

基本权利的宪法构成及其实证化

郑贤君*

内容提要 :宪法中的基本权利是特定价值和信仰的宪法化,受制于社会现实发展。这些基本权利可以分为三类,即自我保存和肯定意义上的古典自然权利、自我表现意义上的公民政治权利及自我实现和发展意义上的社会经济权利。这样划分有利于理解宪法基本权利的不同属性及其思想与现实基础,理解其与国家权力的关系,以设置不同方式促进其实证化。

关键词 :宪法 基本权利 实证化

今天我们所称的基本权利比以往任何时候都更加含混不清,这不仅因为各种基本权利是特定价值和信仰的宪法化,也因为在今日社会,无论是自由资本主义国家、福利国家,还是社会主义国家,几乎无一例外地以宪法作为肯定和确证其政治制度合法性的形式文本表征,并且,多数国家在宪法结构上采取了相近的形式,以“公民的基本权利和义务”作为宪法的组成部分。大体上,这些基本权利由三部分构成:一为自我肯定和保存意义上的古典基本权利;一为自我表现意义上的体现公民参与的政治权利;一为自我实现和发展意义上的社会经济权利。三类权利分别是自由、民主与平等价值的宪法体现。在与政府权力的关系上,古典基本权利独立于国家政治秩序之外,参与自由在政治秩序之内,自我发展的自由则试图接近政治秩序。三类权利在属性上存在着交叉与重叠,其实证化经历了权利宣言、宪法原则及制度保障的不同阶段。有必要在理论上厘清不同基本权利的宪法属性,以利于把握各种权利生成的特定语境、道德思想、社会基础及制度构成,进一步在权利体系中确认其地位,界定国家界限,确保公民基本权利的现实化。

一、基本权利的三分观

基本权利在英文中称为 Fundamental rights。《牛津法律大辞典》认为这是:“一个不精确的术语,一般用来表示国民基本自由或为政治理论家,尤其是美国和法国革命时期的政治理论

* 首都师范大学副教授。

家们所主张的自然权利”。^{〔1〕}《布莱克维尔政治学百科全书》认为,基本权利是“个人拥有的较为重要的权利;人们认为,这些权利应当受到保护,不容侵犯或剥夺。……随着洛克个人主义学说的兴起,基本权利问题日益突出,引人关注。此后,基本权利被称为天赋人权,因而又常被称为人权”。^{〔2〕}从基本权利的定义来看,其所指的仅为古典意义上的自然权利或天赋人权,尚不能包括当今各国宪法基本权利结构中的所有内容。在人们对名称的使用上,也存在着概念的重叠与划分标准不统一的现象。西方国家笼统地将宪法所保护的权力统称为人权,我国则习惯地称之为公民权利,也有的将其称为民权。此外,还存在着三代人权的理论划分。这一情形无助于在理论上确立宪法学独有分析方法与宪法学视野中的基本权利观,只能将其寄生于相关理论中,一定程度上限制了基本权利的研究空间,妨碍对基本权利的透彻认识与理性把握,影响其实证化。

人权是道德意义上的、应然层面的权利,它不考虑各国具体制度和现有的物质条件,仅以人性为依据,主张人所应该享有的权利。这在各国思想与现实层面均受到不同程度地限制,所以,几乎所有国家都只谨慎地选择其中的一部分将其规定在宪法中。基本权利只是获得法治国家认可的那部分人权。在实在法的意义上,基本权利是那些神圣不可侵犯的必须无条件维护的权利与重要的特权与豁免权。所以,基本权利不同于纯粹人权,后者缺少那种作为基本权利所具有的实证的法效力。

公民权利在内容上与人权虽有重叠,但在逻辑与现实上,其实现附有先决条件,即必须获得国家赋予的公民资格。在此,“公民”的属性与“人”的概念之间又有差异。由于公民资格的获得基于国家承认,为国家所赐。国家能予,当然也能取,即可以剥夺公民资格。它实际上承认权利是国家给予并由法律调整的,国家权力高于人权,先于人权。另一方面,公民权一直是一个历史概念,民主法治国家的历史也是公民权不断得到普及的历史。无财产和身份低下的人及妇女长期无法获得法律上“人”的地位,不享有公民权。因此,笼统地将一切宪法权利称为公民权利有可能削弱对国家权力的适度警惕及忽视社会现实条件。

民权则别具属性。尽管自清末译介西学以来,这一名称已在中国落地生根,但在此过程中民权与人权的转义现象已被中外学者所注意,期间所产生的对人权价值的误读成为一个世纪以来我国权利理论领域中的一个突出现象,影响着国人对权利理论的认识。这是因为,民权在西方,非指个体意义上的权利,仅为促成国家法律对群体利益的关注与认同,特别是少数民族、妇女等法律上的权利,是平等价值向国家法律层面进一步渗透的体现。在我国,“民”也始终是一个“群”的概念,既与西方个体意义上的自主权利相去甚远,也不能涵括所有宪法上的基本权利。

三代人权的划分主要基于人权的发展历史,是依据享有权利的主体属于个体、集体还是国家与民族而进行的分类。其中第一代人权主要为自由资本主义时期的国家所信奉,第二代人权为福利国家的突出特点,第三代人权则是社会主义国家与第三世界国家的理论坚持。这是一种按照人权产生的年代、不同权利的价值属性及不同国家所秉承的意识形态上的差异而做出的划分。其中三代人权的划分标准也存在着不统一的现象。由于这种划分方法带有较强的

〔1〕 [英]戴维·M·沃克:《牛津法律大辞典》,光明日报出版社1989年版,第364页。

〔2〕 [英]戴维·米勒、韦农·波格丹诺:《布莱克维尔政治学百科全书》,中国政法大学出版社1992年版,第283页。

意识形态色彩,忽视了不同制度国家基本权利宪法上的共同性,因此,该分类虽有助于在世界范围人权的流变史中把握与认识不同类型权利的价值属性,但易导致奉行不同价值观念和实行不同制度的国家在人权领域内的对抗,对一国内部公民基本权利的实证化也具有一定的局限。

鉴于宪法权利的属性与实证化方式的不同,前述理论与名称都不同程度地存在妨碍透彻认识与把握宪法基本权利属性的因素与弊端,实践中有可能混淆不同基本权利的宪法地位,影响其实证化。基本权利的三分观与上述分类不同。它非仅以权利的道德基础、实在法意义上权利的国家法律属性或权利的历史发展阶段作为分类标准,而以文本宪法的权利构成作为分析基点,在承认其共同获得宪法意义上个体基本权利属性的同时,重点阐明不同基本权利的道德思想、社会现实基础、各类权利与国家权力之间的关系,及对个体自身的意义与价值。这样做有助于从观念、社会及制度层面全面看待基本权利,获得对基本权利的客观认识,以利于实践层面公民权利的实在化转换。并且,它也有助于在坚持中国特色社会主义理论价值内涵的前提下,促使对基本权利进行深入的理论研究,深化认识,以期更顺利地实现与两个人权公约对接,使权利保护向着人权的普遍性方向迈进。

需要注意的是,宪法基本权利构成的三分法并不是绝对的,而是相互交叉、彼此渗透与影响。由于基本权利的发展历程和内容经历了从自然权利经由公民自由权向社会自由的发展过程,其具体而详尽的阐述因不同社会而有区别。因此,坚持绝对意义上的古典基本权利,或者认为旨在满足一个民主社会中的道德、公共秩序以及普遍福利等社会经济权利都不适合今天的社会。在当今社会,复杂的时代决定了任何一种权利之间都没有明确的界线,彼此也不能截然分开。因此,权利的属性不断转化,不同类型基本权利存在着交叉与重叠。以宗教自由和财产权为例,宗教自由是集古典基本权利与公民政治权利于一身的权利,财产权则三位一体。早期的宗教自由仅为个体意义上的古典基本权利,即自然权利,现在各国宪法的宗教自由既有古典意义的权利内涵,也不乏公民政治权利意义上思想自由的含义。现代意义上的财产权则集合了三类权利的共同属性,可被视为上述三种权利中的任何一种:不受政府的干涉(未经代表决议不得征税),作为投票的基础(政治权利),或者反对垄断竞争(社会经济权利如小企业的保护)。

二、自我肯定和保存意义上的古典基本权利

古典基本权利是自然权利的代名词,也是自然权利的宪法化与低度道德准则与自由价值在宪法中的体现,是独立于国家秩序之外的权利。它以人性论与天赋权利为思想道德基础,是个人主义思想认识体系的宪法体现。古典基本权利的内容基本上从属于自然权利,包括生命、自由、安全和追求幸福的权利,也有人认为是生命、自由和财产权利。^[3]

古典基本权利在社会发展历史中,是标明自由主义模式的资产阶级法治国家对人权范围的基本认可,其存在前提是国家与社会的分离,出现了一个不依附于土地、国家、教会、以商品

[3] 在自然权利的诸项内容中,洛克特别推崇财产权利,认为它是自由权利和个人权利的核心。这一将财产权置于基本权利核心地位的观点,反映了典型的自由资本主义时期的价值序列。

经济为主的私人自律的领域。古典基本权利的功能在于“保证社会是一个私人自主权的领域,并将公共权力限于有限功能之上”。〔4〕市民社会的出现,也即自律的“私人社会”,其前置条件是摆脱了等级制度的市场调节经济(社会)与前现代政治制度(国家)分离,这一分离使“市民社会”的自律成为可能,客观上要求独立与健全人格。作为精神(主要表现为宗教)、人身与财产三位一体的自由要求遂表现为“思想自由、人身安全和财产权利”这一宪法权利,这三者被视为健全人格的必要组成部分,体现该时期以私人与个人身份表现的主体的自主性。〔5〕由于自由资本主义的主要趋力和目标是追逐财产,所以,这一时期的自由主要表现为契约自由与增进财富的自由。

古典基本权利强调人的自主性,其所确认的是个人在国家中的主体地位,以确保和体现人的内在的固有属性及其价值。这是因为,基本权利的获得,不是因为社会,非仅仅作作为个人所处的共同体的生活准则要求,而是承认和肯定人自身具有的内在价值,是人之为人的客观要求与法律结果。人权意义上的基本权利不把人作为实现共同体生活的手段,而是在自然意义上将人视为自足的实体,需许多条件才能自我维持的存在。基本权利由此派生而来,并导致了其与国家关系的理论认识。所以,将人视为具有自身内在价值的存在,一定程度上确立与承认了人具有独立于国家、不是所有权利都由国家赋予,并排除国家意志作用于这类权利的基本属性。

古典基本权利的思想渊源之一是自然权利。自然权利源于自然法。欧洲启蒙思想家将自然权利发扬光大。他们认为,自然权利是与生俱来的、不可让渡的、不可剥夺的天赋权利。自然法假定,人类社会的原初存在着一个自然状态,在自然状态中,人人享有自然权利。因此,自然权利不同于人定法,它不是国家精心设计的东 西,而是从自然中发现的、依照自然正义具有的普遍理性,其效力非因时因地,而在所有时间和空间有效,任何组织或政府都不能通过立法予以剥夺和限制,它是独立于任何政治组织和政府之外的权利。1888年,美国法官菲尔德在一个肯定自然权利的判决中写道:“追求个人幸福的权利……它不是源于君主或皇帝的恩赐,也不取决于立法机关或宪法法案的施舍,而是来自于人类的造物主。”〔6〕这一思想集中体现在早期美国法院的认识中,而宪法基本权利也基本上借助自然权利的概念得以确认和保护。在1945年的蔡斯股票公司诉唐纳森一案中,美国最高法院认为,“现在所谓的‘基本权利’即过去的‘自然权利’”。〔7〕美国人认为,当最高法院用当代语言谈到“基本权利”时,它担负着先哲们的“自然权利”宪法化的任务。在很多判例中,最高法院口中的“基本的”和“根本的”权利实质上就是原来所说的“自然权利”。〔8〕后随着社会发展和审判技艺的进化,自然权利所倡导的宪法权利逐渐被其他法律概念和名词所替代,如发展了“正当法律程序”的概念和内涵,从而使“把宪法保护看作是‘基本权利’已成往事”。〔9〕

古典基本权利经历了权利宣言、宪法原则及制度保障不同阶段才最终走向完全实证化。

〔4〕 [德]哈贝马斯:《公共领域》,汪辉译,载汪辉、陈燕谷主编:《文化与公共性》,三联书店1998年版,第129页。

〔5〕 用哈贝马斯的话来说,是“家长、物主与‘人’的角色完全结合起来”。参见前引〔4〕,哈贝马斯书。

〔6〕 参见[美]爱德华·S·考文:《美国宪法的“高级法”背景》,强世功译,三联书店1996年版,第10页。

〔7〕 詹姆斯·安修:《美国宪法判例与解释》,黎建飞译,中国政法大学出版社1999年版,第172页。

〔8〕 前引〔7〕,詹姆斯·安修书,第167页。

〔9〕 同上书,第158页。

由于该类权利独立于政治秩序之外,其宪法地位的特殊性及实证化是以通过排斥国家权力的干预而实现的。从实践发展过程看,它最先得益于刑法,后作为实证的法原则的人权在美国和法国革命中得到了承认,然后其他国家或快或慢地接受。在此过程中,存在着两种形式:一种是类似弗吉尼亚基本权利宣言的形式,一种是宪法政治纲领形式。弗吉尼亚权利宣言只是人权实证化过程中的局部步骤,因为尽管宣言宣称人人平等,但弗吉尼亚一直是在宪法上允许奴隶制存在的地区之一。1789年法国的《人权宣言》则是第一个具有纲领性意义的基本权利宣言。但是,纲领性的载明只是在思想上确证和认可了自然权利的价值,而如果缺乏实在法的制度保障,则自然权利依然处于宣言地位,仅为某一社会制度的政治宣示与追求。

因此,为了达到排斥国家权力渗透这一领域,两方面的制度保障必不可少。其一,对政府的否定性要求,即政府不可以规定哪方面的内容。其二,权力分层机制,即独立于政治机构的司法机关审查立法机关制定法律的合宪性来保障这类权利的终极地位。在权利的实证化过程中,只有同时具备两方面的制度因素,才可能使公共权力失去它的矛盾性,代替那种有足够权力保护一切也有足够权力压制一切的绝对主义权力,古典基本权利也才能最终达到完全的法的现实性。

首先,对政府的否定性要求。古典基本权利约束国家的表现之一是国家不得以主权者的身份制定剥夺或限制这类权利的法律条款和内容。基本权利的道德基础表明,该类权利是人生而有之的,非国家意志和作为的结果,不得以多数人的意志(以立法机关制定法律程序所体现出来)制定限制和剥夺基本权利的法律,从而保护可能是少数和处于劣势的人的权利。国家必须无条件保障这类权利的实现,任何旨在剥夺或限制性的立法或司法解释都不被允许。因此,在美国宪法史上,立法机关不得随意以制定法的形式剥夺属于公民的自然权利一再被申明。“立法机关虽然是最高的,但它并没有任意的权力”。^[10]“无论是最高还是从属的立法机关均无权使自己专横”,“没有人会同意,自然而不可让渡的权利应受到任意干预”。^[11]在美国人看来,规定自然权利的第一条修正案是禁止妥协的领域,说明这一权利在美国人眼中是不可动摇、也是国家制定法不能限制和剥夺的。法官道格拉斯于1953年宣称,第一条修正案的命令乃是,“任何法律都不可剥夺……公民权利。这个问题乃是立法机关所拥有的调整、控制或限制的权力所不及的”。^[12]

该认识在西方有着极为悠久的历史意识传统并在其后得到不断的阐释。洛克认为,在一个社会里,不论是谁拥有立法权或最高权力,都必须遵循业已确立的永久性法律,而不是临时性的法令,这种永久性的法律是由人民颁布并为人们所通晓的。在英国,由于普通法传统的强势力量,立法机关的制定法一直受到普通法的约束,^[13]普通法获得了高级法的地位。起初,普通法并不具有约束国王权力的禀性,具备这一能力的是大宪章。因为大宪章不是制定法,而是一纸契约,并且《大宪章》某些条款和术语的应用不仅仅局限于眼前的现实问题或涉及的各种利益,而是表达了统治者须受制于法这一普遍传统,因此,《大宪章》被描述为“自由法典”,体现了各种自由权。其后的1368年,爱德华三世还以成文法的形式作出了如下宣示:任何成文

[10][11] 转引自前引[7],詹姆斯·安修书,第148页。

[12] 转引自[美]E·博登海默:《法理学、法哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第524页。

[13] 参见前引[7],詹姆斯·安修书,第113页以下。

法规的通过,如与《大宪章》相悖,则必然是无效的。后《大宪章》一直不断地被吸收到普通法的主流之中,其结果是“由于英国人认识到《大宪章》所象征的大部分内容实际上已经在法院的日常实践中得以实现,于是,他们便将很久以来一直保持的、特别是对《大宪章》的崇拜,转移到对整个普通法的崇拜上”。^[14]之后普通法在其发展历史中逐渐被注入罗马法以及中世纪欧洲大陆的正义与理性观念,其结果突出表现为对国王权力的经典论述,即“国王在法律之下”的思想。普通法的这一传统在新大陆得到了延续,特别表现在对自然权利的保护中。1896年,美国最高法院在解释第5条修正案不得自证其罪条款时,参考了英国普通法和惯例,指出:“因为宪法修正案的头8条是体现英国基本法中自然正义的某些原则的,这些原则已长久地融合在其母国的法学之中。”^[15]

其次,独立机构的审查。为了确保古典基本权利的绝对价值与在权利规范体系中的至上地位,防止立法机关以制定法的形式随意剥夺或限制基本权利,一定程度上独立于政治机构的审查机构是必不可少的。司法审查是基本权利实证化和宪法化的重要辅助机制,许多国家授权法院取缔侵犯权利的任何立法和政府活动。

最早提出与司法审查相类似的思想雏形的是西塞罗,表现为罗马人在成文法中规定保留条款的惯例。保留条款的大意是颁布法律的目的并不是要废除那些神圣不可侵犯的东西即法(jus)。其后在普通法的发展历史中,确立了法官作为正确理性检验者的认识和习惯。柯克爵士认为,“除了法律与认可的特权外,国王没有特权”,^[16]而且,这种特权的权威解释者是法官而不是国王。洛克在其自然权利理论中,也曾经提出了应当由什么样的权威机构来确定政府是否超越了其权力界限,即国家的什么机构是自然法的终极保护者的问题。美国在制度设计中吸收了这一思想,确立了权力分立原则。在此过程中,美国法院,尤其是最高法院充当了自然权利的保护人。

确立相对独立于政治权力的机构审查法律的进一步认识还在于权利体系中存在着一种不同效力等级层次的规范体系,存在着效力和约束力更高的“高级法”背景。在此体系中,古典基本权利或曰自然权利处于上位,是天赋和内生的;基于主权者的立法机关的法律处于下位,是外在和人为的。后者应服从前者。1798年,美国最高法院法官蔡斯在“考尔德诉布尔案”中曾经指出:“立法权的性质和目的制约着它的行使……立法机关制定一项同社会契约最根本原则相矛盾的法案(我不能把它们说成是法律)不能认为是立法权的正当运用。”^[17]哈耶克也指出,早在17世纪,“人们就已经明确地认识到:把立法视作为一种独特的活动实际上预设了一种独立的法律定义,而且如果把立法机关所规定的一切东西都称为法律,那么立法这个术语也就毫无意义了。”^[18]“不仅要用一般的形式来表达法律,而且还必须把立法机关的活动限定在制定法律范围之内,而不得干涉特定案件的审理工作”。^[19]在此,蔡斯和哈耶克都拒绝不加区分地将立法机关制定的规则一概称之为法律。因为在他们眼里,被称之为法律的东西是

[14] 参见前引[6],爱德华·考文书,第29页。

[15] 前引[7],詹姆斯·安修书,第113页。

[16] 前引[6],爱德华·考文书,第41页。

[17] 前引[7],詹姆斯·安修书,第149页。

[18][19] [英]哈耶克:《法律、立法与自由》,邓正来、张守东、李静冰译,中国大百科全书出版社2000年版,204页。

有其特定含义的。在蔡斯看来,只有不违背自然权利思想和内容的法案才是法律,与此相抵触的立法则不是法律;在哈耶克看来,法律必须是一项“内部规则”和“正当行为规则”。^[20]

这种拒绝将不具备正义内容的规则称为法律的传统在西方法律思想史中一直存在,突出体现在“法律是发现的而不是创造的”这一主张上。^[21]西塞罗认为,“正义也并不等于遵守成文法”,将“文字写成的用来禁止做某些事情和命令别人干某些事情的”一切皆称之为“法”,这只是在口语意义上才成立。真正的法律是“依照自然来区分正确和错误的规则,而‘其他任何类型的法律不仅不应当看作是法,而且也不应当称之为法’”。这一高级法背景和实质意义的法与制定法之间的区别与认识,正是确立独立机构审查立法的理论基础。因此,基于法律规范的效力等级层次,当不同法律发生抵触之时,“当披着法的外衣的法律与真正的法律相冲突时,又有什么办法来补救呢?”^[22]在此情形下,相对独立的机构承担了确立不同法律的效力,将不具备“法”意义的法律排除在实在法体系之外的任务与职责。

三、自我表现意义上的公民政治权利

自我表现意义上的基本权利主要表现为公民政治权利,是一种参与公共事务的决策与处理之权利,处于国家政治秩序之内,其基本内容为选举权、被选举权、创制权、复决权与罢免权等。如果说古典基本权利是自由价值的法律体现,主张自然权利的“人”是指“每个人都有权拥有个人的‘私人’的自治领域,特别是在宗教信仰和财产方面有权在人之精神权利与外表两方面而获得其基本的自我实现和自我满足”,^[23]则表现意义上的公民政治权利是民主价值的法律体现,其实质是参与与决策,是以自身利益为核心,主张自主意志、注重形式上的自我表达等一系列要素的完整体现。公民参政权与公民一词的出现有密切联系。早在古希腊罗马时期,有资格获得公民身份与地位的人首先表现为参与公共事物的决策与处理的权利。这一权利非以自然权利为理论依据,而是一种与社会地位相联系的身份与资格的象征与实际权利。

在社会现实层面,公民政治权利出现和大规模扩展与自由资本主义时期国家与社会分离过程中私人权利即古典基本权利的出现过程是双向的。其社会基础是当自律的属于私人意义上的市民社会形成的同时,出现了“公”意义上的国家公民。公众因而具有了参与权,参与和影响政府决策,并对公共权力表现的国家权力形成了批判和制约机制。该意义上的“公”民区别于“私”意义上的市民。其权利内容也不相同。这是因为,国家与社会的分离过程同时出现了两个领域,既出现了一个属于个人自律的私人领域,也出现了进行决策、管理的公共领域。在私人领域中,个人的主要行为致力于从事财富增进的经济活动,国家奉行“夜警国家”的信条,对这部分活动保持克制,不予干预,以有利于古典基本权利的实现。与此同时,管理公共生活的需要及国家的合法性需要有公众的参与与支持。所以,在公共领域层面,同是作为私人意义

[20] 哈耶克还认为,区分这两类规则的一个标准是看一部法律是否能被执行。严格来讲,正当行为规则是不能被“贯彻”和“执行”的,其作用只在于限定许可行动的范围,通常也不决定一项特定的行动;它所规定的内容是永远未完成的,始终是一项施于所有人的常设性义务(a standing obligation)。参见前引[18],哈耶克书,第202页。

[21][22] 参见前引[6],爱德华·考文书,第6页。

[23] [美]卡尔·J·弗里德里希:《超验正义——宪政的宗教之维》,周勇等译,三联书店1997年版,第91页。

上的市民又表现为公共意义上的公民,参与公共事务的决策与管理,并在此过程中监督、制约、评判政府活动与公共权力的合法性。这部分活动也就表现为选举议员和公职人员,参与立法、创制、复决等宪法上的公民政治权利。

公民政治权利的道德思想基础根植于人的内心生活自由与其外在化。内在自由与外显是人性的既有内涵之一,服从于人所固有的创造性,是人与动物之区别的重要所在。其道德基础之一是公民的内心生活自由要求个人有自主思想的空间,对人对事须服从自己的良心判断,是与身体自由同等意义上的精神自由、思想与良心自由。思想与良心的属性是在自主思考的前提下进行判断,促成事物的决定与行动方案的实施与执行。由于思想的特点之一是传播与交流,如不设置一定的法律权利促成内心自由的表现,则该类自由形同虚设。它与早期作为古典基本权利内容表现的宗教自由既有重叠,也有不同之处。其共同之处在于宗教自由既有古典含义,也蕴涵着表现自由的胚胎。其不同之处在于,作为古典基本权利的宗教自由主要致力于内心信仰自由(后这一自由通过宗教容忍成为思想自由的源头之一),而思想自由不仅是个人的内心自由,还需借助一定的手段、途径予以表现和传播。其道德基础之二是人的创造性与个性的内在要求。如果不能在现实层面通过一定的制度机制促成思想的交流与表现,则各种思想就不能进行有机碰撞,并在此过程中诱发新思想的产生,促使人类精神领域的扩展与再造。这是因为,人的精神发展需要有新观点的不断激发,而表现自由有助于唤醒他人或后来者的思想激情。正如有人指出的那样:“人类的精神不能在任何一条隔离的窄道上走得太远:那儿必须有群体,必须有崭新的刺激,必须有同类人的激情和交流。”^[24]其道德基础之三在于,人的精神与思想有机体的成长是无意识的,其中蕴涵着无数难以逆料的未知与可能,而每一种新思想都为人类观念与行为提供选择,扩展人们的行动自由,增进人类幸福。这也正是作为万物之灵相异于自然界其他生物的不同之处。

公民政治权利的出现,完成了自然权利向公民自由权的转换,改善了自然权利的现实局限性。因为,尽管许多国家在理论上宣称基本权利是自然权利,是天赋的,人人生而有之,但在一国特定时期,能够享有宪法自然权利的公民总是限定在一定范围内,因此,基本权利的宪法构成是一由早期自然权利向公民自由权的渐次转换过程。这一过程伴随着民主化进程而来,既表现为权利主体的扩大,也是权利范围的不断扩展。首先,与古典基本权利相比,新的权利要求扩充了人的概念内涵。在西方国家,法律上“人”的主体范围逐渐由早期有财产的成年白人男性,扩大到奴隶、妇女、少数民族、无财产的人、没有或较少受教育的人,并逐步缩小了各种限制性的附加条件,如年龄、宗教信仰、居住期限、职业等。严复于1902年总结英国权利历史时就曾指出权利在现实层面的渐进过程。“如英伦为欧洲立宪模范之国,二百年以往,其权在国王;百年以往,其权在贵族;五十年以往,其权在富人;直至于今,始渐有民权之实”。^[25]其次,政治自由的范围也在不断扩大。这一过程是以与作为思想自由胚胎的宗教自由内涵扩充相表现与相伴随的,即宗教自由在其过程中,逐渐发展为言论自由、学术自由、教学自由、出版自由、集会与结社自由等“表达自由”。在此意义上,作为古典基本权利与个人内心自由的宗教自由也由此获得了双重属性,既表现为个体意义上的古典基本权利,也是公民政治权利的内容。同时,当这类权利得到国家肯定并由宪法创立之时,早期属于自然权利范围内的财产权却受到了

[24] [美]查尔斯·霍顿·库利:《社会过程》,华夏出版社2000年版,洪小良等译,第13页。

[25] 严复:《宪法大义》,载卢云昆编:《严复文选:社会剧变与规范重建》,上海远东出版社1996年版,第255页。

限制。

上述分析表明,自我表现意义上的公民政治权利存在于一国政治秩序之内,须在国家制度运行下获得表现的机会和途径,具体表现为向立法机关施加压力,不断促成议会通过立法实现这类权利。因此,其实证化过程也表现出与古典基本权利的相异形态。对古典基本权利而言,由于其属于消极自由的范畴,故国家可以相对超脱的态度促成这类权利的实现。而公民政治权利则不然,它需要将个人纳入“公”权力的运行机制中,国家相关政治制度的参与与表达管道必须畅通。需要有基本的政治基础设施与其他组织。其政治基础设施表现为选举制度、代议政治及发达的政党制度,其社会表现则为自治的社会组织或利益集团。此外,以历史与实证层面的动态眼光审视,公民政治自由的获得还是一个伴随着大规模的社会运动与充满斗争的过程与产物。美国黑人在19世纪始获得法律上的承认,英美妇女参政也只是20世纪的事情。美国1920年才于第19条修正案赋予妇女与男子等同的选举权。20世纪60年代,几乎所有的西方民主法治国家出现了不同程度的社会动荡,动摇着这些社会的传统主流观念。美国爆发了大规模的民权运动,法国则出现了著名的“五月风暴”。20世纪末叶,为维护自身在全球化浪潮过程中的利益与地位,美国工会组织劳联产联还组织了大规模的工人示威游行。这些活动的目的都在于持续不断地向立法机关施加压力,促成权利的实现或阻止对自己不利的立法。此外,表达自由还需依赖一定的物质手段,故科技进步与表达自由有着极为密切的关联。

四、自我发展和实现意义上的公民社会经济权利

确切而言,古典基本权利的内容是自由主义价值的完整体现。自然权利仅仅承认基于财产的个人自由,它排斥集体认同,其所坚持的是国家与社会严格意义上的分离,拒斥国家对社会经济生活的任何干预,政府的目的仅仅在于增进个人的“天赋”权利,故基本权利中不包括社会经济权利。而自我发展和实现意义上的公民社会经济权利则是平等价值的宪法体现。在主体方面,社会经济权利的享有者不仅仅是有财产的人,而且包括社会弱势群体,如无财产的人、失去工作或没有工作的人、妇女、老年人、退休人员、残障人、儿童等。在内容上,社会经济权利包括:社会安全的权利、工作的权利、休息和闲暇的权利、受教育的权利、达到合理生活水准的权利和参与文化生活的权利。在与国家权力的关系上,这类权利试图接近政治秩序,故其依赖于政治秩序与国家权力,属于积极意义上的基本权利,必须通过政府干预才能实现。

这类权利的宪法化也有其社会现实基础。随着国家与社会分离,那些过去被推入私人领域的冲突进入了公共领域,妇女、少数民族及其他弱势群体的需求“不能指望从自我调节的市场中获得满足,转而倾向于国家调节”(哈贝马斯语)。所以,以1919年的魏玛宪法为开端,开创了福利国家干预社会经济生活的先例,表现为在宪法中全面规定公民的社会经济权利。某种程度上,资本主义国家公民社会经济权利的宪法规定是抵制社会主义运动的结果,创立福利国家的目的之一是要驱散社会主义的威胁,是资本主义国家在面对一个在意识形态和价值立场上迥异于自身社会制度时的主动修正。此外,这一权利的出现与奉行不同的经济理论也有关联,创设这一制度的统治集团“对放任经济学的轻视程度并不亚于他们对社会主义的鄙视”。^[26] 其后的社会主义国家更是基于对平等的深切关注与平等价值优位的选择,在自己的

[26] [英]安东尼·吉登斯:《第三条道路:社会民主主义的复兴》,北京大学出版社2000年,第115页。

宪法中无一例外地规定社会经济权利。社会经济权利遂成为社会主义国家宪法的显著特征之一。因此,与古典基本权利对比,福利国家和社会主义国家无论在权利主体“人”的概念、权利内容及基本权利与国家权力的关系上都发生了很大变化。

社会经济权利也有其深刻的道德思想基础,基于共同的认知前提,是平等价值的宪法体现。其共同的认知前提为,承认人自身所拥有的固有尊严,并有权获得实现其生命潜能的机会。它们是共同体在交往过程中所产生的共同道德原则,要求人们在共同生活中普遍遵守。作为共同体生活原则,共同道德原则对于道德的多样性来讲是中庸的,它不拘泥于任何特定生活方式、特定道德、以及特定制度、信仰与价值。在此意义上,共同体奉行价值中立立场。由于这类权利要求是基于人类社会交往的需要而产生的,故其适用于全人类,是最低限度的道德标准。《世界人权宣言》开宗明义在第1条就规定:“人人生而自由,在尊严和权利上一律平等。他们赋有理性和良心,并应以兄弟关系和精神相待”。其他国家的法律也无不把平等权视为基本人权而规定在宪法中,并具体规定了实现平等的法律途径。并且,在思想意识中,与自己的同类过相类似或同等水平的物质生活是人们的强烈渴望。它既是人之本性的应有含义,也关涉个体尊严。另一方面,作为平等价值宪法体现的社会经济权利对个体也有着极为重要的意义。平等有三重含义:上帝面前的平等、机会均等和结果均等。以后上帝面前的平等被法律面前的平等所代替。^[27]平等权也许并不符合人的自然属性,因为从自然状态看,每个人的先天禀赋、气质、资质、能力,后天的道德、修养、起点和机遇,包括每个人的抱负、旨趣及志向大不相同,因此,强行使每个人达到结果平等是不可能的。即使是在机会均等的意义上,借助政府介入和法律安排,也只能实现有限的平等。而在结果公平即实质平等的意义上,更是非政府大面积、高强度介入不能实现。尽管公平三方面含义都在一定程度上局限了平等价值的实现,特别是借助政府强力与国家介入很可能导致对权力的滥用,损害自由价值,但在现代社会,平等价值依然有其生存空间。在这样一个由人组成的社会里,恪守自由与平等的截然对立既是认识论上二分化的结果,也为发展带来了困境。同时,从社会属性看,尽管后天的任何行动在促进平等的实现方面都是有限的,但因其符合人的尊严而具备存在的价值。

这类权利同样存在着与其他权利相冲突的现象。它不仅与古老的个人权利形成竞争,并且受到战后多部宪法和联合国《世界人权宣言》中所规定的自由的挑战。这是因为,自我实现和发展的社会经济权利的获得与实现,非完全依赖个人的天赋、能力、机遇等,需仰赖他人帮助。表现在国家层面,属国家权力的能动,须国家权力干预另外一些人的自由以实现这部分人的自由,如高额累进税率的规定与征收。在古典基本权利看来,这是对天赋权利的剥夺与限制,是政府劫富济贫,打击勤劳,鼓励懒惰,有可能抑制创造的动力与活力,阻碍社会发展。并且,基于对两次世界大战的痛苦记忆,自然法在战后再次复兴。战后许多国家的宪法和联合国《世界人权宣言》重申自然权利的主张,其中更多地体现了对古典基本权利的关注。

社会经济权利的实证化经历了由宪法规定到具体的社会保障法律的制定过程。公民的社会经济权利有别于自由、财产、安全等权利,后者毋需国家能动就可实现,而前者则需要国家的积极干预。所以,在严格奉行自由主义时期,早期的英美国家的宪法没有或很少规定这类权利。从世界范围看,最早将这类权利规定在宪法中的是法国、美国殖民地时期的各州和1919年德国的魏玛宪法。如果说公民政治权利的实现主要依靠一国政治制度的发达与完善的程

[27] 参见[美]米尔顿·弗里德曼、罗斯·弗里德曼:《自由选择》,商务印书馆1998年,第131页以下。

度,则平等权的进一步实证化更多地依赖一国的经济发展水平,更为具体的实现还须借助社会保障方面的立法。在此过程中,国家强力的副作用及对个人权利的限制也引起了适度注意。许多国家在通过设定社会经济权利实现平等的同时,也注意了尽可能在作为平等价值体现的该类权利与作为自由价值体现的古典基本权利之间寻求平衡。

五、我国宪法基本权利的现状与前景展望

长期以来,我国宪法基本权利研究一直未获得相对独立的理论属性,未能确立属于宪法学独有分析方法与宪法学视野中的基本权利观,基本权利仅仅寄生于带有较强政治属性的人权理论中,一定程度上局限了其研究空间。理论与实践的双重因素决定了我国对古典基本权利继受的不完整性,形成了法律是国家意志与权利是国家创设的理论,导致了以下后果:^[28]

由于权利是国家设立的,对权利的纲领性规定符合这一前提;宪法没有必要列举权利,以对国家权力形成预先存在的限制;国家给予那些热爱并忠实于国家的人以权利,剥夺那些敌视国家的人享有权利的资格;既然权利是由国家创立的,国家也就拥有充分的权力限制权利。只要是通过立法程序给予限制,就是正当的,没有任何法律因为其限制权利而被视为无效,只要有关法律是依照一定的程序制定的,也就无需任何程序决定是否特定的法律侵犯了权利。这一理论广泛影响了我国宪法基本权利的理论视域与实证空间,表现为三个方面:

第一,古典基本权利的宪法文本缺失与保障机制缺陷。首先,属于基本权利范畴的内容规定在总纲中,但这与基本权利应有的宪法地位相去甚远。如果一项权利被视为纲领性的目标而不是将其视为对政府的直接权利主张来对待,政府就有权借助立法行为来限制权力,所以,纲领性的规定不等同于公民的基本权利。基本权利对国家权力有直接约束力,总纲中的条文则不具备这一效力。

其次,缺乏对政府否定性的要求。与西方法治国家相比,尽管许多权利在我国宣布为受法律保护,但是,宪法对于法律不可以规定什么却没有做任何限制。由于缺乏相对独立的机构审查立法,严格而言,我国立法机关的立法范围是不受限制的。且理论与实践中对权利与利益不加区别,立法机关经常以社会利益、公共利益或集体利益为借口制定限制性立法。权利和利益之间是有区别的。权利的本质是保护个人,对抗他人,包括对抗多数人的利益。而确立权利和利益两者之间的区别,在于确证“有些基本权利政府是不能侵犯的,即使全国的多数人积极地拥护也不可以”。^[29]否则,立法机关就可能以微不足道的理由而证明政府侵犯权利的行为合法,而权利也就不再具有任何道德、法律或政治意义。

再次,实证层面的权利保障机制缺陷。我国的权利保障体系与西方民主法治国家存在着重大差异,即我国缺乏权力分层机制与独立机构审查立法机关制定法合宪性的有效手段。在我国,政治机构承担着解释宪法的职责并在需要时正式修正它。美国一位学者指出:这“表明中国的思想家没有将权利理解为反对多数的设计的第二个制度上的特点,是没有独立的机构审查立法并决定立法者所制定的法律或法规是否与个人权利相冲突。不用说,人大常委会更不可能撤消它本身通过的已经生效的法律”。^[30]因此,我国的任何一部宪法都没有为公民打

[28] 安德鲁·内森:《中国权利思想的起源》,黄列译,载夏勇编:《公法》,法律出版社1999年版,第98页。

[29] 同上书,第126页。

[30] [美]皮文睿:《论权利与利益及中国权利之旨趣》,载夏勇编:《公法》,第118页。

开一个通道,使其能对抗可能给他们造成损害的国家法律与政策,从而维护个人利益。

第二,公民政治权利的外在化管道不畅。主要表现为政治基础设施不完善,自治的社会组织影响和参与决策的倾向尚不十分明显。一方面,我国的人民代表大会制度与选举制度还有许多不健全之处;另一方面,改革开放以来,社会利益主体增加,需要在国家政治层面容纳他们的声音。由于政治体制与经济体制改革没有同步进行,这类利益无法在社会政治层面寻找适合他们表达的途径。并且,自治的社会组织影响决策的能力受到一定的制度空间的抑制,难以在决策形成前、形成过程中参与及事后进行监督评判。

第三,体现平等价值的公民社会经济权利背离宪法预先设定。平等价值本来是社会主义国家的优位选择,但在我国宪法权利的实证化过程中却走过了一条曲折的道路,如平等权宪法规定的反复、将公民平等权的形式平等机械地等同于实质平等,片面追求结果均等,导致平均主义泛滥与对自由价值的牺牲、区域不平衡的加剧及国家权力介入形成的特权与事实上的不平等。目前,在经济全球化浪潮冲击下与国内经济体制改革过程中,不同地区、不同群体之间的收入差距正在进一步拉大,对每一个体的自我发展与实现形成新的挑战与威胁。

质而言之,三类基本权利既反映了不同种群的特定价值追求,也是自由、民主与平等之间的价值冲突与紧张的宪法表现。由于社会基本结构、社会价值、政治理念与制度、社会发展阶段及宪法目标选择等方面的差异,我国又表现出它自身的独特性。必须认识到,宪法基本权利的实证化是一长远而又艰巨的任务,它不仅仅表现为大众对一些基本问题认识上的观念贫弱与制度缺失,更为重要的是有赖于我国社会现实的充分发展及政治制度的完善程度。因此,面对两个人权公约的实施与WTO规则运行的迫近,必须克服前述基本权利理论、宪法文本与制度缺陷,加强研究,深化对基本权利及其相关理论的认识,廓清不同基本权利的宪法属性,为其在现实层面的可感利益方面积极创造条件,推进基本权利的实证化进程。

Abstract : Fundamental rights are the constitutionalization of specific values and beliefs. They are dependent on the development of the society. Fundamental rights can be divided into three categories: classical natural rights in the sense of self-preservation and self-confirmation, civil and political rights in the sense of self-expression, and social and economic rights in the sense of self-realization and self-development. This categorization can help us to understand the nature of different fundamental rights in the constitution, their philosophical and reality basis, and their relations with the state power and to devise various ways to promote the realization of these rights.
