

基本权利的保护范围 构成、限制及其合宪性

汪进元 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

013033404

D921.04
81

基本权利的保护范围 构成、限制及其合宪性

汪进元
著



D921.04
81


法律出版社
LAW PRESS · CHINA



北航

C1639837

前 言

早在古希腊时期,亚里士多德就指出宪法是公民的生活规范,现在也有学者认为宪法是公民的生活方式。在笔者看来,宪法最贴近公民生活的无疑是基本权利,而且是宪法走进公民生活的关键点。那么,宪法如何走进公民生活?或者说宪法的基本权利条款如何在现实生活中落实?首先当然是需要部门立法的具体化,同时也更需要宪法解释,尤其是宪法的司法解释。目前,我们没有违宪的司法解释,现行《宪法》和《立法法》确立的宪法和法律监督与解释也羞于启动,这个任务自然落到了宪法学者的肩上。

近几年来,中国宪法学者深知自己的责任重大,也在倾力思考和研究宪法与部门法的关系以及宪法权利的具体化和可适用性等问题,也有不少力作和论文问世。相比之下,本书的特点主要有如下几个方面。

首先,全书分基础理论、基本原则和权利各论三大部分:在基础理论部分,关于中西方权利理念的嬗变与分野、基本权利的核心价值及其导向功能,以及基本权利的限制方式、合宪基准及其整合,基本权利的生成逻辑、判断基准和多视角的分类等,是法学界涉足较少或者争议颇多的问题;在基本原则部分,人性尊严、平等保护、正当程序等,是笔者一直潜心研究的主要问题,至于它们是具体权利,还是概括性权利或者是基本原则,目前中外理论界争议较大,笔者赞同原则论,另增加了权利救济的司法主治原则;在权利各论部分,作者提出的三代生存权、人

格权的重新解读、财产权限制的四个合宪规则以及生命权与警察执法杀人的合宪性等,是目前国内理论界鲜少有人提及的。

其次,本书的重心放在基本权利的保护范围,包括基本权利的构成要素——主体、行为和法益、各个基本权利的权域范围、基本权利的限制方式及其合宪性基准,对单个基本权利的限制方式及其合宪性也作了个别论证。曾经有学者撰文疾呼“守望权利边界”,“我们应该从权利本位转向权利边界的研究”,一语道破了中国目前权利研究存在的问题,也提醒我们注意权利研究的视角转换。当然,在研究权利边界时,不能仅仅停留在每一个权利的权域范围之罗列,更为重要的是如何根据各个权利的主体、行为和法益,从宪法视角审视部门法限制权利的原则、方式等的合宪性,这是一个高难度的问题,也是我们理论界必须面对的重要课题。

最后,本书是一本比较宪法学的著作,涉及的材料包括中外基本权利的法哲学、法原理、法规范、法实践等方面,尤其是美国、德国、法国、俄罗斯、日本和韩国等国的宪法规范和国际人权法规范,以及美国、德国和日本等国的宪法判例,通过比较分析和法释义学解读等方法,探究了基本权利的核心内涵、价值基础和功能面向;同时,对中国宪法的基本权利条文及其与部门法的关系进行了解读,也提出了一些颇具建设性的意见。

尽管中国能否建立违宪的司法审查制度有待于进一步研究,而且宪法权利条款能否在法院办案中具体适用也是一个有争议的问题,但是,现行宪法监督制度也涉及法律等规范性文件的合宪性审查,也应该建立一套合宪性审查基准。本书的面世只是一种尝试,当有抛砖引玉之效。同时,宪法权利的部门法化和可享理性,一直是笔者从事宪法和基本权利研究与教学关注的核心问题,因为,权利不在于所有,而在于所用;权利不在于规定,而在于解释;权利解释是在尊重宪法原则的前提之下发现权利、扩展权利,减少和杜绝部门法恣意限制权利。

本书的出版是笔者十多年来研究基本权利问题的一个小结。需要说明的是:其中大部分章节的内容都曾经发表在《法学研究》、《中国法学》、《法商研究》、《法学评论》和《华东政法大学学报》等国内重要期刊上,此次作为著作出版,笔者进行了资料更新、结构调整和体系化的工作。

今年是中国 1982 年《宪法》颁行 30 周年,笔者谨以此小作向 1982 年《宪法》30 华诞献礼!

汪进元

南京 江宁 翠屏东南

2012 年 10 月 16 日

第一编 基础理论

第一章 中西权利理念的胚变与分野	3
一、中西权利理念的萌生与胚变	3
二、西方权利本位主义理念的分野	7
第二章 基本权利的概念和分类	10
一、宪法权利是否等于基本权利	10
二、基本权利的含义和特点	12
三、基本权利的分类	14
第三章 基本权利的核心价值及其导向功能	17
一、基本权利的核心价值甄别	17
二、基本权利的核心价值之导向功能	20
三、基本权利的核心价值在中国的定位与导向	23
第四章 基本权利的功能和国家保护义务	27
一、基本权利之功能与国家保护义务的关联性	27
二、基本权利的主观功能与国家保护义务	28
三、基本权利的客观功能与国家保护义务	29
第五章 基本权利的主体和效力	32
一、基本权利的主体	32
二、基本权利对国家的效力	35

三、基本权利对“第三者”的效力	37
第六章 基本权利的生成与限制	41
一、基本权利的生成逻辑	41
二、基本权利限制的目的和功能	47
三、基本权利限制的方式和类型	50
四、特别权力关系主体的权利限制	52
第七章 基本权利限制的合宪基准	55
一、基本权利限制的形式合宪基准	55
二、基本权利限制的实质合宪基准	57
三、基本权利限制的合宪基准整合	59
第八章 基本权利的位阶、竞合与冲突	66
一、基本权利的位阶	66
二、基本权利的竞合	76
三、基本权利的冲突	78

第二编 基本原则

第九章 人性尊严原则	85
一、人性尊严的法哲学之争	85
二、人性尊严的法释义学之辨	87
三、人性尊严原则的含义、属性和功能	92
第十章 平等保护原则	96
一、平等保护的历史演变	96
二、平等保护的基本含义	98
三、平等保护的司法标准	100
四、平等保护原则在中国的问题	104
第十一章 正当程序原则	107
一、正当程序的基本类型	107
二、正当程序的运行路径	112
三、正当程序的构成要素	115
四、正当程序的宪政功能	118

第十二章 权利救济的司法主治原则	123
一、司法主治的理论逻辑	123
二、司法主治的功能选择	127
三、司法主治在西方的宪政实践	131
四、司法主治与中国司法权的地位变迁	133

第三编 权利各论

第十三章 生命权	145
一、生命权的含义和构成	145
二、生命权的构成之争	149
三、生命权之剥夺的合宪性问题	153
第十四章 人格权	156
一、人格权的概念重构	156
二、人格权的构成范围	160
三、人格权的保护与限制	162
第十五章 人身自由	168
一、人身自由的含义和构成	168
二、人身自由限制的规则模式比较	170
三、人身自由的限制方式及其合宪性	172
四、非法证据排除：宪法保护人身权的“黄金”条款	174
第十六章 表达自由	180
一、表达自由的含义和价值	180
二、表达自由的基本形式	182
三、表达自由的限制方式	187
四、表达自由限制的合宪性	191
第十七章 选举与罢免权	198
一、选举和选举权的含义、属性和特点	198
二、选举权的构成范围	201
三、选举权的利益表达机制	203
四、选举权的程序制度	206

五、罢免权与罢免程序	209
六、选举权争议的处理机制	212
第十八章 公民立法与决策权	214
一、公民立法与决策权的含义	214
二、公民直接立法与决策权	215
三、公民立法和决策参与权	218
四、公民立法与决策权的限制与审查	220
五、中国公民立法与决策权的制度与实践	222
第十九章 财产权	224
一、财产权的含义和构成	224
二、财产权的属性和功能	229
三、财产权的法律限制	232
四、财产权限制的合宪基准	235
五、财产的征收与补偿	237
第二十章 劳动权	244
一、劳动权的含义和属性	244
二、劳动权的保护范围	248
三、劳动权的限制及其合宪性	254
四、中国公民劳动权保障存在的问题与对策	257
第二十一章 生存权	261
一、生存权的含义和属性	261
二、生存权的权域范围	265
三、生存权的救济之道	269
四、中国公民生存保障的问题与对策	273
第二十二章 受教育权	280
一、受教育权的含义和属性	280
二、基础教育不同于大学教育	284
三、受教育权的保护范围	287
四、中国公民受教育权保障存在的问题与对策	292
参考文献	297

第一编 基础理论

第一章 中西权利理念的胚变与分野

一、中西权利理念的萌生与胚变

(一) 两种古代语境中的权利话语:相同的旨趣

在西方,权利概念由罗马法中的“jus(ius)”一词演变而来。“jus”的最初含义为:(1)“正当事物本身”(the just thing itself);(2)“一个人用以判断正义的标准,即法律”;(3)“正义得以实现的地方,即法庭”。^①在罗马法中另一个与“jus”有关的概念是“dominium”,后人译为“所有权”。在当时,所有权也为家父权,同时具有主权的特点,也即所有权(家父权)具有最高性、绝对性和排他性。一家之中,家父是所有权的主体,其他自由人和奴隶、土地及其附属物和牲畜等均为所有权的客体,体现了标的物对主权者(家父)的从属地位。

到了中世纪后期,基督教作家奥康姆和热尔松在其著作中将拉丁文“jus”的用法加以改造,赋予“jus”具有使用某一财产的含义。^②在一次关于教会财产归属问题的争论过程中,教皇主张教会有资格拥有财产,而奥康姆则认为,教会对其财产只是一种使用,教皇反驳说这一“使

^① [爱尔兰]J. M. 凯利著:《西方法律思想简史》,王笑红译,法律出版社2002年版,第137页。

^② 同上。

用”事实上是一种权利“jus”。^①之后于17世纪初,西班牙教士苏亚雷斯将“jus”的含义界定为每个人对应当属于他的东西的一种道德力量。十几年后,荷兰的格劳秀斯在解释“jus”一词时认为:“jus”的含义之一是“正当的事情”(that which is just),之二是一种使得人们能够拥有或做正当的事情的道德上的“资格”。于是,在西方,近现代意义的权利观念正式确立。

在中国,“权利”一词早在古代的典籍之中就已出现,如《荀子—君道》曰:“按之于声色、权利、忿怒、患险,而观其能无守也。”《史记》中《魏其武安侯—附灌夫》曰:“家累数千金,食客日数十百人,陂池田园,宗族宾客为权利,横于颍川。”这里的“权利”是指“权势及财货”,与权力和财产有关。比较而言,中国古语中的“权利”一词与古罗马法中的“jus”和“dominium”,在内涵和外延上多有相似之处,即均蕴含着“权力、利益和财产”等之意;同时,中国古语中的“法”一词的含义为平之如水,即公平正义之术。二者的结合正好契合了西方的“jus”一词的本真含义。

(二) 两种文化传统孕育的权利理念:不同的命运

为什么出自同一时期并且含义基本接近的“权利”(jus)经过两千多年的演变后,相去各异呢?作者认为,可能的原因有如下几个方面。

首先,从国家与社会的结构演变来看,在古罗马时期,“法”(jus)“注重较小群体尤其是家庭(familiae)的结构”,也“产生于这种家庭关系之中”;^②同时,“家父权”(dominium)则具有对外的“自主”之权和对内的“主他”之权,这种理念支配着罗马社会小到一个家庭和家父,大到一个国家和皇帝。根据罗马法学的格言“家父权不触及公法”和罗马法的私法至上理念,我们可知:罗马人完全是“根据私人权利的准则来看待君主权力的,换句话说,他们把私人权利看成是国家权力的最高准则”,并由此形成了社会独立于国家以及国、社分离的基本格局,也因此奠基了西方权利本位主义以及国家权力来源于公民权利、受制于公民权利的权利观和权力观。

但是,在儒家“亲亲、尊尊”原则指导下的传统中国,“国”、“社”一体,“家”、“国”同构,妻子儿女依附于家长,臣民依附于皇帝,权利成了皇帝的专利品和皇权的代名词,土地作为当时的主要财产归属于皇帝专有,所谓“普天之下,莫非王土”,即财产所有权具有公权的属性。同时,“以刑为主、民刑不分、诸法合体”的公法至上理念,一直处于主导地位。尽管自商周以来就有“民可近,不可下,民惟

① [爱尔兰]J. M. 凯利著:《西方法律思想简史》,王笑红译,法律出版社2002年版,第137页。

② [意]格罗索著:《罗马法史》,黄风译,中国政法大学出版社1994年版,第110页。

邦本,本固邦宁”、^①“夫霸王之所始也,以人为本。本理则国固,本乱则国危”、^②“民为贵,社稷次之,君为轻”、^③“君者,舟也;庶民者,水也。水则载舟,水则覆舟”^④的民本思想,但是,在以皇权至上为核心的等级社会里,“民为邦本”被视为了“皇位永固”之基础的解读,“民本”或是“以人为本”充其量不过是指以皇帝为代表的封建官吏自上而下的层层关爱和施舍,即所谓“爱民如子”。也因如此,在中国两千多年的封建传统社会里,个人及其权利始终只是国家的附随之物,以“权势和财货”为核心内容的“权利”理念,始终没有能够演变成成为西方式的权利本位主义信条。这也是中国式的国家权力至上以及“爱民如子”的国家本位主义权利观的历史源头。

其次,从西方权利移植的背景和权利释义的导向来看,到了近代社会,尽管启蒙思想家康有为、梁启超等人大量地介绍引进西方学者的权利思想,但是,由于受传统的国家本位主义思想的影响,以及近代中国的满汉矛盾和外国列强的侵华,国人心中的聚焦点在于国家的独立、稳定和发展,个人及其权利被湮灭在这种民族复兴主义的声浪之中。以孙中山先生为代表的一批民权主义思想家,对西方意义的权利观念进行了国家本位主义和“去个人化”自由的解读。例如孙中山先生在其领导的资产阶级民主革命时期,为了达到“驱除鞑虏,恢复中华”之目标,就曾说过“中国人为什么是一盘散沙呢?……就是因为各人的自由太多。由于中国人自由太多,所以中国要革命”,“(自由的观念)万不可用到个人上去,要用到国家上去。个人不可太自由,国家要得到完全自由”。^⑤又如梁启超受欧美19世纪兴起的法律实证主义思想的影响,在《钦定宪法大纲》颁定之前就撰文指出:天赋人权学说在西方已走势渐微,个人作为公民的地位及其享有的权利源于国家而不是相反。^⑥再如国民党统治时期的一位学者在讨论法律与权利的关系时明确指出:“宪法权利不应基于天赋人权理论之上。任何可实施的权利都是由法律创设的这一点不容置疑。”^⑦

(三) 现代中国的权利理念:自由权与社会权的博弈

新中国成立之后,人民的生存和国家的发展成为中国共产党执政的基本出发

① 《伪古文尚书·五子之歌》。

② 《管子》。

③ 《孟子·尽心下》。

④ 《荀子·王制》。

⑤ 夏勇主编:《公法》(第1卷),法律出版社1999年版,第13页。

⑥ 同上,第57~58页。

⑦ 同上,第59页。

点。战争的创伤、人民的疾苦、国家的地位,不断地警示我们:在固国、强国和发展经济的基础上,须解决人民的生存问题。所以,以生存权为核心的社会权始终处于主导地位,所谓生存不保,生命不在,何谈自由。但有问题的是:一方面,在国家本位主义和“去个人化”自由的传统理念支配之下,法律之下的自由被推向了极端,“三反五反”和“十年文革”等政治运动风起云涌,政治斗争取代了政治自由;另一方面,公有制将个人财产国有化,计划经济又使国家和单位“保姆化”,户籍制度把人们锁定在“摇篮”之中,经济自由也无从谈起。结果,人民的生产和生活只能依附于政府和单位,不具有独立性。

自1978年改革开放以来,政府主导型的经济体制改革成为我们摆脱贫困、赶超西方发达国家的铁律。这些年来,国民经济发展了,政府的钱袋子丰厚了,社会福利也开始启动并逐渐覆盖全社会,人民的生存问题有了相当的保障。但是,计划经济时代遗留下来的政府“管家婆”角色仍然没有变,个人的经济权利仍然仰赖国家的政策主导以及生存庇护与施舍。平心而论,政府的“奶妈”角色是社会福利制度的本质所在,但是,“奶妈”不等于“管家婆”,尤其是过去皇帝的奶妈,更多的只是奉献和责任。更令人深思的是:在“让少数人先富起来”的政策导向之下,政府采用了集中发展和以点带面的经济发展模式,因此出现了区域经济发展不平衡和产业结构不合理等现象,也过度限制了公民和企业的经济自由;同时,在政府自上而下的经济监管体制之下,市场和社会制约机制的存活空间太小,背后的权钱交易有增无减,企业的诚信危机四伏,财产的社会责任怠尽,人民的经济自由,既成了政府经济管制的附属品,也成了企业诚信危机的牺牲品,这几年频繁出现的食品、药品安全问题等,就是明证。从表面上看,企业诚信危机似乎缘起于经营上的过度自由,实则不然,一方面,由于企业生存在政府管制的夹缝之中,为了谋求发展,只得官商勾结,权钱交易,致使政府管制的闸门对某些企业过度开放;另一方面,近代以来,中国人将自由与责任对立起来,认为自由等同于放任自流,企业一旦获得自由就放弃了自己的社会责任。从法哲学史上看,自由源于日耳曼民族的文化传统,英语民族理解的自由与责任不可分离,自由意味着一个人有自主选择的机会,也有自我负责的能力,一个自由人必须对自己的行为后果接受国家和社会的赞扬和谴责。^①

同时,政治体制改革始终未能进入实质化阶段。目前,在集权主义体制下,权力下放的政治体制改革仍然存在一放就乱、一收就死的怪现象;自上而下的政府

^① [英]哈耶克著:《自由秩序原理》(上),邓正来译,生活·读书·新知三联书店1997年版,第83页。

纠错机制始终杜绝不了权力过分集中导致的腐败。民主集中制本应是民主基础上的集中,却成了单一的集中前提下或者政府主导之下的征求意见。也正因如此,中央相对地方以及政府相对人民的辅助地位难以确立,公民和社会组织对国家权力的监督和制约流于形式,在消除腐败和形成决策等方面,缺乏主权者的地位,更没有发挥应有的积极性和主动性。

有鉴于此,当下的中国政府,应该在推进社会福利的同时进行政治体制改革。

二、西方权利本位主义理念的分野

(一) 英美式的个人本位主义权利观

英美式的个人本位主义权利观源于日耳曼的普通法传统,确立于罗马法的复兴、文艺复兴运动和宗教改革运动,完善于1787年美国宪法及其前十条修正案。

日耳曼普通法的传统精神集中体现为极端个人主义。正如庞德所言,“日耳曼法有一种极端个人主义的特征”,“对个人自由的极端重视和对私人财产的无限尊崇”,“它只与个人权利有关,与社会正义无关。它把具有最高社会意义的问题当做纯粹的私人争端来处理”。^① 中世纪后期,随着文艺复兴运动、罗马法的复兴和宗教改革运动等的展开,罗马法的私权观念和宗教改革催生的新教主义,同日耳曼法的个人主义的融通,形成了英美式的个人本位主义权利观。英语民族早期的法律(自1215年的《自由大宪章》起)逐渐形成了限制王权和国家权力的传统特征,使权力的边界得到了有效的遏制,为个人主义权利观的形成奠定了坚实的基础。罗马法的私权观念和契约精神经过中世纪晚期奥康姆、苏亚雷斯和格劳秀斯等人的诠释,现代意义的权利理念逐渐深入人心。清教改革运动主张的“个人行为‘理性诚实的自愿契约’学说,把个人良知和个人判断置于首位。没有官方权威可以合法地强制他们,但每个人必须承受他们自己选择的后果”。^② 美国1787年《宪法》和1791年《权利法案》将个人自由置于神圣不可侵犯的地位,正是英美式个人本位主义权利观的集中体现。在美国,南部各州现在仍然保留着私刑和义务警员制度,就是一个很有代表性的例证。在英美等国看来,犯罪不是个人与国家和社会的对抗,犯罪的受害者只能是被害人本人,因此处罚罪犯与国家和社会无关。众所周知,迄今为止,美国联邦政府没有一部具有强制效力的统一刑法典,也没有统一的刑罚执行制度。在个人本位主义权利观的笼罩之下,各州及其人民仍然保留着生杀予夺的刑罚大权。据美国当代犯罪学家富兰克林·E.

① [美]庞德著:《普通法的精神》,康前宏等译,法律出版社2001年版,第9页。

② 同上,第29页。

齐姆林的统计,从1977年到2000年,私刑制度在南部各州普遍存在,在佛罗里达和密苏里等州,通过私判处死人犯的比例高达50%,其他大部分州的比例也在23%左右。^①

(二) 法德式的社会本位主义权利观

法德式的社会本位主义权利观源于亚里士多德的“共同的善德”理念和古罗马的私法传统,卢梭的“公意”理论及其蕴含的国家主义以及路德教的国家主义,经过法国革命和雅各宾统治的彰显,最终通过法德等国的宪法得到确认。

亚里士多德主张“人是天生的政治动物”,即过群居的政治生活是人的天性使然,是人类“共同的善德”。在他看来如果说古希腊人有权利,也只是个人融入城邦共同体共同参政的权利,除外,公民个人无单独的权利可言。卢梭则基于“公意”理论,主张主权属于人民全体,不可分割,不可转让,不可被代表。同时,卢梭还主张人民相互订立契约组建国家,将自己的全部权利转移给政府。尽管卢梭提出了定期选举的直接民主理论,但是,正如他指责代议制政府一样,人民除了在选举过程中享有选举等参政权利之外,选举过后,人民却成了地地道道的奴隶。

16、17世纪的宗教改革运动分为路德教和迦尔文教两个支派的改革。这两个教派的分野实质上就是法德式社会本位主义权利观和英美式个人本位主义权利观的分水岭。迦尔文教改革的开路先锋约翰·威克利夫在其短文《皇家官职》中,“宣称英国判例法已经够用”,“并理直气壮地反对庄严的查士丁尼立法和罗马教皇敕令集”。^②在这一派的主张中,还有人公开指责罗马法是“异教徒的法”。而路德教则主张“国家是最高的利益,没有任何个人的权利可以反对它”,显然这一教派的基础是“国家主义而非个人主义”。^③ 尽管这一教派改革的目的也是恢复个人自由,但应“通过国家和社会实现个人自由”。^④

1789年6月法国革命爆发之后,国家政权最后落到第三等级,即雅各宾派的手中,卢梭的极权民主理论和路德教的国家主义理论在雅各宾政府发挥得淋漓尽致。也正因为如此,导致了雅各宾民主专权的短命。但是雅各宾政权的垮台,并不意味着卢梭、路德等人的思想及这一政权体现的国家本位主义的消失。这一学说后经一百多年的修正,演变成了法、德等国现行宪法确认的社会本位主义权利观,法德国家宪法认可的社会国家原则就是很好的例证。

① [美]齐姆林著:《美国死刑悖论》,高维俭等译,上海三联书店2008年版,第126页。

② [美]庞德著:《普通法的精神》,康前宏等译,法律出版社2001年版,第27页。

③ 同上,第26页。

④ 同上。

随着社会福利主义理论的兴起和社会福利的普遍化和法治化,英美式的个人本位主义的权利观也日渐式微。以美国为例,20 世纪 30 年代,罗斯福新政的重要内容之一,就是制定社会保险法,推行全民福利保障制度。累进税制以及以社会福利为导向的国民收入再分配制度,一方面否定了个人财产和经营的绝对自由,另一方面也意味着英美式的个人本位主义权利观逐渐趋同于法德式的社会本位主义权利观。