

法治社会的基本人权

——发展权法律制度研究

汪习根 著

.01
5

中国人民公安大学出版社

DP11.01
W 215

法治社会的基本人权

——发展权法律制度研究

汪习根 著

中国人民公安大学出版社
· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

法治社会的基本人权：发展权法律制度研究 / 汪习根
著. — 北京：中国人民公安大学出版社，2002. 11
ISBN 7 - 81087 - 136 - 6

I. 法... II. 汪... III. 发展中国家—人权—法制—研究 IV. D998. 2

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2002) 第 090192 号

法治社会的基本人权

——发展权法律制度研究

出版发行：中国人民公安大学出版社

地 址：北京市西城区木樨地南里

邮政编码：100038

经 销：新华书店

印 刷：河北省抚宁县印刷厂

版 次：2002 年 12 月第 1 版

印 次：2002 年 12 月第 1 次

印 张：10.25

开 本：850 毫米 × 1168 毫米 1/32

字 数：255 千字

印 数：0001 ~ 3000 册

ISBN 7 - 81087 - 136 - 6/D · 128

定 价：23.00 元

本社图书出现印装质量问题，由发行部负责调换

联系电话：(010)83905728

版权所有 翻印必究

E-mail: cpep@public.bta.net.cn

自強不息
与时俱進
维护人权
造福社会

习根同志 题

韩法培

2002.6.10.

序

行法治，必倡人权。人权是一个神圣的字眼，又是一个错综复杂的体系。生存权与发展权作为这个系统中的两项基本人权，对全人类人权的实现具有举足轻重的价值功能。就发展权而言，由于它是近三十多年来才逐步被开发的一项新型人权，所以，对它的探索、研究与保护，至今仍是一个存在着全球性分歧与论争的焦点问题。本书从法治社会的基本人权理论出发，全面而富有创见性地对发展权的法律制度进行研究，这对于法治社会的人权保障不无一定的理论创新意义和现实指导作用。

该著作是中国社会科学领域第一部全面阐述发展权这一基本人权的专著，其独到之处主要体现在如下方面：首次从可持续发展这一世界性主题的高度出发，提出和阐释了发展权的科学概念，认为发展权是全体个人及其集合体有资格自由向国内和国际社会主张的参与、促进和享受经济、社会、文化和政治各方面发展所获利益的一项基本人权。首次系统揭示了发展权的主体与内涵，对发展权主体的个体性和集体性的相互关系作出了令人信服的说明，并将可持续发展理论导入发展权，认为发展权不单纯是指经济发展，而且是全方位的可持续发展。首次提出和论证了确认发展权是当代宪法的重要特点之一，认为如果说近代宪法以个人为本位，重在保障个人自由权利，现代宪法以社会为本位，重在保障生存权与社会权，那么，当代宪法则要保护生存权，更要保护发展权，以发展权为重心，并促进发展权从应然人权向实然人权转变，从而丰富了人权理论与实践。首次系统分析了发展权法律规范的全球性状况与走向，

HAB 5 / 56

以“发展权的宪法规范分析”与“发展权的可司法性分析”为主线，对全世界一百多个国家的宪法规范进行了比较研究，通过实证分析，大胆预测将发展权这一为国际人权文件首先确认的权利，引入国家根本大法的历史必然性和现实紧迫性。此外，首次论证了发展权的价值形式及其价值整合功能，使对发展权的研究步入了理性的殿堂，为发展权法律制度的构建奠定了理论基础。最后，首次从国内和国际法律两个层面，提出了构建发展权法律保障制度、实施机制和具体保护措施种种设想，从而使发展权从法律理论领域走向法律实践和人类的现实生活之中。

冰冻三尺，非一日之寒。这些成就的取得既反映了作者敏锐的思维能力，又是作者一如既往地刻苦钻研人权法理论问题的必然结果。早在攻读硕士学位期间，作者就参与了我主持的国家重点社会基金项目——人权的理论与实践的研究，发表了多篇相关的学术论文，出版了个人学术著作。由于成绩突出，被批准提前毕业直接攻读博士学位。在攻博期间，又以发展权为博士论文的选题，结合国际国内人权法发展的最新动态，对这一问题开展了更加系统的研究。几经周折，辗转成书。可以说，没有作者十年磨一剑的功夫，就没有这部著作的问世。

当然，书中肯定会存在着不少疏漏之处、甚至还可能会引起一些歧义或争鸣，在发展权的具体实施机制和现实路径选择方面尚需作进一步的探讨。但我相信，这部著作的出版，无论是在理论建树还是在现实指导上都具有不可替代的意义。

李 龙

2002年6月于杭州西湖

（李龙：国家教育部法学学科教学指导委员会顾问、中国法学会常务理事、中国法理学会副会长、中国法学教育研究会副会长、武汉大学法学院教授、博士生导师、浙江大学法学院院长、教授、博士生导师）

作者简介

汪习根，男，1965年3月出生，湖北省天门市人，武汉大学法学院副教授，法学博士，硕士研究生导师，中国法学会法理学会理事、中国法学会董必武法治思想研究会理事。1987年本科毕业，获法学学士学位，工作若干年后考入武汉大学，先后获得法学硕士学位和法学博士学位。

近年来，在《法学研究》、《中国法学》等专业性学术刊物上发表学术论文近40篇，有近10篇分别或同时被《新华文摘》、《中国社会科学文摘》、《中国人民大学复印报刊资料》转载。出版著作10部，其中个人专著1部，主编4部，参编5部。代表性论文有：《发展权法理探析》（发表于《法学研究》1999年第4期）、《论宪法对构造法治国家的价值》（发表于《政治与法律》1999年第6期、转载于《新华文摘》2000年第3期）、《法治构造论》（发表于《华中师范大学学报》2001年第5期、转载于中国人民大学复印报刊资料《法理学、法史学》2001年第9期）、《宪政规律论》（发表于《中国法学》1999年第4期）等。

参加国家社会科学基金项目4项，获得国家级优秀成果一等奖3项（合作），其中，《中国法学教育的改革与未来》获2001年国家级优秀成果一等奖。

目 录

1	第一章 导论
2	第一节 人权与宪法
12	第二节 发展权与宪法发展
22	第二章 发展权的历史由来
22	第一节 发展权形成的社会根源
29	第二节 发展权形成的法律渊源
41	第三节 发展权演进的结果评析
50	第三章 发展权的基本含义
50	第一节 发展权的释义
61	第二节 发展权的主体
83	第三节 发展权的客体
103	第四章 发展权的价值定位
103	第一节 发展权的人权价值求证
119	第二节 发展权的基本人权定位
132	第三节 发展权的主要价值形式
156	第四节 发展权的价值整合功能

176	第五章 发展权的宪法规范分析
176	第一节 发展权宪法规范的内容概览
186	第二节 发展权宪法规范的形式比较
196	第三节 发展权宪法规范的价值比较
204	第四节 发展权宪法规范的总体评析
214	第六章 发展权的法律重心定位
214	第一节 发展权的法律性质确证
225	第二节 发展权的法律重心定位
245	第三节 发展权的法律调整原则
260	第四节 发展权的法律责任制度
266	第五节 发展权的法律规范方式
280	第七章 发展权的可司法性分析
280	第一节 发展权可司法性的依据
289	第二节 发展权侵权法律的界限
299	第三节 发展权法律程序的选择
307	第四节 发展权司法案例的评析

第一章 导 论

尽管人权的制度化和法律化赋予了各种既有人权形式稳固的法律地位和确定的法律存在形式，但无论是作为一项法律原则，还是作为法的核心价值内容，人权总是伴随着社会结构和文化背景的演变而逐步变迁并日趋完善的，人权是一个开放的动态的发展的系统。如果说人权是法治社会的法律尤其是宪法的根基与归宿，那么，人权内容与人权形式的更新、演进及其现实化则是法律发达与进化的直接动力。人权经历了从以自由权为核心的第一代人权，到以社会权为核心的第二代人权，再到和平权、发展权等第三代人权的发展过程。在人权系统中，发展权作为一项崭新的权利，最初由塞内加尔第一任最高法院院长、联合国人权委员会委员凯巴·姆巴耶（Keba M'Baye）于1972年正式提出，^①并于20世纪70年代末到80年代期间被联大通过的《关于发展权的决议》和《发展权利宣言》这两个国际法律文件所正式确认。^②发展权虽然首先是以国际法律层面上的人权形式而崭露头角的，但作为一项普遍的基本的人权，理应引起整个法学和法律体系的高度重视，使之成为宪法人权原则和具体人权法的实然内涵，并具体化为法定基本权利形式。

第一节 人权与宪法

一、人权与宪法的内在关联性

从法学理论的角度看，发展权与宪法关联的必然性植根于人权与宪法的一般关系之中。从人权与宪法的一般关系尤其是宪法对人权加以规范与确认的进程中所呈现的规律性出发来加以分析，是在宪法学意义上研究发展权问题的一条合理路径。从宪法理念升华为宪法规范的进程，实质上就是人权作为一项应有权利，为法律制度在最高级形态上予以内化和认同的过程，人权与宪法互相依存、互相渗透、互相融合，孕育了理想的宪政秩序与法治社会。归结起来，人权与宪法的相互关系可从如下三个方面加以揭示：

首先，人权是宪法的渊源，宪法是人权的表现。对于人权与宪法的关系，正如国际宪法学协会主席托马斯·弗莱纳所归纳的，在西方宪法哲学界及法律实践中存在着两种不同的观点：一是大陆法系国家认为，人权是由宪法创设的，没有宪法及宪法司法，就没有人权。“按照欧洲人的理解，公民权利最先是由宪法和成文法创造的。于是法官的任务就是解释宪法和成文法赋予公民的权利，以便确定他的诉讼请求是否有效”。^③二是英美法系国家认为，“给人们以权利的，既不是国家，也不是宪法的创始人，在他们的理解中，这些权利高于宪法……所以，在大西洋两岸，已经发展出对一般意义上的权利和法院以及各种具体人权的一种根本不同的理解”。^④这实际上是法定人权观与天赋人权观的分歧。而无论是从人权与宪法的发展史，还是从宪法存在的合理性与正当性来看，宪法都是源自人权并集中表现人权这一根本价值的。从人权理念到人权主张，

再到人权规范化的发展，反映了宪法变迁所具有的客观规律性。宪法是在人权思想日益成熟为一种理论体系和社会理想后，受特定时代背景制约而诞生的。西方传统宪法的直接依据源于“天赋人权”学说和“人民主权”理论。没有对个人权利与自由的强烈追求，就没有英国的宪法性法律，而美国的《独立宣言》及其宪法化，则是洛克、卢梭的人权思想与潘恩、杰斐逊等人的人权论相结合的产物，法国《人权与公民权利宣言》更是对人的权利的最直观反映。而在英国，作为“宪法的法律……并不是由法院所确定和所实施的个人权利的源泉，而是其结果”，^⑤这早已被上升为近代英国法治即宪法自治的一条基本原则。人权是宪法的源泉，宪法渊源于人权；相反，人权并非源于宪法，“严格地来讲，它们并不是‘宪法权利’。但是它们是由宪法来保护的”。^⑥总之，没有宪法并不必然没有人权，而没有人权则无以形成宪法。

人权孕育宪法的机理在于，从技术层面上讲，它为宪法这一规范权利与权力关系的法提供了系统的思想基础，人权从一种混沌的抽象权利分化为生命、自由、平等、财产、安全等具体理论形式，大大地便利了人权的制度化、规范化与宪法化。更为重要的是从价值层面上看，人权所具有的尊重个人的尊严、弘扬人的个性、追求人的理性、实现人的价值这些极具合理性的内在属性，促使人们迫切需要以一种强有力的形式把它固定下来，以禁止任何形式的侵犯。而既往的私法体系对人的基本权利的保障往往是单个的、孤立的、缺少整体性与权威性，于是将一种道德权利上升为法定权利的强烈愿望催生出宪法这一高级法律形态。

其次，人权是宪法的内核，宪法是人权的固化。宪法与人权的关系就是规范与价值、法定形式与实在内容之间的关系。人权并不因宪法而产生，宪法则应为人权而存在。宪法是人民

自由的宪章，是人权的宣言书和保障书，“宪法就是一张写着人民权利的纸”。^⑦相反，如果不以人权为基本内容，或虽然规定有部分人权条款却纯属点缀，那么，便没有宪法存在的价值，即使勉强制定了宪法，也不过徒具虚文。“凡权利无保障和分权未确定的社会就没有宪法”。^⑧而背弃人权，“违反人权的宪法或者说不保障人权的宪法就不是宪法”。^⑨

宪法对人权的规范，采取了基本法律原则和具体法律规范相结合予以规定的方式，而起初则是以人权原则的形式来确认人权的。自1791年法国宪法直接将1789年法国《人权与公民权利宣言》作为序言正式确立起宪法人权原则以来，世界上绝大部分国家宪法都以人权原则及人权具体形式为主要内容。尽管人权的宪法规范模式不尽一致，^⑩但就宪法所调整的社会关系和宪法规范中的主导性规范而言，人权始终都是宪法的主体和核心。这是因为，从宪法规范的内容看，宪法调整国家生活和社会生活的各个基本方面，规定国家的根本制度和根本任务。但贯穿于宪法规范始终的最主要线索只有一条，那就是公民权利和公共权力的相互关系，宪法既要约束政府权力使其正当地行使，又要保障公民权利的真正实现。其中，限制政府权力是手段，而最根本的内容则是确认和保护公民的基本权利。在“宪法体制中，维护自由并不完全依靠政府权力的分划，限权政府还表现在关于个人权利和自由的规定上”。^⑪也就是说，人权保障在宪法中所占的地位和所居的份额是最高、最大的，以致有人甚至提出“似乎是宪法已经垄断了人权问题”。^⑫同时，从宪法原则的比较看，无论是宪法的法治原则、人民主权原则，还是权力制约原则、民主集中制原则，都无不以人权原则的最终实现为宗旨。人权是人民主权的生动反映，权力制约和民主集中制是保障人权得以实现的有效制度基础和法律机制，而法治原则则始终是以尊重人的尊严和价值、达到人的权

利获得充分实现为理想的。“宪法的内容经常是按照宪法中关于人权的规定作出判断”。³³正因为如此，在一国法律体系内的各个法律部门中，只有宪法这一法律部门对人权的确认与保障的范围最广泛、层次最高级、效力最强大。可以说，在一定意义上，宪法就是一部人权法。

再次，人权是宪法的归宿，宪法是人权的保障。人权是宪法多元价值体系中的终极价值。宪法以宪政秩序和社会正义为价值追求，而秩序与正义的宪法价值又是以人的权利的普遍实现为指引、标准和目标的。秩序本来就是一个中性词，既可以是符合人类文明与发展需要的理性秩序，也可以是压制人的自由、背离社会发展规律的专制秩序，而衡量秩序的价值属性的标尺就是人权。社会正义作为一种基本结构的正义，无论是其内涵的民主政治模式，还是其所要求的自由、平等以及合理的经济、社会范式，都无不以人权为落脚点和寄托，“人权是宪法的出发点和归宿”。³⁴宪法多元价值形态既相互协调又互相冲突，价值冲突的解决机制便是价值整合，人权原则成为整合诸多宪法价值形式的基本原则。同时，人权作为宪法的根本价值还体现在由宪法所创设的权力及其存在与运行方式，都是居于人权保障之下的下位宪法现象，服从并服务于宪法对人权所负有的神圣使命。人权先于宪法，而宪法又先于作为权力载体的政府，人的权利不可剥夺，“为了保障这些权利，所以才在人们中间成立政府，而政府的正当权力则系得自被统治者的同意。如果遇有任何一种形式的政府变成损害这些目的的，那么，人民就有权利来改变或废除它”，“人民对于他们政府机关的控制，是衡量一个政府是否为共和制的标准”。³⁵没有宪法，就不应有政府权力。“宪法是一样先于政府的东西，而政府只是宪法的产物”。³⁶这正是西方宪政法律制度得以设计的根本意图。社会主义宪法则是以一切权力属于人民的人民主权价

值理想为基础而产生和运作的，这是宪法与人权一般关系的生动体现。

二、宪法人权^⑧发展的一般规律

从实在法及其价值选择的角度看，宪法对人权的规定在不同条件下呈现出不同的特点，不同历史时代和同一时代中不同国家的宪法，规范人权的依据、方式和范围不尽相同，差别较大。然而透过纷繁复杂的宪法人权的表象，从动态的角度可以抽象出人权规范化、宪法化过程中所呈现的具有普遍意义的规定性。

（一）宪法人权背景的复杂性

人权存在于一定的历史文化传统同现实的社会条件相互交融而形成的特定时空内。一方面，人权作为人类所普遍享有的权利，只要有人的存在，便要有广泛地存在于一切的社会环境。另一方面，人又不是抽象的、孤立的，现实的人不可能是社会和文化的中立者，相反，却总是一定社会和文化环境的产物，而互不相同的文化体现了不同的人类生产方式。人的存在方式既有联系、又各有特色，这表明宪法人权背景是丰富多样、而非绝对同一的。从人权在宪法中的发展历程看，自由权利、民主权利、福利权利等，“这些权利所体现的特定的价值与制度根源于西方的文化和文明传统。但西方传统只是多种文化和文明传统的一种。……那种在一切时间和场合都属于全体人类的权利就是人类作为‘无社会’和‘无文化’的存在物所享有的权利。既然人类不是也不可能是这样的存在物，那么，就不可能有这样的权利”。^⑨在西方，甚至有人走向另一个极端，根本否定人权背景和人权本身的普遍性，过分夸大其差异性。^⑩

宪法史表明，人权的宪法化是自由市场经济的产物，而从

近代自由市场经济向现代市场经济的转型特别是向社会主义市场经济的发展，人权的政治与经济背景发生了一次次根本性、革命性的转换。那种将人权单纯地看做是某一种特定的个别文化的产物，从而试图垄断人权的观点显然是不能成立的。实际上，“权利决不能超出社会的经济结构以及由经济结构制约的社会的文化发展”。^②这表明：第一，人权可以存在于不同的社会历史文化环境之中，因为人是多样性的统一，人的需求、利益及其外部制约因素既一致又不一致，这便决定了人权普遍性存在的客观必然性。那种将人权视为西方特定文化产物的观点^③已日益丧失市场，“一切社会都有其自己的人权概念，一切社会都通过文化和历史展示出它们的人权意识”；^④第二，不同背景下的人权具有差异性、多样性。人权存在背景的共性与个性决定了人权本身既具有普遍性，更具有特殊性，人权是多元而非单一的，宪法对人权的确认与保障在模式、制度与形态诸方面显现出共通性与殊异性相统一的特征。

（二）宪法人权理念的多样性

尽管人权的宪法化和现实化是宪政过程的基本表现，具有普遍性和绝对性。但指导人权宪法化的理论基础又不尽一致，宪法人权理念的多样性在西方主要体现在：一是“自然权利说”。古典自然法学催生出民主宪政体制，奠定了人权宪法化的原始根基。其中，最有影响的便是“天赋人权”说，格老秀斯首次系统阐述了与天赋人权即自然权利直接关联的自然法，提炼出自然法的两项原则即各有其所有和各偿其所负。斯宾诺莎则断言：“人的天所赋予的权利都不能绝对为人所剥夺，而人民由于默认或公约，保留几许权利，此诸权利若被剥夺，必大害于国家。”^⑤洛克则发展出一个天赋人权的理论体系，强调人权是天赋的，与生俱来的；人权是抽象的全人类所有的权利；其基点是个人，其内容为生命、健康、自由与财

产，这是自然的法则即自然法。而包括宪法在内的“法律只有以自然法为根据时才是公正的，它们的规定和解释必须以自然法为根据”。^③卢梭的“人民主权”论、孟德斯鸠的“三权分立”说等则分别从权利的渊源和权利的实现两个层面论证了宪法权利的属性及法律保障体制。早期的宪法无不以自然法学为思想先导，杰斐逊在起草《独立宣言》时就努力从洛克的《政府论》中寻找理论根据，法国革命成功后也是循着天赋人权说的指引才制定了自己的宪法；^④二是社会权利说。社会法学派以人的“社会连带性”即“社会相互关联性”为出发点，设想存在着一种基于社会连带关系的社会最高准则，即“客观法”，^⑤它是人类社会固有的先于国家和政府的。法的目的就是在人的利己的本性和合作的本性之间进行选择，以最少的浪费和代价来满足最大多数人的最大利益。该学说还批判了天赋人权论的观点，认为“天赋的权利——这种主张是毫无根据的；它无法得到任何直接证据的支持。它是一种关于人性的纯粹形而上学的命题”。^⑥1919年德国《魏玛宪法》及20世纪初以来的西方不少国家的宪法，都鲜明地反映了对社会权利给予突出保障的立宪精神；三是法律权利说。分析法学派以“实际上是怎样的法”作为法学的对象，认为法即规则，反对在“规则”之外存在着一个什么超然的理性自然法。其极端表现便是凯尔森的“纯粹法学”，认为宪法作为一种纯粹法规则的存在，对人权的确立和保障应该规则化和司法化。他首创宪法法院这一特设机构审查制度，并把宪法法院称为“消极立法者”，以期与国会这一“积极立法者”相区别，强调“违宪审查应根据每一种宪法各自的特点来组织”，^⑦为人权的宪法化提供了司法救济的另一条路径。

这些主流学说在本质属性上都是为特定的社会价值服务的，在宪法人权发展的不同历史阶段和不同条件下，都曾扮演