人权法国家义务研究

刘志强 著

广州大学人权研究中心人权研究系列之
人权研究博士文库
学术顾问/罗豪才 董云虎
主 编/李步云 郭道晖

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

人权法国家义务研究

刘志强 著

广州大学人权研究中心人权研究系列之
人权研究博士文库
学术顾问/罗豪才 董云虎
主 编/李步云 郭道晖

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

人权法国家义务研究 / 刘志强著. —北京:法律出版社,2015.8
(人权研究博士文库)
ISBN 978-7-5118-8356-8

Ⅰ.①人… Ⅱ.①刘… Ⅲ.①人权—法的理论—理论研究—中国 Ⅳ.①D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 195506 号

人权研究博士文库	人权法国家义务研究	刘志强 著	责任编辑 韩满春 装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 A5　　**印张** 5.625　　**字数** 139 千
版本 2015 年 10 月第 1 版　　**印次** 2015 年 10 月第 1 次印刷
出版 法律出版社　　**编辑统筹** 学术·对外出版分社
总发行 中国法律图书有限公司　　**经销** 新华书店
印刷 三河市龙大印装有限公司　　**责任印制** 陶　松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)
电子邮件/info@lawpress.com.cn　　销售热线/010-63939792/9779
网址/www.lawpress.com.cn　　咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)
全国各地中法图分、子公司电话:
第一法律书店/010-63939781/9782　　西安分公司/029-85388843
重庆公司/023-65382816/2908　　上海公司/021-62071010/1636
北京分公司/010-62534456　　深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-8356-8　　**定价**:23.00 元
(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总　序

“人权研究博士文库”是由广州大学人权研究中心主持编辑出版的。这个中心成立于2004年7月，是直属于广州大学、专司人权研究的科研机构。2007年，经广东省教育厅批准，该中心成为广东省高校人文社会科学重点研究基地，这在全国尚属首例，这也充分体现了党和国家对人权理论研究的重视。编辑出版这套丛书，是该研究中心的诸多任务与成果之一。

“人权研究博士文库”就其命名，有两个关键词：人权研究与博士文库。前者是其内容，后者为其形式。

改革开放30多年的实践表明，人权观念已经获得了广泛认同和传播。2004年“国家尊重和保障人权”的重要短语载入宪法。这是历史的进步，是中国人权事业发展的重要标志。今天，全社会都在贯彻以人为本的科学发展观，国家更迫切需要年轻一代中国学者在人权理论学科建设和研究方面做出重要贡献。青出于蓝，人们喜见老一辈学者为人权研究开辟的道路，现今已有许多青年学者接踵而

至。其中有些博士论文也以人权为主题,做出了颇有理论深度和现实意义的研究成果。我们编辑出版“人权研究博士文库”,就是期望后起之秀能有发表和传播其学术见解的机会,有为我国人权研究事业施展才华和抱负的平台。

近年对人权理论的研究方兴未艾,出版了一些研究人权的专著和人权法学教材,有些高校还建立了人权研究中心,开设了人权法学课程,人权已开始成为一门“显学”。抚今追昔,令人欣慰。值得指出的是,当代中国人权理论研究紧密结合中国社会发展实践,关注社会基层住房、医疗、教育、就业、司法公正等领域中存在的理论与制度障碍等方面的问题,开始进行颇有深度的专题探索和思想掘进。同时,它们也从理论上对中国人权建设事业的成就和经验进行了充分的阐述。收入本文库的首批博士论文的选题,就多有这种特点。

我们希望今后会有更多更好的人权专著出版,使我国人权理论和人权保障事业能迈上政治文明建设的新台阶。我们也相信年轻一代的学者们能够开拓视野、坚持解放思想,为我国人权事业的发展做出应有的贡献。

李步云　郭道晖

2008 年 8 月

此为试读,需要完整PDF请访问: www.ertongbook.com

前言与导读

人权法国家义务研究是人权法学中一个十分重要的问题。我经常说,人权保障,靠什么保障呢?以往学界侧重于人权研究的实体,忽略对人权义务方面的研究。就人权来说,权利原始主体是个人,义务核心主体则是公权力。展言之,人权而人权法,既然人权的义务主体是公权力,那么人权法的义务主体则是国家机构。人权法学不仅要研究权利问题,也要研究义务问题。国家义务的研究之所以重要在于是否落实人权保障最为关键的环节。正因为如此,之所以会出现反人权、反普世价值的思潮,原因在于人权的原生态是一个对抗权,需要国家公权力尊重、保障、救济、促进乃至实现人权。这些消极和积极的行为,都需要国家尽到人权义务。公权力该作为的不作为,不该作为的乱作为,都是公权力行为没有尽到国家义务的表现。

从观念人权到制度人权是一个飞跃,其中介在于国家义务的落实。人权既是普遍的,又是特殊的。人权的普遍性往往体现在人权观念上,人权的特殊性往往彰显于人权实践中。但不能以人权的

特殊性否定人权的普遍性。无论是人权普遍性,还是人权特殊性,其关键在于国家对人权应尽到人权义务。从这个意义上来说,国家是人权实现的最主要的义务主体。国家义务在人权既对抗又合作中,不断把人权保障提升到更高水平。国家义务从类型来说,主要有道德义务、法定义务和国际义务。国家应适时把人权形态之间的权利进行转化。从国家义务主体与人权主体模型构造来看,典型说明了公权力和权利之间的博弈关系,从而揭示了公权力在履行国家义务时既有人权保障,也有侵犯人权的两面性,也就是说人权保障与国家公权力存在一定的紧张关系。

人权是国家存在的目的。宪政旨在限制公权力和保障人权,宪政针对的对象是国家公权力,既是授权又是国家义务,而公民则是宪政中的权利主体。法治是国家权力运行的规范,其运行方向是双务的,既是国家公权力执法的依据和规制,也是公民行为的准则。那种所谓仅仅单务约束老百姓的法治,则是对法治的误读。民主是公民对政府授权。也就是说,人权是最高价值,宪政是以宪法为前提,以民主为基础,以法治为核心,以保障人权为目的,在宪政体制下约束国家公权力、促使国家公权力尽到国家义务来尊重与保障人权之目的。

本书以人权法国家义务理论为立论,通过学术史检索与梳理,剖析了国家义务渊源,进而对国家义务、人权形态国家义务转化及国家义务证成作了重点论证,并结合国家义务相关联的问题,就新生农民工权利缺失、能动司法困境、公共财政等作为本书分论,从理论上对人权法国家义务事例进行了剖析。

以下是本书各章的内容提要:

第一章主要对国家义务进行学术史的梳理与分析。对国家义务理论的流变进行回望,在于提出需要进行论证的核心议题,这是学术研究最为重要的一步,由此才能围绕核心议题展开进行论述。学术史,从某种意义上来说,也是一种重要的研究方法。方法与思想是学术研究中一体两面的问题。学术与思想,突出地表现为它们之间的相互转化、相互

为用,不能把两者绝对割裂开来。

第二章主要论证了人权、人权法与人权法学三者之间的关系。简言之,人权法学以人权法作为研究对象,而人权法则以人权作为规范对象。为此,要界定人权法学,则要界定人权法,进而要界定什么是人权。人权法学带有人权法规范的特性。在规范层面来说,人权法学可以转化为人权法律关系。人权法律关系权利主体是个人,而义务主体主要是国家公权力;人权法律关系的客体,直指公权力作为与不作为;而人权法律关系的内容,则是人权法规范权利清单。人权法律关系中权利与义务主体,与一般法律意义上的权利与义务主体明显不同的是权利主体与义务主体的关系并不具有同一性,而是分离应对。

第三章主要论述了人权的价值基础问题。人权的价值在于尊严,而尊严源自于人的人性。人性主要是指人的自然属性,而非人的社会属性。前者是事实问题,是人权产生的内在根据;后者则是价值问题,是人权产生的条件。这两者是不同层面意义的问题,并非统一体。人的自然属性是人权的源泉,人的社会属性则是人权价值的体现。

第四章主要围绕国家义务理论渊源进行钩沉。国家义务理论,举凡自然法学理论、实证法学理论,还是社会法学理论等都对国家义务进行了论述。自然法学理论认为对个人自由的最大威胁来自国家,因此在国家制度的设计上都是集中在如何对国家权力进行控制,以求个人权利的实现,国家义务就是用尽一切办法保证个人的幸福,国家的行为只有符合道德才具有正当性。实证法学派强调国家义务的法律化,法律化的国家义务;存在不完备的状态时,甚至强调功利主义的牺牲,倡导个体权利作出牺牲,达不到基本权利的保护,切断了法律与伦理之间的界限;公正与不公正的法律,同样合法有效。社会法学流派主张社会控制,在国家和个人之间存在公民社会,公民社会控制着国家的代言人政府,使法律不是权力,而是对权力的制约;同时调和国家与个人之间关系。而“家国一体”型的中国,封建统治者只有权力而无责任。虽然儒家文化注重道

德的强制,当权者有治国安邦的理念,以自身的自律作为约束权力的方法,仅是习惯的或道义的责任而不是法律责任,国家的安定富强寄托在皇帝的品德,实质是人治代替了法治,是以人民对国家的义务本位观。

第五章主要从法理方面论述国家义务的内在逻辑义理、模式以及分类。国家义务的逻辑分析,国家义务模式的区分,人权与国家义务及人权与国际义务之间的关系。人权是国家义务的核心价值,人权是普遍的道德权利,意味着国家要履行相应的道德义务。国家的道德义务位阶高于法定义务,道德义务内容推定法定权利,推导出法定义务。国家在国际中体现的义务有两种,一种是国际公法的义务,另一种是国际人权法中的义务。国际公法中的国家义务是国家,作为平等主体之间的国家义务。虽然国际人权法是国际公法的分支,但在国际人权法中的国家义务并不是对其他国家的义务,而是主权国对其治下保障与促进人权的义务。因此,国际公法中的国家义务与国际人权法国家义务完全不同,前者是平等主体之间的权利与义务关系,后者是主权国家与其治下的国民所要尊重和保障的人权国家义务。

第六章主要论述了人权形态及其转化的国家义务问题。人权存在三种形态:应有权利、法定权利、实有权利。因此,国家在人权保障方面存在三重义务类型,可以推导出:国家道德义务对应的是应有权利,国家法定义务和国际义务对应的是法定权利。应有权利、法定权利与实有权利之间如果没有转化,仅仅将人权三形态局限于任何单一存在形态都不足以揭示人权的本质,也不利于对人权实现途径的探索。对人权实现的逻辑来讲,国家应适时从应有权利转化为法定权利,再从法定权利转化为实有权利,这是人权在现实中得到实现的国家义务。

第七章主要阐述了国家义务证成性问题。正当性与证成性是政治哲学核心问题。一个国家具有正当性就等于这个国家在道德上被证成。正当性不一定来自于证成性,但正当性需要证成性来加强,否则正当性就会削弱,乃至失去合法性。国家权力因为其正当性,能够促使公民履

行义务,但国家权力正当性也需要国家权力履行国家义务来加以证成。从这个角度来说,国家权力的证成性就在于履行国家义务。

第八章以新生代农民工为例,论述了权利的困境与国家义务的缺失问题。以内在和外在的角度,并从内在角色、外在视角,内在公民、外在权利,内在风险、外在制约来论述新生代农民工在融入城市中面临的困境。社会上对新生代农民工存在的偏见,大多是持外在视角使然。公民身份的同一性与公民权利的差异性,揭示出新生代农民工内在公民与权利外在属性之间的矛盾。国家义务的阙如及制度外在制约,导致了新生代农民工带来的内在风险。解决新生代农民工融入城市的难题,有待于政府尽到国家义务。

第九章论述了国家义务与人权保障原则之间关系。新生代农民工问题是一个人权保障的法律问题。国家应在人权保障优位原则、平等保护原则、公权力自我控制三个原则前提下,应尽到道德、法定和国际三重义务,破除城乡二元结构,落实和保障新生代农民工基本权利。国家应及时将应有权利制定为法定权利,并将把法定权利在实践中予以承认、尊重、保护和促进实有权利。这是国家负有不可推卸保障人权的责任。

第十章论述了能动司法困境与司法国家义务与关系。司法的核心目标就在于公正的定分止争,以维护正常的社会秩序。美国司法能动的兴起和实施,有其特定制度前提条件,而在我国实施能动司法,没有体制的依托,效颦域外,难免是无本之木。如果说宪政制度是“源”的话,那么能动司法则是“流”。无视我国政治制度的实际情况、法理的障碍以及司法谦抑属性,在司法层面采纳能动司法的理念和做法,主动出击,企图让司法来承担维护稳定、化解一切社会矛盾的政治功能,这必将成为司法的难以承受之重,最终丧失司法的真正应有的功能。

第十一章主要剖析了公共财政与国家义务之间的问题。一个国家的公共财政并不是简单的经济问题,而是与宪政制度有关。公共财政是指在宪政制度下国家提供公共产品或服务的给付行为或财政运行制度,

具有公共性、非营利性、法治性等特性，并以公共利益和为社会提供公共服务为依归。防止公共财政的滥用，必须以权力制约权力，以权利制约权力，而所有这些制度的建立都需要法治的保障。只有建立宪政体制，才能有真正的公共财政制度。

此为试读，需要完整PDF请访问：www.ertongbook.com

目录

前言与导读/1

第一章　学术史考察/1

一、问题的提出与本书旨趣/1

二、关于国家义务研究的现状/2

三、方法与问题的交融/6

四、小结/9

第二章　人权法学的定位/11

一、从课程到学科的演变/11

二、人权、人权法与“人权法学”的关系/15

三、“人权法学”的特点与方法/19

四、小结：一点争议与学科任务/22

第三章　人权的价值基础/24

一、人的自然属性/25

二、人的社会属性/28

三、人权的价值/29

四、小结/33

第四章 国家义务的理论渊源/36
一、自然法理论/37
二、实证法理论/38
三、社会法理论/39
四、儒家思想因素/41
五、小结/42
第五章 国家义务的法理分析/44
一、国家义务的逻辑分析/45
二、人权与国家义务关系/47
三、国家的道德义务/49
四、国家的法定义务/51
五、国家的国际义务/61
六、小结/68
第六章 人权形态转化的国家义务/70
一、国家是人权义务中的刚性主体/70
二、人权形态转化的国家义务/72
三、国家义务的博弈模型构造/75
四、小结/78
第七章 国家义务的证成性/79
一、国家权力的正当性和国家义务的证成性关系/79
二、国家权力的正当性/82
三、国家义务的证成性/84
四、小结/88
第八章 国家义务的缺失与权利的困境
——以新生代农民工为例/90
一、问题与角度/90
二、新生代农民工被“污名化”/92
三、权利的觉醒/95
四、国家义务缺失与风险/99

五、消除歧视是国家义务和责任/104

第九章 国家义务与人权保障原则

——以珠江三角洲新生代农民工为例/106

一、三重国家义务/108

二、人权保障优位原则/113

三、平等保护原则/114

四、公权力自我控制原则/115

五、小结/116

第十章 能动司法的语境及其障碍/118

一、能动司法与司法的被动性/119

二、能动司法与社会矛盾的化解/121

三、西方国家司法能动的制度条件/124

四、能动司法法律上的障碍/127

五、小结/129

第十一章 公共财政与国家义务/131

一、公共财政的特性/132

二、公共财政的宪政基础/134

三、纳税与公共财政/138

四、公共财政的国家义务/142

五、小结/145

参考文献/146

后记/162

第一章　学术史考察

一、问题的提出与本书旨趣

人权法是指由国家制定或认可的法律所确认与保障的各项具体人权及其原则的规范的总和。它由单行人权法规及体现在宪法和其他法律、法规中的有关人权的规范构成。在我国法律体系中，人权法主要散见在以宪法为龙头的各个具体部门公法和国际人权法之中。

人权法的规范与其他法律关系不同之处在于权利义务分立，国家保障人权是国家存在的合法基础和价值所在。国家对人权保障存在国内法和国际人权法双重义务。2004 年“人权入宪”宣示了“国家尊重和保障人权”，在我国首次将人权由一个政治概念提升为宪法原则，尊重和保障人权成为国家的义务。我国政府于 2009 年 4 月、2012 年 6 月发布两次《国家人权行动计划》，对中国人权事业的发展作出规划，表明国家在人权保障领域将尽最大限度的义务的决心。联合国人权理事会于 2009 年年初通过了我国人权报告，肯定了我国在人权方面取得的成就。我国现行宪法中国家义务规范或为

缺位,或为徒具形式;其虽具价值意义,却无规范意义;且缺乏整体性,没有建立责任体系;内容亦为倡导性,无强制效力等。这些问题必须通过学术研究的追问:国家对个人(公民)究竟是否应当承担义务?国家为什么需要承担义务?其承担义务的价值基础是什么?国家承担什么层面的义务?其承担义务有何宪政功能?国家若不履行义务,国家有何责任?权利主体如何救济?如何从国际人权法、国内具体部门法和法理学三位一体全方位研究国家义务,这是本书主要目的。

二、关于国家义务研究的现状

个人(公民)与国家的关系是人权法中的核心议题。国家的强大不是来自于政府的强权。国家存在的意义,就在于保障人权,否则就将失去国家存在的价值。个人(公民)的主体性及尊严,依赖于国家对人权的保障,唯在国家切实履行保护义务之前提下,个人(公民)才得以存在和享有人权。国家义务是人权保障的逻辑前提,也是有效制约公权力的锐利武器。因此,国家是人权保障最主要的义务主体,这是第一位和刚性的。如何让国家义务在人权保障中予以有效履行,这是现代法治国家亟须解决的重大课题。

国家义务论,这种观点来源于西方自然法学理论,其论著则是汗牛充栋。从古希腊、古罗马的古代自然法学,到中世纪的神学自然法学,到自由资本主义时期的古典自然法学,再到现代的自然法学,大多都是围绕权利正当性和国家合法性展开论述的,但没有系统的关于国家义务的专著。

第二次世界大战以后,人权进入国际保护范畴。随着一系列国际人权文件的通过,人权保障成了国内法和国际人权法双重义务。国外诸多学者在涉及国家义务在保障人权方面有过论述。保罗·西格哈特(Paul Sieghart)认为,一个国家和其国民的关系中,人有人权,与之相对应的义务则主要是国家及其公共权威而非其他个人的。匈牙利学者斯扎波(Imre Szabo)指出,人权法的目的在于以制度化的手段保护人之权利免

受由国家机关施行之权力滥用,并且同时促进良好生活条件之建立和人性之多维度的发展。美国国际法学家亨金(Louis Henkin)认为"国际人权宪章"要求国家在其国内制度中承认、尊重和保证人权。挪威人权学者艾德(Asbjorn Eide)把国家的义务分为三类:尊重权利持有者之自由、自主的义务;通过立法和提供有效的救济保护权利持有者免受其他主体之侵犯的义务;帮助每个人以完成他或她获得一切可能的资源来建立更好的生活以及直接获得基本生活需要的义务。荷兰人权学者范·霍夫(G. J. H. van Hoof)则认为无论是就公民权利和政治权利,还是就经济、社会、文化权利,国家都负有四个层次的义务,即尊重的义务、保护的义务、保证的义务和促进的义务。可以看出,人权的保障主要约束对象是国家,规定的主要是一个国家对待其国民的行为。其次,在人权的实现中,国家的所作所为起着关键的作用。因此,人权的保障主要由国家——主要由其政府代表——负有首要义务。这一原则已由国际人权条约确立。人权事务委员会也指出人权条约是为处于缔约国管辖权之下的人的利益,这不同于其他仅仅是交换缔约国之间义务的条约。国家对人权保障需承担国内法和国际法双重法律义务。这些义务的具体内容规定和体现在大量的国际人权条约中。国家在人权保障中的义务可以总结为承认、尊重、保障和促进以及保护人权四个方面。这些方面共同构成了对人权的国家保证。

我国学界专门研究国家义务的论著较少。主要散见在期刊论文,其中涉及国家义务论述,比较有代表性的如下:孙世彦的《论国际人权法下国家的义务》①,该论文论述了国家在国际人权法下的义务可以总结为承认、尊重、保障和促进以及保护人权四个方面,这些方面共同构成了对人权的国家保证。韩大元的《国家人权保护义务与国家人权机构的功

① 孙世彦:《论国际人权法下国家的义务》,载《法学评论》2001 年第 2 期。

此为试读,需要完整PDF请访问: www.ertongbook.com