

CSSCI 来源集刊

徐显明 主编

Volume XI 第11卷

人权研究

human rights

öffentliches Recht

Civil rights

droits de l'homme

Menschenrechte

山东人民出版社
Shandong People's Publishing House

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

徐显明 主编

人权研究

第11卷

rights

ht

rights

图书在版编目(CIP)数据

人权研究.第11卷/徐显明主编. — 济南:山东人民出版社,2012.4

ISBN 978-7-209-06117-9

I. ①人... II. ①徐... III. ①人权-研究
IV. ①D082

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 046714 号

责任编辑:李怀德

封面设计:武 斌

人权研究(第11卷)

徐显明 主编

山东出版集团

山东人民出版社出版发行

社 址:济南市经九路胜利大街 39 号 邮 编:250001

网 址:<http://www.sd-book.com.cn>

发行部:(0531)82098027 82098028

新华书店经销

日照报业印刷有限公司印装

规 格 16 开 (180mm×255mm)

印 张 27

字 数 580 千字 插页 2

版 次 2012 年 4 月第 1 版

印 次 2012 年 4 月第 1 次

ISBN 978-7-209-06117-9

定 价 58.00 元

如有质量问题,请与印刷厂调换。电话:(0633)8221365

《人权研究》集刊序

“人权”，乃是人因其为人即应享有的权利，它无疑是人类文明史中一个最能唤起内心激情与理想的词汇。人权，在今天已不再是一种抽象的意识形态，而是已成为一门需要熟虑慎思的学问。在呼吁人权的激情稍稍冷却的时候，挑战我们的智慧与理性的时代已经来临。

近代以来国人对人权理想的追求，总难摆脱经济发展、民族复兴的夙愿，曾经的救亡图存激起的民族主义情绪，始终是我们面对“西方”人权观念时挥之不去的顾虑。在个人与社群、公民与国家、自由与秩序、普适价值与特殊国情之间，我们一直在做艰难的抉择。也正因此，为人权理想奔走呼号的人士固然可敬，那些秉持真诚的保留态度的人们也值得尊重。

人权不但张扬个人的自尊、自主、自强，也代表着一种不同于两千年中国法制传统的“现代”政治制度，它所依托的话语体系，既需要融合我们自己对理想社会的追求，也对我们既有的生活方式构成了严峻挑战。当意识到必须以一种近乎全新的政治法律制度迎接人权时代的来临之时，我们必须审慎思考自己脱胎换骨、破旧立新的方式。当经历“三千年未有之大变局”之后，一个古老的中国无疑遇到了新的问题。在这种格局下，人权的支持者和怀疑者都需要交待内心的理由：人权对中国意味着什么？对于渴望民族复兴的中国来说，人权对公共权力的规训是否意味着削弱我们行动的能力？对于一个缺乏个人主义传统的国家来说，人权对个人价值的强调是否意味着鼓励放纵？对于一个较少理性主义的国家来说，人权是否意味着将割裂我们为之眷恋的传统之根？对于这一源自“西方”的观念，我们又如何既尊重其普适价值又能不罔顾国情？诸如此类的问题，人权主义者必须做出回答，批评者亦必须做出回应。

人权既是美好的理想，又是政府行动的底线标准。

人权因其美好而成为我们为之奋斗的目标，毕竟，一个大国政道和治道

的双重转换,确实需要时间来承载思想和制度上的蜕变。但是,对公共权力的民意约束、对表达自由的保护、对信仰自由的尊重、对基本生存底线的维持、对人的个性发展的保障,都昭示了政治文明走向以人权为核心的追求“时不我待”。我们必须承认,人权不是今人栽树、后人乘凉的美好愿景,而应当成为政府的底线政治伦理。政府的人权伦理不能等待渐进的实现,而是政府之为政府的要件。人权标准是一个“理想”并不等于、也不应成为固步自封、拒绝制度转型的理由。

人权规范政府,但并不削弱权威。

近代民族国家的兴起和资本主义的扩张,将个人从传统的群体生活中抛出,个人直面国家,成为现代政治的基本特征。个人主义价值观的兴起,在文化意义上凸现了个性的价值,在制度设计上为保护个人提供了防护性装置。民主化消除了君主专制和寡头政治的专横,但又带来了“多数派暴政”的危险,而巨型资本渐趋显现的对个人权利的社会性侵害,也经由政府释放着它的威胁。因此,人权观念的主流精神,始终在于防范公共权力。

但是,政府固然没有能力为非,行善却也无能为力。缺乏公正而有力政府的社会,同样是滋生专制和暴政的温床。我们不会把尊重秩序与爱好专制混为一谈,也不会将笃信自由与蔑视法律视为一事。为公共权力设定人权标准,将强化而不是削弱权威,因为只有立基于民主选举、表达自由、尊重个性之上的公共权力才会获得正当性。与此同时,权威不等于暴力,它不是说一不二和独断专行。只有一个受到民意约束的政府,才能对维护公民的权利和自由保持高度的敏感。在一系列由于公共治理危机引发的严峻公共事件不断叩问我们良心的时候,我们相信,只有健全保障权利的政治安排,才能不致使政府因为无法获知民众的多元诉求而闭目塞听。我们需要牢记,一个基于民意和保障权利的政府才是有力量的。

人权张扬个性,但并不鼓励放纵。

人权旨在通过强化个人力量来对抗国家,它既张扬个性的价值,也坚信由制度所构造的个人创新精神乃是社会文明进步的根本动力。它让我们重新思考保障公共利益依赖于牺牲个人权益的传统途径的合法性和有效性是否仍然可行。在人权主义者看来,集体首先是个人的联合,公共利益也并非在各个场合都先于个人利益,它并不具有超越于个人之上的独立价值。为

了所谓公益而把牺牲个人当做无可置疑的一般原则,将最终使公共利益无所依归。人权尊重个人自由,也倡导个体责任与自由结伴而行,它旨在改善个人努力的方向,排除在公共安排方面的投机,唤起普遍的慎重和勤奋,阻止社会的原子化和个人的骄奢放纵。自由与责任的结合,使每个人真正成为自我事务的“主权者”。当专断与暴政试图损害人的心灵的时候,人权思想具有阻止心灵堕落的功能。一个尊重个人价值的社会,才能滋养自立自强、尊重他人、关爱社群的精神氛围。一个尊重个人价值的社会,才能真正增进公共利益、获致国家的富强和民族的复兴。

人权尊重理性,但并不拒绝传统。

面临现代社会个人与国家的二元对立,我们期望通过培育权利和自由观念增强个人的力量。人权尊重理性,它将“摆脱一统的思想、习惯的束缚、家庭的清规、阶级的观点,甚至在一定程度上摆脱民族的偏见;只把传统视为一种习得的知识,把现存的事实视为创新和改进的有用学习材料”(托克维尔语)。理性主义尊重个体选择,但它并不是“弱者的武器”,甚至不能假“保护少数”之名行欺侮多数之实。“强者”和“多数”的权利同样属于人权的范畴。张扬理性乃是所有人的天赋权利,故人权理念不鼓励人群对立、均分财富和政治清算。我们主张人权与传统的融合,意味着我们要把界定“传统”含义的权利当做个人选择的领地留给公民自己、把增进公民德行的期望寄托于自由精神的熏陶而不是当权者的教化。我们相信,人权所张扬的理性价值,在审视和反思一切陈规陋习的同时,又能真诚地保留家庭、社群、民族的优良传统。

人权尊重普适价值,但并不排斥特殊国情。

人权的普适价值,系指不同的民族和文化类型在人权观念上的基本共识,它旨在唤醒超越国家疆界的同胞情谊,抛却民族主义的偏私见解。“普适价值”的称谓的确源于“西方”,但“西方”已不再是一个地理概念而是政治范畴。人权不是“西方”的专属之物,而是为全人类共享的价值。我们拒绝个别国家挥舞的人权大棒,仅仅是确信那些出于狭隘民族国家利益的人权诉求构成了对人类共同价值的威胁。二战以后,随着对威胁人类和平和尊严的反思日益深切和国际交往的日益紧密,人权概念从东方和西方两个角度得到阐释,它厘定了共同的底线标准,也容忍各国的特殊实践。没有哪

个国家可以标榜自己为人权的标准版本。但是我们相信,承认人权的特殊性只是为了拓展各族人民推进人权保障的思想潜力,任何国家以其特殊性来否定人权价值都是缺乏远见的。特殊性的主张不能成为遮羞布,人权在消除不人道、不公正实践方面的规范意义,应被置于首要地位。正像宪政民主有其改造现实、修正传统的功能和追求一样,人权标准与现实之间的紧张关系必须通过优化制度安排、改造陈规陋习来解决。

当下纷繁复杂的人权理论,寄托着人们的期望,也挑战着人们的理智;既是我们研究的起点,也是我们审视的对象。人权是一门需要理性建构的学科。唯怀有追求自由的执着热情,又秉持慎思明辨的冷静见解,才能使之萌茁发展。《人权研究》集刊就是为之搭建的一个发展平台。

是为序。

徐显明

2008年12月10日

《人权研究》约稿启事

《人权研究》年刊系山东大学人权研究中心主办的学术理论性刊物,主编为徐显明教授。第12卷(2013年卷)的征稿工作已经开始,欢迎赐稿。第12卷的主题为:政治参与、表达自由与人权。欢迎学界同仁就该主题或其他相关问题不吝赐稿。

本刊实行页下连续计码的脚注注释体例。来稿请将脚注标号用阿拉伯数字加〔〕标在右上角,注释格式为:国别、作者、书名、卷次,(译者),版本,页码。例如〔1〕〔英〕戴雪:《英宪精义》,雷宾南译,中国法制出版社2001年版,第244页。直接引用外文文献的,参照通行体例处理,例如:Ann Elizabeth Mayer, *Islam & Human Rights Tradition and Politics*, Westview Press, 1991, p. 212.

除书评外,稿件字数以2~5万字为宜,请附中文提要、一级标题英译、作者信息及通讯方式。来稿若在两个月内未接到刊用通知,请自行处理。来稿请以电子版发送至:RQYJ2001@sohu.com。《人权研究》第12卷征稿截止日期为2012年10月31日。

《人权研究》编辑部

2012年2月

目 录

《人权研究》集刊序	徐显明(1)
“中国农民权益保障”专题编者按	(1)
“合村并居”背景下的宅基地流转问题探析	
——基于山东省齐河县的实证调查	王 强(3)
一、引言	(3)
二、齐河县的“合村并居”状况	(5)
三、“合村并居”背景下宅基地流转的根源问题及对策	(10)
四、两种模式的构建——集体流转与分散流转	(15)
五、结语	(18)
“合村并居”背景下的宅基地流转的合法性与合理性分析	
.....	李静怡(19)
一、问题的提出	(19)
二、“合村并居”宅基地变动的性质——重新分配还是流转	(20)
三、宅基地流转合法性探究	(21)
四、“合村并居”的合理性考量	(25)
五、“合村并居”合法合理的路径	(26)
六、结语	(30)
在制度与实践之间：乡镇人大制度的现状考察	
——以代表选举和职权行使为中心	曹 瑞(31)
一、引言	(31)
二、乡镇人大制度：一个粗线条的理论框架	(33)
三、乡镇人大代表的选举	(35)
四、乡镇人大职权的行使	(45)
五、可能的影响因素	(54)
六、结语	(56)

县级人大:组织与功能	张 静(57)
一、县级人大制度对农民权益保护的作用	(57)
二、农民的政治参与与县级人大制度:县级人大制度的实际运作	(59)
三、完善县级人大的组织与功能以保护农民的合法权益	(67)
四、结语	(73)
我国村民自治现状之问题与对策	张 静(75)
一、引言	(75)
二、村民自治之现状	(75)
三、我国当前村民自治之现实问题	(82)
四、村民自治发展完善之对策探讨	(88)
五、村民自治未来发展三个关键性问题	(95)
农民权利困境的原因及其化解	
——以农民组织研究为视角	陈雨坤(98)
一、引言	(98)
二、中国农民组织研究的背景——农民权利困境的原因探析	(99)
三、农民权利困境的化解路径	(109)
四、发展农民组织——结社自由的视角	(109)
五、农民组织发展的路径选择与国家角色	(120)
六、结论	(126)
农村义务教育中的国家积极给付义务	
——以义务教育受教育权为视角	韩 旭(127)
一、引论	(127)
二、义务教育受教育权及相对应的国家义务	(127)
三、我国农村义务教育的实施现状	(136)
四、明确和强化农村义务教育中的国家积极给付义务	(142)
五、结论	(147)
试论中国古代农民社会保障	王宏伟(148)
一、中国古代“农民”享有社会保障	(148)
二、中国古代农民社会保障的历史渊源	(149)
三、中国古代农民社会保障项目体系	(151)
四、古代农民社会保障机构	(159)

五、结语	(162)
仇恨言论之德国立场	
——基于观念、文本和实践的考察	龚 艳(164)
一、德国仇恨言论法律规制的观念分析	(165)
二、德国仇恨言论法律规制的文本考察	(170)
三、德国仇恨言论法律规制的司法实践	(176)
四、德国仇恨言论法律规制的特征	(179)
五、结语	(180)
美国商业言论的自由之路	张妍妍(181)
一、商业言论自由的发展历程	(181)
二、美国商业言论自由的现状	(187)
三、商业言论自由的他律与自律	(190)
自然与传统的融合：略论英国盎格鲁—撒克逊时代的权利保护	
.....	刘吉涛(199)
一、引论：英国人的权利从何而来？	(199)
二、盎格鲁—撒克逊时代英国人享有的权利	(199)
三、盎格鲁—撒克逊时代权利保护成因及机制分析	(207)
四、结语	(215)
转型社会中的性权利	李拥军(217)
一、因压抑而稀缺：传统社会中的性权利	(218)
二、社会转型与性权利意识的崛起	(226)
三、对当代中国的性权利保护立法与司法实践的反思	(231)
四、结语	(238)
性别变更权利的人权与宪法基础	李 燕(240)
一、人权国际公约中性别变更权利的基础	(241)
二、欧洲人权法中性别变更权利的基础	(242)
三、《性别权利国际法案》中性别变更权利的基础	(249)
四、美国联邦宪法上性别变更权利的基础	(250)
五、我国性别变更权利的宪法基础	(255)
六、结论	(257)

社会救助权及其保障研究	左 权(258)
一、社会救助与社会救助权	(258)
二、社会救助权作为一项基本人权的证成	(262)
三、社会救助权的属性和结构	(266)
四、我国社会救助权保障之现状审视	(268)
五、人权法治视野下社会救助权保障之实现路径	(270)
六、结语	(272)
论海上人权保障的国际法律制度	张晏玲(274)
一、前言	(274)
二、海上搜救和避难	(275)
三、海上人权	(284)
四、海上救援和避难问题的可能解决之道	(290)
五、结论	(294)
中国毒品成瘾者权利保障问题研究	褚宸舸(295)
一、中国毒品成瘾者权利保障问题的提出	(295)
二、中国成瘾者权利保障的政策、立法和制度	(298)
三、中国成瘾者权利保障的现实——以传媒报道事例为中心	(306)
四、保障成瘾者权利需要推进社会管理创新	(311)
论跨国公司人权责任的国际法规制	韩 冰(313)
一、引言	(313)
二、跨国公司人权责任与问责机制的理论审视	(314)
三、跨国公司人权责任的国际法规制机制	(317)
四、新进展:“保护、尊重和救济:工商业与人权框架”	(325)
五、结语	(330)
国际人道法视野下非政府间国际组织的地位、影响及面临的挑战	程 荃(331)
一、非政府间国际组织的法律地位及特征	(332)
二、非政府间国际组织促进国际立法的民主化	(336)
三、非政府间国际组织推动国际人道法的编纂和发展	(337)
四、非政府间国际组织对国际人道法实施的影响	(340)
五、国际人道法视野下非政府间国际组织面临的主要挑战	(342)

六、从非政府间国际组织的角度加强国际人道法的思考	(345)
--------------------------------	-------

澳大利亚首都地区《人权法案》的影响及对中国的启示

..... 金 梦	(348)
一、普通法的传统与首都地区《人权法案》	(348)
二、对立法的影响	(349)
三、对司法的影响	(351)
四、对行政的影响	(352)
五、对我国的启发	(354)

“民主人权论”评析 姜世波 (356)

一、民主规范的兴起与国际社会的民主促进	(356)
二、民主作为一种人权的学术争论	(365)
三、评论	(371)

“无辜者运动”和死刑司法中“不断变化的道德标准”

马克·戈德西 普累 著

..... 黄士元 崔玉凤 尹晓静 译	(376)
一、引言	(376)
二、“无辜者运动”	(378)
三、“无辜者运动”的影响	(391)
四、“无辜者被判罪”对我们不断演进的正义标准的影响	(395)
五、结论	(397)

世界各地的马伯里诉麦迪逊 马克·图什奈特 著 姜 峰 译 (398)

一、引论	(398)
二、司法审查的结构	(399)
三、司法审查的理论	(402)
四、司法审查的形式	(404)
五、结论	(414)

Contents

On the Circulation of Residential Land Lots under the Police of“From Hamlets to New Communities” :An Empirical Study on Qihe

.....	Wang Qiang	(3)
I	Introduction	(3)
II	The Situation of “From Hamlets to New Communities” in Qihe County	(5)
III	Root Causes and Countermeasures on the Circulation of Residential Land Lots under the Police of“From Hamlets to New Communities”	(10)
IV	The Establishment of Two Modes – Group Circulation and Individual Circulation	(15)
V	Conclusion	(18)

The Legal Transfer of Right to the Use of House Site under the

Concentration of House Site Project Li Jingyi(19)

I	Problems Raised by the Concentration of House Site Project	(19)
II	The Legal Nature of the Transfer of House Site in the Concentration of House Site Project; Re – Allocation or Circulation?	(20)
III	Legitimacy of Circulating the Right to Use House Site	(21)
IV	Merit of the Concentration of House Site Project	(25)
V	Ways to Legalize and Rationalize the Concentration of House Site Project	(26)
VI	Conclusion	(30)

Between the Institution and the Practice: A Survey of Township

People’s Congress System in China Cao Rui(31)

Introduction		(31)
I	Township People’s Congress System: A Rough Theoretical Outline	 (33)
II	The Election of the Representatives of Township People’s Congress	 (35)
III	The Exercise of the Powers of Township People’s Congress	 (45)
IV	Some Possible Reasons	 (54)
V	Conclusion	 (56)

The County People's Congress: Organization Structure and Function

..... **Zhang Jing**(57)

- I The Function of the County People's Congress System in the Protection of
Farmer's Rights and Interests (57)
- II (59)
- III The Protection of Farmer's Rights and Interests by Consummating
the Organization Structure and Function of the County People's
Congress (67)
- IV Conclusion (73)

Issues and Countermeasures of Present Situations of china's Autonomy

of Viuagers **Li Juan**(75)

- I Introduction (75)
- II Situations of the Autonomy of Villagers (75)
- III Issues of Situations of China's Autonomy of Villagers (82)
- IV Countermeasures of Improving China's Autonomy of Villagers (88)
- V Three Key Issues in Future Development of China's Autonomy of Villagers (95)

The Cause and the Solution of Farmer – Right – Dilemma:

From the Angle of Farmers' Organization Research

..... **Chen Yukun**(98)

- I Introduction (98)
- II The Background of the Research of Chinese Farmers' Organization – A
Study of the Cause of Farmer – Right – Dilemma (99)
- III The Solution of the Farmer – Right – Dilemma (109)
- IV The Development of Farmers' Organization – A Perspective of the Freedom
of Association (109)
- V The Way to Choose and the Role of the Government in the Development of
Farmers' Organization (120)
- VI Conclusion (126)

A Study on State Positive Payment Obligation in Rural Compulsory Education: A Perspective from the Right to Compulsory Education

..... **Han Xu**(127)

- I Introduction (127)
- II The Right to Compulsory Education and Its Corresponding
State Obligation (127)
- III Current Situation of Enforcing Rural Compulsory Education
in Our Country (136)

IV	Define and Reinforce State Positive Payment Obligation in Rural Compulsory Education	(142)
V	Conclusion	(147)

The Rural Social Insurance in Ancient China

.....	Wang Hongwei	(148)
I	Chinese Peasants Have Enjoyed Social Insuring since Ancient Times	(148)
II	Historical Origins in Peasant Social Insuring in Chinese Ancient Times	(149)
III	The Social Insuring System for Chinese Peasants during Ancient Times	(151)
IV	Institution for Peasant Social Insuring in Chinese Ancient Times	(159)
V	Conclusion	(162)

German Approach of Hate Speech Gong Yan(164)

I	Conception Analysis of German Approach to the Legal Regulation of Hate Speech	(165)
II	Text Investigation of German Approach to the Legal Regulation of Hate Speech	(170)
III	Juridical Practice of German Approach to the Legal Regulation of Hate Speech	(176)
IV	Characters of German Approach to the Legal Regulation of Hate Speech	(179)
V	Conclusion	(180)

The Road of Commercial Speech Freedom in America

.....	Zhang Yanyan	(181)
I	Origin of Commercial Speech Freedom	(181)
II	Current Situation of Commercial Speech Freedom	(187)
III	Promoter of Commercial Speech Freedom	(190)

The Integration of Natural and Traditional: On the Protection

to the Rights of Anglo – Saxon Times in Britain Liu Jitao(199)

I	Introduction: Where Does the Rights of British Come from?	(199)
II	The Rights of British in the Anglo – Saxon Period	(199)
III	Analysis on the Causes and Mechanisms of the Protection of Rights in the Anglo – Saxon Period	(207)
IV	Conclusion	(215)

Sexual Rights in the Transformation of Society Li Yongjun(217)

I	Scarcity due to Being Suppressed : Sexual Rights in the Traditional Society	(218)
II	Social Transformation and the Rise of the Sexual Rights Awareness	(226)

III	Reflection on the Legislation and Judicial Practice of Sexual Rights Protection in Contemporary China	(231)
IV	Conclusion	(238)

The Human Rights and Constitution Basis of Right to

Gender Transition Li Yan(240)

I	The Basis of Right to Gender Transition in Human Right International Convention	(241)
II	The Basis of Right to Gender Transition in European Convention on Human Rights	(242)
III	The Basis of Right to Gender Transition in International Bill of Gender Right	(249)
IV	The Basis of Right to Gender Transition in Constitution of the United States of America	(250)
V	The Basis of Right to Gender Transition in Constitution of the People's Republic of China	(255)
VI	Conclusion	(257)

A Study on the Right to Social Assistance and Its Guarantee

..... Zuo Quan(258)

I	Social Assistance and the Right to Social Assistance	(258)
II	The Demonstration of the Right to Social Assistance as a Basic Human Right	(262)
III	The Attribute and the Structure of the Right to Social Assistance	(266)
IV	An Review on the Current Situation of Guarantee of the Right to Social Assistance	(268)
V	The Realization Path of the Right to Social Assistance under the Perspective of Rule of Law of Human Rights	(270)
VI	Conclusion	(272)

International Legal System regarding Human Rights

Protection at Sea Chang Yen – Chiang(274)

I	Introduction	(274)
II	Rescue and Refuge at Sea	(275)
V III	Human Rights at Sea	(284)
IV	Possible Solution to the Problem of Rescue and Refuge at Sea	(290)
V	Conclusion	(294)