

教育部哲学社会科学研究后期资助项目

2

# 基本权利的规范建构

Legal Construction of Fundamental Rights Norms

○ 张翔 著




高等教育出版社  
Higher Education Press

教育部哲学社会科学研究后期资助项目

# 基本权利的规范建构

Legal Construction of Fundamental Rights Norms

张翔 著

 高等教育出版社  
Higher Education Press

## 图书在版编目(CIP)数据

基本权利的规范建构/张翔著. —北京:高等教育出版社,2008.4

ISBN 978-7-04-024323-9

I. 基… II. 张… III. 宪法-权利-研究-中国  
IV. D921.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 039428 号

策划编辑 徐松巍 李海风 责任编辑 王清云 封面设计 张志奇  
版式设计 张志奇 王莹 责任校对 杨凤玲 责任印制 陈伟光

---

出版发行	高等教育出版社	购书热线	010-58581118
社 址	北京市西城区德外大街 4 号	免费咨询	800-810-0598
邮政编码	100011	网 址	<a href="http://www.hep.edu.cn">http://www.hep.edu.cn</a>
总 机	010-58581000		<a href="http://www.hep.com.cn">http://www.hep.com.cn</a>
经 销	蓝色畅想图书发行有限公司	网上订购	<a href="http://www.landaco.com">http://www.landaco.com</a>
印 刷	中青印刷厂		<a href="http://www.landaco.com.cn">http://www.landaco.com.cn</a>
		畅想教育	<a href="http://www.widedu.com">http://www.widedu.com</a>
开 本	787×1092 1/16	版 次	2008 年 4 月第 1 版
印 张	13.25	印 次	2008 年 4 月第 1 次印刷
字 数	240 000	定 价	29.50 元
插 页	2		

---

本书如有缺页、倒页、脱页等质量问题,请到所购图书销售部门联系调换。

版权所有 侵权必究

物料号 24323-00

D921.04/27

2008



以厚積薄發四字篆印一方

贈高等教育出版社

厚積薄發

李焯清



二〇〇七年初秋

學生也有涯  
學無止境

任繼愈



# 总 序

哲学社会科学是探索人类精神和精神世界奥秘、揭示其发展规律的科学，是我们认识世界、改造世界的有力武器。哲学社会科学的发展水平，体现着一个国家和民族的思维能力、精神状态和文明素质，其研究能力和科研成果是综合国力的重要组成部分。没有繁荣发展的哲学社会科学，就没有文化的影响力和凝聚力，就没有真正强大的国家。

党中央高度重视哲学社会科学事业。改革开放以来，特别是党的十六大以来，以胡锦涛同志为总书记的党中央就繁荣发展哲学社会科学作出了一系列重大决策，党的十七大报告明确提出：“繁荣发展哲学社会科学，推进学科体系、学术观点、科研方法创新，鼓励哲学社会科学界为党和人民事业发挥思想库作用，推动我国哲学社会科学优秀成果和优秀人才走向世界”。党中央在新时期对繁荣发展哲学社会科学提出的新任务、新要求，为哲学社会科学的进一步繁荣发展指明了方向，开辟了广阔前景。在全面建设小康社会的关键时期，进一步繁荣发展哲学社会科学，大力提高哲学社会科学研究质量，努力构建以马克思主义为指导，具有中国特色、中国风格、中国气派的哲学社会科学，推动社会主义文化大发展大繁荣，具有十分重大的意义。

高等学校哲学社会科学人才密集，力量雄厚，学科齐全，是我国哲学社会科学事业的主力军。长期以来，广大高校哲学社会科学工作者献身科学，甘于寂寞，刻苦钻研，无私奉献，开拓创新，为推进马克思主义中国化，为服务党和政府的决策，为弘扬优秀传统文化、培育民族精神，为培养社会主义合格建设者和可靠接班人做出了重要贡献。本世纪头 20 年，是我国经济社会发展的重要战略机遇期，高校哲学社会科学面临着难得

的发展机遇。我们要以高度的责任感和使命感、强烈的忧患意识和宽广的世界眼光，深入学习贯彻党的十七大精神，始终坚持马克思主义在哲学社会科学的指导地位，认清形势，明确任务，振奋精神，锐意创新，为全面建设小康社会、构建社会主义和谐社会发挥思想库作用，进一步推进高校哲学社会科学全面协调可持续发展。

哲学社会科学研究是一项光荣而神圣的社会事业，是一种繁重而复杂的创造性劳动。精品源于艰辛，质量在于创新。高质量的学术成果离不开严谨的科学态度，离不开辛勤的劳动，离不开创新。树立严谨而不保守，活跃而不轻浮，锐意创新而不哗众取宠，追求真理而不追名逐利的良好学风，是繁荣发展高校哲学社会科学的重要保障。建设具有中国特色的哲学社会科学，必须营造有利于学者潜心学问、勇于创新的学术氛围，必须树立良好的学风。为此，自 2006 年始，教育部实施了高校哲学社会科学研究后期资助项目计划，旨在鼓励高校教师潜心学术，厚积薄发，勇于理论创新，推出精品力作。原中央政治局常委、国务院副总理李岚清同志欣然为后期资助项目题字“厚积薄发”，并篆刻同名印章一枚，国家图书馆名誉馆长任继愈先生亦为此题字“生也有涯，学无止境”，此举充分体现了他们对繁荣发展高校哲学社会科学事业的高度重视、深切勉励和由衷期望。

展望未来，夺取全面建设小康社会新胜利、谱写人民美好生活新篇章的宏伟目标和崇高使命，呼唤着每一位高校哲学社会科学工作者的热情和智慧。让我们坚持以马克思主义为指导，深入贯彻落实科学发展观，求真务实，与时俱进，以优异成绩开创哲学社会科学繁荣发展的新局面。

教育部社会科学司

# 目 录

1 导论	1
1.1 研究背景：中国宪法学的法解释学转向	1
1.2 研究目的与研究范围：基本权利规范分析框架的建立	3
1.3 研究方法	5
1.3.1 法解释学方法	5
1.3.1.1 宪法学的自我观察与异观察	6
1.3.1.2 宪法社会学、宪法史学、宪法哲学以及政治学的问题视角和基本任务	7
1.3.1.3 政治学、宪法社会学等与宪法解释学的关联	7
1.3.1.4 宪法学的规范性	8
1.3.2 比较解释方法	9
1.3.2.1 比较解释的世界潮流	9
1.3.2.2 比较方法 vs. 法解释学方法	11
1.3.2.3 功能主义 vs. 结构主义	12
1.3.3 案例实证方法	13
1.4 内容概要	14



2 “基本权利—国家义务”的对应关系 .....	17
2.1 “权利—义务”的对应关系 .....	17
2.2 基本权利与国家义务的性质 .....	19
2.2.1 基本权利：“主观权利”还是“客观法” .....	19
2.2.2 国家义务：“宪法义务”还是“政治义务” .....	19
2.2.3 基本权利的生成过程理论 .....	20
2.3 宪法文本之规定 .....	21
2.3.1 西方宪法之规定 .....	21
2.3.2 社会主义宪法之规定 .....	22
2.4 原理 .....	23
2.4.1 国家—社会二元论及其变迁 .....	24
2.4.2 马克思主义的国家与社会关系学说 .....	27
2.5 “基本权利—国家义务”对应关系的松动 .....	29
2.5.1 基本权利的第三人效力理论 .....	29
2.5.2 国家行为理论 .....	31
2.6 “基本权利—国家义务”对应关系的坚持 .....	33
3 基本权利规范分析框架的革新 .....	37
3.1 传统框架：基本权利的分类 .....	37
3.2 二分法的崩溃 .....	39
3.2.1 基本权利分类的相互叠加 .....	39
3.2.1.1 国家对自由权的积极义务 .....	39
3.2.1.2 国家对社会权的消极义务 .....	40
3.2.2 “自由权—社会权”二分法的相对化 .....	42
3.3 框架的革新：基本权利的功能体系 .....	43
3.3.1 “元研究”的必要性 .....	43
3.3.2 基本权利的功能体系 .....	44
3.3.2.1 防御权功能 .....	44

3.3.2.2 受益权功能 .....	44
3.3.2.3 客观价值秩序功能 .....	45
3.3.3 基本权利规范内涵分析的逻辑地图 .....	45
<b>4 基本权利的防御权功能与国家的消极义务 .....</b>	<b>47</b>
4.1 防御权功能的概念与界定 .....	47
4.1.1 防御权功能的概念与特征 .....	47
4.1.2 防御权功能与类似概念的区分与界定 .....	48
4.1.2.1 防御权与自由权 .....	48
4.1.2.2 防御权与抵抗权及公民不服从 .....	49
4.1.2.3 防御权与权利救济权 .....	51
4.2 我国宪法规定所体现的防御权功能 .....	52
4.3 防御权功能的地位 .....	54
4.3.1 防御权功能在西方宪法中的地位 .....	55
4.3.2 防御权功能在社会主义宪法中的地位 .....	57
4.4 国家各机关的消极义务 .....	58
4.4.1 立法机关的消极义务 .....	58
4.4.1.1 形式标准——法律保留 .....	59
4.4.1.1.1 我国宪法基本权利条款所体现之法律保留原则 .....	59
4.4.1.1.1.1 宪法保留 .....	60
4.4.1.1.1.2 明示的法律保留 .....	60
4.4.1.1.1.3 隐含的法律保留 .....	60
4.4.1.1.1.2 《立法法》等法律所体现的法律保留原则 .....	61
4.4.1.2 实质标准——公共利益 .....	61
4.4.1.2.1 我国宪法规定的基本权利界限 .....	62
4.4.1.2.2 公共利益作为基本权利界限的宪法原理 .....	63
4.4.1.2.2.1 内在制约说 .....	63
4.4.1.2.2.2 外在制约说 .....	64
4.4.1.3 立法机关限制基本权利的其他标准 .....	64

4.4.1.3.1 比例原则与审查标准 .....	64
4.4.1.3.2 法律的确切性原则 .....	67
4.4.1.3.3 重大性理论与授权确切性原则 .....	67
4.4.1.3.4 本质内容之保障 .....	68
4.4.2 行政机关的消极义务 .....	71
4.4.2.1 违法的干预行政 .....	71
4.4.2.2 行政裁量权的滥用 .....	72
4.4.3 司法机关的消极义务 .....	75
4.4.3.1 枉法裁判 .....	75
4.4.3.2 滥用司法裁量权 .....	75
4.4.3.3 违法的司法强制等司法行为 .....	75
<b>5 基本权利的受益权功能与国家的给付义务 .....</b>	<b>77</b>
5.1 受益权功能的概念与分类 .....	77
5.1.1 受益权功能的概念与界定 .....	77
5.1.2 受益权功能的法律特征 .....	79
5.1.3 受益权功能的分类 .....	80
5.2 国家给付义务的概念与地位 .....	81
5.2.1 给付义务的基本概念及其与消极义务的关系 .....	81
5.2.2 给付义务的法律特征 .....	81
5.2.2.1 给付义务是一种积极义务 .....	81
5.2.2.2 给付义务的内容是向公民提供某种利益 .....	82
5.2.2.3 给付义务与公民的请求权相对应 .....	82
5.3 消极受益权功能与司法救济义务 .....	83
5.3.1 消极受益权功能 .....	83
5.3.1.1 基本概念 .....	83
5.3.1.2 消极受益权功能与诉讼权的关系 .....	83
5.3.1.3 消极受益权功能的实现有待宪法诉讼制度的建立 .....	84
5.3.2 国家的司法救济义务 .....	84

5.3.2.1	司法救济义务的含义与特征	84
5.3.2.1.1	司法救济义务的主体是法院，包括普通法院和宪法法院	85
5.3.2.1.2	司法救济义务的内容是法院进行审判活动	85
5.3.2.1.3	司法救济义务直接针对诉讼权，间接针对基本权利的司法受益权功能	86
5.3.2.2	司法救济义务的绝对性	86
5.3.2.2.1	司法救济义务绝对性的一般原理	86
5.3.2.2.2	社会权的“可司法性”	87
5.3.2.2.2.1	否定社会权“可司法性”的主张	87
5.3.2.2.2.2	肯定社会权“可司法性”的主张与措施	88
5.3.2.2.2.3	“立法不作为”诉讼	89
5.4	积极受益权功能与物质给付义务	91
5.4.1	积极受益权功能	91
5.4.1.1	基本概念	91
5.4.1.2	积极受益权功能与社会权的关系	91
5.4.2	国家的物质给付义务	92
5.4.2.1	物质给付义务的含义与特征	92
5.4.2.1.1	物质给付义务由国家各机关以不同方式承担	92
5.4.2.1.2	物质给付义务的内容是提供物质性利益和与物质性利益相关的各种服务	92
5.4.2.2	物质给付义务的内容	92
5.4.2.2.1	针对社会权的物质给付义务	93
5.4.2.2.2	针对其他权利的物质给付义务	96
5.5	各国家机关对给付义务之分担	98
5.5.1	行政机关	99
5.5.1.1	行政机关是给付义务的主要承担者	99
5.5.1.2	给付行政的含义与内容	99
5.5.2	立法机关	100
5.5.3	司法机关	102

6 基本权利的客观价值秩序功能与国家的保护义务 .....	105
6.1 基本权利的双重性质 .....	105
6.1.1 基本权利双重性质理论的起源 .....	106
6.1.1.1 语词起源 .....	106
6.1.1.2 规范起源 .....	107
6.1.1.3 理论起源 .....	108
6.1.2 基本权利双重性质理论的基本内容 .....	110
6.1.2.1 基本权利作为“主观权利”的基本含义 .....	110
6.1.2.2 基本权利作为“客观法”的基本含义 .....	112
6.2 基本权利的客观价值秩序功能的内容 .....	114
6.2.1 制度性保障 .....	114
6.2.2 组织与程序保障 .....	116
6.2.3 保护义务 .....	119
6.2.3.1 刑法上的保护 .....	119
6.2.3.2 警察法上的保护 .....	120
6.2.3.3 保护公民免受外国的侵害 .....	120
6.2.3.4 基本权利的第三人效力（扩散作用） .....	121
6.3 我国宪法规定所体现的客观价值秩序功能 .....	122
6.3.1 我国宪法规定所体现的制度性保障以及组织与程序保障功能 .....	123
6.3.2 我国宪法规定所体现的保护义务功能 .....	123
6.3.3 我国宪法规定所体现的扩散作用 .....	124
6.3.4 对宪法规范“纲领性”的重新阐释 .....	125
6.4 国家保护义务的概念与地位 .....	126
6.4.1 国家保护义务的基本概念 .....	126
6.4.2 国家保护义务的特征 .....	127
6.4.2.1 国家保护义务是不同于国家给付义务的另一积极义务 .....	127
6.4.2.2 国家保护义务一般不与公民请求权相对应 .....	127
6.4.2.3 国家保护义务的范围极为广泛 .....	128
6.4.3 国家保护义务在国家义务体系中的地位 .....	128

6.4.3.1	国家保护义务具有前提性和基础性	129
6.4.3.2	国家保护义务具有补充性	129
6.4.3.3	国家保护义务处于非核心的地位	130
6.5	主观权利与客观价值秩序的相互关系	131
6.5.1	主观权利与客观法之区分	132
6.5.1.1	主观—客观	132
6.5.1.2	规则—原则	133
6.5.1.3	个人法益—集体法益	134
6.5.2	主观权利与客观法之联系	135
6.5.2.1	客观法包含主观权利	135
6.5.2.2	客观法的“再主观化”	136
6.6	国家各机关对国家保护义务的分担	139
6.6.1	立法机关：履行“宪法委托”的义务	139
6.6.2	行政机关：保护行政与计划行政	141
6.6.3	司法机关：法律的合宪性解释	141
7	基本权利的构成、限制、竞合与冲突	143
7.1	基本概念与相互关系	143
7.2	基本权利构成与限制的“外部理论”与“内部理论”	144
7.2.1	外部理论	144
7.2.2	内部理论	144
7.2.3	外部理论与内部理论的效果比较	145
7.2.4	外部理论与基本权利功能	145
7.3	基本权利的限制与基本权利的功能	146
7.4	基本权利的竞合	147
7.4.1	非真正的基本权利竞合（法条竞合）	147
7.4.2	真正的基本权利竞合（想象竞合）	148
7.5	基本权利的冲突	148
7.5.1	基本概念与界定	148

7.5.2 基本权利冲突问题的范围 .....	149
7.5.2.1 刑法领域的基本权利冲突 .....	150
7.5.2.2 民商法领域的基本权利冲突 .....	150
7.5.2.3 行政法领域的基本权利冲突 .....	151
7.5.3 基本权利冲突的规范结构 .....	152
7.5.4 解决基本权利冲突的相关理论 .....	152
7.5.4.1 基本权利的位阶秩序理论 .....	153
7.5.4.2 具体规定优先于概括规定 .....	154
7.5.4.3 比例原则 .....	155
7.5.4.4 个案中的利益衡量 .....	155
7.5.4.5 立法衡量理论 .....	156
7.5.5 解决基本权利冲突的模式选择 .....	157
7.5.5.1 普通法律规范的优先适用 .....	158
7.5.5.2 个案衡量与法律的合宪性解释 .....	158
7.5.5.3 违宪审查与宪法解释 .....	159
附录 政治理论对宪法解释的影响及其限度 .....	165
参考文献 .....	183
后记 .....	195

# 1 导论

## 1.1 研究背景：中国宪法学的法解释学转向

中国的宪法学可能正在经历着一场法解释学的转向。

当下的宪法学界有一个共识，就是认为过去 20 多年的宪法学研究总体上略显宏大和抽象，宪法学与政治学特别是政治哲学纠缠不清，我们习惯于高屋建瓴，习惯于宏大叙事，习惯于讨论抽象价值，而在一定程度上缺乏建构宪法规范的理论自觉，缺乏解释宪法和裁判宪法案件的自我训练。我们的研究在问题的具体化和实证化方面总体上是欠缺的。法学的基本任务是法解释学的，也就是通过分析和解释法律文本，确立法律条款的规范内涵，为具体案件的法律判断确定大前提。但是过去 20 多年的宪法学在完成自身作为法学的基本任务的方面是有所欠缺的。

这种理论建构的不足直接导致的是宪法学面对现实问题时的失语和无力。以 2001 年齐玉苓案为标志，近年来中国在基本权利的领域出现了许多“试探性案件”（test cases），而中国宪法学似乎没有能够为这些案件的解释和分析提供足够的宪法知识。我们似乎无法运用体系化的宪法基本权利原理去对这些案件作出判断。这种理论建构的欠缺在某种意义上阻碍了宪法基本权利条款在现实生活中的落实。“一个法律体系不能把无力实行看成是一件无关紧要的事情”。<sup>①</sup> 宪法学人必须对宪法学作为实用科学与规范科学的要求作出反应。

---

<sup>①</sup> 约翰·罗尔斯：《正义论》，何怀宏等译，中国社会科学出版社 1988 年版，第 227 页。





如果我们想把宪法当作法律去适用，我们就必须建立中国的宪法解释学的体系。其主要任务是通过阅读和分析宪法文本，从宪法文本中建构宪法规范。通过这种宪法解释学的自我训练，我们在面对具体宪法案件时才会具备依据宪法文本作出宪法判断的基本能力。也只有如此，宪法学才能够真正成为一门法学，展现其不同于政治学的独立学术品格。

在笔者看来，中国的宪法学正在展示这种法律叙事层面上的独立性和自足性，其重要的表现就是韩大元教授所倡导的宪法解释学<sup>①</sup>以及林来梵教授所倡导的规范宪法学<sup>②</sup>的建立与逐步成熟（在笔者看来，二者只是同实而异名而已）。<sup>③</sup>从更深刻的背景来看，以宪法解释为最终指向的宪法解释学的展开，是与近年来中国的社会现实对宪法学的要求分不开的。2001年的齐玉苓案、2006年关于物权法草案的争议等与宪法相关的事件，都要求宪法学作出合乎法理的严格逻辑推演和规范论证，在这里，出于抽象政治倾向的判断是缺乏说服力的。这种解释宪法的实践需求，尽管不会像宪法诉讼制度那样对宪法解释学有着那么直接的推动力，但客观上也在催生着基于中国宪法文本的法律实证主义意义上的中国宪法解释学。

一个实现良好的宪法之治的国家，所需要的不仅是一个好的宪法文本和保障宪法实现的各种具体制度，同样也需要来自法律人共同体的法律技术层面的保障。有学者将美国宪法的实践经验概括为两句话：“政治问题法律化，法律问题技术化”。前一点好理解，后一点则意味着法官具备充分的技巧和能力去应对作为法律问题出现的宪法案件。美国宪法能有如此顽强的生命力和崇高的地位，不只是因为那个简单而高明的宪法典，更是因为美国有着一个法学训练深湛、思维精致巧妙的法律人共同体。美国在20世纪之前的宪法学，主要就是收集和分析作为宪法解释的具体表现的宪法判例，并构建逻辑完整的论理体系。而20世纪的法律现实主义，也是在批判和反思这一学术主流的基础上展开的，而这种反思和批判主要是对于法解释中的心理和经济等因素进行实证的分析，并质疑裁判过程中传统法学所承诺的客观性。这种表面上的颠覆性实际上加强而不是削弱了从文本开始的法解释在法学研究中的中心地位。

德国在摆脱了法西斯统治后，在制定了一部以“自由民主基本秩序”为价值内核的基本法后，通过宪法法院的宪法裁判迅速地整合了凋敝的德国社会，使得德国在极短的

<sup>①</sup> 参见韩大元：《现代宪法解释学：基本框架与方法》，载韩大元等：《现代宪法解释基本理论》，中国民主法制出版社2006年版，第1~24页。

<sup>②</sup> 参见林来梵：《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，绪论。

<sup>③</sup> 在中国法学会宪法学研究会2006年年会上，秦前红教授认为，在规范分析上的从粗糙到精细是中国当下宪法学的发展趋势。