

基本权利客观价值秩序理论的 反思与重构

李海平*

摘要 基本权利客观价值秩序理论契合我国宪法关于国家保障人权的规定,可以作为建构基本权利国家保障教义学的基础。然而,这一理论存在诸多缺陷。在理论定位上,以客观价值秩序表征客观法造成基本权利客观法对主观权利的内涵脱序;在理论逻辑上,“三重抽象”的证成方式导致基本权利规范既为自然法又为实证法、基本权利既为公法权利又为超法律权利的悖论,以及客观价值秩序功能体系内部陷入自相矛盾;在理论效用,该理论有侵害私法自治和基本权利之虞。基本权利客观价值秩序理论应重构为客观公共价值秩序理论,即基本权利客观价值的属性由普遍性调整为公共性,辐射范围从所有法律领域限缩至具有公共性的法律领域,对私法的适用限于具有公共性的私法领域。

关键词 基本权利 客观价值秩序 客观公共价值秩序 主观公权利 客观法

一、问题之提出

基本权利客观价值秩序理论源自德国。该理论认为,基本权利不仅是公民防御国家的主观权利,“此外,它适合于所有法领域,可作为宪法基本决定的客观价值秩序或价值体系”约束立法、行政与司法等国家机关。^{〔1〕}“确认基本权的客观价值属性,则在表明即使没有侵犯公

* 吉林大学法学院教授。本文系教育部人文社会科学重点研究基地重大项目“合宪性控制的理论与实践研究”(项目编号:16JJD820006)和教育部人文社会科学研究规划基金项目“土地流转背景下村民自治制度完善研究”(项目编号:19YJA820027)的阶段性成果。

〔1〕 (德)罗伯特·阿列克西:“作为主观权利与客观规范之基本权”,程明修译,《宪政时代》第24卷第4期,第83页。

民的基本权,国家在宪法上仍旧负有义务采取积极的措施实现对基本权的保障。”〔2〕在2001年开启的围绕齐玉苓案司法批复的讨论中,基本权利客观价值秩序理论被引入我国。由于学者最初关注的焦点是基本权利第三人效力的有无及实现形式问题,因此,作为基本权利第三人效力理论基础的客观价值秩序理论并未成为讨论重点,只是在引介德国基本权利第三人效力理论时被附带提及。随着基本权利第三人间接效力理论通说地位的确立,〔3〕基本权利客观价值秩序这一更深层次的理论问题开始引起学界关注。2005年,张翔在《基本权利的双重性质》一文中首次系统引介和阐释了德国基本权利客观价值秩序理论。〔4〕此后,郑贤君、冯健鹏、赵宏等学者又先后对基本权利客观价值秩序理论加以丰富拓展,使其更加完整和体系化。〔5〕目前,基本权利客观价值秩序理论已经获得我国学界普遍认同,并被作为理论前提运用于基本权利第三人效力、宪法和部门法的关系,以及具体基本权利问题的分析中。基本权利客观价值秩序理论俨然已经成为我国基本权利理论的一部分。

对于基本权利客观价值秩序理论的引进,总体上应予肯定。第一,基本权利客观价值秩序理论在我国宪法上具有规范依据的支撑。《联邦德国基本法》第1条第3款关于“基本权利是约束立法、行政和司法的直接有效的法律”的规定,是德国基本权利客观价值秩序理论的直接规范依据。该条款被解释为“基本权利就是可以直接约束公权力运作的规则”,“这种约束不是违宪审查层次上的,也不是个人请求排除公权力侵害层次上的,所以基本权利在这里体现的并不是‘主观权利’的性质,而是一种‘客观规范’,或者‘客观法’”。〔6〕我国宪法序言第十三自然段关于“一切国家机关……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”,我国宪法第5条第4款关于“一切国家机关……都必须遵守宪法”的规定,与《联邦德国基本法》第1条第3款在规范结构和内容上高度接近,都强调包括基本权利在内的宪法规范对“一切国家机关”的约束力。基本权利客观价值秩序理论可以作为解释我国宪法序言第十三自然段和第5条第4款的参考。第二,基本权利客观价值秩序理论与我国宪法基本权利规范蕴涵的国家保障人权理念具有契合性。我国宪法第33条第3款设置了“国家尊重和保障人权”的基本权利保护概括条款。“尊重”人权主要表达国家对基本权利实现的消极义务,

〔2〕 赵宏:“主观权利与客观价值——基本权利在德国法中的两种面向”,《浙江社会科学》2011年第3期,第42页。

〔3〕 在围绕齐玉苓案司法批复的讨论中,美国国家行为理论与德国基本权利第三人间接效力理论同时被引进我国,但德国基本权利第三人间接效力理论最终获得了我国学者的普遍认同。参见陈新民:《德国公法学基础理论》,山东人民出版社2001年版,第304—321页;张翔:“基本权利在私法上效力的展开——以当代中国为背景”,《中外法学》2003年第5期,第544—559页;刘志刚:“宪法‘私法’适用的法理分析”,《法学研究》2004年第2期,第35—49页;张千帆:“论宪法效力的界定及其对私法的影响”,《比较法研究》2004年第2期,第1—18页。

〔4〕 参见张翔:“基本权利的双重性质”,《法学研究》2005年第3期,第21—36页。

〔5〕 参见郑贤君:“作为客观价值秩序的基本权——从德国法看基本权保障义务”,《法律科学》2006年第2期,第35—45页;冯健鹏:“论德国宪法学中的‘客观价值秩序’”,《西安电子科技大学学报(社会科学版)》2008年第6期,第143—149页;赵宏,见前注〔2〕,第38—46页。

〔6〕 张翔,见前注〔4〕,第22页。

而“保障”人权则突出了国家的积极义务。^{〔7〕}基本权利客观价值秩序理论主张国家采取积极措施实现基本权利与我国宪法强调国家保障人权的积极作为理念是高度契合的,对建构我国的基本权利国家保障教义学具有借鉴意义。

然而,必须强调的是,基本权利客观价值秩序理论毕竟源于域外,并非内生于我国的宪法文本和实践,在肯定其理论借鉴意义的同时对其进行理论反思也殊有必要。未经反思的域外理论借鉴,难免会掉入拿来主义的陷阱,也会丧失后发法治现代化国家理论创新的可能优势。事实上,基本权利客观价值秩序理论本身就颇具争议,在德国本土饱受批评。^{〔8〕}遗憾的是,这一理论被引入我国近20年来,对其展开反思性研究的文献尚不多见,^{〔9〕}对其理论重构的尝试也尚未进行。本文试图从理论定位、理论逻辑、理论效用等方面反思基本权利客观价值秩序理论,并在此基础上进行理论重构,以期推动这一理论的完善和中国化。

二、以客观价值秩序表征客观法:基本权利客观法的内涵脱序

基本权利客观价值秩序理论之所以被冠以“客观价值秩序”的称谓,与对基本权利的主观权利和客观法双重面向,尤其是客观法面向的理解有关。“作为基本权的客观面向,客观价值决定在主观权利之外,为我们认识基本权提供了另一维度。”^{〔10〕}在客观价值秩序论者看来,基本权利的客观法面向就体现为客观价值秩序,基本权利的客观法与客观价值秩序几乎可以相互解释、相互代替。德国联邦宪法法院用来表达与基本权利客观价值秩序含义相近的词语“常用的大概就有十几个”,包括价值秩序、价值体系、宪法的基本决定、基本权作为客观规范、方针、推动、价值决定的基本规范、客观法的价值决定、结构原则、基本原则、主导规范、准则规范、设定等。^{〔11〕}其中,价值、客观价值或者客观价值秩序等术语占绝大多数,基本权利客观法、客观规范与基本权利客观价值或者客观价值秩序的概念几乎混用不分。我国学者在界定基本权利客观法的概念时,基本上也是用客观价值或者客观价值秩序解释客观法。例如,有学者指出:“基本权利作为‘客观法’的基本涵义是:基本权利除了是个人的权利之外,还是基本法所确立的‘价值秩序’,这一秩序构成立法机关建构国家各种制度的原则,也构成行政权和司法权在执行和解释法律时的上位指导原则。”^{〔12〕}有的学者则用主观权利和客观价值来对应基本权利

〔7〕 焦洪昌:“‘国家尊重和保障人权’的宪法分析”,《中国法学》2004年第3期,第46页。

〔8〕 Vgl. E.-W. Böckenförde, Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik, in: Der Staat 29 (1990), S.185 ff. 转引自阿列克西,见前注〔1〕,第83页。

〔9〕 目前只有张翔提及了这一理论的可能弊端,但并没有充分展开。参见张翔,见前注〔4〕,第34页。

〔10〕 赵宏,见前注〔2〕,第38页。

〔11〕 参见张嘉尹:“论‘价值秩序’作为宪法学的基本概念”,《台大法学论丛》2001年第30卷第5期,第9—10页。

〔12〕 张翔,见前注〔4〕,第25页。

的主观属性和客观属性。^{〔13〕} 还有学者甚至明确指出：“客观规范即客观价值秩序”。^{〔14〕}

以客观价值、价值体系、价值决定或者价值秩序等价值概念表征基本权利的客观法，受到诸多学者的批评。黑塞认为：“当基本权仅仅被理解为确立了一种‘客观价值秩序’或‘价值体系’时，那么基本权作为客观秩序要素的多重内涵便因此被简化了。”“对于解释基本权而言，当仍旧缺乏对单项基本权具体的适用范围与规范内容的梳理、而且在对它们彼此之间的关系以及界限何在也并不清楚时，那么‘价值秩序’的思考对此便仍然是一种提示与帮助。”^{〔15〕}在黑塞看来，以客观价值或者客观价值秩序表征客观法并不妥当，存在过度简化客观法内涵之弊。所以，黑塞未使用客观价值或者价值秩序等价值概念，而是使用“客观秩序”或者“客观原则”的概念，以体现基本权利作为法的“多重意义”及其与主观权利的内在关联。^{〔16〕} 相较于黑塞的批评，卡纳里斯的批评更为尖锐，甚至从根本上否认使用客观价值或者客观价值秩序的概念。他说：“‘决定价值的’这一限定语更是陈词滥调，毕竟规范体系中任何一个层级上的无数规范都包含价值评价，并在相互冲突中的价值、利益等之中作出决断。人们惟一能够依赖的也就只有强调基本权利的基本原则属性了。”^{〔17〕}

黑塞和卡纳里斯的批评尽管各有侧重，但都集中于客观价值秩序内涵的过度抽象和模糊不清上。应当说，这二位学者的批评具有一定合理性。客观价值、客观价值秩序等价值概念高度抽象，既可以指称法律范围内的原则或者规则，也可以指称超越法律之外的道德，难以清晰表达基本权利的客观法内涵。但是，对以价值概念指称基本权利的客观法属性，也不宜一概否认。基本权利客观法的目的在于补充和强化基本权利保护，以抽象的价值概念来表达其内涵有助于扩大基本权约束国家的领域范围，实现补强基本权保障的目的。而且，在客观价值秩序理论体系中，客观价值或者客观价值秩序的概念并非空洞无物，而是被赋予了较为具体的制度内涵，基本权利第三人效力、组织和程序保障、国家保护义务等共同构成客观价值秩序的功能体系。^{〔18〕} 问题的关键并不在于使用“客观价值秩序”等价值概念，抑或使用黑塞、卡纳里斯所说的客观原则、客观秩序、基本原则，而在于价值概念被赋予了何种内涵，即客观价值是何种意义上的价值，覆盖哪些法律领域。“客观的法和主观的法这两个概念仅仅是对研究对象——法(Recht)的不同表达，是从不同的视角来描写一枚奖章的两面。”^{〔19〕} 只要客观价值秩序作为基本权利的客观法与基本权利的主观权利面向保持一致性，以客观价值秩序表征客观法就可以成立。

但问题在于，基本权利客观价值秩序理论打破了基本权利主观面向和客观面向的一致性，

〔13〕 参见赵宏，见前注〔2〕，第 39 页。

〔14〕 郑贤君，见前注〔5〕，第 35 页。

〔15〕 (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 242—243 页。

〔16〕 参见张嘉尹：“基本权理论、基本权功能与基本权客观面向”，载《当代公法新论(上)》，元照出版公司 2002 年版，第 47 页。

〔17〕 (德)卡纳里斯：“基本权利与私法”，曾韬、曹昱晨译，《比较法研究》2015 年第 1 期，第 184 页。

〔18〕 参见张嘉尹，见前注〔16〕，第 50 页。

〔19〕 (德)伯恩·魏德士：《法理学》，丁晓春、吴越译，法律出版社 2013 年版，第 32 页。

被用以表征客观法面向的客观价值秩序,事实上已经完全脱离了基本权利作为“公权利”的秩序轨道。在基本权利客观价值秩序理论中,基本权利的客观价值被理解为具有普遍性的价值。例如,德国学者杜立希认为:“基本权对于整体的法秩序均有约束力,而且在法律的制定、解释和适用过程中,都应被作为应予尊重的客观价值决定。”〔20〕“这种认识之下的基本权是宪法价值决定的表现,也是国家整体制度的价值基础,其作用力辐射至所有的国家权力领域和整体的法律秩序,基本权因此不再只是宪法规则,而获得法的普遍适用。”〔21〕由此可见,基本权利客观价值秩序论者之所以使用客观价值概念,并非任意为之,而是经过了深思熟虑。用客观价值秩序等价值概念来表征客观法,可以满足基本权利客观法“辐射至所有”法律领域、“获得法的普遍适用”的诉求,使基本权利获得“普遍性”这一新特质。这种特质使得基本权利从调整国家和公民之间的关系中解放出来,可以不限于适用于国家参与的法律关系领域,而是在所有法律领域都可以适用。相较于基本权利的主观权利面向,作为基本权利客观法面向的客观价值秩序在内容上发生了根本转换。

客观价值秩序与主观权利属于基本权利的两个“不同”面向,二者存在差异当属情理之中。但是,基本权利的客观价值秩序与基本权利的主观权利毕竟是一体两面的关系,目的是补强基本权利的保护。作为“一枚奖章的两面”,基本权利客观价值秩序在内涵上与主观权利保持必要的关联性和一致性是其应有之义。基本权利作为主观权利的规范内涵是有限和确定的,这种有限性和确定性主要体现在基本权利法律关系的主体方面。基本权利作为主观权利,与“私法理论中提到的主观权利有着本质的区别”,〔22〕其适用于公民和国家之间。这是其被称为主观“公权利”的原因所在。作为同一枚奖章的另一面,基本权利的客观法在表现形态上可以比主观权利更加抽象,但至少需要保留“公权利”的基本内涵。如果基本权利客观法被赋予的内涵已经超越了“公权利”,这种客观法就不是基本权利的客观法,即使其被冠以基本权利客观法之名,也不具基本权利客观法之实。基本权利客观价值秩序理论以客观价值、价值秩序表征基本权利客观法,意在凸显基本权利适用领域的普遍性,最大限度扩张基本权利约束国家的领域范围,但其已经使基本权利发生了本质转换。基本权利的客观法面向与基本权利的主观权利面向的关系已不是“一枚奖章的两面”,而是两个不同的事物。所以,以客观价值秩序表征基本权利的客观法,其主要问题并非黑塞所言的“客观秩序多重因素的简化”,更非卡纳里斯所说的概念使用的“陈词滥调”,而在于基本权利客观法内涵脱离了基本权利作为主观权利的规范秩序。

〔20〕 Vgl. Hartmut Maurer, Staatsrecht I, 3. Aufl., München: Verlag C. H. Beck, 2003, S.269. 转引自赵宏, 见前注〔2〕, 第42页。

〔21〕 Vgl. Sachs, Grundgesetz Kommentar, München: Verlag C. H. Beck, 1999, S.88. 转引自赵宏, 见前注〔2〕, 第42页。

〔22〕 (德)格奥格·耶利内克:《主观公法权利体系》,曾韬、赵天书译,中国政法大学出版社2012年版,第9页。

三、从三重抽象到三重悖论：客观价值秩序理论证成的逻辑困境

基本权利客观价值秩序理论以客观价值秩序表征基本权利的客观法，打破了基本权利主观面向与客观面向的一致性，构成基本权利客观法面向对于基本权利主观权利面向的脱序。值得进一步追问的是，这种脱序的根源何在？“从基本权规定‘解释出’或者‘论证出’基本权的双重性质，以及导出‘基本权客观法面向’与‘基本权客观法内涵’，并非自明之理”，^{〔23〕}其离不开一定的证成过程。客观价值秩序对主观权利的脱序是否与基本权利客观价值秩序理论的证成有着直接关系？基本权利客观价值秩序理论的证成本身是否存在问题？要回答这些问题，我们就不能不追溯到基本权利客观价值秩序的证成方式。

根据阿列克西的理论，基本权利客观价值秩序理论的证成是通过作为主观权利的基本权利的“三重抽象”而实现的。所谓“三重抽象”，就是抽离基本权利的“权利主体”“权利相对人”以及“权利客体”的过程。^{〔24〕}以言论自由为例，言论自由作为主观权利的内涵是“‘人民有抗国家侵害的言论自由’，如果将此基本权规定的意义抽离行为主体、行为内容以及义务主体，就可以得到一个类似‘言论自由应予保障’规范性命题的‘基本原则’，此‘基本原则’即一般所谓的言论自由权的‘客观价值秩序’”。^{〔25〕}推而广之，基本权利作为公民防御国家侵犯的权利，经过三重抽象之后就演化为“基本权利应予保障”。于是，通过三重抽象的过程，基本权利就由主观权利转换为客观法——客观价值秩序。经三重抽象之后的基本权利客观价值秩序就突破了基本权利作为主观权利的限制，具有了适用范围的普遍性，可以“辐射”所有法律领域。

通过对基本权利进行理论抽象的方式来证成基本权利客观价值秩序是可行的。既然主观权利和客观法是一个硬币的两面，基本权利客观法的目的是扩张基本权利的保护范围，那么，基本权利的客观法内涵当然可以通过对其主观权利面向的抽象来完成。借助理论抽象方式推导基本权利的客观法内涵，可以体现基本权利客观法与主观权利的相互关联，也有助于扩张基本权利的适用范围。但是，对基本权利的主观权利内涵抽象到何种程度却是一个值得慎重对待的问题。三重抽象似乎存在过度抽象的问题，由此导致基本权利理论陷入三重悖论之中。

第一，基本权利规范既为实证法又为自然法的悖论。“宪政的主题是让国家权力特别是立法活动受到某种超越性高阶规范的约束，避免‘阶级立法’或者法律实证主义的弊端，使自然法以及基本人权的正义理念能在现实的制度安排中得以具体化。”^{〔26〕}宪法基本权利规范的产生具有深厚的自然法背景，甚至可以说宪法基本权利就是自然权利的法定化。但是，经法定化后的自然法就不再是自然法，而是实证法。在古典自然法理论看来，自然法先于并高于国家，实

〔23〕 张嘉尹，见前注〔16〕，第 62 页。

〔24〕 阿列克西，见前注〔1〕，第 88 页。

〔25〕 张嘉尹，见前注〔16〕，第 53—54 页。

〔26〕 季卫东：《宪政新论——全球化时代的法与社会变迁》，北京大学出版社 2005 年版，第 136 页。

证法是国家中的法并服从自然法。现代新自然法理论强调自然法对实证法的证成功能,是评判“整体上合理行为和整体上不合理的行为”的“一般道德标准”,^[27]为实证法提供“一个理性基础”。^[28]无论古典自然法理论还是现代新自然法理论,自然法和实证法都被看作是相互分离且具有位阶差序的一对范畴。既属于自然法又属于实证法的情形是不存在的。在国家法体系中,宪法具有特殊性,处于法体系的顶端,具有最高法律效力。但是,宪法仍然属于国家实证法的一部分,而不是自然法。在基本权利客观价值秩序理论中,当经过三重抽象后的客观价值秩序适用领域不受主体范围的限制,其已经转换为类似生命、自由、财产不受侵犯等自然法意义上的道德权利,不再属于实证法。基本权利作为主观权利是自然法的法定化这一命题是可以成立的,基本权利作为主观权利经三重抽象后也的确可以推导出基本权利客观价值秩序。但是,这一推导过程却使得基本权利规范陷入既为实证法又为自然法的自相矛盾境地。

第二,基本权利既为公法权利又为超法律权利的悖论。“现代的国法,是以区别其全部为公法或私法为当然的前提的……公法和私法的区别,实可称为现代国法的基本原则。国法的一切规律,无不属于公法或私法之一方,且因所属而不同其意义。间中亦有一个成文法规的规定,是同时属于公法或私法的双方的,但这不过是可拆而为两的不同规律,在文字上被结合规定在一个条文中而已。”^[29]根据这一法律划分逻辑,法律权利可以分为公法权利和私法权利。基本权利之所以被称为主观权利或者主观公权利,实际上遵循了公私法二元划分的理论逻辑。基本权利作为主观公权利的内涵主要体现在两个方面:一是基本权利是“主观”权利,即基本权利确认了个体化公民的利益。当公民的这种利益受到侵犯时,公民有权通过宪法审查程序获得救济。二是基本权利是“公”权利。“公”与“私”是相对的概念,主观“公权利”的称谓意在表明基本权利是公民相对于国家而非私人的权利。由此不难看出,公私法二元划分的理论是基本权利作为主观“公权利”的理论基础。然而,当基本权利被抽象为一个客观价值秩序,用以约束所有法律领域时,其便成为了一个既是公法权利又是私法权利、具有自然权利属性的超法律权利,公私法二元划分理论于此便显得丧失了适用余地。由于公法规范和私法规范、公法权利和私法权利的调整对象、调整方法和调整理念有着根本性差异,一个规范不可能既是公法规范又是私法规范,一项权利不可能既是公法权利又是私法权利。而三重抽象的结果恰恰导致了这样的局面,基本权利的主观权利面向表明基本权利是公法权利,而基本权利的客观法面向却表明其是适用于所有法律领域的超法律权利。基本权利的主观权利面向和客观法面向,同为一个权利的两个侧面,却遵循了两种不同的法律划分逻辑,属于两种不同性质的权利,其自相矛盾是显而易见的。

第三,宪法既为最高法又非唯一最高法的悖论。在基本权利经三重抽象而证成客观价值秩序的背后,包含着维护宪法最高法地位的考量。经过三重抽象导出的基本权利客

[27] (英)约翰·菲尼斯:《自然法与自然权利》,董娇娇、杨奕、梁晓晖译,中国政法大学出版社2005年版,第19页。

[28] 同上注,第230页。

[29] (日)美浓部达吉:《公法与私法》,黄冯明译,中国政法大学出版社2002年版,第3页。

观价值秩序可以适用于所有法律领域,似乎能够凸显宪法的最高法地位。但是,这一论证逻辑也可能导致适得其反的效果。宪法上的基本权利和民法上的民事权利在内容上具有很大的重合性。比如,人身自由权、人格尊严权、财产权等是宪法和民法的权利体系中共有的权利。这些权利之所以在宪法和民法上有所差异且不可混同,根源在于法律关系主体和调整对象的差异。“所有权利都是权利主体之间的关系。”^[30]虽然有些基本权利和民事权利的名称完全相同,但其调整对象和法律关系主体完全各异。基本权利作为公权利,调整国家和公民之间的关系;民事权利作为私权利,调整公民、法人或者其他组织之间的关系。调整主体的差异也引发二者在调整方法和调整理念上的不同。遵循三重抽象的论证逻辑,基本权利的确可以抽象为覆盖所有法律领域的客观价值。然而,民事权利又何尝不是如此?民事权利经过三重抽象之后同样可以导出一个具有普遍约束力的客观价值秩序。而且,这一客观价值与基本权利经三重抽象所导出的客观价值没有任何差异。例如,民法上的财产权和宪法上财产权经过三重抽象之后的客观价值是完全相同的,即“财产权应予保护”。按照这一逻辑,确立民法的最高法地位似乎也可以成立,由此,有学者提出的宪法和民法并列为两个基本法的观点也就在情理之中了。^[31]而这显然又与宪法的最高法地位构成冲突。所谓最高,意指唯一和至高,两个以上的唯一或者至高是不合逻辑的。由此可见,三重抽象的论证方式既可以为宪法的最高法地位提供证成,也可能得出否定宪法最高法地位的结论。

四、功能体系的内部冲突:客观价值秩序证成困境的延续

基本权利客观价值秩序理论由两个环节组成。从基本权利的主观权利面向经过三重抽象推导出客观价值秩序,是客观价值秩序理论的第一个环节。由客观价值秩序推导出基本权利客观法的具体功能,则是客观价值秩序理论的第二个环节。基本权利客观价值秩序理论的目的在于建构基本权利客观法的功能体系,以补充和强化基本权利保护。从这一意义理解,第一理论环节只是为第二理论环节奠定基础,第二个理论环节才是最终归宿。关于基本权利客观法的具体功能众说纷纭,但“比较没有争议的”有三项:“‘基本权(间接)第三人效力与放射效力’‘基本权作为组织与程序保障’‘基本权保护义务’”。^[32]基本权间接第三人效力与放射效力,意指基本权利作为客观价值秩序可以适用所有法律领域,虽然没有直接约束私主体的效力,但其对私人具有放射性的间接效力。法官在解释和具体化民法“概括条款”时,必须依据相关基本权利的精神为之。^[33]如果法官并未遵循这一规则,其判决便可能违宪。基本权作为

[30] 耶利内克,见前注〔22〕,第11页。

[31] 参见徐国栋:“市民社会与市民法——民法的调整对象研究”,《法学研究》1994年第4期,第3—9页。

[32] 张嘉尹,见前注〔16〕,第50页。

[33] 参见“关于‘吕特事件’之判决”,黄启祯译,载台湾地区“司法院”编:《西德联邦宪法法院裁判选辑(一)》,1990年版,第100页。

组织与程序保障,意指“基本权在客观法层面的扩散效果同样覆盖相关程序法与组织法的制定、解释与适用,即在实体法之外,基本权同样是组织法与程序法形成、解释与适用的准则与标尺”。^[34]同时,国家负有制定保障基本权实现的组织与程序法律的义务,以最大限度降低基本权利受到侵害的可能性。^[35]基本权保护义务是指:在公民—国家—公民的三角关系中,“公民可依据基本权利,向国家请求保护基本权利所保障的法益,以免受其他私人的侵害”,^[36]国家则负有对公民的基本权利免于其他公民的侵害的义务。此时,“虽然基本权利的第三人效力是在私法关系中发生的效力,但依然还是对公权力主体的约束。”^[37]

基本权利客观法的各项功能是基本权利客观价值秩序具体化的产物。如果基本权利客观价值秩序理论在证成环节存在逻辑困境,自然也会传递到基本权利客观价值秩序的各项具体功能之中,导致基本权利功能体系内部的冲突。

一是基本权利客观价值的普遍性与具体功能实现路径的冲突。“基本权利的客观价值秩序属性使得基本权利不再仅是一项个体性的权利或具有价值性质的框架性规定,更是一项具有普遍效力的实体法规范(主观权利的个体性→客观法的普遍性),要求国家不管是在国家—人民间的垂直关系中,还是在人民—国家—人民的三角关系中,都有积极保护基本权利的义务。”^[38]普遍性意味着基本权利的客观价值超越了基本权利的公法内涵,具有了对包括公法和私法在内所有法律领域的约束力。既然如此,基本权利在私人间的直接适用或者间接适用都是合乎基本权利客观价值覆盖所有法律领域的逻辑的,直接适用和间接适用是实现基本权利客观价值覆盖所有法律领域可供选择的两种方式。至于在具体操作中究竟选择直接适用还是间接适用,更多是如何实现基本权利客观价值覆盖所有法律领域的技术性问题,而非是否可以作出选择的定性问题。然而,在具体适用路径的选择上,“基本权利的(间接)第三人效力与放射效力”却将间接适用作为了可以选择的唯一方式,强调只能通过依据基本权利解释民法“概括条款”的方式来实现基本权利客观价值对所有法律领域的覆盖,直接适用被排除在可以选择的方式之外。“基本权利的(间接)第三人效力与放射效力”对间接适用方式的限定,显然又回归到基本权利的主观“公”权利属性,坚持了公私法二元划分。抛开直接适用与间接适用在结果上是否存在差异不论,通过对民法概括条款的解释来体现基本权利的客观价值而非直接适用来体现基本权利第三人效力,至少在形式上合乎公私法二元划分逻辑。基本权利的客观价值秩序被确定为超越公私法二元划分的普遍价值,但在具体适用方式上却又基于公私法

[34] Vgl. Sachs, Grundgesetz Kommentar, München: Verlag C.H. Beck, 1999, S. 89. 转引自赵宏, 见前注[2], 第44页。

[35] 参见冯健鹏, 见前注[5], 第145页。

[36] 参见冯健鹏, 见前注[5], 第145页。

[37] 张翔, 见前注[4], 第29页。

[38] 许瑞超:“德国基本权利第三人效力的整全性解读”,《苏州大学学报(法学版)》2017年第1期,第90页。

的二元划分将适用方式限定于间接适用,其理论逻辑并未贯穿始终。^{〔39〕}

这种理论逻辑的任意转换不仅存在于基本权利客观价值秩序与“基本权利(间接)第三人效力与放射效力”,还存在于基本权利客观价值秩序与基本权利国家保护义务之间。与基本权利(间接)第三人效力承认基本权利在私人间具有效力不同,基本权利国家保护义务否认基本权利对私人间的效力,认为在公民—国家—公民的“三角关系”中,国家对私主体的基本权利保护,是国家在履行基本权利保护义务而非公民之间存在基本权利保护义务。这一理论与基本权利的主观权利面向坚持基本权利对国家的防御可谓一脉相承,然而却偏离了基本权利客观价值覆盖所有法律领域的理论设定。以此观之,基本权利国家保护义务功能与其说来源于基本权利的客观价值,不如说直接来源于基本权利的主观权利。既然基本权利的客观价值是抽离了权利主体的普遍价值,其适用的领域就不应当局限于国家。当基本权利客观价值被认为仅仅适用于国家时,其就不再被视为一项普遍价值。基本权利国家保护义务与基本权利的主观权利面向在理论逻辑上保持了一致,但与强调普遍性的基本权利客观价值却又南辕北辙。

二是基本权利客观价值秩序具体功能之间的冲突。基本权利第三人间接效力和国家保护义务是基本权利客观价值秩序功能体系的两个组成部分。二者的主要区别在于适用范围不尽相同。基本权利第三人间接效力适用范围较窄,主要用于规范司法裁判过程中的基本权利适用问题;国家保护义务具有更强的涵括性,立法、执法、司法均涵盖其中。司法裁判中的基本权利适用,是两种功能的重叠之处。从系统论的角度分析,基本权利第三人间接效力和国家保护义务作为客观价值秩序理论系统的不同部分,应当保持理论基础的一致。事实上,这两种功能却建立在两种不同的理论基础之上。基本权利第三人间接效力强调效力的间接性,通过法律规范的解释体现基本权利的效力。基本权利第三人间接效力对基本权利在私人间的效力总体上持肯定立场。基本权利国家保护义务把国家保护一方私主体免受其他私主体侵犯归结为国家的义务。由此推断,基本权利国家保护义务对基本权利在私人间效力问题上持否定态度。基本权利第三人间接效力和国家保护义务作为客观价值秩序理论系统内的两个不同组成部分,在处理基本权利私人间效力这一问题时,理论基础并不统一。

三是具体功能内部的冲突。具体功能内部冲突主要体现在基本权利第三人间接效力和国家保护义务功能分别体现出的名实背离上。基本权利第三人间接效力强调基本权利在私人间效力的间接性,以民法概括条款作为中介实现基本权利对私人的约束力。事实上,其所谓的“间接效力”仅具形式意义,实质上与基本权利在私人间的直接效力并没有根本差异。民法概括条款是高度抽象的法律概念,其基本含义有待于通过法官的价值判断填充。基本权利第三人间接效力在适用民法概括条款处理涉及基本权利的私人争议时,无非是要求法院将民事主

〔39〕 如果抛开基本权利客观价值秩序的立场,仅从公私法二元划分的角度论证基本权利的私人间效力,间接适用也并非可供选择的唯一方式。美国的国家行为理论就是一个典型的例子。美国的国家行为理论同样强调宪法权利约束国家的公权利属性,但这一理论以私人间是否存在国家行为因素作为基本权利在私人间适用的前提,对适用方式上选择直接适用还是间接适用并无限定。由此也可以看出,基本权利私人间效力问题的关键点不在于适用方式,而在于是否设定适用条件以及条件如何设定。

体需要尊重和保护的**基本权利**作为民法概括条款的内容,并以此衡量当事人之间的利益冲突。尽管作为案件裁决依据的是民法概括条款,但概括条款作为解决民事案件的依据只具形式意义,真正的依据实质上是基本权利。如果不通过民法概括条款引入基本权利而是直接适用基本权利,与根据基本权利的精神解释民法概括条款的基本权利间接适用,在结果上并无差异。民法概括条款对争议的解决所发挥的作用只是充当了基本权利在私人间适用的通道。即使撤掉这一通道,直接适用基本权利解决私人纠纷,裁判结果并不会有什么根本不同。因此,基本权利第三人间接效力与其说是间接效力,倒不如说变相的直接效力更为真实。^[40]我国台湾地区学者吴庚先生认为:“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。”^[41]吴庚先生的这一论断一针见血地点出了基本权利第三人间接效力的实质。

与基本权利第三人间接效力以民法概括条款为通道实现基本权利私人间效力不同,基本权利国家保护义务否认基本权利在私人间的效力,将基本权利在私人间适用归结于基本权利对立法、行政、司法等国家机关的约束。从形式上看,这种理解与基本权利作为主观公权利约束国家的属性保持了一致。但是,从实质层面分析,国家保护私主体的基本权利免于其他私主体侵害,其作用主要是程序性的。私人间的基本权利保护义务具有实体上的先在性,立法、行政、司法等国家机关承担基本权利保护义务系事后的程序。基本权利国家保护义务实质上混淆了实体规范和程序规范的区别。只有承认私主体保护基本权利的实体义务,国家机关将基本权利适用于私人之间才具有正当性。国家保护义务并不能从根本上否认基本权利在私人间的效力,只是以国家保护的外观形式将基本权利私人间的效力予以遮蔽。基本权利对私主体有效力这一实体规则在先,才引出了国家机关在程序上将基本权利适用于私人。将基本权利在私人间的适用看作是国家的先在实体义务,而将基本权利在私人间的效力视为基本权利国家保护义务的后果,给人以逻辑上本末倒置的疑虑。^[42]

五、威胁私法自治和基本权利:客观价值秩序理论的现实危险

以上关于基本权利客观价值秩序理论的反思和批判主要集中于理论逻辑层面。法学是实践性学科,最终目的是解决实践问题。在评价某种理论的是非成败时,理论逻辑固然重要,更为重要的是其理论效用。如果逻辑上不能完全自洽的法理论可以在实践上带来良好效用,该理论仍不失为一种可以接受的理论。然而,基本权利客观价值秩序理论的理论效用是令人堪忧的,存在威胁私法自治和基本权利的现实危险。

首先,客观价值秩序理论难以满足法的安定性要求。安定性是法的重要价值。只有法律满足安定性,才能实现人们对现实生活的稳定预期以及社会的安定有序。古今中外的法学家

[40] 参见李海平:“论基本权利对社会公权力主体的直接效力”,《政治与法律》2018年第10期,第84页。

[41] 吴庚、陈淳文:《宪法理论与政府体制》,三民书局2015年版,第142页。

[42] 参见李海平,见前注[40],第84页。

们尽管对法的安定性众说纷纭,但强调法的明确、可预期是基本共识。以此标准衡量,客观价值秩序理论与法的安定性存在一定差距。第一,基本权利客观价值秩序具有高度不确定性。当经过对基本权利的三重抽象获致基本权利客观法之后,具有相对确定内涵的基本权利转化为一个抽象的伦理价值,其不确定性超过了任何类型的法律规范。法律规范由法律规则和法律原则两种规范类型组成。相较于法律规则,法律原则具有不确定性。确定的规则辅之以不确定的原则的规范体系设置,是法律回应复杂多变的社会现实的技术要求。然而,即使抽象的法律原则也具有公法原则和私法原则的划分,具有适用领域的限定,从而也能保持一定的确定性。基本权利客观价值秩序是一个超越公法和私法的普遍伦理价值,其不确定性可谓达至极致,不仅超过了法律原则,也超出了法律的范围。第二,基本权利客观价值秩序的适用具有难以预测性。由于强调客观价值适用法律领域的普遍性,客观价值秩序理论既没有限定适用的法律领域范围,也没有限定适用的条件,适用与否很大程度上取决于国家机关的自由裁量,这使得基本权利客观价值是否适用及其后果变得难以预测。

“吕特案”是德国联邦宪法法院运用客观价值秩序理论裁判的标志性案例,法官以“基本权利规定里也体现一种客观的价值秩序,被视为是宪法的基本决定,有效适用于各法律领域”为由,将宪法言论自由条款适用于私主体之间。^[43]然而,就在“吕特案”宣判的同一天,德国联邦宪法法院还公布了另一个与之类型相似但裁判逻辑完全相异的案件。“本案诉愿人是一位汉堡市议员,1953年联邦众议院选举期间,在其所租住的屋外,悬挂大型并安置照明设备的选举海报,房主以妨害住居安宁为由,向法院提出不作为及排除侵害之诉(《德国民法典》1004条第1项)。诉愿人则以人格发展(行为自由)、言论自由及住居不受侵犯理由相诘抗,并认为基本权利不得在私法关系中被限制。”^[44]民事法院以基本权利对私人没有效力为由,认定承租人的海报侵犯了房主民法上的居住安宁权,并判决房主胜诉。承租人不民事判决,以其言论自由受到侵害为由提起宪法诉讼,坚持认为言论自由优先于房主的财产权,请求法院保护其基本权利。蹊跷的是,德国联邦宪法法院在本案中对本权利客观价值秩序及其第三人效力功能只字未提,而是以“须以交易习惯来解释租约标准”等民法理由驳回了诉愿申请。^[45]“张贴选举海报案”和“吕特案”都涉及言论自由和财产权的冲突协调问题,性质上属于同一种类型的案件。“吕特案”争议的焦点是宪法言论自由能否适用于吕特和电影制片商、发行商的私主体之间,“张贴海报案”的焦点则是宪法言论自由能否适用于出租人和承租人的私主体之间。如果“吕特案”可以适用基本权利客观价值秩序理论,通过民法概括条款的转介使基本权利对私人产生效力,那么在同等类型的“张贴选举海报案”中就同样可以适用。但是,现实结果却相反,“张贴海报案”并未运用基本权利客观价值秩序理论。这说明,基本权利客观价值秩序理论是否适用具有很强的任意性,主要取决于法院等国家机关的自由裁量。既然如此,基本权利客观价值秩序理论能否满足法的安定性就不能不让人怀疑。

[43] 参见“关于‘吕特事件’之判决”,见前注[33],第100页。

[44] 陈新民,见前注[3],第317页。

[45] 陈新民,见前注[3],第317页。

其次,客观价值秩序理论具有侵害私法自治的危险。所谓私法自治,“是个人自我负责地和不受约束地构建其私人法律关系的自由”,“是私法区别于其他法律部门的根本特征”。〔46〕尊重私主体的自由选择,允许个人自主选择自己的生活方式,国家在一个中立的立场上给予私人平等的尊重,是私法自治根本要义。如果基本权利客观价值的效用仅仅体现为价值意义上的指导,不实质影响当事人的权利义务,其不确定、不可预测并不会产生威胁私法自治的后果,但事实并非如此。基本权利客观价值秩序理论在名义上以客观价值秩序指称基本权利客观法,其实质指向却是基本权利的适用,会直接影响乃至决定立法、行政以及司法裁判的后果。〔47〕仍以“吕特案”为例,法院是否根据基本权利客观价值秩序原理将基本权利适用于案件之中,裁判结果是截然相反的。该案中,法官名义上根据宪法言论自由解释民法善良风俗条款,而善良风俗条款对裁判结果发挥的作用是非常有限的。善良风俗是一个高度不确定的法律概念,依据言论自由解释善良风俗,实质上就是在以言论自由塑造善良风俗的规范内涵。无论判决书是否把言论自由列为裁判依据,言论自由在实质上发挥了裁判依据的功能。当以基本权利客观价值的普遍性为由将其适用至所有法律领域,尤其是私法领域时,私法自治就岌岌可危了。基本权利作为客观价值约束所有国家权力并适用于私法领域,其本质上是国家权力对私人关系的干预。私法自治并非绝对,国家权力在特定情况下干预私人关系有其正当性。但是,这种干预应有一定的条件和范围限定。然而,基本权利客观价值秩序理论因强调基本权利客观价值的普遍性,并未限定其辐射私法领域的具体范围和条件。于是,其对私法自治的威胁就不可避免。

最后,客观价值秩序理论对基本权利构成威胁。从民法作为部门法的角度分析,私法自治是一个民法原则;从国家与公民的关系考量,私法自治则属于基本权利,具体化为各种权利形式。〔48〕基本权利客观价值秩序理论对私法自治的威胁,本质上也是对基本权利的威胁。同时,客观价值秩序理论对私法自治的威胁还会衍生到其他权利。例如,张三以其法定继承人李四信仰某宗教为由,在遗嘱中明确李四不得继承其任何遗产。李四以张三强制其改变宗教信仰而侵犯宗教信仰自由为由请求法院确认遗嘱无效。在此情形下,如果法官遵循客观价值秩序理论将宪法宗教信仰自由条款间接适用于本案当事人之间,并不违反客观价值秩序理论的一般原理。但是,这种做法不仅构成对私法自治的侵犯,同时也具有侵犯张三宗教信仰自由的嫌疑。张三对其财产的处置行为本身包含着某种宗教情感,当法官将宗教信仰自由适用于本案时,表面上看李四的宗教信仰自由受到了保障,张三的宗教信仰自由却由此受到侵犯。

基本权利客观价值秩序理论对基本权利的威胁不仅体现于合同、婚姻、遗嘱等通过意思表示确立的关系领域,在不包含意思表示因素的事实关系领域,客观价值秩序理论在私人关系中的运用同样会威胁基本权利。基本权利作为调整公民和国家间关系的公权利,在调整方法上

〔46〕 (德)本德·吕斯特、阿斯特利德·施塔德勒:《德国民法总论》(第18版),于馨森、张姝译,法律出版社2017年版,第28页。

〔47〕 参见李海平:“民法合宪性解释的事实条件”,《法学研究》2019年第3期,第22页。

〔48〕 参见吕斯特等,见前注〔46〕,第28页。

具有限制国家权利、保护公民权利的倾斜性。当基本权利以客观价值的名义被适用于私主体之间时,无论适用于立法、行政或者司法过程之中,还是适用于契约关系或者事实关系领域,都会威胁基本权利。对此,即使客观价值秩序理论的支持者也承认:客观价值秩序理论“旨在使国家采取积极措施以保障基本权利法益的安全,安全的获得是否会以自由的失去为代价,即国家是否可能以保护义务之名,对个人自由进行‘意志偷渡’式的干预,便不无疑虑”。〔49〕

六、从普遍价值到公共价值:客观价值秩序理论的重构

如前所述,基本权利客观价值秩序理论可以获得我国宪法规范依据的支撑,契合我国宪法强调国家“保障人权”的理念,具有理论借鉴的必要性。但是,该理论在理论定位、理论逻辑和理论效用方面存在诸多缺憾。对于基本权利客观价值秩序理论,我们不能因噎废食地彻底否定,但也不能对其缺憾视而不见。如何重构这一理论,化解理论自身的逻辑冲突,克服其威胁私法自治和基本权利的实践之弊,是法学研究面临的重要课题。

首先,客观价值普遍性的限缩是基本权利客观价值秩序理论重构的基本方向。理论重构如同医生治病,只有在复杂多样的症状中发现病根,才能做到对症下药和药到病除。头痛医头、脚痛医脚或许可以缓解病情,但不能从根本上解决问题。那么,基本权利客观价值秩序理论的病根何在?答案无疑是基本权利客观价值的普遍性。无论基本权利客观价值秩序的理论阐释者,抑或是德国联邦宪法法院这一客观价值秩序理论的实践者,都强调基本权利“有效适用于各法律领域”的“全方位”和“普遍性”。〔50〕这是基本权利客观价值秩序理论最为实质和核心的特征。由此,我们可以将基本权利客观价值秩序理论称为基本权利客观普遍价值秩序理论。而客观价值的普遍性恰恰是基本权利客观价值秩序理论所有问题的根源。正是由于对基本权利客观价值的普遍性的强调,基本权利的客观法内涵才偏离了基本权利主观权利所设定的轨道,导致了基本权利客观法内涵的脱序。正是由于对基本权利客观价值普遍性的强调,客观价值秩序的理论证成才选择了三重抽象的路径,进而导致该理论在宏观层面的三重悖论和微观功能体系内部的相互冲突。正是由于对基本权利客观价值普遍性的强调,才使得基本权利“适用于各法律领域”时忽略了范围和条件的限定,从而威胁私法自治和基本权利。基本权利客观价值秩序理论的重构必须对客观价值秩序的普遍性作出调整,使客观价值的适用领域限定在必要、合理的范围。因此,如何限缩基本权利客观价值的适用范围就成为基本权利客观价值秩序理论重构至为关键的问题。

其次,宪法兼具最高法和公法属性的一体化解释是限缩基本权利客观价值普遍性的基本前提。基本权利规范是宪法的组成部分,基本权利理论必然会受整体宪法理论的制约。基本

〔49〕 王进文:“基本权国家保护义务的疏释与展开——理论溯源、规范实践与本土化建构”,《中国法律评论》2019年第4期,第122页。

〔50〕 参见(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,《财经法学》2018年第5期,第71页。

权利客观价值秩序的普遍性与一定的宪法观相关,其背后是特定的宪法观支撑。有什么样的宪法观,就有与其对应的基本权利价值秩序理论。如果不破除基本权利客观价值秩序普遍性背后的宪法观,基本权利客观价值的限缩便无法彻底进行。基本权利客观价值普遍性的限缩,尚需检讨其背后的宪法观,进行宪法观的重构。

宪法兼具最高法和公法的双重属性,是其区别于其他法律部门最为显著的特征。如何理解宪法兼具最高法和公法属性,是关乎宪法观的根本问题,影响和决定着对宪法、宪法与其他部门法关系等诸多问题的认知。^[51]从方法论角度分析,学者之所以拥抱基本权利客观价值秩序理论,与对宪法兼具最高法和公法属性的分裂化解释有着一定关系。所谓分裂化解释,就是把宪法的最高法属性和公法属性作为两个完全独立的属性,分别加以解释,对于宪法最高法地位的解释不受宪法的公法属性的约束。所谓宪法的最高法属性,不仅指宪法的效力具有最高性,而且指宪法的调整范围和效力范围具有普遍性,即宪法可以调整所有类型的社会关系,对所有法律领域均具有约束力。由此,宪法不仅是公法,同时还是“母法”,“适用于所有法律领域”。当客观价值秩序理论一方面认同基本权利的主观权利面向,同时又强调基本权利客观价值的普遍性时,实际上是对基本权利的主观权利面向和客观法面向进行了分裂化的解释。这种解释的逻辑与宪法兼具最高法和公法的分裂化解释几乎完全一致。基本权利客观价值秩序理论之所以被我国学者普遍接受,一定程度上是我国学界普遍认同宪法母法观的必然结果。客观价值秩序理论实质上为宪法母法观提供了理论上的支撑。如果不从根本上纠正宪法兼具公法和最高法的分裂化解释及宪法母法观,就很难从根本上改变基本权利客观价值普遍性的错误认识。

宪法作为一个内在统一的规范体系,公法和最高法是宪法整体或者某个具体宪法规范的两个不同侧面,而不是两个完全独立的组成部分。宪法的最高法属性必须与公法属性进行一体化解释。宪法是最高法,但不是“适用于所有法律领域”的万能法。“适用于所有法律领域”的法是自然法,只可能出现于前国家的自然状态或者以理念的形态存在于人的精神世界之中。在国家的实证法体系中,任何法律的调整领域都是有限的,宪法也不例外。当宪法可以“适用于所有法律领域”时,宪法的最高法地位固然得到了满足,却与宪法的公法属性构成冲突,“模糊了公民对峙国家的宪法秩序结构”,^[52]也为宪法过度干预其他部门法领域埋下伏笔。因此,宪法的最高法属性可以突破其作为公法仅仅调整公民和国家关系的范围,也可以通过抽离公法的部分内容而辐射到更广泛的领域。但是,宪法的最高法的意义绝不意味着宪法可以辐射所有法律领域,尤其是所有私法领域。事实上,宪法最高法地位的实现形式是多样的,至少包括“适用”宪法和“不抵触”宪法两种。以积极的方式确定某个法律领域“适用”宪法,可以体现宪法的最高法地位;以消极的方式划定某个法律领域“不抵触”宪法,同样可以体现宪法的最高法地位。据此,宪法作为最高法属性的解释,其核心任务是在宪法作为公法的基础上划定宪法的价值可以辐射的法律领域范围。在此领域内,宪法对其具有适用性,而在该领域范围之外的其他法律领域,宪法对其则不得适用,其以不抵触宪法的方式体现宪法的最高法地位。

[51] 参见王锴:“宪法与民法的关系论纲”,《中国法律评论》2019年第1期,第42页。

[52] 林来梵:《从宪法规范到规范宪法——规范宪法学的一种前言》,法律出版社2001年版,第307页。

再次,基本权利客观价值秩序应当限缩为基本权利客观公共价值秩序。实际上,宪法兼具公法和最高法属性与基本权利兼具主观权利和客观法属性是整体和部分的关系,如何解释前者就要求以同种方式解释后者,对后者的解释要与对前者的解释相一致。宪法兼具公法和最高法的特性需要遵循一体化解释的方法,相应地,基本权利兼具主观权利和客观法也应当进行一体化解释。按照这一逻辑,宪法的最高法属性可以通过对宪法的公法属性进行抽象而获得,基本权利的客观法属性也可以经对基本权利的主观权利面向进行抽象而获取。但是,这种抽象不宜抽象过度,原来的三重抽象应当调整为两重抽象,即仅仅抽象基本权利的权利相对人和权利客体。经抽象后得出的基本权利客观价值至少应当保留公法和公权利的公共性底色。

根据传统利益说、权力说等公法界定的学说,宪法是有关国家利益、控制国家权力的法。^[53] 宪法作为公法的核心特征是其关涉国家共同体的公共性,包括国家权力的公共性和国家利益的公共性。以此为基础进行客观价值的抽象,就需要剥离国家共同体的内涵,扩展到更为广泛的领域。但是,与客观普遍价值秩序理论不同的是,经过两重抽象之后的基本权利客观价值,其扩展的范围仅限于具有公共性的法律领域,而非扩展至“所有法律领域”。我们将这一客观价值秩序称之为基本权利的客观公共价值秩序。相较于客观普遍价值秩序理论,基本权利客观价值的适用范围从国家层面的公共领域扩展到社会层面的公共领域,并对公共利益和公权力的范围作出广义的解释。公共利益既包括国家公共利益也包括社会公共利益,而公权力既包括国家公权力也包括社会公权力。^[54] 基本权利作为客观公共价值秩序,对于宪法以外的其他公法领域的适用及约束力毋庸置疑;对于私法领域,其约束力则仅限于涉及公共性的事项,包括民事关系的一方主体是国家权力或者社会公权力,或者民事权利义务的内容关涉国家公共利益或者社会公共利益。对于私法领域中不涉及公共性的事项,立法、行政和司法机关则必须尊重私法自治,基本权利的客观公共价值对其不产生约束力。

通过上述两重抽象过程,基本权利客观价值的普遍性就限缩为基本权利客观价值的公共性,基本权利客观价值秩序的适用范围就从“所有法律领域”缩减至“具有公共性的法律领域”。据此,我们将这种基本权利客观价值秩序理论称为基本权利客观公共价值秩序理论。同时,“具有公共性的法律领域”的适用范围限定,也意味着限定了适用条件,基本权利客观价值的适用是以该法律领域中存在公共性因素为前提。由此,客观公共价值秩序理论也是一种有条件适用的基本权利客观价值秩序理论。适用范围的有限性和适用条件的公共性是基本权利客观公共价值秩序理论的基本特征。

以上关于基本权利客观公共价值秩序理论的阐述,主要基于理论上的推断。为了增强说服力,我们以学界熟知的德国联邦宪法法院运用客观价值秩序理论的典型案例——“吕特案”为例加以验证。该案的基本事实可概括为:吕特公开呼吁德国民众抵制参加德国国家电影展的电影而产生争议。^[55] 联邦宪法法院在裁判文书中指出:“基本权利主要是人民对抗国家的

[53] 参见钱福臣:“我国宪法私法效力问题的基础认知——基于中西比较的立场”,《当代法学》2014年第2期,第3—5页。

[54] 参见李海平,见前注[40],第113页。

[55] 参见“关于‘吕特事件’之判决”,见前注[33],第100—127页。

防卫权,但在基本法的各个基本权利规定里也体现一种客观的价值秩序,被视为是宪法的基本决定,有效适用于各法律领域。”^[56]据此,联邦宪法法院认为民法善良风俗条款应当依据宪法言论自由进行解释。在该案中,宪法法院坚持了基本权利客观价值的普遍性原理,既未限定客观价值秩序的适用范围和条件,也未提及本案涉及的国家和社会层面的公共性问题。但是,由于该案涉及的电影属于参加国家电影展的电影,吕特公开呼吁抵制电影的言论关涉公共议题及公共意见的形成,因而该案中客观价值秩序理论的适用完全可以从具有国家权力或者公共利益等公共性因素而加以适用的意义上得到解释。本案的裁判原理与其说是基本权利客观普遍价值秩序理论,不如说是基于基本权利客观公共价值秩序理论。

当然,基本权利客观公共价值秩序理论并非能够在所有运用客观价值秩序理论裁判的案例中得到验证,同样由德国联邦宪法法院裁判的“次承租人保护案”就是典型。在该案中,承租人将其承租的营业房转租给次承租人,后因所有权人解除租赁契约并收回房屋而产生争议。^[57]民事法院以次承租人已经被告知事实为由判决其败诉。联邦宪法法院认为:“法院解释法律或填补法律漏洞时,导致立法者所禁止的差别待遇,亦是侵害基本权”,尽管次承租人知悉所有权关系,其也应当获得与承租人同样待遇。民事法院的判决未考虑基本法平等权条款的价值,因而构成对次承租人平等权的侵犯。本案对于宪法平等权条款的运用是值得商榷的。即使不诉诸宪法平等权而仅仅适用民法,本案仍然可以得到妥当解决,诉诸宪法平等权反倒有些牵强附会。之所以出现上述情况,或许与德国特殊的宪法审查体制有密切关系。德国宪法法院是专门审理宪法案件的法院,在面对被提起宪法诉愿的民事案件时,只有将其与宪法联系起来,对普通法院民事裁判实施监督才具有正当性。否则,宪法法院便无法获得裁判此类案件的正当理由。宪法法院不限定基本权利客观价值的适用范围和条件,而是通过“自我克制”来限制客观价值秩序理论的运用,对树立宪法法院权威和便利其监督普通法院裁判更为有利。德国联邦宪法法院对客观价值秩序理论的青睐,与此不无关系。或许正是由于这一原因,有德国学者批评基本权利客观价值秩序理论导致立法“向宪法法院倾斜的失衡现象”以及“以宪法法院为中心的司法国家”的危机。^[58]如果明确基本权利客观价值适用于具有公共性的法律领域的范围和条件,客观上会起到抑制客观价值秩序理论过度适用的后果。从这一意义理解,类似“次承租人保护案”这样的不宜用基本权利客观公共价值秩序理论解释的案例,并不能成为否定该理论的理由。恰恰相反,其从反面证明了基本权利客观公共价值秩序理论相较于客观普遍价值秩序理论的优势。

最后,基本权利客观公共价值秩序的功能体系应当进行相应调整。当基本权利的客观普遍价值限缩为客观公共价值,基本权利客观价值适用的范围从所有法律范围领域缩减至具有公共性的法律领域,基本权利客观价值秩序的各项功能也须相应调整。一是客观价值秩序各

[56] “关于‘吕特事件’之判决”,见前注[33],第100页。

[57] 参见“关于‘租赁契约解除规定之合宪性’之裁定”,萧文生译,载台湾地区“司法院”编:《德国联邦宪法法院裁判选辑(六):宪法与私法》,1996年版,第121—128页。

[58] Vgl.E.-W. Böckenförde, Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik, in: Der Staat 29 (1990), S. 194 ff. 转引自李建良:“基本权利与国家保护义务”,载李建良、简资修主编:《宪法解释之理论与实务》,德伸文化事业股份有限公司2000年版,第340页。

项功能应限定适用条件。作为基本权利客观公共价值秩序理论系统的组成部分,基本权利第三人效力、组织和程序保障、国家保护义务都应客观公共价值秩序的适用范围保持一致,即各项功能只在主体之间存在公共性因素的法律领域中才具适用性。这种公共性因素既可以体现国家公共性也可以体现为社会公共性,既可以是国家公权力或国家公共利益,也可以是社会公权力或社会公共利益。在不具有公共性因素的情况下,这三项功能便没有适用之余地。当然,存在公共性因素也不必然适用该理论。特别是基本权利第三人效力和国家保护义务功能的适用,由于涉及私主体之间的关系,就需要考量当事人的行为是法律行为还是事实行为。如果该行为是法律行为,当事人意思自治应当受到最大限度尊重,第三人效力或者国家保护义务的适用需要极为审慎,除非已经构成严重的意思表示恣意,否则不得适用。二是基本权利第三人效力功能需要并入基本权利国家保护义务功能之中。国家保护义务具有较广的涵盖性,在涉及公民—国家—公民三角组合关系时,立法、行政、司法等国家机关均具有保护公民免受其他公民侵犯基本权利的义务,第三人效力则仅仅适用于司法裁判中法院对私主体间基本权利的保护问题。在传统基本权利客观普遍价值秩序理论下,基本权利第三人效力和国家保护义务尽管处理的事项具有一定重叠,但由于二者的理论形态存在较大差异,各自独立存在尚具合理意义。当基本权利的客观价值限缩为公共价值时,不仅第三人效力和国家保护义务的理论基础实现了实质性统一,国家保护义务在范围上也能够完全涵盖第三人效力。此时,基本权利第三人效力功能就不再具有独立存在的价值,并入国家保护义务功能并作为其一种形式便是更妥当的选择。

七、结 论

基本权利客观价值秩序理论在我国经历了一个从引进到内化的过程。从 21 世纪初至今的短短 20 年时间,这一源自德国的理论日渐内化为我国基本权利理论的一个重要组成部分,成为学界分析我国基本权利相关问题不言自明的理论前提和工具。作为后发法治现代化国家,学习借鉴域外法学理论的意义毋庸置疑。尤其是,基本权利客观价值秩序理论关于扩大基本权利保护范围、增强基本权利保障力度的内容,和我国宪法的国家保障人权理念高度契合,也强化了借鉴这一理论的必要性和合理性。然而,本文研究表明基本权利客观价值秩序理论在理论定位、理论逻辑和理论效用上也存在诸多缺陷。为了克服这些缺陷,基本权利客观价值秩序理论应当重构为基本权利客观公共价值秩序理论。基本权利客观价值的属性应当由普遍性限缩至公共性,基本权利客观价值的适用范围也相应从所有法律领域缩减至具有公共性的法律领域。基本权利的客观价值在公法领域的适用性固不待言,其对私法也同样具有适用性,但仅限于具有公共性的私法领域。与此相适应,基本权利客观价值秩序的各项功能也须作出调整。一方面,组织与程序保障、国家保护义务等各项功能的实现须符合具有公共性的法律领域的范围条件;另一方面,基本权利第三人效力功能须并入国家保护义务功能之中,作为国家保护义务功能的一种形式。

本文对基本权利客观价值秩序理论的反思主要集中于这一理论本身,并尝试重构了这一理论。值得进一步反思的是,为何具有诸多缺憾且在德国充满争议的客观价值秩序理论,在我

国很少听到反思质疑的声音?这某种程度反映了我国当下对待域外法理论存在“向西方寻求药方”和“外国法的某某制度及其对中国的启示”的认知倾向。^[59]这一认知倾向很容易导致忽略对域外法理论的反思和改进。法治先行国家的理论是该国特定历史时期的产物,受制于当时学者的认知状态、制度环境和历史情境。所以,即使法治先行国家的理论也难以逃脱“厮杀的战场”的哲学隐喻,^[60]总是处于间断性的更迭之中。这已经被法学理论发展史所证明。所以,我们在充分肯定域外法理论借鉴意义时,对其也应保持反思的态度。域外法研究除了需要历史转向——“细致地呈现概念生成的历史语境”之外,^[61]还需要未来转向——以发展的眼光看待域外法理论,使理论借鉴尽可能建立在理论反思的基础上。域外法理论借鉴的未来转向,既可防止法学研究陷入不断“跟跑”的怪圈,使理论发展少走弯路,也有利于世界法学发展做出中国贡献。

Abstract: Objective order of values of fundamental rights theory conforms to the provision of the Chinese Constitution on state protection of human rights, which can be used as the basis for the construction of the doctrine of fundamental rights state protection. However, there are many flaws in this theory. In terms of theoretical orientation, representing objective law with objective order of values causes the disordering of fundamental rights as objective law to subjective rights. In terms of theoretical logic, the justification of “triple abstractions” leads to the paradoxes that the fundamental rights norms are both natural law and positive law, that the fundamental rights are both public law rights and trans-legal rights, and that the function system of objective order of values falls into self-contradiction. In terms of theoretical utility, the theory has the potential to infringe upon private law autonomy and fundamental rights. Objective order of values of fundamental rights theory should be reconstructed into objective public order of values theory. This means that the attribute of objective value of fundamental rights should be adjusted from universality to publicity, that the radiation scope should be narrowed down from all legal fields to those with publicity, and that the application of private law should be limited to those of a public nature.

Key Words: Fundamental Rights; Objective Order of Values; Objective Public Order of Values; Public Subjective Rights; Objective Law

(责任编辑:彭 鎔)

[59] 田雷:“第二次的相逢——论外国法研究的历史转向及其中国问题意识”,《探索与争鸣》2017年第4期,第52页。

[60] 孙正聿:《哲学通论》,辽宁人民出版社1998年版,第13页。

[61] 田雷,见前注[59],第56页。