

|天  
Borderless  
|下

法学新青年

# 基本权利的 规范建构

|增订版|

张翔——著

法律出版社  
LAW PRESS·CHINA

# 基本权利的 规范建构

| 增订版 |

张翔——著

法律出版社  
LAW PRESS-CHINA

## 图书在版编目(CIP)数据

基本权利的规范建构 / 张翔著. -- 增订本. -- 北京 : 法律出版社, 2017  
(新青年法学文丛)  
ISBN 978 - 7 - 5197 - 1600 - 4

I. ①基… II. ①张… III. ①宪法—权利—研究—中国 IV. ①D921.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 269747 号

基本权利的规范建构(增订版)  
JIBEN QUANLI DE GUIFAN JIANGOU  
(ZENG DING BAN)

张翔著

策划编辑 高山  
责任编辑 汤子君  
装帧设计 汪奇峰

出版 法律出版社  
总发行 中国法律图书有限公司  
经销 新华书店  
印刷 三河市龙大印装有限公司  
责任校对 王沁陶  
责任印制 陶松

编辑统筹 学术·对外出版社  
开本 720毫米×960毫米 1/16  
印张 24.25  
字数 341千  
版本 2017年12月第1版  
印次 2017年12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)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

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、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85330678 重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636 深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 1600 - 4

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)

|天  
*Borderless*  
|下

博 稽 古 今 融 汇 天 下

# 目 录

第一章 导论	1
第一节 研究背景:中国宪法学的法解释学转向	1
第二节 研究目的与研究范围:基本权利规范分析框架的建立	4
第三节 研究方法	6
一、法教义学方法	6
二、比较解释方法	13
三、案例实证方法	17
第四节 内容概要	18
附录 1 形式法治与法教义学	21
附录 2 宪法文本下的价值冲突与技术调和	28
第二章 “基本权利—国家义务”的对应关系	35
第一节 “权利—义务”的对应关系	35
第二节 基本权利与国家义务的性质	37
一、基本权利:“主观权利”还是“客观法”	37
二、国家义务:“宪法义务”还是“政治义务”	38
三、基本权利的生成过程理论	39
第三节 宪法文本之规定	40
一、西方宪法之规定	40
二、社会主义宪法之规定	42
第四节 原理	43
一、国家—社会二元论及其变迁	44
二、马克思主义的国家与社会关系学说	48
第五节 “基本权利—国家义务”对应关系的松动	50
一、基本权利的第三人效力理论	51

二、国家行为理论	53
第六节 “基本权利—国家义务”对应关系的坚持	56
<b>第三章 基本权利规范分析框架的革新</b>	<b>60</b>
第一节 传统框架:基本权利的分类	60
第二节 二分法的崩溃	62
一、基本权利分类的相互叠加	62
二、“自由权—社会权”二分法的相对化	66
第三节 框架的革新:基本权利的功能体系	68
一、“元研究”的必要性	68
二、基本权利的功能体系	69
三、基本权利规范内涵分析的逻辑地图	70
附录 3 基本权利的体系思维	72
<b>第四章 基本权利的防御权功能与国家的消极义务</b>	<b>113</b>
第一节 防御权功能的概念与界定	113
一、防御权功能的概念与特征	113
二、防御权功能与类似概念的区分和界定	115
第二节 我国宪法规定所体现的防御权功能	120
第三节 防御权功能的地位	122
一、防御权功能在西方宪法中的地位	123
二、防御权功能在社会主义宪法中的地位	125
第四节 国家各机关的消极义务	127
一、立法机关的消极义务	127
二、行政机关的消极义务	143
三、司法机关的消极义务	147
附录 4 纪念鲁道夫·赫斯集会案	150
附录 5 机动车限行、财产权限制与比例原则	169
<b>第五章 基本权利的受益权功能与国家的给付义务</b>	<b>184</b>
第一节 受益权功能的概念与分类	184
一、受益权功能的概念与界定	184

二、受益权功能的法律特征	187
三、受益权功能的分类	188
第二节 国家给付义务的概念与地位	188
一、给付义务的基本概念及其与消极义务的关系	188
二、给付义务的法律特征	189
第三节 消极受益权功能与司法救济义务	191
一、消极受益权功能	191
二、国家的司法救济义务	193
第四节 积极受益权功能与物质给付义务	201
一、积极受益权功能	201
二、国家的物质给付义务	202
第五节 各国家机关对给付义务之分担	211
一、行政机关	211
二、立法机关	213
三、司法机关	215
第六章 基本权利的客观价值秩序功能与国家的保护义务	217
第一节 基本权利的双重性质	217
一、基本权利双重性质理论的起源	218
二、基本权利双重性质理论的基本内容	224
第二节 基本权利的客观价值秩序功能的内容	229
一、制度性保障	229
二、组织与程序保障	231
三、保护义务	235
第三节 我国宪法规定所体现的客观价值秩序功能	239
一、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	240
二、我国宪法规定所体现的保护义务功能	241
三、我国宪法规定所体现的扩散作用	241
四、对宪法规范“纲领性”的重新阐释	242
第四节 国家保护义务的概念与地位	244

一、国家保护义务的基本概念	244
二、国家保护义务的特征	245
三、国家保护义务在国家义务体系中的地位	247
第五节 主观权利与客观价值秩序的相互关系	251
一、主观权利与客观法之区分	251
二、主观权利与客观法之联系	255
第六节 国家各机关对国家保护义务的分担	260
一、立法机关:履行“宪法委托”的义务	261
二、行政机关:保护行政与计划行政	262
三、司法机关:法律的合宪性解释	263
附录 6 学术自由的组织保障	265
第七章 基本权利的构成、限制、竞合与冲突	289
第一节 基本概念与相互关系	289
第二节 基本权利构成与限制的“外部理论”与“内部理论”	290
一、外部理论	290
二、内部理论	291
三、外部理论与内部理论的效果比较	291
四、外部理论与基本权利功能	292
第三节 基本权利的竞合	292
一、非真正的基本权利竞合(法条竞合)	293
二、真正的基本权利竞合(想象竞合)	294
第四节 基本权利的冲突	294
一、基本概念与界定	294
二、基本权利冲突问题的范围	296
三、基本权利冲突的规范结构	299
四、解决基本权利冲突的相关理论	300
五、解决基本权利冲突的模式选择	306
附录 7 “近亲属证人免于强制出庭”之合宪性限缩	315
附录 8 政治理论对宪法解释的影响及其限度	341



参考文献	365
初版后记	386
增订版后记	392

# 第一章 导 论

## 第一节 研究背景：中国宪法学的 法解释学转向

中国的宪法学正在经历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 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,而在一定程度上却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,也就是通过分析 and 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,在相当长的时间里,宪法学在完成自身作为法学的基本任务方面是有所欠缺的。

这种理论建构的不足直接导致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上的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。

如果我们希望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>②</sup>以及林来梵教授所倡导的规范宪法学<sup>③</sup>的建立与逐步成熟(在笔者看来,二者同实只是异名而已)。<sup>④</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

---

① [美]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。

② 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。

③ 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。

④ 秦前红教授在中国法学会宪法学研究会2006年年会上也认为,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。

同体的法律技术层面的保障。美国宪法的实践经验可以概括为：“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”为价值核心的基本法后，通过宪法法院的宪法裁判迅速地整合了凋敝的德国社会，使德国在极短的时间里，从一个万恶之源的战争策源地迅速转变成了令世人敬仰和模仿的民主自由国度。这种令人讶异的转变，与德国悠久的法治传统和德国数百年的法教义学积淀是分不开的。德国国法学（宪法学）在 1871 年俾斯麦宪法之后开始形成并成熟，这与拉班德（Paul Laband）将产生于民法解释学的法学方法导入宪法学是分不开的。<sup>①</sup> 这种方法将政治、社会、历史、伦理的要素从法学中排除，仅仅将成文法的规范作为法学的研究对象。拉班德认为，所有非法律的因素对于实定法的注释都是没有意义的。他希望排除所有“外部”因素，通过价值中立的和逻辑周

<sup>①</sup> 拉班德个人的学术生涯可以反映出德国宪法学的产生脉络。拉班德最初是民法和罗马法的教授，在他将传统法学方法运用于宪法的解释后，他最终成为德国国家法学的奠基人。他最著名的著作《德意志帝国国家法》建立了一个完整的国家法理论体系，成为国家法的研究标准，他个人作为斯特拉斯堡大学的公法教授成为帝国的法律事务的顾问，并与其他人共同创办了德意志帝国最重要的公法期刊。他之所以被看作德国宪法学的奠基人，是因为他开始运用传统法学方法去解释宪法，使得宪法学真正落实成为一门法学。See Peter C. Caldwell, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law: The Theory & Practice of Weimar Constitutionalism*, Durham and London: Duke University Press, 1997, pp. 15 - 16.

延的方法去形塑法律规范、阐释法律真实的内涵。他毕生的目标就是把那些反复无常的政治偏见、缺乏专业性的业余研究、新闻报道式的通俗话语从法律科学中排除出去。尽管这种法律实证主义屡屡遭人诟病,但是这种法律传统的工具性价值是不容置疑的。在战后德国经历的“自然法的复兴”之后,这种法学传统又迅速地服务于德国基本法所确立的自由民主基本秩序,为德国战后宪法的落实提供了充分的技术保障。

所以,在笔者看来,中国法治建设的现实需要正在推动中国的宪法学完成一次法解释学的转向。这种转变是以宪法文本和宪法实践为归依的,是规范导向和实践导向的。而且也只有在这个转向后,才能够形成宪法学知识积累的坚实基础,并最终形成宪法学的独立学科品格。中国宪法学的法解释学转向是本书所作研究的一个基本背景。

## 第二节 研究目的与研究范围：基本权利 规范分析框架的建立

所谓“基本权利的规范建构”,按照笔者的理解,就是从宪法文本出发去分析和确定宪法上基本权利条款的规范内涵。从而,这项研究的最终目标是:尝试建立一套基于中国宪法文本的基本权利的宪法解释框架,厘清宪法中基本权利条款的规范内涵和规范结构,使之在技术层面上成为可以适用的规范。

笔者所尝试的是一项基本权利总论研究,而非针对某个具体基本权利的个别研究。作为一项基础性、框架性的研究,必然会有一个理论上的假想框架的预设。笔者所构想的分析基本权利规范内涵的理论框架有四项基本的内容,分别是:(1)原理;(2)主体;(3)权能;(4)关系。

原理是指引导基本权利条款阐释的权利理论和政治哲学观念。在不同的权利理论和政治学说的背景下,对同样的基本权利条款的阐释,有可能产生完全不同的解释结果。所以,建构基本权利的规

范内涵必须具备超越文本与规范层面的理论关切。这涉及宪法学对自身逻辑自足的反思,以及社会科学对法学的“祛魅”问题。

主体是指基本权利的权利主体与义务主体。在传统的宪法学框架下,基本权利的权利主体是个人,而义务主体是国家,这几乎成为基本权利分析无须检讨的基本框架。但在当代权利理论发展、科学技术进步、国家主权内涵变迁等背景下,基本权利的权利主体和义务主体的问题又有了许多可以讨论的空间。

权能是指基本权利的不同功能层次,也就是指基于基本权利条款,公民究竟有着怎样的权利,国家有着怎样的义务。<sup>①</sup>也就是说,基于某一基本权利条款,公民究竟可以要求国家做什么、不可以要求国家做什么,国家针对这些请求应当做什么、不应当做什么,以及国家在没有个人的具体请求的情况下,应当为基本权利的实现做什么。对基本权利的权能进行分解研究,可以条理清晰地确定个人与国家之间的权利义务关系的内容。

关系是指不同基本权利之间的相互关系。基本权利是个内容丰富的体系。各个基本权利之间有可能发生保障范围上的重合,也有可能发生保障价值之间的对立。这就是基本权利的竞合和冲突问题。探讨基本权利的相互关系,将最终厘清基本权利的规范内涵,使得基本权利成为一个逻辑严谨、内容和谐的规范体系。

以上是本书的理论构想与研究布局。从以上说明可以看出,就厘清基本权利条款的规范内涵而言,对“基本权利的功能”和“基本权利的关系”两个部分的研究更为直接和关键,故而,本书也主要侧重探讨这两个部分。关于“基本权利的主体”,笔者只在本书的第二

---

<sup>①</sup> 对国家义务进行研究的另一个动机是希望对当前中国知识界争论最为热烈的问题——国家职能问题,给出宪法学上的解答。20世纪90年代中后期至今,中国学术界最大的论战是自由主义与所谓“新左派”的论战,其核心问题之一是国家在社会生活中的角色问题。论战双方对“国家应当做什么,不应当做什么”展开了激烈的争论,而这一争论是根植于我国社会变革中出现的各种现实问题的。学者们在哲学、政治学、社会学、经济学等不同领域对这一问题展开了深入的讨论,但是,这些讨论都只能是在“应然性”层面的。国家应当承担怎样的职能最终只能决定于宪法的规定。所以,有必要从宪法学的角度对这一问题加以研究,确立在宪法之下国家应当履行的义务,以此来解答社会现实所提出的有关国家职能的各种问题。这也是本书的另一个问题关切之所在。

章初步分析了基本权利的义务主体问题,而对于基本权利的权利主体的相关问题(例如,法人、社群、外国人、胎儿等作为基本权利主体的问题,基本权利主体的权利能力、行为能力的问题等)都没有太多涉及。而这项研究的另一个重要部分——“原理”,也就是基本权利条款解释的理论导向,虽然在研究中时时感到这个问题的存在,感觉到社会科学的知识和方法对宪法学影响的存在,却还未形成系统的思考和研究。本书的附录8“政治理论对宪法解释的影响及其限度”,是针对这一部分内容的初步研究成果。

### 第三节 研究方法

#### 一、法教义学方法

本书将以法教义学方法作为基本方法。

法学的基本形态是法教义学,也就是从成文法开始的理解和阐释法律规则的学问。法律文本被看作真理的表达,具有绝对的权威。法教义学运用语法学、修辞学和辩证法的方法对法律文本进行分析和说明,由此建立法律规范的体系。所以,作为法学最初形态的法教义学,主要是对法律这一权威文本的理解和认识的学问。“法教义学”是对德语“juristische Dogmatik”或者“Rechtsdogmatik”的翻译,其他的译法还包括“法释义学”“法解释学”“法律信条学(论)”等。(本书也在不加区分的意义上使用“法教义学”和“法解释学”两个术语)“法教义学”这一中文译名容易被误解为对一种法学流派的指称,但实际上,在德国人的观念中,法教义学乃是法学的本义,或者说“法学=法教义学”,其他如法哲学、法社会学、法史学,只是基于其他学科视野和方法而对法律的观察和研究。在德国的法学文献中,“法教义学”这一术语的用法有多个不同的层次:可以在学科整体意义上使用,如“民法教义学”“刑法教义学”,可以在某个领域层次上使用,如“基本权利教义学”“基本权利保护义务教义学”,也可以在非常具体的层次上使用,如“基本法第2条第1

款的教义学”“平等原则的教义学”，甚至可以称为“某判决的教义学”。围绕整个法律文本或者个别法律条文的解释和适用而形成的规则和理论，就是法教义学。

法教义学，简单而言，就是“对于法律素材的科学体系化的预备”（die gesamte wissenschaftliche Aufbereitung des Rechtsstoffes），<sup>①</sup>或者“对给定的法律素材的体系性建（重）构”[die systematische (Re)konstruktion eines gegebenen Rechtsstoffes]。<sup>②</sup>按照魏德士的概括，法教义学提供对实定法的论证，给出法律问题的解决模式，“包括一切可以在法律中找到的理论规则、基本规则和原则，也包括法学与法律实践为法律增加的理论规则、基本规则和原则”。<sup>③</sup>阿列克西将法教义学概括为三个不同的面向：（1）描述—经验面向（deskriptiv-empirische）；（2）逻辑—分析面向（logisch-analytische）；（3）规范—实践面向（normativ-praktische），分别是指：①对现行有效法律的描述，②对贯穿于现行法律中的概念和体系的研究，③给出解决法律争议问题的建议。<sup>④</sup>法教义学是围绕现行有效法律而进行的概念的、逻辑的和体系化的工作，其最终目标指向法律争议的解决，要为法律争议的处理预先给出方案。通过对实定法的解释，将复杂的规范进行类型化，建构统一的知识体系和思考框架，并设定分析案件的典范论证步骤，教义学为法规范的适用提供统一的、标准的概念和结构，从而为实践问题的解决提供建议。

法教义学的主要工作在于解释和体系化，也就是确定一些具有可操作性的方法，来解释抽象而不确定的法律文本，建构出合理的概念和逻辑体系，使抽象而呆板的法律能够在面对具体细微而不断变迁的社会现实时依然具有可适用性，从而保证法律的可预见性和确定性。应该说，法治主义必然要求法教义学的建立和完善，除非我们放弃法治的信仰，在法教义学上的努力就应该是法学家的核心

① Uwe Volkman, Veränderung der Grundrechtsdogmatik, JZ2005, S. 261 (262).

② Wolfram Cremer, Freiheitsgrundrechte: Funktionen und Strukturen, 2003, S. 17f.

③ 参见[德]魏德士：《法理学》，丁晓春、吴越译，法律出版社2005年版，第137页。

④ Robert Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, 1991, S. 308f.



任务。<sup>①</sup> 宪法教义学的出发点也是法律文本(法典)。宪法学作为法学的组成部分,也应当以宪法文本的理解和阐释为基本内容,以法解释学方法作为宪法学的基本方法。

### (一) 宪法学的自我观察与异观察

但是,我们同时也必须意识到:当代的法学早已超越了法教义学的层面。对于法律这一现象,可以从不同的视角,以不同的方法进行研究,由此形成了法社会学、法史学、法哲学、法伦理学等诸多分支学科,法学的范围在当代被大大扩展了。在这种背景下,传统法学方法在宪法研究中的地位就是一个需要检讨的重要问题。

另外,宪法是“政治法”,宪法学与政治学之间有着非常复杂的联系。宪法上的一切具体制度规定,如权力分立、联邦制、代议制、地方自治、人民代表大会制、选举制度、基本权利等,莫不能从政治原理中找到依据。而一切的宪法现象,也莫不能作政治学上的分析与评价。所以,从政治学的视角研究宪法是非常自然的,宪法学与政治学在某些领域几乎是水乳交融、不分彼此的。

这里一个自然的问题是:究竟什么是宪法学?是否只要是以宪法现象和宪法问题为对象的研究就都是宪法学?我们是否能区分“宪法学”和“对宪法的研究”,以及是否有必要区分?

在笔者看来,这种区分是必要的和可能的。这是因为,宪法学与其他学科对宪法的研究是有着不同的任务的,从而其问题视角也不相同,这些决定了它们在研究的方法上也不尽相同。宪法学是在法体系内的、规范导向的、直接或间接为宪法解释服务的研究,是法律系统的“自我观察”。而其他学科对宪法的研究是法律系统之外的“异观察”,其问题视角和基本任务与核心意义上的宪法学

---

<sup>①</sup> 当然,这种法学的体系化思维在当代必须是建基于深刻的自省基础上的。建立概念法学主张的那种绝对的概念清晰和逻辑严密自足的法律体系是不可能的。但是,诚如舒国滢教授所言,“法学有自己的‘范式’,这些范式就是法律共同体经过多年的法律实践积淀而成并通过职业教育传授的基本法律理论、法律信念、法律方法以及规范标准,等等”。尽管法学不可能实现那种像数学一样精确的“法律公理之梦”,但“在不完全排斥法学接引现代科学的前提下,怀抱一种谦逊的情怀去珍视法学的古老传统”却是必要的。舒国滢:《法学的立场之辨》,载北大法律信息网:[http://article.chinalawinfo.com/article/user/article\\_display.asp?ArticleID=34775](http://article.chinalawinfo.com/article/user/article_display.asp?ArticleID=34775),最后访问日期:2007年6月25日。