

学校编码: 10384

分类号_____密级_____

学号: 12920061150396

UDC_____

厦 门 大 学

硕 士 学 位 论 文

未列举基本权利之宪法保障

——以“国家尊重和保障人权”条款为核心

Constitutional Protection of Unarticulated Fundamental Rights:
Under the Clause of “the State Respects and Protects Human Rights”

李 海 龙

指导教师姓名: 徐振东 副教授

专业名称: 宪法与行政法学

论文提交日期: 2009年4月

论文答辩时间: 2009年 月

学位授予日期: 2009年 月

答辩委员会主席: _____

评 阅 人: _____

2009年4月

厦门大学学位论文原创性声明

本人呈交的学位论文是本人在导师指导下,独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考其他个人或集体已经发表的研究成果,均在文中以适当方式明确标明,并符合法律规范和《厦门大学研究生学术活动规范(试行)》。

另外,该学位论文为()课题(组)的研究成果,获得()课题(组)经费或实验室的资助,在()实验室完成。(请在以上括号内填写课题或课题组负责人或实验室名称,未有此项声明内容的,可以不作特别声明。)

声明人(签名):

年 月 日

厦门大学学位论文著作权使用声明

本人同意厦门大学根据《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》等规定保留和使用此学位论文，并向主管部门或其指定机构送交学位论文（包括纸质版和电子版），允许学位论文进入厦门大学图书馆及其数据库被查阅、借阅。本人同意厦门大学将学位论文加入全国博士、硕士学位论文共建单位数据库进行检索，将学位论文的标题和摘要汇编出版，采用影印、缩印或者其它方式合理复制学位论文。

本学位论文属于：

1. 经厦门大学保密委员会审查核定的保密学位论文，
于 年 月 日解密，解密后适用上述授权。

2. 不保密，适用上述授权。

（请在以上相应括号内打“√”或填上相应内容。保密学位论文应是已经厦门大学保密委员会审定过的学位论文，未经厦门大学保密委员会审定的学位论文均为公开学位论文。此声明栏不填写的，默认为公开学位论文，均适用上述授权。）

声明人：

年 月 日

内容摘要

未列举基本权利的保护是基本权利理论的自然延伸，是宪法保障基本权利功能的逻辑结果，如果否认未列举权利的宪法保护势必动摇宪法的哲学基础。因此，认可未列举权利的存在并力图予以保障已成基本共识。宪法所规定的权利体系须因应未来社会的不断变迁，为新的权利主张提供开放性保护，但人类的认识能力和立法技术是有限的，实践中，各国未列举基本权利的保护一般通过概括性权利条款予以实现。

我国现行宪法制定之初，基本权利概念的核心地位在宪法文本中并没有得到确立。制宪者拒斥了基本权利为宪法起点和归依的思想，否认了基本权利对国家公权力的拘束力，这一定程度上导致了现实中对基本权利保护的虚弱。即便此后历次修宪增加了基本权利的列举，也难以弥补这一缺失。2004年，“国家尊重和保障人权”条款写入宪法，是对宪法“基本权利核心概念”地位的确立，是对宪法权利本位的回归。“人权”具有一般权利的属性，“国家尊重和保障人权”具有基本权利条款的规范力，将该条款解读为概括性权利条款，能够为今后扩展和容纳新的权利留下一个稳定的“闸门”。“国家尊重和保障人权”条款是理顺和构建我国宪法基本权利体系的基础性核心条款，也将为今后基本权利保护的司法实践提供强大的解释穿透力。

对未列举权利的保护，“国家尊重和保障人权”条款具有实质性的衍生功能，可以直接解释出未列举权利；同时，亦得和已列举基本权利、宪法序言、总纲、宪法原则和国际人权规范相结合，通过宪法解释和论证等方法推衍未列举的基本权利，从而编织完备的权利保护网而避免对宪法文本作频繁修改。

关键词：未列举权利；基本权利；人权

ABSTRACT

The protection of unarticulated fundamental rights is the natural extension of the theory of fundamental rights, as well as the logical consequence of the constitutional function of protecting fundamental rights. The philosophical base of the constitution would be undermined if the constitutional protection of unarticulated fundamental rights is denied. In that case, the common view of recognizing as well as trying to protect unarticulated fundamental rights has already been established. The system of rights prescribed in the constitution should open to new allegations of rights as well as recognize them, along with the continuous variation of the society in the future. However, limited by cognition and legislative technology, the protection of unarticulated fundamental rights has actualized through the clause of generalized rights.

At the beginning of the frame of the constitution in this country, fundamental rights had not been affirmed as the core term of the text of the constitution. The framers rejected to the concept that fundamental rights should be treated as the starting point as well as the destination of the constitution, denied the binding force of fundamental rights to the power of the state, which, to some extent, resulted in the fragility of the protection of fundamental rights. Although the enumeration of fundamental rights increased in some amendments afterwards, such a drawback has never been conquered. In the year of 2004, the clause of “the state respects and protects human rights” was written in the constitution, which is supposed to be the establishment of the concept of “the core nature of fundamental rights” as well as the reversion of the concept that fundamental rights should be treated as the nature of the constitution. “Human rights” are attributed to general rights. The clause of “the state respects and protects human rights”, as the clauses of fundamental rights, is attributed to normative force. The channel to extend and accommodate new rights would be established if such a clause is construed as a clause of general rights. The

clause of “the state respects and protects human rights” is the core basic clause to regularize and construct the system of fundamental rights of the constitution in this country. Whereas, it will arm the judicial protection of fundamental rights with strong penetrating ability to interpret in the future.

The clause of “the state respects and protects human rights” has substantive function of derivation. Unarticulated fundamental rights may be interpreted from this clause. Meanwhile, combined with the articulated fundamental rights, the preamble of the constitution, the general principle of the constitution, the basic tenets of the constitution as well as the international human rights norms, through the constitutional interpretation and reasoning, unarticulated fundamental rights may be interpreted from this clause. Hence, the self-contained protection of rights would be established, avoiding amending the text of the constitution frequently.

Key words: Unarticulated rights; Fundamental rights; Human rights

目 录	
引 言.....	1
第一章 未列举基本权利理论之证成.....	4
第一节 未列举基本权利理论的形成.....	4
一、未列举基本权利理论的缘起.....	4
二、立宪主义对基本权利的无漏洞保护.....	5
三、某些宪法对未列举基本权利的保护.....	7
第二节 我国宪法中“基本权利”观念之演进.....	9
一、基本权利作为“核心概念”的宪法价值.....	9
二、我国宪法中“基本权”核心概念的缺失和引入.....	11
第三节 我国宪法理论引入“未列举基本权利”概念之必要.....	13
第二章 我国未列举基本权利宪法保障之依据.....	16
第一节 “国家尊重和保障人权”条款之解读.....	16
一、“国家尊重和保障人权”条款入宪的背景.....	16
二、“国家尊重和保障人权”中“人权”概念向“基本权利”方向的 解读.....	17
三、“国家尊重和保障人权”条款的属性.....	19
四、“国家尊重和保障人权”条款与典型概括性权利条款的比较.....	23
第二节 “国家尊重和保障人权”条款与基本权利之关系.....	26
一、概括性权利条款在宪法文本结构中的位置及与相关概念的关系....	27
二、“国家尊重和保障人权”条款与基本权利之关系.....	29
第三节 其他可作为宪法未列举基本权利保障的依据.....	30
一、序言、总纲和宪法原则.....	30
二、国际人权规范.....	33
第三章 我国未列举基本权利之保障.....	35
第一节 未列举基本权利的分类.....	35

一、未列举基本权利的学理分类.....	36
二、我国宪法未列举基本权利.....	37
第二节 未列举基本权利保障的实体要件	38
一、该未列举权利实质上具有基本权利的品质.....	38
二、未列举权利的行使不妨害公共利益与他人权益.....	39
结 语.....	41
参考文献.....	42

厦门大学博硕

CONTENTS

Preface 1

Chapter 1 To justify the theory of unarticulated fundamental rights
..... 4

Subchapter 1 The formation of the theory of unarticulated fundamental rights
..... 4

 Section 1 The origin of the theory of unarticulated fundamental rights 4

 Section 2 No-omission protection of fundamental rights under
 constitutionalism..... 5

 Section 3 Protection of unarticulated fundamental rights in some constitutions
 7

**Subchapter 2 Evolution of the concept of “fundamental rights” in Chinese
constitution**..... 9

 Section 1 Fundamental rights as the “core term” of constitutional value 9

 Section 2 Absence of the concept of “fundamental rights as the core term” in
 Chinese constitution and introduction of such concept to Chinese
 constitution..... 11

**Subchapter 3 The necessity to introduce the concept of “unarticulated
fundamental rights” to the theory of Chinese constitution** 13

**Chapter 2 The foundation of the constitutional protection of
unarticulated fundamental rights in China** 16

**Subchapter 1 To construe the clause of “the state respects and protects human
rights”** 16

 Section 1 The backgrounds of writing the clause of “the state respects and
 protects human rights” into the constitution 16

 Section 2 From “human rights” to “fundamental rights”: to construe the clause
 of “the state respects and protects human rights” 17

 Section 3 Rights: the nature of the clause of “the state respects and protects
 human rights” 19

 Section 4 Comparison between the clause of “the state respects and protects

human rights” and typical general rights clause	23
Subchapter 2 The relationship between the clause of “the state respects and protects human rights” and fundamental rights	26
Section 1 The position of general rights clause in the text of the constitution and its relationship with other respecting concepts	27
Section 2 The relationship between the clause of “the state respects and protects human rights” and other fundamental rights	29
Subchapter 3 Other foundations of the protection of unarticulated constitutional fundamental rights	30
Section 1 Preamble, general principle and constitutional tenets	30
Section 2 International human rights norms	33
Chapter 3 The protection of unarticulated fundamental rights in China	35
Subchapter 1 The classification of unarticulated fundamental rights	35
Section 1 The theoretical classification of unarticulated fundamental rights	36
Section 2 Unarticulated constitutional fundamental rights in China	37
Subchapter 2 Substantive elements of the protection of unarticulated fundamental rights	38
Section 1 Unarticulated rights actually possesses the nature of fundamental rights	38
Section 2 The exercise of unarticulated rights may not impede public interests and other people’s interests	39
Conclusion	41
Bibliography	42

引言

一、研究动机和问题意识

未列举基本权利保护是基本权利理论在宪法实践中的自然延伸。^①逻辑上，只有认肯基本权利概念在宪法中的核心地位，才能进一步引发出未列举基本权利的保护。目前，美国、德国、日本、以及我国台湾地区均存在未列举基本权利的宪法保护之事实，并且，一般都通过宪法文本中概括性权利条款予以实现。

在我国宪法制定之初，基本权核心概念^②的作用在宪法文本中并没有得到体现。^③不能不说，某种程度上正是这一缺失导致了对人们权利保护的虚弱。2004年3月14日，第十届全国人民代表大会第二次会议通过的《中华人民共和国宪法修正案》第24条规定，“宪法第三十三条增加一款，作为第三款：‘国家尊重和保障人权’。第三款相应地改为第四款。”自此，宪法对人权的保护作了明确宣示，使宪法的核心价值——保障公民的基本权利在宪法文本上有了规范依据。然而，对这一条款应该如何理解，该条款入宪是否实现了“基本权利”观念在宪法文本中的核心地位？“人权”概念应该作怎样的界定，与“基本权利”有否区别，其性质如何？与该章中其他权利条款的关系又如何？在厘清这些问题的基础上，是否可以认定“国家尊重和保障人权”为概括性权利条款，因而具有对宪法未列举基本权利的创造机能？

① “未列举基本权利”不是一个规范性的法律概念，我国宪法学界，研究该问题的论文对此也未作定义，本论文引言部分之“用语说明”将对这一概念及相关用语作更具体的说明。参见屠振宇. 未列举基本权利的宪法保护[J]. 中外法学, 2007, (1): 40-50. 王广辉. 论宪法未列举权利[J]. 法商研究, 2007, (5): 60-67. 郑贤君. 宪法权利体系是怎样发展的? ——以美国法为范例的展开: 司法创制权利的保护[J]. 法学家, 2005, (6): 49-55. 韩大元. 宪法文本中“人权条款”的规范分析[J]. 人权, 2006, (1): 23-27.

② “基本权核心概念”是一个德国式的抽象理论，其价值在于强调：基本权利之保障不允许被任何机关以任何名义空洞化，基本权客观规范之社会意义与作用之存否首先以个人主观权利是否受保障为前提。基本权利除了作为个人主观权利的性质外，还被认为是德国基本法所确立的“客观价值秩序”，是直接约束公权力的“客观规范”或“客观法”。也有学者认为“基本权核心概念”系指基本权利受宪法保障的哲学根据而言，“近代宪法对于基本权利核心概念，多将之置入前言之条文中予以规范，使其由宪法之上位概念，实定为宪法之规范。”从而成为宪法列举的基本权利和未列举基本权的本质内容，并对其具有衍生、概括和解释的功能。本文更偏重于后一意义上使用“基本权核心概念”。参见聂鑫. 宪法基本权利的法律限制问题——以中国近代制宪史为中心[J]. 中外法学, 2007, (1): 51-70. 张翔. 基本权利的双重性质[J]. 法学研究, 2005, (3): 21-36. 萧淑芬. 基本权基础理论之继受与展望——台日比较[M]. 台北: 元照出版有限公司, 2005. 43.

③ 参见许崇德. 人权入宪的重大意义[J]. 法学家, 2004, (4): 1-4. 吴家清, 杜承铭. 论宪法权利价值理念的转型与基本权利的宪法变迁[J]. 法学评论, 2004, (6): 3-9. 王德志. “人权”入宪与宪法价值观的变迁[J]. 山东大学学报(哲学社会科学版) 2004, (5): 114-119. 冉思东. 论中国宪法的人权表达[J]. 法学家, 2006, (3), 62-68.

目前，我国宪法学界对以上问题的研究更多的集中在对前面两个问题的回答上，即条款中“人权”概念的解读和“人权”入宪对中国人权保护的积极意义。至于如何凭借该条款展开基本权利的保护，研究涉及不多，没有指出翔实可行的方向，^①对这一条款做规范分析的研究成果则更少。尤其是，“国家尊重和保障人权”条款与概括性权利条款是否存在某种关联，或者说，本条款是否可定性为概括性权利条款，并没有十分充分的研究成果。^②

考虑到我国宪法整体上对基本权利的保护仍比较欠缺的情况，而对宪法进行频繁修改实非轻易的选择，又鉴于“人权”概念具有较大的包容性和开放性，该条款已列入“公民的基本权利和义务”一章，因而尽力挖掘“人权”条款的潜在功能即具有可能和必要，从而为此后充分实现权利保障奠定理论基础。论文立足于此方向，梳理已有的研究成果，并尝试对上文提出的问题作出回应。

二、理论预设、研究对象、范围和用语说明

（一）理论预设

天赋人权或者说自然权利理论实为近代宪法产生之理念先导，无论这种理论存在什么逻辑上的瑕疵，不可否认的事实是：各国宪法均以保障基本权利为其要旨。1776年《美国独立宣言》中“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”、1789年《法国人权宣言》中“自然的、不可让与的、神圣的人权”、《德国基本法》中“人的尊严不可侵犯”、《日本国宪法》中“不可侵犯的永久权利”无不体现或内涵了“高级法”或“基本权核心概念”的思想。因此，可以说，实质意义上^③的宪法本身存在先验的权利观念，完全摒弃自然法思想将导致近代宪法的崩溃。而未列举基本权利正是自然权利观念在宪法文本产生后的自然延伸，拒斥自然权利观念即不存在未列举基本权利的问题，此为论文研究的预设。

① 林来梵教授与季彦敏硕士提出建立具有实效性的违宪审查制度来缓解抽象性的人权规范与个别性的人权保障之间的张力，是为少见的具体措施。但该方案得以施行之前，必须以对拙文此前所提问题的考量为准备。参见林来梵，季彦敏，人权保障：作为原则的意义[J].法商研究，2005，（4）：64-69.

② 韩大元教授对此有所论述，但只作了方向性的提示，而未展开论证。

③ 罗文斯坦认为，宪法可以分为规范宪法、名义宪法、语义宪法。在规范宪法的国家，宪法规范驾驭着政治过程，权力运作服从宪法规范。而1789年法国人权宣言第十六条明确宣示，“凡权利无保障和分权未确立的社会，就没有宪法。”此处实质意义上的宪法是指宪法不仅规范国家政治权力的运作，更以保障公民基本权利为依归。参见朱福惠，刘连泰，周刚志. 宪法学专论[M].北京：科学出版社，2006，22-26.

（二）研究对象、范围及研究课题的局限

对宪法未列举基本权利的保障，各国一般由宪法法院或类似的职能机构通过对宪法文本上概括性权利条款或相关条款的解释予以实现。可以说，未列举基本权利的保护主要经由司宪活动实现，而非立法活动。我国目前并没有专门的违宪审查机构，^①因此，对于未列举基本权利保护的探讨，无论理论上如何圆满，现实中岂非总是镜花水月？但论文主要解决的是未列举基本权利保障理论在中国得以确立的必要，以及如何从这一角度解读“国家尊重和保障人权”条款。至于制度上将如何设计使该理论获得现实的生命力，则不在论文的研究范围之内。

基于以上事实，论文对“国家尊重和保障人权”条款的解读，不能像其他各国类似条款之研究，有具体的宪法判例予以支持从而获得实证研究的力度，这不能不说是一种遗憾。然而，也正因为这一点，先做理论上的初步探析，为今后之实践剖析可能途径，引起学人关注，正是论文价值所在。

（三）“未列举基本权利”和“概括性权利条款”的区分使用

未列举基本权利（Unarticulated Fundamental Rights），以文义理解，是指宪法文本所列举基本权利之外的基本权利，是学理概念，其存在与否需要学理上的证成，其证成不仅要从宪法文本中寻找依托，更需从文本之外寻找理论依据；而概括性权利条款是对宪法文本中某一条款的类的划分，是一类具体的法律规范，是衍生未列举基本权利的文本依据，虽然二者有时可以相互生成，但毕竟有着本质的不同，因而论文对这两个概念从以上角度区分使用。^②

^① 参见林来梵，季彦敏．人权保障：作为原则的意义[J]．法商研究，2005，（4）：64-69．

^② 因此，笔者认为王广辉教授论文《论宪法未列举权利》中“宪法未列举权利条款”的用语是不严谨的，容易引起误读，本文对相应的意思一律以“概括性权利条款”表示。

第一章 未列举基本权利理论之证成

第一节 未列举基本权利理论的形成

一、未列举基本权利理论的缘起

未列举基本权利是一个古老的宪法问题。宪法的生命和价值在于对基本权利的保护，在近代成文宪法诞生之初，便有了对基本权利的明文列举。1776年的弗吉尼亚宪法，首先对公民基本权利作了专门规定。1789年制定的美国联邦宪法，最初虽然没有专门规定基本权利，但是不久便通过了被称为“权利法案”的前十条宪法修正案。法国大革命后颁布的第一部宪法——1790年宪法，将1789年《人权宣言》作为宪法的序言，还规定了公民享有的集会、请愿、宗教信仰以及有限制的选举权等权利。由于这两部宪法的巨大影响力，此后，世界各国宪法文本对基本权利进行列举保护蔚然成风。然而，宪法对基本权利的列举涉及到以下必须回答的问题：哪些权利应该被视为基本权利而列举？列举的权利是否意味着，在列举权利之外不存在任何基本权利？如果存在未列举的权利，且这些未列举权利同样受到宪法的保护，则列举权利的意义又何在？

事实上，参与《美利坚合众国宪法》制定的先贤们对以上问题存在不同看法。如：反对列举基本权利的威尔逊就指出：“在所有的社会中，存在很多权力和权利，它们不能被全部列举。附于宪法之中的权利法案是对列举权力的保留。如果我们尝试列举权利法案，那么所有没有被列举在其中的部分将被视为授出。结果是，一个不完备的列举将使所有隐含的权力落入政府的范围；人民的权利也将变得不完整。”^①另一位反对者汉密尔顿也认为：“人权法案，从目前争论的意义与范围论，列入拟议中的宪法，不仅无此必要，甚至可以造成危害。人权法案条款中包括若干未曾授予政府的权力限制；而正因如此，将为政府要求多于已授权力的借口。”^② 为了避免以上担忧的情况出现，力主《权利法案》入宪

^① EUGENE W. HICKOK, ed., *The Bill of Rights: Original Meaning and Current Understanding*, the University Press of Virginia, 1991, 423.转引自屠振宇. 未列举权利的认定方法[J].法学, 2007(9): 78-86.

^② [美]汉密尔顿, 杰伊, 麦迪逊. 联邦党人文集[M].程逢如, 在汉, 舒迅译, 北京: 商务印书馆, 1980.429-430.

的麦迪逊在提交的法案说明中指出：“曾有反对权利法案者指出，对授出权力作特别的例外列举，可能贬损那些没有被列举的权利；暗含的结果可能是，那些没有被列出的权利将会落入概括的国家之手，从而得不到保护。这是我所听到的，反对将权利法案并入宪法的，表面上看来最有说服力的意见；但是，我认为，这种结果是可以防范的。”防范的措施便是1791年12月15日批准生效的修正案第九条。^①该条修正案集中体现了美国宪法的自然权利观念，即基本权利是先验的、与生俱来的，先于国家而存在，并非来自成文法的授予。反过来，认可未列举基本权利的存在，也是列举基本权利的前提和条件，是对宪法哲学基础的延伸和保护。

因此，可以这样说，凡是承认其首要价值在于保护公民基本权利的宪法，^②都存在未列举基本权利的宪法保护问题，否认未列举基本权利的存在和可保护性，就会导致对基本权利保护的追问和怀疑，进而侵蚀甚至颠覆宪法本身的正当性。

二、立宪主义对基本权利的无漏洞保护

未列举基本权利的保护一般经由概括性权利条款予以实现，而在立宪技术上，概括性权利条款的权利内容是模糊的、不确定的。宪法规范可以分为确定（明示）与不确定（默示）两大类。制宪者须尽力运用确定的宪法权利规范（如已列举基本权利）明确详尽的列举人民在宪法保护之下拥有哪些权利。对于确定的权利规范，释宪者所能运用的宪法学方法论空间相对较小，体现了宪法权利规范的确定性或封闭性特征。然而，立宪乃是面向复杂的社会人文系统并以未来为取向的活动，由于社会人文系统具有的高度复杂性，对其难以做到完全精确的预设。宪法的面向未来性要求立宪者必须为动态的社会环境和现实需求设计宪法规范，要求宪法能够对未来的可能权利提供开放性保护，而采用固化的确定性规范显然难以胜任这一任务。更吊诡的是，如果时空发生变化，尤其

^① 第九修正案：“不得因本宪法列举某些权利，而认为凡由人民所保留的其他权利可以被取消或抹煞。”戴学正. 中外宪法选编[Z].北京：华夏出版社，1994.231.原文是：“The enumeration in the Constitution of certain rights shall not be construed to deny or disparage others retained by the people.”

^② 有学者认为，从宪法的功能主义来理解宪法概念，一部实质意义上的宪法具有两项基本功能：即规范和限制政府权力，保障公民的基本自由。参见朱福惠，刘连泰，周刚志. 宪法学专论[M].北京：科学出版社，2006，25.

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

廈門大學博碩