

# 论基本权利冲突

柳建龙\*

**摘要** 由于人类生活的社会性、资源的稀缺性、个人价值观的差异性及法律规范本身的概括性和不周延性等原因,基本权利冲突在所难免。在自由权侵害三阶层审查框架中,基本权利冲突具有多重地位,兼具规范性和事实性,难以在某一阶层或者采用单一方案彻底解决此类问题,何况各种解决方案本身也存在不足,故而不仅应关注经由解释明确基本权利保护范围、依照基本权利位阶予以处理、根据实践调和原则进行个案权衡、引入比例原则、基本权利行使的前置程序等解释论方案,还应关注通过立法预先设定解决方案的立法论方案。

**关键词** 基本权利冲突 实践调和原则 个案衡量

## 一、问题的提出

由于人类生活的社会性、资源的稀缺性、价值观的差异性及法律规范的概括性和不周延性等原因,个人间的权利和自由难免发生冲突;基本权利的行使亦然。餐饮业经营者能否以宗教信仰为由拒绝为同性恋者提供服务?<sup>〔1〕</sup> 言论自由、新闻自由或学术自由的行使是否受第三人肖像权、名誉权或隐私权的限制?<sup>〔2〕</sup> 雇主能否以违反禁止员工内部发展恋爱关系的约定为由解除劳动合同?<sup>〔3〕</sup> 幼儿园能否以维护正常工作秩序为由解

\* 中国社会科学院大学法学院副教授。本文系2020年度教育部人文社会科学研究青年基金项目“基本权利干预研究”(项目编号:20YJC820031)的阶段性研究成果。

〔1〕 Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colo. Civil Rights Comm'n, 138 S. Ct. 1719 (2018).

〔2〕 洪振快与葛长生名誉权、荣誉权纠纷上诉案,北京市第二中级人民法院(2016)京02民终6272号民事判决书。

〔3〕 李惠宗:“禁谱办公室恋曲”,《月旦法学杂志》2001年第12期,第8页。

聘未经同意而怀孕的教师?〔4〕医院能否要求护士应聘者两年内不得怀孕?〔5〕一般认为此类争议完全是社会领域权利冲突,属于私人自治范畴,只能由私法予以调整,以免国家过度介入私人生活而减损个人自由;但将私法自治完全排除在基本权利射程之外,或产生不良影响,不利于基本权利保障。〔6〕为此,上世纪六七十年代,德国基本权利理论和实务上发展出基本权利冲突理论,试图构建一套体系化解决方案。国内虽然直至九十年代中期才有涉猎,但成果丰硕。〔7〕只不过学界不仅未能就解决方案达成共识,甚或还有误解,如将基本权利冲突界定为人性自我冲突或者强调内在限制,并视为一般法律权利冲突而予否定;〔8〕或过于强调立法或者基本权利位阶在解决基本权利冲突中的作用。〔9〕尽管这确实有助于解决问题,但因未能准确把握基本权利冲突概念或者其在基本权利体系中的地位,故未能提供全面有效的解决方案,甚或滋生新问题,以致治丝益棼。于此有必要重新检讨其解决方案,不过,此前应先厘清基本权利冲突的概念,明确其在基本权利释义学体系中的地位:前者是相关问题讨论的出发点,后者则决定了解决方案的选择和适当性,唯有如此,方能明确各种方案的功能和局限性,发展出一套较可行的解决方案。为此,下文将就何为、如何认识以及解决基本权利冲突依次展开讨论。

〔4〕 中国人民解放军 66393 部队幼儿园与高欣劳动争议案,河北省保定市莲池区人民法院(2018)冀 0606 民初 1543 号民事判决书。

〔5〕 《法制岂准“两年不准怀孕”?》,载四川新闻网, <http://opinion.newssc.org/system/20190128/000939936.html>, 最后访问日期:2021 年 10 月 1 日。

〔6〕 许育典著:《宪法》,台湾地区元照出版公司 2013 年第 6 版,第 136 页。

〔7〕 参见(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 76—82 页;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—102 页;张翔:“刑法领域的基本权利冲突及其解决”,《人民检察》2006 年第 23 期,第 15—17 页;马岭:“宪法权利冲突与法律权利冲突之区别”,《法商研究》2006 年第 6 期,第 3—7 页;徐振东:“基本权利冲突认识的几个误区”,《法商研究》2007 年第 6 期,第 36—44 页;王肃元、任尔昕:“权利冲突及其配置”,《法学杂志》1999 年第 1 期,第 12—13 页;关今华:“权利冲突的制约、均衡和言论自由优先配置质疑”,《法学研究》2000 年第 3 期,第 28—45 页;鄂振辉、王媛媛:“基本权利的冲突与平衡——对言论自由界限的个案分析”,《北京行政学院学报》2002 年第 6 期,第 63—67 页;龙晓林:“论隐私权与知情权的权利冲突”,《四川行政学院学报》2003 年第 3 期,第 23—27 页;柳建龙:“权利冲突是个伪问题?”,《山东社会科学》2007 年第 5 期,第 32—37 页;张翔:“‘馒头案’中的基本权利冲突与竞合”,载韩大元主编:《中国宪法事例研究(第 2 卷)》,法律出版社 2008 年版,第 152—166 页;张翔:《基本权利的规范建构》,法律出版社 2017 年第 2 版;李祥举:“基本权利冲突观点评析”,《阴山学刊》2009 年第 5 期,第 80—85 页;郑毅、熊文钊:“权利冲突的特殊模式及其解决”,《民族教育研究》2013 年第 1 期,第 21—27 页;郑毅:《同一主体的基本权利冲突》,法律出版社 2015 年版;孙平:《依宪执政背景下的基本权利冲突研究:言论自由与人格权法律问题研究》,北京大学出版社 2016 年版;于文豪:《基本权利》,江苏人民出版社 2016 年版等。

〔8〕 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—6 页;马岭,同上注。

〔9〕 参见张翔:“基本权利冲突的规范结构与解决模式”,见前注〔7〕,第 99—101 页;马岭,见前注〔7〕,第 5—7 页;于文豪,前注〔7〕,第 155—156 页。

## 二、什么是基本权利冲突

尽管法学概念对错的判定无确定规则可依,但其形成不应是恣意的,应具有意义和有用性。<sup>[10]</sup>基本权利冲突概念亦然。尽管从发生学角度看,它无疑是对一系列宪法现象进行归纳和类型化的结果,但从释义学角度看,它在基本权利体系中具有认知、构成、规范的功能,是探讨相关问题及解决方案的逻辑起点。只有准确把握概念,才能确保解决方案的针对性和可操作性。对此国内仍有不少误解,这不仅可能导致混乱,也可能减损基本权利保障功能,故宜先界定其概念并作必要辨析。

### (一)基本权利冲突的概念

在德国,基本权利冲突理论的研究成果蔚为大观,但实际上历史并不长,直至上世纪六十年代末,特别是七十年代,学界才对其给予特别关注。<sup>[11]</sup>基本权利冲突理论,与客观价值秩序学说、第三人效力理论及国家保护义务理论存在交叉重叠,有着共同的时代背景和旨趣。传统宪法学理论强调,基本权利调整国家和个人之间而非个人之间的关系,因为现代宪法是建立在国家—社会区分上的,<sup>[12]</sup>基本权利是公民针对国家的防御权,而非公民之间的请求权基础。<sup>[13]</sup>不过,“随着资本主义的发展,企业逐渐规模化、垄断化……市民开始单方面从属于垄断大企业,而这种现象的出现使我们对近代市民法的前提命题即契约是对等的、平等的当事人自由交涉的结果产生了怀疑。伴随19世纪后半段附合契约的普遍化,这种质问越来越明显。为此,当时的各国开始通过公权力介入使契约内容正当化。进入20世纪后半段以来,伴随着大宗宣传、大宗贩卖的日常化以及科学技术的突飞猛进,企业与消费者之间的信息差距逐渐扩大,公权力介入的必要性越发明显。”<sup>[14]</sup>这要求将与公权力地位相当的私人视为相对人,纳入基本权利射程范围内。基本权利冲突与前述其他概念作为诠释和解决当时社会问题的理论工具应运而生,迅速发展,并延伸及于一般意义上的个人基本权利冲突。

一般认为,基本权利冲突和竞合共同构成了基本权利矛盾、基本权利的相互矛盾或者基本权利之间紧张的下位概念。<sup>[15]</sup>其中,基本权利冲突,系指存在多个基本权利主体,其因各自

[10] Vgl. Jörg Neuner/Hans Christoph Grigoleit, Claus-Wilhelm Canaris Gesammelte Schriften, Bd. 1: Rechtstheorie, 2012, S. 8.

[11] Vgl. Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Bd. III/2. Allgemeine Lehren der Grundrechte, 1994, S. 603.

[12] Vgl. Dieter Grimm, Die Zukunft der Verfassung, 1991, S. 64.

[13] Vgl. Friedhelm Hufen, Staatsrecht II: Grundrechte, 6. Aufl., 2017, S. 96.

[14] (日)安井宏:“星野英一《现代契约》”,载(日)加藤雅信等编:《民法学说百年史:日本民法施行100周年纪念》,牟宪魁等译,商务印书馆2017年版,第550页。

[15] Vgl. Stern(Fn. 11), S. 1368; Wolfgang Kahl, Die Schutzergänzungsfunktion von Art. 2 Abs. 1 Grundgesetz, 2000, S. 2.

所享有的相同或者不同基本权利发生对立的情形。<sup>〔16〕</sup> 易言之,一个主体基本权利的行使会影响到另一主体的基本权利;<sup>〔17〕</sup>基本权利竞合则指就同一主体而言,宪法上有两条或者两条以上的基本权利规范同时适用于同一生活事实的情形。<sup>〔18〕</sup> 需要强调的是,只是两人的基本权利直接发生冲突,不会发生基本权利冲突问题;仅在国家为保护一方基本权利而干预另一方基本权利时,才有此一问题。<sup>〔19〕</sup> 换言之,基本权利冲突源于基本权利作为个人主观权利的属性。

## (二)同一主体基本权利冲突之检讨

马岭、郑毅等提出的同一主体基本权利冲突的主张有一定影响力,应专门予以检讨以厘清概念。只是马否认不同主体间的基本权利冲突;<sup>〔20〕</sup>郑则认为在同一主体上亦有基本权利冲突,傣族佛寺教育传统导致受教育权、宗教信仰自由等在傣族男童身上并存与冲突即是。<sup>〔21〕</sup>

不过,这两种观点都值得商榷:

1.马的观点不能成立。其将不同主体间基本权利冲突归结为个人自身价值冲突,试图诉诸个人道德修养解决问题。确实,倘个人都能作出妥当选择,则无所谓基本权利冲突——“若人人皆为天使,则无需政府;若天使治人,则政府亦无需作内外之限制”。而人非天使,诉诸道德虽可减少冲突,但并不能消除冲突,理论上和制度上仍应为基本权利冲突提供解决方案。

2.郑所谓同一主体基本权利冲突是个伪命题。因为:①他错误地将行为选择等同于基本权利冲突。在绝大多数情形下,个人因分身乏术必须面对行为选择,承受其中的机会成本。将此视为基本权利冲突,将使问题庸俗化、普遍化。况郑也未能把握基本权利的行使可能性、消极行使与积极行使间的关系。易言之,在特定时间内,傣族男童只能选择佛寺教育或者义务教育,这是可能性或机会成本问题,是事实问题。在法律层面,一旦选择佛寺教育则意味着消极行使了受教育权,决定不接受义务教育;反过来,一旦选择接受义务教育则意味着消极行使了宗教信仰自由权,决定不接受佛寺教育。②他显然误解了该案的法律关系。本案与德国的拒绝服兵役第一案<sup>〔22〕</sup>同出一辙;后者涉及的是良心自由和服兵役义务之间的冲突,前者在抽象层面上与宗教自由发生冲突的是受教育义务而非受教育权,亦即国家能否强制适龄儿童于特定时间接受义务教育,以致间接影响宗教自由的行使,仍是典型基本权利侵害问题。③即使退而承认郑的观点,仍有如下问题:其一,基本权利对个人自由的保障,基本上是在个人本身

〔16〕 Vgl. Albert v. Mutius, Grundrechtskollision im Mietrecht, in: Joachirn Jickeli u. a. (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein: 22. Januar 1938 bis 6. Dezember 2000, 2003, S. 71.

〔17〕 参见吴信华:《宪法释论》,台湾地区三民书局 2015 年第 2 版,第 222 页。

〔18〕 参见柳建龙:“论基本权利竞合”,《法学家》2018 年第 1 期,第 33—49 页。

〔19〕 Vgl. Wolfgang Rübner, Grundrechtskonflikt, in: Starck (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Gesetz. Bd.2. Verfassungsauslegung, 1976, S. 455.

〔20〕 参见马岭,见前注〔7〕,第 4 页。

〔21〕 参见郑毅:“论同一主体的基本权利冲突”,《政治与法律》2015 年第 2 期,第 104—113 页;于文豪,见前注〔7〕,第 155—156 页。

〔22〕 BVerfGE 12, 145.

不受基本权利拘束大前提上的。<sup>[23]</sup> 而基本权利冲突在一定程度上拓宽了国家介入个人生活领域的途径。将个人选择视为基本权利冲突,或多或少都为国家干预个人选择提供了空间,或进一步侵蚀个人自治范围,损害个人自我决定、自我负责的主体地位;其二,在该情形下,由于权利主体和相对人混同,个人不能行使基本权利请求权,要求国家解决所谓冲突问题。综上,所谓同一主体基本权利冲突问题并不成立,其源于对行使可能性、消极行使与积极行使间关系的误解,以至于误将典型基本权利干预问题认成基本权利冲突问题。就前述案件而言,比较妥当的做法,应是主张存在宗教信仰自由和受教育权的竞合,要求国家适当调整民族自治地方的“义务”教育方案以确保其得到最优实现。

### 三、如何认识基本权利冲突

澄清概念后,应对基本权利冲突在由基本权利保护范围、基本权利干预以及基本权利干预阻却违宪事由构成的三阶层自由基本权利释义学体系中的地位作进一步分析,因为这决定了解决方案的选择与适当性。在一定程度上,学界之所以过度强调经由立法或者基本权利位阶解决基本权利冲突问题的意义,是因为未能准确把握该问题。虽然基本权利冲突主要作用于基本权利干预阻却违宪事由阶层,<sup>[24]</sup>但并不限于此。具体如下。

#### (一)基本权利冲突作为基本权利保护范围的排除事由

由特奥多尔·毛恩茨(Theodor Maunz)发展起来的内在限制学说主张,将可以与之冲突的第三人的基本权利和自由视为基本权利的内在限制。<sup>[25]</sup> 该说主张,倘若基本权利的行使会危及他人的基本权利或者共同体存续所必要的法益,则不得主张该基本权利,这也是基本权利整体的组成部分,从而将基本权利冲突视为被基本权利构成要件排除事项。<sup>[26]</sup> 不过,学说上也将在内在限制作为基本权利干预违宪阻却事由,<sup>[27]</sup>二者法律意义和效果不同;实务上,德国联邦宪法法院的立场同样摇摆不定。<sup>[28]</sup> 在后一情形中,即便肯认存在内部限制,仍需将基本权利冲突问题置于比例原则审查框架中权衡,效果与外在限制相似,稍后讨论,此处不赘。

该方案优点是可在抽象层面防止基本权利冲突问题的产生;一旦发生争议,可以不具备原告资格为由,不予受理或者裁定驳回起诉,简化案件处理,防止讼累。但它也存在问题:①将基

[23] 参见(德)克里斯提安·史塔克:《法学、宪法法院审判权与基本权利》,杨子慧等译,台湾地区元照出版公司2006年版,第326页。

[24] Vgl. Rolf Schmidt, Grundrechte, 7. Aufl., 2005, S. 64.

[25] Vgl. Stefan Ripke, Europäische Versammlungsfreiheit, EMRK und gemeinsamer Verfassungsüberlieferung 67(2012), S. 525.

[26] Vgl. Walter Frenz, Europarecht, 2. Aufl., Springer 2016, S. 94.

[27] Vgl. Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: GG, 13. Aufl., 2014, S. 32; Kingreen/Poscher, Grundrechte. Staatsrecht II, 32. Aufl., 2016, S. 88.

[28] Vgl. Michael Stegemann, Grundrechte, 1. Aufl., BOD 2009.

本权利冲突作为保护范围排除事由,并不能经由解释直接从宪法文本中推导出来,而只能经由严肃、理性的分析予以确定。这也就意味着以不成文宪法厘定基本权利外延或者边界,易增加其内涵不确定性,减损其指引、规制及保障功能。鉴于社会交往的广度和密度,各种基本权利间发生冲突的可能性极大,以手机摄影为例,机主得主张艺术自由和言论自由,第三人得主张一般人格权或者隐私权——随着手机远焦拍摄和分辨率、互联网数据处理能力的提升,这种关系会变日趋紧张——故若承认此种见解的普遍适用性,基本权利的行使将变得非常困难,其保障内涵会受到减损甚或掏空,故应严格限制其适用范围。此外,当同一种类,特别是同一基本权利发生冲突时如何界定其内在界限,恐怕更是问题。②鉴于冲突双方地位平等,无论令何者基本权利退让恐都充满争议,而全部退出也不合乎社会效益最大化需求。③将基本权利冲突置于保护范围阶段讨论,可能导致其中一方基本权利被过早排除,比之草率。基本权利释义学之所以采取阶层化的框架,旨在确保国家与人民间的安全距离,防止过早、过快否定基本权利保护。〔29〕

## (二)基本权利冲突作为基本权利干预

个别学者则将发生冲突的、第三人行使基本权利的行为视为基本权利干预。〔30〕不过,其显然不具备基本权利干预构成要件该当性。基本权利干预,系以基本权利防御面与国家权力的关系为基础的基本权利释义学核心概念之一,指使得落入基本权利保护范围的个人行为完全或部分不能或者对之构成妨碍的公权力行为,有法效性、目的性、直接性及强制性四个构成要件;它同时具有触发基本权利保障和课予国家以正当化负担的功能。将冲突的基本权利视为干预的好处在于可直接代入自由权侵害审查公式,且在早期实践中,由于第三人在一定程度上与公权力地位相当,故有合理性。

但随着基本权利冲突适用范围的扩张,问题也就日益突出,具体如下:①这在一定程度上违背了传统基本权利观念。该观念认为,基本权利主要调整国家和人民间的关系。尽管由于垄断资本主义的发展使得一些企业事实上取得了相当于国家权力的支配地位,加剧了私人间的事实不平等。当其明显不平等时,为了平衡双方地位,遂将优势一方视同公权力对待,第三人效力理论因是肇基于劳动法。虽然学说上也将基本权利冲突作为第三人效力理论或者国家保护义务学说下位概念,或将第三人效力理论作为解决基本权利冲突的法理基础,〔31〕但从发展脉络看,基本权利冲突是第三人效力适用范围扩大的结果。易言之,冲突双方主体地位通常是平等的。故不宜将第三人基本权利视为干预。更何况,作为通说的间接第三人效力学说亦主张,即便在此种情形下,不同主体的基本权利期待均指向国家,并不存在私人间的基本权利关系。〔32〕②这或致片面强调保护个人基本权利的需要,而忽略第三人行为亦受基本权利保

〔29〕 参见李建良:《人权思维的承与变》,新学林出版股份有限公司2011年版,第190页。

〔30〕 Vgl. Stegemann(Fn. 28), S. 32.

〔31〕 BVerfGE 101, 361, Rn. 42 f.

〔32〕 Vgl. Michael Kloepfer, Verfassungsrecht Bd. II, Grundrechte, 2010, S. 105—106.

护的事实。<sup>[33]</sup>以解聘未经同意而怀孕的教师为例,多数人会强调教师的生育权和隐私权,忽略幼儿园的存续利益:以女教师为主且师资紧张的幼儿园,倘多名教师同时怀孕或者生育,必然会增加其运营成本,甚或危及其存续。基于相似考虑,德国虽然对雇主解约自由作了严格限制以保障职业存续,但却给予小作坊雇主更多裁量空间。<sup>③</sup>公、私法间存在实质差异:私法中占主导地位的通常是那些自由的、不需要说明理由的决定,而公法中占主导地位的则是那些受约束的决定。<sup>[34]</sup>依照法治国的分配原则,个人自由原则上不受限制,国家职权则通常受限制。<sup>[35]</sup>一旦个人需要就其行为作正当化论证,就会令人际交往萎缩,窒碍社会发展。这不仅意味着个人自由的缩减,也意味着国家权力的扩张——国家可藉由争议解决机制更全面、深入介入个人生活领域。

### (三)基本权利冲突作为基本权利的“限制保留”

多数学者则将基本权利冲突作为形式合宪性问题或者实质合宪性问题,置于违宪阻却事由由阶层讨论。此处只讨论第一种情形,后再讨论第二种情形。

根据基本权利保障、法治国和民主等原则要求,基本权利限制原则上须以制定法或者根据制定法为之,是为法律保留。不过,由于不仅存在一般法律保留和特别法律保留基本权利,也存在无法律保留基本权利。为将无法律保留基本权利从保护范围和干预的难题解脱出来,<sup>[36]</sup>理论上也将冲突的第三人基本权利和其他宪法价值被视为其之不成文限制保留:对二者的保护要求至少包含了一项授权,国家可据之干预个人基本权利。不过,于此又有两种相反的立场:①将基本权利冲突作为内在限制,即保护范围构成要件的排除事项。之所以推迟至违宪阻却事由阶层讨论,无非是为了防止过早、草率排除个人基本权利。不过,一旦将某项行为归入基本权利内在限制,则意味着它较不受保护,国家就其限制享有更广泛的形成空间,不受法律保留原则拘束。②将其作为外在限制。从逻辑上讲,此种主张固然确保基本权利保护范围的开放性,以涵盖更多行为。然而,倘若未能进一步提供突破法律保留原则的理由,不免滋生困扰。就此而言,倘较低位阶的法律可以限制基本权利,则据具有宪法位阶的基本权利和其他宪法法益限制基本权利在逻辑上显然也不应成为问题。就结果而言,上述两种观点并无实质差异,都为突破法律保留原则提供了理论支持,并将相关争论引入权衡阶层。

不过,无论采取何种立场都会引发争论,具体如下:①即便在观念上承认自由权的绝对价

[33] 参见李惠宗,见前注[3],第9页;李惠宗:“宪法基本权与私法的关系——德国联邦宪法法院判决解析”,载我国台湾地区“最高司法机关”编:《德国联邦宪法法院裁判选集(六):宪法与私法》,台湾地区裕文实业有限公司1996年版,第4页。

[34] 参见(德)迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2001年第2版,第7页。

[35] Vgl. Andreas v. Arnould, Rechtsstaat, in: Otto Depenheuer/Christoph Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, 2010, S. 720.

[36] Vgl. Ernst-Wolfgang Böckenförde, Wissenschaft Politik Verfassungsgericht, 2011, S. 235.

值,但在实务中,仍不能否认为“实现公共利益”或“自由领域的理性衡平”对个人所生的限制,<sup>[37]</sup>即在一定程度上采取相对主义立场。就此而言,第三人的自由和权利以及公共利益构成了基本权利限制的一般前提和基础。无论是宪法的直接限制抑或是间接限制(法律保留),均需满足该前提方具有正当性。故可以将冲突的第三人基本权利或者其他宪法法益视为限制基本权利的一般规定,而将一般法律保留和特别法律保留视为特别规定,依特别法优于一般法的原则,仅可以据之作为限制无法律保留的基本权利。<sup>[38]</sup>不过,即便是一般法律保留和特别法律保留也须以之为前提,一旦存在规范不足或者过度的情形,得以基本权利冲突为依据填补宪法漏洞或者矫正一般法律。只是允许国家依据不成文的、发生冲突的第三人基本权利或者其他宪法法益而干预基本权利,可能会架空法律保留,掏空基本权利内涵,并危及自由民主基本秩序,<sup>[39]</sup>况它也难以从宪法文本和发展史上获得正当化。<sup>[40]</sup>②抽象而言,无法律保留基本权利较特别法律保留基本权利受到更强保护,后者较一般法律保留基本权利受到更强保护;<sup>[41]</sup>实务中后二者的保护强度可能高于前者。<sup>[42]</sup>就此而言,如果可以据冲突的第三人基本权利和其他宪法法益限制原本不受限制的无法律保留的基本权利,则在逻辑上,其当然也可以据之限制设有法律保留的基本权利。<sup>[43]</sup>这同样可以架空法律保留。综上,无论基本权利是明文抑或潜在可以受到限制,干预均须以法律或者基于法律的授权方能为之。唯有如此,方可对冲突基本权利进行权衡;反之,难谓基本权利限制具有正当理由。

#### (四)基本权利冲突作为阻却违宪事由之实质因素

此外,学说上也将基本权利冲突作为正当化基本权利干预的要素置于由目的正当性原则、适当性原则、必要性原则及相称性原则构成的合比例性审查的四阶层审查框架的一、三、四阶层中加以考量。具体如下:①将基本权利冲突视为限制基本权利的正当目的。尽管为了更好地保障基本权利,观念上一般认为基本权利是绝对的,但实务中一般承认相对性,即可以为保护第三人基本权利或者公共利益而限制个人基本权利,将冲突的基本权利视为干预基本权利的正当目的。这与将之作为限制保留相似,二者均将其作为限制基本权利的前提,只不过一为实质要件,一为形式要件。②将其作为法益衡量中的法益要素之一。这又包括了两种情形,一是将之作为适当性中权衡的法益要素之一,于此需要考量对第三人基本权利的克减对于个人

[37] 参见(德)Klaus Stern:“基本权利及其限制”,林三钦、张鋈盛译,载 Peter Badura/Horst Dreier 主编:《德国联邦宪法法院五十周年纪念论文集(下册)》,苏永钦等译注,联经出版事业股份有限公司 2010 年版,第 21—22 页。

[38] Vgl. Lrich Jan Schröder, Der Schutzbereich der Grundrechte, 2016, S. 641.

[39] Vgl. Volker Epping, Grundrechte, 7. Aufl., 2017, S.29;(日)阿部照哉、池田政章、初宿正典、户松秀典编著:《宪法(下册)——基本人权篇》,周宗宪译,中国政法大学出版社 2006 年版,第 68 页。

[40] 参见 Stern, 见前注[37], 第 22 页。

[41] Vgl. Jürgen Schwabe, Grundrechtsdogmatik, 2. Aufl., Juristenzeitung 1997, S. 304; Christian Heinrich, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, 2000, S. 479.

[42] Vgl. Jürgen Schwabe, Grundkurs Staatsrechts, 5. Aufl., 1995, S. 117.

[43] Vgl. Böckenförde(Fn. 36), S. 235.

的基本权利的实现而言是否是必要的;另一则是将之作为相称性原则中冲突的法益之一加以衡量。仅当发生冲突的行使基本权利的行为能够通过适当性审查和必要性审查,并进入狭义的比例性审查阶段,才可以认为存在基本权利冲突。这可以说是最狭义的基本权利冲突概念。<sup>[44]</sup> 在该阶层中,需要就所侵害的个人法益和公权力所要保护的法益进行权衡,易言之,需要权衡冲突的个人法益与他人、集体和国家的法益而后作出判断。在传统的国家—人民关系中,原则上只有当国家所追求之公共利益明显高于所侵害的个人法益,方能阻却违宪。同理,在基本权利冲突的情形下,只有所要保护的个人的基本权利法益高于与之冲突的第三人的基本权利法益,才符合相称性原则。<sup>③</sup> 仔细考察,可以发现基本权利冲突在释义学中或同时兼有事实和规范两种角色:就作为保护范围的排除事由和“限制保留”而言,它是抽象规范;而就作为基本权利干预和阻却违宪事由的实质因素而言,它是具体事实。

#### 四、如何解决基本权利冲突

如前所述,基本权利冲突在基本权利释义学不同阶层中都可能存在独立意义,兼具规范和事实双重属性,故绝大多数情形下,既难以将其限定于在其中某一阶层或一子阶层,也难以用单一解决方案解决基本权利冲突,与之相应发展出了一系列解决方案。具体展开如下。

##### (一) 经由解释明确基本权利保护范围

在一定意义上,基本权利冲突问题首先是宪法解释问题,应先“通过解释论确定基本权利的规范内容,由此寻找解决的途径”<sup>[45]</sup>,故着手寻找解决方案前,应首先确定存在的是否是真正的基本权利冲突抑或只是虚假冲突(Scheinkollision)。以较常见的示例,惯窃和行为艺术家杀人为例,是否存在盗窃犯的职业自由与受害人财产权、行为艺术家的艺术自由和被害人生命权的冲突,理论上存在不同理解。<sup>[46]</sup> 其解答在很大程度上取决于论者的基本权利理论立场以及相应的解释方法,易言之,取决于论者究竟“从宽”或是“从狭”解释基本权利保护范围。<sup>[47]</sup>

究竟应从宽或从狭解释基本权利保护范围,争论由来已久,其中最重要的是内在限制说和外在限制说的争论。相较而言,外在限制说更符合最大限度尊重和保障基本权利观念,可以避免过早、过快否定基本权利保护,随着基本权利观念的发展,遂成为有力说。不过,较之内在限制说之不当限缩保护范围而言,其有不当扩张保护范围的嫌疑,因为:①自由本身是有一定边界的,不存在绝对的自由。正如洛克所说,“只有当一个人完全丧失本性时,才能妄称自己是绝

[44] Vgl. Rübner(Fn. 19), S. 467.

[45] 参见权宁星,见前注[7],第81页。

[46] 参见李建良:“基本权利理论体系之构成及其思考层次”,载《人文及社会科学集刊》第9卷第1期,我国台湾地区“中研院”1997年版,第59页。不过,需要指出的是李建良教授并不同意此种观点。也可参见张翔:“基本权利冲突的规范结构与解决模式”,见前注[7],第96页;马岭,见前注[7],第6页;徐振东,见前注[7],第42—44页;李祥举,见前注[7],第80页;张翔:《基本权利的规范建构》,见前注[7],第299页。

[47] 参见李建良,同上注。

对自由的”〔48〕;“哪里没有法律,哪里就不能有自由,但是正如人们告诉我们的,自由并非人人爱怎么,就怎么样的那种自由。”〔49〕②可能造成保护范围外延和边界的不确定性。一旦过度扩张保护范围,主张基本权利不存在边界,则不仅基本权利保护范围可能发生严重重叠,甚至可能使法律保留失效。〔50〕③对保护范围过宽解释,结果或有悖于普通人的法感——“一种对正义理念的渴望”。〔51〕例如,将盗窃或者抢劫行为视为职业自由的行使,将杀人视为艺术自由的行使,将强奸视为个人性自主权的行使等无疑违背普通人的法感。尽管有学者认为法感系“非理性的事物”,法官不应有法感,在判决时尤其如此。〔52〕不过,“法感作为一种产生法律的要素……有着自然法原则或者事物本质的意涵。……(它)或许并不是制定法最主要的来源,但却是来源之一;(它)即使不是习惯法唯一的来源,也是习惯法最重要的来源”。〔53〕为此,我们应理性地考量法感这一非理性事物。〔54〕作为制定法或者习惯法的来源,法感有助于形成保护范围或者填补其中的宪法漏洞。④对保护范围作过宽解释,可能导致法律体系内部矛盾。发生冲突的基本权利是“合法、正当的”,这是成立基本权利冲突的前提。〔55〕设若画家甲未经许可在乙墙壁上创作,乙请求恢复原状或者赔偿,甲显然不能以艺术自由为由抗辩,尽管似乎存甲艺术自由和乙财产权的冲突,不过,由于艺术自由并不包含在他人房屋上创作的权利,故应支持乙的主张。虽然,从民法立场看,若创作所添附价值达到法定限度,或应由甲取得房屋所有权并支付对价,但不能因此认为甲行为合法,这不过是为了鼓励社会和经济价值的创造而已。采外在限制说的学者似乎倾向于将所有冲突都视为基本权利冲突,而法律的功能在于定纷止争,其总是在处理社会行为的冲突,〔56〕采过宽解释将使得基本权利冲突或者法律冲突等同,从而将之泛化为一般法律冲突,使之丧失存在价值。

综上,宪法解释的宽窄决定了基本权利保护范围外延和边界,决定了基本权利冲突的范围。尽管经由宪法解释可以厘清基本权利保护范围,进而排除虚假冲突,但在绝大多数情形下并不意味着问题已经解决,毋宁说这才是基本权利冲突问题的出发点。尽管如此,对基本权利基本权利保护范围的诠释和确认应以法学方法论的解释法则为基础,分析各该规范的文义,并探知其发展沿革、特性及体系,再斟酌社会通念与价值秩序,以作出妥善适切的界定。〔57〕

〔48〕 (英)洛克:《自然法论文集》,李季璇译,商务印书馆2014年版,第12页。

〔49〕 (英)洛克:《政府论》(下册),叶启芳、瞿菊农译,商务印书馆1964年版,第36页。

〔50〕 Vgl. Rübner(Fn. 19), S. 456.

〔51〕 吴从周:“初探法感(Rechtsgefühl)”,载《台北大学法学论丛》第92期,台北大学法律学院2013年版,第28页。

〔52〕 参见(德)亚图·考夫曼著:《法律哲学》,刘幸义等译,五南图书出版公司2000年版,第63页。

〔53〕 吴从周,见前注〔51〕,第32页。

〔54〕 参见考夫曼,见前注〔52〕,第63页。

〔55〕 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。

〔56〕 Vgl. Niklas Luhmann, *Ausdifferenzierung des Rechts*, 1999, S. 92 f.

〔57〕 参见李建良,见前注〔46〕,第60页。

## (二)依照基本权利位阶予以处理

基本权利间是否存在明确价值位阶秩序,是解决其冲突时的重要标准。<sup>[58]</sup>一者宪法作为一种价值秩序已经得到了普遍承认,二者在其内部,基本权利规范也有位阶差异,故一般认为,若有冲突,应优先保障位阶较高的基本权利。<sup>[59]</sup>至于基本权利位阶的确定,原则上遵循如下原则:①可以将基本权利类型化为一般法律保留、特别法律保留以及无法律保留基本权利。一般而言,无法律保留基本权利优于特别法律保留基本权利,而后者优于一般法律保留基本权利。②倘若发生冲突的基本权利类型相同,则应根据其与宪法最高价值关系的疏密确定其位阶。<sup>[60]</sup>这可以说是抽象解决方案。

不过,基本权利位阶对解决基本权利冲突的帮助非常有限。这是因为:①尽管基本权利位阶学说已经成为主流学说,但质疑声音仍然不少,这是因为:一者制宪者设置法律保留时遵循的并非严格的学理逻辑和价值秩序,在许多情形下毋宁是基本权利侵害的历史经验,经由法律保留的形式未必能准确确定其位阶;二者就宪法最高价值而言,理论上也有争议:1)究竟哪项基本权利是所谓核心价值,理论上和实务上并无统一见解。2)即便存在一元概念或者价值,鉴于其高度抽象性,其解释和适用也必然出现分歧。3)其他基本权利与该最高价值的关系远近如何,恐怕也无统一的判断标准,故而难以避免主观性;尽管一般而言,基本权利的核心较外沿更受保护,但高位阶基本权利的外沿较低位阶基本权利的核心,何者更应得到保障,本身也是难题。②并不存在一个公认的、涵盖绝大多数基本权利的价值序列。基本权利位阶的确定在相当程度上取决于基本权利观念。夏洛琳公主案提供了一个有趣的观察样本。其间冲突的主要是新闻自由和隐私权,德国倾向于保障新闻自由的制度性价值,欧盟则倾向于保障隐私权;换作美国则夏洛琳或许胜算更加渺茫。之所以如此,“无关乎基本权利解释,毋宁完全是基本权利观念不同造成的”。<sup>[61]</sup>故平衡两种几乎同样重要的基本权利的努力,基本上就是论辩及说服的过程。<sup>[62]</sup>③一般而言,基本权利位阶只在抽象、一般层面上对基本权利冲突有决定性作用。此时基本权利冲突主要是基本权利规范的冲突,而非具体、个别的基本权利冲突;但后者才是基本权利冲突的核心难题,就此而言,基本权利位阶未必能提供有用的解决方案。④同一位阶或者同一基本权利冲突的情形并不少见,如示威与反向示威、编辑删改记者稿件、裸泳与海滩上散步等,于此位阶理论并不能提供有效的解决方案。“宪法中的所有规范原则上具有同等地位,某一规范并不高于另一规范,毋宁在规范冲突的个案中,取向于彼此交互作用下予以解释。”<sup>[63]</sup>⑤黑塞警告,进行利益权衡时不得太过于草率与抽象,毕竟只有在利益权衡原则

[58] 参见李震山:“基本权利之冲突”,《月旦法学杂志》1999年第1期,第60页。

[59] 参见张翔:《基本权利的规范建构》,高等教育出版社2008年4月版,第153页。

[60] Vgl. v. Mutius(Fn. 16), S. 72.

[61] Dieter Grimm, Ich bin Freund der Verfassung, 2017, S. 165.

[62] 参见黄维幸:《现代法学方法新论》,三民书局2014年版,第337页。

[63] 参见张志伟:“依宪法之整合”,载《台北大学法学论丛》第101期,台北大学法律学院2017年版,第42—43页。

下始能解决基本权利的冲突问题。<sup>〔64〕</sup>为此,尽管实务中,尚可以为权衡提供证成基础,德国联邦宪法法院也常常诉诸基本权利,尤其是人性尊严原则的特殊位阶,不过,这不意味着不审查个案情形。<sup>〔65〕</sup>以解雇在企业内部谈恋爱的员工为例,冲突的是企业经营权和员工人格自由发展权。由于后者价值位阶更高,故若予抽象处理,则雇主应承担违约责任。不过,鉴于在企业内部恋爱有影响工作效率和公平、削弱企业内部控制能力、增加徇私舞弊可能性等影响企业经营权的“抽象危险”,故一般认为企业经营权较员工人格自由发展权更重要,被解雇的员工不得请求复职及要求损害赔偿。<sup>〔66〕</sup>此外,社团开除同性恋成员或有违反平等原则的嫌疑,但倘其长期鼓吹反对同性恋,则吸纳同性恋成员将给人以改变立场的印象,则原则上应支持社团的言论自由。<sup>〔67〕</sup>

当然,这并非说,基本权利位阶对基本权利冲突问题的解决已经丧失了指引功能,毋宁说在价值权衡时,其出发点仍是某种价值直觉和确信。<sup>〔68〕</sup>于此其具有法政策的功能,易言之,在权衡相互冲突的基本权利法益时,应当赋予高位阶者更多权重。

### (三)根据实践调和原则进行个案权衡

理论上和学说上,一般将实践调和原则视为解决基本权利冲突问题的既定规则;<sup>〔69〕</sup>学说史上通常将其发明归功于黑塞,《联邦德国宪法纲要》最早对之予以介绍和体系化。<sup>〔70〕</sup>不过,也有学者指出,早在1961年,瑞士理查德·鲍姆林(Richard Bäuml)的《国家、法与历史》(Staat, Recht und Geschichte)、德国彼得·莱尔歇(Peter Lerche)的《过度与宪法》(Übermaß und Verfassungsrecht)就已提出了类似概念。<sup>〔71〕</sup>实务上,依照拒绝服兵役第一案、<sup>〔72〕</sup>非教会学校案、<sup>〔73〕</sup>校园祈祷案、<sup>〔74〕</sup>法院悬挂十字架案<sup>〔75〕</sup>等一以贯之的意见,基本权利冲突应依该原则予以权衡。<sup>〔76〕</sup>

实践调和原则的内涵究竟为何?黑塞指出:“在解决问题时,应确保宪法所保障的法益均能得以实现。存在冲突时,不应采草率的利益衡量或者抽象的价值衡量,以牺牲彼基本权利为

〔64〕 参见法治斌、董保城:《宪法新论》,元照出版有限公司2014年第6版,第206页。

〔65〕 Vgl. RUFNER(Fn. 19), S. 465.

〔66〕 参见李惠宗,见前注〔3〕,第9页。

〔67〕 See Richard H. Fallon, *The Dynamic Constitution: An Introduction to American Constitutional Law and Practice*, New York: Cambridge University Press, 2013, p. 75.

〔68〕 Ibid., p. 74.

〔69〕 Vgl. Vcus Schladebach, *Praktische Konkordanz als verfassungsrechtliches Kollisionsprinzip: Eine Verteidigung*, 2014, S. 263.

〔70〕 Vgl. Schwabe, *Staatsrecht II*, Boorberg, 2014, S. 65.

〔71〕 Vgl. Schladebach(Fn. 69), S. 267—268.

〔72〕 BVerfGE 12, 145.

〔73〕 BVerfGE 41, 29.

〔74〕 BVerfGE 52, 223.

〔75〕 BVerfGE 93, 1.

〔76〕 Vgl. Susanne Sprafke, *Diskriminierungsschutz durch Kontrahierungszwang*, 2013, S. 141.

代价而实现此基本权利。毋宁宪法统一性原则规定了一项最优化任务:为双方利益划定边界,从而确保双方均能发挥最佳效力。”〔77〕易言之,必须以使所有基本权利所保护的法益均获得实现的方式加以相互协调,必须为冲突的利益分别划定界限,以便达到最适当的安排,决不可对部分基本权利作出超出必要限度或者完全剥夺保障的决定。〔78〕离婚子女探亲权案裁定指出:未获监护权的父母一方的探视权和另一方一样也受基本法第6条第2款第1项保护。该二种法律地位源于自然的亲权及由此而来的父母责任,生父母须互相尊重。有监护权一方原则上必须使子女与另一方有私人探视。如生父母对探视权行使意见不一致,法院必须作成裁判,不仅应顾及生父母双方基本权利地位,也应顾及子女幸福及其作为基本权利主体的个别性。在个案中,法院必须致力于不同基本权利的调和。〔79〕

不过,尽管实践调和原则为权衡基本权利提供了重要参考,但在个案中如何落实该原则仍属难题。〔80〕晚近,它也颇受诟病,被指为“华而不实”“口号”“咒语”“神学的空洞形式”。〔81〕为回应前述批评,释义学上也试图对之作进一步具体化。其中:

1.米夏埃尔·克勒普弗(Michael Kloepfer)将其细化为二阶层解决方案,包括抽象—一般阶层和具体—个别阶层。〔82〕作为莱尔歇的学生,他有意地避免使用实践调和这一概念。〔83〕不过,这并不能解决前述问题。①其第一阶层存在如下问题:1)所谓抽象—一般阶层的实践调和,即在基本权利保护范围阶层确定可适用的基本权利规范,这是解决所有基本权利冲突问题必经阶层,其本身有着相对独立的价值,并非实践调和特有的构成部分,故而,似乎不宜将之作为实践调和原则之一阶加以讨论。2)在某些情形下,纵使已经注意到不受损害的调和原则,但一旦作出让步,则该基本权利已经所剩无几。在堕胎案中,堕胎即意味着剥夺胎儿生命权,其生命权本质内容已荡然无存,而强迫继续怀孕则侵犯孕妇人格自由发展权。〔84〕倘若某项基本权利在抽象—一般层面有特别或绝对优先性,则必然产生排除与之冲突的基本权利的效果,此处已无调和的空间。3)理论和实务均承认,在绝大多数情形下,一项基本权利并不具有相对于其他基本权利的特别优先性或者绝对优先性,故基本权利冲突的解决很难经由抽象—一般的途径解决,而只能通过具体—个别的途径,即在个案中对规范作具体化和现实化的途径解决。〔85〕②克勒普弗所谓第二阶层与实践调和原则并无实质不同,故不能有效回应前述批评。

2.提出替代选项作为调和冲突宪法规范最重要的手段。〔86〕该方案系以拒绝服兵役案判

〔77〕 Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Auf., 1999, S. 28.

〔78〕 参见蓝宗煌:“跟踪采访之基本权利冲突研究”,高雄大学2013年硕士学位论文,第116—117页。

〔79〕 参见“关于‘对婚生子女探视权’之裁定”,李惠宗译,载我国台湾地区“最高司法机关”编:《德国联邦宪法法院裁判选集(六):宪法与私法》,台湾地区裕文实业有限公司1996年版,第254—255页。

〔80〕 参见吴信华,前注〔17〕,第223页。

〔81〕 Vgl. Schladebach(Fn. 69), S. 267—268.

〔82〕 Vgl. Kloepfer(Fn. 32), S. 96.

〔83〕 Vgl. Schladebach(Fn. 69), S. 267.

〔84〕 参见法治斌等,前注〔64〕,第206页。

〔85〕 Vgl. v. Mutius(Fn. 16), S. 74.

〔86〕 Vgl. RUFNER(Fn. 19), S. 470.

决为基础发展起来的。鲍姆林援引阿德尔伯特·波德勒希(Adalbert Podlech)观点指出,可以采卢曼所谓基本权利的功能主义解释解决良心自由和服兵役义务的冲突:倘若法律一般规定强制个人为违反其良心自由的行为,则国家有义务提供替代方案,除非没有替代方案或其对社会而言是难以承受的。<sup>[87]</sup> 根据上述原则,根据个人申请安排其服替代役或者从事军队中的非战斗任务,相当程度上可以调和前述冲突。这也适用于基本权利冲突。在耶和華见证人输血案中冲突的是宗教自由和生命权,让耶和華见证人的甲同意为其女儿乙输血显然违背了其宗教自由,不输血则可能危及乙的生命权或者健康权。此时由监护法庭代其作出输血的决定不失为一种选择,既可降低甲的宗教负罪感,也可挽救患者生命。<sup>[88]</sup>

不过,抽象而言,作为原则的基本权利应在相对于事实和法律上可能的范围内尽最大可能予以实现,应确保发生冲突的基本权利尽可能的实现,否则,将难以理解发生冲突的基本权利既没有被违背,却部分或者全部丧失效力。<sup>[89]</sup> 但就解决个案而言,基本权利规范必须具体化成具体命令(法律),最后不免出现相互排斥的情形,应如何处理,也非无疑问。学者指出,至少应以如下方式尊重被迫退让的基本权利:一不应由其单独承担所有的后果;二应该尽可能措施保护受到冲突的基本权利,只要这种措施是保护发生冲突的基本权利所允许和所必要的。安德烈亚斯·菲舍尔-莱施卡诺(Andreas Fischer-Lescano)主张经由公共讨论过程决定何者构成实践调和,由人民决定自己拟生活在何种社会关系之中。于此,调和将是一个持续的、调整冲突的调和方案的过程,而非演绎推理的结果。<sup>[90]</sup>

#### (四)引入比例原则

鉴于前述质疑,理论和学说上也主张经由比例原则对实践调和原则予以具体化。<sup>[91]</sup> 根据比例原则的要求,为保护冲突的他人的基本权利或者基本权利原则而对个人基本权利行使所作限制与其所追求目的之间的关系应合乎比例。<sup>[92]</sup> 不过,尽管引入比例原则能够强化基本权利保障,但它同时也强化了对第三人基本权利的限制,限缩第三人自治空间,故能否以及在何种范围内用之解决基本权利冲突案件非无争议。德国联邦宪法法院在梅菲斯特案判决中“反复重申,比例原则具有宪法位阶,故公权力之干预私人自由必须遵守之。本案不存在此类干预……毋宁只是一公民针对另一公民而提出的请求,即将个案中民事法律关系予以具体化。相应地,在裁判民事请求或者损害赔偿请求的基础和数额时无需考量这一要求;根据宪法,在国家—人民关系中干预个人自由领域则不然。首先应在民法层面上尽可能合乎事理地解决法律上平等权利主体间的利益冲突,而后联邦宪法法院才能审查被指摘法院判决的发行禁令是否遵守基本法第3条第1款。就本案而言,答案是肯定。法院就如下作了权衡,即,能

[87] Vgl. Richard Bäuml, Das Grundrechte der Gewissensfreiheit, VVDStRL 28, 1970, S. 21.

[88] Vgl. Rübner(Fn. 19), S. 470 f.; Böckenförde, VVDStRL 28, 1970, S. 61.

[89] 参见(德)罗伯特·阿列克西:《法:作为理性的制度化》,雷磊译,中国法制出版社2012年版,第140页。

[90] Vgl. Andreas Fischer-Lescano, Kritik der praktischen Konkordanz, KJ 41, 2012, S. 171.

[91] 就实践调和原则和比例原则的关系而言有三种不同立场:一是将二者视为各自独立的解决方案;二是认为实践调和原则包含了比例原则;三是认为比例原则包含了实践调和原则,只不过由于实践调和原则的特殊性,从而将其视为一项独立的解决方案。

[92] Rübner(Fn. 19), S. 467.

否允许小说附一‘说明性前言’后发行(有限发行禁令);并就全面或者有限发行禁令的正反理由作了充分讨论,最终决定采取全面禁令。据以作出禁令的权衡既非不合乎事理,也非是恣意的。”〔93〕

不过,德国联邦宪法法院事实上并未能贯彻前述立场。作为宪法原则,比例原则主要拘束立法机关,对立法机关未预见的类型,司法机关则有义务填补法律漏洞,此时基本权利保护功能也拘束司法机关。〔94〕故发生基本权利冲突时,为使双方得到最优处理,也可以根据比例原则对相关基本权利进行限制。联邦宪法法院在雷巴赫案中指出:“就当下关于严重犯罪行为的报道而言,公众的资讯利益一般优先于犯罪分子的一般人格权保障。不过,就不可侵犯的、最核心的生活领域而言,应当遵守比例原则;就此而言,指名道姓、照片或者类似的确定身份的做法并不总是容许的。”〔95〕在处理未成年人保护与艺术自由的冲突时,德国联邦宪法法院指出:“当艺术自由与其他具有宪法位阶的权利发生齟齬时,应当以最优化为目标而对双方进行适当的权衡。就此而言,比例原则具有特殊的意义……在确立所有之调和时,应当注意,艺术自由的行使构成对之竞争的宪法法益的行使和效力范围的限制。这要求对相互冲突的诉求进行权衡,并禁止一般性地赋予某项权利以优先性,即便是某些特定类型的规范。”〔96〕不过,倘冲突涉及基本权利核心领域则无比例原则的适用。〔97〕基本权利保障的核心内容或者本质内容,其本质为人性尊严,排除一切形式国家干预,不受比例原则权衡。〔98〕

此外,以比例原则为解决方案,不仅会进一步压缩私法自治空间,也会增加私法行为不确定性。而私法自治提供一种受法律保护的自由,使个人获得自主决定可能性,而自主决定是调整经济过程的一种高效手段。〔99〕故基于社会整体效益以及防止公权力在私人领域过度渗透的考虑,对其在基本权利冲突领域的适用仍应采相对克制立场。

### (五)基本权利行使的前置程序

加布里埃莱·布里茨(Gabriele Britz)试图在恩斯特-沃尔夫冈·博肯菲尔德(Ernst-Wolfgang Böckenförde)的基础上发展出一套程序性方案。他指出:“基本权利主体有义务采取前置程序,未能履行该义务则不得援引该基本权利。仅当基本权利主体有效地采取特定的避免基本权利冲突的措施,方可以给相冲突的基本权利造成负担的方式而行使自己的基本权利。忽略这些措施的,则自始丧失其诉诸该基本权利的权利。”〔100〕在大学动物实验案中,一生物学专业女生以良心自由为由拒绝参加动物实验,要求改采计算机模拟实验,学校以教学自由进行抗辩。德国联邦宪法法院指出,仅当该生在课程开始前向学校提出同等有效备选方案,并对可

〔93〕 BVerfGE 30, 173, Rn. 70.

〔94〕 参见李惠宗,见前注〔33〕,第13—14页。

〔95〕 BVerfGE 35, 202.

〔96〕 BVerfGE 83, 130, 143.

〔97〕 Vgl. Sprafke(Fn. 76), S. 141.

〔98〕 参见(日)芦部信喜:《制宪权》,王贵松译,中国政法大学出版社2012年版,第94—95页。

〔99〕 参见(德)迪特尔·施瓦布:《民法导论》,郑冲译,法律出版社2006年版,第143页。

〔100〕 Britz, Prozedurale Lösung von Grundrechtskollision durch Grundrechtliches Vorverfahren, Der Staat 42(2003), S. 38.

行性作了充分论证,方能主张良心自由;倘其履行了该义务,学校应作必要回应,才能主张教学自由。本案中该生显然未能履行上述义务,故不得主张良心自由。<sup>[101]</sup>与此相似,就一穆斯林女生以宗教自由为由拒绝参加男女混合游泳课而言,德国联邦宪法法院也指出,由于其未能充分证明布基尼不符合伊斯兰教着装规定,故不能主张宗教自由。<sup>[102]</sup>该方案可从两方面减轻法院裁断基本权利问题的负担:<sup>[103]</sup>其一,法院的利益衡量和基本权利主体的利益衡量存在重叠,倘基本权利主体之间能够达成一致,则可以在事实层面防止基本权利冲突问题的产生;其二,双方未能达成一致时,若有一方未能恪守程序义务以至于应排除其请求权,则法院也只需审查是否遵守了该义务即可。

但该方案仍存在如下疑问:①即便其可以在一定程度上降低实体性判断必要性,也不意味完全无需判断,在双方均或者均未履行基本权利行使的程序性义务,或者履行存在瑕疵时,尤其如此。②可能出现同一情形,不同对待的结果。以前述游泳课为例,倘学校对泳装款式作了统一要求,但不包含布基尼,则仅主张游泳课设计可能侵犯学生宗教自由,或难胜诉;同时提出以布基尼作为替代方案则可能胜诉。这一差异难谓有足够说服力,当学校处于优势地位时更是如此。③从基本权利规范结构中并不能直接推导出何时基本权利行使负有前置程序义务。相反,在绝大多数情形下,个人基本权利行使无需说明理由。在这种情形下,除非法律、判例、习惯或者惯例已作规定,并无规矩可循。但即便承认从基本权利规范结构中可推导出此类义务,也不能直接予以适用,否则,或掏空基本权利的规范内涵。于此应注意法律规范和基本权利规范间的交互作用。④何者负有基本权利行使的前置程序义务?这是解决基本权利冲突的关键问题,它决定了何人应为基本权利的行使承担论证责任。法谚有云,“证明责任之所在,败诉风险之所归”。一旦遭遇诉讼,负有前置程序义务将处于不利地位。

#### (六)通过立法预先设定解决方案

就基本权利冲突而言,也应关注立法论解决方案,其发挥着重要作用——立法机关享有第一位的形成权,其任务是以自由的立法解决基本权利冲突。这是因为:在绝大多数情形下,宪法并未给出基本权利冲突的具体解决方案,而是委任有权国家机关确定具体情形下基本权利行使的边界,只要经由普遍适用的抽象规范对解决基本权利冲突而言是可行的,则立法者应对相互冲突的权利进行调整,并作出妥善的权衡。<sup>[104]</sup>此外,现实生活中私人基本权利冲突情况常由立法者透过立法予以解决,诸多法律固系基于公益目的而设,但其背后所彰显的即系对于私人间基本权利冲突价值衡量的结果。<sup>[105]</sup>通过立法预先设定解决方案主要有两种途径:既可由立法形成基本权利保护范围,排除虚假冲突,也可以立法预先为基本权利冲突设定解决方案。

相较而言,我国处于理论学习和移植状态,具有后发优势,对基本权利冲突的解决办法可以有更全面的了解和把握,同时由于法律合宪性审查制度和实践的阙如,故更多寄希望于立法

[101] 1 BvR 1834/97, Rn. 11.

[102] 1 BvR 3237/13, Rn. 30.

[103] Vgl. Britz(Fn. 100), S. 38.

[104] Vgl. Rübner(Fn. 19), S. 472; Britz(Fn. 100), S. 35—36.

[105] 参见吴信华,见前注[17],第223页。

能对包括基本权利冲突在内的宪法问题予以充分考量,从源头上防止此类争议。因此,故多数学者对此种方案都予以高度关注。不过,有学者认为,刑法领域许多条文和制度都是对基本权利冲突的协调,<sup>[106]</sup>恐怕不无商榷余地,尽管刑法中重婚罪、紧急避险、毁谤罪等在一定意义上涉及基本权利冲突;自诉、刑事附带民事诉讼、将被害人作为刑事诉讼当事人或者刑事和解或多或少也体现了被害人主体地位这是因为:①作为公法,刑法和刑事诉讼法主要调整乃是国家与作为加害人的个人的关系,而非加害人与被害人关系。在典型的刑事法律关系中,被害人通常不具有独立地位,甚或只是被当成某种事实,并不存在基本权利冲突意义上的三方关系。②若认为刑法中存在基本权利冲突,势必要求将犯罪行为评价为个人权利和自由的合法行使,不仅有悖法感,也与犯罪概念的通常理解迥异。③此种情形涉及的并非基本权利冲突,刑法只是对基本权利保护范围作了界定。否则,势必会发生能否以基本权利冲突为由而对刑法规范的内容作出调整或者对其中的漏洞进行填补,从而存在突破罪刑法定原则和法不溯及既往原则的可能性。

此外,马岭认为,宪法实施主要依赖立法机关,宪法权利的实现首先需要立法机关的具体化、法律化,故个人不可能直接行使基本权利,其行使的只能是经由立法具体化了的法律权利,也就不存在基本权利冲突。<sup>[107]</sup>然而,委由立法预先设定解决方案控制和引导基本权利冲突,并不是说立法机关有不受控制的形成权。这是因为:①将基本权利冲突委由立法机关形成,或使立法者产生错误认识,将基本权利冲突等同于法律冲突,将基本权利规范等同于其具体化后的法律规范,以致不能认真对待基本权利拘束,发生将基本权利问题变成制定法解释问题的危险。<sup>[108]</sup>而基本权利本身若不能为立法提供解决基本权利冲突的标准和基准,则将丧失存在意义。<sup>[109]</sup>为此,应区分基本权利形成与限制。尽管财产权、婚姻自由和受教育权等基本权利的内涵有待立法形成,但作为先于国家存在的权利,绝大多数基本权利的内涵不仅无需诉诸法律形成,宪法也只是加以确认而已;即便形式意义的法律未对基本权利予以保障,也可经由习惯予以形成,何况理论与实务还承认未列举权利?一般而言,宪法不会对基本权利课加直接限制,其限制须由立法、行政和司法予以具体化。而对个人而言,除非已经形成约定俗成的习惯或者惯例,否则法无禁止即为自由。以摄影为例,拍摄街景或者风景,即便涉及他人肖像权,一般不需要事先获得许可;但在天体浴场,原则上应事先获得许可。②要求立法事先对所有可能的的基本权利冲突作出周全考虑、给出解决方案,为个人自由权提供无漏洞的法律保护,可能面临如下问题:一则由于本身智识有限或情势变更,立法机关难以作出周全的前瞻性规定。况且囿于立法资源的限制,也不可能事无巨细均予规定,而对立法的过度需求或令立法机关不堪重负,造成立法赤字;二则也可能令人无所适从,以至于适法和守法都变得更加困难。③即便法律预先作了处理,也可能出错,或者虽然一开始是妥当的,随着时间推移而变得不当,特别是基于个人道德判断而认定法与不法的情形,如通奸、鸡奸、卖淫、改宗等,更是如此。设若在未作

[106] 参见张翔:《基本权利的规范建构》,见前注[7],第296—297页。

[107] 参见马岭,见前注[7],第4、5页。

[108] Vgl. Stern(Fn. 11), S. 611.

[109] Vgl. Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 1985, S. 315.

约定的情形下,甲发现乙在向其租赁的房屋中卖淫,随之通知乙解除房屋租赁合同并要求支付违约金。在一般法律框架内,由于自身的行为违法,乙很难提出抗辩。不过,在宪法层面上,能否将卖淫行为完全排除在基本权利保护范围外并非没有疑问——若卖淫行为可落入性自主权、职业自由或者一般行为自由的保护范围内,则甲的契约自由权与乙的性自主权、职业自由或者一般行为自由存在冲突,乙或可要求甲继续履行合同或者支付违约金。<sup>[110]</sup> ④强调以立法解决基本权利冲突问题,容易夸大立法机关的作用,忽略宪法解释价值。但就解决基本权利冲突而言,不仅要关注解释论解决方案,也要关注立法论解决方案。此外,它也强调基本权利和法律之间的交互作用:一方面基本权利冲突藉由立法得以具体化和解决,另一方面基本权利也构成了法律具体化的边界。要求适宪者目光在基本权利规范和制定法规范之间往返流转。

### (七)小结

如前所述,鉴于基本权利冲突在不同阶层中都可能存在独立意义,兼具规范和事实双重属性,有必要作综合考量,确定一通盘解决方案。而随着基本权利保护观念的发展,为防止过早否定基本权利保护,基本权利审查重心已逐渐后移:一方面,尽管这在相当程度上弱化了基本权利冲突在其他阶层或者子阶层的意义,不过,经由解释厘清基本权利保障范围明确基本权利的保护范围,排除虚假基本权利冲突,以及经由立法预先设定解决方案和基本权利行使的前置程序等预防和减少基本权利冲突争议仍具有重要价值。另一方面,这要求突出基本权利冲突作为狭义比例原则审查中法益衡量要素的地位,强调采用实践调和原则进和比例原则,在适当考量基本权利位阶的意义的前提下,对个案相互冲突的基本权利作出充分权衡,确保所有基本权利均能得到最优的实现。

## 五、结 论

正如博肯菲尔德批评指出的,基本权利释义学轮廓变得日益不清晰,<sup>[111]</sup>这在一定程度上是基本权利所调整的国家生活的复杂性和多样性造成的。与之相似,基本权利冲突在自由权侵害三阶层审查框架之下之所以具有多重地位,兼具规范和事实的属性,不仅作用于基本权利规范的解释,也作用于个案中基本权利法益的衡量,为此,很难期待只在某一阶层内单独地解决基本权利冲突问题。这也意味着,单一的解决方案,经由解释明确基本权利保护范围、依照基本权利位阶予以处理、根据实践调和原则进行个案权衡、引入比例原则、基本权利行使的前置程序、通过立法预先设定解决方案中的任何一个方案都难以有效解决基本权利冲突问题,何况这些方案本身也都存不足,为此,有必要作综合的考量,确定一通盘的解决方案,即除关注解释论解决方案外,也应关注立法论解决方案。

此外,基本权利冲突与竞合具有相似性,对宪法学发展也提出了相似要求,如厘清基本权利的保护范围、形成和完善基本权利价值体系以及个案的实践调和等。<sup>[112]</sup> 不过,应警惕的

[110] 参见施瓦布,见前注[99],第492—493页。

[111] Vgl. Böckenförde(Fn. 36), S. 230.

[112] 参见柳建龙,见前注[18],第33—49页。

是,晚近随着对合宪性解释、基本权利第三人效力、基本权利保护义务、比例原则等问题研究的深入,越来越多的人强调将某些宪法原理应用于私法领域。尽管这提升了基本权利保护力度,但也增加了国家介入私人生活的可能性,使国家和社会的区隔日益模糊,基本权利侵害风险随之升高。基本权利冲突既然涉及不同的基本权利主体,则主要系私人间的关系,而非国家对私人的侵害,因此尚不能以国家侵害私人基本权利的体系对之进行思考和判断。<sup>〔113〕</sup> 国家—社会的区隔是自由获得保障的重要前提之一。公法的使用程度在一定程度上突显了法律制度本身的性质,“越多地把社会义务的监督托付给公权组织,整个法律架构就越接近集权国家的形象,在这种国家中,个人的行为总是被‘从上面’予以监控和引导。相反,越多地把社会义务的实现交给民法并由此交付给私人的主动行为,法律制度的自由成分也就越多。”<sup>〔114〕</sup> 故不宜过度扩充基本权利冲突的适用范围,比例原则在该领域的适用应较在国家—人民关系领域有所松动,毕竟较之公权力行为而言,基本权利行使并不要求符合严格的目的理性。

**Abstract:** Due to the sociality of human livings, the scarcity of resources, the diversity of values, the generality and imperfectness of the legal norms and so on, it is inevitable to have collisions among the individual fundamental rights. Such collision not only plays various and important roles in the three-tiers framework of infringement of liberties and freedoms scrutiny, but also is a combination of norms and facts; therefore, it could not be expected to resolve such collisions within a single-tier approach. Besides, the approaches themselves are imperfect. As a result, in order to resolve the collision, it is necessary to resort to the approaches of interpretation, such as the definition of the scope and hierarchy of fundamental rights, the application of the principle of practical concordance, the individualized consideration, the incorporation of proportionality, the pre-procedure of exercise the fundamental rights, and it is also necessary to pay attention to the legislation prescribing the resolution of such collision.

**Key Words:** Collision of Fundamental Rights; Principle of Practical Concordance; Individualized Consideration

(责任编辑:彭 鐸)

〔113〕 参见吴信华,见前注〔17〕,第222页。

〔114〕 参见施瓦布,见前注〔99〕,第69—70页。