

人权研究

齐延平 主编

CSSCI 来源集刊 Volume XV 第15卷

人权不但张扬个人的自尊、自主、自强，也代表着一种不同于两千年中国法制传统的“现代”政治制度，它所依托的话语体系，既需要融合我们自己对理想社会的追求，也对我们既有的生活方式构成了严峻挑战。当意识到必须以一种近乎全新的政治法律制度迎接人权时代的来临之时，我们必须审慎思考自己脱胎换骨、破旧立新的方式。

山东人民出版社
国家一级出版社 全国百佳图书出版单位

CSSCI 来源集刊

人权研究

齐延平 主编

图书在版编目 (CIP) 数据

人权研究. 第15卷 / 齐延平主编. — 济南: 山东人民出版社, 2015.12

ISBN 978-7-209-09389-7

I. ①人… II. ①齐… III. ①人权—研究 IV.
①D082

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第319699号

人权研究(第15卷)

齐延平 主编

主管部门 山东出版传媒股份有限公司
出版发行 山东人民出版社
社 址 济南市胜利大街39号
邮 编 250001
电 话 总编室 (0531) 82098914
市场部 (0531) 82098027
网 址 <http://www.sd-book.com.cn>
印 装 日照报业印刷有限公司
经 销 新华书店

规 格 16开 (170mm × 240mm)
印 张 22.25
字 数 360千字
版 次 2015年12月第1版
印 次 2015年12月第1次
ISBN 978-7-209-09389-7
定 价 58.00元

如有印装质量问题, 请与出版社总编室联系调换。

《人权研究》编委会

编委会主任 徐显明

编委会委员 (以姓氏笔画为序)

白桂梅 齐延平 李步云 李 林

张晓玲 徐显明 常 健 韩大元

主 编 齐延平

编辑部主任 姜 峰

行政助理 何晓斌 俱丽云 王婧琳

《人权研究》集刊序

“人权”，乃是人因其为人即应享有的权利，它无疑是人类文明史中一个最能唤起内心激情与理想的词汇。人权，在今天已不再是一种抽象的意识形态，而是已成为一门需要熟虑慎思的学问。在呼吁人权的激情稍稍冷却的时候，挑战我们的智慧与理性的时代已经来临。

近代以来国人对人权理想的追求，总难摆脱经济发展、民族复兴的夙愿，曾经的救亡图存激起的民族主义情绪，始终是我们面对“西方”人权观念时挥之不去的顾虑。在个人与社群、公民与国家、自由与秩序、普适价值与特殊国情之间，我们一直在做艰难的抉择。也正因此，为人权理想奔走呼号的人士固然可敬，那些秉持真诚的保留态度的人们也值得尊重。

人权不但张扬个人的自尊、自主、自强，也代表着一种不同于两千年中国法制传统的“现代”政治制度，它所依托的话语体系，既需要融合我们自己对理想社会的追求，也对我们既有的生活方式构成了严峻挑战。当意识到必须以一种近乎全新的政治法律制度迎接人权时代的来临之时，我们必须审慎思考自己脱胎换骨、破旧立新的方式。当经历“三千年未有之大变局”之后，一个古老的中国无疑遇到了新的问题。在这种格局下，人权的支持者和怀疑者都需要交待内心的理由：人权对中国意味着什么？对于渴望民族复兴的中国来说，人权对公共权力的规训是否意味着削弱我们行动的能力？对于一个缺乏个人主义传统的国家来说，人权对个人价值的强调是否意味着鼓励放纵？对于一个较少理性主义的国家来说，人权是否意味着将割裂我们为之眷恋的传统之根？对于这一源自“西

方”的观念,我们又如何既尊重其普适价值又能不罔顾国情?诸如此类的问题,人权主义者必须做出回答,批评者亦必须做出回应。

人权既是美好的理想,又是政府行动的底线标准。

人权因其美好而成为我们为之奋斗的目标,毕竟,一个大国政道和治道的双重转换,确实需要时间来承载思想和制度上的蜕变。但是,对公共权力的民意约束、对表达自由的保护、对信仰自由的尊重、对基本生存底线的维持、对人的个性发展的保障,都昭示了政治文明走向以人权为核心的追求“时不我待”。我们必须承认,人权不是今人栽树、后人乘凉的美好愿景,而应当成为政府的底线政治伦理。政府的人权伦理不能等待渐进的实现,而是政府之为政府的要件。人权标准是一个“理想”并不等于、也不应成为固步自封、拒绝制度转型的理由。

人权规范政府,但并不削弱权威。

近代民族国家的兴起和资本主义的扩张,将个人从传统的群体生活中抛出,个人直面国家,成为现代政治的基本特征。个人主义价值观的兴起,在文化意义上凸现了个性的价值,在制度设计上为保护个人提供了防护性装置。民主化消除了君主专制和寡头政治的专横,但又带来了“多数派暴政”的危险,而巨型资本渐趋显现的对个人权利的社会性侵害,也经由政府释放着它的威胁。因此,人权观念的主流精神,始终在于防范公共权力。

但是,政府固然没有能力为非,行善却也无能为力。缺乏公正而有力政府的社会,同样是滋生专制和暴政的温床。我们不会把尊重秩序与爱好专制混为一谈,也不会将笃信自由与蔑视法律视为一事。为公共权力设定人权标准,将强化而不是削弱权威,因为只有立足于民主选举、表达自由、尊重个性之上的公共权力才会获得正当性。与此同时,权威不等于暴力,它不是说一不二和独断专行。只有一个受到民意约束的政府,才能对维护公民的权利和自由保持高度的敏感。在一系列由于公共治理危机引发的严峻公共事件不断叩问我们良心的时候,我们相信,只有健全保障权利的政治安排,

才能不致使政府因为无法获知民众的多元诉求而闭目塞听。我们需要牢记，一个基于民意和保障权利的政府才是有力量的。

人权张扬个性，但并不鼓励放纵。

人权旨在通过强化个人力量来对抗国家，它既张扬个性的价值，也坚信由制度所构造的个人创新精神乃是社会文明进步的根本动力。它让我们重新思考保障公共利益依赖于牺牲个人权益的传统途径的合法性和有效性是否仍然可行。在人权主义者看来，集体首先是个人的联合，公共利益也并非在各个场合都先于个人利益，它并不具有超越于个人之上的独立价值。为了所谓公益而把牺牲个人当做无可置疑的一般原则，将最终使公共利益无所依归。人权尊重个人自由，也倡导个体责任与自由结伴而行，它旨在改善个人努力的方向，排除在公共安排方面的投机，唤起普遍的慎重和勤奋，阻止社会的原子化和个人的骄奢放纵。自由与责任的结合，使每个人真正成为自我事务的“主权者”。当专断与暴政试图损害人的心灵的时候，人权思想具有阻止心灵堕落的功能。一个尊重个人价值的社会，才能滋养自立自强、尊重他人、关爱社群的精神氛围。一个尊重个人价值的社会，才能真正增进公共利益、获致国家的富强和民族的复兴。

人权尊重理性，但并不拒绝传统。

面临现代社会个人与国家的二元对立，我们期望通过培育权利和自由观念增强个人的力量。人权尊重理性，它将“摆脱一统的思想、习惯的束缚、家庭的清规、阶级的观点，甚至在一定程度上摆脱民族的偏见；只把传统视为一种习得的知识，把现存的事实视为创新和改进的有用学习材料”（托克维尔语）。理性主义尊重个体选择，但它并不是“弱者的武器”，甚至不能假“保护少数”之名行欺侮多数之实。“强者”和“多数”的权利同样属于人权的范畴。张扬理性乃是所有人的天赋权利，故人权理念不鼓励人群对立、均分财富和政治清算。我们主张人权与传统的融合，意味着我们要把界定“传统”含义的权利当做个人选择的领地留给公民自

己、把增进公民德行的期望寄托于自由精神的熏陶而不是当权者的教化。我们相信,人权所张扬的理性价值,在审视和反思一切陈规陋习的同时,又能真诚地保留家庭、社群、民族的优良传统。

人权尊重普适价值,但并不排斥特殊国情。

人权的普适价值,系指不同的民族和文化类型在人权观念上的基本共识,它旨在唤醒超越国家疆界的同胞情谊,抛却民族主义的偏私见解。“普适价值”的称谓的确源于“西方”,但“西方”已不再是一个地理概念而是政治范畴。人权不是“西方”的专属之物,而是为全人类共享的价值。我们拒绝个别国家挥舞的人权大棒,仅仅是确信那些出于狭隘民族国家利益的人权诉求构成了对人类共同价值的威胁。二战以后,随着对威胁人类和平和尊严的反思日益深切和国际交往的日益紧密,人权概念从东方和西方两个角度得到阐释,它厘定了共同的底线标准,也容忍各国的特殊实践。没有哪个国家可以标榜自己为人权的标准版本。但是我们相信,承认人权的特殊性只是为了拓展各族人民推进人权保障的思想潜力,任何国家以其特殊性来否定人权价值都是缺乏远见的。特殊性的主张不能成为遮羞布,人权在消除不人道、不公正实践方面的规范意义,应被置于首要地位。正像宪政民主有其改造现实、修正传统的功能和追求一样,人权标准与现实之间的紧张关系必须通过优化制度安排、改造陈规陋习来解决。

当下纷繁复杂的人权理论,寄托着人们的期望,也挑战着人们的理智;既是我们研究的起点,也是我们审视的对象。人权是一门需要理性建构的学科。唯怀有追求自由的执着热情,又秉持慎思明辨的冷静见解,才能使之萌茁发展。《人权研究》集刊就是为之搭建的一个发展平台。

是为序。

徐显明

2008年12月10日

目 录

《人权研究》集刊序	徐显明/1
-----------------	-------

论 文

美国行政法规的司法审查与宪法权利的保障	杨 蕾/3
---------------------------	-------

- 一、美国行政法规司法审查的涵义和功能/3
- 二、美国行政法规司法审查的理论依据和现实需要/6
- 三、美国行政法规的司法审查对宪法权利的保障具有重要价值/11
- 四、美国行政法规司法审查下的宪法权利保障/16
- 五、结语/29

生命权权利研究

——以《公民权利和政治权利国际公约》为基准	马 腾/30
-----------------------------	--------

- 一、导言/30
- 二、生命权的内涵范畴/31
- 三、生命权的意义价值/33
- 四、生命权的实证规定/38
- 五、生命权的权利架构/40
- 六、生命权与死刑问题/58
- 七、结语/73

法律赋能：以人权为基础的发展之新路径	程 骞/75
--------------------------	--------

- 一、引论/75
- 二、何为法律赋能/76
- 三、作为以人权为基础的发展路径的法律赋能/80

四、结语：如何促进法律赋能/88

生命刑的限制与生命权的保障 陈国飞/92

一、引言/92

二、生命刑的式微与生命权的兴起/93

三、为何要限制生命刑/99

四、如何保障生命权/108

五、结语/117

从道德伦理到法律规范：权利内容的双重面向及

其对中国的启示 曹晟旻/120

一、问题的提出：研究主题及其写作思路/120

二、两种权利面向的关联性与异质性/122

三、评价性视角：道德伦理视域的权利解读/126

四、角度与前提：道德伦理范畴内权利分析的利益取向及其基本条件/131

五、描述性视角：法律规范层面的权利安排及其个人主义的价值预设/135

六、中国语境下阐释权利内容的问题与障碍/141

七、结语/147

由国际法论环境难民之法律地位 张 超 张晏滢/149

一、传统难民之定义/149

二、确定难民地位的要素/152

三、环境难民之定义/153

四、环境难民的产生原因及种类/154

五、环境难民的保护措施及其缺陷/156

六、环境难民符合传统难民定义/163

七、结语/172

评 论

英国人权委员会立法评估制度及启示

——兼论我国国家人权机构的设立 田 芳/177

一、人权委员会的设立与组成：如何克服政党干预保持独立/178

二、人权委员会立法评估的对象和程序/180

三、人权委员会立法评估案例：人权委员会如何发挥作用/182

四、以议会为主导的全方位人权保障模式/187	
五、启示/191	
同性婚姻权宪法保障的法国模式	王建学/196
一、具有社会性和政治性的同性婚姻权议题/196	
二、变通保障同性婚姻权时期（1999 年至 2013 年）/202	
三、完整保障同性婚姻权时期（2013 年至今）/205	
四、同性婚姻权保障的法国模式/208	
五、结语/212	
以色列语言权保护及其启示	田荔枝/214
一、确立希伯来语、阿拉伯语和英语地位的立法背景/215	
二、希伯来语的地位/217	
三、阿拉伯语的地位/219	
四、以色列其他少数语言的地位/226	
五、结论/229	
《大宪章》的私法属性及其意义	郭 亮/230
一、问题的提出/230	
二、国王的私权/232	
三、《大宪章》体现的相对所有权/234	
四、相对所有权的观念史基础/238	
五、相对所有权的实在法基础/242	
六、相对所有权与代议制的联系/244	
七、局限性和历史的补正/248	
八、结论/250	
姓名权的性质及其限制	
——兼论全国人大常委会姓名权解释的合理性	
.....	何晓斌/254
一、问题的提出/254	
二、姓名的功能特性及姓名权的内容/257	
三、姓名权属于宪法权利？/259	
四、对姓名权该如何限制/263	
五、结语/268	

在海中重建宪法之船

——贝拉米《政治宪政主义》评介 王 婧/270

- 一、政治宪政主义的理论背景/271
- 二、批判法律宪政主义：权利的政治性与支配的形成/274
- 三、建构政治宪政主义：民主的政治宪法/278
- 四、“规范但没有规范很多”/283
- 五、结语/285

法院在民主转型中的功能定位

——强司法审查与弱司法审查的比较

..... 斯蒂芬·伽得鲍姆 著 曹 瑞 译/288

- 一、导论/288
- 二、司法审查的类型/291
- 三、(对法院的) 抵制/294
- 四、司法独立：新兴民主政体中法院的首要目标/301
- 五、弱司法审查何以能够缓解紧张关系/305
- 六、主张的局限性/310
- 七、结论/313

作为权利保护之环境保护

——“环境权”之成立可能性 松本和彦 著 牟宪魁 译/314

- 一、引言/314
- 二、环境权的概念与问题点/315
- 三、人格权构成/317
- 四、持份权构成/319
- 五、程序参与权构成/320
- 六、环境权的宪法化/321
- 七、另一种程序参与权构成/322
- 八、支配权与决定权/324
- 九、结语/325

关于美国警察即时强制盘查的米勒尔案 杨曙光 唐文哲 译评/326

- 一、背景/326
- 二、判决内容/327
- 三、评论/341

CONTENTS

Preface / 1

Xu Xianming

Articles

1. The Judicial Review of Administrative Regulations and the Protection of Constitutional Rights in America / 3

Yang Lei

2. The Research on the Right to Life; Based on International Covenant on Civil and Political Rights / 30

Ma Teng

3. Legal Empowerment as a New Human Rights-Based Approach to Development / 75

Cheng Qian

4. The Limit on Death Penalty and Protection of Right to Life / 92

Chen Guofei

5. From Ethics to Legal Norm; Both Sides of Rights Content and the Enlightenments to China / 120

Cao Shengmin

6. Legal Status of the Environmental Refugees in International Law / 149

Zhang Chao & Yen-Chiang Chang

Comments

7. The Legislative Assessment by JCHR in Britain; The Establishment of National Human Rights Institutions / 177

Tian Fang

8. The French Experience of Constitutional Guarantee of Right to Same-Sex Marriage / 196

Wang Jianxue

-
9. Language Rights Protection in Israel and Implications / 214
Tian Lizhi
10. The Private-Law Character of Magna Carta and Its Significance / 230
Guo Liang
11. The Nature of Right to Name and the Restrictions on It; Concurrently Discuss the Rationality of Legislative Interpretation of Name Right Passed by NPC Standing Committee / 254
He Xiaobin
12. Rebuild the Constitutional Ship at Sea; Review of Richard Bellamy's Political Constitutionalism / 270
Wang Jing
13. Are Strong Constitutional Courts Always a Good Thing for New Democracy? / 288
Stephen Gardbaum; translated by Cao Rui
14. Considering Environment Protection as Right Protection: the Possibility of "Environmental Right" / 314
Matsumoto Kazuhiko; translated by Mou Xiankui
15. On Stop And Frisk Of Police; *Muehler v. Mena* / 326
translated by Yang Shuguang & Tang Wenzhe

论文

美国行政法规的司法审查与宪法权利的保障

杨 蕾*

宪政领域中的司法审查（judicial review）指的是美国的法院审查立法机关制定的法律是否有违反宪法的制度。而行政法规的司法审查是这种概念的延伸。因为行政机关的行政行为包括其准立法权，亦应保持公开透明，受到监督，司法审查则是监督的重要途径。因此，行政法规的司法审查指的是法院对行政法规是否符合宪法和法律而进行的审查。在美国这两种层次的审查都由普通法院进行，既没有特定的行政法庭，也不设计特别的程序。前者属于违宪审查的范围，而后者属于行政法研究的领域。宪法权利的保障属于两者的交叉地带。行政法规的司法审查有两个功能：法院能够为行政机关决策的可靠性提供“质量控制”，这是法院的技术服务功能。同时，行政机关在进行多元社会价值选择时，法院历来重视防止人的权利（或者法人以及其他行政相对方）受到行政行为的不利影响。因为“他们没有特殊的能力衡量技术细节、成本和利益，为了履行保护权利这一责任，法院选择通过改善质量，控制行政机关的决策过程”^{〔1〕}。从法院提供人权保障的视角来重新评估行政法规，实现其人权价值的推进功能。

一、美国行政法规司法审查的涵义和功能

行政法规的司法审查来源于国会的明确意图。“一般来说，国会认为行

* 杨蕾，山东建筑大学政法学院。本文系山东省社科规划项目“具体行政行为跨程序拘束规则研究”（项目编号：13BFXJ02）的阶段性成果；2014年山东省社科规划项目“私人规制视阈下的公共工程监管研究”（编号14DFXJ03）；山东建筑大学博士基金项目“美国行政法规的司法审查”研究。（项目编号CLS（2014）D019）的阶段性研究成果。

〔1〕 STEVEN G. BREYER & RICHARD B. STEWART, *Administrative Law and Regulatory Policy: Problems, Text, and Cases*. pp28, 371. Aspen Publishers; 6 edition (April 24, 2006).