

公共服务视野下的 宪法权利

Constitutional Rights from the
Perspective of Public Service

贺林波 李燕凌◎著

 人民出版社

公共服务视野下的 宪法权利

Constitutional Rights from the
Perspective of Public Service

贺林波 李燕凌◎著



人民出版社

责任编辑:洪 琼

图书在版编目(CIP)数据

公共服务视野下的宪法权利/贺林波 李燕凌 著.

-北京:人民出版社,2012.12

ISBN 978-7-01-011570-2

I. ①公… II. ①贺…②李… III. ①社会服务-研究-中国-②宪法-权利-研究-中国 IV. ①D669.3②D921.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 310051 号

公共服务视野下的宪法权利

GONGGONG FUWU SHIYE XIA DE XIANFA QUANLI

贺林波 李燕凌 著

人民出版社 出版发行
(100706 北京市东城区隆福寺街 99 号)

北京新魏印刷厂印刷 新华书店经销

2012 年 12 月第 1 版 2012 年 12 月北京第 1 次印刷

开本:710 毫米×1000 毫米 1/16 印张:19.75

字数:320 千字 印数:0,001-2,000 册

ISBN 978-7-01-011570-2 定价:52.00 元

邮购地址 100706 北京市东城区隆福寺街 99 号
人民东方图书销售中心 电话 (010)65250042 65289539

版权所有·侵权必究

凡购买本社图书,如有印制质量问题,我社负责调换。

服务电话:(010)65250042

序 言

在世界法制史上,《法国民法典》和《德国民法典》具有划时代的意义,是西方资本主义社会的制度基础。但是,人们往往容易忽略私法背后的公法前提,私法理性的发挥,极度依赖公法精神的理性与公法制度的建设。实际上,孟德斯鸠的《论法的精神》、洛克的《政府论》和卢梭的《社会契约论》所阐述的公法精神与制度,构成了西方资本主义法治社会的基础与前提。从这个意义上说,一个国家的公法精神与制度,是一个国家实施法治必须首先解决的问题。

西方社会主流的公法精神与制度,一般以私权保障为根本目的,强调政府对市场与社会的有限治理,严格控制政府权力的范围与行使,基本不干涉公民基于自由意志行动的结果。与主流公法精神与制度观不同,还存在另一种倡导社会平等、实现公民积极自由的公法精神与制度观。后者以维护公民实质平等为根本目的,虽然鼓励公民基于自由意志而行动,但同时提倡政府对行动的结果进行干预,以提高公民积极自由的理性程度,谋求在更高层次上实现社会公平。近两百年来这两种不同路径的公法精神与制度观之争议,推动着公法制度日益走向完备。

传统的公法精神与制度,包含着一些假定的前提,即以某些在伦理上视为正当的观念为基础,比如天赋人权、社会契约和意志自由等。或者采用的方法虽是科学性的,但是理论目的却是伦理性的,也就是说,以伦理上预设的判断对社会事实进行研究。这可能是两大主要公法精神与制度流派争论不断的根源所在。事实上,人们不可能在某些伦理观念的论战中,绝对地认定某些伦理观念是错误的,而另一些伦理观念则是正确的。正如维特根斯坦所言,“所有能够说的都一定说得清楚,不能说的人们应当保持沉默”。

公共服务视阈下的公法精神观念正是在这种历史条件下应运而生。将公法精神设定为公共服务,不仅界定了政府的社会功能和主要职责,而且明确了

2 公共服务视野下的宪法权利

政府的道义责任。更重要的是,公共服务观念不具有明显的形而上学性,在伦理上也无可争议,因为任何政府成立的主要目的,必定在于提供公共服务,否则政府将没有存在的必要性。狄冀是第一个提出以公共服务观念替代传统公法精神与理念的法国法学家,他奠定了欧洲大陆国家“公共服务”流派的理论基础。遗憾的是,狄冀所倡导的公法精神,并未完全进入科学化的研究范畴。欧洲大陆国家的法学家还是将公共服务观念视为一种意识形态,没有将其作为科学研究的对象。

新公共管理运动的兴起,为公共服务观念作为公法精神的科学化研究奠定了实践基础。新公共管理运动以追求卓越效率为导向,在工具主义大旗下广泛运用科学研究方法,以阐明政府提供公共服务的方式方法和主要职能,同时对政府持续改善公共服务、提高服务效率、增进公平与福祉提出科学化要求。但是,新公共管理运动虽然从科学管理视角阐释了公共服务精神,却无法就公法精神与制度的发展,提出公平与正义的逻辑推演或伦理判断。在深入贯彻党的十八大精神,积极加强“五位一体”建设的历史背景下,加强公法精神与制度建设,以更加完善的公法体制作为规范中国社会管理与公共服务活动的基础,在中国法制发展史上,无疑是一件功莫大焉的拓荒之作。

基于这种认识,公共管理学者李燕凌教授和青年法学教师贺林波副教授两位学者,积极倡导在公共服务视野下展开公法精神与制度研究,历经数年努力,推出这套公法系列丛书,意在从法学角度阐明公共服务作为公法精神的必要性、可能性与现实性,在宪法权利观念中将其界定为政府提供公共服务职能的实现,审查现有行政法体系的基本逻辑,根据政府提供公共服务的效率与公平之要求,发现现有行政法体系之不足,调整现有行政法的基本体系,使之适应于新公法精神的要求。我认为,这种研究的现实意义,可能远远大于因为体系不完备、证论疏陋,或观点尚显粗简所带来的一切不足。

李燕凌、贺林波两位学者撰写的这套公法系列丛书,包括《公共服务视野下的公法精神》、《公共服务视野上的宪法权利》和《公共服务视野下的行政法》。丛书以公共服务理念为核心,研究了公共服务理念与公法的相关性,提出了作为公法基础理论的公共服务三原则,论证了公共服务理念作为公私法划分标准相对于其他标准的优越性,全面解读了公共服务理念在基本政治、经济和社会制度中的具体表现,证明了公共服务理念与社会主义法治理念的基

本理论、基本内容和基本要求的内在一致性,研究了宪法权利的理论基础和实现保障的问题。与传统的宪法权利研究不同的是,本书突破了从人的道德权利出发来论证宪法权利的理论基础,以及从法律实证主义的角度来分析宪法权利理论基础的固有范围,从政府公共服务社会功能的角度来研究宪法权利理论基础,将宪法权利视为政府应当提供的公共服务或公共品,宪法权利实现的保障性取决于政府提供公共服务或公共品的有效性和正当性。围绕公共服务理念在具体宪法权利中的表现与实现问题,试图论证公共服务理念作为宪法权利理论基础的可行性、有效性和正当性。研究了将行政行为视为行政组织提供公共服务或公共品的行政过程,并以此为依据研究行政组织在行政过程中所应当遵循的行政法律,打破了传统的行政法学研究中以行政法律关系为核心的理论框架,将传统行政法学研究中忽视的许多行政行为,比如行政决策、行政执行、行政预算、行政人事和行政绩效等纳入到行政法学的研究中,使得行政法学的研究更具现实性和针对性,使得行政法学研究更加贴合行政主体在行政职能实现过程中依法行政的现实需求。

本书属于行政法学与公共管理学的交叉学科研究范畴,无论在研究方法上还是在研究内容上都具有一定的创新性;本书的研究开拓了行政法学和公共管理学研究的新领域,使人们注意到这两个学科在各自传统研究领域所存在的局限性。本书综合运用公共管理学与法学的知识进行研究,在知识体系上有一定的新颖性。本书突破了传统公法基础理论以“权力”和“权利”观念为核心的研究范围,引入了公共服务或公共品的范畴,并以此作为现代公法的理论基础,丰富了公法基础理论的研究范围,拓展了公共管理学研究领域,对社会主义法治实践有一定的借鉴意义。

李燕凌、贺林波两位学者都是热爱法学与公共管理学的青年才俊,又是我的同乡。他们托我为这套丛书作序,盛情难却,欣然写下这些文字。是为序!



2012年11月18日于北京

目 录

序 言	李步云 1
绪 论	1
一、宪法权利基础的流变:主观权利与客观权利	1
二、宪法权利的现状:自然权利、有限权力、抽象权利与公共 服务	5
三、宪法权利社会化:重构宪法权利基础的必要性	13
四、宪法权利基础建构的新理路:基于公共服务的宪法权利	16
五、研究框架、思路与创新之处	26
第一章 作为宪法权利基础的公共服务	32
第一节 传统宪法权利理论之考察	32
一、自然法观念下的宪法权利理论	32
二、实在法观念下的宪法权利理论	41
第二节 传统宪法权利理论之批判	54
一、宪法权利自然法论之批判	54
二、宪法权利实在法论之批判	57
第三节 作为公法精神的公共服务	59
一、公共管理视角下的公共服务	60
二、法学视角下的公共服务	68
三、作为公法精神的公共服务三原则	72
第四节 宪法权利的公共服务论	84
一、公共服务作为宪法权利基础的可行性	84

2 公共服务视野下的宪法权利

二、公共服务作为宪法权利基础的优越性	89
第二章 宪法平等权理论与公共服务	92
第一节 宪法平等权的一般观念	93
一、平等与平等权	93
二、宪法平等权	99
三、宪法平等权的沿革	108
四、宪法平等权的价值与功能	112
第二节 宪法平等权理论的考察与批判	114
一、主观意义上的平等权	115
二、客观意义上的平等权	121
第三节 宪法平等权的公共服务论	129
一、宪法平等权的公共服务解释	129
二、公共服务论相对于自然法的理论优势	134
三、公共服务论相对于实在法的理论优势	138
第三章 宪法平等权规范与公共服务	143
第一节 国际人权公约中的平等权规范及其公共服务解释	143
一、国际人权公约中的平等权规范	143
二、其他国际人权公约中的平等权规范	150
三、国际人权公约中平等权规范的公共服务解释	153
第二节 世界主要资本主义国家宪法平等权条款及公共服务 解释	156
一、英国的宪法平等权规范	156
二、美国的宪法平等权规范	157
三、德国的宪法平等权规范	158
四、法国的宪法平等权规范	159
五、世界主要资本主义国家宪法平等权规范的公共服务 解释	160
第三节 中国宪法平等权规范的公共服务论	163
一、1954 年宪法、1975 年宪法、1978 年宪法平等权的主要 规范	163

二、1982 年宪法平等权的主要规范·····	164
三、中国宪法平等权的现状与理论考察·····	166
四、中国宪法平等权规范的公共服务解释·····	172
第四章 宪法受教育权与公共服务 ·····	175
第一节 宪法受教育权的一般观念·····	175
一、宪法受教育权的概念·····	175
二、宪法受教育权的历史渊源·····	185
三、宪法受教育权的比较法渊源·····	188
第二节 宪法受教育权的公共服务论·····	191
一、宪法受教育权主体结构的公共服务解释·····	191
二、宪法受教育权利体系的公共服务解释·····	198
三、宪法受教育权理念的公共服务解释·····	202
第三节 中国宪法受教育权的现状与完善·····	207
一、中国宪法受教育权的现状·····	207
二、中国宪法受教育权存在问题的原因·····	212
三、基于公共服务论的中国宪法受教育权之完善·····	214
第五章 宪法劳动权与公共服务 ·····	220
第一节 宪法劳动权一般观念·····	220
一、宪法劳动权的概念·····	220
二、宪法劳动权的权利结构·····	229
三、宪法劳动权的历史渊源·····	236
第二节 宪法劳动权的公共服务论·····	241
一、宪法劳动权主体结构的公共服务解释·····	241
二、宪法劳动权内容的公共服务解释·····	246
三、宪法劳动权实现与保障的公共服务解释·····	253
第三节 中国宪法劳动权现状与完善·····	257
一、中国宪法劳动权的历史与现状·····	257
二、中国宪法劳动权存在的问题·····	260
三、基于公共服务论的中国宪法劳动权之完善·····	262
第六章 宪法社会保障权与公共服务 ·····	265

4 公共服务视野下的宪法权利

第一节 宪法社会保障权的一般观念	265
一、宪法社会保障权的概念	265
二、宪法社会保障权的构成要素	271
三、宪法社会保障权的历史沿革	275
第二节 宪法社会保障权的公共服务论	278
一、西方社会福利理论下的宪法社会保障权	278
二、马克思主义理论下的宪法社会保障权	282
三、宪法社会保障权的公共服务论	284
第三节 中国宪法社会保障权的现状与完善	287
一、中国宪法社会保障权的现状	287
二、中国宪法社会保障权存在的问题	293
三、基于公共服务论的中国宪法社会保障权之完善	294
主要参考文献	297
后 记	304

绪 论

一、宪法权利基础的流变:主观权利与客观权利

在一般的宪法理论中,宪法被认为是“规定政府(或国家)与人民之间权利义务关系”的基本法律,在这个意义上,“政府”等同于“国家”,而非仅指行政管理组织。在这个关于宪法的观念中,“法律关系”的范畴构成了宪法结构的逻辑基础。“法律关系”范畴中首要解决的问题是,必须存在两个或两个以上的在法律上拥有独立法律地位的“人格体”,无论是自然的还是拟制的;其次要解释的问题是拥有独立法律地位的“人格体”之间的权利义务关系。作为宪法主体之一的“人民”,其独立的人格体地位很少存在疑问,毕竟“人民”是拥有生命权的自然人实体。而作为宪法主体的另一方“政府”或“国家”,其独立的人格体地位则存在着许多疑问。首要的疑问是,作为一个社会集合体的“政府”或“国家”,如何成为拥有独立法律主体的人格体?其次,“政府”或“国家”作为独立法律体所拥有的权利一般被称为“主权”,“政府”或“国家”正是因为享有“主权”,而享有对人民发布命令或制定法律的权利,那么“主权”的合法性依据是什么?最后,作为宪法主体的“人民”,也享有宪法权利,这种权利的来源是什么?以及与“政府”或“国家”的“主权”关系如何?

在这些关于“政府”或“国家”独立人格的疑问中,虽然质疑的是“政府”或“国家”作为独立主体享有“主权”的问题,但是落脚点却在于人民的“权利”问题。因为,从历史上来看,统治机构或社会治理机构所享有的社会治理权力是一个显而易见的事实,人民遭受统治权力的奴役更是一种经常的现象,人们相信,只有从理论根源上解决好“政府”或“国家”所享有的“主权”问题,才能从根本上维护人民的权利。也就是说,宪法的根本问题在于,如何以一种良好的方式来维护人民的权利。

迄今为止,解决宪法权利问题的理论方案大致可以分为两类:一类是主观宪法权利方案,另一类则是客观宪法权利方案。主观宪法权利方案一般与自然法观念紧密相关。在古典的自然法理论中,主观宪法权利方案一般使用诸如“天赋人权”、“社会契约”、“人民主权”、“公意”和“有限政府”等宏大术语来描述人民宪法权利的先验性以及政府或国家权力来源的正当性。在这种宪法权利方案中,一般设定人民拥有天赋的自然权利,从性质上来说是先验的和纯主观性的,因为此种天赋的自然权利仅仅存在于人们的思想意识之中,在人类社会的历史中从未有过或实现过。然此种人人享有天赋之自然权利的状态,虽是完全自由平等之状态,但是由于缺乏统一的社会治理,此种完全自由与平等的状态难以存续,于是产生了由国家进行社会治理的需要。卢梭所言的,“人人生而自由,但又无往不在枷锁之中”,正是这个意思。国家需要进行治理,就需要有颁布命令和法律的权力,即“主权”。然而国家是否具有独立的人格?在欧洲中世纪,国家独立人格由占有统治地位的君主或贵族拥有,或者说君主或贵族就是国家独立人格的享有者。但是,在古典自然法的观念中,国家人格由君主或贵族享有是不具有正当性或合法性的,国家人格只能是由全体人民享有才具有正当性和合法性,即所谓“人民主权”。但是,这又会带来一个新的疑难,即人民是天赋自然权利的拥有者,同时也是国家主权的拥有者,同一个主体拥有两种不同的身份,且同一主体的两种身份之间还要达成“社会契约”,这难道不存在逻辑矛盾吗?

在这个问题上,古典自然法理论的解决方案采用二元论的办法,即抽象与具体二分法。将一个民族国家中,将社会全体成员的共同性意志抽象出来,形成所谓的“公意”,即国家意志或共同意志,而将一个民族国家中每一个具体成员的意志视为个别性意志。国家意志或共同意志可以拥有国家独立人格,享有国家主权,而个体意志则拥有个体人格,享有天赋的自然权利。宪法就是关于拥有国家独立人格并享有国家主权的国家意志与拥有个体人格并享有天赋自然权利的个体意志之间权利义务关系的约定。在国家主权是否会对个人所享有的天赋自然权利产生不利影响这一点上,古典自然法理论产生了较大的分歧。以卢梭为代表的古典自然法理论认为,既然国家主权由人民的共同意志享有和支配,那么国家主权不可能会对人民的天赋自然权利产生任何不利的影响,因为没有人会对自己不公正或不利;而以洛克和孟德斯鸠为代表的

古典自然法理论却认为,国家主权虽然来源于人民的共同意志,但是国家主权必定得由具体的组织或个人来行使,一般情况下是由政府(狭义上的)来行使,国家主权来源于人民的共同意志,并不能保证行使国家主权的政府不会对人民天赋自然权利产生不利影响;相反,如孟德斯鸠所言,“绝对的权力将导致绝对的腐败”,获得人民共同意志授权的政府,很有可能会成为人民天赋自然权利的最大敌人。关于人民宪法权利的观念,在古典自然法理论中也可以区分为两类:一类是肯定式的宪法权利,即宪法上明确规定的权利才是人民能够享有的宪法权利,因为宪法权利来源于人民的共同意志或国家意志,也就是人民自己的意志;另一类是否定式的宪法权利,即宪法上明确禁止的权利是人民所不能享有的权利,宪法上没有明确规定的权利由人民自己保留,政府权力来源于宪法上人民权利的禁止或限制,也就是说,宪法对于人民宪法权利的限制或禁止,实际上是授予政府社会治理的公共权力,宪法没有禁止或限制的权利,完全由人民保留,政府无权力过问与干涉。

古典自然法理论所阐述的宪法权利方案,虽然对世界主要资本主义国家宪法的制定与实践产生了重要的影响,尤其是对美国和法国的宪法产生了决定性的影响,但是却遭到了来自实在法理论的激烈反对,其中尤以历史法学、社会学法学和法律实证主义法学为甚。无论何种实在法理论,都有一个明显的特征,即强烈的反形而上学的理论态度。与古典自然法理论不同的是,实在法理论大多将宪法权利的基础建立在一定的客观社会事实之上,而不是建立在主观性和先验性的伦理原则之上。马克思主义的法律观就认为,社会制度基本上可以区分为经济基础与上层建筑两个部分,经济基础即一个社会的生产力和生产关系,而上层建筑则指政治、法律和道德等社会意识层面的东西。在这两个部分中,经济基础是决定性的,经济基础的不同将直接影响上层建筑的表现形式。在资本主义社会中,经济上实行的财产私有制和契约自由制,占有生产资料的资产阶级相对于不占有生产资料的无产阶级拥有明显的经济优势,这种优势必然会体现在上层建筑中,尤其是宪法和法律中。在资本主义国家的宪法中,宪法条文虽然明确宣布人民享有平等的宪法权利,但是,根据马克思主义法律观,这种平等的宪法权利必然是虚假的或不真实的,因为经济上处于不平等地位的资产阶级与无产阶级,不可能享有平等的宪法权利。如果要实现人民能够平等地享有宪法权利,那么只有在消灭私有制,实行财产公有

制,实现经济上地位平等的状况时才有可能,因为经济上的平等才有可能造就人民在宪法权利上的实质平等。马克思所言的,“宪法是人民权利的宣言书”,阐述的正是人民在取得国家统治权之后,在实行公有制的前提下,为保障人民的权利,而必须通过宪法来宣告人民权利的意思。

与马克思主义法律观不同的是,狄冀将人民宪法权利的基础建立在“社会团结关系”之上。这是一种社会功能主义学派的观念,认为社会是一个有机体,社会的每一个部分都拥有特定的功能以维持并实现社会有机体的存续与发展。在狄冀看来,一个社会组建政府的目的,并不是为了保证“主权”有确定的享有主体,也不是为了向人民发布命令或制定法律,而是为了实现社会有机体的特定需要。这种需要的确定,可以从一个无政府的社会中观察出来。在一个无政府的社会中,社会秩序混乱,人人自危而没有安全感,可能随时遭到敌人的入侵,人身与财产不受任何保障等。政府的存在能够合理的解决上述这些可能存在的问题,使社会井然有序,生命与财产获得稳定的保障,生活极具安全感等。这说明,一个社会中政府存在的目的就是满足社会有机体的此种需要,或者说政府的功能就是满足这些特定的需要。狄冀将政府满足社会有机体的此类需要的功能称为“公共服务”,他认为,公共服务才是人民宪法权利的基础,同时也是政府权力或者是政府责任的基础。政府的权力并不来源于人民的授予,或者是社会契约等主观上无根据的观念,而是来自于客观的满足社会有机体实际需要的功能,即提供公共服务的功能。从这个角度来看,人民并不享有天赋的自然权利,即使有这些权利,也是一种主观性的权利,观念中的权利,不受保障的权利,只有在政府提供了相应的公共服务之后,人民才有可能享有真实而客观的权利,此种意义上的权利,由于受到政府提供公共服务的保障,而成为政府权力或进行社会治理责任的前提或基础。

根据法律实证主义者奥斯丁和凯尔森的看法,法律的基础在于强制性,无论是法律义务,还是法律权利。从规范的内容上来看,法律权利与义务并不能与伦理、宗教以及习俗等规范有效地区别出来,唯一能够将它们有效区别的是,规定法律权利和义务的规范一般都规定有特定的制裁,而伦理、宗教和习俗等规范则无明确的制裁性规定,这些规范的惩罚性措施大多处于自发的状态。因此,在法律实证主义者看来,一个国家的人民所享有的宪法权利,在于这个国家的宪法规范中所提供的制裁性措施,如果一个国家的宪法中并没有

规定制裁性措施,而仅仅是宣告人民所享有的宪法权利,那么在他们看来,这种宪法权利就是一种主观上的权利,与道德和宗教意义上的权利没有实质性区别。从这种意义上来分析,法律实证主义意义上的宪法权利,与宪法中授予政府的职责存在紧密的关系,只有在宪法条款授予政府实施强制性措施的权力来保障宪法权利的前提下,才存在真实而客观的宪法权利,也就是说,人民的宪法权利由政府所实施的强制性保障措施决定。

无论是主观还是客观的宪法权利解决方案,都有追求理论体系的一致性和完美性而忽略甚至是阉割特定社会事实的特征,或者说有根据理论体系的要求对社会事实进行主动性筛选的特征。另外,上述各种理论方案,都以科学性自居,即以—种外在的视角来描述宪法权利的基础,并试图概括—般性规律,完全忽视作为生活于特定社会中的人的内在视角来观察宪法权利的可能性,由此得出的结论可能是—般性的,具有普遍适用性的,但却不是实践性的,无法体现人们在实际社会生活中对宪法权利的实践性态度,以及由此而可能带来的对宪法权利的不同理解。

二、宪法权利的现状:自然权利、有限权力、抽象权利与公共服务

国外关于宪法权利的研究具有悠久的历史传统。从起源上来说,可以追溯至古希腊和古罗马时代,古希腊的理论家为宪法权利的研究提供了思想上的源头,古希腊的城邦政治为宪法权利的研究提供了可资借鉴的丰富经验,而古罗马的公法制度与实践更是为丰富权利概念的—内涵提供了逻辑和政治实践的基础。但是,近现代意义上的宪法权利研究起源于文艺复兴时期,及至当代,宪法权利的研究呈现出多样化的态势,主要体现在—下几个方面。

首先,将宪法权利当做主观性权利的研究在西方资本主义社会—中直—是一个重要的主题。卢梭在《社会契约论》中,认定自由与平等是人类所享有的天赋自然权利,通过人民共同意志的表达形成所谓的“公意”,人民同意组建—个民族国家,由政府来保护人民所享有的天赋自然权利,即宪法权利。由天赋自然权利到宪法权利的转—变是人类社会发展史上的—个重要阶段,它意味着人类社会从原初社会向政治社会的转—变,在这个过程中,人民同意完全交出属于自己的天赋自然权利,交—由其委托的政府通过法律来保障,因此人民同意交出的天赋自然权利也就相应地转—变为宪法权利。在政治社会—中,宪法所规

定的人民所享有的宪法权利,对任何人都是平等且公平的,因为这是经人民同意交出的天赋自然权利,每一个生活于政治社会中的人都必须交出同样的权利,接受同样的管理与制约,服从同样的法律。^① 英国著名哲学家洛克则从另一个不同的角度论证了人民所享有的宪法权利。在洛克看来,作为一个人,就享有天赋的自然权利,比如生命权、财产权和自由权。然而,在原初社会中,由于权利界定不清晰,人民行使权利极其不方便,人民需要组建政府来解决这种不方便之处。于是,经由人民的同意,人民同意交出部分的天赋自然权利,组建政府,由政府来对这部分交出的天赋自然权利进行管理,制定法律。人民同意交出的权利构成了政府权力的合法来源,也构成了人民服从法律义务的正当性来源。在洛克看来,人民的宪法权利是不言而喻的,就是人民未交出的天赋自然权利。为保护人民未交出的天赋自然权利,宪法中并不需要以肯定的方式规定人民所享有的宪法权利,而只应当规定政府的剥夺人民天赋自然权利的方式,并以此限制政府权力的行使。人民所享有的宪法权利,实际上就是天赋自然权利,宪法存在的主要目的在于,要求政府履行维护社会治安和保卫国家安全的责任,在此过程中,政府可以以法定的方式剥夺人民的天赋自然权利,但必须符合宪法的要求,否则政府权力的行使就是不合法的,也是不正当的。^②

主观性宪法权利在遭到诸多实在法或客观法理论的激烈反对之后,逐渐消退,淡出了人们的视线。然而,随着两次世界大战的开始,以及现代极权社会一些严重侵犯人权事实的出现,主观性宪法权利的研究再一次在 20 世纪回到了人们的视线范围之内。其中,以罗尔斯和德沃金的主观宪法权利理论影响最大。罗尔斯在 20 世纪 70 年代发表了著名的《正义论》,探讨政治社会中人们所享有的政治、经济和社会权利问题。罗尔斯所采取的论证方法,从方法论上来说,与康德的先天综合命题有相似之处;从论证逻辑来说,采用了与洛克相似的理论方案,只是将洛克的理论方案提升到一个更高的抽象水平。在洛克的《政府论》中,经常遭到批评的一点是,人类发展的历史上,实际上真实地存在着一个原初社会的时期,在这个时期中,没有制度,也没有法律,人们处

① 参见[法]卢梭著:《社会契约论》,何兆武译,商务印书馆 2005 年版。

② 参见[英]洛克著:《政府论》,叶启芳、瞿菊农译,商务印书馆 1986 年版。

于完全原始的社会状态之中,人是完全自由和平等的。而现代人类学的研究表明,原初社会的状态缺乏事实依据,到目前为止,人们还无法发现任何实证性的事实来证明这种社会状态真实存在过。另外,洛克认为,人们相互之间同意组建政府,并限制政府的职能,是历史上真实发生的事实。而这一点也被认为是缺乏事实依据的,即使是被认为与洛克理论最相符合的美国建国史,人们发现政府也不是按照洛克所认定的方式形成的。即使认定美国是按照洛克所认定的方式组建的,也无法认定全世界所有国家都是按照此方式组建的。罗尔斯认为,虽然人类社会的历史上并不存在如洛克所言的这些社会事实,但是人类却是理性的动物,仅仅从理性出发,在假设的情境下,只要人类是理性的,人类就必然会做出与洛克所言的相类似的选择。为此,罗尔斯设置了一个专门的论证工具,即所谓“无知之幕”,来屏蔽人们的主观偏见,仅仅保留人们的理性,在这种前提下,罗尔斯提出了著名的正义原则。他认为,人们的享有的政治性宪法权利应当是完全平等的,而且应当享有最大范围的自由,而经济性和社会性宪法权利则应当按照类似于帕累托最优的方式进行分配与改进,即在以尽力提高少数群体福利水平的前提下持续改善社会整体的福利水平。^①

德沃金对宪法权利的论证采用了哲学方法论上的最新的研究成果,借助于解释学理论来研究宪法权利的基本问题。德沃金在《认真对待权利》、《原则问题》和《法律帝国》等名著中,以美国联邦最高法院的宪法性判决为材料,以阐释学的观念分析了由古典自然法理论所倡导的自然权利作为宪法性权利的必然性和适当性。在德沃金看来,一个社会中长期的历史传统,必然会使生活于一个社会中的人们形成一致性的文化“前见”,其中“认真对待权利”是西方资本主义社会的一贯传统,这种一致性的“前见”保证了法官和人们在面对宪法权利性纠纷时,能够形成统一的认识,由此每一个涉及宪法权利的争议都存在着一个“唯一正确”的解答,因为统一的文化“前见”保证了这一点。以此为基础,德沃金强烈反对法律实证主义的权利观,即所有的权利都是由法律规定的,法律没有规定的权利就只可能是主观上或道德上的权利,而不可能成为法律上和客观上的权利。在德沃金看来,人们在宪法权利实践的过程中,虽然必须依赖宪法文本,但是对宪法文本的解读却不可避免地会加入法官的理解,

① 参见[美]罗尔斯著:《正义论》,何怀宏等译,中国社会科学文献出版社1988年版。