

· 政治文明与法律发展 ·

基本权利释义学体系初探

——基本权利研究之方法论批判

郑贤君

(首都师范大学政法学院,北京 100087)

摘要:早期基本权利研究的突出特点是模糊学科之间的范围与界限,导致相对于法学的方法偏离。基本权利释义学是一个致力于规范含义发现的解释事业,是在遵循基本权利普遍原理的前提下,参考特定学说,依据本国概念,服从宪法解释方法确定基本权利含义。基本权利释义学具有相对的中立性,一定程度上规避了政治现实。这一规避在政治与学术之间树起了一道墙,在确保政治与学术安全的同时蕴涵着双重风险,即过多借用普遍性原理或者域外理论有可能影响基本权利的本地化程度及僵化基本权利,使其成为远离政治现实的封闭体系。为克服这些风险,应促使基本权利概念的本地化,通过外弛弥补体系化的内证之不足,确立权利义务相一致为基本的解释原则。

关键词:基本权利;宪法释义;方法论

中图分类号: D911.01

文献标志码: A

文章编号: 1009-1971(2012)04-0054-07

基本权利是一个方法论问题,方法论是一个宪法问题,在双重意义上涉及学科与基本权利实践的成立、存在、运行与发展,以及由此产生的学术任务与宪法实施之间的关系,故而对基本权利研究的批评也是对基本权利方法论的检讨。承认能力的有限性是学术研究的前提,每一学科都是基于共同体成员持有相同信仰、价值及遵循共有程序规则技术前提下对特定领域所进行的探索,它在携带相对狭窄与封闭这一固有缺陷的同时,也成就了其专业性,并保证所得结论、经验与教训为其他学科所不能替代与可接受性,故而试图在方法论上建构一个可囊括与容纳一切方法及解决所有问题的努力虽然不乏学术雄心,但其在根本上有违学科专业分工,导致研究界限的模糊与方法的偏离。

一、基本权利研究界限的模糊与方法的偏离

体系化是判定一门学科成熟与否的标志。由于体系化基本权利研究起步较晚,上述三要素的

发展较为迟滞与缓慢。有学者对中国基本权利概念的形成与发展进程进行了梳理,认为“作为学术概念的基本权利”是“直至20世纪80年代后,随着宪法学的恢复与发展”才“重新回到中国宪法学者的学术视野之中”的,而对于“基本权利概念的系统化研究开始于20世纪90年代”,“体系化的研究则始于2000年以后”^[1]。

从研究对象来看,早期基本权利研究局限于个别基本权利条款,没有抽象、提炼和概括具有普遍性的基本权利原理。有些个别基本权利条款的研究已经达到相当深入的程度,如言论自由、平等权等,其他基本权利如人身自由、住宅自由、通讯自由与通讯秘密、人格尊严、财产权等的研究尚不深入。从研究对象来看,基本权利的释义体系不仅包括个别条款,亦应包括适用于所有条款的普遍性原理,即总论与个论。以中国现有宪法学教科书体例与内容为例,可知基本权利所占比重较少,且缺乏原理性的总论,即使偶有教材安排总论,个论与总论难成比例,往往总论只有寥寥几笔。实

收稿日期 2012-04-20

作者简介:郑贤君(1964—),女,河北赵县人,教授,法学博士,从事宪法学基本理论、基本权利、地方制度、宪法方法论研究。

践发展、研究队伍、学术视阈、方法锤炼等多重因素决定中国前期研究多局限于个别基本权利的讨论,且各基本权利的研究深入程度亦不相当。

一门学科的发展史是方法的发展史。^①在基本权利的发展历史中,可见不同时期占支配性的研究方法。这些方法均打上政治烙印,是政治与学术交互影响的产物。其突出特点是,使不同学科间的研究范围与界限模糊了,导致相对于法学的方法偏离。主导前期研究方法的是政策性阐释、普通法律分析、一般社会科学方法的综合运用。政策性阐释是对个别基本权利的理论、功能与现实意义的阐述与分析,它是社会学而非法学的;普通法律分析见于对个别基本权利条款进行刑事法律与民事法律的分析,着重于法律效力与责任的判断;综合性方法是运用历史、政治,乃至经济学分析特定基本权利规范产生的原因、背景等。这些方法的共同特点有四:一是没有关注基本权利规范本身,不将规范作为研究对象;二是没有将基本权利规范置于宪法关系的框架中分析宪法上的权利义务关系;三是没有运用基本权利原理分析规范,诸如主体、限制理论、效力、宪法责任(即如何处置违宪法律、规范性文件及其他公权力)、国家保护义务等;四是没有运用宪法解释分析基本权利规范,特别是视情况而定分别或者综合运用文意、原意、体系与目的解释的方法习得规范含义。

体系化以其内部各组成部分之间的相互联系与统一为特征,是一种相对自治与封闭的状态。^②在该状态下,特定学科具有固定的研究对象,使用特定与共通的研究方法,寻求对某一问题的解答。体系化可化约为实体与程序两个方面:固定的研究对象属于实体内容,共通的研究方法属于程序规则。日本行政法学者铃木木男曾言:“行政法学姑假定其得别为总论与各论……其主要之任务,乃由庞杂之各个法规中,抽出其共通之法理,予以得为其前提之基本法理,而为行政法规解释

适用上之基础工事。”^{[2]36}“既负有学科之名……最低限度须应其‘学’的要求,而保有相当的体系。”^{[2]36}体系化的目的在于以其封闭与独立拒斥不良因素的侵入与干扰,纯洁其内涵,使学术与政治现实保持一定的距离,进而完成本学科独有的学术任务,因而体系化具有学术与政治的双重诱因。学术诱因在于将特定学科独立于相邻学科之外,政治诱因在于使学术尽可能免受不良政治的干扰。一些国家和地区的宪法发展曾苦于不良现实的政治牵绊,刻意发展宪法释义学,将宪法研究的对象树立于规范之上,使用宪法解释方法推导规范条款的含义,以此抵制政治现实对真理与公义的压制与歪曲。德国拉班德采用法律形式主义将国法学研究确立为对宪法规范的阐释,试图建立一个不与伦理道德、政治、历史以及其他东西掺和在一起的“纯净的”科学法学,建造“一个适合创新建构实在法和旨在对这些实在法进行解释的概念和原则体系”;^③日本美浓部达吉吸取拉班德的理论,树立法学的宪法学研究方法,指出“宪法学的研究方法,常常应该是法学的,这是不容争辩的事情”;^④中国台湾地区宪法释义学的发展等,^⑤无不是在政治与学术双重意义上使宪法学脱离一般社会科学方法并解脱政治压力的一种学术努力。

简言之,判定基本权利体系化的标准是法学方法的释义学贯彻的程度。“基本权利研究”并非单纯的学术用语,而是与基本权利释义或者体系等同的一个概念。如同严格意义上的法律与法律学、法律方法与法学方法、法律解释与法律解释学意指相同,宪法解释等同于宪法解释学。基本权利研究是在遵循基本权利普遍原理的前提下,参考特定学说,依据本国基本权利规范,服从宪法解释方法,确定基本权利含义。坦率而言,尽管寻求中立的基本权利规范含义一定程度上规避了政治现实的侵扰,释义学的体系化在实现其自治的同时未尝不是一种逃遁,或曰对政治现实的回避,颇有些

①德国学者在讨论德国公法史时,用大量篇幅与笔墨分析各个时期公法研究方法的特点与成因,因为任何学术命题与研究方法都承载着当时政治的影响,是政治与学术关系的映射与缩影。米歇尔·施托莱斯《德国公法史:国家法学说和行政学》,法律出版社2007年。

②德国学者评价拉班德创建的法律实证主义方法及其所著的《德意志帝国国家法》一书时说道:“接受拉班德方法前提的人不得不承认,这是一个封闭的体系。”参见米歇尔·施托莱斯《德国公法史:国家法学说和行政学》,法律出版社2007年,第459页。

③作为“拉贝尔的遗嘱执行人”,拉班德是德国国家法学说的杰出人物,“在思想上对这个专业统治了数十年”,“他将目光集中到为意志关系的统一体系进行教义性的建构上。他用的材料是帝国的实在国家法,通过‘纯粹的逻辑思考活动’从中找到‘统一的基本原则和主要原则’,在某种程度上找到变化不屈的实在法规定性所具有的思想品质。”从拉贝尔到拉班德完成了从法学实证主义到科学指导的法律实证主义的典型转变。法学实证主义相信在制定法之外存在着实在有效的法律秩序。参见米歇尔·施托莱斯《德国公法史:国家法学说和行政学》,法律出版社2007年,第452—458页。

④[日]美浓部达吉《宪法学原理》,中国政法大学出版社2003年,第426页。他在此书中特别指出,拉班德国法学研究的要旨在于实现宪法与政治学的分离。记述政治事实是政治学的任务,法学的任务在于用法律眼光观察现在的制度。法学的眼光就是分析公法上的法律关系。

⑤参见成功大学许育典教授《从部门宪法到部门法制的公法体系新建构:以教育宪法建构教育法制为例》,在2011年清华大学举办的“两岸四地公法发展新课题”研讨会上提交论文。

不得已。^① 连德国学者也承认,“那些在方法允许的范围内研究现行法律教义的人,在政治与学术上会觉得更安全”^[2]。这种逃遁蕴涵着双重风险,即对普遍性原理或者域外理论过多的借用有可能影响基本权利本土化的程度,以及僵化基本权利。

二、基本权利概念的本土化

首要的问题是基本权利概念的本土化。规范与政治现实疏离的另一面是宪法释义学脱离宪法文本的可能。基本权利概念本土化是指以中国基本权利规范为中心,依据基本权利的一般原理,结合中国的实践状况,通过宪法解释寻求特定基本权利规范含义的过程。其将目光集中于中国基本权利规范,选择外国法上可与中国既有理论与现实融通的原理与判例规则做旁证,确定规范含义,提炼中国基本权利的普遍原理。当下,不少学者依然表现出较为严重的弃中国基本权利规范于不顾,以域外概念解释中国基本权利事实的现象。

以外国法上的概念分析中国基本权利事实,在很大程度上缘于中国基本权利理论的贫弱,对于法治后发国家而言实属自然,但不意味着这一现象的合理性。中国台湾地区学者认为,台湾宪法学释义学存在脱离宪法文本的情况,并非因为“直接移植”外国宪法学理与概念,而是受到长达四十多年政治历史因素制约而成。他认为,宪法释义学的移植,是为了避免政治环境对宪法成长的局限与妨碍;相对的,也正是宪法释义学的移植,而造就“不利”宪法本土化环境的形成。^② 1947年,著名法理学家蔡枢衡曾感言:“今日中国法学之总体,直为一幅次殖民地风景图:在法哲学方面,留美学成回国者,例有一套 Pound 学说之转播;出身法国者,必对 Du - giut 之学说服膺拳拳;德国回来者,则于新康德派之 Stammler 法哲学五体投地。”^[4] 它虽然反映了当时中国法学研究主体地位缺乏的状况,但今日中国基本权利研究未臻此境。海外留学归国人员的规模尚弱,其学术代表性不突出,对相关国家理论的吸收、消化与借鉴也未见彻底。对一些基本概念认识的混乱与悖谬依然是中国目前基本权利研究中的客观实存。“借鉴”与“拿来”流于空泛,特色与流派形成亦未必有根基。如何基于中国宪法理论与实践,在合理吸收外

国相关原理的前提下,实现基本权利概念的本土化,便成为一个问题。兹举两例予以说明。

作为一个权利概念,“生存权”至少有三种不同含义:一是日本宪法上作为生活照顾的“生存权”,源于1946年《日本国宪法》第25条的规定,“全体国民都享有健康和文化的最低限度的生活的权利。国家必须在生活的一切方面为提高和增进社会福利、社会保障以及公共卫生而努力。”二是国际人权法上作为第三代人权的生存权,即以民族和国家为主体的集体权利。三是一些国际权利文件中的“相当生活水准权”,如《世界人权宣言》的规定。中国部分学者在研究社会保障问题时,罔顾语境与规范含义之差异,即中国宪法第44条与第45条规定的物质帮助权与社会保障权,不同程度上机械援引日本宪法与第三代意义的生存权解释中国的物质帮助与社会保障。学界对一些基本权利概念尚未获得共同认识,学者宪法文本规范意识缺乏,是中国基本权利研究未获得主体地位的明证。

又以“隐私权”为例,虽然已有学者尝试以宪法解释厘定中国宪法第38条“人格尊严”的规范含义,但部分学者依然存有照搬国外宪法隐私权的倾向。英美与欧洲国家的隐私权有其独特的价值基础、发展历程和规范内涵。美国宪法没有隐私权的明示规定,隐私权属于司法创制的新权利。在1965年的 *Griswold v. Connecticut* 案中,道格拉斯大法官提出“伴影理论”(penumbras),认为隐私权存在于《权利法案》第1条、第3条、第4条、第5条及第9修正案(即保留条款)的伴影交互重叠所创造的区域内,从而把对婚姻家庭隐私的保护纳入宪法权利保护之中。“权利法案所列的具体保证有自己的阴影地带,它的形成来自支撑权利法案存在的条款的辐射,几个明示条款的伴影交叠创造出隐私区域。”^③ 伴随着安乐死与同性婚姻,美国隐私权已逐渐发展成为有关个人私生活的自我决定权。这与德国以人的尊严为基础的隐私权形成很大区别。德国宪法没有明确规定隐私权,但是宪法法院确认对个人隐私的宪法保护,其基础是德国基本法第1条尊严条款,及第2条规定:“在不侵害他人权利及违反宪法秩序或公共秩序规定的范围内,任何人均有自由发展其人格的权利。”以人的尊严为基本原则及最高价值,结合第2

^①德国学者在指出德国公法学的“实证主义转向”时认为,“激发国家法摆脱政治有双重原因,一方面想摆脱作为革命创伤失败的痛苦回忆的政治,另一方面想摆脱作为阻碍公法‘建构法学’的政治。”虽然这种转向在当时是唯一正确的道路,并且在方法上非常成功,但这是一种政治上的失望。参见米歇尔·施托莱斯《德国公法史:国家法学说和行政学》,法律出版社2007年,第357—358页。

^②参见成功大学许育典《从部门宪法到部门法制的公法体系新建构:以教育宪法建构教育法制为例》,于2011年清华大学举办的“两岸四地公法发展新课题”研讨会上提交论文。

^③原文为“Specific guarantees in the Bill of Rights have penumbras, formed by emanations from those guarantees that help give them life and substance. Various guarantees create zones of privacy.” See 381 U. S. 479.

条人格权利,德国联邦最高法院作出了有关隐私权的一系列判决。在1954年的“读者来信案”中,德国联邦最高法院认定对人格尊严、自治、隐私的权利是《德国民法典》第823条1中的“权利”,加上随后的1958年“骑士案”、1961年“高丽人参案”等,推动隐私权作为一项人格权利得以确立。依据德国法上的基本权利双重属性理论,隐私权保护既包括平等民事主体之间的侵权,也包括公权力侵权,形成了德国隐私权公私法一体的法律保护模式^[5]。

中国宪法文本没有明示的隐私权条款,以解释学方法阐释中国宪法第38条“人格尊严”即可容纳对隐私权的保护。盲目将西学奉为圭臬,既说明学者宪法文本意识匮乏,亦无助于对基本权利概念的普遍理解,难以促成基本权利概念的中国化。

三、克服僵化:范式的革命

范式革命可破解因体系封闭导致的基本权利僵化。作为常态的范式研究是在一个固定和相对封闭的结构中进行的,它由三种要素组成,即信仰、价值与技术,亦即某一科学共同体成员持有共同信仰,奉行相同价值,沿用共有技术服务于某一问题的研究,此谓科学。反之,设若某一学术团体内部成员缺乏相同信仰与共同的价值信奉,不遵循既定的学科技术规范,则该团体不能称为科学共同体,而只能是“草台班子”。

库恩将科学分为常态科学与非常态科学,其中常态科学为范式研究。范式为学科共同体。“一种范式是,也仅仅是一个科学共同体成员所共有的东西。反过来说,也正是由于他们掌握了共有的范式才促成了这个科学共同体。尽管这些成员在其他方面并无任何共同之处。”^[6]范式存在的前提是科学(学科)共同体的独立存在。在特定科学共同体内,所有成员默认并遵循共同规则,循此方法得出的结论被视为可接受的。一门科学的研究工作,“在常态情形下,具有共同遵守的基本假定、价值系统以及解决问题的程序”^[7]。突破范式的研究为非常态,意味着范式危机或革命,此时结构内部已经无法提供解决新问题的方法。常态基本权利研究是在遵守范式三要素的前提下进行的。宪法学人信奉基本权利,将之视为价值,运用宪法解释技术证成某一基本权利的规范含义。信仰、价值与技术各不相同。信仰是精神领域中的事情;价值从属于行动,是一套行为规则体系,具有评价作用,是评价法律规范乃至公权力有效性的标

准,属于形而上;技术是形而下的,是通过践行价值达至并满足信仰的必由之径。这决定了基本权利研究是在认同而非质疑基本权利规范正当性的前提下进行的,也决定了宪法释义学是一种内敛而非外弛的研究方法。

外弛属于库恩的范式革命。新问题的出现使学科共同体内部要素无从应对,需寻求外部要素支持,此时使用非本学科专属方法服务于问题解决成为必然。这属于学科上的“突破”。“所谓突破,则指一种科学传统之既久,内部发生困难,尤其是对于新的事实无法作出适当的处理。当这种困难达到了一定程度时,这门学科的性质便不可避免地要发生基本性的变化,换言之,即‘科学革命’。科学革命是‘危机’,它一方面突破旧传统,另一方面又导向新传统的建立,使研究工作进入了一个全新的阶段。”^[7]基本权利释义也存在着内敛与外弛交互使用的现象。美国曾经将宪法解释分为“解释派”与“非解释派”两种(现已废弃这一提法)。解释派是指从宪法文本寻求依据以为裁决基础,非解释派是指从文本之外寻求裁决纠纷的规范^[8]。严格而言,两者都是在解释宪法,只不过以何者作为佐证确定宪法规范含义:是拘泥于宪法文本文字本身,还是从生活事实中提炼规范;是服从“死的宪法”文字,还是依从“活的宪法”中的价值。前者是法律形式主义的,后者属于法律现实主义之一种,也是外弛方法在宪法解释上的表现。非解释方法的使用有两个前提:一是创制新权利;二是文本没有明确规定。非解释派体现在隐私权的宪法保护中。隐私权是一项新权利,美国宪法文本文字并未规定这一权利,该权利是在1965年的“格里斯沃尔德诉康涅狄格”一案中确立的。在证成该权利的过程中,法官除使用伴影理论之外,还以社会现实与大众心理为基础,确定私人领域的事务属于自主范畴,它们是基本的,也是州公权力所不能染指的。其后,在涉及差别对待与歧视妇女的平等保护案件中,最高法院再次突破传统证据规则,使用社会科学心理学方法证明工作场所对妇女施加的不公平待遇侵害了妇女的身体与心理健康。

一切常态科学都是在一定“范式”(典范)的指引之下发展的,但是新的科学事实不断出现必有一天会使一个特定“典范”下解决问题的方法失灵,而最终发生“技术上的崩溃”。^①在此情形下,引入其他方法证成并确定宪法规范含义实属

^①技术上崩溃是一切科学危机的核心。危机导向革命,新的“典范”就要应运而生,代替旧的“典范”而成为下一阶段研究的楷模。当然,新旧“典范”的交替,期间并没有一个清楚的界限。早在旧“典范”如日中天之时,新“典范”即已萌芽,不过当时不受注意罢了。新“典范”当令之后,旧“典范”并不必然完全失去效用。参见余英时《红楼梦的两个世界》,上海社会科学出版社2006年版,第5页。

必然,此即综合方法在宪法解释过程中的运用。需要说明的是,寻求一般社会科学方法服务于宪法解释与运用社会科学方法研究基本权利有本质差别。前者归根结底属于宪法解释,是法官在法庭上为纠纷解决寻求规范支持的一种方法,是关于从何处“找法”,以及是否允许运用道德哲学与政治理论进行宪法解释的分歧,体现了基本权利条款性质的规则与原则之争;后者的目的不在于寻求与确定规范含义,而是讨论某一规范产生的背景、历史、作用等。例如,除文本主义方法之外,其他方法都是在结合宪法文本文字辅之以其他方法确定特定规范含义的过程。历史方法就是典型的例证。通过分析制宪史,研究开国之父在制宪会议上的发言记录,法官确定某一宪法规范或基本权利规范的原初含义。宪法历史解释方法不同于宪法史研究。那种以宪法发展史作为对象的研究不能称之为宪法解释意义上的历史方法。虽然两种研究的对象与目的截然不同,但所使用的方法与材料有相同之处。目前,学界多重方法的运用只是社会科学方法“幽灵”在基本权利领域中的徘徊,对规范含义的证成并无多少助益,只能视为基本权利规范的社会学、历史学或经济学分析。从研究对象与方法两方面来看,一切集中于宪法与基本权利规范的背景、历史源流与功能作用的研究都应归入相应的历史学、政治学与社会学范畴,既不属于为确定意义寻找的解释学的法学方法,亦不能称之为“外弛”。也就是说,脱离了规范含义寻求与确定的研究都非法学方法,纯粹意义上的法学方法是解释学上的事情,属于宪法释义。

创制新权利是对封闭体系的突破,需要运用超出文本的方法,包括道德哲学与政治理论,但这些方法的运用须服从规范含义的发现。易言之,只要方法的运用没有服务于规范含义的证成,就不能称其为法学方法意义上的宪法解释。有学者在分析劳动权时提出了创新性的观点,呼吁在中国基本权利规范中增加阶层权^[9]。在社会学意义上,的确存在一个以工人和劳动者为主体的社会阶层,但宪法上阶层权存在的证成要复杂得多。观察言者的论说脉络,其只是对社会弱势群体的处境表达不满与同情,并非立意寻找劳动权的规范含义,故可将其归为劳动权的法社会学分析之列。且弱势群体或低收入阶层的存在是制度与经济政策使然,已超出法律范围,属于政治与社会问题。

四、解释原则:权利义务相一致

一切文本学都是解释学的事情。在遵循解释

技术共通规则的前提下,确立中国宪法解释方法的基本原则,是学科与实践发展双重意义上不可回避的学术责任。这一原则就是权利义务相一致原则。该原则长期通行于中国法学领域,用于概括和提炼基本权利的特征。中国宪法第51条规定:“中华人民共和国公民在行使权利和自由的时候,不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的权力和利益。”该条既是基本权利限制的规范依据,也是权利义务相一致原则的宪法规范表达。权利义务相一致原则在体现法律关系主体平等地位的前提下又融进了其他含义。这些意蕴为宪法独有,在构成基本权利体系解释原则的同时,提供了容纳新权利的开放空间^[10]。①

权利义务相一致原则的首要内涵是平等。一般认为,民法调整平等主体当事人之间的权利义务关系,宪法规范国家与公民之间的权利义务关系,具有不对等性。该认识只在“统治行为”或者“管理关系”的意义上成立,是一种依据国家与公民关系的政治属性而非法律属性得出的认识。“统治行为”与“管理关系”分别从属于政治理论与行政学。前者意在强调国家与公民之间的关系是统治与被统治的关系;后者阐明二者的关系是管理者与被管理者的关系。在宪法哲学或者政治哲学意义上,国家与公民是被授权与授权者或被委托与委托者的关系。法律意义上的国家与公民是平等关系,这是由法律关系的属性决定的。

权利义务相一致原则首先是国家与公民在法律地位上的平等。虽然在涉及政治问题上有主权豁免原则,但英国法律认为国家公权力与个人在法律上平等,国家与公民都须在普通法院应诉,不设行政法院。这就是说,方法论上基本权利的讨论限定在法律范围内,而非政治学、行政学和哲学阐释。此外,权利义务相一致原则包含平等意蕴,也有明确的宪法依据。宪法第33条第2项规定:“中华人民共和国公民在法律面前一律平等。”第4项规定:“任何公民享有宪法和法律规定的权利,同时必须履行宪法和法律规定的义务。”这一通常被认为体现平等原则的条款包含了权利义务相一致的规范含义,既说明权利义务相一致内在于平等原则,与第51条联系起来阅读,也说明平等是权利义务相一致原则的首要内涵。

其次,国家与公民互为权利义务主体。宪法关系的属性决定国家与公民是宪法上权利义务的主体。根据权利义务相一致理论,国家与公民之间的权利义务是相互的,而非单向度的。一方面,公民享有基本权利须伴随着履行宪法义务,例如

①关于权利义务相一致原则的规范含义与宪法法理解读,参见郑贤君《基本权利原理》,法律出版社2010年版,第118—121页。

服兵役与纳税；另一方面，公民享有基本权利须国家履行相应义务为前提，包括尊重义务、保护义务与促进义务，个别基本权利规范的立法体例对此亦有体现，多数基本权利条款都有“禁止……”或“国家发展……”等。宪法第51条“公民在行使权利和自由的时候，不得损害国家的……利益”，是二者互为权利义务主体的规范表达。

第三，表明基本权利受公共利益的限制。宪法第51条规定的“国家的”、“社会的”和“集体的”利益构成基本权利的外在限制，也是基本权利受限制的目的，即为了上述目的才可以限制基本权利。外在限制与内在限制有所不同。内在限制也称为内部界限，它是基于每一项基本权利的核心所划定的范围。内部界限与外部限制有着本质不同。内部界限构成每一项基本权利的核心，是任何外在限制所不能予以侵犯的。德国基本法第19条规定：“基本权利的核心不得加以限制。”例如，言论自由的核心是言说与表达，如果一部禁止表达的法律侵犯了言说这一核心，意味着侵犯了言论自由的内部界限，为宪法所禁止。每一个基本权利都有其内在界限，限制基本权利的法律不得超越该界限，这是限制须受限制的依据之一。基本权利基于公共利益所受到的限制属于外部界限，是指行使基本权利不得触犯公益或者他人利益。两者都是权利义务相一致原则在基本权利方面的体现。内在限制是基本权利主体自身同为权利义务的表现，因为在权利义务关系中，享有权利的一方同为义务主体。买卖合同中买方有取得货物的权利，但也有交付金钱的义务。言论既是个人的一项权利也是其义务，意味着在法理上，基本权利是不可以放弃的，也是无从放弃的。外在限制是基本权利主体与公益（他人）之间权利义务的表现，此处公民所受到的限制是一种宪法义务，即为了国家的、社会的和集体的利益须承担不作为义务。

第四，基本权利冲突内在于权利义务相一致原则。宪法第51条“为了他人的合法的权利和利益”，其中“他人的……”不属于公共利益，个人行使基本权利受他人权利和利益的限制的实质是基本权利价值在私法领域中的冲突。基本权利冲突与基本权利因公共利益受限制是不同的。前者发生于私主体之间，法院须在不同法益之间进行平衡。因公共利益限制基本权利不发生基本权利冲突问题，发生于公民与国家之间的纠纷是典型

的宪法关系。在此关系内，一方主张基本权利，一方主张公共利益，公共利益不是基本权利价值，既不产生私主体之间的基本权利价值冲突，也不产生不同基本权利价值之间的权衡。^①

第五，包含了基本权利冲突理论。个人在行使基本权利时不得与他人权利和利益相冲突，意味着基本权利价值适用于水平的私法关系。这是宪法第51条规范含义之一，属于权利义务相一致原则的基本内涵。基本权利第三者效力与基本权利冲突虽有重叠之处，但二者着眼点不同。前者置于基本权利可直接适用于私法关系，后者强调在私法关系中不同主体同时主张基本权利，需法官在个案中权衡不同价值，决定取舍，或者同时保护。

第六，确立基本权利相对主义原则。基本权利相对主义是指公民享有的基本权利不是绝对的，须受到限制。曾有论者认为，基本权利是最高的，不应受到任何限制。德国基本法第1条第3项以规范方式明确基本权利的最高属性，美国《权利法案》第1条规定的“国会不得制定任何法律剥夺”……其中“不得制定”与“任何”也表明了基本权利的至上地位。但是，最高并不意味着不受限制。基本权利有绝对保护主义与相对保护主义两种。绝对保护主义是指基本权利不受任何限制，这一观点只在宣示意义上成立。例如，近代宪法确立的私有财产神圣不可侵犯原则，即使在自由资本主义初期，宣称这一原则的国家实际上也在施加私有财产一定的限制。社会中的个人以及个人与公益之间的冲突都无法使任何基本权利处于绝对地位，不受任何限制。多数国家宪法明确规定基本权利相对保护主义，只不过基于个别基本权利规范的价值属性、规范特点及在基本权利规范体系中的地位，所受保护的程度不同而已，如宪法保留与法律保留，加重法律保留与一般法律保留等。至于何种基本权利采用何种保留，不能一概而论，应端量个别基本权利宪法上的规定、规范内涵，视个案情形而定。

最后，提供未列举基本权利的保护。未列举基本权利是指宪法没有以明示方式规定的权利，有的称为宪法外权利、新权利或者保留权利。在美国，未列举权利是法官造法的结果，并被称为司法创制的权利。依据制定法国家权利法定传统，宪法未明定某项权利，公民就不享有该权利。但是，即使在制定法国家也不同程度地存有宪法外权

^①该问题涉及不同宪法价值之间的平衡问题。德国理论认为，平衡只发生在将基本权利视为客观价值之时，法官在私主体之间进行的价值权衡。美国也存在平衡问题，但在私主体之间，而是当宪法基本权利与国家利益发生冲突时法官的权重。为此，斯卡利亚和布莱克否定平衡概念，认为基本权利优于政府权力是一个宪法假定，个人基本权利与政府利益之间不具有可比性。See Walter F. Murphy, James E. Fleming, Sotirios A. Barber, Stephen Macedo, *American Constitutional Interpretation, third edition*, 2003 by Foundation Press, p433.

利,一是基本权利应采取扩大保护原则,二是基本权利中隐含着某种自由。从中国宪法基本权利规范条款中也可推论宪法容纳未列举基本权利的保护。宪法第33条第1款规定“国家尊重和保护人权”。作为概括条款,其包含了对宪法未列举基本权利的保护;第51条“合法的权利”中的“合法”一词意味着保护法律规定的权利主张,还包含着在法律上具有正当性的主张。结合第33条人权保护的一般条款,第51条提供了容纳未列举基本权利的规范基础,确保了基本权利体系的开放。

结 语

围绕规范形成思想,发现意义,重视并习得从规范中提炼宪法精神,结合基本权利的一般原理明确规范含义是宪法释义学的基本立场与方法。解释属于理解,是通过文本文字寻求意义,其任务“是关于与文本相关联的理解过程的理论”^[11],在方法论意义上构成法学相对于其他学科的本质区别。离开文本文字通过抽象原则赋予规范意蕴不仅不符合解释任务,也违背共同体应遵守的技术规则,妨碍规范意义的确定,最终破坏共同体的宪法信仰。作为宪法问题,方法论的终极意义在于将基本权利研究树立于规范之中,隔离被模糊了的政治与法律的界限,使宪法在一定范围内免于政治的不良干预,在相对自治中体现其作为科学的独立属

性,实现从“政治的婢女”宿命中的逃离。

参考文献:

- [1]韩大元.基本权利概念在中国的起源与演变[J].中国法学,2009,(6).
- [2][日]铃木木义男,等.行政法学方法论之变迁[M].北京:中国政法大学出版社,2004.
- [3][德]施托莱斯.德国公法史:国家法学说和行政学[M].北京:法律出版社,2007:359.
- [4]蔡枢衡.中国法理自觉的发展[M].北京:清华大学出版社,2005:98-99.
- [5]王秀哲.隐私权的宪法保护[D].兰州:兰州大学法学院博士学位论文,2005:42-43.
- [6][美]库恩.再论范式[C]//必要的张力:科学的传统和变革论文选.福州:福建人民出版社,1981:291.
- [7]余英时.红楼梦的两个世界[M].上海:上海社会科学出版社,2006.
- [8]MURPHY W F,FLEMING J E,BARBER S A,MACEDO S. American Constitutional Interpretation, third edition[M]. Foundation Press, 2003:439.
- [9]韩秀义.文本·结构·实践:中国宪法权利二重属性分析[J].辽宁大学学报:哲学社会科学版,2010,(4).
- [10]郑贤君.权利义务相一致原理的宪法释义:以社会基本权为例[J].首都师范大学学报,2007,(4).
- [11][法]利科尔.解释学与人文科学[M].石家庄:河北人民出版社,1987:41.

Research on Interpretation of Fundamental Rights —Methodological Critique on Fundamental Rights Study

ZHENG Xian-jun

(School of Politics and Law, Capital Normal University, Beijing 100087, China)

Abstract: The main nature of fundamental rights research has blurred the scope and the limitation between disciplines, thus resulting in the deviation from legal methodology. Interpretation of fundamental rights is focused on norm finding which follows the general theories to determine the meaning of fundamental rights by referring to some doctrines and depending on domestic constitutional concepts. Fundamental rights interpretation is somewhat neutral and to some extent escapes from political reality. A wall between politic and academic action has been established which contains double risks in ensuring the safety for both politic and academic action, and borrowing much more from general theories and overseas thoughts are likely to affect the localization degree of fundamental rights, thus making it a closed system far from political reality. In order to overcome such risks, it is necessary to promote fundamental rights to be localized by remedying the shortage within system research based on using other social science methods and entrenching the "rights are consistent with obligation mutually" as the basic principle of interpretation.

Key words: fundamental rights; constitutional interpretation; methodology

[责任编辑:张莲英]