

HUNAN RENMIN CHUBANSHE
湖南人民出版社

ZONGZHUBIAN LIBUYUN
总主编 李步云

RENGUAN YANJIU CONGSHU
人权研究丛书

LIBUYUN GONGXIANGHE DENGZHU
李步云 龚向和 等著



RENGUANFADERUOGANLILUN
WENTI
人权法的若干理论
问题

[illegible]

人权法的若干理论问题

司法部法制建设与法学理论研究部级科研项目



人权研究丛书

RENQUAN YANJIU CONGSHU

总主编 李步云

ZONGZHUBIAN LIBUYUN

RENQUANFADERUOGANLILUN
WENTI
人权法的若干理论
问题

LIBUYUN GONGXIANGHE DENGZHU
李步云 龚向和 等著



湖南人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

人权法的若干理论问题 / 李步云、龚向和等著. —长沙:
湖南人民出版社, 2007.5

ISBN 978-7-5438-4814-6

I. 人... II. ①李...②龚... III. 人权-法的理论
-研究-中国 IV. D923.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 057945 号

责任编辑: 戴 军
段海波
装帧设计: 罗志义

人权法的若干理论问题

李步云 龚向和 等著

*

湖南人民出版社出版、发行

网址: <http://www.hnppp.com>

(长沙市营盘东路3号 邮编: 410005)

(营销部电话: 0731-2226732)

湖南省新华书店经销 湖南贝特爾印务有限公司印刷

2007年5月第1版第1次印刷

开本: 850×1168 1/32 印张: 10.25

字数: 250 000

ISBN 978-7-5438-4814-6

定价: 20.00 元

作者简介

李步云：中国社会科学院荣誉学部委员、广州大学法学院教授、湖南大学法学院教授

郭道晖：湖南大学法学院教授、博士生导师

龚向和：东南大学法学院教授、博士后、博士生导师

刘士平：湖南大学法学院教授、博士

肖海军：湖南大学法学院教授

陈佑武：广州大学法学院讲师

杨松才：广州大学法学院副教授

总 序

21 世纪是人权受到空前尊重的世纪。人活在这个世界上，都希望自己活得好，都有自己的种种需求，都企盼过着越来越幸福的生活。在人类共同生活的这个世界里，人的各种利益，就具体表现为人权。依据“以人为本”的理念，人的价值高于一切。社会上的各种主义、政策、法律与制度，都是为人而存在，是为人服务的。在物质文明、制度文明、精神文明高度发展的当今时代，人权受到空前的尊重，“保护和促进人权和基本自由是各国政府的首要责任”（《维也纳宣言和行动纲领》）乃是历史的必然。

中华人民共和国成立以来，国家在尊重和保障人权问题上，曾走过一条十分曲折的道路，同旧中国相比，我们曾经取得过发展经济、满足人民物质与文化基本需求以及实现社会平等诸多方面的骄人成就，但也经历过种种曲折，甚至经历了十年“文革”人权遭受肆意践踏的痛苦。1978 年以后，我国进入了改革开放的新时代，但在很长一个时期里，主流舆论仍将人权看作是一个“资产阶级的口号”。这种情况直到 1991 年才开始发生根本性变化。2004 年，“国家尊重和保障人权”终于被庄严地记载在宪法

中。我作为 56 年来中国人权事业曲折历程的见证人和 28 年来飞速进步的人权保障工作的参与者，对此感到无比的欣慰。

1992 年，我在访问斯里兰卡的时候，一位学者曾说：“中国是发展中国的领头人，你们有责任也有能力，构建起一个既体现全人类的共同理想与追求又反映发展中国家某些特殊理念与愿望的人权理论体系。”现在，人们可以高兴地看到，这样一个理论体系的构建，已经取得长足的进步。人权源自人性和人的尊严与价值。在现代的民主法治国家里，这种人的应有权利首先应依靠法律加以确认和保障。因此，这是法学家们首先应当关注的问题。但是人权问题也同哲学、伦理学、政治学、社会学等人文社会科学乃至自然科学密切相关。据统计，美国哈佛大学的 1000 多门课程中，就有 261 门课程同人权问题有关联。只有各个学科越来越多的学者，都来关注和研究人权问题，真正形成一个“百花齐放、百家争鸣”的局面，才能进一步改变某些部门和官员在一定程度上仍然存在的视“人权”为禁区的思想观念，才能进一步推进中国的人权保障事业，才能为全人类的文明进步作出中国人应有的贡献。

这套《人权研究丛书》的组织与编写，就是想为中国的人权理论与制度构建的宏伟工程，添一块砖，加一片瓦。其中的某些观点或建议难免会有不妥或错误之处，希望读者批评指正。

李步云

2006 年 5 月

目 录

什么是人权法·····	李步云(1)
论人权的市原·····	李步云(16)
论人权的普遍性和特殊性·····	李步云 杨松才(35)
人权的两重性及其基本矛盾·····	陈佑武(57)
人权与权利的异同·····	李步云 陈佑武(75)
人权保障的几个原理问题·····	陈佑武(83)
人权保障：民主与宪政理论的灵魂·····	龚向和(97)
人权的市性与价值位阶·····	郭道晖(103)
科学发展观与人权保障·····	李步云(121)
古典人权理论的渊源与体系·····	陈佑武(128)
人权至上是宪法的最高原则·····	郭道晖(144)
人权“入宪”的重要意义·····	李步云(163)
行政权力与公民权利的关系·····	李步云 刘士平(174)
权利与义务的辩证统一·····	李步云(200)
契约精神与宪政·····	李步云 肖海军(208)
两代人权关系主流理论之辨析·····	龚向和(230)
经济、社会和文化权利的历史演变·····	龚向和(253)
经济、社会和文化权利的可诉性·····	龚向和(276)

什么是人权法

李步云

在现代，法律是保障人作为人依据其本性以及人的人格，尊严和价值所应当享有的权利的最普遍、最基本、最有效的手段。1978年党的十一届三中全会以来，特别是1991年以后，人权问题开始受到人们的普遍关注和重视。但是在很长时期里人们讨论和研究的都是“人权”问题，而很少使用“人权法”这一概念。2002年，教育部在颁布“十五”规划教材编写计划时第一次将“人权法”列入其中，并将其安排在法学的14门必修课程教材之后，“人权法”一词才被学术界普遍注意和使用。国际人权法作为国际法的一个组成部分，已得到国内外学者的公认。但是有没有“国内人权法”？这却是一个问题。多数学者认为，“人权法”就是指的“国际人权法”，并不存在什么“人权法”或“国内人权法”。这在理论上是不正确的。那么，国内人权法与国际人权法两者的区别究竟在哪里？国内人权法的构成要素是什么？国内人权法和国际人权法的相互关系又是怎样的？本文试图探讨这些问题。

一、人权法的定义与两类人权法的区别

(一) 人权法的定义

要肯定“国内人权法”的存在，就必须讲清它同国际人权法的区别。为此，我们首先必须给“人权法”下一个一般的定义。我认为，人权法是主权国家通过法律、法规与判例，或国际法主体之间通过条约与习惯等法的形式，规定或认可的有关保障人权的原则、规则或制度的总称。人权法的这一定义包括四个基本的内容：1. 它是通过“法的形式”所规定或认可的，因此这里所内含的人权是一种法律权利，是被法律化了的人权；2. 通过法的形式保障人权的主体可以是主权国家，也可以是国际法的各种主体；3. “法的形式”包括国内法的形式或渊源，也包括国际法的形式或渊源；4. 这里所说“人权”，除了人权规则即各种具体权利，如生命权、选举权、劳动权、受教育权等之外，还包括各种人权原则如平等、自由、人道等等，以及与人权保障直接相关的各种制度，如司法独立、程序正当、无罪推定以及各种特殊的立法与救济制度。这一定义，内含国内人权法与国际人权法这两大既有严格区别，又有密切联系的人权法在内。

什么是国际人权法？国内出版的一些国际法教科书有大体一致的各种定义。如：“国际人权法主要是指国际法主体之间有关尊重，促进和保护人的基本权利和自由的原则，规则和制度的总称。”^①“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”。^②现在国内外学

① 端木正主编《国际法》，北京大学出版社2000年4月第三版，第337页。

② 程晓霞主编《国际法》，中国人民大学出版社1999年版，第80页。

者对国际人权法是什么，看法也基本相同，即肯定它的存在，并已成为国际法的一个分支。但是，有没有国内人权法，则似乎是一个新问题、新概念。其实，国内人权法与国际人权法的区别是十分明显的。我们可以为国内人权法下这样的定义：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。它不属于国际法的范畴，而是国内法的一部分。

（二）国内人权法和国际人权法的区别

1. 制定主体不同。国内人权法制定的主体是主权国家，它们享有独立制定自己国家有关保障人权法律的权力。国际人权法制定的主体是由主权国家共同组成的国际组织，主要是联合国有关机构，也包括国际劳工组织这样的机构。地区性人权法的制定主体，是该地区的若干主权国家所组成的群体，如欧洲联盟。区域性人权文件，如《欧洲人权公约》、《非洲人权公约》、《非洲人权和民族权宪章》等，有人认为是属于广义上的国际人权法，有人认为是介于国际法与国内法之间的一种法的类型。但它肯定不能被视为是属于国内人权法的范畴。^①

2. 具体内容不同。国内人权法所确认的人权内容主要是个人人权，也包括某些群体，如妇女儿童、少数民族、残疾人等的权利。国际人权法的内容，在广义上包括国际人道法，即战争和武装冲突期间保护平民、战斗员以及战争和武装冲突的受难者的原则、规则和制度。狭义的国际人权法的内容又包括两部分，其一是关涉各种个人人权以及某些群体人权，是为各国制定人权法

^① 朱晓青认为：“区域性组织仍是国际组织，不过与全球性的国际组织相比，它们从覆盖面来讲是有限的或较小型的……在区域性国际组织框架下建立的区域性人权保护机制同样是联合国人权保护机制的补充。”见《欧洲人权法律保护机制研究》，法律出版社2003年版，第41页。

提供共同标准；其二是自决权、发展权、环境权、和平与安全权、人道主义救助权等国际集体人权。

3. 法律渊源不同。由于各国法律制度不同，国内人权法的渊源或形式，不同国家存在差异。在中国，它们主要包括：宪法、法律、行政法规、地方性法规、部门规章和省级政府规章以及自治条例和单行条例等等。国际人权法的渊源，国内外学者几乎看法完全一致。它们包括：国际条约、国际习惯法以及公认的国际法原则和国际司法判例、权威学者学说等。

4. 实施机制不同。国内人权法由主权国家通过立法、执法、司法以及某些监督机制予以实施；国际人权法一部分通过直接或间接的方式转化成国内人权法，由各主权国家予以实施，一部分通过国际组织自己特有的人权实施机制予以实施。目前，仅联合国系统内的人权机构就有 40 多个。1993 年 12 月在联大第 48 届会议上又设立了人权事务高级专员。2006 年，原来的人权委员会已升格为人权理事会，同安全理事会和经社理事会并列。具体的实施制度包括：报告及审查制度；处理来自国家的来文制度；根据条约任意选择条款的个人申诉制度；联合国“1503 程序”等等。

5. 所属体系不同。国内人权法属国内法的范畴，是各主权国家法律体系的一部分，是同其所属国其他法律部门紧密结合在一起的。国际人权法属国际法的范畴，是国际法法律体系的一部分，是同国际组织制定与实施国际法的其他部门有紧密联系的。

6. 产生历史不同。近代人权产生于资本主义商品经济和资产阶级民主革命的社会背景下。18 世纪末是近代人权思想开花结果的时期。1776 年美国的《独立宣言》、1789 年法国的《人权与公民权宣言》，以及 1789 年美国宪法前十条修正案（即“权利法案”），标志着近代人权已进入国内法领域。人权进入国际法领域则晚得多。一次世界大战后，这一进程刚开始。那以后，在保护少数者（人种、语言、宗教等方面是处于少数的群

体)、禁止奴隶贸易、保障劳工权益等领域,逐渐出现国际人权规范。而人权保护全面进入国际法领域,是第二次世界大战以后的事情。其根本标志是联合国宪章有关人权保护的七个条款,以及由三个文件组成的“国际人权宪章”的诞生。

(三) 国内人权法不被认可的原因

国内人权法今天在中国还是一个新概念,一些学者只承认有国际人权法而不认为有国内人权法,主要有以下几个原因:

1. 中国在20世纪80年代曾把人权看作是资产阶级的口号,20世纪90年代初才开始讲“人权不是资产阶级的专利品”。也有不少学者认为,人权就是宪法规定的“公民的基本权利”,也用不着再讲人权。而学术界对人权问题的研究是从1991年以后才得到普遍关注和开展,“国内人权法”的概念上存在有无的根本分歧,同我们对它的研究历史不长,尚未深入和展开有关。

2. 长期以来法学界对中国法律体系及各部门法的划分,其认识及理论已有固定的模式。如多数学者认为,中国的法律可划分为:宪法及宪法相关法(还有称之为“宪法性法律”或“宪政法”等等)、行政法、民商法、经济法、社会法、环境资源法、刑法、诉讼法、国际法、军事法等,而没有“人权法”的位置。而且,前述部门法的划分已得到国家立法、行政、司法机关的认同,但从未提出和认真研究与考虑过“国内人权法”这一概念以及相关的理论与制度。

3. 同人们对“法的内容”的“构成要素”的理论存在不同认识有关。所谓“法”,其细胞是法的“规则”(或称“规范”),而不是某个或某些法的“规范性文件”。因此,看来很难找到某个或某些法律、法规“规范性文件”可以视为“人权法”。其实,其他国内部门法的情况也是这样。例如我国刑法,在无法典化之前,它的许多规则(规范)曾散见于许多属于其他部门法的法律法规之中。国际人权法的情况也是这样。除“国际人权

宪章”以及联合国系统70多个人权文书（其中20多个是公约），其他许多“宣言”、“守则”、“准则”、“认定书”、“行动纲领”里也包括种种具体的人权规则。

4. 作为国际法的一个组成部分或分支，国际人权法同其他国际法的分支相比，有它自己的特点，其一就是，现今各种具体人权几乎已在各种国际人权法的文书中详加列举，而其实施又主要是依靠并通过各主权国家的立法、执法、司法等措施。这就容易造成一种印象和错觉：各主权国家的种种人权规则、原则与制度，都是国际人权法的组成部分，因而不存在一种相对独立的国内人权法。

二、“国内人权法的构成要素

一国的国内人权法同该国的其他部门法如行政法、民法、刑法、诉讼法等等一样，也有它自己的构成要素，包括它的精神、内容、形式；国内人权法的内容又包括它的规则（规范）原则与概念。

（一）国内人权法的精神

所谓法精神，是指法这一社会现象的属性、本质与价值所决定和构成的一个综合性概念。如果说，法的内容是法的骨骼和血肉，法的形式是法的结构和外表，法的精神则是法的神经中枢和灵魂。国内人权法的精神主要表现在人权的一系列理论观念中，例如，人权的本来含义是一种人应当享有的权利，而不以法律是否规定为转移，但法律却是保障这种“应有权利”最普遍、最有效的手段。人权的本质是利益、正义与自由，即人权是以正义为核心的人类所共同具有的伦理道德所支持与认可的人应当也可自由处置的权益。人权产生的根源在于人的本质或本性，包括人的自然属性和社会属性，人权的根本目的和价值在于体现与满足人的各种利益需求与幸福。人权是普遍性和特殊性、权利和义务等等的统一体，不能将它们完全割裂和绝对对立来看待与对待。

国家权力是手段，公民权利是目的，前者是后者所产生并为它服务的。现今的世界是人权受到空前尊重的时代。这一时代精神是由人类社会已经达到的物质文明、制度文明与精神文明的发展水平所决定的，如此等等。所有这些，都是人权法的制定及实施，包括人权司法与人权执法的指导思想与原则。

（二）国内人权法的内容

国内人权法与一国内的其他部门法一样，其内容主要指它的规则、原则与概念，其中规则是最基本的内容。国内人权法的规则或规范，主要是指各种具体权利，如生命权、人身安全权、人格尊严权、选举权和被选举权、知情权、监督权、言论、出版、受教育权等等，其内容极为广泛。需要注意的是，这里所指权利是一个多层次的概念。例如，劳动权（即工作权）就包括就业权、择业自由权、工作条件权、劳动报酬权、同工同酬权、休息权、休假权等等。受教育权包括：受义务教育权、受教育平等权、入学升学机会权、受教育选择权、学生身份权、学习条件权、获得学习成绩公正评价权、获得学业证书学位证书权，等等。此处，有些权利是一种“综合性”人权，它们包括许多具体权利，而人们的看法也很不一致，如生存权、发展权。所谓国内人权法的规则（或规范）就是指一国法律中以人权的某项具体权利为内容所设立的某一具体法律“规则”。

国内人权法的另外一项内容是“原则”。这也是一个多层次的概念。平等、自由、福利、安全、人道，是较高层次的人权法原则。它们既是各类具体人权的高度概括，如男女平等权、民族平等权、平等选举权；言论、结社、宗教信仰等自由，又是人权中各种具体权利的法的精神与指导原则。还有一类原则相对具体一些，包括司法独立、程序正当、无罪推定、罪刑法定等等。这些原则，既体现在国际人权法中，也体现在各国的国内人权法中。例如，《经济社会文化权利国际公约》第2条第2款规定：

“本公约缔约各国承担保证，本公约所宣布的权利应予普遍行使，而不得有例如种族、肤色、性别、语言、宗教、政治或其他见解、国籍或社会出身、财产、出生或其他身份等任何区分。”《公民权利和政治权利国际公约》第2条第1款也有内容完全相同的规定。我国现行宪法第33条规定：“中华人民共和国公民在法律面前一律平等。”现代各国宪法几乎都有这样的规定。这些国际文书与各国宪法所规定的“平等”，就是人权法内容中的一种“原则”。又例如，《公民权利和政治权利国际公约》第14条第2款规定：“凡受刑事控告者，在未依法证实有罪之前，应有权被视为无罪。”这就是“无罪推定”原则。我国现行宪法没有这一原则的规定，但“刑事诉讼法”有这一原则的内容，该法第12条规定：“未经人民法院依法判决，对任何人都不得确定有罪。”《中华人民共和国香港特别行政区基本法》第87条第2款规定：“任何人在被合法拘捕后，享有尽早接受司法机关公正审判的权利，未经司法机关判罪之前均假定无罪。”“无罪推定”作为人权法的一项原则，它还包括一些原则，如“举证责任在原告”、犯罪嫌疑人具有诉讼主体地位，享有与指控方相同的诉讼平等权利、“疑罪从无”，等等。必须指出，以上这些人权法内容中的基本原则，亦为宪政的另外两个要素——民主与法治所具有，但这一点不影响它们也可以成为人权法的基本原则。例如“司法独立”，既是现代民主的一项重要原则，因为它是现代分权与制衡的政治体制的一项重要内容；又是现代法治国家的一项重要原则和标志。就人权法而言，司法独立既是保证人的权利遭受侵害时能得到有效救济的一种体制与手段，又是人权的一项具体内容，即人人都有在受到刑事指控后享有接受一个独立公正的司法机关审判的权利。这表明，宪政的三个基本要素——民主、法治、人权，既是相互区别的，又是相互渗透与联系的。

国内人权法的第三项内容是“概念”。其一是关于各种具体

权利的特定称谓，如言论自由、劳动权、受教育权；其二是有关人权基本原理、原则的称谓，如应有权利、法律权利、人权主体、人权客体、个人人权、集体人权、人权意识；其三是有关人权实现的一些概念如权利推定、权利克减、人权监督、人权标准、正当程序、公开审判、人权教育。由于国际人权法与国内人权法密不可分，因此国际人权法的许多概念，也在国内人权法的实践中经常使用，而成为其不可分割的组成部分，例如各种国际人权机构、国际人权文书，等等。

（三）国内人权法的形式

1. 宪法。就国内人权法而言，宪法是它的最根本、最主要的渊源。这是由宪法的根本性质和主要内容及其基本使命所决定。然而，这要明了宪法自身产生的历史背景才能深刻理解。宪法是近代资产阶级民主革命的产物。近现代民主的理论基础与根本原则是“主权在民”。我国现行宪法规定，“国家的一切权力属于人民”就是这一根本原则的体现。“主权在民”是封建专制主义的“主权在君”的对立物。但是，人民要想当家作主，却不可能人人都去直接参与对国家的管理，因而就必须实行“代议制”的民主体制，即通过选举产生国家机构（如西方的“议会”、我国的人民代表大会制度），由这些国家机构代表人民管理国家。然而，国家机构一经产生，它们就有可能握有无限大的权力。就有可能乱来而不按程序办事，就有可能肆意侵害人民应当享有的各种权利。在这种背景下，具有国家根本法性质的近现代宪法由此应运而生。这种宪法的根本任务有两个：一是规范政府的权力；二是保障公民的权利。这也是宪法的两个最主要的内容和最根本的职能。综观世界各国宪法，有的宪法有序言，有的宪法就没有；有的宪法对经济文化的制度以及国家的种种政策作出规定，有的宪法就没有。但是，规范政府权力和保障公民权力，则必须有，否则就不成其为现代宪法。由于国家权力是手