

人权保护与现代家庭关系中的国际私法

袁发强 著

 Human Rights Protection and
Modern Conflict of Family Laws



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

人权保护与现代家庭关系中的 国际私法



袁发强 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

人权保护与现代家庭关系中的国际私法/袁发强著. —北京:北京大学出版社, 2010. 12

ISBN 978 - 7 - 301 - 18096 - 9

I. ①人… II. ①袁… III. ①国际私法 - 高等学校 - 教材 IV. ①D997

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 242032 号

书 名: 人权保护与现代家庭关系中的国际私法

著作责任者: 袁发强 著

责任编辑: 丁传斌 王业龙

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 18096 - 9/D · 2744

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn> 电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

印刷者: 北京宏伟双华印刷有限公司

经 销 者: 新华书店

965 毫米 × 1300 毫米 16 开本 15.75 印张 242 千字

2010 年 12 月第 1 版 2010 年 12 月第 1 次印刷

定 价: 35.00 元

未经许可, 不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有, 侵权必究

举报电话: 010 - 62752024 电子邮箱: fd@pup.pku.edu.cn

目 录

导 言	(1)
第一章 人权保护与国际私法的实质正义倾向	(9)
第一节 人权、宪法与家庭领域国际私法	(9)
第二节 宪法性人权对国际私法的影响	(25)
第三节 美国冲突法革命与国际私法的实质正义趋向	(41)
小结	(49)
第二章 人权保护与婚姻家庭领域国际私法立法发展	(51)
第一节 人权保护与婚姻、家庭领域实体私法的统一	(51)
第二节 人权保护与婚姻家庭领域统一冲突法	(60)
第三节 人权保护与各国国内国际私法立法变化	(72)
小结	(78)
第三章 跨国婚姻中的人权	(79)
第一节 结婚自由	(79)
第二节 离婚自由与涉外婚姻	(92)
第三节 人权与同性婚姻	(103)
小结	(109)
第四章 涉外家庭关系中的人权	(111)
第一节 男女平等与跨国夫妻关系	(111)
第二节 儿童权利保护与儿童抚养、监护	(120)
第三节 人权保护与跨国收养	(131)
第四节 人权保护与跨国非婚同居家庭关系	(140)
小结	(150)

第五章 涉外继承中的人权保护	(152)
第一节 人权保护与涉外继承管辖权	(152)
第二节 人权保护与涉外继承法律适用	(158)
第三节 人权保护与涉外继承判决的承认与执行	(170)
小结	(175)
第六章 涉外婚姻家庭司法实践中的人权保护	(177)
第一节 婚姻案件	(177)
第二节 家庭抚养案件	(188)
第三节 继承案件	(193)
小结	(201)
第七章 人权保护与我国国际私法	(204)
第一节 我国现行涉外婚姻家庭立法的缺陷与真空	(204)
第二节 民法典第九编——“涉外民事关系法律适用法”(草案) 评析	(213)
第三节 建议与完善	(223)
小结	(237)
参考文献	(239)

导 言

一、选题意义

20 世纪,人权保护思想通过宪法进入部门法,并影响部门法具体制度和规范内容的变化,人权入宪是部门法(包括国际私法)落实人权保护思想的原因和途径。西方国家将人权理解为个人权利和自由,人权保护观念对家庭领域国际私法发展影响巨大。然而,美国等西方国家几乎没有学者专门讨论人权对婚姻家庭关系国际私法的影响,他们主要围绕宪法人权对冲突法的影响进行研究。从人权保护角度研究婚姻家庭领域国际私法的发展也一直被我国学者所忽视,因此,本书的研究具有现实意义。

首先,从国外的国际私法立法情况看,受人权保护理念影响,近三十年来各国有关家庭关系的国际私法立法和司法实践都发生了很大的变化。个性自由和男女平等原则得到空前尊重和发展,婚姻自由、保护妇女合法权益以及保护儿童权益等,日益成为各国婚姻家庭领域国际私法立法和司法关注的重点。各国国际私法立法开始关注法律选择的后果是否有利于实现案件审理结果的公正。通过在传统冲突法框架内渗透实体正义,或者改革法律选择规则以实现实体政策目的,使得婚姻家庭领域国际私法越来越多地打上人权保护的烙印。我国目前正在起草民法典第九编——“涉外民事关系法律适用法”,因此,本书研究还有助于为涉外家庭关系的法律适用提供立法建议。

其次,20 世纪中期以来,全球人口流动异常频繁,跨国民事交往活动规模日益扩大,致使跨国婚姻家庭领域纠纷发生的频率和数量超过以往任何时代,涉及跨国婚姻、收养、扶养和继承等问题。自我国改革开放以来,越来越多的外国人来华工作和定居,我国也有大量人员出国就业生活,涉外家庭关系纠纷也越来越多,如何处理新型婚姻家庭纠纷在我国涉外司法实践中也是急需解决的问题,因此,本书研究还具有实践指导意义。

最后,人权通过宪法影响国际私法,尤其是家庭领域国际私法,是当代国际私法发展的一个重要特征,然而,这一事实却被我国学者所忽视。在美国、德国和意大利等国,学者主要是围绕宪法中的人权保护对冲突法的影响和制约进行讨论的,如在德国和意大利,宪法法院曾裁判个别冲突法条文违反宪法所保障的人权和男女平等原则,而我国学术界并没有从中得到启发进而讨论人权保护对婚姻家庭领域国际私法发展的影响。因此,本书在国内国际私法学有关家庭领域国际私法研究中具有创新意义。

二、国内外研究现状分析

国外学者很早就开始关注人权保护和国际私法的关系,尤其是人权保护对婚姻家庭关系国际私法的影响。

美国、澳大利亚和加拿大等普通法系学者主要从宪法角度研究人权保护对国际私法的影响和制约。早期,美国司法实践和学术理论主要探讨宪法中的正当程序条款和平等保护条款等对冲突法的影响和限制。正当程序条款使得法律选择适用的价值取向从形式正义向实质正义转变,由此提出了许多法律选择方法的理论和学说,形成了美国冲突法革命。近二十年来,人权保护思想与宪法中平等保护条款深入影响婚姻家庭领域国际私法的理论与司法实践。有关婚姻家庭关系国际私法的研究主要涉及对同性婚姻的承认、外州离婚判决的承认与执行、儿童抚养与监护权等问题。美国国际私法学界在2002年、2003年连续两年的全美国际私法学术会议上都专门就同性婚姻效力问题进行了专题研讨。涉及宪法、人权和婚姻家庭方面的代表著作或文章主要有:Lea Brilmayer的《权利、公平与法律选择》(Rights, Fairness, and Choice of Law)、Gene R. Shreve的《宪法与法律选择》(Choice of Law and the Forgiving Constitution)、Larry Kramer的《同性婚姻、冲突法与违宪公共政策例外》(Same-Sex Marriage, Conflict of Laws, and the Unconstitutional Public Policy Exception)等。从总体上看,美国学者在研究人权与婚姻家庭关系的国际私法时主要侧重于宪法性人权。

自20世纪中叶以来,欧洲人权法飞速发展,德国宪法法院多次运用宪法中的平等条款结合欧洲人权公约,判决德国国际私法中有关婚姻家庭关系的冲突规范违反宪法。意大利宪法法院也一样。由此,欧洲各国学者开始关注国际人权条约和国内国际私法的关系。在欧洲人权条约层面上,德

国学者 Engel 于 1989 年发表了题为《欧洲人权条约对冲突法的影响》的论文;著名学者 Von Bar 首先于 1993 年撰文指出国际人权对国际私法的重要影响;Voltz 在 2002 年总结了这方面的研究,完成了题为《人权条约和国际私法中的公共秩序》的博士论文。此外,有关代表性文章还有德国著名国际私法学者 Juenger 写的“*Möglichkeiten einer Neuorientierung des internationalen Privatrechts*”,意大利学者 A. Giardina 的“*The Italian Constitutional Court and the Conflict of Laws*”等。与美国学者不同,欧洲大陆国际私法学者更加直接地考虑人权因素,特别是国际人权条约对婚姻家庭关系国际私法的影响,宪法因素主要是司法审判中运用的手段。

我国研究人权保护的论文虽然很多,但具体研究人权保护与部门法关系的论文却很少,目前的研究主要停留在法理学和宪法学层面。代表性的文章和著作主要有:张千帆的《论宪法效力的界定及其对私法的影响》(《比较法研究》2004 年第 2 期),马岭的《宪法与部门法关系探讨》(《法学》2005 年第 12 期),朱惠福的《公民基本权利宪法保护观解析》(《中国法学》2002 年第 6 期),莫纪宏、宋雅芳的《论国际人权公约与国内宪法的关系》(《中国法学》1999 年第 3 期),周伟的《各国宪法基本权利司法救济制度之比较》(《西南民族学院学报(哲学社会科学版)》2002 年第 2 期)等。至于研究人权保护对婚姻家庭领域国际私法影响的论文比较少见。专门研究宪法、人权保护与国际私法关系的文章和专著主要是笔者本人以前发表的《宪法对冲突法的影响》(专著,法律出版社 2007 年 5 月版)、《基本权利保护与法律选择中的实质正义》(论文,载《中国国际私法与比较法年刊(2005)》,法律出版社 2006 年 6 月版)、《同性婚姻与我国区际私法中的公共秩序保留》(论文,载《河北法学》2007 年第 3 期)等。

三、本书的创新之处

本书的创新之处主要在于以下几个方面:

1. 研究视角新,过去国内还很少有国际私法学者从人权角度专门研究婚姻家庭领域的国际私法发展。人权保护通过宪法对各国国际私法的发展影响很大,这点在婚姻家庭领域国际私法中表现最为明显。

2. 研究方法新,本书采用多学科交叉研究,以人权保护为视角,以涉外婚姻、家庭关系国际私法为研究领域,综合宪法学、国际公法学、国际私

法学相关理论和知识解决现代涉外婚姻家庭关系发展变化中的国际私法问题。

3. 观点新,表现在以下几个方面:

(1) 当代国际私法发展的一个重大特点是不仅重视形式正义或选法正义,更开始关注法律适用的现实后果;现代涉外婚姻家庭关系领域国际私法的发展变化主要是以人权保护为中心,追求实质公正的结果。

(2) 人权保护影响国际私法并不直接通过国际公法条约实现。受宪政因素制约,国际人权条约不能直接在国内法中发挥作用,而需要结合宪法中的人权保护思想。违宪审查是大多数国家以人权保护理念干预国际私法立法与司法活动的重要途径。

(3) 现代婚姻家庭领域国际私法的发展变化围绕以下几个中心问题展开:对外国同性婚姻效力的承认、非夫妻同居家庭的法律地位和保护、儿童抚养和监护中有利于儿童保护的法律选择倾向、收养关系中有利于被收养人的法律适用倾斜、继承关系中尽量支持遗嘱有效和继承人之间平等地位的追求等方面。这些都体现了人权保护因素的作用。

本书的上述研究成果具有新颖性,揭示了现代婚姻家庭领域国际私法的发展特点和原因,有利于完善我国涉外民事立法。

四、研究方法和内容安排

本书采用的研究方法主要有交叉学科研究、比较研究、实证分析研究和理论联系实际等方法。

具体来说,本书以人权保护为纽带,结合法理学、宪法学、国际公法学和国际私法学等多门法学学科的理论及知识,分析比较不同国家人权影响涉外婚姻家庭领域国际私法的现状,进而揭示人权保护渗入涉外婚姻家庭关系国际私法的特点;比较不同国家人权保护影响涉外婚姻家庭领域国际私法的深度和广度,探究人权保护影响国际私法的原因、途径和方法,找出共同规律和差异的原因。

本书还通过对各国司法案例的介绍,揭示人权保护给国际私法带来的变化;分析相关案例判决,探寻宪法、国际公法与国际私法产生联系的法理基础和宪政体制基础;反映人权保护影响涉外婚姻、家庭领域国际私法立法与司法的实际效果。理论研究的成果最终要运用到现实中才能发挥作

用,因此,本书还将理论研究的成果运用到分析我国人权保护与涉外婚姻、家庭关系的立法与司法中,并提出完善建议。

20 世纪人权保护进入到国际条约和各国宪法层面并引起各国法律制度发生深刻变革。人权保护思想早已有之,但却是通过宪法途径进入部门法并影响部门法具体制度和规范内容的变化。人权入宪是部门法(包括国际私法)落实人权保护思想的原因和途径。

本书第一部分首先从宏观角度概述人权保护与婚姻家庭领域国际私法产生联系和对其发生影响的原因。传统国际私法采取平等对待各国法律体系的实体规则,强调法律适用的确定性和案件判决结果的一致性,追求冲突法正义价值。当代国际私法从形式正义到实质正义的转变,使得人权保护思想干预法律选择成为可能。源于 20 世纪 30 年代的美国冲突法革命,促使作为部门法的国际私法开始关注法律选择的后果是否有利于案件审理结果的公正,通过在传统冲突法框架内渗透实体正义或者改革法律选择规则以实现实体政策目的。国际私法越来越多地打上人权保护的烙印,这种现象在婚姻家庭领域的国际私法中表现尤为明显。

20 世纪以来,受人权保护思想的影响,婚姻家庭领域的国际私法有了根本性和突破性的发展。在结婚、扶养、收养、离婚和继承等婚姻家庭关系的各个方面,都出现了统一的实体法规范或者冲突法规范。本书第二部分从国际立法与国内立法、统一实体私法与冲突法等不同方面介绍、评价有关婚姻家庭领域的国际私法立法变化,分析人权保护因素对婚姻、家庭领域国际私法立法活动的影响状况。

第三部分从国际私法角度分析人权保护对婚姻自由含义的冲击和影响,主要评析人权保护对涉外婚姻的效力、涉外离婚条件以及同性婚姻的影响。众所周知,婚姻家庭生活就其本质而言是夫妻双方相互关爱、尊重和帮助所形成的一种特殊的社会关系,所以在婚姻关系设立时,给当事人留足必要的自治空间就显得尤为重要。令人欣慰的是,各国婚姻关系领域的立法在近代以来都不约而同地放宽了对婚姻的限制,人权保护呼声的日渐高涨恰恰是造成各国放宽婚姻家庭领域意思自治的重要原因。世界各国对非婚同居关系的认可与保护使得婚姻不再是通向家庭与性的唯一合法途径,一些国家甚至将婚姻关系进而扩展至男女关系之外。尽可能承认婚姻有效逐渐成为各国的婚姻立法潮流。

随着经济变革和社会现代化的发展,女性的地位逐步得到提高,从开始争取“像男人一样”,享有曾经只有男人才享有的权利,到基于男女的社会性别差异,争取对女性的特殊保护。男女平等原则逐步成为一项调整人与人之间关系的基本准则被全人类遵守。家庭领域里,男女平等原则主要体现为妻子在家庭中地位的提高,如婚后可以保留自己的姓氏、可以保有自己独立的财产等。在跨国夫妻关系中,男女平等原则在人身关系中主要体现为准据法的连接点不再局限在丈夫的国籍国或住所地,而扩展到夫妻各自的国籍国或住所地,以及夫妻共同国籍国或夫妻共同住所地;在夫妻财产关系中,主要体现为妻子可以和丈夫一起运用意思自治确定夫妻财产关系的准据法。

男女通过婚姻结合组成家庭,为保持家庭的线性忠诚性,男女繁衍后代并倾尽所有的爱抚养子女。这样一种本能最初将儿童作为父母关爱的客体,儿童只能被动地接受,而不享有丝毫的主动性。当人类第一次考虑儿童的感受时,儿童从此作为独立的权利主体出现在各种法律文件中。儿童抚养和监护,是两种保护儿童权利的最基本的制度,虽然各国规定的内容有所差异,但是,当儿童权利保护作为一项普遍的价值追求被各国接受时,社会制度上的差异显得微不足道。对外国抚养义务判决的承认与执行,以及各国在跨境儿童诱拐返还方面的通力合作,使儿童权益保护得到最大限度上的实现。儿童收养,在人类的早期被作为解决家业继承的一个渠道,而当代则开始注重考虑被收养儿童的利益,或者说,今天的儿童收养,是将儿童作为一个独立的权利主体来看待。各国在儿童跨国收养中,为保护儿童而加强国家对收养过程的监管、灵活承认在外国成立的收养,以及方便被收养儿童的入籍等,都是保护儿童权利的有力措施。

过去对于在众多文化中一直被看成是另类的、不道德的非婚同居现象,绝大多数国家都拒绝给非婚同居者提供保护。拿破仑在1804年制定《民法典》时表示,同居者无视法律,法律也无需关注他们。^①拿破仑的这一态度在法国至少延续到20世纪60年代中后期,在将近200年的历史上海非婚同居伴侣一直没有享有权利的合法身份。当人权成为人类的共

^① See David Bradley, Regulation of Unmarried Cohabitation in West-European Jurisdiction-Determinations of Legal Policy, *International Journal of Law, Policy and the Family*, Vol. 15, Issue 1, 2001, pp. 22—50.

同理念,男女的结合也获得了更大的自由。今天,越来越多的国家逐渐认可一种观念,即非婚同居和婚姻一样,也可以构成家庭的基础,也是可供选择的二人共同生活模式。这一观念的转变在国际私法领域也得到了回应。本书第四部分分析男女平等原则给夫妻人身关系、财产关系国际私法带来的变化;儿童权益保护对国际私法的影响以及新型家庭关系的人权保护对传统国际私法提出的挑战等。

第五部分从涉外继承角度看人权保护为国际私法带来的变化。受人权思想影响,20世纪至今各国继承领域法律关系不断发展,体现了以下特点:法院在处理涉外继承案件时不再局限于传统的冲突法理论,更多地考虑和回应美国冲突法革命发展出的新的法律选择方法;非婚生子女的社会地位得到提高,基本承认其与婚生子女相同的继承权;同性配偶不但在大范围内被承认和接受,而且开始享有一定的继承权;对同居者的关注重心转移到维护弱势一方同居者和子女的利益。遗嘱自由得到尊重和发扬,最大限度地承认遗嘱的效力成为各国继承法的主要原则,但同时强调社会公共利益对私有利益的正当限制,人文主义关怀在继承法领域盛行。

第六部分从比较法角度看人权保护对各国国际私法制度在涉外婚姻家庭领域司法过程中发生的变化,总结、评析外国的经验。人权保护最终还需依赖于司法活动的实践。制定法只是表面的法律,而真正的法律,除了在一个法院的判决中,不可能在其他任何地方发现。涉外婚姻家庭关系中处处彰显人权理念,但同时也存在人权侵害的现象,在涉外婚姻家庭案件中贯彻人权保护一方面把人权上升为真正的权利,另一方面也促进了人权发展。

我国现行婚姻家庭立法并没有跟上世界发展的步伐,如《婚姻法》虽然在2001年进行了重新修订,但仍然回避了非婚同居与同性婚姻的话题。我国现行涉外婚姻家庭立法显得较为单薄与凌乱,大部分内容都包含在《民法通则》、《民通意见》以及相关的司法解释之中。2002年由全国人大常委会通过的民法典草案“涉外民事关系的法律适用法”对婚姻家庭领域的法律适用问题作出了较为详细的规定,但从人权保护及实质正义的角度看,该法仍然存在一些不足之处,比如在扶养案件的法律适用问题上,立法草案的规定并不利于实现弱势群体的最大利益。由此,对立法草案中涉外婚姻家庭关系的法律适用规范进行详细的评析,并对其不足之处提出建议

显得十分必要。在涉外婚姻家庭关系的司法实践中,我国法院的态度与做法也存在需要改进的地方。如我国法院在面对涉外婚姻家庭纠纷时,应积极管辖涉外婚姻家庭案件;着眼于当事人最大利益进行准据法选择;应从考虑人权保护与实质正义的实现出发处理涉外婚姻家庭判决的承认与执行问题。这是本书最后一部分所要讨论的内容。

第一章 人权保护与国际私法的实质正义倾向

长期以来,国际私法作为处理涉外民事关系的部门法似乎很少受到其他法律部门的影响。这种状况直到 20 世纪 30 年代开始的美国冲突法革命才得以改变。那种不问各国实体法适用的结果,认为通过寻找法律关系本座就可以完成司法任务的想法忽视了各国实体立法的不同、忽视了司法的目的在于公平处理当事人之间的争议,认为平等对待各国实体法就可以实现跨国争议解决的普遍性和一致性的想法未免天真和理想化。美国冲突法革命的后果并没有摧毁国际私法固有的稳定性需求,而是为法律选择适用增添了追求审判结果公正的目的。在人权保护思潮风行世界的形势下,家庭领域国际私法也发生了根本变化。

第一节 人权、宪法与家庭领域国际私法

20 世纪,人权不再仅仅作为一种自然法观念影响实在法,而是进入到国际条约和各国宪法层面,从而为各国法律制度带来了深刻变化。第二次世界大战导致千万平民百姓的死亡和犹太人遭受迫害、屠杀。这种惨痛教训促使联合国在成立之初就重视人权保护,并在 1948 年通过了《世界人权宣言》,把促进人权改善作为国际社会努力的目标。该宣言在序言中明确宣布:“对人类家庭所有成员的固有尊严及其平等的和不移的权利的承认,乃是世界自由、正义与和平的基础,……为使人类不致迫不得已铤而走险对暴政和压迫进行反叛,有必要使人权受法治的保护”^①。由此,通过法律保护人权成为各国在二战以后建设新法治的主要任务。通过各国宪法途径,人权保护进入各国不同实体法领域。

^① 《世界人权宣言》中文本, <http://www.un.org/chinese/work/rights/rights.htm>, 访问日期: 2009 年 10 月 3 日。

一、人权保护与法律发展

人权保护思想早已有之,但直接进入部门法领域,并影响部门法具体制度和规范内容的变化却是通过宪法实现的。人权入宪是部门法落实人权保护思想的原因和途径。

(一) 人权入宪的历史发展过程

人权思想曾长期作为“自然法”理念为法治思想家所倡导,甚至与革新派的基督教义相联系。在古希腊学者亚里士多德看来,宪法是“关于国家结构构成的法”,主要规定政府权力分配和政府机关权力分工。^①因此,人权与宪法看似没有什么联系。但是,近代资产阶级革命是在保护个人权利、反对封建特权的思想基础上发展起来的,人权成为革命的旗号,在资产阶级革命成功以后顺利进入了宪法。近代宪法以适度控制国家权力来保障人权的实现,人权保护成为宪法的重要内容之一。英国虽然没有成文宪法,但英国长期将人的自然权利作为自然法的重要内容,作为“正当程序”原则的保障对象存在于英国宪法中。

1. 人权保护与英国宪法

在英国宪政运动的历史上,从《大宪章》到《权利请愿书》再到《权利法案》,一直体现了限制王权、保护人民自由和权利的精神。英国著名宪法学家戴赛认为,英国宪法有两条基本原则:议会主权(巴力门主权)原则和法治原则。主权是英国宪法的形式,而法治是实质。^②由于英国司法系统有长期与国王专制斗争的历史传统,因此人权保护隐含在维护法治原则之中。法治有三个特性:一是任何武断的权力不能违反国法;任何独裁、特权均被摒除。二是指人民在法律面前人人平等。一切阶级均受普通法的约束,而普通法在普通法院执行。三是法治可以用作一种表述事实的语式,用来表明一个法律事实,即个人权利乃是法律之来源而非法律之后果。英国法院及议会常用法律行为判断国家元首及行政机关的地位,以保障个人权利。由此归纳便产生了私法的各个原理,综合此类原理便得出英国宪法

^① 亚里士多德在其《政治学》一书中将宪法定义为规范国家结构与权力分配的法,即“Constitutive Law”,这种表述延续到了现在。参见〔古希腊〕亚里士多德:《政治学》,吴彭寿译,商务印书馆1965年版。

^② 参见〔英〕戴赛:《英宪精义》,雷冰南译,中国法制出版社2001年版,第458—459页。

的重要部分。所以英国宪法只是普通法律运行于境内的结果。^①人权作为人的一项自然权利不得被剥夺、不得被侵犯成为英国法治的核心。

2. 人权思想直接进入法国宪法

1789年,法国爆发了资产阶级革命。法国制宪议会通过了震惊欧洲的《人权宣言》(全称为《人权和公民权宣言》)。《人权宣言》以美国《独立宣言》为蓝本,以自然法学派大力宣扬的天然权利思想为基点,宣称自由、私有财产、人身安全和反抗压迫是神圣不可侵犯的天赋人权,大力提倡言论、信仰、出版自由和在法律面前人人平等。《人权宣言》第2条规定:“任何政治结合的目的都在于保存人的自然的和不可动摇的权利。这些权利就是自由、财产、安全和反抗压迫”^②。1791年法国《宪法》更是直接将《人权宣言》作为宪法的序言部分。虽然1791年《宪法》在正文中具有很强的妥协性,但其很快被1793年《宪法》所改变。它不仅承认人民是一切权力的源泉,而且也把一切权力交给人民行使。以后的法国《宪法》虽然多次修改,但人权天赋的思想一直被以法律形式确定下来,成为法国宪法对世界人权运动和宪政发展的重要贡献。

3. 权利法案、违宪审查与美国宪法

早在美国独立之初,《独立宣言》中就充满了激进的天赋人权思想:“人人生而平等,他们都从他们的‘造物主’那边被赋予了某些不可转让的权利,其中包括生命权、自由权和追求幸福的权利。为了保障这些权利,所以才在人们中间成立政府”^③。这种思想显然受到了法国思想家卢梭的影响。

然而,在1787年制定美国宪法的时候,却没有列入权利保障的条款。没有“权利法案”的宪法遭到了以杰弗逊为代表的反联邦党人的猛烈抨击。经过激烈的斗争,到1788年6月,有10个州批准了宪法,但其中有8个州都以宪法必须补充“权利法案”为附加条件。^④1789年召开的第一届国会把补充“权利法案”作为其首要任务,产生了作为“权利法案”的美国

① 参见[英]戴赛:《英宪精义》,雷冰南译,中国法制出版社2001年版,第244—245页。

② 吴绪、杨人梗选译:《十八世纪末法国资产阶级革命》,商务印书馆1962年版,第48页。

③ 周一良、吴于廑主编:《世界通史资料选辑》近代部分上册,商务印书馆1964年版,第93页。

④ 参见潘佳铭:《美国宪法“正当程序原则”及其人权记录》,载《西南师范大学学报(哲学社会科学版)》1997年第6期,第23页。

宪法前 10 条修正案。其中在第 5 条里写道：“非经正当法律程序，不得剥夺任何人的生命、自由和财产”。这样，“正当法律程序”就正式写进了美国宪法，并成为保障公民基本权利的最重要的宪法原则。

通过 1803 年的“马伯里诉麦迪逊”案，美国确立了联邦最高法院可以对国会及州的法律、法令和政府行政行为进行违宪审查的制度。虽然这种宪法审查制度的早期记录在人权保护方面多有不光彩的表现，但在现代美国社会的人权保护中却起到了重要的作用，并影响了欧洲宪法审查制度的建立。通过宪法审查或司法保护人权的方法被确定下来。

4. 人权保护与德国宪法法院

二战以后，德国于 1949 年颁布了《联邦德国基本法》（即德国宪法），鉴于二战给人类带来的灾难性后果，该法异常注重对国民基本权利的保障，不仅把基本权利放在该法的第一章，而且在第 1 条第 1 项明确规定，人的尊严不可侵犯，尊重和保护人的尊严是全部国家权力的义务。

德国在《基本法》中吸取法西斯教训，借鉴美国宪法司法制度建立了宪法法院。德国宪法法院不仅可以审理针对具体行政行为的诉讼，还可以对抽象行政行为是否符合宪法进行审查。《基本法》第 100 条第 1 项规定：“如果法院认为裁决案件所依据的法律违反宪法，应即停止审判程序。……如果该法律违反基本法，则应由联邦宪法法院作出裁决。如果属于州法违反基本法，或者州法与联邦法相抵触时，亦同”。这就为德国部门法适应人权保护而变革提供了动态的监督。

社会主义国家同样注重人权的保护和实现。列宁说过：“宪法就是一张写着人民权利的纸”^①。20 世纪社会主义国家的出现为宪法保护人权提供了一种新的途径和方式，即既重视个人人权的保护，又重视集体人权的保障，强调人权实现的重要性。

5. 国际人权公约对各国宪法保护人权的影响

二战结束以后，国际社会成立了联合国，而联合国成立之初的首要工作就是起草《世界人权宣言》。1948 年《世界人权宣言》生效以后，国际社会又通过了一百多个保护人权的国际公约，形成了国际人权法律体系，其中与《世界人权宣言》一道构成国际人权法基础的还有 1976 年的《公民和

① 《列宁全集》第 12 卷，人民出版社 1987 年版，第 50 页。