

基本权利的双重性质

张 翔*

内容提要:在德国的宪法理论中,基本权利被认为具有“主观权利”与“客观法”的双重性质。除了作为个人权利的性质外,基本权利被认为是德国基本法所确立的“客观价值秩序”,是对国家权力产生直接约束力的法律。这一理论构成了对基本权利的宪法解释的基本框架,在此基础上,德国建构了一套严密的基本权利保障体系。这一理论对中国宪法的基本权利问题具有借鉴意义。

关键词:基本权利 主观权利 客观法 客观价值秩序

在当代德国宪法的理论与实践,基本权利被认为具有“主观权利”和“客观法”的双重性质。在“个人得向国家主张”的意义上,基本权利是一种“主观权利”。同时,基本权利又被认为是德国基本法所确立的“客观价值秩序”,公权力必须自觉遵守这一价值秩序,尽一切可能去创造和维持有利于基本权利实现的条件,在这种意义上,基本权利又是直接约束公权力的“客观规范”或者“客观法”。^[1]在基本权利的双重性质理论之下,德国的宪法理论与实践构筑了一个精致严密而井然有序的基本权利保障体系,使得国家权力乃至整个社会生活都在以人格尊严为核心的基本权利基础上得以整合。双重性质理论构成了德国对基本权利的宪法解释的基本框架,对于我国正在建构中的基本权利理论体系有相当的借鉴意义。笔者在本文中尝试大致梳理这一理论的基本脉络,并初步探讨其对于解决中国基本权利问题的启发。

一、基本权利双重性质理论的起源

(一) 语词起源

“基本权利的双重性质”实际上起源于德文中“Recht”一词的多义性。作为名词的Recht在德文中有两个基本含义:一为“法”,二为“权利”,^[2]为了保证法律概念的规范与严格,德国人在使用Recht一词时往往在其前加上“客观的”或“主观的”修饰,以明所指。subjektives Recht(主观权利)就

* 中国人民大学法学院博士后。中国社科院法学所同仁在“青年公法沙龙”中对本文的写作提出了许多有益的建议,特此致谢。

[1] Robert Alexy:《作为主观权利与客观规范之基本权》,程明修译,《宪政时代》第24卷第4期。

[2] 参见《新德汉词典》,上海译文出版社2000年版,第932页以下。

是指权利,而 objektives Recht(客观法)就是指法。由于“权利”一词的双义性是许多欧陆语言的共同现象,所以德国的作法也为其他国家所借鉴。例如,法国公法学家莱昂·狄骥在其名著《宪法学教程》的开篇就使用这种区分方法:“同一个词‘法’指代两个决不相同但又可能互相渗透,紧密联系的概念:客观法和主观权利”。〔3〕他还批评某些法国学者将这两个概念蔑称为“从日耳曼进口的概念”,认为这种区分解决了法国法学家长期不能清晰划分的概念问题,认为“由此,客观法与主观权利成为两个适用的概念,对其的使用也被认为是完全合理的”。〔4〕所以,“主观权利”与“客观法”的区分最初只具有明定概念涵义的意义,只在德法等国使用,而在那些语文上可以区分“法”与“权利”的国家,并无使用“主观权利”与“客观法”这两个概念的必要。或者说,即使我们使用“主观权利”、“客观法”这一组概念,其在含义上也完全等同于“权利”和“法”。〔5〕正如一位美国学者所言:“德语中的 Recht 一词存在一种不可译的二重性,subjektives Recht 大致是个人权利的意思,而 objektives Recht 大致是‘客观法’。英语使用两个完全不同的词:法和权利,这两个概念可以比较准确的对应德语和其他大陆语言。”〔6〕所以,“主观权利”和“客观法”的区分最初只是一种语言现象,然而二战后的德国宪法学却以此为基础对基本权利的性质进行了全新的诠释,既将基本权利看作“权利”,又将其作为“法”。

(二)规范起源

基本权利作为可请求的“主观权利”的规范依据,在《联邦德国基本法》上非常明确,基本法第19条第4款规定:“任何人的权利受到公权力的侵犯,都可以向法院起诉。”由于德国1949年基本法建立了以联邦宪法法院为核心的违宪审查制度,特别是建立了可以由个人在具体案件审理过程中提请对违宪法律法规进行“具体审查制度”,公民基本权利具备“主观权利”的性质在法律上已非常明确。更为重要的是,德国通过宪法修正案(基本法93条4a)和《联邦宪法法院法》确立了“宪法诉愿”制度,也就是个人在穷尽了一切法律途径的情况下,还可以向联邦宪法法院诉请保护基本权利,这就使得基本权利具备了彻底而完整的“主观权利”功能。

基本权利作为“客观法”在基本法上的直接依据是第1条第3款,该款规定:“下列基本权利是约束立法、行政和司法的直接有效的法律”。按照这一规定,基本权利就是可以直接约束公权力运作的规则,也就是公权力主体要时刻以维护保障基本权利作为自己的基本考量。基本权利对公权力的这种约束不是违宪审查层次上的,也不是个人请求排除公权力侵害层次上的,所以基本权利在这里体现的并不是“主观权利”的性质,而是一种“客观规范”,或者“客观法”。除了这一条款以外,基本法的其他一些条款,也被看作是基本权利具备“客观规范”性质的依据,主要包括:(1)基本法第1条第1、2款。这两款的基本内容是,以人格尊严为核心的基本权利是一切人类共同体的基础,国家有尊重和保障的义务。这意味着,基本权利是先于国家的存在,基本权利并不是制宪权的创造物,相反,制宪权及其派生的其他国家权力都要受基本权利的约束;(2)基本法第19条第2款:“在任何情况下,对基本权利的限制不得危及其本质内容”,第79条第3款:“对基本法的修正,不得影响……第1条至第20条所确立的基本原则。”这两款表明,既便是由社会中的多数所推动的制宪权和立法权也要受基本权利的约束,这种规定可以解释为基本法赋予了基本权利以一种超越国家的、约束国家权力的“客观规范”的地位。

虽然基本权利作为“客观规范”的性质在基本法中有所体现,但是,最终在规范层面上确立基本权利“客观法”性质的是联邦宪法法院的一系列判决。其中最为重要的是1958年的吕特判决和1975年的堕胎判决。

〔3〕莱昂·狄骥:《宪法学教程》,王文利等译,辽海出版社、春风文艺出版社1999年版,第3页。

〔4〕同上引。

〔5〕值得注意的是,我国一些学者将这一概念翻译为“主观权利”和“客观权利”,应该说有欠准确,参见哈特穆特·毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第152页。

〔6〕William Ewald, Comparative Jurisprudence (I): What was It Like to Try a Rat? 143U. Pa. L. Rev. n295.

在 1958 年的吕特判决中,德国联邦宪法法院首先说明了基本权利的“主观权利”性质:

“毫无疑问,基本权利的主要目的在于确保个人的自由免受公权力的干预。基本权利是个人对抗国家的防御权,从基本权利在人类历史上的发展,以及各国将基本权利纳入宪法的历史过程中,我们可能看出这一点。……。这也是为什么会存在针对公权力行为的宪法诉愿制度的原因所在。”

接下来,宪法法院又说明了基本权利具备客观法的性质:“然而,同样正确的是,基本法无意构造一个价值中立的体系。基本法的基本权利一章建立了一个客观价值秩序,这个价值秩序极大地强化了基本权利的实效性。这一价值秩序以社会团体中的人类的人性尊严和个性发展为核心,应当被看作是宪法的基本决定而对所有的法领域产生影响。立法、行政和司法都应该从这一价值秩序中获得行为准绳与驱动力。”〔7〕

在 1975 年的堕胎判决中,联邦宪法法院重申了基本权利的此种双重性质,认为基本权利条款不仅包含了个人对抗国家的主观防御权,同时也包含了作为宪法基本决定的客观价值秩序,它是所有的法领域和所有的公权力的准则。接下来,宪法法院从国家“保护义务”的角度对这种双重性质作了说明:

“国家对于(胎儿生命权)的义务是多方面的。不言自明,这首先意味着禁止国家对生命发展有任何的直接侵害,同时也要求国家采取积极的行动去保护和促进生命发展,这意味着国家有义务去保护胎儿免受非法堕胎的威胁。”〔8〕

通过这样一系列的判决,德国联邦宪法法院最终确定:基本权利既是个人可以诉请法院对抗国家侵害的主观防御权,同时也是一种宪法所确定的,科以公权力“保护义务”的,一切公权力必须自觉遵守的“客观规范”。

(三) 理论起源

本来纯属语言现象的“主观权利”和“客观法”的区分何以在战后德国基本法的制定和实践被融为一体,并成为德国思考基本权利问题的基本框架呢?在这里,有必要梳理一下“基本权利的双重性质”的理论背景。

在魏玛宪法时期,宪法上的基本权利条款几乎没有任何法律上的实效性,基本权利既不是个人得主张的权利,也不能够有效约束公权力的宪法规范。德国有着强大的立法绝对主义和法律实证主义传统,这种传统决定了在魏玛宪法的时代,基本权利仅仅被看作是对立法机关的“指示”或者“纲领”,而不是可以诉请法院保护的权利。当时有一种“转换理论”,认为宪法上的基本权利只有经过立法机关制定法律才能成为真正的权利。也就是说,宪法上的权利并不构成实质意义上的权利,即使立法机关侵害宪法上的权利,个人也不能直接请求司法保护。〔9〕基本权利“仅仅是对立法机关的指示,而不是法院可以马上适用的规则。”〔10〕在立法绝对主义之下,法院和法官不过是“法律的奴仆”,以保障基本权利为目标的对立法法的司法审查是不可想象的。在当时的德国人看来,美国式的司法审查是一种“司法绝对主义”,由于其有违多数规则,在德国的传统之下也是不可接受的。虽然在魏玛宪法的晚期,德国联邦最高法院进行了一些司法审查,〔11〕但当时普遍认为,司法审查至多只能针对立法机关是否正确按照法定程序制定和颁布了法律,至于这些法律的实质内容是否合乎宪法的标准——自

〔7〕 BVerfGE 7, 198 (1958). See Donald P. Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Duke University Press, 1997, p. 363.

〔8〕 BVerfGE 39, 1 (1975). See Juergen Christoph Goedan, *The Influence of the West German Constitution on the Legal System of the Country*, 17 *Int'l L. J. Legal Info.* 115 (1989).

〔9〕 参见庄国荣:《西德之基本权利理论与基本权的功能》,《宪政时代》第 15 卷第 3 期。

〔10〕 Heinrich Rommen, *Natural Law in Decisions of the Federal Supreme Court and of the Constitutional Courts in Germany*, 4 *Nat. L. F.* 2 (1959).

〔11〕 参见赫尔穆特·施泰因贝格:《美国宪政主义和德国宪法发展》,路易斯·亨金等编:《宪政与权利》,郑戈等译,三联书店 1996 年版,第 271 页。

由、平等、正义,等等,完全不在司法审查的范围之内。所以,尽管魏玛宪法规定的基本权利前所未有的广泛,但由于无法容纳对立法实质性司法审查,个人并不能直接依据宪法上的基本权利条款而要求排除国家的侵害,所以基本权利并不是“个人得主张”意义上的主观权利。

此外,19世纪中期以降,德国法哲学中法律实证主义居于主导地位,这使得法律而非自由与正义成为法学理论的核心。立法者被看作是主权者,除了其自我设限之外,立法者不受任何限制。宪法中的基本权利条款同样也不能真正约束立法者,在决定应该保护哪些现存权利以及应该创设哪些新权利上,立法机关具有充分的“形成自由”。所以,宪法上的基本权利条款也不是能够约束立法机关的“客观的法”。

二战后,基于对纳粹残暴统治的深刻反思,德国逐步摆脱传统立法绝对主义和法律实证主义的束缚,开始从自然法的理念中寻求宪政改革之路。战后德国法哲学经历了一场自然法的复兴,从1946年开始,德国的知识阶层展开了对自然法精神的深刻思考,而参加战后制宪会议的代表们更普遍接受了权利是一种普世的、更高的客观准则的观念。在起草基本法的讨论中,有代表声称:“我们认为权利是自然法的一部分,权利比国家更古老,也比国家更重要,它一次次地通过对抗国家而有力地维护自身。尽管愚蠢的人类曾经否定过它,但作为一种高级法,它是有效的。”^[12]自然法理论对于德国基本法的制定有着极其深刻的影响,有学者甚至认为,秉持自然权利观念的法国宗教哲学家雅克·马里旦的思想是德国1949年基本法的决定性因素。^[13]自然法的观念也催生了德国法学对基本权利性质和地位的重新思考。

首先,由于接受了人权是超越法律体系的普遍高级法的观念,立法权不再被看作是绝对的,其运作也被认为必须服从自然权利和自然法。这样,以保障基本权利为目的的对立法的司法审查在观念上才成为可能。正因如此,德国制宪会议一开始就达成下列共识:强化司法在国家政治生活中的地位,摒弃立法绝对主义,同时必须建立个人诉请联邦宪法法院排除公权力侵害的机制,强调司法权作为基本权利保障机制的地位。^[14]由此,宪法上的基本权利才有可能成为个人得诉请法院保护的“主观权利”,才有可能成为真正的权利。

其次,由于基本权利开始被看作是先于国家和高于国家的存在,传统的法律与权利的关系就发生了逆转。个人的权利不再是立法者的创造物,相反,法律和国家权力要从保障基本权利中去获得正当性。在这种意义上,拉德布鲁赫等法学家“赋予各种基本权利以一种普遍的价值”。^[15]而且,作为普遍的客观价值,基本权利对于立法权不再是空洞的“指示”和“纲领”,而是能够实际约束立法者的客观规范。基本权利作为客观规范的实效性充分体现在德国宪法的“自由民主基本秩序”的观念中,按照德国的宪政观念,以基本权利为基础的自由民主基本秩序,“透过宪法法院之运作,即有实定法之功能”。^[16]也就是说,基本权利不仅是个人的权利,还是直接约束公权力运作的“客观规范”或者“客观法”。

二、基本权利作为“主观权利”的基本涵义

在前文已提及,基本权利是在“个人得主张”的意义上被称作“主观权利”的。也就是个人得依据自己的意志向国家提出要求,而国家必须按此要求作为或者不作为。基本权利的此种“主观属性”包

[12] Heirich Rommen, *Natural Law in Decisions of the Federal Superme Court and of the Constitutional courts in Germany*, 4 *Nat. L. F.* 6 (1959).

[13] Edward M. Andries Jacques Maritain and the 1949 Basic Law, 13 *Emory Int'l L. Rev.* 3 (1999).

[14] 前引[11],路易斯·亨金书,第275页。

[15] 科殷:《法哲学》,林荣远译,华夏出版社2002年版,第61页。

[16] Karl Doehring:《德意志联邦共和国宪法(基本法)之特征——自由民主基本秩序》,法治斌译,《宪政时代》第14卷第4期。

含两层涵义:首先,个人得直接依据宪法上的基本权利条款要求公权力主体为或者不为一定的行为;其次,个人得请求司法机关介入以实现自己的要求。^[17]换言之,如果个人依据其基本权利向公权力主体提出一项请求,公权力主体就负有相应的作为或者不作为义务,如果公权力主体没有履行此义务,个人可以请求司法救济。我们知道,“请求”是权利之基本属性,故而,将基本权利作为“主观权利”是强调其作为权利的属性。

基本权利作为主观权利的核心功能是所谓“防御权功能”。也就是当国家侵害基本权利时,个人得请求国家停止侵害,而且此项请求可以得到司法上的支持。^[18]在违宪审查制度,特别是宪法诉愿制度建立的背景下,基本权利具备“主观防御权”功能在理论上已经不存在任何疑义。防御权功能是基本权利最为原始和核心的功能,从人类历史上看,最有可能侵害个人权利的乃是掌握各种强制力量的国家公权力,因而,宪法中对于基本权利的规定,首先的目的就是防止公民的生命、自由与财产受到公权力的侵犯,维护个人免受国家恣意干涉的空间。确保这一目的实现的最有力手段就是由个人提起违宪诉讼以排除国家的侵害。故而,基本权利作为主观权利的基本功能就是“防御权功能”。相对于基本权利的防御权功能,国家的义务是“不作为义务”或者“消极义务”,也就是不为侵害基本权利的行为。

除“防御权功能”外,基本权利在一定条件下还具有直接请求国家积极“作为”以使个人享有某种利益的“受益权功能”。这一问题在学理上存在相当大的争议。一般认为,由于宪法中基本权利规定过于抽象,对于国家给付的种类、范围、条件等没有明确的规定,因而个人不能直接依据基本权利的规定请求国家提供一定的给付。只有在立法机关通过立法明确了国家给付的具体内容后,个人依据法律之规定才可以请求国家积极“作为”。所以,宪法中的基本权利条款一般并不直接导出个人请求国家积极作为的主观权利。然而,德国联邦宪法法院在一些判决中却认为,如果国家的某项积极措施对于基本权利的实现是不可或缺的,那么个人就可以直接依据宪法而要求国家提供给付。这在一定程度上肯定了基本权利具有请求国家积极作为的“主观受益权功能”。^[19]但是一般而言,基本权利作为主观权利主要是就“防御权功能”而言的,狭义上的主观权利就是“主观防御权”。

三、基本权利作为“客观法”的基本涵义

基本权利作为“客观法”的基本涵义是:基本权利除了是个人的权利之外,还是基本法所确立的“价值秩序”(Wertordnung),这一秩序构成立法机关建构国家各种制度的原则,也构成行政权和司法权在执行和解释法律时的上位指导原则。由于基本权利的这一性质只涉及到基本权利对国家机关的规制和约束,一般不赋予个人以主观请求权,所以基本权利在这里只是“客观的法”或者“客观规范”。如果说“主观权利”是强调基本权利作为“个人权利”的性质,则“客观法”就是强调基本权利本身就是约束国家公权力的“法律”。

基本权利作为客观法的理论是由德国宪法法院在一系列判决中建立的,不同判决在概念使用上并不统一。德国联邦宪法法院会使用“客观价值秩序”(objective Wertordnung)、“基本权利的客观法面向”(objektive - rechtliche Grundrechtsgehalte)、“基本权利作为客观规范”(Grundrecht als objektive Normen)、“客观法的价值决定”(objektivrechtliche Wertenscheidung)、宪法的“基本决定”(verfassungsrechtliche Grundentscheidung),乃至“方针”(Richtlinien)、“推动”(Impulse)、“基本原则”(Grund-

[17] See, Helmut Goerlich, *Fundamental Constitutional rights: Content, Meaning and General Doctrines*, in *The Constitution of the Federal Republic of Germany*, Ulrich Karpen ed. Nomos Verlagsgesellschaft (1988), p49 - 50.

[18] 参见拙文:《论基本权利的防御权功能》,2004年宪法学年会论文。

[19] 基本权利是否具备“受益权功能”,与基本权利作为客观价值秩序的“再主观化”问题密切相关,在下文中我们还将讨论。

prinzipien) 等等术语来指称同一内容,^[20]但其基本思路是大体一致的,试阐述如下:

首先,基本权利不仅是个人权利,也是整个社会共同体的价值基础。德国基本法在第1条第2款规定:“德国人民确认不容侵犯和不可转让的人权是所有人类共同体、世界和平与正义的基础”,这可以看作是德国人民作为制宪者的价值决定的表达。这种表达无意于在意识形态上保持中立,而是将人权作为超越一切法秩序的“客观价值”以及联邦德国国家共同体的“基本秩序”。作为整个社会共同体的基本秩序,基本权利的影响力就超越了“个人——国家”关系的层面,而能够笼罩社会生活的一切侧面,对法的一切领域(无论公法还是私法)都产生扩散的效力,整个社会生活都应该在基本权利这一价值基础上进行整合。

其次,基本权利构成国家机关一切行为的准则。基本权利对于社会生活的影响需要透过国家权力的运作去实现。作为超越一切实定法,甚至超越制宪权的客观价值,基本权利对立法权、行政权和司法权都有直接的效力。一切公权力都要受此“客观价值”的约束,时刻以基本权利作为其考量因素,运用一切可能的手段去促进和保障基本权利的实现。正如有学者概括的那样:“基本权利作为客观价值的功能构成了国家一切行为的基础,没有什么政治问题不是在基本权利思维之下展开讨论的。”^[21]从某种意义上讲,国家的一切行为都是以基本权利为归依的。

第三,国家应当为基本权利的实现提供实质性的前提条件。客观价值秩序理论认为,仅仅靠排除国家干预并不能保证基本权利的真正实现,基本权利的实现需要一些实质性前提条件,而这些前提条件有待国家去提供。德国联邦宪法法院在第三次电视判决中对于基本法第5条规定的广播自由有这样一段论述:“(广播自由的主观防御权功能)并不足以保障广播自由,这是因为,不受国家干预本身并不能使得各种意见充分而广泛地表达出来,防御权功能不足以实现广播自由这一目标。相反的,这一目标的实现要求建立一个体系,使得人类观念的多样性能够通过广播而获得尽可能完整和广阔的表达与传递,这样,公众就自然可以获得全面的信息。为了达到这一目标,立法机关就必须立法,确立一些实质性的、组织上的、程序上的条款以保证广播自由真正实现”^[22]基本权利的实现当然首先要求国家不要干预,但是基本权利要想真正落实,却往往需要国家提供各种物质和制度条件。国家对于基本权利不仅负有不侵犯的消极义务,同时还负有帮助和促进的积极义务,这种义务在德国法上被称为国家的“保护义务”(Schutzpflicht)。国家保护义务的范围是非常广泛的,“保护义务之表现形态,乃联邦及各邦之立法者负有制定规范之任务,行政权负有执行保护性法律(包括行使裁量权)之义务,宪法法院以保护义务为标准,审查立法者及行政权之相关作为及不作为,普通法院以保护义务为标准,审理民事案件,并做成裁判。”^[23]国家的保护义务主要是立法机关的义务,也就是说,基本权利实现的各种前提性条件,主要是由立法机关通过制定法律而使之完备。但是保护义务不以此为足,其他国家公权力机关在立法机关未能提供充足条件的情况下,也有义务促进和帮助基本权利的落实。

还需要注意的一点是,基本权利不仅是作为一个整体而构成“客观价值秩序”,同时,每项基本权利都可被看作是一项“客观价值”。^[24]例如,言论自由首先是一项对抗国家的“主观防御权”,但同时也是一项约束公权力的客观价值秩序。相应地,国家在不为侵害言论自由的行为之外,还应当为言论自由的实现创造条件,这意味着国家应当制定法律去保证弱势群体的言论不被主流利益集团所压抑,

[20] 参见前引[1], Robert Alexy 文:张嘉尹:《论“价值秩序”作为宪法学的基本概念》,《台大法学论丛》第30卷第5期(2001年1月)。

[21] Juergen Christoph Goedan, The Influence of the West German Constitution on the Legal System of the Country, 17 *Int'l L. J. Legal Info.* 121(1989).

[22] BVerfGE 57, 295(1981). See, Donald P. Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Duke University Press, 1997, p409.

[23] Christian Starck:《基本权利之保护义务》,李建良译,《政大法律评论》第58期。

[24] See, Donald P. Kommers, *German Constitutionalism: A Prolegomenon*, 40 *Emory L. J.* 11(1991); 前引[20],张嘉尹文。

等等。

以上几点大致概括了基本权利作为客观法或客观价值秩序的基本涵义。但是,要想充分理解基本权利的客观属性,还必须把握以下两个问题:基本权利作为客观价值秩序的主要功能有哪些,以及基本权利的客观属性与主观属性之间的关系如何。下文将就这两个方面分别予以探讨。

四、客观价值秩序功能的主要内容

客观价值秩序理论赋予基本权利以开放性的特质,基本权利涵义不再限于“排除国家干预”,在“客观价值秩序”这一抽象可能性之下,一切有助于基本权利实现的具体行为和具体制度都可能被解释为基本权利的内涵而被正当化。在德国战后的宪法实践中,被宪法解释确定下来的基本权利的“客观功能”主要包括以下几个方面:

(一) 制度性保障

任何权利的实现都有赖于一定的制度。这些制度可能在国家成立之前就已经存在,因而被制宪者在宪法中规定下来。对于基本权利的这一制度层面,立法机关不仅不可以否定和废弃,还必须积极地建构和维护。^[25]换言之,立法机关必须通过制定法律来建构制度,以进一步明确宪法上基本权利的具体内涵,保障基本权利的实现。基本权利所具备的这种积极要求立法者建立和维护制度,以促进基本权利实现的功能,就是所谓制度性保障功能,国家对此负有制度性保障的义务。

为了基本权利的具体落实,立法机关所须建构和维护的制度包括:财产权制度、婚姻制度、劳动保障制度、新闻传媒制度、大学制度等等。这些制度往往跨越公法和私法两个领域,构成基本权利最终落实的前提性因素。例如,财产权的实现必须依赖一国法律体系中良好的民法物权制度和行政征收征用制度,如果没有这些“制度性保障”,单纯的宪法财产权规定几乎毫无意义。^[26]相应地,国家对宪法中的财产权的义务就不单单是消极的“不侵犯义务”(针对财产权的主观防御权功能),而且还包括立法机关通过立法建立民法物权制度、行政征收制度等的积极义务。

(二) 组织与程序保障

与制度性保障有着密切关系的基本权利的另一项客观功能是“组织与程序保障”功能。基本权利只有在一定的组织和程序的背景之下才能得到充分的实现,从而,基本权利作为客观价值秩序就要求国家提供这种组织和程序上的保障。^[27]举例来说,学术科研自由往往要依托大学这个组织,而这个组织的各种事务(比如课程设置、授课教材、学位授予等)如果都是由少数行政官员组成的管理层来决定,那么教师们的学术自由也就无法实现了。在这种情况下,特定的“组织”对于权利的实现就显得很重要,比如建立“教授委员会”、“学术委员会”等组织来决定学校的一些事务而排斥纯粹行政人员的干预,由全体教师以民主方式决定重大事务等等。国家在建立大学制度时应该就这些“组织”作出相应的设计,以保证学术自由能够真正实现。类似的还有工会组织的问题,如果没有工会组织与雇主进行的团体交涉,工人的各种合法权利,比如工资、安全保障、休息等,往往难以保障。所以国家在建立制度时,就应该规定工会如何组建,如何避免被雇主操纵等等,以此给予工人权利以“组织上”的保障。

程序的保障也同样重要,权利的实现需要程序保障。这种程序保障在最狭窄的意义上就是司法程序的保障,^[28]立法机关仅仅把权利的具体内涵规定下来是不够的,立法机关有义务去规定这些权利受到侵害时如何寻求司法救济。除了这种最核心意义上的程序保障外,其他的各种程序,例如行政

[25] 参见庄国荣:《西德之基本权理论与基本权的功能》,《宪政时代》第15卷第3期。

[26] Laura S. Underkuffler - Freund, Property: A Special Right, 71 *Notre Dame L. Rev.*, 1038(1996).

[27] See, Sabine Michalowski, *German Constitutional Law: the Protection of Civil Liberties*, Ashgate Publishing Ltd and Dartmouth Publishing Ltd(1999), p77.

[28] Robert Alexy, *A Theory of Constitutional rights*, translated by Julian Rivers, Oxford University press (2002), p326.

许可程序、各种听证程序和回避程序等,对于公民基本权利的实现都有着重要的意义。所以,国家在制定法律建立相关制度时,应该在程序上给予保障,这是基本权利作为客观价值秩序而科以国家的“客观法上的义务”。

(三)狭义的保护义务

在保护义务这一概念的使用上,有广义和狭义两个层次,广义的保护义务是指基本权利的“客观价值秩序功能”所针对的国家的义务,包括制度性保障义务、组织与程序保障义务,以及其他各种排除妨碍的义务。^[29]而狭义的保护义务则仅指国家保护公民免受来自第三方的侵害的义务。狭义的保护义务与制度性保障、组织和程序保障义务既有联系也有区别,国家承担狭义保护义务的方式也主要是立法,但并不是在制度、组织、程序上提供权利实现的条件,而是直接保护公民免于第三方的侵害,所以在某些情况下,行政机关和司法机关也被认为应当承担对基本权利的保护义务。在理论上已经明确的几种狭义保护义务包括:

1. 刑法上的保护

公民的许多项权利都会受到来自国家以外主体的侵害,比如人身自由、住宅自由、人格权、财产权等,国家通过制定刑事法律,规定对这些权利的一些侵害是犯罪行为,以此保护公民免受不法的干预。^[30]例如刑法对于杀人罪、非法拘禁罪、侮辱罪、诽谤罪、盗窃罪、抢劫罪等的规定,就是在履行国家保护生命权、人身自由、人格尊严、财产权等权利的义务。

2. 警察法上的保护

警察法上的保护是指基本权利受到侵扰时,受害的个人可以请求警察的介入。本来警察只有在有法律依据的情况下才可以采取防范危险的措施,这是因为警察的行为具有强制力,向一方提供保护,往往侵害另一方的权利,所以一般情况下警察的活动要严格遵循“法律保留”或者“依法行政”原则。然而如果侵害非常严重,而介入又极为紧迫时,警察就必须采取防范危险的措施,这时可以突破“法律保留”原则,而直接从作为“客观价值秩序”的基本权利那里寻找行为依据。^[31]

3. 保护公民免受外国的侵害

在公民的财产、生命、健康等受到外国侵害的时候,如果公民无法通过国际法或者外国法得到救济,国家就负有保护的义务。^[32]这也是从“客观价值秩序”中导出的义务。保护公民免受外国侵害的义务与上一项“警察法上的保护义务”都体现了国家保护义务在国家义务体系中的补充性,也就是当公民权利无其他实现可能时,由国家提供帮助。

4. 基本权利的第三人效力(扩散作用)

基本权利的第三人效力,是指当平等主体之间发生基本权利侵害时,宪法上的基本权利条款被适用于私法关系,对私法关系发生效力。^[33]由于基本权利被适用到了“个人——国家”关系之外的领域,所以第三人效力也被称为基本权利的“扩散作用”。德国的理论与实践关于“第三人效力”的通说是“间接效力说”,也就是法官在审理民事案件时,通过对民法概括条款的解释将基本权利这一客观价值秩序注入私法体系,使基本权利间接地对私人关系发生效力。^[34]如果按照这种“间接效力说”,基本权利的第三人效力不过是国家保护义务的一种适用情形。^[35]我们可以这样理解:法官作为一个受“客

[29] 前引[23],Starck文。

[30] 彼得·巴杜拉:《国家保障人权之义务与法治国家宪法之发展》,载陈新民:《宪法基本权利之基本理论》(上),台湾元照出版公司1999年版,第3页。

[31] 李惠宗:《宪法要义》,台湾元照出版公司2002年版,第94页。

[32] 前引[23],Starck文。

[33] See, Stephen Gardbaum, The “Horizontal Effect” of Constitutional Rights, 102 Mich. L. Rev. 403(2003).

[34] See, Kenneth M. Lewan, The Significance of Constitutional rights for Private Law: Theory and Practice in West Germany, 17 ICLQ 599(1968).

[35] 前引[23],Starck文。

观价值秩序”直接约束的公权力主体,有义务将民法规范作合乎宪法基本决定的解释,有义务在衡量私人关系间基本权利冲突的基础上,保障基本权利免受侵害。所以,虽然基本权利的第三人效力是在私法关系中发生的效力,但依然还是对公权力主体的约束。^[36]换言之,宪法对作为公权力主体的法官有约束力,所以法官有义务在审判活动中将基本权利的精神贯彻于法的各个领域。还需要注意的是,由法官承担此种“保护义务”是一种极为例外的情形。在更多的情况下,基本权利的第三人效力或者说基本权利对私法的影响意味着立法机关要通过制定民法规范(特别是侵权法)去调整在私法领域中发生的基本权利冲突。以民法中的善意取得制度为例。从基本权利的宪法解释的角度来看,善意取得制度不过是物权人和善意取得人之间财产权的冲突。在这种情况下,国家通过制定民法而确定哪些情况下适用善意取得,哪些情况下不适用善意取得,国家立法的行为就是对宪法财产权在私法领域中的衡量和保障,在这种意义上讲,这是国家保护义务的履行。只有当民法规则不敷适用时,才可以由司法机关继续履行国家的保护义务,也就是通过解释民法基本原则而调整基本权利的冲突。

五、主观权利与客观法的相互关系

前文对于“主观权利”和“客观法”的分析,纯粹是以相互区分、相互比较的视角展开的。这种视角能够简化问题、突出重点,但是深入的研究却要求我们认识到基本权利的双重性质之间关系的复杂性。基本权利的主观属性和客观属性是可以区分的,但这种区分并非建基于唯一的标准。更为重要的是,这两种属性之间是有着密切联系的,正如德国联邦宪法法院在第三次电视判决中所言:“主观权利与客观法的要素是彼此渗透、相互补充的”。^[37]要想充分理解基本权利的客观价值秩序理论,必须对基本权利的主观属性和客观属性之间的关系进行充分的梳理。

(一)主观权利与客观法之区分

我们可以通过以下三组范畴去区分基本权利的主观属性和客观属性:

1. 主观——客观

这是主观权利与客观法之间最为直观和最为表面的区别,主观与客观的区别在于是否赋予个人以请求权。主观权利赋予个人以请求权,国家必须依据个人请求作为或者不作为。而基本权利作为客观价值秩序则一般不赋予个人以主观请求权,而仅仅科以国家单纯的保护义务。“这种义务是一种‘客观法上的义务’。易言之,由这个义务所衍生出的行为要求及命令,却并不能赋予人民可以直接要求立法者应该有所作为之请求权。”^[38]主观权利是建立一种“国家——个人”的法律关系模式,国家为特定行为的义务总是与个人的权利相对应的。而客观法只是单纯地科以国家以义务,并不存在相对应的权利主体。^[39]

我们可以举两个例子来加以说明:第一是人身自由。人身自由作为一种主观防御权,意味着如果国家的行为(例如某项法律)侵害了这项自由,个人可以通过提起宪法诉讼要求排除侵害。同时,国家为了保障人身自由,可能需要建立一套培训制度对警察等公职人员进行人权教育,这对于公民实际享有人身自由非常重要。^[40]但公民不能要求国家建立这样一套制度。也就是说,个人对此没有主观请求权,国家建立这套制度的义务是“客观法上的义务”。第二是生存权。在某些国家,宪法规定了公民的生存权,国家对此负有物质给付的义务。如果公民可以直接依据宪法中的基本权利规定向国家请

[36] 在这种意义上,国内一些学者将“第三人效力”称为“宪法私法化”是不能成立的。参见蔡定剑:《中国宪法实施的私法化之路》,《中国社会科学》2004年第2期。对此问题,笔者将另文探讨。

[37] BVerf GE57, 295(1981)。

[38] 前引[30],陈新民书,第4页。

[39] 前引[1],Robert Alexy文。

[40] 参见大沼保昭:《人权、国家与文明》,王志安译,三联书店2003年版,第210页。

求某种具体给付,生存权就是一种主观权利。而如果宪法上的生存权仅仅意味着国家应当建立“最低生活保障”等制度,个人就不可能对此享有主观请求权,也就是个人不能直接要求国家制定法律以建立这些制度。在这种意义上,基本权利就不再是个人得主张意义上的“主观权利”,而只是一种约束公权力运行的“客观规范”。

需要注意的是,是否赋予个人请求权只是主观权利和客观法最为表面化的区分标准。在下文中,我们将说明,基本权利的主观属性和客观属性之间是相互渗透的,只有当我们希望对主观权利和客观法作严格区分的时候,这一区分标准才是有必要的。

2. 规则——原则

将基本权利条款看作规则还是原则是区分主观权利和客观法的第二个标准。德国法的这种思考模式实际上来自美国学者德沃金。德沃金在逻辑上区分了规则(rules)和原则(principles):规则是完整的、无例外的、绝对的,而原则是不完整的、有例外的、相对的。^[41]概括言之,规则是确定性命令,原则是非确定性命令。如果将基本权利条款解释为规则,则国家在一定的前提条件之下,必须为特定的行为。而如果将基本权利条款解释为原则,那么国家只是被抽象地、概括性地科以保护基本权利的义务,而应采取哪种具体的保护措施则由国家机关自己判断决定。主观权利体现的是基本权利作为规则的属性,也就是说,国家应当为哪种行为是明确的、具体的、特定的,从而基本权利的权利人就有明确的请求对象。客观法体现的是基本权利作为原则的属性,也就是说,国家在原则上义务保障基本权利,但国家只是在可能的范围内尽可能地去实现基本权利,而应当以何种具体手段达到这一目标则由国家机关考虑实际情况自行选择。

我们以生命权为例来说明基本权利作为规则与原则的不同性质。德国基本法第2条第2款规定:“人人有生命与身体不受侵犯的权利”,结合基本法第102条规定:“废除死刑”,生命权条款可以解释为一条规则:“任何情况下,不得判处任何人死刑”。相应地,个人对此就有一项主观权利,也就是如果被判处死刑,个人可请求宪法法院认定违宪。而如果将生命权条款解释为一项原则,则国家就有义务去保护公民的生命免受各种可能的威胁,但是具体应选择哪种保护方式却应由国家机关自行选择。正如阿列克西所言:“毫无疑问,国家有义务保护个人免于谋杀与屠戮,但这未必意味着国家必须以制定刑法的方式去履行义务。”^[42]基本权利作为客观法所体现的正是这种原则性和非确定性特质。

1977年德国联邦宪法法院对“施莱耶案”的判决非常清楚地阐明了生命权的这种原则属性。1977年9月5日,德国工业联合会主席施莱耶被恐怖分子绑架,恐怖分子要求德国政府释放他们的11个同伙以换取施莱耶,被德国政府拒绝。施莱耶的儿子提起一项宪法诉愿,以国家依据基本法第2条有义务保护施莱耶的生命权为由,要求宪法法院紧急介入,判令德国政府接受恐怖分子的要求。联邦宪法法院在判决中承认国家对生命权有保护义务,但是宪法法院指出:“在决定如何实际履行保护生命权的义务上,国家公权力基本上是自由的,它有权决定何种保护手段是必要的和可行的”。“此项义务的有效履行,要求称职的公权力主体在每个个案的具体环境下作出适当的应对,但却并不直接要求采取某种具体措施。”^[43]从而,宪法法院无法命令政府释放恐怖分子以营救施莱耶,施莱耶家人的请求无法得到支持。

3. 个人法益——集体法益

主观权利的着眼点在个人与国家的关系,强调基本权利作为个人权利、个人利益的意义。而客观价值秩序理论则强调基本权利是整个社会共同体的共同的价值基础,强调将基本权利作为整体来保

[41] 德沃金:《认真对待权利》,信春鹰、吴玉章译,中国大百科全书出版社1998年版,第43页、47页。

[42] Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, translated by Julian Rivers, Oxford University Press (2002), p. 302.

[43] BVerfGE 46, 160(1977). See, Donald P. Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Duke University Press, 1997, p. 357.

护,使得所有人的所有基本权利在相互协调之下达到整体效力的最大化。所以,当德国宪法法院从客观法的角度去思考基本权利问题时,它更多着眼于社会整体的利益。在施莱耶案中,宪法法院认为:“宪法为国家创设了一项义务——将公民作为一个整体而不是个人去加以保护。”^[44]从而,如果国家按照恐怖分子的要求释放他们的11名同伙,虽然可以换回施莱耶的生命,但却会危害更多人的生命权。所以,出于整体利益或者公共利益的考虑,宪法法院也无法支持施莱耶的家人的请求。按照这样的理论,主观权利与客观法的区分可以被理解为:当基本权利涉及的是个人的生活、个人的利益时,所体现的就是主观权利的侧面;而当基本权利涉及的是社会共同体的整体法益或者公共利益时,所体现的就是客观法的侧面。^[45]

主观权利和客观法对于个人利益和整体利益的不同侧重,实际上体现了当代政治哲学的两大基本阵营——自由主义与社群主义——之间的调和。^[46]当代新自由主义是一种“权利优先论”,认为自我优先于其他的目的,在这种权利哲学影响下的基本权利解释必然是以个人权利为中心的。而社群主义则认为“普遍的善”(universal good)优先于个人权利。在社群主义者看来,个人权利之外,还有所谓集体权利。人们作为一个有着共同的文化、传统、情感、价值的社群,会有着一致的利益和诉求,这就是一种集体权利。这种集体权利是“普遍的善”的物化形态,优先于个人权利。^[47]基本权利的客观价值理论中渗透着社群主义的权利哲学,客观价值理论强调基本权利是整个社会的共同利益的体现,本身也是集体权利,国家之义务不仅在于每个具体个案中对个人的具体权利的保护,也在于保障社会共同体利益的整体实现,保障整个基本权利体系的效力最大化。

(二)主观权利与客观法之联系

前文从三个不同的层次探讨了基本权利的主观属性与客观属性之间的区别,但从中我们却也可以体会到二者之间的相互关联。其实,无论我们怎样强调主观权利与客观法之间的区别,这二者始终是基本权利的一体两面。正如德国联邦宪法法院在第三次和第五次电视判决中所指出的那样,主观权利的要素和客观法的要素是相互渗透相互补充的。我们可以从以下两个方面考察主观权利和客观法之间的联系。

1. 客观法包含主观权利

基本权利的客观法属性是晚于主观权利属性而为宪法理论与实践所接受的,那么,何以客观属性可以包含主观属性呢?从前文中我们可以看出,客观法理论是以“国家对基本权利负有保护义务”为基本逻辑的,也就是概括性地、抽象地科以国家帮助、促进、发展基本权利的义务。而当这种义务的内容在一定情况下足够明确时,个人也就有了可以确定的请求对象,在这种情况下个人也就有了主观权利。也就是说,客观法是单纯科以国家以义务,而主观权利只是使得部分的国家义务有了对应的个人权利。在这种意义上,客观法是可以包含主观权利的。换言之,每一项主观权利所对应的都不过是国家依据客观法就应当承担的义务,主观权利不过是客观法的一种特殊情形。所以,如果我们不是要把主观权利和客观法严格区分的话,基本权利的客观法侧面是可以包含主观权利侧面的。

如果我们脱离这种规范构造的层面,而从更为宏观的价值层面去理解主观权利和客观法的关系的话,我们同样可以看到客观法对主观权利的包容关系。我们知道,客观法理论是将基本权利作为整个社会共同体的客观价值秩序。而主观权利的内涵——个人得请求国家不侵害自身权利,得请求国家保护自身权利——也是整个社会所普遍认可的,也构成社会共同体的价值基础。从另外一个视角看,客观法理论所主要关注的是社会的整体利益,但这种整体利益并不是排斥个人利益,相反,整体

[44] *ibid.*

[45] 前引[1], Robert Alexy 文。

[46] 在这一点上,笔者得到了李洪雷博士的启发,特此致谢。

[47] 关于自由主义与社群主义在权利哲学上的争论,可参见俞可平:《权利政治与公益政治》,社会科学文献出版社2000年版,235页以下。

利益乃是由个人利益整合而成的。在这种意义上,客观法也是可以包含主观权利的。

2. 客观法的“再主观化”

基本权利的客观属性与主观属性相互关联的另一个层面是,客观价值秩序可以向主观权利转化,也就是所谓的客观法的“再主观化”问题。客观法只是单纯地对国家科以义务,而国家在如何履行此项义务上有着充分的裁量权,这使得客观价值秩序仍然流于空泛,缺乏真正的实效性。客观价值秩序理论是希望赋予基本权利以更强的实效性,然而仅仅科以国家义务,不赋予个人权利却使得这种有效性大打折扣了。这就产生了将客观价值秩序“再主观化”的必要。正如 Alexy 所言:“如果想避免权利与义务间的断裂,唯一的选择就是从保护义务条款中导出保护性权利。”^[48]德国联邦宪法法院的一些判决也已经承认从客观价值秩序中可以导出主观请求权。

以“大学判决”为例。在此项判决中,德国宪法法院首先确定了“学术自由”是客观价值决定,进而该判决指出:“基于此项价值决定,基本法第5条第3项之基本人权的权利主体有权要求,该项基本人权所确保之自由空间亦受这种不可或缺之国家措施(也包括组织方式)的保护,惟借助该措施,其自由学术活动才得以实现。若非如此,在作为客观价值决定的基本法之保护效能将广泛地被剥夺。”^[49]在这里,宪法法院认定,如果国家的某项具体措施对于基本权利的实现是不可或缺的,那么个人对此项措施就有主观请求权。由此,客观价值秩序就转化为一项主观权利。

然而,客观价值秩序的再主观化却遭到了严重的质疑,反对将客观价值秩序主观化主要有以下两点理由:

第一,基本权利作为客观价值秩序的内涵的确定,也就是国家究竟应采取哪种积极的保障措施,是一个需要协调多方基本权利人的利益的问题。国家决定保护一方的利益,往往同时意味着对它方利益的限制。“保护”和“侵害”都是国家的某种积极作为,在本质上没有根本的区别。例如,刑法规范的制定一方面是在保护公民的权利和利益,而另一方面却也意味着对公民生命、自由、财产等的剥夺。所以,国家保护义务的履行是一个综合考量的问题,如果赋予权利人概括性的请求权,极易造成涉及个案当事人具备贯彻其主张的实力,而其他不直接涉案的社会公众的利益遭到过分压抑。^[50]

第二,再主观化会造成宪法法院侵犯立法机关的权利,破坏分权制衡原则。前文中我们已说明,客观价值秩序所针对的国家保护义务的主要承担者是立法者。这是因为,客观价值秩序要求国家积极作为,与不作为义务不同,国家积极作为义务的承担是需要国家财政的支持的。国家必须作财政上的重新安排,进行社会资源的重新分配,这是一个政治决策的过程,应当属于立法机关的权限。如果赋予个人主观请求权,个人就可以请求宪法法院审查立法机关的这一政治决策过程,这是有违司法权与立法权的权力界限的。而且,如果总是由宪法法院去确定保护个人权利的具体措施的话,宪法法院就会成为“代位立法者”,这也会破坏分权原则。

反对客观法“再主观化”的这两点担忧不无道理。那么在“客观法的无力”与“再主观化的危害”这两难之间,更应该成为问题焦点的是“再主观化”的标准问题。在大学判决中,宪法法院已经确立了一项标准,就是如果某项国家具体措施对基本权利而言是“不可或缺的”,则客观价值就可以导出个人主观权利。有学者对客观法的再主观化确立了更为详细的标准,包括:基本权利的实质确保有必要性;请求权标的之内容可得确定;必要的财政手段已经确保,且不侵害立法者的财政支配权。^[51]也就是说,如果某种措施对于基本权利的实现是必须的,而且该措施的内容非常明确,行政机关也可以自行

[48] Robert Alexy, *A Theory of Constitutional rights*, translated by Julian Rivers, Oxford University press (2002), p326, p. 302.

[49] BVerfGE 35. 79. 参见蔡震荣译,《关于大学组织之判决》,司法周刊印行社《德国联邦宪法法院裁判选辑》,1993年,第132页。

[50] 参见陈爱娥:《基本权作为客观法规范—以组织与程序保障功能为例,检讨其衍生的问题》,《宪法解释之理论与实务(第二辑)》,台湾中央研究院中山人文社会科学研究所2000年版,第262页。

[51] 参见陈爱娥:《自由——平等——博爱:社会国与法国国原则的交互作用》,台湾《台大法学论丛》第26卷第2期(1996)。

解决经费问题,不需要立法机关另行拨款,那么个人对该项措施请求就可以得到司法机关的支持。

在前文中,为了说明主观权利与客观法的区分,我们使用了三组范畴:主观——客观;规则——原则;个人法益——集体法益。对于“再主观化”这一主观权利与客观法相联系的层面,我们仍然可以从这三组范畴出发去理解。

第一,我们不能因为强调基本权利是客观价值,而忽视其本来的权利属性。客观的价值要想获得最终的有效性,还必须转化为权利。而权利的基本属性是请求(claim),客观价值的展开过程,必然是个逐步主观化的过程。

第二,基本权利条款有着很强的原则属性。但是,当一定的具体条件下,该原则应该具备的内涵已经非常明确和具体时,原则就会转化为规则。基本权利作为原则是非确定性命令,国家有着充分的自由裁量权。但是在某些具体条件之下,国家的裁量权会被限缩到只有唯一的选择,在这种情况下,非确定性命令就转化为确定性命令,原则就转化为规则。

第三,客观法着眼于整体法益、公共利益的保护,但是整体是由个人组成,在保护整体利益的过程中,如果某个人的请求得到了支持,实际上就是将个人作为整体的一分子进行了保护。个人利益在这里是所谓“集体利益的反射利益”。从客观法中导出个人的主观权利,实际上是对公法上的一种“反射利益”的保护。

从以上内容我们可以看出,基本权利的主观属性与客观属性是相互区别但又相互渗透的。通过对二者的解释,基本权利的内涵被不断扩大,并且被不断规范化,由此就形成基本权利的完备保障体系。

六、反 思

基本权利的双重性质理论,特别是基本权利作为客观价值秩序的理论,从其一开始就受到了来自各种不同角度的批评。概括起来主要有以下三个方面:第一,强调基本权利作为客观价值秩序的功能,可能会压抑基本权利作为“防御权”的功能,使基本权利丧失其根本价值;第二,基本权利作为客观价值秩序的内涵主要是由宪法法院通过宪法解释来逐步确定,而其约束对象主要是立法机关,这会造成立法机关的裁量权被过分减损,使司法权凌驾于立法权之上,最终损害宪法的民主主义基础;第三,客观价值秩序理论将超越实定法的价值予以极端地强调,会造成司法的恣意和法律安定性的损害。^[52]然而在我看来,第二、三两个方面的批评并未真正切中客观价值秩序理论的要害。第二项所触及的只是违宪审查制度的“反多数难题”(countermajoritarian difficulty)的问题,也就是司法性质的违宪审查与民主原则之间的紧张关系问题。这一问题是与违宪审查制度相伴而生的,并非由基本权利的客观价值秩序理论导致。而第三项所触及的则是法学方法论所不可避免的价值判断的问题,这一问题同样也并非由客观价值秩序理论所导致。因而,真正需要我们反思和警惕的乃是第一个方面,也就是客观价值秩序理论有可能使得基本权利“防御国家侵害”这一根本性价值被忽视乃至压抑。

很容易看出,基本权利的客观价值秩序理论暗示着某种程度上的“国家中心主义”。客观价值秩序理论将国家看作是能够对基本权利提供有效保障的积极力量,强调国家在保护和促进个人权利上的正面作用。然而,国家对基本权利的作用从来都有两个方面,一方面是保障,另一方面是侵害,两个方面相互交织。举例来说,国家建构基本权利实现所必须的制度,提供基本权利的组织与程序上的保障,固然可以看作是国家将基本权利的内涵予以具体化的过程,体现着国家对基本权利的保障功能,然而这一具体化的过程也同样意味着基本权利的内涵被限定在一定的范围之内,这在实际上可能就是基本权利的侵害。客观价值秩序理论强调基本权利要求国家帮助的功能侧面,就可能压抑其排

[52] 前引[1], Robert Alexy 文。

除国家侵害的功能侧面。换言之,如果在基本权利保障上过分倚重国家力量,最终可能导致基本权利反而被过度限制或剥夺的后果。

从人类历史的经验来看,最有可能侵害个人权利的力量是国家公权力,宪法中规定基本权利最为根本的目的还在于防止国家对个人的侵害。所以,虽然客观价值秩序理论在一定程度上肯定了国家在基本权利实现中的积极作用,但我们仍然应该认识到基本权利最为根本的功能在于排除国家侵害的“主观防御权功能”,而基本权利要求国家积极保障的“客观价值秩序功能”则是次要的和辅助的。在基本权利的主观性质和客观性质之间,前者应当居于优先的地位,^[53]不应对基本权利作为客观价值秩序的功能侧面予以过高的评价。

七、借 鉴

引导德国基本权利双重性质理论建构的理论思路是:如何强化基本权利的效力。赋予基本权利“主观防御权”的功能,是使个人能够请求司法介入以对抗国家公权力的侵害。而客观价值秩序理论更使得国家的活动概莫能外地受到了基本权利条款的约束。在当代的比较宪法学视野中,德国宪法之所以堪与美国宪法相并列而成为世界各国寻求宪法改革资源的两大基本典范,其基本权利保障上的精细严密是一个重要的原因。

基本权利的双重性质理论对于我国的借鉴意义也是显而易见的,如何使基本权利具备实效性是我国基本权利理论与实践中的最大困扰所在。如果作一个粗略的比较,我们可以发现,我国基本权利所具备的效力的现状,与德国魏玛宪法时代极为相似。由于我国没有一种司法性质的违宪审查制度,因而个人并不能以自身的基本权利受到侵害为由去请求司法机关确认违宪,提供救济。而同时,立法机关在有关基本权利的立法上有着完全的裁量权,基本权利能够获得何种程度的保障完全取决于立法机关的判断。这种状况与德国魏玛宪法时代基本权利仅具有“指示”或“纲领”的效力何其相似。联邦德国基于对魏玛宪法保障基本权利上的彻底失败的反思,通过制宪与宪法解释逐步建立基本权利双重性质理论的过程,对于我国应该有可借鉴之处。限于篇幅,这里只选择最紧要的方面作一初步的展开:

(一)从主观权利看我国违宪审查制度的建立

基本权利的双重性质理论首先强调基本权利是个人对抗国家侵害的防御权。防御权功能的实现,必然意味着个人得请求司法机关对公权力主体的侵害行为进行违宪审查。如果不赋予基本权利请求司法审查这种“主观属性”,基本权利也就几乎不具备任何的权利属性了,也就不可能有任何实效性了。战后德国基本法起草之初,制宪代表们就将建立个人诉请法院排除公权力侵害的机制作为必须达到的目标,其认识根源正在于基本权利的这种主观属性。

在我国当前的法学研究与法律实践中,人权是一个相当热门的话题,所有的法学学科都在其各自的领域和视角下探讨人权的保障问题。但是,基本权利究其根本价值在于个人排除国家的侵害,唯有建立个人请求司法机关审查国家公权力侵害行为的机制,才可能实现基本权利的这一根本功能。如果我们无法建立违宪审查制度,无法实现宪政体制的这一重大突破,所有在现有体制下的努力都只不过是弥缝补苴,其效果之微是可以预料的。所以,从基本权利的主观权利属性来看,个人排除国家侵害层面上的违宪审查制度是非常必要的。

此外,对侵害基本权利行为的违宪审查制度的建立,还会推动对基本权利的宪法解释的展开。基本权利的内涵和保障方式只有在具体的案件裁判中才能最终确定下来。无论是抽象的学术研究,还是立法机关的宏观考察,都无法真正揭示基本权利的内在性格。只有在司法的个案中,基本权利的规

[53] Christian Starck:《基本权利的解释与影响作用》,载许宗力:《法与国家权力》,台湾月旦出版公司1993年版,第492页。

范内涵、基本权利的界限、基本权利侵权的阻却事由等等问题才能逐渐明晰化。所以,没有违宪审查制度,基本权利永远是抽象的、模糊的,无法真正落实于社会生活。我们在下文将要讨论的客观价值秩序理论的展开,也必须依赖这一基本权利的宪法解释机制。

(二)以客观价值秩序理论重新阐释宪法纲领性条款

在我国宪法的基本权利条款中,存在着许多“纲领性”的规定,例如:“国家通过各种途径,创造劳动就业条件,加强劳动保护,改善劳动条件,并在发展生产的基础上,提高劳动报酬和福利待遇”,“国家发展劳动者休息和休养的设施,规定职工的工作时间和休假制度”,“国家培养青年、少年、儿童在品德、智力、体质等方面全面发展”。而在“总纲”中也有许多与基本权利相关的国家任务的规定,如“国家发展自然科学和社会科学事业”,“国家发展医疗卫生事业,发展现代医药和我国传统医药”,“国家建立健全同经济发展水平相适应的社会保障制度”,等等。我国宪法规范的这种“纲领性”在当下的宪法学讨论中是被学者们批评和否定的东西,学者们认为纲领性与规范性是相冲突的,二者势同水火,如果承认纲领性,就会使宪法失去规范性而沦为语义宪法或者名义宪法。学者们的这种批评当然是有道理的,他们希望宪法成为有着实实在在效力的“规范宪法”的殷切心情也令人赞叹。然而,这些纲领性规定毕竟是明定于宪法中的条款,在简单否定的思路之外,我们可以考虑如何对这些纲领性规定进行积极的重新解释。

在这方面,基本权利的客观价值秩序理论为我们提供了某种解释资源。我们可以换一种思维,不把这些条款看作是对国家的概括性授权或者是空泛的国家任务规定,而将其解释为一种科以国家积极作为的“宪法义务”的规定。也就是说,基于这些规定,国家对于基本权利的实现负有以各种方式保障和创造条件的义务。我们可以对我国宪法规定所体现的几种基本权利的客观价值秩序功能分别进行考察:

1. 我国宪法规定所体现的“制度性保障”和“组织与程序保障功能”

我国宪法的很多基本权利条款赋予了国家建立相关制度、分配社会资源、提供组织和程序保障的义务。例如,第43条规定:(国家)“规定职工的工作时间和休假制度”;第44条规定:“国家依照法律规定实行企业事业组织的职工和国家机关工作人员的退休制度”;第45条第1款第2项规定:“国家发展为公民享受这些权利(指物质帮助权——作者注)所需要的社会保险、社会救济和医疗卫生事业。”这种条款直接体现了制度性保障功能,此外还有一些条款则隐含着基本权利的制度性保障或者组织与程序保障的功能。例如,第42条第2款规定:“国家通过各种途径,创造劳动就业条件,加强劳动保护,改善劳动条件,并在发展生产的基础上,提高劳动报酬和福利待遇。”这意味着国家应当建立各种促进劳动就业和保护劳动者的制度,比如安全生产制度、最低工资制度、失业救济制度以及促进就业的制度等。又如第41条规定了公民的申诉、控告、检举权,这意味着国家必须设立诉讼程序和其他的司法制度以及行政复议程序等行政救济制度,而第41条第3款规定:“由于国家机关和国家工作人员侵犯公民权利而受到损失的人,有依照法律规定取得赔偿的权利”,这意味着国家必须建立国家赔偿制度。还有,第34条规定了公民的选举权和被选举权,这意味着国家要建立一系列关于选举的制度,设置各种相关程序,包括选民登记程序、选民名单公布制度和争议解决制度、候选人推荐和介绍制度、投票程序、当选程序、再选程序等等。

2. 我国宪法规定体现的国家的“保护义务”

国家的保护义务要求国家运用各种方法消除公民基本权利实现上可能遇到的阻碍,保障每个人都能享有不低于他人的基本地位。这项功能往往就直接表现为规定“国家保护……”。我国宪法也体现了基本权利的这种保护功能,例如,第36条第2款第1项规定:“国家保护正常的宗教活动”;第46条第2款规定:“国家培养青年、少年、儿童在品德、智力、体质等方面全面发展”;第48条第2款规定:“国家保护妇女的权利和利益,实行男女同工同酬,培养和选拔妇女干部”;第49条第1款规定:“婚姻、家庭、母亲和儿童受国家的保护”;第50条规定:“中华人民共和国保护华侨的正当的权利和利益,

保护归侨和侨眷的合法的权利和利益”。这些规定都是从宏观上要求国家对公民基本权利负起积极的责任,使得公民的基本权利能真正实现,保证处于社会弱势的群体能够享有与强者相当的基本地位。

3、我国宪法规定体现的基本权利的“第三人效力”

基本权利的第三人效力(扩散作用)就是把基本权利的义务主体模糊化,而只考虑其落实的问题。也就是说基本权利除了适用于个人与国家间的公法关系外,还可能适用于私人间私法关系,当然这种适用是要非常谨慎和小心的。我国宪法中也体现了这种“扩散作用”,例如,宪法第 36 条第 3 款第 2 项规定:“任何国家机关、社会团体和个人不得强制公民信仰宗教或者不信仰宗教,不得歧视信仰宗教的公民和不信仰宗教的公民”,这一条在限制国家的同时也限制了社会团体和个人,体现了宗教自由的“扩散作用”。此外还有第 41 条也直接规定:“任何组织或者个人不得以任何理由侵犯公民的通信自由和通信秘密”,也是直接把基本权利的效力扩及个人。也就是说,如果个人侵犯了他人的基本权利,国家有义务介入其中,调解公民间的权利冲突,尽可能保障双方权利。按照这种规则逻辑,其他关于人身自由、住宅自由、人格尊严等的规定也可能具有“扩散作用”。^[54]

从以上三点我们可以看出,我国宪法中的基本权利条款可以用客观价值秩序理论作重新的阐释。这种阐释的效果将会使基本权利条款具备更强的法律实效性,从而使这些纲领性条款能够真正对国家公权力产生实际的约束。当然,发生这种效果的制度前提是我国违宪审查制度的建立和良好运行。

总而言之,德国的基本权利双重性质理论是以如何加强基本权利的实效性为目标的,而从实践层面来看,这一理论的确构建了一个保障基本权利的精致而严密的体系。我国作为一个后发国家,可以而且应该从对这一理论的学习与检讨中获得建构我国基本权利理论体系的宝贵资源。

Abstract: German constitutional theory posits the dual character of fundamental rights: as subjective rights and objective law. Besides the character as individual rights, fundamental rights are also the "objective order of values" which were established by the Basic Law for the Federal Republic of Germany. As objective values, the fundamental rights bind the public authority as directly enforceable law. This theory became the basic interpretative frame of constitutional rights. Based on this theory, Germany found an effectual guarantee system of fundamental rights. This article tries to give a comprehensive analysis of this theory, and tries to apply this theory to China's reality.

Key words: fundamental rights, subjective rights, objective law, objective order of values

[54] 当然,将宪法规定适用于私人关系有着严格条件和非常大的风险,操作不当,会造成更大的公民权利损害。对于“扩散作用”这项功能如何在我国宪政体制下实现,可参见拙文:《基本权利在私法上效力的展开——以当代中国为背景》,《中外法学》2003 年第 5 期。