

GONGMINQUANLIJIUJIJIBENLILUN
YUZHIDUTIXIJIANGOUYANJIU

公民权利救济基本理论



制度体系建构研究

◎ 陈焱光 著



长江出版社
CHANGJIANG PRESS



湖大书局
HUDA PUBLISHING

国家社会科学基金重大项目
2012年度项目：中国法治文化研究

公民权制度体系基本理论

与

制度体系建构研究

李 燕 著



中国政法大学出版社



政法之星

本书为“教育部人文社会科学研究规划基金项目
(项目批准号:08JA820009)”的结项成果

公民权利救济基本理论 与 制度体系建构研究

◎ 陈焱光 著



长江出版社
CHANGJIANG PRESS



湖北大学
HUBEI UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

公民权利救济基本理论与制度体系建构研究/陈焱光著.

—武汉:长江出版社,2013.12

ISBN 978-7-5492-2350-3

I. ①公… II. ①陈… III. ①公民权—研究—中国

IV. ①D921.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第312535号

公民权利救济基本理论与制度体系建构研究

陈焱光 著

责任编辑:江水

装帧设计:蔡丹

出版发行:长江出版社

地 址:武汉市解放大道1863号

邮 编:430010

E-mail: cjpub@vip.sina.com

电 话: (027)82927763(总编室)

(027)82926806(市场营销部)

经 销:各地新华书店

印 刷:湖北玺尔文化发展有限公司

规 格:880mm×1230mm 1/32

11.5印张 230千字

版 次:2013年12月第1版

2013年12月第1次印刷

ISBN 978-7-5492-2350-3

定 价:36.00元

(版权所有 翻版必究 印装有误 负责调换)

目 录

导 论	1
第一章 公民权利救济概述	18
第一节 公民权利救济的概念	18
第二节 公民权利救济的历史检视	62
第三节 公民权利救济的基本特征和分类	93
第四节 公民权利救济的基本原则	105
第二章 公民权利救济的理论基础与主要价值	115
第一节 公民权利救济的理论基础	115
第二节 公民权利救济的经济分析	129
第三节 公民权利救济的主要价值	138
第三章 公民权利救济主要制度的比较	157
第一节 立法救济、行政救济与司法救济	157
第二节 宪法救济与法律救济	185
第三节 公力救济与私力救济的比较	214
第四章 国际人权公约框架下公民权利救济制度的拓展	224
第一节 公民权利国内救济向国际人权救济之嬗变	224

第二节	由人权国际保护体现的公民权利救济的国际机制·····	235
第三节	“用尽国内救济”与人权国际保护·····	242
第五章	完善我国公民权利救济制度若干问题的思考·····	248
第一节	从基本权利的司法救济看我国公民权利救济之现状··	248
第二节	完善公民权利的信访救济制度·····	254
第三节	完善我国公民权利救济制度的法治化建构·····	268
第四节	完善我国公民权利救济制度急需解决的问题·····	288
第五节	完善我国违宪审查制度、推进司法改革 实现公民权利全面、充分的救济·····	313
主要参考文献	·····	351
后 记	·····	364

导 论

一、引言：作为宪政与人权现实标尺的公民权利救济

人权法律化和最有效的强制力保证的根本形式是宪法规定的公民权利^①，而人权由法律化走向现实化的保障除了国家制定良善的人权法规，提供人权实现的各种条件，以及公民对法律化人权的充分认识、享有和行使外，更重要的保障是对人权受侵害后的救济制度和运行机制的构建。因为人权本质上是弱者的话语，强者不需要人权，因为他（她）们从不欠缺人权，并且一般人们需要人权，根本原因在于人权太容易遭到侵害。如果没有人权侵害后的救济机制及其有效运作，人权的法律规定如同一堆废纸。因此，在权利意识日强、权利种类日增的时代，我们固然需要不断地从立法上加强人权法规体系的建设和完善，但更为关键的是要采取切实有效的措施，确保人权被侵害后的救济。作为人权保障重要制度和机制的公民权利救济，是摆在我国当前宪政和法治建设过程中迫在眉睫的重大理论和现实问题。

在任何类型的文明社会，都设有担负裁判与处罚职能的公共权力和相应的公共设施，并辅之以一定范围和状况下的私力救济（正

^① 徐显明教授认为，人权只能由宪法加以规定，这已是人权制度化后由宪法文化所形成的常识。其他法律中尽管也有各式各样的权利，它们的总和甚至比宪法明示宣告的人权还多，但却不被称为人权。参见徐显明：《论人权的界限》，载《当代人权》，中国社会科学出版社1992年版，第86页。

当防卫)。当社会成员就各自的“应得”、“应有”发生争执,或者当法定的资格、利益、力量或主张遭到否定时,能够诉诸裁判,获得救济。自古罗马时起,便有“有权利即有救济”的观念和制度的存在,及至后来英国中世纪兴起的“救济先于权利”的法律制度的发展,逐步形成了西方广为传颂的并为人类法律史证明的“无救济即无权利”这一法律公理。

以宪政视角观之,英国是近代宪法的发源地,它有着世界上最长的宪政历程,其宪政的精髓在著名宪法学家戴雪的理论中是这样评述的,他说:“在英宪之下,法律的全副精神注意救济方法。这是要说,法律务须有一定方式进行,然后法律下之权利方见尊重,然后名义上的权利可化成实在权利。”^①因为“从来政府以一纸公文宣布人身自由应有权利的存在,并非难事。最难之事是在如何能见诸实行。倘若不能实行,此类宣布所得无几。”^②宪法是公民权利的宣言书,更是公民权利的保障书。早在1789年法国的《人权宣言》第十六条就明确指出:凡权利无保障和分权未确立的社会便没有宪法。美国著名宪法学家亨金教授认为,“美国的人权观意味着可以获得维护人权的救济手段。”^③在美国,三权分立,甚至联邦制,都分割了统治权,以防止专制并保护个人的权利不被蹂躏。美国还发展出自己独特的救济手段即司法审查制度。18世纪以来的各国宪法都或多或少地规定了权利救济的问题,而公民获得救济及承认救济的权利也在第二次世界大战后的国际性的人权公约中一再得到强调。

宪政时代,无权利即无宪法,无救济即无宪政。中国一句古老的哲理谚语说得好:千里之堤,以蝼蚁之穴毁。同样道理,人类对

① [英]戴雪:《英宪精义》,雷宾南译,中国法制出版社2001年版,第261页。

② [英]戴雪:《英宪精义》,雷宾南译,中国法制出版社2001年版,第262页。

③ [美]路易斯·亨金、阿尔伯特·J·罗森塔尔编:《宪政与权利》,郑戈等译,三联书店1996年版,第13页。

人权的追求和人权法制化的建设已有数百年历程，人权思想和法规体系蔚为壮观。然而这一切要名实相符就必须以人权被侵害后的有效救济为保障和体现，一旦人权被侵害后无有效补救机制，所有人权之思想和法规就仅仅是画饼充饥、痴人说梦，宛如虚无缥缈的海市蜃楼、蓬莱仙岛。所以，如果没有权利救济，特别是对公权力侵害的救济，整个权利的大厦必将倾覆，整个国家的法律制度必将名存实亡，而整个人类必将苟活于专制与恐怖的黑暗世界里。在当今社会日趋复杂和人权日趋昌盛的时代，公民要享有和充分行使宪法和法律规定的权利，就必须有便利、高效、经济 and 完备的救济手段和机制。只有每一个公民，无论贫贱与富贵、聪慧与愚钝、显达与卑微，都能充分利用救济资源和手段来保护自己权利的享有和实现，一个以宪法为基准的法治社会才能最终实现，法律化的人权才能变成现实的人权，我们每一个公民才能拥有真正属于自己的自由和幸福的人生。

马克思说，宪法是人权的保护书；列宁说，宪法是一张写着人民权利的纸。可见马克思主义宪法观的核心和最高价值目标是保障人权。我国现行宪法也明确规定了公民权利受侵害特别是公权力侵害时有获得一定方式救济的权利。如宪法第四十一条规定：由于国家机关和国家工作人员侵犯公民权利而受到损失的人，有依照法律规定取得赔偿的权利。

随着我国“国家尊重和保障人权”原则和条文在 2004 年的人宪，研究以基本权利的救济为中心的公民权利救济理论和实践体系对于我国的人权保障事业和宪政建设都具有重大而深远的理论和现实意义。

为什么权利必须要有保障呢？简要地说，这是因为权利从根本上讲是一种观念、一种制度，是在一定社会一定时期人们对某种资格、利益、力量或主张在观念上或规范上的肯定。从静态看，一项权利的存在，意味着一种让别人承担和履行相应义务的观念和制度

的存在,意味着一种文明秩序的存在。从动态看,权利必须付诸实践,见之于人们日常生产、生活的各项活动之中,并按权利规范的轨道不断重复地起作用,才能最终外化为社会连续、一致而稳定的秩序。但由于各种权利主体的权利意识和行使权利的方式、目的的不同,加之不同权利反映的不同利益之间的冲突的存在,观念和制度预设的权利并不能确保它们在事实上或在社会实际生活里不会遭到否定。事实上的否定不仅是对某种资格、利益、力量或主张的否定,也是对肯定其合法性的观念和规范的否定。所以,还必须创设对事实上的否定予以矫正的机制,使受到侵害的权利获得及时的救济。在任何类型的文明社会,都设有担负裁判与处罚职能的公共权力和相应的公共设施,并辅之以一定范围和状况下的私力救济(如正当防卫)。当社会成员就各自的“应得”、“应有”发生争执,或者当法定的资格、利益、力量或主张遭到否定时,能够诉诸裁判,获得救济。

历史也证明,任何一种法治或追求法治的社会都相信一个近乎绝对的法律真理:有权利必有救济,有侵害必有保护这一衡量社会法治的基本标准。如果说制度化权利设定给法治以生命,则救济制度的存在和良性运作给法治以行动和活力。救济既是对法定权利、习惯权利的保护,也是对道德权利的宣示。“无救济即无权利”的确是至理名言。从这个意义上讲,救济本身可以被看作“第二权利”。而获得救济及承认救济的权利作为公民的基本权利不仅越来越受到国家的重视和人民的珍视,而且也在国际性的人权公约中一再得到强调,简要举例如下:

(1) 1948年12月通过的《世界人权宣言》第八条明确规定:任何人当宪法或法律所赋予他的基本权利遭受侵害时,有权由合格的国家法庭对这种侵害行为做有效的补救。

(2) 1966年通过的《公民权利和政治权利国际公约》第二条第三款也规定,本公约每一缔约国承担:(1)保证任何一个侵犯了本

公约所承认的权利或自由的人，能得到有效的补救，尽管此种侵犯是以官方资格行为的人所为；（2）保证任何要求此种补救的人能由合格的司法、行政或立法当局或由国家法律制度规定的任何其他合格当局断定其在这方面的权利，并发展司法补救的可能性；（3）保证合格当局在准予此等补救时，确能付诸实施。

（3）1998年11月通过的《欧洲理事会保护人权和基本自由公约经第十一号及第一、四、六和七号议定书修订》中的第十三条明确规定获得有效救济的权利，即任何人在其为本公约所宣示的权利和自由受到侵犯时，应获得国家有关当局的有效救济，即使上述侵权行为系由担任公职的人员所实施。另外，《美洲人权公约》第二十五条司法保护的权利要求中的条文内容，也明确了救济的一般规定。

国际公约的权利救济的规定是各国宪法确立的权利救济原则在国际法领域中的集中表现，也是更进一步的升华。

各国宪法对权利的救济主要从立法、行政和司法三个方面进行规范。如美国宪法第一条第八项中规定：褫夺公权的法案或追溯既往的法律一律不得通过，并通过立法、行政、司法三权的合理配置达到免于人民陷入专制和独裁的恐怖统治之中。不仅如此，还通过宪法修正案进一步明确规定公民权利的行使和受侵害的宪法保障。

公民权利救济是人权保障系统工程的基础性工程，是一个庞大的且居于核心地位的工程，对其理论体系、制度构建和运行机制的深入探讨，对相关社会、政治、经济、文化等良好环境的建设都是一个长期而艰难的推进过程。本书对公民权利救济若干问题做初步探析，以期有利于我国公民权利（人权）救济制度的发展和完善。现在，许多国家已经从简单的裁判式救济发展到拥有包括立法机制、司法机制和社会机制在内的严密而广泛的权利救济体系。当然，权利保护机制的发达并不意味着侵权现象的消失，任何发达的权利制度都不可能事实上消灭侵权。单一维度的权利救济方式并不能

满足现代社会个体脆弱、侵权形式复杂多样带来的权利救济方式多样化的要求。建构权利救济的理想体系不仅有利于个人权利的有效保护,而且有利于国家长治久安、繁荣昌盛,社会和谐发展。

如果说我们的时代是一个不断走向权利的时代,那么,只有每个公民都能充分、及时地救济自己被侵害的权利,我们才能走得一路平安,才能最终沐浴在充满自由和权利的阳光中,真正充分地享受自由的幸福和实现人的全面发展。

二、选题意义和价值

公民基本权利救济是中国宪政和法治建设中最关键的问题之一,是我国法治进程中的瓶颈式问题。在权利宣告多而权利救济严重受阻的中国现实下,权利救济问题的研究具有十分重要的理论与实践意义。基本权利救济是公民权利实现的关键,是宪政实现的关键,是法制现代化的关键。基于以上几个方面的分析,本项目这一选题概括地讲主要有以下意义和价值:

(1) 宪法及宪政的意义和价值。宪法是人权的宣言书,更是人权的保障书。马克思主义宪法观的核心和最高价值目标是保障人权。无权利保障即无宪法,宪法是宪政的前提,公民权利救济是宪政的标尺,无诉讼即无宪政。因此公民权利救济(保障)的问题是法学首先宪法学和宪政的重大课题之一。

(2) 权利本身的内在要求。自古罗马时起,便有“有权利即有救济”的观念和制度的存在,及至后来英国中世纪兴起的“救济先于权利”的法律制度的发展。权利、救济和享有构成一个完整的权利概念。从静态看,权利是以规范的形式在纸上对公民可为一定行为的安排,但从动态看,权利必须付诸实践。由于各种权利主体的权利意识和行使权利的方式、目的的不同,加之不同权利反映的不同利益之间的冲突的存在,观念和制度预设的权利并不能确保它们在事实上或在社会实际生活里不会遭到否定。如果说权利制度化设

定给法治以生命,则权利救济制度的存在和良性运作给法治以行动和活力。无救济的权利根本就不是权利。所以,必须创设对权利事实上的否定予以矫正的机制,使受到侵害的权利获得及时、充分的救济。是否达到“有权利必有救济,有侵害必有保护”的社会状态是衡量法治国家是否实现的标准。

(3) 获得有效救济及承认公民有获得救济的权利是国际人权公约的基本要求。如前所述,《世界人权宣言》、《公民权利和政治权利国际公约》、《欧洲理事会保护人权和基本自由公约经第十一号及第一、四、六和七号议定书修订》、《美洲人权公约》等国际宣言和条约中都有救济的一般规定。中国是国际人权宪章的签字国(大部分人权公约的缔约国),国际公约的权利救济的规定要求我国宪法和法律确立和完善权利救济权及相关原则、规则。尽管我国现行宪法第四十一条规定:由于国家机关和国家工作人员侵犯公民权利而受到损失的人,有依照法律规定取得赔偿的权利。但这远远不够,还需要在理论上进一步系统地研究。

(4) 完善权利学说体系。我们这个时代,是一个权利的时代:既有权利不断在制度中完善,也有新的权利通过社会共识和法律承认不断产生。然而,谈权利问题的学术研究甚多,而谈救济问题研究差强人意,至今国内尚无一本系统研究权利救济的专著,因此探索权利救济的问题是完善权利学说理论体系的需要。

(5) 完善我国司法救济体系。基本权利,特别是尚未被其他下位部门法加以具体化的基本权利或从宪法原则引申出来的基本权利被侵害能否获得宪法救济,一直是中国宪政进一步发展的瓶颈,本书的研究力图为建构具有中国特色的基本权利的司法救济体系提供有参考价值的思路。

(6) 公民权利救济是衡量法治国家的试金石,公民基本权利的救济是衡量宪政中国建成的标志。公民基本权利主要对抗国家的恣意侵害,如果国家权力侵害公民权利而公民不能获得救济,则宪法

和宪政事实上都不存在。权利进入宪法和法律，仅需纸张和油墨而已，而要让文本上的权利成为人们享有的权利，没有权利的有效救济，社会依然任由丛林法则控制，权利亦不过是画饼充饥，法治则是海市蜃楼，宪政更是遥不可及。

（7）基本权利救济是公民树立宪法信仰、社会确立宪法权威的现实保证。法律因信仰而变得神圣，因神圣而更具权威。权利救济是对法律信仰的现实保证。著名法学家伯尔曼认为：没有信仰的法律将退化为僵死的教条。所以，法律必须被信仰，否则它将形同虚设。而法律信仰决不会自动生成，它只能是人们对权利的实实在在的享有和行使的结果。如果公民权利受到侵害而不能及时加以救济，公民对法律权利的真实性必然产生疑虑和不信任。如果信任尚无，何谈信仰？早在二百多年前，美国宪法和宪政奠基人之一的汉密尔顿就指出，公民基本权利的保护实质上不在于字面的规定，而应铭刻在公民的心里和头脑里，而不能救济的权利是根本无法进入公民的心里和头脑里的。

（8）权利救济更是弱者生存的保障。权利本质上是弱者的话语。因为强者从来不曾欠缺权利，在专制的社会里，以君主为代表的一小部分贵族独揽了几乎所有的权利，广大的公民几无权利可言。现代社会，文明昌盛，法治盛行，权利平等，但不容忽视的是，不仅有打工者如孙志刚的弱者，还有如“强者”警察的杜培武都有可能遭受刑讯逼供等基本权利被侵害的现象。因此，任何人都可能因各种原因成为弱者，而弱者的权利受到侵害的几率更高，更需要充分的救济。如果说权利救济是正常人自由和幸福的保护伞，那么它更是弱者的守护神。

（9）通过救济制度的历史考察和现实分析，揭示权利救济的一般规律和评价标准，为科学地建构和完善我国的权利救济体系提供理论支援。

三、本选题国内外的研究现状

迄今,在国内外尚无系统地研究公民权利救济的理论专著。就是对公民权利救济某一方面的问题进行系统研究的学者也为数不多,主要有:①关于公民权利救济权的研究。公民享有获得权利救济的权利是有效救济的前提。从概念上看,该权利在我国以许崇德、韩大元、林来梵等教授为代表称为获得权利救济的权利;日本国学者如小林直树、芦部信喜等称国务请求权;台湾学者林纪东、陈新民等称为受益权。从对该权利的定位来看,一般视为公民基本权利之一。有的对该权利中的司法救济权入宪问题进行了研究,如苗连营教授;莫纪宏教授将诉权定位为第一制度性人权,陈桂明、左为民、周永坤等教授对诉讼权进行了专门研究。②基本权利的救济问题。国内主要有胡锦光教授、李龙教授、汪习根教授、秦前红教授、汪进元教授、徐亚文教授、胡肖华教授、江国华教授、王人博教授、程燎原教授等,主要宪法诉讼及与法律救济之比较、救济的正当程序、原则等研究。在国外,英美法系坚持无救济即无权利,有侵害必有救济原则。戴雪曾总结:在英宪之下,法律的全部精神注意救济方法;注重救济受侵害的权利,胜过权利宣示。这些思想为詹宁斯、洛克林等学者所遵奉。在美国以L·享金为代表的宪法学家认为美国的人权观意味着每种权利可获得救济的方法。受美国的影响,日本的一些宪法学者如三浦隆、芦部信喜等研究了日本的违宪审查制度等与公民权利救济密切相关的问题。③公力救济和私力救济关系研究,如徐昕先生对公力救济与私力救济的交错性的研究。④紧急状态下的公民权利受侵害的救济问题。对此有马怀德教授、周佑勇教授、郭春明等。⑤行政救济问题。行政救济问题研究相对比较发达。国内的研究者较多,观点基本一致,主要涉及一般种类和方法,如林莉红教授、刘恒教授等都有专著,在国外,法国作行政法之源头,研究最为深入,这些已被国内学者介绍,如王名扬先

生的译作和著述中都有体现。台湾学者蔡志方先生、陈新民先生等对行政救济的基本原理有深入研究。也有一些学者如应星等从行政救济的视角探讨信访就问题。⑥公民权利侵害与救济的相关性或宏观性的研究。夏勇教授对权利救济的研究,指出权利救济既是对法定权利的保护,也是对道德权利的宣示,并从权利哲学、中国司法、律师的现状等视角进行了研究。徐显明教授主编的《人权研究》系列著作中涉及人权的救济问题。苏力教授关注中国基层权利救济的现实问题,对司法、法律人、公民的救济观和机制等进行了较系统的研究,并通过大量译著介绍国外纠纷解决的多样化图景。范忠信教授对中国传统的“贱诉”、“厌讼”与西方“好讼”进行了比较研究,为公民权利救济制度的完善提供了文化视野。⑦信访救济及其与法治的关系和完善等问题。学者班文战、李红勃、徐昕、范忠信、刁杰成、范愉、于建嵘等都从不同视角进行了研究。有学者将信访与法治关系概括为亦敌亦友的关系,但一般都认为信访救济有着必要性、地位的补充性和完善的迫切性。⑧关于公益诉讼问题,它涉及群体性的权利侵害与救济问题。这方面西方立法和司法实践日趋增多,我国对此的学术探讨已渐成气候,这涉及传统侵权与救济理论与实践的突破,也是“有侵害必有救济”的法律公理的当代要求和法律化、制度化的前奏。

从以上的梳理可以看出,当前对公民权利救济的研究存在的主要不足有:①系统性研究的不足。公民权利救济既有理论的体系,也有实践的体系,对二者间的相互制约和相互促进关系的认识、规律的总结,对救济制度的合理设计的影响等问题都有待系统研究。②研究深度上不足。主要表现为对既有的救济制度的注释,缺乏深入、系统的理论探讨。③制度设计缺乏原创性、与政治体制的兼容性和理论上的自治性。主要以介绍和移植西方既有的制度、模式或稍加改变,存在理论或实践上的“水土不服”的问题。

四、基本观点与创新

（一）基本观点

通过研究，本书表述了如下基本观点：①公民权利救济的现状是一国宪政建设和法治状况的真实反映，无救济即无权利，无权利即无法治，无诉讼即无宪政。建设宪政（法治）中国，必须从理论上和实践上建构有中国特色的公民权利救济体系。②只有建立以宪法救济为核心的救济体系，才能充分实现公民受侵害权利的救济。救济体系和程度不足的影响是全方位的，从微观上看，涉及公民自身权益实现、对法律的信仰、对国家的忠诚和信任、对社会的责任感和为社会公益建设贡献自己力量的程度；从宏观上看，涉及国家法律秩序的有效性，国家目标的实现、国际形象的好坏。更影响到政府和司法的权威，社会稳定、权力滥用和腐败的控制，尽管权力滥用和腐败是导致权利救济不能实现或不充分的原因之一。③公民权利救济的有效性等诸多因素联系在一起，它是国家权力配置、立法技术、权利文化、公民和社团权利、救济方法不完善、不科学等因素的综合作用的结果，孤立研究救济权利及方法必然导致盲人摸象、只见树林不见森林的片面观点，更不能建立系统有效的中国公民权利救济机制。④权利救济必须贯彻一般性与特殊性相结合原则，完善公力救济与自力救济互补的机制。⑤有侵害必有救济。不以损失之是否能实证来确定是否救济，更有利于公民和社会组织及国家对权利的尊重和保护。⑥权利救济需要在权利主体的救济成本与社会正义和效益之间求得平衡。⑦信访救济作为我国特色的公民权利救济制度，尽管设立初衷不是为了救济权利，但其演变成公民寻求救济的重要方式，既说明了其他救济制度存在不足，也说明信访救济存在的合理性。但信访救济的局限性和泛滥已经背离其应有功能，对其他救济制度产生重大冲击，不利于法治社会的建立，必须对其进行法治化改造。⑧只有对我国的不同救济制度进行法治化