

【宪法学】

基本权利审查中的法益权衡：困境与出路

谢立斌

【摘要】为了判断公权力是否侵犯基本权利，往往需要在比例原则框架内进行法益权衡。这一权衡面临原则性诘难和技术性质疑。哈贝马斯认为基本权利构成规范，不可权衡；德沃金等学者主张权利在道德上高于公共利益，反对法益权衡；还有学者认为，法益权衡导致不确定性，有违法治原则。这些诘难经不起推敲。主张法益不可通约，因此不可权衡的技术性质疑也不成立。当然，法益权衡确实具有一定的主观性。大量个案中往往能够形成可适用于同类个案的权衡规则，它们有助于提高基本权利审查的可预见性。

【关键词】比例原则；基本权利；均衡性；法益权衡

【作者简介】谢立斌，中国政法大学教授，法学博士。

【原文出处】《清华法学》（京），2022.5.29～40

一、基本权利审查中的法益权衡困境

自从德国联邦宪法法院于1958年在药店案判决^①中主张对基本权利的干预应当符合比例原则以来，比例原则成为德国法上风靡全球的出口畅销品，为诸多国家借鉴、移植，俨然成为国际公认的宪法基本原理，^②被誉为公法上的帝王条款、终极法治。^③根据比例原则，公权力只能为了正当目的而限制基本权利（目的正当性原则），干预行为必须能够促进目的实现（适当性原则）、必须是众多有效措施中干预程度最轻的手段（必要性原则）、对基本权利的限制和所追求法益之间的关系必须是成比例的，不得有失均衡（狭义比例原则，均衡性原则）。在多数案件中，核心问题在于有关措施是否符合狭义比例原则，为此需要在基本权利和对立法益之间进行法益权衡。如果基本权利具有优先地位，则限制措施违宪，反之则合宪。然而，法益权衡长期受到原则性诘难和技术性质疑。如下文所述，一些学者从原则上反对在基本权利和对立法益之间进行权衡，认为这一权衡本身与基本权利的性质相冲突，也与法治原则相悖；也有学者否认存在用于衡量不同法益的标尺，这使得不同法益不可通约、不可比较，所进行的权衡必然是主

观、非理性、不可预见的，这就在技术上否定了法益权衡的可行性。

原则性诘难对狭义比例原则、进而对整个比例原则的攻击可谓釜底抽薪，技术性质疑也从根本上动摇比例原则作为公法帝王条款的地位，兹事体大。下文分别探讨有关诘难和质疑是否成立，并将得出否定结论。在此基础上，鉴于法益权衡的确存在一定不可预见性，本文继续探讨如何提升法益权衡的可预见性。

二、原则性诘难

基本权利与对立法益之间的权衡主要面临三个原则性诘难。哈贝马斯认为，基本权利构成规范，而规范是不可权衡的；德沃金等学者则坚持权利在道德上高于公共利益，反对两者之间的权衡；还有学者认为，法益权衡导致不确定性，这违反法治原则。下文对这三种立场进行辨析。

（一）哈贝马斯：基本权利不得权衡

哈贝马斯对价值和规范进行了如下区分：价值属于伦理领域，可以权衡；规范属于道德领域，不得权衡。基本权利属于道德领域的规范，不同于伦理领域的价值，因此不得权衡。要理解其观点，关键在

于把握其对道德与伦理的界定。在哈贝马斯看来,什么是好的生活或不虚度的生活的问题,属于伦理范畴。在伦理问题上,特定政治共同体的生活形式构成了参照系。是否符合伦理,取决于分享“我们的”传统和价值的成员是否认同。换言之,价值问题涉及偏好,是典型的伦理问题,由同质化的共同体的成员来判断。因此,伦理问题的答案,只对同一共同体的所有成员成立,不同共同体得出不同答案,答案是多元的。与此不同,道德的眼光要求尊重每个人,平等考虑所有人的利益,要求摆脱自我中心、种族中心的视角,要从所有相关方的视角来判断,对不同利益作同等考虑。^④道德问题属于规范问题,其答案应当能够得到奉行不同价值观的所有人同意,即对所有人成立,具有普遍有效性,答案是一元的。

由此出发,哈贝马斯眼中的规范和价值之间存在四个差异:首先,在哲学基础上,规范具有义务论意义(deontologischen Sinn),而价值具有目的论意义(teleologischen Sinn);其次,就有效性而言,规范要不有效,要不无效,两者必居其一,不存在中间状态。而价值作为主观偏好,可以在不同程度上得到人们的赞同;再次,规范是绝对的,对所有人成立,而价值是相对的,只对同质化共同体的成员成立;最后,就相互关系而言,规范之间不得相互矛盾,它们共同组成一个融贯整体。与此不同,不同价值相互竞争,共同构成一个充满张力的复合体。^⑤基于两者之间的这些区别,适用规范还是价值将产生不同的结果。适用规范,意味着应当作出符合规范要求的确定行为;适用价值,则应当追求最大程度上实现价值,并在两个价值出现冲突时进行权衡。

那么,基本权利属于伦理还是道德范畴呢?哈贝马斯不赞同权利天赋、权利国赋等学说,认为不能够从个人道德诉求、共同体的伦理决定推导出权利,

而是基于交往行为理论,主张权利是人们基于主体间性的商谈而互相承认和授予的。具体而言,人们在交往过程中进行沟通和协商,相互理解,承认对方有相应权利。基于权利产生于主体之间互动的理论,哈贝马斯构建了其基本权利体系。在他看来,法律共同体的成员为了使共同生活有序,成员之间应当相互赋予如下五种基本权利:平等的个人自由权;成员资格权;受法律保护权;政治参与权;生活条件权。^⑥由于参与商谈的主体并不限于一个同质的共同体,而是包括奉行不同价值观的所有人,甚至是全体人类,^⑦因此,基本权利必须是价值立场相异的人们都能够同意的,从这个意义上来说,基本权利不依赖于某一同质性共同体的认同,不属于伦理范畴的价值,而是属于道德范畴,构成规范。既然基本权利构成规范而非价值,那么,基本权利之间就不得进行权衡了。基于这一立场,哈贝马斯对德国联邦宪法法院的“价值司法”提出了批评。在其看来,联邦宪法法院认为基本法构成了一种“具体的价值秩序”,在基本权利和对立法益之间进行价值权衡,这就把法律原则与价值相提并论,犯了一个根本性错误。

那么,哈贝马斯的观点是否成立?其核心立场是道德与伦理之间存在重大差异,基本权利属于道德范畴。我们认为,应当在哈贝马斯商谈理论的框架内来理解其道德范畴。其商谈理论的旨趣,就是探讨在价值多元的社会中人们如何能够求同存异,就一些重大问题达成一致,从而避免共同生活无序。在理想的商谈中,秉持不同价值观的人们相互尊重,得出共识。我们认为,哈贝马斯的道德概念类似于罗尔斯的无知之幕假设。就像罗尔斯设想不知道自己在社会中具体处境的人们能够摒弃偏见探讨何为正义一样,哈贝马斯设想人们摒弃自己的价值取向进行商谈,并达成持不同价值观的人们都能够

表1 规范 and 价值的差异

	哲学基础	有效性	绝对性/相对性	相互关系
规范	义务论	有效/无效	绝对:对所有人成立	不得相互矛盾,组成融贯的整体
价值	目的论	偏好关系,具有程度上的区别	相对:只对同质化共同体的成员成立	相互竞争,形成充满张力的复合体

共同接受的共识。商谈理论对于如何在多元社会中达成共识,具有重大指导意义。在商谈理论的框架之下,哈贝马斯将基本权利界定为商谈主体为了避免共同生活无序,而必须相互赋予的五类权利。需要注意的是,这五类基本权利是商谈的参与者相互赋予的。如果不相互赋予、即不承认他人享有这些基本权利,则人们也就否认了他人有资格参与商谈,商谈也就无从发生。由此可见,哈贝马斯提出的这五种基本权利,不能够等同于一部特定宪法上的具体基本权利。尤其是前三类基本权利,只是未填值的占位符,对制宪者提供了指导,有待于得到细化。就实证化基本权利而言,任何一部宪法都是特定国家的人民(或者说有实力代表该国人民的特定群体)根据其秉持的价值伦理观念制定的,包括基本权利在内的所有宪法规范,自然就承载了立宪者的价值观。从这个角度来看,宪法规范承载和体现了价值,其和价值之间并非是二元对立的。在价值之间发生冲突的情况下,也就应当对孰先孰后作出安排。按照这一逻辑,在基本权利和其他法益发生冲突的情况下,原则上应当进行权衡。

由此可见,哈贝马斯关于基本权利构成规范、因此不可权衡的观点是与其独特的道德概念紧密联系在一起的,并不符合宪法实施的普遍经验,其对基本权利权衡的质疑并不成立。

(二)德沃金等:权利优先于公共利益

与哈贝马斯相似,德沃金从权利的性质出发,主张个人权利原则上优先于公共利益,两者发生冲突时不得在公共利益和个人权利之间进行平衡。德沃金主张从人类尊严和政治平等观念出发看待权利。他认为,基于尊严观念,应当承认个人是人类社会完整的成员,应当以与此一致的方式对待他;基于平等观念,弱者有权要求政府给予其与其他成员同等的关心和尊重。^⑧在所有权利中,一些权利对于保护尊严和平等是必须的,它们构成了相对重要的权利。侵犯这些权利,就意味着“把一个人不当人来对待”,“侮辱了个人”。^⑨因此,社会普遍利益不构成剥夺这些权利的正当理由,政府不得基于功利主义计算,以

能够促进社会整体利益为由取消相对重要的权利。然而,德沃金并不绝对反对权衡。在出现某些有力的理由的情况下,政府也可以基于公共利益和个人权利之间的权衡剥夺权利。^⑩不过,至于什么构成了有力的理由,德沃金语焉不详。

德沃金的立场为众多学者所继承、发展。在他们看来,如果在比例原则框架内对权利和公共利益进行权衡,权利就丧失了道德优先性和神圣性,降格为有待优化的利益,被赋予与公共利益相同的位阶,国家只要为了公共利益就可以限制权利,权利就不再构成公权力行为不得逾越的边界,这最终为权利的侵犯打开大门。^⑪其中,萨基拉基斯(Tsakyrakis)对权利权衡的质疑具有代表性。^⑫他主张,法益权衡思维预设任何事物都可以权衡,而人权保护个人作为道德主体(moral agents)的身份,既不可量化,也不可权衡。如果将人权纳入权衡,就意味着在人权问题上不再从道德角度区分对错。在这种意义上,适用比例原则进行裁判构成了对人权观念的攻击(assault)。他认为,欧洲人权法院的审判实践表明法院完全可以、实际上也是基于人权的道德性质作出裁判的,而无须进行法益权衡。萨基拉基斯主要援引卢斯蒂格-普兰与贝克特诉英国案(Lustig-Prean and Beckett v. UK案)^⑬,论证了这一观点。该案中,英国军方开除了一些主动公开或者被发现具有同性恋性取向的军官,后者穷尽国内司法途径之后向欧洲人权法院寻求救济,主张其根据《欧洲人权公约》第8条享有的隐私权受到侵犯。该案的关键在于军方对军官私人生活的干预是否存在充分的正当化理由。对此,英国政府辩称,在军队中同性恋者的存在,将对士气产生严重消极影响,这又将波及军队的战斗力和运行效率。欧洲人权法院指出,同性恋者的存在是否会导致有关消极影响,本身是存在疑问的。即使存在这些影响,其真正原因并非是同性恋者的存在,而是占多数的异性恋者对同性恋性倾向所持有的敌意和不自在态度。即便异性恋者真诚地、而非故意采取这种消极甚至充满敌意的态度,这种态度本身构成偏见,不能作为干预个人隐私权的正当

理由。基于这一考虑,欧洲人权法院根本没有在同性恋者的隐私权和维护偏见之间进行权衡,而是直接得出了开除行为侵犯同性恋军官隐私权的结论。这个案例似乎表明,审查权利是否被侵犯时,立足于人权的道德维度即可作出裁判,而无需进行法益权衡。

那么,是否在所有个案中都无需进行法益权衡就可以得出结论呢?我们结合前述卢斯蒂格-普兰与贝克特诉英国案(Lustig-Prean and Beckett v. UK 案)进行分析。该案中,被开除军官的隐私权和多数人持有的对同性恋倾向的偏见之间发生了冲突。一旦在这两者之间进行权衡,就承认了有关偏见具有正当性,这的确是一个令人不安的道德立场。正确的做法,是像欧洲人权法院一样根本不在这两者之间进行权衡,而直接得出隐私权胜出的结论。就此而言,萨基拉基斯关于在这种情况下不得进行权衡的主张具有内在合理性,然而,并非在权利被干预的所有情形中都可以如此处理。如果权利并非与偏见等不正当考虑发生冲突,而是与一项正当的法益发生冲突,那么,在两者之间进行权衡就不可避免了。萨基拉基斯正确地指出,在权利与不正当因素之间发生冲突时不应当进行权衡,但他没有看到权利也经常与其他正当法益发生冲突,在这种情况下权衡无法避免。实际上,比例原则审查框架内需要对公权力所追求的目的是否正当进行审查。如果不能通过这一步审查,则直接得出侵犯权利的结论,而无需在狭义比例原则框架之下进行法益权衡。在卢斯蒂格-普兰与贝克特诉英国案中,欧洲人权法院就是在目的正当性审查中得出结论,终结了审查,但这并不意味着在所有其他案件中也能够在这一环节结束审查。由此可见,萨基拉基斯的错误,在于没有区分比例原则审查的四个环节,误以为在所有个案中都能够目的正当性环节得出终局结论。

总之,个人权利具有道德上的优先性、无需进行权衡的看法,仅仅适用于权利与偏见等非正当因素发生冲突的情况。在权利与正当的对立法益发生冲突时,权利并不当然享有优先地位,而是需要在两者

之间进行权衡。

(三)法益权衡与法治原则

基本权利审查中进行法益权衡,似乎并不与法治原则的要求完全一致。根据传统法治观念,法律应当普遍、公开、不溯及既往、清晰、不自相矛盾、稳定,不得设定无法实现的义务;此外,公权力还应当遵守法律。^⑩法律具有这些性质时,个人可以得知法律鼓励、允许还是禁止特定行为,个人可以据此进行利益计算,趋利避害,从事被鼓励和允许的行为,不做被禁止的行为。^⑪如果法律不具有前述性质,则个人无从判断特定行为是否合法。为了避免风险,人们往往采取保守态度,放弃尝试新事物,这将导致社会失去活力。甚至,不作为也可能为法律所禁止,个人仍然面临法律风险,这就使得个人惶惶不可终日。由此可见,如果法律不符合法治观念,无法保障一定的可预见性和确定性,个人往往无所适从,毫无自由可言。然而,将基本权利与其他法益进行权衡时需要综合考虑个案中的各个相关因素,这就导致权衡结果因个案而异,不具有可预见性,个人无法确定地事先知道其可以从事哪些行为而不会面临不利后果。因此,进行法益权衡,似乎就导致个人无法以可预见的方式来享有基本权利。

然而,这种看法过于重视可预见性,有失偏颇。至少基于以下三个原因,传统法治观念所追求的法律可预见性只是一个可望而不可及的理想。首先,即便立法者试图穷尽所有可能情形,现实生活中必然会持续出现无法预料的新情况和新问题,因此,无法可依的情形无法避免,法律漏洞的存在具有必然性;其次,无论如何努力精确定义,法律概念总是有“核心含义”和“边缘含义”之分,总是会出现模棱两可、难以界定的情形;最后,立法者追求的诸多目标之间存在内在张力,这也导致法律之间存在冲突。^⑫有鉴于此,我们本来就不应当对法律的可预见性提出过高期待。

此外,传统法治观念只关注法律的可预见性,而不关注法律是否符合公正、民主、尊严等实体价值,这也是不可取的。实际上,符合形式法治观念的法

律完全有可能是极端非正义的。一国完全可以通过一系列保障可预见性的法律,来建立和维护一个反民主、反人权、推行种族隔离、实施性别歧视、进行宗教压迫的法律秩序。^①传统法治观念这一重大不足,在纽伦堡审判中暴露无遗。有鉴于此,“第二次世界大战”之后人们基于对正义的关注,将实体价值引入法治观念,将传统法治即形式法治发展为实质法治,在追求法的可预见性的同时致力于保障实质正义,并在两者发生冲突时进行平衡。^②这种平衡是通过如下方式进行的:一方面,为了保障法律的安定性,不完全公正的法律也应当适用;^③另外一方面,如果适用法律将导致不可接受的非正义,则应当牺牲法的安定性,维护实质正义。^④根据这一原理,法律的适用区分三种情况:如果法律为良法,则适用法律——这既维护了法的可预见性,也促进实质正义;其次,如果法律有瑕疵、但尚不导致明显不正义,则仍然应予适用,维护法的可预见性,同时容忍对实质正义的一定损害——在这种情况下,法的可预见性优先于实质正义;最后,如果法律严重违反实质正义构成恶法,则不得适用,牺牲法的可预见性,维护实质正义。

形式法治到实质法治的这一影响深远的变迁表明,基本权利的适用中应当同时追求可预见性和实质正义。它们之间相互促进、相互制约。一方面,可预见性能够保障自由,而自由是实质正义的一个方面,因此,实质正义本身要求一定程度的可预见性。在这种意义上,可预见性和实体正义之间相互促进。另一方面,可预见性和实质正义也可能发生冲突:严格维护可预见性将导致“恶法亦法”,从而损害实质正义;如果动辄以维护实质正义为由否定法律,将严重破坏法的安定性。根据这一原理,基本权利的适用不应当仅仅关注可预见性,还应当维护实质正义。就此而言,法益权衡虽然降低了可预见性,但有利于实现个案正义,能够实现可预见性和个案正义之间的平衡。

总之,现代法治观念之下,我们应当同时追求法的安定性和实质正义。在基本权利保护中进行法益

权衡虽然降低了可预见性,但促进了个案正义,具有内在正当性,恰恰符合实质法治原则的要求。

三、法益之间不可通约的技术性质疑

在一些学者从原则上反对法益权衡的同时,也有学者从技术角度对法益权衡的可行性提出质疑。相关论者主张,为了在对立法益之间进行权衡,需要借助一个法益衡量的共同尺度。例如,货币是一个普遍适用的衡量尺度,如果相关法益都以经济利益为内容,则可以用货币予以衡量,并进行相互比较。然而,在很多情况下,并不存在同时适用于不同法益的共同衡量标准。^①如果两个法益无法通过共同尺度进行衡量,两者之间也就不可通约,也就不可比较。^②而对不可通约的法益进行权衡,就像是在绳子的长度和石头的重量之间进行比较。^③基于这一原因,权衡只能基于直觉进行,这注定是不科学、不理性的。^④这就使得相似个案中权衡结果却千差万异,毫无规律可循,呈现出高度的主观性和随意性。^⑤对个人命运取决于法益权衡结果的个人而言,其境地就如一句罗马法律谚语所言:“在法庭和大海上,人的命运掌握在上帝手中(Coram iudice et in alto mari sumus in manu Dei)。”在这种意义上,法益权衡构成“破坏性的虚无主义”^⑥,应当予以摒弃。

对于这种质疑,不少学者提出反驳,主张法益权衡是根据理性标准进行的。^⑦其中,阿列克西的观点具有代表性。他把狭义比例原则描述为如下权衡法则:“对一个原则的未满足程度或损害程度越大,满足另外一个原则的重要性就必须越大。”^⑧在个人权利和公共利益发生冲突的情况下,公共利益分为特别重大、重大和一般三个档次,个人权利受到的限制分为轻度侵犯、中度侵犯、重度侵犯三个档次。如表2所示,阿列克西在此基础上区分了九种情况。首先,为了特别重大公共利益对权利作出轻度、中度侵犯,为了重大公共利益对权利作出轻度侵犯,符合狭义比例原则;其次,为了一般公共利益对权利作出中度和重度侵犯,为了重大公共利益对权利作出重度侵犯,都不符合狭义比例原则;最后,为了特别重大、重大和一般公共利益,分别别对权

表 2

个人权利和公共利益之间的冲突

不侵犯	侵犯	无法判断
特别重大公共利益 > 权利的中度侵犯	一般公共利益 < 权利的中度侵犯	特别重大公共利益=权利的重度侵犯
特别重大公共利益 > 权利的轻度侵犯	一般公共利益 < 权利的重度侵犯	重大公共利益=权利的中度侵犯
重大公共利益 > 权利的轻度侵犯	重大公共利益 < 权利的重度侵犯	一般公共利益=权利的轻度侵犯

利作出重度、中度、轻度侵犯时,无法判断是否符合狭义比例原则。^②

阿列克西所进行的区分表面上具有合理性和客观性,但没有回答按照何种公认标准来判断公共利益和对权利的侵犯分别属于哪个层次。此外,就权利而言,其只对权利受到侵犯的程度进行了区分,但没有在不同权利之间进行区分,这意味着阿列克西推定所有权利具有相同地位。然而,尽管不同基本权利之间不存在绝对的位阶顺序,但无疑它们在重要性上是有区别的。例如,在德国宪法上,人的尊严具有高于其他基本权利的地位,不得基于任何公共利益而对人的尊严作出限制。因此,在基本权利和公共利益发生冲突的情况下,不仅应当关注权利受到限制的程度,也必须同时考虑相关权利本身的重要性。总而言之,阿列克西的主张不能够有效回应法益之间不可通约的质疑。

我们认为,对法益权衡提出技术性质疑者陷入了一个误区。持此论者实际上主张,只有存在共同标尺时,才能对不同法益予以精确赋值,从而使得法益之间可以进行相互比较。这一立场经不起推敲。为了进行法益权衡,只需要确定不同法益的相对重要性,就可以进行排序,而无须分别确定它们各自的精确数值。因此,即便不存在能够用于准确衡量不同法益的共同标尺,只要能够借助一个标准区分出不同法益孰先孰后,就可以得出法益权衡的结果。虽然这一过程中需要作出判断,但这并不是一种纯粹诉诸个人主观偏好的心理活动。从这个角度来看,宪法价值秩序构成了对不同法益的重要性进行评判的标准。在不同法益发生冲突的情况下,我们不但可以、也应当根据宪法价值秩序,对相关法益各自的重要性作出判断,并在此基础上判断它们孰先孰后。

由此可见,从技术上主张不同法益之间不可通约、因此不可权衡的观点是经不起推敲的。宪法价值秩序构成了评判法益相对重要性的标准,这使得我们能够在不同法益之间进行比较,得出孰先孰后的结论。

四、通过权衡规则提高可预见性

原则性和技术性质疑经不起推敲,法益权衡的合理性和必要性不容置疑。同时我们也看到法益权衡的确具有较低可预见性,应当采用各种方法降低其对法的安定性的消极影响。在这方面,大量相似个案的审查中可能形成适用于同类情况的权衡规则,它们或许能够用于指导相似个案的审查,从而提高可预见性。^③下文以德国联邦宪法法院在意见自由、平等权与对立法益之间的法益权衡实践为例,探讨这一方案的可行性。

(一)意见自由与对立法益之间的权衡

《德国基本法》第5条第1款规定了意见自由,保障个人通过发表言论参与公共民主生活的自由。在很多情况下,意见自由和他人名誉权之间发生冲突。我们考察在这些冲突中,联邦宪法法院在何种程度上能够发展出相应的权衡规则。

如下页图1所示,在意见自由和名誉权发生冲突的诸多判例中,联邦宪法法院进行了一系列区分,发展出了适用于不同情形的权衡原则。联邦宪法法院首先区分限于私人领域的冲突和涉及公共利益的冲突。在私人领域,名誉权原则上优先于意见自由;在公共领域,意见自由原则上优先于名誉权。^④对于公共领域的冲突,则进一步根据言论构成事实陈述还是价值判断而进行区分。事实陈述与发言者之间不存在紧密联系,具有客观中立的外观,受众通常无法亲自核实,只能选择相信或者不相信。鉴于辨别力较差的受众容易轻信不实陈述并受到误导,事实陈

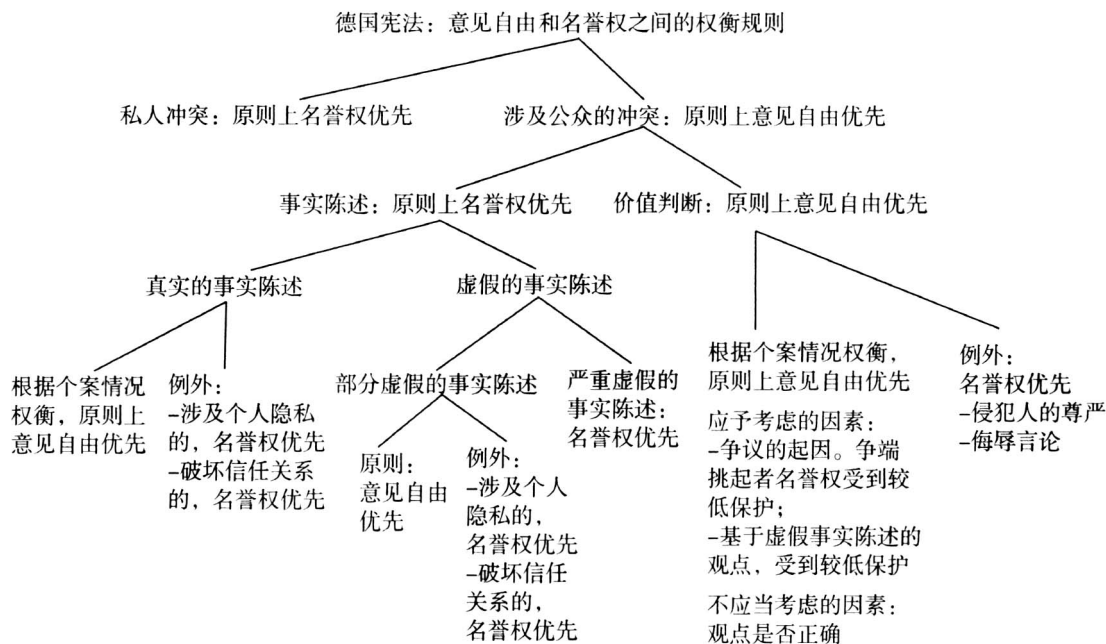


图1

述具有较大危害性。有鉴于此，事实陈述与名誉权发生冲突时，原则上名誉权优先。与此不同，价值判断与发言者个人身份紧密相关，表现为个人的主观看法，受众通常能够根据发言者自身的可信度，对其观点作出取舍，受到误导的可能性较低，因此，价值判断的潜在危害较小，在与名誉权发生冲突时原则上优先。对于事实陈述和价值判断，还需要各自进一步予以区分。事实陈述可以分为真实和虚假两类。真实事实陈述与他人名誉权发生冲突的，原则上意见自由优先，但事实陈述涉及他人隐私，或者破坏信任关系的，则名誉权优先。^⑤对于虚假的事实陈述，区分为部分虚假、严重虚假两种情况。其中，部分虚假、整体真实的事实陈述，应当视同于真实的事实陈述，否则将压制正常的交流。严重虚假的事实陈述影响他人名誉权的，则后者优先。价值判断与名誉权发生冲突的，原则上意见自由优先，但是存在两个例外：首先，人的尊严是宪法上不可权衡的最高价值和最高原则，任何行为与人的尊严发生冲突，则构成违宪，无须进行权衡；^⑥其次，以贬损他人为目的、无意对相关主题本身进行讨论的恶意批评（Schmähhkritik）侵犯名誉权，不受保护。^⑦在这两个例

外以外，则应当综合考察个案中的具体情况进行权衡。例如，权衡时应当考察争端的前因后果。对于主动攻击他人名誉权的争端挑起者，可以对其意见自由设定较大限制；相反，被攻击者进行反击时，其意见自由通常优先于争端挑起者的名誉权。^⑧此外，如果一人的观点以虚假事实为依据，那么，对其意见自由设定较大限制也是正当的。需要注意的是，在权衡过程中，不应当对观点的正确性进行评判，不应当对所谓更正确的观点提供较高的保护。

总而言之，联邦宪法法院在大量个案中就意见自由和名誉权之间的冲突进行了法益权衡，发展出了适用于不同类型个案的一系列权衡原则，它们能够提高法益权衡的可预见性。窥一斑而见全豹，这一原理适用于各种自由权与对立法益的冲突。由此可见，通过发展出适用于同类个案的权衡原则，可以提高法益权衡的客观性。

（二）平等权与对立法益之间的权衡

平等权要求公权力对同等情况予以同等对待，对不同情况予以不同对待，这对保护公民不受歧视具有重大意义。公权力为了追求公共利益，往往需要进行区分对待，从而对公民平等权作出限制，这就

导致了平等权和公共利益之间的冲突,需要在两者之间进行权衡。下文考察德国联邦宪法法院的相关审判实践,考察在平等权领域是否可以形成适用于不同种类平等权案件的权衡原则。

《德国基本法》第3条第1款规定法律面前人人平等,确立了一般平等权,第2款规定性别平等,第3款禁止根据性别、门第、种族、语言、籍贯和出身、信仰、宗教或政治见解进行区分对待,禁止歧视残疾人。在平等权和其他法益之间发生冲突时,联邦宪法法院区分不同情况,适用相应的权衡原则。首先,如果区分对待对个人只产生轻微消极影响,适用明显性审查(Evidenzkontrolle)。只要有关区分对待并非恣意,而是存在客观理由(sachlicher Grund),就不构成对平等权的侵犯。^⑤由此可见,明显性审查中适用公共利益优先的权衡原则。其次,如果区分对待对个人产生较严重影响,则应当进行严格审查。这又包括三类情形:一是立法者所采取的标准接近《基本法》第3条第3款所禁止的区分标准;二是区分标准超出个人控制范围,导致个人无法通过调整自己的行为来趋利避害,而只能被动接受不利后果;三是就基本权利的享有进行区分对待,使得不同群体在不同程度享有自由和权利。存着这三种情形之一的,就应当审查区分对待是否存在充分的正当化理由。理由是否充分,取决于有关理由的性质和重要程度。由于这种情况下的区分对待对个人产生较严重的消极影响,有关法律必须是追求重要的公共利益。由此可见,在进行严格审查时,适用平等权优先的权衡原则。

总而言之,德国联邦宪法法院的审判实践表明,在基本权利与对立法益发生冲突的大量个案中,宪法审查机构能够发展出适用于同类个案的权衡规则。这些权衡规则一旦形成,能够指导后续相似个案中的法益权衡,提高可预见性。在违宪审查制度运行良好的国家,发展权衡原则的任务主要是由宪法审查机构进行的。在我国,在基本权利和对立法益发生冲突时,法院通常有意识地在比例原则框架内进行法益权衡,从而发展出相应的权衡规则。学

界应当针对相关司法实务展开研究,从理论上推动基本权利教义学体系趋向完善。

五、结语

公权力对基本权利的限制是否符合狭义比例原则,取决于法益权衡的结果。对此,一些学者从理论角度提出了三个原则性诘难和一个技术性质疑。哈贝马斯认为规范和价值分别属于道德和伦理领域,规范不可权衡,价值才可以权衡,基本权利作为规范不可权衡。实际上,任何规范都承载、体现、并服务于一定的价值,规范和价值之间并不存在这一区分。一国宪法上实证化的基本权利体现价值,与其他法益发生冲突时则应当进行权衡。就此而言,哈贝马斯的观点经不起推敲。以德沃金为代表的一些学者认为权利是压倒公共利益的王牌,主张通过道德上的对错判断来解决权利和对立法益之间的冲突。然而,这种做法只适用于权利和不正当考虑发生冲突的情形,不适用于其与正当法益发生的冲突。关于法益权衡不具有可预见性、从而违反法治原则的批评,预设了近乎绝对的可预见性,这本身是一个不可企及的理想,并非法治原则的题中之义。实际上,实质法治不仅追求可预见性,也追求个案正义,并要求在两者之间取得平衡。进行法益权衡虽然带来一定的不确定性,但能够促进实体正义的实现,恰恰符合实体法治的要求。在原则性质疑之外,有学者对法益权衡提出了技术上的质疑,认为处于冲突关系之中的法益往往是不可通约的,因此不可比较,无法权衡。实际上,宪法价值秩序构成了对不同法益的重要性进行评价的标准,这就使得法益之间可以进行比较、权衡。

由此可见,对法益权衡的理论质疑并不成立。鉴于宪法审查制度运行良好的国家大多采取了在狭义比例原则框架内进行权衡的做法,这也揭示前述质疑经不起实践的检验。在这一背景之下,学界无须纠缠法益权衡是否可行的问题,而是应当致力于探索提高法益权衡的客观性和可预见性的途径。就此而言,宪法审查机构在大量个案中进行法益权衡,能够形成适用于同类案件的权衡规则,它们能够提

高后续基本权利审查的可预见性。宪法教义学的研究应当关注法益冲突,发展出相应的权衡规则,用于指导法益权衡实践。

注释:

① BVerfGE 7, 377ff. 中文版本参见张翔主编:《德国宪法案例选释(第1辑)·基本权利总论》,法律出版社2012年版,第48-70页,谢立斌撰写。

② Vgl. Matthias Klatt/Moritz Meister, Verhältnismäßigkeit als universelles Verfassungsprinzip, Der Staat 51(2012), S. 159; Vicki C. Jackson, Ambivalent Resistance and Comparative Constitutionalism: Opening up the Conversation on "Proportionality", Rights and Federalism, 1 University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law 583, 583-639(1999).

③ See David M. Beatty, The Ultimate Rule of Law, Oxford University Press, 2004.

④ 参见[德]哈贝马斯:《在事实与规范之间:关于法律和民主法治国的商谈理论》(修订译本),童世骏译,生活·读书·新知三联书店2014年版,第133页。

⑤ 参见同上注,第315-316页。

⑥ 参见同上注,第148-150页。

⑦ 参见同上注,第133页。

⑧ 参见[美]罗纳德·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265页。

⑨ 同上注,第266页。

⑩ 参见同上注,第267页。此外,德沃金主张,原则之间可以进行权衡。具体而言,德沃金区分了规则、政策和原则。其中,原则具有最高地位,规则与政策不得违反原则,否则无效。疑难案件往往涉及多个原则,此时需要进行比较、权衡,最终选择应当适用的原则。[美]罗纳德·德沃金:《法律帝国》,李常青译,中国大百科全书出版社1996年版,第22-26页、第214-223页。

⑪ See Stavros Tsakyrakis, Proportionality: An Assault on Human Rights, 7 International Journal of Constitutional Law 468, 488(2009); Edwin C. Baker, Limitations on Basic Human Rights—A View from the United States, in Armand L. C. De Mestral et al. eds., The Limitation of Human Rights in Comparative Constitutional Law, Les Editions Yvon Blais, 1986; Grégoire Webber, The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights, New York—

University Press, 2009; Grégoire Webber, On the Loss of Rights, in Grant Huscroft et al. eds., Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning, Cambridge University Press, 2014, p.123. 国内持这一立场的代表性文献参见陈景辉:《比例原则的普遍化与基本权利的性质》,载《中国法学》2017年第5期,第299页。

⑫ 参见同上注, Stavros Tsakyrakis 文。

⑬ See Lustig-Prean and Beckett v. United Kingdom, 29 ECHR 548(1999).

⑭ 参见[美]富勒:《法律的道德性》,郑戈译,商务印书馆2005年版,第55-107页。

⑮ See Friedrich Hayek, The Road to Serfdom, Routledge & Kegan Paul, 1944, pp. 75-76.

⑯ 参见李桂林:《实质法治:法治的必然选择》,载《法学》2018年第7期,第77页。

⑰ See Joseph Raz, The Rule of Law and its Virtue, in Joseph Raz, The Authority of Law: Essays on Law and Morality, Oxford University Press, 1979, p.211.

⑱ Vgl. Han Jürgen Papier, Vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte, in: Detlef Merten/Hans Jürgen Papier(Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa Band. III, 2009, S.403. 参见邵建东:《从形式法治到实质法治——德国“法治国家”的经验教训及启示》,载《南京大学法律评论》2004年秋季号,法律出版社2004年版,第162-168页。

⑲ Vgl. Hans Kelsen, Reine Rechtslehre, 1934, Rn. 101.

⑳ 参见[德]古斯塔夫·拉德布鲁赫:《法律的不法与超法律的法》,舒国滢译,载郑永流主编:《法哲学与法社会学论丛》(四),中国政法大学出版社2001年版,第437页。

㉑ Vgl. S. Lothar Hirschberg, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 1981, S.79; Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2: Allgemeine Lehren der Grundrechte, 1994, S. 819; Bernhard Schlink, Abwägung im Verfassungsrecht, 1976, S.151; Rainer Dechsling, Das Verhältnismäßigkeitsgebot: eine Bestandsaufnahme der Literatur zur Verhältnismäßigkeit staatlichen Handelns, 1989, S.17.

㉒ 关于法益之间不可通约的代表性文献,参见同前注①, Stavros Tsakyrakis 文; David Luban, Incommensurable Values, Rational Choice, and Moral Absolutes, 38 Cleveland State Law Review 65(1990); Ruth Chang ed., Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason, Harvard University Press, 1997;

Matthew D. Adler & Eric A. Posner eds., *Cost-Benefit Analysis: Economic, Philosophical, and Legal Perspectives*, University of Chicago Press, 2001; Henry Mather, *Law-Making and Incommensurability*, 47 *McGill Law Journal* 345(2002); Frederick Schauer, *Commensurability and Its Constitutional Consequences*, 45 *Hastings Law Journal* 785(1994); Jeremy Waldron, *Fake Incommensurability: A Response to Professor Schauer*, 45 *Hastings Law Journal* 813(1994); Cass R. Sunstein, *Incommensurability and Valuation in Law*, 92 *Michigan Law Review* 779(1994); Joseph Raz, *Engaging Reason: On the Theory of Value and Action*, Oxford University Press, 1999, p.46; Lorenzo Zucca, *The Tragedy of Ms. Evans: Conflicts and Incommensurability of Rights*, 2 *European Constitutional Law Review* 424(2006); Paul-Erik Veel, *Incommensurability, Proportionality, and Rational Legal Decision-Making*, 4 *Law and Ethics of Human Rights* 176(2010); Virgílio De Silva, *Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing, and Rational Decision*, 31 *Oxford Journal of Legal Studies* 273(2011)。

③ See *Bendix Autolite Corp. v. Midwesco Enterprises Inc.*, 486 US 888, 897(1988).

④ See Stephen E. Gottlieb, *The Paradox of Balancing Significant Interests*, 45 *Hastings Law Journal* 825, 850(1994); Lorenzo Zucca, *Constitutional Dilemmas: Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and the USA*, Oxford University Press, 2007, p. 88; T. Alexander Aleinikof, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, 96 *The Yale Law Journal* 943, 972(1987).

⑤ Bernhard Schlink, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, in Peter Badura/Horst Dreier(Hrsg.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Vol. II, 2001, S.445.

⑥ *New Jersey v. T. L. O.*, 469 U. S.325, 369-371(1985).

⑦ See Donald P. Kommers, *Germany: Balancing Rights and Duties*, in Jeffrey Goldworthy ed., *Interpreting Constitutions: A Comparative Study*, Oxford University Press, 2006, p. 161; Eveline T. Feteris, *The Rational Reconstruction of Weighing and Balancing on the Basis of Teleological-Evaluative Considerations in*

the Justification of Judicial Decisions, 21 *Ratio Juris* 481, 481-495(2008); Jacco Bomhof, *Balancing, the Global and the Local: Judicial Balancing as a Problematic Topic in Comparative(Constitutional)Law*, 31 *Hastings International and Comparative Law Review* 555, 555-586(2008); Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 1986, S. 145 ff.; Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, translated by Doron Kalir, Cambridge University Press 2012, p.485;同前注①, Frederick Schauer文。中文代表性文献,参见雷磊:《为权衡理论辩护》,载《政法论丛》2018年第2期,第23-33页。

⑧同前注⑦, Robert Alexy书,第146页。

⑨ See Robert Alexy, *The Construction of Constitutional Rights*, 4 *Law and Ethics of Human Rights* 21, 21-32(2010).

⑩学界应当继续探索摆脱法益权衡困境的其他方法。例如,基本权利审查包括六个环节,分别围绕保护范围、干预、目的正当性、适当性、必要性、均衡性展开。如果充分发挥均衡性审查之外其他审查环节的功能,在这些环节得出终局性结论,则可以避免基本权利审查实质上缩减为均衡性审查并导致个案结果完全取决于法益权衡。感兴趣的学者可以对此展开进一步研究。

⑪ Vgl. Dieter Grimm, *Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, NJW 1995, S. 1703.

⑫ Vgl. BVerfGE 66, 116(139).

⑬联邦宪法法院的代表性判例,参见 BVerfGE 75, 369(380)。该宪法诉愿涉及一个画家在杂志发表的三幅猪在交配的漫画。在这些漫画上,一头猪的脸画成了时任巴伐利亚州州长施特劳斯,与其交配的猪则穿了法袍,以此暗指施特劳斯勾结法官赢得了诉讼。终审判决中,某州高等法院认为画家侮辱他人,应当承担刑事责任,画家提起宪法诉愿。联邦宪法法院认为,在艺术自由和人的尊严发生冲突的情况下,人的尊严是绝对的,无须也不得进行法益权衡,对画家予以刑事制裁并不侵犯其艺术自由。

⑭ Vgl. BVerfGE 61, 1(12); 82, 272(283 f).

⑮ Vgl. BVerfGE 12, 113(126 ff.); 54, 129(138).

⑯ Vgl. BVerfGE 1, 14(52); 71, 255(271).