

# 基本权利私人间效力：直接还是间接？

杨登杰<sup>\*</sup>

**摘要** 基本权利私人间效力的概念需要澄清，不同层面的意义必须区分。在规范根据意义上肯定直接效力，以强调基本权利的私人间效力不必借道个人—国家关系，在司法援用意义上以间接效力为原则，以强调宪法与民法互补交融，如此便能使直接与间接效力各得其分、相容互补。在中国宪法下，不但应承认客观法意义上的直接效力，还应承认主观权利意义上的直接效力。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与规范属性，无需担心对国家的正当化标准会运用于私人。此一操作框架不是公法上的权利义务倾斜配置，而是以协调平衡私主体间平等的自由为目标的具体法益衡量。在规范属性上，宪法不只是公法，在私人间适用的基本权利是私法规范。

**关键词** 基本权利 第三人效力 法益衡量 比例原则 宪法与民法

直观无概念则盲。

——（德）康德：《纯粹理性批判》

## 引言

自2001年“齐玉苓案”〔1〕以来，国内关于宪法基本权利私人间效力的讨论逐步推进。此一效力也称基本权利的第三人效力或水平效力。在讨论此主题时，一个核心问题

<sup>\*</sup> 北京航空航天大学法学院副教授。本文系国家社科基金一般项目“依宪治国视角下的经济宪法条款之解释与适用”（项目编号：116BFX038）的阶段性研究成果。

〔1〕“齐玉苓诉陈晓琪等以侵犯姓名权的手段侵犯宪法保护的公民受教育的基本权利纠纷案”，参见《最高人民法院公报》2001年第5期。

是：一旦肯定该效力，它如何发挥或实现？对此问题的常见表述是：基本权利在私人间的效力应是“直接效力”还是“间接效力”？与这一对概念的发源地——德国——的情况类似，直接效力说在中国虽非没有支持者，〔2〕但间接效力说似因其介于直接效力说与无效力说之间的折衷调和立场，更获学者青睐，〔3〕关于合宪性解释的研究也常常隐含了间接效力说。〔4〕然而近年来，无论在中国还是德国，情况都发生着微妙的变化。在德国，某些学者认为，联邦宪法法院近十年来关于基本权利第三人效力的判决〔5〕虽然在名义上仍诉诸间接效力，但实质上无异于直接效力；〔6〕还有学者从规范角度重新主张、论证直接效力。〔7〕在中国，李海平在批判间接效力说的基础上，一方面限缩基本权利私人间效力的适用范围，另一方面却主张直接效力。〔8〕

然而，各种直接效力说与间接效力说的交锋，隐约透出其中所含歧义：当两人都主张直接效力或都主张间接效力时，他们说的是一回事吗？当一方支持直接效力而另一方支持间接效力时，他们的观点果真相互矛盾、非此即彼吗？这些问题一般未被意识到，更未获得系统澄清。未被意识到的根源在于对基本权利私人间效力的概念本身只存在粗疏模糊的直观认识，未在概念层面精确界定何为直接效力、何为间接效力，未深究直接效力与间接效力在具体操作层面有无及有何区别，对这一对概念的运用过于随意。这些基础性问题不提出、不解决，在讨论基本权利私人间效力问题时难免各说各话，难以形成有效、有意义的对话。

鉴于此，本文欲从概念分析的基础工作着手，通过对直接效力与间接效力的概念澄清，提供思考基本权利私人间效力问题的新框架。然后在新框架的基础上，回答直接效

〔2〕 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2003年版，第243页以下。

〔3〕 参见张红：《基本权利与私法》，法律出版社2020年版，第55—88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；刘志刚：“基本权利对民事法律行为效力的影响及其限度”，《中国法学》2017年第2期，第88—102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556—557页；但张翔同时主张在特定条件下采行直接效力，参见同文第557—558页。

〔4〕 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”，《中国法学》2008年第3期，第110—116页；黄卉：“合宪性解释及其理论检讨”，《中国法学》2014年第1期，第285—302页；杜强强：“合宪性解释在我国法院的实践”，《法学研究》2016年第6期，第107—125页。

〔5〕 BVerfGE 128, 226 (248 f., 252); 148, 267 (267, 280, 283); BVerfG, Beschl. v. 18.7.2015-1 BvQ 25/15, Rn. 5 f.; Beschl. v. 22.5.2019-1 BvQ 42/19, Rn. 15.

〔6〕 Fabian Michl, *Situativ staatsgleiche Grundrechtsbindung privater Akteure*, JZ 2018, 910; Alexander Hellgardt, *Wer hat Angst vor der unmittelbaren Drittwirkung?*, JZ 2018, 901.

〔7〕 Andreas Kulick, *Horizontalwirkung im Vergleich*, 2020.

〔8〕 参见李海平下列论文：“基本权利间接效力理论批判”，《当代法学》2016年第4期，第48—58页；“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109—123页；“民法合宪性解释的事实条件”，《法学研究》2019年第3期，第15—31页；“基本权利客观价值秩序理论的反思与重构”，《中外法学》2020年第4期，第1062—1080页。

力与间接效力何者更可取的问题。第一部分进行概念澄清，探讨基本权利私人间效力“是什么”的问题，辨析该效力的两层不同意义——规范根据意义与司法援用意义，由此区分出这两层意义上的直接效力与间接效力；并在规范根据意义上的直接效力下，又区分出主观权利意义上的直接效力与客观法意义上的直接效力。第二部分聚焦操作框架与规范属性，探讨基本权利私人间效力“如何”发挥作用以及此问题背后涉及的基本权利规范属性。第三部分在前两部分的基础上，对基本权利在私人间是直接效力还是间接效力的问题，提出区别处理的方案。具体来说，便是拒绝直接与间接效力的简单二分法，改为立足于这一对概念的多层意义，一方面在规范根据意义上主张直接效力，且不止于客观法意义上的直接效力，而是进一步承认主观权利意义上的直接效力；但另一方面在司法援用意义上以间接效力为原则，以有条件的直接效力为例外。第四部分对其他两种重要的竞争性学说——即国家行为说与社会公权力说——提出批评，并在此一脉络中，探讨具体法益衡量与类型化谁更可取的问题。限于目的与篇幅，本文无法对无效力说及其对基本权利私人间效力的全盘否定〔9〕进行系统反驳，只能另文专述。

## 一、概念澄清

基本权利的私人间效力、第三人效力或水平效力指的是宪法基本权利除了是个人可对国家主张的权利外，也对私主体间的民事权利义务关系发生某种、某程度或某范围的效力、效果或影响。基本权利的私人间效力有下述多层意义，以致于一方面，当多人皆言及直接效力或皆言及间接效力时，所指可能不同，另一方面，当一方谈直接效力而另一方谈间接效力时，不一定相互对立而不可调和。

### （一）规范根据意义上的直接与间接效力

#### 1. 规范根据意义上的直接效力

规范根据意义上的基本权利私人间直接效力是指基本权利参与建构、形塑私人间民事法律关系，成为私法上权利义务的规范根据，或者说，与普通法律共同构成其规范根据。换言之，若基本权利的规范效力不限于个人—国家关系，而是也延伸到个人—个人关系，便是赋予基本权利在私人间以规范根据意义上的直接效力。此直接效力又有两类：主观权利意义上的直接效力与客观法意义上的直接效力。

（1）主观权利意义上的直接效力。主观权利意义上的基本权利私人间直接效力是指在私法关系中，当事人相互间可以直接主张作为主观权利的基本权利。换言之，作为基本权利主体的个人之相对方不但可以是国家，也可以是另一私人。相应地，侵害个人基本权利的不但可能是国家，也可能是另一私人。举例而言，葡萄牙 1976 年宪法与南非 1996 年宪法都明文承认基本权利在私人间具有主观权利意义上的直接效力。〔10〕西班牙 1978 年宪法宣示公权力与公

〔9〕 参见黄宇晓：“论宪法基本权利对第三人无效力”，《清华法学》2018 年第 3 期，第 186—206 页；姜峰：“宪法私人效力中的事实与规范：一个分析框架”，《法商研究》2020 年第 1 期，第 87—100 页。

〔10〕 葡萄牙《宪法》第 18 条第 1 款；南非《宪法》第 8 条第 2 款。

民都受宪法约束,司法实践据此承认基本权利在私人间的直接效力。<sup>[11]</sup> 欧洲法院自2018年的“Egenberger”判决起,也承认私人间可以直接主张《欧盟基本权利宪章》保障的基本权利。<sup>[12]</sup> 反之,否定主观权利意义上的直接效力意味着基本权利作为主观权利只是个人对国家的权利,私人相互间不能直接主张。相应地,侵害个人基本权利的只可能是国家,不可能是私人。甲侵害了乙受基本权利保护的法益,虽可能构成乙对国家主张基本权利以要求国家阻止侵害、保护法益的理由,却不直接构成甲对乙基本权利的侵害。

(2)客观法意义上的直接效力。客观法意义上的基本权利私人间直接效力是指即使不论主观权利面向,基本权利仍是有法律约束力的规范要求,能以此身份参与建构、形塑私人间法律关系,成为私法上权利义务的规范根据。承认主观权利意义上的直接效力者必然肯定客观法意义上的直接效力。否定主观权利意义上的直接效力者仍可主张纯粹客观法意义上的直接效力,从而也承认规范根据意义上的直接效力。主观权利意义上的直接效力与纯粹客观法意义上的直接效力的区别在于,前者权利人得以此身份向义务人主张;后者没有权利人,仅义务人被规范。<sup>[13]</sup>

举例而言,德国联邦宪法法院虽然以(含义不明的)基本权利间接第三人效力自我定位,否定主观权利意义上的直接效力,但当法院主张,基本权利不只是个人对抗国家的防御权,而是也作为客观价值辐射到所有法律领域、包括私法关系,并由此证成基本权利的私人间效力时,<sup>[14]</sup>其实就默认了客观法意义上的直接效力。德国学者阿列克西与博肯福德都敏锐地指出德国基本权利在所谓间接第三人效力下具有的、普遍为人所否认或忽略的直接效力意涵。<sup>[15]</sup> 针对联邦宪法法院处理言论自由与名誉权冲突的一个判决,博肯福德说:“只因为基本权利通过民法典发挥作用,就说应当不存在直接第三人效力,这……是不可理解的。”他认为,从实质上看,一方言论自由的基本权利就是限制了他方的权利范围,使其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,扩大或限制私人的自主。”<sup>[16]</sup>

我国学者张翔与李海平也认为德国式间接效力与直接效力无异。张翔说:“以适用民法条款为名而实际运用宪法条款,又似有掩耳盗铃、自欺欺人之嫌,因为这种情况下与基本权利发生‘直接效力’没有根本上的区别。”<sup>[17]</sup>李海平说:“在基本权利间接效力理论的法律推理中,

[11] 西班牙《宪法》第9条第1款;Andrea Rodriguez Liboreiro, “Spain: A Jurisdiction Recognising the Direct Horizontal Application of Human Rights”, in Dawn Oliver & Jörg Fedtke (eds.), *Human Rights and the Private Sphere: A Comparative Study*, London: Routledge-Cavendish, 2007, pp. 213–251.

[12] CJEU, 17 April 2018, C-414/16, Egenberger, paras. 70–82.

[13] 但有学者认为无权利人而仅义务人被规范的情形属于间接效力;参见苏永钦:“宪法权利的民法效力”,载氏著:《合宪性控制的理论与实际》,月旦出版社1994年版,第40页。

[14] BVerfGE 7, 198 (204 f.); 148, 267 (280).

[15] Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 1994, S. 490 f.; Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Grundrechte als Grundsatznormen*, *Der Staat* 29 (1990), 1 (10 f.).

[16] Böckenförde, a.a.O., S. 11.

[17] 张翔,见前注[3],第554页。



民法概括条款只是一件‘外衣’，在其‘包装’之下的真实身份则是基本权利。与其说是间接适用，倒不如说是变相直接适用更为真实。”<sup>〔18〕</sup>从主张辨析直接效力与间接效力的多重意义的本文立场来看，间接效力理论就其主张适用基本权利应优先通过法律解释进行而言，并无可挑剔之处，此点容待下文说明。张翔与李海平的批评在这方面有以偏概全、过度渲染之嫌。但另一方面，他们认为德国式间接效力无异于直接效力的观点仍然包含了重要的部分真理，即只要基本权利无需借道个人—国家关系，而是本身就能在个人—个人关系中适用，就像德国联邦宪法法院所说的基本权利客观价值对私法关系的辐射一样，则不论此等适用是否通过法律解释进行，基本权利本身都构成私人间权利义务及其扩大或限缩的一项规范根据（不意味着唯一的规范根据！），而这就是本文所指的规范根据意义上的直接效力。

## 2. 规范根据意义上的间接效力

相反，若将基本权利的规范效力限定在个人—国家关系，但主张基本权利能以个人—国家关系为中介，对个人—个人关系发生作用，便是在规范根据意义上否定基本权利的私人间直接效力而主张间接效力。在此主张下，基本权利只是公法上权利义务的规范根据，不是私法上权利义务的规范根据，亦即只是个人对国家的防御权或国家对个人的保护义务，形式上只参与建构、形塑个人与国家之间的法律关系，只不过通过形塑此一关系，也能间接对私法关系发挥实质作用。举例来说，德国联邦宪法法院以基本权利客观价值对私法关系的辐射证成基本权利的第三人效力，此一路径在上文被定位为客观法意义上的或——更一般地说——规范根据意义上的直接效力；但有些德国学者不认同此一路径，欲仅以个人对国家的防御权或/与国家对个人的保护义务这两个基本权利的垂直向度作为第三人效力的基础，<sup>〔19〕</sup>便是主张规范根据意义上的间接效力。

### （二）司法援用意义上的直接与间接效力

一旦承认基本权利在私人间具有规范根据意义上的（直接或间接）效力，紧接的问题是：民事法官应如何援用基本权利？民事裁判时，基本权利可否不依附于普通法律而被独立援用？这就是司法援用意义涉及的问题。此时，间接效力指的是依附于普通法律的基本权利援用，亦即通过私法的解释考虑基本权利；直接效力指的是基本权利的独立援用，亦即基本权利的出场未通过普通法律的闸口，非以私法解释为中介。至于这里说的“援用”，是指规范的实质运用，与它形式上出现在判决书主文还是判决理由无关。“只要法院能够在审判过程中利用宪法，都可以被认为是在援用宪法。……无论是援用宪法说理还是作为裁判依据，法院援用的宪法规范都是正式的法律渊源。”<sup>〔20〕</sup>

思考司法援用意义上的基本权利私人间效力应区别两种情况：第一是能援用法律以实现

〔18〕 李海平：“基本权利间接效力理论批判”，见前注〔8〕，第49页。

〔19〕 例如（德）卡纳里斯：“基本权利与私法”，曾韬等译，《比较法研究》2015年第1期，第178页及第184页以下。

〔20〕 邢斌文：“法院如何援用宪法——以齐案批复废止后的司法实践为中心”，《中国法律评论》2015年第1期，第129页；亦参见苏永钦：“走向规范宪法”，载吴庚教授七秩华诞祝寿论文集编辑委员会编：《政治思潮与国家法学》，元照出版有限公司2010年版，第253页。

基本权利、亦即能在私法解释或续造的框架中考虑基本权利的情况。第二是不能援用法律以实现基本权利、亦即无法通过私法解释或续造考虑基本权利的情况。而这或是因为相关法律与基本权利相抵触,或是因为相关法律根本不存在;前者必然违宪,属于积极的法律违宪,后者可能违宪,可能发生消极的法律违宪。<sup>[21]</sup>

在能援用法律以实现基本权利的条件下,大概不会有人主张弃法律于不顾,只诉诸基本权利。观点分歧在于别处,即对应援用哪一条法律规定有不同看法,或对法律解释、续造的方法或界限有不同观点,导致对是否存在可援用的法律可能有不同回答。能用法律而不用不仅于事无补,徒增裁判时抽象规范具体化的困难,还与规范适用规则背道而驰,<sup>[22]</sup>违反追求规范协调统一的法治理想,背离要求尊重民主立法者决定的民主理想。因此,在能援用法律以在私人间实现基本权利时,司法援用意义上的直接效力根本不是合理选项。即使是规范根据意义上的直接效力,也应通过普通法律的解释或续造,亦即以司法援用意义上间接效力的方式实现。

但这时有人可能问:在司法援用意义上的间接效力下,规范根据意义上的直接效力还可能吗? 笔者的回答是完全可能。因为司法援用意义上的间接效力并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,没有额外意义,而是意味着尽可能通过法律的解释或续造追求无法相互替代的基本权利与法律能协调统一。在这个意义上,李海平说“民法概括条款和基本权利规范共同作为裁判依据”。<sup>[23]</sup> 德国学者阿列克西与博肯福德也说,即使在通过民法解释考虑基本权利的所谓间接第三人效力场合,基本权利仍具有“导出平等地位关系中的权利与义务”“由自己提供私人间权利或义务的根据”的直接第三人效力。<sup>[24]</sup> 此处,间接效力乃就司法援用意义而言,直接效力乃就规范根据意义而言,两者分处不同层面,并不矛盾。

然而,当我们说,就司法援用意义而言,间接效力是唯一合理选项,这只限于能援用法律的情形。一旦无法援用法律以实现基本权利,直接效力便也成为可能选项。司法援用意义上的间接效力主要通过概括条款、不确定法律概念、合宪性解释或法律续造而实现。但不确定法律概念总有覆盖不及之处,概括条款并非万灵丹;合宪性解释与法律续造也有宪法上的界限,即不能违反立法者的明显意志,不能与立法者的基本决定或方案选择背道而驰。<sup>[25]</sup> 一旦这些间接效力的载体有时而穷,以致无法避免法律积极或消极违宪,就会产生是否要采用司法援用意义上的直接效力以实现基本权利的问题。

司法援用意义上直接效力的实践与讨论也确实存在。举例来说,从宪法平等权可推出婚姻家庭继承关系必须落实男女平权,不得歧视非婚生子女。在20世纪五、六十年代,德国联邦宪法法院认定与此相悖而迟未修改的民法规定无效,由此产生的法律漏洞在修法之前可由法

[21] 之所以只说“可能违宪”,是因为个别基本权利条款可能已经相当具体地规范私人间关系,无需法律进一步具体化或复述其内容,此时法律的阙如是否为违宪,尚待商榷。

[22] 参见徐振东:“宪法基本权利的民法效力”,《法商研究》2002年第6期,第124页。

[23] 李海平:“论基本权利对社会公权力主体的直接效力”,见前注[8],第121页。

[24] Alexy (Fn. 15), S. 490; Böckenförde (Fn. 15), S. 11.

[25] BVerfGE 128, 193; 149, 126.

官直接根据基本权利“作为可直接适用的概括条款”(不是也无法根据民法的概括条款!)进行填补。<sup>[26]</sup>平等权也可能将其关于性别、种族、民族、宗教等个人或群体特征的反歧视要求延伸到就业、住房、教育等社会领域。上文提及的欧洲法院“Egenberger”判决便以欧盟基本权利处理私人间基于宗教的就业歧视,肯定司法援用意义上的间接效力(在进行符合欧盟法的法律解释时)与直接效力(当符合欧盟法的法律解释不可能时)皆有其用。<sup>[27]</sup>此外,与我国2001年“齐玉苓案”相关的许多讨论实质上也涉及在该案中是否有适当的民事法律可资援用以及(若答案是否定的)采用司法援用意义上的直接效力是否合宪或适当的问题。<sup>[28]</sup>

在无法律可资援用的例外情况,究竟是允许民事法官独立援用基本权利,还是法官需待相关法律制定或修改完成后才能通过法律的解释适用实现基本权利,此一选择既取决于各国不同的合宪性审查制度,也取决于不同的分权模式与民主理念,不可一概而论。在中国宪法下如何处理这一问题容待后文讨论。

### (三)小结

基本权利的私人间效力是多面向的。规范根据意义上的效力聚焦基本权利私人间效力是否存在及其存在基础的问题。司法援用意义上的效力聚焦基本权利私人间效力如何实现的问题,关心在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。前者是后者的前提与基础。此外,后者其实是规范适用规则、合宪性审查制度与分权原则应用到私法领域的结果,因此不是基本权利私人间效力特有的问题。在行政法领域,同样有法官可否独立援用基本权利裁判的问题,且同样应该在规范适用规则、合宪性审查制度与分权原则的视角下解决这一问题。尽管如此,或者正因如此,规范根据意义上的效力与司法援用意义上的效力不可相互替代或混为一谈。两面兼顾而不偏废,才能全面理解基本权利的私人间效力。

## 二、操作框架与规范属性

在对基本权利私人间效力“是什么”进行概念澄清之后,本部分进一步探讨该效力“如何”发挥的问题。这首先涉及具体的操作框架:在私法解释或对私法的合宪性审查中,基本权利通过什么架构发挥作用?是与基本权利在个人—国家关系中相似的操作框架或审查标准吗?此一操作框架会因采用的是直接还是间接效力而有所不同吗?这些问题背后涉及更抽象的规范属性问题:在私人间生效的基本权利是公法规范吗?如果不是,是什么样的规范?又要如何说明、解释这样的基本权利规范属性?先回答这些问题,然后才在下部分对基本权利私人间效力的多种方案进行比较与选择,有助于比较与选择脚踏实地,避免捕风捉影之病。许多对基本权利私人间效力的误解其实就源于对操作框架与规范结构的认识模糊或错误。

### (一)操作框架——对称式法益衡量

这样的认识模糊或错误主要表现在两方面。第一是误将对基本权利或其所保护法益之限

[26] BVerfGE 3, 225; 25, 167; 引文见 BVerfGE 25, 167 (178, 182).

[27] 同前注[12]。

[28] 参见张翔,见前注[3],第554页以下。

制或干预等同于对它之侵害,从而误以为基本权利在私人间适用意味着个人无条件负有 unlimited、不干预他人基本权利或法益的义务。在个人—国家关系中,对基本权利的干预本就不等于对它的侵犯,无法正当化的干预才构成侵犯。在个人—个人关系中更应如此。在这样的关系中,要求甲不干预乙的法益往往意味着因此干预甲的法益。无条件提出这样的要求无异于一般性地承认乙的法权地位高于甲。保障人人平等的宪法不可能提出这样的要求。例如言论自由对私人的效力不可能要求甲无论如何都不能限制乙的言论自由,平等权对私人的效力不可能要求甲无论如何都不能优待他人而亏待乙。因此,基本权利的私人间效力不可能具有乙无条件或原则上可主张权利、甲无条件或原则上应承担义务的全有全无式二分结构,不可能采取赢者全赢的抽象优先模式,只能具有乙在某条件下可主张某权利、甲在某条件下应承担某义务的或多或少式渐续结构,采取协调平衡双方法益的具体衡量模式。总之,基本权利对私人生效绝不直接等同于私人承担义务。

第二个认识错误在于预设对私人会适用与国家相同严格的正当化或审查标准。<sup>[29]</sup>论者常认为,一旦承认基本权利私人间效力,原本针对个人—国家关系的权利义务倾斜配置会(或应)运用到私人间关系。其中或有认为比例原则是这样的标准。<sup>[30]</sup>但笔者认为,本适用于基本权利对国家的防御权属性的正当化标准,如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。理由在于私人间关系不可与个人—国家关系相提并论。在前者,双方是地位平等的基本权利主体与法权主体;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。

观察比例原则与基本权利间接第三人效力的发源地——德国,其联邦宪法法院判决可印证笔者的看法。该法院虽运用比例原则审查私法规范是否违反基本权利,却也强调,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检验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之平衡”。<sup>[31]</sup>至于在不涉及法律的合宪性审查、仅在私法解释中考虑基本权利时,联邦宪法法院甚至根本不做比例原则分阶审查,而是只运用狭义的比例原则,进行具体法益衡量。在它看来,在私人间发生作用的基本权利“旨不在将限制自由的干预尽可能一贯地减到最低限度,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,应使一个人的自由与其他人的自由相协调”。<sup>[32]</sup>此一基本权利的第三人效力不同于其对国家的效力;在结构上,前者是公民之间平等的自由的对称性,后者是“法治国上的公民自由与国家约束的不对称性”。<sup>[33]</sup>

[29] 此等预设参见李海平:“论基本权利对社会公权力主体的直接效力”,见前注[8],第115、119页;姜峰,见前注[9],第95—96、100页。

[30] 参见张红,见前注[3],第108—109页;李海平:“论基本权利对社会公权力主体的直接效力”,见前注[8],第120—121页;卡纳里斯,见前注[19],第177—179、195页。

[31] BVerfGE 134, 204 (223).

[32] BVerfGE 148, 267 (280).

[33] BVerfG, Beschl. v. 6.11.2019 — 1 BvR 16/13, Rn. 86.



因此，基本权利私人间效力的操作不应照搬公法下比例原则的原型。在对私法规范进行合宪性审查时，比例原则应从尽可能减少干预的取向转变为以协调所有人平等的自由为取向。在个案裁判考虑基本权利时，甚至应放弃全套的比例原则审查，仅保留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，顶多再加上适合性原则。<sup>〔34〕</sup> 目的正当性的要求无法普遍适用于私人间关系。国家要正当化其干预，始终需有正当目的。反之，干预、影响他人基本权利或法益的私人本身也是自始享有自由而地位平等的法权主体，不可能对他要求行为始终要有正当目的，或者换个说法，他行为的正当目的就在他行为自由与意志自由的实践中而无可置疑。此外，必要性原则也无法一般性地契合于私人间关系。私人间权利义务关系的平等性与相互性导致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，不让任何一方压倒另一方，而这就是狭义的比例原则。

这样一种操作框架不会因为承认的是规范根据意义上的直接还是间接效力而有所区别，而如果承认的是前者，也不会因为是基于主观权利意义还是客观法意义而有所区别。虽然在主观权利意义上的直接效力下，法益衡量的对象是私人甲的基本权利与私人乙的基本权利或其他法益；在客观法意义上的直接效力下，甲不能对乙主张作为主观权利的基本权利，因此法益衡量的对象是作为客观法的基本权利所保护的甲的法益与也受此等保护的乙的法益或乙的其他法益；而在规范根据意义上的间接效力下，甲在与乙的关系中不能直接诉诸任何属性的基本权利，因此法益衡量的对象是甲对国家主张的基本权利与乙对国家主张的基本权利或乙的其他法益；但名虽不同，实则在此三种情况下，衡量的都是相同的法益或相同的基本权利，或者说，都是相同基本权利所保护的相同法益。总之，规范根据意义下不同形态的基本权利私人间效力只是法律建构方式的不同，不同的建构方式可能有优劣之分，但并不影响法益衡量的整体框架，也不会左右法益衡量的结果。<sup>〔35〕</sup> 至于司法援用意义上的直接与间接效力之分，虽然会影响法官的裁量空间——后者因需在民事法律及其教义学的框架下展开，裁量空间较小，但也不影响有别于权利义务倾斜配置的对称式衡量框架本身。

总之，基本权利在私人间适用并不像有人误解的那样，等于课私人以义务、甚至是与国家承担的相同的义务。基本权利的私人间效力不论是直接还是间接，都不把对国家的正当化标准运用于私人，而是只启动具体法益衡量或一种不同取向的比例原则检验；检验、衡量可能得出私人承担义务的结果，但也可能得出不承担义务的结果。

## （二）规范属性——基本权利的公私法双重属性

上述对称式衡量框架显示出，宪法只是公法的观念以及从这样的观念出发评价基本权利私人间效力是成问题的。倘若基本权利在私人间具有不同于个人对国家关系的操作框架与正

〔34〕 Kulick (Fn. 7), 421 ff.; Wolfgang Rübner, Grundrechtsadressaten, in: HdBStR, Bd. IX, 3. Aufl., § 197, Rn. 108 f.

〔35〕 Mattias Kumm & Victor Ferreres Comella, “What is so Special about Constitutional Rights in Private Litigation?”, in András Sajó & Renáta Uitz (eds.), *The Constitution in Private Relations*, Eleven International Publishing, 2005, pp. 246–256.

当化标准,倘若基本权利私人间效力下公民间的对称性不同于基本权利对国家的效力下公民与国家的不对称性,则此等操作框架与效力结构的不同理应与不同的规范属性相对应:在个人与国家间生效的基本权利固然是公法规范,但在私人间生效的基本权利却应该是私法规范。<sup>[36]</sup>循着这一思路可以得出,若承认主观权利意义上的直接效力,则发挥此等效力时的基本权利不是公法权利,而是私法权利。

基本权利私人间效力或其广泛适用或其直接效力型态常遭到消泯公私法分野的批评。<sup>[37]</sup>此处提出的基本权利公私法双重属性说可谓以釜底抽薪之法回应这类批评——既然在私人间适用的基本权利是私法规范,何来公法介入私法之说?基本权利公私法双重属性说主张区分作为公法的基本权利与作为私法的基本权利,两者各有不同的适用场域与操作框架,基本权利因此不是公私法不分的混合体。这也避免了主张宪法不只是公法的其他论者的常见含混表达,例如说:“宪法既可以说是公法、又可以说是私法,同时又可以说法既不是公法又不是私法。严格地说,宪法是公法和私法共同的根本法。”<sup>[38]</sup>此类表达被批评为“猜谜式的表述”。<sup>[39]</sup>然而,从另一个角度看,“宪法是公法和私法共同的根本法”这样的表达仍有其合理性。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”,只讲公法与私法及其相应的操作结构之分,不谈将其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根本原理或目的,也就是平等的自由。在理解此一目的时,不能认为放任社会自主运转就能实现平等的自由,认为自由与平等的威胁只来自国家,不来自社会,从而将基本权利只理解为个人对抗国家干预的防御权。今天,经济、社会上的弱者往往缺乏自由运用的现实条件,来自社会的自由威胁与风险日益突出,自由日益仰赖于国家或社会组织的规划、组织与扶助,在这样的社会条件下,实质、积极自由与形式、消极自由同样重要,形式平等需要实质平等的补充。鉴于此,基本权利的目的应该理解为在一切生活领域——既对国家权力,也在社会领域——实现平等的自由,亦即全面而完整的自由与平等。此一目的要求基本权利不能只是狭义国家的根本法,而必须是包括国家与社会在内的整个共同体的根本法;具体地说,不能只是消极对抗国家干预的防御权,而也应课予国家积极的保护义务,并参与形塑私人间法律关系。最后一点便是基本权利的私人间效力。从法学方法论上看,这样一种在考量社会条件下解释基本权利的目的、功能、结构并从而推出基本权利私人间效力的过程其实就是目的解释。

在中国宪法下,这样的目的解释顺理成章。中国宪法作为社会主义宪法,自始不以国家不干预的消极自由自拘,自始追求人的全面解放,以“每个人的全面而自由的发展”<sup>[40]</sup>为目标,

[36] 李海平因为没有认识到本文所论的不同操作框架与效力结构,所以才认为基本权利同时蕴含公法与私法规范是矛盾。参见李海平:“基本权利客观价值秩序理论的反思与重构”,见前注[8],第1068页。

[37] 明示者如张红,见前注[3],第110页;刘志刚:“宪法‘私法’适用的法理分析”,见前注[3],第45、47页;李海平:“民法合宪性解释的事实条件”,见前注[8],第20-21页;隐含者如姜峰,见前注[9],第95页。

[38] 童之伟:“《物权法(草案)》该如何通过宪法之门”,《法学》2006年第3期,第17页。

[39] 夏泽祥:“作为公法与根本法的宪法”,《法学》2012年第2期,第124页。

[40] 《马克思恩格斯全集》第23卷,人民出版社1972年版,第649页。

以完整的、平等的自由为鹄的，<sup>〔41〕</sup>自始对来自社会的自由风险念兹在兹。因此，援引基本权利的所谓经典意义，以主张基本权利只规范国家权力、与社会领域或私人间关系无关，<sup>〔42〕</sup>这并非诉诸什么严谨的宪法教义学或宪法原理，而是教义学或原理与社会条件脱节的典型案例，或者是有意无意地预设一种与社会主义难以契合的国家—社会关系理解。

至此，可以总结回答作为公法的基本权利与作为私法的基本权利的“合”的问题。平等的自由的理念或价值足够抽象，因此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、平等向度与人与人之间的自由、平等向度皆指向并统之于抽象但全面的自由、平等价值。基本权利的公、私法面向虽各有所司，各有其理，但相辅相成，终归于一。如此理解“宪法是公法和私法共同的根本法”，乃淡化但非消解公私法之分，统合但非混合公私法，合中有分，分而不离。

### 三、区别处理方案的证立

在澄清概念以及分析操作框架与规范属性的基础上，本部分针对基本权利在私人间的直接效力与间接效力何者较优的问题，提出一个区别处理的方案，亦即不是一刀切式的一概而论，而是从区分基本权利私人间效力的多层意义出发来回答这个问题。

#### （一）规范根据意义上的间接效力——肯定与否定之间的徘徊

规范根据意义上的间接效力将基本权利的规范效力限定在个人—国家关系，但认为通过这样的效力射程，具体而言即通过个人对国家的防御权与国家对个人的保护义务，基本权利能间接对个人—个人关系发生作用。在此等建构中，法院考虑基本权利不是因为基本权利是私人间权利义务的规范根据；而是颠倒过来，基本权利对私人间关系的作用是法院考虑——只对国家权力有效力的——基本权利的结果。然而，我们不得不问，这如何可能？若不先肯定基本权利在私法关系中的效力，如何将原本针对公法关系——如行政机关的作为与不作为——发展出来的防御权与国家保护义务延伸到私法关系？不先预设私法关系也是基本权利的适用场域，如何能得出国家在私法关系中也有保障基本权利的义务？<sup>〔43〕</sup>换言之，基本权利在私人间有效力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，而非颠倒过来。在这方面，规范根据意义上的间接效力说以防御权与国家保护义务为最终理据，有因果倒置之嫌。

由于规范根据意义上的间接效力仍将基本权利的规范效力限于个人—国家关系，因此其对个人—个人关系发生的作用其实不是法律上的效力，而是事实上的效果。严格来说，它对基本权利私人间效力并非正面肯定，而只是迂回承认，甚至可谓徘徊于肯定与否定之间。在它之下，基本权利找不到一条能直截了当走出国家领域、进入社会领域的正路。只通过防御权与国家保护义务建构基本权利私人间效力的逻辑后果是一种可疑的二元结构：民事关系只要停留

〔41〕 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”，《中国社会科学》2019年第8期，第71—72页。

〔42〕 例如黄宇骁，见前注〔9〕，第205页。

〔43〕 参见李海平：“基本权利间接效力理论批判”，见前注〔8〕，第54页。

在社会中,包括在民间仲裁中,就与基本权利无关;进入国家法院后,才受基本权利影响。私法于是陷入分裂,游移于两个世界之间——受基本权利影响的世界与不受基本权利影响的世界,而处于哪个世界取决于当事人是否向法院起诉这一偶然因素。<sup>[44]</sup> 要合理化此二元结构,只能诉诸国家与社会分离的观念。虽然国家与社会的区分——只要不是严格分离而互不影响——在某些方面有其意义,但主张社会的法律不受、也不应受国家的法律影响这种国家与社会的严格分离,不但难以与现实相合,也与重视国家对社会治理的社会主义原则背道而驰。

支持间接效力者常主张,间接效力比直接效力更能维护私法自治与公私法之分。<sup>[45]</sup> 这一观点站不住脚。上述操作框架表明,选择规范根据意义上的直接效力还是间接效力不影响法益衡量的操作框架,也不左右法益衡量的结果,从而也不影响私法自治的保护强度,起关键作用的毋宁是衡量者的价值观与自由观。至于公私法之分,上文已指出,主张基本权利在私人间适用时的私法属性就能有效摆脱公法介入私法的批评。然而,只有规范根据意义上的直接效力才能运用此一釜底抽薪之法。间接效力说坚持基本权利只是公法上的、不是私法上的权利义务的规范根据,因此只能承认基本权利的公法属性而否定其私法属性。但如此一来,间接效力说反比直接效力说更易引发公法介入私法的疑虑,更易导致批评者对基本权利私人间效力操作框架与规范结构的误解,即以为会把对国家的公法规范要求照搬到私人上,甚至导致自己也做出这样错误的预设。<sup>[46]</sup> 能支持间接效力说的不是私法自治或公私法之分,而是尊重法律与立法者的考量。然而,基于后者所得出的间接效力是司法援用意义上的间接效力,而非规范根据意义上的间接效力。

## (二)规范根据意义上的直接效力——主观权利意义上的直接效力优于纯粹客观法意义上的直接效力

以上对规范根据意义上间接效力的批评已蕴含了对规范根据意义上直接效力的肯定:后者乍看较激进,实则更合理,与前者相比,不但能更一贯地说明与证成基本权利的私人间效力,也不会更有损私法自治,甚至因为与基本权利公私法双重属性说的契合性,更能维系公私法之分,更能有效回应公法介入私法的批评。

但一旦接受规范根据意义上的直接效力,接下来的问题是应该只承认客观法意义上的直接效力,还是进一步主张主观权利意义上的直接效力?虽然在形式上,主观权利意义上的直接效力意味着权利人甲得向义务人乙主张基本权利,而纯粹客观法意义上的直接效力意味着在甲、乙之间没有基本权利主体,只有被规范的义务主体乙;但在后者,甲的法益仍受到作为客观法的基本权利的保护。因此,两者在实质上并无区别。如上文操作框架所示,这两种直接效力只是法律建构方式的不同,选择何者不影响法益衡量的操作框架,也不会左右个案衡量的结

[44] Gert Brüggemeier, “Constitutionalisation of Private Law-The German Perspective”, in Tom Barkhuysen & Siewert Lindenbergh (eds.), *Constitutionalisation of Private Law*, Leiden: Brill Nijhoff, 2006, p. 76.

[45] 参见刘志刚:“宪法‘私法’适用的法理分析”,见前注[3],第45、47页;刘志刚:“基本权利对民事法律行为效力的影响及其限度”,见前注[3],第90-91页;张红,见前注[3],第110页。

[46] 见前注[30]。



果。由此可得出，在对私法自治的维护或限制上，两者并无区别。此外，在与上文所论基本权利的目的——完整的、平等的自由——的相合性上，以及在与基本权利公私法双重属性说的相契度上，两者亦无分轩輊。因此，决定选择何者的关键因素剩下概念的明晰性以及宪法规定的一致性。

就概念的明晰性而言，一方面，只承认客观法意义上的直接效力或许较能避免简化与误解，避免人们误以为基本权利的私人间效力意味着在私人间构建起公法上的权利义务关系。但另一方面，主观权利意义上的直接效力却显然较为简明、自然、易懂。<sup>〔47〕</sup>基本权利按一般理解来说就是赋予个人以主观权利。在进行法益衡量时，虽然主观权利意义上的直接效力说与纯粹客观法意义上的直接效力说实质上并无区别，但在用语上，前者可以直截了当说，被衡量的是当事人的基本权利，后者严格而言只能绕着弯子说，被衡量的是当事人受基本权利保护的法益。因此，主观权利意义上的直接效力在概念明晰性上略胜一筹。

至于与宪法规定的一致性，应根据各国宪法分别判断。以德国为例，《基本法》在第1条规定基本权利约束一切国家权力，除极少数例外，并未明文规定它们在私人间的效力。在此前提下，可以理解联邦宪法法院否定主观权利意义上的直接效力，实质上如前所述只承认客观法意义上直接效力的立场——虽然它名义上只主张（含义不明的）间接第三人效力。再以上文也提及的西班牙为例，其宪法宣示公权力与公民都受宪法约束，司法实践据此承认主观权利意义上的直接效力，这同样可以理解。反观我国，根据宪法，除了国家机关和武装力量，全国各族人民、各政党和各社会团体、各企业事业组织也必须遵守宪法，“任何组织或个人都不得有超越宪法和法律的特权”，“公民必须遵守宪法和法律”。<sup>〔48〕</sup>在各基本权利条款中还散见各种明示或隐含地要求任何组织或个人不得侵犯的规定。<sup>〔49〕</sup>这些规定加上社会主义对来自社会的自由、平等威胁的重视，结合概念明晰性的要求，使主观权利意义上的直接效力更具说服力。虽然人们可能试图论证，在中国宪法之下，基本权利私人间效力的其他型态乃至无效力说，也是可能的，<sup>〔50〕</sup>但可能的解释不代表最佳的解释。在中国宪法之下，承认主观权利意义上的直接效力是最自然、最通顺的。

### （三）司法援用意义上的直接效力还是间接效力？——以间接为原则，以直接为例外

#### 1. 能援用法律时——间接效力

如上所述，在能通过法律解释或续造考虑基本权利时，根据规范适用规则，基本权利在私人间只能以这种间接效力的形式实现。即使是规范根据意义上的直接效力也不能无视法律。有学者认为这体现了“私法优先”。<sup>〔51〕</sup>但严格来说，这不是“私法优先”，而是法律适用上的“法律优先”。这是因为司法援用意义上的间接效力是规范适用规则应用到私法领域的结果，同样的规则也能应用到公法领域。在规范根据意义上采直接效力，而在司法援用意义上采间

〔47〕 Alexy (Fn. 15), S. 493; Kulick (Fn. 7), S. 154 f.

〔48〕 《中华人民共和国宪法》序言第13自然段、第5条第4款与第5款、第53条。

〔49〕 例如《中华人民共和国宪法》第36条第2款、第38条、第40条、第49条第4款。

〔50〕 例如黄宇晓，见前注〔9〕，第204—205页。

〔51〕 张红，见前注〔3〕，第110页。

接效力的意义在于:以前者强调基本权利也能是民事权利义务的规范根据;以后者强调基本权利不能是民事权利义务的唯一规范根据,体现对立法者以及对民法解释与民法学规律的尊重;两者合之即是追求宪法与民法互补交融,追求基本权利的具体化与法律的具体化相辅相成。兼顾这两种效力而不偏废,才能还原基本权利私人间效力的全貌,才能理解像“基本权利对第三人的直接效力并不是否认对第三人的间接效力”<sup>[52]</sup>之类的话语并不矛盾,才能认识到直接效力说与间接效力说并不必然冲突,而是存在各得其所、相容互补的可能性。

#### 2. 不能援用法律时——间接效力与有条件的直接效力并行

若因法律积极或消极违宪导致不能援用民事法律以实现基本权利,则在司法援用意义上选择直接还是间接效力便取决于不同的合宪性审查制度、分权模式与民主理念。在这方面,基本权利的私人间效力与其对国家的效力无本质区别;即便当今世界各国一般都承认基本权利的法律规范效力,也不意味着所有法官皆有权单独诉诸基本权利裁判,公私法两领域皆然。在中国,对法律的合宪性判断专属于全国人民代表大会及其常委会。因此,法院在裁判民事案件时,无权以法律违宪为由,独立援用基本权利。然而,这就意味着司法援用意义上的直接效力毫无可能吗?不尽然。细言之,在法律与基本权利抵触的积极违宪情况,须等待全国人大或其常委会对违宪法律予以废除或宣告无效。在此之后,若民事法院能通过对其他法律规范的解释或续造考虑基本权利,基本权利的私人间效力便应以这种方式实现。换言之,此时采用的是司法援用意义上的间接效力。至于在可作为法律解释或续造基础的相关法律规范根本不存在的消极违宪情况,或者在积极违宪问题解决后仍存在消极违宪的情况下,则有两条解决路径。第一是民事法院待立法之后才通过法律解释实现基本权利,此为司法援用意义上的间接效力。第二是全国人大常委会行使宪法解释权,授权民事法院在法律制定完成前独立援用基本权利裁判,此为司法援用意义上有条件的直接效力。<sup>[53]</sup>总之,此时是间接效力与有条件的直接效力并行,具体个案下选择何者取决于全国人大常委会的决定。但应该指出的是,由于法官在私法领域的法律解释与续造空间一般较大,加上概括条款的存在,会出现消极违宪而无法律可援用的情形应属例外。

### 四、竞争性学说的不足

最后,有必要检视与本文观点不同的两种重要竞争性学说——国家行为说与社会公权力说,通过对它们的批评进一步夯实本文的立论。

#### (一)国家行为说——以私人间无效力之名行私人间有效力之实

美国的“国家行为说”(state action doctrine)主张基本权利只约束国家行为,本意在于防止基本权利约束单纯私人行为,但在实践发展中,却不断以存在国家行为因素为由,将相关私

[52] 焦洪昌等,见前注[2],第245页;李海平:“论基本权利对社会公权力主体的直接效力”,见前注[8],第117页。

[53] 参见张翔,见前注[3],第555、557—558页。

人行为视同应受基本权利约束的国家行为。<sup>〔54〕</sup> 随着视同国家行为范围的扩大，视同国家行为的举措便常显得牵强附会。<sup>〔55〕</sup> 国家行为说的出发点是基本权利在私人间无效力，最终它却成为使基本权利在私人间生效的工具。名实不符导致了法理基础上与操作结构上的严重问题。就法理基础而言，国家行为说只以国家行为存在作为基本权利介入私人间关系的理据，对基本权利私人间效力的态度遮遮掩掩、欲拒还迎，未能正视来自社会的自由、平等威胁或风险。此外，倘若作为基本权利介入理由的国家行为包括民事裁判，又会产生像前述规范根据意义上的间接效力一样的二元结构：民事关系在社会中本与基本权利无关，进入国家法院后才受基本权利影响。<sup>〔56〕</sup> 如此二元结构的基础只能是本身就不合理、又背离中国语境的国家与社会的严格分离。

就操作结构而言，在国家行为说之下，国家行为名义上是合宪性审查的对象，审查标准自然是针对国家的标准，但实际上受到约束的却是私人，于是便发生基本权利私人间效力的批评者常担心的问题——将对国家的正当化标准适用于私人。其次，国家行为说立足于国家行为的概念界定与类型化。然而，由于国家行为认定的牵强附会，使概念与类型失去清晰面貌，失去引导并限制法官决定的功能，失去概念与类型本有的法律安定性优势。决定国家行为是否存在，往往不是形式的概念涵摄与类型归属，而是实质的价值判断，是基本权利是否应约束私人的实质理由。然而，既然在名义上只有国家行为才受约束，于是又不能光明正大地进行价值判断，只能犹抱琵琶半遮面，以归类之名行法益衡量之实。这方面的问题留待下文比较具体法益衡量与类型化之处进一步分析。

## （二）社会公权力说——受制于权利义务倾斜配置思维

鉴于国家行为说牵强附会，并且在批评所谓间接第三人效力不加甄别地在私人间适用基本权利的基础上，李海平引入“社会公权力”概念，主张基本权利对社会公权力有直接效力，之后又补充主张基本权利也适用于涉及公共利益的民事关系，但除此之外不对一般私人发生效力。<sup>〔57〕</sup> 笔者以为，此说在法理基础与操作结构上存在若干问题；若将它一以贯之，则有宽严失度之患，若予以修正，又有偏离初衷之虞。相反地，本文观点不但能避免这些问题，也比社会公权力说更契合于它自己的核心诉求——不能用约束国家的法律来约束私人。<sup>〔58〕</sup>

就法理基础而言，社会公权力说聚焦强凌弱的现象，锁定特定社会公权力主体作为基本权利约束的对象，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。不是说弱者之间就不会有这类问题，也不是说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中实现平等的自由也是基本权利的目的。

〔54〕 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”，《法学家》2021年第3期，第62—74页；李海平：“论基本权利对社会公权力主体的直接效力”，见前注〔8〕，第115—117页。

〔55〕 参见李海平：“论基本权利对社会公权力主体的直接效力”，见前注〔8〕，第115—116页；对国家行为说的其他批评参见 Erwin Chemerinsky, “Rethinking State Action”, *Northwestern University Law Review*, Vol. 80, 1985, pp. 503—557.

〔56〕 *Shelley v. Kraemer*, 334 U.S. 1 (1948).

〔57〕 见前注〔8〕。

〔58〕 参见李海平：“基本权利间接效力理论批判”，见前注〔8〕，第56页。

的,是基本权利私人间效力的宗旨所在。其次,社会公权力说从“宪法和民法分属公法和私法两个不同法域,具有鲜明的异质性”<sup>[59]</sup>出发,使作为公法的基本权利对社会公权力主体发生直接效力,对一般民事关系不生效力。笔者虽同意公私法之分,但认为该说背后的宪法理解颇值商榷;且它虽维系住公私法之分,却破坏了公私之分。如上所述,宪法不只是公法,基本权利不只是最大限度地保护权利主体的公法规范,而是也蕴含着协调平衡私主体之间平等的自由的私法规范。社会公权力说使所谓社会公权力主体受前者规范,将他们实质上归为公主体,自始就倾斜性地约束他们,模糊了公私之分,忽视了他们在法律上也是与其他私人一样地位平等的私主体,掩盖了他们或在他们背后的个人也能主张基本权利。<sup>[60]</sup>这还不论称社会公权力为“公权力”的概念界定问题。李海平说:“以倾斜性保护作为调整方法的宪法若在民法中无条件适用,会打破平等私主体之间的平衡关系,破坏作为民法根基的私人自治。”<sup>[61]</sup>但此一批评不也适用于他自己对社会公权力的处理吗?另一方面,此批评就算能适用于某些基本权利私人间效力理论,也不适用于本文。因为笔者主张,对私人——不论是普通私人还是强势私主体——生效的基本权利与对国家生效的基本权利不同,后者具有公民自由与国家约束的不对称性,前者具有协调彼此平等的自由的对称结构。

论述至此,其实已涉及操作结构。社会公权力说认定基本权利即使在私人间也具有“权利义务倾斜配置”<sup>[62]</sup>的结构,这不但是把对国家的严格正当化标准运用到也是私主体的社会权力主体上,甚至还让人怀疑,它是否犯了将基本权利对私人生效直接等同于私人承担义务的错误。如果再将它认为普通私人间不应有基本权利问题的观点纳入考虑,可得出它倾向于一种全有全无式的二分结构。相反地,本文的立场是,基本权利在私人间适用不代表私人因此承担义务,只意味着启动不预设立场的具体法益衡量。具体法益衡量像一盏天平,通过准情酌理、动态平衡,自然会调节基本权利约束的有无与强弱,<sup>[63]</sup>因此具有或多或少式的渐续结构。衡量有时会得出社会权力主体的基本权利约束“接近甚至等于对国家的基本权利约束”,<sup>[64]</sup>但有时不会得出这样的结果。之所以有时会、有时不会,一方面是因为社会权力固然是法益衡量中的重要因素,但并非唯一因素,既非课予义务的充分条件,亦非必要条件。社会权力主体或其背后个人的基本权利同样是应该考量的因素。另一方面,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。以平等权的私人间效力为例,法益衡量的结果包括了从区别对待无需理由、到需有理由但理由非明显不合理即可、再到需有少数特定理由、最后到完全禁止任何区别对待等多种可能性。<sup>[65]</sup>社会公权

[59] 李海平:“民法合宪性解释的事实条件”,见前注[8],第20页。

[60] 虽然李海平提及以基本权利约束社会公权力主体构成对其基本权利的限制,该限制不得违反比例原则,但此观点与他使社会公权力受公法倾斜性约束的立场难以契合;详见下文论述。

[61] 李海平:“民法合宪性解释的事实条件”,见前注[8],第21页。

[62] 李海平:“民法合宪性解释的事实条件”,见前注[8],第25页。

[63] 参见杨登杰:“执中行权的比例原则——兼与美国多元审查标准比较”,《中外法学》2015年第2期,第380页。

[64] BVerfGE 128, 226 (249).

[65] Kulick (Fn. 7), S. 427.



力说认为不该“在没有对私人关系的类型进行具体细致划分的前提下，普遍地把宪法基本权利适用于所有私人关系之中”。〔66〕但从以上分析看来，普遍适用不是问题，有无精分细辨才是关键所在。善用具体法益衡量，微调“度”的多少，就能使相冲突法益各得其分，使基本权利约束无过与不及。相反地，过度强调社会公权力是与个人权利截然不同的“类”，并将其与权利义务倾斜配置结构相结合，反而宽严失度。

宽严失度表现为打击度过强与覆盖面过小。前者指的是在社会公权力说的权利义务倾斜配置结构下，对强势私主体的约束有过强之虞。似乎是为了避免此弊，李海平要求此等约束应遵守比例原则。〔67〕然而，他不是从对社会公权力主体相对方的倾斜性保护出发吗？现在谈比例原则又具有倾斜性保护社会公权力主体的倾向，这不是自相矛盾吗？破解矛盾之法只能是否定基本权利在私人间的权利义务倾斜配置结构，改采以协调人与人间的自由、平等为取向的法益衡量，即使肯定比例原则在此能适用，其运用亦该以此为取向。当李海平说要实现社会公权力主体与其相对方“两者利益保护的平衡”时，〔68〕似乎也承认了这一点。但如此一来，也就向本文观点靠拢了。总之，当社会公权力说对社会公权力主体的基本权利约束不断附加条件时，就（正确地）不断远离它的出发点——强调社会公权力不同于个人权利的异质性以及相应的权利义务倾斜配置。

至于覆盖面过小，指的是将基本权利对私人的效力限于社会公权力主体，有时无法提供给社会交往中的个人足够的保护。李海平的回应是一方面扩大社会公权力概念的外延，另一方面加入与公共利益的关联性作为基本权利在私人间适用的另一项独立条件。然而，扩大社会公权力概念的外延，使其亦包括公众人物等主体，未免使概念内涵泛化而模糊，甚至可能重蹈国家行为说之覆辙，有牵强附会、名实背离之虞。以公共利益的关联性作为基本权利私人间效力的独立条件也有条件虚设的隐忧。公共利益的内涵极不确定，外延可极度扩展。以言论自由为例，言论自由几乎总是涉及我们希望什么样的社会沟通与互动文化的问题——一项重要的公共利益，私人间一切有争议的言论边界几乎都能与这项公共利益沾上边。换言之，以关涉公共利益为名启动基本权利的私人间效力，有（正确地）大范围扩张基本权利适用范围的倾向，但也因此远离了社会公权力说希望限制基本权利私人间效力的初衷。

### （三）具体法益衡量还是类型化？——被高估的法律安定性

有人可能认为，社会公权力说与国家行为说将基本权利私人间效力限于特定类型是一种类型化做法；姑且不论其是否偏离初衷或名实背离，类型化本身至少比本文主张的具体法益衡量更能维护法律安定性。〔69〕笔者认为，在探讨法律安定性问题前，得先厘清具体法益衡量与类型化的关系。一方面，具体衡量并不完全排斥类型化，后者可作为前者的辅助工具，即“通过类型化的辅助概念或通过案件类型的形成来引导衡量”。〔70〕但另一方面，正因为类型化只是

〔66〕 李海平：“基本权利间接效力理论批判”，见前注〔8〕，第56页。

〔67〕 参见李海平：“论基本权利对社会公权力主体的直接效力”，见前注〔8〕，第120—121页。

〔68〕 参见李海平：“论基本权利对社会公权力主体的直接效力”，见前注〔8〕，第121页。

〔69〕 对具体衡量的批评参见李海平：“基本权利间接效力理论批判”，见前注〔8〕，第50—52页。

〔70〕 BVerfGE 120, 180 (212).

辅助工具,所以具体衡量也能不借助它而独立进行,甚至常无法借助它;而在借助于它之处也可以、必要时甚至应该在个案暂时偏离类型、回归衡量思维与方法,或者永久舍弃类型、以后只诉诸具体衡量。<sup>[71]</sup>换言之,在具体法益衡量主导之处,类型化只居于从属、服务的地位,既不能独立,还得随时准备让位。在本文,这样一种从属的、非必要的类型化不是用来建构基本权利私人间效力的条件,而是在普遍肯定此一效力的前提下,用来引导个案中基本权利与相冲突法益的衡量,以具体决定谁应优先及优先多少。相反地,类型化对社会公权力说与国家行为说而言,具有独立与核心地位。以社会公权力说而言,它以社会公权力主体及公共利益的关联性这样的类型作为基本权利私人间效力的前提要件,并脱离具体衡量、一般性地认定该效力具有权利义务倾斜配置结构。

但这样一种独立的、必要的类型化真比具体法益衡量更有利于法律安定性吗?更根本的问题是,法律安定性真像具体法益衡量的批评者以为的那么重要吗?就基本权利领域而言,笔者对这两个问题的回答都是否定的。先就第一个问题来说,在无重大争议的一般案件中,独立的类型化所追求的法律安定性也能通过具体衡量下从属的类型化达到。但在困难案件中,例如因出现新型案件、社会条件改变、案件特殊情况等因素致原有类型未尽相合时,独立的类型化就难免像上文针对国家行为说与社会公权力说指出的那样,有为了套用类型而牵强附会或削足适履之患。在困难案件中,决定归类的实际上是具体法益衡量,但若坚持独立的类型化,只能对此有所隐讳,表面上聚焦于看似较客观理性的归类问题,如此却掩盖了案件的真实问题与冲突,使决定案件结果的真正因素与理由隐晦不彰,从而不利于他人或公众的检验与监督,案件裁判者的主观恣意反得以滋生。换言之,执着维护法律安定性的结果不但无益于法律安定性,反还与法律安定性背后的理性追求背道而驰。<sup>[72]</sup>虽然在独立的类型化下,也能重新进行实质分析、衡量以调整或新增类型,但这毕竟是例外,且多半限于微调,难以撼动基本格局。举例来说,国家行为说很难脱离与国家行为的联系来谈基本权利私人间效力,社会公权力说也很难脱离公法上的权利义务倾斜配置结构来谈这一问题。相反地,具体法益衡量以从属的类型化为辅助工具,在困难案件能无包袱地抛开类型,直接深入个案具体脉络,既能实事求是地考量所有相关因素与理由,更灵活地因应生活情境的多样性、多变性与复杂性,也能开诚布公地直面衡量问题,使案件裁判者的价值判断接受公开检验,反而有利于裁判理性的提升。

谈到理性,便涉及第二个问题,亦即在基本权利语境中法律安定性的重要性被高估的问题。这又可从依次递进的两个层面分析,首先是具体法益衡量背后的实质理性本身未获肯定,其次是实质理性被低估、法律安定性所代表的形式理性被高估。先就第一个层面来说,在对具体法益衡量的批评中,居于其核心的价值判断常被视为恣意与非理性的代名词,固定不变的唯一答案才是理性的。这样的观点是法解释上的实证主义<sup>[73]</sup>的遗毒。价值判断也能是论证与反论证的对象,也具有理性上与主体间的可检验性。具体法益衡量不受限于通过概念、类型、

[71] BVerfGE 120, 180 (212 f.).

[72] 参见杨登杰,见前注[63],第380—381页。

[73] Dieter Grimm, "Constitutional Adjudication and Constitutional Interpretation: Between Law and Politics", *NUJS Law Review*, Vol. 4, 2011, pp. 23—25.

体系与教义学所达致的法律安定性与形式理性，而是也追求以正义、合理性与正当性问题为核心的价值理性与实质理性，成就法律系统对其他社会人文科学知识、公共论辩与社会观念的开放性。对法律理性而言，形式理性与实质理性皆不可缺。然而，具体法益衡量的批评者认为衡量恣意而缺乏法律安定性，在他们的视野中，往往只有形式理性，而无实质理性。

进一步就第二个层面说，即使批评者在视野中纳入了这两者，也往往重形式理性，轻实质理性。笔者无意对两者孰轻孰重的问题做出对所有部门法一体适用的统一回答，只想针对基本权利领域指出批评者高估了形式理性，低估了实质理性。由于宪法直接而突出地表达根本的政治道德观念与正义原则，在其适用中本来就难以避免、甚至应该主动进行道德解读，探寻价值及其冲突、衡量问题。此外，宪法不应只是“法律人的宪法”，还应是“公民的宪法”。<sup>〔74〕</sup>“公民的宪法”指向宪法整合政治共同体的功能。此一整合功能也支持在基本权利领域不过度执着于只有法律人的技艺才能胜任的形式理性，而是应把目光更多地投向对其他领域专家与社会公众开放的实质理性。二次大战后全世界范围内基本权利重要性的提升正与价值理性、实质理性地位的提升密不可分。更有学者指出基本权利体现的不是法制主义(legalist)的精神，而是理性主义(rationalist)的精神。<sup>〔75〕</sup>这里所说的法制主义更偏形式理性，理性主义更偏实质理性。以具体法益衡量解决基本权利私人间效力问题正是发扬实质理性，有利于宪法根本目的与基本功能的实现。因此，对其即便有法律安定性上的疑虑，还是应予肯定。何况如上所述，具体法益衡量仍可通过从属的类型化应对法律安定性问题，独立的类型化在这方面并不更胜一筹。

综上所述，与其受困于以国家行为说、社会公权力说为代表的独立类型化及权利义务倾斜配置思维带来的问题，不如像本文一样从公民之间平等的自由的对称性出发，运用具体法益衡量，在追求价值理性中更精细、也更灵活地调节私人间基本权利约束的有无与宽严。

## 五、结 语

基本权利的私人间效力具有多重意义，不可像一般所论那样将其混为一谈或以偏概全。规范根据意义上的效力涉及基本权利私人间效力是否存在及其存在基础的问题，司法援用意义上的效力涉及基本权利私人间效力如何实现的问题。在中国宪法语境下，本文在规范根据意义上主张直接效力，且不止于客观法意义上的直接效力，而是进一步承认主观权利意义上的直接效力；但在司法援用意义上，主张以间接效力为原则，以有条件的直接效力为例外。此一区别处理的方案有厘清概念与问题层次之效，并使直接效力与间接效力各得其所、相容互补。

规范根据意义上的直接效力强调基本权利私人间效力有自己的宪法基础，在证成上不必借道国家一个人关系。这点反映在具体操作上，就是基本权利在私人间适用时的操作框架与对国家适用时不同，消弥针对国家的正当化标准会运用到私人的疑虑。此一操作框架

〔74〕 Uwe Volkmann, Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland, 2013, S. 95 f.

〔75〕 Mattias Kumm, “Institutionalising Socratic Contestation”, *European Journal of Legal Studies*, Vol. 1, No. 2, 2007, p. 156.

的骨干是以动态平衡人与人之间平等的自由为取向的具体法益衡量。与此一操作框架构成一体两面的是基本权利的公私法双重属性：宪法不只是公法，在私人间适用的基本权利是私法规范。司法援用意义上的间接效力则处于另一层面，强调基本权利私人间效力的实现原则上应依托于普通法律及其解释。从这一层面来看，宪法与民法的关系不是二选一，而是互补交融。理解基本权利私人间效力时兼顾这两个层面，才能得其全貌而不失偏颇。总之，本文观点可用下图概括：

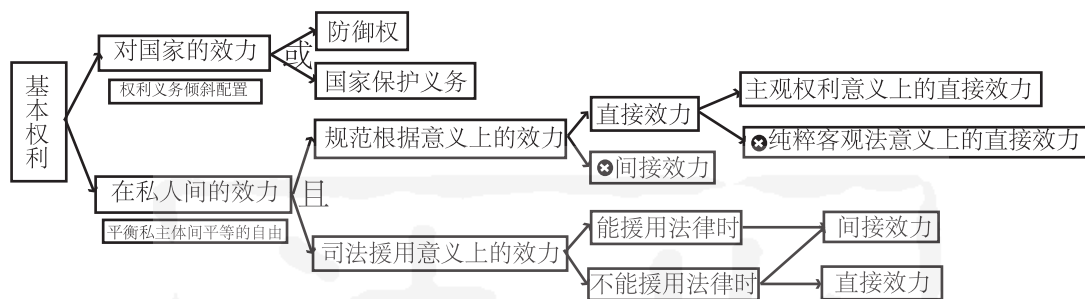


图 1 基本权利效力分类框架

**Abstract:** The concept of the horizontal effect of constitutional rights needs to be clarified, and different levels of meaning must be distinguished. In order to emphasize that this effect need not be based on the citizen-state relationship, the direct horizontal effect should be affirmed on the level of normative basis. Conversely, on the level of norm application, the indirect horizontal effect should be the principle, in order to emphasize that constitutional law and civil law are complementary and intertwined. In this way, the direct and the indirect effect can each have their place and be compatible. When applied between private persons, constitutional rights have different operational framework and normative properties than when applied to the state. Therefore, there is no need to worry that the standards of justification for the state will be applied to private persons. This operational framework is not an asymmetric arrangement that disadvantages only one party, but a symmetric balancing of equal freedoms of private persons. In terms of normative properties, the constitution is not only public law. Rather, constitutional rights, insofar as they apply between private persons, are norms of private law.

**Key Words:** Constitutional Rights; Horizontal Effect; Balancing; Proportionality; Constitutional Law and Civil Law

(责任编辑:彭 鐸)