

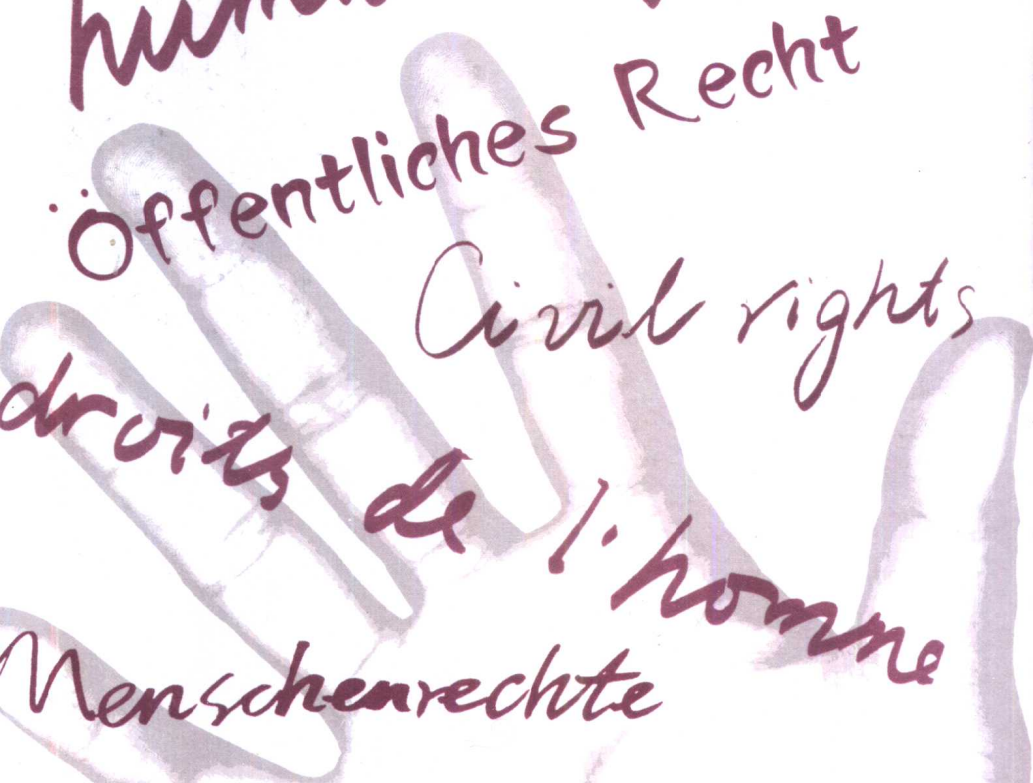
徐显明 主编

山东人民出版社

Volume II 第二卷

人权研究

human rights
öffentliches Recht
Civil rights
droits de l'homme
Menschenrechte



徐显明 主编

人权研究

第二卷

rights

recht

right

图书在版编目(CIP)数据

人权研究. 第二卷/徐显明主编. —济南: 山东人民出版社, 2002. 11

ISBN 7-209-03080-8

I. 人... II. 徐... III. 人权—研究 IV. D082

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 089605 号

山东人民出版社出版发行

(社址: 济南经九路胜利大街 39 号 邮政编码: 250001)

<http://www.sd-book.com.cn>

新华书店经销 日照日报社印刷厂印刷

*

880×1230 毫米 32 开本 18.375 印张 4 插页 480 千字

2002 年 11 月第 1 版 2002 年 11 月第 1 次印刷

定价: 36.00 元

人权建设三愿(代序)

徐显明

先不言世纪之交近二十年人权立法的变化(每一部法都是在重新配置权利资源),也不言建立市场经济过程中政府职能的转换(公权力在自由领域中的日渐中立及在社会权领域中的逐渐积极作为),也不言在国际人权领域所斩获的各种成果(加入国际人权公约数量之多,参与国际人权活动之胜算及入世),单言市民社会的进步(三大变化:消费领域中弱者正在变强;公权力关系中被颠倒了地位正在被再颠倒过来;权利救济的途径移于司法),就足以令人相信,中国正在走向权利时代,上世纪80年代诸多富有远见的法学家所作的预言正在变为现实。

然而,“走向”与“进入”毕竟还有阶段性差别。在临界的那个门槛到达之前,“走向”只不过是一种过渡。过渡期内的体系完善、制度建构和普遍化教育将是人权建设“走进新时代”的必要准备。

今年是现行宪法颁行20周年纪念年。此间该法共有三次修改,然而关涉人权体系的部分却未作任何变动。从法社会学的角度分析,任何法在被接受为公众意识的时候,只有权利观念的变化才预示着法的真正变化。而从社会对法的作用层面分析,即使立法不被修改,而现实中可得可见

的权利已升华为一种普遍的公民意识,则也预示着法的演进,中国的人权体系目前正处在后一种状态中。倘有机会修宪,下列在现实生活中日显活跃的人权应提升为我国法定人权系谱中的新成员。

一是隐私权。该权被民法保护在我国已是不争的事实,但该权的本质不仅表现为一种利益性和意志性(自我控制私人信息的解释亦可归为自由领域),还表现为一种对公共权力的态度。抑制公权力对个人生活或私领域持一种中立和抑制态度,才是把该权上升为宪法权或曰人权的主要原因。隐私权是从尊严权中推导出来的子权利,而尊严权的问世恰是汲取于二战中法西斯主义对整个人类尊严的践踏与蔑视,由此,维护人类尊严才成为国家的基本责任。隐私权的实质是人的尊严,侵害隐私权就如同剖开人的胸膛去窥看人的心脏,这是残酷之极的一种侵害。如何使公共权力尊重人的尊严,是隐私权成立与否的根本。其提升为基本人权的关键在于约束国家对人的私生活、私信息不评价、不介入、不暴露、不滥用。

二是知情权。在某些私领域内对特定情况和信息的知悉,如消费者对商品情况的知悉,婚前当事人对他方健康情况的知悉等,尚不是人权意义上的知情权。作为制度构成的知情权,它以行使政治权利与自由的公民知悉政治生活及公共管理的情况、国家有义务予以提供的作为、确立公开的范围与界限等主体、客体、内容与界限诸要素构成。知情权既是单独的一项人权,也是行使政治权利的条件性人权。给予政治权而不赋予对政治情况的知悉权,无疑又等于收回了政治权。就像说那个孤岛是你的,但又不许你乘任何

交通工具登上它一样。知情权的确立,将催生“情报公开法”的问世。人权实践中,知情权的实现程度,总是与公共信息披露的范围与国家机关确立保密的范围二者间的矛盾有关,最大限度地发布与最小范围的保密应是保障知情权的司法上的基本原则。

三是财产权。人类选择行为有三大动力系统:出于一种高尚,处于一种命令系统中,自主进行利益追逐与交换;其第三系统最能保持长久与有效。恩格斯曾断言,人类社会迄今的一切发展都来源于人的卑劣的私欲,故而他强调在所有原则中物质利益是第一原则。资本主义三百多年的历史提供了两条基本的经验:第一,解决了社会发展动力问题,第二,解决了社会保障问题。这两条在法律上的表达,就是解决了“财产权”与“生存权”问题。财产的蕴意是客观的,而财产权的表达是主观的,它的实质是人的意志自由问题。在人权史上,财产权总是被列为自由之首。甚至可以说,没有财产权,实质上就没有真正的自由。我国在市场经济体制确立之后,鼓励人们追逐财产和利益,即等于开挖了社会进步的动力之源。财产权在形态上看似静态,但在实现上,却重在保障其自由,尤其是在商法时代到来的时候,人们取得和增值财产的主要方式已以交换为主。保障财产所有者的意志自由和财产流动与实现的自由是财产权由目前的民事权上升为宪法权首先关注的问题。

四是生存权。1991年的10月份,我国政府发表了《中国的人权状况》白皮书。顾名思义,白皮书表达的是能宣之于外的我国官方立场。白皮书曾有“生存权是中国人民首要的人权”的提法,这表明保障和发展生存权已是中国政府

在人权问题上的战略选择(有必要指出,在人权的普遍性、关联性、同等重要性等内在逻辑关系中,不应出现何种人权为首要、次要之分,因为每一种人权都是其他类权利所不可替代、不可置换的。如果认为一种人权优于另一种人权,那么在逻辑上就可能使得某种人权被取消。但这一逻辑关联并不妨碍政府或个人在人权发展方面进行优先选择及作出战略安排。从这一意义上讲,“首要”仅可理解为优先选择)。但是,在我们作出如是宣示的时候,从宪法上恰恰找不到生存权的根据。宪法中有生存权的内容,却无应有的概念。十年间,我们的生存权实践是最为辉煌的,将生存权写于宪法的时机已经成熟。对生存权的理解目前已形成三种意义。广义的生存权,是指包括生命在内的诸权利总称;中义的生存权,是指解决丰衣足食问题,即解决贫困人口的温饱问题;而狭义的生存权,系指社会弱者的请求权,即那些不能通过自己的劳动获得稳定生活来源而向政府提出物质请求,政府有义务来满足其请求从而保障其生存尊严的权利。狭义上的生存权具有法律上的可诉性,看上去它似乎仅是为社会弱者准备的,但因每一个社会强者迟早都会成为弱者,故其实际上也仍是人人享有的权利。生存权的强制性在于要求政府建立社会保障制度。

五是发展权。发展权是我国政府近几年在人权国际斗争中高扬的旗帜之一。它在1972年被概括出来之后,一直保持着它的双重性。从内外关系上看,它既是国际人权,也是国内人权;从人权主体上看,它既是集体人权,也是个人人权。当将其上升为宪法权的时候,主要是指提炼其个人人权的意义。在这一层面上,发展权主要指每个公民分享

社会整体进步与发展所带来的各种成果的权利。发展权最重要的价值在于给予弱势群体和弱者个人提供缩小与弱势群体及强者间差别的机会。“给予机会”,“在机会方面向弱者倾斜”,“在义务方面对弱者减免”,是发展权在法律方面的三大特征。在人权现实方面,我国人权二元性的结构如主体身份是二元的,人权内容是二元的,保障方式是二元的,如何消除二元性,使人权建设最终走向一元,是中国人权制度重构面临的时代性课题。发展权所具有的社会发展整体连带的特征,将在改造我国人权二元结构方面发挥主导作用。

六是环境权。“我们现在所拥有的一切不是从祖先那里继承下来的,而是从子孙那里借来的”。这是全社会无论官员还是百姓都应共有的环境、生态、资源意识。如果我们认为资源与生态环境是继承而来的,那么我们似乎就有了对目前一切的处置权,因为继承权行使后的结果就是权利转化为所有权,毁坏环境可能被认为是在行使所有权。谁如果对环境 and 资源持一种所有权观念,谁就有可能成为对后代犯罪的罪魁。如果我们把权利观改为债务观——从子孙那里预借的,那么我们就要遵循债权保护的一般原则,即保持被借物的完好无损,保护生态与资源的完整就成了当辈人首要的义务。我们的环保部门首先要建立这种观念。环境权的成立,可改造目前我国的环境管理体制。如果环保部门在行使权力过程中不是以满足公民对净水、净气、稳静及永久资源的要求,而是在征收排污费过程中首先获得了部门利益,那么环保的目标恰好可能是侵害公民环境权的。

第七项是迁徙自由。我国 1954 年宪法有关于迁徙自由的规定,后来的几部宪法对其取消了。在计划经济体制下,市场是国家设定的,消费的量是政府安排的,生产的所有活动也是根据消费而有计划进行的,因而劳动力必须随生产的安排而安排,此时人的迁徙在经济不自由的体制下已无任何意义。计划经济把人进行了至少三次划分:第一次为城镇居民与农业人口的身份划分;第二次为同一地域内全民所有与集体所有两种所有制的划分,而不同所有制间不得转换;第三次为机关与事业单位的划分,人被单位化,单位被地域化。三次划分后的结果即是人被强制性地固定于一隅,迁徙即等同于调动,要冲破三层藩篱是难上加难的。市场经济与计划经济最大的不同是资源配置方式,其中包括劳动力配置方式。通过市场实现劳动力的自由流动,包括从乡村流向城镇,是开放式社会对压制式社会最重要的否定,因之,重新赋予公民迁徙自由已是市场经济体制要求之必然。

第八项是平等权。平等权的本质是要求消除人的身份在法律上的差异。世界多数国家的宪法都把人分为两类,一类是指所有的人,其表述方式为“所有的人”,“人人”,而不分是哪国人。对这类人言平等主要指适用法律平等而非指立法平等。另一类是指本国人,其表述为“×××国公民”,对这类人既要言立法上的平等,又要言适用法律上的平等。把法律上的人分成上述两类,是一种人权立法技巧,目的是要把具有本国人才能享有的那部分权利与外国人区分开。外国人在本国主张平等权,其内容指向为不允许差别对待,即主张对待平等,而本国人在本国的平等权,除了

对待平等的要求外,还应有身份上的平等。按人格而不是按照身份享有权利是平等权的本质所在。当一种权利尚不能为人人所享有的时候,还没有被普遍化的时候,其仍然是特权而非人权。平等权能否入宪,实质决定着人权主体能否普遍化和平等化。

第九项权利是正当程序。正当程序包括善良关注、同等对待、程序公正、程序公开、无罪推定、不溯既往、罪刑法定、非经法律不受强制、公权力过错赔偿等程序性原则及制度,因其理念是对人的尊严与自由的尊重,故亦将其归为基本人权。由于这些程序的有无与真假直接关涉人权是否程序化,因而此类人权亦被称为程序性人权。程序性人权是实体性人权的屏蔽,也是最原始形态的人权。如果在正当程序上还存有缺陷,那么司法不公及司法侵权就是必然的,而司法侵权一旦产生,对人权救济的最后一道防线也就崩溃了。正当程序实际起着人权桥梁上的护栏作用。

第十项权利是接受公正审判的权利。其内容有两方面,一是诉权受保障,一是程序与结果的公正受保障。该权利也仍是程序性人权,其价值取向在于要求司法保持中立与独立。要保证公民接受公正的审判,并将“得到公正”视为基本人权,现行的司法制度必予改革与重塑。

以上十项人权,是实践中已成熟,而在立法上已被收入视野^{〔1〕}的权利。宪法在进行第四次修改的时候,其在人权体系中入谱进位应是水到渠成的。

走进权利时代与建设法治国家是目标上二而为一的事

〔1〕如今年人代会上全国工商联对“私有财产权”的提案。

情。人权的制度构建需借助法治的形式,而建立一个维护人权的专门机构似乎又是制度建设的当务之急。此一机构独设后,由其在全国范围内推行普遍化的人权教育,或可又反推人权目标与法治目标的进一步接近,此三位互动,不正是制度性人权实现之良求吗?

呼吁适时完善人权立法,建议俟机设立人权机构,倡导尽早进行人权教育,此三愿并出,谨为本书序。

目 录

人权建设三愿(代序)	徐显明(1)
------------------	--------

多元世界中的人权观念

——自由主义人权理念之重申	姜 峰(1)
---------------------	--------

一、普遍人权与文化多元主义	(2)
---------------------	-----

二、人权的主体	(15)
---------------	------

三、人权的内容	(25)
---------------	------

四、人权的普遍保护	(39)
-----------------	------

五、结语	(47)
------------	------

论人权的绝对性与相对性

——以不利选择权为例	张 栋(49)
------------------	---------

一、人权的绝对性和相对性	(50)
--------------------	------

二、人权的绝对主义与相对主义	(63)
----------------------	------

三、不利选择权——分析人权绝对性与相对性的 一个微观视角	(70)
---------------------------------------	------

功利主义人权观批判	赵雪纲(96)
-----------------	---------

一、功利主义哲学的历史发展与核心内容	(96)
--------------------------	------

二、功利主义人权观和人权绝对论	(105)
-----------------------	-------

三、功利主义人权观的具体分析:以死刑存废的 争论和生命权为例	(113)
---	-------

四、功利主义人权观的具体分析:以堕胎、安乐死

的争论和生命权为例 (122)

五、功利主义哲学与人权原则的冲突:以生命权为例..... (130)

论“人权派”的人权保障思想 马建红(136)

一、人权防范的对象 (136)

二、宪法与人权保障 (142)

三、法治与人权保障 (148)

论中国人权制度建设的五大主题 徐显明 齐延平(161)

一、关于自由权 (161)

二、关于平等权 (165)

三、关于财产权 (167)

四、关于生存权 (169)

五、关于发展权 (171)

六、人权五大主题的制度建设 (174)

论公民平等权的保障

——以其与商家“选择权”的冲突为视角..... 林 喆(177)

作为人权的性权利 赵合俊(188)

一、性权利:性的权利维度..... (188)

二、性权利的起源 (197)

三、作为人权的性权 (217)

四、现代性权的基本类型与法律运作 (239)

五、以性权利促进性和谐 (248)

知情权的法理 陈焱光(253)

一、知情权的含义及历史演进 (253)

二、知情权的价值基础和价值形态	(260)
三、知情权的法律属性	(267)
四、知情权行使的原则和基本方式	(269)
五、知情权的法律边界	(272)
六、知情权在中国的法律缺失与对策	(278)
知情权及其保护的比较研究	纪建文(283)
一、关于知情权的基本理论	(285)
二、东西方国家知情权保护的历史沿革	(308)
三、中外知情权保护之差异分析	(327)
四、建立中国知情权保护制度的设想	(350)
五、结语	(355)
发展权法律规范的比较研究	
——宪法学意义上的探讨	汪习根(357)
一、发展权宪法规范的内容概览	(358)
二、发展权宪法规范的形式比较	(369)
三、发展权宪法规范的价值比较	(377)
四、发展权宪法规范比较的启示	(386)
论环境权及其法律保护	黄应龙(391)
一、引言	(391)
二、公民环境权的基本理论	(393)
三、环境权实现的保障——环境保护的公众参与	(406)
四、环境行政诉讼对居民环境权的救济	(421)
五、环境侵权责任对公民环境权的救济	(435)
六、结语	(452)

论人权的国际保护 刘洪波(455)

一、人权国际保护的历史沿革 (458)

二、人权国际保护的现实需要——国内保护之不足 (466)

三、人权国际保护的理论依据——人权的普遍性 (480)

四、人权国际保护的合理定位——国际保护与国内
保护的关系 (495)

五、人权国际保护的认识障碍——对几组关系的理解 ... (507)

六、结语 (522)

国际人权法上的权利限制与克减制度 葛明珍(523)

一、国际人权法上的权利限制 (523)

二、国际人权法上的权利克减 (540)

从个人来文制度看人权与国际法的关系

——兼及公约的竞合问题..... 李道刚(550)

一、欧洲人权保护的现状 (550)

二、用尽国内救济作为主权的一道防线 (556)

三、“任择议定书”中的个人来文制度 (559)

四、欧洲人权公约与盟约议定书的竞合问题 (564)

后 记 (569)

Contents

Preface	Xu Xianming (1)
---------------	-----------------

Human Rights Concepts in a Plural World

——The Reiteration of the Liberal Human Rights

Concept	Jiang Feng(1)
---------------	---------------

1. The Universal Human Rights and the Pluralism of Culture	(2)
2. The Subject of Human Rights	(15)
3. The Contents of Human Rights	(25)
4. The Universal Protection of Human Rights	(39)
5. Conclusion	(47)

The Absolutism and Relativism of Human Rights

——An Example on the Right to Unfavorable Choice

.....	Zhang Dong(49)
-------	----------------

1. The Absoluteness and Relativity of Human Rights	(50)
2. The Absolutism and Relativism of Human Rights	(63)
3. The Right to Unfavorable Choice	

——An Analysis on the Absoluteness and Relativity

of Human Rights from a Micro Angle	(70)
--	------

A Criticism on the Utilitarian Concepts of Human Rights..... **Zhao Xuegang**(96)

1. Utilitarian Philosophy: its Historical Development
and the Core Contents (96)
2. Utilitarian Concept of Human Rights and the
Absolutism of Human Rights (105)
3. Concrete Analysis at the Utilitarian Concept of Human
Rights: Examples on the Abolishment of Death Penalty
and the Right to Life (113)
4. Concrete Analysis at the Utilitarian Concept of Human
Rights: Examples on the Argument of Abortion,
Euthanasia And the Right to Life (122)
5. The Controversy between the Utilitarian Philosophy
and the Human Rights Principles: An Example on
the Right to Life (130)

The Thoughts on the Safeguards of Human Rights..... **Ma Jianhong**(136)

1. The Subject for the Precautions against Human
Rights (136)
2. The Constitutional Law and the Safeguard of
Human Rights (142)
3. The Rule of Law and the safeguard of Human Rights
..... (148)

Five Main Subjects on the Construction of Chinese Human**Rights System** **Xu Xianming and Qi Yanping**(161)

1. The Right to Liberty (161)