

基本权利私人效力的民法审视

杜强强^{*}

内容提要：基本权利的私人效力问题关乎宪法与民法的关系，若不能充分结合具体的民法规范和民法原理加以研究，对相关问题的讨论就难以深入和精细。从民法的角度观察，宪法学界在基本权利私人效力问题上的诸多争议，大都可能因误解所致。现代宪法要求国家正视私人之间的实力落差，控制社会强势主体的力量。为回应现代宪法理念的要求，民法需要在法律制定和法律适用层面作出调适。基本权利私人效力是传统民法向现代民法转型过程中出现的一个法律现象，其体现了民法在适用层面为回应宪法理念所作的调适，但这种调适仍需坚守民法上的主体平等原则，要求基本权利的适用有所克制。基本权利间接效力说可谓现代宪法理念与民法基本原则双向调适的结果，其既能实现民法对私人之间实力落差的有效回应，又能维护民法之本，因而必然成为理论和实践上的优选，应当获得通说地位。

关键词：基本权利 客观价值秩序 公序良俗 第三人效力 宪法与民法

引言

自2001年最高人民法院作出关于“齐玉苓案”的批复后，基本权利私人效力或称第三人效力一直是我国宪法学研究的热点。虽然上述批复已不再适用，但宪法学界对基本权利私人效力的研究并未因此受到明显影响，相关文献已蔚为可观。我国学者引介了德国宪法学理论的相关研究，德国学界关于基本权利直接效力、间接效力的主张在我国都不乏支持者。^{〔1〕}近年来，还有学者引介和主张基本权利对私人无效力的学说。^{〔2〕}在上述学说中，我国学者较多认可间接效力说，部分原因在于间接效力说在德国得到了联邦宪法法院的支持，具有通说地位，而更主要的原因则是，相较于其他学说而言，间接效力说的背后确有坚实的法理作为支撑。本

^{*} 首都师范大学政法学院教授。

〔1〕 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》，《中外法学》2003年第5期，第544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页。

〔2〕 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页；〔日〕高桥和之：《“宪法上人权”的效力不及于私人——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64页。

文写作的出发点就在于,系统揭示间接效力说的学理根据,以期深化学界对基本权利私人效力的理论自觉。

学术通说的形成大体上是学说竞争的结果,学术共同体好比一个具有竞争性的思想市场。针对同一实践问题,不同学者往往提出不同的学术解决方案,而能够最大限度获得学术共同体认可的方案将会取得通说地位。某个学说成为通说之后可能面临更多批判,因为学术研究的任务就是“力图修正或打破已有法学通说的体系与命题”。〔3〕近年来,针对间接效力说,我国宪法学界已经涌现出一些商榷性观点。有学者批评间接效力说“以适用民法条款为名而实际运用宪法条款”,“似有掩耳盗铃、自欺欺人之嫌”。〔4〕有学者指责间接效力说不过是直接效力说的“包装”,与直接效力说并无本质区别,〔5〕同样具有威胁私法自治的巨大可能;其虽主张通过民法上的概括条款来适用基本权利,但没有为此提供明确的标准和操作步骤,这可能导致实践中基本权利的适用存在任意性和多变性,严重影响法的安定性。〔6〕

整体来看,我国宪法学界对基本权利私人效力问题的讨论,包括针对间接效力说的批评,大都带有一定的片面性,即局限于宪法的理论框架之内,没有充分结合民法原理和民法规范进行观察和思考。基本权利私人效力涉及宪法与民法的基本关系,一旦脱离了民法原理和民法规范,对基本权利私人效力问题的讨论就很难说是全面的。例如,在论及直接效力与间接效力的区别时,宪法学者认为,所谓直接效力是指法院在处理民事案件时直接依据基本权利条款作出判断,而间接效力是指法院将基本权利的意旨注入民法上的概括条款,并依据概括条款作出判断。〔7〕但是,在论及具体的操作步骤时,学者又主张,即便是“直接效力也不能无视法律”,并提出“低位阶法律优先适用”原则。〔8〕实际上,该学者的此种主张已与其对直接效力的定义有所不合。更为吊诡的是,还有不少论者即便强调直接效力也需要援引私法规范,却未指明究竟是援用何种或哪一条私法规范,这就大大影响了这种理论观点的说服力。

宪法中只有对基本权利的规定,而没有对法律行为效力或者民事请求权的规定。〔9〕所谓基本权利的直接效力,显然不是指当事人可以将基本权利条款作为其请求权基础,或者法院可以直接依据基本权利条款宣告民事法律行为无效。由于相关讨论未能充分结合民法规范和民法学说,宪法学界对于基本权利私人效力问题的研究,不免存在相当误解甚至难以自圆其说。有鉴于此,本文拟从民法视角出发予以新的讨论,以期更清晰地界分基本权利私人效力的基本类型、澄清基本权利私人效力的理论定位。本文的写作目的不仅在于阐明间接效力说通说地位的学理根据,更在于借此管窥基本权利私人效力之生成端赖宪法与民法之双向调适的理论逻辑。

〔3〕 姜涛:《论法学通说的形成机理》,《学术界》2012年第10期,第91页。

〔4〕 前引〔1〕,张翔文,第554页。

〔5〕 参见李海平:《论基本权利私人间效力的范式转型》,《中国法学》2022年第2期,第31页。

〔6〕 参见李海平:《基本权利间接效力理论批判》,《当代法学》2016年第4期,第48页。

〔7〕 参见前引〔1〕,张翔文,第553页。王泽鉴也曾认为直接效力指“法院在审判民事案件时,得直接引用‘宪法’基本权利的规定,不必通过民事法律,使基本权利得在民事个案中获得实现”,间接效力指“基本权利须通过民法的概括条款,或不确定法律概念”而实践之(参见王泽鉴:《民法思维:请求权基础理论体系》,北京大学出版社2009年版,第152页)。

〔8〕 参见前引〔1〕,张翔文,第556页。

〔9〕 拉伦茨曾说,“依据《基本法》第2条的规定,法院对那些过分限制合同当事人的行为自由,即如限制其在某个地方设立营业所的自由(《基本法》第11条)或限制其从事职业的自由(《基本法》第12条第1款第2句)的合同,应当以更加严格的标准来衡量。在此类情况下,合同无效的后果都产生于《德国民法典》第138条。《基本法》本身对合同是否有效未作规定”。〔德〕卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》上册,王晓晔等译,法律出版社2013年版,第111页。

基本权利私人效力是传统民法向现代民法发展过程中出现的一个法律现象。现代宪法要求国家控制社会强势主体的力量，为此民法不仅要在立法层面确立若干具体人格以落实控制强势主体的理念，也要在适用层面作出调整以应对私人之间的实力落差。但是，基本权利私人效力的出现，并非只源于宪法理念对民法理念的单方影响，而是宪法与民法双向调适的结果：民法在适用过程中需要落实现代宪法理念，同时亦不能放弃主体平等的基本原则。基本权利私人效力的这一生成理路，决定了间接效力说必然成为理论和实践上的优选，应当获得通说地位。

一、基本权利私人效力的研究误区与澄清

基本权利的直接效力和间接效力是基本权利私人效力的两种基本类型，二者有着共同的理论基础，都是基本权利客观价值的实现途径。德国联邦宪法法院在“吕特案”中提出了客观价值秩序理论：基本权利是一套价值秩序，它“应当作为宪法的基本决定，适用于法律的所有领域；立法、行政和司法从中汲取指令和动力。这个价值体系也就自然对民法产生影响；民法规定应当与其保持一致，以其精神为解释标准”。^{〔10〕}此即博肯福德所谓基本权利的“原则效力”或“辐射效力”。^{〔11〕}笼统的“原则”或者“辐射”都需要具体化，而具体化的路径就包括直接效力和间接效力两种。无论直接效力还是间接效力，都以概括承认基本权利对私人领域的效力为前提。^{〔12〕}这两种效力的不同，从民法的视角来看，最直观地体现为对不同民法规范的援引。^{〔13〕}结合民法规范来理解和阐释基本权利的私人效力，不仅能更清晰直观地呈现直接效力与间接效力的理论内涵，也有助于澄清我国宪法学讨论中的诸多误解。

（一）关于直接效力与间接效力的理论界分

对基本权利私人效力的讨论离不开对直接效力与间接效力的基本划分，但由于以往学界多是在宪法的视角下进行理论抽象，而没有充分结合民法规范予以考察，难免推导出引人误解的结论。例如，我国有宪法学者从规范根据和司法援引的角度，将基本权利的私人效力区分为规范根据上的直接效力与间接效力，以及私法援引上的直接效力与间接效力；进一步地，又将前者区分为主观权利上的直接效力和客观法上的直接效力。这种区分略显复杂，且有类型区分上的不明和疑问。按照该学者提出的标准，规范根据上的直接效力是指“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”。^{〔14〕}这一定义可能引发如下疑问：间接效力说主张用基本权利充实并具体化民法概括条款，是否也属于“参与建构、形塑私人间民事法律关系”，这种情形下的基本权利条款是否也可以说是与民法规范“共同构成其规范根据”？如果不能对这些问题作出否定性回答，那么上述理论所主张的直接效力和间接效力的区别也就不存在了。

按照该学者提出的标准，司法援引上的间接效力指的是依附于普通法律的基本权利援引，

〔10〕 [德] 福尔克·埃平、塞巴斯蒂安·伦茨、菲利普·莱德克：《基本权利》，张冬阳译，北京大学出版社2023年版，第165页。

〔11〕 参见杨登杰：《基本权利私人效力：直接还是间接？》，《中外法学》2022年第2期，第288页。

〔12〕 参见前引〔5〕，李海平文，第32页。

〔13〕 这至少是德国法学界的一个共识。参见[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，《比较法研究》2015年第1期，第172页；[德] 迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社2000年版，第519页。

〔14〕 前引〔11〕，杨登杰文，第287页。

而直接效力指的是基本权利的独立援用。然而,基本权利的独立援用在理论和实践中都不太可能发生,相应的分类自然难以成立。民事行为要么属于法律行为,要么属于事实行为。民法有关法律行为和侵权行为之法效的规定,足以为基本权利的适用(无论直接适用还是间接适用)提供基本的规范依据,很难想象会出现单独援引基本权利规范的情况。当然,该学者举例说明了单独援引基本权利条款的情况。例如,宪法上的平等原则要求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50年代,德国联邦宪法法院认定与宪法平等原则相悖而迟未修改的民法条款无效,在修法之前,法官可将基本权利“作为可直接适用的概括条款”,对相关法律漏洞予以填补。^[15]从德国当时的实际情况看,这只是当有关法律被宣告违宪而立法机关尚未及时修法时,宪法裁判机关宣告以宪法条款替代有关立法的临时举措,^[16]并不具有常规性。这种临时举措在民法之外的其他法律领域也可能出现,并非典型的基本权利私人效力问题。并且,即便在上述情形中,设若当事人依据修改前的民法条款在婚姻、继承等方面实施了歧视非婚生子女的行为,其行为依然会落入德国民法典第134条“违反法定禁止的法律行为无效”或者第138条“违背善良风俗的法律行为无效”的范围内,不大可能出现因只有基本权利条款可资适用而不得不将基本权利条款作为唯一裁判依据的情形。

对比来看,如果结合民法规范来讨论,则直接效力与间接效力的类型区分就会清晰得多。从民法的角度看,私人对基本权利的干预行为,^[17]包括法律行为和事实行为两类。例如,有公司预立“结婚即辞职”的劳动合同条款要求求职者签署,此即以法律行为的方式干预当事人的婚姻自由;住房承租人在所租赁住房外墙张贴政治广告,房主协商不成后将其摘除,此即以事实行为干预承租人的表达自由。^[18]由于宪法中只有对基本权利的规定,而没有对民事请求权或者法律行为效力的规定,直接效力或者间接效力必然要通过民法规范发挥作用。就法律行为而言,我国民法典第153条第1款规定:违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效;但是,该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外。第153条第2款规定:违背公序良俗的民事法律行为无效。所谓基本权利对私人关系有直接效力,并不是指法院可以直接将基本权利条款作为宣告民事法律行为无效的依据,而是指基本权利条款构成民法典第153条第1款上的“强制性规定”。宪法上的基本权利于此就相当于“强制性法律”,法律行为违反“基本权利”就等于“直接违法”。^[19]基本权利对私人关系有间接效力,意味着基本权利条款并不构成民法典第153条第1款上的强制性规定;法院需要将基本权利的意旨注入民法典第153条第2款上的“公序良俗”,以迂回的方式对案件裁判发生影响。^[20]

关于事实行为,可先借助德国民法典上的相关规定予以说明。德国民法典第823条第1款规定:故意或有过失地不法侵害他人的生命、身体、健康、自由、所有权或其他权利的人,有义务向该他人赔偿因此而发生的损害;第2款规定:违反以保护他人为目的的法律的人,担负

[15] 参见前引[11],杨登杰文,第291页。

[16] 参见[德]迪特尔·施瓦布:《德国家庭法》,王葆蔚译,法律出版社2022年版,第342页。

[17] 这里的“干预”是中性的,“只要违背权利人的意志并对受保护的法益产生了显著影响即可”。参见王锴:《基本权利冲突及其解决思路》,《法学研究》2021年第6期,第40页。

[18] 这个例子来自德国联邦宪法法院在判决“吕特案”同日宣判的另一起案件,但略有更动。参见陈新民:《德国公法学基础理论》上卷,法律出版社2010年版,第367页。

[19] 参见[德]迪特尔·施瓦布:《民法导论》,郑冲译,法律出版社2006年版,第60页。

[20] 同上书,第60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89页。

同样的义务。第 826 条规定：以违背善良风俗的方式故意加损害于他人的人，有义务向该他人赔偿损害。依直接效力说，法院可将宪法上的基本权利直接视为德国民法典第 823 条第 1 款中的“其他权利”，或者视为该条第 2 款中的“以保护他人为目的的法律”。据此，当事人对基本权利的干预可直接构成民法上的侵权。依间接效力说，法院不能直接将当事人的干预行为视为民法上的侵权，而是要将基本权利的意旨注入第 826 条上的“善良风俗”，以迂回的方式对案件裁判发生影响。^{〔21〕}我国民法典第 1165 条规定：行为人因过错侵害他人民事权益造成损害的，应当承担侵权责任。依直接效力说，法院应将基本权利认作本条中的“民事权益”，当事人对基本权利的干预应被视为民事侵权。由于我国民法典中没有类似德国民法典第 826 条的规定，依间接效力说，若发生背俗型的干预行为，需要诉诸民法典总则第 8 条，即“民事主体从事民事活动，不得违反法律，不得违背公序良俗”，由法院将基本权利的意旨注入公序良俗的概念中，以迂回的方式对案件裁判发生作用。^{〔22〕}

（二）关于公法能否介入私法的质疑

结合民法规范不仅能在形式上更明确地区分私人效力的类型，也有助于澄清宪法学界对公法介入私法的误解。从学说脉络看，调整人民与国家关系的宪法何以能够正当地介入私主体之间的关系，是我国宪法学界在讨论基本权利私人效力问题时所围绕的核心问题之一。正如有学者所指出的，“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”，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”。^{〔23〕}在学界最初讨论基本权利私人效力问题时，即有学者以此为由反对直接效力说，他认为，“作为公法，宪法不能直接用来解决私法问题，宪法权利不能直接介入私事领域”。^{〔24〕}另有学者提出，“宪法已经不再是纯粹的公法，宪法已经在某种程度上具备了私法的性质，从而其在私法领域的效力问题似有重新考虑的必要”。^{〔25〕}此举似乎是试图缓和宪法的公法性质与民法的私法性质之间的张力，尝试为基本权利条款发挥私人效力开辟道路。在此基础上，又有学者进一步地提出了宪法公私法双重属性说。他指出，基本权利规范既具有公法属性，也具有私法属性，“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”；^{〔26〕}只有“承认基本权利的公、私法双重属性”，才能“从根本上反驳公法介入私法的质疑”。^{〔27〕}

由上可见，宪法的公法属性和公私法划分的传统理论，给我国基本权利私人效力的研究者造成了很大的困扰，无论私人效力的主张者还是质疑者，都在为此问题而殚精竭虑。实际上，

〔21〕 参见王锴：《论宪法上的一般人格权及其对民法的影响》，《中国法学》2017 年第 3 期，第 118 页；王泽鉴：《侵权行为》，北京大学出版社 2016 年版，第 114 页，第 330 页。

〔22〕 当然，除了民法上的法律行为和侵权责任条款，基本权利介入私人关系时还可援引其他民法条款。例如，若一方当事人不对另一方当事人的干预行为提出侵权损害赔偿，而仅要求另一方排除妨害或消除危险，要主张基本权利直接效力，需援引我国民法典第 236 条（妨害物权或者可能妨害物权的，权利人可以请求排除妨害或者消除危险）或者第 1167 条（侵权行为危及他人人身、财产安全的，被侵权人有权请求侵权人承担停止侵害、排除妨碍、消除危险等侵权责任），此时基本权利被直接视为民法典第 1165 条上的“民事权益”；而要主张基本权利间接效力，仍需诉诸民法典第 8 条。

〔23〕 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 19 页。

〔24〕 前引〔1〕，刘志刚文，第 47 页。

〔25〕 前引〔1〕，张翔文，第 550 页。

〔26〕 前引〔11〕，杨登杰文，第 294 页。

〔27〕 杨登杰：《基本权利私人间效力法理基础的澄清与重构》，《中国法学》2023 年第 2 期，第 224 页。

如果对相关民法规范和民法学说有所把握,则会发现,对公法介入私法的疑虑很大程度上只是宪法学者空想出的一个困扰。例如,就法律行为而言,民法典第153条第1款明确规定“违反法律、行政法规强制性规定”的民事法律行为无效。民法学上认为,这个条款本身就是公法规范介入私法体系的概括性“引介条款”,它的功能在于使大量的管制类公法规范变为效力规范,[28]从而干预当事人的契约自由以及私法自治。按照苏永钦的形象描述,这个条款使得多如牛毛的管制类法规“像躲在木马里的雄兵一样涌进特洛伊城”,私法自治的空间也将随着国家管制强度的增减而上下调整。[29]由此可以看出,民法学界并未对公法介入私法有所质疑,而是将其视为公法对私法自治的必要限制。[30]

民法学界之所以质疑宪法对私法的直接介入,其实并非缘于宪法的公法性质,而是因为基本权利规范过于抽象和笼统。民法学界所讨论的强制性规定,向来都是具体甚至琐碎的法律法规,[31]而基本权利条款具有宪法规范所固有的概括性、抽象性、无漏洞性,单单“宪法基本权利中的财产权与人格尊严就几乎可以把民事权利网罗净尽”。[32]若将此种概括而笼统的条款直接作为法律行为效力的判断标准,将使得当事人动辄得咎、无所适从,严重危及法的安定性。即便将基本权利规范建构为私法规范,基本权利规范的概括和笼统程度依然如故,对私法自治的威胁不会有所缓和。而且,基本权利条款除了具有概括性的特点外,还具有高强度性,“广泛的基本权利还刚性十足”,具体体现为比例原则的适用,这也将危及私法自治。[33]虽然直接效力说的主张者提出,在基本权利直接适用于私人关系时必须对比例原则进行适度改造以降低其刚性。[34]但是,既主张基本权利具有直接效力,又认为有必要降低基本权利拘束的刚性,这在逻辑上是一种自相矛盾。作为对比,间接效力说并不主张将基本权利条款当作判断法律行为效力的“强制性规定”,而是主张法院要将基本权利的意旨注入民法典上的“公序良俗”。这就意味着,法律行为效力的最终判定标准不是宪法上的基本权利条款,而是民法上的公序良俗条款,这就会产生与直接效力说明显不同的后果。在基本权利间接适用于私人时,“公序良俗”既是“转换器”,也是“变压器”,卡纳里斯曾屡次强调这个条款的“宽松”。[35]若按间接效力说,比例原则将没有用武之地,这能有效降低基本权利的刚性,有利于维护私法自治。总之,在民法视角下观察,围绕基本权利私人效力所引发的公法能否介入私法的争议将不复存在。至于间接效力说如何发挥“转换”或“变压”功能,从而降低基本权利的刚性,本文将在讨论基本权利私人效力的生成逻辑后再作具体展开。

[28] 参见苏永钦:《私法自治中的经济理性》,中国人民大学出版社2004年版,第35页;孙鹏:《论违反强制性规定行为之效力——兼析〈中华人民共和国合同法〉第52条第5项的理解与适用》,《法商研究》2006年第5期,第122页。由于主题所限,这里不讨论公法上的强制性规范如何转化为民法上的效力规范这个纯粹的民法问题,对此,民法学界的讨论已甚为精细,具体可参见朱庆育:《〈合同法〉第52条第5项评注》,《法学家》2016年第3期,第153页。

[29] 参见苏永钦:《走进新世纪的私法自治》,中国政法大学出版社2002年版,第7页。

[30] 参见王泽鉴:《民法总则》,北京大学出版社2009年版,第266页。

[31] 例如,德国民法学界讨论的强制性规定可能出自商店停止营业时间法、打击黑工法等(参见[德]海因·克茨:《德国合同法》,叶玮昱、张焕然译,中国人民大学出版社2022年版,第60页)。我国民法学界讨论的强制性规定可能出自城市房地产管理法、《探矿权采矿权转让管理办法》等(参见杨代雄:《法律行为论》,北京大学出版社2021年版,第401页以下)。

[32] 于飞:《基本权利与民事权利的区分及宪法对民法的影响》,《法学研究》2008年第5期,第49页。

[33] 有学者认为,“要在交易中适用法律保留原则与比例原则,等于宣告私法的死亡”。同上文,第51页。

[34] 参见前引[5],李海平文,第42页。

[35] 参见前引[13],卡纳里斯文,第183页以下。

二、民法的转型与基本权利私人效力的理论定位

基本权利私人效力学说的兴起，至少在法律行为领域，为的是应对发生在法律上平等但事实上不平等的私人之间的强势一方对弱势一方的基本权利侵害。随着社会经济的发展，“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”。^{〔36〕}在现代宪法理念的壓力之下，传统民法的应对策略之一就是发展出基本权利私人效力，实现传统民法向现代民法的转型。

（一）传统民法与现代宪法理念之间的张力

近代宪法以控制国家公权力为己任，宪法基本权利条款也以国家公权力为唯一拘束对象。在这个宪法背景下，民法严格奉行民事主体地位平等原则，有意罗织了一层罗尔斯的“无知之幕”，对私人之间的实质不平等视而不见。拉德布鲁赫对此有清楚的阐释：“民法只认识‘人’，即双方自由决定而缔结契约的平等主体；不认识相对于企业主力量弱小的劳动者”；民法上的“人”是脱离了实际经济地位的抽象人格，民法因此“不知道农场主、手工业者、工厂主、企业主、工人和雇员，所知道的唯法律主体而已，即只知道‘人格人’，而且它视这种‘人格人’为完全自由的人”。^{〔37〕}之所以如此，乃是民法的基础功能使然。民法是市场交易的法则，而市场交易天然要求平等，正如马克思所说，“商品是天生的平等派”。^{〔38〕}正是基于这个基本预设，民法最关心的是，哪种市场交易规则最有利于交易达成、最有利于“充分调动民事主体的积极性和创造性”，以及最有利于“各种所有制主体依法平等使用资源要素”。^{〔39〕}换言之，民法首要考虑的是如何能够促进交易，而非优先保护弱势主体。有民法学者将民法的这一特点归结为民法的“无目的性”，^{〔40〕}确有其理。

随着社会经济的发展，传统民法的主体地位平等原则开始与新兴的宪法理念出现龃龉。尤其是，“从十九世纪末起，出现了大企业、大工会、大众媒体等的大规模组织，此种‘社会权力’对私人人权的侵害，乃成为问题，产生私人间强者对弱者人权侵害的宪法问题”。^{〔41〕}从总体上看，现代宪法的出现就是对此种新生事态的一个应对。作为现代宪法的典范，德国魏玛宪法在经济生活篇开宗明义宣告：经济生活必须符合正义之基本原则，并以保障人人得以尊严生存为目的；在此范围内确保个人经济自由（第151条）。这明确宣告了个人（主要指的是强者）的经济自由要以确保弱者有尊严地生活为指向；其言下之意是，为了保护弱者的尊严，有必要限制强者的自由。魏玛宪法第153条郑重确认“财产权负有义务，其使用须同时服务于公共福祉”，这也体现了对经济力量的警惕。作为告别近代宪法自由放任政策的标志，现代宪法明确要控制那些“与保障社会经济弱者过人一样的生活处于矛盾关系的‘大财产和经济活动’、‘带有支配他人的经济活动’、‘垄断性经济活动’”，^{〔42〕}而民法的传统却是“对一切

〔36〕〔日〕芦部信喜：《宪法》，林来梵等译，北京大学出版社2018年版，第83页。

〔37〕〔德〕拉德布鲁赫：《法学导论》，米健译，商务印书馆2013年版，第119页，第99页。

〔38〕《马克思恩格斯文集》第5卷，人民出版社2009年版，第104页。

〔39〕王晨：《关于〈中华人民共和国民法典〉（草案）的说明》，《全国人民代表大会常务委员会公报》2020年特刊，第180页。

〔40〕参见易军：《私人自治与私法品性》，《法学研究》2012年第3期，第73页。

〔41〕〔日〕阿部照哉等编著：《宪法（下册）：基本人权篇》，周宗宪译，中国政法大学出版社2006年版，第55页。

〔42〕〔日〕杉原泰雄：《宪法的历史——比较宪法学新论》，吕昶、渠涛译，社会科学文献出版社2000年版，第116页。

人作抽象的对待”，〔43〕这正是民法传统与现代宪法之间的张力所在。

（二）基本权利私人效力的理论定位

以处理平等主体间关系为己任的民法，不能自外于现代宪法控制社会强势力量的理念。虽然国家对于社会强势力量的控制主要通过社会经济立法如反垄断法等来实现，但民法也需要分担相应职能，这就促成了传统民法向现代民法的转变。〔44〕劳动法从民法中脱离出来，正是民法在现代宪法理念的调适之下作出的调适之举。雇佣契约本是民法的传统内容，如今却主要是劳动法的规范对象。劳动法“将经济关系置于保护经济上弱者免受经济上强者侵害的视角之下进行观察”，〔45〕它以雇主、雇员的具体人格取代了民法上的抽象人格，能够更有效地完成现代宪法所分派的任务，即纠正雇佣契约中的力量不对等，抑制雇主的优势地位，保障劳动者的基础权益。特别民法如消费者权益保护法的出现，也可视作民法回应现代宪法理念之压力的表现。除此之外，作为传统民法堡垒的民法典也不能自外于宪法的要求。例如，“20世纪西欧各国民法逐渐加重实质契约正义的比重，1992年《荷兰民法》和2002年《德国债法》重编，代表某种形式到实质的典范转移”。〔46〕德国民法典甚至将“消费者”与“经营者”写入民法典总则，使其同自然人、法人一样成为私法关系的主体。总之，现代宪法理念促成了民法的功能转变，私法自治开始受到越来越多的限制，最终形成了“民法的社会化”局面。〔47〕

“民法的社会化”也自有其限度，它不应当影响到特别民法和普通民法内社会性条款之外的传统民法规则。〔48〕即便民法要履行保障弱者的宪法委托，也总不能把民法所有的规范都清一色地改造成社会经济法规范。〔49〕在民事立法领域总有一个“剩余地带”，其中仍须坚守民事主体平等原则。这个“剩余地带”正是基本权利私人效力的用武之地：在传统民法规则无法也不能放弃其主体平等原则的条件下，法院在民法的适用过程中就应当适时适度地掀起无知之幕，正视社会现实中所存在的实力落差，而将基本权利的意旨予以落实。在此意义上，基本权利私人效力正是在民事立法的途径之外，由法院在适用民法的过程中对现代宪法理念的一个回应。〔50〕对于现代宪法理念的落实而言，立法（尤其是社会经济立法）总是优先渠道，基本权利私人效力的作用只在于“查漏补缺”。〔51〕尽管如此，基本权利私人效力的实践

〔43〕 梁慧星：《民法总论》，法律出版社2021年版，第4页。

〔44〕 参见苏永钦：《寻找新民法》，北京大学出版社2012年版，第339页。民法学者将此称为民法近代模式向现代模式的转换。参见上引梁慧星书，第5页。

〔45〕 前引〔37〕，拉德布鲁赫书，第119页。

〔46〕 前引〔44〕，苏永钦书，第16页。关于德国合同法从形式主义到实质公正的范式转移，参见〔德〕卡拉里斯：《债务合同法的变化：即债务合同法的“具体化”趋势》，张双根译，《中外法学》2001年第1期，第36页。

〔47〕 参见谢怀栻：《外国商法精要》，法律出版社2002年版，第17页。

〔48〕 “民法的现代模式并非完全取代其近代模式，而是构成两者共生的现象。”前引〔43〕，梁慧星书，第5页。

〔49〕 正因如此，德国民法典将消费者和经营者作为民事主体纳入总则，使其与自然人、法人并列成为所有私法关系的可能主体之后，遭到了多方批评。参见前引〔40〕，易军文，第83页。

〔50〕 李海平认为，“基本权利私人效力，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”（前引〔5〕，李海平文，第33页）。这似乎有些误解了宪法和民法的关系。更妥当的说法或许是，基本权利私人效力是在民法层面回应社会权力兴起导致的私主体之间实质不平等的理论形式。为了给基本权利私人效力提供更充分的理论根据，李海平提出了社会中心范式说（参见前引〔5〕，李海平文，第26页），杨登杰提出了社会宪法说（参见前引〔27〕，杨登杰文，第216页）。这两个学说对基本权利私人效力的论证当然有积极的巩固意义，但它们似乎太过聚焦于宪法而忽略了民法。

〔51〕 参见奚若晨：《基本权利私法效力的界限》，《当代法学》2023年第4期，第89页。王锴也指出，“立法者在形成私法秩序的时候越是全面履行了保护基本权利的义务，那么法官援引第三者效力的动机就越小”。前引〔21〕，王锴文，第120页。

意义仍不可被低估，即便是特别民法，也可能百密一疏。例如，“单身条款”的效力难以依据劳动法加以判断，但其仍在传统民法的规范领域之内，恰好可以成为基本权利私人效力所针对的对象。

有学者曾指摘基本权利间接效力说仅仅是“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”。^{〔52〕}这一批评恰在不经意间道出了基本权利私人效力理论的真谛。不独间接效力说如此，整个基本权利私人效力理论都是以司法为中心的，它无力担负“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”的重任。批评者之所以会有如此期待，极有可能是因为混淆了基本权利的宪法效力与基本权利的私人效力，也即混淆了国家保护义务与国家在私人关系中履行保护义务。基本权利的宪法效力涵盖的内容极多，它要求国家采取各种方式——既包括积极作为的方式，也包括消极不作为的方式——促进基本权利的保护和实现。如果抛开防御权的内容，则基本权利的宪法效力主要是指国家保护义务。而基本权利私人效力指的是国家如何在私人关系中履行保护义务。这二者虽然均涉及国家保护义务，但前者指向保护义务的整体，后者单指国家如何在私人关系中履行保护义务，且这一保护义务须以民法的适用为前提，不应也无法针对立法给出应对之策。在立法中给出应对之策，涉及国家如何妥当制定社会经济立法或者民事立法的问题，这与基本权利的私人效力问题没有太大关系。^{〔53〕}

对于上述混淆，“私人效力”或者“私人间效力”的提法可能是一个致误之源。我国宪法学界最初多使用“基本权利的民法效力”或者“私法效力”等类似表述讨论相关问题。^{〔54〕}这类表述本身并不严谨，它既可以指基本权利对民事立法的效力，也可以指基本权利对民事关系当事人的效力。^{〔55〕}民事立法本属国家公权力的行使，当然涉及基本权利的适用，且这种适用毫无疑问是直接适用。因此，学界通常所谓基本权利的“私法效力”，应当仅指基本权利对民事关系当事人的效力。或许正是为了避免误解，近年来学者多使用“私人间效力”或者“私人效力”的提法。问题在于，这种新的提法不应使人忽略这个事实：基本权利的私人效力其实是以民事关系的存在作为前提，而民事关系的存在又必然以民法规范的适用为其预设。作为法律现象的民事关系并不是一个可以被客观感知的物理现象，而是一个规范现象，是人们基于特定规范对特定事实进行理解后得出的规范性结论。^{〔56〕}“私人”或“私人间”的表述其实是预设了民法规范的存在和适用，它并不是指没有任何规范前提的两个私人之间的任何关系。

还有一种针对间接效力说的批评，同样针对的是基本权利私人效力说以司法为中心的现象。批评者指出，按照间接效力说，“民事关系只要停留在社会中，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

〔52〕 前引〔5〕，李海平文，第34页。

〔53〕 国家制定的社会经济立法可能仍会达不到宪法所要求的保护程度，法院在适用这些立法时仍可采取合宪性解释的方法补足保护程度，但这与基本权利私人效力是两个不同的问题。如果不要求精确，基本权利的私人效力也可以被理解为是对传统民法规则的合宪性解释（参见许瑞超：《基本权利第三人效力的范畴与本质》，《交大法学》2021年第1期，第54页），它与法院对社会经济立法的合宪性解释并行而不悖。

〔54〕 参见前引〔1〕，张翔文，第544页；徐振东：《宪法基本权利的民法效力》，《法商研究》2002年第6期，第119页；张巍：《德国基本权第三人效力问题》，《浙江社会科学》2007年第1期，第107页。

〔55〕 参见前引〔10〕，埃平等书，第164页。

〔56〕 参见〔奥〕凯尔森：《纯粹法理论》，张书友译，中国法制出版社2008年版，第40页。

向法院起诉这一偶然因素”。〔57〕应当承认，批评者提到的这个现象的确存在，但这并非间接效力说的缺陷所致，而是由法律的固有特点所决定的，即徒法不足以自行。按照庞德的观点，很多法律救济和法律规则的实施有赖于个人的主动精神。〔58〕就批评者所举事例而言，即便宪法上规定，除法院外，民间的仲裁机构在裁决民事案件时也要关注基本权利的实现，设若当事人不提起民事仲裁，他的基本权利同样也是无法贯彻到民事关系中去的。

三、宪法与民法的双向调适与间接效力说的证立

基本权利私人效力本质上是传统民法为适应现代宪法理念而在自我调适的过程中出现的一个法律现象。由于主体平等是民法不可放弃的基本原则，基本权利在私人关系中的适用必然有其特点，即不应当以防御国家公权力的方式来防御私主体。这一特点为间接效力说的通行铺平了道路。

（一）现代宪法与民法的双向调适

在现代宪法理念的壓力之下，无论民事立法还是民法的适用，都产生了因之调适的必要。民事立法上的因应方式较为多样，既可以是制定特别民法，也可以是在民法典内加入保护性条款。而民法在适用之际则较少有回旋余地，它恰好处于以民事立法途径因应宪法压力之后的“剩余地带”。处在这个地带的民法规范要贯彻“基于宪法财产权、营业自由等基本决定的要求”，〔59〕无论如何都不能放弃主体平等原则，否则就将取消民法的存在意义。〔60〕正因为如此，民法在适用过程中对于现代宪法理念的回应，应被更确切地理解为宪法与民法的双向调适，即在适用民法时不能不考虑私人之间的实力落差，但宪法亦不得不尊重民法上的主体平等原则，不能苛求民法的适用突破主体平等的底线。正是这种双向调适的逻辑为间接效力说铺平了道路。这是因为，直接效力说将基本权利规范当作民法典第153条第1款上的强制性规定，而基本权利规范原本适用于国家与私人之间，它以主体间的不平等为逻辑前提，也即“法治国上的公民自由与国家约束的不对称性”。〔61〕若采纳直接效力说，则意味着全然承认了私人之间的不平等关系。而间接效力说以民法上的公序良俗作为管道来吸纳基本权利的意旨，既考虑到了私人之间的实力落差，又不与民事主体平等原则相抵牾，显然逻辑更为融贯。〔62〕

〔57〕前引〔11〕，杨登杰文，第295页。李海平也有类似的批评，他指出，“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”。前引〔5〕，李海平文，第32页。

〔58〕参见〔美〕罗斯科·庞德：《通过法律的社会控制：法律的任务》，沈宗灵、董世忠译，商务印书馆1984年版，第32页。

〔59〕前引〔29〕，苏永钦书，第8页。

〔60〕拉德布鲁赫曾指出，如果没有平等的概念，私法就是不可思议的。参见〔德〕拉德布鲁赫：《法哲学》，王朴译，法律出版社2005年版，第133页。

〔61〕前引〔11〕，杨登杰文，第292页。

〔62〕张翔从立法者享有具体化宪法的优先权的角度，得出了大致相同的结论：“‘间接效力说’所突出或者强调的只是立法机关在基本权利的私法保障上的主导地位。也就是说先由立法机关尽可能地将宪法基本权利规范具体化于民法”，“只有在现有民法规范不敷适用时，再考虑适用基本权利规范，而且还要用民法的概括条款把它们‘包裹’起来”（前引〔1〕，张翔文，第554页）。实际上，认为“立法机关尽可能地将宪法基本权利规范具体化于社会经济立法”似更合理，因为国家主要是通过社会经济立法来履行其保护义务的（参见李海平：《基本权利保护义务关系结构的型变》，《法学研究》2025年第1期，第50页）。

从宪法与民法双向调适的角度分析,也能更清楚地看到直接效力说与无效力说的对立及其不足。在理论脉络上,直接效力说向来主张基本权利应当对私人具有直接效力,认为“当私主体之间存在明显的‘力量差’以至于一方可以对其他主体构成支配时,再以形式上的平等关系为由否认基本权利的适用,实质是以形式的平等掩盖实质的结构性不平等,最终会损害弱势主体利益”。〔63〕无效力说则认为,仅仅从实力落差的角度来论证基本权利的直接约束力仍有不够。国家与私人之间的实力落差与私人之间的实力落差毕竟有所不同,前者的悬殊程度远非后者可比。即使抛开这点不谈,与国家公权力相比,私人之间的关系具有一个明显特点,即非强制性或称自愿性。就双方关系的发生而言,弱势一方的参与在很大程度上乃是出于自愿,即他自愿成为缔约方。就双方关系的终结而言,只要弱势一方愿意,其亦可以自愿脱离对方的支配,就像企业雇员至少有辞职的自由;而在国家与国民之间就不存在这种非强制性。也就是说,国家公权力是个人无法回避的,而强势私主体则并非如此。〔64〕

直接效力说与无效力说之间的对立,其实可以归结为现代宪法与传统民法之间的对立。现代宪法已认识到私人在实力上的巨大落差,要求控制强势主体;传统民法则坚守民事主体平等原则。无效力说没有正视现代宪法施加于传统民法的调适压力,而直接效力说则没有看到民法上的主体平等原则与现代宪法理念之间的张力。无效力说需要回应的问题是,在立法者已经通过制定特别民法或者修改民法典的方式落实现代宪法理念的背景下,是否还存在远离宪法的“纯粹民法”?直接效力说需要回答的是,如果民事立法和民法适用层面都不再坚守主体平等原则,真正意义上的民法是否还会继续存在?显然,民法既不能远离现代宪法的效力辐射,亦不能消解自身的独立地位。应对现代社会中私人之间的实力落差所引发的问题,妥当的做法是由宪法与民法在张力之中相互调适以求取共识。基本权利的间接效力理论恰恰体现了这种双向调适的逻辑,因此相较于直接效力说和无效力说更适宜为理论和实践所采纳。

(二) 基本权利私人适用的审查标准

间接效力说契合了宪法与民法之间双向调适的逻辑,因而成为私人效力学说中的优选方案,但其依旧面临学理上的挑战。间接效力说的基本立场是,法院需将基本权利的意旨注入民法上的概括条款,以迂回的方式来履行宪法所分配的任务。但是,人们所批评的恰恰是这一点:间接效力说表面上诉诸民法上的概括条款,但其实适用的仍旧是基本权利;并且,它也没有提供适当的判断方法,唯有宽泛的法益衡量。本文认为,将基本权利的意旨“注入”民法概括条款并非一个空洞的比喻,它无论在内容上还是在方法上都有实质内涵:“注入”不仅要求将双方的基本权利均纳入考虑,也要求采用与处理“国家—公民”关系时不同的审查标准。

宪法与民法之间的双向调适意味着,虽然在民法的适用中需要虑及私人之间的实力落差,但仍须承认双方法律地位的平等;而承认双方法律地位的平等,就得承认私人双方均为基本权利主体。这就决定了,基本权利在私人关系中的适用有别于基本权利在公法关系中的适用。在“国家—公民”的公法关系中,只有公民是基本权利主体,国家只是义务主体。既然私人关系中的双方均为基本权利主体,则需被注入民法概括条款的,就不只是弱势一方的基本权利,而应是双方的基本权利。例如,在“单身条款案”中,既要考虑职员的婚姻自由,也要考虑企业

〔63〕 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117页。

〔64〕 参见姜峰:《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89页。

的营业自由,“双方的人权都可能间接投射到善良风俗的概念中”,^[65]只有在综合考虑双方的基本权利后,方能作出一方行为是否有违公序良俗的判断。如果仅仅考虑弱势一方的基本权利,就相当于将另一方私主体等同于国家来对待,这显然不符合民法的主体平等原则。

既然基本权利在私人关系中的适用需要同时考虑双方的基本权利,那就不能套用专门针对国家的比例原则。苏永钦曾指出,基本权利之介入私法关系,不能“摆出像对抗公权力一样的姿态来对抗另一造的私人”,而必须留有调和与妥协的空间。^[66]所谓调和与妥协,在审查标准上就体现为不采用比例原则,尤其不能采用适当性原则和必要性原则,而只宜将狭义的比例原则即法益权衡原则,“类推”适用于私人关系。^[67]不过,如果说间接效力只是要求法院在私人之间进行法益衡量,则仍有诸多不严谨之处。一来批评者大多指摘此种法益衡量没有明确的标准和操作步骤,容易导致实践的任意和多变,严重影响法的安定性。二来既然主张基本权利在适用于私人关系时不能套用比例原则,为何仍要“类推”适用狭义比例原则所内涵的法益衡量?“类推”适用难道不也是一种比例原则的适用吗?因此,尽管法益衡量未必就是恣意和非理性的代名词,也未必损害法的安定性,^[68]为回应间接效力说的可能质疑,仍有必要讨论将基本权利适用于私人关系时的具体审查标准。从总体上说,基本权利在适用于私人关系时的审查标准,在结构上类似于宪法上的比例原则,内涵上却需要体现民事主体平等原则的要求,这延续了宪法与民法相互调适的逻辑。

其一,虽然基本权利在私人关系中的适用与其在公法关系中的适用有所差异,但二者在结构上仍有共通之处。无论在公法关系还是私人关系中,弱势一方所面对的都是强势主体,只不过公法关系中的是法律上的强势主体,私人关系中的是事实上的强势主体。在“国家—公民”间的公法关系中,对国家干预措施合宪性的判断需要考虑国家的正当利益;在私人关系中,对强势主体干预措施合宪性的判断需要考虑强势一方的基本权利。前者需要对公民的基本权利与国家利益进行衡量,后者需要对双方的基本权利进行衡量。在衡量的过程中,虽然不能将比例原则扩展适用至私人之间,但比例原则的框架结构仍可借鉴。比例原则的本质在于“调整目的与手段之间的理性关系,追求损益平衡”,^[69]基本权利在适用于私人关系时也应当着眼于此,即要对强势私人的干预目的与干预手段之间的理性关系进行审查判断。只不过,这种审查应当相对宽松。

其二,民法上的主体平等原则,对基本权利适用于私人关系时的具体审查标准提出了实质性要求。从民法上说,私人间的法律地位平等,法院需要平等对待当事各方。但是,基本权利私人效力的特质就在于,法院要正视私人之间的实力落差进而通过抑制强者来保护弱者。基于正义的要求,差别对待必须要有合理根据,这个合理根据就在于强势一方对另一方施加了不合理的干预。因此,在基本权利适用于私人关系的过程中,法院的任务就在于审查判断强势一方的干预是否具有合理性,具体来说,就是审查强势一方的干预手段与其正当目的之间是否具有合理关联。法院在这里的判断标准其实就相当于宪法平等权分析中的“恣意公式”。“恣意公

[65] 前引[44],苏永钦书,第410页。

[66] 同上书,第416页。

[67] 同上书,第417页。

[68] 杨登杰对此作过精细论证,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》,《中外法学》2015年第2期,第367页。

[69] 刘权:《比例原则》,清华大学出版社2022年版,第20页。

式”的任务在于，判断公权力的差别对待在目的与手段之间是否存在合理关联，这是一种较为宽松的审查基准。^{〔70〕}考虑到民事关系当事人具有平等的法律地位，即便一方具有强势地位，法院所能做的也只是合理纠偏，而不能照搬对国家的严格要求，类似“恣意公式”的宽松审查标准或许较为适当。^{〔71〕}

试举两例来对比说明基本权利在私人间适用的审查标准。学界通常认为，企业要求普通职员入职时签署“结婚即辞职”的合同，属于明显限制个人婚姻自由的行为，“违反公共秩序与善良风俗”，应属无效。^{〔72〕}之所以如此，乃是因为此种条款只考虑了雇主一方的利益，它无条件地要求雇员为雇主利益作出牺牲且不作任何补偿，因而存在明显的恣意。设若某演艺人员签约影星经纪公司，经纪公司要求其签署“不婚条款”，此无疑仍属于对演艺人员婚姻自由的限制。不过，此时在判断该条款的效力时，需要考虑到包装打造影星的成本甚高，经纪公司需要为此支付大量广告推介费用。并且，就常理而言，演艺人员在法律上虽仍属于雇员，但其显然不同于通常意义上的企业雇员，经纪公司为其支付的对价当明显不同于普通雇员的工资。此外，还需要考虑影星的当红周期较短，经纪公司也有获得经济回报的正当需求。鉴于上述因素，不能简单地认为经纪公司对于不婚条款的设定是出于恣意，该条款也未必有违公序良俗。^{〔73〕}

四、直接效力说倒向间接效力说的必然

由于一些“类似国家的私团体”与普通私人有着明显的实力落差，无论在德国还是我国，都有学者主张基本权利应当对此类团体具有直接效力。^{〔74〕}在我国，有学者尤其深入论证了“社会公权力”的概念，主张基本权利对社会公权力主体应当具有直接效力。不过，由于必须接纳民法的主体平等原则，直接效力说的支持者无法充分证立其主张，甚至于他们对直接效力说的论证，最终都在一定程度上转化为了对间接效力说的支持。

（一）从民法规范看直接效力说的内在矛盾

直接效力说的基本主张是，就社会公权力主体与一般国民的关系而言，社会公权力主体具有明显的资源优势，对特定或者不特定多数人拥有实质的支配力，因而能迫使其他私人处于被动选择状态，故有必要使基本权利对其具有直接效力。^{〔75〕}但是，直接效力说的支持者并非没有意识到社会公权力与国家权力之间的差别，因而他们仍然承认私人关系中的强势一方也是基本权利主体，并主张在以基本权利规范对社会公权力主体予以约束时不能过度，不能违反比例原则。^{〔76〕}有学者虽然反对社会公权力说，但也认为私人关系双方均为基本权利主

〔70〕 参见前引〔10〕，埃平等书，第381页；王锴：《比例原则在宪法平等权分析中的运用》，《法学》2023年第2期，第35页。

〔71〕 例如，针对劳动合同中的竞业禁止条款，有学者主张审查时应当考虑以下因素：一是雇主有无值得被保护的正当利益；二是该条款的限制是否与雇主的正当利益具有合理的关联；三是对劳动者的补偿是否合理（参见王泽鉴：《债法原理》，北京大学出版社2013年版，第77页）。从上述内容尤其是前两点来看，这种审查思路与平等权审查上的“恣意公式”极为类似。

〔72〕 参见前引〔30〕，王泽鉴书，第278页。

〔73〕 参见前引〔44〕，苏永钦书，第407页，注73。

〔74〕 参见前引〔13〕，卡纳里斯文，第175页。

〔75〕 参见前引〔63〕，李海平文，第109页；前引〔5〕，李海平文，第39页。

〔76〕 参见前引〔5〕，李海平文，第42页。

体。〔77〕应当说,我国宪法学说向来承认私人关系双方均为基本权利主体,〔78〕而对这一点的承认,构成了对间接效力说的重要支持。

依据直接效力说,基本权利构成民法典第153条第1款上的“强制性规定”,而违反法律强制性规定的民事法律行为无效。从法理学的角度看,只有负有守法义务的主体才能成为违反法律主体,违反法律主体也正是负有守法义务的主体。〔79〕依照这个原理,如果将民法典第153条中的“法律”替换为“基本权利”,则违反法律强制性规定的主体就是基本权利的义务主体。这就意味着,依直接效力说,私人应被视为基本权利的义务主体,也即基本权利主体的相对方。1957年德国联邦劳动法院在判定“单身条款”无效时即明确指出,“此项单身条款之无效,乃是因为违反德国宪法之基本规范,易言之,即违反基本法第6条第1款(婚姻与家庭之保护),第1条(人的尊严),第3条(人格自由发展)之规定”。〔80〕这个判决被当成是直接效力说的典范,显然也是将强势的私人当作了基本权利的义务主体。我国有学者在主张直接效力说的同时,又承认私人双方均为基本权利主体,无异于一边主张基本权利应直接拘束强势的私人,一边又认为强势的私人也要受到基本权利保障。但是,基本权利的拘束对象与保障对象如何能够在同一个法律关系中共存?这种立场上的前后矛盾,关键原因仍在于,他们既试图让基本权利直接拘束强势的私人,又不想突破民法主体平等原则的底线,而这两个要求不可能同时实现;若非要坚持直接效力说,内在逻辑上的自相矛盾也就不可避免。

(二) 直接效力说向间接效力说的汇流

正因为直接效力说的支持者仍然承认私人均为基本权利主体,他们提出的审查标准与传统间接效力说所主张的审查标准实则大同小异,即不能沿用比例原则,而须进行宽松的法益衡量。例如,有学者认为,基本权利在直接适用于社会公权力时需要弱化审查标准,不能完全照搬比例原则,“通常只对社会权力行为实施必要性和均衡性审查”;此外还要弱化审查强度,“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”。〔81〕也有学者强调,不能对私人适用与国家同样严格的正当化或审查标准,“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”;直接效力与间接效力只不过是理论建构方式不同,这种不同“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”。〔82〕从这个角度看,也就不难理解为何会有学者指责间接效力无异于直接

〔77〕 该学者的立论基础是,“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”。前引〔11〕,杨登杰文,第292页。

〔78〕 张翔很早就指出了这一点,他认为,在私人关系中适用基本权利应当十分谨慎,“对于一方的基本权利的保护可能同时就会构成对另一方的基本权利的限制”(前引〔1〕,张翔文,第553页)。即便在德国,基本权利直接效力的主张者也承认,私人关系中的双方都是“基本权利受益人”,“对一方基本权利的保护或限制必须与另一方基本权利相较权衡”(参见许瑞超:《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86页)。

〔79〕 凯尔森曾指出,“在法律上负有义务就意指一个不法行为的一个潜在主体、一个潜在的不法行为人”。〔奥〕汉斯·凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,商务印书馆2013年版,第105页。

〔80〕 喻敏:《论男女平等的宪法原则在“民事领域”内的直接效力》,《中国法学》1995年第6期,第104页。

〔81〕 前引〔5〕,李海平文,第42页。

〔82〕 前引〔11〕,杨登杰文,第293页,第296页。

效力了，^{〔83〕}这要么是因为该学者所主张的直接效力在实质上仍是间接效力；要么是因为，虽在形式上坚持直接效力与间接效力的区分，却又主张二者适用相同的法益衡量标准，在承认私人双方均为基本权利主体的前提下，直接效力已经完全丧失了存在的空间。概言之，学者对于直接效力说的辩护最终将转化为对间接效力说的支持，而对间接效力说的批评又恰好印证了间接效力说的妥当性。

余论：基本权利在侵权关系中的间接效力

从概念上说，基本权利私人效力理当涵盖民法的两个方面，一是法律行为的方面，二是事实行为的方面。事实行为种类多样，但在基本权利私人效力理论脉络中有意义的是侵权行为。目前宪法学界的讨论基本上都在围绕法律行为展开，本文也主要在这个层面上为间接效力说进行了辩护。这并非刻意回避基本权利在侵权行为中的私人效力问题，^{〔84〕}而仅是出于讨论上的便利考虑。实际上，基本权利的间接效力在侵权行为中会有更加突出的体现。无论直接效力还是间接效力，都是基本权利客观价值秩序的实现路径。基本权利作为价值自然对民法产生影响；民法规定应当与其保持一致，以其精神为解释标准。但是，现代宪法的一个主要理念就是控制私人之间的巨大实力落差，宪法上的受益权和社会条款集中体现了这个要求。由于私人之间的实力落差在民事领域主要体现在法律行为层面，即契约关系中的不对等，民法尤其是契约法规则就需要作适度的调适，由此产生基本权利在法律行为方面的私人效力。

私人之间的法律交往并不限于通过契约等法律行为的途径，侵权及其引发的赔偿也是法律交往的重要途径。既然基本权利作为客观价值秩序要对民法的整体产生影响，侵权法自然也不能脱离基本权利的辐射范围。不过，相较于法律行为而言，私人之间的实力落差在侵权行为中不太具有法律意义。这是因为，发生于势均力敌的私人之间的侵权与强势主体针对弱势主体的侵权，很难说存在什么实质差异。当然，这并不是说基本权利在侵权行为领域没有适用空间。私人一方对另一方的干预行为，从民法的角度看属于侵权行为，在宪法层面却可能属于基本权利的行使，如果当事人主张其行为受基本权利的保障，则一个民事侵权案件就可能转化为一个基本权利冲突案件。德国联邦宪法法院所裁判的“吕特案”正是这方面的典型案例。根据德国民法典第823条，吕特的电影抵制呼吁构成侵权行为，若单纯适用民法，吕特必将承担侵权责任。但是，德国联邦宪法法院选择从基本权利的高度切入，认定吕特的行为属于受宪法保护的基本权利行使行为，故不构成民事侵权。在该案中，当事双方之间并非雇主与雇员的关系，即便影视制作公司实力巨大，双方之间存在事实上的实力落差，这种实力落差也不构成法院裁判需要考虑的特殊因素。德国联邦宪法法院借助基本权利作出裁判，目的也并非矫正私人之间的实力落差，而是调适传统的侵权法规则，使其更好地落实保障基本权利的意旨。

〔83〕 我国学者对间接效力说的常见批评是，按照间接效力说，私人行为的表面判断是“公序良俗”，实质却是基本权利，公序良俗不过是基本权利的“包装”。例如，李海平指出，“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释、间接适用基本权利，结果上并没有什么不同”（前引〔5〕，李海平文，第31页）。杨登杰也暗示，当有人主张直接效力，而另一人主张间接效力时，他们之间可能并无观点的冲突矛盾（参见前引〔11〕，杨登杰文，第286页）。

〔84〕 有日本学者认为，基本权利间接效力说是以契约法为前提的理论，不能充分应对基于事实行为的人权侵犯。日本学界对此观点的讨论和反驳，参见〔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198页，第246页。

基本权利对法律行为的介入主要是为了控制私人间的实力落差,而对侵权行为的介入则不存在控制实力落差的考虑。就此而言,基本权利在侵权行为上的效力更应采取间接效力。这是因为,如果在实质不对等的私人关系间适用基本权利,出于对民事主体平等原则的尊重,有必要采间接效力说的立场,则举重以明轻,在不存在实质不对等的私人关系间考虑适用基本权利时,就更应守持民事主体地位平等的底线,更有必要采取间接效力说的立场。实际上,这一结论也得到了德国司法实践的支持。若按照直接效力说,在处理侵权关系时,基本权利相当于德国民法典第 823 条第 1 款中的“其他权利”。不过,德国联邦宪法法院虽然有此确认,却将落入第 823 条第 1 款的基本权利解释为“框架权”。^[85]最典型的框架权就是一般人格权,针对这种权利的司法保护的特色在于,“是否存在违法的人格权侵害,必须在个案中基于谨慎的利益衡量来确定。在此过程中不仅受害人可以主张,加害人也可以主张基本权利”。^[86]既然在判断干预行为是否构成侵权时需要进行法益衡量,基本权利在侵权行为中的适用逻辑就与间接效力说的理论立场相差无几了。

Abstract: The horizontal effect of fundamental rights involves the fundamental relationship between constitutional law and civil law. Without fully integrating specific civil law norms and legal principles, discussions on related matters would be hard to achieve depth and precision. From the civil law perspective, many controversies in constitutional academia regarding the horizontal effect of fundamental rights may stem from misunderstandings. Modern constitutional law demands that states acknowledge power disparities between private persons and curb the influence of dominant social actors. To align with modern constitutional principles, civil law must adapt in both legislation and judicial application. The horizontal effect of fundamental rights represents a legal phenomenon emerging during the transformation of traditional civil law into modern civil law, reflecting civil law's adaptation to constitutional principles in its application. However, such adaptation must preserve the civil law principle of equality among subjects, which requires the restrained application of fundamental rights. The doctrine of the indirect horizontal effect of fundamental rights can be seen as the result of mutual adaptation between modern constitutional principles and fundamental principles of civil law. This approach enables civil law to effectively address power disparities in private persons while maintaining its essential character, thereby naturally emerging as the optimal theoretical and practical solution that deserves recognition as the prevailing doctrine.

Key Words: fundamental rights, objective value order, public order and good morals, effect on the third party, constitutional law and civil law

[85] 参见 [德] 迪特尔·梅迪库斯:《德国债法分论》,杜景林、卢湛译,法律出版社 2007 年版,第 666 页。

[86] [德] 迪尔克·罗歇尔德斯:《德国债法各论》,沈小军、陈丽婧译,北京大学出版社 2024 年版,第 717 页。