

羁押制度

JIYA
ZHIDU

与

RENQUAN
BAOZHANG

人权保障

陈卫东 主编

JIYAZHIDU YU
RENQUAN BAOZHANG

中国检察出版社

羁押制度与人权保障

陈卫东 主编

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

羁押制度与人权保障/陈卫东主编. —北京: 中国检察出版社, 2005.5

ISBN 7-80185-403-9

I. 羁… II. 陈… III. 扣押—研究—中国

IV. D924.134

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 027841 号

羁押制度与人权保障

陈卫东 主编

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www.zgjccbs.com)

电子邮箱: zgjcbs@vip.sina.com

电 话: (010)68630384(编辑) 68650015(发行) 68650029(邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 保定市印刷厂

开 本: A5

印 张: 13.625 印张

字 数: 375 千字

版 次: 2005 年 5 月第一版 2005 年 5 月第一次印刷

书 号: ISBN 7-80185-403-9/D·1382

定 价: 30.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

序 言

2004年7月24日至25日,由中国人民大学诉讼制度与司法改革研究中心、吉林省人民检察院、国家检察官学院、吉林大学法学院共同主办的“羁押制度与人权保障理论研讨会”在北国春城——美丽的长春隆重举行。来自全国人大法工委、最高人民法院、最高人民检察院、全国律协的代表,北京大学、中国政法大学、中国社会科学院法学研究所、四川大学、复旦大学、中山大学、中南财经政法大学、中国人民公安大学、吉林大学、中国人民大学等16所高等院校的专家、学者参加了此次盛会,吉林省政法委、吉林省人大、吉林省高级人民法院、吉林省公安厅、吉林省各级人民检察院的代表亦与会参加了研讨。

2004年3月14日十届全国人大二次会议对现行宪法进行了第四次修正,通过了14条宪法修正案,涉及内容达13项之多。综观历次宪法修改,此次宪法修改与前三次宪法修改相比较,一个突出的特点是关于公民基本权利部分的修改。前三次宪法修正案没有直接涉及到公民基本权利,而此次修改的条款中,除在宪法中明确增加“国家尊重和保障人权”一款外,其他修改的条款也直接或者间接与公民的基本权利有关。宪法的核心价值在于保障公民的基本权利,限制国家权力。这次宪法的修改与宪法的这一核心价值是相一致的,也是新的中央领导集体提出的“以人为本、执政为民”执政理念的体现。这次宪法修改必然对我国社会的未来发展产生重大、深刻和积极的影响。

自1996年新刑事诉讼法修订以来,我国的经济社会条件已经发生了深刻变化,刑事法治状况也今非昔比,并且由于刑事诉讼法

本身亦存在某些疏漏与不足，已明显表现出同我国迅速发展的政治、经济状况以及司法实践需要的不相适应。按照全国人大的五年立法规划，刑事诉讼法的再修改已经列入其中，毫无疑问，刑事诉讼法的再修改必须体现宪法确立的“尊重和保障人权”的精神，其必须将人权保障的宪法精神贯彻到底。

宪法通过人权保障的规定，刑事诉讼法作为应用宪法如何体现宪法的精神成为我们不得不认真思考的问题。2004年5月，我们中心同中国人民大学宪政与行政法治研究中心联合召开了“宪法与刑事诉讼法”的研讨会，会议邀请了宪法与刑事诉讼法方面的学者从宏观角度探讨宪法与刑事诉讼法的关系，并取得了诸多共识。但“尊重和保障人权”的宪法精神必须体现在一个个的具体制度中，否则，宪法的修订就成为“口惠而实不至”，就真的成为“写满公民权利的一张纸”。由此，我们不仅仅需要宏大视野，我们更需要微观视角，更需要眼睛向下看，将我们的目光投向一个又一个具体的制度，通过具体制度的改进来营造具体法治。

在司法实践中存在的众多问题之中，羁押制度又是问题百出。长期以来，普遍羁押、长期羁押、超期羁押成为刑事司法实践中的第一大顽症，2000年在全国人大组织的刑事执法大检查中，超期羁押与刑讯逼供、律师辩护难并列为突出的三大问题。实际上，实践中存在的远远不是超期羁押的问题，而是普遍羁押的问题。通过相关材料，我们可以看出，全国每年的刑事案件有90%的案件都在适用羁押措施，办案人员已经形成一个思维定势，不管犯罪嫌疑人有没有羁押的必要，只要有人报案就刑拘、就报捕，这样的程序完全是以剥夺、限制犯罪嫌疑人、被告人的人身自由为前提、为条件、为特征运作的，这使得刑事诉讼成了不择手段、不问是非、不计代价的治罪工具。由此，解决上述问题成为摆在实务界、学术界面前一项紧迫的课题。强制措施制度改革、羁押制度的完善一直是我的一个关切。我们中心曾于2003年3月29日至30日与英中协会共同主办了“保释制度国际研讨会”，其目的就在于借鉴英美国家的保释制度完善我国的强制措施与羁押制度。时隔一年，尽管相

关部门采取了诸多措施力图解决为人诟病的羁押问题，然而问题依旧，但我们却面临一个契机，宪法确立“尊重和保障人权”，刑事诉讼法列入立法规划，使得羁押问题的解决曙光大现。

基于上述考虑，我们确定以“羁押制度与人权保障”为研讨主题并组织了本次研讨会，目的在于着眼我国人权入宪的时代要求，为羁押问题的解决建言献策。我们将研讨会分解为如下五项议题进行研讨：“被羁押人权利及其宪法地位”、“国际司法准则与我国羁押制度的现状”、“公、检、法机关保障被羁押人权益的权力与责任”以及“中国刑事羁押制度的重构”。在两天的会议上，来自理论部门、立法部门、司法实务部门的代表紧紧围绕羁押制度与人权保障这一课题展开探讨，进行学术交流，展开思想的交锋与观点的碰撞。与会代表秉承“百花齐放、百家争鸣”的学术精神，展示了自己学术的魅力、智慧的火花与雄辩的风采，使得本次会议达到了预想的目标，受到了与会专家学者的高度评价。

此次研讨会是中国人民大学诉讼制度与司法改革研究中心一系列学术活动的延续，我中心近年来相继主持策划了一系列国际、国内学术研讨会，旨在联合我们学界精英以及立法界、司法界的专家共同探讨相关问题，为我们的刑事法治作出自己的努力。本次研讨会获得了美国驻华大使馆公共事务部（PAS）的资助，在此，我们要感谢美国大使馆文化委员会的支持，感谢与会的专家学者以及实务界人士，感谢相关媒体对本次会议作出的报道，感谢中国检察出版社领导和编辑为研讨会论文集的出版所作出的努力。需要特别指出的是，本次会议的顺利召开得到了吉林省人民检察院的大力支持，他们认真负责的工作态度、热情周到的后勤保障令每一位会议代表感动。

中国人民大学诉讼制度与司法改革研究中心主任 陈卫东

2004年9月8日

目 录

序言	(1)
1. 宪法文本中“人权条款”的规范分析	韩大元 (1)
2. 被羁押人的宪法权利及保障机制	
——普遍性原则与一般性原则	隋光伟 (12)
3. 关于羁押性强制措施与人权保障的思考	李佑标 (29)
4. 羁押制度与人权保障初探	聂晓生 马晓梅 (37)
5. 刍议未成年人审前羁押制度与人权保障	王文生 (47)
6. 人身自由权宪法原则及司法保护	
——论审前羁押阶段如何保障公民的人身自由权 ...	刘 静 (54)
7. 比较法中的羁押制度	冀祥德 (62)
8. 比较法视野中的未决羁押场所设置	孙本鹏 王 超 (72)
9. 国际刑事司法准则视角下的中国审前羁押制度	
.....	李 伟 (81)
10. 羁押启动权与决定权配置的比较分析	
.....	陈卫东 陆而启 (95)
11. 试论羁押比例原则的构建	高宏雷 (111)
12. 试论未决羁押的正当目的和正当的未决羁押 ...	李玉萍 (120)
13. 探寻羁押的实质条件	
——从逮捕条件的“关键词”说起 ...	闵春雷 刘 铭 (132)
14. 论羁押权的性质	杨 波 (144)
15. 羁押的合理性研究	韩红兴 (152)
16. 帕卡的诉讼模式论对我国的启示	张泽涛 (166)
17. 关于羁押制度的思考	石少侠 阮丹生 (179)

18. 论羁押制度与检察改革 陈凤超 丁占生 (200)
19. 论我国刑事羁押的司法控制 王敏远 (211)
20. 论我国强制措施完善的完善 谢佑平 (221)
21. 重构审前羁押的若干思考 张智辉 (234)
22. 刑事诉讼中拘捕与羁押制度分立问题研究
..... 樊学勇 陶 杨 (241)
23. 审判阶段超期羁押的原因定位与责任分配
..... 杨建广 任升浩 (251)
24. 错误羁押的认定及其赔偿责任 李建明 (258)
25. 浅谈超期羁押的原因和对策 韩起祥 (267)
26. 关于我国刑事羁押期限规定的反思 田奕彤 (274)
27. 侦查羁押权配置与制约比较研究 严 建 沈 良 (281)
28. 审前羁押救济问题研究 孟 军 (289)
29. “合法化”超期羁押问题研析 于喜峰 车京熙 (304)
30. 论刑事强制措施的完善与人权保障 ... 孙洪波 富 强 (314)
31. 侦查羁押要件之重构 吴梅山 徐 凯 (321)
32. 逮捕与审前羁押的分离 卢晓峰 (328)
33. 如何正确看待和解决超期羁押问题 ... 蔡新苗 王中合 (334)
34. “羁押制度与人权保障”理论研讨会会议发言摘录 (347)

宪法文本中“人权条款”的规范分析

韩大元*

2004年宪法修正案的亮点之一是人权“入宪”，突出了人权在国家生活中的价值与功能，使人权从一般的政治原则转变为统一的法律概念和宪法原则，预示着国家价值观的深刻变化。在新中国宪法史上，人权第一次出现在宪法文本上，引起了社会的普遍关注。同时，将“国家尊重与保障人权”写入宪法，给宪法实践，尤其是宪法解释学带来了许多值得研究的课题。从某种意义上讲，修宪社会效果的体现需要借助于宪法解释的规则与具体技术。

一、宪法文本中人权的表述

人权在各国宪法文本中有不同的含义与表述方式。概括起来有以下几种表述模式：一是宪法文本中直接规定人权；二是宪法文本中不直接出现人权字眼，但解释上人权表现为基本权利或基本权；三是严格限制人权在宪法文本中的含义，直接以基本权利规定人权的核心内容；四是文本中同时出现人权与基本权利、基本的权利等表述，在实践中主要通过宪法解释规则确定其具体内涵。

在现代宪法中直接规定人权的国家并不多见，即使规定人权的国家也体现不同的宪法传统与文化特色。西方国家和非西方国家宪法对人权的表述与具体含义是不尽相同的。如在德国，宪法上的人权与基本权是有区别的，两者具有不同的性质与功能。在美国，传

* 中国人民大学法学院教授，法学博士。

统上使用基本的人权 (fundamental human rights), 但后来出现宪法权利 (constitutional rights) 后, 两者之间出现了不同的解释。在法国, 自人权宣言以来, 区分了“人的权利”与“市民的权利”, 并与人权本身的概念相区别, 广泛地使用“公的自由”概念。在英国, 传统上不使用自然权的人权观念, 而使用市民的自由 (civil liberties), 力求把实定法的权利一体化, 直到 1998 年制定《人权法案》后, 开始出现普遍承认人权概念的倾向。

在非西方国家宪法文本中人权或基本权的规定是比较普遍的。如日本宪法第三章章名是国民的权利与义务, 第 11 条中使用了“基本人权”概念, 并在宪法文本中解释为: 本宪法所保障的国民的基本人权, 为不可侵犯的永久权利, 现在及将来均赋予国民。越南宪法第 50 条中直接规定了人权: 在越南社会主义共和国, 有关政治、民事、经济、文化和社会的各项人权得到尊重, 体现在公民的各项权利, 并在宪法和法律中作出规定。在孟加拉国宪法中使用了“基本人权”和自由 (宪法序言), 在塔吉克斯坦共和国宪法序言中规定“承认人的自由和权利”, 乌兹别克斯坦共和国宪法序言中规定了“忠于人权和国家主权原则”, 并在第三部分中具体规定了“人和公民的基本权利、自由和义务”等。

从宪法文本的比较看, 西方国家一般严格区分人权与基本权概念, 在文本中尽可能限制人权内涵的扩大, 而在非西方国家宪法文本中普遍认可人权的概念, 并把它作为基本原则规定在宪法序言中, 扩大宪法价值适用范围。

中国宪法文本中人权规定在第二章第 33 条, 是作为宪法修正案第 24 条具体条款而存在。那么, 作为具体条文中的人权在宪法文本中具有什么样的含义, 如何确定其性质与效力是宪法学理论需要回答的重要问题。

二、宪法文本中人权含义的解释

“人权入宪”首先带来的课题是其含义的解释问题。根据学术界的一般理论, 人权是人作为人应该享有的自由或资格。人权基于

道德的基本要求而存在,表明人生存的基本资格。人权形态通常分为道德意义上的人权、实定法意义上的人权和现实状态中的人权。尽管在人权的解释上,各国学者们有不同的表述,但在基本价值与核心理念上已达成如下共识:人权的本质在于尊重人作为人的尊严,也正是因为如此,无论侵害主体如何,国家的义务都应该是保持其统治下的所有个人享受人作为人所具有的尊严。^①在文本中人权与基本权利、人权与基本权等同时存在的情况下,人权内涵的界定有不同的标准。如德国基本法第1条规定:德国人民承认不可侵犯和不可转让的人权是一切社会、世界和平与正义的基础。根据这一解释,人权本质上是基于人权思想为基础而形成的作为人应当享有的自然权,而基本权是宪法保障的公民的基本权利,具有普遍性与不可侵犯性。因此,基本法中出现的人权只是一种政治或道德理念而存在,实际起规范与调整作用的是基本权体系。二战后德国的宪法解释方法得到了进一步改进,开始把宪法理解为一种价值体系与价值秩序,推动人权宪法化的进程。人权宪法化是一个长期的过程,有助于扩大人权价值的社会化。在法国,除宪法序言中使用人权外,宪法第34条中则使用“公的自由”,形成人权、公的自由与基本权并存的局面。但在具体的宪法体系上,人权概念实际上通过实定化过程转化为宪法典的内容。那么,实定化以后的人权是否具有法律效力?在实际生活中产生什么样的约束力呢?

从宪法文本中人权概念存在的基本特点看,人权实定化以后便成为基本权或基本权利。人权与基本权利的区别主要在于:人权是一种自然权,而基本权利是实定法上的权利;人权具有永久不变的价值上的效力,而基本权利是法律和制度上保障的权利,其效力与领域受到限制;人权表现为价值体系,而基本权利具有具体权利性;人权源于自然法,而基本权利源于人权等。人权与基本权利的区别决定了宪法文本中的人权需要法定化,并转化为具有具体权利

^① [日] 大沼保昭:《人权国家与文明》,王志安译,生活、读书、新知,三联书店2003年版,第21页。

内容的基本权利形态。人权一旦转化为宪法文本中的基本权利后,公民与国家机关都应受基本权利的约束。自然法意义上的人权并不是或者不能成为判断宪法和法律的尺度。人权概念的不确定性、价值的多样性与宪法文本的统一性是相矛盾的。人权所体现的基本价值是宪法制定与修改过程中的最高目标,表明人类生存与发展的要求、理念与期待。人权的宪法化体现了人权价值的现实化,为人权价值的实现提供多样化的形式。即使规定在宪法文本上,人权仍处于价值变迁中不断完善自身体系的过程之中,不断地向基本权利转化。正如日本学者佐藤幸治教授所说,人权并不是立即或全部变为宪法保障的基本人权,在人权中具有特定内涵、被认为具有重要意义的一部分才能被规定为宪法,或者通过概括性的基本权的规定变为宪法保障的“法的权利”。^①人权在宪法文本中的不同表述与涵义,有助于人们区分不同意义上的权利,使人权的不确定性获得统一性的基础。

中国宪法文本中人权条款的解释可以考虑以下要素:一是作为宪法原则意义上的人权;二是国家价值观意义上的人权;三是转化为基本权利内容的人权。作为宪法原则,人权具有约束一切公共权力与社会生活领域的效力。^②由于在中国缺乏系统地保障人权的历史传统与文化,把人权纳入到国家价值观体系是十分必要的,有助于进一步明确国家存在的目的,形成国家整体的价值观,确立国家活动的基本目标与追求。国家公共政策的制定,特别是国家的立法

① [日] 桶口洋一等编:《日本宪法注解》(1),第179页。

② 法国宪法委员会以宪法序言中的人权原则为基础,进行合宪性判断的做法是值得借鉴的经验。1946年宪法实际上禁止宪法委员会以宪法序言为基础进行合宪性的判断,而1958年宪法取消了类似的限制性规定,允许以宪法序言中的人权原则为基础,对合宪性问题进行判断。在基本权利没有具体化的情况下,赋予人权以宪法原则效力是必要的。1970年宪法委员会在欧洲共同体协议案件中,以宪法序言为依据,进行了合宪性判断。在1971年有关结社自由的决定中,宪法委员会进一步明确了宪法序言的规范价值,使宪法规范之间的协调性获得了统一的基础。

活动不得脱离国家基本价值观。如前所述,人权与基本权利之间存在在价值上互换的空间与多种形式,需要适当限制文本中人权条款的内涵,使之保持概括性条款的性质。中国宪法第二章规定的基本权利主体的公民与人权主体人之间、人权内容与列举的基本权利之间需要保持逻辑上的协调与解释规则的统一。当实践中出现人权侵害事件时,我们应积极运用宪法解释技术,在规范所允许的范围内,以目的论解释方法寻求可能的权利救济途径。公民的基本权利与人权之间的价值互换是通过一定形式实现的,至于实现的程度取决于社会发展对人权的需求与现实条件。

三、人权条款与宪法上没有列举基本权利保护

在分析宪法修正案第24条人权条款时,有学者认为人权“入宪”意味着国家既要保障宪法规定的基本权利,同时也要保护宪法上未列举的非基本权利。从某种意义上讲,修宪者们在考虑这一条款时也可能意识到人权条款可能起到的多种保护功能,试图解决因立法不作为或立法工作滞后而出现的基本权利救济不完善的现象,并以人权价值为基础扩大权利救济的范围。^①人权条款能否起到保障宪法未列举权利的功能,如起到保障功能,其形式如何,如何确定其标准?

从一般理论上讲,人权是以人的尊严与自由为核心的价值体系,只要是为人的尊严的维护所必要的权利与自由都应该纳入国家保护的范畴。宪法上未列举的基本权利中,有些权利是综合性的,有些权利是单项性的,其判断的价值基础是人的尊严。但在如何保

^① 在宪法中规定人权条款是学者们共同的主张,具有重要的实践价值,但在具体如何规定问题上有过不同的设计方案。一是写在宪法序言上,二是写在宪法总纲上,三是写在第33条,作为统领权利的概括性条款。作者的主张是应写在宪法序言上,作为宪法基本原则,并赋予其约束力。但修正案已通过,我们应该尊重其权威与效力,从现有的规范角度进行分析与评价。这里需要指出的是,作为宪法序言的人权与作为正文中的人权,其解释方法与原则是不同的。相对而言,宪法正文中的人权条款的解释难度大一些。

护宪法未列举的权利问题上,各国的理论解释与判断标准是不尽相同的。

在现代宪法发展史上,宪法未列举权利保护的理論首先源于美国。宪法修正案第9条具体规定了宪法未列举权利的保护条款。围绕修正案第9条的性质与保护范围,美国学术界进行了长期的争论。^①争论的焦点是:第9条修正案是否是一种独立的条款;如果是一种独立意义的条款,能否成为宪法解释的一般性条款;第9条修正案是否宣示联邦政府不能干预的领域,能否从这一条款中提炼出自然权;第9条修正案能否约束联邦和州政府等。实际上,在美国历史上,Griswold 判决以前,第9条修正案的功能并没有发挥其具体实践的功能,联邦最高法院没有承认其独立的权利功能。Griswold 判决第一次不以宪法的具体条款而依据宪法体系与精神提炼出新权利,表明宪法解释方法上的重大变革。^②在判决中主审法官 Douglas 认为,隐私权是宪法修正案第9条中喷出(emanate)的权利,第9条修正案是提炼新的权利的根据,是一种不断挖掘的权利源泉。对此,Black 法官提出不同的意见,认为第9条修正案只是为保障权利目的而限制联邦权限的宪法联邦主义结构的条款,如果把第9条解释为权力结构以上的宪法解释原则就会脱离本条的意图。按照他的观点,第9条修正案不能成为“本质的权利”(Fundamental Rights)的源泉。这里的核心问题是,宪法明文规定的语句中是否包含着“未列举的权利”(Unarticulated Rights),这一规定能否成为实现未列举权利的保护依据。根据不同的宪法解释方法,第9条修正案的性质有不同的表述。一是联邦权力的限制说。

① 1982 年发表的司法部 Caplan 论文中,把修正案第9条争论历史分为三个阶段:1965 年以前是不承认阶段;1965 年到 1970 年是原则上或抽象意义上关注的阶段;1970 年后进入探讨其权利来源的阶段。见 Russell L. Caplan, The History and meaning of the Ninth Amendment, 69 virginia L. Rev (1983), PP.228-237.

② 这个判决之前,涉及第9条修正案的判决只有7件。

认为第9条修正案的价值在于,在宪法基本权力结构中,阐明限制联邦政府权限的基本原理,从第9条修正案中不能直接推导出没有列举的具体权利;二是权利创造机能说。认为第9条修正案是永不枯竭的权利源泉,任何一种形态与内容的权利都可以从这一条款中找到依据。主张这一理论的学者又分为传统自然法理论学派与进步平等主义学派,他们对联邦权力限制说理论的主要批评意见是:与明文的宪法条款表述相矛盾,即第9条修正案中明确了未列举的权利问题,没有规定联邦主义政治结构问题;违背了宪法批准过程中的历史事实。按照他们的解释,规定第9条修正案的目的是避免权利法案排斥宪法上未列举的权利。三是政治原理宣言说。认为修正案第9条是为限制联邦政府滥用权力,根据国民主权原理而宣布的“国民权利”条款。另外,学者们对修正案第9条与自然权性质、修正案第9条与修正案第2条、修正案第9条与10条修正案关系也给予了关注。

中国宪法对基本权利采取列举主义原则,在文本中没有规定未列举基本权利如何保护的内容,未列举基本权利是否存在以及如何保护等问题还没有成为社会生活的关注点。第四次宪法修正案通过后,随着人权条款的出现,人权条款能否起到类似于美国宪法修正案第9条的功能问题,开始成为社会关注的焦点,而且在实践中出现了以人权条款为依据提出权利救济的案例或事例。作者认为,在宪法文本中明确规定“宪法上未列举基本权利”保护条款的国家中,其条款不仅表现了一种政治道德和政治原理,它同时具有独立的权利条款价值,客观上起到限制公共权力的功能。作为一种权利源泉,它不断提供能够满足社会主体权利需求的根据与类型。在宪法中没有规定类似条款的国家,在宪法实践中也需要寻求保护合理的权利需求的途径。从价值理念上,人权条款与未列举权利的保护价值是相同的,但其存在形式与效力等方面也存在区别。主要有:未列举权利保护条款具有独立的规范价值,而人权条款更侧重于表明宪法原则的意义;未列举的权利或基本权利是特定的范畴,可从权利源泉中提炼所需要的新权利,而人权本身是不确定的概念,在

宪法文本中以综合的价值形态来出现，难以成为提炼新的基本权利的基础；人权虽写在宪法文本中，但与基本权利价值的互换仍需要长期的过程，需要从理念与实践角度建立人权宪法化的机制。另外，在宪法还没有进入诉讼领域的情况下，人权条款发挥功能的空间也受到限制。可见，在中国的宪政背景下，人权条款与其他国家宪法中规定的“未列举权利保护”条款的性质与功能是不同的，不能简单地作出类比。但这种分析并不意味着我国宪法中的人权条款具有封闭性或缺乏操作规范。目前我国的宪法现实中，人权条款对列举的基本权利与未列举的基本权利都发挥不同形式的保障功能。人权条款可解释为基本权利保障的概括性条款，为基本权利的实现提供更直接、更广泛的价值基础。同样，人权条款对宪法未列举权利的保护方面只能起到一定的补充功能。如为扩大基本权利保护范围，可以依照人权条款提炼现有条款中隐含的新的权利类型；当基本权利有规定，而没有具体法律规定时提供具体的救济途径；对基本权利条款进行宪法解释时为解释的合理性提供价值基础与标准；当出现宪法和法律上没有规定的新的权利要求时，可依照人权条款作出必要的判断等。人权条款本身不能成为发现和提炼新权利的依据，它提供的主要是一种解释规则或者原则。人权标准、原则与具体权利之间是有距离的，我们应根据现实的变化与实际需要，逐步地推动人权宪法化的进程，使人权与基本权利之间保持各自的价值体系与领域。

在人权是否一定需要拥有统一和一体化的约束力问题上，学术界是有争议的，甚至在签署了相同的国际人权条约的缔约国之间也是如此。^① 总之，人权条款发挥功能的前提是宪法解释技术的积极运用。

^① 朱晓青：《欧洲人权法律保护机制研究》，法律出版社2003年版，第271页。

四、人权条款与国家保护人权义务

人权从自由权中心主义逐步转化为自由权与社会权并重的观念后，国家保护人权义务也发生了变化，不仅扩大了保护的範圍，而且保护形式与程序日益呈现出多元化。国家保护人权义务是人权观念与人权分类变化的必然产物。在传统的人权分类理论下，国家的人权保护义务是比较单一的，片面地追求“作为人权保障堡垒的司法部门”的应有规范性命题，没有充分关注经验性的价值。随着宪政文化的多样化，人权保障理念开始发生了变化，改变了仅仅“通过司法权来实现人权保障”的传统观念，^①逐步确立新的人权分类。在国家人权保护义务中的主体并不是抽象意义上的国家，而是指具体行使国家权力的国家机关的活动，包括国家立法机关、司法机关与行政机关。在一定条件下，政党、社会团体与企业等也要承担保障人权的义务。国家机关作为行使国家权力的活动主体，首先要保护一切基本权益，并以此作为进行活动的道德和法律基础。人权保护义务实际上指国家机关对基本权益的“国家保护义务”，其义务包括：作为人权而得到的保护利益；第三者的利益；紧急状态中对社会主体权利的保护；采取预防手段减少人权主体利益受到不当的危害。国家必须保护人权的根据来自于国家存在的目的与宪法的正当性要求。

国家保护人权的义务是一种综合性的道德与法律要求，包括多样化的内容。爱德和凡一胡佛等人认为，国家的人权保护义务分为四个方面：第一，尊重的义务；第二，保护的义务；第三，满足或确保的义务；第四，促进的义务。对这种分类大沼教授做了如下解释。他认为，人权尊重的义务是指国家避免和自我控制对个人自由的侵害；保护的义务是指国家防止和阻止他人对个人权利侵害的义务；满足的义务是指国家满足个人通过努力也不能实现的个人所

^① [日] 大沼保昭：《人权国家与文明》，王志安译，生活、读书、新知三联书店 2000 年版，第 220 页。