

# 基本权利第三人效力的范畴与本质

许瑞超

**【摘要】**基本权利第三人效力,也被称为水平效力、私人效力、基本权利在私法或私人法律关系中的效力等。第三人效力是指,基本权利能否以及在何种程度上可以对诉讼当事人之间的民事实体法律关系产生影响。实践中,公私二元划分是第三人效力探讨的基础;基本权利客观法属性是第三人效力的规范范畴;基本权利人类图像与自由权的多重面向是第三人效力的价值范畴;基本权利保护义务是第三人效力的义务范畴;基本权利取向解释是第三人效力的方法范畴。第三人效力具有体系正义、规范正义和个案正义的诉求,本质上是涵盖不同范畴的结构效力。提出第三人效力的目的在于国家通过干预社会和消解社会不公正,为私人主体创造秩序和自由。

**【关键词】**第三人效力;客观法属性;保护义务;基本权利三角关系;结构性效力

**【作者简介】**许瑞超,中国人民大学法学院博士研究生。

**【原文出处】**《交大法学》(沪),2021.1.46~59

2001年的“齐玉苓案”引发了很多争议。有观点认为宪法可以作为法院的裁判依据,直接在个案中适用。<sup>①</sup>相反,也有观点指出将宪法作为民事个案的裁判依据,与宪法的性质相悖,混淆了宪法与普通法律、宪法适用与普通法律适用的界限。<sup>②</sup>为解决争议,学界提出了基本权利第三人效力的学术主张,大致包括以下几个方面的内容:(1)从德国宪法学说、联邦宪法法院裁判理由出发,对德国基本权利第三人效力的理论命题、学界争议等做了详细推介;<sup>③</sup>(2)在反思德国基本权利直接、间接第三人效力分类的基础上,探析了我国基本权利第三人效力的类型选择问题;<sup>④</sup>(3)从基本权利客观法属性、合宪性解释或基本权利保护义务的视角切入,阐述了基本权利第三人效力的具体实践问题;<sup>⑤</sup>(4)从宪法和私法相互关系的角度,论述了我国基本权利第三人效力如何通过私法的规定予以实现;<sup>⑥</sup>(5)对美、德两国的理论与实践进行了分析比较,得出德国模式更值得我们借鉴的结论。<sup>⑦</sup>从范式上看,学界对基本权利第三人效力的研究,主要借鉴德国的理论框架。

总体而言,学界对基本权利第三人效力的研究

已较为成熟。<sup>⑧</sup>问题是,将第三人效力分为直接和间接两种类型,或从基本权利双重性质、保护义务、基本权利取向解释等的某一个范畴展开,纵然有利于理论的推介,却也存在以偏概全的可能性。如第三人效力涉及哪些范畴,不同范畴在第三人效力领域发挥何种作用,法院的实践如何将不同范畴联结起来?此类问题,都尚待说明。厘清基本权利第三人效力的范畴与本质实属必要,这不仅能够减少对第三人效力的误读,也有利于第三人效力的本土化探索。

## 一、第三人效力探讨的基础:公私二元划分

第三人效力涉及了宪法和私法、宪法与民事诉讼法之间的公私二元关系。<sup>⑨</sup>公私二元划分是第三人效力探讨的基础。

### (一)公私二元划分是第三人效力实践的基础

第三人效力,也被称为水平效力、私人效力、基本权利在私法或私人法律关系中的效力等。<sup>⑩</sup>这些术语表明了,第三人效力涉及“基本权利主体—私法权利主体”“政治国家—市民社会”“宪法关系—私法关系”的公私二元关系。因公私二元划分,只有私人主体的基本权利在事实上受到了相对方的不法侵犯

且该行为不能归于国家时,才有第三人效力问题。第三人效力是指,基本权利能否以及在何种程度上可以对诉讼当事人之间的民事实体法律关系产生影响。<sup>①</sup>具体而言,从规范层面看,第三人效力不仅在于基本权利作为客观法的放射性作用,还在于私法秩序对基本权利的接纳和限制程度;从事实层面看,基本权利对私法领域的影响还取决于私人主体的经济或社会优势地位对相对方基本权利的限制程度。第三人效力在程序上限于民事诉讼,在法律关系上包括了“私人主体—私人主体”的私法关系和“私人主体—法院”的宪法关系。法院对第三人效力的实践涵盖了“宪法—私法”的“规范”范畴及“宪法、私法—具体个案”的“规范—事实”范畴。在第三人效力实践中,公私二元关系既对峙又融合,如图1所示:

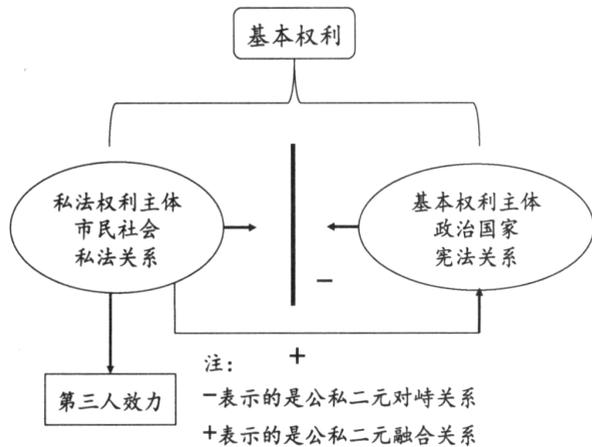


图1

## (二)公私二元划分是第三人效力学理分类的基础

基本权利在公法领域的适用,被称为垂直效力或直接规范效力;基本权利在私法领域的效力,被称为第三人效力;基本权利对国家从事私法行为的拘束,被称为基本权利对国库行为的限制。<sup>②</sup>公私二元划分对第三人效力学理分类的影响,主要体现在直接和间接效力的区分上。直接第三人效力主张者认为,基本权利不仅是整体法秩序的基本规范,同时也蕴含了私法权利的价值诉求。基本权利在私人法律关系中是具有直接法律效力的规则。<sup>③</sup>间接第三人效力主张者认为,私人主体既不是基本权利的义务主体也不是国家任务的载体,基本权利不可能有直

接效力。基本权利只能在既定的私法秩序内部,通过概括条款、不确定法律概念的转介而发生间接的效力。<sup>④</sup>需指出的是,第三人效力虽在学理上有直接和间接的区分,但就德国法院实践而言,其还涉及“基本权利的功能体系、效力体系与理论体系等问题,并不仅仅是以‘基本权利在私人间的直接或间接效力’就能全然概括之的效力问题”。<sup>⑤</sup>为此,在下文部分,笔者将对第三人效力的不同范畴进行分析,以揭示其为何是结构性效力。

## 二、第三人效力的规范范畴:基本权利客观法属性

首先,基本权利客观法属性在第三人效力领域的实践,要结合基本权利的规范性、优位性及主观权利面向来理解。根据《德国基本法》第1条第3款规定,基本权利具备法的约束力,基本权利除了作为主观权利外,还可形成不依附个体意志且客观存在的秩序,即客观法秩序。基本权利相对于国家来说,具有规范性、优位性,其客观法内容在整体法秩序中都应该予以适用,国家对私法秩序的形成与塑造也受此拘束。<sup>⑥</sup>在第三人效力实践中,基本权利主观和客观的法律要素既相互影响又相互制约:一方面,基本权利客观法内容需通过私人主体法律保护请求权的自我主张、法院保护行为的履行以及私法秩序的承接转化,才有可能成为当事人的私法权益;另一方面,基本权利客观法内容的体系化、制度化思维以及作为原则的最佳化诫命要求,使主观权利面向具备了法的强制性特征。<sup>⑦</sup>基本权利客观法内容通过私人主体主观权利的行使,在私人领域发挥相应的效力。

其次,基本权利客观法属性影响了法院对私法条款的解释。德国著名法理学家魏德士认为:“任何法律规范都不是独立存在的,任何具体规范都是‘整个法律秩序’之一部分,换言之,它在一部法律内部或与其他法律的许多规范都存在内部与外部的紧密联系。”<sup>⑧</sup>这在第三人效力实践中得到了深切体现。联邦宪法法院明确指出,私人主体的私法自治、契约自由虽然受到《德国基本法》第2条的保障,但须以他人基本权利、宪法价值秩序为界限,不得与禁止性法律、善良风俗相抵触。<sup>⑨</sup>《德国民法典》第134条的“禁

止性法律”、第138条的“善良风俗”、第823条第1款的“其他权利”与第2款的“保护性法律”规定,都指向了私法秩序之外的其他法律规范。这些规定是私法秩序和整体法秩序相联结的体现,可作为基本权利在私法领域发挥效力的突破口。<sup>③</sup>从解释角度看,法院通过基本权利对私法规范的放射性作用以实现秩序维护和基本权利保障的举措,是基于基本权利客观法内容的体系解释。<sup>④</sup>从法律位阶结构看,为避免体系违反与体系破裂,法院在基本权利规范性、优位性的基础上,通过基本权利客观法属性确保私法与宪法相一致的做法,是整体法秩序一致性、统一性课予法院的秩序维护义务。<sup>⑤</sup>宪法和私法的相互关系,是基本权利客观法属性在第三人效力领域实践的基点所在。

复次,对于基本权利客观法属性在第三人效力领域的实践,法院必须做双阶判断。基本权利从主观权利单一属性到主观权利和客观法双重属性的演变,改变的只是法院对私法条款的解释方式(基本权利取向解释)和义务履行的模式(消极不干预→积极介入保护),并没有改变基本权利的性质(针对国家性)。基本权利对私法秩序的影响仅限于私法条款解释和民事裁判的宪法合致上,并没有为私人主体创造任何宪法上的义务。法院不能将基本权利作为当事人的私法权益,而必须做双阶判断:一方面是根据私法条款对私人行为的效力做出判断;一方面是对私法条款的解释与适用应符合基本权利的保护意旨(基本权利→私法条款/民事裁判→私人行为)。<sup>⑥</sup>法院对调整诉讼当事人之间的民事实体法律关系的私法条款作基本权利取向的衡量,构成了基本权利客观法属性在第三人效力领域实践的主要内容。

综上所述,德国基本权利客观法内容为何能适用于第三人效力领域,一方面是因为受宪法私法化和法秩序宪法化的影响,宪法与私法具有了同一性的内容;另一方面在于基本权利是拘束立法、行政、司法且具有直接效力的法,所有国家权力都有尊重和保障人的尊严的义务。<sup>⑦</sup>惟任何理论都有特定的命题预设,在对德国基本权利第三人效力的客观法范畴进行引介与实践时,需注意到主观权利与客观法之间的关系。从主观权利属性看,私人主体

具有自我主张、发展和行使的权能,可以要求国家消极不作为;从客观法属性看,基本权利作为法规范,在特定情况下具有客观的拘束效力,可以要求国家积极的作为。当然,基本权利的客观法属性不能脱离于宪法的基本权利规定而成为一项普遍适用于法秩序的规范结构,其功能主要是强化基本权利的主观效力。换言之,对于第三人效力规范范畴的实践应始终围绕基本权利的主观面向展开,基本权利客观法的效用不能被无限地扩大和一般化,以防止基本权利除主观化局面的出现。<sup>⑧</sup>如何判定某项宪法规范包含了主观的基本权利呢?根据经典的保护规范理论,若某一宪法条文包含主观权利,其需满足三个条件:(1)宪法规范必须客观上有利于个人利益的保护;(2)该项个人利益的保护必须是宪法规范所追求的目的;(3)针对目标受益人的法律后果必须具有可执行性。<sup>⑨</sup>简言之,某一宪法规范必须以确立受益人的主观权利为目的,如果一项宪法规定对个人而言具有客观有利的法律效力,且具有执行的可能性,那么该规范就蕴涵了主观权利。据此可得,客观法和主观权利犹如一枚硬币的两面,共同蕴涵在实定化的基本权利规定之中。

### 三、第三人效力的价值范畴:人类图像和自由权的多重面向

德国基本法除了公法属性和调整个人与国家的二元关系外,其规定的基本权利还是一套价值体系,这构成了第三人效力的价值基础。

第一,建基于人的尊严、人格自由发展的人类图像(Menschenbild),并不只是在个人与国家的二元关系中作为基本权利规范的基础,也是市民社会法律建构的根基。人类图像的含义是指,从法的发生学层面看,宪法和民法都是人类历史传统、相互交往关系、文化脉络等社会生活镜像在法秩序中的反映,是对共通的基本价值在各自领域实定化成果的呈现。<sup>⑩</sup>在这人类图像中,为保护私人主体的权利不受侵犯,国家对权利的限制不可避免。但宪法对权利的限制,意在处理抽离于现实状况的高位阶个人法律地位,以及抽离于人与人或人与共同体交往过程中出现的具体权利冲突关系。<sup>⑪</sup>此处需注意的,是宪法上的权利限制仅为概括性规定,并未将限制的条

件与类型具体化、实例化。因宪法在法律位阶结构中的优位性,当私法条款被适用于私人法律关系时,法院根据基本权利客观法属性、保护义务对私法条款作基本权利取向的解释,就构成了基本权利限制在个案具体化、实例化的重要步骤。<sup>②</sup>第三人效力是基本权利与私法权利在人类图像中相互作用的表现,不仅不会破坏私法自治,还有利于私人主体权利的保障。

第二,德国基本法对自然权利和实定化人权、自然法秩序和实定法秩序作了调和,基本权利具有多重面向。《德国基本法》第1条第1款规定了人的尊严是不可触碰的;第2款规定了德国人民所信奉的不可侵犯与不可让与之人权,是每个人类共同体以及世界和平与正义的基础。《德国基本法》第20条规定了立法受合宪秩序的约束,行政权和司法裁判受“法律”和“法”的约束,这里的“法”是高级法,具有自然正义的内涵,“法”来源于合宪法秩序的意义整体,具有纠正“法律”的作用。<sup>③</sup>受《德国基本法》第1条和第20条规定的影响,基本权利的价值取向以人的尊严和自然正义为核心,目的是实现人的主体性。<sup>④</sup>另外,基本权利不仅包括个体的价值,还具有社会的价值。在德国联邦宪法法院看来,人作为社会存在体,并非是孤立、自足和完全不受限制的个人形象,而是负有多重义务的人格体。基本权利是蕴含社会连带性或社会性人格的私人主体所享有的,是具有多重面向的价值决定。<sup>⑤</sup>德国基本法的意义是在不侵犯个人固有价值的前提之下,从个人与共同体的关联性和个人的受共同体拘束性来决定个人与共同体之间的紧张关系。<sup>⑥</sup>在第三人效力实践中,法院应保证“个体自由”与“个人在共同体中的自由”之间能取得总体平衡。<sup>⑦</sup>但法院对于基本权利多重面向的实践并不是诉诸自然法理论,原因在于,德国基本法有关人自然意义的肯认是以规范的形式表现的,这说明了自然人权、自然正义已经内化于宪法的规范体系之中(自然法原则的实定化)。可以说,德国基本法中的基本权利除了“实证性”(Positivität)外,还具有“合法性”(Legitimität)。结合基本权利的规范性、优位性与“合法性”,法院可将基本权利的价值决定引入到法院的裁判中去。

第三,自由权以自由主义和分配原则为基础,是消极性、对世性与排他性的权利。自由主义强调人的主体性,分配原则预设了个人自由是先于国家权力而存在的。自由主义和分配原则所保障的个人自由和人的主体性是基本权利的开端,具有主观防御和排除干预的对世属性,目的是实现一个原则上不受控制的个人自由空间。<sup>⑧</sup>从这个意义上看,自由权是绝对权,私人主体可以自由决定、主张及行使,任何人不得干涉和妨碍。在某种程度上,自由权对其他私人主体亦有一定的规范作用,即第三者认可的尊重。<sup>⑨</sup>惟基于公私二元划分,对于诉讼当事人之间的民事实体法律关系而言,第三者认可的尊重并不构成私人主体的宪法义务,法院只有借由概括条款、不确定法律概念的基本权利取向解释,方可将第三者认可的尊重转化为私人主体的私法义务。这种水平性的宪法义务是否可以转化为私法义务,法院还需对私法规范体系的可容许性、基本权利的受侵害程度以及基本权利保护义务履行的必要性等进行释义学上的判断,符合基本权利在个案中解释、适用与利益权衡的规则。在第三人效力的司法实践中,自由权的消极性、对世性与排他性等价值需要在权利主体和义务主体的相互关系中确定,法院通过第三人效力实现对私人主体自由领域的保障以及基本权利不法侵害的排除,不仅不违反自由权的性质,还有利于自由主义的私法价值的实现。

#### 四、第三人效力的义务范畴:基本权利保护义务

##### (一)基本权利保护义务的宪法依据

其一,由基本权利客观法属性导出。基本权利除了对抗国家侵害的主观防御面向外,基于客观法面向,国家亦负有保护义务,特别是抵御来自第三人的不法侵害。但在第三人效力实践中,基本权利客观法属性通常不能直接导出基本权利保护义务,基本权利保护义务的射程范围,还取决于基本权利形塑私法秩序的可能性以及基本权利在私人领域的受侵害程度。<sup>⑩</sup>在判断基本权利受侵害程度时,法院会考虑基本权利遭受减损或风险的性质与严重性、<sup>⑪</sup>基本权利受损的可能性程度、<sup>⑫</sup>私法秩序对基本权利的接纳程度以及受害者与第三方相互冲突的基本权利类型。<sup>⑬</sup>所以,在第三人效力领域,基本权利保护义

务即使是由基本权利客观法属性导出,也要根据具体的个案情况而定。

其二,由具体的基本权利条款得出。《德国基本法》第2条的人格自由发展、生命健康与身体自由,第3条的男女平等与不受歧视,第5条的艺术、科学、研究与教学自由,第6条的家庭、婚姻、儿童与母亲的特别保护,第12条的职业自由,第14条的财产权等,都可构成基本权利保护义务在第三人效力领域实践的宪法基础。<sup>①</sup>此类型的保护义务,被称为明定的保护义务。

其三,由具体的基本权利条款与人格自由发展、人的尊严相结合得出。《德国基本法》第1条的人的尊严与第2条的人格自由发展构成了基本权利保障的安全网条款,是基本权利保护义务的基础规范,适用于所有法律领域。<sup>②</sup>《德国基本法》第2条的人格自由发展除了作为和不作为的基本自由权外,还包括广义上的一般行为自由、<sup>③</sup>私法自治、<sup>④</sup>第14条规定之外的财产类型权利的保障。<sup>⑤</sup>对个人而言,一般人格权是绝对的主观权利,有排除妨害和停止侵害的请求权;对法院而言,一般人格权是基本权利保护不足禁止的诫命。<sup>⑥</sup>《德国基本法》第1条和第2条所承认的一般人格权,具有基本权利全面保护、对限制自由的国家措施完全合宪控制的兜底功能。<sup>⑦</sup>实践中,第三人效力也主要围绕《德国基本法》第1条和第2条的规定展开。

## (二)基本权利不法侵害

在第三人效力实践中,基本权利保护义务的防范标的是来自作为私人主体的第三人的不法侵害。<sup>⑧</sup>基本权利不法侵害指的是,一方私人主体事实上改变了相对方行为的做出,对其基本权利构成了不当限制。<sup>⑨</sup>在私人法律关系中,适当的利益平衡源于缔约双方合致的意思表示。双方都受此拘束,相互感知各自的行为自由。如果缔约的一方占据了主导地位,能够单方面有效地确定合同内容,对另一方当事人而言就形成了不当限制。<sup>⑩</sup>德国联邦法院指出,即使立法机构没有为特定的生活领域或合同类型制定规范性的合同法,也不等同于合同的形成可由社会力量自由支配。倘若缔约双方的权力平衡被扭曲到契约自由不仅不会产生公平,还严重妨碍了

个人权利的自由行使的地步,那么法院可透过私法条款适当限缩私人主体的契约自由。<sup>⑪</sup>从宪法的层面看,因受损的缔约平等、缺乏对等的协商能力或私人主体双方地位不均衡等所造成的不当限制,不符合《德国基本法》第2条有关私人主体自主自决权、人格自由发展和第3条有关同等自由权的规定。在此情况下,法院有介入权衡保护的义务,以契合社会国原则有关公平正义维护的要求。<sup>⑫</sup>基本权利保护义务和社会国原则使法院能够有效保护私人主体的私法自治、契约自由等不受他人侵犯,从而保障私人主体自主自决权利和真正契约平等的实现。<sup>⑬</sup>法院对基本权利保护义务在第三人效力领域的实践,应当考虑到私人主体之间是否具有基于经济或社会优势地位的私权力行为、当事人一方是否缺乏对等的协商能力、私人法律关系的形成与展开是否存在双方地位的不均衡等情况。

从必要性看,基本权利保护义务假定只要私法自治、契约自由不起作用,私人主体的自决权就会发生异化。在民事诉讼中,法院基于保护义务介入私人法律关系,目的在于诉讼当事人主体性和作为权利主体地位的实现。但法院是否以及在何种范围内承担起保护义务,应根据基本权利客观法的具体内容、个案情况加以展开,依照实践调和的原则来权衡相互冲突的价值。法院有个案权衡的义务,其结果取决于受法律实体保护的利益是否得到执行。<sup>⑭</sup>法院对私法条款的解释如果违反了基本权利或没有积极采取措施保障基本权利的实现,就等同于没有妥善履行保护义务。<sup>⑮</sup>基本权利保护义务在第三人效力领域实践的目的在于基本权利不法侵害的排除以及私法自治、契约自由等市民法秩序的维持。

## (三)基本权利三角关系

基本权利保护义务在第三人效力中的实践,会涉及“受害者—法院—加害者”的三角结构关系,即基本权利三角关系。具体而言,“法院—加害者”涉及的是“消极不干预—主观防御权”的对应关系;“法院—受害者”涉及的是“积极介入保护—保护请求权”的对应关系,基本权利保护义务仅在“法院—受害者”一环。<sup>⑯</sup>主观防御权,关注的是个人自由领域的保障和国家过度干预的禁止,是一项抵御国家高

权行为的防范措施;保护请求权,关注的是私人法律关系中结构性不正义的调整和基本权利保护不足的禁止,是一项需要国家高权介入的保护措施。<sup>⑤</sup>基本权利保护义务在第三人效力领域中的实践以国家作为规范的直接指向,私人法律关系一方不可能构成基本权利的义务主体。

为此,基本权利保护义务在第三人效力领域的适用,将会形成多元的法律关系:在垂直法律关系层面,一方面是“民事法院—民事诉讼当事人”的公法关系,一方面是“国家公权力主体—基本权利主体”的基本权利关系;在水平法律关系层面,民事诉讼当事人一方面是享有私法自治和契约自由的私法权利主体,一方面是基本权利冲突中的“加害者”与“受害者”。<sup>⑥</sup>受基本权利三角关系的影响,第三人效力的实践包含了不同的规范结构:在“民事诉讼当事人(受害者)—民事诉讼当事人(加害者)”的私法关系层面,涉及保护义务的事实要件问题,即基本权利是否因第三人受到了不法侵害;在“民事法院(公权力主体)—民事诉讼当事人(基本权利主体)”的公法关系层面,涉及保护义务的程序选择问题,即基本权利不法侵害如何在民事诉讼中得到解决。基本权利在民事诉讼私法关系层面的水平效力依赖于基本权利在民事诉讼公法关系层面的垂直效力的展开。<sup>⑦</sup>第三人效力要结合基本权利三角关系方可周全理解。

统而言之,在对基本权利保护义务进行本土化实践时,应注意德国基本权利是一项针对国家行使的垂直性权利,并非是针对作为私人主体的第三人所设定的水平性权利。德国法院对基本权利保护义务在第三人效力领域的适用,仍需结合基本权利客观法属性、基本权利取向解释等的行使,在基本权利三角法律关系中展开。伴随于基本权利不法侵害而生的基本权利保护义务是国家义务体系的一部分,属第三人效力的义务范畴。在第三人效力领域讨论基本权利保护义务时,应注意德国基本权利保护义务在私人领域适用所呈现出来的多元宪法关系,不能忽视了私法权利主体与基本权利主体在基本权利三角关系中的主体复合性。

### 五、第三人效力的方法范畴:基本权利取向解释

2008年之后,引介于德国的合宪性解释(包括违

宪层面的“合宪解释”和司法适用层面的“以宪法为取向的解释”)逐渐成为学界研究基本权利第三人效力的承载点。合宪性解释在第三人效力领域表现为“以基本权利为取向的解释(*grundrechtsorientierte Auslegung*)”(本文简称为“基本权利取向解释”),其具体内容如下:

其一,从含义上看,基本权利取向解释包含了基本权利直接规范效力的实践:一方面是尊重的诫命,法院必须遵循基本权利的干预禁令,否则个人即可主张受侵害的基本权利恢复原状与违宪结果去除的请求权;另一方面是保障的诫命,法院应采取积极的保护措施,保证诉讼当事人基本权利的实现。基于尊重和保障的双重诫命,法院在具体民事案件中通过私法条款的合宪性解释保护基本权利的方法,被称为基本权利取向解释。<sup>⑧</sup>根据《德国基本法》第1条第3款的规定,基本权利是直接效力的法,法院必须按照基本权利的价值决定来解释法律(规则取向解释),并使基本权利在具体民事案件中得到保障(结果取向解释)。基本权利取向解释涉及了宪法与司法关系的问题,是基本权利垂直效力的体现。

其二,从基本权利取向解释的实践看,基本权利、私法条款/民事裁判、具体民事案件之间是阶层涵摄的关系:一方面是私法条款与具体民事案件的涵摄关系;另一方面是基本权利与私法条款/民事裁判之间的涵摄关系。在这阶层涵摄关系中,基本权利取向解释在第三人效力领域的实践,将形成一种民事裁判外部证成和内部证成相互联结的形态:外部证成涉及的是应然层面的问题,即私法条款和民事裁判应如何符合基本权利的规定;内部证成涉及的是应然到实然的问题,即外部证成的结果怎么适用到具体民事案件当中。如图2所示。

(1)表示基本权利与私法条款在法律解释层面的涵摄关系(外部证成);(2)表示基本权利与民事裁判在合宪性控制层面的涵摄关系(外部证成);(3)表示基本权利通过私法条款的解释细化,可以在具体民事案件中发挥间接的涵摄效力(法律适用意义上的涵摄:外部证成→内部证成)。结合(1)+(2)+(3)的逻辑关系可知,私法条款是基本权利进入私法领域的承接与转介规范,民事裁判过程是基本权利取向解释的适

基本权利取向解释



- (1) 基本权利→私法条款(规则取向)
  - (2) 基本权利→民事裁判(结果取向)
  - (3) 基本权利→私法条款→具体民事案件(外部证成→内部证成)
- } 外部证成

图2

用场域。<sup>④</sup>在基本权利取向解释的阶层涵摄关系和民事裁判的内外证成之下,第三人效力是一种从高阶到低阶的梯度效力形态:基本权利⇒私法条款/民事裁判(基本权利垂直或直接的规范效力)⇒具体民事案件(基本权利水平或间接的涵摄效力)。由此观之,在民事诉讼中,第三人效力是由基本权利对私法条款/民事裁判的垂直效力、基本权利在具体民事案件的间接涵摄效力以及私法条款对具体民事案件的规范效力构成。

其三,在第三人效力体系中,法院的基本权利取向解释包含了基本权利客观法属性和保护义务的实践。规则取向强调基本权利对私法条款解释的影响,发挥的是作为解释准则的功能,属基本权利客观法属性的范畴;而结果取向强调基本权利在具体民事案件中的实现,发挥的是作为民事裁判合宪性控制准则的功能,属国家保护义务的范畴。<sup>⑤</sup>受此影响,在第三人效力实践中,基本权利不只是通过放射性效应作用于私人法律关系,也在干预禁令和保护诫命的双重功能中发挥效力。<sup>⑥</sup>在规则取向和结果取向的双重解释之下,第三人效力必然是多重法秩序、多向度基本权利理论的实践。

其四,基本权利取向解释作为第三人效力的方法范畴,亦具有深切的价值诉求,其本质内涵主要体现在两个向度:一是在保证私法体系独立性的基础上,使基本权利的价值决定能进入私法领域,保证宪法与私法在价值体系上的一致性、融贯性,从而实现基本权利的规范性与优位性;二是防止法院将私人法律关系当作宪法关系来处理,以致破坏了整体法秩序的稳定性。<sup>⑦</sup>基本权利取向解释一方面可发挥修正、补充私法体系的作用;一方面可发挥矫正正义的作用,而对私人主体法律行为的内容、效果做适当限制,使其契合基本权利的保护意旨。<sup>⑧</sup>基本权利取向解释实践的前提在于基本权利所承载的价值观不

仅有助于私法条款的解释和具体化,也有利于填补私法体系的规范漏洞。

据上所述,基本权利取向解释包括了宪法和私法条款/民事裁判、基本权利垂直效力和水平效力等之间的关系。在规则取向和结果取向双重解释之下,第三人效力涵盖了基本权利对民事裁判的合宪性调控、对私法条款解释和续造的影响以及对私人行为事实上的效力等几方面的内容。在对德国式的基本权利取向解释进行本土化的探索研究时,一方面应注意到其在第三人效力领域适用时所形成的阶层涵摄关系及其对民事裁判内外证成的影响;另一方面也要注意基本权利取向解释在第三人效力领域的实践也说明了,基本权利不能直接作为民事法院的裁判依据,这与我国《人民法院民事裁判文书制作规范》有关裁判文书不得引用宪法作为裁判依据,但宪法体现的原则和精神可以在说理部分予以阐述的规定殊途同归,有共同的前提预设。

六、第三人效力的本质属性:涉及不同范畴的结构性效力

从学理上看,第三人效力有直接和间接效力的区分。从范畴上看,第三人效力会涉及公私、规范、事实、价值、义务、方法等范畴。从功能法的角度看,第三人效力的实践包括了范畴程式和目的程式,范畴程式涉及宪法与私法(公/私)、规范与价值或事实相互关系的阐释,包含了法律概念、法律原则、法律体系等内容,遵循体系化的思维方式;目的程式涉及第三人效力是否可以实现法院在民事诉讼中尊重和保障人权的义务,包含了对第三人效力本质特征的描述,遵循论题学的思维方式。在范畴程式和目的程式的双重影响下,第三人效力的实践必然是体系化、复合性的解释与建构。第三人效力涉及了学理、范畴、功能法三个维度,这正是其认知与实践的难点所在。盖因如此,引介者在推介德国基本权利第三

人效力时,也倾向于从某个范畴进行研究,从而将第三人效力划分为“客观法/保护义务”型、“直接/间接”型的样态。<sup>⑥</sup>须注意的是,对第三人效力进行法释义学上的分析,不能拘泥于概念法学般的逻辑与演绎方法,而应为司法裁判的证成提供解决方案。从德国法院对基本权利的解释与适用看,第三人效力并未有客观法/保护义务型、直接/间接型这般教条式的细分,而是涉及不同范畴的整全性实践。

第一,在第三人效力领域,不同范畴的侧重点是不一样的。基本权利保护义务要求法官在民事裁判中保证基本权利的妥善实现,是对民事裁判宪法合致的要求;基本权利客观法属性要求法院对私法条款的解释必须符合基本权利,则是对法律解释宪法合致的要求。<sup>⑦</sup>而基本权利取向解释是基本权利客观法属性和基本权利保护义务的结合:规则取向的基本权利解释强调法院对私法条款的合宪性控制,是基本权利客观法属性在私法秩序中的体现;结果取向的基本权利解释强调具体民事案件中的基本权利保障,是基本权利保护义务的体现。法院在具体民事案件中未妥善保护受害者的基本权利,违反的是基本权利保护义务。如果法院过度干预了加害者的私法自治和行为自由,则有违基本权利的主观防御权功能。<sup>⑧</sup>此外,客观法中的“客观”与客观价值秩序中的“客观”侧重点是不同的:前者是相对于主观权利而言的,强调法与权利在逻辑形式上、保护利益和救济方式上的不同;后者是相对于权利的形式性而言的,强调基本权利可以作为一项具有实质性内容的客观价值,构成国家行为的正当性基础。法院必须以基本权利客观价值秩序为基准来解释与适用法律,保障基本权利的实现,维护法律与基本权利价值体系的一致性。<sup>⑨</sup>将第三人效力简单划分为客观法型或保护义务型、直接型或间接型的做法,忽略了不同范畴在第三人效力实践中的作用,是碎片化的认知。

第二,在第三人效力领域,基本权利客观法属性、基本权利保护义务、基本权利取向解释的本质意涵也是不同的。<sup>⑩</sup>基本权利客观法属性关注私法秩序的宪法化和基本权利的一般化问题,改变的是基本权利的功能体系(主观权利→客观法),发挥的是涵

括型基本权利效力,从而保障私人主体可自主自决地进入私法领域。基本权利保护义务关注基本权利的再具体化问题,改变的是法院的义务履行模式(消极不干预→积极介入保护),发挥的是排除型基本权利效力,从而保障私人主体的基本权利在个案中不受侵犯。法院介入私人法律关系的保护行为,是个案正义的体现。<sup>⑪</sup>基本权利取向解释关注第三人效力实践所形成的阶层涵摄关系与民事裁判证成的内外联结性,从而实现基本权利对私法条款解释和适用的合宪性控制,是体系正义的体现。需注意的是,基本权利客观法属性、基本权利保护义务、基本权利取向解释在个案中紧密结合:第三人效力除了体系正义和个案正义的价值向度外,还会强调私法条款适用的优先性、私法体系的独立性以及私法条款和具体民事案件完整的涵摄过程等,此乃规范正义的体现。如何体现体系正义、规范正义和个案正义,是第三人效力实践的重点所在。

第三,第三人效力涵盖了不同范畴,是结构性效力。在基本权利客观法属性之下,基本权利虽具有重塑私法秩序的作用,但基本权利对私人法律关系的影响仍限于私法条款的解释层面。基本权利能否产生第三人效力,还取决于其在私人领域是否受到了不法侵犯。在民事诉讼中,多重面向的自由权会形成多维度的基本权利关系。借助基本权利取向解释和保护义务的实践,“加害者”基于主观防御权的私法自治、契约自由等诉求和“受害者”基于保护请求权的人的尊严、人格自由发展等诉求,在私人法律关系中得以实例化、具体化。受第三人效力不同范畴的影响,不同类型的基本权利功能之间相互作用,法院必须寻找基本权利条款之间的意义联结关系。在第三人效力领域,基本权利发挥的是系统功能的作用,亦即基本权利不是简单指涉人与人之间的关系,还包括了个人自由与公共利益、私人主体自由保障与国家私法秩序维护、私法社会的内在秩序与国家规范化的秩序框架等之间的关系,是一种基于不同面向的基本权利功能体系、多维度基本权利关系的体系化实践。<sup>⑫</sup>不管是从内容上还是从体系上,第三人效力不是仅仅基于单项基本权利条款或者单一基本权利功能的实践,将私法条款的基本权利取

向解释解读为第三人效力或将第三人效力等同于基本权利客观法内容、基本权利保护义务的展开,不甚准确。基本权利第三人效力并不是某一个范畴的特例,而是包含了不同范畴的、整全性实践的结构性效力。

第四,第三人效力是结构性效力的原因在于,基本权利仅针对国家性。政治国家和市民社会的二元关系是市民社会自治的根基,是个人自由的先决条件。政治国家,是作为受基本权利约束的国家实体而存在;市民社会,则是拥有基本权利的所有私人主体的总和。基本权利只作用于国家权力领域或个人与国家的二元关系之中,在市民社会没有拘束力。市民之间的法律纠纷主要由私法调整。<sup>③</sup>但政治国家和市民社会也存在紧密联系:社会领域权利和自由的实现依赖于国家的保障,国家通过干预社会和消解社会不公正,可以为私人主体创造秩序和自由。<sup>④</sup>在符合基本权利保护不足禁止和过度干预禁止的双重要求下,政治国家基于功能辅助的补充性原则是市民社会自治和公民个体自由的有效保障。<sup>⑤</sup>根据我国《人民法院组织法》第2条、《法官法》第3条的规定,“维护社会公平正义”是人民法院和法官的重要职责之一。诚如一位德国学者所言,虽然第三人效力具有个体权衡的导向,可能忽视了社会结构性冲突,存在破坏私法秩序稳定、侵损私法自治等诸多可能性,但在一个复杂多变的社会中,私人领

域的基本权利保护不应只是为了适应私法的特殊性,而应该公正地处理处于风险自治领域的个人的自我规范性。<sup>⑥</sup>这也是第三人效力的作用所在。

综上所述,基本权利经由“私人主体(加害者)主观防御权—法院消极不干预”与“私人主体(受害者)保护请求权—法院积极介入保护”的具体效力体系,可对私人行为产生相应的拘束力。在民事诉讼中,基本权利通过法院对私法条款的解释和保护义务的行使,可转化为私人主体的私法权益(基本权利→法院的解释行为、保护义务→私法权益)。另外,法院根据基本权利保护义务的要求,在私法秩序内部,还可为私人主体创造相应的法律义务(水平性宪法义务→私法条款→私法义务)。在此基础上,“私人主体—民事法院”的宪法关系和“私人主体—私人主体”的私法关系将紧密地结合在一起,第三人效力从而分解为基本权利与私法条款/民事裁判之间的关系。基本权利第三人效力的范畴与本质,如图3所示。

### 结语

本文意欲说明和强调的是,德国基本权利第三人效力涵盖了诸多范畴,不能从单一范畴去推介或解读第三人效力的含义。在公私二元划分之下,对第三人效力的实践,应注意到规范与事实、存在与当为、应然与实然等之间的关系。从法律适用的角度看,第三人效力是规则和原则互为联结的模式:一方

基本权利第三人效力的范畴与本质

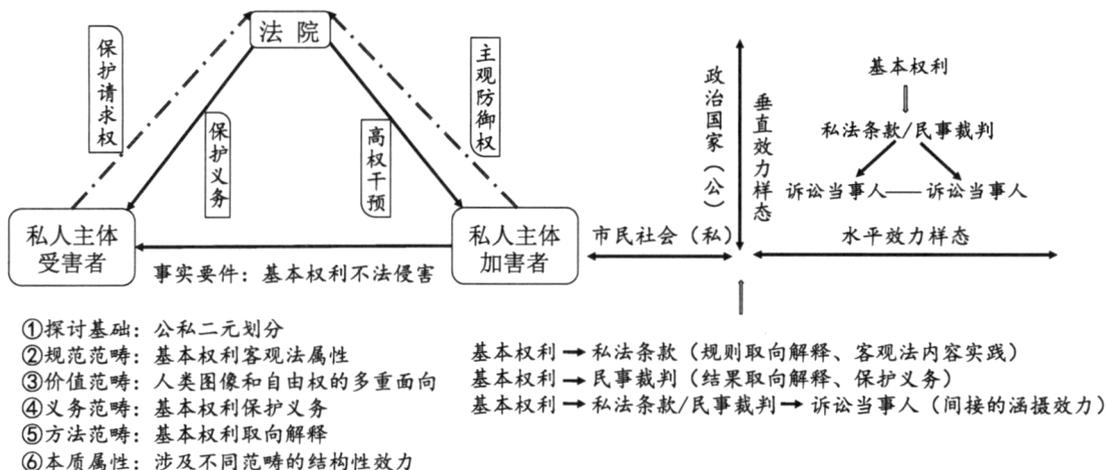


图3

面,基本权利是具有实质性内涵的法律规则,构成了私人主体的请求权规范基础(规则模式);另一方面,基本权利是具有程序性内涵和法规范效力的宪法原则,用以拘束私法条款的解释和民事裁判的做出(原则模式)。在规则和原则的双重模式之下,规范范畴(基本权利客观法属性)、价值范畴(人类图像和自由权的多重面向)、义务范畴(基本权利保护义务)、方法范畴(基本权利取向解释)等紧密结合,相互影响,第三人效力呈现出结构性的样态。

随着公私融合的转向,第三人效力的实践也契合了基本权利社会宪治的诉求。正如社会宪治主张者贡塔·托依布纳所指出的:“如果基本权利横向效力的真正任务,在于以宪法手段限制社会子系统的扩张倾向,就不能再坚持基本权利的国家中心性质,不能再将基本权利归诸私人行动者,不能再仅仅关注社会权力现象,不能再将基本权利界定为可受主观权利保护的自治领域。”<sup>⑨</sup>因此,如何通过第三人效力实现基本权利超越以国家为中心的定位,进而实现基本权利的社会宪治功能,才是多元社会应该关注的问题。

#### 注释:

①参见肖蔚云:《宪法是审判工作的根本法律依据》,载《法学杂志》2002年第3期,第3-4页。

②参见刘松山:《人民法院的审判依据为什么不能是宪法》,载《法学》2009年第2期,第28-37页。

③参见陈新民:《宪法基本权利及对第三者效力之理论》,载陈新民:《德国公法学基础理论》(上卷),法律出版社2010年版,第336-383页;张巍:《德国基本权第三人效力问题》,载《浙江社会科学》2007年第1期,第107-113页。

④参见王涌:《宪法与私法关系的两个基本问题》,载《私法研究》2002年第1期,第5-22页;张翔:《基本权利在私法上效力的展开——以当代中国为背景》,载《中外法学》2003年第5期,第553-555页。

⑤参见张翔:《基本权利双重性质》,载《法学研究》2005年第3期,第28-29页;陈宏毅:《齐案“批复”的废止与“宪法司法化”和法院援引宪法问题》,载《法学》2009年第3期,第13-14页;龚向和、刘耀辉:《论国家对基本权利的保护义务》,载《政治与法律》2009年第5期,第63-65页。

⑥参见王锴:《“齐玉苓案”与基本权利的私法效力》,载胡锦涛主编:《中国十大宪制事例研究》,中国人民大学出版社2009年版,第229-262页;张红:《基本权利与私法》,中国政法大学2009年博士学位论文,第30-61页;刘志刚:《基本权利对民事法律行为效力的影响及其限度》,载《中国法学》2017年第1期,第88-102页。

⑦参见上官丕亮:《宪法在民事纠纷中的司法适用机制比较研究——以美、德两国为中心》,载《南京社会科学》2011年第4期,第76-81页;焦洪昌、贾志刚:《基本权利对第三人效力之理论与实践——兼论该理论对我国宪法司法化的指导意义》,载《厦门大学法律评论》第4辑,厦门大学出版社2003年版,第224-226页。

⑧为使文章论述更为扼要,基本权利第三人效力和第三人效力在行文中会交替使用,第三人效力是对基本权利第三人效力的简称。

⑨参见季涛、白斌:《论宪法和民法的关系——以宪法特质的三重性为视角》,载《浙江社会科学》2007年第1期,第99-105页;王锴:《宪法与民法的关系论纲》,载《中国法律评论》2019年第1期,第42-46页。

⑩Vgl. Christian Calliess & Matthias Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl., 2016, Rn. 111.

⑪Vgl. Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., 1999, S. 157-158.

⑫参见许宗力:《基本权利对国库行为之限制》,载许宗力:《法与国家权力》(一),元照出版有限公司2006年版,第18-25页。

⑬Vgl. Walter Leisner, Grundrechte und Privatrecht, 1960, S. 332 ff.

⑭Vgl. Theodor Maunz/Günter Dürig, Grundgesetz Kommentar, Art. 14, 2017, Rn. 219-221.

⑮许瑞超:《德国基本权利第三人效力的整全性解读》,载《苏州大学学报(法学版)》2017年第1期,第81页。

⑯BVerfGE 42, 143(148); BVerfGE 96, 375(398).

⑰BVerfGE 50, 290(353 ff.); BVerfGE 57, 295(320 ff.).

⑱[德]伯恩·魏德士:《法理学》,丁小春、吴越译,法律出版社2003年版,第65页。

⑲BVerfGE 8, 274(328); BVerfGE 89, 214(231).

⑳BVerfGE 7, 198(206).

㉑BVerfGE 57, 295(319f.).

㉒参见[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,载《比较法研究》2015年第1期,第175-

- 176页。
- ⑳ Vgl. Jens Kersten, Vorlesung Grundkurs II: Grundrechte, 2016, S. 65 ff.
- ㉑ 参见[德]约格·诺伊纳:《基本权利对德国私法的影响》,张青波译,载郑永流主编:《法哲学和法社会学论丛》(2014年卷·总第19卷),法律出版社2015年版,第99-100页。
- ㉒ BVerfGE 50, 290(353 ff.); BVerfGE 57, 295(320 ff.).
- ㉓ Vgl. Ottmar Bühler, Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, 1914, S. 21.
- ㉔ 参见[德]Christian Starck:《法学、宪法法院审判权与基本权利》,杨子慧等译,元照出版有限公司2006年版,第368-373页。
- ㉕ BVerfGE 4, 7(15 ff.); BVerfGE 9, 83(88f.). 参见[德]Christian Starck:《基本权利及其限制》,林三钦、张琨盛译,载[德]Peter Badura, Horst Dreier 主编:《德国联邦宪法法院:五十周年纪念论文集》(下),苏永钦等译注,联经出版事业股份有限公司2010年版,第18-19页。
- ㉖ BVerfGE 54, 148(153); BVerfGE 35, 202(219); BVerfGE 84, 192(194f.).
- ㉗ BVerfGE 34, 269(286f.).
- ㉘ BVerfGE 61, 126(137); BVerfGE 30, 1(26); BVerfGE 87, 209(228); BVerfGE 115, 118(152); BVerfGE 102, 247(367).
- ㉙ BVerfGE 6, 32(36 ff.); BVerfGE 6, 389(435 ff.); BVerfGE 12, 45(51); BVerfGE 28, 75(175).
- ㉚ BVerfGE 4, 7(15f.). 需注意的是,个人与共同体之间紧张关系的处理、个人与共同体的关联性和个人的受共同体拘束性(Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person)的确认,是在个人内在价值、个体自由保障及人格自由发展等的基础上进行的,且不得有损人的尊严的实现。
- ㉛ Vgl. Hans-Jürgen Papier, Drittwirkung der Grundrechte, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier(Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. II, 3. Aufl., §55, 2011, Rn. 49-64.
- ㉜ 参见[德]卡尔·施米特:《宪法学说》,刘锋译,上海人民出版社2016年版,第179、221-223页。
- ㉝ Vgl. Christian Starck, Praxis der Verfassungsauslegung, 1994, S. 66 ff.
- ㉞ BVerfGE 56, 54(73 ff.).
- ㉟ BVerfGE 46, 160(164).
- ㊱ BVerfGE 48, 89(142).
- ㊲ BVerfGE 88, 203(254).
- ㊳ 参见前注㉔, Starck书,第423-428页。
- ㊴ BVerfGE 77, 170(214).
- ㊵ BVerfGE 6, 32(41 f.).
- ㊶ BVerfGE 8, 274(328).
- ㊷ BVerfGE 91, 207(220 f.).
- ㊸ Vgl. Der Begriff des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts als Grundrecht und als absolut-subjektives Recht, Festschrift für Apostolos Georgiades zum 70. Geburtstag, 2005, S. 114 ff.
- ㊹ BVerfGE 88, 203(254).
- ㊺ Vgl. Josef Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IX, 3. Aufl., § 191, 2011, Rn. 5 ff.
- ㊻ BVerfGE 81, 242; BVerfGE 89, 214; BVerfGE 92, 365; BVerfGE 103, 89; BVerfGE 134, 204. 需注意的是,私法自治和契约自由仍是私法秩序的核心,但如果私法忽视了正义的价值,可能造成受损的缔约平等(gestörte Vertragsparität)、缺乏对等的协商能力(gestörte Verhandlungsgleichgewicht)或私人主体双方地位不均衡(Ungleichgewichtslagen)等局面的出现,从而导致私人主体双方的结构性不平等(strukturelle Ungleichheit)。反之,如果国家为维护私人主体之间的实质平等而过多地介入私人领域,则可能侵蚀自由主义的私法价值。如何权衡自由和平等两者之间的冲突关系,是基本权利第三人效力所面临的价值难题。
- ㊼ BVerfGE 81, 242(255).
- ㊽ BVerfGE 81, 242(256).
- ㊾ BVerfGE 89, 214(231).
- ㊿ Vgl. Stefan Oeter, “Drittwirkung” der Grundrechte und die Autonomie des Privatrechts: Ein Beitrag zu den funktionell-rechtlichen Dimensionen der Drittwirkungsdebatte, AöR 119 (1994), S. 529, 550 ff.
- ① BVerfGE 16, 194(201 ff.); BVerfGE 17, 108(117 ff.). Vgl. Markward Schemitsch, Identitätsdaten als Persönlichkeitsgüter, 2004, S. 22 ff.
- ② BVerfGE 6, 32(43); BVerfGE 30, 173(188). 参见[德]克劳斯·施莱希·斯特凡·克利奥特:《德国联邦宪法法院:地位、程序与裁判》,刘飞译,法律出版社2007年版,第296-297页。
- ③ 见前注①,许瑞超文,第95-96页。
- ④ Vgl. Johannes Hager, Der Schutz der Persönlichkeit und des Privatlebens im Verfassungsrecht und im Zivilrecht, R. L. R.

31(2014), S. 53, 55f.

⑤8 BVerfGE 10, 59(88f.); BVerfGE 84, 9(20).

⑤9 Vgl. Christophe Gusy, Grundrechtsbindungen Privater, JP 10(2013), S. 1, 13 ff.

⑥0 BVerfGE 115, 25(44f.). Vgl. Michael Sachs, Verfassungsrecht II: Grundrechte, 3. Aufl., 2017, S. 263.

⑥1 BVerfGE 81, 242(256).

⑥2 Vgl. Wolfgang Lüke, Die Einwirkung der Grundrechte auf das Vertragsrecht des BGB, R. L. R. 35(2017), 155, 156 ff.

⑥3 Vgl. Claus-Wilhelm Canaris, Grundrechte und Privatrecht: eine Zwischenbilanz, 1999, S. 11–21, 23–26, 33–38.

⑥4 Vgl. Matthias Ruffert, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 14.

⑥5 参见[德]Stefan Koriath:《联邦宪法法院和司法裁判(“专业法院”)》,刘淑范译,载Peter Badura、Horst Dreier主编:《德国联邦宪法法院:五十周年纪念论文集》(上),苏永钦等译注,联经出版事业股份有限公司2010年版,第78–83页。

⑥6 见前注③,张巍文,第108–110页;刘志刚:《宪法“私法”适用的法理分析》,载《法学研究》2004年第2期,第44–45页。

⑥7 Vgl. Reinhold Zippelius & Thomas Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 32. Aufl., § 18, 2008, Rn. 14–23.

⑥8 Vgl. Johannes Hager, Grundrechte im Privatrecht, JZ 49 (1994), S. 373, 381 ff.

⑥9 BVerfGE 30, 173(188).

⑦0 Vgl. Klaus Stern, Idee und Elemente eines Systems der

Grundrechte, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof(Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IX, 3. Aufl., §185, 2011, Rn. 66 ff.

⑦1 Vgl. Gunther Teubner, Verfassungsfragmente: Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung, 2012, S. 199 ff.

⑦2 Vgl. Hans Heinrich Rupp, “Dienende” Grundrechte, “Bürgergesellschaft”, “Drittwirkung” und “soziale Interdependenz” der Grundrechte, JZ 6(2001), S. 271, 275 ff.

⑦3 See Daniel Wolff, Fundamental Rights in the Digital Era, Horizontal Effect and the Distinction between “State” and “Society” in German and European Constitutional Theory, 13(3)Frontiers of Law in China, 448–449(2018).

⑦4 Vgl. Ernst-Wolfgang Böckenförde, Die verfassungstheoretische Unterscheidung von Staat und Gesellschaft als Bedingung der individuellen Freiheit, 1973, S. 37 ff.

⑦5 Vgl. Josef Isensee, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht: Eine Studie über das Regulativ des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft, 2001, S. 278 ff.

⑦6 Detlev W. Belling, Antje Herold & Marek Kneis, Die Wirkung der Grundrechte und Grundfreiheiten zwischen Privaten, in: Badó Attila & Detlev W. Belling(Hrsg.), Rechtsentwicklungen aus europäischer Perspektive im 21. Jahrhundert, 2014, S. 93 ff.

⑦7 [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14页。

## The Category and the Essence of Third-Party Effect of Fundamental Rights

Xu Ruichao

**Abstract:** The third-party effect of fundamental rights is also known as the horizontal effect, the private effect, and the effect of fundamental rights in private law or private legal relations. The third-party effect addresses the question of how fundamental rights should be realized in the private sphere. The dual relationship of “public-private” is the premise of the discussion of the third-party effect of fundamental rights. The objective law content of fundamental rights is the normative foundation for the third-party effect. The human image and the multiple orientations of freedom are the theoretical basis of the third-party effect. The duty of protection is a part of the system of state obligations. The fundamental rights-oriented interpretation can link the private law order with the constitutional order. The third-party effect is essentially a structural effect, covering different categories. The purpose of the third-party effect is to create order and freedom for private entities by intervening in society and counteracting social injustice.

**Key words:** Third-Party Effect; Objective Law; The Duty of Protection; The Triangular Relationship; Structural Effect