

2009年中国法学会宪法学研究会年会论文集

宪法研究

Xianfa Yanjiu (第十一卷)

主编 莫纪宏 刘春萍

韩大元

基本权利概念在中国的起源与演变

张千帆

从权利保障视角看族群自治与国家统一

翟国强

新中国宪法权利理论发展评述——以方法论为视角

吕艳辉

福利权与财产自由权的冲突和调适——以正义论为视角

龚向和

国家义务是公民权利的根本保障——国家与公民关系新视角

蒋银华

论国家义务的理论渊源：现代公共性理论

秦前红、涂四益

新的违宪审查机制：实现公民政治权利的前提——伊朗监护委员会制度的启示

马岭

《共同纲领》的纲领性和宪法性

程乃胜

论影响五四宪法公民基本权利规定的因素

李琦

《国家人权行动计划》：法律的，或政治的

中国社会科学出版社 法律法学出版分社

宪法研究

XUFA YANJIU

(第十一卷)

主编 王磊 副主编

王磊

中国社会科学出版社法律法学出版分社

王磊

中国社会科学出版社法律法学出版分社

王磊

中国社会科学出版社法律法学出版分社

王磊

中国社会科学出版社法律法学出版分社

王磊

中国社会科学出版社法律法学出版分社

王磊

中国社会科学出版社法律法学出版分社

王磊

中国社会科学出版社法律法学出版分社

王磊

中国社会科学出版社法律法学出版分社

王磊

中国社会科学出版社法律法学出版分社

王磊

中国社会科学出版社法律法学出版分社

王磊

中国社会科学出版社法律法学出版分社

王磊

中国社会科学出版社法律法学出版分社

王磊

中国社会科学出版社法律法学出版分社

王磊

中国社会科学出版社法律法学出版分社

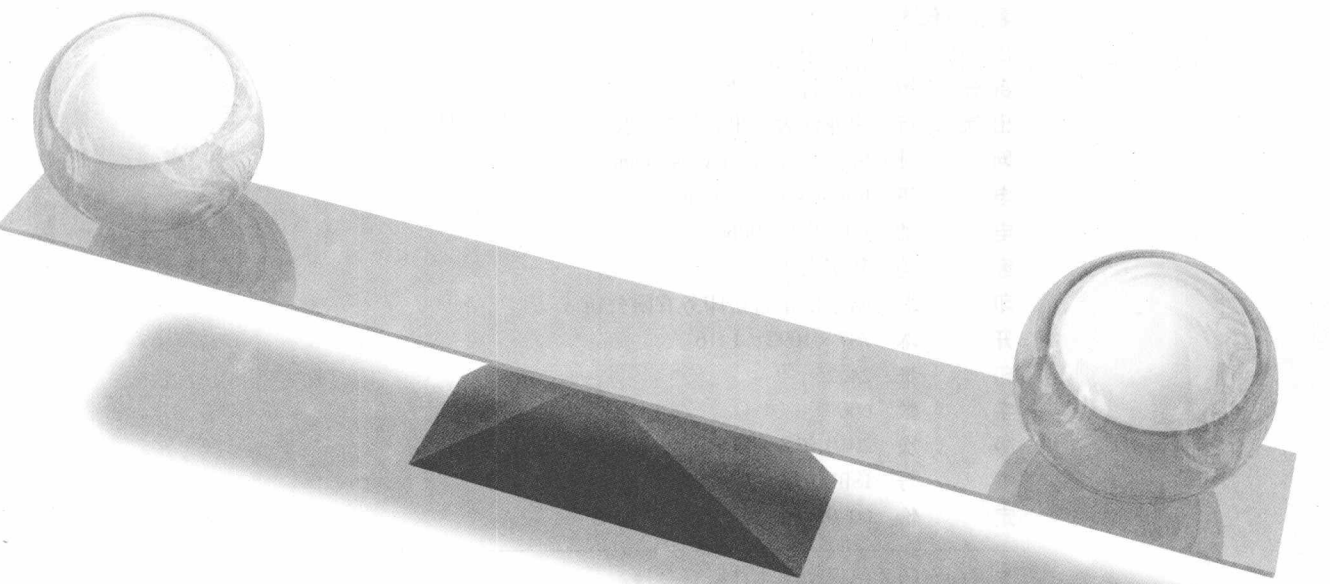
中国社会科学出版社

2009年中国法学会宪法学研究会年会论文集

宪法研究

(第十一卷)

主编 莫纪宏 刘春萍



 黑龙江大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

宪法研究. 第11卷 / 莫纪宏, 刘春萍主编. -- 哈尔滨: 黑龙江大学出版社, 2010.7

ISBN 978-7-81129-288-6

I. ①宪… II. ①莫… ②刘… III. ①宪法-中国-文集 IV. ①D921.04-33

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第105836号

书 名 宪法研究(第十一卷)
著作责任者 莫纪宏 刘春萍
出 版 人 李小娟
责任编辑 孟庆吉 国胜铁
出版发行 黑龙江大学出版社(哈尔滨市学府路74号 150080)
网 址 <http://www.hljupress.com>
电子信箱 hljupress@163.com
电 话 (0451)86608666
经 销 新华书店
印 刷 哈尔滨市石桥印务有限公司
开 本 787×1092 1/16
印 张 24.25
字 数 600千
版 次 2010年8月第1版 2010年8月第1次印刷
书 号 ISBN 978-7-81129-288-6
定 价 60.00元

本书如有印装错误请与本社联系更换。

版权所有 侵权必究

前言：中国法学会宪法学研究会 2009 年 年会及学术研讨会综述

莫纪宏

2009 年 8 月 23 日至 24 日，中国法学会宪法学研究会在黑龙江省哈尔滨市举行了主题为“共和国六十年：公民基本权利保障的变迁”学术研讨会。来自全国各地的近 200 名宪法学者参加了研讨会。研讨会分为大会主题发言和分论坛发言。研讨会共设了四个分论坛，讨论主题分别是：从《共同纲领》到“人权条款”；公民参与政治权利；社会经济权利及其国家责任；自由权的限制及其标准。研讨会收到与会者提交的学术论文近 150 篇。会议期间，与会者听取了大会主题发言，并且积极地参与了四个分论坛的研讨。与会者围绕着大会主题及分论坛的研讨主题，畅所欲言，进行了广泛而深入的学术交流，提出了不少有价值的学术观点，深化了我国宪法学对于公民基本权利的研究视野并巩固了研究成果。

大会首先听取了六位主题发言人所作的报告。著名宪法学家、中国人民大学法学院许崇德教授做了题为“宪法学 60 年发展的经历”的发言。许崇德教授通过回顾新中国 60 年中我国宪法学理论研究的发展经历，得出三点体会：一是宪法学研究者要坚持正确的政治方向；二是立法文本和有关法律是宪法学的基础，宪法学研究和教学要以此为基础和依据，不能随心所欲；三是宪法学的发展不是孤立自在的，而是在同各种各样的错误观点斗争中成长起来的，宪法学研究者要有智慧，分析透彻，认识清楚，从而推动宪法和基本权利学说的健康发展。

大会邀请了日本公法学学会会长、日本明治大学法科大学院高桥和之教授介绍了日本宪法的最新发展动态，并详细地介绍了日本“违宪审查制”的特征和问题。高桥和之教授指出，日本宪法的发展与日本所处的特定的历史背景、社会环境和传统文化分不开。二战后基于占领军制定的 1946 年宪法的规定，日本建立了美国式的由法院对具体案件进行违宪审查的附随型违宪审查制度。但由于日本法官的独立性和保守性，致使日本违宪审查制度在实际运行中呈司法消极主义倾向。法官一般对违宪问题采取回避的态度，迄今为止，最高法院总共才宣布 8 起法律违宪。目前，社会公众和宪法学界对提高违宪审查制度的效率都存有很高的期待。随着社会的发展，尤其是人权保障事业的进步，法院的违宪审查成为公共话题。

全国人大常委会委员、内务司法委员会副主任陈斯喜做了题为“认真对待立法发展、努力形成中国公民权利理论和权利体系”的发言。他指出，随着 2004 年“人权入宪”，我们已经形成了一定程度的具有中国特色的公民权利理论和体系，其特点是：其一，公民权利与义务具有统一性；其二，公民权利优于国家权力；其三，权利是发展的，不是一成不变的；最后，加强了对公民宪法权利的保障。

武汉大学法学院宪法学教授周叶中在大会发言中指出,构建中国特色的社会主义宪法需要考虑三大要素:宪法学、社会主义和中国特色。香港城市大学法学院梁美芬教授还就香港基本法在香港的发展及其取得的成绩做了主题发言。中国政法大学王人博教授也侧重就“公民基本权利和宪法的变迁与国家转型和政治变迁的关系”阐述了自己的系统的学术观点。

除了大会主题发言引起了与会者的广泛兴趣之外,大会的四个分论坛也产生了很多令与会者共鸣的学术观点。

第一分论坛研讨中,与会者提出,人权不是理论,而是行动;没有宪法诉讼制度,就没有人权;生存权在广义上包括生命权;大赦问题与宪法密切相关;要用发展宪法的概念来对基本权利进行分析以及应当更多地关注宪法文本等观点。

第二分论坛研讨中,与会者提出下列学术观点,引起了共鸣:目前,我国宪法体制内利益表达机制的缺损、体制外表达的危害,造成了基本权利行使不到位;混乱的公民参与不是政治权利的内容;网络正在影响人们的政治生活;被选举资格与居民资格正当性的统一才能确立选举权的正当性;主观权利与客观法对选举权的控制很有必要;要制定村民委员会选举法;公民参与预算是公民权利与国家权力互动的过程等。并提出以下热点问题提醒宪法学界深入加以研究:全民公决、网络结社、公共预算、选举制度的有关内容等等。

第三分论坛研讨中,主题发言人和与会者提出了下列问题和观点:部属高校招生人数,应当按所在行政区的人口比例确定;应当通过法院来实现社会经济权利;对平等权的反向歧视要予以关注;基本权利的认定要有规范的基础;地方政府清理群租户的行为侵犯了居民的住宅权;平等权、比例原则与住房关系要认真对待;住房权的保障如果通过诉讼来解决,是公法诉讼还是私法诉讼要给予明确界定;相邻权纠纷与政府管制谁最有效应慎重选择;宪法学已经对中国现实问题开始关注,要区分宪法解释学、立宪学之间的功能;要以宪法学者的姿态来研究宪法问题等。

第四分论坛研讨中,与会者关注的问题主要集中在以下几个方面:以国际公约的视角来看待在紧急状态下限制公民权利的性质;德国公法学上的特别权力关系理论要加以重视;言论自由限制的方式在中国要针对案例展开细致的分析;宪法保障言论自由的形势目前很严峻;对宪法义务的研究和讨论很有必要,公民基本权利与基本义务密不可分等。

总之,此次研讨会上,与会者围绕着大会主题和四个分论坛的主题,从不同角度,对我国宪法所规定的公民基本权利保障制度的变迁作了全面和系统的考察,提出了不少有益的制度改进方面的建议,同时还为宪法学进一步深入研究公民基本权利理论提出了很多具有学术价值的课题。

目 录

基本权利概念在中国的起源与演变	韩大元 (1)
新中国宪法权利理论发展评述	
——以方法论为视角	翟国强 (16)
从权利保障视角看族群自治与国家统一	张千帆 (30)
论基本权利之均等保护	周刚志 (49)
特殊权力关系下的宪法权利	刘志刚 (60)
加入 WTO 与宪法权利实现	沈桥林 (72)
中国特色的人权框架与权利保障体系	
——阅读《国家人权行动计划 (2009—2010 年)》	肖金明 (80)
《国家人权行动计划》: 法律的, 或政治的	李 琦 (91)
我国宪法变迁中的公民权利	王 卫 (101)
紧急状态中的权利克减问题分析	王赟军 (111)
公共利益对基本权利限制的逻辑	
——北京单双号限行反思	温泽彬 (121)
论我国公法救济的体系与完善	杨 寅 (129)
《共同纲领》的纲领性和宪法性	马 岭 (141)
论影响 1954 年宪法公民基本权利规定的因素	程乃胜 (161)
公民参与与政治权利: 公民参与的法序化与政治权利共和	
本质的偕同、分离	李岩松 (172)
参与式预算: 财政民主的“达摩克里斯之剑”?	戴漱涛 (177)
公民结社权在虚拟环境中的运用	姚丽霞 (193)
城市社区公民参与的法治化路径	刘小妹 (204)
被选举权——竞选正当性——竞选权	蒋劲松 (214)
论宪政视野下我国被追诉人基本权利的完善	孙 记 (232)
论公正审判权入宪	何建华 宫建斌 (240)
国家义务是公民权利的根本保障	
——国家与公民关系新视角	龚向和 (251)
论国家义务的理论渊源: 现代公共性理论	蒋银华 (258)
住房权实现中国国家平等对待义务的客观性	
——兼论经济适用房和廉租房政策的合理性	王 蕾 (266)
从“三鹿奶粉”事件看新闻自由的保障	尤晓红 (276)

关于学生言论自由权的限制

- 以美国联邦最高法院 Frederick 案为视角 梁洪霞 (282)

福利权与财产自由权的冲突和调适

- 以正义论为视角 吕艳辉 (288)

从基本权利限制看费的宪法界限 王 锴 (300)

新农村建设中农民环境权问题研究 杨福忠 (309)

司法解释的合宪性

- 对“两高”法发〔2009〕13号文件的宪法质疑 刘淑君 (321)

违宪审查：一根救命的稻草？ 姜 峰 (328)

寻找建构中国违宪审查制度的新钥匙

- 伊朗监护委员会制度的启示 秦前红 涂四益 (340)

韩国宪法裁判所审判权理论与实践解读 李宝奇 崔京美 (354)

俄罗斯公民宪法权利的文本演变

- 对1906年根本法、1918年苏俄宪法和1993年

- 联邦宪法的考察 杨昌宇 (362)

后记 (372)

附录：中国法学会宪法学研究会2009年年会论文目录 (374)

基本权利概念在中国的起源与演变

韩大元^①

【内容摘要】作为宪法学基本范畴之一的基本权利概念反映了一个国家宪法发展的历史与文化传统。自清末立宪开始,蕴涵西方宪法文化的基本权利概念、理念与原理通过各种不同的形式移植到中国本土社会,为中国社会背景下形成基本权利概念提供了学术资源。基本权利概念的变迁是宪法学历史的一个缩影,体现浓厚的本土宪法文化特色。本文以历史文献分析为基础,探讨了在中国宪法学视野下基本权利概念形成与发展的进程,为我们思考“宪法学的中国化”提供宪法学说史方面的素材与经验。

【关键词】宪法学 宪法文化 基本权利

一、问题的提出

在经济全球化背景下,当代中国宪法学发展正面临着新的挑战与机遇。具有100年历史的中国宪法学需要在学术反思中寻求“宪法学中国化”的理念与途径。从宪法学所承载的学术思想与基本命题看,当代中国宪法学并没有跨越100年来宪法学历史传统所积累的基本知识背景与学术命题,在一些基本的学术命题上仍在继承着传统宪法学的学术遗产与成果,延续着宪法学学术思想的脉络。宪法学是人类共同追求正义与幸福的知识体系,也是人类学术智慧的结晶,反映了通过宪法治理国家的共同经验。在不同的国家和历史发展阶段,宪法的历史必须接受价值与事实的严格检验,但宪法学相对来说具有一种公共性价值,它为学术思想的发展与传承留下了广阔的空间。尊重学术历史与维护学术共同体价值是中国宪法学发展的社会基础与动力。

从比较宪法学的角度看,基本权利的历史和学术遗产集中体现一个国家宪法的传统与学术品格,反映了探求宪法价值的共同经验和文化特性。本文通过对文献的梳理和分析,探讨中国宪法文化背景下,基本权利概念形成与发展的过程,力图揭示中国宪法学本身的历史与价值基础,为我们客观地思考未来中国宪法学的发展提供必要的历史文献基础。

二、基本权利概念的形成

我国的宪法学界普遍接受一个命题,即基本权利是宪法学的基本范畴之一^②,但学术

^① 中国法学会宪法学研究会会长,中国人民大学法学院院长,中国人民大学宪政与行政法治研究中心主任,教授,博士研究生导师。

^② 当然,在学术界有几种不同的表述,如宪法权利、基本权、基本权利、基本的权利、基本人权等。考虑到中国宪法文本的规定、学术传统和学术界约定俗成的提法,本文统一用基本权利来表述国家与公民关系。

上还没有系统地解释基本权利概念与宪法文化之间的关系,还没有对基本权利的文化基础进行系统研究。从学说史的角度看,我们需要回答“基本权利在中国是如何形成的?”这一严肃的学术命题。笔者认为,基本权利范畴是对特定时代宪法存在价值与事实的高度概括,反映了宪法学的基本功能与学术趋向。基本权利范畴的研究首先要从历史和文化角度进行,需要从历史事实中挖掘基本权利的学术遗产与传统。

(一) 基本权利概念在外国的产生

由于各国宪法发展的历史具有不同的背景,宪法文化呈现出多样性,具体表达基本权利内涵的语言也是不尽相同的。比如,具有悠久人权发展历史的西方国家之间也采用不同的表述。基本权利在英文的表述是“Fundamental rights”,《牛津法律大词典》对基本权利的解释是:“一个不精确的术语,一般用来表示国民基本自由或为政治理论家,尤其是美国和政治理论家们所主张的自然权利”。^①德国宪法学区分了人权与基本权,认为“基本权”概念反映了宪法上的权利。在美国,一般采用“基本的人权”(fundamental human rights)的表述,同时也有学者采用“宪法上的权利”。在日本,在移植西方立宪主义的过程中,不同的学者采用了不同的表述,如人权、基本权、基本人权、宪法上权利等。有学者认为,“一般而言,在人权一词前面加上一个形容词‘基本’称为‘基本人权’者,其意义大致上与人权相同。在这里所谓的‘基本’,并未代表太多的意义,人权即等于基本人权”^②。在韩国,伴随着西方人权思想的发展,从国家独立与富强的理念出发,在不同的历史发展时期形成了“人权”、“基本权”、“宪法上保障的权利”等不同的概念。这里重点介绍基本权利概念在法国形成的过程。^③

“基本权利”(les droits fondamentaux)^④是当代法国宪法理论中的一个基本范畴,但它并没有出现在宪法典之中。对于法国宪法而言,基本权利并不是一个原生性的概念,而是通过翻译、比较和借鉴外国法(主要是德国基本法)的结果。从19世纪末开始,“基本权利”这一术语开始被法国的法学家们使用,但仅限于国际法领域内。其中最早的恐怕要数皮莱(Antoine Pillet, 1857—1926)教授,他在1899年出版的《国家在国际关系秩序和国际冲突解决中的基本权利之研究》^⑤中研究了国家在国际法上的基本权利。一开始法国的基本权利概念是与国家联系在一起的,这是与将国家视为公法人的观念相关联的,它是西方法律传统中一个独特的现象。到了20世纪中期,“基本权利”一语开始出现在宪法学理论中,但主要是翻译和介绍外国宪法知识的结果。其中最早的是1947年出版的《苏联

① [英]戴维·M.沃克:《牛津法律词典》,光明日报社,1989年版,第364页。

② [日]中村睦男:《关于人权概念》,载《法学教室》,有斐阁,1997年版,第206号。

③ 感谢中国人民大学法学院博士后王建学博士为作者翻译并整理法国基本权利方面的相关资料。

④ 在法国宪法的概念体系中,“基本权利”(les droits fondamentaux)和“基本自由与权利”(les libertés et droits fondamentaux)是同义语。Cf. Louis Favoreu, Patrick Gaïa, Richard Ghevontian, Annabelle Pena-Soler, Otto Pfersmann, Joseph Pini, André Roux, Guy Scoffoni et Jérôme Tremeau, *Droit des libertés fondamentales*, Paris: Dalloz, 2007. p. 73.

⑤ Antoine Pillet, *Recherches sur les droits fondamentaux des États dans l'ordre des rapports internationaux et sur la solution des conflits qu'ils font naître*, Paris: A. Pedone, 1899.

公民的基本权利》(Les Droits fondamentaux du citoyen en U. R. S. S.)^①一书,该书的作者是苏联法学家 K. Sevrikov 教授,书中的法语“droits fondamentaux”翻译自俄语中的同一概念。到了 20 世纪 60 年代,卡图(Charles Cadoux)教授在《印度宪法中个人的基本权利及司法解释》^②中介绍了印度宪法中的基本权利及其在裁判中的解释,其中将印度宪法中的“基本权利”译作法语中的“droits fondamentaux”。

尽管上述两篇译介苏联和印度宪法中的基本权利的著作都在法国宪法领域较早使用了“droits fondamentaux”,但并没有产生较大的学术影响。到了 1975 年,巴黎第一大学的米歇尔·弗浩蒙教授在《德意志联邦共和国法秩序中的基本权利》一文中,对德国基本法中的基本权利的概念及其保障进行了研究,其中将德语中的“Grundrecht”直译为法语中的“droits fondamentaux”。也许是由于弗浩蒙教授个人的学术影响,“基本权利”的概念开始出现在越来越多的法国宪法学论著中,相关的研究也开始在法国宪法理论中活跃起来。由于弗浩蒙教授的论文所产生的学术影响,法沃赫(Louis Favoreu)教授主编的《基本自由法》将弗浩蒙教授的论文看作是“首次在法国提出了基本权利的概念”^③。

在弗浩蒙教授的论文之后,出现了不少研究基本权利的作品,其中也不乏优秀的博士学位论文。在 1981 年,以法沃赫教授为代表的艾克斯学派组织了一次关于欧洲的基本权利保障的国际研讨会,并出版了论文集《通过宪法裁判保障基本权利:联邦德国、奥地利、法国和意大利》^④。这次研讨会在法国宪法学界产生了巨大的影响,推动了基本权利理论在法国的发展。到了 20 世纪 80 和 90 年代,基本权利已经是法国宪法理论中一个通用的概念。在教材中出现基本权利概念始于 1999 年佐勒教授的《宪法学》的出版。此外,法沃赫教授主编的《宪法学》^⑤也专门介绍基本权利的内容,并且旗帜鲜明地从法学的规范意义上展开讨论,严格区分法学意义上的基本权利与道德和政治意义上所使用的人权概念。到了 2000 年,法沃赫教授则与几位宪法学者合作编写了一本《基本自由法》^⑥,既是一本教材,也是一部体现法国基本权利研究最高水平的力著。

各国基本权利概念发展的历史表明,基本权利的不同表述与内涵的变化实际上反映了

① K. Sevrikov, Les Droits fondamentaux du citoyen en U. R. S. S., traduit par Serge Petrov, Paris: Ed. Sociales, 1947.

② Charles Cadoux, Les Droits fondamentaux de l'individu dans la constitution indienne et l'interprétation judiciaire, Paris: Libr. générale de droit et de jurisprudence, 1960.

③ Louis Favoreu, Patrick Gaïa, Richard Ghevontian, Annabelle Pena - Soler, Otto Pfersmann, Joseph Pini, André Roux, Guy Scoffoni et Jérôme Tremeau, Droit des libertés fondamentales, Paris: Dalloz, 2007. p. 70.

④ Louis Favoreu et co., La Protection des droits fondamentaux par les juridictions constitutionnelles en Europe: Allemagne fédérale, Autriche, France, Italie, Paris: Librairies techniques, 1981.

⑤ Louis Favoreu, Patrick Gaïa, Richard Ghevontian, Jean - Louis Mestre, Otto Pfersmann, André Roux et Guy Scoffoni, Droit Constitutionnel, Paris: Dalloz, 1998; 1999; 2000; 2001; 2002; 2003; 2004; 2005; 2006; 2007; 2008.

⑥ 该书初版是在 2000 年,目前最新的版本是 2007 年的第 4 次修订版。

各国的历史与文化传统。^①

(二) 基本权利概念在中国的产生

1. 学术文献中的表述

为了便于说明基本权利概念的产生过程,首先需要说明权利概念在中国文化语境下的起源与演变。对此,部分学者已经进行了有价值的研究。^② 根据学者们的研究成果,在中国,包括权利、自由在内的一些术语与西方宪政文化背景下形成的概念之间存在着差异性,不仅概念表述有区别,在价值内涵上也表现出多样性。在立宪主义与民主主义价值的紧张关系中,中国的基本权利概念选择不同于西方宪政的道路。如“权利”一词在古文中主要指权势和利益,当做动词用时,是指权衡利害,与西方 right 具有正确、理应等价值判断大不相同。故 20 世纪初熟悉西方思想的严复就不同意用“权利”译 rights,而主张用具有道德含义的“民直”和“天直”来表示。这表明 rights 传入中国和 democracy 传入中国类似,都是用一个中文里原有但意义和西方观念极不同的词来表达现代西方新观念的。^③

早在 1830 年传教士编的《东西洋考每月统记传》中,传教士用一个词组“人人自主之理”来表达 rights,但该用法在相当长期限内没有被中国士大夫们所接受。到了 1864 年出版的《万国公法》一书中,出现了“权”、“权利”、“人民之权利”、“人之权利”、“私权”、“人民之私权”、“自然之权”等不同的词汇。其中,对“权利”的解释是:“凡一国,自主自立者,皆有权,准外人入籍,并可以土著之权利授之”。^④ 对人民之权利的解释是:“各国在己之疆内,按律行事,在疆外各处,其事亦为坚固,唯不得与各国人民之权利,有所妨碍,此各国之友谊也”(卷二,22:B)。一般认为,从此,“权利”一词才和西方 rights 观念明确对应起来。^⑤ 当然,《万国公法》中“权利”一词的意义主要指国家的合法权力和利益,力求与国家的关联性中挖掘基本权利的价值内涵,并没有直接地与个人自主性、自由价值联系起来,体现了基本权利的“国家观念”或国家主义的立场。

根据目前的文献记载,权利观念从一开始传入中国时就已经偏离 right 的主要意义,是用中国传统“权利”观对西方现代观念进行“格义”的结果。^⑥ 据统计,从 1900 年到

① 西方学者对基本权起源问题的研究,主要基于对基本权形成历史与法文化的传承经验,均是以希腊与罗马时期为研究之出发点。陈恣阳:《基本权核心理论之实证化及其难题》,翰如图书出版有限公司,2002 年版,第 13 页。

② 如王人博:《宪政文化与近代中国》,法律出版社,1997 年版;夏勇:《中国民权哲学》,三联书店,2005 年版等。

③ 金观涛、刘青峰:《中国近现代观念起源研究和数据库方法》,载《史学月刊》,2005 年 2 期,总 295 期。这种情况也出现在日本移植西方立宪主义理论的过程。如“权利”一词还不能表达拉丁语 ius、英语 right、德语 recht、法语 droit 中包含的“正”和“直”的基本内涵。对荷兰语 regt 的翻译过程进行详细探讨的熊谷开作认为,日本翻译“权利”一词时,遗漏了“诚实”、“正直”、“裁判所”等基本概念。见青木人志:《西洋法与日本人》,日本光文社,2005 年版,第 117 页。

④ 王健:《“沟通两个世界的法律意义”——晚清西方法的输入与法律新词初探》,中国政法大学出版社,2001 年版,第 164 页。

⑤ 金观涛、刘青峰:《中国近现代观念起源研究和数据库方法》,载《史学月刊》,2005 年 2 期,总 295 期。

⑥ 金观涛、刘青峰:《中国近现代观念起源研究和数据库方法》,载《史学月刊》,2005 年 2 期,总 295 期。

1915年,自主性的理念适用范围从国家(群体)拓展到个人,权利的意义比较接近西方文化中的原有含义。^①于是,到1919年后权利出现了某些“技术化”的趋势。权利内涵的演变,从一个侧面说明中国宪法学语境下的“基本权利”观念的起源与演变有着不同于西方的社会背景。因此,语义演变分析既需要考察词义学上的变化,同时也要考察语义背后价值内涵的变迁过程。

在中国宪法学历史上,何时出现“基本权利”一词是需要考证的学术命题。^②有台湾学者认为,“基本权利历史悠久,但却无法确定基本权利起源何时,也无法确定哪一个基本权利为最先产生的基本权利”。^③据作者的初步考察,早在清末新政时,端方等人考察西方国家宪政后出版的《欧美政治要义》和《列国政要》(1907年)中,对各国宪法中的权利与自由的内容进行了“中国式”的解读。如端方介绍欧美政治中“义务”与“权利”这对概念时,谈到“凡所享人权及公民权不因信仰他教而至被侵夺,其所负公民及国家之义务亦不因信仰他教而得弛负担”。^④在谈到西方的通信自由时,他还提到:“吾国人而欲享宪法之权利乎?”^⑤这时已出现“人权”、“公民权”、“宪法之权利”等词汇,虽存在内涵与价值的不确定性,但词义上具有与“基本权”相接近的某些因素。

到了20世纪初,一些社会新闻和政论文章中出现了“基本权利”等概念。如1915年周作人在《新村的精神》中写了一句话:“人人有生存的权利,所以应该无代价的取得衣食住。但现实生活中,人的基本权利完全可能由于出身、经济状况等条件的制约而达不到。如果把权利等同于道德,对于贫穷的人来说,个人权利毫无意义,即权利是不可欲的”。^⑥《晨报》副刊1919年劳动节专号发表过“渊泉”的《人类三大基本的权利》一文,文章提出人类三大基本的权利是“劳工的生存权、劳工的劳动权和劳工的劳动全收权”;该文还提出“要保障人类三大基本的权利,非使我们的劳动者在政治上、社会上、经济上占得中心的地位。”^⑦1922年8月13日,罗敦伟撰写的《湖南省宪法批评》一文提到了“经济的基本权”概念。该文批评湖南省宪法没有“经济的基本权,实在是一个大

① 《“近代中国权利观念的意义演变”——晚清到〈新青年〉》,载台湾“中央研究院”《近代史研究所集刊》第32期,1999年12月。

② 分析“基本权利”一词有两种基本方法:一是从形式意义上分析基本权利演变的过程;二是从实质意义上进行分析,即使没有出现“基本权利”的表述,但实质内容具有基本权利的性质。因文献的限制,本文采用以形式意义的分析为主、实质意义的分析为补充的分析方法,旨在梳理基本权利发展的历史过程。

③ 法治滨、董保成:《宪法新论》,三民书局,2003年版,第94页。要解释基本权利具体产生过程是一件学术难题,涉及到不同的学术领域,需要系统地梳理各种文献知识,但为了分析基本权利与文化的关系,起源问题的研究又是不可回避的。

④ 张海林:《端方与清末新政》,南京大学出版社,2007年版,第164页。

⑤ 张海林:《端方与清末新政》,南京大学出版社,2007年版,第170页。1946年吴拨征在“论宪法的目的与功用”一文中论证公私法区别没有意义时特别提出:在自由主义国家所认为民法上的权利,在共产主义或社会主义国家却以之为“宪法上的权利”。见何勤华、李秀清:《民国法学论文精萃》,法律出版社,2002年版,第59页。

⑥ 转引自金观涛、刘青峰:《中国近现代观念起源研究和数据库方法》,载《史学月刊》,2005年2期,总295期。

⑦ 转引自庄福龄:《中国马克思主义哲学传播史》,中国人民大学出版社,1988年版,第69页。

缺点”。他指出所谓“经济的基本权”，包括全劳动收益权、生存权和劳动权。^①

在整个二三十年代，国家权力受基本权利约束的理念初步形成，个人基本权利的价值受到学术界的重视。其原因主要在于：一方面，基本权利的形成过程中外国法产生了重要影响；另一方面，从中国传统的权利思想中逐渐培育出“民权人权高于国权、政权的现代人权观念”^②。以这种基本权利思想的发展为背景，学术界开始改变不重视基本权利与国家权力关系的状况，以比较理性的态度探讨基本权利理论。

据考察，在宪法学著作中较早使用“基本权利”一词的是张卓立，他在翻译《德国新宪法论》（1926年商务印书馆出版）一书时，提到“德人的基本权利与义务”^③。1927年，王世杰、钱端升在《比较宪法》一书中对基本权利概念进行了较系统的分析。该书第二编的标题是“个人的基本权利及义务”，将国家机关及其职权的内容安排在“个人基本权利和公民团体”的编章之后。在书中，作者认为，“在现代国家的宪法中，规定个人基本权利义务的条文，大都成一重要部分。‘基本权利’及基本义务尚非一般宪法所习用的名词。我们称用‘基本’二字，无非要表示这些权利，是各国制宪者所以为个人必不可少的权利。”书中作者认为，“何种权利应认为是个人的基本权利，这自然随着时代的思潮与各国制宪者的见解而异”^④。以这种基本权利的理念为基础，作者把基本权利分为消极的基本权利、积极的基本权利和参政权。这是中国宪法学者对基本权利的内涵所进行的比较系统的理论阐述，对后来基本权利理论的发展产生了重要学术影响。虽然，上述的学术命题仍存在一些不确定的内容，但其分析中蕴涵着国家与个人之间的关系，认为基本权利是“制宪者所以为个人必不可少的权利”，反映了基本权利所具有的一些特征。

朱群宗于1929年4月15日在《社会科学论丛》第1卷发表了一篇论文，题目是《基本权的法律观》。^⑤张知本于1933年出版的《宪法论》中概括了当时比较有代表性的宪法学基本范畴。该书的基本范畴主要有：宪法与国家；权利与义务；国家机关组织与职权；地方制度等。其中，人民的权利与义务是构成本书基本理论框架的基本要素，可称之为核心概念。1935年尹斯如编著的《宪法学大纲》也把人民的权利义务作为宪法学上的基本概念来把握。朱采真的《宪法新论》（1929年）第二编是民权论，详细讨论了“宪法上的基本权利”问题等。1933年吴经熊在《宪法中人民之权利及义务》一文中，重点说明了人民作为权利和义务主体在宪法体系中的地位与作用，强调权利作为历史的产物，具有的社会性和时代性，并认为“权利的社会性和时代性是权利来源”。但论文中并没有涉及权利的“基本性质”，也没有具体区分人民和公民之间的异同。同年，章友江出版的《比较宪法》第二编是“人民基本权利和义务”。^⑥1944年伍启元的《宪政与经济》中分别谈到了“人民之基本权利”。1933年，在评论张君勱先生提出的“人民基本权利三项之保障之

① 罗敦伟：《湖南省宪法批评》，载《东方杂志》，第19卷第22号（宪法研究号），1922年11月25日。

② 杜钢建、范忠信：《基本权利理论与学术批判态度》，载王世杰、钱端升：《比较宪法》，中国政法大学出版社，1997年版，第5页。

③ 《民国时期的总数目》（法律），北京图书馆，1985年，第66页。

④ 王世杰、钱端升：《比较宪法》，中国政法大学出版社，1990年版，第61页。

⑤ 何勤华、李秀清：《民国法学论文精萃》，法律出版社，2002年版，附录。

⑥ 何勤华、李秀清：《民国法学论文精萃》，法律出版社，2002年版，第629页。

建议”一案时,张友渔提出“人民基本民主权利的保障”的概念,积极评价“人民基本权利”的意义。“人民基本权利”包括人身自由、结社集会自由、言论出版自由。他认为,这三项人民基本权利,虽然并不包括全部民主权利,却已经涉及了重要的三项,并提出“一个国家是否民主,必须以此三项为重要的标帜”^①。

可以说,到了20世纪30年代后,学术界开始区分人权、权利与基本权利,并试图解释基本权利所体现的要素。如对人权概念,丘汉平认为,所谓人权,就是与生俱来的自然权利,换言之,没有这种权利,人是不能生存的。^②他认为,《大宪章》一方面是规定几种基本权利,一方面却是人民与英王订立的契约。^③在说明人权与权利关系时,他说:宪法中的人权是列举的。就是说人民之权利,宪法明白承认之。这种意思,无异是说人民的权利是宪法所给予的。没有宪法就没有人权,要有人权就要有宪法。这是很不通的,很矛盾的。因为人之生存权利是先宪法而存在的,既然承认人权是与生俱来的,那么宪法的规定是不必的。^④这种认识基于他对宪法功能的基本认识,即“制宪的目的在于限制统治者的权力以达到人权的保障”。在分析保障人权的方式时,他认为:就是把人民认为应享的基本权利,先去迫令统治阶级的承认,后来便一一规定在宪法中。倘若有任何人违背宪法的规定,就依照宪法的规定制裁。而在张君勱先生的论文中人权与基本权利或权利并没有严格的区分,他对人权的解释基本上接近于基本权利的部分价值内涵,如在《人权为宪政基本》一文中认为,国家对于人民,无论权力怎么强大,总要划定一个范围,说这是你的命,这是你的财产,这是你的思想和你的行动范围。在这范围内,便是各个人民天生的与不能移让的权利。在这个范围内,国家是不能随便干涉强制的。在这个范围内,各个人享有的权利,便叫人权。^⑤他在引用Wattel的一句话时说:“所以这叫人权或人民之基本权利”。^⑥

2. 宪法草案与文本中基本权利的表述

学理上的基本权利与宪法草案中的具体表述是有所不同的。有学者对《钦定宪法大纲》以来的各种宪法性文件中出现的权利条款进行了分析,认为“我国历部宪法条文中国家权力配置始终占较大比重,而对基本人权的規定仅占很小的比例……”^⑦。但从《钦定宪法大纲》中列举的“臣民权利”内容看,实际上包含着一定程度的“基本权利”的内容。大纲的附录部分名字就为“臣民权利义务”,共有九条,其中前六条是关于基本权利方面的,后三条是关于基本义务方面的。从基本权利的范围上看,《钦定宪法大纲》规定

① 张友渔:《宪政论丛》(上册),群众出版社,1988年版,第150页。

② 丘汉平:《宪法上关于人民之权利规定之商榷》,载《丘汉平法学文集》,中国政法大学出版社,2004年版,第311页。

③ 丘汉平:《宪法上关于人民之权利规定之商榷》,载《丘汉平法学文集》,中国政法大学出版社,2004年版,第311页。

④ 丘汉平:《宪法上关于人民之权利规定之商榷》,载《丘汉平法学文集》,中国政法大学出版社,2004年版,第312页。

⑤ 张君勱:《宪政之道》,清华大学出版社,2006年版,第156~157页。

⑥ 张君勱:《宪政之道》,清华大学出版社,2006年版,第157页。

⑦ 侯宇:《权利的困惑与无奈》,载《社会转型时期宪政建设问题国际研讨会论文集》,郑州大学宪法与行政法研究中心编,2007年5月21日-22日。

的范围还是比较狭窄的,仅仅涉及了人身自由、言论、出版、集会、结社等少数几项,其他的大部分基本权利都没有涉及。因而,单从大纲文本的内容来看,很难说当时的民权保障是充分的。不过,需要注意的是,《钦定宪法大纲》仅仅是一个“大纲”,即是一个宪法性的纲领,而不是正式的宪法文本。在奕劻、溥伦上奏的奏折中,也明确申明:“宪法大纲,其细目当于宪法起草时酌定。”评价宪法和评价宪法大纲的标准应该是不一样的,所以不应该以《钦定宪法大纲》中的保障民权措施缺乏有效性、广泛性为理由否定其对民权保障方面实际产生的一定的积极意义。如第2条规定:“臣民于法律范围以内,所有言论、著作、出版及集会、结社等事,均准其自由。”第3条规定:“臣民非按照法律所定,不加以逮捕、监禁、处罚。”第6条规定:“臣民之财产及居住,无故不加侵扰。”第7条规定:“臣民现完之赋税,非经新定法律更改,悉仍照旧输纳”等等。这些规定,在一定意义上带有近代立宪主义的某些气息。尽管其当时的称谓是“臣民”而不是“公民”,尽管其规定的基本权利的内容还是比较空泛,范围也比较狭窄,而且还是规定在“附录”中,但从历史的观点看,这些内容都是对公民基本权利的某种“确认”,使基本权利获得一定程度上的保障。

1923年1月11日,在宪法起草委员会第54次会议讨论“生计章”草案时,宪法会议成员林长民即提到了“基本权”和“基本权利”的概念。他指出,国家必须设法限制个人的财产权和经济自由权,他认为“盖能破坏人生来基本权者,一为财产,一为营业,一为私人自由买卖交易。如对此等不加以注意,势必造成资本阶级,足以破坏人生基本权利”。^①1923年4月17日,宪法起草委员会通过“生计章”草案,在草案说明书中,林长民再一次提到了“基本权利”的概念,并提出生存权是“人生基本权利”。^②这或许是我国第一次提及“基本权利”概念的官方文书。

在20世纪30年代后出现的一些民间宪法草案中也出现不同形式和意义上的“基本权利”的表述,如薛晖津所拟的《中华民国宪法草案》第一编的名称是“中华民国人民之基本权利与经济权利”,在第三章“人民之基本权利”中具体规定了个人权利、家庭、集会结社、公权与公职、宗教、教育、幼权等。王宠惠的《中华民国宪法草案》第二章是国民,在列举国民行使的基本权利后,他特别提到了“规定”这些内容的意义,认为“本条将国民最重要及最易受行政侵犯,或为立法机关摇动之自由,载诸宪法,以为民权之保障,此为成文宪法之通例”。^③

在20世纪30年代革命根据地的宪法性文件中,值得关注的-一个事实是,在1946年10月制定的《中华民国陕甘宁边区宪法草案》(第六稿)第16条中规定:“本宪法的列举及未列举之人民自由权利,均受宪法之保障,不得以法律或命令侵犯之”。这也许是中国宪法性文件中规定“未列举权利”保护问题的最早表述。^④

(三) 基本权利概念形成过程中的外国法影响

从历史发展的脉络看,1949年以前基本权利概念的内涵是不确定的,与同一时期的外

① 参见“宪法起草委员会第54次会议录”,第14页。

② 林长民:《增加生计章之理由》,见国宪起草委员会事务处:《草宪便览》,1925年8月,第108页。

③ 夏新华等整理:《近代中国宪政历程:史料荟萃》,中国政法大学出版社,2004年版,第290页。

④ 《谢觉哉日记》,人民出版社,1981年版,第1001页。

国宪法学中的基本权利概念相比,缺乏文化的主体性与价值内涵的完整性。在基本权利形成过程中,中国的社会结构和文化背景为基本权利的“中国化”提供了必要的资源,但外国基本权利理论所起的知识铺垫作用是不可忽视的。

中国宪法学的历史起点是19世纪末20世纪初^①,旧中国宪法学经历了宪法学的“输入”与文化冲突期(1902—1911)、宪法学的形成期(1911—1930)、宪法学的成长期(1930—1949)三个不同的阶段。在不同的历史发展时期,宪法学体系中的基本权利在中西文化的冲突与融合中选择了“中国化”的途径。外国宪法的理论提供了一定的价值上的参照,但并没有起到建构价值内涵的作用。对中国基本权利形成过程产生重要影响的国家主要有德国、日本、法国、美国等,其中产生直接影响的国家是日本。其表现是:在清末立宪时,日本宪政体制是清末立宪的主要参照系,明治宪法所体现的宪法理念成为《钦定宪法大纲》的基础;当时主张立宪的政治家和学者中多数人直接接受了日本宪法思想的影响,如康有为、梁启超等人在日本系统地研究和介绍了宪法理论,而西方宪法理论又是通过日本传播的;早期中国宪法学形成过程中的宪法学著作大部分是日本的宪法学著作,如井山毅的《各国国民公私权者》(1902年)、高田早苗的《宪法讲义》(1902年)、菊池学而的《宪政论》(1903年)、小野幸的《国宪法论》(1903年)、穗积八束的《宪法大意》(1903年)、田中次郎的《日本宪法全书》(1905年)、伊藤博文的《日本宪法要义》(1905年)等;明治宪法制定的主要参与者与国体宪法学学者的宪法思想对早期中国宪法理论产生了重要影响。20世纪20~30年代日本宪法学的主流是“国体宪法学”,模仿德国公法理论,强调国家利益与天皇的地位,在“富国强兵”理念的指导下,建立宪法体制。

据有学者考察,1895年出版的黄遵宪的《日本国志》“为近代中国输入了全新的宪政理论思想,同时也为清末的宪政改革提供了重要的借鉴”^②。他作为清政府首任驻日参赞,对日本实施明治维新后的社会变化与宪政实践进行了考察,提出了较完整的宪政理论体系。比如,通过考察自由民权运动,提出“民权”思想,认为民之权利来源有二:一曰天赋人权;二曰社会契约。其中谈到:论义理,则谓人受天地之命以生,各有自由,自主之道;论权利,则谓君民父子男女各同其权。^③同时,他系统地提出民权的基本范畴^④,认为自由权、平等权、参政权与结社权是民权的基本内容。从光绪皇帝最后阅读的书目中也可以看出日本宪法的影响。据统计,1908年1月29日内务部向光绪皇帝呈送的40余种书籍中,就有《日本宪法说明书》、《日本宪政略论》、《比较国法学》、《宪法论》、《宪法研

① 韩大元:《中国宪法学:20世纪的回顾与21世纪展望》,载张庆福主编:《宪政论丛》(第一卷),法律出版社,1998年版,第67页。

② 张锐智:黄遵宪:《〈日本国志〉中的宪政思想及其影响》,载《法制与社会发展》,2006年第2期。

③ 张锐智:黄遵宪:《〈日本国志〉中的宪政思想及其影响》,载《法制与社会发展》,2006年第2期。

④ 民权在中西方具有不同的文化内涵与传统。有学者认为,民权在西方,非指个体意义上的权利,仅为促成国家法律对群体利益的关注与认同,特别是少数民族、妇女等法律上的权利,是平等价值向国家法律层面进一步渗透的体现。在我国,“民”也始终是一个“群”的概念,既与西方个体意义上的自主权利相去甚远,也不能涵括所有宪法上的基本权利。郑贤君:《基本权利的宪法构成及其实证化》,载《法学研究》,2002年第2期。