

宪法“私法”适用的法理分析

刘志刚*

内容提要:宪法权利原则上不能被当作“私法”适用,其原因是:避免不同性质的宪法权利在被“私”用时产生冲突;宪法权利的公法性质和“领域界定”功能决定了它不适合于私法适用。但是,社会的发展为宪法的“私法”适用提出了内在的要求,主要因素包括:国家职能的结构转移和承担公共职能的私人团体的出现使私人团体有可能侵犯到公民的宪法权利;立法不作为导致了宪法权利的虚置。在宪法权利的传统定位和现实社会的内在需求冲击下,各国相继出现了宪法“私法”适用的理论及辅助性机制,比较典型的是德国宪法的“第三者效力”理论和美国司法审查中的“国家行为理论”。中国应建构自己的宪法“私法”适用理论及运作机制。

关键词:公法 私法 国家行为 第三者效力

2001年,山东省高级人民法院在“齐玉苓诉陈晓琪等侵犯姓名权受教育权”案中根据最高人民法院的“批复”,直接援引宪法中公民享有受教育的基本权利,判决原告胜诉,由此引发全国范围的“宪法司法化”讨论。在该讨论进行的同时,宪法“私法”适用的问题开始引起了学界的关注。在本文中,笔者拟结合世界上有代表性的德国、美国的宪法“私法”适用理念及适用机制,从法理上对宪法“私法”适用问题做一分析。^[1]

一、宪法“私法”适用问题的提出

德国传统宪法学理论认为:“宪法关于基本权利的规定,意在保障人民免于遭受国家权力滥用的侵害”。^[2]“宪法权利的规定完全是针对国家而设立的,该条款本身包含有纯粹针对国家的性质,而不是针对人民的性质”。^[3]因此,依照这种传统的宪法理念,宪法中关于基本权利的规定,只关乎到对国家权力行使的规范,对私人之间关系的调整却不具有任何效力。1919年德国魏玛宪法颁布之后,这种传统理念略微有些修正。魏玛宪法第118条规定:所有德意志人民在普通法律限制之范围内,均有以语言、文字、刊物、图书或其它方法自由表达其意见之权利;任何工作条件及任何条件,均不能妨害

* 武汉大学法学院博士后研究人员。

[1] 笔者以宪法的“私法”适用为题,并不是主张以宪法权利来直接解决私法问题,而是说通过对私法之概括性条款的“宪法性”解释,将宪法权利的价值理念注入到私法的价值蕴涵中去,从而达到宪法“私法”适用的效果。

[2] Carl Schmitt, Verfassungslehre, 1928, S. 126.

[3] D. Merten, Annerkung, Njw 1972, 1799.

此项权利,任何人皆不得阻碍此项权利之行使。魏玛宪法第159条规定:任何人及任何职业以维持并促进劳动条件及经济条件为目的之结社自由,应保障之。限制或妨碍此项自由之约定及措施,均属违法。综合这两个条文的规定可以看出,作为宪法权利的言论自由和结社自由,不仅可以象传统宪法学理论所理解的那样被用来限制国家公权力的滥用,而且可以被用来禁止私人之间的权利侵犯,这种类型的立法体例,无疑是对传统的基本法理论的一大修正。^[4]但是,这种宪法理念上的转变并未引起当时德国宪法学界应有的重视。第二次世界大战后,在德国制宪会议召开前夕,由原联邦德国所属各邦政府推派的代表于德国赫尔金湖附近召开会议,研讨即将于制宪会议上讨论的基本法草案。该草案的第1条规定:维护人类尊严,不仅是所有国家权力,同时也是每个私人的义务。然而,最终被通过的基本法第1条第1款却规定:人的尊严不可侵犯。一切国家权力均有责任,去尊敬与保护之。显然,基本法将人类尊严之维护,局限于乃全体国家权力之义务,这和代表各邦政府意见的《赫尔金湖草案》有着本质的区别。与此相关联,另一个值得注意的问题是:在现行的德国基本法第9条第3款中,^[5]延承了原魏玛宪法159条中关于结社自由的规定,二者无论是在条文的基本架构方面,还是在措辞方面,都没有太大的差别。但是,前述所引魏玛宪法118条关于言论自由私法效力的规定却被基本法删除了。可以看出,德国基本法所蕴涵的宪政理念中并不包含使公民基本权利产生普遍的私法效力的含义。^[6]

和德国类似,美国宪法学界同样认为,宪法是一部保护个人权利、限制政府权力的文件。因此,宪法规定的禁止条款一般仅适用于政府机构而不适用于私人。^[7]私人行为一般只受合宪的联邦与各州法律的约束。在某种程度上可以认为,美国宪法之权利法案的出台就是基于对国家公权力的防范而出现的。1787年12月杰斐逊在给麦迪逊的信中指出,他非常赞同建立一个摆脱州控制的中央政府的主意,对三权分立也无异议,但他不能接受一个没有权利法案的宪法。他说,宗教自由、出版自由、反对垄断的自由、人身保护权、陪审团制等“从来就是属于人民的权利,是人民抵抗地球上任何形式政府的武器”,任何正义的政府都不能对此加以拒绝。^[8]这种宪政理念深深地镌刻在美国宪法关于公民基本权利规定的宪法修正案中。整体来看,美国宪法修正案中关于公民宪法权利的规定集中在第1至第10条以及第13、14、15、19、24、26条,共16条。美国宪法关于公民宪法权利的规定有两个显著特点:第一,负向性。也就是说,它们对权利的列举不是采用肯定的方式,而是采用否定的方式,即不准联邦或各州政府侵犯或剥夺人民这样或那样的权利,而不是说人民拥有这样或那样的权利。这种语式上的安排充分表明了美国人的宪政理念:政府的权力必须受到限制。第二,公权力指向性。也就是说,基本权利的目的在于防范来自国家的防范,而不是对私人间关系的调整。在这16条关于

[4] W. Geiger, Die Grundrechte in der Privatrechtsordnung und in der Wirtschaftsrechtsordnung, in: "Die Grundrechte in der Privatrechtsordnung," 1960, SS. 13/14.

[5] 德国基本法第9条第3款规定:每个人和所有职业都应被保证结社权利,以保障和提高工作与经济条件。限制或破坏这项权利的协议一律无效;为此采取的措施是非法的。

[6] 据1949年的德国《公法年报》(Jahrbuch des öffentlichen Rechts, JöR)记载,在审议基本法第9条的时候,既没有提及扩充基本权利的适用问题,也没有强调基本权利的功能只是针对国家。德国学者Dieter Voigt指出,立宪者在制宪委员会的咨询会议中,对于基本权利在私法中的适用问题,采取既不反对,又不赞成的模棱两可的态度。(D. Voigt, Die Drittwirkung der Grundrechte und Grundrechtbestimmungen des BGG, 1960, S. 89.)对此,德国学者莱斯纳认为:这一方面是由于立宪者对宪法基本权利的扩张适用问题的重要性及特别性没有清楚的认识,另一方面也反映出立宪者不想以宪法来干涉私法的关系,不想将私法事务列入宪法条文之内(W. Leisner, Grundrechte und Privatrecht, 1960, S. 313, FN74 a, b.)。

[7] 在1883年的Civil Rights Cases案中,美国联邦最高法院首次明确指出:私人行为不属于宪法规定之标的。该案的基本情况是:美国国会于1875年制定了民权法案,禁止在火车、旅馆、戏院等公共场所存在种族歧视的情形。鉴于在实践中受到的种族歧视,五名黑人分别依据该法向法院提起诉讼,寻求救济。联邦法院认为:宪法第14条修正案仅仅限制各州权力的行使,并不规范私人间的权利义务关系,联邦并不能依据该修正案取得制定禁止私人歧视法律的权力,因此,该法无效(109 U.S. 3 [1883])。

[8] Thomas Jefferson to James Madison, Paris, 20 December 1787, in The Paper of Thomas Jefferson, ed. Julian P. Boyd, 27 Vols Princeton: Princeton University Press, 1950., Vol. 12, 438-442.

公民宪法权利的规定中,第1条防御的对象为国会,第14条防御的对象为各州,第15、19、24、26条的防御对象为合众国或各州。权利法案的其它条款显然也是指向于国家公权力。^[9]这一点,可以从联邦最高法院的“选择吸收”^[10]与“反向吸收”^[11]之司法审查实践中得到间接证明。^[12]值得注意的是,美国宪法第13条修正案^[13]中却没有关于防范国家公权力的规定,从该条的字面规定来看,该条所说之“禁止奴役和强迫劳役”应该可以同时适用于私人团体。甚至有学者主张,联邦法院可以通过扩充解释,将该条仅仅指向于对“奴役和强迫劳役”的禁止扩展到一切不平等之歧视,围绕这一问题,宪法学界展开了争议。但从司法实践来看,联邦法院更倾向于持较为保守的态度。

概观德、美两国宪法“私法”适用的发展路径,笔者认为二者有一个共性的发展轨迹:其一,原则上否认宪法的“私法”适用性。就德国而言,在其立宪之初,基于传统的宪政理念,完全排斥宪法的“私法”适用性。魏玛宪法颁布之后,虽然于宪法第118条和第159条确认了言论自由和结社自由的“私法”适用性,但“这并不意味着发生了宪法权利的质的转变,而只是标明立宪者希望能借助这两个规定,使人民参与劳工运动的权利能够得到保证。所以,魏玛时代德国宪法学者的基本看法是:除了保障劳工参与劳工运动的极少数宪法权利,即前面所提及的言论自由和结社自由权外,其它各项宪法权利仍然只是为了防止国家公权力的侵害,而不是为了防止私人之间的侵害”。^[14]德国基本法制定之后,在宪法“私法”适用方面出现了倒退,魏玛宪法第118条规定的言论自由不再能够在私法关系中适用。就美国来看,在宪政的整体过程中,它基本上是排除宪法的“私法”适用的。宪法权利防御的对象被明确地界定在联邦和各州的公权力层面,对于有些防御对象不甚明了的权利,联邦最高法院通过“选择吸收”和“反向吸收”也只是将其防御的对象扩展到各州或联邦之国家公权力层面,而不让其涉入私人间的关系。对于将针对国家公权力的宪法权利扩展适用到私人团体的企图,联邦最高法院也持回绝的态度。^[15]其二,宪法在新形势下开始有个别权利“私法”适用的情况。尽管各国被“私法”适用的权利范围不同,但都或多或少地出现了宪法权利被当作私权利来予以适用的情况。德国魏玛宪法中的言论自由与结社自由,美国宪法中“禁止奴役和强迫劳役”^[16]等等。尤其值得注意的是,在宪法作为公法之本质和社会对公权私用的内在需求的互动整合之下,德美均出现了对公权私用的理论及辅助性救济措施,如美国司法审查中的“国家行为”理论,德国司法审查实践中的“宪法价值”理念等。

由上述可见,现代宪法学研究正处于调适传统宪政理念和新形势下社会对宪法私法适用的内在要求的矛盾的关键阶段,宪法的私法适用问题也是当今世界各国宪政实践中面临的一个非常现实的问题,如何契合本国国情,探求出宪法私法适用的发展路径,对于宪法学研究的深化具有深远的意义。

[9] 根据美国宪法第10条修正案的表述,权利法案主要是为了防止联邦侵权而设置,因此,所有条款都只适用于联邦而不是各州政府。(美国宪法第10条修正案规定:凡本宪法所未授予合众国或未禁止各州行使的权力,由各州或人民保留)

[10] 可参阅张千帆:《西方宪政体系》上册·美国宪法,中国政法大学出版社2000年版,第223页。

[11] 同上书,第223页以下。

[12] 无论是通过第14条修正案进行的“选择吸收”还是通过第5条修正案进行的“反向吸收”,都只不过是联邦公权力与各州公权力之间的扩充,从来也没有扩充至对私人间关系的调整。

[13] 美国宪法第13条修正案规定:合众国境内或受合众国管辖的任何地区内,不准有奴役或强迫劳役的情况存在,惟用以惩罚业经定罪的罪犯者不在此例。国会可为实施本条例而制定适当的法律。

[14] G. Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs Vom 11. August, 1919; 14. Aufl. 1933, SS. 549.556.

[15] 例如,美国国会于1875年制定了《民权法案》,禁止在火车、旅馆、戏院等公共场所所有歧视的情形。五名黑人分别依据本法向法院诉请救济。联邦最高法院在1883年的Civil Rights Cases一案中,认定宪法第14条修正案仅限制州权行使,但不及于私人间之权利义务关系。该案首度明确承认私人行为不属宪法规定之标的,由此可以推论,宪法只意在要求国家各机关之行为必须有所节制,至于私人行为是否有违反宪法规定之处,不在其考虑范围之内。

[16] 其它诸如中国宪法中的平等权、受教育权,日本宪法中的人的思想、信条权等今年来在各自国家也都出现了被作为私权利适用的情况。

二、宪法原则上不能被当作“私法”适用的原因

(一)避免不同性质的宪法权利在被“私”用时产生冲突

正常情况下,公民的宪法权利必须待立法机关将其具体化之后,方才能够成为私人间权利防范的凭借,之所以如此,是因为宪法中所确定的公民之诸项宪法权利往往存在彼此间的冲突,如果直接用来调整私人之间的权利义务关系的话,难免会发生不同属性权利间的冲突和碰撞,从而使担负救济责任的司法机关处于尴尬难择之地。

在美国1972年的 *Moose Lodge No. 107 v. Irvis* ^[17]案中,一个黑人原告向联邦法院提出控诉。被告为一私人俱乐部,内设酒吧,但不对外开放。原告在一个属于该俱乐部成员的朋友的带领下,想进入该俱乐部娱乐,但遭到该俱乐部的拒绝。原告认为被告之行为属于种族歧视,违反了宪法第14条修正案有关平等保护之规定,遂诉至联邦法院。在该案中,法官就面临着一种尴尬的两难选择。因为依据美国宪法和联邦最高法院的判例法,美国公民同时还拥有财产权、结社自由权及隐私权。如果法官满足原告的请求,将宪法权利做扩大解释,将其适用对象扩展至私人的话,该俱乐部主人所享有的财产、结社及隐私权将受到损害;反之,如果否认原告的请求的话,该黑人为宪法第14条修正案所保障的平等权又将受到侵犯。在1948年的 *Shelley v. Kraemer* ^[18]案中,某住宅区的居民基于对黑人的反感曾共同缔结契约,规定该住宅区内居民如果处分其不动产的话,只能将其住宅出租或出售给白人,而不能出租或出售给其他种族。某居民违反契约,擅自将其不动产出售给一个黑人。他的邻居认为他的行为违反了他们先前达成的契约,为此诉诸法院,要求废止该居民和那个黑人达成的不动产买卖合同。在该案中,法院如果将宪法权利私法适用的话,将面临如下的困境:如果不应允原告的请求,废止所诉之买卖合同,将违反美国宪法第1条第10款^[19]规定的“契约自由权”;^[20]反之,如果满足原告的诉求,又将侵害到宪法第14条修正案规定的“平等保护权”。很明显,在上述两个案例中,在宪法权利被私法适用由此引发不同类型的宪法权利发生冲突的情况下,法官很难作出使各方满意的选择。诸如此类的案例不仅仅出现在普通法系的美国,在欧洲大陆的德国也曾经发生这样的案例。德国宪政史上著名的“魔菲斯特案”就是一个典型的例子。该案的被告,德国著名作家克劳斯·曼恩在30年代流亡时期,以他的妹夫古斯塔夫·格郎斯基的经历为素材,发表了讽刺小说《魔菲斯特》。该小说将古斯塔夫·格郎斯基描写成“典型的叛徒、腐化与玩世不恭的象征”。1864年德国出版商准备重新发行《魔菲斯特》一书,遭致古斯塔夫·格郎斯基(已故)养子的不满,遂向联邦法院提起诉讼。在该案中,如果法官将宪法权利予以私法适用的话,将面临和他的美国同行们相同的困境:如果满足原告的请求,禁止该书的出版,将侵害到德国基本法第5条^[21]规定的言论及艺术自由;反之,如果否定原告的诉求,将会侵害到德国基本法第1条和第2条^[22]所确认的人格和个性的宪法权利。综上所述,笔者认为,宪法权利具有完全不同于私权利的秉性,其基本的立足点在于限制国家权利,而不是对私人关系的调整,宪法权利的大范围私法适用将导致宪法权利体系的紊乱,传统宪政理念将宪法权利固着于公权之一端,有其内在的正当性基础。诚然,宪法并不体认宪法权利的绝对性,宪法中也已

[17] 407 U.S. 163 (1972).

[18] 334 U.S. 1 (1948).

[19] 美国宪法第1条第10款规定:任何州均不得通过损害契约义务的法律。

[20] 这里指该住宅区内居民先前共同缔结的防范契约。

[21] 德国基本法第5条规定:每个人都有权在言论、文字和图象中自由表达和传播其见解。……艺术与科学、研究与教学皆应享受自由。

[22] 德国基本法第1条规定:人的尊严不可侵犯。第2条规定:每个人都有权自由发展其个性。

为宪法权利的行使确立了界限，^[23]但是必须注意的是，宪法之原则性注定其不可能担当起具体协调的重任，而施加具体法律之规制的理念又往往会由于诸多因素的掣肘而诱致的立法缺位无法现实地为法院提供行为的凭借。在宪法可以被“私”用的前提确定下来之后，对不同宪法权利之协调的职责将结构性地转移到现实地承担司法救济责任的各层级法院的身上，由于普通法院（不包括宪法法院）的泛化存在，对多元权利平衡的混乱局面由此将不可避免地出现。

（二）宪法权利的性质和功能决定了它不适合于私法适用

笔者认为，宪法权利在性质定位和功能等方面都具有不同于私权利的特点，这些差异决定了宪法权利不适于被当做私权利适用。

在性质定位上，传统宪法学理论认为，宪法中规定诸项自由权利的意图仅仅是为了防范国家公权力的侵害，但是，从20世纪开始，西方各国宪法在继续确认传统的政治权利和自由权利的同时，又增加了对经济、文化及社会等方面权利的规定，这种宪法权利在范围上的扩展，标志着传统宪政理念的重大转变。在转变了的宪政理念背景下，对国家来说，自由权的意义不再仅限于消极的不作为，而更在于积极的保护落实。^[24]国家不仅不能积极地侵犯公民所享有的各项宪法自由权利，而且还必须采取切实措施来满足宪法中所规定的人民的受益权。如果说传统的自由权利尚可以通过“目的性扩充”^[25]而被司法机关以私法适用的话，那么这些新近增加的诸项受益权是不适合于以私权的形式加以适用的。因为“宪法上的受益权，先天就有难以直接行使的特质，必须由国家通过具体法律来落实”。^[26]而且，从历史上来看，“受益权与参政权具有主体专属性，私人不仅不适合直接承担宪法义务，成为被请求给付的对象，而且甚至连间接地推导出使私人受到某种拘束的客观规范，也有违宪法的本质”。^[27]从结果上来看，将原本由国家承担给付之责任的受益权扩充适用到对私人团体行为的规范，无疑会摧毁私法所赖以存在的平等基础。而且，对受益权的现实满足本质上属于一种国家政策之决策行为，立法、行政机关在作出相关之决策的时候，必须考虑到现实统治秩序的承受能力，将这种政策性决策功能结构性地转移到普通司法机构的身上，必将使保持独立的私法机构介入到政策决断的层面，从而不仅会影响到其由以安身立命的正统性基础，而且有可能危及到国家的现实统治秩序。

在宪法权利的功能方面，有学者认为，相对于私法而言，宪法中所规定的“自由权决定民法的规范空间，这可以称之为宪法权利的“领域界定效力”。^[28]因为从社会生活整体来看，宪法权利对国家公权力的垂直抗拒功能同时决定了平行社会关系的空间范围，也就是说，宪法中所规定的自由权利越多，以其中之一部分为立法基础的民法的稳定性程度就越高，立法者创制民法的自由度就越大。如果宪法上没有给予自由权以特殊的保障，就难以防范由于规制不力而出现的立法恣意，这无形中等于是说

[23] 为了保障基本权利不受非法的、不适当的限制，各国宪法在规定对基本权利进行限制原则的同时，也规定了限制基本权利的方式。只有根据法律规定的条件和程序，才可以对个别基本权利予以限制。即使是国家权力机关的行为，也只有根据宪法的明文授权，才能获得限制个别基本权利的正当性与合法性。立法机关不得将限制基本权利的事项授权委托给行政机构或其它机关行使，更不得授权行政机构自由裁量限制基本权利，而必须由立法机关根据宪法确认的基本权利原则、法治国家原则和民主原则，在维护公共利益与个人权利之间作出适当的平衡和协调。参见周伟：《宪法基本权利救济研究》，中国人民公安大学出版社2003年版，第48、47页。

[24] 详情可参阅 E. Klein, NJW1989, 163ff. 对于自由权的积极保护功能，德国宪法学界及实务界大多持肯定的态度，但对其依据迄今并没有形成共识。大多数学者认为其正当性并非建立在社会国的理念基础之上，而是和其消极防御功能一样建立在法治国的理念基础之上。对此，笔者有相同看法，但是笔者更倾向于认为自由权功能的现代扩张并非根源于其自身的流变，而是在宪法之社会条款冲击下的自我变迁，从这个角度来讲，法治国和社会国的观念实际上是一种互动而不是绝对冲突的关系。

[25] 例如传统宪法中的言论自由一般理解为“对国家和社会的基本问题发表见解和看法的权利”，但是实践中它已经扩展为包括对私人问题发表意见和看法的权利；再如，美国宪法中的“自由权”在新形势下被拓展为包括隐私权等等都属于此处所说的“目的性扩充”，即文字未变，但蕴涵于其中的意义却有了量上的扩展。

[26] 许宗力：《法与国家权力》，台湾月旦出版社股份有限公司1993年版，第61页。

[27] 苏永钦：《合宪性控制的理论与实际》，台湾月旦出版公司1994年版，第37页。

[28] 同上。

在宪法中先期作了承诺以后,再由立法者以法律的形式变相地取回,由此使我们奉之为圭臬的宪法形同一纸空文。^[29]^[30] 如果将宪法私法适用的话,其传统的防御国家公权力侵害的功能必然会受到削弱,因为在这种情况下,我们将很难辨别被私法适用的宪法权利的性质,这一方面是由于适用该宪法权利机关的泛化,另一方面是由于有些国家宪法中所确立的“剩余权利归属原则”的存在。由于这种宪法私法适用所导致的宪法权利之公权属性的降低,宪法权利就很难发挥出台湾学者苏永钦所说的那种相对于民法的“领域界定效力”,这无形中等于说:我们在本着保障人权之切实实现的宗旨而将宪法权利私法适用的时候,却在无意中摧毁了私法权利赖以存在的制度基础。张千帆教授指出:“宪法的直接效力在于调整公民与政府以及政府机构之间的关系,对于纯粹的私人关系则只具有间接影响”。将宪法权利的效力“集中在政府身上,一方面有助于公民权利对政府权力的制衡,另一方面则为私法的自治留下了空间。把宪法的直接效力限制于公法领域,同时也有助于妥善处理宪法与法治、立法机构与宪法审查机构之间的关系,并有助于保证民主、防止司法专制”。^[31] 对此,笔者深表赞同。笔者认为,在传统宪政理念发生了变动的情势下,当世界各国宪法都面临着功能调适之压力的时候,却基本上都固守着宪法权利的传统机能不为所动,这不能不说是其中的一个重要原因。

三、新形势下宪法“私法”适用的内在机理

前文提到,尽管世界各国宪法原则上都不承认宪法的“私法”适用效力,但是在宪法权利的个别环节,却依然存在着宪法“私法”适用的现象,如德国基本法第9条第3款^[32]关于结社权利的规定,美国宪法第13条修正案^[33]关于“禁止奴役和强迫劳役”的规定等。而且尤其值得关注的是,在宪法的传统功能和社会的现实需要之互动整合下,以美国、德国为代表的西方国家出现了对宪法权利之“非私权适用性”予以救济的理论及制度性措施。如美国宪法上的“国家行为”理论,德国宪法上的“价值秩序”(即间接的第三者效力)理论等。很明显,以宪法来解决私人团体间的争端是一个无法回避的现实问题。由此,就产生了一个理论上的问题,为什么用以防御国家公权力侵害的宪法权利需要在私人团体的争讼中适用?直截了当地说,社会发展所要求的宪法“私法”适用的内在机理是什么?笔者认为,其原因主要有两个方面:

(一)国家行为方式的变化和市场经济的现代发展使私人团体有可能侵犯到公民的宪法权利

作为立宪主义之表征的宪法,其主旨内容一向以确认和规范人民的权利和国家的权力为主,对国家与公民间关系的协调是宪法永恒的主题,正因为如此,人们在传统上一直将宪法归入到公法的范畴,以此区别于调整私人间关系的私法。^[34]就宪法权利的基本性质而言,其制约的对象是以诸种形式表现出来的国家,而不是私人团体。而且,从历史的角度来看,宪法之所以产生,实际上是人们基于

[29] 在魏玛宪法中就存在上述所说的不足,对此, Hans Kelsen 在其所著之《法律与国家》中有过批评(详情可参见雷崧生之中译本,台北正中出版社,第327页)。基于对这种现象的防范,二战以后制定的德国基本法在第1条第3款中专门规定:下列基本权利应作为可直接实施之法律,约束立法、执法与司法机构。

[30] 我国的民事立法之所以比较落后,从法律体系自身来看,我国宪法在相当长的时间里没有关于财产权的规定,不能不说是一个非常重要的原因。

[31] 参见张千帆:《认真对待宪法》,载中国法学会宪法学研究会、中南财经政法大学编:《纪念现行宪法颁布实施20周年研讨会暨2002年年会论文集汇编》,2002年10月,第32页。

[32] 德国基本法第9条第3款规定:每个人和所有职业都应被保证结社权利,以保障和提高工作与经济条件。限制或破坏这项权利的协议一律无效;为此采取的措施是非法的。

[33] 美国宪法第13条修正案规定:合众国境内或受合众国管辖的任何地区内,不准有奴役或强迫劳役的情况存在,惟用以惩罚业经定罪的罪犯者不在此例。国会可为实施本条例而制定适当的法律。

[34] 关于公法和私法的区分标准,学界目前并无定论。据台湾学者蔡志方统计,关于公法、私法划分标准之说,竟然达到19种之多。详情可参阅蔡志方:《公法与私法之区别》,台湾《法声》第17期。

对往昔专制政权的痛恨而奋起抗争的结果。宪法权利的确立固然有着塑造政府统治之正当性的意蕴,但更多的是出自对国家权力的防范。但是,自 20 世纪以来,宪法的传统观念已经发生了变化,在当今“福利国家”、“给付行政”等思潮的冲击下,“夜警国家”的消极定位已经不足以使公民的宪法权利得到现实的保障。在这种变化了的情势下,国家必须扩展其原有的那种“外御强侮”、“内维治安”的职能,采取切实的措施,对公民的宪法权利施加有效的保护。但是,不可忘记的是,作为民主社会人们之政治理想的宪政的出现恰恰肇始于资本主义发展之早期阶段的经济和政治的分离,如果将公民权利的满足、幸福的实现重新绑缚在国家的战车上,必将会损害到宪政赖以存在的制度根基,这无疑于自剪宪政之羽翼。此外,由于宪法权利所涉及的范围相当广泛,加之事物本身的性质极其复杂,单凭国家自身的力量远远不足以满足公民对宪法权利的需求,因此,国家就开始将一些原本由国家承担的责任转移到私人团体的身上,有时甚至直接委托私人承办一些具有公益性或独占性的事务,如此一来,私人团体的私事行为就发生了潜移默化的改变,具有了实质意义上的公权力属性。在这种情势下,如果仅仅从私人团体的外在行为着眼,无视其组织及行为的本质,以该争端属于私事争端为由,拒绝宪法的私法适用,必将背离宪法的本意并最终损害到宪法权利的实现。

例如,法国 1789 年的人权宣言第 11 条宣布:“思想和见解的自由交流乃是最为宝贵的人权之一,因此,除非根据法律决定的情形而必须为这项自由的滥用负责,每个公民皆可自由言论、写作并发表。”和德国、美国一样,人权宣言确立言论、新闻自由的原初意图在于防范来自国家公权力机关的侵害。然而,自 19 世纪中期法律对言论及新闻自由的事前限制被取消之后,来自国家法律的侵害已经逐渐消失。当代法国,影响公民言论、新闻自由实现的障碍并非来自国家公权力机关,而是来自作为私人团体的大垄断集团。由于大规模投资的要求和激烈的市场竞争,报社、电视台等新闻媒介的所有权逐渐集中于少数财产寡头手中,它们出于自身利益的考虑,对该媒体发表的内容施加事前的限制,由此使公民的言论自由、新闻自由受到这种来自私人团体而不是国家的侵害。此外,由于垄断的形成,科技更新的内在动力也受到了严重的影响,由此造成广播、电视的频道有限、技术条件落后等现实问题,这些使公民因为缺乏言论、新闻自由得以充分实现的物质载体而受到现实的损害。然而,按照传统的宪法学理论,宪法对此却无能为力,因为这些损害并非出自国家,而是来自国家力量所不及的私人团体。美国 1952 年的 *Public United Commission v. Pollak*^[35] 案反映了此类问题。州政府出于经营上的考虑,将某一区域内公交运输的独占性经营权交给了被告公司,为了提高服务质量,被告在运送旅客的途中播放自己选定的广播节目,原告为一经常乘坐该公司车辆的乘客,他不满足于被告公司选定之广播节目的播放,遂向法院提起诉讼,指称该公司的行为已侵犯了他的为宪法所保障的言论自由权。很明显,法官在处理该案的时候,就面临着一个宪法权利的适用对象问题。如果法官固守宪法权利之传统指向对象的话,该公民的权利显然无法得到保障。

(二)立法不作为导致了公民的宪法权利虚置,公民没有防范来自私人团体侵害的法律凭借

如前所说,私人团体对公民宪法权利的现实侵害是产生宪法“私法”适用问题的一个重要原因,但必须注意的是,这种情形往往并不必然地造成宪法权利的“私法”适用,因为只有当没有相应的法律可供遵循的情况下,宪法的“私法”适用才有可能。^[36] 如果立法机关已经制定了相应的法律予以保障的话,宪法是不能以“私法”的形式予以适用的,否则会对现实的民主造成冲击,并由此背离法治国家的基本原理。然而,立法者之政治决策者的角色及立法机制运作的内在机理决定了它不可能绝对适时、适量地因应宪法权利对其施加的内在要求。立法者在制定法律的时候,“必须仔细参酌立法的动机、立法当时主观、客观的政治、经济及社会等情况,而后才可以立法,关于立法的时间及立法细节应委由

[35] 343 U.S. 451 (1952).

[36] 当然,这里我的意思并不是说立法缺位现象只有和承担公共职能的私人团体结合起来才有必要适用宪法来解决私人争端。立法缺位现象的存在同时也可能引发公民个体对公民宪法权利的侵犯。

立法者决定”。^[37]当立法者由于议会内部的有效多数基于诸多方面的原因而无法形成、或者当立法者根据对现实诸种情势的考量而无法从量上完全满足制宪者先期所做的承诺的时候,由立法不作为而导致的宪法权利虚置现象就不可避免,公民个体因此也就没有防范来自私人团体侵害的凭借。从宪政的角度来讲,立法不作为有其存在的正当性,^[38]但这丝毫不能证明以司法为责任的司法机关之不作为同样具有正当性。为了防范法官的消极、懈怠,一些国家的法律施加了制度性的限制。法国民法典第4条甚至规定:法官借口法律无规定、规定不明确或拒绝审判者,得以拒绝审判罪追诉之。在这种情势下,宪法的“私法”适用就不可避免。

例如,传统宪法学理论认为,宗教自由、结社自由均属于典型的“消极性基本权利”,^[39]国家只需承担消极的不侵害责任,并无施加积极保护的义务,因此,在民法领域中并没有将宗教自由、结社自由作为一种可以提供私法救济的权利,也就是说,并没有相应的民事立法予以私法性的保障。20世纪以后,随着宪法中受益权的出现以及与之相伴随的宪政观念的转变,这些传统自由权的内涵也相应地发生了“目的性的扩充”,但是由于诸多方面的原因,立法机关并没有将这些自由权利纳入私法保护的轨道,由此就出现了立法的缺位并进而使宪法的“私法”适用不可避免。在美国1955年的 *Gordon v. Gordon*^[40]案中,某人立遗嘱将其身后财产赠与他的一位亲属,但是同时附加条件:如果受赠人娶异教徒为妻,将丧失其受遗赠的资格。受赠人对此不服,向联邦法院起诉,称该公民所立之遗嘱侵犯了宪法修正案第1条所保障的宗教信仰自由。显然,基于前述所说之私法保护缺乏的原因,法院将不得不适用宪法解决这种“私法”争端。在美国1956年的 *Black v. Cutter Laboratories*^[41]中,被告某私人公司雇佣了一名男性员工,后来发现该员工是共产党员,因此将其解雇。该员工非常气愤,认为被告的行为侵犯了其为宪法所保障的结社自由,因此起诉到联邦法院,要求废止被告的行为并责令其予以赔偿。由于普通法律中缺乏对该种私权利加以保护的的规定,法官由此面临着和前述案件法官相同的问题。

四、中国宪法“私法”适用的法理分析

统合前面所做的分析,笔者认为,宪法作为公法的本质不能改变,将宪法权利固着于对国家公权力的防范有其正当性,这不仅是宪政得以存在的基础,而且由于前述所说之“领域界定效力”,它实质上也是公民之私法权利得以实现的制度基础。但同时也应该看到,由于国家职能的转变及某些公务职能向私人团体的结构性转移,加之立法不作为的正当性存在,公民的宪法权利确实存在着虚置的问题。如何在确保宪法权利之传统防御性职能的同时,兼及对公民私法权利的现实保障是各国宪政实践中面临的一个共性问题。在下文中,笔者拟通过对美、德两国宪法“私法适用”机制的分析、比较,对中国宪法“私法”适用的机制做一些前瞻性的设想。

(一)德、美两国的宪法“私法”适用机制

1. 美国的宪法“私法”适用机制——“国家行为”理论

[37] 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163页。

[38] 对此,笔者在《立法不作为的制度救济》(《法学评论》2003年第2期)一文中已有详述。

[39] 参见王世杰、钱端升:《比较宪法》,中国政法大学出版社1997年版,第61页。该书认为,个人的基本权利分为三类:第一类为消极的基本权利,即人身自由、言论自由、信教自由、集会自由等各种自由,为使个人、知识、道德及身体上的优越性得以尽量发展,国家对于这些自由,负有不加侵犯与防止侵犯的义务。第二类权利,可以谓为积极的基本权利,亦有称为受益权者,如受国家供给最小限度的教育权利,及失业时或灾害时受国家救济之权利等。第三类就是参政权,如选举权、被选举权、复决权、直接罢免权等。

[40] 349 U.S. 947 (1955).

[41] 法治斌:《人权保障与释宪法制》,台湾月旦出版公司1993年版,第25页。

所谓“国家行为”理论,是指:宪法是原则上不能用来调整 and 解决私人团体间的权利义务关系的,但是如果该私人团体的行为在形式上和国家有直接的或间接的联系,或者在本质上和国家之间存在联系,即可认定为国家行为,仅仅指向于国家公权力的宪法因之就能被用来解决私人间的争端。概观联邦法院的司法审查实践,笔者认为,美国的“国家行为”理论对公民宪法权利的保护起到了重大作用,具体表现为三个方面:第一,有效地防止了国家对公民权利的变相侵害。美国的政党预选案突出地反映了这一点。在1927年的 *Mixon v. Herndon* ^[42]案中,联邦最高法院判决:民主党依据德克萨斯州的法律禁止黑人参与该党预选的行为属于“国家行为”,不能因为该党本身的“非国家属性”而排斥宪法第14条修正案^[43]的适用,该行为无效。德克萨斯州随即修改法律,授权民主党执行委员会自行决定党员的资格,依据该授权,民主党依然禁止黑人参与该党的预选。在1932年的 *Mixon v. Condon* ^[44]案中,联邦最高法院再次认定该党行为属于“国家行为”,应适用宪法第14条修正案的规定。德克萨斯州政府随后采取不作为的态度,任凭民主党大会自行决定其党员的选举资格,由于该党的预选和国家不再有任何形式的联系,该党的行为似乎应该属于纯粹的私人行为,宪法将不能对此适用。但是,在1935年的 *Grovey v. Townsend* ^[45]中,联邦最高法院认为民主党的行为和国家有着本质的联系,属于“国家行为”,该行为违宪无效。第二,因应了新形势下侵犯公民宪法权利的形式上的变化。例如,在1946年的 *Marsh v. Alabama* ^[46]案中,被告是一大型私人造船公司,该公司在经营的过程中,以公司所在地为依托,逐步扩充,其所在地最终形成一个小镇,该小镇在产权性质上属于私人所有。原告未经被告的允许,就在小镇内商业区的人行道上散发有关宗教的印刷品,被告以侵入罪为由将其扭送警察局。原告向联邦法院提起诉讼,声称被告的行为侵犯了宪法第1条修正案所保护的宗教信仰自由权,要求其承担民事赔偿责任。由布莱克(Black)大法官主稿的多数意见认为,小镇虽然属于私人所有,但由于其本质上具有类同于国家的“公共功能”,因此就不能将其混同于普通的私人争端,排斥宪法的适用。由于被告的行为已经构成“国家行为”,因此,该行为违宪,应承担法律责任。第三,救济了立法不作为所引发的宪法权利虚置问题。在1967年的 *Reitman v. Mulkey* ^[47]案中,加里弗尼亚州议会为了防止各少数民族因为种族的原因在购买或租赁房屋的时候受到来自私人团体的歧视,制定了平等住宅法。然而,该法却遭到了占该州人口绝大多数的白人的反对。他们群起反击,最终竟然直接行使创制权,制定了宪法修正案,成为该州宪法第1条第26款,该修正案明确规定:在处分自己的不动产方面,人民有绝对的裁量权,州的任何机关都不得干涉。然而,由于多种原因,联邦国会并没有通过类似平等住宅法那样的联邦法律,而加里弗尼亚州议会由于该修正案的通过,不再可能有所作为,由于黑人不能借助法律来排斥来自私人团体的歧视,这就在事实上造成了公民宪法权利的虚置局面。当某黑人基于他在购买房屋时遭受的种族歧视而提起诉讼之后,加里弗尼亚州认定被告的行为属于国家行为,违宪无效。被告不服提起上诉,联邦最高法院支持了该州最高法院的判决。

总体来看,“国家行为理论”的适用为公民宪法权利的保障、为传统宪法理念和现代社会需要的结合起到了积极的作用。但是,同时也必须看到,该理论也还存在一些问题,如违宪目的难以认定,与国家形式联系之直接性和间接性难以区分、实质联系之认定标准不统一等,如是这些都给国家行为理论的具体应用造成了一些消极的影响。

[42] 273 U.S. 536 (1927).

[43] 美国宪法第14条修正案规定:各州不得在其境内拒绝任何人享受法律的同等保护。依据该条修正案,对公民平等权的侵害只能来自各州,作为私人团体的民主党显然不属于平等权的防御对象,但是由于该党是依据德克萨斯州的法律而进行限制的,所以和国家有着直接的联系,属于“国家行为”,应该纳入宪法的调整范围。

[44] 286 U.S. 73 (1932).

[45] 295 U.S. 45 (1935).

[46] 326 U.S. 501 (1946).

[47] 387 U.S. 369 (1967).

2. 德国的宪法“私法”适用机制——“第三者效力”理论

所谓宪法的第三者效力,是指除了德国基本法第9条第3款^[48]以及各邦宪法^[49]中的明文规定外,宪法的基本权利能在何种范围内、以何种方式对私人关系产生拘束力。在德国,大多数学者认为,^[50]宪法对私人间的关系没有直接的适用力,只有间接的适用力。联邦宪法法院在1958年的“路特案”^[51]中首次表明了其上述立场。联邦宪法法院在其裁决中指出:基本权利的首要目的在于保障个人权利免受国家权力的侵犯,是个人针对国家的防卫权,对私人行为并无直接的拘束力。但与此同时,宪法法院也承认:宪法关于基本权利的规定,目的就是要建立一个客观的价值秩序,以强化基本权利的适用力。由于基本权利对立法、行政及司法都有拘束力,因此,法官在具体审判案件的时候,必须以宪法基本权利的精神来审查、解释及适用民法条文,如果法官忽视宪法所保障的客观规范,即基本权利的本质,就构成公权力(对宪法权利)的侵害,人民可以提起宪法诉愿,由宪法法院来审查基本权利对民法的放射作用是否得到实现。与美国的“国家行为”理论相比,笔者认为,二者存在下述几点差别:第一,对私人侵权的限制程度不一样。在美国,宪法权利只禁止来自国家公权力的侵害,对私人的责任并不作要求,除非后者和国家之间存在某种形式上的或实质上的联系,即构成“国家行为”。从实践中来看,虽然国家行为的范围也较为宽泛,但其依然不能包容私人行为的全部,而且,“国家行为”事实上也不可能全盘扩张,否则将会因为宪法权利内部的冲突而有可能侵犯到其它的宪法权利,从而形成恶性循环。反之,在德国,由于基本权利对司法机关有直接的拘束力,司法机关在适用民法解决私人争端的时候,必须考虑到宪法中的相关规定,这就在事实上对私人团体提出了行为上的要求,宪法的“私法”适用范围也因此扩大,私人受到的宪法限制因此增强。德国的“魔菲斯特案”集中反映了这一点。^[52]第二,对立法不作为的救济程度不一样。如上文中所说,国家行为的一个重要功能就在于对由于立法不作为而引发的宪法权利虚置问题进行救济,当立法者由于诸多方面的原因而没有将宪法权利具体化从而使公民无法防御来自私人团体的宪法侵害的时候,可以借助国家行为理论,将该种不作为行为认定为国家行为,由于先例拘束的作用,立法不作为诱发的宪法权利虚置问题因之能够得以避免。然而,“第三者效力”理论却仅仅要求法官在解释私法的时候注意到宪法中关于基本权利的规定,也就是说,只有在私法中有相应规定的时候,当事人才有可能诉诸于法院,法院也才可以借助宪法对其进行辐射性解释。如果私法中并无相关的规定,公民就只能求助于抽象的宪法诉愿程序去寻求宪法法院的救济。这种操作层面的分离大大影响了对立法不作为现象的救济程度。

(二)中国宪法私法适用的设想

从宪法文本来看,我国宪法中可以适用于调整私人关系的权利范围要比美、德两国宽泛得多。宪法关于公民基本权利内容的规定集中在第33条到第50条,共18条,包含18项基本权利。就公民基本权利的表述方式而言,既有正向的规定,也有反向的防御。和西方国家不同的是,我国关于公民反向权利的规定往往是和对权利的正向表述结合在一起的,这样的基本权利共有7项,即宪法第36条、37条、38条、39条、40条、41条、49条。根据条文的表述方式,可以分为两类:一类是明确指出了防御的对象,这一类包括3条,即宪法第36条、40条、41条。另一类是没有指明防御的对象,但是界定了侵犯公民基本权利的方法,这一类包括4条,即宪法第37条、38条、39条、49条。通观该7项条款的规定,笔者认为,仅从字面上来看,宪法权利是可以被用来防范来自私人团体的侵犯的。就第一类来

[48] 德国基本法第9条第3款规定:每个人和所有职业都应被保证结社权利,以保障和提高工作与经济条件。限制或破坏这项权利的协议一律无效;为此采取的措施是非法的。

[49] 例如巴伐利亚邦宪法第110条和第170条;布莱梅邦宪法第15条和第48条;黑森邦宪法第11条和第36条等。

[50] 典型的代表人物包括:杜立希(Günter Dürig),代表作是《基本权利与民事诉讼》;盖格(Willi Geiger),代表作是《在私法秩序及经济法秩序内的基本权利之意义》。

[51] 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313页。

[52] 详情可参阅张千帆:《西方宪政体系》下册,中国政法大学出版社2001年版,第381页以下。

说,它们指明的防御对象分别是:“任何国家机关、社会团体和个人”(宪法第36条)、“任何组织或者个人”(宪法第40条)、“任何人”(宪法第41条)。显然,宪法权利防御的对象不仅限于国家机关,甚至可以不包括国家机关(如宪法第41条),私人或社会团体反而成了宪法权利防范的主要对象。就第二类来说,这4个条款都没有明确指明其防御的对象是什么,但是从它们界定的侵害基本权利的手段来看,私人团体完全有可能具备它们所说的“拘禁”、“搜查”、“侵入”、“破坏”、“虐待”或者其它具体的“方法”等侵权手段,因此,私人团体也就可以成为这些基本权利所防御的对象。那么,这是否意味着我国的宪法权利可以用来调整私人团体间的权利义务关系呢?或者说,宪法的“私法”适用在我国根本不存在对其加以讨论的必要呢?笔者认为不是。因为宪法“私法”适用的前提是宪法可以司法适用,而且在制度层面上伴随着宪法诉讼制度的存在,而这两者在我国恰恰是不存在的。因此,与其说在我国不存在讨论宪法“私法”适用问题的必要,倒不如说我国的宪法“私法”适用问题与西方国家相比显得更为复杂和困难,同时也更彰显了我们讨论宪法“私法”适用问题的现实意义。

在我国,关于宪法是否调整私法关系,是否具有“私法”适用力,主要有三种观点:第一,认为宪法不适宜调整私法关系,私法关系应该更多地交给民法等私法去处理;^[53]第二,认为宪法可以调整私法关系,^[54]“尽管调整私权关系不是宪法的主要任务,但它并非不能调整私法关系”;^[55]第三,认为没有必要特别地讨论宪法私法化的利弊是非问题,也不存在赞成宪法私法化还是反对宪法私法化的选择余地,这类问题纯粹是误解宪法的产物,是假问题。^[56]笔者认为,现代社会条件下,任何一部法律若不事先阐明其公法私法属性,其颁布施行是十分困难的。在某种程度上可以认为,正是法律划分为公法和私法,才构成了现代法制的基础。日本学者美浓布达吉认为,公法、私法的划分应被视为现代法的一项重要的基本原则。他说:在现代国家,法律之一切规范,无不属于公法或私法之一方,且因所属不同而有不同意义。对于国家的一切制定法规,若不究明该规定属于公法或私法,而欲明其所生效果和内容,盖不可能。^[57]德国学者基尔克也认为,在今日,这种公法与私法的区别是整个法秩序的基础。^[58]通观世界各国,宪法作为公法的法律地位是不容否认的,如果否认宪法的公法地位,我们所追求的立宪主义就缺乏借以实现的理念基础。因此,从理论上讲,和其它国家一样,我国宪法不应当成为私人之间争端的裁判准则。但是,同时也应该看到,随着我国市场经济的逐步成熟,传统的中国社会正面临着和往昔西方国家相同的问题,如国家职能的结构性转移、承担公共职能的私人团体日趋增多、人们的权利意识日趋觉醒等等,如是这些和立法缺位现象相结合,使宪法“私法”适用的必要性问题日趋突出。如何契合中国国情,在现行的政治架构下谋划出一个可行的宪法“私法”适用的有效机制,是中国宪政建设所必须面对的一个现实而紧迫的问题。

必须指出,笔者提出宪法“私法”适用问题,并不是想抹杀宪法与私法之间的界限,也无意将宪法中的公民权利普遍性地适用于对私人关系的调整之中,而是意在应对现代社会条件下国家行为方式的转变和立法缺位现象的现实存在所带来的“私法”问题。从本质上来讲,这一问题是一体两面的,也就是说,它既是“私法”问题,而更是宪法问题。在对私人问题的解决中引入宪法权利,固然直接地带来了私人争端的解决,但更重要的是彰显了国家在对公民私人权利保障方面的懈怠。现代社会条件下,国家权力对公民权利的侵害,并不仅仅表现在正向的侵害方面,而且表现在由于国家的消极不作为引发的公民权利虚置方面。如果漠视这种权利的虚置现象,则立宪主义就是不完整的。因此,宪法权利的“私法”适用问题与其说是一个私法层面的问题,不如说是一个宪法层面的问题。这一点,从美

[53] 秦前红:《关于“宪法司法化第一案”的几点法理思考》,《法商研究》2002年第1期。

[54] 蔡定剑:《关于什么是宪法》,《中外法学》2002年第1期。

[55] 王磊:《宪法实施的新探索——齐玉苓案的几个宪法问题》,《中国社会科学》2003年第2期。

[56] 童之伟:《宪法司法适用中的几个问题》,《法学》2001年第11期。

[57] 转引自梁慧星:《民法学说判例与立法研究》,中国政法大学出版社1996年版,第53页以下。

[58] 同上。

国的“国家行为”理论^[59]和德国的“宪法第三者效力”理论中都可以得到明确的说明。诚然,(某些)宪法权利的“私法”适用,并不能从根本上解决立法缺位问题,但是它对调适宪法的“道德承诺”和立法的“局部保障”之间的冲突,维持宪法由以存在的正统性,不能说是没有裨益的。作为对宪法“私法”适用观点的进一步展开,笔者认为,在对我国宪法的“私法”适用机制作出探究之前,有两个前提性问题需要作出说明:一、可以被“私法”适用的宪法权利的范围。对此,德国学者尼伯代在其于1967年发表的《基本权利及私法》一文中有详细的介绍。^[60]尼伯代认为,绝大多数的基本权利是纯粹的、古典的基本权利,是针对国家权力所设,也是拘束一个法治国家公权力的基本权利。这些权利在私人关系中并不适用,集会自由、迁徙自由、财产权保障及请愿权等多属此类;也有一些基本权利,是宪法由以确立的制度性或系统性的保障。这些基本权利,不仅具有纯粹基本权利的性质,可以防止公权力的侵害,而且也具有可在私法关系中产生直接拘束力的特征,婚姻、家庭及营业自由,财产及继承权等基本权利,都属于此类;此外,还有一些基本权利,是一种秩序原则或者是原则规范,它们是整个法律秩序的客观基础,无需立法者的立法,便可直接拘束私人的法律关系。除了基本法第9条所说的结社权之外,还有一些基本权利也属于此类。作为德国宪法学界主张“宪法第三者效力”的代表人物,尼伯代的观点有一定的借鉴意义,但是他关于宪法对私法关系之直接拘束力的看法和关于三类权利在范围上的界分,笔者持保留意见。结合尼伯代的相关表述,笔者认为,从可以被“私法”适用的角度,可以将宪法权利分为三种:其一,绝对不能被“私法”适用的宪法权利。有些宪法权利本质上只具有国家取向性,即它的存在仅仅是为了防范来自国家公权力的侵犯,或者说是民主多数为了维持己身存在之正统性而对民众作出的一种道德承诺。这种权利的性质决定了私人团体不可能对其构成侵犯,该权利的义务主体只能是国家。多数受益权如受教育权、获得物质保障权等都属于此类;其二,相对不能被“私法”适用的权利。有些宪法权利,从其本源来看,是基于防御国家公权力侵犯的目的而设立的,具有义务主体的单一指向性。但是随着社会的发展,该种权利的义务主体又出现了范围上的拓展,逐渐衍生出某种“对世规范性”,套用民法的术语,可以将其称之为“相对权的绝对效力”。如言论自由、结社自由等就属于此类;其三,可以“私法”适用的宪法权利。有些宪法权利,既可以指向于国家,也可以指向于私人团体,也就是说,具有国家与私人的二元取向。如人身自由权、人格尊严、财产权、选举权等。因此,学界所提出的宪法“私法”适用问题,不应该、事实上也不可能是指将宪法权利予以全方位地“私法”适用。二、可以被“私法”适用的宪法权利相对于法院的效力。在德国,关于宪法之第三者效力的属性,有两种不同的观点:一种观点认为,基本权利属于首要的宪法规范,应该在法律的所有领域内获得实现,基本权利在私人的法律关系中,具有绝对的效力,可以直接援用,不一定需要借助私法法条来发挥效力。这种观点的典型代表人物是尼伯代^[61]和米勒^[62];另一种观点认为,基本权利在私人的法律关系中,不具有直接的效力,法官不能直接援用基本权利来处理私事案件,基本权利对私事关系的

[59] 关于美国宪法诉讼中“国家行为”理论的详细内容,笔者将另文专门予以详细介绍,此处不再赘述。

[60] H.C. Nipperdey, Grundrechte und Privatrecht, eine Universitätsschrift, in: Festschrift für Erich Molitor zum 75. Geburtstag, 1962, S. 17ff. 转引自陈新民:《德国公法学基础理论》上册,山东人民出版社2001年版,第295页。

[61] 尼伯代在其于1950年发表的《妇女同工同酬》一文中表达了此见解。参见 Gleicher Lohn der Frau bei gleicher Leistung, RdA 1950, S. 125.

[62] 米勒在其于1965年发表的《基本权利的第三者效力和社会国家原则》一文中表达了此见解。参见 G. Müller, Die Drittwirkung der Grundrechte und das Sozialstaatsprinzip, in: Im Dienste der Sozialreform, Festschrift für Karl Kummer, Wien, 1965, S. 268ff.

效力应该经由对私法之概括条款的解释来达到。该观点的典型代表人物是杜立希^[63]和盖革^[64]。笔者倾向于持第二种观点。笔者在本文中所说的宪法之“私法”适用,并不是说宪法权利可以被直接地作为“私法”权利在法院适用,更不是它们对私人间的行为具有直接的调整或规范作用,而仅仅是指宪法权利在处理“私法”问题上的指导意义。法官在处理私事争端的时候,应考虑到宪法中的相关权利规定,但并不是直接依据宪法权利去处理案件。也就是说,在处理“私法”案件的时候,宪法权利对法官并没有直接的拘束力。宪法在私法关系中的适用,应该由法官借助对私法之概括性条款的解释,将宪法的价值理念注入到私法之基本原则之中。之所以采取这种间接拘束的做法,究其实质,就是为了保持公法与私法的正当性分野,防止出现公法之肆意的抢滩登陆现象,为私法的发展构筑一个坚固的基础。这里,实际上存在一个私法问题向宪法问题转化的问题。笔者认为,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。但是,作为国家机构的有机组成部分,立法机关在制定私事法律的时候,应该注意到宪法中的相关权利规定,私法的规定中应该包含宪法权利的价值意蕴。同样,法院也应注意到宪法中的相关规定,如果法院在审理案件的时候,忽略了宪法中的相关规定,那么,这就不再是一个私法问题,而是一个公法问题了,宪法权利因之就有了被适用的正当性基础。职司违宪审查大权的法院就可以基于违宪的情由,将忽略宪法权利规定的法院之裁决予以撤销。这种撤销裁决作出的现实可能性从客观上促使法院在解决“私法”问题的时候,密切关注宪法中的相关权利规定,从而不仅在事实上达到了宪法“私法”适用的效果,而且没有突破公法、私法间应该存在的界限。这一点,就是笔者在私法一词之上冠之以括号的目的所在。^[65]

在对宪法“私法”适用模式的选择上,笔者认为,美国型的宪法“私法”适用机制——“国家行为”理论不切合中国的实际,难以借鉴。其原因主要有两点:第一,“国家行为”理论赖以存在的制度基础是三权分立,法院作为三权中独立的一极,必须有足够的权威来抗衡作为民意代表机关的国会和作为行政机关的政府,唯此,蕴涵着国家意志的私人行为才有理由被推翻、被宣布无效,同时也才能有其得以存在的正当性基础。我国实行的政治制度是人民代表大会制度,法院由人大组织产生,对其负责,受其监督,根本不具有和人大平行的地位。由法院来审查评判蕴涵着国家意志的“私人”行为是不可想象的,在逻辑上也是不成立的;第二,“国家行为”理论的另一个重要的制度基础是判例法。由于它的存在,法官才得以在不严格的先例拘束规则下适时地调整立法的缺位和国家权力的扩张之间的砝码,以减缓因为私事争端数量上的巨大而引发的诉讼资源紧张。在我国,虽然最高人民法院的司法解释及批复发挥着和普通法系国家之先例相似的拘束力,但是由于它的作出机关的单一性及效力的稳定性而诱致的僵化使它事实上发挥不了普通法系国家先例的作用。

较为可行的措施是仿效德国的宪法“私法”适用机制,即“第三者效力”理论,结合中国的宪政体制,建立中国的宪法“私法”适用机制。在这方面,我国宪法学界已经有了初步的探讨。^[66]对我国宪法“私法”适用的机制设计仅有抽象的原则是不够的,该原则必须有其赖以存续的机制载体,而且,任何原则的定位都必须立足于中国的政治体制架构基础之上。考察德国的宪法“第三者”效力理论,我们可以发现,该理论实际上是和德国的宪法法院制度紧密结合在一起的,在某种程度上可以说,如果没有宪法法院制度的存在,宪法的“私法”适用就不可能彻底实现。遗憾的是,这恰恰是中国宪法“私

[63] 杜立希在其于1956年发表的《基本权利及民事诉讼》一文中表达了此见解。参见G.杜立希, Grundrechte und Zivilrechtssprechung, in: Vom Bonner Grundgesetz zum gesamtdeutschen Verfassung, Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky, München 1956, S.165.

[64] 盖格在其于1960年发表的《私法经济秩序及经济法秩序内的基本权利之意义》一文中表达了此见解。参见W. Geiger, Die Grundrechte in der Privatrechtsordnung und in der Wirtschaftsrechtsordnung, in: Die Grundrechte in der Privatrechtsordnung, 1960, SS.7-32.

[65] 这种表述,在存在宪法法院的德国,比较容易理解。在我国,由于不存在宪法诉讼制度,这种理论上的注解往往会显得有些底气不足。

[66] 周伟:《宪法基本权利司法救济研究》,中国人民公安大学出版社2003年版,第43页以下。

法”适用的瓶颈所在。山东齐玉苓案发生之后,我国宪法学界表现出了极大的兴趣,甚至有学者宣称,该案是“中国宪法‘司法化’第一案”,最高法院通过该批复将会使宪法的阳光普照“枯叶飘零的幽谷”。但是,理性的分析之后可以发现,该批复的存在并不表征着宪法“司法化”时代的来临,同时也不意味着从此宪法可以进入“私法”的调整空间。正如强世功先生所说,法官和学者们在对该批复的积极意义阐说的时侯,有意无意地混淆了宪法的司法判断及作为宪法“私法”适用之前提的违宪审查,意图将“宪法司法化”作为自己的“特洛伊木马”,将违宪审查的概念偷运到司法实践中来。^[67]以违宪的方式达到行宪的意图,这固然是学者和法官们的悲哀,但更多的是昭示了社会对宪法发挥功能的现实渴盼,同时也凸显了宪法“私法”适用在制度承受上的脆弱。从长远的角度考虑,笔者认为童之伟教授在《宪法司法适用研究中的几个问题》一文提出的措施具有一定的可取性。但是,在目前的情势下,由于立法缺位的现实存在及社会对权利保障的内在要求,该方案不具有现实性。周伟教授所提出的宪法“私法”适用的基本原则从整体上来看,较为切近当前中国的司法实际,但是对于周伟教授所主张的直接援用宪法权利来进行司法审判的看法,笔者不敢苟同,这种看法实际上类同于前述所说的德国宪法学者尼伯代和米勒的观点。笔者认为,直接适用宪法来解决私法问题将有损于宪法的公法属性、危害公法与私法的正当性分离,并将不自觉地“把私法带上毁灭之路”(德国宪法学者杜立希语)。较为可行的办法是采取前述所说的德国学者关于“宪法第三者效力”的第二种观点,即杜立希和盖革的观点,将私法中的概括条款作为私法实现宪法之基本权利理想的媒介,作为“基本权利对民法的突破点和基本权利进入民法关系的入口”。^[68]也就是说,法官在具体审判私法案件的时候,应该以宪法基本权利的精神来审查、解释及适用民法的条文,民法中的概括条款,如善良风俗等,可以用来实现宪法基本权利对民事关系的影响,从而间接达到以宪法来解决私法问题的效果。这种作法,和我国民法学界一些学者关于民法基本原则之功能的观点实际上具有内在的契合性。例如,徐国栋先生从民法基本原则的功能角度出发,认为民法的基本原则“是克服法律局限性的工具,民法只有一个基本原则,即诚实信用原则”,^[69]它具有“授权司法机关进行创造性司法活动的功能”;^[70]梁慧星先生认为,“公序良俗原则在性质上属于一般条款,其相对于法律强行性和禁止性规定而言,具有补充规定的性质。公序良俗原则的作用,在于弥补强行性和禁止性规定之不足,以禁止现行法上未作禁止规定的事项。”^[71]对此,董灵同志也表达了相似的见解,认为:“公序良俗原则作为民法的基本原则,在司法实践中,如果出现了现行法律未能规定的情况或按现行法律处理会损害公共利益或社会公平的情况,法官可以据此对事实作出自己的价值判断,进行创造性司法活动,克服立法上固有的缺陷——规范对象的不可穷尽性。”^[72]由上述这些学者的表述可以看出,我国的民法体系实际上具有尼伯代、盖格所说的“宪法之间接第三者效力”的容纳空间。因此,通过对民法之概括条款的“宪法性”解释,无疑可以起到救济私人团体对公民宪法权利侵犯的功效。考虑到中国现行的政治架构及法院的组织体制,笔者认为,宪法的“私法”适用,即对民法之概括条款的“宪法性”解释,应在程序上予以一定的限制,具体来说,可以

[67] 强世功:《宪法司法化的悖论—兼论法学家在推动宪政中的作用》,《中国社会科学》2003年第2期。

[68] G. Dürig, Freizügigkeit, in: Neumann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte, Bd. II, 1954, S. 525. 转引自陈新民:《德国公法学基础理论》上册,山东人民出版社2001年版,第314页。

[69] 徐国栋:《民法基本原则解释》,中国政法大学出版社1992年版,第9页。

[70] 同上书,第17页。

[71] 梁慧星:《市场经济与公序良俗原则》,载《民商法论丛》第1卷,法律出版社1994年版,第49页以下。

[72] 董灵:《公序良俗原则与法制现代化》,《法律科学》1994年第5期。

采行如下的“私法”适用机制：^[73] 第一，针对司法实践中现实存在的法院依据宪法办案的情况，应由全国人大常委会依据宪法作出决定，授权一定层级的法院可以在穷尽法律救济的情况下，依据宪法中关于公民权利的规定处理相关案件。第二，具体程序是：如果公民的（可以被“私法”适用的）宪法权利没有相应的法律对其作出规定，或者虽然做了规定但是规定得不完全，那么，当公民基于这种被虚置（包括完全虚置、部分虚置、阶段性虚置及程度虚置）了的宪法权利发生争执并寻求司法处理的时候，人民法院就必须结合宪法中的相关权利规定，对民法之概括条款作出合乎宪法精神理念的解釋，从而对案件作出合乎宪法规定的处理。但是，这种法院必须限定在省一级。省级以下法院在处理关涉虚置宪法权利的案件时，必须移交省级人民法院统一作出处理。此外，必须指出的是，要想从根本上解决宪法的‘私法’适用问题，必须谋求宪法诉讼机制的设立，这虽然是一个较为长远的问题，但却是我辈宪法学人应该努力去研究的问题。对此，笔者在他文中谈了一些粗浅的看法，^[74] 此处不再赘述。

Abstract: Principally, the rights proscribed in the constitution can not be applied as private laws, whose reasons are: first, to avoid the conflicts of the different types of constitutional rights in the private application; second, the public nature and the function of 'defining the scope' of the constitutional rights determine that they do not fit the private application. However, it has raised an inherent requirement of the application of the constitution as a private law by the social development, the main elements of which include: the structural transfer of the state function, as well as the emergence of the private corporations assuming public function, has brought the possibility of the violation of citizens' constitutional rights by the private corporations; the nonfeasance of legislation has results in the establishment of constitutional rights in vain. Under the conflicts of traditional position of constitutional rights and the inherent requirement of actual society, there has gradually come into being the theories and the assistant systems of the application of the constitution as a private law in each countries, the typical of which are the theory of 'Effectiveness on the Third Party' in German constitution, and the theory of 'State Behavior' in American judicial review. China must establish her own theory and operational system of the application of the constitution as a private law.

Key Words: public law, private law, state behavior, effectiveness on the third party

[73] 笔者认为，宪法“私法”适用问题并不单纯地是一个宪法在司法审判中的运用问题，它从根本上来说应该是一个和宪法诉讼机制结合在一起的问题，宪法诉讼机制应该是宪法“私法”适用最终的制度载体。但是，基于学界同仁可以理解的原因，宪法诉讼机制的设立不具有现实性。因此，对宪法“私法”适用机制的研究，应着眼于在制度的可容纳空间内进行理性的设计和构造。这种设计和构造在逻辑上或许是有瑕疵的，但作为一个退而求其次的选择，对公民宪法权利的保障或许能发挥些许的功效。

[74] 可参阅刘志刚：《中国宪法诉讼的模式设计及其民主性论证》，《武汉大学学报》（人文社会科学版）2003年第4期。