

■ 发展研究丛书



宪法 人权 思考

Constitution
Human Rights
Think

姜铁敬 著

中国广播电视出版社

■发展研究丛书

宪法 人权 思考

Constitution
Human Rights
Think

姜铁敬 著

中国
广
播
电
视
出
版
社

图书在版编目(CIP)数据

宪法 人权 思考/姜铁敬著,一北京:中国广播电视出版社,2004.5

ISBN 7-5043-3758-7

I.社… II.何… III.社会科学-研究 IV.D55

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 078665 号

宪法 人权 思考

作 者:	姜铁敬
责任编辑:	丁克南
装帧设计:	李宝璐
责任校对:	孙吉和
监 印:	李 兰
出版发行:	中国广播电视出版社
电 话:	65093580 65093583
社 址:	北京复外大街 2 号(邮政编码 100866)
经 销:	全国各地新华书店
印 刷:	北京康利印刷厂
开 本:	880×1230 毫米 1/32
字 数:	180 千字
印 张:	7.75
版 次:	2004 年 5 月第 1 版 2004 年 5 月 1 次印刷
印 数:	2000 册
书 号:	ISBN 7-5043-3758-7/G·1582
定 价:	158.00 元(全七册)

(版权所有 翻印必究·印装有误 负责调换)

我们的时代是权利的时代。人权是我们时代的观念,是已经得到普遍接受的唯一的政治与道德观念。

[美]L·亨金

序：法治是人权的根本保障

这是一本谈人权的书。类似内容的书即使在我国出版物大肆泛滥的今天也不多见。是从什么时候开始，我们越来越不愿意谈及人权这个话题了呢？记得解放初期我在镇上读小学的时候，在放学回家的路上，碰到一对农民夫妻在吵架，那男人一怒打了女人一记耳光，那女人便当众大叫：“你侵犯人权，我要到政府告你！”一个目不识丁的农妇，却能如此准确地使用“人权”这个词汇，可见，当时关于人权的概念是何等普及呀！在那个年代，人们心中的一种坚定信念是，解放了，人的各项权利都会得到应有的保障。仔细想一下，这一信念的形成也是很自然的。当初，我们共产党领导人民闹革命，不就是要推翻那个专制、黑暗、践踏人权的蒋家王朝吗？如今革命胜利了，“保障人权”自然是题中之意。但是，逐渐地，“人权”这个词汇在人们口语中消失了。一九五七年反右以后，知识分子更是对“人权”这类词汇噤若寒蝉。有谁还敢在大抓阶级斗争的年代，谈论这样一个危险的话题？不仅“人权”不能谈，“人性”也不能谈，甚至连“爱情”谈起来也有几分胆怯。君不见文革时期八个样板戏中的女主人个个寡居吗？只有阿庆嫂是结过婚的，可惜阿庆远去跑单帮了。那时，最时髦的话语是“只许老老实实，不准乱说乱动”、“打翻在地，再踏上一只脚”。在整整十年的动乱期间，“人权”成了真正的奢侈品。每个人都日夜忧心，不知什么时候“祸从天降”，就会被“揪出来”，被“抄家”，被“批斗”，被“扭送专政机

关”，那时就只好“老老实实”，不能“乱说乱动”了。在差不多 20 年时间里，“人权”从汉语词汇中彻底消失了。连一九七九年出版的《辞海》（语词分册）上都找不到这个辞汇，一九八二年出版的《辞海》语词增补本也没有。

“人权”一词再一次回归到我们的话语系统，已经是改革开放以后的事了。随着“依法治国”方针的确立，随着国民法治观念的增强，随着政治文明领域的不断拓展，有关人权的话题，不再“犹抱琵琶半遮面”，而是堂而皇之地走进了政府和公众的论坛。然而，我们的理论准备毕竟不足，我们依然需要有更多的专家、学者从理论的层面上，从法理、司法实践、社会伦理、政治学、文化人类学等不同角度对人权问题进行深入探索。青年学者姜铁敏同志所著《宪法、人权、思考》一书正是在这方面所做的有益的尝试。当我读完她的全部书稿时，又深为她的理论勇气、扎实功底和平实文风所感动。

人权问题说到底还是法治问题。每个社会的人权都是要靠法律来保障的，而保障人权的根本大法便是宪法。正好是五十年前，我们共和国第一部宪法诞生，当时可以说是中华民族的盛事。全国有一亿五千万人参加了讨论。宪法公布后，又掀起了规模宏大的全民学习运动。这是自十九世纪末以来，仁人志士经过半个多世纪浴血奋斗的结晶。但是，有了宪法不等于就有宪政。当宪法还仅仅是作为每个百姓手中的学习材料时，当宪法还不能进入司法程序时，它只不过是一个动听的宣言，人权仍然是可望而不可即的东西。三年后的反右斗争及以后的一系列政治运动，把宪法要保障的人民权利击得粉碎。这就向人们提出了一个尖锐的问题：怎样才能把宪法许诺给公民的各项基本权利变成生活中的真实？近年来，类似孙志刚之死那样惨烈的践踏人权事件时有发生，怎样才能从根本上杜绝这类悲剧？依据中国的国情，如何使宪法司法化？在人权的保障上，政府应当做什么？司法机关应当做什么？在姜

铁敬同志的这部著作中,对这些问题都做了深入而有价值的探讨,给人以耳目一新之感。

我不是研究法律的,但对近年来我国法制建设的每一个进步都给予了极大的关注。特别令人鼓舞的是,十六大以后新的党中央领导集体对宪法和宪政的高度重视。先是胡锦涛同志在现行宪法颁布二十周年之际,发表了热情洋溢而又意义深远的讲话,接下去,又依据宪法精神,废止了有可能侵害人权的收容法,出台了对城市流浪人员的救助法,这已经向宪法司法化迈出了象征性的一步。而正在召开的全国人民代表大会第十届二次全会把修改宪法列入了日程。这一切都表明,宪法和宪政的意义在人们的政治生活当中正在得到不断的强化,人权的观念日益深入人心,中国正在走向更高阶段的政治文明。事实正如我国发布的《中国人权状况白皮书》所指出的那样,我国人权状况一直保持了良好的发展态势。我深信,在邓小平理论和“三个代表”思想的指引下,中国的人权事业一定会取得更加卓著的成绩。

马克思曾经指出:“批判的武器不能代替武器的批判,物质的力量也只能用物质的力量去摧毁,但是理论一旦掌握群众就会变成巨大的物质力量。”具有中国特色的人权理论的建立和完善,一定会成为推动我国政治文明的智力支持。但愿有更多更好的研究人权的著作出版。

薄忠信

2004年3月

目 录

序:法治是人权的根本保障	1
前言	1

上 部

国际人权两公约与我国宪法的比较

第一章 观念上的比较	3
人权来源的比较	4
人权主体的比较	8
人权实现条件的比较	10
人权的义务主体及其义务的承担	12
国权与人权的冲突与利益取舍	16
第二章 内容上的比较	19
总体内容的比较	19
具体内容的比较	22
第三章 人权保障体系的比较	29
国际人权两公约的人权保障体系	29
我国宪法的人权保障体系	30

下 部

对我国宪法及宪政制度的思考

第四章 树立以人权为本的宪法观念	33
对传统宪法理论的反思	33
宪法价值观的整合	47
从“以人为本”向“以人权为本”转变	49
公民权利意识的误区	50
人权教育的必要性	54
第五章 限制公权的扩张	62
从公权的产生看公权的有限性	62
公权扩张的表现	68
部门利益是公权扩张的驱动力	75
完善宪法和宪政制度是有效限制公权的保障	77
惩治权力腐败要发挥宪法的功能	81
政务公开是对公权实施有效监督的前提	85
第六章 完善宪法,在权利内容上增加新的条款	88
迁徙自由应重新写入宪法	89
沉默权应该写入宪法	99
公民私人财产权的宪法保护	113
宪法应重视弱势群体人权的特殊保护	120
单身女性生育权的宪法考察	127
劳动权与罢工权的宪法思考	133
妇女劳动权的宪法保护	138
第七章 实现宪法司法化	153
宪法司法化是保障人权的关键	153
实现宪法司法化的障碍	157
实现宪法司法化的当务之急	159

司法权威与人权保障	165
国际人权两公约与我国宪法的效力关系	172
权利的实现最终取决于经济的发展和综合国力的增强 ...	175
附录一：2000 年中国人权事业的进展(中国人权状况白皮书) ...	183
附录二：公民权利和政治权利国际公约	203
附录三：经济、社会、文化权利国际公约	222

前言

无论是国内法还是国际法,全部的法律问题,实质上都是权利和义务的问题。权利和义务是法的核心,其中权利是本位的,是第一性的因素,义务是第二性的,是权利的派生,法律设定义务的目的就在于保障权利的实现。法律赋予公民的权利是广泛的多样的,而在诸多权利当中最重要的就是人权。在学理上,对人权的解说不尽一致,一般将其理解为“属人的或关于人的权利”,即指那些直接关系到人得以维护生存、从事社会活动所不可缺少的最基本权利,如人身自由、人格尊严、基本的社会保障等。如此看来,公民权本源于人权,人权是权利的出发点,是一切权利的最高概括。因此,人权历来是国际社会普遍关心的重大问题之一,是民主法制建设和人类社会文明发展战略的重要内容。

在国际社会有关人权保护的诸多法律文件中,《经济、社会、文化权利国际公约》、《公民权利和政治权利国际公约》是最重要、最典型的两个国际公约。我国已于1997年10月和1998年10月先后签署了这两个人权公约,并于2001年3月28日经全国人大常委会批准加入了《经济、社会、文化权利国际公约》。在我国,虽然宪法和其它法律很少使用“人权”概念,但由于宪法规定“凡具有中华人民共和国国籍的人都是中华人民共和国公民”,所以,在我国

国内法领域,公民权和人权的内涵基本上是一致的。我国宪法规定的公民的基本权利,就其内容来说,就是基本人权。也可以说宪法就是关于人权的根本法。

我国加入国际人权两公约以及对《经济、社会、文化权利国际公约》的批准,标志着我国对人权的承认和保护进入了一个新的阶段。随着时间的推移,我国人大常委会对《公民权利和政治权利国际公约》也将予以批准。在此之际,以人权为切入点,对这两个重要的国际公约与我国宪法进行较为系统的比较研究,对照国际公约找出我们在宪政观念以及立法上的不足,进一步健全完善我国的宪政制度,对于我们全面发展保护人权,更好地履行对国际社会的承诺,具有重要的理论价值和现实意义。

上部 国际人权两公约与我国宪法的比较

第一章 观念上的比较

国际人权两公约的起草是在《世界人权宣言》通过之后,从1947年开始的,直到1954年才完成。国际人权委员会将两个人权公约的草案提交联合国大会,联合国又花了12年的时间讨论、修改,直到1966年才得以通过。在漫长的公约起草和讨论修改过程中,围绕公民和政治权利与经济、社会和文化权利这两类人权展开过激烈的争论,处于冷战状态的东西方国家持有截然不同的态度:西方国家强调第一类人权即公民和政治权利的重要性,有的甚至不承认第二类人权即经济、社会和文化权利是真正的人权,即使同意第二类人权是人权的国家,也不同意将这两类权利写进同一个公约里。理由是这两类权利存在很大差别,前者可以在法院进行裁判,具有绝对性,可以立即实现,而后者则需要国家依赖于国际和国内的社会和经济条件去逐渐地实现,因此不能适用于同一个公约执行体系。反对的观点认为,不能把人权分成这样或那样的等级,所有人权都应同时得到同等的尊重和促进。

起草者之间的政治分歧导致的结果是,使最初准备起草一个

公约的计划变成分别起草规定两类不同权利的两个公约^①,即:《公民权利和政治权利国际公约》和《经济、社会、文化权利国际公约》。

然而,各种人权主张之间的妥协不可能完全掩盖各种不同的人权观念、意识形态和价值观念,实际上国际人权两公约在立论的逻辑基础上更多地吸收了西方价值观,而我国宪法是以亚洲(东方)以及前苏联社会主义价值观为立论基础的,因此,二者在人权的来源、人权的主体、权利的冲突等方面存在着差异是自然的。

人权来源的比较

近代人权学说是西方政治思想史上多种思想因素积累蜕变与融汇的结晶,这些思想包括:斯多葛派和基督教的平等思想和个人主义精神;罗马法中形成的权利概念以及基督教的二元政治观^②。

人权学说中涵蕴着的强烈的个人主义精神胚芽形成于斯多葛派那里,到中世纪又受到基督教神学的滋养,认为得救是个人的事,每个人的灵魂单独直接面对上帝,向上帝负责。这种个人主义的宗教锻造了基督徒坚强的个性和独立性、自主性,它是近代人权学说的精神基础。思想家们把神学的平等思想解读为世俗的平等思想,从在上帝面前人人平等的观念里,提炼出一个所有人都享有平等权利的底线。人权学说表达的不是一般的平等要求,而是人在“权利”上的平等。这个至关重要的权利概念是在罗马法中形成的。

基督教的二元政治观贡献的最有价值的思想因素是:确认了

① 白桂梅:《国际法上的人权》,北京大学出版社,1996年12月版,第42页。

② 丛日云:《近代人权学说的思想来源》,辽宁师范大学学报,2000.01期,第110页。

政教二元化权力体系的合理性,认为国家只是服务于人们的终极目标的一个工具,国家权力是有限的,个人生活的某些领域是国家无权干预的。近代西方人权学说的核心,是在个人与国家、私域与公域之间划出界限,将个人生活的一部分视为不受国家权力干预的个人范围。经过近代的变革,传统上教会与政府权力领域的划分转变为个人权力与政府权力的区分,政府权力不能干涉的部分,就演变成了个人的权利,个人权利构成了政府权力的界限。

人权内容在宪法或宪法性文件里的出现,要追溯到1215年的英国的《自由大宪章》,至此王权开始服从于法律。以后是1628年的《权利请愿书》,1679年的《人身保护法》,1689年的《权利法案》,随后是1776年美国的《独立宣言》,马克思称它为“第一个人权宣言”,1789年的法国《人权宣言》,这些人权文件是对西方人权思想的集中体现,并为人权公约的建立提供了重要的思想来源。

《世界人权宣言》是国际人权两公约的基础,它提供的理念和精神贯穿于两个公约中。《世界人权宣言》第一条规定:“人皆生而自由,在尊严及权利上均各平等。人各赋有理性良知,诚应和睦相处,情同手足。”

《公民权利和政治权利国际公约》和《政治、社会、文化权利国际公约》的序言中都规定有:“承认这些权利是源于人的固有尊严。”

从以上关于人权的来源问题的阐述上可以看出,公约坚持人权首先是一种自然权利,道德权利,公约的功能仅仅是宣示这种应有的自由权、平等权,而不是制造和授予人们这些权利。

在东方,人权的汉字起源不是在中国,而是在日本。正如梁启超先生对康有为的一个评价:“近世一些政治、法律术语,大多都起

至西方,而移至东国。康南海先生乃民权简史首创第一人。”^①

鸦片战争以前,日本人非常朝拜中国,一切都向中国学习,鸦片战争中我们失败了,日本人认为汉学已经没有用了,不再尊奉儒学,而转西学。一大批学者开始到荷兰、法国、英国和德国学习,并把获得的知识转达给日本民众,转达中借助了大量的汉字,包括刑法、民法、宪法、诉讼法、政体、三权分立等现在不可脱离的概念,这样就把西方的观念与东方的观念结合起来。关于人权的观念也不例外,形成了一种东方化的西方人权观。比如日本学者福泽渝吉就把卢梭的“人人生而平等”表述为“天不造人上之人,也不造人下之人”。我国后来经历了几次人权运动,关于人权的观念无不打上了东方价值观的烙印。

我国现行宪法是1982年颁布的,1988、1993、1999年分别进行了三次修改。我国宪法在序言中有这样的陈述:“一九四九,取得了新民主主义革命的伟大胜利,建立了中华人民共和国。从此,中国人民掌握了国家的权力,成为国家的主人。”

有人认为我们从序言中的陈述里可以逻辑地推出这样的结论:我国宪法规定的公民基本权利是由国家授予的。整个宪法序言完整地陈述了中华人民共和国的建国历程,有了国家,然后才有了人民的权利和国家机构的职权及其运作,也就是说国家先于人民的权利,人民的权利先于国家机构的权利。我认为做这样的理解有些牵强,首先“掌握”权力并没有否认权力来源于人民;其次,“权力”是指公权,而不是人权(权利)。所以我国宪法文本里没有关于人权来源的明确的表述,宪法序言强调的是:新中国的成立,人民才真正掌握公权,是对比旧中国而言的。在旧中国权力掌握在统治者手里,而不是人民手里,在语言表述上侧重于建立社会主

^① 徐显明:《法治的真谛是人权》,凤凰网 www.phoenixtv.com《鲁豫有约》,2002年4月29日。

义国家的重要性。

很显然,国际人权公约吸取的西方的价值观念和权利哲学显然多于东方的观念与哲学。西方国家关于国家起源的观点来自法国著名的启蒙学者卢梭的社会契约论,认为国家起源于人们订立的契约。例如美国的独立宣言中有这样一段名言:“人人生而平等,造物主赋予他们一定的不可分割的权利,其中包括生命、自由和追求幸福。为了保障这些权利,人类才在它们之间建立政府,而政府的正当权利来自于被统治者的同意——任何政府一旦破坏这些目的,人民就有权改变和废除它,并建立一个新的政府。”这段名言在人权的来源上的表述与两公约是一致的,它体现出的价值理念是:人权是先在的,国家及政府是衍生的。我国宪法虽然也继承了人类文明的成果,但是受亚洲价值观念和前苏联社会主义宪法的影响较深,认为国家是先在的,人权是衍生的。这种价值观还体现在宪法序言中对国家的根本任务的规定上,“国家的根本任务是集中力量进行社会主义现代化建设。……把我国建设成为高度文明、高度民主的社会主义国家。”也就是说国家的任务是为了国家,而不是为了个人。当然我们可以做这样的解释:高度文明、民主的现代化国家是实现人权的必要条件,或者换句话说:没有民主、文明的国家就不会有人权。很显然,这种解释本身也体现出国家先于人权这样一种价值取向。宪法序言中关于“社会主义建设事业必须依靠工人、农民和知识分子,团结一切可以团结的力量”的陈述,也体现出作为某类人集合体的工人、农民和知识分子,在国家建设中的工具性,而非目的性。在人权汉字起源的日本,其宪法第11条规定:“本宪法所保障的国民的基本人权,为不可侵犯的永久权利,现在及将来均赋予国民。”可见宪法所保障的人权不是国民原本具有的,而是被赋予的。充斥新加坡街头的标语:“国家高于社会,社会高于个人。”更体现了这种价值观念。