

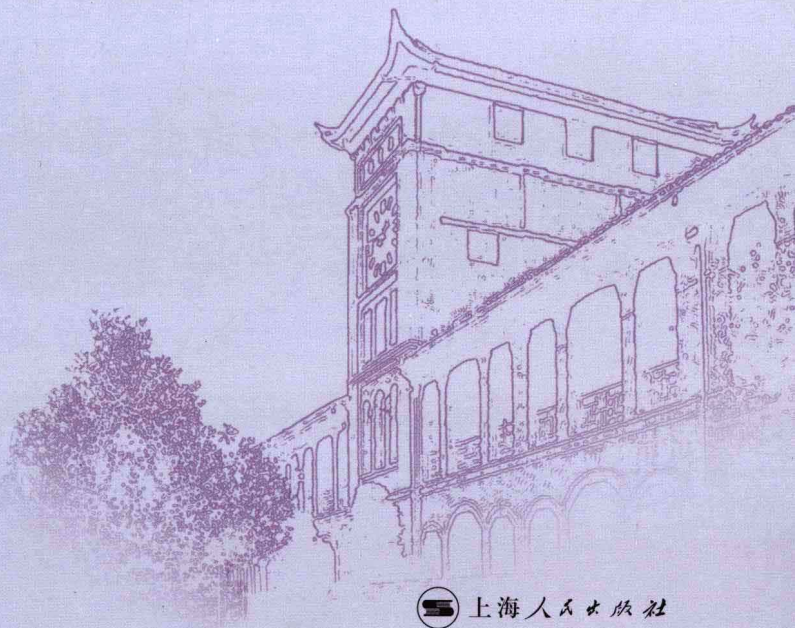


华东政法大学
科学研究院社科文库
第三辑



基本权利的原理与运用

饶志静 著



上海人民出版社



华东政法大学
科学研究院社科文库
第三辑



基本权利的原理与运用

饶志静 著



上海人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

基本权利的原理与运用/饶志静著. —上海:上海人民出版社, 2012

(华东政法大学科学研究院社科文库. 第3辑)

ISBN 978-7-208-11109-7

I. ①基… II. ①饶… III. ①公民权-研究-中国
IV. ①D921.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 262977 号

责任编辑 解 锟

封面装帧 王晓阳

• 华东政法大学科学研究院社科文库 第三辑 •

基本权利的原理与运用

饶志静 著

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.cc)

世纪出版集团发行中心发行

常熟市新骅印刷有限公司印刷

开本 890×1240 1/32 印张 8 插页 4 字数 192,000

2012 年 11 月第 1 版 2012 年 11 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-208-11109-7/D·2185

定价 26.00 元

编委会名单

主 任：杜志淳 何勤华

副主任：刘晓红 何 敏 金可可

委 员：丁建顺 傅守祥 陈婉玲

张 勇 王红曼 叶慧娟

马金芳 钟 刚 练育强

李卫华

秘 书：洪颖滔 郑 菲

前 言

岁月无痕,转眼又闻到了华政校园的丹桂飘香。金秋是收获的季节。继前年和去年出版第一、第二辑社科文库后,华东政法大学科学研究院又隆重推出了第三辑十种学术专著。这辑文库体现出科学研究院发挥跨学科研究的多元优势,通过不同学科之间的学术交流与深化研究,使科研人员迸发出了科研创新的思想火花。收获的成果有目共睹,但播种的辛苦唯有自知。就这一点而言,科学研究院全体研究者都付出了各自的努力。

2008年9月,我校通过引进优秀人才并抽调各院系精兵强将成立了科学研究院,旨在整合科研资源,营造良好的科研氛围,促进以法学为主,多学科共同发展的格局。在不断推出丰硕的科研成果的同时,也寄希望以科学研究院为平台,进一步提高我校科研实力,储备优秀人才,以实现综合实力的跨越式发展。今年又引进了一

批从事法学与人文社会科学研究的人才,这样就形成了以资深教授领衔,以中年教师为骨干,以各学科博士或博士后为主体的组织结构。有了资源的合理配置,建立科学有效的研究院管理制度,制定《科学研究院年度考核与评优管理办法》和《科学研究院社科文库著作出版资助遴选办法》。切实做好科研服务和保障工作,保障研究人员充分实现研究预期。为科学研究院进行深入的学术研究、为科学研究院与兄弟学院的工作配合和争取多拿省部级和国家社科项目创造了条件。

科学研究院成立以来,逐渐建立并完善了三个学术平台。

其一是每周必举行一次学术讲座,邀请国内外各研究领域的高端专家就各类热点问题探讨,同时也安排年轻的研究人员进行专题演讲,与同仁进行现场互动,以促进和提高他们的综合学术水平和表达能力。这已经形成了一个良好的学术传统。

其二是编辑印制《社科通讯》,以内容摘要和全文转载的形式收集与传达国内外最新的学术动态,为全体科研人员扩大学术信息的获取提供便利。今年改版后的《社科通讯》显得大气厚重,排印精美,信息量增加,这为以后申请刊号正式出版积累了编辑经验,也为杂志的定位发行打下了坚实基础。

其三即是编辑出版《社科文库》。从第三辑的文库目录上可以感知,研究者中有资深教授,有年富力强的副教授,也有刚走上研究岗位的年轻博士。有精深的法学基础理论和应用实践研究成果,也有文史哲方面的最新研究成果……科学研究院所获得的科研成果呈百花齐放之态,这与我校定位为以法学为主的综合性文科大学的发展方向是相吻合的。

开展丰富多彩的学术活动,在日常工作中处处提倡以科学研究为核心的核心价值观,又有着上述三个平台持续发挥着作用,科学研究院在2012年所申报的国家及省部级科研项目中屡获佳绩。今年获得的科研项目主要有:傅守祥研究员担任2012年国家社科基

金重大招标项目“公共文化服务的指标体系构建与绩效评估研究”之子课题“我国公共文化服务发展的制度建设与政策创新研究”的负责人。陈婉玲教授的“民间义工组织法律问题研究”获立国家社科基金一般项目。饶志静博士的“企业并购雇员权益保障法律制度研究”、肖宇博士的“私募股权基金治理法律制度研究”、陈儒丹博士的“WTO争端解决机制的申诉方利益取向与对策研究”和邢瑞磊博士的“比较政治学理性选择理论追踪研究”获立国家社科基金青年项目。李卫华副研究员、王涛博士和邓小俊博士各获2012年教育部人文社会科学研究一般项目立项。

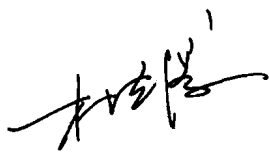
这些成果的获得,与科学研究院管理班子在前期准备阶段把工作做深做透有相当的关联。据我所知,科学研究院在每年的申报季前会选择合适的时间,组织大家进行科学创作周活动。其内容有邀请有关部门的前辈进行学术辅导,请前几年课题申报成功者作经验介绍,请准备申报课题者亮出申报书,对申报项目进行评头论足,弥补其不足,以提高申报项目获得批准的概率。上述课题的获准立项,即为此项工作取得明显成效的证明。

除此之外,何敏教授、金可可教授、张勇副教授和高奇琦副教授等都在权威期刊上发表了多篇论文,其他研究人员的论文或科研成果被国内外多种权威杂志转载,这大大扩大了华东政法大学的学术影响。

今年科学研究院获立多项科研课题,还有明年后年及此后数年在酝酿在申报的课题,前景是相当喜人的。当这些研究项目顺利结项,当各位研究人员将研究成果形成文本交付出版,那第四辑第五辑及此后的社科文库都有了稿源和质量上的保障。

我们所处的时代已打开了中华民族振兴的上升通道。愿科学研究院的全体研究人员抓住机遇,努力实践,执着追求,多出精品,并努力将《社科文库》这一学术平台建设成为我国社会科

学研究方面一个重要的学术窗口。愿我们牢记“笃行致知，明德崇法”的华东政法大学校训，以自己的“笃行”无愧于这个伟大的时代。

A handwritten signature in black ink, appearing to be '陈谦' (Chen Qian), written in a cursive style.

2012 年 10 月

总 序

科学研究是一种以探索自然客观规律与社会演进规律为目的的复杂的智力劳动,是一项艰难苦涩但富有创新价值的研究工作。研究人员必须进行系统的研习和长期的积累,并在比较充分掌握国内外相关文献与资料,了解本学科最前沿的学术动向和学术成果,才能从事独立的、具有创新精神的学术研究,从而在各自的学术领域取得为学界公认的成就。

我很欣喜地看到,经我校科学研究院研究人员的潜心研究,在出版了两套社科文库的基础上,今年又推出了学术系列专著——华东政法大学科学研究院《社科文库》的第三辑。这些学术著作的面世一方面反映了大家勤奋努力的工作精神,同时也反映了各自所具有的坚实强劲的科研能力。我向大家表示祝贺。

这套文库的十部著作中,既有基础性学术理论研究,也有揭示社会发展规律的实践分析;既

有对中国各历史阶段文化的梳理,也有对国外特定制度运行机理的评析;既有以上海为对象的针对性研究,又有对特定产业的多元化探索。

丁建顺教授所著《古典篆刻的人文意蕴》以史为经,以人物、篆刻事件和篆刻作品的审美为纬,编织着中国篆刻史上每一个重要的节点。在叙述中,其以史载人,以人说印,以印论艺,将重点放在篆刻家特定的时代背景和曲折的人生经历,对每一个于篆刻艺术作出贡献的印人和事件为切入点,纵鉴正史野史,列举悬疑,陈述观点,探幽发微,择善而从,力求展现博大精深、绚烂多姿的中国古典篆刻艺术。

张勇副研究员所著《大学生实习及其权益保障的法律与政策》主要探讨了如何制定和完善大学生实习的法律制度规范及对大学生实习的教育、劳动权益给予法律保障的问题。在进行相关理论分析、实证调查与比较借鉴的基础上,提出我国应以出台大学生实习的国家专门立法《大学生实习条例》的设想,确立倾斜保护大学生实习权益的理念,规范和完善大学生实习制度及相关政策,建立健全大学生实习权益保障的法律,完善惩罚和预防实习侵权违法与犯罪行为的机制对策,从而构建内外部制度结构协调衔接的大学生实习及其权益保障的法律体系和政策机制。

王红曼副研究员所著《中国近代银行业和银行家(一)》选择了一个很好的视角进入这一领域的研究。从1897年出现第一家现代意义的银行——中国通商银行到1949年新中国成立的50余年间,全国先后创设国家银行、地方银行、私营银行并涌现出一大批志士仁人。这些银行家具有类似的教育背景,大多留学海外,具备经济金融和银行经营领域最前沿的管理知识。他们通过振兴实业,储备人才,把握时代机遇,为中国近代金融业的发展做出了巨大贡献。本书对中国近代银行业创办的背景、早期创办者的经营管理、创新思想以及相关代表人物进行了深入研究,以期呈现出中国近代银行

业的发展概貌。

李洁博士所著《当代我国城市老年文化研究》通过文献研究、问卷调查和专题访谈考察了日益庞大的我国城市老年群体的生活境遇和存在状态。本书多维度地探索了老年物质文化、老年精神文化,包括家庭、社区和网络世界中的老年文化。本书深入研究了当代我国城市老年文化发展的本质规律,明确其发展的内在根本动力是老年文化认同,并有针对性地提出若干培育和繁荣老年文化的对策。本书可以说是填补老年文化研究领域空白的一项研究成果,对涉及老年课题的研究者和老年政策的决定者等都有借鉴与参考意义。

饶志静博士所著《基本权利的理论及运用》认为基本权的保障乃是各种宪法问题的核心所在。从制度建设上看,我国已在宪法中对基本权规定并辅之于相应的违宪审查机制,但在实践中还存在一些问题,那就是基本权保障在宪法上始终没被激活。本书尝试在我国宪法文本的基础上分析基本权的实际运作情况,同时研究欧美等国基本权基础理论和司法实践,从而对我国基本权保障进行深度的思考。

于霄博士所著《英国土地登记法律制度史研究》使用了历史的、社会群体分析和比较的方法,主要研究了自19世纪初开始到现在的英国土地登记法律制度史。这段时间里英国地产权登记(一种新型独立的登记制度)经历了一个从无到有,从尝试到成熟,从试点到推广,再到改革的完整过程,是个体制度史研究的理想对象。虽然我国完整地接受了公示公信主义,但对这一原则的实行还存在很多的问题。希望本书的研究为后续研究和我国土地改革实践提供一些有用的理论和经验。

胡骏博士所著《古希腊民商事立法研究——以雅典城邦为中心的考察》认为近代西方哲学、美学、医学、文学、数学、天文学以及论理学等,无不发端于古希腊。而作为近代西方文明重要组成部分的

政治与法律制度也在很大程度上受益于古希腊时期确立的民主、法治思想。虽然能否将西方法律传统的源头追溯至古希腊还有待学者的进一步研究,然而毫无疑问的是:在西方法律传统乃至整个人类法律文明的历史长河中,古希腊(尤其是雅典城邦)的法律制度是值得也应该引起学者重视并加以深入研究的。

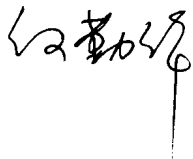
王婧博士所著《罗斯科·庞德的社会学法理学——一种思想关系的考察》认为,社会学法理学在 20 世纪初年实现了美国法理学的范式变革,试图在利益概念的基础上构建一种回应现代工业社会需要的法学理论。虽然社会学法理学对于法律效果的关注和将社会科学研究方法引入法学推动了美国法律现实主义的兴起,但是庞德强调法学的规范建构作用,由此区别于从社会学科学角度观察影响法官判决要素的卢埃林,以及意图建构作为社会科学分支的法律社会学的埃利希。庞德对于普通法传统的坚持折衷了社会学法理学激进的改革面相。这种对于法律体系中传统因素的强调也体现于庞德对中国法制改革的建言中。囿于实用主义的哲学基础,社会学法理学的价值相对主义屡为学者诟病,庞德对于当时中国宪法的评价再次验证了庞德理论的这一弱点。

陈儒丹博士与黄韬博士合著的《经济全球化的法律博弈》主要观点为:伴随着 WTO 的创立和运行,现代物流和信息技术的加速度发展,法律规则的覆盖面亦不断地拓展和延伸。经济全球化时代的国际贸易法律规则正日益呈现出多面向的特征,产生了大量的新型国际法律问题,例如“非 WTO 协议”在争端解决实践中的适用、中美知识产权争议、数字产品在线跨境交易的法律性质问题等。这些经济全球化中出现的新的法律问题都是相互交织在一起的,其解决不仅影响到所直接调整的具体交易关系,而且会间接影响其上下游的交易关系和相关区域的交易关系。全球范围内的法律与经济之间的博弈结果是否是有效的,取决于国际经济法律规则能否成为一种成功的激励机制,改变主权国家的行为选择和行为模式,确保国与

国之间经济合作的稳定性,最终有利于实现资源在全球范围内的优化配置。

由何敏教授等编著的《文化产业政策激励及法治保障(二)》则延续了第一册的主题,发挥科学研究院多学科交叉研究的优势,从哲学、法学、社会学、历史学和人文学等不同维度对我国文化产业的政策激励及法治保障进行了深入研究。论文集所呈现的是科学研究院的综合科研实力。文集集中的每篇论文既是每位学者所涉专业的阶段性成果,也是科学研究院为承接国家级重大研究课题的前期成果,具有培植年轻科研人员的科研能力与孵化重大项目的双重作用。希望这项工作能继续进行下去。

纵览科学研究院《社科文库》第三辑,其中既有资深教授毕生的学术研究汇总,有中年教师的呕心沥血之作,更多的则是青年教师的富有朝气且视野开阔的创新成果。这些著作或许是他们研习多年的博士论文,或许是在博士论文基础上的深化和提高,或许是在博士论文研究基础上攀登新的学术峰巅的起步之作……科研成果的获取并非易事,它需要研究人员投入全部的智慧与心血。当今社会正处于多元化的转型期,我认为科研人员应尽量摒弃杂念,埋首书斋,真心实意地搞点研究、做点学问。淡泊名利潜心治学是一名学者取得成就的前提条件。正如著名科学家丘成桐所说:“好的科学家首先要坐得住”。这“坐得住”,我的理解就是要耐得住寂寞。



2012年10月

目 录

前言	1
总序	1
第一章 基本权利概论	1
第一节 基本权的含义	1
一、基本权的含义	1
二、基本权与人权	3
第二节 基本权的分类	4
一、传统的人权体系	4
二、现代人权的分类	6
第三节 基本权功能	8
一、主观规范功能面向	9
二、客观规范功能面向	11
第四节 基本权利主体	13
一、自然人	13
二、法人	20
第五节 基本权的拘束对象	22

一、公权力行为	22
二、国库行为	23
三、私人之间法律关系	24
第六节 基本权利冲突	33
一、基本权冲突的内涵	33
二、基本权冲突调和的理论	33
第七节 基本权利限制合宪性审查	34
一、基本权限制的形式	35
二、基本权利限制合宪性审查——以德国模式为例	36
三、附论：欧洲人权法院的基本权利限制的审查模式	47
第八节 未列举基本权审查方法——以美国经验为例	49
一、美国未列举基本权利的宪法解释文本依据	49
二、美国未列举基本权利的宪法分析框架	54
三、对我国未列举基本权保护的启示	57
第九节 宪法解释方法在基本权利审查中的运用	60
一、宪法解释的概念	61
二、宪法解释方法的具体运用	61
第二章 公民权	70
第一节 人格尊严	70
一、“人格尊严”理念的历史发展	70
二、人格尊严作为基本权利的功能	85
三、人格尊严宪法规范实证分析	87
四、人格尊严宪法保护的实践	98
五、人格尊严在我国宪法的内涵与定位	108
第二节 平等权	118
一、平等权的含义	118
二、平等权的法律性质	121
三、平等权种类	122

四、平等的效力	126
五、平等原则的判断程序	128
六、优惠性差别待遇的合宪分析	140
第三节 宗教信仰自由	144
一、宗教信仰自由的含义	144
二、宗教信仰自由的范围	148
三、宗教自由的司法审查	149
四、政教分离原则	151
五、我国宗教信仰自由的特点	154
第四节 人身自由	155
一、人身自由的含义	155
二、宪法人身自由保护的范围	156
三、人身自由的保障	156
第五节 住宅自由	161
一、住宅自由的含义	161
二、不得侵犯住宅自由的范围	162
三、住宅自由的限制	163
第六节 通信自由	166
一、通信自由的含义和内容	166
二、对通信自由和通信秘密的限制	167
第七节 财产权	168
一、财产权的含义	168
二、财产权的范围	170
三、财产权的限制	171
第三章 政治权利	177
第一节 选举权和被选举权	177
一、选举权与被选举权的含义	177
二、选举权与被选举权的行使	177

三、对选举权与被选举权的保护与限制	178
第二节 言论自由	178
一、言论自由的内涵	178
二、保障言论自由的理论基础	179
三、言论自由的保障范围	181
四、言论自由的审查方法	182
五、我国对于对言论自由的限制	186
第三节 出版自由	188
一、出版自由的含义	188
二、出版自由的限制	188
第四节 结社自由	190
一、结社自由的含义	190
二、结社自由的内涵和外延	190
三、结社自由的限制	191
第五节 集会、游行、示威自由	195
一、集会、游行、示威自由的含义	195
二、集会、游行、示威保障的范围	196
三、集会、游行、示威的限制	196
第四章 社会经济权利	199
第一节 劳动权	199
一、劳动权的含义	199
二、劳动权的功能	200
三、劳动权的内容	201
第二节 受教育权	206
一、受教育权的内涵	206
二、受教育权的性质	207
三、受教育权的内容	208
第五章 文化权利	210
第一节 文化权概论	210