

# 论权利冲突中的权利位阶

## ——规范法学视角下的透析

林来梵,张卓明

(浙江大学 法律系,浙江 杭州 310028)

[摘要] 权利体系中存在着一定的权利位阶,为此各种权利的类型不可能均得到“平等”的保护,但权利的位阶秩序并没有整体的确定性,不可能形成像“化学元素表”那样先在的图谱,因为权利位阶的确立本身往往涉及复杂的价值判断,为此,权利冲突的解决不能以此作为一种普适的依据,而需就个案进行具体的价值衡量。这也说明,返回“法的形而下”形成“具体实证”的实践品格,正是今后我国法学理论研究的一个进路。

[关键词] 权利位阶;权利(类型)的平等保护;权利冲突;价值衡量;规范法学

[中图分类号] D908 [文献标志码] A [文章编号] 1008-942X(2003)06-0005-09

### 一、引言:一个另类的“权利平等保护”问题

刘作翔在《权利冲突的几个理论问题》<sup>①</sup>一文里,提出了“权利能否得到平等保护”的问题。值得注意的是,他这里所说的平等保护,不是通常所指的“主体之间的平等保护”,而是指“权利类型之间的平等保护”。对此,刘的具体设问是:在一个权利体系中,各种权利在“学理上的以及法律上的划分,是否就意味着它们之间天然的有位阶关系?权利体系中的各个权利种类之间有无大小、高低、主次等分别?是否认为在发生权利冲突时,有些权利种类相对于另一些权利种类就显得重要,因而优于另一些权利?”

刘作翔是针对苏力《〈秋菊打官司〉的官司、邱氏鼠药案和言论自由》<sup>②</sup>一文中有关“言论自由的重要性”而提出上述问题的。他以言论自由和人格权的冲突为例,指出苏力、贺卫方、王利明、杨立新等学者似乎都有一个思维,即认为权利种类是不“平等”的,他们或是认为言论自由重于人格权,或是认为人格权重于言论自由。而在刘作翔看来:“虽然权利体系来自法律体系,但权利体系不等于法律体系。任何一个国家的法律体系都有一个位阶关系,但权利体系并没有位阶关系。权利体系内的各权利种类之间应是平等的……我们就不好笼统地说,哪种权利优于哪种权利。我们很难说基本权利就重于普通法权利,言论自由就重于名誉权,我们也很难说实体权就重于诉讼权”。为此,他主张“权利的平等保护”应作为解决权利冲突的一个原则。

其实,在刘作翔专门提出前述诘问之前,已有学者论及这一问题。如关今华在一篇专门驳斥《〈秋菊打官司〉的官司、邱氏鼠药案和言论自由》的文章里说:“言论自由和人身权是两种同等重

[收稿日期] 2003-06-27

[作者简介] 1. 林来梵(1963-),男,福建福州人,浙江大学法学院法律系教授,法学博士(日),博士生导师,主要从事法学理论和宪法学研究;2. 张卓明(1979-),男,浙江嵊州人,浙江大学法学院法律系硕士研究生,主要研究方向为法学理论。

① 此文载于《中国法学》2002年第2期,第56-71页。下文引用该文时,不再另作注释。

② 此文载于《法学研究》1996年第3期,第65-79页。下文引用该文时,亦不再另作注释。

要的法律权利,两者不存在主次之分和何者优先的问题。”饶有趣味的是,关今华也主张把“权利均衡”作为解决权利冲突的重要方式,但认为权利均衡的依据正是来自“法定权利在各种层面上的平等性和相互之间的制约性”<sup>①</sup>。

众所周知,通常所言的“权利的平等保护”指的是各个可辨识的权利主体是否得到第三者的平等对待,如德沃金所说平等,指的就是公权力对每个人的“平等的尊重和关切”(equal respect and concern)<sup>②</sup>,而上述的争议焦点则涉及各种权利的类型是否得到平等保护。这不得不说是一个新的问题,也是一个颇有“另类”意味的问题,但它却不无意义,因为内中毕竟含有理论上的设问要素,并牵扯出种种法学上的其他论题。

本文不打算直接切入这些论题的实质核心,而是首先通过厘清有关争议的各种观点,沿着问题展开的逻辑方向,渐次地探讨争议中所涉及的实质性论点,最后从问题解决的经验中,引出我国法学理论研究中有关方法转换的话题。

## 二、有关分歧的具体构图

本来,苏力也承认“法学家也许无法仅仅以法律效力的等级性等法理原则来支持这种或那种观点,而必须深入分析这种权利的冲突”,强调“法律面前人人平等”的原则,甚至指出该原则不仅仅指“王子与庶民同罪”,它至少还指法律对各种权利的同等保护,而不是指在个案中给弱者以特别的保护”。那么,刘作翔与他的分歧何在呢?这就有必要简略梳理一下苏力关于“言论自由的重要性”的论证思路。

苏力是从分析“秋菊打官司案”<sup>③</sup>和“邱氏鼠药案”<sup>④</sup>两案出发的,但他像通常所做的那样“大处着眼,小处着手”,实际上是关注“正在发生的或即将发生的诸如此类案件中体现出来的当代中国社会中的权利配置问题”,为此把两案中言论自由与肖像权和名誉权的冲突问题,提升到权利冲突的一般理论层面上加以讨论。

苏力以科斯的“权利的相互性”<sup>⑤</sup>理论来理解权利冲突的实质,承认权利通约和配置的可能性和必要性,并以社会功利原则,即“避免更大的伤害,或产生更大的总体社会效益”作为权利配置的基本原则。其权利配置是指“制度化的权利配置”,这种权利配置以宪法或成文法的规则形式将权利规定下来,或通过司法先例而确立为原则,并通过法学家的理论阐释来限定和解释”。苏力就是在制度化权利配置的背景下思考上述两案的,其最终的结论是倾向于强调“言论自由的重要性”,即认为言论自由相对于肖像权和名誉权具有优先性。其主要论据是:

① 德沃金指出:“我的论证的主要概念是平等而非自由。我假设我们大家均接受下列各项政治道德中的预设准则。政府对于其所统治的那些人应予关切……同时也应对他们予以尊重。”See Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1997, p. 272.

② 案情梗概是:当年《秋菊打官司》摄影组进行纪实性摄影时,摄下了公民贾桂花的形象,该形象的摄入大约有四秒钟左右,贾氏称自己本来有“生理缺陷”(脸上有麻子),从来“连照相都不愿”,此事发生后便有熟人嘲弄贾氏“成了明星”,“长得那样还上电影”,其子也遭人戏谑,对此,贾氏极为痛苦,为此,她以肖像权被侵犯为由提起诉讼。具体情节参见苏文。

③ 案情梗概是:一位名叫邱满囤的农民,声称发明了一种诱杀老鼠的特效药,并以该技术为基础创建了老鼠药工厂,五位科学家根据经验和一般的科学原理,在未对邱氏鼠药进行实证研究的情况下,于科技时报上对邱氏鼠药及其宣传提出批评,认为鼠药中含有为国家法令禁止使用的有毒化学物质,并呼吁科技界和新闻界防止伪科学的泛滥。对此,邱氏以侵犯名誉权为由提起诉讼。具体情节参见苏文。

④ 苏力在文章中对科斯的“权利的相互性”理论做了精要的概括,不过需要指出,科斯并没有直接使用“权利的相互性”这一术语,而是称“问题的相互性”(the Reciprocal Nature of the Problem)。See Ronald Coase, “The Problem of Social Cost”, *The Journal of Law and Economics*( October 1960)。中译文可参见R·科斯《社会成本问题》,载《财产权利与制度变迁——产权学派与新制度学派译文集》,上海人民出版社1994年版,第3页以下。

1. 言论自由在逻辑上的优先性。苏力认为对初始权利进行配置必须有这样一种机制或“市场”，使得利益相关者都能够表示出他们对权利的偏好或他们对这些权利的相对重要性的判断，而言论自由本身就是这样一种公共选择或社会选择得以进行的先决条件和前提条件，因此成为一种“逻辑上的先在”。这显然是来自美国宪法解释中的“双重标准理论”。有关这一点，下文再说。

2. 言论自由的优先在现实上的必要性。就此，苏力进一步针对我国国情提出了三点现实上的论据。首先是因为言论自由的优先配置所产生的制度效用，即，它能给现代社会带来巨大的实际效益。他认为这也反映在“近代以来世界各国一直将言论自由‘规定为公民的基本权利’；而肖像权和名誉权一般都由民法来保护”这一点上。其次，言论自由对于“我们这个民族的社会科学文化经济政治的发展来说，对于我们这个正在改革、追求更为开放的社会来说”，更加显得重要。再次，贾氏的伤害部分是由于“我们社会中的某种封闭性”造成或促成的，所以“更大程度的言论自由可能是从根本上改变贾氏以及与她相似的其他人的境遇的最深刻和最有力的途径”。

当然，苏力并不承认“言论自由的重要性”是绝对的，而是提出了较为严格的可以限制言论自由的条件，并认为只要满足该条件，“具体个案中的权利是可以变更的”，但这种变更必须“不改变或危及改变这种总体的、制度化的权利配置”。而贾氏和邱氏的诉讼请求则构成对言论自由的实质性限制，因而必须让位于言论自由。这种说法也是源自于美国的“双重标准理论”。

由上可知，苏力的结论虽然乃由两个法律个案而得出，不乏考虑到权利冲突的具体性，但把结论上升到一般理论的高度，便赋予结论一定的普适性。比如他对言论自由的限制所提出的严格条件，对类似的案件就具有指导意义，因为它是经由法官审判而形成的“规则”，可弥补法律的空白。他本来就断定两案是“难办的案件”，即 hard cases，所以需要法官的解释，甚至是“造法”。这又与他的“前见”相关，即认为制定法在很大程度上是不确定的，所以权利的界限往往是不清晰的。

与此不同，刘作翔认为，“在大多数权利冲突案件中，法官最终也都是按照法律的规定和依据作出了判决。有些案件则是由于立法的阙如”。可见，他倾向于法律的确定性，认为司法和法官的主要作用在于适用法律，而不是“造法”，因此，他关注的是在权利配置好的状态下司法对具体权利冲突的解决，注重的是司法的纠纷解决功能。

可见，争论的部分缘由乃在于他们两人持有不同的理论预设和视角，尤其是刘作翔，似乎不是完全在同一个问题的层面上直接与苏力展开争论的，但他所提出的问题的意义也正在这里。苏力结合两案在“造法”的意义上论证“言论自由的重要性”，以及可以限制言论自由的严格条件，并进一步以两案中的肖像权和名誉权不符合该限制条件为由来论证案中言论自由的优先性，这似乎是以“言论自由的重要性”这一普适性结论为由而认定原告败诉。而刘作翔则争辩说，“如果一种权利（如言论自由）明显地侵犯了另一种权利（如人格权），或者相反，我们就不能以所谓哪种权利的‘重要性’作理由，而作出一种不问‘青红皂白’的判决”。这实际上引出了权利位阶的问题。显然，刘作翔否认权利位阶的存在，而苏力的论述中隐含着承认权利位阶的观点，这是一个无法绕开的争议。

那么，究竟是否存在权利位阶？如果存在的话，位阶秩序的状况如何？是否可以将权利位阶的秩序作为解决具体权利冲突的普适性依据？这的确是值得深究的问题。

### 三、权利的位阶与“平等”的臆想

如前所述，“权利的平等保护”一般是指权利主体之间的平等保护，也即公民的权利主体资格、权利（法律）地位之间的平等，在此形成了“法律面前人人平等”的法治原则。综观各国的理论，概莫如此。而刘作翔所主张的“权利的平等保护”，除了第一层涵义之外，还包括权利类型之间的平等，并因此得出权利体系中不存在位阶秩序的结论。在这一点上，尽管刘作翔提出了一个很有意义的

问题,但难以挑战苏力的前提。因为,无论从纯粹的法学理论上还是从实定法的实际运作上来看,他所主张的权利类型之间的平等,恐怕都是一种独特的臆想。

之所以如是说,是因为调整各种权利的冲突往往涉及对权利的价值评价,而这种评价的出发点和结果均显示权利类型之间的非等值性。诚如美国法哲学家E·博登海默所指出的那样,法律的主要作用之一就是调整及调和种种相互冲突的利益,而这在某种程度上必须通过颁布一些评价各种利益的重要性和提供调整这种种利益冲突标准的一般性规则方能实现〔2〕(p.398)。德国的利益法学及由此而发展出的评价法学更明确承认,法律的目的就在于“以赋予特定利益优先地位,而他种利益相对必须作一定程度退让的方式”来规整个人或团体之间的被类型化的利益冲突〔3〕(p.1)。

可以说,在权利的体系中,权利位阶的存在基本上是一个不争的事实。刘作翔不同意苏力有关“言论自由的重要性”的观点,但事实上在现代许多国家,言论自由无论在法规范上还是在法学理论中的确都被赋予一定的优越性,如前所述,苏力的这一观点本身就是来自美国的“双重标准理论”(The Theory of Double Standards)。该理论是美国联邦最高法院在1938年的United States v. Carolene Products Co.一案中发展出来的<sup>①</sup>,主要是认为言论、出版、集会等表达自由在整个宪法权利体系中处于“优越的地位”(preferred position),为此较之于其他的宪法权利,尤其是较之于财产权等经济上的自由权,必须得到更加有力的保障,具体做法是对那些以此为规制对象的立法的合宪性审查,可采取比规制后者之立法的有关审查更为严格的标准。其理由是,对于那些以规制社会经济生活为对象的立法,如果法官以自身的社会哲学去对抗由人民选举产生的立法机关中的多数派的抉择,就可能有悖于民主主义的精神,然而,立法上的抉择终究必须保证将来的多数派可以通过和平和民主的途径加以改变的可能性,而对以规制精神自由为对象的立法采取对比其他立法更为严格的审查标准,正是为了维护和实现这一目的〔4〕(p.153),否则就堵塞了公共选择或社会选择的正当途径,破坏了它们得以进行的前提条件。前述苏力所说的言论自由在逻辑上的优先性,就源自这里的构想。

言论自由所享有的这种“优越地位”,并非在美国所独有,在其他西方宪政国家亦然。德国的许多判例也显示了对言论自由的重视,如前西德联邦宪法法院在1958年著名的“吕特事件”一案中就曾判示,对于自由主义的民主国家而言,言论自由具有一种“绝对的”、“本质的”的价值,并构成所有一般自由的基础<sup>②</sup>。勿需多言,这种观点与美国法院的“双重标准的理论”具有异曲同工的韵味。

言论自由的优先地位不仅体现在作为规范形式的判例之中,在法学理论上也存在论证的言说。其中典范性的观点可见之于当代美国研究言论自由的权威学者爱默生(Thomas I. Emerson,1907—1991)的学说。他曾经从言论自由的社会功能出发,提出言论自由具有以下四种价值(1)个人依据自己的力量实现自己的目标(2)深化知识,发现真理(3)确保社会全体成员参加各种“社会性决定的形成”(social decision-making)(4)表达自由还是维持一个社会中的必要共识与健全分化这二者之间,即“安定与变化之间的平衡”(the balance between stability and change)的一种手段<sup>③</sup>〔5〕。苏力针

① 具体而言,可追溯到该案判决中由Stone大法官所写的法庭意见的第4注脚。该注脚区别了对某种立法的审查可适用合宪性推定的情形与不宜适用的情形。后者的情形是涉及违宪争议的立法属于以下三种类型(1)在表面上就有违于美国联邦宪法第1条至第10条修正案中有关特定的禁止性规定(2)涉及对政治过程进行限制,如限制选举权的行使、信息的传播或干预政治组织、禁止和平集会等,因为该类立法本身就堵塞了通过正常的途径去废除不当立法的可能性(3)有关宗教、国籍、种族等少数团体的法律,因为该类法律一旦存在歧视少数团体的内容,也严重损害政治过程的运作,并同样因其一旦自立而得到保障。See 304 U. S. 144.

② 德国联邦宪法法院第一法庭1958年1月15日判决,联邦宪法法院判例集第7卷第198页以下(BVerfGE 7, 198, Urteil v. 15. 1. 1958)。

③ 需要指出的是,爱默生的四种价值说在美国也曾引起过争议。有学者认为,其第二和第四种价值均派生自第一种和第三种价值,为此不能独立存在。日本的芦部信喜教授亦倾向此说。有关的讨论与争议,可参见〔日〕芦部信喜《宪法学》III),有斐阁1998年版,第248页以下。

对我国国情所说的言论自由优先的现实必要性观点,只是在这里“取一瓢饮”而已。

可以想见,刘作翔在提出权利类型平等说时,并没有意识到其挑战的严峻性。他或许是因为从权利主体资格平等中推出权利类型平等,或许是因为没有严格区分权利主体和权利类型。这从他的如下论述中也可以得到证实:“在具体的权利冲突的事例或个案中,权利主体都是具体的,或个人,或团体,如果我们赋予某种所谓社会意义大的权利优于另一种权利,我们等于赋予了该权利主体以特权地位,这实际上否认了权利主体平等,违背了法律面前人人平等的法治原则和法治精神。”这些论述中实际上隐含着这样的观点:权利的位阶地位不是独立于权利主体的地位,而是由后者决定的或受其影响,但事实上,权利的位阶地位主要是由权利自身的价值等因素所决定的,而且权利价值也不是由权利主体(具体的人)的地位所决定的。如前所述,言论自由之所以被赋予“优越的地位”就是因为其在现代社会具有较为重要的价值,或曰在权利体系内部的价值秩序中处于较高的位阶,而不是因为言论自由的具体享有者是谁及其地位有多高。

当然,权利主体与权利类型也可能存在交叉或部分重叠的关系,但是权利主体与权利类型二者又是截然不同的两个问题。从规范意义上来说,权利主体之间的平等即任何人的权利主体资格的平等,这具有相对确定的、具体的规范性内涵,其中包括(1)就相同的权利或义务,各主体之间均平等地享有或承担(2)一方享有权利,他方即承担相应的义务。这也就是“法律面前人人平等”的法治原则。与此不同,权利类型之间则存在着一定的位阶关系,它们之间可能因其价值的高低而处于不平等的地位。这种不平等并未违反主体资格平等的原则,因为权利主体资格的平等意味着主体的可互换性,即权利主体都同样享有受优厚保护的权利,也同样享有不受优厚保护的权利,在个案中任何主体均可以处于优势地位的权利去对抗其他主体的处于劣势地位的权利,反之亦然。

退一步而言,如果我们承认权利类型之间的平等,那么权利冲突的解决就可能遇到困难,甚至完全不可能,或者无法在个案中实现正义。事实上,刘作翔也并未提出解决权利冲突的具体思路,只是以“在大多数权利冲突案件中,法官最终也都是按照法律的规定和依据作出了判决。有些案件则是由于立法的阙如”等论述带过而已。

#### 四、权利位阶的非整体确定性

当然,我们也应该承认,尽管权利体系中存在一定的权利位阶,但是,权利位阶并不具有整体的确定性,不可能形成像“化学元素表”那样先在的图谱。

我们说权利位阶具有非整体确定性,并不是企图否认权利位阶的存在。事实上,由于法律价值在一定范围内具有较为明确的价值秩序,因而在此范围之内,权利位阶也相应具有相对确定性,并进入法规范的层面。如在一定意义上或一定限度内,我们可以说,生命权的位阶高于人格权,人格权的位阶高于言论自由,言论自由的位阶高于营业自由,如此等等。诚如E·博登海默所言:

人的的确不可能凭据哲学方法对那些应当得到法律承认和保护的利益作出一种普遍有效的权威性的位序安排。然而,这并不意味着法理学必须将所有利益都视为必定是位于同一水平上的,亦不意味着任何质的评价都是行不通的。例如,生命的利益是保护其他利益(尤其是所有的个人利益)的正当前提条件,因此它就应当被宣称为高于财产方面的利益。健康方面的利益似乎在位序上要比享乐或娱乐的利益高。[2] p.400)

权利位阶之所以具有非整体的确定性,主要是因为权利位阶在一定范围内有着部分不确定性,而这又是由于法律价值的位阶秩序具有一定的流动性,必须联系具体的条件和事实才能最后确定,为此导致权利体系的内部结构非常复杂,许多权利因其价值地位的非确定性而处于相应的不确定的位阶之上,往往需要通过个案来把握,而且在一些复杂的案件中,即使是那些较具确定性的权利,

为解决它们之间的冲突,也需要在个案中进行具体的考量。对此,胡泊曼(Hubmann)就曾指出:“各种价值不仅有不同的‘高低阶层’,其于个案中是否应被优先考量,亦完全视具体情况而定。因此,一种‘较高’价值可能必须对另一‘较低’价值让步,假使后者关涉一种基本生活需要,而假使不为前述退让,此生活需要即不能满足的话。”<sup>①</sup>

正是如此,在某些具体的个案中,我们甚至很难以言论自由是一种宪法权利因而其位阶高于作为民事权利的肖像权和名誉权为由,来论证该案中肖像权和名誉权须让位于言论自由,而关键在于结合个案的事实对宪法权利和民事权利进行价值衡量。从这个意义上说,刘作翔认为不能以基本权利比普通权利更重要为由而作出“一种不问‘青红皂白’的判决”的主张,是值得采信的。

然而,如果我们把苏力关于“言论自由的重要性”这一结论加以绝对化,或者在一般意义上赋予没有界限的普适性,同样也可能误入歧途。事实上,“言论自由的重要性”也是相对的,当言论自由与其他权利相冲突时,关键的问题往往是基于具体个案的价值衡量,这在各国的判例中也可以得到反照。众所周知,美国联邦最高法院的判例就一直宣称:表达自由的保障不是绝对的,它服从于为了保障生命、健康、公共福利的概括性规限权(警察权力)的制约。德国则在许多情形下较之于言论自由而更加重视人格权。作为一个在近代历史上市民社会的发展相对滞后的国家,德国在传统以来的宪法中均将人格权置于人权体系的核心价值地位之上,战后联邦宪法法院在1957年的“厄尔斐斯案”中即曾明确判示:“自由的人格及其尊严”在宪法秩序的内部中具有“最高位阶的法价值”<sup>②</sup>。而在前述“吕特事件”一案中,尽管承认言论自由优越于人格权,但该判决同时强调基本法和基本权利体系“以人的尊严和人格发展权为中心点而形成客观性的价值秩序”<sup>③</sup>。

在此值得一提的是德国1973年的“刑满出狱报导案”。该案涉及的是传媒的播放自由与囚犯的人格权之间的冲突,案中的宪法诉愿人曾因协助抢劫军火而被判6年徒刑,在他即将假释出狱时,德国第二电视台(ZDF)把当时的犯罪经过制成电视节目加以播放,内中将展示其姓名、照片以及其伙伴中拥有同性恋倾向的资料,诉愿人为此诉至法院,请求禁止电视台的播放行为。此案最终被上诉到联邦宪法法院。该法院首先认定:“根据宪法的意志,二者的宪法价值均是基本法之自由民主秩序的本质的构成部分,任何一方的宪法价值均不能主张原则性的优越。”有鉴于此,法院采取了就本案的具体案情而进行比较衡量的方法。宪法法院认为,国家利益和任何其他公共利益,都不能一成不变地为个人领域之侵犯提供理由。罪犯重返社会的关键利益和社团恢复其社会地位之利益,通常必须超越进一步讨论罪行的这种公共利益,最后判定该案中的电视节目及其播放行为将可能侵犯宪法诉愿人的人格权而须予以禁止<sup>④</sup>。简言之,这其实是等于为了保护本案中囚犯的人格权而限制公共电视台所拥有的、被认为具有优越地位的言论自由。

但人格权的重要性也不具有绝对性,在许多个案中,甚至在一般情形下,生命权就可能被视为更为重要的权利。在美国著名的“罗伊诉韦德”一案中,布莱克门大法官(Blackmun Justice)就指出,在承认妇女堕胎权为宪法保护的个人隐私的同时,决定堕胎与否的个人隐私并不是绝对自由,在妊

<sup>①</sup> Hubmann, Wertung und Abwägung im Recht, 1977, S. 20f., 118ff. 转引自[德]拉伦兹《法学方法论》,台湾五南图书1996年版,第9页。

<sup>②</sup> 德国联邦宪法法院第一法庭1957年1月16日判决,联邦宪法法院判例集第6卷第32页以下(BVerfGE 6, 32, Urteil v. 16. 1. 1957)。

<sup>③</sup> 德国联邦宪法法院第一法庭1958年1月15日判决,联邦宪法法院判例集第7卷第198页以下(BVerfGE 7, 198, Urteil v. 15. 1. 1958)。

<sup>④</sup> 德国联邦宪法法院第一法庭1973年6月5日判决,联邦宪法法院判例集第35第202页以下(BVerfGE 35, 202, Urteil v. 5. 6. 1973)。其中,判词中所言的“原则性的优越”可理解为一种抽象意义或一般意义层面上的优越。参见林来梵《从宪法规范到规范宪法》,法律出版社2001年版,第154页;另见张千帆《西方宪政体系》(下册),中国政法大学出版社2000年版,第453页以下。

娠期间,存在两种“重要与正当”的国家利益,一是保护孕妇健康,二是保护潜在生命<sup>[6]</sup> p.282)。美国联邦法院经过利益衡量,最终判决:宪法保护的隐私权包括妇女自行决定是否终止妊娠的权利;而政府对堕胎的限制应根据胎儿存活性的状况而划分为三个具有不同法律效果的时期,即:

- (1) 在妊娠 12 周之前,妇女堕胎权不受政府干预;
- (2) 在 12 周之后、24 周之前,政府干预目的应以保障妇女健康为限;
- (3) 24 周之后,政府可以为保护潜在生命而禁止堕胎。<sup>①</sup>

该判决最能典型地说明权利位阶秩序的“非整体确定性”现象。它基于对胎儿生命的理解,根据胎儿成长的不同阶段来确认人格权与生命权的不同位阶关系,即:在妊娠 12 周之前,妇女的人格权优先;在 24 周之后,胎儿的生命权优先;而在各阶段中生命权始终受到高度尊重。当然,这种不同阶段的划分,其实也反映了对生命权与人格权何者更为重要的这种终极性选择的困难性,而这种困难性本身,则肇始于二者位阶关系的不确定性和可流动性。

权利的非整体确定性有时还表现在,即使某些相对确定的权利位阶环节也可能随着时代和社会价值的发展而有所改变。如在近代宪法阶段,西方各国本来均曾偏重于对经济自由的保障,而在进入现代宪法阶段之后,精神文化活动的自由,尤其是其中的表达自由则获得了“优越的地位”,美国的“双重标准理论”就是在这种情形下应运而生的。然而,就这个“双重标准理论”而言,由于 20 世纪 60 年代后新自由主义的抬头,即使在美国亦有所式微。

可以说,权利位阶之所以没有整体的确定性,最主要是由于涉及价值判断而很难确定,基于人类对价值问题认识的有限能力,我们无法脱离具体情形而先在地把每个权利正确地镶嵌在权利体系的图谱之上,以此解决任何可能出现的权利冲突。所以,在具体情形(包括具体个案)中进行具体的考量,就成为人们认识权利位阶,解决权利冲突的暂定方案。众所周知,这类方法在国外早已开始使用,如德国和日本的价值(利益)衡量方法即然。尽管这些方法是否完全妥当尚存争议,且其本身也处于不断完善和发展之中,但类似方法的运用在处理较为复杂的事案中是不可避免的,否则就可能无法确定性地解决权利冲突<sup>②</sup>。正如拉伦兹所说,面对权利冲突,司法裁判不得不根据它在具体情况下赋予各该法益的“重要性”,来从事权利或法益的“衡量”,并指出:

之所以必须采取“在个案中之法益衡量”的方法,如前所述,正因为缺乏一个由所有法益及法价值构成的确定阶层秩序,由此可以像读图表一样获得结论。<sup>[3]</sup> p.313)

## 五、结语:走向“具体实证”

通过以上的分析,我们初步看到,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。这其实也印证了一个简单而又重要的观点,即:返回“法的形而下”,形成“具观实证”的实践品格,正是我国法理学今后的一个进路。

如果回到本文的起点,我们也不难看出,刘、苏二人之间之所以产生观点的分歧,方法上的潜因亦在于此。广言之,我国法理学也或多或少地存在这种倾向。面对纷繁复杂的法律现象的困扰,许

<sup>①</sup> Roe v. Wade 410 U.S. 113(1973). 另可参见方流芳《1973—1992 年美国联邦最高法院关于堕胎问题的主要判例和持不同观点法官人数对比的变化》,载梁治平编《法律解释问题》,法律出版社 1998 年版,第 315 页。

<sup>②</sup> 在日本,利益衡量理论兴起于 20 世纪 60 年代,如加藤一郎于 1966 年发表《法解释学的理论与利益衡量》一文,其中提出了“利益衡量”的民法解释观。参见[日]加藤一郎《民法的解释与利益衡量》,载梁慧星主编《民商法论丛》第 2 卷,法律出版社 1994 年版,第 78 页。有关利益衡量的局限及其克服的论介,参见梁慧星《民法解释学》,中国政法大学出版社 1995 年版,第 333 页以下;另见梁上上《利益的层次结构与利益衡量的展开》,载《法学研究》2002 年第 1 期。

多人总是企图追问这些法律问题背后的形而上的本原,以期通过终极的探幽和思辨,实现“从根本上解决问题”的目标。当然,晚近也有若干学者不满于这种倾向,转而欣赏或实际上开始尝试诉诸那种所谓“不尚空谈、不装腔作势”的、注重实际分析的具体研究,但他们有时从多少带有猎奇性色彩的个案透析中所获取的重大结论,往往也没有成功地避开形而上的磁场<sup>7</sup>(p.2)。

在进一步延伸的意义上,这其实也涉及规范法学在我国的命运问题。环视西方各国成熟的法治国家,一个不容忽视的思想史脉络是:自近代以来,规范法学一直处于法学的主流地位。在进入现代之后,随着法社会学的兴起,尤其是在二战之后,规范法学因难以回答“恶法非法”而受到新自然法学的挑战。随后,经济分析法学、后现代主义法学又呈现巨大的活力,然而,规范法学通过自身的完善,仍保持着主流地位。这主要是因为规范法学与法治之间具有天然的亲善关系,甚至可以说,在特定条件下规范法学便是法治观念的基石。在各种法学的潮流无序性的“杂居”、“堆积”所形成的混沌结构中,中国学者也已经慢慢地看到了这一点,正如有学者指出,“对法治而言,规范法学是最直接的理论支持”<sup>8</sup>(p.240)。但反观我国法学的历史和现状,可以发现,由于尚未经过形而下的实证主义思潮的洗礼,作为现代法学立命之本的规范法学,从未得以健全和壮大。规范法学在我国的发展和成熟,几乎还是一个尚未完成、不可回避和不可逾越的近代性课题<sup>①</sup>。

在当下的我国,大规模的立法时代将告终结,司法国家的时代必然到来,而相应的判例制度和违宪审查制度也急需建立。在这一历史趋势中,我国法理学更有必要“返回法的形而下”,走向“具体实证”,以引领各部门规范法学的发展,并为它们建立一个有效可靠的理论评价体系。这也是本文问题意识的一个终极意义之所在。

### [参考文献]

- [1] 关今华.权利冲突的制约、均衡和言论自由优先配置质疑[J].法学研究,2000(3):28-45.
- [2][美]E·博登海默.法理学:法律哲学与法律方法[M].北京:中国政法大学出版社,1999.
- [3][德]拉伦兹.法学方法论[M].台北:五南图书出版公司,1996.
- [4] 林来梵.从宪法规范到规范宪法[M].北京:法律出版社,2001.
- [5] Thomas I. Emerson. Toward a General Theory of the First Amendment[J]. Yale Law Journal,1963(72):876-887.
- [6] 方流芳.罗伊判例中的法律解释问题[A].梁治平.法律解释问题[C].北京:法律出版社,1998.
- [7] 孙笑侠,林来梵,夏立安.返回法的形而下·前言[C].北京:法律出版社,2003.
- [8] 谢晖.法的思辨与实证[M].北京:法律出版社,2001.

[责任编辑 曾建林]

## RevisedRank of Rights in Conflicts: An Analysis in the Perspective of Normative Jurisprudence

LIN Lai-fan, ZHANG Zhuo-ming

(Department of Law, Zhejiang University, Hangzhou 310028, China)

<sup>①</sup> 我国学者龙卫球新近亦指出:概念(注释)法学和分析法学为中心的法学传统在坚持法律实在论这一点上,贡献卓著,是值得我们维护的。参见龙卫球在《法律实在性讨论——兼为概念法学辩护》(修改版)一文中的“修改补记”(2003年6月13日访问),<http://www.lawintime.com/ReadNews.asp?NewsID=1782&BigClassName=法学理论&BigClassID=25&SmallClassID=31&SpecialID=0>,修改前的原文载于《比较法研究》1998年第3期。

**Abstract :** There is no denying the facts that the subjects of rights enjoy equal protection from the law , both the qualification for them and the individuals being equal under the law. However , we cannot deduce the conclusion that all types of rights are equally protected by the law. In fact , there exists a ranking order of rights in the rights system. The rank of rights is mainly influenced and determined by the value of rights. It is the value of rights at different levels that makes the system of rights into some ranking order. This order has a relative certainty , so it can be an effective standard for some simple events and cases , or it can at least be a background of standards for law thinking. Therefore , it is impossible that all types of rights can have “ equal ” protection from the law , as Liu Zuo-xiang a Chinese law scholar argues. Otherwise , the conflicts of rights are always hard to resolve .

On the other hand , there is no certainty on the whole for the ranking order of rights , and there is no possibility of a pre-existent picture like “ The Chemical Elements ” due to its more complicated relationship with value judgment. It is the value measurement , rather than the ranking order of rights , that is regarded as an effective criterion in dealing with some special cases of conflicts of rights. Just as the German jurist Hubmann says , it is true that kinds of values have different levels , high or low , but to decide what values are prior to the others in particular cases depends completely on the specific instances .

To some degree , this approach , from metaphysics to common sense and to be more connected with positivism , can be an important approach for the Chinese jurisprudence studies. As positivism has never dominated the Chinese theoretical circles as it does in the Western countries , normative jurisprudence , which is the backbone of modern legal science , has never obtained a satisfying development. In contemporary China , with the era of large-scale legislative activities going past , the era of a judicial country will come by. Appropriate systems of case law and reviews of constitutionality will have to be established. In this historical trend , it is obvious that the progress and maturity of normative jurisprudence is an expected , unavoidable and inevitable step for China to enter the modern international community .

**Key words :** rank of rights ; equal protection of rights ; conflicts of rights ; value measurement ; normative jurisprudence

## 本刊声明

浙江大学学报人文社会科学版及原杭州大学学报哲学社会科学版过刊全文资料已入网“万方数据 - 数字化期刊群”,并提供相应的读者服务,如作者有异议,请来函说明,可作适当处理。

浙江大学学报人文社会科学版

# 论权利冲突中的权利位阶—规范法学视角下的透析

作者: 林来梵, 张卓明  
作者单位: 浙江大学, 法律系, 浙江, 杭州, 310028  
刊名: 浙江大学学报(人文社会科学版) **PKU CSSCI**  
英文刊名: JOURNAL OF ZHEJIANG UNIVERSITY(HUMANITIES AND SOCIAL SCIENCES)  
年, 卷(期): 2003, 33(6)  
被引用次数: 28次

## 参考文献(10条)

1. [关今华 权利冲突的制约、均衡和言论自由优先配置质疑—也论《<秋菊打官司>案、邱氏鼠药案和言论自由》](#) [期刊论文] - [法学研究](#) 2000(03)
2. [E·博登海默 法理学—法哲学与法律方法](#) 1999
3. [拉伦兹 法学方法论](#) 1996
4. [林来梵 从宪法规范到规范宪法—规范宪法学的一种前言](#) 2001
5. [Thomas I Emerson Toward a General Theory of the First Amendment](#) 1963(72)
6. [方流芳 罗伊判例中的法律解释问题](#) 1998
7. [孙笑侠, 林来梵, 夏立安 返回法的形而下·前言](#) 2003
8. [谢晖 法的思辨与实证](#) 2001
9. [查看详情](#)
10. [查看详情](#)

## 引证文献(28条)

1. [王崇华 权利位阶的反思](#) [期刊论文] - [社会科学论坛](#) 2009(7)
2. [王崇华 权利位阶的反思](#) [期刊论文] - [社会科学论坛](#) 2009(7)
3. [何永红 德国法规审查标准之类型化——基于学说与实务视角的法理分析](#) [期刊论文] - [时代法学](#) 2008(6)
4. [马岭 权利冲突与权利位阶](#) [期刊论文] - [云南大学学报\(法学版\)](#) 2008(5)
5. [周海燕 汶川震灾报道中的伦理谬误分析](#) [期刊论文] - [当代传播](#) 2008(5)
6. [王林, 李凡 权利冲突逻辑结构的理论思辨——以权利冲突界定的“靶式结构”为视角](#) [期刊论文] - [时代法学](#) 2008(3)
7. [范毅强 民事强制执行中的人权冲突及保障](#) [期刊论文] - [广西师范大学学报\(哲学社会科学版\)](#) 2008(2)
8. [温清华, 林威 权利冲突保护论——从权利冲突概念角度分析](#) [期刊论文] - [大庆师范学院学报](#) 2008(1)
9. [杨建淮 《物权法》视野下的公共利益问题探析](#) [期刊论文] - [唯实](#) 2007(12)
10. [张平华 权利位阶论——关于权利冲突化解机制的初步探讨](#) [期刊论文] - [法律科学—西北政法学院学报](#) 2007(6)
11. [董超格 婚内隐私权与知情权的冲突及其协调——由一则民事案件谈起](#) [期刊论文] - [运城学院学报](#) 2007(3)
12. [张冬云 论公共利益的界定——兼评《物权法\(草案\)》第49条](#) [期刊论文] - [社会科学研究](#) 2007(2)
13. [张振良, 苏宁雪 利益衡量与司法艺术——以对行政审判效果的法理思考为基础](#) [期刊论文] - [山东审判](#) 2007(1)

14. 胡珊 论知识产权国际保护的限制以艾滋病药品专利保护争议为例 [期刊论文] - 法律适用 2007(2)
15. 杜健荣 论权利冲突中权利类型的平等 [期刊论文] - 昭通师范高等专科学校学报 2006(6)
16. 征汉年. 陶广峰 现实的困惑:权利冲突—权利冲突的成因、形式与化解之管见 [期刊论文] - 中州大学学报 2006(1)
17. 征汉年. 陶广峰 现实的困惑:权利冲突—权利冲突的成因、形式与化解之管见 [期刊论文] - 中州大学学报 2006(1)
18. 童建华. 孙战国 权利冲突的解决原则 [期刊论文] - 求索 2006(4)
19. 张浩书 反思“权利冲突”问题的真与伪 [期刊论文] - 内蒙古社会科学 2006(2)
20. 郝一丁 权利冲突中法定权利边界模糊问题的解决 [期刊论文] - 南都学坛 2006(6)
21. 谢惠加 数字版权权利冲突及其解决模型的建构 [期刊论文] - 科技与法律 2006(3)
22. 张翔 基本权利冲突的规范结构与解决模式 [期刊论文] - 法商研究 2006(4)
23. 张翔 基本权利冲突的规范结构与解决模式 [期刊论文] - 法商研究 2006(4)
24. 李常青 权利冲突之辨析 [期刊论文] - 现代法学 2005(3)
25. 陈金钊. 焦宝乾 中国法律方法论研究学术报告 [期刊论文] - 山东大学学报(哲学社会科学版) 2005(1)
26. 吴海燕 立法对当代中国社会转型的功能分析 [学位论文] 硕士 2005
27. 苑书涛 请求权基本理论研究 [学位论文] 博士 2005
28. 谢国保. 谌丽 论森林资源法上的权利与权利冲突 [期刊论文] - 中南林学院学报 2004(6)

本文链接: [http://d.g.wanfangdata.com.cn/Periodical\\_zjdxxb-rwsh200306001.aspx](http://d.g.wanfangdata.com.cn/Periodical_zjdxxb-rwsh200306001.aspx)

授权使用: 浙江大学(wfzjdx), 授权号: 15d86d59-e72f-46a1-aa88-9e5701136cd8

下载时间: 2010年12月25日