

本卷要目

卷首语

【姜明安】

人权保障应成为公法的最高价值追求

本期特稿

【罗豪才 宋功德】

人权入法的权衡与平衡

专题研讨

【沈 岗】

风险治理决策程序的科学与民主

【宋华琳】

风险规制中的专家咨询

【戚建刚】

风险概念的模式及对行政法制之意蕴

【赵鹏】

风险、不确定性与风险防范原则

论文

【王旭】

行政法解释研究：在规范、事实与政策之间

【沈开举 程雪阳】

中国土地管理制度的改革与法治化

【关保英】

论行政诉讼中的司法建议

【陈越峰】

我国城市规划正当性证成机制：

合作决策与权力分享

评论

【韩思阳】

行政与民事争议交织问题的“斯芬克斯之谜”

比较法

【让-马克·索维 著 张莉 译】

法国行政法官与基本权利与自由保障

图书介绍

【刘刚】

近年德国公法学博士论文介绍七则

ADMINISTRATIVE LAW REVIEW VOL.12

◆ 姜明安 / 主编
◆ 北京大学宪法与行政法研究中心 / 主办

行政法论丛

第12卷



法律出版社
LAW PRESS CHINA

第12卷

行政法论丛

ADMINISTRATIVE

LAW

REVIEW VOL. 12

姜明安 / 主编

教育部人文社科重点研究
北京大学宪法与行政法研究中心

心 / 主办



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

行政法论丛. 第12卷 / 姜明安主编. —北京: 法律出版社, 2009. 12

ISBN 978 - 7 - 5118 - 0282 - 8

I. ①行… II. ①姜… III. ①行政法学—文集 IV.
①D912. 101 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 002321 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/易明群

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/学术·对外出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/吕亚莉

开本/A5

印张/21 字数/619 千

版本/2009 年 12 月第 1 版

印次/2009 年 12 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010 - 63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010 - 63939781/9782 西安分公司/029 - 85388843 重庆公司/023 - 65382816/2908

上海公司/021 - 62071010/1636

北京分公司/010 - 62534456

深圳公司/0755 - 83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 0282 - 8

定价: 45.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

【卷首语】

人权保障应成为公法的最高价值追求

——我们为什么要建议审查和废除《城市房屋
拆迁管理条例》…………… 姜明安(1)

【本期特稿】

人权入法的权衡与平衡…………… 罗豪才 宋功德(8)

【专题研讨】

背景说明…………… 沈 岍(107)

风险治理决策程序的科学与民主

——以防控甲流的隔离决策为例…………… 沈 岍(110)

风险规制中的专家咨询

——以药品审评为例证…………… 宋华琳(141)

风险概念的模式及对行政法制之意蕴…………… 戚建刚(165)

风险、不确定性与风险防范原则

——一个行政法视角的考察…………… 赵 鹏(187)

风险规制与不确定性的多种面貌

…………… Vern R. Walker 著 金自宁 译(212)

科学型规制中的程序选择

…………… 希拉·加萨诺夫 著 宋华琳 译(224)

【论文】

- 行政法解释研究:在规范、事实与政策之间……………王旭(240)
- 中国土地管理制度的改革与法治化
——以十七届三中全会为背景……………沈开举 程雪阳(290)
- 公共警告的概念确立与管制分析……………朱春华(322)
- 论行政诉讼中的司法建议……………关保英(358)
- 我国城市规划正当性证成机制:合作决策与
权力分享
——以深圳市城市规划委员会为对象的分析
……………陈越峰(380)
- 公私法域的交融与司法权对社会公权力的制衡
——以足球协会为研究个案……………冯之东(406)
- 行政行为补正机制的适用范围
——基于程序与实体关系的一个维度……………孔令滔(435)
- 论农村的自治与民主
——对农村政治制度中基本问题的分析……………刘婧娟(451)
- 国家秘密的界定……………徐静圆(476)

【评论】

- 行政与民事争议交织问题的“斯芬克斯之谜”
——兼与何海波教授商榷……………韩思阳(494)
- 两点澄清,一点质疑
——答韩思阳……………何海波(512)
- 对一起公法案件的制度背景分析
——兼论我国公法救济制度的设置模式……………安子明(515)

【比较法】

组织行政

- 俄罗斯行政法学的认知前提 温恒国(538)

渐进式的地方自治改革

- 日本地方自治制度的发展及其对中国的启示
..... 林良亮(551)

法国行政法官与基本权利和自由保障

- 让—马克·索维(Jean - Marc SAUVÉ) 著
张 莉 译(570)

边沁论政府信息公开

- 菲利普·斯科菲尔德 著 翟小波 译(598)

【图书介绍】

- 德国公法新作介绍四则 刘 刚(621)

- 公法新书介绍二则 夏小雄(640)

- 近年德国公法学博士论文介绍七则 刘 刚(645)

【学术资讯】

中国—瑞士“权力的纵向配置与地方治理”

- 国际学术研讨会综述 田飞龙(659)

卷首语

人权保障应成为公法的最高价值追求

——我们为什么要建议审查和废除 《城市房屋拆迁管理条例》

姜明安*

公法的最高价值追求是控权(control of power)还是人权保障(guarantee of human rights)? 公法学的核心是权力(power)还是权利(right)? 毫无疑问,控权和人权保障都是公法的价值追求,权力和权利都是公法学研究的基本问题。也许,在公法规范和制度的设计上,控权的比重要优于或重于人权保障,公法学者在研究时间和精力的分配上,对权力研究的比重要优于或重于对权利的研究。但是,控权与人权保障比较,权力与权利比较,后者乃具有根本性、目的性。权力(国家权力、公权力)是因权利(公民的权利、人权)而存在,为权利而服务,从而具有从属性、手段性。因此,笔者认为,公法的最高价值追求应是人权保障,公法研究的核心应是权利,是公民的权利,是人权。

最近,一系列因对公民房屋强制拆迁、野蛮拆迁而导致的悲剧(自杀、自焚、拆迁者与被拆迁者的相互暴力冲突、拆迁者打死打伤被拆迁者或被拆迁者打死打伤拆迁者等)以及由此引发的要求审查、撤销国

* 教育部人文社科重点研究基地北京大学宪法与行政法研究中心主任,教授。

务院《城市房屋拆迁管理条例》(以下简称《拆迁条例》)的强烈的民众呼声和社会舆论浪潮更使我坚信这一点,更使我感觉到我们公法学者对公权力监督、制约的研究要围绕对公民权利和人权的保障展开。否则,我们的公法学研究就会失去根本,失去宗旨,失去方向。

12月7日,我和北大其他3位公法学者(沈岍、王锡锌、陈端洪)和1位私法学者(钱明星)向全国人大常委会提出了审查《拆迁条例》的建议。我们这一建议所直接针对的是《拆迁条例》的违宪、违法问题。我们企望通过我们的行动启动人大违宪、违法审查程序,通过违宪、违法审查程序撤销,至少是修改该违宪、违法的条例。我们同时还企望通过这一个案的运作逐步建立健全我国的人权保障机制。首先则是通过启动人大违宪、违法审查程序激活我国宪法、法律已经确立,但尚未实际运作的违宪、违法审查机制和人权保障机制,以尽快遏制目前一些地方公权力侵犯公民权利和人权的势头。我曾在有关媒体上阐发我们提出审查《拆迁条例》建议的若干基本考虑,这些考虑正是基于制约公权和保障人权的法治理念。

我们提出上述建议的基本考虑主要有六个方面:^①

其一,《拆迁条例》助长了一些地方领导人违反科学发展观,过分依赖“卖地”和发展房地产业发展当地经济的发展思路、发展政策。

科学发展观的核心是以人为本。但长期以来,我们一些地方的领导人却是以GDP为本,以建设高楼大厦、大马路、大广场和改变城市外在形象为本。老百姓的痛苦、老百姓的眼泪、老百姓以命相争、相抗、自杀、自焚,他们都看不到,听不见,他们对此无动于衷,野蛮拆迁中不断流淌出的血和泪丝毫不能感动他们,强制拆迁依旧,暴力拆迁依旧。这些领导人对通过房地产业拉动当地经济可能走火入魔了,全然忘记了老百姓的需要和痛苦,全然忘记了公权力运作应以人为本。现在,我们如果还不把支撑他们那种发展思路和发展政策的《拆迁条例》撤销或废除掉,他们将仍然不会猛醒,党中央倡导的科学发展观将仍然无法由

^① 参见《新京报》2009年12月12日B04版“评论周刊·观察”。

文件、口号变成现实。^①

其二,《拆迁条例》违反了社会主义法治的基本理念和基本原则。

社会主义法治理念的第一要义是公平正义,而公平正义的基本要求是自己不做自己的法官,有利害关系的一方当事人不得参与相应事务的处理和裁决。而《拆迁条例》在处理拆迁人与被拆迁人这对明显有利益冲突的双方当事人的关系时,却授权拆迁人可自行拆迁被拆迁人的房屋或由拆迁人委托他人拆迁被拆迁人的房屋(第10条)。《拆迁条例》在处理拆迁人与被拆迁人有关补偿、安置的争议时,却授权给为拆迁人发放拆迁许可证的,与拆迁人显然存在利益关联的房屋拆迁管理部门裁决争议(第16条)。由作为拆迁人的开发商去拆迁被拆迁人的房屋,由拆迁管理部门去裁决拆迁人与被拆迁人的争议,被拆迁人还能企求公平正义吗?因此,我们如果要坚持社会主义,维护公平正义的话,就必须撤销或废止《拆迁条例》。至少是修改《拆迁条例》。

其三,《拆迁条例》违反了《宪法》和有关法律的明文规定。

这种“违反”在我们的建议书中已列举了三项(尽管实际不止三项):第一,根据《宪法》第13条、《物权法》第42条和《城市房地产管理法》第6条的规定,“公共利益”和“补偿”是征收的必需的构成要件。^②非因公共利益,不得征收。因公共利益虽可征收,但未依法补偿,对房

① 尽管一些地方政府强力推动拆迁也有其一定“道理”。它们财政收入有限,地方税收在整个国家税收中所占比例太少,地方要发展主要靠招商引资与“卖地”。而政府招商引资必须给投资者解决投资场地及修建相应基础设施、道路交通所需土地的问题。为此,它们不得不运用公权力一波又一波地推动征收城市郊区农民的土地、拆迁城市市民的房屋。然而,这些“道理”相对于人权保障的大道理,都是不能成立的或应该让位于人权保障大道理的小道理。因为地方发展的最终目的应该是为了人,如果发展是以损害人权,给广大农民和城市市民带来痛苦和悲伤为代价,那么,人民还有什么理由要支持政府去推动这种发展呢?

② 《宪法》第13条规定,国家为了公共利益的需要,可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿。《物权法》第42条规定,征收单位、个人房屋及其他不动产,应当依法给予拆迁补偿,维护被征收人的合法权益;征收个人住宅的,还应当保障被征收人的居住条件。《城市房地产管理法》第6条规定,为了公共利益的需要,国家可以征收国有土地上单位和个人的房屋,并依法给予拆迁补偿,维护被征收人的合法权益;征收个人住宅的,还应当保障被征收人的居住条件。具体办法由国务院规定。

屋所有权及相应土地使用权征收程序就没有完成;而征收没有完成,就不能进行拆迁。但《拆迁条例》对房屋拆迁实际未区分公共利益和非公共利益,实践中大多为非公共利益;对补偿作出的具体规定则实际将补偿与对房屋所有权的征收分开了,将补偿作为了拆迁程序的一部分,把本应在征收阶段解决的补偿问题延至拆迁阶段解决(《拆迁条例》第三章),从而明显与《宪法》、《物权法》和《房地产管理法》要求的“因公共利益方可征收”和“先征收补偿,后拆迁”的规定相抵触。第二,根据《宪法》第13条、《城市房地产管理法》第6条的规定,征收、补偿的主体是国家(政府),征收、补偿的法律关系是行政法律关系,必须遵守依法行政的要求。但是,《拆迁条例》却将对被拆迁人给予补偿、安置的法定义务转移给拆迁人(《拆迁条例》第4、13、22条),将国家(政府)与被拆迁人之间的征收、补偿行政法律关系转变为拆迁人与被拆迁人之间的民事法律关系。拆迁人由于其利害关系,^①在行使《拆迁条例》赋予其拆迁权时,其实施野蛮拆迁就是必然的,不可避免的。第三,根据《宪法》、《物权法》和《城市房地产管理法》的上述规定,征收是拆迁的前提。但是《拆迁条例》规定的拆迁人申领房屋拆迁许可证的前提条件中,却没要求拆迁人提供被拆迁人房屋所有权和相应土地使用权已被征收的证明材料(《拆迁条例》第7条)。这就导致在被拆迁人手中仍握有房屋所有权证和相应土地使用权证的情况下,拆迁人却已取得了房屋拆迁许可证。这必然造成对被拆迁人权益的严重侵害。

其四,《拆迁条例》所构建和支撑的现行房屋拆迁制度严重影响了党和政府在人民群众心目中的形象,严重损害了党和政府与人民群众的血肉联系。

《中国共产党章程》规定,中国共产党代表中国最广大人民的根本利益(《党章》总纲),中国共产党党员必须全心全意为人民服务(《党章》第2条)。但是,现行房屋拆迁制度和我们目前许多地方政府所推

^① 被拆迁人的房屋不拆,拆迁人在其土地上的工程就不能开工。一天不拆,他可能损失几万元、十几万元,一个月、几个月不拆,他就可能损失几十万元、几百万元,甚至更多,其利害关系是不言自明的。

动的一波接一波的拆迁运动是否代表了中国最广大人民的根本利益呢?很多热衷于房地产开发的党员领导干部是否在扮演全心全意为人民服务的角色呢?也许他们自己这么认为或这么宣称,但是很多老百姓却不这么认为。不要说一些政府官员和开发商勾结,为了从房地产开发中谋取他们各自的最大利润而不择手段拆迁,老百姓不认同,就是某些官员真正是为了发展,为了改变城市形象而大力推进拆迁,老百姓也可能不认同,他们会怀疑:你是否是在以老百姓的泪和血制造“政绩”而获取向上晋升的资本呢?因为他们看到、听到的那么多强制拆迁、野蛮拆迁的故事很容易使他们产生这种怀疑。因此,要维护党和政府的形象,维护党的执政地位,一定要改变现行做法,以赢得民心。

其五,《拆迁条例》所构建和支撑的现行房屋拆迁制度也严重影响了人民法院的公正形象,严重影响了司法权威。

司法的根本职能本应是裁决争议,保障法律的实施,维护公正。但《拆迁条例》却将裁决争议的职能赋予行政机关,而把强制执行的任务大部分交给了法院:拆迁补偿安置协议订立后,被拆迁人或房屋承租人在搬迁期限内拒绝搬迁的,拆迁人可申请仲裁或向法院起诉。诉讼期间,拆迁人可申请人民法院先予执行;被拆迁人或房屋承租人在行政机关裁决的搬迁期限内未搬迁的,由房屋所在地的市、县政府责成有关部门强制拆迁(实践中,政府往往把法院当成“有关部门”之一,要求其参与政府组织的拆迁)或者由房屋拆迁管理部门申请人民法院强制拆迁(《拆迁条例》第15、16、17条)。我们设想,让法院帮助开发商去拆当事人的房屋,搬当事人的东西,法院还能在当事人心目中留下公正的形象吗?这样的司法还能有权威吗?正因为如此,我曾在《行政强制法》立法征求意见过程中,多次建议《行政强制法》不要赋予法院强制执行实施权,而应授予法院强制执行裁决权和监督权(除非紧急情况,强制执行裁决权和监督权绝对不能赋予行政机关)。否则,公民的人权难以保障,国家公正的最后一道防线也将毁于一旦。

其六,我们向全国人大常委会提出审查国务院《拆迁条例》的建议,除了上述考虑之外,还有一个动机,就是希望通过我们的行动,推动我国《宪法》和《立法法》设计和确立的法规违宪、违法审查制度实际运

作起来。

现行《宪法》已经实施27年,《立法法》已经实施9年,但我们的全国人大常委会从来未审查和撤销过一个行政法规或地方性法规、自治条例、单行条例。难道我们的行政法规、地方性法规、自治条例、单行条例从来就没有过违宪、违法的情形吗?如果说我们的行政法规、地方性法规、单行条例永不违宪、违法,那我们的《宪法》和《立法法》为什么还要设计和确立法规违宪、违法审查制度呢?长期以来,我们的《宪法》和《立法法》设计和确立的法规违宪、违法审查制度一直在“睡觉”,一直处于“休眠”状态,这与我们要建设法治国家、法治政府的治国方略是完全背道而驰。因为没有违宪、违法审查,就没有对政府权力和地方权力的强有力的制约,就没有有效的人权保障。而没有强有力的权力制约和有效的人权保障,就没有宪政和法治。正因为如此,法学界多次试图通过向全国人大常委会提出法规审查建议而启动违宪、违法审查制度,但都没有成功(甚至没有收到过全国人大常委会是否收到建议的只言片语的回复),我们这次申请是继续推进这种试图的努力,虽然我们这次行动促成违宪、违法审查制度启动的可能性仍然很小,但我们只要不断继续努力,这种可能性就完全可能变成现实。

我们作为中国转型时期的公法学者,对于公法的最高价值追求——人权保障,不仅有义务和责任予以论证和阐释,而且更有义务和责任推进其实现。马克思、恩格斯在说到他们的哲学与以往哲学家哲学的区别时,提出以往哲学家的哲学在于解释世界,而他们的哲学在于改造世界。^①把马克思、恩格斯这一经典语录适用于我们今天的语境,我们可以这样说,我们的公法学与以往公法学者的公法学的区别是,以往公法学者的公法学更多地在于论证和阐释公法和公法的价值,而我

^① 马克思在《关于费尔巴哈的提纲》中指出“哲学家们只是用不同的方式解释世界,而问题在于改变世界”。参见《马克思恩格斯选集》(第一卷),人民出版社1972年版,第19页。马克思在《〈黑格尔法哲学批判〉导言》中指出:“批判的武器当然不能代替武器的批判,物质力量只能用物质力量来摧毁;但是理论一经掌握群众,也会变成物质力量。理论只要说服,就能掌握群众;而理论只要彻底,就能说服人。所谓彻底,就是抓住事物的根本。但人的根本就是人本身。”参见《马克思恩格斯选集》(第一卷),人民出版社1972年版,第9页。

们的公法学则更多地在于推进公法的价值——特别是公法最高价值——的实现。

这就是我们实施这次行动——申请全国人大常委会审查和撤销国务院《拆迁条例》——的理由。

本期特稿

人权入法的权衡与平衡

罗豪才 宋功德*

引言

1948年12月10日,联合国大会全体会议通过《世界人权宣言》。30年后的1978年12月18日,中国召开中共十一届三中全会,作出了实行改革开放的重大决策,为中国人权事业的发展提供了转机。是年秋,英国达勒姆大学的米尔恩教授为纪念《世界人权宣言》诞生30周年开始构思创作《人的权利与人的多样性》一书,后于1986年出版。该书开宗明义:“人权概念是当今西方最引人注目的政治辞藻之一。一个保护人权的制度就是好制度。一个侵犯甚至根本不承认人权的制度便是坏制度。”^①

米尔恩可能未注意到,人权概念其实当时在东方的中国已经相当引人注目。邓小平在1985年就指出:“什么是人权?首先一条,是多少人的人权?是少数人的人权,还是多数人的人权,全国人民的人权?西

* 罗豪才,北京大学法学教授,博士生导师,中国人权研究会会长,中国法学会行政法学研究会名誉会长;宋功德,国家行政学院法学部教授,法学博士,兼任北京大学软法研究中心执行主任。

① [英]A. J. M. 米尔恩:《人的权利与人的多样性——人权哲学》,夏勇、张志铭译,中国大百科全书出版社1995年版,第1页。

方世界的所谓‘人权’和我们讲的人权,本质上是两回事,观点不同。”^① 2008年12月10日,中国人权研究会在北京举行纪念《世界人权宣言》发表六十周年座谈会,胡锦涛主席致信指出:“特别是改革开放30年来,党和政府把尊重和保障人权作为治国理政的重要原则。”数日后,胡锦涛主席又在纪念中共十一届三中全会召开三十周年大会上强调指出:30年来,中国政治体制改革不断深化,公民有序的政治参与不断扩大,人权事业全面发展。在全面建设小康社会、加快推进社会主义现代化的进程中,我们要一如既往地坚持以人为本,既尊重人权普遍性原则,又从基本国情出发,切实把保障人民的生存权、发展权放在保障人权的首要位置,在推动经济社会又好又快发展的基础上,依法保证全体社会成员平等参与、平等发展的权利。

回顾中国改革开放以来,特别是最近20年来的人权建设,呈现出一个从明朗态度到制度确认、再到实践发展的日益深化过程。1991年,国务院新闻办公室发布《中国的人权状况》,旗帜鲜明地宣称“人权”是个“伟大的名词”,“享有充分的人权”是一个“崇高的目标”。2005年,“国家尊重和保障人权”被载入宪法。2009年,国务院批准《国家人权行动计划(2009—2010年)》,授权国务院新闻办公室公布,就经济、社会和文化权利,公民权利与政治权利,少数民族、妇女、儿童、老年人和残疾人权利这三大类权利中的22种具体权利的保障,以及人权教育、国际人权义务的履行及国际人权领域交流与合作作出部署,明确未来两年中国政府在促进和保护人权方面的160多项工作目标和具体措施。我们认为,与其他国家相似,中国一直努力以适合自己的方式认真践行“国家尊重和保障人权”的庄严承诺,深刻地认识到“在一个国家实现民主自由和人权的根本途径是社会进步稳定和经济的发展”,^②

① 《邓小平文选》(第三卷),人民出版社1993年版,第125页。

② 《江泽民论有中国特色的社会主义》,中央文献出版社2002年版,第322页。

寻求人权普遍性原则与特殊性原则的统一,^①基本上形成了人权发展的“中国模式”,^②我们将其概括为“一二三四”,即中国人权保障坚持科学发展这个基本理念;人权法治建设立足实现权利与义务的辩证统一和权利与权力的良性互动这两个基点;人权保障寻求三位一体,平衡推进经济、社会和文化权利与公民权利和政治权利的协调发展,强调切实把保障人民的生存权、发展权放在保障人权的首要位置;人权保障力求四个统筹兼顾,即统筹尊重主权与保障人权、国际人权标准与国内立

① 一方面,人权共同标准主要体现在被称为“国际人权宪章”的《世界人权宣言》、《公民权利和政治权利国际公约》和《经济、社会和文化权利国际公约》当中;另一方面,人权特殊性主要是指世界各大文化和各主要法系以至各个国家可以根据自己的特殊情况来实行共同人权标准,可以运用不同的人权保障模式。实现共同人权标准绝不能脱离各个国家的具体国情。《曼谷宣言》指出:“尽管人权具有普遍性,但应铭记各国和各区域的情况各有特点,并有不同的历史、文化和宗教背景。”《维也纳宣言和行动纲领》在强调人权普遍性的同时指出:“民族特性和地域特征的意义,以及不同的历史、文化和宗教背景都必须要考虑。”《欧洲人权公约》、《美洲人权公约》和《非洲人权和民族权宪章》等区域性人权公约和各国的人权立法,既有共同的内容又有不同的内容,更是体现着人权的普遍性和特殊性的统一。相关研究,参见赵建文:“国际人权法的基石”,载《法学研究》1999年第2期;李步云、杨松才:“论人权的普遍性和特殊性”,载《环球法律评论》2007年第6期。

② 罗豪才:“中国特色的人权发展道路”,载《人权》2008年第3期。有学者认为,中国共产党在推进中国人权事业的过程中,成功地开辟了一条符合中国国情的中国人权发展道路,这就是人权建设必须以稳定为基础,以发展为根本,以改革为动力,以法治为保障,有领导、有秩序、有步骤地向前推进。参见张美萍:“论中国共产党的人权观”,载《马克思主义研究论丛》(第8卷)。也有同志认为,总体而言,中国人权发展模式包括理论模式 and 实践模式两方面。其中,理论模式可概括为:批判地学习、改造和吸收西方人权思想和理论,顺应国际人权发展走向,结合本国国情,融合中华民族优秀传统文化精华,创新人权思想,提出并逐步形成中国特色的人权理论,其突出特点表现为淡化理论的空洞说教性,强调对实践的指导意义。实践模式可归纳为:立足国内,依据国情,排除外来干扰,稳定国内大局,确定人权优先发展目标,以经济建设为中心带动人权事业的全面进步,以法制建设为手段促进人权保障体制机制的完善与提高,以实现公民权利、政治权利与经济、社会、文化权利的协调发展为目的,以实现最广大人民群众的根本利益为人权建设的出发点,以开放的心态学习借鉴各国人权建设的经验为必要补充,实现中国人权稳步、快速、全面的提升与发展。中国人权发展模式的特点体现为自中央政府向地方政府的自上而下的推动,它保证了中国政局的稳定和人权的可持续发展。参见王林霞:“浅谈中国人权发展的独特模式及其经验意义”,载《人权》2009年第1期。

法、人权发展与社会转型、实践发展与理论创新四个方面。

应当说,以《世界人权宣言》为代表的国际人权文件早期使用的是一个富有弹性的人权概念,^①这不仅催化了世界各国不拘一格的人权保障方式,更是引发了无休止的人权理论争鸣。20年前,温斯顿在《人权哲学》中列举的7个作为“当代人权哲学的首要问题”,其中有不少至今仍然莫衷一是,^②今后恐怕也很难出现一个标准答案。在诸多有关人权概念的理论分歧中,人权主要是一种道德权利与/或法律权利的争论更为激烈。虽然这种有始无终的争论并不影响世界各国不约而同地选择人权入法这种方式来保障人权,但在人权入法的过程中总有一些纠缠不清的基本问题困扰着人权保障的实践并带来理论上的不安。例如,人权与权利是什么关系?作为治国方略的法治与作为治国理政重要原则的人权保障二者如何衔接?什么种类的“人权”应当通过什

① 米尔恩认为:《世界人权宣言》、《欧洲人权公约》,以及早期的《弗吉尼亚权利宣言》、《法国人权宣言》等,虽然“这些文件采用了人权概念,但都没有对这个概念进行分析和缜密的审视。这并不奇怪,因为它们的目的实用性的和政治性的,而不是学术性的和哲理性的。依这些文件的作者之见,人权概念是十分简单明了的,问题在于付诸实施”。参见[英]A. J. M. 米尔恩:《人的权利与人的多样性——人权哲学》,夏勇、张志铭译,中国大百科全书出版社1995年版,第1页。有学者认为,对“人权概念表述模糊性的最大表现,莫过于人们对《世界人权宣言》中“人权概念”的异议。最初在《联合国宪章》里比较正式地将人权定义为“人类的基本权利”,后在《世界人权宣言》里通过扩大人权概念增加了所谓社会、经济和文化权利;“基本权利”的意义有时被限定为西方传统的公民权利和政治权利,最后从某种意义上说,与人权概念相似的是“基本自由”概念。这些人权概念的不同说法有着宽阔的模糊的外廓,能够被最不同的甚至相互冲突的意识形态分别接受和采取,虽然只有很少的部分被共同接受。有学者经过考察认为,这是因为“国际人权立法采取的模糊策略”,当年,联合国《世界人权宣言》的起草人面临许多难题,立法的“模糊”策略本身反映了一个事实,即还不可能确立一种能够真正被国际社会普遍接受的人权概念。参见关今华、李佳:“人权概念复杂性探析”,载《法律科学》2007年第1期。

② 这些问题大都直接涉及人权概念,例如,什么是权利和人权?人权与目标、义务、利益、需要及要求有何区别?人权究竟保护什么利益?经济、文化权利与不受奴役之类的传统的自由权利地位相等吗?与人权相应的义务是由政府,还是由人来承担?人权原则纯属西方哲学与政治传统里的一个构想吗?一个人究竟凭什么享有人权?何谓完整的人权?等等。参见Morton E. Winston, *The Philosophy of Human Rights*, 1989, pp. 6-7。转引自夏勇:《人权概念起源——权利的历史哲学》,中国政法大学出版社2001年版,原版导言,第2页。