

# 权利与宪法之思

胡杰

(南京大学法学院,江苏南京 210093)

**摘要:**权利是当今时代的主流话语,权利保障程度已经成为衡量一国法治发展水平的核心指标,宪法的产生及其发展亦是围绕保障公民权利这一话题而展开的。在此层面上,研究宪法与权利的关系就具有了重要的理论和实践意义。以此为切入点,主要可从形式上的差异与实质上的共生两大方面就权利与宪法的内在机理进行简要梳理:从时间、性质、运行以及规范层面剖析,权利与宪法之间的差异是形式上的;就其实质层面而言,两者又存在着紧密的共生关系。社会主义法治国家的建设应当紧紧围绕着权利与宪法这对核心范畴加以展开。

**关键词:**权利;宪法;内在机理

**中图分类号:**D911 **文献标识码:**A **文章编号:**1671-5322(2010)02-0031-04

## 一、研究背景

众所周知,这是一个主张权利的时代,作为时代的主旋律和最强音,权利倍受人们的关注。当人们言及权利时,往往内含着强烈的正当与合理的意蕴,权利话语已经成为现时代的主流话语。与此紧密相联的是,宪法也已成为当今时代的标志之一。在世界范围内加以考察,我们可以发现,权力所有者不论以何种方式取得国家政权,也不论是何种意识形态的政权,无不将宪法作为其国家得以建立和持久运行的基石。宪法与权利这一对范畴无论是在理论与实践层面、还是在立法与司法层面、以及执法与法律监督层面均具有重要的意义与价值:就理论层面而言,宪法是一切法律的渊源,是核心法律价值的凝炼和表达,反映了普众的法律诉求,而权利则是法学范畴的核心命题,是一切法律规范的核心评价指标,权利的完善与保障程度是法律之良善、司法之公正、执法之合理的终极标准,无疑权利和宪法都是法学理论领域值得关注的核心命题。在实践层面,宪法规范起到了社会生活指示器的作用,它以原则的方式对社会生活作出了概括式的指示,它是法律规范的基础,是基础性的法律;权利则是法学实践中最

为重要的话语。在立法层面,权利是立法制定的重点议题与核心向度。在司法层面,法院诉讼的展开是围绕着确定与保障诉讼涉及者的权利这一基本指向的。在执法层面,国家工作人员的执法活动是以维护和实现民众权利为终极标准的。在法律监督层面,权利的存在以及对权利保障程度的完善是法律监督得以成立和实现的价值基础。基于此,从理论层面对权利与宪法之间的关系作一番考察就显得格外有意义了。权利与宪法在思想脉络上具有一定的延续性,即权利的内涵决定了宪法的基本范畴,即基本权利的内容;同时,宪法的完善与发展依赖于权利理论的深化。这里主要从权利与宪法之间的异同出发,就两者之间的关系作一简要论述。

## 二、内在机理

无论从何种维度加以考察,我们都可以得出:权利与宪法之间具有一定的内在机理。在大力弘扬社会主义法治理念的当下,梳理这一对范畴之间的关系更是具有极为重要的理论和实践意义。诚如杨春福教授所言:“当代中国法治的核心指标不在于法律是否完善,不在于执法是否严格,也不在于司法是否公正,而在于我们所有的法制实践是不是都是保障公民权利为其核心的,一切的

收稿日期:2009-12-22

作者简介:胡杰(1985-),男,江苏盐城人,硕士生,研究方向:权力与人权理论。

制度设计和观念培育是不是都围绕它而展开的。换句话说,保障公民权利应当是评价中国法治化进程的核心指标。”<sup>[1]</sup>也就是说,法治实践的纵深发展以及法治理念的普及无不依赖于公民权利保障程度这一基石。作为公民权利保障的最为重要的法律依据,宪法无疑在较高的位阶上决定了权利保障的实现程度。可以说,一部宪法发展的历史就是一部活生生的公民权利保障程度不断得到提高的历史。在此意义上,权利与宪法这对范畴得到了有效的契合。权利与宪法的内在机理可以从形式上的差异与实质上的共生两大方面加以剖析:

### (一) 权利与宪法存在形式上的差异

1. 从时间层面而言,作为一种现象,权利的出现要远早于宪法。在原始社会,初民便已拥有了作为萌芽形态的权利观念,借用美国学者的论述对此加以佐证,他认为,“一部公民基本权利法案并不能创造它所声明的权利;一个民族之所以能够享有其权利,‘不是因为他们的祖先曾经聚集在一起,在字面上将其列举出来,而是因为通过反复的协商和声明,使所有人都意识到这些权利。当然,也使所有人都认为这些权利神圣不可侵犯。’”<sup>[2]</sup>也就是说,权利不是由宪法所创造的,权利的内容是由人们之间的协商而加以建构的,是人类日常生活经验的累积的成果,而宪法仅仅是对权利内容的记载,宪法所承载的是权利的价值。哈贝马斯曾经明确指出:“现代宪法得益于这样一种理性法的观念,即公民有权利自己决定组成一个共同体,而且,在这个共同体里面,所有公民都是自由而平等的权利伙伴。”<sup>[3]</sup>一些经济学家则认为,“从理论上讲,政府并不是权利之源,而是人民运用自身权利的表现。宪法的创立或修正,并不是政府的行为,而是一些人构建政府或调整政府的行为。立宪政体存在的理由是,政府受到普通民众的人权和财产权的限制,而且,政府本身不能成为人权和财产权的赋予者,也不能成为对这些权利施加限制的仲裁人。”<sup>[4]</sup>从这些引文中我们可以清晰地看出权利作为宪法的前位概念的基本轮廓,也就是说,权利具有更高的位阶价值,它是宪法的源动力,宪法得以生成在很大程度是缘起于保障权利的必要性和必然性。

2. 从性质层面而言,权利源于主体间的商谈,源于人们日常生活经验的现实表达,是一种自生自发的秩序;而宪法源于立法者的建构,宪法的生

成是理性建构的产物。对此,哈贝马斯有过相应的论述,他的商谈理论为法律的理性化与合理化提供了一个基本的理论建构。在他看来,法律的建制化是主体间商谈形成合意的产物,《在事实与规范之间》一文着重就此问题进行了阐发,这种阐发显然是富有意义的。但是,应当指出,哈氏的理论是一种理想的类型假设,这种理论更多地添加了理性的色彩,内含了他本人的美好愿望。法律显然来源于立法者的制定,通过合理商谈去形成法律,在复杂的现代社会中显然是无法企及的。当然,在自由民主社会中,立法者制定法律绝不是无的放矢的,法律的制定过程必须充分考虑到民众的合理利益需求与基本的尊严保障,这种考量因素便是权利的精华要素。而权利的出现则不同,无论是从理论还是现实的层面考量,权利都带有那么点理想主义的色彩,就像自然法从天上降落到人间的过程一般。从最初的形态来看,权利是先天赋予的,这种先天赋予为权利增添了神圣的色彩。诚如阿德勒所说:“天赋权利是指我们可以要求一个正义的社会给我们以保障权,因为这是人天性中内在的权利。不经特殊理由,不经合法证明,就不能剥夺这种权利。”<sup>[5]</sup>从实证的角度考察,可以认为权利是源于主体间的商谈,通过这种商谈,人们将社会生活中的种种类型化的事物形态以权利的方式加以记录和表达。概言之,人们通过商谈以形成权利,并且通过合理的商谈不断地完善权利的内容。宪法与权利之间的这种不同性质进一步揭示出:宪法是对权利内容的基本反映;权利是对宪法的不断矫正和指引,是宪法逐步完善的基本理论和现实依据。有学者将法律定义为理性与意志的复合体<sup>[6]</sup>。借助于这一定义模式,我们可以发现,宪法同样也是理性和意志的复合体。这其中几许理性几许意志也许我们难以严格区分,但是作为基本判断,我们可以认为,宪法本身是有待进一步优化升级的,这也就是理性成分的增多与意志成分的削减。这种优化的基本指引就是权利作为评价指标。其实,正是因为权利的全民商谈性质,导致了其所具有的魅力远高于宪法,因缘于此,代理人在制定宪法时必须充分考虑到基本的权利要求,必须以权利所承载的价值作为宪法的基本价值。在法律优化的过程中,应当始终以权利原则作为评价和指引的核心标准,唯有如此才能不断推动法律的理性化程度和法律为民众所接受的认可度,并提升权利保障

的程度。

3. 从运行层面来看,权利可以通过公民之间的协商进行变更、移转等等,宪法相对稳定,不宜轻易变革,不具有交换性质。权利是人们生活的一个基本保障,它为人类种种可能的正常生活提供了必要的条件。因此,权利的运行在某种意义上就意味着权利主体角色的置换。例如,当我们言及财产权时,它的一个基本指向就是财产的自由合法有序的移转,这种流转可以确保人际之间的合理有序的经济活动秩序的展开,以自由促进发展,以自由保障权利。对于财产的概念,我们可以略加考察:财产是一组权力。财产的法律概念就是一组所有者自由行使并且其行使不受他人干涉的关于资源的权力。不受他人干涉的选择权通常称为“自由”。因此,我们可以把财产定义成法律制度,它把一组关于资源的权力分配给人们,也就把资源上的自由给了人们<sup>[7]</sup>。这里的显要之点是财产的自由流转性,笔者个人认为,财产权之所以成为一项重要的权能,与权利的这种交换性质具有非常重要的关联。通过主体之间的协商,权利可以进行交换乃至自由移转,这也为权利的保障提供了一丝支撑。如果权利是静止的,那么可想而知,每个人的权利都仅仅限于自我而无法企及他人,其结果必然是因个体而存在的权利之间的模糊含混乃至冲突,只有当权利能够加以有效移转之时,才能够一方面避免权利的形态冲突,另一方面又为权利的效用最大化提供了可操作的空间。当然,需要指出的是,权利的交换性质只是一种可能性,而不是一种必然性。毕竟,权利的处置仍然是以权利所有人的个体意愿为终极判断标准的。同时,一些基本的人身、政治、经济、文化、社会权利是不得协议移转变更的,这也是为了保障人之尊严的底限要求。之所以强调人的尊严这一概念,是因为“人的尊严是一个内涵极为丰富、价值取向多元的伦理准则,它试图造就出人在社会生活中的庄严形象,从而突出人的主体性、目的性意蕴。在个人的层面上,人的尊严体现了人对自身高贵、独特性的认识;在社会的层面上,人的尊严为制度设计确定了基本的准则,限制了国家权力运用上的罔顾人生。”<sup>[8]</sup>而宪法在性质上而言是以相对稳定而著称的,这种稳定性体现在严格的制宪程序以及严格的修宪程序之中。在《辩论:美国制宪会议记录》一书中,麦迪逊通过对制宪全过程的点滴记录,向世人展示了制宪者为宪

法的建构所作出的孜孜努力。当然,稳定不是意味着变动不居,适当的修宪是社会生活发展的必然需要。修宪必须经过严格的程序控制,这是形式意义上的。在实质意义上,修宪这一行为本身必须受到权利保障这一核心评价指标的约束。

4. 从规范层面来看,权利更多地涉及到私的关系,而宪法更多地涉及到公的层面。一般可以认为,权利更多地体现为权利所有者之间的关系,虽然在很大程度上权利是用来对抗权力的。但是,不容否认的是,权利的生存形态首要的是位于个体之间的,这一点可以从权利的生成那里找到根据。可以想见,在远古时代,公权力尚不发达,个体之间或群体之间为了保障自身的利益,通过一定的方式达成对权利的共识。笔者认为,对于权利的规范层面的考察可以分为两个部分,但就权利的运行而言,它更多地涉及到的是个体私人之间的关系;而就权利的侵害救济或保障而言,它才涉及到公权力的介入问题。而宪法则不然,宪法就其本身而言更多地是对国家公权力运行的基本指导,是对作为组织形式的国家的原则性规定。这一点可以在古老宪法观念最恰当的阐述者博林布鲁克那里得到印证,早在1773年他就作出了如下的论断:“宪法,只要我们妥当和精确地讲的话,我的意思便是,法律制度和习惯的集合体,它源于理性的某些确定的原则,指向某些确定的公共幸福的目标,它构成了普遍的制度,共同体共同依据它接受治理。……当公共事务的整个执行被明智地从事,且依照宪法的原则和目的,我们便说这是好政府。”<sup>[9]</sup>

## (二) 权利与宪法具有实质上的共生

鉴于上述分析,权利与宪法之间的差异是形式上,而在实质上两者具有紧密的共生关系。对此,可以从如下几个层面加以论述:

1. 宪法的权威来自于民众的认可度,而这种认可可是以宪法对权利的确认、维护和保障程度为评价指标的。任何法律的建构,都必须考虑到作为个体的民众的真实利益需求,必须承载其合理的价值吁求,处于法律之最高位阶的宪法更应当如此。试想一部法律如果没有现实的生命力,则很容易蜕变为具文。因此,现代法治社会的一个基本要求就是法律制定的良善。对于任何法律而言,其良善的判断标准都是对权利的保障程度,宪法更是如此。宪法所承载的权利都是最为基本的权利,是人类生活须臾不可少的,因此就具有了更

高的神圣性。宪法的权威的获得就是以对权利的确认和维护程度作为基础性要素的。

2. 权利是宪法的魂魄(精髓、骨骼、命脉),宪法是权利的宣言(表达、记录、承载)。权利与宪法之间的一脉相承的联系使得两者成为文明时代的最具代表性的标志,举凡言及权利,必得在宪法秩序及宪政视野内加以考察,而宪法文本的生成则是出于保障权利的需要。

3. 权利是树干,宪法是树枝,而人权则是树之养料。权利是人类社会得以存续的关键性概念,也是人类文明得以延续的基本动力,人类社会的进程应当致力于权利保障程度的提高这一核心宗旨而展开,在此意义上,权利可以说是本源性的要素,而宪法则是基于保障权利需要的产物,犹如树枝的存在是树干的产物一般。在现代社会中,随着经济的不断发展和社会的不断进步,新型权利也日益涌现,更基于权利本身的开放式清单,这就必然要求作为树枝的宪法要适时地加以修改和完

善,这一过程就是不断吸纳新型权利以确保人权这一核心指标的完善。修宪的过程应当围绕着对人权的满足与实现程度作为根本性标准,修宪的最终目的是为了充分保障每个人的尊严和权利。通过这种权利的推动,促进宪法的完善,同时又反作用于权利的保障。因此,三者之间是一个逻辑上具有密切关联的概念。

作为当代政治文明与法治文明的两个至关重要的概念,权利与宪法之间的关系无疑是本文所难以完全承载的,写作的目的仅仅在于挖掘权利与宪法之间的内在机理,社会主义法治国家的建设应当围绕着权利与宪法这对核心范畴加以展开。我们可以畅想,当权利得到切实的尊重和保障,当宪法发展成为一部完善的公民权利保障之书时,一国法治的发展程度将得到极大的提升;与此同时,在宪法与权利的指引之下,政治文明将更加可欲化,法治文明将更加人文化,社会和谐也将更具生命力。

#### 参考文献:

- [1] 杨春福. 自由、权利与法治——法治化进程中公民权利保障机制研究[M]. 北京:法律出版社,2007:10.
- [2] [美]杰克·N·雷克夫. 宪法的原始含义:美国制宪中的政治与理念[M]. 王晔,柏亚琴译. 南京:江苏人民出版社,2008:322.
- [3] [德]尤尔根·哈贝马斯. 包容他者[M]. 曹卫东译. 上海:上海人民出版社,2002:237.
- [4] [美]罗利编. 财产权与民主的限度[M]. 刘晓峰译,严忠志,朱泱泱校订. 北京:商务印书馆,2007:202.
- [5] [美]莫蒂默·艾德勒. 六大观念:真、善、美、自由、平等、公正[M]. 陈德中译. 重庆:重庆出版社,海南:海南出版社,2005:130.
- [6] 周永坤. 法理学——全球视野[M]. 北京:法律出版社,2000:219.
- [7] [美]罗伯特·考特,托罗斯·尤伦. 法和经济学[M]. 张军译. 上海:上海三联书店、上海人民出版社,1994:125.
- [8] 胡玉鸿. “个人”的法哲学叙述[M]. 济南:山东人民出版社,2008:60.
- [9] [美]麦基文. 宪政古今[M]. 翟小波译. 贵阳:贵州人民出版社,2004:2.

## The Thought to Rights and Constitution

HU Jie

(Law School of Nanjing University, Jiangsu Nanjing 210093, China)

**Abstract:** Right are the mainstream language of our times, rights protection level has become a measure of a country's level of development of core indicators for the rule of law; The emergence and development of the constitutional protection of civil rights is also focused on the topic initiated. In this level, the study of the relation between the constitution and the right to have an important theoretical and practical significance. On this basis, we can describe mainly from the formal differences between the two aspects of the symbiosis with the essence of rights and the constitution on the internal mechanism of a brief sort, From the time, nature, operation and normative level analysis, the difference between rights and the constitution is the formal; in its real level, there existed a close symbiotic relationship between them. The building of a socialist country ruled by law should be closely around the core area of the rights and the constitution.

**Keywords:** rights; constitutional; intrinsic mechanism

(责任编辑:李开玲;校对:李 军)