

# 从基本权利到宪法权利

夏正林<sup>\*</sup>

---

**内容提要：**从“是否基本”的角度来认识宪法上的权利不能满足宪法理论与实践的要求，甚至容易造成误解。相较于“基本权利”，“宪法权利”是更为规范的表述。宪法权利是表示个人与国家关系的概念。宪法权利体系基本包含两个方面：每个人都享有的各种构建和控制政府的权利与个人基于人之目的性对国家提出诉求的权利。前者表示在一个共同体中的个人与其他所有人的关系，后者表示个人与包括他在内的整个共同体的关系。

**关键词：**基本权利 宪法权利 宪法权利体系

---

宪法权利，通常被称为基本权利，是宪法学最基本的范畴之一，也是宪法学研究中最基本的概念工具。在以保障人权为目的的现代宪法观念下，宪法权利在现代宪法学研究中的地位越来越突出。从2000年“茅玉玲案”引发的对基本权利第三人效力问题的讨论，到2006年“馒头案”引发的对基本权利冲突问题的讨论，都与什么是基本权利这个基本问题有关。不过，目前学界对基本权利的认识并不清晰，甚至“基本权利”这一提法本身也不能满足宪法学研究的需要，造成了基本权利的理论研究和宪法实践上的争议和困难。笔者主张，应当用“宪法权利”代替“基本权利”，这不仅具有理论研究上的方法论意义，更具有宪法实践的意义。

## 一、基本权利研究存在的问题

现有的宪法学教材对“基本权利”比较完整、系统的定义是：“（1）公民的基本权利与义务是由宪法所确认的，其内容和范围都来自宪法的规定。（2）公民的基本权利和义务是公民最主要的，也是必不可少的权利和义务，同时也是其他一般法律规定公民权利和义务的依据和基础。（3）宪法所确定的公民的权利和义务主要反映了国家机关和公民的关系，而公民的其他权利和义务则调整公民同某具体的社会组织及公民之间的关系。”〔1〕其他的定义如，“〔基本权利是〕由国家根本法规定的，是公民必不可少的也是基本的权利和义务。它是公民根本的活动准则，也是国家制定有关法律、法规的依据”；〔2〕“基本权利是公民不可缺少的、不可替代的、不可转让的、稳定的具有母体

---

<sup>\*</sup> 华南理工大学讲师。

〔1〕 蒋碧昆：《宪法学》，中国政法大学出版社1999年版，第263页。

〔2〕 许崇德：《中国宪法》，中国人民大学出版社1996年版，第400页。

性的权利，它在权利体系中具有核心的地位和作用”。〔3〕这些论述都或多或少地从某一角度强调了基本权利是一种基本的权利，与其他权利相比，是一种母体性的权利。

但这种认识不能满足宪法理论研究和实践的需要，甚至容易产生误导。首先，定义本身存在内在的、不可克服的矛盾。定义将“宪法确认”和“最重要”放在同一层面来界定宪法中的权利，但这两个“标准”又并不完全相容，使“基本权利”的标准不清：到底是基于“宪法确认”，还是基于“最重要”才成为基本权利的？如果认为写进宪法的就是“最基本”的，那就没有必要再提出“最基本”的这个标准。实际上，有些权利虽然写进了宪法但很难说是最基本的，同样，有些权利没有写进宪法也不能说就不是最基本的。学者们论证那些没有得到宪法确认而又应当写进宪法的基本权利，如罢工权、迁徙权，以及提出将刑事诉讼中被告人的权利上升为宪法权利等问题，都从它的“基本性”来论证，但由于“最基本”本身的不确定性导致这些论证很难具有说服力。其实，在英文中，既有“constitutional rights”，也有“fundamental right”，但“fundamental right”并不具有确切的内容。最早提出这个概念的文献是1776年《权利法案》和法国的《人和公民权利宣言》，主要指个人免于国家干涉的活动领域。但这个概念很快就出现了局限性，即对于那些生活在极端贫困情形下的人来说，这样的基本权利没有意义。虽然许多国家承认了国家具有保障这些人生存权的积极义务，但国家的积极义务能否构成传统上理解的“fundamental right”，存在较大的争议。〔4〕笔者认为，“基本性”本身是一个价值判断，不存在真值，从“基本性”的角度来论证宪法权利是徒劳的。

其次，从“基本性”的角度来分析宪法权利不能把握它的规范特征。宪法权利属于宪法的范畴，应当体现宪法规范的特征，而一般法律权利属于一般法律的范畴，体现的是一般法律规范的特征。若将基本权利理解为“最基本”的权利，即权利范畴中最基本、最重要的部分，那么将无法区别其与其他权利的规范特征。因为，从规范的角度，实际上不存在所谓最基本与非基本的差别，即使是最基本的权利也仍然属于权利的范畴，并没有脱离权利的一般属性，从而难以区别什么是宪法上的权利和一般法律上的权利。如对生命权、财产权的性质的争议中，许多论者强调生命、财产、生存等对人的重要性，缺少它们就不成为人，因此它们应当属于基本权利，甚至有人认为通过刑罚剥夺生命也是一种侵犯生命权的行为。〔5〕最典型的如，在对“馒头案”引发的基本权利冲突的讨论中，有学者将基本权利冲突理解为“最基本的”权利冲突，从而混同于权利冲突。〔6〕

显然，“最基本”是强调物质对人的重要性。因此，从“最基本”的角度来认识宪法权利，实际上是将权利看成一种人与物质的关系，而不是社会关系。任何一种权利都是调整人的社会关系的，是人在社会生活中的规范，脱离社会关系的属性来分析权利是没有意义的。〔7〕

从“基本的”角度来理解宪法上的权利，认为它具有“母体性”，是其他法律权利的依据和基础，一般法律权利是从基本权利派生出来的，这一观点和宪法是抽象的、纲领性的，与其他法律是

〔3〕徐显明：《公民权利义务通论》，群众出版社1991年版，第132页以下。徐教授曾在另一篇文章中认为：“所谓基本权利就是那些对于人和公民不可缺少的、不可取代的、不可转让的、稳定的、具有母体性的平等的共同权利。”徐显明：《“基本权利”析》，《中国法学》1991年第6期。

〔4〕See Lammy Betten and Delma Mac Devitt, *The Protection of Fundamental Social Rights in the European Union*, Kluwer Law International Publishers, 1996, p. 14.

〔5〕赵雪纲：《从生命权角度看死刑存废之争》，《环球法律评论》2004年第3期。

〔6〕参见张翔：《基本权利冲突的规范结构与解决模式》，《法商研究》2006年第4期。作者认为，“基本权利的冲突涵盖了法领域的一切权利冲突”。因此，马岭教授才指出，这“把‘权利冲突’等同于‘宪法权利冲突’了（或‘基本权利冲突’）。”马岭：《“权利冲突”与“宪法权利冲突”（或“基本权利冲突”）不是一个概念，二者之间是有差别的。》，《宪法权利冲突与法律权利冲突之区别》，《法商研究》2006年第6期。

〔7〕最近有学者在研究环境权时，认为环境权调整了人与自然的关系。参见蔡守秋：《论追求人与自然和谐相处的法理学理论》，《现代法学》2005年第6期。笔者认为这是没有意义的。

“母与子”的关系相联系。直观地看，好象是强调了宪法上权利的重要性和基本性，但实际上使它失去了直接的效力。因为，从理论上来说，若一个抽象的、纲领性的权利，必须将其具体化为一般法律权利后才能对人们的生活发生直接效力，那么其自身不可能有直接的效力，或者说其自身的直接效力就不再重要了。由此，人们在生活实践中只需要一般法律权利就可以了，而不再需要基本权利，因为它已被一般法律具体化了。<sup>〔8〕</sup>笔者认为，这正是我国宪法理论研究和实践的实际状况：基本权利的效力需要通过一般法律的具体化实现，基本权利本身无直接效力，宪法无法被直接运用，从而不受人们的重视。

“基本性”只是宪法制定者或解释者为寻求自己立宪或释宪结论的正当性而使用的工具而已，而不是权利本身就具有“基本性”，而且这种正当性是以制宪权或释宪权为后盾的。如韦氏法律辞典认为，“基本权利是通过法院（比如美国联邦最高法院）来衡量的，并由宪法（如美国宪法文本）默示或明示规定的权利。”<sup>〔9〕</sup>由于美国强调联邦最高法院在宪法实践中的重要性，因而在决定何为“基本的”问题上，法院占据了主动权，同样，“基本性”也成为法院裁决的正当性的藉口，从而使人们忽略了“最基本”的不确定性。笔者认为这背后隐含着深刻的宪政危机：现代政治体制的发展使法院在保护基本权利正当性口号下——由于法院的判断是针对个别情形，而不是针对一般情形的，大众就消解了对其戒心——使其逐步垄断了对宪法的解释权，当个别的情形转化为一般的情形时，就隐含着又一次的立宪主义的危机，程序上的假定成就了“价值的暴政”。<sup>〔10〕</sup>理论研究者更不应当纠缠于是否“基本”，不应当纠缠于具体的价值正当性问题，而应该通过研究这种权利本身的规范性为解释具体的宪法上的权利提供学理支持。为此，笔者认为，“基本性”不是理解宪法上权利的钥匙，建议在宪法学研究中用“宪法权利”代替“基本权利”作为宪法学分析的工具。

## 二、宪法权利的内涵规范分析方法的运用

### （一）对宪法权利的合理假定

从定义的方法来看，目前对宪法上的权利的研究一般都采用了描述性的定义方法。如上述定义中第一点是对基本权利规范属性的事实性描述，即只有宪法中规定的权利才能称为基本权利，从而区别于其他权利。第二点是对基本权利价值属性的一种描述，只有“最主要”的权利才是基本权利，从而区别于其他权利。这种描述性定义仅可用于在宪法中已规定的那些基本权利的认识，不能及于宪法没有规定的基本权利，因此不能为宪法的修改提供理论支持。描述性的定义往往是对事实的归纳，不能概全。这是研究方法存在的问题，因此笔者认为首先应当改变对宪法上的权利的研究方法，采用规范分析方法。

规范分析是指在一个确定的假定基础上的逻辑推理，也称为规范逻辑方法。它强调假定的可接受性和逻辑的有效性，强调结论的可信性和有效性，不强调结论的正确性、客观性。假定的共识是进行规范分析的前提和基点，也是规范体系的评价标准，但对它本身是否为真的问题不讨论，它实际上是对事实的抽象，是人们的思维的产物，不存在真值，只存在是否合理的问题（通过信度和效度两个指标体现的）。规范分析方法强调价值的相对性、理论的有限性。它与交往理论和共识论都强调程序的重要性有密切的联系，所以有学者认为以规范分析方法而著名的凯尔森是交往理论和共识理论的始作俑者。<sup>〔11〕</sup>

〔8〕当然，有学者可能会认为它有时也具有直接的效力，如在没有被具体化时，可以直接作为审判的依据。在实践中也需要基本权利规范，因为它对一般法律有价值指引作用。这种观点总体上仍然是将基本权利看成是一种价值体系。

〔9〕 See *Merriam - Webster's Dictionary of Law*, "Fundamental Right", p. 209.

〔10〕参见夏正林：《社会权规范研究》，山东人民出版社2007年，第192页。

〔11〕梁晓俭：《凯尔森法律效力研究——基本法学方法论的视角》，山东人民出版社2005年版，第66页。

宪法权利规范是宪法规范体系的一部分。对宪法权利假定的合理性首先取决于对宪法规范体系本身假定的合理性,这对宪法权利性质的分析有质的影响。因此,首先需要解决的问题是宪法到底是一部调整什么样的社会关系的法。

一种公法的宪法观认为,宪法只是调整国家与个人之间关系的法规范。它与调整私人之间关系的规范是两种并列的、不同的法律规范体系。它不直接调整私人的关系,不是直接处理私人之间关系的规范(但国家权力的运用必然涉及到私人之间的关系,个人与国家的关系因而会对私人之间的关系产生间接的效力。这就是基本权利的对第三人的间接效力的原因)。在司法实践中,当没有调整个人关系的相关立法时,需要通过判例制度来解决,而不是直接适用宪法。因此,公法的宪法观认为,宪法规范、民事立法及判例制度在整个法治秩序中具有同等的价值,都是不可缺少的。与民事等立法不同的是,宪法是通过授予和规范国家权力来实现这些价值的,而民事立法是通过规范平等主体之间的关系来实现这些价值的。

公法的宪法观认为,宪法只是公法的母法,而不是私法的母法。国家权力的行使必须有法律依据,无法外之权(力),对国家权力的普通立法如行政法、诉讼法、组织法应当以宪法对国家权力的配置为依据来将国家权力具体化。对国家权力的具体立法实际上就是对宪法的具体化,因此,宪法是这些公法的母法。但在涉及调整私人关系的具体的实体价值方面,宪法对立法机关赋予了广泛的自由裁量权(这是由立法机关的民主性质所决定的),使立法机关在进行民事立法时,不能因为宪法没有规定的就不能立法,但立法权的行使本身不能违背宪法(强调的是立法权行使的合宪性,而不是一般法律实体价值的合宪性)。因此,它不是调整私人之间关系的民事法律的母法,说它是一个“高级法”(效力更高)或“调控法”(立法在调控的范围内享有自由裁量权)更为恰当。

另一种基本法的宪法观认为宪法不仅是规范国家权力,还是为规范整个国家共同体的秩序提供价值基础的法律。作为共同体基础的价值宪法,不仅仅是个人与国家共同体之间的行为准则,也是处理个人之间关系的行为准则,即为民事关系的规范基础(源泉)。因此,宪法不仅是公法的基础,还是私法的基础。对于整个法治秩序,基本法与其他法规范体系作用是不同的,它起到了母法的作用。基本法的宪法观同时也是一种万能的宪法观。

基本法的宪法观认为宪法提供了一个国家基本的行为价值基础,为立法提供了指导,不仅约束着立法的程序行为,还在约束着立法的实体价值。它认为宪法是抽象的、纲领性的,一般不具有直接的规范性效力,它需要通过立法的具体化来实现它的效力。反过来,立法只是对宪法的具体化,只能在宪法规定的范围内进行。在司法实践中,应当先适用一般法律,只有当在一般法律中找不到具体的适用依据时,才可直接适用宪法。我国将宪法看成是一种“总章程”基本上契合了基本法的宪法观。

两种宪法观对认定宪法权利性质的影响是决定性的。公法的宪法观认为权利是人民保留的,宪法不需要直接规定权利。若在宪法文本中规定权利甚至还会危险,它可能为立法机关排除人民的其他权利提供了藉口。这种宪法观认为一般不涉及具体的实体价值,强调最低限度的价值共识——遵守正当程序。因此,它认为宪法权利只是对特定的具体的价值的认可,但强调宪法权利的性质是针对国家与个人之间关系的,不同于私人之间的权利义务关系,因而对第三人不发生直接的效力,只具有间接的效力。在表述上,一般用“国家不得(或必须)……”。基本法的宪法观认为宪法确立了一个国家共同体基本的价值观,宪法权利就是这个基本的价值观的体现,因此,也称为基本权利,或“基本权”(德国)、“基本人权”(日本)。宪法权利不仅是一种规范,更是一个价值体系。它不再严格遵守权利保留的原则,将权利理解为宪法所赋予的,在表述方式上一般为“每个公民有……权利”。公民只享有宪法规定范围内的权利,但不排除从一个根本的价值体中引申出其他的权利(如从人的尊严条款中引申出基本权利)。显然,宪法解释主体(司宪机构)经常性地掌握了这种权力,这就很容易使司宪机构与立法机构产生冲突。在篇章结构上,基本法往往强调基本权利的

内容放在国家权力的前面，以此强调权利的本位性。它认为宪法权利为整个国家共同体提供了价值基础，因此，它的效力不仅针对个人与国家，还直接适用于私人之间，通过法律具体化的私人之间的权利义务关系只是宪法权利效力的实现形式之一。

显然，上述只是对宪法关系一种理论上的概括，并不与事实形态的宪法一一对应。实践中，有的宪法偏重于第一种宪法观，同时有些条文体现了第二种宪法观，如美国的宪法。有些宪法偏重于第二种宪法观，同时有些条文体现了第一种宪法观，如德国宪法。对于第二种宪法观，宪法法院的解释却认定基本权利的效力主要是私人与国家之间。<sup>[12]</sup>笔者认为，在理论上第一种假定比较合理，即宪法是通过规范公权力来保障人权的法，它调整个人与国家之间的关系，而不直接作用于个人之间的关系。第二种假定将其他所有法律都看成是宪法的实施法，从而混淆了宪法与一般法律的界限，将一般法律当成宪法的一部分了，往更深层看，它混淆了民主与立宪主义的关系，要求民主的立法机构严格在宪法确立的价值范围内立法，否认了民主的立法机构在确认具体价值方面的能动性。

## （二）宪法权利的内涵

根据上述分析，宪法权利应当是宪法中用以表示个人与国家关系的概念，它的内涵是由个人与国家关系来决定的。近代以来的国家学说普遍假定人民主权以及人的目的性。人民主权要求国家权力由人民产生，并受人民控制，由此人民享有各种构建和控制权力的权利。人的目的性则要求国家应当将每一个体的人当作人来看待，国家的财富增长最终应当分配给个人。它是个人针对国家的诉求，实质上就是国家的义务。在此，所有的个体针对国家的诉求都构成宪法权利，并无是否基本之分，也不管在实践中是否已被写入宪法，都属于这个范畴。

从个人与国家的关系的角度来认识宪法权利有助于将其与一般法律权利区分开来。

首先，宪法权利与普通法上的权利是两种不同的规范构造。宪法权利与普通法上的权利可能是对同一价值诉求的表达，但在规范上，两者的含义并不相同，宪法权利主要将义务主体指向国家，而一般法律上的权利主要指向平等的个体。<sup>[13]</sup>如对财产自由的保护的价值诉求，经过不同的规范的调整，既可以形成宪法权利，也可以形成民事权利。宪法权利是一种个人针对国家的权利，不同于私法上的权利，也不同于一般法律上的个人对国家机关的权利。<sup>[14]</sup>宪法意义上的国家，是通过具有宪法地位的国家机关，即权力直接来源于宪法规定的国家机关来表示的。但反过来，不能笼统地认为这些机关就是具有宪法地位的国家机关，只有当它行使的是宪法赋予的权力时，才能说是具有宪法地位的国家机关。如三权分立下的行政机关，如行使着法律的授权时，就不是主权意义上的行政机关，而是一般法律意义上的行政机关。一般法律中的国家机关的权力实际上是一般法律对宪法中的国家权力具体化后的形态，因而是一种一般法律上的权力。只有宪法意义上的国家机关与个人形成的关系才是宪法权利义务关系，经过法律将国家权力具体化以后实际上就形成了普通法上的权利义务关系，如行政法、诉讼法等。当然，也存在特殊的情形，如按照德国宪法法院的判例，政

[12] 如“吕特事件”中德国联邦宪法法院判决认为，“毫无疑问的，各项基本权利最重要的是要保障个人的自由领域免于公权力的侵害，是民众对抗国家的防御权。这可从基本权利理念在人文史上的发展以及历史上将各基本权利纳入各国的宪法内的过程看得出来。基本法的各个基本权利同样具有这种意义，将基本权利一章摆在前面就是在强调人及其尊严相对于国家权力的优位性。”《西德联邦宪法法院裁判选辑》（一），台湾司法周刊杂志社1990年版，第106页以下。

[13] 日本学者美浓部达吉就曾从这个角度论述过基本权利的性质。“此等所谓自由权，都被认为人民的重要公权。但我们对于此等自由，不但有不受国家权力侵害的权利，同时又有不受其他一般私人侵害的权利，这种权利不外是所谓人权权。而宪法所保障的，亦不外是表现于对国家权力那方面的人格权而已。私法学者所谓人格权和公法学者所谓自由权，并不是两各别的权利，那不过是单一权利在对一般人时和对国家时所表面的差异，即不外同一的权利兼备有私权和公权的两方面，而普通惯称其公权方面为自由权而已。”〔日〕美浓部达吉著：《公法和私法》，黄冯明译，中国政法大学出版社2003年版，第165页。

[14] 参见〔美〕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172页。

党也可以具有这里所说的宪法的地位。有的国家宪法则明确写明代表国家的机关,如缅甸宪法第9条规定,“在宪法第二、三、四章中,国家就是指行政机关和立法机关”。

其次,宪法权利与一般法律权利的效力结构也有所不同。所有的一般法律上的权利都有一种义务与其对应,即它是一种可主张的主观性权利。而宪法权利主要是国家应当承担的义务,由于个人利益与国家利益是部分与整体的关系,国家义务与个人的主观权利也不是一一对应的。国家的义务首先体现着一种客观的价值秩序,其次才是个人可主张的主观性权利。原因在于,宪法权利的关系是个人与国家的关系,是个体与包括该个体在内的所有的人的关系,而不仅仅是个体与另一个个体之间的关系,共同体的国家不仅负有尊重个人,而且具有实现某种客观价值的义务。个人的主观性权利与客观价值具有同等的规范意义:两者都是国家的义务,个人主观权利强调能够为个人直接主张的效力,强调对权利的救济。作为客观价值的国家义务强调国家在实现人权方面的主动性,而不强调为个人直接主张的效力。因此,从国家义务包括个人的主观权利与客观价值两个方面的角度分析宪法权利,才真正把握宪法权利的内涵。

### 三、宪法权利的体系

基于上述对宪法权利内涵的分析,宪法权利的体系基本上包含两个方面:每个人都享有的各种构建和控制政府的权利与个人基于人之目的性对国家提出诉求的权利。这两种权利是有区别的:前者实际上是表示在一个共同体中的个人与其他所有人关系的范畴,后者是表示个人与包括他在内的整个共同体的关系的范畴。

#### (一) 构建与控制政府的权利

个人要在一定的共同体中生活,首先得组成一定的政府,因此,首先得享有构建与控制政府的权利即作为公民身份应具有的民主权利,包括创制、复决、选举、罢免等参政权以及政治上的言论自由权(公共言论自由权)。〔15〕构成与控制政府的过程,实际上是个人与其他的所有人群体发生关系的过程,因此这一类权利实际上是表示在一定的共同体中的个人与其他所有人的关系的范畴。

这一类权利的价值诉求并非基于人的目的性,而可被称为制度性的人权。同样,共同体的生活的不可选择性决定了这类权利不仅具有权利的属性,而且具有义务的属性,如选举权并不是单纯的自由权,它是作为公民的身份的权利,在一定的历史时期,不仅仅是权利,而且是一定的义务。〔16〕只不过现代的宪法慢慢地将这种权利也看成是个人的权利,不再强调它的义务性,代之以号召人们积极地参与投票。也有学者认为这些权利包含了权力的因素,是一种国家权力所有权。〔17〕这些权利虽也可被称为自由权,但主要是古代人的自由观念,即参与政治生活的自由,而不是基于个人权利的观念建立起来的自由权。〔18〕法国的《人权与公民权利宣言》,就将宪法权利分为作为人的权利与公民的权利。而多数国家的宪法中也规定了这些基本权利,只不过没有明显将作为公民身份的权利与作为人“类”的权利区分而已。如我国的宪法文本,笼统地称之为公民的基本权利,而这部分权利一般被称为政治权利。

〔15〕同样是言论自由应区别为两种性质,既包括作为人的权利,如广告,也包括为保障作为人的权利而产生的政治权利,如公共言论自由。对此,米克尔约翰进行了严格的区分。参见〔美〕亚历山大·米克尔约翰著:《表达自由的法律限度》,侯健译,贵州人民出版社2003年版。

〔16〕参见王世杰、钱端升著:《比较宪法》,商务印书馆1999年版,第136页。

〔17〕参见童之伟著:《法权与宪政》,山东人民出版社2001年版,第511页。其实,孙中山先生早就将这一种权利理解为一种权力,而且是一种必须由人民掌握的政权,从而与作为政府治权的权力区别开来。参见《孙中山全集》第九卷,中华书局1986年版,第350页。

〔18〕参见〔法〕贡斯当:《古代人的自由和现代人的自由》,阎克文、刘满贵译,商务印书馆1999年版,第41页。

这类权利具有特殊的作用，它是对其他权利的保障。西方国家认为个人平等地参与政治生活，可以充分保障个人的权利，那是建立在个人是充分理性的假定基础之上的，发展中国家对此有不同的认识。其实，古代社会的发展也证明了只有政治自由观念，而没有个人权利观念，政治自由虽发达，个人自由保障却不好。<sup>[19]</sup>

这一类权利具有强效力，不可平衡，它的主要特点是往往强调公共性与公民的身份性，只要个人不被排除在共同体之外，原则上，就不能被剥夺。权利主体不需要国家作为就可以直接主张，国家也不得通过法律加以剥夺。

## (二) 个人基于人之目的性对国家提出诉求的权利

个人基于人的目的性对国家提出诉求的权利，实际上是表示在一定的共同体中的个人与包括他在内的所有人的关系的范畴，包括三种形态：要求国家的不作为自由权、要求国家保护的权利要求国家的积极作为的社会权。

### 1. 自由权

自由权实际上是消极的自由价值观念在宪法规范中的体现，它包含着要求国家消极不作为的价值诉求。消极的自由观念是指“一个人能够不被别人阻碍行动的自由”，<sup>[20]</sup>是个人“免于强制的自由”。<sup>[21]</sup>对其清楚的表达是从霍布斯开始的：“在其力量和智慧所能办到的事物中，可以不受阻碍地做他愿意做的事情”。<sup>[22]</sup>政府一旦建立，自由就不过是“法律的沉默”，也意味着“不必再对共和国承担义务”。后来，无论是英国的洛克、密尔以及法国的贡斯当、托克维尔都强调应该存在最低限度的、神圣不可侵犯的个人自由领域。如洛克认为，在自然状态下，“人们既然是平等而独立的，任何人就不得侵害他人的生命、健康、自由或财产。”<sup>[23]</sup>因此，一切人在生命、自由和财产权上是平等的，这些权利是先于政府的消极权利，因为它们对他人设置了不干涉这些被保护领域的义务。自然状态下的平等即消极权利意义上的平等，只包含这样的平等权利：“每个人对其天然的自由所享有的平等权利，不受制于其他任何人的意志或权威所约束的权利。”<sup>[24]</sup>根据这一理念，古典的自由主义的自由权便是不干涉的自由。根据德沃金的观察，“大多情况下，当我们说某人有权利做某件事的时候，我们的含义是，如果别人干预他做这件事，那么这种干预是错误的，或者至少表明，如果为了干涉的合理性，你必须提出一些特别的理由。”<sup>[25]</sup>

消极自由假设每个人都是自由而平等的，而且每个人通过自己的劳动可以获得生存与发展，国家对此只能保持尊重和平等地对待，不能够通过国家的行为强行保持平等，而造成新的不平等。因此，在这一观念下，宪法权利的意义即为共同体尊重每个个体的权利，它并不以促进社会公共利益为目标。它假定社会的目标与个人的目标并不完全一致，而且，即使在与个人目标与社会目标不一致的情形下，个人仍有保留自己特性的权利，在这一点上它又被称为消极自由权。“我们在有关政治的意义上说某人有权自由地表达思想时，我们是指，即使他这样做不利于普遍利益，他也有权这样做。”<sup>[26]</sup>“公民享有言论自由权利的主张，必须具有以下的含义。即，即使政府认为公民要说的话所带来的害处大于好处，政府阻止他们发表言论也是错误的。”<sup>[27]</sup>德沃金走得更远，认为自由权不仅是防御国家的，而且还是可以反对国家的权利。“反对政府的权利必须是能够做某些事情的权

[19] 前引[18]，贡斯当书，第41页。

[20] [英]伯林：《自由论》，胡传胜译，译林出版社2003年版，第189页。

[21] [英]哈耶克：《自由秩序原理》，邓正来译，三联书店1997年版，第16页。

[22] [英]霍布斯：《利维坦》，黎思复、黎廷弼译，商务印书馆1985年版，第163页。

[23] [英]洛克：《政府论》下篇，叶启芳、瞿菊农译，商务印书馆2003年版，第6页。

[24] 同上书，第34页。

[25] 前引[14]，德沃金书，第249页。

[26] 同上书，第355页。

[27] 同上书，第355页。

利,即使在多数人认为这样做是错误的,这样的结果可能使多数人的境况比以前更糟时也是如此。”〔28〕

自由权规范的一般表现形式是规则。在规范中,自由权是一种消极的、防御性权利,表现为国家对个人的尊重或不作为的义务。在内容上,它适用权利保留原则,即不需要宪法规定,人民即可以直接享有,若在宪法中列举,则不能理解为没有列举的,人民就不能享有。在宪法文本中,它经常表述为,“国家不得……”,如美国宪法修正案第1条规定,“国会不得制订法律以涉及宗教信仰的设立或禁止其自由活动,或剥夺言论或出版自由,或〔剥夺〕人民和平集会与请愿政府给予伸冤的权利”。

在实践中,一些国家出于对某些具体的自由价值观念的强调往往会通过列举的方式在宪法文本中列举国家权力不能介入的范围,那么列举的条款应明确将规范的承担者指向国家,即列举国家的不应作为的义务。同时,又会通过概括性的条款来体现人民权利保留原则。〔29〕显然,这个概括性的条款是必不可少的,否则,人民就只能都在静态的宪法的规范中生存,享有的自由也是极为可数的。自由权的法案的目的在于限制国家权力,而不是表明人民仅享有这些自由。

宪法上的自由权是直接针对国家(主要是立法机关和司法机关),用以限制国家权力,具有直接的效力。它通过权利主体的行为就可以实现,是一个可以主张、不需要也不能够被立法具体化的主观权利形态。它是防御政府侵害的权利领域,不能够被政府所平衡,如果需要由立法来进行具体化才能实现的话,那么它本身的价值就可能受到立法的破坏。从产生的历史背景来看,自由权的理念是近代立宪主义理念中最重要的组成部分,它的功能是针对王权和民主的大多数保持戒心,体现了自由权的绝对的、确定的效力。

## 2. 获得国家保护的權利

获得国家保护的价值的内涵是当公民的权益受到侵害时,对国家要求提供保护的價值诉求。这种价值诉求并不要求国家提供直接的、实体性的作为,只是在公民的权利受侵害时,提供客观的制度上的保护义务,属于广义上的受益权。〔30〕

国家的保护性义务包括两种不同的类型:当个人之间发生纠纷时,国家有介入与保护的义务,以及个人与国家机关发生纠纷时的保护义务。〔31〕区分这两种义务是很有必要的。前者是一种国家积极介入平等的成员之间的关系,当一方权利受侵害时加以保护的一种义务。国家通过保护性义务介入了私人之间的关系,产生了所谓基本权利的“辐射效应”或“水平”效力。〔32〕在这一种情形下,国家作为中立的裁判者,特别是在普通法国家,法官成为最后的裁判者。当法律对私人之间的权利义务关系没有明确规定时,法官将有很大的自由裁量权,所谓的法官“造法”争议才会产生。但不管怎么说,在这一种情形下,国家保持中立还是可能的。后者是指一种作为宪法权利本身受到国家机关侵犯时,国家(主要是通过司宪机关)负有通过违宪审查来保护的义务。在此,司宪机关

〔28〕前引〔14〕,德沃金书,第256页。

〔29〕这一点在美国宪法的《权利法案》对公民权利规范的特点体现得比较充分。《权利法案》中公民权利主要是自由权性质的。它在一至第八个修正案采用了列举的方式,第九条和第十条修正案则用了概括的方式,“宪法列举的若干权利,不得被解释为否认或蔑视人民所保留的其他权利”;“宪法未规定授予联邦的权力,宪法未禁止给予各邦的权力,保留给各邦,或保留给人民。”〔美〕麦迪逊著:《美国制宪会议记录辩护》下,尹宣译,辽宁教育出版社2003年版,第868页。

〔30〕张知本在1933年就论述了司法上的受益权、行政上的受益权,将这些获得国家保护的權利纳入了广义上的受益权。参见张知本:《宪法论》,中国方正出版社2004年版,第131页。

〔31〕Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, translated by Julian Rivers, Oxford University Press, 2002, p. 302.

〔32〕直接效力说往往将基本权利规范看成是一个价值体系,从而包括在个人之间也产生了直接的效力。笔者认为其实这并不是基本权利在私人之间产生了直接的效力,只能说是由于国家的保护性义务对个体当事人之间的权利义务产生了间接的影响。

关的权力可凌驾于其他国家机关之上，也可称为“第四种国家权力”。〔33〕这是一个矛盾：司宪机关的保护性义务本身就是公民的基本权利，而它保护的又是基本权利。正如想撬起地球，又在地球上寻找支点一样，通过形式逻辑不可能找到终极的价值。这也是形式逻辑的局限性。因此，建立什么样的违宪审查制度是一个国家的经验的选择，不可能通过形式逻辑找到一个绝对可行的方式。违宪审查制度的建立不是一个理论理性，而是一个实践理性。

在规范内容上，它要求个人的权利在受到他人以及包括立法机关、行政机关和司法机关在内的国家机关侵犯时获得某种救济的权利，包括程序意义上的国家保护性义务和实体意义上的国家保护性义务，其核心内容是诉权。

程序意义上的国家保护性义务是指要求国家应当为保护公民权利而建立和遵守正当的程序的作为义务，“某种程序是‘正当的’这一观念表明，宪法权利为政府施加了积极的义务。”〔34〕在普通法国家，程序意义上的保护性义务的关键是建立正当的司法程序。“正当程序的宪法权利的先决条件是，政府用纳税人的费用建立并维持易接近的、综合的、相对透明的法律机构，在这里，公开、公开、明白易懂繁琐的司法程序得以展开。”〔35〕正当程序权利是一个主观性权利，具有强效力，不需要具体化。在实践中，它的意义在于强调不能因为受案范围的限制而使当事人不能获得司法救济。

实体意义上的国家保护性义务，是指个人的权利在受侵犯时，国家应当给予实体上的救济的权利，主要是指胜诉权。除因事实的争议外，胜诉权往往需要司法机关根据一定的价值标准对所涉及的权利争议进行判断，以决定优先保护的利益。如美国联邦最高法院确立的“清楚的和现实的危险”的标准是属于对实体意义上言论自由的衡量。“最低限度的工资”、“最高工时”是国家干涉个人之间契约自由的结果，实际上也是国家保护性义务的体现。由于实体意义上的诉权需要平衡确定，因此，不具有主观权利的地位。社会连带主义者甚至认为根本不存在什么实体的主观权利，只存在这种程序意义上的主观权利。“主观权利不可能被理解成别的，而只能被理解为在一种社会制裁的形式下作制裁和保障依法申诉的一种能力。”〔36〕

### 3. 社会权

社会权的价值内涵是要求国家提供实体性的积极作为的价值诉求。与获得国家保护的权利一样，社会权也要求国家积极作为义务，但它要求国家提供的不是保护，而是直接的、必要的实体的帮助，因而是一种狭义上的受益权。

与自由权的价值不同，社会权的出发点不在于使每个人受到同样的对待，而在于对那些需要帮助的人提供帮助。具体来说，它包括两个方面：首先，它是为了那些在社会生活中没有能力参与竞争的人，从而由国家提供一定程度的帮助，提高其参与竞争的能力。国家提供的这种帮助对当事人来说，不仅仅具有生存的意义，更有提高参与社会竞争的能力的意义。〔37〕它并不强调结果上平等。其次，在这个基础上，社会权的意义还在于使每个人平等地享受整个社会发展的成果，国家对财富实行再次分配，使弱者也能够享受，从而促进社会的和谐。现代的宪法已普遍认可了国家积极作为，而且逐步增多，国家积极作为的义务与不作为的义务构成对立统一两个方面，它们统一于以

〔33〕 Giulio Itzcovich, *Sovereignty, Legal Pluralism and Fundamental Rights*, *European Public Law*, Volume 10, Issue 1, 2004.

〔34〕 [美] 伊利:《民主与不信任——关于司法审查的理论》，朱中一、顾运译，法律出版社 2003 年版，第 35 页。

〔35〕 同上书，第 34 页。

〔36〕 [法] 狄骥:《宪法论》第 1 卷，钱克新译，商务印书馆 1959 年版，第 256 页。

〔37〕 我们不能仅仅将国家提供某种作为是为了生存的需求，虽然，这是目前关于社会权价值基础的通说，否则社会权就可能被某些人理解为养活懒汉。根据森的自由理论，真正的机会平等必须通过能力的平等才能实现，国家的积极作为主要目的是为实现他们能力上的平等。See Amartya K. Sen, *Capability and Well Being in the Quality of Life*, ed. Martha Nussbaum and Amartya K. Sen, Oxford: Clarendon Press, 1993, pp. 30-50.

人有尊严 (decent) 的生活为核心的人权体系。但消极不作为与积极作为毕竟是两个不同质的义务, 过度要求国家的积极作为, 必将损害公民的自由权。<sup>[38]</sup>

在规范上, 社会权规范一般不表现为规则, 而是原则, 总体上可表述为“国家应当提供必要的(或最低限度的)……”。但不同价值内涵的社会权在规范表达上有所不同。一般来说, 社会权规范中都含有“最低限度的标准”或“必要的程度”这一不确定的概念, 使得社会权效力的确定需要进一步平衡, 因此, 社会权也称为不确定性权利 (prima facie rights)。

一部宪法一般不可能、也不适宜对社会权的标准规定得如此详细, 它应当考虑到社会的发展给人们的生活带来的利益, 规定得如此详细和具体, 反而会成为人们获利的“绊脚石”, 只有在极少数宪法文本中规定了国家积极作为义务的具体内容和权利享有者。例如, 印度宪法 2002 年 21 条 A 款修正案规定, “国家应当通过法律规定给所有年龄 6 至 14 周岁的儿童提供免费的义务教育。”拉脱维亚宪法 112 条第 2 款规定, “国家应当保障每一个人得到免费的小学和初中的学校教育”。这些关于教育权的规范, 明确规定了义务内容是“提供免费的义务教育”以及“免费的小学和初中的学校教育”, 权利的享有者也很明确为“6 至 14 周岁的儿童”以及“每一个人”。这些内容都是确定、具体的, 不允许在具体适用时进行平衡。

相应地, 只有极少数的情形下社会权才是具有确定 (definite) 效力的宪法权利, 是能够主张的主观权利, 而原则意义上的社会权是只具有不确定 (prima facie) 效力的宪法权利, 它不能够被直接主张。由于在一般情形下, 社会规范中都含有不确定的概念, 如“最低限度”的标准, 因而, 它的规范效力, 对于立法而言, 也是不确定的, 需要进一步的平衡才能具有可强制实施的效力。例如, 印度宪法第 37 条规定, “本篇所含条款不通过任何法院实施, 但本篇所述原则, 系治理国家之根本, 国家在制定法律时有贯彻此等原则之义务。”该条确定了印度宪法第四章所规范的社会权都具有不确定的“弱”效力, 需要由立法进一步进行平衡才能具有确定的效力。又如南非 Grootboom 案中, 宪法法院判决认为, 法院强调, 宪法第 26 条、28 条都没有给被告任何主观上的请求权。<sup>[39]</sup> 日本宪法裁判所也认为日本宪法第 25 条规定的生存权条款具有弱效力。一方面, “宪法二十五条之立法旨趣, 仅止于宣言国家应积极的努力社会设施的扩充与增强, 此乃国家任务之一, 并非承认每一个国民具体而现实的具有此种权利”;<sup>[40]</sup> 另一方面, 又认定, “国家违反努力实现行之任务, 实施对生存权实现有所障碍之行为时, 此种行为应属无效 (昭和三十五年十月十九日东京地方法院判决)”。<sup>[41]</sup> “有必要保护者以及被保护者之接受国家生活保护, 乃非单纯的国家恩惠以及实施政策时之的反射利益, 而系法律上权利, 可称为保护接受权 (昭和四十二年五月二十四日大法庭判决)。依此法律受保障之最低限度生活, 应系能够维持健康而文化性生活水准之生活。厚生大臣决定保护标准时, 应审酌有保护必要者之年龄、性别、家庭情况、所在地域、其他必要事项之最低限制, 即务须适合‘健康而文化性活’水准而予以有效且適切之决定。”<sup>[42]</sup>

作为原则的社会权规范在非常特定的条件下才具有绝对的“强”效力。这类原则不同于其他的原则, 无论在什么情况下都优先于其他原则适用, 甚至优先于立法的原则, 它的适用没有法律限制。<sup>[43]</sup> 因此, 绝对的原则所隐含的价值实际上是一种假定, 是整个规范体系前提预设与价值基础。一部宪法只能有一个绝对的原则, 它也只能是直接体现这部宪法的根本价值判断的规范。如德国法

[38] 前引 [31], Robert Alexy 书, 第 342 页。

[39] Government of the Republic of South Africa and Others v Irene Grootboom and Others, CCT, 11/00, S. Afr. See, <http://www.constitutionalcourt.org.za/site/thecourt/history.htm#cases>.

[40] 《日本国宪法判例译本》二, 台湾司法周刊杂志社 1990 年版, 第 249 页。

[41] 《日本国宪法判例译本》四, 台湾司法周刊杂志社 1990 年版, 第 164 页。

[42] 《日本国宪法判例译本》六, 台湾司法周刊杂志社 1990 年版, 第 612 页。

[43] 前引 [31], Robert Alexy 书, 第 62 页。

上的第1条第1款第1项规定,“人的尊严不受侵犯”就是一个绝对的原则。绝对的原则实际上是一种规则,也不需要平衡地适用,即“人的尊严不受侵犯”这一条款具有优先于其他任何原则的强效力。这是德国宪法理论的一个重要组成部分。

#### 四、关于宪法权利体系的补充说明

上述个人基于人之目的性对国家提出诉求的权利中的三个方面既可构成独立的请求权,也可以共同构成某一个具体的基本权利的权能。一个具体的基本权利是宪法规范对一个具体的价值认可,它可能包含几个层面的诉求,其中,每个层面的诉求都可能构成一种请求权,由这几个层面的请求权结合在一起就构成了一个完整的宪法权利。如受教育权,它是教育这个价值在宪法规范中的体现,它又包含着要求国家侵犯个人的教育自由、当个人的教育自由受到别人侵犯时国家有提供保护的义务、国家提供一定的积极作为满足个人的一定程度的教育。这三个层面中每一个层面都可以构成独立的对国家的请求权,同时这三个层面结合在一起才构成完整的受教育权。

其中,自由权与获得国家保护的权力是每一个具体形态的宪法权利都应当具有的权能。消极自由的观念在自由观念中极为重要,离开消极自由观念,自由便不存在。“对‘自由’这个词的每一种解释,不管多么不同寻常,都必须包含我所说的最低限度的‘消极’的自由。”<sup>[44]</sup>与此相对应的是,任何一个具体的宪法权利都应当包含着体现这种消极自由价值的自由权的层面,否则该宪法权利就不能存在了。如劳动权,首先是尊重劳动者的就业选择权;受教育权,首先是受教育者的选择权。这些自决权是每一个宪法权利首要的内容。

同样,获得国家保护的权力也应当是每个具体的宪权利所具有的权能。所谓有权利必有救济,这里的救济权就是指当个人的权利受侵犯时国家有提供某种保护的义务。没有救济的权利只能是自然权利,或称为裸体权利,得不到保障。

社会权并不是每个具体的宪法权利都具有的权能,只有在那些包含要求国家积极作为的价值诉求的宪法权利中才包含这个权能。如通常称为经济、社会和文化方面的权利中就含有这样的价值要求。

---

**Abstract:** The judgment of whether a right is fundamental or not cannot satisfy the requirement of constitutional theory and practice. The expression of “constitutional right” is more normative than that of “fundamental right”. Constitutional right is a concept explaining the relationship between individuals and their country. There are two aspects in the system of constitutional rights. One is that everyone is entitled to the right of constructing and controlling the government, and the other is that everyone is entitled to the right based on humanity of action against country. The former explains the relationship between individuals in the same community, and the latter shows the relationship between individuals and the whole community.

**Keywords:** fundamental right, constitutional right, the system of constitutional rights

---

[44] 前引[20], 伯林书, 第233页。