

“82宪法”实施以来基本权利理论的发展趋势

翟国强

(中国社会科学院法学研究所 北京 100720)

摘要:“82宪法”实施以来,基本权利理论逐渐成为宪法学理论研究的重要内容。发展至今,中国宪法权利理论的研究成果已经颇具规模。随着理论研究的不断深化,基本权利理论出现了体系化和精致化的趋势。随着研究方法的不断的成熟,基本权利理论从简单的借鉴国外理论逐渐发展为中国问题导向的研究。未来的基本权利理论研究的一个重要课题就是如何将基本权利的一般原理与中国的宪政实践相结合,逐渐形成一套对中国现实具有解释力的基本权利理论和范畴体系。

关键词:基本权利;法解释学;体系;趋势

中图分类号: D921

文献标志码: A

文章编号: 1009-8003(2012)06-0055-08

基本权利理论是宪法学理论研究的重要内容。新中国成立以来的前30年,我国宪法学对基本权利理论关注不多。但“82宪法”颁布实施以来,我国宪法学有关基本权利理论的研究逐渐成为热点,更多的学者开始关注基本权利理论的研究。中国宪法学的理论体系中,基本权利理论部分所占的比重在不断增加。^[1]特别是伴随着改革开放的深入发展,国家权力逐渐从经济社会领域淡出,公民权利保障的公法制度也在不断完善。与此同时,各种针对国家的权利诉求也随之不断高涨,宪法学界开始更加密集地关注宪法权利研究。迄今,经过宪法学理论研究者们的共同努力,中国宪法权利理论的研究成果已经颇具规模。本文拟对“82宪法”实施以来的基本权利理论进行一个学说史的梳理和总结,并在此基础上展望我国宪法权利理论面临的课题。

一、基本权利理论研究逐步升温

“82宪法”的颁布实施与中国政治改革的历程密切相关,甚至可以说是中国政治体制改革的

一个重要标志。在这种大背景下,中国理论界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,学术研究环境的日益宽松,宪法学的研究逐渐走上正轨,学界不断涌现出宪法权利保障的论著和成果,宪法学界关于宪法权利理论的研究不断深化,并日趋成熟。上世纪80年代初期,中国宪法学在理论研究上并未重视对于基本权利理论的研究。比如,1983年吴家麟教授主编的《宪法学》将公民的基本权利和义务设为一编,但其内容只占全书篇幅很少。因为当时学术界普遍的看法是,宪法是国家的“总纲领、总章程”,强调其在经济发展、社会进步中的工具性价值,在宪法理论上重视宪法总论、国家制度等方面的内容,但忽略了其在人权保障方面的终极性价值。^[2]“82宪法”颁布实施后,主流学者开始论证宪法权利的正当性,这一时期的研究着重强调权利的宪法保障重要性,主要研究“什么是基本权利”、“为什么要保障这些基本权利”。^①此外,也有学者开始尝试对于具体的宪法权利进行具体界定,主张宪法权利保护的重要性。^[3]早期宪法学

收稿日期: 2012-09-28

作者简介: 翟国强(1979-),男,河南焦作人,中国社会科学院法学所宪法行政法研究室副主任,副研究员,法学博士,研究方向:宪法学。

①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作主的主人翁地位。”详见许崇德《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。

对于宪法权利条款的简单解说并非严格意义上的学术研究,而是用主流政治话语体系中的概念来界定基本权利。然而不可否认的是,这些研究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。这些呼吁性的研究也使得国家在政治和法律实践上重视权利保障,并促使国家逐步采取各种措施对公民基本权利进行保障。

随着经济体制改革和对外开放进程的加快,全国人大分别于1988年4月、1993年3月和1999年3月,通过宪法修正案对国家经济制度不断地进行重新定位。在此过程中,法学界以建设“社会主义市场经济”为契机,提出了“市场经济是权利经济”的命题,^[4]宪法学界同样对此予以高度关注。^①由于经济体制改革的核心之一是产权问题,所以对于宪法财产权问题的研究成为宪法学界的热点问题。^②加上历次宪法修正都事关经济体制改革,也促使宪法学界对于财产权的高度关注。上世纪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,更加刺激了宪法学对财产权的研究,这些理论研究为我国后来将财产权写入宪法提供了理论支持。^③

从20世纪90年代后期开始,学界对于基本权利的研究出现了系统化的倾向,到了2000年后基本权利研究呈现了专题化、理论化与体系化的趋势。随着对国外宪法学理论的大量借鉴与吸收,美国、德国、日本等国家的基本权利理论与相关的判例通过翻译等形式影响了我国基本权利理论的研究。^[2]2004年的宪法修正案第24条增加了“国家尊重和保障人权”九字条款,使得宪法权利理论的研究至今已经成为宪法学研究的重心所在。人权条款入宪也为中国基本权利理论提供了新的研究领域和解释空间,特别是促发了宪法学界对于基本权利从法解释学的角度进行更加体系化的阐释。

二、基本权利总论的发展

“82宪法”实施30年来,中国基本权利理论

研究在方法论上的一个重要的发展趋势就是从传统的超越体制的法哲学方法逐渐过渡到内部视角的解释学方法。^[5]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。与此相关联,在基本权利保障理论上主张从依据法律的保障逐渐过渡到依据宪法的保障。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。^[5]在基本权利理论的研究方面,不少中青年学者开始关注国外基本权利保障的制度和理论,特别是在结合宪法审查制度来研究基本权利的宪法保障制度。由于国外的宪法制度和宪法上的基本权利体系与我国宪法上规定的基本权利体系不尽相同,这些研究大多是从方法论的角度切入,研究基本权利保障以及基本权利的解释原理。当然,也有从具体基本权利条款和基本权利案件切入,对我国特定的基本权利条款从比较法的角度,在有所取舍、谨慎扬弃的基础上进行解释学研究。

(一) 基本权利方法论的研究

基本权利的法解释学不是简单地对基本权利条款进行解说,而是以权利规范如何在法律上进行适用这一问题导向为出发点进行理论建构。对基本权利方法论进行研究首要解决的问题是分析基本权利案件的框架。2000年以后,中国宪法学界对宪法权利的研究更加关注作为宪法规范的基本权利在法律领域如何具体地适用。^[6]在研究方法上更加趋向于法学的方法,相关的理论研究大量地借鉴了大陆法系国家特别是德国的宪法权利理论。近年来,以一些中青年宪法学者为代表,宪法学界开始建构基本权利思考的理论框架。较早被引入宪法学研究的基本权利方法论是德国的基本权利双重性质理论。所谓双重性质指的是基本权利具有防御权和客观规范两种性质。根据立宪主义的一般原理,个人自由的最大威胁来自于政

①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《市场经济与宪法的繁荣》,载《法学家》,1993年第3期。

②参见胡锦涛《市场经济与个人财产权的宪法保障》,载《法学家》1993年第3期;《论私人财产权的宪法保障》,载《法学》1999年第3期。

③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年已经发表的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年四年时间就有93篇研究宪法财产权保障问题,而1993年至2004年11年时间内有50篇。翟国强《新中国宪法权利理论发展评述》,载《北方法学》2010年第3期。

府权;宪政的核心是“限政”(限制政府)而非“限民”(限制公民,“国家权利的行使,须予节制,而人民的(自由)基本权利,原则上是无所限制的”。^[7]宪法中关于国家目标、国家权限等方面的规定通常不可优先于基本权利适用,而只能在基本权利体系的框架内发挥效力。^[8]正是在此基础上形成了近代以降宪法基本权利的主观防御权构造。而在现代宪法的功能取向上,基本权不仅是作为一种主观权利而存在,而且是作为一种客观价值秩序从而具有客观规范的意义。^[9]这种双重性质理论主要借鉴了德国宪法学和德国宪法法院判决中所采纳的基本权利分析框架。我国部分中青年宪法学者结合我国宪法上的基本权利体系,提出了思考中国基本权利问题的一个宏观上的框架体系。在这种分析框架的指导下,围绕基本权利的功能、基本权利的国家义务,以及基本权利的构成、限制、竞合、冲突等问题进行了从宪法文本开始的规范建构,尝试建立一套逻辑完整的基本权利的宪法解释框架,厘清宪法中基本权利条款的规范内涵、规范结构,使基本权利成为可以适用的规范。^[10]与这种研究比较相近,一些有着德国学术背景的青年学者对德国宪法学上基本权利方法论的研究对基本权利方法论的研究也值得瞩目。这些研究对德国基本权利理论的防御权功能、客观价值功能以及基本权利的国家保护义务等功能进行了更加详尽的研究。^①除了借鉴德国基本权利的一般理论进行研究外,也有学者从一般法律逻辑出发来研究基本权利理论,分析权利类型和逻辑形式,为基本权利规范的适用提供方法论支持。^[11]

(二) 司法导向的研究

基本权利保障和救济的理想途径是司法程序,因此不少宪法学者主张通过诉讼程序对基本权利进行救济。30年来,学界对基本权利的研究逐渐过渡为一种司法导向的研究,基本权利理论逐渐从抽象的价值层面研究过渡到基本权利如何适用于具体案件的研究。基本权利的宪法保障制度有赖于一个实效性保障的宪法审查制度,司法导向的研究是以宪法法院为理想的制度依托,通

过司法性的宪法审查保障基本权利。因此,如何在案件中判断国家权力是否构成了对基本权利的侵害,是基本权利理论的一个关键问题所在。对此,德国宪法学理论上的比例原则提供了一个思考的框架。^②在比例原则的大框架下,一些学者开始思考宪法审查机构对国家限制基本权利的行为的审查标准。研究该问题的学者,有以德国审查模式为素材,对德国宪法法院保障基本权利的比例原则进行精细化研究的;也有侧重对美国或者日本法院的审查基准进行归类研究的。其中何永红比较系统地研究了德国、美国和日本两种模式下宪法审查机关适用的审查基准及其衍生出的次级审查基准的内容构成和类型化过程;并结合学说与审判实务观点对二者的法理基础进行透析和反思,通过两种模式的审查基准结构与功能比较,结合我国宪法特征、制度和政策环境以及具体基本权利的时代性课题,提出了建立我国审查基准的类型化体系的具体设想。^[12]

我国宪法虽然规定了宪法审查制度,但是实际上该制度并未真实有效地运作起来,通过宪法审查制度来保障基本权利的思路在当下中国遭遇了制度上的障碍。因此,宪法学界对基本权利理论进行司法导向的研究还有另外一种思路,那就是在宪法审查制度没有实际运作,且司法机关又没有违宪审查权的制度下,如何保障基本权利。谢立斌指出,在没有设立宪法法院的国家,通过普通法院为基本权利提供司法保护便是唯一的途径,我国法院应当通过三种方式为基本权利提供司法保护:如果法律有保护基本权利的具体规定,法院应当直接适用法律;如果法律对基本权利的保护只作了抽象规定,法院应当对有关抽象立法进行合宪解释之后予以适用;如果法律没有作出保护基本权利的任何规定,法院可以直接适用宪法的基本权利条款。^[13]特别是在一般法院没有违宪审查权的情况下,通过运用合宪性解释的方法,将作为客观规范的基本权利间接地适用于普通法律案件,也可以实现对基本权利的有效保障。^[14]

(三) 以规范为起点的研究

中国基本权利法解释学的起步研究是以宪法

^①参见陈征《基本权利的国家保护义务功能》载《法学研究》2008年第1期;赵宏《作为客观价值的基本权利及其问题》,载《政法论坛》2011年第2期;赵宏《限制的限制:德国基本权利限制模式的内在机理》,载《法学家》2011年第2期;赵宏《主观权利与客观价值:基本权利在德国法中的两种面向》,载《浙江社会科学》2011年第3期。

^②参见张翔《基本权利限制问题的思考框架》,载《法学家》2008年第1期;赵宏《限制的限制:德国基本权利限制模式的内在机理》,载《法学家》2011年第2期。

文本和规范为起点,尝试对宪法基本权利规范进行学理性解释。^① 这些研究大多结合宪法权利的价值和功能,通过比较不同国家宪法上的基本权利体系,对我国宪法上规定的基本权利进行学理解释。这种以规范为起点的研究,至少包括以下两种研究方法:一是,以中国宪法文本和宪法规范为起点进行研究,通过回顾中国宪法制定的历史、文化、社会背景,结合中国社会的发展现状,来对中国宪法上的基本权利条款进行学理解释。二是,基于比较法的角度,从其他国家的宪法文本出发,通过对宪法规范背后的经济、政治、文化背景的比较分析,结合我国宪法上的基本权利条款得出解释方案或者学说体系。在具体的研究中,宪法学者对于上述两种方法往往是结合运用。但是最近10年来,侧重从比较的角度来对我国的基本权利体系和规范进行分析和解释成为学界一种趋势。而且,根据比较法上不同的源流大致可以分为德国、日本流派和英美法系流派,前者更加注重基本权利解释理论的体系性,因此所提出的解释学说更加逻辑严谨;后者,更加注重结合具体的基本权利案件,对特定基本权利保障进行具体化研究。此外,宪法学界对基本权利进行的体系化研究是一个重要发展趋势。郑贤君对基本权利体系的研究成果是学界较早的和有代表性的。她从纯粹法学方法的角度系统地分析了基本权利的各项原理和规范体系,并以各国宪法文本为依据,结合各国学说和判例实践,对基本权利各种理论展开了深入细致的研究。^[15] 此外,体系化研究的成果中还有从比较法和国际法的角度对我国基本权利的类型和体系进行系统的研究。^②

(四) 基本权利的冲突与竞合研究

基本权利的冲突与竞合问题是宪法学研究领域的一个前沿问题。基本权利的冲突是指在具体案件中,某个基本权利的保障需要以另外一个基本权利的牺牲或让步才能实现。比如,在名誉权

侵权案件中言论自由与人格尊严的冲突等。^③ 而基本权利的竞合关系,一般是指一个宪法权利主体的一个行为同时被数个宪法权利规范所保障,在宪法权利案件之中单一的权利主体向国家主张同时适用几种权利的情况。从规范适用的角度观察,二者都体现为一种规范的选择适用关系,都可谓是一种一般法学方法上广义的规范冲突。而且,从宪法权利体系的视角看,二者都涉及相同体系内不同宪法权利之间的比较关系。但是二者毕竟属于宪法权利体系矛盾的不同层面,因而其差异也较为明显。如何比较二者的异同是基本权利法解释学的一个重要课题,对此有学者进行了比较分析,并提出了区分二者的若干标准。^[16]

2000年以前,国内宪法学界对于基本权利竞合问题研究并不多见。仅有的一个研究成果是韩大元翻译的韩国宪法学对于基本权利竞合问题的研究。^[17] 近年来,随着基本权利法解释学研究的不断体系化和精致化,学界开始关注基本权利竞合的成因和类型等问题。对于如何解决基本权利的竞合问题,有学者从一般法学方法的角度进行了分析,并提出了若干适用的规则,如特别规范优先规则、核心接近规则等。^[16] 相比较于基本权利竞合问题,基本权利冲突的问题较早地引起了学界的关注。其主要原因是在民事案件中大量出现的侵权案件,涉及到一些在普通层面没有具体化的权利类型,比如名誉权侵权领域大量存在的言论自由和人格权之间的冲突,其中言论自由在我国普通法层面没有请求权依据。对于这些权利冲突问题,许多学者从一般法理学的角度进行研究,比如从法经济学的角度对权利冲突进行研究,^[18] 从权利位阶角度对权利冲突进行研究。^④ 最近几年,从宪法学角度研究即基本权利冲突问题研究的成果不断涌现。这些研究将基本权利冲突问题的范围限定在宪法领域,并且区分了一般法律权利的冲突和宪法上的基本权利冲突,致力于从宪

①比如董和平《言论自由的宪法权利属性及其功能》,载《法律科学》1993年第2期;马岭《论我国公民宗教信仰自由的法律限制》,载《法律科学》1999年第2期;甄树青《论表达自由》,社科文献出版社2000年版;杜承铭《论表达自由》,载《中国法学》2001年第3期。

②参见刘连泰《〈国际人权宪章〉与我国宪法的比较研究》,法律出版社2006年版;秦奥蕾《基本权利体系研究》,山东人民出版社2009年版。

③国内有关宪法权利冲突的讨论文献,可参见张翔《基本权利冲突的规范结构与解决模式》,载《法商研究》2006年第4期;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;徐振东《基本权利冲突认识的几个误区——兼与张翔博士、马岭教授商榷》,载《法商研究》2007年第6期。

④参见刘作翔《权利冲突的几个理论问题》,载《中国法学》2002年第2期;林来梵、张卓明《论权利冲突中的权利位阶》,载《浙江大学学报(人文社会科学版)》2003年第6期。

法学上寻求解决权利冲突的方法和途径。^①此外,将原则理论和利益衡量方法引入基本权利冲突问题的解决也是最近理论研究的一个新动向。^[19]

三、基本权利分论的发展

基本权利理论包括总论和分论。总论主要是有关基本权利的一般理论,适用于所有具体的基本权利。最近 10 年来,对于具体的基本权利进行系统精致的研究成为基本权利理论发展的一个重要方向,可以称之为基本权利分论或者各论。^②30 年来,基本权利分论的研究更加趋向于一种中国现实问题导向的研究。对于各个具体基本权利的研究逐步摆脱了过去那种以国外制度或者宪法实践经验介绍为主的研究,而是综合运用比较研究、实证研究和规范分析来研究具体的基本权利,并针对中国现实问题提出具有可行性的观点和主张。^③30 年来,基本权利各论的研究与中国社会的权利诉求形成呼应之势,对于那些现实中诉求比较强烈的权利,理论界的研究往往更集中,比较典型的例子是财产权、言论自由等具体权利的研究。而且相关的研究也往往更加注重现实问题导向,结合具体案件或者具体情形对基本权利规范如何适用进行解释学的研究。比如,晚近学界对于财产权的研究不再局限于简单地对财政权的规范内涵进行界定和解释,而是结合现实中出现的拆迁、征收等问题进行分析。^[20]

(一) 精细化程度不断提高

30 年来,宪法学对于具体基本权利的研究不断精细化。在内容上,这些研究范围涵盖了基本权利的价值、历史、规范、解释、适用等方面;在研

究方法上,由抽象价值分析和比较分析方法逐渐发展到结合中国语境的解释学研究;从成果形式来看,每一种类型的基本权利都有多篇论文甚至专著。^[21]较早对单个基本权利进行解释学研究的一个典范是杜钢建的《论表现自由的保障原则》。^[22]该文借鉴日本宪法学的基本权利理论对表现自由保障的法律标准进行了较为精致的解释学研究。而同样就表现自由保障问题,甄树青和王四新先后以专论的篇幅进行了研究。^④随着网络技术的普及和网络参与平台的不断开发更新,网络言论成为公民言论表达的重要形式并显现出极度繁荣的状态,学界对于网络与基本权利相关的问题进行了深入研究。^⑤精细化趋势的另一个体现是学界对于特定主体宪法权利保护问题的研究,比如对纳税人、农民、公务员、未成年人等特定主体的基本权利保护问题,结合我国的政治、经济和文化背景进行了专门的研究。^⑥

除了对宪法明确列举的基本权利进行研究外,对于宪法未列举的基本权利研究也是体现理论研究精致化的一个重要标志。基于成文宪法本身的局限性和基本权利内容的开放性,任何国家都不可能在宪法文本中将应当受到保障的基本权利悉数列举。在基本权利研究领域,以 2004 年宪法修正案将国家尊重和保障人权写进宪法为契机,学界将宪法未列举的基本权利问题作为研究的重点。^⑦有学者从我国宪法“人权条款”(即“国家尊重和保障人权”条款)在宪法规范体系中所处的位置和中国法文化背景与当前时代背景的角度指出,宪法未列举权利条款可以在不损害宪法稳定性与宪法权威的前提下为新兴宪法权利的保护提供规范支持。^[23]

①这其中包括张翔《基本权利冲突的规范结构与解决模式》,载《法商研究》2006 年第 4 期;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;徐振东《基本权利冲突认识的几个误区——兼与张翔博士、马岭教授商榷》,载《法商研究》2007 年第 6 期。

②参见有关基本权利总论和分论(各论)的划分,参见郑贤君《基本权利原理》,法律出版社 2010 年版,第 2 页;林来梵《宪法学讲义》,法律出版社 2011 年版,第 192 页。

③参见林来梵《人的尊严与人格尊严:兼论中国宪法第 38 条的解释方案》,载《浙江社会科学》2008 年第 3 期;马岭《宪法权利解读》,中国人民公安大学 2010 年版;尹晓红《获得辩护权是被追诉人的基本权利:对〈宪法〉第 125 条“获得辩护”规定的法解释》,载《法学》2012 年第 3 期。

④参见甄树青《论表达自由》,社科文献出版社 2000 年版;王四新《表达自由:原理与应用》,中国传媒大学出版社 2008 年版。

⑤参见肖榕《网络言论在公民基本权利平衡实现中的地位》,载《法学》2012 年第 5 期;王四新《网络空间的表达自由》,社会科学文献出版社 2007 年版。

⑥参见黄泽勇《纳税人宪法权利研究》,载《理论与改革》2005 年第 1 期;苗连营、杨会永《权利空间的拓展——农民迁徙自由的宪法学分析》,载《法制与社会发展》2006 年第 1 期;张千帆《公务员权利的宪法保护》,载《浙江学刊》2007 年第 3 期;朱林《未成年人基本权利保护中存在的问题及对策》,载《前沿》2012 年第 8 期。

⑦参见屠振宇《未列举基本权利的宪法保护》,载《中外法学》2007 年第 1 期;屠振宇《未列举基本权利的认定方法》,载《法学》2007 年第 9 期;王广辉《论宪法未列举权利》,载《法商研究》2007 年第 5 期。

(二) 具体事案导向的研究

基本权利的法解释学的一个重要特征是关注实践问题,为具体的案件提供理论上的分析方法。通过对具体的基本权利案件进行宪法学分析来展示基本权利理论应用价值是许多学者努力的方向。2001年最高人民法院关于“齐玉苓案件”的批复^①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。而发生在2003年的“孙志刚事件”、“延安黄碟案”则引发了宪法学界对于基本权利保障与宪法审查的强烈关注,为宪法权利理论的研究提供了现实的分析样本。^[24]围绕这些现实生活中发生的宪法事件,许多学者从基本权利的角度进行了学理评析。比如,周伟通过对一些有重大影响的宪法平等、自由与反歧视的公益诉讼案件进行宪法学分析,结合已有的基本权利理论,从宪法基本权利的学说原理、立法例和案例(事例)具体应用的三维结合对公民权利、政治权利、经济权利、社会权利和文化权利进行了宪法学角度的分析。^[25]这种以个案和事例为导向的思考与法学教育中的案例教学法的推广有一定关系,为提高宪法学理论对于现实问题的解释力,一些学术机构开始有针对性地选择现实生活中影响较大、具有宪法意义的事例或者案例进行宪法学角度的评析。^[26]这些案例或者事例在宪法学体系中大多属于基本权利领域,因此宪法学界开始积极地运用基本权利理论对这些事例进行宪法评析,将基本权利规范理论与中国实践相结合,不断丰富和发展基本权利理论。

(三) 结合部门法的研究

宪法规定的基本权利需要一个实际运作的违宪审查制度作为依托,才能为基本权利提供一个完整的保障机制。现行《宪法》虽然在文本上也规定了违宪审查制度,但是实施30年来,有权机关尚未作出具有法律效力的宪法判断,使得通过宪法审查保障基本权利的制度仅仅停留在文本层面。正因如此,基本权利理论的研究由于缺乏可供分析的案例曾一度陷入无米可炊的境地。为了

走出这种困境,宪法学开始关注基本权利在部门法中的效力问题。^②2001年,最高人民法院就“齐玉苓案件”做出的《关于以侵犯姓名权的手段侵害宪法保护的公民受教育的基本权利是否应当承担民事责任的批复》指出,陈晓琪等以侵犯姓名权的手段,侵犯了齐玉苓依据宪法规定所享有的受教育的基本权利,并造成了具体的损害后果,应承担相应的民事责任。受到齐玉苓案件司法解释的影响,宪法学界开始集中关注基本权利在民事案件中的适用问题。^③围绕这一问题展开的理论和范畴主要是基本权利的直接效力与间接效力、基本权利的第三者效力、基本权利的水平效力、基本权利的辐射效力、国家行为理论等。就核心观点而言,大多倾向认为基本权利对民事领域具有间接效力或者辐射效力。^④

基本权利具有主观权利与客观规范的双重属性,作为客观规范的基本权利对于所有法律领域都具有一定辐射效力。特别是在基本权利保障无法通过违宪审查程序进行落实的情况下,基本权利与其他部门法关系方面的研究逐渐成为宪法学界关注的重点。近年来,由于法治观念与制度等原因导致法律实践中出现的冤假错案引起社会的广泛关注,^[27]许多宪法学者对刑事领域的法律问题从基本权利保障的角度进行了研究,提出了基本权利规范影响刑事案件的方式和途径,即作为刑事立法机关刑事法目的确立之依据、刑事司法过程中对刑事法目的作合宪性解释之依据以及刑事法目的的合宪性审查之准据。^[28]在刑事案件的法律分析中引入基本权利的论证可以从宪法的角度提出新的解答,从而弥补刑法解释学体系的不足。^[29]

四、中国基本权利理论的展望

30年来,对基本权利的理论研究逐渐成为宪法学研究的核心领域,基本权利研究的方法论也日趋成熟,并呈现多元化趋势。宪法学界对于具

①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当承担民事责任的批复》(法释[2001]25号),该案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).

②参见韩大元《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。

③参见徐振东《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。

④有关基本权利在民事领域影响的系统研究,参见张红《基本权利与私法》,法律出版社2010年版。

体基本权利理论的研究不断精细化,并逐步摆脱抽象的理论研究,而且注重结合部门法中的现实问题展开研究。发展至今,中国宪法权利理论的研究成果已经颇具规模,这些不断趋于的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。^[5] 未经认真辨析,将国外基本权利理论草率地引入中国,可能会导致南橘北枳,水土不服的困局。比如,习惯于用国外基本权利的话语体系解释中国现实,将防御权功能绝对化,可能与中国的社会现实和文化传统有所背离。^[2] 因此,借用国外基本权利理论来分析中国问题需要注意这种社会背景的差异。未来,基本权利理论的一个重要课题就是如何将基本权利的一般原理与中国的宪政实践相结合,逐渐形成一套对中国现实具有解释力的基本权利理论和范畴体系。

最近几年,我国基本权利理论研究的一个明显的趋势就是体系化程度在不断增强。^[30] 特别是随着基本权利法解释学的兴起,通过法教义学的阐释形成一个有关基本权利的缜密理论体系,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分析框架成为基本权利问题研究的一个努力方向。随着这种研究的逐渐深化,一个以中国实定宪法上的基本权利规范体系为基础,具有内在逻辑性以及自我完结性的宪法权利理论体系将逐步走向成熟。与上述发展

参考文献:

- [1] 童之伟. 中国 30 年来的宪法学教学与研究 [J]. 法律科学, 2007, (6).
- [2] 韩大元. 基本权利概念在中国的起源与演变 [J]. 中国法学, 2009, (6).
- [3] 陈云生. 公民的人格尊严不受侵犯 [J]. 法学研究, 1983, (2).
- [4] 张文显. 市场经济与现代法的精神论略 [J]. 中国法学, 1994, (6).
- [5] 翟国强. 新中国宪法权利理论发展评述 [J]. 北方法学, 2010, (3).
- [6] 林来梵. 从宪法规范到规范宪法 [M]. 北京: 法律出版社, 2001.
- [7] 陈新民. 德国公法学基础理论 [M]. 济南: 山

趋势相对应,基本权利理论研究将更多地以中国具体问题为切入点进行研究,结合案例或者事例的研究成果将不断增加。通过运用基本权利的一般理论对案例或者事例进行分析,将有助于从宪法的角度对现实问题提供解答方案,同时也可以对理论进行检验和完善,逐渐实现基本权利理论的本土化。在这种现实问题导向的研究与基本权利理论的体系化趋势的相互影响下,基本权利理论体系将进一步成熟,那种简单的以权利规范为起点的解释学研究将逐渐减少,同时简单的介绍国外基本权利保障制度或理论的研究也将逐渐减少。

欠缺有实效性保障的宪法审查制度是目前我国基本权利保障的一个重要缺陷,也是基本权利理论发展的一个重要制度瓶颈。目前已有的基本权利理论预设的一个前提是有有一个可以对基本权利规范进行适用的宪法审查机制。严格来说,如果欠缺这个机制作为制度依托,基本权利理论可能会陷入纸上谈兵的尴尬局面。如果宪法审查制度在未来没有明显的发展,学界对基本权利的研究将更多地关注权利作为一种客观规范如何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的研究将成为未来一段时间基本权利理论的一个重要特征。而且,在欠缺制度直接保障前提下,透过基本权利的辐射效力理论和在司法实践中运用合宪解释的方法,同样也可以解释中国当下发生的许多基本权利事例。

- 东人民出版社, 2001: 288.
- [8] 陈征. 国家从事经济活动的宪法界限: 以私营企业家的基本权利为视角 [J]. 中国法学, 2011, (1).
- [9] 张翔. 宪法权利的双重性质 [J]. 法学研究, 2005, (3).
- [10] 张翔. 基本权利的规范建构 [M]. 北京: 高等教育出版社, 2008: 导论 1.
- [11] 余军. 宪法权利的逻辑构造——分析法学的诠释 [J]. 法学, 2005, (3).
- [12] 何永红. 基本权利限制的宪法审查: 以审查基准及其类型化为焦点 [M]. 北京: 法律出版社, 2009: 1-15.

- [13] 谢立斌. 论法院对基本权利的保护 [J]. 法学家, 2012, (2).
- [14] 张翔. 两种宪法案件: 从合宪性解释看宪法对司法的可能影响 [J]. 中国法学, 2008, (3).
- [15] 郑贤君. 基本权利原理 [M]. 北京: 法律出版社, 2010: 1-6.
- [16] 林来梵, 翟国强. 论基本权利的竞合 [J]. 法学家, 2006, (5).
- [17] [韩] 权宁星. 基本权利的冲突与竞合 [J]. 韩大元, 译. 外国法译评, 1996, (4).
- [18] 苏力. 《秋菊打官司》案、邱氏鼠案和言论自由 [J]. 法学研究, 1996, (3).
- [19] 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 [J]. 法律科学, 2007, (1).
- [20] 张千帆. “公正补偿”与征收权的宪法限制 [J]. 法学研究, 2005, (2).
- [21] 张震. 作为基本权利的环境权研究 [M]. 北京: 法律出版社, 2010.
- [22] 杜钢建. 论表现自由的保障原则 [J]. 中外法学, 1995, (2).
- [23] 张薇薇. 人权条款: 宪法未列举权利的“安身之所” [J]. 法学评论, 2011, (1).
- [24] 林来梵. 卧室里的宪法权利——简评“延安黄碟案” [J]. 法学家, 2003, (3).
- [25] 周伟. 宪法基本权利: 原理·规范·应用 [M]. 北京: 法律出版社, 2006.
- [26] 胡锦涛. 十大宪法事案评析 [M]. 北京: 法律出版社, 2011.
- [27] 周伟. 论刑事司法权利的宪法保护 [J]. 政法论坛, 2003, (6).
- [28] 宦吉娥. 宪法基本权利规范在刑事法中的效力研究 [M]. 厦门: 厦门大学出版社, 2011.
- [29] 白斌. 刑法的困境与宪法的解答: 规范宪法学视野中的许霆案 [J]. 法学研究, 2009, (4).
- [30] 张翔. 基本权利体系化思维 [J]. 清华法学, 2012, (4).

[责任编辑: 吴 岩]

Subject: The Trend of Basic Rights Theory Since the Implementation of the Constitution in 1982

Author & unit: ZHAI Guoqiang (Law Institute ,Chinese Academy of Social Sciences ,Beijing 100720 ,China)

Abstract: Since the implementation of the Constitution of PRC , basic rights theory has gradually become the most important contents of the constitutional theory. Up to now , basic rights theory is forming system and becoming more refined gradually. With the continuous deepening of research , the research method of basic rights develops to Chinese problem oriented instead of simple to draw lessons from foreign theory. In the future , the most important task of basic rights theory is to integrate the general principle of basic rights and Chinese constitutional context and to construe basic rights doctrine according to Chinese society.

Key words: basic rights; doctrine; system; trend