

“宪法第一案”：公法私法化？PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E2_80_9C_E5_AE_AA_E6_B3_95_E7_c122_484633.htm 【关键词】宪法第一案 公法私法化 一、所谓的“宪法第一案” 1990年山东某市中学生齐玉苓考上一所中专学校。该学校给齐玉苓发出了录取通知。齐的同学陈晓琪从中学那里拿到了招生学校给齐的录取通知书，冒齐之名上学和工作。直到1999年，齐发现被冒名顶替后以陈和她父亲以及原所在中学等为被告起诉到法院，请求责令被告停止侵害、赔礼道歉并赔偿经济损失。这个案子一审由山东枣庄中级人民法院受理，后上诉到山东省高级人民法院。山东省高级人民法院就该案中法律适用上的疑难报请最高人民法院进行司法解释。最高人民法院在其《批复》中称：“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受的受教育的基本权利，并造成了具体的损害后果，应当承担相应的民事责任。”由此引发了热烈讨论。许多人将这个案子誉为中国的“宪法第一案”。这个案件、尤其是最高人民法院的批复被公开报道以后，中国公法学界的反应简直称得上一片欢腾。不能不承认，欢乐主要为“宪法司法化”而起；相形之下，对于该案中“宪法私法化”的问题开始并未引起注意。不过，宪法“私法化”问题一经提出，就成为推动有关该案的讨论向更专业领域深入的契机。无论是宪法“司法化”的说法都引发一些质疑与争论。最初的讨论者谈论宪法能否“司法化”，即宪法规范是否能够被司法机关直接适用于具体案件。对此，肯定的意见显然占据了主导地位----用

最朴素的方式表达出这种观点的，可能是这种论证：宪法也是法，为什么不能在法院适用？但是，人们很快对于何谓宪法的“司法化”发生了争议。至少在该案中，宪法规范是否被司法机关“适用”了，或者说是在什么意义上被适用的，存在着不同理解：就批复的措辞来看，宪法规定的权利只是作为损害后果而并不是作为法律责任的直接依据出现的。这与通常所说的“适用法律”作出判决，并不能完全等同。有关宪法“私法化”的讨论也部分地源于辨析宪法“司法化”与“私法化”在含义上的不同。参与讨论者用宪法的“私法化”来指作为公法的宪法被司法机关适用于私人与私人、权利与权利这类通常被归入私法领域的关系上。而一旦进入宪法“私法化”的讨论，人们的关注点就主要指向宪法“能否”私法化这一应然问题。从逻辑上说，只有承认宪法可以被司法机关适用（“司法化”），才有可能进一步讨论宪法能否“私法化”（即适用于私人关系中）。----当然，承认宪法可以司法化，并不意味着同时接受宪法可以“私法化”。但是，鉴于宪法“司法化”已经较多讨论并且对于宪法能否“司法化”争议不大；所以，本文将越过有关宪法“司法化”问题，而将焦点直接对准本案中宪法的“私法化”问题。

二、宪法作为公法能否“私法化”？该案已有的讨论中，很多人因为热烈欢迎中国宪法的“司法化”而将宪法的“私法化”与“司法化”混为一谈地加以赞美。只有微弱的声音在坚持，宪法以国家权力为规范对象，“私法化”而适用于私人之间，是对宪法的误用。事实上，在中国，因为亲历高度集权而反感“国家强制”，因为盼望“违宪审查制度”而欢迎“宪法司法化”，对于那些对中国法治进程有着强烈责任心

使命感的人来说，是一件再自然不过的事。应该说，这种自发的激情是可贵的，是当前中国“人心所向”的风向标之一，由于“宪法第一案”的讨论引发了广泛的社会关注，这种激情甚至会影响到整个社会的宪政意识的形成。然而，作为法律共同体成员，对于该案的讨论仍应该回到法律制度和法律传统上来，回到法学内部视角，才不会在“变革”的强烈愿望中迷失自己，欲速而不达。从法学角度，在“宪法第一案”中我们首先要认真对待的问题是：宪法作为公法，能否“私法化”而用于解决私人与私人之间的争议？（一）公法/私法二元区分的有关原理 本文准备从接受公法与私法区分的区分开始论述，而不去论证为何要接受公法/私法的二元区分。这固然是因为正面论证为何要接受公法与私法的区分是件困难的事；也因为公法与私法的区分历时悠久而能存续，拥有其“在先优势”，----这意味着，除非有证据证明这种传统或惯习已经不再合用，否则象以前一样接受它称得上是明智的选择。根据源自古罗马的公法与私法二元区分理论，宪法属于公法。公法作为政治国家的法律，它调整两类关系，一是政府和公民之间的关系，即公共权力与私域自由（权利）的关系；（二）政府各部门之间的关系，也就是政府各不同性质的权力之间关系。一般认为，前一种关系即权力—权利关系是主要的关系，对前一关系的不同理解决定了政治国家的基本秩序，后一关系即权力—权力关系则是实现前种关系安排的手段。私人与私人之间的权利冲突，并不是公法所关心的内容。公法与私法的区分后果，最容易被观察到的是司法管辖上的不同：私法案件由普通法院管辖，公法案件由行政法院或宪法法院管辖。但这样的后果只会发生在法国、德

国这些有着独立“行政法院”的国家。英国和美国这样只有普通法院的国家，公法与私法区分的后果，主要表现为公法案件与私法案件适用的程序或实体规则有所不同。实际上，在公法领域和私法领域实施不同的规则，才是公法与私法区分的实质所在。而公法与私法规则的不同，背后是公法与私法的基本理念上的差异：在公法领域，“法无授权不可行”，对公权力施加了严格的约束；在私法领域，却是“法不禁止便自由”，给予市民社会中的私人尽量大的自由。换句话说，在权力—权利关系中，公法更关注对权力的约束与规范，而在权利与权利关系中，私法更强调对当事人自由、自主、自治的尊重。这样，如果将公法规则适用到私法领域，将大大妨害私法领域里的自由。例如，基于要求国家在立法、司法和行政权力的运作中，应该平等对待所有公民的平等权，公共设施必须对公众平等开放——如果拒绝特定人进入，必须基于正当的理由并且经过正当的程序；而在私人领域内，却不能用平等对待的义务来要求私人。因为人民都有按自己的偏见、特性及感情采取行为的自由，只要不侵犯他人的权利。“国家并不能片面要求人民必须平等、博爱；宪法也未要求每个国民都过着理智及道德的生活，所以，硬要将国家力量注入私人生活，造成私人关系之间的平等，无异于敲起自由之丧钟”。（二）当事人权利救济问题 在支持在齐玉苓案中直接在私人之间适用宪法规范的观点中，一个看上去比较有说服力的理由是，由于中国以民法通则为中心的私法体系中找不到可适用的规范，为什么一定要拘泥于“宪法是公法”这一判断就使得当事人的正当权利失去保护呢？这是一种基于实用的观点，其说服力源自对当事人权利的尊重。的

确，任何法律技术、法律原理都建基于对当事人权利的尊重与保障。如果某种理论不利于保护当事人权利的需要，那么应该让步的是该种理论而不是当事人的权利。因此，要反驳这种观点，仅仅从一般原理上重述混淆公法/私法可能的恶果是不够的，还要在坚持公法/私法区分的前提下为上述情境中的当事人提供权利救济途径。这样，我们才可以说，公法/私法的区分不仅仅在制度整体层面是应该尊重的，在具体个案中也是可以坚持的。那么，上述情境中的当事人的权利如何能够获得救济呢？对此，我们有国外先进经验可借鉴，因为这并不是中国特有的问题：尽管在漫长的发展历史中，私法已经出现了结构严密的宏大体系，但是由于社会变动不居、现实生活繁杂多样，私法规范无法穷尽一切私人之间权利冲突的情形。当现实中存在保护基本权利的需要而私法没有提供可适用的规范、恰恰“后来居上”的宪法又有可用的条款时，当然会产生强烈的、直接援用宪法的自然冲动了。德国法学界曾在二十世纪六十年代至八十年代热烈地讨论过宪法上保障基本权利的规定能否适用于私人之间的法律关系，出现了众多学说，但最后成为通说是“间接效力”说。要点包括，私人之间的争议，是民事问题，由民事法来规定；由于宪法具有最高效力，民法上的任何条文都不能与宪法规定的基本权利相违背，并应依宪法规定的精神来解释；对于民法具体条文没有规定的，应该通过概括条款如公序良俗来实现基本权利对民事关系的影响。一句话，通过对私法中概括条款的解释来解决上述情境中当事人权利救济问题。美国几乎在同时期也发展了其“政府行为理论”，将所谓的“准政府组织”或者“类公权力主体”意义上的“私人”，纳入相应

宪法基本权利条款的势力范围内。因为通过传统“公共权力”或“公共利益”学说的综合阐释，我们有相当有力的理由作出如下论证：准政府组织或类公权力主体，名义上是私人，但实质上代表着公益或实质上行使着公共权力，那么在公法上就应该按其实质而不是名义来对待它，让其承担其与其公共权力相应的公法责任；换句话说，当案件涉及公共权力作用时，已经进入公法领地，此时适用公法规范并不会引起伤害“私法自治”的忧虑。就我国目前的法律制度来说，学习德国和美国的做法并不存在成文法上的障碍。如果采用德国式的做法，国家有宪法义务依据宪法精神解释民法，先把宪法上的受教育权转化为私法上的权利，再认定被告行为构成民事侵权，判令被告承担民事责任。具体到齐玉苓案，法院可以依据宪法保护教育权的精神，对公民因过错“侵害他人人身的，”“应承担民事责任”（参见《民法通则》第106条第2款）这一民法一般条款进行扩张解释：或者将齐玉苓的受教育权被损害作为侵害姓名权的结果，根据民法有关姓名权的规定给予救济；或者通过对民法上的人格权作扩大解释，将受教育权纳入民事权利体系内，根据民事责任的一般规定来判令被告承担民事责任。要借鉴美国做法，则被告必须符合“准政府组织”的一定条件。所以，齐玉苓案中，如果被告只是冒名顶替者，就不太适合借鉴美国的有关理论与实践。当本案被告是被怀疑与冒名顶替者有同谋嫌疑的学校时，借鉴美国的做法就比较恰当了：齐玉苓完全可将学校视为“准政府组织”对之提起行政诉讼：----由于田永诉北京科技大学、刘燕文诉北大等案件所引发的广泛讨论，有关学校是否以及为何具有行政诉讼被告资格的文献资料在我国公法学

界已经汗牛充栋，在此就不再重复了。三、我国宪法的特殊性分析（一）“母法”论在本案的讨论中，很多学者并不反对将宪法规范适用到私人之间的争议上，他们的理由形形色色。其中最有代表性的是：有人认为，“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”；应该说，这些对宪法性质的理解是十分有中国特色的，从中可隐约看到我国所特有的“宪法是母法”这种说法的影响。宪法是母法这种说法在我国早期的法学教材中十分流行，是我国法学界对前苏联法学不加批判地照的结果。它被一些学者称为宪法的“母法论”。将宪法视作“母法”，是对宪法作为“授权规范”的积极理解；按照“母法论”的解释，宪法是一国法律体系中的“母法”，所有一般法律都由其生发出来。这实际上需要假定：宪法对一般法律应当规定的内容已经有了基础性或说原则性的规定，只待普通法律将之具体化。这种理解与公法/私法的二元区分存在着根本性的冲突。原因在于：宪法作为公法，主要调整公民与国家、权利与权力之间的关系；主要调整私人主体之间、权利与权利关系的私法，有许多规范是很难在宪法上找到直接依据的。例如，受流行的“母法”论影响，现在，在我国已经形成一种不成文的立法惯例，一般法律都要标明“根据宪法”制定，《民法通则》第一条也是这么写的。但是，把这种做法理解为对于宪法最高效力的确认是可以的，如果理解为《民法通则》的所有规范都是从宪法已有规定中衍生出来的，就经不起推敲了。的确，有一些在宪法文本上有的权利，在民事法律文本中也会出现。这种现象常常被一些学者当成民事法律落实宪法原则性规定的表现。但事实是，

有些权利，如生命权、财产权，既是公法上的权利（政治国家中的公民权利），也是私法上的权利（市民社会中的个人权利），所以它们会同时出现在公法与私法的法律文本中。但是，这并不影响公法权利与私法权利的区分。当公法权利受到来自国家的侵害时，属公法问题，适用公法解决；当私法权利受到来自私人的侵害时，属私法问题，适用私法解决。在此，我们需要仔细地区分而不是混淆这些“同名异质”的权利。事实上，对“根本法”和“具有最高法律效力”还可有另一种理解，即“一切法律、行政法规和地方性规都不得同宪法相抵触”（宪法第5条），这实际上是对立法进行违宪审查的宪法依据，但长期以来似乎被忽视了。（二）直接约束私人的宪法条文在宪法“私法化”的有关讨论中，有一些学者提出“宪法中既有公法的内容，也有私法的内容”，这种表达用于美国联邦宪法及其《权利法案》可能不太合适，但用于我国现行宪法却似乎是有道理的。如前所述，公法所调整的主要是国家与公民、国家权力机关与权力机关之间的权力—权利与权力—权力关系，而不调整私人与私人之间的权利冲突——私人与私人间的关系由私法来调整。但是，观察我国宪法条文，可以发现毫无疑问既针对公共权力主体又针对私人主体的规定。例如，宪法第36条规定：“中华人民共和国公民有宗教信仰自由。任何国家机关、社会团体和个人不得强制公民信仰宗教或者不信仰宗教，不得歧视信仰宗教的公民和不信仰宗教的公民。”宪法第40条也规定：“中华人民共和国公民的通信自由和通信秘密受法律的保护。除因国家安全或者追查刑事犯罪的需要，由公安机关或者检察机关依照法律规定的程序对通信进行检查外，任何组织或

者个人不得以任何理由侵犯公民的通信自由和通信秘密。”从这些条文来看，我国宪法上规定宗教信仰自由、通信自由、通讯秘密等权利，权利主体是公民，义务主体则既包括国家机关，也包括“社会团体和个人”。也就是说，上述宪法的条文既可以适用于国家机关侵害公民上述权利的情形，也可以适用于“社会团体”或个人侵害公民上述权利的情形。——后种情形按照“一般原理”的分析应由私法来调整。这些条文反映出在我国宪法制订者的头脑中，并不存在公法与私法的区分。事实上，就我国宪法制订时间（1982年）来看，制宪者的“立法原意”中并不存在公法与私法的区分，有着可以理解的历史原因：长期以来，我国主流思想意识中，法律被当作阶级统治或是经济建设的工具，并不承认公法与私法的区分。直到改革开放以后，随着政府职能转变与市场经济的发展，我国政治国家与市民社会开始分立，公法与私法的区分由此才具备了现实的社会基础；公法与私法的区分才逐渐得到承认。当然，如果要认真对待法治和宪政，我们就不能空谈法学原理与法治理想，而把现行有效的宪法文本扔在一边。所以，对此问题，我提出的应对方案是：对于我国宪法中那些不是针对公共权力，而直接约束个人的那些内容，作为历史遗留可当作一般原则的例外而加以接受；同时，应该警惕不要因例外的存在而模糊了宪法的公法性质以及与公法性质相适应的核心功能。

三、两种“私法化”需要强调的是，在这里存在两种不同意义上的“私法化”。在二十世纪八十年代以前，中国不承认公法/私法的区分，当然根本不可能讨论公法私法化的问题。在上述“宪法第一案”中，中国法学界第一次在具体案例中讨论宪法作为公法的私法化

问题。但这种语境下的公法私法化，与一般语境中所提到的公法私法化含义有着重要的区别。在大多数语境中，“公法私法化”主要指的是指私法原则或精神向公法渗透的现象。如公法中信赖保护原则就源于私法中诚实信用原则。国家运用私法手段或者利用私人主体来实现“公共”目标，这种典型的、会引发公法私法化现象，也并不是什么史无前例的新鲜事务。只不过在早期，国家对于“私人”从事公共事务总是心存戒备和疑虑。因为“国家认为没有盈利目的的机构所提供的无私合作对于该机构而言是一个危险的势力和权力的来源”，但是，需要完成的工作所涉及的范围越来越多，加上“或许公共权力的敏感性在一定程度上有所减弱”20世纪60年代以来，国家越来越多地在公务活动中采取行政合同和行政指导等非强制的行为方式以实现与私人的合作，同时越来越多传统上属于“私人”的主体（如同业协会、消费者协会甚至包括一些负有公共职能的商业公司）拥有了“公共权力”。行政主体采用契约等传统上属于私法上行为的方式，或者传统上属于私法主体的社会组织行使本来由公法规范的权力，不仅使得公法的适用范围边界变得模糊，还使得公法的具体规范与私法规范有了许多交叉重叠的部分。这些现象作为“反常问题”，冲击了公法概念本身。正是因此，公法私法化现象也在世界范围内引起了广泛注意。目前，在我国，也可以合理地预期，国家将越来越多地在公务活动中采取行政给付、行政合同、行政指导、行政奖励等非强制的行为方式；并且，由于事前告知、听证、和听到相对方意见等要求不断地被纳入行政程序法中，传统的行政管理手段如行政处罚、行政征收等，也将增加新的非强制因素；也可以合

理地预期各种非政府的公共或私人的机构将越来越多地通过多种方式共同参与社会公共事务管理；但是，非强制行政行为仍然是权力行为，而非政府组织所行使的公共权力也是有可能被滥用的公共权力。非强制的行政和非政府的行政其实质仍然是公共权力的行使，我们并不能因为其非强制、非政府的特征就放松应有的、有关权力滥用的警惕。在这个意义上，“私法化”了的公法，仍然是公法，只是国家强制的色彩减弱了。而在我国“宪法第一案”中所讨论的公法“私法化”则不然。虽然参与讨论者对其含义的具体说法有着细微差别，但结合该案的案情，它的基本含义指的就是原本以国家权力—公民权利关系为主要调整对象的公法开始进入私人权利与权利的冲突这一原属私法领地。在这个意义上，“私法化”了的公法规范国家强制色彩并未减弱，但调整范围却侵入到私人领域，其危险性是不言而喻的。更准确地说，这根本不是公法的私法化，而是私法的公法化，甚至就是公法取代了私法，公法与私法合二为一。总之，一般意义上的公法私法化，“私法化”了的公法仍属公法；宪法第一案中所讨论的公法私法化，实质是用公法与私法的混同。把这两种根本不同的现象都称作公法的“私法化”，难免造成误解。尤其是，一般意义上的公法私法化作为当前潮流所向大势所趋，无论在学术界还是实务界都受到可以理解的欢迎；这样在宪法第一案的讨论中，将宪法规范适用于私人之间做法也称作公法私法化，就有可能“骗得”一些并不真实的同情与支持了。

四、结论 众所周知，在个人权利和自由的保护史上，私法比公法更早地确立了有关规则；只不过，进入现代社会，公民的权利要求不断发展，从经济领域进入到政治领域

，进而社会领域。齐玉苓案中的受教育权正属于现代社会新出现的、所谓“第二代人权”。二十世纪以来公法迅速发展起来，以至于在历史渊源上曾充当“万法之母”的私法，在权利保障方面与公法相比，竟然也会出现“相形见绌”的局面：当事人的一些正当权利已经得到包括宪法在内的公法确认，但尚未得到私法的承认；这时，如果该权利偏偏受到来自私人的侵害，就会出现将宪法规定直接适用于私人间关系的自然冲动了。归根结底，问题的关键在于：面对不断更新的权利主张，立法难免出现种种滞后的表现。只是，在应对立法滞后现象时，必须将短期的、权宜的做法，与长期的制度化设计区别开来。虽然在一时一地的情形中，直接将宪法规定适用到私人之间仿佛比较直接和便利；但是，从长期来看，着眼于法律体系整体协调发展，私人间的冲突还是应该通过私法自身的发展和完善来解决。基于这种考虑，本文认为齐玉苓案以及其同类案件的处理中，并不应该轻易地放弃公法与私法的二元区分，而应当在尽可能坚持公法与私法二元区分的基础上探索如何为当事人提供救济。——这不是主张公法与私法二元区分是永恒的真理或是主张公法与私法二元区分应当一成不变地存续下去，只是说在齐玉苓案及其同类情形中还看不到要改变公法与私法二元区分的充分理由。在更广泛的视野里，我们可以看到：在二十世纪以来的福利国政策下、在当前的公共行政改革运动中，公法与私法之间出现了种种互动的形式。如公法私法化、私法公法化、“以私法完成公共任务”、“管制作作为自治的工具”等等。如果说在公法学成为独立学科之初，我们不得不更关注如何将公法与私法区分开来，现在我们则不得不更关注公法与私法相

互作用、相互依赖（互动）的一面。宪法上有关权利的规定能否适用私人之间这一问题的出现，本身就与公法与私法之间互动增加这一时代背景分不开。但是，公法与私法的互动加强，并不意味着我们要抛弃公法与私法的区分；因为公法与私法的互动，仍是相互区分前提下的互动，而不是混同。政治国家与市民社会良性互动的保障机制是公法与私法的并行发展，而不是公法与私法合二为一。在当代公法效力不可避免地波及到市民社会、公法规范不断影响到私法领地这一特殊的时代背景中，公法适用的边界更是不可或忘。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com