



关于生命权位阶的确定性

许 娟

摘 要：生命权位阶反映生命权与其他权利在效力上的高低、功能上的强弱以及价值上的轻重关系。生命权位阶在非整体的不确定性和整体的确定性之间呈现出多维样式，很难有一个普适性的标准，为捍卫生命权的整体确定性，不能想当然凭借生命权推定出其他权利，否则生命权优先性将会被质疑和滥用。在区分生命权和生命权保护的基础上，在中国生命权诉求尚不具备整体确定性的情势下，生命权从消极防御体系走向积极保护的策略是大势所趋。在生命权利体系中，应当避免诸多权利话语产生的负性因素，从权利积极保护等迷雾中走出，转向确立生命交往互惠社会责任。

关键词：生命权优先；权利位阶；权利推定；生命社会责任

我国在 2004 年修宪之时，规定了“国家尊重和保障人权”条款，并没有明确规定生命权，也没有形成生命权的消极防御体系。在权利话语大行其道的时代，口号式的权利话语不仅不能形成有效的社会规范，而且依靠经验式的权利话语无法解决社会失范问题，无法替代抽象理念的整合功能。如果仅停留在生命权位阶的经验层面的探讨，在权利繁荣的背后，糟糕的社会经验将令权利话语的负性不断滋生。

一、生命权位阶的整体确定性

作为人权法律保障的基点，生命权在宪法上的基础性和首要性地位不言而喻，相对于生命权的基础和首要地位，公民的政治权利、经济权利、文化权利等其他权利均居于从属地位和派生地位。因此，生命权入宪后，其地位应当在人权之下，在权利平等保护的基础上，又必须较其他权利优先保护。相对具体个案的非整体不确定性而言，生命权这种基础和首要地位具有整体的确定性。

首先，一般而言，生命权优先于政治权利。生命权作为第一代基本人权，自然包括反饥饿，反贫困，一个国家消除贫困，反对饥饿是保障生命权头等重要之事。在 1992 年第 47 届联合国大会上，塞浦路斯总统说：“如果地球上的人民大众处在社会困境、饥饿和不发达状况下，人权和民主是没有意义的。民主这枝脆弱的花朵不可能在贫穷的不毛之地上开放”^①。牛津大学南亚政治研究所某高级研究员认为，印度甚至没能让大多数公民过上体面的生活。印度人可以参与投票，但他们仍然在挨饿。在 2008 年的全球饥饿指数中，国际食品政策研究所将印度排在所有 88 个国家中的第 66 位。在 17 个最大的国家中，有 4 个饥饿水平相当“严重”，12 个“令人震惊”，1 个“非常令人震惊”。这种糟糕的情况与整个国家的经济增长无关，或者说与当权者无关，这是一种系统性的失败^②。这些国家发展过程中的经验和教训对我国民主法治建设颇有借鉴意义，验证了我国更注重保障经济社会发展的权利，同时也兼顾政治表达权利的道路选择的正确性，毕竟缺乏政治民主自由表达机制，其他权利包括生命权的主张也因无法吁请而丧失。

其次，生命权优先于生存权。生命权是一项基本的人权。这一权利的运用是其他所有人权能够得

① 转引自矫波：《可持续发展与生存权》，载《政法论丛》2002 年第 3 期，第 3 页。

② 萨米拉：“印度：选举意味着民主？”，载《泰晤士报》，http://www.21cbh.com/HTML/2009-4-13/HTML_N2RB62FLQ86M_1.html，2009-4-13 10:09:13。

以实现的前提。如果生命权得不到尊重,所有权利就失去意义。本质上,生命的基本权利不仅仅包括每一个生命不被任意剥夺,而且还意味着享有体面生活的各种基本条件。”这种观点表明了生命权的优先性,而“享有体面生活”则由生命权滑向将生存权,类似生命权泛化提法将生存权吸纳进入生命权的整体系统之中,模糊生命权与生存权之间的法律界限,直接恶果就是权利体系的混乱和权利概念的滥用。生存权作为社会权,比作为自由权的生命权而言,“在依靠国家的积极性措施来实现对生存权的保障时,我们很难能够保证能使其确实会以不侵害自由权的形式来进行。”^①洛克认为生存权即社会确认和保障人们生命延续的条件、资格和能力^②,洛克当时讲的生存权涵盖面涉及至整个个人权利体系,其涵盖的范围远远大于生命权,生命权只是生存权中一个很重要的内容。生命权与生存权理论发展至今,已经形成比较一致的观点,即生存权是基于生命权(第一代人权,自由权)而产生出来的第二代人权(社会权),是生命权(原权)派生出来的权利(所有其他权利都可由生命权派生或者推定出来),正如债权是基于物权派生出来而后独立一样。生命权是生存权的基础和保障,在这个意义上说,生命至上或者优先。

再次,生命权优先于财产权。相较于其他权利,尤其是财产权利,生命或人格尊严有较高的位阶^③。在紧急避险的时候,衡量合法权益的大小的基本标准是:人身权利大于财产权利;人身权利中生命权为最高权利;财产权利的大小可以用财产的价值大小来衡量^④,生命权优先于财产权基本原则有三:第一,禁止因公共利益或优先利益而牺牲生命的原则。生命权是不可克减的绝对权利,不得为了社会公共利益而牺牲个体生命权,即使为了社会公共利益或者在紧急情形下也不能被限制和征收^⑤。体现在公共食品安全和公共建设安全责任承担上,树立政府生命责任意识优先于财产保护意识;体现在医疗责任承担上,当患者生命需要救助时,强化生命救助责任意识,弱化紧急情况下无人签字的手术责任意识;体现在有多人需要救助时,任何人的生命权享有平等救助责任,反对牺牲少数成就多数的功利主义生命数量和质量观。随着资本主义经济迅猛发展,现代法律的主要作用在于界定、确定和保护产权,以反对任何形式的通过限制所有人财产权利来排除紧急情况,然而这一情形对于生命权则存在例外,费因伯格认为生命权是人类价值中最宝贵的内容,而暴风雪威胁到跋涉者的生命,证明了他侵犯小屋所有人的财产的合理性^⑥。因此,生命利益至上原则统摄下无法做出其他具体的利益选择。第二,生命法益优先于意思自治原则。当意思自治与生命法益冲突时,意思自治也需退居劣位,体现在协议杀人合同无效,即以施害人对以受害人同意的生命处置权的无效。第三,对侵害生命的任何财产赔偿无法恢复生命的原则。有生命的个人应当是具有伦理目的和追求生活享受的人,生命权价值无法用财产权来衡量和补偿,那种将“人视为手段而非目的”的功利主义生命权观会极大程度上损害生命伦理价值。如果我们用法律将生命简约为经济单位,就模糊了生命权优先于财产权的价值理念,超越了生命无价的价值底线,由人命定价从而引发诸多伦理道德问题。“同命不同价”这样歧视生命的实质非平等条款的简易表述,反映了生命权价值无大小的现实,从根本上否定了—个法学的哥德巴赫猜想,即一加一不等于二(1+1≠2)。

最后,生命权优先不可以推定经济社会权利优先。郭道辉先生认为,作出权利推定必须有法律根据,推定权利必须是应有并且能有的权利,必须经过法定程序^⑦,不能想当然凭借生命权推定出其他权利,必须根据经济社会发展状况和现行法律的规定进行推定。传统生命权令生命权限缩在消极自由的本体之上,随着生命权的积极保护兴起,将生命权的疆域拓展到几乎所有经济社会生活的领域,包括公民受教育权、社会保障权、医疗权乃至环境保护权,例如在汶川地震灾后,生命权的保护不仅仅是对于生命权防御体系,还包括提升生命质量,让生命活得有尊严等等,又如当小悦悦事件发生以后,人们将儿童权利保护发展到儿童生命权利的保护。种种拓展,表明了生命权利的外围越来越大,导致其内核也越来越不清晰,令生命权出现了泛化,在什么都可以归结为生命权的同时,生命权也彻底丧失其整体的确定性。我们进一步追问,如果其他经济社会权利什么都是生命权,那么,其他经济社会权利还有存在的必要吗?如果其他经济社会权利都借助生命权获得优先性,那么,经济社会权利和生命权都优先,也就意味着没有什么权利优先,包括连生命权最核心的体系都会丧失其优先地位。就此而言,目前我们的宪法学者是否应该反思,如果每一种权利都能够借助生命权推定,获得优先性,那么生命权优先必遭贱卖,本来高尚的权利,因为兜售其优先性,必丧失其优先的地位,生命权的扩张效力,在客观上改写了生命权的体系。

必须指出生命权和生命权保护是完全不同的两个概念。生命权原本属于消极自由权,一些传统的生命权包括,死刑、堕胎和酷刑被限制在消极预防的属性上,具有绝对优先的位序,必须坚守的是消极无为的品性。生命权保护是一种

①大须贺明:《生存权论》,法律出版社2001年,第19页。

②谷春德:《西方法律思想史》,中国人民大学出版社2006年,第149页。

③卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,商务印书馆2004年,第285页。

④高铭喧、马克昌:《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社2000年,第141页。

⑤植木哲:《医疗法学》,法律出版社2006年,第270~273页。

⑥转引自徐显明:《人权研究(第三卷)》,山东人民出版社2003年,第210页。

⑦郭道辉:《法的时代精神》,湖南出版社1997年,第313页。

积极的权利,在保护生命权中所扮演积极的、能动的角色是政府,政府在权利保护中具有主导性地位,是政府主导,而不是生命权主导。中国传统生命权文化是无需探讨生命权的防御,也少有关关注人类免于剥夺生命的权利,更多的是基于道义责任的生存伦理,政府在关注生命基于民众福利的考虑,满足了民众的福利不至于产生合法性诉求。因此,在中国,谈论生命权优先是需要话语转换的,即中国的生命权无所谓位阶,只有生命权保护的位阶,并且探讨生命权的积极保护,较生命权的消极防御更为现实。

二、生命权位阶的非整体确定性

权利位阶揭示了权利效力上的高低关系或价值上的轻重关系,居于强势的权利具有优先权,如何理解生命权优先?不同学派基于不同理由进行阐释。

其一,自然法学派以价值为导向的生命权位阶观。该学派的理论基础是,生命权位阶须放在价值目标下进行考量,生命权规范的建构必需建立在生命权价值重整的基础之上。从终极意义上讲,把对人的生命的尊重看成是“人是目的”的最高表现,在人类诸多价值序列中,生命价值位居顶端,其他价值都居其下^①。这种伦理价值导向的思维使生命法益跳出形式逻辑的局限,而借助价值权衡作出实质判断以实现社会公正。但这种学说的问题在于:当多种生命法益放在同一天秤上衡量时,生命尽管无量上的差异,但就其质而言,也无法达成一个令各方都满意的结果。道德两难在价值上无法解决,在事实上也不可能,自然法学当然无法解决这样的问题,面对生命法益要素的可识别性低,其人格利益的无法量化,不同生命个体之间生命权的冲突,种种涉及宗教、伦理以及人的生存权、价值观等深层问题不可能给出令所有人都满意的答案。

其二,规范法学派以规范为导向的生命权位阶观。该学派认为生命权位阶须受制于具体规范导向,如果没有相关具体生命权规范确定生命权效力的优先性,则无法依据价值衡量作出化解权利冲突的实质判断。然而,对于生命权的绝对价值而言,生命权的概念不是基于法律的实证规定。即便法律没有明文规定生命权,这种权利的优先性仍然存在,例如我国宪法虽然没有明文规定生命权,但在人权条款、人格尊严条款中都隐含生命权。“见死不救”不适宜以地方立法先行先试,以严格规范导向的生命权立法,只能以宪法、基本法、法律这样的降序顺序立法,而不能在底层先行创设规范。

其三,功利主义法学派以效率为导向的生命权位阶观。该学派基于法律对生命优先配置的权利,认为只要符合功利法则,没有不可剥夺的永恒生命权,没有不可克减的绝对生命权。尤其在死刑、堕胎、安乐死的纷争中,功利主义往往成为解决这些纷争的基本原则和王牌。然而,功利主义涉足的这几个领域,也是令人们对功利主义生命权观诟病最多的地方,毕竟财产权能较好地符合经济效益标准,但人格权则很难完全用同样的准则衡量。事实上,尽管边沁的量化生命权被约翰·密尔的质上无差别的生命权观所进一步修正,但功利主义生命权观仍然不能回应诸多非难,诸多幸福和快乐的感受往往是一个个人判断问题,这个个人判断尽管肤浅、平淡,但不同质上的个体经验官感不能用知识和财富来衡量,无论是物质的或精神的追求,都不能逃避人性弱点中随心所欲的抉择。

其四,社会学法学派以利益为导向的生命权位阶观。社会学法学为了平衡功利主义法学和自然法学的权利位阶之争,将权利位阶转化为利益大小的计算,从尽可能多的满足一些利益,同时把牺牲和摩擦降低到最小限度的利益原则,以社会利益为目标。庞德进一步细化利益分类,揭示利益的层次性,并根据不同的社会利益,进行正义的配置,依靠价值衡量法,能够根据不同社会群体区别对待,以回应社会需求。“生命权为法律保护的最高法益”^②,更多表现在公法领域,公法如宪法、刑法等领域的生命权不可能事后补救,只能事前预防,必须动用国家力量进行严厉制裁,必须以排序法确认生命权的优先性;私法领域的生命权以等同法为原则,允许事后补救,私法意思自治原则和赔偿救济原则不适用生命法益的保护。

其五,以正义和利益为双重导向的生命权位阶观。基于正义和利益两项要求,不仅不能够完全依凭正义的价值准则来判断生命权的绝对至上性,而且也不能完全依据利益的划分来判断生命权的相对至上性,鉴于两种正义和利益的观念都不能作为绝对位阶准则,那么生命权的位阶必然以正义和利益作为双重标准进行衡量。如罗尔斯的两个自由的优先性的权利排序,即基本权利优先后才是福利的最大化的权利排序,当然也包括生命权优先。德沃金以权利为核心的反功利主义整合了正义与利益之争,在德沃金的权利排序里,如果权利作为王牌,那么生命权则是王牌中的王牌。

以上种种关于生命权位阶观都无法解决权利排序的难题,令生命权优先陷入一种自说自话的窘境。

在所有的权利体系中,权利位阶在非整体的确定性和整体的不确定性之间变动不居,由于没有完全一样的社会经验,权利位阶不可能循着完全相同的事实得出一个具有普适性的解决方案,而要根据特定的经验事实才能予以确定,因

^①刘军宁：《建议“生命权”入宪》，载《南都周刊》2008年6月23日。

^②王利明：《中国民法典草案建议稿及说明》，中国法制出版社2004年，第45页。

此导致权利位阶的结构呈现出复杂的情形,因为事实的不确定性,导致价值的不确定性和规范的不确定性,许多权利位阶都必须经过具体问题具体分析,没有一个包治百病的万应良药来明晰权利。无论在道义上或者法律上,任何权利都不可能是绝对优先的法益,生命权也不例外^①,有些权利无论从道义上还是从法律上都具有优先于生命权的权利,如因帝国主义者侵略使民族生存权受威胁时,民族生存权优先于个体生命权;而有些道义上的优先性无法通过法律加以调整,如陈天华个人自杀警示世人具有道德正当性,而法律对这种献身行为则无法调整。社群主义权利论者贝思·J·辛格认为,只存在某种情境下的排序或者优先排列问题,即情境排序,而没有一种普遍的或者共同的排序^②。亨利·J·斯坦纳也赞同对“两种权利进行重要性和优先性的比较是不必要的”^③的观念,但他同时也认为公民权利之间是相互补充和相互依赖的,为了确立政治或者修辞上的优先权,因此其他一系列权利对某种优先的权利保持服从或者一致也是必要的^④。

三、生命权利话语难以确定

权利话语自身的非整体确定性,制造了很多原本不存在的纷争和矛盾,即便是在权利话语大行其道的资本主义发达国家,都无法驾驭生命权位阶这一难题。将生命哲学难题抛给法学的后果是:生命权在法律适用上自然也不可能有一个普适的标准,需要法官根据事实和规范进行权利位序的排列,恰恰中国法学界对生命权位阶缺乏一个自身知识话语体系,依附于西方生命权知识话语体系下,不断出现中国生命伦理和西方生命伦理相互拒斥的话语表达,必须建构我们自己的生命伦理和生命权利话语体系,摆脱生命权利话语的殖民化,是法律学人努力的目标。

生命权利话语是生命社会责任缺失的罪魁祸首,无论是中西(梁漱溟、玛丽·安·格伦顿、史蒂芬·霍尔姆斯、凯斯·R·桑斯坦)都有权利话语令人分的表达,诸多关涉生命的良善的道德理想在当下并非都能够通过生命权利话语加以扩张、确认和保障。在人命关天的口号下,隐含着另一种无节制权利的暗流,权利作为一种情绪化的表达,成为转型中国最具有蛊惑力的自由主义旗帜,或被披上了意识形态的外衣,或制造一种混淆视听的理论混乱,引发了精英和民众之间的话语龃龉。精英话语忽视了民众的需求,民众反感现存知识话语,二元认知主体在认知路径上是反向的:精英从理性的逻各斯出发,倡导宪法生命权利,民众的论点限制在以官觉为转移的经验基础上,把社会漠视生命的问题归咎于政府,在主客二分的世界里,如何解决这样的二元分裂?撇开精英和民众偏执两端的见解,在二元主体之外寻方向计,通过第三方代理机构——政府协调沟通,形成共识是可选的,本来由社会来承担的生命责任转化为政府来承担生命社会责任,“政府必须以生命社会责任为己任”,玛丽·安·格伦顿担忧:权利话语已经把美国人引向更加自私和个人主义,一种权利文化已经在政治上使利他主义、相互关心以及相互协助贬值^⑤。

生命权利话语中很多消极防御权在中国权利话语谱系中的价值不大。其一,废除死刑在中国生命权话语价值不大。就两种力量之间的对立关系而言,犯罪嫌疑人的权利与被害人权利是此消彼长的,除非有一种文化,能够将这双方当事人的拒斥转化为宽容,如果有这样的文化,那么只能说是宗教,且不谈中国有没有宗教精神,即使有,也必须建立在朴素的正义观(杀人者死)基础之上,而后发展。生命权的消极防御权之非经过正当程序不得剥夺他人生命权,当前新刑法修改草案中,无法确立一些有效程序限制对于死刑犯的剥夺,令民众哀叹:一方面是被无辜罔死的生命,另一方面是罪该致死却法外开恩的生命,由于司法判决并没有还原事实,也没有有效地诉诸规范,因此,就出现了民众认为应当判处死刑的犯罪分子不应当有生命权。事实上,就当前死刑犯生命权的成本而言,当受害人生命权都无法有效保护之时,死刑犯的生命权并不为国家和民众接受,仅仅只是某些知识精英的一厢情愿。其二,堕胎、安乐死等生命权话语,在中国也不具有话语价值。这类问题仅仅是西方生命权话语谱系中的争点,在国家计划生育政策、生死观的大前提下,堕胎是国策的自然结果,安乐死是好死不如赖活观的对立面,无需探讨。

可知,所谓优先的生命权主要不是消极防御性,而是积极保护性,优先的也不是生命权,而是生命权保护。

四、确立生命互惠交往的社会责任

生命社会责任随着国家秩序本位或者族类生存秩序的生命观的历史传承和变迁,具体表现为公民负有保护国家财产、公共财产和集体组织财产的义务,生命社会责任之要义在于保护个人生命优于保护国家财产,这条规则成为生命伦理的金律,生命伦理的金律是“己所不欲、勿施于人”,某一主体自己不履行职责,反而理直气壮的主张权利,这就违背了

①张平华:《生命权价值的再探讨》,载《法学杂志》2008年第1期,第63页。

②转引自徐显明:《人权研究(第三卷)》,第213~214页。

③转引自徐显明:《人权研究(第三卷)》,第212页。

④转引自徐显明:《人权研究(第三卷)》,第212页。

⑤Mary Ann Glendon. *Rights Talk*. New York: Free Press, 1933.

道德金律。对于生命伦理而言,应当站在他者的立场上考虑生命的保护。生命社会责任的他者立场以利他主义为原则,包括亲缘利他和非亲缘利他,个人之间的非亲缘利他需要反复博弈,只有社会交往才能提供反复博弈的机会,社会应当担负和必须担负起生命互惠交往之职责。

就国家而言,我国现行宪法明确规定,公民有维护祖国安全、荣誉和利益的义务,但当国家秩序与生命利益发生冲突时,到底优先保护何者,法律并未明确规定,从道义责任上判断,优先保护国家利益,而这往往是以牺牲生命自由价值为代价的,国家没有站在人民的立场上考虑,就会出现违背人性的强求,这样的要求也不可能得到社会和人民的认可。其根源是政府要求公民责任,法律要求公民责任,公民要求国家、社会责任,其表象的一方面是:一些唯利是图的企业主打着“国家利益”、“人民利益”、“企业利益”、“团体利益”的旗号,要求公民冒着丧失生命的危险,在极不安全的环境中工作、生活,或是去从事很不值得或根本不必的抢救抢险活动!其表象的另一方面是:一些公民抱怨国家、法律不负责任,导致践踏生命的行为,如小悦悦事件后,广东省成为首个见死不救入法的地区,然而,这样的法律又有多大的生效空间?种种对生命权冷漠、麻木的根本原因在于:一方面,生命社会责任过于高远进而丧失社会实施的根基;另一方面,国家对生命的社会责任缺乏有效的实施机制,令很多应该由国家来履行的生命社会责任,滑到仅由公民个人微薄之力来实现。区分生命个人责任和生命社会责任的重要性在于:对于人命关天的大事,需要有一个责任机关整合社会资源,共同治理,而非仅仅以个人的散兵游勇式的游击战来解决。

生命个体权利被解释为优先时,是否可以以逃避道德责任作为借口^①?当今世界宪政发达国家中,往往见证了以社会道德沦丧为代价的权利爆炸,我们倡导权利不能以牺牲社会责任为代价,当无节制的权利走得太远的时候,社会责任的需求可能限制权利的无节制发展。当生命权优先以一种建构主义的姿态呈现,无法涵摄社会生活的具体多样性,当法律无法回应现实社会的权利需求和责任担当时,培育一种利他主义的社会责任,对于生命权保护可能更加现实。

■作者简介:许娟,中南民族大学法学院副教授,法学博士,湖北武汉430074。

■责任编辑:车英

①史蒂芬·霍尔姆斯、凯斯·R·桑斯坦:《权利的成本:为何自由依赖于税》,北京大学出版社2005年,第103页。