

## 权利冲突:一个基于“资源—需求”模型的解释

何志鹏

**内容提要:**权利的功能在于对纷争的利益主张提供正当性,即通过社会组织的法律制度、道德规范或者习俗规范来维护利益主张,定纷止争。但由于制度本身的不穷尽,社会生活本身的不断发展,权利的界定和实现存在着冲突。这种权利冲突是社会资源稀缺性和人自然属性内在张力的必然结果,制度的抽象与滞后性则是权利冲突的人为原因。权利冲突不能从根本上一劳永逸的解决,但能通过资源总量的增加、制度的完善和实施过程中的技巧、道德修养的提高和社会沟通渠道的拓展予以缓解。

**关键词:**权利 冲突 “资源—需求”模型

何志鹏,吉林大学法学院教授。

### 导 言

权利冲突问题,有的中国学者也(可能不是很恰当地)称为权利相互性问题,<sup>[1]</sup>是法理学领域的一个重要课题。据笔者收集的材料,对于这一问题的关注和研究始于美国,其他国家的学者也陆续关注。经济学家科斯在其1960年的著名论文《社会成本问题》中揭示出:由法律所规定的法定权利分配不当,会在市场上通过自由交换得到校正。科斯通过列举一系列案例来说明权利界定、权利安排的意义,而这一系列的案例被称为具有相互性的问题。<sup>[2]</sup>美国最高法院在1973的一个判决中对于堕胎中的权利冲突问题进行了深刻的思考。<sup>[3]</sup>同样,美国最高法院对于采取积极措施保护弱势群体权利方面的判决也获得了学界关于权利冲突的关注。<sup>[4]</sup>1989年,沃尔德伦(Waldron)从诺奇克与拉兹对于权利的不同界

[1] 参见朱苏力:《〈秋菊打官司〉的官司、邱氏鼠药案和言论自由》,载《法学研究》1996年第3期,第68页。实际上,科斯的《社会成本问题》,文中只提到了“问题的相互性质”;文中用到权利“right”这个字眼有33次(另有几次用到right,但并非权利之义),多为“权利的界定”(definition of rights)、“权利的安排”(arrangement of rights),偶尔也涉及“……的权利”(the right/rights of ...),并没有提到“权利的相互性”。即使如此,也毫不减损苏力先生的贡献。

[2] Ronald Coase, "The Problem of Social Cost", 3 *Journal of Law and Economics* 1 (1960).

[3] Dennis Jay Kenney, et al, *A Conflict of Rights: Executive Summary and Policy Recommendations*, Police Executive Research Forum, January 20, 1999.

[4] Melvin I. Urofsky, *A Conflict of Rights: The Supreme Court and Affirmative Action*, Scribner, 1991.

定入手,从道德考量的维度探析了权利冲突的可能及其解决手段。<sup>[5]</sup> 2006年,徐小冰等分析了人权冲突的概念,探讨了人权冲突解决的不同途径和结果的不确定性,并从人权理论、人权实践、人权发展的角度研究了人权冲突的意义。<sup>[6]</sup> 类似地,中文学界对此问题的关注也已经有了比较长的时间。正如郭明瑞教授所提出的,中国的权利冲突研究经历了产生、反思、深化三个阶段,当前仍存在着抽象的理论研究与具体层面的研究脱节及研究道路不足等缺陷。<sup>[7]</sup> 王克金的论文对权利冲突的概念、原因及解决问题进行了比较深入的剖析。<sup>[8]</sup> 笔者按照以往研究所确立的关于权利基础的“资源—需求”模型对这一问题进行重新的阐释,盼能得到前辈和同仁的批评指教。

## 一 社会生活中的权利冲突

### (一) 权利冲突的客观实在性

权利冲突是由权利主体在权利实现和救济过程中引发的一种状态,<sup>[9]</sup>“是指两个或者两个以上同样具有合法性和正当性的权利之间出现的,要实现一种权利就要排除或减损另一种权利实现的不和谐状态、矛盾状态。”<sup>[10]</sup> 虽然有的学者否定权利冲突的存在,但大多数人认为,权利冲突已成为普遍的客观存在,而非主观臆断。<sup>[11]</sup>

主张权利冲突不存在的理由主要有两方面:(1)从定义的角度,认为权利应当是人们在法律或道德上的正当存在,不可能冲突,存在冲突必至少有一个是不正当的。(2)认为任何权利都有特定边界,权利边界通过立法技术、司法解释、法律原则、公序良俗等是可以划定的。<sup>[12]</sup> 针对这样的观点,学者提出,权利冲突的原因可以理解为权利边界构造手段失灵、实质合理性与形式合理性存在紧张关系、法律解释的非客观性;并且在此基础上将权利冲突定义为由权利边界的模糊性、交叉性等而产生的。<sup>[13]</sup>

必须认定一个问题:理论上没有解释或认为不可能,是理论上有问题,而不会是事实错了。权利冲突分布于法律生活的各个领域:宪法上存在基本权利冲突,<sup>[14]</sup> 美国学界长期讨论的堕胎问题的合法性本质上就是一个基本权利的冲突问题;<sup>[15]</sup> 刑法上的被害人、犯罪嫌疑人的权利的冲突<sup>[16]</sup> 也是理论与实践界非常关注的问题;新闻自由和隐私权的冲突、由网上

[5] Jeremy Waldron, "Rights in Conflict", 99 *Ethics* 503 (1989).

[6] Xiaobing Xu and George Wilson, "On Conflict of Human Rights", 5 *Pierce Law Review* 31 (2006).

[7] 郭明瑞:《权利冲突的研究现状、基本类型与处理原则》,载《法学论坛》2006年第1期。

[8] 王克金:《权利冲突的概念、原因及解决——一个法律实证主义的分析》,载《法制与社会发展》2004年第2期。

[9] 熊静波:《真实世界中的权利冲突》,载《时代法学》2004年第3期。

[10] 参见王克金:《权利冲突的概念、原因及解决》,并征汉年、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》,载《中州大学学报》2006年第1期。

[11] W. Sinnott-Armstrong, "Moral Dilemmas and Rights", in H. E. Mason (ed.), *Moral Dilemmas and Moral Theory* (New York: Oxford University Press, 1996), pp. 48-65.

[12] 例如郝铁川:《权利冲突:一个不成为问题的问题》,载《法学》2004年第9期。

[13] 张平华:《权利冲突辨》,载《法律科学》2006年第6期;张平华:《权利冲突是伪命题吗?——与郝铁川教授商榷》,载《法学论坛》2006年第1期。

[14] Robert M. O'Neil, "Rights in Conflict: The First Amendment's Third Century", 65 *Law and Contemporary Problems* 7 (2002).

[15] [美]布赖恩·比克斯:《法理学:理论与语境》,邱昭继译,法律出版社2008年版,第152页。

[16] 刘根菊:《关于公诉案件被害人权利保障问题》,载《法学研究》1997年第2期。

人肉搜索而导致的知情权与隐私权的冲突也是权利冲突的现实体现;权利冲突问题更是民法上的难题,目前尚无一个可供讨论的可靠理论基础。<sup>[17]</sup> 知识产权领域的权利冲突尤其令人关注,在国际知识产权法方面,平行进口这一典型的权利冲突问题已经获得了很多的关注。<sup>[18]</sup> 国际法上的领土完整权与领土内人民的自决权有时也会出现冲突。

(二)权利冲突的分类方式

有学者从权利的形式来源的分类法出发,把权利冲突细化为法定权利之间的冲突、其他各种形态权利之间的冲突;<sup>[19]</sup>有学者分为法定权利与法定权利之间的冲突、道德权利与道德权利之间的冲突、法定权利与道德权利之间的冲突三种形式。讨论道德层面权利的冲突问题无疑能够为法律层面的问题提供正当性的基础,<sup>[20]</sup>但是道德问题的复杂性显然不是讨论权利冲突的结构所能容纳的,所以这里仅仅主要观察法律层面的权利冲突。从法律确立的权利形态角度来看权利冲突,同种类型权利间的冲突与不同类型权利间的冲突是权利冲突的基本分类方法,<sup>[21]</sup>从主体的角度,可以进一步区分为不同主体的权利的冲突(同种权利/不同种权利),同一主体的权利冲突(程序权利/实体权利)等。在将权利分为积极权利和消极权利的基础上,卡姆采用分析哲学的手段,将权利冲突分为以下类型:<sup>[22]</sup>

消极权利对消极权利	相同利益 不同利益	
消极权利对积极权利	相同利益	衍生的积极权利
		纯粹的积极权利
		混合的积极权利
	不同利益	衍生的积极权利
		纯粹的积极权利
		混合的积极权利
积极权利对积极权利	相同利益	衍生的积极权利对衍生的积极权利
		衍生的积极权利对纯粹的积极权利
		衍生的积极权利对混合的积极权利
		纯粹的积极权利对纯粹的积极权利
		纯粹的积极权利对混合的积极权利
		混合的积极权利对混合的积极权利
	不同利益	衍生的积极权利对衍生的积极权利
		衍生的积极权利对纯粹的积极权利
		衍生的积极权利对混合的积极权利
		纯粹的积极权利对纯粹的积极权利
		纯粹的积极权利对混合的积极权利
		混合的积极权利对混合的积极权利

[17] 梅夏英:《权利冲突:制度意义上的解释》,载《法学论坛》2006年第1期。

[18] Thomas Hays, *Parallel Importation under European Union Law*, (Sweet & Maxwell, 2003); Christopher Stothers, *Parallel Trade in Europe: Intellectual Property, Competition and Regulatory Law*, (Oxford Hart Publishing, 2007).

[19] 熊静波:《真实世界中的权利冲突》,载《时代法学》2004年第3期。

[20] 李常青:《权利冲突之辨析》,载《现代法学》2005年第3期。

[21] 郭明瑞:《权利冲突的研究现状、基本类型与处理原则》,载《法学论坛》2006年第1期。

[22] F. M. Kamm, "Conflict of Rights: Typology, Methodology, and Nonconsequentialism", 7 *Legal Theory* 239(2001), pp. 240-241.

其中,消极权利是指要求别人不作为的权利;积极权利是指要求别人作为的权利。衍生的积极权利是指由于侵犯消极权利而导致的积极权利;纯粹的积极权利不源于任何其他权利或义务,混合的积极权利则是指通过积极行为阻止他人侵犯消极权利的行为;相同利益指的是同一种类的利益,不同利益指的是保护不同层面的利益。

## 二 既有学说对权利冲突的困惑与理解

### (一) 自然法理论与权利冲突

在自然法的理论体系内,法律冲突的问题很难得到有说服力的解释。如果按照唯心主义的自然法观念,人类社会存在一种类似于物理规律的自然秩序,那么权利之间应当是如生态群落一般和谐的,不应当出现冲突。

古典自然权利理论以霍布斯、卢梭、洛克、康德等哲人为代表,但是,丹钦(Danchin)以改宗问题展现的权利冲突为突破口,指出:洛克与康德的权利理论传统面临着三个挑战:第一,权利的自由价值量的不可测度性问题难以化解;第二,权利基础概念问题的复杂性;第三,公共物品的内在价值及其与个人自治的关系。因此,当我们认识到权利话语的局限性和盲点之后,采取价值多元主义的方式可能会提供一种让人们重新考量主体间性的自由主义理论和解释学术语的路径。<sup>[23]</sup>

第三代自然法理论家将分析方法和传统自然法学派的一些观点结合起来,摆脱了自然秩序的主张,也放弃了社会契约的理念,转而认为,在人类的社会生活中,通过实践理性能够体悟到“最高善”。在制度选择上,实现最高善可能有若干正当可行的途径,一个给定的共同体需要在数个可行的方案中找到一个作为社会运行的规范。从这种论述中我们大略可以窥见权利冲突存在的可能,即不同正当方案之间的选择必然意味着不同正确主张(即伦理意义上的权利)之间的冲突,每一个方案都意味着一种取舍,比如以秩序换自由、以效率换平等。<sup>[24]</sup>但是,该理论很难有效解释何以方案落定后仍存在冲突的现象。

### (二) 分析法哲学与权利冲突

在分析法学的框架内,霍菲尔德将权利的要素分解成A对B有权要求X,<sup>[25]</sup>也就是权利的主张者、义务的承担者和主张的具体内容,这种三变量的分析对我们认识权利冲突更有帮助,通过这一说法就容易发现,当不同的权利主张者对于同一个义务承担者提出相同或者类似的主张,而义务承担者没有能力同时应答这些主张时,权利就会产生冲突。而在现代法理学的语境内存在着将权利理解为“意志”或“选择”和“利益”或“好处”两种相互竞争的观念。<sup>[26]</sup>前者由哈特所倡导,认为权利即借由权力的力量而实现的个人自我主张,即“被法律赋予(或多或少宽泛的)对另一个人的义务的排他性的控制,以致在那种义务覆盖的行为领

[23] Peter G. Danchin, "Of Prophets and Proselytes: Freedom of Religion and the Conflict of Rights in International Law", 49 *Harvard International Law Journal* 249 (2008).

[24] John Finnis, *Natural Law and Natural Rights* (Oxford: Clarendon Press, 1980), pp. 4 - 12, 103 - 125; Robert P. George, *In Defense of Natural Law* (Oxford: Clarendon Press, 1999), pp. 113 - 122.

[25] Wesley Hohfeld, "Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning", 23 *Yale Law Journal* 16 (1913); Hohfeld, "Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning", 26 *Yale Law Journal* 710 (1917).

[26] [英]丹尼斯·劳埃德著, M. D. A. 弗里曼修订:《法理学》,许章润译,法律出版社2007年版,第181-184页。

域中拥有权利的个体对有义务的人而言是一个小型的主权者。”<sup>[27]</sup>这一说法受到了麦考密克的挑战;后者由边沁、耶林、麦考密克、拉兹等所论证,认为权利在于保护一定的利益。这两种观点争论了很久,各有所长,<sup>[28]</sup>后一种理论探究对于我们认识权利冲突的问题提供了重要的启示,因为权利冲突归根结底都是利益矛盾。

### 三 基于“资源—需求”模型对权利冲突原因的解釋

对于权利何以出现冲突,学界提出了不同的观点。有的学者从理论的角度分析权利冲突的原因。例如,将权利与义务(而非消极的道德限制)对应起来的学者指出:人们能够承担义务的范围是有限的,如果不能承担每一项与权利相应的义务,权利就必然会出现冲突。<sup>[29]</sup>这些解说对于理解权利冲突具有一定的启示作用,但仍有必要在一个新的视角下给出更贯通的解释。

#### (一) 权利的“资源—需求”模型

权利的产生和发展与人类的历史是紧密相关的,与社会格局须臾不可分。<sup>[30]</sup>权利不是自然事实,也不是客观真理,而是一种社会建构,是人们在交往中通过主体间性而形成的观念和制度。权利应当理解为社会可供资源与人的需求之间的一种契合、一个函数。<sup>[31]</sup>也就是说,现实中的权利是由社会可供资源与人们的需求之间的比值来确定的。我们就可以将权利概略地以下面的公式示意:

$$\text{权利实现几率} = \text{社会可供资源} / \text{人的需求}$$

根据这样一个权利的“资源—需求”模型,可以解释人权的产生与逐渐发展的过程,可以论证新型权利的合理性,也可以论证动物权利、自然体权利的可能性。<sup>[32]</sup>在资源分配与个人需求之间,根据人本主义的立场,应当更注重个人的需求,通过国内宪政体制和国际社会契约限制政府的权力,<sup>[33]</sup>从而在制度上践行权利本位的理念和主张。从历史上看,权利是通过各种各样的斗争方式而取得的,<sup>[34]</sup>因而,权利是历史的、社会的、斗争得来的、发展变化的,而不是自然的、超然的、理所当然的、一成不变的。

#### (二) 权利冲突的原因与基础

基于这种权利的“资源—需求”模型,我们可以进一步分析,权利冲突与权利实现呈负相关关系,也就是权利实现得越充分,权利冲突就越少;权利实现得勉强,权利冲突就常见。因循上边的示意,权利冲突可以概略地体现为下面的公式:

$$\text{权利冲突几率} = \text{人的需求} / \text{社会可供资源}$$

[27] H. L. A. Hart, "Legal Rights", in *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory* (Oxford: Clarendon Press, 1982), p. 183.

[28] Matthew H. Kramer, et al, *A Debate over Rights: Philosophical Enquiries* (Oxford: Oxford University Press, 2000), pp. 60-101, 134-152, 195-301.

[29] Joseph Raz, *The Morality of Freedom* (Oxford: Clarendon Press, 1986), p. 166.

[30] 参见《马克思恩格斯全集》,人民出版社 1973 年版,第 1 卷第 18 页、第 3 卷第 12 页及第 12 卷第 734 页。

[31] 参见何志鹏:《权利的原因与性质探究》,载《法制与社会发展》2006 年第 3 期。

[32] 参见《“自然的权利”与权利理论的发展》,载《安徽大学法律评论》第 6 卷第 2 期,安徽大学出版社 2007 年版。

[33] 参见何志鹏:《国际法治视野中的人权与主权》,载《武大国际法评论》,武汉大学出版社 2009 年版。

[34] 参见何志鹏:《人权全球化基本理论研究》,科学出版社 2008 年版,第 65 页。

也就是说,在资源给定的前提下,人的需求越高,权利冲突出现的机会就越多;在需求固定的前提下,社会可供资源越丰富,权利冲突出现的机会就越少。<sup>[35]</sup>进一步地解释,权利在以下意义上冲突:

首先,社会可供资源不足。权利冲突的焦点是人们对利益的主张发生竞合,也就是不同的主体对于稀缺的资源提出相重叠的要求。所以,绝大多数权利冲突的前提条件都是社会可供资源的不足。例如,约尔·范伯格列举的权利冲突的例子都体现出了资源的稀缺。<sup>[36]</sup>食品资源稀缺的时候,有些人可能就会饥饿而死,不同主体的生存权就出现了冲突,如果脱离了食品稀缺的前提,冲突就不会明显;交通资源的不足就会导致某些人为了让别人通过必须等待所造成的自由权冲突,如果道路拓宽、有充分的立交桥等设施,这种冲突也会降低。

其次,人们的需求相互重叠竞合。权利冲突的另一个原因是人们的需求。从基本规律上说,每个人都有求生存、求发展、求取更好的生存环境与工作条件的欲望。当我们把权利看成是一种社会建构,就很容易理解,权利冲突的根源不仅在于客观资源的稀缺,同样也在于人们的观念、意识存在竞争和对立。

再次,制度设计的框架性和凝固性。如果我们承认权利来自于社会体制的认可与保障,而法律制度是此种体制中最核心、最稳定、也最具有影响的部分,那么正如社会中存在冲突一样,权利的冲突是难以避免的。权利意味着主体在给定制度之下的一种期待,也就是说在多数情况下是指一种应然状态,仅在有限的情况下才指实然状态。<sup>[37]</sup>从期待到实现,权利更有赖于制度的保障。

鉴于此,法律秩序的简约性与社会生活的多样性之间的差距是权利冲突的基础。冲突是权利产生和发展的基础,权利因冲突而生,是冲突调和的结果。<sup>[38]</sup>权利设定的目标在于为相互冲突的主张划定界限,但是权利设定本身是不完全、不穷尽的。法律所设计的主体及其权利,一般不具体考虑资源配置的个体差异,认为人们在获取资源方面是平等的,权利之间也不存在冲突。不同主体的权利能够切分掉所有的资源,既没有竞合,也没有剩余,形成一种完美的蜂巢式结构。按照诺奇克的理解,权利意味着对所要从事的行为的边界约束,为了保护他人的权利,每一个社会的行为都应当自我克制,避免积极行为、侵犯他人权利。<sup>[39]</sup>正是基于这一目的,每一项权利都有其界限,即使是基本人权也是有限度的,生命权受限于死刑,理论上只有免于酷刑的权利没有限制。<sup>[40]</sup>但是,这种理想显然是在实践中贯彻的。法律或者类似的制度界定了权利的“空间”,但是这个空间的边界是模糊的。

由于法律制度总是力图将社会关系简约化、抽象化、典型化、公式化,而现实生活中的事实是具体的、千差万别的。<sup>[41]</sup>制度不可能涵盖生活,这也就是哈耶克所洞见的“理性不及”。从制度的角度观察,权利冲突在很大程度上来自于生活丰富性与制度规范简约性之间的差

[35] 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》。

[36] [美]J. 范伯格:《自由、权利和社会正义——现代社会哲学》,王守昌、戴翻译,贵州人民出版社1998年版,第103-104页。

[37] 参见何志鹏:《权利发展与制度变革》,载《吉林大学社会科学学报》2006年第5期。

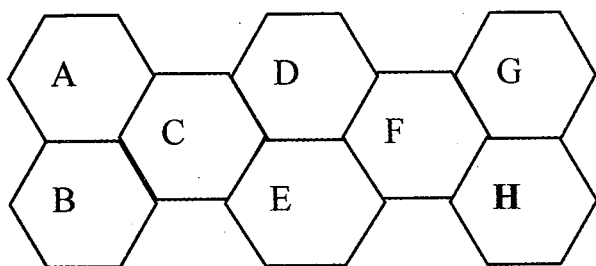
[38] 王林、李凡:《权利冲突逻辑结构的理论思辨——以权利冲突界定的“靶式结构”为视角》,载《甘肃政法学院学报》2008年第5期。

[39] [美]罗伯特·诺奇克:《无政府、国家和乌托邦》,姚大志译,中国社会科学出版社2008年版,第34-35页。

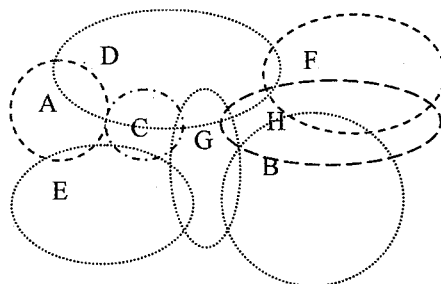
[40] Peter Cane and Joanne Conaghan, *The New Oxford Companion to Law* (Oxford: Oxford University Press, 2008), pp. 1027-1028.

[41] 梅夏英:《权利冲突:制度意义上的解释》。

距;换言之,法律制度所确立的种权利边界的模糊性是导致权利冲突产生的重要原因。<sup>[42]</sup> 这种情况可以用下图示意:



人们预期法律制度设定的权利分布



现实中根据制度设定而出现的权利状态

再者,法律秩序在社会发展面前的滞后性的权利冲突的动态原因。法律远不如社会关系本身那样丰富多彩、复杂多变,所以法律的调整并不总是公正、合理的。法律所认定的权利落后于社会可供资源所能够保障的权利,主要存在两种情况:(1)法律所认可的权利低于社会已经可以保护的權利,亦即法律所给定的权利边界小于人们实际上可以划定的边界。此时,很多人可能会享有一些法律所未规定的权利。这种情况不甚引人关注,而且也不会导致和助长权利的冲突。(2)法律所认可的权利高于社会已经可以保护的權利,也就是法律所给定的权利边界大于人们在实际生活中可能划定的边界,在这种情况下就会导致权利冲突。

#### 四 基于“资源—需求”模型提出的 权利冲突缓解的可能与路径

权利冲突可能会使人们的行为与结果之间的合理的预期不能实现,甚至导致社会失控。<sup>[43]</sup> 制度无法从根本上解决资源有限与需求竞合之间的冲突,所以权利的冲突是不可能从根本上化解和消除的。而且,在某些情况下,出于政治的目的,有关方面可能并不希求解决冲突(至少不是很快解决冲突)。<sup>[44]</sup> 一般地说,权利冲突只能在给定的条件下小范围、小规模、暂时性地予以改善。这种改进仅仅能取得局部的效果,不能改变人类生存的前提。<sup>[45]</sup> 国外和国内的学者对于权利冲突的解决已经提出了一些方案,比如作为积极解决方式的以最小成本避免侵害发生、权利交易、在达不成一致意见时以公共产品支付、增加利益资源、设定义务限制、确定权利效力位阶、确定权利先后次序和程序制约;以及作为消极解决方式的维持现状、不予解决等。<sup>[46]</sup> 通过以下手段可以使得权利冲突有所缓解:

##### (一)提升社会可供资源的总量

既然权利是社会可供资源与人的内在需求之间的契合,所以,利益冲突是权利冲突的前

[42] 付颖光:《权利冲突产生的必然性及解决途径》,载《理论界》2009年第5期。

[43] 同上注。

[44] 朱兴文:《权利冲突论》,中国法制出版社2004年版,第241-245页。

[45] 于宏伟、朱庆锋:《正确对待权利冲突——现象与解决方式之间》,载《法学论坛》2006年第1期。

[46] 顾培东:《社会冲突与诉讼机制》,法律出版社2004年修订版。

提,也就是权利冲突的充分条件。丰富资源的努力意在从利益主张竞合的角度化解权利矛盾,也就是从根源上避免权利冲突,当然,这种努力是不会最终完全防止权利冲突的。

## (二)更为公平、理性地设定和操作制度

设定和操作制度来缓解权利冲突主要是法律的使命。借用前面的比喻,这一途径就是在蛋糕的大小既定的前提下,力图使蛋糕在切分的时候更公平一些。阿马蒂亚·森在分析饥荒的一般原因和饥荒的具体原因时发现,很多贫困并不是原生的,而是由于制度设定存在问题而造成的。<sup>[47]</sup> 这一研究深刻地说明了制度在决定民生中的关键作用。正是在这个意义上,认为权利冲突是贯穿整个法律体系的根本问题的观点值得肯定。<sup>[48]</sup> 被制度经济学所认真对待和广泛吸纳的科斯的的思想,即通过制度设计,明晰产权、降低交易成本,使人们的自由交换在一定程度上缓解权利冲突为这一路径做了很好的经济解释。

以制度的构建和运行解决权利冲突,其核心要义在于划定权利位阶。权利位阶的排列方式可能有不同的标准,例如同种权利在不同主体之间的位阶、不同权利在不同主体之间的位阶。或者一般利益优于特殊利益,即对于能够带来一般性利益的权利给予优先保护。学者在权利应当而且实际也存在位阶这一问题上基本达成了共识。但是,对于具体如何进行制度安排,却没有形成一致的观点。不同的指导方针在具体的问题上会提出有差异的方案。权利冲突应主要依靠制度的具体化来缓解,具体化的方式有以下两个方面:

其一,通过立法确立不同的权利位阶,可以解决一定的问题。确定权利位阶是权利冲突的重要解决方式,着眼于事先配置资源,也是抽象解决冲突的模式。法律(也包括其他制度)根据其所要传递的价值观念、价值旨趣、价值诉求来对权利进行排序,这种排序是解决权利冲突的基本依据。例如,划分宪法权利位阶的意义在于对立法的指导和规范,划分法律权利位阶的意义在于对司法的指导和规范。具体到我们的论题上,权利的冲突是一种基于设计而造成的冲突,是一种应然状态假设的误差导致的冲突。如果制度明晰化,则会减少冲突的可能。权利冲突的解决应为权利划定边界,并导致权利冲突的消灭。通过制度的设定减少权利冲突的发生,不仅有助于我们理解现当代立法模式的转变,而且会将抽象的权利理论和体系化的法律观念与具体行为的制度化建设结合起来。<sup>[49]</sup> 但是,很难指望法律会规定得非常细致,毫无遗漏。正如《斯坦福哲学百科全书》所指出的:完全详列的权利会陷入不可知论,而现实中根本没有办法为最简单的权利界定所有的条件;而且完全固定地理解权利会失去解释力,权利将仅仅是争论之中哪一方占据优势的结论,而不是前提。而且,将权利具体化的主张者不能解释“失败”的权利的“道德剩余”。即在承认一方的权利优先性的同时,认为冲突的另一方具有道德上的正当性,可以得到享有该项权利的主体的补偿或者一定数量的赔偿。<sup>[50]</sup> 值得注意的是,权利的位阶在不同的地域中会有不同的排列,在不同的时间段是会变化的。例如,在自由和平等之间,有的国家更注重自由,有的国家就更注重平等,<sup>[51]</sup> 体现在市场竞争和社会政策上,就会有不同的制度安排模式;立法者在不同的时代背

[47] [印]阿马蒂亚·森:《贫困与饥荒》,王宇、王文玉译,商务印书馆2001年版,第1-19页。

[48] 郭明瑞:《权利冲突的研究现状、基本类型与处理原则》,载《法学论坛》2006年第1期。

[49] J. Feinberg, *Rights, Justice, and the Bounds of Liberty* (Princeton: Princeton University Press, 1980); J. Thomson, *The Realm of Rights* (Cambridge: Harvard University Press, 1990).

[50] Leif Wenar, "Rights", Edward N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2008 Edition)*, <http://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/rights>.

[51] 关今华主编:《基本人权保护与法律实践》,厦门大学出版社2003年版,第103-104页。



景下、在不同的价值观支配下会做出不同的优先性选择,20世纪末至21世纪之初,WTO在知识产权与健康权之间的规范确立和转换就体现了其对相互冲突的权利优先性认识的变迁。<sup>[52]</sup>

其二,对于立法者没有解决或难以解决的权利冲突需留待执法和司法加以解决。<sup>[53]</sup>在立法的层面通过确立权利体系中的权利位阶来解决权利冲突的方式具有一定的效果,但权利规则的位阶秩序并不会细致到足以解决一切问题,因为规则的凝固性和滞后性,无法形成精准动态的谱系。<sup>[54]</sup>因为权利位阶的确立本身往往涉及复杂的价值判断,所以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。<sup>[55]</sup>这就需要在实施法律和司法机关遇到争端予以解决的过程中体现出资源的分配与选择。这是事后配置资源的方式,也是具体冲突问题具体解决的方式。行政、司法机关的配置是实现权利的核心环节。<sup>[56]</sup>对冲突权利进行事后配置时,同样体现了国家权力机关的价值取向,会有不同的处理方式,最终取得不同的结果。有学者提出,在这一环节应遵循基本权利优先于非基本权利原则、利益衡量原则、衡平原则和公平限制原则。在基本权利的冲突方面,有学者提出了特别法排除普通法、推定权利优先、核心接近理论等方法。<sup>[57]</sup>而对于司法和行政执法中常见的知识产权权利冲突现象,应当赋予权利人、社会公众以及执法者以保护合法权利、处理权利冲突的法律武器,<sup>[58]</sup>特别可以从司法角度以民法框架内的诚实信用原则为指导进行法律保护。<sup>[59]</sup>

### (三) 提高公民的道德修养,贯彻和谐意识

在道德上教化改变人们的需求偏好、文化倾向是化解权利冲突的长期手段。生活在社会中的人受社会环境所影响,所以,道德观念的形成是一个人逐渐社会化的过程。<sup>[60]</sup>如果在社会文化的层面树立起一种(一定程度上)社群主义、利他主义的道德理念,那么有些权利冲突是可以降低的。<sup>[61]</sup>

### (四) 增强主体之间的社会沟通

从这个意义上,哈贝马斯交往行为哲学中的“沟通理性”、通过商谈达致社会正义的思路为我们解决权利冲突问题提供了一个良好的思路。在生活世界里,人们在互为主体的基础上进行交往、互动、对话和沟通,他们寻求彼此的互相承认和理解。<sup>[62]</sup>有学者指出,哈贝马斯的沟通理论过分夸大了“语言”的决定作用、混同了“规范的正当性”和“道德的应然性”、忽略了规范共识达成中所存在的“知识占有量的差异”问题、具有“内容空泛”与“乌托邦”之色彩,<sup>[63]</sup>但是仍然为我们思考权利冲突的问题提供了很多启示。虽然有很多冲突从

[52] 冯洁涵:《公共健康危机与WTO知识产权制度的改革——以TRIPS协议为中心》,武汉大学出版社2005年版。

[53] 马岭:《权利冲突与权利位阶》,载《云南大学学报(法学版)》2008年第5期。

[54] 林来梵、张卓明:《论权利冲突中的权利位阶》,载《浙江大学学报(人文社会科学版)》2003年第6期。

[55] 范毅:《权利冲突:逻辑与现实》,载《南京财经大学学报》2008年第4期。

[56] 王肃元:《论权利冲突及其配置》,载《兰州大学学报(社会科学版)》1999年第1期。

[57] 林来梵、翟国强:《论基本权利的竞合》,载《法学家》2006年第5期。

[58] 陈小平、丁琨:《知识产权权利冲突的法律思考》,载《西南政法大学学报》2000年第1期。

[59] 邵跃、孙莉:《知识产权权利冲突分析及其处理原则》,载《天水行政学院学报》2005年第2期。

[60] [美]查尔斯·霍顿·库利:《人类本性与社会秩序》,华夏出版社1999年第2版,第4-96页。

[61] 韩光明:《权利冲突、相邻关系与义务理性》,载《比较法研究》2008年第5期。

[62] 陈弘毅:《从哈贝马斯的哲学看现代性与现代法治》,载《清华法治论衡(第3辑)》,第14-33页。

[63] 胡军良:《试论哈贝马斯对话伦理学的四重理论限度》,载《浙江社会科学》2009年第2期。

物质层面上可以理解为资源稀缺,但是人们的很多需求是具有可塑性的。人生于社会之中,除了有自然生命的一部分,还有社会生命的一部分。社会交往的经历会以明示或者暗示的方式塑造、改变一个人的观念和选择,这样,每个个体的自我认识都是社会体系中的“镜中自我”,而非生物学意义上的个体。如果在社会成员之间增加沟通,寻求理解,很多冲突是在萌芽状态下消解的。

## 五 结 论

权利冲突的存在客观上推动了制度的演进和社会的发展,是社会螺旋型上升的重要环节,具有正面意义。而且,从人类生活的环境和人的本性来看,权利冲突不会消失。然而,对于处于冲突中的当事人而言,这种冲突是痛苦的,令人烦恼的。进而言之,过于频繁和大规模的权利冲突可能会破坏制度的权威和社会的安定。因而,化解、缓解权利冲突时非常必要的,是人类推动社会进步的能动性表现。笔者认为,缓解权利冲突的路径主要有四个:经济路径是增加社会可供资源的存量,法律路径是完善权利制度的明晰性和现实性,伦理路径是提高权利主体的道德素养,社会学路径是增加社会成员的沟通渠道。只有这样,才能不断解决冲突,达致社会的动态平衡与整体和谐。

---

[ **Abstract** ] The function of rights is to provide justification for the competing claims of interests, namely, the protection of claims of interests can be realized through legal system of social organizations, moral standards or custom norms. Disputes are settled accordingly. However, owing to imperfection of systems and the ever changing social life, there exists conflict in relation to the definition and realization of rights. Such conflict is an inevitable result of the inherent tension between scarcity of social resources and the natural attributes of human beings, whereas the abstract and the lagging-behind of the system serve as man-made causes of conflict of rights. The conflict of rights can not be resolved once for all, yet it can be mitigated by the increase of the total amount of resources, the improvement of systems, the enhancement of moral level and the broadening of social communication channels.

---

(责任编辑:支振锋)