

# 新中国宪法权利理论发展评述<sup>\*</sup>

## ——以方法论为视角

翟国强

**摘要:**中国宪法权利理论已经逐步摆脱了早期单一的法哲学方法的研究,法解释学的方法成为宪法学研究的新趋势,具有中国特色的宪法权利的法解释学呼之欲出。伴随着上述方法论的变迁,关于宪法权利的保障模式理论也摒弃了那种单纯的相对保障说,更多学者主张宪法权利的直接保障说。如果抛开中国语境,上述研究甚至已经实现了与当今西方宪法权利理论的接轨。然而,对于产生于西方特定历史阶段的种种宪法权利学说的借鉴,仍需结合我国立宪主义的历史课题和法治发展的现状来展开。

**关键词:**宪法权利理论;法解释学;依法保障;宪法保障

**中图分类号:**DF2 **文献标识码:**A **文章编号:**1673 - 8330(2010)03 - 0027 - 11

### 引言

宪法权利,简而言之,就是被宪法确认并受宪法保障的权利。从比较法角度看,宪法权利在各国宪法条款和宪法理论中的表现形态也各有不同。在德国宪法上称为“基本权利”;日本宪法上表述为“国民之权利”;意大利宪法为“公民的权利”;我国现行宪法上的表述是“公民的基本权利”。这一概念可以追溯至前苏联的宪法文本,因为我国第一部宪法——“五四宪法”的许多条款系直接移植前苏联1936年宪法中的某些条款,而1982年宪法修改仍然是以1954年宪法的文本为基础的完善。如果撇开形形色色的概念之争,宪法权利的实质在于以宪法规范的形式来确认并保障特定社会的根本规范和价值,这些根本规范的效力位阶高于一般法律,因而不应当被任何宪法之下的国家机关所侵犯。这种根本规范甚至可以被作为一种超越实证宪法的根本规范而约束制宪权的行使和宪法的修改,德国宪法学上所谓“违宪的宪法规范”正是基于此项原理。因此,宪法权利构成了宪法规范体系的核心,而对宪法权利保障问题的研究自然也就构成了宪法学的重要内容。

反观我国学界,有关宪法权利理论的研究与中国政治形势的发展紧密相关。1954年宪法制定后的

\* 本文系中国社会科学院重点课题“法律与权利哲学”的部分研究成果。本文曾被提交在福州召开的“宪法学的方法与基本范畴”学术会议,感谢郑贤君教授、薛小建教授、张翔教授给本文提出的中肯意见。

[作者简介] 翟国强,中国社会科学院法学研究所宪法行政法研究室助理研究员,法学博士。

与此类似并密切相关的概念有“人权”、“基本人权”、“基本权利”,由于保障内涵的一致性,日本宪法学家芦部信喜教授在同一意义上使用上述三个概念。(参见[日]芦部信喜:《宪法》,林来梵、凌维慈、龙绚丽译,北京大学出版社2006年版,第5章。)当然严格来说上述概念有着若干细微的差别。宪法权利并不等同于基本权利或人权,比如美国宪法上有“持有和携带武器的权利”的条款,但是这项权利却并非基本权利或人权。

张友渔:《关于修改宪法的几个问题》,载《法学研究》1982年第3期。

郑贤君:《宪法权利的构成及其实证化》,载《法学研究》2002年第6期。

一段时间,有关宪法权利的论文基本上是政论性的,严格意义上并非是一种理论研究,而是政治宣传。而到了文革时期,宪法学研究基本处于停滞状态,宪法权利理论和现实中的权利保障一样被忽视。中国共产党十一届三中全会后,以《实践是检验真理的唯一标准》发表为标志,中国进入了一个自上而下的思想解放历程,加之国家政治秩序趋于稳定,学术研究环境日益宽松,宪法学的研究逐渐走上正轨,学界不断涌现出关于宪法权利保障的论著和成果。此后,宪法学界关于宪法权利理论的研究不断深化,日趋成熟,至今已颇具规模。本文拟对六十年来有关宪法权利保障的研究成果进行一个学说史的梳理和总结,并在此基础上展望当前我国宪法权利理论面临的课题。

## 一、宪法权利理论的发展脉络与新中国的宪法事件

宪法权利是以法律规范的形式来确认并保障特定社会的根本价值的。建国后,由于政治上对旧法统的彻底抛弃,宪法学研究脉络曾出现了部分断裂。在我国,作为一种法定权利的宪法权利是随着 1954 年宪法的通过而产生的。随着新中国第一部宪法的颁布,宪法权利开始走进新中国学者的视野。较早论及宪法权利的成果是杨化南在 1954 年《政法研究》第 3 期上发表的《我国宪法中公民的基本权利和义务》一文,该文通过介绍我国宪法上的权利条款来论证人民民主专政的合法性问题,并以此来反驳“资产阶级国家的宣传机器和评论家”,从而显示“我国人民民主制度的优越性”。新宪法颁布后的几年中,有关宪法权利的论文大多是对宪法上公民的基本权利和义务条款背后的阶级力量对比进行论述,为当时政权的合法性提供依据,这些论述很难说是一种学术性的研究,其更大程度上是一种对外宣传的需要。直至文革前夕,宪法权利的成果大多是以阶级分析方法为主的论述,甚至将阶级分析方法运用到极致。比如在 1962 年,关怀发表了题为《论我国公民个人所有权》的论文,其中虽然也运用了阶级分析方法来论述我国公民个人所有权和资本主义个人所有权的不同,但同时也客观地分析了个人所有权的范围和保障方式,是当时法学界为数不多的具有学术研究气质的论文。而针对上文,柴发邦则从阶级分析的角度出发,提出了针锋相对的观点,他认为,公民的个人所有权和个体劳动者的所有权有着本质的区别。这种机械的阶级分析方法代表了当时我国宪法权利理论研究的主要方向。

十年文革期间,我国宪法所规定的基本权利不过是“一张写着人民权利的纸”,整个宪法权利研究,乃至法学研究基本处于停滞状态。1978 年 12 月《中国共产党十一届中央委员会第三次全体会议公报》指出:“宪法规定的公民权利,必须坚决保障,任何人不得侵犯。这对于经历了文革洗礼的中国宪法学界而言,不仅解除了研究宪法权利的后顾之忧,也使学界对于宪法权利的研究有了“正确的政治方向”。此后,法学界开始尝试进行权利问题的研究,宪法学界也开始逐渐以 1982 年宪法修改为契机研究宪法权利理论。1982 年宪法的修改被认为是一次全面的宪法修改,不同于那些零敲碎打的个别条文的增减,在此之前有一段充分的酝酿时期,并经社会广泛讨论。如果借用美国宪法学家阿克曼的宪法政治理论分析,1982 年宪法制定前后可以说是中国宪政发展史上的“宪法时刻”,严格意义上宪法权利理论研究的起步正是围绕着这次宪法修改而展开的。

1982 年宪法通过后,更多的宪法学者开始将目光聚焦在宪法的基本权利条款上,这种转变甚至受到西方学者的关注。这些研究大多是围绕新宪法的制定展开的,通过对宪法上规定的权利条款进行“解说”,呼吁社会对宪法权利关注和重视,提高社会整体的权利意识。在宪法修改完成后,主流学者开始论证宪法权利的正当性,这一时期的研究强调权利宪法保障的重要性,主要研究“什么是宪法上的基本权利”、“为什么宪法要保障这些基本权利”等论题。此外,也有学者开始尝试对具体的宪法权利进行

关怀:《论我国公民个人所有权》,载《政法研究》1962 年第 3 期。

柴发邦:《论我国公民个人所有权和个体劳动者所有权的质的差异》,载《政法研究》1962 年第 4 期。

刘海年等:《保障民主权利是革命的光荣传统》,载《法学研究》1979 年第 1 期。

See Ann Kent, *Between Freedom and Subsistence, China and Human rights*, Oxford University press(1993), p. 97.

如许崇德教授指出:“宪法关于公民基本权利和义务的规定,充分体现了我们国家的社会主义民主的本质,体现了广大人民在国家生活中的当家做主的主人翁地位。”许崇德:《我国宪法关于公民基本权利和义务规定的发展变化》,载《思想政治课教学》1983 年第 1 期。

解说,呼唤宪法权利保护的重要性。当然这种完全以解说法学权利条款的研究的最大问题是将价值命题和事实命题混为一谈,混淆了宪法权利存在的应然形态、法定形态和实然形态,其中一个典型的观点就是将宪法规定的权利等同于受到宪法保障的权利。<sup>⑪</sup>从1982年宪法制定到20世纪90年代,这种对宪法权利条款进行解说性的研究占据了宪法权利理论的主流。尽管这种解说式的研究并非严格意义上的学术研究,而是充斥了政治化和口号化的概念,然而不可否认的是,它们在促进整个社会宪法权利意识的提高、形成尊重和保护权利的宪法观念、形塑国家和社会的意识形态方面都有着不可低估的重大意义。这些研究也引起了国家的政治和法律实践对权利保障的重视,进而促使国家逐步采取各种措施对公民基本权利进行保障。对于这种进步,西方学者指出,自从1982年宪法以后,由于观念的改变,中国公民所实际享有的言论、出版、结社、迁徙自由(虽然这项权利并没有被宪法所明确规定)在逐渐增加。<sup>⑫</sup>

宪法权利是人权的法定化,因此宪法权利的研究与人权研究息息相关。我国法学界曾将人权作为资产阶级的价值加以批判和排斥。<sup>⑬</sup>20世纪90年代初,人权研究的禁区被完全突破,关于人权的研究成了法学界的热点问题,这也促使宪法学界对宪法权利理论高度关注。在此之前,我国法学界曾不加辨析地全面否定解放前的宪法学说,并以简单化解释马列经典著作来进行“学术研究”。对此,许崇德教授指出:“对于建国前的宪法学,一律不加分析地予以彻底否定,这种做法是不可取的。”<sup>⑭</sup>然而,政治秩序的变动并未完全切断宪法学说史的脉络。在20世纪90年代后的宪法权利理论研究之中,借助人权研究的东风,一些解放前有关宪法权利学说的著作被广为引用,影响着中国宪法权利理论的研究。<sup>⑮</sup>这种转向使得学界重新返回中国宪法权利研究的学术脉络之中,并逐渐摆脱前苏联国家法理论的影响,同时开始大胆研究和借鉴世界各国宪法权利保障的理论和实践。恰如韩大元教授所言:“在中国社会发展中,宪法与宪法学遵循着不同的发展途径与逻辑,政治对宪法学的影响力并不是绝对的。”<sup>⑯</sup>

伴随着经济体制改革进程的加快,全国人大分别于1988年4月、1993年3月、1999年3月通过宪法修改对国家经济制度不断进行重新定位。在此过程中,法理学界以“建设社会主义市场经济”的主流话语作为切入点,提出了“社会主义市场经济是权利经济”的基本命题,论证保障权利与经济建设的密切关联。<sup>⑰</sup>与法理学界关于“市场经济就是权利经济”的论断类似,宪法学界同样对此予以高度关注。<sup>⑱</sup>由于市场经济体制的建立和完善的核心理念是产权问题,对于宪法上财产权问题的研究便成为当时宪法学界的热点问题。<sup>⑲</sup>随着宪法上财产权保障理论研究的不断深化,学者们开始摆脱口号式的呼喊,开始研究“宪法如何保障财产权”。<sup>⑳</sup>20世纪90年代末到本世纪初,在城市房屋拆迁中所表现出的权利诉求和社会矛盾,更加刺激了宪法学界对财产权的高度关注和研究。这些对宪法权利的研究成果最终为2004年的宪法修改提供了法律技术上的支持,2004年宪法修正案第22条所采纳的权利保障的规范结构正是学术界所主张的模式:保障+法律(公共利益)限制模式。<sup>㉑</sup>宪法修正案第22条对财产权保障的修定,再一

陈云生:《公民的人格尊严不受侵犯》,载《法学研究》1983年第2期。

权利的三种存在状态理论由李步云教授首先提出,后被法学界广为接受。参见李步云:《论人权的三种存在形态》,载《法学研究》1991年第4期。

⑪ 参见田军:《我国公民享有广泛而真实的基本权利》,载《江海学刊》1983年第1期。

⑫ 前引, pp. 96—97。

⑬ 参见肖蔚云、罗豪才、吴瀚英:《马克思主义怎样看“人权”问题》,载《红旗》1979年第5期;兰英:《“人权”从来就是资产阶级的口号吗——同肖蔚云等同志商榷》,载《社会科学》1979年第3期。

⑭ 韩大元、牛文展:《见证新中国宪法学发展的历史——许崇德教授的治学历程与学术思想》,载《高校理论战线》2004年第1期。

⑮ 典型的代表作如王世杰、钱端升:《比较宪法》,中国政法大学出版社1997年版。

⑯ 韩大元:《对20世纪50年代中国宪法学基本范畴的分析与反思》,载《当代法学》2005年第3期。

⑰ 张文显:《市场经济与现代法的精神论略》,载《中国法学》1994年第6期。

⑱ 有关研究可参见孙潮、戚渊:《论确立市场经济的宪法地位》,载《法学》1992年第12期;韩大元:《市场经济与宪法学的繁荣》,载《法学家》1993年第3期。

⑲ 胡锦涛:《市场经济与个人财产权的宪法保障》,载《法学家》1993年第3期。

⑳ 林来梵:《论私人财产权的宪法保障》,载《法学》1999年第3期;林来梵:《财产权宪法保障的比较研究》,载张庆福主编:《宪政论丛》(第2卷),法律出版社1999年版,第59页;赵世义:《财产征用及其宪法约束》,载《法商研究》1999年第4期。

㉑ 前引⑳林来梵:《论私人财产权的宪法保障》。

次刺激了宪法学对于财产权保障问题的关注,这些研究在过去研究的基础上更加注重对宪法财产权的保障方式的研究。<sup>②</sup>此后,学界对宪法财产权保障的研究进入了一个新的高潮。根据对 1993 年至 2008 年发表的 143 篇有关宪法财产权的学术文章进行的检索统计,仅 2004 年至 2008 年 4 年时间就有 93 篇研究宪法财产权保障问题,而 1993 年至 2004 年 11 年时间内仅有 50 篇。整体来看,有关宪法财产权保障研究的规范性正在逐步增强,摆脱了以往单纯的“政治话语”,开始研究其作为法律条文的逻辑结构和适用性。<sup>③</sup>

2001 年,最高人民法院关于“齐玉苓案件”的批复<sup>④</sup>为中国法学界提供了一个运用宪法权利理论解释现实案件的契机,该案引发了宪法学关于宪法权利的第三者效力问题的学理讨论。而发生在 2003 年的“孙志刚事件”和“延安黄碟案件”同样为宪法权利理论的研究提供了现实的分析样本。学界对于这些事件和案例的讨论对宪政实践产生了一定的影响,比如收容审查制度的废止。<sup>⑤</sup>2004 年的《宪法修正案》第 24 条增加“国家尊重和保障人权”九字条款,使得宪法权利理论的研究已经成为日后宪法学研究的重心所在。

## 二、方法论的演进:法哲学的方法到法解释学的方法

纵观六十年来我国宪法学界对于基本权利的研究,大致经历了从单一的法哲学层面进行价值性研究到晚近将宪法权利作为一种法规范进行法解释学研究的方法论转变。早期的研究主要是从法哲学的角度论证宪法上规定的权利本身的正当性以及宪法权利背后的价值立场和社会背景等。1954 年宪法以及 1982 年宪法制定后的一段时期,我国有关宪法权利的研究主要是对基本权利的内涵和价值进行研究,比如为什么宪法保障基本权利、特定的基本权利具有何种意义和价值等。此外,对于宪法权利进行法哲学和道德哲学角度的研究也较为多见,比如某项宪法权利有何特征,其正当性何在,宪法确认的基本权利本身的道德基础、历史文化基础等。随着“宪法的法律性”逐渐被广泛承认和接纳,学界开始从法学的角度研究宪法权利,运用法解释学方法将宪法权利作规范分析,侧重于对具体基本权利的保障内涵进行研究。这些研究大胆地借鉴了现代法治国家关于宪法权利的前沿研究成果,分析了宪法基本权利的规范结构,并提出了“宪法权利的保障——限制——对限制的限制”的保障框架。<sup>⑥</sup>

### (一) 宪法权利研究的法哲学方法

法哲学方法的特点是对实证法采取“超越体制的立场”,<sup>⑦</sup>分析法律现象背后抽象、普遍、超实证的原理和价值。这种方法体现在宪法权利理论研究上,就是绕过宪法权利本身的法规范属性直接去探讨规范背后所蕴含的价值(包括规范所包含的意识形态)。我国宪法权利的研究曾经一度以马克思主义的阶级分析为根本方法,直接洞悉宪法权利背后的阶级力量对比关系,因此这种阶级分析方法自然也可以归入法哲学方法的范畴。直接观察宪法权利规范背后的意识形态的方法,不免要贴近现实政治的决断,因此往往出现紧跟“党的文件精神”的现象,国家政策对学术研究的影响极大。这一阶段的学术研究要“把握政治界限”,坚持正确的政治路线,这种紧跟“党的文件精神”的研究不免被人指责为“跟风宪法学”。

由于宪法学研究领域高度的意识形态化,早期宪法权利的研究往往倾向于直接诉诸主流意识形态,对宪法上规定的基本权利进行“解说”。比如援引政治话语进行解说为什么宪法规定或没有规定某些

<sup>②</sup> 韩大元:《私有财产权入宪的宪法学思考》,载《法学》2004 年第 4 期;张庆福、任毅:《论公民财产权宪法保障制度》,载《法学家》2004 年第 4 期;胡锦涛、王锴:《财产权与生命权关系之嬗变》,载《法学家》2004 年第 4 期。

<sup>③</sup> 王锴:《新中国宪法保障财产权的历史变迁(1949—2004)》,载《法治论坛》2006 年第 1 期。

<sup>④</sup> 最高人民法院《关于以侵犯姓名权的手段侵犯宪法保护的公民受教育的基本权利是否应承担民事责任的批复》(法释[2001]25号)甚至引起了国外宪法学界的高度关注。See Thomas E. Kellogg, *Courageous Explorers? Education Litigation and Judicial Innovation in China*, Harvard Human Rights Journal, Vol. 20(2007).

<sup>⑤</sup> 2001 年 12 月 3 日北京市宪法学会召开“齐玉苓案学术研讨会”;2003 年 6 月 30 日上海交通大学举行“孙志刚案与违宪审查”学术研讨会。

<sup>⑥</sup> 参见林来梵、季彦敏:《人权保障:作为原则的意义》,载《法商研究》2005 年第 4 期。

<sup>⑦</sup> [德]阿图尔·考夫曼:《法律哲学》,刘幸义译,法律出版社 2004 年版,第 10 页。

权利,<sup>②</sup>或者宪法规定的某项权利的含义。<sup>③</sup>这些研究没有区分宪法权利规范设计者的视角和解释适用者的视角,没有区分解释学意义上的作者和读者之间的区别,所以造就了以法哲学方法为基础的宪法权利理论。不可否认,这种研究一方面是基于新宪法颁布后,宣传普及的需要;另一方面是因为在宪法修改时期,各种价值观以不同的形式参与宪法修改,有力地影响着宪法规范的生成。一旦被宪法规范确认,这种占社会主流的意识形态,自然会通过各种途径巩固其价值核心的地位,而运用法哲学的方法再现规范背后的主流意识形态正是巩固意识形态的有效途径之一。

在我国学术界思想解放的背景下,法哲学方法在宪法权利研究中进而体现为基于某种价值立场对实证宪法权利体系的批判和反思。<sup>④</sup>20世纪90年代以后,宪法学者开始从国外宪法的理论和方法中寻找可借鉴之处,对我国宪法上的权利条款进行反思性的研究,这些研究对于完善中国宪法权利体系具有不可低估的价值。2004年的宪法修改可以看作是这种反思性研究影响宪法实践的一个典范。如在本次宪法修改之前,夏勇教授曾指出:“将人权概念引入宪法,把尊重和保障人权确定为一项宪法原则,不仅可以保证价值法则向政治法则和程序法则转化过程中不出有碍法治和宪政的偏差,而且便于立法和司法机关在面对不同利益的权衡时能够作出有利于保护人权和公民权利的解释和推理。”<sup>⑤</sup>而郑永流、程春明、龙卫球三位教授也曾撰文直接呼吁宪法修改增加人权条款。<sup>⑥</sup>这种基于一定价值立场对既有的宪法权利体系进行的反思性研究为2004年的宪法修改提供了法律技术上的支持。

## (二)宪法权利的法解释学 (constitutional rights doctrine)

自改革开放以来,学界从来不缺乏对于我国宪法权利体系基于外部视角的反思与批判。<sup>⑦</sup>以法哲学为基本方法的反思性宪法权利理论寄希望于修改宪法权利条款达到保障权利的目的,倾向于主张通过“修改现行宪法,增加规定某项权利”,甚至直接“重构”宪法权利体系。如果从体制内的视角看,这种“批判现存宪法的缺陷并希望制定完美无缺的宪法”<sup>⑧</sup>的学说不利于树立宪法的权威,而且忽视了运用宪法解释来消解宪法权利条款本身的瑕疵。其实早在20世纪80年代末,美国宪法学家欧文·费斯(Owen M. Fiss)教授就曾主张从宪法解释的角度来完善中国宪法权利理论,比如对宪法第51条限制基本权利的解释应当结合宪法规定的基本权利的条款,进行“限缩解释”,在限制和保障之间寻求平衡。<sup>⑨</sup>运用法解释学的方法也可为分析现实事件或案例提供有效的分析框架,从而使宪法权利理论免遭贴上脱离中国实际的质疑。进入21世纪以来,更多宪法学者借助社会上发生的热点问题或典型案例来解释各种宪法权利。<sup>⑩</sup>

随着中国宪法学研究的进一步精致化,宪法学者更多地关注在既有宪法条款基础上研究宪法基本权利的具体保障问题,换言之,把宪法上的基本权利规范作为有效的法规范加以研究,而非仅仅从法哲学角度研究其道德基础和正当性。这种研究的出发点是基于宪法实施中如何保护基本权利,在研究方法上兼采取比较宪法学的方法,借鉴宪法权利保障制度较为成熟的国家的理论来展开研究的。这种研究在我国青年学者中较为普遍,比如,张翔对基本权利的研究,就是分析借鉴了德国基本权利理论的同

② 可参见前引①;钟岱:《宪法应否保留罢工自由?》,载《法学杂志》1981年第3期;杨海坤:《为什么删去“罢工自由”这一条文》,载《民主与法制》1982年第6期。

③ 马玉珊:《谈谈新宪法关于宗教问题的规定》,载《青海社会科学》1983年第3期。

④ 有关的研究可参见王太元:《宪法应重新确认迁徙自由》,载《中国人民公安大学学报》1989年第1期;葛少英:《我国罢工立法问题初探》,载《法商研究》1996年第3期;刘武俊:《迁徙自由权立法势在必行》,载《检察日报》1998年10月26日;殷啸虎、房保国:《我国宪法应明确规定沉默权》,载《法学论坛》2001年第2期。

⑤ 夏勇:《中国宪法改革的几个基本理论问题》,载《中国社会科学》2003年第2期。

⑥ 郑永流、程春明、龙卫球:《中国宪法应如何设置人权》,载《政法论坛》2003年第6期。

⑦ 比如,2002年徐显明提出生存权、财产权、环境权、发展权、知情权、隐私权、经济自由权、迁徙自由权、平等权、受审判权十种权利应以宪法固定化。参见徐显明:《应以宪法固定化的十种权利》,载《领导决策信息》2002年第11期。另可参见马岭:《对宪法“公民的基本权利和义务”一章的修改建议》,载《国家行政学院学报》2003年第5期。

⑧ 参见强世功:《基本权利的宪法解释》,载赵晓力编:《宪法与公民》,上海人民出版社2004年版,第4页;另可参见强世功:《谁来解释宪法》,载《中外法学》2003年第5期。

⑨ Owen M. Fiss, *Two Constitutions*, in H. Folsom and J. H. Minan (eds), *Law in the People's Republic of China: Commentary, Readings and Materials*, Kluwer Academic Publishers (1989), pp. 62—71.

⑩ 参见林来梵:《卧室里的宪法权利》,载《法学家》2003年第3期;前引③强世功:《基本权利的宪法解释》。

时结合我国宪法上的基本权利条款,试图建构出一套符合我国实际的宪法权利的法解释学;<sup>③7</sup>熊静波对宪法权利冲突理论的研究是运用德国宪法权利理论的最新成果,对宪法权利之间冲突的解决提供了可行的解决方案;<sup>③8</sup>余军对宪法权利逻辑构造的研究,则是以霍菲尔德的权利分析理论为框架,对宪法权利的逻辑构造在“纵向”和“横向”两个维度上分析我国宪法上的基本权利体系;<sup>③9</sup>何永红对于基本权利限制的合宪性审查标准的研究则细致地比较了美国和德国对于基本权利限制的审查标准,并试图构建一套适用于我国基本权利体系的审查基准体系。<sup>④0</sup>这些研究成果大量借鉴了当今德国、美国、日本等国家宪法学的研究成果,从成果引用的文献看,这些研究引述了大量的第一手材料,英文、德文、日文等文献占较大比例。这从侧面说明我国宪法学关于基本权利宪法保障的研究已经摆脱了过去那种“闭门造车”式的研究。由此,产生于西方现代法治国家的宪法基本权利的双重性格理论、权利限制的比例原则、基本权利的制度保障论、以及审查基准论等理论被引进中国宪法权利理论,这些研究为解释宪法权利条款提供了一种新的框架,为宪法基本权利的解释提供了学理上的体系性思考。

与法哲学角度对实证宪法权利体系进行批判并主张通过修改宪法来完善权利体系的研究进路不同,法解释学方法是采取另外一种富有技术含量的方法和策略,即通过对宪法文本中概括条款的解释推导出新的权利内涵。<sup>④1</sup>特别是 2004 年的宪法修正案增加了“国家尊重和保障人权”条款为权利推定提供了实证法上的依据,越来越多的学者主张通过未列举权利的理论推导出宪法应当保障的其他基本权利。更多学者开始关注宪法上的“人权条款”的解释和适用问题,主张要积极运用宪法解释技术,在规范所允许的范围内以目的论解释方法寻求对人权侵害事件的权利救济途径。<sup>④2</sup>

当然,迄今为止我国宪法权利理论的研究方法并非是单一的解釋性研究,对宪法权利规范以法解释学角度的研究并非可以完全取代其他视角的研究,特别是在宪法权利规范体系本身的妥当性仍有待完善的情况下,基于一定价值立场从外部视角对宪法权利体系进行批判性的研究仍然具有不可替代的重要意义。而且,宪法解释方法本身必须谨守一定的文本界限,超出文本含义牵强附会的解释只会导致理论的苍白无力。但是,如果学术要避免那种被意识形态“牵着”或“赶着”走的危险境地,当下中国宪法权利的研究仍需要适当地返回宪法权利规范本身,即使是外部视角的研究也是“要出乎其外,先须入乎其内”。<sup>④3</sup>

### 三、从“依据法律的保障”到“宪法保障”

纵观各国宪法权利保障的历史,对于宪法权利的保障模式大致可归入三种不同类型:绝对保障型、相对保障型和折中型。<sup>④4</sup>绝对保障是指由宪法本身加以直接保障,即使立法也不得加以限制或设定例外,也可以说是一种宪法保障模式;而相对保障则是指宪法权利的保障需要以具体的法律为依据,同时主张法律可以对宪法权利进行限制,该说又称为宪法权利的法律保障主义;介于绝对保障和相对保障之间的被称为折中型保障。

#### (一) 依法保障说

我国早期宪法权利的主流学说是相对保障说,认为宪法权利仅仅是一种原则性规定,其具体内容及如何保障实现还需有赖于立法机关制定专门的法律来解决。张友渔教授的观点代表了早期宪法学界的主流学说,他指出:“我们都知道,宪法是国家的根本法,不是法律大全,不能把什么都规定进去。它的贯彻实施,需要通过相应的法律。正如斯大林所说:‘宪法是根本法,而且仅仅是根本法。宪法并不排

<sup>③7</sup> 张翔:《基本权利的双重性质》,载《法学研究》2005年第3期。

<sup>③8</sup> 熊静波:《表达自由和人格权的冲突与调和——从基本权利限制理论角度观察》,载《法律科学》2007年第1期;熊静波:《权利之间的界限》,载《现代法学》2007年第4期。

<sup>③9</sup> 余军:《宪法权利的逻辑构造——分析法学的诠释》,载《法学》2005年第3期。

<sup>④0</sup> 何永红:《基本权利限制的合宪审查标准》,载中国知网(中国博士学位论文全文数据库):浙江大学2007年(春)博士论文。

<sup>④1</sup> 代表性的研究成果有屠振宇:《未列举基本权利的宪法保护》,载《中外法学》2007年第1期;王广辉:《论宪法未列举权利》,载《法商研究》2007年第5期;屠振宇:《未列举基本权利的认定方法》,载《法学》2007年第9期。

<sup>④2</sup> 韩大元:《宪法文本中“人权条款”的规范分析》,载《法学家》2004年第4期。

<sup>④3</sup> [德]卡尔·恩吉施:《法律思维导论》,郑永流译,法律出版社2004年版,导论。

<sup>④4</sup> 参见林来梵:《从宪法规范到规范宪法》,法律出版社2001年版,第94—98页。

除将来立法机关的日常立法工作,而且要求有这种工作。宪法给这种机关将来的立法工作以法律基础。在新宪法的一些条文中,就曾明确提出要‘依照法律规定’来实施,明确说要‘依法’保护‘合法权益’,不许‘非法’如何如何。<sup>④5</sup>

这种学说深刻影响了此后我国的宪法权利理论,多数学者主张宪法权利的保障应根据宪法规定的基本权利体系,制定详细完备的法律,将宪法关于基本权利的原则规定具体化是立法机关的一项重要职责。<sup>④6</sup>然而,立法机关具体如何进行立法保障,在进行立法时采取何种价值取向,这些都需要在理论上给予充分深入的研究。于是在德国近代曾经出现的“宪法委托理论”<sup>④7</sup>、“法律保留原则”<sup>④8</sup>等学说被引入我国宪法权利理论的研究,进而间接影响到了我国的立法实践,如《行政处罚法》第9条和《立法法》第8条第5款的规定显然是采纳了这种相对保障说所包含的“法律保留”原理。

从上述张友渔关于宪法权利的论断可以看出,这种相对保障理论可以追溯至斯大林有关宪法的经典论断:“宪法是根本法,而且仅仅是根本法”。因此,宪法保障的基本权利只能通过法律的具体化而进行保障。这种“宪法仅仅是根本法”的观念也直接影响了宪法权利在司法审判中的效力,进而也排除了我国由司法机关进行宪法审查的可能性。盛行于学界的法律保障说,即宪法权利的保障必须通过法律和规范的具体化的相对保障模式也遭到了国外宪法学界的质疑和批判。<sup>④9</sup>而欧文·费斯教授对此更是直接质疑:“如果没有相应的法律加以具体化,(中国)宪法规定的自由和权利岂不是沦为一纸空文?”<sup>⑤0</sup>

## (二)宪法保障

宪法权利依据法律的保障理论是近代宪法学说的主流学说,然而这一相对保障说面临的主要挑战是,法律本身是否会侵犯宪法所确认的基本权利?现代宪法学说普遍认为,宪法权利的真正宗旨是防止多数人侵犯少数人的权利,恰如杰克逊法官所言:“(宪法)权利法案的真正宗旨,就是要把某些事项从变幻莫测的政治纷争中撤出,将其置于多数派和官员们所能及的范围之外并将其确立为由法院来适用的原则。人的生命权、财产权、言论自由权、出版自由、信仰和集会自由以及其他基本权利,不可以受制于投票;它们不依赖于任何选举之结果。”<sup>⑤1</sup>

绝对保障说主张宪法权利是受宪法直接保障的基本权利,不应被包括立法权在内的任何国家权力所侵犯,法律如果侵犯了宪法权利,则可能被宪法审查机关判断为违宪无效。2000年以来,更多中国学者开始主张宪法权利的绝对保障理论,进而区分宪法所保障的权利和法律保障的权利,<sup>⑤2</sup>将权利保障放在宪法适用的框架下进行研究。<sup>⑤3</sup>该说的一个理论预设是将宪法上的权利规范作为可直接适用的法规范,为此大多数学者更倾向于采纳宪法解释学的方法,将宪法上的权利规范结合宪法审查过程中的具体适用作精致的解释与构造。从各国宪法实践中抽象出来的宪法权利适用的逻辑结构理论被学者们广为接受。<sup>⑤4</sup>根据绝对保障说,对宪法权利“通过法律的保障”和“依据法律的限制”其实是一体两面,当法律对权利的行使方式等作出具体规定的时候,这种规定多数情况下也是限制。比如,《集会游行示威法》对游行示威的权利行使方式的规定,显然也是一种法律上的限制。和任何权利一样,宪法上的权利并非

④5 张友渔:《进一步研究新宪法,实施新宪法》,此文系作者1983年12月在中国法学会、中国政法学会、北京市法学会、北京宪法学研究会联合举行的纪念新宪法公布一周年报告会上的讲话摘要。

④6 比如,陈延庆认为:“仅仅有了宪法在法律上的原则规定,只是对公民权利和自由的确认,并不等于公民权利和自由就有了保障。还必须健全有关公民权利的立法,具体规定各项权利的行使方式。”陈延庆:《新宪法实施以来公民权利立法的成就》,载《中国法学》1992年第6期。

④7 胡锦涛、王锴:《论我国宪法中“公共利益”的界定》,载《中国法学》2005年第1期。

④8 秦前红、叶海波:《论立法在人权保障中的地位——基于法律保留的视角》,载《法学评论》2006年第2期;叶海波、秦前红:《法律保留功能的时代变迁——兼论中国法律保留制度的功能》,载《法学评论》2008年第4期。

④9 前引, p. 89.

⑤0 前引④9。

⑤1 [美]史蒂芬·霍姆斯:《先定约束与民主的悖论》,载[美]埃尔斯特、[挪]斯莱格斯塔德编:《宪政与民主》,潘勤、谢鹏程译,三联书店1997年版,第224页。

⑤2 马岭:《宪法权利冲突与法律权利冲突之区别》,载《法商研究》2006年第6期;马岭:《宪法权利与法律权利:区别何在?》,载《环球法律评论》2008年第1期。

⑤3 有关宪法审查制度对于宪法权利保障的意义,可参见 Wojciech Sadurski, *Judicial Review and the Protection of Constitutional Rights*, Oxford Journal of Legal Studies 2002 22(2), pp. 275—299.

⑤4 前引④9。

是完全没有界限的,而是存在受法律限制的可能性。然而,作为一种宪法规范的宪法权利约束所有国家机关,对立法机关同样有约束力,立法虽然可以对宪法权利的具体行使方式作出规定和限制,但这种限制本身也应当受到限制(对限制的限制),如果立法对基本权利的限制超出了宪法所允许的限度,则构成违宪。综上,宪法权利保障的逻辑结构是:宪法权利的保障 限制 对限制的限制。在这种学说的基础上,晚近一些青年学者综合比较了各国宪法权利的具体适用,抽象出其中共同的方法并结合我国宪法上的权利条款以及法律体系进行比较法意义上的解释。<sup>⑤</sup>当然,宪法保障说也并不排除对宪法权利依据法律进行保护,比如宪法权利同样对应着国家的保护义务,需要国家制定法律,构建特定的保障制度来实现。<sup>⑥</sup>如果国家消极地不制定法律,没有实现权利的充分保障,则可能构成对宪法义务的违反。如前所述,这种法律的保障最终需要受到来自于宪法本身的尊重、限制与保障。

### (三)学说的前沿性与制度瓶颈

当下在我国宪法学界,上述宪法保障说正在被越来越多的学者所倡导,然而宪法直接保障的前提是通过宪法审查机关对法律本身的合宪性作出判断,方能对宪法权利加以最终的保障,而欠缺有时效性保障的宪法审查制度成为这一学说所面临的巨大制度瓶颈。恰恰是受制于这种缺陷,绝对保障理论在当下中国因为欠缺实效性的宪法审查制度而没有用武之地,沦为一种仅仅停留在学说层面上的“屠龙绝技”。从宪法权利保障的现实需要来看,这也是宪法学研究中出现“违宪审查热”的原因之一。为此,学界对宪法权利的研究往往也同时伴随着对宪法审查制度的呼唤,比如 2003 年 6 月在上海交通大学召开的“孙志刚案与违宪审查”学术研讨会就是例证之一。

正是由于欠缺宪法审查制度的支撑,学界对宪法权利的研究仍然不乏寻求宪法权利在一般法律层面的实现,以宪法与部门法的关系以及宪法权利在部门法领域的效力来进行研究,比如宪法权利在民事领域的适用问题、<sup>⑦</sup>宪法权利在其他法律部门中的效力问题等。<sup>⑧</sup>不可否认,在欠缺制度直接保障的前提下,透过基本权利的间接效力说和在司法实践中运用合宪解释的方法,同样也可收到保障宪法权利的良好效果。由于现实制度的滞后性,宪法权利的相对保障理论在我国仍有一定的积极意义。因此,持论平稳的学者倾向于主张宪法权利的折中型保障,即一方面承认依据法律的保护是宪法权利保障的重要途径,同时主张宪法的直接保障才是宪法权利保障的应然状态,进而致力于研究宪法权利适用的原理与技术,为宪法审查制度的激活提供支持。<sup>⑨</sup>

## 四、中国宪法权利理论展望

六十年来宪法权利理论的研究成果已经颇具规模,这些不断趋于精致化的研究大胆借鉴了国际宪法学界最前沿的研究成果。如果抛开中国语境,这种研究甚至已经实现了与当今西方宪法权利理论的接轨。但诸种与国际接轨的理论在解释宪法权利保障的现实时反而显得有些力不从心。诚然,借鉴各国宪法学说对于中国这样一个“宪政发展中国家”的现实意义自然不可低估,但是,对于这种产生于西方特定历史阶段的种种宪法权利学说的借鉴,仍需结合我国立宪主义的历史课题和法治发展的阶段来完善宪法权利理论研究的框架。

### (一)宪法权利法解释学的前景

一般宪法学说认为,宪法上的权利经常存在着从道德权利提升到法制度化的权利之开放的部分,<sup>⑩</sup>

<sup>⑤</sup> 代表作品如张翔:《基本权利的规范建构》,高等教育出版社 2008 年版。

<sup>⑥</sup> 莫纪宏:《人权保障法与中国》,法律出版社 2008 年版,第三部分。

<sup>⑦</sup> 徐振东:《宪法基本权利的民法效力》,载《法商研究》2002 年第 6 期;张翔:《基本权利在私法上效力的展开:以当代中国为背景》,载《中外法学》2003 年第 5 期。

<sup>⑧</sup> 韩大元:《论社会变革时期的基本权利效力问题》,载《中国法学》2002 年第 6 期;陈永生:《刑事诉讼中公民权利的宪法保护》,载《刑事法评论》2007 年第 1 期;秦前红:《论宪法原则在刑事法制领域的效力——以人权保障为视角》,载《法商研究》2007 年第 1 期。

<sup>⑨</sup> 前引<sup>④</sup>,第 94—98 页。

<sup>⑩</sup> See Michal S. Moore, *Nature Rights, Judicial Review, and Constitutional Interpretation, Legal Interpretation in Democratic States*, Jeffrey Gold Sworthy and Tom Campbell, ed. Dartmouth(2002), pp. 207—223.

这种见地也有力地影响了世界各国的宪法实践。<sup>⑥1</sup>有鉴于宪法基本权利规范所具有的这种开放结构(open texture),各国宪法学都力图通过法教义学的阐释形成一个有关宪法权利的理论体系,使基本权利在个案运用上能条理分明,并在具体案件的适用过程中能够有一个“理想的思考层次”。<sup>⑥2</sup>当然,这种体系化应当以实定宪法上的基本权利规范体系为基础,确立一个具有内在逻辑性、整合性以及自我完结性的宪法权利体系。<sup>⑥3</sup>在中国的宪法学研究中,这种法解释学意义上的宪法权利理论乃是近十年以来宪法学研究的新动向,如前所述,这种研究已经成为权利理论研究的重要流派。对宪法权利规范的内涵进行具体界定,通过法学的阐释以形成一个更加缜密的宪法权利的规范体系,是宪法学理论的重要任务。然而,对宪法权利案件作出真正意义上的宪法判断的前提,需要具有实效性的宪法审查作为制度前提,因此在现实意义上,宪法权利的法解释学对于目前我国的实践价值只能等待实效性的宪法审查制度的确立。然而,这种研究趋势对于将宪法权利作为一种法定的权利加以保障仍然具有重要意义。退一步而言,即使是在没有时效性保障的宪法审查制度作为支撑的当下中国,这种研究为完善权利的法律保障制度提供了宪法上的价值标准。这种研究在宪法学说史上并非没有先例,如近代德国法学集大成者耶利内克的《主观性公权的体系》,可谓是一个至今仍有影响力的学理典范。<sup>⑥4</sup>

由于宪法权利规范本身的高度抽象性,法解释学方法在此领域可谓是“大有作为”,但是这种解释当然不可以是“天马行空”的解释,而是一种遵循法律解释的技术与原理,探求文本蕴含的规范命题的解释。如果从哲学解释学的角度看,法解释的方法与文学解释、美学解释之间的根本区别在于法解释学是一种规范性的解释。与此相关,宪法权利的法解释学所面临的另一个问题是,单纯的解释可能会导致理论研究的封闭。在现代法解释学理论已经摆脱了那种严格法律实证主义影响的今天,宪法权利的法解释学自然应当超越那种封闭的纯粹规范逻辑式的研究,重视价值导向的思考。因此解释理论必须是一种基于一定价值立场,同时结合中国具体语境(context)的解释,一种问题导向的解释。这种解释不可避免地需要洞悉当下中国社会的价值理念和诸种力量,甚至需要兼顾中国政治运作过程的“真实规则”。因此,这种解释学角度的研究也自然不应完全排斥借鉴法社会学、甚至政治学的研究成果。

## (二)立宪主义发展和保障模式理论

立宪主义大致经历了从近代立宪主义到现代立宪主义的变化。<sup>⑥5</sup>在近代,人民期待通过代议机关制定公正的法律,通过司法机关和行政机关依据这些法律来裁判和行政,这种对议会制度的期望乃是近代立宪主义的主要价值取向之一。以这种理念为基础,由人民通过议会来保障权利的学说和观念居于主流地位。而宪法则“仅仅是根本法”,因此宪法权利必须通过法律加以具体保障,故此近代宪法学说多主张宪法权利的相对保障说,法律保留、宪法委托理论可以说是近代立宪主义价值的具体体现。

二战以后,作为民意机关的议会日益受到各种利益团体的左右,即使有公正透明的选举制度,但基于赢得多数选票的需要,代表往往只是着眼于短期利益(视代表的选举周期而不同)而愈发漠视长远价值的实现。代议机关的立法无法真正代表民意,加之民众政治参与热情的下降,代议机关亦有摆脱人民约束的危险。相应地,出现了宪法权利的绝对保障模式,即通过宪法审查制度来保障宪法权利。对此,芦部信喜教授指出:“过去(近代)的那种‘依据法律’来保障人权的观念也被超越,人权即使依据法律也不能加以侵害的所谓‘针对法律之侵害’的保障,得到了强调。这意味着,与那种对立法权的信赖观念相结合而发展起来的欧洲传统立宪主义的思考方式,在战后已发生了巨大的转变。”<sup>⑥6</sup>

⑥1 Thomas C. Grey, *Judicial Review and Legal Pragmatism*, 38 Wake Forest L. Rev. 473, pp. 497—507 (2003).

⑥2 参见李建良:《基本权利理论体系构成及其思考层次》,载《人文及社会科学集刊》第9卷第1期。

⑥3 前引④,第92页。

⑥4 参见[日]阿部照哉、池田政章、初宿正典、户松秀典:《宪法》(下),周宗宪译,元照出版公司2001年版,第32页。

⑥5 有关我国当下立宪主义的近代课题与现代课题的区分以及整合的可能性,参见前引④,第22—27页。

⑥6 前引 芦部信喜书,第5章。

从比较宪法史的角度看,当下中国立宪主义的近代课题仍未完成。详言之,近代宪法所追求的依据法律保障的权利仍需强化,法律对权利的具体化仍未完成,如保障言论自由的具体法律有待制定;劳教制度对人身自由的限制与近代宪法保障基本权利的“法律保留原则”要求以及根据这一原理制定的《立法法》都有所抵触;另一方面,虽然宪法确认了代议机关的“最高权力机关”地位,但是实际上各级人民代表大会当前仍不是国家权力的核心。从目前中国立宪主义的发展来看,强化代议机关权威仍具有现实意义。而且,现代西方社会那种对代议机关的不信任理念并未盛行于中国,民众对于作为立法机关的人民代表大会仍存在较为普遍的期待。因此,如果单纯主张以宪法权利抵抗代议机关的绝对保障理论,可能与立宪主义的近代课题有所抵牾。

在当下中国,“多数决”民主与人权之间的张力尚未显现,现代民主国家那种多数人对少数人宪法权利的威胁在中国由于选举和投票制度的制约尚未出现。然而,部门立法的惯例使得以特定部门代表的利益集团占据绝对优势地位,同样威胁着少数人的宪法权利。从形式上看,我国没有规制利益集团在立法过程中进行院外活动和游说的制度,但是在市场经济体制下,各种权力寻租的现象无法被完全排除,各种利益集团都在试图影响立法过程,比如最近出现的“立法腐败”案件,<sup>⑥7</sup>表明这种危险在中国同样可能存在。因此,在当下中国同样有必要强调宪法对立法本身的制约,采取超越依据法律保障的宪法保障模式,以此来保护那些处于各种利益集团之外的“孤立而分散的少数人”<sup>⑥8</sup>的宪法权利。

这种宪政历史课题的悖论使得中国宪法权利理论不得不同时面临立宪主义的近代课题和现代课题。如果持一种单线进化论的观点,当下中国的宪法权利理论应当首选相对保障说,待到立宪主义的近代课题完成后,再逐步实现宪法的保障。反之,如果主张尽快与国际接轨则可能倾向于绝对保障说。鉴于两种理论间的张力,学界多主张结合绝对保障和相对保障的折中模式,然而问题在于究竟如何“折中”。一方面,通过在具体保障制度上的设计和构造来兼顾立宪主义的近代课题和现代课题是解决问题的途径之一;另一方面,结合这种制度通过宪法适用的原理与技术对具体个案作出法律判断的过程也可有效地化解这种紧张关系。

### (三)走向以宪法权利为轴心的宪法学

宪法权利是一种原则性的权利,其保障内涵存在着从道德权利提升到法制度化的权利的开放的部分,具有一定的自然权利属性。<sup>⑥9</sup>宪法通过将自然权利以法规范的形式加以确认而获得道德关联性,恰恰是这种道德关联性使得完整的法律体系可以通过金字塔顶端的宪法规范对下位规范的控制进行体系内的反思和自我完善,缓解“恶法非法”和“恶法亦法”之间的紧张。对于宪法规范体系,乃至以宪法为根本法的法律体系整体而言,宪法权利应当处于价值核心的地位。我国宪法学界对于宪法权利在宪法规范体系中的核心地位已达成了学说上的基本共识,中国的宪法学研究已经逐步转向以宪法权利为核心的研究。<sup>⑦0</sup>而且,近年来的宪法权利理论研究已经开始将宪法权利的保障理念渗透至国家机构和各种公法制度中进行研究,进而试图构建以宪法权利为轴心的宪法学。

基于这种视角,许多宪法制度的研究可以从宪法权利保障的视角加以重新审视。如对宪法审查制度的研究,如果以宪法权利保障为出发点,可以使得相关的研究不必纠缠于政治权力格局的重构和具体制度模式选择,而重点关注宪法权利保障的方法和原理;再如,宪法权利的立法限制和保障原理与立法制度(如立法委托、法律保留等)、宪法权利的救济原理与司法制度、宪法权利的制度保障原理与地方自治、选举制度、大学自治、新闻出版制度等。

就中国的现实状况而言,这种以宪法权利为轴心的宪法学研究仍面临着一个价值取向的选择问题。如前所述,立宪主义经历了由近代宪法至现代宪法的嬗变过程。近代立宪主义的课题毋宁首先是着眼于人作为“赤裸裸的个人”面对国家,彻底地实现个人的解放,<sup>⑦1</sup>为此尤其重视保障那种私人领域的核心

⑥7 参见《立法腐败,“郭京毅案”恐怖之所在》,载《现代快报》2008年9月5日。

⑥8 United States v. Carolene Products Company, 304 U. S. 144 (1938).

⑥9 前引⑥0。

⑦0 对此张千帆指出,宪法学过去将眼光放在“人民”、“国家”、“主权”等宏观概念上,现在的焦点则转移到个人的宪法权利上。张千帆:《从“人民主权”到“人权”——中国宪法学研究模式的变迁》,载《政法论坛》2005年第2期。

⑦1 参见前引④4。

不受侵犯。而进入现代立宪主义阶段之后,出现了社会国家理念以及基本权利的国家保护义务等课题,而当今主要立宪主义国家大都已经完成了这些现代宪法的课题,并有走向“后现代宪法”的趋势。但就我国当下而言,计划经济体制下形成的相对集中的权力格局在许多领域仍然存在,保障不受国家侵犯的私人核心领域,完成立宪主义的近代课题仍有举足轻重的意义。然而,社会主义国家宪法是对近代宪法中自由权利至上价值理念的超越,从规范内涵看,具有现代宪法的特征。<sup>⑩</sup>加上我国城乡二元结构以及社会的贫富分化不断加剧,弱势群体的社会权保障问题也尤为迫切,立宪主义的现代课题也同样有待完成。为此,当下中国立宪主义的历史发展阶段决定了中国的宪法权利研究的价值取向需要兼顾宪法权利规范作为“条件程式(konditionalprogramme, conditional programme)和“目的程式(Zweckprogramme, purpose-specific programme)的双重属性。详言之,依近代宪法的价值理念,宪法乃是对国家权力限制的规范体系,宪法权利规范是一种针对国家的防御权规范,故而要求国家权力对市民生活领域的介入必须遵守一定界限。基于这种理念,宪法权利规范发挥着条件程式的功能。即宪法规范为国家行为设定相应的条件,如果满足这些条件则合宪,否则违宪。与此相对应,在国家对基本权利的保护义务的理念之下,宪法权利规范乃是一种目的程式,<sup>⑪</sup>即强调宪法权利是需要国家通过各种途径(包括立法、公共政策等)加以实施的目标。<sup>⑫</sup>以宪法权利的角度切入宪法学的研究,需要将宪法权利同时作为目的程式和条件程式,以此二者为前提,从两种不同维度的宪法权利理论,即“制约国家权力的宪法权利”和“有赖于国家权力来实现的宪法权利”进行研究。

## Comment on Theory Development of the Constitutional Rights in the PRC ——From the Methodology Perspective

ZHA I Guo - qiang

**Abstract:** The research on the constitutional rights in PRC has gradually converted from philosophy of law to legal hermeneutics with China's own characteristic. Due to the transformation of methodology, the protection of the constitutional rights has transferred from the purely relative protection to direct protection. Such research has well come up with modern Western theories on the constitutional rights regardless of China's context. However, the history of constitutionalism and status quo of ruling of law in China should be considered when taking reference from relevant Western theories in their particular historic periods.

**Key words:** theories on the constitutional rights; legal hermeneutics; protection according to law; Constitutional protection

⑩ 前引 芦部信喜书,第5章。

⑪ “条件程式”与“目的程式”这对概念是卢曼的区分,参见 Niklas Luhmann, *Law as Social System*, Oxford University Press (2004), pp. 196—203.

⑫ 这一源于德国的宪法理论对于宪法规范的区分已经被学者广为接受,参见[日]西原博史:《政治部门与法院的宪法解释》,载《公法研究》第66号。