的关系,可以将基本权利条款的涵摄模式分为三个类型。

1. 具体权利的统摄模式

立法过程实际上是一个归纳过程,即首先梳理现实社会中纷纭芜杂的具体情形,再进行相应的分门别类和抽象概括,进而完成从特殊到一般的跃迁,最终转译为抽象的法律条款。“概念越抽象也就越远离社会现实,因此也就越有资格适应更广泛的社会现实。”^⑦由此,可以说任何法律权利都是抽象、概括、凝练的,宪法和基本法律中的基本权利更是如此。如此特点使得基本权利具有长久的稳定性、广泛的适应性和足够的弹性,能够统摄诸多具体的新兴权

利主张。以生命权为例,维持生命延续需要满足基本的生理需求,如吃饭、喝水、呼吸、睡觉……吃饭又分为很多情形,如口味上的酸甜苦辣咸、时间上的早饭中饭晚饭、种类上的馒头面包米饭……如果每种具体情形后面都缀以权利之名,那么权利名单将会长得无法想象,因而以生命权条款统摄具体情形下的权利表现(或曰权能),着实为立法明智之举。与立法过程相反,司法(乃至执法和守法)过程实际上是一个演绎过程,即将抽象的法律条款进行具体化处理,将凝练于其中的因素予以释放,将浓缩于其中的情形予以还原,将综合于其中的条件予以分解,进而将一般的法律条款适用于特殊的社会生活。反观新兴权利的种种主张,很多情形要么属于基本权利内容的具体细化,要么属于基本权利权能的具体体现,完全可以纳入基本权利条款的统摄范围,没有必要另起炉灶。就以我国首例“亲吻权”案“原告陶莉萍诉被告吴曦道路交通事故人身损害赔偿纠纷一案”^②为例,原告因车祸受伤提出亲吻权主张,索赔1万元,最终败诉。查阅该案判决书,可以看出法院的审理思路:首先认为于法无据,“我国现有的法律、行政法规,均无亲吻权之规定”。然后论证原告遭受损失,“原告嘴唇裂伤,亲吻不能或变成一种痛苦的心理体验……当属精神性人格利益”。接着表明不能救济,“利益不等于权利,利益并非都能得到司法救济”。最后判令被告“应当赔付精神损害抚慰金500元”。梳理上述审理思路,不难看出态度上欲说还休,论证上自相矛盾。其实法院完全可以用基本权利对具体权利的统摄进行说理,而不必视亲吻权为洪水猛兽。例如,可以论证人格权是基本权利,能统摄很多法无明文却又实际存在的具体主张,而亲吻权属于日常生活意义上的具体权利主张,完全可以统摄于人格权的权利保护范围,而不必另行明确为独立的法律权利,或者就如判决书中所说,车祸使原告“亲吻不能或变成一种痛苦的心理体验”,侵害了人格权权能中的“精神性人格利益”(对应原告的亲吻权诉请),理应赔付一定的精神损害抚慰金。如若依此说理,则既能让整个判决论证过程融贯自治,又能给当

事人以精神安抚,体现司法的人文关怀。

2. 未来权利的派生模式

“法律是原创者——企图创设完全或部分的法律规整之——意志的具体化,此中既有‘主观的’想法及意志目标,同时也包含——立法者当时不能(全部)认识之——‘客观的’目标及事物的必然要求。”^③盖因如此,法律的生命才不会在制定出来的那一刻戛然而止,反而会因应时空条件变化演进出自己的生命轨迹。随着法律的生长,组成法律条文的语词会逐渐不再拘泥于此前立法者赋予的主观的确定含义,而产生契合未来社会情势的客观的意义流变。基本权利条款同样也有自我生长能力,对于符合其内在本质的各类新兴权利主张具有派生功能,在不必要另辟门户的情况下亦能提供法律庇护。当然,要发挥派生功能,需要法官发掘基本权利的内在本质——“客观的目标及事物的必然要求”——并以为之桥梁,进行法的续造,填补权利漏洞。以“基因权”为例,^④这是随着生物科技发展而出现的新兴权利主张,如有人以其基因被捕猎商用而提起基因权诉求,现有法律虽然没有明确规定,但是法官可以通过法的续造给予保护:首先,基因应当被纳入法益范畴,它是个人的“生物身份证”,具有特定的人格意义,此外还可能被科技研发或商业利用而产生一定的财产意义。其次,人格已然纳入法益范畴,可以分为作为人性尊严的人格和作为交易符号的人格,后者亦具有财产意义。^⑤由此,基因与人格在个人尊严彰显、人格利益维系、财产意义转化等方面具有相通性,基因权契合人格权的内在本质,基因权主张可以由既有法律中的人格权这一基本权利予以派生,进而获得相应司法救济。

3. 关联权利的补强模式

立法者不是万能的,“人们终究不可能在范围上通过划界将所有人性中值得保护的表现和存在的方面无一遗漏地包括进来”。^⑥在现行法律权利体系基本稳定的前提下,随着时代发展和观念变化,难免有一些新兴权利主张难以得到有效救济。在此情形下,对一些基本权利难以统摄或派生但与之有关联

的新兴权利主张,基本权利可以起到一定的补强论证作用,通过超越法律的法的续造工作,亦有可能提供些许司法救济。以近年来渐受关注的“同性婚姻权”为例,发生于2016年的我国首例同性婚姻维权案“原告孙文麟、胡明亮不服被告长沙市芙蓉区民政局婚姻登记行政行为行政诉讼案”^⑤,以原告败诉而告终。我国现行法律只规定了异性婚姻,同性婚姻问题付诸阙如,可谓一个典型的法律漏洞。在前述案件中,法院依狭义的法教义学思路和婚姻法律条文的文义解释驳回原告诉讼请求,在当前司法国情之下亦无可厚非。但至少存在一定的实践空间和理论可能,承办法官可以进行超越法律的法的续造,发挥基本权利的补强功能,以填补同性婚姻的法律漏洞:其一,可以“(异性)婚姻权”予以功能上的补强论证。在我国现行婚姻法律体系中,(异性)婚姻权是一项基本权利,主要功能有两个:一是生殖和抚育子女,二是夫妻之间相互扶助。一般而言,后者更为重要,贯穿婚姻始终,而前者只占据婚姻部分阶段,况且有的夫妻还不愿或不能生育子女,亦不领养子女。单就婚姻功能而言,同性婚姻完全可以担负起夫妻之间的扶助功能,亦可通过领养担负起抚育子女的功能,与通常的异性婚姻相比,只不过是无法正常生育子女,而这与不能或不愿生育的异性婚姻没有实质差别。其二,可以“平等权”予以保护上的补强论证。平等权是宪法规定的一项基本权利,要求对于当事人的权利诉求,不论人数多寡,均要平等保护。异性婚姻是绝大多数人的婚姻诉求,有同性婚姻诉求的人仅占我国人口总量的3%~4%。而同性恋成因中有诸多心理社会因素以及遗传基因、激素水平、大脑结构等生理因素,^⑥并非纯粹的主观任性使然。由此,绝大多数人认同的异性婚姻固然需要给予法律保护,但少数人认同的同性婚姻亦不能被刻意忽视,更不能被粗暴剥夺,而是需要平等对待。

五、代结语:新兴权利立法中的实用主义进路

某一新兴权利是否可以最终明确进入立法,既不能一味迎合民众的逐权冲动,也不能简单屈从政治的功利安排,更不能牵强附会理论的草率论证,而

是取决于三个方面的考量因素,即以立法谦抑为重点的必要性考量、以社会共识为中心的重要性考量,以及以权利成本为核心的可行性考量。^⑦由此观之,在新兴权利的立法进程中,相比于激进的功利主义进路,温和的实用主义进路更为可取。作为一种强调改进和行动的哲学,实用主义提倡“思考事物而不是思考语词”,它是实践的和工具性的,重视经验和实验,反对教义和形而上学,它感兴趣的是什么东西有效和有用,并不把科学理论本身当做目的,而是将其视为工具。^⑧以温和的实用主义为进路,意味着秉持三个原则:一是注重可行性的立法方案,二是偏好低成本的立法实践,三是崇尚渐进式的立法路径。

就新兴权利入法方式而言,直接入法固然简洁明了,但新兴权利的设置并不是一个孤立事件,不仅涉及与既有法律权利体系的融合,还涉及与义务、责任、权力等法学基本范畴的契合,更涉及与当前经济社会文化等时空条件的吻合。进言之,新兴权利的直接入法可谓牵一发而动全身,而面对千变万化的现实世界,人类理性极其有限,很难对相关因素或可能后果考虑周全,况且新兴权利还有诸如青涩与成熟、重要与次要、急迫与舒缓之类的差别。相比于直接入法,间接入法是一种偏爱改良而非革命,珍视渐进而非激进的立法表达,更注重内挖潜力,外借助力,在尽量尊重当前法律规定框架合法性与充分发挥既有法律权利体系包容性的前提下,稳妥审慎地推进新兴权利的立法进程。回顾近年来的新兴权利实践概况,绝大部分新兴权利主张都可以被纳入当前的法律规定框架,归入既有的法律权利体系,而不必一概进入法律权利名单,获得法律权利名号。因此,在新兴权利的立法表达上,无论从实践考察计,还是从理论论证计,依循温和的实用主义进路,优先选择适宜的间接入法方式,不失为一种更为冷静、理性和务实的态度。

当然,基于现实世界的无限性和语言修辞的有限性,本文论述的入法方式只是一个大致意义上的类型划分,难免有范围上的不尽周延之处甚或逻辑上的不尽自洽之虞。具体到某一新兴权利,到底适

配于何种入法方式,可能也难有泾渭分明的界限或唯一不二的选择,而是更多可能呈现出一种交叉、混合、模糊、并用的样态。

注释:

①参见夏勇:《人权概念起源》,中国政法大学出版社1992年版,第42~44页。

②参见王刚:《德国刑法中的安乐死——围绕联邦最高法院第二刑事审判庭2010年判决的展开》,《比较法研究》2015年第5期。

③参见庞晶晶:《土地承包经营权的历史沿革》,《赤峰学院学报》2012年第5期。

④周永坤:《法理学》,法律出版社2010年版,第219页。

⑤张文显:《法学基本范畴研究》,中国政法大学出版社1993年版,第187页。

⑥参见曹明德、刘明明:《对动物福利立法的思考》,《暨南学报》2010年第1期。

⑦参见陆益峰:《“宠物富豪”们是怎样炼成的》,《文汇报》2018年6月14日。

⑧参见[美]纳什:《大自然的权利:环境伦理学史》,杨通进译,青岛出版社1999年版;高利红:《动物的法律地位研究》,中国政法大学出版社2005年版。

⑨参见徐祥民、巩固:《自然体权利:权利的发展抑或终结?》,《法制与社会发展》2008年第4期。

⑩参见沈宗灵:《现代西方法理学》,北京大学出版社1992年版,第144~150页。

⑪参见王方玉:《权利的内在伦理解析——基于新兴权利引发权利泛化现象的反思》,《法商研究》2018年第4期。

⑫参见马特:《隐私权的谱系学考察》,《湖南社会科学》2014年第3期。

⑬冀祥德:《沉默权与辩诉交易在中国法中的兼容》,《法学》2007年第8期。

⑭何家弘:《中国式沉默权制度之我见》,《政法论坛》2013年第1期。

⑮参见[英]哈特:《法律的概念》,张文显等译,中国大百科全书出版社1996年版,第84~92页。

⑯吕世伦、李英杰:《职权与职责研究》,《北京行政学院学报》2011年第1期。

⑰[法]卢梭:《社会契约论》,何兆武译,商务印书馆2003

年版,第73页。

⑱参见吕忠梅:《环境权入宪的理路与设想》,《法学杂志》2018年第1期。

⑲邓炜辉:《论社会权的国家保护义务:起源、体系结构及类型化》,《法商研究》2015年第5期。

⑳参见王军:《因与果——希腊主权债务危机的政治经济学思考》,《红旗文稿》2013年第4期。

㉑郑秉文:《福利危机福利陷阱福利模式——从希腊主权债务危机谈起》,《紫光阁》2011年第1期。

㉒Patrick Devlin, *The Enforcement of Morals*, Oxford University Press, 1965, p.13.

㉓梁慧星:《民法解释学》,中国政法大学出版社1995年版,第41页。

㉔熊诤龙:《权利,抑或法益?——一般人格权本质的再讨论》,《比较法研究》2005年第2期。

㉕参见北京市第二中级人民法院(2004)二中民终字第02877号民事判决书。

㉖参见杜文育、齐光辉:《姐妹俩追讨祭奠权一审胜诉》,《大河报》2006年12月29日。

㉗[日]千叶正士:《法律多元——从日本法律文化迈向一般理论》,强世功等译,中国政法大学出版社1997年版,第50页。

㉘参见四川省广汉市人民法院(2001)广汉民初字第832号民事判决书。

㉙[德]拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2004年版,第199页。

㉚参见王康:《基因权的私法证成和价值分析》,《法律科学(西北政法大学学报)》2011年第5期。

㉛参见[澳]史密斯:《人格的商业利用》,李志刚等译,北京大学出版社2007年版,第367页。

㉜[德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》,王晓晔等译,法律出版社2003年版,第174页。

㉝参见湖南省长沙市中级人民法院2016湘01行终452号行政判决书。

㉞参见张艳芳、李用国、兰英华:《关于同性恋成因的系统研究综述》,《中国性科学》2018年第10期。

㉟参见王庆廷:《新兴权利渐进入法的路径探析》,《法商研究》2018年第1期。

㊱参见[美]波斯纳:《超越法律》,苏力译,中国政法大学出版社2001年版,第4~13页。