

自然、法律与社会： 新兴权利证成的三种法哲学路径

——兼驳新兴权利否定论

王方玉

【摘要】新兴权利的提出和证成具有多种路径,主要包括体现自然法思维的自然路径、基于法律的实证路径以及带有法社会学色彩的社会路径。自然法路径证成新兴权利契合了人自身对需要的满足,具有自然合理性和价值正当性,但容易使权利话语流于宽泛。根据实证法律证成新兴权利有利于强化新兴权利的法律权威性,并避免权利话语冲突,但是这种证成路径过于保守。而基于社会现实证成权利具有现实合理性,同样可能导致权利泛化和过于功利。新兴权利证成的不同路径反证了新兴权利不断出现的现实,否定新兴权利概念和理论会导致权利话语失去对社会现实的解释力。

【关键词】新兴权利;自然法学;实证法学;法社会学

【作者简介】王方玉,华侨大学法学院教授(泉州 362021)。

【原文出处】《求是学刊》(哈尔滨),2022.3.114~126

【基金项目】司法部国家法治与法学理论研究项目“第三方参与设区市地方立法后评估研究”(20SFB2001)。

引言

21世纪以来,新兴权利问题引起国内法学界关注,并形成了诸多研究成果。^①新兴权利研究成果不断涌现,在很大程度上印证了改革开放后中国法学界思维范式的转换以及中国社会现实生活中权利话语的勃兴,推动了立法和司法中权利观念与内容的革新。就既有关涉新兴权利的研究成果来说,主要涉及如下方面:其一是关注新兴权利基本概念与认定标准等基础问题;^②其二,关注司法实践中如何证成新兴权利;^③其三,关注新兴权利如何进入立法;^④其四,一些学者(尤其是部门法领域的)研究具体某些或某项新兴权利的证成或入法问题;^⑤其五,还有学者不断对新兴权利研究状况进行阶段性总结,分析理论发展动向。^⑥可以说,近十多年来新兴权利已然成为中国法学研究中的热点问题。学界对于什么是新兴权利、新兴权利与法定权利如何区别、新兴权利的认定标准等

问题,虽然存在一定分歧,但也形成了不少的理论共识。不过,也正因为成为热点话题,理论上的争议也就在所难免。比如,在共识之外,有学者就对新兴权利这一概念或用法本身提出了根本性质疑。陈景辉教授就从领域命题和情境命题进行分析,否定新兴权利存在的必要性,并认为法学理论研究缺乏在坚持权利观念之外单独主张新兴权利的必要性,因为权利本身必然拥有应对新问题的能力,诉诸新兴权利应对新的社会问题将忽视权利观念之实践意义。^⑦

总结新兴权利研究状况可以发现:一方面,新兴权利理论研究成果不断涌现,基本理论初步成形并被应用于论证某些新权利的理论范式;另一方面,釜底抽薪的质疑也在出现。那么究竟该如何面对这种纷争?新兴权利这个概念以及相应的理论没有存在的必要性吗?纷争的背后更需要冷静分析。对于陈景辉教授的观点,已经有学者针对他的两个命题进

行反驳。^⑧本文同样对他的观点持反对态度。从权利的发展历史来看,不管基于日常生活的直观体验,还是从权利基本理论进行推演,抑或是对立法或司法实践进行审慎思考,都可以发现“新权利”问题总是不断出现。当原有权利适用的情境和领域可能遭遇无法容纳的新问题,新兴权利这一概念和相关理论就具有了理论解释力与实践应用性。

基于研究需要,这里必须着重强调一下本文使用的新兴权利这一语词的基本用法。虽然国内学界对于新兴权利或新型权利的概念有不少争议,但主要是在两种意义上使用这一概念:一种描述意义的,用来描述权利话语与法律权利都不断发展的现状。^⑨另一种是规范性意义上的,新兴权利是被证明为某类或某项与旧权利相对的新的权利。^⑩不管是描述意义还是规范性意义上的新兴权利,都与一个权利是否存在并不相关。在历史语境中,针对特定时间节点以前未存在的权利或权利观念,都可以对其作出新兴权利判断。由此表明,新兴权利可以简单理解为特定时间节点新出现的,并融合了道德权利、法律权利的权利话语或权利观念。在宽泛的意义上使用新兴(新型)权利这样的表达,有助于从更宏观意义上思考新兴权利的生成背景。不过需要强调的是“权利”这一术语虽然定义没有统一,但总是具有强烈的价值意义,所以作为研究对象的新兴权利绝不是一种非常轻率的观念表达,而是体现了社会主体特定的价值或利益诉求,并因此形成需要法律加以保护的具有真实理由的诉求,这也是本文的关注点所在。

关注新兴权利如何被提出并对证成路径进行总结,既可以从权利本体论路径分析新兴权利的内在证成标准,也可以从外部视角描述不断出现的事实。本文则综合内部与外部证成理论,对新兴权利证成的路径模式进行抽象总结,归纳为自然、法律与社会三种法哲学路径模式。并且,本文通过新兴权利证成路径的分析表明,在当下的中国,接受新兴权利这一概念并构建新兴权利基本理论具有重要的实践意义,否定新兴权利基本理论不符合现实需要。

一、新兴权利否定论之否定与新兴权利的证成路径

陈景辉教授从领域命题与情境命题否定了新兴

权利。对于领域命题,他认为社会已经存在某种道德权利,但由于在新领域出现而需要法律加以保护,于是将原来的道德权利转化为法律权利,比如因为网络发展引发私人隐私在网络世界加以保护的必要,人们主张将已有的隐私权转化为法律上的被遗忘权或数据删除权。^⑪对于情境命题,陈景辉认为这是指原有某种道德权利出现了新的需要保护的情境,于是将原有权利适用于新的情境。^⑫他在文章中对这两个话题进行分析后认为,基于权利的动态性,可以将权利扩展应用到新的领域或情境,因此无须再主张新兴权利的存在;而如果只能通过主张新兴权利的方式来实现保护,那么将会否认权利的动态性和权利的规范重要性。

陈景辉重视新兴权利出现的两个情形或话题类型对于研究新权利的生成具有重要启发意义,但是,他基于权利本身的动态性和扩展适用能力就因而否定新兴权利概念和理论的必要性,这种论证过程明显是在偷换概念,并且导致打击对象错误。其一,权利是法学和伦理道德领域的重要术语或概念,本身可以应用于不同领域,就像其文章也强调道德权利和法律权利的区分一样。但这种区分并不影响权利理论面对新的问题需要论证产生新兴权利,因为权利具有动态性就否定了新兴权利理论的必要,就好比提出,法学概念是动态因而法学新学科都没有存在的必要,很明显,现实不是这样的,法学各个新兴学科还是不断出现。其二,不管是领域命题还是情境命题,他都承认有需要保护的新情形出现,但他认为对这些新情形只需要将道德权利转为法律权利,或将旧权利适用于新情境,而不需要产生特定新兴权利。在这里,他一方面承认存在新的保护情形(对这些新情形本文也认可需要论证新兴权利),但是,另一方面他又刻意否定这里会有“新兴权利”,而只是“权利”。很明显,这里的“新兴权利”被作者当作了一种与道德权利、法律权利相并列的范畴,这种理解与国内大部分学者所理解的新兴权利不是一个概念。

检索法学中权利概念的历史,会发现新兴权利不断出现是一种客观现象,隐私权、虚拟财产权、祭奠权、个人信息权利,等等,把很多权利观念或法定权利放入特定时间节点去分析,都会发现它们是以

前所没有的,而且往往是因应时代需要而产生。而且,从新兴权利作为一个学术领域描述权利产生与发展的概念来看,即使特定权利已经实现法定化,也只是表明特定新兴权利已经成熟并获得认可。有学者提出,被法律确认后并不否定这些曾以道德权利形式存在而被人们概括描述为“新兴权利”就不再是“新兴权利”了,而是一种以“法律权利”形式存在的“新兴权利”^⑧。既然新兴权利不断出现是人类社会权利观念和法律制度发展不可避免的现象,那么法学理论研究更需要关注人们如何提出并证成新兴权利,这同样可以理解为一种情境或命题视角,新的情境或新的命题促使新的权利不断产生,或许,以这样的研究目标去反观改革开放后中国的新兴权利问题才具有更强的现实意义,而不是简单否定。

反思了新兴权利否定论之后,接下来就需要深入思考新兴权利究竟如何被提出并被努力证成。这里先介绍关于权利证成路径的一些不同理论。就权利的论证来说,以色列学者哈勒尔(Harel)归纳出内在理由和外在理由这两种基本路径。他认为把一项要求划归为一项衍生的权利取决于支持这一要求的理由,包括内在理由和外在理由,二者的作用不同。内在理由的作用是把特定要求划归为权利,以一种统一(uniform)、非语境(acontextual)、类似规则(rule-like)的方式运作;外在理由是影响一些要求应受保护的力量或重要性的那些理由,以一种可变(variable)、语境化(contextual)、特定主义(particularistic)的方式运作。内在理由具有独立于情境的统一的严格性,而外在理由的严格性要视情境而定。^⑨换句话说,内在理由对特定权利证成是严格的规范性表达,不需要根据不同情景对内在理由进行反思,在实践推理中以一种绝对的、抽象的方式被使用。内在理由在权利论证中又主要表达为意志论和利益论两种,是一种本质主义的权利理论。^⑩外在理由虽然可以在一定程度上支持权利的论证,但外在理由的严格性或重要性经常需要根据特定情境进行检视。比如,人有拥有财产的权利,但是,人们不能要求政府为每一个人直接提供足够丰富的财产,要求政府提供财富仅仅只能是一项“要求”,如果政府能够做到提供当然可以,但是做不到同样不影响政府的存在,因此这

一要求只是一种外在理由,还无法证成一项权利。当然,对于权利证成的法哲学路径,并非只有利益论与意志论、内部理由与外部理由,不少学者试图提出其他的证成理论,比如英国学者莱芙·韦纳(Leif Wenar)提出多功能理论(several-function theory)以克服利益论与意志论各自的不足。韦纳权利功能论关注的是权利能为权利人做什么。^⑪诺齐克则坚持洛克古典自然法思维模式提出地位权利论,^⑫英国学者奎因(Quinn)持地位论(status theories),每个人都是独立存在者,这种地位要求每个个体能够通过被尊重其基本权利而获得承认。^⑬

就本文主题来说,哈勒尔关于权利证成理由的划分与韦纳的功能主义权利理论、奎因的地位权利理论对于分析当前国内的新兴权利问题都具有重要启发意义,权利生成的内外部理由或背景,在某种意义上和权利功能理论其实是共通的。将前述各种理论模型进一步应用于新兴权利话题就可以发现,社会主体提出的特定新兴权利(或权利话语)能否真正成为受法律保护的法律权利,需要经受多方面的检验。既包括了内在理由的探讨,这证成了新兴权利的存在,也证成了对特定新兴权利的直接法律保护;也包括外在理由的归纳,这些理由主要展现某些新兴权利话语生成的社会背景或基础;还包括新兴权利的功利主义考量,即权利话语的实践价值。从中国司法实践中涉及新兴权利的一些案例来看,一般社会生活和司法实践中遇到的很多新兴权利更多只是在表达实现某些特定诉求的理由,并基于这些理由而在一定程度上证成(至少是初步的)对它们保护的必要性(即展现了权利的功能),比如基因编辑的权利、隔代探望的权利、亲吻权等。

面对纷繁复杂的权利证成观念,简单否定或肯定其实都不合适,只有从不同角度检视权利(话语)的哲理性基础才能全面深刻理解权利问题。不同的理由和前提既影响了谈话者的论证路径,当然也会影响了结论。“谈话者最初既定的(也就是说,实际先在的)规范性确信、愿望、需求解释以及经验性信息构成了论辩的出发点。”^⑭从法哲学角度看,新兴权利或新兴权利观念证成的不同路径表明了权利证成的不同理由和权利本身所具有的不同功能,值得进行系

统总结。基于对新兴权利的认可,并综合借鉴权利证成的内在理由与外在理由理论,本文提出一种更符合法哲学原理的新兴权利证成路径划分,包括自然法路径、实证法律路径和社会现实路径三种。以下展开具体分析。

二、新兴权利生成的自然路径

(一)自然路径的学理内涵

从感性描述来看,社会生活中很多新兴权利来源于人们生活中的自然本性和自然需要,只是在现代法治比较昌明的时代广泛借助于权利话语表达出来,比如近年来在我国受到广泛关注的同性婚姻权、独身妇女生育权、悼念权、安乐死权,甚至良好环境权,等等。虽然基于自然本性或需求而提出的新兴权利并不一定都能获得法律的认可,比如安乐死在我国至今也没有实现合法化,但这不妨碍社会主体采取这种思维方式提出甚至作为理由论证自己有某些权利。这种新兴权利论证模式具有强烈的自然法思维特征,本文把这种基于人的自然本性或自然需要而提出并努力证成新兴权利的做法称为自然法路径。当然,这里所说的自然法路径并不是说现代社会的人们仍然按照自然法(尤其是近代资产阶级革命时代到理性主义自然法)思路提出某些不证自明权利,而只是想表达一种比拟的权利思维或证成方式,即现代社会的人们仍然会像历史上自然法思想家论证自然权利或人权那样,基于人的自然本性或自然需要提出新兴的权利诉求,并借助于生活经验中人的本性或理性或自然需求来强化这种诉求。

在西方权利观念史上,基于自然法证成某些自然权利是近代启蒙思想家留下的经典政治观念遗产。这种思维模式可以追溯到古希腊。在古希腊思想中,自然(nature)原指事物等本源或本性,即事物排除了人类习俗等带来的偶然性后的样子。事物的本性决定了事物发展所要趋向的目的,符合自然本性的被认为是正确的,自然法是来自事物本性的正确法则。在这种意义上,与自然对应的不是社会,而是“不自然”或“非自然”,指不符合事物本质的存在。^①古希腊的自然法思想论证人应该按照其本性和目的生活,制定合理的实在法,但这种思想没有形成明确的自然权利观念,更多的是在强调自然正义。17世

纪以后,近代自然法思想兴起,启蒙思想家们更注重将自然法思维应用于政治哲学问题,设想了自然状态与意志自由这一容纳自然法的背景条件,经过自然状态中适用自然法的逻辑,推演出自然权利。虽然对自然法理论一直存在诸多反驳,但是人类生活似乎总有一些不可否定的规则在指引着,这些规则经常发挥某种纠偏作用,这种现象用自然法理论来表达就是,“实践中,我们在行为时都好像存在着一种带有衡量人类行为标准的自然法”^②。近代理性主义自然法理论兴起之后,自然法思想家们一如古代哲学家们一样,将自然法理解为凌驾于现实政治法律关系和实证法之上,并将自然法作为指导和规范现实政治法律生活的某种理性化的、普世的、永恒的准则。自然法成为实在法和人的权利的前提。“在众多种类的法律之中,自然法比实在法更具前提特征。它们是先验的前提。”^③在格老秀斯、霍布斯、普芬道夫、卢梭、孟德斯鸠、洛克等近代思想家那里,基本都采取依据自然法生成自然权利的论证模式,这些权利集中、清晰地表达于法国大革命期间的《人权与公民权利宣言》以及美国的《独立宣言》。

需要强调的是,西方法律思想史上的自然法并不是自然法则,而更像道德规范,自然法所关注的与其说是自然或物理世界的自然法则,不如说是人的自然属性或人的本性。^④近代系统表达出来的自然法的根本依据在于理性,不过这个理性不是宇宙秩序或上帝的理性,而是人的理性。所以自然法是符合人的理性的法则,按照普芬道夫的概括就是,“自然法(nature law)是与人的理性和社会性相契合的法律,如果离开了它根本就不可能有善而和平的人类社会存在。因此,可以靠人的天赋理性和反思普遍的人性来探寻并认识它”^⑤。而且,人的理性不是外在力量或秩序强加于人并排斥了人的自由本性,人的理性来自人的自然情感、自然欲望和需要的承认与满足。施特劳斯对这种自然或理性的总结就是,“自然之发现就等于是对人类的某种可能性的实现,至少按照此种可能性的自我解释,它乃是超历史、超社会、超道德和超宗教的”^⑥。按照自然法路径看待权利的来源,权利或权利诉求的正当性首先强调权利的合理性或者道德性,不管是道德还是理性,总有

一种超越于既存法律秩序之上的规范要求,实在法的权利的正当性也来自应然的道德性基础。

本文目标不在于梳理自然法学说的历史,而是为了借自然法理论中自然权利产生的模式,对分析当前中国法学研究中的新兴权利问题。基于实证案例的观察可以发现,在权利话语的表达上,具有自然法色彩的一些新兴权利往往和人的自然或本性需要相关,如“哭的权利”“笑的权利”“祭祀权”“安乐死权”“亲吻权”“养狗权”“流浪权”“悼念权”“祭奠权”等,人们在生活中各种发乎于心、出乎于情的主张或要求都被冠上“权利”之名。而且,在抽象的意义上,这些新兴权利也可以认为是来自人的理性,如同当年洛克论证财产权、生命权、安全权具有天赋性一样。因此,这些新兴权利不是法律的产物,个人利益、个人自由或选择优先于法律而存在,是新兴权利的提出推动法律发展,法律仅仅是对已提出的新兴权利进行确认而已。

作为一个外部理由,自然本性的权利生成理由往往表明了权利所具有的某些浅显功能,符合韦纳的功能主义权利证成模式,但是这些新兴权利在司法实践中不一定能获得认可,也不一定进入立法中成为明确的法定权利。所以,按照哈勒尔的观点,基于自然本性、以自然法思维方式提出新兴权利不能成为权利证成的内在理由。

(二)新兴权利自然法证成路径的特性

其一,这些新兴权利的提出或证成主要来自人的本性或自然的需求,只不过以前没有被纳入法定权利体系,随着时代发展而被冠以权利之名。“由于身体的存活和个人自主是任何文化中、任何个人行为的前提条件,所以它们构成了最基本的人类需要——这些需要必须在一定程度上得到满足,行为者才能有效地参与他们的生活方式,以实现任何有价值的目标。”^⑤在直观感觉上,具有自然法色彩的新兴权利大部分似乎是基于原有基础权利延伸而形成的新类型或新的权能,在观念领域不那么“新”,只是随着权利话语的被推崇和公民权利意识的觉醒,才开始逐步进入权利领域,比如这些年司法实践中遇到的祭奠或悼念权利、未婚妇女生育权、同性结婚权利,等等。

其二,按照自然法思维提出的新兴权利被赋予了天然正当性,因此绝对色彩更加浓厚。在自然法理论中,这种天然正当性要么借助于宗教化的语言表达出来,要么采取“不证自明”这样绝对的修辞来强化。在自然法思维下,新兴权利话语具有了绝对的形而上色彩,其正当性来自权利主张的自然合理性,比如在司法实践中的“亲吻权案”^⑥“祭奠(悼念)权案”^⑦等案例中,当事人认为这些权利是非常自然的要求。按照自然法学的论证逻辑,人是理性的存在物,先天具有自然权利,自然权利就是合理性的产物。由此,新兴权利只要合乎理性,就应该获得认可。“这种观念强调所谓正当的权利,首先是合理的权利,进而才通过立法或司法的程序转换为制度上的法律权利,从而使权利在形式上合理并正当化。”^⑧

其三,按照自然法思维提出的新兴权利具有强烈的个人主义及自由主义色彩。政治学、法学意义上的自由主义主要涉及国家与个人关系以及相应的个人权利与国家权力问题。自由主义理论的出发点是个人主义的,“这里的个人主义是中性的,并不包含价值判断,它指以个人作为其立论和论证的基点,其他的政治哲学与伦理原则都从此推导出来”^⑨。个人主义是自由主义的基础,无论是早期的霍布斯、洛克、卢梭、康德、密尔,还是20世纪的哈耶克、德沃金、罗尔斯,在自由主义者那里,个人都是基础,社会由具有独立、平等地位的理性个人构成。哈耶克因此认为由基督教和古典哲学发展出来的个人主义是西方文明的基础。“这种个人主义的基本特征,就是把个人当作人来尊重;就是在他自己的范围承认他的看法和趣味是至高无上的。”^⑩基于平等、独立的个人预设,当代著名政治哲学家罗尔斯就总结了自由主义的若干基本原则,比如自决原则、国家要保障个人最大限度自由、多元主义、国家的中立性、善的原则、正当对善的优先性等。^⑪在新兴权利话语中,某些基于人的自然需求而提出的新兴权利看起来有些庸俗甚至匪夷所思,其根源就在于这种对个人和个人自由的优先强调,比如“亲吻权”“吸烟权利”“自杀权利”等。

(三)新兴权利证成的自然法路径评析

从积极意义上来看,基于自然法思维而提出的

新兴权利话语具有自然正当性,在很大程度上反映了人们权利意识的提高以及社会发展对人的自由的实现程度。因此,这些新兴权利话语一方面具有天然正当性,另一方面也容易为社会公众所接受,反过来,也可能推动国家立法与司法的发展,从而提高公民的权利保障水平。在司法实践中遇到的很多新兴权利诉求,由于具有强烈的自然属性因此显得合理,法官也会通过人性化的裁决结果认可某些权利。在我国当代法治历史上不乏这样的例证,比如隐私权就是随着人们隐私意识的提高而生成并获得确认的一种新的权利,隐私权在我国首先是进入司法实践并获得认可,然后逐渐进入立法保护的范畴。^③从学理上说,基于人的自然属性或自然需要这样的外部理由而提出并证成新兴权利,可以归入权利证成的地位论。“地位论(Status theories)认为,人类具有的特性使得将特定权利赋予他们是适当的,并且使得尊重这些权利是合宜的。”^④地位论证成权利始于权利拥有者的本质,进而直接证成特定权利的存在。按照地位论的模式论证权利,带有自然色彩的新兴权利应该得到尊重,因为这样做是应该的,而不是因为尊重这类权利具有什么好处。

在消极意义上,不可否认,按照自然法思维提出并努力证成的“新兴权利”容易导致权利泛化现象。其一,权利变成一种彻底的主观欲望的修辞,失去价值意义。由于权利本身是个模糊并容易被随意使用的概念,因此在日常生活中,确实无法限制人们对“权利”一词的使用甚至滥用。但是,随意提出的各种新兴权利确实可能导致权利泛化,并引发道德风险。^⑤从逻辑结构的解析来看,某些随意的新兴权利话语内在结构包括“我”“有需要”“权利”三个部分,似乎只要是人的任何需要就都可以变成权利,由此导致权利话语流于庸俗与随意。其二,这种随意的权利话语忽略了权利应该具有的责任。这一点美国学者格伦顿已经做了非常丰富而又透彻的分析。^⑥泛滥的权利话语表达了很多随意的主张,但却没有对应的责任承担机制,法律上如何实现权利与义务适当平衡就非常困难。而且,权利提出者本人也忽略自己作为社会主体一员对社会应该负有对应责任。其三,泛滥权利话语给立法、司法活动等造成一

定的困扰。立法不可能频繁修改并及时接纳某些“权利”,这需要经过谨慎论证。而法官则要面对如何证成或否定某种权利的困境,过于激进地承认或否定新兴权利都会被批评。并且,自然法色彩的权利论证模式可能导致各种权利都具有绝对性,给立法或司法实践中权利冲突制造了空间。其四,自然色彩的论证模式也会被质疑提出的权利没有新意,不是新兴权利。因为有关个人的自然权利或基本权利在近现代的法律思想家那里已经得到了充分说明,比如生存权、安全权、人身自由权,现在很难再证成具有自然属性且能够获得最大限度共识的新兴权利,这也是陈景辉文章的立场所在。

三、新兴权利证成的法律路径

(一)新兴权利法律证成的学理阐述

基于法律(实证法)证成权利是法律实证主义思潮的重要观点。19世纪中后期,随着近代民族国家体系的建立,国家以独立、至上的主权者身份制定适用于本国的法律制度体系成为普遍现象,法律实证主义以坚持关注国家实证法律制度体系的立场成为一种强劲法学思潮。在某种意义上,法律实证主义被认为是真正的法哲学,而自然法学可以归入政治哲学的领域。^⑦虽然法律实证主义在二战后遭遇批评,并且也不断修正、重构自己的理论体系,但也一直能够在很大程度上回应现代经济、社会的要求,对特定时代形成的法哲学问题给出自己的解释与回应。法律实证主义的基本立场有三个方面,强调法律与道德的分离、强调国家权力在法律生成与适用领域的主导地位、注重法律概念分析与法律制度的逻辑演绎。^⑧通过与不同法律哲学理论进行论战,实证法思想家维系了实证法学的基本命题,当然,也形成了独特的法律实证主义权利观念。

与自然法模式的权利话语生成路径不同,实证法学理论认为权利正当性和合法性(合规范性)是一致的,权利的正当性来源于制度合法,不承认道德观念等法律之外的东西能够证成权利。实证主义法学代表人奥斯丁从义务角度认识权利的设定,“所有事实上授予权利的法,要么明确地,要么暗含地,设定了一个相对的义务,或者一个与权利相关的义务……因此,所有事实上授予权利的法,都是具有强制性

的”^③。凯尔森同样强调权利来自法律。“如果有法律权利问题的话,就一定要预定一个法律规则。在有法律之前不能有什么法律权利。”^④实证主义法学的这种权利证成思维形成于对自然权利观念的批判,认为自然法理论基于良知、理性等对实证法进行道德批判是没有道理的,道德批判本身就具有模糊性。因此,实证主义希望摆脱虚构的自然法前提,对自然权利以及建立在某种应然价值基础上的权利理论都表示否定。鲍桑葵认为,“权利是得到社会承认并由国家加以维护的要求。因此,我的位置或地位及其附带物,只要经国家认可就构成了我的权利——这时是把它当作某种我所要求的或者我认为有助于达到我的目的的东西”^⑤。按照实证主义法律的逻辑,权利只有得到国家承认,才能得到保障,才是权利,否则就毫无意义。这样,权利正当性和合法性就最终只能依赖于合制度性,而且,是符合既存的制度体系。

从这种意义上看,新兴权利问题在法律实证主义中似乎不存在。因为符合法律的就是正当的,而正当基础又在于合法,那么现行法律就已经把一切“法律权利”都包括了,其他都不是权利。但纵观人类法治发展的历史,总会有新的权利出现,比如隐私权、虚拟财产权等。为了解决实证主义不承认自然权利所带来的可能局限,实证主义一方面承认,“法律可能完全是有意不存在任何权利的地方创造出一种权利”^⑥。但是,这种被创造的法律权利并不是基于道德权利或权利持有者的利益,而是基于不得不服从法律的理由。另一方面,实在法理论承认权利可以进行推定(具体表现见下文分析)。学者刘叶深在反驳陈景辉提出的情境的观点时指出,核心权利不可能满足所有新情境中确立权利的需要,这就为新情境下新兴权利应当存在留下了空间,情境命题中标榜的新兴权利是与权利具体化并行的,并非相互排斥的。^⑦

在国内理论研究中,有学者为了克服实证主义法定权利论对新兴权利证成带来的阻碍,刻意对新兴权利和新型权利进行区分。谢晖教授就认为,新兴权利和新型权利之间存在着相当大区别,新兴权利带有自然权利色彩,是自发的、自然的和多样的;

而新型权利自觉的、法定(裁定)的和统一的。自发的新兴权利经由正当性的论证和有权机关(立法和司法机关)的选择、决断就成了新型权利。^⑧谢晖教授的观点确实有助于从概念上区分新兴权利与新型权利,但是新型权利难道就不是新兴的吗?当然,这并非本文关注的重点。就本文主题来说,按照谢晖教授的观点,新兴权利其实展现了一种自然法思维的权利证成路径,而新型权利由于是权力机关对社会中自然、自发的新兴权利进行权衡、选择和决断后的结果。那么,至少谢晖教授的观点也从侧面证明,新兴或新型权利的证成路径包括实证法模式。

(二)新兴权利法律证成的表现

法律不可能预先完全规定所有的权利,在社会发展产生新的权利需要时,法律实证主义承认立法可以直接创设新权利,也可以基于既有权利体系,运用权利推定等方式,扩展既有权利的包容范围,从而证成新兴权利。有学者认为,法律的滞后性难以囊括不断出现的新权利,而法律体系的开放性决定了立法者有时会通过法律原则、法律概念和法律义务等方式对某些权利作出概括性的规定,这就为权利的推定提供法律依据。^⑨

其一,国家立法机关直接创制或认可新兴权利。在实证法学理论中,主权者具有最高立法权,而立法机关是立法权的行使者,是法律制定者,当然可以通过立法直接创设新权利。立法机构为社会治理的需要,针对社会中新出现的问题,直接规定一种新兴权利,为尚处于不确定状态的社会关系予以定型,从而形成稳定的社会关系调整机制,这一做法是实在法理论的应有之义。以中国的立法为例,2020年8月20日,全国人大常委会通过《个人信息保护法》,直接通过立法确认个人对自己的信息拥有知情权、访问权、更正权、删除权、反对权、可携带权等权利。

其二,由司法机关创制法律形成新兴权利。在英美等具有判例法传统的国家,司法机关有立法功能,法官可以造法,当然也可以通过创造新法而形成新兴权利,比如隐私权在美国就是通过司法审判活动形成的。在大陆法系国家,传统法律观念和理论不允许法官造法,但是这种情况已经逐步改变。美国学者梅利曼很早就指出,大陆法系法官审理案件

会陷入困境,一方面法律可能已经不合实际需要,另一方面法官无论遇到什么案件都必须作出正确判决。因此,实际上在大陆法系国家,“法官仍具有随机应变创制法律的权力。当然,法官应尽量表明自己所做的判决是以立法机关创制的法律规定为根据的”^④。在中国,法官同样面临“不得拒绝裁判”的要求,在裁判涉及新兴权利的案件中创设新权利也是正常现象,否则法院无法在立法难以及时跟进的情况下顺利解决纠纷。当然,法官通过“创制法律”形成新兴权利的方式可以有多种,比如我国最高人民法院发布的“指导性案例”就承认了不少新兴权利。司法机关创制或认可新兴权利并不违背实证法语境下的权利理论,因为司法机关也是国家权力的运行机构。

其三,立法或司法机关进行权利推定。在法律规定的明示权利之外,立法或司法机关可以通过“权利推定”的方式来证成“默示权利”“漏列权利”“新生权利”“空白权利”等。^⑤权利推定包括正向推定与反向推定两种。正向推定是指基于既有实证法权利推定出新权利,这是一种发现新权利的过程。“法律权利不仅证成其他现有权利与义务,而且也指导法庭以某种方式发展法律。它们是创造新的权利、义务与法律的法律理由。”^⑥以近年来获得认可的虚拟财产权为例,这种新兴权利的本源来自民事法律规定的财产权。按照姚建宗教授的观点,属于客体指向的“新兴”权利,即出现了新客体之后必须以新的权利加以覆盖。^⑦反向推定则是基于法律义务或政府职责而推定新兴权利。凯尔森在权利与义务的关系中对此进行了清楚说明。“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。”^⑧拉兹对此的概括就是,“人们能够以他们获得义务、权力、债务或任何其他法律条件相同的方式获得法律权利”^⑨。这就表明,基于法律义务,可以推定相应的主体享有权利,这为新兴权利的合法证成留下了足够条件。基于政府机关的法定职责当然也可以反向推定认可某些新兴权利,政府的职责其实也是一种义务,比如有学者根据《信访条例》(国务院2005年制定)对各级人民政府及其

工作部门职责的规定推定认为公民有信访权利。^⑩

(三)新兴权利实证法证成路径评析

以既有法律规定作为证成新兴权利的理由,体现了一种法律上的实践推理,确实在很多方面可以避免基于自然法证成新权利的弊端。其一,权利的生成具有法律纯粹性,能避免权利话语的泛化。“如果一个法律陈述的真值可以单独参考某种法律的存在而得到确立,那么它是纯粹的。”^⑪而且,这种证成模式按照英国学者拉兹的观点,能够避免将权利与规定权利的法律孤立进行研究所导致的缺陷。^⑫因此,在我国不少涉及新兴权利的案件中,法官对当事人提出的“权利”并不认可,比如2001年引起关注的“亲吻权”案例中,法官就以没有法律依据而加以否定。^⑬其二,基于实证法证成新权利具有强烈的权威性。因为前面的“母体”权利已经获得了法律效力,新产生的权利形态在逻辑上承续了这种效力,这种做法符合哈勒所说的内部理由的作用。其三,可以避免或降低新兴权利带来的权利冲突问题。“在明定主义者看来,从一个给定情形中权利会发生重叠的意义上说,权利从不会发生冲突。”^⑭

基于实证法律规定作为证成新兴权利的理由同样有不可避免的缺陷。首先,这种思路对既有法律持完美主义认同,明显过于保守。实证主义法律权利观念认为,既有的法律包含了未来可能的权利,通过推定、解释就可以解决一切问题,但现实不断展现实证法律相对于社会发展来说的滞后性,争议在所难免。以“安乐死权”为例,按照实证主义观念,如果法律没有规定公民有“安乐死权”,则这不能成为权利,比如中国就没有。但是,世界上有些国家已经实现了安乐死的合法化,实证法律权利理论对此似乎只能借助于法律权利的地方性和社会性来加以解释。其次,实证主义权利形成理论将导致权利的价值意义和解释力丧失。按照法律实证主义的逻辑,法律只要是主权者依据特定立法程序制定的,则无论内容如何都是正当的。把权利的正当性最终只归结到法律的程序和形式上,会导致权利所应该具有的伦理性价值丧失,权利话语也就失去了对生活的解释力度,对自由等价值观念的追求都会遭遇挫折。再次,法律实证主义的权利证成路径会导致权

利和义务的混同。法律实证主义认为,对法律权利的把握需要延伸讨论权利后果,如果法律没有规定其他人有义务来保护权利人持有的利益,那么这种法律权利就是一种虚无的陈述。“法律权利最后的这种后果值得特别注意,因为它们表明法律权利构成了给予被证成权利和义务以法律效力的法律理由。”^⑤这样,权利和义务的差异也被混同。

四、新兴权利证成的社会路径

(一)新兴权利社会路径证成的内涵

就中国来说,改革开放以后巨大的经济、社会、治理模式变革引发了很多新兴权利的涌现,比如股东权、消费者权利、个体经营权、土地承包经营权、虚拟财产权、个人信息安全权,等等。这些权利大部分并非直接关联人的自然本性或自然需要,有很多也并非基于原有法律制度推演而出(1990年代之前中国的法律制度体系还非常不健全)。新兴权利的生成与社会制度变革、科技进步、法治发展、观念更新等多方面因素相关,并在不同国家和地区由于社会条件的不同而不同,这一点非常符合马克思主义的历史唯物主义观。马克思主义强调权利的阶级性、历史性和社会基础,因而形成独特的权利观念。马克思就曾引用黑格尔的观点:“‘人权’不是天生就有的,而是历史地产生的。”^⑥而且,权利是和经济基础密切相关的。“权利决不能超出社会的经济结构以及由经济结构所制约的社会的文化发展。”^⑦从法哲学角度来说,权利话语是实现人的价值和利益诉求的产物,当人们基于社会实践产生新的价值或利益需要时,就会扩展既有的权利体系(包括话语和制度),形成新兴权利。因此,在一种比较狭窄意义上,基于社会发展需要而不断提出并证成的新兴权利,可以归入法社会学(社会法学)意义上的权利证成路径。社会实践创造了新的价值,这种新的价值具有足够强大的理由时,社会就需要通过权利(尤其是法律上的)来保障主体实现这种新的价值或诉求。

新兴权利证成的社会路径在很大程度上体现了法社会学的理论要求。法社会学以实用主义哲学和社会学理论作为基础,强调法律的目的是对社会冲突及利益进行协调,法学研究的中心不在于立法和司法,而在于社会本身,法学研究要关注法律、判决

的社会效果。用邓正来先生对法社会学的评价就是,法社会学否定此前诸神而为法律确立起了外在且实用的“社会神”^⑧。法社会学关注法律的社会效果,关注法律形成和适用的社会背景等问题,这种思路对于理解当代中国社会一些新兴权利的出现具有强烈解释力。

(二)新兴权利社会证成路径的特性

其一,社会出现新兴权利是社会发展的时代需要。德国法学家耶林在反对天赋权利理论时提出,“法权原则、法律设置、道德准则规范不是被这种感觉所预先规定的,而是生活的力量、实践的需要使这些制度产生了”^⑨。比如关于基因编辑的权利、冷冻胚胎的权利,等等,这些权利观念就是随着医学和生物技术学科的发达而形成的。再比如户外广告发布权,有学者就提出这是一项典型的因新市场、新利益引发的新权利。^⑩而且,新兴权利的出现往往能够展现特定时代法律相对于社会经济、科技的不足,也就是当法律应当规定某种或某些新兴权利但还没有规定时,立法的不足就暴露出来。例如,在2017年的《民法总则》出台前,我国民事法律体系长期缺乏对个人信息权利的明确规定,也缺乏专门的个人信息保护法,但在学理上已经有很多学者加以研究,这种状况显示了我国相关立法滞后于互联网发达的“智慧信息时代”^⑪。

其二,社会主体提出新兴权利是为了实现某种功利(利益)目标。如果说按照自然法思维提出自然属性的新兴权利符合前述奎因的“地位论”,那么,基于社会现实提出并证成新兴权利则体现了韦纳的工具论思维,目的是形成符合言说者需要的利益分配结局。“工具论(Instrumental theories)认为,对特定权利的尊重是产生最优利益分配的一种方法。”^⑫这种理论也被认为是利益法学的基本观点。利益法学批判了自然权利观念的主观性和实证法学导致的概念空洞性,使法学走向社会,注重社会实际和社会利益。^⑬事实上,很多紧随社会发展需要而被创立出来的新权利在个体意义上是当事人为了谋求自己利益的一种手段,当然,在宏观意义上确实有利于促进社会权利观念的进步。这种基于社会现实的新兴权利(可能只是要求)具有工具属性,用来证成这些新兴权利的理由,更符合

合前文哈勒尔所说的外部理由(extrinsic reasons)。

其三,新兴权利的形成来自社会主体的经验性反思。美国学者德肖维茨在反思权利建构的相关理论时提出,自然权利理论有时是一种善意的虚构,基于善意目的构建的权利也可以用于恶意目的;而完全将权利构建于法律逻辑推演则缺乏经验基础,导致对既有法律体系的判断缺乏依据,权利应该来自不义。他认为,“权利是人类心智以人类经验为基础而设想出来的法律建构物,这些建构物必须在公众意见的法庭中通过一贯的辩护。它们必须来自人类对不正义的经验”^⑥。社会生活中,很多人确实基于某种正义观念的维护而提出新的权利,德肖维茨的观点非常契合法社会学对法律与权利观念形成的路径认知,但是,他否定权利可以从人的自然本性或法律制度产生则过于绝对,自然权利的历史与法律实证主义的价值都证明了权利生成路径的多元性。

(三)新兴权利证成的法社会学路径评析

在现代社会中,社会主体基于社会发展需要提出或证成新兴权利话语,已经是一种常见现象。一方面,这种现象展现了“权利的时代”人们权利意识的觉醒。随着法治昌明,现代人们越来越习惯利用权利话语维护自己的利益和选择,这是法治建设的必然结果,有助于形成更多的新权利。另一方面,社会主体基于社会现实努力证成新兴权利,也为法律认可新兴权利提供了社会基础。比如随着信息时代的发展,个人信息越来越重要,个人信息保护就自然而然地得到认可并成为法定权利。法社会学使法学研究走入社会,关注社会利益最大化,无疑具有科学性和实践意义。

基于社会理由提出新兴权利当然也要面对异议。其一,基于社会经验提出并证成新兴权利过于自发、随意,更容易导致权利泛化现象。新兴权利的提出者可能随意将任何他所喜欢的利益都表达为权利,“所欲即权利”。“随心所欲的生活权利,可能与尽力发展自己智力与道德性能的责任相抵触。”^⑦相对来说,自然法路径下新兴权利要依附于人的自然属性来展开,实证法路径下的新兴权利更强调权利的实在法律依据,二者相对有更明显的约束性基础。如果从权利保障的实践可能性来说,未进入法律的

新兴权利要成为法律正式认可的法定权利,需要更多的条件,比如正当性、可实现性、合法性等。正是由于这种随意性,新兴权利问题提出后,很多学者立刻想到了可能出现的权利泛化问题。其二,基于社会理由,以功利方式证成新兴权利,同样可能导致权利的价值性丧失,权利也可能成为专制的借口。假设基于追求最优利益的需要而提出并证成某种新兴权利,而这种权利如果被认为是为了实现最优的利益分配或安排,则权利本身所具有的价值色彩会被遮蔽,成为实现某种专制目标的工具。邓正来先生就警惕地提出,庞德基于“社会利益”创设的“社会神”可能在一定程度上为某些人或群体侵损个人利益开启“合法”之门。^⑧

五、总结与重申

权利的来源和证成是一个宏大而又纠缠不清的问题,本文借鉴权利证成的内在理由与外在理由等不同理论,将新兴权利证成简化为自然、法律与社会三种法哲学路径。虽然关于新兴权利证成的不同路径都各有优缺点,但将这些路径综合起来思考则表明,否定新兴权利的观点会更加导致法律的僵化和保守。本文的归纳表明,新兴权利概念及理论具有多方面的作用,既可以用于经验性地描述社会不断涌现新权利的客观现实,也可以作为抽象的理论范式证成一些新的权利。因此,对于新兴权利问题,需要持一种包容、开放的态度。“这也意味着权利体系的存在是一个动态的过程,新兴权利的提倡以及不断进入法律并不意味着权利体系的不稳定,而是权利体系有活力的表现。”^⑨

注释:

①至2021年,国内已经召开了八届专门以新兴权利为主主题的学术研讨会,前五届会议名称是“新兴(型)权利与法治中国”研讨会,从第六届开始,此会议更名为“新兴权利与法治中国”研讨会。此外,最近10多年发表的有关新兴(新型)权利的论文有数百篇。

②参见姚建宗:《新兴权利论纲》,《法制与社会发展》2010年第2期,第3-15页;谢晖:《论新型权利生成的习惯基础》,《法商研究》2015年第1期,第44-53页;周贇:《新兴权利的逻辑基础》,《江汉论坛》2017年5期,第114-120页;雷磊:《新兴(新型)权利的证成标准》,《法学论坛》2019年第3期,第20-29页。

③参见徐纯、郑记:《新兴权利救济:司法能动立场的证成

与运作》，《理论与改革》2010年第6期，第136-139页。

④参见王庆廷：《新兴权利渐进入法的路径探析》，《法商研究》2018年第1期，第30-41页；王保民、祁琦媛：《新兴权利的行政法治保护》，《北京行政学院学报》2018年第2期，第1-9页。

⑤参见肖建飞：《语言权利产生的背景及其法定化》，《法制与社会发展》2010年第1期，第59-71页；任江：《职业资质权的实践发现与理论建构——兼谈新兴权利的发现与生成》，《河南大学学报(社会科学版)》2016年第4期，第1-13页。

⑥参见魏治勋：《新兴权利研究述评——以2012-2013年CSSCI期刊相关论文为分析对象》，《理论探索》2014年第5期，第108-116页；侯学宾、郑智航：《新兴权利研究的理论提升与未来关注》，《求是学刊》2018年第3期，第89-99页。

⑦陈景辉：《权利可能新兴吗？——新兴权利的两个命题及其批判》，《法制与社会发展》2021年第3期，第90-110页。

⑧刘叶深：《为新兴权利辩护》，《法制与社会发展》2021年第5期，第82-103页。

⑨姚建宗：《新兴权利论纲》，《法制与社会发展》2010年第2期，第3-15页。

⑩刘叶深：《为新兴权利辩护》，《法制与社会发展》2021年第5期，第82-103页。

⑪“出现一件值得保护的事情A。原本只存在道德权利MR而不存在法律权利LR，但为了实现对A的有效保护，应当将MR转变成LR，因此LR就是一项新兴权利。”参见陈景辉：《权利可能新兴吗？——新兴权利的两个命题及其批判》，《法制与社会发展》2021年第3期，第94页。

⑫“出现一个值得保护的情形B，也存在一项权利R，R在历史上并不适用于B，但为了有效保护B，有充分理由认为R应当适用于B，因此，相对于情形B而言，原本不适用于它的R，就是一项新兴权利。”参见陈景辉：《权利可能新兴吗？——新兴权利的两个命题及其批判》，《法制与社会发展》2021年第3期，第94页。

⑬霍宏霞：《新兴权利的用语梳理》，《汕头大学学报(人文社会科学版)》2017年第6期，第79页。

⑭阿隆·哈勒尔：《何种要求是权利？——权利与理由关系的探讨》，朱振、瞿郑龙、张梦婉译，朱振、刘小平、瞿郑龙等：《权利理论》，上海：上海三联书店，2020年，第13-14页。

⑮有关本质主义的两种权利理论，参见彭诚信：《现代权利理论研究》，北京：法律出版社，2017年，第二章“意志理论的起始与发展脉络”、第三章“利益理论的起始与发展脉络”。

⑯参见莱夫·韦纳：《权利性质》，张梦婉、瞿郑龙译，朱振、刘小平、瞿郑龙等：《权利理论》，第184页。

⑰参见莱夫·韦纳：《权利》，瞿郑龙、张梦婉译，朱振校、朱振、刘小平、瞿郑龙等：《权利理论》，第49页。

⑱参见莱夫·韦纳：《权利》，瞿郑龙、张梦婉译，朱振校、朱振、刘小平、瞿郑龙等：《权利理论》，第48页。

⑲罗伯特·阿列克西：《法律论证理论——作为法律证立理论的理性论辩理论》，舒国滢译，北京：中国法制出版社，

2002年，第21页。

⑳参见熊亚菲：《从自然法到自然权利——论近代自然法转折的意义》，《学术探索》2014年第1期，第18-23页。

㉑耶夫·西蒙：《自然法的传统——一位哲学家的反思》，杨天江译，北京：商务印书馆，2016年，第180页。

㉒耶夫·西蒙：《自然法的传统——一位哲学家的反思》，杨天江译，第185页。

㉓参见申建林：《自然法理论的演进——西方主流人权观探源》，北京：社会科学文献出版社，2005年，第29页。

㉔塞缪尔·普芬道夫：《人和公民的自然法义务》，鞠成伟译，北京：商务印书馆，2009年，第78-79页。

㉕列奥·施特劳斯：《自然权利与历史》，彭刚译，北京：生活·读书·新知三联书店，2006年，第90页。

㉖莱恩·多亚尔、伊恩·高夫：《人的需要理论》，汪淳波、张宝莹译，北京：商务印书馆，2008年，第69-70页。

㉗参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。

㉘参见上海市第二中级人民法院(2010)沪二中民一(民)终字第971号民事判决书。

㉙尹杰奎：《权利正当性观念的实践理性批判》，北京：科学出版社，2008年，第36页。

㉚顾肃：《自由主义基本理念》，北京：中央编译出版社，2003年，第4页。

㉛哈耶克：《通往奴役之路》，王明毅等译，北京：中国社会科学出版社，2000年，第21页。

㉜参见约翰·罗尔斯：《正义论》，何怀宏等译，北京：中国社会科学出版社，1988年，第三编。

㉝参见张健文、高悦：《从隐私权的立法与司法实践看新兴权利保护的复合方式》，《求是学刊》2019年第6期，第102-111页。

㉞参见莱夫·韦纳：《权利》，瞿郑龙、张梦婉译，朱振、刘小平、瞿郑龙等：《权利理论》，第47页。

㉟参见陈林林：《反思中国法治进程中的权利泛化》，《法学研究》2014年第1期，第10-13页。

㊱参见安·格伦顿：《权利话语——穷途末路的政治言辞》，周威译，北京：北京大学出版社，2006年，第18页。

㊲参见支振峰：《西方法理学研究的新发展》，北京：中国社会科学出版社，2013年，第201-202页。

㊳参见支振峰：《西方法理学研究的新发展》，第202页。

㊴约翰·奥斯丁：《法理学的范围》，刘星译，北京：中国法制出版社，2002年，第36页。

㊵凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，北京：中国大百科全书出版社，1996年，第87页。

㊶鲍桑葵：《关于国家的哲学理论》，汪淑钧译，北京：商务印书馆，1995年，第207-208页。

㊷约瑟夫·拉兹：《法律权利》，葛四友译，朱振、刘小平、瞿郑龙等：《权利理论》，第251页。

⑬刘叶深:《为新兴权利辩护》,《法制与社会发展》2021年第5期,第82-103页。

⑭参见谢晖:《论新型权利的基础理念》,《法学论坛》2019年第3期,第5-19页。

⑮参见季金华:《权利推定的三个维度:价值、理性和经验》,《江苏社会科学》2017年第1期,第133-143页。

⑯约翰·亨利·梅利曼:《大陆法系(第二版)》,顾培东、禄正平译,北京:法律出版社,2004年,第87页。

⑰参见郭道晖:《论权利推定》,《中国社会科学》1991年第4期,第179-188页。

⑱约瑟夫·拉兹:《法律权利》,葛四友译,朱振、刘小平、瞿郑龙等:《权利理论》,第256页。

⑲参见姚建宗:《新兴权利论纲》,《法制与社会发展》2010年第2期,第3-15页。

⑳凯尔森著:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,北京:中国大百科全书出版社,1996年,第87页。

㉑约瑟夫·拉兹:《法律权利》,葛四友译,朱振、刘小平、瞿郑龙等:《权利理论》,第248页。

㉒参见任喜荣:《作为“新兴”权利的信访权》,《法商研究》2011年第4期,第37-41页。

㉓约瑟夫·拉兹:《法律权利》,葛四友译,朱振、刘小平、瞿郑龙等:《权利理论》,第248页。

㉔约瑟夫·拉兹:《法律体系的概念》,吴玉章译,北京:中国法制出版社,2003年,第213页。

㉕参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。

㉖莱夫·韦纳:《权利》,瞿郑龙、张梦婉译,朱振校,朱振、

刘小平、瞿郑龙等:《权利理论》,第43页。

㉗约瑟夫·拉兹:《法律权利》,葛四友译,朱振、刘小平、瞿郑龙等:《权利理论》,第251页。

㉘《马克思恩格斯文集》第一卷,北京:人民出版社,2009年,第313页。

㉙《马克思恩格斯文集》第三卷,北京:人民出版社,2009年,第435页。

㉚邓正来:《社会学法理学中的“社会”神——庞德法律理论的研究和批判》,《中外法学》2003年第2期,第258-259页。

㉛鲁道夫·冯·耶林:《法权感的产生》,王洪亮译,北京:商务印书馆,2016年,第15页。

㉜参见宋亚辉:《新生权利的经济解释与法律配置——以户外广告发布权为例》,《现代法学》2017年第1期,第94-107页。

㉝参见韩旭至:《个人信息权载人民法典刍议》,《武汉理工大学学报(社会科学版)》2017年第3期,第137-145页。

㉞莱夫·韦纳:《权利》,瞿郑龙、张梦婉译,朱振校,朱振、刘小平、瞿郑龙等:《权利理论》,第47页。

㉟参见黄辉明:《利益法学的源流及其意义》,《云南社会科学》2007年第6期,第78页。

㊱艾伦·德肖维茨:《你的权利从哪里来?》,黄煜文译,北京:北京大学出版社,2014年,第7页。

㊲科恩:《论民主》,聂崇信、朱秀贤译,北京:商务印书馆,1988年,第131页。

㊳参见邓正来:《社会学法理学中的“社会”神——庞德法律理论的研究和批判》,《中外法学》2003年第3期,第284-285页。

㊴朱振:《认真对待理由——关于新兴权利之分类、证成与功能的分析》,《求是学刊》2020年第2期,第108页。

Nature, Law, and Society:

Three Legal-Philosophical Paths to Emergent Rights Justification

Wang Fangyu

Abstract: There are various paths for the formulation and justification of emerging rights, including the natural path, which reflects natural law thinking, the empirical path based on law, and the social path with the color of sociology of law. The natural law path of justifying emerging rights is in line with the satisfaction of human needs and has natural rationality and value justification, but it tends to make the rights discourse too broad. Positive law justification of emerging rights can help strengthen the legal authority of emerging rights and avoid conflicts in rights discourse, but this justification path is too conservative. While the justification of rights based on social reality is realistic and reasonable, it may also lead to generalization and over-utilitarianism of rights. The different paths of emerging rights justification disprove the reality of emerging rights, and the denial of emerging rights concepts and theories will lead to the loss of explanatory power of rights discourse to social reality.

Key words: emerging rights; intrinsic reasons; extrinsic reasons; natural jurisprudence; positive law; sociology of law