

人权研究

齐延平 主编

CSSCI 来源集刊 Volume XVIII 第18卷

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。

山东人民出版社
国家一级出版社 全国百佳图书出版单位

CSSCI 来源集刊

人权研究

齐延平 主编

图书在版编目(CIP)数据

人权研究. 第18卷/齐延平主编. — 济南: 山东人民出版社, 2017.6

ISBN 978-7-209-11103-4

I. ①人… II. ①齐… III. ①人权—研究 IV.
①D082

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第243498号

人权研究(第18卷)

齐延平 主编

主管部门 山东出版传媒股份有限公司

出版发行 山东人民出版社

社 址 济南市胜利大街39号

邮 编 250001

电 话 总编室 (0531) 82098914

市场部 (0531) 82098027

网 址 <http://www.sd-book.com.cn>

印 装 日照报业印刷有限公司

经 销 新华书店

规 格 16开 (170mm × 240mm)

印 张 21

字 数 320千字

版 次 2017年6月第1版

印 次 2017年6月第1次

印 数 1—1000

ISBN 978-7-209-11103-4

定 价 58.00元

如有印装质量问题, 请与出版社总编室联系调换。

《人权研究》编委会

编委会主任 徐显明

编委会委员 (以姓氏笔画为序)

白桂梅 齐延平 李步云 李 林

张晓玲 徐显明 常 健 韩大元

主 编 齐延平

编辑部主任 姜 峰

编 辑 何晓斌 王婧琳 袁博文

《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代内心的理由：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、也不应成为故步自封、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,因为只有立足于民主选举、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作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”含义的权利当作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,才能使之萌苗发展。《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

目 录

《人权研究》集刊序	徐显明/1
-----------------	-------

论 文

“明显而现实的危险”标准的形成

——兼论基本权利的规范目的与保护标准的确定	杜强强/3
-----------------------------	-------

引言：基本权利保护标准的意义/3

一、“明显而现实的危险”：一个犯罪未遂的认定标准/6

二、言论自由的规范目的：汉德和贾菲的论证/11

三、从真理发现到人民自治：规范目的之下的具体保护标准/16

四、无目的地乱撞：“公众人物”标准在我国的变异/21

结语/23

论儿童被害人司法保护权	张玮心/26
-------------------	--------

引言/26

一、女童血腥报复的省思/26

二、Louisiana v. Kennedy 案的争论点 /28

三、强奸不比杀人严重？/32

四、儿童被害人之人权/34

结语/52

性侵案件被告人对质询问权与被害人隐私权之冲突与平衡

——以欧洲人权法院裁判为借鉴	黄 琪/54
----------------------	--------

引言/54

一、性侵案件对质询问权与隐私权保护的基本理论/55

二、“三阶刻度化”的权衡法则/59

三、欧洲人权法院的“三阶权衡”模式/62

四、欧洲人权法院权衡模式的综合评释与比较分析/67

五、我国性侵案件中对质询问权与隐私权衡平之检讨与建议/72

结语:通过保障人权实现刑事审判的公正/77

论权利主体理论的法哲学根基 桑 田/79

一、问题意识:重新审视作为权利载体的“主体”/79

二、权利主体的萌芽:近代之前的法律人格理论/82

三、近代主体哲学对权利主体制度的决定性奠基/88

结语/97

少数人融入帮助权:社会融入中宪法平等原则的细化 耿 焰/98

一、少数人融入帮助权的缘起/98

二、少数人融入帮助权细化宪法平等原则的理由/100

三、少数人融入帮助权细化宪法平等原则的路径/108

论行政诉讼对“其他人身权、财产权等合法权益”的保护 李大勇/117

一、合法权益的界定/118

二、扩大权益保护的司法路径/123

三、人身权、财产权之外权利的司法保护/126

结语/139

欧洲人权法院裁判中的无罪推定原则 曹 瑞/141

引言/141

一、无罪推定原则的效力范围/143

二、无罪推定原则的证据法效果/148

三、无罪推定原则在刑事诉讼程序中的体现/153

四、欧洲人权法院判例背后的人权观念/158

结语:对中国的启示与借鉴/162

评 论

从少数人权利视角看“多元文化主义”的衰落

——以欧洲对穆斯林法律政策的调整为切入点 魏 华/167

引言/167

一、西班牙“摩尔人恐惧症”：历史记忆的现代重现/169

二、法国“世俗主义”与公共领域中的信仰表达/174

三、当“英国价值”遭遇外来文化冲击/180

结语/187

国际人权助产记：中国代表张彭春与《世界人权宣言》 化国宇/189

一、《世界人权宣言》的助产士们/189

二、《宣言》适用主体的普遍性和人权哲学世俗性/193

三、《宣言》起草方案的引航者/200

四、协调艺术大师/205

五、《宣言》中的“仁”/209

六、中国版建议草案与《宣言》中译本/211

结语/214

论洛克的反抗权理论及其流变与影响 王方玉/215

引言/215

一、洛克之前的反抗权思想简论/216

二、洛克反抗权理论的自然法基础/219

三、洛克对反抗权适用情形的阐述/222

四、洛克反抗权理论的有限性/225

五、边沁和密尔等对洛克反抗权理论的消解与否定/229

六、罗尔斯和哈贝马斯等对洛克反抗权理论的修正继承/233

七、洛克反抗权理论的历史影响力/235

结语/237

《表达自由的法律限度》：背景、争议与贡献 袁博文/238

引言/238

一、理论背景/239

二、区分公私言论的依据与争议/242

三、贡献与影响/249

知情同意的允诺

..... [美] 罗宾·弗雷特韦尔·威尔逊著 熊静文译/253

引言/253

一、告知义务的起源/255

二、告知义务的概述/258

- 三、人体试验中的知情同意/264
- 四、对知情同意的反驳/270
- 五、关于知情同意的一些前沿问题/274
- 六、结论/282

马里兰州诉威尔逊案译评

——美国警察实施拍身搜查规则的典型案例

..... 杨曙光 苏孜霖/284

引言/284

一、判决书内容/286

二、美国法中盘查行为的含义/297

三、从盘查判例看美国人权保护的变化/304

结语/306

当代政治社会学视野下的人权：社会主体优位

..... [墨西哥] 阿丽德娜·泰威兹著 王 统译/308

引言/308

一、人权是集体行动的纽带/309

二、社会主体：人权话语建设的主体与目标/312

三、人权与公民权利：国际移民的挑战/317

结语/323

CONTENTS

Preface / 1

Xu Xianming

Articles

1. The Formation of the Clear and Present Danger Test: On the Normative Purpose of Constitutional Rights and the Formation of Standards of Protection / 3
Du Qiangqiang
2. A Study of Child Victims' Legal Protection Rights / 26
Zhang Weixin
3. Conflicts and Balances of the Defendant's Confrontation Right and Victim's Private Right in Sexual Abuse Cases: By Reference of the Decisions of the European Court of Human Rights / 54
Huang Qi
4. On the Foundation of Legal Philosophy in the Theory of Right Subject / 79
Sang Tian
5. The Right to Enhance Integration of Minorities: The Embodiment of the Principle of Constitutional Equality in Social Integration / 98
Geng Yan
6. Discussion on Administrative Litigation Protection for "the Legitimate Rights and Interests of Other Personal Rights, Property Rights etc." / 117
Li Dayong
7. On the Principle of Presumption of Innocence in the Jurisprudence of ECHR / 141
Cao Rui

Reviews

8. A Critical Evaluation of the Downfall of Multiculturalism based on Examples of Legal

and Policy Changes Affecting European Muslims / 167

Hanna H. Wei

9. International Human Rights Midwifery: Chinese Representative Peng – chun Chang
and the UDHR / 189

Hua Guoyu

10. On John Locke's Theory of Right to Rebellion and its Historical Influence / 215
Wang Fangyu

11. "Free Speech and Its Relation to Self – Government": Background, Controversy and
Contributions / 238

Yuan Bowen

12. The Promise of Informed Consent / 253

Robin Fretwell Wilson, translated by Xiong Jingwen

13. U. S. Typical Cases Maryland v. Wilson on Stop and Frisk of Police / 284
translated by Yang Shuguang & Su meilin

14. Human Rights in Contemporary Political Sociology: the Primacy of Social
Subjects / 308

Ariadna Estevez, translated by Wang Tong

论
文

“明显而现实的危险”标准的形成

——兼论基本权利的规范目的与保护标准的确定

杜强强*

引言：基本权利保护标准的意义

宪法以确认和保障基本权利为己任，但基本权利也都有它的界限。此为基本权利理论之通说，也为我国宪法所明定。从逻辑关系看，我国宪法第2章即“公民的基本权利和义务”的层次非常分明：宪法第33~50条规定了公民享有的各项基本权利，第51条规定了对各项基本权利的总体限制原则；第52~56条则规定了公民的各项基本义务。对公民基本义务的研究并不是本文的主题，暂且搁置不论。就规范方式而言，宪法先规定基本权利，然后规定了对它的限制，这是典型的“外部理论”的思维方式。这种思维方式认为权利和权利的限制在逻辑上是两个不同的问题，因此它将权利问题的解决划分为两个阶段：首先确定权利的构成，即判断何种主体的何种行为或者生活关系属于权利的保护对象；然后再确定对权利的限制，即根据公共利益的需要来判断何种权利主张不能得到宪法上的支持^{〔1〕}。

从内容上说，宪法第51条规定了限制基本权利的总体理由，即保护“国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利”，这些理由实际上都可以归入“公共利益”的范畴之内^{〔2〕}。因此，对任何一个基本权利问题的解决，都需要判断公民的行为是否构成对公共利益的侵害；这种判断

* 首都师范大学政法学院副教授，法学博士。本文为国家社科基金一般项目“修宪权的内在限制研究”（12BFX028）的阶段研究成果。

〔1〕 张翔：《基本权利的规范建构》，高等教育出版社2008年版，第144页。

〔2〕 张翔：《基本权利的规范建构》，高等教育出版社2008年版，第62页。也有学者认为宪法第51条上的“其他公民的合法的自由和权利”不能归入“公共利益”的范畴之中。参见郑贤君：《基本权利原理》，法律出版社2010年版，第211页。