

S 东南法学

SOUTHEAST LAW REVIEW

东南大学法学院主办
主编 周佑勇

2008年第1辑

李步云：人权的概念与人权入宪

周佑勇：当代中国

行政法治的发展

龚向和：全球化背景下的人权与发展

刘作翔：公平问题和权利的平等保护

秦前红 喻少如：

两岸行政复议（诉愿）制度之比较

施建辉：论委建合同之法律性质



东南大学法学院
SOUTHEAST UNIVERSITY LAW SCHOOL

东南法学

SOUTHEAST LAW REVIEW

2008年 第1辑

东南大学法学院主办
主编 周佑勇



东南大学出版社
Southeast University Press

东南大学法学院主办

东南法学

SOUTHEAST LAW
REVIEW 2008 年 第 1 辑

编委会名单

学术顾问 (以姓氏笔画为序):

王利明 张文显 沈四宝

陈兴良 应松年 韩大元

编委会主任: 李步云

主 编: 周佑勇

副 主 编: 龚向和

编 委: 胡朝阳 龚向和 刘艳红 顾大松

施建辉 孟 红 戴庆康

本 辑 编 辑: 李煜兴

图书在版编目 (CIP) 数据

东南法学. 第 1 辑 / 周佑勇主编. — 南京: 东南大学出版社, 2008. 4

ISBN 978-7-5641-1158-8

I. 东… II. 周… III. 法学—文集 IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 031981 号

出版发行 东南大学出版社

出 版 人 江 汉

社 址 南京四牌楼 2 号

邮 编 210096

经 销 江苏省新华书店

印 刷 南京玉河印刷厂

开 本 787mm×1092mm 1/16

印 张 8.5

字 数 150 千字

版 印 次 2008 年 4 月第 1 版第 1 次印刷

定 价 18.00 元

序

国无法不治，法学首先是治国之学；法律协调各种人际关系，化解各种社会纠纷，法学也是一门生活之学；法律作为正义的化身、文明的标志、自由的象征和权利的代名词，法学又是一门关乎文明进步之学。因此，法学研究将个人人生同国家之兴盛、文明之进步、公民之生活紧密相联系，而法律人亦将成为守护人类正义、自由和权利的使者。这是一份自豪，也是一种责任！

东南，历史传统久远绵厚，学术品格独立深醇，声望名声响亮纯泽。复建后的东大法学不过10余年，然而她同样有着悠久的学术传统。她最早可以溯及民国时期1928年成立的中央大学法学院。昔日中大法学院人文荟萃、名流云集，学界、政界许多著名人物或曾任职或曾就学于中大法学院，他们用才华、真诚和自信缔造了东大法学数十年的辉煌。我们没有理由不去将这种学术精神传承下来并发扬光大。也正是在这种精神的激励和感召下，东大法学人发奋图强，不断开拓创新。经过十余年的发展，她已拥有同样丰富的图书资料、现代化的模拟法庭和电子化的教学设施，更有着自由、平等、宽容的学术氛围。

随着党的“十七大”成功落下帷幕，由东南大学法学院主办的《东南法学》付梓问世。她作为东南大学法学院成立一周年的见证，为海内外学界同仁开辟了学术争鸣的园地。在这里，《东南法学》给我们的绝对不仅仅是一份普通的说教，而是经历精神涅槃后的人格升华。正如李步云先生对法学研究所持的态度：求实、严谨、创新、宽容——我们相信这也将是《东南法学》坚守的品格。

“励精图治，赢得春华秋实；锲而不舍，换来丰硕成果；迎难而上，重塑自我人生；业精于勤，迈向成功之路。”苏力先生的这句话也适用于《东南法学》的成长和发展。我们自信：正因为我们现在年轻，所以我们朝气蓬勃、充满活力、求真务实；正因为我们传统悠久，所以我们尽职尽责、不断追求、锐意进取，不达“至善”境界，永不止步。“止于至善”是东南大学的校训，也是《东南法学》努力奋斗的目标。在至善目标的指引下，经由学界同仁的关心呵护和我们的精心培育，《东南法学》这朵新开的法苑之花必将绚丽多彩而结出精美的学术之果。

CONTENTS 目 录

S 东南法学 SOUTHEAST LAW REVIEW

东南法学讲坛

李步云：人权的概念与人权入宪	1
周佑勇：当代中国行政法治的发展	10
龚向和：全球化背景下的人权与发展	17
刘艳红：“中国特色”罪刑法定原则的出罪机制： 犯罪论的实质化	22

权利论坛

刘作翔：公平问题和权利的平等保护	33
顾相伟：沉默权辩证谈——对沉默权的反思与祛魅	44
喻名峰 曹兴华：生态主义法律观念下权利共同体范围的拓展	53

各科专论

秦前红 喻少如：两岸行政复议（诉愿）制度之比较	60
杨 寅：中国城市规划法律程序制度的现状与新近发展	72
步 兵：行政契约履行的原则与规则	82
孟 红：《大清新刑律》与罪刑法定原则	94
戴庆康：自由的个人与积极的政府 ——从罗尔斯的正义论看弱势群体保护及政府的伦理使命	105
胡朝阳：论知识产权制度的经济合理性 ——以法律经济学为分析视角	112
施建辉：论委建合同之法律性质	122

2008 年 第 1 辑

人权的概念与人权入宪

李步云*

我很高兴能和同学们在一起交流学术和思想。这样对于我个人来讲,会显得很年轻,心态会更好。当然主要原因还是基于我的一个理念。这让我想起了1950年毛泽东主席第一次访问苏联的时候,曾向中国留苏学生做过一次讲话。他说,“世界是你们的,也是我们的,但归根到底是你们的。”我长期以来经常和年轻同学在一起交流思想、交换看法,我深深感到我们中国的学生是非常刻苦的,非常爱思考的,对国家的前途,对人民的幸福,对世界的发展,是非常关心的,我从中看到了我们国家的希望和世界的未来。这就是我的一种理念。我准备在合适的时候做一个系列讲座,总的题目是中国的宪政,或中国的宪政之路。

按我的理解,宪政这两个字可以概括“政治文明”,而宪政这两个字则可以用六个字来演绎,即“民主、法治、人权”。今年6月我在人民大会堂讲过法治,今天我们就谈人权,以后还会讲民主,以及相关的一些理论问题,我们面临的挑战、我们取得的成就、我们存在的问题,范围会很广。在座各位可以共同思考这些问题,都会有自己的看法。前不久,挪威人权研究所一个“中国项目十周年”的庆典上,我曾对150多位来宾讲话。我说:人权是一个伟大的名词,是无数志士仁人人为之奋斗的目标。我主编的教育部第一本《人权法学》教材,开头讲的第一句话就是“21世纪将是一个人权的世纪”。我用一个事实来证明这个观点是正确的。大家知道,联合国有两个主要机构,一个是安全理事会,一个是经社理事会。安全理事会是解决世界和平的问题,专门研究和解决国家和国家、地区和地区之间的冲突、战争这样一个问题,实现世界和平。另外一个经社理事会,是解决发展问题的。这个发展,是发达国家的任务,他们也要富强啊,人民也要过得更好啊,但最主要的还是发展中国家的任务。原先有个人权委员会,它是经社理事会下的一个机构。前不久已经升格为和安全理事会、经社理事会地位相同的人权理事会。其中47个成员国,我们中国是一个。这说明人权问题已经是与安全理事会、经社理事会解决的世界的和平问题、世界的发展问题地位相同的一个问题。而且在我看来,和平问题和发展问题是当今世界的两大主题。为什么?所谓和平,就是要求人类每一个人彼此友好相待,国内各地区之间与国与国之间,大家和谐相处的权利。根据一项统计,前苏联和美国的原子弹、氢弹,真的打起来全使用的话,地球整个都要完蛋。所以说,和平权是一种人权,发展权更是一种人权。对于我们发展中国家来说,情况更是这样。我们发展中国家更需要在经济上和政治文化上得到更大的发展。从权利这个意义上来说,它也

* 李步云(1933—),男,东南大学法学院教授、宪政与人权研究所所长,博士生导师,研究方向:法理学、宪法学。本文是作者在东南大学所作的主题演讲内容,由冯现芹、解瑞卿记录整理,并经作者亲自审阅修改。

是发展中国家要求与发达国家享有发展机会均等的权利这样一种国际人权。所以我敢断言,未来的世界对人权问题会越来越重视。原因在哪里?人活在这个世界上,都希望过着幸福的生活,自己的生命、自由、安全不受侵害,自己能够吃得好,住得好,穿得好,能够有自己的人格和尊严。所以人的幸福,人的价值,人的要求,都可以概括为就是人权问题。人权是代表全人类每一个人的根本利益所在。在一个民主法治的国家和世界里面,人权问题就显得对人类很重要。今天,人权问题越来越重要,这是文明进步的一种非常重要的表现,也是全世界人权不断发展、不断提高的一个趋势。我有一个愿望,就是在全国各地散播人权的种子,为这枝鲜花施肥、浇水、除草。这是我一生的愿望,一个重要的追求。我很高兴,东南大学有这样的远见,看到了人权对国家、对世界的重要性和它的学术意义,建立了宪政与人权研究所。我希望我们的研究所能够在这个领域做出一点贡献来。当然我也希望法学院全体本科生、研究生以及教员多多参与。

今天我想讲一下什么是人权。在讲这个问题之前,我要给大家介绍一些人权问题在我们国家究竟是怎么一回事,是怎么提出来的,经历过哪一些曲折的道路,走过哪一些观念上和制度建设上的弯路。我想把这个历史先介绍给大家,然后我们再来谈什么是人权这个问题。

“人权”这个词,在1949年新中国成立到1978年我们进入改革开放这个伟大的时代,在这个过程里面,人权这个词在个别情况下出现过,但在党内、党外,在高层、低层,在干部和群众中,都未被当作一个问题来思考和对待。这个问题是怎么提出来的呢?文革十年,我们国家经历了一场历史性的灾难,其中重要的一点就是广大干部和群众的人权都遭到了肆意的践踏。这样一个教训,引出了1978年邓小平同志所倡导的“我们要进入一个改革开放的新时代”,其中就包括由过去的计划经济向市场经济的转变,由闭关锁国向对外开放转变,由过去的人治向法治转变,由人没有权利向有权利转变的这样一个历史性转变。依法治国是1979年正式提出来的。当时,我和另外两个同志曾做过系统的论述,后来在我和其他几位参加起草的几个重要文件里都把它写进去了。但从1979年起,一直争论了近20年,到1997年党的十五大才正式确立下来。在那个时候,人权问题也开始提出来了。1979年10月,我在《人民日报》上写了一篇文章,题目是《论我国罪犯的法律地位》。我讲罪犯也是公民,他也应当享有自己的权利,你不能不把他当作人看待,你不能愿意怎么干就怎么干,你愿意怎么治他就怎么治他,这是不行的。那篇文章发表后,引起了很大的轰动。特别是很多的监狱,一些服刑人员都拿出《人民日报》,说这是党中央的机关报,你们看,我有这个那个权利,你们为什么不保护。我这篇文章发表后,有一位中央领导曾点名批评。一个最高司法机关曾在文件里批评说,我这是搞资产阶级自由化。当时点了两篇文章,其中就有我的这篇。至于哪个司法机关,我就不说了。我们社科院也给我施加了很大的压力。当时上级布置给社科院,说你们要清理精神污染,你们每个所必须要报你们有什么精神污染。我们所曾报了两篇文章,其中就有我这篇。当时社科院分学科片,现在叫学部,我是5个学部中社会政法学部的荣誉学部委员。当时我们片里的负责人是我的导师张友渔,他也是我们院的副院长,他当时保了我,说李步云这篇文章观点没有错。如果说有什么不足的话,顶多是他说得早了点。因为现在我们这些干部的权利还得不到保障呢,别说罪犯了。因为当时是1979年,文革刚刚结束。后来这件事也就不了了之。当时我心里是很自信的,认为我的观点是对的,因为罪犯也是公民。后来,我在《人民日报》上接连写了10篇文章,对1982年宪法应该

怎样修改提出了我的看法,其中有一篇就是《什么是公民》。宪法修改委员会采纳了我的建议,专门写了第39条:“凡具有中华人民共和国国籍的人,就是中华人民共和国公民。”这条就是这么来的。但以前人们看法是不一致的,罪犯不是公民,五类分子、敌我矛盾不是公民。很多人都有这么个看法。

人权问题的提出,要部分归功于我们的大学生。1982年宪法取消文革中的“四大”后,北京市决定专门划分出一些区域来贴大字报。其中“西单民主墙”有一张大字报,是一个大学生写的。他写道:“我们应该请美国总统卡特到中国来关注人权问题。”这个说法当然是错误的,一位中央领导批评了这种说法。这件事引起了全国对人权问题的关注。中央开始清理精神污染时,要求法学所写篇文章,对大字报这件事进行批评。我们所有两位同志匆忙地写了一篇文章,题目叫《人权是资产阶级的口号》,发表在《北京日报》上,当时并未引起外国媒体的注意。不久某大学有三名教授发表了一篇文章,没有用人权是资产阶级口号这个题目,但结论是一致的。于是,外国人就说我们的执政党和政府不讲人权。后来,我陪我们老所长到中南海去开会,他们给我们布置了两个题目:一个是“人权”,一个是“无罪推定”。无罪推定是我们所另外一位同志写的,他是香港基本法起草委员会的成员,做出过很大贡献。“人权”这个题目三个人一起写,一个是我,另一个是我的学生,还有一个就是写《人权是资产阶级口号》的那位同志。我就跟那位同志提出,要我写可以,不过得答应我一个条件。答应了我这个条件,我就参加文章的撰写。我说必须改变观点,不能再提人权是资产阶级口号,我们社会主义也应当讲人权。那位同志还是比较通情达理的,同意了。文章写出来了,但在当时背景下——清理精神污染、批资产阶级自由化,文章不好发表。我们采取了“拖”的办法,结果事情就不了了之。到了1991年,情况发生了根本变化。大家知道,1989年我们国家发生了一场政治风波。1990年末,东欧剧变,苏联解体。这时候中国在人权问题上受到了相当大的压力。对于怎样看待这些问题,中央出了16个题目,后来又加了3个,诸如怎样看待民主、自由、人权,怎样看待苏联的解体,等等。我与几位同事在1991年组建了一个研究人权的课题组。1992年,正式成立了中国社会科学院人权研究中心。我在那里工作了10年。我们当时就提出,社会主义必须高举人权的旗帜。当时一个很有名的教授跟我说,老李啊,你说要高举人权的旗帜,哪有什么人权旗帜,我们不是要高举社会主义旗帜吗?我说:“我们必须高举人权旗帜,没有人权,怎么搞社会主义,要么在社会主义这面旗帜上加上‘人权’两个大字,我们的社会主义才是真正的社会主义”。我们当时给中央写了一系列报告、建议,其中有一份报告写的就是我们社会主义者必须高举人权旗帜。从那时开始,我们在理论上发生了根本变化。到现在为止,我就人权问题已撰写了30多篇文章。很多问题当时就有很大争议,直到现在国内有些问题还没有解决,而这些问题是非常根本和关键的。下面我将给大家介绍一下争论的情况,这里有国内的,也有国外的。

这个问题不是单纯的学术问题,而同政治密切相关。比如我们看电视,看新闻联播,我国的领导人在同外国首脑会谈时常会有一句话“我们感谢你们在人权问题上对中国的支持”。我还给大家介绍一下我们是怎样把人权写进宪法的。1999年,1982年宪法第三次修改时开过两次专家会议,一个是经济学家的,一个是法学家的,由李鹏委员长主持。我参加了人民大会堂的法学家座谈会。当时提出将“依法治国,建设社会主义法治国家”写进宪法没有争议,但将人权写进宪法却没被采纳。到了2003年6月,吴邦国委员长在全国开了很多次座谈会,征求各方意见,其中在人民大会堂开过一个有5位宪法学家参加的座谈会,征

求意见,当中有我和许崇德、徐显明、张庆福、韩大元。会上我和徐显明极力主张将人权写进宪法,但产生了争论。反对的人认为,我们的宪法规定了公民的各种权利,已经很清楚了,为什么还要写?我说,十五大和十六大报告都已写进《尊重和保障人权》。把人权写进宪法,一是有利于提高广大干部的认识;二是有利于在各方面进一步完善我们的人权状况;三是能减轻国际压力,提高国际地位及声望。会议最后采纳了我们的观点,将“国家尊重和保障人权”写进了宪法。

再举个例子。我给中央和地方省部级单位领导讲课至今不下70次。每次讲课,他们都希望我讲依法治国,但不敢叫我讲人权,唯有安徽省例外。负责接待的副省长杨多良同志对我说:“李教授,我们明年再请你来讲人权。”我说:“很好啊,你们了不起,这是要有一点勇气的。”至今,省级领导里面唯一请我讲过人权的就是安徽省的。还有一个是,我每年要到北戴河人大干部培训中心去讲课。一般是每人讲一讲,但我例外,当我那讲结束后,他们希望我再另外加一讲人权。大家都很感兴趣,想知道人权是怎么回事。人权如此重要,但直到今天,也还是一个敏感问题。在组建中国社科院人权研究中心的时候,曾经邀请梁慧星教授参加。他说,李老师,你搞人权是真搞,还是假搞。你真搞,我就参加,假搞,我就不参加了。我说我们先搞起来,最后搞来搞去可以弄假成真嘛。在1990年前后,一些同志搞人权,目的是两个。第一个,教育青年学生;第二个,反对西方思想渗透,但没有考虑要改善我国自己的人权状况。现在看来是真弄假成真了。观念转变以后,很多制度也发生了变化。到现在,我们的很多立法都受到了人权观念的影响。我举个例子:1996年《刑法》的修改,有多个地方都是人权问题。收容审查制度被取消就是一个典型例子。

我主要讲一下,什么是人权。为了这个事情,我们曾专门给中央写过一个报告。因为当时对人权的各种说法,都是不准确的、片面的,或者说是完全错误的。我们很需要给它一个科学的定义来解释其具体的含义。经过我们研究中心三天的讨论,得出一句话:“人权是人作为人依照他的自然属性和社会本质所应当享有的权利。”“作为人”也可以不要。这个定义包含了四层意思,涉及如下四个基本问题,即人权的主体,人权的内容,人权的存在形态,人权的本原。由于时间关系,今天多讲点人权的主体问题。

一、人权的主体

即什么人,什么组织可以和应当享有人权。这个定义讲的就是“人”。只要你是人,你就应当享有人权。不管你是黑人还是白人,是老人还是儿童,是男人还是女人,是穷人还是富人,是好人还是坏人,都应享有人权。这在一些国际文书里面已经说得非常清楚,在国际上没有什么争论的。为什么有人反对“以人为本”,理由是不能什么“人”都可以为“本”。按我的理解,应当是所有的人。他们的意见是坏人非人,不该享有人权,这是不对的。罪犯也有人权。在我的第二篇文章中,我提出,凡是罪犯,即使判了刑,在还没有执行死刑之前,他都享有某些权利,甚至是政治权利。剥夺政治权利法律上是用列举的方式只剥夺了一部分,但是申诉权、检举权、控告权等权利是不可以剥夺的。有一个实例,在执行死刑之前喊冤,被暂时停止执行死刑,最后查出确实是冤案。比如罪犯,哪些权利应该受到限制,那是另一个问题。

人权的主体受文化背景的制约很强。比如堕胎,有人说胎儿被杀死这不是侵犯生命权

吗?这在国际上都是有争论的。死人有没有人权?我有一个国外朋友,他说中国不是有一种叫“鞭尸”的吗?这也是人权问题。人死后有荣誉,如有人故意对他造谣、污蔑,他们的亲属可以打官司。还有克隆人,这个问题就不好回答了。现在讨论克隆人有没有人权是不现实的,现在所有国家都反对克隆人。这个问题很复杂,涉及伦理等等因素。等克隆人真正出现的时候我们再谈这个问题好了。

所谓人权的主体,我们国家及国际上的争议焦点是个人人权和集体人权的关系。90年代开始,有些人权学者说所谓人权就是个人人权,当时国内外都有这个看法。我是不同意这种观点的。我以为人权主要是指个人,但也包括某些群体。这些特殊群体的人权与个人人权是有区别的。现在这个观点在国内外都得到了认可。就国内而言,弱势群体包括老人、妇女、儿童、残疾人、少数民族,以及其他经济上的弱势群体,还有某些特殊群体,如罪犯、战俘。有人问:你为什么把妇女也算进去,不是说妇女半边天吗?有不少国家妇女比男人还多呢,怎么是弱势群体呢?我说那你就懂了,由于历史的、文化的、生理的、精神的各种原因,妇女和男性相比,她们有弱势的一面。所谓弱势群体人权,就是在一般人的条件下要给他们一些特殊的照顾。作为一个群体,就像我们的少数民族,比如西藏,我们不知道投入了多少钱,特殊照顾西藏等少数民族地区。我在英国访问时,在伦敦大学跟希斯金教授交换关于人权问题的看法。她不承认国际上有集体人权。我举了个例子,你承不承认民族自决权是人权,她说是。我说,这就成了,自决权不是个人人权,而是国际集体人权。我又问,发展权是不是人权,她说不是。我说《维也纳宣言和行动纲领》已经承认发展权是基本人权。她说那是他们的事情,她又反问我,什么是发展权,谁是发展权的权利主体和义务主体,如何保证发展权的行使。我说发展权的含义有广义、狭义之分,广义的发展权是指世界上所有国家的人民都有平等参与发展、享受发展成果的权利。狭义的发展权是指《发展权利宣言》序言的最后一段的一句话:“确认发展权利是一项不可剥夺的人权,发展机会均等是国家和组成国家的个人的一项特有权利。”这里的“国家”是特指发展中国家的人民,即他们应当享有同发达国家相同的“发展机会均等”的权利。这是发展中国家的一种权利诉求,整个国际社会和发达国家则是实现发展权的义务主体。权利的内容则是要求对发展中国家的发

展予以多方面的帮助和照顾。国际集体人权包括发展权、自决权、和平安全权、环境权、人道主义援助权等等。人权是全人类都应当享有的。

个人人权是传统意义与传统观念上的人权。即使是现时代,个人人权仍然是人权的主要形式。从历史发展看,个人人权的内容是在不断扩展与丰富的。在人类文明已发展到今天的条件下,个人人权的内容已包含如下三个基本的方面:一是人身人格权利,如生命权、健康权、人身自由权、思想自由权、人格尊严权、通讯自由权、住宅不受侵犯权、私生活秘密权等等;二是政治权利与自由,如选举权、被选举权、言论自由权、出版自由权、集会自由权、结社自由权、游行示威自由权、信息权、知情权、监督权等等;三是经济、社会和文化权利,如财产权、就业权、享受劳动保障权、同工同酬权、休息权、受教育权、家庭权、参加工会权、享受社会福利权等等。

在中国,有的学者主张“把人权主体主要限定于个人”,并把人权界定为“个人权利”,反对把集体人权概念引进国内法领域。也有的学者认为,少数民族与儿童、妇女等特殊群体的权利,不是集体人权而是属于个人人权的范畴。我们认为一国之内某些特殊群体的权利是属于集体人权的范畴,主要是基于以下理由:一是这类人权同个人人权相比,在人权的主体

和内容上都有不同。个人人权的主体是任何一个人,而国内特殊群体权利的享有者是某一部分人群(如少数民族、妇女、儿童等等);在内容上,后者不仅享有个人所应享有的个人权利,而且享有自己作为特殊群体的一员所应享有的特殊权利。二是特殊群体通常会通过法律手段从国家得到整体上的特殊权利保障,如我国对少数民族通过民族区域自治法在经济、政治、文化等各方面给予他们以各种特殊权利,属于这些特殊群体的个人,也主要是通过国家的这类群体特殊权利保障得到益处。三是代表特殊群体利益的一些民间组织或半官方组织,如工会组织、妇女组织、残疾人组织,可以在法律上代表该群体向国家提出一定的权利要求,或在政治上施加这方面的影响;某些特殊群体组织甚至可以为寻求权利救济而能够代表该特殊群体诉诸法律。从长远看,这种发展趋势必将日益加强。因此,我们认为,把一些特殊社会群体的人权纳入集体人权的范畴,在理论上是可取的,在实践上有利于加强对这一类人权的保障。

集体人权与个人人权的界限,并不是绝对的,而是相对的。这主要是指集体人权从某一角度上看,同时也可以是个人人权。无论是国内集体人权,还是国际集体人权,都是如此。如在中国,《妇女权益保障法》(1992)对妇女享有的各项政治权利、财产权益、人身权利、婚姻家庭权益作了全面的规定,对法律责任也有详细的条款。其中第48条规定:“妇女的合法权益受到侵害时,被侵害人有权要求有关主管部门处理,或者依法向人民法院提起诉讼。”

个人人权与集体人权是互相依存和互相联系的。一般说来,个人人权与集体人权的相互关系是:个人人权是集体人权的基础,集体人权是个人人权的保障。各个国家与国际社会应当对这两类人权予以同样的重视与保护,不宜讲它们之中哪种权利更重要,也不宜强调它们之中哪种权利层次与地位更高。

为什么说个人人权是集体人权的基础呢?这是因为,首先,任何集体都是由个人组成的。任何集体从国家或国际社会的人权保护中所获得的权益,其出发点及最终目的,都是组成这个集体的个人,其落脚点即最终的实际受益者也都是个人。不承认这一点,集体人权就成了一个空洞的抽象而失去了任何实际的意义和存在价值。其次,我们虽不能说,个人人权同时也是集体人权,但可以说,集体人权从一定意义上看,或从一定角度上看,同时也是个人人权。本文在前面曾引用一些国际人权文书证明,像发展权这样的国际集体人权,同时也是个人人权。一国内某些社会群体权利,如少数民族权利、妇女权利,在其遭受侵害时个人可以提起诉讼以得到救济。第三,任何集体人权的争取与获得主要依靠组成这一集体的个人作出积极努力和共同奋斗。要做到这一点,只有充分尊重个人权利以最大限度地发挥每个人的改造世界、建设国家与服务社会的主动性、积极性、创造性,方有可能。

为什么说集体人权是个人人权的保障呢?这是因为,首先由社会自身的性质与组织结构所决定,集体人权的出现是必然的,也是必要的。集体人权是人类权利追求与实现的一种重要形式。在一国内,它要求国家与整个社会为保障某一处于弱者地位的社会群体的特殊权利,而在经济、政治、文化等方面创造权利实现的各种条件和提供各种特殊保护,以使该群体的所有个人受益。在国际上,它要求整个国际社会采取协调步骤和进行国际合作,提供各种社会条件与法律保障,通过保护国际集体人权而使千千万万的个人得到好处。其次,集体人权也是促进和保障个人人权的基本条件。以民族自决权为例,如果一个国家是处于外国侵略、占领和奴役之下,国家的独立与主权遭受践踏,这一国家的人民的个人人权与基本自由就根本得不到保障。发展权也是这样。如果不改变旧的不平等的、不公正的国际经济秩

序,建立新的国际经济秩序,广大的第三世界国家的经济、社会、文化和政治的发展,就会受到极大的阻碍;这些国家的人民的人权与基本自由就不可能充分实现。第三,把民族、国家和国家集团(如第三世界国家)作为集体人权的主体,也有助于运用其地位与作用,以更好地保障这种权利的实现。例如,20世纪60年代汹涌澎湃的反对殖民主义的民族独立运动,以及为争取与实现发展权而努力奋斗的现今广大的第三世界国家,都对国际人权的实现与保障起了重大作用。

在理论和实践上,强调集体人权高于个人人权或个人人权高于集体人权的观点都是错误的。我国学界有一种观点强调,集体人权应当高于个人人权。该观点认为,“社会主义人权始终强调民族、社会、国家等等集体人权高于个人权利”,“个人权利固然重要,应该受到法律保护,但是,社会的、国家的、民族的、集体的权利更应该受到尊重和保障”,“强调个人权利必然导致个人主义,损害集体利益和公共利益”。我们认为,这种观点是不正确的。首先,它并不符合马克思主义唯物史观的原理与社会主义原则。马克思曾经说过:“任何人类历史的第一个前提无疑是有生命的个人的存在”,人类的历史“始终是他们的个体发展的历史”。第二,从概念上看,强调集体人权高于个人人权也是有问题的。所谓“人权”、“个人人权”与“集体人权”,都有其特定的含义。我们所讲的“人权”,其“权利”当然包含着利益的要求、分配与享有这一基本的要素。但是,并非所有的“利益”都可以归结为人权。这就是说,不能简单地在个人利益与个人人权、集体利益与集体人权之间画等号。第三,从实践经验看,个人人权与个人主义是两个完全不同、互相排斥的概念。伦理意义上的个人主义以追求个人利益而不惜损害他人的、集体的、国家的利益为其特点,这同合理合法的、个人人权是根本不同的。个人人权同产生个人主义之间并没有什么必然的联系。

与我国相反,在个人人权与集体人权的相互关系上,长期以来,西方一些发达国家过分强调保护个人利益、个人自由、个人人权,相对忽视集体人权与社会和谐。这有多方面的原因。在历史上,17和18世纪的资产阶级革命曾以提倡个性解放、保障个人自由为主要思想武器反对专制主义。在制度上,以私有制为主体的自由经济,其思想基础与价值观念必然以个人为本位。但到了现代,情况已经发生并正在继续发生变化。由于物质文明与精神文明的进步,社会不平等与社会冲突的存在,导致了国家干预经济与社会福利政策的出现,价值取向开始由自由向平等一方倾斜,以求得个人与社会的相对和谐。在这样的历史条件下,西方有的学者在理论上对片面强调个人人权,否认或忽视集体人权的观念提出了怀疑与挑战。

在世界范围内与国际舞台上,长期以来东、西方之间与南、北方之间在个人人权与集体人权问题上的对立与冲突,是由文化的历史的背景和经济的政治的现实条件的差异所决定的,同时也有政治和意识形态方面的原因。现在,世界两极对立与东西方冷战已经结束,世界一体化趋势已经形成,理论观念上个人人权与集体人权的对立与冲突已经趋向缓和并正在求得共识,《维也纳宣言》就是最明显和突出的表现。

二、人权的内容

即人应当和可以享有什么权利。这是一个历史的发展的概念,有由少到多、由简到繁的过程。它是极丰富的。某种利益是不是一种权利,人可以享有什么样的权利,又跟社会伦理观念有关,比如同性恋是否作为一种权利一直有争论。权利是受一定权威支持、认可、保护的

某种利益。它包含两个因素,一是利益,二是受一定权威支持认可保护。在法治社会,权利是法律所保障的某种利益,范围广泛,包括精神利益、物质利益及行为自由等。可以说权利即利益。法律上的权利有经济权利和政治权利,经济权利是其他权利的基础。人首先要解决温饱问题,生存权是人权的基础。然而一个人只是活着而没有言论自由对个人对社会都是有害的,故也要重视政治权利。这个问题国际上一直存在争论,但在《维也纳宣言和行动纲领》中,各国已基本达成共识,即对经济权利和政治权利应予以同样的重视。

三、人权的存在形态

包括应有权利、法律权利和实有权利。人权的本义是应有权利,即人权是人应当享有的。法律是人制定的,对人应当享有的权利,法律可规定也可不规定。民主法治社会中对人应当享有的权利以法律形式和手段加以确立,成为法律上的权利,则更可得到保障。人权还有实有权利之分。法律规定了应有权利,但不一定能实际享有;法律不作规定,但不一定就一点也享受不到。因为人的应有权利还可以受到社会进步组织的章程、乡规民约以及宗教、道德等其他各种形式的支持和保护。实际享受多少权利是一个国家人权发展水平的主要标志。

四、人权的本原

人权源自人的本质,不是任何外界的恩赐。人的本质包括人的自然属性和社会属性两方面。如果只看到或只承认人的社会属性这一面,就不可能正确认识人权存在的目的与价值,也不可能正确把握其发展规律。自由不仅是人的天性,自由自觉的活动又是人们认识与改造世界的力量源泉。只有提高社会的经济与文化发展水平,人们才有可能享受更多的人权;但发展经济与文化本身不是目的,而是实现人类幸福的手段。制度的好坏对人权的实际享有起着重要的影响与制约,但这并非人们创造世界的终极目标,而只是人类实现自身利益与社会正义的工具。你想享有人权,就不要去侵犯他人的人权,你想受人尊重,就必须善于尊重别人,如此等等。这些都是人们的理性所能把握的。《世界人权宣言》等国际人权文书中提到的人权源自人的人格尊严与价值,同人权源于人的本性是完全相通的。如果一个人的生命、自由、安全、财产等最基本的人权都得不到承认和保障,那么他(或她)就失去了做人的资格,就将不成其为“人”。在世界上的万事万物中,人应当是最受尊敬和尊重的。人不应该被当做手段而是目的;人世间的一切美好的东西,都应当为人而存在。地球村的一切创造性活动,都应当“以人为本”。如果一个人的基本人权都得不到承认和保障,人将失去自己应有的尊严。人是宇宙中一切有意识的创造性活动的中心主体。人是一切社会文明的创造者,也应当是一切社会文明成果的享有者。这是人的价值。如果一个人的基本权利都得不到承认和保障,人将失去其自身的价值。将人的本质仅仅归结为是人的社会属性,这种观点是不正确的。

最后,我讲一讲人权入宪的重要意义。十届全国人大二次会议把“国家尊重与保障人权”明确写入宪法,这在中国的历史上还是第一次。它标志着中国的社会文明又向前迈出了一大步,具有划时代的重大意义。由于人权的神圣性与宪法的最高效力,人权入宪具有多

方面、综合性的历史意义。

人权入宪是中国社会文明进步的重要标志。人们能够实际享受到的人权的数量与质量,人权发展的广度与深度,是由人类社会整个的物质文明、政治文明与精神文明所决定的;同时,人权的发展状况又是人类文明发展的重要标志和综合性标尺。建国 50 多年来,特别是党的十一届三中全会以来,中国经济、政治与文化发展取得了巨大的成就:国民经济持续快速发展,人民生存权、发展权的保障产生了质的飞跃;扩大就业与加强社会保障并举,公民劳动和社会保障权利受到切实保护;科技教育、文化事业蓬勃发展,公民受教育水平和文化素质明显提高;积极推进政治文明建设,公民权利、政治权利得到有效保障;坚持严格执法、公正司法,人权司法保障取得了突破性发展。这充分说明中国目前有能力保护好 13 亿人口的权利。人权入宪正是对中国社会文明进步现实的确认。

人权入宪是中国社会主义宪政的新起点。宪政是国家依据一部充分体现现代文明的宪法进行治理,以实现一系列民主原则与制度为主要内容,以厉行法治为基本保证,以充分实现最广泛的人权为目的的一种政治制度。人权入宪使中国社会主义宪政发展到一个新的历史阶段,并为其找到真正的归宿。从此,人权成为国家的价值观,尊重与保障人权成为国家机关及其工作人员的基本工作准则,国家制度、治国理念、人的观念等都将随之改变,党的以人为本的指导思想和依法执政的目的更加明确。新宪政体现了社会主义政治文明的价值内核,是中国社会主义政治文明的标志与发展。

人权入宪是中国人权持续进步的根本保障。保障人权的措施很多,但就广泛性、有效性而言,宪法是最为全面、最有效力的保障。中国宪法在第二章“公民的基本权利和义务”的第一条中宣称:“国家尊重和保障人权”,表明它是统领其他人权条款的概括性规定,确立了人权保障的基本原则。即使宪法没有列举的人权也应受到人权保障条款的保障。这种概括性规定与列举性规定相结合的立法技术,构成了人权保障的坚实基础。人权入宪有利于加强对公民权利的全面保护,维护最广大人民的根本利益,必将推动中国人权事业的全面发展。

当代中国行政法治的发展

周佑勇*

在“依法治国”被确立为我国的基本治国方略之后,“行政法治”或“依法行政”无疑是当代中国法治建设所面临的一个重大课题,同时也是行政法学研究始终所关注的一个核心问题。对此,我讲三个方面的问题:第一个问题是,行政法治在当代中国有何重大的时代意义;第二问题是行政法治在中国经历了一个怎样的发展历程;第三个问题是对未来中国行政法治发展的初步展望。

一、行政法治建设的时代意义

在当代中国,行政法治或依法行政无论作为一种法治理念,还是作为一项基本的法律原则,都已深入人心。它对于推动整个国家的民主法治建设,乃至整个国家的政治经济文化发展都有着重大的时代意义,概括起来主要有以下几点:

1. 回应“依法治国”的基本方略。法治是人类文明与发展的基本标志。依法治国、建设社会主义法治国家作为我国治国的基本方略,已于1999年就被明确载入我国宪法之中。这标志着我国治国方略的重大转变,意味着我国真正进入到一个崭新的法治时代。当代中国所面临的迫切任务是如何实施依法治国,走向法治。从法治的基本原理上讲,依法治国的实质在于依法治权,而依法行政主要规范的是行政权力这一重要的公共权力,调整的是政府与老百姓之间的关系。因此,依法行政通常被人们认为是依法治国的关键,人们也往往将行政法治与一个国家的民主与法治建设直接联系起来,认为一个国家民主与法治建设的水平直接取决于该国行政法治建设的水平。为适应法治时代的要求,我们必须积极不断地推进中国的行政法治建设。

2. 适应“入世”的基本要求。我国政府于2001年12月11日即已签署并正式加入了世贸组织。无疑,“入世”给我们的社会经济各个领域带来了深刻的影响,但“入世”真正对当代中国政治和社会生活冲击最大的主要不是某些行业,而是政府。这是因为,无论是从WTO组织还是从WTO协议的角度来考察,他们都是解决各成员国政府的关系及其活动的,组织是处理国家之间贸易规则的国际组织,协议是约束一国政府的贸易政策或行政活动的法律规则。也就是说,一般情况下,企业或个人并不与WTO直接打交道,打交道的是WTO成员国或世贸组织。因此,WTO规则在国内的实施,主要是以政府的职能活动,而不是以贸易商的经营活动为规范对象。它规范的对象并不是公民、企业或其他组织,也不调整不同国

* 周佑勇(1970—),男,东南大学法学院院长,博士生导师,教授。本文系作者于2007年5月10日在东南大学法学院面向全院所作的学术讲座。

籍的公民、企业或其他组织之间的关系,更不规范它们之间的商业行为,而主要是对政府及其行政行为的要求。可以说,“入世”主要是政府“入世”,WTO 规则主要是行政法规则。在对 WTO 的性质有一个明确的认识后,中国政府如何严格履行 WTO 框架下的政府义务,如何利用 WTO 规则保护自己、发展自己,就成了当今中国行政法中一个迫切需要解决的重大课题,同时,也为中国行政法治建设提出了崭新的发展方向和改革任务。

3. 落实“政治文明建设”与“构建和谐社会”的目标任务。2002 年 11 月,党的十六大明确提出了将建设社会主义政治文明作为全面建设小康社会的重要目标,这标志着中国现代化建设进入到一个以“政治体制改革”为中心的全新时期。而无论是“政治文明建设”还是“政治体制改革”,它所触及的一个根本问题是一个国家的宪政和行政体制问题。其必然要求就是要积极不断地推进宪政建设和行政法治建设。正如邓小平同志所言,“我们所有的改革最终能不能成功,还是决定于政治体制的改革”^①。而同样,中国的政治体制改革最终能不能成功,还得取决于宪政建设和行政法治建设的发展水平和发达程度。同时,党的十六大还将“社会更加和谐”作为全面建设小康社会的目标要求之一。十六大以后,新一届党中央对社会和谐的认识不断深化,特别是 2006 年 10 月党的十六届六中全会以构建社会主义和谐社会问题为主题,并通过了《关于构建社会主义和谐社会若干重大问题的决定》,明确、系统地提出了构建社会主义和谐社会的重大战略思想。无疑,和谐社会的构建,首先需要大力加强国家的“民主法制建设”,以建立一整套能够对各种错综复杂的社会关系加以全面有效调整的法律机制。而在各种社会关系中,最重要的一对关系是依赖于行政法所调整的政府与公众、公共利益与个人利益之间的关系。行政法通过对这种利益关系的调整,一方面维护和促进两者之间的一致性,另一方面化解和协调两者之间的对立和冲突,从而不断地追求公共利益与个人利益的和谐一致,实现两者之间的利益协调。可以说,现代和谐社会就是政府公权力合法、正常、有序运行的社会,构建和谐社会必须依赖于行政法之治,立于政府法治的基础之上。为此,我们同样必须从构建和谐社会的内在要求出发,不断加强政府法治建设。

4. 追求“法治政府”的基本目标。为了适应依法治国,建设法治国家的需要,全面落实“政治文明建设”与“构建和谐社会”的目标任务,2004 年 3 月 17 日国务院颁布了《全面推进依法行政实施纲要》,明确提出了“依法行政,建设法治政府”这一响亮的施政口号,并将它作为今后十年政府建设的施政目标、施政理念和施政方针。同时,2006 年 3 月 14 日十届全国人大 4 次会议通过的《国民经济和社会发展规划“十一五”规划纲要》,进一步明确将“推进行政管理体制改革”作为全面深化改革的关键,将“法治政府”确立为行政体制改革的目标。所谓法治政府,简而言之,就是按照法治原则运行的政府,实际上是有限政府、服务政府、责任政府、诚信、开放、高效的政府等一系列现代法治理念的一个概括称谓。围绕“法治政府”这一目标,国家正在大力推进行政法治建设,依法行政因此得到迅猛发展。

二、行政法治建设的发展历程

中国行政法和行政法治建设崛起于 20 世纪的最后 20 年,与西方相比,起步较晚,但方

^① 邓小平文选(第 2 卷),北京:人民出版社,2002:175,160

向明确,发展迅猛。体现这一发展历程的是我国相继颁布和施行的六部基本的行政法律,即《中华人民共和国行政诉讼法》、《国家赔偿法》、《行政处罚法》、《行政复议法》、《行政许可法》和《公务员法》。这六部基本法律的实施都极大地推动了我国民主与法治的发展,被认为是我国民主与法治建设中的一个里程碑,标志着我国行政法治建设的不断进步,对推动我国行政法治的不断发展具有重大的历史意义。

1. 行政诉讼法。1990年10月1日开始实施的《行政诉讼法》正式在我国确立了一种“民告官”的制度。更为重大的历史意义是,该法第54条第一项首次明确提出了行政行为合法的三个标准:证据确凿;适用法律、法规正确;符合法定程序。这就要求行政机关实施行政行为不仅要严格遵守法律法规的规定,还必须具有充分确凿的事实依据。过去,“以事实为依据,以法律为准绳”只是对公、检、法三家的要求,行政诉讼法将该原则普遍适用于所有行政机关,对行政机关触动很大,依法行政意识开始萌芽。正是在它的推动下,行政机关依法行政的自觉性有了很大的提高,“依法行政”开始写入了政府工作报告,成为各级政府施政的基本方针。^①可以说,行政诉讼制度的确立,改变了整个国家的法制建设面貌,它“不仅建立了一项诉讼制度,更重要的是建立了一项民主制度”^②。

2. 国家赔偿法。1995年1月1日颁布和实施的《国家赔偿法》,不仅有效地保护了公民、法人和其他组织的合法权益,促进了国家机关及其工作人员严格依法办事,更为重要的是它在更深的层次上在全社会普及了这样一个重要的法治理念,就是政府应当为自己的过错向权利受到损害的老百姓承担赔偿责任。在我们这样一个有着十分浓厚“官本位”色彩的国度里,让政府官员向老百姓承认错误、赔偿损失,这在过去是无法想象的。尽管我国国家赔偿法在赔偿归责原则、赔偿范围、赔偿决定机关、赔偿程序、赔偿标准、赔偿决定的执行等方面还存在诸多不合理、不完善之处,也正因如此,有人称之为“不赔法”。但是,毕竟国家赔偿法是为保障人民权利而定的,该法的颁布和实施极大地转变了人们的权利意识,不再将国家的赔偿当作纯粹的一种恩赐,而看作是国家的责任、自己的权利,因而对依法治国方略的形成和实施具有重大的推动作用。

3. 行政处罚法。1996年10月1日开始施行的《行政处罚法》,作为我国第一部行政程序方面的立法,更加强有力地推动了依法行政的开展,体现了一系列重大的制度创新。第一,它确立了“处罚法定”原则,与刑法确立的“罪行法定”原则共同说明了国家公权力必须法定,必须具有明确的法律依据这一公法的基本准则,构成了现代法治国家的基本标志。第二,在我国确立了依法行政的另外两条基本原则,即法律保留和法律优位。它规定,对限制人身自由的行政处罚,只能由法律设定,法规、规章等都无权设定,从而首次在我国触及法律保留原则的核心内容;同时规定,在法律已经有规定的情况下,其他规范性文件必须与之相一致,从而也明确了法律优位原则。第三,更具有历史意义的是,行政处罚法在我国法律制度中首次引入了西方国家盛行已久的听证制度。它规定行政机关作出责令停产停业、吊销许可证或者执照、较大数额罚款等行政处罚决定之前,应举行听证会,听取相对人意见,给老百姓申辩的机会。尽管这只是一个机会,但“公平听证”被认为是程序正义的核心,不给这个

^① 1993年3月15日第八届全国人民代表大会第一次会议通过的国务院《政府工作报告》中首次明确提出:“各级政府都要依法行政,严格依法办事”。

^② 参见应松年:《中国行政法的发展》,政法论坛,1998(2)。