

宪法权利与法律权利:区别何在?

马 岭

内容提要:宪法权利的主体是整体性的个人,法律权利的主体是个体化的个人或部分个人的集合体(法人)。某一公民可以放弃自己的法律权利,但人民不可能放弃全体公民的宪法权利。宪法权利作为母权利可以派生出一群大小不等的法律权利(子权利)。宪法权利不仅是重要的权利,还应是抽象的权利。

关键词:宪法权利 法律权利 权利主体 母权利 抽象权利

马岭,中国青年政治学院法律系教授。

“在宪法的理论研究中,长期困扰宪法学者的一个最基础的理论问题就是‘什么是宪法权利?’……依据宪法而产生的法律所规定的权利与宪法所规定的权利之间是否存在着某种质的规定性的不同?”^{〔1〕}“是什么宪法、什么哲学与价值信念或者什么样的社会状况决定了一些权利是基本的,从而需要写进宪法,确立对这些权利的宪法保护?”^{〔2〕}简言之,宪法权利与法律权利是否有区别?区别何在?为何会有如此区别?“如人格权究竟是一种宪法权利还是一种普通的民事权利,依据我国目前宪法以及民法通则的规定很难解释清楚。一种折中的解释是将人格权视为既受到宪法保护,又受到法律保护的權利。但问题的关键是一种既受到宪法保护又受到法律保护的權利这样的逻辑设计实质上否定了宪法对权利保护的特殊意义,因为在宪法和法律同时保护某个具体的权利时,在宪法与法律之间可能存在的保障权利实现的不同意义消失了……也就是说,两个法律规范同时对某个权利给以保护,并且不存在分歧,那么,这两个法律规范实际上只起到一个法律规范的作用,另一个法律规范缺少立法的必要性。从这样的逻辑推理来看,不是宪法没有存在的必要,就是法律没有存在的合理性。如果要承认对某个具体的权利存在两种以上的法律规范的保护,就必须承认这两种法律规范在保护该权利时有所差异。”^{〔3〕}如果我们不能正确地区分宪法权利和法律权利,那么在法律实践中可能会产生一些混乱,如对某项权利是否可以进行违宪审查?如果它是宪法权利就不能审查,如果它是法律权利就可以审查,因为在违宪审查中,宪法权利只能是审查的依据,法律权利才可能是审查的对象。这说明区分宪法权利与法律权利不仅仅有学术意义,而且也有很明显的实践意义。

一 宪法权利的主体是整体性的个人,法律权利的主体是个体化的个人或部分个人的集合体(法人)

从制宪权的角度看,宪法是由人民而不是公民制定的,宪法权利中的许多权利是天赋人权,但通过宪

〔1〕 莫纪宏:《现代宪法的逻辑基础》,法律出版社2001年版,第287-288页。

〔2〕 韩大元主编:《比较宪法学》,高等教育出版社2003年版,第136页。

〔3〕 莫纪宏:《现代宪法的逻辑基础》,法律出版社2001年版,第436页。莫纪宏教授在此除了指出这种差异外,重点强调的是它们之间可能出现冲突,“当法律对某个权利的保护与宪法对某个权利的保护发生冲突时,必须以宪法的规定为准,法律对该权利的保护效力必须服从宪法对该权利的保护效力。”而本文重点探讨的是宪法权利与法律权利之间的差异。

法将这些权利以文字的形式明确表述出来的是人民或其代表(制宪会议代表),人民通过共同商议决定保留我们每一个个体在共和国中必须享有哪些基本权利,这是人民作为一个整体对每一个个体作出的承诺。

在宪法权利法律化的过程中,与立法机关相对应的个人往往不是个体性的个人,而是全体个人。立法机关的立法是针对全体个体的,是为所有个体立法,^[4]而不像行政行为、司法行为通常是针对某个具体个人(或法人)作出的。如果立法侵犯了某个人的某项宪法权利,那么,它也一定同时侵犯了全体个体的该项宪法权利。宪法权利的主体并不局限于个体意义上的个人(否则它与法律权利的主体之间就没有了区别),它也不完全属于“全体人民”这样的整体,它属于“全体个体”。它通过对一个个具体的个人发生法律效力,从而对所有个体都发生法律效力(但它又不是把全体个体当作人民这样一个整体来发生法律效力)。法律权利可以放弃,而宪法权利不能,因为法律权利是个人的,个人可以行使,也可以不行使,行使或不行使都只关系到个体自己的利益;而宪法权利虽属于个人,但却很难由作为个体的个人直接行使。在这里,享有宪法权利的个人具有一种“公民共同体”的特征,他/她们享有的宪法权利也具有一种“权利共同体”的特性,每一个公民的宪法权利呈现出一种连锁状态,一荣俱荣,一损俱损。宪法权利属于“全体”个体(所以施米特认为宪法是“政治总决断”^[5]),而法律权利属于“每一个”个体,法律权利的主体是个体性的个人(包括法人),直接实施这一权利的是个人自己,如果有谁侵犯了他/她们个人的权利,这种侵权行为往往也是具体的,针对他/她们个人的,而不可能是针对所有人的抽象的侵权。即使在违宪审查中,表面上看某个人是作为个体在行使“自己”的宪法权利,但不论他/她是否意识到,他/她向法律提出挑战的行为实际上已经不仅仅是在为个人的宪法权利而抗争,而也是在为全体公民的利益斗争。不论违宪审查机关作出违宪还是合宪的判决,一部法律的存废所涉及的都不仅仅是一个公民的利益,而是与全体公民的同类利益息息相关。

如果说宪法权利可以放弃的话,那只能由整体公民放弃。一个公民不可能仅仅放弃“自己”的宪法权利而不“连累”其他公民,他/她必须与其他公民商议后才能决定他/她们是否同时放弃一项宪法权利。而这种放弃等于人民在立宪时不仅转让了那些管理社会、裁决纠纷、维护治安等权力给国家,而且愿意放弃自己最基本的权利,免除国家的一切义务,甘愿做国家的奴隶,这是不可思议的。如果全体人民想放弃自己的基本权利给国家,那就不必制定宪法,只需签署一张卖身契便可。卢梭在《社会契约论》中指出:“格老秀斯说,如果一个人可以转让自己的自由,使自己成为某个人的奴隶;为什么全体人民就不能转让他们的自由,使自己成为某个国王的臣民呢?……转让就是奉送或者出卖。但一个使自己作另一个人的奴隶的人并不是奉送自己,他是出卖自己,至少也是为着自己的生活。可是全体人民为什么要出卖自己呢?国王远不能供养他的臣民,反而只能是从他的臣民那里取得他自己的生活的供养。”“说一个人无偿地奉送自己,这是荒谬的和不可思议的。这样一种行为是不合法的、无效的,就只因为这样做的人已经丧失了自己健全的理智。说全国人民也都这样做,那就是假设举国皆狂了;而疯狂是不能形成权利的。”“规定一方是绝对的权威,另一方是无限的服从,这本身就是一项无效的而且自相矛盾的约定。”^[6]因此某一个公民可以在选举中放弃自己的投票权,但人民不可能在宪法中放弃全体公民的选举权;某一个人可以放弃自己的财产权,但人民不可能在宪法中放弃全体公民的财产权。即使一个个体想放弃自己所有的受教育权,如考试权、入学升学机会权、受教育选择权、学生身份权、学习条件权、获得学习成绩公正评价权、获得学业证书学位证书权,等等,他/她也是在放弃自己所有的关于受教育的“法律权利”,而不是在放弃他/她的受教育的“宪法权利”。因为放弃一项宪法权利意味着免除立法机关相应的立法义务,而这不是某一个或某一些公民所能决定的,某些或某个公民不可能决定一项宪法权利的命运,只有整体公民才有这样的决定权(通过制宪、修宪等方式)。宪法权利不仅是不可放弃的,也是不可转让的,即使财产权可以转让,被转让的财产权通常也是某个人具体的民法上的财产权,而不是

[4] 即使是某些特别法(如残疾人保障法)保障的是部分人(残疾人)的权利,但其中同样可能涉及其他非残疾人的权利和义务。

[5] [德]卡尔·施米特:《宪法学说》,刘锋译,上海人民出版社2005年版,第174页。

[6] [法]卢梭:《社会契约论》,何兆武译,商务印书馆1980年版,第14-16页。

宪法意义上的财产权。正是在这个层次上,即人民订立社会契约、并在这一契约中缔造国家、保障全体个人权利的层次上,所涉及的权利才是宪法权利。在此,我们既要反对“文革”时期将宪法完全等同于政治法的观点,也要反对现在有些完全否认宪法是政治法的倾向,我们今天重提宪法的政治法特性,并不是历史的倒退或法律实证主义的回归,而是否定之否定后的进步。如果我们不从“公民共同体”的政治角度去认识宪法以及宪法权利,我们就永远不能理解宪法的精要,就无法具备宪法思维的宏观性视野。^[7]

二 宪法权利是母权利,法律权利是子权利

宪法权利既然是人民制宪建国的产物,它在法律体系中就是一种原生权利,具有母权利的特征;法律权利是在国家建立后,人民通过议会立法而确定的,因而是一种子权利。“有鉴于法律权利相对于宪法权利的从属性,因此,只有宪法权利才具有真正意义上的原创性。”^[8]人民决定每一个个体所具有的宪法权利是什么(这种决定并不意味着人民在主观意志上具有任意性,它也是人民对客观存在的自然权利的尊重和认可),人民代表决定这些宪法权利可以包容多少具体权利,^[9]从宪法权利中可以引申出多少法律权利,引申出哪些法律权利,以便实现个人的宪法权利(有时候法官也有同样的权力)。从法律体系的角度看,宪法权利是个人法定权利的源,法律权利是个人法定权利的流。“权利体系所具有的母体性与派生性之间的关系实际上构成了规定基本权利的宪法与规定普通权利的普通法律之间的区别,确立了普通法律体系之间的不同位阶关系。”^[10]

一个宪法权利往往派生出一个法律权利群,当每一个宪法权利都生出各自的法律权利群时,就构成了一个国家庞大的权利体系。如诉权是一个包容性权利,也是或应该是一项宪法权利,诉讼权包括了刑事诉讼、民事诉讼、行政诉讼、宪法诉讼中的各种权利,它们是由一系列具体权利组成的,像起诉权、应诉权、反诉权、上诉权、再请求权等。诉权本身涵盖了一个权利群,是一个权利复合体,在它的背后有一个诉权的权利体系作支撑,所以,诉权的重要性及其容纳量和厚度都足以使其能够成为一项宪法权利。宪法权利的包容性决定了它是一种独立的权利,而法律权利由于往往是其派生出来的权利,所以通常具有对其原生权利的依赖性。如报酬权是依赖于劳动权而存在的,是针对劳动者而言的,没有劳动权就无所谓报酬权;同理,休息权一般也很难脱离劳动权而存在。^[11]虽然有许多法律权利(如民事权利)在历史上是先于宪法权利而存在的,但宪法制定后,这些法律权利与宪法权利之间就需要并事实上存在着一种“对接”。从历史的角度看,是先出现众多的法律权利,然后才产生抽象的宪法权利,权利体系是自下而上地形成的;从已有的权利体系的内在逻辑关系来看,则是在抽象的宪法权利之下,派生出众多的法律权利,权利体系是自上而下地构建的。

每一个宪法权利派生出的法律权利群的大小是不同的。有的宪法权利派生出的权利群相对较小,如由选举权派生出的主要是选举法,它将宪法中抽象的选举权具体化为参选权、竞选权、了解权、投票权、监督权、罢免权等等,同时还有行政法、刑法等法律中关于选举的规定;与此相似的还有宪法中的集会、游行、示威的自由,就主要由一部法律承担将其具体化的任务(如集会游行示威法),其他法律起辅助作用(如刑法、行政法等)。而有的宪法权利派生出的权利群却相当庞大,如受教育权派生出了考试权、受义务教育权、受教育平等权、入学升学机会权、受教育选择权、学生身份权、学习条件权、获得学习

[7] 强调宪法的政治性并不等于排斥宪法的法律性,综合把握宪法的各种特性是全面、正确地认识宪法的前提。

[8] 莫纪宏:《现代宪法的逻辑基础》,法律出版社2001年版,第440页。

[9] “包容”在此包括创造、引申和承认(对已有权利的认可)的可能性。

[10] 胡锦涛、韩大元:《中国宪法》,法律出版社2004年版,第176页。

[11] 我国以及一些国家将“休息权”写在宪法中,似乎使其成为一项独立的宪法权利,而不仅是一法律权利。但笔者认为,从权利之间的逻辑关系来看,它与劳动就业权、报酬权等无疑组成了一个权利群,而休息权是从属于劳动(就业)权的。

成绩公正评价权、获得学业证书学位证书权,等等,^[12]这些权利分别规定在许多部法律中,由此而派生出了一大批法律——《教育法》、《未成年人教育法》、《高等教育法》、《义务教育法》、《教师法》等等。又如宪法中规定了劳动权,这一宪法权利包括了劳动就业权、取得报酬权、休息权、劳动安全卫生权、社会保障权、组织和参加工会权、谈判权、民主管理权、劳动争议权,等等,^[13]它们规定在有关劳动法的一系列法律中。这类法律权利群中的权利彼此之间的关系往往较为复杂,权利“网络”的特征非常明显。

在法律权利群中往往有一个核心权利,如选举权中的投票权、劳动权中的就业权、受教育权中的入学权等,这一权利群中的其他权利是围绕这一核心权利而存在、运行的。有时候权利群中的核心权利可能被直接表述为宪法权利,因为它与该宪法权利的本质最接近。如游行示威权是一项宪法权利,有关游行示威的法律将游行示威权分解为一系列的法律权利:申请游行示威权,组织游行示威权,举行游行示威权,游行示威的路线、口号、标语的决定权,对游行示威的有关处罚或裁决不服的申诉、起诉权,等等。其中最核心的是“举行”游行示威这一具体行为,这一具体行为构成了这一权利的核心,宪法上的游行示威权主要是指法律上的“举行”游行示威权,但宪法上的游行示威权却不局限于“举行”这一具体行为,而是包括上述所有行为(如组织、申请、申诉等)。当宪法权利以核心权利命名时(如宪法上的选举权可能与法律上的投票权混用),人们往往误以为宪法权利就是法律权利,而忽略了它们外延上的差别。

在这里,权利的母子关系是相对的,许多法律权利相对于宪法权利是子权利,但它们本身也可以再派生出其他更具体的权利。如劳动权是一项宪法权利,是母权利,劳动就业权、休息权、报酬权等是其派生出的子权利,但其中就业权又可以派生出就业竞争权、自由择业权、平等就业权、职业安定权、公共就业保障权等。^[14]因此,就业权既是劳动权的子权利,同时又是就业竞争权、自由择业权、平等就业权、职业安定权、公共就业保障权等的母权利,这其中的关系与法律体系中的母法、子法、孙法颇为相似。^[15]

从宪法权利中派生出法律权利主要是议会的任务,但有时除了立法机关外,司法机关也可能承担这一职责。如 1989 年 6 月 21 日,美国联邦最高法院在德克萨斯州诉约翰逊案的判决中,“把公民故意焚烧国旗的抗议行为,也看作是公民表达意见的自由权利,可以援引美国宪法有关言论自由的条款,不能治罪,因此判决德克萨斯州一项禁止侮辱国旗的法律为违宪。”^[16]在这里,美国联邦最高法院对宪法中言论自由含义的解释,已经超出了立法机关对这一宪法权利的引申,立法机关认为宪法中的言论自由转化为法律权利时,应当是以“口头”或“书面”的形式表现的,而最高法院认为还可以扩大到一定的“行为”。不过在此案中,美国最高法院并没有从宪法权利中引申出一项新的法律权利,而只是对立法机关从宪法中引申出的法律权利的行使方式作了比立法机关更宽泛的解释。然而在另一些案件中,最高法院无疑就像国会一样直接从宪法中引申出了新的权利,如在“罗伊”案中最高法院从宪法有关条款中引申出了宪法并未明确规定的隐私权(宣布堕胎是宪法保护的隐私权)。^[17]最高法院这种权力的宪政理论基础是为了“保护权利不受民主制度的侵犯”,因而“有必要发展出其他的不怎么民主的制度来保障对人权的尊重”,“于是,一种特殊的保护在‘危险最小的部门’中被发现并发展起来了,这个部门就是法院,司法制度也就成为美国人权制度的基石。”^[18]

应当注意的是,由法院创造的宪法判例其作用和地位都只是相当于法律(宪法性法律)而不是相当于宪法,它们不是宪法的组成部分,而是宪法性法律的组成部分。宪法权利是一个开放而非封闭的体系,它们需要宪法文本之外的保护,这种保护包括立法保护和司法保护,后者是少量的,前者是经常的,法官可以造法,议会更可以造法。法官可以在宪法文本之外创造“新权利”,但法官创造出来的新权利

[12] 李步云主编:《人权法学》,高等教育出版社 2005 年版,第 108 页。

[13] 李步云主编:《人权法学》,高等教育出版社 2005 年版,第 219 页。

[14] 李步云主编:《人权法学》,高等教育出版社 2005 年版,第 221-223 页。

[15] 可参看马岭:《宪法原理解读》,山东人民出版社 2007 年版,第三章第二节“宪法与部门法的关系”。

[16] 李步云主编:《人权法学》,高等教育出版社 2005 年版,第 61 页。

[17] 关于罗伊案可参看焦洪昌、李树忠主编:《宪法教学案例》,中国政法大学出版社 1999 年版,第 83-146 页。

[18] [美]路易斯·亨金、阿尔伯特·J. 罗森塔编:《宪政与权利》,郑戈等译,生活·读书·新知三联书店 1996 年版,第 512 页。

是法律权利而不是宪法权利,与议会立法一样,这些新权利都是从宪法文本中“引申”出来的。法官用判例对宪法的解释、说明与议会用法律对宪法作出的解释、说明具有异曲同工之妙,但他/她们都不是在“创制宪法”而只是在“制定法律”,他/她们都是在通过“解释”宪法而发展宪法。^[19] 所不同的是,法院是以判例的形式解释,议会是以法律的形式解释。它们都有权从宪法权利中发展新权利,但这些新权利都是“从属”于宪法权利的,都是宪法权利的子权利,而不是宪法权利本身。如在美国,法院在人身自由方面发展的宪法外权利主要是人身权利,也包括人身自由利益。“它们的共同特点是在成文宪法中没有明确列举,是法官在判例中通过解释宪法相关条款而发展出来的。人身权利包括:隐私权、堕胎权、同性恋权、自杀与安乐死的权利、迁徙权、婚姻自由权。”^[20] 这些权利相对于宪法中的“人身权利”较为明确具体,这种具体化在有些国家可能是由议会通过法律而不是由法官通过判例来实现的。不论它们出自议会还是法院,它们都是宪法中的“人身权利”的细化,是抽象的宪法权利的具体化、法律化。如果认为宪法判例创造的是宪法权利,那么它们就应当具有一种高于立法机关的地位,但很显然,“判例规则不能约束立法机关,并不能阻止立法者制定与判例规则相冲突的新法,或者修改与废除旧法”。^[21] 它们充其量只具有与立法机关创造的法律权利大体同等的地位。认为宪法判例可以创造宪法权利,无疑抬高了司法的地位。在三权分立的体制下,司法权可以制约立法权(法律),但不能制约宪法;司法权与立法权平行而不是与宪法平行。作为国家机关的权力,司法权和立法权都在宪法之下,即使司法权具有终极性的特点,也并没有改变司法权和立法权之间的大体平行关系:一般情况下法院要依法判案(受立法权制约),只在个别情况下法院有权通过违宪审查否决立法,二者之间的地位基本上是平等的,是“相互”制约的。^[22] 法院解释宪法与议会解释宪法是同一层次的权力,法官可以“造法”但不可以“造宪”,可以“解释”宪法但无权“修改”宪法,可以创造“宪法外权利”但不能创造“宪法权利”。事实上,在宪法文本之外不存在宪法权利,只存在法律权利(或习惯权利等)。那些“宪法文本中没有列举的,不具备成文的宪法规范形式,但却在纠纷解决过程中有拘束力的权利”作为“宪法外权利”可称之为判例法上的权利,^[23] 在性质和权利位阶上,它们只是法律权利(普通法上的权利),而不是宪法权利。

“新权利”可能以宪法权利、也可能以法律权利的面目出现,即可能通过修宪将其纳入到宪法权利的体系,也可能通过立法或判例从宪法权利中“引申”出法律权利,采用何种方式各国可能会因文化传统、国情现实等因素的不同而有所差异。^[24] 但笔者认为,从宪法与法律的关系来看,由于宪法需要具有比法律更明显的稳定性,因此“新权利”能够用法律权利表述的,就应该尽量在法律范围内解决,尽量不去“麻烦”宪法。“随着环境的变化——随着对于人的尊严的威胁的变化——我们需要承认新的权利。但是,人权无谓的扩展,只会引起人权的真正思想贬值的危险,因而逐步地削弱所有人权。”^[25] 作为宪法权利,尤其应当注意保障其稳定性而不要随意变动,为适应现实生活的变化,应尽量用法律权利的形式

[19] 这种解释的效力在宪法文本的效力之下而非与之平行。详见马岭:《宪法原理解读》,山东人民出版社2007年版,第一章第三节“宪法解释”中的第五个问题“宪法解释的效力”(第129-132页)。

[20] 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”,《法学家》2005年第6期。

[21] 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”,《法学家》2005年第6期。

[22] 正如有学者指出的那样,“‘宪法权利’通过自身的功能可以有效地解决‘法律权利’之间存在的各种价值矛盾,对‘法律权利’的‘意志性’和‘利益性’作出必要的调整”。莫纪宏:《现代宪法的逻辑基础》,法律出版社2001年版,第300页。宪法权利对各种法律权利的这种平衡功能说明宪法权利是高于这些法律权利的。

[23] 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”,《法学家》2005年第6期。

[24] 因此在宪法权利与法律权利之间划出一条绝对清晰的界限有时是很困难的,同样的权利在有的国家可能规定在宪法中,是宪法权利,在另一个国家则可能规定在法律中,只是法律权利。虽然我们并不能假设所有国家的宪法文本都是合理的,但我们也不能否认各国的国情确实是不同的。詹宁斯先生认为宪法的“篇幅不重要,关键是要符合需要。它是一个框架,一个提纲,必须另用细则和惯例对它进行充实。它所关注的是主要机构及其主要职能,以及当时被认为是重要的公民权利和义务。宪法包括内容的多少,应依宪法起草时的形势以及国家面临的特殊问题而定。”[英]詹宁斯:《法与宪法》,龚祥瑞、侯健译,生活·读书·新知三联书店1997年版,第25页。当然,本文认为在宪法权利和法律权利之间“大体上”划出一条界限还是可能的,也是应该的。

[25] [美]杰克·唐纳利:《普遍人权理论与实践》,王浦劬等译,中国社会科学出版社2001年版,第187页。

去拓展宪法权利的内涵。

不论是议会还是法院,它们从宪法权利中派生出法律权利时,都是为了使宪法权利能够在现实生活中真正得到实现,因此而使之具体化、明确化,这其中也可能出现对权利范围的划分,对权利的必要限制。但这种限制是有前提的,即不得与宪法原则和宪法规则相违背。因为人民通过契约转让权力的条件是:“它受制于其形成的目的——即保护个人权利和自由免受侵害,确保他们的有效保障的安全。”^[26]“如果一个立法机关规定了一项左撇子不具有担任公职之资格的法律”,平等原则会使这一法律不能生效,“除非该社会确信左撇子与职业上的无能之间存在着一种因果联系”。^[27]因此,将宪法权利具体化为法律权利的权力是有限制的,即对权利的限制本身也有限制,所谓“限制之限制”。^[28]对立法限制个人权利的限制往往由宪法明文规定,对司法限制个人权利的限制或由宪法规定,或由法律规定,但其基本精神都是更好地维护权利与自由。“自由本身的法律限制,正是对自由的保护。……旨在使权利人更顺利地行使这些自由。当然,对自由的内在限制,应是合理的、符合社会正义的限制。即如密尔指出的,只应是出于社会‘自我防卫’的需要。不能对公民和社会组织的自由权利作过度的限制,更不允许滥施官僚主义的或专横的压制。也正如约翰·罗尔斯所强调的:‘限制自由的理由来自自由原则本身’。‘自由的优先性意味着自由只有为了自由本身才能被限制’。”^[29]自由自身对自由的限制往往体现在平等原则上,因为人人都有自由权,所以一个人的自由不能侵犯另一个人的自由,这样自由本身就受到了限制。“美国宪法对人权思想的正式表述中并没有讲到对权利的限制或享有权利的任何条件。显然,在创立政府、授权它为共同同意的目的进行统治的过程中,个人自治就含蓄地受到限制。还有一些限制隐含于要求权利保护的宪法条款中,诸如仅仅保护不受不合理的搜查和拘捕;非经法律之正当程序不得剥夺他人生命、自由或财产;只能免受残酷的和不正常的惩罚。从已经产生的判例来讲,生命、自由和财产在一定程度上显然可以由政府出于公共目的,以合理措施经合理途径加以调整。即使是宪法以绝对的词句(没有任何明示的限制条件)所明确保护不受侵犯的自由——最突出的就是第一条修正案规定的各种自由权——也要受制于政府的某些调整。不过,尽管受到了限制,权利仍然是基本的。在美国,人们以个人自治和个人自由为立身之本,政府要侵犯他们必须要找到合理的依据。一些自由(言论、新闻出版、宗教)是优先的,一些自治领域(隐私)尤为神圣不可侵犯;对这些权利的侵犯须经法院的严格审查,只有在出于必不可少的、重大的公共利益时才能被允许。”^[30]为防止国家机关(主要是立法机关)在将宪法权利转化为法律权利时偷梁换柱,许多国家的宪法为其规定了一定的宪法原则,如法律保留原则(只有立法机关才能限制个人的宪法权利,立法机关不可随意将此权授予行政机关)、比例原则(对宪法权利的限制应有一比例,如是否妥当、是否必要、是否均衡)。^[31]“依宪法而保障人民权利之第一目的是:使人民的权利有高出普通的法律以上的力。依立法权的本身,不能限制及剥夺之。”宪法权利“含有可以与立法权对抗的,有普通法律以上的力的权利之意味。”^[32]为此,德国《基本法》第 19 条第 2 款规定:“在任何情况下,基本权利的本质皆不得受到侵犯。”第 10 条规定法律可以限制邮政与通讯隐私,但条件是这类法律必须“有助于保护自由民主的基本秩序、或联邦或一州的存在或安全。”第 11 条第 1 款规定了迁徙自由,其第 2 款接着规定:“只有通过或按照法律,且限于以下情形,这项权利才能受到限制:这些权利必须有所必要,以防止联邦或一州之存在或自由民主基本秩序的即刻危险、抵御流行疾病之危险、处理自然灾害或尤其严重的事故、保护青年人不受忽视或防止犯罪。”^[33]法国《人权宣言》第 5 条规定:“法律只能禁止对社会有害的行动。”第 8 条规定:“法律只能制定那些严格与明确必要之处罚。”

[26] [美]杰克·唐纳利:《普遍人权理论与实践》,王浦劬等译,中国社会科学出版社 2001 年版,第 101 页。

[27] [美]博登海默:《法理学、法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社 1999 年版,第 286 页。

[28] 张千帆:《宪法学导论》,法律出版社 2004 年版,第 472 页。

[29] 李步云主编:《人权法学》,高等教育出版社 2005 年版,第 147 页。其中罗尔斯语出自[美]约翰·罗尔斯著:《正义论》,何怀宏译,中国社会科学出版社 1988 年版,第 233-234 页。

[30] [美]路易斯·亨金、阿尔伯特·J. 罗森塔编:《宪政与权利》,郑戈等译,生活·读书·新知三联书店 1996 年版,第 513-514 页。

[31] 陈新民:《德国公法学基础理论》(下),山东人民出版社 2001 年版,第 368 页。

[32] [日]美浓布达吉:《宪法学原理》,欧宗佑、何作霖译,中国政法大学出版社 2003 年版,第 347-348 页。

[33] 张千帆:《宪法学导论》,法律出版社 2004 年版,第 472-473 页。

三 宪法权利是抽象权利,法律权利是具体权利

宪法权利是个人(全体)相对于国家或国家立法机关而言的,而国家本身是一个抽象概念,国家立法机关制定的法律也是相对抽象的法律规范。在一个抽象的宪法权利里,可以引申出一系列具体的法律权利,宪法权利是这一系列具体法律权利的抽象概括。^[34] 这些由宪法权利派生出来的法律权利一般都规定在具体的部门法里,它们是具体的,可直接操作的。如人格权在宪法和法律上都有规定,但宪法上的人格权比民法上的人格权含义更宽泛,其中包括人格尊严权、姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权等内容,它们主要通过民法予以保障(民法的保障措施的具体的),但在一定条件下,刑法、行政法也可以介入,或必须介入。不论以哪种法律方式介入,介入的法律都是具体的,且都要受宪法的制约,不论哪一部法律规定的人格权内容,都不得与宪法所规定的人格权相抵触。

我国宪法学界一般较多地强调宪法权利是最重要的和最基本的权利,^[35]这当然是正确的,但仅仅局限于此又是不准确的。仅就重要性而言,吃饭的权利、睡觉的权利、呼吸的权利无疑比许多宪法权利(如选举权、言论自由、受教育权等)更重要,为什么它们不是宪法权利?因为它们很具体,可以被更抽象的权利所概括,如生存权、健康权、休息权等。如果宪法权利过于具体,一方面宪法将变得过于琐碎而失去根本法之特征,另一方面也使立法的预留空间太小。一般来说,由人民直接决定自己权利的具体范围、尺度,不仅不太可能,而且没有必要,既难以有实践上的可操作性,也将会损害而不是有利于权利的实现。同时,人的自然权利是非常丰富的,宪法和法律不可能将其一一纳入,保留“法外自由”即承认习惯权利和道德权利是必要的,在这些方面应该适当地“听由社会自主、自治、自律”。^[36] 宪法权利无疑是重要的权利,但重要的权利并不一定是宪法权利,宪法权利除了要具有“重要性”的特征之外,还应具有“抽象性”,具有包容同一类型的诸多法律权利的能力,是同类法律权利共性的抽象概括(犹如合并同类项)。一个宪法权利往往拥有丰富的内涵和复杂的结构,而一个法律权利相对来说结构较为简单,内容相对单薄,因为宪法是根本法、母法。^[37]

[34] 在2007年6月于南京召开的第三届“中国宪法学基本范畴与方法”学术研讨会上,郑贤君教授和林来梵教授对笔者关于“宪法权利是抽象权利,法律权利是具体权利”的观点提出了批评。但笔者在认真“反省”了自己的观点后仍然认为,即便日本学者在抽象权利和具体权利的论述方面有“非常成熟的一套理论”,也不妨碍我们对宪法权利和法律权利作抽象权利与具体权利划分的尝试。根据大须贺明教授的介绍,日本学者关于抽象权利与具体权利的划分是针对宪法权利而言的(即认为宪法权利中有抽象权利也有具体权利)。日本学者普遍认为宪法上的生存权是具体性权利,而反对将其视为“纲领性规定”(抽象权利),但其前提是他们认为只有具体权利才对立法机关有直接效力,如果认为生存权是“纲领性规定”则免除了立法机关的立法义务,这是他们区分宪法上的抽象权利与具体权利的意义所在。笔者认为,所有宪法权利都具有抽象性,但它们对立法机关也都具有立法义务,甚至那些宪法中原则性较明显的政策性规定也不能免除立法机关的立法义务,区别仅仅在于立法机关为这些不同的宪法条款立法时,其自由裁量权有所不同,而不是立法义务的“有”或“无”的问题。宪法权利的抽象性不能成为免除法律将其具体化的理由,相反它就是理由(因为抽象才需要法律将其具体化)。德国学者赛韦特认为,在德国《基本法》的基本权利体系中,“完全不包含有所谓‘纲领性规定’”。他的意思是,所有宪法权利都需要具体化、法律化(有关内容请参阅[日]大须贺明:《生存权论》,林浩译,法律出版社2001年版,第四章“作为具体性权利的生存权”,其中引用的德国学者赛韦特的观点,见该书第87页)。根据《现代汉语词典》的解释,“抽象”的第一含义是“在许多事物中,舍弃个别的、非本质的属性,抽出共同的、本质的属性”(中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语词典》,商务印书馆1998年版,第177页),笔者认为以此界定宪法权利是一种“抽象权利”,似无不妥。

[35] 有关论点可参见杨海坤主编:《跨入新世纪的中国宪法学——中国宪法学研究现状与评价》(上),中国人事出版社2001年版,第221页。

[36] 李步云主编:《人权法学》,高等教育出版社2005年版,第147页。

[37] 美国宪法史上的“禁酒”修正案之不妥,不仅在于它与多数人的愿望相冲突,而且从宪法学的基本原理来看,也是犯了“只要是重要的问题就应当规定在宪法中”的错误。禁酒还是不禁酒都是一个具体的法律问题,应由具体的法律来解决,而不“应根据形势需要”将其上升为一个宪法问题——第一次世界大战期间节约粮食的需要给禁酒蒙上了爱国主义的面纱。这样即使该条款被废止,作为一个法律条款被废止和作为一个宪法条款被废止,其对法律体系乃至全社会的稳定性的影响是显然不同的。有关“禁酒”修正案可参见[美]卡尔威因、帕尔德森:《美国宪法释义》,徐卫东、吴新平译,华夏出版社1989年版,第316-317页。

由于宪法权利的抽象性和法律权利的具体性,因此,一般来说,法律权利具有更明显的可诉性,进入司法程序的案件大都是法律权利纠纷,宪法权利并非不可诉,但它是通过一种特殊的诉讼渠道——宪法诉讼或普通诉讼附带违宪审查来实现的。一般的民事、刑事、行政诉讼是实现权利救济的常规渠道,而违宪审查是权利救济的特殊渠道,一般不会轻易启动,也无须经常启动。因为宪法权利已经被法律权利具体化了,个人的权利被侵犯时,大多表现为某一个具体的法律权利被侵犯,这个具体的法律权利是从宪法中引申而来的,是宪法某一权利的一个组成部分,但它并不能等同于宪法权利。当齐玉苓的受教育权被侵犯时,此受教育权是法律上的受教育权(准确地说是受教育权中的“入学权”),而不是宪法上抽象的受教育权。当作为个人的“出租汽车司机所享有的在交通要道上自由载客运行的权利”与另一些公民的集会、游行、示威的权利相冲突时,该出租汽车司机可能“在特定时段内无法继续享有畅通无阻载客运行的权利”,^[38]但这种权利冲突并不是宪法权利之间的冲突,而是法律权利之间的冲突。在这里,出租汽车司机的自由载客权是法律权利,公民的集会游行示威行为也是法律上的具体的“举行”集会游行示威权,而不是宪法上抽象的集会游行示威权。当某人的名誉权与媒体的新闻报道自由冲突时,名誉权是民事权利,而此案中的报道自由也并非宪法权利,而是由宪法权利引申出来的法律权利——某个媒体(或某记者)自由报道的权利。因此在这类案件中并不存在宪法权利与宪法权利的冲突或宪法权利与民事权利的冲突,而是民事权利与民事权利的冲突。能够侵犯个人抽象的宪法权利的,往往是立法机关的法律,如立法机关在将宪法权利细化为法律权利的过程中歪曲甚至剥夺了其权利,用大量义务规范架空权利,或赋予国家机关过多的限制个人权利的权力,这时候能够对个人宪法权利进行救济的途径通常是违宪审查。

[Abstract] The subject of constitutional rights is the collective of all individuals whereas the subjects of legal rights are individuals or collectives of some individuals (legal persons). While an individual citizen may waive his legal rights, the people can never waive the constitutional rights of all citizens. Constitutional rights, as parent rights, may give birth to a series of legal rights (subsidiary rights). Constitutional rights are not only essential rights, but also abstract rights.

(责任编辑:冉井富)

[38] 莫纪宏:《现代宪法的逻辑基础》,法律出版社 2001 年版,第 436 页。