

未列舉基本權利的憲法保護

金成波*

縱觀近代各國的成文憲法，往往都有通過列舉的方式規定基本權利的傳統。1776年，美國的《獨立宣言》寫道，“我們持有這些不言而喻的真理，即人人生而平等，造物主賦予他們若干不可剝奪的基本權利，包括生命、自由和追求幸福的權利……”。1789年美國制定了聯邦憲法，最初雖然沒有專門規定基本權利，但是不久便通過了十條憲法修正案，被稱為“權利法案”。法國大革命後頒佈的第一部憲法——1790年憲法，將1789年《人權宣言》作為憲法的序言，還規定了公民享有的集會、請願、宗教信仰以及有限制的選舉權等權利。此外《德國基本法》第一章(第1條至第19條)、《日本憲法》第三章(第10條至第40條)、《韓國憲法》第二章(第10條到第39條)都通過列舉的方式規定了公民的基本權利。於是問題應運而生，憲法文本列舉之外是否有基本權利存在的空間，如果存在如何證成，未列舉的基本權利如何保護？本文試圖一定程度上回應這些問題。

一、基本權利：列舉與未列舉的二元劃分

從權利的起源來看，權利是先於憲法而存在的，憲法是人類社會發展到一定階段的產物。憲法是對權利的一種法律上的確認，這種確認對權利的保護是必要的，它使權利保護的對象更加明確，也使權利保護的手段和方式更加具體化。¹ 學界有一種觀點認為：憲法條文中是否明確列舉是區分基本權利與非基本權利的標準。這種觀點值得商榷，因為基本權利來源

於人權，而人權具有普遍性，是與生俱來的。所以權利是先於憲法而存在，憲法確定權利而非權利產生於憲法。對於基本權利進行保護，這是國家義務的重要組成部分。²

對於基本權利的規定，雖然如前文所述，大多數國家採取列舉的方式，但是也有國家採取非列舉——即概括的方式來規定的；也有的國家雖然採取列舉的方式規定，但是存在概括性的條款。例如《韓國憲法》第37條之規定：“公民的基本權利不得因憲法未加詳盡列舉而被輕視”；《德國基本法》第2條第1項之規定：“人人有自由發展其人格的權利，但以不侵害他人權利、不違背憲法秩序或道德者為限”；中國台灣地區“憲法”第22條規定：“凡人民之其他自由及權利，不妨害社會秩序公共利益者，均受憲法之保障”；《日本憲法》第13條規定的“生命、自由及追求幸福的國民權利”等等。通過概括的方式對基本權利進行規定有很強的合理性，因為人的認識能力有限、成文憲法本身有局限性以及基本權利內容有發展性，所以任何國家都不可能在憲法文本中將應當受到保障的基本權利盡數列舉，所以要通過概括性的條款進行規定。³ 但是概括性條款規定基本權利也存在一定的弊端：首先，這樣的規定對法的安定性構成挑戰，因為概括基本權利條款多採“其他自由與權利”等抽象法律概念，“充滿不確定感，是恣意運作之絕佳場域”⁴；其次，對權力分立構成挑戰，因為新型基本權利的生成往往由司法認定，法官造法在此可能對制憲以及修憲的權力造成侵犯；再次，與前者相連接的，法官造法權力巨大，可能造成司法的恣意。

* 中央黨校政法部講師

通過列舉的方式對基本權利進行規定也是優缺點並存，其不足之處主要體現在邏輯上，這種方式很難窮盡列舉對象，進而人為製造了權利的差序狀態；其優點是簡單明瞭，反映時代特徵，反映一國的權利保障狀況，對已經列舉的基本權利提供更好的保護。

“國家能辦得到的事憲法就寫上，辦不到的就暫時不寫。能做到甚麼程度，憲法就寫到甚麼程度，因為憲法是要付諸實施的，不是擺樣子的。”可見，《中華人民共和國憲法》通過列舉方式規定基本權利也正反映了這樣一種背後邏輯。⁵ 通過列舉的方式規定基本權利可能需要解決兩個前提性問題：列舉的數量以及列舉的標準。第一，列舉的基本權利數量要適中，列舉過多會削弱憲法對具體權利的保護力度，列舉少了則達不到憲法權利保護的目的。縱觀各國憲法列舉的基本權利，內容存在一定的共性，但是數量還是取決於制憲的年代、制憲者的憲政觀以及權利發展的階段等因素。一般憲法制定年代靠前的權利比靠後的權利列舉的多，持共和主義憲政觀的憲法比持自由主義憲政觀的憲法列舉的權利多，權利發展成熟比權利發展中期列舉的權利多。⁶ 第二，憲法明確列舉的權利往往是“在歷史上受國家權力侵害較多的重要權利自由”⁷，可見哪些權利納入立憲者的視野難說有客觀的標準，更多是一個實踐理性。立憲者要對眾多的“候選權利”進行價值排序，按照重要性將排序在先的權利優先列舉，直到符合數量的要求。這也暗合了列舉並不是區分基本權利與非基本權利的標準。

二、未列舉基本權利的證成：域外經驗

對未列舉的基本權利進行保護，首先要對其證成。證成未列舉的基本權利往往是司法機關的職責，尤其是在權力分立比較徹底的國家，然而也不盡然，立法(立憲)機關也有這一職責。現今各國，對於未列舉的基本權利進行證成較為先進也較有代表性的國家是德國和美國，兩國都是成文憲法國家，證成未列舉基本權利的路徑都是從現有的條文中解釋出未列舉基本權利的因子，下面分而述之。

在德國，《德國基本法》為了彌補憲法列舉基本

權利的不完全性，在其條文中預先設置了具有兜底性的概括條款，即第2條第1項之規定：“人人有自由發展其人格的權利，但不得以不侵害他人權利、不違背憲法秩序或道德者為限”。通過解釋和適用基本權利概括條款，可以補充和確認那些憲法未列舉的基本權利。那麼如何解釋和適用基本權利的概括條款？根據德國學界和司法界的普遍觀點，應依據《德國基本法》第1條第1款所確立的“人的尊嚴”概念作為指引。

“人的尊嚴”這一概念是德國憲法的基本精神之所在，在憲法上屬於“基本權利體系之出發點”，或是“最上位之憲法原則”。人的尊嚴是一個人終其一生最為珍貴之物，只因為是人，所以就必須被“作為目的”受到尊重，在任何情況下都不能只被當作工具；只因為是人，所以不能被任何其他目的所替代。人並非是國家或社會的手段或客體，相反，先於國家而存在的個人，才是國家存在的目的與根據。⁸ 憲法保障人性尊嚴具有兩大內涵：其一，禁止國家挾其權力主宰的地位，侵犯個人的人性尊嚴；其二，憲法所保障人性尊嚴的原則更進一步要求促進個人能具有尊嚴地生存、發展的基本條件。⁹ 人的尊嚴可以說是所有基本權利的根源，所有基本權利都圍繞人的尊嚴展開，所以這一概念的指引是論證和界定基本權利的最為常用的方法。德國聯邦憲法法院在確認信息自決權等未列舉的基本權利過程中都應用了這一方法。值得說明的是，以“人的尊嚴”為指引認定未列舉基本權利的方法不僅在德國廣泛應用，在其他許多大陸法系國家也廣為流傳，例如在韓國、日本等這一方法都得到了實踐以及學說上的廣泛認可。

在美國，想通過憲法衍生出未列舉的基本權利主要有以下三個渠道：《美國聯邦憲法第九修正案》，正當程序條款以及憲法條文之間的勾連關係——權利伴影理論(Penumbra Theory)。第一，《美國聯邦憲法第九修正案》規定，“憲法所列舉的某些權利，不應解釋為剝奪或取消人民所保留的其他權利”。這一條規定是當年聯邦黨人與反聯邦黨人對權利法案不同看法爭議調和的產物，明確為沒有列舉的基本權利預留了空間。然而吊詭的是，美國一直以來幾乎沒有從這一規定生發出基本權利，無論國會立法還是司法解釋，直到1965年Griswold v. Connecticut案發生，最

高法院才首次援引《美國聯邦憲法第九修正案》證明未列舉的隱私權的存在。第二，《美國聯邦憲法第十四修正案》第1款規定，“不經正當法律程序，不得剝奪任何人的生命、自由或財產……”，這就是眾所周知的正當程序條款。正當程序是《美國聯邦憲法》最基本的原則之一，正當程序條款是生成基本權利的最重要淵源之一。美國實務上將正當程序保障區分為程序上的正當程序與實質上的正當程序，前者要求政府限制人民生命、自由或財產時應遵循正當程序，由此生成了不得自證其罪、聽證權等；後者要求政府所制定的法律必須符合公平和正義，由此生成了隱私權、墮胎權、同性戀權、自殺與安樂死權、婚姻自由權等。¹⁰ 第三，導源於當事人的未列舉基本權利受到侵害是否可以提起司法救濟的爭論，美國最高法院審理的 *Griswold v. Connecticut* 案衍生了所謂的權利伴影理論。在該案中，佔多數的審理意見認為，權利法案的第一、第三、第四、第五和第九修正案之間並不是孤立的，而是存在着內在勾連，存在着陰影區域，在這陰影區域內是存在着未列舉的基本權利的。

然而，以上幾種方法還是文本的、形式意義上的推演，實質意義上將一項權利解釋成未列舉的基本權利，或者說將一項權利納入到以上的三個範疇之內進而證成為未列舉的基本權利，還需要一些更為深層次的方法。縱觀美國多年來最高法院的司法判例，在證成一項未列舉的基本權利過程中，往往考慮這項權利：對於個人自主的重要性，是否根植於人民的傳統和歷史之中，是否是有序的自然制度的本質部分，是否構成社會和政治制度基礎的自由和正義的基本原則，是否驚擾社會良心等。¹¹

三、未列舉基本權利的保護：中國路徑

對於一項基本權利對其提供憲法保護，最簡單的方法莫過於修改憲法將其納入列舉的範圍，但是因為未列舉基本權利的擴張性以及憲法文本的有限性，更為根本的方法還是通過憲法既有條款來證成基本權利。域外的經驗也表明，憲法權利是一個動態的發展體系，一旦面臨未列舉的權利時，完全可以從憲法原

則、概括性條款、基本權利譜系中去演繹出新的基本權利，彌補基本權利保護存在的漏洞，以最大限度發揮憲法的人權保障功能。

對於《中華人民共和國憲法》，最有可能演繹出基本權利的條款是第33條及第38條。《中華人民共和國憲法》整個第二章規定“公民的基本權利和義務”，涉及權利條款為第33條至第50條。其中第38條規定，“中華人民共和國公民的人格尊嚴不受侵犯。禁止用任何方法對公民進行侮辱、誹謗和誣告陷害。”這一條規定是1982年制定現行憲法時總結十年文革的慘痛教訓，防止踐踏人格尊嚴的行為再次出現而新增加的內容，以往三部憲法並沒有這一規定。然而，“人格尊嚴”條款是一項具體的基本權利還是一項憲法原則性的權利保護條款，學者們存有一定爭議。有學者認為這一條款應該分解之後來解讀，前一部分“中華人民共和國公民的人格尊嚴不受侵犯”，類似於表達了德國“人的尊嚴”那樣的基礎性憲法價值的內容；後一部分“禁止用任何方法對公民進行侮辱、誹謗和誣告陷害”表達了一項個別性權利的保障內容，大抵相當於憲法上的人格權。¹² 也有學者認為人格尊嚴並不構成《中華人民共和國憲法》上的一項具有根本性的、貫穿整部憲法的價值，它只是《中華人民共和國憲法》上的一項重要的基本權利，尚不能構成一項憲法原則。¹³ 然而，雖然中國的“人格尊嚴”條款沒有德國的“人的尊嚴”條款那樣規範，尚構不成其基本原則和最高價值的地位，但是中國的規定最低限度也不失為其他與人格所涉的新型基本權利提供解釋空間的可能性。

2004年憲法修正案增加“國家尊重和保障人權”作為現行憲法第33條第3款內容，這一條大多數學者認為是概括性權利條款，從規範意義上可以涵蓋非列舉主義精神。但是也有學者認為未列舉權利保護條款具有獨立的規範價值，而這一條是人權條款，更側重於表明憲法原則的意義；未列舉的權利或基本權利是特定的範疇，可從權利源泉中提煉所需要的新權利，而人權本身是不確定的概念，在憲法文本中以綜合的價值形態來出現，難以成為提煉新的基本權利的基礎；人權雖寫在憲法文本中，但與基本權利價值的互換仍需要長期的過程，需要從理念與實踐角度建

立人權憲法化的機制。¹⁴ 這幾點都有可商榷之處。首先，“國家尊重和保障人權”確實就是一項基本原則，不能苛求其具有獨立的規範價值，但是這並不能否認這一條具有概括性權利條款的一般特性；其次，“人權”概念與憲法中已經列舉的基本權利相比確實具有不確定性，但是這種不確定性也恰恰為未列舉基本權利的生成預留了空間，同時應該看到，這一概念與其他國家的“保留的其他權利”、“謀求幸福的權利”、“人性尊嚴、發展個性權”等概念相比，並非更不確定；再次，人權憲法化的實現機制最主要的是違憲審查，中國雖然不存在違憲審查制度，但並不能據此否認憲法的屬性。

《香港基本法》和《澳門基本法》是“一國兩制”方針的具體化和法律化，一方面，它們是中華人民共和國法律體系的組成部分，是由全國人民代表大會制定的基本法律，因此在全國範圍內，其地位僅低於憲法；另一方面，在各自的特別行政區法律體系中，它們都具有最高的法律地位。根據《中華人民共和國憲法》第31條規定，香港和澳門特別行政區的制度和政策，包括社會、經濟制度，有關保障居民的基本權利和自由的制度，行政管理、立法和司法方面的制度，以及有關政策，均以港澳基本法的規定為依據。因此，考察中國未列舉基本權利的憲法保護，必須考慮到港澳基本法的相關規定。

《澳門基本法》第30條規定：“澳門居民的人格尊嚴不受侵犯。禁止用任何方法對居民進行侮辱、誹謗和誣告陷害。”這與《中華人民共和國憲法》中對於“人格尊嚴”的條款是完全一致的。同時，《澳門基本法》第40條規定：“澳門居民享有的權利和自由，除依法規定外不得限制。”第41條規定：“澳門居民享有澳門特別行政區法律保障的其他權利和自由。”這兩個條款是對居民權利和自由的原則性規定，它們意味着澳門居民具有其他法律保障的權利和自由，雖未列舉，但居民仍可享有。《香港基本法》對於未列舉基本權利的規定與《澳門基本法》有相同

之處，同時也具有一定的差別。相同之處在於，《香港基本法》第38條和第39條同樣規定了“香港居民享有香港特別行政區法律保障的其他權利和自由”，以及“香港居民享有的權利和自由，除依法規定外不得限制”；差別在於，《香港基本法》並沒有關於保護居民“人格尊嚴”的規定，同時《香港基本法》第8條規定：“香港原有法律，即普通法、衡平法、條例、附屬立法和習慣法，除同本法相抵觸或經香港特別行政區的立法機關作出修改者外，予以保留”，因此，依據香港自身的普通法的傳統，“剩餘原則”是規定居民基本權利和自由的重要原則，只要法律沒有禁止的行為就是合法的，居民的相關行為不會受到法律追究。

從以上分析可知，《中華人民共和國憲法》第38條與第33條以及《香港基本法》和《澳門基本法》的相關條款為未列舉基本權利在中國的證成提供了較為充足的規範解釋空間。雖然中國現在的憲法解釋機制未能有效的實施，也沒有一個強有力的機構對《中華人民共和國憲法》上的基本權利進行擴充性解釋與保護，但是中國共產黨的十八屆四中全會提出“健全憲法實施和監督制度，完善全國人大及其常委會憲法監督制度，健全憲法解釋程序機制”，進一步國家會建立和健全相關的制度和機制，未列舉基本權利的證成也會有更為規範的渠道。

四、結語

對於未列舉的基本權利證成的方法是可以探討的，也是不斷發展的，但是明確和肯定對於未列舉基本權利的保護卻是極為必要的。因為它時刻提醒着我們，憲法對基本權利的列舉是不完全的，而留下的空白並不是對國家的授權，依然是人民不可侵犯的權利。要在充分吸收和借鑒別國經驗的基礎上，探討中國憲法對於未列舉基本權利的證成和保護之道。

註釋：

- ¹ 潘愛國：《論非基本權利的憲法保護》，載於《法律科學》，2011年第4期。
- ² 龔向和、劉耀輝：《論國家對基本權利的保護義務》，載於《政治與法律》，2009年第5期。
- ³ 王廣輝：《論憲法未列舉權利》，載於《法商研究》，2007年第5期。
- ⁴ 李震山：《多元、寬容與人權保障：以憲法未列舉權之保護為中心》，台北：元照出版有限公司，2005年，第43頁。
- ⁵ 許崇德：《我國憲法的誕生與憲法的基本精神》，北京：中央黨校出版社，2003年，第53頁。
- ⁶ 同註1。
- ⁷ [日]蘆部信喜、高橋和之：《憲法》，林來梵等譯，北京：北京大學出版社，2006年，第114頁。
- ⁸ 法治斌、董保城：《憲法新論》，台北：元照出版有限公司，2006年，第203頁。
- ⁹ 孫凌：《論住宅權在我國憲法規範上的證立——以未列舉憲法權利證立的論據、規範與方法為思路》，載於《法治與社會發展》，2009年第5期。
- ¹⁰ 饒志靜：《未列舉基本權的憲法解釋方法——以美國最高法院的判決為中心》，載於《江西社會科學》，2010年第12期。
- ¹¹ 同上註。
- ¹² 林來梵：《人的尊嚴與人格尊嚴——兼論我國憲法第38條的解釋方案》，載於《浙江社會科學》，2008年第3期。
- ¹³ 謝立斌：《中德比較憲法視野下的人格尊嚴——兼與林來梵教授商榷》，載於《政法論壇》，2010年第4期。
- ¹⁴ 韓大元：《憲法文本中“人權條款”的規範分析》，載於《人權》，2006年第1期。