

# 基本权利保护范围的界定

王 锴\*

---

**内容提要：**明确基本权利的保护范围，是对国家干预基本权利的行为进行合宪性审查的前提。要准确界定基本权利的保护范围，需对法律上形成的保护范围和事实上形成的保护范围作出区分。前者主要由立法界定，后者主要通过解释确定。国家通过立法界定基本权利的保护范围，先要确定基本权利的核心，并围绕基本权利的核心形成保护范围，同时还要考虑国家履行基本权利保障义务的可能性；针对事实上形成的保护范围，宜采狭窄的界定思路，并对保护范围的事实领域和保障领域分别进行解释。基本权利的内在限制是基本权利保护范围的固有边界。在界定基本权利的保护范围时，内在限制不可逾越，否则将导致立法违宪或解释违宪的后果。

**关键词：**合宪性审查 基本权利保护范围 基本权利干预 基本权利教义学

---

## 引 言

正如德国学者默滕所说，“基本权利的保护范围确定之时，就是要求国家正当化其行为之时”。〔1〕理论上讲，只有当公民的某种行为或状态受到基本权利的保护，公民才能在该行为或状态受到干预时向国家主张基本权利，国家才需承担基本权利课予它的保障义务。明确基本权利的保护范围，是对干预基本权利的行为进行合宪性审查的首要步骤。例如，我国宪法第39条规定：“中华人民共和国公民的住宅不受侵犯。”如果公民将住宅用作商业用途（如开设家庭诊所），该住宅是否还能受到住宅不受侵犯权的保护？〔2〕回答这一问题，就需要明确相关基本权利的保护范围。

党的十八届四中全会以来，我国的备案审查制度和能力建设不断加强，党的十九大报告中又明确写入了“合宪性审查”的概念，通过备案审查、合宪性审查机制纠正规范性文件中的违法或违宪现象，日渐成为中国法治实践的重点，而其中的难点问题也愈发显现。

---

\* 北京航空航天大学法学院教授。

本文系国家社科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）的阶段性成果。

〔1〕 Detlef Merten, Grundrechtlicher Schutzbereich, in: Detlef Merten und Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band III, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2009, S. 4.

〔2〕 参见林来梵：《卧室里的宪法权利》，《法学家》2003年第3期，第15页以下。

例如,《全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会关于2019年备案审查工作情况的报告》中指出:“有的地方性法规规定,公安机关交通管理部门调查交通事故时可以查阅、复制当事人通讯记录。经审查认为,该规定不符合保护公民通信自由和通信秘密的原则和精神。”对此,有学者持不同意见,认为通话记录或通讯记录不在宪法上通信自由和通信秘密的保护范围内,上述地方性法规并不构成对公民通信自由和通信秘密的侵犯。<sup>[3]</sup>由此个案可见,如果不就基本权利的保护范围形成共识,有关基本权利干预的合宪性审查就无法顺利开展。

目前,学界关于基本权利保护范围的研究,仍然局限于对单一的、具体的基本权利保护范围的探究,<sup>[4]</sup>整体性、系统性、宏观性的理论建构较为缺乏,能够对立法实践,尤其是合宪性审查实务发挥指导作用的研究更不多见。有鉴于此,本文将在揭明界定基本权利保护范围之现实意义的基础上,逐次探讨界定基本权利保护范围的思路、方法和步骤。当然,社会生活的现实情境复杂多样,基本权利保护范围理论的形成,需要经受大量法治实践的检验和修正,基本权利保护范围理论的成熟,也离不开宪法教义学的积累。本文的写作目的不在于为基本权利保护范围的界定提供一个一劳永逸的万能公式,而仅在为相关理论研究和实践提供一种思考框架和讨论起点。

## 一、明确基本权利保护范围的现实意义

### (一) 基本权利保护范围在合宪性审查中的作用

在现实生活中,公民基本权利的行使可能会与公共利益或他人的基本权利发生冲突。为解决这种冲突,国家有必要对基本权利的行使进行干预。国家对基本权利的干预本身也存在正当与否的问题,不是所有的干预行为都是合宪的。若干预行为能够通过宪法上的正当性检验,此种干预就属于对当事人基本权利的限制。若干预的正当性无法得到证明,则构成对当事人基本权利的侵犯。国家对于基本权利的干预究竟属于“侵犯”还是“限制”,需要借助合宪性审查加以判断。

在学理上,对基本权利干预的合宪性审查通常要经过三个阶段。三阶段的分析框架源自德国,20世纪90年代末被我国学界引入并获得较为广泛的认可。<sup>[5]</sup>根据这一分析框架,在判断国家对基本权利的干预是否合宪时,第一阶段要审查基本权利的保护范围,即公民的行为是否受到某个基本权利的保护。基本权利的保护范围,在广义上指的是基本权利主题的覆盖区域,<sup>[6]</sup>包括人的保护范围、事的保护范围、地域保护范围、时间保护范围和功

[3] 参见杜强强:《法院调取通话记录不属于宪法上的通信检查》,《法学》2019年第12期,第78页以下。

[4] 对于财产权保护范围的探讨,参见谢立斌:《论宪法财产权的保护范围》,《中国法学》2014年第4期。对于出版自由保护范围的探讨,参见陈征:《论宪法出版自由的保护范围》,《当代法学》2014年第4期。对于宗教信仰自由保护范围的探讨,参见陈鹏:《论宪法上的“宗教”概念——从美国最高法院判例法的发展切入》,《环球法律评论》2012年第1期;李松锋:《美国宪法上的“宗教”概念辨析》,《环球法律评论》2012年第4期;田伟:《德国宪法上宗教自由保护范围的扩张与反思》,《法学评论》2019年第5期。

[5] 相关理论介绍,参见李建良:《基本权利理论体系之构成及其思考层次》,《人文及社会科学集刊》1997年第1期,第39页以下;张翔:《基本权利限制问题的思考框架》,《法学家》2008年第1期,第134页以下;赵宏:《限制的限制:德国基本权利限制模式的内在机理》,《法学家》2011年第2期,第152页以下。

[6] 参见前引[1],Merten文,第18页。

能保护范围；〔7〕在狭义上仅指事的保护范围，即哪一种行为、状态或制度受到基本权利的保护，非经宪法上的正当化证明，国家不得干预。〔8〕学界讨论最多、对实务影响最大的，主要是狭义上的基本权利保护范围。第二阶段主要审查国家是否对落入该基本权利保护范围的行为、状态或制度进行了干预。传统的干预概念强调国家作出的行为对基本权利造成了何种影响，审查的重点是该行为是否具有强制性、直接性、最终性和法律形式性。〔9〕随着干预概念外延的扩大，国家作出的间接地、事实上影响到基本权利的行为，〔10〕甚至对基本权利的行使构成威胁的行为，也都被视为干预。〔11〕此时，审查重点就转向了损害或威胁的可归责性，〔12〕审查的内容具体有：是否存在本国国家机关的行为，基本权利是否受到事实上的损害或者受到威胁，该损害或威胁能否归责于本国国家机关的行为。〔13〕第三阶段审查国家的干预是否具备宪法上的正当性，具体又有形式正当性（是否符合立法权限、立法程序、形式要求、援引要求）和实质正当性（是否符合明确性要求、个案法律禁止、本质内涵保障、比例原则）的区分。〔14〕在这套三阶段的审查流程中，基本权利保护范围的界定作为起始环节，对后续审查起着重要影响。

在某种意义上，合宪性审查的三个阶段，恰好对应于国家对公民承担的公法侵权责任的构成要件。此种构成要件与民法中一般侵权责任的构成要件存在明显区别。判断民法上的一般侵权责任能否成立，主要考察三方面：加害行为与权益被侵害之间的因果关系；违法性与违法阻却事由的有无；过错的有无及其表现形式。〔15〕与此不同，判定国家的公法侵权责任不需考虑主观要件，因为国家和国家机关本质上都是组织，不具有主观心理状态，无法论其过错。民法侵权责任构成要件中的因果关系要件实际上对应于基本权利干预合宪性审查中的干预要件，违法性要件对应于国家干预行为的宪法正当性要件。相比之下，国家公法侵权责任的独特之处，就在于多出一个基本权利保护范围要件。国家的公法义务包括两方面：一是为保障公民的基本权利而承担的义务，二是为保障公共利益而承担的义务。这就意味着，国家的某个干预行为即使违宪，也未必构成对公民基本权利的侵犯，也可能属于国家在履行公共利益保障义务方面的违宪。例如，在“陶国强、祝树标等与东莞市国土资源局政府信息公开及行政赔偿纠纷案”中，原告陶国强等四人请求确认东莞国土局及其法定代表人刘杰违反宪法第27条第2款关于“一切国家机关和国家工作人员必须依靠人民的支持，经常保持同人民的密切联系，倾听人民的意见和建议，接受人民的监督，努力为人民服务”的规定，但公民并不享有请求国家机关依靠其支持、密切与其联系的基本权利。即使国家机关的行为违反了上述规定，公民亦无法主张国家机关的行为侵犯了其基本

〔7〕前引〔1〕，Merten文，第67页以下。

〔8〕Friedhelm Hufen, Staatsrecht II: Grundrechte, 3. Aufl., Verlag C. H. Beck, München, 2011, S. 65.

〔9〕Thorsten Kingreen/Ralf Poscher, Grundrechte: Staatsrecht II, 29. Aufl., C. F. Müller, Heidelberg, 2013, S. 62.

〔10〕Dietrich Murswiek, Das Bundesverfassungsgericht und die Dogmatik mittelbarer Grundrechtseingriffe: Zu der Glykol- und der Osho-Entscheidung vom 26. 6. 2002, NVwZ 2003, S. 1 ff.

〔11〕Christian Bumke/Andreas Voßkuhle, Casebook Verfassungsrecht, Mohr Siebeck, Tübingen, 2013, S. 18.

〔12〕Lothar Michael/Martin Morlok, Grundrechte, 3. Aufl., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2012, S. 240.

〔13〕Rolf Eckhoff, Der Grundrechtseingriff, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 1992, S. 273 ff.

〔14〕Gerri Manssen, Staatsrecht II, 16. Aufl., C. H. Beck, München, 2019, S. 55 - 67; Daniela Winkler, Grundrechte in der Fallprüfung: Schutzbereich-Eingriff-Verfassungsrechtliche Rechtfertigung, C. F. Müller, Heidelberg, 2010, S. 96 ff.

〔15〕参见程啸：《侵权责任法》，法律出版社2015年版，第207页。

权利。故法院最终认为,该项请求不属于行政诉讼法第2条第1款规定的受案范围。<sup>[16]</sup>对比民法上一般侵权责任的构成要件可以发现,国家对公民的公法侵权责任要想成立,首先必须判断国家的干预行为对公民造成的不利影响究竟源于对哪种义务的违反。这也表明,明确基本权利的保护范围,对于合宪性审查的开展尤为关键。

## (二) 明确基本权利保护范围的独立价值

长期以来,德国、美国等合宪性审查实践较为丰富的国家,在针对基本权利干预进行合宪性审查时,多将审查重点放在第三个阶段,而对有关基本权利保护范围的审查未能给予足够重视。究其原因,这些国家在对基本权利的保护范围进行界定时,常采宽泛的界定思路,导致相关审查流于形式。对于基本权利保护范围与基本权利干预之间的关系,他们也未能厘清。由于基本权利干预的前提是公权力介入了基本权利的保护范围,这就使得“干预”与“保护范围”之间呈现一种共生关系:保护范围越宽,干预就越容易;保护范围越窄,干预越难形成。<sup>[17]</sup>有人据此认为,基本权利保护范围与基本权利干预就是“一体两面”,只要特定行为不处在基本权利的保护范围内,对该行为的禁止或限制就不构成对基本权利的干预。这种认识在根本上混淆了对基本权利保护范围的审查与对基本权利干预的审查,不仅无助于揭示基本权利保护范围的客观样貌,也将导致合宪性审查的三个阶段在逻辑上难以自洽。以下试举两例加以说明。

一例是发生在德国的“乙二醇案”。德国联邦青年、家庭和健康部曾在1985年公布了一份含有二甘醇的葡萄酒与其他产品的名单,原因是一些产自奥地利和德国的葡萄酒被检测出了二甘醇,二甘醇通常被用做防冻液和化学溶剂,它在葡萄酒中会逐渐变成乙二醇这种混合物。为消除公众的担心,政府选择了公布上述名单。一些葡萄酒灌装商认为,政府公布名单的行为侵犯了他们的职业自由和财产权,于是提起宪法诉愿。按照德国传统的基本权利教义学,德国联邦宪法法院应先审查灌装商的销售行为是否受职业自由的保护,然后审查公布名单的行为是否构成对其职业自由的干预。在该案中,法院并未按此步骤审查,而是直接得出结论认为国家并未损害灌装商的职业自由。其理由是,职业自由的保障范围并不及于市场上适当的和克制的信息传播行为,即使该信息的内容对个别商家的竞争地位产生了不利影响。<sup>[18]</sup>

另一例被称为“奥修案”。德国联邦政府在答复联邦众议院质询时批评了一些宗教团体,其中包括一个名叫奥修运动的冥想团体。该团体认为联邦政府的表态侵犯了他们的宗教自由,于是提起宪法诉愿。联邦宪法法院审理后认为,宗教自由并不保护宗教团体免受国家及其机关区分了目标与行动并且不带有侮辱、歧视或者错误的公开表达(包括批评)。<sup>[19]</sup>由于政府在使用“教派”“青年宗教”“青年教派”“心理教派”这些字眼时,既不带有歧视也没有明显错误,所以没有触及宗教自由的保护范围。若是“具有破坏性”“伪宗教”等表述,则可能构成对宗教自由的侵害。<sup>[20]</sup>在该案中,法院也在“是否受宗教自由的保护”

[16] 参见广东省东莞市中级人民法院(2016)粤19行终62号行政判决书。

[17] 参见前引[13], Eckhoff书,第36页。

[18] BVerfGE 105, 265.

[19] 同上引案例,第279页。

[20] 同上。

与“政府是否干预了宗教自由”之间建立了直接关联。

这两个案例所体现的对基本权利保护范围与基本权利干预合并审查的思路，被德国学者称为基本权利干预合宪性审查步骤的“哥白尼转向”。<sup>[21]</sup>也有学者不能认同此种做法，认为法院将对保护范围的审查与对干预的审查合二为一，破坏了基本权利教义学的清晰与透明。<sup>[22]</sup>“保护范围是解决保护什么的问题，干预是解决为了对抗什么而进行保护的问题。”<sup>[23]</sup>首先，无论信息传播（公布含有二甘醇的葡萄酒的名单）还是对宗教团体进行评价，都属于国家的行为，此种行为显然不可能受灌装商们的职业自由或者宗教团体的宗教信仰自由保护。受到基本权利保护的应是基本权利主体的行为而非国家的行为，法院若将原本在干预阶段才受审查的国家的行为提前到基本权利保护范围的界定阶段加以审查，就会导致两个阶段审查结果的混同。其次，“不在保护范围”意味着“无需进行是否为干预的审查”，而不代表“不构成干预”。某个行为即使不受A权利的保护，仍有可能受B权利的保护。国家的特定行为即使不构成对A权利的干预，仍有可能构成对B权利的干预。例如，搜查行为即便没有干预人身自由，也有可能干预了住宅不受侵犯权。从住宅不受侵犯权不保护人身这一前提，无法推出国家没有通过搜查对基本权利加以干预的结论。

对基本权利保护范围的审查与对基本权利干预的审查，主要表现为流程上的上下游关系，它们的审查内容并不重合。当前我国已经启动对基本权利干预的合宪性审查制度建设，有必要厘清其与基本权利保护范围的审查之间的关系，并认识到明确基本权利保护范围的必要性和独立意义，以免陷入德国合宪性审查实践中的误区。

## 二、界定基本权利保护范围的基本思路

### （一）区分法律上形成的保护范围与事实上形成的保护范围

根据基本权利与国家权力之间的关系，可以将基本权利分为事实上形成的基本权利和法律上形成的基本权利。这一分类脱胎于耶林内克提出的自然自由和法律自由的二分。<sup>[24]</sup>所谓事实上形成的基本权利，是指不依赖于国家的认可，甚至在国家产生之前就已经存在的权利。事实上形成的基本权利主要包括各种自然权利，如言论自由、人身自由、生命权、健康权、人格权等。事实上形成的基本权利与立法之间的关系是，立法只能从外部限制该权利的行使，但该权利的保护范围并不能由立法决定。以言论自由为例，立法只能限制违法的言论，但不能规定违法的言论不是言论，因为言论的产生不依赖于立法，即使没有立法，言论也仍然存在。法律上形成的基本权利是需经国家创设才能形成的权利，离开了国家行为，尤其是立法确认，该权利就不能或者不能有效地行使。<sup>[25]</sup>比较典型的有财产权、

[21] Wolfram Höfling, *Kopernikanische Wende rückwärts? Zur neueren Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts*, in: Stefan Muckel (Hrsg.), *Kirche und Religion im sozialen Rechtsstaat: Festschrift für Wolfgang Rübner zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, 2003, S. 329 ff.

[22] 同上文，第339页。

[23] 前引[14]，Manssen书，第46页。

[24] 参见[德]格奥格·耶林内克：《主观公法权利体系》，曾韬、赵天书译，中国政法大学出版社2012年版，第43页以下。

[25] Martin Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, 2. Aufl., Nomos, Baden-Baden, 2007, S. 149.

继承权、合同自由、婚姻和家庭权利等。此外，一些以国家的存在为前提或者依靠国家给付才能实现的基本权利，如参政权、社会权、程序权等，均属于法律上形成的基本权利。<sup>[26]</sup>法律上形成的基本权利与立法的关系具有双重面向，立法不仅可以确定该基本权利的保护范围，也可以在保护范围形成后对其进行限制。例如，专利法既可以规定对哪些智力成果授予专利权，也可以通过强制许可来限制个人专利权的行使。

事实上形成的基本权利与法律上形成的基本权利的最主要区别，在于保护范围的产生方式不同，由此也导致了两种基本权利在保护范围界定方式上的差别。对于法律上形成的基本权利来说，其保护范围是立法机关通过立法（主要是最高代议机关制定法律）确定的，可被称为法律上形成的保护范围。事实上形成的基本权利的保护范围不能通过立法而只能通过解释来确定。虽然解释一般也由国家机关进行，但解释只是发现已有的事物而非创造原本没有的事物，这构成了解释与立法形成之间的根本区别。

在合宪性审查实务上，区分法律上形成的保护范围与事实上形成的保护范围，具有重要意义。合宪性审查机关在审查基本权利的保护范围时，可以根据保护范围的类型对审查内容和强度加以控制。法律上形成的保护范围是通过立法形成的，立法机关自然享有较大的裁量权，只要立法裁量权没有逾越必要的界限，合宪性审查机关都应予以尊重，审查也相对宽松；对于事实上形成的基本权利，其保护范围事先已经形成，只能通过解释将已有的保护范围呈现出来，解释机关的裁量权较小，合宪性审查的重点也不在于相关解释是否逾越界限，而在于解释是否准确呈现了基本权利保护范围的内容，因而审查较为严格。不对法律上形成的保护范围和事实上形成的保护范围加以区分，就有可能混淆保护范围的界定方式，不利于对基本权利的保护范围进行审查。

## （二）宽泛界定与狭窄界定的比较取舍

相对于法律上形成的基本权利，事实上形成的基本权利更加重要，因为它们大多属于“人天生就具有的权利”。在对事实上形成的基本权利保护范围进行界定时，通常有两种界定思路，一种是宽泛界定，另一种是狭窄界定。<sup>[27]</sup>例如，“行为艺术家”与女性在艺术展上进行裸体性行为展示是否受宪法上艺术自由的保护。如果采取宽泛的界定思路，把任何在艺术场所发生的行为都视为艺术，就将得出该行为受艺术自由保护的结论。如果采狭窄的界定思路，只有具有艺术内涵的行为才受艺术自由保护，则“很难看出艺术家的性行为有什么特殊的艺术品质”。<sup>[28]</sup>可见，对于界定思路的选择，直接关系到基本权利保护范围的尺度。

### 1. 保护范围的宽泛界定

宽泛界定是指尽量不将某种行为预先排除在基本权利的保护范围外，只要行为在表面上与该基本权利有关，就将其纳入基本权利的保护范围。比较典型的是对宗教自由的界定。德国和美国都有将任何基于宗教动机的行为纳入宗教自由保护范围的做法，以致出现了公司以宗教信仰自由为由拒绝在员工医疗保险中支付避孕药物的费用，蛋糕店主以宗教信仰

[26] 参见王锴：《论立法在基本权利形成中的作用与限制——兼谈“公有制”的立法形成》，《法治研究》2017年第1期，第101页以下。

[27] Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1985, S. 278 ff.

[28] 杜强强：《宪法上的艺术自由及其限制——以“敏感地带”行为艺术案为切入点》，《法商研究》2013年第6期，第32页。

自由为由拒绝为同性恋伴侣定制婚礼蛋糕之类的案例。<sup>[29]</sup>

宽泛界定可能引发一系列不良后果。其一，可能威胁到基本权利的社会关联性。如果所有的行为自由都受基本权利保护，就有可能引发对杀人的自由、盗窃的自由是否受基本权利保护等极端问题的讨论。其二，导致越来越多的普通法律问题宪法化，甚至所有的行为最终都要上升到宪法层面，受到不必要的宪法权衡。在德国的一起案例中，一名邮递员撕毁了科学教派投寄的广告印刷品，<sup>[30]</sup>原本行政法院仅需审查该行为是否违反了邮递员的职业义务，法官却转而怀疑邮递员的撕毁行为可能要受其良心自由的保护，于是在邮递员的良心自由、职业义务甚至邮政事业的功能之间进行衡量，使得简单问题被复杂化了。其三，导致宪法可预测性的降低和司法裁量权的扩大。宽泛的保护范围导致个案权衡增加，不仅损害了宪法规定的一般性，转向追求特殊和例外性，而且额外增加了法院界定保护范围的权力，引发了司法权至上的危险。<sup>[31]</sup>

## 2. 保护范围的狭窄界定

狭窄界定的要旨，是通过区分与基本权利相关的行为与值得基本权利保护的行为两个问题来限缩基本权利的保护范围。狭窄界定的核心思想在于，并非与基本权利相关的一切行为都值得保护。例如，我国集会游行示威法第2条规定：“文娱、体育活动，正常的宗教活动，传统的民间习俗活动，不适用本法。”法律作此规定的原因在于，集会自由所保护的不仅仅是多数人的聚集，更是多数人通过聚集所实现的“发表意见、表达意愿”的目的，即参与公共意见的形成。<sup>[32]</sup>如果仅仅是节假日聚集在一起进行交流生活经验的闲谈或是为娱乐之目的的大众派对，就不应属于集会自由的保护范围。<sup>[33]</sup>学者对于狭窄界定的主要批评在于，其从一开始就将某种行为排除在基本权利的保护范围之外，不利于自由的最大化，同时也会带来一种决断主义的后果。<sup>[34]</sup>

宽泛界定与狭窄界定的分歧反映了两种哲学思想的对立。宽泛界定秉持“有疑问时有利于自由”的自由推定原则，狭窄界定秉持“人的社会关联性和社会约束性”理念。<sup>[35]</sup>自由推定原则固然可以用于调整和判断国家与公民之间的关系，对于公民与公民之间的关系却无能为力，因为国家在介入公民之间的权利冲突时，经常是在维护一方自由的同时限制另一方的自由。自由推定原则混淆了自由与自由权。自由反映了行为可能的随意，自由权则是一种受宪法保障的具体的个人法律地位。<sup>[36]</sup>自由类似于霍菲尔德所讲的“特权”，对应着“无权利”，即某人有权自由意味着对方无权利要求其不行使该项自由。权利对应义务，即某人有权自由意味着某人可以要求对方履行对应的义务，只有履行了该义务，相

[29] 参见前引〔4〕，田伟文，第38页。

[30] BVerwGE 113, 362.

[31] 参见前引〔1〕，Merten文，第47页以下。

[32] BVerfGE 104, 92.

[33] BVerfG, NJW 2001, S. 2460.

[34] Jörn Ipsen, Gesetzliche Einwirkungen auf grundrechtlich geschützte Rechtsgüter, JZ 1997, S. 478.

[35] Thomas Stemmler, Das Neminem-laedere-Gebot: Zur Frage des Begriffs und der Existenz schutzbereichsimmanenter Grenzen der Freiheitsgrundrechte im Unterschied zu den so genannten verfassungsimmanenten Schranken, zugleich eine Abhandlung über die Weite des Grundrechtstatbestandes, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2005, S. 146.

[36] Kyrill-A. Schwarz, Das Postulat lückenlosen Grundrechtsschutzes und das System grundgesetzlicher Freiheitsgewährleistung, JZ 2000, S. 127.

应的权利才能实现。<sup>[37]</sup>自由与自由权的区别就在于，自由并不附带义务，人人皆有自由，相互不承担义务；自由权是给对方施加义务，享有自由权的一方也要为他方自由权的实现承担义务。自由权实际上是一种带有义务的自由。

基于上述分析，认为狭窄界定乃“决断主义”的观点就很难成立了。即使认为某种行为不在某个基本权利的保护范围内，也不意味着该行为就不受保护。它完全可能受其他基本权利的保护乃至受到未被列举的基本权利的保护。例如，在一些国家，同性伴侣关系即使不受婚姻自由的保护，也仍然要受契约自由的保护。<sup>[38]</sup>

### 3. 解释还是权衡

宽泛界定与狭窄界定的分歧更主要体现在界定方法上。宽泛界定认为，基本权利的保护范围不是通过事先限定，而是通过与其他权利乃至公共利益进行权衡后得出的。例如，作为一种确定的权利，基本权利保护盗窃、窝赃和杀人显然是荒谬的。宽泛界定并非主张一种确定的权利，而仅仅是主张一种原初的权利。原初的权利是包含上述行为的，由于与其他人的权利存在冲突，这种原初的权利不会成为确定的权利。人们固然可以说不存在杀人的权利，但正当防卫又是必要的。什么时候可以杀人，什么时候不能杀人，并非预先给定的，而只能在个案中确定。因此，保护范围只能是权衡后的结果。<sup>[39]</sup>狭窄界定认为，保护范围只能通过解释得出，权衡的方法主要用在审查国家干预行为的正当性上，而非用在保护范围的界定上。在支持狭窄界定思路的学者看来，宽泛界定必然导致基本权利保护范围在基本权利干预的合宪性审查中成为“摆设”，保护范围的宽泛也会导致干预概念的宽泛。如此一来，基本权利干预的合宪性审查就会转移到审查国家干预基本权利行为的正当性上，并且通过基本权利与公共利益以及其他公民的基本权利之间的权衡来解决，从而将传统上的三阶段审查简化为一个阶段，这实际上是削弱了而非加强了对基本权利的保护力度。<sup>[40]</sup>与宽泛界定思路不同，狭窄界定思路主张在合宪性审查的不同阶段采用不同方法，即在保护范围的界定上采用解释方法，在审查干预行为的正当性时采用权衡方法。可见，在基本权利保护范围的界定问题上，两种思路之间的争议，本质上是权衡方法与解释方法之争。

笔者倾向于通过解释界定基本权利的保护范围，即采狭窄界定的思路。其一，权衡并不排斥解释，甚至依赖解释。学者阿马多曾以妥当性原则为例进行说明：妥当性作为比例原则的组成部分，它要求限制了原则 P1 的 N 只在能够给其他原则 P2 或者 P3 带来好处时才是合宪的。如果 N 给 P2 带来的好处为 0，给 P3 带来的好处为 1，那么对于 P2 来说，N 是违宪的，而对于 P3 来说，N 是合宪的。此时到底是维护 P2 还是维护 P3，实际上取决于目的解释。<sup>[41]</sup>

[37] 参见翟小波：《对 Hohfeld 权利及其类似概念的初步理解》，载张江莉主编：《北大法律评论》第 5 卷第 2 辑，法律出版社 2004 年版，第 374 页以下。

[38] 参见王锴：《婚姻、家庭的宪法保障——以我国宪法第 49 条为中心》，《法学评论》2013 年第 2 期，第 7 页。

[39] 参见前引 [25]，Borowski 书，第 255 页。

[40] Wolfgang Hoffmann-Riem, Grundrechtsanwendung unter Rationalitätsanspruch-eine Erwiderung auf Kahls Kritik an neueren Ansätzen in der Grundrechtsdogmatik, Der Staat 43 (2004), S. 209, 229; Uwe Volkmann, Veränderungen der Grundrechtsdogmatik, JZ 2005, S. 263 f.; Dietrich Murswiek, Grundrechtsdogmatik am Wendepunkt?, Der Staat 45 (2006), S. 474, 476; Benjamin Rusteberg, Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt: Eine veränderte Perspektive auf die Grundrechtsdogmatik durch eine präzise Schutzbereichsbestimmung, Mohr Siebeck, Tübingen, 2009, S. 37 f.

[41] Juan Antonio García Amado, Abwägung versus Normative Auslegung?: Kritik der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips als Mittel juristischer Methodik, Rechtstheorie 40 (2009), S. 5.



在德国联邦宪法法院的一则判决中，<sup>[42]</sup> 一名理发师在自家店里安装了香烟售货机，行政机关以他违反了《零售法》为由要对其进行处罚。该法要求零售商必须证明自己具备必要的技能，如经过了长期的商业训练或者通过了专门的商业知识考试。从保护其他零售商的角度看，此种限制可能是妥当的，能够起到避免恶性竞争、维护专卖权等效果。从保护消费者的角度出发，此种限制就可能是不妥当的，因为香烟不属于专业性强的商品。所以，法院首先需对《零售法》进行目的解释，然后才能判断这项限制对于目的的实现而言是否妥当。这也说明，权衡实际上是以解释为前提的。<sup>[43]</sup> 其二，权衡与解释在功能上有所不同。权衡是在两个利益和诉求之间进行比较，它的结构决定了，其主要用于两个基本权利发生冲突或者基本权利与公共利益发生冲突的场合，而这恰恰也是国家限制公民基本权利的理由，如我国宪法第 51 条规定：“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。”然而，解释是将权利或者规范的已有内涵加以呈现，<sup>[44]</sup> 并不涉及其他权利或者法益。狭窄界定区分解释与权衡的做法是有道理的。若基本权利保护范围的界定只涉及单个权利的内涵，对其加以解释即可；一旦涉及公权力为保护公共利益或者其他权利而对某些基本权利加以限制，就需要用到权衡的方法。其三，判断个人的行为是否受基本权利保护的过程，本质上是一个涵摄的过程。其中，大前提是基本权利的保护范围，小前提是个人的现实行为，结论是该行为是否受保护。涵摄的关键就在于对基本权利保护范围的解释。相比于权衡，涵摄或解释对法官的约束力更强，有利于实现法律上的平等对待与维护法的安定性。<sup>[45]</sup>

宽泛界定最大的问题在于，其逻辑内部有两处自相矛盾。其一，宽泛界定认为保护范围只有经权衡后才能确定，但权衡后的保护范围还是宽泛的吗？支持宽泛界定的学者虽然用原初权利和确定权利的区分来为自己辩护，但哪个才是权利真正的保护范围？其二，宽泛界定主张自由最大化，但又不得不支持宽泛的干预概念。既然任何相关行为都受基本权利的保护，为了防止个人打着“基本权利”的旗号危害他人和社会，国家的干预就成为必然选择。这或许就是学者所说的“规范领域愈宽，保护程度愈低；规范领域愈窄，保护程度愈高”。<sup>[46]</sup>

### 三、基本权利保护范围的正向界定

基本权利的保护范围是一个带有空间属性的概念，<sup>[47]</sup> 对基本权利保护范围的完整揭示应包括两个方面：哪些行为处在保护范围内，哪些行为处在保护范围外。基本权利保护范围的界定也就需要经过正向界定和反向排除两个步骤。在对基本权利的保护范围进行正向界定时，需要对法律上形成的保护范围与事实上形成的保护范围进行分别讨论。

#### （一）法律上形成的保护范围

法律上形成的保护范围通过立法界定，相关过程通常也被称为基本权利的形成。但是，

[42] BVerfGE 19, 330.

[43] 阿马多对必要性和均衡性也进行了分析，并得出了相同结论。参见前引 [41]，Amado 文，第 12 页以下。

[44] Thomas M. J. Möllers, *Juristische Methodenlehre*, 2. Aufl., C. F. Müller, München, 2019, S. 118.

[45] 参见雷磊：《为涵摄模式辩护》，《中外法学》2016 年第 5 期，第 1206 页。

[46] 杜强强：《基本权利的规范领域和保护程度——对我国宪法第 35 条和第 41 条的规范比较》，《法学研究》2011 年第 1 期，第 3 页。

[47] 参见前引 [34]，Ipsen 文，第 474 页以下。

立法既可以形成基本权利的保护范围，也可以限制基本权利的保护范围。判断立法者到底是意图形成基本权利的保护范围还是限制基本权利的保护范围，是法律在围绕基本权利作出相关规定时首先要解决的问题。例如，德国基本法第14条第1款规定：“财产权和继承权受到保障。内涵和限制由法律予以规定。”在解释这一财产权条款时，区分基本权利的形成与基本权利的限制，就是一个绕不过去的教义学问题。与之类似，我国宪法第13条第1款规定：“公民的合法的私有财产不受侵犯。”其中“合法”一词的用意，到底是授权法律去限制公民的私有财产权，还是授权法律去规定哪些私有财产不受侵犯？此处也涉及对基本权利形成与基本权利限制的辨别。笔者认为，基本权利的形成与基本权利的限制具有两方面的不同：其一，基本权利的形成是单纯就基本权利的保护范围进行界定，不涉及其他的权利或者法益；基本权利的限制是国家为了保护公共利益和他人的基本权利而对基本权利的保护范围进行“妨碍”，必然要在基本权利与公共利益或者其他基本权利之间进行衡量。其二，在形成基本权利时，立法机关是从基本权利的核心出发来框定基本权利的外延，只要不突破基本权利的内在限制即可；基本权利的限制是从外部对基本权利的保护范围进行“压缩”。二者的作用力方向刚好是相反的。

国家通过立法界定基本权利的保护范围时，首先要确定基本权利的核心。基本权利的核心又称为基本权利的本质内涵，其反映了该基本权利对于基本权利主体的人格发展所具有的重要性。<sup>[48]</sup>立法者在制定相关法律时，首先会确定基本权利的核心，并围绕核心形成保护范围。<sup>[49]</sup>例如，婚姻自由的核心如果是保护社会更新的潜在能力，<sup>[50]</sup>立法者就无法将同性伴侣的结合纳入婚姻自由的保护范围。再如，私有财产权的核心如果是保障物的私使用性，<sup>[51]</sup>立法者在形成私有财产的范围时就不能把私人无法使用之物纳入其中。基本权利的核心决定了保护范围的形成，核心一旦发生变化，保护范围也会随之变化。例如，从保护被继承人对自己财产的处分权出发，与从家庭成员之间的相互扶助义务出发，所形成的继承权的保护范围肯定是不同的。德国继承法上的特留份范围大于我国，<sup>[52]</sup>就反映了继承权核心定位的差异。其次，立法者也要根据国家履行相关义务的可能性来形成基本权利的保护范围。事实上形成的基本权利以自由权为主，国家针对自由权承担的是不作为义务，基本上没有履行能力的担忧。对于法律上形成的基本权利，国家需要承担作为义务，如针对社会权承担实体给付义务，针对程序权承担程序给付义务。因此，在界定法律上形成的基本权利保护范围时，还要考虑国家作为的可能性或国家的财政承受能力。我国《城市居民最低生活保障条例》第6条第1款规定：“城市居民最低生活保障标准，按照当地维持城市居民基本生活所必需的衣、食、住费用，并适当考虑水电燃煤（燃气）费用以及未成年人的义务教育费用确定。”其中便包含了对国家财政能力的考虑。

[48] 参见陈慈阳：《基本权核心理论之实证化及其难题》，翰芦图书出版有限公司2002年版，第166页。

[49] 对于事实上形成的基本权利，其保护范围及核心不能由立法者形成，立法者只能限制保护范围，且在限制时不能触及核心部分，否则立法将违反干预基本权利的实质正当性条件，即本质内涵保障原则。

[50] Jörn Ipsen, Ehe und Familie, in Josef Isensee und Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VII, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2009, S. 438 - 439.

[51] 参见陈新民：《德国公法学基础理论》下册，山东人民出版社2001年版，第413页。

[52] 德国继承法上的特留份由继承人无条件享有（除非他自己放弃），而根据我国民法典第1141条，特留份只针对缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人。

## （二）事实上形成的保护范围

事实上形成的保护范围通过解释来界定，要解释事实上形成的保护范围，必然需要用到经典的解释方法，如文义解释、体系解释、历史解释、目的解释。界定事实上形成的保护范围，关键不在于知晓这些方法，而在于将这些方法恰当地应用于特定的场景中。

### 1. 区分事实领域和保障领域

事实上形成的保护范围首先应被区分为事实领域和保障领域。<sup>[53]</sup> 事实领域具有归类作用，而保障领域具有闸门作用。<sup>[54]</sup> 事实领域是指个人的行为与哪个基本权利相关，它旨在探求基本权利构成要件的特征，如什么是艺术、什么是集会、什么是言论。对于基本权利保护范围的界定，事实领域起到一种初筛的作用，能将个人的行为与基本权利关联起来。事实领域的确定主要通过文义解释。<sup>[55]</sup> 例如，德国联邦宪法法院曾对“学术”进行界定，认为无论内容或形式，只要是有计划地认真探求真理的活动，就属于学术活动。<sup>[56]</sup> 但有学者认为这一解释不够精确。如果所有有计划、认真探求真理的活动均为学术，那么办案的警察岂不也是在做学术？故有必要作进一步的文义解释：“认真”是指从自己的良知出发并且不断精进，“有计划”是指措施建立在一个可被理解的、符合规律的方法的基础上，“探求真理”是指与主题之间保持批判性距离，也就是愿意批判已经取得的成果并进行更新。<sup>[57]</sup> 由此，那种不是基于自己的良知而是受到某种命令支配的行为不属于学术。<sup>[58]</sup>

某个行为虽然初看与某个权利相关，但其是否值得被该权利保护，还需要进行解释。相对于事实领域的初筛，保障领域发挥着校准的作用。与事实领域的界定侧重于描述不同，界定保障领域主要通过价值判断。首先，在确定保障领域的过程中，历史解释要发挥首要的作用。<sup>[59]</sup> 保障领域对于每个基本权利而言都是独立的，因为每个基本权利都有其独特的产生过程，这会给它的保护范围打上历史的印记。在德国，出国旅行不受迁徙自由的保护，因为德国历史上一直有基于国家安全的考虑而拒发护照并限制出国旅行的做法。既然德国基本法第 11 条对迁徙自由的限制中并无保卫国家安全的理由，那就只能推定基本法的制定者不想通过第 11 条保护出国旅行的自由。<sup>[60]</sup> 再如，我国宪法第 41 条在申诉、控告、检举权的保护范围中只排除了诬告陷害，而没有排除诽谤。杜强强经过考证后发现，这是当时宪法修改委员会的有意安排，“因为既要规定人民的民主权利，又说不能诽谤，那么人家就不敢提意见了，提意见就是诽谤，因而最后删去了诽谤的表述”。<sup>[61]</sup> 其次，历史解释旨在探求基本权利保护范围的原意，但随着社会的发展，基本权利可能受到的威胁也在发生变化，基本权利保护范围的界定也要着眼于当下，这就是目的解释的必要性所在。例如，我

[53] Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Schutzbereich, Eingriff, Verfassungsimmanente Schranken: Zur Kritik gegenwärtiger Grundrechtsdogmatik*, *Der Staat* 42 (2003), S. 167.

[54] 参见前引 [40], Volkman 文, 第 265 页。

[55] 参见前引 [40], Rusteberg 文, 第 171 页。

[56] BVerfGE 35, 112.

[57] Volker Epping, *Grundrechte*, 5. Aufl., Springer, Berlin/Heidelberg, 2012, S. 124.

[58] Bernhard Kempen, Art. 5 III, in: Volker Epping/Christian Hillgruber (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, 2. Aufl., C. H. Beck, München, 2013, S. 229.

[59] 参见前引 [53], Böckenförde 文, 第 174 页。

[60] 参见张翔:《宪法解释方法的运用——以德国艾尔弗斯案为例》,《学习与探索》2011年第3期,第111页。

[61] 前引 [46], 杜强强文, 第10页。

国宪法第40条规定的“通信”，按照1982年宪法修改时的意图，仅指信件。<sup>[62]</sup>然而，今天人们的通信手段已经实现了电子化、网络化，若通信的保护范围仍然局限在已经较少被使用的信件，显然是不恰当的。当然，通信的内涵也不能无限扩张。比如，货物寄送或者报刊、广告目录的投寄，虽然看起来与信件的邮寄类似，都具有密封性和第三方中介参与的特征，但不应属于通信自由的保护范围。通信以特定主体之间的思想交流为目的，<sup>[63]</sup>而上述行为要么针对不特定人，如广告目录投寄；要么不带有思想交流的性质，如货物寄送；要么交流的并非寄送人的思想而是第三方的思想，如邮购书籍或者订阅报纸。不具有密封性的明信片、贺卡未必一定不属于通信自由的保护范围。在明信片或贺卡中，投递人只是放弃了寄送过程中对必要的参与者如邮递员、分拣员的保密，但并不意味着他希望与这些人交流思想，同时他也相信邮递员、分拣员等基于他们的职业义务不会将内容泄露出去，因此没有密封的通信并不会妨碍特定人之间的思想交流。总之，应否受到通信自由的保护，根本上取决于是否存在通信的目的，即特定人之间思想交流的可信赖性，包括交流的内容和过程不受干扰。

## 2. 尽可能减少基本权利竞合

界定事实上形成的保护范围，应尽可能减少基本权利竞合的发生。基本权利竞合是指基本权利主体对于同一个现实行为可以主张多个基本权利规范依据，它以基本权利构成要件的交叉为前提，从而引发了保护的叠加现象。<sup>[64]</sup>每项基本权利都具有独特的保护范围，如果与其他基本权利在保护范围上有过多重合，就会威胁到其存在的独立性，也会给相关司法论证造成困扰。例如，在齐玉苓案中，最高人民法院《关于以侵犯姓名权的手段侵犯宪法保护的公民受教育的基本权利是否应承担民事责任的批复》（法释〔2001〕25号）认为，陈晓琪等以侵犯姓名权的手段，侵犯了齐玉苓依据宪法所享有的受教育的基本权利。这里暂且不论陈晓琪能否成为齐玉苓所享有的受教育权的约束对象，仅就权利的保护范围而言，如果认为姓名权和受教育权都可以被齐玉苓所主张，就会出现基本权利的竞合现象。若受教育权只是为了保障公民不受干扰地接受教育，那么任何同受教育有关的行为都会落入受教育权的保护范围。如此一来，其他权利与受教育权的竞合将无比频繁，甚至对上学途中的学生进行人身伤害也可能侵犯到该学生的受教育权。因此，受教育权所对应的义务，不应包括“其他主体不能干涉公民接受教育”，而仅在于国家为公民受教育提供给付。这也从侧面说明，无漏洞的基本权利保护不能通过无限度地扩张基本权利的保护范围实现，而要通过基本权利之间的分工协作达成。单项基本权利的保护范围虽然有限，但所有基本权利的保护范围关联在一起，就能为公民提供一张严密的保护网。齐玉苓的姓名权看起来同其能否接受教育没有关联，但通过保护其姓名权，足以追究冒名顶替上学行为的法律责任，此时也就无需动用受教育权来对其加以保护。此外，基本权利竞合还会增加基本权利审查的难度。从德国的经验来看，对竞合的每个基本权利都进行审查，虽然强化了对基本权利的保护，却也使得与基本权利相关的司法审查变得异常复杂。<sup>[65]</sup>

[62] 参见蔡定剑：《宪法精解》，法律出版社2006年版，第265页。

[63] Georg Hermes, Art. 10, in: Horst Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Band I, 3. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen, 2013, S. 1167.

[64] Wilfried Berg, Grundrechtskonkurrenzen, in: Detlef Merten und Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band III, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2009, S. 634.

[65] 参见柳建龙：《论基本权利竞合》，《法学家》2018年第1期，第34页。

避免基本权利竞合的方法，就是在解释某一基本权利的保护范围时，有意识地与其他基本权利的保护范围进行区分，<sup>[66]</sup>这时要用到体系解释的方法。例如，我国宪法第35条规定了言论自由与出版自由，如果不区分两者的保护范围，实践中就难免出现权利竞合现象。有必要将出版自由的保护范围限定为出版物，<sup>[67]</sup>以同言论自由的保护范围进行区别。<sup>[68]</sup>在“余启信、余康政等与虞一文名誉权纠纷案”中，法院认定被告虞一文所书写的《晚晴拾遗》系作者根据其亲身经历完成的纪实性文学作品，其中的《余仁峰先生自杀之谜》系描述余仁峰先生（原告的父亲）生平史实的文章。该书并未正式出版，只是被赠送给一些大学的图书馆或被告亲友。法院最终围绕言论自由展开论证，认为“言论自由属于公民的基本自由，这是被宪法确认和保护的自由，但公民在行使言论自由时不得侵犯他人的合法权益”。<sup>[69]</sup>再如，判断我国公民的房屋到底受财产权保护还是受住宅不受侵犯权保护，需要分析住宅不受侵犯权所保护的房屋与财产权所保护的房屋有何不同。实际上，住宅不受侵犯权保护的并非房屋本身而是房屋所形成的私人生活空间，其抵御的是外界对空间的侵入；财产权保护的则是房屋本身，包括房屋的存续与价值不受损害。因此，住宅不受侵犯权中的住宅范围甚至不限于私宅，还包括工作空间和商业空间，只要空间提供了个人与公众有效的隔绝，即应受到住宅不受侵犯权的保护。<sup>[70]</sup>

#### 四、基本权利保护范围的反向排除

基本权利的限制包括外在限制和内在限制两方面。学界通常所讲的基本权利限制，更准确地说应当称为基本权利的外在限制。基本权利的内在限制是指对基本权利保护范围的限制，它为基本权利的保护范围划定了边界。在界定基本权利的保护范围时，内在限制不可逾越，无论对于哪种类型的基本权利保护范围，均是如此。无视内在限制，将导致立法违宪或解释违宪的后果。例如，我国宪法第49条规定的“禁止破坏婚姻自由，禁止虐待老人、妇女和儿童”，就构成对婚姻家庭权保护范围的内在限制。立法者在通过立法形成婚姻家庭权的保护范围时，不能将包办婚姻或者家庭暴力等纳入其中。

##### （一）基本权利内在限制的来源

围绕基本权利的内在限制，学理上存在内部理论与外部理论的争论。支持内在限制的理论被称为内部理论，<sup>[71]</sup>它否认权利及其限制的二元化，认为区分原初权利和确定权利并无意义。权利的内涵从一开始就是确定的，即被保护的权利自始便具有一个固有的界限。<sup>[72]</sup>

[66] 参见前引〔4〕，谢立斌文，第131页以下。

[67] 参见前引〔4〕，陈征文，第13页。

[68] 出版自由所保护的设立出版机构、进入出版行业、编辑过程乃至在出版物上打广告，都是言论自由所不及的。

[69] 浙江省天台县人民法院（2013）台天民重字第3号民事判决书。

[70] 例如，敞篷汽车或者沙滩椅不在住宅不受侵犯权的保护范围中，房车和帐篷则要受到该项权利的保护。参见前引〔57〕，Epping书，第300页。

[71] Katja Arnold, Die grundrechtliche Schutzbereichsbegrenzung, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2011, S. 78.

[72] Peter Häberle, Die Wesensgehaltgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz; zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt, 3. Aufl., C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1983, S. 179.

权利的射程同对权利的限制无关，其是由权利的内涵和本质决定的，<sup>[73]</sup>即权利的界限或者限制是内在的。在内部理论中，假如一个行为在表面上符合权利的内涵，但实际上逾越了权利的内在界限，这个行为从一开始就不受权利保护。<sup>[74]</sup>如果一个行为违背了权利的真正内涵，即会构成对权利的侵犯，此时限制也是不存在的。<sup>[75]</sup>反对内在限制的理论被称为外部理论，它认为权利与权利的限制不同。<sup>[76]</sup>限制权利通常是因为该权利与第三方权利存在冲突，为解决权利冲突，权利双方必须相互退让，于是需要对权利加以限制。所以，权利的保障带有原初性，而限制之后的权利才具有保障的确定性。这既说明限制并非权利本身固有的，而主要来自于外部，也说明限制更多是一种例外，且需要被正当化。<sup>[77]</sup>

外部理论与内部理论的分歧源于对限制的理解存在差异。内部理论认为，除了保护范围的界限外，不存在对基本权利的限制。<sup>[78]</sup>外部理论则认为，限制与保护范围的界限是不同的，限制来自于外部，因为原初的权利是不受限制的，权利的内涵只有经过限制才能确定。其实，这两种理论都存在问题。内部理论是通过内在限制否定外在限制，但实际上这两种限制是可以并存的。例如，根据德国基本法第8条第1款的规定，所有德国人均享有不携带武器进行和平集会的权利。据此，“不携带武器”构成集会自由的内在限制。如果警察拘捕一个携带武器参加集会的人，并不构成对其集会自由的限制，因为该人不能主张携带武器参加集会是自己的集会自由。同时，德国集会游行法第14条第1款规定：“有意举行露天公共集会或游行，至迟应于通告前48小时，向主管机关报告集会游行的内容。”该条就构成对集会自由的外在限制。露天公共集会受集会自由的保护，但立法规定集会应在48小时之前报备，对受集会自由保护的正常集会构成了额外的负担，原有的集会自由的保护范围就被立法限缩了。外部理论虽然承认外在限制的可能性，同时又否认了基本权利的内在限制，从而将基本权利保护范围的确定完全托付给外在限制。此时，保护范围必须通过与公共利益或者其他人的基本权利相权衡来获得，这既增加了保护范围的不确定性，也不符合宪法上“负责任的个人”的形象。于是出现了一种折衷理论，即狭窄保护范围的外部理论（前述狭窄界定）。<sup>[79]</sup>其同时支持内在限制和外在限制，相比内部理论和传统的外部理论更有说服力。

学者对于内在限制的疑虑在于，其有可能导致基本权利保护范围的缩减。<sup>[80]</sup>笔者认为，基本权利的保护范围不可能漫无边际，必然要有一个边界。基本权利的内在限制来自于宪法的明文规定，这是支持内在限制存在的最强理由。制宪者从一开始就将某种行为排除在基本权利的保护范围外。例如，我国宪法第36条第3款规定：“任何人不得利用宗教

[73] 参见前引 [27]，Alexy 书，第 250 页。

[74] Guilherme Augusto Azevedo Palu, Grundrechte, Spielräume und Kompetenzen: Eine Untersuchung formeller Prinzipien vor dem Hintergrund der Prinzipientheorie, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2019, S. 41.

[75] Moritz Meister, Das System des Freiheitsschutzes im Grundgesetz, Duncker & Humblot, Berlin, 2011, S. 32.

[76] 参见前引 [25]，Borowski 书，第 34 页以下。

[77] Andreas von Arnould, Die Freiheitsrechte und ihre Schranken, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999, S. 16 ff.; Jürgen Schwabe, Probleme der Grundrechtsdogmatik, 2. Aufl., Hamburg, 1997, S. 60.

[78] 参见前引 [25]，Borowski 书，第 42 页；同上引 von Arnould 书，第 68 页。

[79] 参见前引 [74]，Palu 书，第 52 页。

[80] Michael Sachs, Abwehrrechte, in: Detlef Merten und Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band II, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2006, S. 670.

进行破坏社会秩序、损害公民身体健康、妨碍国家教育制度的活动。”这是最直接的支持基本权利内在限制的证据。对于这一条款，许崇德认为上述三种行为超出了宗教的界限，不属于宗教信仰自由的范围。<sup>[81]</sup>基本权利的内在限制还来自于教义学的积累，即通过学说和判例将一些明显违法的行为排除出基本权利的保护范围。这被称为“明显性保留”，即某些行为已经明显到不需要衡量就可以将其排除的地步。<sup>[82]</sup>

## （二）基本权利内在限制与外在限制的关系

内在限制不是公权力作用的结果，它要么直接来自于宪法，<sup>[83]</sup>要么是不成文的，比如禁止权利滥用。<sup>[84]</sup>外在限制则是公权力作用的结果，具体又分为立法干预（即法律保留）、行政干预和司法干预。因此，也有学者将内在限制称为保障限制，将外在限制称为保留限制。<sup>[85]</sup>内在限制一般不需要被正当化，其更多是由事物本质决定的，因此也有学者将内在限制称为固有限制。<sup>[86]</sup>外在限制都需要经过正当化证明，不仅要具备外在限制的理由，如为了保护公共利益或他人的基本权利，也要符合外在限制的正当性条件。

关于基本权利的内在限制和外在限制的关系，可以用一个比喻来说明。对于气球而言，它的膨胀是有限度的。只要气球没有吹到最大，在没有外力作用的情况下，气球的形态就是完整的。一旦有外力对气球进行压迫，气球就会向内凹陷，只要外力没有超过必要限度，就不会对气球造成破坏。如果把基本权利的保护范围比作气球，气球所能吹到的最大程度就相当于基本权利的内在限制。外力对气球进行的压迫就相当于基本权利的外在限制。当然，基本权利所受的外在限制，是需要经过正当化证明的。

## （三）基本权利内在限制的内容

对于基本权利的保护范围而言，内在限制是其所能到达的最远边界。因此，基本权利的内在限制往往是消极的，并且针对所有的基本权利适用。逾越了基本权利的内在限制，将无法受到任何基本权利的保护。在基本权利内在限制的容许范围内，基本权利的保护范围呈现为一个从其核心或者本质内涵出发的一定射程，这一射程是个别的，亦即每个基本权利都有自己相对独特的射程。根据学者已有研究，基本权利的内在限制主要有：<sup>[87]</sup>

### 1. 禁止明显危害社会的行为

对明显危害社会之行为的禁止源自社会保留思想。该思想认为，个人在行使基本权利

[81] 参见许崇德：《中华人民共和国宪法史》，福建人民出版社2003年版，第801页。

[82] 参见前引〔75〕，Meister书，第95页以下。

[83] Michael Sachs, Grundrechtsbegrenzungen außerhalb von Gesetzesvorbehalten, JuS 1995, S. 985.

[84] 至于为什么存在不成文的内在限制，黑塞的解释是，这里的不成文实际上是指不成文宪法。Vgl. Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 1995, S. 139.

[85] Georg Hermes, Grundrechtsbeschränkungen auf Grund von Gesetzesvorbehalten, in: Detlef Merten und Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band III, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2009, S. 343.

[86] 这一表述更常被用来指称无法律保留的基本权利限制，这种限制实际上是外在限制，故本文不采（参见王锴：《论法律保留与基本权利限制的关系——以〈刑法〉第54条的剥夺政治权利为例》，载张志铭主编：《师大学》2017年第2辑，法律出版社2018年版，第93页）。为了避免基本权利的内在限制与宪法固有限制相混淆，默滕甚至主张放弃内在限制的说法而转用内在界限（Immanente Grenzen）。Vgl. Detlef Merten, Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken, in: Detlef Merten und Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band III, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2009, S. 244.

[87] 参见上引 Merten 文，第216页以下。

的时候不能威胁到社会的必要法益，社会的存在是保障基本权利的必要前提。国家致力于与社会利益相符的干预活动并不侵犯基本权利。但是，当一种行为威胁到社会利益的时候，其也并非完全或者马上不受基本权利保护。例如，出于正当防卫的杀人行为，仍然会受到基本权利的保护。不受基本权利保护的社会危害性行为必须依据行为的性质来确定。通常只有那些极端危害社会的行为，如同类相食、人口贩卖、儿童卖淫、活人献祭等，才会触及基本权利的内在限制。<sup>[88]</sup>

## 2. 暴力禁止

国家是暴力的合法垄断者，私力救济只有在例外情况下才被允许。例如，我国宪法第49条的“禁止虐待老人、妇女和儿童”，宪法第33条的“任何人不得利用宗教……损害公民身体健康”，都是对暴力禁止这一内在限制的典型表达。再如，暴力禁止对于职业自由和结社自由也能构成内在限制。涉及暴力的职业，通常不受职业自由的保护，如杀手；除非是经过双方同意并且可以受到管控的暴力，如拳击运动。旨在从事暴力活动的社团，如杀手联盟、战斗组织等，当然也要被排除出结社自由的保护范围。

## 3. 尊重第三方财产

在“来自苏黎世的涂鸦者案”中，德国联邦宪法法院指出，艺术自由的保护对象自始就不包括为发展艺术的目的而去恣意使用或者破坏他人财产的行为。<sup>[89]</sup>法院虽然没有否认涂鸦的艺术性，却以破坏他人财产为由拒绝了涂鸦行为受艺术自由保护的主张。这一内在限制后来也延伸适用于其他基本权利领域。例如，考古学家未经许可进入他人土地进行发掘的行为，不受学术自由的保护。同时，应受尊重的第三方财产不仅包括私有财产，也包括公共财产。我国宪法第12条规定：“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。”这一禁止性规定就构成了对基本权利的内在限制。

## 4. 禁止权利滥用

禁止权利滥用原则来源于民法理论，二战后有四十多个国家在其宪法或宪法性文件中规定了禁止基本权利滥用条款。<sup>[90]</sup>所谓权利滥用，是指行使权利的目的与当初赋予它的目的不同。<sup>[91]</sup>例如，德国联邦宪法法院认为，以获得资助或者外国居留权为目的而结婚，属于权利滥用，不受宪法上婚姻自由的保护。<sup>[92]</sup>禁止权利滥用对于程序权的限制尤为典型。如《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》（法发〔2017〕25号）中指出，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。

## 5. 恶意禁止

恶意禁止与基本权利滥用较为类似，也属于不合目的地行使权利。只不过，恶意禁止更加强调行为人滥用基本权利的主观意图，即行使权利的目的是意图损害他人权利。<sup>[93]</sup>例如，我国宪法第41条规定，中华人民共和国公民对于任何国家机关和国家工作人员的违法

[88] BVerfGE 115, 301; 117, 137.

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

[90] 参见高慧铭：《论基本权利的滥用禁止》，《清华法学》2015年第1期，第118页。

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

[92] BVerfG DVBL 2003, S. 1260.

[93] 参见前引〔86〕，Merten文，第236页以下。



失职行为，“有向有关国家机关提出申诉、控告或者检举的权利，但是不得捏造或者歪曲事实进行诬告陷害”。在本条规定中，恶意禁止构成对公民申诉、控告、检举权的内在限制。

## 结 语

基本权利保护范围的理论建构，还需依靠宪法教义学的积累不断完善。法教义学的研究工作并不仅仅是对判例加以整理，成熟的法教义不能单靠学者一己之力建构完成。法教义是学术研究 with 法律实践共同作用的产物。对此，德国学者莱普修斯有过精辟的分析。他指出，法律实践虽然有效力，但法律实践一般只能就事论事和解决个案，缺乏宏观视野；只要学者愿意，他可以研究任何法律问题，但学者对于规范的解释并没有规范效力。<sup>[94]</sup> 因此，学术研究必须与法律实践相结合才能产生有效且合理的法教义。在基本权利保护范围的界定问题上也是如此，有关基本权利保护范围的学理探讨能为基本权利干预的合宪性审查实践提供理论工具，基本权利干预的合宪性审查实践可为基本权利保护范围的理论研究提供效力“加持”。随着合宪性审查实践的不断增多和学术研究的发展精进，我国宪法上各项基本权利的保护范围也将逐步得到廓清。中国的基本权利理论话语，也将随着中国特色宪法教义学的发展不断成熟，而这需要宪法学者与合宪性审查机关的共同努力。

---

**Abstract:** Defining the protection scope of constitutional rights is the prerequisite of constitutional review of the state's intervention in constitutional rights. To accurately define the protection scope of constitutional rights, it is necessary to distinguish between the *de jure* protection scope and the *de facto* protection scope. The former is mainly defined by legislation, whereas the latter is mainly determined by interpretation. In defining the protection scope of constitutional rights through legislation, the state must determine the core of constitutional rights firstly and define the protection scope around the core of constitutional rights. At the same time, it must also consider the capacity of the state for fulfilling its obligation of guaranteeing constitutional rights. With respect to the *de facto* protection scope, it is advisable to adopt a narrow definition and give separate interpretations to the factual field and guaranteed field of the protection scope. The inherent limitation of constitutional rights is the inherent boundary of the protection scope of constitutional rights, which cannot be overstepped when defining the protection scope. Otherwise it will lead to unconstitutional legislation or unconstitutional interpretation.

**Key Words:** constitutional review, protection scope of constitutional rights, intervention in constitutional rights, dogmatics of constitutional rights

---

---

[94] Oliver Lepsius, Kritik der Dogmatik, in: Gregor Krichhof/Stefan Magen/Karsten Schaefer (Hrsg.), Was weiß Dogmatik? - Was leistet und wie steuert die Dogmatik des Öffentlichen Rechts?, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012, S. 43 - 44.