

走向权利的时代

中国公民权利发展研究

主编 夏勇

中国政法大学出版社



国防大学 2 062 5140 1

走向权利的时代

中国公民权利发展研究

主 编：夏 勇

副主编：高鸿钧 张志铭

贺卫方 刘广安

中国政法大学出版社

1995·北京

(京)新登字 185 号

走向权利的时代

中国公民权利发展研究

夏 勇 主 编

中国政法大学出版社 出版

(北京学院路 41 号 * 100088)

北京海淀军科印刷厂 印刷

新 华 书 店 经 销

850×1168 毫米 32 开本 印张: 27 字数: 660 千字

1995 年 4 月第 1 版 1995 年 4 月第 1 次印刷

ISBN 7-5620-991-0/D·942

定价: 27.50 元

走向权利的时代

中国公民权利发展研究

Notes on contributors

Chen Su, Assistant Professor, Institute of Law, CASS.

Chen Zexian, Associate Professor, Institute of Law, CASS.

Chen Zhixia, Candidate for Master of Sociology, Peking University.

Dong Yuyu, Journalist, *Guangming Daily*.

Gao Hongjun, Associate Professor, Institute of Law, CASS.

He Weifang, Associate Professor, Institute of Comparative Law, CUPL.

Jiang Ping, Associate Professor, The Chinese Senior Judge Training Center.

Li Cunpeng, Deputy Director, Research Department, Chinese Law Society.

Li Haifu, Editor, *Social Sciences in China*, CASS.

Liu Guang'an, Jur. D. Associate Professor, Institute of Chinese Legal History, CUPL.

Mei Xiao'ao, Senior Editor, *Social Sciences in China*, CASS.

Meng Xianfan, Senior Editor, *Social Sciences in China*, CASS.

Shi Xiuyin, Associate Professor, Institute of Sociology, CASS.

Wang Minyuan, Senior Editor, *Studies in Law*, CASS.

Wu Lijuan, Candidate for Master of Sociology, Peking University.

Xia Yong, Jur. D. , Associate Professor, Institute of Law, CASS.

Zhang Guangxing, Senior Editor, Studies in Law, CASS.

Zhang Zhiming, Associate Professor, Institute of Law, CASS.

Abbreviations:

CASS Chinese Academy of Social Sciences

CUPL China University of Politics and Law

前 言

本书是“中国社会发展与公民权利保护”课题的一个研究成果。

在过去两年多的时间里，我们这些来自中国社会科学、中国政法大学以及其他机构的中青年学者本着共同的学术兴趣，一起探讨权利问题，并到全国若干城市和乡村做了社会调查。在此基础上，我们对中国社会转型过程中的权利观念、权利保护机制、基本权利以及特殊主体的权利作了一些描述和解释，提出了若干见解和建议。随着社会的发展，权利越来越成为我国法律理论与实践的核心问题。我们深信，中国公民权利意识的逐渐强化以及与此相呼应的权利体系和权利保护机制的不断走向完善，将是推进中国法律现代化进程的最为关键的因素。同时，我们也相信，权利领域中任何真正意义上的进步，都不仅仅取决于意识的觉醒和价值的执著（虽然这是十分重要的），我们更需要衔接细密的程序设计和扎实有效的机制运作。

这个项目由本书五位编者共同提出并负责，由夏勇主持。一批志同道合、各有专攻的学界同行的参与使得最后成果比初期的设想要更为丰满和扎实。各分课题完稿之后，我们意外地发现提交稿件的篇幅已远远超过了一册书的装订限度。于是只好又请各撰稿人加以压缩，其中若干部分曾由编者代为割爱，最后终于使全书降至今日这个篇幅。我们为大家对此表现出的理解而深表谢意。

应该得到感谢的不只是每一位诚实合作的课题组成员，这项

研究还得益于海内外许多机构和人士的关怀和支持。福特基金会的资助使我们能够进行广泛的调查,也使得本书得以顺利出版。中国社会科学院法学研究所为项目的运作和管理做了许多工作,除了所长刘海年教授外,还有王家福教授、李步云教授、刘瀚教授、王保树教授、梁慧星教授、任允正教授、陈春龙教授、肖贤富教授、叶维钧教授等。中国政法大学江平教授,《中国法学》杂志总编辑郭道晖教授、编辑饶方先生,《中国律师》主编方向先生,中国社会科学院社会学研究所所长陆学艺教授,河南大学法律系主任陈景良先生,以及《法学研究》杂志社的编辑们,都给予了不同形式的关心和帮助。我们调查所至的各地立法机构、司法机构、行政部门、学术界人士以及普通民众提供了许多关照和协助;美国哈佛大学法学院的何杰森(Jonathan Hecht)先生、美国丹佛大学权利发展研究中心的范乃思(Peter Van Ness)先生提供过有价值的学术建议和资料;在中国社会科学院法学研究所进修的美国纽约大学法学院的杜鸣(Micheal Dowdle)先生审读过本书的英文部分;中国政法大学出版社,尤其是第一编辑室的丁小宣先生、宋军女士对本书的出版颇多协助之功。各界人士的热情关怀、参与和合作不仅使这一项目得以顺利完成,而且也激励我们今后以更多的努力深化这个领域的研究。

编 者

一九九五年三月于北京

Preface

This book is one of the results of the research project "Social Development and Protection of Civil Rights in China".

For more than two years, We, young and middle-aged scholars from the Chinese Academy of Social Sciences, China University of Politics and Law and various other institutes, have carried out extensive social investigations in many cities and provinces. From these investigations, previous theories, and our academic experiences, we verified and analyzed the collected materials and put forward our opinions and reform proposals on a wide variety of issues, such as the idea of civil rights, right protection mechanisms, basic rights, and the rights of particular subjects. The reason for this research is that with the development of our society, rights have increasingly become the central issue in the legal theories and practices of our country. We firmly believe that the strengthening of civil rights consciousness and the corresponding improvement of a rights system and of rights protection mechanisms will play a key role in the process of China's legal modernization. Meanwhile, we also believe that the awakening of the right consciousness and the enthusiasm alone (although is very important) will not bring about any real progress in the field of civil rights. More importantly, we need to link up detailed and elaborate institutional designs with effective and down-to-earth operation of mechanisms.

The research project was proposed and organized by the five editors of this book, and was directed by Dr. Xia Yong. Although the book covers a wide range of topics, it is not intended, nor is it possible, to include all issues related to civil rights. Nevertheless, thanks to the participation of colleagues and scholars who cherish the same ideals and follow the same path as we do, the final results of this project were much richer and much more solid than we had anticipated. After essays for each topic had been submitted, we were surprised to discover that the total length of the collection had far exceeded the binding limit of a one-volume book. Reluctantly, we asked contributors to condense their articles, and we made abridgments to several articles on behalf of authors. The book was finally reduced into the present length. Here, we would like to express our deep appreciation to our contributors for their understanding.

Our co-authors, however, are not the only persons who deserve our deep appreciation. This project has received much assistance from many other institutions and individuals, both in China and abroad. We are especially grateful to the Ford Foundation, whose financial aid enabled us to carry out extensive investigations and to publish this book successfully; and to the Institute of Law of the Chinese Academy of Social Sciences, which administered this project. We wish to pay tribute to the following persons for their encouragement and supports: Professors Liu Hainian, Wang Jiafu, Liu Han, Li Buyun, Wang Baoshu and Liang Huixing from the Institute of Law, Chinese Academy of Social Sciences; Professor Jiang Ping from China University of Politics and Law; Professor Guo Daohui, Editor-in-Chief of *China Law Journal*; and Mr. Rao Fang, and editor of

that same journal; Mr. Fang Xiang, Editor-in-Chief of the journal *China Lawyers*; and all the editors of the journal *Studies in law*. We would also like to thank Mr. Jonathan Hecht from the Harvard Law School and Mr. Peter Van Ness from the Centre of Rights Development Research of Denver University for providing us with valuable academic proposals and materials; Mr. Michael Dowdle from the Law School of New York University, currently a visiting scholar in the Institute of Law of the Chinese Academy of Social Sciences, for reviewing the English part of the book; and the China University of Politics and Law Press, especially Mr. Ding Xiaoxuan and Ms. Son Jun from the First Editorial Office, for their cooperation in publishing this book. In addition, during our investigations, wherever we went, we met with enthusiastic assistance and cooperation from local judicial departments, administrative agencies, academic institutions and ordinary citizens. The encouragement, participation and cooperation of these people not only has helped us successfully accomplished this project, but also has inspired us to devote more efforts to promote in-depth research in the field of civil rights.

Xia Yong, Gao Hongjun, Zhang Zhiming,
He Weifang and Liu Guang'an

绪 论

夏 勇

在我们这个时代，让更多的人获享更多的权利，已经成为人类的共同理想。这个理想本身，便隐含着一种关于权利发展的信念。当然，权利的发展远不止是信念，毋宁说它是一种社会事实。在日常生活里，我们的所见所闻，愈来愈多地与权利发生关联；我们的所思所为，也愈来愈多地与权利打起交道。正是这样的理想、信念和事实，标志着并且推动着中国社会的历史性进步。

一、权利发展之意义

（一）权利的存在与进化

权利是一种观念 (idea)，也是一种制度 (institution)。当我们说某个人享有权利时，是说他享有或拥有某种资格 (entitle-

ment)、利益 (instrest)、能力 (power) 或主张 (claim)^{〔1〕}, 别人负有不得侵夺、不得妨碍的义务。若无人承担和履行相应的义务, 权利便没有意义了。所以, 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。

一项权利之成立, 先要有对作为权利内容的资格、利益、能力或主张所作出的肯定评价, 即确信它们是“应有的”、“应得的”, 于是才有要求别人承担和履行相应义务的理由。一旦有了这样的理由, 某种资格、利益、能力或主张就有了道德上的根据, 并因此成为道德权利 (moral rights)。在一个社会里, 人们对一种资格、利益、能力或主张是否为人应有和为何人应有, 通常持有相当不同的看法, 当然也有某些看法是公认的, 如生命应该得到尊重和维持, 孩童应该得到照顾。这些不同的和相同的看法就是关于权利的观念。它们既可以是肯定意义上的, 也可以是否定意义上的; 可以是关乎自己的, 也可以是关乎他人或社会的; 可以代表社会的主导价值观, 也可以反映社会的非主导价值观。无论怎样, 它们是权利的主观存在形式。

关于权利的观念同时也是关于义务的观念, 但仅凭观念, 是不足以让人们承担并履行相应义务的。已经得到观念支持的资格、利益、能力或主张还必须得到社会行为规范的支持。社会规范通过规定可以做什么、不得做什么和必须做什么的行为模式以及对失范行为的制裁, 迫使人们不得不承担和履行义务, 并因此使相关的资格、利益、能力或主张得以成为规范意义上的权利。这些

〔1〕 这是以权利的要素 (elements) 来界定权利。一般说来, 研习权利哲学的学者们都偏重于其中一个或两个要素来建立理论, 故有资格论、权力论、利益论、主张论、意志论、选择论等。参见拙著《人权概念起源》, 第二章之四“权利是什么”, 之五“有关权利涵义的其它解释。”中国政法大学出版社, 1992年版, 第37—60页。

规范涉及生命、身体、财产、婚姻、买卖、信仰等在人类社会生活里经常容易发生冲突或容易受到侵害的方面,涉及社会的政治、经济、文化的主要领域,它们所设立的权利和义务也因此是多种多样的。从不同时代和不同文化背景的社会行为规范里,我们大致上都可以看到有一个权利体系的存在,不论它是否和谐、协调,也不论它是否使用了“权利”这个词汇。社会行为规范有习惯与法律之分,权利体系当然也有习惯的和法定的之别。属前一类的称作习惯权利 (conventional rights), 属后一类的便称作法定权利 (legal rights)。

对某种资格、利益、能力或主张在观念上和规范上的肯定,并不能确保它们在事实上不会遭到否定。事实上的否定不仅是对某种资格、利益、能力或主张的否定,也是对肯定其合法性的观念和规范的否定。所以,还必须规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里,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。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、能力或主张遭到否定时,能够诉诸裁判,获得救济。因此,救济既是对法定权利的保护,也是对道德权利的宣示。“无救济即无权利”〔2〕的确是至理之言。正是在这样的意义上,救济本身可以被看作“第二权利”。〔3〕在不成文法或成文法无相应规定的场合,诉权本身就成了权利存在的标志。〔4〕

如果说权利的存在表现着文明秩序的存在,那么,关于权利

〔2〕“Ubi jus, ibi remedium”。这句拉丁法律谚语表示“有权利才有救济”,但它在原始法里是反过来说的,即“有救济才有权利”。见 *Black's Law Dictionary*, St. Paul Minn. West Publishing Co., 1979. p. 1363.

〔3〕参见 *The Oxford Companion to Law*, p. 1056.

〔4〕“诉权无非是指有权在审判员面前追诉人们所应得的东西”(查士丁尼:《法学总论》,商务印书馆,1989年版,第205页)。

的观念、体系和保护机制的存在，就表现着权利的存在。权利的发展，大体说来，就是权利的观念、体系和保护机制的发育和生长。或者说，就是权利的本质在观念、规范和体制方面的逐渐展现。^{〔5〕}在这种意义上，我们不妨用进化的眼光来看待它。进化（evolution）是宇宙万物延续渐进的普遍过程，也是一种作为进步（progress）、发展（development）或变化（change）之过程和结果的状态。^{〔6〕}在似乎一切都变动不居且充斥着冲突和分裂的现代社会，用进化的眼光看待观念和制度的变迁，有助于把握其内在的结构性和普遍性，并保持必要的历史感。斯特劳斯和克罗德先生在他们的著名论文《经验的比较权利研究——对发展假说的初步验证》里把社会科学的比较权利研究分为两类，一是共时的（Synchronic），一是历时的（dyachronic）。前者是横向的（cross-sectional），后者是纵向的（longitudinal），它研究权利的进化，即“通过对逐步工业化国家里的人权进化的解释性观察”，寻求“人

〔5〕“权利在时间和空间中获得发展。由于它是在实践中予以实现的，所以，它有自己的历史。它的本质在变化中仍保留自己的特征。这一本质有一个逐渐展现的过程”（黑斯蒂：《法理学大纲》（1987），第152页）。转引自庞德《法律史解释》，邓正来等译，华夏出版社，1989年版，第21页。

〔6〕在汉语里，向上向前皆称“进”，“化”既指具体意义上的“发育滋长”，亦指抽象意义上“生成万物”的功能和形态。后来二字连用，兼蕴形上形下，表示事物的生长发育。拉丁语“evolutio”指“展开”，原不过是表示松懈一种紧凑的结构。“evolution”一词首次在生物学上用来描述胚胎在母体内的生长。后来，这个词在自然科学进而社会科学里有了许多不同的意义，学者们在使用它时也显得格外小心。但一般说来，进化被看作一个连续变化和进步的过程。参见 Peter J. Bowler, *Evolution: The History of An Idea*, University of California Press, 1984, pp. 8-13.

权发展的经典样式。”〔7〕在研究当代中国社会的权利发展时，我们有必要回顾一下人类的权利进化史。

从初民社会到当代社会，我们可以看到，权利的观念、体系和保护机制经历了一个渐进的、漫长的演变。这是一个“从相对模糊、松散和同质的状态向明确、紧凑和异质的状态转变的普遍过程。”〔8〕

在权利观念方面，最突出的莫过于通过始于古希腊自然法理论的超验正义观念、平等人格观念和本性自由观念的长期演化和融合，包括“jus”词义的嬗变，关于“应有”、“应得”的凭据，从当初的武力、血缘身份、财产和社会等级进化到后来的公民资格，最后进化到人之作为人的资格〔9〕。这便是人权观念的产生和发展。1948年《世界人权宣言》第一条讲：“人人生而自由，在尊严和权利上一律平等。他们赋有理性和良心，并应以兄弟关系的精神相对待。”第二条讲：“人人有资格享受本宣言所载的一切权利和自由，不分种族、肤色、性别、语言、宗教、政治或其他见解、国籍或社会出身、财产、出生或其他身份等任何区别。”尽管在当代社会，几乎每个人都要以民族国家公民的身份来享有权利，而且，对权利的实际享有要受到财产、国籍、性别、能力、教育等

〔7〕 James C. Strouse and Richard P. Claude, “Empirical Comparative Rights Research: Some Preliminary Tests of Development Hypotheses”, in *Comparative Human Rights*, edited by R. P. Claude, The Johns Hopkins University Press, 1976, pp. 51—52.

〔8〕 这里借用赫伯特·斯宾塞 (Herbert Spencer, 1820—1903) 关于进化的定义。他认为这个概念可以用来解释人类社会的进步和其他的进化现象。参见〔美〕刘易斯·A·科瑟 (Lewis A. Coser): 《社会学思想名家——历史背景和社会背景下的思想》，石人译，中国社会科学出版社，1990年版，第102页。

〔9〕 夏勇：《人权概念起源》，第二、四、五章。中国政法大学出版社，1992年版。

因素的制约，但人权观念无疑是权利观念的一个升华，它表明权利主体关于权利的意识从利己的本能冲动和简单的利益动机上升到维持自己作为人所固有的尊严和价值的层次，表明权利主体在维护自己的利益和尊严时有了一种终极的凭藉^{〔10〕}。同时，也意味着人类开始走向一种超功利的相互认同与合作。

当然，权利观念的变化不止于此。另一突出的趋势表现为积极权利观念的产生。20世纪以前的现代权利观念大体说来是以个人自由主义为核心的消极权利观念。个人被看作生活在一个优裕环境里的自主而且自足的主体，政府则被看作一个爱多管闲事的潜在的暴君；国家负有不干涉个人自由的消极义务。同时，由于平等主义观念，个人被看作形成公共政策过程中的竞争性参与者，政府则被认为有能力通过使用立法机制消释社会不平等的法律后果，公民自由、政治权利观念因此甚为强烈。到了20世纪，一些新的社会、经济需求不仅仅依靠社会经济系统来满足，而且使用法律术语来设计和表达。人们普遍认为，政府应该承担保护公民免受工业社会生活之诸多不幸的任务，并通过积极的政策来满足新的经济、社会需求，相应地，公民则应该享有要求政府作出此种积极行为的权利。

在权利体系方面，由于“权利”这个法学概念的产生、传播和运用，人的资格、利益、能力或主张得以用明确、简洁的术语表示出来，社会规范中的权利体系的抽象与精巧程度明显提高；法律在从主要通过禁止性规范来规设权利义务逐渐转向主要通过授权性规范来规设权利义务的同时，把保障权利奉为至上的原则。1789年法国《人权与公民权利宣言》开列了一个权利清单，并宣

〔10〕“一切权利主张皆为‘终极凭据’。惟当对权利对象之享有受到威胁或否定时，权利才被主张。对人权的主张则是权利领域里的终极凭据”Jack Donnelly, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, Cornell University Press, 1989, p. 13.