

基本权利冲突及其解决思路

王 锴*

内容提要：基本权利冲突是权利冲突的子类型。民事权利冲突只在私人之间发生，而基本权利冲突在“私人—国家—私人”的三方关系中发生。基本权利冲突的解决，无法诉诸基本权利的第三人效力，而主要依靠国家履行义务。解决基本权利冲突需要采取体系化的思路：针对潜在的基本权利冲突，应通过程序设计尽量避免冲突的实际发生；基本权利冲突发生后，应先通过实践调和原则寻找最优解决方案，避免一方基本权利作出退让，以使双方基本权利都能得到最大程度的实现；若无最优解决方案，则通过权利位阶和比例原则确定可以接受的解决方案，再通过过度禁止审查和不足禁止审查，确保解决方案的合宪。

关键词：基本权利 权利冲突 国家保护义务 实践调和原则 比例原则

权利冲突是 21 世纪初我国法学界的研究热点之一，曾在法理学界和部门法学界引发激烈争论。^{〔1〕}该场争论启发了宪法学界对于基本权利冲突问题的思考。围绕权利冲突与基本权利冲突的关系、基本权利冲突的解决路径等问题，宪法学领域产生了诸多有益的学术对话。^{〔2〕}遗憾的是，相关讨论只是昙花一现，很快便陷入了沉寂。这概因当时基本权利冲突的解决尚缺正式的制度通道，使得相关理论研究难向深层探进。2017 年中共十九大报告正式提出“推进合宪性审查工作”，为基本权利冲突的解决提供了制度通道，也为突破基本权利冲突理论研究的瓶颈提供了机遇。2020 年中共中央印发的《法治社会建设实施纲要（2020—2025 年）》提出要“切实保障公民基本权利”，而有效解决基本权利冲突对于保障公民基本权利意义重大，这进一步推动了基本权利冲突问题重归学术视野。鉴此，本文拟在分析借鉴国内外基本权利研

* 北京航空航天大学法学院教授。

本文系国家自然科学基金重大研究专项课题“以法规备案审查制度彰显社会主义核心价值观研究”（19VHJ015）的阶段成果。

〔1〕 相关研究综述参见杨丽、王晓宇、孙新强：《权利冲突研究的元分析——基于 CSCI 数据（1983—2013 年）》，《北京航空航天大学学报（社会科学版）》2020 年第 2 期，第 154 页以下；权利冲突问题的系统研究，参见刘作翔：《权利冲突：案例、理论与解决机制》，社会科学文献出版社 2014 年版。

〔2〕 参见张翔：《基本权利冲突的规范结构与解决模式》，《法商研究》2006 年第 4 期，第 94 页以下；马岭：《宪法权利冲突与法律权利冲突之区别——兼与张翔博士商榷》，《法商研究》2006 年第 6 期，第 3 页以下；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》，《法商研究》2007 年第 6 期，第 36 页以下。

究最新理论成果的基础上,对基本权利冲突与权利冲突的关系、基本权利冲突的类型与构造、基本权利冲突的解决思路等进行重新认识。

一、基本权利冲突与权利冲突的关系

权利冲突与基本权利冲突的关系,是以往研究的争议焦点。该问题至今悬而未决,阻碍了基本权利冲突研究的深入。在该问题上,目前存在三种学说:泛化说、虚无说和介入说。泛化说认为,任何权利冲突本质上都是基本权利冲突。虚无说认为,不存在基本权利冲突,甚至连权利冲突也是个伪问题。介入说认为,基本权利冲突是权利冲突的子类型,从民事权利冲突上升到基本权利冲突,需要有一个转化过程。^[3] 本文支持介入说的立场。虚无说的问题在于混淆了权利冲突、侵权和权利滥用。在基本权利冲突中,两个当事人的行为都受基本权利的保护。基本权利冲突并非违法或不正当行使基本权利的结果,其与侵权或基本权利滥用有本质差别。泛化说的问题在于混淆了基本权利冲突与民事权利冲突。民事权利冲突发生在私人之间,而基本权利冲突发生于“私人—国家—私人”的三方关系中。^[4] 民事权利冲突可以通过私人协商解决,而基本权利冲突的解决主要依靠国家履行消除冲突的义务。^[5]

(一) 权利冲突与侵权、权利滥用的区别

有学者认为,权利冲突是个伪问题,只要把权利的边界划定清楚,就不会发生权利冲突。^[6] 该观点对于避免权利滥用和侵权无疑是有帮助的。将权利的边界划清,个体在行为前就能了解自己权利的保护范围在哪里,就能保证自己的行为“不出圈”,避免自己滥用权利;同时也能了解到他人权利的保护范围在哪里,避免自己的行为侵入他人权利的保护范围。然而,这一做法并不能从根本上避免权利冲突。权利冲突虽然表面上体现为两个权利的保护范围发生了触碰,导致二者都无法充分实现,^[7] 但产生这种触碰的根源并非权利的保护范围不清,而是人的社会性和资源的稀缺性。^[8] 如果我们把两个权利的保护范围设想为两个以各自的权利主体为中心的圆圈,这两个圆圈即使边界再清晰,也会随着各自权利主体的移动而发生触碰,外部空间的狭窄也会使得两个圆圈不得不靠拢触碰。所以,权利边界的清晰只能避免权利滥用或侵权,由于社会中时刻发生着人与人的接触以及人们对有限资源的竞争,权利之间仍然避免不了碰撞、摩擦。必须从权利冲突乃“合法、正当”之现象的角度,正视权利冲突的存在。^[9] 只有站在这一立场上,才能看到权利冲突与侵权、权利滥用的区别。

权利冲突与侵权的区别在于:在权利冲突中,权利主体的行为都处于权利的保护范围之内;在侵权行为中,一方权利主体的行为超出了其权利保护范围,侵入了另一方权利主体的权

[3] 参见李样举:《从“泛化与虚无”看基本权利冲突存在的空间》,《甘肃理论学刊》2009年第4期,第127页。

[4] Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/2, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1994, S. 621.

[5] Herbert Bethge, Grundrechtskollisionen, in: Detlef Merten und Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band III, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2009, S. 673-674.

[6] 参见郝铁川:《权利冲突:一个不成为问题的问题》,《法学》2004年第9期,第3页以下。

[7] Gregor Heißl, Grundrechtskollisionen: am Beispiel von Persönlichkeitseingriffen sowie Überwachungen und Ermittlungen im Internet, Verlag Österreich, Wien, 2017, S. 27.

[8] 参见何志鹏:《权利冲突:一个基于“资源—需求”模型的解释》,《环球法律评论》2011年第1期,第38页。

[9] 参见刘作翔:《权利冲突的几个理论问题》,《中国法学》2002年第2期,第57页。

利保护范围。实施了侵权行为的主体不再受其权利保护，故无法主张权利的冲突。例如，在来自苏黎世的涂鸦者案中，德国联邦宪法法院指出，艺术自由的射程从一开始就不及于为发展艺术而去恣意使用或损害他人财产的行为。^[10] 在他人的财产上涂鸦不受艺术自由的保护，同时构成对他人财产权的侵犯，此时不能认为艺术自由与财产权发生了冲突。这一判决背后的原理就在于，侵权行为是违法行为，权利冲突则是合法行为之间的冲突。又如，在美国的纽约时报诉沙利文案中，《纽约时报》对警察局长沙利文的报道在个别地方与事实不符。美国联邦最高法院认为，只要不是出于真实恶意，即明知不实或者完全不在乎真伪，该报道仍然受言论自由保护，因为“暂时的失实报道之代价远小于压制下的沉默造成的危险”。^[11] 该案的焦点问题是言论自由与名誉权的冲突，而非言论自由对名誉权的侵犯。

权利滥用是指权利行使的目的与其本来的目的不符，^[12] 其属于一种虚假的权利行使行为，不应受到权利的保护。^[13] 例如，2017年《最高人民法院关于进一步保护和规范当事人依法行使行政诉权的若干意见》规定，对于极个别当事人不以保护合法权益为目的，长期、反复提起大量诉讼，滋扰行政机关，扰乱诉讼秩序的，人民法院依法不予立案。权利滥用与侵权行为都不受权利的保护，但侵权不受保护是因为其具有违法性，权利滥用不受保护则是因为权利行使不正当或不合目的。^[14] 并且，侵权行为有具体的受害人，权利滥用通常不存在具体的受害人。与侵权和权利滥用不同，在权利冲突中，权利的行使目的正当，行使幅度也没有超出权利保护范围。例如，戏仿行为涉及戏仿作品创作者的艺术自由与原作创作者的著作权冲突，美国法院在审理此类案件时，首先会审查戏仿作品使用他人作品的目的。通常认为，商业性质的使用不属于合理使用，但非商业性使用也并非都合理，还要联系其他情形加以判断。即便使用人并未营利，若有意“窃誉”，也不具备目的的合理性，^[15] 构成对艺术自由的滥用。在审查了使用目的后，美国法院还要审查戏仿作品所利用原作的性质、利用原作的程度以及戏仿给原作带来的影响。对未发表作品的戏仿、大规模复制原作以及对原作造成市场损害等，都属于对原作著作权的侵犯，而非艺术自由与著作权的冲突。

（二）基本权利冲突与民事权利冲突的区别

基本权利冲突通常被界定为两个公民依据各自的基本权利所享有的利益之间的冲突。^[16] 这一定义并不准确，它会导致基本权利冲突与民事权利冲突的混淆。基本权利显然不同于民事权利，基本权利约束的对象是国家而非私人。以常见的表达自由与隐私权冲突为例，表达自由与隐私权之间的冲突并不必然是基本权利冲突，而可能仅是民事权利冲突。民事权利意义上的表达自由能够约束私人，表达者的表达行为不受他人干预。同时，他人的隐私权也约束表达者，表达者不能公开他人的隐私。在现实生活中，可能会出现“基于表达自由，当事人有权

[10] BVerfG, NJW 1984, S. 1294.

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

[12] Karl August Bettermann, Grenzen der Grundrechte, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1968, S. 11.

[13] Walter Schmitt Glaeser, Mißbrauch und Verwirkung von Grundrechten im politischen Meinungskampf: Eine Untersuchung über die Verfassungsschutzbestimmung des Art. 18 GG und ihr Verhältnis zum einfachen Recht, insbesondere zum politischen Strafrecht, Verlag Gehlen, Bad Homburg v. d. H., Berlin, Zürich, 1968, S. 133.

[14] 参见彭诚信、苏昊：《论权利冲突的规范本质及化解路径》，《法制与社会发展》2019年第2期，第77页。

[15] 参见吴汉东：《美国著作权法中合理使用的“合理性”判断标准》，《外国法译评》1997年第3期，第47页。

[16] Wolfgang Rübner, Grundrechtskonflikt, in: Christian Starck (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz: Festgabe aus Anlaß des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Band 2, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1976, S. 453.

表达”与“基于隐私权，当事人不能表达”的矛盾问题，构成表达自由与隐私权的冲突。但是，这一冲突在基本权利层面是不存在的。表达自由作为基本权利，要求国家不干涉公民的表达行为。隐私权作为基本权利，要求国家不公开公民的隐私。若国家未干涉表达或未公开隐私，就不可能存在基本权利的冲突。基本权利冲突与民事权利冲突的区别就在于：民事权利冲突是公民 A 享有的民事权利允许其作出某种行为，与公民 B 享有的另一民事权利要求 A 不作某种行为之间的冲突；基本权利冲突是公民 A 的基本权利要求国家作出（不作）某种行为，与公民 B 的基本权利要求国家不作（作）某种行为之间的冲突。

一般来说，基本权利中的自由权都是请求国家不作为的防御权，国家在面对两个自由权时主要承担不作为义务。不作为义务之间是无法发生冲突的。那么，基本权利冲突究竟是如何形成的呢？对此，不妨以自由权为例加以说明。能否产生国家作为义务，取决于是否存在基本权利的国家保护义务。该义务来源于我国宪法第 33 条第 3 款规定的“国家尊重和保障人权”。比如，隐私权作为基本权利，既要求国家不得侵犯公民的隐私（尊重人权），也要求国家履行保护公民隐私的义务（保障人权），消除任何对隐私权构成妨害的行为。假如一方的表达行为侵犯了另一方的隐私，国家为了保护公民的隐私权，就可能对表达自由进行干预。但是，基本权利意义上的表达自由，要求国家不得干预表达行为，于是就出现了“基于隐私权，国家应当干预表达”与“基于表达自由，国家不能干预表达”之间的矛盾，即基本权利冲突。正如德国学者胡夫纳所说，基本权利冲突并不存在于公民之间，而是存在于国家与公民之间。^[17] 韩国学者权宁星对基本权利冲突的界定也相对准确：“基本权利冲突是指复数的基本权利主体为实现相互冲突的权益，向国家主张相互对立的基本权利的适用。”^[18]

二、基本权利冲突的类型与构造

德国学者通常将基本权利冲突分为真正的基本权利冲突和非真正的基本权利冲突，前者是指基本权利与基本权利的冲突，后者是指基本权利与宪法上其他法益的冲突。^[19] 这种分类没有太大的实际意义。非真正的基本权利冲突，正如其名称所显示的，根本不是基本权利之间的冲突。基本权利本质上是一种公民针对国家的请求权。根据公民请求内容的不同，可以将基本权利分为自由权（请求国家不作为）、社会权（请求国家进行物质给付）、程序权（请求国家进行程序给付）和参政权（请求国家确认参政资格或身份）。^[20] 这四种基本权利中，社会权、程序权、参政权都可以归入请求国家作为的基本权利，从而与请求国家不作为的自由权构成两个阵营。如果把请求国家作为的基本权利称为积极权利，而把请求国家不作为的基本权利称为消极权利，基本权利冲突就可以分为消极权利与消极权利的冲突、积极权利与积极权利的冲突、积极权利与消极权利的冲突三种类型。这一分类有助于认清基本权利冲突的内部构造。

（一）消极权利与消极权利的冲突

如果没有国家的介入，两个基本权利主体享有的自由权不会发生冲突。^[21] 自由权作为基

[17] 参见前引 [16]，Rüfner 文，第 455 页。

[18] [韩] 权宁星：《基本权利的竞合与冲突》，韩大元译，《外国法译评》1996 年第 4 期，第 78 页。

[19] 参见前引 [4]，Stern 书，第 608 页。

[20] 平等权由于缺少独立的保护范围，一般不被视为权利而被视为原则。任何权利都涉及平等保护的问题。

[21] 参见前引 [7]，Heißl 书，第 32 页。

本权利,是基本权利主体请求国家不作为的权利,只要国家不作为,自由权就实现了。两个自由权发生冲突,恰恰是因为一方的自由权产生了国家保护义务(要求国家作为),而另一方的自由权要求国家不作为。也有学者从权利冲突也是义务冲突的角度,认为自由权的冲突本质上是国家保护义务的冲突。^[22]在两个自由权发生冲突的时候,到底是哪个自由权产生了国家保护义务?是其中一个自由权产生了国家保护义务,还是两个自由权同时产生了国家保护义务?要回答这些问题,需要进一步探讨基本权利国家保护义务的构成要件。

基本权利国家保护义务的存在需要满足三个要件:(1)来自私人的干预。这里的干预更多是中性的,即只要违背权利人的意志并对受保护的法益产生了显著影响即可。^[23]成立基本权利冲突的必要前提,是两个基本权利主体的行为都在各自的保护范围之内。违法的干预很难说受其基本权利的保护。如果认为只有违法干预基本权利的行为才能触发基本权利的保护义务,就等于将启动基本权利保护义务的决定权交给了立法机关,而这与基本权利保护义务约束立法机关的理论认知明显相悖。(2)法益受损的危险。判断国家保护义务是否存在,不仅要考虑是否存在对基本权利保护之法益的干预,也要考虑预测可能性,即判断危险是否存在。保护义务主要约束立法机关,需要考虑监督立法机关履行这种强制性义务的可能性,以及立法机关依据它的评估特权进行应对的可能性,因而法益受损的危险必须客观存在,并已经在现实中呈现出来,主观的恐惧不属于危险。^[24](3)法益受损的危险必须可归责于干预者。行为人的主观动机,如过错,在此不必考虑。纯粹的自然危险,如自然灾害,不在保护义务的构成要件中。当然,这并不意味着发生自然灾害时国家不需要预防危险或对公民提供救助。如果自然危险的发生是人为原因导致的,保护义务仍然可以适用。^[25]自我原因引发的危险,如自残,不会产生国家的保护义务。^[26]国家即使对自残的人提供照料,也并非履行基本权利保护义务,而是履行基于社会权的给付义务。

在消极权利与消极权利发生冲突的时候,两个消极权利都产生保护义务的可能性不大。通过对干预者、受害者的识别以及对因果关系的分析,总是可以确定受害者所享有的消极权利产生国家保护义务,而干预者所享有的消极权利对国家产生防御功能。例如,当母亲的生育自由与胎儿的生命权发生冲突时,显然母亲的身份是干预者。堕胎行为会威胁到胎儿的生命权,为保护胎儿的生命权,需要国家履行保护义务。国家为履行此种保护义务,就需对母亲的堕胎行为进行规制,这就与生育自由所要求的国家不得干预发生了冲突。

(二) 积极权利与积极权利的冲突

积极权利主要是社会权,社会权具体又分为给付权和分享权。给付权是原始的社会权,是指国家有义务为基本权利的实现提供事实上的条件。^[27]例如,我国宪法第45条规定:“中华人民共和国公民在年老、疾病或者丧失劳动能力的情况下,有从国家和社会获得物质帮助的权

[22] 参见前引[4], Stern书,第633页。

[23] Josef Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: Josef Isensee und Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band IX, 3. Aufl., C. F. Müller, Heidelberg, 2011, S. 519.

[24] 危险的概念源自警察法,是指一种带有极大发生可能性的能够带来损害的事实状态。同上文,第525页。

[25] 同上文,第529页。

[26] 有学者用基本权利放弃理论讨论此种情形。参见陈征:《基本权利的国家保护义务功能》,《法学研究》2008年第1期,第54页以下。

[27] Geritt Manssen, Staatsrecht II: Grundrechte, 16. Aufl., C. H. Beck, München, 2019, S. 18.

利。”分享权属于派生的社会权，是社会权与平等权结合的产物，指的是公民有从国家的给付中获取应得份额的权利。^[28]分享权的冲突，本质上涉及平等问题。判断平等与否，需要将两个对象加以比较，因而分享权的冲突其实算不上真正的冲突。给付权的冲突主要源于国家资源的有限性。例如，在某块国有土地上，国家既可以修建休养设施以满足劳动者的休息权，也可以修建义务教育学校以满足公民的受教育权，但劳动者的休息权与公民的受教育权不可能同时得到满足，此时就发生了积极权利间的冲突。

（三）积极权利与消极权利的冲突

积极权利与消极权利的冲突，主要体现为社会权与自由权的冲突，这是一种最原始的基本权利冲突类型。社会权课予国家作为义务，而自由权课予国家不作为义务。如果这两种权利指向同一事项，国家就需在作为和不作为间作出选择，进而导致基本权利冲突的产生。例如，根据我国宪法第16条、第17条，国有企业和集体经济组织都有自主经营或者自主进行经济活动的权利。这些权利是自由权，要求国家不得干预企业的自主经营。同时，根据我国宪法第42条，国家有义务“通过各种途径，创造劳动就业条件，加强劳动保护，改善劳动条件，并在发展生产的基础上，提高劳动报酬和福利待遇”，这是公民劳动权的基本要求。在企业裁减职工的问题上，有可能发生企业经营自主权与职工劳动权的冲突。国家若要保护职工的劳动权，就需积极作为，对企业裁减员工的行为加以干预。这就与国家不得干预企业经营自主权的不作为义务发生了冲突。

不同类型的基本权利冲突在构造上既有差别也有共性，共性在于：其一，国家必须“在场”。基本权利主要对国家课予义务，没有国家（立法、行政、司法）的介入，将无法形成基本权利冲突。其二，必须存在国家的作为义务。仅有国家的不作为义务，无法形成基本权利冲突。积极权利与消极权利之间的冲突是国家作为义务与不作为义务之间的冲突，积极权利之间的冲突是国家作为义务之间的冲突，消极权利之间的冲突是国家保护义务与国家不作为义务之间的冲突。^[29]

三、基本权利的第三人效力无法解决基本权利冲突

有学者对介入说提出批评，认为介入说忽视了基本权利的直接第三人效力，如果基本权利可以直接约束私人，基本权利冲突不需要公权力的介入也可以成立。^[30]沿此思路，要解决基本权利冲突，似乎可以诉诸基本权利的第三人效力。如果一方的基本权利可以对另一方产生直接或间接的约束力，基本权利冲突就不会发生。但是，事实并非如此。

（一）基本权利的直接第三人效力无法解决基本权利冲突

基本权利的直接第三人效力不仅会混淆宪法与民法、公法与私法、基本权利与民事权利之间的界限，其将约束国家的基本权利直接用来约束私人，也会混淆国家所承担的义务和私人所承担的义务，限缩私人自治的空间。即使承认基本权利直接第三人效力的国家，也并不认为所

[28] 参见前引〔27〕，Manssen书，第19页。

[29] 国家保护义务本质上也是一种作为义务，只不过这种作为义务源自基本权利（规范）的客观法属性，是国家面向公众所承担的一种作为义务。积极权利对应的国家作为义务源自基本权利的主观权利属性，是国家针对特定公民的基本权利所承担的作为义务。

[30] 参见李祥举：《基本权利冲突观点评析——兼论基本权利冲突存在的空间》，《阴山学刊》2009年第5期，第83页。

有的基本权利都能产生直接第三人效力。基本权利能否产生直接第三人效力,取决于宪法上是否有明确规定。例如,德国法上承认结社自由具有直接第三人效力,依据的是德国基本法第9条第3款第2句的规定。^[31]就我国宪法而言,能够产生直接第三人效力的只有宗教信仰自由,通信自由,通信秘密和申诉、控告、检举权,因为这些基本权利对应的宪法条文中存在“任何人不得……”的表述。由于基本权利冲突在任何基本权利之间都有可能发生,而基本权利的直接第三人效力只能被有限适用,即使承认基本权利的直接第三人效力,也无法用其解决所有的基本权利冲突。

(二) 基本权利的间接第三人效力无法解决基本权利冲突

有学者将基本权利冲突分为直接冲突和间接冲突,直接冲突是权利冲突,由基本权利的直接第三人效力引发;间接冲突是价值冲突,其既是基本权利作为客观价值秩序的反映,也是基本权利的间接第三人效力的体现。^[32]基本权利的间接第三人效力与基本权利的直接第三人效力的最大区别在于,前者并不将基本权利当作权利来看,而是将其化约为一种普遍的价值,从而去除其原本只约束国家机关的性质,使其可以在私法中适用。例如,宪法第42条的劳动权条款,原是要国家为公民提供劳动保护。在1988年《最高人民法院关于雇工合同“工伤概不负责”是否有效的批复》(已失效)中,最高人民法院将劳动权化约为一种值得所有人尊重的价值,将雇主应为雇员提供劳动保护,视为民法通则中“社会公德”的要求,最终得出结论认为,“在招工登记表中注明‘工伤概不负责’”的做法,“既不符合宪法和有关法律的规定,也严重违反了社会主义公德,应属于无效的民事行为”。

基本权利的间接第三人效力将权利冲突化约为价值冲突,从而避免了宪法上的基本权利直接约束私人。解决这种价值冲突,主要仰赖司法机关在解释民法中的不确定性法律概念或者概括性条款时,将宪法或者基本权利的价值输入其中,即进行所谓“基于宪法的法律解释”。^[33]问题是,如果立法机关在进行民事立法时已经充分考虑了宪法的价值,如在民事立法中已经否定了“工伤概不负责”合同条款的效力,此时司法机关就没有必要再去进行基于宪法的解释。由于基本权利的间接第三人效力理论存在上述不足,学界开始转向基本权利的保护义务理论,试图以其替代基本权利的间接第三人效力。

不同于基本权利的间接第三人效力,基本权利的保护义务主要由立法机关承担,^[34]其重新将国家公权力作为基本权利的约束对象。但是,基本权利的保护义务理论仍有不周延的地方。私主体并非基本权利的义务人,不存在一方私主体侵犯另一方私主体基本权利的可能,否则就等于回到了基本权利的直接第三人效力。^[35]不过,上述理论缺陷并非不可克服,也没有严重到要否定基本权利的保护义务的地步,只需将“保护公民的基本权利免受其他公民侵犯”改为“保护公民基本权利所针对的法益免受其他公民侵犯”即可。

基本权利和民事权利虽然在构造上不同,但保护的法益具有相同性。法益是行为规范保护

[31] 参见前引〔27〕, Manssen书,第39页。

[32] Heiner Blaesing, Grundrechtskollisionen, Dissertation, Bochum, 1974, S. 58, 216.

[33] Rudolf Wendt, Verfassungsorientierte Gesetzesauslegung, in: Dirk Heckmann/Ralf P. Schenke/GenortSydow (Hrsg.), Verfassungsstaatlichkeit im Wandel: Festschrift für Thomas Würtenberger zum 70. Geburtstag, Duncker & Humblot, Berlin, 2013, S. 126.

[34] Peter Szczekalla, Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht: Inhalt und Reichweite einer gemeineuropäischen Grundrechtsfunktion, Duncker & Humblot, Berlin, 2002, S. 151.

[35] 参见黄宇晓:《论宪法基本权利对第三人无效力》,《清华法学》2018年第3期,第199页以下。

的对象,^[36]如生命权保护的法益是生命,健康权保护的法益是身体完整性。法益包括个人法益和集体法益。基本权利和民事权利主要保护个人法益。法益是有保护价值的真实存在,侵害法益就是改变、减损或者消灭法益定义所提及的有价值的真实特性。^[37]就此而言,基本权利和民事权利不过是为了抵御来自不同方向的对同一个法益的侵害而设计出来的不同装置。对个人的法益来说,威胁要么来自国家,要么来自其他私人。基本权利对抗来自国家的侵害,民事权利对抗来自私人的侵害。正是因为基本权利与民事权利在保护法益方面具有共通性,国家对基本权利的保护义务,不是保护一方私主体的基本权利免受另一方私主体的侵犯,而是保护一方私主体的民事权利所针对的法益免受另一方私主体的侵犯。在民事权利保护的法益遭受私人侵犯时,受害方可以诉诸保护相同法益的基本权利来“请求”国家公权力的介入,因为国家的介入给公民解决权利冲突提供了更多的途径。其实,基本权利保护义务的理论基础就在于国家对权力的垄断。国家对权力的垄断,使得公民在权利遭受威胁的时候,需要寻求国家的保护。^[38]此时,无论国家立法还是提供诉讼途径或是作出行政行为,都是国家在履行基本权利保护义务的表现。基本权利的保护义务通过法益这个连接点,为国家介入公民之间的民事权利冲突提供了“通道”。借助于法益,还可以很好地解释为什么基本权利保护义务是客观法义务。诚如前述,基本权利的保护义务源自基本权利(规范)的客观法属性,它虽然也要求国家作为,但这种作为是国家针对公众的作为。国家一旦出台保护措施,就势必保护此种情形下的所有不特定人,某个特定的基本权利主体反而只是反射性利益的“获益者”。这也从侧面说明了,基本权利保护义务本质上是法益保护义务。

总之,基本权利的第三人效力与基本权利冲突没有必然联系,试图用基本权利的第三人效力来解决基本权利冲突是行不通的。在解决消极权利之间的冲突时,发挥关键作用的是国家对基本权利的保护义务。

四、解决基本权利冲突的体系化思路

在以往的研究中,学者针对权利冲突、基本权利冲突的解决,贡献了诸多有益方案。例如,李友根认为权利冲突的解决模式包括增加利益资源、设定义务限制、确立权利位阶性、确定权利先后性、权利的交易、程序的引入。^[39]梁迎修认为,化解权利冲突的司法方法包括参考权利位阶、诉诸比例原则。^[40]张翔将解决基本权利冲突的理论总结为基本权利的位阶秩序理论、具体规定优先于概括规定、比例原则、个案中的利益衡量和立法衡量。^[41]郑旭文和徐振东认为,解决基本权利冲突的一般基准包括基本权利位阶秩序原则、具体性规定优于概括性规定原则、法益衡量原则、比例原则与实践调和原则。^[42]笔者将上述解决方法整理为三类:

[36] 参见钟宏彬:《法益理论的宪法基础》,元照出版有限公司2012年版,第175页。

[37] 同上书,第178页以下。

[38] Christian Calliess, Schutzpflichten, in: Detlef Merten und Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band II, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2006, S. 964 - 965.

[39] 参见李友根:《权利冲突的解决模式初论》,载浙江大学公法与比较法研究所编:《公法研究》第2辑,商务印书馆2004年版,第289页以下。

[40] 参见梁迎修:《权利冲突的司法化解》,《法学研究》2014年第2期,第68页以下。

[41] 参见前引〔2〕,张翔文,第97页以下。

[42] 参见郑旭文、徐振东:《基本权利冲突及其解决基准》,《大连海事大学学报(社会科学版)》2009年第3期,第70页以下。

立法解决和司法解决、程序预防和实体权衡、权利位阶和比例原则，并尝试在上述方法的基础上为基本权利冲突的解决构建一个体系化的路径。

（一）立法解决与司法解决

有学者指出，基本权利冲突应当首先通过立法解决。^[43]对此，笔者表示怀疑。依照介入说，国家介入是基本权利冲突成立的必要条件，而立法恰恰是国家介入的表现。如果这一逻辑成立，立法就很难被认为是在解决基本权利冲突，否则就意味着基本权利冲突刚成立就被解决了。立法试图解决基本权利冲突，往往是通过保护一方基本权利而干预另一方基本权利的方式。这种干预是否合宪必须经过合宪性审查。合宪的干预属于对基本权利的外在限制，违宪的干预则属于对基本权利的侵犯，自然谈不上是对基本权利冲突的解决。因而，立法只能为基本权利冲突提供一个初步的解决方案。

司法解决主要针对无法律保留的基本权利与其他基本权利的冲突。有法律保留的基本权利主要通过立法的方式限制，对于无法律保留的基本权利，只能采取宪法固有限制，^[44]即根据宪法的价值秩序并考虑基本价值体系的统一性，在相互冲突的宪法法益之间进行权衡。^[45]当无法律保留的基本权利与其他宪法法益发生冲突，要通过实践调和使两者的功效发挥到最优。^[46]这里的“其他宪法法益”不仅包括第三人的基本权利，也包括具有宪法位阶的法益，^[47]如宪法结构原则、国家目标规定、权限规定等。^[48]无法律保留的基本权利与第三人基本权利的冲突是真正的基本权利冲突，与具有宪法位阶的法益的冲突是所谓非真正的基本权利冲突。宪法固有限制，本质上是让司法机关在个案中通过对相互冲突的基本权利进行衡量，以达到限制一方基本权利的效果。之所以放弃了立法限制的方式，不仅仅因为宪法固有限制针对的是无法律保留的基本权利，还因为立法限制往往采取普遍限制的绝对化方式，而基本权利冲突经常会随着实际情况的变化而需要不同的解决方案。在基本权利发生冲突的时候，实践调和并非让其中一方退让，而是试图找到一个替代手段，使两者都能最大程度地实现。例如，在德国的一起案件中，父亲因宗教信仰而拒绝同意用输血的方式抢救自己的孩子，产生了宗教信仰自由与生命权的冲突；解决办法是，采取监护人法庭同意的方式代替父亲的签字同意，以减轻父亲的精神负担，同时挽救孩子的生命。^[49]

实践调和原则可能会被误认为比例原则的一部分，但二者的侧重点其实不同。实践调和的安排一定是合乎比例的安排，但合乎比例的安排未必是实践调和的安排。比例原则强调的是手段的可忍受性，而实践调和强调的是手段的最优性。^[50]在某种程度上，实践调和与阿列克西的原则理论更接近，因为阿列克西就将原则视为一种最优化要求。有学者提出用阿列克西的权衡法则补充实践调和原则。^[51]权衡法则公式表述为“一个原则的不满足程度或受损害程度越

[43] 参见前引〔4〕，Stern书，第613页。

[44] BVerfGE 30, 193; 32, 107.

[45] BVerfGE 30, 193; 33, 29.

[46] Hans-Jürgen Papier, Vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte, in: Detlef Merten und Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band III, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2009, S. 373.

[47] BVerfGE 28, 261.

[48] 参见前引〔46〕，Papier文，第375页以下。

[49] 参见前引〔16〕，Rüfner文，第470页以下。

[50] Marcus Schladebach, Praktische Konkordanz als verfassungsrechtliches Kollisionsprinzip: Eine Verteidigung, Der Staat 53 (2014), S. 272.

[51] 同上文，第279页。

高，另一个原则被满足的重要性就必须越大”。〔52〕若用其解决基本权利冲突，那就意味着，如果一个基本权利要退让的程度越大，实现另一个基本权利的重要性就必须越高。权衡法则能否用于补充实践调和原则？笔者认为，从权衡法则应用的场景来看，它解决的主要是基本权利干预的问题。并且，权衡法则沿用了比例原则的思路，即使用于基本权利冲突的解决，它也只能得出一个最不坏或者可以接受的结论，即限制较不重要的基本权利来保护更重要的基本权利。但是，这并不符合实践调和原则中两个基本权利都需得到最大程度实现的要求。王鹏翔对比例原则的解读颇能说明问题：“适当性原则和必要性原则所表达的最佳化理念，并不是要求所有相关的基本权规范都必须以最高的程度被实现，……它们只是要求立法者应该避免无谓的基本权侵害，而没有把立法者所应采取的手段固定在某一个最高点或最佳方式之上。”〔53〕

（二）程序预防与实体权衡

1. 程序预防

程序预防是指安排前置程序以避免基本权利冲突的发生，或者将其消灭在萌芽状态。例如，为避免孕妇的生育自由与胎儿的生命权发生冲突，可通过堕胎前的咨询制度，让孕妇充分了解堕胎的法律风险，以防止其盲目堕胎。如果咨询使孕妇打消了堕胎的念头，上述基本权利冲突也就不会发生。有学者主张，程序预防应由立法机关作出安排，甚至应当成为立法机关的义务。〔54〕对此，笔者表示赞同。这并不与前述反对立法解决的观点相矛盾。程序预防是立法机关在基本权利冲突发生前介入。立法规定前置程序，为的是避免基本权利冲突而非促成基本权利冲突；而在立法解决中，当事人之间的民事权利冲突已经形成，国家立法的介入使得民事权利冲突转变为了基本权利冲突。

除了由立法机关规定前置程序外，基本权利放弃也能达到预防基本权利冲突的效果。如果一方主体同意国家干预其基本权利，也就免除了国家对其基本权利承担的不作为义务，另一方的基本权利便能得到完全实现，基本权利冲突也就不会发生。当事人放弃自己的民事权利，也会产生避免基本权利冲突的效果。既然不存在民事权利冲突，国家自然就不需介入。例如，根据我国民法典第1036条规定，合理处理自然人自行公开的或者其他已经合法公开的信息，不承担民事责任，该自然人明确拒绝或者处理该信息将侵害其重大利益的除外。不过，基本权利的放弃是有条件的，并非任何行为都会产生权利放弃的效果。第一，基本权利放弃是法律行为，要有基本权利主体的意思表示。这种放弃具有法律约束力，不具有法律约束力的单纯承诺，并非基本权利放弃。〔55〕基本权利放弃产生的法律后果，是国家机关对被放弃的基本权利进行干预不认为违宪。〔56〕仅仅是不行使基本权利，并不会引发这样的法律后果。基本权利的不行使是纯粹的事实行为，如不发表言论、不参加集会、不结社等，本身就是行使基本权利的方式。第二，基本权利放弃要基于本人的同意，这种同意可以通过沉默也可以通过合乎逻辑的行为表现出来，如通知了客户的摄像监控并不侵犯其人格权，屋主可通过手势允许警察搜查

〔52〕 参见〔德〕罗伯特·阿列克西：《法：作为理性的制度化》，雷磊编译，中国法制出版社2012年版，第150页。

〔53〕 参见王鹏翔：《基本权作为最佳化命令与框架秩序》，《东吴法律学报》第18卷第3期（2007年），第26页。

〔54〕 Gabriele Britz, Prozedurale Lösung von Grundrechtskollisionen durch grundrechtliches Vorverfahren, Der Staat 42 (2003), S. 51 ff.

〔55〕 Herbert Bethge, Grundrechtswahrnehmung, Grundrechtsverzicht, Grundrechtsverwirkung, in: Josef Isensee und Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band IX, 3. Aufl., C. F. Müller, Heidelberg, 2011, S. 1163.

〔56〕 同上文，第1173页。

住宅等。^[57] 同意必须是自愿的, 未受强迫或欺骗。正是基于自愿, 基本权利放弃可以随时无条件撤回。基本权利放弃也不同于基本权利丧失, 后者并不取决于基本权利主体的意志。^[58] 第三, 不能概括性地放弃所有基本权利, 也不能永远放弃某个基本权利的行使。例如, 在判决公布后或者能够预见到判决内容时, 放弃法律救济是可以的, 但永远放弃司法救济权则不被允许。^[59] 此种放弃对于基本权利主体的损害太大, 也超出了正常可以理解的范围。第四, 可以放弃哪些基本权利, 首先要看宪法的规定。例如, 德国基本法第9条第3款第2句规定, 限制结社自由的协议是无效的, 因而当事人不能通过合同放弃自己的结社自由。一项基本权利可否被放弃, 也取决于该权利的重要性。关系到公共利益的基本权利, 基本权利主体不能放弃。例如, 秘密投票权对于民主意志的形成至关重要, 选民不能放弃秘密投票而改为公开投票。带有义务性的基本权利不得放弃, 如亲权。人的尊严是基本权利的来源和最高价值, 基本权利主体不能放弃人的尊严使自己“非人化”或者将自己贬低为客体。正由于基本权利放弃是有条件的, 基本权利放弃往往要由立法加以规定, 从而发挥与程序预防类似的预防功能。

2. 实体权衡

实体权衡包括权利位阶和比例原则两步。前者是在相互冲突的基本权利间权衡, 判断哪一个基本权利应当进行退让。后者是根据个案的具体情形, 决定基本权利冲突中一方基本权利退让的程度以及另一方基本权利实现的程度。

(1) 权利位阶

学界对待权利位阶的态度, 有肯定说和否定说两种。肯定说认为, 权利之间存在一种确定不变的位阶, 就像“元素周期表”一样, 可以按图索骥为每一个权利找到自己的位置。否定说认为, 权利之间是平等的, 不存在位阶。^[60] 这两种观点实际上都存在问题。真实的情况是, 权利存在类型化的位阶关系, 或者如施耐德所说, 在部分领域存在位阶关系。^[61] 权利位阶不是绝对的, 在一种情形下, A权利优先于B权利, 在另一种情形下, B权利可能优先于A权利。在美国的罗伊诉韦德案中, 法官认为, 孕妇的生育自由与胎儿的生命权在妊娠的不同阶段有着不同的位阶关系。^[62] 在德国的第一次、第二次雷巴赫案中, 罪犯的人格权与电视台的新闻报道权, 在罪案发生后的不同时间段也处于不同的位阶关系中。^[63] 这些都说明, 权利位阶是指不同权利在某一类型或者领域中的先后关系。如果承认权利之间是平等的, 那么权利冲突就无法得到解决。在解决基本权利冲突时, 发生冲突的两个权利不可能都退让, 因为权利冲突经常是零和关系。如果必须要有一方权利作出退让才能解决冲突, 退让的一方通常是权利相对不重要的一方。正如施耐德指出的, 权利位阶就是权利冲突带来的。^[64]

[57] Detlef Merten, Grundrechtsverzicht, in: Detlef Merten und Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band III, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2009, S. 730.

[58] 参见王镔:《论德国法上的基本权利丧失》,《环球法律评论》2018年第3期,第112页以下。

[59] Thorsten Kingreen und Ralf Poscher, Grundrechte: Staatsrecht II, 29. Aufl., C. F. Müller, Heidelberg, 2013, S. 40.

[60] 参见王克金:《权利位阶、权利平等抑或权利边界——以权利冲突的解决为视角》,《长白学刊》2010年第4期,第86页以下。

[61] Harald Schneider, Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgerichts bei Grundrechtskonflikten: Empirische Studie zu Methode und Kritik eines Konfliktlösungsmodelles, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1979, S. 174.

[62] 参见林来梵、张卓明:《论权利冲突中的权利位阶——规范法学视角下的透析》,《浙江大学学报(人文社会科学版)》2003年第6期,第11页。

[63] 参见张翔:《民法人格权规范的宪法意涵》,《法制与社会发展》2020年第4期,第130页以下。

[64] 参见前引[61], Schneider书,第174页。

目前,德国已经围绕“人的尊严”建立了一套基本权利位阶。这套位阶是根据其他基本权利对于实现“人的尊严”的重要性大小排列的。越靠近或者越有助于实现人的尊严,基本权利的位阶就越高。关于人格尊严能否成为我国基本权利的核心和最高位阶的基本权利,我国学界尚存争论。^[65]原因可能在于,我国宪法上用的是“人格尊严”的概念而非“人的尊严”,并且“人格尊严”在我国宪法基本权利一章中并非排在最前位置。无论如何,基本权利位阶的建立都应以宪法的规定为依据。在我国宪法中,不同基本权利的法律保留程度不同,这可以为确定基本权利的位阶提供线索。基本权利的法律保留,本质上是宪法授权法律去限制基本权利。根据宪法对法律的授权不同,基本权利可以分为有法律保留的基本权利和无法律保留的基本权利。无法律保留是指宪法没有授权法律去普遍地限制基本权利。在我国宪法中,无法律保留的基本权利要么是关乎人格的精神性权利,如宗教信仰自由、文化自由,要么是对于民主政治建设具有重要意义的表达性权利,如言论、出版、集会、结社、游行、示威自由。无法律保留的基本权利相对于有法律保留的基本权利,即宪法允许法律进行限制的权利,如选举权和被选举权、人身自由、住宅不受侵犯、通信自由和通信秘密、私有财产权等,显然位阶更高。当然,此种对于权利位阶的理解,只能为适用机关提供一个初步指引,以防止其恣意裁量。更为具体的权利位阶关系,还有待通过司法案例的积累逐步形成,并且需要通过类型化的方式加以处理。^[66]

(2) 比例原则

适用比例原则解决基本权利冲突,与适用比例原则审查公共利益对基本权利的限制,在思路上存在一定差别。对于相互冲突的两个基本权利,国家都承担义务。国家为了保护一方较重要的基本权利而限制另一方较不重要的基本权利,既要判断对较不重要的基本权利的限制是否过度,也要判断对较重要的基本权利的保护是否充分,即需要同时进行过度禁止审查和不足禁止审查。

审查不足禁止,只需要找出对一方基本权利的最低保护限度。面对一方较重要的基本权利,国家不能完全不作为,也不能虽有作为但明显不够。国家提供的保护只要达到最低限度,即可认为合宪。超过最低限度的保护,属于立法机关可以裁量的范围。然而,对较重要的基本权利的保护程度也不能过高。对一方的基本权利进行保护,往往意味着要对另一方的基本权利进行干预,而这种干预也不能超过干预的最大限度。例如,德国联邦宪法法院曾在第一次堕胎案判决中指出,对正在孕育中的生命,国家要履行有效保护的义务,首先需要立法机关履行职责。立法机关必须通过刑法手段保护未出生的生命,^[67]此即指出刑法手段是保护胎儿生命的保护下限。至于应对堕胎妇女施以何种刑罚,需要考虑对堕胎妇女权利的干预程度。刑罚必须同堕胎情节的轻重相联系,才不至于对孕妇的权利造成过度限制。对此,德国刑法典第218条第3款确定的刑罚上限是一年有期徒刑。在该案中,国家对胎儿生命权的保护下限是设定刑

[65] 支持性观点参见林来梵:《人的尊严与人格尊严——兼论中国宪法第38条的解释方案》,《浙江社会科学》2008年第3期,第47页以下;反对性观点参见谢立斌:《中德比较宪法视野下的人格尊严——兼与林来梵教授商榷》,《政法论坛》2010年第4期,第53页以下。

[66] 美国法院在处理言论自由与名誉权的冲突时,发展出了公众人物的公共事项适用真正恶意原则与雷诺兹特权、一般私人的公共事项适用过失责任、一般私人的私人事项适用无过失责任、公众人物的私人事项适用真正恶意原则的疑虑等四种类型。参见俞百羽:《言论自由与名誉权之折冲:理论与实务》,元照出版有限公司2016年版,第108页以下。

[67] BVerfGE 39, 44.

罚,上限则是对孕妇判处一年有期徒刑。在这两条界限之间的解决方案,都是合宪的。之所以最终的解决方案只是一个范围而非确定的答案,原因在于合宪性审查机关要尊重立法机关的形成自由和评估特权。合宪性审查只能为立法机关的行为设定禁区,但不能告诉立法机关如何行动。在我国也是如此,合宪性审查机关是作为最高国家权力机关的全国人大及其常委会,接受审查的立法机关可能是受其监督的下级人大及其常委会,或者是行政机关。全国人大及其常委会在审查时,要为下级立法机关保留一定的裁量空间,以免破坏权力分工。

以往对过度禁止审查的研究较多,本文不再赘述,仅就不足禁止审查展开论述。任何类型的基本权利冲突的解决,都会涉及不足禁止审查。消极权利与消极权利的冲突,本质上是国家对一方消极权利的保护义务,与国家对另一方消极权利的不作为义务之间的冲突。此时,不足禁止审查就成为判断国家是否履行了基本权利保护义务的方法。关于积极权利与积极权利的冲突,如给付权的冲突,虽然国家负有给付义务,但给付并非无限度的,其只需满足公民最低生存需要即可。^[68]积极权利之间的冲突,实际上就是国家最低给付义务之间的冲突。如果国家资源充足,两个最低给付义务都能履行,冲突自然能获解决。在国家资源有限的情况下,往往只能对其中一方履行最低给付义务。未被提供最低给付的一方,就得以禁止不足为由,请求国家给出替代解决方案。积极权利和消极权利的冲突,本质上是国家对积极权利的作为义务与国家对消极权利的不作为义务之间的冲突。此时,要么是国家针对积极权利的作为干预了消极权利,要么是国家针对消极权利的不作为阻碍了其针对积极权利履行作为义务。以公民劳动权与企业经营自主权的冲突为例,要么是国家为保障公民的劳动权而对企业辞退员工的行为加以干预,要么是国家尊重企业的经营自主权而放弃对公民劳动权的保护。由于国家对积极权利的给付,往往是为了满足当事人最低生存需要,这涉及人的尊严问题。国家若不积极作为,不仅违反不足禁止,也有损人的尊严。通常来讲,国家会选择对积极权利进行给付而对消极权利加以干预,不足禁止对于国家保护义务之外的国家作为义务同样适用。^[69]

(3) 比例原则在不足禁止审查中的适用

关于能否适用比例原则进行不足禁止审查,学界历来有不同看法。肯定说认为,比例原则可以用于不足禁止的审查。否定说认为,不足禁止审查应当有独立于比例原则的审查标准。^[70]即使是赞成使用比例原则的学者,对于如何运用比例原则,仍然存在很大分歧。卡利斯提出的判断步骤是:首先看基本权利所保护的法益是否受到了私人行为的威胁,以判断是否存在国家保护义务;再看国家提供的保护措施是否妥当,即基本权利下的法益是否切实受到保护;进一步地,还需考察多个有效的保护措施中,哪一个对第三方权利的干预强度最高,是否存在一个有效且适度的保护;最后在保护所涉及的相互冲突的法益间进行衡量,判断为给一方提供有效保护而给另一方带来的危险是否具有可期待性。^[71]默滕提出的判断步骤是:首先,看保护目的在宪法上是否具有正当性;其次,判断保护措施对于目的的达成是否具有抽象的可能性。由于不确定性因素太多,国家无法确保其作出的每一项措施都能在事实上达成目的,但至少这些措施应在理论上被认为是妥当的。一个不妥当的保护措施不仅不会达到保护标准,也有可能违

[68] Lothar Michael und Martin Morlok, Grundrechte, 3. Aufl., Nomos, Baden-Baden, 2012, S. 256.

[69] Vasileios Tzemos, Das Untermaßverbot, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2004, S. 163 - 165.

[70] Lars Peter Störring, Das Untermaßverbot in der Diskussion: Untersuchung einer umstrittenen Rechtsfigur, Duncker & Humblot, Berlin, 2009, S. 143 - 151.

[71] Christian Calliess, Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis, JZ 2006, S. 329.

反过度禁止，过度干预他人自由；再次，保护措施需要达到必要的保护标准，国家不能完全无所作为或者提供明显不妥当、不充分的保护；^[72]最后，国家的保护措施与保护目的必须构成均衡的关系。尤其是，保护措施应与危险的范围、方式、接近度相匹配。^[73]

在卡利斯的四步分析中，第一步并未适用比例原则，而是判断保护义务是否存在。在默滕提出的四个步骤中，第一步是目的正当性审查。两位学者提出的后三个步骤看似一致，实则差异较大。首先，在第二步（妥当性）审查中，卡利斯提出的是切实有效的保护标准，而默滕则采取抽象可能性标准。相较而言，后一标准更为可取。不足禁止只要求保护措施达到最低标准而非最高标准，切实有效的保护标准会将妥当性审查引向最高标准的审查。其次，在第三步（必要性）审查中，卡利斯考虑的是给第三方权利造成的损害是否最小，默滕则将这一考虑安排在第二步审查中，他认为真正的必要性指向的是国家的作为是否妥当和充分。笔者认为，保护措施对第三方权利的损害，既不应纳入妥当性审查，也不应纳入必要性审查，否则将导致不足禁止审查与过度禁止审查的混同。要使一项措施既发挥最大保护效果，又最少干预他人权利，几乎是不可能的。保护程度往往与干预程度成正比，保护越大干预也越大。例如，为了保护青少年的健康权免受课外辅导机构的“干预”，似乎最好的方式就是完全禁止课外辅导，或者对违规辅导的机构施以严刑峻罚。这种“法律父爱主义”的做法，虽然能实现最大程度的保护，但也伴随着最大程度的干预。真正需要做的，不是讨论某一措施能否实现最大程度的保护和最小程度的干预，而是分别找出最低程度的保护和最大程度的干预，并以二者作为端点划定一个区间。只要某个措施的保护力度高于最低程度的保护标准且低于最大程度的干预限度，就是可以接受的。在不足禁止审查中，必要性审查的重点，应当放在“是否存在一个替代措施比目前国家已经选择的手段更充分或者更能促进目的的实现”上。^[74]如果存在这种措施，就证明国家目前的保护措施不足。判断国家已有的保护措施是否达到最低要求，必须有一个参照物，否则，最不足的措施就是不作为，也就意味着国家的任何作为都是“足够”的。如果找不到比当前措施更有效的措施，那就证明当前的措施满足了必要性的要求。例如，在德国的第二次堕胎案判决中，德国联邦宪法法院指出，单纯依靠刑事惩戒对于保护胎儿生命的作用有限，还需要一些配套措施，如为孕妇提供专业咨询，或在住房、学习、工作等方面提供福利措施。对于保护措施必要性的要求，在我国立法中也有一些体现。例如，人民武装警察法第23条第2款、突发事件应对法第11条第1款、国家安全法第66条都规定，有多种措施可供选择的，应当选择有利于最大程度地保护公民、法人和其他组织权益的措施。对于均衡性的审查，卡利斯认为，应在要保护的法益和要干预的法益之间进行衡量，默滕则认为应在国家的保护措施与保护目的之间进行衡量。笔者仍然赞成默滕的观点。要保护的法益与受干预的法益哪个重要，这涉及“保护谁、限制谁”的问题。然而，比例原则解决的是保护程度和限制程度的问题。在不足禁止审查中，均衡性审查的核心要义就是“不能用大炮来保护麻雀”，同过度禁止审查中均衡性审查的核心要义——“不能用大炮来打麻雀”，在道理上相通。前者是审查保护措施与保护目的之间是否合乎比例或均衡，后者是审查限制措施与限制目的之间是否合乎比例或均衡。

[72] BVerfGE 77, 381.

[73] Detlef Merten, Grundrechtliche Schutzpflichten und Untermaßverbot, in: Klaus Stern und Klaus Grupp (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Joachim Burmeister, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2005, S. 239 – 243.

[74] Laura Clérico, Verhältnismäßigkeitsgebot und Untermaßverbot, in: Jan-R. Sieckmann (Hrsg.), Die Prinzipientheorie der Grundrechte: Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys, Nomos, Baden-Baden, 2007, S. 163.

也有学者反对将比例原则适用于不足禁止审查,国外学者如金格瑞和波尔舍,^[75]国内学者如陈征。^[76]陈征建议使用期待可能性作为不足禁止的判断标准。笔者认为,将不足禁止的审查分为针对立法不作为的审查与针对立法作为的审查并不可取。针对立法不作为的审查,实际上是在判断是否存在基本权利的保护义务。如果某种情形下不存在基本权利的保护义务,如无人干预基本权利或者对基本权利的影响没有达到引起危险的程度,国家自然不需要作为。反之,只要存在基本权利的保护义务,国家就应当作为。不存在国家既要承担基本权利的保护义务,又可以合理地不作为的情形。卡纳里斯认为,不足禁止和保护义务是两个问题,前者解决如何保护的问题,而后者解决是否保护的问题。^[77]反对将比例原则用于不足禁止审查主要是担心过度限缩立法机关的裁量权。诚如学者所言,“不作为的方式只有一种,而作为的方式往往多种多样”。^[78]但是,这种疑虑可以通过控制比例原则的审查强度来打消,而非绝对地抛弃比例原则。从目前德国联邦宪法法院对基本权利保护义务的审查实践来看,主要采取最为宽松的明显性审查强度,^[79]只有在“完全或者整体上不作为”、“根本没有采取保护措施”、“既有的措施明显整体上不当或者完全无法达到目的”或“显著落后于要达到的保护目标”时,才被视为违反了不足禁止。^[80]至于期待可能性能否作为不足禁止的判断标准,取决于期待可能性与比例原则的关系。目前德国学界和实务界有三种观点。^[81]第一种观点认为期待可能性与狭义的比例原则(均衡性原则)同义,将期待可能性用于不足禁止的判断,实际上就是将比例原则用于不足禁止的判断。第二种观点认为期待可能性根本不同于比例原则。比例原则侧重一般情形,而期待可能性侧重例外情形。这种观点代表了德国联邦宪法法院的常见立场。第三种观点较为折中,认为期待可能性与比例原则虽有区别,但二者的界限是模糊的,区别只在于观察角度不同。期待可能性更多强调主体的感受,而比例原则更多强调目的的实现。^[82]这似乎是说,期待可能性更加主观,而比例原则更加客观。但是,如果认定期待可能性时采用平均人标准,其实也是朝着客观的方向靠近。笔者赞成上述第二种观点。如果期待可能性与比例原则没有区别,讨论能否用期待可能性来代替比例原则,就是没有意义的。从实践来看,期待可能性更加强调权衡的例外。例如,在通常情况下,轮岗制度对于公务员的基本权利的干预是妥当、必要和合比例的。但是,轮岗在个别情况下也可能是无法忍受的,如家庭成员罹患重大疾病需要定点治疗,一旦更换了工作地点,将难以对其提供照料。问题在于,不足禁止审查的应用场合,是对处理基本权利冲突的立法进行合宪性审查。立法建立在立法机关对立法事实进行调查认定的基础上。立法事实具有普遍意义,不同于具体的个案事实。立法机关在立法时更多考虑的是不特定人的一般情形而非特定人的特殊情形。要求立法机关考虑到所有的例外情形,对于立法机关来说不具有“期待可能性”。正因为此,期待可能性以往主要用来

[75] 参见前引[59], Kingreen 等书,第72页。

[76] 参见陈征:《宪法中的禁止保护不足原则——兼与比例原则对比论证》,《法学研究》2021年第4期,第55页以下。

[77] Claus-Wilhelm Canaris, Grundrechte und Privatrecht—ein Zwischenbilanz, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1999, S. 86.

[78] 参见前引[76],陈征文,第65页。

[79] 德国的比例原则审查按强度分为最宽松的明显性审查、最严格的强烈内容审查和中度的可支持性审查三种。参见张志伟:《比例原则与立法形成余地》,《中正大学法学集刊》总第24期(2008年),第65页。

[80] 参见前引[34], Szczekalla 书,第226页以下。

[81] Rüdiger Konradin Albrecht, Zumutbarkeit als Verfassungsmaßstab: Der eigenständige Gehalt des Zumutbarkeitsgedanken in Abgrenzung zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, Duncker & Humblot, Berlin, 1995, S. 97 - 107.

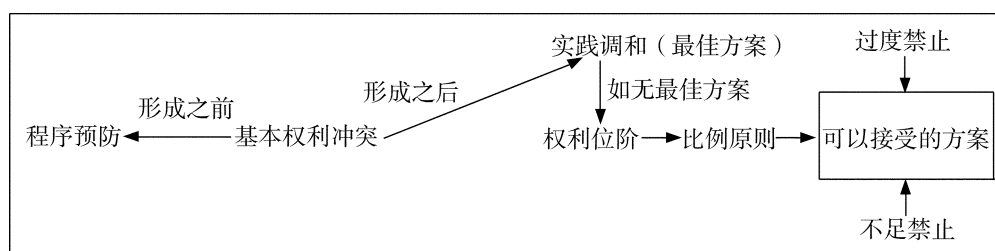
[82] Fritz Ossenbühl, Freiheit, Verantwortung, Kompetenz: Ausgewählte Abhandlungen, Carl Heymanns Verlag, Köln, Berlin, Bonn, München, 1994, S. 277.

审查行政裁量、司法裁量（如刑法上的定罪）而非立法裁量。^{〔83〕}相比立法机关，行政机关或司法机关在作出决策时考虑的情形更具体，适合采用期待可能性加以审查。

综上所述，先利用比例原则判断国家针对一方基本权利的保护措施是否不足，再利用比例原则分析国家对另一方基本权利的限制是否过度，这样就能确保基本权利冲突解决方案的合宪性。与此同时，在相冲突的两个基本权利中，一方权利能够得到实现，另一方权利也不至于遭受过度限制，这对于双方主体而言都是易于接受的。

（三）解决基本权利冲突的体系化思路

在上述解决方法中，除立法解决不可取外，其余的解决方法都能够发挥一定作用。不过，不同方法所追求的具体目的不同，使用时要按先后顺序。基本权利冲突体系化的解决思路，如下图所示。



解决基本权利冲突的体系化思路

首先，程序预防应被优先使用。程序预防的目的是避免基本权利冲突的出现。立法者应当针对能够预测到的基本权利冲突，如言论自由与名誉权之冲突，及时设置适当的程序机制，尽可能避免实际冲突的发生。这也是立法者履行其基本权利保护义务的体现。我国商标法、专利法规定的优先权制度，就是避免知识产权冲突的程序设计。当然，如果一方当事人在宪法允许的范围内放弃特定的基本权利，也能起到避免基本权利冲突的作用。

其次，在基本权利冲突已经发生的情况下，应当首先寻求司法解决方案，亦即实践调和的方案，看能否找到妥当方案以避免一方基本权利作出退让，从而使得两个基本权利都能得到最大程度的实现。

最后，在找不到最优方案的情况下，国家应为保护较重要的基本权利而对较不重要的基本权利进行干预。对较不重要的基本权利进行干预时，不能超过必要的限度。此时，应先借助权利位阶判断哪一方的基本权利较为重要，而哪一方的基本权利较不重要，然后借助比例原则审查最终的解决方案是否合宪或可接受。合宪或可接受的解决方案，应处于过度禁止和不足禁止所构成的上下界限范围内，既能对一方基本权利提供最低限度保护，又不对另一方基本权利构成过度限制。

结 语

基本权利冲突在传统的基本权利教义学中研究较少，它往往只被作为基本权利外在限制的

〔83〕 关于期待可能性在行政裁量中的应用，参见王贵松：《行政裁量的构造与审查》，中国人民大学出版社2016年版，第239页以下。

理由之一,用来论证国家为保护一方基本权利而限制另一方基本权利的合理性。现实中对基本权利冲突的解决,往往跟限制基本权利相联系,既可能通过立法,如民法典第1026条之规定使记者的新闻采访权负担了合理核实义务,也可能通过司法机关的个案衡量,如在范志毅诉文汇新民联合报业集团侵犯名誉权案中,法院提出了“公众人物”原则。^[84]基本权利冲突也常被用以限制无法律保留的基本权利,^[85]但限制无法律保留的基本权利,本质上仍是一种外在限制。只不过,与限制有法律保留的基本权利相比,此时的限制是司法机关而非立法机关作出的。尽管基本权利冲突问题始终未能脱离基本权利外在限制的话语情境而独立存在,但厘清基本权利冲突的性质、构造与成因,形成体系化的解决基本权利冲突的思路,对于切实保障公民的基本权利以及推进相关合宪性审查而言,无疑是有益之举。

Abstract: Conflicts of fundamental rights are a sub-type of conflict of rights. Conflicts of civil rights only occurs between private individuals, while conflicts of fundamental rights occur in the triple structure of “private individual-the state-private individual”. In the solution of conflicts of fundamental rights, the third-party validity of fundamental rights should not be resorted to, and the state’s performance of its obligations should be mainly relied on. The resolution of conflicts of fundamental rights requires a systematic approach, that is, for potential conflicts of fundamental rights, their actual occurrence should be avoided as much as possible through procedure design, while for the conflicts of fundamental rights which have already occurred, the best solution should be found through practical reconciliation to avoid the concession by any party on his own fundamental rights and realize to the greatest extent the fundamental rights of both parties. When there is no optimal solution, an acceptable solution should be determined through the application of the principle of right rank and the principle of proportionality, and then excessive prohibition review and insufficient prohibition review should be adopted to ensure that the solution is constitutional.

Key Words: fundamental rights, conflict of rights, state’s obligation to protect fundamental rights, practical reconciliation, proportionality

[84] 参见上海市静安区人民法院(2002)静民一(民)初字第1776号民事判决书。

[85] Vgl. Markus Winkler, Kollisionen verfassungsrechtlicher Schutznormen: Zur Dogmatik der verfassungsimmanenten Grundrechtsschranken, Duncker & Humblot, Berlin, 2000.