



中国法学学术丛书

# 基本权利原理

Principles of Fundamental Rights

郑贤君 著



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA



中国政法大学  
法律硕士专业学位  
法律硕士专业学位  
法律硕士专业学位  
法律硕士专业学位

# 基本权利原理

中国政法大学法律硕士专业学位  
法律硕士专业学位  
法律硕士专业学位  
法律硕士专业学位

张明楷 著

中国政法大学出版社

D921.04  
63



中国法学学术丛书

# 基本权利原理

Principles of Fundamental Rights

郑贤君 著



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

# 图书在版编目(CIP)数据

基本权利原理 / 郑贤君著. —北京:法律出版社,  
2010.4

(中国法学学术丛书)

ISBN 978-7-5118-0667-3

I. ①基… II. ①郑… 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(2010)第 056009 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/易明群

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/学术·对外出版分社

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/吕亚莉

开本/A5

印张/13 字数/300 千

版本/2010 年 4 月第 1 版

印次/2010 年 4 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 978-7-5118-0667-3

定价:33.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

## 出版说明

为繁荣中国法学理论的发展,秉承“为人民传播法律”的出版理念,我社历来重视法学学术图书的出版。特别是改革开放以来,更致力于出版最新的法学理论研究成果。幸赖学界鼎力襄助,三十年来已出版法学学术图书数百种。这些著作包括对法学基础理论的研究、对外国法律的介绍以及对中国法制建设中的问题的探讨。我们确信,只有繁荣法学学术研究,才能更好地建设中国法制现代化。这些著作过去以单行本印行,难见系统。现汇编为丛书,便于学界研究之用。

中国法学学术丛书不仅包括过去已经出版、重新修订的著作,也将更多地纳入最新的研究成果。进入二十一世纪后,对当下中国的法学问题的研究,已经成为学界普遍认同的研究主题。纳入中国法学学术丛书的著作,不仅将具有原创性和较高的理论品质,而且还将具有新颖性,包括新观点、新知识、新方法、新视角和新资料。我们希望这些著作可以繁荣和推动学科的发展,对法律理论和法律实践有所贡献。希望学界给我们批评、建议,帮助我们把这套丛书出好。

法律出版社学术·对外合作出版分社  
2008年4月

## 序 言

宪法学理论体系庞杂繁芜,无论是在实践意义上的重要性方面,还是在理论构成上,基本权利都占一席之地,举足轻重。理论上,对基本权利的尊重、保护与实现构成国家的合目的性与正当性;实践中,许多宪法事例需以基本权利原理辨析以识分定。耶鲁大学法学院教授 Akhil Reed Amar 将《权利法案》誉为“居于我们宪法秩序庙宇之顶——美国的帕特农”。〔1〕此言不虚。假使违宪审查是宪法学理论体系大厦之“基石”,基本权利无疑是其“拱顶”,足见基本权利理论的价值所系。

系统阐述基本权利相关理论与原理,成为深藏心中的一个愿望。

追根溯源,本书实乃脱胎于 2002 年。是

---

〔1〕 The Bill of Rights stands as the high temple of our constitutional order —American's Parthenon. See *The Bill of Right*, Akhil Reed Amar, 1998 by Yale University Press ,p. xi.

年参与编写《比较宪法学》，承担第二编“基本权利比较”部分。一年后，高等教育出版社付梓。又四年，于再版之际对该部分内容与文字俱作修订。匆匆已逾八载，基本权利理论研究状貌今非昔比。相关问题研究已有很大深入，各种资料俯拾皆是；许多有识之士加入研究行列，外文文献移译琳琅满目。一方面基本权利理论成果蔚为可观，另一方面国际与国内基本权利实践因应时代需求，变迁发展，目不暇给。自己也于2006年整理旧作，出版了论文集《基本权利研究》。2009年初夏，法律出版社编辑易明群女士倾力襄助，遂有将积时已久的稿件翻出，再续前文的机缘。

勉力钩沉旧文，吸纳新知，实则惶惶然。经年研读基本权利理论，深知其义理精深，不敢稍有怠慢，更不存任何妄想和宏愿。所以，本书既非是基本权利的体系化思考，也未曾试图架构新概念，唯求将基本权利诸项原理之细微处清晰化。什么是基本权利，以及基本权利通过何种方式对国家发生效力，即为本书的命题。故以下思考，贯穿全书。

一曰总论。各国宪法文本规定了诸项具体基本权利，本书未以此作为研究对象，而是集中阐明基本权利的一般原理。认为基本权利理论可划分为“总论”与“分论”的认识已形成多年。这既是受民刑法等部门法有“民法总论”与“民法各论”、“刑法总论”与“刑法分论”之启迪，也是对基本权利理论长期思考之结果，兼有国外学者对此持相同看法。<sup>〔1〕</sup>故本书对基本权利理论的阐释集中于一般原理，而不涉及具体基本权利条款。是为总论。

一曰资料。基本权利理论与实践发展迅猛。近年来，不仅国际社会在学说与立法双重领域抛弃那种自由权与社会权二分的观点，认为两类权利不可分割，共同服务于人的尊严；《欧盟基本

---

〔1〕德国学者伯阳认为，“《基本权利》课程原则上分为两部分：《基本权利总论》（即基本权利通常怎样对国家发生效力）与《基本权利分论》”。〔德〕伯阳：《德国公法导论》，北京大学出版社2008年版，第2页。

权利宪章》的订定更是将这一认识推向了新的立法高度。奉行谦抑已非司法唯一之选择。各国法院在普遍性观念的前提下,基于各自社会历史与现实开发多种司法方法保护基本权利,其宪法法理异彩纷呈,在很大程度上发展了基本权利理论。另外,欧洲人权法院、南非宪法法院的司法实践惹人注目。这些新观点、立法、判例等资料皆未遗漏,摄于本书视阈之内。

一曰方法。本书守持作为法学的宪法立场,综合文本、学说、判例解析相关原理。除第一章和第二章外,各章内容均以法学方法开展对相关原理的分析。第一章是对“基本权利”概念的溯源与探究,理论性较强,法哲学方法必不可少。第二章交替使用政治学、历史学、社会学等方法,佐以对基本权利发展长河之揽胜。本书还使用比较方法。人权已然是世界通行的话语,基本权利也是各国宪法载明的条款,除少数国家以“爱国主义”为名持自负之态,拒绝援引国际法或他国规范之外,一些国家的法院不同程度地跨越因国界与法系形成的藩篱,借鉴其他国家的宪法立法、学说与裁判,或者作为规范直接援引,或者作为参照,或者作为证立裁判的依据,服务于本国基本权利保护实践。对此趋势不可不视,不可不察。故即使是纯粹学术探讨,在一切场合下,尽可能检视其他国家相关原理与实践,从比较法上窥其义理旨趣之异同。

与《比较宪法学》之“基本权利比较”编相比,此次成书,在原有内容基础上增加了以下篇章:

第一,梳理基本权利的产生与发展历史。与一般探讨基本权利的著作有所不同的是,服务于本书主旨,除了依据历史维度描述人权发生史外,这部分重点集中对形式上宪法文本“基本权利”一词的发展予以探讨,结合基本权利实质内容阐明基本权利体系的变迁,以及各国实施基本权利的机制。我国百年宪政,前期政权更迭,战火频仍,基本权利历史波澜壮阔。故对源自清末《钦定宪法大纲》以来之权利规定,浮光掠影,删繁就简,作了一个素描



式的勾勒。

第二,探讨基本权利的法律与文本地位。基本权利的法律与文本地位均涉及基本权利效力。传统对其法律地位多有述及,对文本地位与法律效力之间的关联则鲜有述及。本部分将二者分别论述,尤其精致化了基本权利在宪法结构文本上的差异与其效力之间的关系,论证基本权利规范宪法文本结构上的不同是其法律效力形式上的载体,俾使人们可因基本权利文本地位而对其法律效力一目了然。

第三,分析基本权利的规范与结构。基本权利规范与结构是两个不同的概念,但都与效力关联密切。前者是对基本权利的语义分析,将相关规范置于语言学的关照之下,借助文字,重返解释学,以语义注释习得规范之意义,是对宪法释义学方法的运用。后者涉及基本权利的规范地位,以及原则与规则法律效力之差异。由于这部分系初次涉足,有些分析浅尝辄止,不尽意之处在所难免。

第四,详解基本权利之冲突与竞合。基本权利冲突与竞合是业已得到公认的两个规范命题,目前国内对相关问题的讨论见解不一,甚至存有否定基本权利冲突的论断。基本权利原理相互钩连渗透,若然只知其一,断难窥其堂奥,得一斑而不能见全豹。无论基本权利冲突还是竞合,二者均与基本权利限制理论相关联,涉及比例原则之禁止侵害过剩。为还原两命题之学理面貌,本书详细剖解基本权利冲突与竞合产生的理论背景,较为深入分析了规范结构本身、权利构成要件,以及案件事实等要素。

第五,系统化国家保护义务理论。国家保护义务系基本权利理论之规范命题,虽其义理曲折,但宪法规范需具体化这一根深蒂固的命题为我国基本权利与德国理论对接,架起了沟通桥梁。在我国这样一个警惕国家不法侵害之现代法治意识缺乏,违宪审查尚付之阙如的国度里,国家保护义务于理论上尤易深入人心,

于实践中便于推行。因此之故,本书较为详尽地阐释了国家保护义务判例法上的缘起,比较法上的差异,对其理论基础、规范依据、法学品质、审查基准、证明方法等,一一清算。这既是在前期思考基础之上的又一次深入,也是试图勾勒与描摹国家保护义务整体样貌的一点努力,还是对学界一些批评与议论的回应与澄清。

在通说基础上,兼顾比较方法,在充分汲取国外相关学说与实践经验的前提下,结合我国宪法文化、法律制度、宪法文本、宪法理论,试图地方化这些理论,形成既带有普遍性,又不乏地域与民族特征的宪法理论,是自己暗藏的一点机心。对此,虽难称殚精竭虑,自谓苦心孤诣。这也是在学习先进国家基本权利原理的基础上,以本土智识,尝试将普遍性理论与我国宪法实证材料相结合,试图证立一般性命题的过程。尝有人将域外宪法文化喻为药草,认为以医生的立场而言,单凡有疗效,径可直取,不可拘泥于他人之物而予拒绝。诚哉斯言!但奉行拿来主义只是一方面,若自家庭院芬芳馥郁,岂不快哉!

近读一篇奇文,题目为 *The Migration of Constitutional Ideas*, 是一篇书评,发表在 *International Journal of Constitutional Law* 2009 年第 1 期上。<sup>〔1〕</sup> 书中要旨是以“移民”替代跨区域之间的法律“借鉴”或“移植”,认为在全球化时代,两语词所携带的内涵俱不足以包容或解释跨法律文化之间的比较宪法现象。假使借鉴与移植暗含了机械照搬,代表了僵化,带有被动色彩,“移民”则是主动寻找、学习、接纳或者融入。这一概念的使用,提供人们审视当下宪法理念之三种景观:一是允许更为灵活的思考;二是正视更大的联系网;三是注意原点与终点之间更复杂的关系。这一“宪

---

〔1〕 该杂志为美国纽约大学法学院资助编辑,英国牛津大学出版社出版,授权仅在中国大陆重印出版并销售。

法移民”(constitutional migration)概念,或可解释全球化时代科技与资讯促成价值追寻的趋同现象。斯为对普遍性宪法理念和比较宪法的一种新阐释,读来颇觉新鲜,且不乏启迪,把玩之余,拿来一饕诸仁。

尚有另一宏论,因与基本权利理论关联甚巨,一并发挥感叹,以为方家思考提供批判之资。时至今日,国内仍有学人执着于“基本权利”与“宪法权利”之分别,甚至粗暴否定“宪法权利”这一概念。深憾之余,不免有些悲哀。原“基本权利”与“宪法权利”,二术语皆不乏坚实的理论与文本基础,且在国外司法实践中早已是不争的事实。遂感学术研究是有风骨在先的。创新固可贵,循古亦必雅。对学术传统的承继与发扬未尝不是一种认识上的清醒与坚定。某种程度上,这种“低调”或“暗调”更需以学术品位纯正作支撑。往往通说历时弥久,经过实践检验,持论沉稳,对现实具有较强的阐释力。至于推翻或者创新某一概念,更需战战兢兢,小心求证。轻言否定,不足取也。

自己未臻此境,但心存向往。对某些有争议或困惑之处,在匆忙下断语之前,不妨遍览前人经典,俟后静心作一番比较甄别。以之为鉴,乞为正途。

2009 年仲夏

7 月 20 日

# 总 目 录

序言 / 1

第一章 基本权利的概念与理论 / 1

第二章 基本权利的历史与发展 / 35

第三章 基本权利的法律与文本地位 / 75

第四章 基本权利规范与结构 / 102

第五章 基本权利的分类 / 131

第六章 基本权利的主体与效力 / 154

第七章 基本权利的限制 / 206

第八章 基本权利的冲突与竞合 / 227

第九章 国家保护义务 / 254

第十章 基本义务体系 / 308

第十一章 基本权利的救济 / 327

第十二章 基本权利的发展趋势 / 352

参考书目 / 389

# 目 录

## 序言 / 1

## 第一章 基本权利的概念与理论 / 1

### 一、基本权利概述 / 2

(一) 基本权利是实定法上的权利 / 5

(二) 基本权利是个人权利 / 6

(三) 基本权利是个人对国家的要求 / 6

(四) 基本权利是个人要求国家作为或不作为  
的权利 / 7

(五) 基本权利依赖司法救济 / 7

### 二、基本权利理论与概念辨析 / 7

(一) 基本权利与人权 / 7

(二) 基本权利与公民权利 / 11

(三) 基本权利与自然权利 / 13

(四) 基本权利与宪法权利 / 17

(五) 基本权利与公法权利 / 20

(六) 基本权利与主观权利 / 25

(七) 基本权利与民权 / 31

## 第二章 基本权利的历史与发展 / 35

### 一、基本权利的古典形态 / 35

- (一) 英国的权利文件 / 36
- (二) 美国宪法与《权利法案》 / 38
- (三) 法国《人权宣言》 / 42
- 二、基本权利的发展 / 47
  - (一) 比利时宪法上的基本权利 / 47
  - (二) 德国宪法上的基本权利 / 48
  - (三) 日本宪法之“基本人权” / 50
  - (四) 发展中国家宪法上的基本权利 / 51
- 三、社会主义宪法上的基本权利 / 53
  - (一) 苏联宪法 / 53
  - (二) 波兰宪法 / 54
  - (三) 东德宪法 / 55
- 四、我国宪法上的公民基本权利 / 55
  - (一) 我国宪法基本权利的历史 / 56
  - (二) 新中国历部宪法之基本权利 / 59
  - (三) 1982 年宪法基本权利之特点 / 62
  - (四) 进一步的问题 / 64
- 五、基本权利的国际化 / 64
  - (一) 国际人权文件 / 65
  - (二) 区域性人权文件 / 70

### 第三章 基本权利的法律与文本地位 / 75

- 一、基本权利的法律地位 / 75
  - (一) 古典身份理论 / 75
  - (二) 权利的基本地位理论 / 76
- 二、基本权利的文本地位 / 77
  - (一) 宪法文本地位的分类 / 78
  - (二) 不成文宪法的基本权利 / 78
  - (三) 作为政治宣示的序言 / 81
  - (四) 作为政策指导的原则 / 83
  - (五) 作为规范的正文 / 85

(六) 作为规范的修正案 / 86

(七) 宪法外权利 / 88

#### 第四章 基本权利规范与结构 / 102

一、基本权利规范 / 102

(一) 语义学上的规范概念 / 102

(二) 规范与效力 / 104

(三) 基本权利规范 / 106

(四) 基本权利规范的种类 / 108

(五) 规范语义的例证 / 118

二、基本权利的规范结构 / 121

(一) 基本权利规范结构的法律意义 / 121

(二) 原则与规则的属性 / 122

(三) 关于原则与规则的争论 / 123

(四) 原则与规则的差异 / 124

(五) 基本权利规范的模式 / 127

#### 第五章 基本权利的分类 / 131

一、自由权与社会权 / 132

二、公民权利、政治权利与社会权利 / 138

(一) 公民权利 / 140

(二) 政治权利 / 140

(三) 社会权利 / 141

三、权利、特权与豁免 / 144

四、三代人权 / 147

(一) 第一代人权 / 147

(二) 第二代人权 / 147

(三) 第三代人权 / 148

五、法律权利、政治权利、社会权利和参与权利 / 149

(一) 法律权利 / 150

(二) 政治权利 / 150

(三) 社会权利 / 150

(四) 参与权利 / 151

## 第六章 基本权利的主体与效力 / 154

一、基本权利的主体 / 154

(一) 公民 / 154

(二) 法人 / 160

(三) 外国人 / 163

二、基本权利的效力 / 166

(一) 对国家的效力 / 167

(二) 对私人的效力 / 176

## 第七章 基本权利的限制 / 206

一、基本权利限制的依据 / 206

(一) 基本权利限制的依据 / 206

(二) 基本权利限制的内涵 / 208

(三) 基本权利限制的立法方式 / 208

二、基本权利限制的目的 / 209

(一) 公共利益 / 210

(二) 公共秩序 / 210

(三) 国家安全 / 210

(四) 紧急状态 / 211

(五) 他人权利和自由 / 211

三、谁有权限制基本权利 / 211

(一) 法律保留原则的概念与意义 / 212

(二) 法律保留原则的发展 / 212

四、基本权利限制的形式 / 214

(一) 宪法限制 / 214

(二) 法律限制 / 214

(三) 行政机关限制 / 215

(四) 特别权力关系与基本权利限制 / 216



## 五、基本权利限制的程度 / 217

## (一) 比例原则的概念 / 217

## (二) 比例原则的渊源 / 218

## (三) 比例原则概念的发展 / 219

## (四) 比例原则的审查 / 220

## 六、基本权利限制的界限 / 221

## (一) 禁止个案法律 / 221

## (二) 要求指明条款 / 222

## (三) 保障根本内容 / 225

## 第八章 基本权利的冲突与竞合 / 227

## 一、基本权利的冲突 / 227

## (一) 基本权利冲突的理论基础 / 228

## (二) 基本权利冲突的实质 / 237

## (三) 基本权利冲突的解决方法 / 240

## 二、基本权利的竞合 / 244

## (一) 基本权利竞合产生的原因 / 245

## (二) 基本权利竞合的种类 / 248

## (三) 基本权利竞合的处理原则 / 250

## (四) 基本权利竞合的解决方法 / 251

## 第九章 国家保护义务 / 254

## 一、国家保护义务的概念与分类 / 254

## (一) 国家保护义务的概念 / 254

## (二) 国家保护义务的分类 / 255

## 二、国家保护义务的缘起与比较法 / 259

## 三、国家保护义务的理论基础 / 262

## 四、基本权利作为客观价值 / 263

## (一) 国家诸机关的义务 / 263

## (二) 程序与组织保障 / 276

## (三) 制度保障 / 276