

公民权法律保护研究

莫吉武 著

中国社会科学出版社

公民权法律保护研究

莫吉武 著

中国社会科学出版社

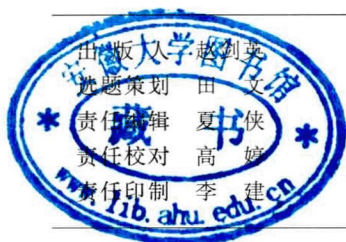
图书在版编目(CIP)数据

公民权法律保护研究 / 莫吉武著. —北京: 中国社会科学出版社,
2013. 10

ISBN 978 - 7 - 5161 - 3646 - 1

I. ①公… II. ①莫… III. ①公民权—法律保护—研究—中国
IV. ①D921.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 271334 号



出 版 中国社会科学出版社
社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号 (邮编 100720)
网 址 <http://www.csspw.cn>
中文域名: 中国社科网 010 - 64070619
发 行 部 010 - 84083685
门 市 部 010 - 84029450
经 销 新华书店及其他书店

印 刷 北京市君升印刷有限公司
装 订 廊坊市广阳区广增装订厂
版 次 2013 年 10 月第 1 版
印 次 2013 年 10 月第 1 次印刷

开 本 880 × 1230 1/32
印 张 6.75
字 数 200 千字
定 价 26.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书, 如有质量问题请与本社联系调换

电话: 010 - 64009791

版权所有 侵权必究

目 录

第一章 导论	(1)
一 公民与公民权利	(1)
二 公民权利保障的一般理论	(12)
三 中国公民权法律保护的若干思考	(25)
第二章 公民权利结构中的核心价值与实现路径选择	(38)
一 公民权利的核心价值及其导向功能	(38)
二 公民权利与国家权力之合理定位	(42)
三 我国关系社会的治理变革	(48)
第三章 宪法理念的转型与公民权利法律保护机制的 构建	(60)
一 宪法理念的转型与公民权利的变迁	(60)
二 宪政的核心理念:强政府与强社会	(66)
三 转型期公民基本权利法律保护机制构建	(78)
第四章 宪政视野下的公民政治权利保护实证及理论 分析	(89)
一 政府信息公开与公民知情权的法制化趋向	(89)

2 公民权法律保护研究

- 二 公民有序参与政治的制度保障研究
——基于广州市民政治参与实证调研的讨论 (96)
- 三 表达权:中国民主政治新趋势 (112)
- 四 监督权与体制创新 (119)

第五章 A 公约中的几种基本权利之多维思考 (128)

- 一 财产权与行政法 (128)
- 二 健康权与司法救济 (138)
- 三 “民生”与社会权保障 (143)
- 四 公民幸福与法治 (148)

第六章 公民权实现的社会基础 (156)

- 一 市场经济与公民权利 (156)
- 二 民主政治:现代民权的基石 (159)
- 三 公民社会:权利生长与公共理性 (165)
- 四 法律职业:公民维权的支柱 (170)

参考文献 (176)

附录 读书札记:民主国家言论自由的问题 (190)

后记 (209)

第一章

导 论

公民权利保护是当今世界所面对的一个共同性问题。随着全球化过程中世界各国政治改革的不断深入发展,以保护人权为基本取向的宪政改革已成为当代中国不可逆转的大趋势。建立中国社会主义特色的宪政体制,首先遇到的问题是政治权力与公民权利应当如何定位,即公民权利保护的 mode 选择问题。明确这一问题是我们实现从权力本位到权利本位转移及建构中国公民权利保障体系的前提,也是我国宪政改革的基本目标和任务。

一 公民与公民权利

(一) 公民: 一个表征权利的概念

“公民”一词最早出现于何时? 对此,学界一般有两种观点: 一种观点认为,公民的概念最早出现在古希腊罗马的奴隶制国家,其中享有公民权利的只是当时社会中的少数人,如奴隶主、自由职业者等,而广大奴隶作为奴隶主的财产,即“会说话的工具”,并不享有公民的任何权利;^① 另一种观点则认为,只有在民族国家已经形成的条件下,在资产阶级共和国里,才有

^① 馨元:《公民概念之演变》,《当代法学》2004年第4期。

真正意义上的公民和公民权利。^①但这只是由于对“公民”背后所包含的精神意蕴的不同理解而造成的分歧。实际上,从公民概念的起源及其演变过程,我们可以看到,从古希腊罗马时期的“公民”到近代乃至现代的“公民”,虽然在公民资格享有范围、公民权利享有内容以及公民身份平等享有观念等方面存在不少差异,但有一点却是不变的,那就是公民始终是与权利密不可分的。权利可以成为我们考察公民概念演变的一条主线。无论是在古希腊城邦政治权利之于公民的决定性意义,还是罗马时期的平民、外邦人、被征服者争取公民资格的“为权利而斗争”;无论是中世纪由于个人自由、独立、权利的被压制而使公民概念转为臣民概念所取代,还是文艺复兴和启蒙时期资产阶级思想家对于“天赋人权”、“主权在民”的奔走呼号;无论是现代各国宪法和法律对于公民权利的普遍规定和愈发完善,还是美国黑人和印第安人争取公民权的斗争、南非的反种族隔离乃至女权主义运动,无时无刻不显示出公民概念作为一个表征权利的概念对于民众所具有的巨大的政治、经济和社会意义。总之,“公民概念的最终确立,寓示着个体在国家中地位的提高,这是个体权利不断扩大的结果”。^②

(二) 公民权利概念的广义和狭义之争

作为一个同“公民”相伴相生的概念,公民权利的内涵和外延同样有一个发展演变过程。在古希腊城邦,公民权利与国家权力似乎并没有明确的分野。当时,“无论在何种政体之下,公

^① [德] 韦伯:《新教伦理与资本主义精神》,彭强、黄晓京译,陕西师范大学出版社2002年版,第22页。

^② 杜力夫:《公民与公民权利再探讨》,《当代法学》1997年第3期。

民的影响力和力量都十分重要。公民任何形式的城邦国家的政治基础，是直接参与政治事务的主体行为者。公民不仅构成城邦国家政治运作方式得已诞生和维持的基础，而且还是具体政体形式的最终决定者”。^① 在这里，公民权利主要就是政治权利，而这种政治权利，从整体角度看，又几乎就等同于统治权力了。

近代以来公民权利思想的演进中，有两点值得注意。

一是“天赋人权”或自然权利观念对公民权利观念的影响。以斯宾诺莎、洛克、卢梭等为代表的西方思想家认为，在自然状态下，人们享有普遍的自然权利。这种权利是与生俱来的，也是不可剥夺的，是“天赋人权”。洛克系统地提出了人类的三种重要权利：生命权、财产权和自由权。另外，自然权利还包括做他认为合适的、做任何事情的权利以及惩罚违反自然法的行为的权利。^② 杰斐逊在洛克的基础上，把自然权利总结为生命、自由和追求幸福的权利，并写入了美国的《独立宣言》。而在经过中世纪的漫长沉寂后，随着文艺复兴和启蒙思潮一同复苏的公民概念，无疑打上了深深的自然法烙印，自然权利的学说为公民权利注入了新的意义，提升了公民权利的地位，扩大了公民权利的内涵和外延。

二是国家权力与公民权利的分野，这主要有理论与现实两个方面的原因。在理论方面是社会契约论思想的广泛传播。以卢梭为代表的社会契约论者认为，自然状态的缺陷决定了它的暂时性，人类必定要从自然状态过渡到文明社会。在这过渡的过程中，社会契约起了决定性的作用。也就是说，人类通过社会契约

① 馨元：《公民概念之演变》，《当代法学》2004年第4期。

② [英] 洛克：《政府论》（下篇），叶启芳、瞿菊农译，商务印书馆1964年版，第6页。

的方式，从野蛮的自然状态进入文明社会状态。人类通过社会契约，放弃了自然状态下的全部或部分自然权利，把它们交给一个人或一个集体，这就是国家的起源。国家产生后，就出现了国家与个人的二元对立，而两者关系的根本就在于如何界分国家权力和个人权利。斯宾诺莎认为，国家的基础是个人的天赋权利，是个人通过社会契约的方式转让给国家的，但是，“在民主政治中，没人把他的天赋之权绝对地转付于人，以致对于事务他再也不能表示意见”。“每人保留他的权利的一部分，由其自己决定，不由别人决定。”^① 因此他认为，公民们将天赋权利的一部分交付出形成国家权力，而保留的一部分则成为受到国家权力保障的公民权利。与斯宾诺莎不同，卢梭认为人们通过社会契约转让的是自己的全部权利而不是部分权利，而且就主权利力的界限来说，“社会公约赋予了政治体以支配它的各个成员的绝对权力”，“正是这种权力，当其受公意指导时，就获得了主权这个名称”。从中看出，“主权”即国家权力，或者说是一种最高的支配、仲裁的权力。但他同时又指出，主权利力虽然是神圣不可侵犯的，但它却不能超出公共约定的界限，即每个人都可以根据这一约定任意处置留给自己的财富和自由。这已经很清楚地表明，国家权力既来源于公民权利又必须受到公民权利不被侵犯的约束。他甚至还举出了具体的例子：“在主权的一切行为中，仅就投票这一项权利——这是任凭什么都不能剥夺于公民的权利……此外，还有关于发言权、提议权、分议权、讨论权等，这些权利政府总是煞费苦心地要全部保留给它自己的成员。”^② 由此，我们明显看

① [荷] 斯宾诺莎：《神学政治论》，温锡增译，商务印书馆 1997 年版，第 219 页。

② [法] 卢梭：《社会契约论》，何兆武译，商务印书馆 1962 年版，第 137 页。

到国家权力与公民权利的区分。而就现实方面来说,由于公民范围的不断扩大,各国普遍采取代议制的间接民主制,公民不可能再像古希腊城邦时期那样人人都直接参与国家的政治活动,从而成为政治体的一部分,使自己的政治权利和国家的政治权力合二为一。近现代国家的公民必须选出自己的代表来体现自己的意志,由他们去行使国家的权力,而自己则间接参加国家政治生活。也就是说,只有在近现代,伴随着代议制的产生与发展,公民权利与国家权力才会真正地相互独立开来,从而导致国家权力与公民权利在现实中的分野。而明确这一分野具有重要意义,它意味着:“公民作为共同体的主人,在支持、维护国家权力的同时,倍添了一份监督职责——监督国家权力在既定的规范内运行,防止国家权力的滥用。国家权力行使的最终目的是为了保障公民的个人权利,而公民参与和监督的最终目的,同样是为了实现自己的个人权利和利益。”^①

在现代,公民权利有广义和狭义两种概念,广义的公民权利就是指一国公民的法定权利。《布莱克维尔政治学百科全书》对“公民权利”的解释是“国家对公民所保证的权利”。^②狭义的公民权利仅指公民权或说市民权,这是 T. H. 马歇尔公民资格理论对公民权利的一个界说。他把公民资格分为公民的(civil)、政治的(political)和社会的(social)三个部分,并据此将与公民资格相联系的权利分为公民权利、政治权利和社会权利三部分。其中公民权利就是“由那些对于个人来说必不可少的权利组成,包括人身自由、言论、思想、信仰的自由,还有要求正义

① 馨元:《公民概念之演变》,《当代法学》2004年第4期。

② [英]戴维·米勒、韦农·波格丹诺:《布莱克维尔政治学百科全书》,邓正来等译,中国政法大学出版社1992年版,第123页。

的自由”。^①而这一界说也反映在联合国的文件中，如联合国《公民权利与政治权利公约》就把公民权利与政治权利作为两个不同的概念加以区分。可见，广义的公民权利实际上指的就是公民的权利，就是指作为公民这样一个主体所具有的权利，而狭义的公民权利则是特定理论中的一个特定概念，其实可以说是广义公民权利的一个部分。^②在本书下面的论述中，我们将采取广义的公民权利概念。

（三）公民权利体系的法理依据与构建

在现代社会中，公民权利的种类很多，各种权利的性质千差万别。按照不同的划分标准会有不同的权利分类和权利体系：比如，从权利所体现的重要性来说，有基本权利也有普通权利；从权利所体现的内容来说，有政治权利、经济权利、文化权利等；此外，还有实体权利与程序权利之分，有积极权利与消极权利之分；等等。因此，我们必须按照一种比较科学的方法把各种不同性质的权利加以整理分类，使之成为一个比较系统完整的体系。在这个体系里，不同的权利各得其所，各种权利的特点都能显示出来，而最关键的就是使这个权利体系和谐、完备，能够充分考虑到公民各个方面的权利需求。与此同时，应当通过立法程序将公民权利体系明确规定在法律上，使公民各种权利切实得到法律的确认和保护。所以，在理论和立法两方面不断构建和完善公民权利体系具有重大的现实意义。正如有学者指出的：“对基本权

① [德] 达伦多夫：《现代社会冲突——自由政治随感》，林荣远译，中国社会科学出版社2000年版，第50—57页。

② 现在也有学者把马歇尔所说的公民资格（Citizenship）直译成公民权利，参见达伦多夫《现代社会冲突——自由政治随感》，林荣远译，中国社会科学出版社2000年版，第51页。

利体系的立法,将直接体现一个国家对权利尊重和保护的程度,而对基本权利体系的理论研究,将反映出人们对权利尊重和保护的传统和理念,也反映出国家对权利保护的理想和现实之间的差距。在此基础上,找到一个既体现权利保障的追求和理想,又从实践出发的契合点,是一国家实现对基本权利的全面、切实保障的必然途径。”^①有必要指出的是,我们认为,由于公民权利确实种类繁多,而且从法治与宪政的角度来看,把公民权利分为基本权利与普通权利,的确是对于公民权利的一个最重要的分类,普通权利可以看作是基本权利在特定领域的具体体现。^②所以,本书下面的论述将主要围绕基本权利体系展开。

1. 我国权利体系的立法现状及缺陷

与世界各国一样,我国也在宪法中对公民的基本权利作了规定,但由于历史条件的限制,在基本权利的安排上还存在不少问题:一是权利体系的整体缺失。有学者指出,从是否分类规定公民基本权利的角度来看,世界各国关于公民基本权利的立宪主要有两种模式,一种是不分类的立宪模式,也就是说在立法中逐条规定公民的基本权利;另一种是分类的立宪模式,即在宪法中将公民的基本权利分成几类加以规定。目前在世界上,分类的立宪

① 薛小建:《基本权利体系的理论与立法实践》,《法律适用》2004年第5期。

② 所谓基本权利,主要是指人们在基本的政治、经济、文化和社会生活中的根本权利。有学者认为,基本权利是源于社会关系的本质,与主体的生存、发展、地位直接相关的,人生而应当有之的,不可剥夺、转让、规避,且为社会公认的,因而也可以说是“不证自明的权利”。参见张文显《法哲学范畴研究》(修订版),中国政法大学出版社2001年版,第317页。还有学者认为,基本权利中“基本”的含义不少于以下六种:第一,说明这些权利的不可或缺性;第二,说明这些权利的不可取代性;第三,说明这些权利的不可转让性;第四,说明这些权利的稳定性;第五,说明这些权利在现代文明国家中具有共性;第六,说明这些权利的母体性。参见徐显明主编《公民权利义务通论》,群众出版社1991年版,第132—133页。

模式已成为特点和潮流，而我国宪法却采取的是第一种模式。^①而这种不分类的立宪模式最大的缺点就是缺乏体系性和逻辑性。如宪法将公民基本权利依次规定为公民在法律面前的平等权、公民的政治权利和自由、公民的宗教信仰自由、公民的人身自由、公民的社会、经济、文化权利等，而平等权与政治权利和自由、公民的社会、经济、文化权利等之间是否属于同一层次的权利是值得商榷的，因为无论在政治生活、经济生活还是文化生活中，都存在平等的问题。不分类的立宪模式还有一个很大的缺点就是缺乏涵盖性和预见性。我们知道，公民的权利是很广泛的，要想在法律中全部逐条列出是不可能的，只有在对各种权利的特性进行比较对照的基础上，将一些具有共同特征的权利合并为一类权利，然后将这些权利种类规定在法律中才是比较现实的。而且，随着社会政治、经济、文化等各个方面的发展，势必又会出现一些新的要求上升为法定权利的应有权利，而法律又必须保持一定的稳定性，而在逐条列举的模式下就不太可能预先为这些新的权利请求留下空间。在分类模式下，新的权利请求往往可以根据自身性质被划归到其中某一类中，这一方面满足了社会的权利需要，另一方面又保持了法律的稳定性，因此就能比较好地实现法律与社会之间的平衡，使公民权利得到及时有效的确认和保障。

二是一些重要的公民权利未能在宪法上得到明确体现。如有学者认为，“宪法对基本权利的规定不够完善，应增加基本权利的条款，以完善基本权利的体系。如增加生命权、生存权、财产权、迁徙自由权、罢工权、知情权等”。^②而徐显明先生在在一次

① 上官丕亮：《论我国公民基本权利立宪模式的重构》，载杨海坤主编《宪法基本权利新论》，北京大学出版社2004年版，第397—399页。

② 薛小建：《基本权利体系的理论与立法实践》，《法律适用》2004年第5期。

接受记者采访时也提出，修宪时应当将生存权、财产权、环境权、发展权、知情权、隐私权、经济自由权、迁徙自由权、平等权、接受公正审判权等十项权利载入宪法。^①

三是基本权利体系价值理念重国家权力，轻公民权利保障，没有对国家权力行使的限制性内容，却强调了对公民基本权利的限制。如郑贤君先生认为，“与西方法治国家相比，尽管许多权利在我国宣布为受法律保护，但是，宪法对于法律不可以规定什么却没有任何限制”。^②

四是与国际人权公约不协调。我国先后于1997年10月27日、1998年10月5日签署了《经济、社会和文化权利国际公约》和《公民权利和政治权利国际公约》，2001年2月28日第九届全国人大常委会第20次会议批准了《经济、社会和文化权利国际公约》，《公民权利和政治权利国际公约》的批准也只是一个时间问题。这样，实施两个国际人权公约将成为我国在国际法上的义务。但将我国宪法上规定的公民基本权利与国际人权公约对照来看，我国宪法关于公民基本权利的规定明显落后于世界潮流，根据杨海坤先生的研究，与两个国际人权公约的规定比较起来，我国现行宪法没有规定或者规定得不全面或不明确的公民基本权利多达30项。^③

2. 构建法治社会的权利体系

在前面的介绍中我们已经看到，我国目前在法律上对于公民权利体系的规定还是很不完备的，而对于公民权利体系这个问

① 杨海坤：《论我国公民基本权利的宪法安排》，载杨海坤主编《宪法基本权利新论》，北京大学出版社2004年版，第8页。

② 郑贤君：《基本权利的宪法构成及其实证化》，《法学研究》2002年第2期。

③ 杨海坤：《论我国公民基本权利的宪法安排》，载杨海坤主编《宪法基本权利新论》，北京大学出版社2004年版，第7页。

题，国内外不少学者都提出了很多不同的理论，世界各国也有不少立法实践，作为正在向法治社会迈进的中国，应当构建一种什么样的公民权利体系呢？

首先，我们认为，构建中国法治社会的公民权利体系，应当符合以下要求。一是这个权利体系应当具有充分的覆盖性。这是指法治社会的公民权利体系能够最大限度地容纳公民应当享有的各种权利，充分覆盖到社会生活的各个主要方面。二是这个权利体系的权利分类应当具有合理性。这是指法治社会的公民权利体系内部的各种权利按照一定的科学标准予以划分，能够保持逻辑上的统一和事实上的协调。从而使人们对于一个国家中公民享有哪些权利，其具有何种性质，能够做到一目了然。三是这个权利体系应当与国际人权公约具有一致性。如上所说，我国已经加入了国际人权公约，实施国际人权公约，使我国国内关于人权保障的法律制度与国际人权公约接轨，是我国的一项国际义务。四是这个权利体系应当充分体现出公民权利对于国家权力在价值上的优先性。

从这几个要求出发，我们认为可以把公民基本权利分为个人权利、政治权利和社会权利三大类，并以此为基础构建整个公民权利体系。

1. 个人权利。个人权利是指公民从其作为一个独立的个体的意义上来说所享有的权利，公民不需要国家权力的积极干预即可享有和实现此种权利，甚至在很多情况下排斥国家权力的干预。这基本等同于 T. H. 马歇尔所说的“公民权利”（狭义），但不仅仅限于自由权。在一定程度上也与郑贤君先生所说的“自我肯定和保存意义上的古典基本权利”相似。我们认为，个人权利主要包括自由权、人身权和财产权三类权利，其中自由权是核心权利。

2. 政治权利。政治权利是指公民从其作为组成国家的一个成员的意义上来说所享有的权利,这是公民主动参与形成国家权力并参与国家权力运作的一种权利。这主要体现在三个方面:一是从公民自身中产生国家管理者,与此相对应的公民政治权利就是选举权、被选举权等;二是使自己的意志能够得到国家意志的承认和实现,与此相对应的公民政治权利就是创制权、复决权等;三是对国家活动进行监督,与此相对应的就是知情权、监督权、罢免权等。

3. 社会权利。社会权利是指公民从其作为社会的一个成员的意义上来说所享有的权利,这种权利需要国家权力一定程度上的积极帮助才能得到实现或充分实现,而提供这种帮助又正是国家的职责和义务所在。郑贤君先生称这种权利为“自我发展和实现意义上的公民社会经济权利”。在理论上,对于社会权利的内涵还存在一定争议,主要有三种理解。一种可称为狭义的社会权利,仅指与社会保障或者社会安全有关的权利,包括社会保险权、社会扶助权等。一种可称为中间分类的社会权利,包括社会安全或者保障的权利与经济权利。一种可称为广义的社会权利,包括经济权利、狭义的社会权利和文化权利。我们此处的社会权利取广义的理解。因此,我们认为,社会权利包括经济权利、狭义的社会权利(或说社会保障权利)和文化权利三大类。^①

^① 郑贤君:《论宪法社会基本权的分类与构成》,《法律科学》2004年第2期。

二 公民权利保障的一般理论

（一）权利保障的基本内涵

在现代汉语中，保障与保护是同义词，意指使某种东西不受侵犯和破坏。权利的保障就是指权利不受侵犯和破坏。国内有学者认为，通常讲权利保障，有两个层面的含义：一是指权利实现时的无阻却性保障；二是指权利实现出现障碍时的司法救济性保障。无阻却性保障又包含双重含义：一方面是保障权利人的权利处于权利人的合乎法律规范的意志支配之下，权利或被行使或被放弃或被转让，都不得受到权利人以外的其他任何义务人的阻止或干预；另一方面是权利的实现必须依靠国家的帮助行为，表现在国家不仅为公民权利的实现提供各种物质条件上，还有为公民权利的实现提供社会保障上。司法救济性保障，则不仅指司法审判保障，还包括行政司法救济保障。^①还有学者认为，权利保障就是权利救济。如梁慧星先生认为：“权利的保护方法，可以大致分为两种：公力救济与私力救济。”^②我们认为，从公民权利保障的充分性和权利保障机制的完整性考虑，第一种观点较之第二种观点更为合理。因此，我们认为权利保障应包括两个方面，一个方面是在权利未受侵犯或破坏之前就存有的各项措施或制度的保障，其目的在于保障原权利（即未受侵犯即存在的权利，也称为第一性权利^③）的实现。另一方面是权利受侵犯、破坏之后而存在的权利救济，其目的在于使受到侵犯的原权利得到

① 范进学：《论权利的制度保障》，《法学杂志》1996年第6期。

② 梁慧星：《民法总论》，法律出版社1996年版，第252页。

③ 关于第一性权利、第二性权利的论述，参见张文显《法哲学范畴研究》（修订版），中国政法大学出版社2001年版，第319页。