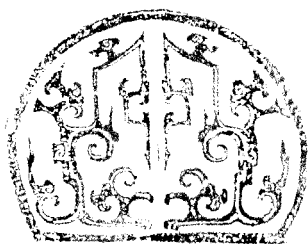


夏勇 著

中国 民权哲学

The Philosophy of Civil Rights
in the Context of China

生活·讀書·新知 三联书店



中国 民权哲学

The Philosophy of Civil Rights
in the Context of China

夏 勇 著

生活·读书·新知 三联书店

图书在版编目(CIP)数据

中国民权哲学/夏勇著. -北京:生活·读书·新知三联书店,2004.9

ISBN 7-108-02147-1

I. 中… II. 夏… III. 公民权-研究-中国
IV. D921.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 078663 号

责任编辑 黄 华

封面设计 罗 洪

出版发行 生活·读书·新知三联书店

(北京市东城区美术馆东街 22 号)

邮 编 100010

经 销 新华书店

排 版 北京京鲁创业图文设计有限公司

印 刷 北京隆昌伟业印刷有限公司

版 次 2004 年 9 月北京第 1 版

2004 年 9 月北京第 1 次印刷

开 本 635 毫米×965 毫米 1/16 印张 27.75

字 数 306 千字

印 数 0,001-7,000 册

定 价 38.00 元

序 我这十年的权利思考

这本书起名《中国民权哲学》，是要表示，它既是关于中国的，也是中国的。在内容上，它旨在叙述中国文化和社会场境里的权利理论，一方面，把中国发生的事情用权利话语加以理解和分析，另一方面，从中国的文化立场和经验视角打量当代流行的西方权利理论，予以必要的重述、修正或挑战。在立意上，它是写给中国读者看的，旨在勉力为解决好民权这个防治恶行、固本兴邦的大问题提供必要的理论支持和智识资源。至于称“民权哲学”，乃是因为本书仅仅以民权或公法意义上的权利问题为重心，还算不上覆盖面很广的一般意义上的权利哲学，尽管本书也用了不少的篇幅讨论权利哲学的一般问题。

编写这本书，有农民工拉车爬坡时步履维艰的痛沉，也有建筑师精心绘制蓝图时踌躇满志的愉悦。1991年底写完《人权概念起源》，几乎用尽了我自1982年从教以来的积累。1992年，《人权概念起源》出版后，我一度认为，自己对权利的思考再也跳不出这本书的框

框了，于是，把更多的精力用来“接地气”，作社会调查，既为研究权利问题积累素材，也想为老百姓论证一些权利，争取一些权利，并由之彰显或实现或许因过久岑居于思想逻辑的象牙塔而可能萎缩变态的心性。从1993年初到1994年秋，从东北辽阳到中原洛阳再到西陲景洪，一共走了近二十个村落。访谈攒下的不少一手资料，虽然至今大多数还未整理和使用，但它们给了我很好的感觉，或者说，让我找到了感觉。

在乡村行走，与乡民接触和交谈，的确使我这个自幼长于农村但离去甚久的人受到极大的震撼，并增添了一往无前的力量。在中国，“农村”既是个地域概念，又是个政治概念。“农民”既是职业身份，又是政策身份。农村和农民是国家最坚实的基础和根本。无论是从人口的比例，还是从苦难的程度，我们都可以说，中国最重要的公民权利，当是乡民的权利，中国最重要的人权，当是农人的人权。我觉得，正是与城乡二元格局相适应的明显不平等的特殊身份，使乡下人在中国社会改革开放的过程中所经历的成功与失败、欢乐与痛苦和城里人很不相同，并拥有不同于西方工业化过程的特殊经验。随着乡村改革的深入，乡民与公共权力之间的关系紧张起来，这预示着，倘若重新厘清权利义务关系，通过理性的制度设计，把利益保护转化为权利保护，把发家致富、安定祥和的生活意愿凝聚为民主决策、尊重权利、依法办事的政治意愿，乡村就不仅是大规模经济改革的策源地，而且还会成为实质性政治改革的策源地。正如我在《乡民法权利的生成》一文开篇所说，这个思路，把我从对农人权利现状的记录和叙述，拉回到对社会成员与公共权力之间的权利义务关系即公法意

义上的权利义务关系的一般原理的思考。

其间，1993年10月至11月，我第一次出国，周游德意志、英吉利，四十多天一口气跑了三十多个机构和大学。欧洲传统文明的震撼力激发了我对故乡故土的不无痛楚的眷恋与热爱。一路上，寻觅《人权概念起源》描述过的一些早期权利文本和见证权利斗争历史的著名机构和建筑，亲睹我在书里分析的自古希腊罗马以来逐渐发育出人权思想的逻辑结构并率先完成近代权利革命的斯土斯民，观赏在我和朋友们正翻译着的伯尔曼《法律与革命》里数次出现的莱茵河仍静静流淌，凝视书中提到的与罗马法、教会法、日耳曼法和中世纪新兴城市法有干系的若干古堡、市镇历经沧桑却依然留存，造访我和友人正在翻译的人权哲学著作的作者米尔恩这位苏格兰耆衰老人，以及面对倒塌未久的柏林墙的断垣残壁，会见当起“倒爷”的前东德驻华大使……所有这些，都对我反省和调整自己正着迷的学术研究有着某些至少是潜移默化的影响。当时，无论在中国的贫困乡村，还是在欧洲的繁华都市，每每从我心底油然而涌起的冲动，就是“想做事”。

那段时间里，我思考较多的问题是，既然我们已经同意关于权利是现代法制的“核心”或“基础”的预设，已经同意中国自古以来政治动乱、法治不昌的祸根在于治人者有权、治于人者无权的解释，还同意在推翻剥削阶级统治后，广大人民群众当家做主，能够享受最广泛的民主、最真实的权利，那么，在权利观念空前兴盛的最近一百多年里，尤其是辛亥革命“立宪”、“共和”以后，中国老百姓为什么在面对强权的时候还是那么束手无策、虚弱无助？他们怎样才能够实际的在社会生活里真正享有公法意义上的权利？他们究竟是怎样看待

权利的？1978年改革开放带来的社会变化对公民权利究竟意味着什么？为什么过去由党和政府保护得好好的利益，现在却遭受侵害，过去不曾有过的权利要求现在却提了出来，而且越来越高涨？民众的权利要求有足够的社会支持、法律支持和文化支持吗？进一步，为什么最近一百多年来，权利在中国成了一个流行的术语？为什么中国社会在古代并没有强烈的个人权利要求，到了20世纪随着标示“民主”、“自由”等字样的多次革命取得成功和工业化不断推进，关于自由、民主、平等的权利要求反而越来越高涨？难道这是可以简单地用西方文化的影响或所谓“现代化”来解释的吗？如果说权利的语词及其相关联的制度设计初创于西方文化，难道中国人对权利要求也出自西方文化不成？……带着这些问题，我把关注点放在对20世纪中国历史的相关解释，尤其是试图从社会学的意义上构建解释权利发展的理论框架，进而研究中国改革开放以来公民权利意识和保护机制的变迁，并试图提出一些政策建议。

这个努力，体现在我和朋友们合作编写、于1995年出版的《走向权利的时代——中国公民权利发展研究》一书。书中我写的两篇长文和执笔起草的问卷设计，大致代表了这个时候我的所思所求。与《人权概念起源》的出版不同，该书的出版还引发了一些批评和争论。现在回想起来，那些批评和争论，虽有误读与未解之处，其实有意无意地提出了一些极为重要的问题，如，关于中国场境里权利现象的理论预设，关于解释中国人权利的可靠方法，以及同这两点密切相关的关于中西文化比较研究的基本立场和判断。1999年，我和同伴们把新近完成的关于中国公民权利意识的问卷统计分析资料补充到原书

里，经个别修改后，出了修订版。现在，我把该书里我写的长篇论文分解成三个部分编入本书，即第五章“权利发展与中国社会进步”，第六章“公法权利生长的理论模型”，第七章“中国乡民法权利的生成过程”。此外，从1993年到1995年，围绕《走向权利的时代》，我还写了一些相关的短文，例如，《从社会研究权利，以权利促进社会》、《研究乡民的公法权利》、《辽阳访谈随感》、《批评本该多一些》等，考虑到本书的逻辑体系和技术体例，我把这些短文放到上海三联书店出版的《朝夕问道》一书里。与那些可以作为本书章节的正门八经的论文相比，这些文章似乎要显得鲜活一些。其中，《批评本该多一些》是我就《走向权利的时代》的有关评论写的回应。从这类文字里，读者或许会更多地了解当年权利研究的思想轨迹，更多地了解《走向权利的时代》一书的由来，当然，也不妨瞅瞅我三十出头时的性情。

及至1995年秋至1997年秋在查尔斯河畔的小阁楼里潜心读书和写作，看新书，修新课，遇新知，寻新理，我的思考又有了一些变化。例如，修斯坦纳（Henry J. Steiner）教授的国际人权法课，反而让我对国家层面的事情更为注重，修昂格尔教授的课，让我打消了对“外来人”闯入西方理论体系并在其中自由翱翔的能力和智能的疑虑，与费正清中心、哈佛燕京学社和东亚法律研究中心的多类学者过从，使我不停地琢磨“别人如何看我们”、“我们如何看我们”、“我们如何看别人”这三个维度的问题，接触有权利斗争传统的新英格兰地区的居民，参与他们的多种社区活动，使我对西方人权利背后的社区、宗教、道德和制度因素更为关注。当年，托克维尔考察美国时，

对这些人的前辈曾有过生动的描述。对我来讲，最有意义的感触有两点。其一，这些普通的居民其实对美国以外的世界了解很少，对中国的历史、文化、社会、人权以及中国人了解更少。他们通常没有出国的机会，也不愿意认真地出国，有限的新闻媒体似乎是他们了解和判断外界是非、臧否人物、表达情感的主要渠道，所以，大多数人难免染有知寡而言多、强词而夺理的毛病。有时候，我想，倘若美国的霸权建立在这样的基础上，真是十分危险的。其二，这些人在文化、学术意义上的预设与他们的实际生活状况有着很大差异。在经典的西方自由主义学说如霍布斯、洛克的学说里，他们被预设为与他人没有积极关系的单纯的个体。在像我这样的非西方国家的学者那里，他们也向来仅仅被预设为典型的、纯粹的个人权利主体，预设为权利文化的代表者、个人自由的张扬者。实际上，他们有很强的家庭观念和社群观念。充斥于日常生活的主要是社区活动、宗教活动，各式各样的法律把他们之间的社会联系制度化、程序化了，违法犯罪虽然千奇百怪，但并不常态，在某种意义上还可以理解为对铁定秩序的反抗。权利是他们很少使用的物件，只是在制度上可以保证作为最后的诉诸手段。格伦顿（Mary Ann Glendon）说他们是“孤独的权利持有者”，似乎有些夸大了。

用英文写《权利与德性》一文，对我来讲，是痛苦而有益的挑战。我似乎又回到权利的本原问题。不过，我已不再像写《人权概念起源》一书的有关部分时那样，把关注点放在为什么中国文化传统里没有这个、没有那个，而是意识到了应当立足于中国文化，以足够的主体精神来建设性地提炼、融合或转化中国文化里的权利要素，以中

国人的话语加入到当代世界的权利哲学对话里。在作出这番努力的过程中，我们既要识别中国文化的个性，也要识别中国文化与世界其他文化的共性，既要交流，也要汇流，即，既要与世界其他文化的主导思潮汇流，也与之有效地交流。在《起源》一书里，我似乎只满足于人权问题上的中国传统与西方传统的辨异和不乏勉强的融通，例如，设问中国文化传统是不是与人权相悖，如果不相悖，为什么没有人权概念和制度，如何在现时代运用中国的仁道尤其是和谐观念去贯通人权。这些问题不可谓不重要，但毕竟还是隔着厚厚的一层。

这个时候，我的思考范围还从编写《走向权利的时代》时对公民权利危机的忧虑伸展到对公民道德危机的关注。我逐渐认识到，就美好的人类生活和健全的社会制度来讲，对个人尊严的信仰和对社会责任的信仰是不应该分离的，也是不可分离的，应当更多地从积极的而不是消极的角度，来强调对民主和人权的道德承担，强调对不同意见的宽容，强调关于妥协与中和的政治意愿；应该努力锻造一种德性，一种新德性。

于是，我提出“德性权利”概念，并以政治参与问题作为案例，从历史文化、社会结构、政治哲学和经验素材等视角多维度地阐释这个概念。德性权利论本身，标志着我不再像写乡民权利的文章时那样，把利益个别化和个别化利益的增长，作为叙述和解释当代中国人权利生长的不二法门。我开始从人的道德资格和意志的角度来研究权利，并由此开出一片权利的文化解释空间。在我看来，强调德性并不必然导致贬低个人权利的重要意义，提升个人权利也并非必然削弱对集体利益的道德关怀。当代中国道德话语的枯竭，既导因于传统价值

和学问的衰落，也导因于“集体权利—个人义务”模式的附带结果，因为在这种模式里，德性遭到滥用。为了最大限度地使政治道德化，也为了最大限度地使道德价值政治化，应当把政治参与理解为既是德性的践履，又是权利的实行。这样的思路，无疑超出了《走向权利的时代》。希望读者诸君能够认真地阅读这篇文章，帮我好好琢磨一下德性权利概念及其相关的学理，看它究竟能否成立，为什么能够成立或不能够成立，如果能成立，它的解释力如何，边界又在哪里。

当然，十多年前出版的《人权概念起源——权利的历史哲学》一书里的有关研究对于理解中国权利哲学，还是不可或缺的。正是这样，我特意把1991年写成、后几经转载和修饰的《人权与中国传统》作为本书的一章，希望它能够有助于理解中国民权哲学的一个重要方面。我至今依然认为，这篇仰天俯地、苦思冥想而成的文章，既闪烁未名湖畔的波光灵动、又浸透京郊农舍的孤寂冷寞，是当年我用心最苦、也最得意的作品。阅读它，还应当先理解《人权概念起源》一书的前六章。从某种意义上讲，该书前六章关于习俗权利的发生、权利概念的形成、古代社会里的权利生长、古代哲学里的人权思想、近代社会变迁与理论创造，以及人权推定与人权含义的研究，还有尾论的前半部分关于人权精神和价值的阐述，都只不过是为其所作的一种铺垫罢了。

1999年写成的《和女士及其与德、赛先生之关系》，代表着我对人权的比较成熟的思考。我把人权称做“和女士”，既是取“human rights”（人权）的拼音字头，更重要的，是取“harmony”（和谐）的拼音字头，意在表示人权对人类和谐、人类大同（Great Harmony）的

重要意义。称“女士”，乃是为了强调人权是“德先生”（民主）和“赛先生”（科学）所不可须臾离弃的，犹如阴阳之并存相济。同时，在以人为本的意义上，人权之于民主、科学，还有本原的、母体的意蕴。这篇文章在对人权作了必要的界定后，把问题直接转向人权对中国文化所具有的价值。在我看来，儒家的“仁”和康德的人道原则一样，都需要权利作为实践工具。既然这样，我们应该做的，就不是对“仁”本身大加挾伐，而是冷静、细致地设计为“仁”所要求的制度框架，从而让儒学在现时代具有从容大度的开放性。人权原则之所以可以使仁“必如是”，乃是因为它把同等数量和质量的权利赋予了每个人，同时，借助权利语言，人道主义的价值法则不仅得以转化为张扬人民主权的政治法则，而且得以转化为体现制度理性的程序法则。这样一来，作为平等的、自治的权利主体，每个人都有权来亲身体认和维护自己的尊严和价值；通过界定自己与他人的权利义务关系，每个人都有权拥有一方由自己自主自为的疆域；更为重要的是，通过以权利语言设立人民与政府、个人与社会之间的权利义务关系和维护这种关系的制度和程序，每个人相互之间又可以结成一个政治共同体，而不再被看做孤立的、分散的个人。由此，我认为，在传统的民本思想向民权思想转化的过程中，这种关于权利的预设起到了关键作用。若没有权利观念作为支撑，便不能理解民主、主张民主，更遑论实行民主了。在此意义上，没有和女士，德先生是没法存活的。人权之于民主的意义，不仅仅在于为民主提供动力和基础，还在于保证民主不出偏差，如演变为“多数人的暴政”或无法无天的“群众专政”。正如民所需要人权来引导和限制那样，科学也需要人权来引导和限制，

尤其是在现代科学技术越来越多地用于战争一类恶行的时候。

或许更为重要的是，讨论人权在中国的文化基础时，我认为，人权之所以是与生俱来的，乃是因为作为人权内容的人之作为人的要求是与生俱来的。例如，乡民们在一份正式的问卷面前可能会回答“人权与我的日常生活没有关系”或“不懂人权是什么意思”，但是，他们对于什么是属于他们自己的而且是不可侵犯的（如生命、身体和自家祖传的房屋），却是一清二楚的。这是一种不依赖法律和政府而存在的规则和信念，一种关于自然法和自然权利的规则和信念。所以，我强调，“和女士属于全人类。不过，在中国，她应该会讲中国话”。

最近几年来，我的权利思考的最大变化，是结构感、整体感有所增强。正是这种增强，引导我，也容许我把十年来关于权利的写作（其中一半以上的篇幅未发表）编成具有内在逻辑的九章，并冠以《中国民权哲学》。显然，这种结构感已经不仅仅是霍菲尔德意义上的权利的内部结构分析，更多的是关于权利与其他事物之关系的一种整体的、非零碎的结构性把握。恩格斯说过，权利不能超出社会经济结构以及由这个结构所决定的社会文化发展。当然，权利与社会经济结构的关系，不是简单的、机械的决定与被决定的关系。权利应当进入到社会经济结构中去，成为理想结构的一个不可或缺的重要部分。在这个结构里，每个人都可以运用他的德性或道德能力（moral capacity），每个人的意愿和选择，只要是自己作出的，便都是重要的，都可以免受社会里其他个人和组织的漠视或践踏，人与人之间的关系不是你不犯我、我不犯你的消极关系，而是互相关爱、同舟共济的积极

关系。这是一个人人共享的公民社会，每个人都努力去培养为自治所必需的个性和品质，并因此不断加强对社群的归属感。自由绝不仅仅停留在不受拘束（the absence of constraints）的层面上，而是要通过个人对社群的完全参与表现出来的。自由的个人在社群生活里随时调整个体行为的能力，体现着个人自治的精髓。社会公共权力，无论对社会正义，还是对个人自由，都负有不可推卸的责任。也正是这样，我终于理解并赞同罗尔斯所说的“正义的结构”或“结构性的正义”。的确，如果事先没有资源的公平分配，公民权利就是没有意义的。如果不能适当地克制某些人的某些权利，社会弱势群体的状况便会江河日下。没有分配的正义，便没有有效的权利。从以上意义上讲，正义的价值要高于权利的价值。效率绝对不能优先于公平。不然的话，就不可能存在任何平等权利，不可能存在任何稳定和谐的社会政治秩序。

当然，这不意味着又要“打土豪，分田地”。我心里想的，是要铸造一个坚固、合理而又和谐的制度结构。这个制度结构，既是一个道德的结构，也是一个法律的结构。在这个结构里，正义的旋律，乃是道德大厦里的每一个有尊严和自由的人用权利与责任的音符循着法治的规则而奏出的天籁之声。每个人的基本权利，因维护尊严和自由之需，都得到最低限度的保障。遇有不同主体的相同权利或不同权利的冲突，可按照社会正义原则适当克减某些权利，并配合以某种补救或补偿，但不得从根本上否定任何一种权利。

这是我对权利的一种新理解，也是对中国要坚持实行社会主义的一种新理解。西方有些学者根据我的权利观和法治观，认为我社群

主义者 (communitarianist)。其实，我并不同意这样的识别。我只是认为，不能就权利谈权利。离开了特定的社会经济结构、政治结构和文化结构，权利话语就会像一本只有词汇和词组而没有语法和句法的书。当然，只有语法和句法而没有词汇和词组，也是可怕的，难以想像的。

还有另一层或许更重要的结构性问题，是德沃金、罗尔斯那样的西方学问家不去想的。这就是，在中国的文化结构里，权利观念是如何生发出来的？如果说中国文化不是故纸堆，而是一道生命的活水，还在奔淌流转，中国的儒学之道还生生不息，那么，作为她的传人，我们如何去继承、改造和发展，就像包括罗尔斯在内的一代代西方学者总是在不断的批评和争论中继承、修正或改造西方自由主义的思想传统和政治传统那样？这个问题引领我大胆改造或转化传统的民本学说，通过阐发中国思想里的民权因素，借用现代权利理论，把以民为本的民本论转变为民之所本的民本论，把他本的民本论转变为自本的民本论，把以民为手段的民本论转变为以民为目的的民本论，同时，借助权利概念来完成民之本体建构，借助民之本体建构来支撑民权的价值证立和政治实践，并由此而倡导一种同以人为本的观念相呼应的新的民本学说。在做这件事的过程中，我把先秦以来的相关思想的历史脉络作了初步的梳理，提出了关于民权的政治浪漫主义、文化怀疑主义和制度规范主义的区分及其关系的见解，还着重批评了文化怀疑主义和相应的西方文化霸权主义。这些内容主要体现在本书第一章“民本与民权”和我为生活·读书·新知三联书店《民权译丛》写的总序里。

对整体性、结构性问题的关注，还令我怀着浓厚的兴趣研究法

治、宪法和司法改革问题，并试图把享受法治、建立宪政、获得司法正义，都解释为公民的基本权利——一种对特定的制度安排所享有的权利，一种享有权利的权利。通过写《法治是什么——渊源、规诫与价值》和《中国宪法改革的基本理论问题》这两篇文章，我觉得自己给权利问题在法治和宪政体系里找到了一个基本正确的定位。尤其是在后一篇文章里，我提出了关于价值法则、政治法则和程序法则的划分。本着这个划分，我们对不同文化场境包括中国文化场境里的权利问题，对权利的不同基础和种类，以及对权利制度的设计和实行，或许都可以获得一种更通透一些的理解。这两篇文章已分别于1999年和2002年发表在《中国社会科学》，由于不是直接论述权利问题，此不收录。

权利思考的结构感、整体感增强，在某种程度上，还要归因于从1992年到现在，我和同事们时常参加我国关于人权的立法、司法和外交的决策研究，并参与国际人权对话与交流。例如，参与关于中国参加1993年世界人权大会的对策研究、参与撰写两份关于建议我国及早签署联合国《经济、社会、文化权利国际公约》和《公民权利和政治权利国际公约》的研究报告，使我不得不在平素极为“普罗的”或“平民的”视角外加了一重颇为“国家的”或“官方的”视角。这一重视角，使我无论是在看待中国人的人权问题的时候，还是在看待西方人的人权问题的时候，都多了一种关于个人—国家—国际的背景意识。参与国际人权对话和学术交流，使我对中国的权利理论和实践在当代世界里的位置，及其应当坚持的立场和达至的目标，有了较为清晰的判断。较多地接触当代国际政治领域尤其是外交领域

里的人权斗争，我深切感受到，在许多国际人权斗争的背后真正起作用的，往往是国家或国家联盟的战略利益，甚至是某些政治派别的私利，而且，即便是在人权学术研讨的场合，也常常充斥以西方文化霸权为支撑的浅薄与无聊。当然，这绝对不能归咎于人权原则本身，尽管当代人权概念和制度本身还存在许多的缺陷。人权得以在国际政治斗争中成为幌子、借口或工具，这个现象本身就是意味深长的。在当今世界，作为一种旨在借助权利语言和机制来维护弱势者、受压迫者的尊严和自由的普遍道德权利，人权在价值认同上已然无人敢于公开反对，在制度设计上已然成为普通法。就像古代罗马法成为中世纪欧洲的普通法时的情形，你可以依然维护或适用日耳曼法、教会法或其他法律，但是，在私人经济交往和私法教育领域，你不能不尊重罗马法权威，不能不适用罗马法规则。同样，在文化丰富多彩、国情千差万别的当代世界，你可以依然维护或适用伊斯兰教规、天主教戒律或其他法则，但是，在涉及政府与公民、国家与个人的关系以及国家与国家、民族与民族的关系领域，你不能不尊重人权原则，不能不适用人权约法。

这类感受引领我认真考虑一些在过去似乎从不考虑的问题，例如，一个政府要实行良好的治理，究竟应当如何回应来自社会大众的人权要求？如何识别和表述人权要求？如何使用可得到的制度资源和非制度资源来满足人权要求？一个国家在不遗余力地维护本国的主权和利益的同时，如何不遗余力地维护本国内每一位公民的主权和利益？一个国家要在国际上有地位、受尊重，究竟应当如何承担和履行关于保护人权的国际义务？如何既对自己的人民负起责任、又对国际