

程燎原 王人博 著

法理文库

权利及其救济

山东人民出版社

权利及其救济

第四版 王人博 著

程燎原 王人博 著

权利及其救济

图书在版编目(CIP)数据

权利与其救济/程燎原,王人博著.—2版.—济南:
山东人民出版社,2002.2

(法理文库/徐显明,谢晖主编)

ISBN 7-209-01208-7

I. 权... II. ①程...②王... III. 权利-研究

IV. D08

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 003669 号

权利及其救济

程燎原 王人博 著

*

山东人民出版社出版发行

(社址:济南经九路胜利大街 39 号 邮政编码:250001)

新华书店经销 日照日报社印刷厂印刷

*

850×1168 毫米 32 开本 14.375 印张 4 插页 340 千字

1993 年 3 月第 1 版 1998 年 7 月第 2 版

2002 年 2 月第 3 次印刷

印数 4500-6500

ISBN 7-209-01208-7

D·348 定价:24.00 元

法理文库

主编：徐显明
谢 晖
王人博

山东人民出版社

凡人之所以为人者有二
大要件：一曰生命，二曰权
利。二者缺一，时乃非人。

——梁启超

没有一个伟大人物没有
德行，没有一个伟大民族不
尊重权利，因为一个理性与
良知的集合体怎么能单凭强
制结合起来呢？

——托克维尔

第二版序言

如果说,学问的品格主要在于科学的态度和对人予以真切的关怀,相信不会受到什么诘难的。我们一直认为,在这两种必备的品格中,后者是更重要的方面。我们不能赞同那种自诩为以价值中立作为学术研究指导方针的观点。实际上,每个学问家从选题到研究方式(包括方法和角度)直到结论的形成都受其价值观的支配。学术研究不仅必然而且应该带有研究者的价值取向。

当初,选择“法治”,并进而选择“权利”的题目,可以当作上述观点的一个行动表现。阿诺德·汤因比说:“人类观察者不得不从他本人所在的空间某一点和时间某一刻上选择一个方向,这样,他必定是以自我为中心的,这是成为人的一部分代价。”照此说法,我们有两件可以以为幸的事:第一件是生在农村,这使我们无须费力调查仅须细心体验观察就可以了解到真实的中国。在以农民为主体的中国社会里,作为农民的儿子,我们的确可以自信地宣称,我们更理解中国的大多数,理解我们的父辈和兄弟,理解他们的所思所欲,从而能够自始至终地坚持从大多数中国人的立场思考问题。另一件是,我们赶上了一个伟大的时

代,它的主旋律是前一个时代的产儿——改革和现代化。历史的确以戏剧般的手法验证了古人关于“祸”、“福”互变的辩证的原理。一个我们成长于其中的灾难的年代作为历史渐渐退居身后,而留在心头的阴影又使人们警醒,并进而使法律史向着一个较明确的方向——法治——延续。选择“法治”和“权利”就这样由我们身在其中的时空所决定。在此,我们不想表明自己对曾经的成果的满意程度,但仍然可以告诉读者,对《法治论》和《权利及其救济》两书自始至终贯彻的立场,我们是极其满意的。

我们承担了抉择的代价,如果从功利出发的话。不过,真实地说,80年代我们选择这个题目及其研究角度时,根本就没有考虑现实的功利因素,惟觉它是兴之所致使命使然,对它的遭遇少有计较。记得当时有同事劝导:在这个问题上,执拗是不明智的。如果的确是不明智,那也只好如此。当时我们这样想,现在依旧。

今日不断变成昨日,现在不断化作历史。很意外的收获是我们的努力竟也博得一些理论界师友的理解、肯定和支持。过去的几年里,《法治论》和《权利及其救济》两本书经常有被索购而未果的事发生。今年4月,山东人民出版社的李怀德君同我们商量出两书的修订版,我们欣然应允,视为快事。

此次修订,主要是针对文字标点的错讹和个别段落作了一些删改。另外,原《法治论》第四章,由于众所周知的原因,少作文字处理后以附录收入,望仁厚的读者给予谅解。

作者

1998年6月于重庆歌乐山下

序

这是一本有关权利问题研究的书。停笔之时，喉咙似有哽咽之感，有必要在书前罗嗦上两句。

《权利及其救济》大致来自于已问世的那本《法治论》的思路。因之，若将其视为《法治论》的姊妹篇也未尝不可。

法治理论是一个大题目，它几乎可以包容现代社会有关法律问题的全部。在一本三四百页的书内要把这全部问题说清楚是不可能的。况且，一本出于初出学园后生之笔的书本身就是一种欠精的象征。或许正得于此，我们有了充分思想的空间，对法治理论能进行更具体、更细致的研究。只望《权利及其救济》的面世会使已展开的法治理论研究更丰满些。

人类不能没有权利，就如不能没有法律一样。没有权利的人可不称其为人，没有法律的社会，是一个无序的社会。但是，有了权利的人也不能对权利肆意放纵，掠夺式的权利不仅会使人丧失尊严，而且也会毁坏秩序的和谐。“认真看待权利”是法治理论一个经久不衰的话题，既然身居其中就不可等闲视之。有人说法治的价值在于它能使权力为法律所支配，限权政府。这只是其一，其二还在于法治能将权利置于一个合适的位置后

而有效地实现权利。权力只是法治社会的一个支撑点,而权利则是人们生活于其中可直接感知的自身价值。法治的大义在于:在政府及类似组织的权力受法律支配的框架内,平民大众自己在多大程度上能实际地决定自己的生活与命运的问题。一个社会权利的大小可量出该社会价值的尺寸。由于此,把权利问题从法治理论中切出另加独立的研究是有裨于世道的。

已故的美国法学家罗斯柯·庞德先生有言:“法学之难者,莫过于权利也。”这是因为,权利问题从来都不只是法学问题,就如法治问题从来不只是法律问题一样。在“法治”这一大思路之下,能从法学、哲学、历史、伦理、政治及社会等多学科的边缘上对权利问题做些多角度的观察和探究,是有益的。这也是本书的一个长处。能博采多识固然是好,但博而失深也为流弊。以此计,长处之处也许是短处。自卖的瓜还是说“苦”为好,若读者苦中回味能觉些微的甜意,也算是侈望了。

身为法学后生,读书少,见道浅,但本书好歹也是苦中读书所得。我辈深知书不在多贵在坚持的道理,既然选定了“法治”这个题目,就应坚持继续做下去,终生以之。若能如愿,也算是后半人生之大幸。

作者

1992年11月于重庆歌乐山下

目 录

第二版序言·····	(1)
序·····	(1)

第一章 权利是什么

一、权利:历史上的不同界说·····	(1)
二、权利:当代中国法学的一个热门话题·····	(17)
三、权利的另一界说·····	(22)

第二章 人的主体性:权利的一个基点

一、“自由自觉活动”:权利的内在性·····	(45)
二、需要·利益·选择·权利·····	(52)
三、个体与社会:权利关系的实质构成·····	(62)

第三章 并非灰色的回忆:权利的历史

一、西方社会权利的始点:古希腊、罗马人的权利·····	(73)
二、18—19世纪:从自然权利到个人本位的权利·····	(81)
三、20世纪:是权利的个人本位还是权利的 社会本位·····	(93)
四、历史的遗产:中国古代社会的权利·····	(106)

五、辉煌与曲折:中国现代社会的权利发展	(119)
---------------------------	-------

第四章 权利·正义

一、承认权利的正义	(134)
二、分配权利的正义	(142)
三、保护权利的正义	(151)
四、权利正义与法律正义	(157)

第五章 权利·国家·权力·民主

一、政治解放:从“非人”到“人”	(172)
二、确认和保障权利:国家的义务	(177)
三、权利与权力	(186)
四、权利与民主	(195)

第六章 权利的法律界限

一、权利的相对性	(203)
二、权利的界标:内部限制和外部限制	(209)
三、权利界限与价值选择	(221)
四、“法不禁止即自由”	(229)

第七章 权利市场与权利交易:权利的经济问题

一、权利是一种商品吗?	(237)
二、权利市场:权利交易及其交易成本	(243)
三、效益权利观	(249)
四、一点余论	(252)

第八章 权利背后的神秘力量:权利文化

- 一、一个简单的界说..... (254)
- 二、权利系统背后的无形力量..... (259)
- 三、权利文化的变迁..... (269)
- 四、“权利人”的造就..... (279)

第九章 法律与社会:权利本位论

- 一、权利本位:论争的一个焦点 (286)
- 二、法律本位论争的“功”与“过”..... (297)
- 三、一种新的思考:社会的“权利本位论” (303)

第十章 从理想到现实:权利的三种形态

- 一、应有权利:本质·价值·原则 (315)
- 二、法定权利:权利的法律化与制度化 (327)
- 三、现实权利:权利的最终归缩 (336)
- 四、一个不能忽视的问题:权利推定 (343)

第十一章 救济:权利实现的程序化机制

- 一、冲突:权利需要救济 (349)
- 二、救济的含义与方法..... (357)
- 三、“没有救济就没有权利”..... (368)

第十二章 权利的脊梁:宪法救济

- 一、来自于最高法律性的宪法救济..... (374)
- 二、宪法救济制度的形成及其模式..... (378)
- 三、期待中的中国宪法救济制度..... (386)

第十三章 主导性的权利救济:诉讼机制

- 一、实体权利与诉讼法..... (393)
- 二、诉讼救济的价值基础:诉讼正义 (407)
- 三、诉讼救济的制度机制..... (419)

第十四章 辅助性的权利救济:诉讼外解决方法

- 一、诉讼外解决方法:权利救济的辅助性工具 (429)
- 二、寻求诉讼外解决:世界性的潮流与趋势 (436)
- 三、从权利救济看“东方经验”..... (442)

结语:未完的路..... (447)

第一章

权利是什么

任何有活力的事物都会构成自己的氛围。

——歌德

权利是人类文明社会所具有的一种实质性要素。它既是人的基本价值追求,也是社会文明演化进取的不可少的力量。仅此而言,任何权利的探寻也都是人作为主体自我需求与满足的探寻。惟其如此,人的权利的不同追求在一个方面也就构成了对权利本质作不同探究的历史。

一、权利:历史上的不同界说

在西方,历史上对权利的不同界说大致可分两条不同的线索:其一,政治思想家们或多或少地承接了自柏拉图、亚里士多德以来的传统,从“形而上”的意义上所作的阐释。这一传统经近代启蒙思想家之手一直延至现代。这其中,虽存各家各说不一的权利认识,但其探究的层次大致相当。其二,职业法学家们

或多或少地承接了古罗马法学家的传统,从“形而下”的意义上就权利的法律层面所作的认识。此二线或平行相延或交错交织,绽放出权利认识的千姿百态。

(一)“权利的天赋”与“权利的人赋”

“天赋权利”是一个不甚恰当的用语。实际上,当近代启蒙思想家说“人的权利是天赋”的时候,他们不是在追溯权利的来源,而是在探寻权利的性质或本质。在这些启蒙思想家中,最具代表性的有洛克、孟德斯鸠和卢梭。因而分析就从这三个人物开始。

约翰·洛克在其有关权利的政治学说中,是以他的《政府论》名噪于世的。在《政府论》中,他以“自然法”作为分析权利的逻辑起点。他认为,根据自然法,每个人生来就有追求“生命、自由和财产”的权利。政府和社会的存在以维护个人的这些自然权利为目的。自然权利的不可取消性构成政府与社会权威的限度。在洛克的权利学说中,权利本身就是一个价值,它自始至终都是以一个终极原则出现的。反过来讲,权利本身就构成了对政府(权力)的一种制约。为了阐释这一命题,他和他同时代的许多思想家一样首先从假定的人类最早存在的某种“自然状态”开始。不过洛克所假定的这个“自然状态”不像他的同乡霍布斯宣布的“人对人像狼一样”的战争状态,而是一种田园般的自由状态。这种“自然状态有一种为人人所应遵守的自然法对它起着支配作用;而理性,也就是自然法,教导着有意遵从理性的全人类:人们既然都是平等和独立的,任何人就不得侵害他人的生命、健康、自由或财产。”^① 自由、平等和所有权,就是人的不可

^① [英]洛克:《政府论》下篇,第6页,商务印书馆1964年版。以下引此书,均同此版本,不再详注。

剥夺的天赋权利或自然权利。但是,这样一种自然状态缺少一种文明、公开的法律,缺少固定的惩罚办法一类的组织手段使那些权利规范生效。基于此,人类需要组织一个公民社会和一个民治政府,以保障这些自然权利的实现。这个公民社会和民治政府与自然权利的关系如何呢?“一切是与非都是永恒的;成文法对不同种类行为的伦理标准并没有增添什么新东西,只不过提供了有效实施的手段。”^① 公民社会也好,民治政府也好,都不能增删这些权利,它们的功用只在于提供工具性的保护。在这里,洛克并没有真正揭示出这些“自然权利”的性质,因为人类不曾存在过像洛克所说的那种自然状态。或许类似于这种自然状态的社会在人类的远古时代存在过,可它并没有赋予人类那种权利观念。也许洛克要说明的是:自然权利只能存在于我们每一个文明人理想的拟制中,存在于我们每一个人对社会的道德判断中。

权利的性质或本质对洛克来说或许并不重要,因为权利的自然性质是不言自明的。最重要的是:权利对一个社会、一个政府应具有不可被漠视的价值。

洛克的理论是矛盾的:一方面,他通过“自然状态”的刻意筹划提出了权利不能为权力和法律更改的自然原则;另一方面,他又通过自然状态的缺陷,说明权利的实现不得不去求助于权力和法律。政府既然能运用权力和法律保护自然权利,又怎样才能保证政府在运用权力和法律的同时不藐视或侵犯自然状态中已存在的权利呢?洛克试图解决这一矛盾,但并不彻底。洛克认为,要回答上述问题关键在于成立什么样的政府,以及怎样建立政府。洛克对权利的执著追求,必然引出“社会契约”的观点。

^① [美]萨拜因等:《政治学说史》下册,第590页,商务印书馆1986年版。以下引此书,均同此版本,不再详注。