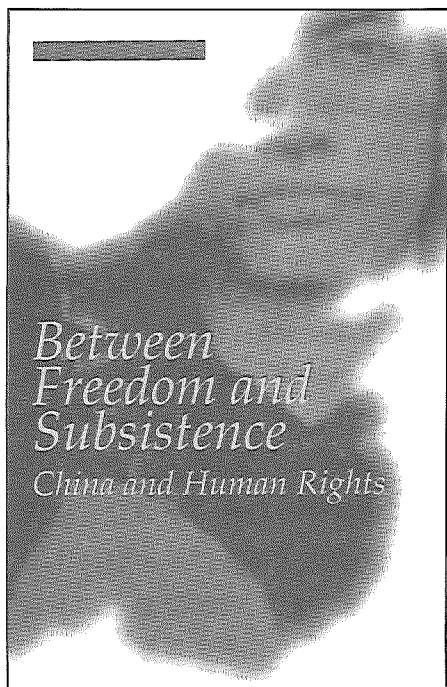


雞生蛋還是蛋生雞，或中國干人權何事

——評安·肯特的《自由與生存之間：中國與人權》

◎ 馮 象



Ann Kent: *Between Freedom and Subsistence: China and Human Rights* (Hong Kong: Oxford University Press, 1993).

人權管中國的事有好幾年了。人權何以管得了中國？又中國干人權何事？這些問題，法學界至今在理論上仍是人言人殊。但只要牽扯上國情、民生、價值、傳統，最終還是繞不開一個雞生蛋抑或蛋生雞式的命題：人權始於吃上早飯，還是始於享有要求早飯的自由？①理論家對此問題的解法很多。最近較受注目的一次嘗試，是澳洲國家大學研究員、中國問題專家安·肯特(Ann Kent)在其新著《自由與生存之間：中國與人權》②中，採用了舒爾(Henry Shue)、文生(R.J. Vincent)等人發展起來的核心權利(core right)理論③。

肯特的出發點，是預設權利本身有一種「普遍性格」，反映在她進而設定的權利話語在相互衝突中發生的匯合。匯合之處，便是諸話語都認可的權利「核心」，叫作生命權。這生命權的優點在於意識形態的中立，因為它兼容了中國(社會主義和第三世界國)和西方(發達資

生命權的優點在於意識形態的中立，因為它兼容了中國和西方分別側重的兩種基礎權利：生存權和人身安全權。

本主義國家)分別側重的兩種基礎權利：生存權(right to subsistence)和人身安全權(right to physical security)。前者意指「獲得足夠衣食居所和起碼衛生條件的權利」，後者則是「免受謀殺、酷刑、殘損、強姦和毆打的權利」。兩權合一，乃是行使其他任何權利的先決條件(頁15-16)。

由此可見，核心權利和普遍權利(universal right)有所不同。而核心論者在證成自身理論時，較普遍論者更為有利^④。因為，普遍論者須時刻想方設法驅逐文化相對論的影子，乃至不惜將古人說的「天命」和「民本」跟人權掛鉤，以證明中國沒有理由「特殊」^⑤。而核心論者只需設定話語的對立與鬥爭最終止於匯合與多元即可。這當然是一種值得尊重的理想或信念，我們後文還會涉及。筆者的主要興趣，卻在作者從信念推演、轉化出來的一個「比較國際人權法的框架」(頁3)：藉此框架，她在「自由與生存之間」重構了一篇關於中國「權利歷程」的歷史敘述。茲舉其中一個主題為例，略作分析。

據作者觀察，中國前三部憲法(即《五四憲法》、《七五憲法》和《七八憲法》)與中國社會的現實權利狀況基本協調。表現為政府嚴格控制社會，一方面任意限制、取消公民的公民與政治權利，另一方面又致力於實現承諾，改善公民的經濟、社會、文化權利^⑥。這樣犧牲公民和政治權利換取經濟、社會、文化權利的結果，造成一種馬克思主義的權利重心傾斜或「權利交換」(trade-off)。《八二憲法》卻背離了

變革中的社會現實。其條文堅持的馬克思主義「權利交換」，在實際生活中早已為中國「非正式的和實體的權利現實」所突破(頁231)。自1979年起，改革大大削弱了中國公民享有的經濟和社會權利(如工作權)；而同時期的公民與政治自由(如遷徙、言論、出版、集會、結社自由)在缺乏部門法和程序法支持的情況下，得到長足的發展，成為某種「非正式」的權利(頁96-97)。然而憲法規範和社會現實之間的不協調日益擴大，業已帶來嚴重後果：尤其是政府與人民原先「共有的價值體系」的失落，使固有的權威淹沒於「無序狀態」(anomie)，威脅到在中國社會佔主導地位的基於社區(Gemeinschaft)傳統的協商和調解工作(頁234)。作者警告，中國目前形勢嚴峻，政府若不停止「權利交換」，對公民天天行使的非正式自由予以法律保障，整個政治局勢將趨於動盪。因此，核心權利論不單為平衡兼顧兩類(或兩代)權利所需^⑦，更是保證中國改革成功的一項不可避免的政治選擇。

這些警告雖然不無道理、值得研究，本文卻不必涉及，因為作者關於「權利交換」的論證似乎站不住腳。究其原因，主要是作者誤解了改革前後中國憲法和「權利」(包括正式和「非正式」的自由)的性質、狀況和作用。我們分兩方面討論。

一 中國憲法與社會現實之關係

在中國，一般認為《八二憲法》

由於政府與人民原先「共有的價值體系」的失落，安·肯特警告，中國目前形勢嚴峻，政府若不停止「權利交換」，對公民天天行使的非正式自由予以法律保障，整個政治局勢將趨於動盪。

繼承了《五四憲法》^⑧，重新肯定「法律面前人人平等」的原則。但肯特則將兩者對立，並將《五四憲法》歸入「極左」路線的《七五憲法》和《七八憲法》一邊。她的着眼點不同，對中國的憲法學者應該有所啟發。但如果我們也取肯特的角度，檢討一下四部憲法的條文規範與「中國公民實有權利之非正式狀況」之間的「互動關係」(頁3)，則結論很可能剛好相反。

眾所周知，四部憲法的一個重要任務，是否定(黑格爾和馬克思常說的那種辯證的否定)前一個憲政所代表的過了時的政治路線和階級鬥爭方式，同時亦宣布新的總任務、建立新憲政。故至少在憲法通過實施的短時期內，條文不論作為承諾還是作為規定，都必須與社會關係的總合大致相符，否則憲法序言所闡述的總任務無從產生。例如學者經常論及的《五四憲法》第90條規定公民有居住和遷徙的自由，到50年代後期控制城市戶口、糧油定量供應，才變得徒具虛名^⑨。但倘若我們考察整個的憲法實施期，則可以肯定地說，除了《八二憲法》外，沒有一部能夠與現實協調兩年以上。原因很簡單：前三部憲法都未能跟上黨的路線的變動。

《五四憲法》是50年代初期「急風暴雨」式階級鬥爭(土地改革、鎮壓反革命等)的否定。根據序言提出的「過渡時期」總任務，規定所有制除全民(國有)、集體(合作社)之外，還包括個體勞動者和資本家的所有制(第5條)；國家依法保護農民的土地和其他生產資料所有權(第8條)、資本家的生產資料所有

權和其他資本所有權(第10條)；並且承認公民在法律上一律平等(第85條)。可是這些規定不久就過時了。1953年開始組織初級農業合作社，入股土地已經實行集體經營，分紅時「土地報酬一般地應該低於勞動報酬」，以體現勞動創造財富的原則^⑩。1955年5月國務院通知，要求「在實際工作中應防止農民不必要的出賣和出典土地」。買賣、典當均得報請鄉人民委員會審核，轉報區人民委員會批准^⑪。1956年推行高級農業合作社，入社農民須將土地、耕畜、大型農具轉為合作社集體所有，取消土地報酬。至此，農村的集體所有制正式建立^⑫。

城市社會主義改造運動亦於1956年完成，資本家所有制及其相關權利隨之消亡。次年的反右運動，翻開了階級鬥爭的新一頁。「法律面前人人平等」的原則遭到公開批判。《五四憲法》與社會現實格格不入，從此成為整個法律制度的寫照，這種情況一直到1979年才開始轉變。理論上，法律是專政工具，代表統治階級的意志^⑬；實際上，那時的法律既不能正確表達意志，也當不了專政工具。在被連續不斷的政治運動左右的社會生活中，它太「本本主義」、太官僚，因而太容易挫傷革命群眾的積極性，而不能及時反映變動着的階級關係和階級力量對比。

《七五憲法》和《七八憲法》垮得更快。前者隨「四人幫」倒台而失去效用；後者宣傳了幾個月便無法繼續。1978年12月十一屆三中全會確立了改革開放的路線。1979年7月

中國四部憲法的一個重要任務，是否定前一個憲政所代表的過了時的政治路線和階級鬥爭方式，同時亦宣布新的總任務、建立新憲政。但除了《八二憲法》外，沒有一部能夠與現實協調兩年以上。原因很簡單：前三部憲法都未能跟上黨的路線的變動。

該書作者認為，中國政府在改革以前為公民「交換」來的最主要的經濟權利是勞動權。改革開始，農村剩餘勞力流向城市和沿海開放地區，作者用「權利的語言」解釋說，中國農民其實是用他們原先在集體所有的土地上勞動的權利，來換取選擇就業的經濟權和遷徙自由的公民權。

「適用法律」面前人人平等的原則重新寫進法律^⑭。雖然沒有憲法支持，全國人大常務委員會在1979—1982年期間自行為新法制的到來立了十一個法^⑮。

只有《八二憲法》在實施十二年後的今天，仍能服務於它的總任務和總路線。這首先是由於改革開放政策（如家庭聯產承包制和勞動合同制）總體上保持了連貫性，同時也靠着憲法修訂使它得以調整，適應政策的發展（如1988年修正案承認私營經濟，允許土地使用權依法轉讓；1993年修正案為「社會主義市場經濟」引入一系列變動）。更重要的是，《八二憲法》與現實的協調擁有一個新的法律制度的中介，諸如「公民」和「權利」這樣的概念第一次被賦予實體法和程序法的意義^⑯。在越來越多的案子裏，一個人的自由、利益和責任漸次變得能夠通過法律的程序操作和文書記錄來加以確認，乃至根據這樣的確認可以在一定限度內預測、影響或控制那個人的行為（或不行為）的後果。「有法可依，有法必依，執法必嚴，違法必究」。法律終於獲得了它的工具性意義。

二 所謂馬克思主義 「權利交換」和勞動權

該書作者認為，中國政府在改革以前為公民「交換」來的最主要的經濟權利是勞動權^⑰。改革開始，家庭聯產承包責任制取代人民公社，農民的勞動權隨之打破。農業生產非集體化接着引發了一場「圈

地」運動，農村剩餘勞力流向城市和沿海開放地區，尋求工作和賺錢機會。作者用「權利的語言」解釋說，中國農民其實是用他們原先「賴以生存的源泉」勞動權，即在集體所有的土地上勞動的權利，來換取一個新的選擇就業的經濟權和一個新的遷徙自由的公民權（頁118）。一權換二，憲法上馬克思主義的「權利交換」在中國已難以向現實交代。

中國農村是否正在被「圈地」運動吞沒，不在本文討論範圍之內。但當年農民是否享有一個勞動權作為他經濟權利的核心，我們以為這個仍待驗證。曾經在人民公社謀生過的人都會質疑，勞動究竟是農民的權利、資格，還是他的義務和生活必需？誠然，三部憲法在第三章（公民的基本權利和義務）都寫上了這項「權利」^⑱。但更切合現實，農民也必須遵守的，還是憲法總綱的要求：「不勞動者不得食。」^⑲勞動作為「光榮的職責」^⑳，只有病老殘可以部分豁免。農民可不敢怠慢了這項職責；只有充分行使，他才能「按勞分配」拿到口糧，養家糊口。如果作者的勞動權還包括不得無故除名辭退的「鐵飯碗」制度，這碗飯農民卻是吃不上的；它和國家糧一樣，屬於國家企事業單位職工的待遇。當然，即便在社會主義改造完成之後，仍有人可以不勞而食，而且食得比大多數人還好。這些人若按霍菲爾德(W.N. Hohfeld)的法律關係分類，他們享受的並非權利，而是不勞而食的特權。特權與無權相對，同義務相反^㉑。區分義務和特權的，是人的地位和成分。那

時的中國，人們的地位、待遇和自由，是嚴格按照階級成分劃分的②。

這樣看來，所謂馬克思主義「權利交換」是個相當含混、不合時宜的概念。因為在宣布權利如何交換之前，我們先得問一問在那個社會有沒有「權利」這樣東西；或者換一個角度，問一問有沒有「公民」這種人物來主張和享有憲法承諾和規定的「公民權利」。

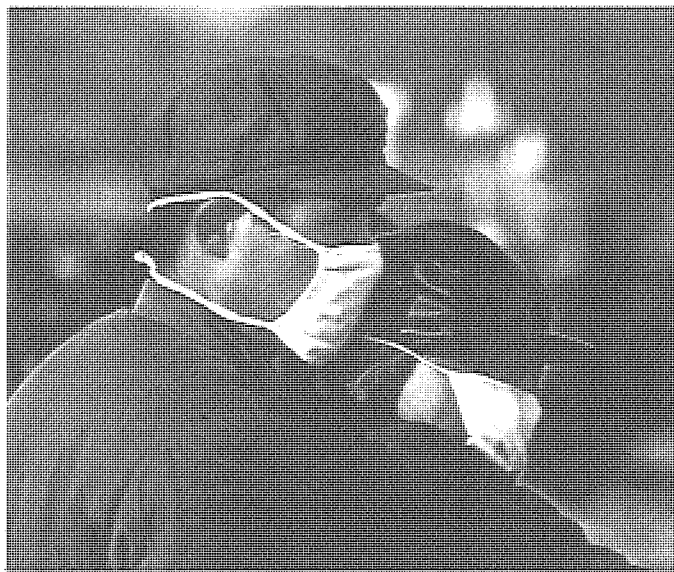
所謂「公民」和他的平等法律、平等權利，大致到1957年夏已不能公開主張。取而代之的，是毛主席關於人民民主專政條件下，正確區分和處理兩類不同性質矛盾的理論和由其指導的實踐③。「人民」是一個政治概念，其範疇在不同時期、不同地區，依黨的中心任務和統戰政策而變。所以作者提出「公民權利」的「交換」，未免和現實不太協調。她的問題——按照政治審察表格的要求——本該是：誰是這個「公民」？甚麼姓名、年齡、籍貫、職業、政治面貌、家庭出身……？有沒有主動向組織匯報思想、交代問題、檢討錯誤？在革命與反革命兩大階級陣營之間，他同甚麼人站在一起，反對甚麼人？沒有一種「權利的語言」，哪怕是「馬克思主義」的，可以回答這些問題。而一旦進入「權利的語言」，作者的歷史敘述便不得不為「權利交換」劃出一個大大的例外。這就是文革中億萬人民運用過的「四大自由」（大鳴、大放、大辯論、大字報）。作者以為，這些自由是為了發動群眾打倒「黨內資產階級」而受到鼓勵的一種公民與政治權利（頁57）。可是正如「勞動權」，「四大自由」也是持

有者「光榮的職責」。作為革命群眾的一員，不使用或使用不當，是政治立場不堅定的表現；只有積極正確的使用，才能代表積極正確的政治覺悟，才能保住既得利益並且不斷「進步」。這種「非正式」的政治自由依階級地位而產生，其實是持有者不可推卸的階級責任④。換言之，只有忠實履行了這些階級鬥爭的自由／職責，才有資格佔有符合相應政治立場和社會地位的種種好處。直到改革，公民作為權利的主體重現，這些自由／職責才有可能作為權利賦予個人而不論他的階級立場和階級覺悟，才有可能作為保障個人權利的義務約束政府。「四大自由」也不例外，也開始失去群眾運動的性格而變得近乎於作者熟悉的權利。當然，作為權利，它們被及時取消了⑤。

歸根結柢，肯特借中國的「權利歷程」，歷史地敘述了一種權利匯合和權利多元的信念。顛覆了她的核心權利論的，卻是從這一信念生出的一系列設定和誤解。因為無

在中國，「人民」是一個政治概念，其範疇在不同時期、不同地區，依黨的中心任務和統戰政策而變。所以作者提出「公民權利」的「交換」，未免和現實不太協調。

對中國的老百姓來說，西方意義下的公民權利恐怕是可望而不可即的奢侈品。



論歷史還是邏輯，都無法為我們保證，「自由與生存之間」的對抗一定是某種不協調或「交換」的結果，而兩者的妥協或「匯合」必然來自權利本身的「普遍性格」。至少在中國，叫作「權利」的未必就是（西方意義上的）權利，有時恐怕恰恰與權利相反，甚至排斥、消滅權利。同樣，權利構築的話語，也未必是構築權利的話語。今天話語的對抗和衝突之所以多半取權利的形式、辦權利的手續，也許僅僅說明西方式法律的用場大了——作為一種更有效能的社會控制系統，能夠更為理智地（或「本本主義」地、官僚地、職業化地）擺脫和消解包括核心論在內的一切挑戰和批判。

或許作者也意識到了自己理論的局限，所以她在結論中請來韋伯，引經據典地談起社會的「有意識的轉變態度」、「內容理性的法律」，以及跟法律的「新意義」和「新規則」匹配的人的「新行為方式」（頁237）。這些法治要件在中國當然尚付闕如，只不過我忍不住要問一句：法律的「新意義」、「新規則」和人的「新行為方式」，到底是哪個生哪個呢？

註釋

① 換一個角度，則是兩類基本權利的實現條件相互衝突的問題。公民與政治權利要求限制政府權力以保障個人自由；經濟、社會、文化權利則要求加強政府對社會組織的干預，為發展福利提供條件。甘曼卡(E. Kamenka)以為現代國際人權

法的道德支柱《世界人權宣言》(1948)從一開始就被這個根本矛盾所困擾，因而十分無力。Eugene Kamenka: "Human Rights, Peoples' Rights," J. Crawford ed.: *The Rights of Peoples* (Oxford: Clarendon, 1988), pp. 137-38.

② Ann Kent: *Between Freedom and Subsistence: China and Human Rights* (Hong Kong: Oxford University Press, 1993). 以下括號內頁碼均指此書。中國指大陸。西方中國問題專家多有漢名，筆者未及查詢，暫從俗譯作肯特。

③ Henry Shue: *Basic Rights: Subsistence, Affluence and US Foreign Policy* (Princeton University Press, 1980); R.J. Vincent: *Human Rights and International Relations* (Cambridge University Press, 1986).

④ 關於普遍權利，參見Louise Henkin: *The Age of Rights* (Columbia University Press, 1990). 基於普遍權利對中國法律制度和人權思想的一般表述，見R. Edwards et al.: *Human Rights in Contemporary China* (Columbia University Press, 1986). 普遍權利論的自然法淵源，可以上溯到斯多噶學派對自然和理智的討論和西塞羅關於真正的法是理智與自然合諧的說法(De Republica III:22:33)。參見John Finnis ed.: *Natural Law* (Dartmouth, 1991).

⑤ 如 J.F. Copper: "Defining Human Rights in the People's Republic of China," Yuan-li Wu et al.: *Human Rights in the People's Republic of China* (Westview, 1988); S. Young et al.: *The Tradition of Human Rights in China and Vietnam* (New Haven, 1990).

⑥ 柯亨(J.A. Cohen)首先注意到新制度下的這種協調關係，認為和1949年以前國民黨憲法的民主承諾與專制統治之間的反差成為對照。J.A. Cohen: "China's Changing Constitution," *The China Quarterly* (Dec. 1978), no. 76, p. 798. 甘曼

無論歷史還是邏輯，都無法為我們保證，「自由與生存之間」的對抗一定是某種不協調或「交換」的結果，而兩者的妥協或「匯合」必然來自權利本身的「普遍性格」。

卡則主張唯有共產黨憲法取得了兩類基本權利的和諧，即規定行使憲法賦予的權利，只能就現階段政治、經濟、社會制度的發展而發展，目的是建設社會主義。見註①，頁137。對於社會主義憲法類型扼要的總結，見關信基：〈社會主義憲法比較〉，載翁松燃主編：《中華人民共和國憲法論文集》（香港：中文大學出版社，1984）。

⑦ 關於人權的分代和歷史發展，見 R.P. Claude: "The Classical Model of Human Rights Development", R.P. Claude ed.: *Comparative Human Rights* (Johns Hopkins University Press, 1976)。

⑧ 參見張友漁主編：《中國法學四十年》（上海人民出版社，1989）。

⑨ 參見徐國棟：〈遷徙自由與城鄉差別〉，《中外法學》（1992），第五期。

⑩ 中共中央：〈關於農業生產互助合作社的決議〉（1953年2月）。引自南路明等：《中華人民共和國地產法律制度》（中國法制出版社，1991），頁9。

⑪ 〈關於農村土地的轉移及契稅工作的通知〉（1995年5月）。見國家土地管理局政策法規司編：《土地管理政策法規匯編》，第三輯（農業出版社，1988），頁60。

⑫ 這個制度最後定型，則在公社化運動之後。1960年中共中央〈農村人民公社工作條例修正草案〉（六十條）發布，刹住共產風，公社土地集體所有、集體使用、生產隊土地（包括自留地和宅基地）不得出租買賣的模式才固定下來。

⑬ 參見北京大學法律系法學理論教研室編：《法學基礎理論》（北京大學出版社，1984），頁19以下。

⑭ 《人民法院組織法》第5條；《人民檢察院組織法》第8條；《刑事訴訟法》第4條。

⑮ 《七八憲法》第25條(3)款規定，人大常委會只能解釋憲法和法律、制定法令，無權制定法律。參見郭道暉等：《立法——原則、制度、

技術》（北京大學出版社，1994），頁262。

⑯ 《八二憲法》通過後，學者即開始呼籲、討論建立違憲審查制度。簡要的介紹，參見韓述之主編：《社會科學爭鳴大系·政治學法學卷》（上海人民出版社，1991），頁266以下。

⑰⑱ 《五四憲法》第91條；《七五憲法》第27條；《七八憲法》第48條。

⑲ 《七五憲法》第9條；《七八憲法》第10條。

⑳ 《七八憲法》第10條。

㉑ W.N. Hohfeld: *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, W.W. Cook ed. (Yale University Press, 1964)。

㉒ 這方面開拓性的研究，是J.-F. Billeter: "The System of 'Class Status'", in S.R. Schram ed.: *The Scope of State Power in China* (London: SOAS, 1985)。

㉓ 兩類矛盾即人民內部矛盾和敵我矛盾，後者可用法律解決。參見毛澤東：〈關於正確處理人民內部矛盾的問題〉，《毛澤東選集》，第五卷（人民出版社，1977）。

㉔ 「四大自由」入《七五憲法》第13條，屬總綱的規定，與第三章「公民的基本權利」有別，目的是鞏固黨的領導和鞏固無產階級專政。《七八憲法》移至第45條，和言論、罷工等自由並列，暗示性質已經轉變。

㉕ 五屆人大第三次會議關於修改《憲法》第45條的決議（1980年9月10日）。見中國人民大學法律系國家法教研室編：《中外憲法選編》（人民出版社，1982），頁19。

馮 象 哈佛大學中世紀英國文學博士，耶魯法學院法學博士。現任香港大學法律學院講師。