



教育部人文社会科学重点研究基地
吉林大学理论法学研究中心学术文库

人权全球化基本理论研究

Theoretical Issues of Human Rights Globalization

何志鹏 ◎ 著



科学出版社

www.sciencep.com

D082/24

2008



教育部人文社会科学重点研究基地
吉林大学理论法学研究中心学术文库

人权全球化基本理论研究

何志鹏 著

科学出版社
北京

内 容 简 介

人权问题是全球化时代一个具有理论争议和实践影响的重要问题。人权的全球化以人权观念的全球化为先导,以人权制度的一体化和趋同化为主体,以联合国各机构为核心,形成了普遍性人权体制和区域性人权体制共存的局面。从理论上说,人权并不天然具有全球性,是人类的生活方式使得人权从“地方性知识”变为“全球普适价值”。在实践领域,主要的矛盾是国家主权与人权之间的关系。应当将两者的理想与现实区分开来,进而分析人权和主权的多方面接触,以法治的手段去理顺两者之间的关系。应当本着人道主义的理念,贯彻权利本位的原则,以不同文明间共存的宽容态度,朝向人类社会的持续发展。

本书适用于国际法、国际关系和人权领域的师生和研究者阅读,也适合于外交和人权领域的实践工作者。

图书在版编目(CIP)数据

人权全球化基本理论研究/何志鹏著. —北京:科学出版社, 2008
(吉林大学理论法学研究中心学术文库)
ISBN 978-7-03-022012-7

I. 人… II. 何… III. 人权-研究 IV. D082

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 071008 号

责任编辑:徐 蕊/责任校对:钟 洋

责任印制:张克忠/封面设计:耕者设计工作室

科学出版社出版

北京东黄城根北街16号

邮政编码:100717

<http://www.sciencep.com>

双青印刷厂印刷

科学出版社发行 各地新华书店经销

*

2008年6月第一版 开本:A5(890×1240)

2008年6月第一次印刷 印张:10 7/8

印数:1—2 500 字数:328 000

定价:32.00 元

(如有印装质量问题,我社负责调换〈双青〉)

吉林大学理论法学研究中心学术文库

学术委员会

主 任：张文显（吉林大学）

副主任：姚建宗（吉林大学）

黄文艺（吉林大学）

委 员：（按姓氏笔画为序）

马新福（吉林大学）

邓正来（复旦大学）

王晨光（清华大学）

付子堂（西南政法大学）

朱苏力（北京大学）

齐延平（山东大学）

刘作翔（中国社会科学院法学研究所）

孙笑侠（浙江大学）

朱景文（中国人民大学）

汪习根（武汉大学）

宋方青（厦门大学）

张中秋（中国政法大学）

张恒山（中共中央党校）

何勤华（华东政法大学）

郑成良（上海交通大学）

范忠信（中南财经政法大学）

胡玉鸿（苏州大学）

夏锦文（南京师范大学）

崔卓兰（吉林大学）

黄建武（中山大学）

葛洪义（华南理工大学）

霍存福（吉林大学）

总 序

张文显

时代的伟大实践需要与之相适应的理论，而真正适合时代需求的理论又的确将会引导时代的社会实践。可以说，自 1978 年党的十一届三中全会以来，拥有较为悠久历史的吉林大学法学理论学科，始终是在跟随着中国改革开放和社会主义现代化建设的伟大实践而不断发展成熟的；可以说，在改革开放的三十年间，吉林大学的法学理论学科积极地发起、推动和参与了一系列对于我国整个法学的基础理论发展和社会主义法治建设实践都具有非常重大指导意义和实践价值的法学的观念变革、方法更新和理论进步的重大活动；可以说，吉林大学法学理论学科的发展本身就是我国改革开放和社会主义现代化建设理论需求和理论发展的一个缩影，也是理论关注实践、参与实践、推动实践、指导实践的一个例证。

在历史进入 21 世纪初的 2000 年，以吉林大学法学理论学科为核心所组建的吉林大学理论法学研究中心经过严格的评审被教育部批准为教育部人文社会科学重点研究基地。随后，吉林大学法学理论学科于 2001 年经教育部批准成为国家重点学科，被纳入“211 工程”重点学科建设计划。在 2004 年，以法学理论学科为依托，吉林大学理论法学研究中心在整合了政治学、国际政治学、国际经济学等学科的基础上组成的吉林大学法律与经济全球化研究所被批准为国家 985 哲学社会科学创新基地。2007 年，在这样的三大平台基础上以吉林大学法学理论学科的教师为主体的教学团队被教育部确定为首批国家级教学团队。所有这一切都是我们的党和国家以及我国法学理论界和法学教育界对于吉林大学法学理论学科在我国新时期的理论创新和对于我国社会主义法治建设所做出的重大贡献的高度认可的体现。

经过进入新世纪以来的近 10 年建设，吉林大学法学理论学科在科

学研究、学科队伍建设、人才培养、国际和国内学术交流、信息与咨询服务、学科发展等方面，均取得了长足进展。在这期间和在这之前，吉林大学法学理论学科专著型学术研究成果展示的基本渠道都是各个老师和研究人员自行联系出版。此种方式当然也可以反映吉林大学法学理论学科科学研究的状况，但无疑只是片段性或片面性的，无法全面而整体性地展示吉林大学法学理论学科科学研究的全貌。随着吉林大学法学理论学科作为国家重点学科、教育部重点研究基地、国家创新基地、国家级教学团队的研究成果的积累，吉林大学法学理论学科的学科建设及其学术研究，都需要一个具有持续能力的成果展示平台，以不断总结和展示本学科在博士研究生培养方面的成就，激励理论法学研究中心年轻教师积极从事科学研究并使其成果得到有学术影响力地集中展示。为此，吉林大学理论法学研究中心决定把多年来一直在设想之中的出版中心学术文库的工作付诸实施。

吉林大学理论法学研究中心学术文库为连续性的系列出版物。首先以吉林大学法学理论专业通过答辩的优秀博士学位论文为主要选题来源，其次是吉林大学理论法学研究中心各位教师和研究人员的专著及学术文集，此外就是在条件成熟的时候逐步吸收全国法学理论领域年轻学者的学术专著或者各个高校法学理论专业的博士研究生的优秀博士学位论文。

科学出版社给予了我们吉林大学理论法学研究中心法学文库的出版以极大的支持。吉林大学理论法学研究中心将与科学出版社建立长期的合作关系共同推进中心学术文库的出版工作。这套学术文库的出版会以每年 5~10 本学术著作的规模推进。

借此，我们衷心地感谢我国各个高校和科研机构的法学理论学科对于吉林大学法学理论学科工作的大力支持！我们也希望吉林大学理论法学研究中心学术文库的出版，将为推进我国法学理论学科的学科建设、科学研究、人才培养、学术交流等做出重大贡献！

序 言

郑成良*

一般来说,在一个理性化的成熟而稳定的法律秩序中,法律是一个给定的规范体系,人们只需要按照法律的条文去享有权利、履行义务、承担责任即可,有必要探究的仅仅是法律条文的含义和法律实施的具体细节,而没有必要总是对法律背后的理论进行深刻的反省和探究。只有在一个法治不成熟的社会,或者在社会的变革时期,才有可能、有必要经常性地分析法律本身的合法性、法律的依据、法律的理性这类问题。而当今的国际社会,恰好处在这样一个时期。虽然国际法规范从数量上看已经浩繁,从领域上讲比较全面,但是国际社会还不是一个法治社会。虽然冷战已经结束,靠实力均衡以求稳定的国际关系理论面临危机,但新的理论还没有成型,以联合国为倡导者、以西欧各国为追随者的国际法治也还没有真正实现。在这种情况下,几乎在每一个领域都有必要质疑:应当具有什么样的法律?现有的法律有哪些适合的方面?有哪些不适的领域?换言之,在国际关系各领域确认法的价值,并通过这种价值来审视该领域的现有规范,提出改革方案和其他建设性建议都是必要和有益的。

人权是国际关系中争论繁多,既关涉着法学基本理论,也联系着国际法实践的重大课题。其中最为核心的问题,在我看来是主权和人权的关系问题。理解主权和人权的关系,归结在于理解主权和人权这两个概念的内涵。政治学和法学的研究都认为,主权原为国内法上的概念,主

* 上海交通大学党委副书记、法学院院长、教育部法学学科教学指导委员会委员、国家司法考试协调委员会委员、中国法学会法学教育研究会副会长、中国法学会法学理论研究会常务理事、吉林大学理论法学研究中心研究人员、清华大学兼职教授。中国知名法理学者,权利本位论的倡导人之一,在法律思维、法学方法论方面也有重要影响。

权的观念源于博丹的主权论，其背景是法国各教派、政治派别互相倾轧，恐怖的“圣巴托罗缪之夜”让人们看到了缺乏最高权威的弊端，所以，为了维护良好的秩序，以便在出现分歧和争执的时候总会有人做出一个大家都能够接受和服从的决定，于是，就建立起了主权的概念。当时，主权首先不是一种以物理或心理强迫而引起服从的强制力，而是以正当性（合法性或正统性）为基础的具有强烈道德属性的权威力量，因此，主权被认为是至高无上的、不受限制的，应当得到普遍的尊重。树立主权这种观念，其最大的益处就是在国内的争议事项上，国家有能力做出大家都能够接受的裁决，而且这些裁决的合理程度也不会受到广泛而持久的质疑。

于是，自博丹以来，学者们长期讨论的问题是：主权应当属于谁？最初包括博丹在内的学者认为主权属于君主，在相互冲突的教派、阶层和团体中间，只有君主才具有足够的道德上的资源、力量和威望，因此，也只有将主权归于君主，才能建立起公正和稳定的社会秩序。但实践证明这样不行，主权可能被君主滥用，无法保证君主们作出的决断是公平的，所以君主主权被否认了。后来，卢梭提出了人民主权的观点。卢梭说，人民的公意永远正确。公意不是众意，众意未必是正确的。法国大革命以后，西欧政治学、法学界开始反思：主权属于人民行不通，人民也可能滥用不受限制的主权，也可能像暴君一样既缺乏理性又缺乏公正。其中，最为著名的是英国的埃德蒙·柏克，他让人们理解了当作为主权者的人民陷入丧失理性状态时会发生哪些可怕的混乱。于是，议会主权说便应运而生，但是这种观点理论逻辑不彻底，因为议会主权不大可能像君主主权和人民主权那样神圣到至高无上和不受限制的程度。其实，无论是君主主权说、人民主权说，还是议会主权说，它们在政治立场上的对立只是一个方面，与此同时存在的另一个方面是它们在政治思维方式上的完全一致，即公正和秩序的实现必须依赖于一个绝对的权力，而这个绝对权力又必须具有自足和永恒的道德性质。

法国大革命后期、拿破仑执政前期，又出现了理性主权说和宪法主权说，认为主权不能安放在人和机构的身上，因为个人和群体、机构都不完全可靠，都可能滥用主权，因此，主权只能安放在理性和作为理性

表现的宪法上面。这实际上意味着主权理论的破产。在发生争议的时候，每个人可能都有一些理性，但是没有谁具备完全的理性，如果主权属于理性或宪法，主权就成了没有主体的权力，离开了具体的人、组织和机构，理性和宪法都不可能自行维护公共秩序。由此似乎可以认为，博丹的主权学说及其主权概念的价值是时代性的而非恒久性的——在社会转型时期用于政治动员是其所长，在转型完成之后用于制度性安排和实践是其所短。

当前，在国内法上，对于正处于民主化进程的国家而言，一般都强调人民主权的观念，因为在论证民主体制的正当性、合法性方面，这是一个最有效用的理论资源；而已经完成了民主化进程的国家，在国内政治和法制问题上，主权学说和人民主权的概念则较少被提及，主要是依靠宪法和法律来论证权力和决策的正当性、合法性问题。大概可以断言，当民主体制和法治社会成熟起来之后，主权概念在国内问题领域渐次式微是历史的大趋势，其关键的原因在于，主权是一个以绝对的支配和服从关系为图景而创设的概念，它与平等、自由、人权和法治有着难以调和的矛盾，越来越多的人意识到，如果试图以一个绝对权力为阿基米得点来建立持久的公正和秩序，无论把这个不容置疑的权力归之于谁，在逻辑和实践上都是有问题的。

然而，正所谓“失之东隅，收于桑榆”，与国内领域主权概念逐渐淡化的历史大趋势相对照的是，在国际领域，主权的概念在近代以来一直如日中天，尽管最近几十年来一直有试图淡化主权的声浪，但是要想在国际关系领域形成和维系持久的公正和秩序，主权的概念仍然是最重要的基点，至少是最重要的基点之一。在国际法上，主权被广泛运用，是因为国际社会不存在世界政府，国家之间建立正常的国际关系通常类似于签订契约、履行契约，主权是缔约者的权利，类似国内民商法上的意思自治。在这个时候，主权的主旨已经发生了变化：当初提出主权的概念是为了建立公共秩序，是一元的；在国际上国家主权只变成了一个缔约人的资格，是多元的。这实际上与主权概念在国内问题领域的内涵是有重大差异的，二者的理论逻辑根本不同。但是国际法上的主权概念很有意义，因为在可以合理想象的历史期间内不可能出现世界政府，在

这种无政府的国际社会状态之下，正如没有政府存在的市场中的自然交易，强调缔约人的资格和自由很有意义。

就人权的理论研究而言，还有不够透彻的地方。首先，有的学者片面强调人权的阶级性，这是值得商榷的。人权本身具有超阶级的、无差别的性质，而人权立法和人权政治则可能是有阶级性的，换言之，对人权的态度是可能有阶级性的，例如，有些人可能只关注某一群体的人权，而无视另一群体的人权，但是人权本身是超阶级、超种族的。一个人可能被不同的分类标准划归特定的阶级、种族、宗教和政治派别，因而具有相应类别的属性，但是人权概念中的“人”恰恰不是一个对人群进行划分的概念，而是一个普遍概念，这很类似佛家的理念——佛无分别心，众生平等。如果把人权理解成一个有阶级性、种族性的概念，人权的概念就被彻底误读了。正因为人权不是对人类划分类别之后所形成的概念，所以，正常意义上的人权所表达的基本意思就是只要是人，不论什么样的人，都应当有做人的权利。其次，人权的概念，有很多理解。我个人认为，人权就是以人为理由所享有的权利，核心是以道义上的理由为基础的权利，因此，人权是人应当持有的权利，是应然的权利。人权首先是一种道德上的权利概念，可以法律化，却并不以是否法律化为存在依据。一个政权及其施行的法律可能完全不承认人权的存在而只是承认某些特定群体的权利，就像纳粹屠杀犹太人一样，但是我们在评论此类现象时只能说“犹太人的权利被法律剥夺了”，而不能说“犹太人本来就没有人权”。再次，关于人权的基础，国内的讨论有商赋人权说、法赋人权说、天赋人权说几种。我个人主张天赋人权说。商赋人权说的理论只是从实然的角度回答了人权的概念和制度在什么社会容易被接受，却没有回答人权的正当性依据何在这一问题。法赋人权说也不能解答这一问题，如果说人权的依据是法律，那么，我们就无法用人权的话语来谴责法西斯主义集体迫害这种法律。说人权是一种天赋的权利，可以没有任何宗教色彩，所谓“天赋”就是生而具有的意思，人权是人一出生就应当享有的权利，也就是仅仅因为他是一个人就应当得到尊重的那些权利。

就人权和主权的关系问题，国内外学者都有很多的论述。我个人的

观点是，在二者的关系上，人权不完全高于主权，或者说，二者不完全存在谁高谁低的问题。比如，如果片面地强调主权高于人权，就会带来国家的原子化，在国际社会中不能批评、制裁其他国家的种族迫害和种族隔离等行为，只能袖手旁观，却不能采取任何有力措施，这在理论上是站不住脚的，在实践上也是有害的。一些类似主张体现了一种政治实用主义。与之相对，西方国家有些人过分强调人权，这也同样不妥当。人权是文明的产物，源于其本身的政治制度、文化传统和价值观念，比如，在美国，公民持有枪支是人权，而很多其他国家都不会允许；在中国，允许人工流产，在西方许多天主教国家则视为犯罪，在这一方面不能一味求同。因此，不能严格说人权和主权谁更有优势。就具体问题而言，在国际社会应当有一些基本原则，通过对话解决，而不能通过制裁的方式。

人权与主权的关系是很复杂的。人权固然是由主权来保障，但是历史上大规模的侵害人权行为恰恰是主权者做出的。对于人权与主权的关系，我仍然持这样的观点：应当从不同的层次来看待。对那些最低限度的人权问题，国家不能要求自主，应当是国际协同的。对于这种最低限度，就要体现出研究者的价值取向，研究者应当以一个世界的立法者的姿态出现。可以在不同文明之间寻找一个最大公约数。就现在而言，恐怕种族灭绝、种族歧视是世界各国都反对的；尊重生命权、反对歧视妇女、追求性别平等、反对强迫劳动、订立最低劳动保障标准也是世界各国都追求的。而离开这个限度之后，就难以一概而论了。在国际人权的这个角度上应当宽容，但是对于不宽容者、不宽容的行为不能宽容。

归纳起来看，主权与人权的关系类似私人道德选择与法律底限的关系。一方面，有可能也有必要通过国际社会的公约建立起一套法律化的最低限度的人权标准，诸如禁止种族灭绝、虐待服刑人员、保护妇女儿童等等，这些原则和规范不能根据各国国内的政治倾向来判断。人类文明发展到今天，已经形成了一些共识，如果有些国家拒绝，国际社会可以强制其接受，否则人类社会从国际角度上没有进步。另一方面，在上述共同标准之外，各国人民和政府有选择的权利。只要是在理论上立得住、在实践上可以接受的，政府就应当肯定权利的存在。

当然，国际人权的问题从根本上说仍然是要依靠信仰的。刚性太强会造成国际专制，没有约束会造成国家的任性。而如何寻求最大公约数，是要靠研究者进行价值判断的。在评价时尽量考虑各种价值，学者不应当回避使各种文明走向共存。

何志鹏博士的这本书，分析了人权全球化过程中的核心概念、归纳了人权全球化的主要表现、探讨了人权全球化领域的主要理论问题。这个选题建议是我提出的，因为我认为作者的国际法功底比较全面，对法学又有着浓厚的兴趣和勇于探索的精神，所以在这一问题上扎实的研究应当会有一些能够推动学术发展的贡献。在作者写作的过程中，我曾经认真地阅读过几个草稿，提出过一系列的意见和建议，特别就人权的界定、研究方法、事实与价值的关系等几个问题进行了分析。本书的有些部分论述我表示同意，有些部分跟我的观点并不一致。但是我赞成学术上的不同见解甚至争辩，因为只有通过分歧和争论才能推动思想的成熟，对于读者来说也有了更多的甄别和比较的机会。而且，我认为何志鹏博士的主要观点还是有理有据，论证比较充实的。这些论述为我们了解问题、分析问题提供了一个参考的文本。

人权全球化的进程仍在发展之中，一系列的实践问题和理论焦点还会进一步出现和变化，期待着本书作者和对这一主题感兴趣的所有研究者能够持续关注，为中国乃至世界人权事业的推进贡献自己的力量。

2008年2月19日

目 录

总序

序言

第一章 问题引入：关于人权全球化的纷争·····	1
第一节 全球化视角中的人权问题·····	1
一、权利的时代与全球化的时代 ·····	1
二、人权的全球化·····	6
第二节 思考与论证的维度 ·····	11
一、本书的论证逻辑：以现象为中心的展开 ·····	11
二、本书的论证方法：有限的科学主义 ·····	12
三、本书的价值基点：人道主义与权利本位 ·····	13
第二章 概念厘定：全球化、人权全球化 ·····	14
第一节 人权的概念 ·····	14
一、复杂的人权概念 ·····	14
二、既有的人权定义 ·····	15
三、对人权的界定 ·····	21
四、人权的具体解释 ·····	24
第二节 全球化的概念 ·····	38
一、全球化的内涵 ·····	38
二、全球化与国际化的关系 ·····	43
三、全球化浪潮对人权的影响 ·····	47
第三节 人权全球化的内涵 ·····	52
一、人权全球化的界定 ·····	52

二、人权全球化的若干侧面	53
第三章 人权全球化的前提与基础	56
第一节 人权全球化的历史发展	56
一、第一次世界大战以前：人权全球化的萌芽阶段	57
二、两次世界大战期间：人权全球化的创始阶段	60
三、第二次世界大战之后：人权全球化的兴盛阶段	61
第二节 人权全球化的动因分析	63
一、人权的本质：人类内在需求的制度性表达	63
二、初始的人权是一种有魅力的“地方性知识”	64
三、人权的国家化进程	65
四、社会生活的全球化导致人权的全球化	65
五、人权全球化是不是历史的趋势	69
第四章 人权全球化的现实	71
第一节 多方面的人权法律依据	72
一、人权方面的“软法”	72
二、与人权有关的国际条约	79
三、习惯人权法	117
第二节 多层次的国际人权负责机构	118
一、全球性的人权保护机构	118
二、区域性的人权保护机构	144
第三节 多角度的人权监督机制	150
一、全球范围内的人权体制结合	150
二、区域范围内的人权保护机制	158
三、非区域性的人权合作	169
四、单边人权措施	169
五、非政府组织的人权监督与促进	175
第四节 开放式的人权保护体系	186

一、在全球化的过程中人权发展为一个全球性的词汇	186
二、人权的概念在全球化的发展过程中逐渐拓宽	187
三、国内的人权保护与国际人权保护的互生	205
第五章 人权全球化过程中的人权-主权关系	207
第一节 人权与主权的理论纷争与实践对立	208
一、主权的概念及意义	208
二、主权与人权在理论上的纷争	210
三、主权与人权关系的几种可能	213
第二节 主权的探索与阐释	214
一、主权概念的起源、发展与归结	214
二、主权绝对？主权虚无？	223
三、对主权在现代社会中作用的诠释	232
第三节 主权与人权的关系探析	236
一、人权与主权的连接点	236
二、人权与主权的主体不同：包含关系的否定	241
三、人权与主权的因果关系剖析	241
四、人权与主权的交融与并列关系	243
五、人权与主权在利益上的调和	247
第六章 人权全球化的前景	259
第一节 指引人权全球化的原则	260
一、回归“人道主义”	260
二、重申“权利本位”	263
三、推重“文明间共存”	268
四、朝向“可持续发展”	271
第二节 构建国际法治：人权全球化的推动与防范	274
一、国际法治的内涵与意义	274
二、全球化的人权：成就与不足	279

三、人权全球化的推进与改革	286
四、构建与维护全球化的共同人权标准	292
第三节 中国与人权的全球化	299
一、历史发展	299
二、现实状况	302
三、未来期望	315
结语	319
主要参考文献	323
后记与致谢	327

第一章 问题引入：关于人权全球化的纷争

第一节 全球化视角中的人权问题

一、权利的时代与全球化的时代

(一) 权利的时代

我们有幸生活在一个权利的时代。^① 权利的信念深入人心，权利的学说四海传扬，权利的实践丰富多彩，权利的意识遍及全球。人们纷纷采取手段试图维护自己的权利，这种维护权利的行动受到全世界各个角落的人们支持；探索权利、论证权利、认同权利、保护权利成了这个时代的主旋律。每一个国家都构建和完善着权利方面的制度，权利保护

① Louis Henkin, *The age of rights*, Columbia University Press, 1990, p. ix ("Ours is the age of rights. Human rights is the idea of our time, the only political-moral idea that has received universal acceptance. "). 亨金教授在其他文章中也有这样的提法，如 Louis Henkin, John Marshall globalized, *APS Proceedings*, vol. 148, 1 (March 2004); Theodor Meron 教授 (2001 年起任前南国际刑事法院法官并任院长)，在其 2003 年海牙国际法院的演讲题目就称为“人权时代的国际法” (*International Law in the Age of Human Rights*)，后以此名出版了著作 (Martinus Nijhoff, 2004)。同时，Anthony D'Amato 教授也用过类似的措辞。See, e.g., the relation of the individual to the state in the era of human rights, 24 *Texas International Law Journal* 1 (1989)。其他采用这一措词的作者和著作如 Naomi Roht-Arriaza, *Pinochet Effect: Transnational justice in the age of human rights*, University of Pennsylvania Press, 2004; Aharon Barak, *A Judge on judging: the role of a Supreme Court in a democracy*, *Harvard Law Review*, November, 2002; Norberto Bobbio, *the age of rights* (Allan Cameron trans., 1996) (论及 “the increasing importance given to the recognition of human rights in international debates, among cultured people and politicians, in working groups and government conferences”); 姚建宗教授在其论文《人权的历史和哲学基础》(第一次北欧中国人权研修班讲稿，后收入姚建宗：《法理学：一般法律科学》，中国政法大学出版社，2006 年，第 146 页) 的开篇也表明：我们所处的当今时代是一个人权的时代。