

美国国家行为原则与宪法基本权利 规范对私人具有效力

——从司法判决触发宪法适用谈起

江 辉*

State Action Doctrine and the Binding Force of Constitution Against Private Party —A Study Inspired by the Fact that Judicial Judgement Invokes Constitutional Review

Jiang Hui

内容摘要:我国学界对美国国家行为原则的介绍局限于国家行为视同说,即在坚持宪法基本权利规范只对公权力有约束力而对私人无效力的原则下,私人行为只有具备一定要素可视为国家行为后才受宪法规范调整。但这种理解可能并不全面。本文从司法判决触发宪法适用这一现象出发,提出理解美国国家行为原则应区别触发宪法适用的国家行为与作为宪法审查对象的国家行为,后者中的国家行为不仅包括国家行为本身,亦包括国家行为的依据与结果。而对国家行为的依据与结果进行合宪性审查,意味着宪法规范必然对私人有间接

* 中国社会科学院大学政法学院讲师。

效力。文章还简要介绍了美国国家行为原则的历史变迁与司法违宪审查模式对宪法私人效力产生的特殊影响。

关键词: 国家行为 合宪性审查 私人效力 宪法规范 宪法审查对象

一、问题的提出

如果成文宪法条款明确以私人作为约束对象,这时候要否认这类宪法规范对私人的效力,则需要承担很重的论证义务,而且往往归于失败。^[1] 但另外一个方面,很多国家的成文宪法中关于基本权利的条款,主要是明确指向国家,如我国《宪法》第33条第3款“国家尊重和保障人权”;或更多时候是类似一种宣告,而未明确义务主体,如我国《宪法》第36条第1款“中华人民共和国公民有宗教信仰自由”。由此产生了一个问题,这些未明确拘束私人的宪法基本权利规范(“宪法规范”)是否对私人具有效力,或者说是否具有“水平效力”而可以适用于私人之间的争议。^[2] 美国法上的讨论主要是在笼统表述为宪法规范只约束国家行为而未对私人行为施加限制^[3]的“国家行为原则”下^[4],德国则是在“宪法第三人效力”下^[5],我国理论界的讨论,更多是借鉴德国模式以“第三人

[1] 例如,美国《宪法》第十三修正案、已经废除的第十八修正案,参见 Richard S. Kay, “The State Action Doctrine, the Public-Private Distinction, and the Independence of Constitutional Law”, *Constitutional Comment*, vol. 10, no. 2, 1993, p. 332. 但也有观点认为,像美国《宪法》第十三修正案,它其实只有历史意义。参见张千帆:《论宪法效力的界定及其对私法的影响》,载《比较法研究》2004年第2期,第4页。

[2] David Robertson, *The Judge as Political Theorist: Contemporary Constitutional Review*, Princeton University Press, 2010, p. 247.

[3] See Erwin Chemerinsky, “Rethinking State Action”, *North Western University Law Review*, vol. 80, no. 3, 1985—1986, p. 504. 亦有人表述为“主张宪法权利的个人需要证明对该权利的损害来自政府之手”。Calvin Massey, *American Constitutional Law: Powers and Liberties*, Wolters Kluwer, 2013, p. 1257.

[4] 国家行为(state action)是一个简化的表述,当它指联邦时,指任何可以视为联邦政府行为的行为,如联邦立法行为、行政行为等;当它指州时,特别是适用美国《宪法》第十四、第十五修正案时,实际上是指州行为,即任何可以视为州政府行为的行为,如州立法行为、行政行为等。本文在无区别必要时,统称为国家行为。美国《宪法》第十四修正案是宪法权利领域最为重要的条款,它将之前只适用于联邦的权利法案条款适用于州(但有少数条款未通过第十四修正案延伸适用于州,如第七修正案规定的在民事诉讼中要求陪审团审理的宪法权利),因此公民可以援引权利法案中的某一修正案(如第一修正案)以及第十四修正案约束州政府。原来适用于联邦的权利法案条款主要是直接针对联邦政府,因此有国家行为的要求;而《宪法》第十四修正案本身是规范州行为的,因此在涉及州事务领域,直接适用第十四修正案或适用权利法案所涉修正案加上第十四修正案时,都有州行为的要求。

[5] 参见克劳斯·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171页。

效力”进行讨论。^{〔6〕}我国主流观点似乎认为,应借鉴德国的间接第三人效力理论,宪法规范对法官在解释普通法律时有拘束力,法官应对普通法律作合宪性解释。^{〔7〕}但最近亦有人撰文认为,“宪法基本权利对第三人无效力”。^{〔8〕}

可能是深受德日“第三人效力”理论框架的影响,我国学者^{〔9〕}对美国国家行为原则的介绍几乎均限于“国家类似说”或者“国家行为同视说”。这种介绍的核心观点认为,美国在坚持宪法规范只对公权力有约束力而对私人无效力的原则同时,“在一定的情形下,私人的行为也可视为政府的行为或州行为,从而可受到宪法效力的拘束”。^{〔10〕}但是,这样的介绍并不能全面反映美国国家行为原则的复杂性;基于此而论证得出的宪法规范无私人效力的结论也有失偏颇。私人行为并不仅仅只有被视为国家行为后才受宪法规范约束。在 *Shelley v. Kraemer* 案(“*Shelley*案”)中,双方当事人都是私人,并且任何一方的行为都不可能被视为国家行为,但《宪法》第十四修正案仍然被适用。

正是为了澄清美国国家行为原则的内涵,走出“国家行为同视说”的误区,亦为反驳宪法规范无私人效力的观点,立足司法判例并借鉴美国学者过去几十

〔6〕 如焦洪昌、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》2002年第4辑,第215页;陈道英、秦前红:《对宪法权利规范对第三人效力的再认识——以对宪法性质的分析为视角》,载《河南省政法管理干部学院学报》2006年第2期,第49页;李海平:《基本权利间接效力理论批判》,载《当代法学》2016年第4期,第48页;黄宇骁:《论宪法基本权利对第三人无效力》,载《清华法学》2018年第3期,第186页。

〔7〕 黄宇骁:《论宪法基本权利对第三人无效力》,同前注〔6〕,第187页。

〔8〕 黄宇骁:《论宪法基本权利对第三人无效力》,同前注〔6〕,第186页。

〔9〕 亦有美国宪法教科书试图以这种模式统一介绍美国国家行为原则,See *supra* note〔3〕, Massey, *American Constitutional Law*, pp. 1257-1282. 但因其较为全面地介绍了相关判例,特别是将引发本文讨论的司法判决触发宪法适用视为国家卷入(involve)私人行为而使国家行为能够成立作了专门讨论与论述,因此并不会像我国学者的介绍与引用一样引发误解。

〔10〕 林来梵:《人权总论》,载张千帆主编:《宪法学》,法律出版社2014年版,第163—164、166页;林来梵:《从宪法规范到规范宪法》,商务印书馆2017年版,第109—113页。亦可参见焦洪昌、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》,同前注〔6〕,第228页;李海平:《基本权利间接效力理论批判》,同前注〔6〕,第56页;钱福臣:《德、美两国宪法私法效力之比较》,载《求是学刊》2013年第1期,第113—114页。需要注意的是,张千帆教授对美国国家行为原则的介绍并不能简单地归入国家行为同视说的范畴,只是他可能是在更狭窄意义上认为美国宪法对私人无效力,其认为“要适用宪法条款,就必须证明被告的行为具有‘政府行为’(State Action)的特征(第3页)……但这些条款的适用范围从来没有被扩展到私人公民……唯一可能的例外是南北战争后通过的第13—15修正案(第4页)……选举权的平等保护只是宪法效力的例外而非规则(第6页)……总体上说,只有少数州把原先仅针对政府的宪法权利扩展到针对私人,且仅限于特殊类型的私人(第8页)”,参见张千帆:《论宪法效力的界定及其对私法的影响》,同前注〔1〕。

年的相关论述,本文试图对美国国家行为原则进行梳理与分析。^[11] 本文从司法判决触发宪法适用这一现象出发,提出理解美国国家行为原则应区别触发宪法适用的国家行为与作为宪法审查对象的国家行为,后者中的国家行为不仅包括国家行为本身,亦包括国家行为的依据与结果。而对国家行为的依据与结果的合宪性审查,意味着宪法规范必然对私人有间接效力。文章还简要介绍了美国国家行为原则的历史变迁与司法违宪审查模式对宪法私人效力产生的特殊影响。

二、私人行为视为国家行为本质上不是宪法规范对私人产生效力

在 *Lovell v. City of Griffin* 案^[12] (“*Lovell* 案”)中,适用美国《宪法》第一修正案和第十四修正案,美国最高法院确立了一项具体规则,即根据美国《宪法》第一修正案保护公民表达自由的原则,市政府要求公民在城市范围内散发传单应取得市政府批准不符合宪法。在本案中,市政府制定条例的行为属于国家行为没有疑义。

在后来的一个案件 *Marsh v. State of Ala.*^[13] (“*Marsh* 案”)中,一个叫作 Chickasaw 的市镇 (town),是由一个叫作 Gulf Shipbuilding Corporation 的私人公司所有,即市镇中的市政设施、土地、建筑物等的所有人是这一私人公司。除此以外,该市镇的其他方面与一个属于公共所有的市镇并无不同,也有联邦政府所设的邮局,也有警察等。该私人公司要求,除非获得书面许可否则不得在该市镇(包括街道等)散发传单。*Marsh* 在未取得书面许可甚至在被要求停止散发宣传耶和華教传单的情况下,仍然继续散发传单。警察根据州法律对她进行了逮捕。^[14] 因此,本案涉及的问题是,市镇所有人作为一个私人公司,要求除非获得书面许可否则不得在该市镇(包括街道等)散发传单是否构成国家行为,从而可以适用“*Lovell* 案”根据美国宪法所确立的规则。最高法院以 Chickasaw 镇实质上与一个公共所有的市镇并无不同,所有权的不同并不能改变 Chickasaw 镇作为一个向公众完全开放的公共社区的属性,因此市镇所有人的要求与一个市政府的要求并无本质不同,构成国家行为。

[11] 需要注意的是,本文讨论的美国国家行为原则,不涉及 *DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services*, 489 U. S. 189(1989)所引发的美国学者在国家行为原则下关于国家不作为能否构成国家行为的问题。关于这个主题的讨论, see Louis Michael Seidman, “The State Action Paradox”, *Constitutional Comment*, vol. 10, no. 2, 1993, p. 379.

[12] *Lovell v. City of Griffin*, Ga., 303, U. S. 444 (1938).

[13] *Marsh v. State of Ala.*, 326 U. S. 501 (1946).

[14] 该案的逻辑是,如果 Gulf Shipbuilding Corporation 关于散发传单的要求违宪,那么其要求 *Marsh* 停止散发并离开的决定就违宪,进而也就不存在如果被要求离开而不离开则构成违法行为的州法律的规定适用问题。因此本案审查对象不是警察逮捕 *Marsh* 所依据的法律,而是 Gulf Shipbuilding Corporation 关于散发传单的要求。

而在 1968 年的 *Amalgamated v. Logan Valley* 案^[15] (“*Logan Valley* 案”)中,进一步涉及“*Lovell* 案”所确立的具体规则中要求的国家行为构成要件是否满足的问题。在该案中,在一个私人所有的大型商场中入驻的一家超市 Weis 及商场所有人,要求除了其员工外任何人不得在其入口处与停车场进行招揽行为。Weis 的竞争对手 Amalgamated 的员工工会成员在 Weis 超市打包区域及临近的停车位进行抗议,认为 Weis 超市的员工未加入工会,未获得工会工资及工会其他福利。最高法院认为,商场向一般公众开放的属性使 Weis 及商场所有人禁止抗议的要求与市政府禁止在公共区域禁止抗议的要求并无不同,即便抗议的区域归私人所有,Weis 及商场所有人的要求仍然构成国家行为。

接下来,在 *Lloyd Corp. v. Tanner* 案^[16] (“*Tanner* 案”)中,“*Lovell* 案”确立的具体规则中的国家行为构成要件被进一步讨论。在 Lloyd 私人所有的商场中,严格禁止在商场内散发传单;Tanner 等人在商场内散发反越战的传单被商场保安要求在商场外的公共道路等区域散发。Tanner 等人起诉要求宣告商场行为违宪。联邦地区法院和上诉法院适用“*Lovell* 案”“*Marsh* 案”“*Logan Valley* 案”确立的规则,认为商场是向公众开放的,因此私人所有的商场禁止 Tanner 等人散发政治传单的行为构成国家行为。但是美国最高法院认为,“*Lovell* 案”中构成国家行为是因为作出禁止的主体为市政府;“*Marsh* 案”中构成国家行为是因为该案所涉市镇具有向公众开放的公共社区属性;“*Logan Valley* 案”中单纯的商场向公众开放还需要加上抗议者抗议的内容本身与商场有关才构成国家行为(意味着抗议者无法到其他区域抗议实现相同的效果);本案中单纯的商场向公众开放并不足以使商场的行为构成国家行为。

从这一系列案件我们可以看出,将私人行为视为国家行为,它从本质上是将私人行为本身转化为国家行为,从而适用宪法规范。触发宪法规范适用的行为虽然表面上是其中一方私人的行为,但严格来说,宪法规范只是对以私人行为为表象出现的国家行为产生约束力。当私人行为本身不具备“公”的要素或者“公”的要素不够强的时候,宪法规范将停止对私人行为产生约束力。此类“视同”国家行为的情形,与我们所要讨论的宪法规范对私人是否有效力的问题并不相同。宪法规范对私人是否有效力的问题,本质上要讨论的情形是,双方行为人都完全属于私人,任何一方的行为都无法被“视同”国家行为,宪法规范能否适用从而对无法视同国家行为的私人行为产生约束力。

[15] *Amalgamated v. Logan Valley*, 391 U.S. 308(1968).

[16] *Lloyd Corp. v. Tanner*, 407 U.S. 551 (1972).

三、司法判决触发宪法规范适用对国家行为理论的挑战

司法机关作为典型的国家机构,其受到宪法规范的拘束并没有疑义。^[17]德国《基本法》甚至将司法机关明确列举为受宪法规范拘束的对象,其第1条第3款明确规定“下列基本权利拘束立法、行政及司法而为直接有效之权利。”换句话说,即便是在两个私人之间的诉讼中,如果司法判决侵犯了某一方私人的基本权利,则作出司法判决的行为本身受到宪法规范调整。被认为确立了宪法规范间接第三人效力的德国“吕特案”,其裁判要旨明确“一旦民事法庭之法官误判基本权利对民法之作用,其判决即可能侵害基本权利”。^[18]而在美国,与德国“吕特案”有些类似的 *New York Times co. v. Sullivan* 案^[19](“《纽约时报》诉沙利文案”)^[20],亦有类似表述:“虽然这是一个私人之间的民事诉讼,亚拉巴马州法院适用了一项申请人认为对其享有的宪法所规定的言论自由和出版自由进行了无效限制的州法律规则。在民事诉讼中适用这一州法律规则与这一州法律规则只是普通法(虽然由成文法所补充),并不重要(指对于认定州法院的适用行为是否构成国家行为并不重要,本文作者注)。审查标准不是州权力的行使方式,而是这一权力不论以任何方式事实上是否行使。”^[21]

在美国国家行为原则语境下,更为经典的将司法判决视为国家行为从而触发宪法规范(第十四修正案)适用的判例是1948年的 *Shelley v. Kraem* 案(以下简称“*Shelley* 案”)。^[22] 该案是一系列来自密苏里州和密歇根州的案子,白人房产所有人签订合约,明确约定排除黑人等族裔购买、占有、使用合约所覆盖的房产。在来自密苏里州的案子中,1911年,一个区域的39户人家中的30户白人签署了类似内容的合约。有黑人买了那30户中一人的房子,合约中的其

[17] 注意南非宪法法院在 *Du Plessis v. De Klerk*, 1996 (3) S. A. 850, (5) B. C. L. R. 658 (CC)案中持与此相反观点。有关评论参见 Mark Tushnet, “The Issue of State Action/Horizontal Effect in Comparative Constitutional Law”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 1, no. 1, 2003, p. 82.

[18] 陈戈、柳建龙等:《德国联邦宪法法院典型判例研究(基本权利篇)》,法律出版社2015年版,第157页。

[19] 简要案情如下:警察局长 Sullivan 以私人身份提出名誉权侵权诉讼,认为《纽约时报》等刊出的募捐广告侵犯其名誉权,亚拉巴马州法院适用州普通法确立的规则(言论构成对受害人名誉的减损时,除非侵权人证明言论全部为真,否则构成诽谤;构成诽谤后,推定侵权人具有“恶意”,应承担一般性损害赔偿;只有惩罚性赔偿才要求受害人证明侵权人有实际恶意),认为《纽约时报》等刊出的募捐广告构成对 Sullivan 名誉的减损,因此应承担赔偿责任。最高法院认为,亚拉巴马州法院所适用的普通法规则与《宪法》第一和第十四修正案不符(第一修正案规定的言论自由结合第十四修正案适用于州),宪法第一修正案要求的规则是对公职人员的批评性言论(导致公职人员名誉减损)只有在实际恶意被证明时才构成侵权。

[20] *New York Times co. v. Sullivan*, 376 U. S. 254 (1964).

[21] *Id.*, p. 265.

[22] *Shelley v. Kraemer*, 334 U. S. 1 (1948).

他白人签订人向州法院要求强制执行合约,禁止黑人占有房屋。州法院支持了白人的主张。美国最高法院认为,合约本身并不构成对黑人依据《宪法》第十四修正案所享有的宪法权利的违反^[23];《宪法》第十四修正案中的州行为指向州权力各种形式的行使,州法院裁决支持合约强制执行的行为构成《宪法》第十四修正案所调整的州行为^[24];而州法院判决强制执行合约的行为,剥夺了涉案黑人根据《宪法》第十四修正案享有的平等保护的权利,因此州法院的判决应被撤销。^[25]

如果司法判决可以视为国家行为从而触发宪法规范的适用,则意味着所有的私人行为都必须遵守宪法,那所谓的宪法对私人无效力、不限制私人行为就是一个假命题。^[26]正如很多学者所主张的,如果将“*Shelley*案”作一般性解读而适用的话,国家行为原则根本就不存在。^[27]因为除了私力执行以外(很可能触发行政干预,如报警,从而产生国家行为要素),私人间行为一旦进入司法程序,针对司法判决进行宪法审查,就可能使宪法规范对私人间行为产生影响,从而实现宪法规范对私人的拘束。以“*Shelley*案”来分析,表面上《宪法》第十四修正案只是适用于州法院作出判决的行为,结果却是白人之间不能通过合约行为禁止黑人购买、占有与使用合约所覆盖的房产,也就是白人不能通过合约行为实施《宪法》第十四修正案所禁止的歧视行为,黑人在《宪法》第十四修正案项下享有的平等权对白人产生了拘束力。又以“《纽约时报》诉沙利文案”为例,表面上看是亚拉巴马州法院所适用的普通法规则及亚拉巴马州法院的适用行为作为国家行为受到宪法审查,宪法规范似乎只适用于国家行为;但实质结果却是 Sullivan 作为私人受到《宪法》第一和第十四修正案的拘束,需要对《纽约时报》等行使宪法所赋予的表达自由予以容忍。

面对“*Shelley*案”一类与国家行为原则存在表面冲突的判例,美国学者对其进行了激烈批评^[28];认为只是国家行为原则的例外^[29],在后续案件中也未

[23] *Id.*, p. 13.

[24] *Id.*, pp. 14-18.

[25] *Id.*, pp. 18-23.

[26] Chemerinsky, “Rethinking State Action”, *supra* note [3], p. 525; and Shelley Ross Saxer, “Judicial State Action: *Shelley v. Kraemer*, State Action, and Judicial Takings”, *Widener Law Journal*, vol. 21, no. 2, 2012, p. 861.

[27] Gerald Gunter and Kathleen M. Sullivan, *Constitutional Law*, The Foundation Press, Inc., 1997, p. 938; and Lillian BeVier and John Harrison, “The State Action Principle and Its Critics”, *Virginia Law Review*, 1767, vol. 96, no. 8, 2010, p. 1798.

[28] See Gunter and Sullivan, *Constitutional Law*, *Id.*, pp. 938-939; and Weehsler, “Towards Neutral Principles of Constitutional Law”, *Harvard Law Review*, vol. 73, no. 1, 1959, p. 29.

[29] See Saxer, “Judicial State Action”, *supra* note [26], p. 852; and Thomas P. Lewis, “The Meaning of State Action”, *Columbia Law Review*, vol. 60, no. 8, 1960, p. 1109.

被连贯一致地适用。^[30] 并有人从不同的角度尝试进行协调,将“*Shelley* 案”限制于特定领域或只具有特别窄的效力,如有人认为“*Shelley* 案”只是禁止私人借助国家力量去强迫别人为歧视行为^[31];还有人认为“*Shelley* 案”只是意味着作出歧视行为的私人不能在司法程序中将“歧视合约”作为一项请求提出,却可以抗辩形式提出。^[32] 但不管有什么样的争议,可以肯定的是“*Shelley* 案”确立的规则仍然存在,在一些案件中仍然被适用。^[33] 我们似乎可以这样说:要不然就是“*Shelley* 案”及类似案例属于极端案例,它们确立的规则不具有普遍约束力;要不然就是国家行为原则本身存在探讨空间^[34],其内涵与外延与“宪法规范只拘束国家行为而对私人行为无效力”并不能简单等同。

四、作为宪法审查对象的国家行为

宪法规范要作为法律发挥效力,首先其适用要件应得到满足。例如,美国《宪法》第十四修正案明确指向“州行为”,那么只有具备州行为的要素,《宪法》第十四修正案才有适用的前提。这里的州行为就是触发宪法规范适用的国家行为。但是,某一国家行为触发宪法规范的适用,并不意味着基于该宪法规范进行审查的对象就是这一国家行为本身。

(一) 国家行为本身作为宪法审查的对象

为了说明这个问题,我们先看一个触发宪法规范适用的国家行为与宪法审查对象一致的典型宪法审查案例。在 *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission* 一案^[35] (“面包房案”)中,一对同性恋人为其婚礼定做蛋糕,但面包店的老板兼面包师 Phillips 以其所信的宗教反对同性恋为由拒绝为该同性恋夫妇制作蛋糕。该对同性恋恋人向科罗拉多人权委员会投诉,人权委员会进行调查后根据相关法律程序适用《科罗拉多州反歧视法》认定面包店构成该法所禁止的歧视行为,要求面包店不得拒绝向同性恋者提供服

[30] Saxer, “Judicial State Action”, *Id.*, p. 854; Lewis, “The Meaning of State Action”, *Id.*, p. 1109; and David S. Elkind, “State Action: Theories for Applying Constitutional Restrictions to Private Activity”, *Columbia Law Review*, vol. 74, no. 4, 1974, p. 679.

[31] Lewis, “The Meaning of State Action”, *Id.*, pp. 1109-1110. 文中还介绍了其他试图协调该案的努力 (pp. 679-680)。更多将该案作很窄解读的努力请见: Gunter and Sullivan, *Constitutional Law*, *supra* note [27], p. 939; and Massey, *American Constitutional Law*, *supra* note [3], pp. 1276-1277.

[32] See Elkind, “State Action”, *supra* note [30], p. 678.

[33] 例如, *Cohen v. Cowles Media Co.*, 501 U. S. 663 (1991); *Edmonson v. Leesville Concrete Co.*, 500 U. S. 614 (1991). 关于这一类案件的总结梳理, see Saxer, “Judicial State Action”, *supra* note [26], pp. 847-851.

[34] 虽然美国学界关于国家行为原则是否应当抛弃的讨论很多,但总体认为其仍然存在。Chemerinsky, “Rethinking State Action”, *supra* note [3], p. 508.

[35] *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission*, 2018 WL 2465172.

务,要求进行反歧视培训,要求面包店变更其政策,要求两年内每个月提交遵守不歧视要求的报告等。面包店向科罗拉多州上诉法院上诉,未获支持;科罗拉多州最高法院未受理面包店的上诉请求。美国最高法院受理后,认为《宪法》第一修正案要求在适用《科罗拉多州反歧视法》时应当宗教中立,不得对任何宗教信仰持偏见,应当对 Phillips 提出的宗教信仰理由进行全面而公平地考虑;但科罗拉多人权委员会在作出决定过程中,未中立地考虑 Phillips 的宗教信仰,如人权委员会中存在委员认为宗教信仰根本不能正当地在公共与商业领域出现,并对 Phillips 的宗教信仰进行了贬低,科罗拉多人权委员会适用《科罗拉多州反歧视法》作出决定的行为本身违反了宪法,因此作出的决定应被推翻。从中我们可以很清晰地看到,触发宪法适用的国家行为和宪法审查的对象,都是科罗拉多人权委员会适用《科罗拉多州反歧视法》作出决定的行为。

(二) 国家行为的依据作为宪法审查的对象

但是触发宪法适用的国家行为和宪法审查的对象并不必然同一。行政或司法机关适用法律的行为,毫无疑问构成国家行为,可以触发宪法适用;但在很多时候宪法审查的对象并不是行政或司法机关的适用行为本身,而是行政或司法机关作出国家行为的依据。这也就是一位美国学者所说的,对于公职人员根据普通法律作出的行为,只是该法律执行的自然结果,不对其行为所依据的普通法律进行合宪性审查,如何判断公职人员所作行为的合宪性呢?^[36] 假设面包房案中,面包店主张,规定在公共场合提供服务不得存在歧视行为的《科罗拉多州反歧视法》违反《宪法》第十四修正案(该案判决提到《科罗拉多州反歧视法》本身是合宪的),那么触发宪法规范适用的国家行为与宪法审查对象则明显不同。触发宪法规范适用的国家行为是科罗拉多人权委员会适用科罗拉多反歧视法作出决定的行为,但宪法审查对象却是《科罗拉多州反歧视法》。

抛开这个假想的情况,让我们看一些真实的案例。在“《纽约时报》诉沙利文案”中,触发宪法规范适用的国家行为是亚拉巴马州法院适用州普通法规则的行为,而宪法审查的对象却是亚拉巴马州法院所适用的州普通法规则。在 *Nixon v. Herndon* 案^[37]中,Nixon 是一个黑人,民主党成员。他提出参加得克萨斯州民主党推选联邦参议员、众议员等公职人员的初选^[38],但选举法官认为根据得克萨斯州 1923 年制定的《民主党初选股票资格法》(该法将 1911 年《民事法(修订)》的第 3093 条修改为第 3093a 条,此条规定,任何情况下黑人都

[36] Kay, “The State Action Doctrine”, *supra* note [1], pp. 346-347.

[37] *Nixon v. Herndon*, 47 S. Ct. 446 (1927).

[38] 注意,党派在性质上被认为属于私主体而不属于公主体;但在与本案关联的另一个案件中,党派依据州成文法参与初选资格的决定被视为国家行为。参见: *Nixon v. Condon*, 52 S. Ct. 484 (1932).

不得参加在得克萨斯州举行的民主党初选), Nixon 不得参加民主初选。Nixon 起诉选举法官要求 5000 美金的赔偿金, 初审法院驳回起诉。最高法院受理后, 认为第 3093a 条违反《宪法》第十四修正案, 初审法院驳回起诉的裁决被推翻。本案中, 很清晰地看到, 触发宪法规范适用的国家行为是选举法官的决定; 但宪法审查对象是选举法官作出决定所依据的前述第 3093a 条。

(三) 立法^[39]行为的结果作为宪法审查的对象

到目前为止所讨论的, 将国家行为本身及国家行为的依据作为宪法审查的对象, 相对容易理解也没有争议。当宪法审查的对象是国家行为的结果(通常是立法行为与司法行为的结果)时, 可能比较费解也容易引起争议。^[40] 首先来看立法行为的结果作为宪法审查对象。立法行为属于国家行为, 能够触发《宪法》第十四修正案的适用不会存在疑义, 但更多时候适用宪法规范进行审查的对象并不是立法行为本身, 而是立法行为的结果, 即某一成文法。

Reitman v. Mulkey 案(“*Reitman* 案”)^[41] 就是这样的例子。该案案情是, 1950 年代, 加利福尼亚州(以下简称加州)制定了不少成文法以限制私人之间的歧视行为, 其中包括禁止房产所有人基于种族身份而拒绝出售或出租的《加州民法典》第 51 和 52 条。但禁止歧视的立法行为被广泛质疑。根据《加州宪法》规定的程序, 在 1964 年, 公民发起了一项宪法修正案公投, 并以 4,526,460 对 2,395,747 获得通过, 成为《加州宪法》第 1 条第 26 款(“第 26 款”), 其规定地产所有人有选择交易对象的绝对自主权。第 26 款的制定, 影响了 *Mulkey* 诉 *Reitman* 的案件。因为根据《加州民法典》第 51 和 52 条, *Reitman* 以 *Mulkey* 的种族为由拒绝出租的行为应被禁止并承担赔偿责任; 但第 26 款使得《加州民法典》第 51 和 52 条无效。案件在加州最高法院时, 加州最高法院认定第 26 款的制定就是为了废止房产领域禁止歧视的州立法, 第 26 款授权私人在房产领域进行歧视行为, 因此违反了美国《宪法》第十四修正案。美国最高法院以相同的理由 5:4 维持了加州最高法院的判决。如果认为适用美国《宪法》第十四修正案进行审查的对象是加州修宪行为本身(相对于修宪结果而言), 似乎没有任何理由可以认定加州修宪行为本身违宪, 修宪的权限与程序本身并没有

[39] 为免疑义, 在此强调一下, 本文均是在动词意义上使用“立法”一词。

[40] 在后述 *Reitman v. Mulkey* 案中, 多数意见与少数意见, 都尝试依据国家行为原则中的“介入”(involvement)标准来论证或否认加州修宪行为的“授权”与“鼓励”性质, 使其达到国家实质介入私人歧视行为的程度, 从而构成国家行为, 应当适用《宪法》第十四修正案。制宪行为属于国家行为应无疑义, 判决中论证其属于国家行为, 我们只能理解为, 其实质是将国家行为与违宪两个要件混在一起论证, 即法院在论证加州制宪行为属于或不属于国家行为时, 实际论证的是加州制宪行为属于或不属于违宪的国家行为。但将国家行为与违宪国家行为混在一起的论证思路, 使得整个判决在一定程度上令人费解; 也使得国家行为原则变得令人费解。涉及国家行为的案件中, 很多案件均是将违宪要件与国家行为要件混同, 从而产生了理解混乱。

[41] *Reitman v. Mulkey*, 387 U. S. 369 (1967).

违反美国宪法任何条款(比如禁止黑人投票),甚至第 26 款的内容本身都很难认定违反美国宪法任何条款。^[42] 真正适用美国《宪法》第十四修正案进行审查的对象是加州修宪行为的结果,即修宪产生的第 26 款及其实际效果,也就是多数意见所说的,“加州法院认识到第 26 款的通过及将产生的潜在影响,以及该款将适用的背景,认定该款将使州卷入私人种族歧视,并使其达到违宪的程度。本院予以维持。”^[43]

为进一步说明将立法行为本身作为审查对象与将立法行为的结果作为审查对象的区别,我们借助于“民权系列案”(Civil Rights Cases)^[44]进行讨论。该案中,1875 年联邦通过《民权法》,其第 1 条规定公共场所(如宾馆等)应不分种族,平等地提供服务,第 2 条规定如拒绝提供则构成侵权行为和犯罪行为,应承担法律责任。在这一系列案件中,当事人因拒绝向黑人提供宾馆住宿或剧院服务等被起诉。在最高法院的程序中,判决认为根据《宪法》第十四修正案,联邦只能针对州行为立法,而不得直接介入私人之间的行为。联邦立法只能针对州行为进行校正(corrective),除非私人行为在某种程度上得到州政府的批准(sanction),否则不能直接对私人行为进行首要(primary)与直接(direct)的调整;1875 年《民权法》直接调整了私人之间的关系,替代了州立法或者使得州立法只能在 1875 年《民权法》范围内进行。^[45] 除了哥伦比亚特区和各自治领外,在各州领域范围内,联邦无法依赖《宪法》第十四修正案而制定直接调整私人行为的 1875 年《民权法》,因此 1875 年《民权法》在各州领域范围内是违宪而无效的。^[46] 要分清民权系列案中宪法审查对象是立法行为还是立法行为的结果,首先要分清民权系列案中涉及的两个不同的宪法适用行为。第一个宪法适用是联邦国会适用《宪法》第十四修正案或第十三修正案^[47]的行为,其认为根据《宪法》第十四修正案或第十三修正案,联邦国会有权制定 1875 年《民权法》。第二个宪法适用是联邦最高法院适用《宪法》第十修正案和第十四修正案。第十修正案规定,未授权联邦或未根据宪法禁止授予州的权力,由州各自保留或

[42] 少数意见不断强调,加州修宪是以最民主的方式制定(387 U. S. 369, p. 391),第 26 款本身是中立的(p. 389),条款内容并不具有歧视内容,也未要求政府积极作出任何执行行为(p. 392.)。

[43] *Supra* note [41], pp. 378-379.

[44] *Civil Rights Cases*, 109 U. S. 3 (1883).

[45] *Id.*, p. 19. 多数判决论证了《宪法》第十三修正案下,联邦可以进行直接立法,直接禁止奴隶行为;与第十四修正案下联邦立法只能针对州行为存在不同;但本案无法适用第十三修正案(p. 20)。从多数判决论证第十三与第十四修正案的区别,可以看出第十四修正案下联邦立法只能校正的含义。

[46] *Id.*, pp. 25-26.

[47] 本案多数意见和少数意见都认为联邦国会依据第十三修正案有权直接针对私人行为立法,但是多数意见认为 1875 年《民权法》第 1 条和第 2 条规定的内容不应适用第十三修正案关于奴隶制度的规定;少数意见持相反意见,从而认定 1875 年《民权法》第 1 条和第 2 条规定合宪。

由人民保留。^[48] 第十四修正案未授权联邦针对私人之间的歧视行为直接立法(多数意见否认了第十三修正案的适用可能性,少数意见认为可适用第十三修正案),因此联邦无权对私人之间的歧视行为立法。^[49] 换句话说,联邦最高法院依据《宪法》第十修正案和第十四修正案,认定联邦国会适用联邦宪法第十四修正案制定 1875 年《民权法》的行为本身不符合宪法。至于联邦国会立法行为的结果,即禁止私人歧视行为的 1875 年《民权法》,其本身并不违反宪法,至少联邦最高法院在这个问题上没有发表意见。这就是多数意见所说的“至于 1875 年《民权法》适用于各自治领和哥伦比亚特区是否有效的问题,在本案中我们无须考虑”。^[50] 当然,如果立法行为本身不合宪,作为其行为结果的成文法自然也就无法产生效力;这与“面包房案”中科罗拉多州人权委员会适用州《反歧视法》行为违宪而导致其针对面包房作出的决定无法产生效力并没有区别。

(四) 法律适用行为的结果作为宪法审查的对象

为了说明这个问题,让我们回到“*Shelley* 案”。我们先看看在这个案件中适用《宪法》第十四修正案审查的对象到底是什么。首先,它不是法官所适用的法律依据,并没有任何意见认为州法院法官在“*Shelley* 案”中所适用的合同法及衡平法规则等存在违宪问题。其次,类似于德国“吕特案”中表面上看是民事法官未考虑基本法规定的基本权利对“善良风俗”的解释行为不符合基本法,该案中表面上是适用《宪法》第十四修正案审查法官的法律适用行为,即认为法官的法律适用行为使州权力实质卷入了私人间的歧视行为,法官的法律适用行为是一种应适用《宪法》第十四修正案审查的国家行为。如前述,这种理解将导致国家行为原则事实不存在,也与这种意义下的“*Shelley* 案”未被广泛遵循的事实不符。如果我们将其与“面包房案”对比,我们就会发现,宪法审查的对象并不是州法院法官适用法律的行为本身。在“面包房案”中,亚拉巴马州人权委员会适用州《反歧视法》时,存在违反美国《宪法》第一修正案的行为,即未对面包房老板的宗教信仰进行中立的考虑,存在贬低面包房老板的宗教信仰行为。但在“*Shelley* 案”中,并没有任何事实支持州法院法官的行为本身存在违反任何宪法规范的情形。相反,该案中被认定与宪法不符的是法官适用法律的结果,而非法官适用法律行为本身。这在判决书中有多处体现:第一,“不存在争议的是,本案中私人合约试图对(黑人)占有权进行的限制,如果是由州或当地条例(ordinance)所施加,那毫无疑问是与第十四修正案相违背的”。^[51] 第二,“不存

[48] *Supra* note [44], p. 15.

[49] *Id.*, p. 19.

[50] *Id.*

[51] *Supra* note [22], p. 11.

在争议的是,如果不是因为得到州权力武装的州法院的积极介入,涉案黑人可以自由不受限制地占有涉案房产”。^[52] 第三,“如果行为的效果是否认第十四修正案所保护的的权利,那本院有责任执行宪法的命令”。^[53] 所有的这些内容都是在强调州法院适用法律的结果,而不是州法院适用法律行为本身。反对国家行为原则的美国学者也认为本案中审查的是法院适用法律的结果而非适用行为本身,“‘*Shelley* 案’的错误在于,它将问题确定为州法院裁决强制执行合同的行为是否构成国家行为;毫无疑问,构成案件的真正问题是一个更‘难’的问题,即这样的执行是否构成违宪”。^[54]

有人在论证“*Shelley* 案”没有被后来的司法判例所遵循时,所举判例是 *Evans v. Abney* 案^[55],认为在该案中并没有认定司法判决构成(违宪)的国家行为。^[56] 但这种论证并没有说服力。在 *Evans v. Abney* 案的前一个案件 *Evans v. Newton* 案^[57]中,参议员 Bacon 先生根据乔治亚州当时的法律,制定了一个遗嘱信托,即其死后名下的土地将转给市政府运行,作为一个只能让白人进入的公园。市政府运行时,认为不能违宪,因此将公园开放给黑人使用。根据信托设立的管理委员会因此提出诉讼,认为市政府应当不再作为受托人,并请求法院任命新的受托人。市政府辞任受托人后,法院任命了新受托人,案件中黑人作为第三人加入。案件到最高法院后,最高法院认为,因为这个土地已经成为一个公园,具有公共性,它不能通过更换私人作为受托人而变成一个歧视黑人的公园。法院任命新受托人的做法,违反了黑人的宪法权利。案子发回重审以后,产生 *Evans v. Abney* 案。州初审法院判决认为,因为遗嘱目的无法实现,因此信托无效,无效后土地将回归 Bacon 的继承人。黑人提出上诉,认为法院的这一判决,违反了他们的宪法权利。最高法院认为,州法院只是根据乔治亚州中立的法律,中立地适用,正确地解释了遗嘱人的意图使信托无效,并不存在着任何的侵犯黑人宪法权利的国家行为。如果我们将“违宪”的构成要件与“国家行为”的构成要件分开,就能很清晰地发现,*Evans v. Abney* 案和 *Evans v. Newton* 案都严格遵循了“*Shelley* 案”,均认为司法行为构成国家行为,都对判决结果进行了合宪性审查。在 *Evans v. Newton* 案中,触发宪法规

[52] *Id.*, p. 19.

[53] *Id.*, p. 20.

[54] Gunter and Sullivan, *Constitutional Law*, *supra* note [27], p. 939; and Seidman, “The State Action Paradox”, *supra* note [11], p. 392.

[55] *Evans v. Abney*, 396 U.S. 435 (1970).

[56] See Terri Peretti, “Constructing the State Action Doctrine, 1940—1990”, *Law & Social Inquiry*, vol. 35, no. 2, 2010, p. 278; and Saxer, “Judicial State Action”, *supra* note [26], p. 855.

[57] *Evans v. Newton*, 382 U.S. 296 (1966).

范适用的国家行为是州法院适用州法律作出判决的行为,宪法审查的对象是州法院同意市政府辞任受托人并任命新的私人受托人这一判决结果。这一判决结果无异于说,由私人运行的公园可以对黑人进行歧视,最高法院认为的是这一结果与宪法不符,而不是州法院适用州法律行为本身与宪法不符。而在 *Evans v. Abney* 案中,触发宪法规范适用的国家行为亦是州法院适用州法律作出判决的行为,宪法审查的对象是州法院所判决的遗嘱无效、公园土地回归私人所有这一结果。该结果本身并不与宪法规范相抵触,这就是判决书中多数意见所阐明的,“在此,乔治亚州的决定通过把公园本身取消而排除了对黑人的所有歧视;公园被取消的这一损失由 Macon 市的黑人和白人公民平等地共担,因为如果公园继续运行的话,黑人和白人都有平等的宪法权利享有这一公园”。^[58]

最后,我们以我国宪法教科书^[59]在介绍“国家行为同视说”时引用的“伯顿案”^[60],来介绍一下依据宪法规范审查视为国家行为的私人行为与审查国家行为本身及其依据或结果之间的区别。该案中,多数意见认为,餐馆从州政府的停车场管理机构租借场地,因此餐馆的歧视行为可视为州政府行为,从而违反了《宪法》第十四修正案,多数意见依据宪法规范审查了视为国家行为的私人行为。^[61] 但 Stewart 法官的协同意见和几个法官的反对意见,却认为该案中首先要审查的并不是视为国家行为的私人行为,而是特拉华州最高法院适用州法行为的结果。作出协同意见的 Stewart 法官认为,特拉华州最高法院适用的是该州一项允许餐馆拒绝向不受欢迎的顾客服务的成文法,而本案中受歧视的黑人仅仅因为肤色而构成“不受欢迎”的顾客,因此特拉华州最高法院对成文法中“不受欢迎的顾客”的解释行为违反《宪法》第十四修正案,特拉华州最高法院根据解释所形成的法律规则无效,特拉华州最高法院据此作出的判决因此不成立而应发回。^[62] 也就是说,Stewart 法官认为没有必要对“视为国家行为”的餐馆的行为进行宪法审查,应转而审查特拉华州最高法院解释法律的行为,或者更准确地说是特拉华州最高法院的解释行为的结果。持反对意见的 Harlan 法官认为,首先他无法确定 Stewart 法官对特拉华州最高法院判决的解读是否正确,如果 Stewart 法官的解读正确,则同意 Stewart 法官的结论。正是因为无法确定 Stewart 法官的解读是否正确,因此本案应当发回特拉华州最高法院以澄清其作出判决的依据。如果澄清后是 Stewart 法官的解读,则按照 Stewart 法

[58] *Supra* note [55], p. 445.

[59] 林来梵:《人权总论》,同前注[10],第 166 页。

[60] *Burton v. Wilmington Parking Authority*, 365 U. S. 715 (1961).

[61] *Id.*, pp. 716-726.

[62] *Id.*, pp. 726-727.

官的结论处理;如果特拉华州最高法院只是说餐馆有权选择服务对象,并没有“授权”餐馆排斥为黑人服务,则才需要讨论餐馆的行为是否可以“视为国家行为”。^[63]

基于以上讨论,我们发现,国家行为原则实际上有两层含义:第一层含义是,必须存在一个国家行为才能触发宪法规范的适用。它解决的是宪法规范的可适用性问题。第二个层次意义上的国家行为原则,是指宪法规范只判断国家行为是否合宪,而不判断私人行为是否合宪。但是,宪法审查实践不仅只判断国家行为本身是否合宪,而是扩大到了判断国家行为的依据和结果是否合宪。

五、国家行为原则下宪法规范对私人有间接效力

现在让我们讨论文章的另一个主题,即国家行为原则构成宪法对私人效力的障碍吗?在具体讨论之前,有必要说明一下宪法规范的私人效力的含义。美国学者 Stephen Gardbaum 对此做了全面的总结梳理。他认为,宪法规范的私人效力有两个极端。一是只认可所谓的垂直效力,在“公”与“私”的严格区分前提下,认为宪法规范只调整国家与个人之间的纵向关系,只约束国家而不约束个人。^[64]类似我国学者对美国国家行为原则的介绍,有英国学者也认为美国《宪法》(第十三修正案除外)是典型的只有垂直效力的情形。^[65]美国《宪法》第四修正案只保护不被政府非法搜查,并不保护不被私人非法搜查^[66],就是典型例子。而另一个极端则是在认可垂直效力的同时,认可宪法规范的水平效力,即宪法规范除了调整国家与个人之间的纵向关系外,还调整个人与个人之间的横向关系,宪法规范直接对个人产生约束力;个人可以直接依据宪法规范对另一个人提出侵犯基本权利的诉讼主张。^[67]比较宪法学认为,爱尔兰是认可水平效力的典型例子。爱尔兰最高法院通过对一些宪法条款的解释明确,当一私人的宪法权利被另一私人侵犯后,宪法直

[63] *Id.*, pp. 728-730.

[64] Stephen Gardbaum, “The Horizontal Effect of Constitutional Rights”, *Michigan Law Review*, 387, vol. 102, no. 3, 2003, pp. 394-395.

[65] Murray Hunt, “Them ‘Horizontal Effect’ of the Human Rights Act”, *Public Law*, 1998, p. 427.

[66] *United States v. Jacobsen*, 466 U.S. 109 (1984). 私人承运商的雇员为确定保险赔偿而打开了一个破损的包裹,并在其中发现了毒品。私人承运商通知执法机构包裹中存在毒品。执法机构未取得搜查令而将私人承运商已经复原的包裹翻开并取出毒品作了检测。犯罪嫌疑人以执法机构取证违反《宪法》第四修正案而要求排除非法取得的证据。美国最高法院表示,美国《宪法》第四修正案并不适用于不是作为政府代理人的私人所进行的搜查,包括私人所进行的不合理搜查。私人承运商的雇员对包裹进行的搜查本身不存在违反《宪法》第四修正案的问题。执法机构重新打开包裹所获得的信息并没有超过私人承运商检查已经发现的犯罪证据,因此执法机构重新打开的行为不违反《宪法》第四修正案。

[67] *Supra* note [64], pp. 396-398.

接赋予这一私人对另一私人的侵权请求权。^[68] 德国直接第三人效力说也是主张这种水平效力。^[69] 在这两个极端之外,则存在一种中间状态,即所谓的间接水平效力。这里的间接水平效力,是指宪法规范不直接约束个人,个人也无法直接援引宪法规范对另一个人提出诉讼主张;但是因为宪法规范作用于私法(调整私人间关系的法律),使得宪法规范对私人间关系产生了影响,间接决定了私人间的权利义务关系。这里的“间接性”强调的是宪法规范间接作用于个人,即宪法规范未直接加于个人以义务。^[70] 德国间接第三人效力说主张的就是这种间接水平效力。^[71] 间接水平效力的产生有两种方式,一是宪法规范直接作用于私法。最典型的例子是通过合宪性审查肯定、否定或者直接改写调整私人间关系的法律(这一“法律”并不必然是议会立法,也可能是普通法规则等)。二是宪法规范间接作用于私法,它要求在对私法进行解释和适用时考虑宪法规范中所体现的价值。^[72] 有人认为,德国语境下的间接第三人效力,常被误解只属于第二种情况,即在对私法进行解释和适用时应考虑宪法规范中所体现的客观价值秩序;但实际上德国的间接第三人效力同时也包括第一种情况,即基本法规范通过对私法规范进行合宪性审查而作用于私法,产生间接效力。^[73]

按照这样的分类体系,本文认为的美国宪法规范有私人效力,实际是指宪法规范有间接水平效力。间接水平效力的产生,是宪法规范通过合宪性审查直接肯定、否定或者改写私法规范而产生。在详细论证美国宪法规范的私人效力之前,有必要进一步阐明宪法规范的私人效力与合宪性审查的关系。有人认为,宪法规范的效力应排除合宪性审查的情况;因为合宪性审查本质上是宪法规范适用于国家与个人这一纵向关系,因此不属于第三人效力的命题范畴。^[74] 但是,首先,国家与个人这一纵向关系(国家行为)触发宪法规范的适用,并不必然意味着合宪性审查的对象是国家与个人之间的纵向关系,很多案例(如本文所举的“吕特案”“《纽约时报》诉沙利文案”等)都表明,合宪性审查的对象有时实际是个人与个人之间的横向关系。第二,如果不存在一个体制性机制(合宪性审查),宪法规范从根本上来说只可能是建议性质或者愿景(aspirational)性

[68] *Id.*, p. 396.

[69] 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108—109页;许瑞超:《德国基本权利第三人效力的整体性解读》,载《苏州大学学报(法学版)》2017年第1期,第85—88页。

[70] *Supra* note [64], pp. 398-411.

[71] 张巍:《德国基本权第三人效力问题》,同前注[69],第109页;许瑞超:《德国基本权利第三人效力的整体性解读》,同前注[69],第89—94页。

[72] *Supra* note [64], p. 404.

[73] *Id.*, pp. 402-407.

[74] 参见黄宇晓:《论宪法基本权利对第三人无效力》,同前注[6],第191页。

质,并不会产生约束力,讨论“效力”本身也就没有意义。与此相反,讨论宪法规范私人效力,无不从合宪性审查决定开始。^[75]对德国“第三人效力”理论具有重大影响的“吕特案”已经显示,基本权利是通过宪法法院否定普通法院适用民事规范的行为而对私人间关系产生了约束力。实际上,早有人指出,德国法下的“第三人效力”理论的存在,有赖于宪法法院的合宪性审查的存在。^[76]

(一) 第一层次意义上的国家行为原则无法否认宪法规范对私人有效力

表述为“宪法规范只约束国家行为而未对私人行为施加限制”的国家行为原则,似乎已经清晰地给出答案,即宪法规范对私人间行为没有效力。“国家行为同视说”也支持同样的结论,因为可视同国家行为的私人行为本质上只是以私人行为表象出现的国家行为。但如前述,这一表述只是第一个层次意义上的国家行为原则,即必须存在一个国家行为,才能触发宪法规范的适用。这个国家行为可以是立法、司法、行政行为,也可以是被视同为国家行为的私人行为。这是美国宪法的成文性质所决定。不论因何原因,美国联邦成文宪法各条款确实主要是针对国家行为而设,除第十三修正案和已经废除的第十八修正案外,在文本上都要求以国家行为作为适用的触发条件。在不存在立法、司法、行政行为或被视同为国家行为的私人行为场合,无法触发宪法规范的适用。

但是,洛克说,人们进入政治社会是通过让渡自然状态下享有的制止和惩罚侵犯其权利行为的自然权力,将其交给政府统一行使。^[77]在私力救济几乎不可能的现代社会,对于最纯粹的私人间关系,在发生争议时,仍然需要借助国家行为来解决争议。换句话说,作为触发宪法适用的国家行为要件,形同虚设。这就是美国学者所说的,“所有的行为都是在国家禁止、明示或暗示同意的情况下发生的”^[78];“所有的私人行为从根本上来说都取决于国家愿意通过民事或刑事法律规则使该行为能够实现”^[79]。本文第三和第四部分阐述的案例,几乎均缘起于私人之间的行为,但它们都因为某一立法行为(“*Reitman*案”)、行政

[75] 例如,在马克·图什内特的文章中,其认为世界范围内关于宪法规范横向效力的经典案例主要有德国的吕特案,美国的 *Shelley* 案,加拿大最高法院的 *Retail, Wholesale & Department Store Union, Local 580 v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S. C. R. 573 案,南非宪法法院的 *Du Plessis v. De Klerk*, 1996 (3) S. A. 850, (5) B. C. L. R. 658 (CC) 案等。See Tushnet, “The Issue of State Action/Horizontal Effect in Comparative Constitutional Law”, *supra* note [17], pp. 79-98.

[76] 德国法下的“第三人效力”理论的存在,有三个基本前提:第一是含有直接拘束力的基本权利的存在;第二是存在可判定私法立法是否合宪以及据以作出的民事裁判是否侵犯了当事人基本权利的宪法法院;第三是宪法诉愿的存在使得宪法法院可以审查民事法院个案裁判的合宪性。参见李建良:《论法规之司法审查与违宪宣告——德国联邦宪法法院裁判之分析》,载氏著:《宪法理论与实践》(一),台湾学林文化事业有限公司 1999 年版,第 439 页;转引自许瑞超:《德国基本权利第三人效力的整体性解读》,同前注[69],第 94 页。

[77] 洛克:《政府论》,叶启芳、瞿菊农译,商务印书馆 1964 年,第 78 页。

[78] Kay, “The State Action Doctrine”, *supra* note [1], p. 334.

[79] Seidman, “The State Action Paradox”, *supra* note [11], p. 391.

行为(“面包房案”)或司法行为(“*Shelley*案”)的存在而触发了宪法规范的适用。这一个意义上的国家行为原则,无法否定宪法规范的私人效力。

(二) 对国家行为本身进行宪法审查可能使宪法规范产生间接效果

第二个层次意义上的国家行为原则,是指宪法规范只判断国家行为是否合宪,而不判断私人行为是否合宪,这也是美国宪法文本上所规定的构成要件的结果。但是,如前述,宪法审查实践不仅只判断国家行为本身是否合宪,而是扩大到了判断国家行为的依据和结果是否合宪。如果说判断国家行为本身是否合宪最多只是使得宪法规范可能产生间接效果的话,那判断国家行为的依据或结果是否合宪将使得宪法规范对私人具有间接效力。本部分我们先看对国家行为本身进行宪法审查的情形。

在很多涉及私人间行为的案件中,宪法审查机构并没有区分第一个层次和第二次层次意义上的国家行为原则,这是因为宪法审查机构审查的是触发宪法适用的国家行为本身。在这种情况下并不需要将两个层次的国家行为原则进行区分。对触发宪法规范适用的国家行为本身的宪法审查,宪法规范并不能对私人产生一般性抽象效力。^[80] 举例来说,在“面包房案”中,对科罗拉多州人权委员会适用其反歧视法的行为本身的审查,并不能决定面包师能否以宗教信仰自由拒绝为同性恋者提供制作婚礼蛋糕,或者更抽象地说不能决定向公众开放的服务提供者能否以服务本身具有特定的表达含义而基于宪法第一修正案拒绝为特定性取向的人群提供服务。本案未对后一个问题进行裁决。该案判决中甚至说“本案所涉及的问题很难解决,应当说,如果严格中立地对待考虑 Phillips 基于宗教信仰的反对意见的话,州的利益(指对于同性恋者的保护)本有可能超越 Phillips 基于宗教信仰拒绝提供服务的行为”。^[81] 又如,在民权系列案中,对联邦国会立法行为本身的审查,并不意味着私人在公众场合的歧视行为是合宪的,判决只说联邦国会不能直接立法调整私人在公共场合的歧视行为,但各州可以(甚至应当)通过法律对此进行禁止。但有时,对国家行为本身的宪法审查,却能使某一宪法规范对私人产生间接效果(不是效力)。例如,在“*Reitman*案”中,如果审查的是加州修宪行为本身,假设最高法院以加州修宪行为中的公投违反第十四修正案未对黑人平等对待,剥夺了黑人公投的权利,因此修宪行为本身与宪法不符。此时,基于第十四修正案确立的在房产市场中不得基于种族进行区别对待的宪法规则,并没有在本案中适用;但是,因修宪行为与宪法不符而使得第 26 款无法产生效力,客观上使得加州已有的在房产市场中不得基于种族进行区别对待的成文法规则得以保留、继续有效力。对加州

[80] 但对法律适用行为本身的合宪性审查会对个案中的私人产生影响。

[81] *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission*, 2018 WL 2465172, p. 12.

修宪行为本身的宪法审查,产生了一种“辐射效果”:在房产市场中不得基于种族进行区别对待(根据第十四修正案产生)。但这一“辐射效果”或附带作用并不能认为是宪法规范对私人产生了效力。

在这里需要进一步澄清一点,我们谈宪法规范对私人是否有效力,谈的是如果宪法规范可作为一项法律规则直接适用于私人的话,能够决定或影响私人权利义务的那一项宪法规范。它经常容易与案件中可能适用的其他宪法规范混淆,使问题的讨论变得复杂。在“民权系列案”中对这个问题的混淆,严重影响了对宪法规范的私人效力问题的讨论。前已提及,“民权系列案”实际包括两个宪法适用行为,宪法审查机构所适用的首要宪法依据是联邦《宪法》第十修正案,如果没有联邦《宪法》第十修正案的预设,就不会存在论证联邦国会能否依据第十四修正案制定 1875 年《民权法》的问题。也就是说,民权系列案从本质上是一个关于联邦和州权力分立的问题,而不是一个关于宪法只调整国家行为不调整私人行为的问题。^[82] 这一点从多数意见强调本案不涉及哥伦比亚特区与自治领可以说明,多数意见强调“我们的讨论只限于 1875 年《民权法》涉及在各州产生的案件中的有效性问题,并不涉及其在各自治领或哥伦比亚特区产生的案件中的有效性问题,联邦国会有权对各自治领或哥伦比亚特区的地方管理的各个方面进行立法。”^[83] 多数意见甚至提到,联邦国会可能有权依据监管各州之间商业行为的宪法授权制定 1875 年《民权法》,只是本案未予深入讨论。^[84] 事实上,该案在强调联邦无法依据联邦《宪法》第十四修正案立法直接调整私人间的歧视行为,但它同时强调了,为落实联邦《宪法》第十四修正案规定的平等权利,州有权甚至有义务^[85]对私人之间的歧视行为进行规制,“个人的错误行为,未获州政府机关的支持的话,只是一个简单的私人侵权或该人的犯罪行为;对于一个受害人权利的侵犯,不论损害的是其人身、财产或名誉,在未以任何方式得到州的批准(sanction),或未在州权力之下作出,受害人的权利仍然具有全部效力,并且理所当然地可以诉诸州法律寻求救济而得到维护”。^[86] 换句话说,并不能根据民权系列案得出《宪法》第十四修正案对私人没有效力的结论。

[82] 在一篇讨论民权系列案时期的国家行为原则与现代国家行为原则的区别时,美国学者指出,民权系列案中的问题是联邦政府有无权力禁止公共场合的私人间歧视行为。See Seidman, “The State Action Paradox”, *supra* note [11], p. 396.

[83] *Supra* note [44], p. 19.

[84] *Id.*

[85] 有学者认为,民权系列案多数意见法官 Bradley 认为根据宪法第十四修正案,州政府有义务积极行动去禁止私人之间的歧视行为。See Seidman, “The State Action Paradox”, *supra* note [11], p. 395.

[86] *Supra* note [44], p. 17.

(三) 审查国家行为的依据或结果使宪法规范对私人有间接效力

如果对国家行为本身的宪法审查通常不会使宪法规范对私人产生一般性抽象效力,那对国家行为的依据或结果进行审查呢?首先,适用宪法规范审查法律适用行为的依据(普通法除外,后文讨论)与审查立法行为的结果,二者并不无区别,都是对成文法的审查,这在宪法理论与实践亦没有异议。当依据宪法规范判断某一调整私人关系的成文法合宪或不合宪时(尤其是认定不合宪时),宪法规范将对私人关系产生间接效力。例如,在前述 *Nixon v. Herndon* 案中,美国最高法院裁决得克萨斯州成文法第 3093a 条不合宪时,也就使得《宪法》第十四修正案的平等保护要求对民主党(传统上认为属于私人)举行的初选行为产生了约束力,使得民主党的初选不得排除黑人。在“《纽约时报》诉沙利文案”中,美国最高法院裁决亚拉巴马州的普通法规则不合宪时,也就使得《宪法》第一修正案关于表达自由的要求对处于类似沙利文地位的所有私人产生了约束力,即他们除非证明言论人有恶意,否则需要容忍言论人的批评。在“面包房案”中,判决认为依据 *Newman v. Piggy Park*, 390 U. S. 400 (1968) 和 *Hurley v. Irish-American.*, 515 U. S. 557 (1995) 两个案件,科罗拉多州有权禁止公共场所的私人间歧视行为,即《科罗拉多州反歧视法》是合宪的。这其实也就是说,《宪法》第十四修正案关于平等保护的条款对公共场所的私人间歧视行为产生了禁止效力。在“*Reitman* 案”中,最高法院裁决第 26 款不合宪时,也就是宪法第十四修正案关于平等保护的条款在房产出售出租领域的私人间歧视行为产生了禁止效力。

那么,对法律适用行为的结果进行审查呢?法律适用行为具有个案性,它不像立法行为的结果是唯一的,即制定出具有一般性抽象效力的成文法。法律适用行为首先的结果是对所涉案件的约束力,直接决定当事人之间的权利义务与法律责任;但它同时可能产生类似于“立法行为”的结果,即产生具有一般性抽象效力的(法律)规则。对于后一结果,在普通法系国家因为明确的“判例”制度的存在,可能相对容易理解;但在非判例法国家,它仍然存在,会以对“不确定法律概念”的解释^[87]或者在没有明确法律依据的情况下适用习惯^[88]或法理等的形式而存在。即便不产生先例、不产生对“不确定法律概念”的固定化解释、不以案例的形式固化认可习惯,也可能因为法律适用结果改变人们的预期而产

[87] 这就是为什么德国会出现以“吕特案”为代表的间接第三人效力理论,其要求民事法官在解释不确定法律概念时应将德国基本法所规定的基本权利所体现的客观价值纳入。我国的司法解释本质上是立法行为而不是在个案中的法律适用行为。

[88] 《中华人民共和国民事诉讼法总则》第 10 条规定,“处理民事纠纷,应当依照法律;法律没有规定的,可以适用习惯,但是不得违背公序良俗。”

生立法的效果。当宪法审查机构以“上诉审”^[89]的名义适用宪法规范对法律适用行为的个案结果进行肯定或推翻时,可能相应地肯定或推翻了法律适用行为的个案结果所代表的抽象法律规则,从而使宪法规范对私人行为产生一般性抽象效力。在“*Shelley*案”中,最高法院适用《宪法》第十四修正案推翻密苏里州法院的判决时,个案结果是案涉白人无法依据其签署的排斥黑人的合约禁止黑人占有涉案房产,其对私人产生的一般性抽象效力则是,任何人都无法通过互相签署合约的形式排斥特定种族的人购买、占有、使用合约所覆盖的房产,因为这一类合约无法得到强制执行。虽然美国学者未使用本文所主张的对法律适用行为的结果进行合宪性审查的分析方法,但其从另一个角度得出了同样的结果,认为宪法规范只是对州创设法律的行为有约束力,只有将“*Shelley*案”理解为该案背后实际隐藏着允许白人通过合约歧视黑人的州法律规则,才能与其他案件协调一致。^[90]

综上,我们发现,当一个国家行为介入私人与私人的关系之中时,不论是以立法、行政、司法还是其他形式介入,因为合宪性审查不限于对该国家行为本身,而延伸到该国家行为的依据和结果,宪法规范在审查该国家行为的依据和结果时形成的宪法规则,对被国家行为所介入的私人与私人之间的关系产生约束力,从而使得宪法规范具有前述定义的间接水平效力。

六、宪法规范的私人效力到底有没有边界?

通过以上对美国宪法审查实践的梳理,我们发现,即便存在着国家行为原则,但因为可以适用宪法规范对国家行为的依据和结果进行审查,宪法规范具有间接水平效力。那接下来要问的一个问题是,宪法规范的私人效力有没有边界?

(一) 国家行为原则的历史与宪法规范的私人效力

美国国家行为原则本身充满争议,甚至被人称为“概念的灾难领域”;在不同的历史时期其内涵与作用并不完全相同。^[91] 作为一个几乎没有争议的事实,美国宪法制定时,包括内战后几条重要的修正案批准时,主流观念是自然法

[89] 德国宪法法院虽不是严格意义上的上诉审机构,其仍然被认为在宪法审查之下具有“超级再审”的作用。参见前注[5],第178页。

[90] Kay, “The State Action Doctrine”, *supra* note [1], p. 347.

[91] See Developments in the Law, “State Action and the Public/Private Distinction”, *Harvard Law Review*, vol. 123, no. 5, 2010, p. 1255. 该文将美国国家行为原则的发展分为三个阶段,第一个阶段是从19世纪末期开始,主导观念是传统经典法学思维,强调形式性的逻辑演绎,严格遵循公与私的划分与国家行为的形式构成要件。第二个阶段是20世纪中期左右体现的法律社会学派的观点,强调法律的社会价值,国家行为原则事实上褪去,宪法应介入各个领域实现社会价值。第三阶段是当代,是过去两种观念混杂的年代(pp. 1255-1266)。Also see Chemerinsky, “Rethinking State Action”, *supra* note [3], pp. 504-505.

理念。^[92] 在这一观念下,私人具有先于国家的自然权利^[93],这些自然权利既约束国家,也约束他人。这些自然权利不受国家的管制,属于绝对的私领域,只受自然法所调整;而自然法体现于普通法中,人们只能去发现它而不能去创设它。^[94] 成文宪法中列举个人权利,确实只是为了针对国家、防范国家^[95],制宪时是专门为了防范联邦政府而增设的权利法案。^[96] 但同时,这并不意味着宪法中的个人权利只是一项公法上的权利,个人同时享有与这些权利完全相同内容但针对其他私人的权利,这些权利只是无须依据成文宪法而是依据普通法所保护。^[97] 或者更准确地说,“整个权利法案实际上是适用普通法规则以防范政府行为”。^[98] 因此,在这一阶段,宪法天然地不需要也不会适用于私人行为。^[99] 民权系列案中体现的国家行为原则,从根源上来说是这种理念的结果。^[100] 这时候的国家行为原则的内涵在于,私人间的关系应交由州法,而且主要是州普通法去调整,联邦并不能依据美国宪法直接调整私人间的关系。

美国南北内战后至美国大萧条时,美国宪法与法律发生了重大变化,相应地对国家行为原则与宪法的私人效力产生了影响。第一个变化主要是法律实证主义(广义意义上,包括法律现实主义、法律实用主义、法社会学派、反形式主义等流派^[101])等的影响下,认为所有的权利都是法律所创设的(普通法也是国家承认或创设的规则)^[102],立法可以介入社会生活的各个领域,可以对几乎所有资源和利益进行分配与再分配^[103];特别是在“*Lochner*案”被推翻以后,已经不再存在私人绝对自由不受公权力干预的领域,公与私的绝对界限已经不再存在。^[104] 当立法可以不受限地调整私人间关系,而立法行为及其结果又受到成文宪法的约束时,成文宪法在对立法行为及其结果的合宪性审查时,必然对私人间关系产生影响。第二个变化是普通法让位于成文法,成文法取得主导地

[92] See John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, 1948, p. 48.

[93] *Id.*, p. 48; Seidman, “The State Action Paradox”, *supra* note [11], p. 397.

[94] See Seidman, “The State Action Paradox”, *Id.*

[95] Chemerinsky, “Rethinking State Action”, *supra* note [3], pp. 507-510.

[96] *Id.*, pp. 513-514.

[97] *Id.*, pp. 511-514. 该文引用了大量文献予以说明,包括十分著名的博纳姆医生案(*Bonham's Case*, C. P. (1610))和布莱克斯通的相关论述。

[98] *Id.*, p. 514. 此处作者引用了美国法律史学家 Levy 的观点。

[99] *Id.*, pp. 513-514.

[100] *Id.*, pp. 515-516.

[101] See William J. Novak, “Making the Modern American Legislative State”, in Jeffery A. Jenkins and Eric M. Patashnik eds., *Living Legislation: Durability, Change, Politics of American Lawmaking*, The University of Chicago Press, 2012, p. 24.

[102] See Chemerinsky, “Rethinking State Action”, *supra* note [3], pp. 520-527.

[103] See *supra* note [101], pp. 22-23.

[104] See Seidman, “The State Action Paradox”, *supra* note [11], p. 397.

位。19 世纪上半叶时,成文法主要体现为普通法的成文化^[105];但 19 世纪中期开始,成文法开始出现推翻普通法规则的情形^[106],内战后立法全能化的出现,更使得普通法的优先地位丧失。相应地也就意味着“《纽约时报》诉沙利文案”中所说的,成文宪法可以对普通法规则进行合宪性审查。原来完全由普通法调整的私人关系,在成文宪法可以对普通法规则进行合宪性审查后,成文宪法也就进入了私人领域。第三个变化是 1937 年以后,最高法院在司法违宪审查中极大地扩展了个人的宪法权利;但传统上普通法下的私人权利并没有像宪法权利那样扩展。^[107]这就产生了一个矛盾,宪法权利大于普通法保护的私人权利,如果私人关系仍然完全受普通法调整,那在遇到个人与个人关系时,私人的宪法权利必然受到限制。这个时候,宪法也就必然要对私人关系发挥效力。一是由立法全能化完成,通过立法调整私人间的关系而将个人的宪法权利适用于私人关系;二是将普通法纳入宪法调整,通过宪法可以审查普通法规则而完成。

伴随着这些变化,国家行为原则从最初区分州权与联邦权力的功能,发生了根本性转变。很多学者对这种变化持有两种观点。一种观点认为,随着公与私绝对界限的消失,国家行为原则已经没有存在的必要。^[108]另一种观点认为,在立法全能时代,普通法纳入宪法调整后,国家行为原则成为司法谦抑的抓手。^[109]当适用宪法对立法行为及其结果进行审查时,不可避免地要对个人存在竞争关系的不同宪法权利进行判断确定优先顺序,在民主话语下它更多属于民选机关的职责,司法不应当过度地介入。研究发现,1970 年代以后,当对个人宪法权利进行大规模联邦与州的立法保护后,司法过程中的合宪性审查越来越少地认定存在国家行为。^[110]

(二) 司法违宪审查与宪法的私人效力

前已提及,在我国语境下,宪法规范的私人效力问题,常常与宪法的司法适

[105] See *supra* note [101], p. 22.

[106] *Id.*, p. 22.

[107] Chemerinsky, “Rethinking State Action”, *supra* note [3], pp. 517-519. 作者认为,传统上法院是通过诉诸自然法来扩大私人权利(必要的话),但 19 世纪后期开始的法律实证主义的影响,使得权利来源于自然法的观念被权利来源于实证法的观念所取代,法院无法再从自然法的基础论证扩大私人权利。因此宪法保护的私人权利(个人对国家)与普通法保护的私人权利(个人对个人)存在不对称。

[108] Chemerinsky, “Rethinking State Action”, *supra* note [3], pp. 517-519; and Gary Peller and Mark Tushnet, “State Action and a New Birth of Freedom”, *Georgetown Law Journal* vol. 92, no. 4, 2004, p. 779. 关于否定国家行为原则的理由的全面梳理及支持国家行为原则继续存在的一个可能理由, see BeVier and Harrison, “The State Action Principle and Its Critics”, *supra* note [27], p. 1767.

[109] See Seidman, “The State Action Paradox”, *supra* note [11], p. 398; and BeVier and Harrison, “The State Action Principle and Its Critics”, *supra* note [27], p. 1780.

[110] See Peretti, “Constructing the State Action Doctrine, 1940—1990”, *supra* note [56], p. 273.

用联系起来,甚至是等同起来。^[111] 本文的讨论对象美国,虽然宪法实施并不只是(甚至不主要是)依赖司法机关的违宪审查,立法机关、行政机关在宪法解释、实施宪法、保护公民宪法权利等方面亦发挥着极其重要的作用^[112];但是司法机关在个案中适用宪法,确实对宪法实施、宪法发挥实际效果产生了重要作用。那么,宪法规范的私人效力,必然需要宪法的司法适用或司法性合宪审查模式吗?

从广义的角度来说,立法机关依据宪法规范调整私人间行为,也是宪法规范对私人有效力的体现。^[113] “面包房案”中所涉《科罗拉多州反歧视法》就是这样的例子。但即便抛开这个不算,从狭义的角度来理解,只要存在合宪性审查机构(不需要是司法机关),当它依据宪法规范对成文法进行合宪性审查时,如果该成文法调整的是私人间关系,也必然使宪法规范通过合宪性审查对私人产生效力。^[114] 合宪性审查后认定不合宪时,这种效力体现得更加明显。因此,即便在狭义的理解下,宪法规范对私人有效力,也与宪法的司法适用或司法性合宪审查模式无关。

但同时,我们也需要承认,宪法的司法适用对宪法规范的私人效力产生了特殊影响。如前述,在司法个案中,适用宪法规范审查法律适用行为的结果时,首先产生的效力是对当下案件结果的影响,只是对当下案件结果的肯定或否定,同时创设了一项调整私人间关系的宪法规则,从而使宪法规范产生私人效力。换句话说,宪法的司法适用,扩大了宪法规范能够对私人产生效力的场景。这也是我们应当认真对待宪法的司法适用这一重大命题的原因。

当然,也有美国学者认为,没有必要泛化宪法规范对私人的效力,在任何案件中都适用宪法规范调整私人行为。^[115] 该学者认为,宪法是一种特殊的法律,它与普通法律之间是一个上下层级关系,二者有各自的适用范围和场景。^[116] 宪法规范本身具有原则性、相对长期稳定性、刚性,宪法规范并不适合在所有场景下适用^[117];如果在所有领域和场景都适用宪法规范,将使得创设法律的权力

[111] 例见,张千帆:《论宪法效力的界定及其对私法的影响》,同前注[1],第1—2页;林来梵:《人权总论》,同前注[10],第167页。

[112] 尼尔·戴文斯、路易斯·费希尔:《民主的宪法》,李松锋译,译林出版社2015年版,第7—64页。

[113] 即便美国《宪法》第十四修正案明确指向州行为,民权系列案也裁决联邦无权直接对私人行为立法;但美国学者认为,虽然民权系列案未被推翻,但事实上在立法权方面,现在联邦已经有权直接依据宪法对私人行为进行调整。See Chemerinsky, “Rethinking State Action”, *supra* note [3], p. 504, footnote 5.

[114] 如果用更准确的话说,宪法规范在任何时候对私人都有效力,只是合宪性审查使这种效力得以发挥实效。

[115] Kay, “The State Action Doctrine”, *supra* note [1], p. 329.

[116] *Id.*, p. 337—338.

[117] *Id.*, p. 338.

实质性地转移给宪法审查机关^[118]；宪法审查机关没有了国家行为原则将不得不对所有私人之间的行为进行宪法审查作出判断^[119]；私人之间的行为不得不每次都受制于一种临时(ad hoc)的宪法审查机构的判断,使成文法和普通法规则带来的确定性丧失^[120]。宪法的功能或价值主要是对法律创设为进行限制,只有存在一个“创设法律”的行为时,才应当适用宪法规范;当然这里的“创设法律”行为是一个广义的概念,包括立法机关,也包括行政机关抑或司法机关创设法律的行为。^[121]应当说,该学者的观点是有道理的,宪法作为一部特殊的法律,它在规范结构上具有特殊性,包括它的原则性、缺乏直接的法律责任等,没有必要也不应在所有私人行为中适用宪法。但如果国家介入私人行为将创设一项具有一般性抽象效力的规则,实质上产生创设法律的效果时,不论这一国家行为是立法行为还是司法行为或行政行为,在争议发生时,适用宪法规范对这一规则的效力进行判断,符合宪法规范发挥效力的一般方式:如果一项成文法规定,在符合一定情形时土地所有人有义务为他人创设地役权,同时规定在相同情形下土地所有人无义务为持特定言论者创设地役权。可能大家很容易接受这一成文法所规定的例外情形与宪法不符。但同样清楚的是,如果这一例外情况不是由成文法规定,而是由一个司法判决所创设,那我们不能仅仅因为它不是由成文法创设而是由司法判决所创设就认为它合宪。^[122]

七、结语

美国在不同历史阶段因应联邦与州的分权、成文法与普通法的区别、司法机关与立法机关之间的分权等特殊背景下产生的国家行为原则,它并没有成为宪法规范对私人有效力的障碍。这是由宪法具有最高法律效力所决定的。当普通法律可以调整私人间行为,而宪法规范又可以作为判断普通法律效力的标准时,宪法规范必然对私人有效力。作为典型的情形,当普通法律,不论这一普通法律是某一成文法,还是判例法,抑或司法或者行政决定所“隐含”的一般性抽象规则,与宪法不符时,宪法规范将会直接介入决定私人之间的权利义务关系。

如果像有些意见所主张的,宪法中的基本权利条款应当只通过立法来实施,也就意味着宪法基本权利条款对立法者没有拘束力;如果像有些意见所主张的,宪法规范对私人无效力,无异于说调整民事关系的法律规范与宪法规范属于平行范畴,民事法律规范无须符合宪法,它是从根本上否认对民事法律规

[118] *Id.*, p. 340.

[119] *Id.*, p. 340.

[120] *Id.*, p. 341.

[121] *Id.*, pp. 342-349.

[122] See BeVier and Harrison, "The State Action Principle and Its Critics", *supra* note [27], p. 1771.

范的合宪性审查。这在西方语境下确实是一个可以争议与讨论的问题,它背后所涉及的问题是对法律是什么的根本认识,是西方传统(至少是自由主义传统)下“私”与“公”的绝对界分所必然产生的争议。哈耶克的理论可以让我们清晰地看到西方语境下宪法私人效力背后所隐藏的深层次背景。哈耶克认为,调整私人之间关系的法律,即所谓的正当行为规则,是人类自发秩序所生成,是真正的法律,它可以超越政权更迭而存在,构成对国家权力的限制。^[123] 宪法作为一种为了特定目的而作出的有意设计,是为了维系(maintenance)作为正当行为规则的法律而存在的上层设计,并不是正当行为规则本身。作为正当行为规则的法律,它并不受宪法调整 and 限制。相反,只有与正当行为规则的法律所体现的一般期待相符的宪法,才能使一个新政府获得其人民的拥戴进而变得“正当”。^[124] 按照哈耶克的这种认识,宪法规范不应当有私人效力;相反,作为正当行为规则的私法其实构成了对宪法本身的限制。这种认识与宪法的最高效力之间必然产生张力,宪法规范的私人效力也必然会成为可争议的问题。

但是,我国没有自然法传统,甚至不像德国那样在相当长时期内民事法律的立法主要是对已经存在的习惯的法典化^[125],哈耶克对法律和宪法的自由主义理解也没有任何可被接受的空间。相反,法律被认为是国家(人民)意志,在观念上,立法介入私人领域并没有某种天然的限制,私人也未享有先于国家、先于宪法的权利(包括民事领域)。如果在这样的背景下强调宪法规范对私人无效力,也就意味着立法介入私人领域时连传统上已经确立的成文宪法限制都已经取消,司法、行政机关在个案中创设一般性抽象规则也无法依据宪法进行审查。我国既已确定宪法的最高法律效力地位,亦着手建立合宪性审查制度,并开始强调部分宪法规范具有直接适用性^[126],认可宪法规范对私人有效力,并旗帜鲜明地将私法规范纳入合宪性审查既是合理也是必要的。

(审稿编辑 康 骁)

(校对编辑 金雨萌)

[123] FA Hayek, *Law, Legislation, and Liberty: Rules and Order*, The University of Chicago Press, 1973, pp. 94-123.

[124] *Id.*, pp. 134-135.

[125] 参见陈颐:《立法主权与近代国家的建构:以近代早期法国法律为中心》,法律出版社2008年版,第28—51页。

[126] 参见沈春耀:《深入学习贯彻习近平总书记宪法重要论述精神全面加强宪法实施和监督》,载中国共产党新闻, <http://cpc.people.com.cn/n1/2018/0523/c64102-30007892.html>, 最后访问日期2018年6月21日。(“宪法中有一些规定具有直接适用的性质,不必通过其他途径和方式。”)