

美国双重标准的法理解读与启示

何永红

(宁波大学法学院, 浙江宁波, 315211)

摘要: 美国法院对法律规范性文件实行宽严不同的审查, 并发展出了双重标准理论。但近年来双重标准的内容结构正在转向缓和而具有流动性。双重标准与美国特定的政治经济环境和国际人权问题密切相关。出于人类共同的生活经验和共同的宪法核心价值的原因, 美国双重标准理论对我国法规审查标准体系的构建具有启发意义。

关键词: 美国双重标准理论; 法规审查; 结构变迁

中图分类号: D922.1

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2009)02-0190-06

美国法院在法律规范性文件的合法或合宪性审查中, 实行双重审查标准, 即对自由权领域的精神自由与经济自由, 以及平等权领域的“嫌疑分类”与“一般分类”的案件分别适用宽严不同的审查。后来, 随着社会政治经济环境的变化和法院人权保护策略的改变, 法院对部分精神自由之审查标准降低, 而对某些经济自由的审查标准又逐渐提高。这样, 传统双重标准的结构变得具有流动性。本文结合双重标准内容结构的演变, 在探究其背后的国内历史环境和国际人权状况之因素的基础上, 力求对双重标准的法理进行一番精细入微的解读, 并分析其对我国法规审查标准类型化体系构建的借鉴意义。

一、双重标准的提出与结构变迁

美国双重标准之原型来源于 1938 年 *United States v. Carolene Products* 案的注解四^①。Stone 大法官根据该案前美国联邦法院在审理有关基本权利案件中逐案发展出的双重标准, 进行了总结性说明, 从而系统地表达了著名的双重标准理论。该注解的概要内容如下: 第一, 政府立法或措施如涉及的与民主程序无关的基本权利, 即通说所认为的经济社会方面的基本权利, 法院对法律予以尊重, 采取合宪性推定原则, 也就是仅适用宽松的合理性审查标准。第二, 宪法明定的禁止侵犯的基本权利, 合宪性推定原则的适用将受到限

制。亦即美国宪法修正案前 10 条明文规定的基本权利应受到法院的特别保护和严格审查, 并且还要透过宪法修正案第 14 条, 将这些原本是针对联邦政府所规定的宪法权利适用到各州。第三, 政府限制的基本权利如与民主程序有关的话, 法院该依据宪法修正案第 14 条对之采取(比影响经济程序的法律)更严格的审查。这些权利包括选举权、言论自由、政治性结社与和平集会自由等; 同时, 所涉及的为长期以来与社会大众分离与隔绝的少数族裔的基本权利, 因容易使通常被期待保护少数派的民主程序功能受到阻碍, 法院对之也应该加强审查。

学界在解读 Stone 大法官的注解四时, 认为其蕴含着法院对涉及精神自由的基本权利和少数族群的平等权的限制案件实行比经济自由更加严格的审查, 其正当性根据一方面在于精神自由的价值优越于经济自由的价值, 另一方面在于民主政治程序对民主体制的基础性作用的民主主义原理。同时, 双重标准的审查也是立足于宪法规范所明文规定的对基本权利予以不同程度保护的文本本身。^[1, 2]

此后的法院审判实践积极贯彻注解四的见解。在 1940 年后的系列案件^②中, 涉及言论自由、选举、旅行、迁徙和诉讼等基本权利的限制案件以及对少数族裔的平等权限制案件, 法院大多予以严格审查^③; 而对于有关财产权案件之审查, 则继承其传统的不干涉(hands-off)态度, 实行最低的审查标准。这样, *Carolene Products* 判决的注解四所铺垫的双重标准在审判实务

收稿日期: 2008-12-16; 修回日期: 2009-02-12

基金项目: 国家社会科学基金青年项目(08CFX012); 教育部人文社会科学一般项目“法规审查标准研究—德、美类型化体系的分析与借鉴”(07JA820020)

作者简介: 何永红(1971-), 男, 江西萍乡人, 博士, 宁波大学法学院副教授, 主要研究方向: 宪法学与行政法学。

中就确立起来了。

但在柏格法院(Burger Court)(1969-1986)和伦葵斯特法院(Rehnquist Court)(1986-)时期,出现了一些违背和变更双重标准的判决。在1972年的Lynch v. Household Finance Corp.案中,最高法院明确宣示,将权利区分为“自由权”和“财产权”是错误的,财产并无权利,人民才有权利,人民享有不被非法剥夺财产的权利,财产权和言论自由权、旅行权一样都是自由权,财产权和自由权无法单独存在^④。90年代以后,最高法院对财产权限制的法律明显地提高了审查标准,几乎与对精神自由限制的审查程度没有差异。^⑤

对于精神自由领域中的言论自由案件,审查标准也在分化。法院在长期的审判实务中,对言论自由案件发展出了一些繁杂的审查标准。为使这些标准易于为一般人所了解和掌握,实务界和理论界都致力于建立一个整合性理论,使这些繁杂难辨的标准能在这一理论下显得更加明晰和简约。这便是众所周知的“双轨理论”(the two-track theory)^⑥和“双阶理论”(the two-level theory)^⑦的整合性原则,这样,言论自由被有体系地类型化,从而每一类型的言论都与特定的审查标准对应。

从财产权的审查程度提高和言论自由的审查程度分化的趋势可见:部分财产权虽不及“高价值言论”那样受到绝对保障,但其已相当于“低价值言论”所受到的高度保障;另一方面,因对“非针对内容的言论”规制采取宽松的利益衡量标准来审查,其部分案例的审查程度实已和传统上财产权的合理性审查相当。这样,传统双重标准对精神自由和经济自由的静态的、极端的结构区分已被打破,双重标准变得缓和而具有流动性。

二、历史脉络中的背景分析

(一) 双重标准: 社会政治经济需求的必然产物

从判决历史来看,美国法院在19世纪末以前,最高法院高度尊重国会立法,甚至经常是推定法律合宪(presumption of constitutionality),如法院在1827年的一案所判示,“在立法违宪没有达到‘不存在任何合理怀疑’的程度时,法院必须推定其具有合宪性”。^⑧在绝大多数案件中,法院所适用的审查标准都相当宽松,“只有当有权制定法律的部门不仅仅是犯了错误,而且犯的是显而易见的错误,以至公然违背常理”^⑨时,法院才会宣告法令违宪。所以,这段时期法院所采用

的基本上是合理性审查标准。时至1897年的Allgeyer v. Louisiana案,美国最高法院第一次根据修正案第14条的“实体正当程序”(substantive due process)而判决被诉州法违宪,此后一直延续至1937年,法院开始积极审查联邦国会或各州议会所制定的各项社会经济立法。其中以1905年的Lochner v. New York^⑩案最为著名,该案判决中已显露出提高审查标准的态度,判决的多数意见首先使用“合理”(reasonable)、“恣意”(arbitrary)之看似宽松的审查标准,但其后却进一步认为:“法律的手段与目的间必须具有更加直接的联系,而且目的本身必须是适当的和正当的。”^⑪最后,多数意见认为,限制面包工人每周及每天最高工作时数的纽约州法,其手段与政府主张的保护面包工人健康之间,既无“直接关联”,也无“实质影响”;而且政府所主张的“保护公众”健康或公共道德的立法目的则根本无法证立,至于保护工人健康的目的,也因欠缺足够的实证资料支持而不成立,^⑫因而宣告该州法违宪。此案运用的审查标准,在手段部分要求“直接关联”,其严格程度显已超出后来合理审查标准的“合理关联”之要求。目的部分,虽表面要求宽松,但实际审查中却持相当的怀疑态度。这充分显示法院选择的审查标准较先前已是更加严格了。

这种时期法院显露出的司法积极主义倾向,因其与当时美国社会与经济发展所要求的经济政策以及联邦主义的实体价值立场不相协调,故立即遭致时人的猛烈抨击^⑬。特别是1920年代开始,席卷全球的经济大危机,使美国不得不借助“新政”(New Deal)的社会经济改革来走出困境。但此期法院对政治部门立法的严格审查,已经将政治部门逼到墙角,使之不得不采取行动与法院对抗。这就出现了美国历史上著名的一幕,即罗斯福总统于1937年2月5日推出的“法院改造计划”(Court Packing Plan)。该计划以提高法院效率为由,建议国会立法同意增加最高法院大法官的总人数,以期达到重组最高法院的人事的目的。^⑭建议虽未采纳,但原本反对新政立法的最高法院大法官Roberts戏剧性地改变立场,从West Coast Hotel Co. v. Parrish^⑮一案开始,转而支持新政立法。此后法院对涉及新政的立法均宣告其合宪,其对有关社会经济方面的立法的审查标准又降低到宽松的合理性标准。前述Carolene Products案即是延续了这一标准。此后的30多年里,美国最高法院对社会经济立法基本上是放任不管,几乎没出现以违反“实体正当程序”为由而宣告社会经济立法违宪的判决^⑯。

与当时的这种社会经济形势相适应,自1803年司

法审查制度创建以来即潜伏着的司法审查的正当性疑问又盛行起来,“司法自制”(judicial self-restraint)、尊重“代议原则”(representativeness)的司法消极主义立场成为最高法院的主流态度,许多大法官都转而持司法谦抑的态度进行宪法审判。Holmes, Brandeis, Stone, Cardozo 即是其中的代表性人物,如 Holmes 大法官在年届 90 时,与其昔日同事述及:“……当人们想要做一些事情,而我在宪法中找不到任何明文禁止他们的规定时,我会说,不管我是不是喜欢,‘God-damit,就让他们去干吧!’”^⑩他与另一朋友也谈到:“我认为休曼法(sherman Act)是一部愚蠢的法律,但我希望我不会受到自己观点的影响。我相信我的国家是喜欢它的,而我总是说,如您所知,如果我的国民想要下地狱,我会助他们一臂之力,这是我的工作。……”^⑪从 Holmes 大法官的此番言论即可看出当时最高法院大法官的主流态度。

但是,这种法院对政治部门(立法及行政)实行的基本权利限制采取司法谦抑的态度而消极介入,也可能会使马歇尔大法官创建司法审查制以保卫人民宪法权利不受侵犯的成果遭到毁灭,最高法院自是不甘心从基本权利的各个领域全面退却,而是想通过创新行动开辟新的维权领域。就历史经验而言,美国宪法体系中的各权力部门,没有一个部门像司法部门一样,有能力担当基本权利守护者(guardian of basic rights)的角色,立法部门及行政部门都被证明难以善尽守护人民权利的职责,因此这项工作自然就落在司法部门肩上。最高法院为不辱历史使命或沦落为政治部门的橡皮图章,它就该奋力在经济社会之外的权利领域承担起权利保护者角色以重建其正当性。正是这种历史的使命和时代的需求之复杂情状,迫使最高法院选择一种两全其美的策略,即采用有所退却又有所介入的“双重标准”,对政府的经济社会立法不予闻问,而对政府采取的对少数族裔的不平等待遇、限制人民的政治性权利之措施则斤斤计较。最高法院在艰难形势下仍不愿放弃人权保护的态度,也可从当时最高法院的众多大法官的矛盾立场得到清晰印证。如 Holmes 大法官在表达上述司法消极观点的同时,亦认为法官在判决有关确保政治运作的顺利及司法程序的公正之权利案件时,不应太拘泥于司法自制原则,他还曾表示准备“为人权固守到底,绝不退缩”^⑫。这种既灵活地迎合社会政治经济需求的务实态度,又如此坚定地执著人权信念和不懈地促进民权的法院意识,是双重标准形成的重要内在动因。

(二) 双重标准的外在动因:纳粹政权对人权迫害的国际形势

Carolene Products 判决及其注解四揭示的双重标准固然是由美国当时政治、经济条件所决定,但也与当时德国、意大利纳粹分子对人权压迫和人性尊严的摧残之国际形势相关联。这可从该注解的主笔当事人的言论中得到印证,Stone 大法官在案之翌日与纽约法官 Irving Lehman 的通信中谈到:“鉴于世界上日益增长的种族和宗教迫害,可能会继续蔓延到我国的事实,我对此深感不安,并因此对于本院和宪法能否防范住此类人权灾难,甚感忧虑。……”^{[3](262)}曾为 Stone 大法官的助理 Louis Lusky 在其著作中,更是直接承认 1937 年后,最高法院对若干政治性的权利的突然重视,乃是对希特勒摧残此类权利的反应。^{[3](262)}

1933 年德、意法西斯的残暴统治的教训,无疑会对奉行自由主义的美国产生很大的警示作用。以德国为类,希特勒不仅于 1933 年解散国社党以外的其他政党,而且大肆逮捕其反对者,以至言论自由或集会、结社自由几近崩溃。同时,纳粹分子还肆无忌惮地歧视及迫害犹太人,对集中营中的“囚犯”实行非人待遇。此外,因法官对罪犯论罪科刑时可采用类推适用和溯及既往的原则,刑事被告的司法诉讼权利也毫无保障。^{[3](261)}这些触目惊心的事实,自然引起当时意欲成为自由世界领路人的美国的深切反省。美国虽早于 1791 年即已明文规定人民有言论、宗教、出版、集会的自由,又于 1868 年宪法修正案第 14 条宣告保障黑人的平等权,同时宪法修正案大部分条款对刑事诉讼程序中被告人权利的保障作了规定,但美国人民所享有的宪法权利是否充分落实了呢?面对国际环境之凶险的人权侵犯状况,美国最高法院不得不躬身自问:自己担当起了保卫自由、维护人权的使命吗?最高法院在时代赋予的重任前,决不能退缩无为。只不过在遭遇 1937 年罗斯福总统的“法院改造”事件后,法院只得从经济自由(财产权)领域退让出来,倾其全力加强对政治自由和少数族裔的平等权利的保护。

三、双重标准的法理透析

正如上文所指出,双重标准是美国特定历史经验下的产物。如认为对精神自由采取比经济自由更严格审查的民主程序补充论,在事实上就是 1937 年前后美国法院迫于政治形势而从经济自由战场退却的经验反映,而不纯粹是民主原则、权力分立原则等宪法理论的逻辑结果;又如美国在平等权审查标准的法理论证上,以涉及种族“嫌疑分类”作为采取“严格审查标准”依据,很大程度上也是基于法院对种族歧视与偏

见的历史经验的反省。从美国法院审判实务的发展来看,经济自由有趋向严格审查的态势,而在精神自由领域,也在根据权利内容进一步类型化审查标准(典型的如上文所述的言论自由),其某些类型的权利之审查强度与传统的经济自由基本无异,因而双重标准的传统法理只能局部地而难以全面地解释审查标准的适用状况。

双重标准结构变迁的事实,客观上需要有新的法理构成来对其进行正当化论证。但是,因为双重标准的基本框架并没有根本动摇,故我们无意也不必要将传统法理予以打碎或推倒重来,而只是期望以传统法理的构成要素为基础,对之进行整合和提升,重构法理来弥合双重标准理论在新情况下出现的裂缝。如所周知,传统法理基本上是通过 Stone 大法官的注解四的诠释和引申而来,故笔者以为,新的法理构建也必须首先返回到注解四的内容,以今天的眼光对其重新诠释,并在此基础上整合法理。上文已述及,注解四是通过实体正当程序保护领域和平等权保护领域的双线结构来类型化审查标准的,以后法院也是从这种双线结构来进行双重标准的理论构造。我们要对双重标准的法理进行重构,不妨先将双重标准的双线结构予以分解剖析,然后再将其具体的理论要素重新结构。

(一) 实体正当程序保护领域

透过注解四,我们可以看到类型化审查的三种根据,即(第一段)宪法明文禁止侵犯的规范要求,宪法修正案前 10 条应受到宪法的更严格保护;(第二段)言论自由、宗教自由、选举权和集会结社权等精神(政治)自由,因其对民主自由具有基础地位而在宪法上居于优越的位置,为使民主政治程序的不受阻碍及免于崩溃,同时,也为从根本上保证经济自由领域决策的正当性、合法性和民主性,故立法对之限制行为都应实行严格审查,这便是法院实务和学说的主流观点所认同的基本权利价值论观点,或曰宪法规范论观点。而后人也多是由此阐发精神自由与经济自由双重标准论的法理依据。笔者以为,在此无论是宪法规范论还是基本权利价值论,其理论逻辑是一致的,前者实质上可以被后者所吸收,宪法规范之所以明文规定某些权利禁止侵犯,也是因为宪法已认定这些权利的价值重要性,其根本上还是服从基本权利价值论的道理。

既然如此,我们可尝试以基本权利价值论来进行法理重构。先来看看基本权利价值论对双重标准的解释力如何。上文已论及,现实中经济自由有加强审查的趋势,精神自由也并非一律加强审查(如言论自由中的某些低价值言论);而理论上经济自由也并非绝对地比精神自由低人一等,因有些经济自由兼具人格权利

特征,附带强烈的精神自由性格。基本权利价值论能否从理论上弥合这种在事实上的分裂现象呢?笔者认为,如果我们不是抽象地从基本权利性质,而是以具体案件中的权利对个人人格发展(因任何权利的本质在于促使个人自由意志的充分实现)的影响,亦即与人格权的关系远近来确定其价值重要性,双重标准中的裂缝就可在理论上获得弥合。其实,从本质上来看,美国法院对精神自由和经济自由予以双重标准的区分,以及对言论自由予以“双轨”和“双阶”划分,正是这一法理在实质性发挥作用。

以具体案件中基本权利与人格权关系远近^⑧来定义其具体价值,并成为界定审查标准的根据,在今天既具有可能性也具有必要性。从可能性上讲,任何权利都涉及个人人格的自我展现或在社会的充分发展的利益,因而任何权利都可从与人格权的关系中进行价值度量。从必要性上讲,任何宪法权利在现实中都有其复杂形态,抽象地定义其价值实为难事;同时,当代社会人权现象日益丰富,随着现代社会(福利)国家对生存权的重视,经济社会权往往与人格权发生“权利交错”,同时某些精神自由(商业性言论)也兼具经济自由性格,这样使得基本权利价值无法从其权利性质中获得辨析,而必须从分析其与人格权的关联紧密度中来衡量。

在人格权核心法理的观照下,复杂多样的基本权利在不同个案中,其审查标准的精确界定即可获得正当化论证。如精神自由的侵害可再具体划分为内部精神自由与外部精神自由的侵害。内部精神自由是纯粹属于个人思想、信仰的内部心灵活动,因这种活动不会对他人权利和自由造成任何影响,故对这个领域的侵犯就应该采用绝对保障的审查态度;而外部精神自由因个人的思想心灵活动通过表现于外,会对社会和其他人造成某种效果或影响,对这个领域的限制,应结合具体案件中基本权利内容的类型及其所受限制的时间地点等方式,进行宽严不同的审查。在经济(社会)自由权领域,也可从其与人格权的关联程度进行二元划分,与人格权关联密切的经济(社会)自由权利,如关涉到个人生存和发展的生存权、职业自由和受教育权^⑨等的限制,就应以严格标准进行审查;而与人格权关联更为疏远的经济(社会)自由权利,对其限制就是一个国家的政策形成所拥有的自由裁量权,因而其合宪性应以宽松的标准来判断。

(二) 平等保护领域

我们仍然以注解四为起点作观察。注解四提及,对分离且孤立的种族、宗教等少数族群实行歧视的案件,因其可能严重影响到对这些少数族裔的保护所依

赖的政治程序的运作,故采用更加严格的审查。后来人均据此认为,这种对嫌疑分类行为的严格审查的正当性依据,在于发挥司法对民主政治程序缺陷的补充作用,这种观点即是民主程序补充论。但在此笔者尚存的疑问是,这类少数族群也往往是社会经济方面的弱势者,对之采取歧视的嫌疑分类行为的严格审查恐怕难谓没有经济方面的考虑。

后来的审判实务又将国家的准嫌疑分类行为,即针对性别、非婚生子女歧视的案件,实行比合理性审查更加严格的审查——中度审查,但是,这里的法理根据是什么却尚无明确说法。至于对一般分类,即以财产地位、外国人、性倾向、犯罪前科等为根据进行归类的行为,法院采取合理性审查,其法理根据也基本上无人深究。可见,在平等权保护领域的类型化审查标准的构建,在其正当性论证上还颇欠深度,已有论点也缺乏充分的说服力。

为填补这种缺憾,我们仍可以基本权利的价值论观点来重构其法理。首先不妨将宪法平等权区分为一般性平等权和具体性平等权^②。一般性平等权因与某一特定自由权利发生竞合,其审查标准的界定按照如上自由权利与人格权关联的法理进行论证。在具体性平等权领域,政府的特殊分类行为对特定主体的伤害程度,也可依据人格权的核心——外围法理进行区分。如对某个地域、某种身份、某类人群的某种固定化印象,以至在一些公权力行为中,往往以之为分类标准进行“特殊对待”;根据社会经验,这种“特殊对待”,通常涉嫌对特定人群的恶意对待或卑微评价(故称为“嫌疑分类”),在事实上会造成这些人群的巨大的自尊伤害。申言之,这种“嫌疑分类”直接触及到人格权内核,故对这类平等权案件应采用严格标准予以审查。而对于以财产地位、犯罪前科、年龄为标准的政府分类行为,通常不会存在对这类人群的敌视和恶意对待(故称为“一般分类”),在事实上一般也不会构成对这类人群的人格尊严之伤害。故对这种“一般分类”案件宜采用宽松的标准进行审查。至于以性别、非婚生子女等为标准的分类,因受历史传统或社会文化心理等影响,政府的这种区分对待可能会触及到人格权或人性尊严的敏感神经(故称为“准嫌疑分类”),故对这种“准嫌疑分类”案件采用介于上述两种标准之间的中度审查为合适。同时,必须指出的是,上面所述的特殊分类,如果是基于改善某些弱势人群的处境,政府对之采取善意的优惠性对待,则对与之相关的人群是否会构成逆向歧视。因政府行为主观上不存在恶意歧视的目的,故即使由于区分程度的不合理在

客观效果上造成他们平等人格未受尊重的感觉,但这种感觉无论如何不能与遭受恶意歧视的伤害程度相比,根据人格权核心——外围法理,其审查标准应比恶意对待要宽松一些。

四、双重标准理论的启示与借鉴

由上可见,美国在法律规范性文件的合宪或合法性审查中发展出的双重标准,随着近年来在言论自由和财产权领域适用的流动性变化,其传统理论也面临着某种挑战。但无论如何,双重标准理论是依据美国宪法规范以及由宪法规范所确立的基本人权价值秩序所提炼而出的,只要宪法基本价值秩序不变,该理论仍然是法律规范性文件审查标准确定的重要基础。当然,双重标准的僵化结构之打破也为我们反思其传统理论,推动其进一步精密化和精细化提供了契机。以当今立宪主义国家所普遍承认的核心价值人性尊严和人格权为粘合剂,来重新结构双重标准的法理构成要素,可进一步提高双重标准的理论解释力。

回望我国,随着当下全国人大常委会法工委下设立的“法规审查备案室”进入实质性操作阶段,法规审查标准的构建问题已具有突出的紧迫性。出于人类共同的生活经验和共同的宪法核心价值之原因,我们无疑可分析和借鉴美国的双重标准理论,以建立适用我国情况的审查标准之类型化体系。

但因美国双重标准理论是由其宪法规范(或宪法精神)推导和提炼而成,故该理论须通过我国宪法规范的媒介,借助我国宪法规范的载体方可切入到我国制度环境中来。就我国的宪法文本而言,其实也蕴含着适用双重标准的规范基础。

首先,我国宪法第1~3条关于国体、政体以及国家机构的组织原则之规定确立了我国宪法的民主主义原理,而双重标准正是依托于民主主义原理之上。我国和德国、美国等所有民主国家一样,要高度保护精神自由(政治性权利)以促成民主制度所需要的自由交流和参与的条件。同时,我国宪法的另一原则还可加固双重标准的理论基础,此即社会主义原则。该原则被宪法序言部分所确认,又于宪法第15条、第45条作出具体性规定,“国家实行社会主义市场经济”(第15条);公民在特定条件下“有从国家和社会获得帮助的权利”,国家发展为公民享受这些权利的条件(第45条)等。这些宪法规范要求国家通过经济性立法保障国民经济持续、健康和有序地发展,也采取社会保

障碍措施调济贫富、促进社会和谐发展,故国家对经济、社会领域容有较大的政策形成自由,对国家的社会、经济性立法或措施的合宪性,原则上要以宽松的标准(类似于合宪性推定原则)进行审查。

其次,就我国具体的基本权利条款而言,宪法中许多规定已明确显示了对之的保护程度,如关于民族平等,序言部分已载明:“在维护民族团结的斗争中,要反对大民族主义……也要反对地方民族主义。国家尽一切努力,促进全国各民族的共同繁荣。”第4条又重申:“禁止对任何民族的歧视和压迫,禁止破坏民族团结和制造民族分裂的行为。”又如关于人格权保护,第38条规定“中华人民共和国公民的人格尊严不受侵犯。禁止用任何方法对公民进行侮辱、诽谤和诬告陷害。”仔细推敲这些文字背后的含义,我们就可发现,对这类基本权利,宪法意在宣明一种近乎绝对保障的态度,因而任何对之限制行为,其合宪性都应该接受严格审查标准来检验。但另一方面,宪法对某些基本权利仅采取了法律保留的态度,如第40条规定:“中华人民共和国公民的通信自由和通信秘密受法律保护。……”宪法分明赋予了法律对通信自由具体内容的形成自由,因是之故,国家(立法)对之限制行为应受到充分的尊重。

最后,基本权利在不同的条件下,也可能在宪法上具有保护程度上的差异,如关于财产权的保障,宪法第12条规定:“社会主义的公共财产神圣不可侵犯。国家保护社会主义的公共财产。禁止任何组织或者个人用任何手段侵占或者破坏国家的和集体的财产。”第13条规定:“公民的合法的私有财产不受侵犯。国家依照法律规定保护公民的私有财产权和继承权。……”这些规定本身显然就为对财产权的限制行为之双重审查提供了依据。

因此,我们通过对人民民主制度的宪法原则之解读,可以推导出精神自由(政治性权利)在基本权利体系中的优越地位,又通过对社会主义原则的解读,可以推导出国家拥有对经济、社会自由进行规制的较大空间,这样可确立我国精神自由与经济(社会)自由领域的双重审查标准。同时,我国宪法权利条款在文字上存在绝对禁止与一般禁止、宪法保留与法律保留的差别,从而为具体权利审查的双重标准提供了正当性依据。

当然,宪法规范的容量总是有限的,而基本权利的具体内容又总是复杂多样的。在借助我国宪法对个别性具体权利进行双重保护的规范基础上,以我国宪

法明定的“人格尊严”不可侵犯条款(宪法第38条)为媒介,利用人格权核心—外围法理对个案中基本权利限制的审查进行精密化论证,即对基本权利的限制越逼近人格权核心,对其合宪性审查就越严格。这样,审查标准体系可由此展开:将具体情景中的精神自由和经济自由进一步类型化;具体性平等权领域的政府特殊分类行为亦然。

注释:

- ① 该案判决涉及经济管制的“高味奶法”(Filled Milk Act),最高法院多数意见秉持 Parrish 一案判决以来的宽松标准,认为该法律合宪。See *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S.144, 152-153.
- ② *Eg. Thornhill v. Alabama*, 310 U.S.88, 95 (1940); 316 U. S. 584, 608(1942); 336U.S.77(1949); 374U.S.398(1963); 376U.S.254(1964).
- ③ See Gerald Gunther, id.at840-861.
- ④ 405U.S.538(1972).
- ⑤ *Eg.* 505 U.s.1003(1992); 512 U.S.687(1994); 517 U.S.559(1996).
- ⑥ “双轨理论”来源于美国联邦最高法院于1972年 *Police Department of Chicago v. Mosley* 案的判决所宣明的理念,法院在审理言论自由案件时将法律或政府措施区分为“针对言论内容的规制”(content-based regulations)与“非针对言论内容的规制”(content-neutral regulations),而分别采用宽严不同的审查标准。一般而言,“针对言论内容的规制”的审查标准比“非针对言论内容的规制”的审查标准更加严格。See 408 U.S.92(1972).
- ⑦ “双阶理论”思想最早出现在1942年的 *Chaplinsky v. New Hampshire* 案,该案判决书中 Frank Murphy 大法官提及将涉及言论内容的规制划分为“低价值言论”(low-value speech)和“高价值言论”(high-value speech)。See 315 U.S.568(1942).此后法院对言论案件的审理明显采取了类型化方法。
- ⑧ 25U.S.(12Wheat) 213, 270(1827).
- ⑨ See James B.Thayer, *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, 7HARV.L.REV.129, 144(1893).
- ⑩ 198U.S.45(1905).
- ⑪ Id.at 56.
- ⑫ Id.at 64.
- ⑬ See Benjamin F.Wright, *The Growth of American Constitutional Law*194-199(1942).
- ⑭ See Benjamin F.Wright, id.at 200-201.
- ⑮ 300U.S.379(1937).
- ⑯ See Jeffrey M. Shaman, *Cracks in the Structure: The Coming Breakdown of the Levels of Scrutiny*, 45 OHIO State Law Journal. 159(1984).
- ⑰ Charles P. Curtis, *Lions under the Throne*281(1947).
- ⑱ Mark De Wolfe Howe(ed.),*Holmes-Laski Letters 194*(1963).
- ⑲ Mark De Wolfe Howe(ed.),*Supra* at 203.
- ⑳ 该理论源自德国学说,是对德国基本法第1条的“人性尊严”条款的一种理论形态的阐述。此亦即人格权核心—外围法理,意指任何基本权利都含有人格权要素,对基本权利的限制越严重,所构成的侵犯就越逼近人格权核心,从而根据“人性尊严”不可侵犯条款,对其审查就越严格。德国宪法法院的审判实务

(下转 246 页)