

基本权利的规范领域和保护程度

——对我国宪法第 35 条和第 41 条的规范比较

杜强强^{*}

内容提要：基本权利的规范领域和保护程度之间存在反比关系：规范领域愈宽，保护程度愈低；规范领域愈窄，保护程度愈高。我国宪法第 35 条规定的言论自由，其规范领域宽于宪法第 41 条规定的监督权，因此宪法对监督权的保护程度高于对言论自由的保护。基本权利对公权力裁量余地的限制，随着所涉及基本权利的不同而有所差异：公权力对言论自由的限制，需要提出充分的理由；对受保护程度更高的监督权的限制，需要提出更强有力的理由。宪法对监督权的高程度保护，体现了制宪者对民主监督的期盼和对民主建设的信心。

关键词：基本权利 言论自由 监督权

宪法以规范和限制公权力为己任。其对公权力的限制有两种模式，一是形式限制，即宪法只规定公权力的行使要件。在这种模式之下，只要公权力的行使符合法定形式即可。二是实质限制，即宪法确立某些目标和对象，公权力必须围绕这些目标和对象，而不能有所偏离。基本权利条款是最重要的实质限制之一。^{〔1〕}它的存在意味着，公权力的行使必须以基本权利为指针，以侵害基本权利的方式来行使公权力为宪法所禁止。

当然，任何宪法所规定的基本权利都是有限的，这说明宪法对公权力的实质限制并不是全方位的。对于公权力来说，基本权利范围之外便是其活动的广阔空间。非但如此，即便在基本权利的范围之内，宪法也没有完全禁止公权力的行使，它只要求公权力对基本权利的限制有充分的理由。对于公民而言，如果其行为在基本权利范围之外，虽然可以自由从事某种行为，但因为不受基本权利的保护，公权力可以随时限制其行为；如果在基本权利范围之内，虽然公权力可以介入限制，但必须提出相应的正当理由。

需要注意的是，宪法对基本权利的规范大都是列举式的。例如我国宪法第二章的名称虽然使

^{*} 首都师范大学政法学院副教授。

本文为 2010 年度教育部人文社会科学青年研究项目“基本权利的规范领域与保护程度研究”（项目批准号：10YJC820024）的阶段研究成果。作者感谢郑贤君教授、张翔副教授、王贵松副教授所给予的指点，亦感谢首都师范大学政法学院研究生陈国飞、陈雷提出的细致意见。

〔1〕 See Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, trans. J. Rivers, Oxford University Press, 2002, p. 349.

用了“基本权利”这个表述，但第二章的条文都是对各类权利和自由的列举，并不存在一个总括性的“基本权利”。这就带来了一个问题：虽然我们说基本权利是对公权力的限制，但各项基本权利条款对公权力的限制程度是否相同？公权力的裁量余地是否因所涉及基本权利的不同而有所差异？本文的核心命题是，宪法对各项基本权利的保护程度并不是无差别的，宪法对某些基本权利的保护程度要高于其他基本权利。因此，对公权力裁量余地的限制，随着所涉及基本权利的不同而有所差异：对有的基本权利来说，公权力的行使需要提出充分的理由；对受保护程度更高的基本权利而言，公权力的行使需要提出更强有力的理由。这就是说，随着基本权利保护程度的增加，公权力的裁量余地相应缩小。

本文选择论述的对象，是我国宪法第35条规定的言论自由和第41条规定的监督权。对这两项基本权利保护程度的比较能够较好地阐述本文的核心命题。正如美国宪法学界长期轻视宪法第1修正案的请愿权而重点关注言论自由一样，〔2〕我国宪法学对宪法第41条规定的监督权亦或多或少有所忽略，不少学者都将其类同于传统宪法学上的请愿权。〔3〕本文认为，宪法第35条言论自由和第41条监督权的规范领域不同，规范方式亦存在差异。宪法对监督权的保护程度高于言论自由，因此公权力对监督权的限制就需要更强有力的理由。宪法对监督权的高程度保护彰显了制宪者对民主监督的期盼和对民主建设的信心。为便于讨论，以下先从一个与本文主题相关的“宪法事例”入手。

一、横幅禁令及其隐含的宪法学问题

2009年11月16日，珠海市市政园林和林业局、珠海市城市管理行政执法局发布《关于在珠海市范围内禁止设置各类横幅标语和影响环境卫生行为的通告》。该通告指出，为了督促、推动全民清洁行动狠抓落实，进一步提升珠海市市容和环境卫生整体水平，决定在全市范围内禁止设置各类横幅标语和影响环境卫生行为，要求“全市范围内各建筑物、构筑物外立面（含面向户外的室内玻璃窗）、城市公共服务设施、树木、人行天桥、立交桥、交通护栏、河道、护坡、围墙上禁止悬挂和张贴各类横幅标语。全市各党政机关、社会团体、企事业单位和个人设置的各类横幅标语，均应在2009年12月10日前全部自行拆除完毕”。

就字义渊源而言，横幅本来是指中国书法中的一种规格，其概念大概出现在清朝中期。《简明书法词典》对横幅的解释是：横挂的长方形字画。〔4〕到了近代之后，它的含义从书法领域溢出，逐渐成为人们通过文字或者图形表达某种意愿的载体。在1919年“五四运动”时，横幅已经成为爱国学生表达意愿反对日本强占山东的方式之一；而1984年国庆时大学生自发打出的“小平您好”的横幅更是为人们所津津乐道。在今天，横幅更多用于商业领域，成为广告宣传的重要载体。当然，无论是表达某种政治观念还是广告宣传，横幅所承载的都是主体所意欲表达的某种信息，而这种信息，在类型上大致属于宪法上的“言论”。换言之，横幅不过是载体，其内容属于“言论”；横幅属于言论的形式，而言论属于横幅的内容。

在本事件中，珠海市有关部门禁止的只是横幅，并没有禁止言论本身。当事人通过横幅可以表达的言论，在横幅禁令生效后依然可以通过横幅之外的方式予以表达。就此而言，对言论形式

〔2〕 See Margo Pave, *Public Employees and the First Amendment Petition Clause*, 90 Nw. U. L. Rev. 304, 307 (1995).

〔3〕 例如林来梵教授这样指出：“监督权”基本上仍近似于或相当于传统宪法学上所说的请愿权。韩大元等：《宪法学专题研究》，中国人民大学出版社2004年版，第405页。童之伟教授则明确将宪法第41条规定的权利称为“请愿权”。童之伟主编：《宪法学》，清华大学出版社2008年版，第220页。

〔4〕 段成桂、陈明兆编：《简明书法词典》，吉林文史出版社1990年版，第80页。

的规制不同于对言论内容的规制。对后者来说，由于它直接禁止某一类别的言论，该种言论的任何形式都属于禁止之列；而对于前者来说，它所禁止的只是言论的特定形式，除此之外的其他形式都在允许之列。因此，规制言论形式的政府行为与直接规制言论内容的政府行为相比，其对言论自由的干涉程度或许要轻微一些。大概正是基于这个缘由，美国宪法实践大致区分言论内容限制（content-based restriction）和无涉内容限制（content neutral restriction），对前者法院要进行严格审查，对后者法院只进行中等程度的审查。^{〔5〕}

当然，将横幅的内容认定为“言论”只是一个初步的判断。如果仔细分析各种横幅，则会发现它所包含的内容并非“言论”一词可以概括，“言论”一词难以涵摄横幅在事实上的差异。就内容看，横幅大体可以分为三种类型：（1）商业广告。这是最常见的横幅内容。由于它制作简便，经济实惠，因此颇受小商小贩的青睐。（2）表达某种意愿。如号召人们选择低碳生活方式、呵护草坪，规劝人们遵守交通规则、礼让排队等等。（3）表达对政府行为的不满。例如云南省昆明市在进行“城中村”改造时，有横幅写着“94号大院不是城中村，坚决反对拆迁”，还有横幅写着“谁搞突击拆迁，谁就破坏安定团结”。这实际上表达了对强拆行为的严重不满和批评。

上述三种类型横幅在宪法学上具有不同的意义。对于商业广告而言，美国最高法院在1976年将其纳入宪法第1修正案的范围之内，但却给予其较低程度的保护。“商业言论（commercial speech）”因此成为一个宪法学上相对独立的言论类别。^{〔6〕}商业广告是否属于我国宪法第35条规定的言论？我国有学者对此作肯定性的意见。^{〔7〕}限于主题，这里不打算详细讨论商业广告的法律性质问题。考虑到1993年全国人大修改宪法时确立了市场经济发展模式，而在市场经济环境下商业广告确具有重要价值，因此似乎可以认为商业广告属于宪法第35条意义上的言论。表达某种意愿的横幅，毫无疑问构成宪法第35条意义上的言论。表达对政府行为不满的横幅，无疑构成宪法第35条意义上的言论，但由于它主要是对政府行为的批评，似乎更合乎宪法第41条监督权的构成要件。批评很难不经由言论进行，所以公民的批评行为同时符合宪法第35条和41条的构成要件，这在法学理论上称作法条竞合。对于法条竞合的处理，通常应适用特别优于一般的原则。^{〔8〕}批评是言论的一种，批评和言论的关系属于特别与一般的关系。因此，对于表达对政府行为不满的横幅而言，其应当适用宪法第41条，而非第35条。

不论横幅是否因其不同内容而被归入宪法的不同条款，它都属于基本权利的行使，此当毋庸置疑。就理论层面而言，基本权利都有其外在限制，无论是言论自由还是监督权，都不意味着当事人可以选择任何时间、任何地点、任何场合以及任何方式去表达其观点。美国联邦最高法院曾经形象地指出：没有人可以为乱闯红灯而找理由说这是社会抗议的一种方式，任何人也都不能将违反交通规则而在纽约时代广场的交通高峰时段举行街道集会当作是言论自由的一种方式。^{〔9〕}自由所隐含的前提是秩序，否则自由亦将不复存在。应当承认，珠海市有关部门的横幅禁令出于政府维护市容环境的动机，而且它在事实上也能够维护市容环境。从宪法学上说，政府有权利追求其环境利益，这甚至是其职责之所在。宪法第26条规定：国家保护和改善生活环境和生态环境，防止污染和其他公害。地方组织法第59条将“环境和资源保护”规定为地方政府的职权之

〔5〕 See Martin H. Redish, *The Content Distinction in First Amendment Analysis*, 34 Stan. L. Rev. 113 (1981). 需要注意的是，由于对言论形式的规制也能对言论本身有相当大的限制，甚至在某些情形下干涉程度还要甚于对言论内容的规制，因此法院对它的审查是中等程度的，而不是最低程度的。See Geoffrey R. Stone, *Content Regulation and the First Amendment*, 25 Wm. & Mary L. Rev. 189, 197 (1983).

〔6〕 See Kathleen M. Sullivan & Gerald Gunther, *Constitutional Law*, 14th ed., The Foundation Press, 2001, p. 1121.

〔7〕 参见赵娟：《商业言论自由的宪法学思考》，《江苏行政学院学报》2009年第4期。

〔8〕 参见张翔：《基本权利的规范建构》，高等教育出版社2008年版，第147页。

〔9〕 Cox v. Louisiana, 379 U.S. 536 (1965).

一。^[10] 优美的环境既有利于人民生活舒适度的提高,对于政府来说也有利于提升地方知名度,对地方发展不无好处。在美国,法院也认为政府为了维护公共场所的美观而有权对言论的方式进行限制。^[11]

然而问题在于,为达到维护市容的目的,珠海市有关部门的横幅禁令没有顾及各类横幅在内容上的不同。诚然,对于市容环境的整洁来说,商业广告的横幅与批评政府行为的横幅没有任何差别。然而,珠海市有关部门能否以限制商业广告的同等理由,来限制对政府行为的批评?换言之,这种把对政府行为的批评等同于一则商业广告的做法,是否具有宪法上的正当性?

二、基本权利的规范领域:宽与窄

本文所使用的基本权利“规范领域”,大体相当于德国法上的“保障范围(Schutzbereich)”,后者是指基本权利所保障的生活领域。^[12] 在保障范围内,基本权利主体的作为或者不作为,都构成“基本权利的行使”。^[13] 当然,一种行为即便落入基本权利的保障范围之内,也不见得最终必然得到宪法的保护,因为如果公权力对该行为的限制具有宪法上的正当性,它将不会受到宪法的保护。但正因为如此,“保障范围”的概念容易引起误解,既然说某种行为落入了基本权利的保障范围,又说它最终没有受到保障,这虽然可以解释得清楚,但似乎总是有些别扭。或许基于这个原因,一些德国法学家如米勒不采“保障范围”的概念,而使用“规范领域(Normbereich)”的表述。^[14] 从通常语义上说,“规范”不是“保护”,规范领域内的事项未必最终会得到保护,这样就避免了用语上的歧义和可能的误解。也是基于这个缘由,本文选择使用“规范领域”这个表述。

判断公民的行为是否落入基本权利的规范领域,对于基本权利案件的解决具有重要的意义,这是宪法保护的“门槛条件”。^[15] 如果公民的行为没有跨过该门槛而落入基本权利规范领域,则公权力对它的干预与基本权利无涉,不生基本权利保护问题;如果跨过,则需要进一步论证公权力对它的干预是否具有宪法上的充分理由,这主要是通过利益衡量的方法,来最终判定基本权利是否实际受宪法的保护。^[16] 从法学方法上说,判断公民的行为是否落入基本权利的规范领域,是一个案件事实的形成过程。在这个过程中,判断者实际上不是在做“单纯事实的陈述,毋宁是考量法律上的重要性,对事实所作的某些选择、解释及联结的结果”。这也就是恩吉施所谓“在大前提与生活事实间之眼光的往返流转”。^[17]

问题的关键是对基本权利规范领域的确定。这里需要注意的是,每一项基本权利所限制的对象绝非所有的国家公权力,而仅仅是公权力的某一方面,正如美国宪法学家肖尔所指出的那样,

[10] 参见乔晓阳、张春生主编:《〈中华人民共和国地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法〉释义及问题解答》,中国民主法制出版社2006年版,第98页。

[11] See *Clark v. Community for Creative Non-Violence*, 468 U.S. 288 (1984), 在该案中美国最高法院宣告禁止示威者在公立公园宿营并不侵犯其第1修正案上的权利。对早先案例的讨论, See Comment: *Zoning, Aesthetics, and the First Amendment*, 64 Colum. L. Rev. 81 (1964)。

[12] 参见李建良:《基本权利理论体系之构成及其思考层次》,载李建良:《宪法理论与实践》(一),学林文化事业有限公司2003年版,第74页。

[13] 前引[8],张翔书,第143页。

[14] 参见前引[1],Robert Alexy书,第196页。英译者将该词译为normative field。对米勒“规范领域”之概念的介绍,参见[德]拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第13页。

[15] See Robert Post, *Recuperating First Amendment Doctrine*, 47 Stan. L. Rev. 1249, 1250 (1995)。

[16] 参见张翔:《基本权利限制问题的思考框架》,《法学家》2008年第1期。

[17] 前引[14],拉伦茨书,第162页。

“并非所有的案件都是第1修正案上的案件”，^[18] 否则宪法也没有必要列举式规定基本权利，只规定一项总括性的“基本权利”就可以了。因此，各项基本权利都有其各自的规范领域，其领域的界限虽然并非绝对清晰明确，但还是大致可以确定。对基本权利规范领域的划定因此成为宪法学上的重要问题，“第1修正案的历史，就是厘定其边界的历史”。^[19] 从宪法保护基本权利的价值取向出发，在界定基本权利规范领域的时候，不妨把规范领域尽量划得宽泛一些。不过宽泛也有其限度，不能说基本权利的规范领域是“宽泛的、没有边界的、存在无限可能性的”。^[20] 就宪法第35条规定的言论自由而言，其规范领域为“言论”，但并非任何言语行为都可以主张落入言论自由的规范领域。霍姆斯在1919年曾这样告诫：“宪法第1修正案禁止管制自由言论的立法，但它没有，而且其目的也显然不在于给予任何使用语言的行为以豁免权。”^[21] 美国最高法院也在一个案件中宣称，“我们不接受这样的看法，认为只要当事人意欲通过其行为表达某种观点，那么凡此种种的行为都可以被贴上‘言论’的标签。”^[22] 实际上，人们的生活无时不在使用语言，但这并非要将人们的生活全部纳入宪法第35条的规范领域。人们使用语言来表达情感，表达某种意愿，表达对野蛮拆迁行为的批评，人们也使用语言来订立合同，来串通定价；犯罪分子也利用语言来教唆犯罪，传授犯罪方法，在法庭做伪证。如果说传授犯罪方法因为使用了语言，就将其纳入宪法第35条的规范领域，因此还要进行言论自由上的考量，这恐怕难以说得过去。

主张基本权利规范领域无比宽泛的学者认为，规范领域的宽泛和最终的保护不同。对于规范领域而言，艺术家可以主张其杀人行为是宪法上的艺术自由，而小偷也可以主张其盗窃行为归属于劳动权的规范领域，“只不过他们的主张在与相冲突的他人的生命权、财产权作利益衡量之后没有被支持而已”。^[23] 换言之，保护与否的关键在于利益衡量，只要把握好这个关节，规范领域的界定即便无比宽泛也不碍事。这种观点具有其理论上的一致性，但其解释力依然有限。例如在美国宪法上，焚烧国旗被认定为“象征性言论”，受宪法言论自由的保护，^[24] 而作伪证却被排除于宪法保护之外，尽管伪证大都需要使用语言。按照上述理论，宪法保护的关键在于利益衡量，经过利益衡量，“象征性言论”得到宪法的保护，而伪证不受宪法保护。不过，利益衡量总是需要某种标准，例如“明显而即刻的危险（clear and present danger）”、^[25] “迫切的政府利益（compelling governmental interests）”等。^[26] 但是，让人殊难相信，一个小小的法庭伪证具有的“明显而即刻的危险”竟然比当众焚烧国旗所造成的危险还大，而维护国旗尊严所具有的“迫切的政府利益”居然小于对法庭秩序的维护。^[27] 因此，问题的关键并不是利益衡量，而是伪证这样的“言论”根本不会进入利益衡量的过程，法院根本不会拿保护伪证所带来的言论自由的利益去和

[18] See Frederick Schauer, *Categories and the First Amendment: A Play in Three Acts*, 34 Vand. L. Rev. 265, 267 (1981).

[19] See Frederick Schauer, *The Boundaries of the First Amendment: A Preliminary Exploration of Constitutional Salience*, 117 Harv. L. Rev. 1765 (2004).

[20] 前引 [8]，张翔书，第144页。

[21] *Frohwerk v. United States*, 249 U.S. 204, 206 (1919).

[22] *Spence v. Washington*, 418 U.S. 405, 409 (1974).

[23] 前引 [8]，张翔书，第152页。

[24] *Texas v. Johnson*, 109 S. Ct. 2553 (1989).

[25] 例如美国联邦法院著名法官汉德（Hand）对“明显而即刻的危险”标准的适用解释为：“在每一个案件，法院必须问，‘祸害’的严重程度——因其不可能发生而有所降低——是否足以证明这种对言论自由的干预为避免危险所必需”。See *United States v. Dennis*, 183 F.2d 201, 212 (2d Cir. 1950)。这实际上就是一种利益衡量方法。汉德法官的上述见解亦为美国联邦最高法院所接受，See *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494, 510 (1951)。

[26] See Stephen E. Gottlieb, *Compelling Governmental Interests: An Essential but Unanalyzed Term in Constitutional Adjudication*, 68 B.U. L. Rev. 917 (1988).

[27] 前引 [18]，Frederick Schauer文，第271页。

司法秩序进行衡量。换言之，伪证根本不在言论自由的规范领域之内。

从另一个方面说，宪法第35条似乎也没有取代其他基本权利条款的功能。人们不至于拿宪法第35条去主张人身自由和隐私权。例如人们私下的谈话，尽管也属于通常含义上的“言论”，但它原则上并不属于言论自由的规范领域，不受宪法第35条的保护。这并不是说人们的私下谈话不值得保护，而只是说对这种私下谈话的保护并不是宪法言论自由条款的目的，说它落入隐私权的规范领域似乎更为适当。^{〔28〕}反过来说，如果宪法第35条成为“万金油”式的条款，能够为人们的各种行为提供保护，则言论自由作为一项独立基本权利的必要性将大大降低。

因此，基本权利的规范领域总有其大致的边界，各项基本权利的规范领域总有大小之分。吴庚教授认为，界定基本权利的规范领域，“不外应衡酌日常生活的观念，传统意涵以及前瞻的思考作合理解释”。^{〔29〕}李建良教授认为，对基本权利规范领域的界定，应当“分析各该规范之文义，并探知其发展沿革、特性及体系，再参酌社会统念与价值秩序，以作出妥善之界定”。^{〔30〕}不管怎样，对基本权利规范领域的界定，首先不能离开宪法的文本规定，这是制宪者的选择，必须予以尊重。^{〔31〕}但因为宪法文本规定过于概括，对规范领域的界定也不能离开其规范目的和规范背后的理论。^{〔32〕}

回到我国宪法第35条和第41条的规范领域。对于这两项基本权利的规范目的和其体现的理论，将留在后面讨论，这里先分析其基本文义。宪法第35条规定的言论自由，其使用的表述是“言论”，而宪法关于全国人大代表免责特权的規定，使用的术语是“发言”。从日常用语的角度看，“发言”和“言论”似乎没有什么大的不同，如果我们以“言论”二字替换宪法第75条的“发言”，似乎并不会过分曲解制宪者的意图。不过宪法第75条倒是明确规定了发言的场合：各种会议上。换言之，发言须指向特定或者不特定的受众。如果以此来解释宪法第35条，或许可以这样说：无论是发言，还是言论，都具有将自己的观点传达给受众的功能。换言之，宪法第35条保护的主要在于信息的相互交流，它既着眼于说者的利益，也着眼于听者的利益。因此，个人的自言自语，虽然从通常语义上说也是一种言论，但它并不是宪法第35条含义上的言论。就此似乎可以划定言论自由的规范领域：只要涉及信息的交流，都属于言论自由规范的领域。

宪法第41条使用的表述是“批评、建议、申诉、控告和检举”。为论述的简便起见，这里只分析“批评”。从通常文义上说，批评是一种否定性的评价，它既可以是书面的，也可以是口头的。因此，它与言论具有密切的关系，也可以说批评就是作否定性评价的言论。当然，在外延上，言论不限于否定性的评价，也包括肯定性的评价，以及单纯的事实陈述。这就是说，言论自由的规范领域涵盖了批评权的规范领域。另外，宪法第41条还限定了批评权的对象：国家机关和国家工作人员，这进一步明确限定了批评权的规范领域。按照这个限定，只有对国家机关和国家工作人员的否定性评价，才构成宪法第41条意义上的批评，而对其他人的否定性评价，不构成批评权的行使，但因为它属于信息的交流，属于言论自由的规范领域。至此或许可以有一个简单的结论：就我国宪法第35条和第41条的文义而言，言论自由的规范领域要比监督权的规范领域宽泛。

从理论上说，基本权利规范领域的宽窄影响到其受保护的程度。德沃金曾主张区分原则的作

〔28〕 See T. M. Scanlon, *Freedom of Expression and Categories of Expression*, 40 U. Pitt. L. Rev. 519, 521 (1979). 但相反的观点，See Frederick Schauer, “Private” Speech and the “Private” Form: *Givhan v. Western Line School District*, 1979 Sup. Ct. Rev. 217, 234.

〔29〕 吴庚：《宪法的解释与适用》，三民书局2004年版，第128页。

〔30〕 前引〔12〕，李建良书，第80页。

〔31〕 参见张翔：《宪法学为什么要以宪法文本为中心》，《浙江学刊》2006年第3期。

〔32〕 See Frederick Schauer, *Must Speech Be Special?*, 78 Nw. U. L. Rev. 1284, 1298 (1983).

用范围 (range) 和它的力量 (force), “一条原则的适用范围越狭窄, 说它是绝对的也就越有道理”。〔33〕反过来说, 一项原则的适用范围过于宽泛, 则其作用力将大打折扣。这个原理也适用于基本权利领域, 因为基本权利规范本身具有原则的属性。〔34〕例如在德国基本法上, 既有各单项自由权, 例如住宅自由、意见自由等的规定, 也有一般自由权 (the general right to liberty), 此即德国基本法第 2 条第 1 项规定的人格发展权。从逻辑关系上说, 一般自由权当然涵盖各单项自由权, 因为“几乎没有不被这项基本权所涵括的人之行为”。〔35〕但正因为如此, 各单项自由权, 例如住宅自由的保护程度当然要高于一般自由权对住宅的保护。〔36〕正是在这个意义上, 美国宪法学家肖尔提出应区分基本权利的涵盖范围 (coverage) 和保护程度 (protection)。〔37〕“当一条原则或者一项权利并不适用于所有情形时, 它在适用上可能就具有绝对性。”〔38〕由此, 我们可以有一条原则性的判断: 一项基本权利的规范领域愈广, 则其保护程度愈低; 规范领域愈窄, 则其保护程度愈高。

三、基本权利的保护程度: 强与弱

我国宪法关于言论自由和监督权的规范方式有所不同, 这种不同的规范方式显示了制宪者不同的价值判断, 也表明了宪法的不同保护程度。言论自由规定于宪法第 35 条, 但宪法第 35 条并没有规定对它的限制, 其限制规定于宪法第 51 条, 即“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”。宪法第 51 条明确了限制基本权利的理由, 这些理由实际上可以归入公共利益的范畴。〔39〕就规范方式而言, 宪法首先规定了言论自由这项基本权利, 然后规定了对它的限制, 即不得损害公共利益。换言之, 至少就宪法第 35 条而言, 宪法认为权利和权利的限制在逻辑上是两个不同的问题。这是典型的“外部理论”的思考方式。这种思考方式将权利问题的解决划分为两个阶段: 首先确定权利的构成问题, 即何种行为构成权利的对象; 然后再确定权利限制问题, 即根据公益的需要判断何种权利主张不能得到宪法的支持。〔40〕

从宪法学理论上说, 宪法第 51 条对言论自由的限制, 属于典型的单纯法律保留, 即宪法授权立法者出于维护“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”的必要, 而对言论自由进行限制。由于它是宪法授权立法者对基本权利进行限制, 因此属于间接限制。单纯法律保留是立法者获得宪法信任的表现, 在此之下立法者的裁量权比较宽泛; 只要限制基本权利的立法不违反比例原则, 则当属合宪。与此不同的是加重法律保留的限制模式。在加重法律保留之下, 立法者尽管也获得了宪法授权, 但其限制性立法必须合乎宪法预先设定的条件。例如, 宪法第 40 条就是典型的加重法律保留模式。立法者尽管有权对通信秘密和通信自由进行限制, 但

〔33〕 [美] 德沃金:《认真对待权利》, 信春鹰、吴玉章译, 中国大百科全书出版社 1998 年版, 第 344 页。

〔34〕 前引〔1〕, Robert Alexy 书, 第 44 页。

〔35〕 [德] 康德拉·黑塞:《联邦德国宪法纲要》, 李辉译, 商务印书馆 2007 年版, 第 332 页。

〔36〕 前引〔1〕, Robert Alexy 书, 第 247 页。

〔37〕 See Frederick Schauer, *Can Rights Be Abused?*, 31 Phil. Q. 225, 229 (1981); Frederick Schauer, *Free Speech: A Philosophical Enquiry*, Cambridge University Press, 1982, p. 89.

〔38〕 See Frederick Schauer, *Speech and “Speech” — Obscenity and “Obscenity”*: An Exercise in the Interpretation of Constitutional Language, 67 Geo. L. J. 899, 903 (1979).

〔39〕 参见前引〔8〕, 张翔书, 第 62 页。

〔40〕 同上书, 第 144 页。从比较宪法的角度看, 加拿大 1982 年《权利和自由宪章》也是将权利和权利的限制分别予以规定的。加拿大大学者对此的讨论, See Roger A. Shiner, *Freedom of Commercial Expression*, in W. J. Waluchow (ed.), *Free Expression: Essays in Law and Philosophy*, Clarendon Press, 1994, pp. 92—93.

其限制性立法必须合乎宪法预定的条件,即“因国家安全或者追查刑事犯罪的需要,由公安机关或者检察机关依照法律规定的程序对通信进行检查”。如果立法机关制定的法律授权公安机关或者检察机关之外的主体对公民的通信进行检查,这样的立法即因不符合宪法预定的限制条件而不能主张合宪。宪法预设了限制基本权利的条件,而加重保留模式“是宪法对其保障有进一步的注重”。〔41〕从这个意义上说,单纯法律保留限制模式之下的基本权利,对公权力尤其是立法权的限制力相当有限,其保护程度因此也不会很高。

宪法第41条关于监督权的规范方式与第35条相去甚远,它的重要特点是宪法对它的限制明确载于同一条文之中,即监督权的行使“不得捏造或者歪曲事实进行诬告陷害”。这一限制条款指向的对象仅仅是监督权。相比之下,第51条的限制指向的对象并不限于第35条规定的权利,它也适用于第37条(人身自由)、第39条(住宅权)等基本权利。第51条是一种概括式的基本权利限制方式,而第41条则是一种区别式的限制方式。〔42〕就此而论,第41条规定的限制是宪法的直接限制。当然,这里所谓宪法的直接限制,并不意味着立法权毫无用武之地。第41条的直接限制条款具有原则的属性,例如何谓“捏造”、“歪曲”和“诬告陷害”,都需要立法者进一步明确化。这种明确化的过程依然离不开必要的利益衡量。〔43〕需要特别指出的是,第41条规定的限制,是制宪者基于维护公共利益的对监督权的明确限制。也就是说,制宪者在规定该限制条款时,已经作过公共利益上的衡量,因此立法者在具体化立法时,只能对宪法直接规定的限制进行再具体化,而不能再度作第51条意义上的利益衡量,否则宪法直接限制与间接限制之分就没有了任何意义。这大大限制了立法裁量的范围,从这个意义上说,第41条的保护程度自然高于第35条。

宪法第41条将“不得捏造或者歪曲事实进行诬告陷害”作为限制监督权的理由,进一步限制了立法裁量的范围。从宪法修改的情况看,第41条最初的草案曾规定“任何人不得捏造、诬陷和诽谤”,但宪法修改委员会在讨论中认为,既要规定人民的民主权利,又说不能诬陷和诽谤,“那么人家就不敢提意见了,提意见就是‘诬陷’、‘诽谤’”,因而最后删去了“诽谤”的表述。〔44〕第41条没有将“诽谤”规定为限制理由,或许可以看作是对立法裁量权的特别限制,即立法者在对第41条作具体化立法时,不能将名誉权作为限制监督权的理由。当然,这并不意味着国家工作人员的名誉权全然不受保护,但至少可以说其名誉权只能得到较低程度的保护。也就是说,在名誉权和监督权之间,宪法更倾向于保护监督权。借用美国宪法学上的术语,可以说监督权处于优越的地位(preferred position)。〔45〕这也是国家工作人员名誉权受限制的宪法原理。反观第51条,由于它明确将“其他公民的合法的自由和权利”作为限制理由,而名誉权即属于这里的“自由和权利”,立法者完全可以以名誉权作为限制公民言论自由的理由。也就是说,在公民的言论自由和名誉权之间,宪法并没有确定何者处于优越地位。

从通常语义看,所谓“捏造”即无中生有,而“歪曲事实”则指向虚假的事实陈述。因此,宪法是以真实与否作为区分的标准。但这里的真实只是原则性的真实,不需要绝对的准确,“因为提意见、控告时,事实不一定百分之百的准确,或者基本上准确,也许个别事实上不清楚,但

〔41〕 陈新民:《德国公法学基础理论》下册,山东人民出版社2001年版,第351页。

〔42〕 关于概括式的限制方式与区别式的限制方式,同上,陈新民书,第350页;前引〔8〕,张翔书,第63页。

〔43〕 前引〔1〕,Robert Alexy书,第186页。

〔44〕 肖蔚云:《论宪法》,北京大学出版社2004年版,第113页;亦参见许崇德:《中华人民共和国宪法史》,福建人民出版社2003年版,第640页。

〔45〕 Jones. v. Opelika, 316 U. S. 584, 608 (1942). 在本案中美国联邦最高法院首席大法官斯通宣称美国宪法第1修正案保护的权利处于优越的地位。

不是有意把明明是白的偏说成是黑的”。〔46〕从某种程度上说，宪法第 41 条的含义可以从 1979 年刑事诉讼法的有关规定来找到理解的线索。该法第 60 条规定：接受控告、检举的工作人员，应当向控告人、检举人说明诬告应负的法律 responsibility；但是，只要不是捏造事实，伪造证据，即使控告、检举的事实有出入，甚至是错告的，也要和诬告严格加以区别。1979 年刑事诉讼法的制定机关与 1982 年宪法的制定机关同为五届全国人大，刑事诉讼法的上述规定对于宪法第 41 条含义的确定具有重要的参考作用。在 1982 年宪法的修改过程中，宪法修改委员会曾一度将现行宪法第 41 条的限制条款改为“任何人不得捏造或者歪曲事实蓄意进行诬告陷害”，虽然正式公布的条文删除了“蓄意”二字，但“捏造”、“歪曲事实”、“诬告陷害”等语词还是可以表明，其在主观方面不同于错告行为的一般过失。总之，宪法第 41 条并不要求当事人的控告完全客观真实，“错告”的过失行为也在宪法的保护之列。换言之，在监督权和国家工作人员的名誉权之间，宪法的立场十分明确：宁可失之于对国家工作人员名誉权保护的疏漏，而不可失之于对监督权生存空间的挤压。

上述言论自由与监督权在保护程度上的差异可以简单总结如下：（1）宪法对言论自由的规范采取单纯法律保留模式，而对监督权则采取直接限制方式。后者对立法裁量的限制要超过前者。（2）宪法没有将名誉权作为限制监督权的理由，但却将它作为限制言论自由的理由。（3）监督权的行使虽然“不得捏造或者歪曲事实进行诬告陷害”，但宪法并不要求绝对的真实，因此“错告”亦在保护之列。结合上述三点，可以认为，宪法对监督权的保护程度要高于言论自由。这种不同可以用无差异曲线的形式予以描述：

图 二

在图 1 中，曲线 a 代表监督权，曲线 b 代表言论自由。对于等量的公共利益（M）而言， $M_a > M_b$ ，即 M_b 的限制程度严厉于 M_a 的限制程度。b 曲线以更多的个人自由换取了等量的公共利益，这显示出 a 曲线要比 b 曲线对个人自由的保护程度更高。换言之，相同量值的公共利益对言论自由的克减量，要大于对监督权的克减量。这就表示，规范领域较宽的言论自由的保护程度，要低于规范领域较窄的监督权的保护程度。如果将宪法第 75 条规定的全国人大代表免责特权纳入讨论的范围，则上述反比关系更为清晰。人大代表免责特权仅限于全国人大代表在全国人民代表大会各种会议上的发言，其规范领域非常狭窄，但宪法规定“不受法律追究”，这至少在原则上说是一种绝对的保护。

上述无差异曲线还能够表明基本权利不同的保护程度之于立法裁量权的反比关系，如图 2 所示。从原则上说，立法裁量权的范围愈大，则表示立法者维护公共利益的手段越多。为简便起见，我们可以用立法裁量权的量值来表示公共利益的量值。在图 2 中，对于曲线 a（监督权）和 b（言论自由）而言，等量的自由 T 对立法裁量权的克减量是不同的，即 $T_a > T_b$ 。相同量值的言论自由对立法裁量权的克减量，要小于相同量值的监督权对立法裁量权的克减量。这就意味着，对于等量的言论自由和监督权而言，由于监督权的保护程度更高，立法机关需要比限制言论自由更多的证立理由来限制监督权。立法机关不能以限制言论自由的同等理由来限制监督权。回到文章第一部分提到

〔46〕 前引〔44〕，肖蔚云书，第 113 页。在我国司法审判中，有法院对此作出了明确的判断。在邵宏升不服厦门市公安局集美分局治安管理处罚决定案中，厦门市集美区人民法院指出：检举权是宪法赋予公民的基本权利，为了保障公民充分地行使这一民主权利，公民在行使检举权时，对其行为应享有充分的豁免权。因此，并不应强求其所检举的情况一定属实，国家机关亦不能仅因检举人所反映情况与事实有所出入便对其科以处罚，否则，公民对政府的信任会丧失殆尽，亦与我国的民主法治建设背道而驰。最高人民法院中国应用法学研究所编：《人民法院案例选》（2004 年行政 国家赔偿专辑），人民法院出版社 2005 年版，第 24 页。

的珠海禁幅令,或许可以得出结论说,珠海市政府有关部门有权以美化环境的理由禁止商业广告类的横幅,甚至可以禁止一般言论的横幅,但它不能以同样的理由来限制批评政府行为的横幅。

四、规范目的与政治理论

纽约时报案是美国极重要的言论自由案件,这个案件郑重宣告,“我们对本案的讨论,须考虑到国家对下述原则的深刻笃信,即关于公共问题的辩论应当是不受约束、坚定和敞开的,它可以包括对政府和政府官员进行猛烈、尖锐,有时毫不留情的攻击”,而保护人民批评政府和政府官员的言论,乃宪法第1修正案的核心含义。^[47]按照美国宪法学家卡尔文的说法,纽约时报案是最高法院在言论自由领域写出的最好和最重要的判词,它预示了最高法院宪法理论的重大转向。^[48]在卡尔文看来,最高法院对纽约时报案的判决,显示出法院接受了米克尔约翰的言论自由理论。米克尔约翰认为,“言论自由的原则,……来自于美国人民的基本约定,即公共问题应当由普通大众作出决定”。因此之故,与人民自治有关的言论,应受到宪法第1修正案的绝对保护,而与人民自治无关的言论,则在宪法第1修正案的范围之外,只要政府遵循正当程序就可以进行管制。^[49]当然,如果细抠米克尔约翰的话,则意味着文学、艺术、哲学、美学等著作也不受宪法第1修正案的保护。米克尔约翰显然认识到了这一点,他后来发表的论文中承认宪法第1修正案也保护文学艺术创作,因为无论是文学艺术还是哲学,都能开启民智增进理性,而这更有助于达到人民自治的目的。换言之,宪法之所以保护文学艺术和哲学创作,依然是因为它们能促进自治。^[50]

米克尔约翰的理论,即人民自治的理论,仅仅是美国言论自由的一种理论。除此之外,还有发现真理理论,即认为言论自由乃发现真理不可或缺的途径;自我实现理论,认为言论自由有助于个人的自我实现和自主,等等。^[51]这些理论的用意都在于挖掘宪法言论自由条款的目的和价值,从而为司法裁判提供理论支撑。“言论行为”存在于人类生活的方方面面,但并不是任何言语行为都受宪法的保护,而上述理论即在于判断何种言论能落入宪法规范的范围,何种言论须得到高度的保护,何种言论只应得到较低的保护。例如,就日常语义来说,淫秽作品当然属于言论的一种,但它绝非能够发现真理,因此它不在宪法的规范领域之内,更遑论对它的保护了。政治性言论能够促进人民自治,发现真理,亦有助于个人的自我实现,因此它应受到宪法的较高保护;商业广告与上述目的无关,它的功能在于提供人民必要的市场信息,因此虽能得到保护,但其保护程度较低。^[52]

我国宪法学并没有细致探讨宪法第35条规定的言论自由所体现的宪法目的,因此在很多时候,宪法学者都是以日常语义来界定宪法上“言论”的范围。例如,有学者主张第35条并没有

[47] *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 273 (1964).

[48] See Harry Kaven, *The New York Times Cases: A Note on "The Central Meaning of the First Amendment"*, 1964 Sup. Ct. Rev. 191, 208.

[49] See Steven Shiffrin, *Defamatory Non-Media Speech and First Amendment Methodology*, 25 UCLA L. Rev. 915, 917 (1978).

[50] See Alexander Meiklejohn, *The First Amendment is An Absolute*, 1961 Sup. Ct. Rev. 257. 米克尔约翰的理论在美国具有重要的影响,很多学者都不约而同地主张,宪法第1修正案原则上只保护政治性言论,对非政治性言论原则上不予保护。See Lillian R. BeVier, *The First Amendment and Political Speech: An Inquiry into the Substance and Limits of Principle*, 30 Stan. L. Rev. 299, 300 (1978).

[51] See Kent Greenawalt, *Free Speech Justifications*, 89 Colum. L. Rev. 119 (1989).

[52] See Kathleen M. Sullivan, *Cheap Spirits, Cigarettes, and Free Speech: The Implications of 44 Liquormart*, 1996 Sup. Ct. Rev. 123, 126.

将商业言论排除在外，^[53] 不过没有论证我国宪法为什么也要保护商业言论。这种以日常语义来界定宪法概念的方法，可能会引起诸多的困惑和问题。就商业言论而言，目前美国法院明确保护的商业言论，实际上仅限于商业广告，但商业言论的范围远比商业广告要宽泛得多，这是连美国学者都承认的事实。^[54] 反垄断法上当事人串通定价需要使用语言、证券法上上市公司披露信息需要使用语言，它们无一不构成日常语义上的“商业言论”，但美国最高法院从来不认为它们也跟商业广告一样受宪法的保护。^[55] 如果以通常语义来界定“言论”，其必然结论是宪法也需要保护上述“言论”，而这既与事实不符，也难以在理论上论证。

这里没有必要详细检视我国宪法第 35 条所追求的目的和体现的理论，本文需要论证的是，宪法第 41 条为何给予监督权以高度的保护。本文认为，1982 年宪法修改的主导思想之一，就是特别重视人民对国家权力的监督；对于监督权，或许可以说，宪法主要是从人民管理国家事务的角度，而不是从消极自由的角度来建构的。^[56] 1980 年 9 月 17 日，邓小平发表了《党和国家领导制度的改革》的重要讲话，他在这个讲话中郑重提出，中央将向全国人大提出修改宪法的建议，新的宪法要能够切实保证人民真正享有管理国家各级组织的权利：“要有群众监督制度，让群众和党员监督干部，特别是领导干部。凡是搞特权、特殊化，经过批评教育而又不改的，人民就有权依法进行检举、控告、弹劾、撤换、罢免，要求他们在经济上退赔，并使他们受到法律、纪律处分。”^[57] 而在此之前，邓小平在中央工作会议上发表的《解放思想，实事求是，团结一致向前看》的著名讲话中更是直接谈到了人民对政府的批评问题：“人民群众提出的意见，当然有对的，也有不对的，要进行分析。党的领导就是要善于集中人民群众的正确意见，对不正确的意见给以适当解释。对于思想问题，无论如何不能用压制的办法，要真正实行‘双百’方针。一听到群众有一点议论，尤其是尖锐一点的议论，就要追查所谓‘政治背景’、所谓‘政治谣言’，就要立案，进行打击压制，这种恶劣作风必须坚决制止。毛泽东同志历来说，这种状况实际上是软弱的表现，是神经衰弱的表现。”^[58]

基于上述指导思想，1982 年宪法关于监督权的规定，要比之前的三部宪法更为详尽，保护程度更高。首先，宪法第 3 条第 2 款规定：全国人民代表大会和地方各级人民代表大会都由民主选举产生，对人民负责，受人民监督。宪法第 41 条之批评权和建议权的规定，是人民代表大会接受人民监督的重要形式，它构成了我国人民代表大会制度的必要内涵。^[59] 其次，诚如邓小平同志所言，人民的意见不可能都正确，因此，正确与否并不是判断人民意见是否有价值的标准，更不是法律保护与否的尺度，即便人民的意见不正确也不能进行压制。也许我们可以说，这就是宪法第 41 条第 1 款的精义。最后，人民有权对政府进行“尖锐”的批评，邓小平同志使用的这个措辞与美国最高法院纽约时报案的判词竟是一字不差。这种尖锐批评正是人民监督政府的有效方式，因此宪法第 41 条第 2 款规定“对于公民的申诉、控告或者检举，有关国家机关必须查清

[53] 参见前引 [7]，赵娟文。

[54] See Steven Shiffrin, *The First Amendment and Economic Regulation: Away from a General Theory of the First Amendment*, 78 Nw. U. L. Rev. 1212, 1214 (1983).

[55] 对该问题的细致梳理，参见前引 [19]，Schauer 文，第 1780 页。

[56] 毛泽东当年对黄炎培说：只有让人民起来监督政府，政府才不敢松懈；只有人人起来负责，才不会人亡政息。黄方毅：《毛泽东黄炎培当年延安话民主》，《新华文摘》1990 年第 4 期。这也是从人民管理国家事务的角度来界定监督权的。

[57] 邓小平：《党和国家领导制度的改革》，载中共中央文献研究室编：《三中全会以来重要文件选编》上册，人民出版社 1982 年版，第 484 页。

[58] 邓小平：《解放思想，实事求是，团结一致向前看》，载中共中央文献研究室编：《三中全会以来重要文件选编》上册，人民出版社 1982 年版，第 23 页。

[59] 参见许崇德主编：《中国宪法》，中国人民大学出版社 1996 年版，第 143 页。

事实,负责处理。任何人不得压制和打击报复”。总之,宪法第41条所规定的权利体现了人民对于国家事务的积极参与,彰显了人民对于国家事务管理的“主动身份”,^[60]其属性显然不同于言论自由等消极权利。^[61]它体现了人民当家作主的社会主义民主原则,充分凸显了社会主义宪法的特色。由此,也就不难理解宪法对它的高度保护了。

Abstract: The coverage and protection of constitutional rights are logically different questions. Only when the conduct of individual falls within the coverage of constitutional rights, then the question whether the conduct is protected by the constitutional law arises. Thus, delineating the coverage of constitutional right is the threshold question implicit in every constitutional right case.

There is an inverse relation between the coverage of constitutional right and its protection, that is, the less limited range of the coverage, the less protection awarded by the constitution, and the more limited range of the coverage, the more protection by the constitution. Because free speech is broader than criticism in ordinary meaning, the coverage of § 35 (free speech) of Chinese Constitution is broader than that of § 41 (supervision right). Thus the constitutional protection of supervision right is higher than that of free speech.

With the different protective degree for free speech and supervision right, the limitation on governmental discretion also differs. To limit supervision right which is highly protected, the exercise of governmental power must provide more compelling justification than to limit freedom of speech. The higher protection of supervision right embodies the purpose and intention of the framers of Chinese Constitution, that is, the expectation of democratic supervision and the confidence in democratic construction, which is the outstanding characteristic of socialist constitution.

Key Words: constitutional right, freedom of speech, supervision right

[60] “主动身份”乃德国法学家耶里内克提出的重要概念。对耶里内克身分理论的细致阐述,参见李建良:《基本权利的理念变迁与功能体系:从耶里内克“身分理论谈起”》,《宪政时代》第29卷第1、2期;徐以祥:《耶里内克的公法权利思想》,《比较法研究》2009年第6期。

[61] 言论自由有某种受益权的属性(参见前引[8],张翔书,第79页),但它主要是一种消极性的防御权。例如有人指出:美国宪法第1修正案的核心作用在于预防政府扭曲公共对话,而不在于去增加言论的数量。See Lillian R. BeVier, *Rehabilitating Public Forum Doctrine: In Defense of Categories*, 1993 Sup. Ct. Rev. 79.