

權利論

程燎原 王人博
— 著

權利論

程燎原 王大博
— 著

QUANLI LUN



GUANGXI NORMAL UNIVERSITY PRESS

广西师范大学出版社

· 桂林 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

权利论 / 程燎原, 王人博著. — 桂林: 广西师范大学出版社, 2014.11 (2015.1 重印)
ISBN 978-7-5495-5979-4

I. ①权… II. ①程…②王… III. ①权利—研究
IV. ①D9

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 250069 号

广西师范大学出版社出版发行

(广西桂林市中华路 22 号 邮政编码: 541001)
网址: <http://www.bbtpress.com>

出版人: 何林夏

全国新华书店经销

桂林广大印务有限责任公司印刷

(广西桂林市临桂县金山路 168 号 邮政编码: 541100)

开本: 880 mm × 1 240 mm 1/32

印张: 15.375 字数: 345 千字

2014 年 11 月第 1 版 2015 年 1 月第 2 次印刷

定价: 48.00 元

如发现印装质量问题, 影响阅读, 请与印刷厂联系调换。

第三版序言

凡人之所以为人者有两大要件：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

第三版序言

二十多年前出版的《法治论》(1989)和《赢得神圣——权利及其救济通论》(1993)两书,是作者感知 20 世纪末的中国历史将跨入法治与权利时代的理论产品。后一书,当年取名《赢得神圣》,意即权利对于每个人来说都是神圣的,每个人也会因拥有不容侵犯的权利而神圣。

自 20 世纪 90 年代以来,缘于时代的风云际会与法学界的奋发进取,“法治”与“权利”(包括人权)的研究,理所当然地成为当代中国法学中无可争议的“显学”。且不论种种汉译的法治与权利著作屡次三番出版,即就汉语法学(借自许章润)者的法治理论之探讨和权利学说之求索而言,更呈现出前所未见的“井喷”局面。

在法治问题上,汉语法学者对法治概念的界说,法治国家、法治政府与法治社会的分梳,法治原则与标准的厘定,法治价值的证成,法治意义的阐发,法治类型与形态的勾画,法治框架与法律体系的设计,法治与社会结构、市场经济之关系的把捉,法治与民主政治之关

系的解析,法治文化传统与本土资源的挖掘,中国法治模式与道路寻找,法治技术和法律解释学的分析,法治政府和司法改革的研讨,外域法治的透视,法治思想史与实践史的探究以及“人治”的清算等等,无不广深并进、纵横捭阖,且卓然而成许多鸿篇巨著。这实实在在地彰显了一个“法治理论时代”的到来。

同样,在权利问题上,汉语法学者也不断对权利问题进行追问:从“法律本位”到“人权”,从“法律权利”到“基本权利”,不一而足。而这样的追问,使得权利哲学(人权哲学、民权哲学)、权利的社会理论(权利社会学)、权利史学(权利的概念史、权利的思想与理论史、权利的制度史)、权利的经济分析(权利经济学)和权利的法学分析(如权利的法解释学)等权利学说,以及各部门法学对其具体权利的研究,在近20多年中莫立各自的根基,放出各自的光彩,并贡献出不少高文大册。这也极其鲜亮地标志着一个“权利理论时代”的崛起。凡此种种,已不是“蔚为大观”一语所能形容得了的。

“法治理论时代”与“权利理论时代”在当代中国的联袂登台,绝非偶然。与其说它是当代中国汉语法学者坚持不懈、辛勤劳作的结果,毋宁说它不仅反映了中国改革时代的历史必然,而且证实了“法治”与“权利”在精神文化和制度规则上共生共荣的内在逻辑。

在此背景下,我们之所以同意出版两书的最新修订版,一方面在于两书代表了我们在那个年代的真实思考,而且自诩两书在法治与权利问题上多少起了一点点启蒙和奠基(这正是“抛砖引玉”之“砖头”的一大功能)的作用。另一方面,我们对两书所阐述的基本观点,至今没有什么实质性的修正。甚至可以说,我们更加坚持两书所确证的信念和立场。而那些基本观点,即使是在当下,也远未过时。

此次修订两书,一是订正了讹误之处。二是尽可能将书中所引

汉译本著作按当下通行本予以引证和注释；对中国文献的引证和注释，亦依此例处理。感谢重庆大学法学院法学理论专业博士生柯旭在此项工作上付出的细致心思和艰巨辛劳。三是书名变动。《权利论》一书，第一版书名为《赢得神圣——权利及其救济通论》（1993），第二版更名为《权利及其救济》（1998）。此次修订版再更名为《权利论》，不仅简洁明快，而且与《法治论》相配合。四是《法治论》增加了一章——《余论：中国法治思想的“突破”》——以资补充。最后，《权利论》增加了“代第三版后记”。

作者

2014年10月20日于重庆

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《赢得神圣——权利及其救济通论》两书自始至终贯彻的立场，我们是极其满意的。

如果从功利出发的话，我们承担了抉择的代价。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，唯觉它是兴之所至使命使然，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《赢得神圣——权利及其救济通论》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，稍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5月于重庆歌乐山下

序

这是一本研究有关权利问题的书。停笔之时，喉咙似有哽咽之感，有必要在书前啰唆两句。

《赢得神圣——权利及其救济通论》的构想大致来自自己问世的那本《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。“认真对待权利”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，也算是修望了。

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—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

—、“自由自觉活动”：权利的内在性 / 45

二、需要·利益·选择·权利 / 53

三、个体与社会：权利关系的实质构成 / 64

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、古罗马人的权利 / 75

二、18—19 世纪：从自然权利到个人本位的权利 / 84

三、20 世纪：是权利的个人本位还是权利的社会本位 / 97

四、历史的遗产：中国古代社会的权利 / 111

五、辉煌与曲折：中国现代社会的权利发展 / 124

第四章 权利·正义

一、承认权利的正义 / 140

二、分配权利的正义 / 149

三、保护权利的正义 / 158

四、权利正义与法律正义 / 164

第五章 权利·国家·权力·民主

一、政治解放：从“非人”到“人” / 180

二、确认和保障权利：国家的义务 / 185

三、权利与权力 / 195

四、权利与民主 / 204

第六章 权利的法律界限

一、权利的相对性 / 211

二、权利的界标：内部限制和外部限制 / 218

三、权利界限与价值选择 / 231

四、“法不禁止即自由” / 239

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？ / 247

二、权利市场：权利交易及其交易成本 / 253

三、效益权利观 / 259

四、一点余论 / 262

第八章 权利背后的神秘力量：权利文化

一、一个简单的界说 / 263

二、权利系统背后的无形力量 / 269

三、权利文化的变迁 / 280

四、“权利人”的造就 / 290

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 / 297

二、法律本位论争的“功”与“过” / 308

三、一种新的思考：社会的“权利本位论” / 315

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 / 326
- 二、法定权利:权利的法律化与制度化 / 339
- 三、现实权利:权利的最终归宿 / 348
- 四、一个不能忽视的问题:权利推定 / 356

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 / 362
- 二、救济的含义与方法 / 371
- 三、“没有救济就没有权利” / 381

第十二章 权利的脊梁:宪法救济

- 一、来自最高法律性的宪法救济 / 388
- 二、宪法救济制度的形成及其模式 / 392
- 三、期待中的中国宪法救济制度 / 401

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 / 407
- 二、诉讼救济的价值基础:诉讼正义 / 421
- 三、诉讼救济的制度机制 / 434

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 / 444

二、寻求诉讼外解决:世界性的潮流与趋势 / 450

三、从权利救济看“东方经验” / 457

结 语 未完的路

代第三版后记 权利理论研究的“再出发” / 466

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中不可少的力量。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，历史上对权利的不同界说大致可分两条线索：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，即从“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，即从“形而下”的意义上就权利的法律层面所作的认识。