

STUDY ON JURISPRUDENCE
OF
PROTECTING HUMAN RIGHTS

人权

保障法学研究



关今华 / 著

人民法院出版社

人权保障法学研究

关今华 著

人民法院出版社

图书在版编目(CIP)数据

人权保障法学研究/关今华著. —北京:人民法院出版社, 2005. 11

ISBN 7-80217-148-2

I. 人… II. 关… III. 人权—法的理论
IV. D913.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 128864 号

人权保障法学研究

关今华 著

责任编辑 杜 澎

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)

电 话 (010) 85250561 (责任编辑) 85250516 (出版部)
85250558 85250559 (发行部)

网 址 www.courtpress.com

E-mail courtpress@sohu.com

印 刷 保定市恒艺印务公司

经 销 新华书店

开 本 787×1092 毫米 1/16

字 数 678 千字

印 张 39.5

版 次 2006 年 1 月第 1 版 2006 年 1 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7-80217-148-2

定 价 78.00 元

版权所有 侵权必究

序言：“人权、法治和民主并驾齐驱”

我们应当怎样尊重和保障人权？这是 21 世纪整个人类所面临的一个巨大课题，也是所有中国人的一个重要课题。当今世界进入一个人权的新时代。早在 1993 年，中国改革开放后的人权专家谈到：“国际人权运动，方兴未艾，并已成为国际政治斗争和意识形态斗争的主战场。随之而起的对国际人权问题的研究的热潮也遍及全世界。”^①就国内和整个社会而言，中国最具权威的人权专家之一徐显明教授曾石破天惊地提出：“法治的真谛是人权。人权加法治等于民主。”^②两个判断揭示了当今一个真理：人权、法治和民主应当并驾齐驱；要从尊重和保障人权的高度来实施法治和民主。这是人权研究的最有意义的新成果。

尽管对人权的研究横跨哲学、伦理学、经济学、政治学、社会学、历史学和法学等多个学科和领域，但从法律上尊重、保障和实现人权是最可靠最有效的途径，这就是“法治的真谛是人权”的命意，也是写作本专著《人权保障法学》的最重要的动因。只有以法治的举措为尊重和保障人权打开不可阻挡的通道，才能使人权在民主建设道路上畅通无阻。由此看来，民主和法治仅仅是手段，而尊重、追求、保障和实现人人平等、自由、

① 万鄂湘、郭克强：《国际人权法》，武汉大学出版社 1993 年版，前言。

② 徐显明主编：《人权研究》（第 1 卷），山东人民出版社 2002 年版，“代序”。

安全、和平和幸福等充分的人权，才是目的。应当说，这便是中国于1991年公布的、作为第一个里程碑意义的《中国的人权状况》所提出的人权是个“伟大的名词”和“崇高的目标”的真正涵义，是“长期以来人类追求的理想。”

曾几何时，直至1979年前后，还有人将“人权”视为“异端”而打入冷宫，被认为是“资产阶级的口号和意识形态”。^①当然，自1991年之后，我们已确信“人权不是资产阶级的专利”。其实，我国于19世纪就有过把人权与法治相结合的历史。早于1911年辛亥《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、法治结合一体的近代人权观才告定型，开创了国家要尊重和保障人权的法治时代，“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。”^②90多年之后的2004年3月14日，中国宪法在第四次修正案中，将“国家尊重和保障人权”写入宪法，这是近代中国先哲们“人权入宪”的复活，但却是在更高级形式上的复活。正如马克思所坚信的那样，歪曲、异化和践踏人权的资本主义旧制度，必将让位于真正尊重、保障和实现人权的共产主义社会。^③

如何尊重和保障人权？首先要实现宪法第5条规定，实行依法治国，建设法治国家。实行“法治”，正是尊重和保障人权的先决条件和必要举措。应当承认这样的事实，建设法治国家，我们的距离还很远。我们仅仅正行进在一个法意流淌的法治征途上，这个征途沿岸的色彩如此丰富缤纷，以至于我们怎样才能去追逐流金岁月的法治的昨天、今天和明天，好让所有中国人，特别是年轻一代去挑选自己喜欢的丽色：喜欢法治、民主还是人权，抑或三者兼而有之。

一代伟人毛泽东在20世纪60年代，已注意到中国应当制定刑法、民法等法律，期盼着法治春天的到来。可惜，在以阶级斗争为纲和无产阶级文化大革命的时期，人们实在无法燃烧起法治和人权的激情火焰，人治却成为许多人们梦中怀旧的可怕追忆。

改革开放，进入依法治国的新年代，不少人为之欢呼雀跃。梅因所崇信的整个社会进步运动经历的“从身份到契约”的时代即将淡漠，世界正

① 中国社会科学院法学研究所：《当代人权》，中国社会科学出版社1992年版，第375～376页。

② 徐显明主编：《人权研究》（第1卷），山东人民出版社2002年版，“代序”。

③ 朱锋：《马克思人权理论论要》，《中国社会科学》1992年第2期。

在进入“从契约到人权”的进步运动。选择法治和人权是因为中国昨天付出了巨大而沉痛的人治恶行的代价；如今，我想更深情贴切地表达今天，由于找不到恰当的语言，只好借助一位敢于直言的黄鸣鹤法官的话：“选择了法治是因为人们无法在现实生活中找到集智慧、公正、宽容、勇敢等所有人类美德于一体的哲学王”。^① 须知哲学王虽好，但只能让人们认识世界，仍然无法改造世界。法治的确是一把双刃剑，国家既可以把它作为严刑峻法、压迫人民的工具，又可以把它作为保护人民、推进民主和实现人权的手段。可喜的是，我们开始从依法治国进程跨入新的境界——“要尊重和保障人权”，它是党的十五大正式提出、十六大重新高举的旗帜和2004年宪法修正案的伟大宣言。我们仿佛看到人民走进“以人为本”和努力改造世界的权利时代；不可理解的是，高举的旗帜已经竖起来了，伟大的宣言已经响彻世界，但不见她在神州大地处处飘扬和积极回应。不知是否存在着“万事俱备，只欠东风”？东风一到，或许到处会有摇旗呐喊的一天。

明天，是我们憧憬那民主、法治强国和自由、人权保障双双实现的时代。我们如何创造人权作为“长期以来人类追求的理想”的明天？“从来就没有什么救世主，也不靠什么神仙皇帝”；“敢问路在何方，路就在自己脚下”。明天，要靠我们去创造；用什么来造福人民，依靠法治、民主和人权。人民要高举人权旗帜，勇敢捍卫自己的人权。为了明天，我们甘当一个个泥瓦匠，为民主和法治强国的大厦抹上一把泥，砌上一块砖；我们愿意做一个个农夫，为自由和人权保障的田野撒下一把把种子，让它发芽成苗，茁壮成长，开花结果。所有这些，还须依靠执政党和国家切实尊重和保障人权。

作为一个法学研究人，我们为共和国的昨天而反思，也为法治进步的今天而欢欣鼓舞，还将为中国积极推进民主和人权尊重与保障的明天而默默祈祷。作为一个法律实践者，我经常问自己问题是：什么是自由和法治，主张法治的基本意义是什么？什么是民主和人权，提倡民主和人权保障的价值取向是什么？我们为什么要追求民主、法治强国与人权尊重和保障的伟大目标？

记得我刚学法律时，已跨入不惑之年，正逢“旭日东升”的年华，老师依照经典告诉我们，法治是人民依法治理、管理国家的伟大事业，换言

^① 黄鸣鹤：《在成为法治国之前》，载《福建法学》2002年第4期。

之，叫做“有法可依，有法必依，执法必严，违法必究”。如此浅显的见识，算是给我上了一节启蒙法治课。

我们正碰上中国改革开放的“如日中天”的境遇，另一种民主、法治和人权价值告诉我们，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，所追求的制度是民主，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，这便是当今中国执政党主张的实现科学发展，构建和谐社会的公民权利为国家权力所尊重、所保护、所救助，人权是公权的本源、界限、目的，法律能够调处出这种状态，法治便存在。在公权不受限制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、强弱群体间的连带关系）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解释，本世又岂可移？一个人权重塑的时代已经来临。”^① 这位人权专家讲得何等精辟！

我们从多年来研究的民主、法治和人权的理论中发现，千万不要把单独的法治变成神殿中的祭台，也不要迷信手中的民主和人权旗帜会很快飘扬在神州大地。当今世界，贫困、腐败、不讲人权、社会不公正、不平等现象十分严重，各国和广大人民在共和或专制下求生存，在对抗中求文明，在竞争中求发展，在对话中求合作。虽然尊重和保障人权已是全球各国的一个共识，但将人权异化为特权的现象依然存在。我们痛恨一些人，痛恨那些“口说为人民谋取利益，实际上连上访的受难的申诉人也不敢面对甚至予以判刑”的少数政客及其指令下的法官，痛恨那些表面上熟练背诵“尊重人权和民主”而背后尽干坏事的贪官，痛恨他们甚至超过痛恨那些“因饥寒交迫，生存不济，被逼走上犯罪”道路而被法律网杀的人。^②

^① 徐显明主编：《人权研究》（第 1 卷），山东人民出版社 2002 年版，“代序”。

^② 黄鸣鹤：《在成为法治国之前》，载《福建法学》2002 年第 4 期。

这些腐败的政客、法官和贪官专干侵害国家利益、人民利益和侵犯人权的勾当。应当众起而攻之，人权保障的关键在于实行切实有效的法治和反腐败。

因此，摆在我们面前的一个紧迫的任务是，重视普及人权知识，加强人权教育，树立科学的人权观。早在1948年12月10日通过的《世界人权宣言》在“序言”宣称，“发布这一世界人权宣言，作为所有人民和所有国家努力实现共同标准，以期每一个个人和社会机构经常铭念本宣言，努力通过教诲和教育促进对权利和自由的尊重，并通过国家和国际的渐进措施，使这些权利和自由在各会员本身人民及其管辖领土的人民中得到普遍和有效的承认和遵行。”1993年维也纳世界人权大会重申，各国义务确保教育的目的旨在增强对人权和基本自由的尊重，大会强调设置人权教育课程和发展人权教育项目的重要性，并促请各国为此而努力。为了全球普及人权知识和增强人权保护意识，1994年第49届联合国大会决定，自1995年1月1日起以后的10年为联合国“人权教育十年”。现在，人权教育在国际社会方兴未艾，众多国际知名学者认为，人权教育权已经发展为一项人权。改革开放后，中国共产党和中国政府重视人权工作，并在维护和发展人权的事业中取得了举世公认的历史成就。截止2004年9月，我国一共签订、批准国际人权公约18个（包括4个在恢复联合国席位之前），发表各类人权白皮书近20件。同时，党和政府开始重视人权教育工作，对全体公民特别是在校大学生进行系统的人权法教育已经逐步成为全社会的共识。1990年初，江泽民总书记就对国家教委的代表说，“对大学里的青年人，包括青年教师，要反复进行民主观、自由观和所谓人权问题的教育。”^①但是，由于各种原因，我国人权研究起步较晚，除了一些关于人权的专门著述和国际人权法教材以外，目前尚没有公认的高等政法院校通用的人权法教材。本书作者在2003年9月出版了《基本人权保护与法律实践》（厦门大学出版社出版，华夏英才基金资助项目，简称“基本人权保护法学”），该书在福建已为三个高等院校作为研究生必修课和本科生选修课教材。在这个基础上，作者又将目光转向对“一切人权”即一般“人权”的探讨和研究，力求吸纳了上世纪90年代以来中国诸多学者研究一般人权的成果和经验著成此书，可称为“一切人权保障法重论”，并可作为对中国2004年将“国家尊重和保障人权”入宪的献礼。同

^① 1990年1月17日江泽民在同参加国家教委工作会议的部分代表座谈时的讲话。

时，这也满足了作者对人权研究的“两步走”的愿望：第一步进入对“基本人权保护法学”的研究，第二步到对“一切人权保障法学”的研究，为今后中国更多学者深入开展对人权研究起到抛砖引玉的作用。

本书以马克思主义人权观作为指导，比较全面地吸收了现代中外人权研究的最新优秀成果，对人权法学的主要问题，通过各种法学方法进行比较和综合研究，力求做到理论探析与实证考察相结合，国内法与国际法相结合，法学与其他学科相结合，以便使读者对人权法学的一般概念、基本理论、国内外人权立法，区域性的人权保护和中外人权实施机制等各方面问题，有个比较全面的认识 and 了解。因此，本书既可单独学习，又可与“基本人权保护法学”结合学习，也可作为人权法教科书，供高等政法院校和其他高等学校本科生以上学生使用。还可供公、检、法和人权学研究者参考。

关今华

二〇〇五年元旦

目 录

序 言	(1)
-----	-------

第一编 人权起源与发展概论

第一章 人权起源(本源)观	(3)
第一节 国外学界的人权起源观	(4)
第二节 中国学界的人权起源观	(9)
第三节 马克思主义的人权本源观	(14)
第四节 人权概念起源观综合辨析	(20)
第二章 人权概念的提出和形成基础	(31)
第一节 人权概念的提出	(32)
第二节 人权概念形成的基础	(35)
第三章 人权在法律中的确立和发展	(40)
第一节 人权在国际法中的确立	(40)
第二节 《世界人权宣言》对人权的全面确认	(43)
第三节 国际人权两公约和其他人权公约对人权的进一步 发展	(44)
第四节 国内法和国际法从法律上尊重和保障人权的特点	(47)

第二编 人权保障法学的基本理论

第四章 人权的概念	(53)
第一节 人权的复杂概念	(54)

第二节	人权的简单概念	(62)
第三节	人权概念不同一的表现、探因和共性	(76)
第四节	新人权概念解析	(87)
第五节	与人权概念相关混同的几个问题	(109)
第五章	人权的体系	(114)
第一节	从人权的起源、形成和发展的逻辑观察人权体系	(114)
第二节	从不同的典型的人权立法史观察人权体系	(116)
第三节	人权体系的构成内容和特征	(118)
第六章	人权的分类	(122)
第一节	从人权经历的重大运动和历史类型、阶段进行分类	(123)
第二节	根据人权的权利表现形态进行分类	(125)
第三节	根据理论与宣言形态进行分类	(127)
第四节	根据实际操作对人权进行分类	(132)
第五节	根据国际人权文件对人权进行分类	(135)
第七章	人权的主体	(146)
第一节	人权主体理论的历史演变	(146)
第二节	现代人权主体的形态	(161)
第三节	几种特殊形态人权主体问题	(171)
第八章	人权的属性	(175)
第一节	人权的普遍性与特殊性	(175)
第二节	人权的绝对性与相对性	(185)
第三节	人权的其他属性	(189)
第九章	人权的价值	(196)
第一节	宏观层面上的人权价值	(198)
第二节	微观层面上的人权价值	(203)
第三节	人权价值的实现	(209)

第三编 国际人权保障法学

第十章	国际人权法的确立	(215)
第一节	国际人权法的历史沿革	(215)
第二节	现代国际人权法的确立	(222)

第十一章	国际人权法学的基本原则 ·····	(229)
第一节	尊重人的尊严原则·····	(230)
第二节	基本人权优先保护原则·····	(248)
第三节	人权与主权同等保护原则·····	(272)
第四节	容忍不同文明相容的人权原则·····	(291)
第十二章	人权机构和非政府组织对人权的保护 ·····	(297)
第一节	人权机构概述·····	(297)
第二节	国际人权机构及其职能·····	(299)
第三节	非政府人权机构产生、条件、特征和活动·····	(308)
第四节	外国人权机构及其人权保障模式·····	(322)
第五节	中国的国内人权机构及其作用·····	(325)
第十三章	国际人权的保护机制和法律实践 ·····	(336)
第一节	人权保护的义务和责任的发展概况·····	(336)
第二节	违反人权国际法的条约性责任和习惯性责任·····	(340)
第三节	侵犯人权的强行性责任·····	(343)
第四节	个人犯罪侵犯人权的国家责任或个人责任·····	(345)
第五节	侵犯人权的国际违法行为及其民事责任·····	(348)
第六节	侵犯人权的国际犯罪行为·····	(351)
第十四章	人权保护的法律救济 ·····	(361)
第一节	人权的法律救济的依据·····	(361)
第二节	人权法律适用的几个争议和疑难问题·····	(364)
第三节	人权中社会权利的法律救济问题·····	(369)
第十五章	人权国际化运动与法律全球化之关系 ·····	(375)
第一节	人权国际化运动的萌芽·····	(375)
第二节	“二战”期间人权国际化运动的初步发展·····	(378)
第三节	“二战”后人权国际化运动的实质性发展·····	(381)
第四节	人权国际化实现条件与法律全球化之关系·····	(387)

第四编 区域性人权保障法

第十六章	欧洲地区人权保障法 ·····	(403)
第一节	概述·····	(403)
第二节	《欧洲人权公约》的主要内容和实施机制·····	(405)

第三节	《欧洲社会宪章》的主要内容和实施机制·····	(410)
第四节	欧盟法与《欧洲联盟基本权利宪章》所确立的欧 盟人权法律保护机制·····	(414)
第十七章	美洲地区人权保障法·····	(422)
第一节	概述·····	(422)
第二节	《美洲国家组织宪章》的主要内容和实施机制·····	(424)
第三节	《美洲人权公约》的主要内容和实施机制·····	(426)
第十八章	非洲地区人权保障法·····	(433)
第一节	概述·····	(433)
第二节	《非洲人权和民族权利宪章》的主要内容和实施 机制·····	(434)
第十九章	尚未统一的亚洲地区人权保障法·····	(440)
第一节	概述·····	(440)
第二节	《东南亚公约》简介·····	(442)
第三节	《亚洲会议最后公报》和《曼谷宣言》对人权的 保护内容·····	(443)
第二十章	区域性人权保障法的综合比较和分析·····	(445)
第一节	区域性人权保障法述评·····	(445)
第二节	区域性人权保障机制述评·····	(449)
第三节	区域性人权保障法的发展方向和建 议·····	(456)

第五编 国内人权保障法学

第二十一章	人权概念和人权原则在国内法的运用和发展·····	(465)
第一节	英国式人权和人权原则模式·····	(467)
第二节	法国式人权和人权原则模式·····	(469)
第三节	美国式的人权和人权原则模式·····	(473)
第二十二章	人权概念和人权原则在国内法所揭示的权利形态·····	(479)
第一节	以反抗权利或抗争权利揭示的人权·····	(480)
第二节	以传统权利或习惯权利揭示的人权·····	(481)
第三节	以自然权利或天赋权利揭示的人权·····	(484)
第四节	以法律权利或法定权利揭示的人权·····	(485)
第五节	以道德权利揭示的人权·····	(487)

第二十三章 人权宪法化：从人权精神到国家本位向人权本位的位移 ·····	(489)
第一节 问题的提起和判断·····	(489)
第二节 近代欧美宪法体现了不同内涵的人权精神·····	(490)
第三节 现代宪法在人权精神演进上不同的辩识和发展·····	(495)
第四节 当今中国宪法未能体现反特权的人权化的精神·····	(500)
第五节 人权至上是当代宪法的最高原则·····	(504)
第二十四章 中国历史上的人权理念与人权运动 ·····	(508)
第一节 中国古代的人权意识萌芽的具体表现·····	(508)
第二节 中国传统社会不讲人权的原因探析·····	(518)
第三节 中国近代的人权理论·····	(524)
第四节 中国近代人权运动与人权思想·····	(532)
第二十五章 中国共产党和政府的人权思想与中国的人权状况 ·····	(538)
第一节 解放前中国共产党的人权思想·····	(538)
第二节 建国后的中国共产党人权思想和中国人权发展状况·····	(541)
第三节 建国以来中国共产党关于人权的基本内容·····	(549)
第四节 现阶段中国人权存在的问题与不足之处·····	(554)
第五节 中国人权入宪后必将促进人权事业阔步前进·····	(558)
第二十六章 人权保障的关键在于实现法治和反腐败 ·····	(562)
第一节 人权概念写上法律的必然性·····	(562)
第二节 以法治尊重人权和保障人权的必要性·····	(566)
第三节 人权法律化依据·····	(587)
第四节 从法律上尊重和保障人权的内容和实施·····	(592)
第五节 反腐败和人权保护·····	(599)
主要参考文献 ·····	(610)
后 记 ·····	(614)

第一编

人权起源与 发展概论

第一章

人权起源（本源）观

人类社会发展到今天，经济全球化直至一体化已经成为世人共识的发展趋势。在经济全球化的推动下，学界已经提出了法律全球化的问题，尽管其在理论上有不同的争议，但国际贸易的共同准则（如WTO规则）和维护人权的国际公约，该是法律全球化的例证和表现。最近以来，我国已有越来越多的法学家深刻地论述了国际人权法与国内法的关系问题。人权国际化也已经成为日益明显的发展趋势。当今世界，不再是梅因所断言的社会进步经历了“从身份到契约”的运动的时代，而是正在进入了“从契约到人权”的运动。由此推断，人权问题是现代社会的中心主题。

人权（Human right），是当今西方最引人注目的政治词藻之一；在现代中国，人权已经算得上一个流行的伟大的名词，也是一个多变的概念。正如有学者指出，审视当今世界，我们发现，人权概念的解释和运用上总是存在着某种混乱和模糊；人们往往在不同的意义上使用人权一词，用这个词来表述不尽相同，甚至截然相悖的主张。人权概念的混乱与模糊，有着复杂的历史与现实的根由。大体说来，这一方面是由于各个国家、民族，各个阶级、派别和个人，在经济利益、政治立场、文化背景、价值取向以及发展水平等方面不尽相同；另一方面，则是由于人权本身作为一个学术问题过于宽泛和复杂，对人权及其历史的解释，实际上包含着对政