

对话一：民法典编纂的宪法问题*

林来梵**
龙卫球***
王 涌****
张 翔*****

林来梵：各位老师，各位同学，晚上好！

今天晚上这个对话是比较惊险的，我们请来了好几个学术界著名的学者，现在流行的说法是“大咖”。请允许我先介绍一下：第一位是来自北京航空航天大学法学院的龙卫球教授，著名的民法学者。第二位是中国政法大学的王涌教授。他也是一个民法学者，而且是思想非常活跃的一个民法学者。第三位是中国人民大学法学院的张翔教授，也是我们宪法学界非常重要的一个新锐学者。我叫林来梵，是我们清华大学法学院的。

大家都知道，得益于执政党十八届四中全会的一个政治决定，新中国成立以来曾经前后四次被迫中断的民法典编纂工作又已经重新开启了，而且进展得很顺利，目前已经进入第一个阶段，即先制定民法总则的阶段。现在，总则的草案都已经出来了，正在征求意见的过程当中。这个步骤完成之后，就进入第二阶段，那就是全面地整合物权法、合同法、侵权责任法等专门的民事法律，这样，整部民法典编纂工作就大功告成。

民法典编纂工作重启以来，可以说是顺风顺水，不像 2006 年制定物权法那样产生过重大的争议。当然，我们也知道，这次民法学界内部的争议还是有的，比如说关于人格权是否独立成编，据说在民法学界内部争议就比较大。这些争议我觉得在学术上是非常重要的，而且我们考虑到民法典的编纂并不是民法一个学科的事情，而是涉及许多学科共同的事情，为此我们有必要跨出专业上的畛域之见，进行学科之间必要的交流；尤其是民法典的编纂，可以说是国家级的一个工程，涉及的面非常之广，问题非常多、非常重要，需要各学科之间的交流。那么其中我们发现民法典的编纂其实也涉及一些宪法的问题，需要宪法学与民法学之间的对话。

* 2016 年 3 月 22 日晚在清华大学法学院模拟法庭，由清华大学国家治理研究院和清华大学法学院公法研究中心主办了此次对话活动，本文内容由《清华法律评论》编委会根据录音整理而成。

** 清华大学法学院教授、法学博士。

*** 北京航空航天大学法学院教授、法学博士。

**** 中国政法大学民商经济法学院教授、法学博士。

***** 中国人民大学法学院教授、法学博士。

我们今天所请到的两位民法学的专家,他们在许多公开场合和著述当中就曾经提出过一些涉及民法与宪法关系的学术观点。这些学术观点在我看来都非常重要,值得我们研讨。于是我们今天举行这样一个对话。当然,两位民法专家和我们一位宪法专家进行对话,比例有点失调,但我好歹也算是一个宪法学者,如果张翔教授等一下撑不住,我就出场。

我们的时间准备这样安排:先由三位学者进行对话,这个对话准备做一个半小时到两个小时。留半个小时时间给现场的老师、同学和专家进行互动。

那我们首先按问题展开对话,现在先进入第一个环节。

大家都知道:龙卫球教授大致在去年春季期间,在个人的博客里面发了一篇文章,引起了很多人关注。这篇文章题目非常生猛,叫《民法典编纂要警惕“宪法依据”陷阱》。龙教授几乎带着“杜鹃啼血”的一种悲怆提出这个观点。他认为民法典的编纂不要再写上“依据宪法制定本法”这样的条款,我不知道他现在是否还这样想。特别值得我们注意的是,龙教授发表这个博客文章之后,他又在自己所主持的北航法学院课题组所撰写的“民法典草案条文版(建议稿)”当中也写上“根据宪法和我国实际情况,总结民事活动的实践经验制定本法”。不知道他为什么这样写?既然反对了为什么还这样写?到底是否现在还在反对?反对理由是什么?我们掌声有请龙教授首先出场。

龙卫球:首先非常感谢林老师邀请,安排了这样一个很有意义的对话。今天来的其他几位都是非常重要的学者,所以让我一开始发言,应该属于抛砖引玉吧。他们后面的发言一定比我的精彩。

去年这个时候我发了一篇小博客的文章,《民法典编纂要警惕“宪法依据”陷阱》,引起了一些激烈反应,还有人写了长篇大论来反驳。我为什么写这篇文章,是因为当时我看见中国法学会有关民法总则草案建议稿中,在第1条写上了“根据宪法,制定本法”字样,这触发了我的想法,所以要写这篇小博客。我也联想到,更早是2007年《物权法》,在一场莫名其妙的争论之后,竟然在第1条写上了“根据宪法,制定本法”,由此开始,我们的民事立法产生了一种过去没有的现象,即总是要在第1条就自觉地庄严表示,自己将唯一地根据宪法来制定。这让我感到很震撼,我觉得这样的民事立法根本不是尊重宪法,而且还失去了自己,陷入一个根据误区,这个误区叫做“宪法依据”陷阱。注意,我说的不是宪法陷阱,而是“宪法依据”陷阱。

我认为在今天,民法尊重宪法是必需的,但这与必须根据其制定却是两回事。与这种在根据上自动纳入宪法的槽臼不同,1986年《民法通则》当时在第1条写的是“根据宪法和实际情况”,也就是说,《民法通则》在制定根据上当时还比较清醒,并没有将自己限于宪法,而是有意识地保持了很大的独立性。当然我的观点是,最好连这句话都不要写,因为民法在制定的实质根据上应该是自主的,它有着自身独立的根据规律,应该遵循自身的历史和现实根据轨迹。我们北航法学院拟定的“民法典通则编”建议稿,基于现实主义的考虑,回到了“民法通则”的表述,即“根据宪法和我国实际情况”。大家应该知道,这种“根据宪法和实际情况”的表述和单纯说“根据宪法”是有很大的差别的,前者是根据上具有独立性、开放性的一个说法。也就是说,这里虽然也说根据宪法,但是加上“和我国实际情况”,那意义完全不一样,等于拒绝了根据宪法的限定性。我们的本子上还加上了“总结实际经验”的字样,在根据上同时还注重了经验理性基础。

林老师让我来讨论这个博文,大概是希望我阐述清楚我说的“民法典编纂要警惕宪法依据陷阱”,到底是什么意思。我首先申明,自己也是一个宪法的爱好者,一个宪政的坚定支持者,而且我明确承认,在今天这个时代,宪法跟民法有极大相关性。但是,我认为这些与民法根据论问题的讨论无关,更不能因此就在根据上取消我们民法的独立性。这个话题,涉及民法上一个重大基础理

论问题,即制定根据理论或者说实质渊源理论问题。有人说,我们说的“根据宪法”有时是在立法权力和程序根据上来说,如果是在这个意义上,我一点都不反对说民法今天应该以宪法为根据,当然还包括立法法在内。因为,宪法第62条讲得很清楚,“全国人民代表大会行使下列职权”,其中的第三项,“制定或修改刑事、民事、国家机构的和其他的基本法律”。但是,人们通常说民法制定根据,特别是《物权法》以来有关民事立法上第1条的“根据宪法”之谓,并不是仅仅限于说立法权力和程序根据,而是更包括了说民法典编纂的实质根据,即内容渊源,这就不是那么简单了。我自己觉得有必要说道说道了,这是我写博文的初衷。

民法历史上,存在一个重要的传统,就是民法从来不表示要以宪法为根据。且不说罗马法时代,民法是在有意与公法区分中产生出来,根植于自然理性而产生与发展,以维护个人利益和“诚实生活、各得其所、不犯他人”的价值原理作为其独立追求;何况罗马法的民法,在其发展时宪法都还没有产生。所以,何谈以宪法为根据呢?有人说这太古老了。好,那我们重点看看宪法产生了以后的近代。民法在近代得到复兴和更大的发展,宪法在近代则开始诞生。民法复兴和宪法形成,可谓近现代以来法律文明的两个重大标志,两者在近代法治中形成了很大的合力。但是,二者在民法制定根据上的联系是什么呢?出现了宪法吸收民法吗?没有,民法和宪法在这方面是各由其源,各行其道,相互独立。

各国民法典都没有也不会把自己的根据,简单地归于宪法,相反它们归于自己独特的本质和历史渊源。1804年《法国民法典》制定的时候,1789年宪法以及作为序言的1791年人权和公民权宣言已经出来了,但是它不仅没有写上一句“根据宪法”,而且还专门在第7条有意明确了一条“公私权(法)相互独立”的法律原则。按照起草者和学者们的理解,法国民法的制定渊源或者说其构成成分,来自“罗马法”“法国旧制时期的民法告示、命令、条例(大浩令)”“习惯法”“革命时代之各种立法及原理”“法院判例”五个方面(参见梅汝璈:《拿破仑法典及其影响》)。这显然是一种理念理性、历史理性与经验理性的混合。1900年《德国民法典》也是一部伟大的世纪法典,同样没有写“根据宪法”。大家知道,1876年《德意志帝国宪法》此前就已经出台了,但是德国学者们和民法制定者们,毫不怀疑民法的实质渊源的独立性、区别性,它们是继承了罗马法的“民族精神”、日耳曼习惯法以及法律科学的集大成者。我们林老师是留学日本的,《日本民法典》出台的时候,日本宪法也早在1889年就出台了,但是《日本民法典》也没有写“根据宪法”。至于英美国家,大家知道,我们所谓的民法在它们那里属于普通法传统,它们更是从来不知道宪法根据问题,甚至都是在州法的不统一的层面,它们自生而发展,并且主要以判例法的形态渐进、演化。

这种民法产生于公法和私法分立的历史事实,以及近代以来民法在宪法已经开启之后坚决不写上“根据宪法”的历史定例,值得我们去深思。我们为什么非要给中国的民法写上“根据宪法”呢,难道以为我们的民法,在根据上必须要为宪法而失去独立性吗?我们难道以为民法上那些尊重“人格平等”、确保“民事权利”、授信“行为自愿”的基本价值和制度规定,只有写上“根据宪法”才算是有了根据基础了吗?难道说,把民法典制定的实质根据依附于一部现行宪法,这个国家的法治就变得很宪法,或者说我们的宪法就变得很宪政了吗?我觉得这是一种想当然的理解、没有搞明白民法区别性的理解。实际上,这种民法归于宪法根据的做法,根本没有看到民法独立性的法治体系价值所在,因为它不仅取消了作为民法分立基础的独立根据支持,而且还等于将宪法之于私人利益安排保障的有限性(近代以“合理配置和限制政治权力”为主旨的宪法,现代配合以尊重基本人权的宪法),强加给民法以制定的极大限制,不仅从价值上,也在技术上,严重剥夺或者削弱民法在关怀和确保私人利益上的源泉。假设民法是一条深而清澈的有关私人安排的法律渠道,它需要自己取之不尽用之不竭的泉源,“问渠那得清如许,为有源头活水来”。现在你把民法

的源泉取消,接到宪法这个有限水塔(里面还有不少锈铁烂泥)这里,算怎么回事呢?这个问题值得深思。

上面说到的是民法根据论的历史传统问题。下面我还要分析一下民法根据论的法理基础问题。我们人类法律文明,其实从最早的罗马法开始,发现了民法,当发现民法的时候,法律文明的第二阶就算真正开始了。很多国家法律文明长期徘徊在早期第一阶,其主要表现只是,把私人暴力收集到国家或统一共同体的手上,其理念是以建立国家威慑力为主。这种粗糲的法律文明,乃是诸法合体,且以刑为主。但是,罗马法是了不起的,其在法律发展中,竟然注意到国家稳定和个人利益的二元区分,由此提出私法,确立法律的公法和私法划分二分体系,突出私法的发展,使得法律治理,除了体现国家的威慑要求,也体现国家对个人合理自主其利益的鼓励和尊重。所以,民法一开始出现,就奠定在与公法区分的基础上,存在目的的区别性,存在实质根据与内容渊源的迥异性,从目的论上讲,公法是维护国家稳定的法律,私法是维护个人正当利益的法律。罗马法根据这种区分,推进了人类法律文明的一次重大进步,虽然这种法律文明当时不是全世界的,后来一个时期甚至暗弱下去,但是,它最终成为近代人类法律文明复兴和再发展的重要启发和来源,并且很快普及为世界性的。

我国也不例外,自晚清法律改革以来,私法和公法的二分始终成为我国法律近代化、现代化的基本要求,但是由于自身历史的复杂性和保守性,民法独立确立和发展问题也始终成为我国法律和政治转型的重中之重、难中之难。近40年以来,我国民法得到极大发展,得益于“文革”结束之后的改革开放理念和社会主义市场经济建设实践,其主要标志就是民法能够首先得到独立确认,区别于宪法、刑法、行政法、经济法等而获得了自主的法律地位,然后又因为市场经济先行的改革环境,而得到极大而快速的发展,成为我们法治建设中的亮点和突出成就。原因都在于民法因缘际会,基于独立而产生,基于区分而发达,由此极大促进世界和我国前所未有的繁荣和法律文明极大的进步。

那么,罗马民法在区分理念下,其制定根据或者说其内容渊源是什么呢?我们知道,罗马法的法律渊源是非常复杂多元的,有制定法比如市民法,也有经验法比如裁判官法。但是不管是什么法律渊源,它们的根据或实质渊源,都与一个很深刻的法学思想关联,就是要反映自然理性或自然法的要求。从现实看,可以把它归结为民法的“事理主义”原理,罗马法将自己的原理标示为一个原则,即以维护个人利益为基础的“诚实生活,不犯他人,各得其所”。

到了近代,民法典的实质渊源,对于罗马民法采取了一种继承并且发扬的态度。民法以法典方式复兴,是因为当时兴起的国家主义需要。民法以民法典的统一法制的形式得到制定和推广,但是在民法根据论上,却并没有因为国家主义,就与宪法、公法的根据混为一谈,更没有把自己的根据交给宪法什么的。近代民法,在十分推崇个人理性主义的基础上,继续高举区分原则,特别标示个人利益以及人格平等、私有财产神圣、契约自由、过错责任原则在民法制定中的基础性、本体性。它们是近代以来民法典的价值和内容渊源,是与宪法重点区分的立法原理。近现代民法典,与宪法保持了致力于建设近代法治的协同关系,但是同时刻意保持了一种十分警惕的区分关系。这种区分,既体现了历史上私法系与公法对立而产生的特殊基础要求,又体现了近代以来私权应与公权力对立而划分的市民社会法律体系建构思想,或者说一种民法与宪法隶属两翼而分进合击的法治思想。

我们后来归结说,近代民法是市民社会的普通法,宪法是政治法。民法中的很多制度,你到宪法中怎么也不可能找到直接的根据,有些制度可能在价值上跟宪法暗合了,特别是宪法在今天经历了人权洗礼之后,但是并不是说根据上就必须是根据宪法了。近现代以来,民法和宪法在价值、

精神上有很多共同的渊源。在这种共同价值方面,很多时候是宪法被迫向民法靠拢,比如所有权保护、合同自由。但是并不是所有国家的宪法都注意了对于民法价值和原理的充分确认或尊重。除了有限的一些方面,民法上的许多东西都不能在宪法找到对应。民法上的代理找不到,法人制度也找不到,诉讼时效也找不到,宪法里面统统没有根据,那民法还要写吗,能够写吗?我们民法上的民事法律行为和合同制度,在宪法上甚至都没有对应,有关国家在宪法上承诺了契约自由原则,而我们国家宪法就找不到。我们的宪法在后来的某一年发展出一个社会主义市场经济目标条款,后来若干年再发展出一个国家尊重和保障基本人权条款,这些都是宪法的进步,但是在没有这些进步之前,我们就在民法中确立了许多相关的制度。当然,有的可以找到根据,比如说国有企业、集体组织、公有制经济,但是这种宪法体制的规定对于民法规范的根据作用来说更多是从限制方面来讲。我们说民法以宪法为根据的说法,从文义上既包括消极根据,更包括积极根据。从宪法规定来说,民法很多内容不可能是以宪法为积极根据的。

下面我来说一下民法和宪法的关系问题。我不赞成民法以宪法为根据这种论调,但是不等于我要反对民法和宪法的联系。我认为,民法和宪法存在密切协同关系。特别是近代以来,我觉得他们两人是兄弟关系,哥哥是民法,也可以说是姐弟关系,姐姐是民法。有人想把民法和宪法的关系说成是妻子和丈夫、母亲和父亲的关系,我是不赞成的,两者绝对不是配偶性质的,我们民法和宪法有协同关系而绝无婚姻关系,某种意义上宪法还是在我们民法呵护下长大的。我们有一个理论讲宪法基本法论,说宪法是根本法,是一切法的母法,所有的都来自它,它是来源。这句话说的部分地对,但是更多方面是不对。如果说它是公法之基本法和母法,这就是对的,比如行政法必须以宪法为明确根据来制定,这一点我没有异议,行政法绝对不能自己给自己加上权力。这个我不多用多说,林老师等全部是高手。但是如果说,宪法是民法的母法或者基本法,则就不怎么对。

近代以来,关于法律是什么以及应该是什么的法哲学理论在不断地发展。我们知道康德对于近代以后理性法的形成产生了重大的影响。他在《形而上学原理:权利的科学》中,表达了理性法律科学的原理。他说,法律分两块,这个观点,与此前的公私法区分理论是一样的。一块是关于私人的权利,私法,一块是关于公共权利的法,当然是公法。在公法的领域,解决国家的基本问题的,是宪法。但是,他接下来从理性的角度,更加精彩地论述了民法和包括宪法在内的公法在内容渊源上和制定特性上的基本区别。他说,民法从本质上说,是最自然的,是不需要对外公布的法,而公法是需要对外公布的法律。这本书里面专门讲了这个民法和民事权利原本属于自明之理的观念以及人类不得已制定民法的理由,制定本身是国家的一个明示义务的体现。

这种民法不言而喻的自发性和由此而来的区别性,在近代法到现代法这个过程中,一直是近现代国家关于法律体系的一个重要理念。民法是原生的,是关于私人权利的自明之理,是一种最自然状态的市民立法。当然,康德还说,民法出来以后具有可保障性,民法制定所确认的那些私人的权利,最后要在国家体制上得到保障,还是需要公法支持,特别需要宪法,因为宪法是要建立一个基本的保障秩序或者说国家法律政治的根本秩序。宪法的出现是文明的更高阶段,但是并不消灭民法的独立性,它是在自然状态、社会状态之上又为民法提供了一种更高政治文明保障,然而也仅此而已。

所以我讲这个问题,就是说民法和宪法的关系存在两个方面。第一个是区别关系,强调二者的区分关系和相互独立的关系。第二个是协同关系。

在民法和宪法的关系中,民法是一个更原生的体系,宪法是一个次生的体系。但是我们要看到,次生并不是不重要,宪法虽然在时序上次生,但是它是民法的一个更高保障,是政治法的保障。北航有一个政治宪法学派,如果是从这个意义上研究就更有价值。

近代以后,为了更好地协同和立法制约(注意这种制约是消极的而且重点不是对民法的),对一些比较重大的权利,包括私人的,也包括社会的公共的,上升到了宪法高度,提升到一个宪法保障的高度。其中包括基本人权。

最后,要补充一下,我们国家宪法和民法的关系里面有一个比较微妙的点,就是宪法还不够发达,我想我也不用说得太细,大家知道,我想说的是什么。比较突出的例子,大家可以看到,1982年宪法的总纲在第6到18条,建立了一个基本的经济制度,这是1982年时期的一个框架,刚刚从“文革”中走出来,具有极强的计划经济和旧体制的色彩,尽管后来经过了几次修宪,但是也没有完全修改掉。所以,这些年大家也注意到,民法超宪发展,或者说“民法先行、宪法后随”,是我们近四十年法制改革中的非常重要的现象。

需要申明,我坚持民法不以宪法为根据,但是不反对民法应以宪法为限制法,有的学者把这种限制归为合宪性解释,有的则归为一种立法限制,我觉得都有。从法律适用的限制来说,宪法往往是作为民法上说的公共秩序来理解的,它通过“公序良俗”中的那个公序概念进入到对民法的限制之中。我先简单讲这些。谢谢大家。

林来梵:谢谢龙卫球教授精彩的发言!他刚才又提出了新的一些观点,似乎修订了过去的观点,但似乎又在坚持自己的理由。对于他在理论论述中又提出的一些新的观点,我觉得特别有意思。我也很好奇,不知道王涌教授作为民法学者,他对于这个问题以及对卫球教授的见解有何看法,请简单做一下回应。

王涌:好的。非常高兴,感谢林老师邀请我来参加民法与宪法的对话。关于龙卫球教授的观点,之前我就已经阅读过他的博客。当时我对他的观点是非常的惊诧,后来,听说林老师也邀请他来共同参加这个对话,我第一反应是龙卫球老师是来寻衅滋事的。但是,刚才我认真地聆听了龙老师的阐述,我认为他的观点背后还是有很多非常深刻的法理需要我们进行反思,来加强我们对民法与宪法的关系的更深入的认识。

民法与宪法的关系,如果说民法是依据宪法而制定的,这从立法的表述上来说是没有问题的,但是如果我们的理解仅仅是把民法与宪法作为两部实证法,从实证法的角度来理解它的话,这显然没有触及民法与宪法的更深刻的渊源和脉络,和它们之间的牵连。我认为对于民法跟宪法的关系需要从以下几个方面更加深入地理解。

第一就是关于民法与宪法在历史上出现的时序问题,以及它可能包含的两者之间本质的关系,我认为这是需要注意的。因为从历史上来看,最早出现的是私法,而不是公法,或者说公法和私法的这个区分,无论在大陆法系还是在英美法系,它的出现是比较晚的。特别是在英美法系,公法和私法的区分是在很晚的时候才出现。所以,宪法的出现就更晚。那么,这意味着什么呢?这就意味着在宪法出现之前,是存在国家的,但是却没有宪法。那么就产生一个问题,就是在没有宪法的时代却有国家和人民,那么国家和人民是由什么样的法律来调整的呢?其实在英美法的发展历史中,它是以私法来调整的。所以公法上有很多的关系,比如说税收关系,还有官职被免除之后,它的法律后果,我们可以看到,它用的是私法。19世纪前,一个官员被免职,可以主张一种财产被褫夺的诉讼(divested),这却是一个私法的问题。经过很长时间的演进,英美法才将公法问题从中世纪私法的概念中分离出来。再如税法,16世纪晚期,英国法官仍然采用私法上赠与的概念来分析税收的问题。17世纪,随着主权理论的发展,税收才被理解为公法和宪法的一部分。

所以你看,在宪法出现之前,调整国家跟人民之间的关系,多是用私法,也就是用民法。之后,宪法才出现了。如果从历史时序来看的话,你就应该理解为是民法把它一部分的调整功能让渡给宪法。那第二个问题就是价值的问题了。你说宪法确立了最高的价值,从而统领民法,但是从时

序上来说的话,又不是。因为在宪法出现之前,民法总的来说是受一种自然法精神的影响形成的。那种自然法精神不仅仅是近现代的那种启蒙主义,那种格劳秀斯、普芬道夫他们所主张的自然法的精神。民法的自然法的精神还可以追溯到罗马法。而罗马法的自然法精神,如果我们读梅因的《古代法》的话,你就可以发现,完全是罗马人用一种非常朴素的关于匀称的审美的思维来建构罗马法。这种自然法的精神一直是民法的一个基础。自然法的精神,最后在宪法出现之后,又被让渡给宪法。这样说来,其实民法与宪法是自然法生下来的一对孪生姐妹。民法还是姐姐,宪法还是妹妹,所以,从这样的历史的分析,我觉得龙卫球的观点基本上是可以成立的。但是,他的表达不是特别的清楚。所以他很多的表达,受到很多攻击是出于他表达不清而导致的后果。所以在这里我作为民商法的学者,向我们的公法的学者表示歉意。

好,这个是关于民法跟宪法在历史渊源和价值上的一个超越实证法的层面上的分析。

那么,下面我们就回到实证法。因为这个问题可以放在后面,我先简单地说几个观点,为后面的阐述做一个铺垫。即使从实证法的角度来说,应该说民法依然还没有完全地蜕变成宪法的儿子。民法依然还具有母体法的特点。主要的原因是什么呢?就是宪法它毕竟是关于人民权利的一部法律,而权利的逻辑构造,也就是权利的母体,它的逻辑母体、结构母体是在民法当中完成的。比如宪法上有很多权利,财产权、人格权,但是这种权利的逻辑结构在宪法上它是不管的,这些权利的逻辑结构是在民法完成的。所以民法在建构权利体系的时候,实际上有两个层面。第一个层面,它建立一种权利的逻辑结构,这种逻辑结构既适用于私法,也适用于公法。它就相当于一个初级产品的制造商一样,它造出来以后,写是写在民法典中,但是它既提供给民法用,同时又提供给公法用,提供给宪法用。民法是宪法上的权利的逻辑母体,这一点我们是不能忽视的。我讲的这三个观点其实已经基本上表达了我的立场了。我先说到这里。

林来梵:好!谢谢王涌教授!我想对于王涌教授以及卫球的观点,张翔教授可能已经按捺不住了。下面我们有请宪法学者张翔教授对这个问题提出自己的见解。

张 翔:首先也要感谢林老师的邀请。我是林老师拉来的“壮丁”。刚才林老师已经说了,我要顶不住他上。因为这个问题林老师素有研究,我知道他最近一年多一直在关注民法典编纂的问题。

龙老师和王老师都是我的前辈,都是我的老师。因此,我觉得林老师拉我来,是运用了一个古老的智慧。钱穆先生说,中国古代政治里,事务官用中年人,因为中年人成熟有经验,而监察官却要用年轻人,因为年轻人敢批评,敢说。我猜林老师是希望我能多批评质疑的意思。

刚才两位老师都提到了历史时序。王老师讲到民法在前,宪法在后,龙老师也讲到了这一点。如果我们从古罗马法的角度说,是私法在先,公法在后。龙老师还提出了一个非常有力的论证,说法国民法典和德国民法典制定的时候都已经有了宪法了,但是民法里就不写“依据宪法制定本法”。这一点很有意思。这说明了什么呢?我觉得这恰恰说明了民法的宪法功能。

我们知道,在法国有一个说法:“法国民法典是法国真正的宪法。”为什么呢?是因为法国民法典实际上曾经承担了宪法的功能。王老师在他的文章里有这样一个观点:我们的民法典制定要考虑是否承担宪法功能。对此,我的看法是,民法典一定是承担宪法功能的。那么民法典的宪法功能是什么呢?

近代民法确立了一个非常重要的观念,也就是“私法自治”:私法领域内的问题交给私人自己去解决,国家不要干预。因此,私法自治原则实际上就是个人自由保障的原则。也就是说,这个领域的问题是个人自由的问题,交给私人自治,国家就不要干预了。在这种意义上,私法自治原则的确立,恰恰意味着民法典在承担着划定国家权力边界的宪法功能。近代民法总是表现出一种非政

治性的、封闭的特征,而实际上这种封闭性恰恰是具有政治性意涵的,也就是这个封闭体系内的空间是个人自由、私人自治的空间,这也是近代民法的宪法性意涵所在。刚才龙老师也反复强调民法典取向于保障个人自由,强调私法领域国家不能进来。法国民法典之所以被称作是法国真正的宪法,也正是因为它的这种宪法功能。

但是,我发现两位老师讲历史都只讲到了近代,没有往下讲。实际上,在进入现代民法时代之后,特别是在二战以后,出现了一个很有意思的现象:“民法的宪法化。”这是怎么回事呢?民法最初就是处理私人之间关系的法。但一个社会里,不仅有私人之间的关系,还有其他的社会问题,也就是具有公共性的问题。在德国民法典制定的时候,当时的一些社会主义者,比如基尔克、门格等人,对《德国民法典》草案体现的强烈个人主义特征提出了批评,认为民法典不考虑社会的因素,不考虑公共性的问题是不对的。但当时一位著名的民法典起草者普兰克就明确地说:“民法典本来就不负有解决这些社会问题的任务。”他认为社会性的、公共性的问题应该交给其他法律去解决。这种思想在当时占了主导地位。因此,在德国民法典制定的时候,宪法问题是被搁置的。

可是,当这样的民法典颁布以后,人们却发现,民法典不得不面对各种各样的公共领域的问题,各种各样社会领域的问题。比如合同问题,本来只要强调契约自由的精神就好,可是我们发现,社会上有些人的力量特别强大,而有些人的力量非常弱小,出现了“结构性不平等”。此时,契约自由、私法自治所导致的可能就是强者对于弱者的压迫和掠夺。在这种情况下,民法问题就变成一种具有公共性、社会性的问题。怎么办?

在这个过程里,现代宪法兴起,并逐步取代了民法在整个法律体系构造中的核心地位。宪法的精神就反过来开始影响民法,民法大量的规范都开始向着宪法的方向去进行调整。比如“买卖不破租赁”通过民法规范的修改进入到民法典中,恰恰是因为对民法的社会性的思考。还有,基本权利在民法上的效力(在德国法上叫第三人效力),以及民法的合宪性解释,等等,这些理论和实践都是在宪法的影响之下出现的。出于保障人权的目,必须开放民法的体系而接受宪法价值的辐射。

二战以后在欧洲,“民法的宪法化”是一个非常重要的趋势。在这样一种趋势下思考我们今天的民法典编纂,就必须考虑:我们是要虚拟一个19世纪欧洲的社会状态吗?我们是要假设自己处在法国民法典、德国民法典制定的时代呢,还是要明确我们是在21世纪制定一部面向当下现实的民法典呢?现代民法的基本状态就是被宪法深刻影响的状态。德国著名的民法学家拉伦茨在他的民法总论里面讲过这样的观点:“社会原则”的重要性甚至可以与私法自治、信赖保护等民法基本原则相提并论。他还讲到了所有权问题:以前所有权的内容是由民法来形成的,而在现代法律体系下,所有权的内容是民法跟公法共同来形成的。在宪法实际上已经深刻影响到了民法体系的背景下,我们思考中国的民法典编纂,就不能虚拟19世纪的状况,而应该面对21世纪,制定一部21世纪的民法典。我们如果制定出一部非政治的、封闭性的民法典,将来也还要面对民法的宪法化,那又何必呢?

说到这里,还有一个有意思的问题。龙老师和林老师都讲到了物权法草案的违宪争议里涉及的一个问题,就是要不要写“依据宪法,制定本法”。实际上,在物权法草案发生争议之前,大家都没太注意这个问题。因为在此之前有几部法律也没有写“依据宪法,制定本法”,并没有引起过任何争议。但物权法草案中没写“依据宪法,制定本法”却引起了争议。这场争论在当时,如同我们当下的民法典编纂中人格权要不要独立成编的争论一样,被附加上了意识形态争论的色彩,而没有真正被当作法律体系之下,特别是宪法之下的法律争议去处理。为什么这么说呢?当时对于公

有财产和私有财产在物权法上的平等保护,有学者提出了质疑。但这种质疑在宪法上其实是站不住脚的。如果我们认真地对宪法规范进行体系解释和历史解释的话,我们会发现平等保护是合乎宪法的。为什么呢?虽然我们宪法规定公有财产神圣不可侵犯,而对私有财产仅仅规定“公民合法的私有财产不受侵犯”,看起来有保护程度的差异,但是我们要考虑到,宪法还规定了“社会主义市场经济”,市场经济的规范内涵当然包含着市场主体的地位平等。更重要的是,1982年宪法的历次修改中,都不断地在提升非公有制经济的地位,到了物权法制定的时候,非公有制经济和公有制经济的地位已经是平等的了。如果我们把所有的这些宪法条款放到一起做体系解释,并考虑宪法的规范变迁,我们就可以得出一个清楚的判断:物权法对所有财产进行平等保护是完全合宪的。可是,当时我们就没有在宪法解释、合宪性论证的层面好好地讨论,而是非常草率地把它作为一个意识形态的争论进行了处理。如果我们在今天还要这样去回避宪法问题,用意识形态甚至是政治斗争的方式去解决民法典编纂的争议问题的话,我会觉得很悲哀。

我有个观点,当前民法典的编纂,一定要让宪法学者充分参与。我们不是来找茬的,不是来“寻衅滋事”的,我们是来帮忙的。前面说了,民法典本身就具有宪法功能,民事立法活动本身就具有宪法性。在我看来,民法典的编纂是国家宪政建设的一个组成部分。

好,这是我的一些基本观点。有些细节下面再展开。

林来梵:好!谢谢张翔教授的回答!他似乎避开了锋芒,没有直接地应战。但是他的这个发言给我们启发很大。关于这个问题我是这样想的:我们讨论制定民法典要不要写上“依据宪法,制定本法”这样一个条款,实际上是一个规范性命题。那么要论证的这个问题是否可以从宪法和民法谁更早出现、谁功能更加强大这些事实命题当中推导出来,这本身就是一个问题。这个问题展开非常困难,我们不可能完全展开,否则今天晚上就只纠缠这个问题了,而且很容易陷入一种“煮酒论英雄”的境地当中,我们宪法学界和民法学界要PK谁是老大,谁是姐姐,谁是妹妹,刚才又说谁是哥哥,谁是弟弟,从而陷入学科之间的意气之争当中。这个很不妙!我们索性先搁下这个问题,先进入第二个环节。

第二个问题,也是刚才我们所涉及的一个问题,就是民法到底可以不可以发挥宪法的功能?关于这个问题,王涌教授有他的高论,他认为这次我们好不容易要编纂民法典了,那么我们索性就需要有政治上的雄心,使民法典能够发挥一些宪法性的功能。但王涌教授没有仔细地定义民法典所可能发挥的“宪法性功能”究竟是什么,如何才能让民法典发挥宪法性的功能。下面我们有请王涌教授发言。

王 涌:我认为民法典是可以发挥宪法的功能的。第一是在民法典当中直接写入具有宪法性质的条文这是完全可行的。那么什么叫宪法性质的条款呢?也就是直接规范公民和国家之间的法律关系,其中特别是财产关系的条款。所以国家征收征用的条款,被直接写进了法国民法典里。国家对于公民的一些义务直接写到民法典里,这就是宪法功能。那么在中国,民法当中也包含宪法的条款,征收的条款在我们现有的物权法当中也有,这也是宪法功能。所以说从这个角度来说,宪法中是可以有民法条款的[例如美国公司法上的法人越权(Ultra Vires)规则和累积投票权制度最早就是规定在州宪法中的],民法中也可以有宪法条款,这是第一点。

那么民法可以发挥宪法功能,还有更深的逻辑上的原因。第一,民法是宪法上的权利的逻辑母体;第二,宪法上的一些权利概念是不完全法条,如自然资源国家所有权,需要在民法中充实,民法这种充实宪法上的不完全法条的功能本质上是宪法功能。第三,从法律阶位看,民法典的阶位高于行政法规、规章,具有压制性,实质上具有约束行政权的宪法功能。

刚才我已经讲到第一点,宪法上的很多权利的逻辑建构的母体是在民法中完成的。所以宪法

当中很多概念只是一个壳,它的具体内容实际上是可以透过民法来充实的。如果这样说的话,我们的民法跟宪法的这个关系就可能是:宪法上的权利概念是一个壳,一个皮囊,然后民法给它充实具体的内容。比如说集体土地。集体土地的含义,基本的特点当然在宪法当中也有规定,但是它的流转性,宪法并没有具体规定。那么它的流转性其实就变成一个壳概念了,民法典完全可以突破,或者说完全可以充实。

那么回到我刚才说的那个观点,就是宪法上很多的权利,它的构造,它的逻辑母体是在民法当中完成的。比如所有权。所有权首先是在民法当中创造出来的。民法上的所有权当然主要是对抗私主体了。那么宪法保护公民的私人财产的时候,在民法所创造的这个所有权上又增加了一个对抗的对象,这个对抗的对象就是国家。还有宪法当中说要保护公民的私人财产,那么这个私人财产怎么定义呢?比如说我们在目前的行政法当中,行政诉讼当中就会遇到政府的行政行为侵害了公民的私人财产,被侵害方可不可以提起行政诉讼呢?如果你是行政相对人当然可以提起,但是如果你是一个行政行为的利害关系人呢?也可以。但是什么叫利害关系人呢?在实践当中,法院通常对于这个利害关系人做一种非常限缩的解释。法院会认为说如果你对这块地的权利没有构成民法上的物权性质的权利的话,就不能算是利害关系。它甚至认为这在民法上都不是一种权利。所以民法上对财产权的这个定义,怎么才能有一种立法体例把这个财产权从强度权利到弱度权利周全式地进行定义。这个必然对公法在行政诉讼当中,从行政诉讼所反映的宪法上保护私人财产这样一个问题产生绝对实质性的影响。我举个前段时间我遇到的例子。在莫言的老家高密,在拆迁当中,一个钉子户,政府跟他谈不成。后来政府采用了一个方法,发现他这块地虽然是从最初的土地使用权人农商银行那儿转让过来的,但是只是转让,只是签订了转让合同,农商银行把出让土地使用权这个权证给了他,但是没有过户。在我们民法上这种权利是什么呢,就是一种占有对吧?它是租赁?不,它比租赁还要强。然后政府跟他谈不成之后就使了一个非常狡猾的招数,就是看他这个土地使用权的年限还有两年,所以就以《土地管理法》中的规定说,你的投资没有达到25%,所以我要进行行政处罚,收回你的出让土地使用权。这样的话一收回,征收土地的问题就不存在了,那谈判所形成的高额赔偿就没有法律基础了。所以他对政府收回土地证的这个行为提起了行政诉讼。而法院认为他不是行政行为的相对人,那他是不是利害关系人呢?这个利害关系人怎么界定呢?法官现在都是以是否构成物权法上的权利来进行界定。

这一点事关宪法上保护私人财产,而物权法上对权利的界定就显得非常的重要,直接会影响到行政诉讼,直接会影响到宪法对私人财产的保护程度。所以我们的民法典有没有可能形成一种新的周延的权利的谱系,在《民法典》中设《财产权总则》,更加周延地建构财产权谱系,势必影响宪法上的财产权的内涵与外延,这就显得非常的重要了。

所以,通过我刚才说的财产权的角度,民法上的权利构造必将形成宪法上的财产权的逻辑基础,以及它所对抗的范围。

此外,人格权也一样。宪法要保护人格权,但人格权的这个逻辑结构是什么呢?哪一些利益是上升到法律已经构建起来的一个权利结构中的呢?因为我们学民法,都知道,是分为权利和利益的。利益的保护是很弱的,权利的保护是很强的,那宪法要保护公民的人格权,保护的范围在什么地方呢?哪种利益需要保护?这个在很大程度上是取决于民法对于人格权的逻辑建构。所以从这个角度来说我是非常主张人格权用单独的一章,单独的一编来规定。它的好处就在于可以有较大的篇幅来建构人格权的逻辑结构,而这种逻辑结构自然就被宪法所吸纳了。民法典当中的人格权单独一编,在形式上还特别像一个人权宣言,何不借民法典来做出这样的一个建构呢?这也是我一直隐藏在心中的一个想法。但是我一直不愿意讨论这个问题,所以林老师说要讨论民法和

宪法的关系,其实我从心里是比较抵触的。为什么呢?因为在民法和宪法关系比较模糊的时候,我们民法典的制定很可能就发挥了宪法的功能。但是今天一说之后,好多事都说得那么清楚,那么直白,这个事就会向相反的方向发展。我们今天探讨的这些问题,民法跟宪法学者就“民法可以发挥宪法功能”达成了一个共识,再一报道,有关部门发现,民法典还真有这个功能,咱们得小心一点。而且大家知道的,我们民法典的制定是机关立法,机关立法有一个天然的隐蔽的左倾思维在起作用,所以,民法典制定有可能就变得左。所以,“难得糊涂”是很重要的。所以,今天林老师主持的这场会议在一定程度上打破了“难得糊涂”的这样一个完美的状态,这是让我内心感到比较遗憾的。但是,我又不该得罪林老师,我拒绝来的话,那让龙老师一人奋战,这个场面也实在是太难看了。

另外,在民法典当中还有一块也是很具有宪法功能的。就是法人分类。法人分类我们现在是分为营利法人和非营利法人。这个非营利法人,如果在民法典当中,我们直接采用一个叫做非营利法人这样一种法人形态,就是说非营利法人不是一个简单的学理的分类,非营利法人这个专有术语是特指民法典所创造出来的一种法人形态,就像有限责任公司这种形态一样。那么这种形态可以向所有有非营利功能和目的的组织开放。你都可以采用这种形态。那么在英国是采用保证有限公司(companies limited by guarantee),其实也叫保证有限法人,只要你是非营利组织都可以采用这种形式。那么我们也可以采用,美国有非营利法人法,如果我们的民法典也创立“非营利法人”这个基本的法人形态,跟美国那个非营利法人那倒是挺像的。社会团体法人也可以适用,基金会法人也可以适用,现在的大量的民办非企业单位(“民非”)也可以适用。但是我们现在是三元化,社会团体法人、基金会法人、民办非企业单位,这三个构成了中国特色的非营利法人的形态法定主义,只有这三种,就像物权法定主义只有那么几种。这个中国特色的非营利法人的法人形态法定主义只有三种,而在实践当中这三种是以功能划分的,并且是封闭的,但是,在实践当中很多具有特殊的非营利功能的非营利法人就无法进入这个法定的封闭的三元中,比如说宗教活动场所,例如烧香的地方。我们现在有 13.9 万个宗教活动场所得不到法人资格,所以,我们去烧香,去捐款的话,我们都搞不清楚是捐给谁的,你心中是捐给佛的,但是在法律上你是捐给谁的呢?它没有建构成法人。所以现在宗教界的意见就特别大,就是因为把他们遗忘了。所以我的建议是我们要在民法典中建构非营利法人作为一个开放的基本形态,抛弃原先的封闭的三元化,并采设立注册制,个别审批制例外,这样我们就真正实现了宪法中的结社自由。这个结社自由是在你们宪法当中实现的还是在民法典中实现的呢?宪法给你的是一个空洞的承诺,而民法是实实在在给了你一个结社自由的法律基础。所以这三块就是决定了中国民法典能否发挥宪法功能的试金石。第一就是集体土地的流转,在我们的民法典当中,能不能总结现有的集体土地流转的经验,然后把它建构成新的法律规范来充实宪法上的集体土地所有权的概念,使流转成为可能。民法学界以社科院孙宪忠研究员为代表提出了一个关于土地承包经营权的三权构造。第一层是集体土地所有权。第二层是农民的土地承包经营权。农民的土地承包经营权现在面临的问题是规模化生产。要规模化生产,现在大的农业公司需要大片的土地,这个土地必须要从农民那儿买。那农民卖给他的是什么呢?是土地经营权?法律上不允许。或者法律改一下,说土地承包经营权可以整体转让,那农民就出局了,国家又害怕。所以说就构造成在农民的土地承包经营权的基础上再构造出一种用益物权叫耕作权。那你会说怎么在土地上有三层权利呢?这个无所谓,财产权法定主义嘛,这个权利积木在理论上是可以搭很多层的。如果这样构建起来的话,集体土地就真的流转起来了,而且农民还不用出局。所以这样的话,宪法上的集体土地这个概念在民法典中就获得了一个新的意义。所以集体土地、人格权、法人分类当中的非营利法人这三块是具有极强的宪法功能

的。所以我认为判断中国民法典是否成功的话,是否是一部开放的民法典,是否是一部先进的民法典,是否是一部指向21世纪的民法典就是三块试金石。我认为民法典是绝对可以发挥宪法功能的。如果我们今天的讨论对民法典的起草不产生消极的后果的话,我觉得这是一个可能实现的理想。

林来梵:王涌教授的发言意味深长,似乎带有主张施特劳斯“真理的隐微术”的那种倾向,即认为如果揭示真理会给人民带来不幸的话,那就隐瞒真理。其实为政者并不是傻瓜,如果他们真的发现民法典发挥的宪法功能对他们不利的话,可能这部民法典相关的部分就实施不了,在这一点上,宪法就是前车之鉴。所以,“真的猛士应该敢于直面惨淡的真理”,我们还是要揭示真理。

关于这个问题,我还想问一下龙卫球教授有何见解?

龙卫球:非常感谢刚才王涌教授用那么精彩的口才补充了我的不足。我没有想到的是,我只是消极地做民法的防御,而王涌教授却存在积极攻略的思想,这让我十分感佩。我说民法制定不能写根据宪法,是想解决我国民事立法自2007年《物权法》以来在坚持独立性方面的溃退。我觉得那个溃退给我们民法带来了非常严重的后遗症,使得民法在很大范围的发展上受到限制,甚至畏缩不前、功能不彰。如果此次民法典编纂继续维持这种根据理论,我觉得这可能会是一个历史遗憾,导致这部民法典编纂在基础上就先天不足。

刚才王涌讲到民法和宪法关系的问题可以从规范意义上开展争论,我完全赞成。我刚才讲的民法根据理论问题就是规范意义的,我们过去研究得太少,现在我觉得通过这个争论可以把它深入下去,也能避免王涌教授所担心的问题,会不会暴露了某种隐蔽的真理。因为如果我们可能真的把这个理论规范问题争辩清楚了,那么实际方案就会更加清晰了。

王涌教授积极地认为,我国民法要实现更多的功能,特别是宪法功能。张翔教授则讲到,今天的民法也是21世纪的民法,是不是可以走得更远一些。这个更远是指什么呢?是指民法在承担功能方面,要实现更多的功能,超出以前的民法功能,还是指民法应该沦为宪法的实施法?我觉得这个就是一个问题,我是坚决反对把民法简单看成是宪法的实施法的,这是宪法界一定范围流行的一种错误看法。

王涌教授讲到,民法要积极地承担更多的功能。这种说法我一定程度认可。我是在以下的认识上赞成这种论点的:民法首先要承担私法功能不会改变,这是它最基础的,但是今天的民法还要跨界,因为我们今天的市民社会比过去远远复杂得多。民法是市民社会的机理法,市民社会在不断地变化,社会结构越来越复杂,社会化程度越来越高,特别是互联网到来之后更是如此。所以,民法也因此越来越社会化,从私人化转向不断融入社会化因素,就像宪法也越来越从政治化变向不断融入社会化因素一样,有人说现在的宪法有巨大的社会宪法功能,我们也可以说今天的民法同样兼具巨大的社会功能。从这个意义上,我认为民法存在跨界的发展。其实,刚刚讲到的不管是民法上的法人的组织问题,还是人格权问题,都出现了这种跨界发展,因此也导致今天在规范上的复杂性,成为此次民法典编纂的重大发展课题。

当然在这个跨界里面,民法确实面临一个新的规范技术问题,就是在民法内如何考虑安排民法和宪法以及其他法律之间的关系问题,民法和宪法越来越存在进行整体性或体系性安排的必要。民法制定时,在许多制度上,都要把一些宪法规范或者公法规范拉进来,以便形成一个关联规范体系。为什么呢?民法在制定中发现,如果不把相关公法规定拉进来,而是放在外面的话,会产生一些体系误解,相互关联的规定,不知道谁是基础,谁是派生的。比如说,征收规范,原本是公法规范,应该作为对公权力赋权和限制的规定,规定在宪法或者有关管理法之中。但是,《物权法》在制定时发现,只有将征收规范与民法上的所有权、物权的基础规定放在一起,才能明确征收规范作

为一种行政权力规范,应当受到民法上的所有权、物权规定的基础限制。也就是说,民事主体的所有权、物权本身具有不证自明的正当性,如果政府对之动用征收,则必须有特殊法定理由,包括合乎特定的根据、条件和程序,还需要补偿。所以,在民法内通过这种系统的规范安排,民法的跨界功能得到阐明,所有权和征收孰轻孰重一目了然,征收合法合理的举证义务应该由公权力主体承担也就十分明晰。所以,2007年《物权法》在所有权和征收的关系规定上,跨界处理,是非常漂亮的,明确了民法所有权、物权规范的基础性以及征收规范的特殊法,使得征收人主张征收,必须自己证明符合条件和程序,存在公共利益,而不是相反,在现实中经常混淆的,由所有权人或物权人来证明。

所以在这个意义上说,当代民法,在今天除了讲的承担越来越多的社会功能之外,也会越来越多把公法包进来,有系统解决某些重大的体系规范的必要。当然,这种现象本身,并不能否认宪法具有的基础性,宪法在其主要的领域是完全自主而基础的,比如说国体问题,比如说政体问题,比如说某些基本权利问题,都是自主基础的。但是,宪法确实在很多问题上的规定,比如说尊重契约自由,尊重和保障所有权,都是配合民法的宣言,是将民法的精神上升到宪法体制的高度,从这个意义上来说,宪法是民法的体制保障。

总之,民法和宪法在今天关系会变得更加复杂,但总体趋势是规范上的合作,在许多方面因为社会的复杂性、人际关系的功能冲突,而导致有关规范交织互动,但是各自在基础的领域仍然会保持极大的独立性。民法发展中,不可避免要有许多跨界,承担社会功能,必要时纳入民法与包括宪法在内的其他相关法律的关系规范,但是无论如何,宪法始终会作为政治法,保持自己高级法地位,坚持自己的独立性,不会被民法所替代。同样,宪法也会吸收民法体制性要求和规定,反过来其一些规定(如财产基本制度)也会成为与民法相关的公共秩序,使得民法在制定或者实施中不得消极对待而成为一种限定,但是无论如何,民法不会成为宪法的附庸,更不会沦为宪法的实施法。宪法是高级法,宪法是根本法,不意味着民法就成为次级法,它们都是各自领域的高级法,民法在与宪法关联的领域,以尊重公共秩序的方式而尊重宪法,但是在很多宪法无法涉及的领域,民法独立地发挥其作为私法基本法的私法功能。这一点认识是非常重要的。

所以宪法作为根本法的说法,存在一个具体的有差别理解问题,这种说法绝不等于说宪法是所有的法律的绝对高级法,特别不等于说宪法是民法的根据法。

林来梵:好,谢谢卫球教授!那么下面有请张翔教授来谈谈他到底对这个问题有什么看法。

张 翔:我在刚才的发言里已经表达了我的观点,民法典一定是具有宪法功能的。这个功能可能有两个方面,一个就是自由保障,也就是近代民法典确立私法自治,保障个人自由这个意义上。另外一个就是利益分配的功能。比较典型的利益分配功能的民法规范,刚才王老师跟龙老师都讲到的,比如征收规范。征收规范进入到民法里,它承担的就是一种利益分配的功能。回到前面一点,就是自由保障的功能,刚才王老师讲了一个很好的例子,也就是民法中的非营利法人制度本质上是对宪法上结社自由的保障,这一点我很认同。

我想回应一下刚才忘了直接回应的龙老师的核心问题,就是民法典的制定要不要以宪法作为实质依据。龙老师并不反对宪法作为民法典的立法权依据,他所质疑的是要不要作为实质依据。

这里首先要考虑,宪法跟立法之间的关系是什么。立法活动本身是一个政治过程。对于此政治过程的宪法规制应遵循凯尔森所说的“宪法是政治活动的框架秩序”的原理。民法典的制定作为一个政治活动,只需要不逾越宪法设定的框架秩序。也就是,只要不要逾越宪法的边界,作为一个政治活动的过程,民法典的制定实际上有着充分的“形成自由”,也就是立法者可以决定民法规

范的具体内容,只要不违反宪法的基本价值设定就好。

当前关于民法典的编撰,民法学界有很多的诉求(民事立法的科学化、民法法源体系的整合、请求权基础体系的整合,等等),我觉得这些诉求在以宪法作为框架秩序而设定的立法形成自由的空间内都能实现。并且,以民法典编纂为契机,还可以建构形成一个立法者、法官和法学家在法教义上进行操作的平台。我的意思是,宪法对于民法典编纂留下了足够的空间。在这种情况下,不要太担心宪法会去干预到民法典本身的功能空间。

如果从民法典具体内容角度看,我觉得大概可以分为两个层次。针对某些具有社会性的内容,我认为宪法应该作为民事立法积极的内容依据,也就是直接从宪法那里来。如果是非社会性的内容,或者说是民法承担的纯粹保障个人自由的部分,我认为,宪法应该作为民事立法的消极依据,也就是刚才所说的不要逾越宪法边界。这两个方面如果下面有时间我会详细说。

我的总体看法是,民法还是要更多地保持一种自治规则的特性,避免去承担太多的社会利益分配的功能,保持私法的相对纯洁性。相应的,对于宪法而言,应该关注的核心命题,还是怎么约束国家公权力,怎么保障个体人权。宪法和民法还是应该保持大体的功能区分。

进入到下一个层次,刚才王老师讲了一个很有意思的观点,就是说很多权利,宪法只是规定了一个壳,而它的具体内容是由民法来规定的,由民法来构造的。刚才王老师讲到了所有权或者叫财产权,在德国的宪法学上他们也认为,财产权是“内容有待形成的权利”。也就是说,宪法只是抽象地规定了一个财产权,那么财产权内容实际上是要交给民法来形成的。我在去年写的一篇文章里也引用过王老师一个非常有趣的比方,王老师说财产权好比一个小孩,他生下来就有一个父亲,这个父亲是民法。后来他有了一个养父,或者是认了一个教父,这个教父是宪法。你不能说这是两个财产权,就像不能说是两个小孩。我觉得这个比方非常好。但是,在民法具体形成宪法上权利内容这个问题上,我们还要注意到另外一个层次:民法所形成的权利内容还是要受到宪法边界控制的。什么意思呢?就是民法规定的权利在民事领域可能没问题,但是到了宪法领域,这个权利可能是要退让的,也就是基于某种宪法上的考量,这些权利会被限缩。

我举一个例子。有人把自己的房子拿来出租。而承租人在房子的屋顶上安装电视天线,接收电视信号。出租人看到以后,非常不高兴,说你怎么能不经我允许,在我的物上面添加这个东西呢?按照物权法,这个问题很简单,出租人可以要求承租人排除妨害,也就是把天线拆掉。可是当这个争议发生的时候,承租人却提出一个宪法上的抗辩。承租人说,我为什么要装电视天线呢,是因为宪法规定了我有获取信息的自由。我们会发现,一个民法上毫无疑问的规则,在宪法的角度来看却有可能需要改变。这说明虽然宪法上这项权利上的内容是由民法来形成的,但它最终还是要受宪法约束的。特别是,如果这项权利跟其他权利发生冲突,这个权利最终的状态可能就不是民法最初所形成的那个样态了。

再比如,按照欧洲的传统民法观念,土地的所有权“上达天宇,下及地心”,是一种绝对的所有权。土地所有权构成了近代民法思考所有权问题的基本典范。但是,在后来的实践中,这种绝对权利却开始被限缩,而导致限缩的恰恰是宪法上的因素。例如,当一个土地的所有者无限制地去开采自己土地下的地下水的时候,就对公众整体所享有的水资源产生了不利的影 响。基于此种宪法上的公益性考虑,就可能对土地所有权的范围进行限制。在这种情况下,我们就会发现,虽然这个孩子可能像王老师所讲,最初是民法的孩子,但是宪法还是要管教他的,这是民法的社会性带来的。

刚才王老师还讲到,我们中国的民事立法是机关立法,而机关里的人都有点左,而且政治风气是左总比右正确,所以担心会不会更左下去。在这一点上,我恰恰想说,如果立法过程不引入宪法

层面的讨论,只会左,而不会处在正常的轨道上。也就是说,如果宪法学者不去参与讨论,不去讲人权保障,不去从宪政的意义上论证,它就很有可能左下去,就像刚才龙老师非常痛心反复提到的当年物权法草案的争议。如果在这样的问题出现的时候,宪法学者不能够参与进去,不能够跟民法学者一起去形成合力,不能合力让民法典去实现、承担它的宪法功能,我觉得物权法的悲剧还会发生。我想,宪法层面的讨论,能够帮助解决民法典编纂中的很多问题。宪法学者对于民法典编纂能够起到支援作用。

刚才龙老师还讲到,整个法秩序出现了“公法私法化”“私法公法化”的现象,所以我们应该从整体法秩序的角度去考虑民法典编纂。但是龙老师依然坚持宪法不是高级法。我从刚才举的财产法的那两个例子来看,在现代法秩序之下,宪法是根本法,最高法,这个地位是不可动摇的。民法形成的规则,最终还是要受到宪法的控制。如龙老师所说,民事立法的实质依据并非宪法,而是社会现实、经验,这并没有太大问题,因为这是宪法留给立法者的形成自由或者说政治判断的空间。但是,如果逾越了宪法的边界,那么宪法依然还是要控制的。在这个意义上,我依然认为宪法还是高级法,只不过这个高级法的地位更多是民事立法的消极边界。

还有一点其实我跟王老师也有同感,就是说到要讨论宪法和民法的关系,其实我多少有点勉强。因为我担心,宪法和民法关系的讨论一直浮在抽象的、宏大的、没有实效的层面上。我是希望,未来我们对于宪法与民法关系的讨论,能够在更具体的层面上展开。对此,我其实做了一点准备,列出了一些我认为可以在具体层面上讨论的点,比如刚才王老师讲到的土地制度。这两年,宪法学界的一些年轻学者对土地制度做了很多的研究。关于土地制度、国家所有等问题的研究,是这几年法学研究中最活跃、最具原创性的部分。这一部分的研究恰恰是由宪法学者和民法学者协力展开的。还有一些问题,也需要我们抛开宏大的、抽象论述,进入到具体层面。比如,物权法定原则的松动问题。已经有学者指出,物权法定原则本质上构成了对宪法上赋予人民的经济自由、财产自由的限制。在财产安全、交易安全得到保障的前提下,设置物权法定原则会不会是一种不合比例的对公民财产自由、经济自由的限制,就是一个需要在民法和宪法沟通的角度上进行讨论的问题。当然,我也注意到,龙老师有专门的文章讨论这个问题。

还有一些具体的问题,比如说刚才都讲到的人格权法要不要单独成编的问题,林老师好像还要专门讨论,我就先不说了。

还有一些,比如合同法里买卖不破租赁。这是合同法非常重要的规则。但是,我们的买卖不破租赁的范围太广了。买卖不破租赁,最初仅仅是为了保护社会上的弱者的生存,保证他们在房屋所有权转移的情况下的租赁权,保证他们有房子住。这个规范的目的完全是社会性的。可是在我们现在的规范里,所有的租赁物受买卖不破租赁规则之约束。这种约束,如果从宪法层面思考,可能就是不合比例地限制了财产自由。这种限制可能已经缺乏目的正当性了,也可能是过于严厉的手段。所以我总是担心,宪法与民法关系的讨论一直停留在抽象层面上。我希望未来我们能在更多具体的制度问题层面上进行讨论。

物权制度,在宪法学家卡尔·施米特那里,被看作是基本权利的制度保障。在基本权利这个点上,完全可以沟通民法与宪法,因为二者其实有着共同的宪政目标。

林来梵:好!没想到张翔教授也抵触这个讨论。但其实我觉得学者的使命就是探讨真理,而且有些真理是必须探讨的,真理也是掩盖不了的。我们举个例子,比如说民法典的制定是否更有利于保护人民的权利和利益,包括保护弱势群体的利益,这就是一个问题。比如前面王涌教授讲到,说是要在宪法当中在农村集体土地制度下建构三重的权利概念:第一重是农村土地集体所有权,第二重是土地承包经营权,第三重是进一步具体化,创设出耕作权,那么农民以后可以享有这

个土地承包经营权,然后像地主一样将土地出租给农场主,农场主可以享有耕作权,这样,就非常好地使民法发挥了宪法功能,因为推动了宪法上的农村土地集体所有制的重大改革。是的,如果真的如此,那民法是发挥了宪法性的功能,但是它所发挥的宪法性功能是否真的有利于保护人民的利益,保护农民的利益呢?这是一个大问题。

当年物权法制定的时候发生的争议,其实跟这个也有一定的关系,还好今天巩献田教授不在。但是这样的问题我们掩盖不了,因为农民总要遇到这个问题,现在如果我们没有探讨清楚,将来民法真的发挥那种“宪法性功能”的时候,那可是来不及的。

比如说这个三级权利建构,包括耕作权的创制问题。民法的创制能力很强,在权利逻辑建构方面有很强的能力,这个我同意王涌教授的见解。但是这样的创制真的有利于保护农民利益吗?我曾经从一个学生那里听到,在他的家乡里面,现在农民已经把地包出去了,钱也拿到了,结果农场主说你这个钱先别拿回去,先放在我这里,作为股份投资,这样就可以继续在这里拿分红,农民们一听有理,就照办了,结果这个农场主后来开发房地产经营不善,就把这些钱全部卷走跑了,农民们等于既失去了土地又失去了钱。最近有些人劝说农民要离开土地进城买房。在城镇化的浪潮下有些农民被迫无奈去买了,因为农村被废掉了,把这个征收的补偿款全部拿去买房了,但交了首付之后,因为失去工作,没有办法再交按揭了。凡此种种,都是问题。所以,民法典这种对权利的建构,看上去好像很美丽,但是它真的有利于人民利益的保障吗?我们不知道。

我们要记住一个问题,这就是我们下面要讨论的第三个问题,也是很宏大的问题:一般来说民法典是近代出现的,它是以一定的历史的社会经济制度为背景而产生的,它是将以近代的个人主义和自由主义为基础的社会经济体制加以法制化、体系化的,说透了,近代性的民法典其实有利于保护拉德布鲁赫所说的“狡猾至极、自私自利的人”——这种人是按照商人的模型创制出来的。我记得日本著名的民法学家星野英一也指出,近代民法典所保护的人主要就是“狡猾至极的强者”。那么这样的民法典在西方其实已经过时了,它在近代就出现了问题,因为民法典的权利保障最后导致资本主义社会,或者说导致市民社会内部出现贫富不均的分化,社会矛盾急剧加深,最后出现社会主义运动。

我们作为学者必须看到这一点,虽然我们未必同意“乌有之乡”上的观点,但是我们必须看到这个,必须把这点告诉人民。因为我们马上就要制定民法典。我想问一下各位学者,特别是民法学家,就是时至今日,在西方已经出现了“解法典化”现象的时代,在这个民法典已经都过时了、正在趋于解构、而民事特别法由此兴起,而且宪法开始进入民法、公法进入市民社会,调整曾经被市民社会扭曲的那种人与人之间的对等关系的时代,我们制定的民法典的根本价值立场是什么?我们是否可以完全接受西方的那种近代的个人主义和自由主义?

这个问题我首先问卫球教授。

龙卫球:林老师刚才提了一个非常重大,也是非常难的一个问题,就是今天我们中国的民法典的特殊基础问题,这里面既有时代基础的说法,也有国情基础的说法。我们这部中国民法典的基础,与世界上19世纪以来的几部主要民法典有什么时代或者时势的不同?怎么来理解这些年来,或者是几个世纪以来,很多学者对19世纪几部理念性、概念性民法典提出的批评?又怎么来理解今天此时此刻中国国情对于现实民法典的特殊要求这个问题?

我们今天这个立法,应该如何形式上、观念上跟19世纪民法典拉开距离,或者怎么发展?这个问题真的是非常大,也难以回答。这里且不谈时间发展带来的新型民事关系问题,而就那些既有的民事理论制度来讲,本身就有认识上的极大空间。每一次立法都会不可避免又要回到这个话题空间,重新加以决断,比如私有公有问题,从立法论上就永远不会是一个一劳永逸的话题。我

们今天编纂民法典,在财产制度方面如果想要加大思考的空间,那么就会有很多新的立法讨论发生。就财产理论而言,我们知道,19世纪以前思想家辈出,19世纪以后思想家依旧辈出,最近仍旧出了不少理论大家,写了很多的新著反思我们过去的财产理论。我读过几本这方面的著作,受益良多,也益发感觉在财产制度问题上很难说什么是真理。

这里推荐一本书,也翻译成了中文,是彼得·甘西写的《反思财产》。大家阅读就会发现,这本书提出了一个问题,就是我们世界范围的主流民法,在近代以来都很简单地解决了财产问题,这就是确立了私有制原理。但是,这位学者认为,近代以来民法财产制度的背后,是由一种极为强大的私有制就是合理的理念支撑的,但这种理念取得成功是有很多偶然性的,在今天也很难说不面临挑战。

甘西先生认为,人类关于财产制度,理论上一直存在两条路线的斗争,一条就是公有,一条就是私有,这两者从历史的长河来说可以说各有胜负,包含了很多理论家和实践者的宗教因素、政治因素、个人情怀因素。首先是亚里士多德时代,他是私有制理论的提倡者,以柏拉图作为夸大的论敌,建立自己的财产理论,他在政治学思考之中,通过一定的断章取义塑造柏拉图的公有理论,然后从现实的自我定义正义的角度,进行批判建构,提出私有才是正当的。其次是中世纪,这里要区分早期和后来。早期,宗教团体和主流教徒是站在公有理论这一边的,早期基督教信徒相信他们的创始人说的“富人要进入天堂,就好比骆驼穿过针眼”那样难,所以要弃绝财产,主张公有制的纯洁性。但是,这里面存在很多挣扎,富人如果不愿积极入教,势必成为基督教现实发展的一个难题。所以某一个阶段,突然一下出现了变化,就是我们知道的到14、15世纪的时候,基督教内部发生重大分裂,杀了几个主张公有的教徒,压住了公有观念,基督教整体开始转型,财产权观念开始私有化,这就跟后来的启蒙运动联系在一起。或者说,基督教这种财产理论的转型成为启蒙运动的前提。

所以,近代出现启蒙运动,个人理性主义得到张扬,财产私有制和市场自由成为时代强音,近代民法应运而生,其实都是建立在特定理念幸运获得世人特别是政治家青睐的基础上。这就是我们说的意识形态基础。但是,私有制的张扬,并不是说公有理论便绝对销声匿迹,很快人们就发现,它们之间的互搏并不会结束。近代民法的强力实践,私有财产制度的极大推广,并没有阻止一些人的反思,也不能消除另外一些人的怀疑,最终经过19世纪的动荡和20世纪上半叶的社会主义的运动,世界范围产生两个体系,对抗得非常厉害。我们在1949年以后,就是处于对抗中的另一极。不过,在20世纪80年代之后,两大阵营开始相互交流、融合。

今天我们编纂民法典,是在经历20世纪70年代末以来近40年改革开放的基础上进行的,具有比较深厚的市场经济现实基础。所以,我们此次编纂民法典应该从那种强烈的公有与私有对抗的意识中走出来,更多地面向社会的实际,从理念坚持更多地转向功能取向,不是片面地强调公有制,也不是简单地主张私有制,也就是说要像邓小平所说,少做意识形态的争论,多做实际的改革,走向一个更注重社会效益同时兼顾公平的世界。在这个意义上说,我们要编纂民法典,不该是19世纪、20世纪初期那种过度观念化的,如1804年法国民法典,或者过度概念化的,如1990年《德国民法典》,而是一部具备更多融合性的、注重社会功能的实用型民法典。这部民法典不仅在价值上功能化、多元化,而且在形式上也要去除过多的逻辑束缚。所以,我提的思路方案是要做一部超出理念主义和概念主义的模式的后现代版的民法典,像江平教授讲的开放型的融合型的民法典。

我认为当前编纂民法典应该采取“通则加板块”,而不应再采取德国的总则加分则的形式结构。1986年《民法通则》是当时立法者面对改革开放实际和社会转型需要所做的一种立法模式选

择。它尽管在一些概念、制度上存在不成熟性,但有很多突出优势,具有开放性、为概念松绑、面向功能等特点。比如说,法人制度上,它就采取企业法人和非企业法人这个分类,而不再用德国的那种非常概念化的脱离实际意义的社团法人和财团法人的分类。当然,今天,应该再往功能方面走远一些,比如采取营利法人和非营利法人的分类,直接点到营利和非营利的目的性上来。所以,《民法通则》这个模式,在今天看来正好歪打正着,尤其适合今天因为科技发展、快速发展,更是凸显出社会不断变化的特点。

《民法通则》时代的立法者和学者基于当时的条件,感受到极端体系化是不可能的,当时是说条件不成熟。现在看起来,是那种相对停滞的时代已经一去不复还了,我们再也不可能也不愿意回到一个由绝对个人理性支配的世界,或者回到一个以聪明的狡猾的人作为 model 的民法模型世界。今天,社会功能分化太细了,社会关系太丰富了,过去说“三百六十行,行行出状元”,现在三万六千行都不止了。在这个意义上,民法典无法不抛弃单一的理念性,抛弃形式主义,而不得不转向功能性,转向一种更加开放和包容的体系结构,最好是多学一点美国学者的法律重述那种列举表述,大胆使用“包括但不限于”的用法。当然,我相信这种立法技术掌握起来更加复杂而困难,极具有挑战性,把一个无限分化的世界表达好了,这样的能力远远超过 19 世纪编纂理念化法典的能力。从这种观点看来,《德国民法典》还是挺好做的,因为它只是一套单纯的概念化体系而已,《法国民法典》就更简单了,就是一种简单的理念化表达。今天的民法典走向功能化的结果,由于要求面向实际的无限多样,包容实际的纷繁复杂,所以在立法水平上是一个更大的挑战。所以,我完全赞成张翔教授讲到的,因为今天民法世界是如此之复杂,实际上我们民法学界、宪法学界、行政法学界、经济法学界、社会法学界等力量融在一起,才真正具备从体系上处理好一部民法典编纂的能力。

很高兴的是,目前无论是法工委民法室的稿子还是中国法学会的稿子甚至是中国社会科学院关于《民法总则》的稿子,我发现都在很大程度上维持了当年《民法通则》的风格,具有通则化的特点。

最后,我还想带一句,我们非常重视宪法,民法学者天然的都是宪法热爱者,江老师说过,研究民法的人最后都会关注宪法并且情不自禁成为宪法政治的支持者。为什么呢?因为民法是关于权利和自由的法律,它主要是在个人之间通过法律关系来展开,但是在保障方面,却除了自身的私权保障功能之外,还要依赖整个法律体系的保障,最终更需要宪法的保障。宪法是关于政治的法律,宪法和民法的关系,好比宪法是空气,民法是水,而我们这些生活在法律之中的人则是水里的鱼,空气如果不好,污染了,比如雾霾太重,水也会不行。所以,宪法不是说它绝对是民法的高级法,但它一定是民法的重要保障法,没有宪法这个空气,民法的水就缺少保障,一会儿暴热一会儿冰凉,让人受不了。所以在一个文明的社会里头,法治要有左右两只手,左手是宪法和公法,右手是民法和其他私法。当然这是保守一点的比喻,你也可以说,右手是宪法,左手是民法。

林来梵: 谢谢!卫球教授有许多精妙的比喻,他还是很善于修辞的。可是王涌教授又说他口才不好,其实我觉得挺好的。他把一个实质的问题转化为形式的问题,是非常有意思的。好,那么下面我们来听一下王涌教授的看法。

王涌: 好的。卫球的第二阶段的发言有些观点我不太认同。宪法的高级法的地位是不能否认的。其实卫球他也是一个分析法学派的学者,所以如果你看凯尔森和哈特的理论的话,宪法永远是法律规范的一个最高层级,对吧?所以他得出这个观点我还是非常惊诧的。这点我认为他构成了寻衅滋事。

关于民法,其实我也有一个比较极端的观点,就是民法是私法,这个当然没有问题,但是如果

更深刻地说,民法还是一种共同法,就是民法的很多规范实际上是完成公法和私法的共同的基础,所以它不是一个简单的思路。那么为什么在这个时代要强调宪法依然是高级法呢?这个是有原因的,我们首先从刚才林老师提到的这个“解法典化”谈起。“解法典化”(decodification)是在20世纪70年代由意大利的一个女教授那达林若·伊尔蒂教授(Natalio Irti)提出来的。主要的原因就是法典虽然存在,但是法官在裁决案件的时候,更多是适用法典颁布之后出现的多如牛毛一般的政府的法令,议会的法令、规章和判令、解释,所以就架空了法典。那法典就成为一个空洞的框架。这种现象我们称之为“解法典化”。那么“解法典化”的危险在什么地方呢?它会使得法官在裁决案件的时候,陷入这种多如牛毛的细节化的、技术化的规范当中去。当然,你会说这种细节化的规范正是法治的特点。是的,法治的一个重要特点就是细,精细化。但是法治还有另外一个特点就是价值。如果它过于技术化,而忘却它的价值的话,这种法治是一种伪法治。那么如何拯救这样一个局面呢?其实主要是靠宪法来拯救。那么宪法是怎么拯救的呢?就是德沃金所提出来的,在一个所谓的法治时代,法官裁决案件,并不完全像哈特那样是以规则作为基础进行推理的,很多时候是要用原则去推理。那么原则是什么呢?原则是一个国家的法律体系所承载的价值。那么这样一种价值的序列和价值的层级是由哪部法律来实现的呢?民法起到一定的功能,但是浅尝辄止,这样的功能真正是由宪法完成的。所以宪法在很大程度上是一个国家价值的宣言。而宪法的条文有一个重要的特点,都是以原则的形式将其建构起来的。那么这个原则的特点是什么呢?它就是一个价值序列。

以这种价值序列和原则进行推理的这种模式,就不同于我们刚才所说的在“解法典化”时代的那种完全技术化的多如牛毛的规则推理的方式,是一种原则的推理。所以这种原则的推理是21世纪的一个非常重要的特点,这个在德沃金的著作和阿列克西的著作当中我们都是可以看到的。为什么他们会花这么多的精力处理这一问题呢?为什么两个世界最前沿的法理学学者研究的是同一个问题呢?这是有它的时代背景的。价值在法治时代是不能失去的,我们不能以一个所谓的伪技术化的,以技术化为特点的,以法律推理的技术化为特点的伪法治反过来异化我们的生活。这可能就是一个悲剧了,所以我们是需要宪法的。所以宪法提供的价值序列在很大程度上是要拯救民法的,这就是新时代宪法和民法之间的关系。那么这种拯救其实在我们的私法实践当中已经频频地发生了,过去很多的例子,很多具体的民商法的一些规则在我国或者是在其他国家,如德国、美国,要么直接被视为违宪,直接被从民法典或者从某一个法律当中废除。民法的法律解释,也要用宪法的精神来进行解释。这种例子太多了,在中国现在就有了,前段时间某一个商业银行要罚一个储户,信用卡违约,天价的违约金。最后法官不知道怎么来宣布这个天价的违约金在法律上是无效的,最后干脆就使用宪法上的平等原则,对吧?这个客户跟这个银行之间处在极不平等的状态,然后宣布那个违约金是无效的。这说明什么呢?这说明今后中国的法官还会大量引用宪法上的原则,来宣布一些民法上的技术化导致的我们认为是确然的结果,宣布它无效。所以我们正在迎来一个以宪法原则为基础的原则推理,一个德沃金和阿列克西所说的原则推理,其中承载着人与社会最高价值的精华的法律推理。再比如说在德国,学者认为德国商法当中的一些规则是违宪的,比如说民和商之间的法定利息一个是3%,一个是5%,德国著名的商法学者卡纳里斯就说,这个是违宪的。还有一个规则,比如说我国的个人独资企业法第28条规定,个人投资企业解散之后,债权人如果过了五年还不向个人独资企业的投资者进行追偿的话,这个债就在实体上消灭了。

这条从哪儿来的呢?后来一研究我发现是从德国来的。然后再看德国学者的观点,也有学者说这条违宪。再比如刚才张翔老师谈到的财产权法定主义,物权法定主义——这个他非常敏

锐——是否应当松动,那么这样一个判断,卫球也是同样的观点。那么这个判断我有两点看法,第一,从逻辑的角度来说,财产权法定主义和物权法定主义,这个是法学的公理,所以它不存在松动不松动的问题。因为它是从合同当事人的协议是不能对抗第三人这个角度推出来的,也就是一切对世性都必须是法定的。对吧?但是至于这个法定是什么呢?它就产生了一种松动的可能性。比如说我们现在遇到了好多例子,我国台湾地区也遇到了,我看张永健那篇文章也有,就是“违章建筑”的转让问题。由于违章建筑无法获得房产证,所以在实践当中它无法转让。但又有好多人转让,最后法官就不知道怎么判。如果按照财产权法定主义的话,这种违章建筑不属于中国物权法定主义当中法定的物权,所以它无法转让。一种物权只有经过法定主义建构成一种类型之后才可以产生可转让性,可转让性的含义是以这个权利类型化为前提的。如果从宪法的角度来说,我们就发现,这个问题的疑点就出现了,如果法官仅仅是以很机械的民法上的逻辑建构来否认它的可转让性、可转让利益的话,那宪法说要保护私人财产的利益,那么法官遵循宪法应该怎么样裁决这个案子呢?这就是一个疑点了。这个问题只有在民法和宪法从不同的角度投射到这个案件时,我们才发现这个案件展现出的迷人的法学的思辨力,把我们带入一个真问题的境界。所以从这个角度来说,我认为宪法将在中国今后的私法推理、民事裁判当中,发挥更大的作用。在肖扬的时代,宪法在最高人民法院齐玉苓那个案件当中似乎开创了新时代,但是实际上那个时代没有开始。我们真正需要宪法在民事审判当中适用,无论直接适用还是通过民法基本原则的解释适用,我认为这个时代正在来临。那么这个时代来临的话,就需要民法更精细化、更技术化的推理过程,需要宪法以原则和价值为核心的另外一种推理模式,共同推动中国真正走向法治。这个是宪法和民法学者的共同的使命,所以民法和宪法合作的前景是非常广大的。在未来,一个国家宪法强,民法肯定强。如果宪法弱的话,民法更应该强。但是在一个国家,有另一种可能,就是宪法弱,但是宪法学者强,这是宪法学的“产能过剩”,对吧?这就是我们林老师跟张翔老师现在面临的一个尴尬的局面,在这点上我们民法要幸运得多。当然他们心里也认为我们很悲惨。

所以在这个时候,更多的宪法学者应该投入到民法的研究当中去。无论是把民法改造成宪法,还是你们转变成民法学者,我认为都不重要,因为我们需要的是一个宪法化的民法。

林来梵:大家都领教了王涌教授的口才,确实同样的精妙!下面我们有请张翔教授来谈谈这个问题。

张翔:好吧,首先,对于王老师谈的,我不能同意得更多。但是有一点点质疑,您为什么觉得宪法学者强呢?我有一个判断,如果宪法弱,民法也强不起来。因为我们如果不能把公权力约束住的话,我们所期待的私人自治的空间也是守不住的。

回到林老师的问题。在这样一个时代还要不要编纂民法典?这个问题好像现在不讨论了,因为已经定下来要编纂了。但实际上之前是有很多讨论的。有人认为,在一个电子化的时代,规范检索的问题用电脑就解决了,不需要制定民法典。还有人认为,各种特别法单行法的存在,已经让民法典有点hold不住了,在这样一种“解民法典”的背景下,制定一个民法典似乎没有必要。这些问题是民法的技术问题,我觉得我回答不了。但是刚才王涌老师的解答启发了我,也就是宪法作为一个高位的价值对民法的辐射作用。我们知道,德国是制定民法典的典范的国家,但德国在战后形成了“基本权利的客观价值秩序”学说,并认为基本权利作为客观价值秩序,是要整个贯彻到所有的法领域中去,民法也不能自外于这样一个趋势。从我们民法典的发展历史来看,存在众多贯彻宪法精神的例子,刚才王老师已经举了一些,我也可以再举一些。比如美国著名的洛克纳案,这个案件涉及雇主和雇员之间约定工作时间的的问题。比如,雇主和雇员约定,每天工作12个小时,如果国家法律规定最长的工作时间是8个小时,那么法律是不是因为它侵犯了契约自由而

违宪。在美国,这是有一段黑暗历史的。最终,从保障工人利益的角度,美国的法院认定规定最长工作时间的法律是合宪的,实际上使得民法的契约自由精神受到了限制。又比如,德国的“单身条款案”,医院要求护士必须是单身的,一旦结婚的话,就解除合同。从民法上讲,是否接受“单身条款”,是你情我愿的事,按照契约自由、意思自治的原理,没问题。可是,这样的条款会损害男女平等,妨碍女性进入社会,甚至会损害家庭。这种情况下,基于宪法的精神可能就要改变民法的一些基本思维。还比如,美国最近两年发生的强制医保案,引发了很多争议。为什么呢,因为它有限制契约自由的问题。要求所有人都要买医保,等于国家强制你必须跟保险公司订立合同,这就是对契约自由的限制。类似的例子在民法领域特别多,非常普遍。

在这样的背景下,回到林老师的问题:我们为什么要制定一部民法典。我依然认为,民法典编纂与中国的宪政建设目标是密切相关的。我认为,确立政治国家与市民社会的二分、保障自由、约束国家权力仍然是宪政建设最核心的问题。这个任务不仅仅是宪法的,它是部门法的,是民法的,也是刑法的。民法的私法自治原则、刑法的罪刑法定原则,某种意义上都是在实现一种宪法功能。在这种意义上讲,我依然认为我们制定一部民法典是必要的。

但是回到今天一开始设定的问题,民法典编纂中的宪法问题,到底应该怎么去考虑。我想起德国民法典制定的时候,非常著名的民法典的批判者基尔克说的一句话:我们的公法中必须有自然法的自由空气的流动,而我们的私法中必须要滴上一滴社会主义的油。为什么要在私法自治中滴上社会主义的油呢?这是因为宪法所追求的价值不仅仅是自由,除了自由以外,我们还要去考虑社会中的那些弱者,我们还要去考虑社会公正,保证社会平衡,这一点也是我们宪法不可回避的任务。即便在美国这样一个高扬自由主义的国家,这个任务也是不可回避的。具有社会性的、具有公法属性的、具有利益分配功能的一些规范,不可避免地最终要进入到民法中去。我非常赞同两位老师都讲到的宪法和民法在这个时代是一种交融状态。我们想要把这部民法典制定好,让私法自治的精神得以贯彻,并让民法典承担王涌老师所讲的宪法功能,必然指向民法学跟宪法学走向合作的前景。从这种意义上讲,我觉得今天可能是民法和宪法在讲和。我们可以在更多共同协力的方向上做出我们的努力。谢谢。

林来梵:好,感谢三位学者精彩的发言!我发现时间在悄悄地快速地流逝,现在已经超过九点了。那么我们第一个部分对话环节就到此结束。留点时间给我们现场的各位老师、同学和台上的三位专家进行交流互动。如果大家有问题,请提出来,好不好?

互动环节:

提问者 1:我是研究宪法的,刚才两位民法学家的发言对我有所启发。首先我想请教龙老师一个问题。龙老师的这个发言提到了“依据宪法,制定本法”和“依据宪法和中国实际,制定本法”,您主张后者更合适一些?

龙卫球:我最想主张的是不写民法的制定根据。如果实在没办法,非要写不可,就用“根据宪法和实际情况,制定本法”这种写法。

提问者 1:我在读《彭真年谱》时发现,其中记载了彭真对这个问题跟您这个有类似的一个看法,当然彭真的观点是可以商榷的。他是这样说的,“如果说什么是民法的母亲的话,那么从法律体系上来看的话是宪法。但是根本上是中国实际,中国实际是民法的母亲,960万平方公里上的中国人民才是民法的母亲”。那么彭真这个观点跟您提到的,包括您后来那个是一样的,他这个观点也是可以讨论的,为什么这样说呢?因为如果我们过于强调民法根据中国实际,那么可能会导致我们过于现实主义,使我们的立法过于迁就事实。其实我们整体来看,自新中国成立以来的立法,

它都体现这样一种事实论的思维,因此在很多问题上可能会放弃规范主义的立场和主张,那么更进一步而言它可能会导致我们体系化思维不够,规范主义肯定是要更加强调“依据宪法”这个规范体系。以上是请教龙老师的问题。

第二个问题请教王老师。刚才王老师提出了使民法典发挥宪法功能,并且提出了三个试金石,我觉得对您这个主张我也是非常赞同的。刚才对您的担忧我也非常有同感。为什么这样讲?因为就是您刚才提到把这个问题一旦说透了,那可能会有一种危险,就是把这个问题弄得过于敏感,因为我们都知道在中国宪法问题特别容易被政治化,被政治化以后,它可能会导致更多的人关心,比如说我们都知道民法典一定是要报中央政治局讨论,然后批准,那可能就会导致民法典这个本身的制定过程产生政治压力。那我提出一种看法,王老师不知道同不同意,就是您刚才提到的这个担忧我觉得是可以通过另外一种思维,另外一种思路加以解决的,就是把民法典的制定作为宪法的一种具体的实施,这样的话是可以保证一方面它的政治正确,那么另一方面可以通过宪法来为民法典的制定搭建一个比较坚硬的屏障。

那么像刚才龙老师也提到,宪法它应当作为民法的一种保障。也就是说,宪法它一方面通过约束国家的公权力来为这个市民社会的自治提供一定的空间,那么同时从法律和政治二分的视角来看的话,其实宪法也是一道抵御或者防御政治过多地干预法律体系的屏障。也就是说它是一个盾牌,一个外壳,如果没有这套屏障,那么民法,所谓的司法自治,等等,这样一个精心编织的规范体系在政治面前可能是一泻千里、溃不成军,因此我更加倾向认为我们民法学者应该一起来思考中国的宪法问题。如果说一个民法学家不关心中国的宪法问题,那么最后可能会发现我们所要精心编织的规范体系,我们想要实现的私法自治是一个梦想,民法,如慈母般的眼光可能并不能够照耀着我们每一个人。

龙卫球:我回答一下给我的精彩问题。首先谢谢你提到彭真的那个解释,我觉得大家看出来,20世纪80年代那一代人,包括民法学家或政治学家,确实具有高超的智慧,在1986年《民法通则》制定时就注意到民法依据的复杂性问题,所以并没有把82年宪法作为唯一的依据。他们当时这样做,是建立在深思熟虑的、符合中国的论断基础上。所以我主张,对于民法制定依据,要么什么都不写,如果要写就回到1986年《民法通则》彭真所做的这个理论解释上去。

其次,我认为在民法典编纂中不能简单地讲规范主义,为什么呢?因为规范主义是在法律适用层面上来讲的,如果是法律适用问题,我也比较靠向规范说。但是,现在民法典编纂讨论依据问题,是在做一种立法论证,所以我靠向实质说。民法典编纂,这个时候为什么不能直接找它的实质渊源呢?为什么要局限于1982年宪法呢?为什么不应该到彭真讲的中国人民那里,或者这片960万平方公里的土地上去寻求民法依据呢?事实上,1982年宪法主要是解决民主与法制的政治保障问题,重点在确立国体与政体,没有在民法依据上做过什么系统思考。这样的宪法怎么可以成为民法的充分依据呢?

这里又说到第三点,就是我赞成刚才你讲到的宪法是具有保障功能的,特别是它具有在政治方面的可以让人治受到约束的保障功能。所以,民法虽然不以宪法为依据,但是却可以得到宪法的政治保障,只有贯彻落实宪法制度,民法或者说这个私人权利的法律才能够最终获得更好实施的政治条件。但是我要强调,宪法这种保障功能,并不是要使民法成为宪法的实施法,或者使民法沦为宪法的实施机制(我注意到郑贤君等宪法教授在回应我的论文中大概是这样一种认识)。这里,我们必须懂得正确理解民法和宪法的关系:民法本体上是一种独立存在,它实施的主要是自己而已,民法自己建立在独立依据上,从而也以自己独立的方式实施自己。当然,民法不是宪法的实施法,但并不等于民法可以无视宪法。刚才王涌教授的法律实证主义的说法提醒了我,就是说从法

律适用层面来说,我们不能不讲规范主义。其实,批评者大可以放心,我很久以前就支持规范主义,而且明确提出要结合宪法来进行民法的广义规范主义。我记得2002年左右在《清华法学》发表过一篇关于人格权发展的论文,就是谈民法的广义实证主义,建议结合宪法来解释民法人格权规范。20世纪初期,法制实践在德国等一些国家曾经发生过僵化的狭义的实证主义危机,甚至导致拉德布鲁赫后来反思恶法非法现象。民法需要结合宪法是因为,宪法规范虽然不是民法的依据,但是却对于民法适用在一些情况下可能具有限制解释功能的规范性。民法规范中经常会有不得违背“公序良俗”的要求,其中公序就是公共秩序,这个时候宪法就会通过这个公序的概念以一种消极方式结合进来。比如说,当事人签订劳动合同,违反了男女平等,或者违反了其他什么宪法保障价值,这个时候宪法就必须作为限制规范进来,融入民法公序的范畴,法院就应当以违反公序而无效来处理劳动合同。所以,宪法跟民法的关系,说起来就是两大功能的关系,一是政治保障功能,这是积极的,二是限制解释功能,这是消极的。但是这两个功能都不意味着把民法变成宪法的实施法。

最后,刚才王涌提到分析法学和哈特,我也要提一提哈特。哈特的一个巨大贡献是,他的法律概念和奥斯丁的不一样。奥斯丁说的法律,是义务法、制裁法,那个是完全以公法为模型的。哈特把法律的概念推进到二元范畴的阶段,他发现法律概念不是单一的构成而乃是二元的构成,一元是公法,另一元是私法,以前的实证法学只看到公法这个方面,所以法律规范就等于命令规范,这叫命令法,但是法律规范其实还有很大的范围,或者说法律还有一个更主要的范围,是私法规范,体现为任意规范或者授权规范,这叫授权法。所以,从哈特这样一个完整的规范主义视角来看,民法乃是与公法对立的一元,是独立自存的一种体系,本身具有价值上的独立性、基础性。我们制定民法也好,实施民法也好,都注意它的独立性、基础性这一面,不能因为宪法重要就粗暴剥夺它从历史上就获得了的独立性、基础性。有一种观点提到宪法出现之后,便形成了一种宪法至上的层次论,但是实际上这对民法来说是应当有所保留的一种说法,或者说对于民法只是在上述两种功能意义上的宪法至上。另外,这里要补充一点,宪法对于民法的消极限制功能,在民法学说上被归之为“合宪性解释”的说法,而关于合宪性解释,比较重要的倡导者应该是德国学者拉伦茨。他在二战之后提出来,民法适用除了传统的四大解释方法之外,还要加一个合宪性解释。但是,这种合宪性解释不是一种积极解释,而是一种消极解释,不是讲必须符合宪法,而是讲不得违反宪法,而且是限于不得违反宪法确立的与民法有关的公共秩序。所以,宪法中关于国体的、关于政体的以及其他方面与民法无关的规定,并不得成为民法适用中合宪性解释的“依据”。大概正是因为这个原因,德国不少著名学者,包括弗鲁姆在内,明确反对拉伦茨关于民法适用中应有“合宪性解释”的说法。因为这种说法,容易产生一种泛化的误解,以为存在一种宪法上的积极的且全面的限定,以至于取消民法的独立性。

总之,我觉得彭真当年那段话非常值得仔细品味,希望今天我们的立法者还能够继续坚持这种认识。

林来梵:好,再请王涌教授。

王 涌:好,我简单回应一下。我们强调民法发挥宪法功能实属不得已。因为真正要起到对公权力的控制那就是要通过违宪审查。但是现在中国也不可能,因为我们处在一个转型期,政府采取了很多的违宪手段,虽然有效,但又不能拿到台面上来进行谈论,所以很难。所以这个不仅是宪法学者的悲剧,也是民法学者的悲剧。所以宪法学者现在集中讨论如何在民法典发挥宪法功能。在某种程度上,我们说民法发挥宪法功能有一定自娱自乐的成分,但是这个实属不得已。因为中国每一步的进步只能通过一小步来逐渐地进步,你看最近的法律,慈善法,也有很多进步。所以集小步为大步,集小胜为大胜,在政治硬约束的情况下,我们作为学者,无论是宪法还是民法,只

能采用这种现实主义的态度来推进我们法治的前进。也可能在若干年之后,后人在写我们的十年二十年历史的时候,对我们这代学者进行嘲讽,说这帮学者实在是太懦弱了,搞了很多花样,回避核心问题。这确实是一个悲剧。

但是我们民法发挥宪法功能可以说未来还会遇到各种公法的侵蚀,很多权利和财产都是由公法创造的,所以这种财富分配不均都是由于公法创造的这种财富产生的。所以后面十年这种现象是否还会产生,应该说还会。但是民法的宪法功能虽然不是我们想象得那么大,但是它会发挥一定的作用。好,谢谢。

提问者 2: 刚才龙卫球老师在最开始的时候说,宪法对于民法来讲,充其量是一个限定法,而不是依据法,也就是公序良俗中公序的那个序。后来张翔老师也说,宪法是来帮民法的忙,也就是说给出来一个底线,也就是在消极依据层面给划出了一条线,民法不能超过宪法划的这条线。但是两位老师由此得出的结论是不一样的,一个认为“依据宪法,制定本法”根本不应该写。然后宪法学者就认为,宪法可以成为民法的依据。所以我想问的是,两位老师在文本的意义上对于“依据”这个词是不是有不同的理解?这是我的第一个问题。

第二个问题是,王涌老师刚才讲为什么宪法是民法的高级法,是因为宪法为民法提供了价值基础。但是从历史上,我们也可以看到,私法是先于公法存在的,私法的很多基础是从实践当中,或者说我们社会活动当中产生的。所以我的问题是私法,就是如果我们说宪法是私法的价值基础的话,那会不会有一些私法的价值是宪法所不能涵盖的,或者我们在宪法中不能找到映射,从而这些私法的价值具有某种程度的独立性,而不能以宪法作为依据。

张翔: 我再解释一下。关于宪法作为民法的实质依据,我还是强调区分民法的纯私法性和民法所具有的社会性。如果是属于民法社会性的部分,宪法规范就要直接作为民法立法的实质依据。在那些纯粹的个人自由、个人自治的领域,民法的立法具有更大的自由空间。但是,这个时候不能超越宪法给定的边界,就是说不能允许民法规范反过来去损害了宪法上的人权。在这种意义上,我认为宪法是民事立法的消极依据。我觉得,我跟龙老师最大的分歧在于,龙老师认为消极依据还可以接受,积极依据是不能接受的,但是我觉得这样就没有办法处理民法中大量的这种社会性的、具有利益分配功能的条款。这是我的看法。

龙卫球: 实际上是这句话怎么来理解的问题。“根据宪法,制定本法”,如果“根据”二字可以不作同义理解的话,而是预定了可以由我们做不同的解释,那么这种说法本身是难以置信的。

从字义上说,根据宪法,既可以指立法权力和程序上的根据,也应该指内容上的根据,作为内容上的根据,又可以包括积极的和消极的两个方面。我担心的是后一种含义,即作为内容上的根据特别是作为积极的内容的根据这个层面的含义。现在,你在民法中用了这句话,又在实际中说,我们没有这一层意思,我觉得这是难以置信的,恐怕也是不严肃的。这种情况,只有通过立法解释才能消除疑虑。但是,既然要事后求助立法解释,为什么不在立法之际就处理好呢。所以,我不赞成像刚才张翔老师所说,可以先这么写着,以后再做个立法解释,将其含义限定在消极层面。

现实中,恐怕也不会去做立法解释,2007年《物权法》就这么写了,但到今天也没有看到做什么立法解释呢。《物权法》当年因为将自己根据于宪法,所以制定起来在很多方面受到局限,不能扎根于市场经济的实际情况,最终成了一部作用十分有限的物权法,并不能完全适应社会主义市场经济的真正需要,所以现在不得不在很多地方通过政策推进物权制度改革,比如目前国务院在推农村土地承包的三权分置。

我记得当年法理学界一位著名学者跟我说,你们民法学者搞的物权法,动静大可是结果不怎么样,怀孕的是大山,生出来却是一只老鼠。我说,这不能怪我们,是你们法理学者坚持要写“根据

宪法,制定本法”,束缚我们物权法的立法根据,导致了这种结果。现在宪法学者也有不少主张这种宪法根据论,我觉得有些爱屋及乌的意思。

所以,我建议,这次民法典编纂要认真地对待民法根据问题,要科学地认识民法和宪法的关系问题,最好不要写“根据宪法,制定民法”,如果实在想标榜宪法的重要性,那么建议参考彭真委员长当年的做法,写成“根据宪法和实际情况”,保持开放性。

林来梵:好,那请王涌老师吧。

王 涌:我简单说一下,这个价值的问题,民法的价值是起源于自然法,那么它的这个价值说实话是一个初始的、不太成熟的价值体系,相对比较纯朴、单纯。你看它的价值体系无非就是自然法,平等,在罗马法就是匀称,到了近代自然法的话,卢梭的自然状态,格劳秀斯天赋人权。所以你看民法典的话,民法典当中展现的价值是非常简单的,诚实信用、公序良俗,所以民法呈现的是一种简单的价值体系,而宪法呈现了一种复杂的价值体系。虽然我说最早是没有宪法,后来宪法出现了。宪法出现恰恰是因为这个世界的体系复杂化了,包括二战之后,人权法的发展、禁止 torture,各种各样的表述在宪法当中都开始出现了,所以使宪法出现了一个复杂的价值群,而这种复杂的价值群在传统的民法典中是无法达到那样一个高度的。所以这样的话,在价值的质和量上,民法典和宪法是有很大的差别的。至于民法的价值跟宪法的价值有什么不同,其实民法的价值应当服从宪法的价值。如果说民法传统上的价值跟宪法有什么不同的话,刚才张翔老师也举了许多例子,比如所有权等,这个就不再解释了。

提问者 3:各位老师好,我是来自中国政法大学的教师,教授宪法。在我的课堂上,曾经出现过这么一幕,我正在跟大家讨论我们机动车单双号限行的合宪性相关的质疑的时候,坐在第一排的一位男同学默默地翻开了他手里的一本江平老师主编的民法学教材。这个时候我就注意到了,然后我对他微笑了一下,他就很不好意思地把那个教材又收到桌子下面去了。然后我就向同学们说大家千万不要以为老师在质疑他这个行为,恰恰相反我是鼓励他,在我们讨论是否单双号限行这样的问题会对私人财产权造成什么样的侵害,有没有过度限制的时候,我们恰恰需要去翻看民法学教材当中关于所有权的一些问题来帮助我们对宪法规范性更好地去理解、去借鉴。这是我第一次在我们学校面临这样的问题。

第二个就是刚才两位老师也多次提到法国的民法典,我觉得两位老师的观点我都很赞同,但是有一点点困惑,我觉得两位老师关注点更多的是放在 1804 年到 20 世纪,就是好像这个关注有点固化,有点静态地去关注,而没有关注到法国宪法和民法的关系是非常动态的关系。从 1804 年开始到两位老师关注的时段,还是属于一个民法在法国法学界比较占优势地位的时段,其实是在 1971 年左右,占绝对主导作用的民法规范的学术地位已经开始式微,因为 1971 年法国的宪法委员会开始真正地实效化。然后在学界,我关注到一个有趣的现象,就是 1981 年的时候,有一位宪法学者在法国的民法学期刊上发表了一篇文章,叫做《民法的宪法基础》,这个文章在民法学界引起了非常大的争论。但是当时这个争论民法学者还是觉得无所谓,就像两位老师说的,我们民法还是法国的真正的宪法,不以为然。但是到了 1991 年,法国的民法学者终于再也坐不住,他们就在法国的宪法学杂志上发表了一篇文章,叫做《宪法的民法化》。然后这两个争论就引发了当时学界很多不只是民法和宪法学者,还有刑法、其他部门法的学者的关注。那么这个问题的探讨是在什么位置呢?可能就是刚才几位老师达到的共识,就是不要去区分这两个,我们说它的规范效力到底是平行的还是有位阶的,是不是都是在一个法制区里面共同地去让宪法的价值渗透到民法规范,也就是张翔老师、林老师都提到的,欧洲现在也通行了一种叫部门法的宪法化的现象。

好,那么到现在,特别是 2008 年法国宪法改革以后,普通的法院和宪法委员会这样一个宪法

解释机构的关系更为紧密,在普通案件中对民法规范也好,或者刑法规范也好,有违宪之虞的问题可以逐级移送,通过过滤机制然后再到宪法委员会来进行一个审查。那么在这样一个机构的启动下,从2008年到现在,我们的机构可能有一半的规范是与刑法相关的。那么另外有20%的规范可能是与民法的可行性有关。其中也包括刚才老师们提的这个缔约自由,还有包括婚姻自由。还有一个问题也是我想向王老师请教的。我看了一些案例,也提到在民事规则、民事责任里面有没有可能会违反法律面前人人平等,或者有没有可能去违背这样一种公平、正义的价值。这就是我一些粗浅的想法。这次讲座我的收获很大,也觉得正如各位老师说的宪法和民法应不应该合作,这不再是一个问题,而是怎么合作。这一点我也非常同意张翔教授说的,我们不要再去关注一些宏大叙事,而应该找到细节,每一个权利的实施,还有就是刚才我向王老师提到的,人格权,还有法人组织分类,还有包括土地使用权流转,或者是土地所有人制度,在民事责任这一块,您认为目前的司法实践中的情况跟宪法有没有产生一些冲突,或者您认为怎么调和?谢谢大家。

龙卫球:我非常同意这种观点,就是说民法和宪法之间是一种合作的关系。这种合作,当然也包括在某些方面必要的相互限定性,比如说宪法在一些方面构成民法上公序的限定性。但是,现在的问题是,宪法和民法的关系在我们的民事立法中被错误处理了。民法已经在根据上逐渐失去独立性,特别是2007年《物权法》以来,民法已经溃退了,已经导致了“民法在哪里”的忧虑。这对于我们国家全面建设法治来说非常不好。所以,我这次是被动地挑起这个话题,希望在民法典编纂之际,为民法在根据上的独立性发发声。当前民法典编纂是一次根本性的民事立法,如果还是写上那样的八个大字,那就是我们民法学者的失职了。这是我的一个现实的忧虑,不单纯是一个理论之争。

王涌:关于民事责任中存不存在违宪的问题,这个还是有的,我可以举几个例子,以供讨论。比如在合同法当中“提存”的规定,提存超过一定的期限的话,最后这个物归国家所有。凭什么归国家所有呢?这是不可理喻的一件事情。第二个是关于惩罚性违约金。在美国的话,惩罚性违约金相当的高,那有人就提出质疑,民法当中设置公法性质的惩罚,这个完全是超越了它的界限,这也存在违宪。第三,比如我刚才谈到的这个个人独资企业如果债权人不主张,在企业结算之后,五年之后这个财产就消灭了,这个债权就消灭了。所以德国的学者是提出质疑的,认为这个是违宪的。

所以在违宪审查的国家,民法当中很多的规则都会被认为可能违宪。在财产法领域,这个也非常多。比如说无主财产,地下埋藏物,这些都归国家所有。那原因到底是什么呢?为什么排斥先占呢?为什么在法理上国家就成为当然的所有权人呢?所以这里面都可能存在违宪的问题,而我们没有从宪法的角度对这些重要的民法问题进行梳理,所以这里都是缺陷,千疮百孔。

林来梵:好,请张翔教授。

张翔:我补充一个,就是民事责任体系有没有可能违宪。比如,赔礼道歉。如果你到法院告我诽谤,法院判你胜诉以后,实际上你的名誉已经恢复了,可是法院还要我赔礼道歉。钱的问题不说,你强制我去表达一个我不愿意表达的东西,这对于良心自由是不是就是一个侵犯。民事责任体系的有些内容可能都要进行合宪性调整。

刚才王老师讲到我们国家没有违宪审查制度,如果有的话,很多条款可能都会到宪法那儿去审查一下。但即使这个制度不能良好运行,民事立法中也应该对可能出现的宪法问题做出预先的处理,这对人权保障的目标是有利的。谢谢。

提问者4:各位老师好,这次民法典编纂,人格权是否独立成编是一个争论比较激烈的问题。就是想问问各位老师人格权是否独立成编是一个技术问题,还是如果不能独立成编的话,它会影响到王涌老师说的这种宪法功能在民法中的实现?

林来梵:好,那就由王涌老师来回答吧。

王 涌:人格权是否独立表面上是一个技术问题,只是一个章节的安排,但是它的实质意义还是非常大的。第一,它实际上是表明了立法者的一个态度,这样人格权处于一个什么样的地位,它具有极大的显示性。第二,人格权如果独立的话,人格权在民法典当中占的篇幅会扩大。就不会像德国民法典那样,关于人身权那部分非常简单,特别简单。当然,它后面还有很多的判例还有其他的加以充实。但是在中国,我们实际上就应该把人格权在民法典中予以独立,然后把它变成一个小的关于公民人格权利保护的这样具有宪法上意义的人权立法。所以它的意义我认为是非常大的。但现在看来的话,可能性比较小,就是因为民法典起草之初,民法学界出现了这样一个争论,这个是我们民法学界感到比较寒心的地方。

龙卫球:最后我也补充一下人格权规范问题。前面说过,康德讲过一句话,说民法或者私人权利的法是不证自明的法,所以原本是不需要向外说出来的法。从这个意义上说,民法存在为一种自然态,并不是需要制定出来的。

但是,人们又为什么实际上制定了那么多民法典呢?这是因为,民法的机理虽然是自然的,但是实际中的人却不会因为自然就尊重这种法律存在,如果没有民事法律的宣示,他们基于人性的贪婪,为了自己的自私的利益追求,会经常背离这种机理要求。所以,国家认识到定纷止争的重要性,对自然存在的民法也要进行宣示,明晰民事利益的边界,指导民法关系的形成和开展,同时警惕和避免坏人逾规。民法中发达的是财产制度,因为最容易冲突的是财产利益,因为俗话说“人为财死,鸟为食亡”。财产制度,旨在明确财产关系,减少财产冲突。

但是,人格权问题不一样。在民法早期,人格权不彰显,不是不重要,而是不像财产权那样因为客体外在化而容易陷入冲突,所以早期人格权往往通过简单的侵权保护就可以规范好。但是人格权到今天,却大不一样了,在复杂社会的条件下,人格越来越呈现外在化的一面,人格关系冲突加剧、形态也十分复杂,可以称之为“人格溢出现象”。所以,今天的人格权,同样需要具体、复杂的外在化规范方式,像财产权制度那样凸出外在关系的确认和调整。20世纪初期,由于报刊等媒体的发展,隐私权外在化了;后来由于医院和医疗的发展,生命权、身体权、健康权等在与此相关的范围异常复杂地外在化了;再后来基因技术的发展、互联网技术的发展,导致基因人格关系、个人信息保护问题的复杂化,这些都首先需要在新的社会关系层面重新明晰有关人格权的边界,而不是像过去那样简单用侵权保护或者一般人格确认就可以。法国民法典过去从来不谈人格权,但是在2004年之后,加了两章人格权规定,处理的就是身体权在医疗、监禁、精神看护中的复杂关系、基于基因的人格关系等,非常复杂,这里面实际上也是一个民法的现代化问题。

所以,加大人格权的正面立法、细化人格权的保护和保障,成为今天人格权立法的新趋势,从这个意义上,人格权独立成编是可行的。当然,有的学者担心,人格权独立成编会不会损害人格权的内在性,即人格权与人格的不分离性,也有一定的道理,但是我们要看到,这种人格的内在性在很多地方已经不是绝对的了,而人格权大量的外在化使得不可能再像过去那样不加规范,所以最好的办法是正视外在化规范的同时,兼顾人格权具有的内在性伦理品格,通过“公共秩序”等性质宣示对之加以尊重。

王 涌:对,有人说会跟乌克兰民法典一样导致颜色革命,这种说法说实话在逻辑上找不到关联性,所以这个是非常遗憾的。

林来梵:好的!怎么样?时间差不多了吧?差不多了,那要不最后总结一下?(掌声)谢谢!

我们说民法典的编纂是我们这个时代的一个伟业,非常重大。它也涉及许多非常重大的问题。今天晚上我们讨论的这些问题就很重大,而且我们也研讨得比较深入。

对其中主要问题,我个人看法是这样:

第一个,关于在民法典中是否要写上“依据宪法,制定本法”,这个已经不是一个问题了,因为目前所有的草案都已经写上这点了,连曾经反对过写上这一点的梁慧星教授、龙卫球教授都写上了,所以再讨论要不要写上这个条款已经没有意义了。有意义的是我们要看这个条款现在大家居然在草案里都写上了,连龙卫球教授都写上了,那表明了什么?我认为这表明这个条款已经被作为民法典的一个护身符和免罪符,由此获得政治上的安全。在这里我们宪法还发挥了一些作用,可以发挥免罪符的功能,这是我们宪法的骄傲,当然这个骄傲是比较惨淡的。

关于第二个问题,民法典是否可以发挥宪法的功能。我个人认为是可以,我同意王涌教授的观点,民法典在一定意义上可以发挥宪法性的功能。但是民法典不可能发挥宪法最核心的功能。宪法最核心的功能是什么呢?在近代时期它主要发挥的功能就是限制公共权力的滥用,来保障人民最基本的权利。而在现代,宪法发挥新的一个功能,什么功能呢?那就是整合社会最基本的价值,形成最基本的价值秩序,以此作为审查其他法律,包括民法是否合宪的一个规范依据。这才是宪法的核心功能。这两个核心功能民法都不可能实现,但是民法还是可以实现“准宪法性功能”的。比如王涌教授所提出的那些建议就属于此类。

除此之外,民法典还可以发挥另一个“准宪法功能”,那就是激活市民社会的活力、建构市民社会这个功能。这个功能也是对建立宪政秩序有帮助的。因为宪法本来就需要实现统合国家的功能,那么民法如果能够激发市民社会的活力、建构市民社会的秩序,一定意义上来说,有利于宪法实现国家统合的功能。在这一点上,我们欢迎民法发挥宪法的功能。这是第二点。

第三点,中国在这个时代制定民法典,应该秉承什么样的根本价值立场呢?是否再像近代民法典一样去吸收西方的个人主义和自由主义的精神呢?对这个问题,三位学者都语焉不详,因为回答这个问题确实非常困难。而且非常遗憾,这个问题在中国民法典制定之际没有人讨论,至少说很少有人涉及。比如我们今天邀请来的两位非常优秀的民法学家,他们对此都没有做出具体的分析,这也可能是民法典在制定过程中所存在的短板,我们应该指出来。

当然,这个问题也有可能是经不起讨论的,因为许多国家在制定民法典之际,正因为讨论类似的这些问题,最后使民法典的制定遇到挫折。比如说日本在明治时期制定民法典的时候,早期就是如此。但这个问题是无法回避的。

在今天的讨论当中,我们还隐隐感到像王涌教授所说的那样,透露出一种隐忧,害怕我们揭示的真理反而不利于民法典编纂的工作。但是我们要想到,隐瞒真理是否真的有利于人民呢?这一点我们无法得出定论。

最后我想说的是,今天我们邀请到的三位学者都非常优秀,其中龙卫球教授他的姓是龙,这是非常好的一个姓,在《易经》中,乾卦爻辞完全体现了龙的一种精神和智慧,其中第四个爻辞是:“九四:或跃在渊,无咎。”说的是,必须直面矛盾,敢于思考,从而上下自如,进退无忧。我觉得龙的这种精神也是当今中国民法学应该拥有的智慧。

最后,让我们以热烈的掌声对三位嘉宾表示衷心的感谢!感谢他们精彩的发言!同时也感谢所有在座的朋友和同学,特别感谢站在教室里面听讲的那些朋友和同学,谢谢你们!最后也预祝中国的民法典顺利编纂成功!

谢谢大家!

(责任编辑:李迎捷)