

朱毓朝 吳江梅

引言

人權近年來一直是中國與西方之間的一個焦點爭議問題¹。如果把雙方的分歧看作對立的兩極，兩極的一端是國際人權組織和許多西方國家政府對中國人權狀況的嚴厲批評立場，而另一端是中國政府自我辯護及反批評的立場；一邊是批評中國人權特別是在政治權、公民權方面少有進步，一邊是強調中國人權特別是在生存權、發展權方面成就巨大並宣稱中國人「享受著前所未有的人權」²，雙方在對中國人權狀況的評價上似乎相距甚遠。

看來關鍵是找到一個合適的觀察分析角度。中國的人權狀況是在變化中的³，這既是政府政策調整的結果，也反映了中國社會整體環境的變化。政策調整最重要的形式之一是立法（在中國的情況下這裏所指的立法是廣義的，包括各種相關的法律、法規的制定、存廢和修正）。立法是代表政府統治意志的政治行動，主要目的在於規範變動中的社會關係和行為。本文將從立法的切入點來分析中國人權的現狀，因篇幅所限我們的討論不能涵蓋立法的所有方面，而且我們只在中國現存的法律框架內討論與人權相關的立法，並不涉及立法的合法性和正義性的問題⁴，我們的討論也基本不包括執法的问题。

中國還不是一個真正的法治（Rule of Law）國家，政府也承認「有法不依，執法不嚴」的現象廣泛存在，因此許多人對立法在中國的真正作用表示懷疑。我們認為，立法作為一種最有約束性、最正式的方式來規範社會行為，其潛在的影響是巨大的。立法是對權利與權力關係最權威的界定，提供了人權保障的法律基礎。即便對政府來講某些立法行為或簽署國際公約的做法可能只是一種表面的姿態，但如人所說，一代人虛偽的承諾也很可能成為下一代人的追求社會正義的鬥爭信條⁵。

因為中國尚沒有專門的人權法案，也沒有人權法庭這樣的制度性的法律建築，我們將主要討論作為立法成果的法律框架在人權保障上的作用，在此基礎上觀察中國人權政策的基本狀況和發展走向。本文通過具體分析中國的憲法、刑法與刑訴法、和行政法等與人權相關的領域的情況來解釋中國建立了一個甚麼樣的人權保障的法律框架。我們試圖表達這樣一個基本觀點：中國在人權保障方面的相關立法是一種帶有中國法律傳統印記的朝向憲政建設的進步，其總趨勢是增強人權保障的法律功能；但亦有兩個特點，一是人權保障的重點、範圍、程度發展不平衡；二是立法以不損害現政權的統治，特別是以不損害政府推動經濟發展的能力為底線，具體表現為經濟立法優於其它權利保障立法。同時中國的立法行為也呈現出一種向西方為主的現代法律體系的標準趨同乃至「接軌」的趨勢。但如果把立法的權利保障行為看作是中國憲政建設的中心組成部分，有兩個明顯的缺失將限制其進一步的發展；一是缺乏

對權力系統的制度性制約，其解決恐怕只能是在民主合法性的基礎上重建整個權力系統；二是立法的權利保障不是建立在人權「自然法」的基礎上而是「法律權利」，所以人權的法律保障仍缺乏根本的道德正義的內涵⁶，其解決涉及中國法律體系的根本轉型。這兩個重要的缺失也是造成西方與中國在人權上爭議的主因，但短時間內其徹底的改變十分困難。我們認為將立法及其建立的法律框架作為在當前中國社會人權保障的一個「制度主體」來對待也許是一個可行的現實主義的選擇。

憲法、實用主義的憲法修正與「法律權利」

法國1789年「人權宣言」第六章用「凡權利無保障，權力無分立之社會便無憲法」的聲明昭示了現代憲政體制下憲法的核心是「保障人權、限制權力」。這兩項原則密不可分，因為對人權的主要威脅來自政府的公共權力，人權大都是在抵抗權力的情況下實現的，不真正限制權力就無法真正保障人權。憲法若不是以保障公民權利和限制政府權力為宗旨便不可能建立真正的憲政。中國自1949年以來曾頒布過四部憲法；1954年憲法基本上是依照前蘇聯憲法的模式所訂，雖比較完整但存在根本性的弱點許多延續至今⁷；而1975年憲法和1978年憲法，一是在文革動亂中所修，一是急定於文革剛結束時「四個現代化」的狂熱中，均不足為道；現行憲法——1982年憲法，其主旨是回歸54憲法的精神但服務於新時代改革開放之需要。值得注意的是在此之後的三次重要憲法修正。其中1999年修正案特別增加了「依法治國」的條款（第5條），表明了政府欲行憲政的態度，這對一個「人治」傳統根深蒂固的國家而言，無疑具有進步意義。總的來說，1988，1993，1999年憲法修正案的重點是承認和保障經濟改革的成果、在法律上承認經濟所有權關係的變革，試圖理清私人產權的法律地位以及在法律上認可（實際上是「追認」）中國「後公有制」經濟的多樣性⁸。修憲雖說試圖重新界定個人權利，但主要是在社會、經濟領域調整限制個人自由的程度與方式，其主要目的並非限制國家權力，所以未觸及國家政治權力結構的變化⁹。這從憲政建設的角度說幾乎是一半內容的缺失，也許這就是為甚麼許多人說中國仍然是有名義上的憲法但無憲政¹⁰。不過這些以經濟改革的實用主義目標為主導思想的修憲行為初步界定了個人經濟權因而奠定了其法律保障基礎，從人權進步的角度講意義重大。私有經濟是一個修憲中的核心問題，從中國社會主義的公有制意識形態和與其相聯的法律角度看，在憲法中承認私有經濟其實就根本上動搖了中國的公有制經濟制度。但為了經濟改革的需要，這個承認既成事實的修憲又必須完成；而從基本人權角度說，儘管修憲的經濟實用主義傾向十分明顯，私人財產權的確立和個人經濟權的增強都是人權保障的重要法律建設。

不過1982憲法在人權保障方面的缺失亦很明顯。首先，人權保障的範圍仍不足。雖然憲法第二章對公民的政治、經濟、文化和人身等諸多權利予以保障，但比較中國已簽署並通過人大立法程序確認的三部重要的國際人權公約而言卻仍存在著一些人權保障的空白¹¹，比如罷工自由、遷徙居住自由、思想自由等。事實上，有些公民權利條款曾經出現在中國憲法中，後來被取消了，比如「罷工自由」和「遷徙、居住自由」。1982憲法取消「罷工自由」的理由是工人階級是國家的主人，罷工本身不利己也不利國家，無存在的意義¹²。但是隨著多元所有制市場經濟的建立，憲法在此類權利上的缺失和模糊不利於保障工人的基本人權¹³。而取消「遷徙、居住自由」的直接原因是1958年後建立的城鄉二元制戶口制度。1958年1月9日全國人大常委會通過的「戶口登記條例」將個人納入單位或街道，以城、鄉區別編制戶口，並嚴格控制人口遷移，尤其是針對農村人口（第10條）；並在具體實行時附加了許多不合理功

能，造成城鄉人口在教育、就業、社會保障，甚至政治權利的不平等¹⁴。

其次，憲法在保障公民權利的同時卻又附加一些限制條款和附加條款，甚至法條前後矛盾。比如，在規定了公民宗教信仰自由的同時（36條）又在憲法序言中要求全體公民堅持馬列主義，在總綱中要求公民接受唯物主義教育；在規定了「一切權力屬於人民」的同時，又在憲法序言中否定了公民對政治體制和執政黨的選擇的權力¹⁵。

同時，憲法的權利保障有明顯的中國法律傳統印記。憲法提出「任何公民享有憲法和法律規定的權利，同時必須履行憲法和法律規定的義務」（33條3款），這既表達了保障權利的承諾，又申明權利和義務的相互依賴關係，與中國傳統法理學認為權利和義務是統一的觀點一致。不過細究之下，如果國家權力的合法性在於得到公民的授權和對公眾根本利益的保護，其中就包含對公民權利的正當性與不可侵犯性的肯定，而公民義務不應是決定其權利有無的條件。中國憲法在公民義務上的超常重視表明權利的給予和義務的完成都是對國家政權而言，以其為中心的。由此說，法律保障權利固然是進步，但其內在邏輯表明權利是國家「賦予」的「法律權利」，這些權利可以給予就可以限制甚至收回。這裏先於法律的人的自然權利是沒有的，從來沒有人權「自然法」的地位。這正是中國在人權法律保障上與西方法律體系的根本分歧的原因之一¹⁶。

最後，憲法作為國家的根本大法，具有最高的法律權威，應該是最具穩定性和規範性的。並且憲法的制定、修改、廢止等都應有嚴格的程序並保持立法宗旨的一貫性。然而在中國1949年後的50餘年間，先後頒布了四部憲法、一部憲法性文件「共同綱領」及若干修正案，明顯缺乏穩定性和嚴肅性，憲法的權威性遠未建立起來。

另外，憲法只能以原則性的條款界定公民的權利，它需要一系列具有可操作性的部門法來支持和實現公民權利的保障。那麼從主要的部門法層次來看中國人權保障的具體情況是怎樣的呢？

刑法典、刑事訴訟法修訂與有限和不平等的人權保障

自1949年起的30年裏，中國在人權的刑事法律保障方面幾乎是空白，直到1979年刑法典和刑事訴訟法的首次出台，這方面的法律建構才真正開始，其後修訂工作不斷，僅1980-1996年間，就頒布了24部單行刑法，並在1996年和1997年分別對刑訴法和刑法作了大規模的修訂¹⁷。現行刑法條款從1979刑法的192條增加到452條，罪名由130個擴展到413個罪名。尤為重要的是在第一章中特別申明了與國際人權公約基本原則相一致的三大原則，即罪刑法定、適用刑法人人平等和罪責刑相適應原則，並在涉及公民人身自由權等方面作了更明確、更具體的規定¹⁸。立法宗旨體現出加強刑法保護社會和保障人權功能的目的。同時新的刑法典也特別促進中國刑法的國際化和通例化。比較引人注目的是將「反革命罪」更名為「危害國家安全罪」，削減該罪的政治內容而將其置於現代刑法的通例中¹⁹。1996年刑訴法的條款則由原來1979年的164條增加到225條，規範了刑事司法主體的權限及司法程序，增強了公民辯護權的行使。而且在第12條中增加了「未經人民法院依法判決，對任何人都不得確定有罪」的接近「無罪推定」原則的人權保障條款²⁰。

同時，兩部基本法律也明顯存在一些人權保障方面的問題。第一，作為剝奪公民生命權的刑

事處罰，死刑的條款增加較大²¹，1997年刑法還增加了一些絕對死刑的法定刑，在審理死刑的程序上也有擴大死刑適用範圍的傾向，在死刑的執行方式上也還不夠人道（刑訴212條）。這種「死刑擴張」的傾向背離了「限制死刑適用」的國際人權原則，其實也未必能達到打擊犯罪，保護國家、集體和公民個人的權利之目的，在某種程度上講就是沿襲「亂世重典」「以暴制暴」的傳統。這樣的立法宗旨是對社會治安不穩、犯罪猖獗的一種本能反應，但也表現出對生命權的傳統的麻木態度²²；第二，公民辯護權的保障雖有所增強但仍受到相當的限制²³；第三，暫時剝奪公民人身自由權的拘留、逮捕的強制措施對被羈押人無論從實體到程序來講均缺乏應有的司法救濟²⁴。另外，中國現行的刑法、刑訴法與中國已簽訂的「經濟、社會和文化權利國際公約」和「公民權利和政治權利國際公約」中一些條款明顯不合，像法官（司法）獨立、不得強迫被告人自證其罪（被告人沉默權）、禁止雙重危險（一事不再理）等²⁵。

總之，新的刑法、刑訴法相對來說比較完備，特別是包括了很多以往缺稀的人權保障因素；但同時其立法重刑傾向仍然嚴重，既反映了中國「以刑為重，重刑輕民」的法律傳統²⁶，也體現了政府在維護社會秩序上「穩定壓倒一切」的政策導向。這種立法傾向帶有明顯的法律工具主義的色彩。而且現行刑事法律仍保持了置國家利益於公民權利之上的傳統²⁷。此外，還表現出人權保障範圍及內容對象的不平衡，即在強調保障廣大公民和被害人的政治、經濟、和人身權利的同時，卻輕視了少數刑事相對人（犯罪嫌疑人、被告人、罪犯）的人權保障。

勞動教養制度、收容遣送制度與人身自由權

目前有關中國人權爭議最大的法律問題之一就是勞動教養制度和收容遣送制度。兩制度的最大的共同之處在於兩者都是限制甚至剝奪人身自由權的行政強制措施。勞動教養的法律依據源於1957年國務院公佈的「關於勞動教養問題的決定」，1979年12月國務院又公佈了補充規定，1980年又發佈了「國務院關於強制勞動和收容審查兩項措施統一於勞動教養的通知」，1982年12月公安部發佈「勞動教養試行辦法」詳細規定了勞動教養的實施細則。後來，為適應社會治安綜合治理的需要，政府先後在單行刑法中和行政法規、司法解釋及其有關規範性文件中將勞動教養的對象範圍擴大到禁毒、賣淫嫖娼、破壞鐵路運輸和反動會道門領域。隨後，有關部門又相繼頒布了幾個規範性的文件對其進行補充²⁸。收容遣送制度的法律依據則源於1982年國務院公佈的「城市流浪乞討人員收容遣送辦法」，同年8月，民政部和公安部又公佈了實施細則，但其本義並非懲罰而是社會救濟。不過在此之後，國務院1991年發佈「關於收容遣送工作改革問題的意見」將「三證」（身份證、暫住證、務工證）不全的流動人口納入遣送的對象。後來為加強城市治安管理，許多省市都頒布了地方性法規對該制度做了進一步的規定。目前這一制度主要針對「三無」人員，目的在於將他們遣返回原籍（戶口所在地）。

然而，這兩種制度在實踐中都體現出行政機關在立法和執法中對限制公民人身自由權的極大隨意性。比如說，勞動教養雖不是針對犯罪而實施的行政處罰，其實施的方式和程度與執行徒刑的勞動改造並無很大區別，甚至比刑法規定的諸如拘役、管制等刑罰還要嚴厲；而且有權決定勞教的機關並非法院通過司法程序裁決，而是各省、市、自治區及大城市的勞動教養管理委員會。收容遣送表面目的是為保護公民生存權實行社會救濟，但卻是通過限制人身自

由權的行政強制措施進行的。決定收容的機關是公安機關，進行遣送的機關是民政行政機關（北京例外），同樣不經過司法程序。而決定收容遣送的主要根據是戶口，沒有城市戶口的農村「三無」流動人口構成了主要遣送對象，這也是對公民遷徙自由的直接否定。到目前為止，各地各部門相關勞改、收容遣送的文件、地方性法規不斷出台，這兩種制度所適用的對象也隨之增多。不但法條規定模糊混亂、程序不清，而且呈現出只要為「治理」之所需，各色人等都有可能被納入勞教或收容遣送之列²⁹。這樣日趨擴張的行政羈押不僅因缺乏監督、規定不嚴謹而造成混亂，並且給予行政機關和人員極大的自由裁量權，造成嚴重侵犯公民權利的事件常有發生³⁰。

需要指出的是，從立法角度講，實際上這兩項行政強制措施所依據的法規、文件本身就是無效的。其一，「立法法」第8條5款、「行政處罰法」第9條2款，明確規定了限制人身自由的強制措施只能由法律設定，並將其排斥在「授權立法」的範圍之外（「立法法」第9條）；又比如「行政處罰法」第10條規定「行政法規可以設定除限制人身自由的行政處罰」。由此說勞教、收容遣送的相關法規、文件是屬於「越權立法」，根據「立法法」第87條、88條應予撤消。其二，「行政處罰法」第8條所規定的7種處罰實際上將這兩種強制措施排斥在行政處罰範圍之外³¹。有人認為可以將這兩者納入「行政處罰法」中的「其它行政處罰」之列，但這麼影響廣泛，懲罰嚴厲並且實踐已很久的強制措施（比如全國現共有勞教場所310個，幹警、職工10萬多人，收容勞教人員31萬人）竟會在列舉法所列出的警告、罰款等處罰措施之外而被納入「其它行政處罰」之中，如此不可思議的立法思維豈不荒唐？退一萬步說，即便承認這兩制度的存在有其必要性³²，也應該看到與人身自由權如此密切相關的制度一定要從立法角度加以合理化、合法化、規範化、具體化，何況許多中國法律學者已經在現存的法律框架內提出了各種替代或改革勞教制度的建議³³。

那麼究竟是甚麼原因使這些沒有法律淵源、問題多多的法規、文件一直存在並繼續著行政權力對公民權利的侵犯呢？一個重要的原因還是中國傳統立法觀念裏佔中心位置的「治民觀」和「控制論」。

行政法與國家權力在社會控制機制上的調整

中國傳統立法觀念中的「治民觀」「控制論」最主要體現在行政法及與其相關的社會控制管理法規上。在改革之前，中國的社會控制和社會約束主要是通過三種方式實現的，法律因素並不重要。一是行政手段的控制比如通過工作單位，城鄉差別的戶口制度；二是執政黨利用滲透性的黨組織網絡所施行的政治性的控制；三是意識形態的統一和約束作用³⁴。這三種控制因素在經濟改革的衝擊下和社會變動中明顯減弱。在市場經濟的情況下，政府在對社會的控制上不得不進行較大的政策調整，首先就表現在「黨政分開」和行政權力的重新定位，並開始大幅度退出生產、管理、流通等經濟領域。因此原有的政府強力滲入社會的控制元素在行政資源大量流失的情況下急劇削減。國家的全能性集權功能在經濟改革的過程中被大量剝離，導致非政府控制的民間社會的擴展。這是個雙方互動的此增彼降過程，就是說國家對社會調控能力的減弱不管是主動的還是被動的同時也就代表民間社會的擴張。而民間社會擴張則主要起始於非政治領域比如大眾文化、社會生活。這當然代表了公民文化權、社會權的進步，不過也是政府控制力被動削減或退出相關領域的結果。總的來說，這個過程首先表現出的是「政策優於法、多於法」的現象；之後因為對社會控制管理的需要，立法作為手段逐漸

進入政治過程。而行政立法變成有獨立意義的法制建設工程，一方面作為人大立法的補充，一方面具有了主體性的法律地位，這也就是為甚麼許多人批評這種「喧賓奪主」的二元立法制的問題³⁵。

在過去20多年的立法過程中，依據憲法89條規定的立法權限和「授權立法」，行政法已在現有法律中佔了主導地位（60%）。此外國務院頒布了800多部行政法規，各地方現行有效的5000多種法規中，有關行政管理的也佔相當大的比例³⁶。儘管行政法規在中國的法律體系構成中低於法律，但現在行政立法有壓倒人大立法的趨勢，由於其涉及面廣，社會影響大，幾乎包涵了公民權利的方方面面，在人權保障上舉足輕重。這一龐大的行政法體系不但要求政府依法行政，而且由於行訴、行政處罰法、治安管理處罰條例和國家賠償法的制定為公民權利受到公共權力侵害時提供了司法救濟，從此開始了公民為維權而「民告官」的歷史，對中國社會「權力本位」的傳統是一大衝擊。不過行政法在權利保障上也有很多問題。比如說，立法方式具有明顯的部門利益和局部利益優先的傾向，相關法條間衝突不斷，爭奪權力（許可權、審查權、處罰權等），推諉責任，職權與責任不一致，從實體到程序上多考慮利於管理，而少考慮民意和公民權利，這從大量的「管理條例」中可見一斑。立法過程遠離民意，「黑箱作業」為主，少有程序正義的意識，大量政府相關信息不公開，侵犯了公民的知情權，也為行政權的濫用提供了機會。同時，「管理重於服務」、「控制大於保障」的立法思想使公民的權利難以落實，為執行法律或上位法而制定相關行政法往往因立法思維變成了限制公民權利的行為，比如各地制定實施集會遊行示威的辦法及政府規章。行政相對人的司法救濟程序的相關法律也存在著明顯的缺陷，受案範圍窄，訴訟成本高，追訴時效短，賠償不合理，以及執行無落實程序等因素使公民想通過訴訟保障權利困難重重³⁷。

在此情況下，中國的全能性政府的社會主導地位從政策化轉為法律化，其控制能力在調整中有所削弱。但在某些執政者認為非常關鍵的領域，政府並沒有大規模撤消其控制，反而是通過行政立法加強管理，比如在新聞宣傳出版等領域和社會團體組織的問題上，其表現就是相關立法的管制趨向或嚴重滯後，像「新聞法」就遲遲不能出台。人們可以看到一個有趣的矛盾現象，就是一方面在立法和法規制定上承認社會上多元利益的出現，因而對國家的行政權力重新定位，實際上是不得不接受其社會控制力削弱的事實；另一方面則以保護國家、社會整體利益為由，繼續在某些關鍵領域堅持其絕對控制權力。比如對任何跨行業、跨地區的社會組織及其活動，無論是甚麼性質的，政府都會運用各種可能的法律手段盡力制止其發展。而在某些新出現的領域，政府的本能也是先試圖控制，如果效果不佳再進行調整。總之政府對新的具有挑戰性的社會行為的第一反應是基於慣性的控制，其控制方式以行政立法為主，以政策為輔。比如對日益活躍的互聯網的一系列行政法規都帶有濃厚的控制、限制的管理色彩，特別是在互聯網新聞業務管理上，強調的全是管理措施和行政處罰，既無主管部門的職責和違反責任的規定更無關於相對人的權利和行政救濟的條款³⁸。總之在行政立法方面，對社會上新的領域、新的現象的法律應對上或是首先實施可能的限制措施，或是相關立法上表現出嚴重滯後的傾向。

當然，在一些領域裏國家行政權力的調整退讓在人權保障方面有正面效果，其中之一就是戶口制度。就像我們上面分析過的，從基本人權的角度說，戶口制度把對農村居民的歧視制度化，實際上為一種隔離制度。其結果是在中國社會裏造成了一個「二元社會結構」，在此基礎上把憲法所承諾的全民所有制變為實際上的城市市民所有制³⁹，不只是一種對農村人口通過國家行政控制執行的權利剝奪，而且在原則上違背了中國憲法所規定的公民平等權利條

款。現在隨著市場經濟的發展、外資的大量進入，上百萬乃至千萬的農民工湧入城市，從根本上重建了中國的勞動力市場，直接挑戰了建立在城鄉隔離的行政規定上的二元社會結構。政府在行政措施上的調整是逐漸放寬戶口限制，2001年底廣東省率先取消了城鄉戶口差別，代表了從地方到中央的政策調整⁴⁰。雖是被動的承認現實，但顯然朝向了推進公民平等權的方向進步。從立法方面說，已經有人大代表在全國人大提出議案將公民「遷徙自由權」重新納入憲法⁴¹。總之，雖然政府對社會的控制力仍然彌漫著滲透性，但法律框架提供的公民權利的保障因素已逐漸深入民間社會，其發展趨勢是走向民眾覺醒「權利的時代」，同時伴隨著政府控制社會的行政能力的逐漸弱化。

如何評價與人權相關的國家立法行為？

通過以上的討論，如何評價中國與人權相關的立法行為呢？必須指出，立法的成果只是一個法律框架的建立，並不等於相關人權就得到了保障。但有了這個框架就有了權利保障的基礎標準，而且是現存法律體系承認的標準，對中國人權政策的評判以此法律框架為標準也許更能有的放矢。

自1979年起構建法制到現在，中國立法方面基本建構了相對完整的法律框架，與此同時公民的法律意識、維權意識以及法學研究的發展也都取得了進步。我們知道，國家政權在人權保障上實際上有一種「雙重人格」：既是人權抵抗鬥爭的對象又是推動人權保障的工具。如果借用自由主義大師柏林（Isaiah Berlin）的「消極自由」和「積極自由」的概念，有些人權是通過限制國家政治權力（比如反歧視、反酷刑、人的生命安全不受侵犯）來實現的，但也有些人權要靠積極的國家政權的干預政策（比如社會財富再分配以推動經濟平等權）來實現的；換句話說，有的是限制國家的作為，而有的是要求國家「主動作為」。用這個雙重人格來理解中國人權相關立法的情況，中國全面展開的法制建設包括了推動人權保障的主動行為，在保障公民生存權、發展權、經濟權、文化權上都有進步，但在限制國家「作為」方面缺失明顯，對限制自己權力的立法不積極。這裏國家不是一個抽象的概念，而是已經形成即得利益和權力基礎的統治集團。不過隨著市場經濟和社會主體多元化的形成，民間社會要求權利保障的呼聲，已不是政府能按自己的利益和構想隨心所欲「管理和調整」了。政府的立法行為就是在此背景上中國社會人權狀況變化一個重要指標。

現在中國已初步建成了以憲法為核心、多位階、多部門的法律體系，這為人權保障提供了法律依據。然而，從整個法律體系來看，立法成績與立法缺失同樣明顯，人權保障的法律框架仍不夠完整。在與人權保障相關的諸立法中就有前述的許多問題，究其原因主要有以下幾點：首先，憲法本身先天不足。中國是成文法系的國家，憲法本應具有至高無上的法律地位，並體現著保護權利，限制和規範權力的精神。然而中國憲法在權利保障範圍的不足和限制，以及實用主義立法導向，使憲法難以樹立起真正的權威。

其次，「有公民自由權利的清單但缺乏充分保障的條款」⁴²。有些憲法所保障的人權沒有在下位法中認真對待得到有效的支持所以難以落實。比如公民的言論、出版、結社等政治權利沒有基本法律和相關立法具體實現（新聞法、結社法、政黨法等），而只有更低位階的行政法規和規章的簡單規定，而這兩類不同法的立法方式使之更多具有「管制大於保障」的特點⁴³。

再有立法本身的問題，由於「立法法」出台較晚（2000年7月1日生效），20年來的立法過程

中，立法主體、立法權限、立法程序界定不清，整個立法體系不可避免的存在立法衝突、立法重覆，甚至立法真空的質量問題⁴⁴。而且「立法法」本身也存在著「良性違憲」的情況⁴⁵。由於立法質量中存在的各種問題，便產生了人權的法律保障作用因立法衝突而減弱甚至抵銷的可能。

最後，因「政策是法律的靈魂」，所以「通過立法程序把集中體現人民共同意志和根本利益的黨的路線、方針、政策變成法律法規，成為國家意志，作為全社會必須普遍遵循的活動規範和行為準則」，以上聲明反映出立法成了國家意志，也就是黨的意志的表現方式。儘管早已提出「黨政分開」，卻並沒有要求黨同立法職能與司法職能分開，凡重大事項，往往是由各級黨委審議後再以提案方式交由人大或常委會依立法程序制訂法律的。而且，立法機關每年的立法計劃和五年立法規劃主要也是依據上級、同級黨委的工作計劃和規劃，常常無暇顧及民間和法學界呼聲很高的有關人權保障的立法要求⁴⁶。以上這些法律建構上的問題很多來自中國現階段立法指導的主流意識的影響，其對權利保障的影響是比較複雜的，有的不乏正面作用，有的則成了權利保障的阻礙⁴⁷。

目前在中國現行立法中的一個趨勢是：無論是立法宗旨還是立法內容都是在主動向西方法律體系為代表的國際標準接近，儘管在法律的實際應用上這些新的立法內容並不一定能完全體現出來。比如中國的行政訴訟制的開始（1989年）就是借鑒外國經驗的產物，而國家賠償制、聽證制、罪刑法定原則等的建立也明顯是受了外來影響⁴⁸。除此之外，在整個立法領域，中國加入世貿組織後的大量新的立法、廢法、修法、法規調整的口號，就是「接軌」，實際上也也就是一種有明確目的性的趨同的行為；或者說是一種有意的「制度模仿」行為，在經濟立法的領域尤為明顯，當然也表現在人權相關的立法領域。

在整個立法方面都呈現出向國際標準趨同的情況下，不同領域裏這種趨同行為有不同的原因和推力。有的是以先進的立法宗旨和法學界人士的呼籲為主要動因，但有的主要是由於市場經濟的需求和多元社會的壓力造成的。立法有主動被動之分，但更多的權利保障因素進入立法的基本方向和最終結果是一致的。這種人權立法上的趨同行為是可以有人權理論解釋的。比如說，在人權的普世觀和文化相對主義的對立中，有一種相同的內在邏輯，那就是兩者都把人權觀看作是內在靜止的、單一維面的東西⁴⁹。而普世人權說的另一中心觀點則認為人權的普世性實際上表現在人類社會在人權觀上的「趨同」（convergence）情況，可稱為「趨同」派⁵⁰。從中國近年來的立法行為看，中國的人權情況反映了「趨同」的發展方向。特別是當中國加入世貿組織後大量與市場經濟相關的廢法、修法、和立法的工作都不得不以西方主導的國際經濟法律標準為參照物「接軌」。相關立法上的「接軌」實際上是國家政權內部的功能重新定位，進一步在實現「權利限制權力」和權力分立制約的憲政主義的原則上給政府施加壓力。這就更催生了憲政產生的背景，統治者已認識到如果不成為國際社會的一部分就不可能進步，整個社會在此觀念影響下都在進行這種「接軌」的推動，「入貿」現在好像成了中國法律、法規、政策調整的第一推動力。不過人們應注意到在中國立法上「接軌」、「趨同」的發展是一種單向的趨向西方標準的而非雙向的走向共同立場的趨同。

基於以上分析，就現在中國立法所建立的法律框架看，憲法本身及修憲行為在權利保障方面有進步，但是人權保障範圍不足，限制條款、矛盾條款較多，而且未能反映憲政主義的整體精神，缺乏對政府權力的制約，憲法仍缺乏權威性；部門法中，權利保障因素明顯加強，但「沒有救濟就沒有權利」的原則沒有完全落實，刑法、刑訴法在涉及人身自由權等方面、司

法救濟、刑法國際化通例化等方面有正面變化，但「重刑輕民」「亂世重典」的傳統仍強烈，而且人權保障不平衡，刑事相對人的保障尤其稀少；行政法中一方面政府的社會控制功能減弱，鼓勵了多元社會和公民自主權發展，另一方面行政權力缺乏監督和制約，保守的行政控制、管理法傳統繼續佔主導地位，又抑制了公民社會的發展。最後，比較重要的發展是中國人權相關立法在種種矛盾現象中表現出了與國際人權準則「趨同」「接軌」的趨勢。總之，這個法律框架提供了一個帶有中國法律傳統特色的權利保障的基礎，進步和缺點同樣明顯。

那麼，從以上對相關立法的分析中，我們如何認識中國的人權狀況呢？我們知道，中國政府宣傳的人權政策的基本原則主要有以下幾個方面，強調生存權、發展權的首要性；強調國家主權在保障人權上的重要性；強調社會集體利益、國家整體利益高於個人利益；強調權利和義務的統一。通過我們以上對人權相關立法的分析，可以看到總的立法宗旨基本體現了中國所強調的這幾個原則。不過也就是因為如此，立法所反映出的人權政策有一些問題，這也是中國和西方在人權問題上的分歧所在。比如，中國政府強調的生存權、發展權確實是發展中國家人權的起碼的標準。在中國這樣的發展中國家有限的物質條件下，政府需要創造條件保證實現公民這方面的權利，其中包括加強政府的發育和管理市場經濟的能力。從中國政府近幾年推動經濟高速發展的成績看，中國人的生存權、發展權有很大的改善。不過目前中國政府在人權政策的宣傳上一直有一種負面偏向，那就是實際上是把生存權、發展權與政治權、公民權對立起來了，好像為了保障生存權、發展權就一定要犧牲政治權和公民權，其實沒有實例證明這個兩者的背離關係。有國際人權學者一針見血的指出，如果人為的把生存權與政治權、公民權作非此既彼的選擇，那為了起碼的生存當然人們會選擇犧牲後者為代價，但把人權的標準和尊嚴降到僅僅保證生存的水平是對人權的一種褻瀆⁵¹。

如我們所分析的，從立法角度看，在政治權、公民權的領域，對人權保障的種種限制仍很明顯；而就權利義務的關係而言，傳統的義務大於權利的法律觀念仍佔主導地位。總之，就憲政主義的保障人權和權力分立兩原則來說，在中國相關立法中，前一原則方面進步比較明顯，而後一原則方面的進步就很有限。其主要原因之一在於政府對只有保持其綜合統治能力才能促進經濟增長和社會進步（生存權、經濟權、發展權）的觀念有一種極端的固執，有一種傳統的中國執政者對集權代表的統治力量的迷信傾向，由此在立法上人權保障的進步（特別是在政治權、公民權上）不能危害到國家的統治能力（國家主權、集體權）。當然這方面一是源於中國法律傳統的影響，二是政府統治行為的慣性使然。

許多中國法律學者不僅主張從法律角度推進人權保障的發展，而且強調建立一個以公民權利為核心的憲政法律體系是中國法律重建的中心任務，因此他們定義當今時代為「走向權利的時代」⁵²。他們提議首先要在憲法層次改革，去除或至少大幅度減輕那些影響公民權利發展的抑制因素⁵³，同時並認為重要的是要在憲法層次起建立完善對政權龐大的權力系統的監督機制⁵⁴。不過憲政主義的成功與否最後還是要取決於社會公眾對憲政主義原則的接受程度，立法本身不能自動產生公眾認同。法律權威的基礎是社會文化傳統對其原則的接受，或者說法律的正義性只有在其與佔主導地位的道德觀念相符的情況下才會被社會認可。值得注意的是，在中國立法一向反映出政府對主導的社會道德現象的兩種態度：「認可」或「引導」；以前主要是後者而現在主要是前者。在中國的現實情況下，更廣泛的人權保障能集合足夠的社會壓力讓政府「認可」在權利保障上的社會要求，從而不僅在權利保障而且在權力分立、制衡、監督方向作出朝向憲政主義的根本變革。換句話說，廣泛的人權保障是限制、監督政府權力、促成權力分立的基本條件；反過來也只有政府的權力在尊重人權原則之上運行，人

權保障才具備更有利的條件。這就是為甚麼有學者指出，依法治國的核心是依人權準則治國，國家的權力和法律權力只有在符合人權準則時才具有合法性和權威性。憲法的指導思想應當是普遍人權論和法治國家論為基礎內容的新國家哲學，應當全面體現保障人權的新時代精神⁵⁵。不過在這方面政府在人權保障的立法層面所能主動做的已受到了抑制因素的嚴重制約而到了一個瓶頸，進一步的突破至少有兩個可能的方向：一是要在憲政建設的重新界定權力和限制權力上，其實就是立法的合法性上有所突破；另一方向就是把權利從「法律權利」的觀念中徹底解脫出來，實際上涉及法律傳統的轉型。這又與中國的「義務本位」的法律傳統，國家中心的政治觀念，道德中心的文化道統有關⁵⁶。從中國現行法律看，這個法律現代性的轉型在1949年以後多年的沉寂後終於再次啟動但其任務遠未完成。

然而這兩個突破都難度很大，短期內無法完成。我們的看法是應讓現存的人權相關立法完善化，儘管有很多問題，至少應讓其真正成為權利保障的一個「制度主體」，而不僅是政府意志的傳遞。這裏借用制度主義的一個觀點：當人為建立的一個制度形成了自己的主體時，原創者的設計功能就會退位，這個制度主體就能逐漸產生出自己獨立的功能。當中國立法產生的權利保障的法律框架變成一個制度主體而且為中國現在的社會環境所接受，權利保障的法律基礎就能提供各種可能來完成人權保障，而統治者政治意志在立法過程中曾起過的主導作用就會被逐漸替代。當然這個法律框架的制度主體能夠成立的一個重要標志是真正的「司法獨立」，在目前的條件下絕非易事⁵⁷。總之，我們並不主張「立法至上」，但問題在於不能因為憲政主義不完整，立法合法性、正義性的缺失，和中國法律傳統本身對權利看法的錯位而忽視或否定了現行立法作為一種有效而且「合法」行為的含義和巨大的潛在影響。用句直接的表達，就是先把現行法律框架盡量完善，將其提供的權利保障功能最大可能的發掘出來。這是完全可能的，因為許多人權保障的問題是可以在現行法律框架內得到解決的（比如勞動教養問題、戶口問題，比如罷工自由、遷徙自由重新進入憲法）。這也許勝過於推倒重建一個新的現代法律體系。從這個角度說，人權保障的堅決不一定就表現為立法態度的激進，對現存法律框架的一種保守處理也許更能直接推動權利保障的事業。

結 束 語

我們最後還要回到中國和西方對中國人權狀況的分歧上來。其中一個根本原因就是西方對人權的看法是強調其普世性的，基於「自然法」的，先於政治制度的本質；而中國的傳統看法恰恰相反，認為人權是政治制度給予的，是有條件的，與義務相依賴的。權利的本質和來源不同，所以對違反人權的判斷、改善的途徑、推動保障的前提、國家政權的責任等理解也就不同。西方認為政府和政府行為是危害人權的主要責任人；而中國則強調政府在推進保障人權上的主要行動人的功能。其實兩者都有一定道理，因為國家就是有這樣的雙重人格。

從這裏也就引出一個非常重要的觀察視角問題：我們當然不能僅從中國政府政策宣傳的角度來觀察評判中國的人權狀況；但也不能僅從西方人權組織對政治犯情況的呼籲來看待中國人權狀況。也許更有意義的是從民間社會的角度來觀察中國人權情況。比如從活躍的法學討論、吸引公眾注意的新聞媒介大量有關人權案件的報道中我們能體會到中國社會在人權問題上的發展變化⁵⁸。在我們完成本文的過程中，就明顯感到有關人權保障的社會進步相當豐富地體現在中國法學討論的領域。大量獨立性、批評性、針對性的研究分析表明就中國法學研究來講已上升到了對人權保障非常重視的高度。而輿論界和法學專家的意見在中國立法中也已越來越起到重要作用。總之對中國人權的評價最好是在中國的具體環境下才能有最有效的

表達。這個環境就包括我們討論的現存的法律框架，無論它有多少問題，這個法律框架提供了權利保障的法律基礎。我們再一次重覆在引言中用過的話，就是一個空洞、虛偽的承諾也可以變成一代人的追求人權保障的信條。從這個意義上說，這個法律框架也許能給人們一個起點的希望，那就是「走向權利的時代」將真正成為中國的現實。

註釋

- 1 簡單來說，中國與西方的分歧主要集中在以下幾點：人權標準的普世性與特殊性；人權與主權的關係；不同領域、層次的人權之間的關係。有關中國人權爭論的英文文獻，參見Joanne R. Bauer and Daniel A. Bell eds., *The East Asian Challenge for Human Rights* (New York: Cambridge University Press, 1999); Michael C. Davis ed., *Human Rights and Chinese Values: Legal, Philosophical and Political Perspectives* (New York: Oxford University Press, 1995). 請注意我們在這裏用「西方」和「中國」都只是一般意義上的，因為實際上西方對人權的看法（比如政府、民間組織、學術界）也不是完全一致的，中國官方與學術界對人權的觀點亦不盡相同。
- 2 見 趙啟正談中國人權，新華網（www.sina.com.cn），2002年2月10日。
- 3 比如說一般人都承認從整體來說鄧小平時期的人權狀況好於毛澤東時期。值得指出的是：主要因為冷戰的影響和國際戰略的需要，西方特別是美國對毛澤東時期中國人權的批評卻大大少於同時期對蘇聯人權的批評也少於對鄧小平時期中國人權的批評。在90年代以來國際社會對人權問題的日益增長的干涉主義的趨勢中，西方國家對中國的人權卻顯示出更多的對話姿態、更小心對待譴責抗議行動，這一方面與中國日漸增強的經濟實力和市場吸引力有關，另一方面也反映了1989年六四事件以來西方國家對中國人權的政策調整。
- 4 有關中國立法的合法性問題，參見陳端洪：立法的民主合法性與立法至上——中國立法批評，原載《中外法學》，1998年6期，59-69頁。需要聲明的是本文的討論受陳端洪文章的啟發甚多。
- 5 這個重要觀點來自Richard Bilder: "One generation's hypocrisy may be the next generation's fighting creed... To have planted the human rights ideas in fertile soil throughout the world may ultimately prove a sufficient achievement of present international activity."轉引自China Rights Forum 1999, Spring, Human Rights in China (www.hric.org)。
- 6 參見陳端洪文，1998。
- 7 比如于浩成認為中國1949年以後的4部憲法均未脫出前蘇聯憲法窠臼，主要問題有7個：1、黨政不分，以黨代政，黨治而非法治；2、無產階級專政；3、馬列主義法律觀，權利並非人民固有的而是國家給予的；4、否定三權分立的原則，實際上是中央集權制；5、有公民自由權利的清單但缺乏充分保障的條款；6、司法不獨立；7、缺乏司法審查制度。于浩成：中國憲政改革的前景，《當代中國研究》（美國），1997年1期，107-117頁。
- 8 1988年修憲承認私營經濟是公有制經濟的補充和土地使用權轉讓；1993年修憲增加社會主義市場經濟條款，並改國營經濟為國有經濟等為進一步市場經濟立法出根據；1999年修憲增加「依法治國」，承認私營經濟、個體經濟等多種所有制經濟的法律地位，及改反革命罪為危害國家安全罪。
- 9 季衛東：中國憲法改革的途徑與財產權問題，《當代中國研究》，1999年3期，26-27；30-31頁。
- 10 中國著名法學家龔祥瑞認為憲政要求政府要根據憲法授權和設立的規則標準來規範社會行為，但中國憲政的問題在於三個重要理念的缺失：一是理性相對主義而非絕對主義；二是民主多元主義；三是界定政府的權力和責任。龔祥瑞：走人類共同的憲政民主道路，《當代中國研究》，1997年1期，95-106頁。有關中國現存法律框架內的各種權利，筆名諸葛慕群的學者

- (們)所做的研究提供了全面的分析。參見諸葛慕群：《中國老百姓的權利》(香港：明鏡出版社，1999)。
- 11 有關國際人權公約所包括的主要權利，參見夏勇： 權利發展說 ，《當代中國研究》，1996年4期，62頁。
 - 12 徐友漁： 關於修改憲法的幾個問題 ，《憲法論文集·續編》(北京：群眾出版社，1982)，14頁。
 - 13 在2001年10月27日全國人大常委會通過的 工會法 修正案中，雖然在第6條肯定了維護職工合法權益是工會的基本職責，卻仍不見「罷工自由」的字眼。當然也有人認為，既然中國在簽署「經濟、社會、文化國際人權公約」時未對罷工自由提出保留條款，因此該法27條之「停工」應視為對罷工自由的默認。參見明報(香港)，2001年10月1日。
 - 14 比如憲法性文件 選舉法 16條規定，「全國人大代表的名額，由全國人大常委會按農村每一代表所代表的人口數四倍於城市每一代表所代表的人口數的原則分配」，在「地方各級人大選舉法」中也有類似的規定。這就是說，因為是農村人口，選舉人大代表的權利只有城市人口的四分之一或五分之一，這顯然與憲法的平等權利相悖。
 - 15 有中國法律學者直率指出，憲法序言中提到的總的指導思想「四項基本原則」作為某個政黨對其成員的要求可以理解，但將其作為全體公民必須遵循的行為準則是有悖於國際人權公約的基本精神的。杜鋼建： 依人權準則治國與新國家哲學，國際人權公約與中國憲法的修改 ，《正義網》(www.jcrb.com/ournews/asp/readNews.asp?id=2326L)。季衛東也指出，1982憲法中的一大矛盾就是一方面憲法明言共產黨不能有超出憲法與法律之外的特權，但另一方面又在前言中強調超出憲法精神的四項基本原則(季衛東，1999)。
 - 16 西方人權學者對此已有分析，參見R. Randle Edwards, Louis Henkin and Andrew J. Nathan, *Human Rights in Contemporary China* (New York: Columbia University Press, 1986)。
 - 17 有關新刑法典的意義，參見高銘喧： 20年來我國刑事立法的回顧與展望 ，《中國法學》，1998年6期。
 - 18 值得注意的是，有法學家指出，這三條原則是自從 大清新刑律 ，到中華民國時代的刑典，再到中國現行的九七刑法典裏貫徹其中的。只有1949年以後的「以革命的名義否定現代性」的時期這三條原則曾被放棄。袁偉時： 刑法的變遷與20世紀中國文化的若干問題 ，載於www.confucius2000.com/poetry/xfbqy20wh.htm。
 - 19 刑法中的「煽動罪」、「顛覆國家政權罪」、「危害國家安全罪」是主要用來替代過去的「反革命罪」的，罪名仍是非常嚴重的。
 - 20 注意對刑訴第二條是否意味「無罪推定」的原則是有爭議的，參見陳光中： 聯合國「公民權利與政治權利國際公約」與中國刑事訴訟 ，《法制與社會發展》(長春)，1999年5期，轉引自《天涯法網》(www.jc.gov.cn/personal/ysxs/fnsx3/fnsx2934.htm)。
 - 21 比如如何處死刑的犯罪由原來1979年刑法規定的28種增加到60種左右，其中特別包括相當一部分經濟犯罪可處死刑的條款，這在一般現代刑法中是少見的。當然此舉被解釋為主要是針對中國目前日漸嚴重的貪污腐敗現象，有其針對性。
 - 22 參見趙秉志、肖中華： 死刑的限制與擴張之爭 ，《法學》，1998年10期。
 - 23 比如，公民的辯護權主要是通過辯護律師參與辯護的權利之實現而實現的。刑訴法雖然規定了律師可以提前介入以提供法律諮詢、代理申訴控告(96條)，但又規定了律師調查取證須通過檢察院或法院的許可，甚至還要被害人或其家屬、被害人提供的證人等各方面的同意才能進行(37條)。相對於國家司法機關有權向有關單位和個人調查情況，收集證據而言(45條)，律師與司法機關的調查取證權明顯不對等。同時，刑訴法(34條)和 律師法 第六章雖然提供了法律援助制度，但是在缺乏相應人力和財政制度保障的情況下片面強調律師的義務，是難以保證公民辯護權的質量的。參見陳光中，1999年。
 - 24 就是說被拘留人或被逮捕者在期間或期後均基本上被剝奪了訴訟的權利。比如檢察院擁有批捕

權，公安機關具有拘留決定權，而被逮捕者、被拘留者在期間卻無法因人身自由受到侵犯而訴諸法院。儘管刑訴同時也規定了「發現決定錯誤，立即糾正釋放」的條款，但強調的是司法機關的自行糾正。就是事後公民也只能通過非訴訟程序對其錯拘錯捕錯判而要求國家刑事賠償。據中國新聞媒介報道，已經有相當多的公民要求賠償的案例，可見該條款在人權保障實踐中的需求。

- 25 比如1954憲法曾規定「人民法院獨立審判只服從法律」，而現行憲法則規定「人民法院依照法律獨立行使審判權，不受行政機關、社會團體和個人的干預」。相比於1954憲法的黨和國家權力機關不能干預法院審判的含義，現行憲法條文雖更細其實卻是一種倒退。另外中國刑事訴訟具體運作時規定的公、檢、法機關互相配合、互相制約的平等制約關係也使得審判至上為前提的司法獨立無法貫徹。參見陳光中、陳海光：《中國刑訟制度的進一步完善》，《天涯法網》（www.tyfw.net.oldtyfw/ssfx/rq/rq0049.htm）；王培中：《試論我國現行刑事訴訟制度與聯合國「公民權利及政治權利國際盟約」等的差距》，參見www.jc.gov.cn/personal/ysxs/fnsx3/fnsx2003.htm
- 26 張晉藩：《中國法律的傳統與近代轉型》（北京：法律出版社，1997），429-430頁。
- 27 比如刑法對人權保障的條款放在分則的第四章，而不是與憲法「公民的權利和義務」對應的第一章，參見趙秉志、謝望原：《刑法改革與人權保障》，《正義網》（www.jcrb.com/ournews/asp/readNews.asp?id=23057）。
- 28 劉仁文：《勞動教養制度及其改革》，《檢察日報》、《正義網》（www.jcrb.com.cn/ournews/asp/readnews.asp?id=21335），2001年1月28日。
- 29 劉仁文，2001。
- 30 比如據《南方都市報》2001年10月25日報道，「19歲少女劉荷在深圳保安區收容站被冒領險遭強暴」。
- 31 《行政處罰法》中所列的處罰措施包括：警告、罰款、沒收違反所得、沒收非法財務、責令停產停業、暫扣或吊銷許可證、暫扣或吊銷執照、行政拘留、法律、法規規定的其它行政處罰。
- 32 其實刑法的個別條款中（17條5款）以及單行刑法中關於「黃、賭、毒」的規定中已有可以實行勞教的規定。
- 33 劉仁文，2001。
- 34 顧培東：《中國法制建設若干問題散論》，《中國研究》（東京），1996年5月號，14頁。
- 35 參見陳端洪，1998。
- 36 《紫荊雜誌》網絡版（www.zijing.com.cn/200109/gb/09.02.htm），本刊特稿。
- 37 就現實狀況看，行政訴訟對原告來說仍然很難，在《行政訴訟法》施行後的12年中的70餘萬件行政案件中，三分之二是沒有經過實體審理和判決，以原告撤回起訴、法院駁回起訴方式了結的，其中原告撤訴有時高達57%，法院判決原告勝訴的案件比例不到20%。參見應松年：《修改行政訴訟法勢在必行》，參見www.procedurallaw.com.cn/newdoc/newdoc_56.asp。
- 38 宋華琳：《互聯網信息政府管制制度的初步研究》，《中國檢察報》，《正義網》（www.jcrb.com.cn）。
- 39 俞德鵬：《農民負擔問題的社會和法律分析》，《二十一世紀》（香港中文大學·中國文化研究所），2001年2月號，132-134頁。
- 40 據人民日報海外版2002年2月26日關於「中國繼續放寬戶口遷移限制」的報道，現政策是以「合法固定的住所，穩定的職業或生活來源為基本的落戶條件」，剝離了附在原戶口政策上的不合理的規定。
- 41 比如廣東籍人大代表陳麗妮最近提出將公民遷徙自由權納入憲法修正案，見《法制日報》（www.legaldaily.com.cn），2002年4月8日。
- 42 于浩成，1997。

- 43 比如儘管憲法提供了公民廣泛的權利如言論、結社、宗教信仰自由，但《工會法》中就沒有允許工人成立獨立於中華全國總工會以外的工會的條款（事實上，中國簽署並立法批准《經濟、社會、文化國際人權公約》還附加了相關的保留規定）；宗教活動中不允許外國人在中國境內建立宗教組織和發展信徒（《中國境內外國人宗教管理活動規定》）；而《社會團體登記管理條例》第13條2款排除了中國公民成立獨立於八大民主黨派之外的政黨之可能，也否認了成立獨立於官方認可的組織相同類社團的可能。此外，與公民生存權和發展權密切相關的《社會保障法》，（《物權法》）等仍在等待中。
- 44 參見陳端洪對「立法至上」的現象的批評（陳端洪，1998）。
- 45 周阿求：《我國立法法良性違憲嫌疑現象淺析》，《人大研究》（www.rdyj.com.cn/2000/rdgk-10-11.htm）。比如「立法法」第8條模糊了全國人大及其常委會的立法權限，將憲法62條中的應獨屬於全國人大的某些重要的立法權規定為共有，擴大了常委會的立法權。實踐中，地方各級人大及其常委會的權限不分更為突出，因此特別在67條中注明「規定本行政區域特別重大事項的地方性法規，應當由人民代表大會通過」。
- 46 需要指出的是：西方議會制度中執政黨團在議會立法中也起主導作用，但因為其政黨制度及掌權的民主程序與中國不同因此不能相提並論。
- 47 陳端洪總結中國立法主流意識包括工具建構主義、精英決定主義、實驗主義、經濟中心主義，這些均在立法形成的法律框架上有所反映，參見陳端洪，1998。
- 48 參見沈宗靈：《當代中國借鑒外國法律的實例》（上）（下），《中國法學》，1997年5-6期。
- 49 比如說，對持文化相對主義的人來說，因為人們是先天沒有選擇的生活在不同的文化傳統中的，關於人的權利的觀念也無不在不同文化對個人與集體、個人與社會、個人與國家的道德觀念的影響和節制之下，所以這種文化差別造成的人權觀上的相對性是永遠客觀存在的。而另外一面，強調人權普世性的「原教旨主義派」則認為普世人權的根源就來自於人的本性，這種本性是超驗的、超越歷史的、超越國家超越政治的，比如人生來就是平等的、獨立的、自由的。這種觀點其實與以上文化相對主義的內在邏輯相似，都有其致命的弱點。參見Eliza Lee, "Human Rights and Non-Western Values," in Michael C. Davis ed., 1995, p.76.
- 50 Joseph Chan, "A Confucian Perspective on Human Rights for Contemporary China," in Joanne R. Bauer and Daniel A. Bell eds., 1999, p.212.
- 51 Yash Ghai, "Rights, Social Justice, and Globalization in East Asia," in Joanne R. Bauer and Daniel A. Bell eds., 1999, p.259.
- 52 比如夏勇主編：《走向權利的時代：中國公民權利發展研究》（北京：中國政法大學出版社，1995）。
- 53 比如他們認為在中國影響公民權利發展的抑制因素主要有四條：（1）「社會主義的主張集體權利為核心以至壓倒並替代個人權利」；（2）「政權權威空前強化，儼然成為社會正義的化身」；（3）「由長期的社會動亂與戰爭所導致的對基本的生活秩序的需求從另一側面強化了政治權威，並遏制了個人權利與自由的享有」；（4）「謀求社會正義無需通過法律，法律本身亦難於進入社會生活」。夏勇，1996年，73-75頁。
- 54 江平：《國家與社會關係的轉變-論中國當今法律觀念之變化》，《當代中國研究》，1996年4期，10頁。
- 55 杜鋼建：《依人權準則治國與新國家哲學、國際人權公約與中國憲法修改》，《正義網》（www.jcrb.com/ournews/asp/readnews.asp?id=23261）。
- 56 據張晉藩的研究，自中國近代法律轉型開始，由「專制神聖」到「君憲、共和思想」，由「以人治國」到「以法治國」，由「義務本位」到「權利追求」，由「司法與行政不分」到「司法獨立」，由「以刑為主」到「諸法並重」，中國傳統法的觀念已經在轉變中。張晉藩：《中國法律的傳統與近代轉型》（北京：法律出版社，1997），特別是第二部分：「中國法律的近代轉型」。
- 57 這是個很關鍵的問題，但本文篇幅有限不能展開討論。

58 比如由經濟日報出版社（北京）出版的《權利的缺陷：中國司法極待解決的問題》（王進、林波著，2001年）以大量新聞媒介所刊登的實例來介紹如何在中國現行法律結構內保障和實現個人權利，參見《北京青年報》，2001年5月22日。

朱毓朝 政治學博士，現任教於加拿大里賈那大學政治系。

吳江梅 法學碩士，任教於雲南昆明師範高等專科學校，現為加拿大里賈那大學政治系訪問學者。

《二 一世紀》(<http://www.cuhk.edu.hk/ics/21c>) 《二 一世紀》網絡版第三期 2002年6月29日

© 香港中文大學

本文於《二 一世紀》網絡版第三期（2002年6月29日）首發，如欲轉載、翻譯或收輯本文文字或圖片，必須聯絡作者獲得許可。