



彭亚楠：谁才有资格违宪？——美国宪法的“政府行为”理论

时间:2005年10月3日 作者: 彭亚楠 来源:法律思想网

一、引言——个人违宪问题和美国宪法

2001年夏，最高人民法院公布了对山东省高级人民法院“齐玉苓诉陈晓琪等”一案[1]（以下简称“齐玉苓案”）的批复[2]（以下简称“齐玉苓批复”），在其行文中引用了宪法。尽管宪法在中国司法判决中的出现并非首例，[3] 但就所获得的关注而言，齐玉苓案的确空前，该案在国内引起了出乎意料的反响，并被冠以“宪法司法化第一案”等历史性头衔。[4]

在该案中，原告齐玉苓与被告陈晓琪曾共同就读于山东省滕州八中，1990年齐玉苓被山东省济宁商校录取，但陈晓琪却隐瞒事实，在其父陈克政的帮助下，持印有滕州教委和滕州八中公章的虚假身份证明，盗用齐玉苓的名义到济宁商校就读，而齐玉苓则因不知情而丧失了到该校求学的机会。1999年，得知了真相的齐玉苓将陈晓琪、陈克政、济宁商校、滕州八中、滕州教委一并告上法庭，诉请赔偿其教育权受到侵害的损失。在批复中，最高法院确认：“陈晓琪等……侵犯了齐玉苓依据宪法规定所享有的受教育的基本权利”。

本案提出了宪法司法化、宪法的直接效力、宪法解释权等众多有趣的法理问题，而本文所关注的只是其中一个：公民的宪法权利能否对抗个人？换言之，陈晓琪和陈克政，作为公民个人，能否成为违宪主体或宪法权利的义务主体？

在中国的宪法框架下，个人构成宪法义务主体，不得侵犯他人宪法权利，似乎都是不言而喻的。

首先，在宪法条文上，有明确的公民义务条款，公民是当然的宪法义务主体，而在基本权利条款中，也有直接对抗私人的内容，例如信仰自由、通信自由和通信秘密，明确写明了“任何个人”不得侵犯这些权利；

其次，在宪法理论上，宪法规范被认为是各种部门法规范的集成，刑法、民法都被当作宪法原则的具体化，并把宪法当作自己的规范渊源，因此基本权利可以直接约束公民个人自当不存疑义。

但是，如果我们把视野投向世界，就会发现答案也许不那么简单。根据美国宪法，除了废除奴隶制的第十三修正案之外，宪法的义务主体只是政府，而非公民，[9] 宪法基本权利也只能用于对抗政府行为，单纯的私行为不受宪法拘束。用美国联邦最高法院反复宣讲的招牌话语来表述，那就是：美国宪法“并未提供抵御私行为的盾牌，无论该私行为多么不公平或不正当。”[10] 这一原则被概括为“政府行为理论（state action theory）”[11]，而本文对个人违宪问题的探讨，就将主要围绕着该理论展开。

这是一个乍看上去有些生硬且不近人情的原则，其内容是什么，有何历史背景，价值以及合理性何在？都属于本文的研究范围。接下来本文将从事实和价值两个层面推进：“事实部分”论述政府行为理论的发展脉络、内容和方法，重点在于把握美国法院如何扩展政府行为的外延，在私域中发现政府行为：

“价值部分”首先围绕着美国学者对政府行为理论存废的辩论，探讨该理论的美国文化和社会背景及其价值，进而将视野投向西方其他国家，主要通过德国宪法“间接效力说”的介绍，探求“个人不违宪”的话语意义。

最后，本文所试图得出的结论是，实现宪政，必须坚持“个人没有资格违宪”，“只有政府才是宪法基本权利的义务主体”。而推动中国宪政话语的正确建构，让“宪政要旨在于限政而非限民”的价值深入民间，将是本文的最大希望。

二、事实——何为“政府行为”？

宪法只约束政府行为，这条原则看似简单，但究竟什么行为构成政府行为，认定起来却并不容易。以下将通过介绍美国的司法实践，特别是联邦最高法院的判例，试图勾勒出政府行为理论的基本原则和内容。

本部分的结论是，政府行为理论的变迁受到了社会变革和法官立场的深刻影响，其内容繁琐、庞杂，也缺乏连贯的原则。但总体而言，政府行为理论已允许宪法深入到了很多表面上的私人领域，在很大程度上，私行为和政府行为的界限日益含混。但政府行为至今仍然构成一道“实质性门槛”，对纯粹的私行为，美国宪法仍然不能适用。

（一）概说：宪法规制的界限

为政府行为理论奠定历史性起点的，是1883年联邦最高法院对民权诸案（Civil Rights Cases）的判决，该案即使不是政府行为理论的第一案，[14]也是对该原则进行适用和阐释的“最重要”的早期判例。[15]在该判决中，由大法官布拉德利（Bradley）执笔的多数意见认为：私营的旅馆、剧院和运输行业拒绝为黑人提供服务并不违反联邦宪法第十四修正案的平等保护条款，因为这只是私人所造成的损害，而第十四修正案“所禁止的是特定的政府行为，个人对公民权利的侵犯并非该修正案的主题。”[16]不仅如此，国会基于该修正案所制定的禁止私营服务部门种族歧视的法律[17]，反而由于缺乏宪法依据、超越国会职权[18]而被裁定违宪。

这样，最高法院在私行为（private action）和政府行为（state action）之间划定了一条明确的界限：宪法只调整政府行为，而私行为则归普通法律调整。在随后百余年的历史中，这项对第十四修正案的司法解释逐渐发展为宪法的一般原则：除第十三修正案禁止奴隶制，直接为个人设定义务之外，其他宪法权利只能对抗政府行为，包括联邦、州以及地方各级政府行为。

“政府行为理论”不仅约束了宪法自身的管辖范围，也对联邦和州的权限产生了深刻影响，一方面它限制了联邦立法权，使得国会不得依据宪法的基本权利条款，制定保护公民对抗私行为的法律（但国会仍可依据宪法其他条款，例如第一条第八款的授权，立法规制私行为）；另一方面它又减轻了州政府义务，即使州政府对私人侵害不闻不问，宪法也不能直接干预，但是，州政府若主动保护公民的私权利，也不在宪法禁止之列。

现代政府行为理论的框架主要是在二十世纪四十年代以后最高法院的判例基础上搭建起来的。有关判例涉及广泛，包括平等保护、正当法律程序、言论自由等等，其中大量的关于反歧视的公民平等权诉讼。

政府行为理论从这个时期开始蓬勃发展，有着深刻的社会背景。长期以来，美国社会的种族歧视现象十分严重，歧视性制度不仅体现为政府的强行性隔离和歧视性法律，同时还大量存在于店堂服务、雇佣关系、民事契约等私行为中，例如拒绝向黑人提供服务、在招工过程中种族歧视、在社区盟约中约定不得向黑人出租或售卖房屋等等，而对这些行为州政府也未加以限制，只是依据财产法、合同法对其效力予以承认。

进入二十世纪中叶，美国掀起了声势浩大的民权运动。而出于“政治问题司法化”的美国传统，很多民权活动人士走向法院，诉诸宪法，试图通过“种族歧视违宪化”来达到变革的目的。在这一浪潮的推动下，很多具有政府行为色彩的歧视制度被废除，例如里程碑式的布朗诉教育委员会案

(Brown v. Board Of Education, 以下简称布朗案)，就宣告了公立学校的种族隔离违宪。但在消除私人制度性歧视的问题上，法院却遇到了“政府行为门槛”的阻碍，根据该原则，无论私行为“多么具有不公平或不正当”，也不受宪法约束。[23]

虽说国会在当时也通过了一系列保障公民平等权的法律，但基于政府行为原则的限制，国会或者只限于取消和政府行为相关的歧视制度，或者干脆“绕道”选择宪法第一条里的“跨州贸易条款”[25]作为立法依据，只禁止“和跨州贸易有关”的私营行业进行种族歧视。[26]

在这一背景下，自四十年代到七十年代，特别是在沃伦(Warren)担任首席大法官期间(1953-1969)，最高法院开始了扩张政府行为的努力，这段时期被称之为“自由主义时代(liberal era)”。

1948年的谢利诉克瑞默案(Shelley v. Kraemer, 以下简称谢利案)是一个里程碑式的判决，用某位学者的话说，对现代政府行为原则的任何讨论都必须自谢利案开始。[29] 该案判定，私人之间的合同不受宪法约束，但法院执行私人合同却构成政府行为，受宪法调整，从而间接宣告种族歧视的合同违宪。该判决也被认为是迄今为止对政府行为最广义的解释。[30]

在随后的判例中，最高法院相继发展出公共职能(Public Function)、共生关系(Symbiotic Relation)、政府鼓励或强迫(State Encouragement/Compulsion)、共同行为(Joint Action)等理论，极大地扩展了政府行为的范围，模糊了政府行为和私行为之间的界限，甚至使得政府行为标准在某种程度上成为了“没有意义的形式”，[32] “政府行为理论”的一体性因此也受到了威胁，甚至其应否继续存在都成了问题，当时的很多学者都认为政府行为理论应当衰亡了。[33]

然而，二十世纪七十年代，美国民权运动逐渐走入低潮，相应的，自1969年开始，随着保守的博格(Burger)和伦奎斯特(Rehnquist)相继担任最高法院首席大法官，最高法院在政府行为问题上的立场也日趋保守，在很多判例中，“政府行为原则”复活，法院以“讼争行为是私行为”为由拒绝对其合宪性进行判断。但同时，政府行为原则仍然在缓慢发展，一些判例也进一步扩展了政府行为的范围。

至今为止，单纯的私人歧视仍然不构成违宪，宪法并不要求政府采取行动消除私人歧视，只是要求政府

不能积极支持这些行为。

以下部分，就将具体介绍法院是如何判明政府行为是否存在的。

（二）方法：如何在私域中发现政府行为

在以政府为一方当事人的案件之中，认定政府行为的存在并不构成什么问题，但是“显然，宪法保护不能，也不应，严格局限在政府为形式当事人的行为里，”美国法院在民事案件中，发现政府行为的判例也屡见不鲜，由于在很多情况下，政府行为和私行为之间的界限并不明确，因此法院必须发展出一套理论，以使某些私行为可以归咎于政府行为。[36]

对任何对象加以类型化都会冒着体系不和谐或概念不周延的风险，对政府行为理论尤其如此。美国司法和学术界对该理论的分类并不一致，本文则大致将其分为三类：第一种是“公共职能

（public function）理论”，即考察该行为本身的性质是否具有政府属性，如果该行为属于履行政府的传统专属权，则该行为就是政府行为；第二种是“政府卷入（government entanglement）理论”，即探究私主体、私行为与政府之间的关系，如果政府在相当程度上卷入了私行为，那么该私行为就可以转化为政府行为；第三种是“对象转换理论”，其视角更加独特，不再考察私行为是否可以转化为政府行为，而是直接审查相关法律的制定和适用行为。

以下将逐一介绍在私域中发现政府行为的方法。

1、行为性质——公共职能（Public Function）理论

根据公共职能理论，如果私主体从事的行为在传统上具有政府职能，则该行为构成政府行为，受宪法约束。这种方法主要的关注点是行为本身的性质。其核心问题是：私主体所从事活动的职能在多大程度上具有政府性？

最高法院在1974年杰克逊诉大都会爱迪生公司案（Jackson v. Metropolitan Edison Co.）中，将公共职能总结为“政府传统专属权”原则，即私主体的某种行为如果传统上属于政府的专有职权，便具有公共职能，该私行为随之转化为政府行为。[40] 例如政党对党内初选的组织[41]、私营公司对城镇的管理[42]、民事诉讼中当事人遴选陪审员[43]，都具有公共职能，构成政府行为，因此这些行为受宪法约束，不得违反宪法关于平等保护、言论自由、正当程序等的规定。

但公共职能理论适用范围较窄，法院在阐述何为“政府传统专属权”的问题上采取了谨慎的立场。向公众提供电力服务、货物保管人拍卖留置财产[45]、私立学校解雇员工[46]、私立医院对病人病房进行安排[47]、奥委会对体育运动的管理[48]等，都不构成政府行为，不受宪法关于正当程序、平等保护等规定的约束。

2、公私关系——政府卷入（government entanglement）理论

除了考察行为本身的性质外，法院发现政府行为的另一种角度是探究私行为和政府之间的关系，如果政府在相当程度上卷入到了某项私行为中，则该行为可以转化为政府行为，受宪法调整。

公私关系视角涵盖了很多种不同的测定政府行为的方法，大致包括共生关系

(Symbiotic Relationship)、政府控制、政府鼓励或强迫 (State Encouragement/Compulsion)、和共同行为 (Joint Action) 等等。

总体而言，公私关系考察的是政府和被诉称违宪的特定“私行为”之间的关系，而非政府和私主体之间的一般关系，必须要证明政府卷入了该特定私行为之中，对其具有实质性影响。但如果政府和私主体的一般关系就极其密切，足以使政府对私主体各种相关行为，包括特定诉争行为，都具有实质影响力，则也可使该私行为转化为政府行为。

(1) 共生关系 (Symbiotic Relationship)

共生关系的经典判例是1961年的伯顿诉威尔明顿停车管理处案

(Burton v. Wilmington Parking Authority, 以下简称伯顿案)。在该案中，最高法院判决一家私营饭馆禁止黑人入内构成政府行为，违反了宪法的平等保护条款。该案并没有彻底推翻民权诸案关于“私人歧视不构成违宪”的判决结果，而是基于本案的特殊情况发现政府行为的：该餐馆承租的经营场所所在的土地和建筑归政府所有，而该不动产并非政府无关紧要的多余财产，而是其经济自立计划的重要组成部分，另外，临近该餐馆的停车场为政府所有，该停车场和餐馆之间存在实质性的互利关系，该餐馆声称其拒绝为黑人服务是为了不对其生意造成负面影响，而其利润又是政府机构经济收益的不可或缺的成分。[50] 在综合考虑以上因素之后，法院认为政府对该餐馆种族歧视行为的卷入程度足以使餐馆的行为转化为政府行为，并构成违宪。

最高法院在后来的判例中将伯顿案的方法总结为共生关系 (Symbiotic Relationship)。如政府和私主体之间存在互惠互利的关系，足以影响到私主体的特定行为，则该行为可以转化为政府行为，受宪法约束。

(2) 政府控制

由政府开办的非政府机构，如公立学校 (public school)，其行为可构成政府行为，受宪法约束。而私营组织如果单纯受到政府资助，即使是大部分资金来源都是政府，也不足以构成政府控制[53]，其关键在于，政府控制的程度是否应足以影响到了讼争行为，这要结合政府对该组织人员、管理、活动等方面的影响。

1995年勒布朗诉全国铁路客运公司案 (Lebron v. National Railroad Passenger Corp.)。该案中，有人挑战美国全国铁路客运公司 (Amtrak) 的一些对车内广告的管理规定，认为其侵犯了言论自由。最高法院在考察了该公司的历史之后，认为“该公司是根据政府颁布的特别法规创立的，服务于政府目的，在其大多数管理人员的任命上，政府握有最终权威，因此该公司构成了政府的一部分，必须遵守宪法第一修正案 (关于保护言论自由的规定)。”[55] 本案中，由于公司和政府之间的关系十分密切，使得其已经不再只是一个和政府有关的私主体，而是其本身就是政府的一部分。

(3) 政府鼓励或强制 (State Encouragement/Compulsion)

如果政府对某项私行为进行了鼓励，或采取其他手段使该行为成为法律义务，则该私行为可以构成政府行为。

1972年，穆斯会馆诉艾尔维斯案（Moose Lodge No. 107 v. Irvis，以下简称穆斯会馆案）。穆斯会馆是宾夕法尼亚州的一家私人俱乐部，该俱乐部根据其章程拒绝为黑人艾尔维斯提供服务。法院首先对穆斯会馆案和伯顿案进行了区分，后者的酒店是在公共建筑里对公众开放的公开酒店，而前者则是在私人建筑里的私人俱乐部。[57] 不存在伯顿案那样的共生关系。[58] 而且，尽管该俱乐部的酒类销售执照系由该州酒业局颁发，但这并不足以使该俱乐部的歧视行为转化为政府行为。但是，由于政府要求私人俱乐部必须遵守其章程和其他内部规定，这就使得该俱乐部的私人歧视行为转化为了政府行为，并违反了第十四修正案的平等保护条款。

但是，仅仅默许某项私行为发生，并不能使私行为转化为政府行为。例如，1978年的弗莱格兄弟公司诉布鲁克斯案（Flagg Brothers, Inc. v. Brooks，以下简称弗莱格兄弟案），该案中，货物保管人根据纽约州统一商法典的规定，在货物所有人到期不能支付保管费的情况下，径自处置了委托保管的货物，以折抵欠款。货主提出起诉，认为被告违反了宪法，构成“未经正当法律程序而剥夺他人财产”。但最高法院认为，涉讼的州法律，只是单纯默许出卖保管物，并不构成法律强迫，因此不构成政府行为。[60]

（4）共同行为（Joint Action）

如果某项私行为是借助司法程序和政府行政力量来完成的，则该私行为与政府行为构成共同行为，均受宪法约束。

共同行为的大量案例都是和行使债权有关的。例如1969年的斯尼亚戴奇诉家庭财务公司案

（*Sniadach v. Family Finance Corp.*）和1972年的福恩特斯诉谢雯案（*Fuentes v. Shevin*[62]）。在这两个案件中，相关的州法律都允许债务人直接向地方法院申请财产执行令，取得债务人之财产，而无需通知债务人并给其提出抗辩的机会。法院认为，由于债权人只有在政府协助下才能获得债务人财产，因此其私行为就转化为了政府行为，必须受宪法约束。法院判决，它们违反了第十四修正案，构成了未经正当法律程序而剥夺他人财产。该两项判例均强调政府对讼争行为的行政参与（administrative participation）。

1978年弗莱格兄弟案也涉及到了共同行为问题。最高法院认为，被告依照州法径自处分保管物，虽然是法律授权的，但却属自力救济，而没有政府的实际参与，因此不存在共同行为。这里，法院再次强调了政府行政参与的重要性。

在随后的判例中，最高法院又认定当事人申请诉前财产保全、遗嘱执行人在政府指定报纸上公告要求债权人申报债权[65]，构成私主体和政府的共同行为，受宪法拘束。

3、适用法律——对象替换理论

对象替换与前两个视角都不同，该方法不是从私行为的性质和关系着手将私行为转化成政府行为，而是转换审查对象，把对当事人行为的审查，转换到对法律的审查，具体而言，是审查立法行为和法院的适用法律行为。

1948年的谢利案是政府行为理论历史中的经典判例。某白人聚居区的住户签署了一项为期五十年的盟约，禁止将该地区房屋出售给黑人，一名白人违反了盟约，将其房屋卖给了一位黑人，另一名白人提出了起诉，要求执行具有种族歧视性质的私人盟约，宣告该房屋转让无效。在本案判决中，最高法院推翻

了先前的判例，[67] 宣称：尽管单纯的私人协议不构成政府行为，但法院执行该协议则构成政府行为。

1964年纽约时报诉萨勒文案（New York Times v. Sullivan，以下简称纽约时报案）是美国言论自由的重要判例，其中也涉及到了政府行为的问题。在该案中有人起诉纽约时报，诉称其刊登的一篇广告损害了他的名誉。州法院依据州反诽谤法判原告胜诉。联邦最高法院推翻了州法院的判决，认为该判决侵犯了言论自由，但这里侵犯言论自由的并不是原告，而是州法院，法院认为：法院适用法律，即使是在民事诉讼，适用的是普通法，也仍然构成政府行为。[69]这样，纽约时报援引言论自由对抗的并非个人，而仍然是政府。

将立法行为作为政府行为，对其进行审查的典型案列，是1967年的瑞特曼诉摩尔奇案

（Reitman v. Mulkey）。在该案中，加利福尼亚州议会曾经通过房屋开放法案，禁止房屋销售和租赁中的歧视行为，但加州1964年举行全民公决，通过了对加州宪法的修正案，禁止州议会和政府对公民财产处置权加以限制，这样，公民就有了继续在买卖租赁中进行种族歧视的权利。最高法院认为该修正案构成了违宪的政府行为，其理由是，该修正案使得法律变化更难，是州的一种积极行为，从而使州“在相当程度上卷入到了私人歧视之中”[71]。换言之，如果州仅通过普通立法程序，废止房屋开放法案，则并不违宪。但最高法院在本案中并没有澄清，通过普通立法程序废止房屋开放法案，究竟是合宪的政府行为，还是根本不构成政府行为。

似乎显然的是，任何一条法律，都是政府立法行为的结果，而在任何案件中，法院又都是永在的参与者，其一切判决法也都无非是在适用法律。即使有些行为看似没有任何相关法律条文规制，仍可以看作是政府对该行为的默认或授权，而法院则执行了这种默认或授权。这样，如果把对私行为的审查转移到对法律的审查，似乎政府行为将无所不在。

但是最高法院还是划了一条形式上的界限，区分了行为和“不作为”：纯粹的无法律规制，不构成政府行为，即使有法律明文规定，但若仅仅是单纯认可、授权一项私行为并申明政府不予介入或拒绝救济，也不构成政府行为，只有当法院对法律的适用是一种积极行为的时候，才构成政府行为。因此，在弗莱格兄弟案中，尽管纽约州法律明确授权货物保管人有权直接处置债务人的保管物，法院也执行了条文，但仍然不构成政府行为。

（三）混沌：捉摸不定的政府行为

政府行为理论恐怕是美国宪法理论中最令人困惑和充满矛盾的领域了。本文对政府行为的类型化，也并未穷尽其各种形态，更非绝对周严和完美。纵观美国司法实践中对政府行为理论的应用，就会发现其混沌不堪，措辞模糊不清，判例缺乏统一连贯的原则。有学者早在1967年就将该领域形容为“概念灾区（Conceptual Disaster Area）”[74]。这一表述随后广为流传，并被频繁引用。[75] 有学者在比较了谢利案和弗莱格兄弟案等判例之后不得不说：“的确，最高法院关于政府行为的判例变幻无常，并且经常矛盾”。[76] 更有学者声称：“要想合理并前后一致地适用政府行为的概念，是绝不可能的。”[77]

连最高法院自己也坦言，区分私行为和政府行为绝非易事，而用明确的公式来界定政府行为是一项“不可能的任务”，[79] 并承认其判例之间缺乏一致性。[80]

例如，什么构成政府单纯默认，什么构成政府鼓励与强迫，法院的判例并未明确将其理论阐释清楚；而谢利案原本是适用的是对象替代的原则，但最高法院在后来的判例中，似乎又把它当作了政府卷入模式的先例；另外，法院对政府行为是否存在的尺度把握，似乎又随着所牵涉到的宪法权利的不同而变化，大致说来，在平等保护，特别是种族歧视领域，法院更乐于从私域中发现政府行为，而在正当程序、言论自由等其他宪法权利方面，法院对政府行为的解释更严一些。[82]

更为致命的是，谢利案所确立的对象替代理论，极大地模糊了政府行为和非政府行为的界限。尽管法院在形式上区分了法院的“行为”和单纯“不作为”，但这种区分仍会带来很多困扰。例如，在谢利案中，如果起诉的是违反盟约的黑人，而非作为盟约一方的白人，则当黑人要求法院执行房屋售合同时，法院似乎就可以拒绝执行该合同，因为单纯拒绝不构成政府行为。这样，谢利案的判决恐怕就会颠倒过来。看似荒谬的推论是：起诉的一方就将是败诉的一方，哪方的协议能得到最终执行，只能取决于法庭外的斗争。

另外，区分法院行为和不作为，显得十分形式主义。例如，私营餐馆禁止黑人入内，是一种私行为，不违反宪法，这样，黑人如果直接提起诉讼，要求进入餐馆，法院单纯拒绝救济不构成政府行为，原告将败诉；但如果该黑人强行进入餐馆，而被该餐馆依照侵权法起诉，则法院的适用侵权法就会成为“政府行为”，要受宪法审查。尽管审查结果可能是合宪的，但和断然不审查相比，至少有宣布其违宪的可能性。倘若法院适用侵权法的行为是违宪的，那么意味着私人餐馆的歧视规定不受法律保护，黑人就可以进入餐馆。这样，荒谬的推论又出现了：黑人必须先故意抗拒法律，强行进入餐馆，才能引起法院的行为变成政府行为，从而引发违宪审查。与其这样，为什么法院不在黑人直接起诉的时候审查是否应当保护餐馆的歧视规定？

三、 价值——为何“政府行为”

“政府行为理论”看上去盘根错节、庞杂繁琐，究竟在这看似技术性很强的话语底下，隐藏着何种理念？美国宪法究竟为何只约束政府行为，而不直接规范私人关系？“政府行为理论”究竟有何价值？抑或毫无价值？本部分将着重探讨这些问题。希望读者在读完本部分之后会发现，这一看上去莫名其妙的理论，竟然是有价值的：政府行为和私行为的截然分离，构建了一套宪政的叙事话语，能让人们更清醒的认识到——宪法的要义在于制约政府，而非制约人民。

（一） 质疑：以正义之名

尽管自二十世纪四十年代以来，政府行为的外延不断扩张，政府行为和私行为之间的界限也日渐模糊，但“政府行为理论”仍然构成一道实质性门槛，特别是在博格和伦奎斯特主掌最高法院的时代，政府行为扩张的脚步明显放慢了，很多宪法诉求被该理论阻挡在了法院大门之外，在很多领域，尤其是消除私人的制度性歧视方面，宪法的作用受到了相当大的限制。

因此，一些美国学者对该原则提出了尖锐批评，抨击该理论对重要个人权利的侵害行为置之不理，[86] 鼓吹宪法应当规制私行为，禁止私主体对宪法权利的侵害。[87]

首先，这些学者从理论上论证，对宪法的适用范围限制在政府行为上并不合理，因为私行为并不一定就比政府行为危害性更小。提出私人对宪法权利的侵害可能和政府侵害一样有害。例如，私主体的制裁和政府行为一样，同样可以损害并毁灭言论自由。私人歧视也和政府行为一样，也可以引发社会不公并使其永久化。[89] 甚至有学者认为，二十世纪后五十年的历史证明，追求平等的主要障碍并非官方的政

府行为，而是日常的社会制度。[90] 即使考虑到政府的规模和影响力大于一般私主体，从而政府行为的危险程度总体来说可能比私行为更大些，但也没有理由完全拒绝对私行为进行审查。[91]

反对者们进一步指出：政府行为理论的历史合理性，是基于制宪之时人们相信普通法（common law）已对私权利提供了足够的保护，私损害可通过普通法获得救济，但自1937年以来，法院极大地拓展了宪法权利，而相应的普通法则没有跟上步伐，当前很多宪法权利并不受到普通法保护，例如种族和性别歧视，雇员的言论自由等，这导致政府无法侵犯的言论、平等、隐私等基本自由，私主体却可以侵犯，危害尽管严重，但却没有救济。[93] 因此，他们认为政府行为理论已经过时，现在如果再坚持宪法只适用于政府行为就是不合时宜的。[94]

（二）申辩：美国的论说

但是，主张摒弃“政府行为理论”的观点并没有成为学术界主流立场，更未被司法界采纳，美国法院依然我行我素，继续坚持政府行为理论。而很多美国学者，也为政府行为理论进行了辩护。

1、文本基础——形式主义的辩白

对政府行为理论的一个似乎显而易见的辩护就是诉诸宪法文本：根据美国宪法条文，是政府，而非公民，才负有义务不侵犯公民权利。而法院也经常运用文本分析的方法，认为依据美国宪法的措辞，宪法所规制的只是政府行为，而非私行为。

的确，美国宪法权利条款的一个突出特点，就是其多用“义务语式”来表述权利内容，话语的主词为义务主体，而非权利主体。例如，宪法中的言论自由，并未表述为“公民有言论自由”，而是规定“国会不得制定法律……限制言论自由”；又如著名的第十四修正案，使用的也是“任何州均不得……”的句式。这些条款在字面上都把宪法权利的义务主体限制为政府，而并没有确立可以对抗一切人的普遍权利。其他一些权利条款尽管使用了“权利语式”，以权利或权利主体为主词展开句子，[97] 也没有明确点明义务主体，但其措辞却也暗示出其只适用于对抗政府，例如涉及财产权的内容，就分别规定为“任何人……未经正当法律程序，不得被剥夺财产”、“私有财产，未经公平补偿，不得充作公用”。[98]

然而，文本解释本身并不足以令人信服。首先，美国法院在宪法解释过程中，扩大义务主体范围的判例并不少见。例如言论自由条款，宪法文本中的义务主体只是“国会”，但法院却将其扩张解释为各级政府机构。为什么不能进一步拓展到私主体呢？

再者，美国宪法对公民权利的罗列不是穷尽式的，第九修正案明确规定：“本宪法对某些权利的列举，不得被解释为否定或忽视由人民保留的其他权利。”而美国法院也依据该原则发展出很多“默示”权利。为什么公民对抗私主体的“私权利”不能构成这些默示权利呢？

更何况，严格依照宪法文本，也未必能得出宪法对私行为不予干涉的结论。例如第十四修正案对平等权的规定，表述为“任何州均不得……对其辖区内的任何人拒绝提供法律上的平等保护”，而非“任何州均不得……侵犯其辖区内公民的平等权”。显然，和“不得侵犯”相比，“不得拒绝”在字面上讲有积极作为的义务，似乎“政府不作为”也可以构成违宪，也就是说，对私人侵权行为，州政府有宪法义务加以禁止，这样，宪法实质上就规制到了私行为，因此，严格依照文本，“政府行为”将无所不在，似

乎就没有意义了。[100]

单纯的文本解释难免有形式主义之嫌，政府行为理论的辩护者也并不满足于单从文本角度进行论证，而是进一步提出了一些公共政策上的实质性理由，其中经常论及的就是尊重个人自由和政府分权。

2、个人自由——似是而非的道理

联邦最高法院在其判决中曾声称：“政府行为理论限制了联邦法律和联邦司法权的范围，从而保护了个人自由。”一些学者也认为，“政府行为原则的一个重要功能就是阻止宪法不当干涉私人决定过程”，[103]“防止宪法侵犯个人自由，保护个人决定权”[104]。

这一论点看似顺理成章，但深究起来，却似是而非。

首先，虽说宪法的一个重要理念就是承认国家与社会的分野，尊重个人自由，划定一块国家不得侵犯的私人领域，但尊重个人自由可以通过确定“个人基本自由权”来实现，根据私行为的内容、形式及对社会的重要程度，来保护“特定的”和“正当的”私行为，例如言论、出版、结社等。而政府行为理论则根本不考虑实体利益，仅仅依据行为是私行为，就规定不得干预，而且还不管该私行为“多么不公平或不正当”！看上去多么武断和冷血！这里保护的究竟是谁家之自由？何种决定权？

反对政府行为理论的学者指出：废除政府行为，只是要求私主体也不得侵犯他人基本权利，并不是要求政府成为无所不在的“老大哥”，变成道德警察对人民加以日夜监视，私人领域仍然被尊重，只是私人不能侵犯他人的基本权利。宪法可以对私行为和政府行为适当加以区别对待，在个案中根据具体情况，给私行为一定的自由度，但政府行为理论却断然排除宪法对私行为的一切适用，是何道理？

其次，政府行为理论如果真的在保护个人自由，那么其与通过确立“基本自由权”来实现个人自由还有一个重大不同：“政府行为理论”所刻意排除出宪法调整范围之外的，不是“孤立”的私行为，而是“私人侵扰”行为，其所要求的是“宪法的基本权利不得对抗私主体”，而不是简单的“政府不得干预私行为”。这样，涉案的必然有“双方”私主体：行为人和行为承受人。而政府行为原则所界定的也并非政府和私主体之间的双方关系，而是政府和同是私主体的行为人、行为承受人之间的三方关系，它要求“无论私行为多么不公平或不正当”[108]，政府均不应干预。而问题在于，自由在行为人和行为承受人这双方私主体之间的分配，是个零和博弈的过程：一方的自由就是另一方的不自由。[109]因此，正如一些美国学者所指出的那样，政府行为理论保护了行为人的自由，就必然以牺牲行为承受人的自由为代价。法院试图通过拒绝调整而保障私人自治，但却似乎只能站在其中一边，保障其中一方的意志。对个人自由进行保障，应当从实体上分析哪一方的利益值得保护，对双方利益进行实际比较，但政府行为原则却根本不予理睬，作壁上观，拒绝对双方利益作实体衡量，并不能有效并合理地保障个人自由。[110]

最后，国家规制私行为，不仅必要，而且必然，规制那些“不公平和不正当”的私行为，设定私主体之间的义务，是政府无法回避的责任之一。政府行为理论也承认了这一点，它并没有采用确立“个人基本自由权”的方式，创设一种普遍的“私行为权”，以对抗政府的干涉，它只是对宪法本身的适用范围和一定程度上的联邦立法权进行了限制，但既未禁止州政府制定法律调整私人关系，也未禁止国会打着其他条款（例如“规制跨州贸易”条款）的旗号来在实质上保护公民对抗其他私主体的民权

（civilrights）。的确，宪法可能“没有提供抵御私行为的盾牌”[112]，但也没有提供保护私行为的盾牌。

事实上，很多宪法所拒绝规制的私人歧视行为，目前都被州法或国会立法所禁止。因此，与其说“政府行为理论”意在尊重个人自由，毋宁说是在尊重州和联邦立法权。连一些政府行为理论的辩护者也承认说，限制联邦宪法和制定法的范围可以说和联邦体制有关，但在本质上，并不能认为和个人自由有关。[114]

这样就引出了对“政府行为理论”另一个重要的辩护理由，即政府分权。

3、政府分权——教条主义的分工

关于政府分权的辩护理由又分为两个方面，一是在联邦和州之间的“纵向”分权，一是在司法机构和立法机构之间的“横向”分权。

在“纵向”方面，“政府行为理论”限制了联邦权限，强调规制私行为属于州权范围，联邦宪法并不能直接规制私行为，而国会也不能依据宪法的基本权利而规制私行为；在“横向”方面，“政府行为理论”限制了司法权，使得联邦和州的各级法院无权对私行为进行违宪审查，强调各级立法机构有自由裁量权通过普通立法程序决定保护何种私人利益。

首先，看纵向的联邦分权。政府行为理论的一个辩护理由就是联邦制：联邦宪法不规制私人行为，是因为规制私人之间行为被认为是州权范围，而非联邦职权。最高法院在民权诸案中认定：第十修正案确立了州权的保留区域[117]，而国会规制私人行为与该修正案不符。[118]

但是，坚持宪法可以规制私行为，并不是要彻底消灭各州的多样性，发展出一套全国统一的私法典，而只是要保护那些最重要的基本个人权利，使之也可以对抗私行为的严重侵犯。究竟是基于什么理由需要把规制私行为的决定权保留给州政府？难道州权比个人权利更重要，以至于当州政府对“无论多么不公平或不正当”的私行为都不闻不问的时候，宪法也必须袖手旁观？

更何况，自内战后的重建时期起，到罗斯福新政，联邦权限一直都在对传统上的州权不断地侵蚀，传统的“二元联邦体制（Dual Federalism或Dual Sovereignty）”也告终结，已经没有什么专属于州权的领域了，而为什么要单单在涉及公民基本权利这一重大问题上，将防御私人侵扰的决定权保留给州呢？

接下来，再看“横向”的部门分权。辩护者认为，法院不应对私行为进行违宪审查，是因为政府更适合做出政策选择，通过普通法律程序对私行为进行规制，修改起来也相对灵活，而一旦上升为宪法问题，则修宪程序的复杂性将阻碍法律的发展，[122] 等于冻结了私法。[123]

但是，这一理论同样存在着和联邦制的辩护理由同样的弱点：把规制私行为全部保留给立法机关的意义是什么，为什么偏偏在规制私行为方面，政府反而更适合做出政策选择？宪法约束私行为，当然会导致法律变更困难，但法院规制私行为，并不是对所有的轻微损害都要上升为违宪问题，只是要对那些特别严重的私行为进行规制，对那些侵法公民基本权利的事务确认为违宪，即便冻结了私法，又有何妨？岂不更有利于保护公民的基本权利？

因此，从政府分权的角度上看，仍然不能从实体上证明，为什么宪法要画地为牢，自我约束。

总体来，无论是文本基础，还是个人自由，抑或政府分权，都不能回答以下的关键性质疑：把私行为和政府行为区别开来的依据是什么？凭什么无论私行为“多么不公平或不正当”，宪法也不予限制？

解决这个问题，关键还是要围绕“私行为”和“政府行为”这一对概念，把握美国宪法叙事中如何看待和区别这两个语词，分析和理解究竟两者有何不同，何以有如此不同的宪法待遇。以下部分就将从这个角度进行探讨。

4、“限政”，而非“限民”——美国“宪政”的文化解读

美国政府行为理论，有其深刻的社会文化背景。概括而言，将政府行为和私行为严格区分，主要基于两点“心理”因素：一、政府行为比私行为更危险，乃是对个人自由的更大威胁，因此宪法的核心功能在于约束政府，而非防范个人；二、规制私行为将对公民附加义务，而宪法应是单方面限制政府的法律，不应约束公民，否则将背离宪政宗旨。

本文将这两点因素分别概括为“谁才有资格违宪”和“宪法究竟约束谁”的问题。

（1）谁才有资格违宪？

将行为断然区别为政府行为和私行为，并把前者置于宪法控制之下，而对后者只以普通法律约束，一个重要原因是，“在美国人的观念里，只有政府权力才足够危险，值得用宪法来约束，而私行为，若非和政府紧密结合，并不具备那种危险的尺度。”

在中国，传统上把政府看作青天、父母、拯救力量，相比之下反而更担心个人侵扰、普通犯罪、社会动荡。但西方更倾向于把国家看作是威胁自由的“利维坦”，只是一种“必要之恶”，而在各种社会实体之中，只有政府“垄断了合法强制力”，握有最强大和最令人生畏的力量，因此从某种意义上说，私行为即使再“不公平或不正当”，也不如政府行为的威胁更甚。

这种对政府的怀疑和警惕，根植于西方的自由主义传统。如果说“自由的代价就是恒久的惊醒”，那么对政府行为就需要特别的警醒。美国联邦宪法，作为民族的至上法则，在于防范那些最危险的力量，即政府对个人权利的侵犯，而基本权利也只有作为对抗国家的“公权利”，才能真正体现出其至上性和神圣性。而一般的“私权利”，则可以交给普通法律解决，即使国家一时疏于保护，也可以通过政治途径推动变法，不必烦劳宪法大驾，宪法也当尊重各州的自主权，承认各州的多样性的独特性，唯有对抗政府的基本权利，必须全国一致。

这一理念下，宪法的功能、内容都特定化了，柴博（Tribe）教授在论述政府行为理论的意义曾总结道：“宪法控制政府权力的发展，界定政府结构及职权，它并非关于私行为的法律，而是衡量和适用法律的法律，概而言之，就是‘元法律（metalaw）’”。

在这一基础上，就不难理解为什么美国要坚持“私行为由普通法律规范，而宪法只关注政府行为。”而“理解”了这一点，才能更深刻地“感觉”到：西方宪政的发展史就是一部人民逐步驯服王权和暴政的历史，而贯穿其始终的宪法基本精神，在于降服政府的暴戾，而非抵抗私人的不法，也只有政府才有“资格”违宪。因此，宪法权利倘若成为了私权利，将“偏离”宪法的主旨。

更要紧的是，将宪法权利对抗私人，不仅是“偏离”了宪法主旨，更可能是“背离”了宪法主旨，因为美国“宪政”要义在于“限政（Limited Government）”，而非“限民（Limited Individual）”，宪法权利倘若可以对抗私人，看似扩张了公民权利，但从另一个方面，也必然给（另一方）公民附加了义务，从而限制了公民。

和中国宪法理论中看似辩证的“公民权利和义务平衡论”不同，美国宪法话语却充斥着“单刃剑”情结，即强调宪法是单方面限制政府职权、保障公民权利的法律，公民并不依据宪法而负有义务。如果宪法可以规范私行为，无疑将会突破宪法的固本性。一位美国学者一语道破：“从本质上说，宪法统治的是美国政府，而非美国人。” [129]

公民义务不入宪，所反映的正是这种强烈的自由主义宪政观，马歇尔（Marshall）教授写道：“如果将私行为置于宪法控制之下，最严重的不良后果恐怕是，宪法在社会中所起的心理和象征作用将会剧变。……最根本的问题在于，……它将不再是自由的保护者，而是规制的工具，人们将被迫总是担心自己的行为会不会触犯了法院所界定的他人的宪法权利。对我来说，更宁愿不要触动和混淆宪法作为个人权利的保护者的形象。毕竟，单刃剑总是好些。

这种“单刃剑情结”深刻地影响美国“宪政话语”。一个表现就是，尽管“政府行为”理论最为准确的界定，应该是“宪法权利（除少数例外以外）只能对抗政府行为，而不适用于私行为”，但很多美国学者有意无意间对其作了扩张性表述，认为宪法并不寻求规制私人事务，而只适用于政府行为，[132] 非政府行为不能构成违宪。[133] 这样，政府不仅是宪法权利的唯一义务主体，而且也成了整个宪法的唯一义务主体，公民不仅对其它公民不负有宪法义务，也不对国家负有宪法义务。

更具讽刺意义的是，连政府行为理论的反对者，也不知不觉间被该情结所俘获。凯莫林斯基

（Chemerinsky）教授虽坚决主张废除政府行为理论，但在回答“摒弃‘政府行为理论’是否意味着杀人、绑架、盗窃这些私行为都会因构成‘未经正当法律程序剥夺他人生命、自由、财产’而违反宪法”的问题时，却认为这些行为并不违宪，因为“如果州的刑法和侵权法提供了足够救济，就没有拒绝提供正当程序（there is no denial of due process）”。然而，这样一来，可能违宪的究竟是从事侵害行为的私主体呢，还是对损害未能提供救济的政府？宪法禁止的究竟是造成实际损害的私行为，还是政府对该行为的默许和放任？凯莫林斯基的话语中将“没有拒绝提供正当程序”的“行为人”隐去了，他只是说“there is no denial of due process”，但根据其语境，其所指称的只能是“州政府”：是“州政府”提供了刑法和侵权法等足够救济，因此“州政府”没有拒绝提供正当程序，因此“州政府”没有违宪。在潜意识中，凯莫林斯基仍然把政府，而非私人，当成了应当“提供正当程序”的宪法义务主体。他只是将私主体的义务在话语上转化为了政府的干预和保护义务，把政府的“单纯不作为”也当作了一种“政府行为”。

在这一背景下，我们也就不难理解，为什么美国联邦宪法，作为美国宪政话语的文本基础，是世界上恐怕最纯粹的“单刃剑”宪法。首先，只有“权利”法案，没有规定所谓“公民基本义务”；第二，对公民权利罕见限制条款和但书；第三，公民权利的表述很多以“政府不得……”这样的语式明确政府为义务人；第四，明确规定权利法案对宪法基本权利的罗列并非穷尽。[136]

在理解了美国宪政的单刃剑情结之后，回过头来，我们能更深刻地理解，为什么美国要把规制私行为交给普通立法程序，为什么美国学者会担心宪法规制私行为会“冻结普通法”、“限制立法机关裁量

权”，“阻碍法律发展”。这是因为，美国宪法只规定公民权利，而不规定公民义务，可以使得政府限制个人权利更难，而消减个人义务更容易。

一旦公民义务入宪，再废除起来就会异常困难，必须通过宪法修正案才能做到（例如美国关于禁酒的宪法修正案），而将其留给政府普通法律程序规定，则废除某项义务也只需通过普通法律程序即可完成，更有利于公民自由的实现。

也许有人会质疑，公民义务完全由普通法律规定，自然使得消减公民义务相对容易，但也使得添加公民义务也很容易，岂不两相抵消？其实不然，政府不确认公民的义务，或取消某种义务，固然都属于“不作为”，不构成“政府行为”，不受宪法约束；而一旦政府确认或增加了某项义务，则就形成了“政府行为”，受宪法约束，不得与基本权利等条款相抵触，自然不会更容易。

（三）变体：他国的呼应

如果我们把目光投向世界，就会发现，“政府行为原则”并不孤独，在其他很多国家的宪法理论中也可以找到它的功能相似物：宪法能否以及如何涉入私人关系的问题，大体上被称为宪法权利的“横向适用（Horizontal Application）”或“对第三人效力（Third-Party Effect）”[140]。

尽管情况有些复杂，但简要而言，宪法权利只限于对抗政府，依然是正统观点。在很多西方国家，如加拿大、澳大利亚、德国等，其权利法案的首要目的是保护个人权利免受政府的侵犯，宪法权利只是公民对抗政府的“纵向权利（Vertical Rights）”，而非对抗其他公民或法人等平等主体的“横向权利（Horizontal Rights）”，其只适用于公民和政府双方之间，而不针对作为私主体的其他“第三人”。

尽管在世界宪法演变进程中也出现了一些“私权利宪法化”的现象，但依然只是原则的例外。“传统的基本权利和自由依然只限于对抗国家，如果横向适用，则总是以明确条文加以列明。”[143]

而且，即使横向适用，很多国家也通过“间接”方式实现，即宪法不“直接”约束私法案件当事人，而是通过审查民事案件中的适用法律，来达到间接规制私行为的效果。在这一方面，德国堪称树立了一个模式。

1、宪法的间接效力——德国的解决之道

二十世纪五十至六十年代，德国劳动法院和宪法法院之间也曾为宪法在私人关系中的效力问题发生过分歧。德国劳动法院采“直接效力说”，认为宪法不仅拘束政府，而且对私人产生直接拘束力，并在其一系列判决中判定，雇主不得侵犯雇员的婚姻、择业、人格尊严等宪法权利。而德国宪法法院却通过1958年鲁斯案（Luth[146]）的判决，确立了“间接效力说”[147]，并最终成为了通说。[148]

在该案中，鲁斯作为汉堡新闻协会主席，呼吁抵制电影“不朽的爱人（Immortal Beloved）”，因为该片导演曾在二战时期执导过反犹太人的电影。于是，该电影制片人和发行人根据民法典“故意以悖于善良风俗之方法加损害于他人”的条款起诉鲁斯。地方法院支持了原告诉求，对鲁斯发出禁令，禁止其继续呼吁抵制。随后，鲁斯以其言论自由受到侵犯为由，向宪法法院提出宪法诉愿。

德国宪法法院在判决中分析说：基本权利的概念发展历史，特别纳粹的暴政史证明了，政府权力构成基本权利的根本威胁，因此，基本权利当适用于以政府为一方当事人的“公法”诉讼中，而不适用于双方当事人为平等主体的民事案件。但是，宪法法院认为，宪法的基本权利构成了“价值的客观秩序”，对所有法域具有“影响力”，即使在民事案件中，“法院”也必须依据和参照宪法的基本精神，对民法进行解释和适用。因此，宪法法院判决“地方法院的判决”违宪，侵犯了鲁斯的言论自由。

根据“间接效力”说，负有宪法义务的是法院，而非公民，民事案件中对私主体产生直接拘束力的仍然是民事规范，但法院必须遵照宪法对民法进行解释和适用，宪法因此只是透过民法对当事人产生间接拘束力。因此，“间接效力说”和美国政府行为理论中的“对象转换”方式极为相似，都将对“私行为”的审查转化为对“私法”和对“司法”的审查，强调“法院的解释和适用法律”必须合乎宪法，宪法通过对“民法规范”的规制和对“法院行为”的规制来间接规制私行为。

但“政府行为理论”和“间接效力说”仍存在着重大不同。

根据美国法，“政府行为”并非无所不在，法院适用和解释法律未必都是政府行为，法律的单纯认可，或者单纯的“无法律救济”，都不构成政府行为，因此法院依照这些法律认可一项私行为或拒绝救济，也不构成政府行为，在此时法院只能依据“公共职能”、“共生关系”、“政府控制”、“共同行为”等标准，考察具体的“讼争行为”[152]中，是否有足够的政府因素，如果仍然无法认定存在政府行为，宪法就不能适用。

而依据德国法，宪法在一切案件中都有效力，只是有“直接”和“间接”之别，私法案件只是产生宪法的间接适用效力，但法院在任何私法案件中都必须遵循宪法，这样，宪法对案件的影响是无所不在的，即使是单纯的“无法律救济”，宪法依然会发生效力。依据德国宪法法院后来的判例，如果民法没有相应的救济措施，或者明确排除了某项救济的可能，法院应当根据宪法“创设”出对宪法权利的民事救济。[154]例如宪法法院先后发展出了对言论自由[155]和人格尊严[156]的民法保护。

这种差别也许反映了两国私法变迁模式的不同。德国法官更多地受制于民法典的规范束缚，有时候不得不更多的依赖宪法话语来推动民法发展；而美国法官基于判例法传统，则有着更大的灵活性来发展普通法，在德国所遇到的某些宪法适用于私人关系的案件，在美国可能普通法就可以解决。

同时，这种差别也可能体现了两国深层的文化差异，美国宪法在基本权利理论上仍然侧重于公民和政治权利，坚持国家只负有消极义务，不侵犯公民的基本自由，而拒斥“国家负有积极义务”的理念，至今仍未将“社会、经济、文化权利”宪法化。而德国则更大程度上接受了积极国家和福利国家的概念，国家还负有积极的保护和扶助义务，即使是单纯的私行为侵犯他人权利，宪法也可能要求国家进行规制。

但是，必须指出，尽管依据德国宪法的基本权利，单纯的私人侵扰也可能受到规制，但在观念上，这属于法官的积极义务，而非公民的消极义务，个人行为仍然不违宪，只受民法拘束，而法官如果在适用民法中没有遵照宪法，才构成违宪。

2、讲述宪政自己的故事——不只是语言游戏

如果说，美国的“政府行为理论”仍然有些实质作用的话，那么德国的“间接效力说”的话语构造色彩就更浓。宪法形成的客观秩序既然笼罩所有法域，又何必还要有间接直接之分？实际上，究竟说“宪法

禁止公民侵害他人基本权利”，还是说“宪法要求政府禁止公民侵害他人基本权利”，无论怎样看，在实际效果上都是一样的。明明“实际上”公民根据宪法负有了义务，却还要坚持负有义务的是国家，简直就是纯粹在做语言游戏。但也许这种游戏是有价值的。

世界如何呈现在我们面前，有时候和我们怎么叙述它有关。也许世界的本质就是故事，它是怎样的取决于我们怎么讲这个故事。

就宪法效力而言，也许并不存在一个“宪法实际上约束谁”的问题，真相可能是这样的：当事人进入法院，讲述了一个有关宪法的故事，法官思考之后，也讲述了一个关于宪法的故事，然后当事人根据法官的故事而进行了一些行为，其他人（律师、法警、官员、法学家……）也相应进行了一些行为，这个进程里面，究竟宪法是约束了法院，还是约束了当事人，完全取决于我们怎么表述它。

而我们不同的叙事方式，也并非完全等值，我们生活在语言之中，我们的话语构造了我们的思想，也将深刻地影响我们的行动。

例如，同样是半杯水，在有些人的故事中，它是“只剩半杯水”，在另一些人的故事中，它是“还有半杯水”。不同的视角，不同的叙事，竟可以区分出来悲观主义者和乐观主义者。

再举一个例子，同样是公民纳税和政府提供服务，究竟是描述为“人民在养活政府”，还是描述为“政府在哺育人民”，又将会在怎样的程度上区分出现代的“公民”和传统的“百姓”？

西方的宪政也是如此，它很大程度上是自由主义话语和叙事的构造，它通过“权利”、“自然法”、“社会契约”、“主权在民”、“天赋人权”、“不可让渡”、“纳税人”、“公仆”等话语构造出了一个世界，也构造出了一种文明。我们可以清楚地看到，无论是“宪法不约束公民”，还是“基本权利只能对抗政府”，很大程度上都只是一种叙事的结果，而非客体本身。但正是这种叙事，塑造了国民健康的宪政理念和独立的公民品格。

因此，在宪法下，究竟是叙述成“公民有义务尊重且不得侵犯其他公民的权利”，还是叙述成“政府有义务通过立法、行政、司法对公民权利进行保护，不得制定和适用法律使公民侵犯其他公民的权利”，绝不仅仅是语言上的游戏。

总结起来，西方国家宪法并不是各种部门法规范的集成，而是一个有着特殊职能的独立部门法，有其独特的叙事模式和言说对象，其规范具有公法性，一般并不包含民法或私法规范，和私法在形式上有着严格的分野。普通法律规范不得与宪法相抵触，但并非所有的普通法律规范都是宪法规范的具体化，也并非所有的普通法律上的权利都可以最终归结为宪法上的基本权利。从这个角度来说，宪法与其说是“万法母法”，不如说是“万法剃刀”。如果必须要把宪法也理解为私法的“母法”，那么其母法性也在于宪法是政府制定私法的“职权渊源”，而非具体法律的“规范渊源”。宪法的规制话语只针对政府，即只概括授予政府相关立法权，而并不以私法规范的形式直接规制私主体。例如德国宪法授权政府制订民事法律，但并未将民事主体、物权、债权、婚姻继承等民法原则都整合到宪法中来。[159]

四、 结语——从“齐玉苓案”反思中国宪政话语

最后，再回到本文开头提出的齐玉苓案，该案如果适用西方宪法理论，那么作为私主体的被告陈晓琪，

恐怕同样会负有赔偿原告教育机会丧失的责任，但法院的叙事路径却将有所不同。

依照目前美国的“政府行为原则”，单纯的“无法律救济”不能构成政府行为，因此若普通法律无法救济，法院并不负有宪法义务创设新的民事救济，以赔偿原告教育权[161]受侵害的损失。但法院可以依据共同行为（Joint Action）理论，根据滕州教委等政府主体的其他被告对陈晓琪冒名顶替行为的卷入和支持程度，来判定是否存在政府行为，进而确定原告的宪法权利是否受到了侵犯。

而根据德国的“宪法权利对第三人间接效力”理论，齐玉苓案是一个民法问题，只能适用民法规则，但法院应当参照宪法对民法进行解释和适用，如果依据民法规则无法对教育权丧失提供民事救济，则法院应对民法的一般条款进行扩张解释，发展出新的救济形式，使得齐玉苓可以对抗陈晓琪，获得教育权受到侵害的救济。但在这里，陈晓琪所直接侵犯的，是依据宪法扩张解释的民法上的权利，而不是宪法权利本身。宪法只是“间接”适用，因为它并不直接拘束私主体，而是只要求国家发展和修正民法以容纳这一救济。是法院，而非陈晓琪，负有宪法义务。法院要解决的问题也不是“陈晓琪是否违宪”，而是“怎样判决法院才不构成违宪？”

这样，通过坚持“政府才有资格违宪”的叙事，同样可以实现对原告教育权损害的赔偿，只是侵害教育权的不再是齐玉苓个人，而是隐藏在背后的政府（滕州教委和涉案公立学校）行为，或者是法院对民法的不当解释和适用。

然而，也正如本文开头所言，根据中国的宪法，公民也和国家机关一样，负有遵守宪法的义务，公民可以构成违宪主体，宪法权利也可以对抗个人，都是不言而喻的。在这一语境下，很自然的是，对政府行为和私行为之间的区别、直接效力和间接效力之间的差异，我国法院都并不敏感。最高法院在批复中采用“陈晓琪等……侵犯了……宪法……基本权利”这样的措辞，实际上是再次[163]确认了宪法基本权利具有直接效力，即可以直接拘束私人主体。这样，齐玉苓案即使开启了宪法“司法化”的道路，也把尚未充分“公法化”的宪法进一步推向“私法化”了。[164]

中国宪法的叙事，体现了一种和西方不同的对宪政的理解，个中滋味，可以意会……而塑造宪政，首先从塑造我们的话语开始。也许，坚持只有政府才有资格违宪，可以算作这话语革命的第一步。

「注释」

[1] “齐玉苓诉陈晓琪、陈克政、山东省济宁商业学校、山东省腾州市第八中学、山东省腾州市教育委员会”，（1999）鲁民终字第258号。

[2] 《最高人民法院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承担民事责任的批复》，法释[2001]25号，2001年6月28日由最高人民法院审判委员会第1183次会议通过，2001年7月14日公布，2001年8月13日起施行。

[3] 在齐玉苓批复之前，已有学者总结出了中国司法实践中适用宪法的一些案例。相关研究，参见刘连泰，“我国宪法规范在审判中直接适用的实证分析与评述”，《法学研究》1996年第6期，第13-18页；周永坤，“论宪法基本权利的直接效力”，《中国法学》1997年第1期，第20-28页；王振民，“我国宪法可否进入诉讼”，《法商研究》1999年第5期（总第73期），第28-36页；周伟，“有关中国法院适用宪法基本权利条款的审判研究”，香港：《中国法与比较法研究》第3卷（1997-1998）第2期，第120-158页（2000年12月出版）；等等。

[4] 参见，例如：黄松有，“宪法司法化及其意义——从最高人民法院今天的一个《批复》谈起”，《人民法院报》2001年8月13日；刘武俊，“通过诉讼激活宪法文本”，《人民法院报》2001年8月21日。

[5] 齐玉苓批复的正文全文如下：“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。”

[6] 国内其他学者对该问题的讨论，参见：朱晓喆，“在知与无知之间的宪法司法化”，《华东政法学院学报》2001年第6期（总第19期），3-6. 该论文明确提出只有政府才有“违宪”资格。

[7] 参见：王涌，“论宪法与私法的关系”，见 <http://www.libertas2000.net/gallery/xzlilun/wangyong.htm>，访问于2002年10月8日。

[8] 第十三修正案规定：在合众国境内或受合众国管辖的任何地方，奴隶制和强迫劳役都不得存在，唯作为对依法判罪者犯罪之惩罚，不在此限。

美国政治与法律网（www.ciapl.com）转发 2005年10月3日

[\[回顶部\]](#)