

Judicial Protection to Human Rights and Civil Rights —On "Human Rights' Entry into the Constitution" in the Amendment of the Constitution

CHEN Yun-sheng

(Law Institute of China Social Science Academy, Beijing 100720)

[Abstract] The thesis points out the meaning of "human rights' entry into the Constitution" in China. It thinks the more important is to supply available institutes and processes in the level of concrete systems to the protection and realization of human rights, looking forward to the judicial protection to human rights.

[Key words] human rights; civil rights; human rights' entry into the Constitution; judicial protection

人权与公民权的司法保护 ——从宪法修正案中的“人权入宪”谈起

陈云生

(中国社会科学院法学院, 北京 100720)

[摘要] 文章指出了我国“人权入宪”的意义, 但认为: 更为重要的是国家应在具体制度层面为人权保护和实现人权提供可以行动的机构和程序, 并对中国人权的司法保护前景给予热切的展望。

[关键词] 人权; 公民权; “人权入宪”司法保护

[中图分类号] DF2 [文献标识码] A

[文章编号] 1008-8628(2005)01-0003-06

记者: 首先, 请您谈谈人权与公民权, 或宪法上的基本权利的关系问题, 您是否认为当前社会上对这种关系的理解和处理有些需要关注和调理的方面?

学者: 你提了一个很好的问题。讲到人权和中国宪法中的基本权利的关系, 我们有必要追述一下西方关于人权和公民权相互关系的最初认定, 以及后来的变化。这是因为: 包括中国在内的差不多所有的近、现代国家, 以及以联合国为代表的国际社会所延用、借用的人权和公民权的观念和体系, 基本上都是从西方国家特别是英、美、法等最早实行宪政、法治的国家移植而来的。在西方, 最初是将人权和公民权区分开来的。之所以作出相互区分, 是源于西方各国资产阶级赖以立国和建设资本主义社会的自然法的观念和体系。自然法认为, 人人生而自由、平等, 每个人都有不可剥夺的“天赋人权”。资产阶级就是以此作为思想旗帜和口号发动民众进行革命, 并最终战胜并推翻了封建专制的统治, 建立了资产阶级国家和资本主义社会。在这些新兴的国家和社会中, 原来封建君主与臣民之间的从属关系, 也势必要由全新的国家与其人民之间的关系所取代。资产阶级统治者化繁为简, 将原来错综复杂的宗

法关系、特权等级关系彻底或基本破除以后, 便简单地将所有的人民变为平等的公民归属于国家的治理之下。而将公民与国家联系起来的基本途径和形式, 便是宪法和法律。通过宪法和法律所设定的国家责任与公民的权利与义务, 使国家和公民结成一个统一的整体, 或者实现国家、社会和公民的一体化。又由于在“人民主权”的观念和体制下, 至少在形式上应当或需要吸引、组织和动员广大民众参与国家的政治关系。正是建立和确定这种政治关系的内在需要, 又衍生了公民的政治权利。宪法作为国家的根本大法, 以及相关的宪法性法律, 其基本内容和功能之一, 便是规定和确认公民的各项基本权利, 特别是政治上的基本权利, 或曰公民的政治权利。

由以上分析可见, 人权和公民权或宪法上的基本权利的相互关系可归纳以下几个方面:

一、从发生的时间上看, 人权要早于公民权或宪法上的基本权利。人权的观念发端于西方的启蒙运动, 弘扬于美、法资产阶级大革命之前的启蒙运动。而公民权或宪法上的基本权利则是在资产阶级革命成功建立国家以后才出现的。

二、人权和公民权或宪法上的基本权利在西方近代国家是并行存在的观念和体系, 同时成为宪法和宪法性法律上的重要内容和规范事项。其中最典型的宪法性文件, 就是法国于 1789 年革命胜利后颁布的《人权宣言》。其实, 《人权宣言》是后来人们对它的简称, 其全称则是《人权和公民权宣言》, 但在内容的规定中, 对两者并没有作出严格的界分。

[收稿日期] 2004-05-06

[作者简介] 陈云生(1942—), 男, 北京市人, 中国社会科学院法学所研究员、教授、博士生导师。主要研究方向: 宪法学, 行政法学。

三、人权与公民权或宪法上的基本权利在内涵和外延上,传统上被认为是有明显区别的。人权首先被认为是与作为生命的个体的人身与人格密切相关的权利与自由,例如生存权、健康权、安全权、人格尊严权,以及延展开来的婚姻家庭权、生计权,等等。其次,人权被认为具有更广的包容性和更一般的普遍性,通常涉及到人身和人格,即身体和精神两大领域所能包容的所有关于“人”的各项权利。至于公民权或宪法上的基本权利,则是“人”作为国家公民参与国家政治生活和社会生活应当或必须具备的资格、能力相联系的权利。例如,国家的宪法和(或)法律通常都要规定只有达到一定的年龄和其他资格条件的人,才能参加政治选举或被选举。因而选举和被选举被认为是典型的公民权或宪法上的基本权利。其他的政治上的权利,如集会、结社、游行示威、言论自由等权利,通常也被认为是政治上的公民权或宪法上的基本权利。与人权形成对照的是,这些权利并不是人人都能享有的,为 人身或人格所必须的权利。

然而,我们必须看到,上述对 人权与公民权或宪法上的基本权利所做的传统区分,现在已经不被看重。在当代,随着人权观念的弘扬与普及,以及人权保护的加强,已经造就了一个人权昌明的时代。在这样的宏观和时代背景下,人权保护早已不是局限在观念的层面上,而是提升到宪法和法律所规范和保障的制度层面上,许多传统上被伦理、道德、人性所看重关注的一般人权,相继成为宪法和法律所规范和保护的重要内容。事实上,人权的发展甚至并没有停止在宪法和法律规范的层面上,而是进而成为一些具有可操作性的国家制度或机制所重点保护和实现的权利。换句话说,一般人权现在已经深深地渗透或嵌入到国家的宪政制度和宪治、法治之中,或者说早已上升为宪法所要保护和规范的基本权利的层面上了,一些传统的人权观念,如平等权、人格尊严等因而被确认为宪法和法律上重点和刻意保护的人的基本价值观念或基本价值目标。在这样的发展背景下,再将一般人权与公民权或宪法上的基本权利作严格的区分或界定,不仅显得不必要,甚至都难以进行了。

一般人权大规模入宪、入法,标志着人权在当代的显著发展和进步,开启了人权保护的新时代。然而,从我们专业的立场上看,尽管我们也认为,对一般人权保护的重要性和必要性,无论怎样估计都不过分;但同时我们也不赞成对 人权观念的泛化应用。人权保护再重要,也不可能解决所有有关人的自由和幸福的社会、政治、经济和法律问题,例如,再强烈的人权保护倡导,也不能自动解决现实仍大量存在的因经济发展滞后而导致的人的贫困问题;因受教育的不足而导致的愚昧、迷信等问题。一个社会的科学、稳定可持久的发展,是各方面的综合因素促成的。人权保护再重要,也不能克减,更不能代替社会各方面的组织、协调和发展工作。更何况,即使从法律义务和道德层面上的人权来讲,也同时存在着法律义务和道德责任的问题。在现代任何一个社会和国家中,权利与义务总是相对的。在西方的一些社会和国家中,由于长期倡导个人的权利本位的价值意识和价值模式,已经造成了一个号称“权利人的社会,这种状况已经对法律、道德,甚至对经济、政治、社会的发展造成了负面影响。这种现实和教训很值得

得我们反思。

我们还不无理由地忧虑,在当前的人权热烈倡导中,已在一定程度上转移了人们对宪法上基本权利保护和实现的关注程度。中国是一个没有深厚立宪主义传统的新兴国家,自实行宪政、宪治以来,如何尽快提高全民族的宪法观念,认真贯彻实施宪法,特别是如何切实实现宪法所规定的公民基本权利和自由,一直是中国宪治、法治过程中亟待关注和解决的问题。我们不希望对一般人权保护的倡导冲淡了对宪法上的基本权利和自由的保护和实现的重要性。宪法上的基本权利和自由不仅结合或包容了一般人权,而且是最重要的人权。说其基本,基本就基本在这些规定对公民和人来说是关系到其人身、人格、人生价值实现所必须的条件和保障。人权一旦上升至宪法地位,是应当而且必须予以特别的关注和保护的,这是宪法作为国家的根本法,其地位和效力所必然要求的。

记者:请您谈谈最近的人权入宪的意义。

学者:在 2004 年 3 月 14 日十届人大二次会议上通过的宪法修正案,第三十三条增加一款:“国家尊重和保障人权。”这就是人们通常所说的“人权入宪”。在宪法修正案通过之前的征求意见阶段,各方面包括一些法学界业内人士对 人权是否入宪是有不同看法的。我认为这很正常,现在则需要对这些不同的看法做一些客观的分析。

首先,正如前一个问题所分析的,人们不希望看到会出现“人权入宪”会影响人们对宪法上的基本权利的关注和保护程度这种局面。其实,只要认真提高全民族的宪法观念,切实贯彻实施宪法,自然就会打消人们的忧虑。

其次,从宪法学、人权理论最新发展潮流上看,现在已经不是把重点放在一般人权观念的倡导和人权保护重要性的强调方面(当然这方面仍有重要的理论和实践意义),而是把重点放在人权的保护和实现方面。其中有两大趋势值得我们特别予以关注:

一是在制度和机制层面上,要求在宪法和法律上每个规定或新设定的基本权利或一般人权,必设一种制度或机制,其中特别要求要设立一个专门机构或专职人员来具体负责保护和实现有关的基本权利或一般人权。有权利而无人负责保护的观念和局面已经留给了历史。现在人们估评一个国家的人权状况,已经不怎么过于关注该国宪法和法律规定了什么或多少基本权利或人权了,而是看它是否建立相应的制度或机制,是否设立专门的机构或专职人员来具体负责保障有关权利的实现。

二是每设立一个人权保障制度或机制,必相应地设立执行程序,使之具有可操作性。经验早已反复证明,没有一个较为固定的可供具体操作的程序,任何制度或机制都不可能有效地运作起来,人权的保障就可能永远停留在口头上或书面上,就不可能使人权的保障落在实处。

以上两个趋势表明,人权早已从哲学家、法学家的书斋和课堂中走出来,变成可由稳定的制度和可操作的程序保障实现的鲜活的、生动的流变过程。人权保障之所以倍受人们的关注和重视,其内在的驱动力就在于,它给人以人们可以见得到的、可感受的实际意义和具体利益。

从上述两个发展趋势的背景上看,如果单从宪法保障的层面上说,一般的人权入宪要较之宪法上的基本权利显得更欠缺具体制度和程序的可操作性。我们并不认为在同一部宪法中并存一般人权和基本权利这两个规范体系和价值体系。传统宪法学保障的是基本权利,即认为最重要的权利的规范体系和价值体系。如果将一般人权的规范体系和价值体系融入宪法或结合到基本权利的规范体系和价值体系中,就为宪法学提供了新鲜的研究课题。

然而,我们不能仅仅用规范体系的实施和保障的视角来看待“人权入宪”的意义。毕竟,宪法是一个多价值、多功能的政治法律性文件。“人权入宪”的综合意义可以简单地概括如下几个方面:

一、为国家在今后在人权方面的立法打下必要的宪法基础。宪法是国家的根本法,不是法律大全,宪法也不能代替国家立法机关日常的立法工作。人权既然已经入宪,国家立法机关可以依据宪法规定,大力加强各方面人权的立法工作,作到人权保障有法可依。

二、确立和强化政治道德的基础。人权入宪标识着人民同意或者国家承认将是否尊重和保障人权作为评价政治行为,特别是政府行为的道德标准,并可望融入政治道德的规范体系。这无疑会在很大程度上丰富政治道德体系,对于增强政府和官员的政治素质具有深远的意义。

三、有利于加强和形塑意识形态体系。宪法决不是简单的白纸黑字,在其条文的背后必定暗含着国家主权者奉为圭臬或崇信的某种主义、观念等意识形态。在当代,人权的观念已经深入人心,尊重和保障人权已经成为人类普遍接受和承认的价值标准。从世界范围上看,人权观念在许多国家先后融入或重塑了国家和社会的意识形态,在一些国家甚至成为主导的意识形态。中国宪法同样具有坚持和弘扬意识形态的功能。人权入宪不仅丰富了中国的意识形态的内容,而且还会形塑新型的意识形态体系。这种包括尊重和保障人权观念在内的新型意识形态,对于国家的稳定、进步,以及对于更快、更好地融入国际社会都将发挥重要的作用。

四、为非确断性的人权尊重和保障程度的政治评价提供宪法依据。作为一般的人权尊重和保障,并非事事都会提升到法律或制度的层面。事实上,相当大的一部分人权尊重和保障问题都是在非司法的国家和社会内部消化掉的,这就是非确断性的人权尊重和保障现象。既然是否尊重和保障人权不是由法官在法庭中作出的,而是由国家机关、政党、社会团体或组织作出的,那自然就会形成人权尊重和保障的政治评价系统。人权入宪应当为这种政治评价系统提供最直接、最有力的宪法依据。

五、丰富、重塑社会评价系统。这个方面与前一个方面既有联系又有区别。说到联系,都是针对非确断性的人权尊重和保障现象作出的;至于区别,后者主要由民心、社会舆论、大众媒体作出的,不具政治性,纯属社会性,诚所谓在人权上“公道”与否,自在人心是也。中国目前正处于急剧的社会转型时期,社会评价系统呈现多元化,尚未定型。人权入宪可谓恰逢其时,对于丰富和重塑包括人权保护观念的社会评价系统,具有重要而又深远的意义。

六、为确断性的司法判断提供间接、直接的宪法依

据。中国目前虽未实行制度性的司法审查制度,但国家司法机关特别是各级人民法院在经常性的司法活动中,通过对一个个具体案件的侦查、起诉和审判,担负着保护人权的重要职能。传统上,中国司法机关所做的确断性判断依据的都是国家的法律、行政法规、条例等,宪法被排斥在直接引用之外。但近些年来在司法实践上,已经发生了多起法院判决直接引用宪法条文作为法律依据的案件。这种做法虽与现行审判制度不合,但决非毫无意义,或许已经昭示了人权保护的扩大正在呼唤对宪法条文的直接司法适用。人权入宪或许为将来宪法人权条文的直接适用,或者宪法人权保护原则、价值体系甚至是价值目标的间接适用,开启了一个司法适用的契机,甚至潜在的广阔发展空间。这一点对于中国未来的司法改革的意义,值得特别予以关注。

记者:最近几年,中国的法学术界和司法实务界经常谈起和讨论宪法权利司法化问题,但在司法化的理解上有不同的看法。你能否谈谈您本人的看法?此外,在西方一些宪政、法治比较发达的国家,在宪法权利司法化方面已经进行了长期实践,积累了丰富的经验。我想这些经验对于中国加强人权和宪法上基本权利的保护具有启发和借鉴意义。您能否谈谈这方面的情况?

学者:你提出了一个颇有意义又值得深入探讨的问题。作为时代的产物与回应,当代宪法与宪政体制对公民的宪法权利,亦即公民的基本权利给予特别的保护与促进,这构成了当代宪法与宪政的一个重要发展趋势。

该发展趋势的主要表现就是宪法权利司法化势头的形成与发展。所谓的宪法权利司法化,指的是公民最重要的或基本的权利,无论是所谓的消极保护,还是积极促成实现,越来越倚重于或付托国家权力结构和体系中的司法机关,而司法机关则通过间或交替应用积极进取或消极避让的心态与步骤,以司法判决或违宪、合宪审查的形式实现对公民宪法权利的保护,或者以判例法的形式实现对公民宪法权利革命性的促进;不仅如此,宪法权利司法化进程还尤其彰显于下列情形,即基于民主理念和法律传统等因素,在现代一些民主与法治发达的国家,虽然没有把公民的宪法权利的保护与促进的职责交付给国家权力结构或体系中的司法机关,而是另行组建了准政治性,甚至全政治性的专门机关,而这些专门机关却以积极进取的姿态,越来越频繁地以类似于或接近于司法裁决的形式,实现对公民宪法权利的保护与促进,并采取了与标准司法判决相当,甚至高于司法判决的法律与社会效果。正是这方面的最新发展,为公民宪法权利司法化进程加注了推力与活力。

历史地看,宪法权利司法化是宪法与宪政发展、进步以及现代化的一项重要成果。近代宪法与宪政虽然奠基于自然权利哲学的根基之上,但早期宪法并未给予公民的宪法权利以应有的重视,公民各项的基本权利甚至没有列入正式的宪法文本之内。那时的制宪者们有一个强烈的信念,即认为宪法是民族国家和社会的根本性政治文件,只要规定几条有关国家的权力结构、体系和它们之间的相互关系,以及运作规则就足够了。至于公民的权利保障,认为会在这种通过精心设计的能有效地防止权力滥用以使公民权利免遭侵犯的权力结构及其运作中,自然而然地得到了保护。限于时代

和观念的局限,在宪政体制中也没有发展出有效保护公民宪法权利的机关或机制,而是把公民的权利保护托付给权力的分立与制约机制、公职人员的道德水准,以及民众自身行为的良善。

例外的情形发生在美国。作为最早的制宪国家,在其最初制定的1787年的《联邦宪法》中,基于上述原因,没有把公民的基本权利列入宪法文本,而是以前十条修正案的形式于1789年附于宪法文件之后,通称为《权利法案》。自然,在其最初的宪政体制中,虽然有人提出过,但也没有明确地把司法机关作为宪法的守护者或仲裁机关。只是在1803年的马伯里诉麦迪逊一案的判决中,联邦法院的大法官马歇尔把宪法的司法审查权“强夺”给司法机关手里,从此开启了美国的以普通司法机关为主导和最终决定权的司法审查体制与时代。影响所及,司法审查现已发展成为当今世界具有普遍影响的保障公民宪法权利的典型形式。

法国是晚近才发展出具有独特个性的宪法权利保障的机构与体制。囿于“议会主权”的民主观念及法律传统,第二次世界大战以后,法国在1946年的宪法中创立了一个政治性很强的机构——宪法委员会,作为宪法的监督和保障机关。但由于其内在的缺陷,该委员会并没有发挥原初设立的功能。1858年宪法,对原宪法委员会进行了重新设计,改造成为现今的“宪政院”。该机构虽仍为政治性机构,但通过其积极地介入公民的宪法权利争议案件,以一系列具有影响的案例促进了公民宪法权利的保护。尤其值得提出的是,自1971年起,宪法会议决定发起一场“宪政革命”,通过确立一系列的宪法审查新原则,把原先被视为抽象的权利宣言的1789年的《人权和公民权利宣言》1946年宪法前言,以及“共和国法律所承认的基本权利”,变成了宪法审查的实在基础和依据。

二次大战后的原联邦德国,通过1949年的《基本法》,一反传统的立法至上原则,在普通的司法系统之上,建立了独立的宪法法院系统来专门处理权力机关之间的宪法争议和个人提出的宪法申诉。1969年通过立法对《基本法》作出修正,使公民的宪法申诉上升为宪法权利。对“任何人因宣称其基本权利之一、……受到公共权力之侵犯而提出的宪法申诉”,联邦宪法法院可以宣布立法、行政或司法决定,因违反《基本法》所保障的公民基本权利而无效,并有权要求作出有关决定的机构加以改正。现在在德国,通过宪法申诉来主张公民的宪法权利已成为时尚。大量的宪法申诉都集中在实质性的权利方面,如人格、自由、个性、生命、财产、自由选择职业,等等。在联邦宪法法院收到的全部诉讼案中,95%以上都是个人提出的宪法申诉。尽管只有大约1%的个人宪法申诉得到了宪法法院的审理,但其对公民宪法权利的保护是切实的,对整体宪政的影响也是深远的。

法国和德国的经验证明,一个国家无论其传统多么深厚或其权力体制如何殊异,都可以用不太长的时间去改变其对宪法审查必要性和合法性的态度,且可以尝试全新的模式来保护和促进公民的宪法权利。美国、法国和德国的全部经验表明,以完全不同的机构对宪政和公民基本权利的宪法保护实行全司法性的、半司法性的审查,不仅完全可能,而且还能彰显其力道。尽管目前政治界、法律界对公民宪法权利司法化、政治

司法化,以及相应附随而来的司法政治化还存有疑虑和争议,但宪法权利司法化的发展势头却有增无减。司法介入公民的宪法权利保护不仅可能,或许还很必要。

记者:您刚刚谈的意见,我理解按法学传统分类,应当属于公法范畴。如果您认同这种理解,是否可以进而提出,对宪法权利能否实现私法保护?最高人民法院于2001年对山东齐玉苓案所做的《批复》就在中国也提出了这方面的问题,并引发了全国性的讨论。请您在这方面也谈些意见。

学者:你的理解我是赞同的,问题也提得很好。

当代宪法与宪政的发展趋势的另一个主要表现,就是宪法权利的私法保护。上述的各种不同体制和模式的对公民宪法权利的司法、半司法保护,说到底,都是对抗公权力的,是纠正和防止公权力对私人宪法权利的侵害。如果按照欧洲法学界的划分标准归类的话,它们都属于“公法”领域。如果宪法权利的保护与促进,只到此为止,充其量也只是说到问题的一半。对于广泛的“私法”领域里的宪法权利的保护,至今仍是一个亟待解决,尝试解决而又没有很好解决的问题。不过,一些尝试和发展势头已经取得令人鼓舞的成果。

基于宪法的内在性质和根本特点,包括宪法权利在内的宪法内容和规范都具有概括性和抽象性的特点。这就是人们通常都觉得宪法离现实生活较远或很远的的一个重要原因。公民的宪法权利通常都留待部门法来实施和体现,很少或不太愿意把宪法权利在普遍意义上适用于调控私人之间的法律关系。不过,这种状况已经有所改变。

首先,针对极端坚持传统的公法理论者所认为的法律就应当作到“公私分明”,作为公法的宪法,即使是基本权利规范也不应当对私法诉讼施加影响的固执态度,出现了另一种针锋相对的极端态度,即认为作为公法的宪法规范具有普适性,包括其宪法权利在内的一切规范,都可以而且应当适用于调控私人之间的法律关系,即可以直接适用于私法。现在的德国劳工法院就持这种态度。在最高劳工法院作出的一系列有关劳动争议的判决中,坚持认为重要的宪法权利并不限于针对政府侵犯,也适用于私人经济组织或个人。无论是工厂、企业还是在法律上平等的公民之间的协议或行为,都不应被允许与宪法基本价值,特别是宪法权利价值相冲突。它坚持认为,德国《基本法》不仅影响着公民与国家之间的关系,还影响着在法律上平等的公民之间的私法关系。

其次,在并不注意公法与私法区分的美国,已经创造出一种有条件地适用的原则和做法。就是把宪法权利规范的适用与“国家行为”联系起来。无论在所谓的公法领域还是私法领域,美国宪法理论要求以国家是否“行动”以影响个人权益为前提而适用宪法权利规范。如果国家在任何领域的法律内如此行动,那么不论以其调控权能抑或作为私人财产拥有者,国家的宪法就以完全的效力加以适用,以便限制国家的行动;相反,如果国家并无“行动”,那么“国家行为”就不存在,因而宪法亦不再适用。

再次,由德国宪法法院发展出“间接影响”的适用理论。它既不主张宪法权利规范在私法领域中直接适用,也不刻意排斥宪法权利规范在私法领域中的适用,而是认为宪法权利价值是间接影响于或者渗透于私法

价值之中的, 宪法权利和私法价值因而在私法领域内是可以调和的。它主张在适用宪法权利价值规范之前, 先对宪法权利价值和私法权利价值作出综合评价。如果认为宪法权利价值具备足够的份量, 就应当在特定的案件中施加影响, 即予以适用。

以上分析表明, 现代宪法和宪政的最新发展趋势向人们展示了宪法权利保护与促进的最新图景和发展远景。这方面的理论与实践正方兴未艾。对于任何立志实现宪治和完善法制的国家来说, 这既是机遇, 又是挑战。对于加强公民宪法权利保护与促进的任何理论与实践的创新尝试和努力, 无疑都是值得鼓励的。

记者: 您对前面两个问题的介绍和分析, 使我们进一步了解了外国对人权和宪法权利司法保护的基本状况和最新发展趋势。现在让我们将目光转回中国。最近一些年来, 最高人民法院和地方各级人民法院非常重视对人权和公民权的司法保护, 采取了一系列重大的举措; 还对公民的宪法权利的民法保护作过重要《批复》。请问您对这些举措或《批复》的总体评价如何? 其中哪些举措或《批复》给您留下了深刻的感受?

学者: 我很愿意回答你提出的令人愉快和感奋的问题。确实, 如你所说, 最高人民法院和地方各级人民法院近几年来坚持司法为民的思想和理念, 坚持司法“公正与效率”的工作主题, 在加强司法审判、规范司法监督和引导、加强司法解释、强化司法管理、加强法院司法宣传、推进法院系统司法体制改革、加强司法队伍建设等方面, 采取了一系列重大的举措。这些举措已经、正在或即将取得明显的成效, 受到了国家和社会各方面以及广大人民群众积极肯定和热烈欢迎。我个人由于在学术研究上长期以来都主张和力倡宪法权利的司法化保护(最近由北京大学出版社出版了这方面的研究专著——《宪法监督司法化》), 对于人民法院朝着这方面发展的每一项举措都感到欣慰和感奋, 给予积极的肯定评价, 那是很自然不过的事了。

至于说到使我感触最深的重大举措, 我至少可以举出三个:

一是最高人民法院于 2001 年 8 月 13 日对山东齐玉苓案所做的《批复》。该《批复》使一些学者认为齐案是中国宪法诉讼第一案(我个人认为第一案应当是“徐高诉燕莎中心凯宾斯基饭店案, 详见拙著《宪法监督司法化》中对此案所做的评析), 并在全国范围内引发了一场学术上活跃的讨论。我和一些同事在北京市平谷县(现改为平谷区)人民法院的大力支持和赞助下, 于 2001 年 9 月在著名风景区碧海山庄组织了一次有 20 多位学者和平谷法院几十位法官参加的研讨会。我记得在会上对《批复》出台的过程做了全面的介绍, 与会者留下了深刻的印象。

《批复》在法学界主要引发了两个问题的讨论: 一是所谓的“宪法司法化”, 二是所谓的“宪法私法化”。虽然学者们见仁见智, 出现了不同的甚至截然相反的意见, 但法学界总的看法是, 最高人民法院的这个《批复》, 首次在司法解释中提出了司法机关应当保护公民依据宪法规定所享有的基本权利和人权这一在中国尚显得陌生的理念。我个人认为, 齐案并不是一个典型的宪法性诉讼案件, 《批复》也有可圈可点之处, 但它引发出来的良好的社会效果, 确是值得充分肯定的。这种社会效果我归纳有如下两点: 一是唤醒人们的宪法和法

律意识, 特别是唤醒人们对宪法权利和人权的自我保护意识; 二是对于今后国家宪法和法律制度、宪治和法治的改革与进步, 发挥了良好的、显著的促进和启发性的影响。

二是最高人民法院自 2003 年下半年以来, 在集中清理超审限和超期羁押案件, 以及推行十项制度切实防止产生新的超期羁押方面所采取的坚决态度和果断措施。肖扬院长多次强调, 人民法院要坚持依法审理刑事案件, 有罪判刑, 无罪放人, 限期清完历年超期羁押案件, 并防止出现新的超期羁押案件。由于态度坚决, 措施果断, 已经取得了明显的成效。

近, 现代刑罚制度的一大进步, 就是重视和强调对被告或犯罪嫌疑人、被羁押人员的人权保护, 为此在刑法上相继确定一系列的刑事审判原则, 如“法无明文规定不为罪”、“罪行法定”、“一罪不二罚”、“无罪推定”、“法庭判决之前不能认为犯罪嫌疑人有罪”; 在证据的认定和采信方面实行“有利被告”的原则, 等等。超期审和超期羁押不仅直接违背了刑法和刑事诉讼法, 也与上述人道的、进步的刑罚理念格格不入的。人民法院采取坚决的态度和果断的措施纠正和防止这种现象, 不仅表明人民法院在自身执法、守法方面的巨大进步; 而且在更深的层面上, 昭示了人民法院对人权司法保护意识的增强, 这可以称得上是一个历史的、里程碑式的进步, 对中国人权司法保护, 乃至国家法治的进步具有重大而又深远的影响。

三是安徽省芜湖市新芜区人民法院于 2004 年 4 月对众人瞩目的“中国乙肝歧视第一案”所做的判决: 确认被告芜湖市人事局在 2003 年安徽省国家公务员招录过程中作出取消原告张先著进入考核程序资格的具体行政行为主要证据不足, 但鉴于招考工作已经结束, 故该行政行为不具可撤销内容。因此, 原告要求被录用至相应职位的请求未获支持。

此案被业内人士认为是“半赢半输”; 就个案中的原告没有给予应有的司法救济, 确实有值得探讨之处。不过, 从整个案件判决的社会和司法效果上看, 影响是巨大的和深远的, 值得给以充分的肯定和高度的评价。

从社会效果上看, 全球约有 3.5 亿人为乙肝病毒携带者, 光中国就有大约 1.2 亿, 差不多每 10 人就有一个是乙肝病毒携带者。这么庞大的人群在目前医药发展水平还不能在短期彻底根治的情况下, 将他们排斥于包括就业、婚姻、升学等社会生活之外, 是极不现实的。更何况现代医学已经证明, 单纯的乙肝携带者, 只要不出现肝功能异常, 就可以从事正常的工作、学习和生活; 也不会对其工作的群体和公众的社会健康造成直接的危害。对乙肝病毒携带者实行就业限制, 本身就缺乏医学科学的根据。

据悉, 从张先著对芜湖市人事局提起行政诉讼后, 浙江、四川、福建、广东等省已修改了当地禁止录用乙肝病毒携带者为国家公务员的相关规定; 国家人事主管部门也正在制定统一的国家公务员体检录用标准。在判决生效后, 预期其社会影响还会扩大, 长期以来在这方面实行的实质上的就业歧视可望得到中止。

从司法效果上看, 该案的判决的影响肯定会大大超出个案的司法救济之外, 甚至会超出对乙肝病毒携带者就业歧视的范围之外。中国目前正处在急剧的社会转型时期, 现代法治也刚刚开启, 不仅广大民众个人

的人权和公民权急需加强保护;而且对社会上弱势群体,如农民、进城农民工、城市失业者、青少年、老年人、消费者等等的“弱势群体”的整体权利的保护和利益的维护的必要性和紧迫性,也在现代化和国家法治的进程中,突兀地显现出来。就业歧视案的判决一出,或许标帜着各级人民法院对各种弱势群体人权加强保护意识的萌动或增强。如果能科学地加以引导和激励,或许能够开启对弱势群体人权实现大规模的司法化保护的全新进程。倘若如此,我们将会迎来中国法治和人权司法化保护的新时代。

记者:您在前面的分析集中在公权力对人权保护方面,特别是人民法院司法为民的理念与实践,彰显了国家司法机关对人权司法保护的必要性和重要性。然而,在一个现代的民主和法治的国家,公民个人的自觉维权意识和主动维权行为,同样是人权保护的一个不可或缺的方面。您可以在这方面做一个基本的估价和分析吗?

学者:你又提出了一个很好的问题。的确是这样,人权保护包括人权的司法保护,决不仅仅是政府、人民法院的事,老百姓也不仅仅是人权保护的被动者和受益人。人权和公民权保护的根动力,说到底还是在于人民群众自己——包括个人和特定群体——强烈而又自主的维权意识和正确、合法的维权行为。

首先应当看到,中国传统上是一个人治的社会,法制不张,再加上“穷打官司恶告状”、“衙门口朝南开,有理没钱莫进来”等社会文化、心理因素的负面影响,形成了人们厌讼、惧讼的心理。改革开放 20 多年来,随着国家法制的进步和法律观念的增强,老百姓的维权意识有了显著提高,最突出的表现是所谓“民告官”的案件增多;在日常生活、经济交往中,有越来越多的人习惯于或首选通过法律的途径来主张和维护自己的合法权益。这方面的进步是历史性的,标志着我们的社会和国家已经在真正的意义上迈进了现代化法治的门槛。

记者:在您看来,作为一个普通老百姓,究竟怎样才能更有效地主张和维护自己的人权和公民权以及宪法上的基本权利?

学者:这的确是一个很值得关注的问题。

我个人认为,现在通过“普法”和其他各种宣传、教育的形式,让老百姓明白依法享有哪些权利和自由,虽然仍很重要,但更重要的,是要引导老百姓如何理智,特别是依法维护自身的合法权益。

据报道,浙江省某大学一 2003 年毕业生顺利通过了嘉兴市某区人民政府公务员招录笔试、面试,但因“乙肝小三阳”而未通过体检,因而未被录用。愤怒之下用刀杀死了一名招录工作的经办人,自己也因此被法院一审判处死刑。而在 2004 年,西安市某高校一名硕士研究生也因是“乙肝病毒携带者”而不堪忍受巨大的压力跳楼自杀身亡。较之张先著来说,这些当事人都不知道如何运用法律武器来维护自身的合法权益。

另据报道,在宪法修正案通过以后,媒体已经报道了三例公民手持新通过的宪法修订文本阻止强制拆迁的事例。我们一方面看到这是中国法治的进步和人民

群众维权意识的提高,在公民个人的合法权益受到损害的情况下,他们想到了宪法,寄希望于宪法来主张和维护自身的合法权益,而开着推土机的工人师傅也因宪法文本的“阻吓”而暂时关上了轰隆隆作响的马达。但是,这样“用”宪法毕竟不合正当的行政或司法程序,它不能有效地维护自身的合法权益。而拆迁者则可能用合法的或非法的手段,在很短的时间内获得公权力的支持,从而再发动起推土机的发动机铲平他们心目中的“钉子户”。由于不知道如何运用法律来维护自身利益,一些拆迁户不理智地采取了极端的行为,结果给国家和社会造成了不应有的负面影响。

不过,话还要说回来,公民个人理智地、合法地主张和维护自身的合法权益固然十分重要,但必须具有一个重要的法治环境和条件,那就是政府的廉洁和司法机关的公正。如果政府的主管部门枉法行政,而司法机关又有失公正,长此以往,就会在人民群众中丧失应有的公信力,就不可能真正地实践执政为民、司法为民的理念,更不可能有效地实现对人权和公民权的行政和司法保护。这就是为什么广大人民群众、社会各方面对政府廉洁、司法公正寄以厚望和期盼的重要原因之一。

记者:最近,您主张在中国当前应当倡导审慎的司法能动主义,能否在这里给我们的读者简单地介绍一下您的这一观点?

学者:可以。简单地说来,司法能动主义也称为司法积极主义,它是相对于司法消极主义而存在的司法理念。无论是司法积极(能动)主义还是司法消极主义,都是司法机关在执行国家宪法赋予的司法职能时,基于对客观形势的判断和其他主、客观因素的影响,审时度势地采取进取或是保守的态度。司法能动主义通常是在一个国家和社会在某个时期由于出现了高度的政治激情有可能引发政治和社会动荡时,为了化解或消弭政治纷争而实行的;或者当一个国家和社会由于缺乏必要的政治和社会激情、墨守成规,因而使国家和社会发展迟缓或停滞不前时,也往往通过司法机关的积极作为而给国家和社会以活力,从而推动国家和社会向前有个跨越式或较快的发展。第二次世界大战以后,西方美、德、法等国的司法机关或类司法机关,由于实行了司法能动主义,都使各自国家和社会有了较大的发展。

中国目前正在厉行法治,加强人权的司法保护也现实地提到了中国飞速发展的历程上。在这种客观情势之下,也要求司法机关有意识地实行审慎的司法能动主义,以更积极的进取姿态更多、更深地介入到国家和社会法律生活中的各个层面中去,为国家的法治和人权保护作出更大的贡献。

司法能动主义不是一时的权宜之计,而是植根于法律、司法自身的一个深层理念,是司法生命力和活力的基础观念。我们对此应当给以更多的关注和探讨。

记者:谢谢您给我们谈了这么多的意见和看法。

学者:很高兴与你做这种形式的交流。

[责任编辑:炫 蓉]