

· 新农村建设理论与实践 ·

# 人权保障与国家义务

——以新生代农民工为视角

刘志强

**摘要:**新生代农民工问题,是一个人权保障的法律问题。国家应在人权保障优位原则、平等保护原则、公权力自我控制三个原则前提下,应尽到道德、法定和国际三重义务,破除城乡二元结构,落实和保障新生代农民工公民基本权利。国家应及时将应有权利制定为法定权利,并将把法定权利在实践中予以承认、尊重、保护和促进实有权利。这是国家在保障人权中不可推卸的责任。

**关键词:**新生代农民工;人权保障;国家义务

**中图分类号:**D621.5

**文献标识码:**A

**文章编号:**1008-1569(2010)02-0013-08

近年来,新生代农民工问题成为社会热点。<sup>①</sup>改革开放30多年来,中国农民工已经悄然更新换代,“第二代”或称“新生代”农民工登上了城市化进程的舞台,并成为新产业工人阶层的主体部分。<sup>②</sup>与第一代农民工相比较,他们有着较高的文化精神生活需求,渴望继续学习,重视技能培训,希望融入城市主流社会的理想特别强烈,有着更为强大的利益诉求。由于现实的制度限制,他们既融入不了城市,又退不回农村,已经并将给社会带来诸多的社会问题,为此,受到了政府和学界的高度重视,包括社会学、法学、经济学、人口学等的不同学科积极参与到对新生代农民工的研究之中,由于各个学科侧重点的不同,对这个问题的看法也存在迥异。本文的观点是,无论是农民工还是新生代农民工,他们都是中国公民,他们都享有宪法赋予的基本权利。之所以在现实中他们没有共享改革开放成果,成为弱势群体,主要是国家在保障他们权利方面没有尽到其义务使然。新生代农民工问题其实质是一个人权问题。<sup>③</sup>人权是人作为人依其本性所应当享有的权利,<sup>④</sup>不受任何个人和组织、特别是国家公权力机关的侵犯或非法剥夺,从另一方面来说,人权的实现反而要求得到国家的尊重与保障。从这个意义而言,人权的义务主体主要是国家。本文所指的国家,主要是国家的载体政府或政府公权力的主体与公务员。国家作为人权保障义务主体,是国家存在的价值所在和合法性基础,是国家制定各项立法和政策的出发点和归宿。<sup>⑤</sup>本文从人权法视角,结合新生代农民工的权利,探讨国家在人权保障中的国家义务问题。

**基金项目:**教育部2009年人文社会科学研究项目(项目批准号:09YJA820015)阶段性成果之一;广州市属高校科技计划项目“人权形态转化问题研究”(项目批准号:08B042)阶段性成果。

**作者简介:**刘志强,历史学博士,广州大学人权研究中心副教授。



## 一、国家在保障新生代农民工权利方面的三重义务

国家在人权保障方面,或在保障新生农民工权利方面究竟存在什么义务?本文认为国家在保障新生代农民工权利方面存在三重义务。

### (一)道德义务

人权不是国家的赐予,而是每个人与生俱来的应有权利。但人权要求国家的保障。尊重和保障人权,既是政府的首要目标,也是政府拥有和行使公共权力的合法性基础。洛克的社会契约理论以公民权利视角分析国家义务,他认为,自然法赋予人们各种权利但自然状态是有缺陷的。为了保护自己的生命权和财产权,人们互相对立契约组成国家。根据该理论,国家的义务应当是满足权利的需要,这同时说明了满足权利的需要是国家及其权力存在的正当理由;国家义务的内容是由权利的需要决定的,也就是说,权利的需要是国家义务的依据。洛克具体提出了人们的立法需要、司法需要和国防需要等三种需要,并将这些需要同特定的国家机关及其职责联系起来,后来发展成为西方三权分立国家之中的立法、司法、行政三种职责。因此,可以说根据洛克的理论所形成的“权利的需要决定国家义务”的观点,实际上被西方法治国家所验证。<sup>⑥</sup>权利的需要决定国家义务,在中国语境下就是以人权为本,也是作为执政党和政府的治国理政的基本原则。因此,保障新生代农民工基本权利是国家应当承担的道德义务。

### (二)法定义务

人权入宪,使人权成为国家权力运行的指导性价值。确认国家权力为保障人权和公民权而存在,不仅是国家权力的道义基础,更是宪法规定的强制义务。此前,我国宪法更多关注的是如何保障国家权力的运行,国家至上的观念使人权和公民权利被置于较为次要的地位。人权入宪后,人权至上是宪法的最高原则。这是国家尊重和保障新生代农民工基本权利的宪法和法定义务。中国政府为了落实这些法定义务,2009年4月制定和发布《国家人权行动计划(2009-2010年)》,在这个计划中,在既尊重人权普遍性原则的同时,又从基本国情出发,切实把保障人民的生存权、发展权放在保障人权的首要位置,在推动经济社会又好又快发展的基础上,依法保证全体社会成员平等参与、平等发展的权利。着力解决好人民最关心、最直接、最现实的利益问题,促进社会公平正义,努力使全体人民学有所教、劳有所得、病有所医、老有所养、住有所居;坚持以保证人民当家作主为根本,从各个层次、各个领域扩大公民有序政治参与,健全民主制度,丰富民主形式,拓宽民主渠道,依法实行民主选举、民主决策、民主管理、民主监督,着力保障人民的知情权、参与权、表达权、监督权。<sup>⑦</sup>表明中国政府在尊重和保障人权的宪法原则下,使国家权力的设立、配置和运行,有利于所有人的人权得到保障和实现。

### (三)国际义务

国家是国际人权法中最主要的权利和义务主体。国家保障人权的国际义务,是指各国根据其加入的国际人权条约所承担的所有有效的义务。国家在国际人权公约<sup>⑧</sup>下针对个人的义务具体可以分为承认、尊重、促进和提供、保护的义务。承认是指缔约国在国内法律制度中承认人权是实在法上的权利;尊重是国家的消极义务,它要求国家不去妨碍个人行使权利或不为侵犯特定权利的行为;促进和提供是国家的积极义务,指国家通过积极的行为提供人们获取资源的条件和增强人们享有这种权利的能力,这一义务主要涉及个人的经济、社会、文化权利;保护的义务是一项程序上的义务,指国家为人权受到政府或其他私人的侵犯提供救济。保护义务是最重要的义务,如果在国际人权条约中对于人权被侵犯时的救济不加以规定或这些救济不能得到实施,则整个国际人权公约在很大程度上将落空。国家为人权提供救济既可以针对



个人人权受到本国政府的侵犯,也可针对人权受到其私人的侵犯。如果国家不提供及时、有效的救济,将构成对侵犯人权行为的纵容甚至是鼓励,国家将承担间接责任。<sup>⑨</sup>从保护的方式看,国家为人权提供司法救济是最终的救济手段。从法律制度上看,相对于政府的保障责任而言,唯一可以从平等性和穷尽性来保障法律上人权的实然性的只有诉权,也就是法律制度应当保证个人可以享有自由地陈述保障人权要求的权利。这种权利相对于其他法律上的人权是基础性的,也是绝对的。<sup>⑩</sup>也就是说,国家在保障新生代农民工基本权利方面具有国际义务。<sup>⑪</sup>中国政府在《国家人权行动计划(2009-2010年)》中,特别强调要加强国际人权交流、对话与合作,同世界各国一道,共同致力于推动世界人权事业健康发展,为建设持久和平、共同繁荣的和谐世界做出应有的贡献,这是一种进步。

人权的悖论是:一方面,人权是人作为人应有的权利,揭示出国家在人权保障中存在三重国家义务;另一方面,人权的承认、尊重、保护和促进四个方面都需要通过国家公权力来实施,如果国家公权力不尽或没有尽到对人权保障义务,一味容忍或侵犯像新生代农民工或穷人的权利,比如生存权,整个社会将会出现“鱼死网破”的事件发生。<sup>⑫</sup>现在社会各界都在关注新生代农民工等弱势群体给社会带来的社会问题。无论是人大代表和政协委员的议案或提案,还是各级政府的方案和计划,还是专家学者的献计献策,说来论去,达成的基本共识就是政府和社会要为失业新生代农民工的基本权利提供制度性的各类资源。这是一个值得肯定的共识。我们完全可以相信,如果能按照这个共识来做好各项工作,那些处于社会弱势群体的生存状况将会有所改善。然而,就在精英们为达成共识欢呼的同时,各地发生的事件及发出的声音却并不那么和谐。比如近日某农业大省的果农手推车被城管暴力踢翻、100斤草莓成果酱;某沿海特区发生的街道综合执法队与街头小贩“同归于尽”式的冲突,等等。这在很大程度上加深了我们对能否落实精英们共识的忧虑。<sup>⑬</sup>在于建嵘看来,城市的环境整洁是需要的,认真执行各种规则也很正当,而让穷人能活下去则更为重要。特别是在目前没有为农民工等社会群体建立必要的社会保障制度的情况下,我们就没有理由为了追求某些人的高尚舒适的生活、某些城市似画的优美风景,而把他们自助性的非正规就业视为非法,也不能以有碍市容把他们赶出城市某个角落里的窝棚。如果一个社会把那些在街头上讨生活的人都逼到走投无路,则一定是制度和规则出了问题。目前各地之所以产生了这些问题,可能有很多方面的原因,但城市主义和富人主义在主导社会秩序和规则肯定是一个重要方面。事实上,在世界上某些国家和地区,只要社会弱势群体的利益缺乏组织化表达,穷人正当的生存权被视为非法也是常有的事。好在我国的执政者在坚持“三个代表”,关心民生也是政府及其领导人宣称的目标,我们才有可能这样鲜明地主张穷人的生存权利。现在政府号召穷人要与富人共度时艰,如何让这些失业或根本无业可就的人员有一个自食其力的机会,使他们不成为剩余劳动力,是我们这个社会迫在眉睫的问题。为此,各种城市执法者是否可以改变一下执法理念,重新认识非正规就业的正当性,也就不只是一个理论问题了。可以说,各级政府能否在城市管理、社会公共利益和穷人的基本生存权之间找到最基本的平衡,不仅是一个执政能力问题,更是一个执政理念问题。退一步来说,就是为了所谓的社会稳定和谐、为了富人和官员们的财富和人身安全,各级政府也应该为无工可做而坚守在城市的农民工、下岗失业而贫困的城市居民、无业可就的各类毕业生有一个临时的立足之地、吃饭之业提供救济、服务、方便、培训。<sup>⑭</sup>否则,剥夺穷人生存权就会同归于尽。正如法国大革命时期的人权宣言开宗明义所指出的:“对人权的无知、忘却或蔑视,是公众不幸和政府腐败的唯一原因。”人类历史上无数次人为灾难,大都来自暴虐的政府权力对人权的侵犯和蹂躏。欧美17、18世纪启蒙思想家的人权理论,本来是作为对封建专制权力的政治反抗权而提出的。二战后出现现代人权的新高潮,也是导源于政治上对法西斯国家恣



意蹂躏人权的反思。联合国于1948年通过的《世界人权宣言》，就是这一反思的产物，“鉴于为使人类不致迫不得已铤而走险对暴政和压迫进行反抗，有必要使人权受法治的保护”，<sup>⑤</sup>其主要精神也重在强调人民对专横暴虐的国家权力的政治自卫权和抵抗权。

由于普通人民的人权和权利相对于国家权力而言，常处于弱势地位，易受国家权力的侵害。我国在改革开放以前，漠视、否定人权，严重侵犯人权的事件时有发生。历次政治运动和“大跃进”造成的人权灾难，都与漠视、否定、践踏人权密切相关，而人民却处于无力反抗的境地。现今这一状况已有很大改变。但毋庸讳言，在立法上（特别是行政法规、规章以及所谓“红头文件”）还存在侵犯人权的现象。在日常生活中行政侵权更常发生。司法侵权则表现在司法不公，造成冤假错案。既然国家或国家权力是侵犯人权的最大或最经常的力量，确认国家是“尊重和保障人权”的主要义务主体就势所必然。<sup>⑥</sup>

## 二、人权三种形态转化的国家义务

人权存在三种形态：应有权利、法定权利、实有权利。人权从理想意义上讲是“应有权利”，即人按其本性所应当享有的权利；法定权利是“应有权利”的法律化、制度化；实有权利是指人在社会现实生活中真正实现的人权。<sup>⑦</sup>将人权局限于任何单一存在形态都不足以揭示人权的本质，也不利于对人权实现途径的探索。对人权实现的逻辑来讲，国家应及时“从应有权利转化为法定权利，再从法定权利转化为实有权利”，这是人权在社会生活中得到实现的国家义务。

### （一）国家尊重应有人权的义务

应有权利是个人没有让渡给国家保留的人权，或叫剩余人权。从人权法来说，应有人权是指没有被国家立法确认，但并不等同于国家在将来不确认的权利，是一种“应然状态”下的权利。只有国家承认个人存在“应有权利”，才能产生如何去保障它的义务。国家否认“应有权利”的存在，国家制定法定权利就会成为“无源之水”和“无本之木”。<sup>⑧</sup>应有权利是检视国家是否尊重剩余人权的道德基础，它是法定人权的源泉。

### （二）国家及时制定法定人权义务

法定权利的概念是一个逻辑判断与价值判断有机结合的统一，把应有人权用法律的形式表现出来就成为法定权利。法定权利的核心不在于是否由法律“划定了权利的限度和范围”，而在于这种划分的具体尺度和深刻内容。法定权利所反映的是法律关系主体与国家的对立统一关系。正是这种根源于社会物质生活的内在矛盾构成了法定权利的本质和核心。立法的目的不是限制自由和权利，而是保护自由与权利。立法者在立法活动中就必须正确地认识应有权利的内在性，正确地反映社会主体的社会权利要求。需求不等于权利，有经法律确认为正当的需求才是权利。人的需要以及由需要所表现出的利益追求成为了权利的动向与动力的源泉。应有权利必须在立法上及时上升为法定权利，才能得到最有效的保障。人的“应有权利”被法律确认而成为“法定权利”以后，这种权利就会变得十分明确而具体，它就被上升为国家意志，就对一个国家的全体居民具有普遍约束力，国家就将运用强制力量来保障其实现。法律对人权的这种保障作用，是所有社会组织规章、乡规民约以及伦理道德等等手段所无法比拟的。不仅如此，法律本身就是公平与正义的体现，它的本性就要求所有人在它面前一律平等。<sup>⑨</sup>在法律没有予以确认和保障人权之前，人权以应有权利以各种不同形式存在，如各种社会组织，包括社会团体的纲领与章程；乡规民约；社会的习俗、习惯和传统与宗教；人们思想中伦理道德观念和社会政治意识。或突现政党的独特价值，或注重对传统的尊重等。但以应有

权利存在的人权保障机制弱,甚至有些应有权利有侵犯人权的危险,这正如学者们指出,全球的文化实践朝着两个方向:尊重或者否定人的尊严和人的待遇。世界所有地方都有借各种宗教和意识形态之名,广泛侵犯人权的现象存在。因此,人类逐步开始对这些形态存在的权利进行反思,探索人权新的实现途径。将这些权利转化为法定权利,客观上是各方利益不断重组的结果,不以人的意志为转移。将大多数或权威集团所认为的真正人权用法律形式固定下来成为了人权发展的内在要求,促使应有权利向法定权利转化,从而使人权得以实现。这是国家在人权尊重和保障方面对公民的义务。

### (三)国家落实和保障实有人权义务

实有权利就是人们在现实生产生活中实实在在拥有和运用的权利,它是应有权利法定化的结果或形成的一种实有状态。其着眼点是权利的实践方面,是社会关系中已实现了的权利。实有权利是权利的最终归宿和最高价值,是权利转化的最终结果,它构成了权利主体追求的最高目标,应有权利和法定权利只有真正转化为实有权利人权才最终得到实现。从某种程度上说,权利的历史就是人们追求实有权利的历史。权利的实现,是社会秩序不断合理化的表征,是人类社会进步的标志,也是人作为主体摆脱偶然性自由自主活动的表现形式之一。现实权利构成了法治社会的基础,法律在规定的同时提供了从法定权利转化为现实权利的各种手段和资源。现实权利也可以作为一种重要尺度,用来衡量法治的水平、质量和规模。现实权利和法定权利之间的差距越少,说明法治的程度越高。社会加于个体多大的社会责任,提供给主体多大程度上的自由自主又直接受国家权力的影响。国家权力如何配制,直接决定了现实权利的实际形态。这也是国家作为合法性的法定义务。

检验一个国家是否有人权,不应只看法定权利有多少,而关键在于现实中的实有权利实现了多少。管理学中有个“木桶原理”。<sup>④</sup>木桶盛水的多少,不在于木桶上最长的那块木板,而在于最短的那块。这就是说任何一个组织,可能面临的一个共同问题,即构成组织的各个部分往往是优劣不齐的,而劣势部分往往决定整个组织的水平。把这套理论运用在人权法中,检验一个国家是否有真正的人权,关键看弱势群体,例如新生代农民工、上访者、艾滋病患者、受迫害的宗教信仰者、政治犯及其家属、处境危险的人权捍卫者,是否得到国家尊重和保障其权利。如果把这些人完全排除在我们的视野之外,可以说中国的人权状况相当不错。而一个国家的人权状况是由弱势群体那部分人来决定的,我们称之为“人权木桶定律”。是他们,而不是享有各种特权的人来代表着中国的人权状况和法治程度。“如果这个社会始终和不同地将一部分人划分出去,让一部分人出于任何政治保障和法律的保护之外,这一部分人的状况实际上代表了这个社会整体的水平。”<sup>⑤</sup>真正的公民美德要求我们去爱、去关怀这些被法律、被媒体和公众讨论所遗弃的弱势群体,因为今天是这一部分人,明天可能是我们自己,因为每一个同类的自由和尊严,都是对我们自己的剥夺,而且每一次不义和罪恶,都有我们的一部分责任。我们社会已经取得的些许进步,必须主要归功于少数的那些敢于生活在真实之中,敢于和野蛮、谎言,敢于和邪恶作斗争的优秀公民,少数的那些保持人性尊严和高贵灵魂的道德反思者,少数的那些被囚禁的、被伤害的、被侮辱的、被驱逐的行动者和思想者,少数的那些践行公民美德、担负公民责任的人们。如果没有他们,我们生活于其中的摧残人性的制度将不会改变,而我们的后代仍将被野蛮所统治。劣势决定优势,劣势决定生死。国家须尽到落实和保障现有权利的实现义务。

### (四)国家应适时转化人权形态的义务

应有权利是权利的“源”,实有权利是权利的“果”。人们在社会生活中最关心的就是“我的权利从哪里来”、“我原本应该有什么样的权利”,即权利的“源”;“我的权利现在怎么样”、



“我有什么样实实在在的权利”，即权利的“果”。而法定权利实际上就是法律在应有权利向实有权利转化中所发挥作用的代名词，它是应有权利转化为实有权利的中介和桥梁，它最终是为应有权利和实有权利服务的。应有权利“源”，中经法定权利“流”，而实有权利“果”关键在于国家要通过立法及时把应有权利制定为法定权利，再从法定权利落实和实现为实有权利。应有权利必须上升为法定权利才能得到有效的保障，法定权利只能转化成实有权利，权利才能真正得以实现，也即从应有权利转化为法定权利，再从法定权利转化为实有权利，在此过程中，这是国家应尽的义务，也是人权在社会生活中得到实现的基本形式。问题的关键在于，国家如何实现人权形态的相互转化，真正尽到道德、法定及国际三个层面的义务，则是检视国家合法性的价值所在。

### 三、国家履行人权保障义务的三个原则

国家公权力在履行人权保障义务时，除应遵守法治一般原则外，还应遵守以下三个原则。

#### (一) 人权保障优位原则

强调这一原则，是鉴于国家机关在行使权力时，首先关注的往往是其具体的或狭隘的行政与司法目的和效率，往往不顾相对人的人权，甚至纵容侵犯人权。如有的城管机关为维护市容和卫生，而暴力执法，毒打当事人，或没收小贩的财物，特别是他们赖以谋生的工具，以致矛盾尖锐化，造成伤亡事故。公安、司法机关为取证而进行刑讯逼供，致人死亡的事件时有发生。这就涉及人的生命权、生存权等基本人权同市容卫生或追查证据的价值位阶孰轻孰重，在惩治违法犯罪与保障人权之间何者优位的原则问题。<sup>②</sup>

强调司法上的人权保障，还因为司法审判是维护人权的最后防线。中国古代所谓“逼上梁山”，以及历次农民揭竿起义，固然有深刻的社会原因，但其直接诱因和导火线，莫不是因司法腐败，民众备受贪赃枉法的官吏迫害，而又告状无门，走投无路所致。我国在2004年人权入宪后，刑事诉讼法的修改也强调以保障人权为重点。法学界主张要进一步明确规定“无罪推定”原则；“一事不再理”原则；注重程序公正；确认保障当事人及其他诉讼参与人的权利，特别是犯罪嫌疑人、被告人的辩护权；不得强迫其自证其罪；对刑讯逼供的惩处；确定非法证据排除规则；对限制人身自由的措施的审查规则；审前与审判过程乃至审后程序公开规则；严格按法定期限办案规则；确立司法独立的保障机制；等等。这都是在司法领域保障人权的必要立法措施，也是司法机关必须高度尊重和严格履行的义务。<sup>③</sup>

#### (二) 平等保护原则

人权是人之所以为人而应当享有的权利，不能把任何人和人群排除在外。因此，国家对人人的人权负有平等保障的义务。人权的普遍性最主要的是体现在人权主体的普遍性上。正如《世界人权宣言》第二条第一款所确认的：“人人有资格享受本宣言所载的一切权利和自由，不分种族、肤色、性别、语言、宗教、政治或其他见解、国籍或社会出身、财产、出生或其他身份等任何区别。”<sup>④</sup>国家作为义务主体，对不同人权主体，都应尽一视同仁地平等保障义务，不应有所偏爱。这要求不仅在适用法律时对人人平等对待；而且在立法上对公民的权利义务分配，也应当是公正的。既然法本身是实现公平、正义的准绳，从法律体系总体的形式意义上说，平等或公平应居于优先位置，而且在没有平等的地方，也就没有自由，因为享有自由特权的人群在行使其自由时就可以不平等地对待或侵犯他人的自由。法律上的平等，主要是权利平等，机会平等，而不是结果平等。为了维护平等，有时会影响某些人或某些活动的自由，也可能因而影响社会的平等。如反托拉斯法旨在维护竞争平等，却可能对企业兼并与商业协作的自由起限制



作用。因而就会产生、也有必要维护“不平等的自由”。立法上对其价值的位阶顺序的权衡标准,应当是以社会整体利益或大多数人的利益为据,同时又适当兼顾少数人的利益,以取得有主次的平衡。按罗尔斯在《正义论》中所提出的正义原则,“所有社会价值——自由和机会、收入和财富、自尊的基础——都要平等地分配,除非对其中的一种价值或所有价值的一种不平等分配合乎每个人的利益。”或者“合乎最少受惠者的最大利益。”<sup>⑤</sup>“一个不够平等的自由必须可以为那些拥有较少自由的公民所接受。”<sup>⑥</sup>中国在改革初期提出的“使一部分人先富起来,以达到共同富裕”的方略,前者要求的是自由,但却是不平等的自由;后者则是结果上的平等。其价值取向是“少数人的经济自由居先,兼顾公平”。在立法上,改革初期为吸引外资和先进技术,给予外资企业以优惠待遇和较多的自由,也是把对它们的自由放在首位,而社会平等次之。这对本国企业来说,就是“不平等的自由”。这在当时有其必要性和历史正当性。待到经济发展到一定阶段,所有企业就应当不分内外一视同仁,复归于“平等的自由”。现在对私人企业也实行同国有企业“平等的自由”,同样享受准入市场经济的国民待遇。再则由于出现了贫富分化,还应当强调照顾弱势群体的生存自由,通过税收等手段进行第二次分配,使社会大致结果上的大致公平。至于思想、政治自由、人身自由等等属于精神和人格的自由,在民主社会,必须是平等的自由,不容只是少数人的特权。总之,国家在履行义务时应当力求对人权保障做到实质上的平等。<sup>⑦</sup>

### (三)公权力自我控制原则

这是指国家机关为克尽人权保障义务,防止侵犯人权,要求公权力遵守“克制保留义务”。为防卫国家权力侵犯人权,除以外部力量对权力加以控制外,还需要权力的自我控制。中国古代要求官员“克己奉公”,这既是一种政箴,也是法治守则。行政权力是最容易膨胀、专横的权力,“一朝权在手,就把令来行。”单靠法律制度的约束不够,还要求权力者在政德上自我克制,否则难免使权力服务变为权力压迫。现今倡导“权为民所用,利为民所谋,情为民所系”的道德与法治格言,就是为了督促权力者自我克制,“执法为民”,克服权力者的特权思想和霸道作风,防止以权谋私和侵犯人权。行政官员对行使权力的自我克制,不仅是政治伦理的要求,也是法律义务,称为“克制保留义务”。“以人为本”的执政理念要求权力者严格执法、公正执法、文明执法,反对“钓鱼式”选择性执法,应体现出法治的人文关怀。对于一般公民而言,“法不禁止即自由”,法律未加限制、禁止的事,公民都有权利自由去做,不受法律干涉;而政府官员非因为人民利益的迫切需要,则要受“法无规定皆禁止”的原则约束,即无法律根据或授权,政府官员就没有行使某项权力的权利。一般公民可以放弃某项权利的行使;而官员行使权力既不得滥用,也不能怠用或放弃不用,否则就是失职、渎职。<sup>⑧</sup>

## 四、没有结论的结语

综上,以新生代农民工为代表的弱势群体,在城市当中由于户籍、福利等政策限制,正让新生代农民工面临着“求学难”、“就业难”、“交流难”三难境地,真正融入城市急需政策破题。<sup>⑨</sup>如其不然,新生代农民工等弱势群体正像边缘性人格障碍症患者一样,现实对欲望的无法满足带来了他们对现实的愤怒,他们对城市“既进不去,也退不回农村”,必然使他们在对城市、农村双向逃避的同时,也有对城市、农村的双向对抗,衍生一系列社会问题。<sup>⑩</sup>本文认为,以新生代农民工等弱势群体的问题,在当今中国社会中不是个案问题,而是具有普遍性的问题;看似棘手无绪,其实是一个人权保障的法律问题。要解决这个问题,关键在于国家应在人权保障优位原则、平等保护原则、公权力自我控制原则前提下,应尽到道德义务、法定义务和国际义务,

及时将应有权利制定为法定权利,并将把法定权利在实践中予以承认、尊重、保护和促进实有权利。要防止国家违反人权义务,化解我国历史上和现今所积累的社会矛盾与社会不平,除了采取各种经济的和社会保障的诸多措施外,尤其要强化国家责任意识和各级党政领导人的政治责任意识,并切实承担和落实各项责任措施,才能防止严重侵犯人权的事件重演。<sup>⑩</sup>目前最要紧的是,破除城乡二元结构,落实和保障新生代农民工公民基本权利。这是国家保障人权不可推卸的责任。

注释:

①农民工或新生代农民工这种称呼,其实是歧视性、等级性的名词。从法律角度来说,农民工或新生代农民工都是中国公民,都应得到国家、社会与其他公民同等的尊重和保障。本文为了行文方便和习惯,使用新生代农民工名称,持中性态度,不具有歧视性。特此说明。

②中国的农民工潮出现三次。从中国的改革最初的农民进入乡镇企业,是为第一次“民工潮”,以乡镇企业为就业的目的地,体现了“离土不离乡、进厂不进城”的特点。小平同志南巡讲话后,1992年突然出现4000万农民工进城务工,是为第二次“民工潮”。第二次“民工潮”同第一次不同,这次的目的地是城市。由于户籍制度以及建立在户籍制度基础上的一系列制度安排的结果,城市对农民工“经济吸纳,社会排斥”,农民工处于城市的“边缘”位置。20世纪90年代中后期,伴随香港回归,港澳台制造业开始向广东大规模转移,廉价的劳动力、优质的基础设施和巨大的消费潜力也使中国沿海地区成为国际制造业转移的重点承接地,促成了第三次“民工潮”的出现,而且,自此开始进城民工的数量持续稳定提高。第三阶段的流动农民工群体出现了一些新的特征,他们不再是暂居城市,而是倾向于长期居住,居住的时间也在不断地延长,并且有举家迁移的倾向。“新生代农民工”几乎没有务农经历,对城市的认同超过了对农村的认同;农民工维权意识觉醒,开始诉诸法律和舆论维护自己的权益。同时,第三阶段的农民工所处社会环境也有了改观,人们开始认识到农民工对经济发展的巨大贡献,认识到他们是现代化的“利益相关者”,而不是旁观者等。参见胥轲:《我国“民工潮”发展的三个阶段》,《浙江日报》2005年7月12日。

③对人权的称谓,各国不一。在日本,人权曰基本人权;在德国,人权曰基本权;在美国,人权曰人权。参见阿部照哉等编著:《宪法——基本人权篇》(下册),周宗宪译,中国政法大学出版2006年版,第32页。

人权中的“人”,可以解释为“自然人”、“人民”、“市民”、“公民”、“国民”、“民族”、“种族”、“集体”甚至“法人”等,它回答的是主体问题。人权中的“权”可以解释为“自然权利”、“市民权利”、“国民权利”、“人民的权利”、“公民权”、“基本权”、“宪法权”、“公民的基本权利”等,它回答的是人权在所有权利中的地位问题。其中,并不是所有被人享有的权利都是人权,也不是尚未被人享有的权利就不是人权。参见徐显明主编:《人权法原理》,中国政法大学2008年版,第79页。

④⑪⑬⑱李步云主编:《人权法学》,高等教育出版社2005年版,第1、20-25、21、25页。

⑤⑫⑳㉑㉒参见郭道晖:《人权的国家保障义务》,《河北法学》2009年第8期。

⑥徐显明主编:《人权法原理》,中国政法大学2008年版,第296页。

⑦《国家人权行动计划(2009—2010年)》,导言第四部分。参见中华人民共和国中央人民政府门户网站2009年4月13日发布。

⑧主要指《公民权利与政治权利国际公约》和《经济、社会与文化国家公约》,(简称B约、A约)。

⑨Provost, *International Human Right and Humanitarian Law* Cambridge University Press, 2002, p. 62.

⑩莫纪宏:《论人权的司法最终救济性》,《法学家》2001年第3期。

⑪作为人权法的学者,经常听到外交部发言人批驳西方一些以人权干涉我国内政的批评。其实,从国际公法来说,这是不成立的。因为包括我国在内的绝大多数国家都签署或批准了《公民权利与政治权利国际公约》和《经济、社会与文化国家公约》(简称B约、A约),根据条约必须履行原则,一个国家没有遵守公约下的义务,这就好比违反合同一样,其他签约当事国提出批评,这是基于公约授权的权利,怎么是干涉内政呢!这在国际公法上不成立。

⑫⑬⑭于建嵘:《要给非正规就业空间》,《南方都市报》2009年3月13日。

⑮⑯《世界人权宣言》,北京大学人权研究中心编:《国际人权文件选编》,北京大学出版社2002年版,第1、2页。

⑰木桶原理(Cannikin Law)是由美国管理学家彼得提出的。引自智库百 <http://wiki.mbalib.com/wiki/%E6%9C%A8%E6%A1%B6%E5%8E%9F%E7%90%86>, 2009-10-24.

⑱崔卫平:《承担一个犹太人的重负》, [http://blog.sina.com.cn/s/blog\\_4006bacd010002i7.html](http://blog.sina.com.cn/s/blog_4006bacd010002i7.html) 2006-02-19/2009-10-23.

⑲⑳[美]约翰·罗尔斯:《正义论》,何怀宏等译,中国社会科学出版社1988年版,第58、241页。

㉑2009年上半年重庆的打击黑社会运动,是一个具有典型意义的重要标本。某些贪官已经到了明目张胆、肆无忌惮的地步。为了攫取非法利益,不惜使用各种残忍的手段,对“被侵害人”的掠夺甚至残害,无所不用其极,丝毫不把法律放在眼里。这种“黑幕”证实了一个基本判断,那就是,中国社会的很多矛盾和危机,已经到了赤膊相见、短兵相接的激化状态。以前,尚有党政组织、法律机关作为缓冲,来抑制和调解各种利益冲突和社会矛盾。现在,腐败的官员已经直接成为利益冲突的一方,往往处在非法利益“食物链”的最顶端,利用公权力作为后盾,为各种利益集团的非法行为提供保护。这样,问题便进入了一个更严重的层次。矛盾的双方失去了缓冲,处于直接对抗的状态。由于司法体系的腐败,法律失去应有的威慑作用,更使这种对抗失去了底线,正逐渐走向没有规则和限度、直接诉诸暴力的“丛林状态”。掠夺者肆无忌惮,反抗者也就同样没有底线。从各层出不穷的群体事件可以看到,这种矛盾的激化相当突出。引自唐逸鸿:《中国改革正被逼上快车道》,新加坡《联合早报》2009年10月23日。

㉒杨金志、叶锋:《农民工二代:家乡“回不去”入城有“三难”》,新华社《瞭望》新闻周刊2009年2月10日。

㉓参见黄广明:《新生代民工的梦与痛》,《南方人物周刊》2005年10月20日。

