

解析阿列克西宪法权利适用的比例原则

钱福臣

内容提要:阿列克西的宪法权利适用和解释理论是一种原则理论。这种理论将宪法权利规范看作是原则,也即要求某事在给定的法律和实际的可能性中在最大程度上被实现的规范。但在具体的宪法权利案件中会出现原则之间互相对抗的情况,因此就需要对欲确定适用的原则进行选择和权衡,而宪法权利适用的比例原则就是一个较好的解决方案。该原则理论和比例原则所具有的高度创见性在引起强烈反响的同时,也遭受了西方学术界的广泛批评,其中最基本和最重要的反对意见认为比例权衡是非理性的。在回应这些批评时,阿列克西提出,可以将比例权衡看作是商谈的理性结构,并据此证明比例权衡是理性的,故可以实现商谈结果的理性的最大化。

关键词:阿列克西 宪法权利原则 比例原则 权衡定律 分量公式 商谈

钱福臣,黑龙江大学法学理论与法制发展研究中心研究人员,法学院教授。

阿列克西宪法权利适用的比例原则是一种宪法权利司法解释和适用的结构和方法,他以宪法权利规范结构理论和原则的定义为前提创造了对基本权利进行理性商谈和证成的结构,通过对这种理性商谈结构的运用,能够使抽象的宪法权利规范(原则)转化为具体案件中的判决理由。

这并非他的凭空创造,而是对德国宪法法院甚至整个世界范围的宪法判决实践的理性重构。“阿列克西的宪法权利理论是作为对德国宪法法院实践的一种重构性阐述发展起来的,但是已经作为一种更一般性地帮助理解人权和宪法权利实践的理论而被广泛地认同。”^{〔1〕}“正如比较宪法学者们曾指出的那样,整个世界的权利分析的一个一般特征是某种模式的检验标准。虽然比例分析也确实同样地在美国宪法实践中发挥作用,但它却是根据二战以后所确立的宪法或条约所进行的权利推理的结果,具有更加突出和清晰的特征。比例原则被司法机关作为一个检验标准广泛使用来决定宪法所保护的权利的界限。”^{〔2〕}

〔1〕 Mattias Kumm, Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement, in George Pavlako(ed), *Law, Rights and Discourse*, (Oxford: Hart Publishing, 2007), p. 136.

〔2〕 Mattias Kumm, Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement, in George Pavlako(ed), *Law, Rights and Discourse*, p. 132.

这种理性重构取得了巨大成就并产生了重要影响。“对于阿列克西,正如对于分析实证主义一样,法律主要地是一种社会实践,虽然是一种拥有理论讨论结构的社会实践——商谈”。^[3] 在《论证基本权利》(*Arguing Fundamental Rights*)一书的导言中,有学者评论道:阿列克西的《宪法权利理论》一书“已经被承认是对基本权利的结构和实体理论的一个重大贡献,并被承认是对德国宪法的一个杰出的总体上的阐述。考虑到该著作的广度和深度,很难不做出断言:阿列克西是与凯尔森、哈特、温伯格、德沃金、麦考密克和拉兹齐名的当代杰出法哲学家之一。”^[4]“虽然阿列克西谦虚地声明他是在写一种有关“‘基本法’的基本权利理论,也即,一种局限于德国基本法的理论,但是在我们看来,《宪法权利理论》能够并应该被适用于其他的实在的法律秩序。概括地说,该书包含了对于处理任何现代社会基本的法律结构的执业者和操作者都有用的有关基本权利的一种结构的和实体的因素。”^[5]

本文试图从两个方面来介绍和解读阿列克西所重构的这一宪法权利适用的比例原则:第一,基本权利是如何被该比例原则所证成的?这势必要详细介绍和梳理该比例原则的基本前提、具体内容和脉络。第二,基本权利如何能够被该比例原则所证成?这势必涉及该比例原则的正当性问题。对于该问题西方学界也有很多批评意见,阿列克西本人将其归为七类。本文只从阿列克西所解答的理性商谈结构正当性这一基本层面来理解和梳理该问题。

一 宪法权利原则:基本权利司法适用的前提

阿列克西基本权利司法适用的前提是宪法权利原则。这来源于他对宪法权利规范结构的认识。在他看来,研究宪法权利规范的结构,可以作出无数的理论区分,但是对宪法权利理论来说,最重要的是规则和原则之间的区分。这一区分是宪法正当性证明的前提,并且是解决宪法权利原理核心问题的关键,也是宪法权利理论大厦的一个基本的栋梁。^[6] 具体地说,规则和原则都可成为判决的理由,但规则具有确定性,而原则具有开放性。如此,则规则可直接作为判决的理由,而原则若要成为判决理由则必须转换成为规则,而转换的机制就是比例原则框架下的权衡商谈。

阿列克西认为,原则是要求某事在给定的法律和实际的可能性中在最大程度上得到实现的规范。原则可以在不同程度上被满足,并且满足的适当程度不仅依赖于实际的可能性,还依赖于法律的可能性。法律可能性的范围是由相反的原则和规则决定的。相反,规则总是那些或者被实现或者不被实现的规范。如果有效地适用一个规范,那么要求就是严格地按它所说的去做,不能多,也不能少。用这种方法,规则在事实的和法律的可能性领域包含着确定的属性。这意味着规则和原则之间存在的是性质上的而非程度上的区分。每一个规范要么是一个规则,要么就是一个原则。^[7]

[3] George Pavlakos, "Introduction", in George Pavlakos (ed.), *Law, Rights and Discourse*, p. 1.

[4] Agustín José Menéndez and Erik Oddvar Eriksen, "Introduction", in Agustín José Menéndez (ed.), *Arguing Fundamental Rights*, (Springer, 2006), p. 2.

[5] Agustín José Menéndez and Erik Oddvar Eriksen, "Introduction", in Agustín José Menéndez (ed.), *Arguing Fundamental Rights*, p. 4.

[6] Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, translated by Julian Rivers, (Oxford: Oxford University Press, 2002), p. 44.

[7] Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, pp. 47-48.

在相互对抗的原则之间或相互对抗的规则之间发生冲突时,规则和原则之间的区分变得更加明显。相互对抗的原则和相互对抗的规则在适用时各自导致不同的应然判决,原因是解决冲突的方法不同。两个规则之间的冲突只能以如下的方式解决,即要么从一个规则中推断一个适当的例外,要么宣布至少一个规则为无效。

对抗的原则将以一种非常不同的方式得到解决。如果两个原则对抗,比如一个原则禁止某事而另一个允许,那么两个原则中就有一个在分量上较重而另一个较轻。这既不意味着分量上较轻的原则无效,也不意味着必须引入一个例外。相反,在分量上较轻的原则在某些特定的环境下也可能会优先于其他原则。在另外的情况中优先性问题也许会被颠倒过来。这就是所谓的原则在不同案件中分量不同,以及根据案件事实更重要的原则优先的含意所在。规则冲突在效力层次上不再构成问题;而既然只有有效的原则才能对抗,那么原则之间的对抗则通过分量得到解决。

“所以每个原则就其自身来说都导致一个矛盾。这意味着每一个都限制满足另一个的法律上的可能性。这种情况并不通过宣布其中的一个无效并因此将其从法律制度中排除出去来解决。也不是通过对其中的一个原则引入一个例外来加以解决,就如这一原则在所有后来的其他案件中被看作一个或者被满足或者相反的规则那样。相反,对抗的解决办法在于,根据案件的情况,在原则之间建立一个有条件的优先关系。优先关系是有条件的,因为在案件的情况中,原则之一优先的条件被规定。给以另外的条件,优先问题则可能被颠倒过来。”〔8〕

这种关系可以用如下定律来表示:

如果在 C 情况下原则 P_1 优先于原则 P_2 : $(P_1 \mathbf{P} P_2)C$, 则在 C 情况下导致法律后果 Q , 那么一个将 C 作为其条件从句和将 Q 作为其结果主句的有效规则就适用: $C \rightarrow Q$ 。

也即:

一个原则据以优先于另一个原则的情况构成一个与优先原则具有相同法律后果的规则的条件。

这一定律被阿列克西称之为原则间的碰撞法则,它是此处被确定的原则理论的基础之一,反映了作为最大化实现要求的原则的特征。

综上所述,宪法权利规则可以作为宪法权利判决的确定的直接的理由来适用,而宪法权利原则就只能初步性的理由。原则若要成为具体的判决理由则需在具体的对抗关系中根据原则间的碰撞法则使一个原则在分量上处于优先位置,从而变成规则。凭借自身,它们只能创造初步性的权利。关于权利的判决以对确定的权利的确认为前提。从原则,也即根据初步性的权利,到确定权利之进路用优先关系的方法来操作。但是确定一种优先关系,根据原则间的碰撞法则,就是创造一个规则。因此可以说每当某一原则成为一个具体的应然判决的重要理由时,那么该原则就是一个规则的理由,该规则则反过来是该判决的确定理由。原则本身永远都不是确定的理由。

既然明确了宪法规范结构中的规则和原则的划分及其不同,那么接下来的问题是宪法权利规范中规则和原则的存在模式问题。对此阿列克西提出了三种模式,即纯粹的原则模

〔8〕 Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, translated by Julian Rivers, pp. 51 - 52.

式、纯粹的规则模式和规则与原则的混合模式。通过细微的分析,阿列克西否定了前两种模式的可行性,并主张宪法规范的模式应该是第三种模式,即规则和原则模式,并具体阐述了该模式的两个层次和双重方面。^[9]

不论怎样细微地区分,阿列克西本人还是倾向于主张宪法权利规范中包含的主要是或者就是需要经过在具体案件中权衡商谈才能转化为规则的原则。因为在后来加附于《宪法权利理论》一书的“补遗”中,他写道:“本书的核心命题是,如果不考虑原则和规则的精确构造的细微差异的话,宪法权利是原则,而原则是最大化实现的要求。”^[10]

阿列克西在最近发表的一篇英文文章中,将宪法权利解释划分为规则解释和原则解释,并称其宪法权利理论为原则解释或原则理论,并再一次强调了宪法权利原则与比例原则之间的密切关系:“作为原则的宪法权利的重要性来自于它们与比例原则之间的重要联系。这个联系密切到了无以复加的程度。它们是一种互相牵连的关系。包含着适当、必要和狭义的比例原则三个分原则的比例原则是原则定义的逻辑结果,正如原则定义是包含着三个分原则的比例原则的逻辑结果一样。这意味着如果宪法权利具有原则的属性则比例原则就是有效的,如果比例原则决定宪法权利的适用则宪法权利就具有原则的属性。原则解释的核心在于宪法权利和比例的必然关系。”^[11]

二 比例原则:基本权利司法适用的结构和方法

比例原则是阿列克西基本权利司法适用的结构和方法。“当前有关基本权利解释争论的一个主要话题是权衡或权重的功能。在许多宪法法院的实际惯例中,权衡发挥着核心作用。在德国宪法中,权衡是一个更加综合的原则所要求的内容的一部分。该更加综合的原则就是比例原则。比例原则包含三个分原则:适当原则、必要原则和狭义上的比例原则。所有这些原则都表达了最大化实现的理念。根据比例原则解释基本权利意味着将基本权利当作最大化命令,也即当作原则,而不是简单地当作规则。作为最大化命令,原则是要求某事在给定的法律和实际的可能性中能够实现到最大可能程度的规范。”“适当原则和必要原则是有关事实上可能的东西的最大化实现的。它们因此表达了帕累托最优的理念。第三个分原则,狭义上的比例原则,是有关法律上可能的东西的最大化实现的。法律上的可能性一定要通过对抗原则来界定。权衡只不过在于对抗原则的最大化实现。”^[12]

(一)适当原则和必要原则中基本权利实现手段的选择

在《宪法权利理论》一书的“补遗”中,阿列克西用两个具体的案例诠释了适当原则和必要原则及其论证选择方法。^[13]

1. 适当原则

案情和裁决:

[9] Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, translated by Julian Rivers, pp. 80 - 86.

[10] Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, translated by Julian Rivers, p. 388.

[11] Robert Alexy, *Rights, Balancing and Proportionality*, *The Construction of Constitutional Rights*, Law & Human Rights, April, 2010.

[12] Robert Alexy, *Discourse Theory and Fundamental Rights*, in Agustín José Menéndez (ed.), *Arguing Fundamental Rights*, (Springer, 2006), p. 23.

[13] Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, translated by Julian Rivers, pp. 397 - 401.

一个理发师未经许可在其自己的财产上安装了一台香烟自动售货机。行政官员威胁要对他进行罚款,理由是他违反了有关零售贸易的法律。该法律要求一个只有申请人能够证明其具有“必要的专门知识”才能被授予的许可。该理发师到法院去寻求救济。作为该案二审法院的萨尔布吕肯高级地区上诉法院认为,在仅设置零售机的情况下就要求证明商业技能是违宪的,同时向联邦宪法法院寻求裁决。联邦宪法法院的结论是,对任何货物的任何贸易的证明资质的要求,并因此也包括对香烟零售机运营证明资质的要求,都违反《基本法》第12条第1款保护的职业自由。其推理在很大程度上基于如下事实:在运营一个香烟零售机的情况下要求证明商业资质不是一个保护消费者免于健康或财产风险的适当手段。

选择论证:

上述讨论是对最大化实现观念的一个表达。其中涉及两个原则:职业自由原则(P_1)和消费者保护原则(P_2)。所采用的手段(M),商业资质证明,缺乏适当性并因此不能够保护 P_2 ,但却阻碍 P_1 的实现。在这种情况下,如果舍弃 M 无论对 P_1 还是 P_2 都没有损害,但如果采用 M 则对 P_1 有损害。因此如果放弃 M ,则 P_1 和 P_2 一道可能被实现到事实可能性允许的一个更高程度。所以 P_1 和 P_2 一道禁止 M 的使用。这只不过是对帕累托最优的一个表达:在不损害另一个的状况的情况下,改善这一个的状况。

2. 必要原则

案情和裁决:

一项法规包含对销售含可可粉但可可粉系由大量膨化米构成、因此不属于纯巧克力制品的糖果的禁止。该法规的目的是保护消费者免于误购。联邦宪法法院指出,如果一种产品根本不允许出售,被误购的可能性当然是微不足道的。但贸易禁止是不必要的。会存在某种同样适当的、较少侵害性的手段。如要求贴上一个标签,就可以同样有效而以较少侵害的方式避免混淆和受骗的风险。

选择论证:

该案的讨论亦体现了最大化实现的要求。消费者保护原则(P_2)在广义上通过标签义务(M_1)和贸易禁止(M_2)同样得到充分的满足。所以对于 P_2 来说,不论是采用 M_1 还是 M_2 都没关系。但对于职业自由原则(P_1)来说就不一样了。 M_2 比 M_1 对于 P_1 的侵害性大得多。根据事实上可能的东西(M_1 或 M_2),选择 M_1 不选择 M_2 , P_1 能够在更大程度上得到满足,而对 P_2 毫无损害。因此 P_1 和 P_2 的最大化实现不允许采用 M_2 。所以必要原则也是帕累托最优观念的一种表达。因为较小侵害性和同等适当手段的存在,一个状况可以在不损害另一个状况的情况下得到改善。

(二) 狭义的比例原则中的权衡结构

1. 权衡定律

作为比例原则第三个分原则的狭义的比例原则表达了有关对抗原则的最大化实现的含义。这与权衡定律相一致。该定律被陈述为:

对一个原则的非满足或损害越大,满足另一个原则的重要性则必须越大。

这表达了有关对抗原则的最大化实现只不过就是权衡的观点。^[14]

[14] Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, translated by Julian Rivers, p. 401.

权衡定律显示,权衡可以分成三个步骤。第一个步骤是确定对第一个原则的非满足或损害的程度。第二个步骤是确定满足对抗原则的重要性。第三个步骤是确定满足对抗原则的重要性是否能够证明对第一个原则的损害或非满足的正当性。

明确了上述内容,接下来的问题是:“人们如何能够揭示关于干涉强度和重要性程度的理性判断,也即一个结果可以通过权衡的方式被理性地确定是可能的?”^[15]对于解决这个问题,阿列克西认为:“一个可能的方法是例证分析,一个旨在弄清当我们通过权衡来裁决案件时我们设定了什么前提的分析。”他使用的一个典型例证是联邦宪法法院针对健康警告的判决(烟草判决)。该法院认定烟草生产者在其产品上设置关于吸烟危险的健康警告的义务是一种对于一个人追求职业自由的相对微小或轻微的干涉。相比之下,对于所有烟草产品的一个总体上的禁止将是一个严重的干涉。在这样微小和严重的情况之间,可以发现中等干涉强度的其他情况。“用这种方法,一个具有‘轻度’、‘中度’和‘重度’位阶的标尺得以开发出来。我们的例证显示遵循这一标尺的有效作业是可能的。”^[16]如果用英文字母“*l*”、“*m*”和“*s*”来分别代表轻、中、重三种程度的话,下面的权衡论证会更容易些。

根据权衡定律,价值量度 *l*、*m* 或 *s* 是对一个原则的非满足或损害的程度和满足另一个原则的重要性的程度。“非满足和损害的程度”也可以用“干涉强度”这个术语来代替。如果人们用 P_i 作为所检验的被违反的原则的变量,那么就可以用 P_i “ IP_i ”来代表干涉强度。干涉总是具体的干涉。可以用字母“*C*”来澄清 IP_i 的具体性。“*C*”表达与裁决相关的情况,并且在对抗原则定律中起核心作用。为了澄清这一关联,用“ IP_iC ”代表在被裁决的情况(*C*)中对原则 P_i 的干涉强度(*I*)。

权衡定律中的第二个量度是满足另一个原则的重要性。可以用字母“*S*”代表满足另一个原则的重要性,用“ P_j ”代表该原则,用“*C*”来代表将被裁决的情况。 P_j 的具体重要性因此可以用“ SP_jC ”来代表。在权衡定律的背景中,“ SP_jC ”是“ IP_iC ”的对应物。

“注意到权衡的第一个和第二个步骤是非常相似的这一点很重要。这两个步骤都包含了确定所涉原则的重要性,因此我们将把这两个步骤都称作原则的重要性。实际上,阿列克西也主张可衡量标准都可以参照‘轻度’、‘中度’和‘重度’三刻度来予以确定。”^[17]明确了这一点之后,所涉原则的重要性并不是唯一的变量,还应该加上第二个和第三个变量,即“抽象分量”*A* 和“经验推定的可靠性”*R*。

不同的抽象分量来自不同的原则赖以确定或赖以产生的法律机构的等级制度,但做出确定时可以参照实在的社会价值。因此,例如,可以断言生命保护的原则比自由原则具有更大的抽象分量,因为要想行使自由权,显然人必须先活着。相似地,许多国家宪法法院给予言论自由较高的抽象分量,依据是,由于它与人的尊严具有密切的联系,那么它就与民主或隐私具有密切联系。

经验推定的可靠性基于如下认识:与对抗原则的重要性相关联的经验推定具有不同程

[15] Robert Alexy, *Discourse Theory and Fundamental Rights*, in Agustín José Menéndez (ed.), *Arguing Fundamental Rights*, (Springer, 2006), p. 25.

[16] Robert Alexy, *Discourse Theory and Fundamental Rights*, in Agustín José Menéndez (ed.), *Arguing Fundamental Rights*, (Springer, 2006), p. 25.

[17] Carlos Bernal Pulido, *On Alexy's Weight Formula*, in Agustín José Menéndez (ed.), *Arguing Fundamental Rights*, (Springer, 2006), pp. 102 - 103.

度的可靠性,也即,应当影响权衡运作中每一个原则相对分量的东西。^[18]

阿列克西在其《宪法权利理论》一书的“补遗”中曾论及经验推定的可靠性问题,并称其为“第二权衡定律”。他认为:作为原则,宪法权利要求干涉的强度越大,支撑该干涉的经验前提的确定性就应该越大。这导致第二权衡定律:

对一项宪法权利的干涉分量越大,则其支撑前提的确定性就必须越大。

不像第一个权衡定律,该第二定律并不是指支撑该干涉的理由的实体的重要性而是指其认识质量。第一个权衡定律因此可以被称为“实体的权衡定律”,而第二个可以被称为“认识的权衡定律”。^[19]

2. 分量公式

(1) 具体分量公式

在其《宪法权利理论》一书中,阿列克西详细阐述了其具体分量公式。^[20] 上文已确定,根据权衡定律,权衡可以分成三个步骤。阿列克西的三元模式中的前两元可以是:将 IP_iC 评价为 l 、 m 或 s 并将 SP_jC 评价为 l 、 m 或 s 。问题是第三个步骤如何执行,在该步骤,评价被设定在前两个步骤的关系中。如果人们考虑三元模式中可能的排列顺序,答案将是简单的。存在着 P_i 优先的三种情况:

(1) $IP_iC:s/SP_jC:l$

(2) $IP_iC:s/SP_jC:m$

(3) $IP_iC:m/SP_jC:l$

在这些情况中,有条件的优先关系 $(P_i \mathbf{P} P_j)C$ 适用,正如前文原则的碰撞法则中所适用的那样。 P_i 的这三种优先情况,与如下的 P_j 的三种优先情况相对应:

(4) $IP_iC:l/SP_jC:s$

(5) $IP_iC:m/SP_jC:s$

(6) $IP_iC:l/SP_jC:m$

在这些情况中, $(P_j \mathbf{P} P_i)C$ 适用。除了基于三刻度能够确定的这六种情况外,还存在如下三种僵局情况:

(7) $IP_iC:l/SP_jC:l$

(8) $IP_iC:m/SP_jC:m$

(9) $IP_iC:s/SP_jC:s$

阿列克西认为,这三种权衡的僵局情况导致权衡中结构上的自由裁量。为了证明这一点,该三元模式需要做进一步的研究。该三元模式的三个等级代表了一个试图发现在日常惯例和法律讨论中的等级分类系统化的刻度。这样一个三等级体系远不是基于诸如从 0 到 1 这样的刻度的一个基数刻度的干涉强度和重要性程度的公制化,并且,之所以远不是,是因为干涉强度和重要性程度不能够基于这样一个刻度得到公制化。轻度、中度和重度的位阶其自身也经常遇到重大困难。在某些情况下,人们只能区分轻度和重度,而在有些情况下即使这样的区分也是不可能的。因此只能相对粗略地划分法律刻度,而且就连这种划分也

[18] Carlos Bernal Pulido, On Alexy's Weight Formula, in Agustín José Menéndez (ed.), *Arguing Fundamental Rights*, p. 102.

[19] Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, translated by Julian Rivers, p. 418.

[20] 参见 Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, translated by Julian Rivers, pp. 407-409.

不是在所有情况下都能做到的。用0和1之间诸点的一个连续统的可计算测量不能适用。然而,可能的是借助于数字对作为三元模式基础的结构的一种诠释。在这一背景下,有可能创造一个公式用来表达在待决情况下一个原则的分量,简单地说,就是具体分量。如果用 $WP_{i,j}C$ 来代表原则 P_i 相对于原则 P_j 的具体分量的话,则这个公式是:

$$WP_{i,j}C = \frac{IP_iC}{SP_jC}$$

该公式拓展了原则的碰撞法则和权衡定律。阿列克西称其为“分量公式(Weight Formula)”。该公式中的英文字母 W 代表 P_i 的具体分量,也即, P_i 在待决情况(C)下的分量。该分量公式提出如下观点:一个原则的具体分量是一个相对分量。它是通过使具体分量成为对这一原则的干涉强度和对抗原则的重要性之间的商来提出这一观点的。相对性通过使用 $P_{i,j}$ 来表达。 P_i 的具体分量是 P_i 相对于 P_j 的具体分量。这里只能提到数字形式的商,而这一点也不是在权衡的任何直接意义上都适用。因此具体分量只能作为诠释权衡结构的一个数字模式的商而得到界定。在法律讨论中,它只是类似于一个商。但这种类比具有指导意义。

阿列克西认为存在着向三元模式的三个值分配数字的多种可能性。一种相对直接的并同时具有很高指导意义的可能性是采用数值 2^0 、 2^1 和 2^2 ,也即1、2和4。以此为基础, l 具有值1, m 具有值2,而 s 具有值4。那么, $P_i(WP_{i,j}C)$ 的具体分量通过在 IP_iC 和 SP_jC 的分量公式中植入1、2或4来确定。由干涉强度或重要性程度被判断为是轻度、中度还是重度来决定被植入的数值。在 P_i 优先的那些情况中, $P_i(WP_{i,j}C)$ 的具体分量是植入相对值的结果,这些相对值即 $s/l=4$, $s/m=2$, $m/l=2$ 。这符合如下直觉,即当一个原则被根据相对轻微的理由(l)严重地干涉(s)时,其具体分量为(4)。在这里,分量的含义是相对的这一点也是清晰的。如果在满足一个对抗原则具有中度的重要性(m)时,重度的干涉(s)发生则具体分量降为(2)。同样的结果(2)适用于任何基于微小理由(l)而实施中度干涉(m)的情况。

在所有的 P_i 优先于 P_j 的情况中, P_i 的值都大于1。如果它降低于1,这就表达了 P_j 优先的观念。在分量上超过 P_i 的三个值是 $l/s=1/4$, $m/s=1/2$, $l/m=1/2$ 。针对前文 P_i 优先值在这里被倒过来适用。

(2)完全分量公式

完全分量公式包含了有关原则的具体(C)分量、抽象(A)分量和经验推定的可靠性(R)等变量。该分量公式具有如下结构:^[21]

$$WP_{i,j}C = \frac{IP_iC \cdot WP_iA \cdot RP_iC}{SP_jC \cdot WP_jA \cdot RP_jC}$$

在该公式中,原则 P_i 在一个给定的情况(C)下相对于原则 P_j 的具体分量($WP_{i,j}C$)来自于原则 P_i 在具体环境中的重要性(IP_iC)、其抽象分量(WP_iA)和有关其重要性的经验推定的可靠性(RP_iC)之间的乘积和原则 P_j 在具体环境中的重要性(SP_jC)、其抽象分量(WP_jA)和有关其重要性的经验推定的可靠性(RP_jC)之间的乘积两者之间的商。阿列克西认为可以借助于三刻度使原则的重要性和抽象分量的变量数值化,该三刻度为:轻度 2^0 ,即1;中度

[21] 参见 Carlos Bernal Pulido, On Alexy's Weight Formula, in Agustín José Menéndez(ed.), *Arguing Fundamental Rights*, pp. 103 - 104.

2^1 , 即 2; 重度 2^2 , 即 4。卡洛斯 (Carlos Bernal Pulido) 认为, 相比之下, 事实前提的可靠性必须以如下方式进行数值化表达: 可靠的 2^0 , 即 1; 可坚持的或可信的 2^{-1} , 即 $1/2$; 不是明显错的 2^{-2} , 即 $1/4$ 。

使用这些数值, 可以确定原则 P_i 在一个给定的情况下相对于原则 P_j 的具体分量。如果原则 P_i 相对于原则 P_j 的具体分量大于原则 P_j 相对于原则 P_i 的具体分量, 则该情况应当依据原则 P_i 来决定。相反, 如果原则 P_j 相对于原则 P_i 的具体分量大于原则 P_i 相对于原则 P_j 的具体分量, 则该情况应当依据原则 P_j 来决定。如果 P_i 支持禁止 Φ 的规范 N_1 , 而 P_j 支持要求 Φ 的规范 N_2 , 则 Φ 在第一种情况下将被禁止而在第二种情况下将被要求。

(3) 论证负担

论证负担在分量公式的适用导致僵局时开始发挥作用, 所谓僵局即原则的分量是同一的, 既 $WP_{i,j}C = WP_{j,i}C$ 。在《宪法权利理论》一书中, 阿列克西主张僵局情况应该按照有利于法律自由和法律平等的方案来决定, 或者相同地, 参照“有疑问时先肯定人民的自由”的原则来决定。任何与法律自由和法律平等相冲突的原则都不能在所处理的情况中予以适用, 除非提出支持它的“更强大的理由”。^[22] 在《宪法权利理论》一书的“补遗”中, 阿列克西提出了一个不同的方案。他主张: 在僵局情况下, 由议会的法令强行施加的一个限制可以被认为是符合比例原则的并因此可以根据宪法予以宣布。^[23] 换句话说, 僵局必须通过促进民主原则来解决, 而不得借助于法律上的平等和自由来解决。^[24]

值得注意的是, 关于避免僵局出现的问题, 阿列克西在其《宪法权利理论》一书的“补遗”中曾探讨性地提出了比三刻度分级更加精致的分级方案。^[25] 而在后来的文章中, 他又更肯定地重述了这一方案。根据该方案, 可以产生一个双重的三刻度: (1) ll , (2) lm , (3) ls , (4) ml , (5) mm , (6) ms , (7) sl , (8) sm , (9) ss 。这个标尺可以用文字表述为: “非常轻度的 (very light)” (ll)、“已达到中度的 (already medium)” (ml)、“已达到重度的 (already serious)” (sl)、“真正重度的 (really serious)” (sm) 和“极端重度的 (extremely serious)” (ss)。^[26] 关键点是不像应用算术序列那样, 应用几何序列有可能表达基本权利针对其违反的阻抗的超比例增长。而在简单的三刻度情况下, 这是不容易得到认同的。这里, 2^0 、 2^1 和 2^2 只表达了非常小的区别, 即 1、2 和 4 之间的区别。这完全不同于人们使用双重三刻度的情况。这种几何刻度为 2^0 、 \dots 、 2^8 覆盖了从 1 到 256 的区域。 sm 和 ss 之间的差距为 128。^[27]

三 理性商谈的结构: 基本权利被司法证成方法的正当性

如上文所述, 基本权利如何能够通过比例原则而予以适用的问题实际上是该比例原则

[22] See Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, translated by Julian Rivers, pp. 383–384.

[23] 参见 Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, translated by Julian Rivers, p. 411.

[24] Carlos Bernal Pulido, On Alexy's Weight Formula, in Agustín José Menéndez (ed.), *Arguing Fundamental Rights*, p. 104.

[25] 参见 Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, translated by Julian Rivers, p. 412.

[26] 在《宪法权利理论》一书的“补遗”中, 阿列克西对这个标尺的文字表述如下: “这个划分表达了这样的观念: 不仅存在着简单的轻度、中度和重度的干涉, 而且还存在着非常重的 (ss)、中等重的 (sm) 和较少重的 (sl) 干涉、处于该区域顶端的中等干涉 (ms)、处于该区域中间的中等干涉 (mm) 和处于该区域底端的中等干涉 (ml)、上区轻度干涉 (ls) 中区轻度干涉 (lm) 和非常微小干涉 (ll)。”参见 Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, translated by Julian Rivers, p. 412.

[27] Robert Alexy, *Discourse Theory and Fundamental Rights*, in Agustín José Menéndez (ed.), *Arguing Fundamental Rights*, p. 28.

结构和方法的正当性问题。比例原则中的适当原则和必要原则实现的是帕累托最优,在正当性方面较少受到质疑。质疑主要集中针对比例原则中的第三个分原则即狭义的比例原则而提出。阿列克西本人将这些反对意见归纳为七组,并且认为其中最重要的一组是论证—理论性的(argumentation-theoretic)反对意见。该意见关涉到权衡的理性问题。“如果权衡就其本性来说是非理性的,那么它就必须被否弃,并且随之而来的是要求某事的作为规范的原则也是非理性的。”^[28]阿列克西认为如果该反对意见能够成立的话,则其他六组反对意见也都能够成立。如此则比例原则中的权衡就将是荒诞而无意义的。

提出这种反对意见的主要代表人物是哈贝马斯(Habermas)和施林克(Schlink)。“许多作者都质疑权衡的理性以及客观性——尤其是哈贝马斯和施林克。哈贝马斯的核心观点是权衡‘没有理性标准’:‘因为权衡没有理性标准,所以权重根据习惯标准和等级制度专断或轻率地发生。’在哈贝马斯谈到专断和轻率习惯的场合,施林克使用了主观性和裁决的概念:在对狭义的比例原则的检验中,只有检验者的主观性最后能够起作用……狭义的比例检验所要求的评价和权衡的运作……最后只能以裁决的方式被实现。”^[29]

那么这种质疑真的能够成立吗?权衡真的是不理性的,或者是非理性、专断和主观性的吗?阿列克西通过将权衡定律和分量公式与其法律商谈理论结合起来反驳,从而否定了这种反对意见,并阐明了比例权衡原则的理性所在。“这种非理性反对意见通过对权衡的形式结构的分析加以反驳;该分析揭示权衡是一个借助算术公式——分量公式手段阐明的理性的法律论证事例。分量公式对权衡作为一个理性的法律论证形式怎样和为什么是可能的提供了一个证明。”^[30]

首先,阿列克西通过具体案例即上文所引的联邦宪法法院针对健康警告的判决(烟草判决)来证明其在权衡定律和分量公式中所确定的推论的三个步骤和价值的三个刻度都是以理性判断为基础的。

其次,更重要的是,阿列克西将权衡定律尤其是分量公式看作是他在宪法权利商谈理论中所建构的商谈的具体形式和结构。因此,商谈程序的理性就是比例权衡原则的理性。正如阿列克西所讲:“然而,三个刻度本身并不足以证明权衡是理性的。一个证明要求能够将这样的划分根置于一个推论体系,该体系被理解为蕴涵于权衡之中并反过来与正确性概念内在地相关联。在被一个规则所包含的情况下,这样一个推论体系可以借助被称做‘内在证成’的演绎方案而表达出来,也即在命题的、断言的和道义的逻辑的帮助下得以建构,并被结合到法律商谈理论中去。在权衡的情况下,一个演绎方案的对应物的存在无论对于法律商谈理论还是对于宪法权利理论来说都是意义重大的。这个对应物就是分量公式。”^[31]“没有商谈权衡是不可能的,而论证的形式或商谈的推论方案包括被分量公式所阐明的权衡结构。在这个基础上,人们可以通过论证权衡与商谈一样理性来反驳哈贝马斯的非理性反对意见。如果说实践商谈不是理性的,那么将根本不存在任何实践理性。”^[32]

[28] Robert Alexy, Rights, Balancing and Proportionality, *The Construction of Constitutional Rights, Law & Human Rights*, April, 2010.

[29] Robert Alexy, Rights, Balancing and Proportionality, *The Construction of Constitutional Rights*.

[30] Robert Alexy, Rights, Balancing and Proportionality, *The Construction of Constitutional Rights*.

[31] Robert Alexy, Rights, Balancing and Proportionality, *The Construction of Constitutional Rights*.

[32] *International Journal of Constitutional Law*, October, 2005.

那么,阿列克西的宪法权利商谈理论是一种什么样的理论呢?

阿列克西的宪法权利商谈是弥补宪法权利规范空缺的一种行为。在宪法权利规范的司法适用过程中,之所以需要宪法权利商谈是因为宪法权利规范中存在着空缺。如果一个宪法权利规范的效力和内容是确定无疑的,就如规则那样,则宪法权利商谈就是不必要的。若明确这一点,有必要扼要追述一下阿列克西的宪法权利论证程序。

阿列克西将宪法权利商谈看作是其宪法权利论证程序中的具体的司法程序。阿列克西认为宪法权利论证的基础仍是一般法律论证程序中所应遵循的法规、先例和学理。只不过在作为宪法权利论证基础的法规中不包括相对具体的一般制定法,而只包括更加抽象、不确定和意识形态化的宪法权利规定。首先,这些宪法权利规定、先例和学理等既存的权威性资料能够使宪法权利论证尽可能地理性化。但是这些依据也存在着明显的内容上的不确定性和空缺,因而若要使宪法权利论证的结果,也即司法判决最终理性化,就还需要宪法权利的司法商谈程序的补充和制约。

阿列克西认为,对宪法权利论证基础的研究是要解决宪法权利论证的理性上的可控制性问题。其结果是宪法权利论证在某种程度上以一种理性的方式受该基础的控制,但是这种控制的程度和力度是有限的。宪法权利规范等论证基础仍然保留着巨大的理性空缺。这个理性空缺就要由作为宪法权利论证的具体程序的宪法权利商谈来弥补。^[33]

阿列克西的宪法权利商谈程序是其总的法律论证程序中的一个环节。阿列克西认为,其法律商谈理论是一种程序上的道德理论。“程序道德理论的一个尤其卓有成效的样式是理性的实践论证的理论。”^[34]

阿列克西明确指出:“商谈理论属于程序理论类别。根据所有的程序理论,一个规范的正确性或一个命题的真实性依赖于其是否或能否是某一特定程序的结果。”^[35]对此有学者解释道:“商谈理论认为正是程序保证可能达成正确决定的推定:当某一规范 N 是程序 P 的结果时,则该规范就是正确的。在一个民主中决定的正确性仅依赖程序。在纯粹程序正义中,正确的结果由公正程序来保障;不存在衡量正确结果的独立标准。”^[36]

阿列克西的宪法权利商谈程序被其称做“协商民主”或“论证民主”程序。这一程序的可行性和正当性的一个重要的基础被他归结为人的论证本性和自主、平等的论证参与。他主张论证理论的证明在性质上是整体主义的。它由在整体上表达人的论证本性的一个体系的建构所组成。据此,论证理论的解释方法就与存在主义的方法连结起来。该方法关涉到人类的论证本性的必要性。虽然在某些方面和某种程度上可以舍弃这种论证本性,但这意味着论证的程度依赖于有关对我们的论证本性、并因此对我们自身的承认的决定。^[37]由此,有学者称阿列克西的商谈权衡结构为作为道德行为体的人的自治结构。^[38]

[33] 参见 Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, translated by Julian Rivers, pp. 386 - 387.

[34] Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, translated by Julian Rivers, pp. 369 - 370.

[35] Robert Alexy, *Problems of Discourse Theory*, 20 *Crítica: Revista Hispanoamericana de Filosofía*, 44, (1988).

[36] Erik Oddvar Eriksen, *Democratic or Jurist-made Law?*, in Agustín José Menéndez (ed.), *Arguing Fundamental Rights*, p. 69.

[37] 参见 Robert Alexy, *Discourse Theory and Fundamental Rights*, in Agustín José Menéndez (ed.), *Arguing Fundamental Rights*, p. 21.

[38] George Pavlakos, *Constitutional Rights, Balancing and the Structure of Autonomy*, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* (2011).

阿列克西主张以权衡定律和分量公式为结构和具体形式的法律商谈能够实现商谈结果的最大程度的理性化。他主张的是一种商谈结果的“相对的正确性概念”，该概念表达的是正确性的“实现程度”。商谈程序可以使结果最大程度地理性化。^[39]

阿列克西曾在不同的场合几次引用德国联邦宪法法院的一个典型案例《泰坦尼克》判决来具体演示在权衡定律和分量公式的框架下是如何实现商谈的理性判断和商谈结果的理性化的。

该案的情况是：在德国发行广泛的讽刺杂志《泰坦尼克》先是将一个患截瘫的预备役军官描述为“天生的杀人犯”，又将其描述为“瘸子”。法院做出了不利于《泰坦尼克》的判决并命令该杂志对军官做出 12000 马克的损害赔偿。《泰坦尼克》提起了问题宪法诉讼。联邦宪法法院在该杂志的表达自由和该军官的总体人格权之间进行了“具体案件的权衡”。该案件可以借助轻度、中度和重度这三个刻度来加以重构。

在该案中，联邦宪法法院将对表达自由的侵害强度 (IP_iC) 看作是重度的 (s)。在将预备役军官描述为“天生的杀人犯”的问题上——考虑到其高度的讽刺背景，联邦宪法法院将满足该军官的人格权的重要性 (SP_jC) 只看作是中度的 (m)，也许甚至是轻度的 (l)。如果置入 s 和 m 的相应的几何序列数值，那么在该案中，原则 P_i 相对于原则 P_j 的具体分量 ($WP_{i,j}C$) 是 $4/2$ ，也即 2。如果反过来，(IP_iC) 是 m 而 (SP_jC) 是 s ，则数值将是 $2/4$ ，也即 $1/2$ 。原则 P_i 的优先性由大于 1 的具体分量来表达；原则 P_j 的优先性由小于 1 的具体分量来表达。所有僵局情况的数值都是 1。

然而，将那个军官描述为一个“瘸子”被联邦宪法法院看作是对人格权的重度的 (s) 干涉。这就形成了一个僵局，其结果是《泰坦尼克》的宪法诉讼在有关对“瘸子”描述的损害赔偿金方面是不成功的。相反地，表达自由在“天生的杀人犯”描述的情况下享有优先性，其结果是遭此描述的军官在该场合的赔偿金要求是有违比例原则的，因而是违宪的。而该宪法诉讼在这个程度上是成功的。

其结论为：“推论结构的理性化必然依赖于它是否与再一次可以被证成的前提相关联。在分量公式中，前提由表示判断的数值所代表。一个例子是将一个严重残疾的人公开地描述为‘瘸子’是对该人人格权的一种重度干涉的判断。该判断提出了一个有关正确性的主张，该正确性可以在商谈中被证成。如果该商谈基于一个共同观点，即宪法观点来操作，则可得出权衡双方估价的比例。联邦宪法法院用将某人描述为‘瘸子’在当今被认为是对人不尊重和羞辱的表达方式的论证而证成其估价。自然地，人们对这个问题可以争论，正如对许多法律上的问题都可以争论一样。但是可争论性并不意味着非理性。如果这样的话，非但是权衡，许多这样的法律推理都将在大部分上是非理性的。正确地说，情况正好相反。可证成性虽然不能用证实性来确定，却意味着理性和与之相随的被理解为处于确定性和专断性之间的客观性。”^[40]

(下转第 148 页)

[39] 参见 Robert Alexy, Problems of Discourse Theory, 20 *Crítica: Revista Hispanoamericana de Filosofía*, 61, (1988).

[40] Robert Alexy, Rights, Balancing and Proportionality, *The Construction of Constitutional Rights*.