

宁波大学法学文丛

总主编◎郑孟状



宪法权利实施研究

朱全宝 / 著

宁波大学法学文丛

宪法权利实施研究

朱全宝 / 著

图书在版编目(CIP)数据

宪法权利实施研究 / 朱全宝著. —北京: 中国社会科学出版社, 2015. 7

ISBN 978-7-5161-6598-0

I. ①宪… II. ①朱… III. ①宪法—权利—法的实施—研究 IV. ①D911

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 160112 号

出 版 人 赵剑英
责任编辑 冯春风
责任校对 张爱华
责任印制 张雪娇

出 版 中国社会科学出版社
社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号
邮 编 100720
网 址 <http://www.csspw.cn>
发 行 部 010-84083685
门 市 部 010-84029450
经 销 新华书店及其他书店

印 刷 北京君升印刷有限公司
装 订 廊坊市广阳区广增装订厂
版 次 2015 年 7 月第 1 版
印 次 2015 年 7 月第 1 次印刷

开 本 710 × 1000 1/16
印 张 15.25
插 页 2
字 数 250 千字
定 价 58.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书,如有质量问题请与本社营销中心联系调换

电话:010-84083683

版权所有 侵权必究

目 录

导论	(1)
一 研究缘起	(2)
二 研究综述	(7)
三 研究内容	(12)
四 研究方法	(15)
第一章 宪法权利实施概述	(18)
第一节 宪法权利“新”辨	(18)
一 问题的提出	(19)
二 宪法权利的属性	(20)
三 宪法权利的主体	(24)
四 宪法权利的内容	(25)
五 结语	(29)
第二节 宪法权利的实施	(30)
一 宪法权利实施的含义	(31)
二 宪法权利实施的特点	(36)
三 宪法权利实施的条件	(40)
第二章 国外宪法权利实施的考察	(46)
第一节 国外宪法权利实施的方式及经验	(46)
一 宪法权利的立法实施	(47)
二 宪法权利的行政实施	(55)
三 宪法权利的司法实施	(59)
四 宪法权利实施的域外经验	(62)
第二节 国外宪法权利实施的案例评析	(69)

一	人格尊严	(70)
二	言论自由	(72)
三	财产权	(74)
四	迁徙自由	(77)
第三章	宪法权利实施的国家义务	(82)
第一节	宪法权利实施的国家尊重义务	(83)
一	理论基础：宪法权利的防御权功能	(83)
二	宪政实践：防御权是立宪主义国家宪法权利的首要 功能	(85)
三	义务定位：国家尊重义务是宪法权利保障的基本前 提	(92)
第二节	宪法权利实施的国家保护义务	(98)
一	背景阐释：宪法权利国家保护义务的缘起	(98)
二	功能剖析：宪法权利呼唤国家保护义务	(101)
三	层级建构：宪法权利国家保护义务的体系	(104)
第三节	宪法权利实施的国家给付义务	(107)
一	逻辑起点：“社会国原则”及其具体化	(107)
二	给付类型：宪法权利国家给付义务的基本内容	(109)
三	纵横向度：宪法权利国家给付义务的判别基准	(113)
第四章	我国宪法权利实施概况：背景、事例与问题	(117)
第一节	我国宪法权利实施的背景阐释	(117)
一	市场经济的发展	(118)
二	政治体制的改革	(119)
三	社会结构的转型	(122)
四	权利意识的成长	(123)
第二节	我国宪法权利实施的事例评析	(126)
一	平等权	(126)
二	人身自由权	(129)
三	受教育权	(132)
四	迁徙自由	(135)
第三节	我国宪法权利实施的问题反思	(140)

一	观念层面：宪法意识的缺失	(141)
二	规范层面：宪法文本的缺陷	(145)
三	机制层面：宪法保障的缺位	(154)
第五章	我国宪法权利实施的保障机制：以迁徙自由权为例	(164)
第一节	迁徙自由权保障的发展趋势	(164)
一	从一元保障到三元保障	(165)
二	从政治保障到司法保障	(168)
三	从国内保障到国际保障	(172)
第二节	中国迁徙自由权保障的路径选择	(175)
一	恢复“入宪”是前提	(175)
二	制度“嵌入”是条件	(186)
三	深层“户改”是突破	(191)
第三节	中国迁徙自由权保障的机制建构	(196)
一	宏观：宪法保障机制	(196)
二	中观：法律实施机制	(205)
三	微观：公民身份机制	(210)
参考文献		(217)
后记		(238)

导 论

法律不是为了法律自身而被制定的，而是通过法律的执行成为社会的约束，使国家的各个部分各得其所，各尽其应尽的职能……如果法律不能执行，那就等于没有法律。

——洛克

依法治国首先是依宪治国，而要达致依宪治国，宪法实施是核心步骤，所谓“宪法必须实施，否则不如无宪”^①。列宁说过，“宪法就是一张写满着人民权利的纸”^②，宪法权利^③代表了宪法的基本精神和价值宗旨，

① 翟小波：《论我国宪法的实施制度》，中国法制出版社2009年版，第1页。

② 《列宁全集》（第12卷），人民出版社1987年版，第50页。

③ 有关宪法权利的称谓，学界的意见并不统一，有谓之“基本权利”、“基本权”、“人权”、“基本人权”等。为了避免上述称谓的多样性所可能带来的纷扰以及背后的各种意识形态色彩，我国也有学者已尝试采用“宪法权利”的概念。参见韩大元、林来梵、郑贤君：《宪法学专题研究》，中国人民大学出版社2008年版，第286页。国内涉及“宪法权利”的专著成果主要有林来梵：《从宪法规范到规范宪法——规范宪法学的一种前言》（法律出版社2001年版）；莫纪宏：《实践中的宪法学原理》（中国人民大学出版社2007年版）；刘志刚：《立宪主义视野下的公法问题》（上海三联书店2006年版）；马岭：《宪法权利解读》（中国人民公安大学出版社2010年版）；陆平辉：《宪法权利诉讼研究》（知识产权出版社2008年版）；朱应平：《澳美宪法权利比较研究》（上海人民出版社2008年版）等。而论文成果较为丰富，通过中国期刊网的检索，截至2013年4月16日，篇名为“宪法权利”的有202条，其中来自《法学研究》、《现代法学》等法学类核心期刊的文章也有近60篇。从国外研究来看，英美学者习惯把宪法权利称为“人权”（human rights），而德国学者一般称之为“基本权”或“基本权利”（grundrechte），日本学者则取其平衡，谓之“基本人权”。参见韩大元、胡锦涛光主编：《宪法教学参考书》，中国人民大学出版社2003年版，第295页。基于对宪法权利称谓的不同，形成了两大学派。分别以英、美、法、日学者为代表的“人权学派”和以德国学者为代表的“基本权学派”。从我国台湾学者（如陈慈阳、陈新民、李惠宗、许宗力等）的研究成果来看，也大多采用德国的“基（接下页注）”

“宪法的功能也可以被阐释为规定和维护人权的”^①。进而言之,“宪法权利规范体现了整个宪法规范体系的核心价值,与此相应,作为一种宪法保障制度,违宪审查制度的核心目标和主要功能也就在于维护权利”^②。也就是说,宪法权利实施实为宪法实施的主导价值,“宪法权利自由能否得到宪法的真正保护,是衡量一国宪法实施的关键标志”^③。

一 研究缘起

宪法实施一直是我国宪法学理论研究中的一个显性概念,^④有关宪法实施的概念,有学者认为,“宪法实施是法律实施的一种具体形式,是指宪法规范在现实生活中的贯彻落实,即将宪法文字上的、抽象的权利义务转化为现实生活中生动的、具体的权利义务关系,并进而将宪法规范所体现的人民意志转化为具体社会关系中的人的行为”。^⑤也有学者指出,“宪法实施,又叫宪法适用,是指国家权力机关依照法定的方式和程序,从宪法规范的特点出发使其得以落实贯彻并发挥作用的专门活动”。^⑥宪法实施概念的诸多表述说明:宪法实施即宪法规范的落实,关键是公民宪法权利在社会生活中的实现。也就是说,“保障人权,就必须完善和发展宪法实施机制,将宪法规范落实在社会生活中,使之成为真正意义上的最高法。”^⑦

(接上页注)本权”一词。而国内使用“基本权利”一词的学者也为数众多,并且不少将基本权利与宪法权利等同使用。笔者以为,在“基本权利”之“基本”尚不能明确界定、基本权利的使用屡遭诟病的情形下,“宪法权利”的使用显得较为妥当。同时,相较于人权或基本权利,“宪法权利”意涵更丰富、语汇更优越、表述更规范。详细论述见本书第一章第一节。因此,除直接引用国内外研究文献或宪法文本而使用“基本权利”一词以示尊重原文出处外,本书均统一使用“宪法权利”一词作为分析和论证工具,特此注明。

① [美] 卡尔·J. 弗里德里希:《超验正义——宪政的宗教之维》,周勇、王丽芝译,生活·读书·新知三联书店1997年版,第15页。

② 林来梵:《从宪法规范到规范宪法——规范宪法学的一种前言》,法律出版社2001年版,第341页。

③ 张千帆主编:《宪法》,北京大学出版社2008年版,第83页。

④ 莫纪宏:《实践中的宪法学原理》,中国人民大学出版社2007年版,第585页。

⑤ 周叶中主编:《宪法学》,高等教育出版社、北京大学出版社2000年版,第349页。

⑥ 董和平、韩大元、李树忠:《宪法学》,法律出版社2000年版,第143页。

⑦ 韩大元:“宪法实施与中国社会治理模式的转型”,载《中国法学》,2012年第4期。

从决策层面看,贯彻实施宪法、保障公民权利已成为中央高层努力推进的重大事项。习近平总书记在首都各界纪念现行宪法公布施行 30 周年大会上的讲话中指出:“宪法的生命在于实施,宪法的权威也在于实施。我们要坚持不懈抓好宪法实施工作,把全面贯彻实施宪法提高到一个新水平。”同时,针对宪法保障公民权利时强调:“要在全社会牢固树立宪法和法律的权威,让广大人民群众充分相信法律、自觉运用法律,使广大人民群众认识到宪法不仅是全体公民必须遵循的行为规范,而且是保障公民权利的法律武器。”^① 2013 年 3 月 17 日,张德江委员长在十二届全国人大一次会议闭幕会上进一步强调:加强对宪法和法律实施情况的监督检查,在法治轨道上推动各项工作的开展,保障公民和法人的合法权益。李克强总理在新一届政府答中外记者问的开场白上即指出:忠诚于宪法,忠实于人民。刚刚闭幕的党的十八届三中全会进一步提出:维护宪法法律权威。宪法是保证党和国家兴旺发达、长治久安的根本法,具有最高权威。要进一步健全宪法实施监督机制和程序,把全面贯彻实施宪法提高到一个新水平。在坚持党的领导、人民当家做主与依法治国三者有机统一的体制下,中央决策层对宪法实施的高度重视,对公民宪法权利的集体关爱,无疑对宪法权利的实施与保障带来新的契机。或许如有学者所言:“在中国,宪法实施问题远非一个法律问题,而是一个政治问题。”^② 因为,宪法实施于国家发展、政治文明同样具有十分重要的意义,“只有认真贯彻实施宪法,坚持和完善宪法确立的各项基本制度和体制,才能保证改革开放和社会主义现代化建设不断向前发展,保证最广大人民的根本利益不断得到实现,保证国家统一、民族团结、经济发展、社会进步和长治久安”^③。最为重要的是,2014 年 10 月 23 日中共十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》明确提出:完善以宪法为核心的中国特色社会主义法律体系,加强宪法实施。……依法保障公民权利,加快完善体现权利公平、机会公平、规则公平的法律制度,保障公民人身权、财产权、基本政治权利等各项权利不受侵犯,保障公民经济、文

① 习近平:“在首都各界纪念现行宪法公布施行 30 周年大会上的讲话”,载人民网: <http://politics.people.com.cn/n/2012/1204/c1024-19792087.html>, 2012 年 12 月 6 日访问。

② 陆平辉:《宪法权利诉讼研究》,知识产权出版社 2008 年版,第 3 页。

③ 韩大元:“宪法实施与中国社会治理模式的转型”,载《中国法学》2012 年第 4 期。

化、社会等各方面权利得到落实,实现公民权利保障法治化。^①不可否认,推动宪法实施、保障公民权利已经成为中央高层的一项重大决策和集体行动。

从宪法层面看,“宪法是公民权利的保障书”,宪法的基本精神在于保障公民权利,宪法权利的实施理应成为宪法实施的主导价值。1982年宪法即现行宪法确立了人民代表大会制度,这一制度也成为我国的根本政治制度。人民主权作为宪法的一项基本原则被确定下来,“民主”取得了最高法律的支持与保障。1999年,宪法第三次修改时,明确将“依法治国,建设社会主义法治国家”写入宪法,确立了“法治”的永恒追求。2004年3月14日,十届全国人大三次会议以高票通过新的宪法修正案。本次14条修正案中,其中12条与人权有关,“国家尊重和保障人权”作为一个概括性条款写进了宪法。“民主”、“法治”、“人权”这三个宪政层面的核心要素得到了宪法的关爱与保障。一是从民主角度看,“平等选举权”有了很大的实现,2010年3月14日,十一届全国人大三次会议以赞成2747票、反对108票、弃权47票通过了《选举法修正案》。此次《选举法》修改最大的亮点在于确立了“城乡按相同人口比例选举人大代表”原则,将《选举法》第16条修改为:“全国人民代表大会代表名额,由全国人民代表大会常务委员会根据各省、自治区、直辖市的人口数,按照每一代表所代表的城乡人口数相同的原则,以及保证各地区、各民族、各方面都有适当数量代表的要求进行分配。”二是从法治角度看,科学立法、严格执法、公正司法、全民守法等核心内容也迈出了实际性步伐。科学立法促进了宪法权利的全面落实,《物权法》的出台、《选举法》的修改彰显的是对公民宪法权利的高度关切。严格执法一方面限制了公职人员的越权,减少侵犯公民权利的可能性;另一方面也依法保障了公民权利的实现。公正司法是公民权利保障的关键环节,“司法是维护社会公平正义的最后一道屏障”,在遏制司法腐败的同时,国家加强了司法公开、司法公正的力度。全民守法的氛围日渐形成,公民法制意识与法治观念逐渐形成,对宪法与法律的敬畏正在培育。三是从人权角度看,人权入宪为宪法

^① 《授权发布:中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》,载新华网: http://news.xinhuanet.com/2014-10/28/c_1113015330.htm, 2014年10月28日访问。

权利的研究提供了契机,促进了相关研究成果的丰富。^①“对最近一次修宪‘国家尊重与保障人权’入宪所能够传递的信息分析,基本权利重要的宪法价值正由比较单纯的学理分析层面进入立宪者的视野中,并可能逐渐成为国家决策判断的依据之一,这种观念与思路的加强必然会推动未来时间对宪法基本权利部分的不断完善与修改。”^② 宪法权利实施作为宪法权利研究中不可回避的一个重要课题得以呈现。

从制度层面看,宪法权利的保障制度还不完善,现行宪法的实施机制还不健全。首先,从宪法实施方式看,权利立法不够、行政侵权频发、司法腐败凸显。比如权利立法方面,“人权入宪”尽管对公民权利增长作出了一定程度的回应,但随着社会的发展和公民权利观念的变化,人们对宪法权利的期待日益高涨。比如,随着城市化进程的加快和户籍制度弊端的显露,农民对迁徙自由的呼唤更为强烈,迁徙自由权的“入宪”以及相关立法安排就成为无法回避的现实课题。其次,从宪法实施过程看,宪法解释现状不容乐观,宪法修改进程有些迟缓。比如宪法解释的主体不一、解释的专业化程度不高、对宪法解释的研究不够等问题还不同程度地存在着。在宪法修改方面,迄今为止,现行宪法共经历了四次修改,产生了四部宪法修正案。分别是1988年修正案、1993年修正案、1999年修正案和2004年修正案。可以看到:自1988年开始,宪法的修改基本是每隔五年会有一次,这既适应了社会的发展变化,也维护了宪法的相对稳定。但是自2004年第四部宪法修正案产生后至今,将近10年的时间里宪法一直没有得到修改,这似乎并不能有力回应中国改革的深入与中国社会的变迁。而这近10年的时间正是中国全面建设小康社会、加快进入现代化的攻坚期,用中央高层的话说,是“大有作为的机遇期”,宪法是否可以“大有作为”,民众在期待,我们也拭目以待。最后,从宪法实施保障看,宪法诉讼制度未尝建立,违宪审查机制仍不健全。宪法诉讼与违宪审查或许在一些专业人士看来仍是西方的“舶来品”,但本着“多研究些问题,少谈

^① 通过文献检索,截至2012年12月31日,论及“迁徙自由”或迁徙自由权的论文有198篇。其中,2004年至2012年8年间,就有相关论文达145篇之多,而2004年之前的长达90年时间里仅有50多篇相关论文问世。这说明有关迁徙自由的大部分研究成果集中在2004年之后。即“人权入宪”在一定程度上促进了迁徙自由研究成果的丰富。

^② 秦奥雷:《基本权利体系研究》,山东人民出版社2009年版,第157页。

些主义”的要旨,吸取世界宪政文明的有益成果,结合中国的实际情况作一些有益的尝试仍是非常必要的。宪法诉讼制度缺乏,违宪审查机制不健全,宪法权利单纯依赖普通立法进行解释和保障,使宪法无法纠正违宪侵权行为,也使宪法无法面对因立法延迟造成的宪法权利被虚置的难题。同时,对那些宪法权利遭到侵害而又面临“于法无据”障碍的当事人而言,因宪法权利未被具体化而丧失司法救济的请求权显然有违社会公平正义。因此,制度上的诸多问题对宪法权利实施保障产生了迫切需要。

从现实层面看,宪法权利的实施现状不容乐观,因宪法权利未得到有效实施所产生的问题较为突出,一些案例带有典型性,负面影响较大。“目前的宪法实施只完成了组织国家政权的任务,而宪法在保障公民权利以及宪法在维护法制统一方面基本上没有发挥作用,既缺少理论上的论证,也缺少必要的实施经验。”^①宪法在一定程度上还只停留在纸面上,宪法文本与社会现实存在距离,宪法规范与社会生活存在脱节,这种脱节现象在宪法权利上表现得尤为明显。当下,我国宪法只是对公民基本权利的确认,明确公民宪法权利的种类与范围,很大程度上只发挥了观念宣示作用,^②并未生动而贴切地走进公民的社会生活;当宪法权利受到侵害时,目前还不具备宪法救济的功能。宪法在社会现实中发挥的作用非常有限;特别是在最应该发挥作用的公民权利救济领域,宪法在社会生活中基本上处于无所作为的境地。转型时期的中国社会产生了各式各样侵犯公民权利的现象,既有来自一般社会主体对公民普通法律权利的侵犯,也有来自国家公民权力机关及其成员对公民宪法权利的侵害。如违宪立法侵害公民平等权;非法行政侵犯公民人格尊严和人身自由;枉法裁判损害当事人的合法权益等。例如,大学招生、学生就业方面就普遍存在着身高、地域、性别等方面的区别对待甚至是歧视性政策,明显违反了宪法关于平等权的规定,而受害人却无法用法律来维护自己的宪法权利。这种情况使当事人遭遇了“有权利无保障”、“有宪法无实施”的困境,伤害了公民的权利情感与维权意识。还有一些典型案例带给国人的深思是深刻而持久

^① 晓红:“中国法学会宪法学研究会1999年年会综述”,载《中国法学》,1999年第6期。

^② 个别权利至今仍未得到宪法的正式宣示,如“迁徙自由权”1954年宪法曾予以确认,但1975年宪法取消了“迁徙自由”的规定,1978年宪法、1982年宪法也未恢复,至今仍未得到宪法的确认与宣示。

的。如被称为中国“宪法司法化”第一例的“齐玉苓案”，充分暴露了公民受教育权被侵犯的事实；曾经高票入选当年中国十大宪法事例的“山东淄川选举事件”，说明了公民对平等选举权的期待；曾经轰动全国的“湖南嘉禾暴力拆迁案”，严重侵犯了公民的财产权。还有震惊中外的“孙志刚事件”，一个公民以生命的代价换来了国家和社会对公民平等权、人身自由权的关切和尊重，也促成了一部违宪性法规《城市流浪乞讨人员收容遣送办法》的废除。以上的案例还有很多，有的饱含民愤，有的诉诸暴力，有的充满血泪，公民宪法权利遭受到形形色色的侵犯甚至是践踏的社会现实对宪法权利的实施产生了实际需要。毕竟，公民权利得不到保障、宪法权威得不到体现，归根到底还是宪法权利实施上的问题，是宪法权利保障机制上的问题。

承上所述，一方面，从中央到地方，逐渐形成了一股尊重宪法、崇尚宪法、实施宪法的良好势头和强大动力，国家尊重和保障人权的实践已迈出实际性步伐，这些对公民权利的成长和发展都是“利好”，也为宪法权利保障的机制构建提供了实践基础。某种程度上，可以说宪法权利实施正处于难得的发展机遇期，天赐良机，岂能等闲？而另一方面，制度弊端日益凸显，实践层面问题重重：宪法权利意识缺失、宪法文本存在缺陷、宪法保障机制缺位，而宪法回应相对“疲软”，权利实施刻不容缓。接下来，我们不禁要问：宪法权利实施的含义何在？国外宪法权利实施的经验怎样？国家在宪法权利实施方面有何作为？宪法权利实施在我国的现状如何？当前我国宪法权利实施的保障机制如何建构？等等问题，值得深入探讨和回应。

二 研究综述

有关宪法实施，学界多有论述，“它包括通过立法使宪法法律化、行政机关执行宪法、司法机关司行宪法等。宪法实施的具体机制包括宪法监督及宪法解释，或者是违宪审查和宪法诉讼等”。^① 宪法实施方式具有多样性，“宪法实施的手段应当是综合的、多样的”。^② 基于现有的文献检

① 蔡定剑：“宪法实施的概念与宪法施行之道”，载《中国法学》，2004年第1期。

② 陈云生：《宪法监督司法化》，北京大学出版社2004年版，第25页。

索,截至2013年12月31日,有关“宪法实施”的论文有183篇。比较典型的有:蔡定剑:“中国宪法实施的私法化之路”,载于《中国社会科学》,2004年第2期;韩大元:“宪法实施与中国社会治理模式的转型”,载于《中国法学》,2012年第4期;莫纪宏:“宪法实施状况的评价方法及其影响”,载于《中国法学》,2012年第4期;欧爱民:“论宪法实施的统一技术方案——以德国、美国为分析样本”,载于《中国法学》,2008年第3期;范进学:“宪法价值共识与宪法实施”,载于《法学论坛》,2013年第1期;刘霞:“宪法实施与依法治国关系探析”,载于《现代法学》,2000年第3期;肖北庚:“宪法实施之评价”,载于《法学评论》,2001年第3期;童之伟:“宪法实施灵活性的底线——再与郝铁川先生商榷”,载于《法学》,1997年第5期;温泽彬:“行政复议与宪法实施的状况与反思”,载于《华东政法大学学报》,2009年第5期;韩秀义:“中国宪法实施的三个面相:在政治宪法学、宪法社会学与规范宪法学之间”,载于《开放时代》,2012年第4期。而专门阐述“宪法权利实施”的论文并不多见,只有5篇。余延满、冉克平:“论公序良俗对宪法权利的保护——以宪法实施的私法化为视角”,载于《时代法学》,2011年第2期;房宇:“加强宪法实施监督、保障公民基本权利”,载于《辽宁行政学院学报》,2009年第2期;以及魏建新博士的3篇论文:“我国宪法权利的司法实施”,载于《理论导刊》,2009年第7期;“国外宪法权利的司法实施研究”,载于《河北法学》,2009年第9期;“论宪法权利的实施”,载于《河北法学》,2011年第7期。

就著作成果而言,直接以“宪法权利实施”命名的专著未尝见到,与之相关的专著作品主要有五部:翟小波所著《论我国宪法的实施制度》(中国法制出版社2009年版),书中对宪法适用、宪法司法化、违宪审查、人权保障等现实问题进行了论述,既有理论思考,又有现实关照。作者指出:必须通过虔诚地兑现民主承诺、实践公议民主和强化程序正义的渠道,改革和完善我国宪法制度,真正激活纸面上的民主和法治^①;魏建新的《宪法实施的行政法路径研究——以权利为视角》(知识产权出版社2009年版)。书中作者运用了大量案例对宪法与行政法的关系、宪法权利的立法实施和司法实施等问题进行了分析和探讨。作者认为:通过行政法

^① 翟小波:《论我国宪法的实施制度》,中国法制出版社2009年版,第2页。

实施宪法,是我国宪法实施的必然要求和现实选择。应把宪法权利确立为行政法的最高价值,在行政诉讼框架内完善救济宪法权利的机制^①;陆平辉所著《宪法权利诉讼法研究》(知识产权出版社2008年版),作者将宪法权利诉讼作为宪法实施的一个重要方面进行学术上的探索和努力。作者认为:维护公民宪法权利应成为21世纪中国宪政实现的基本战略与策略。宪法权利诉讼就是这种基本战略和策略的基点。由此,作者阐述了宪法权利的本质与价值,分析了宪法权利诉讼的基础理论与现实依据,进而提出了中国宪法诉讼制度的构想;李湘刚的《中国宪法实施研究》(湖南人民出版社2009年版),书中作者对有关宪法实施的一系列研究范畴如宪法实施的概念、宪法实施的原则、宪法实施的条件、宪法实施的过程、宪法实施的评价、宪法解释、宪法修改、宪法救济等作了阐述和分析;胡正昌所著《宪法文本与实现》(中国政法大学出版社2009年版),作者在引言中指出:现实的问题不在于宪法有没有规定某一项具体权利,而在于宪法缺乏权威性,并导致宪法没有得到全面的贯彻落实。基于此,作者对宪法实施的问题进行了反思,并对相关典型案例进行了评析,对宪法实施与宪政关系进行了探讨。

不难发现,国内有关宪法实施的研究成果已非常可观。比如对违宪审查、宪法监督、宪法诉讼等宪法实施保障方面的研究成果就非常之多,诚如林来梵教授所言,在当下的我国法学界,有关“宪法监督”或“违宪审查”的著述,已有汗牛充栋之观。^②应该承认,国内学者的研究质量颇高,所发刊物不少是法学类核心期刊上的。但总体而言,在宪法实施的研究场域中,宪法权利实施的重要性并未得到凸显,相关论著仍然不足,专项研究更是匮乏。比如有关宪法权利实施的基础理论如宪法权利实施的内涵(包括含义、特征等),学界至今未能给予明确而合理的阐释。基于此,宪法权利实施需要进入我们的研究视域,得到更多的理论关切。

从国外研究来看,西方学者对宪法权利的研究从属于对人权的研究,

^① 魏建新:《宪法实施的行政法路径研究——以权利为视角》,知识产权出版社2009年版,第2页。

^② 林来梵:《从宪法规范到规范宪法——规范宪法学的一种前言》,法律出版社2001年版,第324页。

并在人权的保障与实现方面取得了丰硕的成果。我们查阅国外的相关研究文献,“不是为了复制她为自己设计的机构,而是为了更好地理解什么适合我们自己,让我们在那里寻求教诲,而非模式;让我们采纳她的原理,而非法律细节,……”^①但并不曾发现有宪法学者以宪法权利实施为题进行专门的研究。^②西方宪法学者对宪法权利的研究集中在宪法权利的基本理论与宪法权利的司法救济两个方面。而宪法权利的司法救济即是关于宪法权利的司法实施问题。英、美、法、日学者把宪法权利称为“人权”(human rights)或“公民权”(civil rights),而德国学者一般把宪法权利称为“基本权”或“宪法权利”(grundrechte)。基于宪法权利称谓上的差异,对宪法权利的研究形成了以英、美、法、日学者为代表的“人权学派”和以德国学者为代表的“基本权学派”。从人权法学派的研究来看,主要讨论了两个方面的问题:一是人权法律保障的一般原理。主要在宏观上研究了人权的性质、人权与法制的关系、如何对各种具体的人权进行司法保障等问题。比如根据法律对言论自由的限制方式,宪法对之采取的审查基准也会有差异,从而形成了著名的“双阶理论”。具体到实践中,美国联邦最高法院将限制言论自由的法律措施分为两类:“基于内容的限制”和“内容中立的限制”。“基于内容的限制”是指法律直接对某一言论的发表加以限制,例如法律规定不得发表有损领导形象的言论。“内容中立的限制”是指法律只是对言论发表的时间、地点、方式等加以限制,而不限制某一思想或者议题的讨论或发表。^③尔后,美国经过长期探索,构建起了保障宪法实施的“三重审查基准”,但大法官 Stewart 对之却持批评意见,“从理论上而言,是不够严密的;从实践上而言,是存在漏洞的”^④。二是违宪审查制度的人权保障作用。主要从微观角度研究了司法审查制度如何实现其人权保障功能。比如,日本宪法学界在“二战”

① [美] 保罗·布莱斯特:《宪法决策的过程:案例与材料》(上册),张千帆等译,中国政法大学出版社 2002 年版,第 3 页。

② See Kenneth F. Ripple, *Constitutional litigation*, The Michie Company, Charlottesville, Virginia, 1984.

③ 参见[美]吉尔摩等:《美国大众传播法:判例评析》,梁宁译,清华大学出版社 2002 年版,第 74—80 页。

④ 参见徐秀兰:“平等权审查标准之解析与建构——以社会立法为中心”,台湾大学法律硕士论文,第 94 页。

后即广泛使用“宪法保障”和“违宪审查制度”的概念，芦部信喜即认为，所谓的宪法保障制度，是在宪法秩序中所预设的一种“担保宪法之实效性”的“装置或制度”中，包括作为事后救济装置的违宪审查制度。^① 值得肯定的是，人权学派的研究所采用的实证分析方法以及对人权的司法保障问题的全面而深入的探讨具有重要的实践参考价值。而德国基本权学派强于宪法权利基本原理的抽象研究，比如关于基本权的类型、基本权的“主观权利”和“客观规范”的双重属性、基本权的功能体系、基本权的限制和保护等基础理论，即源于德国学者的深入研究。相比较而言，德国学者弱于宪法权利司法实施的实证研究。这大概与德国早期所建立的完整而成熟的宪法诉愿制度有关，“在德国，法律、行政法规乃至公法人的章程均可作为宪法诉愿的标的”^②。但是，德国在发展宪法实施技术、解决宪法实施难题上仍然作了很大贡献。比如，为了使宪法原则更具有可操作性与规范性，自1979年“劳工企业参与权案”以来，德国联邦宪法法院便通过一系列宪法判例逐渐发展出一套宽严不同的审查密度：“明显性审查”、“可支持性审查”、“强烈内容审查”。比如，“强烈内容审查”是指宪法法院在审查涉及人身的基本权利（例如生命权、人身自由等）以及民主自由制度的法律时，立法者必须在立法事实的认定、预测与评估等方面达到“充分的真实性”或“相当的可靠性”的程度，如果立法决定所依据的事实存在合理怀疑与不确定情形，那么就会面临被宣布违宪的危险。^③ 总体上而言，德国宪法学者有关宪法实施保障的研究成果为许多国家开展宪法权利及其实施的研究提供了极有价值的学术资源。德国宪法实施的技术方案对大陆法系国家违宪审查制度的完善也起了重要作用，“德国公式是德国宪法法院创立并为许多大陆法系国家所援用的一套化解宪法难题的技术方案”^④。

① [日] 芦部信喜：《宪法学》（1），有斐阁1992年版，第60—61页。

② 林来梵：《从宪法规范到规范宪法——规范宪法学的一种前言》，法律出版社2001年版，第332—333页。

③ 苏彦图：“立法者的形成余地与违宪审查——审查密度理论的解析与检讨”，台湾大学法律研究所硕士论文，第131—135页。

④ 欧爱民：“论宪法实施的统一技术方案——以德国、美国为分析样本”，载《中国法学》，2008年第3期。