

基本权利的国家保护义务功能

陈 征^{*}

内容提要：保护公民的基本权利不受私人侵犯对于我国来说具有极大的社会现实意义。依照我国宪法精神，基本权利的国家保护义务功能应当与防御权功能并列处于最主导地位。履行国家保护义务需要立法机关的努力以及司法机关的积极配合。

关键词：国家保护义务 保护权 基本权利的功能

一、国家保护义务问题的提出

改革开放以前，国家对经济、社会生活等各领域进行了严格的控制，国家权力几乎无所不在，这使得市场发展空间狭小，社会结构单一。改革开放以后，我国的市场经济得以发展，市场调节开始发挥重要作用，国家逐渐退出社会领域，越来越多的社会事务也转由社会团体和个体自我管理。国家开始放松对经济和社会领域的管制，这无疑是我国社会发展史上的一次巨大进步。不过，从公民权利实践角度，国家权力不仅要保持理性的克制态度从而减少自身侵害公民权利的可能性，同时还需积极提供保护，以使公民权利免受私人权力的不正当侵害。从宪法学上的基本权利功能角度看，这就是防御权功能和国家保护义务功能的问题。

在西方国家，宪法中的基本权利首要地限制国家权力。以德国情况为例。基本权利首先具有保障个体自由不受国家权力侵犯的防御权（Abwehrrecht）功能。相对于国家来说，公民行使基本权利不需要任何正当化理由，而国家限制公民的基本权利在宪法上则必须具有正当性。在这里，个体处于不依靠国家而独立处理自身和社会事务的状态，这一状态其实就是耶林内克（Georg Jellinek）“地位理论（Statuslehre）”中的“消极地位（status negativus）”。〔1〕由于仅仅通过防御权功能还不能充分实现公民的基本权利，在德国，基本权利又具有制度性保障（Einrichtungsgarantie）、给付义务（Leistungspflicht）、分享权（Teilhaberecht）等功能。制度性保障指有些基本权利对某项制度做出了客观保障，这些制度不得由议会多数派以立法等形式改变甚至取消，如关于婚姻自由的条款不仅保障了婚姻自由这一主观权利，还对婚姻这项制度做出了客观上的保障。给付义务指国家为了使公民实际上真正能够实现其基本权利而积极创造客观条件（主要是物质方面的条件）的义

^{*} 德国汉堡大学宪法学博士研究生。

〔1〕 Vgl. Georg Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2 Auflage, Tübingen 1905, S. 87, 94ff.

务,如对学术自由的保障还包含了国家通过积极的促进措施创造自由学术空间的义务。虽然国家根据基本法中社会国家原则的宪法委托负有给付义务,但是公民原则上并不享有相应的给付请求权,〔2〕除非宪法明确赋予了公民给付权。而在国家履行了给付义务,也就是创设某项旨在促进基本权利实现的制度之后,公民则享有平等分享这一制度的权利。〔3〕可见,没有给付也就不存在分享。在给付义务和分享权功能中,个体处于只有在国家采取某种积极措施才能够实现其自由的状态,这就是“地位理论”中的“积极地位(status positivus)”。〔4〕基本权利具有这两种功能表明其不再是单纯的自由权,而还可作为社会权适当地发挥效力。在上个世纪70年代的德国,基本权利的功能再次得到扩展,国家保护义务(staatliche Schutzpflicht)功能诞生。〔5〕依照国家保护义务理论,既然宪法规定基本权利的最根本目的就是真正实现公民的自由与平等,那么当公民基本权利遭到私法主体(私人)的侵害时,国家有义务采取积极有效的保护措施。与国家的客观保护义务相对应的是公民的主观“保护权利(Schutzrecht)”。在国家保护义务功能中,个体只有通过国家的积极介入才能够充分实现其基本权利,可见,这一功能也应被归为“积极地位”意义上的功能。但是由于国家保护义务功能主旨在保障公民的自由不受侵犯,因此它同防御权功能一样,首先体现了法治国家中的自由权理念,而不是社会国家中的社会权理念。〔6〕

我国宪法从来就没有成为单纯约束国家权力的基本法。通过宪法文本可以看出,制宪者没有将国家侵犯与私人侵犯区别开来,这与制宪受到国家与社会高度一体时期的影响有关。随着国家逐渐放松对经济和社会领域的控制,公民基本权利的侵害主体由单纯的国家权力过渡到了国家权力与私人权力并存的状态。若不及时加以遏制,后者的侵害现象在一定时期内还可能日渐增多。在简政放权的背景下,许多国家权力在“变脸”成为企业组织或社会团体后势力并未减弱,甚至在公民眼中,它们与国家权力根本就是“一家人”。根据这一社会现实,我国宪法对国家权力和私人的限制在强度上仍然不应当有什么差别。换言之,在我国基本权利保障体系中,国家保护义务功能和防御权应当处于同等重要的地位。或许正是顺应这一社会变化,2004年“国家尊重和保障人权”条款正式载入宪法修正案,明确将国家对人权的“尊重”与“保障”并重。

我国宪法学界至今更多关注的是基本权利的防御权功能,而国家保护义务功能却没有得到足够的重视。其实,在我国当前体制下,国家保护义务功能较之于防御权功能更易实现。〔7〕由于实现国家保护义务功能可以进一步培养我国公民的宪法权利意识,这一功能有可能成为最终全面建立宪政的突破口。

二、国家保护义务同防御权和给付权的区别及联系

为进一步明晰国家保护义务的概念及其在整个基本权利保障体系中的作用,有必要厘清国家保护义务同防御权和给付权的区别及联系。

(一) 国家保护义务与防御权

作为我国宪法基本权利最重要的两种功能,国家保护义务与防御权有着本质的区别。第一,在

〔2〕 Vgl. Horst Dreier, Grundrechtsdurchgriff contra Gesetzesbindung Exemplarische Betrachtungen zum Verhaeltnis von Verfassungs- und Verwaltungsrecht anhand der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, in: Die Verwaltung 36 (2003), S. 115ff.

〔3〕 Bodo Pieroth/Bernhard Schlink, Staatsrecht II-Grundrechte, 22 Auflage, Heidelberg 2006, Rn. 88.

〔4〕 参见前引〔1〕。

〔5〕 Vgl. BVerfGE 39, 1; Eckart Klein, Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates, NJW 1989, S. 1633.

〔6〕 Vgl. Peter Unruh, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, Berlin 1996, S. 49.

〔7〕 参见蔡定剑:《中国宪法司法化路径探索》,《法学研究》2005年第5期。

这两种功能中，参与方之间的关系架构不同。防御权功能只涉及私人——国家二者之间的关系，而国家保护义务则是唯一一个能够架构出私人——私人——国家三角关系的功能，其核心关系是侵害方与被侵害方之间，也就是私人之间的关系，国家只是以中立的身份来平衡基本权利主体之间的利益。第二，在这两种功能中，国家行为的属性不同。防御权功能保障公民的基本权利不受国家侵犯，国家在此首先负有不作为义务；而国家保护义务功能恰恰相反，它要求国家积极作为。第三，这两种功能在地位理论中属于不同的地位。防御权属于消极地位意义上的功能，而国家保护义务则属于积极地位意义上的功能。

上述区别的存在并不意味着二者之间没有任何相同点和关联，两种功能的共同之处主要体现在以下四方面：第一，虽然在国家保护义务的关系架构中私人——私人之间的关系是核心，但作为基本权利的功能，它同防御权等其它功能一样约束了国家的行为。第二，二者的目的都是在法治国家中保障公民的基本权利不受侵犯，均体现了自由权的思想。第三，虽然防御权功能属于消极地位，而保护义务功能属于积极地位，但防御权功能在要求国家首先不侵犯基本权利的同时，还要求立法机关在必要时通过立法将基本权利具体化，从而保障公民的基本权利不受国家权力的侵犯，而国家的侵害行为一旦发生，司法机关还要正确适用相关法律规范进行审判。可见，无论是保护义务功能还是防御权功能均包含了要求国家积极作为的意思。第四，两种功能在概念上其实是相互交错的。防御权意义上的立法和司法活动同时体现了一种保护义务，即保护公民的基本权利不受国家侵犯的义务；而另一方面，国家保护义务功能也可以理解为基本权利针对私人的“防御权”功能，因为保护义务将公民单纯防御国家的侵犯扩展至防御私人的侵犯。

（二）国家保护义务与给付义务

国家保护义务与给付义务的相同之处在于二者均属于“积极地位”意义上的功能，都旨在通过国家的积极作为来确保公民的基本权利得以实现，但是二者的差别也十分明显，主要体现在以下五个方面：第一，二者存在的前提不同。国家履行保护义务的前提是客观存在着侵害行为。国家履行给付义务的前提是公民需要救助，这里并不存在任何侵害行为，而是公民不具备行使基本权利的客观条件。第二，二者的关系结构和作用领域不同。保护义务通常涉及私人——私人——国家的三角关系，国家主要通过制定相关的私法规范（少数情况下需要制定刑法等公法规范）履行保护义务。给付义务只涉及国家——私人之间的关系，国家主要通过制定相关的公法规范履行给付义务。第三，虽然给付义务涉及国家——私人之间的关系，但给付针对的并不是某一具体个体，其目的是建立某一项给付制度，与个人利益直接挂钩的是分享权。保护义务则由国家对个人的基本权利进行保护，也就是说个人可以通过保护直接受益。第四，二者体现的宪法理念不尽相同。给付义务主要体现了社会国家理念，而保护义务的目的是保障公民的基本权利不受侵犯，首先体现的是自由法治国家的理念。第五，由于给付内涵多涉及福利和经济领域，因此履行给付义务不仅需要立法机关的积极参与，还往往需要强大的财政支持。履行保护义务则首要是立法机关的任务，相关法律规范的制定可以在一定程度上起到警示和防范的作用，国家通常不再需要大量的财政支出。

三、国家保护义务的基本框架

（一）理论基础

国家保护义务理论产生于德国。德国联邦宪法法院在1975年中止妊娠案的裁决中首次承认了基本权利的这一功能。^{〔8〕}宪法法院在这一裁决及以后的一系列相关裁决中表明：基本权利“不仅

〔8〕 Vgl. BVerfGE 39, 1.

是个体针对公权力的主观防御权，同时还是宪法的客观法价值决定（objektiv-rechtliche Wertentscheidungen）。〔9〕客观法价值决定本身并不应属于基本权利的功能，而同主观权利一样是基本权利的一种属性。这一属性不仅“影响着整个法律体系”，还应该被视为“立法，行政和司法的方针与推动力”。〔10〕依照基本权利的双重属性，国家一方面不得侵犯公民的基本权利（从主观权利属性中导出），另一方面还有义务积极保护这一宪法最重要的价值不受侵害（从客观法价值决定属性中导出）。〔11〕联邦宪法法院已明确表示，国家针对所有基本权利均负有保护义务。〔12〕国家保护义务的这一宪法依据在今天已经得到了德国理论界的普遍认可。〔13〕

（二）侵害主体

在国家保护义务功能中，最常见的侵害主体当然是私人，即自然人和私法法人。此外，可能成为侵害主体的还有外国势力和自然力。虽然后两类侵害主体也属于国家保护义务的理论范围，但是由于私人侵犯问题在我国更具有现实意义，因此下文的讨论将不涉及来自外国势力和自然力的侵害问题。

私人侵害时的一个特殊问题是：当侵害方同时也是被侵害方时（比如自杀，酗酒等行为），国家是否负有保护义务呢？原则上，公民个体可以自主决定以积极方式还是以消极方式行使自由权（比如在行使结社自由权时，公民可以选择结社，也可以选择 not 结社），无论哪种行使方式均受相关基本权利条款的保障。国家不得通过强制手段对行使自由权的方式做出限制，否则“基本权利”就会变成“基本义务”。因此，当公民出于自愿而消极行使基本权利时，国家原则上不得进行干预。只有当公民不具备（比如未成年人）或（暂时）失去（比如精神病患者和醉酒的人）判断力时，国家才负有保护义务。〔14〕

（三）基本权利的放弃

在自由权问题上，国家对社会领域的介入不是越少越好，但也不是越多越好，关键是看介入的正当性。只有在社会自身无法平衡相关利益时，公民才有要求国家介入的意愿。与此相应，国家保护义务理论也要给私人自治（Privatautonomie），即私人在不受国家干预的情况下自主决定与其他社会个体之间关系的自由，留出足够空间。〔15〕

私人自治主要通过契约的形式体现出来，契约在很多情况下能够起到平衡相关利益的作用。但在平衡社会利益时，无论是国家介入还是私人契约都无法避免限制公民基本权利的可能。通过缔结契约，私人可以在一定程度上主动对其享有的基本权利进行限制，我们称之为基本权利的放弃。基本权利的放弃指的是不是放弃基本权利本身从而使整个基本权利完全失去效力，而是在某一特定法律行为中放弃宪法所保护的法律效力。〔16〕在放弃基本权利后，权利主体在具体事件中不得再以基本权利为由起诉。〔17〕放弃基本权利原则上属于行使契约自由。在某一个案中，如果宪法中的特殊基本权利条款未能做出相关保障，那么契约自由应被归为一般行为自由权范畴。

既然契约自由受到宪法的保障，那么私人原则上可以通过契约来平衡相关利益，国家不得以履

〔9〕 Vgl. BVerfGE 49, 89 (141f.). 其实早在吕特案裁决（Lueth-Entscheidung）中联邦宪法法院就已经承认了基本权利的客观法价值决定属性，参见 BVerfGE 7, 198 (205f.).

〔10〕 BVerfGE 39, 1 (41f.).

〔11〕 Vgl. BVerfGE 39, 1ff; 46, 160 (164f.); 49, 24 (53); 53, 30 (57ff.); 56, 54 (78); 66, 36 (61); 77, 170 (229f.).

〔12〕 Vgl. BVerfGE 92, 26 (46).

〔13〕 Vgl. Georg Hermes, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, Heidelberg 1987, S. 61ff.

〔14〕 Vgl. Gerhard Robbers, Sicherheit als Menschenrecht, Baden-Baden 1987, S. 221.

〔15〕 Vgl. Konrad Hesse, Verfassungsrecht und Privatrecht, Heidelberg 1988, S. 34f.。Hesse 在这里明确指出“Privat”指的是“私人”。

〔16〕 Vgl. Juergen Schwabe, Probleme der Grundrechtsdogmatik, Darmstadt, 1977, S. 97.

〔17〕 Vgl. Walter Leisner, Grundrechte und Privatrecht, Muenchen 1960, S. 384.

行保护义务为由进行干预。但是在防止国家对社会进行不必要干预的同时，还要避免表面上的利益平衡掩盖实质上的不平衡。为此，通过契约放弃基本权利必须同时满足三个条件。第一，放弃基本权利必须出于内心真正的自愿。^{〔18〕}由于放弃基本权利时的真实想法通常无法查明，我们需要借助契约双方的势力对比做出判断。当双方的势力对比不均衡时，权利主体往往只是基于表面上的自愿而放弃了基本权利。那么在什么情况下才算是势力对比不均衡呢？仅仅通过契约上出现了不利于一方的条款并不能断定双方势力的不均衡，还必须综合比较双方的社会地位、势力以及个人智力并在具体事件中查明双方在知识和信息方面的差距。只有当“契约一方明显表现出典型的结构性弱势”而且“契约后果能够使处于弱势的一方承受极大的负担”时，^{〔19〕}才可以断定双方势力的不均衡。第二，放弃基本权利是有限度的，不能够涉及人的尊严这一人权的核心内涵。^{〔20〕}上述两个条件是基于保护放弃基本权利一方的角度考虑的，而放弃基本权利还有可能会损害其它利益，这同样会导致实质上的利益不平衡。因此第三个条件就是放弃基本权利不得侵犯其他个体的权利或危害公众利益。上述三个条件中即使有一个条件没得到满足，契约也会被视为无效，这时国家负有保护义务（当然在做出保护前仍然要先进行权衡）。反之，当三个条件同时满足时，私人之间可以通过契约平衡相关利益，国家原则上不得也不必进行干预。

（四）国家保护的基本手段

国家在履行保护义务时必须根据具体情况选择保护手段。总体来说，保护手段取决于危害的性质、范围、紧迫性、宪法所保护的法律权益的种类和等级、与之冲突的公众或个人利益的重要性、措施可能导致的后果^{〔21〕}以及已经采取的措施的范围和强度等因素。^{〔22〕}国家在选择保护手段时尤其要注意保护的强度和效果。在保护强度方面，国家既要充分保护被侵害方的基本权利，又得照顾侵害方的基本自由。如果国家对一方进行了过度保护从而侵害了另一方的基本权利，那么另一方在满足特定条件的情况下可以利用防御权功能进行防御。在保护效果方面，国家必须尽可能使投入与产出的比例最小化。

保护义务约束的是国家，也就是说义务方对外显现的是国家这一整体。但在义务方内部，立法机关和司法机关原则上分别负有保护义务。^{〔23〕}

保护义务首要约束立法机关，因为立法是国家保护公民基本权利最重要且最有效的方式。在客观条件成熟的情况下，立法机关要通过具体化努力使基本权利的价值得以实现，从而使行政部门和司法部门可以直接适用这些法律。立法者在具体化过程中要理智地平衡社会上相互冲突的利益。在客观情况随着时间的推移发生了较大变化之后，立法机关还必须及时对相关的法律规范进行修改或补充，在必要时甚至要制定新的规范，否则同样违反了保护义务。

立法机关在履行保护义务时有着非常大的自由空间。这主要体现在两个方面：第一，立法机关可以选择在公法还是在私法领域进行保护。当危害重大时，立法者应当制定刑法规范。不过基于匹配性原则，采用刑法保护应该谨慎，只有当危害到人类社会的共同生活时才应该制定刑法规范。^{〔24〕}第二，立法机关既可以向被侵害方提供某种保护措施，又可以直接对侵害方进行干预；后者除了监督、限制或禁止特定行为、规定某些行为须经批准以外，还包括制定引导性规范，比如鼓励性

〔18〕 Vgl. Albert Bleckmann, Probleme des Grundrechtsverzichts, JZ 1988, S. 61.

〔19〕 BVerfGE 89, 214 (232).

〔20〕 Vgl. Jost Pietzcker, Die Rechtsfigur des Grundrechtsverzichts, Der Staat 17 (1978), S. 540f.

〔21〕 参见前引 14, S. 161.

〔22〕 Vgl. Johannes Dietlein, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, Berlin 1992, S. 189.

〔23〕 行政机关在法律授权范围内也负有保护义务。如果行政机关在法律授权的情况下未做出必要的保护，司法机关应予以纠正。但由于平衡私人之间的利益在多数情况下不应是行政机关的任务，因此本文将不对行政机关的保护义务做进一步讨论。

〔24〕 Vgl. BVerfGE 88, 203 (253).

的优惠措施等。

在法制健全的国家,立法机关履行保护义务起着绝对主导的作用。司法机关主要通过正确适用相关规范做出保护。

四、国家保护义务功能在我国的制度化

(一) 宪法文本上的依据

1999年宪法修正案将依法治国原则纳入宪法。在法治国家里,国家掌握着立法权、行政权和司法权。在基本权利遭到侵害后,公民在很多情况下不能单方面采取保护和惩罚措施。这时,公民权益的损失只有通过国家的积极保护才能获得修复。换言之,国家对立法、行政和司法的垄断只有在负有保护义务的情况下才正当合理。

通过字面解释就能够明显看出,我国宪法在保障公民基本权利不受国家侵犯的同时还保障其不受私人侵犯。宪法序言明确说明,“本宪法……是国家的根本法,具有最高的法律效力。全国各族人民、一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织,都必须以宪法为根本的活动准则,并且负有维护宪法尊严、保证宪法实施的职责。”第5条规定:“……一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织都必须遵守宪法和法律。一切违反宪法和法律的行为,必须予以追究。任何组织或者个人都不得有超越宪法和法律的特权。”第36条第2款:“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。”第40条:“……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。”第41条第2款:“对于公民的申诉、控告或者检举,有关国家机关必须查清事实,负责处理。任何人不得压制和打击报复。”第51条:“中华人民共和国公民在行使自由和权利的时候,不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利。”第53条:“中华人民共和国公民必须遵守宪法和法律,保守国家秘密,爱护公共财产,遵守劳动纪律,遵守公共秩序,尊重社会公德。”此外,我国宪法中还若干次出现“国家(的)保护”或“中华人民共和国保护”(第13条第2款、第36条第3款、第49条第1款、第50条)、“不受侵犯”(第13条第1款、第37条第1款、38条、39条)等字眼。由此可见,我国宪法不仅是国家权力机关的行为规范,还是私法主体的活动准则。虽然在进行宪法解释时应当考虑到制宪时的社会背景,比如说1982年的制宪仍然受到了国家与社会高度一体思想的影响,但更重要的是必须将宪法朝着符合社会现实的方向去解释,只有这样,宪法自身的目的才能够达到。因此,我们完全有理由将上述条款认定为国家保护义务在我国的宪法依据。^[25]

国家保护义务功能同防御权功能在我国处于同等重要的地位,那么这两个主要体现自由法治国家理念的功能在整个宪法基本权利体系中又处于什么样的地位呢?与自由权不同,社会权的全面实现往往需要国家庞大的财政支持,因此,自由权应该被视为基本权利功能发展的初级阶段,社会权则只有在社会发展到较高级阶段时才可能全面实现。这也与基本权利在西方从单纯的自由权逐渐向社会权适度倾斜这一发展过程一致。而对于中国这样一个有着历史、人口、自然资源等多方面负担并承载着巨大国际竞争压力的发展中国家来说,全面赋予公民给付权根本不现实。^[26]国家原则上只须尽可能履行宪法规定的给付义务(宪法第42至48条,但第45条含有主观给付权)且尤其要满足公民最基本的需求即可。更何况国家给付的条件和标准往往还需要法律依据,而什么时候制定

[25] 参见张翔:《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6期。

[26] 其实在德国,公民目前也不享有给付权。但是当国家履行了给付义务之后,公民则享有通过相同程序平等分享这一给付的权利。分享权可以直接从我国宪法第33条第2款的平等原则中导出。

什么样的法律规范不应当由公民个体，而应由代议机关来决定。在这一问题上，我国宪法是符合社会实际的。正如 2004 年我国宪法新增的第 14 条第 4 款所规定：“国家建立健全同经济发展水平相适应的社会保障制度。”当前，依法治国原则已经成为我国宪法的一项根本原则，而宪法尚未确立社会国家原则。可见，我国宪法体现出了自由法治国家思想为主导的基本权利保障体系。

综上所述，我国宪法首先保障了公民的自由不受侵犯。在基本权利保障体系中，国家保护义务功能与同样体现自由权思想的防御权功能并列处于最主导地位。

（二）制度化安排

1. 司法保护在我国当前的特殊作用

履行国家保护义务首先应是立法机关的任务，上文针对理论框架的讨论也基本集中在立法保护问题上，而司法机关主要通过正确适用相关规范来履行保护义务。但在我国，司法保护应该比在西方国家发挥更为积极的作用，因为我国有着与西方国家不同的宪法规范和社会现实。在宪法规范方面，由于国家保护义务同防御权一样是我国宪法中基本权利的最重要功能，因此当私人无法通过契约关系来平衡相关利益时，国家必须设法进行保护。而在社会现实方面，我国的法制建设与西方处于不同的发展阶段，立法目前尚不健全，如果坚持认为司法机关只通过正确适用普通法律来履行保护义务，那么基本权利保障体系在我国就会产生很大的漏洞。鉴于我国的特殊情况，笔者认为司法机关这道最后保护屏障不仅要积极配合立法机关，还应该最大限度的弥补立法保护的不足。下面分三种情形做出分析：

（1）在立法机关将基本权利正确且充分地进行了具体化之后，司法机关只须通过正确适用相关条款来履行保护义务（参见我国宪法第 126 条）。在这种情况下，我国司法机关的保护与西方国家并无差别。

（2）立法虽然要尽可能全面涵盖所估计到的一切相关情形，但基于空间、时间、调整对象的复杂性等原因，立法者通常不可能将所有偶然的甚至不可预知的情况都事先通过相对抽象的法律规范进行调整。为了避免相关法律条款在某一具体事件中无法适用的情况发生，同时也为了维护法律的稳定性，立法者有时不得不使用概括条款和不确定概念，从而给司法机关留出较大的解释余地。由于我国在诸多领域的发展都可谓一日千里，因此应该鼓励立法者更多使用概括条款和不确定概念，以便使法律能够在一定时期内适应社会的发展变化。当立法机关未对基本权利充分进行具体化时，司法机关需要依照基本权利的价值对概括条款和不确定概念进行解释，从而在个案中弥补立法保护的不足，以满足宪法的要求。^{〔27〕}

（3）在我国，公民基本权利的立法保护仍然存在较多的空白。这一方面是由于我国的法制建设起步相对较晚，另一方面也与转型社会中诸多调整对象的复杂多变性使得一些领域根本不适合立法这一原因有关。当立法机关完全未履行保护义务时，司法机关必须通过直接适用宪法替代立法机关来平衡基本权利主体之间的利益，从而独自承担起保护任务，^{〔28〕}否则对公民基本权利的保护在很多情况下就无从谈起了。

但在第三种情形中，司法机关直接适用基本权利条款会不会威胁到私人自治呢？答案是否定

〔27〕 这时，司法机关的保护义务与第三人效力问题中的间接效力说思想相吻合。但是间接效力说的支持者认为，基本权利的价值准则只能在私法规范中“具有价值满足能力（wertausfuellungsfähig）”和“具有价值满足必要（wertausfuellungsbeduerftig）”的“概括条款”和“不确定概念”那里才可以且必须发挥“辐射效力（Ausstrahlungswirkung）”；当不存在相关条款时，宪法在私法领域不具备任何效力。参见 Guenter Duerig, in: Maunz/Duerig/Herzog/Scholz (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Band I, Muenchen 2003, Art. 1, Rn. 127 f.; 还可参见 BVerfGE 7, 198 (205); 60, 234 (242)。间接效力说成为德国理论界和司法界的主流观点与西方国家宪法首要限制国家权力这一背景有关。

〔28〕 在这里，司法机关的保护义务又与直接效力说的思想相吻合了。但是直接效力说的支持者认为即使存在相关的私法规范，司法机关也可直接适用宪法条款。参见 Hans Carl Nipperdey, Gleicher Lohn der Frau fuer gleiche Leistung, RdA 1950, S. 125。

的,因为司法机关的介入同样须遵循上文在国家保护义务的理论框架部分所总结的原则。私人自治禁止了国家的侵犯,而未禁止国家的合理介入。如果允许立法机关通过对基本权利的具体化合理介入私人领域,那么我们没有理由以私人自治为由禁止司法机关直接适用基本权利条款。

再有,司法机关直接适用宪法并不会侵犯我国宪法赋予全国人大及其常委会的监督宪法实施权(参见我国宪法第62条第2项和第67条第1项),因为宪法监督不等于亲自适用宪法做出裁决,而是泛指对全国各族人民、一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织是否以宪法为根本活动准则做出的监督,这其中还包括了对司法机关是否正确适用宪法的监督。

我国有学者认为适用宪法规范的前提是对其进行解释,而依照我国宪法第67条第1项的规定,只有全国人大常委会才有权解释宪法,因此当不存在相关私法规范时,司法机关直接适用宪法条款做出的判决是越权、违宪的,^[29]甚至会导致司法凌驾于立法之上从而成为代位立法者。这些担忧其实是不必要的。宪法允许立法机关解释宪法并不等于否定了其它机关解释宪法的权限。与全国人大常委会对宪法进行的普遍的抽象解释不同,法院对宪法做出的解释是在具体案件中体现出来的,属于典型的司法适用解释。^[30]“人大常委会的解释是规范解释,旨在明晰条文,说明原意;法院的适用是个案解释,意在结合案情,裁决案件。”^[31]类似的理解也适用于我国宪法第67条第4项“解释法律”。如果第67条第1项和第4项均被理解为一切司法解释(宪法和法律)的权力均由立法机关来行使,那么全国人大常委会不仅会剥夺司法机关的权限,而且自身也会不堪重负。由于司法解释通常只适用于个案,并不具有普遍约束力,因此不会对立法产生任何影响,立法机关在可能的情况下随时可以履行自身负有的保护义务,司法机关不可能凌驾于其上。

综上所述,在立法机关完全未做出保护时,司法机关直接适用宪法条款并不违反我国的宪法规定。恰恰相反,这还正是我国宪法所要求的,毕竟国家对基本权利做出保护是必须的。

当存在相关的私法条款时,司法机关是否也可以直接适用宪法呢?笔者认为这种立法机关和司法机关重复保护是不合理甚至不合宪的,这主要体现在以下三方面:第一,从民主法治国家原则讲,立法是以代议机关对基本权利所保障的利益进行认真权衡为基础,对基本权利进行具体化。较之于司法机关来说,立法机关对基本权利的具体化更具备民主合法性,立法是最重要且最有效的民主合法化手段。司法机关不得在个案中通过直接适用抽象的宪法条款来回避和排斥普通法律的约束力,否则不仅违反了人民主权原则,使司法机关凌驾于人民之上,还违背了宪法确立的依法治国原则。第二,从“适用优先”原则和私法体系的独立性角度讲,司法机关在适用法律规范时,应优先适用低位阶的法规范;只有当所有低位阶的规范中均不存在相关规定时,司法机关才可直接适用处于最高位阶的宪法;如果在存在相关私法条款的情况下司法机关仍然可以直接适用宪法,那么私法体系的独立性就会遭到破坏,法律的尊严就会受到极大挑战。第三,从实际角度讲,对于公民个人来说,在国家制定了相关的规范之后,通过这些具体规范保护自身权益在很多情况下是更便捷且更稳妥的途径,因为较之于宪法基本权利条款,普通法律规定通常更为具体且法律后果十分明确。因此,单纯的司法保护只应作为立法保护的补充,只有当不存在相关的普通法律规范时,司法机关才可以直接适用宪法。

最后,如果司法机关在解释相关条款或直接适用宪法时未充分考虑到被侵害方的基本权利,那么是否可以认定司法机关作为公权力主体侵犯了被侵害方的基本权利呢?我们认为,司法机关在上述情况中并不是初始的侵犯方,也没有像立法侵犯那样事先“授权”私人侵犯,而是在侵权行为发

[29] 参见前引[25],张翔文。

[30] 关于人民法院在民事案件中适用宪法时做出的解释与全国人大常委会的宪法解释之不同参见屠振宇:《试论宪法在民事领域的效力》,《宪法理论与问题研究》第一辑。

[31] 侯淑雯:《司法衡平艺术与司法能动主义》,《法学研究》2007年第1期。

生之后才介入相关事件的,因此将第三人的侵犯归责于司法机关是不正确的,上述情况应该被视为司法机关违反了保护义务。由此可见,司法机关只可能因过度保护被侵害方而侵犯侵害方的基本权利,而不可能侵犯被侵害方的基本权利。

2. 立法优先原则

虽然司法保护能够弥补立法保护的不足且在我国具有特殊的意义,但这并不意味着立法机关就可以懈怠履行保护义务,从而将保护任务留给司法机关。立法保护有着司法保护无法替代的优势。从时间上讲,单纯的司法保护只能在危害行为发生之后做出,而立法保护则可以未雨绸缪,起到事前警示的作用。虽然基本权利的规定也多少可以起到警示作用,但由于基本权利条款十分抽象,其直接适用往往还要经过司法机关的权衡,因此警示作用不够具体和明确。从范围上讲,法院判决原则上只适用于个案,而法律则具有普遍约束力,其一次性的保护范围远远大于单纯的司法保护。从效果上讲,规定较为具体且后果较为明确的普通法律通常能够给公民提供更便捷且更稳妥的保护。鉴于立法保护的上述优势,虽然目前我国的司法保护较之于西方国家而言可以发挥更为重要的作用,但这只应作为法制建设阶段的过渡性安排,也就是说在国家保护义务问题上仍然应该遵循立法优先原则,这也有利于我国法制的发展。随着我国法律体系的不断完善,单纯司法保护的作用会越来越小。

3. 公民保护权的救济制度

基于国家保护义务功能在我国宪法基本权利体系中的主导地位,公民必须享有主观保护权,否则一旦国家最终懈怠履行保护义务,公民的基本权利就无法真正获得保障。因此,国家保护义务功能的制度化不仅要对国家如何履行这一义务做出安排,还应该设计出公民保护权利的救济机制。

(1) 请求范围

国家履行保护义务应遵循立法优先原则。当立法机关懈怠立法时,公民能否请求立法机关做出保护呢?笔者认为,至少在我国,公民应无权专门请求立法保护,理由如下:

第一,代议机关是民主合法性的来源,而不是一个单纯的宪法执行机关。虽然立法机关应该努力完善法律体系,但是具体到哪一部法律更应当优先制定这一问题必须由代议机关做出判断,而不得被某一公民个体所左右。这是我国宪法中人民主权原则的要求。尤其考虑到我国立法目前尚不够健全这一事实,公民个体左右立法进程会极大削弱人民代表大会的权限。

第二,从不作为义务与作为义务之间的区别来看,如果法律规定了禁止杀人,那么任何方式的杀人都要禁止。反之,如果法律规定了救人义务,那么营救义务方可以依据自己的个人情况和当时的客观条件选择营救方式。同理,保护义务作为一种积极作为义务,国家应该享有选择如何履行这一义务的权利。

第三,从国家保护义务功能与防御权功能处于同等地位这一角度来看,当基本权利遭到国家的侵害而立法机关未制定相关的法律规范时,公民不得利用防御权功能请求立法作为。同理,在基本权利遭到私人侵害后,公民也不应享有立法保护权。

第四,从实际角度来看,即使在适合立法的领域,立法保护通常也需要若干国家机构进行大量的准备和协商工作,比如针对是否提供保护,以何种方式和强度保护等问题。每个问题又往往得经过一系列权衡才可有结果。此外,立法机关还要尽可能全面地预计将来可能产生的相关情形。这一切使得立法过程往往要延续相当长的时间。与之相反,司法保护只由司法机关做出权衡,权衡只是针对某一已发生的个案,而且司法机关只须权衡是否保护,而无需权衡如何保护的问题。因此在侵害行为发生之后,司法保护对于公民来说存在着时间上的优势,公民一味地请求立法保护很可能反倒会使自身的利益受到更大的损失。考虑到我国法制尚不完善这一客观现实,公民大量的立法请求必然会使立法机关应接不暇,这并不符合我国当前的社会实际。

可见,公民保护权的实现在范围上是有限的。立法优先原则只是针对义务方而言,对于权利方

来说,公民不能请求立法机关做出保护。

(2) 救济途径

基于基本权利两个主导功能的并列地位,国家最终懈怠履行保护义务应当同国家积极侵犯基本权利一样被视为违反了宪法的相关基本权利条款。换言之,公民的保护权可以通过对公权力进行违宪审查的形式来实现。

那么我国的哪一机关应当作为针对国家保护义务的违宪审查机关呢?考虑到这方面违宪审查的请求数量会较多,作为立法机关和宪法监督机关的全国人民代表大会及其常委会几乎不可能全面承担这一任务。笔者认为,最高人民法院应作为国家保护义务问题上的违宪审查机关,且这一方案并不存在任何宪法障碍。首先,正如上文所说,立法机关依照我国宪法履行监督宪法实施权和宪法解释权并不等于否认了司法机关直接适用宪法的权限。此外,由于关于国家保护义务的违宪审查不可能针对立法活动,^[32]而只可能针对司法审判,准确地说是针对地方中级人民法院和高级人民法院审判的第二审案件的判决和裁定,因此最高人民法院承担相关的违宪审查任务完全符合我国的宪法规定,并不会威胁全国人民代表大会的最高宪法地位。

(3) 请求条件和审查范围

为了减轻最高人民法院的负担,应当在请求条件和审查范围两方面做出一些必要的限制。在请求条件上,只有当客观存在着自身的基本权利在当前没有受到国家足够保护的可能性且这一保护之不足会直接导致个人利益受到一定程度的损害时,公民在穷尽其它一切救济途径的情况下才可提出违宪审查请求。在审查范围上,虽然是违宪审查,但是最高人民法院不应完全替代二审法院进行利益权衡,也就是说仅凭最高人民法院通过利益权衡会做出不同的判决这一事实还不能认定二审判决违宪。只有当断定二审法院在权衡时出现了明显的瑕疵(比如错误认定某一重要事实或在权衡时明显未适当地考虑某一相关利益),且以这一瑕疵为基础做出的判决对公民基本权利的实现有着实质性的影响时,最高人民法院才可认定二审判决违反了宪法的基本权利条款。上述这些限制可以在很大程度上避免公民盲目提出违宪审查请求现象的发生。

[32] 特别要注意的是,立法机关未充分考虑到公民的基本权利与未充分将基本权利具体化属于完全不同的两种情况。前者指立法者未正确平衡相关利益,属于典型的立法侵犯基本权利情形,而不是违反国家保护义务;后者则指立法者未能充分履行保护义务,司法机关应予以弥补。