

# 私法和基本权利：一个怀疑的视角

杨斯密（Jan Smits）程雪阳译<sup>1</sup>

## 1 简介

有关基本权利对私法的适用是一个争论不休的问题。在过去十年间，许多国家都见证了基本权利对合同法、侵权行为法和财产法的影响日益增强的趋势。这种发展，有时候被称为“私法‘宪法化’”（constitutionalisation），通常被视为是非常有益的。<sup>2</sup>允许基本权利对私人主体之间的关系进行调整看起来是一个比较不错的想法。然而，将那些被认为是处理国家和公民关系甚为公平的普遍标准亦适用于私人主体之间则是值得怀疑的，毕竟基本权利最初被规定时只是为了处理国家与公民之间的关系。本文的目的是回顾私法宪法化的可取性以及这种发展带来的不利影响。因此我无意描述该领域的现状；相反，我将重点关注基本权利影响的规范性的问题，并试图探索适应这种影响的最佳路径。

这里应当做出两个重要的限定。首先，私法宪法化的现象通常是与判例法相联系的；特别是一国的法院在判决中越来越多地参引基本权利已经受到了人们的普遍关注；本文同样以这样的论题为限；我将不会讨论一国立法机关有时在该领域所起到的深远影响。其次，不关注像个人的自由迁徙权利这样的被称作欧洲自由权利的问题，因为这些自由同样受到了来自一国立法机构的巨大影响。尽管这种影响有时候同样是以“宪法化”这样的措辞来出现，但是在这里将不会被讨论。<sup>3</sup>

本文将遵循以下的结构。下一部分将致力于对私法宪法化概念的界定。应该说，在讨论它的价值之前界定其到底意指何种含义是非常重要的。第三部分是本文的重点——即为什么在我看来基本权利在私法判例法中仅仅具有有限的价值。最后，在第四部分，我得出一个一般性的结论是，在民事案件中宪法权利仍有一定的适用空间。

## 2 什么是“私法宪法化”

一般而言，私法宪法化可以被描述为最初调整国家与公民之间关系的基本权利现在越来越影响到私人主体之间的关系。这些权利可能会以成文法的形式被明确规定到一国宪法或者是一部人权公约（如欧洲人权公约）中，也可能是以不成文法的形式出现。当然，这种界定是相当宽泛的；它至少需要从两个不同的方面进行提炼。首先存在的问题是，当人们在讨论宪法化的过程时到底意指私人主体之间何种类型的关系。其次，由于这个定义无法

---

<sup>1</sup>Jan Smits为荷兰马斯特里赫特大学法学院欧洲私法教授；2005-2006学年，在美国路易斯安那州做访问学者；1999年担任马斯特里赫特大学法学院副院长、欧洲私法学术带头人。2008年受聘于荷兰蒂尔堡大学欧洲私法学术带头人、校理事会成员、蒂尔堡国际比较法研究中心主任。同时受聘于比利时鲁汶大学、列日大学、美国路易斯安那州立大学客座教授，阿姆斯特丹上诉法院荣誉法官。电子邮箱：[ian.smits@uvt.nl](mailto:ian.smits@uvt.nl)

程雪阳（1984—），男，山西稷山人，郑州大学法学院2006级硕士研究生，研究方向为法理学、宪法学。需要说明的是，尾注为译者自己所加。本文的翻译受到了南开大学宋华琳博士的热情帮助，是他提供了本文的英文原稿，郑州大学苏彦新副教授对本文的翻译给予了颇多指导。本文的很多细节曾与张式杰、方波等同学进行过探讨，在此一并表示感谢，当然，同样需要感谢的是Jan smits教授，是他的热情支持和版权授予本文才能得以发表，当然，翻译中的所有责任仍然有我本人承担。电子邮箱：[zzdx\\_222@sina.com](mailto:zzdx_222@sina.com)

<sup>2</sup>这一术语被众多学者使用。比如，巴塞尔·马克斯尼斯（Basil Markesinis）：Comparative Law — A Subject in Search of an Audience; Modern Law Review 53(1990).p.10; 加布里埃拉·沙莱夫(Gabriela Shalev), Constitutionalisation of Contract Law, in : A. Gambaro and A.M. Rabello (eds.), Towards a New European Ius Commune, Jerusalem 1999, p.205;里德勋爵（Lord Reed, The Constitutionalisation of Private Law in Scotland, Electronic Journal of Comparative Law Vol.5.2 (May 2001).

<sup>3</sup>关于该问题的详细讨论可以参见：T.O. Ganten. Die Drittwirkung der Grundfreiheiten, Berlin 2000.

告知人们应当如何确切地理解基本权利的“影响”，因此其是相当模糊的。

首先需要提炼的是关于私法和基本权利飞速增加的文献资料。<sup>4</sup>“宪法化经常被归结为基本权利在合同法、侵权行为法和财产法领域影响的不断增加。家庭法（Family law）则通常被人们所忽视。当然，欧洲人权公约第8条对‘家庭生活’的保护已经十分深入地渗透到欧洲大多数国家的法律体系中了，<sup>5</sup>但是，当有人谈起私法的宪法化时，这是一个非常好的理由将家庭法抛在一边。由于家庭法在很大程度上具有公共政策考量的特征，这使得它很难跟私法的其他领域相比较，因为在这些领域私法自治是非常重要的。除了这一点，谁都无法否认在过去数十年间发展起来的宪法化的争论，最初偏偏是由忽视了公法学界已经发展出非常发达的“人权的对个体效力”（horizontal effect）<sup>①</sup>和国家的‘积极责任’的私法学者挑起的。<sup>6</sup>尽管它来自一个不同的视角，但是这些学说所要解决的问题和我们所关注的宪法化争论是完全是一回事；如果这个事实被忘记的话，那是相当不幸的。从私法与公法的边界对该问题进行学术研究，对公法和私法来说都是有利的。

其次，区分基本权利对私人关系产生影响的各种不同路径是非常必要的；这种区分不仅依赖于法律领域（合同法、侵权行为法和财产法）和适用基本权利的主体（立法者或者法院），而且还依赖于论证的方法。为了说明这一点，举一些宪法化的例子应该是非常有用的。

在合同法领域，基本权利的影响特别明显的表现在单方有偿合同（onerous, one-sided, contracts）案例上。像合同自由和人格尊严这样的基本权利能够被用来认定一个合同对于相对弱势一方是无约束力的。关于这一点可能最为著名的案例<sup>7</sup>是德国宪法法院所裁决的Burgschaft案。<sup>8</sup>该案中，一家银行为一位商人提供了100,000马克（大约折合50,000欧元）的贷款。但是贷款合同时规定，该商人的女儿到了21岁必须向银行履行个人保证条款。这个女孩同意了且在作为保证人在合同上签了字。当时，银行的职员告诉她，她需要签署合同以方便银行的档案管理，而她自己不会因此而承担任何主要的责任。当过了一些年之后，女孩的父亲破产了，银行向这个女孩索赔100,000马克。她拒绝支付，并宣称她当时并不知道当初签署这份合同会导致今天这样的结果。德国最高法院（The Bundesgerichtshof），即德国民事案件的最高级别法院认为合同就是合同，银行可以援引该保证合同。但是这个女孩成功地上诉到德国宪法法院：她宣称民事法院忽略了德国宪法，特别是她所享有的人格尊严（宪法第1条）和意思自治（party autonomy）的权利（宪法第2条）。在这方面，考虑她的个人情况是非常重要的：她是一个文盲，而且大多数时间没有工作；即便是她拥有工作，她所能够获得的收入也超不过1150马克（500欧元）。如果银行强制执行这份合同，那么她只能依靠最低限度的生活费来惨度余生，因为仅仅就利息而言，100,000马克每月的利息高达708马克（350欧元）。依照其先前做出的基本权利具有间接效力的判例，宪法法院认为，如果合同双方当事人是在讨价还价的力量方面出现结构上不平衡而导致一个单方有偿合同的话，那么民事法院必须运用私法的一般条款来解决该合同纠纷

---

<sup>4</sup> 对于该问题的一般性评论请参见：Claus-Wilhelm Canaris, *Grundrechte und Privatrecht*, Berlin 1999和Daniel Feiedmann and Daphne Barak-Erez (eds), *Human Rights in Private Law*, Oxford 2001. For Dutch law S.D. Lindenbergh, *De constitutionalisering van het contractenrecht*, *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2004, p.977ff. J.H.Nieuwenhuis, *De constitutie van het burgerlijk recht*, *RM Themis* 2000, p.203ff and J.M. Smits, *constitutionalisering van het vermogenstecht*, Deventer 2003.

<sup>5</sup> 请参见：Francis G. Jacobs and Robin C.A. White, *The European Convention Human Rights*, 2<sup>nd</sup> ed., Oxford 1996, p. 122ff. and the special issue of *Rabels Zeitschrift* 63(1999), p.409ff.

<sup>6</sup> 也可以参见：Tom Barkhuysen and Michiel van Emmerik 在“*Constitutionalisation of Private Law*”（《私法宪法化》）一书中的文章。“*Constitutionalisation of Private Law*”, Tom Barkhuysen and Siewert Lindenbergh (eds), Martinus Nijhoff Publishers, 2006.

<sup>7</sup> 关于这方面有很多案例，例如，可以参见，*Bundesverfassungsgericht* 81, 242, *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 1990,1469 (*Handelsvertreter*) and *Bundesverfassungsgericht* 103, 89, NJW 2001, 957.

<sup>8</sup> *Bundesverfassungsgericht* 1993年10月19日, NJW1994, 36 (*Bürgschaft*).

（比如合同的规定与诚实信用或者良善道德相冲突）。如果一个民事法院不这样做，那么它可能触犯了由德国宪法第1条所保护的人格尊权利。

在这样的案例中，基本权利是通过一种隐晦的方式对私人主体之间关系产生影响：它们间接的适用，意味着它们的重要性仅仅是通过私法的规则来加以体现。像诚实信用、良善道德和公共政策这样的开放式概念（open-ended）被这些基本权利所填充，而且越来越多私法上的规则被认为是基本权利在私人主体之间的适用。宪法的间接效力学说现在被包括德国，<sup>9</sup>荷兰，<sup>10</sup>英国<sup>11</sup>和南非<sup>12</sup>在内的越来越多的国家所接受。

第二种类型则意指基本权利对合同法的重要性。这些权利不仅能启发我们应当如何对私法规范进行解释，它们同样能够以一种更加直接的方式限制合同自由。即便是一国的宪法中没有明确的规定，合同自由本身即可以被视为是一种基本权利。<sup>13</sup>但是对于该项权利应当受到诸如言论自由、宗教自由或者身体完整性等其他基本权利的制约的观点同样为人们所广泛接受。人们普遍认为，如果合同中有一方当事人放弃了他或者她的宗教自由，那么该合同由于违反了一项基本权利而不能被强制执行。大量的判例法证实了这种看法。以荷兰的新教联合会诉洪格（Protestant Association v. Hoogers）一案为例，<sup>14</sup>一个土地所有者将自己的土地租给一个土地承租人，但是该合同成立的条件是承租人必须始终积极地参加新教教会的活动。在过了许多年以后，由于土地承租人加入了（基督教）耶和华见证人（Jehovah's witnesses），土地所有人立即终止了土地租赁合同。法庭认为该附条件合同的条件由于违反了宗教自由，因此不能被强制执行。

在侵权行为法领域，基本权利的影响表现为多少一点不同的方式。在传统上，由于我们通常所说的人格权利的保护依赖于侵权行为法，因此侵权行为法被认为是同基本权利影响最为密切的领域。对身体完整性或者隐私权的侵犯是典型的既对人权构成侵犯，又同时构成侵权行为。人们也可以这样说，基本权利在侵权行为法中发挥特殊且巨大影响的原因是因为侵权行为法本身在很大程度上是一个强制性法律，且同人们的一般利益密切相关。<sup>15</sup>

除了这些较为传统的案件，在现在的侵权行为案件中，基本权利常常被用来作为甄别是否属于人格尊严的标准。这特别表现在像“不当出生”（wrongful birth）<sup>②</sup>这样的面临道德困境的案件。由于需要裁决一个健康孩子的父母能否就孩子的损害向对孩子的出生负有责任的人请求赔偿，像其他国家的同行们一样，德国、英国和荷兰的最高法院都已卷入到人格尊严与一般的人格权关系的普遍争论中（参见以下3.3部分）。<sup>16</sup>此外，尽管案件中精神损害是否应当得到赔偿在法律上还没有明确的规定，但是对受害者个人权利应当受到保护的争论已经可以被提出。<sup>17</sup>

<sup>9</sup> Bundesverfassungsgericht 7,198, NJW 1958, 257 (Lüth) and compare Christian Starck, Human Rights and Private Law in German Constitutional Development and in the Jurisdiction of the Federal Constitutional Court, in: Friedmann and Barak-Erez (eds.), o.c., p.98

<sup>10</sup> 更为全面的评论请参见: Smits, p.30 ff.

<sup>11</sup> 参见: Hugh Beale and Nicola Pittam, The Impact of the Human Rights Act 1998 on English Tort and Contract Law, in Friedmann and Barak-Erez (eds.), o.c., p.137.

<sup>12</sup> 参见南非宪法第8条 (on which Smits, o.c., p. 41; cf. Du Plessis and others v. De Klerk and another, [1996] 3 South African Law Reports 850.

<sup>13</sup> 对于人格权 (personality) 作为一般权利的组成可以参见 Bundesverfassungsgericht 8, 274, NJW 1959, 475 (Preisgesetz); compare Shalev, o.c., p. 211 and Smits, o.c., p. 67ff.

<sup>14</sup> Court of Appeal Arnhem 1948年10月25日, Nederlandse Jurisprudentie (NJ) 1949, 331 (Protestant Association v. Hoogers).

<sup>15</sup> 参见: Christian Von Bar. The Common European Law of Torts, Vol.1, Oxford 1998, p. 577 and Christian Von Bar, Der Einfluss des Verfassungsrechts auf die westeuropäischen Deliktsrechte, *Rechtszeitschrift* 59 (1995), p.207. On this: Smits, o.c., p.120.

<sup>16</sup> 参见: Walter van Gerven, *Ius Commune Casebooks: Tort Law*, Oxford 2000, p.92ff.

<sup>17</sup> 参见: the German cases published in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (BGHZ)* 26,349 (Herrenreiter) and 35,363 (Ginseng) and for Dutch law for example A.J.Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon*, Nijmegen 2002, p. 387ff. and Hoge Raad 2005年3月18日, *Rechtspraak van de Week*

在财产法中，宪法化的过程通常与《欧洲人权公约》第一议定书第一条所提供的保护密切相关。<sup>18</sup>在处理私人关系的案件中，法院依据本国的宪法来为财产权提供保护是相当罕见的。<sup>19</sup>当然，这是非常符合逻辑的，因为在国家层面上，对于财产权的保护来说，私法性法律能够提供比宪法更为细致全面的规范。

### 3 基本权利对发生在私人主体之间的案件的裁决只具有有限的价值

#### 3.1 简介

如果我们试图寻找上述案例的共同性，那就是法院通过不断援引基本权利来帮助其裁决案件。即使是存在有效的规则——这些规则传统上属于私法的范围，法院仍然倾向于从基本权利中寻找理由。需要回答的问题是如何来评估这种发展趋势。如何来看待运用基本权利来处理私人主体之间的关系？这种推理的转向是否应当得到积极地评价？从总体上来说，大致存在三个理由可以用来解释为什么人们应该怀疑这样的发展趋势。

#### 3.2 第一个理由：推理的辅助性

认为基本权利价值有限的第一个理由是，因为其自身对私法的影响仅仅具有间接的效力。在第2部分中，我们已经说明了，间接效力学说意味着基本权利只能通过私法的规则来发挥其重要性。这也意味着从本质上来说，在处理私人主体之间的纠纷时，私法规则要优先于基本权利。私法可以按照基本权利来解释，但是在最后却并不被这些权利所吸收；私法规则仍然决定着案件的裁决。如果人们对此持有不同意见，进而抛弃现有知识框架下对该问题最好的解决路径，那么结果将适得其反。运用建立于宪法基础之上的对财产权保护的新规则来代替现有的民法对财产权的保护，那将会是什么样子？如果两个邻居之间发生一场冲突，其中的一方可以当然地诉诸他们对财产的基本权利来解决这场冲突，这实际上是一种倒退，因为他忽略了已经非常完善的关于滋扰和邻居间应当如何相处的规则。在我看来，在一定意义上，间接效力学说的本质是承认现存的私法已经成为基本权利价值的一种表达，因此人们应当适用私法而不是基本权利。这意味着在大多数的情况下，诉诸基本权利并不能够提供任何额外的东西。

Bürgschaft案对这样的观点提供了一个很好的例证。德国宪法法院认为民事法院仅仅适用私法是考虑到宪法的价值已经隐含在这种私法之中。<sup>20</sup>法院所赖以适用的所有法律都必须具有有效性，例如，在诚实信用和良善风俗的规则之中它们自身已经隐含了宪法的价值追求。如果法院依照普通法律可以很好的处理案件的话，那么单就一点，它也没有必要转到宪法上寻求帮助。其他国家与Bürgschaft案相似案例的判决也支持了这一观点。荷兰的判例法显示，银行应当简要地告知这个女孩保证人身份所可能带来的风险。在英国的法律中，上议院同样认为，银行在签署合同之前，应当告知弱勢的参与一方签署担保合同所可能会带来的风险。<sup>21</sup>

辅助性的理由使得以下的观点十分明确，即私法已经在私人之间界定了一个公平社会

---

2005,42 (wrongful life).

<sup>18</sup>参见：T.Barkhuysen et al, *De eigendomsbescherming van art.1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlandse burgerlijk recht*, Deventer 2005; Jan-Peter Loof (ed.), *The right to property*, Maastricht 2000.

<sup>19</sup>并不是每一个国家的宪法都提供财产保护。德国基本法第14条和比利时宪法第16条对财产权提供了这样的保护。然而，荷兰宪法的第14条只是暗示性的承认了这项权利；在法国，1958年宪法承认1789年《人权宣言》所确立的财产权是“神圣和不可侵犯的权利”。（“the Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen of 1789 with its property as ‘droit inviolable et sacré’” .）

<sup>20</sup> Thus loyal to its Luth-decision (参见本文的第2部分)，在这里，基本权利被认为创造了一个客观价值秩序 (objektive Wertordnung).

<sup>21</sup>参见：Hoge Raad 1 June 1990, NJ1991,759 (Van Lanschot/Bink) and Barclays Bankplc v.o’Brien [1994] 1 Appeal Cases 180, on which Olha Cherednychenko, *The Constitutionalisation of Contract Law: Something New Under the Sun?* in: Jan Smits and Sophie stijns (eds.), *Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen 2005, p.231ff.

的价值。即便在南非，人们将1996年的新宪法作为实现社会公正的一个“发展工具”（development tool），<sup>22</sup>但却仍然对私法可能最终被宪法权利所吸收表示担忧。然而，如果我们适当地加以概括的话，正确的观点应当是南非宪法法院Kentridge法官曾表示过的那种意见，他认为：“我将把它（推理的辅助性原则）作为一项裁决的普遍原则，该原则对任何尚没有上升到宪法性问题的案件都具有裁决力，包括民事或者刑事案件在内，而这正是法院所应当遵守的。”<sup>23</sup>

### 3.3 第二个理由：基本权利不能提供足够的指导

我对基本权利在私法问题的适用表示怀疑的第二个理由与这种权利的弥散性特征（the diffuse character）有关。它们不能为裁决一个具体的案件提供足够的指导。我们应当记住，如果一个私法上的主体援引基本权利的保护（比如：隐私权），那么其他主体同样可以经常援引另外一个基本权利（在这个案件中可能是言论自由权）。在Büttschaft案的判决中，这个女孩诉诸人格尊严或者她自己为践行私人自治而享有的权利，但是作为答辩方的银行却也可以援引它自己的主体性或者合同自由。解决基本权利之间的冲突困难是非常大的。事实上这些私人主体之间的权利同样被我们视为是这个社会正义概念的体现：我们既承认个体自治性的价值，同样也承认人格尊严的价值。但是对于这些私法当事人来说，究竟何种权利应当更为重要往往是模糊的，而且不管怎么样，在涉及到宪法权利自身位阶的时候，我们往往无法做出决定。平衡一个案件中两个对立私法当事人的权利冲突是典型的一个私法实践。<sup>24</sup>

基本权利只能提供有限指导可以通过参考“不当出生”案来加以说明。<sup>25</sup>即使是英国、德国和荷兰的最高法院提及健康儿童的一般人格权同人格尊严有关这样的观点，并在此基础上来判决其父母是否具有就儿童所遭受的损害要求赔偿的权利，那也不能说基本权利为法院裁决此案提供了一个可以依赖的准则。因为1980年，德国联邦最高法院（Bundesgerichtshof）已经允许对这种为了抚养孩子而遭受的损害进行索赔，它并没有太多地关注人格尊严的理由。<sup>26</sup>联邦宪法法院第一庭（the first senate of the Bundesverfassungsgericht）持有同样的观点，<sup>27</sup>但是在一起堕胎案的审理中，<sup>28</sup>联邦宪法法院第二庭却坚持把小孩的存在作为损害发生的基础，认为“不当出生”违反了人格尊严因此也就违背了德国宪法的第一条。这种关于何为人格尊严的需求的不确定性——是否人格尊严应当完全扮演一种角色——同样可以通过比较荷兰和英国的不当出生案例而显而易见。当荷兰的最高法院（Hoge Raad）允许不是基于孩子自身受到伤害，而是基于对抚养孩子的费用就可以进行索赔时，<sup>29</sup>英国上议院表达了相反的观点。在麦克法兰案（MacFarlane）中，<sup>30</sup>斯坦勋爵（lord Steyn）指出：

“从本能意义上来说，经常漂泊的流浪汉（the traveler on the Underground）可能会认为侵权行为法没有义务（no business）为一个健康孩子的出生提供法律上的补救措施，尽管这个孩子在我们看来是非常宝贵和美好的事物。（……）根据分配正义的原则，我认为我们的侵权行为法并不允许一个健康但意外出生（unwanted）的孩子的父母向卫生部门

<sup>22</sup>参见：Hanri Mostert. Die invloed van die grondwetlike eiendomsklousule op die eiendomskonsep in die Suid-Afrikaanse reg, in: Jan Smits and Gerhard Lubbe (eds.), Remedies in Zuid-Afrika en Europa: bijdragen over privaatrecht en constitutioneel recht in Zuid-Afrika, Nederland en België, Antwerpen 2003, p.119.

<sup>23</sup> 宪法法院，S.v.Mhlungu,[1957] Butterworths Constitutional Law Reports 793, per J. Kentridge.

<sup>24</sup> 这种观点同样为Bydlinski所持有：参见 F. Bydlinski, Kriterien und Sinn der Unterscheidung von Privatrecht und öffentlichem Recht, Archiv für die civilistische Praxis 194 (1994), p. 319ff.

<sup>25</sup> 同样参见本文的第2部分。

<sup>26</sup> Bundesgerichtshof, NJW 1980,1450.

<sup>27</sup> Bundesverfassungsgericht 96,375, NJW1998,519 (Sterilisation)

<sup>28</sup> Bundesverfassungsgericht 88,203, NJW1993,1751(Schwangerschaftsabbruch II)

<sup>29</sup> Hoge Raad 1997年2月21日, NJ1999,145.

<sup>30</sup> MacFarlane and Another v. Tayside Health Board, [1999] 4 All ER 963.

或者一个医生要求赔偿这个孩子的抚养费。（……）”

我的观点是，人格尊严的概念或者说这个孩子是一个“非常宝贵和美好的事物”从内在上来说就是模糊的。它可以对一个案件形成合理的判决结果起到重要的作用，但是它绝不会成为判决一个案件决定性的理由。各国最高法院在这一点上的各种不同观点就是证明。

现在，还有人还可以主张，用“不当出生”案作为例证并不合理，因为“人格尊严”也许是基本权利里面最为模糊的概念，而如果其他基本权利被运用的话，那么它们将提供明确地指导。这种观点是错误的。这可以通过提及出版自由与隐私权这两个具体的基本权利之间的冲突的例证来加以说明。在这一方面，德国和荷兰都曾经判决过一个相似的案件。在两个案件中，都是一个罪犯被宣判了一个相当长的刑期。在犯罪和审判期间，这个案件被广泛报道而且罪犯的照片被公布在全国性的报纸之上。在审判结束的数年之后，出现了这样的问题，即再次出版这些照片是否是侵犯了该罪犯的隐私权。荷兰最高法院判决认为应当以隐私权优先来解决这种发生在出版自由和隐私权之间的冲突。<sup>31</sup>德国联邦宪法法院虽然也采用了一种相同的论证路径（即采取在出版自由和隐私权之间进行权衡），但是却坚持一种相反的观点，认为出版自由应当优先于隐私权。<sup>32</sup>我的观点是，人们在私法案件中诉诸基本权利，这些权利却并不能对法院的审判提供其需要的指导。

### 3.4 第三个理由：私法当事人之间并不受基本权利约束

上文所讨论的两个理由从本质上讲都是技术性的：它们所研究的是基本权利在一个法院进行案件判决时所起的作用。对于为什么基本权利在私法中的有限作用来说，第三个理由是一种实质性的（substance）理由。作为一个原则问题，它否认私法上当事人之间受基本权利的制约。任何其他观点都将违背私人主体的自主性。为了证实这一观点，我们不妨从历史的角度首先来审视公法和私法的划分，然后提供一些相关的例子。

基本权利的功能同公法与私法的划分密切相关，而公私法的划分在过去两世纪中得到很大的发展。在这其中，应当首推孟德斯鸠对于公私法的明确划分。他区分了由民法（lois civiles）统治的私人领域和由政治法（lois politiques）统治的公共领域<sup>33</sup>。私人领域（私人主体）所关注的主题并不同于国家，仅仅由于这两个领域的分离，私人主体的自由领域就可以被构建起来。其所带来的结果是私人主体无须追逐公共利益：他们是自治的，而且可以依照他们对正义的理解来做出自己的选择。正是私法创造了这种可能性。在公共领域，这些私法上的主体可以被强制尊重他们并不喜欢的决定；但这之所以是正当的，是由于这些决定是通过民主的立法程序而做出的。

在这样的传统观念中，基本权利的功能是防止公共权力插手私人之间的事务：即便是公共利益的需要，国家也不能经常介入私人领域。基本权利保护这种自由的领域。而尤其需要指出的是，约翰·洛克（John Locke）<sup>34</sup>详细地阐述了相对于国家而言基本权利是不可被剥夺的权利这一观念。这种观念实际上是遵循着这样一种看法，即基本权利的本质属性是它们控制着国家的权力。基本权利在私人关系上的强制性适用并找不到其正当性，基本权利可以被强制性地适用于国家的理由对其并不适用。它同样可以解释私人主体为何不能被基本权利所约束。至多是他们受隐藏在基本权利背后的价值约束——这是间接效力学说的核心，而这些价值同样是私法秩序的一部分。这就是为什么私人主体有时候需要遵从平等原则或者隐私权的保护的原因——因为这些价值同样是市民社会个人之间分享的价值的一部分。欧内斯特·J·温里布（Ernest J. Weinrib）教授<sup>®</sup>则完成了以现

<sup>31</sup> Hoge Raad 1994年1月21日，NJ1994,473 (Ferdinand E. Spaarnestad).

<sup>32</sup> Bundesverfassungsgericht 35, 202;也可以参见Christian Von Bar, Der Einfluss des Verfassungsrechts auf die westeuropäischen Deliktsrechte, Rabats Zeitschrift 59 (1995), p. 227.

<sup>33</sup> 参见孟德斯鸠：《论法的精神》（De l'Esprit des Lois）（1748），特别是在Book XXVI, Chapter XV and XVI (GF-Flammarion-edition, Paris 1979: part II, p.193ff.)

<sup>34</sup> 洛克：《政府论》（Two Treatises of Government）（1690），特别是在Book II（P. Laslett (ed.) revised edition, New York 1965.

代视角来对公共利益和私法之间的本质不同进行解说的任务。<sup>35</sup>在温里布看来，对法律与政治以及于此相关的矫正正义和分配正义进行明确区分是非常有必要的。分配正义是政治的最终目标，宪法必须经由国家而得到服从。另一方面，矫正正义却并不涉及矫正的目标：因为私法的目的却仅仅是成为私法。

问题是现在的判例法是否完全的接受“私法与公共利益的考量不同”这种学说。在上文的案例中，当处理一个人为了特定的利益而放弃一项基本权利的时候，判例法实际上已经参考了这种学说。因此，在新教联合会诉洪格（Protestant Association v. Hoogers）一案中，<sup>36</sup>法院认为一个潜在的土地租赁者不能为了一份租赁合同而放弃自己的宗教信仰。一般来说这种合同不能被强制执行：如果租赁者本人确实改变了他自己的宗教信仰，那么这份租赁合同依然有效。然而，人们可能会怀疑这种观点是否在所有的情况下都适当。宗教自由这项基本权利是一种可以对抗国家的权利，但是在私人关系中，我们经常不能不把这种权利同其他基本权利放在一起加以权衡，比如说合同自由。禁止完全行为能力的人为订立合同而放弃他们的基本权利实际上是一种相当家长制的作风。如果一个病人被允许同一个医生订立外科手术的合同，那么实际上是允许违背宪法关于一个人身体完整性的规定，那为什么不能允许一个人在公众场合（in public）放弃自己的宗教信仰呢？这并不是说订立违背基本权利的合同总是可能的。当一个人是在一种很独立的条件下做出明确放弃自己权利的决定时，他当然应当受到保护。而如果一个女职员答应她的老板在受聘期间不怀孕的话，那么这个合同是无效的：因为她个人的权利要超过她老板的经济利益。<sup>37</sup>但是，这里同样存在通过合同放弃（“contract away”）一个人的基本权利的可能。在私人关系中，一个公正社会的价值是决定性的，这些价值决定了在某些特定案例中，合同自由的价值要远远高于其他基本权利。

对合同法的这种辩护现在已经被继承法所接受。订立遗嘱之人原则上已经不受基本权利的约束可以自行决定由谁来继承财产。这在英国和德国的法律中表现的非常明显，这两个国家的法律允许按照自由的意愿对继承人进行差别对待。在英国的Blathwayt v. Baron Cawley案中，<sup>38</sup> Cawley男爵在临终的遗嘱中要求如果受益人想要得到这笔遗产，那么其不能加入罗马天主教。这个遗嘱条款被认为是有效的。威尔伯福斯勋爵（Lord Wilberforce）认为“区别对待和选择不是一回事，区别对待建立了一个更大且更个人自主的区域，同时（……）私人的选择还没有成为一个公共政策问题”。在德国，宪法的第14条对处置个人资产的自由给与了明确地保护。<sup>39</sup>在订立遗嘱之人的权利同宗教自由（第3条）或者是结婚的权利（第6条）发生冲突的案例中，德国法院常常认为订立遗嘱之人的权利具有优先性。当一个订立遗嘱之人要求其儿子继承其遗产的前提是同这个儿子必须同他不忠的妻子离婚时，该条款被认为是有效的。<sup>40</sup>如果一个贵族家庭的成员没有按照家庭的规矩结婚（比如说结婚没有得到其父亲的允许或者是他的妻子与他并不门当户对（ebenbürtig）），这同样是不允许其要求继承家产的一个理由。<sup>41</sup>在自身意愿的支配之下将财产转移的自由包括不按照社会的一般标准来自由地处置自己的财产。在这里，不应当从公法的性质这个视角来考虑该问题。

#### 4 基本权利是否可以为私法提供其他额外的价值？

<sup>35</sup> Ernest J. Weinrib, *The Idea of Private Law*, Cambridge Mass. 1955, p. 208 ff.

<sup>36</sup> 参见本文的第2部分。

<sup>37</sup> 更多细节参见Smits, o.c., p. 97 ff.

<sup>38</sup> [1975] 3 All England Law Reports 625.

<sup>39</sup> 参见Andreas Heldrich, Gebhard M. Rehm, *Importing Constitutional Values through Blanket Clauses*, in: Friedmann and Barak-Erez (eds.), o.c., p. 117.

<sup>40</sup> Bundesgerichtshof 1956年1月28日, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* 1956, p. 130.

<sup>41</sup> Bundesgerichtshof 1998年12月2日, NJW 1999, 566 f (Hohenzollern) and Bundesverfassungsgericht 2000 nian 2月21日, 1937/97 (Leiningen). 也可以参见Heldrich and Rehm, o.c., p. 122.

上述所表达的对运用基本权利来裁决私人主体之间纠纷的怀疑，并不能使我们盲目远离基本权利仍然可以提供的功能。在私法领域的争论中基本权利可以提供两种功能。

第一种功能在上文已经提到了。基本权利可以为何为一个公正的社会这样的问题提供一种启发的源泉，也可以为私人主体之间纠纷的解决提供一种灵感。这即是间接效力学说的本质：基本权利背后的价值观反映了我们这个社会的准则，并因此为如何恰当评价一个私法案例提供重要的知识来源。当然，同样不得不强调的是，这并不意味着法官应当直接依据这些基本权利来裁决一个民事案件。对于案件的裁决来说，基本权利太过模糊。即使有人试图在一个案件中直接诉诸一项基本权利，这实际上只会导致希望落空，因为诉讼的另一方可以按照自己的喜好诉诸其他的基本权利来对抗这种诉告。通过利益权衡来处理纠纷的最好的办法是运用私法来解决此种纠纷。

基本权利的第二种功能是它们可以扮演一种对法院的警告的标志，即提醒法院注意人格尊严是处于危险中的。通过提及一个人对另外一个人基本权利的侵犯可以看到问题的严重性。因此，在Bürgerschaft案中，律师有权利提醒法院注意，照这个女孩个人的实际情况，如果其不得不为她的父亲做保证人并支付保证金的话，那么她就没了“生路”（Existenzgrundlage）（这是唯一支撑其生存的凭借）。如果强制执行合同的话，将会使她每个月只有不超过200欧元的生活费，这种情况对于一个正常的人的生活来说是非常危险的，更何况她并不知道这是她签订保证合同的可能结果。因此，诉诸基本权利可能具有重要的修饰功能：它确实使法院对于事情的糟糕程度有深刻地认识。然而，在最后同样需要强调和重复的是，这并不意味着一个法院应该在判决时最终依赖于基本权利。基于上述所讨论的三个理由，规则设计的一个重要任务就是让私法来裁决私人主体之间的纠纷。

---

①基本权利水平效力（horizontal effect）与垂直效力（vertical effect）对称，在不同国家的称谓不同。德国称其为第三者效力（third-party effect）或者间接第三者效力（indirect third-party effect）；美国称其为“州政府行为理论”（state action doctrine）；加拿大称其为“政府行为”（governmental action）；英国称其为“水平效力”（horizontal effect）。在宪法学理论和实务上，基本权利效力经过了一个发展变迁的过程。传统基本权利效力仅及于国家，这是将基本权利限于自由主义理论基础之上的结果，表现为基本权利仅有垂直效力。但是，新的理论和实践却突破了这一认识和做法，基本权利不仅用于抵制国家专断侵害个人权利，其效力也扩及私法关系，产生了水平效力。

②“不当出生”（wrongful birth）是美国侵权行为法上的概念，是指因医生的过失未诊断出胎儿的潜在出生缺陷或未对其父母尽合理告知义务导致残障孩子出生，孩子父母作为原告对医生提起索赔诉讼。可以参见Thomas A. Burns, *When life is an injury: an economic approach to wrongful life law suits*, *Duke Law Journal*, February, 2003.

③温里布(Ernest J. Weinrib)教授是加拿大多伦多大学法学教授，北美杰出的法律理论家，加拿大皇家协会(the Royal Society of Canada)成员，其研究方向为法哲学和侵权法学。1968年，从哈佛大学获得古典文献学的博士学位，1972年，从多伦多大学获得法学士学位，2000年他被多伦多大学任命为法学教授。在过去的36年里，北美的学者们对侵权法的理论有着激烈的争论。在这场争论中，温里布教授一直是一个中心且有争议的人物。作为一个侵权法理论家，他起着关键的和决定性的作用，他试图把私法的工具主义论转向私法的道德论，从而将特殊的学说扩展到私法的一般理论。他较早的以详细系统的方式将矫正正义应用到广泛的和有争议的法律理论领域。并对矫正正义和分配正义进行比较，探求矫正正义的哲学意义和规范预设，并在此基础上重建了当代法律理论和古典法律哲学。这本由哈佛大学出版社在1995年出版的《私法的理念》中，他第一次清晰地表达了私法理论的全景，因此本书也被人评为“50年来关于私法性质和基础的最重要的著作。”该书已经由徐爱国翻译，由北京大学出版社2007年5月出版。