

您的位置: 首页 >> 阅读文章

阅读文章

Selected Articles

更多▲

使用大字体察看本文
阅读次数: 517

人权保障：作为原则的意义 ——为了宪法第33条第3款的一个序说

林来梵 季彦敏

摘要：宪法第33条第3款“国家尊重和保障人权”这九字条款的增设，可誉为第四次宪法修正案的点睛之笔。它标志着现行宪法首次从一个概括性条款确认了人权保障的宪法原则（constitutional principle），不仅在法解释学具有丰富的意涵，而且在规范存在之层面上也同样具有重要的意义。然而，九字条款的增设也进一步加剧了现行宪法中抽象性的人权规范与个别性的人权保障之间所已经存在的巨大张力，而为缓解这一张力，建立具有实效性的违宪审查制度，就成为逼迫的课题。

关键词：人权保障原则 对限制的限制 非确断性宪法评价 违宪审查制度

一、引言

在有德行的政治制度和宪政实践中，每个人都应享有被尊重和被保护的權利。德沃金说这就是政治道德的一种要求，甚至认为权利就是“个人握在手里的政治王牌”，[①]一种驳驳然凌驾于一般福利（general welfare）之上的王牌，而保护个人权利则是政府最基本目的中的精粹。[②]从宪法规范上来看，各个国家的宪法或宪政实践也都确认了对人权保障原则的核心地位，可以说，在最大公约数意义上，人权保障原则的确立乃是立宪主义（宪政主义）的一个重要标志，该原则本身也是宪法诸原则中最核心的原则。对此，国际学术界长期以来已有定说。但在我国上世纪90年代以前，学术界和意识形态部门则长期片面强调人权的阶级性和民族性，而忽视了人权的普遍性，视人权为资产阶级的“专利”，甚至把人权看成是“资产阶级的货色”，强调集体利益和社会利益高于个人权利。直到80年代末，人权研究的禁区才被突破，[③]对人权理论的研究才得以次第深入，迨上世纪末本世纪初，法学界部分学者率先确认了人权保障原则的核心地位，[④]时至现在，越来越多的学者开始关注并认可人权保障原则在宪法诸原则中的核心地位，[⑤]使这一观点基本上形成了通说。而我国第四次宪法修正案第24条增设“国家尊重和保障人权”这一条款（宪法第33条第3款，以下简称“九字条款”），便是在规范意义上明确宣告了作为一项概括性条款的人权保障原则在我国的确立。

本文试图基于规范宪法学的立场，首先尝试在解释学上全面阐释这九字条款的意涵，进而探究作为一种规范而出现所具有的事实论意义，最后分析其在宪法上所产生的后果，并讨论处理这个后果的有效方案。

二、作为宪法规范的人权保障原则

概括性条款往往用于表述原则，而人权保障原则可以弥补规则适用的局部有效性所带来的权利缺失。那么什么是人权保障原则呢？德沃金认为，这种原则就是规则之外所有可以用来支持个人权利的标准。[⑥]而在阿列克西的界说中，宪法中的人权条款基本上都可以看成是原则性的规定。[⑦]这些歧见姑且不论，我国本次宪法修正案所增设的九字条款，无疑是一个典型的概括性条款，标志着现行宪法在实在规范中正式明确地确立了人权保障这一原则。

特聘专家

法学所导航

走进法学所

走进国际法中心

机构设置

《法学研究》

《环球法律评论》

科研项目

系列丛书

最新著作

法学图书馆

研究中心

法学系

作为一个概括性条款，其“意义的波段宽度”（拉伦兹语）在解释学上必然是巨大的。那么从规范宪法学所重视宪法解释学的角度来看，这九字条款，究竟能蕴涵多少的以及怎样的规范内涵呢？笔者认为，其至少可包括如下五个层面：

（一）人作为人的基本权利

尊重和保障人权，其实就是尊重和保障人作为人的基本权利，这应该说是人权保障原则的第一层内涵，之所以可以挖掘出这样的意涵，是因为，我国宪法中已有“基本权利”之谓，在此之上特意引入“人权”这一概念，其背景自然相当深远，但仅从规范内部的意义脉络而言，必定在于强调这种基本权利乃是“人作为人的基本权利”，而尊重和保障人作为人的基本权利，本身也正是立宪主义的价值目标。

那么，“人作为人”的形态是如何的呢？为了回答这个追问，我们其实可以从这里追溯到纵深的宪法价值基础。众所周知，就各国的情形而言，传统宪法的价值本源自于传统立宪主义（主要是近代立宪主义），而这种立宪主义又深深地受到了西方自由主义的浸润，诚如新自由主义旗手哈耶克所言，“剥离掉一切表层以后，自由主义就是宪政（立宪主义）”。〔8〕而在西方近代政治思想史上，自由主义的基础又是个人主义。质言之，沿着“立宪主义→自由主义→个人主义”这种关系脉络不断追溯上去，我们才可以捕捉到传统立宪主义的价值内涵，而这种价值内涵实际上蕴涵着一种鲜明的价值倾向，即：与其强调国家权力的实现，毋宁重视个人权利的保护。可以说，人权的基调和思想本质在于个人主义，也即仅仅作为个人的每个人都有资格得到人权所要求的待遇。〔9〕日本宪法第13条中规定“所有国民均作为个人受到尊重”，即鲜明的表达了这一意思。从某种意义上来说，保障宪法权利的最终极意义也就是保障个人的尊严。个人尊严不仅是人所固有的不可剥夺的权利，而且是一切人权的来源，或者说一切人权都只是个人尊严的表现形式。它是经历了法西斯主义暴政的蹂躏和践踏之后，反刍出来的一项人权，但居于人权体系中的核心地位，德国基本法第1条便是人格尊严保护条款，规定了“个人尊严不受侵犯，所有国家权力都有义务尊重和保护环境”。在随后的一些判决中也指出，在宪法权利中建立的价值客观序列是以社会中自由发展的个人尊严为中心的，其必须在所有的法律领域之内被视为宪法的基本决定。〔10〕可知，个人尊严已经构成了德国基本法最重要的价值，〔11〕德国公法学大师Dürig就称之为“最高的宪法原则与价值”。〔12〕

问题是，我国宪法中的九字条款是否可以沿着“立宪主义→自由主义→个人主义”这种关系脉络追溯到这一步呢？笔者认为，至少在解释学上，该条款的确存在这样的可能意义，关键在于是否被进一步实在化，并具有将这一意义加以进一步实在化的现实基础。但无论如何，尊重和保障人作为人的基本权利中的人，必定主要是可辨析不可再分的人，这则是一个不必争议的宪法定理。这一点，已可为九字条款的内涵所接纳。

（二）国家的义务

所谓“国家尊重和保障人权”，显然确定了国家尊重和保障人权的义务，也应合了立宪主义将国家拟制为人权侵害的主体的那种最初想象。

作为国家的义务，首先是尊重人权。由于“尊重”（respect）这个用语带有宣言性、纲领性或政治哲学的意味，所以当它进入人权规范之后，法解释学就不得不赋予它具有实质性的法律内涵，免得虽然宪法规定了“尊重人权”，但流于空洞化。这也是由于，对于没有接受过法解释学训练的人来说，“尊重”这个词很可能被理解成一种单纯的心理状态。然而，从法规范理论的视角而言，法可以保护人的内心，但不可以拘束人的内心，对于国家及其公务人员也是如此，法不应该关注其对人权是否抱持“尊重”的心理状态，同时也不能仅仅要求它抱持这种心理状态，而应该要求并关注其处于一种可检验为“尊重”的态度或行为状态之中，这种态度或行为状态的法律性质不是别的，就是接受约束。日本的法学家也是这样理解的，他们在宪法解释学上往往将其宪法上的第13条与德国基本法第1条第3项相提并论，而后者规定的是：以下基本权，作为直接妥当之法，拘束立法、执行和裁判。

而既然是“尊重人权”，即接受人权规范的拘束，那在逻辑上进而就需要作出“保障”。但值得注意的是，这个“保障”既包括消极不作为意义上的保障，也包括积极作为意义上的保障。其中，前者是与“防御国家的自由”（freedom from state）相关联的一个概念，它最初表现为国家的消极义务，是一种自由国家的基本理念，即“国家避免和自我克制对个人自由的侵害”。〔13〕而后，随着社会权在人权规范体系内的登场，使国家负上了“防止和阻止他人对个人权利侵害的义务”，〔14〕国家必须采取积极的措施来履行其所负义务，人权也从单一的“防御国家的自由”迈向了同“依靠国家的自由”（freedom by state）相并举的时代，使得不仅立法者应有制定充分的行政法律及刑事法律来适当的保障人民的自由与权利，〔15〕韩国宪法甚至从国家的人权保障义务中引申出另一个重要的义务，即国家的犯罪防止义务和犯罪被害者的国

（三）非完全列举主义

既然“国家尊重和保障人权”，这就意味着，对于那些宪法没有作出明示性规定但却非常重要的人权，就同样也必须给予尊重和保障。从这一意义上而言，九字条款作为一项概括性条款，在规范意义上可涵盖非完全列举主义精神。许多国家在宪法规范或宪法实践中确认了非完全列举主义。例如美国宪法第9条修正案（1791）规定：“本宪法对某些权利的列举，不得被解释为否定或忽视由人民保留的其他权利。”韩国宪法第37条也规定：“公民的基本权利不得因宪法未加详尽列出而被忽视。”我国宪法中并没有类似的明示性的条款，然而，九字条款至少可以在解释学上填补了这一规范的缺落，不仅为人权体系的进一步完善，也为人权类型的推定，提供了实在宪法上的规范依据。

（四）对限制的限制

国家尊重和保障人权，核心在于保障。但单纯意义上所说的“保障”只是一种未分化的、未展开的初始意义上的保障，因为其本身是以某种高迈的理想色彩遮蔽着一个这样的内在悖论：由于权利之间是有可能相互冲突的，为此，为了实现较为广义的“保障”目标，就可能不得限制其他人权，这便姑且引出了限制的必要性和制度性事实。众所周知，美国宪法第1条修正案以相当决绝的文字，明文规定了“不得立法侵犯”言论自由等自由权利，但实际上则存在一定的限制。就拿言论自由来说，基于哈特所说的人的脆弱性等人类自身的原因，谁都知道人类的语言在特定情境下也具有侵害性，甚至拥有杀伤力，为此还是不得不在法的层面上对言论自由进行一定的限制。美国也是如此，尽管这个国家把言论自由列入宪法第1修正案，确立了“不得立法侵害”的原则，甚至赋予“优越的地位”，但实际上也照样在法规范的世界里予以限制，其做法是，一方面维持议会“不得立法侵害”的原则，另一方面则主要由法院出面，通过一系列的司法判例，确立了“不受保护的言论”（unprotected speech）这一法律概念，把一部分确实需要限制的言论加以类型化，并纳入这个范畴，从而使之在法的框架里受到了限制。这些类型主要包括淫猥性言论、对个人的诽谤、对少数种族等集团的诽谤（group libel, group defamation）、侵犯隐私权的言论，甚至包括部分的营利性言论等。

由此可知，对人权即保障又限制，正是人权保障的重要内容，也体现了人权不受侵犯性和受制约性这一自我矛盾的基本性质。

然而，这种对人权的限制又注定与保障存在着紧张的关系，而事实上也很可能在保障其他权利甚至“公共利益”的名义下被滥用，为此就需要“对限制的限制”。对限制的限制，其实就是一种保障，一种法规理论意义上的保障。它既是通过尽力解决保障与限制之间的紧张关系而对保障理想的一种复归，也是广义上的人权保障的最后一道关隘；它虽然只能提供事后性的人权救济，但却能给侵权行为的事发提出有效的警示和合理的限制准则，促使侵权者自觉提前进行自我约束。更值得一提的是，通过这一个环节，宪法上那些简约的人权条款，也可以可在各种具体个案中通过宪法解释和宪法判断得以不断展开，使那些个别性的人权的保障范围和具体界限得以明朗化。为此，从一定程度上而言，法学所应关注的人权保障的主题，与其说是那种单纯的、泛泛而谈意义上的人权保障，倒不如说就是这个“对限制的限制”这种转化形态上的人权保障。

这正是九字条款所包含的、但同样容易被遮蔽的、需要规范宪法学才能挖掘出来的深层意涵。

（五）实效性的救济

既然国家必须尊重和保障人权，那么，就需要针对人权的侵犯行为提供具有实效性的救济。否则，对人权的保障就成为一种空想，这诚如法谚所言“无救济即无权利”。同时，这也是由对限制的限制进一步所推导出来的内涵，因为，既然对人权限制的限制如此重要，那么，就需要在制度上实现这一机制。综观国际宪政实践，绝大多数宪政国家都依赖违宪审查制度来担保“对限制的限制”的实现。以美国为代表的违宪审查制度，西方国家更是推崇备至，被认为是“保障人民权利的有效形式”。[16]一般来讲，违宪审查是针对限制人权的立法而进行的，其目的是为了保护人权，不仅对法律限制人权的目的是否具有正当性进行审查，而且对该法律限制人权使用的手段合宪性也进行审查（目的合法的前提下）。[17] 违宪审查制度是人权保障的必要途径，没有救济程序的宪法不是完善的宪法，有鉴于此，有待文末予以详论。

三、作为规范存在的意义

宪法解释学必然带有理想化的色彩，在当下的中国甚至有可能被看成是“屠龙之术”。因为人们有理由质疑，如果缺落人权保障的保障机制，用宪法解释学阐发出九字条款这样一个概括性条款的许多意涵又有

何用呢？应该说，这种质疑在一定意义上是妥当的，这也是本文最后之所以要呼吁建立违宪审查制度的缘由。但是，笔者认为，九字条款作为原则即作为一种规范的类别已存在，这也是一个制度性事实。在制度性事实完满形成之前，九字条款作为规范被订立，或者说其之存在，也已经具有了一定的不可忽视的现实意义。以下缕述之。

（一）提供政治道德的基础

九字条款的“入宪”，标志着我国对人权忽视的历史得以完全终结，标志着国家也已明确地把对人权的尊重和保障作为自己政治道德的基础。政治道德是上层建筑的重要组成部分，属于意识形态领域，一般说来，它应至少具备两个特点：第一，具有义务性和责任性。对人权的尊重和保护，主要就是对国家提出的一项不可“豁免”的政治道德义务。第二，具有目的性和价值性。将以尊重和保护人权为基础的政治道德作为对国家行为要求和规范，是为了达致法治理想和法治秩序的至善境界。在基本的生存权得到满足的同时，人们对自由、自治、有效的政治参与和社会参与以及保护这些权利的其他权利要求日趋强烈，这种权利意识的觉醒和增强迫切要求把尊重和保护人权当作我国政治系统建构中政治道德的基础，根除我国政治系统中长期存在的对公民人权的漠视。为此，政治系统在自我调整过程中应该形成相应的结构，完善相应的制度，为基本人权的实现提供更为坚实的基础。

（二）形塑意识形态

形塑意识形态主要是指形塑公民和政府的人权意识、人权感觉。不仅公民在行使其人权的过程中，应充分认识到其人权是当然具有的权利，是不受公权力所侵犯的普遍权利，在受到侵犯以后可求助于宪法保障制度来救济其受到侵犯的人权。更为重要的是政府应重视对公民人权的尊重和保障，不得无视宪法和法律对公民权利保护的规定，在为一定行政行为时应首先关注该行政行为做出之后是否会有碍或侵犯公民的人权。现代法治国家的最主要特征，是将保障人民的自由当作国家存在及政治运行的主要目的。[18] 过去，我国一直崇尚集体主义，没有个人主义的传统，忽视了公民的个人权利，甚至把人权看成是资产阶级的东西，以致谈“人权”色变。通过确立九字条款，至少可以彻底为“人权”正名，使我们重新确认了保障人权在宪法上的价值，从而重塑国家和社会的意识形态，形成了尊重人权、保障人权的政治风气。

（三）提供具体立法的依据和框架

在人权保障原则作为宪法规范确认以后，国家各机关可以依该原则的内涵来制定或完善相应的法律制度，同时也可以推动其他人权条款的具体化和进一步的实在化。比如，新设宪法第14条第4款规定“国家建立健全同经济发展水平相适应的社会保障制度”，这就需要国家通过立法加以落实，而在九字条款的引领下，国家可以制定相应的社会保障法律规范，并随着经济水平的不断发展而逐步健全社会保障制度。另外，我们可以、也必须依照新修订的宪法人权保障条款，对与这些条款相冲突的法律、法规以及规章制度做出修改或清理。比如宪法第10条第三款：“国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对土地实行征收或者征用并给予补偿”，而现行《土地管理法》及《土地管理法实施细则》仅提及“可依法对集体所有的土地实行征用”（《土地管理法》第2条第3款），都没有提到“征收”以及被征用土地的农民在征地过程中拥有什么权利，而且《土地管理法实施细则》也没有规定在征地方案形成和批准过程中作为合同当事人的农民在土地承包合同中中止时要求补偿的权利，现行法律规定的征地补偿标准等等是由单方面决定并公告的。因此，对《土地管理法》、《土地管理法实施细则》以及相关的各地《土地征用办法》都应据此进行修改。相类似的还有宪法第13条的规定：“国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿”，在该条款的具体框架下，国家可以制定相关的法律制度来保障公民的私有财产，而对于与该条款相冲突的法律、法规以及规章制度等也应依法及时做出修改或清理。[19]

（四）提供非确断性宪法评价的依据

从规范宪法学的角度来看，宪法规范自然是宪法评价的正当性依据，而宪法评价则可分为非确断性的宪法评价和确断性的宪法评价。所谓非确断性宪法评价则是指不具法意义上之约束力的宪法评价，包括学理意义上的评价或其他无权机关乃至普通公民对宪法现象，包括宪法性事案的评价。而确断性的宪法评价则是指可以作为裁判规范的、具有法意义上约束力的宪法评价，它可以作为评价某一宪法行为或某一法律法规的依据，并能够直接用于审理和解决具体的宪法争议纠纷。我国目前仍未建立有效的违宪审查制度，尤其没有确立宪法法院制度或其他的司法违宪审查制度，全国人大及其常委会的违宪审查活动也基本上还没有做出引人注目的绩效，但这不等于其他的主体就不能作出非确断性的宪法评价，以推动人权保障，诉求人权救济，而宪法上的人权规范，包括这九字条款，均可以同样为这种非确断性的宪法评价提供规范上的依据。

但毋庸置疑，由于我国目前还未建立具有实效性的违宪审查制度，人权保障原则作为宪法的基本原则

在这个意义上仍被束之高阁，不能发挥其所可以具备的作为确定性宪法评价的依据功能。质言之，九字条款所具有的这一规范的存在意义，的确有待于违宪审查制度上的完善。这就是下面所要论述的问题。

四、结语：规范上的一种后果及对策

应该承认，本次宪法修正案对人权保障原则的确认，回应了我国人民改革开放过程中日益增强的宪法权利意识，也回应了学术界长期以来的呼声，这无疑是法治进步的表现。更重要的是，如前所述，其作为规范之成立，本身就具有重要的、不可忽视的现实意义。然而，作为一个概括性的条款，其在宪法上的确立，也会带来一种效果，甚至可以说是宪法规范上的后果，那就是进一步加重了宪法中有关人权保障规范体系的抽象性和原则性的分量和特质，从而导致进一步加剧了现行宪法中抽象性的人权规范与个别性的人权保障之间所已经存在着的巨大张力，而为缓解这一张力，将宪法中的人权规范通过下位立法加以具体化固然是一个重要途径，但由于这些立法本身也具有限制人权的性质，其是否符合宪法中人权条款则就成为是一个衍生的问题，为此，更合理也是更彻底的做法则是建立一个具有实效性的违宪审查制度。只有这样，才能使人权保障原则这一法定的规范变成现实的规范，并真正成为“作用中的原则”而得以具体的适用，才能使宪法真正成为一部“作为实践的宪法”而进入人民的现实生活之中，升华为规范宪法。

我国通说的观点认为，现行宪法体制下也存在违宪审查制度，但这其实只是解释学上的见解，指的就是当下以全国人大及其常委会为主体的宪法监督机制。然而，这个制度缺乏足够的可操作性，已为不争的事实，[20] 从而使得人权的保障得不到切实的、具有实效性的落实，也是九字条款中的各种解释学意义上可能蕴涵的意涵成为单纯的学理构想。

概而言之，在尊重人权，保障人权业已成为当代世界各国的潮流，成为我国宪法上的实在规范的今天，我们不仅应该珍惜这次修宪的成果，确立尊重和保障人权的理念，更为重要的是应该在宪法的基本框架内探索实现人权保护的制度创新，尤其是建立符合立宪主义及我国现实国情的违宪审查制度，使人权保障在共和国的现实政治生活中得到真正的、具体的落实和实践。

注释：

* 本文由林来梵提出初步构想和写作提纲，由季彦敏具体捉刀，先后由林来梵两次修正。

[①] Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, p. xi. 中译本中译为“政治护身符”，参见：[美] 罗纳德·德沃金著：《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，导论第6页。

[②] 参见信春鹰：《罗纳德·德沃金与美国当代法理学》，载《法学研究》，1988年第6期。

[③] 参见郭道晖：《人权禁区是怎样突破的》，载郭道晖主编：《中国当代法学争鸣实录》，湖南人民出版社1998年版，第375页下。

[④] 参见李龙：《宪法基础理论》，武汉大学出版社1999年版，第183页；另见林来梵：《从规范宪法到宪法规范--规范宪法学的一种前言》，法律出版社2001年版，第70页。

[⑤] 可参见：莫江平主编：《中国宪法学》，法律出版社2001年版；李步云、邓成明：《论宪法的人权保障功能》，载《宪法研究》（第一卷），法律出版社2002年版，第609页；肖蔚云等著：《宪法学概论》，北京大学出版社2002年版；殷啸虎主编：《宪法学》，上海人民出版社2003年版。

[⑥] 参见张嘉尹：《法律原则、法律体系与法的概念论》，发表于“台湾法理学之传承与展望”研讨会。

[⑦] See Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University, 2002.

[⑧] [美] 哈耶克著，邓正来译：《自由秩序原理》（上），三联书店1997年版，第243页。

[⑨] [美] 杰克·唐纳利：《普遍人权的理论与实践》，王浦劬等译，中国社会科学出版社2001年版，第101页。

[⑩] BverfGE 7, 198.

[11] 李震山，前引书，第7页。

[12] 有学者认为从另一个角度来看，也可理解为个人尊严是不可处分、无法放弃、也不会丧失的绝对权利。参见：许志雄等著：《现代宪法论》，元照出版公司2000年版，第51页。

[13] [日]大沼保昭著：《人权、国家与文明》，王志安译，生活·读书·新知三联书店2003年版，第220页。

[14] [日]大沼保昭，前引书，第220页。

[15] 陈新民著：《宪法基本权利之基本理论》，元照出版公司1999年第五版，第3页。

[16] 罗豪才、吴瀚英著：《资本主义国家的宪法和政治制度》，北京大学出版社1983年版，第41页。

[17] 李岩：《现代国家的违宪审查与人权保障》，载张庆福主编：《宪政论丛》（第一卷），第176页。

[18] 陈新民，前引书，山东人民出版社2001年版，第485页。

[19] 不论是对土地的征收征用还是对其它公民私有财产的征收征用，国家都必须依法给予补偿。在将来的立法或法律修订中都应明确非因“公共利益的需要”不得为之，而且必须公平地衡量公共及利益关系人之利益后，依据公平补偿原则进行补偿，不仅应考虑到当前的利益损失，而且也要考虑到合理的未来利益损失，实行实体补偿和后果补偿的双轨体系。关于该理论具体可参见陈新民，前引书，第485页下。

[20] 有学者认为我国当下宪法监督机制的主体模糊，而且宪法缺少可适用性，更重要的是宪法监督欠缺相应的启动机制而难以操作。参见王克稳：《我国违宪审查制度建立的主要法律障碍》，载《现代法学》，2000年第22卷第2期。当然，也有学者认为目前监督制度就是一种违宪审查制度。

来源：中国宪政网（原载于《法商研究》2005年第4期）

[网站简介](#) | [招聘信息](#) | [投稿热线](#) | [意见反馈](#) | [联系我们](#)

Copyright © 2003 All rights reserved 中国社会科学院法学研究所版权所有 请勿侵权

地址：北京市东城区沙滩北街15号 邮编：100720

[RSS](#)