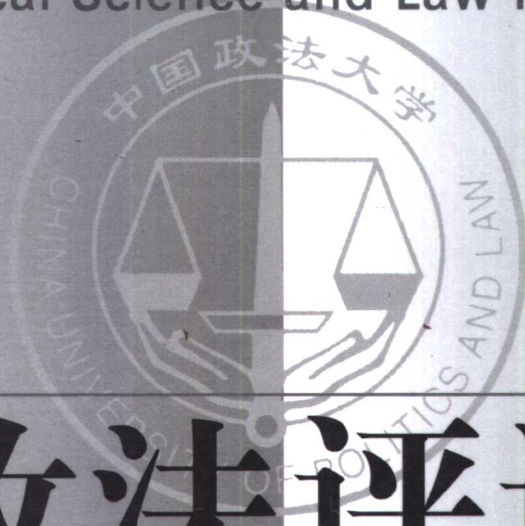


Political Science and Law Review



政法评论

2002 年卷

中国政法大学科研处 / 编

张桂琳 / 主编

中国政法大学出版社

政法评论

(2002 年卷)

中国政法大学科研处 编

张桂琳 主编

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

政法评论. 2002 年卷/张桂琳主编. —北京: 中国政法
大学出版社, 2002. 3

ISBN 7-5620-2218-6

I. 政... II. 张... III. 法学—文集— IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 018414 号

书 名 政法评论(2002 年卷)
出 版 人 李传敢
出版发行 中国政法大学出版社
经 销 全国各地新华书店
承 印 清华大学印刷厂
开 本 850 × 1168mm 1/32
印 张 18
字 数 480 千字
版 本 2002 年 5 月第 1 版 2002 年 5 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 7-5620-2218-6/D · 2178
定 价 36.00 元

社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码 100088
电 话 (010)62229563 (010)62229278 (010)62229803
电子信箱 zf5620@263.net
网 址 <http://www.cupl.edu.cn/cbs/index.htm>

☆☆☆☆☆

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。
2. 如发现缺页、倒装问题, 请与出版社联系调换。

谨以此书祝贺

中国政法大学成立 50 周年

《政法评论》编辑委员会

顾问 江 平 陈光中 张晋藩

主 任 张桂琳

副主任 郭成伟

委 员 (按姓氏笔画为序)

马怀德 方流芳 王 洁 刘广安

刘金国 曲新久 朱 勇 江兴国

米 健 张桂琳 宋英辉 李永军

周忠海 徐世虹 郭成伟 曾尔恕

舒国滢 樊崇义

执行编辑 杜学亮

秘 书 处 中国政法大学科研处

前言

《政法评论》（2002 年卷）是本论文集改版后的第三卷，也是我主管科研工作以来接手的一项主要工作，当我审读完本论文集的最后一篇论文，我真正感觉到了全校师生对科研的重视程度与学术水平，我为我校拥有这样一批甘于寂寞、潜心科研的教研人员而感到骄傲。翻开日程表，现在已是阳春三月，从现在算起，距离中国政法大学成立 50 周年还有 2 个月时间，就以这本凝聚着我校教师心血与智慧的优秀论文集作为献给校庆 50 周年的礼物吧！

说《政法评论》（2002 年卷）凝聚着我校教师心血与智慧，事实确实如此。入选本论文集的论文，是从全校教师提交的 38 篇论文中，经过校学术委员会项目及成果评定委员会的严格评审确定的，涵盖了法理学、法史学、宪法学、行政法学、民商法学、经济法学、刑法学、诉讼法学、国际法学、政治学、经济学等各个学科。从内容上看，既有对法学基本理论的深入分析，也有对具体法律制度的探讨，还有对法学基本问题的理论分析；既有对当今各学科前沿问题的思考，也有对各学科基础理论的研究。其中，何秉松教授的《黑社会组织的概念与特征》、王宏

治教授的《中国古代的反邪教立法》、舒国滢教授的《西方法治的文化——社会学解释框架》、李曙光教授的《论宪法与私有财产权保护》等都是很值得一读的优秀论文。

《政法评论》(2002年卷)仍由中国政法大学科研处组织编选,编辑工作由科研处处长郭成伟教授主持,杜学亮、赵馨、满学会同志负责具体编辑工作。最后,我希望本书继续得到我校师生和政法学术界的关心与支持,以使它真正成为荟萃法学、政治学及相关学科优秀成果的阵地。

张桂琳

2002年3月15日

目 录

一、法理学、法史学

- 人权的体系与分类 徐显明 (1)
- 西方法治的文化
- 社会学解释框架 舒国滢 (20)
- 法律控制技术与社会正义的冲突
- 罗伯特·维纳的法律通讯控制模型及其悖论 熊继宁 (47)
- 法律一般条款与正当法律程序 宋在友 (64)
- 中国古代的反邪教立法 王宏治 (77)

二、宪法学、行政法学

- 论宪法与私有财产权保护 李曙光 (114)
- 论行政法的基本原则
- 兼论 21 世纪行政法基本原则的发展趋势 朱维究 吴 华 (129)

行政法律关系基本理论问题研究	王成栋 (147)
----------------------	-----------

三、民法学、经济法学

论商事合伙的特质与法律地位

——从实证法规范入手	李永军 (175)
------------------	-----------

论我国独立董事制度之完善	符启林 (193)
--------------------	-----------

破产债权的逻辑基础及其构成的债权基础法律

分析	管晓峰 (215)
----------	-----------

四、刑法学

黑社会组织（有组织犯罪集团）的概念与特征	何秉松 (231)
----------------------------	-----------

联合国《公民权利和政治权利国际公约》与中国刑事

法律	杨宇冠 (302)
----------	-----------

五、民事诉讼法学、刑事诉讼法学

程序公正是司法公正的最高准则

——对司法公正的法社会学解析	皮艺军 (325)
----------------------	-----------

证据法学的理论基础	张建伟 (349)
-----------------	-----------

破产法的价值取向与破产制度	谭秋桂 (391)
---------------------	-----------

论证人的公共利益豁免	王进喜 (416)
------------------	-----------

六、国际法学

环境问题的国际法律调整	林灿铃 (441)
WTO 金融服务贸易规则及其对中国经济 的影响	李 巍 (466)

七、政治学、经济学及其他

应对 WTO 挑战的行政改革	石亚军 (484)
论我国社会保障法制建设	张桂琳 (490)
马克思经济理论的影响力不容质疑	侯廷智 (503)
主权理论的历史沿革及其当代思考	刘长敏 (510)
“第一生产力论”的立论基础及时代意义	王雁昇 (524)
高校图书馆主页的设计与制作	李惠霞 (549)

一、法理学、法史学

人权的体系与分类

徐显明^{*}

一

人权的分类，指的是人权体系在内容上的逻辑构成。研究人权分类的理论意义，在于明确主体在多大范围内可以享有和主张人权。由于分类的问题直接关涉到人权的立法和制度，所以分类实际上依据权利要素。从人权的理论产生至今，对人权的分类大致有理论形态的划分与人权宣言形态的划分两类。理论上的分类，起自于自然法理论的产生，现今以法哲学对其研究为盛。宣言形态的分类，是立法上的分类，不同的人权立法就有不同的分类方式。

从世界范围内观察人权立法史，偶合而成的四个“89年”分别对应了四个人权体系。第一个是1689年，该年产生了真正意义的英国式的人权体系，即英国“光荣革命”后标志封建制度寿终正寝的《权利法案》，该法共13条，每一条都能体现出胜利者的自

^{*} 中国政法大学校长、教授、博士生导师。

豪。用法律宣告王权彻底失败，这在人类历史上还是第一次。由此，昔日在王权束缚下的人们逐步地、一点一滴地获得自由，先是人身的，再是政治的，最后是全面的，这就成了英国设定人权体系的传统。第二个是 1789 年，该年在血与火的洗礼中诞生了被后世视为样板而不断被模仿、膜拜的法国《人权宣言》，该宣言开创了整个自由时期所有大陆国家共用的人权体系，它以全面性、准确性、概括性和体系化而获得了极高的荣誉。英国人虽然更骄傲地说 1215 年的自由大宪章首开人权先河，但真正产生世界影响的人权体系还是奠基于法国的《人权宣言》。第三个是 1889 年，该年产生的“明治宪法”固定了日本明治维新的成果，其中有“臣民的权利和义务”条款，在世界人权史上，这被认为是西方的人权思想在东方开花结果。但值得引起人权史学家深思的是，东方的第一部宪法，人权的主体用“臣民”表达，人权的内容全部被置于“法律范围内”，由此在东方就形成了一种独特的人权观：人权和自由都是在法律范围之内的，法律之外再无人权。这是一种反映东方专制特点的让人权服从君权和法律的“有限人权体系”。在这部带浓重帝国特色的亚洲第一部人权法中，甚至通篇都未敢使用“人权”的概念。第四个是 1989 年，该年世界范围内的改宪蔚成风潮。亚洲国家首先是韩国，后来有菲律宾、印度尼西亚、新加坡等至该年均大致完成了这种改革。欧洲国家也在借纪念《人权宣言》诞生 200 周年之机修改人权体系，特别是社会权的保障体系。东欧国家则纷纷改弦易张，废旧宪而制新宪。这一年可称为人权体系在世界范围内的调整年。

三个世纪过去了，人权的有关理念和思想在世界各国逐步得到比较一致的理解。特别是 1948 年《世界人权宣言》的产生和联合国人权 A 公约与 B 公约的相继开放，加之联合国采取的“人权 10 年”行动，人权的普遍性原则已为世界各国所公认。在当代的国际关系对话中，人权已成为共同性话题。实行宪法典的国家，其人权内容大致远则本于法国人权宣言，近则摹于世界人权宣言，各国体

系有趋同或趋近的倾向，除了文化上的原因所引起的差别外，由宪法宣告的人权内容也越来越表现出一致性。

二

自然法理论是最早对人权进行分类的理论，自然法对人权所做的先于国家的人权与基于国家的人权的二分法直接影响了法国人权宣言。所谓先于国家的人权，指的是不依赖国家而成立的人权，这些权利就是卢梭论证的人人生而平等的那些人权。这些人权在进入文字表达和法典中的时候，因其对国家的无关性，而可直接称为使人成其为人的人权。那些基于国家而产生并因国家的存在而成立的凡行使时必与国家发生联系的人权，则因其对应着国家政治（这时候的人已具有“政治动物”的属性，因而对其称谓为公民，即表明他是政治国家内的人），其权利不称人权而称公民权。法国的人权宣言，全称是“人和公民的权利宣言”，所以很清楚，这个宣言所接受的人权划分是自然法思想指导下的划分。

自然法思想在处理人与国家关系时所论证的重要法理，是人的价值在国家之上。这种判断较君权至上的中世纪是巨大的历史进步。这一理论为未取得国家独立的人民也仍享有人权提供了依据。二次世界大战后纷纷独立的国家，其人民所具有的人权绝不是从新国家那儿获得的，而是在新国家出现之前已具有的。最后获得独立的非洲国家纳米比亚和以全民公决而获得国家主权的亚洲国家东帝汶，^{〔1〕}其人民在组成自己的新国家前也都是人权主体，所不同的是，他们在自己的国家未建成时，难以行使公民权利，而作为自然人的人权则无论在哪个国家，其行使都不受影响。虽然现代各种

〔1〕 在世界宪政史上，以公决形式建成的国家被称为“投票箱中产生的共和国”，如1981年开此先例的帕劳共和国。参见吉田丰等编：《世界的宪法——人权思想的脚步》，一桥出版社1989年版，第68页。

新法学观点大量涌现，但自然法理论在人权分类方面的作用仍是其他理论所无法替代的。

理论上的另一分类方式是中国法哲学研究中对人权进行的划分。^{〔1〕}这种划分的依据是从道德到法律到事实的三种形态，由此人权可分为应有的人权、法律上的人权和现实中的人权三类。应有的人权指道德意义上的人权，它的范围和内容是最为广泛的。应有的人权往往是法律上的人权的道德根据和理性说明。法律上的人权是指法律规范所肯定和保护的人权，它的内容和范围比应有的人权要小些，这是因为道德上普遍要求的人权在立法时要受到客观条件的限制，其中尤以政治制度、经济制度限制为多，故而道德所要求的人权并非能够全部转化为法律上的人权。现实中的人权是指能够被人意识到并享有和行使的人权，它的范围比法律上的人权又要小些。这是因为客观权利向主观权利转化有三个环节需要联接。主观上认识到这种权利是首要环节，实现人权所必需的全部社会条件是基础环节，人权主体具备行为能力是必要环节。三个环节只要有一个中断，法律上的人权便难以变为现实中的人权。

人权的形态划分标准是人权的实践标准，三种人权范围的差别说明的是一国人权的实际状况，它们的差别越小，说明一国的人权状况越好。理想的人权追求是把应有的人权——凡在道德上能得到支持的都肯定在立法上，使之转化为法定人权，然后再以完善的制度使法定人权均变为现实，现实的人权才是一个国家真正的人权状况。当三种人权在形态上相等时，该人权制度就是最理想的。倘若立法远不及观念，现实又远不及立法，此时的人权状况就是令人忧虑的。若法定人权均变成现实的人权，而二者同应有人权差距较大，则说明立法应行扩展范围，以使现实也随而向上，不过这种制度状况仍是健康的。

理论上的第三种分类是人权的历史划分，即把人权的发展演变

〔1〕 李步云：“论人权的三种存在形态”，载《法学研究》1991年第4期。

大致分为两个历史时期，一是自由权本位时期，二是现在仍在注重的生存权本位时期。人身自由和财产自由相汇而成就了自由资本主义，这时期的人权都紧紧围绕着自由权而展开。在人权史上，这一时期的人权被称作自由权本位的人权。但当法律上一个划时代的原则——财产权的行使必须为公众利益服务的原则确立之后，财产权受到限制，所有权就不仅仅是权利，而且还是义务。这时，自由权本位开始让位于生存权本位。这是人权体系内部集中反映人权实质要求的两大内容——自由与平等矛盾运动的结果。

这两种本位的人权有着诸多不同。其一，自由权本位的人权，处于人权的绝对权时期，而生存权本位的人权，则处于人权的相对权时期，这两个时期分别代表着两种人权的背景。其二，自由权本位时期的人权主体是无差别的一般公民，所有的人都是自由权的主体，而生存本位时期的人权主体则侧重于保护在社会上受到自然条件、劳动条件和其他经济条件制约而成为社会弱者的人。生存权有广义和狭义之分，广义的生存权主体指所有的人，狭义的生存权主体仅限于“弱者”。人是强者的时候，是广义的生存权主体，而当从强者变为弱者——强者的下一人生阶段——的时候，他又是狭义的生存权主体。其三，自由权本位的人权所保障的内容是一般公民形式上的自由和平等，实际上的自由与平等因公民行为能力的差别而允许有所不同。生存权本位的人权所保障的内容是避免和补救社会弱者可能失去或已经失去的自由与平等，生存权的价值体现为使社会弱者也像其他人一样有尊严地生活于社会之中。其四，自由权本位的人权保障方法是防止国家介入公民的生活，要求国家干预的范围最小。而生存权本位的人权保障方法是要求国家积极介入社会经济生活，通过限制一部分资本自由而使社会弱者权利得到实现。其五，自由权本位的人权救济措施主要体现为司法救济，而生存权本位的人权救济方法则主要体现为行政救助，即由政府确定最低生活标准并以物质保障之。

理论上对人权的第四种分类是依主体的标准而将归附于主体的

权利分为私性质权利与公性质权利两类。公性质的权利又可分为国家的权利和非国家的、带有公共性特征的主体的权利。属于国家的权利在人权理论上任何时候都不得称之为“人权”，这其中一个原因是国家在任何时候都不得成为人权主体。该主体行使的权利可谓之权力，这时候它和私权利的关系是对立关系。私权利是指以满足个人需要为目的的个人权利。公权利是指以维护公益为目的的公团体及其责任人在职务上的权利，它是权利的特殊变种。

权利与权力之间存在着诸多差别，这主要表现在四种关系上。首先，主体不同。权力的拥有者只能是表现出强制力和支配力的专门机关、执行职务的公职人员或对内的社会集团的代表，公民不能充当权力主体。而人权主体却是公民个人，国家或集团在成为权利主体的时候，已是在法律上被人格化的与公民平等的“人”。其次，内容不同。权力的内容重在“力”，表现为某种形式的强制或管理。人权的内容则侧重于“利”，表现为权利人要求实现的价值。再次，指向对象的确定程度不同。权力的指向对象是特定的，管理活动与支配行为必定有具体的承担人，且权力拥有者与权力对象的地位绝对不平等。人权指向的对象，在一部分法律关系中是特定的，而在另一部分法律关系中又是不特定的，人权关系中的权利人与义务人的地位是平等的，不像权力关系那样存在着服从与被服从的关系。最后，法律对权力与人权的要求不同。权力与职责相对应，职务上的责任是公权力的义务，法律要求权力变为职责，职责是不能放弃的，弃置权力将构成渎职。权利与义务相对应，法律准予权利的能动性，使权利人对权利获得随意性，放弃权利被认为是行使权利的表现。当然，那些不可放弃和让与的权利除外。私权利和公权利在运行的时候经常发生冲突，每当这种情况出现，就需要否定其中的一个，谁超越了法定界限谁就将成为被否定的对象。

理论上第五种分类法是把人权分为规定的人权和推定的人权两类。前者指两种情况，其一是纲领性或原则性规定，如在宪法中表明国家对人权基本态度的条款，该条款可成为所有人权的基础。其

二是对人权的列举性宣告，每列出一种，即等于规定一种。人权在被宪法规定出来的时候，即表明新列举的人权已具有对国家产生约束力的效力，所以言其为“规定的人权”，目的不是说人权是被法律规定的，法律不规定就没有人权，而是说“规定”预示着对国家的一种强制，是为国家权力划定的不得超越的界限，正是在这个意义上，人权应尽量多地以列举的方式规定，且列举得越多，对国家的限制空间就划得越明确越具体。所谓立宪主义，主要指的是这个意义。

推定的人权，与规定的人权有逻辑联系。规定的人权中的纲领性或原则性的规定，是推定的人权被描绘的基础。对人权进行推定，是人权分类中不得已而采用的方法。在人权有可能被列举宣告的时候，应尽量避免使用推定的方式。理由主要是，被推定出来的人权如果缺乏制度上对其认可的效力，如立法解释中的认可或司法判决中的认可，则其仍是可以随意被人曲解和践踏的。如中国汉初的“纸法三章”，所谓杀人者死、伤人及盗抵罪，由此三个禁条中我们可以推定出人有生命权、健康权和财产权，但推定的这些权利在遇到皇权对人命的草菅，肉刑、刑讯以及以国家名义对人财产的罚没、充公、没收等，这时候的所有权利都会化为乌有。但当把这些权利宣告式地规定出来的时候，剥夺人的生命就得以法律的方式实施，肉刑与刑讯就是非法的，对人财产的处分也必须依法律进行。这个道理说明，人权在需要推定的时候，时常抵挡不住公权力侵害的危险。人权推定只有与国家的义务推定共同作为制度确定的时候，前一种推定才可能是有效的。这后一种推定指的是国家权力要对公民生活予以干预，必须负有自证根据的义务。即对公民而言，可推定法律所不禁止的都是可为的，换言之，都是自由的；对国家而言，可推定为凡未找到法律作为准予干预的依据，则其干预就都是无效的，凡干预就是侵权。当这两种推定同时成为一种制度时，权利推定才是有意义的。推定权利，如果只是把它作为解释权