

METHODOLOGY OF LAW

法学方法论丛书 舒国滢 主编

DF204
168

宪法基本权利 水平效力研究

THE STUDY OF THE HORIZONTAL EFFECT OF CONSTITUTIONAL RIGHTS

李秀群 著

中国政法大学出版社

METHODOLOGY OF LAW

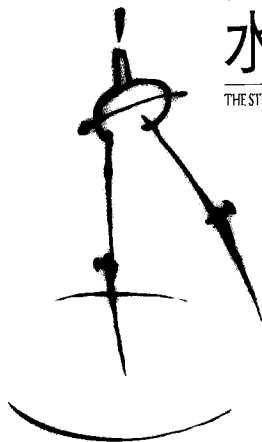
法学方法论丛书

舒国滢 主编

宪法基本权利 水平效力研究

THE STUDY OF THE HORIZONTAL EFFECT OF CONSTITUTIONAL RIGHTS

李秀群
著



中国政法大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

宪法基本权利水平效力研究 / 李秀群著. —北京: 中国政法大学出版社, 2009. 1

ISBN 978-7-5620-3321-9

I. 宪... II. 李... III. 宪法-权利-研究-中国 IV. D921.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第004767号

| | |
|-------|---|
| 书 名 | 宪法基本权利水平效力研究 |
| 出 版 人 | 李传敢 |
| 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 邮政编码100088 zf5620@263.net http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社) (010)58908325(发行部) 58908285(总编室) 58908334(邮购部) |
| 承 印 | 固安华明印刷厂 |
| 规 格 | 880×1230 32开本 10.125印张 215千字 |
| 版 本 | 2009年2月第1版 2009年2月第1次印刷 |
| 书 号 | ISBN 978-7-5620-3321-9/D·3281 |
| 定 价 | 28.00元 |

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题, 由本社发行部负责退换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

总 序

无论我们怎样“重新发现了人的心灵”，但我们无疑早已进入了“分析的时代”。这个时代的学者被迫在各种话语、多重立场和意见杂陈的喧嚣中找到冷静、客观、理性辩论的基点，为“心的概念”、可以接受的表达、正确的理解和沟通、可靠的知识建立起一个商谈的平台。

这样一种精神气质亦渐渐蔓延至法学研究者的日常作业之中，我们在哈特、德沃金、拉兹、麦考密克和阿列克西的作品中已经感受到法学分析和论辩本身所透现的“精致的风格”，而这种风格恰恰是法学这样一门学问自始不可或缺的。

现代的法律已经逐渐脱离原始法的直观、感性的想像，变得愈来愈抽象和晦暗不明，与工商时代的多种语境、关系和变数扭结在一起，形成了一个被多重意义、多种系统环境包裹着的系统。生活在当下的每一个人，哪怕是创造法律身形的立法者和专事研究的法学者亦难以窥览其复杂交织的全貌。不可否认，最优秀的法学者都会在这个利维坦面前显得局促和惶惑。我们似乎普遍具有前所未有的无力感。

其实，这也是一种挑战，一种像埃德加·莫兰（Edgar

II 宪法基本权利水平效力研究

Morin) 所称“复杂性的挑战”。复杂而混沌的法律问题要求我们的法学者学会“与不确定性一起工作”，在无序的、非常规的社会事件、法律案件以及语义模糊的法律条文所构成的“意义漂移的世界”寻找一种确定无疑的知识圭臬、商谈的规则和求解的答案。无论如何，在这个过程中我们一刻也离不开法学方法。尽管我们并非倡导“方法至上”（约翰·杜威语），但我们也惟有依靠方法才能使自己的信念逐渐通过证成转化为知识。

我们收录于“丛书”的作品并非是一眼即寻求到“法的目的地”的理论体系，它们大多只是尝试从某种方法、视域或立场出发探寻某个特殊法律问题的理论努力，它们所提供的或许只是一个可能的出发点、一种认识的可能性或者一个在众多理解中的一种理解。但我们希望有一份真诚的心情对待学术，并在法学方法论领域始终保守这一谨慎的态度。

舒国滢

2006年9月25日于北京

目 录

| | |
|----|--------------------------|
| I | 总 序 |
| 1 | 导 言 |
| 1 | 一、问题缘起 |
| 7 | 二、宪法基本权利水平效力的论域 |
| 13 | 三、论证理路 |
| 16 | 四、本书使用概念说明 |
| 16 | (一)人权、公民权、基本权和基本权利 |
| 21 | (二)主观权利和客观规范 |
| 26 | 第一章 宪法基本权利水平效力的概念 |
| 26 | 一、宪法基本权利水平效力的含义 |
| 26 | (一)定义 |
| 27 | (二)水平效力和相关概念的关系 |
| 35 | (三)宪法基本权利水平效力的理论内涵 |
| 37 | (四)宪法基本权利水平效力发展史略 |

2 宪法基本权利水平效力研究

- 41 二、宪法基本权利水平效力产生的背景
- 41 (一)基本权哲学理念变迁
- 47 (二)私人或者私法组织成为人权的义务主体
- 54 (三)公私法之间关系融合

- 63 **第二章 宪法基本权利水平效力产生的内在机理**
- 63 一、宪法基本权利在法律体系中的核心地位
- 63 (一)基本权利正当化的各个维度
- 68 (二)宪法基本权利的法律地位
- 71 二、宪法基本权利的双重性质
- 75 (一)作为主观权利的基本权
- 87 (二)作为客观价值秩序的基本权
- 89 三、宪法基本权利法律关系的分析框架
- 91 (一)被动身份
- 92 (二)消极身份
- 94 (三)积极身份
- 95 (四)主动身份
- 98 四、宪法基本权利的功能体系
- 99 (一)宪法基本权利的主观功能体系
- 104 (二)宪法基本权利的客观功能体系

| | |
|-----|------------------------------|
| 110 | 第三章 宪法基本权利水平效力的传统适用模式 |
| 113 | 一、直接水平效力 |
| 113 | (一)直接水平效力的理论与实践 |
| 122 | (二)对直接水平效力的批评 |
| 126 | 二、间接水平效力 |
| 126 | (一)间接水平效力的理论与实践 |
| 150 | (二)对间接水平效力的批评 |
| 153 | 三、国家行为模式 |
| 153 | (一)国家行为模式的理论与实践 |
| 162 | (二)对国家行为模式的批评 |
| 165 | 四、国家保护义务模式 |
| 165 | (一)国家保护义务的理论与实践 |
| 170 | (二)对国家保护义务模式的批评 |
| 173 | 第四章 宪法基本权利水平效力适用的新模式 |
| 175 | 一、宪法基本权利水平效力的问题实质 |
| 175 | (一)从结果中立看,各水平效力理论目的相同 |
| 177 | (二)司法权会僭越立法权吗? |
| 183 | (三)基本权水平效力的实质——基本权利冲突 |
| 187 | 二、弱直接水平效力模式 |
| 187 | (一)弱直接效力模式的概念 |
| 190 | (二)弱直接水平效力模式与其他模式的关系 |

4 宪法基本权利水平效力研究

- 199 三、弱直接水平效力的理论基点——保护请求权
- 201 (一)主观权利自身蕴涵着保护请求权
- 215 (二)从客观价值秩序导出个人的保护请求权
- 224 **第五章 弱直接水平效力的适用**
- 225 一、作为原则的宪法基本权利
- 226 (一)宪法基本权利规范
- 230 (二)宪法基本权利的规范结构
- 239 (三)宪法基本权利的原则特质
- 246 (四)原则和价值秩序的关系
- 250 二、宪法基本权利之间冲突的解决
- 251 (一)优先条件的选择
- 255 (二)价值衡量的方法——比例原则
- 264 **余论:弱直接水平效力在中国语境下的意义**
- 264 一、国内研究基本权水平效力的状况
- 265 (一)无适用说
- 266 (二)直接适用说
- 267 (三)间接适用说
- 268 (四)混合适用说
- 268 (五)假问题说
- 269 二、国内基本权利水平效力研究存在的问题
- 269 (一)意涵不清

| | |
|-----|--------------------|
| 273 | (二)论域错位 |
| 277 | 三、弱直接水平效力在中国实施的必要性 |
| 277 | (一)现实需要 |
| 279 | (二)救济渠道不足 |
| 281 | 四、弱直接水平效力在中国实施的可行性 |
| 281 | (一)规范基础 |
| 285 | (二)司法实践中具有可操作性 |
| 294 | 结 论 |
| 298 | 参考文献 |
| 311 | 后 记 |

导 言

一、问题缘起

当人类进入 21 世纪，回眸人权发展历程，我们不禁感慨人权研究成果蔚为大观，无论是在人权的哲学基础，还是在人权的主体、内容、保护与救济等方面都取得了重大突破。如果对人权研究历程作一宏观上的概括，大致可以分为三个阶段：人权的本体论阶段，主要研究人权的概念、正当性基础以及人权的来源；人权的认识论阶段，主要研究如何界定人权、人权的内容、人权与正义的关系、人权的共同标准等问题；人权的方法论阶段，主要研究人权如何实现、人权的保护与救济。这三个阶段与人权发展的历史脉络相对应，本体意义上的人权是在冲破神权和王权两大束缚之后，才回归到人自身的。人权首先萌芽于文艺复兴时期的人文主义运动，它唤醒了人的自觉、赋予了人主体性地位，如但丁在其著作《神曲》中首次使用“人权”一词，^{〔1〕}文艺复兴带来的直接后果是宗教改革，使人权从神权中解脱出来。后在古

〔1〕 罗玉中等：《人权与法制》，北京大学出版社 2001 年版，第 23 页。

2 宪法基本权利水平效力研究

典自然法理论学家的经典诠释下，人权又成为反抗王权的利器，作为资产阶级革命的重要成果，成为近代宪政主义的奠基之作，开启了人权时代。在这一时期，产生了一些经典的宪法性文件，最早可以追溯到1215年《自由大宪章》，虽然从权利享有主体来说，它还不是现代意义上的人权宪章，但其在内容上体现了人权的自由和平等理念、限制王权的精神。1628年的《权利请愿书》、1679年的《人身保护法令》和1689年《权利法案》也只是强调对王权的限制，而没有对人权的正当性问题作出规定，因此英国的这几个宪法性文件产生的时期只能算作人权的酝酿时期。而真正具有近代人权意义的文件则肇始于1776年美国《弗吉尼亚宣言》，其中规定：“人人生而平等，造物主赋予他们若干不可让与的权利，其中包括生存权、自由权和追求幸福的权利”。后来此宣言作为美国宪法修正案被赋予宪法地位。1789年法国《人权和公民权宣言》也明确强调了自然法意义上的人权、人权的天赋性和不可剥夺性。后来的1849年《德意志帝国宪法》、1850年《普鲁士宪法》也都重申了近代意义上的人权精神。

人权本体论只是解决了人权的存在问题，但对于人权的主体、内容、人权的标准问题都还悬而未决。因此人权的认识论成为这一时期的主题，在其后的100多年里，人权的享有主体从特殊主体到一般主体，再到弱势群体，妇女、儿童、残疾人、少数民族等逐渐被承认为人权的主体，虽然潘恩早就提出用 human rights 来代替 rights of man，但是真正落实到法律性文件，却是直

到埃里诺·罗斯福夫人起草《世界人权宣言》时。^[1] 人权的内容的演进也经历了三代，瓦萨克认为第一代人权以自由权为主要内容，第二代人权以经济社会权为主要内容，第三代人权是连带性权利，包括维护和平和保护环境，促进每个人的自由发展之权，这些权利的实现需要国际合作。^[2] 这一时期的成果主要体现在一些关于人权的国际性文件，对人权的主体、内容、标准做了相应的规定。如作为实现人类共同人权标准的《世界人权宣言》和随后的 A 公约、B 公约与议定书，以及后来的《德黑兰宣言》、《维也纳宣言》、《曼谷宣言》等国际性人权文件都是在诠释人权的标准和内容。这些为整个人类的人权发展作出巨大贡献的人权纲领性文件具有里程碑意义，在它们的指引下，人权之路开启了一个新的时代。在人权之光的照耀下，人权的内涵不断丰富和发展，人权已经成为一个整体性权利，由此出现了超越前三代人权的第四代人权——和谐权，它是对前三代人权的整合与升华。^[3]

人权从应然到实然并逐渐深入人心，但是人权状况是否达到理想状态，却值得怀疑。从大的方面讲，人类仍然处在一种不安全的状态之中，在我们的耳边充斥着恐怖主义、环境污染、核威胁等令人生畏的词语；从小的方面讲，各层面、不断翻新的歧视，无论是基于出身、经济地位，还是性别、种族、教育背景、

[1] [美] A. 罗森鲍姆：“人权的哲学导言”，沈宗灵译，载沈宗灵、黄楠森：《西方人权学说》（下），四川人民出版社 1993 年版，第 27～28 页。

[2] [澳] R. 里奇：“发展权：一项人民的权利？”，李鸣译，载沈宗灵、黄楠森：《西方人权学说》（下），四川人民出版社 1993 年版，第 282 页。

[3] 徐显明：“和谐权：第四代人权”，载《人权》2006 年第 2 期。

4 宪法基本权利水平效力研究

年龄等因素，在我们的身边处处皆是。这个世界究竟怎么了？人权是否失语？在这样一个人权理念已经有了很大提升的现代社会，我们为什么仍然无法充分享受人权，这不得不使我们反思，人权究竟有什么作用？人权是否仅仅是一些纲领性的宣言，抑或是人类的理想憧憬？因此，人权的保护和救济成为人权学者关注的主要问题，如《巴黎宣言》就人权的保护提出建立相应的国内人权保护机构。虽然国际人权保障机制、区域性人权保障机制，以及专门的条约性人权保障机制对于人权的保护做了相应的规定，但是这些内容最终的落实仍然要通过国内法律机制得以实现，所以立足于国内人权保障机制，对人权保护和救济具有重要的现实意义。人权在国内意义上主要表现为宪法基本权利，以宪法典的形式或者是宪法性宣言的形态而存在。

人权，或者说是宪法基本权利，自其诞生以来，就是以对抗国家的面目而存在的。按照古典自由主义的观点，人权的义务主体是国家，它是为了约束国家这个“利维坦”，避免其无所不能的权力肆意侵害个人，防止它们的权力不依照正当程序任意侵犯人身权利、财产权利。人权的基本功能是为了调和两个主体之间因地位不平等所造成利益分配上的不均衡。弱势的单个人是人权的权利主体，对个人来讲，人权是无义务的，从这层意义上讲，人权是一种具有直接效力的权利，而不具有水平效力。也即，人权只能在私人与国家的法律关系中适用，在私人之间则不能适用人权。古典政治自由主义之所以有如此见解，和他们所处的时代是分不开的。作为一种思想启蒙和革命的宣言书，古典自由主义的权利观是在反抗专制主义的历程中逐渐形成的，是人不断从束

缚中解脱出来的斗争武器。并且，在启蒙思想家所处的时代，人是一个受世俗和神权双重束缚的非独立的人，因此在这种专制的压迫境域下，呼唤人的自主与独立，摆脱各种束缚，回复到人的自然权利状态，就成为他们的理想目标。从这个意义上讲，人权属于公法意义上的权利。然而，随着民主革命的胜利，按照启蒙思想家所设想的民主制国家的建立，在专制意义上无所不能的利维坦已经不复存在。相反，随着社会、经济的发展，出现了一些侵害个人权利的新的组织形式——一些大型企业或者集团。由于经济实力的膨胀，他们在私法关系中始终处于优势地位，如果再坚持传统意义上的私法自治或者契约自由原则，则必将会损害处于弱势地位的单个人，这就产生了对基本权利私法效力的现实呼唤。

综上所述可以看出，人权理论是一个动态的发展体系，不是僵硬的、静止的，随着社会条件的不断变化，必然又会出现新的、不同内容的权利，每一个时代必然有适应自己时代的人权概念。对人权的发展历史进行一番考察后，不难发现，每一项权利的产生都是针对同时代对个人基本权利的危害而产生的。如果人权能够存在并继续发展，就必须使它适应新产生的各种威胁。正如杜兹纳所言，“人权传统从古典的反习俗的自然起源到现代为了政治解放，和人的尊严反国内法的斗争，人权的传统一直表达的是‘尚未实现的未来希望’。”^{〔1〕}人权的发展历程也表明，业已产生

〔1〕 [美] 科斯塔斯·杜兹纳：《人权的终结》，郭春发译，江苏人民出版社2002年版，第152页。

6 宪法基本权利水平效力研究

了许多人权新观念。首先，从人权的理念来讲，出现了多元的人权理论，自由权理念的人权与社会权理念的人权观念并存。其次，人权以宪法作为媒介，成为法律价值体系中最高位阶，对所有法领域具有辐射效力。第三，个人不仅是人权的权利主体，而且是人权的义务主体，由此产生了人权的第三人效力或水平效力理论。第四，人权可以作为直接现行法，在司法裁判中得以援引。第五，人权作为客观基本权利的指引原则或制度性保障，作为基本权秩序的人权可以弥补国内普通法律缺失所造成的法律漏洞。^{〔1〕}

今天，如果我们仍坚守传统见解，把人权仅仅局限在个人与国家的垂直效力关系上来认识，那么必然会存在许多人权保护中的漏洞。由于人权是维持人的基本生存和人的尊严所必不可少的权利，所以人权的实现并不仅仅是国家的作为或者不作为义务，即不能仅表现在个人与国家权力的关系层面之上，尚需要国家以外的私人主体、社会组织充分尊重人权。长期以来，国家可能造成人权侵害的行为日益受到重视，并有相应的防范措施和救济程序，而对于日常生活中侵害人们基于人类尊严的价值和利益的私人行为，由于其隐蔽性往往缺乏有效的救济。对人权的侵害和压迫，在现代社会已经不仅来自于强大的国家公权力，而且在私主体所构成的市民社会内部也会产生。如果我们今天仍仅把国家视

〔1〕 Heinrich Schöller: “人权之变迁”，陈春生译，载《月旦法学杂志》2002年第80期。

为压制人权的唯一主体，那么就简直成了无视社会现实的形式主义。^{〔1〕}“权利毕竟既不是一只枪，也不是一台独角戏。它是一种关系，一种社会惯例，而在那两者的根本方面，它是关联性的一种表达，权利是一些公共的主张，既包含针对他人的资格要求，也包括对他人所负的种种义务。”^{〔2〕}

二、宪法基本权利水平效力的论域

宪法基本权利的水平效力，本质上属于法教义学范畴，实质上是宪法解释与适用的问题，即是对法律文本所进行解释和体系性整理，目的在于解决具体适用中的问题。^{〔3〕}宪法是一个纲领性的、政策性的宣言，还是人们基本权利保护的“圣经”？这取决于宪法能否在司法中适用。宪法作为人们权利的保障书，已经不再是启蒙时代的宣言书，而是现代社会的维权宝库，许多法律中没有具体规定的基本权利都可以从人的尊严这个绝对原则中推出。因此，如何解释和适用宪法，也就成为现代民主国家所普遍关注的基本问题。宪法解释与适用在问题意识与方法上，必须符合合法教义学的要求。下面简要对法教义学做简单的介绍，以理解

〔1〕 参见〔日〕浦部法穗：“基本人权总论”，武树臣、李鸣译，载沈宗灵、黄楠森：《西方人权学说》（下），四川人民出版社1993年版，第73～74页。

〔2〕 〔德〕哈贝马斯：《在事实与规范之间》，童世骏译，生活·读书·新知三联书店2003年版，第110～111页。

〔3〕 Walter Schidt, *Grundrechte – Theorie und Dogmatic seit 1946 in Westdeutschland*, S. 211f. 转引自张嘉尹：“基本权理论、基本权功能与基本权客观面向”，载翁岳生教授祝寿论文编辑委员会编：《当代公法新论》，元照出版有限公司2002年版，第42页。