

【宪法学】

基本权利私人间效力法理基础的澄清与重构

杨登杰

【作者简介】杨登杰,北京航空航天大学法学院副教授,法学博士。

【原文出处】摘自《中国法学》(京),2023.2.209~228

一、引言

本文欲澄清与重构基本权利私人间效力的法理基础,为基本权利私人间效力提供更有力的辩护,同时为教义学上的概念澄清与学说检验奠定基础。法理基础的澄清涉及两方面。一方面是深化对基本权利(客观)价值的认识,纠正认识误区。另一方面是阐明宪法的法秩序整合功能,指出根本法的全面性不等于全能性。法理基础的重构则针对各种有效力说与无效力说共享的主流范式,作出两项根本性修正,在证成上进行范式的根本转换。第一是不以私法自治作为评判基本权利私人间效力是否合理的决定性标准,而是从更全面的视野考察,即从完整意义的自主理念出发。第二是主张宪法不只是公法,主张基本权利具有公法与私法双重属性及结构。

二、基本权利作为价值

以基本权利的(客观)价值(秩序)证成基本权利私人间效力是可行路径,但应澄清与深化基本权利作为价值之义,并阐明它如何能证成基本权利私人间效力。

(一)概念的“名”与“实”:基本权利双重性质的重构

客观价值中的“客观”一词容易造成无相应主

观权利的误解。其实,客观价值是指“不论”主观权利,联系到宪法学史来说,是指“不论”或“抽离”传统的、具体的防御权,回溯到更抽象、更根本的价值或原理。在认为防御权此一传统教义学建构有所不足之后,转而上升到原理层面(即价值)寻求突破,然后再以此为基础,建构新的教义学元素,即基本权利私人间效力、基本权利的国家保护义务等基本权利扩展面向。

对基本权利双重性质的通常理解,无论是将主观权利与客观价值并列,还是将防御权与客观价值对举,都存在盲点或误区。除了“客观”一词易生误解,应避免使用外,这两种并列式提法都未区分原理或“宪法理论”与宪法教义学这两个不同层面。这里说的“宪法理论”,特指那些在宪法教义学“之上”或“之后”的对宪法的根本理解。它构成宪法教义学的预设前提及证立根据。基本权利的价值内涵处于宪法理论层面,防御权处于宪法教义学层面,包括基本权利私人间效力在内的基本权利扩展面向也属于教义学。因此,能与防御权并列而合称基本权利双重性质的只是基本权利的扩展面向。基本权利的价值内涵不应是此一扩展面向的别称,不应与防御权并列。它处于更高层面,是扩展面向的证立根据与根本宗旨,甚至是

防御权与扩展面向的共同原理。

要在宪法上证立基本权利私人间效力,不能只依靠容许不同解释方案的宪法条文文义,而是得进一步诉诸文本深处或背后的根本理念、原则或精神,追问我们应报持什么样的宪法解释方法、权利观及宪法观。这些“宪法理论”上的问题与思考才是基本权利价值说的实质所在。具体来说,基本权利作为价值的提法指向了法解释上的非实证主义与中道权利观。

(二)法解释上的非实证主义

基本权利作为价值之说的提出最初是为了确立宪法解释的新方向,反对在德意志帝国与魏玛共和时期居主流的国家法实证主义,主张解释不能停留在文本表面,而是得追问规范深层的义理与精神,探求文本背后的宪法观、价值观、正义观,由此阐发基本权利的实质内容要求。只有既非停留在文义表面,亦非离规范说义理,而是就规范求义理,阐发文义虽未明示但最能彰显规范精神的价值,才能将无可回避的价值与道德判断纳入规范与理性的轨道。

(三)中道权利观:全面的、实际的、群己平衡的自由

基本权利的价值内涵涉及如何理解“平等的自由”这一基本权利的根本理念,亦即权利观的选择。基本权利价值说告别传统自由主义的权利观,扬弃单纯消极的、形式的、个人主义的自由,改以全面的、实际的、群己平衡的自由作为基本权利的价值内涵。这是一种寻求平衡各种相冲突合理诉求、包括协调个人与他人或个人与集体的“中道”权利观。中国宪法以社会主义为基本原则。全面的、实际的、群己平衡的自由正与社会主义所追求的人的全面解放相契合,与马克思所说的“每一个个人的全面而自由的发展”相一致。与作为基本权利价值说源头的德国相比,

我们其实更有理由以全面的、实际的、群己平衡的自由诠释基本权利的价值内涵。如此理解基本权利,便会要求基本权利进入对这种自由的实现有关键意义的社会领域,从而积极承认基本权利私人间效力。

从法学方法论的角度看,诉诸基本权利价值证成基本权利私人间效力属于目的解释:首先,追问文本背后的目的或价值,在本文语境中即平等的自由及其理解。其次,找寻能使规范目的在社会现实中获得最佳实现的解释方案。在最佳实现全面的、实际的、群己平衡的自由之要求下,便得出基本权利私人间效力此一解释结论。

(四)法律安定性批评的误区

基本权利价值说容易因为无所不在的具体法益衡量招致法律安定性的诘难。频繁的法益衡量,既源于承认基本权利扩展面向所导致的权利增生以及伴随而来的频繁权利冲突,也源于中道权利观追求各项相冲突合理诉求的平衡。福斯特霍夫、博肯福德等批评者认为具体法益衡量过于主观恣意,缺乏法律安定性。然而,一方面,这类批评夸大了法益衡量的法律安定性问题。另一方面,这类批评片面强调法律安定性所代表的形式理性,忽视或低估实质理性,错误地将价值判断视为非理性的代名词。

此外且最重要的是,批评者往往预设一种自由主义或个人主义权利观。这种权利观具有“防御权绝对主义”的色彩,贬低防御权以外的基本权利功能,贬低公共利益或其他个人利益的道德与正义价值。从这样的前提出发,法益衡量自然没有必要或必要性大减。但这样的权利观过于偏狭。相反地,基本权利价值说蕴含的中道权利观更能无过无不及地兼顾各类正义诉求,更能合理应对现代社会的复杂性与自由保障需求的多样性,也更契合中国宪法的社会主义精神。

三、从私法自治走向完整意义的自主

以私法自治作为评判基本权利私人间效力及其范围是否合理的决定性标准,是一种被基本权利私人间效力的否定说与许多肯定说共同预设的主流范式。区别只在于前者声称该效力威胁私法自治,后者认为在一定条件下可避免此等危害。想要更积极正面地证成基本权利私人间效力,就得扬弃此一主流范式,将私法自治置于整个法秩序的视野中,从由此呈现的更一般意义的私人自主理念出发,来认识私法自治的定位与界限以及基本权利私人间效力的价值。从这一角度看,实现国家法律不干预的私法自治不是最终目的,实现私人自主才是更根本的目的。私人自主是私法自治的出发点与归结点。它不应被理解为只要求私法自治或国家不介入,而是应在全面的、实际的、群己平衡的自由意义下理解,将国家干预与其他私人力量的威胁一齐纳入视野。无论是通过基本权利私人间效力限制私法自治还是保护私法自治,都是为了给相冲突的私人自主合理划界,以实现平等的私人自主。

但私人自主仍不等于完整意义的自主。后者既要求私人自主,也要求公共自主,即公民民主参与的权利或过程。基本权利私人间效力也有保障公共自主实践的功能。完整意义的自主是私法自治的终极目的与界限所在,也是基本权利私人间效力的意义与价值所在。

四、基本权利的公、私法双重属性

(一)宪法作为横跨国家与社会的整个共同体的根本法

一旦认为基本权利的价值与目的是全面的、实际的、群己平衡的自由,这样理解的基本权利必然要求不只面向国家,而是作为普遍的价值,成为整个法律秩序的最高原则,辐射到包括私法在内的一切法律领域。如此一来,宪法就不只是规范

国家权力的、狭义的国家根本法,而是也成为“社会宪法”,成为包括国家与社会在内的整个共同体的根本法。

(二)基本权利作为私法规范的操作框架——对称式法益衡量

这样一种共同体根本法并未否定公、私法区分。基本权利针对国家时是公法规范,但在私人间发生作用时是私法规范。基本权利公、私法双重规范属性的命题有相应的规范结构与操作框架支撑:首先就规范结构而言,基本权利对国家的效力涉及法治国家上公民自由与国家约束的不对称性,基本权利私人间效力则涉及公民之间平等的自由的对称性。其次,基本权利在私人间适用时具有与对国家适用时不同的操作框架。此框架不是公法上的全套比例原则或“权利义务倾斜配置”,而是以协调双方平等的自由为目标的具体法益衡量,因此无需担心对国家的严格正当化标准会运用到私人上。

(三)统合公、私法需要宪法,不能只靠超实证法或道德

然而,基本权利在个人—国家关系上与个人—个人关系上不同的规范要求都统合于基本权利的价值与目的,即在全面、实际与群己平衡意义上理解的平等的自由。基本权利的公、私法维度虽各有所司,各有其理,但相辅相成,终归于一。以此理解“宪法不只是公法”以及“宪法是公法和私法共同的根本法”,是淡化而非消解公、私法之分,是统合而非混合公、私法。这既非主张宪法只是公法,亦非否定公、私法之分,而是在这两种立场之间,走出一条更合理的中间道路。

有学者主张,承担统合公、私法任务的应是自然法或道德价值,而非宪法。但纵使自然法或道德能统合公、私法,也只是理论上的统合,不是法律上的统合,因此无法保证法秩序的统一,也无法

在法律上防止以另一种与宪法精神相抵牾的道德理论形塑其他部门法。在道德失去强制力的现代社会,要统合公、私法,需要宪法,不能只依靠道德或超实证法。

(四)宪法只是公法的架构无法证成基本权利私人间效力

有学者主张,法院在民事案件中考虑基本权利不是因为基本权利辐射到私法,而是因为基本权利约束作为国家权力的司法权。但若不先肯定私人间关系也是基本权利的适用场域,如何能得出国家在私人间关系中也有保障基本权利的义务?前者是后者的逻辑前提与根据,而非反过来。以公法上的防御权与国家保护义务作为基本权利私人间效力的理据,不只迂回勉强、因果倒置,也容易引发公法介入私法的疑虑。

五、宪法的法秩序整合功能

基本权利的全面性并不意味着它们的全能。基本权利价值说只是强调在法秩序整体中,“不能将实证宪法视为是与其他法律领域,尤其是与私法领域完全无涉的封闭内容”,只是要求作为最高法的宪法尽其所能协调、整合法秩序内的价值与规范。它旨在寻求法秩序的整合,防止部门法割据与法秩序碎片化,并非要以基本权利生发、取代一切价值与规范,并非要让其他部门法仅作为宪法的“实施细则”。宪法作为承担整合任务的全面根本法仍然可以只是“框架秩序”。

基本权利私人间效力不会使民法变得多余。它的功能在于使法律的具体化与基本权利的具体化相辅相成,使宪法与民法在解决个案中互补交融。宪法与民法的关系不应是二选一,部门法的

区分不应导致部门法的封闭。这体现的是不陷入法律适用上的机械主义与部门法本位主义,而不是什么宪法帝国主义或宪法全能论。

六、概念澄清与学说检验

国家行为说、社会(公)权力说以及将基本权利私人间效力限于具有公共性民事关系的主张具有一种全有全无式的二分结构:在私人间或者全无基本权利问题,或者例外地适用对国家的严格标准或公法上的“权利义务倾斜配置”,非此即彼,宽严失度。这样的二分结构源于预设基本权利对私人与对国家有相同的规范结构与操作框架。但正如本文所论证的,此一预设并不成立,在其基础上构建的二分结构理论当然也不成立。

七、结语

从体用关系来说,对基本权利私人间效力的反思不能停留在“用”的层面,而应深入到更根本的“体”。在当代中国,对基本权利私人间效力的批评常诉诸宪法只是公法从而不规范社会领域的法理。但这一法理源于强调国家与社会严格分离的自由主义时代,与中国宪法之“体”龃龉难合,与中国特色社会主义原则下的权利观、正义观、国家观、宪法观抵牾难融。本文主张基本权利价值的全方位辐射,承认基本权利的公、私法双重属性,这些观点植根于中国社会主义宪法之“体”,与其全面根本法理念及全面的自由平等观契合无间。以此为基础,不但能积极肯定基本权利私人间效力,还能通过基本权利公、私法维度的不同操作框架,将批评者的核心关怀——不以约束国家的法律来约束私人——落到实处,使其批评从根本上无法成立。