

比例原则的普遍化与基本权利的性质

陈景辉*

内容提要 诞生自德国公法的比例原则,呈现出双重的普遍性:不但逐渐被其他国家接受(地域普遍化),也开始向私法领域挺进(领域普遍化)。那么,比例原则的普遍性存在理论上的根据吗?就比例原则而言,如果它具备普遍性,要么因为它是理性化的一般要求、要么因为它是某种程序、要么因为它是某种终极价值,但这些看法都误解了比例原则的性质。因此,比例原则的普遍化,寄生于“正当限制基本权利”这个观念的普遍化。但由于“关于私法(民法)立法”与“私法(民法)调整的内容”是不同的,因此比例原则并不能够适用于私法自身的内容,所以并不具备领域的普遍化。同时,由于“正当限制基本权利”的观念本身存在问题,因此要承认基本权利的重要性,只能承认基本权利之间的冲突与紧急情况这两种限制基本权利的情形,而此时比例原则并未拥有超越其他审查工具的明显优势,所以比例原则的地域普遍性仍需要进一步的证明。

关键词 比例原则 基本权利 权利冲突 公共福祉

导 言

关于比例原则,一个亟待说明的现象,是它日益明显的普遍化趋势。一方面,虽然起源于德国,但其影响不仅逐步扩张至欧盟国家,而且蔓延至欧洲之外、包括中国在内的很多国家,就连美国也出现了引进比例原则的呼声。^①另一方面,尤其是在中国,原本被认为只适用于公法领域的比例原则,其影响力开始向刑法、诉讼法等领域^②扩张;甚至在法律属性差异明显的私法领域,其传播也未受明显阻碍,部分民法学者呼吁并论证接受比例原则的可能性,并给出一些事实上运用该原则的例证。^③这表明,比例原则的普遍性可能是双重的:它既是跨地域(国家)的,也是跨领域(法律部门)的。那么,应当如

* 中国政法大学教授,博士生导师。本文系教育部“新世纪优秀人才支持计划”(NCET—13—1039)、中国政法大学“优秀中青年教师培养支持计划”项目成果。

① Vicki C. Jackson, “Constitutional Law in an Age of Proportionality”, (2015) 124 *Yale Law Journal*, pp. 3094-3196.

② 由于国际法通常体现为国际条约与国际惯例,因此比例原则的普遍性通常是个事实问题,这并不需额外说明。

③ 例如,郑晓剑《比例原则在民法上的适用及展开》,载《中国法学》2016年第2期;纪海龙《比例原则在私法中的普适性及其例证》,载《政法论坛》2016年第3期。

何看待“比例原则的普遍化”这个现象?

显然,不能仅仅把它看做一种“正在发生”的事实问题,因为不但事实上很多国家或地区尚未接受比例原则,而且也存在虽然采纳了“比例原则”的名称、但未全面接受其内容的情形。^④因此,这实际上是个“比例原则应不应当普遍化”的规范问题,即在这个普遍化的现象背后是否存在某些理由,使得比例原则的普遍化无法被合理的反对,于是那些尚未接受该原则的地域或领域,就有了必须接受比例原则的动力;相应的,如果这个背后的理由是有缺陷的,那么比例原则的普遍性就有可能是个错觉。文章的讨论,最终将要证明:比例原则的普遍化,一定寄生于关于基本权利的某种特定观念,前三个部分就用来处理这个问题;同时,由于这种观念本身存在问题,其普遍化缺乏充分的理由或正当性根据,这是文章最后两个部分的任务。

一、普遍化的两种可能

无论怎样反省这个现象,都需要从理解“比例原则的普遍化”这件事情入手。当我们说一个事物X是普遍的,通常是因为符合以下两种情形之一:其一,由于事物X本身具有某些特点或属性,使得X本身具备“普遍化的能力”;其二,一个事物X的普遍化依赖于另外一个事物Y的普遍化,如果事物Y的普遍化无法否认、且X与Y之间存在某种特殊的密切关系,^⑤那么X的普遍化就是不可避免的。如果比例原则是普遍的,那么也不外乎这两种可能:要么因为比例原则本身具备普遍化的能力、要么由于“寄生于”其他事物的普遍化之上。

(一) 普遍化的能力

问题是,哪种类型的事物本身具备普遍化的能力呢?通常只有两类:其一,是形式化或者框架结构,最明显的例证就是数学公式与逻辑法则;其二,是作为道德理想或政治理想的价值,正义、自由、平等、民主、人权、法治等具体价值,就是其中的典型。

数学公式和逻辑法则的形式性很容易理解,无论你是用数学公式在计算手里苹果还是梨子的数量,苹果和梨子的大小与种类这些实质的问题,都不会影响数学公式的运用;同理,不管你在讨论什么样的问题,遵循逻辑的一般要求——至少不能自相矛盾——都必须被满足。为什么这些形式化的要求具备普遍性呢?一般来说,是因为这是理性化(rationality)的要求,只要在一定程度上承认理性的规范性效果,那么就必须遵循这些理性化的要求,^⑥否则你的行动将被视为是不理性的,因而也是错的,虽然这并不

④ 例如,虽然德国和加拿大都采取了比例原则,但对其内涵的看法仍有明显差别。Dieter Grimm, “Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence”, (2007) 57 *University of Toronto Law Journal*, pp. 393-397.

⑤ 我将这种“特殊的密切关系”笼统称为“寄生性”,第四节中我将说明这种寄生性会具体化为比例原则与基本权利的特定观念之间的关系。

⑥ 逻辑法则的不证自明性(self-evident)及其与理性化的关系,参见John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Clarendon Press, 1980, pp. 68-69.

是那种违反道德的错误。由于任何人都无法合理对抗理性化的一般要求,所以形式化的数学公式和逻辑法则,就存在着无法否认的普遍性。除此之外,法律中还存在着一种同样形式化、也是普遍化的独特要求,这就是法律程序。通常由一定的步骤与过程所组成的法律程序,也具备明显的形式化色彩。即使程序的正当化可能不像数学公式和逻辑法则一样,完全依赖于“理性化的要求”这一点得到说明,^⑦但程序因形式性而来的普遍化,依然是个无法反对的状态,它甚至具备了地域和领域的双重普遍性。

除了这些形式化的框架之外,作为道德理想和政治理想的价值,也具备普遍化的能力。价值的普遍化能力来自于如下原因:由于价值一定具备道德上的吸引力,如果某些价值是任何特定群体都无法合理拒斥的,那么该价值就成为所有群体值得追求的某种理想,于是它就具备了应然意义上的普遍性。^⑧尚未接受该价值的群体必须就要做出某种改变:他们不但要接受该价值,而且还要依照这个价值来调整自身的行动,以便使得该价值具备实现的可能性。尤其是正义、自由、平等、民主、人权、法治这些终极性价值(ultimate values),^⑨其普遍性是无法被否认的。虽然由这些终极性价值衍生出来的派生性价值(derivative values),的确会因为历史、制度安排等原因,不同群体会有不同的理解;但这种差异仍然只在派生性价值的层面上存在,而不能由此来反对终极价值的普遍性。^⑩例如,任何群体都会承认“家庭”是一种重要的价值,但是在如何面对由“家庭价值”派生出来的“孝道”时,因为历史、文化和传统等因素的影响,不同群体可能会存在不同的看法,例如中国、而不是美国更加看重孝道的意义。

回到比例原则。如果比例原则的普遍性来自于其自身具备普遍化的能力,那么它在性质上只有三种可能:要么比例原则是法律中的数学公式与逻辑法则,它因为这是理性化的一般要求而被普遍化;要么比例原则就是某种法律程序,而程序在法律领域的普遍化昭然若揭;要么比例原则是如同正义、自由、平等、民主、人权、法治一样的道德理想或者政治理想,是所有人致力于实现的目标。下一节就来彻底处理这个问题,基本结论是:以上三种可能都存在困难,所以比例原则本身并不具备普遍化的能力。

(二) 寄生的普遍性

除了自身具备普遍化能力之外,事物X的普遍化另一种可能是寄生性的,即它寄生于另一种事物(Y)的普遍性之上。近来,比较法学者提供的一个受到普遍关注的方案,就是以如此方式来理解比例原则的普遍化:比例原则因与宪法的正当文化(culture of

⑦ 对程序存在两种基本说明方式:其一,程序就是理性化的一般要求;其二,除了理性的一般要求之外,程序还与特定的实质价值有关。如果前一种说法正确,那么程序就与数学公式和逻辑法则同类;如果后一种说法成立,那么程序就是一种作为理想的价值的独特类型。

⑧ 陈景辉《法治必然承诺特定价值吗?》,载《清华法学》2017年第1期。

⑨ Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, Oxford: Oxford University Press, 1986, pp. 177-178.

⑩ 这些终极价值的普遍性,使得异议者无法合理的主张“基于某些原因,我们无法接受人权、正义与人性尊严这些价值”,而只能主张“我们的人权观、正义观或人性尊严的观念与你们的不一致”。换句话说,异议者无法合理的反对这些价值的“概念”(concept),而只能在这些价值的“观念”(conception)上做文章。关于“概念”和“观念”的区分,请见 John Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1971, pp. 7-11.

justification) 的内在关联性而被普遍接受。^⑪ 所谓正当文化,是与权威文化(culture of authority) 相对立的观念,它们代表了对于宪法的不同理解。权威文化的意思是说,政府行动的合法性和正当性仅仅来自于如下事实:行动者被授权去做特定事情。而正当文化则主张,政府行动的合法性和正当性并不仅来自于被授权的事实,这只是合法性和正当性的必要但不充分条件;此外更关键的,是政府还要依靠其行动的说服力、劝服能力、理性化、妥当性来获得的辩护。^⑫ 进一步讲,权威文化蕴含着这样的看法:一旦法律(宪法)对政府的特定行动或事项做出授权,则政府就此获得了不受审查的判断余地,它就成为该事项上的终极判断者;而正当文化的意思是,即使法律(宪法)做出授权,“政府如何行动”这本身依然需要审查,除了“被授权”的事实外,它还必须要证明自己的行动本身是正当的。而证明行动本身正当,就必然包含了对诸多对立因素的妥当选择,而不是缺乏理由的武断式决定,而比例原则正是实现这个任务的最佳手段。^⑬ 如果正当性文化正在全球传播,那么比例原则就是确保该文化传播的主要法律手段,它的普遍化同时也就获得了说明。^⑭ 于是,比例原则的普遍性,就“寄生”在宪法的正当文化的普遍性之上。

这种说明方式面对的最大难题是:如何理解“寄生关系”的含义?有三种可能性:因果(causal)关系、工具(instrumental)关系或者构成(constitutive)关系。^⑮ 由于既无法避免“多因一果”的可能性——结果X的出现依赖于Y1、Y2……Yn多重原因,也无法避免“一因多果”的可能性——作为原因的Y可能会产生X1、X2……Xn这样的多重结果,因果关系式的理解是应当最先放弃的。所以,只剩下两种可能:比例原则(X)与普遍化事物Y之间,要么存在工具关系、要么存在构成关系。

就“多因一果”而言,正当文化的支持者反对这种说明方式,他们拒绝以其他原因来说明比例原则的普遍化。尤其是,他们反对将比例原则的普遍性与(价值)多元社会管理冲突并降低风险^⑯这个普遍化的任务联系起来,主要理由是,比例原则能否成功的降低风险是值得怀疑的。^⑰ 但在这种说明方式中,正当文化能否成功导致政府行为的理性化,这本身同样是值得进一步的追问。更麻烦的是“一因多果”,因为理论上存在正当性文化的普遍性本身也不是原因Y的可能,它只不过是比例原则的普遍化(X1)并列的结果X2。其中的关键是,正当文化的普遍化是否还需要依赖于其他事物的普遍化?如果是,那么就会陷入无限回溯的逻辑悖论中:比例原则的普遍化依赖于正当文化的普遍化,而正当文化的普遍化依赖于第三个事物的普遍化,渐次回溯、无穷无尽。即使最

⑪ 具体论证请参见 Moshe Cohen-Eliya & Iddo Porat, “Proportionality and the Culture of Justification”, (2011) 59 *The American Journal of Comparative Law*, pp. 474-487。

⑫ 参见前引⑪, Moshe Cohen-Eliya & Iddo Porat 文,第475页。

⑬ 参见前引⑪, Moshe Cohen-Eliya & Iddo Porat 文,第481-482页。

⑭ 参见前引⑪, Moshe Cohen-Eliya & Iddo Porat 文,第482页。

⑮ 我将在第四节的后半部分,具体讨论工具关系与构成关系。

⑯ 参见前引⑪, Moshe Cohen-Eliya & Iddo Porat 文,第469-472页。

⑰ 参见前引⑪, Moshe Cohen-Eliya & Iddo Porat 文,第471页。

终回溯至某个终极的事物(Y) ,此时对于比例原则的普遍化而言 ,正当文化的普遍化就不再是个原因 Y 了 ,而只是由 Y_n 所导致的另一个结果 X_2 而已。^⑮ 就像如下的例子 ,电费上涨(X_1) 和冰淇淋消费量增加(X_2) 都是天气炎热(Y) 的结果 ,因此你不能说电费上涨导致冰淇淋消费量增加 ,就像你不能说正当文化的普遍化导致比例原则的普遍化一样。由于以因果关系方式来理解寄生性存在困难 ,所以文章的第四节用来讨论一种更为广泛接受的寄生性。

二、比例原则的普遍化能力

如前所述 ,如果比例原则自身具有普遍化的能力 ,那么它或者是数学公式与逻辑法则 ,或者是某种特殊的程序 ,或者是某种终极价值。当然 ,无论最终做出哪种判断 ,都严重依赖于比例原则的内涵。本节的讨论将证明: 比例原则的内涵并不支持以上三种判断 ,所以比例原则的普遍化 ,并不是因为其自身具备普遍化的能力 ,它只能来自于寄生的普遍性。

(一) 比例原则的内涵

通常认为 ,比例原则由三个子原则组成: 适当性(suitability) 、必要性(necessity) 和狭义比例原则(proportionality in its narrow) 。以宪法为例 ,所谓适当性 ,指的是国家所要采取的手段必须适合法律的目的 ,反之 ,那些不符合或者无助于法律目的的手段就应当被禁止。那么 ,什么是法律的目的? 通常有两种理解方式: 比较严格的理解是 ,它必须是宪法明确表达的目的; 比较宽松的理解是 ,它是宪法并未明确禁止的目的。仅就德国而言 ,德国宪法法院采取较为宽松的看法 ,即只要是宪法所未禁止的目的 ,都被视为合法的目的(legitimate purpose) 。之所以采取宽松的理解 ,是因为目的本身是否适当的判断并不属于适当性阶段的任务。^⑯ 相应的 ,对于手段的选择也采取了较为宽松的看法 ,即适当性并不要求手段一定能够促成目的的实现 ,只要它有助于目的的实现即可。简单说 ,在适当性的判断中 ,只要手段和目的之间存在关联即可 ,并不需要证明这种联系是直接的。

由于在适当性阶段采取了较为宽松的理解 ,那么必然会使得匹配目的的手段多样化 ,因此就需要紧接着进行“必要性”的检验。这要求国家在所有有助于目的实现的手段中 ,必须选取其中最温和的那个。一旦国家所选取的手段 ,即使的确有助于目的的实现 ,但却对人民的权益侵害较多 ,它也会因为违反必要性原则而违宪。^⑰ 简单说 ,必要性原则要求 ,不能杀鸡取卵。例如 ,限制烟草的使用有助于实现“保护健康”的目的 ,且

^⑮ 因此 , Y_n 就被视为导致 X_1 和 X_2 出现的“共同因”。王鹏翔、张永健《经验面向的规范意义——论实证研究在法学中的角色》,载《中研院法学期刊》第17期(2015年)。

^⑯ 参见前引④,Dieter Grimm文,第388页。

^⑰ 杨登杰《执中行权的宪法比例原则: 兼与美国多元审查基准比较》,载《中外法学》2015年第2期。

“全面禁止烟草的生产和销售”的手段的确会产生这样的效果,但它仍然一定是违宪的,因为至少存在“在烟草制品上标示其危险”与“对烟草制品提高征税”这两种对生产者和销售者权益伤害相对较小的做法。显然,与适当性检验一样,必要性主要关注的仍然只是手段、而非目的。

然而,即使特定手段符合了必要性的要求,也不意味着国家选择这样的手段就是合宪的,这还需要经受狭义比例原则的检验。请考虑这样的假想案例:单个警察在面对哄抢财物的情形时,射杀其中一人是阻止其他人破坏财产的唯一手段,此时射杀该人是否合宪?显然,“保护财产”一定是合法的目的,因此射杀该人的手段一定能够通过适当性的检验;并且,由于保护财产的唯一手段就是射杀该人,那么它也会通过适当性的检验。然而,此时依然不能认为射杀该人就是合宪的,因为还需要经受这样的检验:该人的生命与他人的财产之间的权衡;或者说,为保护财产的目的而有意导致他人死亡,这样的做法本身是否合理?^{②①} 答案是明显的,这并不合理。在财产和生命的权衡中,认为财产的重要性胜过生命,很难被认为是恰当的看法。因此,狭义比例原则要求,某一手段对他方的伤害越高、则手段所要实现的目的就必须随之提高,它们之间必须是合理的、相称的、成比例的。^{②②} 这个要求,其实就是不能因噎废食。狭义比例原则明显不同于适当性与必要性这两项要求,它必然包括对目的本身的评价,而不单纯是对于手段的判断。

(二) 比例原则是什么

那么,以适当性、必要性和狭义比例原则为内容的比例原则的普遍化,是因为自身具备普遍化的能力吗?

先来考虑比例原则是不是(终极)价值的问题。一个事物,如果是一种价值,那么它本身通常可以被当作“目的”来对待。如果比例原则就是某种价值,它本身就会成为一种目的,而无论这个目的的内容是什么。虽然适用比例原则的第一步,一定是确定目的以及目的是否合法,但随后进行的适当性与必要性的检验,^{②③}并不对目的本身做出评价,它们关心的只是手段是否适当与是否必要的问题。当然,狭义比例原则不可避免的要对目的本身进行评价,但这种目的的评价,依然是系于手段的。^{②④} 无论比例原则的适用本身是否涉及到关于目的的评价,但是这些被评价的目的本身都处于比例原则之外,因此比例原则本身并不是目的,它很难被视为一种价值。对语言的分析,也能说明这一点:“过一个完满的生活”是个价值,其本身就是目的,“为了过一个完满的生活,今天就需要努力”就是很容易被理解的表达;然而,如果比例原则是个价值,那么它自身就是个目标,同理之下,就会产生“为了实现比例原则,必须减少公权力的恣意行使”这样显然

^{②①} 参见前引④,Dieter Grimm文,第396页。

^{②②} 参见前引②①,杨登杰文。

^{②③} 确定目的的阶段是否属于比例原则的内容,这个问题存在争论。如果承认这一点,那么比例原则就是四阶的,否则就是三阶的。刘权《目的正当化与比例原则的重构》,载《中国法学》2014年第4期。

^{②④} Moshe Cohen-Eliya & Iddo Porat, “American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins”, (2010) 8 *Int'l J. Const. L.*, p. 268.

成问题的表达,因为无论是“满足比例原则”还是“限制公权力的恣意”,都是为了实现“保护人民权利”之类目标的手段或要求而已。就此而言,虽然比例原则的确涉及到对目的评价,但其自身并非目的,只不过是实现了某些目的的手段。所以,比例原则本身并不是一种价值,就更不用说是一种终极的价值了。

那么比例原则是一种程序吗?也很难得出这个结论。比例原则的适用,的确需要按照“适当性-必要性-狭义比例原则”的顺序,依次经受这三个阶段的检验。如果特定行动能够通过前一个阶段的检验,那么就会进入下一个阶段的检验中,否则就会被判定为违法(宪);最终,只有全部通过了这三项检验,才能被认为是合法(宪)的。虽然比例原则的适用本身的确存在一定的“顺序”,并且程序性的安排同样也会展现为某种“顺序”,但要因此说比例原则就是某种程序,仍然缺乏充足的理由。^⑤这主要是因为,一方面,诉讼程序当中核心的“诉权”观念并未在比例原则中得到展现;另一方面,比例原则也未能包含程序^⑥当中“角色分派”这个任务。

否认了前两种可能,看起来只能将比例原则视为数学公式与逻辑法则这类理性化一般要求,^⑦这种看法会成立吗?先要承认的是,如果这个做法成功,比例原则的普遍性就可以得到充分而全面的说明:它不仅能成功的说明比例原则的地域普遍性,也能够成功的说明比例原则的领域普遍性,无论公法、私法还是其他任何的法律部门。毕竟,无论哪个国家、无论哪个部门法,都必然要满足理性的一般要求。这就相当于说,任何国家、任何类型的法律实践中,不运用数学公式、不满足逻辑法则的要求,这都是不可想象的。如果比例原则是理性化的一般要求,它必然会是普遍的。

将比例原则视为理性化的一般要求,看起来相当合理。尤其是对适当性和必要性来说,理论家通常以“帕累托最优”(Pareto-optimality)^⑧这个经济学术语来说明它们的基本性质。帕累托最优的基本要求是,改善一方的处境的理想做法,是以不使得他方的处境变差为条件。适当性排除了那些无助于目的实现的手段,这本身就是帕累托最优的要求,因为这禁止了对任何一方处境均未改善的手段的选择。妥当性的帕累托最优的属性更加明显,它要求在多个同等适于实现目的的手段中,选择伤害最小的手段,这明显是“不使得他方处境变得更糟”这个部分的要求,所以妥当性又被总结为“同等有效、但伤害最小”。^⑨帕累托最优显然从属于“成本-效益分析”这个大的经济分析的框架,它也是理性化的一般要求在经济领域的体现,即最佳的手段是,付出成本最小的代价来

^⑤ 所以,有人将比例原则称为“结构性的裁量”(structural discretion)、而不是程序。Julian Rivers, “Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing”, in George Pavlakos ed., *Law, Right, and Discourse: Themes from the Legal Philosophy of Robert Alexy*, Portland: Hart Publishing, 2007, pp. 170-177.

^⑥ 程序当然不等于诉讼程序,此外还包括立法程序这些与“诉权”概念无关的程序。但“角色分派”,却是所有程序的内容中所必然包括的部分。

^⑦ 在我看来,将比例原则视为中国传统“执中行权”与“理一分殊”的精神,其实也是将比例原则视为理性的一般要求的。这种看法参见前引^②杨登杰文。

^⑧ Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Julian Rivers trans., Oxford: Oxford University Press, 2002, pp. 398-399.

^⑨ 参见前引^②Robert Alexy书,第399页。

追求效益的最大化。这不仅仅是经济学家才能熟练使用的分析工具,也是我们在日常生活中普遍自觉遵从的理性选择。

至于狭义的比例原则,情况就有点麻烦。事实上,的确不乏将狭义比例原则视为一种“成本-效益分析”的看法。^⑩如果这种看法成立,那么比例原则就可以在整体上,被总结为“最小侵害原则”或者“禁止过度”之类的表述。^⑪但是,由于狭义比例原则涉及到对于目的、而非单纯手段的评价,而目的的赋值——这是进行成本-效益分析的前提条件——却无法单独依靠自身得出,这不但依赖于比例原则适用的情境,也依赖于理论家对其中所涉及目的的实质态度。^⑫因此,整体的比例原则是否就是一种成本-效益分析的理性判断方式,或者整体的比例原则是否就等于“最小侵害原则”与“禁止过度”,就变成了有争议的问题。不过,为说明比例原则的普遍性,暂且同意狭义比例原则也是一种成本-效益的分析方式,那么整体的比例原则就成为一种理性化的一般要求,于是其普遍性就无法否认。甚至,这不仅仅是一种对包括私法在内的整个法律秩序都能发挥作用的普遍性,^⑬还是一种对包括司法裁判在内的整个法律实践都发挥影响的普遍性。

必须承认,将比例原则看作理性化的一般要求,这的确可以同时说明它的双重普遍性。但这种做法还是存在着严重的缺陷:它包含的内容过多,以至于丧失了法律上的独特重要性。显然,像数学公式与逻辑法则之类理性化的一般要求,是与人们所有类型的理性行动关联在一起的,它涉及到理性行动的方方面面,从应该穿什么保暖程度的衣服,到应该选择什么样的人担任国家公职。然而,一方面,理性化的一般要求不只针对法律领域,但无论怎样看待比例原则的普遍性问题——无论是仅限于公法、还是适用于全部法律领域,将它视为对所有生活领域均起作用的想法几乎是不存在的,这就出现了比例原则与理性化之一般要求的落差;另一方面,虽然在法律实践中运用理性一般要求的做法比比皆是,但是却不能因此就认为这些要求是“法律上”的要求,例如法官计算赔偿数额一定要运用数学公式,但这并未使得数学公式成为法律的一个组成部分,^⑭但比例原则却被认为是专属于法律领域的,这一点无法借助其作为理性化的一般要求这个属性得到说明。简单说,做这种理解的比例原则之所以失败,是因为它虽然能够说明其自身的普遍性,但却无法同时保障比例原则所具有的法律性。

^⑩ 参见前引^⑤ Julian Rivers 文,第172页;前引^④ Dieter Grimm 文,第387-388页。

^⑪ 例如,张志伟《比例原则与立法形成余地》,载《中正大学法学集刊》第24期(2008)。

^⑫ 阿列克西试图完成这样的任务,并给出了详细的计算过程与计算公式。但如果目的的赋值本身需要依赖于其他的因素,那么这样的公式就必将是空洞的,其意义极为有限。前引^③ Robert Alexy 书,第401-414页。

^⑬ 参见前引^③ 郑晓剑文。

^⑭ Ronald Dworkin, *Justice in Robes*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2006, pp. 4-5.

三、作为限制基本权利正当条件的比例原则

将比例原则理解为理性化的一般要求之所以残缺不全,另外一个原因,是将“目的”的讨论从中排除出去造成的。如果遵照将比例原则限定在公法领域的通常理解,这个目的的抽象表达,就是“正当的限制基本权利”。^⑤ 具体来说,它包含两个部分的内容:第一,可以基于合适的目的“合理”限制基本权利;第二,只有在符合比例原则要求的基础上限制基本权利,才能被认为是“正当”的限制。^⑥ 反过来讲,即使存在限制基本权利的合适目的,但只要不满足比例原则的要求,那么这种限制也难称正当。很明显,比例原则此时被看作是限制基本权利正当性条件,因此比例原则就寄生在“正当限制基本权利”这件事情之上,如果后者是普遍性的,那么前者的普遍性也就不言而喻了,于是“寄生的普遍性”就成为最佳的说明方式。这种说法成立吗?这需要仔细考察以上两个部分的内容。

(一) 对基本权利的合理限制

承认可以合理的限制基本权利,就必须考察两个方面的内容:第一,实质问题,即为什么可以合理限制基本权利?依据什么来限制基本权利?第二,形式问题,即以什么样的方式来限制?“限制基本权利”这件事情,从一开始就面临常识的挑战:现代国家的宪法不是为了保障人民的基本权利吗?不以保障基本权利为目的的宪法还是真正的宪法吗?只有在这些问题上取得“可以限制基本权利”的肯定回答,才能接着讨论“依据什么来限制基本权利”这个较为次要的问题。

一个经验性的回答是这样的:的确,无论以何种方式来看待国家这件事,尊重和保障基本权利都是国家最重要的任务(之一),但基本权利经常处在冲突当中,这不仅表现为基本权利之间的冲突,也表现为基本权利与其他足够重要的价值、原则、利益之间的冲突。此时,为了保护特定的基本权利或者为了追求那些重要的价值、原则和利益,对基本权利的限制在所难免。也是基于这个理由,各个国家的宪法,在保护基本权利的同时,往往直接或间接规定了对基本权利的合理限制。^⑦ 中国《宪法》第51条就是此类规定:中华人民共和国公民在行使自由和权利的时候,不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利。简单说,限制基本权利的理由是,基本权利之间存在冲突、或者基本权利与公共利益(public interests)^⑧相冲突;因此,限制基本权利的目

^⑤ 所以,有学者认为,作为基本权利适用方法的比例原则,表明了对基本权利的立场:个人自由不能被强烈侵犯,除非所追求的目的是必要的,并且侵犯影响与所追求的目的是均衡的。参见[德]安德烈亚斯·冯·阿尔诺《欧洲基本权利保护的理论和方法——以比例原则为例》,刘权译,载《比较法研究》2014年第1期。

^⑥ 为明确表述,文中将“有合适的目的限制基本权利”称为对基本权利的“合理的限制”,将“既有合适目的、又符合比例原则要求的限制”称为“正当限制”。

^⑦ 参见前引②,杨登杰文。

^⑧ 此后,将用“公共利益”替换“足够重要的价值、原则、利益”这个用语。在理论上,公共利益除了指其自身之外,还用来笼统表述国家安全与社会秩序这些用语。

的,要么是为了保护冲突中的基本权利、要么是为了保护公共利益。然而,这种经验式的说明存在明显的问题:仅凭“相冲突”的事实,仅能粗略的说明当基本权利冲突时限制基本权利的合理性,但它尚不足以说明基于公共利益限制基本权利的合理性,这既需要说明基本权利的性质、也需要说明公共利益的性质。

第二种说明方式,是一种实在法上的说明方式,即如何理解(宪法所规定的)基本权利的规范性质。这种看法认为,在规范性质上,^{③⑨}基本权利其实就是原则,而原则本身就蕴含着被限制的可能性。^{④⑩}阿列克西是其中的代表者,他将原则看作一种最佳化的要求(optimization requirements),最佳化是指原则具备如下性质:在事实上和法律上的可能范围内,原则应当以尽可能高的程度被实现。^{④⑪}下面这个例子说明了事实上的可能性:一个亿万富翁向灾区捐了十万块与一个小朋友将自己所有的压岁钱都捐出去,虽然都满足了慷慨这个原则的基本要求,但小朋友的举动由于符合最佳化的要求,所以值得额外的称赞,因为他“倾其(事实上)所有(的钱)”来捐款。法律上的可能性则意味着,特定原则的实现受制于其他原则,因此适用该原则就必须考虑与之冲突的那些原则,只有在权衡原则“分量”的基础上,才能做出恰当的判断。然而,无论权衡的最终结果是什么,它都不能是“特定原则全面实现、对立原则全面放弃”的结果。回到基本权利,如果基本权利在规范性质上就是原则,那么它必然在受制于其他的基本权利的基础上才能得到落实,^{④⑫}这就呈现为对基本权利的限制。

显然,这种看法其实并不是关于“限制基本权利的合适理由”的讨论。只要承认基本权利在规范性质上就是原则,并且原则的实现依赖于其他原则,那么基本权利的限制本身就是一种概念上的真理;或者,基本权利和对它的限制并非两回事、而是一回事,因为基本权利的原则属性本身就蕴涵着它被限制这个内容,“被限制”本身就是原则概念上的一个组成部分。^{④⑬}但这个主张会遇到两个批评:第一,基本权利在规范性质上真的就是原则吗?这个问题背后存在一个关于权利性质的更根本的追问:权利表述必然是一种包含“当为”之类规范词的规范表述,但这是否意味着它只能被化约为某种规范、而不是某种价值?^{④⑭}理论家并不总是支持前一种看法。^{④⑮}即使暂且接受这种看法,还是缺

^{③⑨} “规范”一词通常有两个含义:第一,价值论的观点,此时“规范”就等于“价值”,“生命是重要的”于是便是一种规范上的主张;第二,规范存有论的观点,即“规范”是某种虽无法被感官感受到、但却实际存在的事物。此处的“规范性质”一词,指的是第二种含义。

^{④⑩} 参见前引^{③⑨}, Robert Alexy 书,第 57-59 页。

^{④⑪} 参见前引^{③⑨}, Robert Alexy 书,第 47-48 页。

^{④⑫} 更具体的讨论参见,王鹏翔《论基本权的规范结构》,载《台大法学论丛》第 34 卷第 2 期(2005)。

^{④⑬} 参见前引^{③⑨}, Robert Alexy 书,第 178-179 页。

^{④⑭} 由于规范和价值本身都包含规范词,因此理论上可以将权利表述化约为上述任何类型。但问题是,就规范效果而言,“这是一个规范”并不能阻断“为什么应当遵守这个规范”的追问,但“这是有价值的”却可以提供终极性的回答。

^{④⑮} 例如, Alon Harel, “Theories of Rights”, in Martin P. Golding & William A. Edmundson ed., *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford: Blackwell Publishing, 2005, pp. 191-206.

乏理由接受将基本权利仅视为原则、而不是规则的主张。^{④⑥} 第二,即使在这些问题上都取得满意的答案,但是它依然只能说明“在基本权利之间的冲突时”限制基本权利的合理性,而无法说明“在与公共利益冲突时”限制基本权利的合理性。除非公共利益也是一种原则,但这需要更加实质的论证,仅借助基本权利之原则属性,并不能妥当回答这个问题。

这就只剩下最后一种可能,即基于国家责任的政治哲学的说明方式。国家作为政治权威者,它担负着保护基本权利的任务。因此,当两个或多个基本权利之间相互冲突,且不存在同时给予充分保护的可能时,国家不但有责任居中做出取舍,而且也只能由它来取舍。显然,无论具体的取舍是什么,^{④⑦}它都会表现为对其中一方、甚至是所有涉及方的基本权利的限制。但就像硬币的两面一样,国家的取舍,也可以被视为对其中涉及的基本权利的保护,因为此时“保护基本权利”的唯一选择,就只剩下了“限制基本权利”这个做法。然而,当面对基本权利与公共利益之间的冲突时,“由国家居中做出取舍”的做法就缺乏直接的理由,任何基于公共利益对基本权利的限制,无论在方式和结果上多么轻微,它们显然都是对基本权利的“侵害”、而不是保护。除非,真的有理由将公共利益提升至至少与基本权利同样重要的规范层次上。那么,存在这样的理由吗?唯一的可能性是,必须借助公共福祉(public well-being)或共同善(common goods)^{④⑧}这些实质的价值。此时,相当于说,国家担负了特定的责任和义务来保护公共福祉,而公共利益就是公共福祉的外在表现形式。^{④⑨}因此,当基本权利与公共利益相冲突时,国家就有了限制基本权利的合适理由:这是出于保护公共福祉(公共利益)的需要。

(二) 限制的方式与审查的可能

一旦有了“基本权利冲突”与“基于公共福祉的考量”这两个理由,就可以合理的限制基本权利。问题是:由谁来限制基本权利?采取什么样的方式来限制?基于现代政治的安排,国家、而不是作为权利拥有者的人(公民),就成为做出决定者。但国家毕竟是抽象概念,它必然具体化为不同机关的角色:其一,立法机关通过制定法律的方式对基本权利做出限制;^{⑤①}其二,行政机关以类似于立法的抽象行政行为或者具体的行政行为来作出限制。其中,以立法或者准立法^{⑤②}的方式来对基本权利做一般性的限制,通常是最主要的做法;而行政机关以具体行政行为对基本权利的个别化限制,通常展现为对

^{④⑥} 阿列克西的讨论有明显的循环论证的色彩,因为他承认基本权利被限制的事实,然后寻求对基本权利这个性质的最佳说明,于是就得出了基本权利是原则的结论。参见前引^{②⑨} Robert Alexy 书,第 5-48 页(尤其是 13-48 页)。

^{④⑦} “特定的取舍方式是否正当”需要依赖于比例原则来作出判断,但“必须做出取舍”一定是先决性条件。

^{④⑧} 为与公共利益这个概念匹配,文章主要使用“公共福祉”、而不是“共同善”这个表述,但在文中,二者是同样的含义。

^{④⑨} Joseph Raz, “Rights and Individual Well-Bing”, in his *Ethics in the Public Domain*, Oxford: Clarendon Press, 1994, pp. 52-58.

^{⑤①} 为了减少限制基本权利的随意性,就此事项确立“法律保留原则”,是目前通行的做法。

^{⑤②} 在中国,虽然行政立法(抽象行政行为)和司法解释并不是由立法机关制定的,但是由于它们同样具备一般性的规范效果,所以将它们与立法视为更近似的类别。

紧急情况的具体应对。^{⑤2}

之所以用立法方式限制基本权利是主要的选择,这是由立法机关所拥有的双重身份决定的,因为立法机关同时也是代表政治正当性根据的民意代表机关或民主机关,其决定本身,通常拥有不可挑战的正当性。因此,以制定法律的方式来限制基本权利,本身就意味着这种限制是合理的。这种合理性,不仅来自于在权利冲突中对某一权利的保护本身是正当的、也不仅来自于基于公共福祉的考虑这两个已有的实质理由,此外还因为是民主机关的决定,获得了民主的进一步肯定和加持,于是限制基本权利就具备了更加充足的正当性。

但危险也在于此:一方面,由于立法是以普遍化的方式来限制基本权利,它所针对的并不是特定某人或某些人,一旦这种限制是不适当的,它所带来的危害也必然是普遍化的,此时每个人都处在基本权利被侵害的危险当中;另一方面,也是更重要的,由于拥有基本权利的人民,在面对立法(或行政)机关时,始终处于一种不对称(asymmetrical)的关系之中,^{⑤3}因此一旦国家不当限制基本权利,他们明显缺乏自我保护的能力。如果保护基本权利的确是国家的根本任务,那么在制度上设计某种审查方式就成为最后的防线。审查方式,主要由两部分组成:在制度上,为避免自我审查的逻辑困境,通常赋予司法机关以审查者的角色,无论表现为德国式的专门的宪法法院、还是美国联邦最高法院式的普通法院;在审查标准上,比例原则就是最好或唯一^{⑤4}的审查标准。

然而,这个“应当审查且只能依照比例原则审查”的说法,还是存在两个论证上的缝隙:第一,由于立法限制基本权利的方式关联民主的正当性问题,审查它就相当于审查民主本身,这可能吗?根据又在哪里?第二,为什么只能用比例原则作为审查的标准?为什么不能运用审查其他标准?前面这个话题太大了,它既涉及到对于民主的含义——民主是否等于多数决(majority rules),以及司法审查正当性(即反多数决)^{⑤5}的艰难问题,又涉及到对于基本权利之性质的具体主张。为尽快回到比例原则这个主题,此处只能给出一个关于民主的粗略说明:司法审查与民主并不矛盾。这主要表现在公共福祉这个概念上,一旦将公共利益与公共福祉联系起来,这就改造了公共利益的含义,至少能够将这种“基于公共福祉的公共利益”与“依照多数决(民主)所选择的多数利益”区别开来。即使某一社群或者国家的多数成员通过正当程序做出一个决定,但只要它不符合公共福祉的要求,这就不是合适的公共利益,国家也就缺乏理由和责任来加以

^{⑤2} 当然,的确可以用立法的方式规定:某种紧急情况下,特定行政机关可以限制基本权利。但是由于紧急情况往往不容易穷尽,这仍然需要行政机关个别式的自行判断。

^{⑤3} 参见前引^④,Dieter Grimm文,第392页。

^{⑤4} “最好”或“唯一”,涉及到接下来讨论的比例原则与限制基本权利正当性之间,到底是工具关系还是构成关系的问题。

^{⑤5} 例如 W. J. Waluchow, *A Common Law Theory of Judicial Review*, Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

保护。^{⑤⑥} 因此,当多数人基于自己的利益,决定给予少数人不公平的对待,这种利益虽然满足多数决的要求,但无论如何也称不上公共利益。所以,就有必要审查公共利益是否满足公共福祉要求的问题,这就给审查立法的妥当性提供了基础性的理由。^{⑤⑦}

(三) 比例原则与正当限制

一旦确立“基本权利可受限制”与“由司法机关审查限制是否正当”这两点,就有初步的理由讨论第二个问题:为什么有必要运用比例原则来审查?存在两种答案,第一种是工具性的说法,即相较于其他审查工具而言,比例原则具备更好的效果,即比例原则是“最好”的审查工具。第二种是构成性的说法,即比例原则与基本权利及其限制之间存在构成性的关系,即基本权利本身蕴含着比例原则——比例原则是“唯一”的审查标准。就辩护力度而言,工具性显然是较弱的主张,而构成性则是最强的看法。

“最好的工具”,明显是一种比较级的用法,它必然涉及比例原则与其他审查工具的对照,后者主要是美国式的多元审查标准。例如,有学者认为比例原则的优势在于以下四点:1. 它提供了一个对权利这种艰难的实质问题的有效程序性回应;2. 它使得法院能够保持政治上或意识形态上的中立;3. 它能够最大可能的减少对于(权利冲突落败一方)的伤害;4. 采取比例原则可以通过确保法院在基本权利保护领域中的诚信,进而增强其可信度。^{⑤⑧} 还有学者认为,比例原则的优点在于:1. 由于限制基本权利需要进行广泛的正当化论证,而比例原则正好提供了一个结构合理且简便易行简明的工具;2. 它搭建了一个法院与立法机关沟通的桥梁;3. 它提供了一个将正义的要求带入基本权利保护的渠道;4. 对于政府决策的过程错误,比例原则确保了一个更为严格的审查标准。^{⑤⑨}

然而,这种工具性的说明方式存在明显困难:一方面,随意比较的可能性难以避免,一旦缺乏恰当的中间项,这种优劣的比较就是随意的,无法避免关公战秦琼的可能,就像无法比较烙饼和披萨哪个是最佳面食一样;另一方面,即使这个说法是成功的,它也无法彻底击败其他审查工具的可靠性,还是存在多元审查标准是最佳工具的可能性。^{⑥①} 因此,构成性主张看起来就是更有说服力的看法,因为它并不主张比例原则作为工具的首选地位,而是主张比例原则在性质上是唯一满足基本权利属性要求的审查标准,即使存在其他审查标准,也不过是由比例原则派生出来(或至少是它不反对的),并且基于这种派生关系,它们绝不可能取代比例原则的地位。

^{⑤⑥} 无论怎样看待“民主”这件事,它都必然包括多数决的内容,但争议在于:多数决是否就是民主的全部内容?肯定的看法被称为形式民主观,反对者就是实质民主观。如果从公共福祉的角度来看待民主,这必然是一种实质民主观。相关讨论参见 Ronald Dworkin, *Is Democracy Possible Here?*, Princeton: Princeton University Press, 2006, pp. 127-159.

^{⑤⑦} Jeremy Waldron, “The Constitutional Conception of Democracy”, in his *Law and Disagreement*, Oxford: Oxford University Press, 1999, pp. 282-312.

^{⑤⑧} Jud Mathews & Alec Stone Sweet, “All Things in Proportionality? American Rights Review and the Problem of Balancing”, (2011) 60 *Emory Law Journal*, pp. 807-808.

^{⑤⑨} 参见前引①, Vicki C. Jackson 文,第 3142-3153 页。

^{⑥①} 例如,黄昭元《宪法权利限制的司法审查标准:美国类型化多元审查标准的比较分析》,载《台大法学论丛》第 33 卷第 3 期(2004 年)。

阿列克西的看法就是其中的代表。在他看来,作为最佳化要求的基本权利(原则)本身蕴含着比例原则的三个要求——适当性、必要性和狭义比例原则;并且,这种蕴含关系是相互性的,即比例原则的三个要求本身也蕴涵着基本权利具备最佳化要求的性质。^①为什么比例原则与最佳化要求之间存在相互蕴含关系?他认为,原则(基本权利)的实现需要事实上的可能和法律上的可能。其中,事实上的可能蕴含着适当性与必要性这两项要求;而法律上的可能性,蕴含着狭义比例原则。^②显然,这意味着原则(基本权利)与比例原则之间存在的,并不是功能上的匹配关系,而是概念上的相互蕴含关系。这相当于说,只要承认其中任何一方,都需要承认另外一方。

从表面上看,将比例原则视为唯一的审查标准的构成性说法,的确更能辩护比例原则的必要性。但是它还是存在几个难题:^③第一,事实问题,那些未接受比例原则的国家,为什么没有采用这个原则呢?这仅仅是因为认识能力的不足造成的吗?还是因为其中涉及到某些实质的争论?例如对于基本权利之性质的看法可能存在不同?第二,具体来说,适当性与必要性仅仅是关于事实的判断吗?它们跟目的正当性没有任何关系吗?第三,在概念上,如果比例原则与基本权利是相互蕴含的,那么它们是一回事、还是两回事?可能在概念上区分这两者吗?即使能区分,这区分还有意义吗?如果不能区分,又怎么面对将它们视为不同事物的通常理解呢?

四、普遍性的难题

假使忽略刚才论证中的诸多障碍,承认“基本权利可受限制”与“比例原则是唯一或最佳手段”,那么比例原则的普遍化就寄生于“可正当限制基本权利”这个观念之上。此时,就会有两个问题产生出来:其一,如果承认这一切,那么比例原则因此就具备双重普遍性吗?其二,如果承认比例原则是正当限制基本权利的条件,那么这是否会存在论证上的缝隙?或者说,是否有重新审视“可正当限制基本权利”这个观念的必要?

(一) 领域普遍性: 一个误解

如前所述,如果“基本权利可受限制”的主张成立且被普遍接受,那么基于寄生性的特质,比例原则的普遍化就不难说明。但是,这仍然只是说明了比例原则的地域普遍化,但怎么说明它的领域普遍化呢?这显然依赖于“运用比例原则审查立法”的部分,即由于在检验立法机关是否正当限制基本权利时必须运用比例原则,因此它就会涉及到所有的立法活动:不仅仅是关于公法的立法活动,即使是关于私法或其他领域的立法,也必须满足比例原则的要求,比例原则由此就具备了领域的普遍性。这种看法看起来

^① 参见前引^②, Robert Alexy 书,第66页。

^② Robert Alexy, “On the Structure of Legal Principles”, (2000) 13 Ratio Juris, pp. 297-298.

^③ 由于文章并不着重讨论比例原则与基本权利之间是否存在构成性关系,所以只提出问题、但不回答。不过,文章的立场其实还是清楚的,即反对它们之间存在构成性关系。

顺理成章,不是吗?

有一种主张看起来支持了这种看法:基本权利问题可以被区分为两个不同的类型,即有关基本权利的“范围问题”与有关基本权利的“限制问题”。其中,确定基本权利的范围,是个关于宪法问题;而限制基本权利,是个关于宪法之外的其他法律的问题(sub-constitutional law),无论是英美传统中的成文法与普通法,还是大陆传统中民法、刑法等具体的部门法。比例原则恰恰处于基本权利之限制的中心位置,它是判断宪法之外的其他法律是否正当限制基本权利的核心标准。^④依照这个逻辑,比例原则就对宪法之外的其他法律一律适用,这正是它具备领域普遍性的充分证明。^⑤

民法学者就是以如此逻辑来主张比例原则的领域普遍性:纪海龙认为在高利转贷合同、无牌照经营贷款业务者向企业放贷、无行为能力人所为行为的效力以及实际履行请求权这四个例子中,比例原则对于《民法通则》、《合同法》、《物权法》等民事立法以及相关司法解释提供了有效的审查。^⑥郑晓剑主要从侵权损害完全赔偿原则之缓和、禁治产制度之存废与无效合同之判定三个例子,来讨论比例原则在民法领域的意义。^⑦

如果比例原则就是审查所有立法活动的标准,那么这样的例子是无法穷尽的。但这是否表明比例原则具备领域上的普遍性呢?这却是个问题,除非学者能够将“民(事)法(律)”与“民事立法”这两个概念等同视之。这种做法由于如下原因难以成立:显然民事立法所处理的,是立法机关如何分配民事权利的问题,此时立法机关与民事主体之间并不存在平等的对称关系;但民事法律所要处理的,却是平等主体之间的对称关系。依照传统的公法与私法的两分,^⑧前者属于典型的公法问题,后者属于典型的私法问题,它们之间的界限清楚而明显。^⑨

或者这样说,由于需要审查对基本权利的限制是否正当,所以比例原则所处理的是宪法与(作为宪法之外法律的)民法之间的关系,所以依照它做出的结论是合宪或违宪;而民法自身的问题并不在比例原则的影响范围之内,依照其所提供的标准得出的结论就不是合宪或违宪,而是合法与违法。这一点,明显不同于刑事诉讼法和刑法的情形,它们之所以会适用比例原则,除了是因为它们也涉及到“立法”的问题,更重要的是因为,它们在内容还涉及到政府是否正当的限制基本权利的问题。^⑩简单说,之所以比例

^④ Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*, Doron Kalir trans., Cambridge: Cambridge University Press, 2012, pp. 19-21.

^⑤ 姑且不论这种看法所导致的比例原则与宪法无关、只与宪法适用有关的结论。

^⑥ 参见前引③,纪海龙文。

^⑦ 参见前引③,郑晓剑文。

^⑧ 关于公法与私法的一般讨论,参见朱庆育《民法总论》(第2版),北京大学出版社2016年版,第8-11页。

^⑨ 此外,如前所述,比例原则处理的一个主要问题,是基于公共利益(公共福祉)来限制基本权利,而这个部分在民法中即使存在——例如紧急避险、重大误解与显失公平,但它并不占据主要的地位。例如前引③,郑晓剑文。

^⑩ 当然,违反刑法或者刑事诉讼法,也会获得违法、而不是违宪的评价,但它们规定了国家力量以怎样的方式处理基本权利的问题,这一点是清楚的,以至于刑事诉讼法又被视为“小宪法”。例如, Akhil Reed Amar, *The Constitution and Criminal Procedure: First Principles*, revisited edition, New Haven: Yale University Press, 1998.

原则不具备领域的普遍性,是因为支持者误解了“民事立法”与“民法”或者“宪法与其他法之间的关系”与“(宪法之外)法律自身处理的内容”这两个不同的概念。

(二) 比例原则的危险与盲点

接下来的问题是:比例原则还有地域的普遍性吗?显然,仅仅承认“可正当限制基本权利”是妥当的宪法观念是不够的,如果比例原则只是“最佳的工具”,还不能非常彻底的捍卫地域普遍性,因为不乏其他工具更有效的主张,除非像阿列克西一样,认同比例原则与基本权利之间的构成性关系。但这种构成性的主张,因为以下两个难题很难成立。

1. 保护还是侵害

必须注意,在“最佳工具”的主张中,比例原则与正当限制基本权利这两个部分是分开的,因此比例原则是不是最佳工具,就是一个值得进一步讨论的问题,它是否具备地域普遍性就是问题。但在构成性主张中,尤其是阿列克西“比例原则与原则(基本权利)相互蕴含”的看法,意味着它们并不是两个各自独立的部分。^①严格说来,比例原则的普遍性其实并不系于“可正当限制基本权利的观念是否应当普遍接受”之上,而是基于“基本权利是否被普遍接受”之上,而后者不但是应然的命题、也是实际发生的实然,所以比例原则的地域普遍性就无法否认。

其中的逻辑是:由于比例原则与基本权利相互蕴含,因此满足比例原则的要求,就同时满足了对基本权利的保护(或正当限制)。是这样的吗?我将通过两个例子来反驳。例一:我是一个饿极了的穷光蛋,你是一个有百亿身家的大富翁,因机缘巧合我到了你的别墅中,看到你的冰箱中有吃的,我没动鱼子酱这样昂贵的食物,而是吃了你几个便宜的面包充饥。^②此时我的行动可辩护吗?你的财产权可被正当限制吗?例二更为极端:我无家可归、你有多套房产,有一套房子你几个月也不来且房门未锁,正好今天天气严寒,我就住了一晚,并且打扫房间、整理被褥之后才走,你根本就没发现别人来过。^③那么,我住你的房子是正当的吗?

显然,我的行动充分满足了比例原则的全部要求:其一,“保护(我的)生命权”当然是妥当的目的,所以吃你的面包满足了适当性的要求;其二,我吃了你冰箱中最便宜的食物,这显然符合必要性的要求;其三,因为吃你面包我的生命得以维系与对于你百亿身价而言,面包的价值可以忽略不计,这两者之间显然是相称的,因此我吃你面包也符合了狭义比例原则的要求。我的行动的确符合了比例原则的要求,但可以因此就侵犯你的基本权利吗?肯定的回答不古怪吗?你当然可以说:我的面包还是被你吃了,我毕竟还是有损失。但如何面对例二这种情形呢?与例一不同,你甚至连一片面包也没损失,我能因为满足比例原则的要求,就暂时住在你的房子中吗?为什么不能呢?我的行

^① 构成性与工具性的说明,参见陈景辉《法律的内在价值与法治》,载《法制与社会发展》2012年第1期。

^② 例子改编自前引^④, Aharon Barak 书,第41页。

^③ 例子改编自 Arthur Ripstein, “Beyond the Harm Principle”, (2006) 34 *Philosophy and Public Affairs*, p. 218.

动不是满足了比例原则的要求吗?^⑭

这需要反省比例原则与正当限制基本权利之间的关系: 如果它们是充分关系, 意味着满足比例原则就是“正当限制(或保护)”, 而不是侵害基本权利; 如果是必要关系, 意味着要正当限制基本权利必须满足比例原则的要求, 但光具备这一点还不够, 此外还需要满足其他条件的制约。显然, 构成性的说法认同充分关系, 因此就会面对以上两个例子提出的难题: 它们满足了比例原则的要求, 那么能否因此认为这就是在正当限制、而不是侵害基本权利? 肯定的答案支持了阿列克西的说法。但这样一来, 比例原则就成为侵害基本权利的合适借口, 它对基本权利的保护功能也就随之消失。这样的情况在实践中比比皆是, 各种各样的限行举措——无论为了缓解交通还是空气质量, 频繁在各地出台;^⑮ 各种各样的强拆——无论是为了改善民生还是发展经济, 频繁在各地上演。凡此种种, 都是在比例原则旗号下, 对基本权利的侵害、而不是正当限制。如果你认为这些都是正当的限制, 那么我为什么不能吃你的面包? 我为什么不能住在你的家里?

2. 被遗漏的绝对权利

除了刚才的缺陷之外, 比例原则还存在一个理论盲点: 忽视了某些基本权利具备绝对权利(absolute rights)的性质。通常, 很多基本权利无法被充分保护, 它们只能被部分的实现, 这样的基本权利就是相对权利(relative rights)。基于它“无法被充分保护”的性质, 相对权利的限制就可以被正当化, 而比例原则通常被视为正当化的条件。其中, 有的相对权利本身需要明确限制性的条款, 例如我国《宪法》中将“国家安全和追查刑事犯罪”视为限制通信自由与通信秘密的法定条件; 但很多的相对权利并未规定这样的限制性条款, 例如宪法中关于名誉权的规定。无论是否具备这样的规定, 比例原则都是确保这种限制是正当的必备条件(之一)。^⑯

然而, 相对权利并不是基本权利的全部形态, 有些基本权利具备不可被侵犯的绝对权利的色彩, 例如德国《基本法》第一条规定的“人的尊严”、美国《宪法》第一修正案中的“言论自由”, 以及各种国际人权公约中关于“禁止酷刑”之类的规定, 就是这类绝对权利。^⑰ 之所以称为绝对权利, 是因为它们必须受到绝对的保护, 不存在对这些基本权利的“正当限制”。即使满足比例原则的要求或者其他别的审查标准也不可以, 因为对绝对权利的任何限制, 无论程度有多轻微, 都将被视为对基本权利的侵害。

当然, 像言论自由之类的绝对权利, 在实践中也会存在某些无法被充分保护的情形, 例如侮辱的言论或者仇恨言论的确可被禁止。然而, 如果这种禁止不是被视为将要

^⑭ 另外一种说明方式是: 如果此时我处于“紧急情况”的范围中, 我的行动就可辩护。紧急情况将在下节中讨论。

^⑮ 张翔《机动车限行、财产权限制与比例原则》, 载《法学》2015年第2期。

^⑯ 将这两种相对权利与绝对权利并列在一起, 导致对基本权利的三种理解方式。参见 Mattias Kumm, “Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement”, George Pavlakos ed., *Law, Right, and Discourse: Themes from the Legal Philosophy of Robert Alexy*, Portland: Hart Publishing, 2007, pp. 134–136.

^⑰ 参见前引^⑭, Aharon Barak 书, 第27–29页。

处理的“紧急情况”的问题之外,它就被视为对基本权利的“解释”、而不是限制。所谓解释,是由于基本权利本身在语义上是模糊的,因此适用时首先需要明确其范围;此时,依照某种解释理论,侮辱或者仇恨言论可能被排除在言论自由的“范围”,因此反对侮辱和仇恨言论,其实不是对言论自由的限制,因为它们原本就不处在言论自由的范围当中。^{⑦8}也可以这样说,对相对权利而言,即使处在其范围中的内容,也可以依照比例原则来正当的限制;但对于绝对权利的意义范围而言,并不存在“正当限制”这回事。

绝对权利不受限制的色彩,严重挑战了比例原则在公法领域内的普遍性,它只能与相对权利可被正当限制的性质匹配,无法作用于所有类型的基本权利。并且,这种权利也挑战了阿列克西“基本权利就是原则”的核心主张,因为如果原则具备被凌驾(正当限制)的初步性,而绝对权利却因为不受限制而不具备这种属性,所以在规范性质上,绝对权利就无法被视为一种原则。^{⑦9}进而,“基本权利是原则”作为一个关于基本权利性质的一般性主张,就应当被放弃。

五、基本权利的性质

之所以比例原则的普遍化会遇到各式各样的困难,根本的原因在于,它寄生于“正当限制基本权利”这个关于基本权利的特定观念之上。如果后面这个观念本身是不牢靠的,那么比例原则的地位就变得非常不稳固,或者至少,它并不像看起来那么重要。现在,就需要面对最后、也是最重要的问题,即基本权利的性质以及这是否蕴含着可以正当限制基本权利的观念。

(一) 基本权利的双重性: 道德权利与制度化权利

“基本权利”这个组合词,所指向的是一种特殊的法律权利——宪法权利,而法律权利又从属于“权利”这个更大的概念。因此,对基本权利的准确理解,就依赖于对“权利”和“法律权利”的恰当说明。

先来看“权利”这个部分。一般而言,^{⑧0}“权利”这个词通常等同于道德权利,这意味着其他类型的权利——无论是法律权利还是习惯权利,均需要借助道德权利来获得辩护。而道德权利,必然建立在作为道德主体的人的观念之上,因此道德权利的意思是说:人因为作为道德主体所拥有的权利;或者说,道德权利的根据在于“人作为道德主体”这个判断。所以,一旦否认道德权利的存在,就相当于挑战人的道德主体的地位,这本身就应当被理解为一种侵犯。^{⑧1}然而,承认人的道德主体的地位,并不等于同时必然

^{⑦8} 参见前引^{⑦4}, Aharon Barak 书,第45-47页。

^{⑦9} 依照阿列克西的用语,绝对权利在规范性质上,明显是一种规则。

^{⑧0} 边沁是个例外,参见 R. G. Frey, “Act-Utilitarianism, Consequentialism, and Moral Rights”, in his ed., *Utility and Rights*, Minneapolis: University of Minnesota Press, 1984, pp. 61-85.

^{⑧1} 至于此时“道德权利是否等于人权”的问题,并不是文章讨论的重点。相关讨论参见 Rowan Cruft, S. Matthew Liao & Massimo Renzo, *Philosophical Foundations of Human Right*, Oxford: Oxford University Press, 2015.

承认“道德权利”的存在。因为在表述上,“(作为道德主体的)X拥有Y”(X have Y)不等于“X拥有关于Y的权利”(X have a right to Y)^⑫就像“我有财产”与“我有财产权”并不总是相同的表述。这意味着:如果“我有财产权”相对于“我有财产”的表述,并没有增加额外的内容,那么“权利”就是不重要的事情;反之,如果承认权利的确是重要的,权利表述就一定会有额外的内容。

那么,额外的内容是什么?一个通常的理解是“X拥有关于Y的权利”蕴含着“任何人干涉(interference)X做Y在道德上都是错误的”,^⑬所以我吃你的面包是错的、我住你的房子是错的。当然,“X做Y”这件事情本身可能就是错的,所以还会遭致道德批评的压力。这种压力主要来自于两个方面:其他作为道德主体的人与作为政治组织的国家。其中,由于国家拥有强制性干涉(coercive interference)^⑭的能力,因此道德权利主要是为了避免国家、而不是其他道德主体的干涉。也正是因为一旦拥有权利就意味着避免干涉(主要是强制性干涉),所以道德主体由此就拥有了“自我塑造”(self constitution)的可能,也因此就具备了担当“道德责任”(moral responsibility)的能力。这一点,反过来进一步强化了人作为道德主体的地位。

在我看来,基本权利就是获得最高效力的实在法—宪法一所确认的道德权利,因此宪法并不是基本权利的根据,道德权利才是。但由于基本权利“获得宪法确认”这一点,使得它同时又是一种法律权利,虽然是一种特殊的法律权利,但还是具备法律权利的部分特征。法律权利,作为一种制度化的权利(institutional rights)^⑮依赖于特定法体系的制度化安排。^⑯其中,基本权利之外的那些法律权利,是一种“纯粹”的制度化权利,不但它的出现依赖于法体系的创设,而且它在法体系中的地位或其本身的重要性也依赖于法体系的设定。例如,土地承包权作为特定的用益物权就是如此,如果特定法体系没有创设出这种权利,那么它是根本不存在的;同时,把它安排到何种权利类型当中,也依赖于法体系的设定。

但对基本权利而言,它只具备制度权利的部分特征,即它的重要性依赖于法体系的设定。在这一点上,它不同于道德权利,因为道德权利之间的地位要么是同等的,要么因为派生关系的存在而有所差别。例如,德国因为纳粹的历史教训,将“人的尊严”放在基本法的第一条以凸显其重要性;美国因为种族歧视的历史经验,将“平等(反种族歧视)”放置在极为重要的位置;^⑰但在其他法体系中,其他基本权利、而非尊严和平等,才

⑫ 通常存在两个权利表述“X拥有关于Y的权利”与“X拥有关于Y做某事的权利”(X have a right that Y)的权利表述。Leif Wenar, “The Nature of Right”, (2005) 33 *Philosophy and Public Affairs*, p. 225.

⑬ Jeremy Waldron, “A Right to Do Wrong”, in his *Liberal Rights: Collected Papers 1981-1991*, Cambridge: Cambridge University Press, 1993, p. 74.

⑭ 参见前引⑬ Jeremy Waldron文,第87页。

⑮ “法律权利是制度权利”不等于“制度权利是法律权利”我因为参加读书会获得的做报告的权利,的确是一种制度权利,但它并不是法律权利。

⑯ Pavlos Eleftheriadis, *Legal Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 67-77.

⑰ 参见前引⑭ Aharon Barak书,第134-139页。

能得到额外的强调。但基本权利毕竟同时还是道德权利,这一点不同于纯粹的制度权利,即它本身的存在并不依赖于法体系的创设,道德权利才是它的最终根据。而且,它同时是道德权利这一点也意味着,基本权利不能被宪法或者法体系所取消。^⑧这就回答了如下问题:为什么很难合理的想象,存在一个否认尊严和平等这些基本权利的法体系;但却可以合理的想象,存在一个并不如此重视尊严和平等、但却更重视别的基本权利的法体系。

(二) 基本权利的积极面向与公共福祉

同时拥有道德权利和制度权利的双重特征,使得基本权利具备了二元特征:一方面,由于道德权利作为一种权利所蕴含的免受国家侵害的含义,使得国家负担不得侵害基本权利的“保护义务”;另一方面,作为一种制度权利,它在法体系中以何种方式被设定,也就意味着国家同意负担特定“给付义务”,以实现对基本权利的保护并促成人民具有运用基本权利的自我塑造。其中,前者蕴含的对抗国家(侵害)的消极面向,^⑨是权利之防御性观念(the defensive conception of right)的清楚体现;^⑩而后者则蕴含着国家必须为落实基本权利做出特定的行动,这体现了基本权利的积极面向。

基本权利的消极面向具有重要的意义,除了能够据此对抗国家(侵害)之外,它还蕴含着如下要求,即根据基本权利来审查法律权利的正当性。基本权利之外的法律权利,作为一种纯粹的制度权利,其创设与重要性的安排依赖于特定法体系的制度设定。但这并未使得这些其他的法律权利创设与安排,完全取决于“法体系(设定)”这个单一的事实,因为这种设定仍然可能违反基本权利的要求,例如国家虽然表达了尊重作为基本权利的抽象财产权的意愿,但是在创设作为法律权利的具体财产权时,却有意或无意侵害了抽象的财产权,那么这种创设本身依然毁损了基本权利的重要性。^⑪因此,基本权利消极面向的全面落实本身,依赖于“其他法律权利是否符合、或者至少不违反基本权利”的要求是否被满足。此时,正是比例原则或者美国多元审查机制这些审查标准,发挥作用的适当场合之一。

那么基本权利的积极面向呢?它是否蕴含着基本权利之间的冲突以及基本权利与公共利益(福祉)的冲突?如果蕴含,看起来就有合理限制基本权利的可能,比例原则施展的空间随之而来。我先来处理公共福祉的问题,将基本权利之间的冲突放在下一小节讨论。

^⑧ 相应的,如果某些基本权利之外的权利,例如最抽象意义上的民事权利,其根据并不来自于法体系,而是来自于其作为道德权利的事实,那么虽然它并没有被宪法确认、所以无法冠以“基本权利”的名号,但是这仍然会导致它与基本权利的平等地位。这就是为什么虽然宪法是效力最高的法律,但是它所从属的“公法”仍然是与民法所从属的“私法”是同等级位的法律类别。具体论证参见^{⑥⑦}朱庆育书,第12-13页。

^⑨ Ronald Dworkin, *Take Rights Seriously*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1977, p. 191.

^⑩ 这一点,也是区分“基本权利”与“宪法权利”的关键,即那些不具备这个消极面的被宪法所规定的权利,并不是基本权利、而只是被宪法确认的法律权利。具体讨论,参见前引^⑨Ronald Dworkin书,第191页。

^⑪ 例如由温州开始出现的房屋续期问题,国家虽然在宪法上表达了对个人财产的尊重,但如果法律规定以收取高额税费作为续期的条件,那么这依然应当理解为对财产权的侵害。

显然,基本权利的积极面向可能蕴含以公共福祉限制基本权利的可能性,因为基本权利的积极面向使得国家负担相应的给付义务,这意味着国家有义务、也有责任主动促成人民的自我塑造。即使不能说这是国家的全部目标,至少也是最重要的目标之一。如果将“促成人民的自我塑造”之类的实质目标视为公共福祉,并且公共福祉独立于基本权利,那么如果基本权利的行使本身对公共福祉造成侵害,此时国家就有了基于公共福祉限制基本权利的正当理由。^⑫例如,当国家基于“道路交通安全”这个公共福祉,要求人们红灯停、绿灯行或者右侧行使,从而限制了行动自由。

理论上,基本权利与公共福祉之间的关系有三种可能性:其一,公共福祉与基本权利同等重要,因此既可以因为公共福祉限制基本权利,又可以因为基本权利限制公共福祉。然而,这种说法遇到的最大困难是,除非将公共福祉也视为某种基本权利,否则它们就难以获得同等的地位。^⑬然而,一旦将公共福祉视为独特的基本权利,那么基于公共福祉来限制基本权利,就被化约为基本权利之间的冲突,它不再是一个独特类型。其二,公共福祉优先性的主张,^⑭即公共福祉重于基本权利,一旦二者冲突,就存在着基于公共福祉限制基本权利的可能。其三,基本权利优先性的主张,^⑮即基本权利重于公共福祉,公共福祉是用来服务于基本权利的;此时如果二者冲突,那么公共福祉必须退让。

公共福祉与基本权利何者优先,是政治哲学的核心问题。我支持基本权利优先性的主张,但限于篇幅,此处只能通过一个例子做大致勾勒。显然,公共福祉与基本权利的重要性在于,它们都事关“良善生活”这件事情。^⑯因此,当国家致力于发展经济时,这的确会因为使得每个人获益而有助于良善生活的实现,所以发展经济当然是一项公共福祉。但可否因此就放弃基本权利?具体来说,可不可以将牺牲少数人的基本权利当作经济快速发展的代价?可不可以以分配不公的方式来刺激经济的发展?^⑰或者,更极端一点,秦始皇统一度量衡客观上便利了人民的生活,但那种漠视基本权利的生活就是良善生活吗?这些追问的背后,潜藏着这样的问题:公共福祉与基本权利,谁对良善生活而言是至关重要的?如果答案是公共福祉,那么少数人就可以被正当的牺牲、分配不公就是好的以及秦始皇的时代人民就足以过上了良好的生活,也请想想上一节中我吃你面包、住你房子的情形;如果你觉得以上这些说法都是荒谬的,那么请接受“基本

⑫ 这通常蕴含着至善主义(Perfectionism)或家长主义(Paternalism)的法律观,它的基本论证结构是:之所以惩罚或限制你,是为你(或大家)好。相关讨论参见 Joel Feinberg, *Harm to Self: The Moral Limits of the Criminal Law* vol. 3, Oxford: Oxford University Press, 1985, pp. 3-26.

⑬ 将公共福祉视为某种权利的做法,将会导致“社会经济(socioeconomic)权利”是第二代人权的主张。

⑭ 参见前引⑭, Joseph Raz 文,第 52-58 页。

⑮ 参见前引⑭, Ronald Dworkin 书,第 197-198 页。

⑯ 无论怎样看待良善生活这件事,“自治”(autonomy)都是核心的成分,所以自治通常被视为权利的根据。拉兹虽然反对基本权利优先性的主张,但是他并不否认自治的重要性。Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, Oxford: Oxford University Press, 1986, pp. 369-399.

⑰ Jeremy Waldron, “Liberal Rights: Two Sides of the Coin”, in his *Liberal Rights: Collected Papers 1981-1991*, Cambridge: Cambridge University Press, 1993, pp. 1-17.

权利优先性”的主张,也请接受“不得因公共福祉限制基本权利”的主张。^⑧因此,不具备正当限制基本权利的一般理由,即使是公共福祉(利益)这个实质理由也不行,于是比例原则即使仍然能够得到运用,但一定与正当限制基本权利这件事情无关。^⑨

(三) 策略性选择:基本权利的冲突与紧急情况

一旦否认了公共福祉的优先性,如果还存在“正当限制基本权利”的观念,那么就只剩下“基本权利冲突”这种唯一的可能。问题是:为什么会存在基本权利之间的冲突呢?这主要来自于基本权利的积极面向。展现为消极面向的基本权利,当它们在宪法中被规定下来时并不会产生冲突,因为“对基本权利的确认”类似于政治理论中的“公共物品”(public goods),即一方的享有并不会减少另一方的使用,例如国防、交通、电视信号等等。^⑩然而,基本权利的积极面向却要求国家担负特定的给付义务,因此会出现两个或者多个基本权利不可能同时获得充分保护的情形,这就是基本权利的冲突。^⑪

当基本权利冲突时,就要求国家此时做出恰当的决定。^⑫这个决定必然受制于两个基本条件:第一,国家不能因此取消其中任何一个基本权利,否则这就等于对基本权利的侵害,这是基本权利消极面向的要求。第二,国家(政府)必须做出妥当的关于具体举措的决定,但为了避免随意决策或错误决策的可能,就需要找到客观的审查标准,此时比例原则或者多元审查机制就有了用武之地。

但什么是妥当的举措?如果将“在基本价值之间的选择”叫做原则的选择,将“具体举措上的选择”称之为策略的选择,^⑬那么国家此时能够做出的,只能是策略的选择、而不能是原则的选择。这对区分非常容易理解:如果我正在纠结于成为一名律师还是法官,无论选择哪个职业都是“原则的选择”;但无论我选择法官还是律师,我都面对着另外一个选择:更重视理论知识还是实践知识,这个选择就是不涉及原则的“策略选择”。这个例子说明,原则选择与策略选择在理论上是可以被分开的,因此国家在面对基本权利冲突时,能够在不主动侵害任一基本权利的基础上,做出妥当的策略选择。所以,此时国家的决定,就不能被视为“对基本权利的正当限制”,否则国家做出的就不再是策略选择、而是原则选择了。例如在烟草的例子中,健康与经营自由发生冲突,但无论是禁止还是放任香烟销售,都因为是原则的选择所以错误;但在烟草制品上标示危害、特定场合禁烟与征收烟草税等做法,却因为明显策略选择的性质,是适格的候选手段。此时就需要动用比例原则或者其他审查标准,来最终确定某一手段。

一旦明确了这对概念,另外一个看起来“可以正当限制基本权利”的条件——紧急

^⑧ 这就是德沃金关于“作为王牌的权利”的主张。Ronald Dworkin, “Rights as Trumps”, in Jeremy Waldron eds., *Theories of Rights*, Oxford: Oxford University Press, 1984, pp. 153-167.

^⑨ Francisco J. Urbina, “A Critique of Proportionality”, 2012 (57) *American Journal of Jurisprudence*, pp. 49-80.

^⑩ Richard Arneson, “The Principle of Fairness and Free-Rider Problems”, (1982) 92 *Ethics*, pp. 616-633.

^⑪ Jeremy Waldron, “Rights in Conflict”, in his *Liberal Rights: Collected Papers 1981-1991*, Cambridge: Cambridge University Press, 1993, pp. 203-206.

^⑫ 参见前引^⑨, Ronald Dworkin 书,第199页。

^⑬ 这对概念改编自德沃金关于“原则”与“政策”的区别。参见前引^⑨, Ronald Dworkin 书,第90-100页。

状况下的“限制”就有了重新理解的可能性。显然,在面对致命病毒的传播或恐怖袭击等紧急情况时,在一定程度上限制人身自由,都是国家采取的正当因应举措。不过,这既不能被理解为基于公共福祉的考量,也不能被理解为对基本权利的正当限制。理由在于:第一,一旦这种紧急情况解除,国家就应当立刻取消这些限制性的举措;即使仍然存在一定程度的危险,只要这些危险不是“明显而急迫的(clear and present danger)”^⑩,国家都缺乏理由维持那种举措;否则,只要恐怖分子劫持一架民航机,就应当立刻击落下来。^⑪因此,国家此时真正需要考虑的,并不是“在紧急情况下优先保护哪种基本权利”的问题,而是“以什么样的举措避免对基本权利的进一步侵害”^⑫的问题,这呈现出清楚的策略选择的性质。

第二,“紧急情况”这个表述本身蕴涵着“情况罕见”的含义,即能够采取正当限制举措的情形并不多见,这既体现在种类上的限制,也体现为频率上的限制。就种类而言,能够成为采取限制举措根据的紧急情况,应当是数量上有限的,这通常应当通过法律实践予以类型化的处理,那些没有被类型化的情形就应当被排除在紧急情况的范围。^⑬就频率而言,限制举措的采取不应当是经常性的,单次限制举措实施的时间也不能过长,“经常”与“过长”当然是模糊的表述,但在实践中都不难依赖经验做出恰当判断,我见你一两次都微笑,称不上频繁,但见你五六次都微笑,这就是频繁微笑无疑。

一旦将“紧急情况下的限制”视为策略选择、而不是正当限制基本权利的原则选择,这不仅仅只是名词上的改变而已,它所带来的实质变化在于:国家因此就无法将紧急情况当作“正当侵害基本权利”的借口,因为不得做出原则选择的要求,就迫使国家时刻谨记不得侵害基本权利,这正是消极面向发挥作用的好场合。或许会有这样的担心:紧急情况下只能做策略选择,这给了国家不作为的理由。但这不正是基本权利的积极面向发挥作用的好时机吗?

结 论

通常认为,由于“正当限制基本权利”的观念正在全球传播,因此比例原则具备了地域的普遍性;同时,由于涉及到对所有立法是否正当的检验,因此比例原则具备了领域的普遍性。在这篇文章中,我证明“某一法律”与“关于该法律的立法”是两件不同的事

^⑩ 该语词取自 Holmes 大法官认为限制言论自由的唯一条件。相关讨论参见 Ronald Dworkin, “Why Must Speech Be Free”, in his *Freedom’s Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1996, pp. 195-213.

^⑪ 最普遍承认比例原则的德国宪法法院因此宣布“恐怖分子劫持民航机并有通过撞击导致平民伤害的危险时可将其击落”的方案是违宪的,因为基于人的尊严,被劫持的客机乘客不能被视为保护其他、即使是多数人的福祉的工具来对待。具体讨论参见前引^⑥ Aharon Barak 书,第 28 页。

^⑫ Jeremy Waldron, *Torture, Terror, and Trade-Offs: Philosophy for the White House*, Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 12-45.

^⑬ 参见前引^⑩ 黄昭元文。

情,因此比例原则的确适用于“所有关于立法”的领域,而不能因此就认为它适用于“所有法律领域”,所以领域的普遍性是个误解。那么比例原则是否有地域的普遍性呢?这需要反省“正当限制基本权利”这个观念。在我看来,由于基本权利同时拥有的积极面向与消极面向,因此只有在基本权利冲突时,才有限制基本权利的正当理由,此时比例原则的确有可能适用其中,如果能证明它时保护基本权利的最佳工具的话。如果这个条件无法满足,那么比例原则都缺乏被适用的恰当理由,无论是在基本权利与公共福祉冲突的时候,还是在紧急情况下。最后值得提醒的是,如果基本权利本身具有优先性,那么国家关于基本权利只能做出手段上的策略选择,而不是在基本权利之间的原则选择,这是保护基本权利、尊重基本权利重要性的必然要求。除非,基本权利是随时可被国家抛弃的东西,但这无论如何也称不上是一个负责任的国家,其下的人民也无法过上良好的生活。

Abstract: It is showed that Proportionality, coming from German public law, has two universalities: the regional universality that it spreads from German to other countries, and field universality that it spreads from public law to private law. How to explain it? If the universality depends on the nature of proportionality, it means proportionality is the general requirements of rationality, or procedure, or ultimate value, those opinions, however, are misunderstood. So, the universality maybe depends on the conception of “justified limitation of fundamental rights”. While, it is different between the scope of the legislation of private law and the scope of private law, and the proposition of field universality would be failed. Meanwhile, the conception of “justified limitation” undermined the importance of fundamental rights, especially when the limitation based on the public well-being. Although it is recognized that the limitation is justified in the conflict and in emergency, it is still unclear that the proportionality is the best means to protect the fundamental right. To insist the regional universality, it needs a new argumentation.

(责任编辑:李小明)