

人权间冲突的主体间分析^{〔*〕}

○ 常 健,赵玉林

(南开大学 周恩来政府管理学院,天津 300071)

〔摘要〕人权间冲突是人权理论界面临的核心难题之一。在解决人权间冲突方面,主要包括区分基本人权和非基本人权、人权排序、划分人权的核心与边缘、人权间的平衡与妥协等。解决人权间冲突的关键,是如何解读人权的绝对性与相对性。与主体主义和客体主义视角不同,主体间视角将人权理解为主体间互动和共识的产物,将各项具体人权理解为人权体系之网上的“网结”。它不去寻找某种普遍适用的人权间冲突解决方式,而是以协商民主的方式确定各种不同解决方式的有效性条件和限度。人权间冲突的存在,反证了协商民主的必要性和重要性,也为社会成员通过协商民主达成政治共识提供了机会。

〔关键词〕人权;人权间冲突;主体间视角;协商民主

人权曾被并继续被一些倡导者和研究者认为具有绝对性。但对人权绝对性的最大挑战来自于人权间冲突。因为如果人权间存在冲突,就意味着其现实的实现方式只能是受到一定限制的,受限制的人权就不具有绝对性。同时,人权间冲突也对人权的普遍性构成挑战,正如阿尔斯通(Philip Alston)所说:那些固有的难以找到普遍接受的解决方法的人权间冲突,是人权普遍性原则的一个主要障碍。^{〔1〕}因此,如何解释和解决人权间冲突,成为人权理论必须面对的一道难

作者简介:常健,南开大学周恩来政府管理学院副院长、教授、博士生导师;赵玉林,南开大学周恩来政府管理学院博士生。

〔*〕教育部国家人权教育与培训基地重大项目“市场经济初创时期各国人权发展道路比较研究”,项目编号:12JJD820021;天津市教委社科重大项目“社会管理创新与诚信社会建设”,项目编号:2011ZD004。

关,同时也推动着人权理论的发展。

一、人权间冲突的形式和趋势

人权间冲突是否真的存在?现在理论界对此已经基本没有异议。研究者们举出了许多现实中的和理论上可能的人权间冲突形式。

首先是不同的人权主体在享有同一权利时发生的冲突。如处理连体双胞胎婴儿的生命权之间的冲突,每一种处理结果都会造成牺牲一方的生命,不存在绝对保护生命权或最小伤害生命权的选项;在穆斯林女教师上课时是否应当摘去头巾的问题上,教师的宗教自由权与其学生的宗教自由权之间的冲突;在死刑问题上,杀人犯的生命权与潜在受害者的生命权之间的冲突。甚至有些研究者设想极端的情境:如果一个无辜者的生命可以换取成百上千人的生命,这位无辜者的生命是否可以因此被牺牲?

其次是不同人权之间的冲突,讨论比较多的如不受歧视的权利与言论自由权之间的冲突;在亵渎宗教的动画片问题上宗教自由与言论自由之间的冲突;在堕胎问题上生育自由权与生命权之间的冲突;在反恐中囚犯不受酷刑的权利与公民生命和人身安全权利的冲突;公民知情权与公众人物隐私权之间的冲突;环境保护权与少数民族保存独特文化生活习惯的权利之间的冲突。

祖卡(Lorenzo Zucca)用“完全冲突”和“部分冲突”及“权利内冲突”和“权利间冲突”两个维度区分了人权间冲突的四种类型^[2](如表1所示):

表1 人权间冲突的4种类型

	人权内	人权间
完全冲突	类型1 例:连体婴儿的生命权与生命权的冲突	类型2 例:寻求自杀者的生命权与自主权的冲突
部分冲突	类型3 例:政治上极端对立的两个群体要求同一时间同一地点上街游行时言论自由权与言论自由权的冲突	类型4 例:在报纸决定是否曝光有关公众人物的微妙信息时隐私权与言论自由权的冲突

人权间冲突会发生在三个不同的层次:一是制定人权标准的层次,这是立法机构要面对的;二是解释人权条款的层次,这是法院要面对的;三是在实施人权举措的层次,这是执法和行政部门要面对的。

布雷姆斯(Eva Brems)认为人权间冲突正变得日益频繁,而且其重要性也日益凸现。其原因主要有两个方面:一是人权的内容在不断增加。不断出现新的人权条款、议定书和公约,而且人权机构和法院也通过对人权条款的解释和案例判决创造出许多“子权利”(sub-rights)。二是人权的横向效力日益获得承认。虽然人权最初被认为只涉及公民与国家之间的关系,但现在它也被认为适用于非国家行为主体,包括个人、群体、组织甚至企业。公共机构不仅具有尊重人权

的消极义务和实现人权的积极义务,而且还具有保护人权的积极义务,保护公民权利不受第三方侵害。这使得有关人权的要求越来越多,也使人权间冲突成倍增加。^[3]

本文首先对人权间冲突的各种解决方式及其局限性进行分析。在此基础上,进一步分析各种解决方式背后的主体主义和客体主义理论基础,然后借助政治和社会建构主义的主体间视角尝试提出一种更现实性的解决人权间冲突的思路。

二、人权间冲突的解决方式

在人权间冲突方面,无论是自由主义理论家还是功利主义理论家,大都主张需要对相互冲突的人权加以一定的限制。马莫尔(Andrei Marmor)认为,人权并不具有绝对性,因为人权间存在冲突,因此必须对人权进行限制。^[4]德沃金指出:“我们必须承认,如果政府有理由相信对立的权利中有一方是更为重要的,它就有理由限制另一些权利。”^[5]德沃金认为限制某项人权必须有三个稳定的根据:“第一,政府可能证明,在这个边缘案件中,最初的权利所保护的价值并不真正处于危险状态,或者只是在形式上有某种危险。第二,政府可能证明,如果这项权利的内容包括这一边缘案件,那么,我在前面所论述的强硬意义上的与之对立的权利就可能被侵犯。第三,政府可能证明,如果权利是如此定义的,那么社会的代价不仅会越来越多,而且可能超过最初承认权利时所付出的代价,这个代价可能达到足以证明任何侵犯人的尊严和平等为合理的程度。”^[6]马基(J. L. Mackie)提出,人权间的冲突可以用一种权利功利主义的方式来解决,其理想的结果是双方权利在总体上最大限度地得到实现,或遭受最小的侵犯。解决权利冲突也可以依据以下假定,即最理想的结果应当是一个人的权利不应比另一人的权利遭受更多的侵犯。^[7]

通过对人权的限制来解决人权间冲突,有四种方式:(1)区分基本人权和非基本人权;(2)人权排序;(3)划分人权的核心与边缘;(4)人权间的平衡与妥协。

(一)基本人权与非基本人权的分类

亨利·舒(Henry Shue)提出了基本权利与非基本权利的区分。如果某项权利的享有“对于其它所有权利的享有而言是必需的”,那么该项权利就是基本权利。他承认无法给出完整的基本权利一览表,但是认为至少存在三项基本权利,即安全权、生存权和自由权。为确保这些权利,其他权利如果必需的话可以被违反,但为了确保其他权利,基本权利是不能被侵犯的。^[8]

米尔恩提出了“最低限度人权观”。他认为,虽然人及其文化具有多样性,但却存在为所有人类社会普遍接受的道德要素以及与这些最低度道德相匹配的最低限度的七项人权:生命权、要求正义权、受帮助权、自由权、被诚实对待权、礼仪权以及儿童的受抚养权。米尔恩指出虽然关于生命权的理解在不同社会存在明显差异,如死刑的存废和是否允许堕胎,但是不应为了满足个人一时的高兴而

展开大规模屠杀却是被普遍认同的。^[9]

唐纳利(Jack Donally)担心,确认基本权利可能导致忽视其他人权,而那些权利根据他的理论对于有尊严的生活是必需的。实现人的尊严是人权的目标,对于任何权利的侵犯,都会阻碍人们实现一种具有人的生活所需要的起码条件,在这个根本的意义上来说,所有的权利都是“基本的权利”,^[10]区分基本权利和非基本权利“不过是为压迫打开了方便之门”。^[11]同时,在究竟哪些人权属于基本权利的问题上,帕克(Ann Park)^[12]、迈克尔(Sam McCall)和马修斯(Melissa Mathews)^[13]、格莱克(Peter H. Gleick)^[14]等人提出了与舒和米尔恩的观点存在明显差异的权利表。弗里曼认为,基本权利的概念是有争议的,从而对解决权利冲突问题并不是非常有帮助的。^[15]

(二)人权排序

西奥多·梅伦(Theodor Meron)认为,如果权利之间可以做某种序列上的排列或区分,将无疑会对解决权利之间冲突具有重要意义。^[16]

祖卡(Lorenzo Zucca)提出有利于解决人权间冲突的“第二代基本权利体系”的概念。它应当包括两种实质性优先规则,一种是在基本权利体系内部各项权利的优先排序,一种是基本权利体系整体对所有其他考虑、利益和争议性理由的优先性规则。^[17]

格维茨(Alan Gewirth)提出了一个具体的排序标准。根据他的观点,人权被证明为合理,是因为它们是道德行为所必需的。当人权间冲突时,那些在道德行为上更重要的权利就比那些更不重要的权利具有优先性:例如,不受饥饿的权利就优先于带薪休假的权利。^[18]具体来说,人的行为是具有自愿性和目的性的,人权就是按照“通用一致性原则”(Principle of Generic Consistency)为实践此类行为时每个人所必需的自由(freedom)和福利(wellbeing)。福利包括三类:基本福利(basic goods)指前提性的需要,如生命、身体的完整和智力的均衡;免除性(subtractive)福利指个人的能力和资源不应受到减损,如免于偷盗、诽谤、毁约、过度劳累等问题;增添性(additive)福利指提升个人自主自愿行为的水平的条件或资源,如受教育、不受歧视等。自由是指个人行为不是被强迫的也不受到干涉或阻碍。当权利之间产生冲突时,他认为应当依据权利对“自愿性和目的性”行为而言的必要性程度进行取舍。比如当A要通过行使其自由权而谋杀B时,B的生存权就有压倒A的自由权的正当性。^[19]

詹姆斯·格里芬(James Griffin)认为人权只能建立在两种基础之上:第一是人格,它确定保护人之为人的本质特征所需的人权清单;第二是实践,它通过现实的考量具体确定每一项权利的具体内容和边界。当人权之间产生冲突时,需要一个“桥梁性概念”,以此才能帮助人们衡量相互冲突的权利或利益的大小:在权利与权利之间产生冲突时,这一桥梁概念是“人格”;在权利与“利益”之间产生冲突时,这一桥梁概念是“生活质量”。^[20]

还有些人用“杠杆效应”(leverage effect)作为排序的标准。一些人权具有

杠杆效应,如公正审判权是实施所有其他人权的一个“杠杆”。如果侵犯一项人权 A 会间接地导致对人权 C 和 D 的侵犯,就会增加避免侵犯人权 A 的理由。

伊文(Aagje Ieven)通过对欧洲人权法院判例的分析,观察到某些人权明显地被视作比其他人权更为重要。如将生命权置于私生活权利之先,因为生命是行使所有其他权利的前提条件。其他,将儿童权利看得更重于成年人的权利,因为儿童是非常脆弱的群体,最需要得到权利的保护。^[21]

祖卡(Lorenzo Zucca)指出:“我认为在权利法案中所核准的各项基本人权显示出具有价值多元主义的基础。换言之,我相信,就权利法案来说,并没有令人信服的论证来支持这样的主张,即可以用一个涵盖的价值来为这些权利排序。如果真是这样,那么基本权利的冲突就会是一个平凡无奇的概念(a trivial notion)。”^[22]

1993年世界人权大会通过的《维也纳宣言和行动纲领》对各种权利之间的关系作出了明确的表述:一切人权均为普遍、不可分割、相互依存、相互联系。国际社会必须站在同样地位上、用同样重视的眼光、以公平、平等的态度全面看待人权。

(三)人权核心与边缘的区分

为了避免权利排序所带来的问题,一些学者提出在每一项人权内部区分“核心”(cores)和“边缘”(periphery)。当两项人权 A 和 B 发生冲突时,如果权利 A 的实现侵犯了权利 B 的核心,而权利 B 的实现只是侵犯了权利 A 的边缘,就会更支持权利 B 的实现。例如,当一方依据宗教自由权利而干涉了另一方的言论自由权利时,法院会去考察这种冲突是否涉及到这两项权利的核心内容,并据此作出裁决确定这种干涉是否合理。

权利核心也被称为权利的“实质内容”、“本质内容”或“根本内容”。一些国家的法律中规定了不得限制权利的实质内容。人权的实质内容是指成为人权核心的实体内容。对人权本质内容的侵犯,是指因这种侵犯使人权变得有名无实,该限制权利的法律将因违宪而无效。韩国宪法第 37 条规定,对权利进行限制时“也不能侵害自由和权利的本质内容。”德国宪法第 19 条第 2 款规定:“任何情况下均不得侵害基本权利的实质内容。”^[23]

史义夫(Gerhard van der Schyff)认为,核心与边缘的区分会产生三个问题:第一,如何定义权利的核心;第二,权利核心是否不可限制;第三,如果权利核心不可限制,那么当两个权利核心出现冲突时该如何处置,是否可以将权利核心看作相对的,是否可以适用比例平衡原则。对此,他一一作出了分析。^[24]

在确定权利核心方面,可以分为客观和主观两类方法。客观方法认为权利核心的保护对象是整个社会,因此,一项权利的核心是否受到侵犯,关键要看该权利对整个社会来说是否仍然具有价值。换言之,只有当一项权利失去了其对所有个人的意义时,而不是只对某个特定个人或一些人失去意义时,其权利核心才能视为受到侵犯。与此相对,主观方法将确定权利核心的问题限于所处理的

特定案例,因此将权利核心保护的客体设定为案例中特定的个人。史义夫认为,客观方法可能出现的问题是将个人权利置于集体利益的考虑之中,并因而丧失对个人权利的严格保护。

对权利核心是否可以受到限制的问题,存在着绝对和相对两种理论。绝对理论认为,权利核心已经涉及“最后不可触碰的领域”,不能对权利核心再加以任何限制。对权利核心的保护在本质上应当是绝对的,任何“淡化”都是不能容忍的。如梅伊斯(Gunter Maes)就认为:“没有任何进行平衡的空间。显然并没有为比例相称原则留下任何空间。”但对于如何来确定这种绝对的权利核心,梅伊斯的回答却是含糊的:“这一方式的问题是并不总能立即明确边界在哪里以及如何来确定边界。每一项权利的明确核心并不是简单确定的,它将根据其在基本权利保护体系整体中的重要性来加以确定。”史义夫认为,这种说法实际上是将这种绝对的权利核心置于相对的位置中。如果要考虑到基本权利保护的主体才能确定权利的核心内容,就说明它不是绝对的,它只是环境的产物。因此,认为对权利核心不能采用比例平衡原则显然是不公平的,因为确定权利核心内容的过程本身就是平衡的结果。同时,不应当将权利核心与权利的重要性相混淆。权利的重要性是可以通过比例平衡来衡量的,而权利核心不能根据权利的重要性来加以衡量。在这个意义上,史义夫认为权利核心的绝对理论其实只是伪装成绝对的相对理论。

当两个权利核心在一个特定案例中发生冲突时,如果权利核心不能加以限制,那么这种冲突就无法用法律手段加以解决。有人建议可以在权利间设立等级,并以此来区分权利核心间的等级差异。但如果各项人权的核心理还有等级上下之分,那这种核心就不是划分者所认为的那种绝对不可限制的权利核心。

德国就能否限制权利实质内容存在四种学说:(1)核心绝对论,主要是联邦行政法院的主张。认为应当绝对地保障人权的实质内容,对人权的核心部分不得侵害。在涉及一项法律是否违反这一原则时,一是要看范围:可以限制某些人的人权,但不可限制所有人的人权;二是要看实质,是否在施行该法律后导致该项人权名存实亡。(2)核心相对论,认为必要情况下,可对权利实质内容进行限制。联邦普通法院持此观点,认为德国宪法第19条的原则在于防止人权受到过分的侵犯,即超过立法目的及事实上应该给予的限制界限。(3)核心折衷论,这种理论将绝对论和相对论都看作是核心保障的内容,认为每个人权的规定至少必须保留起码的内容来作为人类尊严内容的特征,并且在立法时也要受到比例相称原则的拘束,不得制定不必要的法律限制人权,也就是权利的核心内容应该得到绝对的保护。但是出于保护公共利益的需要,在不得已的情况下,可以对权利的核心内容进行限制。(4)利益论,这种理论将所需采取的手段是否过分(即比例相称原则)及是否与更大的利益冲突(即利益平衡)作为界定核心的界限。也就是基于更大的利益及特殊的理由可以对人权予以限制。^[25]

史义夫认为:与其将权利核心概念作为分析权利冲突的出发点,不如完全放

弃权利核心的概念。权利核心在理论上存在着困难,更不要说在实践中了。从欧洲人权法院的判例中可以看到,对任何所谓绝对权利核心的保护在本质上都是相对的。更明智的做法是:聚焦于合理的比例分析。在司法领域,它强调对限制条款的严格解释来捍卫自由权利,而不是全无必要地专注于不可剥夺的权利核心。但揭示权利核心本质上的相对性并不是要取消对这种权利的保护,相反,它有利于开放评估所有相关利益的权重,以确保作出彻底的比例评价。^[26]

(四) 权利平衡与妥协

阿利克塞(R. Alexy)提出了结构化平衡(structured balancing)的概念。在解决人权间冲突时,它要求确定权利的范围和相对权重,并将其应用于某些特定的情境。^[27]根据马丁(Rex Martin)的解释,权利的范围(scope)说明权利是什么(如行动自由)以及该权利自身所包含的或后来确定的限制。而权利的权值(weight)则是对其重要性的确定。虽然权利的重要性有时明确有时不明确,有时相当精确,有时又相当的不精确,但它可以用来决定该权利与其他权利冲突时双方的地位和谁应作出让步的依据。^[28]他认为,根据范围划分和权值概念,“一旦对各项基本权利取得令人满意以及平衡的界定,他们之间是不可能发生冲突的。或者,即便一个权利与另一个权利可能在罕见但却可以预见的情况下发生冲突,如果权利起草机构事先在各项权利背后的政策中加入起决定性作用的权值,就完全可以防止冲突的可能性变为现实。”^[29]

确定冲突人权的权值或重要性的大小,可以首先分析冲突人权自身的因素。例如,权利权值的大小往往同权利的紧迫性成正比。如在饥荒时期,当财产权与生命权发生冲突时,由于后者更紧要,就可以征用财产所有人平时囤积的粮食和食物。^[30]奥德龙(Jeremy Waldron)提出,人权存在多项义务或一项义务的多个方面,而每一项义务或其每一个方面的重要性并不相同,因此,确定冲突人权的权值取决于与冲突人权相关联的多重义务的优先秩序。^[31]

德国是以平衡方式解决人权间冲突的公认代表。德国司法界提出了“比例相称”(proportionality)和“实践调和”(Praktische Konkordanz)的概念,以避免由人权排序所带来的困扰,不必为一项人权而牺牲另一项人权。限制权利要符合比例相称原则,即限制权利行为其目的和所采取的手段之间必须符合一定的比例。比例相称原则本身又包含三个次要的原则:(1)妥当性原则,即手段对目的的符合性和切合性。(2)必要性原则,是指在符合妥当性原则的前提下,在所有能够达到行为目的的方式中,必须选择最少侵害的方法。(3)均衡原则,是指一个限制权利的行为虽然是必要的,但是不能给权利主体带来过度的负担。如果限制权利得到的利益大于失去的利益,就可以进行权利限制。^[32]

祖卡(Lorenzo Zucca)认为,平衡妥协的方法并不适用于他所谓的“宪法权利困境”,但适合于解决其他权利间的部分冲突情境。^[33]

对平衡方法最主要的批评来自于“不可比性”(incommensurability)这一概念。当相互冲突的权利是基于两种不可比的价值,如何用一种尺度来衡量它们

的权重或重要性? 奥德龙(Jeremy Waldron)提出应当区分强弱不可比性。强不可比性导致悲剧性的选择,导致的是痛苦和瘫痪,任何选择标准都只能是个人偏好。相反,弱的不可比性适用“简单或直接的优先规则”,其决定不是采用功利主义的计量式平衡,而是采用德沃金的王牌游戏,按优先排序论断。有时我们不得不在两个王牌之间进行选择,在这种情况下将会诉诸平衡,但这是一种质的平衡,它要借助哲学方法理清所涉及价值的内在关系。^[34]

但培利(Michael J. Perry)认为,可比性与不可比性是相对的。两项权利或价值相对于某一个标准可能是不可比的,但相对于另一个不同的标准却可能是可比的。实际上,并不存在任何相对于任何标准都不可比的权利或价值。无论如何,认为价值相对于任何比较标准都是不可比的观点是不正确的。任何两个(或更多的)价值都可以根据某种标准来加以比较。^[35]

三、从主体间视角分析和解决人权间冲突

本文认为,人权存在冲突是正常的。人权间冲突的困境来自于人们看待人权的方式,特别是如何看待各项人权的绝对性和相对性。

(一)分析人权间冲突的三种视角

如果人们坚持认为人权具有绝对性或某种程度的绝对性,那么人权在概念、解释和实施过程中的相互冲突就会被视为不可接受的怪物。从理论上分析,论证人权的绝对性主要来自主体主义的理论视角。主体主义视角脱离人权产生的客观社会历史背景,将人权解读为人性本身的内在要求。如人的道德性、人的尊严、人的理性等等,认为可以从这种人性出发逻辑地推演出各项不会产生任何矛盾和冲突的人权。这一思路主要是各种自由主义理论家所主张的。

另一方面,如果坚持认为人权完全是相对的,那么就会认为人权间冲突根本不是问题,但其前提是取消人权与各种利益之间的区别,实际上取消和消解了人权概念。从理论上分析,认证人权相对性主要来自于客体主义的理论视角。客体主义视角脱离主体的内在需求,将人权解读为公共利益的客观要求。公共利益是多元化的,因此人权间的冲突不过是各种社会利益间冲突的一种特殊形式,妥协、折衷和权衡是解决这些冲突的常态方式。这一思路的最典型代表当然非功利主义莫属。

要突破主体主义和客体主义的理论困境,就要从一个新的视角出发来分析人权的绝对性和相对性。20世纪末期发展起来的各种主体间理论视角,为这种理论突破提供了新的思路。主体间视角将人权解读为主体在特定社会历史条件下达成的主体间共识。人权产生于主体间在一定社会条件下的相互作用,它相对于特定的社会历史条件、社会共同体和人们主体意识的发展,因此具有主体间的相对性。同时,人权的道德和法律规范是这种主体间互动和共识的产物,因而具有主体间的绝对性。从这一视角出发,对人权间冲突的本质会有更积极的解读,对人权间冲突的解决方式也会有更合理、更实际的评价。

(二)如何看待人权间冲突

首先,人权间冲突是正常的和难以避免的。人权并不是人性或自然内在逻辑的逐渐展开,而是对历史出现的共同威胁的偶然回应;在这种偶然中所形成的价值共识是在多元价值理论基础形成的“重叠共识”,^[36]它们并没有统一的价值基础;这种共识是社会学习的过程,它还处于发展过程中。人权的存在先于对它的论证,一致性的论证只是为人权共识的存在披上“合法化华盖”,^[37]使人们对其保持持续的信心。

第二,人权间冲突的解决方法不可能是完全统一的。人权是人类对历史性的共同威胁所选择的应对方式,但这种威胁在不同的地方和不同的时期会有不同的表现,因而人权在解释和实施上存在合法的多样性。各个社会共同体必须根据自身面临的特殊威胁情景来选择特殊的应对方式。^[38]

第三,人权间冲突的解决方式不可能排除对社会公共利益的考虑。任何制度的形成都是习惯化互惠行动的“典型化”。^[39]因此,互惠是制度产生的最重要前提。人权制度的形成也必须以互惠为前提,而不会仅仅根据个人的孤立要求。因此,坚持权利绝对优先于利益,将社会公共利益完全排除于考虑之外,不仅在理论上会陷于困境,而且也阻塞了发现现实可行的解决人权间冲突方法的路径。正像弗里曼所分析的,人权是规定人际关系的社会规范之一种,并不是道德规范或政治生活准则的全部,因此它必须与社会生活中的其它价值相平衡,比如社会秩序、宗教和习俗。^[40]他指出:“人权并不构成道德或政治的全部;它们必须要与其他价值相平衡,如社会秩序。它们不是绝对的,因为人权之间会相互冲突。”^[41]麦金泰尔(Alasdair Macintyre)更是讽刺地认为,依据个人主义理论,“相信人权,犹如相信女巫和独角兽”。^[42]

第四,探索人权间冲突的解决方案,不应专注于寻找某种普适的解决方法,而应当聚焦于考察每一种解决方案有效性的条件和限度。每一种解决方式都有其适用的空间,其适用性都要依赖于一定的条件并因此有一定的限度。不能因为某一种解决方案只适用于某些特殊情境就简单地将其否定。各种解决方式只要限制在其有效条件的限度内,就在该限度内具有合法性。各种方法都具有一定的可行性,关键不在于证明任何一种方法的普适性和绝对性,而是确定其应用的条件和界限。

(三)如何解决人权间冲突

第一,人权的优先性是整体上的,而非个体性的。^[43]为了保证人权的整体优先性,需要对单个人权进行必要的“规制”,以协调人权之间的冲突。没有任何一项人权会免除必要的规制。任何一项人权的绝对性都只能是相对于整个人权体系而言,每一项人权都是整体人权体系大网上的一个“网结”。各项人权的地位是各种权利和社会利益比较平衡的结果。

第二,每项人权地位的确定,以及对人权间冲突解决方案的选择,其合法性并不是来源于价值的一贯性,而是来源于重叠共识。^[44]我们选择的前提是价值

的多元化;无论是世界人权宣言还是国际人权公约,其所包含的价值也是多元的。因此,不能指望从一种唯一的价值出发推论出每一项人权的逻辑地位和一种普适的解决方案,人权的现实定位和人权间冲突的现实解决方案只能基于多元价值的重叠共识。

第三,有关规制各项人权的必要性、方式和程度的重叠共识,必须通过协商民主的方式来达成。^[45]要使所有的利益相关者都能够了解各种方案的意义和可能对其利益和权利造成的影响,并有机会和能力参与到协商的过程中。对人权间冲突的司法裁决要为协商民主留下空间。人权司法裁决的合法性不仅来源于其法理和逻辑上的一贯性,当其面临无法以一致性方式加以裁决时,它还必须诉诸政治领域的合法性论证,以协商民主作为合法性的过程验证。

第四,可以从更积极的角度看待人权间冲突。人权间冲突不仅是对权利实施提出的挑战,而且也是激发重叠共识的机遇。在利益和价值日益多元化的时代,人权间冲突会迫使公民重新思考所持立场、观点、价值的局限,学会妥协和权衡,促进主体间的和谐共处。

注释:

[1] Philip Alston, *Human Rights in 1993: How Far Has the United Nations Come and Where Should It Go From Here?* A speech given in the NGO Forum which was held before the World Human Rights Conference in Vienna Austria.

[2][17][22][33] Lorenzo Zucca, *Conflicts of Fundamental Rights as Constitutional Dilemmas*, in Eva Brems (ed.), *Conflict Between Fundamental Rights*, Antwerp, Oxford and Portland: Intersentia, 2008, pp. 26, 37, 21, 28.

[3] Eva Brems, Introduction, in Eva Brems (ed.), *Conflict Between Fundamental Rights*, Antwerp, Oxford and Portland: Intersentia, 2008, p. 2.

[4] Andrei Marmor, *On the Limits of Rights*, *Law and Philosophy*, 1997, pp. 1-18.

[5][6] 罗纳德·德沃金:《认真对待权利》,信春鹰、吴玉章译,中国大百科全书出版社,1998年,第225、263-264页。

[7] J. L. Mackie, *Rights, Utility, and Universalization*, in R. G. Frey (ed.), *Utility and Rights*, Oxford: Basil Blackwell, 1984, pp. 88-89.

[8] H. Shue, *Basic Rights: subsistence, affluence, and U. S. foreign policy*, 2nd edn, Princeton, NJ: Princeton University Press, 1996.

[9] A·米尔恩:《人的权利与人的多样性:人权哲学》,夏勇、张志铭译,中国大百科全书出版社,1995年;夏勇:《人权的推定与推行:米尔恩人权观点评述》,《中国法学》1992年1期,第26-31页。

[10][11] 杰克·唐纳利:《普遍人权的理论与实践》,王浦劬等译,中国社会科学出版社,2001年,第38-42、41页。

[12] Ann Park, *Human Rights and Basic Needs: Using International Human Rights Norms to Inform Constitutional Interpretation*, *UCLA Law Review*, 1986, 34, p. 1195.

[13] Sam McCalland Melissa Mathews, *Who Cares about Human Rights? Political Psychology*, 2005, 26(3), pp. 365-385.

[14] Peter H. Gleick, *The Human Right to Water*, *Water Policy*, 1998, 5(1), pp. 487-503.

[15][41] Michael Freeman, *Human Rights: An Interdisciplinary Approach*, Cambridge: Polity Press,

2002, pp. 70,75.

[16]Theodor Meron, on a Hierarchy of International Human Rights, in Philip Alston (ed.), *human Rights Law*, Dartmouth, 1996, pp. 77-99.

[18]A. Gewirth, *Reason and Morality*, Chicago: University of Chicago Press, 1978; *Human Rights: Essays on Justification and Applications*, Chicago: University of Chicago Press, 1982.

[19]Alan Gewirth, The Basis and Content of Human Rights, *Georgia. Law Review*, 1978, 13, p. 1143; The epistemology of human rights, *Social Philosophy and Policy* 1984, 2 (1), pp. 1-24.

[20]James Griffin, First steps in an account of human rights, *European Journal of Philosophy*, 2001, 9 (3), pp. 306-327; *On Human Rights*. Oxford University Press, 2008, pp. 63-81.

[21]AagjeIeven, Privacy Rights in Conflict: in Search of the Theoretical framework behind the European Court of Human Rights' Balancing of Private Life Against Other Rights, in Eva Brems (ed.), *Conflict Between Fundamental Rights*, Antwerp, Oxford and Portland: Intersentia, 2008, pp. 52-53.

[23][25]葛明珍:《论权利冲突》,中国社会科学院研究生院学位论文,2002年。

[24][26]Gerhard van der Schyff, Cutting to the Core of Conflicting Rights: The Question of Inalienable Cores in Comparative Perspective, in Eva Brems (ed.), *Conflict Between Fundamental Rights*, Antwerp, Oxford and Portland: Intersentia, 2008, pp. 131-147,147.

[27]R. Alexy, Balancing, *Constitutional Review, and representation*, 2005, 3 (4), I-CON, pp. 572-581.

[28][29]Rex Martin, *Rawls and Right*, University Press of Kansas, 1985, pp. 130,148.

[30]徐小冰:《人权间冲突及人权的协调实现》,《法学》2005年第11期。

[31]J. Waldron, Rights in Conflict, *Ethics*, April 1989, 99 (3), pp. 503-519; Andrei Marmor, On the Limits of Rights, *Law and Philosophy*, 1997, pp.215-224.

[32]陈新民:《德国公法学基础理论》(下册),山东人民出版社,2001年,第368-388页。

[34]J. Waldron, Fake Incommensurability: A Response to Professor Schauer, *Hasting Law Journal*, 1994, 45, p. 816.

[35]Michael J. Perry, *The Idea of Human Rights: Four Inquiries*, New York and Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 97.

[36]Jack Donnelly, *International Human Rights*, Fourth Edition, Westview Press, 2013, pp. 38-42.

[37][39]Peter L. Berger and Thomas Luckmann, *The Social construction of Reality: A Treatise in the Sociology of Knowledge*, New York: Penguin Books, 1966, pp. 79,72-73.

[38]J. Donnelly, The Social Construction of International Human Rights, in T. Dunne and N. J. Wheeler (eds.) *Human Rights in Global Politics*, Cambridge: Cambridge University Press, 1999, pp. 71-102.

[40] Michael Freeman, The Problem of Secularism in Human Rights Theory, *Human Rights Quarterly*, 2004, 26 (2), pp. 375-400.

[42]Alasdair Macintyre, *After Virtue*, University of Notre Dame Press, 1984, pp. 64-87.

[43]J. Rawls. *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass: HUP, 1989 (revised edition). *Political Liberalism*, New York: Columbia UP, 2005 (2nd edition).

[44]Jack Donnelly, *Universal Human rights; in Theory and Practice*, Third Edition, Ithaca and London: Cornell University Press, 2013, p. 22.

[45]J. Habermas, *The Inclusion of the Other: Studies in Political Theory*, Cambridge (Mass.): MIT Press, 1998, p.257. Aagje Ieven, Privacy Rights in Conflict: in Search of the Theoretical framework behind the European Court of Human Rights' Balancing of Private Life Against Other Rights, in Eva Brems (ed.), *Conflict Between Fundamental Rights*, Antwerp, Oxford and Portland: Intersentia, 2008, pp. 60-61.

[责任编辑:力 昭]