

基本权利私人间效力法理基础的 澄清与重构

杨登杰^{*}

内容提要 基本权利的价值内涵是证成基本权利私人间效力的起点。此一证成过程是对基本权利的目的解释。中国宪法下基本权利的价值与目的是社会主义所追求的人的全面解放,是体现中道权利观的全面的、实际的、群己平衡的自由。不应以私法自治作为评判基本权利私人间效力的决定性标准,而是应在完整意义的自主理念的宏观视野中,寻求私法自治的定位,理解基本权利私人间效力的价值。宪法不只是公法,它是包括国家与社会在内的整个共同体的根本法。基本权利具有公法、私法双重规范属性与操作框架。基本权利针对国家时是公法规范,但在私人间生效时是私法规范。基本权利价值辐射的全面性不等于全能性。宪法作为发挥法秩序整合功能的共同体根本法,仍然可以是留给部门法充分填充空间的框架秩序。

关键词 基本权利 第三人效力 客观价值 私法自治 公法与私法

目 次

- 一、引言
- 二、基本权利作为价值
- 三、从私法自治走向完整意义的自主
- 四、基本权利的公、私法双重属性
- 五、宪法的法秩序整合功能
- 六、概念澄清与学说检验
- 七、结语

^{*} 北京航空航天大学法学院副教授,法学博士。

一、引言

自齐玉苓案以来,国内关于基本权利私人间效力(亦称第三人效力或水平效力)的讨论逐步推进。虽然也有学者全然否定此一效力,但主张将它以某种方式扩展至私人间法律关系者蔚成主流。其中,间接效力说因其介于直接效力说^①与无效力说之间的折衷立场,更获青睐。^②在同一时期追随者众多的合宪性解释或基于宪法的解释,^③当涉及私法领域时,其实也等于基本权利私人间效力。但近年来,扩张基本权利效力的趋势有所改变,出现了抑制基本权利私人间效力的声音。其中有无效力说^④,也有限缩基本权利私人间效力范围的主张,如主张将该效力的适用限定于社会(公)权力或关涉公共利益、公共性的民事关系,^⑤又如主张借鉴美国的国家行为说以限制基本权利对私人的约束^⑥。这些声音批评既有的基本权利私人间效力理论及其引以为据的基本权利客观价值理论,认为它们威胁私法自治,忽视宪法的公法属性,泯灭公、私法之分,认为其“全能论宪法观”^⑦具有一种以宪法取代包括民法在内一切下位法的“宪法帝国主义”^⑧倾向。

其实,基本权利私人间效力的肯定说本身已为这些批评埋下了种子。间接效力说在肯定基本权利私人间效力的同时,也强调公法应审慎介入私法,否则有侵蚀私法自治之虞。^⑨从支持者如此谨小慎微的态度到反对者对基本权利私人间效力的根本性批评,其实只是一步之遥,该效力现有法理基础的薄弱由此可见一斑。鉴于此,本文欲对基本权利私人间效力的法理基础予以澄清与重构,为基本权利私人间效力提供更有力的辩护,同时为教义学上进一步的概念澄清与学说检验奠定基础。法理基础的澄清主要涉及两方面。一方面是深化对基本权利(客观)价值的认识,纠正通常认识的误区。另一方面是阐明宪法的法秩序整合功能,指出根本法的全面性不等于全能性。法理基础的重构则针对各种有效力说与无效力说共享的主流范式,作出两项根本性修正,在证成上进行范式的根本转换。第一是不以私法自治作为评判基本权利私人间效力是否合理的决定性标准,而是从更全面的视野考察,即从完整意义的自主理念出发。第二是主张宪法不只

① 参见焦洪昌、贾志刚:《基本权利对第三人效力之理论与实践——兼论该理论对我国宪法司法化的指导意义》,载《厦门大学法律评论》(第4辑),厦门大学出版社2002年版,第243页以下。

② 参见刘志刚:《基本权利对民事法律行为效力的影响及其限度》,载《中国法学》2017年第2期。

③ 参见张翔:《两种宪法案件:从合宪性解释看宪法对司法的可能影响》,载《中国法学》2008年第3期;黄卉:《合宪性解释及其理论检讨》,载《中国法学》2014年第1期。

④ 参见黄宇骁:《论宪法基本权利对第三人无效力》,载《清华法学》2018年第3期;姜峰:《宪法私人效力中的事实与规范:一个分析框架》,载《法商研究》2020年第1期。

⑤ 参见李海平:《民法合宪性解释的事实条件》,载《法学研究》2019年第3期,第24-27页。

⑥ 参见邹奕:《宪法权利何时约束私人行为——美国的州行为理论及其借鉴》,载《法学家》2021年第3期,第63页。

⑦ 姜峰:《宪法的结构性与公共审议功能——兼对全能论宪法观的反思》,载《中国法律评论》2020年第6期,第97页。

⑧ 陈景辉:《宪法的性质:法律总则还是法律环境?从宪法与部门法的关系出发》,载《中外法学》2021年第2期,第286页。

⑨ 参见张红:《基本权利与私法》,法律出版社2020年版,第110页。

是公法,主张基本权利具有公法与私法双重属性与结构。只有从这两个不同于主流范式的根本性命题出发,才能从根本上反驳对基本权利私人间效力的批评,更积极自信地肯定基本权利私人间效力。换言之,如果私法自治不是最终判断标准,如果宪法不只是公法,则指责基本权利私人间效力以公法介入私法、妨害私法自治的批评都会落空。

二、基本权利作为价值

我国学者讨论基本权利私人间效力的根据时,常追随德国联邦宪法法院,诉诸基本权利作为客观价值(秩序),^⑩相关批评亦随之出现^⑪。以基本权利的(客观)价值证成基本权利私人间效力是可行路径,但对该价值内涵的通常理解或流于表面,或存在误区,有必要澄清与深化基本权利作为价值之义,并阐明它如何能证成基本权利私人间效力。

(一)概念的“名”与“实”:基本权利双重性质的重构

在澄清基本权利作为价值之义时,应注意两点。首先,是概念的法学性。包括哈贝马斯在内的不少人的批评都从“价值”一词的哲学或哲学史意涵出发,例如批评价值不是提出应然要求的规范,因此不能用来诠释宪法规范。^⑫然而,如此理解“价值”在哲学上本就有争议,何况在宪法领域使用“价值”一词,不必然有且实际上也没有这样的意涵。对它的意义分析,应该从宪法学及宪法学史的角度出发。其次,应该注意概念名称的多样性。德国联邦宪法法院首先在“吕特案”中使用“客观价值秩序”一词,但在该案及其前后诸多案件中也以其他词指称相同的概念内涵,如宪法的(客观)价值决定、宪法的根本决定、(决定价值的)原则性规范、基本权利的价值内涵、基本权利的价值确立意义等。^⑬换言之,在概念名称上,不总是冠以“客观”一词,有时也不用“价值”一词,“秩序”一词甚至只在援引吕特案等判决先例时才出现。因此,关键在于理解概念的实质内涵,而非执着于特定术语名称,以辞害意。^⑭

以“客观”一词而言,只有在宪法学及宪法学史的语境中理解,才不会望文生义,以为客观价值“只是”无相应主观权利的客观法。其实,正如德国学者阿列克西阐述的,客观价值不是指“无”主观权利,而是指“不论”主观权利,联系到宪法学史来说,是指“不论”或“抽离”传统的、具体的防御权,回溯到更抽象、更根本的价值或原理。^⑮从19世纪后半叶到20世纪中叶,只有要求国家不干预的防御权才被认为是具有法律意义的基

^⑩ 参见张翔:《基本权利的规范建构》,法律出版社2017年版,第217页以下;赵宏:《作为客观价值的基本权利及其问题》,载《政法论坛》2011年第2期。

^⑪ 参见李海平:《基本权利客观价值秩序理论的反思与重构》,载《中外法学》2020年第4期。

^⑫ 参见[德]哈贝马斯:《在事实与规范之间:关于法律和民主法治国的商谈理论》,童世骏译,生活·读书·新知三联书店2014年版,第313页以下。

^⑬ Vgl. BVerfGE 6, 55 (71); 7, 198 (205, 209); 142, 313 (337); 148, 267 (280).

^⑭ Vgl. Horst Dreier, Dimensionen der Grundrechte: von der Wertordnungsjudikatur zu den objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalten, 1993, S. 26.

^⑮ Vgl. Robert Alexy, Theorie der Grundrechte, 2. Aufl. 1994, S. 478 f.

本权利。二战后,首先在德国出现的基本权利作为客观价值或价值决定的提法正是要从这种传统的理解中解放出来。如德国学者雅拉斯所说,“将基本权利保障所包含的价值决定抽离基本权利作为个人防御权的具体宪法设计。价值决定作为基本权利赋予防御权的理据,与此一法律后果相分离,然后在其他方向上实现”,也就是“从基本权利的防御权中提取法律原则,然后这些法律原则成为新的法律后果的基础”。^{①⑥} 这些新的法律后果除了基本权利私人间效力外,也包括基本权利的国家保护义务、组织与程序保障、给付请求权与分享权等,可总称为基本权利的扩展面向或非防御面向。

从这样的理解出发,笔者认为,对基本权利双重性质或属性的通常理解,无论是将主观权利与客观价值或客观法并列,还是将防御权与客观价值对举,都存在盲点或误区。将主观权利与客观价值并列会让人误以为后者无相应主观权利。但诚如雅拉斯所言,“(德国联邦宪法)法院实际上没有在任何判决中否定价值决定结果的主观权利内涵。……将价值决定或原则性规范定性为‘客观法’并非没有问题。在这里,概念的使用不同于主观权利与客观法的一般区分”^{①⑦}。若未认识到这种概念使用上的不同,客观价值的所谓“再主观化”^{①⑧}——即客观价值向主观权利的转化——便会成为难题,甚至招致“自相矛盾”“逻辑断裂”^{①⑨}等批评。这样的困境源于对客观价值再主观化的错误理解,即将客观价值理解为无主观权利的、与它并列的客观法如何生出主观权利的问题。其实它是指将抽象提取出的根本价值或原理再度具体化为具体的权利与义务。在认为传统教义学建构(此指防御权)有所不足、转而上升到原理层面(即价值)寻求突破之后,自应再下行回到教义学,建构新的教义学元素(即基本权利私人间效力等扩展面向)。

除了上述将主观权利与客观价值或客观法并列的提法外,还有另一种不使用“主观”一词的提法,即将防御权与客观价值视为基本权利双重性质。但后一种提法仍无法正本清源。除了“客观”一词仍易生上述误解及纷扰,应避免使用外,更关键的问题在于这两种并列式提法都未区分原理或“宪法理论”与宪法教义学这两个不同层面。这里说的“宪法理论”,特指那些在宪法教义学“之上”或“之后”的对宪法的根本理解。宪法理论是宪法教义学的预设前提、证立根据及反思基础,也就是它的后设理论。^{②⑩} 基本权利的价值决定或价值内涵处于宪法理论层面,防御权处于宪法教义学层面,包括基本权利私人间效力在内的基本权利扩展面向也处于教义学层面。因此,能与防御权并列而合称基本权利双重性质的只应是基本权利的扩展面向。基本权利的价值内涵不应是此一扩展面向的别称,不应与防御权并列。它处于更高层面,是扩展面向的证立根据与根本宗旨,甚至是防御权与扩展面向的共同原理。德国联邦宪法法院诉诸“价值秩序”与

^{①⑥} Vgl. Hans D. Jarass, Grundrechte als Wertentscheidungen bzw. objektivrechtliche Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 110 (1985), S. 366.

^{①⑦} Hans D. Jarass (Fn. 16), S. 369.

^{①⑧} 参见前注^{①⑥},张翔书,第256-259页;赵宏文,第68页。

^{①⑨} 李海平:《基本权利的国家保护:从客观价值到主观权利》,载《法学研究》2021年第4期,第42、43页。

^{②⑩} Vgl. Martin Morlok, Was heißt und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie?, 1988, S. 50 ff.

“价值决定”,确实不仅发生在发展基本权利的扩展面向时,也出现在强化防御权效力时,例如在解释一般行为自由权、职业自由与言论自由的场合。^{②1}

尽管对基本权利价值内涵与基本权利扩展面向不加区分或混为一谈很常见,但只有区分两者,突出前者相对于后者的独立意义及根本重要性,才能得其要旨。例如福尔克曼强调,“基本权利作为……价值秩序”是“所有新的基本权利功能的共同根本理念”。他指出,一旦“放弃价值概念,限于……法律技术面向”,“内在推动发展的事物与发展的实质意义所在”就会消失在视野中。^{②2}即使是批评基本权利价值说的博肯福德也说:“基本权利的客观法内涵源于将之认定为客观原则性规范或价值决定。”^{②3}这句话同样区分了上述两个层面,指出了它们之间的推导关系。

要在宪法上证立基本权利私人间效力,无法只依靠可能容许不同解释方案的宪法条文文义,而是得进一步诉诸文本深处或背后的根本理念、原则或精神,追问我们应抱持什么样的宪法解释方法、权利观及宪法观。这些“宪法理论”上的问题与思考便是基本权利价值说的实质所在。由此可见,基本权利作为价值的提法绝不像卡纳里斯以为的那样,只是“陈词滥调”^{②4},仅仅表达法律规范是价值判断的产物这类常识,而是具有宪法理论上的独特意义与内涵,具体来说,就是指向法解释上的非实证主义与中道权利观。

(二) 法解释上的非实证主义

人们在谈论基本权利客观价值时,常常只关注基本权利的实质内容,忽略基本权利解释方法的重塑才是该说的出发点,才是实质内容创新的发动机。基本权利作为价值之说的提出最初是为了确立宪法解释的新方向,反对在德意志帝国与魏玛共和时期居主流的国家法实证主义。国家法实证主义奉文义解释与概念分析为圭臬,拒斥历史解释、目的解释及其他人文社科知识。^{②5}在价值中立的旗帜下,它要求严守法条文义,主张在《魏玛宪法》下,对基本权利的限制只需合乎宪法有明文规定的法律保留原则、立法程序等形式要求,不存在其他无法从文义中一望而知的实质内容要求。换言之,立法者可任意限制基本权利。德国联邦宪法法院之所以诉诸宪法或基本权利的价值决定,正是要告别国家法实证主义,主张解释不能停留在文本表面,而是得追问规范深层的义理与精神,探求文本背后的宪法观、价值观、正义观,由此阐发基本权利的实质内容要求。

此一解释进路绝非如某些批评者所言,是一种“固执的法律实证主义思想”^{②6}。相反,它属于法解释上的非实证主义,与国家法实证主义所属的法解释上的实证主义相对。同时,它有别于非实证主义的另一种形态,即法效力上的非实证主义。后者主张存在某种能否定实证法效力的超实证法。法解释上的非实证主义不质疑实证法的效力,但要求解

^{②1} Vgl. BVerfGE 6, 32 (40); 7, 377 (404); 12, 113 (124).

^{②2} Vgl. Uwe Volkmann, Allgemeine Grundrechtslehren, in: Herdegen u.a. (Hrsg.), HdBVerfR, 2021, § 16 Rn.50.

^{②3} Ernst-Wolfgang Böckenförde, Grundrechte als Grundsatznormen, Der Staat 29 (1990), S. 3.

^{②4} [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,载《比较法研究》2015年第1期,第184页。

^{②5} See Dieter Grimm, *Constitutional Adjudication and Constitutional Interpretation: Between Law and Politics*, NUJS Law Review, Vol.4:15, p.23 (2011).

^{②6} 前注④,黄宇骐文,第199页。

释实证法时发明义理、探求价值,对相关道德论证、哲学思考、政治理论及其他人文社科知识开放。^{②7}有人可能批评这种解释是在作政治哲学论证,而非法学论证。但这样的批评正犯了法解释上的实证主义将这两种论证截然二分的错误,忽视了宪法规范的不明确性及开放性,也忽视了“前理解”^{②8}及其蕴含的价值观、正义观对宪法解释在事实上的引导作用。要避免解释者不自觉而非理性地受到价值或道德的影响,像法解释上的实证主义那样拒斥或掩盖这种影响只是鸵鸟政策,自欺欺人。只有像基本权利价值说那样,既非停留在文义表面,亦非离规范说义理,而是就规范求义理,阐发文义虽未明示但最能彰显规范精神的价值,才能将无可回避的价值与道德判断纳入规范与理性的轨道。

(三) 中道权利观:全面的、实际的、群己平衡的自由

接下来应进一步追问,基本权利价值说所主张的宪法观究竟具有什么样的特殊内涵?它所认定的基本权利的原理、精神或价值内涵是什么?笔者认为,该价值内涵按抽象程度可划分为三个层次,在不同的论证语境需要从不同的层次出发。以基本权利私人间效力等基本权利扩展面向而言,其证成难以只立足于最抽象层次的价值内涵,如人的尊严。这是因为它过于抽象,无法提供关键论据。三个层次中最具体的是个别基本权利各自的原理。这一层次的价值内涵对解释个别基本权利来说是重要的,但对一般性地证成基本权利私人间效力来说却过于具体。证成(抑或批评)该效力的关键其实是中间层次的价值内涵,即如何理解“平等的自由”这一基本权利的根本理念,亦即不同的权利观或自由观。

基本权利价值说的权利观来自反思19世纪至今与实现平等的自由有关的社会条件变化。这些变化包括三个相互关联的现象:首先,经济、社会上的弱者缺乏运用自由的实质条件或资源的问题无可回避;其次,来自社会即私主体或科技的自由威胁或风险日益突出;最后,在科技进步与生活人工化之下,愈来愈多的自由不是与生俱来的“自然的自由”,而是“被建构的自由”,有赖于法律、国家及社会组织的规划安排或提供的基础设施。^{②9}鉴于此,基本权利价值说告别传统自由主义的权利观,扬弃单纯消极的、形式的、个人主义的自由,改以全面的、实际的、群己平衡的自由作为基本权利的价值内涵。

“全面”是指重视但不片面强调不受国家干预的自由,而是也重视防范、对抗来自社会的自由威胁,重视国家保护、促进自由的积极作用。“全面”还指兼顾消极自由与积极自由。前者意味着不受国家或他人阻碍;后者意味着能作出有意义的选择,能过上自己认为有价值的生活。虽然有学者指出积极自由可能隐藏的他治及专制危险,^{③0}但同样有学者有力地指出,单纯消极自由是空洞而没有意义的,我们之所以珍视消极自由,是为了

^{②7} Vgl. Uwe Volkmann, Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland, 2013, S. 132 ff.

^{②8} [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44-45页。

^{②9} Vgl. Dieter Grimm, Rückkehr zum liberalen Grundrechtsverständnis?, in: ders., Die Zukunft der Verfassung, 2. Aufl. 1994, S. 227 ff.

^{③0} 参见[英]以赛亚·伯林:《两种自由概念》,载以赛亚·伯林:《自由论》,胡传胜译,译林出版社2011年版,第179-183页。

实现积极自由^{③①}。“实际”是指不限于形式自由的抽象可能性,关注自由行使的社会与现实条件,从每个人在现实生活中能有意义地运用、实际受益的自由出发。“群己平衡”则指扬弃纯粹的、自我中心式的个人主义,强调人与人的相互尊重与责任,追求个人自由与公共利益的平衡。正如德国联邦宪法法院所言:“《基本法》的人的图像不是孤立而至高无上的个体;相反地,基本法是以个人与共同体相联系及受共同体约束的精神,同时在不损及个人固有价值价值的条件下,来解决个体与共同体的紧张关系。”^{③②}以上所述可总结为一种平衡各种相冲突合理诉求、包括协调个人与他人或个人与集体的“中道”^{③③}权利观或“中道宪法”^{③④}理念。从中道权利观出发,将全面的、实际的、群己平衡的自由理解为基本权利的价值内涵,以此作为宪法解释的基础,便会要求基本权利进入对这种自由的实现有关键意义的社会领域,从而积极承认基本权利私人间效力。

从法学方法论的角度看,诉诸基本权利价值来证成基本权利私人间效力属于目的解释:首先,追问文本背后的目的或价值,在本文语境中即平等的自由及其理解。其次,目的解释要求找寻能使规范目的获得最佳实现的解释方案。为求目的最佳实现,不能不考虑规范所欲作用的社会现实。社会条件变化及带来的新问题、新挑战又触动对规范目的自身的重新理解。社会条件变化以及规范目的之重新理解进而可能要求新的解释方案,促成解释变迁。^{③⑤}具体而言,在上述变化的社会条件下,平等的自由应被理解为全面的、实际的、群己平衡的自由,在最佳实现此一目的之要求下,基本权利私人间效力作为新的教义学建构应运而生。由此可见,诉诸基本权利价值的目的解释是一种与时俱进的、使解释创新与宪法变迁成为规范内在逻辑的动态解释,一种以实现规范目的为取向的后果主义解释——但不是脱离规范制约的后果主义^{③⑥}。

必须指出,全面的自由绝非仅在防御国家不当干预之上要求国家积极作为;它的目光不限于国家,而是扩及社会。诚如德国联邦宪法法院所言,宪法的价值决定适用于“所有法律领域”,即“私法与公法的全部领域”。^{③⑦}德国学者因此说,这样理解的基本权利从“公民—国家关系中的原则与保障转型为整个法秩序的最高原则”^{③⑧},即“不再只具有针对国家的单一维度,而是……发挥全面效力”^{③⑨}。换言之,宪法不再只是规范国家权力的、狭义的“国家的法律基本秩序”,而是包括国家与社会在内的整个“共同体的

③① See Charles Taylor, *What's Wrong with Negative Liberty*, in David Miller ed., *The Liberty Reader*, Routledge, 2016.

③② BVerfGE 4, 7 (15 f.); 30, 1 (20); 109, 133 (151).

③③ Uwe Volkmann (Fn. 27), S. 226.

③④ Andreas Voßkuhle, *Die Verfassung der Mitte*, 2016.

③⑤ See Dieter Grimm, *supra* note 25, 26-27.

③⑥ Vgl. Dieter Grimm, *Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe: Zur Argumentationspraxis des deutschen Bundesverfassungsgerichts*, in: Gunther Teubner (Hrsg.), *Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe*, 1995, S. 139 ff.

③⑦ Vgl. BVerfGE 7, 198 (205); 6, 55 (72).

③⑧ Ernst-Wolfgang Böckenförde (Fn. 23), S. 23.

③⑨ [德]迪特儿·格林:《基本法五十年》,载迪特儿·格林:《现代宪法的诞生、运作和前景》,刘刚译,法律出版社2010年版,第136页。

法律基本秩序”。^{④①}

在这样的基本权利理解下,基本权利私人间效力来自作为价值的基本权利对包括私法关系在内的所有法律领域的辐射作用。根据博肯福德与阿列克西的看法,如此得出的基本权利私人间效力实质上就是使一方的基本权利得以限制他方的权利范围,使他方成为基本权利的义务主体。“凡基本权利的原则效力或辐射效力所及之处,基本权利便由自己提供私人间权利或义务的根据。”^{④②}福尔克曼则从更宏观的角度指出,这样的宪法不是“纯粹的国家宪法”,而是也成为“社会宪法”。^{④③}因此,将基本权利的价值辐射解读为一种与“社会中心范式”相反的、保守的“国家中心范式”^{④④}并不恰当。但也有相反看法认为,基本权利价值辐射的社会维度过于激进,会破坏私法自治,违背宪法的公法属性,且具有宪法帝国主义的倾向。下文将在基本权利私人间效力的证成语境中,分别反驳这些批评。

(四) 法律安定性批评的误区

除上述批评外,基本权利价值说还容易因为无所不在的具体法益衡量招致法律安定性的诘难。频繁的法益衡量,一方面源于承认基本权利扩展面向所导致的权利增生以及由此而生的频繁权利冲突,另一方面源于中道权利观追求各项相冲突合理诉求的平衡。批评者却认为具体法益衡量过于主观恣意,缺乏法律安定性。博肯福德认为在它之下,“宪法丧失内容上的明确性,……只反映紧张关系,本身并不包含化解紧张关系的裁判规范”^{④⑤}。福斯特霍夫也声称它会破坏“法治国结构”,使“宪法律消解为个案决疑”。^{④⑥}

然而,这类批评存在误区。一方面,这类批评夸大了具体法益衡量的法律安定性问题。毕竟如德国联邦宪法法院指出的,类型化仍可用来引导衡量,从而有助于维系法律安定性。^{④⑦}具体法益衡量并不完全排斥类型化,它反对的只是切断与它联系的、完全不给它留下运用空间的类型化。另一方面,这类批评又片面强调法律安定性所代表的形式理性,忽视或低估实质理性,错误地将价值判断视为非理性的代名词。其实,价值判断也能是论证与反论证的对象。法益衡量直面正义、合理性与正当性等实质价值问题,将价值判断及其理由摊在阳光下检验,正彰显了实质理性。

此外且最重要的是,就像若干学者将批评者的观点总结为“自由主义的基本权利理解或基本权利理论”^{④⑧}那样,批评者往往自觉或不自觉地预设一种自由主义或个人主义权

^{④①} Vgl. Konrad Hesse, Verfassung und Verfassungsrecht, in: Ernst Benda u.a. (Hrsg.), HdBVerfR, 2. Aufl. 1994, § 1 Rn.10.

^{④②} Ernst-Wolfgang Böckenförde (Fn. 23), S. 11; Vgl. Robert Alexy (Fn. 15), S. 490.

^{④③} Vgl. Uwe Volkmann, Der Aufstieg der Verfassung. Beobachtungen zum grundlegenden Wandel des Verfassungsbegriffs, in: Thomas Vesting / Stefan Koriath (Hrsg.), Der Eigenwert des Verfassungsrechts, 2011, S. 31.

^{④④} 参见李海平:《论基本权利私人间效力的范式转型》,载《中国法学》2022年第2期,第28-30页。

^{④⑤} BVerfGE 69, 1 (63).

^{④⑥} Vgl. Ernst Forsthoff, Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, in: Hans Barion u.a. (Hrsg.), Festschrift für Carl Schmitt, 3. Aufl. 1994, S. 35, 55.

^{④⑦} Vgl. BVerfGE 120,180 (212 f.).

^{④⑧} Vgl. Dieter Grimm (Fn. 29), S. 221; Thomas Vesting, Von der liberalen Grundrechtstheorie zum Grundrechtspluralismus, in: Christoph Grabenwarter u.a. (Hrsg.), Allgemeinheit der Grundrechte und Vielfalt der Gesellschaft, 1994, S. 10.

利观。重形式理性而轻实质理性便与此有关。美国在构筑宪法权利的私人效力时,之所以迂回借道于“国家行为”因素,而不像德国一样更直接地诉诸基本权利价值对私法的辐射,也源于对自由主义权利观的路径依赖。因此,对基本权利价值说与基本权利私人间效力及其范围的评价,必须深入到权利观的辨析与评价之中,否则只是隔靴搔痒,得其表而不得其里。进一步说,自由主义权利观具有“防御权绝对主义”的特色,即将要求国家不作为的防御权视为基本权利的理想范式,将其他新的基本权利功能视为会带来棘手理论问题的非必要部分,并且认为防御权具有原则上优先的“王牌”^{④8}地位,贬低公共利益或其他个人利益的道德意义与正义价值。从这样的前提出发,具体法益衡量自然没有必要或至少必要性大减。但这样的权利观过于偏狭,如美国学者格林在批评美国宪法实践的“权利绝对主义”时所言,它“使权利与实质正义的观念分离”而“太少正义”^{④9}。相反地,基本权利价值说蕴含的中道权利观更能无过无不及地兼顾各类正义诉求,更能合理应对现代社会的复杂性与自由保障需求的多样性,更契合中国宪法的社会主义精神。因此,就算自由主义权利观在法律安定性及形式理性上稍胜一筹,还是应选择在实质正义上远为可取的中道权利观,以免舍本逐末,因小失大。

(五) 中国宪法语境

与美国、德国等许多国家的宪法对基本权利私人间效力未作明文规定相比,中国《宪法》文本多处为基本权利私人间效力提供支撑:在“序言”与“总纲”中规定各政党和各社会团体、各企业事业组织以及公民都必须遵守宪法;^{⑤0}在“公民的基本权利和义务”一章中,散见一些明白或隐含地要求任何组织或个人不得侵犯的规定^{⑤1}。当然,只诉诸《宪法》条文文义,不能无懈可击地证成基本权利私人间效力,还得进一步走到文本深处或背后,在宪法理论层面探求基本权利的价值内涵。

中国宪法既保障自由权,也保障社会权、文化权,还包括许多促进社会与个人全面发展的国家目标与制度规定。因此,我们有理由将中国宪法下的基本权利价值内涵理解为与消极的、形式的自由不同的全面的、实际的自由。中国《宪法》一方面将基本权利的规定置于国家机构的规定之前,强调尊重和保护人权(第33条第3款),另一方面以公共利益及他人自由权利为个人自由权利设限(第51条),并规定基本义务。因此,中国宪法既不以个人主义的自由为宗,也不以集体抹杀个人,而是以群己平衡的自由为尚,追求个人与集体共同发展。更重要的是,中国宪法以社会主义为基本原则。中道权利观在全面、实际、群己平衡的意义上理解平等的自由,^{⑤2}与马克思所说的“每一个个人的全面而自由的发展”^{⑤3}相契合,与社会主义所重视的个人自由发展与一切人自由发展的有机联

^{④8} Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977, p.xi.

^{④9} See Jamal Greene, *Foreword: Rights as Trumps?*, Harvard Law Review, Vol.132:28, p.54, 55, 70 (2018).

^{⑤0} 参见《中华人民共和国宪法》“序言”第13自然段,第5条第4、5款,第53条。

^{⑤1} 参见《中华人民共和国宪法》第36条第2款,第38条,第40条,第48条,第49条第4款。

^{⑤2} 王旭认为,社会主义的自由观是平等主义的自由观与社会平等的自由观。参见王旭:《作为国家机构原则的民主集中制》,载《中国社会科学》2019年第8期,第71-72页。

^{⑤3} 《马克思恩格斯选集》(第2卷),人民出版社2012年版,第267页。

系相一致。与作为基本权利价值说源头的德国相比,我们其实更有理由以中道权利观诠释基本权利的价值内涵。社会主义的宪法原则使我们能更名正言顺地强调自由的全面性、实际性与群己平衡性,主张基本权利价值的社会维度,主张宪法不只是公法,而中国传统的中道思想又使我们更有底气以之诠释我们的权利观。从这样的基本权利价值内涵出发,便可顺理成章地肯定基本权利私人间效力。

三、从私法自治走向完整意义的自主

否定或欲限缩基本权利私人间效力者常诉诸私法自治,认为基本权利私人间效力或其普遍化有威胁私法自治之虞。但笔者认为,在对私法自治与基本权利关系的理解和对私法自治的定位上,此一观点存在重大误区。基本权利私人间效力不是只限制私法自治,而是也保护私法自治。例如,当雇主通过劳动合同限制员工的言论自由时,在基本权利上,员工可主张言论自由,但雇主也可主张职业自由。对双方自由进行法益衡量后,若选择保护言论自由而认定相关合同条款无效,固然限制私法自治;但若选择保护职业自由而维持该合同条款的效力,便是保护私法自治。

更根本的问题在于以私法自治作为评判基本权利私人间效力及其范围是否合理的决定性标准。这是一种被基本权利私人间效力的否定说与许多肯定说共同预设的主流范式。区别只在于前者声称该效力有害于私法自治,后者否认此等危害。这也是为何后者对基本权利私人间效力的辩护常处于被动防御的原因。想要更积极正面地证成该效力,就得扬弃此一主流范式,将私法自治置于整个法秩序的视野中,将对该私法核心原则的探讨置于包括法学在内的整个人文社会科学的视野中,从由此呈现的更一般意义的私人自主或个人自主理念^{⑤4}出发,来认识私法自治的定位与界限,认识基本权利私人间效力的价值。从这一角度看,实现国家法律不干预的私法自治不是最终目的,实现私人自主才是更根本的目的。其实,“私法自治”一词译自德语词“Privatautonomie”,本来就有私人自主之义。因此,将私法自治与私人自主联系起来是顺理成章的事,只是私法自治这一译词容易使人忽略这一原初联系。

私人自主是私法自治的出发点与归结点。它不应被理解为仅要求私法自治或国家不介入,而是应在上述全面的、实际的、群己平衡的自由意义下理解,将国家干预与其他私人力量的威胁一齐纳入视野。在这样的视野中,便可看到私人自主是以复数形式存在,每个人都应享有私人自主,不同人的私人自主可能相互冲突。无论是通过基本权利私人间效力限制私法自治还是保护私法自治,都是为了给相冲突的私人自主合理划界,使其无过无不及,实现平等的私人自主。当基本权利在私人间发生效力时,对私人自主的限制与保护总是同时出现。以上举员工的言论自由与雇主的职业自由相冲突之例而言,保护或不干预职业自由(同时意味着保护私法自治)便得限制言论自由;反之,限制职业

^{⑤4} 参见前注^⑫,哈贝马斯书,第106页;Christoph Möllers, Die drei Gewalten, 2. Aufl. 2015, S. 71.

自由（同时意味着限制私法自治）则是为了保护言论自由。针对后者可以更抽象地说：基本权利私人间效力之所以限制私法自治，如德国联邦宪法法院所言，是为了防止一方当事人滥用“事实上能单方决定”彼此法律关系的“强者的权利”，防止另一方的“自决”异化为“他决”，^{⑤⑤}也就是为了保障双方真正平等的私人自主。

但私人自主仍不等于完整意义的自主与自由。后者既要求私人自主，也要求公共自主或集体自主，^{⑤⑥}即公民共同（参与）作出对所有人有约束力的决定之能力或过程，亦即民主参与的权利或过程。完整意义的自主才是私法自治与其他原则及规范共同指向的终极目的。为了更全面地评价基本权利私人间效力，考察视野应从私法自治扩大到私人自主，再扩大到完整意义的自主。其实，私人自主无法脱离公共自主而独存，因为只有民主参与才能确保划定私人自主边界的法律无偏无党。进一步说，既然这样的法律潜在影响所有人，若要忠于自主的理念，它就只能源于民主决定。基本权利私人间效力也有保障公共自主实践的功能。就员工的言论自由与雇主的职业自由相冲突之例而言，在决定限制言论自由的合同条款是否无效时，也应考虑到相关言论对公共事务讨论的重要性，即将公共自主纳入考量。

总之，在评判基本权利私人间效力时，不应封闭在私法自治的概念界定与概念推演中，只是担心私法自治可能受到的限制，也不应像传统自由主义权利观那样片面聚焦于国家对私人自主的威胁，而是应从更完整而全面的自主理念出发，寻求每个人的自主各得其分以及自主的各个面向各得其所，追求平等的、全面的、实际的、群己平衡的自由，这才合乎中国社会主义宪法的精神。可以说，实现完整意义的自主是私法自治的终极意义与界限所在，也是基本权利私人间效力的意义与价值所在。

四、基本权利的公、私法双重属性

（一）宪法作为横跨国家与社会的整个共同体的根本法

除了私法自治，基本权利私人间效力的否定论者与许多肯定论者所共享的范式还包括预设宪法的公法属性。否定论者主张宪法作为约束国家权力的公法，不应介入私法。肯定论者也有许多从宪法的公法属性出发，得出宪法应有限度介入私法的结论。然而，宪法是公法或只是公法吗？^{⑤⑦}

一旦肯定了基本权利价值说与中道权利观，认为在中国宪法下，基本权利的价值与目的是体现社会主义精神的人的全面解放，是平等的、全面的、实际的、群己平衡的自由，且这种自由无法只通过限制国家权力来实现，而是得在所有生活领域中落实，那么，这样理解的基本权利必然要求不只面向国家，而是作为普遍的价值，成为整个法律秩序的根

^{⑤⑤} Vgl. BVerfGE 89, 214 (231, 232).

^{⑤⑥} 参见前注^⑫，哈贝马斯书，第106页；Christoph Möllers (Fn. 54), S. 71.

^{⑤⑦} 有学者对此作出肯定回答。参见林来梵：《宪法学讲义》，清华大学出版社2018年版，第50-51页；王锴：《宪法与民法的关系论纲》，载《中国法律评论》2019年第1期，第42、46、50页。

本原则,辐射到一切法律领域及立法、行政、司法诸环节,因此也进入私法,在私人间发生效力。如此一来,宪法就不只是规范国家权力的、狭义的国家根本法,而是成为包括国家与社会在内的整个共同体的根本法,成为“公法和私法共同的根本法”^{⑤8}。

虽然也有学者主张基本权利私人间效力从“国家中心”到“社会中心”的范式转型,^{⑤9}但若将基本权利价值限缩为公共价值,将基本权利私人间效力适用范围限于社会权力或具有公共性的民事关系,则这样的范式转型终究是不彻底的。它仅仅聚焦于强凌弱,锁定特定社会权力主体作为基本权利约束对象,忽略了来自社会的自由、平等威胁与风险是具有普遍性的问题。不是弱者之间就不会有这类问题,也不是强者就不必担心这类问题。举例来说,言论自由与人格权的冲突与平衡就属于这类普遍问题。解决这类问题以在社会领域实现平等的自由也是基本权利的目的,是基本权利的社会维度与私人间效力的宗旨所在。

那么,应如何理解基本权利的社会维度及跨越国家与社会的共同体根本法?一种理解方式是否定公、私法区分,将宪法及基本权利看作一种打破公、私法区分的混合体。但此一方式难以摆脱对基本权利私人间效力的一项根本性质疑,即该效力会导致把对国家的正当化或审查标准运用于私人,^{⑥0}从而危害个人自由。公法与私法两极对立、严格分离虽然不妥,但两者在功能上的区分仍有意义。^{⑥1}因此,这里面临的问题是,如何既能贯彻宪法是全面的根本法,又能维系公法与私法之分?如何既能主张基本权利私人间效力,又能区分公共与私人?笔者认为,解决此问题的关键在于一方面承认基本权利有公法与私法两个个别维度,而在私法维度内承认基本权利私人间效力,另一方面将这两个维度都统合于基本权利的价值。基本权利对国家生效时固然是公法规范,但在私人间发挥作用时不是公法规范,而是私法规范。^{⑥2}正因为私人间生效的基本权利本身就是私法,因此,在民事裁判中援用基本权利乃是援用私法,不是根据公法而裁判,也不会改变诉讼的私法性质。当然,基本权利公、私法双重规范属性的命题还需有相应的规范结构与操作框架的支撑,以免沦为概念游戏或悖论。

(二) 基本权利作为私法规范的操作框架——对称式法益衡量

有学者认为或预设,一旦承认基本权利对私人的约束,该约束在结构与强度上会类似于基本权利对国家的严格限制,更具体地说,原本在基本权利的个人—国家维度中适用的比例原则也会运用在基本权利私人间效力的场合。^{⑥3}换言之,他们认为,基本权利私

⑤8 童之伟:《〈物权法(草案)〉该如何通过宪法之门——评一封公开信引起的违宪与合宪之争》,载《法学》2006年第3期,第17页。

⑤9 参见前注④3,李海平文,第26页以下。

⑥0 参见前注④4,姜峰文,第95-96、100页。

⑥1 参见金自宁:《公法/私法二元区分的反思》,北京大学出版社2007年版,第48-58、133-148页;张淑芳:《私法渗入公法的必然与边界》,载《中国法学》2019年第4期,第96-99页。

⑥2 张翔认为“宪法已经在某种程度上具备了私法的性质”,但同时指出,这并“不能动摇宪法根本上的公法地位”。参见张翔:《基本权利在私法上效力的展开——以当代中国为背景》,载《中外法学》2003年第5期,第550页。

⑥3 参见前注④24,克劳斯·威尔海姆·卡纳里斯文,第177-179页。

人间效力与基本权利对国家的效力在操作框架上是相同的。但这一认识不能成立。

就私法规范本身的合宪性来说,以德国联邦宪法法院为例,它虽然也运用比例原则进行审查,但同时强调,私法规范“不涉及国家对私人自由行使的单方面干预,而是涉及应使一个人的自由与其他人的自由相协调的一种平衡。……相应地,这里应进行的比例原则审查与衡量不能只从单个基本权利的角度进行,而是应联系到平等的基本权利主体的平衡”^{⑥4}。在不涉及法律合宪性,只在私法解释中考虑基本权利时,德国联邦宪法法院甚至不作比例原则全套审查,而是只运用狭义的比例原则,进行具体法益衡量。在它看来,基本权利私人间效力在结构上不同于基本权利对国家的效力。后者是“法治国家上的公民自由与国家约束的不对称性”;前者则是公民之间平等的自由的对称性,“不以将限制自由的干预尽可能一贯地减到最低限度为目标,而是应作为原则性决定在平衡平等的自由中发挥作用。在此,应该使一个人的自由与其他人的自由相协调”^{⑥5}。

私人间关系不可与个人—国家关系相提并论。在前者,双方是地位平等的法权主体与基本权利主体;在后者,只有个人是基本权利主体,国家只是基本权利的义务主体。因此,原本适用于对国家的防御权的比例原则及其子原则——目的正当性、适合性、必要性与狭义的比例原则,不应照搬到基本权利私人间效力上。在对私法规范进行合宪性判断时,虽因涉及对国家立法的审查,仍应适用比例原则,但此时,比例原则的运用取向应有所转变,即从尽可能避免干预转变为协调人与人之间平等的自由。至于在个案裁判中考虑基本权利时,应放弃全套的、完整意义的比例原则检验,只运用以协调双方当事人平等的自由为目标、以具体法益衡量为内涵的狭义比例原则,最多再加上适合性原则。^{⑥6} 目的正当性的要求无法普遍适用于私人间关系。国家为了正当化其干预,始终需有正当目的。但是,影响他人基本权利的私人本身也是自始享有自由而地位平等的法权主体,不可能要求其行为始终有正当目的,换言之,其行为的正当目的就在行为自由与意志自由的实践中。必要性原则也无法一般性地契合于私人间关系。^{⑥7} 私人间权利义务关系的平等性与相互性使我们无法只片面检验一方是否选择了最温和的手段,因为同样的问题也可以对另一方提出。在这种情况下,我们能做的只是试图平衡双方的自由与地位,而这就是狭义的比例原则。

由此可见,基本权利在私人间适用时具有与对国家适用时不同的操作框架。此框架不是公法上的全套比例原则或“权利义务倾斜配置”^{⑥8},而是对称式的具体法益衡量^{⑥9},

^{⑥4} BVerfGE 134, 204 (223).

^{⑥5} Vgl. BVerfGE 152, 152 (190, 185).

^{⑥6} Vgl. Andreas Kulick, Horizontalwirkung im Vergleich, 2020, S. 421 ff.; Wolfgang Rüfner, Grundrechtsadressaten, in: HdBStR, Bd. IX, 3. Aufl. 2011, § 197 Rn.108 f.

^{⑥7} 这意味着必要性原则不作为独立的子原则或审查阶段,但不排除在狭义比例原则的框架下,为了达到双方法益平衡而有时必须考虑必要性问题。

^{⑥8} 前注⑤,李海平文,第25页。

^{⑥9} 余佳楠也主张,私法领域的合比例性审查的核心是利益权衡。参见余佳楠:《网络服务提供者的妨害人责任——以合比例性为中心》,载《中外法学》2021年第6期,第1651-1652页。

完全可能得出一方基本权利不应限制他方私人自由的结果。换言之,法益衡量本身就有防止基本权利过度约束私人的作用,无需担心基本权利私人间效力会导致对他方私主体的片面限制。有人可能批评这样的操作框架不够细致,缺乏法律安定性。然而,这是通过规则化、类型化的滤镜来看具体法益衡量。具体法益衡量虽然也能有条件地运用类型化,但根本上是一种与规则化、类型化不同的方法。它并不一味追求形式规则、类型的精细,反而质疑规则、类型的繁复与固化,转而追求个案事实分析、具体价值评判与实质论证说理的精微曲尽。^⑩至于对它的法律安定性批评,如上文已指出的,这一批评存在误区。更何况,这不是专门针对基本权利私人间效力的批评:在对国家的防御权领域,只要接受以比例原则为审查标准,就要进行具体法益衡量,从而同样会有批评者(错误地)以为的法律安定性问题。基本权利私人间效力与对国家的效力在操作框架上的不同可以说明,基本权利公、私法双重性质的论题并非不可化解的悖论:基本权利针对国家时是公法规范,但在私人间发生作用时是私法规范。

(三) 统合公、私法需要宪法,不能只靠超实证法或道德

然而,作为公法的基本权利与作为私法的基本权利毕竟是同一个基本权利,不可能只论“分”而不言“合”,只讲公法与私法及相应的操作结构之分,不谈将之统合于同一个基本权利的共同基础。此一共同基础就是基本权利的价值与目的,即在全面、实际与群己平衡意义上理解的平等的自由。平等的自由之价值足够抽象而全面,足以统合基本权利在个人—国家关系上与个人—个人关系上不同的规范要求。个人对国家的自由、平等维度与人与人之间的自由、平等维度皆指向并统一于抽象而全面的自由、平等价值。基本权利的公、私法维度虽各有所司,各有其理,但相辅相成,终归于一。以此理解“宪法不只是公法”以及“宪法是公法和私法共同的根本法”,是淡化而非消解公、私法之分,是统合而非混合公、私法,使合中有分,分而不离。这既非主张宪法只是公法,亦非否定或贬抑公、私法之分,而是在这两种立场之间,走出一条更合理的中间道路。此一路径也最合乎中国宪法的精神。宪法一方面以社会主义为基本原则,明文规定私主体也必须遵守宪法,另一方面也保障私主体在社会领域的自由活动空间,使国家与社会分而不离,皆统一于追求人的全面解放的基本权利价值,统一于作为全面的根本法的宪法。

诚然,有人诉诸“近代立宪主义”^⑪,主张在经典意义上,基本权利本限于个人对国家的权利,宪法只规范国家权力。姑且不论对经典的基本权利的这一理解是否准确,^⑫诉诸传统本身并不能证立宪法原理或教义学。相反,考虑到19世纪至今的社会条件变化,援引经典意义的基本权利以拒斥基本权利私人间效力恰恰是宪法原理或教义学与社会条件脱节的典型案例,还预设了一种与社会主义难以契合的社会—国家关系理解。

此外,有学者主张,承担统合公、私法任务的不应是宪法,而应是自然法或道德价

^⑩ 参见杨登杰:《执中行权的宪法比例原则——兼与美国多元审查基准比较》,载《中外法学》2015年第2期,第376页。

^⑪ [日]高桥和之:《“宪法上人权”的效力不及于私人间——对人权第三人效力上的“无效力说”的再评价》,陈道英译,载《财经法学》2018年第5期,第66页。

^⑫ Vgl. Dieter Grimm (Fn. 29), S. 224 ff.

值,^{⑦③}或者就中国而言,应是“超实定法的社会主义道德理论”^{⑦④}。这似乎是主张法效力上的非实证主义。然而,当代的法效力非实证主义通常限于主张极端不正义的法律不是法,^{⑦⑤}类似于列举极少数例外情况的负面清单。若要进一步主张超实证法具有更丰富的正面内涵,从而构成积极形塑实证法内容的独立法律原则,就像要以超实证法及其价值统合公、私法那样,则不但难以契合“后形而上学”时代的理论思考要求,还使超实证法凌驾于作为最高法与人民意志最终体现的宪法之上,难脱违背民主与法治之嫌。或许是意识到这个问题,有论者不得不从原来的超实证法立场退缩,强调自己“并非在说社会主义核心价值观等道德价值拥有凌驾于宪法法律之上的‘最高效力’,而是在说它是实定法解释的价值提示”^{⑦⑥}。但这么说,就陷于自我否定,否定了法效力上的非实证主义,而社会主义道德价值也就成了不具法律效力的思想。纵使这样的思想能统合公、私法,也只是理论上的统合,不是法律上的统合,因此无法保证法秩序的统一,也无法在法律上防止以另一种与宪法精神相抵牾的道德理论形塑其他部门法。要做到这一点,只能依托宪法,采取法解释上的非实证主义,诉诸基本权利的价值内涵,以社会主义道德加以阐释,然后使有最高法律效力的基本权利辐射到所有法律领域。总之,在道德失去强制力的现代社会,要统合公法与私法,需要宪法,不能只依靠道德或超实证法。

(四) 宪法只是公法的架构无法证成基本权利私人间效力

有学者主张,即使承认宪法是统合公法与私法、跨越国家与社会的共同体根本法,那么作为公法的宪法也可完成此一统合任务,即通过基本权利的国家保护义务,^{⑦⑦}或再加上防御权,^{⑦⑧}就可让基本权利间接作用于私人间关系,无需诉诸基本权利的价值,尤其无需承认基本权利也有私法属性。此一主张在宪法只是公法的架构内承认基本权利私人间效力,乍看之下能够成立,实则存在重大论证缺陷。在此一主张下,民事法院考虑基本权利不是因为基本权利辐射到私法领域而在私人间生效,而是只考虑到规范国家权力的基本权利。但这如何可能?若不先肯定私人间关系也是基本权利的适用场域,如何能将原本针对个人与国家关系发展出来的防御权与国家保护义务延伸到私人间关系?如何能得出国家在私人间关系中也有保障基本权利的义务?^{⑦⑨}由此可见,基本权利在私人间生效是国家在私人间关系中对基本权利负有义务的逻辑前提与根据,而非反过来。换言之,以防御权与国家保护义务作为基本权利私人间效力的理据,不只迂回勉强,还因果倒置。要证成基本权利私人间效力,不能依靠基本权利的公法维度,只能诉诸公法维度背后更

^{⑦③} 参见前注^{⑦①},高桥和之文,第73-76页。

^{⑦④} 前注^{⑦④},黄宇晓文,第203页。

^{⑦⑤} 参见[德]拉德布鲁赫:《法律的不公正和超越法律的公正》,载拉德布鲁赫:《法哲学》,王朴译,法律出版社2005年版,第232页;[德]罗伯特·阿列克西:《法概念与法效力》,王鹏翔译,商务印书馆2015年版,第41页以下,第134-135页。

^{⑦⑥} 前注^{⑦④},黄宇晓文,第204页。

^{⑦⑦} 参见前注^{⑦④},克劳斯·威尔海姆·卡纳里斯文,第185页以下;[日]小山刚:《基本权利保护的法理》,吴东镐、崔东日译,中国政法大学出版社2021年版,第250页以下。

^{⑦⑧} Vgl. Wolfgang Rüdiger (Fn. 66), Rn.94.

^{⑦⑨} 参见李海平:《基本权利间接效力理论批判》,载《当代法学》2016年第4期,第54页。

根本的基本权利价值,以开发基本权利的私法维度。

诉诸公法上的国家保护义务与防御权不但不能证成基本权利私人间效力,也容易引发公法介入私法的疑虑,还可能导致对基本权利私人间效力操作框架的误解,即以为要将国家的公法规范要求照搬到私人关系上。面对公、私法不分的批评,支持者只能以作为公法的宪法应审慎介入私法之类的话语被动防御。与之不同,承认基本权利价值辐射到所有法律领域,承认基本权利的公、私法双重属性,才是釜底抽薪的良法,既能更积极地肯定基本权利私人间效力,也能通过基本权利本身就蕴含的公、私法不同属性、结构与操作框架,从根本上反驳公法介入私法的质疑。

五、宪法的法秩序整合功能

然而,基本权利价值辐射到所有法律领域,可能招致本文引言提及的“宪法帝国主义”“全能论宪法观”之类的疑虑。福斯特霍夫与博肯福德等批评者认为,将宪法视为横跨国家与社会的整个共同体的根本秩序,会使宪法不再只是留给立法、司法充分填充空间的“框架秩序”^{⑧0},而是成为万能的“法律的宇宙蛋”^{⑧1},成为“整个法律体系价值的源泉与‘发现库’,……封死了下位法律的价值创造自由——议会的立法活动仅仅成了宪法价值的发现过程”^{⑧2}。然而,这类批评未免过甚其辞,树立了一个稻草人式的假想敌。基本权利条款的有限性、抽象性、原则性决定了它们即使作为价值也不可能是“无所不包,甚至可以取代一切下位法的‘超级法’”^{⑧3}。宪法与基本权利的全面性并不意味着它们的全能,“全面”不可被误解或错解为“全能”。基本权利价值说绝非如批评者以为的那样,“把宪法当成所有价值的最终渊源”^{⑧4}。宪法不是此意义上的“母法”。

基本权利价值说只是强调在法秩序整体中,“不能将实证宪法视为是与其他法律领域,尤其是与私法领域完全无涉的封闭内容,这些法律领域彼此之间是相互联系的”^{⑧5}。它只是要求作为最高法的宪法在其能力范围内协调、整合法秩序内的价值与规范。就宪法与私法的关系而言,它只是主张基本权利的价值也是私人间权利义务的正当化基础,且其他实证法或非实证法的正当化基础不可与其相背。它旨在寻求法秩序的整合,防止部门法割据与法秩序碎片化,并非要以基本权利生发、取代一切价值与规范,并非要让其他部门法仅仅作为宪法的“实施细则”,甚至成为“冗余”^{⑧6}。宪法作为承担整合任务的全面

^{⑧0} Ernst-Wolfgang Böckenförde (Fn. 23), S. 30 f.

^{⑧1} Ernst Forsthoff, Der Staat der Industriegesellschaft, 2. Aufl. 1971, S. 144. “宇宙蛋”原指希腊神话中生出世界万物的蛋。

^{⑧2} 前注^④,黄宇骁文,第199页。

^{⑧3} 王锴:《合宪性解释之反思》,载《法学家》2015年第1期,第50页。

^{⑧4} 前注^④,姜峰文,第96页。

^{⑧5} 前注^{②⑧},康拉德·黑塞书,第19页。

^{⑧6} 参见前注^⑧,陈景辉文,第288、289页。

根本法仍然可以是“框架秩序”,^{⑧7}只不过这种“框架”除了指向国家权力的组织与行使程序外,也应指向国家权力的行使内容与法律的内涵。

就民事司法而言,一方面,即使承认基本权利价值辐射到私法领域,但只要能通过私法解释或续造考虑基本权利,基本权利在私人间就应以这种一般被称为间接效力的方式实现。德国联邦宪法法院甚至认为,民事法院只要在法律解释中实质上考虑了基本权利,即使形式上未援用它,也合乎宪法要求。^{⑧8}通过法律解释实现基本权利私人间效力既是对立法者的尊重,也是对私法解释与私法部门法学规律的尊重。然而,它绝不代表基本权利消解在普通法律中,在法律适用中可有可无,没有独立意义,而是意味着尽可能通过法律解释追求无法相互替代的基本权利与普通法律的协调统一。虽然普通法律一般比宪法具体,但并非总是具体到可毫无疑问地得出唯一的适用方案。法律适用不是机械的,而是有解释与价值判断空间的。基本权利正是在此等空间中发挥限制、补充、指引、提供反思契机与正当性根据的作用。这样的作用意味着“不是局限于某个部门法,而是要在整个法秩序之内寻找法律问题的答案”^{⑧9}。

另一方面,基本权利私人间效力不会使民法变得多余,它也并不总能提供确定唯一的答案。它的功能在于使法律的具体化与基本权利的具体化相辅相成,使宪法与民法在解决个案中互补交融。宪法与民法的关系不应是二选一,部门法的区分不应导致部门法的封闭。举例来说,民事法官面对私人间关系中言论自由与其他法益的冲突时,考虑宪法是如何看待言论自由的,考虑言论自由的基本权利的价值与目的,并将这些思考与要处理的法益冲突联系起来,通过这种联系寻找冲突解决方案,这是再自然不过、甚至理所当然的思维方式。^{⑨0}这一思维方式体现的是不陷入法律适用上的机械主义与部门法本位主义,而不是什么宪法帝国主义或宪法全能论。

通过观察司法实践可以发现,在我国,民事判决援用宪法的现象一直存在。^{⑨1}最高人民法院2016年颁布的《人民法院民事裁判文书制作规范》虽然规定“裁判文书不得引用宪法……作为裁判依据”,但也同时指出,“但其体现的原则和精神可以在说理部分予以阐述”。由此可见,最高人民法院也承认基本权利能在私人间关系中发挥某种作用。在德国,在其联邦宪法法院于“吕特案”中首度承认基本权利第三人效力之前,作为民事最高法院的联邦最高法院与联邦劳动法院就已经将此等效力付诸实践。^{⑨2}显然,法院在民事审判中并不担心宪法会侵蚀民法。倘若如此,学者关于宪法帝国主义的

⑧7 参见〔德〕罗伯特·阿列克西:《宪法性法律与一般性法律——宪法诉讼与专业法院诉讼》,杨贺译,载《中德法学论坛》(第17辑上卷),南京大学出版社2020年版,第214-215页。

⑧8 Vgl. BVerfGE 148, 267 (285).

⑧9 杜强强:《合宪性解释在我国法院的实践》,载《法学研究》2016年第6期,第111页。

⑨0 对此,有学者持不同看法。参见前注④,姜峰文,第91页;李海平、石晶:《民事裁判援引宪法的条件任意主义批判——以援引言论自由条款的案件为例》,载《政治与法律》2020年第8期。

⑨1 参见前注⑧9,杜强强文;冯健鹏:《我国司法判决中的宪法援引及其功能——基于已公开判决书的实证研究》,载《法学研究》2017年第3期。

⑨2 Vgl. BGHZ 13, 334 (338); BGHZ 24, 72 (76).

担心是否杞人忧天?

六、概念澄清与学说检验

以上法理基础的澄清与重构旨在证成基本权利私人间效力,反驳无效力说。同时,它也是宪法教义学的基础,既是对基本权利私人间效力的概念内涵进行反思与澄清的基础,也是检验有效力说之内各种不同理论的起点。以下针对教义学上的概念澄清与学说检验,勾勒其方向与梗概。

(一) 直接效力与间接效力的歧义或多义

在讨论基本权利私人间效力时,常遇到“直接效力”“间接效力”这组概念。以上论述宪法的法秩序整合功能时提及的间接效力,是指通过私法解释或续造考虑基本权利。与此相对的,是基本权利出场不以法律及其解释为中介的直接效力。这是直接效力与间接效力的第一层意义,二者都还有第二层意义。间接效力的第二层意义是指基本权利以个人—国家关系为中介,对个人—个人关系发生作用。通过公法上的国家保护义务与防御权使基本权利间接作用于私人间关系的主张,就是这一意义上的间接效力。与之相对的直接效力的第二层意义,则指基本权利私人间效力有自己的宪法基础,不必借道国家—个人关系,就能构成或与普通法律共同构成私人间权利义务的规范根据。

显然,在一般讨论中,包括直接效力说与间接效力说,皆未认识到并试图厘清这种歧义或多义。但是,澄清歧义、辨析多义有至关重要的价值。首先,上述两层意义涉及不同的问题。以体用关系而言,第二层意义涉及“体”,即基础;第一层意义涉及“用”,即应用。具体来说,第二层意义回答的是基本权利私人间效力从哪里来的问题,聚焦基本权利私人间效力的证立根据,可称之为规范根据意义上的直接效力或间接效力。第一层意义回答的是基本权利私人间效力怎么用或如何实现的问题,聚焦实现过程中基本权利与普通法律的关系以及立法与司法的权限分配,可称之为“司法援用意义上的直接效力或间接效力”。^{⑨③}其次,在概念运用上,两层意义并无相互对应、相随出现的关系,完全可以在规范根据意义上支持直接效力,但在司法援用意义上主张间接效力。

以德国联邦宪法法院为例,虽然它以间接第三人效力自我定位,^{⑨④}但根据上述两层意义分析,这种间接效力其实仅指基本权利在解释普通法律的框架下发挥作用,即只是司法援用意义上的间接效力。当该法院主张,基本权利不只是个人对抗国家的防御权,而是也作为宪法的价值决定辐射到包括私法关系的所有法律领域,并由此证立基本权利私人间效力时,^{⑨⑤}其实就是主张基本权利不必借道个人—国家关系,也能形塑私人间法律关系,也就是承认了规范根据意义上的直接效力。阿列克西与博肯福德都敏锐地指出德

^{⑨③} 参见杨登杰:《基本权利私人间效力:直接还是间接?》,载《中外法学》2022年第2期,第287-291、295-298页。

^{⑨④} Vgl. BVerfGE 148, 267 (280); BVerfGE, 152, 152 (185).

^{⑨⑤} Vgl. BVerfGE 7, 198 (204 f.); 148, 267 (280).

国基本权利在间接第三人效力名义下具有的、普遍为人所忽略的直接效力意涵。^{⑨⑥}在中国语境下,从基本权利的价值内涵出发,确立基本权利的公、私法双重属性,以证立基本权利私人间效力,便是在规范根据意义上主张直接效力。但在论述宪法的法秩序整合功能时,基于对立法者、私法解释及私法部门法学规律的尊重,主张在可能的条件下,基本权利私人间效力应通过私法解释或续造实现,这便是在司法援用意义上采用间接效力。

(二) 受制于权利义务倾斜配置思维的国家行为说与社会(公)权力说

主张或在一定范围内承认基本权利私人间效力的各种学说,不论是主流的间接效力说,还是国家行为说、社会(公)权力说等其他竞争性学说,往往都预设宪法只是公法。但上文已指出,在宪法只是公法的框架内是难以证成基本权利私人间效力的。国家行为说、社会(公)权力说以及将基本权利私人间效力限于具有公共性民事关系的主张,甚至从宪法只是公法的预设出发,明确将公法上的“权利义务倾斜配置”运用于私人间关系。这是把对国家的严格正当化标准运用到私人上,恰恰是这些学说对其他基本权利私人间效力学说的核心批评。这也是为何它们积极主张限制基本权利私人间效力的适用范围,只将该效力定位为不适用于“普通”私人间关系的例外之原因。因为若不如此,它们便会陷入自相矛盾的困境。但如此一来,便形成一种全有全无式的二分结构:在私人间或者全无基本权利问题,或者例外地适用对国家的严格标准,非此即彼,宽严失度,在两个极端之间没有调和或过渡余地。^{⑨⑦}这样的二分结构源于预设基本权利对私人与对国家有相同的操作结构。但正如本文所论证的,此一预设并不成立,在其基础上构建的二分结构理论当然也不成立。

如上文所述,基本权利在私人间适用时具有与对国家适用时不同的规范要求与操作框架,即对称式具体法益衡量。具体法益衡量通过准情酌理,动态调节基本权利对私人约束的有无与强弱。它具有或多或少式的渐续结构,而非全有全无式的二分结构。衡量的结果不是只有课予义务与不课予义务两种选择,而是像光谱一样,义务从无到弱再到强,存在多种可能性。由此可见,基本权利在私人间的普遍适用本身不是问题,有无精分细辨而得其中道才是关键所在。善用讲求精分细辨的具体法益衡量,微调“度”的多少,就能使相冲突法益各得其分,使对私人的基本权利约束无过与不及。

七、结 语

基本权利私人间效力涉及界定宪法适用范围的重要问题,确实需要反思。但反思不能简单等同于反对,反对也不一定真有反思。从体用关系来说,关键在于反思不能停留在“用”的层面,而应深入到更根本的“体”。在当代中国,对基本权利私人间效力的否定或批评往往在“体”的层面出了问题。批评者常诉诸宪法只是公法从而不规范社会

^{⑨⑥} Vgl. Robert Alexy (Fn. 15), S. 490 f.; Ernst-Wolfgang Böckenförde (Fn. 23), S. 10 f.

^{⑨⑦} 参见前注^{⑨③},杨登杰文,第299-301页。

领域的法理。但这一法理源于强调国家与社会严格分离的自由主义时代,与中国宪法之“体”龃龉难合,与中国特色社会主义原则下的权利观、正义观、国家观、宪法观抵牾难融。本文主张基本权利价值的全方位辐射,承认基本权利的公、私法双重属性,这些观点植根于中国社会主义宪法之“体”,与其全面根本法理念及全面的自由平等观契合无间。以此为基础,不但能积极肯定基本权利私人间效力,还能通过基本权利公、私法维度的不同操作框架,将批评者的核心关怀——不以约束国家的法律来约束私人——落到实处,使其批评从根本上无法成立。

宪法作为根本法的全面性不等于宪法的全能性。在解决个案中,宪法与私法的关系不是二选一,而是互补交融。这就要求宪法学与民法学等私法学进行“科际整合”^{⑨8}。但耐人寻味的是,对基本权利私人间效力的疑虑有不少来自对部门法学科独立性的担忧,即担忧宪法学侵蚀其他部门法学。然而,正如部门法不应封闭割据一样,部门法学也不应封闭割据。宪法学者与私法学者都要有将宪法与私法“进行关联的自觉意识”^{⑨9}。宪法不是宪法学者的专利,而是应进入法学所有分支学科的视野中。全面贯彻实施宪法,维护宪法作为根本法的地位,是所有法学学者的任务。

Abstract: Fundamental rights understood as values are the starting point for vindicating the horizontal effect of these rights. The vindication proceeds by the purposive interpretation. Under the Chinese constitution, the value and purpose of fundamental rights lie in the comprehensive and real freedom, which balances also between the individual and the collective. Such freedom represents the Middle Way view of rights. The horizontal effect of fundamental rights should not be judged by the concept of private autonomy in its narrow and private law sense, but rather by the concept of autonomy in its broad and full sense. The constitution is not just public law, but rather the fundamental law of both the state and society. Fundamental rights are public law norms when they are addressed to the state, but private law norms when they take effect between private parties. The multidimensional nature of fundamental rights should not be confused with their omnipotence.

(责任编辑:强梅梅)

^{⑨8} 前注^{⑨9},杜强强文,第124页。

^{⑨9} 张翔:《宪法与部门法的三重关系》,载《中国法律评论》2019年第1期,第33页。