

徐显明 主编

山东人民出版社

Volume I 第一卷

人权研究

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

徐显明 主编

人权研究

第一卷

n rights

echt

rights

图书在版编目(CIP)数据

人权研究. 第一卷/徐显明主编. —济南: 山东人民出版社, 2001. 8

ISBN 7-209-02793-9

I. 人... II. 徐... III. 人权—研究 IV. D082

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 050316 号

人 权 研 究(第一卷)

徐显明 主编

*

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)

新华书店经销 日照日报社印刷厂印刷

*

880×1230 毫米 32 开本 18 印张 4 插图 480 千字

2001 年 8 月第 1 版 2001 年 8 月第 1 次印刷

ISBN 7-209-02793-9

D·697 定价: 35.00 元

法治的真谛是人权(代序)

——一种人权史的解释

徐显明

法治的真谛是人权。

人权加法治等于民主。

这两个判断能否成立？可看我族上个世纪人权与法治相结合的历史。将汉字“人”与“权”合而构成近代具有权利意义概念的是明治维新前期写出《泰西国法论》一书的津田真道(详考见另文)。其首次将与物权相对应的身体方面的权利译为“人权”，而把人的与国家权力相对应的自由诸权译为“住民权”、“国民权”，后简称“民权”。明治维新之后 20 年间，日本曾发生过一场以“天赋人权”为理论争论内容的自下而上的“自由民权运动”。国人在上上世紀末所接受的人权概念，当时都以“民权”表达之。是时传播人权主义的渠道有两条，主管道是东洋，第二管道才是西洋。至上世纪初年，第二管道渐居上势，遂有西语之意的人权概念登场。其时有钟爱西学之人竟将名字命为“人权”者。此后人权与民权的差别是，民权多限于政治自由领域，而人权则指权利全域。早于辛亥《临时约法》的《鄂州临时约法》，首次将人权入宪，完成了民主与封建在“人民之权利”与“臣民之权

利”上的分野。从此,与民主、法治结合于一体的近代人权观才告定型。此后中国所发生的民主与法治的变革都以人权为中核展开。上世纪前叶最有历史意义的人权运动现在数来可概括为六项:辛亥革命,人权首成果圭,制宪目的一为限国权,一为保人权。宪法乃两权均势协调之物。从此,中国人权保障有了制度意义的历史。在人权研究史上,此时可提炼出“制度性人权”的概念来。新文化运动,陈独秀早年所提社会进步之“两轮”,一是人权,一是科学,只是到后来才改为“德赛”两先生。为何作此改动?或许陈氏是先知先觉中最早熟谙人权与民主关系的第一人?自洋务运动开始,中国的变革由器物到制度,再由制度到文化。人权在辛亥后如水中浮萍被荡来涤去难以为保者,其因概在于缺乏滋养人权制度的文化。在陈独秀当时一系列的政治文章中,人权是被寓于民主之中的,且在他看来,只有民主才可确保人权,人权与民主几乎成了同义词。新文化运动的思想启蒙催生出一株以“人民之宪”来实现人权的思想嫩芽,这就是上世纪20年代前后发生于湖南的“省宪运动”。这场运动中生存权首次得到阐释,并且是从保障人的劳动权、职业自由的制度层面所作的说明。今日看来,仍让人感佩这场运动的发动者及生存权概念的解说者毛泽东在当时法治思想之深刻。新中国早期的法制现象都可在毛泽东这一时期的言行中找到本原。上世纪20年代末及30年代初由胡适先生发起的“制定约法、保障人权”运动是百年中唯一纯正的人权运动。三年间的数百篇人权文章及近十部人权著作,大概是中国人权史上最可宝贵的理论财富。其最深刻之处即是关于宪政、法治、党治、人权关系的论述,今日读

来仍觉入木三分。其后的民权保障运动及冤狱赔偿两大运动,都引生了许多新的法律制度,甚而国家赔偿法如果在当时不是因抗战的全面爆发,都有可能入宪成制。旧中国 50 年,这六次人权运动,都既带文化意义亦带制度意义。当我们从理论层面予以反观的时候,它启迪我们对民主、法治与人权关系进行深思。当我们从实践层面予以回眸的时候,它促使我们对人权的制度化或曰“制度性人权”进行反省。新中国 50 年,以前期史镜鉴之更知其得失。如果我们不用“届”的概念而以“代”的标准来作比较和划分的话,可以说第一代领导集体在治国方略方面的特点是特别专擅于思想政治工作,第二代领导集体的治国特点是特别注重制度建设。邓小平关于制度建设的思想是邓小平理论中堪称瑰宝的部分。第三代领导集体的巨大贡献在于提出建设社会主义法治国家的价值目标。这比制度建设更具历史进步性。在人权问题上,三代领导集体也迥异有别。第一代时期,人权被标列为资产阶级的专利,对之态度若明若暗,其失误在无制度保障之。第二代时期,把人权分为“你的”、“我的”,注意区分二者是“两码事”,但已开始注重建设“我的”。第三代领导集体,正式承认人权的普遍性,认为它是人类文明的共同结晶,敢于与西方交流、合作与对话。推进人权全面进步遂成国家民主建设的主线。在法治问题上,三代领导集体的区分也是明显无惑。第一代是自建自毁,导致说有却无、说无却有的法律虚无状态。第二代难脱由政治国家向市民社会转型的痕迹,所建的法制多限于政治领域和公法领域。第三代则以全新的价值观重构我国法律体系,一个以民商私法为基础的法律框架正在搭建。市场经济是民

商法经济,也是权利经济的特质正在法治进程中凸现。总结上世纪 100 年的路径,由世纪初人权觉醒到世纪末人权复兴,我们只作出一个结论,民主的历史也罢,法治的历史也罢,它们其实都是人权的历史。

民主、法治、人权是一面多棱镜。民主的表是法治,民主的里是人权。进入 21 世纪的中国法治,所表现的制度是民主,所统摄的灵魂是人权。理想的法治,指的是通过法律实现的公共权力与公民权利相和谐的状态。公民权利为国家权力所尊重、所保护、所救助,人权是公权的本原、界限、目的,法律能够调处出这种状态,法治便存在。在公权不受限和人权无保障的地方,便没有法治。法治是一系列排列规整的程序,人权是法治程序所要实现的组合本体。所谓民主,就是要把这两者融合后的制度化。言民主而不言法治,言法治而不言人权,民主与法治都是虚假的。21 世纪中国法治的发展,将取决于我国平等权(要消除我国目前的人权主体二元结构)、财产权(应将财产权上升为基本权、宪法权)、自由权(政治自由与人身自由范围的扩大)、生存权(以此构建政府具有强制责任的社会保障制度)、发展权(重构城乡、贫富、强弱群体间的联带关系)这五大权利群的整体进步与发展。人权进则法治兴,人权滞则法治衰,百世不移。法治的真谛在人权,上世人权史已对此作出解释,本世又岂可移?一个人权重塑的时代已经来临。

编 后 语

今年是中国政府首份人权白皮书发表十周年,以逢十便庆的民族传统,人权理论界似亦应有庆意表示。近日接中国人权研究会约稿函,知《人权》杂志将于本年度9、11两月份试办,明年1月正式出刊。巧合的是,山东大学法学院拟申办的《人权与法治》杂志近日也得上级主管部门的批准。两份人权研究杂志同期问世,当是人权理论界在庆十年研究佳绩之中又为之喜兴的事。

本研究集本为人权研究缺乏专门版面而准备,得上两消息,感奋之余,知本文集原定使命可有所更改。其开启山林之功已成,今后二集、三集等的结成将以不定期或专题形式出版。本集作为系列之首,收集的是山东大学法学院人权硕士专业学生的硕士论文,其后的收集面将扩及国内所有与人权研究相关的文章。尤欢迎制度性人权研究方面的文章能入集成掣。此意顺作约稿之表。

本文集的校勘去误得到了岳懋伟女士的帮助,目录的英文翻译由曲相霏女士完成。本书责编李怀德先生为本书的出版提出过诸多良好建议,在此,一并谨表谢意。

编者

2001年7月26日

目 录

法治的真谛是人权(代序)

——一种人权史的解释 徐显明(1)

人权主体论 曲相霏(1)

一、古典人权主体理论的历史局限性 (2)

二、普遍的人权主体理论 (19)

三、现代人权主体理论的新进展 (30)

四、特殊类主体理论 (48)

人权价值论 韩德强(58)

一、引言 (58)

二、问题的提出 (59)

三、事实上的人权 (60)

四、事实人权的价值 (110)

五、人权价值的实现 (124)

六、余论——人权主义者的追求 (130)

人权史论 I

——辛亥革命前后的人权思想初探

..... 石启忠(135)

一、引言 (135)

二、戊戌改良派的人权思想	(138)
三、资产阶级民主革命派的人权思想	(176)
四、其他人权观	(212)
五、结语	(225)

人权史论Ⅱ

——中国历史上的人权派及人权运动

..... 葛明珍(229)	
一、绪论	(229)
二、人权运动及人权派的政治法律观	(234)
三、人权运动失败原因分析	(274)
四、结语	(284)

人权史论Ⅲ

——人权派思想述评..... 马建红(290)

一、引言	(290)
二、人权运动缘起	(292)
三、人权派思想的基本内容	(308)
四、人权运动掀起的波澜	(337)
五、人权派思想的现代意义	(344)

表达自由初步研究

..... 欧 山(353)	
一、引论	(353)
二、表达自由的概念	(355)
三、表达自由的理论类型及功能分析	(380)
四、表达自由的法律界限及司法原则	(391)

论政论自由

..... 刘素林(412)	
一、从概念说起	(412)

二、政论自由的价值和意义	(417)
三、政论自由的构成要件	(421)
四、政论自由的保障	(435)
五、结语	(456)
妇女人权实现障碍研究	孙 萌(457)
一、前言	(457)
二、妇女人权理论的若干问题	(459)
三、阻碍妇女人权发展的历史根源	(473)
四、世界妇女人权的现状	(482)
五、阻碍妇女人权发展的现实因素	(490)
六、实现妇女人权的法律对策	(502)
从国家农民向社会农民的转变看农民人权	
的发展	岳悻悻(518)
一、导论	(518)
二、国家农民	(521)
三、社会农民	(532)
四、农民的人权发展	(544)
五、结语	(560)

Contents

Prelude	Human Rights Is True Essence of Rule By Law; An Explanation In The History of Human Rights	
		Xu Xianming(1)
On The Subjects of Human Rights		Qu Xiangfei(1)
I .	Historical Limitations of classical theories on the subjects of human rights	(2)
II .	Universal theories on the subjects of human rights	(19)
III .	The latest development of modern theories on the subjects of human rights	(30)
IV .	The theories on the special subjects of human rights	(48)
On The Values of Human Rights		Han Deqiang(58)
I .	Introduction	(58)
II .	Issues set forth	(59)
III .	De facto human rights	(60)
IV .	Values of de facto human rights	(110)
V .	Realization of the values of human rights	(124)

A Human Rights History Part I

- A Preliminary Exploration of The Human Rights Ideas Before and After Xinhai Revolution
 Shi Qizhong(135)

- I . Introduction (135)
 II . The human rights ideas of Wuxu Reformers (138)
 III . The human rights ideas of bourgeoisie democratic revolutionaries (176)
 IV . Other views of human rights (212)
 V . Conclusion (225)

A Human Rights History Part II

- The Human Rights Advocates and The Human Rights Movement in Chinese History
 Ge Mingzhen(229)

- I . Introduction (229)
 II . Human rights movement and the legal and political outlooks of the human rights advocates (234)
 III . Ananalysis of the causes of failure of the human rights movement (274)
 IV . Conclusion (284)

A Human Rights History Part III

- A Comment on The Ideas of The Human Rights Advocates Ma Jianhong(290)

- I . Introduction (290)
 II . The causes of the human rights movement (292)
 III . The main contents of the ideas of human rights

advocates	(308)
IV . The surge caused by the human rights advocates	(337)
V . The modern significance of the ideas of human rights advocates	(344)
A Preliminary Study of Freedom of Expression	Ou Shan(353)
I . Introduction	(353)
II . The concept of freedom of expression	(355)
III . An analysis of the types of the theories on freedom of expression	(380)
IV . The legal limitations and judicial principles of freedom of expression	(391)
On Freedom of Political Comments	Liu Sulin(412)
I . The discussion starting from concepts	(412)
II . The values and significance of freedom political comments	(417)
III . The elements of the freedom of political comments	(421)
IV . The safeguard of the freedom of political comments	(435)
V . Conclusion	(456)
A Study of The Safeguard for The Realization of Women's rights	Sun meng(457)
I . Introduction	(457)
II . A few issues on the theories of women's rights	(459)
III . Historical causes impairing the development of women's rights	(473)

IV . The status of the world women 's rights	(482)
V . The factors impairing the development of women 's rights	(490)
VI . Legal policies for the realization of women 's rights	(502)

**A Look At The Development of Farmers Rights From The
Transformation of State Farmers To Social Farmers**

.....	Yue Hanwei (518)
I . Introduction	(518)
II . State farmers	(521)
III . Social farmers	(532)
IV . The development of farmers human rights	(544)
V . Conclusion	(560)

人权主体论

曲相霏

“人”和“权利”是人权的两大组成部分。人权概念是权利概念和人道概念两者的融合。“人权学说离不开权利学和人学这两门学问”^①。但也许是理论家们的偏好,从人权概念产生至今,对人权的研究通常是以权利为中心进行的,“这些权利实际上赋予谁的问题似乎已被忽略了”^②。“三代”或“三类”人权理论的提出是一个明证。而人的问题,即人权的主体理论,则被搁置在人权研究的核心之外,或被淹没在形形色色的权利理论之中。

实际上,主体问题是所有人权问题中的一个关键性问题。“人权主体的确定,直接关系到人权的适用范围”^③。而且,人权主体并不是在被动地接受权利,并不是先确定了人权,然后再去寻找有资格享有人权的主体;恰恰相反,人权主体是先于权利从而是先于人权而存在的,人权正是人权主体在道德上所要求的权利,主体的确定性是人权确定性的必要条件,人权之所以成为人权最终只能在人权主体的理论中找到说明。可以作出这样的判断:成熟的人权理论和科学的人权研究,首要的是对人权主体的研究。主体理论是整个人权理论

① 夏勇:《人权概念起源》,中国政法大学出版社1992年版,第4页。

② [瑞士]胜雅律:《从有限的人权概念到普遍的人权概念——人权的两个阶段》,王长斌译,载沈宗灵、黄楠森主编:《西方人权学说》(下),四川人民出版社1994年版,第252页。

③ 1991年人权理论研讨会综述:《以马克思为指导深入研究人权理论》,载《法学研究》1991年第5期。

体系的核心,主体的要素是人权构成的基础性要素,人权的全部内容最终都以主体为归宿。同时,对人权的全部研究,也均需以如何使主体享有最充分的权利为逻辑起点。正是基于这一认识,本文试图对主体理论的一些基本问题作一系统探讨,以期能使人权研究在核心理论方面有所丰富和发展。本文涉及到的论题有:古典人权主体理论的历史局限性,普遍人权主体理论的形成,现代人权主体理论的新发展,当代人权主体的分类等。

一、古典人权主体理论的历史局限性

人权是一个最早从西方发展起来的概念,古典人权理论主要指的是17世纪、18世纪在西方资产阶级革命中形成的系统的人权理论,这是人权理论发展的第一个阶段。^①在这个阶段,人权主体理论呈现出模糊与朦胧的特征。因为在当时,人权理论尚待成形,对人权的认识与表述散现于启蒙思想家们宽泛无边的书札作品之中,我们只能从那些包含着哲学、社会学、历史学、伦理学、国家和政治学、宗教学等等的综合而笼统的理论中寻找和剥离那闪烁着人权光辉的思想片断。但人权主体理论又不幸地被启蒙思想家们想当然地作为不证自明或不言而喻的真理(或常识)而遭到忽略,缺乏必要的论证与说明,其朦胧性由此产生。因此要准确理解古典人权主体理论的真实涵义,就不得不对其进行多角度多方面的考察和推敲。

(一)对古典人权主体理论的质疑

人权与特权的不同明显地表现为主体的不同,即分配权利的原则不同。给人以差别是特权的前提,特权的主体只能是特殊的一部

^① 黄楠森把西方人权学说演变的历史分为三个阶段,第一阶段是17世纪至19世纪上半叶,第二阶段是19世纪下半叶至20世纪上半叶,第三阶段是20世纪下半叶。在这三个阶段中,人权学说两起一落,形成一个马鞍形。见沈宗灵、黄楠森主编:《西方人权学说》(上)(导言)第1页,四川人民出版社1994年版。