

|天
Borderless
|下

人权论要

郭道晖 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

| 天
Borderless
| 下

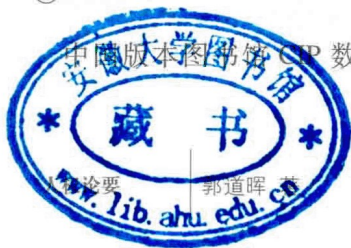
博 稽 古 今 融 汇 天 下

图书在版编目(CIP)数据

人权论要 / 郭道晖著. —北京: 法律出版社,
2014. 5

ISBN 978 - 7 - 5118 - 6446 - 8

I. ①人… II. ①郭… III. ①马克思主义理论—人权—
理论研究②人权—理论研究—中国 IV. ①A811.64
②D621.5



中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 105470 号

责任编辑 刘文科
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2015 年 8 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 11.375 字数 304 千

印次 2015 年 8 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 6446 - 8

定价: 46.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)



郭道晖，湖南湘阴人，著名法学家、法治思想家，被尊称为当代中国“法治三老”之一。

郭道晖出身世代书香之家，1947年考入清华大学电机系，1948年加入中国共产党，从事地下革命活动。

曾任中共清华大学电机系党支部副书记、清华大学理工学院党支部委员和校党委委员、宣传部副部长。1951年毕业后留校，1952年院系调整时兼任新北大筹委会委员。1957年因抵制反右而被打成“右派”。1979年复出后，先后任全国人大常委会法工委研究室副主任，中国法学会研究部主任，《中国法学》杂志社总编辑、编审；兼任中国法学会理事、法理学研究会副会长、南京大学等十多所高校兼职法学教授，中国法制新闻工作者协会副理事长，中宣部、司法部特聘的法制宣传高级讲师团讲师，国家社科规划委员会国家基金课题评审组成员，法哲学社会哲学国际协会（IVR）会员、中国分会副会长。现任中国法理学研究会顾问和中国比较法学研究会顾问，北京大学宪法学行政法学博士生导师组成员，广州大学教授兼人权研究中心顾问，最高人民检察院专家咨询委员会委员，东亚法哲学会理事。

著有《中国法律制度》《民主·法制·法律意识》《法的时代精神》《法的时代呼唤》《法的时代挑战》《走向民主法治新世纪》《法理学精义》《社会权力与公民社会》等个人专著，主编、合著《当代中国立法》《当代中国法学争鸣实录》《十年法制论丛》等十余部。曾率团参加在德国、意大利、日本、韩国等国以及香港、台湾地区举行的世界法哲学大会和亚洲法哲学大会，并作学术演讲；其二十余篇论文被国外学者翻译为英、德、日文在国外著名学术刊物发表。

人权论要

郭道晖
著



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

国家尊重和保障人权。

任何公民享有宪法和法律规定的权利。

——《中华人民共和国宪法》(1982 修订)第 33 条

对人权的无知、忘却或蔑视,是公众不幸和政府腐败的唯一原因。……所以决定把自然的、不可剥夺的和神圣的人权阐明于庄严的宣言之中。

任何政治结合的目的都在于保护人的自然的和不可动摇的权利。这些权利即自由、财产、安全及反抗压迫。

——法国 1791 年宪法序言(即《人权与公民权宣言》)第 1、2 条

之所以要有《人权宣言》,“道理有二:一是要使人民知道他们有这些天赋人权。人民对于他们的天赋人权,能知才能爱,能爱才能有。二是要给政府与其立法机关一个指南针,免得它走入歧途,违反人民的福利。”

——草拟法国人权宣言的议员拉法埃提(Lafayette)在制宪会议上的讲话

引言 郭道晖人权观简介

——摘自《当代中国法学名家——郭道晖》*

人权是一个古老而常新的话题。

长期以来,在革命时期,在新中国成立前30年,人权曾被视为“资产阶级骗人的口号”。谈论人权、人性或人道主义曾是很大的禁忌,受到严厉的批判。

1990年,郭道晖在《法学研究》第4期上发表《论权利与权力的对立统一》一文,这是改革开放以来国内法学界有关这一主题的首篇论文,其中指出:人权和公民权是国家权力的原始渊源和基础,权力来自权利,而不是相反。这就打破了人权的禁忌,否弃了把人生而有之的权利(人权)和公民权当作党和国家(政府)的“恩赐”的国家主义权力观;特别是于“权力制约权力”这一古老原则之外,创新地提出“以公民权利制衡国家权力”的命题,给当时中国“幼稚的法学”拓展了新的空间。

接着,1991年他又率先在《中国法学》上打破禁区,撰写评论,倡导法学界“高举人权的旗帜”,

* 该书由《法制日报》主编,人民法院出版社2005年第1版,此稿摘自修订第2版。此节收入本书作为“引言”时略有修订。本书也是整合了郭道晖历年有关人权的论述,略加系统化的成果。

并开辟专栏,开展人权与法制的讨论与争鸣。

1991年,郭道晖发表了《论人权的阶级性与普遍性》一文,在国内首先指出“人权是超阶级的普遍性的权利”。在当时提出这种观点,是需要有很大的理论勇气的,因为这同长期以来中国主流意识形态强调人权的阶级性是大相径庭的;但却是实事求是的真理。该文被日本铃木敬夫教授译成日文,在日本发表,并在东京首次举行的东亚法哲学研讨会上散发,引起日本法学界的重视,认为该文标示中国人权理论的新动向。^①铃木教授还特邀郭道晖为其所编著的《中国人权论与相对主义》一书撰写了引言:《中国法理学界人权观一瞥》(日本成文堂1997年10月出版)。

同年,郭道晖还在《中国社会科学》期刊上发表了《论权利推定》的著名论文。他认为,基于社会自发存在的权利(人权)不可能为法律所穷尽而全部转化为法定权利,其中必有一些为法律所“漏列权利”、“剩余权利”、“空白权利”以及未能预测到的“新生权利”。对这些应有权利(人权),可以从已明定的法律权利或法律原则、精神、立法宗旨中,推定出与之相关权利存在的合法性、合理性,而加以法定。强调“权利推定”,旨在扩大公民权利的领域,完善权利立法,并防止公民应有权利受到不法侵犯。这篇很富创新观点的论文,在法学界引起强烈反响,被一些大学收入法理学必读参考书中,并被收入《中国社会科学》英译本,传于海外。

随后郭道晖教授在《人权·社会权利与法定权利》(1993年)一文中,以通俗简括的语言论证了人权是“人该有之”与“人皆有之”的权利,是随着人类社会发展先于法定权利而历史地形成的、社会自发存在的、合乎人的自然性需要和社会性需要的、人人都应当享有的道德权利或习

^① 日本札幌学院法律系教授铃木敬夫教授在其“近年亚洲抵抗权理论研究简况”一文中指出:“在今日亚洲各国,人权法学的研究正在兴起。1991年郭道晖《论人权的阶级性和普遍性》(《中外法学》1991年第5期)的发表,在日本也广为人知。……正如郭道晖教授指出的那样,人权概念在世界上是具有广泛性和普遍性的东西。”转摘自浙江省社科院情报资料研究所编:《当代学术信息》1994年第2期。

惯权利。这就既扬弃了自然法学家纯以人的自然本性为依托的“自然权利”论,指出了人权既以人的自然本性的需要为前提(必要条件),又强调了人的社会本性的需要和历史发展性(充分条件);同时还克服了那种把人权等同于法定权利或公民权利的片面性。他提出人权包括社会自发(自在)权利和国家法定权利两种存在形式,前者先于后者,并可与后者独立并存,又可转化为后者,而且在一定条件下人权高于法定权利,是衡量法定权利的合理性、正义性的标准。

他还认为,社会自发存在的权利或人权一经法定,既是对人权的保障,也是对它的限制,即对权利的主体与权利范围作了规限。反之,某一法定权利虽予取消(如中国宪法中原有的罢工权利),如未明文禁止,则还原为社会自在权利或人权,根据“法不禁止即自由”的原则,虽不再受法律保护,却也不受法律追究,可以享有更大的自由度。这篇文章还提出了作为“抵抗权”的人权理念。他的这篇论文,被译成英文,收入香港出版的《社会科学辑刊》(英文版)。他于1992年另一篇《论集体权利与个体权利》的论文细析二者的内涵,澄清了对二者关系的误解,与会的德国教授盛赞该文的新意,经他以德文译载于《东亚人权》专辑,1993年7月在德国出版。

1994年,郭道晖在《法学研究》第1期发表《权威、权利还是权力——党与人大的关系的法理思考》,论证“人大高于一切政党”的原则,该文还首次着重提出“领导党与执政党”的概念及其区别,并认为:“无论领导权还是执政权,都是一个动态过程”,“党执政绝不像封建世袭制度那样,是天赋的权利,也不是一劳永逸的。”此文发表时,得到法学界的广泛认同和热烈好评,却也有个别人在《求是·内部文稿》(公开发行)和《真理的追求》等刊物上发难,以“否定党的领导”为辞,进行政治批判。可是他们不会料到,11年后,郭道晖的这句警句几乎原样地被引入党的十六届四中全会关于提高党的执政能力的决定中(即“党的执政地位不是与生俱来的,也不是一劳永逸的”。)对此,中央几位领导人都指出这句警句是“精辟论断”,它总结了国际共产主义运动和国内历史

经验教训,促醒全党居安思危、增强忧患意识和执政意识。^①

考虑到法定权利的行使与实现,仍在一定程度上要取决于国家权力的支持,郭道晖在随后关于“国家—社会”由一体化转变为二元化的研究中,又进一步提出了“社会权力”的新概念。他先后在韩国首尔、中国南京、香港举行的第2~4次东亚法哲学大会上,发表了《论权力的多元化与社会化》、《论以社会权力制衡国家权力》、《社会权力与法治社会》等系列论文。他给社会权力所下定义是:社会主体以其所拥有的社会物质与精神资源对社会与国家的支配力、影响力。根据他的社会权力理论,进而提出“以社会权力制约国家权力”的法治新模式,突破了单靠国家权力之间“以权力制约权力”的内部制约的局限性,找到了从外部社会、运用民间力量去监督、制约国家权力的途径,为权力制约论开创了新的路径。郭道晖的社会权力理论及“以社会权力制约国家权力”的法治新模式,在几次东亚法哲学大会上作了系统的阐述,引起国外学者很大兴趣和好评,认为这是“具有方向指导意义的、实践性很强的论点,可以看作是东亚历史状况正在不可阻挡地持续变革的象征。”(日本北海道大学著名法哲学教授金井弘道),^②“这一理论,对于只习惯于讲国家内部权力互相制衡的理论的我们来说,是一个新鲜的启迪,为我们今天的市民社会的理论,注入了新的动力。”(韩国著名律师金秉正)“对于我们研讨人权委员会的性质、构成等问题,也有很大的作用。”(韩国延世大学教授咸在凤)。^③在我国,有的法理学教授专文论述了“郭道晖的权力学说”。^④著名老法学家、民法教授江平也指出,在我国法学界,“郭道晖教授最早提出了建立三种权利(力)的观念,即除了国家权力和私人权利之外还要建立社会权力。”“这三类权力(权利)的本质是:私权的核

① 参见《党的十六届四中全会〈决定〉学习辅导百问》,学习出版社、党建读物出版社2004年版,第36页。并见胡锦涛、任仲夷等几次讲话和人民日报的评论。

② 参见金井弘道:《现代政治的脱国家化与“近代”之克服》。金井教授曾任日本法哲学会主席。

③ 以上引文转引自郭道晖:《法的时代挑战》,第163、165、210页。

④ 林喆:“何谓权力?——郭道晖权力学说评述”,《政治与法律》1999年第2期。

心是自由,社会权力的核心在于自治,国家权力的核心是强制力。”^①

2004年,郭道晖在中美人权研讨会上发表了《人权的本性与价值位阶》^②,针对我国理论界对人权的自然性与社会性、阶级性与普遍性、人权与主权、集体人权与个体人权、生存权与政治人权等关系上一系列需要商榷的观点与命题,诸如只讲人权的阶级性,否认普遍性;只考虑“多数人的人权”而忽视“少数人的人权”;片面强调“主权高于人权”,而不问主权属于谁;片面宣扬“集体人权高于个体人权”,以之等同于集体主义与个人主义关系,从而蔑视、压制个体人权的主体性;或只讲“生存权是首要人权”,忽视政治人权在争取和保障生存权的居先地位等,作了有别于主流观点的深入探讨,引起法学界的热烈认同,先后被《政法论坛》和《新华文摘》转载。但由于该文所论涉及与某些主流论断相左的敏感话题而犯忌。

在此前后,郭道晖还发表了有关人权的系列论文,诸如《社会主义自由——当代社会主义法的精神》(1994),《再论法的时代精神》(1995),《论社会权力与法治社会》(2002)(第4次亚洲法哲学大会的论文)。

他在2003年发表的《宪法的社会化与大众化》、2004年《人权至上是宪法的最高原则》等论文中,对把宪法片面界定为“治国安邦的总章程”的通说提出质疑,认为这是把宪法的主体仅仅归结为政府或执政党。他指出,宪法的主体应是人民,或全体公民;执政党及其领导的政府首先是宪法的客体,是受人民和宪法监督的对象;宪法是人权和公民权利的产物,国家权力是宪法赋予的;宪法不是或主要不是执政党和政府治国的工具和手段,而是人权和公民权利的保障书和以公权利制衡公权力的约法。宪法的最高理念和原则是人权和公民权至上。

在诸多中国法学家、包括郭道晖教授的不懈努力下,终于在2004年

^① 江平:“社会权力与和谐社会”,载江平自选集《权利的呐喊》,首都师范大学出版社2008年版。

^② 该文是中美人权研讨会论文,在《政法论坛》2004年第2期发表后,为《新华文摘》2004年第11期转载。

促成 82 宪法第 4 修正案中实现了人权入宪,“国家尊重和保障人权”纳入《宪法》第 33 条。

此后他又发表了《建构宪政立法体系策议》(2001)《政治权利与人权观念》(2003)《落实政治人权的立法保障》(2003),《人权观念与人权入宪》(2004),《政治人权论纲》、《论公民权与公民社会》(2006),《“以人为本”重在以人的自由为本》(2007),《公民的政治参与权与政治防卫权》、《社会公平与国家责任》(2007)、《人权的国家保障义务》(2009)等系列论文,继续为落实人权与宪政而鼓呼。2006 年 10 月,在参加“纪念严复译《法意》发表 100 周年”的研讨会上,郭道晖应邀作了《严复——近代自由主义思想的中国先知》的演讲,对严复的人权思想有独到的见解,受到好评。

自 2009 年以来,年过 80 岁的郭道晖除继续在法学期刊上发表有关人权的论文外,又出版了《社会权力与公民社会》等专著。还把注意力转向当前社会的维权活动和还原历史真相方面,在非法学报刊上发表许多针对立法和执法上侵犯人权的问题有关时评和史论。如在《炎黄春秋》杂志发表评析违反宪法、侵犯人权的反“右”运动的历史真相的多篇论文,被读者认为是近年评析反右运动最为深刻的文章。特别是《炎黄春秋》2010 年第 4 期以头条发表他的《四千老干部对党史的一次民主评议——“建国以来党的若干历史问题决议(草案)”大讨论记略》,引起全国各地读者强烈反响,认为该文通过对 1980 年党的高级干部讨论情况介绍,对党史问题“进行了迄今为止最为全面、最为深刻的评析,读后震聋发聩”,“那些老干部正义之声,今天读起来依然正气凛然,铮铮作金石鸣。”读者们在来信中对作者和编辑部表示感谢:“向中国的良心致敬!”其他如《还原真相是走向正义的第一步》、《一厘米主权与赵作海的生死》、《表达权与言论自由》、《当今中国宪政运动思潮述评》等,在社会上引起广泛的反响。在 2013 年一股反宪政的逆流甚嚣尘上之际,他又率先发表文章和演讲,严辞批驳。美国《侨报》以整版篇幅发表了他批判《人民日报(海外版)》反宪政的文章。互联网上评说,湖湘法学家联谊会上郭道晖等长者集中批判了最近打压宪政的歪风,大声疾呼社

会主义宪政,身先士卒,掷地有声,使会议变成了宪政誓师大会,杨度重生也当感慨“行宪请自湖湘始”!

郭道晖近年还参与了国家教育部指定的高等学校《人权法学》教科书的编写(李步云主编);在广州大学人权研究中心担任过学术委员会主任(现为顾问),近年常在北京大学人权研究中心研究生班讲授人权理论,发表《中国人权六十年》的演讲。……这些都体现了郭道晖为钻研和传播人权理论、维护人权与正义孜孜不倦的努力。

基于他历年发表的一系列有关人权和权利/权力的论文中所提出的新的理论观点和针砭时弊的建言,被法学界认为是我国研究人权与法治理论的思想家和“推动人权入宪”的著名法学家之一。他历年发表的有关人权、权利与权力的论文,有20多篇被译为英、德、日文在国外著名学术期刊上转载,在国外也有相当影响。

目 录

引言:郭道晖人权观简介 1

第一章 人权总论 1

第一节 人权的本性与特征 1

第二节 人权的几种存在形态 10

第三节 人权与法定权利的相互转化 21

第四节 人权的价值位阶 36

第五节 人权与权利推定 47

第六节 人权与公民权 61

第七节 人权至上是宪法的最高原则 68

第八节 “以人为本”的要义 82

第九节 执政者的新权力观与还权于民 94

第二章 人权史论 103

第一节 人权发展的源流 103

第二节 中国人权的历史轨迹 113

第三节 新中国人权六十年 149

第三章 政治人权 166

第一节 政治人权概述 166

第二节 政治自由权 178

第三节 表达权

——言论自由、新闻自由、出版自由 194

第四节 知情权与信息自由 213

第五节 结社、集会、游行、示威自由 223

第六节 文化创作与学术研究自由 230

第七节 选举权 234

第八节 宗教自由 238

第九节 政治参与权原理 241

第十节 公民的立法参与权 246

第十一节 公民的行政参与权 251

第十二节 公民的司法参与权 258

第十三节 落实政治人权的立法保障 267

第四章 人权保障 271

第一节 基本人权的保护机制 271

第二节 国家的人权保障义务 293

第三节 公民的政治防卫权与抵抗权 312

第四节 社会公平与国家责任 320

结束语：知权爱权，维护人权的宪法地位 332

附录：郭道晖有关人权的论著目录 336

后记 349

第一章 人权总论

第一节 人权的本性与特征

在现代中国,对待人权的认识与实践,经历了三个时期:一是从争民主争人权的新民主主义革命,到建立新中国政权初期,中国劳动人民的人权处境得到较大改善的时期;二是自 20 世纪 50 年代中、后期开始的一系列政治运动和“文化大革命”,严重忽视或践踏人权的时期;三是改革开放以来逐步重视和改进人权状况步履维艰的新时期。

从 20 世纪 90 年代后期到进入 21 世纪以来,一方面,人权作为禁区已被突破,在人权思想启蒙和人权法制方面,有一些较大的进步。诸如,取消刑事类推制度,实行罪行法定原则;刑事诉讼法中吸收无罪推定原则;司法上纠正长期羁押现象;行政立法和执法中重视“以人为本”,采取一些便民、利民措施;改革行政许可制度;废除收容审查制度,改为救助制度;2013 年还废除了劳动教养制度;特别是 2004 年的宪法修正案中将“国家尊重和保障人权”的原则纳入宪法,2012 年又将这一原则纳入修改后的刑法;等等。在人民群众中,人权意识日益高涨,提出一些新的权利主张和权利

诉讼,如死刑犯的生育权、男女变性权、安乐死,乃至悼念权、接吻权等。对此,许多人为之欢呼,也有的人担心“人权意识过度膨胀,并非法治的福音”。

另一方面,在政法界理论界,已摆脱了把人权斥为“资产阶级的口号”的蒙昧状态,国家教育部也在高等学校普遍开设《人权法学》的课程,人权观比过去有较大的前进。

但毋庸讳言,相对于人民群众人权的觉醒和日益增长的人权要求,人权理论还处于滞后的状况。迄今一些似是而非的命题与观点,还一直被当做主流观点在宣传。诸如只讲人权的阶级性特殊性,否认普世性普遍性;只考虑“多数人的人权”而忽视“少数人的人权”(一位哲学界的著名学者前些年还认为“道德上不是人的人”即坏人不拥有人权。^①又如片面强调“主权高于人权”,“集体人权高于个体人权”,或只讲“生存权是首要人权”,而忽视政治人权的重要价值地位;等等。至于在行政执法和司法中,在社会上,忽视乃至严重践踏人权的现象,所在多有。

因此,要强化对人权的保护,要建构人权的法制,首先要从树立人权的基本理念和理论入手,对人权的基本性质与特征有明晰的认识。

一、人权的自然性与社会性

中国学者长期以来是只承认人权的社会性,而否定其自然性的,“天赋人权”论被当做唯心论受到批判。诚然,十七八世纪的欧洲启蒙思想家的自然法学和自然权利的理论,有先验论和臆想的弊病,但完全排除人的自然的、生理的需要来谈生命权、自由权等基本人权,也是不实事求是的。孔子说:“食色性也。”^②婴儿出生就有吃奶求生的权利,成年男女有性生活的权利,这是人类生理的自然需要,是人的自然性、天性所赋予的,亦即“天道”。这是人权的前提。

就“自由”这一基本人权而言,自由之所以被认为是人权或自然权利,是基于人类的生物本性。人之异于禽兽者,在于最初的原始人类能直立行走,从而解放了双手而获得能劳动和制造工具、战胜自然力、免受

^① 赵汀阳:“有偿人权和做人主义”,载《哲学研究》1996年第9期。