

【争鸣】

论基本权利对社会公权力主体的直接效力

李海平

【摘要】基本权利私人间效力问题旷日持久争论的根源在于,个人权利—国家权力二元结构基本权利效力理论难以妥当回应社会公权力普遍兴起的现实,确立基本权利对社会公权力主体的直接效力是解决问题的有效途径。社会公权力是指具有明显政治、经济、社会、文化、信息等资源优势的私主体对其他特定或者不特定多数的私主体事实上的支配力。基本权利对社会公权力主体的直接效力符合基本权利的本质,有助于克服基本权利间接效力理论和国家行为理论之弊。通过对我国宪法序言第13自然段后半段和正文第5条第4款、第51条的目的性限缩,可获得基本权利对社会公权力主体直接效力的宪法依据。基本权利对社会公权力主体直接效力通过民事立法和民事司法途径实现,立法中采用一般条款和特别法两种形式、坚持比例原则和禁止保护不足原则双重衡量,司法中遵循民法适用优先、侵权行为和法律行为区别适用等规范。建构三元结构基本权利效力理论是未来的必然趋势。

【关键词】基本权利;社会公权力;间接效力理论;国家行为理论

【作者简介】李海平,吉林大学法学院教授、博士研究生导师,法学博士(吉林 长春 130012)。

【原文出处】《政治与法律》(沪),2018.10.109~123

【基金项目】本文系教育部人文社会科学重点研究基地重大项目“合宪性控制的理论与实践研究”(项目编号:16JJD820006)的阶段性研究成果之一。

一、问题之提出:基本权利私人间效力的争论何以旷日持久

十余年前的齐玉苓案曾经引发了中国法学界关于基本权利私人间效力问题的一场争论。在这场争论中,德国的基本权利间接效力理论、美国的国家行为理论被引入我国并成为主要理论资源,影响了学者关于这一问题的判断结论。随着齐玉苓案司法批复的废止,争论逐渐淡化,而理论共识并未最终形成。最近围绕我国民法典编纂中宪法和民法关系的热烈讨论,基本权利私人间效力问题再次被带入人们的视野,成为讨论的焦点。这场有关宪法和民法关系的讨论实质上主要围绕基本权利私人间效力问

题展开,是齐玉苓案背景下的基本权利私人间效力理论争鸣的再现和深入。民法制定宪法依据说深受德国基本权利间接效力理论影响,强调公法和私法二元分立前提下基本权利对私主体的间接约束力;民法制定依据独立说则接近美国的国家行为理论,强调公域和私域、宪法和民法分离,否认基本权利对纯粹私人领域具有效力。

从齐玉苓案到宪法和民法关系问题的讨论,我国法学界关于基本权利私人间效力问题的争论可谓旷日持久。在西方国家语境中,这一问题同样是“旷日持久争论却无法得到解决的基本问题之一”。^①在德国,从20世纪50年代到80年代,德里希的客观价

值秩序基本权利间接效力理论曾经一度成为德国基本权利私人间效力理论的主流;^②到了20世纪80年代,卡纳里斯在批判客观价值秩序间接效力理论基础上论述了国家保护义务基本权利间接效力学说;^③而国家保护义务基本权利间接效力理论本身也备受质疑。^④在美国,基本权利私人间效力的国家行为理论在一系列判决中被广泛采用,但也被批评为存在“理论逻辑的牵强附会”和“判断标准的模糊不清”的缺陷。^⑤

为何基本权利私人间效力理论的争论“旷日持久却无法得到解决”?其根本原因在于传统的个人权利—国家权力二元结构下基本权利私人间效力理论与剧烈的社会变迁之间产生冲突,难以有效回应社会变迁的现实。日本法学家芦部信喜指出:“随着资本主义发展的高度化,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。另外,晚近时期随着城市化、工业化的进展所产生的环境公害、信息社会下大众传媒对隐私权的侵害等也时有发生,并成为重大的社会问题。”^⑥这些“拥有巨大势力、类似国家”的组织或者个人虽然不是国家机关或者国家机关授权、委托的主体,但其凭借明显的资源优势在事实上享有不同于国家权力的公权力即社会公权力。基本权利私人间效力问题的实质和核心就是防止社会公权力侵害基本权利。这是一个有别于防止国家权力侵害基本权利的新的宪法问题。“18、19世纪,宪法问题的焦点在于释放民族国家政治权力的能量,同时又有效限制这种能量。新宪法问题的焦点,则在于释放各种十分不同的社会能量,并有效限制它们的破坏效果。”^⑦问题恰恰在于,现代基本权利效力理论,无论大陆法系还是英美法系,均是建立在个人权利—国家权力二元结构基础上的理论范式,国家被作为基本权利直接效力所针对的唯一对象。尽管学者注意到某些私主体侵害基本权利的现实,但解决问题的方式仍然是固守二元结构基本权利效力理论,否认基本权利对国家以外的其他任何私主体具有直接效力。德国基本权利

间接效力理论试图通过强调基本权利在私人间的辐射效力解决社会公权力侵害基本权利的问题,美国的国家行为理论则通过延伸国家权力主体的外延范围来作出应对。受传统二元结构基本权利效力理论的束缚,德国和美国的主流理论都对社会公权力的概念予以回避,从而导致这些理论在逻辑上难以自治并引发各种质疑。这是基本权利私人间效力问题旷日持久争论的原因所在。

基于上述思考,笔者于本文中尝试引入社会公权力概念,在个人权利—社会公权力—国家权力三元框架下反思基本权利私人间效力问题,阐释基本权利对社会公权力主体直接效力理论。

二、基本权利对社会公权力主体的直接效力:一种新的理论范式

基本权利对社会公权力主体的直接效力,是基本权利私人间直接效力理论的一种形式。仅就强调基本权利私人间的直接效力而言,其并无新意。德国20世纪60年代关于基本权利私人间效力问题的争论中,直接效力说曾经是一种颇具影响的学说,^⑧我国也有学者主张基本权利私人间的直接效力。^⑨笔者于本文提出的基本权利对社会公权力主体直接效力的创新之处在于,其划定了基本权利私人间直接效力的适用条件即私主体之间的社会公权力。因此,对这一理论的阐释尚需从社会公权力的概念谈起。

(一)什么是社会公权力

现代宪法理论词典中,不存在社会公权力的概念;国家权力被作为公权力的同义语,似乎只有国家权力一种公权力形式,国家被视为基本权利直接效力的唯一对象。随着市场化社会的深入发展、信息社会的来临以及电子通信技术的普及,产生了“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”,出现了互联网等广泛影响和支配大众的社会强势力量。于是,一种新的公权力形式即社会公权力产生了。所谓社会公权力,是指具有明显的政治、经济、社会、文化、信息等资源优势的私主体事实上享有的对其他特定或者

不特定多数的私主体的支配力。社会公权力和国家权力都属于公权力,但二者在权力来源、权力主体、权力内容等方面存在较大差异。

第一,社会公权力具有权力来源的事实性。国家权力总是直接或间接地源于国家法律,或者由国家法律授权,或者由具有法定权力的国家机关委托。社会公权力则不同,其权力来源于某些社会主体具有明显资源优势这一事实。明显的资源优势使某些社会私主体在事实上能够显性或隐性地支配其他私主体。一个具有明显经济、技术或者信息资源优势的企业可以隐性地支配消费者的消费行为,一个具有明显政治、社会、文化资源优势的社会组织和公众人物对一定范围公众的思想和行为存在潜移默化的支配力。如果说国家权力是法定权力,则社会公权力是事实权力。

第二,社会公权力具有权力主体的社会性。国家权力主体一般为国家机关,社会公权力主体则一律为社会主体,包括社会组织和自然人。就社会组织而言,既有以营利为目的的企业,又有非营利性的公益团体,还有兼具营利性和非营利性双重属性的组织。在市场经济条件下,自由竞争机制的存在使得营利性企业一般情况下难以形成对社会大众的强制和支配,但其一旦在竞争中获得强大优势,对其他社会主体的强制和支配就不可避免。与具有强大资源优势的企业组织不同,政党、社会团体、基金会、居民委员会、村民委员会等具有公共性的非企业组织,其公共属性决定了一经成立便具有社会公权力主体的身份。成员制非营利组织的社会公权力指向对象主要为组织成员,非成员制非营利组织的社会公权力指向对象则主要为社会公众。

除了社会组织公权力主体外,尚存在自然人社会公权力主体,实践中一般被称为公众人物。公众人物凭借其在政治、经济、社会、文化等方面的资源优势对一定范围的社会公众具有强大的影响力和支配力。随着信息社会的来临,互联网通信技术的快速发展和普及,社会公众人物的影响力和支配力呈现出扩大效应,有时丝毫不逊色于政治权力。

第三,社会公权力具有权力内容的有限公共性。国家权力是具有公共性的权力,影响到多数人的利益。社会公权力之所以被称为“公”权力,原因即在于其也具有公共性。与国家权力的公共性不同的是,社会公权力的公共性是有限的公共性,受其影响的多数人往往为较小范围的多数人,既可以是特定多数,也可以是不特定多数。例如,成员制组织的社会公权力影响对象是特定的组织成员,而非成员制组织的社会公权力影响的对象则是不特定的个体。

综合以上分析,大致可以总结出判断某个社会主体是否属于社会公权力主体的三个要件。一是有明显的资源优势,即私主体的资源占有相对于其他私主体已经达到明显悬殊的程度。之所以强调明显悬殊,乃是因为私主体之间资源占有的差异本属文明社会的一般常态,如果仅以某私主体资源占有优势为由对其课以基本权利保护义务,则违背自由公平的价值。二是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。积极支配是指资源优势主体在明确的支配意愿下单方将自身的意志施加于他人并使其服从。例如,某职业团体明确命令其女性成员不得参加团体负责人的选举即属此类。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。例如,公众人物的言行对部分公众的价值取向和行为选择的影响就属于消极支配。三是表现为支配对象的多数性,即明显资源优势主体支配的对象是多数人(可以是特定多数,也可是不特定多数)。以上三个要件需同时具备,缺一不可。如果某私主体同时符合上述三个要件,便可认定其为社会公权力主体。

(二)基本权利对社会公权力主体直接效力说之特质

简言之,基本权利对社会公权力主体的直接效力,就是指宪法基本权利规范对私人关系中的社会公权力主体具有直接约束力。与基本权利间接效力

理论、国家行为理论相比,基本权利对社会公权力主体的直接效力说在适用条件、适用方式和适用对象方面具有自身的特殊性。

其一,社会公权力的存在是基本权利私人间适用的前提。承认基本权利可以直接适用于私人之间,是基本权利对社会公权力直接效力说与既有基本权利直接效力说的共同之处。其不同之处在于,基本权利对社会公权力主体直接效力说划定了基本权利私人间直接适用的前提,即只有私主体属于社会公权力主体时,基本权利才可对其适用,除此以外,基本权利没有在私人间适用之余地。

其二,直接适用是基本权利条款私人间适用的方式。承认基本权利条款在私人间直接适用,是基本权利对社会公权力主体直接效力说与基本权利间接效力说的根本区别。基本权利间接效力说包括客观价值秩序间接效力说和国家保护义务间接效力说两种形态。客观价值秩序间接效力说认为:“基本权利的规定,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。”^⑩基本权利的客观价值通过民法的善良风俗等概括条款作为“切入口”,指导民法的解释和适用,进而解决私人之间的争议。国家保护义务基本权利间接效力说是在批判客观价值秩序基本权利间接效力说基础上确立的理论。该学说的核心要义为以下三个方面。第一,“尊重和人的尊严是一切国家机关的义务”,法院作为国家机关“有义务在公民之间的关系中保护基本权利”。^⑪“法官未尽保护私法关系中一方当事人的基本权利之义务,故违反宪法(违反保护义务、侵害保护请求权)。”^⑫第二,“基本权利保护所展现的并非基本权利的客观属性,它与防卫功能一样,也体现为基本权利的主观属性。”^⑬第三,基本权利私人间“适用仅限于提供最低限度的保障”,“此种保障不仅仅依赖一般条款实现,所有种类的规范均可负担这一任务”。^⑭国家保护义务基本权利间接效力说与客观价值秩序间接效力说的不同在于,这一理论以国家保护义务取代基本权利客观价值秩序作为基本权利私人间适用的理由,将基本权利私人间适用的“切入口”从民法概括

条款扩展到所有民法规范。

基本权利对社会公权力主体的直接效力说和基本权利间接效力说在基本权利私人间适用的条件、方式上存在实质区别。在适用条件上,基本权利对社会公权力主体直接效力说具有社会公权力因素这一适用条件的设定,间接效力说的基本权利私人间适用却未提及适用条件。在适用方式上,基本权利对社会公权力主体直接效力说主张基本权利在私人间适用的直接性,而间接效力说则坚持基本权利在私人间适用必须通过民法规范的转介。

其三,从国家权力到社会公权力是基本权利直接效力对象的延伸。主张将基本权利直接适用于存在社会公权力因素的私人关系,是基本权利对社会公权力主体直接效力说区别于国家行为理论的关键所在。根据国家行为理论,国家行为是私人间适用基本权利规范的前提条件,私人关系中只有存在国家行为因素时才能适用基本权利。^⑮国家行为理论从根本上否定基本权利在私人间具有效力。当私人间因存在国家行为因素而适用基本权利时,私人关系已经非属于纯粹的私人关系。国家行为理论强调基本权利直接效力对象的国家性,基本权利对社会公权力主体的直接效力说并不否认基本权利对国家的直接效力,但将基本权利的直接效力对象从国家延伸到社会领域,对社会公权力组织和个人也具有直接效力。

其四,从司法到立法是基本权利私人间效力的整体性理解。基本权利私人间效力包括民事立法和司法两个维度。基本权利间接效力说和国家行为理论的核心是解决民事司法过程中基本权利私人间效力问题,并不关注民事立法是否以及如何受基本权利约束。基本权利对社会公权力的直接效力则是一个关于基本权利私人间效力问题的整体性理论,将民事司法和民事立法过程中基本权利私人间效力问题作为整体加以处理。无论民事司法还是民事立法,只要民事主体的一方是社会公权力主体,基本权利均对其具有直接效力。当然,民事立法和民事司法是两种不同性质的过程,基本权利对社会公权力

主体直接效力的实现方式亦有所不同。关于这一问题,笔者将在下文基本权利对社会公权力主体直接效力的实现途径部分详细论述,于此不赘。

三、基本权利对社会公权力主体直接效力的理论证成

(一)基本权利对社会公权力主体直接效力与基本权利本质的契合

根据传统宪法理论,基本权利是由宪法确认和保障的公民请求国家尊重和保障的人作为人必不可少的权利,基本权利的权利主体是公民,义务主体和直接效力对象是国家。这一理论认知,与作为近代宪法理论基础的古典自由主义政治哲学,有着密不可分的关系。古典自由主义政治哲学在市民社会—政治国家的二元框架中论证基本权利的来源和功能,基本权利被理解为是先于政治国家的自然权利的宪定化,是国家权力存在的目的。在古典自由主义政治哲学的理论视野中,公权力只有一种形式,即国家公权力。这一理论预设大致符合现代社会早期的现实。然而,随着社会的发展演进,市民社会—政治国家的二元社会结构演变为了市民社会—公共领域—政治国家的三元结构。^⑥相应地,公权力也由一元形态发展为国家公权力、社会公权力并存的二元形态。在当今社会,企业、劳工组织、经济团体、职能团体、大众媒体、网络平台等“拥有巨大势力、类似国家的私团体”大量存在,他们形式上属于私主体,事实上享有和行使着社会性公权力。“一切有权力的人都容易滥用权力,这是万古不易的一条经验。”^⑦这一宪治原理不但适用于国家公权力,而且适用于社会公权力。“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。”^⑧市民社会—政治国家二元对立的政治哲学已经无法充分解释剧烈的社会变迁,二元结构的基本权利理论也面临着合法性危机,基本权利理论需要被重新理解。

当然,基本权利的重新理解并非意味着对传统基本权利理论的推倒重来,而是需要在既有理论基础对基本权利的本质和功能做出新的解释。如果仍然坚持传统的基本权利论证逻辑,把基本权利视

为前国家阶段的自然权利的宪定化,那么,处于洛克所说的先国家阶段或者罗尔斯所言的“无知之幕”状态下的人们,在确定他们的宪法契约或者正义的社会基本结构时,国家公权力和社会公权力应当都会被纳入考量范围。防御一切公权力的侵害是人们在决定成立国家共同体时所做出的合乎理性的选择。在人们一致同意的宪法契约中,基本权利的意义绝非仅仅限定于防御国家公权力侵害,而是会扩展到一切公权力。就像防御国家公权力侵害一样,防御社会公权力侵害是基本权利内涵及本质的应有之义。从这一立场出发,基本权利的直接效力对象也必然由国家延伸至社会公权力主体。

(二)基本权利直接效力说相对于间接效力说和国家行为理论的优势

无论是基本权利间接效力理论、国家行为理论,还是基本权利对社会公权力主体直接效力理论,基本上都是回应“对基本权利的威胁已经不再仅仅来自于国家,而且来自于强势的私主体或者社会权力主体”这一问题所进行的理论尝试。^⑨基本权利对社会公权力主体直接效力的正当性不仅源于其符合基本权利的本质,而且源于其具有相对于基本权利间接效力理论和国家行为理论的比较优势,有助于克服基本权利间接效力理论和国家行为理论之弊。

1. 基本权利间接效力说的名实背离

如前所述,基本权利私人间间接效力理论包括客观价值秩序间接效力说和国家保护义务间接效力说两种形态。客观价值秩序基本权利间接效力说以民法概括条款作为中介实现基本权利对私人的约束力,从而其效力是“间接”的;国家保护义务基本权利间接效力说的“间接性”,则借助法院的司法活动来完成。无论客观价值秩序基本权利间接效力还是国家保护义务基本权利间接效力都存在名不符实的缺陷,其所谓的“间接”适用都仅具形式意义,实质上都是基本权利在私人间的直接适用。

民法的善良风俗等概括条款是高度抽象、内涵不确定的,其基本含义有待于通过法官的价值判断填充。客观价值秩序基本权利间接效力说认为,在

适用民法概括条款处理涉及基本权利的私人争议时,法院无非是将民事主体需要尊重和保护基本权利作为善良风俗等概括条款的一项内容,以此衡量当事人之间的利益冲突。尽管作为案件裁决依据的是民法善良风俗等概括条款,但善良风俗条款作为解决民事案件的依据只具形式意义,解决案件的真正依据实质是基本权利规范。客观价值秩序间接效力说不是以基本权利而是以民法概括条款为依据裁判民事案件,不过意在说明案件裁判并没有突破公私法二元分立的格局,民法规范仍然是解决民事争议的依据。从基本权利间接效力法律适用的操作过程分析,民法概括条款在案件处理中的作用非常有限。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。民法概括条款对争议的解决并没有提供实质性权利义务内容,只是充当了基本权利在私人间适用的“容器”。即使撤掉这一“容器”,直接适用基本权利解决私人间纠纷,结果也不会有什么不同。与其说是间接适用,倒不如说变相直接适用更为真实。我国台湾地区学者吴庚教授指出:“德国联邦宪法法院关于言论自由优于其他私法上权利的判决,实际已经是直接效力了,宪法法院却不欲明讲而已。”^②张翔教授甚至直言:“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。”^③

与客观价值秩序间接效力说以民法概括条款为切入点实现基本权利私人间效力不同,国家保护义务间接效力说将基本权利在私人间适用归结于基本权利对法院的约束。从形式上看,这种理解有其合理性,法院对基本权利适用于私人之间的确发挥了重要作用。然而,从实质层面分析,作为权利救济机关的法院将基本权利规范适用于私人之间,其作用主要是程序性的。私人间的基本权利保护义务具有实体上的先在性,法院裁判私人承担基本权利保护义务系事后救济。国家保护义务间接效力说的根本问题在于混淆了实体规范和救济程序的区别。只有承认某类私主体保护基本权利的实体义务,法院将

基本权利适用于私人之间才能获得正当性。国家保护义务间接效力说不能从根本上否认基本权利在私人间的直接效力,只是以法院适用的外观形式将基本权利私人间的直接效力遮蔽起来。正如德国不来梅大学教授Gert Brüggemeier所言,以国家保护义务间接效力说来分析吕特案,“这样的描述是更加真实的:请求颁发禁令的电影制片商和发行商干预吕特的言论自由是首要的,裁决案件的法院对吕特言论自由的干预则是附属的”。^④也就是说,基本权利对私主体有直接效力这一实体规则在先,才引出了法院在程序上将基本权利条款适用于私人。将基本权利的私人间适用看作是法院的先在实体义务,而将基本权利在私人间的效力视为法院适用的后果,无疑是逻辑上的本末倒置。

民事争议的司法裁判和仲裁裁判双轨制可以作为证明国家保护义务间接效力说逻辑错误的一个例证。按照国家保护义务间接效力说,基本权利在私人间适用是基本权利约束作为国家司法机关的法院的结果。假如以此逻辑推演,仲裁机构在裁决民事案件时将基本权利条款适用于私人之间就丧失了正当性。因为,仲裁机构是社会性纠纷裁决机构而非国家司法机关。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仲裁机构裁决会得出不同的结论。^⑤这显然是荒谬的。这个例子说明,法院适用基本权利于私人之间,根本原因在于基本权利具有私人间直接效力这一先在的实体规则,而司法机关或者仲裁机构的适用仅仅是实体规则实现的程序后果。国家义务保护间接效力实质上是法院基本权利保护义务包装下的基本权利私人间直接适用。

基本权利间接效力说不仅在理论逻辑上名实背离,而且其实际运用也存在着侵害私法自治之虞。无论客观价值秩序的间接效力说还是国家保护义务的间接效力说,其均未提及基本权利私人间适用的条件问题。这意味着该理论将私主体间是否适用基本权利纳入了法官自由裁量的范围。然而,由于民事权利和宪法基本权利在称谓上具有很大程度的重合性,审判实践中法官将具体民事案件诉诸宪法基

本权利并非难事。这便为基本权利侵害私法自治埋下了祸根。尽管有些民事权利和基本权利称谓相同,但其毕竟属于两种不同性质的权利,其调整对象和判断标准存在实质差异。基本权利的调整对象存在着强弱实力差距的明显对比,倾向于对弱者的保护和对强者的控制;民事权利的调整对象则是平等的私主体,平等保护是其一般原则。除非私主体之间存在实力悬殊的强弱对比,否则将基本权利适用于私主体之间必然会侵害私法自治。威胁私法自治,是基本权利间接效力理论的一个致命缺陷,也是其饱受质疑的另一个重要原因。^{②4}

2. 国家行为理论部分适用类型的牵强附会

根据国家行为理论,只有在私人关系中存在“国家行为”因素时,基本权利私人间适用才具有正当性。国家行为理论实质上固守了基本权利仅约束国家、对私人不具效力的传统理论。然而,从国家行为理论适用的具体案例来看,事实并非全部如此。在国家行为理论适用的部分情形中,将私人行为视为国家行为明显是牵强附会的,有些被视为国家行为的行为实质是社会公权力行为。美国学者维拉将国家行为理论适用的情形概括为三种,即公共职能履行、私人歧视的司法强制和实质性的政府介入。^{②5}这三种适用情形中,除了实质性政府介入的国家行为因素可成立外,其他两种情形都是将社会公权力行为牵强附会地视为国家行为,公共职能履行国家行为说尤其如此。

公共职能履行的国家行为,是指“一种职能可能政府性很强,州或许无法推诿对这种职能之履行应负的责任——如果州在有责任阻止错误行为时未采取行动,那么这种不采取行动就变成了一种州政府行为”。^{②6}在史密斯诉奥尔赖特案中,德克萨斯州民主党通过决议,禁止有色人种参加政党内部选举。黑人史密斯以自己的平等权受到侵犯为由向法院提起诉讼。被告方德克萨斯民主党认为,民主党是一个民间自愿组织,决定党员资格是党派内部政治事务,应由政党而非政府来处理。美国联邦最高法院判决认为,州政府可以根据它所认为的明智方式管

理选举事务,但其行为会因宪法的禁止而受影响。德克萨斯州法律信任政党去决定初选参与人的资格,并任由政党实行种族歧视,那么,政党行为便构成了美国宪法第15修正案意义上的州政府行为。^{②7}当政党禁止黑人党员参与选举行为被认定为州政府行为时,宪法上的平等权条款适用于政党便水到渠成。

在美国,国家行为理论“遭到了来自司法界和非司法界的严厉批评”。^{②8}诸如“一个模糊不清的法律领域”“一个自相矛盾的发明”“一个错误过时的理论”的标签被加之于国家行为理论。^{②9}有学者甚至嘲笑:“国家行为理论是美国宪法的最大娱乐之一。”^{③0}不仅理论界批评严厉,而且一些法官对这一理论也持强烈的保留态度。例如,哈伦大法官就认为:“最高法院的政府职能理论是一种时髦的口号,既牵强附会,又含糊不清。”^{③1}就史密斯诉奥尔赖特案而言,德克萨斯州民主党关于初选参与资格决议无疑具有公共属性,这一决议至少影响到民主党每一个有色人种成员的政治利益。然而,以州政府应当规制政党选举而没有规制为由就推定政党的行为属于州政府行为,的确有些任意。在某个国家权力主体没有实际从事一定行为情形下被认定为从事了该行为,一般只有在实施行为的主体获得国家权力主体授权或者委托的情况下发生。德克萨斯州民主党在没有获得州政府授权或者委托情形下实施的行为,却被认定为州政府的行为,违背了授权或者委托的一般法理。这只能解释为法院已经预先设定了结论,所谓将政党行为视为州政府行为只是法院为了契合基本权利约束国家的传统理论而刻意寻找的理论说辞。这样操作的结果或许令人满意,但在理论逻辑上存在牵强附会之嫌。

哈伦对这种将私主体行为牵强附会地视为国家行为的后果表示了担心。他认为,公共职能说“在实施权力的基础上发现国家行为而非在政府介入的基础上发现国家行为,这看上去为扩大国家行为的界限提供了最大的潜力”,^{③2}“采用类比推理,最高法院的分析方法可以扩展到教育、孤儿院、图书馆、垃圾

收集、侦探社和大量的其他平行活动”；“把宪法明智地留给各州决定的大量事务都转交给联邦处理，将留下后患”。^③既然法院承认规范政党行为是州政府的义务，那为何在州政府没有作为的情况下由法院来加以规范？法院一方面承认州政府具有规范政党内部选举的职责，另一方面又在州政府没有对政党内部选举进行规范的情形下为政党内部选举设置规则，无疑是接管了州政府的职权。这不仅使得法院的法律推理过程自相矛盾，而且一定程度上也严重打破了司法与立法的权力界限，为司法机关僭越立法权提供了理论依据。哈伦法官对公共职能国家行为说理论逻辑上牵强附会的批评和实践后果上“留下后患”的担心是颇为中肯的。由于国家行为理论自身的缺陷，美国法学界有学者主张抛弃这一理论，^④也有学者寻求“回应既有批评的理解国家行为理论的新路径”。^⑤

3. 基本权利对社会公权力主体直接效力说的理论优势

基本权利间接效力理论和国家行为理论尽管形态各异，但总体上均是在个人权利—国家权力二元结构框架内应对基本权利私人间效力问题，社会公权力并未被纳入考量范围。然而，基本权利私人间效力理论解决的核心问题恰恰是防止处于强势地位的私主体或者说社会公权力主体侵害基本权利。基本权利间接效力理论和国家行为理论受既有的二元结构基本权利私人间效力理论范式的束缚，回避社会公权力是其必然的理论选择。这是上述理论出现逻辑错误和无法自圆其说的根本原因。就基本权利间接效力理论而言，由于缺乏对社会公权力作为基本权利在私人间适用条件的明确限定，是否将基本权利适用于私主体之间完全取决于公权力机关的自由裁量，这为公权力侵入私法自治埋下了隐患；由于缺乏对基本权利对社会公权力主体直接效力的直接面对，仅以民法概括条款或法院的基本权利保护义务的外在形式包装基本权利私人间的直接适用，从而不可避免地造成理论逻辑上名实相背。就国家行为理论而言，由于缺乏对社会公权力的认真对待，各

种侵害基本权利的社会公权力行为只能牵强附会地解释为国家行为，以便为基本权利私人间适用提供理由，这便为哈伦法官提出司法权僭越立法权的批评留下了口实。

如果确立基本权利对社会公权力主体的直接效力，上述问题都能够得到很好的解决。基本权利对社会公权力主体直接效力理论的核心是识别私人关系中的社会公权力，并确立基本权利对社会公权力主体的直接效力。当私人关系中存在社会公权力因素时，基本权利便可以对其直接适用。基本权利私人间效力的对象限定于社会公权力，不仅可以化解基本权利间接效力说由于缺乏明确条件限定而存在的威胁私人自治问题，而且由于以明确的直接适用替代了民法概括条款或者法院基本权利保护义务包装下的变相直接适用，间接效力说理论上名实不符的问题也相应消除。基本权利对社会公权力主体具有直接效力，不仅基本权利的直接效力对象指向国家，社会公权力主体也受基本权利的直接约束。私主体关系中如果存在国家权力因素，自然可以依据国家行为理论去解决；如果私主体间存在社会公权力因素，基本权利也可以直接适用于其中，不必将本属于社会公权力主体实施的行为认定为国家行为，国家行为理论备受质疑的牵强附会问题也不复存在。

对于基本权利对社会公权力的直接效力，有学者提出质疑，认为“绕开民法来判断民事行为的效力和民事主体的侵权责任”，会导致民法失去了意义；“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”。^⑥第一点质疑系误解之词。基本权利对社会公权力的直接效力与民事司法的法律适用并非完全一回事，这里所谓“直接”主要处理基本权利在私人间效力问题，并非表达民事纠纷解决须直接适用宪法之意，更不是主张民事司法必然越过民法直接适用宪法。就法律适用的次序而言，法律优先于宪法系法律适用的一般公理。当基本权利对社会公权力的直接效力已经转化为民法规范时，民法毫无疑问具有优先适用性，这与基本权利对社会公

权力的直接效力并不矛盾。第二点质疑的内容本身是事实,但这一质疑并不能作为否认基本权利对社会公权力直接效力的理由。社会公权力目前的确不是一个法律概念,但这并不说明这个概念本身不成立。批评者本人也承认特定情形下民事主体之间存在“力量差”现象。分歧在于,批评者认为这种“力量差”应当归结为“权利”,“将二者视作平等关系”。笔者以为,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。如此,“权利”和“平等”这样美好的词汇恰恰为侵害弱势私主体的利益提供了依据。基本权利对社会公权力直接效力理论的意义在于推动社会公权力这一事实概念上升为学术概念和法律概念,并为解决社会强势主体以平等的名义侵犯弱势主体利益以及基本权利私人间效力理论的完善提供理论支持。

总之,基本权利对社会公权力主体的直接效力理论不仅符合基本权利的本质,也克服了基本权利间接效力理论和国家行为理论的缺陷,具有一定的理论优势,是解决基本权利私人间效力问题的有效路径。

四、基本权利对社会公权力主体直接效力的宪法依据

基本权利对社会公权力主体直接效力的理论正当性,并不意味着基本权利对社会公权力必然具有直接效力,具备宪法上的规范依据是其得以实现的前提条件。从世界各国宪法发展史考察,近代各国宪法文本中一般规定了基本权利对国家的直接效力,而未涉及基本权利对私主体的直接效力问题。例如,美国宪法第5修正案和第14修正案明确规定基本权利的效力及于联邦和州政府,德国宪法第1条第3款明确规定基本权利是“拘束立法、行政及司法而为直接有效之权利”。随着基本权利私人间效力理论争论的深入和社会公权力现象的兴起,20世纪70年代以后制定宪法的国家的宪法文本中开始出现

基本权利对私主体直接效力的规定。《葡萄牙宪法》(1976年)、《南非宪法》(1996年)和1982年我国宪法是比较典型的例子。

《葡萄牙宪法》第18条规定:“宪法中有关权利、自由及其保障的规定,应直接适用并约束公私组织。”^⑧这是目前世界各国宪法中对基本权利对私主体可以直接适用最为明确的规定。相比之下,《南非宪法》关于基本权利对私主体直接效力的规定较为隐蔽。其第8条规定:“本权利法案适用于所有法律,并约束国家立法机关、司法机关及其他所有的国家机构。在考虑法案的权利的性质以及权利所加诸的义务的性质以后,在适用的程度上,权利法案的条款也拘束自然人和法人……”。^⑨该条规定基本权利条款约束自然人和法人,无疑是承认了基本权利对自然人和法人的直接约束力。将符合“权利及权利所施加的义务的本质”作为适用的条件,并授权法院根据需要发展基本权利私人间适用的法律,为法院确定受基本权利约束的自然人和法人的类型提供了依据。在南非司法实践中,被施加基本权利保护义务的法人和自然人往往是那些具有强大资源优势影响公共利益的私人实体,即社会公权力主体。如在霍夫曼诉南非航空公司案中,南非宪法法院将平等权直接适用于作为私主体的航空公司,认定其具有尊重应聘者平等权的宪法义务。^⑩目前世界范围内类似《葡萄牙宪法》和《南非宪法》规定基本权利对私主体直接效力的情形尚不多见,但这两部宪法颇具样本意义。随着社会公权力现象的普遍化和传统基本权利私人间效力理论反思的深入,不排除其他一些国家通过立法或者判例确认基本权利对社会公权力主体的直接效力。

我国宪法关于基本权利对私主体直接效力的规定更具典型意义。我国宪法序言第13自然段后半段、总纲第5条第4款和基本权利和义务一章第51条均包含了基本权利对私主体直接效力的规范内涵。序言第13自然段后半段和总纲一章第5条第4款均规定了“各社会团体、各企业事业组织”必须遵守宪法。这里的“社会团体、企业事业组织”即属于私主

体,“遵守宪法”当然包括遵守宪法中的基本权利规范。“社会团体、企业事业组织”等私主体“遵守宪法”,意味着基本权利对这些私主体具有直接约束力。我国宪法第51条是基本权利限制的概括条款:“公民在行使自由和权利的时候,不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利。”该条并未像序言第13自然段后半段和总纲第5条第4款那样正面规定私主体的基本权利尊重义务,但公民行使自由和权利不得损害“社会的、集体的利益”与“其他公民的合法自由和权利”的规定,能够反面推出基本权利可以在公民与社会组织、公民与集体组织、公民与公民之间直接适用,实质上包含了基本权利在私主体间具有直接效力的规范内涵。

根据我国宪法序言第13自然段后半段、正文第5条第4款和第51条的规定,遵从文义解释方法,受基本权利约束的私主体范围是极为广泛的,涵盖了所有类型的私主体。那么可否仅仅根据文义解释方法确定基本权利条款适用于私主体的范围呢?答案是否定的。从原初意义分析,基本权利是个体防御和抗衡国家公权力侵犯的权利。在基本权利法律关系中,基于保障人权的一般原则和国家与个体之间悬殊的实力差距对比,利益衡量的天平是倾斜的,倾向于最大限度地保护个体的权利、约束国家权力。这是基本权利法律关系与强调平等的一般民事权利关系的本质区别。如果将这些条款解释为基本权利对任何私主体毫无区分地均具有直接效力,“无疑构成对契约自由、意思自治的重大威胁,进而可能彻底破坏私自治的独立空间”。^⑩此时,以目的性限制的法的续造来限缩基本权利直接效力的私主体范围便具有了必要性。所谓目的性限缩,是指对于“因字义过宽而适用范围过大的法定规则,其将被限制仅适用于——依法律规整目的或其意义脉络——宜于适用的范围”。^⑪通过目的性限缩,剔除基本权利不宜直接适用的私主体,缩小直接适用的私主体范围,以避免基本权利在私人间无条件直接适用而破坏私人自治。毫无疑问,上述条款中所列举的社会团体、企业事业组织、集体、公民等主体中,作为基本权利直

接效力的对象被限定在社会公权力主体范围内才是适当的。对于不具有社会公权力的私主体,则应将其排除出基本权利条款适用的范围。

综上所述,世界各国宪法中已经出现了确立基本权利对社会公权力主体直接效力的范例。1976年《葡萄牙宪法》、1996年《南非宪法》是世界范围内少有的明确规定基本权利对私主体具有直接效力的宪法,它为基本权利私人间效力理论的未来发展提供了新的可能性。1982年我国宪法关于基本权利私人间直接效力的规定更具典范意义,多个条款从不同层面对基本权利的私人间直接效力加以规定。借助目的性限缩的法律解释方法,将基本权利直接效力对象限定于社会公权力主体,既符合宪法目的,也为基本权利对社会公权力主体的直接效力提供了宪法依据。

五、基本权利对社会公权力主体直接效力的实现途径

基本权利对社会公权力主体的直接效力存在宪法上的规范依据,表明其是宪法位阶的规范,立法机关和司法机关具有将其实现的义务。鉴于基本权利对社会公权力主体的直接效力体现为私主体之间的权利义务关系,民事立法和民事司法自然成为其实现的主要途径。

(一)民事立法途径

1.立法形式:民法一般条款和民事特别法

尽管立法机关具有通过民事立法防止社会公权力私主体侵害其他私主体基本权利的义务,但因为社会公权力是私主体之间的事实性权力而非法定权力,更非私主体关系的常态,所以在民事一般法中设置具体社会公权力主体的基本权利尊重义务不具可行性,而只能以一般条款形式体现。此类条款在表述上可以不拘一格,但其文义范围应当涵盖“具有明显优势地位的民事主体不得侵犯基本权利”的内容。考察我国现有民事法律,我国《民法总则》第132条禁止权利滥用条款一定程度上已经涵盖了上述内容。该条规定:“民事主体不得滥用民事权利损害国家利益、社会公共利益或者他人合法权益。”这里的

“民事主体”包括了社会公权力主体,“他人合法权益”可以解释为包含了宪法上的基本权利。具有明显资源优势的私主体侵犯其他私主体的基本权利可以作为权利(力)滥用的一种情形。在具体民事关系中,当一方民事主体符合社会公权力主体要件时,即可将基本权利作为“他人合法权益”予以适用。此时,作为“他人合法权益”具体内容的基本权利条款和我国《民法总则》第132条共同构成了民事案件的裁判依据。

实现基本权利对社会公权力主体直接效力的第二种民事立法形式,是制定专门调整特定类型社会公权力主体与其相对方关系的特别法律。这种方式适合于具有恒定性社会公权力因素的私人关系领域,如雇主与雇员的关系、生产者与消费者的关系、社团与其成员的关系、互联网平台与用户的关系等。世界各国目前普遍已经制定的劳动法、消费者权益保护法、社团法等即属于此类。通过立法控制社会公权力主体滥用优势地位并保护弱势主体的基本权利,是立法机关的一项宪法义务。可以预见的是,随着社会公权力现象的日渐普遍化和多样化,保护基本权利免受社会强势主体(社会公权力主体)侵犯的专门立法将会大量涌现。

2. 约束社会公权力主体的基本权利范围:类型化处理

社会公权力主体的身份具有双重性。相对于相对方,其属于权力主体,处于强势;相对于国家,其属于私主体,居于弱势。鉴于社会公权力仅为一项事实性权力,从公平正义的一般法理出发,社会公权力主体的基本权利保护义务范围存在一定限度,并非国家承担的基本权利保护义务全部适用于社会公权力主体。用《南非宪法》第8条的规定表达,就是应符合“权利及权利所施加的义务的本质”。具体而言,社会公权力主体的基本权利保障义务需要根据特定社会公权力关系的具体形态予以确定。例如,消费者权益保护法上,生产者、销售者承担的基本权利保障义务主要针对人身权、人格权、财产权、知情权等;在调整雇主和雇员关系的劳动者保护法中,雇主的

基本权利保护义务除了人身权、人格权、财产权等自由权以外,还须承担保护休息权、劳动保险等社会权利;在调整社团组织与其成员关系的立法中,作为社会公权力主体的社团组织主要承担成员在社团内部的选举权、被选举权、表达自由权、知情权等政治性基本权利保护义务;在调整互联网平台与用户的立法中,互联网平台主要承担言论自由、隐私权、知情权等权利的保护义务。

3. 边界划定:比例原则和禁止保护不足原则的双重衡量

基本权利对社会公权力主体直接效力的立法涉及三方主体:立法机关;社会公权力私主体;一般私主体。相对于一般私主体,社会公权力私主体属于强势一方,承担一定限度的基本权利保护义务;相对于立法机关,社会公权力主体属于弱势一方,立法机关应保护其基本权利。立法设定社会公权力私主体对另一方私主体的基本权利保护义务,同时也构成立法机关对社会公权力主体基本权利的限制。以调整雇主和雇员关系的劳动法为例,确定雇员的最低工资和最长工时,同时也是限制雇主的经营自由和财产自由权。在平衡两种相互冲突的利益时,立法者固然具有一定的形成自由,但是这并不意味着立法者可以不受任何约束地限制社会公权力私主体的权利,也不意味着对一般私主体的权利保护没有限度,而是立法者在设定社会公权力主体的基本权利保障义务时,必须遵循比例原则和禁止保护不足原则的双重约束。既禁止侵害过度,也禁止保护不足,不仅要检验权利是否受到国家侵害,还要检验国家是否提供了足够的保护。^⑫

禁止保护不足原则的适用对象是与社会公权力主体对应的、处于弱势的私主体。禁止保护不足原则,意指立法对基本权利的保护必须达到最低要求。“如果宪法所要求保护的最低限度未能达到,那么就存在一个违宪的保护规定。”至于禁止保护不足原则的具体内容难以一概而论,“它主要取决于所涉法益的种类和私法自治的自我保护可能性”,^⑬“法律拥有广泛的规制和具体化的裁量余地”。比例原则

适用于对社会公权力主体承担基本权利保护义务(即限制其基本权利)的限制。比例原则是立法限制基本权利应遵循的准则,包括适当性、必要性和均衡性三个子原则。“比例原则的内核在于强调干预的适度性,反对过度干预,其实质上体现的是一种适度、均衡的理念和思想。其以特有的‘目的一手段’之关联性作为分析框架,旨在达成‘禁止过度’之效果,以维护法律的实质正义。”^⑥在基本权利对社会公权力主体直接效力的立法中,比例原则发挥着防止立法过度限制社会公权力主体基本权利的作用,使其保持在必要限度之内。

基本权利对社会公权力主体直接效力的立法受比例原则和禁止保护不足原则的双重约束,意味着制定基本权利对社会公权力主体直接效力的立法必须综合考量对相对方保护的底线与限制社会公权力的界限,实现两者利益保护的平衡。首先,对社会公权力主体基本权利的限制必须符合保护相对方权利的目的。如果限制社会公权力主体的权利不能达到这一目的,则该限制既违反禁止保护不足原则,也与比例原则抵触,不具有正当性。其次,在确定相对方最低保护限度而对社会公权力主体的权利进行限制时,须考虑限制社会公权力主体的权利的必要性。在多种可供选择的侵害手段中,应当选择对社会公权力主体侵害最小或者较小的方式为之,不能给社会公权力主体构成过重负担。最后,要对限制社会公权力主体权利获得的利益和相对方获得的利益进行衡量,确保权利的限制合理化。

(二)民事司法途径

1. 民法的优先适用

司法保护原则上仅能在法律所设定的框架之中。^⑦就法效力而言,宪法优于法律,但就法律适用的次序而言,法律优先于宪法。一方面,审判案件的法官具有识别社会公权力因素的义务。另一方面,如果从私人关系中识别出社会公权力因素,民法规范就具有优先适用性,不能越过民法而直接援用宪法作为裁判依据。对于已经具有明确民事法律依据的民事案件,法官不得直接引用宪法基本权利条款

解决民事争议。当然,优先适用民法并不意味着必然适用民法。如果调整社会公权力关系的民法规范违反基本权利对社会公权力直接效力规范,例如违反禁止保护不足原则或者比例原则,此时便涉及民法规范的宪法审查问题。依照我国宪法规定,法院没有宪法审查权,无权宣告该项法律因违宪而无效,但法院可以依照法定程序向有宪法审查权的全国人大及其常委会提出宪法审查请求,并暂停案件审理,待宪法审查机关作出结论后再进行审判。

2. 法无明文规定的司法处理:民法概括条款和基本权利规范共同作为裁判依据

当私人关系中存在社会公权力因素且缺乏法律明文规定时,从保障民法体系自足性出发,通过民法概括条款的转介引入基本权利具有合理性。民法概括条款发挥的作用主要是充当引入基本权利的“通道”,而基本权利发挥的作用却是实质性的,绝非“说理”所能概括。以民法概括条款和基本权利规范共同作为裁判依据更符合实际情况。从这一意义分析,最高人民法院2016年6月28日印发的《人民法院民事裁判文书制作规范》关于民事“裁判文书不得引用宪法……作为裁判依据,但其体现的原则和精神可以在说理部分予以阐述”的规定尚待改进。

法律适用和法律解释相伴而生,以宪法基本权利规范作为民事案件裁判依据意味着法院行使了宪法解释权。对此,我国学界历来存在肯定说和否定说的分歧。比较而言,肯定说更具合理意义,理由如下。第一,法院作为司法裁判机关,解释法律是其不言自明的工作。宪法也是法律,法院解释宪法符合法理。第二,我国宪法第131条规定的“法院依照法律规定独立行使审判权”中的“法律”应作包含宪法的广义解释,这符合司法的本质。第三,法院解释宪法和宪法明文赋予全国人大常委会的宪法解释权并不矛盾,两者既存在解释分工上的区别,也存在解释效力上的不同。法院的宪法解释仅限于个案中如何适用的解释,不具有普遍性效力,也不得和全国人大常委会的一般性解释相抵触,对于法院违法及不适当的解释,全国人大常委会有权加以纠正。

3. 契约因素的影响:法律行为与侵权行为的区别适用

在判断基本权利是否适用于私主体时,应当区分法律行为和侵权行为。^④意思自治、契约自由是民法的基础,当事人通过自我权利限制换取利益是意思自治的体现。因此,当私主体之间的关系是法律行为形成的关系时,即使私主体所牺牲的权利与所换得的利益,在他人看来不合比例,原则上仍然应予以尊重,不宜以不符合禁止保护不足原则或比例原则为由否认法律行为的效力。然而,如果约定的权利限制已经达到“明显恣意”的程度,则另当别论。所谓“明显恣意”是指明显超过一个理性人所能容忍和接受的限度。如雇佣合同约定雇员不得结婚或者离职后终身不得从事相关业务,婚姻自由和人身自由的基本权利便具有在此雇佣合同关系中适用的必要,需要适用比例原则审查所约定的权利限制是否符合合同目的的达成,侵害手段是否符合最小侵害要求,双方的利益得失是否均衡等。在社会公权力因素存在于侵权关系的情形下,由于没有双方同意的契约基础,只要符合一般合理标准即可适用基本权利条款,无须达到明显恣意的程度。然而,社会公权力主体毕竟不是国家,对其施加基本权利保护义务的另一面是对其基本权利的限制,这种限制的本身也需要遵循比例原则的约束。

六、结论:迈向三元结构的基本权利效力理论

法律是社会关系的调节器,社会变迁导致法律(法学)的变迁。基本权利私人间效力问题的旷日持久争论,折射的是既有理论和社会变迁的激烈冲突。现代个人权利—国家权力二元结构基本权利效力理论对应着市民社会和政治国家二元分立的社会结构。“企业、劳工组织、经济团体、职能团体等拥有巨大势力、类似国家的私团体”的出现以及电子通信技术的广泛普及,一定程度上使市民社会和政治国家的二元社会结构向市民社会、公共领域和政治国家三元结构转型。大量私主体行为已经不再仅仅关乎个体利益,而是具备明显的公共性内容,其对基本权利的威胁有些情况下甚至超过国家权力。^⑤与此

相对应,公权力的形态也由一元化的国家权力转变为国家权力和社会公权力二元并存。这使得二元结构基本权利效力理论受到前所未有的挑战,需要做出相应理论更新。基本权利间接效力理论和国家行为理论就是这样的尝试,其试图通过局部的理论调整来容纳社会变迁的现实。然而,旷日持久的争论表明这种尝试并不成功,仍需寻找新的理论出路。

根据库恩的范式理论,科学理论的发展一般经历常规范式——范式危机——新范式确立的发展过程。^⑥关于基本权利私人间效力旷日持久的争论表征着二元结构基本权利效力理论陷入了范式危机,面临范式转型的契机。在个人权利——社会公权力——国家权力三元结构基础上建立基本权利效力理论,确立基本权利对社会公权力主体的直接效力,是解决该问题的有效途径。与基本权利间接效力理论相比,基本权利对社会公权力主体直接效力符合基本权利的本质,可以化解基本权利间接效力理论名实背离和国家行为理论牵强附会之弊。基本权利对社会公权力主体的直接效力是横跨宪法和民法两个领域的复杂问题,其关键和难点不仅在于如何证成这一理论,而且在于如何建构相应的规范体系。笔者在本文中关于民事立法和民事司法中如何实现基本权利对社会公权力主体直接效力的论述仍是初步的,更精密细致的理论阐释尚未展开。这一缺憾只能留待以后的研究中不断完善。无论如何,在社会结构发生剧烈变迁、社会公权力普遍兴起的现实情景下,突破既有的二元结构基本权利效力理论的束缚,建构个体权利——社会公权力——国家权力的三元结构基本权利效力理论乃是大势所趋。

注释:

①[德]克劳斯—威尔海姆·卡纳里斯:《基本权利和私法》,曾韬、曹昱晨译,《比较法研究》2015年第1期。

②张红:《基本权利与私法》,法律出版社2010年版,第66页。

③参见前注①,克劳斯—威尔海姆·卡纳里斯文。

④Gert Brügemeier, Constitutionalisation of Private law—the

German Perspective, in Tom Barkhuysen and Siewert Lindenberg (ed), Constitutionalisation of private Law, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p.76.

⑤[美]诺曼·维拉:《宪法公民权》(英文版),法律出版社1999年版,第191页。Christian Turner, State Action Problems, Florida Law Rew. Vol.65, 2013, pp290.

⑥[日]芦部信喜:《宪法学》,林来梵、凌维慈、龙绚丽译,北京大学出版社2006年版,第106页。

⑦[德]贡塔·托依布纳:《宪法的碎片:全球社会宪治》,陆宇峰译,纪海龙校,中央编译出版社2016年版,第1页。

⑧参见陈新民:《德国公法学基础理论》,山东人民出版社2001年版,第292-300页。

⑨参见周永坤:《论宪法基本权利的直接效力》,《中国法学》1997年第1期;黄松有:《宪法司法化及其意义——从最高人民法院今天的一个〈批复〉谈起》,《人民法院报》2001年8月13日,第1版。

⑩同前注⑧,陈新民书,第314页。

⑪同前注①,克劳斯—威尔海姆·卡纳里斯文。

⑫[日]阿部照哉:《宪法·基本人权篇》,周宗宪译,中国政法大学出版社2006年版,第59页。

⑬同前注①,克劳斯—威尔海姆·卡纳里斯文。

⑭同前注①,克劳斯—威尔海姆·卡纳里斯文。

⑮参见张千帆:《西方宪政体系(下册)》,中国政法大学出版社2001年版,第449页。

⑯哈贝马斯认为,现代市民社会已经分化为两部分:“根据私法构成的”经济社会和“扎根于生活领域的”公共领域。参见[德]哈贝马斯:《在事实与规范之间》,童世骏译,三联书店2003年版,第454页。

⑰[法]孟德斯鸠:《论法的精神(上册)》,张雁深译,商务印书馆1997年版,第154页。

⑱Jan Arno Hessbruegge, Human Rights Violations Arising from Conduct of Non-state Actors, Buffalo Human Rights Law Review, Vol.11, pp.88.2005.

⑲Florrian Rödl, Fundamental Rights, Private Law, and Societal Constitution: on the Logic of So-called Horizontal Effect, Indiana Journal of Global Legal Studies, Vol.20, pp.1025. 2013.

⑳吴庚、陈淳文:《宪法理论与政府体制》,三民书局(台北)2015年版,第142页。

㉑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。

㉒Gert Brüggemeier, Constitutionalisation of Private law—the German Perspective, in Tom Barkhuysen and Siewert Lindenberg (ed), Constitutionalisation of private Law, Martinus Nijhoff Publishers, p.77. 2006.

㉓Ibid, p.76.

㉔参见李海平:《基本权利私人间接效力理论批判》,《当代法学》2016年第4期。

㉕参见前注⑤,诺曼·维拉书,第184-210页。

㉖[美]杰罗姆·巴伦、托马斯·迪恩斯:《美国宪法概论》,刘瑞祥等译,中国社会科学出版社1995年版,第294页。

㉗Smith v. Allwright, 321 U.S. 650.

㉘同前注⑤,诺曼·维拉书,第191页。

㉙Christopher W. Schmidt, on doctrinal confusion: the case of the state action doctrine, bright young university law review, pp576. 2016.

㉚Jud mathews, state action doctrine and logic of constitutional containment, university of illinois law review, pp.656. 2017.

㉛同前注⑤,诺曼·维拉书,第190页。

㉜同前注⑤,诺曼·维拉书,第190页。

㉝同前注⑤,诺曼·维拉书,第295页。

㉞Charles L. Black, the supreme court, 1966 term—foreword: state action, equal protection, and california’s proposition, harvard law review, Vol.81, pp.95. 1967.

㉟Brookes brown, A Conceptual Disaster Zone Indeed: The incoherence of the state and the need for state action doctrine(s), maryland law review, Vol.75 pp328. 2015.

㊱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。

㊲孙谦、韩大元主编:《欧洲十国宪法》,中国检察出版社2013年版,第317页。

㊳孙谦、韩大元主编:《非洲十国宪法》,中国检察出版社2013年版,第214页。

㊴Hoffmann v South African Airways, 2000(11) BCLR 1235, Para23.

㊵白斌:《宪法教义学》,北京大学出版社2014年版,第204页。

㊶[德]拉伦茨:《法学方法论》,商务印书馆2003年版,第267页。

㊷参见苏永钦:《宪法权利的民法效力》,载《当代公法理论——翁岳生教授六秩诞辰祝寿论文集》,月旦出版公司(台

北)1993年版,第200页。

⑬程明修:《论基本权保障之“禁止保护不足原则”》,载《宪法体制与法治行政——城仲模教授六秩华诞祝寿论文集》,三民书局(台北)1998年版,第237页。

⑭郑晓剑:《比例原则在民法上的适用及展开》,《中国法学》2016年第2期。

⑮参见李建良:《基本权利与国家保护义务》,载李建良、简资修主编:《宪法解释之理论与实务(第二辑)》,“中央研究

院”中山人文社会科学研究所2000年版(台北),第327页。

⑯参见许宗力:《基本权利的第三人效力与国库效力》,《月旦法学教室》(台北)2003年第9期。

⑰Daniel rudofsky, Modern State Action Doctrine in the Age of Big Data, N.Y.N. Annual Survey of American Law, Vol.71. pp.748. 2016.

⑱参见[美]托马斯·库恩:《科学革命的结构》,金吾伦、胡新和译,北京大学出版社2003年版,第75-83页。

On the Direct Effectiveness of Fundamental Rights on Social Public Power Subjects

Li Haiping

Abstract: The long-standing debate on the private effectiveness of fundamental rights lies in the fact that the theory of the effectiveness of basic rights in the dual structure of individual rights and state power cannot properly respond to the reality of the widespread rise of social public power, and establishing the direct effectiveness of fundamental fights on the subjects of social public power is an effective way to solve problems. Social public power refers to the factual dominance of private subjects with obvious political, economic, social, cultural, information and other resource advantages over other qualified-majority or nonqualified majority private subjects. The direct effectiveness of fundamental rights on the subject of social public power is in line with the essence of fundamental rights and contributes to overcoming the disadvantages of the theory of indirect effectiveness of fundamental rights and the state action doctrine. By teleological reduction interpretation of the second half of the 13th paragraph of the Preface of the Constitution of China and Paragraph 4 of Article 5 and Article 51 of the main text, we can obtain the constitutional basis for the direct effectiveness of fundamental rights on the subject of social public power. The direct effectiveness of fundamental fights on the subject of social public power is realized by means of the civil legislation and the civil justice. The legislation is made in two forms: the general clause and the special law, and adheres to both the principle of proportionality and the principle of prohibiting insufficient protection of inadequate. In justice, norms concerning that the civil law prevails, tort and legal acts are governed by different laws are observed. The construction of the theory on the effectiveness of tripartite-structure fundamental fights is an inevitable trend in the future.

Key words: Fundamental Rights; Social Public Power; Theory of Indirect Effectiveness; State Action Doctrine