

RIGHTS · POWERS · SUPERVISION

权利 · 权力 · 监督

黄学贤◎著



中国政法大学出版社

江苏省重点学科资助

RIGHTS · POWERS · SUPERVISION

权利 · 权力 · 监督

黄学贤◎著



中国政法大学出版社

2011 · 北京

图书在版编目 (CIP) 数据

权利、权力、监督 / 黄学贤著. — 北京: 中国政法大学出版社, 2011. 10

ISBN 978-7-5620-4050-7

I. 权… II. 黄… III. ①宪法-文集 ②行政法-文集 ③行政诉讼法-文集
IV. D91-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第197149号

- 书 名 权利、权力、监督 QUANLI QUANLI JIANDU
- 出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路 25 号)
北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088 zf5620@263.net
<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
(010) 58908285 (总编室) 58908325 (发行部) 58908334 (邮购部)
- 承 印 固安华明印刷厂
- 规 格 787mm × 960mm 16 开本 34.75 印张 620 千字
- 版 本 2011 年 11 月第 1 版 2011 年 11 月第 1 次印刷
- 书 号 ISBN 978-7-5620-4050-7/D · 4010
- 定 价 69.00 元

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由印刷厂负责退换。

1. 宪法基本权利的私法效力研究	1
2. 我国公民财产权保障的宪法与行政法审视	14
3. 试论紧急状态下公民基本权利之保障	28
4. 关于完善我国宪法监督机制的理性思考	41
5. 我国行政法理论基础的新探讨	51
6. 行政法中的法律保留原则研究	58
7. 行政法中的比例原则研究	74
8. 行政法中的信赖保护原则研究	83
9. 给付行政适用法律保留原则若干问题探讨	95
10. 《反垄断法》中的若干行政法问题探讨	105
11. 论行政行为中的第三人	118
12. 我国行政法（学）发展趋势研究的学术梳理 ——基于近十年的研究	130
13. 形式作为而实质不作为行政行为探讨 ——行政不作为的新视角	156
14. 行政程序中的协力行为 ——基于两岸理论与实践的比较研究	175
15. 我国行政计划立法若干问题研究	187
16. 行政检查的性质及其功能	205
17. 完善行政裁量基准若干问题探讨	214
18. 论现代公法中的程序	226



19. 行政程序法的目标模式及我国的选择	242
20. 论现代行政程序法中的教示制度	251
21. 听证笔录在行政决定中的意义	261
22. 违反行政程序法行为法律责任比较研究	268
23. 一部充分体现现代行政程序意识的行政规章 ——《公安机关办理行政案件程序规定》解读	283
24. 意大利《行政程序法》之内容与特征探析	291
25. “官民”争讼与行政法治	302
26. 由两起简单的行政不作为案件引起的法律思考	306
27. 政府信息公开诉讼受案范围研究	312
28. 行政公益诉讼：存在问题与发展趋势	323
29. 行政诉讼原告资格若干问题探讨	346
30. 行政诉讼中被告改变具体行政行为研究的学术梳理	359
31. 行政诉讼中被告消极应诉的对策研究	377
32. 行政诉讼撤诉若干问题探讨	393
33. 行政诉讼调解若干热点问题探讨	415
34. 略论行政诉讼证据交换制度	441
35. 行政诉讼证明标准探讨	450
36. 行政诉讼中的证明妨碍制度探讨	462
37. 行政诉讼中的专家辅助人制度及其完善	476
38. 行政诉讼中暂时性法律保护制度研究	492
39. 论行政诉讼中的情况判决	511
40. 行民交叉案件处理之新探	521
41. 行政诉讼与刑事诉讼之间的关系及其处理	538
后 记	549

宪法基本权利的私法效力研究^{*}

宪法规定公民基本权利条款的根本目的在于，以基本法的形式确认公民的基本权利，同时以最高法律效力的地位捍卫公民的基本权利。在现代国家，无论从理论上讲，还是在实践中，对公民基本权利的侵犯可能来自国家的公权力行为，也可能来自国家运用私法手段代替传统的公法手段而为之的“非权力行为”，还有可能来自纯粹的平等主体的私行为。因而，宪法对公民基本权利的捍卫应当体现于能有效抵御来自各方面的侵害。总的来说，宪法在抵御公权力对公民基本权利侵害方面的问题已基本得以解决。^{〔1〕}但在宪法公民基本权利条款能否发生私法上的效力，以有效保障公民基本权利方面，还有诸多问题尚待解决。

所谓宪法基本权利的私法效力，简单地讲，就是当公民认为其宪法基本权利受到他人的私行为侵害时，法院能否依据宪法基本权利的规定而作出裁判。换句话说，宪法能否调整私人间的关系。这一问题在国外宪法学和宪政实践中一直是一个非常活跃的课题。但在我国，长期以来由于对宪法涵义及其功能的狭义理解以及宪法实施水平的低下，未能对这一问题给予必要的关注。随着我国宪政法治建设步伐的加快，公民基本权利的发展及其保障力度的加强，宪法基本权利的私法效力问题不仅成为理论界的热门课题，更是实践中必须解决的问题。而在我国直接促成人们关注宪法基本权利私法效力问题的则是2001年8月最高人民法院对山东齐玉苓教育权受侵犯案的批复。该批复作出以后的相关争论看似沸沸扬扬，其实质归结为一点，其实就是宪法基本权利能否发生私法上的效力以及如何发生私法上的效力的问题。要使这一问题的讨论富有成效，我们有必要暂时离开中国的背景而在更广阔的领域内追寻该问题的历史轨迹。

在近代宪法时期，由于立宪主义以“有限政府”和“对统治行为的法律约

^{*} 本文原载杨海坤主编：《宪法基本权利新论》，北京大学出版社2004年版。

〔1〕 必须注意的是，这个问题在不同的国家，其解决的方法和程度存在很大的区别。比如，在我国由于宪法监督机制的不健全，尤其是宪法诉讼的阙如，这一问题仍然是法院审判实务中的一道难题。



束”为根本指导思想，^{〔1〕}宪法被认为“是强调对政府活动进行限制，给予公民以最大限度自由的强制性规范”。^{〔2〕}宪法的内容规定也是以限制国家权力为核心，以有效抵御国家权力侵害公民基本权利为目的。所以宪法基本权利条款的设置目的就是要在政治国家和市民社会之间划定一条界限，以防止国家凭借立法、行政等公权力以积极的作为性行为干预以自由权为主要内容的公民基本权利。基于这种立宪主义理论，在实践中宪法基本权利条款的适用对象只能是国家的公法行为。这种宪法基本权利条款在私法上的“无效力说”，20世纪之前不仅在德国等大陆法系国家盛行，在普通法系的英、美等国家也同样占主流地位。

造成这种宪法基本权利不适用于私法行为状况的深刻的社会基础在于，其时的政府奉行“管得最少的政府是最好的政府”的自由放任主义理论。在这种理论支配下，政治国家与市民社会之间恪守严格的界限，充其量只是“守夜人”的国家，在公民基本权利面前基本上是义务主体。宪法的作用就是要限制国家权力介入私人领域，以便私人活动能在私法自治的“法治”条件下获得充分的发展。确实，诚如有的学者所指出的，“私法自治”对于个人的充分自我实现以及社会经济的繁荣都有着不可替代的重要作用。^{〔3〕}可见，在这样的社会背景下，“如果个人能以基本权利受到侵害为由要求国家干预私人间的关系，无疑是打开了公权力介入私人生活的潘多拉盒子”。^{〔4〕}

但是，社会现实的发展、宪法基本权利在量上的扩张和质上的变化，则使得传统的“私法自治”难以为继。19世纪末20世纪初，传统私法赖以存在的基础——自由竞争经济以及建于其上的自由选择为垄断经济所取代。与此相应的是，国家不再奉行“管得最少的政府是最好的政府”的“消极国家”，而是奉行“管得最多的政府是最好的政府”的“积极国家”。国家广泛而又积极的干预活动，不仅表现在其对象领域的广泛性，而且还表现在其方式、手段的多样化。如在某些方面运用非权力的私法手段实现公共目的，从而使得“现代行政在其目的、手段（形式）和内容（对象）上都趋于极其复杂化，而且这种现象与生活在现代社会的国民及居民的各种权利自由及要求都有着密切的联系”。^{〔5〕}在这种情形下，如果再恪守传统的私法自治而否认宪法基本权利的私法效力，既不利于有

〔1〕 参见韩大元：《亚洲立宪主义研究》，中国人民公安大学出版社1996年版，第3~4页。

〔2〕 何华辉：《比较宪法学》，武汉大学出版社1988年版，第12页。

〔3〕 参见蒋先福：《契约文明：法治文明的源与流》，上海人民出版社1999年版，第99~111页。

〔4〕 张翔：《宪法权利之私法效力刍议》，2002年全国宪法学年会论文。

〔5〕 〔日〕室井力主编：《日本现代行政法》，吴微译，中国政法大学出版社1995年版，第33页。

效控制国家权力，也无益于有效保障公民权利。

就社会方面而言，随着垄断的发展，“国家公共权力以外的各种社会势力，垄断性大企业、新闻舆论机构等大大增强，对公民基本权利的压抑和侵犯之可能性及现实性大为增加，如果仍然通过传统的私法进行法律保障，就不能免除那些属于私人性质又拥有巨大社会势力的违宪侵权行为尤其是侵犯公民基本权利的行为”。〔1〕也即在社会关系领域，所谓的平等主体之间的平等只是就其法律地位而言的。事实上，“力量强大、地位优越的主体就可能借助自己所拥有的实力在实现自己利益最大化时实际损害社会弱势者的权利”。而且“这种损害往往是基于弱势者的同意的，既然是弱势者基于‘自由意志’而接受了这种损害，其在民法领域获得救济的可能性就极小，弱势者的基本权利就难以有效落实。既然私法保障不足，就有必要考察私法主体表面上的平等背后的实际上、力量上的不平等，考察私法关系中实际存在的支配与强制，在必要的情况下以公法原理保障公民的基本权利。”至此，“宪法基本权利的私法效力问题已经是个不可回避，也难以否认的问题。”〔2〕

当然，以上只是从历史的角度考察了宪法基本权利的私法效力这一问题产生的背景。其实，要回答这一问题还有一个长期以来困扰我们的理论障碍必须清除，甚至在我们试图解决宪法基本权利私法效力这个问题时，首先应当清除这一理论上的障碍。长期以来，我们的法学理论一直认为，宪法作为公法领域中的首要之法，其内容就是规定权力与权力的关系（即权力制约）和权力与权利的关系（即保障公民基本权利不受国家公权力的侵害）。依据这一思想，“国家之权利〔3〕行使，须予节制，而人民的（自由）基本权利，原则上是无所限制的。在这两种利益（国家及人民）相互对立之下，国家之权利，由基本权利之规定予以节制，而私人的权利，则由契约节制。因此，宪法基本权利之规定，是完全针对国家而发，基本权利条款的本身，就富有纯粹针对国家性质，而非针对人民性质。所以，依此传统理论，宪法的基本权利之规定，只是关涉国家权利之行使，对私人之间，无任何效力可言。”〔4〕也即权利与权利的关系一般认为应由私法规范予以规定，宪法不该涉及。这种观点在将宪法定位为公法的时代被视为当然。但是一

〔1〕 吴瀚英：“欧美国关于宪法约束力的理论研究及私法实践”，载《法学论文集》（续集）编写组编：《法学论文集》，光明日报出版社1985年版。

〔2〕 张翔：《宪法权利之私法效力刍议》，2002年全国宪法学年会论文。

〔3〕 一般称之为权力，以区别于私人权利。

〔4〕 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288页。



个很明显的矛盾是，当我们说到宪法的涵义时谁都不否认宪法是一国法律的母法，并且还要特别强调这一点，以显示宪法之特有的法律地位。然而，作为母法之宪法却又不含有在法律体系中占有很大比例的私法的内容。发现了这个矛盾后，我们就会认识到：“宪法实为一国法律体系的缩影，其中不仅微缩着公法的内容，也微缩着私法（民法、商法等）的内容。”^{〔1〕}就宪政的实践发展来看，“随着现代法治社会的发展，特别是人权保障的需要，宪法的调整范围已大为扩展，已适用于调整私法的关系，能直接援引以解决私人之间的争议，公民权利很多都是私权领域的事。所以宪法早已不仅仅是一个公法，也有私法的属性”。^{〔2〕}权利与权利之间的关系同样也在很大程度上影响着权力与权利之间的关系以及权力与权力之间的关系，因而构成现代宪法普适性内容的重要组成部分。

那么，当宪法基本权利的私法效力不再是“有与无”的问题时，剩下的就是如何实现宪法基本权利的私法效力了。对此，有关国家的宪法学理论作了不同的回答。最为典型的主要有德国的“第三人效力理论”和美国的“国家行为”理论。

在德国，关于宪法基本权利有无私法效力的问题，随着二战后基本法的制定就在法学界开始了热烈的讨论。第三人效力理论就是这一讨论的产物。^{〔3〕}所谓宪法基本权利第三人效力，即“宪法的基本权利在同为基本权利之‘享受者’的私人之间，在何种范围，以及以何种方式，能发生拘束力，如同基本权利能拘束国家权力然。”^{〔4〕}对这个问题的回答，又有“直接效力说”和“间接效力说”两种具有代表性的观点。

“直接效力说”的代表尼伯代在其《妇女同工同酬》一文中极力主张，基本权利条款在私人法律关系中应该有“绝对的效力”，并且可以直接援用。如果基本权利条款不能直接适用于私人之间的话，那么宪法的基本权利条款将沦为仅具

〔1〕 童之伟：“‘宪法司法化’引出的是是非非”，载《中国律师》2001年第12期。

〔2〕 蔡定剑：“关于什么是宪法”，载《中外法学》2002年第2期。

〔3〕 实际上，德国1919年的《魏玛宪法》已经修正了传统的宪法基本权利无私法效力的理论。其表现就是该宪法第118、159条之规定。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、图书或其他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此项权利，任何人皆不能阻碍此项权利之行使。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。但是，由于种种原因，《魏玛宪法》的这两条规定所引起的宪法史上的新转变，并未引起学界应有的重视。参见陈新民：《德国公法学基础理论》（上册），山东人民出版社2001年版，第288～290页。

〔4〕 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292页。

有绝对的宣示性质。因此,为了保障私人在和其他私人的法律关系中能获得一个合乎人类尊严及基本权利的法律地位,即每个私人在社会中能获得社会立足点之保障,法官在审判民事案件时,就必须直接引用基本权利之规定,不必透过民事法律来予以审判,使得基本权利之规定得以在民事个案中获得实现。^{〔1〕}德国另一位学者米勒在其《基本权利的第三者效力和社会国家原则》一文中阐述了他的基本权利第三人效力理论。米勒并不否认基本权利是针对国家权力而设的,但他认为,基于现实社会结构之转变,所谓市民国家的时代已经过去,基本权利的效力必须随着时代的变化而改变。米勒以基本权利的立国原则——社会国家原则对基本权利的效力适用问题作为立论根据,支持基本权利对第三人效力理论。米勒认为,基本权利乃首要之规范,应该在法律的所有领域内获得实现。在私法领域内,基本权利的适用可以不假借私法条款来发挥作用。与尼伯代相比,米勒进一步提出了要“依事务之本质”,即以事实关联作为标准来矫正基本权利对第三人效力理论所带来的“权利冲突”之弊端,不必强行硬性规定基本权利任何一条条文在民法中有在个案中完全绝对的适用效力。米勒的观点虽然并不完美,但正如陈新民教授所认为的,其提出的修正方式有助于补充第三人效力理论。^{〔2〕}

在德国,否认基本权利第三人效力理论的典型代表人物是杜立希。杜立希在其《基本权利及民事诉讼》一文中认为,宪法基本权利并非专门为第三人权利而设,而是针对国家权力而制定的。基本权利之规定对司法有直接拘束力,所以,基本权利之规定毫无疑问对民事法律诉讼之种类及方式是有直接效力的。但是,基本权利之规定对民事法院审判的拘束力,在内容上的范围则要看所应适用的实质民事法律所应受到基本权利之拘束的程度而定,也即按照杜立希的观点,民事法院之审判作为国家行为,必须不能违背基本权利之规定。正如同行政和立法行为受到基本权利之拘束一样。但是在事实上,民事诉讼既然要按照待审案件之私法关系受基本权利保障之情况而受到拘束,那么,这种拘束就是间接的拘束。杜立希认为,将任何宪法基本权利的规定“形式地移植”到私人法律关系中去,是侵犯了私法自治以及契约自由等私法体系的价值。所以,基本权利第三人效力理论的支持者虽然极为善意,但却不自觉地将私法带上了毁灭之路。为了使基本权利对私法有效力,但却要经过私法而达到,杜立希提出可以通过私法中概括条款作为私法实现宪法基本权利理想的媒介。杜立希认为,“概括条款”具有价值满

〔1〕 参见陈新民:《德国公法学基础理论》(上册),山东人民出版社2001年版,第292页。

〔2〕 参见陈新民:《德国公法学基础理论》(上册),山东人民出版社2001年版,297~301页。



足之能力以及价值满足之必要性来满足基本法（透过其基本权利规定）所形成的价值体系。只有透过概括条款的适用，方可妥善地调和私人之间（被基本权利所肯定的）的处置自由，并可以在法律体系及逻辑上来保障私法的独立性。此外，还可以在法律道德之下维持“整体法的一致性”。由于杜立希极力主张运用概括条款之制度来弥补基本权利第三人效力理论的僵化或硬性规定，以维持“私法的独立性”，故其理论一般被称为“间接效力说”。德国另一位持基本权利私法“间接效力说”的代表是盖格。盖格在其《在私法秩序及经济法秩序内的基本权利之意义》一文中认为，宪法的功能终究是在规范国家和个人之间的关系。因此基本权利规定的特性就应该只局限于公法性质的，赋予人民一个不受国家侵犯的自由行为领域。他认为《魏玛宪法》和德国战后制定的《德国基本法》中有关基本权利对私人间之法律关系有所适用之规定，并不是基本权利规定的本质有所改变，而是立宪者的有意之举，所以只能将这种情况视为一种例外。盖格进一步认为，所有的法律秩序都是一个强制性的秩序，其中几乎都是实证法所定之秩序。而依照基本法，这些秩序都是一个价值秩序。整个法律秩序都必须以不同的方式、在不同的阶段、用具体的法规来承认及保障这些价值及法益。按照盖格的观点，惟有在个案中透过价值满足必要的及不确定的法律概念以及对诚信原则、恶意抗辩等概括条款的解释，方可求得既满足宪法精神、基本权利之特别意义，又能符合民法或者经济法之秩序要求。可见，盖格持基本权利对私法“间接效力说”的主要理论基础在于其对法律体系所作的公私法的二分法。不过，盖格在其后来发表的《私法法律行为中基本权利的限制及侵害》一文中，对其原有的观点稍有发展。盖格认为，基本权利除非在实证法中明文规定外，不能由法官在诉讼时直接引用。因为法官不能取代立法。如果允许法官直接适用宪法之规定，法官权力会太大，就可能使法治国转变为法官国。〔1〕

在美国，宪法基本权利对私人行为效力的问题，是通过其“国家行为理论”对“国家行为”作宽泛的认定来解决的。与德国不同的是，美国没有公私法的严格区分。但其传统的宪法理论一直很明确地将基本权利的规制对象限于国家权力行为。但随着宪政的发展，尤其是私人凭借其“社会实力”侵犯他人基本权利情形的普遍存在，如果对“国家行为”仍然作严格的理解，那么一部分“社会实力”不强的弱者在其基本权利遭受私人强者的侵犯时，就无法获得法律救济，进

〔1〕 参见陈新民：《德国公法学基础理论》（上册），山东人民出版社2001年版，第302～308页。

而不仅保护人民基本权利的宪政精神无法得以落实，而且还会起到变相地鼓励弱肉强食之功效。正是基于理论和实践的需要，美国通过对“国家行为”的合理扩展，将一部分私人行为吸收到“国家行为”之范畴，以使基本权利获得部分私人领域的效力。这种对“国家行为”的扩大认定，主要涵盖以下几方面的行为：

第一，公共职能行为。这主要是指那些在形式上与国家没有任何关系，但在实质上却行使了公共职能的私人行为。例如一家私营公园由于其只供白人使用，不允许黑人使用，而被黑人起诉到法院，联邦最高法院审理后认定，公园虽然是由私人经营的，但其提供的服务却具有公共职能，所以应当适用宪法关于平等权的有关规定。法院就此还进一步指出，公园如同消防队、警察局等公共服务机构，应当属于公共领域。这样就开创了将图书馆、学校、孤儿院、垃圾收集公司甚至私家侦探公司等私人也可以从事的事务置于宪法约束之下的可能性。^{〔1〕}正如布莱克法官在类似上述案件的马什诉阿拉巴马（州）（*Marsh v. Alabama*）案件中所说：“所有权并非总是意味着绝对的支配。一个所有权人越是将其财产公开由公众普遍使用，其权利就越要受到成文法和那些使用者的宪法权利的限制。”^{〔2〕}美国的这种公共职能行为理论虽然被认为会造成对私人行为的过分干预，但从某种意义上来说，这也是对那些因具有“社会实力”而拥有优势地位的团体和个人的宪法限制。

第二，国家卷入的私人行为。这种行为主要包括政府与私人主体之间相互依赖，被认为是共同参与者的情况下的私人行为，因受到国家鼓励、资助、授权、许可等处于优势地位的私人所实施的相关行为。例如对公共财产的出租或者出售；私人团体使用公共财产；国家通过许可卷入私人活动以及私人行为得到公开或者暗中的国家辅助等。这一类行为中包含了德国法学理论中所谓的“国库行为”，而且在一定程度上还有所扩展。因为美国联邦第五上诉法院曾在一次判决中宣称“国家通过任何安排、管理、援助或财产的形式”参与的私人活动，都应当认定属于宪法第14条修正案所规范的行为。正如有学者所讲的，法院这一含义十分广泛的宣示几乎涵盖了所有国家涉及的私人行为，从而将国家介入行为理论的内容拓展到了极限。^{〔3〕}

第三，国家的不作为。这主要是指国家公共权力对私人侵犯宪法基本权利的

〔1〕 参见徐振东：“宪法基本权利的民法效力”，载《法商研究》2002年第6期。

〔2〕 转引自张翔：《宪法权利之私法效力》，2002年全国宪法学年会论文。

〔3〕 参见张翔：《宪法权利之私法效力》，2002年全国宪法学年会论文；徐振东：“宪法基本权利的民法效力”，载《法商研究》2002年第6期。



行为,如果不积极履行其干预职能,以维护被侵犯一方的基本权利,那么,国家就构成不作为。这样,在形式上和实质上均表现为私人之间所为的侵权行为就转化为国家行为了。

由此可见,在美国,宪法基本权利的私法效力问题要比在德国复杂得多。因为“宪法规范在私法领域的适用仍以是否与国家权力相联系以及国家权力是否介入为要件”。因此,“就其实质来说,‘国家行为’理论在于确立一个机制,防止国家或政府通过公共权力的转移来回避宪法责任,而不是宪法效力向私法领域的无限扩展”。^{〔1〕}也即是说,在宪法基本权利的私法效力问题上,美国的保护机制主要是防止“行政向私法逃避”^{〔2〕},而不是积极的能动地向私法扩展。对于美国的“国家行为理论”,有学者认为,“只能是在旧有的立宪主义框架下作勉强的调整,效果应该说并不理想”。由于这种“不理想”所造成的“对于社会经济权利保障的不力,被看作是近乎完美的美国宪法的一个重大缺陷”。^{〔3〕}

在我国,由于公权力的强大、公法理论与实践的落后、私法自治的远未形成等原因,宪法基本权利的私法效力问题,长期以来并未作为一个问题呈现在人们面前。再加上最高人民法院分别于1955年和1986年作出的《关于在刑事判决中不宜援引宪法作为论罪科刑的依据的复函》和《关于人民法院制作法律文书应如何引用法律规范文件的批复》,进一步强化了宪法不能作为法院审判依据的观念。直至2001年7月14日最高人民法院针对齐玉苓案作出的《关于以侵犯姓名权的手段侵犯宪法保护的公民受教育的基本权利是否应当承担民事责任的批复》,宪法的司法适用问题才一下子凸现在人们面前,从而引起宪法学界的广泛讨论。随着讨论的深入,宪法基本权利的私法适用问题自然引起了人们的广泛关注。这一现象造成了一种假象,即似乎宪法基本权利的私法适用问题在我国的出现纯粹是由偶然因素促成的。但实际上,这一看似偶然的现象背后有着深刻的必然性。而正是这种必然性使得我们不应该同时也无法回避这个问题。正确的态度应是深入研究宪政相对成熟国家的有益经验,结合我国的宪政实践及其发展方向,找到解决问题的正确途径,以使宪法规定的公民基本权利能够落实到实处,从而推动我国宪政的发展。

实际上,早在20世纪20年代,我国宪法学先辈针对宪法效力问题就曾很明

〔1〕 徐振东:“宪法基本权利的民法效力”,载《法商研究》2002年第6期。

〔2〕 关于“行政向私法的逃避”,参见〔日〕室井力主编:《日本现代行政法》,吴微译,中国政法大学出版社1995年版,第47~48页注释1。

〔3〕 张翔:《宪法基本权利之私法效力》,2002年全国宪法学年会论文。

确地指出：“宪法上所规定的权利，不一定都须普通法律给以补充的规定，人民才能行使。全然要看宪文如何规定。有时候，宪法上所规定的权利，即无任何法律为之补充，人民亦尽可行使，亦尽可以法庭为行使该权利的后盾。宪文所规定的权利，即令尚需普通法律为之补充，普通法律初亦不能违反宪法所规定的原则；否则受害者应亦可诉诸法庭。由此看来，以宪文规定人们的权利义务，不仅可以表现一种主义或理想，不仅可为国家机关立定行为准则，实在还可以发生真正的法律效果。”〔1〕如果说先辈所谓还只是关注国家公权力对人民基本权利的侵害的话，那么随着我国市场经济的日益健全，本文前述的促使宪法基本权利私法适用的一般条件已经开始在我国出现并日益成熟。在这样的时代，“如果在不能直接援引法律、法规的规定，保障宪法基本权利不受非法侵犯的情况下，人民法院不能够直接适用宪法基本权利审查具体的分割宪法基本权利的行为，那么，宪法基本权利的规定，就完全有可能由于不能直接适用而落空，宪法关于公民基本权利的规定，在无普通法律具体化的情况下，最多只能是一种宣而不用口号，没有任何实际的意义。这绝不是制宪机关希望看到的，也不是宪法所能容许的，更不是建设社会主义法治国家所允许的”。〔2〕

实际上，我国早在20世纪80年代就出现过类似齐玉苓案的司法解释。例如，1988年最高人民法院在针对一起劳动纠纷案所作的《关于雇工合同“工伤概不负责”是否有效的批复》中指出：“……对劳动者实行劳动保护，在我国宪法中已有明文规定，这是劳动者所享有的权利。张学珍、徐广秋身为雇主，对雇员理应依法给予劳动保护，但他们却在招工登记表中注明‘工伤概不负责’。这种行为既不符合宪法和有关法律的规定，也严重违反了社会主义公德，应属于无效的民事行为。至于该行为被确认无效后的法律后果和赔偿等问题，请你院根据民法通则等法律的有关规定，并结合本案具体情况妥善处理。”〔3〕这是在当时我国还没有劳动法对劳动者的合法权益作出明确规定的情况下，根据宪法“对劳动者实行劳动保护”的规定，宣布因私人雇主的行为违反宪法而导致民事协议无效，从而使权利受到私人雇主侵犯的劳动者获得相应赔偿的典型案。当然，由于种种原因这一司法解释所蕴涵的基本权利的私法效力之宪法法理，在当时的条件下是不可能为人们所自觉意识到的。

〔1〕 王世杰、钱端升：《比较宪法》，中国政法大学出版社1997年版，第59页。

〔2〕 周伟：“宪法基本权利的司法问题研究”，载《金陵法律评论》2002年第1期。

〔3〕 该批复的详细内容参见顾昂然、肖扬主编：《中华人民共和国司法解释总揽》，法律出版社1996年版，第454页。



对引起广泛关注的齐玉苓案，宪法学界乃至整个法学界都知道其意义已经远远超过了案件本身。如果我们现在再回过头来冷静地并且全面地分析一下该案的全过程就会发现，齐玉苓案的真正核心问题其实还是有关宪法基本权利的私法效力问题。至于由此案进一步引起的关于宪法司法化的问题，那完全是另一回事，齐玉苓案只是在一定程度上起到了一个引子的作用。因为齐玉苓案发生的时间是在1990年，而我国的《教育法》则是在1995年3月18日颁布并于同年9月1日生效的。也就是说，齐玉苓案发生时我国还没有《教育法》。因此齐玉苓的受教育权还无法依据《教育法》来获得法律救济。但受教育权是我国1982年《宪法》第46条所明确规定的公民基本权利之一。这样一来，问题就很清楚了，即当宪法所规定的公民基本权利受到私人主体的侵犯而又缺乏具体的法律规定时，受到侵犯的公民能否获得救济？如何获得救济？

我们再来看看最高人民法院2001年7月针对齐玉苓案所作的批复：“山东省高级人民法院：你院〔1999〕鲁民终字第258号《关于齐玉苓与陈晓琪、陈克政、山东省济宁市商业学校、山东省滕州市第八中学、山东省滕州市教育委员会姓名权纠纷一案的请示》收悉。经研究，我们认为，根据本案事实，陈晓琪等以侵犯姓名权的手段，侵犯了齐玉苓依据宪法规定所享有的受教育的基本权利，并造成了具体的损害后果，应承担相应的民事责任。”最高人民法院的这一批复非常清楚地表明，其一，齐玉苓受到侵犯的是宪法规定的受教育权；其二，致害人承担的是相应的民事责任。可以这么说，最高人民法院的这一批复将我国宪法基本权利的私法效力问题，在新的历史条件下再度推到了前台。正是我国法治环境的巨大变化，特别是人们宪法意识、权利意识的普遍增强，使得这一早在20世纪80年代就在我国出现的问题，一下子引起人们的广泛关注。

实际上，我国宪法虽然不像有的国家的宪法那样明确规定了基本权利的直接效力，^{〔1〕}但是并不意味着我国宪法没有提供为法院直接适用的机理。宪法序言最后写道：“（宪法）是国家的根本法，具有最高的法律效力。全国各族人民、一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织，都必须以宪法为根本的活动准则，并且负有维护宪法尊严、保证宪法实施的职责。”如果我们不否认宪法序言的法律效力，那么上述规定就不仅仅具有宣告功能，而应当具有及于包括私法在内的各个部门法领域的法律效力。对宪法规定的如此理解，不

〔1〕 如《德国基本法》第1条第3款规定，下列基本权利，视为直接适用的法律，直接拘束立法、行政权力以及司法。

仅符合作为最高法规范的宪法精神，而且也符合世界范围内宪法基本权利效力向私法领域扩展，以便给私人利益以最广泛的法律救济的发展趋势。就我国宪政实践来讲，“随着市场经济关系的弥散与扩张，市场主体的联系与合作关系加深，市场主体间的私权秩序的维持亦显得尤为重要。带着深度广泛性的私权秩序已摆脱了传统民事主体的私权相对人秩序，进入众多交易对象、交易环节、交易方式的复合私权阶段，交易人及行为人之间的相对控制已显困难，亟须一种带有共同约束性的权力对广泛的私权行为进行控制。而可以借用的最直接的外部权力是公权，因为公权自身的强制性无疑可为私权秩序的维护起到保障作用”。〔1〕

既然基本权利有无私法效力的问题在我国已经是一个无论在理论上还是在实践中都无须再作无谓争论的问题，那接下来的问题是如何实现基本权利的私法效力，〔2〕即当公民的基本权利受到私人侵犯时，宪法基本权利条款如何发挥作用。

关于这一问题，有的学者通过对齐玉苓案及其司法解释的分析，认为违宪责任主体只能是享有公共权力的人，即立法机关、行政机关、司法机关、武装力量、政党以及被法律授予公共权力的社会组织和团体，普通公民不能成为违宪主体。宪法在处理公民之间的纠纷时，只是起到价值判断的作用。通过宪法的价值判断，进而追究当事人相应的具体的法律责任。〔3〕

有的学者认为，宪法效力的范围是有限的。在不允许忽视宪法效力的同时，我们必须防止把宪法效力扩大化的倾向。宪法作为国家的根本大法，其首要职能并不是给公民施加义务，而是保护公民的基本权利、规定并限制政府的权力，因而承担义务的主体只能是国家机构，而不可能是普通公民。在宪法诉讼中被告如果是公共官员，宪法具有直接效力，但是如果被告是私人公民，宪法则只有间接效力——或者通过议会根据宪法的授权与精神而直接制定适用的法律，或者通过影响现有立法的解释。总之，私人公民之间的关系通过普通法律而获得直接调整。宪法的直接效力在于调整公民与政府之间以及政府机构之间的法律关系，对于纯粹的私人关系只具备间接影响。基于此，该学者还认为，齐玉苓案及其司法解释虽然对推动中国宪法的司法化具有重要意义，但是，它不恰当地扩大了宪法

〔1〕 蒋安：“社会自治组织产生的法理透视”，载《法制日报》2002年11月21日。

〔2〕 有学者认为，哪些基本权利具有私法效力是宪法基本权利私法效力问题中的一个子问题。因此值得研究并通过个案的衡量与确定逐步加以解决。但笔者认为，随着基本权利由“国家取向”向包括私人在内的“多元主体取向”的发展，哪些基本权利具有私法效力的问题已经渐渐失去了意义，而不是因为问题太过复杂以及因基本权利的私法保障案件过少使得理论的完善缺少素材所致。参见张翔：《宪法权利之私法效力刍议》，2002年全国宪法学年会论文。

〔3〕 参见王磊：《齐玉苓诉陈晓琪案件的十大宪法问题的思考》，2002年全国宪法学年会论文。



效力的范围。^{〔1〕}

有学者认为，应当依据美国的“国家行为”理论，即国家行为是否存在被看作是宪法基本权利条款能否调控私人之间法律关系的标准。具体而言，只有在私人行为牵涉国家或者公共权力因素的情况下，宪法才具有完全的适用效力。如果私人行为与国家因素无关，宪法通常不适用于私法关系。虽然法院可以基于私人和国家之间的某种牵连关系将形式上纯属私人的行为转化为国家行为，但是如果通过对私人行为做最广义的解释仍然不能发现有国家因素介入时，即使宪法基本权利受到该行为的深刻影响，宪法仍然缺乏任何适用性。基于这样的认识，该学者认为，在齐玉苓案中，法院不适用内容具体的普通法律规范，而直接援引内容抽象的宪法基本权利条款显然不太妥当。因为在该案件中造成公民为宪法所肯定的受教育权损害的私人违法行为无从与国家或政府的作用相联系。该学者还特别强调，如果牵强地将该私人行为与国家或政府部门的不作为联系起来，那么任何私人行为都可以因为国家或政府对公民负有积极保障之责任而将其转化为国家行为，这样将会带来理论上的混乱和实践中的困窘。^{〔2〕}

有学者认为，在中国特定制度和社会现状下，宪法基本权利的私法效力问题应当作不同层次的处理。第一层次是民法规范的优先适用。其具体意义是指，在普通法已经将某项基本权利具体化的情况下，司法机关应当首先选择适用该普通法律规范，而不可径行适用宪法。第二层次是以宪法条款为阐释背景的民法概括条款的适用。其具体意义是指，对于纯粹私人之间的关系，如果斟酌一切具体私法规范都不敷适用，也即无法再依据民法排除公民基本权利被侵害的事实时，就通过适用民法的概括条款作为桥梁或媒介，将基本权利的精神贯穿落实到民法的规范中，使基本权利间接对私法关系发生效力。第三层次是基本权利条款的直接效力。其具体意义是指，当国家或者其他相关主体为私法上行为时，如果用尽了一切私法上的具体规定都无法制止其对公民基本权利的侵害时，可以直接援引宪法条款作为裁判理由。第四层次是宪法解释与立法。其具体意义是指，如果出现私法规范完全未对某基本权利作出规定的情况，因为此时问题的解决已经超出了司法权的功能空间之外，故只能通过宪法解释和立法的方法予以解决。^{〔3〕}

德国、美国等国家的理论以及国内学者的探讨，对我们切实有效地解决宪法

〔1〕 参见张千帆：《认真对待宪法——论宪法效力的界定及其对私法的影响》，2002年全国宪法年会论文。

〔2〕 参见徐振东：“宪法基本权利的民法效力”，载《法商研究》2002年第6期。

〔3〕 张翔：《宪法权利之私法效力刍议》，2002年全国宪法学年会论文。