

海峡两岸公法学论丛

1

基本权利及其公法保障

莫于川 胡锦涛 / 主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

海峡两岸公法学论丛

1

基本权利及其公法保障

莫于川 胡锦涛 / 主编



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

基本权利及其公法保障 / 莫于川, 胡锦光著.
—北京: 法律出版社, 2013. 6
ISBN 978 - 7 - 5118 - 4948 - 9

I. ①基… II. ①莫… ②胡… III. ①公法—中国—
文集 IV. ①D920.0 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 096040 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/陈 妮 胡艺芳

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社

编辑统筹/财税出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京京华虎彩印刷有限公司

责任印制/吕亚莉

开本/720 毫米×960 毫米 1/16

印张/27.5 字数/562 千

版本/2013 年 6 月第 1 版

印次/2013 年 6 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010 - 63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010 - 63939781/9782 西安分公司/029 - 85388843 重庆公司/023 - 65382816/2908

上海公司/021 - 62071010/1636

北京分公司/010 - 62534456 深圳公司/0755 - 83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 4948 - 9

定价:68.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



莫于川,1956年生,重庆人,法学博士。曾插队务农、参军服役、从事行政管理和社科研究工作。

曾主持和参与完成社科研究课题30余项,出版各类专著、教材30余种,发表学术论文、研究报告200余篇,获各类教学科研成果奖20余项。曾参与《全面推进依法行政实施纲要》、《突发事件应对法》、《政府信息公开条例》、《湖南省行政程序规定》、《北京市志愿服务促进条例》等多项国家立法和地方立法的起草工作,主持起草《行政调解条例》(草案)、《文化市场监管条例》(草案)、《外国人在中国工作管理条例》(草案)、《北京市行政调解办法》(草案)、《南京市城市治理条例》(草案)、《重庆市行政指导基本规范》(草案)等立法草案。

现任中国人民大学法学院教授、博士研究生导师,宪政与行政法治研究中心执行主任、中国行政法学研究所所长,主要从事宪法学与行政法学的教学研究工作。兼任中国行政法学研究会副会长;北京市、成都市、南京市、青岛市等地人大常委会法制顾问;北京市、广西区、佛山市等地政府立法咨询专家;北京市行政复议委员会非常任委员;北京大学、中国政法大学、西南政法大学等高校兼职教授;中组部、中宣部、中政委、教育部、司法部、中国法学会举办的“双百”活动(百名法学家百场报告会法治宣讲活动)主讲人。



胡锦涛,1960年1月生,徽州人。1983年6月、1986年6月和1998年6月毕业于中国人民大学法学院,分别获法学学士学位、硕士学位、博士学位。1986年7月至今在中国人民大学法学院任教,现任法学院副院长,二级教授、博士研究生导师,兼任中国人民大学MPA首席教授、公共政策研究院副院长、国家级重点学科点中国人民大学宪政与行政法治研究中心主任、中国宪法研究所所长。主要从事中国宪法学和行政法学的教学与研究工作,代表性学术成果有:《中国宪法问题研究》(独著)、《行政处罚研究》(独著)、《违宪审查比较研究》(主编)、《中国十大宪政事例研究》(主编)等,并发表学术论文150余篇。

2005年入选新世纪优秀人才支持计划;2007年获北京市教学名师奖;2008年获中宣部、司法部和中国法学会“双百活动最佳宣讲奖”。

主要社会兼职:中国法学会宪法学研究会副会长、北京市法学会宪法学研究会副会长、教育部高校学生司暨政策法规司法律咨询顾问、国家统计局法律咨询顾问等。

主 编:莫于川 胡锦涛

撰稿人:(按姓氏笔画排序)

上官丕亮	王 旭	王贵松	王 锴	王 磊
刘定基	曲相霏	朱福惠	汪进元	李念祖
李忠夏	吴秦雯	张 翔	杜强强	郑贤君
林 彦	郑 磊	姜明安	胡锦涛	莫于川
秦前红	韩大元	湛中乐	谢立斌	谢荣堂
董保城	雷 振	詹镇荣		

编 辑:乔亚南 李锦洲 韩春琴 谢林江 毛姗姗 马星龙

编辑说明

当今中国,公民的基本权利意识日益增强,公民越来越懂得珍视和维护自身权利。当合法权益受到侵害时,人们懂得诉诸法律,而不是选择沉默或采用其他非理性的解决办法。公民基本权利意识的增强对于维护宪法尊严,保证法律实施,切实保障公民的基本权利具有十分重要的意义。同时,自2001年齐玉苓案后,大陆学界关于基本权利的研究,无论在数量还是在质量上都有提高。研究层次涉及基本原理、权利类型及个论研究等多个方面;研究方法和手段多样化,有宪法解释的方法、规范分析的方法、政治哲学的方法、实证分析的方法及其他交叉学科、边缘学科的方法,等等。基本权利是近现代宪政制度的核心内容,也是公法学研究的核心问题。

本书是第二届海峡两岸公法学论坛论文集,以“基本权利的公法保障”为主题,集纳了两岸公法学人关于基本权利的研究成果,也体现了近年来两岸关于基本权利研究的共识以及各自的研究方向和旨趣,有助于促进两岸公法学深化研究、加强交流、加快发展,还可促进两岸在公法学以外的更多议题和领域上的相互了解和增加共识,是近年来海峡两岸学术交流的又一硕果。

海峡两岸公法学论坛由中国人民大学法学院、中国人民大学宪政与行政法治研究中心、台湾政治大学法学院、台湾政治大学法学院公法学研究中心联合发起。民主与法治是两岸公法学人共同追求的目标,举办该论坛可推动两岸公法学的交流与发展,促进民主与法治发展。论坛每年举办一届,在海峡两岸轮流举行,迄今已成功举办三届。首届论坛于2010年在台北举行,第二届论坛于2011年在北京举行,第三届论坛于2012年在台北举行。第四届论坛将于2013年6月在济南举行,由中国人民大学法学院、山东大学法学院、中国人民大学宪政与行政法治研究中心主办。

第二届海峡两岸公法学论坛于2011年11月5至6日在中国人民大学明德法学楼国际学术报告厅举行。来自中国人民大学、北京大学、清华大学、台湾政治大学、台北大学、东吴大学等数十所院校的50余位公法学者参加论坛。经过两天共六个单元的报告、评议和讨论,深化了认识,增加了共识,扩展了视野,明晰了路向,论坛获得圆满成功。论坛围绕“基本权利的公法保障”展开研讨,学者递交数十篇高水平论文,编辑成此论文集后共26篇,其中,来自大陆的文章20篇,来自台湾地区的文章6篇。论文主题涵盖基本权利的基本理念(4篇)、基本权利的分类研究(8篇)、基本权利的司法保障(5篇)、公法解释的基本理论(4篇)、公法原则与制度革新(5篇)。

第一届、第三届论坛的论文,将由台湾政治大学法学院公法学研究中心编辑在台湾

出版。承蒙法律出版社大力支持,我们将第二届论坛收到的论文集纳成册并公开出版,以飨读者。使更多的法律人和社会有识之士了解论坛的丰硕成果,感受与会学者的思维碰撞及观点交流,诚挚期望得到方家和读者的教正。

最后,要表达我们的感激之情:衷心感谢本书撰稿人为两岸公法学的发展作出的重要学术贡献;衷心感谢中国人民大学宪政与行政法治研究中心的乔亚南、李锦洲、韩春琴、谢林江、毛姗姗、马星龙等博士研究生和硕士研究生的辛劳,他们利用课余时间协助进行了细致的文字编辑工作;衷心感谢法律出版社财税分社沈小英社长和责任编辑陈妮、胡艺芳的慧眼和辛劳,使本书得以在最短时间呈现给广大读者。

非常感谢。期盼美好。

莫于川 胡锦光

2013年4月18日

目 录

第一编 基本权利的基本理念

基本权利概念在中国的起源与演变	韩大元(3)
人权的宪法保护的几个误区	王 磊(19)
基本权利研究之方法论批评	郑贤君(25)
从中文语法言说基本权利的类型与保护	李念祖(50)

第二编 基本权利的分类研究

宪法平等权的判断方法	王 锴(57)
考试权在基本权利之定位	董保城(80)
从知情权保护视角看中国的行政执法信息公开	莫于川 雷 振(88)
社会基本权利的自由权属性——以宪法文本上的劳动权条款为依据	朱福惠(111)
劳动权的构成、限制及其合宪性	汪进元(118)
论宪法上的税	秦前红(133)
保障农民土地开发权的两个思路	曲相霏(148)
艺术自由的宪法保护——以“敏感地带”行为艺术案为切入点	杜强强(152)

第三编 基本权利的司法保障

基本权作为行政诉讼权能之权源	詹镇荣(171)
论法院对基本权利的保护	谢立斌(184)
行政诉讼:基本权利的重要保障	上官丕亮(198)
张先著诉芜湖市人事局案分析	胡锦涛(214)
释字第 689 号解释——开启台湾新闻自由与隐私保障的新页	刘定基(237)

第四编 公法解释的基本理论

祛魅与自足:政治理论对宪法解释的影响及其限度	张 翔(251)
------------------------------	------------

社会转型与宪法变迁——作为社会整合的宪法解释	李忠夏(269)
行政法解释之基础理论	谢荣堂(299)
行政法解释研究:在规范、事实与政策之间	王 旭(311)

第五编 公法原则与制度改革

我国当前法治对策研究的重点课题与进路	姜明安(349)
公法上损害赔偿责任过失相抵原则之探讨	吴秦雯(358)
论公务员考试录用行为的司法审查	湛中乐 郑 磊(380)
公益性内部举报的制度设计	王贵松(395)
执法检查的政策功能	林 彦(412)

第一编 基本权利的基本理念

基本权利概念在中国的起源与演变

韩大元^{*}

一、问题的提出

在经济全球化背景下,当代中国宪法学发展正面临着新的挑战与机遇。具有100年历史的中国宪法学需要在学术反思中寻求“宪法学中国化”的理念与途径。从宪法学所承载的学术思想与基本命题看,当代中国宪法学并没有跨越100年来宪法学历史传统所积累的基本知识背景与学术命题,在一些基本的学术命题上仍在继承着传统宪法学的学术遗产与成果,延续着宪法学学术思想的脉络。宪法学是人类共同追求正义与幸福的知识体系,也是人类智慧的结晶,反映了通过宪法治理国家的共同经验。在不同的国家和历史发展阶段,宪法的历史必须接受价值与事实的严格检验,但相对来说宪法学具有一种公共性价值,它为学术思想的发展与传承留下了广阔的空间。尊重学术历史与维护学术共同体价值是中国宪法学发展的社会基础与动力。

从比较宪法学的角度看,基本权利的历史和学术遗产集中体现一个国家宪法学的传统与学术品格,反映了探求宪法价值的共同经验和文化特性。本文通过对文献的梳理和分析,探讨中国宪法文化背景下,基本权利概念形成与演变的过程,力图揭示中国宪法学本身的历史与价值基础,为我们客观地思考未来中国宪法学的发展提供必要的历史文献基础。

二、基本权利概念的形成

我国的宪法学界普遍接受一个命题,即基本权利是宪法学的基本范畴之一,^①但学术上还没有系统地解释基本权利概念与宪法文化之间的关系,还没有对基本权利的文化基础进行系统研究。从学说史的角度看,我们需要回答“基本权利在中国是如何形成的”这一严肃的学术命题。笔者认为,基本权利范畴是对特定时代宪法存在价值与事实的高度

^{*} 中国人民大学法学院教授、博士研究生导师,法学博士。

本文原载《中国法学》2009年第6期。

① 当然,在学术界有几种不同的表述,如宪法权利、基本权、基本权利、基本的权利、基本人权等。考虑到中国宪法文本的规定、学术传统和学术界约定俗成的提法,本文统一用基本权利来表述国家与公民关系。

概括,反映了宪法学的基本功能与学术趋向。基本权利范畴的研究需要以历史分析为出发点,需要从历史事实中挖掘基本权利的学术遗产与传统。

(一)基本权利概念在外国的产生

由于各国宪法发展的历史具有不同的背景,宪法文化呈现出多样性,具体表述基本权利内涵的语言也是不尽相同的。比如,具有悠久人权发展历史的西方国家之间也采用不同的表述。基本权利在英文的表述是“fundamental rights”,《牛津法律大词典》对基本权利的解释是:“一个不精确的术语,一般用来表示国民基本自由或为政治理论家,尤其是美国和法国的政治理论家们所主张的自然权利。”^①德国宪法学区分了人权与基本权,认为“基本权”概念反映了宪法上的权利。在美国,一般采用“基本的人权”(fundamental human rights)的表述,同时也有学者采用“宪法上的权利”。在日本,在移植西方立宪主义的过程中,不同的学者采用了不同的表述,如人权、基本权、基本人权、宪法上权利等。有学者认为,“一般而言,在人权一词前面加上一个形容词‘基本’称为‘基本人权’者,其意义大致上与人权相同。在这里所谓的‘基本’,并未代表太多的意义,人权即等于基本人权”。^②在韩国,伴随着西方人权思想的发展,从国家独立与富强的理念出发,在不同的历史发展时期形成了“人权”、“基本权”、“宪法上保障的权利”等不同的概念。这里重点介绍基本权利概念在法国形成的过程。^③

“基本权利”(les droits fondamentaux)^④是当代法国宪法理论中的一个基本范畴,但它并没有出现在宪法典之中。对于法国宪法而言,基本权利并不是一个原生性的概念,而是翻译、比较和借鉴外国法(主要是德国基本法)的结果。从19世纪末开始,“基本权利”这一术语开始被法国的法学家们使用,但仅限于国际法领域内。其中最早的恐怕要数皮莱(Antoine Pillet, 1857~1926)教授,他在1899年出版的《国家在国际关系秩序和国际冲突解决中的基本权利之研究》^⑤中分析了国家在国际法上的基本权利。国家的基本权利理论是与将国家视为公法人的观念相关联的,它是西方法律传统中一个独特的现象。到了20世纪中期,“基本权利”一语开始出现在宪法学理论中,但主要是翻译和介绍外国宪法知识的结果。其中最早的是1947年出版的《苏联公民的基本权利》(Les Droits

① [英]戴维·M.沃克著:《牛津法律大词典》,光明日报社1989年版,第364页。

② [日]中村睦男:“关于人权概念”,载《法学教室》,有斐阁1997年版,第206页。

③ 感谢中国人民大学法学院博士后王建国博士为作者翻译并整理法国基本权利方面的相关资料。

④ 在法国宪法的概念体系中,“基本权利”(les droits fondamentaux)和“基本自由与权利”(les libertés et droits fondamentaux)是同义语。Cf. Louis Favoreu, Patrick Gaïa, Richard Ghevontian, Annabelle Pena-Soler, Otto Pfersmann, Joseph Pini, André Roux, Guy Scoffoni et Jérôme Tremeau, Droit des libertés fondamentales, Paris: Dalloz, 2007. p. 73.

⑤ Antoine Pillet, Recherches sur les droits fondamentaux des États dans l'ordre des rapports internationaux et sur la solution des conflits qu'ils font naître, Paris: A. Pedone, 1899.

fondamentaux du citoyen en U. R. S. S.)^①一书,该书的作者是苏联法学家谢弗里科夫(K. Sevrikov)教授,书中的法语“droits fondamentaux”翻译自俄语中的同一概念。到了20世纪60年代,卡杜(Charles Cadoux)教授在《印度宪法中个人的基本权利及司法解释》^②中介绍了印度宪法中的基本权利及其在裁判中的解释,其中将印度宪法中的“基本权利”译作法语中的“droits fondamentaux”。

尽管上述两篇译介苏联和印度宪法中的基本权利的著作都在法国宪法领域较早使用了“droits fondamentaux”,但并没有产生较大的学术影响。到了1975年,巴黎一大的米歇尔·弗浩蒙(Michel Fromont)教授在《德意志联邦共和国法秩序中的基本权利》一文中对德国基本法中的基本权利的概念及其保障进行了研究,其中将德语中的“Grundrechte”直译为法语中的“droits fondamentaux”。或者是由于法德两国相似的公法传统,抑或是弗浩蒙教授个人的学术影响,“基本权利”的概念开始出现在越来越多的法国宪法学论著中,相关的研究也开始在法国宪法理论中活跃起来。由于弗浩蒙教授的论文所产生的学术影响,法沃赫(Louis Favoreu)教授主编的《基本自由法》将弗浩蒙教授的论文看作“首次在法国提出了基本权利的概念”。^③

在弗浩蒙教授的论文之后,出现了不少研究基本权利的作品,其中也不乏优秀的博士学位论文。在1981年,以法沃赫教授为代表的艾克斯学派组织了一次关于欧洲的基本权利保障的国际研讨会,并出版了论文集《通过宪法裁判保障基本权利:联邦德国、奥地利、法国和意大利》。^④这次研讨会在法国宪法学界产生了巨大的影响,推动了基本权利理论在法国的发展。到了20世纪80和90年代,基本权利已经是法国宪法理论中一个通用的概念。在教材中第一次出现基本权利概念始于1999年佐勒教授的《宪法学》的出版。此外,法沃赫教授主编的《宪法学》^⑤也专门介绍基本权利的内容,并且旗帜鲜明地从法学的规范意义上展开讨论,严格区分法学意义上的基本权利与道德和政治意义上所使用的人权概念。到了2000年,法沃赫教授则与几位宪法学者合作编写了一本《基本自由法》^⑥,既是一本教材,也是一部体现法国基本权利研究最高水平的力著。

① K. Sevrikov, Les Droits fondamentaux du citoyen en U. R. S. S., traduit par Serge Petrov, Paris: Ed. Sociales, 1947.

② Charles Cadoux, Les Droits fondamentaux de l'individu dans la constitution indienne et l'interprétation judiciaire, Paris: Libr. générale de droit et de jurisprudence, 1960.

③ Louis Favoreu, Patrick Gaïa, Richard Ghevontian, Annabelle Pena-Soler, Otto Pfersmann, Joseph Pini, André Roux, Guy Scoffoni et Jérôme Tremeau, Droit des libertés fondamentales, Paris: Dalloz, 2007. p. 70.

④ Louis Favoreu et co., La Protection des droits fondamentaux par les juridictions constitutionnelles en Europe: Allemagne fédérale, Autriche, France, Italie, Paris: Librairies techniques, 1981.

⑤ Louis Favoreu, Patrick Gaïa, Richard Ghevontian, Jean-Louis Mestre, Otto Pfersmann, André Roux et Guy Scoffoni, Droit Constitutionnel, Paris: Dalloz, 1998; 1999; 2000; 2001; 2002; 2003; 2004; 2005; 2006; 2007; 2008.

⑥ 该书初版是在2000年,目前最新的版本是2007年的第4次修订版。

各国基本权利概念发展的历史表明,基本权利的不同表述与内涵的变化实际上反映了各国的历史与文化传统。^①

(二)基本权利概念在中国的产生

1. 学术文献中的表述

为了便于说明基本权利概念的产生过程,首先需要说明权利概念在中国文化语境下的起源与演变。对此,部分学者们已经进行了有价值的研究。^② 根据学者们的研究成果,在中国,包括权利、自由在内的一些术语与西方宪政文化背景下形成的概念之间存在差异性,不仅概念表述有区别,在价值内涵上也表现出多样性。在立宪主义与民主主义价值的紧张关系中,中国的基本权利概念的选择不同于西方宪政的道路。如“权利”一词在古文中主要指权势和利益,当作动词用时,是指权衡利害,与西方 right 具有正确、理应等价值判断大不相同。故 20 世纪初熟悉西方思想的严复就不同意用“权利”译 rights,而主张用具有道德含义的“民直”和“天直”来表示。这表明 rights 传入中国和 democracy 传入中国类似,都是用一个中文里原有但意义和西方观念极不同的词来表达现代西方新观念的。^③

早在 1830 年传教士编的《东西洋考每月统记传》中,传教士用一个词组“人人自主之理”来表达 rights,但该用法在相当长时期内没有被中国士大夫们所接受。到了 1864 年出版的《万国公法》一书中,出现了“权”、“权利”、“人民之权利”、“人之权利”、“私权”、“人民之私权”、“自然之权”等不同的词汇。其中,对“权利”的解释是:“凡一国,自主自立者,皆有权,准外人入籍,并可以土著之权利授之。”^④对人民之权利的解释是:“各国在己之疆内,按律行事,在疆外各处,其事亦为坚固,唯不得与各国人民之权利,有所妨碍,此各国之友谊也”。一般认为,从此“权利”一词才和西方 rights 观念明确对应起来。^⑤ 当然,《万国公法》中“权利”一词的意义主要指国家的合法权力和利益,力求在与国家的关联性中挖掘基本权利的价值内涵,并没有直接地与个人自主性、自由价值联系起来,体现

^① 西方学者对基本权起源问题的研究,主要基于对基本权形成历史与法文化的传承经验,均是以希腊与罗马时期为研究之出发点。陈慈阳著:《基本权核心理论之实证化及其难题》,台湾翰芦图书出版有限公司 2002 年版,第 13 页。

^② 如王人博著:《宪政文化与近代中国》,法律出版社 1997 年版;夏勇著:《中国民权哲学》,三联书店 2005 年版等。

^③ 金观涛、刘青峰:“中国近现代观念起源研究和数据库方法”,载《史学月刊》2005 年第 2 期。这种情况也出现在日本移植西方立宪主义理论的过程。如权利一词还不能表达拉丁语 ius、英语 right、德语 recht、法语 droit 中包含的“正”和“直”的基本内涵。对荷兰语 recht 的翻译过程进行详细探讨的熊谷开作认为,日本翻译权利一词时,遗漏了“诚实”、“正直”、“裁判所”等基本概念。参见[日]青木人志著:《西洋法与日本人》,光文社 2005 年版,第 117 页。

^④ 王健著:《沟通两个世界的法律意义:晚清西方法的输入与法律新词初探》,中国政法大学出版社 2001 年版,第 164 页。

^⑤ 金观涛、刘青峰:“中国近现代观念起源研究和数据库方法”,载《史学月刊》2005 年第 2 期。

了基本权利的“国家观念”或国家主义的立场。

根据目前的文献记载,权利观念从一开始传入中国时就已经偏离 right 的主要含义,是用中国传统“权利”观对西方现代观念进行“格义”的结果。^① 据统计,从 1900 年到 1915 年,自主性的理念适用范围从国家(群体)拓展到个人,权利的意义比较接近西方文化中的原有含义。^② 于是,到 1919 年后权利出现了某些“技术化”的趋势。权利内涵的演变,从一个侧面说明中国宪法学语境下的“基本权利”观念的起源与演变有着不同于西方的社会背景。因此,语义演变分析既需要考察词义学上的变化,同时也要考察语义背后价值内涵的变迁过程。

在中国宪法学历史上,何时出现基本权利一词是需要考证的学术命题。^③ 我国台湾地区学者认为,“基本权利历史悠久,但却无法确定基本权利起源何时,也无法确定哪一个基本权利为最先产生的基本权利”。^④ 据作者的初步考察,早在清末新政时,端方等人考察西方国家宪政后出版的《欧美政治要义》和《列国政要》(1907 年)中对各国宪法中的权利与自由的内容进行了“中国式”的解读。如端方介绍欧美政治中“义务”与“权利”这对概念时,谈到“凡所享人权及公民权不因信仰他教而至被侵夺,其所负公民及国家之义务亦不因信仰他教而得弛负担”。^⑤ 在谈到西方的通信自由时,他还提道:“吾国人而欲享宪法之权利乎?”^⑥ 这时已出现“人权”、“公民权”、“宪法之权利”等词汇,虽存在内涵与价值的不确定性,但词义上具有与“基本权”相接近的某些因素。

到了 20 世纪初,一些社会新闻和政论文章中出现了“基本权利”等概念。如 1915 年周作人在《新村的精神》中写了一句话:“人人有生存的权利,所以应该无代价的取得衣食住。但现实生活中,人的基本权利完全可能由于出身、经济状况等条件的制约而达不到。如果把权利等同于道德,对于贫穷的人来说,个人权利毫无意义,即权利是不可欲

① 金观涛、刘青峰:“中国近现代观念起源研究和数据库方法”,载《史学月刊》2005 年第 2 期。

② 金观涛、刘青峰:“近代中国‘权利观念的意义演变’——晚清到《新青年》”,载中国台湾地区“中央研究院”《近代史研究所集刊》1999 年第 32 期。

③ 分析基本权利一词有两种基本方法:一是从形式意义上分析基本权利演变的过程;二是从实质意义上进行分析,即使没有出现“基本权利”的表述,但实质内容具有基本权利的性质。因文献的限制,本文采用以形式意义的分析为主,实质意义的分析为补充的分析方法,旨在梳理基本权利发展的历史过程。

④ 法治斌、董保城著:《宪法新论》,台湾三民书局股份有限公司 2003 年版,第 94 页。要解释基本权利具体产生过程是一件学术难题,涉及不同的学术领域,需要系统地梳理各种文献知识,但为了分析基本权利与文化的关系,起源问题的研究又是不可避免的。

⑤ 张海林著:《端方与清末新政》,南京大学出版社 2007 年版,第 164 页。

⑥ 张海林著:《端方与清末新政》,南京大学出版社 2007 年版,第 170 页。1946 年吴拔征在“论宪法的目的与功用”一文中论证公私法区别没有意义时特别提出:在自由主义国家所认为民法上的权利,在共产主义或社会主义国家却以之为“宪法上的权利”。参见何勤华、李秀清主编:《民国法学论文精萃》,法律出版社 2002 年版,第 59 页。

的”。^①《晨报》副刊1919年劳动节专号发表过“渊泉”的《人类三大基本的权利》一文,文章提出人类三大基本的权利是“劳工的生存权、劳工的劳动权和劳工的劳动全收权”;该文还提出“要保障人类三大基本的权利,非使我们的劳动者在政治上、社会上、经济上占得中心的地位”。^②1922年8月13日,罗敦伟撰写的《湖南省宪法批评》一文提到了“经济的基本权”概念。该文批评湖南省宪法没有“经济的基本权,实在是一个大缺点”。他指出所谓“经济的基本权”,包括全劳动收益权、生存权和劳动权。^③

在整个20、30年代,国家权力受基本权利约束的理念初步形成,个人基本权利的价值受到学术界的重视。其原因主要在于:一方面基本权利的形成过程中外国法产生了重要影响;另一方面从中国传统的权利思想中逐渐培育出“民权人权高于国权、政权的现代人权观念”。^④以这种基本权利思想的发展为背景,学术界开始改变不重视基本权利与国家权力关系的状况,以比较理性的态度探讨基本权利理论。

据考察,在宪法学著作中较早使用“基本权利”一词的是张卓立,他在翻译《德国新宪法论》一书时,提到“德人的基本权利与义务”。^⑤1927年,王世杰、钱端升在《比较宪法》一书中对基本权利概念进行了较系统的分析。该书第二编的标题是“个人的基本权利及义务”,将国家机关及其职权的内容安排在“个人基本权利和公民团体”的编章之后。在书中,作者认为“在现代国家的宪法中,规定个人基本权利义务的条文,大都成一重要部分”。“基本权利”及基本义务尚非一般宪法所惯用的名词。我们称用“基本”二字,无非要表示这些权利,是各国制宪者所以为个人必不可少的权利。书中作者认为,“何种权利应认为是个人的基本权利,这自然随着时代的思潮与各国制宪者的见解而异”。^⑥以这种基本权利的理念为基础,作者把基本权利分为消极的基本权利、积极的基本权利和参政权。这是中国宪法学者对基本权利的内涵所进行的比较系统的理论阐述,对后来基本权利理论的发展产生了重要学术影响。虽然,上述的学术命题仍存在一些不确定的内容,但其分析中蕴含着国家与个人之间的关系,认为基本权利是“制宪者所以为个人必不可缺权利”,反映了基本权利所具有的一些特征。

朱群宗于1929年4月15日在《社会科学论丛》第1卷发表了一篇论文,题目是“基本权的法律观”。^⑦张知本于1933年出版的《宪法论》中概括了当时比较有代表性的宪法学基本范畴。该书的基本范畴主要有:宪法与国家;权利与义务;国家机关组织与职

① 转引自金观涛、刘青峰:“中国近现代观念起源研究和数据库方法”,载《史学月刊》2005年第2期。

② 转引自庄福龄著:《中国马克思主义哲学传播史》,中国人民大学出版社1988年版,第69页。

③ 罗敦伟:“湖南省宪法批评”,载《东方杂志》第19卷第22号(宪法研究号),1922年11月25日。

④ 杜钢建、范忠信:“基本权利理论与学术批判态度”,载王世杰、钱端升著:《比较宪法》,中国政法大学出版社1997年版,第5页。

⑤ [德]布伦乃特著:《德国新宪法论》,张卓立等译,商务印书馆1926年版,第220页。

⑥ 王世杰、钱端升著:《比较宪法》,中国政法大学出版社1997年版,第61页。

⑦ 何勤华、李秀清主编:《民国法学论文精萃》,法律出版社2002年版,附录。