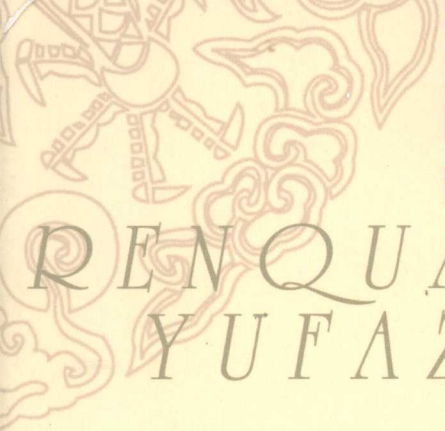




RENQUAN
YUFAZHI

人权与法治

蓝潮永 关今华 / 著



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

人权与法治

蓝潮永 关今华 / 著



厦门大学出版社

XIAMEN UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

人权与法治/蓝潮永,关今华著. —厦门:厦门大学出版社,2008.10
ISBN 978-7-5615-3086-3

I. 人… II. ①蓝…②关… III. 法理学-研究-中国 IV. D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 162758 号

厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门大学 邮编:361005)

<http://www.xmupress.com>

xmup@public.xm.fj.cn

南平市武夷美彩印中心印刷

2008 年 10 月第 1 版 2008 年 10 月第 1 次印刷

开本:787×960 1/16 印张:19 插页:2

字数:328 千字 印数:0001~2 000 册

定价:25.00 元

如有印装质量问题请与承印厂调换

序

黄石勇*

大凡作序者，非名重一时的学术泰斗或达官显要，即能堪称皓首穷经的德高望重者。而此类者我皆不是！

《易》曰：“天尊地卑，乾坤定矣，卑高以陈，贵贱位矣。”因为人的心理，本就是重远轻近，重高轻低，这也就是所谓的“外来的和尚好念经”的道理。故禅宗古德马祖道一曾经感慨：“学道不还乡，还乡道不香。”

正是本就怀有这样的认知，当老友关教授今华先生要求我为他和蓝潮永先生合作的宏著作序之时，我唯恐逃之不及。以我一介凡夫俗子，哪有什么资格为两位学者作序。然关教授就是这样的一股学究气，当如他那执拗的治学精神，不答应他的要求，竟然就跟我急！在两位学者当中，我认识关教授之矣，故于他多说几句。

17年前，今华先生毅然决然地脱下法袍，告别了法官生涯，从而开始一个他所热衷的探求学术的人生。谁都没能想到，当年他个人的这一跳槽，竟造就了他日后对我们国家法学研究事业的重大贡献。二十多年来，关教授在法学理论领域所取得的累累硕果，有目共睹，特别是其关于精神损害赔偿问题的独到研究成果，填补了我国法学理论的空白，也有力地指导了司法实践。

近几年，关教授又从中国社会的现实出发，更多地关注我国的人权保护和法治建设。在我看来，人权和法治本来就是密不可分的两个概念。诚然，对于什么是法治，什么是人权，古往今来，可谓“仁者见之谓之仁，智者见之谓之智”，从

* 作者注：黄石勇先生现任福建省高级人民法院法官培训处处长，高级法官，曾经担任关今华的法律老师，他品学兼优，堪称作者的良师益友。让作者钦佩的是他能在忙碌的工作之余，潜心学问，特别是通过对儒释道的研究，形成了他独特的对人生意义的理解。作者从他那里学到了许多做人的道理和做学问的技术，实在是受益匪浅。他能够为本书作序，乃本书作者无限荣光之事。在此特致诚挚感谢！

来就没有形成过统一的观点和认识。但是,在一些基本的和主要的原则内容上,“诸子百家”还是有比较一致的认同,只是缺乏统一的归纳和梳理而已。

在我看来,人权和法治本就是密不可分的两个概念。那么,究竟人权是什么?我虽对此无研究,但在我的心目中好像知道什么是人权,就像我知道什么是时间一样。直到有一次,我邀请关今华教授为全省法院晋升高级法官培训班作有关人权的专题讲座后,我才知道真实意义上的人权远不是我所理解的那么简单,由此,我想起当年苏格拉底所说的:“我本知道时间是什么,但你现在问我时间究竟是什么,我就真的知道了。”我想我就“不知道”而言,堪与苏格拉底相媲美。但关今华教授是“知道”的,他认为,从已经公开的《中国人权状况白皮书》看,人权是个“伟大名词”(据我所知,可称得上“伟大名词”者能有几何),是“人类追求的理想”和“共同奋斗的崇高目标”。中国政府如此崇尚人权,西方各国更是把人权当成“宝贝”。有专家说,法治的真谛是人权,法治加人权等于民主。这个论断说穿了,即人权和法治对促进民主的重大意义。

那么,究竟法治是什么?从亚里士多德最早提出“法治乃良法之治”开始,古今中外,好像从没有停止过对法治的真实含义的探寻。而由此,也林林总总地形成了各式各样的关于法治的不同表述。

但不管怎样,在我看来,如果以一种社会必须发展和进步的眼光,以一种人民利益必须至上的境界,那么,人权和法治的最终目的,实际上就是要保护人的权利和自由,通过对人的权利和自由的最大限度的保护,从而使得社会中的人能够安享自由和幸福的生活。由此,我们自然可以认为,所谓的“法治就是规则之治”,“法治就是对统治者和被统治者的法律约束”,“法治就是国家权力的分立和相互制衡”,“法治意味着法律之下的人人平等”……诸如此类种种观点,不外乎,都指向一个共同的目标:让人民平等、自由和幸福。而怎么才能让人民自由和幸福?唯有公平和正义。基于这样的认识,我坚定地认为,如果真要给法治下一个定义的话,那么我的观点就是:法治乃公平与正义之治!

让我非常高兴的是,作者对于法治的认识,竟与我不谋而合。而更为可贵的是,他们以自己丰富的学养和扎实的理论功底,对法治和人权进行了深刻的研究和探索,这是我只能望其项背但又十分希望看到的一项有意义的事业。

希望本书的出版,连同他们已经合作出版的著作《律师与公证》,亦如关教授在“精神损害赔偿法律制度”领域所作的学术贡献一样可歌可颂!

谨以此不成序之序,作为对两位教授所下任务的一个交代,并贻笑大方!

2008年9月于福州

前言

人类社会历史发展过程中,人们发现,人权、法治和民主是当今世界发展的“三大主题”,也是当代中国宪政制度中的主题。中国宪政第一个难点是民主问题,由于民主涉及政治、社会、制度等诸多重大的敏感问题,限于篇幅,本书不作专论,只在前言里作个概述,以便弄清民主与法治、人权之间的正确关系。本书着重选择人权、法治进行论述,提出一些新的看法。

民主、法治和人权之间的关系如何?这既是理论问题,也是实践问题。民主的本质是“一切权力归人民”,人民行使国家权力的机关——议会或全国人大,代表人民的意志进行立法,实行民主。为了保证民主制度的确立和实现,必须实行法治,将民主制度化和法律化,也必须将民主集中制的领导体制进行制度化和法律化。如此才能防止权力过分集中于个人或几个人的“人治”。这就是民主与法治之间的辩证统一关系。民主与人权的关系,可以表达为这样的话语,要让人民真正当家作主,即一切权力归人民,那就是让人民享有各种真实的权利和自由,这便是人民享有实实在在的充分的人权。因此,没有民主,便没有人权,反之,没有人权,也没有民主,两者兼而并存。法治的真谛是人权,表明法治原则主要是保障权利人的各种权利和自由,而这些权利和自由正是人权的主要内容,反之,人权的实现必须靠法律来保障,没有法律保障和实施的“人权”,是纸上谈兵或束之高阁的无用人权。实行法治,尊重和保障人权,都是为实现国家民主制度服务的。一个国家必须实现真正的民主制度,实行法治,尊重和保障才有了可靠的充分的必要条件。这便是法治、人权和民主之间的辩证关系。

本书在重点论述了法治和人权的一些基本问题时,改变以往教材式的写书思维,采取一般论证和实证分析相结合的方法,既有一般的理论阐释,又有大量的实证论述,从而达到理性和感性的有机契合,让读者从不同角度去体悟人权和法治的主题。

本书从宪政角度,选择当代中国的法治和人权中若干难点进行专题研究,

企望反射出中国法治和人权事业发展的一点闪光。

中国宪政第二个难点是人权问题。笔者在本书中用了四章的篇幅,几乎约占一半的内容,介绍当今世界和中国人权主要一些基本问题和发展状况,重点突出人权观念、人权教育和人权保障,这为构建和谐社会和实现世界大同奠定了理论基础。让读者对人权的过去、现在和将来有个“粗放型”的认识。同时以马克思主义人权观为切入点,开展了多视角多方位的人权问题的研究。虽称不上“大张旗鼓”,但总算得上是“勇往直前”,希望中国在“人权入宪”后广大土地上,展现关注和保障人权的雨后天晴的明媚春光。

中国宪政第三个难点是法治问题。通说认为,法治作为从总体上体现法律现象的法律思想,从法治理论再到法治实践,已经成为世界各国追求的法治制度。尤其是当代的中国,自从1999年3月第三次宪法修正案确立“依法治国”原则后,法治呈现出开放、开明和开拓的可喜局面,正在从改革开放中的疑、难、新的困惑中逐渐解脱出来。

改革开放后,正式将“依法治国”写入宪法,从此,我国才真正从宪法角度迈上了“法治”和“法治国”之道。但“人治”传统在我国根深蒂固,故我国还称不上完备的“法治国”。之后,中央决策者曾经大力倡导“以德治国”,它与“依法治国”之间是何关系呢?鉴此,笔者认为有必要设专章对“法治”与“德治”专题进行初步的研讨。由于法治涉及很多法律问题,笔者改变思维方式,不作抽象的专题论述,而是由若干实证论题来阐述常见的法律问题。针对理论界处理“法治”和“德治”关系的泛泛而论,提出要正确认识它们之间的辩证关系,阐述了“法主德辅”的新观念,为建立“依法治国”的宪政国家服务。

“依法治国”是个大题目和长文章,本书写不完,也写不了,只好选择法律监督、法律制度、法律关系、权利保护和法律实践几个难题和法学界的热点问题作为切入点,以“法治论”为指导,开展多方位的深层探讨,反映法治理论在当代法学方面的发展,验证了它不是“过时”的理论,而是不断发展变化的科学观。这几个难题都是法治的基本范畴,他们相互之间存在密切的关系,在法治和人权的基点上是完全共通和磨合的,突出权利保护,正确实施法律监督,防止权力腐败,把各项正确的法律制度落实在法治建设之中,在理论和实践上都为维护公平正义和民主政治服务。对这几个难题的研讨,构成了逻辑上的严谨体系,以马克思主义科学方法为钥匙,为我们今后进一步开展宪政制度研究打开一条通道。

当然,人权和法治的论题不止这些,还有许多难点热点问题,企望有识之士继续展开趣旨研究。这里仅仅为笔者所论及的主要论题,形成了以下几个

特点:(1)在人权和法治的层面上,这些论题形成了逻辑上的联系,它们都是实行人权和法治中出现的新问题;(2)这些难点、热点既有理论上的探索,又结合实践(尤其是司法实践)展开论证,从而给人以“有血有肉”的感觉;(3)以人权、法治原则为指导,采用先进的科学方法论,是我们探索当今人权和法治疑难新问题的钥匙。我们必须以科学发展观,认识、研习、运用法治、人权和民主之间的关系学,解决实践中碰到的难以处理的问题。这些就是写作本书的真正动因。

关今华 蓝潮永
北京奥运会胜利闭幕日
2008年8月24日

目录

序 前言

上编 人权论

开编 人权导语

第一章 人权教育和人权观念

——以重视人权教育和人权新观念为视角 7

第一节 人权保护与重视人权教育的重要性 7

第二节 探索人权概念复杂性及其动因 13

第三节 人权概念和内容新探 24

第四节 马克思主义的人权观新认识 35

第二章 一切人权和基本人权

——以人权基本知识和基本人权保护为视角 43

第一节 有关与人权区别的几个理论问题 43

第二节 基本人权与非基本人权 62

第三节 基本人权优先保障原理和实现途径 72

第三章 国内人权和国外人权

——以二战后国内外人权发展变化为视角 82

第一节 战后西方人权学说和人权保护的新发展 82

第二节 中国人权观与人权事业进展变化 92

第三节 法律全球化与国际人权保护 107

第四章 保障人权和社会实践

- 以人权入宪后弱势群体人权保护为视角 117
- 第一节 人权入宪与构建和谐社会研究 117
- 第二节 弱势群体人权的社会保障 129
- 第三节 人权保护的刑事司法和法律更新 137

下编 法治论

开编 法治导语

第五章 追寻法治与实行法治

- 以追寻法治与实行法治的良性发展为视角 155
- 第一节 法治渊源与法治发展 155
- 第二节 人治有缺与法治优越 157
- 第三节 论证法治与认识法治 161
- 第四节 制定良法与实现法治 166

第六章 依法治国与以德治国

- 以我国法治与德治之间关系为视角 174
- 第一节 依法治国必须重视的若干问题 174
- 第二节 在理论上认识法治与德治的辩证关系 178
- 第三节 在实践中处理法治与德治的主辅关系 183

第七章 法律监督与司法公正

- 以检察监督存废争论为视角 190
- 第一节 检察抗诉权存废之争和司法公正的若干问题 190
- 第二节 “检察监督的改造”和完善 204
- 第三节 民行检察监督行使必要检察调查权新解 212

第八章 法律制度与法律关系

- 以精神损害赔偿制度为视角 221
- 第一节 中国精神损害赔偿法律制度是怎样确立的 221
- 第二节 精神损害赔偿制度法律解释方法论 232

第三节	精神伤害罪确立与惩治不法邪教	241
第九章	权利保护与法律举措	
——	以权利争论、投资环境和错案追究为视角	256
第一节	权利冲突的制约、均衡和言论自由	
	优先配置质疑	256
第二节	优化投资环境及其法律化举措	279
第三节	错案追究制度的完善与落实	285
参考文献		292
后 记		293

上 编

人权论



开编 人权导语

人权这个被当今世界公认的伟大名词,最初由古希腊作家索福克勒(公元前 496—约前 406 年)和意大利伟大诗人但丁(1265—1321 年)先后在作品中出于创作灵感而发明的。^①而真正进入政治、法学领域是 17 世纪荷兰政治思想家、自然法学派的创始人之一、近代国际法理论奠基者格劳秀斯(1583—1645 年)在《战争与和平法》一书中,以“人类理性”为法律渊源,从人道主义原则出发,提出保护“人的普遍权利”和人权。从此之后,人权成为西方各国最引人注目的一个政治辞藻。最近几十年以来,欧美各国声称他们是人权保护很好的国家。人权理论于 20 世纪 20—30 年代被胡适等思想家引入中国,90 年代之后被《中国人权状况》白皮书首肯为一个“伟大名词”。目前,人权已成为世界各国和全人类通用和渐成流行的语言,也是人类发展至今为止找到的、用以保护自己思想的武器,通俗地说它是一把“亮剑”。而作为维护世界安全、发展与和平的联合国,2005 年 5 月成立了一个与联合国原来唯一办事机构的“安理会”并列的“人权安理会”,用以处理世界范围内的人权问题。2008 年 9 月 22 日“国际和平日”的前一天,现任联合国秘书长潘基文给各国政府首脑发了手机短信,希望各国政府和人民为消除冲突、贫困和饥饿,为人人享有人权而团结起来。可见他是代表联合国向世界呼吁关注人权大事。由此足以显示,人权的尊重和保障已成各国共同关注的一个主旋律,任何人都不敢怠慢和否定人权问题的极端重要性。

为何人类要尊重和保障人权呢?说句文雅的话,正如英国托马斯·弗莱纳所言:“如果所有的人都是天使,我们就不需要人权。”遗憾的是,这个假设不能成立。横看当今世界各国和各地的纷争、危机、动乱和数以万计的穷人,纵观中国的天灾人祸、通货膨胀和潜在的各种矛盾,到处都需要人权!正如胡锦涛总书记 2008 年 8 月 8 日在北京奥运会欢迎宴会上的祝酒词《弘扬奥林匹克

^① 关今华著:《人权保障法学研究》,人民法院出版社 2006 年版,第 32 页。

精神,共创世界美好未来》所说,“当今世界既面临着前所未有的发展机遇,也面临着前所未有的严峻挑战。世界从来没有像今天这样需要相互理解、相互包容、相互合作”。

人权、民主、法治作为当代中国宪政制度中的主题。据2008年7月21日中央电视台报道的两则最新新闻:一是亚洲的尼泊尔结束了240年君主统治,开始进行修宪,议会进行选举,推出首任总统,跨入共和宪政的第一步;二是非洲的津巴布韦在民族解放后的2008年举行二次总统选举,进入民主建国的第一步。还有一个报道,在英吉利的“海峡群岛”里有一个最小的“萨克岛”,既不属于英国,也不属于欧盟,是一个已历经500年的封建堡垒。应《欧洲人权公约》的要求,该岛国决定于2008年定期举行自由公正的选举。这说明,欧洲最后的封建堡垒走向民主的主要动力是人权。事实上,当今世界还有一些国家和民族尚未建立民主、共和的宪政制度,因此,民主、法治和人权仍然是当今世界宪政发展的“三大主题”。目前,由美国房屋次贷危机作为导火线的世界性金融危机,还有石油危机、粮食危机、通货膨胀以及全球温室效应所引发的一系列经济衰退等世界性难题,正在考验人类继续发展进步的能力,也在推动着人权、法治和民主更好地发展。

人权和民主之间的关系既是理论问题,也是实践问题。由于民主涉及政治、社会、制度等诸多大问题,本书只在这里作个概述,以便弄清民主与人权之间的正确关系。

民主是个古老而又非常现实的话题,从古代西方雅典民主和罗马共和国,经历了中世纪共和国民主,到欧美近代资产阶级民主和现代西方民主与社会主义国家民主制度,这一切都表明,人民真正当家作主的民主政治制度,是人类社会发展到一定阶段的产物,是世界政治制度进步发展的必然趋势。民主的主要特征之一是其阶段性和特殊性。人类社会历史发展过程中,不同民族、不同制度国家、占据统治地位的不同阶级,其实行民主政治是不同的,甚至差异很大。即使在同一民族、国家的不同发展阶段,也会出现民主制度的不同形式,其所依据的民主理念和实施的民主制度也有着本质的区别。它们之间可以互相影响,彼此借鉴,并在实践中不断发展、不断创新。民主制度另一个主要特征是普遍性和社会性,其决定各国民主具有如下共同性:其一,民主的本质是“一切权力归人民”,人民行使国家权力的机关——议会或全国人大,代表人民的意志进行民主立法、实行法治和人权。其二,民主都是具体的、相对的、发展的,而不是抽象的、绝对的、静止的,作为政治制度的民主,属于上层建筑,最终都由经济基础和生产力发展水平所决定,其内容、形式和本质都是由不

同的国情和本国的社会制度所决定的。其三,民主涉及观念意识,也涉及国家制度、人民权利和自由,其有优劣好坏之分,好的民主制度对社会的进步发展产生积极的影响和推动作用,坏的则相反。人类已经认识到,要推翻不好或假的民主制度,将优良的民主制度作为国富民强的崇高奋斗理想。其四,衡量民主制度“好又优”的标准,一是适合自己的国情,有利于人民真正当家作主的;二是推行依法治国,有利于社会发展的;三是保护人民人权,有利于普通平民能过上安定、自由、幸福的生活;四是实行民主执政,有利于国家的统一稳定,由人民对内对外实施必要的执政直至专政措施。

为了保证民主制度的确立和实现,必须实行法治,将民主制度化和法律化,也必须将民主集中制的领导体制进行制度化和法律化,如此才能防止权力过分集中于个人或几个人的“人治”,如此才能我们使国家和法律不因领导人的改变而改变。只有这样,才能使国家的权力始终掌握在人民手中,从制度上保证国家长治久安。“为此,必须坚决反对人治、发展民主、厉行法治。”^①正如邓小平所坚持主张的那样,“民主要坚持下去,法制要坚持下去。这好像两只手,任何一只手削弱都不行。民主与法制,这两方面都应该加强,过去我们都不足。要加强法制民主就要加强法制。没有广泛的民主是不行的,没有广泛的法制也是不行的”。^②邓小平生前这些精辟论述是在吸取“文革”十年(1966—1976年)实行“大民主”和“群众专政”教训的总结。“文革”期间,出于打倒党内最大走资本主义当权派刘少奇和邓小平的需要,以“大鸣、大放、大辩论、大字报”的所谓“大民主”形式,用“群众专政”的手段残酷迫害了许多不该逼害的革命干部(大多是与毛泽东同甘共苦的老一辈无产阶级革命家),牵连了不少普通群众,扩大打击面,严重地破坏了法治和真正的民主制度,导致“天下大乱”,国民经济处于崩溃的边缘。

历史的惨痛教训告诫我们,在中国的民主与法治建设中,“文革”之类的“大民主”、“群众专政”和“街头政治”绝不能重犯再演,优良的宪政制度关键之一,是在法治和民主之间找到一个平衡,让两者既互相支撑又相互制约,坚决摒弃“人治”,坚决纠正高喊“人民当家作主”而实际上人民毫无任何实际权利和自由的“假民主”、“假法治”。应当遵循宪法指引的“人民民主专政”、“依法治国”、“尊重和保障人权”的正确轨道前进。可见,民主靠法治来保障,只有法

① 李铁映:《论民主》,人民出版社和中国社会科学出版社2001年版,第140页。

② 邓小平:《民主和法制两手都不能削弱》,《邓小平文选》第2卷,人民出版社1994年版,第189页。

治化的民主,才不会出现那些“大民主”、“假民主”的实则人治弊端,法治要维护民主的正确实施,为民主制度服务,这是民主和法治的辩证关系。民主与人权的关系,可以表达为这样的话语,要让人民真正当家作主,即一切权力归人民,那就是让人民享有各种真实的权利和自由,这便是人民享有实实在在的充分的人权。因此,没有民主,便没有人权,反之,没有人权,也没有民主,两者兼而并存。法治的真谛是人权,表明法治原则主要是保障权利人的各种权利和自由,而这些权利和自由正是人权的主要内容,反之人权的实现必须靠法律来保障,没有法律保障和实施的人权,是纸上谈兵或束之高阁的无用人权。实行法治,尊重和保障人权,都是为实现国家民主制度服务的。一个国家实现真正的民主制度,那么实行法治,尊重和保障才有了可靠的充分的必要条件。这便是法治、人权和民主之间的辩证关系。人权的重要性已不言而喻,但近年来出版的论著还不多,这与我们宣传力度不足有关。本书从人权的瀚海里拨动几朵浪花,陈述人权的基本知识和新近发展状况,让读者引起兴趣,唤起良知,鼓起动力,对中国和世界的人权事业竭尽推波助澜之冲击力!