

第二辑

刘佳、主编



燕京法学

——人权与法律发展



中国民主法制出版社

第二辑

刘佳、主编

燕京法学

——人权与法律发展

作者：刘佳

YANJINGFAXUE

主编：刘佳

出版：中国民主法制出版社

地址：北京市丰台区玉林里

电话：(010) 63027114

传真：(010) 63026983

http://www.npc.gov.cn

E-mail: MXXZ@203.net

经销：新华书店

开本：16开 787毫米×1

印张：119.75 字数：325千

版本：2007年7月第1版

印数：北京金盾印刷厂

书号：ISBN 978-7-80519-521-2

定价：38.00元

出版说明：版权所有，侵权必究



中国民主法制出版社

(未经许可，不得转载)

图书在版编目(CIP)数据

燕京法学. 人权与法律发展/刘佳主编. —北京: 中国民主法制出版社, 2007. 6

ISBN 978-7-80219-251-5

I. 燕... II. 刘... III. ①法学—文集②人权—法律—研究—中国 IV. D90-53 D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 086414 号

书名/燕京法学

YANJINGFAXUE

作者/刘佳 主编

出版·发行/中国民主法制出版社

地址/北京市丰台区玉林里 7 号 (100069)

电话/63292534 63057714 (发行部) 63055022 (法律室)

传真/63056975 63056983

http: //www.npc.gov.cn

E-mail: MZFZ@263.net

经销/新华书店

开本/16 开 787 毫米 × 1092 毫米

印张/19.75 字数/325 千字

版本/2007 年 7 月第 1 版 2007 年 7 月第 1 次印刷

印刷/北京市金星剑印刷有限责任公司

书号/ISBN 978-7-80219-251-5/D·1129

定价/36.00 元

出版声明/版权所有, 侵权必究。

(如有缺页或倒装, 本社负责退换)

《燕京法学》编委会

(以姓氏拼音为序)

陈兴良
梁慧星
莫纪宏
杨临萍

韩大元
刘作翔
沈四宝
赵秉志

胡锦涛
刘佳
吴高臣
郑贤君

李恩慈
莫于川
夏利民

前 言

有一位法学家曾经讲过：“法律是人类最伟大的发明。别的发明让人类学会驾驭自然，而法律的发明，则令人类学会如何驾驭自己。”有一位法学家还曾经说过：“法律的目的不是要废除或限制人民的自由，而是要保护和扩大人民的自由。”由此说明，法律与人类、法律与自由、法律与发展有着密不可分的关系。正是认识到了这一点，我们才将本卷《燕京法学》的主题确定为人权与法律发展。

1997年、1998年，我国政府分别签署了《经济、社会、文化权利国际条约》和《公民权利和政治权利国际公约》，它昭示着我国在人权保护方面的重大进步，为我国人权保障制度的日臻完善，为加强国际领域的人权交流与合作奠定了坚实的基础。它也预示着我们将以法律的形式向世界做出郑重承诺：国家尊重和保障人权。2004年宪法修正案终于将这一承诺以根本大法的方式表达了出来。尊重人权条款的确立是依法治国，建设法治国家的要求。不管在批准签约时我们对两公约有多少保留，但国际人权公约的基本精神终将要在中国宪法、法律中得到体现。人权的内涵是指人的权利，它的外延无限丰富，可以适应不同时代不同人的多种权利诉求。宪法将尊重和保障人权纳入其调整范围必将使宪法基本权利体系由封闭走向动态、开放，为我国的法律发展开辟新的广阔天地。正是注意到这样的变化，我们邀约了学界同仁，特别是宪法学界的知名学者展开了深入、细致的基本权利研究。

近些年来，我国在公民人权保障的理论建设及制度建设方面做了大量工作，提出了很多卓有见地的观点，很让我们兴奋。但兴奋之余，我们也发现，在人权与法律发展的研究领域还有一些不尽如人意的地方，如缺乏对我国公民基本人权的具体内容及其法律制度建设的细致研究；缺乏对当代中国部门法中有关人权保障的制度研究；在国际领域的人权研究中缺乏话语权，等等。基于以上思考，我们开始了近一年的研修和探讨，本卷法律评论中有关部门法与人权的论文就是这一时期学术研究成果的体现。

本卷共收录论文 22 篇。根据学者研究的领域共划分为四部分：第一部分，基本

权利研究,主要体现了学者在宪法基本权利研究方面的成就,特别是针对农民的基本权利保障问题,更是我们本期法律评论的重点。第二部分,部门法与人权研究,包括各部门法中有关人权问题的探讨,学者们提出了很有建树的观点,值得读者品味。第三部分,学术争鸣,我们选录了三篇文章,各有特色,有的是就法律基本概念的辨析,有的是就法律制度的深层解读,有的是针对目前法学史研究中的空白问题所作的弥补,充分体现了作者深厚的理论功底和驾驭文献资料的能力。第四部分,青年论坛。该栏目的设置是希望给青年学者一个施展自己才华的空间,发挥他们的学术潜力,丰富我们的法学研究。相信读者在仔细品味了我们奉献的法学套餐后,会有不俗的心得。

目 录

前 言	刘 佳 1
-----------	-------

第一部分 基本权利研究

中国宪法文本上“农民”条款的规范分析 ——以农民报考国家公务员权利为例	韩大元 003
论农民宪法地位的双重性	
——一个关于规范与事实紧张的 宪法例证	郑贤君 033
论“农民工”平等权的宪法文本分析 及其保障	范进学 054
结社自由的宪法意义	马 岭 063
选择权在人权体系中的法理地位	刘 佳 072
论国际环境法中可持续发展原则的 理论与实践	崔华平 082
国家优惠政策的价值取向与落后 地区发展权问题	孔德周 095
脚注 4 与基本权利保护的双重审查标准	杜强强 107
农民工子女受教育权的 法律保障	费 斐 徐华宇 张新颖 130
对宪法第 46 条第 1 款的重新解读 ——由“孟母堂”事件引发	林 聪 148

第二部分 部门法与人权

房屋共居人的利益保护	吴高臣	157
民事诉讼程序——人权保障的途径之一	陈 希	167
论行政诉讼的利益	李 昕 白 穆	180
论罪犯人权与罪犯权利	邹湘高	194
羁押保释制度与人权保障	丁 飞	205
知识产权与人权关系初探	丛雪莲	216

第三部分 法律发展

辨析权利冲突	刘 佳	231
统一国家形成前西班牙法的发展、特点 及其影响	果海英	240
“单位累犯”制度构建的相关问题研究	肖 怡	249

第四部分 青年论坛

什么是后现代宪政主义	J·M·巴尔金	261
网络教唆犯的刑法界定	蔡桂生	284
中国传统息讼观考评	程子园	294
后 记		308

第一部分

基本权利研究

中国宪法文本上“农民”条款的规范分析

——以农民报考国家公务员权利为例

韩大元*

摘要:限制农民报考国家公务员的现象目前在我国的部分地区依然存在,这不仅影响国家宪法秩序的稳定与统一,而且剥夺和限制了农民群体参加国家管理、担任国家公职的权利。宪法文本上的“农民”具有法律涵义,农民报考公务员涉及公民的多重权利,应以宪法为基础建立保障农民基本权利体系。

关键词:农民 公务员 基本权利 平等权

* 韩大元:中国人民大学法学院教授、副院长、法学博士,主要研究方向为宪法学基本理论、比较宪法学。本文是在作者于2004年发表的“宪法与‘允许’农民报考公务员”一文的基础上改写而成。中国人民大学法学院博士生王晓滨同学协助作者收集了大量资料,在此,表示感谢。

一、问题的提出:农民报考国家公务员需要“允许”吗?

“三农”问题的实质是农民问题,而农民问题的核心是权利问题。有学者认为,“农民问题看上去仅仅是农村问题,其实是中国眼下最根本的经济问题——其实也是中国眼下最根本的政治战略问题”^①。在作者看来,这种“政治战略问题”可归结为农民在中国宪法体制中的地位问题,即宪法上的农民地位与实际生活中的农民地位是否一致?比如,2006年以前无论是中央国家机关还是地方国家机关在招录公务员时,只向城市人开放,农民是不能报考的,因为他(她)的身份是“农民”。因此,在实行1982年宪法二十多年后的今天,农民能否报考国家公务员成为当下人们讨论的话题。作为宪法权利主体的农民,不得不在宪法与现实之间徘徊,对共和国宪法作出的庄严承诺产生怀疑、迷茫甚至抵触。根据宪法规定,农民本来就有资格报考公务员,担任国家公职人员。但长期以来,在整个社会体系与法律制度中农民被“理所当然”地排斥在公务员队伍之外。从1995年开始,部分地方的第一批农民以“考”的形式当上了公务员,开始打破担任国家公职资格问题上的身份和地域的限制。2006年的国家公务员招考首次对中央国家机关的招考职位不设户籍限制,在全国范围内提供平等报考的机会。于是中央国家机关的97个部门共有50余万人报考并通过了资格审查。^②2007年中央机关及其直属机构公务员招考中继续提出“不设户籍”限制的原则。据统计,报考公务员100多万人,有的职位已达到1:4100大关,出现了社会关注的“公务员热”。^③在地方,2007年招考条件的突出变化是:没有专门对城镇户口做出专门的限制性规定(多是提及“具有本省(市)常住户口”,可以理解为包括农户在内),但对于地域的限制情况则仍比较普遍。主要表现为,对本地高校毕业生的政策倾斜,对外地报考者则在学历、部门上有特别要求。不规定城镇户口,不刻意强调农民可以报考,也许是一些国家机关淡化此问题的冷处理方式。“公务员热”出现的重要原因之一是在招考条件上,除特殊职位外,取消了性别、身高、户籍等条件的限制,使人们能够以平等的机会参加公务员考试。这条看似普通的消息却在向全社会传递着一种权利平等的价值,在一定程度上回应了农民在宪法体制下寻求平等地位的呼声。

① 潘维:《农民与市场》,商务印书馆,2003年版,第397页。

② 载2005年11月4日《人民日报》。

③ 中华人民共和国人事部网站2006年10月25日。

为什么在国家公务员考试中不能作出“户籍限制”?取消“户籍限制”的具体原因何在?我们看到的官方解释是“提供平等报考机会”、“提供机遇”等说法。从表面上看,农民报考公务员的不平等问题基本得到了解决,但深层次的理念与体制问题仍然没有得到解决。实际上,中国社会发展中出现的各种形式的的不平等现象,其根源在于宪法规范与现实的脱离,国家法律的制定、公共政策的制定缺乏合法性与合宪性基础,宪法的一些规定成为“空洞化”的内容。如果不发生与宪法有关的重大个案,有些公共政策的制定者们很少从宪法角度思考问题,主动寻求政策的合法性与合宪性基础。从“禁止”农民报考公务员到“允许”报考再到“保障报考权”过程充分说明中国农民宪法权利实现的艰难与曲折。宪法规范上十分明确的权利长期被剥夺、被限制的事实给我们的启示是什么呢?严格依照宪法办事,确立宪法思维方式是制定公共政策的基本要求。要从宪法上规定的农民宪法地位的分析入手,揭示不平等现象存在的社会原因,保障农民地位的宪法效力是学术界需要探讨的重要课题。

二、中国宪法文本上“农民”的范畴与概念

(一)农民的范畴与概念

农民是具有多样性的概念。据统计,目前学术界对农民的定义有三十多种。不同文化背景与经济体制下农民的含义与范围是不同的,如法国学者孟德拉斯在《农民的终结》一书中对农民解释为:农民是相对于城市或一个精英集团的概念,只要没有城市,就不会有农民。^①英国学者R·希尔顿提出了农民的七条标准:农民作为主要耕作者,占有——无论是是否他们自己的——农业生产工具,自给自足并一般地生产得比维持生计与自身再生产所需的更多;农民非奴隶,不是他人的财产,但可以是也可以不是农奴或奴隶;他们在多种多样的条件下占有土地,他们可以是所有者、租地者或自主佃农;他们主要使用家庭劳动,偶尔也有限地使用奴隶或者雇佣劳动;他们通常加入比家庭更大的单位,一般是村社;农村中的辅助性工匠可以仍作为农民本身来看待;农民在不同程度上受上层压迫阶级包括国家组织的剥削。^②

在中国的古汉语中,甲骨、金文时代就分别有“农”与“民”这两个字,但作为一个词的“农民”则出现比较晚。《礼记·月令》有“农民毋有所使”句。^③经过历史和社

① 同上页人事部网站。

② 秦晖、苏文:《田园诗与狂想曲》,中央编译出版社1996年版,第43页。

③ 宋圭武:《农民定义及我的看法》,载《中国农村研究网》2006年2月17日。

会变迁,农民一词的内涵也发生了变化。从词义学的角度看,农民一词具有职业和部分身份等级的内涵。学术界对农民的一般表述是“从事农业生产的劳动者”。如上海辞书出版社1980年出版的《辞海》对农民的解释是:直接从事农业生产的劳动者。1992年出版的《经济学大词典》对农民的定义是:直接从事农业生产的劳动者(不包括农业工人)。近年来随着“三农”问题的出现,农民概念问题引起了学术界的关注,提出了对农民概念进行学理分析的重要性。具有代表性的定义是:把农民定义为“从事农业生产的劳动者”;“户口登记在农村并为农业户口的农村人”;“按照户籍规定,农民就是指具有农民户口的人”;也有学者从文化角度界定农民,把具有农民人格的人称之为农民等。

概括起来看,目前学术界有关农民的定义方式有以下几种:将生产力条件作为定义的主要元素及其要件;更侧重于考虑生产关系方面;将文化特性作为区分的主要标志;将生产力、生产关系、意识等几个方面结合起来考虑等。^①还有一种提法是“泛指农业人口户籍性质的农村劳动者”^②。由于农民概念与范畴的不确定性,有关农民的称谓出现了不同的表述,如“农民工”、“外来民工”等,对已经成为约定俗称的“农民工”概念也存在不同的理解,如区分广义和狭义等,认为农民工是指“带有农民身份的工人,是与城镇居民身份的工人相对应的概念”^③。在中央出台的有关农民问题的各种政策和文件中,对农民的范畴和概念有些提法是不准确的,有学者认为由于对农民范畴的认识不准确,“三农问题”的顺序中农民列在了最后,模糊了“三农问题”的核心,没有突出农民的地位与价值。有学者指出,“农业、农村和农民”应该改为“农民、农村和农业”^④。作者认为,目前需要从宪法和法律角度统一对农民宪法地位的表述,以宪法规定的农民宪法地位为基础思考和制定有关农民的政策,使国家的法律和公共政策的制定回到宪法价值上,扩大其宪法基础。

(二)“农民”一词在中国宪法文本上的演变

对农民权利的保护是中国革命的基本出发点与动力。早在1923年中共“三

① 宋圭武:《农民定义及我的看法》,载《中国农村研究网》2006年2月17日。

② 顾益康:《关于农民工有关问题的思考》,载《中国农民工调研报告》,中国言实出版社2006年版,第493页。

③ 同上,第494页。

④ 《中国农民的生存和人权状况》,《中国农村网》,2006年7月13日访问。

大”确立了资产阶级与无产阶级建立革命联合战线的政策,制定了统一战线的基本原则,进而提出了“以革命的方法建立真正平民的民权的政权主张”。^①这里所讲的平民包括工人、农民及其他被压迫阶级。^②1931年11月成立的中华苏维埃共和国通过的《中华苏维埃共和国宪法大纲》第4条规定“……工人、农民、红色战士和他们的家属……”等提法,把农民确立为政权的组成部分和权利主体。

新中国成立后,作为起临时宪法作用的《共同纲领》中农民的地位得到了确立和保障。《共同纲领》在国体的规定中明确指出:“中华人民共和国为新民主主义即人民民主主义的国家,实行工人阶级领导的、以工农联盟为基础的、团结各民主阶级和国内各民族的人民民主专政”。在《共同纲领》规定的人民的权利与义务的规定中“人民”指工人阶级、农民阶级、民族资产阶级及其他爱国民主分子。在这里,农民既作为阶级的范畴出现,同时也作为享有权利的个体形式出现,体现了《共同纲领》调整下农民概念的双重性。

1954年起草宪法时,宪法文本中农民的表述经历了一些变化。最初中共中央提出的宪法草案第1条规定:中华人民共和国是工人阶级领导的、以工农联盟为基础的人民民主国家;第8条规定:国家依照法律保护农民的土地所有权和其他财产所有权;第二款规定:国家帮助和指导个体农民增加生产、并且……鼓励他们在……。在1954年6月14日正式通过的宪法草案中有关农民的表述有两处:第1条规定“以工人阶级领导的、以工农联盟为基础的人民民主国家”;第8条规定“国家依照法律保护农民的土地所有权和其他财产所有权”。1954年正式宪法文本中基本沿用了该草案的规定,即:第1条规定“中华人民共和国是工人阶级领导的、以工农联盟为基础的人民民主国家”;第7条中规定“……组织个体农民……”;第8条规定“国家依照法律保护农民的土地所有权和其他生产资料所有权。国家指导和帮助个体农民增加生产,并且鼓励他们根据自愿的原则组织生产合作、供销合作和信用合作”;宪法第90条规定了“中华人民共和国公民有居住和迁徙的自由”。这一条当时被解释为农民作为公民具有与城市人同等的权利,不具有任何身份意义上的差别。1975年宪法第1条规定:中华人民共和国是工人阶级领导的以工农联盟为基础的无产阶级专政的社会主义国家;在第7条有关人民公社内容的规定中以“人

① 中央档案馆:《中共中央文件选集》第1册,中共中央党校出版社1982年版,第110页。

② 中共中央书记处:《六大以前》,人民出版社1980年版,第696-697页。

民公社社员”、“牧区社员”的提法代替1954年宪法有关农民的直接表述。1978年宪法在农民的规范上则沿用了1975年宪法的规定。

1982年宪法文本中农民一词出现了三次。一是在宪法序言中的表述:社会主义的建设必须依靠工人、农民和知识分子,团结一切可以团结的力量;二是总纲第1条:中华人民共和国是工人阶级领导的、以工农联盟为基础的人民民主专政的社会主义国家;三是第19条第3款的规定:国家发展各种教育设施,扫除文盲,对工人、农民、国家工作人员和其他劳动者进行政治、文化、科学、技术、业务的教育,鼓励自学成才。除宪法外,我国法律和法规对农民地位的规定也有不同的表述。作者认为,无论是从立法角度,还是从公共政策角度,有关农民地位的理解与规定必须以宪法为基础,与宪法规范的规定保持一致,不得与宪法规范效力相抵触。

(三)宪法文本上农民的含义

在讨论农民的宪法地位问题以前,首先应当明确“农民”这一概念在宪法文本上的确切含义。比如,农民能否报考国家公务员,需要明确农民在宪法上是否具有与城市人一样的宪法权利。对宪法文本的准确理解是分析宪法问题的基本出发点。

从文本和宪法解释学的角度看,1982年宪法文本中的农民具有如下几种含义:

1. 宪法文本中作为公民的“农民”。1982年宪法文本中同时出现了人民、公民、劳动者、工人阶级、农民、知识分子等不同的表述,不同的概念在宪法文本上具有特定内涵与范畴。从宪法文本的目的论解释看,农民首先是公民,属于人民的范畴,并与工人阶级一起构成劳动者,成为社会主义建设的力量。但四个概念之间也存在一定的差异,如宪法文本中出现的劳动者的内涵是不一样的,如宪法43条规定的休息权的主体是劳动者,字面意义上不一定包括农民;宪法第44条规定的物质帮助权主体是公民,取得物质帮助权方面城市和农村存在着制度上的差异,农民往往被排斥在国家保护的范围之外等。由于农民是公民,当然属于1982年宪法第二章规定的基本权利的主体,有权享有宪法上的基本权利。但实际生活中,农民基于宪法规定而获得的地位受到制度或现实环境的限制,变为一种不完整的基本权利体系。

2. 宪法文本中作为职业的农民范畴。1982年宪法中明确使用“农民”一词的条文有两处:一处是宪法序言中规定了“社会主义的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”;另一处是第19条规定:“国家发展各种教育

设施,扫除文盲,对工人、农民、国家工作人员和其他劳动者进行政治、文化、科学、技术、业务的教育,鼓励自学成才。”作者认为,这两处是从职业区别的角度而规定的,农民与工人、知识分子从事着不同种类的工作,它们都是社会主义的劳动者。按照这种解释,将农民纳入职业的范畴之内,突出身份的特征,作为“劳动者”的农民不具有任何身份的意义,只是从事着不同的职业,是与工人相对应的概念而存在。当然,不同的宪法条文中劳动者的含义并不一致。宪法文本中共出现了9次“劳动者”的提法,但不管什么形式的条款,没有一个条款是从身份意义上作出的。把农民和工人并列在文本中,有助于强化国家对农民利益进行保护的正当性基础。

3. 宪法文本中作为阶级的农民范畴。“以工人阶级领导的、以工农联盟为基础”标志着国家的根本性质。这个规定自1949年《共同纲领》以来,在历次宪法中始终坚持,没有改变过。^①第1条规定的“工农联盟”中的“农”可以解释为“农民阶级”,它是构成我国社会主义国家性质中起基础作用的阶级之一。在1982年宪法草案的起草过程中,有的委员曾提出应把“工农联盟”写成“工人、农民、知识分子为基础”。对此,彭真做了回答,说:把工人、农民、知识分子并列,这样的用意很好,但“工农联盟”为基础说的的是一个经济关系。我国的人民民主专政,是工人阶级和农民阶级的联盟,这是代表了全国绝大多数人口,而且是主要的、直接的生产者。知识分子的地位很重要,但它同工人农民,在一种情况下并列是适当的,而在另一种情况下并列,就不那么适当,因为知识分子不是一个独立的阶级,而且绝大多数知识分子按照它的生活方式,按照它取得的收入来源的方式说,已经是工人阶级的一部分,不好在阶级的意义上把知识分子同工人、农民并列,好像知识分子成为一个独立的阶级了。^②从这条说明中可以看出,修宪者对农民阶级在国家政权中的地位给予了高度关注,明确了农民阶级在宪政体制中天然的基础地位。离开占人口多数的农民阶级,人民民主专政的基础是不能巩固的。目前,有些领域存在的“城乡分治”、“一国两策”现象的存在是对“工农联盟”基础的破坏,应当引起高度关注。对农民作为阶级的宪法地位的确认是1982年宪法的基本价值观之一,集中表明人民民主专政国家政权的性质。有报道指出:中央国家机关的招考不设户籍限制,有助于保证中央国家机关的决策更具有全国性情感和视野。中央国家机关是管理全国性事务的,服

① 许崇德:《中华人民共和国宪法史》,福建人民出版社2003年版,第773页。

② 同上,另参考《中国宪法精释》,中国民主法制出版社1996年版,第97页。