

宪法未列举权利比较研究

张薇薇 著

On the Comparison of the Unenumerated Constitutional Rights

School of Law

Xiamen University

厦门大学法学学术文库



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

◆ 本书是2009年中国法学会部级课题《比较法视野中的中国宪法未列举权利研究》(CLS-D0921)和教育部2010年人文社会科学基金项目《转型期积极权利的法律保障研究》(10YJA820034)的部分研究成果。

宪法未列举权利比较研究

张薇薇 著

School of Law

Xiamen University

厦门大学法学学术文库



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

宪法未列举权利比较研究 / 张薇薇著. —北京:
法律出版社, 2011. 3

(厦门大学法学学术文库)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 1733 - 4

I. ①宪… II. ①张… III. ①宪法—对比研究—中国、
外国 IV. ①D921. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 010402 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/刘文科

装帧设计/马 帅

出版/法律出版社

编辑统筹/学术·对外合作出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶 松

开本/A5

印张/7 字数/167 千

版本/2011 年 3 月第 1 版

印次/2011 年 3 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 - 1733 - 4

定价:25.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

厦 门 大 学 法 学 学 术 文 库 编 委 会

编委会主任

徐崇利

编委会成员

(以姓氏笔画为序)

卢炯星	齐树洁	朱福惠	宋方青
陈晓明	林秀明	李兰英	徐国栋
徐雅芬	曾华群	蒋 月	廖益新

总 序

——八十周年院庆与学术文库的诞生

迄今为止,尚未求证厦大法学院是不是距离大海最近的法学院,只知道近得抬眼一望就看见惊涛骇浪,俯身触摸就是温柔的海滩;尚未求证厦大法学院是不是享受阳光最充裕的法学院,只知道所有的教师工作室都是向南面海,从日出东山的那一刻就开始接受阳光的恩赐,即使在黄昏的瞬间,也能收揽最后一缕光芒!

海纳百川,自然会赋予她宽广浩瀚的胸怀;阳光普照,更使她天生充满了博爱与无限生机。厦大法学院就是在大海与阳光的厚爱中悄然迎来了八十周年华诞,更为欣喜的是伴随生日庆典的到来,厦门大学法学学术文库犹如一个新的生命宣告诞生!

翻开厦大法学院八十年的历史画卷,值得回眸和感慨的片段有很多:1926年6月,厦门大学设立法科,

下设法律学、政治学、经济学三系。1930年2月,厦门大学改科为院。1934年6月,法学院与商学院合并为法商学院。1937年底,法商学院中的法科停办。1940年复办法律学系。1950年,厦门大学文学院、法学院合并为文法学院。1953年全国院系调整,法律学系再次停办。1979年法律学系再次复办。1984年12月,法律学系与哲学、政治学与行政学系成立了政法学院。1998年9月政法学院正式更名为法学院。直至2003年11月,才在法律学系的基础上组建了现在的法学院。

从某种意义上讲,厦大法学院的历史就是中国近现代法律发展历程的缩影:她命运坎坷,多次起落于创办、停办、复办的变化之中;她成长曲折,在不同的阶段分别与文学、商学、政治学联姻,以文法学院、法商学院、政法学院的姿态出现。这看似厦大法学院的悲哀,抱憾于以往多年未以能独立的法学院实体和学术形态面世,却无意中塑造了厦大法学院所拥有的海纳百川的气魄与心存千智的人文品格。

古人云:长风破浪会有时,直挂云帆济沧海。告别了沉重的历史,迎来了灿烂的今朝。自1979年厦门大学复办法学专业以来,经过两代法律人二十余年的奋斗,法学院有了长足的进步,特别是进入二十一世纪后,厦大法学院得到飞速发展。秉承“自强不息,止于至善”的校训,坚持以“学术建院、民主治院”为宗旨,法学院在创造民主和谐的工作氛围的同时,更致力于提高科研水平,提升学术品位。厦门大学法学学术文库的建立就是一个良好开端和鲜明的例证。她的问世,不仅是献给法学院八十诞辰的贺礼,更意味着“海阔凭鱼跃,天高任鸟飞”;虽不足回报八十年中为法学院的今天做出卓越贡献的前辈,却能激励为法学院的未来努力开创的新人!

八十华诞,对于自然人来说意味着饱经沧桑,已近暮年,但对于法学院而言,则彰显出丰富的历史和深厚的底蕴,而法学文库的诞生犹如新生的婴儿,代表着新的起点,预示着新的希望。浏览首批出版的学术

论著,既有青年教师的锐利创新,又有年长学者的沉稳深邃;既有对于某一学科前沿问题的瞻望,又有对古老法律思想的深刻挖掘;既有对历史线索的回顾与梳理,又有对当今世界范围内重大法律问题的思考与回应。或许,这套学术论著看起来还有些单薄和稚嫩,可因为每位作者都怀着真诚与谦逊,宽容与执着,倾注心血而著,故而,值得读者们去阅读和品味;或许这套论著称不上是“流诸笔端的天籁”,更难为“无以伦比的杰作”,但我们相信她能够给读者一个清新的感受,学术的交流,思想的碰撞……

我们期待着日益接受大海的熏陶和阳光普照的厦大法律人不断地推出优秀的法学著作,让厦大法学学术文库成为集中、及时展现法学院教师的具有创新性、思辨性、建设性研究成果的学术窗口。

我们期待着学术文库不懈努力追求超越与成功,而非简单的重复与成名。欲求成名相对容易,只要运用现代传播工具,即能声名远播,饮誉一时;而欲求成功,则另当别论,需要卓越的天赋以及孜孜不倦的刻苦追求。

我们期待着厦大法律人在灿烂的朝阳前,绚丽的黄昏中,碧蓝的海水边和细致的沙滩上,还有火红的凤凰花树下,不断激发灵感,永葆创作激情,让大海和阳光见证厦大法学学术文库永远充满希望、富有朝气!

衷心祝福您,蒸蒸日上的厦门大学法学院!

诚挚感谢您,鼎力助推文库面世的法律出版社!

也特别祝福您,明知道我们并不完美,但依然给予厦大法学学术文库鼓励和关注的读者们!

厦门大学法学学术文库编委会

2006年8月18日

目 录

引 言 001

- 一、研究缘起与意义 001
- 二、研究现状及趋势 003
- 三、研究目标 008
- 四、研究方法 008
- 五、研究范围 010

第一章 宪法未列举权利的内涵与表达 011

- 第一节 宪法权利释义 011
- 第二节 宪法未列举权利的基本意涵 014
- 第三节 宪法未列举权利的主要特征 017
- 第四节 宪法未列举权利的文本表达 019
- 第五节 宪法未列举权利的时代意义 021
 - 一、历经两个宪法时代的宪法未列举权利 021
 - 二、基于人性尊严而开放成长的未列举权利条款 023
 - 三、适应时代演进的宪法未列举权利条款 025
 - 四、宪法未列举权利对法治的促进 025
 - 五、对当代中国宪法未列举权利条款的思考 029

第二章 宪法未列举权利的缘起与沿革——“负重”的美国宪法第9条修正案 032

- 第一节 自然法理论荫蔽下的美国宪法第9条修正案 033
 - 一、自然法的简单勾勒——自然法、自然权利与

人权 033

二、作为美国宪法基础的自然法 037

三、美国宪法第9条修正案中的自然权利——以洛克、
密尔与布莱克斯通的相关主张为例 044

第二节 宪法第9条修正案背后联邦主义与反联邦主
义之争 050

一、美国法背景下的联邦主义与反联邦主义 050

二、联邦主义与反联邦主义之间的主要争议 053

三、联邦主义与反联邦主义间争议的解决 060

第三节 Griswold v. Connecticut 案：对“休眠”的第9
条修正案的“激活” 066

一、1965年 Griswold v. Connecticut 案情简介 068

二、“伴影”理论简介 069

三、对“休眠”174年的宪法第9条修正案的
“激活” 071

四、“伴影”理论之于人权保障的“得”与“失” 078

第四节 独立的美国宪法第9条修正案？——与实质
性正当程序条款的纠结 090

一、实质性正当程序的起源与发展 091

二、实质性正当程序条款对宪法第9条修正案的“鸠占
鹊巢”？ 099

三、宪法第9条修正案作为独立权利渊源的
可能 109

第三章 宪法未列举权利的横向比较——以美国、日本和
我国台湾地区为例 117

第一节 日本的“幸福追求权” 117

一、“幸福追求权”的沿革 118

二、“幸福追求权”的基本意涵 120

三、“幸福追求权”的规范领域 124

四、“幸福追求权”的宪法适用 128

第二节 我国台湾地区“宪法”第22条 132

一、第22条的产生与沿革 132

二、第22条的基本意涵 137

三、第22条的规范领域 140

四、大法官会议解释中的第22条 143

五、第22条背后的宪法理念——人性尊严 147

第三节 美国、日本和我国台湾地区未列举权利的横向比较 150

一、文本表达 150

二、承认原则 152

三、权利论证 154

第四章 我国现行宪法中的未列举权利和对其保障的未来展望 156

第一节 我国现行宪法中的“人权条款” 157

一、“人权条款”入宪历程 157

二、“人权条款”的基本意涵 160

三、“人权条款”的双重功能 163

第二节 对我国宪法未列举权利保障的未来展望 167

一、我国宪法未列举权利的类型化 168

二、我国宪法未列举权利的承认方式 174

三、我国宪法未列举权利的承认原则 182

结论 185

参考文献 190

后记 209

引 言

一、研究缘起与意义

立宪主义与以人为本,在发展进程、基本内涵、目标宗旨及实践价值等方面具有内在一致性^{〔1〕}。宪法是保障人权之根本法,这是宪法最高性之实质根据。^{〔2〕}然而,人权是时代的产物,在不同时代,会有不同的人权类目出现。各国宪法的人权宣言,通常只是就制宪当时最重要的且最可能受国家权力侵害的人权加以规定,而不可能包罗所有人权。未经宪法列举的权利是否是一种宪法权利;其宪法规范的表现如何;此种权利如何认定以及怎样获得宪法的保障;等等。这些问题均是宪法学上的重要课题。

对隐私权、安乐死乃至所谓乞讨权的讨论一度是热门话题,而这些“权利”是否是真正意义上的宪法权利,能否对其进行宪法意义上的保护,颇令人思考,如隐私权,中国内地法律实践中通常不以隐私权的面目

〔1〕 李龙、张薇薇:“人本法律观与当代中国宪法哲学”,载《江苏行政学院学报》2006年第3期,被《人大复印报刊资料(宪法学、行政法学)》2006年第9期转载。

〔2〕 许志雄:《宪法之基础理论》,稻禾出版社1993年版,第24页。

出现,而将其归入民法中的人格权中予以保护;而国外宪法通说则认为,隐私权是宪法中一种重要的未列举权利,是人格自律权的重要组成部分,需要对其进行宪法保障。这一权利无论是在其肇始地美国,还是在日本、台湾地区以及中国内地,都是在宪法文本中所没有出现的。那么,宪法中是否存在这一权利以及该权利可以从哪些条款中被“发现”或“导出”,都是重要的宪法学课题。美国著名的 *Griswold v. Connecticut* 一案中,联邦最高法院的大法官们在宪法第 9 条修正案中“发现”并“承认”了这一重要宪法权利。在日本,从宪法第 13 条的“幸福追求权”条款中,法学家和法律家们解读出了隐私权。在我国台湾地区,司法院的大法官们则在第 22 条的“概括权利条款”中寻找到了对隐私权保护的规范依据。这些使得笔者的研究目光不止集中在隐私权自身,而是掠过它并落在孕育着这些未列举权利条款或概括权利条款上来。

对宪法未列举权利条款或概括权利条款的研究,具有重要的理论与实践意义。就其实践意义而言,研究此一条款可以对现实中的诸多话题与纠纷予以解答,如通过对未列举权利条款的研究,可以在一定意义上回答或解释诸如安乐死难题、克隆自己的法律困境以及对更多新兴事物、新兴权利的探讨,如生存权、发展权、环境权、自我决定权等;至少可以在宪法学的视野中对上述问题进行具有一定成效的讨论,从而为解决这些权利话题提供更广阔的视角并奠定相当的理论基础。

就其理论意义而言,国内对于未列举权利的研究成果很少,对于我国现行宪法中概括权利条款的讨论更是少而又少。与上述美、日、台湾地区的未列举权利条款或概括条款相对应,从功能上而言,我国现行宪法第 24 条修正案第 3 款“人权条款”除了自身的宣示意义外,还具有概括条款的功效。通过对具有代表性国家或地区未列举权利条款或概括权利条款的历史沿革、规范意涵与司法适用的解读,将其作为研究中国

自身概括权利条款的注脚,并将该条款与第二章第24条至第56条结合起来讨论,探讨该条款与其他权利条款之间的关系。同时,探讨在社会急剧变迁情形下如何在尊重宪法文本与制宪者“原意”的前提下,将宪法的成长性与生活现实密切结合起来,对于丰实我国宪法的未列举权利研究的内容、丰富宪法学研习的方式,无疑具有积极意义。

二、研究现状及趋势

首先从国内来看,大陆学者对于宪法未列举权利的研究几乎为空白。就目前搜集到的资料看来,仅有四篇公开发表的学术论文探讨此一问题,即屠振宇副教授的《未列举基本权利的宪法保护》(载《中外法学》2007年第1期)和《未列举基本权利的认定方法》(载《法学》2007年第9期);王广辉教授的《论宪法未列举权利》(载《法商研究》2007年第5期);郭春镇副教授的《从“限制权力”到“未列举权利”——时代变迁中的美国联邦宪法第九修正案》(载《环球法律评论》2010年第2期)。

屠振宇教授的前篇文章,分别从未列举基本权利的存在争议、可救济性争论、法治原则的困扰、认定标准的难题四个宏观方面探讨了宪法未列举权的基础性问题。此文拓清了宪法未列举权利的几个前提性问题,对于我们认识未列举权利提供了认知方向。屠教授的后篇文章则是在前篇文章基础上,选取其认定方法这一视角展开讨论的,该文把未列举基本权利的认定方法归结为求诸传统、以“人的尊严”为指引和以捍卫民主为取向三方面,并最终得出以捍卫民主为取向的方法与我国最为契合的结论。应该说,屠教授对于宪法未列举权利认定方法问题的探讨的确作出了诸种可贵的尝试。然而,该文将宪法未列举权利认定方法归为上述三种的分析思路以及最后得出的结论是有待商榷的,比如,对于“传统”的解读是否可以适应社会变迁中的新兴权利诉求?

以《民主与不信任》作者约翰·哈特·伊利的民主观为基调的“程序民主观”可否成为我国未来认定宪法未列举权利的基本方法？伊利教授民主观的目标是否与屠教授在该文中的另外一种认定方法即“人性尊严”有本质不同，等等。王广辉教授的文章，分别从未列举权利的内涵、宪法未列举条款的形态、宪法未列举权利的识别、宪法未列举权利的证成、研究宪法未列举权利的意义五个方面展开。此文具有较强的问题意识，王教授对上述问题的分析也颇有见地。郭春镇教授的论文，则主要从美国联邦宪法第9条修正案的理论争议以及二元联邦制前后的第9条修正案的宪法实践两大视角加以陈述，视角独特、论证充分，尤其是对于第9条修正案意涵变迁的背景分析颇为道地、引人思考。然而，囿于篇幅有限以及国内对本课题的研究尚处于初始阶段等原因，这四篇论文，不论是对于参考文献的选取，还是对于所考察问题的开掘，都有继续完善与拓展的空间。

与宪法未列举权利研究的几为空白相比，大陆学者对于宪法基本权利基础理论的研究相对丰实。在专著方面，主要有郑贤君教授的《基本权利研究》，杨海坤教授的《宪法基本权利新论》以及周伟教授的《宪法基本权利》等。期刊论文方面，主要有周叶中教授的《公民基本权利的性质》，韩大元教授的《论社会变革时期的基本权利效力问题》，秦前红教授的《论我国宪法关于公民基本权利的限制规定》，吴家清、杜承铭教授的《论宪法权利价值理念的转型与基本权利的宪法变迁》，邓世豹教授的《论公民基本权利的司法适用性》，刘志刚副教授的《限制抑或形成：论关涉基本权利法律之功能的二元性》，等等。这些有关基本权利基本问题的研究，为作为宪法权利组成部分的未列举权利的研究奠定了一定的理论基础。

就我国台湾地区相关问题的研究看来，不论是对于宪法未列举权利还是宪法权利的研究成果，较内地均为丰富。在宪法未列举权利方

面,以李震山教授的专著《多元、宽容与人权保障》为代表。在多元背景下,作者以宽容为基本理念,以人权保障为根本宗旨,尝试性探讨台湾地区“宪法”未列举权的保障问题。可以说,无论是对多元背景的选取,还是对宽容理念的秉持以及对基本权利类型化的处理,以致对于新兴人权的开拓性探讨,等等,李教授的观点都颇具见地,对于我们进一步探究宪法未列举权都具有相当的启发意义。除此之外,还有三篇硕士论文讨论相关问题^{〔1〕}。这些专论之外,涉及宪法未列举权利或者概括权利条款的其他著述则主要限于一些宪法学论著的提及,比如,许志雄教授的《现代宪法论》和《宪法之基础理论》、李建良教授的《基本权利的理念变迁与功能体系》等,均有相关论述。相对于宪法未列举权利的研究,台湾地区有关基本权利基础理论的著述则更丰实,最具代表性的包括:李震山教授的《人性尊严与人权保障》,陈慈阳教授的《基本权核心理论之实证化及其难题》,陈新民教授的《宪法基本权利之基本理论》和《德国公法学基础理论》,萧淑芬教授的《基本权基础理论之继受与展望——台日比较》,吴庚大法官的《宪法的解释与适用》,许宗力教授的《宪法与法治国行政》,等等。这些著述对于我们了解台湾地区宪法权利的保障与救济提供了认知空间,并为我们的宪法未列举权利的学术研究与宪法实践提供了借鉴基础。

就笔者所搜集与整理的英文资料而言,国外尤其是美国对于宪法未列举权利的理论探讨与宪法实践相对更为丰富。从宪法文本看,美国是宪法未列举权利产生的肇始国。这体现在其“闲置多年^{〔2〕}”的第9条修正案中,该条的内容如下:本宪法对特定权利的列举,不得被解释

〔1〕 这三篇台湾地区的硕士学位论文,分别是秦季芳:“概括条款之研究”,台湾大学1993年硕士学位论文;李雅萍:“概括的权利保障”,辅仁大学法律学研究所1995年硕士学位论文;林俊言:“论非列举权利之宪法保障”,政治大学法律学研究所2001年硕士学位论文。

〔2〕 之所以说其被“闲置多年”,是因为该修正案自1791年颁行174年之后才在1965年著名的Griswold v. Connecticut案中得以正式适用。

为否定或贬损由人民保留的其他权利。^[1] 在 *Griswold v. Connecticut* 及其后的 *Roe v. Wade* 等案件之后,第9条修正案引发了诸多热烈的讨论,并形成了三个研究高潮。根据笔者对目前所搜集到的以第9条修正案和未列举权利为论题的文献梳理可知,发表于美国诸法学论文期刊上的以其宪法第9条修正案为题的文章有83篇,以未列举权利为题的文章有54篇。^[2] 上述对美国宪法第9条修正案研究的第一个高潮在20世纪80年代末90年代初;第二个高潮体现在1996~2000年度有二十余篇关于第9条修正案的文章陆续发表在芝加哥肯特学院的几期专刊中;第三个高潮体现在2006年度宾州大学宪法学期刊对第9条修正案的集中研究中,其中有近20篇论文以此为题。

就笔者目前所搜集到的涉及第9条修正案的论文而言,其所涉内容范围极为广泛:有的探讨其历史沿革,追溯其制定者麦迪逊的制定原意;有的探讨其与联邦主义的关联,探究联邦与州的权力分配与商业条款的异同;有的探讨与实质正当程序条款的关系,认为实质正当程序这一意义含混、扑朔迷离的概念在进行某些案件审判的时候,取代了本来应由第9条修正案处理的问题;有的从联邦最高法院大法官的解释入手讨论第9条修正案的内在意蕴,同时对大法官“超级立法者”的地位予以质疑,强调回归对宪法文本的解释;有的则从法社会学的角度就联邦最高法院大法官对第9条修正案的态度进行归类分析,并结合相关

[1] 美国联邦宪法第9条修正案的英文原文为,The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people. 学界惯常将本款译为“本宪法对某些权利的列举,不得被解释为否定或贬损由人民保留的其他权利”,本书则将之翻译为“本宪法对特定权利的列举,不得被解释为否定或贬损由人民保留的其他权利”。本书所采的译文,与学界的不同之处在于对于“certain”一词的理解及翻译,certain有“某些、特定”之意。鉴于第9条修正案的立法背景和实质所指,本书认为,将certain译为“特定”(权利)而不是“某些”更为妥当。有关美国联邦宪法第9条修正案的立法背景,可参见本书第二章第二节的相关论述。

[2] 数据库来源为 <http://www.lexisnexis.com/cn>,最后搜索时间是2010年11月2日。

判例,将大法官们的观点分为“未列举权利派”、“限制权力派”和“兼具派”^{〔1〕};还有的讨论第9条修正案的自然法背景;等等。

上述对于美国“负重”的宪法第9条修正案的梳理似乎有助于人们理解它是如何地嵌入美国的历史与现实之中,如何地具有美国特色。这些文章对于相关问题的探讨以及上述梳理看似与中国无关、看似对于中国未列举权利的讨论没有直接的作用与助益。

其实不然。首先,就宪法未列举权利而言,这是任何一个追求法治的国家或地区都无法回避的话题。人的理性毕竟是有限的,时代的发展与社会的变迁使得制宪者在制宪当时无法预料到其后某些情形与冲突的出现,而制宪者的智慧也并非仅仅限于将其预测和脑力表现为制宪当时宪法所规定的具体权利,他们至少有意会留下一定的区域给后人填补,同时为后人在该区域周围设置一定的藩篱,以防其潜越,第9条修正案即是这样的一个代表。对于我国现行宪法而言,其第33条第3款的“人权条款”可否与美国宪法第9条修正案相对应?对于这一问题,国内学者们持有不同的见解。然而,不可否认的是,美国宪法第9条修正案至少在功能上提供了一种思路。此外,对美国宪法第9条修正案的讨论也为我们理解与适用我国现行宪法的“人权条款”所可能引发的诸多争议提供了有意义的启发。其次,第9条修正案背后的自然法与自然权利理论对我国现行宪法“人权条款”的解读颇有助益。自然法的发展,经历了从自然法到自然权利,再到人权的历程。对自然权利理论进行创造性转化,使得“人权条款”具备了未列举权利条款的功能,由此随时代发展而演进、开放性地“成长”^{〔2〕}。再次,第9条修正案与

〔1〕 美国的联邦法院大法官在总统提名后,需经参议院举行听证会讨论通过。在听证会上,大法官候选人将回答议员的各种涉及法律的提问,表明自己对某些法律和宪法的某些条款的态度。

〔2〕 关于宪法成长性的讨论,可参见 Ernst Benda, *The Protection of Human Dignity*, *SMU L. Rev.*, Spring 2000, pp. 452-453。