

赢得

权力及其救济通论

○程燎原 王人博

神圣



山东人民出版社

000
E312
214

赢得神圣

——权利及其救济通论

程燎原 王人博



山东人民出版社

一九九三年二月

P 159 3.12 10

鲁新登字01号

赢得神圣

——权利及其救济通论

程燎原 王人博 著

山东人民出版社出版

(济南经九路胜利大街)

山东省新华书店发行 山东新华印刷厂德州厂印刷

*

850×1168毫米 32开本 14.375印张 2插页 340千字

1993年3月第1版 1993年3月第1次印刷

印数 1—1500

ISBN7—209—01208—7

D·348 定价: 7.40 元

凡人之所以为人者有二要件：
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

11/11/14

序

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

《赢得神圣——权利及其救济通论》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《赢得神圣——权利及其救济通论》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作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

序	1
第一章 权利是什么	1
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、权利的另一种界说	22
第二章 人的主体性：权利的一个基点	44
一、“自由自觉活动”：权利的内在性	44
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	72
一、西方社会权利的始点：古希腊古罗马人的权利	72
二、18 世纪——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	133
一、承认权利的正义	135
二、分配权利的正义	143
三、保护权利的正义	152
四、权利正义与法律正义	158
第五章 权利·国家·权力·民主	173
一、政治解放：从“非人”到“人”	173
二、确认和保障权利：国家的义务	178
三、权利与权力	187

四、权利与民主	196
第六章 权利的法律界限	203
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	222
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	237
一、权利是一种商品吗？	238
二、权利市场：权利交易及其交易成本	244
三、效益权利观	250
四、一点余论	253
第八章 权利背后的神秘力量：权利文化	254
一、一个简单的界说	254
二、权利系统背后的无形力量	260
三、权利文化的变迁	270
四、“权利人”的造就	280
第九章 法律与社会：权利本位论	286
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”	304
第十章 从理想到现实——权利的三种形态	315
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	328
三、现实权利：权利的最终归宿	336
四、一个不能忽视的问题：权利推定	344
第十一章 救济：权利实现的程序化机制	349
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”	367
第十二章 权利的脊梁：宪法救济	374

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	393
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	428
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	435
三、从权利救济看“东方经验”	441
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。唯其如此，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”的意义上对权利所作的阐释。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，构成了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。”^②公民社会也好，

① 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。）

② 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。）

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。

权利的性质和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。他认为，人们为了保护自身的权利，他们彼此赞同把自己权利的一部分“让渡给社会中”或“让渡于公共机关”，以便联合组成单一的政治社会。政治社会是由人们的相互“同意”而成立，保有人（个人）的自然权利是它存在的前提。“洛克并没有搞一套为社会公益责成遵守的法，而是确立了一套天赋而不可取消的个人权利，用以限制社会的职权，并把这些权利树为防止对私人自由和财产进行干预的屏障。”^① 洛克发现了权利与政治权力的深刻冲突：权利的最大危险不是来自个人

① 萨拜因等：《政治学说史》下册，第593页。

权利的滥用，而是政治权力。为了权利的“不可让渡”，必须确定权力的界限。其根据是：权利被多数人所剥夺并不比被单一的暴君剥夺更好，因为多数人之治也可能专横暴虐。

“洛克是人所共知的。他的诚挚态度，他虔诚的道德观念，他对自由、人权以及人的天性的尊严所抱的真正信念，同他的温和而又通情达理的态度结合在一起，使他成为资产阶级革命的理想代言人。”^① 问题是：一个根据“同意”而成立的多数人之治的社会是否就能必然地避免权利的不被取消或剥夺？洛克没有对此作出明确回答。似乎他已意识到这一点，^②但没加以解决，这一问题留给了法国人孟德斯鸠。

查理·路易·孟德斯鸠的权利思想集中在他耗 20 年之精力的《论法的精神》一书。在这一书中，孟德斯鸠直接论述权利问题甚少，而是把“权利”换成了一个法国能够普遍接受的概念——自由。孟氏对“自由”的论述与洛克的权利学说相比并无多少新意，可他着力解决了一个洛克没能彻底解决的问题，即自由（权利）赖以存在的政府体制问题。他在很多处都曾有过这样一种意见：自由（权利）也许并非产生于高尚的市民道德，而是政府体制（权力）正确组织的结果。他明确地写道：“当立法权和行政权集中在同一个人或同一个机关之手，自由便不复存在了；因为人们将要害怕这个国王或议会制定暴虐的法律，并暴虐地执行这些法律。……如果司法权同立法权合而为一，则将对公民的生命和自由施行专断的权力，因为法官就是立法者。如果司法权同行政权合而为一，法官便将握有压迫者

① 萨拜因等：《政治学说史》下册，第 604 页。

② 洛克曾主张过分权。他认为，分权的重心在于立法权与行政权的分离，即立法和行政不能置于同一个机构中。（参见《政府论》下篇，第 70 节，141 节。另可参见萨拜因等：《政治学说史》下册，第 599 页；E. 博登海默：《法理学——哲学及其方法》第 53—54 页。）

的力量。”^① 孟氏是始终对权力存在戒心的。这从他那一段为人所熟知的名句中可看出：“一切有权力的人都容易滥用权力，这是万古不易的一条经验。”^② 孟氏对人性的不信任态度导致了这样一个结论：人的天赋权利的存在是以民治政府和民主社会为前提。而在一个民治政府及民主社会中要保障这些权利、自由不被剥夺就须对权力作出合理安排。在这一点上，孟德斯鸠是比洛克深刻的。“孟德斯鸠在他所处时代起的重要作用在于，传播和加强了以英国的制度作为实现政治自由手段的信念。”“把英国的自由归结为立法、行政和司法三权分立，以及三权的彼此约制与均衡，并把这一学说作为自由立宪的信条。”^③

洛克、孟德斯鸠和其他的思想家一样，其权利学说并非旨在清晰地阐明权利的概念。那个时代的思想家与文艺复兴时期的人文主义者一样，其思想所表现的不全是科学的理性精神，而带有明显的人文倾向。他们有关权利的知识，不是旨在揭开权利的来胧去脉，而是倾注了自己的感情，“明道救世”。由于此，他们对待权利同对待国家和社会一样，不是科学地揭示其精神，而是道德化地批判、检省既在的价值原则。在那里，“权利”似乎是不需验证的，因为它自身就是国家与社会的终极价值存在，发现并保有这种价值是一个新的社会和国家得以存在的唯一理由。“权利”不是被揭示的，而是被信仰着的。这种知识品格把权利学说引入了一条偏离科学的道路，而在实践中却呼出了一个新的市民社会。重要的是，这一学说从社会的层面上厘定了权力与权利的关系，扬弃了古罗马法学仅在法律层面上对权利与义务关系范畴所作的狭隘理解。他们的权利思想线路为权利

① 孟德斯鸠：《论法的精神》上册，第156页，商务印书馆1961年版。（以下引此书，均同此版本，不再详注。）

② 同上书，第154页。

③ 萨拜因等：《政治学说史》下册，第625、626页。

学说的发展开了一个很大的空间。

言已及此，就不能不说一下与洛克不同的另一位思想家——卢梭。

让·雅克·卢梭的权利学说主要表现在他的两部著作《论人类不平等的起源和基础》、《社会契约论》之中。卢梭的整个权利学说都是假自然法之名而进行的。一方面，他主张人的权利来自于自然法。根据自然法每个人都生而自由和平等。认为，权利不仅是每个人生存的主要手段，而且是人的一切能力中最崇高的能力，是人区别于其他动物的主要特点。一个人若弃自然之权，就是对“自由和理性的侮辱”。“在人与人的关系上，一个人所能遭受的最大不幸，就是看到自己受另一个人的任意支配。”^①自然之权在此意味着不可让渡不可出卖的绝对性质。另一方面，卢梭与洛克一样也主张，为了权利的不可让渡，人们就得签订一个契约，建立社会与政府。“要寻找出一种结合的形式，使它能以全部共同的力量来卫护和保障每个结合者的人身和财富，并且由于这一结合而使每一个与全体相联合的个人又只不过是在服从自己本人，并且仍然像以往一样地自由。”^②而这个结合的方式，卢梭概括为“每个结合者及其自身的一切权利全部都转让给整个的集体。”^③国家既是个人的全部财富的主人，也是个人生死权的定夺者。尽管卢梭限定，每个结合者所转让的一切权利，只是对于国家有重要关系的那些部分，但他又把对这种重要关系进行认定的权力交给了国家即主权者。这样，国家实质上就是个人所有权利的唯一裁判人。卢梭曾断言，

① 卢梭：《论人类不平等的起源和基础》第132页，商务印书馆1962年版。

② 卢梭：《社会契约论》第23页，商务印书馆1980年版。（以下引此书，均同此版本，不再详注。）

③ 卢梭：《社会契约论》第23页。

“公意永远是公正的，而且永远以公共利益为依归”。^①在他看来，受托执行公意的多数人不可能犯错误，不可能侵犯个人权利，因为公意就是公共利益。相反，对于个人来说，“为了使社会公约不致于一纸空文，它就默契地包含着这样一种规定……即任何人拒不服从公意的，全体就要迫使他服从公意。这恰好就是说，人们要迫使他自由”。^②这种国家高于个人权利和“自由强迫”的理论，实际上就是使人盲目服从最强有力的国家的一种委婉的说法，使国家有可能带着讥讽的神情嘲笑和愚弄自由或权利。或许卢梭并不知道：一个绝对至上的主权者，国家权力或公意必定意味着专制。

在卢梭的权利理论中，个人从自然权利中丢掉了一切赤裸裸地来到了社会，并在卢梭为之设计的社会这个“大我”中找到了自己生命最真实的存在。在这一社会里，个人神圣而不可转让的权利与社会对个人的权力合而为一，抹去了权力的任何界限。这样，自然法所归结为人类的个人权利诸如自由、平等和财产权也就让渡给社会。在这里，卢梭自觉或不自觉地将权利的“天赋”性质变成了权利的“人赋”性质。这一转变有着不同的结果：权利的天赋性质旨在说明社会和国家存在的终极价值。它是立法的基础，一切人——包括统治者皆须置于这样的法律之下，侵犯或践踏这一权利无论执掌权力的主权者为人们或国王都必定是暴政。权利的人赋性质旨在说明社会对个人的权力，个人之责任。就“责任”而言，卢梭对权利的社会探试无疑是有道理的，但过分地修饰社会和国家，实际上就是蔑视了个人权利。美国法学家博登海默不无理由地警告说：“卢梭的理论极容易导向绝对的民主。在这种民主中，多数人的意志

① 卢梭：《社会契约论》第39页。

② 同上书，第29页。

不受任何限制。除了多数人的明智和自我抑制外，他没有提供任何预防主权者无限权力的措施，也没有提供保护自然法的措施。……建立在公意的无限权力基础上的社会制度，包含着产生一种专制主义的危险”。^① 英国哲学家罗素则更明确地认为，希特勒是卢梭的一个结果；罗斯福和丘吉尔是洛克的结果。这也许是：对一善物至诚地信奉有时比去刻意地探究更有魅力。

无论是洛克还是卢梭，其权利学说更多的不是经验而是理论上的设计。事实上，资产阶级革命后，洛克所倡扬的自然权利早已变成了市民社会的宪章。在这里，独立的个人成了“文明国家”的公民，“自然状态”下的个体成了市民社会的成员。新的利维坦^② 的出现，迫使人们对权利问题要作新的解释。英国工业革命过后，经济与社会发展的新问题、新趋向更不能完全接受上一个时代的信念。时代变了，信念务须随之而动。这一信念曾以“自然”的名义谴责政府的权力干涉，而现在政府的干涉、国家权力的增大已成为社会必不可少的一部分。倘若不让一种社会信念阻止社会进步，就迫切需要修改旧哲学。

“个人生命与社会生命之间必不可少的关系(唯有社会生命才使个人具有价值和意义，因为唯有社会生命给予个人以充分道德发展的力量)；个人及全部权利和全部自由对于其社会成员资格的依赖性；与此互相关联的社会所负的保证个人全部权利的义务(个人全部权利，换句话说，就是个人的充分道德发展，因而也就是社会的充分道德发展所必要的一切条件)”，^③ 这是

① E. 博登海默：《法理学——法哲学及其方法》第64页，华夏出版社1987年版。(以下引此书，均同此版本，不再详注。)

② “国家已不再……使自己局限于保障自由竞争和维护契约自由了，而是使自由发挥更积极的作用……为每一个人和全体国民确实提供有道德的生活条件”。(欧内斯特·巴克：《英国政治思想》第19页，商务印书馆1987年版。)

③ 欧内斯特·巴克：《英国政治思想》第4页，商务印书馆1987年版。(以下引此书，均同此版本，不再详注。)