

比例原则的权利内置论

于 柏 华^{*}

摘 要:比例原则在合宪性审查中的应用导致宪法权利的通胀,这构成人们质疑比例原则此种应用的正当性的重要理由之一。从权利的概念论角度看,运用比例原则进行合宪性审查有其理论根据。比例原则在一般正义理念中具有构成性地位。权利作为正义的切面,同样体现了比例原则。在一般意义上,权利是一种以个人利益为起点、以他人负担义务为终点的实践推理过程。这种实践推理遵循比例原则,在这个意义上比例原则是权利的构成要素。权利仅具有“有条件的阻断性”,权利的结论意义与初显意义两者结合在一起构成权利的完整形态。由此观之,比例原则与宪法权利是一体之两面,运用比例原则确定宪法权利的合理界限的过程,同时也是基于宪法权利为相关实践问题给出结论的过程。

关键词:权利 实践推理 比例原则 宪法权利

一、比例原则的权利概念问题

20 世纪中叶以来,全球宪制最为显著的特征就是,比例原则作为一种合宪性审查方法的全球化。^①比例原则在合宪性审查中的应用起始于第二次世界大战后德国的宪法实践,后来传播到欧洲各国、南美诸国、亚洲诸国以及加拿大、以色列、新西兰、澳大利亚等国家和地区。有论者甚至认为:“比例原则是合宪性的普适标准,是每一部宪法文本的实质的、不可避免的组成部分”,^②宪法进入了“合比例时代”。^③近十几年来,我国宪法学界也着力借鉴比例原则的分析方法,依此评判国家行为的

^{*} 浙江工商大学法学院讲师

基金项目:国家社会科学基金项目(16BFX083)

^① See Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, Translated by Doron Kalir, Cambridge University Press, 2012, p. 7. “比例原则”是“Proportionality”的一种译法,根据语境也可以将其译为“合比例”“合比例性”“合比例分析”等,下文在相同意义上使用这些语词。

^② David M. Beatty, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford University Press, 2005, p. 162.

^③ Vicki C. Jackson, *Constitutional Law in an Age of Proportionality*, 124 *The Yale Law Journal*, 3094(2015).

合宪性。^① 运用比例原则评判国家行为的合宪性是比例原则制度化应用的一种方式。^② 依照比例原则的要求,在判断国家对基本权利的限制措施是否合宪时,需要考虑以下几方面因素:(1)限制措施是否实际上对基本权利所保护的利益造成损害;(2)限制措施是否具有正当目的;(3)限制措施能否实现该目的;(4)限制措施是否造成不必要的损害;(5)限制措施所欲实现的目的在重要性上是否超过基本权利受到的损失。当下,尽管比例原则的此种制度化应用普遍存在,但在其正当性上人们仍然存有疑问。这不仅是因为美国这个在合宪性审查实践上具有先行性、代表性的国家目前仍未明确接受比例原则,^③更重要的是,比例原则的实际应用效果给人们的传统观念带来一定的冲击,其中最主要的冲击来自它所导致的宪法权利的通胀现象。^④

综观各国的合宪性审查实践,在那些接受比例原则、基于比例原则保障宪法权利的国家,普遍出现宪法权利的通胀现象。一方面宪法权利的保护范围大大扩张了,其保障对象不再限于生命、健康、言论自由、宗教信仰、财产等重要的利益。在广场上喂鸽子,在公共林地里骑马,这些不太重要的利益也成为宪法权利的保护对象。另一方面,在保护范围扩张的同时,宪法权利的刚性也大大降低,开始“贬值”。在基于宪法权利的合宪性审查过程中,“对……享有宪法权利”并非最终的、结论性的判断,而只是合宪性审查的起点,宪法权利被限制因素凌驾不是偶然现象,而是它的常规状态。

比例原则的应用所导致的宪法权利的通胀与人们对权利的通常印象相龃龉。^⑤ 在人们通常的观念里,一方面权利保护权利人的利益,但它不是仅仅与权利人个人相关,在一定意义上,权利总是关联着他的义务,限制了他人的行动范围,因而对他人造成不利影响。权利的这个特点可以被概括为权利的“关系性”,权利的此种“关系性”决定了权利所能够保护的利益范围是有限的,并非个人的所有利益都能够成为权利的保护对象。只有那些重要的、满足了某种正当性标准的利益才值得他人为此牺牲自己的利益,而那些琐碎的、违反道德常识的利益并不属于权利的保护范围。另一方面,义务就其性质而言意味着义务人“必须”做出或不做出某种行动,它为义务人的行动提供了阻断性的、排除其他理由的理由。例如,不得撒谎的义务不仅为义务人提供了“不撒谎”的理由,同时还排除了“通过撒谎获得财产”等支持“撒谎”的理由。权利因其对应的他人的义务,也具有了“阻断性”。“对 X(行为、事

① 参见蒋红珍:《比例原则的全球化与本土化》,《交大法学》2017年第4期。

② 比例原则还有其他制度化应用方式。例如,在国际人权法领域,比例原则可被用来审查国家行为是否侵犯人权,目前欧洲人权法院、欧盟法院、世界贸易组织法院等国际机构均广泛运用比例原则来裁判人权案件。比例原则还可以作为国内普通法律的司法解释方法,这也是比例原则最早的制度化应用形式。See Moshe Cohen—Eliya and Iddo Porat, American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins, 8 International Journal of Constitutional Law, 271 (2010). 在国内普通法律这个应用层次上,近几年比例原则在国内学界的影响力不断扩张,不再仅限于行政法这个比例原则的传统适用领域,而是在一定程度上也得到其他部门法学研究者的认可。在刑法学、诉讼法学、经济法学、民法学等不同法学分支学科的研究中,都出现了依据比例原则对相关法律进行评判和解析的学术作品。参见刘权、应亮亮:《比例原则适用的跨学科审视与反思》,《财经法学》2017年第5期。

③ See Moshe Cohen—Eliya & Iddo Porat, The Hidden Foreign Law Debate in Heller: The Proportionality Approach in American Constitutional Law, 46 San Diego Law Review, 367(2009). 但也有论者认为,尽管美国的合宪性审查实践没有明确形成以“比例原则”命名的教义,但实质上比例原则在其中仍有广泛应用。参见王蕾:《比例原则在美国合宪性审查中的类型化运用及其成因》,《比较法研究》2020年第1期。

④ See Mattias Kumm, Is the Structure of Human Rights Practice Defensible: Three Puzzles and Their Resolution, in Vicki C. Jackson and Mark Tushnet ed., Proportionality: New Frontiers, New Challenges, Cambridge University Press, 2017, p. 51.

⑤ See Kai Möller, The Global Model of Constitutional Rights, Oxford University Press, 2012, p. 5.

态、物品等)享有权利”不仅意味着“X”具有价值、权利人对其享有利益,而且意味着他人为了确保权利人对“X”的享有而负担义务。侵犯权利人的“X”可能为义务人带来某种好处,这构成义务人不尊重权利人的“X”的理由,但此种理由被义务人所承担的义务排除了。在比例原则适用中通胀的宪法权利,看起来恰恰缺少权利的“关系性”和“阻断性”。^①一方面在保护范围的界定上,通胀的宪法权利似乎仅仅着眼于权利人自己的需求,而未考虑他人为满足此种权利所需要做出的行动和付出的代价,几乎所有对权利人有利的东西都被确认为宪法权利。若非如此,就无法解释通胀的宪法权利为何有如此宽广的保护范围。另一方面,通胀的宪法权利是比例原则适用的前提,其自身无法预先决定相关的合比例分析会得出何种结论。此种“宪法权利”看起来不具有“阻断性”,与其相竞争的理由并未被预先排除,而是与其站在同一个比较平台上进行价值分量上的较量。如此看来,此种“宪法权利”似乎有名无实,实质上不过是宪法宣示的利益(价值)。鉴此,人们很容易产生疑问:通胀的宪法权利还是权利吗?该疑问是由比例原则在合宪性审查实践中的应用所引发,澄清该疑问直接关乎比例原则此种制度化应用的正当性。毕竟,人们将比例原则吸纳进宪制实践的初衷是更好地保障人们的宪法权利,如果通胀的宪法权利的权利属性得不到清晰解释,那么比例原则此种制度化应用的正当性根据就是可疑的。如果所谓的得到比例原则保护的“宪法权利”实际上并不是权利,那么比例原则的正当性根据自始就不存在,比例原则在世界范围内的流行也将不过是一个“美丽的误会”。

目前我国的合宪性审查制度仍处于探索、完善过程中,合宪性审查方法是合宪性审查制度的重要组成部分,选择何种合宪性审查方法对于合宪性审查制度的建构具有重要意义。从已有的讨论来看,比例原则是其中呼声较高的一个选项。比例原则是否适合于作为合宪性审查的方法,需要考虑的因素是多方面的,但其中必然包含这样的考虑,即比例原则是否适合于保护宪法权利以及与宪法权利的权利属性是否相契合。^②

国内学界在借鉴比例原则时也注意到与其相伴随的宪法权利的通胀现象,就此有过一定程度的讨论。^③有论者认为,宪法权利的通胀更有助于保障宪法权利,更准确地反映了基本权利的本质。根据这种观点,如果把宪法权利界定得过于狭窄,“先在地将某些行为排除在了基本权利的保障范围之外,从而使得对这些行为的国家干预根本就不构成基本权利的限制,从而逃避合宪性的审查”。^④“对基本权利保护领域尽量给予从宽认定,并将行为或事项广泛地纳入基本权利的保护范围,国家如果要对其实行干预或限制,必须提出正当理由(任何限制或干预措施所获得的法益要超过对该行为或事项进行保护所获得的法益始具正当性)才具有合宪性,因此……(这种做法)更能反映基本权利的本质内涵。”^⑤究其实质,此种观点的立论根据是相关论者关于基本权利的本质持有一种特殊观念,即“保护范围的广泛性是基本权利的本质内涵”,如果此种观念正确,那么在合宪性审查中应用比例原则所导

① See Grégoire Webber, On the Loss of Rights, in Grant Huscroft, Bradley W. Miller, and Grégoire Webber ed., Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning, Cambridge University Press, 2014, pp. 123-154.

② 有论者基于对宪法权利的权利属性的特定理解,对比例原则在合宪性审查中的应用提出了质疑。参见陈景辉:《比例原则的普遍化与基本权利的性质》,《中国法学》2017年第5期。

③ 参见张翔:《基本权利冲突的规范结构与解决模式》,《法商研究》2006年第4期;马岭:《宪法权利冲突与法律权利冲突之别——兼与张翔博士商榷》,《法商研究》2006年第6期;徐振东:《基本权利冲突认识的几个误区——兼与张翔博士、马岭教授商榷》,《法商研究》2007年第6期。

④ 张翔:《基本权利限制问题的思考框架》,《法学家》2008年第1期。

⑤ 徐振东:《基本权利冲突认识的几个误区——兼与张翔博士、马岭教授商榷》,《法商研究》2007年第6期。

致的宪法权利通胀就契合了基本权利的本质,具有毋庸置疑的正当性。但这种论证是不完整的,人们不免会追问:为什么说保护范围的广泛性是基本权利的本质内涵?为了扩张基本权利的保护范围而牺牲的基本权利的“刚性”难道不重要吗?这正关涉到宪法权利的权利属性问题。

比例原则是否适合于保障宪法权利,它的制度化应用所导致的宪法权利的通胀是否背离了宪法权利的权利属性,解答这个问题的关键在于,通胀的宪法权利是否具备权利的“关系性”和“阻断性”特征,而这又进一步取决于权利的“关系性”和“阻断性”的内涵是什么。对于权利的这两个属性有不同的解读方式,前文指出的、致使人们质疑通胀宪法权利之权利属性的,正是人们对权利这两个属性的一种常见解读。但该种理解方式存在缺陷,并未全面准确地展现权利的本质。本文提出“比例原则的权利内置”命题,依此命题比例原则并非外在于权利,而是权利的“关系性”和“阻断性”的构成部分,宪法权利的通胀则是此种内置于权利的比例原则的制度化结果。

在论述步骤上,下文首先解释比例原则在正义理念中的构成性地位,原因有二:其一,在解释比例原则与权利的关系之前,自然要解释比例原则自身的性质,而比例原则自身是合理性和正义的构成要素。其二,权利是正当的一种具体表现形式,是正义的一个切面,为深入、准确地把握“比例原则的权利内置”这一命题,也需要解释比例原则在一般正义理念中的构成性地位。

二、比例原则在正义理念中的位置

(一)正义中的“平等”与“合目的”

在一般意义上,正义有两个基本构成要素,“一个是始终如一的、稳定的特征,可将其概括为‘相同情况相同对待’;另一个是变动不居的、多样化的标准,它被用来决定,相对于任何一个给定的目的,情况何时是相同的、何时是不同的”。^① 正义的这两个要素可以被更简洁地称为“平等”与“合目的”,由于“平等”是正义“始终如一的、稳定的特征”,因此人们对正义的概念界定一般也都会由此入手。古罗马的《法学阶梯》便是在这种意义上给正义做出了一个经典的定义,即“正义是给予每个人他应得的部分的这种坚定而恒久的愿望”,^②这个定义指明了正义的平等要素的三重含义。^③

第一,该定义中的“给予每个人”意味着,正义所要求的平等是一种涉他性的、在对他人采取的行动中所体现出来的德性。“正义是唯一一种顾及他人的善的德性,这是因为,它通过关联于他者而实现:它所要求的是对他人有益的东西,不论践行正义的那个人是他人的管理者还是他人的伙伴。”^④

第二,该定义中的“应得的部分”意味着,正义所要求的平等对待他人,在性质上并不是向他人施以恩惠,而是欠他人的。对于行为人而言,以符合正义要求的方式对待他人,是他必须遵守的义务。“正义的要求是实践合理性要求的总和,其根据在于,人类在实现和尊重人类的善的时候,必须要这样做,不仅仅为了实现自己的目的、在个人自己身上实现,同时也要共同地实现,在共同体的范围内实现。”^⑤

第三,该定义中的“坚定而恒久的愿望”意味着,正义要求的平等对待是以无偏私、非任意的方式

① H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press, 1994, p. 160.

② [古罗马]查士丁尼:《法学总论——法学阶梯》,张企泰译,商务印书馆1989年版,第5页。

③ See David Miller, *Justice*, <https://plato.stanford.edu/entries/justice/>, 2020-03-19.

④ Aristotle, *Nicomachean Ethics*, translated and Edited by Roger Crisp, Cambridge University Press, 2004, p. 83.

⑤ John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press, 1986, p. 161.

对待他人,需要依照一般性的规则而行动。“相同情况相同对待,不同情况不同对待”自身就是一个一般性的规则,^①以人们更为熟悉的规则形式来表述,它的意思就是“以 Y 方式对待所有 X 情形”。^② 相比于无规则的情形,一般性的规则(不论其内容为何)限制了人的行动,使其不得肆意妄为,因此体现了正义之品性。

“相同情况相同对待,不同情况不同对待”作为正义的一般性规则,其自身并没有内容,“正义的规则没有阐明在确立实质上相似的主体类型时,哪种区分应该被考虑在内,哪种区分不应该被考虑在内,也没有指明这些主体应如何被对待”。^③ 只有为其填入实质内容,正义的规则才能具体地发挥指引行动的功能。例如,“晚 9 点至次日早 6 点期间,本道路禁止机动车通行”,该规定在特定时间段内和特定场所中给予所有机动车以相同的对待(禁止通行),尽管并未言明,此种对待却总是有着某种目的(维护道路周边居民的生活安宁等),该规定就是一般性的正义规则(“以 Y 方式对待所有 X 情形”)与此类目的相结合所得出的具体化结果。

通过结合形式性的正义规则与实质性的目的,正义获得了具体内容,规整此转变过程的基本原则是“合目的”。^④ 所谓“相同情况”是指,在参照某种目的意义上,一些情况是相同的。例如,对于维护道路周边居民的生活安宁这个目的而言,机动车在路上行驶的各类情形都相同,即它们的行驶会破坏路边居民的生活安宁。所谓“相同对待”是指,那些参照某种目的被归为同类的情形,均应被给予为实现该目的所需的对待。例如,为不妨碍居民夜间休息,在特定道路上禁止所有机动车于夜间行驶。

相比于“平等”,“合目的”是正义理念中更为复杂的要素。一方面人类的目的多种多样、难以计数,不同的目的所要求的对相关情形的对待措施也是千差万别。某些情况参照某种目的是相同的,应该得到相同对待;但依照其他目的,它们又属于不同的情况,应该得到不同的对待。例如,就“生活安宁”这个目的而言,所有机动车都是相同的,应得到相同的对待(如在特定道路上禁止所有机动车夜间行驶);但就“节能减排”这个目的而论,机动车又应被区分为不同类型,因此应得到不同的对待(如政府为消费者购买电动汽车提供补贴而购买燃油车辆则没有这个优待)。另一方面,在不同目的之间经常会出现冲突,某种措施有利于实现某种目的,但又会妨碍其他目的的实现。例如,在特定道路上禁止机动车夜间行驶,这有助于维护周边居民的生活安宁,但它同时妨碍“保护出租车驾驶员的营业自由”等目的的实现。当不同目的出现冲突时,人们必须为其提供答案,以此来决定如何行动。哪些目的会出现冲突,如何解决目的之间的冲突,这具有高度的情景依赖性,无法穷尽枚举。

(二)比例原则是“合目的”的构成要素

尽管存在上述不确定因素,“合目的”却并非完全难以被理性地把握,其中也有相对稳定的因素。一方面不论人们打算实现何种目的,对他人所采取的对待措施都应与该目的相匹配,即满足工具合理性的要求。另一方面,当不同的目的之间出现冲突的时候,应该通过价值平衡来解决此种冲突,即满足价值合理性的要求。

1. 工具合理性中的适当性与必要性原则

① See Chaim Perelman, *The Idea of Justice and the Problem of Argument*, The Humanities Press, 1963, p. 15.

② K. E. Goodpaster ed., *Perspectives on Morality: Essays by William K. Frankena*, University of Notre Dame Press, 1976, p. 94.

③ Chaim Perelman, *Justice, Law, and Argument: Essays on Moral and Legal Reasoning*, D. Reidel Publishing Company, 1980, p. 44.

④ 参见[德]考夫曼:《法律哲学》,刘幸义等译,法律出版社 2011 年版,第 185 页。

工具合理性是指,对于任何已经选定的目的,所采取的手段均应符合该目的。^①“如果完全理性地考虑并权衡目的、手段和附带后果,这样的行动就是工具理性的。”^②以工具合理性作为正义的评判标准,这在法律思想史上得到普遍承认。^③例如,意大利中世纪经院哲学家阿奎那认为:“‘必要性’和‘有用性’的意思是,法律应当促进人的福祉:‘必要性’指的是消除恶;‘有用性’指的是实现善”。^④近代西方启蒙思想家荷兰法学家格老秀斯主张:“在所有作出决议的场合,不仅对最终目标,而且对将会导致主要目标的中间目标也要加以考虑。最终目标总是一些善果,或者至少是避免一些恶果,这两者没有什么区别。那些手段不应从其自身进行考虑,而只能作为导向设定目标的因素来考虑。在所有作出决议的场合,手段与目标之间的比例关系,需要通过对它们进行比较和充分权衡来确定。”^⑤

参考法律思想史上的这些研究成果,工具合理性的判断可以分解为两个步骤。第一,适当性(有用性)判断。相关措施如果不能实现预定的目的就不符合工具合理性要求。例如,机动车的行驶速度与大气污染之间没有关联,为缓解空气污染而限制车速是不合理做法。第二,必要性评断。对于特定措施而言,如果其他措施以更小的成本实现了相同的目的,那么该措施也不符合工具合理性要求。例如,为抗洪而征收私人船只不符合工具合理性要求,这是因为存在着能够实现同样目的且造成更小损害的措施(征用)。

2. 价值合理性中的平衡原则

人们追求的目的是多样的,在这些不同目的之间经常会出现冲突。例如,经济发展与环境保护的冲突、言论自由与公共秩序的冲突,此类冲突的实质是不同价值之间的冲突,解决价值冲突需要满足价值合理性的要求。^⑥依照德国法学家阿列克西的观点,合理解决价值冲突的基本要求是“不满足或侵害某个原则(价值)的程度越大,满足另一个原则(价值)的重要性就必须越高”。^⑦这是一种价值平衡方法,它要求在具体语境中比较相冲突的价值的相对重要性,^⑧在判断冲突双方价值的重要性时,需要综合比较它们各自的“抽象重要性”“受干涉的强度”和“认知可靠度”。^⑨

3. 小结

价值合理性中的价值平衡与工具合理性中的适当性和必要性要求合在一起,就是所谓的比例原则,它是实践合理性的必备要素之一,只有满足它的要求,人的行为才有可能是一种理性的行为。^⑩

① 参见[德]N. 霍恩:《法律科学与法哲学导论》,罗莉译,法律出版社2004年版,第279页。

② [德]马克斯·韦伯:《经济与社会》(第一卷),阎克文译,上海人民出版社2010年版,第115页。

③ See Eric Engle, The History of the General Principle of Proportionality: An Overview, 10 The Dartmouth Law Journal, 4(2012).

④ Aquinas, Political Writings, Edited and Translated by R. W. Dyson, Cambridge University Press, 2002, p. 132.

⑤ [荷兰]胡果·格老秀斯:《战争与和平法》,何勤华等译,上海人民出版社2013年版,第248页。

⑥ 参见[德]莱因荷德·齐佩利乌斯:《法哲学》,金振豹译,北京大学出版社2013年版,第140、162、167页。

⑦ See Robert Alexy, A Theory of Constitutional Rights, translated by Julian Rivers, Oxford University Press, 2002, p. 102.

⑧ See Neil MacCormick, Rhetoric and the Rule of Law, Oxford University Press, 2005, pp. 167—173.

⑨ See Robert Alexy, The Reasonableness of Law, in Giorgio Bongiovanni, Giovanni Sartor, Chiara Valentini ed., Reasonableness and Law, Springer, 2009, p. 9.

⑩ See Robert Alexy, The Reasonableness of Law, in Giorgio Bongiovanni, Giovanni Sartor, Chiara Valentini ed., Reasonableness and Law, Springer, 2009, p. 5.

作为实践合理性之构成要素的比例原则是形式性和程序性的,^①它自身并不能解决相关价值的识别、价值重要性的评判等实质问题,但从另一个角度看这也正是它的优点之所在。“比例原则是一种形式原则,它能够被用于世界上的任何地方……通过将一种分配正义的基本原则融入每一个共同体的自我理解之中,它整合了理想与现实、地方性与普遍性。”^②

三、比例原则在权利中的体现

比例原则是正义的“合目的”要素的组成部分,权利作为正义的切面,同样体现了比例原则。权利有两个核心特征,分别是“关系性”和“阻断性”,比例原则在权利的这两个属性上都有体现。

(一)比例原则与权利的“关系”属性

1. 权利概念的目的模式

相比于正义,“权利”一词出现的时间较为晚近。通说以为,“权利”衍生自正义的拉丁语“ius”。^③在中世纪晚期之前,“ius”指“正确的事务”,是所有符合正义要求的人际关系的总和。例如,“相邻的一方未阻挡另一方采光”是“ius”,^④以此为据形成的邻里关系便是正义的人际关系。到中世纪晚期,“ius”一词具备了主观意义,它不仅指正义的人际关系,还指该关系中特定当事人的地位。“ius”的主观意义所指称的此种地位有两个特征:(1)该当事人是另一方当事人所负担义务的履行对象;(2)该当事人是另一方当事人履行义务的受益人。^⑤现代语言中的“权利”便是从“ius”的主观意义转变而来的,“简而言之,权利的现代语词和语法是这样一种多用途工具,它从一种正义关系的受益人的视角出发,记录和断定一种正义关系的要求或其他意涵”。^⑥

权利的语义学提供了理解权利概念的线索,从正义到权利的语义演变提示了权利表达的是从义务的受益人角度看到的正义关系。在权利的概念史上,19世纪英国思想家边沁最早基于此种关系来界定权利。“由事物之本性所决定,法律不可能在使某人受益的同时,不让他人承受负担。或者换句话说,除非为另一个人创设相关的某种义务,法律不可能为某人创设权利。”^⑦个体拥有权利便意味着该个体是他人履行义务的受益对象。^⑧边沁的这个权利定义为后人留下了解读空间,该定义中的“受益”可以作不同的解释。如果“受益”是客观结果意义上的,那么这个定义就在权利人的利益与义务人的义务之间确立了一种因果关系。他人履行义务是原因,个体利益被满足则是结果。但如果这样理

① See Robert Alexy, Thirteen Replies, in George Pavlakos ed., Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy, Hart Publishing, 2007, p. 340.

② David M. Beatty, The Ultimate Rule of Law, Oxford University Press, 2005, p. 168.

③ 参见方新军:《权利概念的历史》,《法学研究》2007年第4期。

④ See Richard Tuck, Natural Rights Theories: Their Origin and Development, Cambridge University Press, 1979, p. 9.

⑤ 并不是所有正义关系都涉及权利。例如,“国家惩罚罪犯”是一种正义的关系,其中国家负有惩罚罪犯的义务,此种义务指向的罪犯因惩罚受损,并不享有“被惩罚”的权利。

⑥ John Finnis, Natural Law and Natural Rights, Oxford University Press, 1986, p. 205.

⑦ Jeremy Bentham, Theory of Legislation, translated by R. Hildreth, Wertheimer, Lea and Co., Printers, 1931, p. 93.

⑧ 参见[英]边沁:《论一般法律》,毛国权译,上海三联书店2008年版,第73页。

解的话,权利所表达的便是义务人履行义务的后果,这相当于从另一个角度重述了义务的内容。^① 权利概念因此不具有独立于义务的价值,成为一个“冗余”的概念。^②

边沁的权利定义还有另一种解读可能性,即把“受益”理解为义务的目的,这也是更合理的解读。^③ 根据此种解读,权利概念中的“利益”与“义务”的关系是一种目的关系,义务是用来满足利益这个目的的手段。权利的要旨不在于得到某种受益之结果,拥有权利的意义在于,权利人的个人利益是他人义务的正当化理由。^④ 权利蕴含的不是义务,而是相关义务的理由,^⑤ 权利因此有了不同于义务的独特内涵,不再是“冗余”的概念。在一般的意义上,目的与手段的关系是一种实践推理关系,^⑥ 该种关系从确立特定目的开始,经过一定的论证过程,最终得出采取特定手段之结论。因此,权利内含的也是一种实践推理关系,权利先是将特定利益确立为目的,经过一定的论证过程,最终得出他人为此负担某种义务的结论。

2. 权利是一种内含着比例原则的实践推理关系

权利概念的目的模式所揭示的权的实践推理特征,反映的正是比例原则这个蕴含于正义的理性化要求。权利“眼中”的正义关系,就是从个人利益出发,依照实践合理性的要求(比例原则),推导出他人义务的实践推理关系(“合目的”)。有论者甚至断言:“谈论人权即为谈论比例原则。毫不夸张地说,在指引当代人权法和人权研究方面,比例原则的作用已经超过了权利。”^⑦

在权的实践推理过程中,首先需要考虑工具合理性的适当性和必要性原则。即需要考虑如下问题:主体所主张的某种利益诉求是否真实存在;哪些主体能够满足此种利益;这些主体需要采取何种行动(作为或不作为)才能满足该利益;相关行动是否成本最小的选择。其次需要考虑价值合理性的平衡原则。由于义务总是一种负担,在课与他人义务时难免会损害某种有价值的目标,如限制义务

① See H.L.A. Hart, *Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford University Press, 1982, p.181.

② 为了把握权利的独特内涵,有论者试图基于权利人的选择来界定权利,这也被称为权利的意志论。其早期代表人物是19世纪德国法学家萨维尼,他认为:“个人所享有的权力:一个他的意志所支配的——并且经由我们的认可而支配的——领域。我们称这种权力为该人的权利”。[德]萨维尼:《当代罗马法体系》,朱虎译,中国法制出版社2010年版,第10页。意志论的当代代表是英国法学家哈特,在他看来,“拥有权利者都拥有一种在法律上被尊重的选择”。H.L.A. Hart, *Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford University Press, 1982, p. 188. 从权利人的选择能力着眼,权利获得了不同于义务的内涵,但代价是极大限缩了权利的外延,意志论的权利概念因此缺乏现实解释力。首先,意志论权利概念难以解释宪法权利和道德权利的性质。哈特自己坦然承认,这两类权利的本质不是个人的选择,而是“个人的基本需求”。H.L.A. Hart, *Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford University Press, 1982, p. 193. 其次,即便限定在普通的法律领域,意志论的解释力也是有限的。一方面,它不适合解释儿童、精神病人、植物人等无选择能力者的权利;另一方面,它也不适合解释人格权的性质,对此德国法学家拉伦茨明确主张:“‘法律之力’不适用于各种人格权”。[德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》,王晓晔等译,法律出版社2003年版,第278页。

③ See David Lyons, *Rights, Claimants, and Beneficiaries*, 6 *American Philosophical Quarterly*, 176(1969).

④ See Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, Oxford University Press, 1986, p. 166.

⑤ See Jeremy Waldron, *The Right to Private Property*, Oxford University Press, 1988, p. 83.

⑥ See Aristotle, *Nicomachean Ethics*, Translated and Edited by Roger Crisp, Cambridge University Press, 2004, p. 42.

⑦ Grant Huscroft, Bradley W. Miller, and Grégoire Webber, Introduction, in Grant Huscroft, Bradley W. Miller, and Grégoire Webber ed., *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge University Press, 2014, p. 1.

人的自由或者阻碍某种公共利益的实现,因此,在基于权利进行的实践推理过程中,还需要判断和权衡相关目的的价值。需要分别考虑权利所意欲保护的个体利益的价值以及为了保障权利而被牺牲的其他目的的价值,在此基础上依据平衡原则判断他人为此负担义务是否正当。如果主体的个人利益具有相对重要性,那么该个体利益便证立了他人的相关义务。

(二)比例原则与权利的“阻断”属性

权利因其内含的以个人利益为出发点的实践推理关系(合比例的证立关系)而具有另一个重要的特征,即权利仅具有“有条件的阻断性”,而不具有绝对的阻断性。

1. 权利的“有条件的阻断性”

阻断性是权利的核心特征之一,它是在权利的实践推理中被证立的义务的性质。^① 义务为义务人提供了一个阻断性的理由,要求他不得考虑其他理由,必须做或不做特定行为。例如,依照装修合同,装修公司有义务在三个月内完成房屋的装修,房主对此享有权利。如果后来装修公司遇到其他收益率更高的项目,新的项目在工期上与先前的项目有冲突,这构成装修公司不按时完成先前装修任务的理由。但装修公司所负的义务阻断(排除)了这个理由,使其必须在此期限内完成约定的装修任务,房主的权利因此具有阻断性。

需要特别强调的是,由权利的实践推理性质所决定,权利的阻断性是有条件的,权利不具有无条件的阻断性。首先,权利内含的是一种目的式实践推理关系,由于满足同一个目的的手段不止一个,作为权利的目的之利益能够证立的义务也不止一个。其次,在确定满足某种目的所需要的手段时,必须考虑多种复杂的因素,只有在特定情形中这些相关因素的含义才能被确定下来,也才能具体地确定满足某种利益所需要的手段。最后,人类只具备有限的认知能力,不可能事先预见所有可能出现的复杂的实践因素。在相关情境变量不确定的前提下,人们很难预先确定满足利益所需要的义务的主体、内容和范围。

在实践商谈中,人们经常用一个一般性的义务来对应一个权利,作为一种习惯的、简便的表达方式,此种对应方式无可厚非,但权利并没有因此获得无条件的阻断性。^② 例如,习惯上人们会将隐私权对应于“尊重和保护他人隐私”这个一般性的义务,但在脱离特定语境的情况下,这个一般性义务的含义并不清楚,需要进一步结合具体的语境才能确定,谁负有尊重和保护他人隐私的义务以及为了尊重和保护隐私权人们需要做出何种行动,隐私权的阻断性因此仍然是有条件的。

权利的“有条件的阻断性”是一个一般性命题,在实践中得到普遍承认的那些“绝对的权利”似乎构成它的反例。但所谓“绝对的权利”,其实只是人们把相应权利能够证立他人义务的情形予以提取和汇总的结果。“绝对的权利”在表述上具有共同特点,它们通常以相应权利已经证立的义务为内容,^③例如,“不受折磨”的权利、“不受任意逮捕”的权利、“免受酷刑”的权利。如果从这些权利保障的个人利益出发将这些权利完整地展现出来,人们就会看到它们的阻断性也是有条件的。^④ 例如,通常人们谈论“不受折磨”的权利时,意指个人免受他人(公私主体)的折磨,而从该种权利保障的利益(折磨行为所损害的尊严利益)的角度看,“免受他人折磨”是该利益在特定情境(刑讯、催债等)中的一种

① See Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, Oxford University Press, 1986, p. 183.

② See Jeremy Waldron, *Liberal Rights: Collected Papers(1981—1991)*, Cambridge University Press, 1993, p. 213.

③ See John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press, 1986, p. 211.

④ See Jeremy Waldron, *Liberal Rights: Collected Papers(1981—1991)*, Cambridge University Press, 1993, p. 212.

保障手段。当情景改变时,该利益能够证立的义务不限于“免受他人折磨”,还可能包括“政府通过宣传教育改变宽纵折磨者的文化氛围”之类的义务。

2. 权利的初显意义与结论意义

在相关个案中,权利对应着被个体利益证立的一个义务,具有阻断性。例如,在医护人员出售病人病历的情形中,隐私权的含义是,病人的隐私利益证立了医护人员不得泄露病历的义务。而在一般意义上,我们无法预先穷尽权利可能证立的所有义务,权利不过是一种特殊的、基于个人利益证立他人义务的实践推理过程。一般意义上的权利仅能够提供有条件的承诺,即“如果在某情形中不存在能够凌驾权利的反理由,那么在此情形中个体利益证立了他人义务”。权利的个案意义与一般意义是考察权利的两个不同角度,在学理上它们一般被称为“操作性权利”与“初显性权利”,^①或者更准确地被称为权利的结论意义与初显意义。

对于理解权利的本质来讲,仅仅关注权利的结论意义或初显意义都不全面,将两者结合在一起才能看到权利的“全景”。以隐私权为例,在已有的包括法庭审判在内的实践场景中,人们通过论证总结了隐私利益在诸多不同情形中的证立结论,即他人在相关情形中需要负担的诸种义务。“隐私权”将这些在具体情形中得到证立的义务加以汇总,在其后发生的类似案件中,人们不用再重复类似的实践推理过程,基于“隐私权”便可以要求他人履行相应的作为或不作为义务。当病人的病历被医护人员出售时,人们会毫不犹豫地断言“这侵犯了病人的隐私权”,这个断言的背后是一套在先前类似案件中出现过的实践推理过程,为他人承担义务提供了根据。这样看来,权利提高了实践效率,使得人们不必重复相似的实践推理过程。^②如果出现某种不同于过去案件的新情况,那么依照本案与过去案件的偏离程度,则需要在相应程度上重新开启隐私权的实践推理过程。

权利承载着诸多关于实践问题的具体论证结论,这些结论经由相应的实践推理而得出,不能仅把这些结论算作权利,而把基于比例原则的实践推理过程(权利的初显意义)排除在权利的含义之外。并且,由于人们无法穷尽地预知可能出现的个案情形,权利的实践推理内涵也无法被排除,正是权利内含的实践推理赋予权利解决新问题的能力。在这个意义上,有论者特别强调:“权利的动态面向,它们创制新义务的能力,是理解它们在实践思考中的本质与功能的基础”。^③在未来的新情况中,权利的实践推理可能失败(无法证立他人义务),也可能成功(证立了他人义务)。当权利在新情况中成功地证立他人义务时,权利便把它收入已知的个案汇总列表,充实其结论意义。

四、比例原则在宪法权利中的体现

(一) 通胀的宪法权利的“关系”属性

正义是一种特殊的人际关系,表现为一方向另一方负担义务。权利作为正义的切面,是从义务人履行义务的获益方角度所表达的正义关系。如前文所述,基于对权利所表达的此种正义关系的不同理解形成了权利概念的两种理论模式:一种是因果模式,权利意味着权利人因义务人履行义务客观上得到有益的结果;另一种是目的模式,权利意味着权利人的利益是义务人负担义务的证立理由。

^① See H. J. McCloskey, Human Needs, Rights and Political Values, 13 American Philosophical Quarterly, 7 (1976).

^② See Joseph Raz, The Morality of Freedom, Oxford University Press, 1986, p. 181.

^③ Joseph Raz, The Morality of Freedom, Oxford University Press, 1986, p. 171.

基于权利概念的因果模式,由于原因必定出现在结果之前,他人负担义务是权利人受益的前提,权利在概念上必然蕴含了他人的义务。在比例原则的适用中通胀的宪法权利明显不具有此种关系属性,它并不蕴含他人的义务。在合比例分析完成之前,仅凭这种意义上的宪法权利,无法确认满足相关利益所需的义务以及义务主体。正是基于此种因果式的权利概念,人们才会指责通胀的宪法权利不具有关系属性。但该批评所依据的因果式权利概念自身是有缺陷的理论,它导致权利在概念上从属于义务,这种意义上的权利不过是义务的另一种表达方式。权利尽管与义务有着密切关联,但有着不同于义务的独特内涵,这是不可否认的,权利概念的因果模式没有成功地把握权利的独特属性,以此为据批评通胀的宪法权利不具有关系属性也就不成立了。

基于权利概念的目的模式,由于目的先于手段,个人利益是他人负担义务的理由,权利在概念中必然蕴含的并非他人的义务,而是他人负担义务的理由。权利作为一种个人利益与他人义务之间的证立关系,它的存在并不以成功证立他人义务为必要条件,权利并不承诺在每一个具体的情境中,它所保障的个人利益都能成功证立他人的义务。通胀的宪法权利具备此种意义上的关系属性,它以相关个人利益为推理的起点,依照比例原则的要求来论证相关他人的义务。不论论证结论如何,此种存在于宪制实践中的、基于个人利益的合比例分析过程即为“宪法权利”。

人们在言说比例原则时习惯于这样来表达,“某某措施对宪法权利的限制合比例(或不合比例)”,这或许对宪法权利给人们留下的“不具有关系性”印象(宪法宣示的利益或价值)负有一定责任。该种表述方式给人的直观感受是,宪法权利与比例原则是两个分离的东西,宪法权利是合比例分析的外在对象,其自身是一种独立于限制因素、有待权重的价值要素。但实际上,比例原则与通胀的宪法权利并非两种可以分离的、彼此独立存在的事物,比例原则自身就是通胀的宪法权利的构成要素,是这种意义上的宪法权利必然包含的内容,^①宪法权利与比例原则是一体之两面。^② 宪法权利以其内含的比例原则为桥梁,与限制因素、与他人的行动建立起一种特殊的关系,即证立关系。

宪法权利蕴含的此种证立关系意味着,宪法权利是开放的、动态的,就其本质而言,宪法权利并未预先穷尽地规定了他人所须负担的义务。特定宪法权利到底对人们提出了何种行为要求,随着个案情境的改变而变化,随着新情况的出现,宪法权利会不断地向人们提出新的要求。此种宪法权利观念与人们对宪法权利持有的一种日常观念相抵触,在日常观念下,宪法权利是封闭的、静态的,每一个宪法权利都蕴含着一套数量有限、意义明确的义务集合,它们“就在那里”等待着宪法解释者去发现。宪法权利的该种日常观念在思想史上有其渊源,反映了人们对秩序、稳定的本能追求。但它高估了人类把握未来的理性能力,妨碍人们正确地理解宪法权利的本质。比例原则在全球范围的流行,在一定程度上反映出人们放弃了对人之理性能力的过高期待,承认宪法权利的开放性内涵。

(二) 宪法权利的制度表现的多样性

相比于通胀的宪法权利遇到的“不具有关系性”批评,它所遇到的“不具有阻断性”这个批评看起来更有说服力。通胀的宪法权利看起来只是针对他人义务的论证过程,而并没有具体指出他人应当如何行动,从功能上看,它不像权利,更像是宪法宣示的利益或价值。

美国公法学家库姆不赞同此种批评,他认为,通胀的宪法权利具有阻断性,它包含一种“义务”,即

^① See Robert Alexy, Constitutional Rights and Proportionality, 22 Revus, 61(2014).

^② See Kai Möller, Proportionality and Rights Inflation, in Grant Huscroft, Bradley W. Miller, and Grégoire Webber ed., Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning, Cambridge University Press, 2014, p. 166.

国家合比例地限制宪法权利的义务,宪法权利便是以“国家合比例地证立其限制措施”为内容的权利。^①以宪法生命权为例,依照此种观点,它包含的“义务”便是,“限制生命利益的措施需要符合比例”。将所有宪法权利都对应于此类“义务”(限制措施合乎比例),这作为一种宪法权利的表述方式是可行的,它强调的不过是权利内含的实践推理过程,该实践推理过程构成此种“义务”的内容。但此种一般性的“义务”只是表达了一种论证程序,它试图强调的不过是,国家在限制宪法权利时,不论限制情景如何都必须经由合比例分析这个论证环节。^②它不具备行动意义上的阻断性,该种“义务”没有保证任何关于“国家应否以及如何限制宪法权利”的论证结论,因此它只是宪法权利的一种表达方式,而并不是严格意义上的以他人行动为内容的义务。然而,人们对通胀的宪法权利所质疑的,恰恰是它缺少行动意义上的阻断性,库姆的这个辩解实际上偷换了概念,并没有证明通胀的宪法权利具有行动意义上的阻断性。

本文认为,通胀的宪法权利确实不具有行动意义上的阻断性,但它并未因此失去其权利属性。这个观点看起来似乎自相矛盾,既然阻断性是权利的特征,为何缺少此特征的宪法权利还是权利?回答此问题的关键在于,宪法权利是一种存在于法律体系中的制度化权利。宪法权利以非法律的道德权利为其实质内容,但它同时具有制度属性,它并非道德权利原封不动的复制品。如前文述及权利的阻断性时区分了权利的结论意义与初显意义,两者结合在一起构成权利的完整形态。宪法权利不必将权利的初显意义与结论意义都予以制度化,而是完全可以仅仅制度化权利的结论意义,或者仅仅制度化其初显意义。当宪法权利仅仅制度化相应权利的初显意义时,该权利的结论意义则留给普通法律予以制度化。^③例如,言论自由权在宪法层面可以仅仅具有初显意义,只是用来论证他人行动的证立理由,这样的言论自由权可以被反对理由挫败。其结论意义,即其最终证立的、不能被反对理由挫败的、具有阻断性的义务,则交给普通法律予以制度化,这表现为民法中关于名誉、隐私的规定,刑法中关于侮辱诽谤的规定等。

当宪法权利制度化了相关权利的结论意义时,它表现为那些“绝对的宪法权利”;当宪法权利制度化权利的初显意义时,它就表现为“通胀的宪法权利”;两者构成宪法权利制度表现的两个极端。从已有的宪制实践来看,不同国家和地区宪法权利的制度化落在这两个极端之间,形成宪法权利多样化的制度表现。例如,在德国的宪法实践中,宪法权利的制度化偏向于权利的初显意义,主要将宪法权利理解为一种合比例的分析过程。但它并不完全排斥权利的结论意义,也承认部分宪法权利是绝对的(如“人性尊严的权利”等)。^④在美国的宪法实践中,宪法权利的制度化则偏向于权利的结论意义,倾向于将宪法权利解释为一种有着确定答案的“王牌”;但它也会在一定程度和范围内承认宪法权利的

^① See Mattias Kumm, The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights—Based Proportionality Review, 4 Law & Ethics of Human Rights, 143(2010).

^② See Kai Möller, Proportionality and Rights Inflation, in Grant Huscroft, Bradley W. Miller, and Grégoire Webber ed., Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning, Cambridge University Press, 2014, p. 168.

^③ See Aharon Barak, Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations, Translated by Doron Kalir, Cambridge University Press, 2012, p. 39.

^④ See Aharon Barak, Human Dignity: The Constitutional Value and The Constitutional Rights, Cambridge University Press, 2015, p. 227.

开放性性质,允许法官基于利益平衡在个案中界定宪法权利的具体内容。^①

宪法权利的不同制度化形式有着不同的效果,各有其优缺点。偏向于权利初显意义的宪法权利的制度化实践,着重展现宪法权利内含的从个人利益到他人负担义务的推论过程,其运作过程更为透明和灵活,更有利于凝聚社会的价值共识,但更为不稳定、缺少可预测性。与此相反,偏向于权利结论意义的宪法权利的制度化实践,着重展现宪法权利所证立的义务,更为稳定、更具有可预测性,但运作过程不够透明和灵活,不利于凝聚社会的价值共识。“哪一种策略是最适宜的,取决于不同的制度结构和法律传统”,^②并没有权利概念上的理由要求宪法权利的制度化必须采取某一种形式,它们都是权利的实践推理本质所允许的制度化形式。

在宪法权利的适用中,凡是比例原则得到运用的场合,宪法权利都被理解为对相关道德权利初显意义的制度化。此种制度化实质上是人为地截取了道德权利的一个片段,着重展现道德权利的实践推理过程,这个阶段并不预先设定任何结论,相应的宪法权利因此不具备阻断性。但由于权利实践推理过程属于权利的完整含义的组成部分,缺少阻断性并不影响将此阶段予以制度化的宪法权利的权利属性。并且,由于正是这个阶段赋予权利解决新问题的能力,因此将此阶段予以制度化的宪法权利所反映的权利属性不能被贬低为权利的“次要”含义,它不仅在说明的意义上解释了“相关权利的论证结论(他人负担的义务)的得出方式”,还具有相对独立于论证结论的价值,展现了宪法权利应对多变的社会现实问题的动力来源。

五、结语

在比例原则适用中通胀的宪法权利是否具备权利属性,这是比例原则在权利概念论层次遇到的理论问题。阻碍人们承认通胀的宪法权利的权利属性的,是一种传统的权利观念,这种观念一方面将权利理解为一种静态的人际关系,认为每一种权利都蕴含着一套数量有限、含义固定的义务,另一方面将权利的阻断性脱离于具体语境,做绝对化理解。但是,该权利观念有其自身的缺陷。通过深入探究权利的本质可知,权利是一种以个人利益为起点,以他人负担义务为终点的实践推理过程。该实践推理遵循比例原则,在这个意义上比例原则是权利的构成要素。权利的“关系性”所指的并非权利蕴含着他人的义务,而是权利证立了他人的义务,权利实质上是一种动态的、内容开放的人际关系。权利的“阻断性”所指的并非无条件的阻断性,而是有条件的、依赖于语境的阻断性,权利有着初显意义与结论意义这两种形态。由此观之,在比例原则的应用过程中,通胀的宪法权利反映了权利的本质特征,比例原则与相关的宪法权利是一体之两面。运用比例原则确定宪法权利的合理界限的过程,同时也是基于宪法权利为实践问题给出结论的过程。

责任编辑 王虹霞

^① See Jacco Bomhoff, *Balancing Constitutional Rights: The Origins and Meanings of Postwar Legal Discourse*, Cambridge University Press, 2013, pp. 191—203.

^② Giovanni Sartor, *A Sufficientist Approach to Reasonableness in Legal Decision—Making and Judicial Review*, in Giorgio Bongiovanni, Giovanni Sartor, Chiara Valentini ed., *Reasonableness and Law*, Springer, 2009, p. 66.