

范进学 著

法理文库

权利政治论

——
一种宪政民主理论的阐释

山东人民出版社

范进学

著

权利政治论

——
一种宪政民主理论的阐释



B1253253

图书在版编目(CIP)数据

权利政治论:一种宪政民主理论的阐释/范进学著.
—济南:山东人民出版社,2003.1
(法理文库/徐显明,谢晖主编)
ISBN 7-209-03146-4

I. 权... II. 范... III. 权利—理论研究 IV. D9

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 107019 号

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)

<http://www.sd-book.com.cn>

新华书店经销 日照报业印刷有限公司印刷

*

850×1168 毫米 32 开本 10.25 印张 4 插页 250 千字

2003 年 1 月第 1 版 2003 年 1 月第 1 次印刷

印数 1—3000 定价:20.00 元

法理文库

主编：徐显明
谢 晖
王人博

山东人民出版社

前 言

我们所处的这个时代，既是一个权利化政治的时代，又是一个政治权利化的时代。德国作家托马斯·曼(Thomas Mann 1875 ~ 1955)说过：“在我们的时代，人类命运的涵义是通过政治语汇来昭示的”。因为，从亚里士多德到马克思，在人的本质上皆揭示了这样的真理：人是社会的动物、政治的动物。

作为社会政治的动物——人，所无法摆脱的秉性，也被英国作家吉尔伯特(W.S. Gilbert 1836 ~ 1911)在其创作的歌剧《伊欧兰特》中表达得淋漓尽致：“我常觉得这件事很滑稽，老天为何总是这样设计：让来到世上的男男女女，不是倾向于自由主义，就是倾向于保守主义！”

男男女女的人，无论倾向于自由主义还是保守主义，都是在认真地挑选一种适合于自己的权利生活方式或模式，因为即使具有不同文化、传统和价值背景的人们，也都希望他们的权利生活安全有保障，能够尊严地、体面地活着，自由、平等、正义、宽容、仁慈、友善、和平、民主以及更美好的生活是人类共有的愿望、希望与理想。

在这一意义上,我们进而说:人类生活乃至其命运是通过权利这一范畴来揭示的。

人的这种秉性反映于社会政治生活中,就是一个人要选择怎样的权利生活。人类社会政治的一切选择皆为社会主体更好地生活,更真、更善、更美地生活,而这种生活必须是以权利为中心的,失去权利的社会政治生活就失去了生活的真义。

只有借助权利语言,不同背景下的人们才有可能达成某种共识,开展平等的对话与真诚的交流、沟通。更重要的是,通过权利,使人们更好地把握社会政治的内在实质。

权利既是一条贯穿社会政治生活的线,又是一张包容一切社会政治生活的网,为线旨于生活价值和目的,为网则旨于生活主体和内容;没有不以权利为价值的政治,也没有不以权利为内容的政治。

权利化政治所处的时代是权利时代,政治权利化所处的时代是正在走向权利的时代,我们正处于这样的时代。

权利政治之命题涉及到政治学、法学、伦理学、社会学、历史学诸学科,历史跨度可谓上下数千年,思想与理论深邃、丰富,博大精深,所以从严格意义上说,本书仅是一本关于权利政治的导论,从学术与历史的角度,阐释了近现代政治的本质,勾勒了权利政治的合法性的基础,阐明了权利政治的制度结构与建构,揭示了权利政治的价值与伦理基础,说明了权利政治的未来发展趋势与脉络。

我们作为历史的后人,面对浩瀚的思想典籍而深感自己的渺小和自卑;同时,我们又为能够站在巨人们所搭的通往真理之路的天梯上而自豪。

只要：
以我的双手创造每天的成果，
为我完成的事业而欢欣！^①

范进学

2002年11月18日于泉城洪楼望仙阁

^① 歌德诗词，转引自〔德〕古斯塔夫·拉德布鲁赫：《法律智慧警句集》，舒国滢译，中国法制出版社2001年版，第156页。

目 录

前 言	(1)
第一章 权利政治的理论阐释	(1)
一、权利是什么	(1)
(一)权利的本质与评说	(4)
(二)权利本质的要素解释	(15)
(三)权利的新分析	(19)
二、权利政治:近现代政治的本质	(26)
三、权利政治的特征	(35)
(一)政治主体都是一定的利益主体	(36)
(二)法律是权利政治关系调整的主要方式	(37)
(三)权利本位文化是权利政治文化的应有内涵	(38)
(四)社会政治问题的法律化思维	(42)
四、“权利的时代”:权利政治的大格局	(44)
第二章 主权在民:权利政治的合法性考察	(55)
一、合法性问题的逻辑	(55)
(一)合法性与政治统治	(55)
(二)韦伯:合法性统治的三种类型	(60)

(三)中国政治传统文化中的合法性及其影响	(67)
(四)契约与法律:对传统合法性的批判与革命	(71)
二、主权在民理论的源流:权利政治的历史逻辑	(73)
三、主权在民理论的现实化:权利政治的民主实现模式	(88)
(一)民主:实现自由权的最优化选择	(88)
(二)直接民主民主实现的理想	(90)
(三)代议制民主:民主实现的制度设计选择	(100)
四、选举权与代表制:权力合法性的运行逻辑	(107)
(一)选举与代议制	(107)
(二)选举与代表制	(112)
(三)代表权力的异化与政治的合法性	(118)
第三章 宪政与秩序:权利政治的制度建构	(120)
一、宪政:一种比较方法的概念考察	(120)
二、宪政文化:一种对宪政观的历史考察	(125)
三、宪法:政治合法性的规范化转换	(130)
(一)从自然正义到社会契约:宪法的出现与政治合法性的规范化	(130)
(二)宪法的根本性与法律性:政治合法性之规范化	(135)
四、宪政构成要素:自由、民主与法治的“三位一体”	(139)
五、宪政秩序	(143)

(一)宪法规范·····	(143)
(二)宪法实施·····	(150)
(三)宪法秩序·····	(155)
六、中国近代宪政的尝试与实践·····	(163)
(一)中国近代晚清立宪的资源与动力·····	(164)
(二)晚清立宪的模式与确立过程·····	(171)
(三)中国近代宪政实践的影响与启示·····	(179)
第四章 法治与道德:权利政治的治理模式选择·····	(184)
一、道德与法律的关系辨思·····	(184)
(一)道德与法律的内在联系·····	(184)
(二)道德与法律的区别·····	(188)
(三)道德法律化与法律道德化·····	(192)
二、法治:观念与实践·····	(195)
三、法治的主体与客体·····	(209)
四、“德治”:传统社会的治国模式·····	(216)
五、法治的道德与道德的法治·····	(221)
(一)法治的道德·····	(221)
(二)道德的法治·····	(223)
第五章 制度正义:权利政治的价值与伦理·····	(227)
一、制度正义及其意义·····	(227)
(一)何谓制度正义:对制度正义的简要解说·····	(227)
(二)制度正义的历史透视·····	(228)
(三)罗尔斯的制度正义·····	(234)
二、自由与制度正义·····	(243)

(一)自由在制度正义中的地位·····	(243)
(二)自由的基本内涵·····	(246)
(三)政治自由·····	(258)
(四)言论表达自由·····	(262)
三、平等与制度正义·····	(267)
(一)平等在制度正义中的地位·····	(267)
(二)平等的基本内涵·····	(272)
(三)政治平等与经济平等·····	(275)
(四)受教育权:一个平等的个案分析·····	(283)
四、人权与制度正义·····	(286)
(一)人权在制度正义中的地位·····	(286)
(二)人权文件与人权的基本内涵·····	(290)
第六章 结语:权利政治的命运·····	(297)
主要参考文献·····	(305)
后 记·····	(315)

第一章

权利政治的理论阐释

一、权利是什么

“权利”是一个普遍的、用得最频繁但歧义也最多的概念。早在 20 世纪初,新西兰的分析学派法学家萨蒙德(Salmond)即曾指出:“权利——义务一词已被用得太过分了。它常被用在实际上并不相同的关系中,从而造成了法律辩论中的混乱。”^① 英国学者沃克在《牛津法律大辞典》中亦表达了同样的无可奈何的感叹:“权利(Right)——这是一个受到相当不友好对待和被使用过度的词。”^② 自古罗马人在“私法”中明确使用“权利”一词开始至今,到底有多少人给权利下过多少次定义,似乎还没有哪个有心的人作过具体

^① [新西兰]J. 萨蒙德:《法理学》,英文第 9 版,第 299 页。转引自沈宗灵:《现代西方法理学》,北京大学出版社 1992 年版,第 146 页。

^② [英]戴维·M. 沃克:《牛津法律大词典》,光明日报出版社 1988 年版,第 773 页。

或确切的统计,但就目前学界所掌握的现有资料分析,仅从国外引进的为大家所耳熟能详的、津津乐道的权利概念或定义就不下十余种。近 20 多年来,中国法学界在“外来”权利理论的影响与启迪下,对权利所作的变种定义更是五花八门,仁者见仁,智者见智。但其中有一点可以肯定的是:无论中外哪一位思想家或法学家、学者对权利所作的定义诠释都未获得普遍的或一致的共识;而且每一种权利定义均遭到过批评或质疑。难怪有学者深有感触地说,研究权利概念,给权利下定义性解说,常常被认为是一件出力不讨好的事。为什么会出现这种现象?笔者认为,第一,“权利”现象不仅仅是法学的研究对象,它同样还是政治学、伦理学、历史学、经济学的研究对象,研究的角度不同,学科思维定式不同,给出的定义也自然带有“偏见”。第二,权利及其现象在人类社会历史的长河中始终处于不断的流动之中,其根基深植于所处社会历史时代的经济、政治、伦理、文化、传统中而不是某一个静止的不变的社会历史的特定时期、阶段。思想家、学者们对权利的研究不能不受到历史的、由其所处时代的经济、政治、传统、文化、伦理等的影响与制约,每一个时代都会产生出一种新的权利问题与现象,每一代新人亦都会面临着对新的权利问题与现象的思考,故给出的权利答案不同也即在所难免了。第三,权利及其现象是人们社会现实生活中碰到的最普遍、打交道也最多的词汇和用语,而且在法律文本中、在每一个人自己的权益生活中,权利差不多是一个不言而喻的、最基本的词语,或是最低的公分母。然而真要打破砂锅问到底,问一问权利究竟是什么,连哲学家康德也认为这“就像问一位逻辑学家一个众所周知的问题‘什么是真理’同样使他感到为难。

他的回答很可能是这样,且在回答中极力避免同一语的反复,而仅仅承认这样的事实,即指出某个国家在某个时期的法律认为惟一正确的东西是什么,而不正面解答问者提出来的那个普遍性的问题”。^① 常识、常理、常知告诉人们,愈是明白易懂、简单普通的事物,愈蕴藏着更深刻、更复杂的内容,因而亦愈难准确把握和理解其本质,这也就是为什么愈貌似简单的常识或公理愈难以证明的内在原因。

然而,其一,从认识论的角度说,对事物的认识不仅要知其然,重要的是知其所以然。只有把握事物的本质,才能更好地认识事物,利用事物。其二,从科学研究的角度说,对事物的观点与看法不同,就直接影响对事物所持的态度和观念,结果就使得学者之间无法进行沟通,若各自把权利使用在实际上并不相同的关系上,造成法律辩论中的混乱和误解就是不可避免的事了。鉴于此,美国当代著名哲学家范伯格(又译费因伯格)主张把权利这个概念当做“简单的、不可定义的、不可分析的原始概念”看待,因为要为权利下了形式的定义,都将产生使平凡的东西变得有些毫无必要的神秘莫测的效果。所以范伯格建议不要试图给“权利”下什么形式上的定义。^② 不过,从哲学的角度,现象虽是纷繁复杂的,但只有透过现象看清本质,才是哲学家的最终使命,才是科学研究的最终使命。所以,我相信,只要努力去认识事物,不断地揭示事物,那怕仅仅从一个侧面、一个局部、一个角度向揭示事物的终极本质迈进了一小步,也不辱哲学家的使命,不辱一个学者的使命。

① [德]康德:《法的形而上学原理》;萨蒙德:《法理学》,英文第9版,第299页。转引自沈宗灵:《现代西方法理学》,北京大学出版社1992年版,第146页。

② [美]J.范伯格:《自由、权利和社会正义》,王守昌、戴翔译,贵州人民出版社1998年版,第91-92页。

(一)权利的本质与评说

客观地说,就权利的本质理论介绍较全面与系统的还是张文显先生在1993年出版的《法学基本范畴研究》一书。^①在书中他介绍了目前国外、当然也是国内影响最为广泛、最具代表性与主导性的八种权利本质学说,这就是资格说、主张说、自由说、利益说、可能说、规范说、选择说。针对权利定义的复杂性,庞德说,还没有任何一个词有这么多的含意。因此庞德总结性地指出了作为一个名词的权利曾被用于七种意义,^②即:

第一,它指利益,这里权利可以解释为某一特定作者认为或感到基于伦理的理由应当加以承认或保障的东西,它也可以解释为被承认的、被划定界线和被保障的利益。

第二,指法律上得到承认和贬低划定界线的利益,加上用来保障它的法律工具,这可以称为广义的法律权利。

第三,指一种通过政治组织社会的强力(保障各种被承认的利益的工具的一部分),来强制另一个人或所有其他人去从事某一行为或不从事某一行为的能力。即狭义的法律权利。

第四,指一种设立、改变或剥夺各种狭义法律权利从而设立或改变各种义务的能力,最好称之为法律权利。

第五,指某些可以说是法律上不过问的情况,也就是某些对自

① 张文显:《法学基本范畴研究》,中国政法大学出版社1998年版,第91~92页。同时,还可参见徐显明:《论权利》,载《文史哲》1990年第6期。

② 在《通过法律的社会控制》中,庞德是作了六种意义的划分,即把第五种自由权与第六种特权并列作为一种意义上的权利,笔者认为自由权与特权是两个独立的、几乎不相同的权利,故笔者为更明确起见,把自由权与特权分开,单独划为一类权利,故有七种意义之分。(参见庞德:《通过法律的社会控制 法律的任务》,沈宗灵、董世忠译,商务印书馆1984年版,第46~48页。)

然能力在法律上不加限制的情况即自由权。

第六,指在某些特定场合下不过问的特殊情况,这就是在特定场合下免除对过错所负的责任。这些最好称之为特权。如偏离的权利,即当公路不能通行时,无害地通过毗连地面的特权;紧急情况下的特权等。

第七,权利还被用在纯伦理意义上来指什么是正义的。

庞德特别强调指出:“利益、利益加上保障这种利益的法律工具、狭义的法律权利、权力、自由权和特权,这六者在任何细心的思考里,都需要加以区别。”细心地思考之后,会发现庞德对权利六种意义上的经典性概括实际上是对权利历史中存在过的诸种学说的归纳、总结,它包含着利益说、法力说、要求说(或主张说)自由说、规范说、选择说。上述权利学说对现当代中国法学界,尤其是法理学界之权利理论影响深远、巨大,以致中国法学界对权利本质的认识,要么是对某一学说的肯定与认同,要么是对相关学说的概括与折衷。下面列出中国法学界对权利本质的认识的主要理论以作比较与评析之素材:

第一,1980年上海图书出版社出版的《法学词典》第1版中对权利一词的释义是:“法律赋予人们享有的某种权益,表现为享有权利的人有权做出一定的行为和要求他人做出相应的行为(义务)……”

第二,1981年北京大学出版社出版的由陈守一、张宏生主编的《法学基础理论》对权利的释义是:“法律关系的主体具有自己这样行为(或不这样行为),或要求他人这样行为或不这样行为的能力或资格。”

第三,1982年法律出版社出版的由孙国华主编、沈宗灵副主编的《法律基础理论》对权利的释义是:“法律规范所规定的、法律关系主体所享有的做出某种行为的可能性……”1988年人民出版

社出版的郭道晖的《民主、法制、法律意识》一书对权利的释义是：“法律上的权利是指体现统治阶级意志的法律所确认和保护的法律关系的主体所具有的一种权能。”

第四,1984年出版的《中国大百科全书·法学》对权利的释义是：“法律对法律关系主体能够作出或不作出一定行为,以及其要求他人相应作出或不作出一定行为的许可与保障。”上海辞书出版社出版的《法学词典》1989年第3版对权利的释义是：“法律上关于权利主体具有一定行为或不作为的许可。”(第288页)

第五,1988年北京大学出版社出版的由沈宗灵主编的《法学基础理论》对权利的释义是：“法律关系主体依法享有的某种权能或利益。”

第六,1994年中国人民大学出版社出版的由孙国华主编的《法理学教程》与同年高等教育出版社出版的由沈宗灵主编、张文显副主编的《法理学》对权利的释义是：“法律所允许的权利人为了满足自己的利益而采取的,由他人的法律义务所保证的法律手段。”

第七,1991年群众出版社出版的由徐显明主编的《公民权利义务通论》和2000年高教出版社与北京大学出版社出版的由张文显主编、李龙等副主编的《法理学》对权利的释义是：“权利意指法律关系中的主体以相对自由地作为或不作为的法定方式获得利益的一种能动的手段。”1993年吉林大学出版社出版的张文显主编的《马克思主义法理学》和1993年张文显的《法学基本范畴研究》对权利的释义是：“权利是规定或隐含在法律规范中、实现于法律关系中的主体以相对自由的作为或不作为的方式获得利益的手段。”

第八,2000年法律出版社出版的周永坤著作《法理学——全球视野》对权利的释义是：“权利是为社会或法律所承认和支持的