

## 尊严与自由:宪法的价值灵魂

——评艾伯乐的《尊严与自由》

书名: Dignity and Liberty: Constitutional Visions in Germany and the United States

作者: Eduward J. Eberle

出版: Praeger Publishers, 2002

评论人: 马平\*

### 一 引言:宪法何以有价值?

宪法何以有价值?这里包含了两个命题。第一个是,作为法规范的宪法自身,何以具备价值?第二个命题是,作为最高法的宪法,其规范内价值是如何获得的?

前一个命题涉及到法的有效性与实效性。当有效的宪法具备实效性时,从某种程度上讲,其作为法规范自身才具备了法的价值;且只有宪法进入了规范宪法这一层次之时,其作为法规范的价值才能真正得到较为全面的实现。<sup>[1]</sup>后一个命题则复杂得多。各国宪法(基本法)的基本价值取向不尽相同,而宪法规范本身可被看作是一种价值载体,各种势力都可能想将自己的价值注入其中,<sup>[2]</sup>但是,进入了规范宪法层次的宪法,其核心价值则是相对稳定的。如艾伯乐(Eduward J. Eberle)即认为,美国的宪法价值核心是围绕着言论自由展开的单向度自由,德国则以人之尊严以及人格的自由展开为核心建立了宪法价值秩序的概念。<sup>[3]</sup>

拿德国来看,德国以人之尊严为核心的基本法法理,其理论来源大体上是三个:康德主义的道德哲学,<sup>[4]</sup>基督教的自然法以及19

世纪德国的个人自治与自决之法律科学。<sup>[5]</sup>其历史渊源有两个,一是德国对自身所经历的纳粹时代的反思和警醒,另一个是德国历史上没有经历过如美国式的反抗王权统治这样对自由极度渴望的时代。因此它关注的焦点不在自由,而在人之尊严与人格保障。而美国的自由宪法法理,实际上和美国的建国历史紧密相连。从英国的殖民统治下独立出来,美国宪法的主要目的在于限制政府权力,以把最大的自由留给人民。<sup>[6]</sup>美国人心目中

\* 马平,西南林学院讲师,法学博士。

- [1] 参见林来梵:《从宪法规范到规范宪法——规范宪法学的一种前言》,法律出版社2002年版,第8-9及第259-263页;亦请参阅杨日然:《法理学》,(台湾)三民书局2005年版,第64-72页。
- [2] 同上,第5-7页。
- [3] Eduward J. Eberle, *Dignity and Liberty: Constitutional Visions in Germany and the United States*, (Praeger Publishers, 2002), pp. 150-153.
- [4] 康德如下著名论断对基本法影响至深:无论是对自己还是别人,都要将人作为目的而不是仅仅作为手段。
- [5] Eduward J. Eberle, *Dignity and Liberty: Constitutional Visions in Germany and the United States*, p. 43.
- [6] 简而言之,这一点可从美国宪法立宪过程说明:1789年联邦宪法并无权利法案,权利法案乃系后来增加,其并在第九修正案中特别强调:对特定权利之列举,不得被认为是对其他人民所保留之权利的否认或贬低。

对政府总抱持着怀疑,而相信人民在自由、尤其是言论自由(言论市场)之中,有能力做出最有利的选择。这种自信和美国不曾有过纳粹德国时期对人之尊严的践踏有关。人民的自由自治是美国宪法的灵魂,也是美国人的核心认知。通过美国宪法文本的确立、200多年宪法实践的维护,自由的核心价值地位在美国社会获得了美国之外的世界很难达到的体认程度。

总而言之,虽然美国 and 德国共同分享着权力分立、联邦制、人权和独立法院这些价值,但是二者之间存在的差别也是明显的。可以说,尊严是德国宪法的价值灵魂,而自由是美国宪法的价值灵魂。这两种不同的宪法价值,在当代正在互相融合,而连接二者宪法法理的桥梁,则是人格法部分。<sup>[7]</sup> 艾伯乐认为,以尊严为基的自由主义与以自由为基的自由主义的综合,比单个的宪政更值得尊重与赞赏。<sup>[8]</sup> 如果美德两国的价值取向能够互相取长补短,将会提供更为有效的人权保护;而德国基本法在最近几十年间,已经“取代美国成为世界上民主宪政的样板”,<sup>[9]</sup> 这意味着美国有更多需要向德国学习的地方。

## 二 追寻以人之尊严为核心的人格康乐的基本法

艾伯乐认为,通过与《德国联邦基本法》第2条的具体自由<sup>[10]</sup>相联系,尊严在德国已有相对固定化的内容。围绕着这些内容,德国形成了以人的尊严为核心的、追求人格全面康乐的基本权利体系。这些内容并不易完全廓清,但基本的内容应包括如下一些:

首先,从总的方面看,在德国人之尊严的内涵是指:“每个人都必须一直被作为他或她自身的目的而对待,每个人的最原初尊严包括认知和实现作为有独立人格的人。”<sup>[11]</sup> 尊严至少包含如下几点:平等;<sup>[12]</sup> 对身体特征和完整性的尊重;对智力和精神特征与完整性的尊重;对政府权力的限制;保障人作为个体化与社会化共生的存在。<sup>[13]</sup> 人之尊严是德国基本法的核心价值,还表明尊严不仅仅关注个体,作为宪法的核心价值,它还辐射到整个

宪政秩序,要求国家不仅要保护它还要努力实现它、尤其是要伸展去保护社会中的弱势成员。在此,尊严作为高级法判断并引导着个人与整个社会。<sup>[14]</sup>

其次,以人的尊严为基础,基本权利存在着主观和客观两个面向,这种理念在宪法理论和诉讼领域都产生了深远的影响。艾伯乐认为,德国基本权利的主观面向相当于消极自由,而客观权利在德国意味的则是国家有义务去主动获取的、最为基本的社会价值。<sup>[15]</sup> 基本权利的客观面向与德国宪法框架的价值导向本质系结在一起,要求政府在社会中实现基本法所体现的一系列客观价值,要求政府创造出适当的社会条件来使得权利作为基本规范得以实现,这对政府施加了责任,要求它应此而积极作为。因此,政府成为公民实现正义的合

[7] Eduward J. Eberle, *Dignity and Liberty: Constitutional Visions in Germany and the United States*, p. 7.

艾伯乐将人格法分为三个部分:外在自由、内在自由和自我决定。这将在第三部分详细讨论。

[8] Eduward J. Eberle, *Dignity and Liberty: Constitutional Visions in Germany and the United States*, p. XII.

[9] Eduward J. Eberle, *Dignity and Liberty: Constitutional Visions in Germany and the United States*, p. 19.

[10] 基本法第二条包含的自由有三种:人格的自由展开权利;生存与身体完整的权利;个人之自由、主要是身体行为自由不受侵犯的权利。Eduward J. Eberle, *Dignity and Liberty: Constitutional Visions in Germany and the United States*, pp. 54-55.

[11] Eduward J. Eberle, *Dignity and Liberty: Constitutional Visions in Germany and the United States*, p. 7.

[12] 由于强有力的文本语言,平等在德国比在美国更有实质约束力。美国宪法长期被用以支持奴隶制度和女性的不平等对待,直到建国一个半多世纪后的1954年,通过里程碑意义的布朗案(Brown v. Board of Education, 347 U. S. 483 (1954)),美国才认定平等乃是美国社会的一个前提性的组织原则。

[13] Eduward J. Eberle, *Dignity and Liberty: Constitutional Visions in Germany and the United States*, pp. 50-52.

[14] Eduward J. Eberle, *Dignity and Liberty: Constitutional Visions in Germany and the United States*, p. 96.

[15] 德国基本权利的客观面向是与美国宪法基本权利最重要的区别,后者缺乏这样一种维度。

作伙伴,共同追求对包括基本自由与基本需要在内的尊重。而德国基本权利中的主观或消极面向,扮演的是防御角色,这一角色可以对应于美国的基本权利:它属于个人领域,主要是用以限制政府对该范畴的干涉。

来源于基本权客观面向理念,德国进一步发展出了基本权利的第三者效力理论,它在1958年著名的吕特(Lüth)案中得到了较为全面的阐述。在该案判词中,宪法法院认为,基本权利作为支配社会之基础原则的客观秩序的一部分,对于公共之善有着极为重要的意义。因此,基本权利必须既影响到公行为,也对私行为产生效力;即便是修宪也不能改变基本权利。<sup>[16]</sup> 该案也给基本权利与私法之间关系的澄清提供了机会:宪法规范影响而非规制私法规范(亦即间接效力)。通过私法的概括条款,宪法价值被读入私法关系中,从而影响着它。而这又与美国有着鲜明的差别:在美国的标志性案件纽约时报诉苏利文案<sup>[17]</sup>中,联邦最高法院认定,只有存在政府行为时宪法才出现,美国宪法要从社会中重要的私人关系领域退缩出来。<sup>[18]</sup>

第三,非常值得注意的是,在德国个人之自由乃是社会中的自由,实践它时需要同时注重社会责任。德国宪法法院经常将人描绘为“精神—道德存在”,是一个个体化与社会化的统一体。宪法法院于1954年的投资帮助案(Investment Aid)<sup>[19]</sup>中第一次提出人乃是受到公共体约束的人,而关于个人与社会关系具有开创意义的案件则是1971年的麦斐斯托案(Mephisto),<sup>[20]</sup> 该案判示:人不是孤立和自足的个体,它是在社会共同体中自由发展的自治体。1977年的生命监禁案(Life Imprisonment)<sup>[21]</sup>进一步推进之:基本法中的自由个人指的是一个与共同体相连并受到其约束的个人。艾伯乐认为,这种共同体取向,是亚里士多德思想影响下的欧洲思想与传统的核心,在现代社会中它反映为个人生活的社会性面向。<sup>[22]</sup> 他总结说:“德国基本法提供了另外一条检验人的野心和自我利益的实体道德之路,不同于美国的有限政府和调和式中立价值图景。”<sup>[23]</sup>

第四,德国基本法是有价值导向的,它同时设定了权利和义务,包括政府和个人的整个

社会均要受到宪法价值秩序下依法治国、社会国原则的约束。对比之下,美国宪法则试图价值中立(这正对应了一个消极自由的图景),尤其是政府不得侵犯已列举权利,但没有规定公民必须承担的义务或政府所必须要实现的价值;因为在美国社会中,责任与价值的内容以及其实现和满足,主要是留给公民与社群去启动的,这与有限政府的原初目标相一致。艾伯乐进一步总结道:“(德国)宪政体现在其规范内价值通过宪法法院的裁断,真实有效地发生着作用……(而)在美国,是由基础的共和主义而不是宪政主义来实现目标的。这似乎反映了美国人对于将政治过程和民主视为解决基本的社会问题的优选方式的信仰。”<sup>[24]</sup>

第五,从释宪技术角度来观察,德国宪法法院是根据基本法文本、及其在社会经济条件下的适用可能性来进行宪法解释、尤其是基于人之尊严进行解释的。宪法法院曾认为:“任何具体界定人之尊严的术语决断,必须建立在当下理解上,不得依赖于任何永远有效之类的主张。”<sup>[25]</sup> 因此,德国修宪以适应时代要求相对容易,而美国修宪则很难,它的修宪责任实际上主要是由联邦最高法院来承担的。

第六,在德国,通过宪法法院所表达的一个非常重要的基本法认知是:人格的自由发展,包括内在自由、外在自由以及以自我决定

[16] 1 BVerfGE 400/51(1958).

[17] New York Times v. Sullivan, 376 U. S. 254 (1964).

[18] Eduward J. Eberle, *Dignity and Liberty: Constitutional Visions in Germany and the United States*, p. 29.

[19] 4 BVerfGE 7(1954)

[20] 30 BVerfGE 173(1971)。

[21] 45 BVerfGE 187(1977)。

[22] Eduward J. Eberle, *Dignity and Liberty: Constitutional Visions in Germany and the United States*, p. 100. 不过,在趋向多元与多文化的社会中,基本法这种认知在实践中的操作也较以前更为困难。

[23] Eduward J. Eberle, *Dignity and Liberty: Constitutional Visions in Germany and the United States*, p. 19.

[24] Eduward J. Eberle, *Dignity and Liberty: Constitutional Visions in Germany and the United States*, p. 32.

[25] 45 BVerfGE 187, at 229(1977).

的方式表达出来的与社会责任相结合的快乐,乃是核心价值“人的尊严”的真正体现。一方面,完整的尊严概念除了内在自由与外在自由的自我实现之外,还包括社会责任与他人的统一性;另一方面,从基本法实践来看,人的尊严主要是与人格的自由发展相结合来体现的。

### 三 作为美国宪法灵魂的自由

美国宪法从未真正界定过人的尊严、人性和人格,但自沃伦法院以来,也曾经有人试图把人之尊严当作建立法理的基础,这其中典型的代表便是布伦南大法官。<sup>[26]</sup>近年来,人的尊严似乎有规律地出现在了联邦最高法院的判决、尤其是自治权利及其在维持个体完整性的角色等问题上。<sup>[27]</sup>

但是总体而言,美国宪政秩序的核心目标乃是自由或自治,<sup>[28]</sup>因此,“在美国,言论的价值比尊严价值更为优先”。<sup>[29]</sup>这甚至使得联邦最高法院在人格法的内在自由这一部分一直犹豫不肯深入,认为这是留给人们自我选择的领域,对于宣布任何实体权利,“它都是踌躇再三,宁肯先等等看判例法是否要实质性地介入隐私权中去”。<sup>[30]</sup>而隐私实质上并不如自治有力,它本质上是一个消极退守的领域,并没有向外伸展和控制的张力。联邦最高法院视野里典型的人是坚强、自足、独立的,社群或共同体视角并不多出现在它的语汇之中。美国人的这种形象在言论自由法中得到了极大发展。

美国宪法法律中基本权利理论与实践的发展说明,它关注的是布兰代斯所主张的“独处权”,而不是任何发展才能或特征的权利。美国从未将人格作为一个动态的概念加以界定或阐发,也并没有一个一般行为自由这样的宪法综合概念,这一概念更象是在如侵权、合同或财产法等一般的司法概念下得到处理的。同时,在美国任何社会事件都有可能被转化成权利诉求,但美国人的权利观相对德国的更为绝对化与私人化。德国的自由是个人面向的,试图去推进和健全人格的展开,而

美国的自由是私人面向的,描绘出人们可以独处的方式。艾伯乐在此显然并不完全赞同美国的这种倾向:“虽然独处对于静思有益,是人类生活的重要面向,但它并不带来所有方面的生活均康乐的结果。”<sup>[31]</sup>

宪法诉讼层面,联邦最高法院在多数案件中是通过程序性正当程序来审查当事人有没有得到充分的知会以及参与权利以决定某些措施是否正当。通过多年的努力,联邦最高法院辨识出了一系列影响深远的特定权利,这种努力帮助美国宪法在过去的大部分时间运作良好,成为活的宪法,很多国家和国际组织都从美国宪法身上来寻找灵感。艾伯乐认为,美国宪法成功地控制了人们的野心,并用审慎选择出的原则,比如分权、平等和良心自由等引导了人们。然而,美国宪法主要致力于限制政府权力,它并无德国基本法上的那种客观面向,对此,联邦法院大法官曾经在迪仙尼案(DeShaney)中做了一个极端惊人的推论:“正当程序条款乃是作为政府行为权力的限制而出现,并非对特定的最低安全与保障的承诺。”<sup>[32]</sup>也正是因为如此,在新政之后,法院寻找制衡大政府权力的新方法之一就是返回到更纯粹、更中立的法律形式上去,另一个方法才是延续开国传统继续挖掘和寻

[26] 参见 Raoul Berger, “Justice Brennan, Human Dignity and Constitutional Interpretation”, in *The Constitution of Rights*, edited by Michael J. Meyer, Cornell University Press, 1992.

[27] 亦请参见 *The Constitution of Rights: Human Dignity and American Values*, edited by Michael J. Meyer, Cornell University Press, 1992, pp. 1-9.

[28] 需要说明的是,也有美国学者认为修宪(设立权利法案)以保护人们的自我决定这种假设不一定成立,自我决定并非一定是宪法追求的目的。参见 P. de Marnette: “Popular Sovereignty and Griswold Problem”, in *The Constitution of Rights*, edited by Michael J. Meyer, Cornell University Press, 1992.

[29] Eduard J. Eberle, *Dignity and Liberty: Constitutional Visions in Germany and the United States*, p. 108.

[30] Eduard J. Eberle, *Dignity and Liberty: Constitutional Visions in Germany and the United States*, p. 92.

[31] Eduard J. Eberle, *Dignity and Liberty: Constitutional Visions in Germany and the United States*, p. 111.

[32] 489 U. S. 189, at 195 (1989).

免自由。在美国 200 多年的宪法历史中,司法阐发人权的运动大部分是到了二战之后才兴起的,且主要是在沃伦法院时期、被认为是司法积极主义的 1953-1969 期间;建国前百年中只有两件宣布违宪的案件。<sup>[33]</sup>

艾伯乐认为,美国宪法的这种工具性架构、非价值取向,是与美国没有如康德主义之类的核心社会价值有关的;或者还可以说,美国的核心社会价值就是自由,自我抉择的自由本身就是价值,这也正是言论自由之所以在美国宪法法律之中占据着核心位置的原因。这种与德国的不同,被认为与美、德两国人口组成的多元化程度之不同有很大关系;<sup>[34]</sup>再与欧洲一贯的福利社会思想、德国自身的历史发展、德国乃至欧洲哲学思想的发展相结合,德国更容易形成共同的社会价值;对比之下,美国则是形成了共同的政治和民主理想,也因此美国案件的讨论、协商等过程争议较多较激烈。

#### 四 人格法部分的区别 与交融

正如艾伯乐所言,每个时代都会遭遇这个时代里关于人之人格及自由的挑战。人格的法律包括三部分内容:外在自由、内在自由以及自我认知、自决和自治有关的第三种自由。<sup>[35]</sup>在这些方面,美、德的主要区别如下:

首先,德国人格法发展的比较全面,其外在自由以一般行为自由为概括,保护的极为广泛,但在细节也就是判断基准上,与美国相比则太过泛化,没有美国的判断基准那样细致,同时个人行为需要考虑到社会责任与义务,美国法院则很少提及这些;内在自由保护方面,德国有深入的保护,且在宪法价值秩序原则之下,公权力还要主动追求实现人的尊严的保护,而美国则缺乏内在自由这样一个向度,认为内在自由乃是留给个人自我处理的部分,对法院来说重要的是保护这个领域不受政府的干涉。

自决是过去 30 年美德两国宪法法律共同关注的焦点。但是由于宪法理念的不同,

二者之间依然存在着很大的差别:在美国,尊严意味着选择的权利,尊重选择乃是价值所在。德国也分享这一自决的角度,但区别在于自决如何展开。

在美国,自治就是选择的权利,个人自治本身就是它自己的价值,是一个人的权利组成部分,而很少注意选择给他人或行为者自己带来的结果或影响。在此意义上,美国法似可被认为是单向度的:人只是行为者,而不是共同体一员。德国则不同,其人格法聚焦于身心合一的康乐:个人自治乃是人之尊严的一个方面,与个人特征与人格之形成相连,它关注内在性的体现,但在同时,这种形成又被视为是在社会与道德共同体之中而非孤立地形成,<sup>[36]</sup>其社会国概念还要求这种发展要承担“与共同体相联并受之约束”的义务。不过,值得关注的是,近年来在美国所谓权利渐渐也不独是个人之事,而应考虑到共同体的要求,这方面正在与德国的理念相接近。

其次,德国的人格法是其宪法法院的造物,正如隐私权乃是美国联邦最高法院的创造一样,<sup>[37]</sup>这是法院对时代的变化所作出的回应。两者的不同在于,德国宪法法院更为

[33] 分别是 *Marbury v. Madison*, 5 U. S. 137 (1804) 和 *Dred Scott Case*, 60 U. S. 393 (1856)。前者奠基了美国的司法审查制度,对后世影响极大;后者却因为宣布在正当程序条款下奴隶是财产而名声不佳,事实上被内战之后美国宪法第十三修正案直接推翻。

[34] 美国有 20% 的人口是少数族裔,德国只有 8%;在德国只有大约 5-10 万的犹太人,占很少的比例,有 250 万人口有伊斯兰教渊源,占人口 3%;而在美国有 430 万犹太人,占人口 1.5%,相当于以色列国的人口数,有近 2% 的美国人 是伊斯兰信徒。Eduard J. Eberle, *Dignity and Liberty: Constitutional Visions in Germany and the United States*, p. 49.

[35] Eduard J. Eberle, *Dignity and Liberty: Constitutional Visions in Germany and the United States*, p. 60. 在外在自由与内在自由之间,并没有明确的界线,毋宁说,二者都是一个完整的人的组成部分。

[36] Eduard J. Eberle, *Dignity and Liberty: Constitutional Visions in Germany and the United States*, p. 151.

[37] Eduard J. Eberle, *Dignity and Liberty: Constitutional Visions in Germany and the United States*, p. 141.

积极、而美国联邦最高法院更为谨慎和被动。在宪法法院看来,社会变化如此之大,一个法官不能只用成文法来揭示法律,它甚至认为,法官可以用自己的观点取代那些已经不符合时代要求的法律。艾伯乐认为,德国宪法法院“看起来更象是民主的领导者而不是其道路、传统或其他的解释者”。<sup>[38]</sup>而在美国,这种自治法、包括隐私权被认为是隐含在正当程序条款的自由承诺之中。<sup>[39]</sup>人之本性在德国是不受时间所限的,这是人们要求满足他们在处于变化中的生活质量问题;美国法则更倾向于用过去的理念衡量现时代的人之本性,历史和传统在宪法解释中占有相当地位。因而,在进行法律衡量时,德国是向前看,而美国则是倒回去看的。这从某种程度上限制了联邦最高法院接纳新型权利的步伐。

第三,在两国人格法内容的发展历史上,有篇重要的文章不能不提,那就是沃伦(Smauel Warren)和布兰代斯(Louis Brandeis)在1890年发表的《隐私权》,该文倡议在“不可侵犯的人格”观念基础上建立一个一般人格权。<sup>[40]</sup>它在美国人格法律的发展上起到了奠基性的作用,其观点后来被庞德(Roscoe Pound)进一步推进。然而,在具体权利的宪法保护上,美国倾向于保护审慎论证出来的特定隐私,虽然唯有在隐私这一部分美国的人格法才有着深入内在自由的内容,但它对于这种保护似乎也非常不乐意深入,宁肯留给个人自决。而德国在实际上比美国更多地吸收了这篇文章的观点,它的人格法赋予人以成长能力,其自治法律关注的重心是个体身份认知的发展与形成。在异性转化欲案(Transsexual)中,宪法法院认定:“《基本法》第1条保护个人的尊严,作为人他在个体性状况下了解自身、认知自身。这里还包括,一个人可以自己决定自己的事务,自行承担自己的命运责任。”<sup>[41]</sup>这里的自治不同于美国的自由观念,而是指在所有丰富人之能力的方向上获得这种丰富化的权力的自由。

尽管在宪法人格法方面美德两国存在着如上这些区别,但非常值得注意的是,美国也显示出越来越重视人格和人的尊严在宪法法理中的地位的趋势。

这种趋同表现在,虽然美国把自由价值看的比尊严价值更为重要,但在最近半个多世纪以来,联邦最高法院不同大法官对于人之尊严亦都有所论及。如在1966年罗森布莱特诉拜耳(Rosenblatt v. Baer)<sup>[42]</sup>案判决附随意见中,大法官斯特沃特即提及“……反映了我们关于核心尊严和每个人的价值的基本概念——一个存在于任何有序自由体系之基础部分的概念”。布伦南大法官是推动人的尊严进入美国宪法法理中最为积极的一位,在1970年的金伯格诉凯利(Goldberg v. Kelly)<sup>[43]</sup>判决异议中,他认为:“从建立那一刻起,国家就承诺要增进在其疆域内所有人的尊严和康乐”;1987年的麦克莱斯基诉克普(McClesky v. Kemp)案,<sup>[44]</sup>他在判决异议中还提及“……在是否适用死刑上考虑被告或被害人的种族,是与将个人视为独特的人之存在完全背离的”。在National Treasury Employees Union v. von Raab<sup>[45]</sup>案中,斯卡里大法官在

[38] Eduward J. Eberle, *Dignity and Liberty: Constitutional Visions in Germany and the United States*, pp. 103 - 104.

[39] 值得特别说明的是,艾伯乐认为,美国的自治法有三股来源:一是隐私权,二是自由权,三是历史与传统。前两者可以被认为是美国自治法历史发展的双线:著名的格里斯伍德案中,道格拉斯大法官执笔的判决意见阐发出了隐私,这延续到了罗伊案,作为宪法未列举权利,隐私权在美国实际上是一直处于文化争议之中的;格里斯伍德案里哈兰大法官的附随意见则代表了另外的自由一线,这条线与隐私在宾州堕胎案中汇集,表达了消极之隐私权利用以对抗政府、积极之个人自由决定个人私密生活的理念。而自由一线继续有所发展,在2003年的劳伦斯案件判决中,肯尼迪大法官避开隐私权,高扬自由大旗,认为州立立法对鸡奸的禁止是狭隘地理解了宪法上的自由,法院的任务是界定各种自由而不是推行道德法典。上述几个案件分别是: *Grissold v. Connecticut*, 381 U. S. 479 (1965); *Whalen v. Roe*, 429 U. S. 589 (1977); *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U. S. 833 (1992); *Lawrence et al. v. Texas*, 539 U. S. 558, 566 (2003)。

[40] 4 *Harv. L. Rev.* 193, 205 - 07 (1890).

[41] *Transsexual case*, 49 *BVerfGE* 286, 298 (1978).

[42] 分别是 384 U. S. 436 (1966); 383 U. S. 75 (1966)。

[43] 397 U. S. 254, 264 - 65 (1970).

[44] 481 U. S. 279, 336 (1987)

[45] 489 U. S. 656, 681 (1989).

异议里如是说:“在我看来,消费者服务规则是将隐私和人之尊严作为象征性地反对毒品使用的牺牲品。”奥康娜大法官也在1992年有过如下表述:“这些……涉及到一个人在一生中所要做出的最为私密和个人的选择,这些选择处于个人尊严和自治的核心。”<sup>[46]</sup>2003年肯尼迪大法官在劳伦斯案(Lawrence)判决中,认为:“受宪法保护的自由,允许同性恋者们享有在其家中以及私人生活里形成(某种)关系、并仍然保有作为自由人的尊严的权利。”<sup>[47]</sup>这说明美国越来越愿意考虑人的尊严在人格法方面的重要地位,而这与美国开始关注其他法域的法律发展不无关系。

传统上,美国法院很少关注美国之外的法律发展。但是近年来,美国联邦最高法院大法官逐渐开始关注美国之外的宪政经验。前首席大法官伦奎斯特在德、美两国纪念基本法45周年的一个会议上,曾经说过:美国法院是该关注其他宪法法院的裁断了,这样可以有助于自己的思考。<sup>[48]</sup>布瑞耶大法官在1998年曾鼓励考察比较宪政。奥康娜大法官亦曾在2002年的一次讲演时提到:“虽然国际法和其他国家的法律极少对我们美国法院的判决产生约束,但其他国家和国际社会所产生的裁断,对美国法院而言时常具有权威说服力。虽然最终我们必须对自己国家法律的解释承担责任,但是其他优秀法官对我们也同样面临的问题所做出的思考,有很多值得我们去学习。”<sup>[49]</sup>

## 五 结语:价值与判断 基准的互补

德、美两国传统上属于私法的领域,比如隐私、信息自决、婚育生殖、名誉等问题的宪法化,体现了二战后人权法律的发展。而从实践来看,德国法中这二者的关系更为广泛些,同属于宪法价值秩序下的一个整体法律系统,在法律方法上体现着大陆法系统性的特点。在美国,情况则更复杂一些,联邦最高法院一方面通过特定的普通法方法从案件中逐渐归纳规则,一方面这些规则逐渐固定化,

成为较为细致实用的判断基准。

从法律整体价值角度,两国宪法的这种不同可以以对一般行为自由的不同处理为例。德国宪法法院认定《基本法》第2条第1款是一个独立的基本权利,用以保障人们的一般行为自由,而一般行为自由有两种内涵:一是最低限度的行为自由,没有它一个人将不能作为一个精神-道德体而发展;另一个是,可以将行为自由解释为在一个广阔的、综合意义上的概念。在实践中,行为自由只有在宪法秩序之内并且不侵犯第三方的权利与道德时方才受到保护。对比之下,“美国没有一般行为自由这样的概念,而是通过各种法勾勒出一个自由的地图”,<sup>[50]</sup>一般行为自由被放在合同法、侵权法等法律中予以处理。按理来说,一个广阔的行为自由更适合于美国宪法自由权,但事实上它却是德国宪法秩序的一部分,该秩序描绘出了尊严如何保护自由与行为,而自由权在美国宪法下却受到了约限,因为美国宪法法理中比较缺乏在尊严基础上对内在自由的关注与保护,美国宪法法律没有人格这样的一个向度,因此不怎么关心人格的健全发展上的行为自由这类问题。

从裁判角度,两者在权利保护的判断基准

[46] Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey, 505 U. S. 833, 851 (1992).

[47] Lawrence et al. v. Texas, 539 U. S. 558, 566 (2003). 在此判决之后,甚至有学者在思考是否联邦最高法院意图建立尊严这样一个新的实体合理审查判断基准,参见 Jeffrey Coehring: “Lawrence v. Texas: Dignity, a New Standard for Substantive Rational Basis Review?”, *Law and Sexuality*, 2004 casenote, pp. 727-740.

[48] Eduard J. Eberle, *Dignity and Liberty: Constitutional Visions in Germany and the United States*, p. 11, note 5.

[49] Justice Sandra Day O' Connor, “Keynote Address Before the Ninety-Sixth Annual Meeting of the American Society of International Law”, 96 *Am. Soc'y Int'l L. Proc.* 348, 350 (2002). 参见 Brief for Mary Robinson et. al as Amici Curiae, No. 02-102, pp. 2-3.

[50] Eduard J. Eberle, *Dignity and Liberty: Constitutional Visions in Germany and the United States*, p. 72.

上也有所不同。原起源于行政法律的比例原则作为判断基准被导入了宪法法院不同法益、尤其是公共利益与私人利益的衡量,它在德国宪法法理内占据着重要位置,其意指不得给基本权利施加与目的不相适合的负担。虽然随着时间的推移,比例原则被细化、体系化,细致的法律研习技术被用以揭示法律体系的精义,<sup>[51]</sup>但是总的来说在具体案件中这样一个基准仍然略显粗疏,难以操作。对比之下,在现代实体正当程序条款之下,美国依然是经验主义的普通法法律方法,即使是在高度原则化的宪法领域也是如此,它专注于对实体性的专断行为进行司法裁断。通过经验主义的方式,它建立了细致的基本权利保护的判断基准,尤其是在个别性权利如表达自由领域,其判断基准更趋于精细。其对言论自由尤其特别施加保护:有“双轨”(针对言论内容的规制的审查基准比非针对言论内容的规制的审查基准更加严格)、“双阶”(低价值言论和高价值言论的不同基准)理论为基础做出的领域划分,审查基准则进一步有“禁止事前限制”、“明显而立即危险”、商业性言论的“四部分分析”、公共性言论的“实际恶意”、象征性言论的“O'Brien基准”,以及“时间、地点与方法的合理限制”等等更为具体的基准。艾伯乐认为,德国在这一点上需要向美国学习,这样可以有助于将自由的内涵细致化,而且,由于时代的发展,

对信息的掌握和表达越来越重要,德国应提高对表达自由的保护程度,借鉴美国的审理技术,可以更有说服力。<sup>[52]</sup>

总之,艾伯乐认为,尊严与自由作为两部宪法的建构性价值,应该有所互补。在宪法法理上,美国需要重视人的尊严、关注人格的全面发展,因而有必要提高对个人内在自由的关注和保护,并进一步将权利保护理论体系化。在这一点上,德国的宪法价值秩序的理念,亦即德国基本权利的社会面向似乎值得特别关注。而在更为多元化的时代中,德国也需要提高自己对自由、尤其是表达自由的重视,并将宪法案件中权利保护的判断基准细致化。作者也已经指出,他的这些期待,实际上正在发生。

[51] 德国的比例原则在实践中逐渐发展成三层密度的审查基准,包括“明显性审查”、“可支持性审查”、“强力的审查”,在一定程度上克服了比例原则失于空洞的缺点。这与美国从双重基准逐渐发展成三重基准的道路是一致的,二者均意欲在案件分析论证上更为精准。详细分析介绍,请参见何永红:《宪法审查的基准》,浙江大学宪法学与行政法学2007年博士学位论文。

[52] Eduward J. Eberle, *Dignity and Liberty: Constitutional Visions in Germany and the United States*, p. 271.

(责任编辑:天 支)