

宪法私人效力中的事实与规范： 一个分析框架

姜 峰*

摘 要:宪法私人效力问题既与如何理解社会强力的事实标准有关,也与体现宪法特定功能的规范方式有关。在事实层面,只有那些既拥有法定权力且让个人无可逃避的社会强力,才因其近似国家权力的危险性而有必要受到宪法性约束。在规范层面,宪法的至上性并不意味着约束所有的社会关系,而且由于宪法在约束国家权力时坚持严格标准,其难以平移至私法关系。在个人免于社会强力不当影响以及提供调整私法关系的实体性价值方面,普通立法和司法过程足堪其任。

关键词:宪法私人效力 社会强力 权力差距 不可逃避性 基本权利

DOI:10.16390/j.cnki.issn1672-0393.2020.01.008

一、引论

宪法的私人效力或“第三人效力”“水平效力”问题,因其在宪法理论与实践中所处的基础性地位,在中外学界引发的争议旷日持久。我国学者在借鉴他国学说的同时,尚存能否裨益于本国立法与司法实践的疑问,这在民法典编纂与宪法的关系、劳动立法中的反歧视等议题上已经有所显现。对宪法私人效力持肯定说者,主要依循两条论证路径:一是事实路径,即基于“社会强力”而主张宪法应具私人效力。“社会强力”或“社会权力”“社会公权力”等,^①系指某些私主体如大企业、劳工组织、社会团体等,虽不属于国家机关,但因具有强大的资源优势和议价能力而能对个人产生巨大影响,以至于“非政府主体对基本权利日益增长的侵犯远远超过人们的想象程度”,^②人们担心在失衡的缔约环境中弱

* 华东师范大学法学院教授

① 较早讨论此问题的郭道晖教授采“社会权力”概念,参见郭道晖:《社会权力与公民社会》,《山东科技大学学报》(社会科学版)2007年第2期。使用“社会公权力”者,如徐靖:《论法律视域下社会公权力的内涵、构成及价值》,《中国法学》2014年第1期;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。陈新民教授译为“社会实力”,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291页;“社会强力”是德国法学家卡纳里斯教授著述的中文译法,参见[德]克劳斯-威尔海姆·卡纳里斯:《基本权利与私法》,曾韬译,《比较法研究》2015年第1期。不同用法的内涵基本一致,本文采“社会强力”用法。

② Jan Arno Hessbrügge, Human Rights Violations Arising from Conduct of Non-State Actors, 11 Buffalo Human Rights Law Review, 88 (2005).

势一方只具有虚幻的平等地位,故应以宪法直接矫正之。^①我国有学者据此提出系统的“私法立宪主义”或“社会宪政”命题,主张将传统立宪主义制约国家权力的机制引入私法关系。^②另一条是理论路径,即依据德国宪法学中的客观价值秩序论和国家保护义务论,^③主张即使不考虑社会强力事实,宪法也应具有私人效力。客观价值秩序论认为,宪法作为一国的最高法,虽然主要用以约束国家权力,但其价值辐射整个法律体系。国家保护义务论则认为,基本权利不限于防御国家行为,私人之间也存在基本权利侵害,国家有责任防止这种侵害。这两种理论为国内不少学者所接受。

有些学者认为,事实路径和理论路径是难以分割的,社会强力是“基本权利的效力扩及私人关系领域的基本社会现实基础”。^④在衍生这一理论的德国,它被一些学者视为“处理宪法第三人效力问题的抓手”。^⑤的确,社会强力也支持了客观价值秩序论、国家保护义务论等理论主张,但是两条路径在逻辑上没有必然的联系。基于社会强力理由而支持宪法私人效力的学者,即使赞同直接效力,也不一定支持宪法一般性地适用于私人,哪怕是以间接效力的方式。^⑥而基于客观价值秩序论和国家保护义务论采理论路径者,主张即便是在不存在社会强力的场合,宪法也可以一般性地具有私人效力。以上两条路径旨趣有别,但均有值得商榷之处。

在事实路径方面,对待社会强力的态度走向两个极端:一端是,仅仅基于其事实上的强大影响力而扩大社会强力的主体范围,将几乎所有社团组织都纳入其中。例如,有学者使这一概念涵盖除私人企业之外的几乎所有社团组织,甚至扩及某些有影响力的个人。^⑦与主体的扩张相对应,他们主张把限制国家的那些宪法原则如人民主权、权力制约、保障人权等,平移于对社会公权力的限制,^⑧或主张对其行为一体进行宪法审查。^⑨另一端是,为证明宪法对私主体无效力,完全否认社会强力的客观存在,理由是“社会公权力是一种事实概念,并不能成为规范意义上的法律概念”。^⑩这种观点大体符合传统宪法学说,但与当代各国回应社会变迁的宪法实践相悖。毕竟,确有某些社会组织因其特殊性而应受到非同一般的约束,这在德国已被广泛接受,在我国也有立法实践的需要。^⑪即使在坚持“国家行为”(state action)原则的美国——只有联邦或者各州的政府行为才构成宪法约束的对象,法院也已

① 参见[日]芦部信喜:《宪法》,林来梵、凌维慈、龙绚丽译,北京大学出版社2006年版,第106页;[德]贡塔·托依布纳:《宪法的碎片:全球社会宪治》,陆宇峰译,中央编译出版社2016年版,第44页以下。

② 参见薛军:《私法立宪主义论》,《法学研究》2008年第4期;李海平:《论社会宪政》,《法律科学》2012年第1期。

③ 对这两种理论的介绍,可参见张翔:《基本权利的双重性质》,《法学研究》2005年第3期;陈征:《基本权利的国家保护义务功能》,《法学研究》2008年第1期。

④ 杨仁寿:《法学方法论》,中国政法大学出版社1999年版,第131页。

⑤ [德]克劳斯-威尔海姆·卡纳里斯:《基本权利与私法》,曾韬译,《比较法研究》2015年第1期。

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。

⑦ 参见徐靖:《中国社会公权力行为的违宪审查研究》,法律出版社2018年版,第20页以下。

⑧ 李海平:《论社会宪政》,《法律科学》2012年第1期。

⑨ 参见徐靖:《中国社会公权力行为的违宪审查研究》,法律出版社2018年版,第71页。

⑩ 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。

⑪ 德国联邦劳工法院自1950年代迄今,在促进基本权利发挥第三人效力方面最为积极,不过也存在强劲反对声音。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301页以下。在我国,像村委会、居委会等特殊组织应受到比一般社会组织更为严格的约束。当然,是否必须诉诸宪法条款来回应这类问题,是下文所要探究的。

通过司法解释扩张了国家行为的外延,从而将宪法约束对象扩展至诸多私人主体。^①

在理论路径方面,不少学者完全借用德国宪法学说,其论颇可商榷。例如就客观价值秩序论而言,个人赖以防备国家的宪法价值,如何成为整个法律体系共享的“客观”价值?在国家保护义务论中,尽管不再强调宪法的间接第三人效力而回归对立法、司法机关责任的关注,但其仍以私人主体之间存在基本权利侵害为前提,但宪法规训国家权力的标准十分严格,何以能够用来限制私人?

这两种理论也正在对我国的立法实践产生影响。例如有学者认为,由于“私法与公法一样,同样负有保护宪法基本权利的义务”,我国“民法典应在序言或者第1条援引宪法人权条款作为立法理由”。^② 又如在劳动法领域,有学者将反就业歧视立法完全从宪法平等权的角度来理解,认为“立法者可以在制定普通立法时将宪法价值具体化,其具体化的过程就是基本权利在私法领域中展开的过程,也是基本权利的水平效力。这一点,特别体现在针对宪法平等原则的普通立法中,如美国的反歧视立法,我国的劳动法等社会法”。^③ 这是对宪法与部门法关系的误解,事实上其引以为据的美国《1964年民权法案》也并非以宪法上的平等权而是以国会的固有立法权为依据。

导致上述误解的主要原因有二,一是对社会强力的识别标准存在模糊甚至错误;二是没有在规范意义上准确理解宪法功能的特殊性。鉴此,本文尝试提出一个涵盖这两条路径的分析框架,籍以观察两者的学理问题及对我国立法实践的影响。这一框架包括事实和规范两个标准,它们对国家权力的特征、宪法约束的必要性以及方式提供一般性理解:事实标准用来判定某种社会强力是否具有如同国家权力那样的危险,规范标准用来考察私人主体受宪法约束的适当性。基于这一分析框架,笔者认为应将社会强力主体限于一个狭窄的范围,宪法规范不宜适用于私人关系,对私主体的规制完全可以由普通立法来完成。

二、分析框架:在事实与规范之间

针对前面两条论证路径,这一部分的讨论涉及两个问题:一是基于何种事实基础才需要以宪法来约束国家权力;二是宪法对国家权力的严格规范标准及其理由为何。

(一)事实基础:权力差距与不可逃避性

之所以要动用宪法来约束国家权力,第一个事实基础是个人与国家之间存在巨大的权力差距。德国法学家卡纳里斯认为,对于宪法是否具有私人效力“起决定性作用的其实是这样一个简单的事实:私法主体之间基本上不存在像国家和公民之间那样的‘权力差距’,只有国家拥有诸如颁布规范、行政行为或者刑罚这样的强制手段,而私法主体只是相互间权利平等的主体”。^④ 不难理解,只有国家才可以通过罚金、逮捕、审判等公权力对个人的生命、自由、财产等施加影响,任何私人都没有这种权力。相反,即使某人被发现自家花园种有罂粟,他人也不能径直闯入将其清除或收集证据;即使顾客偷窃了超市的商品,超市职员也不能强行搜身或将其逮捕,这些行为只有国家才可实施。总之,是否存在“权力差距”,是评判社会强力主体危险性的一个事实基础。

^① 依照美国宪法理论,私主体(如铁路、渡口、酒店等)如果是在履行某种公共职能,或者接受了政府的资助,或者有政府行为的介入,即应视为“国家行为”而受到宪法约束。参见 Jesse H. Choper, Richard H. Fallon, Yale Kamisar, Steven H. Shiffrin, *Constitutional Law: Cases—Comments—Questions* (10th edition), Thomson West, 2006, pp.1443—1543.

^② 石佳友:《治理体系的完善与民法典的时代精神》,《法学研究》2016年第1期。

^③ 郑贤君:《公法价值向私法领域的再渗透—基本权利水平效力与契约自由原则》,《浙江学刊》2007年第1期。

^④ [德]克劳斯·威尔海姆·卡纳里斯:《基本权利与私法》,曾韬译,《比较法研究》2015年第1期。

第二个事实基础,是国家权力对个人而言具有“不可逃避性”,这是“国家机构的标志性特征”。^① 在市场和社会生活中个人可以自由地选择商品卖家、商业伙伴或社交对象,自由选择是对冲私人强制和压迫风险的有效机制。当同意成为契约成立的条件,不同意也就成为规避风险的方式。参加社团组织亦然,一个社团无论对其成员试图如何压制,只要存在加入和退出的自由,压制就不容易得逞,结社自由造就了社团之间的竞争关系。但是,个人不能自由选择是否受政府的管理,个人与国家之间不仅存在权力差距,而且国家权力不可逃避,那些在社会生活中逃避风险的自由选择机制,在面对国家时不再有效。

(二)规范基础:组织控制与后果控制

权力差距和不可逃避性这两个事实,导致个人相对于国家的脆弱性,从而亟须通过某种规范方式予以平衡。宪法提供了这种可能,因为其不仅位居一国法律体系的顶端,而且地位“先于且高于政府”——宪法是“人民制定、政府不能更改的”,而法律则是“政府制定、政府能够更改的”。^② 基于此,宪法也通常比普通法律更难以修改,这种超强的刚性特征主要不是为了规范下位立法,而是防止政府任意修改宪法。而私人之间则不存在这种权力差距,私主体之间的侵权也相对易于得到救济。将之交由普通法律调整即可,法律修改也无须十分严格的程序,否则反而不能适应社会变迁。总之,“只有政府权力才足够危险,值得用宪法来约束,而私人的行为若非同政府紧密结合,则并不具备那种全面的危险性”。^③ 这样看来,宪法规范完全是针对国家权力的滥用风险而设计的特殊防御机制,但这种机制并非基于对不存在权力差距和不可逃避性的私人关系的担心而设计。基于此,需要在组织活动和行为后果两方面对国家机关及其权力运用予以严格控制。

第一,国家机关的组织 and 活动受到宪法的特别限制,目的是确保其组成合法、行为正当、运行有效。宪法严格限定国家机关的产生、任期、职权以及相互关系,其立法和决策的过程也要求民主、公开、理性,现代宪法为此形成了若干公认的基本原则:首先,国家机关的产生遵循人民主权原则——它们直接或间接地经由选举产生。这是对权力源头合法性的宪法控制。其次,国家机关内部奉行权力分立或权力分工的制约平衡原则,通过以权力制约权力确保其廉洁和效率。这是从权力运行的合法性、有效性角度所做的宪法控制。第三,国家机关的组织 and 活动奉行法治原则,保障权力行使过程的规范、确定和可预期。由于不同部门对基本权利的侵害危险不同,宪法的限制程度也有所差异。通常对行政权、立法权的防备更为严格,而对以“不告不理”为特征的司法权防备最弱。德国学者迪特尔·梅迪库斯还敏锐地揭示了国家与私人的另一个实质差异:“在私法中,占据主导地位的通常是那些自由的、不需要说明理由的决定;而在公法中,占据主导地位的则是那些受约束的决定……在通常情形,法律不可能对私人决策是否具有合理动机进行监控。”^④ 总之,针对国家的严格要求在非政府组织、私营企业及个人那里是不存在或者不全面的,因为它们不具备国家机关的法定强力,人们凭借意思自治,加入和退出组织的自由就可以规避可能的压迫风险。

第二,在国家权力的行为后果方面,宪法通过规定基本权利为个人提供更严格的防护。基本权利

^① Laura Valentini, In What Sense are Human Rights Political? A Preliminary Exploration, 60 Political Studies, 180—194(2012).

^② 参见[美]汉密尔顿、杰伊、麦迪逊:《联邦党人文集》,程逢如、在汉、舒逊译,商务印书馆1980年版,第273页。

^③ Peter E. Quint, Free Speech and Private Law in German Constitutional Theory, 48 Maryland Law Review, 342(1989).

^④ [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7~8页。

中的“基本”，不是指这些权利对个人生活最为重要，而是指个人最容易为国家侵害的那些方面应受特别保护，“这些权利之所以‘基本’，是因为它们创造了一个规范权力但不对之施加实体性限制的社会过程”。^① 基本权利无意为个人提供全面和细致的保护，这方面民法会做得更好。基本权利的主体限定为个人，也并不意味着个人凌驾于社会之上，更不是鼓励自私自利，而是因为个人在面对国家时具有脆弱性，因此德沃金说“需要特殊保护的是个人而不是社会（国家）”。^② 由于政府往往以公共利益为理由限制个人权利，因此基本权利在防护标准上比防范私主体侵害的民事权利要更为严格，基本权利原则上拒绝将个人利益与公共利益进行权衡，因为公共利益在“量”上总是比个人利益大，它需要发挥个人对抗集体的“防火墙”功能；民事权利则允许法官裁决时进行利益衡量。

体现于基本权利的价值，专为调整国家与个人的关系而设。例如，“自由”“平等”这两项主要价值都与规范国家权力有关，而与限制私人无关。以言论自由为例，它只有在防备国家权力时才需要写入宪法。这一判断的理由是，由于言论自由（尤其是评论公共事务的言论）与政府的管理便利之间存在冲突，使其因为易受压制而具有明显的脆弱性，故宪法对之严格保障；只有当言论危险巨大且迫在眉睫时方可对其施加限制，而且这种限制本身也受到法律限制。这种高强度的保护旨在缩小个人同国家之间的权力差距。同样，“平等”在宪法上也仅仅意味着国家应公平对待每一个人，而并不要求个人平等地对待他人，如政府招聘公务员不得基于性别、种族等因素而有所歧视，但此要求不能扩展至个人的社会交往和民事交易。

第三，从司法救济角度看，基本权利具有特定性。如果政府要证明个人或媒体的言行侵权，需要承担比民事侵权更高的举证责任。举例而言，1964年美国“《纽约时报》诉萨利文案”^③中，最高法院判定萨利文的身份为“公共官员”而非普通公民，故不支持其以民事侵权法作为抗辩理由，而是认定《纽约时报》的言论受宪法保护，只有当萨利文能够证明《纽约时报》存有“真实恶意”污损其名誉并且证据具有“压倒性优势”时才能支持其请求，而这一极高的证明标准是很难达到的。该案的意义在于使诽谤侵权变成一个宪法问题，媒体对官员的监督由此得到更为严格的保护。

以上分别从事实和规范层面为理解宪法私人效力提供了一个分析框架。据此我们可以进一步探究：那些通常被认为具备社会强力的私主体，是否像国家权力那样危险？如果对私人关系进行一般性地宪法干预，是否必要和妥当？

三、社会强力：事实问题

为了方便分析，这里把可能构成社会强力的私主体分为三类：准政府组织，实力雄厚的私人企业以及介于这两者之间、旨在实现有限目标的一般社团组织。不同社会强力主体在权力差距和逃避可能性这两个方面的程度不同，各自所应受到的规范强度也应与其对个人造成的侵害风险相称。

（一）准政府组织

准政府组织大体包括作为基层自治组织的村民委员会、街道居委会、具有官方性质的行业协会、学会、事业单位、国有企业等。就权力差距因素来说，这类组织的一个总体特征是拥有法律赋予的特

^① Gary S. Goodpaster, *The Constitution and Fundamental Rights*, 15 *Arizona Law Review*, 482(1973).

^② [美]罗纳德·德沃金：《认真对待权利》中文版序言，信春鹰、吴玉章译，中国大百科全书出版社1998年版，第15～16页。

^③ See *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

定职权,其对成员和一定范围内人员的权益能够产生较大影响,而且这种影响在很大程度上是单向的。例如,村委会对集体土地、宅基地等的处置会直接影响到村民利益;具有官方性的行业协会如足协,其对球队和球员的处罚权所造成的影响不可小觑;还有像高等院校这样的事业单位,其招生、处罚、考核、授予学位等法定权力对教师和学生的影响也是直接而巨大的;规模庞大、数量众多的国有企业因为在交通、通信、能源、市政服务等方面担负公共职能而拥有一般企业所没有的垄断地位,而且在很大程度上免疫市场竞争。在很多情况下,这些组织与个人之间存在不同程度的权力差距。但是,它们显然都不拥有对个人构成巨大威胁的惩罚、逮捕、审判等国家机关才拥有的权力。

另一方面,这些组织对个人而言存在不同程度的不可逃避性。事业单位、官办协会、国有企业虽然与个人存在一定的权力差距,但一个人对在哪个单位工作或成为哪个协会的成员通常有较大的选择机会,这是抵消权力风险的一种有效机制。这里的选择机会是制度意义上的,即只要没有外部的制度性限制,选择就应被视为存在。同类组织内部和不同类组织之间的竞争也能有效抑制侵害风险,从而削弱外部干预的必要性。相比而言,村民委员会比较特殊,一个村民无法选择出生在哪个村庄,也不能随意变动其户籍地点。所以宪法和相关法律通过民主选举、民主决策、民主监督机制对村民委员会加以严格约束,而对私人企业和其他社会组织则无此要求。对于村民委员会履行职权过程中出现的与村民之间的争议,也适用行政诉讼法解决。尽管如此,将这种不可逃避性与其权力差距方面的特征结合来看,村民委员会仍然不能与国家权力相提并论,作为村民自治性组织,它缺乏某些具有直接干预作用的法定权力(如征税、罚没、逮捕、审判等),而正是这些权力会对个人利益造成决定性的影响。

更大的法定职权意味着更大的权力差距,更多的选择机会意味着更有可能规避风险。总体来看,准政府组织与个人之间的权力差距和不可逃避性交错存在且程度有别,其侵害权利的危险性高于私人企业和一般社会组织,但即使像村委会、居委会这类更接近国家权力性质的组织,仍因为缺乏某些对人身、财产的法定权力而明显区别于国家权力。

(二)私人企业

在准政府组织问题上,即使对宪法具有一般性私人效力观点持怀疑态度的人,也可能基于社会强力理由而主张对其施加宪法约束,但是对私人企业的态度,却能够反映其是否一般性地接受宪法私人效力。不过,哪怕是对私人主体——如大型企业——主张宪法约束的学者,也不一定否认权力差距和不可逃避性标准,而只是在具体认定上存在不同看法,他们把企业同个人议价能力的差别也视为权力差距和具有不可逃避性。这一点至关重要,它显示出更为深层的认知分歧,而非是否接受权力差距和不可逃避性二元标准。主张私法立宪主义的学者认为:“私人领域的权力在本性上与公共领域的权力并无区别……如果相对方在事实上没有对等的交涉能力,没有充分的反制力,因此被迫接受一种不对等的权利义务配置格局,那么保障私人自治的后果就是确保义务人单方面地受制于权利人。”^①据此,议价能力失衡会导致合意流于形式。另一位论者也认为:“存在实际形成的支配力,即具有明显资源优势的私主体事实上可以支配其他私主体,包括积极支配和消极支配……消极支配则是指社会主体并无明确支配他人的意愿,但其明显的资源优势使其行为会影响他人的思想和行动。”^②

笔者不赞同这种理解,倒不是否认议价能力存在差别这一事实,而是不赞同对这种差别的理解方

^① 薛军:《私法立宪主义论》,《法学研究》2008年第4期。

^② 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。

式和规范立场。首先,实力差距不能被等同于权力差距。议价能力的不均衡是市场活动的常态,并不是现代社会出现的新情况。即使将宪法的私人效力限于那些实力严重不均衡的场合也似是而非,因为这种理解在逻辑上可以涵盖所有谈判破裂、缔约失败的情形。因此,我们只能按照《中华人民共和国民法总则》(以下简称《民法总则》)第4条规定的那样来理解当事人之间的“平等”——即只是法律地位的平等。中外民法理论也从未致力于构造当事人之间事实上的平等。所谓“实际形成的支配力”“消极支配”“影响他人的思想和行动”等,更不能成为宪法干预的理由,因为这种情况既是大多数市场活动的起点,也是市场主体参与竞争的一个目标,一个奋发进取的公司、一个试图扩大影响的社团,其成功往往意味着对手的失败。而宪法只需确立平等的法律地位,保障主体追求优势后果的正当性,这也是社会活力和创造力的源泉所在。

其次,将议价能力不平衡作为矫正的对象,无异于在根本上怀疑市场机制的合理性,其结果可能是对市场活动进行全面干预,而非仅仅谋求局部矫正。事实上,即便局部矫正也是困难的,因为这种矫正只有超越当事人的法律身份、细究其经济和社会处境才能完成,这会使对契约关系的法律考量变成政治考量。而且,纠缠于议价能力的事实差距,不但超越了立法者和法官的能力,而且势必贬抑市场机制和意思自治带给社会的益处,诸如健康的自我责任观念、无形但有效的市场信号机制、竞争带来的社会绩效改进等。因此,这种借由外部干预来平衡两者实力关系的父爱主义立场是令人生疑的,它在善意地、个别地救济一个弱者的同时,可能正在危及一个从长远来看能够帮助更多弱者的一般性市场机制。而且从经验上看,那些拥有社会权力的大型公司通常更多受到监管者和社会舆论的关注,反而易于形成更为严格的自我约束,因而它们通常比中小企业更遵守规则。另外,诉诸父爱主义立场的一个可能的原因,是缺少对弱势方的替代性救济方式。如果市场外存在某种对弱势一方的社会救济途径,对其进行外部干预以提供救济的诉求或许也就不会太强烈了。类似的逻辑在我国立法实践中并不鲜见。^①

总之,虽然不少学者强调私人企业的社会强力性质而主张适用宪法约束,但在理解上存在根本误解,是否接受权力差距和不可逃避性二元标准倒显得不那么重要。实力不对等固然是事实,但终究不等于权力差距。否则,社会和经济生活中所有的不对等均丧失了积极价值,在此基础上的外部干预将趋向于对竞争机制、意思自治、自我责任的彻底否定。由此,对社会强力的宪法约束必须结合规范标准来考量。

(三)一般社会组织

介于上述两类主体之间的一般社会组织,如环保组织、慈善组织、文体社团等,其既无盈利目的也无法定职权,更无处罚、逮捕、审判之权,而仅具有有限的公益或组织管理目标。在现代社会,它们可能拥有雄厚的资金、众多的人员和强大的社会影响力,但其达到组织目标的方式主要是协调、说服、参与、示范、赞助等柔性方式,而不是依靠法定的强制手段;这些社会组织种类多样,相互之间也往往存在竞争关系,只能依靠自身的魅力或者外部的支持来吸引成员;对于严重违反组织纪律的成员,所能采用的惩戒方式也至多是剥夺其成员资格,而无涉其财产、人身与生命;个人加入和退出这类社团组

^① 例如,或许正因工会作用发挥不足,《中华人民共和国劳动合同法》第41、42、46条才为劳动者提供替代性的强化保护措施;正是公共部门在负担养老责任方面的怠惰和资源不足,《中华人民共和国老年人权益保障法》第14、15、16条才课予子女赡养父母的义务;正是因为相关社会保障措施的缺失,国家才转而通过《中华人民共和国妇女权益保障法》第26、27条把对女职工孕产期的保护责任部分地转嫁给用人单位。

织是自由的,因而即使社团的组织和活动不是民主和平等的,也不会产生持久和非自愿性的风险。因此,这类组织同个人之间既不存在权力差距,对个人的影响也不具有不可逃避性,不能与国家权力等同视之,不应诉诸宪法约束。当然,在我国特殊的社会和制度环境下,有些本应在竞争环境中活动的社团组织,因享有某种法律授权和事实上的垄断地位而对其成员产生巨大的影响力。但“解铃还需系铃人”,对此需通过优化制度环境、引入公平竞争机制来解决,而非诉诸宪法。

现代社会的农、工、商及服务业等行业协会组织,除拥有上述一般社会组织的行为特征外,确实有远超一般个人和组织的力量,它们通常能够制定行业标准、设定准入门槛、实施信誉评价、处理违规行为,甚至对国家立法产生影响。^① 协会组织虽有“权力”的外观,但仍难以堪比国家权力。这是因为:首先,虽然它们更具组织性和影响力,但仅凭这一点尚不足以援用宪法性的组织方式——民主选举、分权制衡来约束它们,即便它们采取这种组织方式,也只是其成员的一种而不是唯一的选择。有些行业协会仍然在内部组织上保持某种封闭的“公司式自治”^②特征,即使其衍生某种风险,也仅限于特定范围并为其成员的自身利益所约束。其次,在我国,尽管相关立法授予行业协会(如律师协会、会计师协会)行使某种管理、惩戒会员的权力,但这些权力的范围和强度是相当有限的。例如,律师协会对会员最严厉的惩戒措施为取消会员资格。停止执业、停业整顿等更为严厉的惩罚措施,只能由司法机关实施。^③ 总体上看,行业协会的职责主要集中于服务、协调、维护成员权益等方面,且其组织和行为方式也受到成员意志和外部竞争环境的约束。再次,对于这类行业协会,法治国家一般不对其内部组织管理方式进行立法干预,而是尊重其自律功能。^④ 最后,行业协会同样没有对个人财产、人身、生命等重大利益的排他性处置权。有论者之所以担心行业协会滥用优势地位的危险而主张以宪法方式对其加以规范,主要是源于特定国情下组织之间竞争性的缺乏。对这种情况,改进方向不是拓展宪法适用范围,而是完善普通立法的规定。

总之,之所以讨论上述三种类型的社会强力主体,是因为不少学者将它们都归于应受宪法约束的范围,甚至要把宪法约束国家机关的那些原则平移用来约束这些社会组织。根据权力差距和不可逃避性的标准,至少从这些主体的危险远不及国家权力这一点来看,是难以成立的。

四、宪法约束:规范问题

前面对社会强力的讨论,是针对宪法私人效力的事实路径而言的,因为社会强力或者社会公权力是“私法立宪主义”“社会宪政”命题的关键事实依据。不过,持这种观点的学者还不是在一般意义上主张宪法具有私人效力。挑战宪法仅约束国家这一经典学说的真正激进立场,是认为即使不存在社会强力,宪法也具有(直接或间接的)私人效力,理由是宪法基本权利不但是个人的主观公权利,而且属于客观价值秩序,对整个法律秩序都具有辐射力。该理论在德国“吕特案”^⑤中表现得最为典型,法院判决认为:“基本权利绝不是价值中立的秩序。在基本权的条款中,客观价值秩序也得到了具体化。

① 参见郁建兴:《改革开放40年中国行业协会商会发展》,《行政论坛》2018年第6期。

② 参见谭燕、王霄覃、谭劲松:《行业协会治理:组织目标、组织效率与控制权博弈——以中足协和中超杯“资本革命”为例》,《管理世界》2006年第10期。

③ 参见《中华人民共和国律师法》第47~51条、《律师协会会员违规行为处分规则(试行)》第15条的规定。

④ 例如,美国的行业协会没有法律规范授权,与政府之间不存在隶属关系,也没有统一的组织架构模式,在决策、财务、人事和分配等方面享有充分自主权。参见张仁峰:《美国行业协会考察与借鉴》,《宏观经济管理》2005年第9期。

⑤ BVerfG 15 January 1958, BVerfGE 7, 198 (Lüth).

这一价值体系作为宪法的根本决断,对于立法、行政、司法行为都是适用的。民法规定也不得与宪法的价值体系相抵触。”更晚近的国家保护义务论则认为,由于私人之间也存在基本权利侵害,因此国家负有防止这种侵害的宪法义务。这两种理论中共同的规范性立场,是认为宪法具有至上性,宪法作为最高法可以成为社会生活的价值源泉,基本权利的落实也需要在部门法中具体化。这种观点已经盘踞在我国宪法理论的核心地带。对此,林来梵教授曾言:“宪法上的基本权利对抗所有主体,即在纵向关系上防止公共权力的侵害,在水平关系上防止其他个体(包括普通公民)的侵害;为此,宪法上的基本权利是一种‘母体性’的权利,包括民法在内其他部门法上的权利则均可视为其具体化。这应该是中国学者较为熟悉的一种主流观念。”^①对这种观念应予以认真反思。

第一,宪法的至上性并不意味着调整所有社会关系,并为这些关系提供实体性的价值标准,而在于它相对于政府的先在性、超越性和在特定规范对象上的最高效力。宪法的目的是使政治生活依照既定游戏规则进行,而对于私法关系,宪法委托立法机关通过日常政治审议决定如何设定和修改。“宪法并不支持一方反对另一方”,^②只有国家机关这一拟制的、非人格化的、自身无价值主张的对象,才是一国在立宪时所共同关注的、能够达成宪法性共识的内容,私法关系涉及社会内部相互冲突的价值选择,只能由日常立法过程做出安排。否则,就等于说宪法在制定游戏规则的同时也确定了游戏结果。这也正如美国政治思想家萨托利所说的:“宪法是规范国家决策过程的准则,它确立规范如何产生,不会而且不应当决定规则导致何种特定结果。也就是说,宪法首要的意图是确保权力的行使受到控制。因此,宪法是内容中立的。一部自行规定政策内容的宪法,意味着僭越民意,蔑视国会、政府等宪法信任的政策制定机关。”^③

第二,宪法也并不包含约束所有人的“客观”价值秩序。约束国家的价值标准如何与约束私人的价值标准一样?这个问题也不是仅谦逊地将宪法限于间接辐射效力所能解决的,因为其基本逻辑与直接效力论并无区别,只是发挥效力的方式有所不同而已。所谓的客观价值其实很不客观。“国家是更有力量(并因此更有威胁性)的、并且被要求在其与私人的关系中比在私人与私人的关系中具有更为中立、更少任性和更多公正的机关……私人关系绝对不能以与国家和公民关系同样的方式被规制,因为在国家缺席的场合,我们关于中立性和公正性的期待也不存在。”^④可以说,这一判断是现代国家回应“国家一个人”之间固有不平衡时的普遍态度。宪法约束政府的组织和活动方式不适用于普通社会组织,尤其印证了这一判断。

第三,基本权利和民事权利并不遵循共同的客观价值。基本权利防备国家,民事权利防备私人;相对而言,国家的侵权能力较强,故基本权利的防护强度较高,私人的侵权能力较弱,故民事权利的防护程度较低。因此,宪法与民法不是抽象与具体、一般与特殊、原则与细节的关系,它有独立的调整对象和规范标准,而非民法的“母法”。例如,不能以言论自由的宪法保护方式来对抗他人的隐私权或名誉权主张,否则会使私主体间的利益关系失衡。王泽鉴教授也认为,私人之间的言论侵权不适用“《纽约时报》诉萨利文案”所创设的那种严格的“真实恶意”证明标准——这一标准强调保护媒体的报道自

① 林来梵:《民法典编纂的宪法学透析》,《法学研究》2016年第4期。

② [美]亚历山大·米克尔约翰:《表达自由的法律限度》,侯健译,贵州人民出版社2003年版,第70页。

③ Giovanni Satoria, Comparative Constitutional Engineering: An Inquiry into Structures, Incentives and Outcomes, Macmillan Press, 1994, p.202.

④ Greg Taylor, Why the Common Law should be only Indirectly Affected by Constitutional Guarantees: A Comment on Stone, 26 Melbourne University Law Review, 19 (2002).

由,而私人言论侵权的认定只需达到一般违法性标准即可。^①

第四,宪法用以约束政府的平等价值也不适用于私人关系。“一个人可以同一个有意订约的人订立合同,同时他也可以拒绝另一个有意订约的人的要约而无需说明实际理由。一个债权人可以免除一个债务人的债务,同时他却可以对另一个债务人采取措施,对于这种不平等的对待也不必有什么实际理由。”^②个人在社会生活中不平等地对待他人,恰恰是私法自治的题中之义,这种私人关系与宪法基本权利无关。因此,“以限制强者为理由,使实质地位基本平等的法律关系当事人也承担类似国家的严苛的基本权利尊重义务,明显不妥当”。^③徐国栋教授也曾指出:“平等主要是宪法问题,是一个控制立法权和司法权的正当行使问题……民法本身就是平等杀手,因为承认私有财产、经济自由和财产权就会带来实质上的不平等,而民法恰恰是承认这些的。”^④

第五,把用于防备国家的基本权利理解为约束所有主体的客观价值秩序,在逻辑上是令人困惑的,这等于把有待证明的命题植入讨论的前提中。日本的高桥和之教授曾表达过类似疑问:“在客观价值是由针对国家的(主观的)基本权导出的情况下,如何才能突破针对国家性?这一点要成其为可能,难道不是应该从实际上客观价值秩序才是首要的这一点出发来考虑吗?首先设定‘作为宪法的根本决断,对于一切领域的法都是适当的’客观价值体系,然后由此推导出针对国家的主观的基本权利,如果这样进行考虑,或者同样的,假设针对国家的基本权背后存在着具有全方位性质的客观价值秩序,宪法对其也作为法律价值予以承认这样来考虑的话,就大致可以予以说明了。”^⑤在客观价值秩序与约束国家之间的逻辑矛盾的背后,是一种顽固的法律实证主义立场在作祟,它把宪法当成所有价值的最终渊源,当认为普通立法的价值提供作用有限时,便找到宪法这一德尔菲神庙式的源头。但这在根本上是权宜性的,其法理缺陷显而易见:“利用宪法在法律体系的最高效力原理,将实定宪法基本权利规范当作整个法律体系价值的源泉与‘发现库’,再次完成了实定法的封闭化。如此一来,不仅使得宪法性质的模糊化和基本权利的适用对象暧昧化,也封死了下位法律的价值创造自由——议会的立法活动仅仅成了宪法价值的发现过程。”^⑥而且,正像高桥和之所指出的:“既然说它是具有全方位性的实定法价值,那它又为什么不能直接在私人间适用呢?”^⑦

第六,国家保护义务论声称私人之间也存在基本权利侵害,这也是一个令人生疑的命题。“在国家保护义务功能中,最常见的侵害主体当然是私人,即自然人和私法法人。”^⑧这种看法或许是基本权利冲突困境的一个源头。当个人基本权利指向国家时,不会产生权利冲突问题;但是当基本权利指向私人时,情况就有所不同了。而当私法关系的当事人把自己的利益说成宪法权利,固然加强了论辩的

^① 参见王泽鉴:《人格权、基本权利与言论自由——在人民大学的讲演》, <http://www.aisixiang.com/data/11084.html>, 2019-02-16.

^② [德]迪特尔·施瓦布:《民法导论》,郑冲译,法律出版社2006年版,第61页。

^③ 于飞:《基本权利与民事权利的区别及宪法对民法的影响》,《法学研究》2008年第5期。

^④ 徐国栋:《平等原则:宪法原则还是民法原则》,《法学》2009年第3期。

^⑤ [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。

^⑥ 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。

^⑦ [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。

^⑧ 陈征:《基本权利的保护义务功能》,《法学研究》2008年第1期。

理由,却带来新的麻烦。例如,在劳动合同争议中,雇员固然可以主张自己宪法上的人格尊严,但雇主也可以将自己的经营自由解释为宪法权利。^① 民事争议本来是未立法化的民事利益,“应遵循民法中长期以来形成的稳妥做法,即由法官运用民法解释学方法,为民事利益提供保护依据,并在个案中根据具体情事进行利益衡量,以决定是否保护”。^② 若将此类争议视为刚性的宪法权利,则会迫使各方将辩护梯度攀升到宪法层面,致使基本权利冲突不可避免。^③ 由此带来的麻烦正如有论者所言:“宪法中的个人权利在多大程度上影响私人行为,很大程度上已经成为宪法解释问题……但这样做只会增加争议。”^④ 在我国,基本权利冲突吸引了很多学者真诚地去探究化解路径,但这个命题实际上是误解的产物。“基本权利冲突是在基本权利从主观公权利演变为客观价值体系的结果,没有基本权利辐射效应的发生,就无基本权利冲突现象可言。”^⑤

毋庸置疑,私人之间存在侵权问题,但对此普通立法已足堪其任,这是下文所要说明的。

五、普通立法的作用

因社会强力而导致缔约中议价能力失衡的情形,多发于合同法领域,但其回应方式并不必然求助于宪法。一个典型案例是 1993 年德国联邦宪法法院判决的“担保案”^⑥。该案提出的问题是:对于那些纯粹私人性的社会强力,应否以宪法来矫正双方不平衡的议价能力?银行向一位商人提供 10 万马克贷款,商人的女儿作为担保人在文书上签字,签字前银行职员对她说:“你不需要承担什么重要责任,签字不过是例行手续。”她当时 21 岁,既没有学历也没有工作。4 年后她父亲的公司破产,银行要求她作为担保人偿付本息共 16 万马克。这时她处于失业状态,而且还是一位单亲妈妈,根本无力偿付这笔巨款。其所在州的高等法院判担保合同有效,同时认定银行职员违反风险告知义务。联邦最高法院则认为,银行职员没有违反告知义务,成年人都应晓得签字的风险。女孩上诉到联邦宪法法院,声称最高法院的判决侵害了她受《德国基本法》第 1 条保护的人性尊严以及依第 2 条第 1 款受保护的意思自治,这还涉及《德国基本法》第 20 条和第 28 条的社会国原则。她竟最终赢得诉讼。联邦宪法法院认为,当出现“议价能力的结构性失衡”并致一方承担巨大义务时,法庭有责任基于民法典的诚实信用原则实施干预。这一责任源于保护当事人根据基本法上的社会国原则而拥有的意思自治。此案成为宪法权利影响私法的著名案例之一。

尽管如此,宪法干预仍非必要之举。我们发现,在许多其他判决结果有利于担保人的类似案例中,法院并未诉诸宪法。例如,在 1993 年英国“巴克拉银行诉奥布莱恩案”^⑦中,一位妻子作为担保人被要求代丈夫偿付家庭债务,当时行使终审权的上议院驳回了银行强制执行债务的请求,理由是存在

^① 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 298~299 页;[德]伯阳:《德国公法学导论》,北京大学出版社 2008 年版,第 88 页。

^② 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。

^③ 参见张翔:《基本权利冲突的规范结构与解决模式》,《法商研究》2006 年第 4 期;马岭:《宪法权利冲突与法律权利冲突之区别——兼与张翔博士商榷》,《法商研究》2006 年第 6 期;徐振东:《基本权利冲突认识的几个误区——兼与张翔博士、马岭教授商榷》,《法商研究》2007 年第 6 期。

^④ Stephen Gardbaum, The “Horizontal Effect” of Constitutional Rights, 102 Michigan Law Review, 387-459 (2003).

^⑤ 李样举:《基本权利冲突观点评析——兼论基本权利冲突存在的空间》,《阴山学刊》2009 年第 5 期。

^⑥ Vgl. BVerfG 19 October 1993, BVerfGE 89, 214 (Bürgerschaft).

^⑦ See Barclays Bank plc v O’Brien, [1994] 1 AC 180, House of Lords.

虚假陈述、不当影响以及胁迫情形。上议院完全基于普通法做出裁判,没有援引更抽象的宪法价值。再如1991年荷兰最高法院判决的“冯兰斯贺银行诉宾克案”^①中,一位妈妈为做生意的儿子申请信用卡作担保人,后来银行要求她代为偿付欠款。最高法院也没有支持银行的请求,判决所依据的规则是,银行作为专业的信用卡提供者有义务告知非专业的另一方作担保的风险,而银行没有尽到此义务。^②

上述三例案情、判决相似,但在德国案例中,联邦宪法法院推翻普通法院的判决,积极地将宪法适用于私法关系,英国和荷兰案例则是法院通过解释普通法律来支持担保人一方。这说明,一些用宪法来处理的案件其实仍可诉诸私法做出裁决。太阳底下无新事,合同法自身完全可以适时而变,无须假托宪法的意旨。^③实际上,即使是在开创宪法第三人效力的德国“吕特案”判决中,法官也承认那些问题“在实体及程序上仍然是民事法律纠纷”。^④

让我们再看一下支持宪法私人效力的其他理由。有学者认为,私人关系之所以适用宪法,是基于民法规范不明确、不存在时的无奈之举,立法机关的懈怠也因此受人诟病。美国宪法学家厄文·凯姆林斯基指出,宪法权利已经得到发展,普通法权利却停滞不前,在很大程度上没能提供那些被视为宪法权利的价值的保护,这时就有必要诉诸宪法。^⑤“吕特案”也有这样的背景,基本法制定于1949年,此前魏玛宪法的失败导致纳粹暴政,为了阻止议会民主制的再次失败,制宪会议将人性尊严置于基本法的中心地位。但第一届联邦议会在将宪法价值以法律明确化的过程中表现懈怠,“吕特案”法官因而创造了第三人效力理论。基于同样的原因,1950年联邦劳工法院院长尼伯代在其名篇《妇女的同工同酬》中第一次提出,基本权利应该具有直接对那些纯属私主体企业的第三人效力,以通过司法保护弥补立法的不足。^⑥

但是,立法懈怠这一理由可能言过其实,历史上曾有完全相反的经验。19世纪末20世纪初,当美国的一些州议会为保护劳工权益而用立法限制契约自由时,联邦最高法院却从宪法第十四修正案解释出契约自由予以抵制,著名的“洛克那案”^⑦即属此例。到了20世纪30年代,联邦最高法院才勉为其难地顺应国会立场,认可对契约自由的某种限制。这说明,在保护劳工权益方面,普通立法过程反而是最敏锐有效的,选举机制、公共舆论和社会运动使立法成为回应劳工需求的最可靠机制。

调整私人之间的法律关系属于立法机关的传统权力,而且这一权力目前仍能有效发挥作用。即使对所谓议价能力不足的当事人提供法律保护确属必要,也完全可以借助普通立法实现。现代国家以反垄断法保护市场竞争,以劳动法保护雇员权利,银行、保险、证券等领域的监管制度也广泛存在,如法律通常对上市公司设定严格的信息披露义务。“既然在私法中不存在独自克服社会权力的问题,

① See Van Lanschot Bankiers v. Bink, HR 1 June 1990, NJ 1991, 759.

② 以上三个案例的介绍,还可参见 Olha Cherednychenko, The Constitutionalization of Contract Law: Something New under the Sun? 8 Electronic Journal of Comparative Law, 3-10(2004).

③ See Olha Cherednychenko, The Constitutionalization of Contract Law: Something New under the Sun? 8 Electronic Journal of Comparative Law, 6(2004).

④ BVerfG 15 January 1958, BVerfGE 7, 198 (Lüth).

⑤ See Erwin Chemerinsky, Rethinking State Action, 80 Northwestern University Law Review, 519-531 (1985).

⑥ Vgl. Hans Carl Nipperdey, Gleicher Lohn der Frau Bei Gleicher Leistung, RdA 1950, S.125.

⑦ See Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905).

那么这一因素就不能成为基本权利的直接效力的依据。”^①改革开放以来我国大量的经济和社会立法也印证了这一判断。在历史上,契约自由曾近乎一项绝对的原则受到尊重,它在19世纪后期的英国开始趋于衰落,但这不必归因于宪法的作用,而是社会自身价值重构的结果。古典合同理论不考虑第三人利益,其对垄断和限制竞争行为的纵容及引发的其他市场失灵问题,越来越受到怀疑,并最终经由国会立法受到限制。^②这个过程中没有宪法的影子,唯一与宪法有关的因素,是宪法所保障的立法机制发挥了巨大作用。对此德国法学家拉德布鲁赫曾言:“劳动法是抵制劳动契约领域法律上形式性的契约自由危险的行动。”^③

在我国的民事司法实践中,当制定法不足以解决纠纷时,司法过程还可以提供多种裁决方式,而无需求助于宪法。“齐玉苓案”曾被称为“宪法司法化第一案”,但其涉及的纠纷其实是私法性质,“齐玉苓一案不需要直接适用宪法,不必用宪法去解决一个用法律就能解决的问题”。^④最高人民法院也最终废止了对该案的批复。《民法总则》第10条规定:“处理民事纠纷,应当依照法律;法律没有规定的,可以适用习惯,但是不得违背公序良俗。”在民法基本原则的适用上,客观价值秩序论中有一种值得商榷的观点,即认为诚实信用、公序良俗等民法概括条款未对争议的解决提供实质性内容,只是充当基本权利在私人间适用的“入口”。^⑤这种将民法基本原则内涵抽空的想法并不足取,在具体规范缺席时,民法基本原则仍具有审判基准的功能,甚至在适用既有规范显失公正时,法院可以直接适用民法基本原则作“漏洞补充”。^⑥“在民法学界既有的讨论中,体现在不少民法总论教科书中的共识是:民法的基本原则作为观察、处理民法问题的准绳,乃是民法的本质和特征的集中体现,反映了市民社会和市场经济的根本要求,表达了民法的基本价值取向,是高度抽象的、最一般的民事行为规范和价值判断准则。”^⑦此外,很多学者还支持在民事规范、习惯缺席的情况下依据法理和学说进行裁判,这种做法虽无立法确认,但在实务中已经得到频繁使用。2014年无锡“冷冻胚胎案”^⑧即主要依据学理做出裁判,此案实体结果虽不乏争议,但其裁判方式可圈可点,比较法的经验也认可这一点。^⑨

因此,如果民事领域在立法、司法、理论学说上都不乏裁决纠纷的有效方式,诉诸宪法就变得没有必要。事实上,贬低立法和司法过程的价值形成功能不但无益,而且有害。把宪法权利应用于私人之间,总是要限制一方以保护另一方。但“限制一方或两方的对立权利是立法机关的事情,而不是法官该做的。结果由于没有客观的和特定的法律标准,法院会通过篡夺立法权力来决定私人自治事务,会因为受到法官自身观点的影响而变得专断”,而由于遵循不可预测的标准,法院可能会“扭曲立法选择,伤害法律的确定性”。^⑩日常立法过程可以提供多样化的解决方案,但一旦辩护梯度上升至宪法,

① [德]克劳斯-威尔海姆·卡纳里斯:《基本权利与私法》,曾韬译,《比较法研究》2015年第1期。

② 参见[英]P. S.阿蒂亚:《合同自由的衰落(1870—1970)》,范雪飞译,《法治研究》2018年第4期。

③ [德]拉德布鲁赫:《法学导论》,米健译,法律出版社2012年版,第97页。

④ 马岭:《对“齐玉苓案”相关问题的法律思考》,《中国青年政治学院学报》2004年第4期。

⑤ Vgl. BVerfGE 7, 198 (Lüth).

⑥ 参见梁慧星:《诚实信用原则与漏洞补充》,《法学研究》1994年第2期。

⑦ 王轶:《论民法诸项基本原则及其关系》,《杭州师范大学学报》(社会科学版)2013年第3期。

⑧ 参见(2014)锡民终字第01235号民事判决书。

⑨ 参见于飞:《民法总则法源条款的缺失与补充》,《法学研究》2018年第1期;汪洋:《私法多元法源的观念、历史与中国实践——〈民法总则〉第10条的理论构造及司法适用》,《中外法学》2018年第1期。

⑩ Maria Vittoria Onufrio, The Constitutionalization of Contract Law in the Irish, the German and the Italian Systems: Is Horizontal Indirect Effect Like Direct Effect? A Comment on Professor Kumm's View, 4 InDret, 10(2007).

就只能依赖单一的、唯一正确的解决方案,排斥地方性、历史性的解决方案。而如果因地制宜地解释宪法,则既是不严肃的,也消除了其与普通立法的功能区分。

最后,通过立法规制社会强力也无须声称是在贯彻宪法价值。对于私主体之间的关系,没有什么特别的价值必须从宪法中去发现,而且宪法本来也无意提供这些价值。德国宪法学者康拉德·黑塞曾说,当立法者没有考虑到某种情形或者考虑不周时,那么凡所涉及的规范就需在“基本权意义之光的照耀下”被解释出来。^①这是一个值得商榷的观点。如果认为立宪者在设计一个内容中立的政治秩序的同时又提供了一个实体性的法律价值体系,从而使宪法成为一部调整所有社会关系的“超级法典”,那它就像游戏规则与游戏结果被同时确定一样是自相矛盾的,如此一来宪法就成了“法律上的价值暴君”。^②美国的霍姆斯大法官在“洛克那案”中也指出:“宪法无意体现某种特定的经济理论,无论它是家长主义的、强调公民与国家间的有机结合的,还是自由放任主义的。宪法是为观点迥异的人们制定的……”^③宪法的客观价值其实并不“客观”,事实上它们在宪法中根本就不存在。试图从宪法中寻找回应诸多问题的价值源泉,最终将难逃西西弗斯式的结局。

六、结语

本文力图提供一个涵盖宪法私人效力事实与规范问题的分析框架,这或许更有助于呈现和理解争议。现代宪法之所以普遍地约束国家权力为功能指向,其共同的事实基础是个人面对国家权力时存在的权力差距与不可逃避性。社会强力概念尽管在诸多方面显示出现代社会的忧虑,但实力差距终究还不是权力差距。而宪法的约束对象一旦从国家权力扩展至个人,将最终导向支持宪法一般性地具有私人效力。宪法是用以防备国家权力的,其各国共同认可的规范基础,是基于宪法不同于普通法律的先于且高于政府的地位。为限制社会强力而把本来用于约束国家的宪法原则平移到社会组织或者个人,将严重削弱其赖以安身立命的自治原则。对国家权力的组织控制以及基本权利规范,是公民对抗国家权力的特殊安排,其严格的防御标准不适用于私法关系。凡不存在政府压制风险的场合,就不存在基本权利。基本权利冲突也是一个似是而非的命题,它是误解宪法规范对象的结果。调整私主体间的关系,实现国家保护义务的目标,日常的民事、经济、社会立法足堪其任,因为普通立法所调整关系的细致、全面和灵活性,其对于保护个人而言可以比宪法做得更好,宪法对私法关系的广泛介入,反而会衍生诸多学理和实践问题。

责任编辑 谭冰霖

① [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288页。

② 转引自[德]罗伯特·阿列克西:《法理性商谈:法哲学研究》,朱光、雷磊译,中国法制出版社2011年版,第208页。

③ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).