

基本權利在當代憲制國家中的重要性*

Jorge Bacelar Gouveia**

目錄：

- 一、導言
- 二、“公民身份”與“基本權利”之間的根本關係
- 三、基本權利由十八世紀至今的發展
- 四、基本權利的憲法性規範效力
- 五、基本權利的分類規定
- 六、基本權利的客觀憲法效力
- 七、基本權利的加強保護
- 八、基本權利與未來

一、導言

1. 首先，本人很高興能夠出席是次由 **Agostinho Neto** 大學法學院主辦的國際研討會。是次研討會在舉辦時間方面非常適當，而且在公民及學術層面上均極具規模。

今次活動最為重要的其中一方面，除了是研討會涉及多個互相關連的學術範疇（現今很多問題都是互相聯繫的）之外，其在所針對問題上尋求以新觀點去分析舊有問題的創新性亦深具意義。

本人深信，在是次從政治、經濟、社會、文化及法律角度來看，均對安哥拉十分重要的研討會結束時，大家會比在研討會開始時所了解的更多。這主要是因為大家都深信彼此可以各盡所能，在這個位於非洲及在世界上深受愛戴的國家的重要轉變時刻，作出最大的貢獻。

2. 同樣，本人在此特別向 **Agostinho Neto** 大學法學院致意，因為該學院努力促成是次研討會，而且其亦是安哥拉一所關鍵性法學教育機構。對於一個曾經歷強烈殖民主義的年青國家在大學教育正常化方面所遇到的困難，大家都是很清楚的。

然而，**Agostinho Neto** 大學法學院及其所有員工，特別是 **Fernando Oliveira** 院長及法學院領導層所有成員，一直都能夠跨越重重障礙，並使之成為一級大學。

* 本文是筆者根據其在題為“安哥拉：法律、民主、和平與發展”的國際研討會上的演講錄音，作適當修改後撰寫而成。該研討會由 **Agostinho Neto** 大學法學院主辦，於二零零一年五月三日在羅安達舉行。

** 法學博士及里斯本新大學法學院教授 (jbg@mail.telepac.pt)

此外，法學院亦正在積極發展多項新計劃，以提高教員的資歷，並預計在短期內開辦一個碩士學位課程，以及提供更多學士學位課程及增加有關學額。

3. 本人獲邀請並欣然接受在是次研討會上演講的題目，可以透過提出*四個問題*來講解。

當代憲制國家出現於歷史上某個時期並存續至今，而作為其基石的基本權利的重要性，正好反映在以下四個問題上：

- 1) 基本權利應載於法律體系中哪個範疇？
- 2) 應如何規範基本權利？
- 3) 誰應遵從基本權利？
- 4) 誰負責保障基本權利？

不過，在回答上述一連串問題之前，首先必須指出基本權利與公民身份之間的根本關係，並說明當今所指的基本權利並非完全等同於十九世紀的基本權利，為此亦會特別講解一段迅速發展的歷史進程。

二、“公民身份”與“基本權利”之間的根本關係

1. 今次演講題目強調的，是保障基本權利（憲法法律實況）發展的決定性因素，並拉近了憲法理論中“公民身份”及“基本權利”這兩個十分重要的概念。

事實上，在賦予“公民身份”與出現“基本權利”之間，可以輕易察覺到一種一直存在的*根本關係*，而不論在兩者的*概念層面*上，抑或*歷史層面*上，均可發現這種關係。

透過上述兩個概念，同時可以得知兩個多世紀以前與歐洲及北美立憲主義同時出現並存續至今的一些概念及社會現象。

2. 立憲革命運動的其中一項重要支柱，就是將基本權利賦予人，而對於那個時期來說，這完全是一種創新的邏輯思維：

- (i) 以*法律理性主義*為依據的基本權利：國家只須宣告而不用創設這些基本權利，因為這些權利是經“理性”發掘的，屬人類本質的產物；
- (ii) *消極*的基本權利：因為這些擁有基本權利的人在面對公權力時，處於疏離、自主、獨立和自由的地位；
- (iii) *具憲法效力*的基本權利：因為這些基本權利應由正式的憲法文件確認，藉以棄用習慣淵源，並將基本權利提升至國家法律秩序中的最高層次；
- (iv) *個人性質*的基本權利：因為按照當時盛行的政治自由主義學說，每一個人在面對權力時都有需要受到保護。

關於基本權利的問題，就是在上述情況下出現於憲法理論中，而有關問題其後更呈多方向發展。

3. 不過，在十八及十九世紀的自由革命運動中，公民身份這個概念亦以類似形式擔當着重要角色。也就是在那時開始提到確立真正的“公民”地位。

人不再是專制時代的“臣民”。在專制時代，在一個缺乏個人保障的專橫法制中，

人只不過是運用權力的對象，並受到無數濫權情況的限制。在得到“公民”地位後，人就變成公權力中的主角，這點清楚反映在法律政治層面上。

作為這方面的基礎，當時產生了*代表性民主*的概念。這是首次出現重視代表性多於民主的情況：在建構公權力方面出現一種根本的轉變，公權力不再像在專制國家那樣以個人名義或以高高在上的名義確立，而是以身為政治社會成員並擁有主權的公民名義為之。

這種情況自然亦造就了*共和制的健康發展*，以及導致君主制的相應衰落。其時隨處可見由公民選舉產生的政治權力執行機關，該等機關的委任都是以民主為依據，而不再以君主制為依據。

除了根據民主原則產生的憲制機關所具有的這種根本特徵外，當時亦出現了多項與確立公民身份有關的獨特基本權利，也就是*政治性質的基本權利*。不論在以民主投票方式甚至全民投票方式制定憲法的首個憲政時期，抑或在普通法例一般由民選議會制定的逐步建立政治社會生活的時期，公民均可透過政治性質的權利行使主權。

4. 這種公民具政治權利的情況與過去，尤其是與近代歐洲君主專制時期相比較，對比十分強烈。過往的情況就是君主權力至大，且不受制約，而公民則得不到任何保護，亦沒有任何法律安全性可言。

因此，在現代國家*制憲之前*，一如 Geoge Jellinek 所言，就像“一無所有的時期”：

- 缺乏“基本權利”：沒有為須針對公權力的任意行為而對基本權利作出保障，尤其是缺乏這方面的規定；
- 缺乏“公民身份”：事實上，人就是真正的臣民，並受權力的任意限制；
- 缺乏“代表性”及“民主”：當政的是君主制政府，而當時的議會在理論上或實際上均沒有任何民主色彩。

5. 從這方面看來，制憲之前亦是一個虛設的憲制時期，雖然一些較保守的憲法學說近年來認為從憲制革命運動所取得的成果方面來說，情況不是那麼壞。

不過，若不帶任何意識形態或學說方面的偏見，單純觀察那個時期的實際情況，便會發現上述保守學說所支持的是不適當的結論。

在基本權利方面，當時以基本權利名義存在的權利非常少，有的話亦只是賦予集體的權利，正如英國的情況，而且這些基本權利必定是在一種為保障社會階級的集體邏輯思維中產生，這與當代所指的真正基本權利相距甚遠。

至於代表性及民主方面，在當時逐步邁向真正的專制主義的制度中，議會作為政治社會中人的意願傳達渠道，即使並非一無是處，亦沒甚重要代表性。那時的代表性純粹代表部分人士，而當時議會的工作亦很難符合立法工作的最低標準。

三、基本權利由十八世紀至今的發展

1. 基本權利的重要性及公民身份概念的出現，並不限於邁向當代憲制國家的轉變時期。從推動社會及國家發展的角度而言，基本權利和公民身份同樣十分重要。在分

析使基本權利規範化的發展過程中，便可知這種看法實是無庸置疑。

透過對基本權利規範化的發展進行分析，不但可了解到主要的憲法規定重點所在，亦能體會到有關規定對憲法本身發展的重要性。

2. 既然在兩個世紀的憲政時期發生了很多事，那麼在此就先要整理一下對憲法所規定的基本權利作出根本改善的變革。

就有關變革作一對比，會較易掌握有關問題，且有助於之後對基本權利規範化的重大實質改變進行分析：

- 十九世紀的經濟自由主義轉變為二十世紀的凱恩斯社會干涉主義；
- 十九世紀的政治國家主義轉變為二十世紀的國際主義，並加強及發展多方國際關係；
- 十九世紀的個人哲學主義明顯被二十世紀的互助主義所軟化。

基於這些反映出十九及二十世紀的重大轉變現象，在此可對某些改變進行分析，當中尤其須指出下列時期的情況：

- 自由時期；
- 社會時期；
- 文化時期。

3. 在保障基本權利事宜上的自由時期，規定了一系列消極的權利，透過這些權利首先就是要確保公民在面對公權力時擁有自主空間及得到保障。

當時所規定且存續至今讓公眾享有的各種主要自由，就是明顯例子。除了經過某些細微改動外，這些賦予公眾的自由目前仍然是由先驅者所創設的自由憲制主義中不可拋棄的財產。

另外，雖然第一代的基本權利特別着重某方面，但其亦包括刑事及刑事訴訟方面的多種保障，並藉此達到所謂的刑法“人性化”。

4. 社會時期規定了第二代的基本權利，這些基本權利明顯表現出國家有意擴大其目標，並藉有關目標反映一種社會性質的保障。

這樣，自二十世紀中葉開始，便出現社會性質的權利，而在這些權利當中，國家擔任着提供服務者的角色。當時創設的基本權利包括教育權、衛生護理權、社會保障權及文化權等。

事實上，基本權利這種面向社會的視野，必然與社會主義國家的視野及憲法中涉及經濟的內容有關；之前未為人認識的憲法經濟內容在當時亦得到重視。

5. 文化時期體現了第三代的基本權利，當時出現了新的基本權利。

然而，最能象徵這個時期的並非其獨特性，而是其多方向性，故當時所規定的各種新權利並不盡相同，而且只有極少相似的地方。

這個時期的首要目標反映在環境問題上。基於科技的發展，在公共政策範疇內必然考慮到環境問題。在環境問題上漸漸出現多種不同的主觀立場，從而亦衍生出旨在保護環境的基本權利、基本義務及多種利益。

另一非常重要的核心問題，關乎人工繁殖方面的科學研究新發展，因其令人類發展的速度達到讓人擔憂人類及文明會滅亡的程度。因此，必須採取機制去保障人類的

繁殖特性，以及必須保障人類以免受科技及科學發展上的不必要影響。

此外，尚須指出一點，就是當時憲法非常關注到民族文化獨特性的代表性，以及確立少數族群的權利，這是從一種限制大多數原則的角度作出考慮的結果。

6. 當然，在短短二百年的憲政期間，能夠出現三個重要的基本權利發展階段，並不表示上一代的基本權利不再獲得認同。

有關發展是一種典型的累積發展，而非選擇性發展；這種發展方向使各種新權利得以加入憲法文本中既有的基本權利清單內。

另外，無可否認，這種權利的累積，對於既有的權利起着一種限制作用，並明顯反映出從自由時期過渡到社會時期的現象。而這種現象亦出現於其他憲法問題上，因為自從在憲法文本中加入社會性質的規定開始，對於憲法所涉及的現實情況，憲法已不再像自由時期那樣保持中立，而是表示關注。

7. 關於基本權利落實到憲法的過程，必然亦涉及到二十世紀中葉國際公法方面的深刻轉變，其時，基本權利除獲得國內保護外，亦直接得到國際公法的保障。

此處所指的當然是人權的國際保護，這種保護僅在第二次世界大戰後才得到落實，而後來亦影響到憲法所規定的基本權利。

然而，這究竟是一種甚麼方式的影響呢？

這種影響最主要就是加速了較發達國家已認識的基本權利的確認；這些較發達國家都是率先將對人權的保護落實到國際文件上的國家。

再者，獲國際規定的人權應該是具有根本的重要性的，而非僅限於形式上的落實，因為國際上存在眾多共同關注的問題，而且主要是關於第三代的基本權利，包括環境問題，以及保障少數族裔、群體及民族的文化自由方面的基本權利。

四、基本權利的憲法性規範效力

1. 正如之前講述關於基本權利的問題時提過，就保護基本權利首先提出的問題，正是其法律效力問題。

既然是基本權利，也就是說，該等權利所具有的這種法律地位使其與憲法文本之間建立起一種特殊關係，即基本權利納入每一國家憲法的關係。

因此，基本權利具有一種憲法性質的法律效力，而這種效力是由於規範基本權利的法律淵源具憲法性質所致。事實上，法律地位經常都是取決於有關法律規定，因為法律效力必定是由客觀的法律體系所賦予。

2. 若整個法律秩序都是單一的，那麼以上就基本權利究竟載於那種規定的分析便顯得毫無意義。

不過事實並非如此。相反，基於多種原因，一個國家的法律秩序中各種法律淵源及規定之間的差異反而是越來越大。

事實上，憲法規定在法律秩序中處於一個極重要的位置，因為它代表法律制度的頂尖，其上再沒有任何有效的規範性的法律淵源。

憲法及一般憲法性法律淵源在法律制度中擔當着這個根本角色，法律制度的重要

指導原則均由憲法規定，任何抵觸憲法的規定都被視為違憲。

3. 也就是說，基本權利所具有的憲法性質，令其處於法律體系中的最高位置，並具備憲法規定及憲法原則本身的特徵。

那麼，這一事實又有何重要性呢？它的重要性在於以下兩方面：

- 法律位階的最高位置；
- 憲法的嚴謹性。

處於法律位階的最高位置，表示任何其他非憲法規定或原則，都不得抵觸憲法規定。

憲法的嚴謹性代表對憲法規定的修改必須遵循特定機制，而此等機制對修憲工作的各種限制，使憲法不得輕易被修改。

基本權利處於法律制度最高位置，明顯使有關權利（概念上是憲法權利）得到一種保障，亦即違反基本權利的規定及原則均屬違憲。

在具體情況中，這種保障體現於各種撤銷違憲規定及原則的機制，藉以更好地保障憲法秩序。

4. 規範基本權利的法律淵源必定處於最高的憲法規定位置，並不代表其與其他法律位階之間不可設立互通機制，因為法律制度必然由不同的法律位階組成。

因此，憲法經常都會規定得透過法律體系中的其他位階，即普通法律及國際法淵源，去補充憲法所規定的基本權利清單。

這是憲法規定的基本權利向其他法律位階開放的機制；對於規範另一些同樣重要的法律地位，以及對已由憲法規定的某項基本權利作出補充，其他法律位階可以是十分重要。

上述開放憲法所載基本權利清單的規定，就憲法之下關於基本權利的制度起着多種作用：

- 補充作用 因為透過該規定可將新的基本權利，或憲法立法者制定憲法時遺忘的基本權利，納入憲法文本中，從而使之獲得確認；
- 完善作用 因為其他法律淵源可較準確地規範基本權利，以及提出當時未為人認識或被忽略的新權利。

這是一種憲法接納有關規定的現象，透過這種現象，便可以將憲法效力賦予某些效力一直處於憲法以下的規定，即基本權利的法律淵源，使之享有因這種憲法化而生的所有好處。

五、基本權利的分類規定

1. 雖然基本權利的憲法性質對於鞏固其有效保障十分重要，但單憑這點並不足夠，因為有必要考慮另一因素，亦即對誕生於自由憲政時期的基本權利逐步作出規範的情況。

這是指基本權利自受規範時起，便透過一種分類技巧正式落實到憲法文本中的情況。

也就是說，除具憲法效力外，基本權利的另一特徵就是作分類規定；在法律方法中，這是一種對規定進行思考及組織的特殊方式。

2. 將基本權利分類（基本權利因而成為真正的法律種類），首先會令有關規定較為簡明；如憲法文本採用一般概念及分級的方法作出規定，情況可能並非如此。

因此，基本權利並非透過各種概念來規範，因為每個概念均可廣泛涵蓋受法律約束的某一實況。相反，基本權利藉着不太廣泛的現實情況組合成一些法律種類，而透過各法律種類，人們可更清楚掌握每項基本權利之目的及內容細節。

採用與概念化方法相反的分類法，最大好處在於這種方法較為具體，因而較易掌握每項基本權利所涉及的現實情況。

3. 在憲法文本中將基本權利分類所涉及的第二個問題，就是從各基本權利類型整體的角度來看待基本權利時，基本權利所應具有的價值。事實上，基本權利的效力是提高了，因為有關權利是多種多樣的，而其類型亦日漸擴大。

從基本權利作為載於法律類型中的法律種類來看，基本權利的這種集體價值中最重要之處，在於基本權利的類型並非封閉的，反而是開放的或舉例性質的。憲法所規定的基本權利從來都不是單一的，而是可以借助有關權利深層的一般概念，構成另一些基本權利，即*非典型基本權利*。

4. 十九世紀及二十世紀的許多憲法文本，都表現出上述兩種關於將基本權利作分類規定的情況。

若從上述提及的簡明性方面去分析憲法文本，很容易發現憲法所關注的，是因應不同目的及特定內容而將基本權利規範為合理數目的種類，故各種不同目的及內容便成為既定的一種或多種基本權利的實質基礎。

同樣，這種分析亦適用於解釋若干憲法文本向其他基本權利（非典型基本權利）開放的問題，雖然有關分析在這方面的重要性可能較低。非典型基本權利在憲法中未有作分類規範，但透過這種開放機制亦同樣可以發現及主張有關權利。

六、基本權利的客觀憲法效力

1. 前文提出的第三個問題，是關於基本權利對受其約束實體的約束程度。

基本權利作為對人起保障作用的權利，一般都會約束政權，尤其是國家，因為不論就不得干預公民的自由範圍而言，抑或就透過作出對公民有利的給付進行干預而言，國家的法律行為均不得侵犯基本權利的範圍。

這是關於基本權利效力的一般課題，透過不同方向的研究可得出其他結論。

2. 從客觀角度來看，雖然各種基本權利均具相同的憲法性質，但它們的規範力度卻不盡相同，而透過其內容及目的對公共及私人對象的限制方式，亦可見它們所涉及的範圍並不相同。

這是一種根本的劃分問題，而在憲法範疇內其習慣表現為*權利、自由及保障*，以及*經濟、社會及文化權利*兩組基本權利的並存，雖然不易在兩者之間作嚴格區分。

兩者間的最主要分別在於前者具有高於後者的指導性效力，而兩者的區別亦在於

本身可執行的憲法規定及原則性憲法規定之間的差異。

3. 兩者的分別在實際情況中又會產生多方面的影響，而在此應強調兩項較棘手的重要事宜：

- 規範方面的介入；
- 限制方面的介入。

在上述任何一方面，屬於權利、自由及保障的基本權利的指導性效力，無疑是較經濟、社會及文化權利的指導性效力為高。

不論就規範而言，抑或就限制而言，權利、自由及保障的情況，與經濟、社會及文化權利的情況相比，前者在實質規定及組織方面，均具有更大限制性，其原因包括：

- 在實質規定方面，是由於賦予權利、自由及保障的本身可執行的規定，僅容許對該等權利作出非常有限的限制，並須考慮一系列規範有關限制的原則，即無追溯效力、抽象性、一般性、保障主要內容及由憲法明確規定等原則；
- 在組織方面，是由於應由具有最高立法權限的機關，即議會類型的機關介入。

七、基本權利的加強保護

1. 前文提出的最後一個問題，是關於憲法所規定用以保障基本權利及處理侵犯基本權利的情況的機制。

基本權利的憲法地位、有關規定的詳盡性及開放性，以及其法律效力，均為達到落實基本權利的理想效果的關鍵所在。

但是，如不實際建立機制去保障基本權利，那麼有關權利便不能從紙張上落實到憲法所規定的實際情況中，即落實到公民在取得及行使基本權利方面受到阻礙的日常生活中。

2. 因此，不論憲法所規定的基本權利內容如何豐富或多元化，單純的規定並不足以保障基本權利。

然而，在憲法範疇內，不可忽視公權力在兩方面的貢獻；其在以下兩種保護基本權利的情況中，擔當着無庸置疑的重要角色：

- 非司法上的保護；
- 司法上的保護。

3. 非司法上的保護相當於一系列不須求助於法院便可保障基本權利的機制。

很多時候，這種保障在於公權力的行為意識，其透過遏止當權者侵犯基本權利的措施去保障基本權利。

此處所指的公權力，首先是指公共行政當局，因為大部分侵犯基本權利的情況都歸責於公共行政當局。事實上，有一些措施是可以讓行政當局修正其作出的行為，藉此重新建立行政機關的合法性。

另外值得一提的，是不屬於法院但能透過獨立行為對基本權利的保障起監督作用

的機關，也就是指在北歐有悠久歷史的申訴專員。

4. *司法上的保護*是指由司法機關去保障基本權利，並在作出判決及判決標準方面為之。

這種保障的實際作用又會涉及到兩方面：使侵犯基本權利的公共法律行為失效；或根據關於民事責任的機制強制履行損害賠償義務，甚或承擔刑事責任。

八、基本權利與未來

1. 本文在簡單介紹基本權利在當代憲制國家中的地位，以及其重大好處之餘，亦不能隱瞞一些危機。

*基本權利並非永不會受挫折的權利，故現時亦存在某些危機，可能會影響到落實對基本權利的保障。*然而，大家不應該因為這些危機而氣餒，反而要作出反思，並懷着戰勝這些危機的希望。

2. 在這些危機當中，最嚴重亦是掩飾得最好的，就是對基本權利的保障，很可能出現普及化情況。

由於有關透過基本權利對人作出保障的討論日漸普及，求諸這種正式的法律技術的情況無可避免地亦普及了，而其結果就是現有基本權利的數目可能過度地倍增。

然而，這種普及化帶來的危機最終在於甚麼呢？

我們相信，這種危機在於基本權利應有的價值在等級上會出現變化，尤其是當基本權利的數目日漸增多時，人們會認為所有基本權利都具有同等價值。另一方面，這種情況亦必然會反映在對每種基本權利的保障方面，使每種基本權利得到的保障減少。

3. 另一同樣須要關注的危機，是關乎逐漸由憲法規定的基本權利可能出現的統一化情況，這種統一化趨勢首先將確立於對人權的國際保護方面。

現時我們所處的全球化，顯然會為我們帶來一個健康的法律狀況，且有關狀況是各地區、人民及國家的文化相互靠近的結果。

不過，在這種對於應該全球化的事宜有利的全球化背後，明顯亦隱藏着一種“壞的全球化”，這是指全球化之目的是希望作為一種控制措施，而很多時這種希望亦成為事實，也就是強加一種全球性視野及生活態度，而不考慮反映某些人民及文化的自主性及特質的基本權利。

4. 同樣令人遺憾的是，由於在現今的民主制度中，公共活動的開展趨向於不以實質需要為出發點，而民主表決程序僅被視為一種表決形式，並非視為因任何實質客觀需要而作出決定的過程，所以基本權利亦有可能出現形式化的情況。

這樣的話，規範基本權利時將不再以實質需要為依據，從而亦剝奪了基本權利所應有的其他更重要的法律性質。無可避免地，根據實質需要而行事的傳統亦會消失。然而，就各種可能影響到集體法律生活的決定而言，這種傳統確實能提供安全保障。因此，當最為人們所關注的並非影響其生活的各種決定的內容時，那麼每項決定的意義就只會是其支持者數目的多寡。

顯而易見，這不僅是喪失價值觀的問題，因為除了在規範基本權利時不再以實質需要為依據外，亦會出現一些相關情況，即決定權由多數派掌握，而少數派則沒有任何爭取其合法權利的空間。

5. 然而，這並不表示到目前為止在基本權利事宜上所做的一切完全不是正面的，因為一直以來按以下步驟逐漸獲得的勝利清楚證明這點：

- 首先，就是將基本權利規範於憲法內；
- 其次，就是基本權利的多元化，並加強其實質規定及類型；
- 再者，就是對在其他層面上保障基本權利的多方關注，也就是在國際法方面作考慮，而近年來在其他法律部門中亦見規定多種基本權利；
- 最後，就是對基本權利的法律制度的不斷完善，加入一些概念，使立法者及行政當局遵循憲法對憲法以下的權力的規範，從而更大程度地限制有關權力對基本權利的干預。

不過，我們不因為上述各種無庸置疑的成就而遺忘其他危機，因為這些危機可能妨礙對基本權利作出理想的保障，包括形式上及實質上的危機，以及理論上及實際上的危機。

那麼，大家應該怎樣面對這些危機呢？相信存在這些危機，經常以行動去克服它們，並認知對基本權利的保障是關乎文化的，以及公民積極參與各種保障基本權利的活動，對於面對這些危機都是非常有成效的，因為大家都知道基本權利是人由“臣民”變為“公民”，並由公權力的“客體”變為“主體”的憲政時期的產物。

多謝各位。另外，本人在此再一次祝賀是次十分成功的國際研討會的主辦單位，以及對 Agostinho Neto 大學法學院的周年紀念表示祝賀。

二零零一年五月三日於羅安達。