

基本权利冲突及其解决基准

郑旭文¹, 徐振东²

(1. 福州大学 法学院, 福州 350002;

2. 厦门大学 法学院, 福建 厦门 361005)

摘要: 基本权利冲突最初体现为私权利之间的冲突,但在现代社会条件下,随着基本权利的效力向私法领域扩张,基本权利由传统的“防御权”功能发展出“保护义务”功能,即产生了基本权利冲突问题。在宪法理论与实务上,解决基本权利冲突问题主要存在位阶秩序原则、具体规定优先于概括规定原则、法益衡量原则或实践调和原则等基准。

关键词: 基本权利冲突; 位阶秩序; 法益衡量; 实践调和
中图分类号: DFO **文献标识码:** A*

Conflict between basic rights and its criterion of solving

ZHENG Xu-wen¹, XU Zhen-dong²

(1. School of Law, Fuzhou Univ., Fuzhou 350002, China;

2. School of Law, Xiamen Univ., Xiamen 361005, China)

Abstract: Conflict between basic rights originally embodies the conflict between private rights. However, effect of basic rights extends increasingly to private law area, while basic rights itself which have traditionally defense function develop into protective duties of state in modern society. The issue on conflict between basic rights themselves thereby has produced as above-mentioned. In constitutional theories and practice, main methods of solving conflict between basic rights include ranks-order, concrete provisions prior to general provisions, and balance of legal interests or praktische Konkordanz etc.

Key words: conflict between basic rights; rank-ordered principle; balance of legal interests; praktische Konkordanz

一、作为私权利冲突的基本权利冲突

基本权利体系作为一种现实的法律关系体系,并非是始终和谐、稳定的。基本权利反映着权利主体的利益期待和价值要求。由于主体之间在需求、利益和价值上的不同,不同的基本权利之间也会产生碰撞和冲突。换言之,在皆为宪法所保障的不同基本权利之间,有时在具体个案中会发生基本权利的冲突,亦即一个基本权利主体在行使自己合法、正当的权利时,会影响到其他基本权利主体基本权利

的实现。从本质上来说,基本权利的冲突乃是两种对立的宪法价值规范要求的同时存在并相互竞争;这时必然要有一方的基本权利主张必须作适当的退让和妥协,以维系宪法价值体系的和谐与稳定。

基本权利冲突是不同基本权利主体的基本权利之间的对立。因此,当某一基本权利主体行使其基本权利时,并非碰撞到其他基本权利主体的基本权利,而是碰撞到其他的宪法利益,如表达自由与国家安全、社会秩序之间的冲突,宗教信仰自由与青少年的身心健康之间的冲突。亦即冲突并非存在于两种基本权利之间,而是存在于基本权利与其他宪法利益(公共利益)之间,那么此类冲突不是真正的基本权利冲突。基本权利冲突与基本权利竞合在含义上并不相同,权利的竞合并不表现为对立关系,而是指一个基本权利主体的同一行为可以同时为数个宪法基本权利所保障,或者当基本权利主体受到国家公权力侵害时,有多个基本权利主张可供衡量。

基本权利冲突是伴随肯认基本权利的水平效力,亦即宪法基本权利条款是否适用于平等的私人关系而来的问题。尽管基本权利首先被视为公民与国家之间关系的保证,但现在其效力也被认为及于个人和社会组织等非国家行为者。而且,国家公权力不仅负有尊重基本权利的消极义务(如避免采取侵犯它们的行为),同时也负有履现基本权利的积极义务(如采取积极的政策、立法、提供适当的手段等)以及另一种积极义务:保护基本权利。公权力必须对公民基本权利提供保护以抵抗来自第三方的侵害。

理论上,基本权利冲突只有在私法领域才可能

* 收稿日期: 2008-11-02

基金项目: 福建省教育厅基金资助项目(A825148)

作者简介: 郑旭文(1977-),女,福州人,讲师; E-mail:

zhengxuwen@sina.com

发生,因为公法领域是以国家权力与基本权利间的对抗关系为主轴的,而私人的基本权利冲突并不属于公法的“问题视阈”。而在传统上,私法领域涉及人民的行为自由权,如财产权利的行使,主要是财产利益的交换与分配,即使存在财产权利上的权利冲突,因为并不构成对权利主体自由意志的侵害,所以国家一般不能介入此类私法上的权利冲突,也不适用宪法的基本权利条款,主要任由当事人以私法自治来解决。即使存在侵权行为,如果当事人通过私法来主张,那么国家也一般不介入保护。从严格意义上来说,此时的权利冲突是私权利之间的冲突,并不涉及基本权利的冲突问题,因为人民并无公权力可行使,人民对于其他人不可能直接主张基本权利,人民向人民进行的权利主张是私法上的权利而非宪法上的基本权利。但随着现代宪政理念的发展,基本权利效力逐渐向私法领域扩张,基本权利的功能从以前单纯的“防御权功能”发展出“受益权功能”“保护义务功能”“制度性保障功能”等新型功能。当一个权利主体主张和行使自己的权利时,可能与其他主体的权利发生冲突。虽然此时的冲突和碰撞与国家权力无关,但是基于基本权利的“私法效力”观念,权利主体可以诉诸宪法上的基本权利条款主张权利,而另一方主体同样可以诉诸基本权利规定予以对抗,此时双方相互间主张的权利冲突即为基本权利冲突。同时,基本权利的保护义务功能也要求国家权力介入争端,从而使得原本属于私权利冲突的问题转化为宪法上的基本权利冲突问题。

二、基本权利冲突解决的一般基准

在基本权利发生冲突的情况下,基于基本权利的国家保护义务功能,人民可以请求国家对其权利加以保护。然而,当国家基于当事一方的请求权对另一方权利进行限制时,而另一方也可就国家主张基本权利的防御功能,要求国家的不作为。此时在基本权利争议问题上,国家对应保护何者以及如何保护寻求一种妥当的解决方法,以维护正常的法律秩序,乃是基本权利冲突所要探讨的关键性问题。根据各国相关的法律理论以及司法实践,可以归纳出以下几种基本权利冲突解决的一般标准。

1. 基本权利位阶秩序原则

基本权利价值位阶秩序的衡量标准,是指在基本权利发生冲突的情形下,司法机关在宪法基本权利体系中,衡量各基本权利所保护的价值,优先适用被认为具有较高价值位阶的基本权利,从而排除较低价值位阶的基本权利。采取此种衡量方式的人认

为,宪法是一个受价值拘束的法秩序,这一法秩序体现于宪法文本中所规定的基本权利之间金字塔式的结构。虽然在宪法文本中不大可能明确规定某项特定基本权利必然优先于另一种基本权利,但各基本权利所保护的价值确实存在着量的不同,需要法官对其进行价值判断,以确定何者为优先保护之权利。基本权利的价值位阶秩序的衡量是解决基本权利冲突的最常见方式之一。

一些学者以德国基本法为例,主张从限制之授权来分析基本权利的重要性。宪法条文中直接有限制规定之“宪法直接限制”,或由宪法授权以法律限制之“宪法间接限制”以及宪法未作直接或间接限制规定而采用所谓“宪法内部限制”。因此,基本权利未授权法律限制者,在位阶秩序上,较由基本权利直接规定或间接授权法律规定之基本权利为高。^[1]德国学者哈罗德·施奈德则通过对德国联邦宪法法院判决的研究,认为德国联邦宪法法院是根据以下衡量标准来处理基本权利冲突的:第一,自由民主宪政的基本秩序较出版自由处于更高的位阶,出版自由只是自由民主宪政秩序的一部分,其重要性理应小于自由民主宪政的基本秩序;第二,国家的存续及其民主基本秩序应优先于为了该秩序所建立的基本权利;第三,人民健康是一种重要的公共利益,对于人民健康的保护是限制个人自由的正当性依据,换言之,人民健康的公共利益应优先于职业自由。总而言之,就是公共利益应该优先于个人利益。因此,以公共利益为取向的基本权利,应优先于以个人利益为取向的基本权利;政治性、公共性的意见自由位阶较高,而追求私利及经济利益为目的的自由位阶较低;人之“精神政治性活动”以及人之“精神心灵领域”之基本权利位阶较高;非物质方面的基本权利应优先于物质方面的基本权利。^[2]在1958年“吕特案”中,德国联邦宪法法院阐明,言论自由权是社会最重要的人权之一,在某种意义上,它是自由的源泉,是几乎任何其他基本权利不可缺少的条件,并以此作为交互影响理论和价值位阶衡量的依据。鉴于言论自由权对于自由民主的一般意义以及对严肃公共政策具有促成讨论的功能,在涉及公共意见和共识的形成方面,私人利益和经济利益在原则上必须作出退让。实际上,宪法法院的判决隐含地承认了言论自由权高于职业自由、艺术自由和财产权。

美国联邦最高法院在过去的司法实践中也形成了一种“优先自由”的概念,亦即当最高法院在对影响言论自由、出版自由和宗教信仰自由的国家行为

进行合宪性审查时,采取了与其他案件不同的审查标准。换言之,最高法院设想了一种宪法所保护的价值的层次结构,将言论自由、出版自由和宗教信仰自由等置于金字塔的顶端,而将财产权利、职业自由置于次要位置。^[3]卡多佐法官在1937年“Palko v. Connecticut”案中表达了一种基本权利位阶秩序的观点。在该案中,卡多佐区分了两种主要的权利类型:一种是隐含于“有序自由”的概念中的权利,此类权利包括思想和表达自由,它们在其他形式自由的基础,从而被列入“较高位阶权利的荣誉名单”;另一种则是不属于此类范畴的权利,包括由陪审团审判的权利以及免于被追诉的权利等,此类权利的废除尚不会影响到自由和正义的实现。^[4]卡多佐的观点显然影响到斯通。在1942年的“Jones v. Opelika”一案中,斯通对“优先自由权”概念作了明确的解释。“第一修正案并不限于保护言论自由和信仰自由不受歧视行动的废除。相反,鉴于修正案第一条和第十四条的价值,宪法将这些自由置于了权利体系的优先位置(Preferred Position)。”^[5]“优位自由权”概念后来被解释为个人权利优先于经济性权利,逐渐发展成为美国判例中的双重基准理论。在美国法中,解决私益之间的冲突由立法者通过立法加以解决。而法院则根据“优位自由权”概念所蕴涵的基本权利位阶关系对相关立法进行合宪性审查,优先保护那些被认为具有基础性的、不可或缺之价值的权利。

基本权利位阶秩序原则是以基本权利价值位序之确定为基础的,其目的在于将基本权利作先后顺序的排列,并在相互冲突的基本权利之间作一选择。但是,立宪者并不会在宪法中明确指示任何基本权利处于优先地位。在实践中,往往要借助司法机关的价值判断。所谓具有更高价值的基本权利只可能是法官依据自己的主观偏好推导出来的,而不是基于宪法之规定所产生的。

2. 具体性规定优先于概括性规定原则

宪法文本中有关基本权利的规定,有些属于较为具体、明确的规定,如政治权利、宗教信仰自由权、人身自由权、人格尊严权利、住宅权等公民的各项基本权利,而有些则属于较为抽象、概括的规定。一般来说,如果人民的基本权利为宪法明文列举,那么应该被认为是制宪者已经认识到该基本权利对于自由民主宪政具有绝对的重要性,相对于那些从概括性规定中推导出的基本权利更有理由值得重视。因此,当基本权利主体之间权利主张发生冲突时,具体

性基本权利具有优先于抽象、概括性基本权利的重要性,而应该予以优先考虑。^[1]譬如,当言论自由权利与隐私权相互冲突时,因为言论自由权利为宪法所明文规定,而隐私权则是从概括性的规定中推导出来的,属于非列举性基本权利,因此隐私权应该让位于言论自由权。这一原则也可以理解为“基本权利适用优先原则”,亦即在解决基本权利的冲突时,应优先适用具体性规定,而不应该妄顾立宪者于宪法文本的明确指示,而去适用含混、模糊、具有很大弹性的概括性规定。换言之,在基本权利适用上,不应首先适用抽象、概括的宪法原则作为基本权利保障的依据。

如《美国宪法修正案》第9条规定:“本宪法对某些权利的列举,不得被解释为否定或忽视由人民保留的其他权利。”这一规范被视为一项概括性权利条款,可以容纳未列举的基本权利,而事实上,美国联邦最高法院根据这一规范,通过判例发展出许多权利,但在实践中,这些通过判例而形成的权利在效力上要低于宪法修正案中所明确列举的权利。如堕胎权与生命权之间的冲突,由于生命权属于《美国宪法修正案》第14条所明确保护的范围,而堕胎权则是根据《美国宪法修正案》第9条的“人民保留的其他权利”中所蕴涵的“隐私权”中推导出来的,因此在胎儿的生命权与母亲的堕胎权之间冲突时,通常母亲的堕胎权应服从于对人的生命权的保障。在美国的几次“堕胎判决”中,联邦最高法院虽然肯定了妇女堕胎权是宪法所保护的权力,但在另一方面实际上宣告了生命权对于妇女身体自决权和堕胎权的优先性。法院认为,作为从宪法相关规定引申出的抽象的隐私权自然应让位于为立宪者明确肯定的生命权。^[6]

3. 法益衡量原则

法益衡量是指在缺乏一个明确的基本权利位阶秩序的情况下,由司法机关就具体个案事实,对双方法益进行权衡和判断。法价值取向的衡量更着重于价值而非功利,正义观念和社会道德准则成为衡量的标准。拉德布鲁赫认为,在抽象的法律价值上,3个最高位阶及最重要的价值是:正义、法的安定性和合目的性;此3种价值应优先于功利的考虑。^[7]如果将法价值具体化到宪法规定的各种权益上,就是基本权利优先于法律权利,生命健康权高于经济利益。在1961年的“施密特案”中,德国联邦宪法法院提出了法益衡量的原则。法院认为,言论自由权是人们最宝贵的基本权利之一,表达了一种特殊的价值,同

时它也是民主秩序的构成部分,是公众讨论的前提,因此应该受到特别的保障。在根据《德国刑法典》第193条“诽谤罪”确定言论自由基本权利的范围时,必须对名誉权和表达自由两方面的价值进行平衡。

法价值取向的衡量其实与基本权利位阶秩序的衡量是共通的,因为法价值取向的衡量作为解决基本权利冲突的方式,“首先取决于——依基本法的‘价值秩序’——于此涉及的一种法益较他重法益是否有明显的价值优越性”。^[8]由于价值衡量缺乏一个由“所有法益及法价值构成的确定阶层秩序”,只能依赖于以主观性的价值偏好为基础的司法裁判,难免会产生法官恣意的价值选择,也会导致基本权利的适用和法治秩序的不确定性。

4. 比例原则与实践调和原则

比例原则是德国公法上被广泛使用的概念,其作用类似于美国宪法上的法律正当程序原则,学者将其称为公法领域中的“软化剂”。德国基本法虽然明确提及比例原则,但联邦宪法法院将其视为法治国不可或缺的因素。比例原则主要讨论的是手段与目的的限度及过度问题,其作用在于制止过度地侵犯人权,因此也被称为过度禁止原则。^[9]比例原则适用于基本权利冲突的案件上,主要在于审查基本权利主体在行使其基本权利时,其所采取的手段、目的是否成一定比例,是否过度限制或侵害到另一方主体的基本权利。比例原则最早只适用于公法领域,不适用于判断民事私法案件。但比例原则作为“法治国原则由自身产生的最高规范”,对行政权、立法权和司法权形成拘束力,基于基本权利的保护义务功能,司法权介入调解私法上基本权利冲突时,为了防止一方过度行使基本权利而过度限制另一方基本权利,司法权应运用比例原则对双方利益进行衡量。在1993年的“民事不平等契约”一案中,德国联邦宪法法院就明确采取比例原则来衡量冲突双方的法益。法院认为,基本权利主体以平等的地位参与私法上的交易,当事人双方有着不同的利益和目标,往往会发生冲突或碰撞,“既然民事交易当事人皆得享有基本法第二条第一项之保护,并得平等地援引私法自治得基本权之保障,则不得只使较强一方的权利获得伸张,相互冲突之基本权地位应视为相互影响,并相互限制,以使所有当事人之基本权皆尽可能的发挥效用。”^[10]

此外,德国学者孔拉德·何塞也提出类似于比例原则的“实践调和原则”方法来解决基本权利的冲突问题。所谓“实践调和原则”,乃是指当两种为宪法

所保护的法益相互冲突时,必须保持彼此间的协调,使两种法益都能合理存在,一种法益的实现不必以另一法益的牺牲为代价。换言之,基本权利的解释不是“零和游戏”,而是一种“双赢策略”。例如,言论自由的价值并不能获得对于相冲突的宪法价值如个人人格发展权利完全的优势地位,两种价值在创造性的宪法整体中都应该得到保持。何塞认为,“宪法的整体性原则要求相互冲突的价值实现最优化:两种法律价值都必须予以限制,才能使彼此都能达到他们的最佳效果。因此,在具体个案中,对权利的限制必须满足比例原则。换言之,限制必须符合必要性,以使双方法益能够充分调和”。^[11]

三、类型化基本权利冲突的解决

1. 竞业禁止中的基本权利冲突

竞业禁止协议主要涉及雇员的工作权(职业选择自由权)与雇主的营业自由、财产权之间的冲突,因此双方各自高举宪法基本权利的大旗对抗,各自基于对立的利益观点,执著于特定有利于自己的部分予以单向解释。在这种争议中,鉴于最后结果的不确定性,如果司法机关不加以厘清,确立一种权利冲突的解决机制,就会使人们逐渐失去对基本权利保护的信赖,从而使宪法所规定的基本权利的实效性大打折扣。营业秘密以及在长期经济活动中所形成的稳定顾客关系是一个企业生存和发展的关键性因素,自不待言。但是从竞业禁止协议的内容来看,从时间、地域、职业类别等方面加诸于离职人员以种种限制,这不只限制了离职人员的职业选择自由,而且对其生存权和人格权都会有不小的影响。如果雇主仅仅为了避免未来“可能”的损害,以不平等的契约剥夺雇员在离职后一段时间的工作权而迫使其必须放弃所学的专长另谋他就,造成离职人员屈就于不熟悉的职业,不仅会使得社会丧失专业人员,而且有时会影响到离职人员的生存权。在解决这一权利冲突时,由于所涉及的工作权与营业自由在位阶上并不存在明显的位阶差异,因此采用基本权利位阶秩序原则并不能有效地解决这个问题。而工作权、营业自由都可以直接从宪法相关规定中得出,并不需要从概括性规定中绎出,因此具体性规定优先于概括性规定亦非适当。而“实践调和原则”主张宪法所保护的法益发生冲突时,并不急于通过利益衡量或抽象的价值衡量,便牺牲其中一种法益,以求实现另一种法益,更倾向于基于“宪法整体性”原则来寻求最适当化,亦即在冲突的工作权和营业自由之间划出一种使得双方都能发挥最适当作用的界限。

从而使两种冲突法益都能合理存在。实践调和原则也意在防止“过度禁止”,一方面承认雇主营业自由、财产权等经济法益的存在,允许其通过协议对雇员的工作权予以一定限制,另一方面这种限制并不支持“过度之禁止”,其限制手段必须缓和,在契约中对于时间、地域或职业类别等限制必须有一定的合理范围,其必须给予适当的补偿措施能够弥补离职雇员在竞业禁止期间的损失,以保障其生存权利。通过“实践调和原则”的运用,雇员的工作权和雇主的营业自由、财产权得到最佳的平衡状态。

2. 言论自由与人格权的冲突

言论自由权与人格权之间的冲突可以说是当代社会中最普遍、最典型的基本权利冲突之一。人格权是人类最重要的利益,因此各国宪法中均将人格权置于特殊的保护。而言论自由被认为是自由民主秩序最重要的基础,是民主社会不可或缺的条件,因此各国宪法莫不对言论自由给予最大限度的维系。从这个角度来说,言论自由与人格权之间的冲突非常复杂,而对此两种法益之冲突寻求一种妥善解决方式又极为重要。从实践来看,言论自由与人格权之间冲突的解决方式又经常与具体社会的观念、传统、文化联系在一起。换言之,由于各国的宪政文化、法治状况和文化传统的不同,在言论自由与人格权之间进行价值取舍有时 would 得出截然不同的结论。在美国,联邦最高法院在1964年“纽约时报案”的判决中发展出“事实上的恶意”原则,亦即人格权的主张者必须证明言论自由权行使者以明知故犯或肆无忌惮的方式使用已经明知的虚假材料来对其进行攻击和诬蔑,才能获得司法支持。^[12] 由于主张人格权方在证明对方主观意志如何问题上存在难以克服的困难,因此很难胜诉。“事实上的恶意”原则反映了美国社会对于言论自由近乎偏执的追求,将其视为一种“绝对性权利”或“优先自由权”,处于基本权利位阶秩序中的最高位阶,不容任何形式的侵蚀,而与之相对的人格权保护则可能丧失殆尽。而在德国的相关判例中,则采取了完全不同的意见。联邦宪法法院在“喻人为猪案”中,认为一家杂志针对巴伐利

亚州州长的讽刺画,是以动物形态的选择来讽刺当事人的人格特色或容貌,是对当事人人格尊严的一种攻击和损害,并涉及对任何人来说都值得加以保护的亲密生活的核心部分,使得当事人的人格尊严受到完全剥夺,该杂志最终败诉。从该案例中可以看出,虽然受害人是一个政治人物,但其人格权仍应得到完全的保护。德国的宪法理论并不如美国那样将言论自由基于最优先的位置,相反在两种法益中更倾向于人格权的保护。这也反映了两国基本权利理念和宪政文化上的差异。

参考文献:

- [1] 李震山. 基本权利之冲突[J]. 月旦法学教室: 公法学篇, 2001(1): 32- 33.
- [2] 陈怡凯. 基本权之冲突——以德国法为中心[D]. 台北: 台湾大学, 1995: 142.
- [3] MASON A T, BEANEY W M. The supreme court in a free society[M]. Englewood Cliffs: Prentice-Hall, 1959: 299.
- [4] Palko v. Connecticut, 302 U. S. 319 (1937) [EB/OL]. [2007- 11- 15]. <http://supreme.justia.com/us/302/319/case.html>.
- [5] Jones v. Opelika, 316 U. S. 584 (1942) [EB/OL]. [2007- 11- 15]. <http://supreme.justia.com/us/316/584/case.html>.
- [6] RUBIN E R. Abortion, politics, and the courts: Roe v. Wade and its aftermath[M]. Westport: Greenwood Press, 1987: 67- 69.
- [7] 拉德布鲁赫. 法哲学[M]. 北京: 法律出版社, 2005: 89.
- [8] 卡尔·拉伦茨. 法学方法论[M]. 陈爱娥, 译. 北京: 商务印书馆, 2003: 285.
- [9] 陈新民. 德国公法学基础理论(下)[M]. 济南: 山东人民出版社, 2001: 374.
- [10] 德国联邦宪法法院裁判选辑[M]. 台北: 司法周刊杂志社, 1994: 375.
- [11] KOMMERS D P. The constitutional jurisprudence of the federal republic of Germany[M]. Durham: Duke University Press, 1989: 46.
- [12] New York Times Co. v. Sullivan, 376 U. S. 254 (1964). [EB/OL]. [2007- 11- 20]. http://www.bc.edu/bc-org/avp/cas/comm/free_speech/nytvsullivan.html.