

论人权的非道德性

莫纪宏

【提 要】从法律的公共道德性看，人权的道德性必须通过法律制度体现出来，离开法律判断，人权的道德性不具有公共性。而在法律制度下，人权价值的取舍不完全受制于公共道德的要求，还要受到社会现实的客观性、国家利益、公共利益、自由目标等本体论、认识论等因素的制约，所以，人权的正当性不完全来自于道德评价，人权也具有非道德性。人权的非道德性主要是强调人权的正当性应当从历史唯物主义和辩证法的视角来考察。人权本身具有一定的客观性，受到社会经济文化条件因素的制约，人权是在现实的社会关系中实现的。人权离不开道德评价，但是，人权价值背后的利益冲突导致人权的价值取舍不完全受制于道德要求，人权本身是历史的产物，也是在社会发展过程中不断向前发展的。所以，考察人权的正当性基础应当关注人权的道德性与非道德性之间的辩证统一关系。人权的道德基础不能简单地停留在人权的规范要求上，在社会关系的框架中来考察人权的特性，需要重视人权所追求的人格利益在现实中可以得到制度保障的实际状况和程度。人权性质过于主观化不利于人权事业的发展。

【关键词】人权 道德权利 法定权利 实有权利 道德性 非道德性

【中图分类号】D911 【文献标识码】A 【文章编号】1000-114X(2011)06-0224-10

最近二十年间，我国学界对人权的基本理论进行了深入和系统的研究，其中，对于人权的正当性和价值基础的研究，可以说是比较有特色的。大多数论著在区分人权与法律权利的同时，指出了人权的道德性，也就是说，人权是一种道德意义上的权利，人权具有道德性。但在研究人权的道德性时，对于人权的道德基础的“可靠性”和“确定性”的表述，却很少有深入论述和探讨，因此，对于人权正当性和价值基础的研究，目前仍然处于比较粗浅的状态。本文从人权的非道德性的角度入手，试图打破以往学界论述人权性质的常规视角，通过论证人权所具有的非道德性来为人权的价值基础提供一种新的解释方法。

一、关于人权的道德性的几种观念及评析

所谓人权的道德性，是指人权具有道德意义。在某种意义上，可以将人权的道德性简化为“道德意义上的人权”或者是“道德人权”。刘升平、郭道晖教授在合著的《人权的几个基本理

论问题》中，对人权作为道德意义上的权利的含义表述得非常清晰。他们认为，“人权首先是一种道德意义上的权利，它所依据的，从根本上讲，是‘把人当人看待’的道德原则，而不是国家的法律。在现代社会，任何法律都要规定国民的权利和义务，但不是任何法律都尊重人权。在当今世界，国家的法律只有尊重人权、体现人权、维护人权，才能在道德上被认为是合法的，并因此享有权利和尊严。违反这样的法律，即要受到法律的制裁，也要受到道德的谴责。如果一个国家的法律敢于践踏人权，那么就会出现这样的情形：法律上合法的行为在道德上非法，法律上非法的行为在道德上合法，这样便会导致社会秩序的混乱。长期以来，有不少人看不到人权作为一种道德权利所具有的起始性、权威性，仿佛人权是可以由国家法律任意表现、可以由法定权利完全取代的，例如，将人权等同于公民权，或将公民权等同于人权。这种认识，在理论和实践上都造成了一定的危害”。^①很显然，上述观点中存在着三个基本价值判断：一是人权是一种道德意义上的权利；二是道德意义上的人权与法律规定的权利不能完全等同起来；三是人权与法定权利之间存在价值冲突，人权不一定合法，合法的权利也不一定符合人权的要求。就上述三个基本价值判断来看，将人权与法定权利的价值属性分开，这在逻辑上比较清晰，在制度上也能够找到实例。但是，断言人权是道德意义上的权利这样的命题必须要经过符合学术规范要求的证明，而人权不一定合法，合法的权利不一定符合人权的要求，则在逻辑上会导致人权与法律价值目标之间的冲突。逻辑上可能存在的问题是，为什么合法的权利不一定符合人权的要求？为什么不能将符合人权的要求直接写入法律？为什么立法者要故意设计人权与法律之间价值冲突的制度机制？很明显，这样的问题对于上述观点所提出的学术挑战都是致命的。至少可以发现上述三个关于人权的基本价值判断带有作者自身强烈的“主观性”和“任意性”。

关于人权的道德性另外一种表述思路最著名的是李步云教授提出的人权的三种形态论。李步云教授认为：人性的第二个基本要素是德性，其主要内容有平等、博爱、正义。人是一种有伦理道德及其无限追求的高级动物，这是人区别于一般动物的一个根本点。人生性就有“仁爱心”、“同情心”、“怜悯心”、“恻隐心”，并在人与人之间相互依存、相互影响的关系和交往中逐渐养成平等、博爱、正义等为核心的一套伦理道德观念。当我们说人权的本来含义是一种“应有权利”时，它就已经包含有道德的意蕴。当我们依人道主义原则救助弱势群体、依现代民主理念既要服从多数又要保护少数时，人权的伦理性也是显而易见的。他还对人权的三种形态的内涵做了非常精辟地论述“学界有许多种对于人权的分类方法，例如将人权分为国际人权与国内人权、个人人权与集体人权、基本人权与非基本人权等等。我们认为无论哪种分类方式都不可能脱离人权的三种形态，即应有人权、法定人权和实有人权。应有人权，是指人之为人依据其社会属性和自然属性所应当享有的权利。应有人权是对人之为人的一种肯定，它向人们昭示人之为人的根本内涵。法定人权，是指通过宪法和法律的规定将应有人权确定化、具体化，将抽象的权利变为相对具体的权利。法定人权一方面向人们昭示着人权的具体内容，一方面又为受侵害的人权提供保障的途径。但不同的国家甚至某一国家在不同的历史时期，对法定人权的的规定都不一样，所以法定人权的范围很难确定。在民主法治社会里，法定权利是最为可靠的人权，是最能得到实现的人权。实有人权，是指在应有人权的范围之内，公民所实际能够享有的各种权利，它不仅限于法律的规定，因为法律规定的权利在有些时候公民并不能真正的享有，而法律没有规定的权利，公民并不一定不能享有，因为我们这个社会并不仅仅只有法律这样一种调整社会关系的准则，社会进步组织的章程、风俗习惯、乡规民约以及道德乃至宗教，同样可以使人享有某些权

利”。^②李步云教授上述论述，首先肯定了人权作为一种道德权利的特性，并且以“应有人权”来表述人权的“道德性”或者是道德意义上的人权。其次，李步云教授上述观点明显不同于刘升平、郭道晖的地方是，李步云教授并没有将作为道德意义上的人权与法定权利的价值关系对立起来，而是通过将道德权利、法定权利和实有权利统一为人权存在的三种形态，将法定权利视为人权的一部分，并且在道德权利与法定权利之间作了两者相互一致的价值关系表述，即“应有人权”必须要通过“法定人权”加以制度化和具体化，法定人权是道德意义上的人权的制度表现形式，两者之间不存在价值冲突。不仅如此，李步云教授还认为，道德人权既可以表现为“法定人权”，也可以通过其他途径来实现，因此，“应有人权”并不完全需要“法定人权”来加以实现，由此，法定人权在实现应有人权方面只是起到了主要的作用，而不是履行了保障道德人权全部实现的功能。就李步云教授的人权的三种形态理论来说，在逻辑上也有不可克服的内在矛盾。主要有以下两个问题需要进一步加以论证：一是为什么“应有人权”不能完全“法定人权”化，人权进入法律通过法律途径来加以保障需要什么条件？二是为什么“应有人权”不可能完全地“实际享有”，不能实际享有的人权为什么说是“应有人权”，其中的“应有”是依据什么价值标准来判断的？很显然，要回答上述两个问题也是很困难的。综观李步云教授提出的人权的三种形态观，对人权存在的表现形式的表述，具有很强的“形式逻辑”上的直观性，无法有效地来分析现实生活中存在的各种人权问题。

从当代西方学者关于人权的特性的观点来看，更是众说纷纭，莫衷一是。但有一个特点是很明显的，即绝大多数观点都将人权与道德紧密地联系在一起，承认人权的道德因素或者是认可人权作为一种道德权利，主张人权应当接受道德的评价。著名法理学家沈宗灵先生在总结西方人权学说的基础上，对西方人权学者有关人权概念的解释，特别是有关人权的定义作了近十项归类，主要有以下几种代表性观点：（1）人权是那些属于每个男女的道德权利，它们之所以为每个男女所有，仅仅因为他们是人（英国的麦克法兰）；（2）基于人仅因作为人这一事实而被认为当然具有的权利就是人权（日本的宫泽俊义）；（3）人权是平等地属于所有人的那种普遍的道德权利（美国的温斯顿）；（4）只有作为最低限度道德标准的人权概念才是经得起辩驳的（英国的米尔恩）等等^③。

由此可见，人权是一个与道德问题纠缠在一起的概念。但是，人权到底在何种意义上与道德联系在一起的，是整个人权价值都属于道德价值体系的一部分，还是人权价值与道德价值密切相关，彼此发生一定的联系？这些问题并没有在人权教科书或论著中得到明确的证明，可以说，是目前人权理论中最为混乱的。因为人权与道德的关系处于模糊混乱的状况，因此，也直接地影响到人权的实践活动。在人权的国内法实践中，存在着人权的“阶级性”和“人民性”的争议；在人权的国际法实践中，也存在着“人权”与“主权”关系的对立。所以说，正确地认识人权的道德性以及人权与道德的关系，是人权理论得以向前深入发展的逻辑前提，否则，很难断言我们今天的人权理论与以往相比究竟进步了多少。仅以清末立宪时期学界和政界对人权的理解而言，其中关于权利与义务关系的论述，至今也无法在逻辑和制度上加以超越。以笔者阅读的中国社会科学院图书馆法学分馆藏书1906年的《立宪纲要》的论述为例，其对权利与义务关系的理解以及因此而对人权观念的看法，迄今仍有很好的借鉴意义：

立宪国之臣民与未立宪国之臣民何所以异乎？一言以断之。曰立宪国之臣民对于国家享有种种之权利，亦即负有种种之义务而已。不若未立宪之臣民，仅负义务未能享有

权利者也。因是二者之分，则立宪政体与专制政体不同之大要，已可略识而。立宪国之臣民与未立宪国之臣民对于国家之关系，亦于是乎大异。夫权利与义务，乃同时相生，一面享权利，即一面负义务。一面负义务即一面享权利。故天下无无权利之义务，亦无无义务之权利。彼立宪国之臣民，其爱国也，既深且挚，而其受国家之保护也，亦极周洽者。岂有异术者？^④

不难看出，上述关于权利与义务关系的论述，以个人与国家之间的关系为基础，强调了“没有无权利的义务，也没有无义务的权利”这样的权利思想，对于人权的实践和法律保护来说，是非常具有实效的价值主张。恐怕难以用简单的论述来超越。

二、从历史唯物主义看人权的非道德性

既然人权问题深陷道德问题的陷阱，那么，能否跳出人权与道德之间关系的窠臼呢？也就是说，在理论上论证人权与道德无关，或者是人权在本质上不属于道德的范畴，只是可以运用道德来加以评析？笔者曾就“人权与道德权利的统一性”问题当面请教过哈贝马斯先生，哈贝马斯的回答是“人权在法律和道德之外，是一个具有独立性的价值”。^⑤哈贝马斯先生这一答复意味着人权作为道德权利以及法律权利在相关性欠缺逻辑上的证明。而在此之前，笔者在阅读国内人权学者的著作时，看到的多是人权是一种道德权利的论点。其实，从相关性角度来看，这样的观点是很成问题的。因为人权如果以道德作为自身的逻辑基础，就意味着被称为人权的東西必须接受道德的评价，那么，“好的、善的”人权与“坏的、恶的”人权在逻辑上就是成立的。如果将人权的属性沦落到道德评价的陷阱中，毫无疑问，人权将失去普遍主义的意义。这一点，与“作为人应当享有的”在逻辑上是自相矛盾的。所以，应当排斥人权与道德权利的相关性，至少人权应当独立于道德权利。^⑥

笔者认为，要真正解决人权的性质问题，必须从马克思主义的历史唯物主义出发，将人权放在历史发展的过程中，放在社会关系的结构中来考察，才能解开人权问题上诸多理论困惑。马克思主义认为，权利无论是作为一种要求，一种政治主张，还是作为法定权利，它的产生、实现和发展，都必须以一定社会的经济条件为基础，“权利永远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这就是说，人权不是纯粹道德意义上的主观遐想或者是一厢情愿，必须具有现实性，而这种现实性，来自于社会发展的程度，受制于社会经济基础与上层建筑之间关系的变化。特别是，人权具有历史性，会随着历史的发展而呈现出不同的要求。马克思和恩格斯在《论波兰问题》中雄辩地指出“1791年的波兰宪法到底宣布了什么呢？充其量也不过是君主立宪罢了，例如宣布立法权归人民代表掌握，宣布出版自由、信仰自由、公开审判、废除农奴制等等。所有这些当时竟被称为彻头彻尾的雅各宾原则！因之，先生们，你们看到了吧，历史已经前进了。当年的雅各宾原则，在现在看来，即使说它是自由主义的话，也变得非常温和的了”。^⑧而且人权的实现离不开特定的国家载体，即在现实中的人权，总是依托一定的主权国家来实现的，没有空洞的人权承诺的存在。正如马克思在《哥达纲领批判》中指出的那样“既然德国工人党明确地声明，它是在‘现代民族国家’内，是在自己的国家即普鲁士德意志帝国内进行活动，——否则，它的大部分要求就没有意义了，因为人们只要求他们所没有的东西——那么，它就不应该忘记主要的一点，这就是这一切美丽的东西都建立在承认所谓人民主权的基础上，所以它们只有在民主共和国内才是适宜的”。^⑨与此同时，人权作为历史的范畴，也是不断发

展的。马克思主义认为，应当用发展的观点来看待权利。人权，从作为一种理想和理论提出到发展成为资产阶级革命的旗帜；从作为一种政治口号到发展成为政治实践的结果，即权利的法定化。权利的领域从国内法对权利的肯定发展到国际法和国际社会的共同关心和共同维护；权利的主体从个人人权发展到集体人权；权利的内容从最基本的平等、自由和安全的生存权，扩展到政治、经济、文化、社会、发展、和平等更广泛的范围。人们对权利概念的理解和认识也随之发展和不断深化。另一方面，权利的实现是一个渐进的过程，它受到政治、经济、文化、社会、传统等各种条件的制约，超越于现实提供的可能条件而提出过高的要求，或者滞后于社会发展的现实要求而拒不发展权利，都不符合马克思主义的权利发展观。因为，“代替那存在着阶级和阶级对立的资产阶级旧社会的，将是这样一个联合体，在那里，每个人的自由发展是一切人的自由发展的条件”。^⑩

从马克思主义的历史唯物主义史观来看待人权与道德的关系，不论一个特定时期、特定社会、特定国家，人们如何去理解人权的性质和内涵，人权作为人与人交往的社会关系的产物和必要条件，本身具有很强的“客观性”，它并不是以谁的主观爱好为转移的。人权是以人的存在和发展的充分必要条件作为自身正当性的基础，不应被主观爱好或者是兴趣选择所左右。在阶级社会中，人权只能存在于国家的法律之中，而无法游离于法律之外。因为在法律之外，不存在公共道德的价值基础。法律之外的道德要求不具有公共性，只能以团体或个体道德的形式存在。所以，从制度意义上看，将道德权利与法律权利明确加以区分是缺少逻辑依据和制度背景的。法律作为最低限度的公共道德，是人权自身客观性的存在方式。如果法律都不肯定某种权利的正当性，那么，在实践中，以人权为理由来提出某种人格利益的要求，并不能为公共道德所认同。因此，“法外无权”基本上可以解决道德权利与法律权利之间价值冲突的问题。也就是说，“应有”的人权必须是“法定”的，“法定”的人权也必须是“实有”的。“应有”的人权不能“法定”，那么，其“应有”的正当性只能依靠个人或者是团体爱好或者是兴趣的支持，不能成为公共道德的价值选择。“法定”的人权如果不能“实有”，则“法定”的人权就是虚假的。当然，“法定”人权的“实有”性与通过“法定”人权获得的实际人格利益是两个不同概念。“实有人权”指获得人权的“可能性”，而基于这种“可能性”能否实现具体的人格利益，则需要其他条件的辅助，与“法定”的条件是无关的。

由此可见，人权的道德性是从属于法律的道德性。作为公共道德的集中体现，凡是得到法律肯定的人权，都具有公共道德的正当性基础；凡是法律没有规定的，任何关于实现人格利益的要求，都只能是人权主张者个人的爱好和要求，缺少现实的社会关系的基础。人权只能在法律中实现其正当性。故人权具有当然的“合法性”，在逻辑和制度上不存在所谓“人权不一定合法”这样的命题和推论。当然，法外的人权也不具有公共道德的意义。因此，离开了法律来抽象地谈论人权的道德性，在理论上是很难找到落脚点的，人权的道德性服从法定性，故人权的非道德性是人权的重要特征，人权不能任意使用道德上的“好人权”、“坏人权”来简单地加以评析。

三、人权的道德性与非道德性的价值关系

强调人权的非道德性，并不意味着在逻辑上就完全排除了人权与道德之间的关系。人权与道德之间的关系是通过法律来加以确立的。因为作为阶级社会的法律，本身就具有很强的道德性。法律其本质是公共道德的体现，法律如果表现私人道德，这样的法律就是不公正的，不是现代法

治意义上的法律，而是人治意义上的法律。故法律外的人权的非道德性与法律之中的人权的道德性之间是辩证统一的。在法律之外，人权不可能有统一的标准；在法律之中，人权必须依据法律作出判断，尽管这种法律判断带有过多的价值倾向或者是道德选择。

法律之中的人权，其道德性必须要服从法律自身的判断。因此，法律规范的规范要求 and 价值选择，在很大程度上决定了人权的道德走向。特别是涉及到不同人权之间发生价值冲突时，基于法律判断所作出的人权选择，才是有现实意义的。而在法律之外，由于人权的非道德性，人权无法解决不同人权观之间的价值取舍，法律外对人权的道德评价基本上是失效的。仅以两则著名的人权案件为例，就可以比较好地说明，在法律判断之外，是无法确定人权的道德基础的。

一是“罗伊诉韦德案”^①，这是美国联邦最高法院处理过的比较著名的涉及到人权价值冲突和取舍的案件。案件事由如下：

1969年，一位化名为杰内·罗伊的妇女和其他人一起向德克萨斯州限制堕胎的法令提出了挑战。该法令规定，除非因为维护孕妇的生命，州内一律禁止妇女实施堕胎手术。罗伊主张：德州限制堕胎的法令剥夺了她在妊娠中的选择权，因为她既无钱到可以合法堕胎的州进行手术，又不能中止妊娠，所以，分娩之后不得不将孩子交给了不知身份的人收养。德州限制堕胎的法令使得她无法自主地决定在什么时间、以什么方式、为何种理由而终止妊娠。被告德州政府在诉讼中辩称：生命始于受孕而存续于整个妊娠期间，所以，怀孕妇女在整个妊娠过程中，都存在着保护胎儿生命这一国家利益。宪法中所称的“人”包括胎儿在内，非经正当法律程序而剥夺胎儿生命是联邦宪法修正案第14条所禁止的行为之列。

该案最终上诉到美国联邦最高法院。1973年，联邦最高法院以6:3的多数意见裁定，德州限制堕胎的法令过于宽泛地限制了孕妇在妊娠过程中的选择权，侵犯了联邦宪法修正案第14条所保护的 personal freedom，构成违宪。

美国联邦最高法院以布莱克门大法官为代表的多数意见支持了罗伊的诉讼请求。

布莱克门大法官在判决中认为，虽然联邦宪法没有明文规定公民享有隐私权，但是无论是权利法案提供的特定保障，还是联邦宪法修正案第9条所确认的“剩余权利原则”，或者是联邦宪法第14条修正案确认的未经正当程序不可剥夺的“自由”，都为公民隐私权的保护提供了广阔的宪法空间，而“隐私权的广泛性足以涵盖妇女自行决定是否终止妊娠的权利”。只有个人权利才是宪法所保护的基本权利和法定自由。司法对基本权利的保护应当遵循下列规则：限制基本权利的法律违反宪法，除非限制是为了维护某种“不可抗拒的国家利益”，而限制措施又没有超出实现立法目的所必须的限度。在罗伊一案中，首先应当承认妇女堕胎权是宪法所保护的 personal privacy。但是，也应当看到，决定堕胎与否的 personal privacy 并不是绝对自由的。在妊娠期间，存在着两种“重要和正当”的国家利益：一是保护孕妇健康；二是保护潜在生命，政府得在同时考虑上述两种国家利益的基础上制定限制堕胎的法律。这两种利益在妊娠期间同时存在，各自在某一个时间点内成为不可抗拒的国家利益。在罗伊案件中，德州法律对堕胎作了过于宽泛的限制，即没有区分妊娠早期和晚期的堕胎，只是将抢救母亲生命作为允许堕胎的唯一理由，而排除了堕胎所涉及到的其他利益，因此，德州法律违反了宪法修正案第14条正当程序条款。

布莱克门大法官认为，在考虑保护孕妇健康与保护胎儿生命两种不同的国家利益时，存活的可能性是划分潜在生命的国家利益和妇女选择权的一条基本界限。所谓存活的可能性就是指胎儿能够脱离母体、借助人工辅助而成为生命。为了在这两种利益之间划分一个明确的界限，布莱克门等多数法官将妊娠期分为三个阶段：第一阶段在妊娠头3个月，堕胎危险性小于正常分娩，政府没有必要为保护孕妇健康而限制堕胎，孕妇可以与医生商量之后，自行决定是否堕胎，不受法令限制；第二阶段是在妊娠头3个月之后，胎儿具有在母体外存活的可能性之前，堕胎危险性增加，政府得以保护孕妇健康为目的限制堕胎，但是，限制手段只能以孕妇健康为必要；第三阶段是在胎儿具有脱离母体存活的可能性（一般第24周至第28周）之后，政府可以为了保护潜在生命或者孕妇健康而采取包括禁止堕胎在内的措施，除非堕胎是为了挽救孕妇的生命。

伦奎斯特法官在此案中代表少数意见认为，罗伊案例由于与婚姻无关，因此，它不涉及到隐私权问题。从36个州有关堕胎的立法史来看，妇女的堕胎权利一直受到不同程度的限制，不可能是一项“基本权利”，因此，不应当受到任何特殊保护。

从上述案件可以看出，在怀孕妇女的健康权与胎儿的生命权之间，存在价值冲突，而解决这种冲突的制度手段只能依据法律判断。一方面，法律判断引进了国家利益的概念，从某种意义上可以说，遵从国家利益也是一种道德要求，是公共道德的体现；但另一方面，在这两种人权之间可以依据制度上的设计，来使得彼此都得到不同程度的实现，这种制度设计完全是以“正义”为特征的，体现了“自由”价值的特性。因此，人权在法律判断的尺度内，首先要服从“自由”价值，而自由价值不能简单地归入道德的范畴，自由本身具有客观性和必然性，属于本体论和认识论的范围，是道德伦理和价值论的前提，而不是相反。

二是联邦德国宪法法院处理的“艺术自由的宪法限制案”^②。该案涉及到两种人权需要在宪法范围内同时获得保护的时候，根据公共利益的要求，可以在两种受保护的人权之间设立优先保护秩序。

1933年，作家克劳斯·曼从德国流亡，于1936年在阿姆斯特丹出版了名为《魔鬼》的小说。二战后，根据柏林出版商的要求，计划再版该书。该书的主人公黑福根是一名演员。由于想在艺术上获得辉煌而结交纳粹分子来改变自己的政治信念。该小说涉及到心理精神等社会条件方面的内容。该小说的主人公是作者以他的前妹夫格林更斯的生活经历创作的，格林更斯曾经与作者的妹妹生活了近20年时间，后来又离婚。小说主人公的所有特征与作者前妹夫完全吻合。

1963年8月，名为尼芬鲍肯的女性出版商向社会预告要出版该小说。对此，1963年10月死亡的格林更斯的养子向汉堡地方法院提起了诉讼，主张该小说侵犯了格林更斯的人格权，要求法院禁止该小说的出版。原告在诉状中辩称：只要是熟悉三四十年代德国戏剧史的读者，都必然会将小说主人公黑福根与格林更斯联系起来。在该小说中，作者将许多可以辨认的事实综合起来，加上一些故意虚构的情节，对格林更斯的人格肆意进行贬损，已经不属于一般意义上的“艺术作品”了，不过是对他人名誉和人格进行贬损的“实话小说”，为此，原告养子请求禁止出版商出版该小说。

一审汉堡地方法院依据基本法第5条第3款驳回了原告的诉讼请求。出版商于1965年在附加“本小说人物纯属虚构”的注意事项之后出版了该小说。对此，原告于1965年11月23日向

汉堡高等法院提起了上诉。汉堡高等法院支持了原告的请求，并且说明了下列理由：该小说伤害了格林更斯的名誉和名声。该小说既不是他的传记，也不是二三十年代的德国戏剧史，对于了解德国戏剧史的读者来说，主人公与格林更斯是比较容易区分的，但是，对于不了解格林更斯行为习惯的来说，象该小说对主人公行为这样的描写，读者就很难区分哪些是创作的，哪些是真实的。而小说作者加上的“本小说人物纯属虚构”的注意事项并不能消除此种影响。小说关于主人公个人生活的描写，有煽动读者情绪的愿望。因此，小说作者以及出版商不能引用基本法第5条第3款。该小说只不过是诽谤文书。基本法第5条第3款不能超越对其他基本权利的保护。在与基本法第1条、第2条所规定的人的尊严以及人格的自由发展相抵触的时候，权衡利益是必要的。就本案来说，已经侵犯了格林更斯的受基本法第1条保护的人格尊严。在这一点上，作为被上诉人出版商的利益应当后退。

出版商继续上诉到联邦最高法院，但是败诉。联邦最高法院认为，作为原告的被上诉人养子的人格权保障应当受到一定限制，但是基于民法第823条第1款的规定，应当承认原告适格，另外上诉人所主张的艺术自由也应当受到制约。

对此，出版商向联邦宪法法院提起了诉讼。出版商认为，联邦最高法院的判决违背了基本法第1条、第2条第1款、第5条第1款和第3款、比例原则以及法的安定性。

联邦宪法法院驳回了起诉，但有2名宪法法官持有不同意见。

联邦宪法法院提出了下列判决理由：

1、基本法第5条第3款第1句，是涉及到艺术与国家关系的重要的基本规范。该规范同时也保障个人的自由。

2、艺术自由，从艺术创作活动的角度来看，包括了艺术作品的上演和传播。

3、出版商可以援引艺术自由的权利。

4、艺术自由不受基本法第5条第2款以及第2条第1款后半段的限制。

5、对艺术自由的保障与宪法上所保障的人格自由发生冲突的时候，应当考虑宪法的价值序列。在这种场合下，基本法第1条第1款所保障的人的尊严必须受到特别关注。首先，艺术自由不得侵犯他人的权利或触犯宪法秩序和道德准则。根据联邦宪法法院所确定的判例，基本法第2条第1款的规定是一项概括性的可加以补充的规定。艺术自由不得随意地侵犯受基本法保护的其他领域。其次，作为自由权，并不是没有限制地加以保障。基本法第5条第3款所保障的艺术自由，如同其他基本权利一样，应当在奢华共同体的作用中来谋求自身的自由发展，人权从来就是伴随着自身的责任。艺术的自由受保障的界限，在没有一般法律规定或者规定事项不清晰的情况下，应当根据宪法自身的价值规定和价值序列来加以推导。在宪法价值的顶端，是基本法第1条所规定的人的尊严，这是必须特别加以留意的。再次，所有艺术作品，在有真实的生活模型存在的情况下，实际上是现实世界和美学世界的一体化。艺术在展开自身的活动领域时，也应当在其他社会活动中来展开自身的活动。在本案的情况下，正如原审法院正确地指出的那样，根据已经死亡的演员养子的基本法第1条第1款的请求，应当对艺术自由的一部分出版书籍的自由作出限制。

毫无疑问，人格权和艺术自由都属于现代意义上的“人权”，都具有自身的道德基础，但是，如果需要在这两种道德权利之间做出取舍或者排序的话，就无法再依据道德原则来评价了，

必须要依靠法律判断所赖以进行的司法正义原则和公共利益原则。与“罗伊诉韦德案”一样，“艺术自由的宪法限制案”也充分展现了在法律判断之外，是无法对所谓的人权的道德性作出准确的评估的，缺少公共道德作为道德基础的人权，在现实中不具有实现的可能性。为此，人权的价值基础不仅来自于道德要求和道德选择，也与客观的社会需求和社会的发展密切相关。人权的正当性必须立足于道德与自由两种正当性的考虑，必须通过法律判断的方式来获得自身的现实性。而在法律判断的区间内，个人权利往往与国家利益密切相关，带有很强的客观性。这一点，在一百年前日本学者工藤重义著《日本法制要旨》中有很好的表述。在该书中，工藤重义专门论述了“权利与道德”的关系，特别是对人权背后个人对国家的责任以及权利不得滥用等人权的本质问题发表了独特的很有学术见地的看法，对于认识人权的非道德性都有较好的启发作用。他认为：

权利之义，如前所述。由国法之保护而得主张者是也。而国法者，实为国民共同生活之要件。以此主张为国家所认之权利。固皆为正当之行为。无悖于道德者矣。然非惟无所相悖，必相依相扶。足以保国家之安全秩序者也。例如今有行窃盗者，若被害者而主张自己之权利。不请求国家之刑罚，则何以能保国家之安全乎？于个人之损害，虽为可忍，然其宽纵毒害国家者之责。也不能免矣。天下之人，有多为如斯之措置者，则盗贼将繁殖跋扈于国内。因此而为国家衰颓之基。亦未可料也。是故凡主张自己正当之权利者，不但为自己个人计而已，抑亦吾人对于国家之一大责任。此吾人所确信者也。然世人往往有以为主张权利而仰国法之制裁。如一大罪恶。目为非道之行为者。呜呼，其误亦甚矣。虽然吾人于此，亦非为极端之反对。如彼损一厘，失一毫。亦不之恕。妄好健讼。不使他人穷蹙不止者。固亦非吾等所赞成。如斯者。虽摈斥之为滥用权利，妄使国法保护者，亦无不可也。要之不失于宽，不流于酷。宽严得其所。择中庸至正之途。而主张之。是为国家所要求于吾人，而道德亦不外乎此矣。况吾人生于明治之盛代。国法之完美，灿如日星。故关于权利行使之责任，亦益加重。可不勉哉。^⑬

由此可见，人权的正当性不完全来自于道德上的要求和评价，必须要将人权放到整个社会关系的框架中，放到历史发展的空间内，特别是结合人权的实现途径——法律制度来认识，才能准确地加以界定。因此，所谓的“人权高于主权”、“人权的绝对性”等等命题都是不可靠的，应当将其置于辩证法的视野中来加以评析，才能准确把握人权的性质，避免人权保护事业受到过多的道德因素的干涉。

四、结语

综观目前人权的诸理论和各种学说，对人权的性质作道德解剖的居多，而跳开道德理论的束缚，认真关注人权的非道德性的观念寥寥无几，因此，常常会出现人权的道德要求与人权的实现严重脱离的问题。就其理论渊源来说，将人权过度地予以道德化，必然就会以道德的要求来构建人权的正当性基础和人权的内涵，由此也就会滋生人权问题上的价值冲突。而在人权实现的过程中，支撑人权的道德要求所要追求的目标带有很强的主观性，没有考量人权实现的各种主客观条件，特别是将人权置于法律判断之外，其结果必然是人权的主观道德要求与人权要求所要获得的人格利益实现之间的巨大差异。将人权严格置于法律判断之中，给人权赋予道德正当性之外的本体论和认识论的依据，可以使人权的实现具有更好的客观性。所以，人权的客观性在法理上完全

可以支持人权的非道德性。考察人权必须从道德与非道德两个尺度来进行。而在对人权加以法律保护时，也要考虑到人权规范与人权利益实现的结合，也就是说，人权所追求的人格利益的结果获得事实上的法律认可程度决定了人权要求的现实性。作为权利救济机制的司法判断，在现代法治社会中，以保障宪法所保障的基本权利为目标的宪法法院，在弘扬人权正当性的过程中，起着非常重要的决断作用。

①刘升平、夏勇主编《人权与世界》，北京：人民法院出版社，1996年，第2页。

②李步云《人权与宪法精神》，参见中国人权网，http://www.humanrights-china.org/cn/xsdt/xscg/t20090206_622878.htm。

③参见沈宗灵《二战后西方人权学说的演变》，刘升平、夏勇主编《人权与世界》，北京：人民法院出版社，1996年，第111~113页。

④《立宪纲要》，北洋官报局，光绪丙午（1906年）季秋。

⑤该问题是笔者在2001年4月17日哈贝马斯在中国社会科学院学术报告厅举行的“人权的文化间性”主题演讲会上提出的。

⑥参见莫纪宏《现代宪法的逻辑基础》，北京：法律出版社，2001年，第74页。

⑦《马克思恩格斯选集》第3卷，北京：人民出版社，1972年，第12页。

⑧马克思、恩格斯《论波兰问题》，《马克思恩格斯选集》第1卷，北京：人民出版社，1972年，第291

页。

⑨马克思《哥达纲领批判》，《马克思恩格斯选集》第3卷，北京：人民出版社，1972年，第21页。

⑩马克思、恩格斯《共产党宣言》，《马克思恩格斯选集》第1卷，北京：人民出版社，1972年，第273页。

⑪Cf. Roe V. Wade, 410 U. S. 113, 1973.

⑫Cf. BverfGE 30, 173, Beschluß v. 24. 2. 1971.

⑬【日】工藤重义著，陆辅译述《日本法制要旨》，上海：商务印书馆，光绪三十三年六月初版（1907年版），第32~33页。

作者简介：莫纪宏，中国社会科学院法学研究所研究员、博士生导师，中国宪法学研究会常务副会长。北京 100720

[责任编辑 周联合]