

中國人權評論 丛书

总主编 付子堂 张永和

1982年宪法与 人权保障

张 震 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

中國人權評論 丛书

付子堂 张永和 总主编

1982 年宪法与人权保障

张 震 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

1982 年宪法与人权保障 / 张震著. —北京:法律出版社, 2012. 12

ISBN 978 - 7 - 5118 - 4357 - 9

I. ①1… II. ①张… III. ①宪法—人权—保障—研究—中国 IV. ①D921.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 289898 号

©法律出版社·中国

责任编辑/徐蕊	装帧设计/凌点工作室
出版/法律出版社	编辑统筹/法律教育出版分社
总发行/中国法律图书有限公司	经销/新华书店
印刷/北京京华虎彩印刷有限公司	责任印制/张宇东
开本/A5	印张/7.875 字数/230 千
版本/2012 年 12 月第 1 版	印次/2012 年 12 月第 1 次印刷
法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)	
电子邮件/info@lawpress.com.cn	销售热线/010-63939792/9779
网址/www.lawpress.com.cn	咨询电话/010-63939796
中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)	
全国各地中法图分、子公司电话:	
第一法律书店/010-63939781/9782	西安分公司/029-85388843
重庆公司/023-65382816/2908	
上海公司/021-62071010/1636	北京分公司/010-62534456
深圳公司/0755-83072995	
书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 4357 - 9	定价:24.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

中国人权评论

丛书学术委员会

学术顾问

李步云 李 龙 郭道晖
黎国智 文正邦

主 任

付子堂

副主任

孙长永 岳彩申 张永和
汪太贤 宋玉波

委 员:

但彦铮	高一飞	陈 苇
黄茂钦	胡兴建	李昌林
梅传强	陆幸福	梁洪霞
孟庆涛	潘国平	任惠华
施鹏鹏	王 洪	徐 泉
汪太贤	袁 林	张建文
张 力	张 震	赵树坤
周尚君	周 力	朱 颖
郑晓均		

总 序

“人一出生就口含一枚金币，一面写着平等，一面写着自由，这枚金币叫人权。”18世纪伟大的启蒙思想家卢梭如是说。

自其诞生伊始，人权就对人类历史产生着不可磨灭的影响。凭借人权，英国人民得以抵抗英王约翰之流的专制君主；凭借人权，北美殖民地人民奋起反抗，推翻宗主国，赢得自由与独立；凭借人权，法国人民得以推翻贵族和教士的专制统治，获得平等与自由；凭借人权，第三世界人民得以摆脱殖民主义的统治，获得独立与自主；凭借人权，中国人民得以驱逐外来侵略者，赢得民族独立，实现人民当家做主。

对于人权，马克思主义经典作家从来都予以严肃对待，他们思想与斗争的初衷正是为人类赢得自由、平等与民主。作为伟大的思想家，他们志存高远，理想如虹：“我们的幸福将属于千百万人，我们的事业将悄然无声地存在下去，但是它会永远发挥作用，而面对我们的骨灰，高尚的人们将洒下热泪。”马克思主义经典作家关怀时代而不为时代所缚，他们看到了人权的伟大及其时代局限：人权是现代资产阶级革命的伟大成果，它表明人类已然获得政治解放，但是资产阶级本身的局限性注定了人权只是历史的人权；为此，人类必须不断革命、不断批判，直至最终确立一个联合体，“在那里，每个人的自由发展是一切人的自由发展的条件”。

遗憾的是，在我国，人权曾在一段时间内被打上意识形态的烙印，贴上资本主义的标签，认为“人权是资产阶级的口号”、“人权的口号是虚伪的”……这不但误解了人权的历史性，更忽视了人类自身的历史。基于此，吾辈当抱“绝知此事要躬行”之态度，关怀中国人权状况，探寻中国人权发展之路，希望通过不懈努力，在融入世界人权洪流的同时，构筑

中国特色的人权话语体系。

西南政法大学人权教育与研究氛围浓烈、底蕴深厚,既有学术耆老,亦不乏青年新锐,既持成稳重,又朝气蓬勃。自 20 世纪 80 年代以来,在人权教育与研究方面,西南政法大学一直处于全国领先水平;1992 年出版的《马克思主义人权理论概要》是全国最早研究马克思主义人权理论的专著;早在 1991 年 10 月,我校法理专业硕士生便撰写完成了硕士论文“论人权保护”,这是我国研究人权问题最早的学位论文之一,早于我国发布的首部《人权白皮书》(1991 年 11 月)。

在新形势下,为进一步推进人权教育与研究,2011 年 10 月,西南政法大学按照教育部普通高等学校人文社科重点研究基地和人文社科创新基地的模式,对自 2003 年以来设立的 7 个校级人权研究机构和与人权研究相近的研究中心进行优化、整合,成立了新的“西南政法大学人权教育研究中心”。

中心成立以来,学校统一协调,举全校之力支持中心工作,期冀在人权教育与研究方面成果斐然,为中国人权事业略做贡献。“中国人权评论丛书”乃为此而搭建之学术平台。平台初起,略显粗疏单薄,唯吾辈躊躇满志、一腔热血,今日倾心凝力,他日必成盈盈大观。

是为序!

西南政法大学教授、博士生导师

人权教育与研究中心主任

付子堂

西南政法大学教授、博士生导师

人权教育与研究中心执行主任

张永和

2012 年 10 月于重庆西政渝北校区毓秀湖畔

目 录

引言 人权与基本权利	(1)
第一章 “82 宪法”的人权逻辑	(11)
第二章 “82 宪法”的基本权利景象	(25)
第三章 文本与规范：“82 宪法”中的经济、社会、文化权利之 列举权利——以受教育权为例	(36)
第一节 “82 宪法”架构下的社会权解读	(36)
第二节 1982 年宪法中的公民受教育权诸问题及其展开	(52)
第四章 诉求与证成：“82 宪法”中的经济、社会、文化权利之 未列举权利——以环境权为例	(106)
第一节 基本权利的证成逻辑	(106)
第二节 环境权的基本权利证成及其展开	(119)
第三节 法人基本权利的问题——以非公有制经济为例	(167)
第五章 “82 宪法”的人权图景	(176)
参考文献	(222)
后记	(239)

引言 人权与基本权利

一、何谓人权

人权的定义涉及历史学、哲学、法学、政治学、社会学等学科的知识及视野,因此为人权下个精准的定义其实是相当困难的事情。从法学的视角看,人们对人权的定义大概存在两大类别。第一种观点,强调人权的自然法属性。1776年美国的《独立宣言》、1789年法国的《人权和公民权宣言》均确认天赋人权的自然法理论。美国的《独立宣言》宣称:“我们认为下面这些真理是不言而喻的:一切人生来是平等的,他们被造物主赋予固有的、不可转让的权利,包括生命、自由以及追求幸福的权利”。法国《人权和公民权宣言》认为:“任何政治结合的目的都在于保护人的自然的和不可动摇的权利。这些权利就是自由、财产、安全和反抗压迫。”《牛津法律大词典》认为:“人权是指人们主张应当有或者有时明文规定的权利。这些权利在法律上得到确认并受到保护,以此确保个人在人格和精神、道德以及其他方面的独立得到最全面、最自由的发展。它们被认为是人作为有理性、意志自由的动物固有的权利,而非某个实在法授予的,也不是实在法所能剥夺或消减的。”^{〔1〕}强调自然法属性的人权观普遍认为,人权就是存在某些无论被承认与否,在一切时间和场合属于全体人类的权利。这些权利是每一个人按其本性应该享有和不容侵犯的,它们不是一种恩赐或施舍,人们仅凭其作为人就享有这些权利,

〔1〕 [英]戴维·M.沃克:《牛津法律大词典》,李双元等译,法律出版社2003年版,第538页。

而不论其在国籍、宗教、性别、种族、社会身份、职业、文化、财产和社会属性或任何其他方面的差异。^{〔1〕}第二种观点,在人权自然法属性的基础上,突出人权的社会及实证法属性。在米尔恩看来,“人权是根据现时的社会生活需求和历史传统且有三个具体的来源,即法律、习惯和道德规范。也就是说,人权是潜含于具体的文明传统和社会制度之中并与之贯通的。”^{〔2〕}美国学者路易斯·亨金认为,人权是个人在社会中的权利。每个人因为他是社会成员而享有或有资格享有“权利”,这种权利是合法的、有效的、具有正当理由的。^{〔3〕}《中国人权百科全书》指出:“人权是人依其自然属性和社会本质所享有和应当享有的权利。”^{〔4〕}

国内有学者认为:“人权,是人类社会最高形式和最具普遍性的权利。……‘是使人具有尊严性的人的权利’”和“并非所有被人享有的权利都具有人权的性质,那些由权利人自行设定的、可以放弃或转让的、若不享有并不影响人的人格尊严的权利,就不能称之为人权。”^{〔5〕}有学者认为,“从渊源上讲,任何一项人权都可以从以下四个方面加以验明和证实:一是利益需要的产生,即形成人权需求的主体的内在观点;二是需要得以满足的可能性,即具有实现主体需要的外在可能;三是需要不被恰当地满足,即在主体与客体之间发生错位与分离,难以达到同一;四是主体的要求外在化,即主体的内在需要在不被满足而又有满足的可能的前提下,转抵达为外在的诉求,从而唤醒了主体的权利意识,人权由此而被提出甚至被规范秩序所固化。”^{〔6〕}

事实上,人权和权利、公民权、基本权利、宪法权利等概念既有联系,

〔1〕 邵津主编:《国际法》,北京大学出版社2000年版,第307页。

〔2〕 [英]米尔恩:《人的权利与人的多样性——人权哲学》,夏勇、张志铭译,中国大百科全书出版社1995年版,第4页。

〔3〕 [美]路易斯·亨金:《权利的时代》,信春鹰、吴玉章、李林译,知识出版社1997年版,第2页。

〔4〕 刘海年、王家福主编:《中国人权百科全书》,中国大百科全书出版社1998年版,第481页。

〔5〕 张文显主编:《法理学》,高等教育出版社、北京大学出版社1999年版,第96~97页。

〔6〕 汪习根:《法治社会的基本人权——发展权法律制度研究》,中国人民公安大学出版社2002年版,第107~108页。

又有区别,要想弄清楚人权的概念,需要厘清人权与上述相关概念的关系。如果说人权概念存在自然法属性和实证法属性的立场分歧,那么权利以及公民权的概念,则是以特定社会的成员资格为前提的。首先,人权的主体是人,权利的主体是公民,当然,除了自然人,法人在一定程度和范围上也可以成为权利的主体。^{〔1〕}在实证法上,人和公民的概念需要转化,而不是简单等同。其次,人权既可以是法律权利,也可以是道德权利,人权普遍被认为是“天赋”的、“自得”的,而权利最终要依归于法律文本。当然,庞德说过:“法学之难者,莫过于权利也”,^{〔2〕}“西方学界对权利的含义的解释不仅莫衷一是,在方法上也是纷繁杂乱的。通过采用的方法诚如弗雷顿所说,是用一连串相邻的或相关的概念来解释权利,如自由、平等、民主……等,而这些概念本身又不是很清楚的,使用者往往从自己的特定学术立场出发,还给这些作为解释工具的概念附加一定前提条件或赋予某种新的含义。”^{〔3〕}但可以肯定的是,权利的自然法立场弱于人权,而其实证法背景强于人权。“作为法哲学研究对象的权利和义务,是由法律规范明文规定的,或包含在法律规范逻辑中的,或至少可以从法律精神中推定出来的。在这种意义上,也可以说权利和义务是‘实在’的。”^{〔4〕}

基本权利是公民权利中最为重要的、位阶最高的那部分。基本权利与宪法权利的概念存在很大程度上的交叉。就人权与基本权利的概念而言,基本权利以人权的概念及精神为基础,是人权在法律文本中的实证化,因此,人权与基本权利具有特殊的勾联关系。在一个国家的法律体系中,人权一般以权利及基本权利的形态表现出来,基本权利的文本及实践,反映一国人权的保障状况,可以说基本权利是人权保障的晴雨

〔1〕 参见〔日〕芦部信喜:《宪法学》(第三版),林来梵、凌维慈、龙询丽译,北京大学出版社2006年版,第77~78页。

〔2〕 程燎原、王人博:《赢得神圣——权利及其救济》,山东人民出版社1998年版,“序”第2页。

〔3〕 夏勇:《人权概念起源——权利的历史哲学》,中国政法大学出版社2001年版,第42页。

〔4〕 张文显:《法哲学范畴研究》(修订版),中国政法大学出版社2001年版,第309页。

表。有学者认为,如果说人权是社会科学的共同话题,那么宪法上的基本权利则是法学独有的话题,也就是说,人权与基本权利的关系,还存在一个学科化研究的问题。学科化本身,是一个知识活动,通过纯粹学院派的知识活动,通过将各种外在于法学的因素,如政治的决断、经验性观察的任意、主观愿望等排除出去,从而即便是在学术研究的外部环境非常恶劣的情况下,也可为人权的实现提前作出知识储备,可以使人们更清晰地观察,经验现实作为科学的对象所呈现出的各种理论形态,以及隐藏在这些现象背后的逻辑和历史必然性。对于它们之间关系更为确切的描述是,一方面人权尽管内容上有不确定性,却构成了基本权利的目标和实质内容的源泉;另一方面基本权利并不单纯是实证宪法中的权利,而且还暗示着一个愿望,也就是说,它们是这样的权利,即有愿望或动机,以人权为自身的圭臬,单个或全部基本权利必然提出一个主张,要求人权在宪法中加以实现。总之,基本权利不仅是人权的制度化,而且它总是包含着以人权为指针,从而最大程度地实现人权的要求。^[1]因此,笔者在此将人权和基本权利两个概念,在承认其基本差别的基础上,有限互通使用,在一国之内,对于人权精神、人权概念的贯通及规范,均需要通过基本权利的概念实现。换句话说,对于基本权利的相关考察可以在侧面上显现人权的保障及发展。

二、基本权利的概念及属性

(一)基本权利的概念

在我国的宪法学界,学者们普遍接受一个命题,即基本权利是宪法学的基本范畴之一。^[2]关于基本权利,目前在学术界有几种不同的表述,如宪法权利、基本权、基本权利、基本的权利、基本人权等。^[3]

《牛津法律大词典》对基本权利的解释是:“一个不精确的术语,一

[1] 张龔:“论人权与基本权利的关系——以德国法和一般法学理论为背景”,载《法学家》2010年第6期,第17、25~27页。

[2] 韩大元:“基本权利概念在中国的起源与演变”,载《中国法学》2009年第6期,第15页。

[3] 韩大元:“中国宪法学上的基本权利体系”,载《江汉大学学报》(社会科学版)2008年第1期,第85页。

般用来表示国民基本自由或为政治理论家,尤其是美国和法国的政治理论家们所主张的自然权利。〔1〕在美国,一般采用“基本的人权”(fundamental human rights)的表述,同时也有学者采用“宪法上的权利”。德国宪法学区分了人权与基本权,认为“基本权”概念反映了宪法上的权利。施密特认为,按照流行的看法,这种关于基本权利的观念是从宗教自由发展出来的。〔2〕“基本权利”(les droits fondamentaux)是当代法国宪法理论中的一个基本范畴,但它并没有出现在宪法典之中。对于法国宪法而言,基本权利并不是一个原生性的概念,而是通过翻译、比较和借鉴外国法(主要是德国基本法)的结果。1975年,巴黎一大的米歇尔·弗浩蒙(Michel Fromont)教授在“德意志联邦共和国法秩序中的基本权利”一文中对德国基本法中的基本权利的概念及其保障进行了研究,其中将德语中的“Grundrechte”直译为法语中的“droits fondamentaux”。或者是由于法德两国相似的公法传统,抑或是弗浩蒙教授个人的学术影响,“基本权利”的概念开始出现在越来越多的法国宪法学论著中,相关的研究也开始在法国宪法理论中活跃起来。到20世纪八九十年代,基本权利已经是法国宪法理论中一个通用的概念。在教材中第一次出现基本权利概念始于1999年佐勒教授的《宪法学》的出版。此外,法沃赫教授主编的《宪法学》也专门介绍基本权利的内容,并且旗帜鲜明地从法学的规范意义上展开讨论,严格区分法学意义上的基本权利与道德和政治意义上所使用的人权概念。在2000年,法沃赫教授则与几位宪法学者合作编写了一本《基本自由法》,它既是一本教材,也是一部体现法国基本权利研究最高水平的力著。在日本,在移植西方立宪主义的过程中,学者们采用了不同的表述,如人权、基本权、基本人权、宪法上权利等。有学者认为,“一般而言,在‘人权’一词前面加上一个形容词‘基本’称为‘基本人权’者,其意义大致上与人权相同。在这里所谓的‘基本’,并未代表太多的意义,人权即等于基本人权”。各国基本权利概念发展的历史表明,基本权利的不同表述与内涵的变化实际上反映了各国的宪法历

〔1〕 [英]戴维·M.沃克:《牛津法律词典》,光明日报出版社1988年版,第364页。

〔2〕 [德]卡尔·施密特:《宪法学说》,刘锋译,上海人民出版社2005年版,第170页。

史与文化传统。^{〔1〕}

在中国学理上使用“基本权利”一词开始于 20 世纪 20 年代,宪法文本上的正式确立是 1954 年宪法。^{〔2〕}据考察,在宪法学著作中较早使用“基本权利”一词的是张卓立,他在翻译《德国新宪法论》(1926 年商务印书馆)一书时,提到“德人的基本权利与义务”。^{〔3〕}王世杰、钱端升在 1927 年出版的《比较宪法》一书中对基本权利概念进行了较系统的分析。该书第二编的标题是“个人的基本权利及义务”,将国家机关及其职权的内容安排在“个人基本权利和公民团体”的编章之后。在书中,作者认为在现代国家的宪法中,规定个人基本权利义务的条文,大都成一重要部分。“基本权利”及“基本义务”尚非一般宪法所习用的名词。我们称用“基本”二字,无非要表示这些权利,是各国制宪者所以为个人必不可缺少的权利。书中作者认为,“何种权利应认为是个人的基本权利,这自然随着时代的思潮与各国制宪者的见解而异”。^{〔4〕}学理上的基本权利与宪法草案中的具体表述是有所不同的。从历史的观点看,制定于 1908 年的《钦定宪法大纲》中关于臣民权利的内容是对公民基本权利的某种“确认”,使“基本权利”获得一定程度上的保障。在 20 世纪 30 年代后出现的一些民间宪法草案中也出现不同形式和意义上的“基本权利”的表述。新中国建立后,在 1954 年宪法文本中直接使用了“基本权利”一词,其主要原因是:①制宪过程中主要参考了一些人民民主国家宪法典,如苏联宪法、朝鲜宪法、蒙古宪法、罗马尼亚宪法、保加利亚宪法等,其中苏联宪法产生的影响是比较大的;②通过《共同纲领》的实施,社会与国家关系得到了必要的调整,需要从国家与公民关系角度,明确公民的宪法地位;③从宪法学的规范意义上看,从 1949 年以前开始出现

〔1〕 韩大元:“基本权利概念在中国的起源与演变”,载《中国法学》2009 年第 6 期,第 16~17 页。

〔2〕 韩大元:“中国宪法学上的基本权利体系”,载《江汉大学学报》(社会科学版)2008 年第 1 期,第 85 页。

〔3〕 转引自韩大元:“基本权利概念在中国的起源与演变”,载《中国法学》2009 年第 6 期,第 18 页。

〔4〕 王世杰、钱端升:《比较宪法》,中国政法大学出版社 1997 年版,第 61 页。

的“权利”、“自由”、“宪法上的权利”等词汇,无法包括“基本权利”的基本内涵,需要以新的用语反映权利实践的要求;④学术界积累的有关基本权利的研究成果客观上提供了一定的可能性。〔1〕到了20世纪90年代,学者们对“基本权利”的概念进行了系统化的研究。研究的学术起点是基本权利概念与特别行政区居民基本权利的分析。有学者认为,所谓基本权利,不过是指那些关于人的既存的和后天能够实现的价值在人类近代史上已达成共识的法律上的一般承认,它与人们自己设定法律关系时明确权利的个别承认有着质的不同。基本权利所直接否定的对立物是“奴役人、束缚人、禁锢人、对人实行差别对待的不把人当作人”的特权制度。基本权利由宪法加以规定,这已是宪法文化经过二百多年的积淀后所形成的常识。基本权利与国家权力关系的性质决定了宪法之外不存在基本权利。总之,所谓基本权利就是那些对于人和公民不可缺少的、不可取代的、不可转让的、稳定的、具有母体性的平等的共同权利。基本权利所以必须由宪法认可和规定,根本的原因在于基本权利所具有的“基本”属性。宪法离开了基本权利是没有灵魂的宪法,基本权利离开了宪法是被抽掉了脊梁的基本权利,明确并保障基本权利才是宪法的根本宗旨。〔2〕

(二)基本权利的属性

基本权利的属性主要体现在对“基本”的理解上。有学者认为,对“基本”的解释在学理上不应少于如下6方面内容。即基本权利对人的不可缺少性;基本权利的不可取代性;基本权利的不可转让性;基本权利的稳定性;基本权利的母体性以及基本权利在当代文明各国具有共似性。〔3〕也有学者认为,概括起来看,基本权利的性质与特点主要表现在:①基本权利主要是一种个体抵抗国家权力的权利体系;②基本权利体现宪法体制和权利体系存在的核心价值。权利体系中包含着不同层

〔1〕 韩大元:“基本权利概念在中国的起源与演变”,载《中国法学》2009年第6期,第22页。

〔2〕 徐显明:“‘基本权利’析”,载《中国法学》1991年第6期,第24、25、28页。

〔3〕 徐显明:“‘基本权利’析”,载《中国法学》1991年第6期,第25~27页。

次、不同形态的权利要素,其中具有母体性的权利直接构成基本权利;

③基本权利是实定法意义上的权利形态,不具有自然法意义上的权利;

④基本权利是综合性的权利。作为宪法上的最高价值规范,基本权利在体系上具有综合性特点,统一调整政治领域、经济领域、文化领域与社会领域,既包括所谓的公法领域,同时也调整部分私法领域。^{〔1〕}有学者从德国宪法理论的角度来分析基本权利的属性。在当代德国宪法的理论与实践,基本权利被认为具有“主观权利”和“客观法”的双重性质。在“个人得向国家主张”的意义上,基本权利是一种“主观权利”。同时,基本权利又被认为是德国基本法所确立的“客观价值秩序”,公权力必须自觉遵守这一价值秩序,尽一切可能去创造和维持有利于基本权利实现的条件,在这种意义上,基本权利又是直接约束公权力的“客观规范”或者“客观法”。在基本权利的双重性质理论之下,德国的宪法理论与实践构筑了一个精致严密且井然有序的基本权利保障体系,使得国家权力乃至整个社会生活都在以人格尊严为核心的基本权利基础上得以整合。双重性质理论构成了德国对基本权利的宪法解释的基本框架,对于我国正在建构中的基本权利理论体系有相当的借鉴意义。^{〔2〕}有学者针对传统的基本权利性质理论提出了自己新的见解。传统理论认为,宪法基本权利是一种防御和对抗国家的消极自由权,这值得重新思考。在现代社会,宪法基本权利分为自由权和社会权,但不能既将它们视为性质的划分,又看作范围的划分,自由权与社会权只可用来区分宪法基本权利的范围。而且,自由权不仅是一种消极权利,社会权也不只是一种积极权利。自由权与社会权的性质已经由对立走向融合,每项宪法基本权利都具有消极权利和积极权利的双重性质。^{〔3〕}还有学者侧重于从基本权利与民主的关系上探讨基本权利的性质。认为,基本权利是人民民主最重要的表现之一。现代民主国家从基本权利的保障中去寻求其正当

〔1〕 韩大元:“中国宪法学上的基本权利体系”,载《中国法学》2009年第6期,第85~86页。

〔2〕 张翔:“基本权利的双重性质”,载《法学研究》2005年第3期,第21页。

〔3〕 上官丕亮:“宪法基本权利的性质新论”,载《云南大学学报》(法学版)2008年第1期,第21页。

性和合法性。基本权利的民主属性也产生和决定基本权利的其他属性,使基本权利不仅成为一种国家权力的约束力量,而且成为公民权利的最后保障和权利底线。基本权利是根本性权利,法律权利是辅助性权利。法律权利保障基本权利,并不得与基本权利相抵触。〔1〕

综合各种观点,在笔者看来,基本权利的属性应该至少符合三个方面的要求。第一,是必须存在的。基本权利对于人的政治、经济、文化以及社会生活构成必不可少的要求,缺少某项基本权利,则会对人的某项生活产生不利影响。彼彻姆认为,基本权利是与派生权利相对的。他说,权利之所以是基本的,至少有双重含义,其中之一的含义即在于某些特定的权利是基本的,因为他们是其他一切权利的先决条件或必要条件。〔2〕第二,是重要的、不可替代的。基本权利不能被非基本权利所取代,非基本权利不具有基本权利的位阶与内涵;基本权利也不能被其他基本权利所取代,其他基本权利无法满足该项基本权利的特有功能。第三,具有独立的价值。基本权利具有独立的价值,其他基本权利无法包容该项基本权利。彼彻姆认为基本权利的含义首先在于,因为别的权利是由他们所派生,而他们自身则不再由更基本的权利所派生。〔3〕

三、基本权利与宪法权利

有不少学者认为,基本权利即宪法权利,两者是完全等同的。有学者认为,对于“基本权利”,应该理解为经宪法实定化后的人权,即宪法保障的权利。基本权利与宪法权利无实质性差别,都区别于人权概念,指人权价值在宪法中的实定化。〔4〕也有学者认为,基本权利与宪法权利是有差异的。首先,基本权利和宪法权利的参照坐标不同。基本权利

〔1〕 蒋德海:“基本权利与法律权利关系之探讨——以基本权利的性质为切入点”,载《政法论坛》2009年第2期,第120页。

〔2〕 [美]汤姆·L.彼彻姆:《哲学的伦理学》,雷克勤等译,中国社会科学出版社1990年版,第290页。

〔3〕 [美]汤姆·L.彼彻姆:《哲学的伦理学》,雷克勤等译,中国社会科学出版社1990年版,第289页。

〔4〕 焦洪昌:“论作为基本权利的健康权”,载《中国政法大学学报》2010年第1期,第13页。

是权利体系中最重要的那部分权利,与之对应的是那些“非基本”的权利。宪法权利则在另一种意义上使用,与之对应的是普通法律权利。其次,基本权利与宪法权利的内容、属性与对国家的要求有一定的差异。宪法权利有广义和狭义之分,广义的宪法权利与多数国家宪法文本中的基本权利几乎完全相同,而狭义的宪法权利,也即受宪法保护的权利仅是对抗国家和要求国家不作为的权利。最后,基本权利与宪法权利相比,其所带有的国家属性依然强于或者高于后者。〔1〕

在笔者看来,基本权利与宪法权利是非常接近的概念,但是并非完全等同。宪法权利是实证化而且是宪法化的基本权利,是宪法明确规定的权利,宪法权利首先必须是基本权利;但基本权利是指具有基本权利属性的权利,在复杂的现实中,并不一定写进宪法,一些宪法上未列举的权利,只要具有基本权利属性,即为基本权利。如生命权,该权利既是不待规定而自明,虽未有宪法明示,但已是人皆明知的固有权利,受到保障。〔2〕施密特认为,并非所有的基本权利都通过法治国宪法的一项宪法法规予以保障。〔3〕国内有学者认为,也不是尚未被人享有的权利就不是人权,那些未被立法者认识或接受的人权以及虽然认识到但它受制于条件而不具备法定性的人权,尽管宪法未明文赋予人们,但其一旦被概括出来,其地位仍可居于基本权之林。〔4〕有学者认为,并不能基于此认为只有宪法上予以确认的权利才是基本权利,宪法对于基本权利的明确确认与否只能产生宪法解释学上的区别。除了宪法文本以外,宪法实践特别是司法实践也是判断一项权利是否基本权利的重要参考标准。〔5〕

〔1〕 韩大元主编:《比较宪法学》,高等教育出版社2003年版,第146~147页。

〔2〕 李震山:《多元、宽容与人权保障——以宪法未列举权之保障为中心》,元照出版有限公司2005年版,第19页。

〔3〕 [德]卡尔·施密特:《宪法学说》,刘锋译,上海人民出版社2005年版,第174页。

〔4〕 张文显主编:《法理学》,高等教育出版社,北京大学出版社1999年版,第96页。

〔5〕 焦洪昌:“论作为基本权利的健康权”,载《中国政法大学学报》2010年第1期,第14页。