

doi:10.11835/j.issn.1008-5831.2015.04.018

欢迎按以下格式引用:徐信贵.基本权利保障视域下政府公共警告三阶审查模式[J].重庆大学学报:社会科学版,2015(4):136-140.

Citation Format: XU Xingui. The third-order judicial review model on government public warning from the perspective of fundamental rights protection [J]. Journal of Chongqing University: Social Science Edition, 2015(4):136-140.

# 基本权利保障视域下政府 公共警告三阶审查模式

徐信贵

(重庆行政学院,重庆 400041)

**摘要:**当代风险社会,国家对其公民有“生存照顾”之义务。政府公共警告作为政府履行“生存照顾”职能的重要手段,在维护消费者生命健康权时常常会触碰营业自由,显现基本权侵害品质。德国宪法法院通过的“基本权保障领域→干预→宪法上之正当化”三阶审查模式判断国家资讯行为对基本权侵害及法律责任。在中国,该审查模型可以转换为“受案范围→侵害构成→有责性”三阶段审查。国家资讯行为性质本身不是考量因素。资讯内容的客观真实性及发布程序的合法性是判断政府公共警告是否构成营业自由干预的重要标准。

**关键词:**政府公共警告;基本权;三阶段审查

**中图分类号:**D912.19

**文献标志码:**A

**文章编号:**1008-5831(2015)04-0136-05

## 一、营业自由的基本权利属性

### (一)营业与营业自由

幸福生活,人皆心向往之,追求幸福生活是人的一种自然权利。营业则是人民营谋生计,增加物质财富,创造美好生活的重要手段。“百姓虚竭,嗷然愁扰,愁扰则不营业,不营业则致穷困”(《三国志·吴志·骆统传》)。“营业自由”有广狭之分。广义的“营业自由”是指人民个人有选择工作及职业以维持生计之自由。广义的“营业自由”实际上与劳动权(工作权)相等同。中国台湾地区公法学界所称的“营业自由”主要是指营生自由,即是选择行业及谋生之自由,当局不可以强制约束干涉个人发展或选择事业。狭义的“营业自由”是指经济活动主体具有开业、停业与否以及营业维持之自由,其合法营业活动受法律保护。在中国大陆地区,社会大众对“营业”含义的理解存在经济学偏向,人们通常所指称的“营业”是经济学上的概念,即主要是指经济主体以营利为目的而经营贸易或实业等商业活动。本文所探讨的“营业自由”主要指经济活动主体从事生产、销售等商业经营活动之自由,不包括作为受雇人地位的一般劳动者的营生自由。

### (二)作为基本权利的营业自由

当前,营业自由的基本权利地位已为世界大多数国家的宪法所确认。但在营业自由及其基本权表达方式上,各国宪法的规定不尽相同。土耳其通过对公民营业自由的列举,确定营业自由为公民之基本人权,藉以达到保护公民营业权的目的。《土耳其共和国宪法》第48条规定:“每个人都有在他所选择的部门工作和签订合同的自由,私人可以自由兴办企业。国家应采取必要的措施,确保私人企业按照国民经济和社会目

修回日期:2014-12-25

基金项目:国家社科基金项目“食品安全风险警示制度研究”(13CFX028);重庆市社会科学规划青年项目“政府公共警告法律问题研究”(2012QNFX035)

作者简介:徐信贵(1982-),男,江西广丰人,法学博士,重庆行政学院法学教研部副教授,主要从事行政法、风险规制方面的研究。

标的需要,在安全和稳定的条件下经营。”《印度宪法》(1979年)将营业自由归入自由之范围。该法第19条第1款第7项规定,一切公民均享有“从事任何专业、职业、商业或事业”之权利<sup>[1]</sup>。《德国基本法》第12条第1款规定:“所有德国人均有自由选择职业、工作岗位和培训场所的权利。从事职业可通过法律或依据法律予以规定。”通过确立职业自由(职业选择自由与职业活动自由)以涵括营业自由。美国则通过“自由权和财产权神圣不可侵犯”来吸收营业自由,《美国宪法》第4、5条修正案分别规定有“人民的人身、住宅、文件和财产不受无理搜查和扣押的权利,不得侵犯”,“不经正当法律程序,不得被剥夺生命、自由或财产。不给予公平赔偿,私有财产不得充作公用”等内容。

中国《宪法》中没有关于营业自由作为基本权利的直接列举规定。但“营业自由”可因财产权或劳动权的存在而存在。“特定经济学家在特定场合谈论的产权是否就是宪法财产权,取决于经济学家探讨的对象和宪法如何界定财产权……经济学上的产权概念可适用于国家干预经济和私人自主活动两类行为;涉及私人自主活动的部分,又包含全部涉及经济价值的自由和权利,和平享有财产、迁徙自由、营业自由、广播自由甚至人格权,皆可属之”<sup>[2]</sup>。“追本溯源,不难发现,一旦财产权——最基本、最传统、最有定论的财产权被确认和保障,作为对财产占有、处分、利用形式的经营自主权也自然就获得了法律保障”<sup>[3]</sup>。实际上,劳动权、职业自由、财产权三者之间在自由权的层面上存在着“基本权竞合”的情况<sup>[4]</sup>。中国台湾地区公法学者陈英铃教授亦认为,工作权(劳动权)实际包括职业自由以及由此衍生的营业自由<sup>[5]</sup>。中国《宪法》第13条规定:“公民的合法的私有财产不受侵犯。国家依照法律规定保护公民的私有财产权和继承权。”第42条规定:“中华人民共和国公民有劳动的权利和义务。国家通过各种途径,创造劳动就业条件,加强劳动保护,改善劳动条件,并在发展生产的基础上,提高劳动报酬和福利待遇。”依前述学者的见解,中国《宪法》第13、42条实际暗含了营业自由的内容。

中国《宪法》并非对“营业自由”只字不提,虽然在“公民基本权利和义务”一章未明确规定营业自由权,但在“总纲”部分对“营业自由”有较为明确的规定。《宪法》第11条即规定:“在法律规定范围内的个体经济、私营经济等非公有制经济,是社会主义市场经济的重要组成部分。国家保护个体经济、私营经济等非公有制经济的发展,并对非公有制经济依法实行监督和管理。”第16条规定:“国有企业在法律规定的范围内有权自主经营。”第17条规定:“集体经济在遵守有关法律的前提下,有独立进行经济活动的自主权。”即是说,宪法明确规定:无论是公有制经济还是非公有制经济的从业者均享有营业自由权。“从形式上看,宪法性文件中对基本权利的确认无论规定在哪个部分,只要能够严格付诸实施,客观上都能产生保障人权的效应,并不会因为规定在‘总纲’还是‘基本权利’部分而有本质上的差别”<sup>[6]</sup>,并且从逻辑上说,“总纲”中规定的权利应当比“公民基本权利和义务”更具基本性。

## 二、政府公共警告对营业自由的侵害

“权力存在的合理性和必要性,并不能保证一切权力活动都是善举。权力作为国家履行其保障权利的条件的后盾,也可能导致国家对其义务的背离”<sup>[7]</sup>。在消费领域,政府公共警告具有双重面向,在维护消费者人身、财产安全的同时,亦可能对生产经营者的营业自由造成损害。针对特定商品的公共警告一旦发布,可能出现两种截然不同的后果:一是商品确实存在问题,人们的消费安全得到保障;二是商品事后被证明没有问题,生产经营者的营业自由受到侵害。因此,政府公共警告与基本权利具有折冲面,政府公共警告内含基本权侵害品质。现实生活中,政府公共警告侵害营业自由的事件常有发生,早在1991年中国就发生了“肠衣线案”。1991年3月至6月间,在北京友谊医院出现了8例产妇实施剖腹产手术感染的情况。北京卫生局怀疑产妇术后感染的原因系兴福厂生产的肠衣线所致,1992年7月25日向在京的医疗单位通报了卫生局主观认定的结果。通报下发后,兴福厂的产品大量滞销,损失严重,工厂被迫停工。后兴福厂向法院提起诉讼,在审理过程中,卫生局承认通知比较草率,撤销了通知并愿意给予兴福厂5万元的经济补偿,兴福厂同意并申请撤诉,受审法院审查后,裁定准予撤诉<sup>[8]</sup>。虽然本案最终以兴福厂撤诉而告终,但从整个处理过程以及纠纷解决的结果看,法院实际上已认为北京卫生局侵犯了兴福厂的营业自主权,只是未以判决形式呈现而已。另外,1999年国家药品监督管理局发布《关于查处假药“伟哥”的紧急通知》和《关于查处劣药“伟哥开泰胶囊”的通知》亦对沈阳飞龙公司的营业自由造成了严重侵害。药监局将该通知在媒体上公布后,沈阳飞龙公司的“伟哥开泰胶囊”被迫停产。1999年4月26日,沈阳飞龙公司向北京市第一中级人民法院提起诉讼,状告国家药品监督管理局侵犯其财产权、经营权和名誉权。2000年11月17日,北京市高级人民法院作出终审判决:国家药品监督管理局认定“伟哥开泰胶囊”为劣药的行为不当。这也就是说,国家药品监督管理局原先对社会大众的告诫是错误的。虽然法院的判决为“伟哥开泰胶囊”正名,使其摘除了“假药”、“劣药”的帽子,但政府公共警告这种软化的政府行为却使飞龙公司从此一蹶不振。2009年的“砒霜门”事件也对相关企业造成经济损失。从上述案例可以看出,政府公共警告具有较大的“破坏力”。因此,必须对政府公共警告的基本权侵害品质进行法律控制,否则政府公共警告将可能演变为公权力部门干涉人

民基本权的“正当工具”。

### 三、基本权利的三阶审查模式

#### (一)基本权审查的三个具体阶段

德国联邦宪法法院在基本权保障上建构了一个三阶段抽象审查模式。当权利主体主张其基本权受到侵害时,宪法法院则通过对“基本权保障领域”、“干预”、“宪法上之正当化”三项内容的逐一审查,以判断基本权是否受到侵害以及责任之承担。审查基本权保障领域之目的在于认定系争案件中,人民的行为是否受基本权保障;干预认定阶段主要通过目的性、直接性、强制性和法效性等标准判断国家行为是否构成干预;宪法上之正当化审查主要解决国家行为如构成基本权的干预,此干预是否具备正当化的基础或者国家对人民自由权利之限制是否逾越限制之界限等问题<sup>[9]</sup>。三阶段审查模式已成为理论与实务界判定基本权侵害的“思考模型”,广泛地应用于国家权力行为与基本权折冲事件或领域之中。

#### 1. 基本权保障领域

基本权是一种防御权,统领基本法,其功能在于拘束国家权力,防御权力对权利侵害。基本权保障领域审查阶段主要从两方面切入:一是特定的人民行为是属于基本权范围;二是公权力行为是否损及该基本权利的保障范围。1985年德国爆发“乙二醇”丑闻,当时许多奥地利与德国生产的葡萄酒被检验出含有“乙二醇”,造成民众恐慌,随后,联邦健康部公告了受检验后证明含有乙二醇之酒商,以及瓶装酒商名单。列于名单上的酒商蒙受销售上的重大损失,酒商提起诉讼主张联邦政府公告掺有乙二醇之酒商名单的资讯行为,侵害了酒商的营业自由。德国联邦宪法法院判决认为:国家发布与市场相关之资讯并未损害营业自由的保护范围,只要国家遵循发布资讯行为之条件,亦即,国家对其资讯存在有任务、权限以及资讯具有正确性与客观性<sup>[10]</sup>。

#### 2. 公共警告之干预符合性判断

公共警告是公权力机关应对消费风险的重要手段。消费者是公权力机关的服务对象,而企业经营者则是公权力机关的监管对象。公权力机关通过公共警告向社会传播危机信息,就其内容而言,公共警告是一个“坏消息”,社会对公共警告的态度具有分裂性。消费者对公共警告基本上持欢迎态度。及时的公共警告可以避免或减轻危险源对消费者的人身利益和财产利益的侵害,即使公共警告最后证明是虚惊一场,但消费者也不会受到太大的实质损失;而商事营业者对公共警告持反对态度,公共警告往往会对商事主体的营业自由产生侵扰,影响其营业收益。

在国家资讯行为侵扰营业自由这一问题上,基本权干预概念存在着一个由传统到现代的转变。依传统的干预标准(目的性、直接性、强制性、法效性),公共警告并不构成基本权干预,“资讯行为之基本权侵害性格之所以成为问题,特别是在‘直接性’这个特征上突显出来……在资讯行为,行政机关对一般公众提供资讯,因此而受到不利者却是厂商。换言之,在此所涉及的并不是行为对象间之双边关系,而是还有一个受到不利的第三者,亦即是一种三角关系。在这个三角关系中值得注意的是,如果没有资讯接受者接受资讯后所反应出来的行为,厂商就不会遭受损害。换言之,损害结果即是资讯行为之间接事实效果,从而不具备上述之直接性”<sup>[11]</sup>。然而,随着风险社会的到来及基本保障领域的日益宽泛,现代的基本权利干预概念也必须进行相应调整,“过去基本权所保障的是要让基本权主体去对抗国家有目的性、直接性与强制性的法律行为。但如今却已扩及于事实上、非意欲性、间接性及不具有强制特征的影响,(这些影响)均得被定性为基本权之干预”<sup>①</sup>,也就是说,“不管国家的行为是否针对相对人或只是无意的附随效果;直接或间接产生不利的结果;是否发生法律效果或只是事实效果;以命令与强制执行与否,只要个人在基本权利保护领域内的行为因国家行为发生全部或部分无法实现的效果,该国家行为便构成对基本权利的干预”<sup>[5]</sup>。由此,基本权利干预的概念实现了由传统到现代的转变,基本权利的实现效果成为判断干预的标准。

从“警示葡萄酒掺乙二醇案”的处理,可以得出德国司法对营业自由干预的具体判断标准。国家资讯行为有时可表现为事实行为,有时可表现为具有强行性的行政命令,国家资讯行为性质本身不是考量因素。资讯内容的客观真实性及发布程序的合法性是判断国家资讯行为是否构成营业自由干预的重要标准。在资讯社会,负面资讯对企业的经营影响甚大,资讯的内容有误或发布程序违法,必然会使企业经营者的营业自由“发生全部或部分无法实现的效果”,构成营业自由干预。当然,符合法律要求(内容正确、权力正当、程序合法)的国家资讯行为也可能造成特定企业经营者的营业收入减少,但“市场参与者在基本权上,并没有要求其他的市场参与者不能接近涉及自己的市场活动,同时也是实现其自由重要的资讯的请求权。同时他也没有要求他人仅能对其愿意如何被看待或其如何看待自己及自己产品的权利”<sup>[12]264-265</sup>,并且隐瞒商品缺陷不属于营业自由的范畴,企业经营者隐瞒商品缺陷,侵犯消费者知情权所获得的营业利益是一种

①Vgl. Bodo Pieroth/Bernhard Schlink, Grundrechte, Staatsrecht II, 21. Auflage., Heidelberg 2005, Rn40.

非法利益。因国家资讯行为公布商品缺陷造成企业经营者的营业收入并非是对企业合法营业利益的侵害,换言之,企业的合法营业利益并未因符合法律要求的国家资讯行为而发生丝毫减损,其营业自由也未出现“全部或部分无法实现的效果”。

### 3. 宪法上之正当化

宪法上之正当化审查阶段实质上是一个责任排除环节,主要对宪法上责任阻却事由进行检视。简言之,基本权干预行为可否因宪法上的规定而得以正当化。其思考逻辑如同刑事案件可因行为人的正当防卫而阻却违法。宪法上之正当化审查以基本权干预形成为前提,通过宪法上的价值衡量对基本权干预行为合宪与否作出判断。德国联邦政府曾就奥修教派(奥修运动的超觉静坐社团)“危害性”与“假宗教性”向公众发出公共警告引发诉讼,联邦最高法院认为:联邦政府公共警告行为的合宪性依据乃是源自联邦政府依据基本法第65条规定执行职务之地位,结合源自基本法第2条第2项第1句(人人享有生命和身体不受侵犯的权利)与第6条第1项规定(婚姻和家庭受国家特别保护)之国家保护义务……系争形态的言词侵害宗教或世界观自由,得以因联邦政府具有从事公关工作之宪法权限,以及联邦政府同样具有直接源自宪法要求之保护人性尊严、国民健康的义务和宪法强调婚姻家庭之共同体的法益而被合理化<sup>[13]</sup>。实际上,许多国家资讯行为与营业自由之间的冲突亦可依据《德国基本法》第2条所导出的国家基本权保障义务而得以正当化。

## (二) 基本权三阶审查的延伸性思考

### 1. 保障领域与干预的关系之辩

基本权保障领域与干预紧密相联,“基本权之保障领域与干预之间事实上存在着无法割舍开来的关系……如果说自由是一种宽泛、全面的自由,而保护的是个人主观上之随心所欲的话,那么针对所有存在于自然或事实形成之保护领域中的自由权而言,即使是基本权利主体的行为所受到之一般法秩序之拘束,即可被认定是一种基本权利之干预”<sup>[12]249</sup>。如此说来,基本权干预判断究其本质而言,就是一项事实判断,而基本权保障领域所构筑的权利藩篱本身就是对基本权利的干预。基本权是一种与生俱来的权利,但无所约束地行使必然会与社会公益、他人的基本权利发生冲突。因此,需要对基本权利的行使进行必要限定,这种限制须以宪法定之,限制的结果就是基本权的保障领域。这种限制不是对基本权的干预,而是公民之间基本权均衡之约在宪法上的体现。在基本权三阶审查思维上,保障领域与干预审查两阶段之间有时并非泾渭分明。基本权干预审查的逻辑起点是基本权干预之假定,而这假定之排除往往通过基本权保障领域来实现。换言之,基本权保障领域审查阶段亦是基本权干预审查的内容,只是提前进行了而已。

### 2. 期待可能性是一种正当化理由

值得注意的是,在国家资讯行为与营业自由之间的冲突中,一项符合法律要求国家资讯行为因其不具备“侵害品质”而无需讨论其宪法上的正当化问题,因为不存在基本权干预,自然就不需要研讨责任排除的问题。然而,依据传统“宪法上之正当化”理论,对于资讯内容存在瑕疵的国家资讯行为,似乎无法得以正当化。德国宪法法院在“警告葡萄酒掺乙二醇案”中,一反常态地直接从宪法推导出国家的领导任务,以使国家资讯行为获得某种正当性。但是这样的正当化模式似乎“偏离以往以法律保留原则作为审查基准之模式”<sup>[10,13]</sup>,将其推及适用至存在瑕疵的国家资讯行为似乎并不恰当。当今世界,人类的生存和发展存在许许多多的客观威胁,风险无处不在。国家资讯行为作为一种危险防御措施,能够起到生存照护的作用。但须知国家在面对不确定性危险作出的公共警告决定本身就是一项风险决定,如果片面追求国家资讯内容的绝对正确、过度强调对特定基本权的保障,则会限制政府与民众之间的风险沟通,导致国家危险防御功能的萎缩。而现实中,许多国家的政府也正处于一种两难境地:发布公共警告可能导致侵权,不发布公共警告则可能会因不作为遭致诉讼。因此,需要一种新的理论来调和国家资讯行为与基本权保障之间的冲突。

人们应当在作出公共警告的特定情境下来评判风险决定的正当性。“期待可能性”应当作为考量公共警告正当性的一个重要标准。期待可能性思想源于霍布斯的“任何法律都不能约束一个人放弃自我保全”<sup>[14]</sup>,转换到国家角色上,宪法不能约束国家放弃其对人民整体安全的保全。公共警告是通过资讯实现人民整体安全保障的新兴公共治理方式,不能向这样的国家资讯行为提出过高要求,附加多余义务,不应仅从损害结果的发生确定国家资讯行为的可责性,应以作出国家资讯行为的客观情境、行为主体的自身能力(特别预测风险的科技能力)为有效的判断标准。当然,期待可能性并非要摒弃对行为人主观因素的判断。国家资讯行为人的故意、过失仍然是常规考量内容。期待可能性是指在行为当时的具体情况下,期待国家资讯行为不具侵害的可能性,强调的是在特殊情况下,国家为了保障公共安全,决定发布公共警告是唯一或最佳的选择,即使可能会侵犯公民的基本权利也可因“迫不得已”而阻却违法。值得注意的是,“迫不得已”只是排除了国家资讯行为间接侵害的违法性(间接故意),直接故意或过失从内容上说并非是一种“迫不得已”,不能依据期待可能性而阻却其行为的违法性。

### 3. “正当化”阶段中的“需求层次”

从“警示教派案”中,可知国家资讯行为的“侵害品质”因合宪理由而正当化,合宪并不是简单符合宪法的规定,这其中存在一个法益衡量的过程,即国家资讯行为可因符合宪法所确立的高位阶价值而具备正当性。宪法上之正当化审查似乎蕴含了如同马斯洛“需求层次”一样的“权利需求层次”。权利本身就是满足人们的某种需要,基本权利所保障的就是人们生理、安全、情感等方面的基本需要。因此,与其他权利相比,基本权的需求层次最低而宪法位阶最高,应当优先得到实现。关于基本权内部“需求层次”的具体划分,《德国基本法》并没有明确规定,基本权之间的冲突似乎只能由法官根据其在—国法治传统中形成的经验法则来进行裁断。这种经验法则虽然可能因人而异,但在—国法治传统下价值认知应当基本相同,而在不同的国家里则可能差异甚大。另外,也可能会因为时代变迁而发生逆转性的变化。

#### 参考文献:

- [1] 肖海军. 论营业权入宪——比较宪法视野下的营业权[J]. 法律科学, 2005(2): 16-17.
- [2] 李累. 论宪法上的财产权——根据人在社会中的自治地位所作的解说[J]. 法制与社会发展, 2004(4): 61-74.
- [3] 林鸿潮, 栗燕杰. 经营自主权在我国的公法确认与保障[J]. 云南行政学院学报, 2009(3): 132-135.
- [4] 徐钢, 方立新. 论劳动权在我国宪法上的定位[J]. 浙江大学学报: 人文社会科学版, 2007(4): 49-58.
- [5] 陈英铃. SARS 防治与人权保障——隔离与疫情发布的宪法界限[J]. (中国台湾) 宪政时代, 2004(3): 422-423.
- [6] 王广辉. 当代中国宪法权利的发展变化[EB/OL]. (2009-10-31)[2010-7-31]. <http://www.chinaelections.org/NewsInfo.asp?NewsID=158535>.
- [7] 程燎原, 王人博. 权利及其救济[M]. 济南: 山东人民出版社, 1998: 189.
- [8] 李新生. 侵犯企业经营自主权行政赔偿案件[J]. 行政法学研究, 1997(4): 75-76.
- [9] 张桐锐. 论行政机关对公众提供资讯之行为[J]. (中国台湾) 成大法学, 2001(2): 151-152.
- [10] 王韵茹. 浅论德国基本权释义学的变动[J]. (中国台湾) 成大法学, 2009(1): 92-93.
- [11] 张桐锐. 论行政机关对公众提供资讯之行为[J]. (中国台湾) 成大法学, 2001(2): 163-164.
- [12] 程明修. 基本权之宽泛“保护领域”或狭隘“保障内涵”——德国基本权释义学之动向描述[M]//城仲模教授古稀祝寿论文集编辑委员会. 二十一世纪公法学的新课题. 中国台湾法治暨政策研究基金会, 2008: 264-265.
- [13] 张永明. “警示教派之危害”裁定[M]//德国联邦宪法法院裁判选辑(十一). 中国台湾“司法院”自版, 2004: 189-195.
- [14] 霍布斯. 利维坦[M]. 黎思复, 黎廷弼, 译. 北京: 商务印书馆, 1985: 234.

## The third-order judicial review model on government public warning from the perspective of fundamental rights protection

XU Xingui

(Chongqing School of Administration, Chongqing 400041, P. R. China)

**Abstract:** In risk society, the state has obligations of “life care”. Government’s public warning is an important measure as “life care” functions. The government would infringe business freedom. On judicial determination processes about infringement, Germany’s fundamental rights third-order judicial review model on fundamental rights infringement is worth learning. It is necessary to recognize Germany’s successful experience to establish third-order judicial review model which is consistent with China’s conditions

**Key words:** government’s public warning; fundamental rights; third-order judicial review model

(责任编辑 胡志平)