

论基本权利冲突结构的范围限定

李海平*

摘要:既有的基本权利冲突理论将基本权利冲突设定为“私主体—国家—私主体”三元结构,存在基本权利冲突与民事权利冲突混淆难分、基本权利冲突与民事侵权模糊不清、基本权利冲突解决方法勉强而为的困境。根据“国家保障基本权利”一般规范的本质,结合不同类别基本权利条款的具体规定,基本权利冲突结构应从“私主体—国家—私主体”结构限缩至“私主体—国家—私权力主体”结构,分为效力型和介入型两种冲突结构类型。伴随基本权利冲突结构的范围限定,基本权利冲突的理论基础和解决方法也须相应调整。在理论上,须厘清基本权利保护义务与私人间效力的关系,确定两者的并列关系属性;在冲突解决方法上,权利位阶方法宜调整为权力位阶方法,并对效力型冲突与介入型冲突的解决方法加以区分。

关键词:基本权利冲突 私权力 基本权利私人间效力 基本权利保护义务

受法理学界和民法学界关于权利冲突争论的影响,我国宪法学界在 21 世纪初期围绕基本权利冲突问题展开了一场学术争鸣。^①此后,关于基本权利冲突的研究一度陷入冷清。近年来,随着合宪性审查工作的深入推进,基本权利冲突再次成为宪法学研究的热点,新一轮学术争鸣再度兴起。^②20 余年来,宪法学界关于基本权利冲突的讨论呈现出不同于法理学界、民法学界的显著特征。这集中体现在基本权利冲突结构的界定上。不同于法理学界和民法学界侧重在权利主体双方关系中探讨权利冲突,宪法学界关于基本权利冲突的讨论系在“私主体—国家—私主体”

* 吉林大学法学院教授

基金项目:教育部哲学社会科学研究重大专项项目(2023JZDZ014)

① 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;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;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;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。

② 参见柳建龙:《论基本权利冲突》,《中外法学》2021 年第 6 期;王锴:《基本权利冲突及其解决思路》,《法学研究》2021 年第 6 期;范进学、马冲冲:《基本权利冲突命题的追问与反思》,《法学杂志》2023 年第 2 期。

三元结构中进行。同时,宪法学界关于基本权利冲突的讨论强调国家的作用,对三元结构中的私主体范围关注较少,更鲜有对其加以限定。总体而言,既有的基本权利冲突理论是无范围限定的“私主体—国家—私主体”三元结构理论。

在法理学上,关于权利冲突的研究是在较为抽象的意义上讨论私主体双方的权利关系的,不限定主体范围具有一定的合理性;民法是调整平等主体之间社会关系的规范统称,民法学界关于权利冲突的讨论忽略私主体范围也在情理之中。宪法学界关于基本权利冲突的讨论固然必须在“私主体—国家—私主体”三元结构中进行,但不限定私主体范围是否妥当?如果有必要对基本权利冲突的私主体范围加以限定,那么应如何限定?因私主体范围限定而导致的基本权利冲突结构变化会产生何种理论效应?这些与基本权利冲突结构密切相关的问题是基本权利冲突研究的基础,关乎基本权利冲突的底层逻辑,影响基本权利冲突解决规则的理论建构和实践运用,需要得到认真对待和深入研究。本文聚焦于基本权利冲突结构主题,在揭示“私主体—国家—私主体”这一无范围限定的基本权利冲突结构困境的基础上,对限定私主体范围的依据、内容及由此形成的基本权利冲突结构类型进行论证,并阐述基本权利冲突结构范围限定的理论效应。

一、无范围限定的基本权利冲突结构的困境

“私主体—国家—私主体”三元结构的基本权利冲突理论,为明晰基本权利冲突的规范内涵、厘清冲突解决思路、建构解决规则奠定了基础。但是,无私主体范围限定的三元结构在基本权利冲突的识别、权利冲突与侵权的边界划定、冲突解决方案的推导等方面存在诸多困境。

(一)基本权利冲突与民事权利冲突的混淆难分

作为权利冲突的一种形态,基本权利冲突既符合权利冲突的一般特征,又具有自身的特殊之处。揭示基本权利冲突的独特性,尤其是将基本权利冲突与民事权利冲突作出区分,是基本权利冲突理论建构的一项基本要求。这不仅仅是由于基本权利冲突在性质上不同于民事权利冲突,更为重要的是两者的解决方法也存在根本的区别。作为平等主体之间的权利冲突形式,民事权利冲突的解决总体上应当恪守民法的自由平等理念,强调对冲突双方利益保护的平等性,即使一方私主体向另一方让步,作出让步的私主体也会获得来自另一方私主体的补偿。^①基本权利冲突则不同,除少数情形下可以适用由第三方代为履行义务的实践调和原则而不会导致任何一方权利克减外,基本权利冲突的解决总体上坚守限制一方、保护另一方的倾斜保护理念,作出让步的一方并不会因权利受到克减而获得补偿。民事权利冲突与基本权利冲突的混同会使本应获得平等保护的私主体被实施倾斜保护,导致一方私主体的权益被以基本权利冲突的名义侵害。

那么,无范围限定的“私主体—国家—私主体”基本权利冲突结构理论能否实现基本权利冲突与民事权利冲突的区分?回答这一问题,需要从无范围限定基本权利冲突结构理论的微观形态谈起。根据对冲突主体的界定差异,无范围限定的基本权利冲突结构理论分为“私主体冲突论”和“私主体与国家冲突论”两种类型。持“私主体冲突论”者认为,基本权利冲突是“基本权利主体之间的相互主张……因此,基本权利的冲突必然要求国家的介入”。^②持“私主体与国家冲

^① 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。

^② 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。

突论”者认为,“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”,^①这种理论强调国家对基本权利冲突的构成要件作用。这两种基本权利冲突结构理论都不同程度地存在基本权利冲突与民事权利冲突难以区分的困境。

所谓冲突,是指互相争执、矛盾的状态。作为权利冲突的不同形态,基本权利冲突与民事权利冲突的共同之处是权利之间的对峙和僵持,不同之处在于形成冲突的权利性质差异。区分基本权利冲突与民事权利冲突的前提是对基本权利与民事权利加以区分。通常而言,双方私主体之间的权利关系是民事权利关系而非基本权利关系,当持“私主体冲突论”者将双方私主体之间的权利冲突归结为基本权利冲突时,明显具有将基本权利与民事权利、基本权利冲突与民事权利冲突相混同的倾向。从权利名称上看,有些基本权利与民事权利的名称相同,如人身自由权、财产权、人格权等。然而,基本权利与民事权利具有本质差异,即使是相同名称的权利也存在根本性区别。(1)两者调整的社会关系不同。《中华人民共和国宪法》(以下简称《宪法》)第33条第3款规定的“国家尊重和保障人权”作为概括性条款,其所规定的义务主体和义务形态辐射于所有具体基本权利条款之中。在义务主体上,宪法明确了基本权利的约束对象是国家权力,确立了国家尊重和保障人权的义务。据此,基本权利在调整对象上系公民与国家间关系的一般原则得到确定。而根据《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)第2条关于“民法调整平等主体的自然人、法人和非法人组织之间的人身关系和财产关系”的规定,民事权利调整处于平等地位的自然人、法人和非法人组织之间的关系,与基本权利调整的社会关系明显不同。(2)两者调整的理念不同。国家是由公民组成的政治共同体,人民主权原则是《宪法》的基本原则。由此,基本权利调整的国家与公民间关系具有服务与被服务、管理与被管理的属性。这决定了基本权利的调整理念具有倾斜性,强调对基本权利的保护和对国家权力的约束。而民事权利调整处于平等地位的私主体之间的关系,不具有“主仆”关系或者“目的—手段”关系属性,这决定了民事权利的调整理念具有对等性,强调双方私主体关系的平等。上述区别说明基本权利与民事权利是两种性质截然不同的权利,基本权利冲突与民事权利冲突是两种截然不同的权利冲突。在不限定私人范围的情形下,若将基本权利冲突看作两个私主体的基本权利冲突,则基本权利与民事权利的区分会变得模糊不清,基本权利冲突与民事权利冲突也基本处于混同状态。

与持“私主体冲突论”者混同基本权利冲突与民事权利冲突的明显倾向不同,持“私主体与国家冲突论”者对基本权利冲突与民事权利冲突的混同较为隐蔽。持“私主体与国家冲突论”者明确反对“基本权利冲突与民事权利冲突的混淆”,^②并以国家是否出场作为两者区分的主要标准。基本权利冲突主要是一方私主体基于基本权利要求国家作出(不作)某种行为,与另一方私主体基于基本权利要求国家不作(作)某种行为之间的冲突。^③从形式上看,在“私主体与国家冲突论”的“私主体—国家—私主体”结构中,作为基本权利主体的双方私主体之间没有直接关联,直接关联只存在于双方私主体与国家之间。这看上去完全符合基本权利约束国家的传统理论,也将基本权利与民事权利作出了区分。然而,这种区分具有表面性。当将基本权利冲突的形成归结为国家保护义务时,不可避免地受到为何会产生国家保护义务以及基本权利何以约束私人的

① 王锴:《基本权利冲突及其解决思路》,《法学研究》2021年第6期。

② 王锴:《基本权利冲突及其解决思路》,《法学研究》2021年第6期。

③ 参见王锴:《基本权利冲突及其解决思路》,《法学研究》2021年第6期。

追问。因为,“经国家转介形成的水平效力会造成直接的水平效力”,^①国家保护义务的履行最终会导致一方私主体的基本权利对其他私主体的约束。持“私主体与国家冲突论”者对此的解释是,“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”,国家的基本权利保护义务可理解为“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”的义务。^②

借助于法益的概念,私主体与国家冲突论在形式上实现了对基本权利与民事权利、基本权利冲突与民事权利冲突的区分,但并非完全令人信服。因为一旦用法益概念代替权利概念,权利就不再受其所调整的社会关系范围的约束,处于三元结构中的私主体权利就具有了双重“面孔”——当面对另一方私主体时属于民事权利,当面对国家时属于基本权利。这种对民事权利与基本权利的区分看上去天衣无缝,但问题在于,基本权利所保护之法益与民事权利所保护之法益相同的说法并不当然成立。(1)从权利类型上看,民事权利与基本权利既具有重合的部分,也有各自独有的内容。基本权利包括自由权和社会权等权利类型,民事权利则主要是自由权,社会权并非民事权利的内容。在宪法上可能会产生社会权与自由权的冲突,但在民法上出现社会权与自由权冲突的可能性几近为零。由此可知,将国家的基本权利保护义务理解为“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”在解释力方面具有局限性,并不能解释所有的基本权利冲突现象。(2)仅就两者所共有的自由权而言,由于两者调整的关系有别,尤其在权利保护理念上存在对等保护与倾斜保护的差异,因此两者所保护的法益并不相同。从保护权利到保护法益的转化,实际上是一个对权利进行抽象的过程。这种从基本权利到法益的抽象与将基本权利抽象为价值的逻辑可谓殊途同归。权利是一个包含关系要素、利益要素、理念要素等丰富内涵的概念。“权利是关系,不是物品,它们被建制性地认定为明确规定人们在相互关系中能够做什么的规则”,^③将基本权利和民事权利抽象为法益或者普遍价值实质上抽空了权利的关系要素和理念要素,只保留了利益要素,具有将权利异化为物品的嫌疑。权利的关系要素不宜被过度抽象,权利的理念要素更应保留。否则,基本权利作为法益就会成为抹平民事权利与基本权利差异的借口。私主体与国家冲突论并没有真正实现区分民事权利冲突与基本权利冲突的初衷,最终会混同民事权利冲突与基本权利冲突。

(二)基本权利冲突与民事侵权的界限不清

权利冲突与侵权具有本质上的区别。在合法性方面,基本权利冲突是在双方均有宪法依据的情况下,“因正当行使权利而陷入对峙与僵局,冲突双方均没有突破各自的内在权利界限,更没有外在地侵入对方的权利范围”。^④双方私主体的行为一旦构成基本权利冲突,就意味着冲突双方的基本权利应在宪法层面加以保护,意味着国家对私人关系的干预和一方权利人的让步,实施致害行为的当事人不承担侵权责任。侵权则是一种缺乏权利基础的违法行为。一旦构成侵权,就意味着致害人须承担法律责任。在可归责性方面,基本权利冲突通常不考虑当事人主观上是否具有过错,即使致害人对实施的致害行为具有主观上的故意,也仍然受基本权利保护。在法

^① Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Right*, Translated by Julian Rivers, Oxford University Press, 2002, p.362.

^② 参见王锴:《基本权利冲突及其解决思路》,《法学研究》2021年第6期。

^③ Iris Marion Young, *Justice and the Politics of Difference*, Princeton University Press, 1990, p.25.

^④ 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。

律后果方面,基本权利冲突的后果是一方权利人对另一方权利人的容忍,而侵权则会导致侵权责任的后果发生。划定基本权利冲突与民事侵权的边界是基本权利冲突理论中至为关键的内容。

与将基本权利冲突和民事权利冲突混同的明显倾向类似,私主体冲突论也会导致基本权利冲突与民事侵权界限不清。私主体冲突论不限定“私主体—国家—私主体”三元结构中私主体的范围且将基本权利冲突视为私主体权利的冲突,使得所有类型的私主体间利益冲突均有纳入基本权利冲突的可能性。以“纽约时报诉沙利文案”^①为例,纽约时报评论的对象为作为公众人物的沙利文,具有纳入表达自由和名誉权冲突的基本权利冲突的正当性;在不限定私主体范围的情形下,即使评论的对象是非公众人物的普通私人,也可以纳入基本权利冲突。而对普通私人作出评论导致的名誉受损与对公众人物作出评论导致的名誉受损,在性质上存在根本不同,前者会构成对被评论者的侵权,并承担侵权责任;后者则可纳入基本权利冲突,被评论者的名誉权受到减损,并对他人的评论承担一定的容忍义务。

相较于“私主体冲突论”而言,“私主体与国家冲突论”对基本权利冲突与民事侵权的界限问题高度警惕,不仅明确提出基本权利冲突与民事侵权的区分问题,还强调基本权利保护范围和国家保护义务启动要件在基本权利冲突认定中的重要意义。^②这相当于为防止将民事侵权纳入基本权利冲突设置了两道防线。但是,由于未划定私主体范围,这两道防线均难以实现划清基本权利冲突与民事侵权界限的目标。就第一道防线而言,纳入基本权利保护范围虽然并不一定完全排除侵权行为,但是意味着对被纳入者实施了倾斜保护,这为将民事侵权纳入基本权利冲突提供了可能。在保护范围问题上,持“私主体与国家冲突论”者强调通过法律解释明确保护范围,而解释的对象是私主体的行为,并不考量私主体范围。于是不同私主体实施的同一行为就可能被纳入基本权利保护范围,这就为将侵权行为纳入基本权利保护范围并作为基本权利冲突留下了“口子”。就第二道防线而言,国家保护义务的启动要件涵盖了民事侵权的要件,使得将民事侵权纳入基本权利冲突具备了正当性。在持“私主体与国家冲突论”者看来,国家保护义务的产生是基本权利冲突的构成要素。而在国家保护义务的私人干预、法益受损危险、法益受损危险可归责性这3个启动要件中,^③“来自私人的干预”要件并未明确实施干预行为的“私人”的具体范围,而没有私主体范围限定的国家保护义务,存在将民事侵权纳入基本权利冲突的可能性。

(三)基本权利冲突解决方法的勉强而为

基本权利冲突解决规则与基本权利冲突结构密切相关,前者是后者的自然延伸。无范围限定的基本权利冲突结构面临的困境不可避免地会传导到冲突解决领域,使冲突解决陷入“难以令人满意”和“勉强而为”^④的困境之中。这在权利位阶方法中体现得尤为典型。

基本权利冲突是基本权利相互对峙、彼此矛盾的状态。基本权利冲突的解决通常需要一方主体作出让步,无须任何一方让步便可解决基本权利冲突是例外而非常态。由于无私主体范围的限定,因此从私主体视角提出解决基本权利冲突的让步方案就丧失了可能性,而从产生冲突的基本权利入手确立让步方案就成了必然选择。于是,权利位阶冲突解决方法应运而生。通常的

^① See *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U. S. 254(1964).

^② 参见王锴:《基本权利冲突及其解决思路》,《法学研究》2021年第6期。

^③ 参见王锴:《基本权利冲突及其解决思路》,《法学研究》2021年第6期。

^④ 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。

做法是:根据基本权利限制程度来确定权利位阶,无法律保留基本权利的位阶高于有法律保留基本权利的位阶;当无法律保留的基本权利与有法律保留的基本权利发生冲突时,优先保护无法律保留的基本权利。学者对这一方法虽有疑虑,但总体上肯定这一方法的指引作用。^①

客观而论,基本权利的位阶性在一定范围内是存在的。在基本权利体系中,自由权具有与生俱来的属性,社会权则是依赖他者的援助才能实现的权利,具有一定的附属性;自由权的位阶高于社会权的位阶,是社会基本结构正义的要求。^②然而,大量的基本权利冲突发生在自由权与社会权的内部。此时,除了生命权等个别权利外很难说哪种自由权高于其他自由权,或者哪种社会权高于其他社会权。权利位阶作为基本权利冲突解决方法的说服力有些不足。

第一,“权利位阶说”缺乏宪法依据。根据宪法规定,人格尊严权和言论、出版、结社等精神性权利属于无法律保留的基本权利,而选举权、人身自由权、住宅安全权、私有财产权、通信自由权等属于有法律保留的基本权利。宪法对基本权利是否进行法律保留虽有规定,但并没有规定无法律保留基本权利的位阶高于有法律保留基本权利的位阶。根据是否具有法律保留来确定基本权利位阶并以此化解权利冲突,具有违宪嫌疑。

第二,“权利位阶说”缺乏理论依据。如果说基本权利是由宪法确认和保障的人作为人所必不可少的权利,那么无论是有法律保留的基本权利还是无法律保留的基本权利,都是对人作为人的基本规定性的宪法表达,具有同等重要性。这一原理至少在自由权内部或者社会权内部具有适用性。例如,表达自由是宪法规定的无法律保留的基本权利,通信自由是宪法规定的加重保留的基本权利,但是我们很难据此得出结论——表达自由的位阶高于通信自由的位阶。

第三,“权利位阶说”误解了宪法区分有法律保留与无法律保留的意义。宪法之所以区分有法律保留与无法律保留的基本权利,主要是因为基本权利产生的社会影响有所差异。人是一种社会性存在,人与人之间发生着各种形式的社会联系。除少数精神性权利外,大多数基本权利都具有一定外部性,权利的行使不可避免地会对社会产生影响,因而大多数权利都需要受到限制。相对而言,精神性权利的行使方式相对简单,对社会的影响相对较小,故无须授权法律对其限制。而非精神性权利的行使方式较为多样,对社会的影响相对较大,需要法律对其作出限制。这是宪法对精神性权利较少规定法律保留而对非精神性权利较多作出法律保留规定的主要原因。就此而言,有法律保留的基本权利与无法律保留的基本权利的区分,主要与基本权利的行使方式和社会影响强度有关,而与权利的位阶和重要性并无必然联系。

第四,“权利位阶说”的实践解释力较弱。基本权利冲突中存在大量的位阶理论没有涉及的领域。在实践中产生冲突的往往是无法律保留基本权利之间的冲突,如表达自由权与名誉权等人格权之间、文化自由权与隐私权等人格权之间的冲突。即使权利位阶理论能够成立,其对这些类型的基本权利冲突的解决也无能为力。

权利位阶方法的困境只是基本权利冲突解决方法困境的一个缩影。除了这一方法外,其他方法也存在类似问题。(1)个案价值衡量并非解决问题的良方。为了弥补权利位阶方法的不足,

^① 参见柳建龙:《论基本权利冲突》,《中外法学》2021年第6期;王锴:《基本权利冲突及其解决思路》,《法学研究》2021年第6期。

^② 参见[美]约翰·罗尔斯:《正义论》,何怀宏、何包钢、廖申白译,中国社会科学出版社1988年版,第528~534页。

有学者提出了个案价值衡量的补救方案,认为“权利位阶是存在的,但并没有形成可认识的确定性的位阶秩序整体,为此,要解决现实中广泛存在的权利冲突,不得不需要就个案进行具体的价值衡量”。^①然而,由于没有确定的衡量规则,因此个案价值衡量难免会陷入主观任意,“它以作为解放思想的隐喻开始而以奴役的思想告终……它给出了答案,却无法令人信服”,因此“寻找新的隐喻”来替代个案价值衡量成了必然出路。^②(2)双重比例原则审查难以普遍适用。进行禁止过度和禁止保护不足的比例原则双重审查是学术界较认同的另一个基本权利冲突解决方法,然而,这一方法是否具有普遍适用性是存疑的。其对需要通过立法解决的社会权与自由权冲突或许尚可适用,但对部分自由权与自由权之间的冲突并不当然适用。被称为“具有基础性意义”的“德国吕特案”,^③从判决书有关“目的与手段的比例关系……先审查言论的动机、目的,再审查诉愿人追求目的是否逾越必要界限”^④的论证来看,这一裁判使用了禁止过度意义上的比例原则,而没有用到禁止保护不足意义上的比例原则。(3)实践调和方法难以作为基本权利冲突解决的一般方法。与权利位阶方法借助权利位阶决定何者让步不同,“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”。^⑤“对于受到宪法保护的法益,必须按照使所有法益都能够得以实践的原则来对其进行配置”,^⑥是实践调和方法的基本要求。这一权利冲突解决方案听上去令人神往,但在具体实践中难以落实。无须任何一方作出让步就可以化解基本权利冲突,除了在少数特殊情况下具有适用空间外,在多数情况下难以适用。尽管有些夸张,称其为“理想中的方法”“仅具有有限的适用性”却在情理之中。上述困境表明,无范围限定的基本权利冲突规范结构理论并非妥当的理论,基本权利冲突规范结构理论的建构需要另寻出路。

二、基本权利冲突结构范围限定的理论构造

通常而言,私主体之间的权利冲突是民事权利冲突而非基本权利冲突;私主体之间之所以产生基本权利冲突,很大程度上是因为私主体之间因实力的差距悬殊而形成的实质性不平等,以及由此导致的国家对私人关系的干预。如果不存在私主体之间的实质不平等和国家的干预,那么私主体之间只可能产生民事权利冲突,而不可能产生基本权利冲突。因此,基本权利冲突在本质上是国家干预私人关系的范围划定问题。既有基本权利冲突理论忽略私主体范围限定,一定程度上偏离了基本权利冲突的本质,陷入困境是其必然结果。从私主体范围限定入手厘清权利冲突结构,是基本权利冲突结构理论建构的妥当路径。

(一)基本权利冲突结构范围限定的依据

基本权利冲突与国家履行基本权利保护义务密切相关,而国家履行基本权利保护义务的基

^① 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。

^② See T. Alexander Aleinikoff, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, 96 *Yale Law Journal*, 1005(1987).

^③ 参见[德]伯恩·魏德士:《法理学》,丁晓春、吴越译,法律出版社2013年版,第321页。

^④ BVerfGE 7, 198(212, 215).

^⑤ 王锴:《基本权利冲突及其解决思路》,《法学研究》2021年第6期。

^⑥ [德]康拉德·黑塞:《联邦德国宪法纲要》,李辉译,商务印书馆2007年版,第50页。

本依据是《宪法》第33条第3款“国家尊重和保障人权”之规定,由此,《宪法》第33条第3款可被视为基本权利冲突得以成立的规范基础。

一方面,《宪法》第33条第3款确立了国家对人权的尊重义务和保障义务,为国家通过积极作为保障人权提供了依据,其中就包括国家通过干预私人关系来保障人权的内容。尊重在语义上指“尊敬、敬重”,^①是一个表征双方关系的概念,因此国家的基本权利尊重义务存在于国家与私主体的二元关系之中。保障是指“保护,使不受侵犯和破坏”,^②“必然涉及三方的关系”,^③蕴涵着国家干预私人关系的含义,存在于“国家—私主体—私主体”三元关系之中。基本权利保护义务包含着国家干预私人关系的规范内容。国家干预私人关系与基本权利冲突相伴而生,而国家干预私人关系的结构形式就是“私主体—国家—私主体”三元结构。另一方面,《宪法》第33条第3款位于《宪法》“公民的基本权利和义务”章的第1条之中,具有统领所有具体基本权利条款的属性。这意味着尽管并非所有具体权利条款都明确使用国家“尊重和保障”基本权利的表述,但作为概括性条款统领下的具体基本权利条款不仅包含“国家尊重基本权利”和“国家保障基本权利”的规范内容,而且包含国家的基本权利尊重义务和保障义务。就此而言,“私主体—国家—私主体”的基本权利冲突结构总体上可以成立。这是无范围限定的基本权利冲突结构理论的合理之处。

但是,对“国家保障基本权利”规范内涵的理解不能仅停留于上述内容,对基本权利冲突结构的认识若仅限于“私主体—国家—私主体”结构也远远不够。需要进一步探究“基本权利保障”的深层规范内涵和本质,以及其是否构成影响“私主体—国家—私主体”结构中私人关系范围的因素。“所有权利都是权利主体之间的关系……不论出于何种原因,只要不存在关系,就不存在权利。”^④对“基本权利”“基本权利保障”的理解,不宜脱离特定的关系。基本权利所蕴含的法益或价值,只能是特定关系中的法益或价值,而非脱离基本权利关系的抽象法益或价值。基本权利是调整公民与国家之间关系的权利,而公民与国家之间处于被管理与管理、被服务与服务的权力关系之中。正是出于这一原因,基本权利关系才是一种倾斜保护关系。在“公民—国家”的二元关系中,基本权利关系的倾斜保护体现为公民的权利应最大限度地实现,国家权力被严格约束。在基本权利冲突的“私主体—国家—私主体”结构中,无论坚持“私主体冲突论”,还是主张“私主体与国家冲突论”,其结果都通常是一方私主体对另一方私主体行为的容忍和让步。这种容忍和让步只有在双方私主体处于非对称权力关系中才具有正当性,才符合其作为基本权利保护关系组成部分的属性。这必然要求对基本权利冲突结构中的私主体范围加以限定。

(二)基本权利冲突结构范围限定的框架

根据“国家保障基本权利”的规范本质,基本权利冲突结构不仅是“私主体—国家—私主体”结构,而且双方私主体必须处于非对称权力关系之中。在这一非对称权力关系中,其中一方私主体是私权力主体,另一方私主体是一般私主体,作为私权力主体的一方凭借其悬殊的资源优势对

① 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语词典》,商务印书馆2016年版,第1754页。

② 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语词典》,商务印书馆2016年版,第47页。

③ 张翔:《基本权利的规范建构》,法律出版社2017年版,第244页。

④ [德]格奥尔格·耶里内克:《主观公法权利体系》(修订译本),曾韬、赵天书译,商务印书馆2022年版,第54页。

另一方私主体形成强制和支配。“私主体—国家—私主体”三元结构并没有准确地描绘出基本权利冲突的结构形态,“私主体—国家—私权力主体”三元结构才是基本权利冲突结构的恰当表述。如何界定私权力是厘清基本权利冲突结构的必然要求和关键环节。

客观而论,界定私权力并非易事,其不像国家权力那样因法律的明确规定而容易识别。但是,我们仍然能够大致勾勒出私权力的基本特质。所谓私权力,是指具有明显的政治、经济、社会、文化、科技、信息等资源优势的私主体对其他私主体的支配力。相较于国家权力,私权力具有如下特征:(1)社会性。私权力是一种社会权力,权力的主体是社会组织或者个人。(2)事实性。私权力并非由法律明确赋予,而是私主体凭借其掌握的悬殊资源优势而享有的权力。(3)强制性。仅具有明显的资源优势并不足以使某个私主体成为私权力主体,凭借资源优势迫使其他主体作出选择才是私权力的本质。在“私主体—国家—私主体”三元结构中,只有一方私主体构成私权力主体,才可能形成基本权利冲突。

在法律实践中,私权力的类型多样,可以根据不同的标准作出不同的划分。根据私权力主体与国家权力的关系,可以将私权力分为有国家权力特质的私权力与一般私权力。前者是指由国家投资而形成、具有国家财政支持、承租国家财产从事经营活动、履行公共管理职能等有国家权力特质的私权力,^①后者是指不具有任何国家权力特质的私权力。由于基本权利在原初意义上是调整私主体与国家关系的权利,因此,在私权力的分类中,有国家权力特质的私权力与一般私权力的分类具有特殊意义。为此,“私主体—国家—私权力主体”结构可分成两种类型,即“私主体—国家—一般私权力主体”结构^②和“私主体—国家—有国家权力特质的私权力主体”结构。

基本权利冲突的“私主体—国家—私权力主体”结构是根据“国家保障基本权利”一般规范推导而来的结论,尚未考量具体基本权利条款的规定。“私主体—国家—私权力主体”只是确立了基本权利冲突结构的一般框架,至于最终是否构成基本权利冲突、构成何种冲突,尚须结合具体基本权利条款加以确定。

(三)范围限定的基本权利冲突结构的类型

基本权利冲突的本质是国家对私人关系的干预,而干预的动因在于对私主体的基本权利进行保护。在“私主体—国家—私主体”结构中,由于私主体范围没有限定,因此动因是保护双方私主体中的哪一方基本权利就无法确定。在“私主体—国家—私权力主体”的结构框架确定后,基本权利冲突形成的动因就显而易见了,即保护私主体的基本权利。据此,在“私主体—国家—私权力主体”的两种结构类型的基础上,再辅之以自由权保护和社会权保护两种权利保护要素,基本权利冲突结构便可以组合为以下4种类型:(1)“私主体(自由权保护)—国家—一般私权力主体”;(2)“私主体(自由权保护)—国家—有国家权力特质的私权力主体”;(3)“私主体(社会权保护)—国家—一般私权力主体”;(4)“私主体(社会权保护)—国家—有国家权力特质的私权力主体”。

以上对基本权利冲突结构的厘定经历了以下3个步骤:(1)根据“基本权利保障”的规范含义

^① 在美国的国家行为理论中,被认定为准国家机关的主体大致属于这种情形。参见[美]诺曼·维拉:《宪法公民权》,法律出版社1999年版,第185~210页。

^② “包含社会权力因素的私主体”和“社会权力私主体”基本同义,后者是前者的简练表述形式,而“包含国家权力特质的私主体”不能简化为“国家权力私主体”。

初步确定了“私主体—国家—私权力主体”的基本权利冲突结构。(2)根据私权力的形态差异,将基本权利冲突结构分为“私主体—国家—一般私权力主体”和“私主体—国家—有国家权力特质的私权力主体”两种类型。(3)根据权利保护动因差异,将基本权利冲突结构进一步扩展为前述4种类型。当然,最终的判定还须考量三元结构中私主体与私权力主体的关系内容。由此,4种类型的基本权利冲突结构可整合为效力型冲突结构与介入型冲突结构。

1. 效力型冲突结构

所谓效力型冲突结构,是指在“私主体—国家—私权力主体”结构中,私主体的基本权利效力及于私权力主体的权利冲突结构。这种冲突结构以基本权利对私人产生效力为前提,是基本权利私人间效力的结果和表现形式。基本权利私人间效力毋宁是“以个案不同的‘事实因素’来作协调,来解决发生冲突的双方当事人的基本权利”。^①基本权利冲突与基本权利私人间效力的共生关系,是效力型冲突结构的基本属性。具体而言,这一基本权利冲突结构包括以下几种结构类型。

第一,“私主体(自由权保护)—国家—有国家权力特质的私权力主体”效力型冲突结构。《宪法》第33条第3款作为概括性权利条款蕴涵着基本权利效力的一般原则,从“国家尊重和保障人权”规定中可以推导出基本权利对国家的效力。有国家权力特质的私权力主体具有准国家权力主体的身份,基本权利对有国家权力特质的私权力主体具有效力符合宪法规定。据此,在“私主体(自由权保护)—国家—有国家权力特质的私权力主体”结构中,私主体的自由权对有国家权力特质的私权力主体具有直接效力。^②

当然,虽然私权力主体具有国家权力特质,但其毕竟属于私主体,不能完全与国家机关等同。在“私主体(自由权保护)—国家—有国家权力特质的私权力主体”结构中,有国家权力特质的私主体既是私主体自由权的效力对象,其作为私主体也享有可对抗另一方私主体的民事权利。之所以将有国家权力特质的私权力主体享有的权利称为民事权利,是因为有国家权力特质的私权力主体只有在“私主体—国家”二元关系中才具有基本权利主体资格,其并不享有及于私主体的基本权利。私主体的自由权对有国家权力特质的私权力主体具有效力符合宪法规定,但有国家权力特质的私权力主体的基本权利对私主体具有效力并无宪法规范基础。就此而言,这种冲突结构中的权利冲突并非两个基本权利之间的冲突,而是基本权利与民事权利之间的冲突。

第二,“私主体(宗教信仰自由、通信自由保护)—国家—私权力主体”效力型冲突结构。《宪法》除了具有基本权利约束国家的一般规定外,还有基本权利约束私人的特别规定。《宪法》第36条第2款和第40条第2款都确立了基本权利对私主体的效力。这一结构符合“私主体(自由权保护)—国家—私权力主体”的部分要件。唯一的差异是,倘若仅从《宪法》第36条第2款和第40条第2款的语义来理解,这两个条款所确立的私主体关系结构似乎包含了所有的私主体关系类型,具有非对称权力因素的私主体关系只是其中一部分。

那么,《宪法》第36条第2款和第40条第2款规定所形成的权利冲突结构是否可以纳入“私主体(自由权保护)—国家—私权力主体”的冲突结构?答案是肯定的。(1)基本权利冲突中双方

^① 陈新民:《德国公法学基础理论》(上卷),法律出版社2010年版,第347页。

^② 在关于基本权利私人间效力理论的争论中,学术界倾向于将国家行为理论作为基本权利私人间效力的一种类型。实际上,国家行为理论并不是纯粹意义上的基本权利私人间效力理论,而是基本权利对国家效力的一种变形。

私主体的非对称权力关系是根据基本权利概括性条款得出的结论。从体系意义上理解,“处于同一规则体中的不同规范在事理上应相互一致。因此有疑义时,个别规范的解释应采用能取得事理一致性的方式进行”。^① 具体基本权利条款的解释宜与一般条款的解释保持体系上的一致性。(2)对《宪法》第36条第2款和第40条第2款的解释宜在宪法变迁的意义上进行。如前所述,基本权利具有倾斜保护的性质,如果将基本权利适用于私人将会对私法自治构成威胁。这两个条款是1982年《宪法》颁布实施时确立的条款,反映了改革开放初期私域尚未从公域中分化出来的社会现实。随着改革开放的深入推进,个体经济、私营经济、私有财产权保护、国家尊重和保障人权等条款先后入宪,基本权利条款的含义也相应地发生变迁,建立在公益与私益区分、公域与私域分离基础上的私法自治理念也日益增强。^② 在这种情况下,对包括《宪法》第36条第2款和第40条第2款在内的所有基本权利条款的解释也须与时俱进。此时,如果将这两个条款规定的“个人”解释为所有私主体,那么难免会与宪法变迁后的规范目的不符。这两个条款规定的私主体宜被限缩至私权力主体的范围内。因此,基于《宪法》第36条第2款和第40条第2款规定形成的权利冲突结构仍然属于“私主体(自由权保护)—国家—私权力主体”结构。在权利冲突性质上,基于《宪法》第36条第2款和第40条第2款形成的权利冲突亦属于基本权利与民事权利的冲突。私权力主体基于宪法规定而成为宗教信仰自由、通信自由的效力对象,但其由于缺乏宪法依据而不能向对方私主体主张基本权利,仅能够主张民事权利,因此这一冲突仍然属于基本权利与民事权利之间的冲突。

第三,“私主体(公共性权利保护)—国家—社会公权力主体”效力型冲突结构。这种冲突结构总体上属于“私主体(自由权保护)—国家—私权力主体”结构。与基于《宪法》第36条第2款和第40条第2款形成的效力型冲突结构不同的是,这种冲突结构涉及的基本权利条款主要是《宪法》第35条和第47条,涉及的基本权利主要是表达自由权和文化权。

一般而言,基本权利主要包括自由权和社会权。以权利的功能差异为标准,尚可将自由权分为公共性权利与非公共性权利。所谓公共性权利,是指权利主体参与国家和社会公共事务的权利,非公共性权利则是仅涉及权利主体私人利益的权利。在《宪法》基本权利章设置的18个权利条款中,非公共性权利占绝大多数,除《宪法》第35条和第47条规定的表达自由权和文化权属于公共性权利外,其他16个条款规定的权利均属于非公共性权利。公共性基本权利与非公共性基本权利的划分,是学术界长期以来普遍忽视的一种权利分类,公共性基本权利被笼统地归入自由权范围。由此,占据较小数量的公共性基本权利的独特性被忽略和遮蔽。

对于非公共性基本权利来说,效力对象是国家的理论被普遍接受。按照这一逻辑来衡量公共性基本权利,自然会得出该种权利的效力仅及于国家的结论。然而,公共利益包括国家公共利益和社会公共利益,公共事务包括国家公共事务和社会公共事务。与此相对应,公权力包括国家公权力和社会公权力。^③ 而社会公权力是私权力中的一种形态,是指具有社会公共性的私权力。从权利的本质考量,公共性基本权利既是权利主体参与国家公共事务的权利,也是参与社会公共管理的权利,其效力对象既应及于国家公权力,也应及于社会公权力。《宪法》第3条第3款规定

^① [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》(全本·第六版),黄家镇译,商务印书馆2020年版,第432~433页。

^② 参见李海平:《论基本权利私人间效力的范式转型》,《中国法学》2022年第2期。

^③ 参见姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》,北京大学出版社2019年版,第7页。

了人民主权原则,也在宏观层面明确了人民作为国家的主人参与国家和社会公共事务的地位和资格。《宪法》第35条和第47条规定的表达自由权和文化权可以看作是人民主权原则在基本权利领域中的具体体现。综合《宪法》第3条、第35条和第47条进行体系解释,可推导出这些权利的效力既指向国家公权力也指向社会公权力。并且,这一结论也可以在司法实践中得到验证。在我国涉及表达自由的名誉权案件中,法院通常直接对表达自由与公众人物的名誉权进行利益权衡,体现的便是表达自由对作为社会权力主体的公众人物的约束力。^①这也能够解释为何对不属于社会公权力主体的私人适用言论自由而被质疑和批评。

与上述两种效力型基本权利冲突类似,在“私主体(公共性权利保护)—国家—社会公权力主体”结构中的基本权利冲突,仍然是基本权利与民事权利的冲突;当普通私主体向社会公权力主体主张公共性基本权利时,社会公权力主体可以自身的民事权利加以抗辩。

综上所述,上述3种效力型冲突结构具有如下共同特征:(1)社会权保护不会形成效力型冲突结构。原因显而易见,效力型冲突系以基本权利私人间效力为前提,社会权作为一种以获得无偿给付为内容的权利不具有在私人间产生效力的可能性。(2)冲突形式的直接性。这种冲突因私主体的自由权对私权力主体效力而引起,产生这一效力的依据是基本权利约束国家的一般原则和具体基本权利条款的特别规定。(3)冲突性质系基本权利与民事权利的冲突。这一认识的澄清可以推导出此类权利冲突中基本权利优先保护、民事权利克减的结论;也可以说明此类权利冲突案件为何先纳入民事案件范围加以裁判,但在穷尽民事救济途径后仍可纳入宪法案件范围的情形。以“德国吕特案”为例,该案涉及的权利冲突是吕特的表达自由与电影商的财产权之间的冲突。如果把这一权利冲突理解为基本权利与基本权利之间的冲突,就无法解释为何此案件需要先由普通法院审理。如果把这一权利冲突理解为民事权利与民事权利的冲突,就无法解释为何此案件最终由宪法审查机关裁判的事实,也难以化解可能导致宪法裁判沦为民事裁判上诉审的担忧。将此种类型的权利冲突界定为基本权利与民事权利的冲突,可以很好地解释这一现象,也会为宪法裁判无限扩张、沦为民事裁判上诉审设置必要的屏障。

2. 介入型冲突结构

所谓介入型冲突结构是指以国家介入作为基本权利冲突构成要件而形成的基本权利冲突。在基本权利冲突结构的4种类型中,“私主体(自由权保护)—国家—有国家权力特质的私权力主体”结构的全部,以及“私主体(自由权保护)—国家—一般私权力主体”的部分属于效力型冲突结构。除此以外的其他基本权利冲突均属于介入型冲突,包括:(1)“私主体(社会权保护)—国家—私权力主体结构”;(2)“私主体(自由权保护)—国家—一般私权力主体”结构中属于效力型冲突结构之外的情形。介入性冲突结构具有如下特征:

第一,国家介入是介入型冲突的前提。在介入型冲突结构中,私主体的基本权利对私权力主体不具有效力,只有在国家介入私主体与私权力主体的关系时才会产生基本权利冲突。介入型冲突结构的双方私主体之间不存在宪法上的权利义务关系,两个私主体的基本权利不会形成直接对峙。当国家介入双方私主体关系时,双方私主体的基本权利便会形成间接的对峙关系,进而

^① 参见刘迎霜:《名誉权中“公众人物理论”省思——以司法裁判实证分析为视角》,《社会科学》2014年第6期;秦前红、王雨亭:《论我国宪法言论自由条款在司法判断中的运用——基于295份名誉权纠纷判决书的分析》,《苏州大学学报》(法学版)2020年第1期。

形成基本权利冲突。以劳动者的劳动权与用人单位的经营自主权关系为例,在国家没有介入前,劳动者与用人单位之间并不存在宪法关系,两者之间不具有宪法上的权利义务。当国家为了保护劳动权而介入劳动者与用人单位的关系时,国家就不可避免地会对用人单位的经营自主权进行限制,劳动者的劳动权与用人单位的经营自主权便产生了冲突。

第二,介入型冲突的实质是国家义务的冲突。效力型冲突是双方私主体之间权利的直接冲突,国家义务是基本权利冲突的结果。而介入型冲突与此恰恰相反,基本权利冲突首先体现为国家的两种义务之间的冲突,基本权利冲突是国家义务冲突的后果。例如,在信息私主体与数据企业之间的关系中,国家具有保障信息私主体的个人信息基本权实现的义务,同时,国家又有尊重数据企业自主经营的义务。在国家未履行个人信息基本权保护义务时,个人信息基本权与数据企业经营自主权不会产生冲突。但是,当国家通过立法等形式履行个人信息基本权保护义务时,就会产生国家履行该项义务与履行尊重企业经营自主权的义务冲突,个人信息权与企业经营自主权之间的冲突也就形成了。

第三,介入型冲突会形成基本权利对私人的效用。基本权利在私人间具有效力,是效力型冲突的基本特征。在介入型冲突中,基本权利对私主体不具有效力,但会产生间接效用。所谓基本权利效力,是指基本权利的法律约束力,而基本权利效用是指基本权利的效果和影响。在介入型权利冲突中,当国家履行基本权利保护义务时,私主体的基本权利必然会对私权力主体产生一定效用。需要强调的是,效用与效力不同,^①不宜将“效用”以“效力”相称。效力是一个与义务密切相关的概念,基本权利的私人效力意味着效力对象具有对应于基本权利的义务。而在介入型冲突中,双方私主体在国家介入前不存在基本权利效力关系,一方私主体的基本权利不能约束另一方私主体,另一方私主体也不存在相对于基本权利的义务。在国家介入后,国家义务的履行导致一方的基本权利对另一方私主体产生了效果和影响。这是基本权利效用的体现,而非基本权利对私人产生了效力。从这一意义上讲,基本权利对私人不存在“间接效力”问题,效力只有直接效力,根本不存在间接效力。基本权利对私人的“间接效力”实质上是指基本权利的间接效果或者效用。介入型冲突中私主体之间不存在权利效力关系,但会产生权利的效用。

三、基本权利冲突结构范围限定的理论效应

基本权利冲突理论是由理论基础、冲突结构、冲突解决方案构成的系统。基本权利冲突结构是基本权利冲突理论系统中的关键部分,当其从“私主体—国家—私主体”限缩至“私主体—国家—私权力主体”后,基本权利冲突的理论基础和解决方法也必然发生相应变动。

(一)基本权利保护义务与私人间效力关系的厘清

在基本权利冲突、国家保护义务与基本权利私人间效力三者关系的解析中设定基本权利冲突结构,是既有基本权利冲突理论的普遍现象。在具体理论形态上,具有“涵括论”和“迭代论”两种形式。持“涵括论”者倾向于主张基本权利冲突的直接理论基础是基本权利私人间效力,而基

^① Vgl. Andreas Kulick, Weniger Staat wagen: Zur Geltung der Grundrechte zwischen Privaten, Archiv des öffentlichen Rechts 145 (2020), S. 651.

本权利私人间效力的理论基础则是基本权利国家保护义务。^① 于是,基本权利国家保护义务与私人间效力之间就具有包含关系的属性,基本权利私人间效力“是国家保护义务的一种适用情形”。^② 持“迭代论”者倾向于认为“基本权利的第三人效力与基本权利冲突没有必然联系”,^③ 基本权利冲突的理论基础是基本权利国家保护义务。^④

本文绕开基本权利国家保护义务与基本权利私人间效力的理论之争,放弃从这些既有理论推导基本权利冲突结构的传统做法,采用了从我国宪法文本出发推导基本权利冲突结构的论证路径。这种路径虽然没有直接分析基本权利冲突与基本权利国家保护义务、基本权利私人间效力之间关系,但包含着三者关系的理论蕴涵,具有澄清三者关系的理论效应。在依据宪法文本所推导出的两种基本权利冲突结构中,效力型冲突中蕴涵的是基本权利私人间效力理论,介入型冲突中蕴涵的是基本权利国家保护义务理论,两者折射出基本权利国家保护义务与基本权利私人间效力之间的关系。

第一,基本权利国家保护义务涵括基本权利私人间效力的理论需要被重新认识。效力型冲突结构是因基本权利私人间效力而形成的权利冲突结构形式,基本权利国家保护义务是冲突产生之后的后续环节,基本权利私人间效力与国家保护义务是顺序上的先后连接关系,并不具有一方包含另一方的属性。在介入型冲突结构中,国家履行基本权利保护义务是权利冲突的构成要件,国家介入私主体关系导致基本权利冲突,一方的基本权利对另一方的基本权利产生效果和影响。这种效果和影响是基本权利“效用”的体现,而非基本权利私人间的“效力”。介入型冲突结构中的基本权利国家保护义务和基本权利私人间效力之间不存在任何关系。

第二,基本权利国家保护义务难以替代基本权利私人间效力。在以德国学者卡纳里斯为代表的国家保护义务理论中,基本权利只约束国家,对私人则不存在效力。^⑤ 这一理论对介入型冲突具有较强的解释力,而在效力型冲突中则难以得到有效验证。效力型冲突结构和介入型冲突结构的并存已经说明,基本权利国家保护义务既不能包含基本权利私人间效力,也不能替代基本权利私人间效力。就此而言,将基本权利国家保护义务和基本权利私人间效力视为两种具有不同规范基础、解决不同性质问题、具有不同适用范围的平行理论更为适宜。

(二)基本权利冲突解决方法的更新

1.从权利位阶方法到权力位阶方法的调整

基本权利冲突是双方权利的对峙和僵持状态。在通常情况下,基本权利冲突意味着冲突双方中的一方作出让步和容忍。因此,在基本权利冲突解决中,确定何方作出让步和容忍是解决基本权利冲突的首要步骤,也是解决各种类型基本权利冲突的通用方法。

权利位阶方法是既有基本权利冲突理论确立的权利让步方法,由于其具有难以克服的缺陷,因此在调整后的“私主体—国家—私权力主体”三元结构中也同样难以适用。寻求一种妥当且相对确定的优先保护规则,是解决基本权利冲突、优先保护秩序问题的基本方向。基本权利冲突结

① 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。

② 张翔:《基本权利的双重性质》,《法学研究》2005年第3期。

③ 王锴:《基本权利冲突及其解决思路》,《法学研究》2021年第6期。

④ 参见王锴:《基本权利冲突及其解决思路》,《法学研究》2021年第6期。

⑤ 参见[德]克劳斯·威尔海姆·卡纳里斯:《基本权利与私法》,曾韬、曹昱晨译,《比较法研究》2015年第1期。

构的私人范围限定为实现这一目标提供了可能性。

当私人关系范围限定后,基本权利冲突中的双方私主体关系是一种特殊类型的关系形态——一方私主体属于私权力主体,具有相对于另一方的悬殊优势,形成对另一方的强制和支配。同时,基本权利又是一种倾斜保护的权力类型。据此,应当优先保护基本权利冲突中非私权力主体一方,私权力主体方则负有容忍义务,需要作出让步。如果仍然以位阶的概念来表征这种优先保护规则,那么其可被称为权力位阶方法。不同于权利位阶方法,权力位阶方法不去判断双方私主体中何者的基本权利位阶更高从而获得优先保护,而是通过识别双方私主体何者属于私权力主体来判断优先保护顺序。

相较于权利位阶方法,权力位阶方法具有两方面的优势。(1)宪法依据充分。在3种效力型冲突结构中,私主体的基本权利对私权力主体具有效力具备宪法规范基础,优先保护私主体的权利、使私权力主体一方作出让步具备合宪性。介入型冲突亦是如此。“国家保障基本权利”的倾斜性保护本质决定了应当优先保护私主体,私权力主体应当作出让步。(2)具有相对较强的可操作性。在通常情况下,虽然判断两个权利何者重要并不容易,尤其在同属于自由权或者同属于社会权的情形下更是如此,但是判断两个私主体何者是私权力主体相对易行。当然,这种方法也并非完美无缺,私主体凭借悬殊的资源优势对其他私主体实施强制和支配,只是提供了一般性判断标准,具体判断标准还需要结合实践中的经验积累而形成。相较于权利位阶方法,权力位阶方法具备合宪性,也更具可行性。

当然,权力位阶方法并非完全排斥权利位阶方法,权利位阶方法仍然可以发挥辅助功能。这在效力型冲突结构中体现得最为典型。如前所述,效力型冲突并非两个基本权利的冲突,而是基本权利与民事权利的冲突。两个基本权利之间并不一定存在位阶关系,但基本权利优于民事权利的位阶关系显而易见。由于基本权利的位阶优先,因此私主体的基本权利应在与民事权利的冲突中被优先保护,私权力主体须作出让步,其民事权利应予克减。在效力型冲突中,权利位阶方法和权力位阶方法可谓异曲同工,不同路径得出相同的结论。

2.效力型冲突解决方法与介入型冲突解决方法的区分

在既有基本权利冲突理论中,学者对基本权利冲突解决方法的区分总体上在方法内部进行,或分为抽象解决与具体解决方法,^①或分为立法解决与司法解决、程序预防与实体权衡,^②但鲜有根据冲突类型对冲突解决方法加以区分。这是既有理论没有实质区分基本权利冲突的必然结果。当对基本权利冲突结构作出调整且将冲突类型区分为效力型冲突与介入型冲突后,权利冲突解决方法也需要根据冲突的类型加以区分。

第一,以基本权利私人间效力解决效力型冲突。在效力型冲突中,由于基本权利私人间效力与基本权利冲突是一体两面的关系,因此基本权利私人间效力也就成了解决效力型冲突的基本规则。

首先,禁止保护不足审查不具有适用余地。传统的基本权利冲突结构是“私主体—国家—私主体”三元结构,效力边界主要根据“私主体(被害人)—国家”关系中的禁止保护不足和“国家—私主体(加害人)”关系中的禁止过度双重权衡来实现,国家对双方主体的权利义务确定发挥主导

^① 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。

^② 参见王锴:《基本权利冲突及其解决思路》,《法学研究》2021年第6期。

作用。新的效力型冲突结构是“私主体(被害人)—私权力主体(加害人)”直线关系,国家发挥程序功能。在此关系结构中,禁止过度的比例原则仍有一定的适用空间,但禁止保护不足审查没有了适用余地。其次,基本权利私人间效力需要类型化处理。尽管私主体与私权力主体之间存在悬殊实力差距,但这种差距毕竟不能与私主体和国家之间的实力差距等同。因此,在“私主体(自由权保护)—国家—有国家权力特质的私权力主体”“私主体(宗教信仰自由、通信自由保护)—国家—私权力主体”以及“私主体(公共性权利保护)—国家—社会公权力主体”³种效力型冲突结构中,比照这些基本权利对国家的效力来确定规则是解决基本权利冲突的一般原则,同时也需要适度弱化效力的强度,并根据不同效力型冲突的类别进行类型化处理。最后,需要考量双方私主体之间是否存在契约关系。如果私主体之间不存在契约关系,那么可以在符合效力型冲突的情形下按照基本权利私人间效力加以解决;如果存在契约关系,那么须根据具体情况加以确定。意思自治是民法的基础,除了违背伦理道德底线等情况外,通过自我限权来获取利益是私主体的权利。只要私主体的意思表示真实,其自我限权行为一般就应予以尊重。但是,如果约定的权利限制已经构成“严重恣意”,那么私主体的基本权利对私权力主体就仍然具有效力。

第二,介入型冲突解决方法的补充。在效力型冲突中,基本权利私人间效力是解决冲突的主要方案。而在介入型冲突中,基本权利私人间效力则不再具有适用性。禁止过度保护和禁止保护不足的双重审查是介入型冲突的主要解决方案。^①关于这一审查的具体方法,持私主体与国家冲突论者已经有详细论述,本文不再重复。需要补充的内容如下:(1)单行立法和立法适用范围限定。在效力型冲突中,冲突往往发生于私主体的自由权之间。而自由权是消极权利,主要通过相对人的不作为来实现。因此,效力型冲突的解决并不必然通过立法来完成。而介入型冲突通常在国家履行保护义务尤其是实施立法保护时出现,且通常发生于自由权保护义务与自由权尊重义务或者社会权保护义务与自由权尊重义务之间。这一立法的基本要求是:在立法技术上宜单独立法,不宜放到民法典之中。因为,作为解决基本权利冲突的立法,倾斜性保护是其原则和理念,这与强调对等原则的民法迥异。将大量的倾斜保护条款置于民法典之中会破坏民法的体系逻辑,影响立法质量。此外,应当限定解决基本权利冲突的立法适用范围,并限定于非对称权力结构范围之内。(2)明确倾斜保护的立法理念。作为解决基本权利冲突的形式,立法需要将倾斜保护原则贯穿始终。首先,对双方私主体权利义务予以倾斜配置。立法机关在禁止过度原则和禁止保护不足原则的范围内设定的倾斜性保护措施都具有合宪性。其次,引入行政法条款。介入型冲突以国家保护义务为前提。从禁止保护不足角度看,立法除了设置体现倾斜保护的行为规范,也需要设置相应的监管条款,明确监管机关及其权限。最后,区分行政机关角色。在倾斜保护立法中,设置行政机关对非对称私人权力关系的监管职责是化解冲突的重要手段。但是,行政机关监管与行政机关实施对私主体基本权利的限制行为截然不同。前者系在“私主体—国家—私权力主体”这一介入型冲突关系结构中展开,后者则处于“私人—国家”的基本权防御关系之中。这种防御关系尽管也有倾斜保护的属性,但与基本权利冲突中的倾斜保护不可同日而语。因此,一般不宜将这两种关系由一部立法来调整,更不宜用相同的规则来约束这两种不同性质的关系。

^① 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;王锴:《基本权利冲突及其解决思路》,《法学研究》2021年第6期。

四、结 论

为了走出困境,基本权利冲突结构须从“私主体—国家—私主体”三元结构限定为“私主体—国家—私权力主体”结构,分为效力型冲突与介入型冲突两种类型。基本权利冲突结构的范围限定导致基本权利冲突解决方案作出相应调整,须引入权力位阶方法,并对效力型冲突与介入型冲突的解决方案加以类型化区分。在形式上,基本权利冲突产生于“私主体—国家—私主体”三元关系中的基本权利保护;在实质上,基本权利冲突是对国家干预私人关系正当性的宪法承认。基本权利冲突的认定具有保护基本权利和威胁私法自治的双重效应。基本权利冲突结构的范围限定,明确了私权力这一概念范畴对于基本权利冲突的重要意义,使国家干预私人关系的宪法边界得以划定,从而最大限度地降低基本权利保护所带来的负面效应。由于具有私权力关系的结构范围限定,因此基本权利冲突解决的后果通常体现为倾斜保护型的立法和司法活动。这表明,倾斜保护型的立法和司法活动与基本权利冲突有着密不可分的联系,需要纳入基本权利冲突的理论框架来理解和认识,并受到一定程度的宪法调控。

Abstract: The existing theory of fundamental rights conflict sets the fundamental rights conflict as a tripartite structure of “private subject—state—private subject”, which leads to confusion between fundamental rights conflict and civil rights conflict, ambiguity between fundamental rights conflict and civil infringement, and difficulty in resolving conflicts. Based on the essence of the general norm of “national protection of fundamental rights” and the specific provisions of different categories of fundamental rights clauses, the conflict structure of fundamental rights should be narrowed from the “private subject—state—private subject” structure to the “private subject—state—private power subject” structure, and divided into two types of conflict structures: effectiveness type and intervention type. With the limited scope of the fundamental rights conflict structure, the theoretical basis and solutions for fundamental rights conflict also need to be adjusted accordingly. On the theoretical basis, it is necessary to clarify the relationship between the obligation to protect fundamental rights and the effectiveness of fundamental rights between individuals, and determine the parallel relationship between the two; In terms of conflict resolution methods, the “right hierarchy” method should be adjusted to the “power hierarchy” method, and a distinction should be made between the resolution methods of the conflict of effectiveness type and intervention type.

Key Words: fundamental rights conflict, private power, the effectiveness of fundamental rights between individuals, obligation to protect fundamental rights

责任编辑 王虹霞