

论基本权利私人间效力的范式转型

李海平*

内容提要 范式理论对整体反思在我国最具影响力的三种基本权利私人间效力理论——间接效力论、国家保护义务论、国家行为论,具有方法论上的借鉴价值。用范式理论分析,三种理论同属国家中心范式基本权利私人间效力理论,存在理论形式和实质名实不符、手段和目的匹配不够、回应法律变迁不力的“反常”现象,面临挑战。从国家中心向社会中心转型,确立基本权利对社会权力的效力,是应对国家中心范式所面临挑战的有效路径。社会中心范式基本权利私人间效力,并非是基本权利对国家权力效力的简单套用,而是遵循“基本权利再具体化”原则,经对社会权力作严格限定,对基本权利的范围、效力强度、关系结构作相应调整后形成的制度体系。

关键词 基本权利私人间效力 间接效力 国家保护义务 国家行为 社会权力

目 次

- 一、国家中心范式的厘定
- 二、国家中心范式面临的挑战
- 三、社会中心范式的证立
- 四、社会中心范式的构成
- 五、结语:基本权利效力体系的重塑

* 吉林大学法学院教授。本文系 2020 年度国家社科基金一般项目“合宪性解释在民事裁判中的运用研究”(项目批准号:20BFX029)的阶段性成果。

基本权利私人间效力,是我国法学界近 20 年持续讨论的学术论题。经过 20 年的讨论,间接效力论、国家保护义务论、国家行为论成为最具影响力的三种理论,支持者均不乏其众。^①同时,这三种理论也都受到激烈批评。间接效力论和国家保护义务论频频遭到对其理论基础、逻辑、效用的质疑,^②国家行为论也被指存在模糊不清、牵强附会等弊病。^③基本权利私人间效力既是涉及基本权利效力、宪法和民法关系的基础理论问题,也是关乎如何应对大型企业、社会机构、网络平台等社会权力威胁基本权利的实践问题。这一问题不仅在我国学界争论不休、难以定论,从世界范围看似乎也是旷日持久争论“却永远无法得到解决的基本问题之一”^④。在三种理论的相互对比中挖掘比较优势并探寻解决方案,是一个可供选择的路径。跳出三种理论的束缚,在对其整体反思的基础上探究更优方案,也是一个值得尝试的思路。“横看成岭侧成峰,远近高低各不同。不识庐山真面目,只缘身在此山中。”既有的基本权利私人间效力研究很大程度上采用了山内观山的视角,所看到的只是各理论山峰的“高低各不同”。只有跳出三种理论之外,从整体性视角反观这三种理论,才能看清既有理论的“庐山真面目”。范式是一个从整体视角认识理论的方法论,对探求从整体上超越三种理论的可能方案具有借鉴意义。本文从范式视角分析三种理论,将其作为基本权利私人间效力国家中心范式的三种不同形态,阐释从国家中心范式向社会中心范式转型的正当性及制度变迁,以期推动基本权利私人间效力理论和实践深入发展。

一、国家中心范式的厘定

以范式的视角分析,间接效力论、国家保护义务论、国家行为论尽管各有不同,但总体符合作为一个范式的基本要求。而且,强调“无国家介入便无私人间效力”的国家中心主义^⑤是三种理论的共同主旨。三种理论可以被视为基本权利私人间效力国家中心范式的三种形态,并可以此作为整体反思的基础。当然,基本权利私人间效力国家中心范式并不是自明的概念,需从范式基本要义、三种理论与国家中心范式的内在联系、国家中心范式的特征三个层面加以阐述。

① 间接效力论的代表文献,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。国家保护义务论的代表文献,参见陈征:《基本权利的国家保护义务功能》,载《法学研究》2008 年第 1 期。国家行为论的代表文献,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。

② 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。

③ 参见李海平:《论基本权利对社会公权力主体的直接效力》,载《政治与法律》2018 年第 10 期。

④ [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 172 页。

⑤ Vgl. Andreas Kulick, Weniger Staat wagen: Zur Geltung der Grundrechte zwischen Privaten, Archiv des öffentlichen Rechts 145 (2020), S. 650.

（一）范式的基本要义

作为一个学术概念,范式由美国科学哲学家库恩最先提出。库恩指出:“科学共同体获得一个范式就是有了一个选择问题的标准,当范式被视为理所当然时,这些选择的问题被认为都是有解的。在很大程度上,只有这些问题,科学共同体才承认是科学的问题,才会鼓励它的成员去研究它们。”^⑥ 据此,我们可以从形式和实质两个维度认识范式。在形式维度上,范式指科学共同体;在实质维度上,范式是一套科学共同体共同遵循的标准。^⑦ 概言之,范式有如下特性:

第一,整体性。在库恩的理论中,范式是科学共同体展开理论研究、交流理论观点的共同模型。范式不是对某个理论的细节的揭示,而是对科学共同体的共同遵循的整体把握。离开整体性,就无所谓范式,更无法理解范式。

第二,规律性。库恩认为,科学发展通常经历“常规科学”“危机”“科学革命”三个阶段。^⑧ 在常规科学阶段,当现有范式不能解释的“反常”现象大量出现时,范式就陷入危机并预示科学革命的到来。一旦反常现象和常规解释现象在新的体系中得到合理解释,旧范式即被新范式代替。

第三,规范性。作为科学共同体遵循的共同信念、理论和方法,范式为共同体成员提供了思考和解决问题的框架。范式一经获得科学共同体的认同,便容易形成惯性,规定着科学共同体选择问题的标准、解释问题的模式、解题结论的验证。

（二）国家中心范式的确立

不同于自然科学,包括法学在内的社会科学有强烈的价值属性,且受特定的历史传统制约,这决定了同属一个范式的法学理论因国别、地域和历史等差异会有多种类型。在面对不同法学理论时,辨别其是不同的理论范式还是同一范式下的不同形态并非易事,需要借助理论抽象和概括来完成。国家行为论、间接效力论、国家保护义务论就是如此。从理论起源看,三种理论源于不同国家,国家行为论源自美国,间接效力论和国家保护义务论源自德国。即使同源源于德国的间接效力论和国家保护义务论,也是该国不同历史时期的理论。从理论内容看,三种理论的理论基础、适用范围、方式均有所不同,甚至针锋相对。三种理论的差异容易使人忽略其同属一个范式的可能性,并放弃对其进行整体把握的尝试。

值得注意的是,间接效力论、国家保护义务论、国家行为论尽管形态各异,但其理论结构、价值遵循和解题结论大致相同。就理论结构而言,三种理论基本是在私人—国家—私人三元结构中阐释基本权利私人间效力。就价值遵循而言,三种理论均以私主体的基本权利免受其他私主体侵犯为宗旨。就解题结论而言,用三种理论处理同一个案件,会得出大致相同的结论。以作为间接效力论经典案例的“吕特案”为例,德国联邦宪法法

⑥ [美] 托马斯·库恩:《科学革命的结构》(第4版),金吾伦、胡新和译,北京大学出版社2012年版,第30页。

⑦ 参见[美] 托马斯·库恩:《必要的张力——科学的传统和变革论文选》,范岱年、纪树立等译,北京大学出版社2004年版,第288页。

⑧ 参见前注⑥,托马斯·库恩书,第4-5页。

院以基本权利客观价值秩序作为理论基础,将基本权利的客观价值辐射于民法领域,通过强调法官解释民法概括条款时尊重基本权利的义务,最终得出吕特的言论自由应受保护的结论。^⑨ 如果以国家保护义务论分析该案,法院会以言论自由作为保护命令代替言论自由作为客观价值秩序,以此为保护吕特的言论自由提供依据,其裁判结果大致也是吕特胜诉。如果将国家行为论适用于该案,由于吕特抵制的电影是参加国家电影展的电影,因而法官可以电影放映行为具有国家行为因素为由,将言论自由直接适用于吕特和电影制片商之间,同样会得出吕特胜诉的裁判。三种理论的理论结构、价值遵循和解题结论大致相同,可以被认定为同属一个范式。

那么,三种理论所属的范式当如何确定? 由于理论结构是对三种不同理论高度抽象化的结果,类似于自然科学范式中的定理公式。因此,理论结构可以被作为确定范式形态的核心要素。在三种理论共享的私人—国家—私人的理论结构中,国家是这一结构的枢纽。一方面,基本权利效力被认为是对国家的效力; 另一方面,基本权利私人间效力需借助国家发挥媒介功能完成。“无国家介入便无私人间效力”可谓是对三种理论的精准概括。据此,这一范式可称为基本权利私人间效力的国家中心范式。

(三) 国家中心范式的特征

以上对国家中心范式的阐述,仅仅是对其基本框架的初步勾勒。为了增强说服力,尚需对其特征展开详细论述。

1. 效力对象的国家性。强调基本权利效力的国家性,否认基本权利对私人的效力,是国家中心范式的首要特征。三种理论尽管形态各异,但在坚守基本权利效力对象的国家性、否认基本权利对私人效力上基本一致。在间接效力论中,基本权利对私人的“效力”只是“辐射性”的,是基于基本权利作为客观价值辐射于民法后的效果,并非基于基本权利对私人的效力。事实上,如果承认基本权利对私人的效力,从基本权利作为客观价值秩序推导基本权利私人间效力便变得多余。因此,“吕特案”中所体现的基本权利私人间“效力”,准确说是基本权利对民法的效力以及由此延伸而来的对法官的效力,而非对私人的效力。在国家保护义务论中,基本权利在私人间的所谓“效力”是不存在的,充其量只是国家基于基本权利保护命令、履行保护义务产生的后果。相较于间接效力论,该理论表现出的基本权利效力对象国家性更加鲜明。而且,这种国家性既体现在司法过程中对法官的约束,还扩展到立法机关的立法活动。与间接效力论和国家保护义务论相比,国家行为论的效力对象国家性独具特色。前两者均借助基本权利的双重属性体现国家性: 间接效力论将基本权利的双重属性确定为防御权和客观价值秩序,国家保护义务论将基本权利的双重属性确定为干预禁令和保护命令。相应地,两种理论都明确了基本权利约束国家的消极义务和积极义务,把私人间效力的国家性落实于积极义务面向。国家行为理论未作如此区分,在其适用的公共职能履行、私人歧视的司法强制、国家

^⑨ Vgl. BVerfGE 7, 198(198 f.).

的实质介入三种情形中,^⑩均是在国家的消极义务维度上界定基本权利对国家的效力,并对基本权利对私人产生效力的条件加以限定。总体而言,三种学说都维护了基本权利效力仅及于国家的传统理论。

2. 实现路径的国家性。如前所述,国家中心范式是私人—国家—私人三元结构理论,基本权利私人间效力借助国家媒介完成。无国家介入,便无私人间效力,可谓是国家中心范式的一条基本定理。在间接效力论中,国家媒介是指法官,基本权利私人间效力须借助法官的法律解释和适用而完成。在国家保护义务论中,国家媒介除了法官外,还包括立法者,立法或者司法程序的启动是基本权利对私人产生“效力”的前提。在国家行为论的三种适用情形中,国家实质性介入情形属于国家实际介入私人关系,其与传统的基本权利约束国家并无根本区别,而公共职能履行和私人歧视的司法强制则是对国家行为的推定,对法院发挥媒介作用的依赖性较为明显。以私人歧视的司法强制为例,法院之所以将基本权利适用于私主体,原因在于法院认为私主体之间的契约将通过司法途径执行,由此认定私人行为具有国家行为因素。^⑪这种做法和国家保护义务论高度接近,强调国家在私人间效力中的媒介作用。

3. 权力界定的国家性。三种理论之所以坚持基本权利效力对象和实现路径的国家性,与“过去两个世纪中维持的公、私法分立格局密切相关”^⑫。“该传统坚持宪法与私法是调整两类不同主体之间和不同性质的法律关系的不同的法”,“正是有这样严格区分的传统,宪法对私法关系的影响和效力才成其为问题”。^⑬公法和私法、公域和私域的区分,构成三种理论的认知前提。尽管对公法的界定有利益说、主体说、关系说等各种学说,坚持以国家作为划界标准,是否涉及国家利益、是否包含国家权力是公私法划分不同学说的共同特征。权力包括国家权力和社会权力,公共利益也包括国家公共利益和社会公共利益。而在传统公私法划分理论中,国家权力被视为唯一的权力形式,社会公共利益也被视为和国家利益同义。当社会权力、社会公共利益的概念未被纳入理论视野,基本权利被界定为公法上的权利且公法仅与国家相关时,就不可避免地会强调基本权利效力对象的国家性和私人间效力实现路径的国家性。

二、国家中心范式面临的挑战

基本权利私人间效力国家中心范式的确立具有深厚的社会背景。按照芦部信喜的说法,其是对“社会中出现了很多像企业、劳工组织、经济团体、职能团体等那样的拥有

^⑩ See Norman Vieira, *Constitutional Civil Rights in A Nutshell*, West Group, 1998, p.186–194.

^⑪ *Id.*, 194.

^⑫ Jan Smits, *Private Law and Fundamental Rights: A Sceptical View*, in Tom Barkhuysen & Siewert Lindenberg eds., *Constitutionalisation of Private Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p.19.

^⑬ 参见钱福臣:《德国、荷兰的私法宪法化问题》,载《学术交流》2011年第11期,第40页。

巨大势力、类似国家的私团体,产生了威胁一般国民人权的事态”^⑭的宪法回应。与国家威胁基本权利类似,“企业、劳工组织、经济团体、职能团体等那样的拥有巨大势力、类似国家的私团体”威胁基本权利,归根结底是一种权力现象。但与国家权力不同的是,其权力主体是社会主体,故可称其为社会权力。基本权利私人间效力实质是一个解决社会权力威胁基本权利的问题。由于范式的规范效应,国家中心范式绕开了社会权力,试图在固守基本权利仅约束国家的传统理论基础上,通过对传统理论局部调整来回应社会变迁。遗憾的是,这种回应并不成功,其在理论逻辑的自洽性、理论工具和理论目的的匹配性、回应法律变迁的有效性等方面存在诸多“反常”现象,面临挑战。

(一) 理论形式和实质名实不符

从形式上看,国家中心范式明确否认基本权利对私人的效力,试图在以国家为中枢的私人—国家—私人三元结构中处理基本权利对私人的约束问题。然而,正如阿列克西所言,“间接效力理论和国家媒介效力理论最终会导致直接效力”^⑮。理论形式与实质的背离,是国家中心范式的宿命。

1. 国家行为论的牵强附会。国家行为论认为,只有私人关系中存在“国家行为”因素,基本权利私人间适用才有正当性。国家行为论坚守着基本权利仅约束国家、对私人不具效力的传统。但是,从运用国家行为论裁判的案例看,事实并非全部如此。例如,在“谢利诉克雷默案”中,法院之所以认为白人业主签订的协议因违反宪法平等权条款而无效,理由是私人协议的执行需借助国家司法权力。于是,没有任何国家权力背景的私人协议就理所当然地划入国家行为的领地。^⑯所谓国家行为,要么是国家直接实施的行为,要么是经国家授权或委托实施的行为。可是,在公共职能履行和私人歧视的司法强制情形中,上述因素并不必然存在。所谓国家行为,在很多情况下不过是法官将私人行为与国家关联起来的理论修辞。如果按照这一逻辑,几乎所有的私人行为都可能被纳入国家行为行列。因为,所有的私人行为均有被国家强制的可能性。就此而言,国家行为论被批评为“一个模糊不清的法律领域”^⑰，“美国宪法的最大娱乐之一”^⑱,并非言过其实。

2. 间接效力论的名实不符。间接效力论之所以获得“间接效力”之名,主要是因为其以民法概括条款为中介实现基本权利对私人的约束。然而,民法概括条款的内涵高度不确定,其基本含义有待于法官进行价值填充。运用间接效力论裁判案件,无非是法院将基本权利作为民法概括条款的一项内容,以此将基本权利纳入到当事人之间的利益权衡之中。从操作过程分析,民法概括条款在案件处理中的作用非常有限。如果不适用民法概括条款而直接适用基本权利,与把基本权利作为客观价值指导民法概括条款的解

^⑭ [日] 芦部信喜:《宪法》(第3版),林来梵、凌维慈、龙绚丽译,北京大学出版社2006年版,第96页。

^⑮ Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, translated by Julian Rivers, Oxford University Press, 2002, p.362.

^⑯ See *Shelly v. Kraemer*, 334 U.S. 1 (1948).

^⑰ Christopher W. Schmidt, *On Doctrinal Confusion: The Case of the State Action Doctrine*, *Brigham Young University Law Review*, Vol.2016:575, p.576(2016).

^⑱ Jud Mathews, *State Action Doctrine and the Logic of Constitutional Containment*, *University of Illinois Law Review*, Vol.2:655, p.656(2017).

释、间接适用基本权利,结果上并没有什么不同。无论直接适用还是间接适用,本质上都是基本权利对私人效力的实现形式。借助民法概括条款转介的基本权利间接适用,并不能掩盖基本权利对私人效力的肯定。吴庚在评价“吕特案”时就明确指出:“德国联邦宪法法院关于言论自由优于其他私法上权利的判决,实际已经是直接效力了,宪法法院却不欲明讲而已。”^{①9}

3. 国家保护义务论的程序与实体关系倒置。国家保护义务论认为,基本权利在私人间适用源于基本权利对立法机关和法院的效力。从形式上看,立法机关和法院对基本权利适用于私人的确发挥重要作用。可是,就实质而言,立法机关和法院将基本权利适用于私人首先体现为一项法律程序。这种程序的启动以基本权利对私人具有效力为前提。如果缺乏这一实体权利前提,何来立法机关以立法形式保护基本权利免受其他私人侵害,又何来法院适用基本权利于私人的义务?国家保护义务论混淆了实体规范和程序规范的区别,不能从根本上否认基本权利对私人的效力,只是以立法、司法适用的外观形式将基本权利对私人的效力加以遮蔽。将基本权利的私人间适用看作是立法机关、法院的先在实体义务,而将基本权利在私人间的效力视为立法、司法的后果,是实体和程序的本末倒置。而且,按照国家保护义务论的理论逻辑,民间调解、仲裁等社会性纠纷裁决机构将基本权利适用于私人就缺乏了依据。这意味着同一个涉及基本权利的民事案件由法院审理和由社会性机构裁判会得出不同结论。^{②0}这显然有失妥当。

(二) 理论工具和目的匹配不够

基本权利私人间效力理论的目的,是解决伴随社会变迁形成的私主体之间的实质不平等问题,以矫正绝对化的私法自治。同时,各种理论方案都对基本权利介入私人关系可能导致的对私法过度干预保持警惕。国家行为论对私主体间国家行为因素的限定,国家保护义务论对基本权利仅约束国家的强调,间接效力论对法院义务和民法概括条款作为切入口的突出,都在不同程度上表达对私法自治的捍卫。既控制社会权力又捍卫私法自治,是基本权利私人间效力的理论目的,国家行为论、间接效力论、国家保护义务论均是实现这一目的的理论工具。然而,由于这三种理论均绕开社会权力建构理论,导致理论工具和理论目的仅能实现有限匹配,难以充分契合。

1. 运用阶段和适用范围窄化的国家行为论。如果说基本权利私人间效力的目的是约束私主体行使的权力,那么,这种约束需体现在立法和司法等各个环节。而且,立法具有更为基础的意义,司法主要是对立法的适用或者在没有相应立法情形下的有限弥补。然而,国家行为论仅仅涉及司法裁判,并不处理立法中的基本权利私人间效力问题,明显窄化了基本权利私人间效力的运用阶段。同时,就司法环节而言,国家行为论仅适用于有国家行为因素的社会权力行为,而将没有国家行为因素的社会权力行为排除适用,是一种窄化适用范围的理论,容易带来以形式平等掩盖实质不平等的社会问题。

^{①9} 吴庚、陈淳文:《宪法理论与政府体制》,台湾地区三民书局2013年版,第141页。

^{②0} See Gert Brüggemeier, *Constitutionalisation of Private Law—The German Perspective*, in Tom Barkhuysen & Siewert Lindenbergh eds., *supra* note 12, 76–77.

2. 运用阶段窄化和适用范围泛化的间接效力论。在运用阶段方面,间接效力论与国家行为论相同,仅是司法裁判理论,不涉及立法环节的基本权利私人间效力问题,窄化了私人间效力的适用环节。在适用范围上,间接效力论则是一种泛化基本权利私人间效力的理论,以应对实质不平等、控制社会权力为目的,但实际内容却明显超出这一范围。间接效力论以基本权利作为客观价值为其介入私人关系提供理由,强调对所有法律领域的价值辐射。而基本权利价值辐射的实质是基本权利适用,且所有法律领域的范围远大于实质不平等私人关系及社会权力关系领域。间接效力论并未贯彻最初的理论目的,未对适用范围和条件作任何限定,容易使私法自治陷于危险之中。

3. 适用范围泛化的国家保护义务论。相较于国家行为论和间接效力论,国家保护义务论具有整全性,是三种理论中唯一覆盖立法和司法的基本权利私人间效力理论。这是国家保护义务论的优势。但是,其仍然难以实现理论工具和目的有效匹配。国家保护义务论以基本权利的保护命令作为基本权利介入私人关系的理由,也特别强调基本权利对国家的约束性。然而,与间接效力论相同的是,其未对国家介入私人领域作任何限定。因此,其对基本权利仅约束国家的强调只具形式意义,尚存以国家保护为名向任何私人领域延伸并侵害私法自治的危险。

(三) 回应法律变迁不力

法律是社会关系的调整器,社会变迁必然带来法律变迁。基本权利私人间效力,是在宪法层面回应社会权力兴起导致私主体之间实质不平等的理论形式。与此相伴而生的是,法律层面也相应发生变迁,最具标志性的莫过于经济法、社会法的产生。^② 尽管对经济法、社会法的界定众说纷纭,但从其调整的社会关系领域来看大致分为两部分:一是体现国家与私主体之间关系的涉及国家对经济、社会管理和服务的法律,如税法、财政法、审计法以及老年人、妇女、儿童等特殊群体保障方面的法律;二是直接体现私主体之间涉及国家干预私人自治的法律,如反垄断法、反不正当竞争法、劳动法、消费者权益保护法等。当然,这二者也有相互交叉的部分。例如,第二部分中的反垄断法、反不正当竞争法中涉及政府参与的垄断和不正当竞争便属于第一部分,第一部分中的特殊群体保障法律也有部分直接涉及私主体之间关系的内容。在这两部分内容中,真正体现经济法、社会法的特殊性、能够为其作为独立法律部门提供理由的是第二部分。因为,前者明显属于行政法的内容,只不过是经济领域、社会给付领域的行政法而已,而后者内容却无法被行政法和民法等部门法所涵盖。所以,从狭义上理解,经济法、社会法作为独立的法律部门与社会权力直接相关。就第二部分内容而言,其在宪法层面上便涉及基本权利是否及如何在私人间适用的问题,本应纳入基本权利私人间效力理论范围。一方面,基本权利私人间效力理论应该为经济法、社会法中的私人关系问题提供宪法上的理论依据,划定国家干预私人关系的范围边界,并为其作为区别于民法的独立法律部门提供宪法上的规范证成。另一方面,作为部门法上的理论,经济法、社会法中涉及私人关系的理论也

^② 参见[德]拉德布鲁赫:《法学导论》,米健、朱林译,中国大百科全书出版社1997年版,第77页。

须从宪法上的基本权利私人间效力理论寻求依据,与其理论内涵大致保持一致。然而,目前看到的情况是:这两部分理论互不相干、彼此隔离。国家中心范式基本权利私人间效力理论既未将经济法、社会法中的私人关系纳入研究范围,也未对国家干预私人关系的范围边界提供方案,更谈不上为经济法、社会法作为独立法律部门提供证成。同时,经济法、社会法中涉及私人关系的理论也鲜有溯及宪法上的基本权利私人间效力理论。

当然,也可以尝试把经济法、社会法中第二部分内容纳入既有基本权利私人间效力理论予以解释,但其解释力乏善可陈。经济法、社会法首先是一个在宪法框架下如何立法的问题,何种私人关系需要纳入经济法、社会法领域、如何配置此种私人间的权利义务,宪法上的基本权利私人间效力理论应有所回应。间接效力论和国家行为论是司法中心的理论,仅回答司法裁判中法院如何将基本权利在私人间适用的问题,对立法中如何处理则无法给出应对之策。国家保护义务论将立法纳入理论范围,具有在宪法层面对经济法、社会法第二部分内容作出解释的潜质。但是,由于国家保护义务论对纳入基本权利国家保护的範圍条件没有任何限定,因而,其既无力为国家干预私人关系划定边界,也不能解释经济法、社会法何以作为独立法律部门,解释力仍然不足。

此外,随着互联网社会的到来,基本权利私人间效力理论还面临如何回应互联网平台等新型社会权力侵犯基本权利的问题。尽管有学者已经在国家保护义务论的理论框架中回应这一问题,^②但是,由于这些回应总体上仍然在既有基本权利私人间效力理论框架内探讨问题,以上所指出的国家中心范式的缺陷便无法克服。例如,在《个人信息保护法》中,作为私主体的个人信息处理者被赋予遵循必要性原则、最小范围收集信息的比例原则义务,公开、透明、告知、说明理由等正当程序义务,平等保护义务。对于这种通过立法确立个人信息处理者尊重和保障个人信息基本权的现象,相较于间接效力论、国家行为论的力所不及,国家保护义务论尚可宏观层面对国家保护个人信息的宪法根据及性质提供解释,但对作为社会权力主体的个人信息处理者何以承担遵循比例原则、正当程序原则、平等原则等公法义务,则难以作出有力回应。

三、社会中心范式的证立

范式面临挑战的同时,也预示着范式转型之机。基本权利私人间效力理论范式转型的关键是解决基本权利和社会权力的关系问题。对于国家权力的防御,传统理论通过确立基本权利对国家权力的效力而实现。遵循这一逻辑,对于社会权力的防御,确立基本权利对社会权力的效力应是解决问题的基本方向。国家中心范式是回应“对基本权利的威胁不仅来自国家,而且来自强势私主体”问题的理论尝试。^③可是,受范式的惯性影

^② 参见王锡锌:《个人信息国家保护义务及展开》,载《中国法学》2021年第1期。

^③ See Florian Rödl, *Fundamental Rights, Private Law, and Societal Constitution: On the Logic of So-Called Horizontal Effect*, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol.20:1015, p.1025(2013).

响,既有理论虽然承认社会权力威胁基本权利这一现实,但在理论建构上却否认基本权利对私主体的效力。理论形式和实质名实不符、目的和手段匹配不够、回应法律变迁不力皆由此而生。证立基本权利对社会权力具有效力,用社会中心范式替代国家中心范式,以应对国家中心范式面临的挑战。

法律论证包括外部视角论证和内部视角论证。^{②④} 外部视角论证主要在法哲学和法社会学层面展开,内部视角则是法教义学层面的论证形式。基于商谈理论的法哲学和基于社会宪治理论的法社会学,可为社会中心范式提供法哲学和法社会学基础,使其获得外部证立,而基于宪法文本的法教义学则为社会中心范式提供规范依据,使其获得内部证立,三者共同构成社会中心范式的理论依据体系。

(一) 基于商谈理论的法哲学证立

作为政治法的宪法,其总是与一定的政治哲学密切相关。基本权利私人间效力国家中心范式的背后是自由主义政治哲学,其构成了该范式的深层结构。自由主义政治哲学预设了从自然状态到共同体、从自然权利到基本权利的等级过渡秩序。静态的、原子化的个体,对自然权利的描摹复制,基本权利仅约束国家,是自由主义基本权利理论的基本特征。国家中心范式的危机,实质上是自由主义基本权利理论危机的表现形式。由此,那些反思和超越自由主义的权利理论,就自然而然蕴含着走出国家中心范式危机的思路。其中,哈贝马斯基于商谈原则建构的基本权利理论就颇具典范意义。

在哈贝马斯的商谈理论中,基本权利并非源于由孤立、静止的原子化个体构成的自然状态,而是源于由相互交往的个体组成的生活世界。在哈贝马斯看来,借助自然状态历史虚构的自由主义权利理论,“有助于对那些秩序良好之社会据以建立的原则进行辩护;但由此它却远离了当代社会的现实,以至于难以对实现这些原则的条件做出具体说明”^{②⑤}。在商谈理论中,“生活世界”是基本权利来源的现实社会基础,基本权利从生活世界的理性化交往中产生。从自然状态到国家的基本权利起源,注定了基本权利私人间效力的国家中心。而将生活世界看作基本权利的现实社会基础,则为基本权利私人间效力的社会中心提供了可能。

从现实生活世界出发,基本权利由对自然权利的描摹复制,转变为“公民们若要借助于实证法来合法地调节他们的共同生活,就必须相互承认对方拥有的”^{②⑥} 权利,是将自由交往的商谈原则建制化的基本要求。以交往自由为核心,通过往返循环的重构,基本权利体系便得以确立。从形式上看,借助商谈原则确立的基本权利与既有基本权利差别不大,但是,这种重构对基本权利赋予的内涵却不同。原有的基本权利是个体相对于国家的实体性权利,而重构后的基本权利则是满足个体私人自主及在公共领域中的公共自主的基本条件,具有明显的程序性。对于程序性基本权利,国家的尊重和保障固不可少,

^{②④} 参见[美]罗纳德·德沃金:《法律帝国》,许杨勇译,上海三联书店2016年版,第11页。

^{②⑤} [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2003年版,第54页。

^{②⑥} 前注^{②⑤},哈贝马斯书,第144页。

对公共领域中妨碍交往自由的社会权力的防御,也是基本权利的应有之义。哈贝马斯明确指出,“基本权利的功能已经不能仅仅依赖于内在于自由主义法律范式之内的那些社会理论预设,因而不仅仅局限于保护根本上具有私人自主性的公民免遭国家机构的过分干预。私人自主今天同样也受经济权力和社会权力状况的危害”,而且“社会权力之需要法治国之规训的程度,不亚于行政权力”,因此为了确保公共领域的交往自由,“就不能继续把宪法理解为一个主要调节国家与公民关系的‘秩序框架’”,社会权力也需要被纳入宪法基本权利效力的框架之中。^{②7} 基于商谈理论的基本权利效力是双重的,既指向国家权力,又指向社会权力。

(二) 基于社会宪治理论的法社会学证立

与哈贝马斯的商谈理论不同,托依布纳的社会宪治理论是侧重法社会学立场的理论。在托依布纳看来,自由主义宪法遮蔽了多元社会中的宪法问题,无法回应功能分化社会的现实。构成并限制政治权力是18、19世纪的宪法问题,当下的宪法问题则是“释放各种十分不同的社会能量(经济尤其明显,科学、技术、医药和新型传媒也不例外),并有效限制它们的破坏效果”^{②8}。相应地,宪治需要从国家中心主义向社会中心主义转型。在社会宪治理论中,宪法既构成权力又限制权力的功能并不局限于国家层面,对社会中的各种功能系统和自治秩序也同样适用。在社会宪治中,基本权利获得了一种新的理解,它是来源于各功能系统、用于抗衡“匿名的沟通魔阵(制度、话语和系统)”“对制度、法权人和自然人完整性的危害”^{②9}的权利。

由于社会宪治理论强调功能分化社会中多元社会宪法格局,基本权利私人间效力自然成为其重要的理论议题。表面上看,社会宪治理论明确声称“支持基本权利的横向效力及其间接适用”^{③0},与间接效力论颇为类似。但是,遵循社会宪治的理论逻辑,这种间接效力论与国家中心范式的间接效力论存在根本差异。第一,社会宪治的基本权利效力理论是社会中心的,承认基本权利对私主体的效力,而国家中心范式则聚焦于国家。^{③1}第二,在国家中心范式间接效力论中,基本权利效力的间接性通过私法一般条款体现。社会宪治理论中的基本权利“间接”效力,则是基本权利在“不同社会脉络中的再具体化”,并“对基本权利加以更大幅度的修正”^{③2}。

需要强调指出的是,基于社会宪治理论的社会中心范式基本权利私人间效力和基于商谈理论的社会中心范式在内容上存在差异,且具有互补性。前者是一种更为彻底的社会中心范式,但其存在忽视功能系统之外不能被系统化的生活世界的缺陷,而且其否认政治宪法的中枢地位、仅依靠多元社会宪治实现遏制各种社会体制性力量的可行性也令

^{②7} 参见前注^{②5},哈贝马斯书,第324-325页。

^{②8} [德]贡塔·托依布纳:《宪法的碎片:全球社会宪治》,陆宇峰译,纪海龙校,中央编译出版社2016年版,第1页。

^{②9} [德]贡塔·托依布纳:《魔阵·剥削·异化——托依布纳法律社会学文集》,泮伟江、高鸿钧等译,清华大学出版社2012年版,第201页。

^{③0} 陆宇峰:《系统论宪法学新思维的七个命题》,载《中国法学》2019年第1期,第96页。

^{③1} 参见前注^{②8},贡塔·托依布纳书,第14页。

^{③2} 前注^{②8},贡塔·托依布纳书,第157页。

人怀疑。^{③③} 相较而言,基于商谈理论确立的社会中心范式基本权利私人间效力总体上更具可行性,而基于社会宪治理论的社会中心范式具有弥补基于商谈理论的社会中心范式缺憾的优势。社会宪治理论提出的根据特定社会脉络对基本权利再具体化,可避免出现基本权利对社会权力的效力与基本权利对国家权力的效力同质化现象。

(三) 基于宪法文本的法教义学证立

首先,从世界各国宪法文本看,基本权利对私人效力的规定在 20 世纪 70 年代后已经开始出现。20 世纪 70 年代前的宪法一般只规定基本权利约束国家,不规定基本权利对私人具有效力。20 世纪 70 年代以后,这种现象开始松动。葡萄牙、安哥拉、佛得角、莫桑比克、南非、爱沙尼亚、保加利亚等国家先后在其宪法中规定了基本权利对私人的效力。例如,《葡萄牙宪法》(1976 年)第 18 条规定:“关于权利、自由与保障的宪法规定,得直接适用并限定适用于公私实体。”这是目前世界各国宪法中关于基本权利对私人效力最为明确的规定。相较于《葡萄牙宪法》,《南非宪法》(1996 年)的规定较为隐蔽。其第 8 条规定:“如果考虑到权利及权利所施加的义务的本质可以适用于自然人或者法人的,基本权利条款约束自然人和法人。”这无疑为立法机关和法院将基本权利效力及于私人提供了依据。值得注意的是,这些国家宪法对可以适用基本权利的私主体或限定于“私人实体”,或限定于“权利及权利所施加的义务的本质”,意在说明基本权利效力及于私人的范围并非是一切私人。这其中隐含着对基本权利效力及于私人的危险的警惕。如果用力量的话语来描述,以社会力量来指代“私实体”和“权利及权利所施加的义务的本质”,将基本权利对私人的效力限定于社会力量大致可以表达这种限定的含义。

其次,20 世纪 70 年代前的宪法中即使未规定基本权利对私人的效力,但从中解释出基本权利对私人效力的尝试一直存在。德国学者尼伯代在 20 世纪 50 年代便提出,依据基本法上人的尊严不受侵犯条款,基本权利既约束国家权力又约束社会力量,且其长期被德国劳工法院采纳。^{③④} 这实际上是社会中心范式基本权利私人间效力的早期形态。然而,该理论饱受批评,尤其被指责为缺乏教义学基础。近来,德国学者库力克另辟蹊径阐述基本权利对私人效力的理论,一定程度上是对尼伯代理论的教义学论证缺陷的弥补。库力克认为,《德国基本法》第 1 条第 1 款和第 3 款关于“一切国家机关”尊重和保障人的尊严、“基本权利作为有效的法约束立法、行政和司法”的规定,并不能排除基本权利对私人的效力。因为,除非明确限定了义务主体, X 对 Z 负有义务并不排除 Y 对 Z 也负有义务。《德国基本法》第 1 条第 1 款和第 3 款的规定不能当然导出基本权利对私人的效力被否认。^{③⑤} 就制宪史而论,尽管证据表明制宪会议成员主要是将基本权利作为抗衡国家的防御权看待,但基本权利对私人具有效力同样不能被排除。如果坚守基本权利防御国家的立场,基本权利作为客观价值秩序或保护命令就难以给出妥当解释,间

^{③③} 参见余成峰:《系统论宪法的理论洞见与观察盲点——托依布纳〈宪法的碎片:全球社会宪治〉读后》,载《政法论坛》2020 年第 2 期,第 139-140 页。

^{③④} 参见陈新民:《德国公法学基础理论》(上册),山东人民出版社 2001 年版,第 294-301 页。

^{③⑤} Vgl. Andreas Kulick (Fn.5), S. 678 f.

接效力论、国家保护义务论便丧失了存在理由。所以,从教义学立场出发,并不能说明基本法排除了基本权利对私人具有效力。^{③⑥}

最后,我国宪法关于基本权利对私人效力的规定更具典型性。《宪法》序言第13自然段、正文第5条第4款、第36条、第40条、第51条都蕴含基本权利对私人效力的含义。其中,第36条、第40条系基本权利对私人效力的特别规定,明确了宗教信仰自由对“社会团体和个人”及通信自由对“任何组织或者个人”的效力。序言第13自然段、正文第5条第4款、第51条则属基本权利对私人效力的一般规定,适用于所有基本权利。序言第13自然段规定,“各社会团体、各企业事业组织”“必须以宪法为根本的活动准则,并且负有维护宪法尊严、保证宪法实施的职责”;正文第5条第4款规定,“各社会团体、各企业事业组织”“必须遵守宪法”。基本权利是宪法的重要组成部分,“以宪法为根本的活动准则”“维护宪法尊严”“保证宪法实施”“遵守宪法”当然包含受基本权利约束之义,基本权利的效力及于“各社会团体、各企业事业组织”等私主体蕴含于序言第13自然段、正文第5条第4款的规范内涵之中。第51条是基本权利限制的概括条款,其关于“公民在行使自由和权利的时候,不得损害……其他公民的合法的自由和权利”的规定,亦可被推导出基本权利对私人具有效力。这些特别规定和一般规定足以为基本权利对私人的效力提供充分的宪法依据。

如果仅从文义解释出发,这些规定确立的基本权利对私人的效力没有任何范围限定。但是,假如对其解释停留于此,则明显存在文义范围过于宽泛的问题,也使基本权利究竟是公法权利还是私法权利、权利义务配置究竟实行倾斜配置还是对等配置模糊不清。这些在1982年宪法颁布实施时就确定的条款,不可避免带有时代的烙印。随着改革开放深入推进,个体经济、私营经济、私有财产权保护、国家尊重和保障人权等条款入宪,公法与私法、公域与私域区分的观念普遍确立,无范围限定的基本权利私人间效力便明显滞后于时代要求,使人产生基本权利威胁私法自治的疑虑。根据法解释学原理,“因字义过宽而适用范围过大的法定规则,其将被限制仅适用于——依法律规整目的或其意义脉络——宜于适用的范围”^{③⑦}。借助目的性限缩方法,将基本权利对私人效力的范围限定于社会权力,方可实现既防范基本权利受到私主体侵犯又确保私法自治的宪法目的。可见,从教义学立场分析,社会中心范式基本权利私人间效力已经蕴含于我国宪法文本之中。

四、社会中心范式的构成

基本权利私人间效力社会中心范式的证立主要是在抽象层面解决该范式的正当性问题。这一范式的最终确立尚需获得具体制度支撑。社会权力主体毕竟是私主体,如果将基本权利对国家权力的效力原封不动套用到基本权利对社会权力的效力上,必然会侵

^{③⑥} Vgl. Andreas Kulick (Fn.5), S. 678 f.

^{③⑦} [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第267页。

害私法自治。这是托依布纳所称“依据不同社会脉络”的“基本权利再具体化”的意义所在。在社会中心范式得到证立之后,基本权利对社会权力效力的制度构成就成为必须解决的关键问题。

(一) 社会权力范围的限定

社会权力是基本权利私人间效力的前提条件,其直接决定了基本权利对私人效力的主体范围。如何界定社会权力是社会中心范式的核心要素。如果界定过严,尤其是以国家权力的标准来界定,就会重新陷入国家行为论的困境,也可能导致对基本权利保护不力。如果界定过宽,则可能会侵害私法自治,导致社会中心范式丧失正当性。德国学者卡纳里斯之所以否定社会中心范式,恰恰与社会中心范式论者缺乏对社会权力概念的准确合理界定,以及卡纳里斯对社会权力的理解偏差有关。他指出:“社会权力的存在本身也不足以使基本权利可以得到直接适用,毕竟权力差距本身尚不能导致事实上的合同协商自由遭受危害。只要竞争机制在一定程度上能够正常运行,当‘小’客户面对‘大’商业集团时,或者‘小’作者面对‘大’出版社时,其私法自治的保障不会遭到显著的危害。”^{③⑧}如果社会中心范式基本权利私人间效力的确是在卡纳里斯的举例意义上界定社会权力,那么,社会中心论显然就是一个难以令人信服的理论,对其侵害私法自治的高度怀疑就在情理之中。然而,卡纳里斯所列举的情况根本不能算作社会权力,基本权利对这种情况下的私人关系也谈不上具有效力。但卡纳里斯的批评仍然具有积极意义,凸显出对社会权力加以严格限定的重要性。

简而言之,所谓社会权力,是指具有明显的政治、经济、社会、文化、科技、信息等资源优势的私主体对其他私主体的支配力。除了权力来源的事实性、权力主体的社会性以外,其具有如下几个更为关键的要素:

第一,在关系形态上,明显的资源优势和不可自主选择是社会权力的基本构成要件。人是社会性存在,人与人之间不可避免存在相互影响乃至相互支配的现象。但是,之所以某种特定形态的影响或者支配会被视为权力,根源在于:影响或者支配的主体凭借其明显的资源优势足以使被影响或支配的主体陷入无法自主选择的境地,从而使其违背内心意志而被迫服从。就此而言,构成社会权力必须同时具备两个要件:私主体的明显资源优势 and 资源优势使其他主体处于被迫作出选择的状态。这两个要件的同时具备表明,衡量某私主体是否属于社会权力主体并受基本权利约束,需要根据该主体在特定关系形态中的具体情况而定,不宜采取一刀切的处置办法。以劳动关系为例,并不是所有的雇主都必然对雇员具有资源优势,也并不意味着具有资源优势的雇主对雇员必然构成强制和支配。以一刀切的劳动立法调整雇主和雇员的关系根本行不通。网络平台和用户的关系也是如此,并非所有的网络平台都必然对用户具有资源优势,也并非具有资源优势的网络平台在所有领域对用户均构成强制和支配。何种类型的网络平台应受基本权利约束、承担何种基本权利保护义务,需要具体问题具体分析。

^{③⑧} 前注④,克劳斯·威尔海姆·卡纳里斯文,第175页。

以此观之,卡纳里斯关于基本权利对社会权力效力的批评之偏颇,就一目了然了。卡纳里斯列举的实例充其量只具备了社会权力的第一个要件,并不必然具备第二个要件。大企业集团、大出版商相对于小客户、小作者,其资源优势是明显的,但如果市场竞争是充分的,小客户、小作者就会有更多的选择而无须服从大企业集团、大出版商的意志。此时,大企业集团、大出版商就不属于社会权力主体。相反,如果大企业集团、大出版商已经形成一定程度的垄断,此时就会使小客户、小作者陷入无法自主选择的境地,这便构成社会权力。

第二,在关系性质上,作为基本权利效力对象的社会权力具有公共性。国家权力是具有公共性的权力。作为基本权利效力对象的社会权力,虽然并非基本权利对国家权力效力的简单套用,但既然属于同一个基本权利的效力对象,二者仍需保持内涵逻辑上的一致性。在关系形态上,二者的一致性体现为支配力。在关系性质上,二者的一致性体现为公共性,即作为基本权利效力对象的社会权力需要具备一定的公共性。当然,社会权力毕竟不是国家权力,其公共性也会有所差异。一则,社会权力的公共性不是源于其身份,而是源于其行为;二则,社会权力的公共性是有限的公共性,受其影响的多数人往往为较小范围的多数人,既可以是特定多数,也可以是不特定多数。对于不具有公共性的私权力,基本权利对其不具有效力,其与其他私主体的关系适用民法规定。

对作为基本权利效力对象的社会权力公共性的限定,可以回应卡纳里斯的另一项批评。卡纳里斯指出:“第三人效力问题并不局限于存在社会权力差距的情形。例如,联邦最高法院就鉴于德国《基本法》第11条中的自由迁徙保障宣告一对离异夫妇改变住所地的义务无效,然而,在当事人之间明显不存在社会权力差距。”^③在联邦最高法院看来,该案双方当事人之间或许有一定资源悬殊或者处境优劣悬殊的差距。但是,这的确不是一个存在社会权力差距的案例。双方主体及其争议均不具有任何公共性因素,均不是社会权力主体。法院基于宪法人身自由条款裁判本案并不妥当,而宜适用民法处理。事实上,民法处理此类案件有着充足的理论工具,不诉诸宪法人身自由条款,仅适用民法完全能够妥当解决。

(二) 基本权利效力体系的调整

尽管社会权力体现为一方私主体对其他私主体的支配力,但是,体现于私主体之间的社会权力并不具有体现于国家与公民之间的国家权力那样的权力差距。因此,即使承认基本权利对社会权力的效力,也不能原封不动地将基本权利对国家的效力加以套用,而是需要对相关制度内容进行调整,以适应社会权力相对较弱的权力差距的事实。

1. 基本权利适用范围的调整。对于国家权力而言,所有的基本权利对其都是有效力的。但是,对社会权力产生效力的基本权利范围却是有限的,应符合“权利及权利所施加的义务的本质”。如果遵循自由权和社会权的基本权利两分法,对社会权力具有效力的基本权利就应仅限于自由权,社会权的效力不及于社会权力。当然,自由权和社会权

^③ 前注④,克劳斯-威尔海姆·卡纳里斯文,第175页。

的划分是相对的,社会权“有天然的‘自由权侧面’,而传统自由权也逐渐生出‘社会权侧面’的性质”^⑩。因此,基本权利对社会权力的效力,准确地说是基本权利的自由权侧面对社会权力的效力。

2. 基本权利效力强度的调整。基本权利的效力强度是一个与基本权利限制密切相关的概念。一般而言,对基本权利限制的约束越严格,基本权利效力强度就越高;对基本权利限制的约束越宽松,基本权利效力强度就越低。基本权利对国家的效力强度主要通过法律保留原则、比例原则、正当程序原则来实现,分别对应着对限制基本权利的主体、手段和程序的限制。由于社会权力关系相较于公民和国家之间的权力关系的特殊性,适用于社会权力关系中的基本权利限制相关原则需要作出相应调整。

第一,法律保留和契约保留的双重形式合法原则。在基本权利对国家权力效力层面,法律保留原则是限定以立法方式限制基本权利的国家机关范围的原则,只有最高立法机关才有权制定限制基本权利的立法。这一原则在社会权力关系中会有所松动。社会权力关系尽管是私主体之间存在权力差距的社会关系,但受基本权利约束的社会权力主体毕竟是私主体,其公共性并非是基于身份的公共性,而是行为公共性。如果严格遵循法律保留,社会权力无异于被施加了等同于国家的基本权利保护义务,其在私人关系中的自由意志将完全丧失,私法自治也会消失殆尽。法律保留原则的松动意味着:一方面,在国家机关体系中,对社会权力行为作出限制规定,仍然由最高立法机关实施,其他机关不具有这一职权;另一方面,社会权力主体除了遵守法律规定限制相对方的基本权利外,其仍然可以在不违反宪法和法律的前提下以契约的方式对相对方的权利作出限制。社会权力主体与相对方之间的这种契约的效力,受法律保护。就此而言,契约保留也是基本权利对社会权力效力的原则。当然,法律保留和契约保留都是表征形式合法性的原则,其实质是否合法还须遵循比例原则和程序正当原则。

第二,比例原则的简化和较小伤害标准的确立。在社会权力关系中,私主体之间实力差距悬殊的程度弱于国家和公民之间实力差距悬殊程度。因此,比例原则在社会权力关系中的适用强度应当弱于对国家权力的适用。主要体现在两个方面:一是审查步骤的简化。关于比例原则,学界向来存在二阶段说、三阶段说、四阶段说的争论。必要性原则和均衡原则均获各学说认同,争议在于是否把目的正当原则、适当性原则作为比例原则的独立阶段。二阶段说主张把适当性原则并入必要性原则之中,三阶段说赞成适当性原则作为独立阶段,^⑪四阶段说则在三阶段基础上增加了目的正当性原则^⑫。审查阶段的差异,一定程度体现了审查强度的不同。相对而言,二阶段说的审查强度最弱,而四阶段说的审查强度最强。为了避免比例原则的运用对私法自治造成过度干预,在社会权力关系中适用比例原则应淡化对社会权力主体实施目的的控制,而侧重对其行为的控制。与此

^⑩ 张翔:《基本权利的规范建构》,法律出版社2017年版,第66页。

^⑪ 参见前注^③,陈新民书,第373-375页。

^⑫ 参见刘权:《目的正当性与比例原则的重构》,载《中国法学》2014年第4期,第134页。

相适应,宜坚持比例原则的二阶段说,通常只对社会权力行为实施必要性和均衡性审查。二是审查强度的弱化。根据比例原则的一般原理,在必要性审查阶段,应在多种可供选择的手段中选择最小损害的手段。在基本权利对社会权力效力中适用比例原则,宜将必要性审查阶段的“最小”损害标准调整到“较小”损害标准。

第三,最低限度的程序正当原则。程序正当原则是公权力主体限制基本权利时需要遵循的程序性原则,指公权力主体在作出对相对方不利的行为时,应当履行告知、说明理由、听取陈述和申辩、听证、证据复核等程序。社会权力作为权力的一种形式,程序正当原则对其具有适用性。但是,与比例原则对社会权力的约束弱化的原理相同,程序正当原则对社会权力的要求也需弱化。一是适用范围的限缩。如果把社会权力对公共利益影响的领域分为精神领域、经济领域、社会领域,正当程序对社会权力的适用应限于经济和社会领域,精神领域则不予适用。二是程序内容的弱化。一般而言,告知和说明理由应作为社会权力行使需遵循的最低程序要求,至于听取陈述和申辩、听证、证据复核程序,除非该社会权力已经达到类似国家权力的程度,否则不宜将其作为社会权力行为的必备程序,立法和司法不对社会权力主体施加此类程序义务。三是程序形式的弱化。对国家权力而言,每个程序都有一定的形式要求,未按照特定形式实施的行为往往会推定为未实施该行为。对社会权力主体来说,则不宜设定过高的形式要求,只要其行为具备该项程序的基本要素,就应当认定为已经履行了相应程序。

(三) 基本权利关系结构的变动

在国家中心范式的三种形态中,国家保护义务论在形式上是相对完备的理论,其既揭示了基本权利私人间效力的私人—国家—私人三角关系形态,也把这一理论覆盖到立法、司法等各个国家权力运行环节。当基本权利私人间效力的国家中心范式转型为社会中心后,随之而来的问题便是如何处理二者的关系,究竟是使旧范式消遁无踪,还是将其嵌入新范式?答案是后者,即将国家保护义务论嵌入社会中心范式,并对基本权利私人间效力的关系结构作出调整。

第一,三角关系的主体变动。在国家保护义务论中,三角关系的结构形态是私人—国家—私人,国家必然出场,且对进入三角关系的私主体不作条件限定。而在社会中心范式中,国家并不必然出场,基本权利私人间效力并不必然形成国家参与的三角关系。如在私人协商、社会调解、仲裁等场景中,国家并未出场,亦未形成国家参与的三角关系,但这丝毫不影响基本权利对社会权力的效力,以及私人对社会权力主体主张基本权利。一旦进入立法或司法程序,社会中心范式基本权利私人间效力便会形成国家参与的三角关系,但这种三角关系与国家保护义务论的三角关系有根本差异,其对纳入三角关系的一方私主体具有社会权力的条件限定,其结构形态为私人—社会权力—国家权力。以“吕特案”为例,如果适用社会中心范式理论,那么,该案会形成吕特(私人)—电影制片商(社会权力)—法院(国家)的三角关系,法院会将言论自由适用于吕特和电影制片商之间。但是,这既非因言论自由作为客观价值及由此产生的法院合宪性解释义务(间接效力论),也非因言论自由作为保护命令及由此产生的法院保护义务(国家保护义务论),

更非因吕特号召抵制的电影系参加国家电影展的电影(国家行为论),而是因电影制片商是影响乃至塑造大众价值观的社会权力,以及由此产生的言论自由对其具有效力。

第二,三角关系的重心位移。在传统理论中,国家是三角关系的重心,私人之间的基本权利关系需要借助国家发挥媒介功能来完成。在社会中心范式中,私人是三角关系的重心,三角关系围绕私人的基本权利请求而展开。此时,私人对社会权力主体和国家享有不同性质的基本权利。在私主体和社会权力主体的关系中,私人可以向社会权力主体主张实体性的基本权利;在私主体和国家的关系中,私人可以向国家主张受保护权的程序性权利,国家亦有将基本权利对社会权力效力加以具体化的积极义务。以“吕特案”为例,在社会中心范式理论视野中,吕特是三角关系的重心,其既有向电影制片商主张言论自由的实体性权利,亦有向法院主张言论自由受保护权的程序性权利。

第三,国家义务形态的转换。在国家中心范式中,由于国家的基本权利保护义务基于基本权利对国家的效力而生,其在内容上是实体性义务,属性上是客观法义务。同时,这一义务在不同关系中遵循不同的原则确定。在国家与受害人的关系中,国家保护义务受禁止保护不足原则约束;在国家与加害人的关系中,国家保护义务受禁止过度原则约束。在社会中心范式中,国家保护义务基于基本权利对社会权力的效力而生,效力内容依照基本权利对社会权力的效力确定,此时的国家保护义务不仅是实体性保护义务和客观法义务,而且包含程序性保护义务和基于主观权利的义务。这种义务既包括立法义务也包括司法义务。就立法义务而言,作为程序性义务,其依据基本权利对社会权力效力的制度内容而定,并将其具体化。在此范围内,适用于国家保护义务论三角关系中的禁止过度原则和禁止保护不足原则不再具有适用性。就司法义务而言,其对应于私主体对法院的受保护请求权。在立法机关已将基本权利对社会权力的效力具体化情形下,这种请求权便融入普通法律的救济程序之中。如果立法机关未将其具体化,这种请求权则体现为合宪性解释请求权,通过请求法院对私法进行合宪性解释来实现对基本权利的保护。

五、结语：基本权利效力体系的重塑

对于破解基本权利私人间效力难题,科学哲学上的范式理论提供了一个新视角。以范式视角分析,间接效力论、国家保护义务论、国家行为论同属国家中心范式基本权利私人间效力理论,其争论属于范式内部之争。受基本权利仅约束国家的传统理论影响,国家中心范式一方面在努力回应社会权力威胁基本权利问题,另一方面又回避或否认基本权利对社会权力的效力,由此才导致理论形式和实质名实不符、手段和目的匹配不够、回应法律变迁不力。从国家中心向社会中心转型,确立基本权利对社会权力的效力,是应对国家中心范式所面临挑战的有效路径,其可在基于商谈理论的法哲学层面得以证立,也具有基于社会宪治理论的法社会学基础,还具有宪法教义学上的规范依据。基本权利对社会权力的效力并非是基本权利对国家权力效力的简单套用,而是遵循“基本权利再具体化”原则,经对社会权力作严格限定,对基本权利范围、效力强度、关系结构作相应

调整后形成的独立制度体系。

基本权利私人间效力,是基本权利效力理论的一部分。基本权利私人间效力从国家中心向社会中心范式转型,必然会冲击到基本权利效力理论的整体。如果将社会中心范式基本权利私人间效力置于基本权利效力理论整体中审视,其实质上是确立了基本权利对国家权力和社会权力的双重效力。相较于基本权利私人间效力的国家中心范式,社会中心范式具有一定颠覆性,但相对于传统基本权利效力理论整体而言却并非如此,其是将基本权利的效力对象从国家权力延伸至社会权力,属于对传统理论的修补。无论对既有基本权利私人间效力理论的颠覆,抑或对传统基本权利效力理论整体的修补,均是在宪法层面针对社会权力兴起进行的一次理论革新尝试。库恩指出:“新理论的同化需要重建先前的理论,重新评价先前的事实,这是一个内在的革命过程,这个过程很少由单独一个人完成,更不能一夜之间实现。”^④如何走出基本权利私人间效力的国家中心范式危机,如何使社会中心范式基本权利私人间效力理论更加完善可行,离不开学术共同体的充分讨论和持续共同推动。随着大型企业、社会机构、网络平台等社会权力威胁基本权利问题日益凸显,随着对传统基本权利私人间效力理论的反思不断深入,社会中心范式基本权利私人间效力理论终将展现出它的生命力。

Abstract: The theory of paradigm has methodological reference value for the overall reflection on the three most influential theories of the inter-private effect of fundamental rights in China: indirect effect theory, state protection obligation theory and state action doctrine. According to the paradigm theory, all of the three theories belong to the state-centered paradigm of the inter-private effect of fundamental rights, which are faced with challenges because of the ‘abnormal’ phenomena, such as the discrepancy between theoretical form and substance, the insufficient match between means and purpose, and the ineffective response to legal changes. It is an effective way to cope with the challenges faced by the state-centered paradigm through the transformation from state-centered paradigm to society-centered paradigm and the establishment of the effect of fundamental rights on social power. The society-centered paradigm of the inter-private effect of fundamental rights is not a simple application of the effect of fundamental rights on state power, but an institutional system that follows the principle of ‘re-concretization of fundamental rights’, with strict limitations on social power and corresponding adjustments to the scope, effect intensity and relation structure of fundamental rights.

(责任编辑:强梅梅)

④ 前注⑥,托马斯·库恩书,第6页。