

基本权利冲突的本质属性及解决路径

徐雨薇

华东政法大学，法律学院，上海

收稿日期：2024年1月11日；录用日期：2024年2月18日；发布日期：2024年2月29日

摘要

随着法治建设不断推进，公民基本权利的范围逐步扩大，基本权利冲突的问题也将愈发突出。基本权利冲突在形式上体现为私主体之间的权利冲突，但实质上涉及国家公权力对私权的分配与协调，学界主流观点以基本权利之间是否存在位阶关系以及比例原则的适用作为化解权利冲突的解决思路。然而，权利位阶理论是否具有普适性还需要经过进一步验证，比例原则也存在正当性的理论困境，必须结合个案进行针对性考量，同时确立审判原则避免裁量权过度。

关键词

基本权利，权利冲突，权利位阶

The Nature of Fundamental Rights Conflicts and the Path to Resolution

Yuwei Xu

Law School, East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Jan. 11th, 2024; accepted: Feb. 18th, 2024; published: Feb. 29th, 2024

Abstract

With the continuous promotion of the rule of law, the scope of citizens' basic rights has been gradually expanded, and the problem of conflict of fundamental rights will become more and more prominent. The mainstream view in the academic field is whether there is a hierarchical relationship between fundamental rights and the application of the principle of proportionality as the solution to the conflict of rights. However, whether the theory of hierarchy of rights is universal needs to be further verified, and the principle of proportionality also has the theoretical dilemma of legitimacy, which must be considered in the context of individual cases, while establishing the principle of trial to avoid excessive discretion.

Keywords

Fundamental Rights, Conflict of Rights, Hierarchy of Rights

Copyright © 2024 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

基本权利冲突问题曾在我国学界引发激烈的讨论，但不论是对基本权利冲突的性质、架构，抑或是解决路径的探讨上，都存在巨大的争议与分歧。我国宪法修正案多次拓展了公民基本权利的边界，同时随着全面依法治国的持续推进，宪法作为国家根本法的地位不断强化，宪法明确规定了公民基本权利也必须继续深入加强保护。现如今，公民基本权利的范围与内涵较之以往有了显著的扩大，这是法治建设不断健全的表现，但也突显出了愈发明显的基本权利冲突困境。基本权利冲突是基本权利保护导致的必然情况，也是完善基本权利保护所必须解决的实际问题，在这一新的时代背景下，有必要对基本权利冲突再次展开讨论。

2. 基本权利冲突的形成

基本权利冲突是指一个主体在行使基本权利的同时会损害另一主体的基本权利，也有少数学者认为同一主体内部也存在基本权利冲突[1]。事实上，即使承认同一主体也可能产生基本权利冲突，此种情况通常可以通过个人的价值取向与选择予以解决，不会引发社会主体之间的矛盾。并且，权利冲突的主体问题并不影响权利冲突的本质是一种利益与价值的冲突，因此有关主体的问题可以暂且不论。由于人类的社会性与宪法保护权利的多元性，不同利益和价值会产生冲突是极为正常的现象，然而一旦某种利益或价值过于庞大，则必然会影响其他利益或价值的实现，因此必须为其划定框架。我国宪法第 51 条规定：“中华人民共和国公民在行使自由和权利的时候，不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利”，此条构成了我国的权利冲突条款。

2.1. 权利冲突的三角架构

从表象上看，基本权利冲突似乎是私主体与私主体主张权利时的对立与摩擦，但若仔细分析权利冲突的本质属性，则会发现国家作为公权力介入其中。通常来说，公民主张基本权利一方面是请求国家不作为的主观防御权，另一方面是请求国家履行保护义务[2]，也即国家在不侵犯公民基本权利的同时，还应当尽可能为公民实现基本权利消除危险、排除妨害。在权利冲突的情况下，国家为保护一方的基本权利采取排除妨害的行为必然意味着另一方的基本权利受限，对双方基本权利的保护与限制实际上代表了国家对相应利益与价值的取舍。经济学家科斯曾提出权利相互性理论，为这一观点提供了理论支持，他认为权利冲突的真正问题不在于如何规制加害方，而在于应当允许何方侵害何方[3]。如此看来，基本权利冲突从本质上是“私主体 - 国家 - 私主体”的三角架构。

2.2. 基本权利冲突的成因

基本权利冲突的形成存在法律、经济、社会等多方面的原因。首先是法治层面的原因，中国法治近年来快速发展，公民基本权利的范围与保护程度不断扩大，但各种权利的边界始终不清晰，对不同权利的保护倾向不确定，也缺乏应对权利冲突的处理办法，法律制度不完备是基本权利冲突最主要的原因之

一。其次从经济角度出发，马克思认为“权利永远不能超出社会的经济结构以及由经济结构所制约的社会文化发展”^[4]，我国由计划经济转轨中国特色市场经济数十年，经济发展不均衡的问题仍未解决，人民对社会文化的需求也具有相应程度的分别，各种社会主体的差异性决定了基本权利冲突必然存在。最后，公民权利意识的不断上涨与维权渠道的愈发完善也是基本权利冲突扩大的一大原因。

3. 基本权利冲突的本质属性

要想实质性化解基本权利冲突，除了厘清权利冲突的概念与成因，更要对基本权利冲突的本质属性进行准确定性，明确权利冲突的范围。只有正确认识基本权利冲突的法理基础，才能有针对性地提出解决思路。如何把握基本权利冲突的内涵与实质，国内外学界对此有诸多不同的观点。

3.1. 基本权利的保障范围

基本权利冲突的前置问题是基本权利的构成与边界，一个行为只有落入基本权利的保护范围中，才可能出现权利冲突的问题。对此，德国公法学者罗伯特·阿列克西提出了“外部理论”和“内部理论”两种完全相反的学说。在“外部理论”中，权利和权利的限制是两个独立的问题，基本权利本身是无限制的，相当于国家原本应当对基本权利进行全面的保障。但是由于国家治理的现实需要，又应当进一步讨论权利限制的问题，通过对公共利益等利益和价值的衡量，最终确定基本权利的保障范围^[5]。“内部理论”与之相反，认为基本权利与权利的限制必须一体考虑，基本权利自始具有固定范围^[2]，也即基本权利本身是有限制的。试想美国著名的德州诉约翰逊案¹，虽然该案早已依照美国法律作出判决，但不妨以之为例。在“外部理论”看来，焚烧国旗也属于广义的言论范畴，应当在言论自由的初步保护范围内，如果能证明此举涉及的国家利益远远大于该类行为自由的利益，则应当予以限制，反之则不然。而“内部理论”却会从一开始就以违反法律为由将这一行为踢出言论自由的保护范围。如此，不难看出两种理论内在思维的差异。在当代宪法学的原则与逻辑下，“外部理论”拓宽了基本权利的保护范围，且对国家的干预行为提出了正当性要求，毫无疑问更加符合保护权利、限制公权的宪政精神。

3.2. 基本权利冲突作为外在干预

基于基本权利限制的“外部理论”和“内部理论”，对基本权利冲突性质的把握也存在两个方向。“外部理论”倾向于将基本权利冲突视作为对基本权利的外在干预，此处的干预是指对基本权利构成妨碍的公权力^[6]。首先，这一理论能够印证上文对基本权利冲突概念的定性。基本权利冲突本质上并非个人与个人的对抗，而是国家对一项基本权利之于另一项基本权利的价值衡量与取舍，将基本权利冲突认定为是国家公权力的干预，符合基本权利冲突的三角架构。其次，基本权利冲突作为外在干预必须具有正当性，这是对国家行使公权提出的必要限制。一是目的正当，例如须为保护国家、公共利益限制个人基本权利；二是被保护的基本权利必须是宪法规定的合法、正当的权利，这是为了避免基本权利冲突的过度泛化^[7]；最后是被保护的基本权利的价值与利益应当大于被限制的基本权利的价值与利益。对外在干预正当性的要求可以理解为是阻却限制基本权利违宪性的必要因素。

由此观点引申，还有学说直接将第三人的基本权利作为外在干预，主张用第三人效力理论解决基本权利冲突问题。这一观点的问题在于，基本权利的最本质属性是对国家权力的防御权，能否将其直接适用于私主体之间的关系还需探讨，可能导致宪法效力的滥用。

3.3. 基本权利冲突作为内在限制

将基本权利冲突视为对基本权利的内在限制系由“内部理论”发展而来。德国公法学家特奥多·毛

¹See Texas v. Johnson, 491U.S.397(1989).

恩茨提出，如果基本权利的行使会侵害他人的基本权利或共同体存续的必要法益，则不得主张该基本权利，也即将基本权利冲突作为基本权利构成的排除事项[6]。虽然这一主张确实能达到保护国家公共利益和他人合法权益的目的，但学说存在的最大问题在于，对基本权利的内在限制并不能在任何宪法文本中找到任何依据。并且将部分权利过早地排除在基本权利的保护射程之外，会导致基本权利的范围严重限缩，为国家懒政、怠于履行保护义务提供了空间，也不符合当代宪法学的基本精神。

4. 基本权利冲突的解决路径

在基本权利冲突这一问题上，除却纯粹的理论研究价值，更具有现实的实证意义。在宪法精神上涨、公民维权意识攀升的依宪治国新时代下，如何处理基本权利冲突是理论界与实务界共同的亟待解决的难题。尽管多数学者都提出了权利位阶、比例原则、个案权衡等解决办法，但上述规则能否适用、如何适用仍然存在不小的争议。

4.1. 基本权利位阶理论

对于解决基本权利冲突，大部分学者都主张适用权利位阶原则，更有学者具体地提出无法律保留的基本权利优先于特别法律保留基本权利、又优先于一般法律保留基本权利的观点[6]。笔者认为，在探讨如何将权利位阶原则适用于基本权利冲突解决之前，首先应当讨论基本权利是否存在位阶。我国学界普遍认可权利位阶的存在，主要的理论依据源于德国的基本权利位阶理论。德国的基本权利位阶理论主要有以下排序原则：一是根据基本权利对于实现“人的尊严”的重要性，越是有助于实现“人的尊严”这一宪法最高价值，权利位阶就越高[8]；二是基于公共利益优先于个人利益推导出的与公共利益相关的基本权利优先于与个人利益有关的基本权利[2]。美国法中也有权利位阶原则的体现。由美国诉卡罗琳食品公司案²发展而来的“双重标准理论”认为言论、出版、宗教自由较之其他宪法权利拥有更优先的地位，因此对规制以上权利的立法采取“严格审查”标准，而对涉及其他权利的立法则采用“合理性审查”或“严格合理性审查”的违宪审查标准。我国赞成这一学说的学者不在少数，但同样意识到了该学说在我国法律中存在的问题，即对于基本权利的排序在我国宪法中缺乏法律依据。此外，反对权利位阶的学者认为基本权利应当平等保护的另一大原因在于，在具体的权利冲突案件中往往牵涉到不同的社会主体，如果赋予一种权利优先于另一种权利的地位，很可能导致某一类社会主体被赋予优先于其他社会主体的特权，明显违反了“法律面前人人平等”的原则[4]。

对于上述争议，笔者大体认同基本权利存在位阶，但对各种基本权利孰轻孰重、如何排序有着不同的看法，并且笔者认为只有将权利位阶与个案实际情况相结合，才能得出准确的结论。权利位阶不可能形成“化学元素表”那样的图谱[9]，除了能从宪法精神与基本原则中推导出人格尊严高于其他任何权利之外，剩余的基本权利并不存在笼统的、一般的位阶，必须在个案中进行具体衡量。在“秋菊打官司”案中剧组的言论自由权高于贾某的肖像权，是否能够进而概括性地升华言论自由的重要性还值得进一步探究[3]。虽然在“秋菊打官司”这一个案中，笔者对言论自由的优先地位表示赞同，但并不认为这一结论具有普适性。举一个相反的例子，现如今不少“网红”在马路上未经路人同意就与其互动，并拍摄短视频发布在社交平台，这样的行为通常被认为侵犯了路人的肖像权。那么，这些短视频也属于文艺创作，并且拍摄者本身也很难认定有侵权的故意，为什么还会得到与“秋菊打官司”案不同的结论？可见，即使言论自由能够带来相当的社会公共利益，在权利配置中处于比较重要的地位，但并不总是在个案中被无条件地保护。前文已经阐述，权利冲突的本质是国家对于不同价值和利益的取舍，与其说言论自由权具有较高的位阶，不如说是言论自由代表的价值和利益通常高于其他权利代表的价值和利益。但需要注

²See U.S.v. Carolene Products Co., 304 U.S.144(1938).

意的是，言论自由背后蕴含的利益和价值并非一成不变，而要取决于权利主体、社会影响力等不同的因素，这些都是根据个案情况随时变化的。由此是否可以得出一个结论，基本权利并不存在固定的位阶，而是要在个案中进行具体判断。这一结论也可以解答反对学者认为部分主体会获得特权的观点，权利与权利主体是分离的两个概念，同一基本权利在个案中的权利主体不尽相同，主体不可能获得永久性的优先地位，自然也就不存在“特权”一说。

4.2. 比例原则的适用

比例原则原本指国家在作出行政行为时，必须衡量手段之于目的的适当性、必要性与最小侵害性。不少学者主张将这一原则引入基本权利的冲突解决中，使限制基本权利的行为正当化。具体来说，正当的基本权利限制至少具备两方面的内涵，一是必须基于合适的目的限制基本权利，二是必须在符合比例原则的基础上限制基本权利。比例原则的适用可以最大程度降低对基本权利的侵害，为限制基本权利设置一个公正有效的程序，有助于严格审查国家行为。然而，即便以比例原则规范基本权利限制具有一定的合理性与优越性，仍需要进一步论证其正当性与可行性，因为正当限制与比例原则并非充分必要关系。首先，什么样的目的可以认为是限制基本权利的正当目的。通常认为，国家可以基于公共利益的考量限制公民基本权利，但公共利益如何界定，公共利益是否一定高于私人利益？其次，国家限制基本权利，具体由哪个机关负责实施、如何实施，限制行为是否具有法律依据。还有学者提出，某些权利必须受到绝对地保护，不存在对其的正当限制，此时又当如何确定比例原则的适用范围[10]？与比例原则类似的还有德国法学理论中的实践调和原则。该原则认为，当两种被保护的法益产生冲突时，应当进行协调使其并存。换言之，为了实现宪法整体价值最大化，对两种基本权利都需要在比例原则的框架内予以相应的限制[11]。在笔者看来，实践调和原则与比例原则存在相同的理论困境，都需要解决限制权利的正当性问题。

4.3. 抽象立法与个案权衡相结合

立法衡量与个案衡量是解决利益冲突的两个完全相反的学说，两者各有千秋，不应孤立地运用任何一种学说，而应当互相结合、各取所长。立法衡量的优势在于立法机关天然地具有利益调和的责任[2]，通过立法预先设定基本权利冲突时的解决办法符合大陆法国家的一贯传统，有助于协调统一配置各项权利、利益，实现宪法总体价值的最大化。不过，立法行为伴随着法律固有的滞后性与不周延性，随着社会经济不断发展，对于各种价值的取向不断变化，将会不可避免地带来法律设置不合理、不完全等问题。个案衡量可以有效解决这一困境，灵活、有针对性地处理每一个权利冲突案件，但个案衡量也存在理论难题。在我国，法官并不具有“造法”的权力，并且个案权衡不具有统一的判断标准，对案件结果的公信力会产生一定的不利影响。对此，可以借鉴美国法中的一项冲突回避原则(conflict avoidance) [12]。该原则指出，当出现宪法权利冲突案件时，法院应当作出不利于一开始更容易避免宪法冲突一方的裁决。这一原则不仅化解了判断标准不确定的问题，并且能够维护法院的价值中立性，使法院在无需“造法”作出价值衡量的情况下解决基本权利冲突。

参考文献

- [1] 郑毅. 论同一主体的基本权利冲突[J]. 政治与法律, 2015(2): 106-107.
- [2] 张翔. 基本权利冲突的规范结构与解决模式[J]. 法商研究, 2006(4): 94-102.
- [3] 苏力. 《秋菊打官司》案、邱氏鼠药案和言论自由[J]. 法学研究, 1996(3): 65-79.
- [4] 刘作翔. 权利冲突的几个理论问题[J]. 中国法学, 2002(2): 16.
- [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[J]. 法商研究, 2007(6): 36-44.

-
- [6] 柳建龙. 论基本权利冲突[J]. 中外法学, 2021, 33(6): 1426-1444.
 - [7] 郭大林. 宪法诉讼中的基本权利冲突[J]. 理论与改革, 2014(5): 158-160.
 - [8] 王锴. 基本权利冲突及其解决思路[J]. 法学研究, 2021(6): 46-47.
 - [9] 林来梵, 张卓明. 论权利冲突中的权利位阶——规范法学视角下的透析[J]. 浙江大学学报(人文社会科学版), 2003, 33(6): 5-13.
 - [10] 陈景辉. 比例原则的普遍化与基本权利的性质[J]. 中国法学, 2017(5): 279-302.
 - [11] 郑旭文, 徐振东. 基本权利冲突及其解决基准[J]. 大连海事大学学报(社会科学版), 2009, 8(3): 69-73.
 - [12] Barzun, C.L. and Gilbert, M.D. (2021) Conflict Avoidance in Constitutional Law. *Virginia Law Review*, 107, 1-56.