

# 宪法权利规范的结构及其推理方式

徐继强<sup>\*</sup>

---

**内容提要：**对宪法权利的理解、解释和落实必然遇到的一个核心问题是，宪法权利能否因其他宪法上的利益、公共政策以及与之相冲突的权利而受到限制。从规范法学的观点来看，宪法权利具有一种复杂的结构，既内含排他性层次，又内含权衡的层次。因此，宪法权利推理呈现一种衡量与不衡量结合的双阶结构。宪法权利之作为权利，是一种对公共权威作出某种行为时所依凭的理由的限制。对某些政府行为的理由，宪法权利能将其坚决排除出去，而对另一些政府行为的理由，包括为了公共利益，则需要和权利仔细加以权衡而做出取舍。这样的宪法权利规范及其推理体现的是一种理性的、民主的政治慎思机制。

**关键词：**法律规则 法律原则 宪法权利推理

---

当今各国宪法或国际人权条约都有公民宪法权利（或公民基本权利）条款。由于宪法权利条款大部分高度抽象或笼统，落实公民宪法权利就有待立法机关加以明确与具体化，或其它机构如违宪审查机关予以解释适用。问题是，这种明确或具体化以及解释适用是任意的，还是具有一种客观理性的规范分析框架？或者说，宪法权利之落实是否具有某种独特的，不同于一般法律方法的推理模式？本文拟通过对宪法权利规范作结构性或层次性分析，说明不同结构层面上宪法权利的规范效力及其独特的推理方式。

## 一、宪法权利条款的文本与结构

从规范法学的观点来看，宪法权利推理的模式取决于宪法权利规范的结构。我们可以把宪法划分为三个层次：文本、规范和法理。文本是载体，规范是核心，法理是根据。确定宪法权利规范的结构、探究宪法权利的推理方式，要根据法理、透过对文本的规范分析来进行。

### （一）现代宪法权利条款的文本类型

在国内宪法或国际人权文件上，有一类具有确定效力的权利，如“废除死刑”、“在和平时期，未经房主同意，士兵不得驻扎民房”、“每一个人具有在其被拘捕后的 48 小时内受法官听审

---

<sup>\*</sup> 上海师范大学法律系副教授。

本文写作得益于周永坤教授的细心指导和批评，在此特致衷心的感谢。

的权利”等等。尽管在边缘地带，解释的问题会出现，但是一旦解释问题得到解决，这些权利规范的效力是清楚的，无需在冲突的考虑之间权衡。

但是，现代宪法也确立了一些抽象的权利要求，如言论、结社和宗教自由等等。这些权利具有与上述权利不同的结构。很显然，这些权利必须受到限制。例如，不可能有在拥挤的电影院里高喊起火的权利。这些限制如何确定呢？观察一下此类权利条款的文本就会发现，大致有三类不同的表达方式：

(1) 没有明文的限制性规定。例如，美国宪法第一修正案（1791）只是简单地宣称：“国会不得制定法律确立国教或禁止宗教活动自由、限制言论自由……”。欧洲保护人权及基本自由条约（1950）第3条规定：“不得对任何人施以酷刑或者是使其受到非人道的或者是侮辱的待遇或者是惩罚。”联邦德国基本法（1949）第1条规定：“人的尊严不可侵犯。”

(2) 附条件的权利限制条款。这以二战后制定的宪法和人权条约为代表。其主要有两种情况：第一种情况，分条规定特别限制条款。例如，联邦德国基本法第2条第1款规定：“人人享有个性自由发展的权利，但不得侵害他人权利、不得违反宪法秩序或道德规范。”西班牙宪法（1978）第20条第1款宣布“表达自由的权利”，第4款则以“其它权利，包括个人名誉和隐私”来限定；第33条第1款宣布私人财产权利，第3款则规定为了“公共利益”可由法律加以限制。捷克共和国基本权利宪章（1993）第17条宣布：“表达自由、寻求和传播信息的权利可以在本质上于民主社会为保护其他人的权利和自由、国家安全、公共安全、公共健康和道德之情形以法律加以限制。”欧洲保护人权及基本自由条约第8—11条是典型的限制条款，其结构分为两阶段：第一阶段表明权利的初始范围，第二阶段紧跟着对相关权利作出限制。如第10条规定：“人人享有表达自由的权利……行使上述各项自由，因为负有义务和责任，必须接受法律所规定的，且为民主社会所必需的程式、条件、限制或者是惩罚所约束……”。

第二种情况，用一般限制条款代替特别限制条款。例如，欧洲基本权利宪章第52条规定：“服从比例原则，限制仅当是必须的并且一般性地满足联盟认可的普遍利益之目的，或保护其他人权利和自由的需要才可进行。”加拿大权利和自由宪章（1982）第1条明确规定：“加拿大公民权利和自由宪章保障其公民享有一切本宪章所规定的权利及自由，仅受到法律所规定，且在自由及民主社会能证立为正当的合理限制。”南非权利法案（1996）第36章第1条宣布：“法案的权利可以被普遍适用的法律加以限制，这种限制在一个立足于人的尊严、平等、自由和开放的民主社会是合理的并可证立的，并考虑到相关因素，这些因素包括权利的本质、限制目标的重要性、限制的本质和程度、限制和其目的的相关性、以最少侵害手段达成目的。”

(3) 简单的权利限制条款。这种限制没有规定实质内容上的限度，只规定了形式上的限度，即以“法律”限制。例如，欧洲保护人权及基本自由条约第5条第1款规定：“人人享有自由和人身安全的权利。除非依照法律规定在下列情况下不得剥夺任何人的自由。”第12条规定：“达到结婚年龄的男女根据规定结婚和成立家庭权利的国内法的规定享有结婚和成立家庭的权利。”之所以说是简单的限制，因为它只表明了对宪法权利限制的“法律保留原则”，而无“合理限制”、“公共利益”等实质内容上的要求，也无“宪法保留”的规定。

## （二）现代宪法权利条款的结构特征

在上述宪法权利条款的规定中，附条件的权利限制条款最为典型。说它典型，是因为它代表了二战后世界宪法权利条款的结构和适用方式，其它诸种类型都在一定的程度上可以还原为这一结构和方式。

这些条款的结构分为两部分：第一部分，规定被保护的利益的范围，如确认所有与“表达自由”或“发展个性”相关的利益；第二部分，规定可以被证立的对这些利益加以侵害的条件，如

“为了……的利益”，“在一个民主社会限制……是必须的”，“限制是用来保护其他人的权利、宪法秩序或公共道德”。换一种方式来说，宪法权利分析的第一步是确定是否有侵入权利范围的行为。如果有，一个初步的权利侵害发生了。第二步是确定这种侵入在限制条款内能否证立。只有它不能被证立，初步的权利侵害才是一个确定的权利侵害。

根据对上述条文的这种结构性理解，二战后很多国家的宪法法院，都将上列条文的适用看作是“比例原则”的要求，把比例分析放在确定一个对权利的侵害是否能被证立的核心。<sup>〔1〕</sup>比例原则是衡量的一种具体方式。现代公法上的比例原则起源于德国、法国，现已成为世界上每一个有效运作的宪法审查的司法体制都采用的基本信条。不仅如此，比例原则还进入了国际法乃至超国际的法律层面。例如，比例原则分析已经被欧洲法院和欧洲人权法院广泛接受，获得了条约系统的“一般原则”地位。这种法官创造的原则已经成为权利分析的中心原则之一或本质部分，以至于有人把这种以比例原则为基础发展出来的德国模式看作是宪法权利审判的“战后范式”（The Postwar Paradigm）。<sup>〔2〕</sup>所以，虽然比例原则和衡量不是普遍地直接规定在二战后宪法限制条款里，但是，往往在实践上将这些条款解释为是比例分析的要求。按照该原则主要起源地之德国的实践，比例原则包含三个次级原则：适宜性原则、必要性原则和狭义比例原则。按照具有典型意义的加拿大的“奥克斯检验”（Oakes Test），<sup>〔3〕</sup>比例原则可分为：足够重要之目的的检验（sufficiently important object）、合理关联的检验（rational connection）、最少侵害手段的检验（least drastic means）、均衡效果的检验（proportionate effect）。由于比例原则是衡量的一种具体形式，所以证立权利侵犯或权利限制的正当性之重点就是采用衡量方法。

现在的问题是：上述非限制条款和简单限制条款的结构及其推理方式如何被理解为是根据比例原则来适用的结构。先来看非限制权利条款。这里恰当的例子是 Kröcher and Möller v. Switzerland 案。<sup>〔4〕</sup>在本案中，两名被判处恐怖罪的囚犯提出其受到非人道的或者是侮辱的待遇而违反欧洲保护人权及基本自由条约第 3 条禁止酷刑的规定。从文本上看，这是一个没有限制的规定，案件审判的重点似乎应该是解释“非人道”或者“侮辱”概念的含义，因而也就不存在衡量和比例分析。但是欧洲人权委员会却认为，不可以抽象地宣称监禁条件是“非人道和侮辱性的”，而必须根据情况的特定性、手段的严厉性、持续的时间、目的和对囚犯的效果而定。事实上，瑞士监狱当局采取的手段因防止两名恐怖分子的危险性而可以获得证立。这意味着惩罚条件的评价不只是依赖惩罚的自身特征。对普通囚犯而言可能算作非人道的条件，由于某种非常重要的公共利益，可以被正当化而不再是非人道的。因此，我们可以把欧洲保护人权及基本自由条约第 3 条重构为由一个国家行动的范围和一个限制规定组成的结构。瑞士监狱当局的行动初步看是非人道和侮辱的国家行动，但是，衡量其它宪法上的考虑，该国家行为可以在特定案件中获得证立。

还有一些非限制条款是采取规定例外或定义的方式来表达的条款。这同样地可以把它重构为与上述第二类条款相同的类型。一个好的例子是与欧洲保护人权及基本自由条约第 4 条相关的问

〔1〕 See David Beatty, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford University Press, 2004; Alec Stone Sweet & Jud Mathews, *Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism*, 47 *Columbia Journal of Transnational Law* 73-165 (2008).

〔2〕 Lorraine E. Weinrib, *The Postwar Paradigm and American Exceptionalism*, in Sujit Choudhry (ed.), *The Migration of Constitutional Ideals*, Cambridge University Press, 2006, pp. 84-111.

〔3〕 “奥克斯检验”就是加拿大最高法院受欧洲保护人权及基本自由条约和欧洲人权法院比例原则的影响，在标志性案件 Regina v. Oakes 中确立起来的，用于判断政府立法能否通过“加拿大公民权利和自由宪章”第一条之限制条款的一个具体化的检验标准，其根本的意义在于如何判定一项限制宪章权利的法律对一个自由及民主的社会而言是否合宪的问题。参见徐继强：《加拿大最高法院之“奥克斯标准”：基本权利的限制和反限制》，《厦门大学法律评论》2008 年下卷。

〔4〕 Kröcher and Möller v. Switzerland, Application no. 8463/78 (1982).

题。欧洲保护人权及基本自由条约第4条第2款规定：“不得使任何人从事强制或者是强迫劳动”，第3款对其作了各种例外限定。<sup>〔5〕</sup>在 Van Der Musselle v. Belgium 案中，<sup>〔6〕</sup>欧洲人权法院需要考虑的是附加在小学校辅导员身上的一些职业条件。这些条件是否意味着强迫劳动？法院的判决表明，特定服务的职业条件是非自愿接受的，因而表面上是强迫劳动，但是可能被一个暗含的限制条款，也就是参照广泛的公共利益而被正当化。这些利益包括辅导员自身获得工作经验、相应的服务是否能够便宜地获得、服务内容的质量保证等等。这样，第4条就被重构为一个范围广泛的权利和一个同样广泛的权利限制，而规范的法效果则取决于彼此的衡量。

对于简单限制条款，如欧洲保护人权及基本自由条约第5条第1款的规定：“人人享有自由和人身安全的权利。除非依照法律规定在下列情况下，不得剥夺任何人的自由”，初看上去，似乎人的自由任由法律限制，但法律限制的合法性仍然决定于程序性和实质性的标准，如拘留是否武断等。<sup>〔7〕</sup>这类似于欧洲保护人权及基本自由条约第8—11条的规定，其限制要符合“在一个民主社会是必须”的规定。针对欧洲保护人权及基本自由条约第12条“达到结婚年龄的男女根据规定结婚和成立家庭权利的国内法享有结婚和成立家庭的权利”的规定，欧洲人权委员会认为，“在国内法上对一个人的婚姻权利的完全限制是不能获得证立的”。<sup>〔8〕</sup>这里，表面上例外的规定或定义性的规定似乎限定了权利的范围，但是在实践中仍然将权利范围和对权利的限制解释得宽泛，从而需要平衡相互竞争的主张来确定权利规范的法效果。

## 二、宪法权利规范中的规则与原则

如何解释上述宪法权利的文本规定及其结构特征？宪法权利是一种怎样的法律规范？它的推理结构有何独特性？

### （一）规则与原则的基本区别

#### 1. 规则与原则的规范结构

现代法理学认为，法律规范包含规则和原则两种。关于规则与原则的区别，大致有三种理解方式。第一种以规范的抽象程度来区分，认为原则是抽象的，规则是具体的。第二种是以规范在法体系中的根本地位及重要性来界定，认为法律原则表达了法体系的内在价值，构成了法秩序内在统一性与评价一贯性的基础。第三种理解方式则是以规范的结构特征与适用方式来定义原则，典型的代表如阿列克西等，他们从德沃金早期对规则和原则的区分出发，认为法律原则和法律规则的区别主要表现为各自的逻辑结构和推理方式的不同。<sup>〔9〕</sup>对于第一种理解方式，由于抽象与具体是相对的，所以无法做出真正的区分。第二种理解方式以“根本地位及重要性”这些极具争议的概念来区分规则与原则，更多地类似于价值的分析、缺少操作性，对日常法律实践中的法律推理来说也意义有限。因此，这里以第三种，即以规范的结构特征与适用方式来分析二者的区别。

〔5〕 条约的规定是：“强制或者强迫劳动”一词不应当包括：（1）在根据本公约第5条的规定而被拘留的正常程序中以及在有条件地免除上述被拘留期间所必须完成的任何工作；（2）任何军事性质的劳役或者是如果某些国家承认公民有良心拒绝服兵役的权利的，则以强迫劳役代替义务的兵役；（3）在紧急情况下或者是如果遇有威胁到社会生活或者安宁的灾祸必须承担的任何劳役；（4）作为普通公民义务的一部分的任何工作或者劳役。

〔6〕 Van Der Musselle v. Belgium, Application no. 8919/80 (1983).

〔7〕 Winterwerp v. Netherlands, Application no. 6301/73 (1979).

〔8〕 Hamer v. United Kingdom, Application no. 7114/75 (1979); Draper v. United Kingdom, Application no. 44362/04 (1980).

〔9〕 [美] 德沃金：《认真对待权利》，信春鹰、吴玉章译，上海三联书店2008年版，第30页以下。

德沃金认为，规则与原则的区别是逻辑的区别，而非程度的区别。规则以全有或全无的方式实现，而原则有实现程度的区别。<sup>[10]</sup>阿列克西则认为，原则是“最优化的要求”，是一种能够在不同程度上加以实现的规范，也就是说，它要求在事实和法律可能范围内最大程度地加以实现。相反，规则是实现或不被实现的规范，一旦一个规则是有效的，它的内容必须完整地实现。<sup>[11]</sup>

德沃金和阿列克西所讲的就是规则和原则在规范结构（逻辑上）和推理方式的区别。首先来看规则，其基本结构是：“如果 T，那么 R”，T 为规范的构成要件，R 为规范的法效果，如“凡具有中华人民共和国国籍的人都是中华人民共和国公民”；或者是一种结合了例外的结构：“如果 T，那么 R，除非 L”，如“中华人民共和国年满十八周岁的公民，不分民族、种族、性别……都有选举权和被选举权；但是依照法律被剥夺政治权利的人除外”。按照阿列克西的说法，这样的一种规范结构提供的是一种“确定性理由”；按照德沃金的说法就是所谓“全有或全无的方式实现”。也就是说，规则的法效果是确定的，即使有例外，这些例外通常也是可以事先列举的。有规则就有例外，但是，例外是规则的内在构成要件的一部分。从理论上讲，例外考虑得越周全，这一规则就越完整。<sup>[12]</sup>

原则的规范结构则不同。例如，“任何人不得从自己的错误行为中获利”是一个原则，该原则的规范结构就不是“如果 T，那么 R”的形式，因为存在“如果 T，非 R”的可能性。如根据英美法中的“不利占有原则”，一个人占用了一块土地，错误地真诚以为这是自己的土地，且不利于“真正的”土地所有者，随时间流逝，他有可能获得该土地的完整所有权。又如，我违背购房合同节省出资金用来炒股，虽然之前因违约支付了违约金，但是炒股却发了大财，等等。这些因自己的错误而获得的利益，在法律上都是受到保障的。

原则是否也具有“如果 T，那么 R，除非 L”的结构？答案是否定的，因为不同于规则的情形，这些例外是无法事先完全列举的，它们取决于另外一些可能将法效果引到其它方向的原则，如习惯应受尊重、保障交易安全、对自己财产应有积极注意的义务，等等。原则的规范结构必须从相互冲突的原则之间的关系中去理解，它取决于在特定事实情境下与之竞争的原则的份量。如果在条件 C1 下，原则 P1 优先于原则 P2，那么，当条件 C1 得到满足的时候，则发生 P1 所指示的法律后果 R1。反过来，如果在条件 C2 下，原则 P2 优先于原则 P1，那么，当条件 C2 得到满足的时候，则不发生 P1 所指示的法律后果 R1，而是发生 P2 的法律效果 R2。因此，原则提供的是“初步理由”（*prima facie* reasons），原则的法效果是不确定的。例如，“中华人民共和国公民在法律面前一律平等”，这一条文其实包含两个方面：“同样情况同样对待”与“不同情况不同对待”，从文字表面的“平等”规范，可以衍生出另一条相反的“差别”规范。平等权的法效果则取决于在特定情形下，相同情况的份量与不同情况份量的衡量。这里的规范结构可以大致呈现为：公民应该被同样对待，除非在 C 情况下，差别对待是合理的（差别对待的份量超过同等对待的份量）。

## 2. 规则与原则的初步印象

规则和原则除了上述区别，还有一个重要的方面，即规则与原则的“初步印象”（*prima facie*）不同。例如，“公民有言论自由”，这是一个原则。就这一原则而言，初看起来公民有确定的言论

[10] 前引 [9]，德沃金书，第 44、47 页。

[11] See Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Translated by Julien Rivers, Oxford University Press, 2002, pp. 47-48; Robert Alexy, *On the Structure of Legal Principles*, 13 (3) *Ratio Juris* 294-304 (Sept. 2000).

[12] 参见前引 [9]，德沃金书，第 45 页。

自由,但是进一步论证起来则不一定,因为在特定的情况下,如为了公共安全,可能限制公民的言论自由。规则却不同,规则的初步印象和实际的法效果是一致的,如“年满十八周岁的公民有选举权和被选举权”。这里的法效果与初看起来是一致的,因而也是确定的。德沃金认为,规则虽然有例外,但是这些例外都是可以事先列举的,如“年满十八周岁的公民有选举权和被选举权,但依法被剥夺政治权利的除外”。例外列举得越详尽,规则越完整,因此从逻辑上讲,有例外的规则仍然是确定的规则,依然是以全有或全无的方式实现。

阿列克西认为,在特定的案件中,原则可以为规则设定一个例外,也就是说规则的例外也是不可事先完全列举的。<sup>[13]</sup>尽管如此,规则的初步印象还是要强于原则的初步印象。规则成立的理由除了支持它的实质原则(实质理由),还因规则之上有一些形式原则(形式理由),如遵循“民主原则”、“法治原则”,也就是说,只要这些规则是民主立法机关制定,或者是明确宣示的等等,具备这些形式条件而无需查问实质的好坏,就应该得到服从和遵守。规则的份量到底有多重,视不同的法律体系而不同。越是注重形式原则的法律体系,规则的份量越重。但无论如何,原则要推翻一条规则,不仅要战胜支持这一规则的实质理由或原则,而且要战胜规则上的形式原则。

阿列克西关于规则和原则具有不同的初步印象的观点非常重要。规则本是已经确定的理由,在有规则的场所,无需再开理由的讨论,但如果规则也只有初步印象,特别是原则可以为规则设定例外,那么在当初制定规则之时被否决的竞争性理由,又通过原则获得了被重新考虑的机会,这样道德或价值的衡量就不可避免,尽管这种情形一般发生在疑难案件的裁决或宪法决定的层面。

### 3. 规则与原则的推理方式

原则和规则在结构性上的区别,导致规则推理方式和原则推理方式的不同。<sup>[14]</sup>在规则层面,法律推理的基本方式是涵摄,其简单形式是三段论推理,也就是:“对于所有的x而言,如果x满足构成要件T,那么法律效果R应该适用于x”。例如,“车辆不得进入公园,宝马是车辆,宝马不得进入公园”。在特定的情况下,规则之间可能具有表面的冲突,但是规则冲突可以有两种解决方式:或者是把一个例外引进到该规则中来,或者是宣布一个规则无效,即根据“上位法优于下位法、新法优于旧法、特别法优于一般法”等这些“后设规则”解决。由于例外和后设规则都是事先的效力安排,所以无论是引进例外,还是采用后设规则,都无需法官的具体考虑(衡量)。因此,规则的冲突建立在效力的维度上。

在原则层面,法律推理的基本模式是衡量。原则作为一种规范,当然要求予以实现,但是由于原则规范结构中的法效果需要联系其他原则才能确定,而这些原则之间的法效果往往是冲突的,所以这里的实现就不可能是完全的实现,而只能是最佳的实现。也就是说,原则适用的典型情形是解决原则冲突,在冲突的解决过程中实现原则的最优化。而最优化的任务就在于透过个案情形,藉由衡量确定原则之间的“条件式优先关系”。

假定在条件C下,原则P1优先,那么原则P2必须退让。如果以P表示优先关系,那么这两个原则的“条件式优先关系”可以用符号表示为:(P1P P2) C。若原则P1在C条件下具有法律效果R,则可用符号表示为:C→R。将这两个逻辑分支结合起来,我们就会看到一个规则式的“条件式优先关系”:“若原则P1在C条件之下优先于原则P2,且P1在C情形下产生法效果R,则成立一条以C为构成要件,R作为法效果的规则,即:C→R。”<sup>[15]</sup>

[13] 参见前引[11], Robert Alexy书,第57页。

[14] 同上书,第48页以下。

[15] 同上书,第54页;参见前引[11], Robert Alexy文。

阿列克西把这种确定哪个原则优胜的“条件式优先关系”的规则称为“冲突法则”。<sup>〔16〕</sup>例如，根据宪法上的权利，私人信息应予保护。但是仅有这一权利并不意味着你就真的具有某种东西，这只是初步的权利，这一规定的法效果还要取决于与之竞争的利益，如公共安全。只有在特定的情形下，通过衡量个人权利和公共安全的份量，如果前者重于后者，才有私人信息应受保护的法效果。

由上可见，原则冲突的解决不能依据事先的效力标准，而只能根据个案具体情况来决定。这样，原则的适用就和衡量紧密联系起来，换句话说，原则的冲突根植在“份量”的维度上，而确定具体份量要透过原则之间的衡量来解决，原则规范的法效果取决于衡量的结果。

## （二）规则与原则结合的宪法规范

至此，现代宪法权利规范的结构特点问题，可以转化为宪法权利规范是一种规则性规范，或是一种原则性规范，或是二者结合的问题。上述宪法权利条款的特征和适用方式似乎表明，现代宪法权利规范的结构呈现出一种原则与规则相结合的模式，也就是说它既是规则又是原则。<sup>〔17〕</sup>

1. 宪法权利单纯作为规则的可能性。要使得宪法权利作为规则，它们的内容就应无需衡量而获得确定。这有两种途径使之成为可能：其一，人们可以主张对宪法权利的干涉总是被禁止的。因此，言论自由的宪法权利是一个规则，它禁止任何对言论的干涉。其二，将权利限定得很狭窄，也就是采取规则加例外的模式，如“不干涉言论，但仇恨言论除外”。

如果权利只能由规则来规定，那么宪法对权利的抽象规定将真的没有或者几乎没有价值。从与之相冲突的其他权利来看，将宪法权利看成规则，将意味着其中的一个永远优先于另一个。这种规则性的安排本身就是一种对权利的侵犯，如言论自由永远优于个人隐私，就是对隐私权的侵犯。当然，可以为这种规则设置例外，但是设置例外可能使权利完全被剥夺，权利将无法发展出用于对抗国家权力而对自己进行界定与限制的力量。此外，还可以通过引入另外一个规则来限制对权利进行限制的国家权力。如联邦德国基本法第19条第2款规定：“任何情况下均不得侵害宪法权利的实质内容”。问题是，如何确定“实质”是什么？只要国家没有实质性地取消宪法权利，它就可以完全自由地限制它们吗？可见，宪法权利不可能只是规则。

2. 宪法权利单纯作为原则不可取。单纯的原则模式没有认真对待成文宪法。首先，解释必须始于文本，仅当有特殊理由的保障才能离开文本。也就是说，如果宪法文本明白规定“公民有言论自由”，国会要求制定限制网络言论的法律，就是企图违背文本的规定。此时，国会不得以这只是一个原则性规定为由弃文本而不顾，而要以另外的理由，如公民隐私权、国家安全等宪法权利或利益证成自己离开文本的合理性。其次，这样的证明应是一种规范证明。原则是规则下面的理由，但是并非排他性理由，也就是说形成规则的理由不止一个，而且理由之间还可能是相互冲突的，因此某个理由（原则）不可能获得独占性的优先地位。但是，宪法权利作为一种法律规范，是必须尽力加以实现的要求，在具体的情境之下，如果特定的构成条件得以具备，宪法权利的法效果必须如规则的法效果那样确定地加以实现。这就要求我们将宪法权利看成一种原则和规则结合的混合模式。

3. 宪法权利的混合模式。假设在宪法中有一个私人信息受保护的的权利。在原则的层次，私人信息保护是原则，或者说是初步的权利，或者说私人信息保护需要最优化实现。当立法者为了促进公共安全，制定了一项法律来干涉私人信息受保护的的权利，该法律是否能够获得正当性，就取决于具体情境下私人信息受保护的的权利和立法者主张的公共安全，何者份量更重从而更为

〔16〕 参见前引〔11〕，Robert Alexy书，第54页。

〔17〕 同上书，第80页以下。

优先。

假设存在一条规则：“干涉私人信息是被禁止的”。由于该规则在表述上并没有考虑到在某些情形下干涉私人信息是允许的，其正确的表达式应该是：“干涉私人信息是禁止的，除非有一个竞争的原则（如公共安全），并且干涉是适合的、必须的、合比例的”。这样，特定情境下决定权利内容的衡量过程就衍生出一个新的规范，即“衍生规范”。这一规范呈现出规则的特征，可以确定性地适用：“若原则 P1 在 C 条件之下优先于原则 P2，且 P1 在 C 情形下产生法效果 R，则成立一条以 C 为构成要件，R 作为法效果的规则，即：C→R。”也就是说，由具体的原则之间的优先关系，可以导出一个规则，这个规则以优先条件为事实构成，以获得优先的原则所指示的法律效果为规则的法律效果。阿列克西指出，“冲突法则结合了原则层面与规则层面：经由原则碰撞的解决可得出一条规则，使得个案之事实可以涵盖于其下而确定了在个案中所应出现的法效果，由于这条规则乃是透过衡量相互冲突的原则而确立的，因此，原则形成了这条规则的理由。”〔18〕

### 三、宪法权利推理中的衡量与不衡量

从规则与原则区别这一基本共识出发，阿列克西和德沃金走上了不同的道路。一个认为宪法权利是“最优化的要求”，宪法权利推理的中心范式是衡量；另一个则认为宪法权利是“王牌”，主张对宪法权利规范作建构性解释，从而在总体上否认宪法权利推理的衡量。

#### （一）作为“最优化要求”的宪法权利与衡量

宪法权利规范的规则与原则结合模式，使得现代宪法权利具有一种独特的性质，即阿列克西所称的，现代宪法权利规范是一种“最优化的要求”，要求在法律和事实的可能范围内作最优化的实现。阿列克西的这一主张表明，宪法权利（原则）都是好东西，在抽象的意义上没有位阶之分，如果每一个权利都能完满地实现是再好不过了，但此非可能。所以，次优的方案是在事实和法律的可能范围内，每个权利都尽可能最大程度地实现。这就要在各个权利之间进行衡量，在特定的案件中暂时性地对权利加以限制，以期达到一个最优的配置，如同达至经济学上所谓的“帕累托最优”状态，在对立原则的“边际”寻求最大可能的实现（具体方法就是比例原则的运用）。作为“最优化的要求”，现代宪法权利及其推理具有两个鲜明的特点。

#### 1. 宪法权利范围的扩展

以上述方式看待权利，可以帮助我们解释一个当代人权和宪法权利实践的普遍特征，即人权和宪法权利的范围的扩展。这里，作为权利保护的利益不限于古典的权利类型，如言论、结社、宗教自由等，而是所有利益和自由都可以被称作“初步的权利”（prima facie rights）。例如，德国宪法法院把任何自由的利益当作宪法权利予以初步的保护。如宪法法院将骑马通过公共林地、〔19〕在公共广场喂养鸽子、〔20〕吸食大麻、〔21〕将一种特殊种类的狗带到乡村，〔22〕都看作是宪法权利。根据这种方式，人权和宪法权利就被用来对所有影响个人利益的公共权威的行为进行比例原则的审查或衡量的检验。

〔18〕 王鹏翔：《论基本权的规范结构》，《台大法学论丛》2003年第2期。

〔19〕 BVerfGE 80, 137.

〔20〕 BVerfGE 59, 158.

〔21〕 BVerfGE 90, 145.

〔22〕 BVerfGE 110, 149.



上述众多的宪法及其实践认可一种所谓的权利限制的“外部理论”。〔23〕外部理论认为，宪法权利与宪法权利的限制在概念上并无必然的连接，因此必须清楚区分尚未受到限制的权利本身以及已经受限制的权利。前者乃是初步的权利，其内容相当于宪法权利保护的领域或初步保障范围，后者则是确定的权利，其可称为宪法权利的实际保护范围，初步性的权利受到限制后才产生有无确定的权利问题。

与外部理论相对的是所谓的“内部理论”。内部理论反对权利与权利的限制在概念上的区分。内部理论认为，宪法权利自始即为确定的内容，外部理论所称的宪法权利限制其实是宪法权利的界限问题，这种界限又称为宪法权利的内在限制。由于宪法权利本身即有一定的界限，因此逾越宪法权利界限的行为一开始就被排除于宪法权利保护范围之外。对于内部理论来说，权利并没有所谓的外在限制，关于宪法权利限制的争议，其实是关于宪法权利保障范围为何的争议。因此，内部理论并不接受外部理论对于初步权利（保障范围）与确定的权利（保障范围）所做的区分。

宪法权利的外部理论，使得几乎所有个人的利益都可以成为宪法上的权利，可以凭它提出宪法上的主张。这时，关于什么样的利益才可以成为宪法上的权利这一问题在一定程度上消解了。为了形成一项权利的主张，你所需要做的全部就是主张利益。当政府的行为以有害个人利益方式行事的时候，这些行为必须根据个人是否被认真对待来证立。这样，仅凭利益就给政府设定了一项义务，要求政府认真对待个人。

## 2. 宪法权利推理的衡量

上述权利和限制范围的扩展是和原则理论一致的，它要求法院对用来支持受害者的理由和国家用来限制的理由进行衡量，“一旦衡量的过程完成，权利就是绝对的或没有限制的。”〔24〕

有权利，并不意味着权利人就能获得其表面宣示的东西。具体而言，权利人拥有初步的权利并不意味着就能带给他优于政策考虑的绝对有利地位。同时，对权利范围的侵入也仅仅是发动对该侵入加以证成的一种契机，而非意味着任何侵害都应绝对排除。在这个意义上，宪法权利的效力并非德沃金所说的“王牌”，而是一种弱的权利。按照阿列克西的说法，宪法权利是原则、是一种“最优化的要求”。

宪法权利审判的重心在于证成侵入宪法权利的理由，看这种侵害能否被证成。二战以后，世界宪法权利推理中大量采用“比例原则”作为落实衡量的具体方法。比例原则的三步或四步结构提供了一个分析的框架，它像一个核对的清单，用它来分析整理在特定条件下对权利侵害的理由是否一个必要的、充分的理由。宪法权利规范的法效果，不可能根据某一权利的内在结构单独来判断，而必须和另外一些权利相衡量才能确定。而且，无论这些权利规范的文本是限制性条款还是非限制性条款，案件的性质是解决公共利益与个人利益的冲突还是解决个人之间的利益冲突，这些都是表面的。宪法权利的解释和适用，都需要联系其它权利的法效果来决定，都内在地包含了冲突考虑的权衡取舍。也就是说，宪法权利衡量不仅仅适用于限制条款或冲突条款，而是适用于所有的宪法权利条款的推理方法，或者说，在宪法权利的层次，审判的重心从对宪法文本和词语的解读，转移到宪法权利的衡量。

### （二）作为“王牌”的宪法权利与衡量

二战后宪法权利的实践以及人们对这一实践的理解，是否真正地反映了当代人权和宪法权利保障的本质呢？或者说，现代宪法权利是否只是一种最优化的要求，只是一种衡量的规范呢？实际上，这种将宪法权利当作原则，原则是最优化的要求，与人们长期对权利性质及其推理的理解并

〔23〕 参见张翔：《公共利益限制基本权利的逻辑》，《法学论坛》2005年第1期。

〔24〕 前引〔11〕，Robert Alexy书，序言。

不完全一致。权利被广泛认为对竞争的政治目标具有特别的份量。德沃金将权利当作“王牌”，<sup>[25]</sup>指出原则与政策的不同。罗尔斯认为“权利优于善”。<sup>[26]</sup>哈贝马斯将权利描述为“防火墙”。<sup>[27]</sup>最终，这些观念又都可追溯到康德的理论，即权利被看作是对追求集体善加以限制的人的尊严和自治。<sup>[28]</sup>然而，把权利当作原则和最优化要求的理解，并没有明确的权利优先意思。所以，仍然需要对宪法权利规范的结构作进一步深入的分析。

这里以欧洲人权法院的 *Lustig-Prean and Beckett v. United Kingdom* 一案来稍作说明。<sup>[29]</sup>案件的申诉者认为，对同性恋行为进行调查，并以有同性恋行为为由将他们从皇家海军解雇，违反了欧洲保护人权及基本自由条约第8条的规定。<sup>[30]</sup>英国政府提供的理由是：海军中禁止同性恋是为了维护道德、军队的战斗力和军队的协同效率，这一切都事关国家的安全，因此对权利的侵害是正当的。法院认为，有关同性恋传统、成规或偏好的论证即排他性理由，对证立军队中排除同性恋的问题无关；而同性恋产生的“次生效应”，即军队的战斗力及协同效率问题，成为证成歧视同性恋的法律的理由。法院采取比例原则，对在军队中排除同性恋的行为进行认真的分析后认为：通过制定军队行为规范，同样能够达成目标，侵害却更少，而政府并没有表明这样的替代手段不能够充分地处理相应的问题；而且，同性恋倾向涉及私人生活的最亲密的方面，因此对士兵隐私的政策性侵害是严重的，而如果没有这样的政策，对军队的武装力量的瓦解程度则不大。因此，最终判决英国政府违反了欧洲保护人权及基本自由条约第8条的规定。

从上述案例可见，宪法权利推理中有衡量和非衡量的层次，或者说，一种称为“排他理由”的权利概念发挥着重要的作用。正是在这个意义上，德沃金把权利称为“王牌”。这意味着一种“理由限制型”权利观，即权利是对政府能够合法地行为所依凭的“行为理由库”施加的诸多限制。<sup>[31]</sup>这种权利观具有广泛的影响，如：1789年法国公民权和人权宣言第4条规定：“自由就是指有权从事一切无害于他人的行为。因此，个人的自然权利的行使，只以保证社会上其他成员能享有同样权利为限制”；康德把权利的普遍法则表达为：“外在地要这样去行动：你的意志的自由行使，根据一条普遍法则，能够和其他人的自由并存”；<sup>[32]</sup>密尔的“伤害原则”表达了同样的意思：“人类之所以有理由可以各别地或集体地对其中任何分子的行动进行干涉，唯一的目的是自我防卫”。<sup>[33]</sup>也就是说，可以用来合法限制个人自由的理由极少，从而那些被权利排除的理由根本就没有机会参与权利衡量。

### （三）宪法权利衡量的规范界限

宪法权利推理作为一种法律推理的模式应该是一种“规范衡量”，即一种区分层次的衡量论。宪法权利推理需要探究衡量与宪法权利结构中不同要素、不同层次之间复杂关系。问题是，宪法权利的衡量理由和排他性理由分别存在于何处？这是一个非常复杂的法哲学问题，涉及对宪法权

[25] Ronald Dworkin, *Rights as Trumps*, in J. Waldron (ed.), *Theories of Rights*, London: Oxford University Press, 1984, pp. 153-167.

[26] [美] 罗尔斯：《正义论》，何怀宏，何包钢等译，社会科学文献出版社1988年版，第30页以下。

[27] [德] 哈贝马斯：《在事实与规范之间》，童世骏译，三联书店2003年版，第319页。

[28] 参见朱高正：《朱高正讲康德》，北京大学出版社2005年版，第27页。

[29] *Lustig-Prean and Beckett v. United Kingdom*, Application no. 31417/96; 32377/96 (1999) at 548.

[30] 欧洲保护人权及基本自由条约第8条相关的规定如下：“人人有权享有使自己的私人和家庭生活、家庭和通信得到尊重的权利。”“公共机构不得干预上述权利的行使，但是，依照法律规定的干预以及基于在民主社会中为了国家安全、公共安全或者国家的经济福利的利益考虑，为了防止混乱或者犯罪，为了保护健康或者道德，为了保护他人的权利与自由而有必要进行干预的，不受此限。”

[31] See Richard H. Pildes, *Why Rights are Not Trumps*, 27 J. Legal Stud. 725 (2000).

[32] [德] 康德：《法的形而上学原理》，沈叔平译，商务印书馆1991年版，第41页。

[33] [英] 密尔：《论自由》，程崇华译，商务印书馆1959年版，第10页。

利乃至对宪法本质的看法，本文在此无法全面展开。但是，就宪法权利结构和推理而言，宪法权利的“义务论”性质及其独特的“分配性特点”应该是一种界定衡量界限的关键面向，也就是“永远不能把人当作工具”和“权利的实现伴随着成本”这两个问题。前者内含于宪法的规范性本质，后者产生于宪法实施的事实情境。宪法权利衡量方法要保持它的规范性，就不能不认真对待这些区别。

### 1. 宪法权利的义务论性质与衡量

义务论基本的思想是，存在一种与人的不可侵犯性观念相联系的限制，它给那些追求所欲结果的行动者以约束。挽救三个人并不能使得牺牲一个人变得正当。对大多数人有意义的获得，并不能证成让少数人的丧失。宪法权利作为人权的法律形式，其本质是反对将人作为工具或手段加以利用的。通常认为，个人权利不可以因公共利益而被牺牲，不可以因其实施的结果不同而有所改变，也就是说宪法权利具有“义务论”的性质和反“结果论”的特征。否定宪法权利的义务论本质就是否认宪法权利规范本身。

正是基于宪法权利的义务论性质，众多宪法理论反对权利的衡量，其中最著名的是哈贝马斯。哈贝马斯认为，权利作为规范“不可同化为价值”。“规范和价值区别首先在于它们所指向的行动一个是义务性的，一个是目的性的；其次在于它们的有效性主张的编码一个是二元的，一个是逐级的；第三在于它们的约束力一个是绝对的，一个是相对的；第四在于它们各自内部的连贯性所必须满足的标准是各不相同的。规范和价值的这些区别导致它们在运用中的重要区别。”“谁把宪法等同于具体的价值秩序，谁就误解了它的特殊法律性质；也就是说，作为法律规范，宪法权利像道德规则一样是以义务性的行动规范，而非有吸引力的诸善作为其模式的。”正是因宪法权利衡量论混淆了规范与价值的区别，哈贝马斯提出了以下批评：第一，衡量将所有的权利之间、权利与集体目标之间的争论还原为政策论证，从而赋予宪法判决具有与立法并列的地位。第二，使宪法权利对其它考虑的优先性丧失。“权利变成善和价值，它们在单个案件中就必须要在同一平面上为谁优先而发生竞争”，也就是说，那种“在法律商谈中由义务论的法律观和法律原则所建立起来的隔离权利保护与追求公共政策的防火墙坍塌了”。第三，由于不存在法官用来协调竞争性政策目标的理性标准，建立在衡量之上的司法裁判是非理性的。“价值只能被其它价值相对化，这种偏好价值或追求价值的过程是无法作逻辑上的概念把握的”。这些政策论证要么仅仅是武断地称量，要么是没有反思地遵循习惯标准和等级标准。这就意味着衡量将裁判从规则统治行为的领域带到无规则的司法裁量的天地。第四，把宪法权利推理看作是的一种目的论的“诸善衡量”，维系于衡量的诉讼的结果就不再具有正确或错误之辨，而只有各种程度的妥当与充分之分。<sup>[34]</sup>

哈贝马斯的批评具有多方面的意蕴，不过，其将衡量与义务论完全对立起来的观点值得商榷。承认宪法权利的义务论性质，并非意味着在任何情况下都应排除衡量。以德国联邦宪法法院宣布一项鉴于美国“9·11事件”而制定的航空安全法违宪的案例为例。这项议会的法案授权德国空军可以“击落有乘客的飞机，如果这是唯一的避免一个清楚的、现存的对人类生命的危险，并且不是不合比例的”。德国联邦宪法法院宣布航空安全法违宪，因为它侵犯了人的尊严。法院论证道：击落载有无辜乘客的飞机，侵犯了这些乘客的人的尊严。这里不涉及衡量。即使很清楚如果飞机不被击落，很多生命将会死去，击落飞机也是不允许的。<sup>[35]</sup>

[34] 参见前引[27]，哈贝马斯书，第313页以下；Steven Greer, “Balancing” and the European Court of Human Rights, *A Contribution to The Habermas—Alexy Debate*, 63 (2) Cambridge Law Journal 414 (July 2004).

[35] BVerfG, 1 BvR 357/05 of February 15 2006.

德国联邦宪法法院的主张是一种所谓的反“结果论”，或者正面说是一种“义务论”的主张。人权和宪法权利的一个功能就是这种义务论约束的反映。所以，即使击落飞机以保全大量的生命，甚至当被保全的生命的数量远大于飞机中的生命数量，这样的行为仍然是不合宪法的。

德国联邦宪法法院的判决是可以讨论的。为了便于理解，我们可以从伦理学上一个假想的案例开始分析。这个案例经常被用来说明实践推理中的一个难题，即所谓的“电车难题”：<sup>[36]</sup>

A 如果一个旁观者不将一辆失控的电车引到另一条道路，虽然可以预见，在这条道路上也将会造成一人（V）死亡，那么这辆电车将要造成五人的死亡。

B 如果一个旁观者不将一个站在附件的肥胖者（V）推过来挡住电车，虽然可以预见，肥胖者将会死亡，那么这辆电车将要造成五人死亡。

在上述两个例子中，都是以导致一个人的死亡为代价来拯救五个人的生命。从简单的结果论来看，二者没有什么不同。但是，现实中人们常常认为，第一个例子中旁观者的干预是允许的，而第二个例子中则不可以，或者起码认为这两种情形下旁观者的道德责任存在差别。在第一个例子里，V的死亡仅仅是旁观者行为过程的偶然的副作用。如果另一条道路上的V不存在，那么旁观者改变电车方向来挽救其他五个人则是完全没有问题的。而在第二个例子里，V是被用来作为挽救其他五个人的手段，他被推出来并让电车碾过他的身体是挽救其他五个人的必要条件。

这种不同是重要的，因为V可以提出的主张的力量不同。在第一种场景，V提出一个主张，即他被伤害是阻止（disable）旁观者本来可以被允许并可欲求的拯救行为的理由。在第二种场景中，V提出一个主张，即他不应该被用作手段使得（enable）其他人得救。只有“阻止者”（disablers）的主张可以作衡量的分析，而“成就者”（enablers）的主张加上了一个极强的限制，没有人可以被强迫成为英雄并为他牺牲自己的生命。<sup>[37]</sup>

根据上述电车难题的洞识可以发现，德国联邦宪法法院的判决对“义务论”和“结果论”的理解可能简单化了。虽然宪法权利具有义务论性质，但是并不意味着不考虑结果，或者不可以采用衡量的方法。换一种方式来说，宪法权利衡量并不必然如哈贝马斯所批评的，意味着是一种结果论的主张，从而否定了宪法权利的义务论本质。<sup>[38]</sup>

如果只是以少数人为手段，即作为成就者，政府确实无权要求为了多数人而牺牲少数人。但是，在劫持飞机中无辜的乘客的主张不是那种强的成就者的主张，而是那种较弱的阻碍者主张。很明显，如果飞机里面没有乘客的话，对用来作为武器或发射武器的平台的被劫持的飞机就可以下令击落。现在，飞机里乘客的主张在事实上成为政府本可以作出被允许之事的一种限制（妨碍主张）。然而，这种妨碍主张的效力仍然只具有要求进行比例分析的强度，而没有绝对排除挽救更多人生命的力量。也就是说，这里应该就特定情形来衡量彼此的重量以作出决定。例如，被劫持飞机造成危险的经验上的可能性；有没有比击落飞机侵害更少的替代手段；飞机乘客人数；如果不被击落造成伤害的程度，等等。这里的衡量并没有成为结果论的工具，权利的义务论性质也没有丧失，因为权利的义务性并非意味着权利是绝对的，不可限制的。

## 2. 宪法权利的分配性特点与衡量

人们常常认为，利益总是量的问题，因而包含着衡量与妥协；而权利不同于利益，权利是一个原则问题，需要一种咬紧牙关、立场坚定的不妥协态度。<sup>[39]</sup>这种观点特别因为德沃金的“权

[36] Cited from Judith Jarvis Thomson, *Killing, Letting Die and the Trolley Problem*, 59 *The Monist* 2 (1976).

[37] See Alec Walen, *Doing, Allowing and Disabling: Some Principles Governing Deontological Restrictions*, 80 *Philosophical Studies* 183-215 (1995).

[38] 参见前引 [27]，哈贝马斯书，第 257 页。

[39] 参见 [美] 史蒂芬·霍尔姆斯、凯恩·R. 桑斯坦：《权利的成本》，毕竟悦译，北京大学出版社 2004 年版，第 71 页以下。

利是王牌”话语而备受误解。其实，德沃金所谓“作为王牌的权利”并非意味着权利是绝对的。从现实的情形来看，权利的实现仍然涉及各种形式的分配问题，德沃金也是以权利主张的不同分配特点来说明它与政策的区别。<sup>〔40〕</sup>

首先，德沃金区分了两种不同的分配。<sup>〔41〕</sup>德沃金认为，权利的分配特点表现在：“即使不利于其它政治目标或某一目标因此受到伤害，也支持那些促进、保护个人可以在其中享受权利的状态的政治决定，或即使有利于其它政治目标也反对那些阻碍或危害这种状态的政治决定，那么个人就有对某些机会、资源及自由享有权利。”而“政策意在确立集体目标”，集体目标的分配特点在于“鼓励社会内部的利益和负担的相互交换，以便促成作为一个整体的社会的某些普遍利益。”德沃金举例说，经济效益、某些平等的概念都是这种政策考虑的目标。正是由于集体目标“鼓励社会内部的利益和负担的交换”，所以，集体目标不是绝对的，“社会可以同时追求不同目标，也可以为了一种目标而牺牲另一种目标”，这就意味着政策的论证可以采取衡量的策略。但是，原则却可以是绝对的。即使权利不那么绝对，即一种原则不得不屈服于另一种原则，或不得不屈服紧急政策，权利也不能“被所有的社会目标所压倒”，或者说“我们可以不把任何政治目标称作权利，除非它具有超出一般政治目标的极端重要性”。这里，德沃金并非反对所有的衡量，他所反对的是将权利等同于利益，将权利推理等同于利益衡量。这也就意味着权利的作用在于对某种政治考虑的排他效力。正如瓦尔德龙（Waldron）所言，德沃金权利理论的中心思想在于某些理由应该被排除出政治考虑之外，而他的所谓权利是“王牌”这一术语所表达的也仅仅是一种不再重新纳入这些被排除的理由的决心。<sup>〔42〕</sup>

美国学者凯尔曼（Mark Kelman）所谓的“单纯歧视主张”（simple discrimination claims）和“容纳性主张”（accommodation claims）相区分的观点有利于进一步理解宪法权利的分配性特点。凯尔曼研究了美国反歧视诉讼和残障法诉讼，发现了有两种类型的主张：如果有黑人没有被雇佣，因为老板不喜欢黑人，黑人根据反歧视规定提出的主张是“单纯歧视主张”。如果一个残障人没有被雇佣，是因为老板需要为此花费成本对工作场所加以改造，残障人根据残障法提出的主张是“容纳性主张”。<sup>〔43〕</sup>这两种主张的不同表现在以下五个方面。

第一，容纳性主张具有限制，它必须是合理的，而单纯歧视主张没有这样的限制。例如，雇用残障员工需要老板为其提供电梯方便上下，就现代的一般办公条件来说这可能是合理的。但是如果雇用他，需要老板为其安装特别昂贵的个人装置以便从事工作，则不合理。而对单纯歧视主张而言，则不存在合理歧视与不合理的歧视问题，不接受所谓的“合理性检验”。第二，容纳性主张涉及衡量，而单纯歧视主张是排他性主张。例如，接纳残障员工就需要衡量为其提供特殊保障的成本、公司的财务能力、对其他员工的福利的影响等等。而歧视的邪恶不能和制止歧视的成本相衡量。第三，容纳性主张不涉及合法性问题，而单纯歧视主张被认为不合法。容纳性主张只涉及相关考虑之间的重要性程度。第四，单纯歧视主张无需成本，而容纳性主张则需要成本。满足容纳性主张需要社会资源，因此可能和其它主张发生资源竞争，而单纯歧视主张则无需社会资源，它和所有主张在占用资源的意义上可以并存。第五，容纳性主张需要成本，因此是一种分配性主张（distributive claims），也可以看作是一种为重要目标，即为了残障人士融于社会、提高他们的生活质量而分配金钱的政策性主张。这种主张和其它有效主张在有限资源面前是一种零和

〔40〕 参见前引〔9〕，德沃金书，第129页。

〔41〕 同上书，第129页以下。

〔42〕 See Jeremy Waldron, *Pildes on Dworkin's Theory of Rights*, 29 J. Legal Stud. 301 (2000).

〔43〕 Mark Kelman, *Market Discrimination and Groups*, 53 Stan. L. Rev. 833, 834-845 (2001).

博弈的竞争关系，一方获得资源，意味着另一方失去资源；然而单纯歧视主张不是分配性主张，它和其它主张没有竞争性关系，是典型的权利主张。

上述凯尔曼和德沃金的观点虽然抽象难懂，但是他们都从权利的分配特点，也就是从一种主张对机会、资源及自由的分配关系来思考问题，相当具有启发性。下面，我们就以美国宪法审判的一些案例来说明权利的分配特点及其相应的衡量和不衡量的问题。

第一类，不衡量案件。在巴尔玛（Abrams v. United States）案中，<sup>〔44〕</sup>言论自由的利益与政府防止反战意见的有害效果的利益发生冲突。由于本案中政府直接针对的是言论的内容，所以言论自由的权利与政府利益不是两个有效的利益，言论自由是排他的理由。根据霍姆斯对言论自由权利的理解，“最终欲求的真理是根据观念的自由市场，而不是通过对意见的表达进行迫害来实现的”。言论自由权利的功能就是排除政府因为不同意反战这一言论的内容，而提出限制言论的理由。言论自由权利使得政府限制反战意见的利益完全无效，而不是考虑如何与言论自由进行衡量。霍姆斯在本案中的异议指出，“在处理法院面前的指控上，无人有权利考虑请愿者的信条”，这种考虑因此完全排除在本案的相关性因素之外。这里，言论自由发挥的是一种对言论歧视的行为加以废除的功能，而不是要求容纳更多言论而分配资源的主张。

第二类，衡量案件。在诗纳德案（Schneider v. State）中，<sup>〔45〕</sup>在城市街道散发传单的表达自由与保持城市街道整洁的利益发生了冲突，政府以保持街道清洁的利益为根据对街道散发传单进行管制。这里的禁止不直接针对言论内容，但是间接给言论增加负担，因为它限制了传单散发的地点和方式。该案件中法院采用了衡量检验的方法。法院衡量政府利益与第一修正案保障的言论自由的利益，确定哪一个利益占据优势。法院最后认为，言论自由的利益超过街道清洁的利益，而推翻了对散发传单的禁令，因为它反映了两种利益之间的不恰当的平衡。这里之所以衡量，是因为，清洁的利益和言论自由的利益两者都是有效的利益，一个无权绝对地排除另外一个，而只能决定哪一个更重要的或具有更重的份量。诗纳德案中的请愿人的主张可以被认为是要求市政府分配资源让他们拥有更多的言论，市政府应该承担由散发传单引起的更多的清洁成本，而让他们能够表达他们的信息。这样，请愿者的主张就不是绝对的主张，它必须是合理的。假设请愿者的言论引发了极大量的脏乱，带来巨大的清洁成本，法院可能就不会接受请愿者的请求。冲突的中心问题在于财政的冲突：两种主张，言论自由和清洁街道都是需要成本的有效主张。既然只有有限的资源，某种分配性决定必须作出，这就意味着衡量。

#### 四、宪法权利推理的双阶模式

经过上文的分析，现在需要对宪法权利的结构及其推理方式进行一种理论的重构。这种重构承认现代宪法及其权利规范是一种民主商谈的机制，现代宪法权利的推理方式是一种理性的实践推理方式。

##### （一）一般实践推理的基本结构

人类的实践推理具有两种基本类型，即衡量推理与不衡量推理。拉兹（Joseph Raz）指出，人类作出决定的行为理由具有不同的层次，也就是说，有些理由是所谓的“一阶理由”（first order reason），而有些理由是所谓的“二阶理由”（second order reason）。<sup>〔46〕</sup>“一阶理由”是要求

〔44〕 Abrams v. United States, 250 U. S. 616 (1919).

〔45〕 308 U. S. 147 (1939).

〔46〕 Joseph Raz, *Practical Reasons and Norms*, Oxford University Press, 1999, pp. 34-39.

我们采取某个行动或不要采取某个行动的理由，简单说，一阶理由就是行动的理由。“一阶理由”具有两个基本特点：首先，一阶理由具有强度或重要性的面向（dimension of strength or weight），所谓“强度或重要性的面向”指的是某些理由会比其它理由具有较高的重要性，如果不同的理由互相冲突的话，那么较强的理由就会凌驾于较弱的理由而成为行动的决定性理由。这种因为其具有较高的重要性而在衡量中胜出的理由称之为“凌驾性理由”。其次，从强度或重要性的面向可得出—阶理由的另一个重要性质，即—阶理由之间的冲突是透过衡量，即评价相冲突理由彼此的相对强度或重要性来解决。拉兹将此表述为一条“实践原则”P1：“一个人在全盘考虑之后总是应该去做根据（—阶）理由衡量所指示应该做的事情。”根据这种—阶理由的描述，作为具有实践理性的人在决定采取哪一种行为的时候，都要通盘考虑、权衡利弊，然后根据那个最强的理由作出决定。例如，P是x去做 $\phi$ 的理由，R是不做 $\phi$ 的理由，P和R就存在冲突，需要对它们的份量进行衡量。根据这种看法，在法律推理的领域，人们常常认为法律推理也是一种需要通盘考虑所有的情况，然后衡量轻重作出决定的过程。

拉兹所谓的“二阶理由”具有双重性质。首先，它是去做某事的一阶理由。其次，它同时还是一种针对其它的做或不做某事的理由的理由，即要求我们根据某些理由或不要根据某些理由来行动的理由。如P是x去做 $\phi$ 的理由，R是不做 $\phi$ 的理由，Q不仅是一个去做 $\phi$ 的理由（相当于P），而且还是不根据理由R行动的理由。因此，Q与R不是同一位阶的竞争理由，Q是代替P并否定或排除R的理由。二阶理由和一阶理由冲突的解决方案不是基于理由的衡量，而是二阶理由依据其类型直接排除并取代与之冲突的一阶理由。<sup>[47]</sup>排他性理由的最特别之处在于它绝不会简单地和其它的、一般的或—阶的理由衡量。当—阶理由冲突的时候，依据各自的份量或强度彼此衡量，然而，当一个排他的理由和—阶理由冲突的时候，不需要衡量。换句话说，对于—阶理由，它们是根据各自的份量和强度来比较的，而在—阶理由与二阶理由相冲突的场合，却不是去检验排除理由的强度，二阶理由的胜出是因为它是一个更高位阶的理由。由此产生了实践原则P2：“如果推翻衡量的理由是一个不可推翻的排他性理由，个人不得基于理由的衡量而行动。”

当实践原则P1实践原则P2相冲突的时候，则有实践原则P3：“全面考虑之下，个人应当基于不可推翻的理由而行动。”

拉兹上述关于实践推理类型及其行为理由的理论是描述性的，反映了人类实践推理的一个重要的基本特点，即人类在某些需要作出决定的过程中，并不总是需要通盘考虑所有的情况。某些理由常常不被考虑，或者说存在某些理由，它们具有特殊的地位（二阶理由），因而可以排除对某些相关因素的考虑（—阶理由的衡量）。排他性理由是作为具有实践理性的人类在作出某些决定时所表现出的一种常见现象。由于某些规范性事实的存在，如母亲的生命和治病的金钱之间、将军的命令和冲锋陷阵的危险之间往往都无需真正的衡量。在法律领域，作为法律规范要素的规则、原则和权利在司法衡量的过程中具有独特的地位，有时甚至是排除衡量的因素。虽然都是利益，但是被赋予“所有权的利益”与仅仅是“占有的利益”显然不在一个层次上。有时它们之间存在衡量，如“不利占有”超过一定的时间，才能获得法律赋予的某些权利。但是盗窃者的非法占有，与物的所有人的权利之间根本就没有衡量的余地。我们不能在盗窃者的生活困窘与所有人的富有奢华之间权衡利弊。

[47] 拉兹又将二阶理由进一步分为“积极的二阶理由”（positive second-order reasons）和“消极的二阶理由”（negative second-order reasons）。消极的二阶理由就是“排他的二阶理由”（exclusionary or preemptory reasons）。前引[46]，Raz书，第17页。

法律推理,包括宪法权利的推理,作为人类实践推理的重要领域,也必须注意衡量与不衡量的区别、一阶理由与二阶排他理由的不同。宪法权利内含一种划定衡量界限的推理机制,它在不可衡量的问题上使衡量行为无效,在可以衡量的问题上审查衡量是否真的需要,在应该衡量的问题上保障衡量的进行,并监督衡量的合理性和正确性。

### (二) 衡量与不衡量结合的推理方法

首先,宪法权利推理呈现一种衡量与不衡量结合的“双阶结构”。一方面,作为最优化要求的权利及其衡量模式,在现代宪法权利的实践中确实处于中心位置。另一方面,权利又是“王牌”,它表明宪法权利规范结构中有一个排他性效力的独立层次,被排除的理由无缘参与衡量。而权利的义务论性质及其独特的分配性特点,也都说明宪法权利中排他性成分的力量。

其次,现代宪法权利推理中的衡量与不衡量不是彼此分离的,而是相互结合的。例如,在一些涉及学校祈祷的宗教自由案件中,虽然基督教生活是否一种值得的生活被排除在考虑之外,但是如何划分公民之间宗教自由的空间则需要衡量。又如,上述美国言论自由案件中,即使政府行为的理由被看作是内容中立的观点,如根据时间、地点和方式作出对言论的限制以保障公共秩序,这些限制也必须满足比例分析的要求,需要进行衡量检验。所以,一方面,没有衡量宪法权利往往不是一种可欲的宪法权利,另一方面,只有衡量的推理同样不能反映宪法权利的某些独特面向。例如,上述德国航空安全法的案件中,比例原则和衡量检验的公式都无法区分政府行为的受害者是作为成就他人或公共利益的目的手段(enablers),还是偶然性的成为实现他人利益或公共利益的牺牲品(disablers)。总之,如果没有衡量,宪法权利在现实中无法真正实施,而没有排他性的非衡量则没有认真对待个人的权利。

再次,衡量与不衡量不是类型分布的,而是结构性分布的。无论作为主观的权利还是作为客观的法,在实现宪法权利的防御功能、受益功能、制度保障功能和客观价值秩序功能时,都有衡量与不衡量问题。<sup>[48]</sup>防御功能的主观权,如言论自由、宗教自由中的衡量与不衡量上文已有分析。受益功能的主观权往往首先表现出是一些“容纳性的主张”,因而较为明显地需要衡量,但也有非衡量的存在。例如,物质帮助权的实现,要衡量各种相关利益,但是在众多需要考虑的理由中,对种族或城乡加以区分等,则是要排除的理由。实现客观价值秩序功能的宪法权利也一样存在衡量和不衡量,如各国刑法典中的“罪行相适应”原则实质就是一种衡量原则,但不可能有思想犯罪。在德国联邦宪法法院明确宪法权利客观价值秩序功能的“吕特”案中,法院宣称在处理宪法权利的“第三者效力”问题上要“不断地相互平衡”,<sup>[49]</sup>但是这里同样不存在将他人作为手段来进行衡量。

### (三) 程度与层次统一的权利结构

宪法权利是一种理由限制型的权利,它是一种排除对某些行为理由进行考虑的理由。因此,作为共识的权利的优先性,并不意味着权利是绝对的,权利必然压倒集体的福利。德沃金说权利是“王牌”,这样理解可能更为恰当:在扑克牌的游戏里,你抓到了王牌并不意味着你必然胜过对手。你拥有王牌,只是意味着你具有压倒对手某些出牌的力量。对方要认真对待你的王牌,但并不意味着对方就此要输给你。<sup>[50]</sup>

[48] 这里根据的是德国学说以及张翔博士关于宪法权利分类的理论,参见张翔:《宪法权利的规范建构》,高等教育出版社2008年版,第45页。

[49] BVerfG Jan. 15, 1958; BVerfGE 7, 198.

[50] 对德沃金权利概念的不同理解的讨论,见Richard H. Pildes, *Dworkin's Two Conceptions of Rights*, 29 J. Legal Stud. 309, 316-321 (2000);前引[42], Jeremy Waldron文。



从宪法权利推理来说，你有言论自由的权利，并非意味着公共利益始终都得让步于你，而只是意味着，公共权威以你的言论是错误的为理由而加以限制的考虑要被排除出去。你的言论如果引起过度的城市脏乱，以致财政难以负担，从公共利益考虑限制你言论的方式和地点则是可能的；你拥有宗教自由，公共权威以基督教生活是最值得的生活而强制不信教的你参加基督教祈祷仪式的理由要被排除出去，但是以合理划分信教者和不信教者，以及不同宗教信仰者之间的自由空间为理由，限制你的宗教自由则是允许的；以有关同性恋传统、成规或偏好为理由，论证军队中排除同性恋行为的正当性是要排除的，但是以军队的战斗力和协同能力为理由，则是值得考虑的理由；仅仅以被恐怖分子劫持的飞机机会造成远超过飞机上无辜乘客更多的伤亡为理由，命令可以击落飞机是要被排除的理由，但是排除了以他人手段促成（enable）保全更多生命的情形，在所失与所得之间的衡量则是可以考虑的，等等。

可见，宪法权利之作为权利，是一种对公共权威作出某种行为时所依凭的理由的限制。对某些政府行为的理由，宪法权利就像扑克游戏中打出的“王牌”，能将其坚决排除出去；而对另一些政府行为的理由，包括为了公共利益，则需要和权利仔细加以权衡而做出取舍。所以，宪法权利可以是绝对的，又可以不那么绝对。宪法权利的实际法效果，往往需要在特定情境之下，联系其它宪法权利或宪法上的利益才能加以确定。它不是一般地反对功利主义、反对集体的福利和忽视权利实施的后果，而是在政府行为没有认真平等对待个人的时候，特别当政府采取一些因为功利主义、多数人偏好和结果论的理由，对公民自由和利益实行侵犯的时候，隔在公民和公共权威之间的一道“防火墙”。正是这道“防火墙”，不仅保护了公民的利益，而且使得公民的独立和自主成为可能，进一步为民主宪政过程中民主商谈的有效进行起着“隔离”、“筛选”和“保护”的作用。<sup>[51]</sup>

总之，作为“王牌的权利”，与作为“最优化要求的权利”之间不是对立的，而是相互结合、相互补充的。它们共同构成了一个现代宪法权利的层级结构。相应地，宪法权利推理的衡量与不衡量也是相互结合和相互补充的。所以，对当代宪法权利结构进行各种说明和理解的权利理论，不能仅仅聚焦于比例分析和衡量检验的结构层次上。只将权利的观念和权利的“强度”联系起来是不充分的。权利不只是“最优化要求”，也不就是“王牌”。权利可以用作所有这些事情，但是又不可以被还原为其中任何一个。权利不是反结果主义的道德论的组成部分，因为在许多情境下权利可以被一般政策考虑所压倒。但是在有些情况下，当政策考虑与排他理由相关或涉及将权利人作为手段的时候，权利又提供了更强的保护。你拥有一种权利保护的地位而可以有什么的问题，依赖于在特定情境下支持这一位置的理由。这些理由不仅在不同情境下具有不同的强度，它们还呈现出不同的结构。

#### （四）对单一性思考方式的批评

在当今的法学界，有一种对宪法权利推理模式作二元对立的单一性思考方式，即将宪法权利推理分为两种绝然对立的主张：一种称为“衡量论”，另一种称为“王牌论”。

权利衡量之所以被采用，一个重要的原因就是为了解决个人权利与公共利益的冲突问题。但是，个人权利与公共利益之间的冲突是否只能通过衡量来解决，依赖于人们对二者的界定。第一种方案是按照“共同利益”理论来处理。公共利益可以被理解为事实上共同生活的人们之独立的个人全部或部分利益的共同部分，而权利是作为受保护的但非享有特权的社会利益。既然权利和集体的福利仅仅是表面上不同的社会利益，二者谁也不预先被设定为优先于其中任意一个。所以，当冲突发生时每一个都必须在特定的情境下去衡量。这种模式称为“衡量模式”。另外一种

[51] 参见前引 [27]，哈贝马斯书，第 319 页以下。

方案是，权利和集体的福利可以被看作是不同的完备性政治道德理论的表现形式，一旦二者之间被恰当地理解和定义，他们之间不存在真正的冲突。因此，权利和公共利益之间的关系不是依靠相互称量来确定的，而是根据规则加上超验的政治道德上设定的例外来严格定义二者合法的范围，这种模式称为“王牌模式”。

衡量模式的中心问题在于：主张对权利和集体目标进行称量，不仅把权利降格为利益，忽视了规范的不可共量性和人类价值的多样性，而且要求不具备决定公共利益之充分能力的法官，从事衡量这种非司法的活动，最终的结果就是，衡量侵害了对权利加以保护的根基。“王牌模式”的问题在于：普遍的社会和个人善的客观理论难以发现。即使能够发现，也因为太抽象而无法作为可行的法律方法来解释宪法或其它权利文件，所以，对于权利和公共利益的范围宽窄就可能产生不同的意见。而且，权利文件是以忠实于制定者的目的方式，还是以回应社会变迁的方式来解释，也不确定。更吊诡的是，这种模式比衡量模式可能提供更少的权利保护。在某些认为集体福利胜过个人权利的地方，人们很容易根据权利的定义，认为这里不存在权利问题。即使与个人受到的影响相比较，集体的获得微不足道，权利保障的程序也可能倾向结束，因为这里没有受到侵害的权利。

对宪法权利推理模式作上述二元对立的单一性思考，其所反映的一个根本性问题在于对宪法权利的结构和性质的认识：把宪法权利统统还原为第一位阶的行为理由的是“衡量模式”，而把宪法权利看作是第二位阶的行为理由的是“王牌模式”。其实，人类行为的理由是区分为层次的，不同层次的理由之性质和份量是不同的。基本权利之所以被世界各国宪法或国际人权条约郑重地列举，写在文本之上，意味着它对其它宪法价值或人类价值（如民主、公共福利、社会秩序、经济发展等等）具有特殊的份量。所以把宪法权利和公共福利都看成是一种利益，存在两个方面的问题：第一，以利益为“共通值”，对权利和公共福利进行比较，忽视了权利之间、权利与利益之间的不同特性，这种处理人类价值之间的“不可共量性”问题的方式，是武断的、简单的；第二，将权利与利益当作同一位阶的推理理由，没有看到宪法权利规范在当代宪法和政治生活中的特殊份量。但是，这种宪法权利优先的地位，并不排除衡量的存在，这是因为：第一，任何权利都不是绝对的，因此权利的限制往往不可避免。这就为权利衡量的引入提供了可能性；第二，权利的界限需要在不同的情境之下动态地把握，是一种“条件性的优先关系”，所以不应该根据某种特定的政治或道德哲学先验地划定，因此衡量就成为必要。

总之，上述二元对立的单一思考方式并没有反映宪法权利结构和宪法权利推理的复杂性。宪法权利推理其实是一种宪法权利优先的规范衡量模式。它既把宪法权利看成某种排他性推理理由，又结合手段目的取向的思考、权利保障和限制的诸项条件，以及权利限制的后果等，把宪法权利看成是相互竞争的理由。宪法权利不仅是“框架”、“王牌”，也是“最优化命令”。

## 五、我国宪法权利规范及其可能的推理方式

我国现行宪法第2章第33—51条是关于公民宪法权利的规定。此外，宪法13条关于私有财产的规定和第125条关于被告辩护权的规定，也属公民宪法权利的条款。

### （一）我国宪法权利的文本类型

纵观我国宪法权利条款的规定，大致有以下几种形式：第一种，显然的规则性规定。如第34条：“中华人民共和国年满十八周岁的公民，不分……都有选举权和被选举权”，第37条第2款：“任何公民，非经人民检察院批准或者决定或者人民法院决定，并由公安机关执行，不受逮捕”。这些规定是规则性的，它们的法效果确定，无需与相竞争的权利或利益衡量。

第二种，附带一般性限制条款，即权利宣示加一般性限制规定。宪法第 33—50 条大部分都是公民宪法权利的宣示，但是又一般性地在第 51 条规定了限制：“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”。

第三种，分别附带限制条款，即就某一权利个别性地规定限制的条款。如第 13 条第 1 款规定：“公民的合法的私有财产不受侵犯”，接着第 3 款又规定：“国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿”；第 36 条第 1 款：“中华人民共和国公民有宗教信仰自由”，第 2 款：“……任何人不得利用宗教进行破坏社会秩序、损害公民身体健康、妨碍国家教育制度的活动”；第 40 条第 1 款规定：“中华人民共和国公民的通信自由和通信秘密受法律的保护”，同款紧接着又规定：“除因国家安全或者追查刑事犯罪的需要，……不得以任何理由侵犯公民的通信自由和通信秘密”。

第四种，附带确定性限制条款，即原则性规定宪法权利、确定性地规定权利的限制。如第 36 条第 4 款：“宗教团体和宗教事务不受外国势力的支配”，第 49 条第 2 款：“夫妻双方有实行计划生育的义务”。这种规定可以看作是一种确定的宪法限制。

第五种，列举或定义式的规定。如第 36 条第 1 款规定宗教信仰自由之后，在第 2 款列举了“强制”和“歧视”两种对宗教信仰的侵害；第 38 条规定“人格尊严不受侵犯”，接着列举“侮辱、诽谤和诬告陷害”之禁止。

## （二）我国宪法权利规范的结构

从上述我国宪法权利条款的大致分类情况来看：第一，我国宪法权利同世界上其它国家宪法权利的规定一样，大部分都是抽象的、原则性规定。第二，我国宪法权利的规定也都不是绝对的，特别是第 51 条的一般性限制条款，其效力可以及于几乎所有的宪法权利。所以，总体而言，我国宪法权利条款的规定，同样可以反映出二战以后世界众多国家宪法权利条款规定的特征，即首先表明宪法权利的初始范围，然后规定对相关权利的限制。

这种文本特征首先反映的是一种宪法权利由规则与原则相结合的规范结构。例如，我国宪法第 36 条第 1 款规定：“中华人民共和国公民有宗教信仰自由”，第 3 款又规定：“任何人不得利用宗教进行破坏社会秩序、损害公民身体健康、妨碍国家教育制度的活动”。这里无论是第 1 款还是第 3 款的法效果都需要在特定的条件下衡量各自的份量才能决定。又如，第 40 规定：“中华人民共和国公民的通信自由和通信秘密受法律的保护”，接着又规定：“除因国家安全或者追查刑事犯罪的需要，……任何组织或者个人不得以任何理由侵犯公民的通信自由和通信秘密”。这里仍然呈现的是规则与原则结合的结构，而不是说只要是追查刑事犯罪就可以限制公民的通讯自由，而是需要通过衡量才能确定。

当然，这种文本特征也可以暗含一种排他性理由的权利结构，不过这里排除的是政府行为的某些理由，而非政府行为的全部理由。例如，国家安全或者追查刑事犯罪的需要可以作为合法的理由与公民的通信自由和通信秘密进行权衡，但是却不可以因保护公民免受不良信息影响而限制，也就是说“除因国家安全或者追查刑事犯罪的需要，……任何组织或者个人不得以任何理由侵犯公民的通信自由和通信秘密”。从理论上讲，我国公民宪法权利不仅仅是一种防御国家的权利，也是一种保障民主商谈的权利，它内含衡量的层次和排他的层次，既是一种“最优化的要求”，也是隔在公民与公共权威间的一道“防火墙”。这道防火墙不是隔离所有进入的行为，而是“筛选”某些进入的行为。

## （三）我国宪法权利推理的可能方式

我国宪法权利条款的“限制性规定”有自己的特点，和美国宪法权利条款文本对权利的规定比较绝对相反，我国宪法权利条款文本中的限制条款比较绝对。除了像上述第四类“确定性限制

条款”外，第51条“一般性限制条款”、第13条“特别限制条款”的规定，似乎也是没有限度的。但是如果真是这样，则宪法规定的相关权利和自由也就没有任何意义了，在现实中，上述理解也不可能真的完全实现。因此，对这些条款的理解就可能有两种方式。

第一种方式注重通过对宪法文本的解释来确定相关概念的性质和范围。如同美国早期的宪法学一样，我国学者也完全走上了“种类区分”而非“程度区分”的道路。例如，在我国宪法和行政法学界出现大量试图对“公共利益”概念加以界定的努力。<sup>[52]</sup>这意味着将我国宪法权利推理看成一种规则推理的模式。这种方式也可以称为“内在构成要件说”。如宪法第51条，以“不得”二字来表达宪法权利与国家利益等的关系，更给人以“排他性”的印象。也就是说，“不得”规定似乎是一种宪法权利成立的内在构成要件。例如，按照这种内在构成要件说，宪法35条规定的“中华人民共和国公民有言论自由”就是一条不完整规范，必须嵌入第51条之例外规定才完整。嵌入后的规范结构为：“中华人民共和国公民有言论自由，除非损害了国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利”。这是一种典型的“如果T，那么R，除非L”的规则逻辑结构。内在构成要件说在我国一定时期或特定形势下往往被人理解为，只要是与“国家的、社会的、集体的利益”相冲突，或者只要是为了“公共利益的需要”，公民的宪法权利就不成立。

第二种方式，即战后世界众多宪法所积极采取的宪法权利限制的外部理论，这种理论要求把权利范围和限制的范围都理解得很广泛，但同时又都是一种弱权利或弱的限制。同样，对权利的侵犯也只应看成是一种初步的侵犯，它依赖于此后的证成。所以，它们之间的冲突被看作是一种原则的冲突，或者是一种程度性竞争的问题。也就是说，宪法权利的界限及其法效果，往往需要通过宪法审查机关根据具体的情景来确定。同样是宪法35条和第51条的关系，它们之间就不是规则构成的确定要件，而是两个竞争性的原则性规范，它们各自的界限或者最终的法效果需要衡量才能确定，即在C条件下，原则P1（言论自由）优于原则P2（国家利益），才有法效果R（言论自由）。当然，这时比例原则的衡量框架和权利结构中的排他性理由的证成就应当成为宪法权利理解和适用的基本方法。

由于我国宪法权利的实施方式目前主要是由国家以立法的方式来进行，其间的推理过程并没有也无法充分显现出来，所以我国宪法权利的结构特征及其推理的方式仍不明朗。虽然宪法学者对大量的宪法事案进行了规范性的分析，但都只是一种学术性的探讨，并不能真正反映我国宪法权利规范的结构和推理方式的实际状况，也无法形成一致的、融贯的宪法权利解释和推理模式。只有当宪法审查机制真正启动起来，这些条款的规范结构和推理方式如何，才会逐步呈现出来。

现在的问题是，上述宪法权利的推理方式主要是在宪法权利审判中发展出来的，因而在没有宪法权利审判机制的国家是否同样具有适用性。当前，全国人大常委会法工委下设立的“法规审查备案室”进入实质性操作阶段，法规审查标准的构建问题已具有突出的紧迫性。其实，无论由哪个机构来实施宪法、监督宪法，都必须分析宪法权利规范的结构、采用某种宪法权利推理的方式。由于历史起源和文化传统的不同，在世界各个法域的宪法实践中，宪法权利推理在结构、形式和技术上不可避免会存在一定的差别，但在最深层次上的要求却是一致的。宪法权利推理应该反映民主和理性的声音。而宪法权利衡量正是一种理性的、民主的政治制度面对一个多元风险社会的慎思态度和能力。因此，一种对宪法权利规范结构及对推理方式的理性化努力，虽然需要预

[52] 参见姜明安：《法律界定“公共利益”的涵义和范围的必要性和可能性》，《法制日报》2004年7月2日；莫于川：《判断“公共利益”的六条标准》，《法制日报》2004年5月27日。其实，公共利益和宪法权利一样往往主要都是原则性的规定，其界限往往只有在特定情境下的衡量才能确定。所以，“公共利益”概念可能并非一个“归类性”概念，而是一个“程度性”概念。

设一系列基本的制度性条件，但最根本的是需要依赖一种理性的国民和理性的政治法律文化，以及理性的国民的民主信任，否则，再好的制度机制也是空中楼阁，再完美的推理方式也会弃之不用。诚如德国联邦宪法法院的前院长赫尔佐克（Roman Herzog）在评价德国基本法及其设立的联邦宪法法院的成就时所言：“在 1949 年基本法生效的时候，德国宪法由 149 个条文组成；今天，40 年以后，德国宪法还附带地由 1.5 万至 1.6 万印刷页的宪法法院判例组成”，并且“归根结底，公民信任是这一制度中唯一的一章”。<sup>[53]</sup>

---

**Abstract:** Since the constitutional rights clauses tend to be highly abstract and generalized, their meaning should be clearly articulated by either legislation drafting or the exercise of constitutional review so as to protect citizens' rights. The process of articulation should not be arbitrary and should be subject to objective reasoning.

The key issue is whether the constitutional rights can be restricted to accommodate other constitutional interests, public policy or other rights. There are two polarized theories concerning to this issue. One contends that constitutional rights are absolutely exclusive, while the other allows the flexibility for balancing. However, the constitutional rights tend to lay out a complicated structure with a combination of exclusiveness and flexibility, as is evident in both the text and application of the majority Constitutions in the world. Consequently, the constitutional right reasoning is a double-layer structure that includes both balancing and non-balancing features.

Thus the initial rights enjoyed by the citizens are not always superior to the public policy. And the restriction of constitutional rights is not always prohibited. The core of the constitutional rights implementation lies on the legitimization of the restriction. And the legal effect of constitutional right norms can not only be judged by the internal characters of rights, but by the balancing of other elements.

Given that in China the primary approach of implementing constitutional rights is through legislation, the structural characters and the reasoning process of those rights have not yet be demonstrated. But this fact relates to the fundamental problems of whether the government wants to protect constitutional rights and whether the citizens can actually enjoy those rights. International experiences tell us that the constitutional rights reasoning should accommodate democratic and rational values. The structure of constitutional right norms and its reasoning model above-mentioned are just the mechanism which can make it.

**Key Words:** norm, principle, the reasoning of constitutional rights, balancing

---

---

[53] [德] 克劳斯·施莱希、斯特凡·科里奥特：《德国联邦宪法法院》，刘飞译，法律出版社 2007 年版，第 561 页。