

刘志强◎著

人权研究在 当代中国的 变迁

THE VICISSITUDES OF
HUMAN RIGHTS
RESEARCH
IN CONTEMPORARY
CHINA

社会科学文献出版社
Social Sciences Academic Press

非暴力

THE VICISSITUDES OF
HUMAN RIGHTS
RESEARCH
IN CONTEMPORARY
CHINA

人权研究在 当代中国的 变迁

刘志强 © 著



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

图书在版编目(CIP)数据

人权研究在当代中国的变迁 / 刘志强著. -- 北京 :
社会科学文献出版社, 2019. 1

ISBN 978 - 7 - 5201 - 3334 - 0

I. ①人… II. ①刘… III. ①人权 - 研究 - 中国
IV. ①D621. 5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 193008 号

人权研究在当代中国的变迁

著 者 / 刘志强

出 版 人 / 谢寿光

项目统筹 / 刘骁军

责任编辑 / 关晶焱 张 娇

出 版 / 社会科学文献出版社 (010) 59367161

地址: 北京市北三环中路甲 29 号院华龙大厦 邮编: 100029

网址: www.ssap.com.cn

发 行 / 市场营销中心 (010) 59367081 59367083

印 装 / 三河市尚艺印装有限公司

规 格 / 开 本: 787mm × 1092mm 1/16

印 张: 18.75 字 数: 246 千字

版 次 / 2019 年 1 月第 1 版 2019 年 1 月第 1 次印刷

书 号 / ISBN 978 - 7 - 5201 - 3334 - 0

定 价 / 98.00 元



本书如有印装质量问题, 请与读者服务中心 (010 - 59367028) 联系

▲ 版权所有 翻印必究

前言

本书是我 2012 年至 2017 年主持国家社会科学基金项目“人权研究在当代中国变迁”（项目批准号：12BFX014）的最终研究成果。

在本书出版前，写上一句话。我从读博士开始进入人权研究，到 2018 年近 20 年，人权研究在当下真的不容易，个中滋味非外人道，感谢自己在这 20 年间的艰辛、守望与努力。我记得第一本专著出版时，还请大家写序，冀望借名家之力添翼。现如今，既不想给别人添麻烦，也不想借别人的名头背书。我的文字，是历史的记录，自己负责。这么多年过去了，山还是那个山，保持良知在路上前行，做到问心无愧，足矣。

废话少说，要紧的是介绍本书各章摘要，是为先睹为快。

第一章以当代中国人权研究问题为中心，通过检索与分析中国知网上的 992 篇人权论文，实证考察与分析了当代中国人权研究的整体状况。本章得出当代中国人权研究的结论是：从人权论文数量分布来看，不同的历史时

期人权文章呈现不同数量的趋势；从人权文章涉及的学科来看，人权文章涉及的领域广，法学学科居多；从刊载人权文章刊物来看，刊发人权研究论文的刊物总量大、种类多，以法学类与综合类为主，主办单位主要是高校，创办地集中于政治、经济、文化发达的城市，其中北京市出版刊物最多；从人权文章作者群来看，主要作者大都是本土培养的人权研究人才，法学学科背景居多，接受过系统的学术训练，大多数作者流动性小；从人权文章涉及的内容来看，主要内容范围广，涵盖了人权基本理论、具体人权理论、人权保障与实现、人权实践；从当代中国人权研究的特点来看，当代中国人权研究经历了从被动到主动、从宏观到具体的转变，人权研究多元化、规范化发展趋势明显，人权研究的不均衡局面较为突出。当代中国人权研究需要反思的是，学术界需要针对中国问题进一步加强人权研究，并在共识基础上构建以中国人权问题为中心的人权理论体系。需要合理地配置学术资源，做好人权研究，形成合力表达与提升人权话语的体系。

第二章以人权法学问题为中心，重点分析了当代中国人权法学的演变及其定位。本章认为，人权法学作为新型、交叉学科，是一门研究国际人权法、具体人权和人权理论三者关系的学科。就人权法学诸多教材来说，它们结构相似，体例不同，各具特点。人权法学反对“泛人权”化，它的法性主要体现在人权法律规范中，其义务主体则是国家的公权力。人权常识化，并在中国确立起一种尊重人权的习惯或传统，则是人权法学者艰巨的任务与责任。

第三章以当代中国人权变迁为中心，重点分析了当代中国人权实现的原理与机制。本章认为，人权的实现以义务的履行为条件，人权义务主体有国家、国际组织、非政府组织和个人。在各种人权义务主体中，国家义务是刚性的、第一位的、法定的，而个人、非政府组织、国际组织等义务是柔性的、第二位的、自愿的。确立国家义务是人权义务刚性要求，有着深刻的法

理基础，国家人权义务是合法性与正当性的来源。国内人权法是主权国家通过宪法和法律、法规予以确认和保障的有关人权的原则、规则和制度的总称。国际人权法是国际法主体之间有关的规定和保护人的基本权利和自由的原则、规则和制度的总称。国内人权法与国际人权法的区别在于主体不同、内容不同、机制不同、体系不同、历史不同。在国际法与国内法关系问题上，国际上存在一元论与二元论的理论及其相应的制度。维护国家主权和加强人权国际保护，都是国际法的重要原则，两者是统一的，并不相互矛盾。在一般情况下，人权是属于国内的管辖事项，它应当是有国界的；在特殊情况下，国际社会对某些国家严重侵犯人权的行为可以表达关切甚至采取某种形式的干预，人权又似乎是没有国界的。片面强调国家主权原则或片面强调人权的国际保护，都不符合世界人民的根本利益和共同愿望。人权实现的基本机制分国内机制和国际机制。在国内机制方面，主要体现在对人权的立法保护、行政保护、司法保护等方面，建立并逐步完善实现人权、保障人权的机制。国际人权保护机制通常可以分为两个体系：第一是联合国人权保护体系，第二是国际人权条约机构体系。虽然这两个体系之间存在一定的联系，但是在法律上它们是相互独立的，没有隶属关系。

第四章在当代中国人权研究中，时空建构下的人权普遍性与特殊性、人权全球化与本土化是两对重要的范畴。本章认为，在社会科学领域，时空建构了人，人也建构了时空，时空概念具有自然与社会双重属性。在此种现代时空观的观照之下，人权普遍性与特殊性分别呈现超验面相与现实面相。人权的普遍性包括超验普遍性和现实普遍性，后者可分解为时间普遍性与空间普遍性。相应地，人权的特殊性包括超验特殊性和现实特殊性，后者可分解为空间特殊性与时间特殊性。在时空视域下，人权全球化对应着时空延伸，本土化对应着时空压缩，二者实际上是时空建构过程的两个动态侧面。而时空压缩情境中的人权发展模式并不完全是一种特殊化的经验，因为任何人权

发展模式均具有超验普遍性、现实普遍性、超验特殊性、现实特殊性。反观中国人权的发展，主要有两种路径：一是时空的宏观延伸，二是时空的微观拓展。经此二途，本在压缩时空中的中国人权发展便能打开一番新局面。而且，由于时空的延伸拓展与人权全球化的趋势具有一致性，所以，中国人权的本土化便不仅具有特殊性，也具有人权的普遍性。

第五章以人权国家义务为中心，重点阐述了国家权力的正当性，需要在履行国家人权义务过程中加以证成，证成性的不够或缺失，会削弱国家权力的正当性。国家权力必须通过履行国家人权义务来证成国家权力的正当性。国家是人权实现的最主要的人权义务主体。国家人权义务，从类型来说，主要有道德义务、法定义务和实有义务。国家人权义务关键在于国家公权力在动态中把这三种类型的国家人权义务及时递进转化，才能证成国家权力的正当性。

第六章以人权法为视野，对刑事诉讼法再修改进行深度分析。本章提出我国刑事诉讼法两次修改，人权保障从无到有的变迁，并在三种语义下对人权保障付出的努力，折射出我国刑事司法的不断进步。以党的十八届三中全会、四中全会决定为主导的司法体制改革，确立了以“完善人权司法保障制度”与“以审判为中心”为议题的政策导向，应在刑事诉讼法再次修改时，在法律规范上重构我国人权司法保障与“以审判为中心”的刑事诉讼制度，并落实国际公约最低标准，使我国刑事诉讼真正彰显出人权司法保障与司法公正并重的制度文明。

第七章以人权行政保护为中心，提出人权悖论在于行政主体不仅是人权义务的主体，有时也是侵害人权的来源。人权需要行政保障，行政也要受到人权规制。行政主体与行政相对人的关系，实质上是权力与权利的关系，人权与行政保护有了人权法原理的元点关联。行政主体在行政过程中，人权义务是其刚性要求。依“三代人权”理论，行政过程中的义务各有不同。行

政主体在行政过程中动态地把道德义务、法定义务与实有义务三种类型的国家人权义务及时转化,证成国家权力正当性来源。对人权的行政保护义务,因此从学理上具有了合法性、合理性、正当性的基础。行政保护中的人权保障与人权司法保障是一个问题的两个面相,前者是指实体人权范畴,后者是人权程序诉权。当人权受到行政行为的侵害时,应为公民提供人权司法保障救济,以便有效纠偏人权的侵害,落实宪法人权条款。

第八章新行政诉讼法完善的人权规制是当代中国人权研究的重点领域。本章认为,人权与行政法的勾连在于权利与权力之关系,因而人权与行政诉讼具有通约和同构性。人权保障与人权司法保障是两个不同的领域,前者是指实体意义的人权保障,后者是程序意义的人权司法保障。诉权是一种人权,是因为诉权蕴含着人性基础,这种诉权并不局限于私法诉权,在公法领域中,行政诉权就是一种人权。人权的转化与具体化在新行政诉讼法中取得明显进步。人权对新行政诉讼法的规制与完善,应在行政诉讼的定位、规范性文件、合宪解释、受案范围、救济权益方面,与社会公权力组织侵权行为方面,受到人权司法保障的规制。

第九章律师是维护当事人合法权益的群体,但法治中国转型期对律师较真辩护现象,值得研究。《刑法修正案(九)》第37条通过修改扰乱法庭秩序罪进一步降低了入罪门槛、扩张了刑罚的打击面,向备受争议的刑事较真辩护亮剑是其目的之一。在对扰乱法庭秩序行为进入“犯罪圈”的历史沿革考察的基础之上,从罪刑法定的明确性要求、刑法谦抑性、立法平等规制、配套规则缺失等层面审视并反思《刑法修正案(九)》第37条的立法理念与技术,提出通过严格的立法解释与设定作为刹车装置的程序性控制,确保目前相对粗疏的扰乱法庭秩序罪运转在权利保障与法治的轨道之上。基于对较真辩护律师特质的研判,单纯依靠刑罚强压难以消灭较真刑事辩护律师,只有整体司法环境改善,较真派律师才会也必然会走向黄昏。

第十章在人权视野下的中国律师行业的发展，取决于律师行业从自治走向善治，这是律师职业本质性的要求。域外法治先发国家 / 地区关于律师自治的理念、理论与实践，作为一种“地方性知识”，可堪视为我国律师业迈向自治与善治之路的宝贵资源。比较与回溯朝向律师自治目标的本土演进历程，职业、客户与国家对于律师性质的定位从混沌走向明晰，职业自主性不断加强，但职业主义下的律师自治仍然是一项未竟的事业。在国家与社会的治道变革中形成的司法行政机关行政管理与律师协会行业管理“两结合”的当前律师管理体制，需要在反思及批判的基础之上予以系统重构。经由对“两结合”体制的再结合，从评价什么、由谁评价、评价功用、规制评价等维度纲要性地阐释新型自治框架下律师职业评价完善路径，以为律师自治的实验操练，实现自治，促成善治，推进律师行业治理体系与治理能力现代化，约束公权行使，保障公民权利，实现社会正义。

目 录

前 言	001
第一章 当代中国人权研究状况分析	
——以 CNKI 代表性期刊论文为视角	001
一 问题的提出与方法的交代	003
二 当代中国人权研究状况的实证分析	012
三 当代中国人权研究的特点	035
四 当代中国人权研究的反思	041
五 小结	044
第二章 人权法学的演变与定位	047
一 从课程到学科的演变	049

二 人权、人权法与“人权法学”的关系	053
三 “人权法学”的特点与方法	057
四 小结：一点争议与学科任务	060
第三章 人权实现的原理与机制	063
一 人权实现的主体	065
二 人权实现国家义务法理分析	072
三 国内人权法与国际人权法的区别与联系	094
四 国家主权与人权国际保护的关系	100
五 人权实现的基本机制	109
第四章 国家人权义务的证成、类型与转化	137
一 国家权力与国家人权义务证成性关系	139
二 国家人权义务中的刚性主体	141
三 国家人权义务的类型	145
四 国家人权义务的证成与转化	147
五 小结	153
第五章 时空建构下中国人权的发展路径	155
一 问题的提出	157
二 时空建构下的人权普遍性与特殊性	158
三 时空建构下的人权全球化与本土化	163
四 压缩时空语境下中国人权的发展路径	167

五 小结	171
第六章 刑事诉讼法再修改的人权规制	173
一 寄望人权保障的加强	175
二 解读人权保障的三种语义	177
三 人权司法保障制度全面纳入再次修改之中	180
四 再次修改应落实国际公约最低标准	182
五 小结	183
第七章 对人权的行政保护	185
一 人权悖论之问题提出	187
二 对人权的行政保护之形式勾连	189
三 对人权的行政保护之法理渊源	191
四 对人权的行政保护之实质证成	195
五 小结	199
第八章 新行政诉讼法完善的人权规制	201
一 人权与行政诉讼的关联	203
二 行政诉权是一种人权	206
三 人权具体化在新法的进步	208
四 新法完善应受到人权司法保障规制	211
五 小结	216

第九章 《刑法修正案（九）》第 37 条与权利保障	217
一 刑事辩护的是是非非	219
二 第 309 条的前世今生	224
三 “刑修九”第 37 条的省思	227
四 “刑修九”第 37 条与理性的权利保障	231
五 小结	235
第十章 人权视野下中国律师业的治理	239
一 律师自治的他山之石	242
二 律师自治的中国演进	244
三 律师自治的重新出发：“两结合”的再结合	247
四 律师自治的实验操练：律师如何评价	253
五 小结	260
附 录	262
参考文献	268
后 记	285

第一章

当代中国人权研究状况分析

——以CML代表性期刊论文为视角

一 问题的提出与方法的交代

（一）问题的提出与范畴限缩

新中国成立后一段时期内，人权研究一度被认为是禁区，直到 20 世纪 90 年代这一禁区才被打破，此后关于人权的讨论和研究如雨后春笋般展开。从 1991 年中国政府发布第一份人权白皮书——《中国人权状况》首次公开讨论中国的人权状况，到 2004 年“国家尊重和保障人权”条款写入宪法，人权保障理念上升至立法层面，再到三份《国家人权行动计划》发布，具体落实尊重和保障人权的宪法原则等，这些举措无不体现了我国人权建设和人权保障水平不断地提高。人权建设和人权保障不断发展的同时，人权学术研究的整体水平也在不断提高，研究成果丰硕。正是人权研究的深入开展，推动着人权思想启蒙和法制建设不断进步。一方面，人权研究为人权理论体系的完善提供了智力支持；另一方面，人权研究促进了人权理念和人权意识的传播。当下，学术界已经形成了具有中国特色的人权研究范式。

在此背景下，本章通过检索 1991 年至 2016 年中国知识资源总库（简称中国知网，CNKI）上主要期刊所刊载的人权研究论文，对其进行梳理和分析，从知识社会学的视角对当代中国人权研究状况进行考察。这一方面，可以了解当代人权知识的生产格局及其背后的社会成因；另一方面，可以把握

中国人权研究的演进轨迹。考察当代中国人权研究的知识成果，揭示其存在的特点与问题，对于人权研究的深入，具有现实意义与学术价值。

本章的研究数据来源于中国知网，研究对象为1991年至2016年中国知网上具有代表性的人权研究论文。^①之所以将人权研究年限设定为从1991年开始，是因为普遍认为当代中国学界对于人权的系统研究是从1991年打破人权研究禁区开始的，如李步云认为，“中国法学界开始系统研究人权，是从1991年中国社会科学院成立人权研究中心开始的”^②；郭道晖有言，人权禁区从1991年开始解冻^③；徐显明认为，“改革开放后，尤其是上世纪90年代以来，人权理论研究重获新生……”。^④

作品的被引频次可以证明作品的影响力，同时可以定量地判断作品质量的优劣，以被引频次作为评价的标准，具有科学性。^⑤ 为了更客观地量化论文的代表性，本章以研究对象被引频次与被下载频次作为选取标准，将被引10次以上或被下载500次以上的人权研究论文纳入统计范围，如表1-1所示。

表 1-1 代表性论文的检索与选取

检索时段	论文选取标准
1991—2016	被引频次大于10次或被下载频次大于500次

检索操作方法如下。

① 本章所选“具有代表性的人权研究论文”以论文在中国知网上的被引频次与被下载频次作为考量的标准。一般认为被引频次或被下载频次越高，论文的影响力越大、代表性越强。本章所选论文的被引频次与被下载频次的最后统计日期为2017年1月10日。

② 李步云：《愿把一生献给人权研究与人权教育》，《中国社会科学报》2011年6月28日，第016版。

③ 郭道晖：《人权六十年：从否定到回归》，《炎黄春秋》2001年第4期。

④ 徐显明：《人权法原理》，中国政法大学出版社，2008，第56页。

⑤ 参见崔旺来：《〈中国社会科学〉1994—1998年作者及引文的统计分析与评价》，《中国社会科学》1999年第3期，第200页。