

Remedy for Rights of  
Floating Population in China

# 流动人口权利救济 问题研究

熊光清 喻少如 著



中央编译出版社  
Central Compilation & Translation Press

014031947

D922  
07

本书为教育部人文社会科学研究规划基金项目“中国流动人口权利救济问题研究”（10YJA810031）和  
对外经济贸易大学“政治发展：国际比较与中国前景”学术创新团队（CXTD2011-06）的研究成果

# 流动人口权利救济问题研究

Remedy for Rights of Floating Population in China

熊光清 喻少如 著



D922

07



北航

C1719977



中央编译出版社  
Central Compilation & Translation Press

## 图书在版编目(CIP)数据

流动人口权利救济问题研究 / 熊光清, 喻少如著.

—北京: 中央编译出版社, 2013. 10

ISBN 978 - 7 - 5117 - 1807 - 5

I. ①流…

II. ①熊… ②喻…

III. ①流动人口 - 权益保护 - 研究 - 中国

IV. ①D921.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 239629 号

## 流动人口权利救济问题研究

---

出 版 人 刘明清

出版统筹 薛晓源

责任编辑 薛迎春

责任印制 尹 珺

出版发行 中央编译出版社

地 址 北京西城区车公庄大街乙 5 号鸿儒大厦 B 座(100044)

电 话 (010)52612345(总编室) (010)52612336(编辑室)  
(010)66161011(团购部) (010)52612332(网络销售)  
(010)66130345(发行部) (010)66509618(读者服务部)

网 址 [www.cctphome.com](http://www.cctphome.com)

经 销 全国新华书店

印 刷 北京瑞哲印刷厂

开 本 787 毫米×960 毫米 1/16

字 数 244 千字

印 张 16

版 次 2013 年 10 月第 1 版第 1 次印刷

定 价 56.00 元

---

本社常年法律顾问: 北京市吴栾赵阎律师事务所律师 闫军 梁勤

凡有印装质量问题, 本社负责调换。电话:(010)66509618



|                                  |    |
|----------------------------------|----|
| 第一章 导 论 .....                    | 1  |
| 一、研究背景 .....                     | 1  |
| 二、研究现状 .....                     | 4  |
| 三、研究方法 .....                     | 24 |
| 四、调查样本 .....                     | 24 |
| 五、研究框架 .....                     | 25 |
| 第二章 流动人口的快速增长与流动趋势 .....         | 30 |
| 一、流动人口：概念与内涵 .....               | 30 |
| 二、流动人口的快速增长 .....                | 33 |
| 三、流动人口的流动趋势 .....                | 38 |
| 四、结 论 .....                      | 42 |
| 第三章 流动人口的权利状况、权利特征与管理政策的演变 ..... | 43 |
| 一、流动人口的权利状况 .....                | 43 |
| 二、流动人口的权利特征 .....                | 48 |
| 三、流动人口管理政策的演变 .....              | 54 |
| 四、结 论 .....                      | 73 |

|                              |     |
|------------------------------|-----|
| 第四章 流动人口权利的司法救济 .....        | 74  |
| 一、司法救济：流动人口权利救济的最权威方式 .....  | 74  |
| 二、流动人口司法救济的现状 .....          | 82  |
| 三、流动人口司法救济的制约因素 .....        | 88  |
| 四、流动人口司法救济的提升路径 .....        | 99  |
| 五、结 论 .....                  | 106 |
| 第五章 流动人口权利的行政救济 .....        | 108 |
| 一、行政救济：流动人口权利救济的重要方式 .....   | 108 |
| 二、行政救济对流动人口的重要作用 .....       | 114 |
| 三、流动人口行政救济存在的突出问题 .....      | 117 |
| 四、流动人口行政救济的提升路径 .....        | 128 |
| 五、结 论 .....                  | 137 |
| 第六章 流动人口权利的社会救济 .....        | 139 |
| 一、社会救济：源于社会力量的救济方式 .....     | 139 |
| 二、社会救济的基础：中国社会力量的发展与壮大 ..... | 148 |
| 三、流动人口社会救济的发展趋势 .....        | 156 |
| 四、流动人口社会救济的提升路径 .....        | 163 |
| 五、结 论 .....                  | 171 |
| 第七章 流动人口权利的私力救济 .....        | 172 |
| 一、私力救济：处于法律边缘的救济方式 .....     | 172 |
| 二、流动人口选择私力救济的特征 .....        | 179 |
| 三、流动人口选择私力救济的动因 .....        | 183 |
| 四、流动人口私力救济的应对措施 .....        | 188 |
| 五、结 论 .....                  | 194 |

|                          |     |
|--------------------------|-----|
| 第八章 流动人口权利救济的选择倾向 .....  | 195 |
| 一、调查方法和样本情况 .....        | 195 |
| 二、流动人口对权利救济方式的信任程度 ..... | 197 |
| 三、流动人口对权利救济方式的选择倾向 ..... | 199 |
| 四、结 论 .....              | 205 |
| 第九章 流动人口权利救济的优化路径 .....  | 207 |
| 一、建立完备的权利救济体系 .....      | 207 |
| 二、提高公共组织的公信力 .....       | 208 |
| 三、促进流动人口的社会融合 .....      | 212 |
| 四、避免权利救济的极端情况发生 .....    | 215 |
| 五、结 论 .....              | 217 |
| 结 语 .....                | 218 |
| 参考文献 .....               | 221 |
| 附录：流动人口权利救济问题调查问卷 .....  | 237 |
| 后 记 .....                | 243 |

## · 图表索引 ·

|       |                                                                                         |     |
|-------|-----------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 图 2-1 | 中国流动人口的增长趋势·····                                                                        | 38  |
| 图 3-1 | 中国人口城镇化率的提高趋势·····                                                                      | 58  |
| 图 3-2 | 中国户籍制度的变化·····                                                                          | 63  |
| 图 3-3 | 中国就业制度的变化·····                                                                          | 66  |
| 图 3-4 | 中国公共服务政策的变化·····                                                                        | 66  |
| 图 6-1 | 中国网民的增长趋势 ·····                                                                         | 154 |
| 表 1-1 | 调查样本的基本情况·····                                                                          | 25  |
| 表 1-2 | 调查样本的月收入情况·····                                                                         | 25  |
| 表 2-1 | 中国迁移人口与流动人口的区分·····                                                                     | 31  |
| 表 3-1 | 您的月收入在哪个范围内·····                                                                        | 44  |
| 表 3-2 | 您是否购买了以下金融产品·····                                                                       | 45  |
| 表 3-3 | 在最近三年里,如果您曾经借钱或者贷款,那么,<br>您是向谁借钱或者贷款的·····                                              | 45  |
| 表 3-4 | 在最近三年里,遇到您应该参加的选举活动(例如:选举村民<br>委员会、或者选举居民委员会、或者选举乡镇人大代表、或者<br>更高层次的选举活动),您是否积极参加了 ····· | 46  |
| 表 3-5 | 您是否经常阅读、收听或收看政治方面的新闻·····                                                               | 47  |
| 表 3-6 | 您的业余文化生活状况是怎样的·····                                                                     | 47  |

|       |                                                 |     |
|-------|-------------------------------------------------|-----|
| 表 3-7 | 您生病后通常会怎么做·····                                 | 48  |
| 表 3-8 | 就业流动人口行业分布情况·····                               | 70  |
| 表 3-9 | 劳动年龄流动人口社会保险参保情况·····                           | 73  |
| 表 4-1 | 流动人口与户籍人口对司法救济方式的信任度比较·····                     | 87  |
| 表 4-2 | 流动人口对于权利救济方式选择的比较·····                          | 88  |
| 表 5-1 | 流动人口对行政救济方式与其他救济方式选择的比较 ·····                   | 125 |
| 表 5-2 | 像我这样的人不必评论政府的行为 ·····                           | 126 |
| 表 5-3 | 像我这样的人,投票是唯一影响政府的办法 ·····                       | 126 |
| 表 5-4 | 政治和政府显得非常复杂,不是像我这样的人能够理解的 ·····                 | 127 |
| 表 5-5 | 我认为,政府官员不会关心像我这样的人的想法 ·····                     | 127 |
| 表 5-6 | 近年来各地流动人口权利保护行政立法和地方立法一览表 ·····                 | 129 |
| 表 6-1 | 您是不是其他某一民间组织(如行业性团体、社会团体<br>或者公益性基金会等)的成员 ····· | 159 |
| 表 6-2 | 当您的合法权利遭到严重侵害时,您相信社会组织会主持<br>公道、为老百姓说话吗 ·····   | 159 |
| 表 6-3 | 在最近三年里,在您权利受到侵害时曾经向下列哪些机构<br>或个人寻求支持或帮助 ·····   | 160 |
| 表 6-4 | 您是不是工会会员 ·····                                  | 167 |
| 表 7-1 | 流动人口与户籍人口选择是否合法救济手段的比较 ·····                    | 182 |
| 表 7-2 | 流动人口与户籍人口选择权利救济途径的比较 ·····                      | 183 |
| 表 8-1 | 您有没有现在工作地(或者现在居住地)的户口 ·····                     | 196 |
| 表 8-2 | 在现实生活中,您的合法权利是否经常遭到侵害 ·····                     | 196 |
| 表 8-3 | 当您的合法权利遭到严重侵害时,您相信司法机构会主持<br>公道、依法办案吗 ·····     | 197 |
| 表 8-4 | 您的合法权利遭到严重侵害时,您相信行政机构会秉公<br>办事、依法处理吗 ·····      | 198 |

|        |                                                                                      |     |
|--------|--------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 表 8-5  | 当您的合法权利遭到严重侵害时，您相信社会组织会主持公道、为老百姓说话吗 .....                                            | 198 |
| 表 8-6  | 您是否认为，在自己的合法权利遭到侵害时，只有自己的亲戚、朋友、同事或者老乡等人才会真正支持或帮助自己，他人和其他机构都是不可信的 .....               | 199 |
| 表 8-7  | 当您的合法权利遭到损害时，您倾向于通过什么手段解决 .....                                                      | 200 |
| 表 8-8  | 当您的合法权利遭到严重侵害时，您首先想到的是通过哪种途径获得支持和帮助 .....                                            | 200 |
| 表 8-9  | 您本来有选举村民委员会（或者居民委员会）或者乡镇人大代表的权利，但是选举过程中组织者却没有及时通知您参与选举，导致您失去了参与选举的机会，您会做出怎样的选择 ..... | 201 |
| 表 8-10 | 如果您工作的单位或者公司长时间拖欠工资，并且多次协商仍然不能解决问题，您会选择 .....                                        | 202 |
| 表 8-11 | 如果有他人非法拘禁或者限制您的人身自由，在您逃离后，您会选择 .....                                                 | 202 |
| 表 8-12 | 如果有他人非法搜查您的身体，您会选择 .....                                                             | 203 |
| 表 8-13 | 公共场合，如果有人对您或者您的亲人不够尊重，比如：辱骂，或者推拉，或者故意找茬，您会选择 .....                                   | 203 |
| 表 8-14 | 现在流动随迁子女平等受教育权受到社会的广泛关注，如果您也有孩子面临同样的问题，您如何选择 .....                                   | 204 |
| 表 8-15 | 在最近三年里，在您权利受到侵害时曾经向下列哪些机构或个人寻求支持或帮助 .....                                            | 205 |
| 表 9-1  | 新生代农民工和第一代农民工未来发展打算的比较 .....                                                         | 214 |

# 第一章 导 论

由于中国城乡二元社会结构的存在和现有制度设置中不合理因素的影响,流动人口权利形态呈现出权利行使的不平等性、权利实现的易受侵害性和权利保障的脆弱性等特点;而同时,中国权利救济体系尚不完善,一些流动人口在权利遭受侵害后,缺乏获得权利救济的有效途径。但是,流动人口权利救济问题尚没有引起研究者的关注,现有研究成果较少,这与流动人口权利救济问题的复杂性和重要性不相适应。在这种情况下,加强对流动人口权利救济问题的研究显得非常重要。

## 一、研究背景

一般而言,权利有三种形态,即应然权利、法定权利和实然权利。应然权利是指权利主体应该享有的或是应该获得的预备性权利。在本源意义上,应然权利不依法律规定而存在,它是法定权利的基础。法定权利是指由法律赋予权利主体享有的那些应然权利。法定权利表现为按照法律规定,权利主体可作或不可作某种行为,并可以要求其他公民或国家机关、社会组织、经济组织作或不作某种行为,使权利主体得到一定的利益或实现某种愿望,并且受到国家强制力的保障。实然权利是指权利主体实际上能够真正享有或是获得的应然权利和法定权利。

权利救济则是应然权利、法定权利转变为实然权利的重要保障。更明确

地说,权利救济是指在权利主体的权利遭受侵害之时或之后,由有关机构或个人在法律所规定的范围内采取一定的补救措施消除侵害,使得权利主体获得一定的补偿或者赔偿,以保护权利主体的合法权利。

一般来说,权利救济包含以下几层含义:首先,权利救济本身就是一种权利。它是相对于实体权利的“第二权利”,是矫正或补正权利的权利、实现权利的权利。其次,权利救济的目标是要纠正、遏制侵权行为,具有纠错和补偿的性质。这种救济权针对的是违反义务的不正当行为,且该不正当行为已经造成对权利的侵害或损害,救济就是要纠正、遏制侵权行为,并以解决冲突或纠纷为目标。再次,权利救济能够确保法定权利转化为实然权利。由于在实际生活中权利冲突或纠纷不可避免,法定权利难以自然转化为实然权利,通过权利救济,法定权利就能通过一定的程序转化为实然权利。

公民在认为自己的权利受到侵害时,应该能够通过多种渠道寻求救济。一种无法诉诸救济的权利,实际上是很难实现的权利。在实践中,即使法律对公民权利作出了清晰明确的规定,但是,如果在现实生活中没有相应的权利救济手段,权利主体在权利实现受阻,或者权利受到侵害时不能有效予以阻止,或者在权利受到侵害后得不到相应的补偿,那么,法定权利就只是停留在纸面上,而难以成为实然权利。从现有制度环境看,权利救济的主要途径有:司法救济、行政救济、社会救济和私力救济。

当前,中国流动人口权利救济问题已经成为一个迫切需要解决的重要社会问题。可以说,这一问题的产生是历史因素与现实因素相互作用的结果。

20世纪50年代中期以后,由于开始实行严格的户籍制度及其一系列相关政策措施,中国人口被人为地分成了“农业人口”和“非农业人口”,社会结构也逐步演变成了一种城乡对立的二元社会结构。从1958年人民公社化运动开始,中国政府的各项政策沿着以户籍制度为核心的分割体制的惯性,为城乡两部分居民建立起两种不同的经济和社会制度,包括农业税制度、农产品统购统销制度、土地制度、教育制度、医疗制度、社会保障制度等,最终形成了城乡对立的二元社会结构。城乡二元社会结构的治理模式从多方面支撑着高积累、高投资、高速度的工业化计划,实现了传统模式下的经济增长。

改革开放以来,流动人口规模不断扩大,并成为一支不容忽视的社会力

量。2010 年第六次全国人口普查结果表明,2010 年,流动人口为 2.2 亿。<sup>①</sup>但是,在中国城市化快速发展的过程中,由于城乡二元社会结构的强大惯性,在大量人口向城市聚集的过程中,城乡一体化与城乡融合并没有出现,而是在城乡二元社会结构的基础上,又增加了一个处于城市社会和乡村社会之间的边缘社会。它由已经与乡村社会脱离,又被城市社会隔离的边缘群体所构成,这一群体就是流动人口。这样,在城乡二元社会结构的夹缝中,似乎产生了由流动人口所组成的第三极社会,由此,中国社会结构似乎变成了一种三元社会结构。

在这种三元社会结构之下,流动人口成为中国社会的“第三极”,在事实上成为一个被严重剥夺的社会弱势群体。他们生活和工作在某一城镇之中,但是,他们的社会身份没有得到所在城镇的认可,他们没有被纳入流入地城镇的社会福利与公共产品分配体系中,在医疗卫生、子女教育、劳动保障、社会保险等方面都很难享受到与流入地户籍居民同等的待遇。并且,他们与流入地户籍居民之间的社会融合存在很大问题,因而在相当大程度上被排斥在城镇社会生活之外。

人口的大量流动成为改革开放以来社会变革的重要特征。一方面是大量的人口流动冲击着旧制度,特别是户籍制度的限制;另一方面,原有的社会管理体制却以极大的惰性,甚至被赋予其他制度性因素顽固存留下来。在这种夹缝中,流动人口被边缘化,其生存和工作都面临严重困难,并且还遭受种种社会歧视;同时,对流动人口的管理和服务也面临许多问题,政府管理能力和服务能力都无法满足流动人口的实际需要。

在这种背景下,流动人口的权利救济自然就面临诸多困难。当前,公民权利往往与其户籍性质或地域挂钩,固定的户籍与流动的人口形成了巨大的张力。一个人,一旦离开了其所在的户籍地,就会失去许多附着在户籍上的

---

<sup>①</sup> 根据第六次全国人口普查资料的数据,2010 年底,全国登记地在外乡镇街道的人口总计为 2.6 亿,其中市辖区人户分离人口 0.4 亿。参见国务院人口普查办公室、国家统计局人口与就业统计司编:《中国 2010 年人口普查资料》(上册),北京:中国统计出版社 2012 年版,第 466—467 页。流动人口数量为所有人户分离人口减去市辖区人户分离人口,其总量为 2.2 亿。

权利。这样,流动人口事实上就被剥夺了部分权利。即便宪法明确规定了“中华人民共和国公民在法律面前人人平等”<sup>①</sup>,即便许多权利救济方式事实上存在,但是,在特定的环境下,这些都可能失去作用。这样,流动人口成为了中国社会中非常典型的社会弱势群体,他们的权利形态呈现出权利行使的不平等性、权利实现的易受侵害性和权利保障的脆弱性等特征;而同时,他们要寻求权利救济也存在诸多困难,其中一些人会采取非法的私力救济手段,与现代社会的要求并不相容。

本书对流动人口权利救济问题的研究,力图揭示流动人口权利救济各种方式存在的缺陷,探讨流动人口权利救济选择行为的特征及其影响因素,提出流动人口权利救济的提升路径,从而有利于加深对权利救济理论和流动人口权利救济理论的研究,特别是对弱势群体权利救济理论的研究。本研究也有利于相关决策部门深刻认识和准确把握流动人口权利救济的基本现状、存在的突出问题及其产生的主要原因,从而增强决策的科学性和针对性,并可以为相关决策部门政策制定和法律修订提供理论基础与经验支撑。

## 二、研究现状

迄今为止,学术界对权利救济基本理论与具体问题进行了比较深入的研究,但是,流动人口权利救济问题尚没有引起研究者的足够重视,现有研究成果较少,非常有必要加深对这一问题的研究。

### 1. 关于权利救济基本理论的研究

第一,公民权利救济权的研究。公民享有获得权利救济的权利是有效救济的前提。许崇德等将部分权利救济权称为请求权,他们认为:“请求权,亦称诉愿权,是指公民认为其合法权益,因国家机关所作的决定、判决、裁定违法或者不当而受到损害时,有向有关机关提出请求,要求予以撤销或者改

---

<sup>①</sup> 《中华人民共和国宪法》,北京:法律出版社2004年版,第57页。

变的权利。”<sup>①</sup> 请求权主要包括申诉权、控告权、取得赔偿权等。<sup>②</sup> 林来梵认为：“宪法权利一旦受到了损害或侵犯，则要求必须予以补救、恢复或对侵害行为予以纠正和惩罚，这就是所谓的宪法权利救济。一般而言，权利救济是权利保障的手段，也是权利保障的一个不可或缺的重要环节。”<sup>③</sup> 获得权利救济的权利主要包括提起申诉、控告的权利（含诉讼权）、取得国家赔偿或者补偿的权利。<sup>④</sup> 林纪东将权利救济权称为受益权。他认为：“受益权，谓人民为其一己之利益，请求国家为某种行为之权利，如人民于其权利被侵害之际，提起诉讼，请求法院为裁判之权利是。”<sup>⑤</sup> 受益权包括请愿权、诉讼权、诉愿权等数种。<sup>⑥</sup>

从对该权利的定位来看，大多数学者认为，权利救济权是公民基本权利之一。贺海仁认为，权利救济是在权利被侵害后对权利的恢复、修复、补偿、赔偿或对侵权的矫正，它是一项实现权利的权利，争取权利的权利。权利救济作为一种权利，是自我救济的权利，即权利人或权利主体对其权利的自我判断和自我实现的资格和能力。这既与关于权利救济作为一种权利的法律属性相关，更是基于权利的主体性和权利的完美性。<sup>⑦</sup> 程燎原、王人博认为，救济既是权利冲突的必然结果，也就必然通过对权利冲突的遏制或解决把规范中的权利引入一个现实的过程。<sup>⑧</sup>

一些学者对权利救济的原则进行了研究。保罗·格维尔茨（Paul Gewirtz）认为：“救济理论的出发点是要区分两项基本的救济原则，以便选择一项公正的救济原则，它们中的每一项都会在法庭上通过互相对立的辩论表现出来。第一项原则，我称之为权利最大化原则。法庭上要关注的唯一问题是，

---

① 许崇德主编：《宪法学·中国部分》（第二版），北京：高等教育出版社2000年版，第386页。

② 同上，第387页。

③ 林来梵：《从宪法规范到规范宪法：规范宪法学的一种前言》，北京：法律出版社2001年版，第229页。

④ 同上，第230—231页。

⑤ 林纪东：《比较宪法》，台北：五南图书出版公司1980年版，第247页。

⑥ 同上，第248—250页。

⑦ 参见贺海仁：《自我救济的权利》，载《法学研究》，2005年第4期。

⑧ 参见程燎原、王人博：《权利及其救济》，济南：山东人民出版社1998年版，第361页。

一旦法庭发现有违法行为，它要问的唯一问题是哪一种救济方式对受害者进行的救济最有效。在这里，‘有效’意味着有效地减少受害者在违法行为中遭受的负面影响。因此，除非救济所需的成本真正对救济的效益起到了作用，或者各种选择同等有效，并且做出选择并非必须基于效用最大化的标准，不同权利救济手段的成本就无足轻重。第二项原则，我称之为利益均衡原则。对受害者救济的有效性只是选择救济方式的一个因素；其他的社会利益也要考虑进去，并且应当权衡取得救济有效性的代价。在评估救济措施时，法庭在某种程度上就会在社会利益付出的净成本与补偿受害者的净救济收益之间寻求平衡。因此，即使矫正某一违法行为，一项特定的救济措施可能是最有效的，如果它的成本太高，出于利益均衡的考虑，法庭可能会选择效力稍差的救济措施。”<sup>①</sup>陈焱光提出了公民权利救济的六条基本原则，即：有侵害必有救济原则、及时救济原则、充分救济原则、经济性原则、公力救济优先原则、司法最终救济原则。<sup>②</sup>

司法救济权，作为权利救济的一种非常重要的方式，许多学者对此进行了研究。苗连营认为，司法救济权是宪法上的一项基本人权，其行使与保障首先需要由宪法作出安排。司法救济权与诉权在制度化的发展轨迹上有着明显的不同，司法救济权的入宪，绝不意味着是对诉权的简单重复。基于司法救济权本身所固有的特定的宪法含义，只有将其纳入公民宪法权利的体系范畴之内，才能给予强有力的法律保障，也才能给各项具体诉讼法律制度的设计和运作提供最高依据和准则。<sup>③</sup>秦前红、涂云新认为，经济、社会、文化权利的保障措施实际上是在立法裁量和司法救济的双向互动过程中臻于圆满的。一方面，宪法法定化了经济、社会、文化权利，但是，权利主体并不能依据宪法规定直接向国家请求具体的给付，需待国家制定相关法令设定受益条件与给付内容之后，权利主体方能依照该实践宪法的法令产生的具体权利而向国家提出请求。另一方面，无论经济、社会、文化权利的规范多么完善，司

---

① Paul Gewirtz, “Remedies and Resistance”, *Faculty Scholarship Series*, Paper 1725 (1983), Follow this and additional works at: [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers) [10 June 2013].

② 参见陈焱光：《公民权利救济论》，北京：中国社会科学出版社2008年版，第89—98页。

③ 参见苗连营：《公民司法救济权的入宪问题之研究》，载《中国法学》，2004年第5期。

法机关的救济都具有不可替代的功能,司法救济权的本质要求司法机关在经济、社会、文化权利侵权案件中不仅依法裁判而且在宪法价值的指引下保障权利主体经济、社会、文化方面的合法权益。<sup>①</sup>

一些学者对诉讼权与权利救济的关联性进行了专门研究。莫纪宏、张毓华认为,诉权是现代法治社会第一制度性人权,诉权作为一种程序性权利,它是为保障公民实体权利而必须存在的“权利救济权”。在现代法治社会中,公民所享有的诉权是国家为了保证宪法和法律所规定的公民权利具有“实然性”而设定的“权利救济权”。没有诉权的存在,宪法和法律所规定的其他权利就不可能成为一种现实的权利。<sup>②</sup>周永坤认为,诉权就是请求法律救济的权利,是启动与延续诉讼的权利。它是一项与诉讼权利、应诉权、公诉权有别的权利。诉权的形式有民事诉权、行政诉权、刑事诉权和宪法诉权。诉权的内容有起诉权、上诉权、反诉权、申请再审权以及申请宪法解释权和刑事自诉权等。在法治社会,诉权是高于实在法的道德权利,是一项基本人权。在社会进化过程中,诉权实质内容不断丰富,诉权形式逐渐多样化,诉权主体走向普及,人们在诉权面前实现了平等。随之,诉权地位也从习惯的权利上升为宪法的权利与基本人权。<sup>③</sup>左卫民、朱桐辉在对诉讼权宪法化和国际化考察的基础上,指出了诉讼权是公民的基本权利,是公民人权的重要内容,中国诉讼和司法制度的设计与改革应对诉讼权予以关注。<sup>④</sup>

第二,公力救济和私力救济关系的研究。徐昕对私力救济的内涵、性质、客观性与正当性及其与公力救济的关系进行了非常深入的研究。徐昕运用跨学科方法,从成本、收益、效率、机制、功能等角度对私力救济和公力救济进行了比较,解释了私力救济存在的客观性,提出私力救济行动内含着一种经济逻辑。<sup>⑤</sup>他以社会契约论为核心,从权利保留、国家特许、补偿和放任、

---

① 参见秦前红、涂云新:《经济、社会、文化权利的保障路径及其选择——在立法裁量与司法救济之间》,载《交大法学》,2013年第1期。

② 参见莫纪宏、张毓华:《诉权是现代法治社会第一制度性权利》,载《法学杂志》,2002年第4期。

③ 参见周永坤:《诉权法理研究论纲》,载《中国法学》,2004年第5期。

④ 参见左卫民、朱桐辉:《公民诉讼权:宪法与司法保障研究》,载《法学》,2001年第4期。

⑤ 参见徐昕:《为什么私力救济》,载《中国法学》,2003年第6期。

底线救济、个人自治、公力救济正当性危机等角度,阐释了私力救济的正当性。<sup>①</sup>他认为,私力救济,既可定位于一种私人自行处理冲突的纠纷解决机制,当事人通过私人力量维权的权利救济机制,也是一种私人以威慑和制约为核心、高度分散、私人执法的社会控制机制。<sup>②</sup>他还对私力救济的性质,以及公力救济与私力救济的交错性进行了研究。他认为,第一,私力救济是最悠久的纠纷解决方式,公力救济产生于私力救济的夹缝中,从私力救济到公力救济的演变是一个漫长而交错的过程。两者长期并存,既对立冲突,又交错互补。第二,私力救济中存有“公力”因素,公力救济中存有“私力”因素,其间存在一种融合两者特征的社会型救济,如调解和仲裁。第三,两者相互转化,一方面是私力救济的法律化,诸多私力救济逐渐被纳入法律框架,另一方面是公力救济的私人化,本来由国家垄断的司法存在私人化现象。<sup>③</sup>

贺海仁也对公力救济与私力救济的关系进行了分析。他认为,私力救济和公力救济是权利救济的两种基本历史形态,两者之间的对立和统一只有把它们放置到更为宽广的历史视野中才能体察。当判断权、要求权和执行权被归于国家,而且判断权被赋予同样作为第三者的专家系统时,就出现了权利救济的现代性问题。现代性的权利救济没有使权利救济的历史结构发生转型,而是进一步强化了公力救济的运行机制。<sup>④</sup>他还认为,私力救济、公力救济和自力救济,是自我救济权利的三种外在表现形式。从历史发展过程看,首先是私力救济,体现出权利救济的原初状态,其后有公力救济的替代形式,而自力救济的出现则是权利救济在更高层次上的历史回归。<sup>⑤</sup>

还有一些学者对权利救济方式的多元化及其相互之间的关系进行了研究。李俊认为,权利救济有多种方式,包括诉讼救济、代替性纠纷解决机制、监

---

① 参见徐昕:《私力救济的正当性及其限度》,载《法学家》,2004年第2期。

② 参见徐昕:《私力救济的性质》,载《河北法学》,2007年第7期。

③ 参见徐昕:《论私力救济与公力救济的交错——一个法理的阐释》,载《法制与社会发展》,2004年第4期。

④ 参见贺海仁:《从私力救济到公力救济——权利救济的现代性话语》,载《法商研究》,2004年第1期。

⑤ 参见贺海仁:《自我救济的权利》,载《法学研究》,2005年第4期。