

中国人权年刊

(第四卷 二〇〇六)

CHINESE YEARBOOK OF HUMAN RIGHTS

(Vol.4 2006)

孙世彦 毕小青 主编

孔珊 (Stephanie Kleine-Ahlbrandt) 执行主编

中国社会科学院法学研究所

中国社会科学院国际法研究中心

中国社会科学院人权研究中心 主办

中国社会科学院人权资料中心

联合国人权事务高级专员办公室



中国社会科学出版社

中国人权年刊

(第四卷 二〇〇六)

**CHINESE YEARBOOK OF
HUMAN RIGHTS**

(Vol. 4 2006)

孙世彦 毕小青 主编

孔 珊 (Stephanie Kleine-Ahlbrandt) 执行主编

中国社会科学院法学研究所

中国社会科学院国际法研究中心

中国社会科学院人权研究中心 主办

中国社会科学院人权资料中心

联合国人权事务高级专员办公室

中国社会科学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

中国人权年刊. 第四卷, 二〇〇六/孙世彦, 毕小青主编. —北京:
中国社会科学出版社, 2008. 6

ISBN 978 - 7 - 5004 - 6891 - 2

I. 中… II. ①孙…②毕… III. 人权 - 研究 - 中国 - 2006 - 年刊
IV. D621. 5 - 54

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 055035 号

出版策划 任 明
责任编辑 宫京蕾
责任校对 王兰馨
技术编辑 李 建

出版发行 **中国社会科学出版社**

社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号 邮 编 100720

电 话 010 - 84029450 (邮购)

网 址 <http://www.csspw.cn>

经 销 新华书店

印 刷 北京奥隆印刷厂

装 订 广增装订厂

版 次 2008 年 6 月第 1 版

印 次 2008 年 6 月第 1 次印刷

开 本 787 × 1092 1/16

印 张 13.25

插 页 2

字 数 231 千字

定 价 30.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书, 如有质量问题请与本社发行部联系调换

版权所有 侵权必究

中国人权年刊

中国社会科学院法学研究所
中国社会科学院国际法研究中心
中国社会科学院人权研究中心
中国社会科学院人权资料中心
联合国人权事务高级专员办公室

主 办

中国人权年刊

CHINESE YEARBOOK OF HUMAN RIGHTS



编辑委员会

主 编 孙世彦 毕小青
执行主编 孔 珊 (Stephanie Kleine-Ahlbrandt)
委 员 黄 列
 Jonas Grimheden
 Vittit Muntarbhorn

顾问委员会

刘海年
王家福
徐显明
Christine Chinkin
Yash Ghai
Manfred Nowak
Nigel Rodley
David Weissbrodt

本卷出版承蒙联合国人权事务高级专员办公室和
中国社会科学院资助并由
罗尔·瓦伦堡人权与人道法研究所协助

The publication of this volume is funded by
the United Nations Office of the High Commissioner for
Human Rights and the Chinese Academy of Social Sciences and
supported by the Raoul Wallenberg Institute of
Human Rights and Humanitarian Law

卷 首 语

“仁”，乃是圣人孔子的古训，也是中华传统文化提倡的人文主义精神的核心。在形义兼具的汉语里，“仁”字构造之深奥与美妙，在于它生动地表示了人与人相偶相亲之道。不过，在现实生活里，践履仁道，却是复杂而艰难的。可以说，如何处理好人类自身的关系，尤其是政府与人民之间、个人与社会之间的关系，不论东方或西方，向来都是政治法律哲学的核心问题。从中国文化的视角看，笃行仁道，既要讲仁者爱人，也要讲仁者敬人；既要讲作为君子谨循礼法、施仁行义的道德资格，也要讲作为公民建设法治、主张正义的政治能力；既要从个人修行的角度讲道德义务，也要从社会制度的角度讲道德权利；既要在劝善的意义上讲人道，也要在防恶的意义上讲人权。这是“仁”的理念在现代条件下运用和展开所必然推导出来的政治原理，也是中华民族数千年来尤其是近百余年来上下求索、艰辛备尝所积累的历史经验。这个原理和经验，与1948年《世界人权宣言》所确认和宣示的人类普遍原则和共同经验，乃是一脉相承的。

在当代世界，人权是全人类共同的崇高事业，也是全人类通行的普遍法则。尽管权利文化并不完美，权利语言的过度使用，或许会助长利己主义诉求，造就许多忽视社会责任的孤独的权利持有者，并导致政治话语的枯竭，但是，迄今为止，权利制度依然是防治恶行、改善政治的一种理性工具，权利文化依然是维护每个人的尊严与自由、增进社会团结与合作的一个坚实基础。尽管不同的文明传统，不同的国家和民族，存在对人权的不同认识，保护人权的方式和条件也有差异，但是，总的说来，共识多于歧见、合作多于对抗的良好态势已经呈现，尊重和保障人权本身，也成为地球上五方杂处的人类在哲学、伦理、政治、法律等广泛的领域深化交流、增进理解和扩大合作的重要渠道。

中国是联合国的创始成员之一，曾经为《世界人权宣言》的起草贡献她独特的文化精神与智慧。在当代中国，人权理念为传统的仁道文化增添了新的活力与辉彩，人权事业成为无数中华儿女为之奋斗的宏伟志业，人权学问正在形成一个既广且深的知识领域。尤其是近些年来，尊重和保障人权，不仅成为中国作为一个发展中国家谋求全面、协调和可

持续发展的一项指标，而且成为中国政府、学者和民众开展国际合作、促进人类和平与进步的一个途径。《中国人权年刊》之创办，意在以惓惓之忧，稍尽绵薄之力，为人权的学术研究，尤其是中国与国际社会的人权学术合作与交流，开垦一圃园地。唯望海内外同仁鼎力相助，共襄其盛。

中国社会科学院教授

夏 勇 谨识

二〇〇三年秋

本 卷 序

《中国人权年刊》情况简介

孙世彦

《中国人权年刊》(Chinese Yearbook of Human Rights)(以下简称《年刊》)是由中国社会科学院法学研究所、国际法研究中心和人权研究中心主办的专门性人权研究学刊,于2003年创刊。其第一卷至第三卷由欧洲联盟资助,是“中国—欧盟联合国人权两公约学术交流网络集萃”的专号,于2004年至2006年间由社会科学文献出版社同时出版中英文本。该三卷选辑出版了在“中国—欧盟人权学术网络”的框架之内、于2002年至2004年举行的中欧人权研讨会的会议论文和摘要,其中所包括的约80篇文章来自于研讨会的中方和欧方参加者,涉及的内容包括诸多的人权专题如表达自由和对媒体的规制、禁止酷刑、获得公平审判的权利、结社自由、对少数者的保护、非政府组织的能力建设、对人权的司法保护、健康权、社会保障权、辩护权、公司社会责任、性别与法律等。

《年刊》头三卷在国内外引起了广泛的反响,被认为是代表了中国人权研究水平的高质量出版物,同时促进了中外学术界在人权领域的对话与交流。《年刊》第四卷由中国社会科学院法学研究所、国际法研究中心和人权研究中心与联合国人权事务高级专员办公室共同主办,瑞典罗尔·瓦伦堡人权与人道法研究所提供技术支持,其英文版由布里尔学术出版公司(Brill Academic Publishers)按照国际标准在世界范围内出版发行。

《年刊》发表中外学者提交的学术论文、评论和书评等,旨在向国际社会展现中国学者在人权研究领域的成就,同时加强中国和国际社会在人权领域的学术交流与对话。《年刊》为跨学科书刊,发表从法学、哲学、政治学、历史学、社会学、国际关系学等角度对人权的理论、规定、实践等各方面进行的细致、深入的学术性研究成果。

《年刊》的编辑委员会由6位高水平的国内外人权学者组成,具体负责稿件的审订与采用;《年刊》同时设有咨询委员会,由8位国内外著名人权学者组成,负责向编辑委员会就《年刊》的工作提供总体指导。

《年刊》继续欢迎中外学者投稿。

目 录

卷首语	夏 勇 / 1
本卷序	孙世彦 / 1

论文

社会经济权利可诉性理论之批判与申辩	龚向和 / 3
实现经济和社会权利可诉性	
——一种中国的视角	黄金荣 / 20
批准《公民权利和政治权利国际公约》两种思考进路	
——关于法治与人权价值次序的选择标准	莫纪宏 / 40
对法治和人权发展的本土规范基础的评估：中国的例子	
.....	卡琳·布曼 / 61
“轻罪”之法价值取向与人身权利保护	屈学武 / 89
酷刑及残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚	
——几个概念的界定问题	王光贤 / 101
国际组织对一国（执政）代理的后果：让联合国驻	
科索沃特派团与北约组织驻科索沃安全部队对科	
索沃发生的侵犯人权负责？	
.....	迪帝尔·帕克奎埃、史蒂文·德伍尔夫 / 127
论人权的司法保障	李晓兵 / 143

介绍与评论

有关中国死刑问题的国际合作：策略和挑战…………… 哈特拉·泰利 / 167

人权教育、人权教学和人权教材…………… 何志鹏 / 179

书评

儿童权利研究的新进展——评《儿童权利论》…………… 白桂梅 / 193

论 文



社会经济权利可诉性理论之批判与申辩

龚向和*

〔内容摘要〕 社会经济权利的可诉性是人权领域争论激烈的重大理论问题。不可诉理论宣称，社会经济权利不是法律权利，社会经济权利概念模糊不清，社会经济权利仅是积极权利，社会经济权利实施昂贵且相互冲突，司法裁决社会经济权利违反分权原则，因而社会经济权利不具可诉性。不可诉理论因其特定历史根源而具有一定的合理性和合法性。但是，这种自由主义权利观随着经济、政治、文化以及人权本身的巨大发展早已不合时宜，社会经济权利的可诉性是社会经济权利发展的必然结果。

〔关键词〕 可诉性 社会经济权利 公民和政治权利 积极权利

前 言

社会经济权利是指个人依法享有的，主要是要求国家对其社会、经济和文化生活积极促成以及提供相应服务的权利。^①可诉性，或可司法性，英语中被称为Justiciability，学界通常从两个不同角度予以界定。一是从权利主体出发定义，如

* 东南大学法学院教授、宪政与人权法研究所所长、瑞典隆德大学罗尔·瓦伦堡人权法与人道法研究所访问学者。作者的博士后导师刘作翔、李步云和夏勇教授对本文的写作提出许多宝贵意见，作者在瑞典访问期间的指导老师罗尔·瓦伦堡人权法与人道法研究所所长古德蒙德·阿尔弗雷德森（Gudmudur Alfredsson）教授和本刊主编孙世彦教授对本文作了有益的评论分析，特此致谢。

① 这里作者发现了一个术语问题。关于经济、社会和文化权利，不同学科、不同学者可能会有不一样的表达。国际法学界通常使用“经济、社会和文化权利”，欧洲人权学界由于《欧洲社会宪章》使用“社会权”的影响而常用“社会权”，而宪法学界较多地使用“社会经济权利”或“经济社会权利”或“社会权”或“福利权利”。本文采用“社会经济权利”术语，它包括工作权、工作相关权利、社会保障权、最低生活水准权、健康权、受教育权等主要由积极义务保障的权利。

可诉性是个人起诉国家违背其义务的能力;^① 当权利受到侵害时, 受害人是否可以依据有关的国际法或国内法规向有管辖权的国际或国内机关对加害人提起诉讼? 如果可以, 则权利具有可诉性。^② 二是从权利裁判者的角度出发定义, 如“可诉性一般被理解为权利应受法院或准司法机构审查的能力。当法官能够在具体情景下考虑权利并且这种考虑能产生对这一权利的进一步判决, 那么就可以说权利是可诉的”。^③ 上面两种定义都不够全面, 可诉性问题既涉及权利享有者, 又关乎权利的裁判者。权利的可诉性既是权利受到侵害者请求救济的资格与能力, 又是司法或准司法机关裁决权利争议的能力与权力。

社会经济权利的可诉性是人权领域争议最大、影响最广的重大理论与实践问题。在人权问题成为国际国内政治、经济和社会发展主要议程的当代, 社会经济权利的可诉性既受到越来越多的关注又面临可怕的挑战。关于社会经济权利可诉性的争论已经从纯粹法律领域转移到无序的国际政治竞技场上共同关注的问题, 如发展权、全球化的人权维度等。^④ 然而, 由西方自由主义传统主导的当今国际人权理论, 却否定了社会经济权利的可诉性这一权利的核心特性。^⑤ 各国宪法、哲学及政治理论也在怀疑、否定社会经济权利的司法保护。其中, 美国最为突出,^⑥ 当代主流盎格鲁-美国政治哲学中几乎没有一个人考虑社会经济权利的宪法保护;^⑦ 对大多数美国律师来说, 将社会经济权利入宪几乎是不可想象的。^⑧ 不可诉理论宣称, 公民和政治权利与社会经济权利之间存在明显的区别, 关键的一点是, 公民和政治权利具有可诉性, 而社会经济权利没有可诉性。实质上, 不可诉理论的这一观点是武断的, 社会经济权利同样具有可诉性。下文将从国际法与国内宪法两个视角, 试图对支持不可诉理论的五个理论假设进行分析与批判,

① 见, Illan Wall, *The Aspirational Nature of Economic, Social and Cultural Rights*, C. O. L. R. V. (2004). http://colr. ucc. ie/index. php? option = com_ content&task = view&id = 58&Itemid = 40, 2006-7-25.

② 参见杨成铭主编《人权法学》, 中国方正出版社2004年版, 第320页。

③ Kitty Arambulo, *Giving Meaning to Economic, Social and Cultural Rights: A Continuing Struggle*, 3 *Human Rights and Human Welfare* 111, 114 (2003).

④ 同上。

⑤ 在《世界人权宣言》序言中, 公民和政治权利较之社会经济权利得到更多的重视, 国际人权公约进一步将人权一分为二, 并且建立了两种不同的人权实施机制。至今, 为《经济、社会和文化权利国际公约》制定“个人或集体申诉程序任择议定书”的努力虽已初见成效, 但该议定书尚未通过。

⑥ 美国至今尚未批准《经济、社会和文化权利国际公约》和《儿童权利公约》。

⑦ 见, Cecile Fabre, *Social Rights under the Constitution: Government and the Decent Life* (New York: Oxford University Press, 2000), p. 4.

⑧ 见, Herman Schwartz, *Do Economic and Social Rights Belong in a Constitution?* 10 *American University Journal of International Law and Policy* 1233, 1235 (1995).

进而为社会经济权利亦具可诉性进行论证与申辩。

一 社会经济权利是否为法律权利

这是社会经济权利是否具有可诉性的前提之一。不可诉理论否认社会经济权利的法律权利性质，甚至否认其人权地位，进而否定其可诉性。英国哲学家与政治科学家克兰斯顿（Cranston）以人权的道德性程度和人权的四个要求为人权标准，得出社会经济权利不是人权的结论。^① 荷兰学者维尔达格（Vierdag）通过对权利的概念及《经济、社会和文化权利国际公约》（下文简称为《经社文公约》）中权利的分析，非常遗憾地指出，该公约使用“权利”的标题用词是不当的，因为社会经济权利是与传统国际法和实践中的个人权利概念不同的一类权利，常在道德和政治意义上使用，不能视为国际法中真正的权利。^② 因而不可诉论者认为，尽管社会经济权利作为一种道德或政治理想是值得称赞的，从道德或政治角度看它们在国家政策制定中也发挥重要作用，它们还是不能像公民和政治权利那样构成具有强制力的法律权利。即使承认社会经济权利是法律权利，也只在这样的层面上承认：它们“促成自治个人的形成，使其能够在市场经济中平等竞争”。^③

很明显，不可诉理论通过否定社会经济权利的法律属性进而否定其可诉性。该理论源于近代自由主义权利观盛行的时代：民族国家的兴起，以及其伴随物——个人、市民的兴起，长期界定他们社会关系的家庭、阶级和地位的纽带被挣断，原子似的个人出现了。自由主义权利观认为，权利是免于国家干预的自由，权利的实现只要求国家履行消极不作为义务即可，反对国家采取任何积极行动。因而将权利等同于公民和政治权利。这种自由主义的、消极反对政府的权利概念将社会经济权利排斥在权利范围之外，成为主张社会经济权利不具司法强制力的有力理由。正如日本东京大学教授大沼保昭分析的那样，20 世纪初，开始

① 见，M. Cranston, *What Are Human Rights?* (London: The Bodley Head, 1973), pp. 65—68. 他认为社会经济权利不具有道德强制性 (morally compelling)，而是乌托邦的理想 (utopian aspiration)。同时提出检验某一权利是否为人权的四个标准：可行性 (practicability)、立法保障 (securability by legislation)、真正普遍性 (genuine universality) 和特别重要性 (paramount importance)。

② 见，E. Vierdag, *The Legal Nature of the Rights granted by the International Covenant on Economic, Social and Political Rights*, IX *Netherlands Yearbook of International Law* 67, 103 (1978)。

③ William Felice, *Taking Suffering Seriously: The Importance of Collective Human Rights* (New York: State University of New York Press, 1996), p. 125.