

宪法与民法的基本关系略探 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__E5_AE_AA_E6_B3_95_E4_B8_8E_E6_c122_484956.htm 一、 宪法与民法基本关系的理论之争

(一) 国外学者关于宪法民法关系的几种不同学说 在对宪法与民法关系的基本理论有了一定程度了解之后，我们不禁会生出这样的疑惑：作为国家基本法的宪法和作为社会基本法的民法、作为公法核心的宪法与作为私法核心的民法之间的基本关系究竟如何呢？根据日本学者山本敬三的总结，在宪法与民法的关系问题上大致存在如下三种主流观点：1、异质论 异质论是对于宪法与民法的关系比较传统的看法，然而，至今仍有许多学者持此种观点。异质论认为宪法与民法无论是在调整的对象上还是在规范的内容上都存在极大的不同，二者是性质完全相异的法，是互相对立的存在；宪法并不构成民法的基础，民法也无需服从于宪法。相反，二者互不干涉，宪法的效力仅及于政治国家领域而不能深入至市民社会的领域，即民法调整的领域。依此观点，宪法权利规范在私人间不能发生任何效力。应该说，所谓异质论是以近代自由主义和“最小国家论”为背景的，体现了“防御国家权力”的思想。它坚持认为国家对市民社会领域绝对不能干涉，并认为所谓公、私法领域也是截然分开的。然而二战之后随着福利国家/社会国家的出现，国家的触角也开始伸入市民社会领域，公私法的互相融合更成为了一种明显的趋势。随着国家角色的转变、国家与市民社会之间和公、私法之间的融合，特别是违宪审查制度的普遍建立，越来越多的学者开始重新审视这种强调宪法与民法之间对立和

毫无关联的理论，并对宪法与民法之间的关系提出了新的见解。

2、并立论 所谓并立论，指的是认为宪法与民法具有共同的基础，二者是并立的、同格之存在的观点。以星野英一为主要代表，并由大村敦志、吉田克己、长谷川晃等日本新一代民法学者所大力提倡和支持，并在日本民法学界已经发展成为一种有力的观点。并立论与异质论乍看上去似乎并无不同，实际上却存在着根本的差异。其虽与异质论同样是以国家与市民社会的二元分立为立论基础的，但与异质论大异其趣之处在于其并不认为民法与宪法是对立的、性质完全相异的、毫无关系的法；相反，并立论主张民法与宪法具有共同的价值基础，因此，民法与宪法从规范到价值都应是协调一致的。有的并立论者，如大村敦志、吉田克己等，进一步指出在宪法与民法之间出现了互相融合的趋势，宪法与民法之间与其说是对立的关系，不如说是一种互相协作与补充的关系。至于宪法与民法共同的基础，学者们认识不一。有的认为是自然法，有的认为是人权，有的认为是近代法理论。例如吉田克己就认为：“民法作为社会构成的基本法蕴涵着作为近代社会构成原理的自由、平等、连带这些价值。而这些也是近代宪法所标榜的价值，正因为如此宪法和民法才不会在规范上发生抵触。”而星野英一则认为是体现了近代自由、平等价值取向的人权宣言，或者说是保障人权的思想，构成了宪法和民法共同的价值基础，宪法与民法都必须体现人权宣言中所规定的基本原则。他进一步明确的提出，人权宣言是同时超越于宪法典和民法典的基本原则，由于宪法与民法具有共同的基本价值，因此应当推进研究如何协力发展宪法学与民法学的课题。并立论者注意到了国家与市民社会

之间关系的变化和公、私法融合的趋势，在坚持国家与市民社会二元分立和公、私法划分的基础上致力于为宪法和民法寻找共同的基础，以期使得宪法与民法之间能够保持协调一致（无论是在规范上还是在价值上），并且为宪法在私人争议上发挥间接的效力提供过渡桥梁。这体现了学者们在现代背景下对异质论的一种积极的反思。

3、融合论

融合论在承认民法对调整市民社会的基础性作用、承认私法自治的基础上，强调宪法在规范和价值上对民法的统率作用，认为民法并不是与宪法并立的、同格的存在，民法应该遵循宪法。融合论也是一种颇为有力的观点，其代表包括日本学者我妻荣、山口阳一以及山本敬三等人。在这里，笔者将主要以山口阳一的观点为代表对融合论的观点进行简要介绍。山口阳一分别从规范体系中的地位和规范内容的实质价值两个方面论述了宪法与民法的关系。首先，在规范体系上，由于违宪审查制度的存在，宪法具有上位法的地位当属确定无疑。实际上，即使是并列论者的星野英一也认同在规范体系上宪法具有优位性。其次，在规范内容的实质价值上，一方面宪法与民法应统一于宪法中所体现的基础价值，另一方面宪法与民法之间也存在着实质价值的互相交流。融合论者与并列论者的区别在于，并列论者认为宪法与民法共同的基础是自然法（人权宣言），而融合论者则认为是内化于宪法之中的人权价值构成了整个法律秩序的价值基础。尽管主张宪法价值的基础地位，山口同时认为宪法与民法之间存在着实质价值的互相交流，其中一个重要的表现就是人权宣言和1804年的《拿破仑民法典》。法国大革命期间，为了彻底断绝与旧体制的关系，作为宪法实质价值的人权宣言取得了至上的地位。而此后

，宪法的频繁更迭造成了“宪法变迁，而民法传统”的局面。甚至是在较为稳定的体现了近代宪法特征的第三、第四共和国时期，其宪法也是将议会作为主权机构来看待，从而表现出了“价值中立”的特点。因此，人权宣言所蕴涵的宪法实质价值实际上是由1804年民法典所体现和传承的，也就是说法国近代法的实质价值的基本性是体现于民法典中的。而现在，法国宪法再次确认了人权宣言所宣告的基本权利，这样，就可以认为在宪法与民法之间形成了实质价值的互相交流。

（二）对各种争议观点的评析 纵观各种对宪法与民法关系的争论观点，我们不难发现，考察宪法与民法之间的基本关系，可以有多个角度，但以对法规范等级体系的理论考察和对法现象发生史的历史分析这两种进路更具现实意义。本文将在后续章节中，将以这两个进路为切入点详细分析宪法与民法之间的基本关系，此处不再赘述。当然，在实际分析宪法与民法基本关系的时候，往往并不是机械的运用其中一种进路而多是综合进行的，也只有在这种“多元主义”的视角之下，宪法与民法的关系才能得到清晰的呈现。从上述诸观点看来，学界对“宪法与民法关系”的研究表现出了两个特征：

第一，从异质论到并立论再到融合论的过程，实际上就是从对抗到协作的过程。传统观念之所以以对抗的眼光看待宪法与民法的关系是因为，在近代宪法的视野之下，宪法是公民用以防范国家权力的工具，宪法的作用在于将国家权力限制于一定的范围之内，确保市民社会不受国家权力的干涉。在这种传统的国家与市民社会截然分立与抗衡的观念关照之下，宪法的效力也就被限于国家的范围之内，对市民社会进行直接调整的是在宪法产生之前就已经形成了的具有“独自

性”的成熟而发达的民法体系。因此，宪法与民法之间的关系也就被认为是互相并列、毫无瓜葛的对抗关系。应该说，这种认识具有合理的一面，但同时也存在颇多问题。一方面，这种将民法与宪法放置在同等地位且认为二者之间毫无瓜葛的观点将导致民法不必遵从宪法的结论。也就是说，即使是在规范层面和法律效力的层面看来，二者也是并列的，不存在民法作为下位法必须遵从宪法的问题。这一结论显然是与宪法至上的观念相悖的，也无视了各国宪法中普遍存在的关于宪法具有最高法律效力的宣告。另一方面，在国家的作用发生变化和政治国家与市民社会之间产生的融合趋势的历史背景之下，这种对抗的认识已显得不合时宜。具体说来，在国家作用上，现代宪法普遍规定了包括福利权在内的各种社会经济文化权利，这种权利与传统的自由权的区别就在于它不仅要求国家的不干涉，而且还要求国家积极作为以实现公民的权利。此外，由于这种权利的性质也逐渐辐射至传统的自由权 [2]，因此国家保护公民权利的作用更是日益得到强调。正是在这一背景之下，公、私法之间的划分也不再是那么清晰和确定无疑的了。此时，再坚持民法与宪法毫无瓜葛的看法就显然已是不符合客观事实的了。由此，在对宪法与民法关系的认识上就由对抗走向了协作。

第二、虽然对宪法与民法的关系有不同的看法，但是基本上在“宪法是国家的基本法，民法是社会的基本法”这一点上达成了共识。在普遍承认“宪法是国家的基本法，民法是社会的基本法”的基础上产生的一个问题就是：如何正确认识这两个“基本法”之间的关系？如同上面所分析的，民法与宪法之间不是完全对立、毫无瓜葛的，它们有一个统一和协调的基础，那么

问题就在于，宪法与民法统一的基础究竟是什么？作为近现代法，无论是宪法还是民法都必须体现人权保障的原则，这一点是确定无疑的。问题在于，宪法与民法是不是统一于人权基础上的同格的存在？实际上，虽然承认了民法与宪法具有统一的基础，并立论仍将导致与异质论相似的结果。按照并立论者的观点，由于宪法与民法都以人权为价值基础，宪法保护的价值与民法保护的价值也就具有诸多相通之处，由此在规范层面上宪法与民法也就应该是互相协调的而不应该出现矛盾。但是，当民法和宪法是体现共同价值的同格的存在的时候，就很难证明二者之中何者在法律效力上应该具有上位法的地位。虽然在理论上二者在价值上是统一的，因此在规范上也应该是协调一致的，然而实践中总是难免会出现二者在规范上背离的情况。然而这种背离一旦出现，应以宪法为准还是以民法为准将很难得出答案。由此，笔者认为，在宪法与民法的关系问题上以融合论的认识较为适当。亦即，宪法与民法统一于体现了人权保障价值的宪法。值得注意的是，我们在认识宪法的这种基础性地位的时候，不能机械的从宪法的根本法性质去理解宪法与民法的关系，而应该承认民法作为一个历史悠久的部门法所具有的相对意义上的自足性和独自性，承认不仅仅宪法对民法的发展提供了空间，民法也对宪法具有基础作用和促进作用，二者是互相促进、互相协助的。通过上述分析，我们对宪法与民法的关系可以得出两点基础性认知：第一，在近现代法律体系之中宪法具有最高法律效力已经成为共识，不仅仅在理论上，在规范上和实际操作中宪法的这种最高法律效力地位也得到了承认和保障。一国法律体系围绕宪法来构建是客观事实。第二，

民法具有“自足性”和“独自性”，其对宪法的生成与发展具有一定的基础作用和促进作用。之所以如是说，其原因本章余下部分将做进一步阐述。

二、作为法规范的宪法与民法的关系

(一) 规范等级体系中的宪法众所周知，就法的位阶地位而言，在当代世界各国中，宪法一般被置于国家法律体系的顶点之上，成为各种实在法中最高的法律规范。对此，凯尔森在其法律位阶理论（Stufentheorie des Rechts）中已有经典的论述。[3]其要点至少包括如下三个方面：第一、一国的法律体系是按照以具有一般性的法律规范为上位法，以具有特殊性的法律规范为其下位法这样一种多层级的阶梯而建构起来的。其中，宪法为最高位的法律规范，此下依次有法律、行政法规以及个别的行政决定、判决等，整体上形成了一种严整有序的金字塔形态。第二、在这一体系中，由于下位法是依据其上位法而成立的，并由该上位法赋予法律效力，为此从下位法“回溯”（regressus）上去，最终便达到宪法这一层级的规范。也就是说，正是宪法支撑了整个法律规范的体系。第三、至于这个宪法的效力依据，可进一步回溯到历史上的第一部宪法，但此第一部宪法的效力本身则只是一种“最后的预定”或“最终的假设”[4]，其效力依据仍是一种超出实在的法领域的范畴，换言之，从纯粹法学的角度来说，它并非一种实在法或实在规范，只是一种意味着“仅仅因为是妥当的，所以就是妥当的”的假设规范、终极规范或“始原规范”（Ursprungsnorm），即一种“不能从一个更高规范中得来自己效力的规范”，凯尔森将这种规范确定地称之为“Grundnormen”或“Fundamentalnomen”（“根本规范”或“基础规范”）。[5]凯尔森的上述观点仍属于法律实证

主义的观点，从马克思主义的立场来看，自然多有应加以批判之处。但其对法律位阶结构的描述则有一定的合理性，为此，有关学说成为许多国家法学理论中的通说。近年来，该学说在我国法学界也有极大影响，我国制定的《立法法》中有关各种法律法规的效力等级规定，[6]即可视为是依据这种学说而确定的。该法第七十八条明确地确认了宪法所具有的最高法律效力，其他一切法律规范均不得同其相抵触。而根据其他的有关规定，民法则居于基本法律的地位，为宪法的下位法。[7]当然，宪法在法律体系中所具有最高法律规范的地位，原本并不是由《立法法》之类的一般法律可以确立的。不仅我国如是，世界各国亦然。从比较宪法学的角度来看，宪法的这一地位，主要是由以下四种方式确立起来的；第一、成文宪法的自我规定。如日本现行宪法、[8]前苏联一九七七年宪法[9]以及我国宪法[10]即然。第二、硬性宪法的技术，即特别严格的宪法制定和修改程序。世界上大多数拥有成文宪法的国家均对宪法的制定和修改采用了较之于其他普通立法更为严格的程序，由此产生出所谓的硬性宪法。第三、违宪审查机制的作用。这种方式主要见诸欧美许多重要的立宪国家，如德国、美国和法国。这些国家在其成文宪法中未必明确规定该宪法的最高法地位，[11]但却拥有卓有成效的违宪审查制度或类似的机制，由此确立了宪法在国家一切实在法中的最高地位。第四、宪政传统或宪法惯例。这种方式可见之于、而且也只能适合于那些不拥有成文宪法但却拥有良好的宪政传统的个别国家。[12]上述四种方式不是彼此排他的。如欧美大部分立宪国家就并用了其中的第二和第三两种方式，而日本则同时结合了第一、二、三这三种方式。

而在这四种方式中，第二和第三种方式又是最有效的方式，当代日本著名宪法学家芦部信喜教授甚至将此二者视为“确保宪法最高性”的“手段”。[13]显然，在实在法制度中，包括民法在内，任何法律规范均无法通过类似的方式确立自己的最高法地位，也无法通过同等强有力的手段来确保相应的法律位阶。对此，无论是“民法?宪法同位论”也好，还是“民法优位论”也罢，自然都不可能否定这种预设的规范秩序。然而，我们应该如何从宪法规范的特性中把握宪法的这种法律位阶呢？这就有必要深入理解和廓清我国法学界长期以来表述宪法最高法地位的两个概念装置：一个即为“根本法”，另一个则为“母法”。（二）作为“根本法”的宪法我国当今宪法学者对宪法的“根本法”之谓，可能直接语出毛泽东的“根本大法”之说，[14]当然，早在毛泽东之前，孙中山也将宪法断定为“立国的根本大法”或“治国的根本大法”。[15]然而，溯本追源，这一术语则可能肇源于前苏联早期的宪法观念。当时，不少前苏联宪法学者将宪法称之为“根本法”（*yH ameHTa bHbl ü 3 KOH*），并在“基本法”（*OCHOBO ü 3 KOH*）术语的同义语意上使用这一概念。[16]众所周知，斯大林也曾指出：宪法并不排除将来立法机关的日常立法工作，而要求有这种工作。宪法给这种机关将来的立法工作以法律基础。[17]其实，就前苏联当时所处的历史背景而言，“根本法”之谓，是一个比“宪法”的概念更具有技术性的术语。在西方近代市民革命以后，“宪法”（*constitution*）的概念是与人权保障以及权力制约等特定的价值或原则密不可分的，而“根本法”的术语，则肇源于欧洲中世纪的*Legesfundamentales*、*Grundgesetz*等用语

，泛指某种有关国家组织一般原则的总规范。前苏联将宪法谓之“根本法”或“根本大法”，具有强烈的意识形态上的动机，即为了批判或抹去西方传统宪法在内的特质，刻意在正面意义上回避采用“宪法”的概念，代之以“根本法”的用语，而后者正好是一个宽泛的术语，并没有特定的价值意味。[18]所以，孙中山把宪法理解为“立国的根本大法”或“治国的根本大法”，并进而推定中国的“封建专制时代……也有宪法”，[19]这也就非纯属偶然的了。另一方面，如前所述，凯尔森把宪法定位为法律体系中的最高法律规范，其逻辑上的依据是因为宪法在实在法体系中仍是一个最终的“授权规范”，并由“Grundnormen”或“Fundamentalnornen”（“基本规范”或“根本规范”）所支撑，但凯尔森显然并没有把宪法本身视之为“基本规范”或“根本规范”。凯尔森的这一学说在当代日本宪法学界影响极大，而日本宪法学者一般将其“Grundnormen”或“Fundamentalnornen”译为“根本规范”（konbonkihan）；而且，许多著名的宪法学家还发展了凯尔森的理论，认为，作为终极规范的“根本规范”并非像凯尔森所说的那样是一种完全超出了实在法秩序空间的假设规范，而是仍然存在于实在法领域中的实在规范，甚至就蕴含于实在的宪法规范之中；[20]同时，日本学者也经常将宪法称之为“基本法”或“根本法”。[21]日本宪法学中的这种概念构成，未必就是我国“根本法”术语的滥觞，但从日本宪法学与我国宪法学之间在历史上所存续的一定的亲和性来看，前者的该种学说状况，亦可能曾在概念装置的应用层面上，进一步加强了我国宪法学者将宪法称之为“根本法”的那种确信。然而，具

有悖论意味的是，当人们以“根本法”这一较具技术性的术语去标榜“宪法”的同时，恰恰有可能使之为此而失去了保障其规范性的一种最有效的法律技术手段，即违宪审查制度或宪法诉讼机制。推而广之，当斯大林把宪法断定为“仅仅是根本法”，而且它只为立法机关的其他立法提供“法律基础”时，宪法的这种命运就在隐隐约约之中被敲定了。不言而喻，我国的现行宪法迄今亦仍未摆脱这种命运。回头看宪法与民法的关系，我们自然必须承认，正是在这种意义上，宪法的确可为民法等私法提供了立法的“法律基础”。而如果只认为“私法对公法具有基础性”，则反而可能被视为一种有失偏颇的论断了。（三）作为“母法”的宪法 我国宪法学者又多将宪法认定为一切普通法律的“母法”。其中最具代表性的表述可见之于吴家麟教授如下的一段话：在宪法中通常都规定了一国的立法原则，使立法机关在日常立法活动时有所遵循；同时又只能规定立法原则，而不能代替普通立法。所以，许多宪法学家把宪法称为“母法”、“最高法”，把普通法律称为“子法”。[22]这一表述及其观点可能在当今我国的宪法理论以及宪法实践产生了极为深远的影响。[23]它实际上既肯定了宪法作为“母法”的地位，同时还暗含着对宪法作为“母法”的局限性的一种认识。如果误解了这种认识，便可能导致产生这样的观念：宪法中通常只规定了一国的立法原则，其功能只在于为立法机关的日常立法活动提供立法依据；并且因为宪法只能规定立法原则，所以不能代替普通立法，也不能像普通立法那样具有司法适用性。显然，我国迄今为止的宪法实践正是体现了这种观念。从上述的表述中还可以看出，“母法”与“根本法”这两个概

念，实有一定的渊源关系，即均着重表示其作为立法依据的那种功能。然而从逻辑上说，既然可以将作为立法依据的规范称之为“母法”，而将以此依据所订立的法律规范称之为“子法”，那么，“母法”的用语就不应成为宪法的特定称呼，相反，任何一般法或授权规范都可视之为“母法”。进言之，“母法”（Mother-law，Mutterrecht）这一用语其实本用于法律继受的情形。一国的立法采用或模仿他国的立法，则称后者为母法，前者为子法。然而将此用语沿用于称谓宪法，则未必完全确切。尤其从宪法与民法在规范意义上的关系来看，正是如此。按照“宪法即母法”的思路，宪法可认定为民法的母法，然而，民法主要调整的是私人主体之间的法律关系，宪法则主要是调整公民与国家之间的关系，民法中的大部分规范都很难在宪法上找到直接的规范依据。而“母法”的概念，又恰恰模糊了公民对国家的宪法秩序结构。当然，我们不否认宪法在终极意义上可以为包括民法在内的其它法律规范提供了法律基础，但作为一种终极的“授权规范”，宪法的这种功能是有具体而限定的内涵的。根据凯尔森的论述，宪法的这种功能主要体现在两个方面：其一，“宪法可以消极地决定法律必须不要某种内容，如议会不能通过任何限制宗教自由地法律”；其二，“宪法也可以积极地规定未来法律的一定内容”，“如像美国的宪法那样，规定：‘在一切刑事诉讼中，被告有权享有’”何种权利。在此，值得注意的是，现代外国的违宪审查制度，主要就是根据上述凯尔森所言的第一个功能而建立的，即与其说宪法的存在是为了给各种立法提供规范依据，倒不如说是为审查各种立法提供规范依据。这也说明了，宪法作为最高法律规范的

意义，并不体现在它是一个“授权规范”，具有“母法”的概念所隐喻的那种产生出其它各种下位法的“繁殖功能”。但我国的宪法学者恰恰重视了这一点，即只重视了凯尔森所言的第二个功能。将宪法誉为“母法”即表明了这种倾向。而且，这种倾向在实践中发展到极致，以致对建立违宪审查制度持持久地踌躇的态度。其结果是，在当今中国，宪法本身只能消极地等待将其规定或精神加以具体化的其它立法去付诸实施。

三、作为法现象的宪法与民法在发生史意义上的关系

（一）民法为近代宪法的生成提供了不可或缺的前提条件

以上我们通过讨论宪法与民法在规范意义上的关系，透析了宪法作为最高法律规范的地位。其实，作为法现象的宪法与民法的关系，也可以回溯到宪法与民法之间原本所具有的血脉关系之中加以理解。在人类历史上，“市民社会??民法”曾为近代宪法的生成提供了不可或缺的前提条件。从实证的意义而言，这至少体现在以下三个方面。

1、民法曾为近代宪法提供了许多规范价值的源泉。这又具体体现为两个方面：其一，民法的“权利本位”主义为近代宪法的规范体系提供了总的价值取向模式，使后者同样成为一种“权利的保障书”。近代最早的宪法文本多以权利宣言的形式出现正可说明这一点。其二，在权利本位主义的取向中，传统民法早已形成了一系列的权利类型，其中的人格尊严和平等、私权神圣、经济自由以及人身自由，为近代宪法确立自己的规范价值和权利类型提供了具体的蓝本。后者正是在参照了前者的基础上，才建构起自己的权利规范体系的。只不过民法的权利乃是市民社会中私人之间彼此所拥有的权利，而宪法权利则主要是个人相对于政治国家所享有的权利而已。

2、

民法曾为近代宪法提供了一些重要的制度模型的雏形。近代自然法学派的社会契约论显然是从民法中的契约原理得到了启迪，从而认为国家权利应根据自由的人民的社会契约而成立，在其看来，这种“社会契约”的具体形式即是宪法，或曰宪法就是一种“根本契约”。而社会契约论的思想曾对美国宪法（1787年）产生了重大的影响，并最早为各国宪政体制中的民主制度以及宪法本身的成立形式（如全民公决）提供了朴实的理论依据等等，则是众所周知的常识。3、“市民社会??民法”曾为近代宪法造就了立宪主义的缔造者和承担者??近代市民阶级[24] 近代宪法曾被称为“市民宪法”，同样重要的是，“市民社会??民法”还最早预定乃至初步造就了广大的“个人”，即民法本身所期待的那种具有独立的人格、独立的意思能力、自律的或自我承担责任的精神和能力的“可辨识的个体”。在这生机勃勃的个体群像中，近代宪法所要求的“人和公民的权利”的享有主体，实际上已经呼之欲出了。（二）现代宪法与民法在发展过程中的互动图景如前所述，“市民社会??民法”对近代宪法具有基础性，但宪法实际上也富有一种“反哺”的精神，其本身就是以针对公共权力而保障“市民性的权利”（civil rights）为主旨的。[25]而在西方的立宪主义发展初期，市民革命曾极力捍卫的市民社会（一种概括意义的私领域）与政治国家之间所形成的对峙结构，也正是宪法所极力维护的立宪主义国家的基本秩序。质言之，立宪主义意义上的宪法一开始就以一种屏障的雄姿，屹立于政治国家与市民社会之间，防御着公权力对私领域的可能入侵，为此也维护着公私法二元世界的平衡结构，只是到了高度复杂化了的现代社会，随着传统市民社

会内部力量的分化，乃至打破了私领域之中平等主体之间的现实关系，导致其本身自律功能出现局部的障碍以及私法自治能力的下降，才使得宪法不得不在维持法治秩序基本框架的前提下，容许国家权力适度地介入市民社会，并为此容忍包括宪法自身在内的公法有限度地渗透进私法领域，从而使传统严格意义上的公私法二元结构产生了微妙的嬗变。然而，在此方面，以下两点尤其值得注意。第一，上述所言的变化，仍然没有超出立宪主义一以贯之的内在精神。关于这一点，即使当代美国著名的政治学家、比较宪法学家K·罗文斯坦也倾向于认为，在现代法治秩序中仍然存在一种“一般政治权力不能侵入的”的“领域”[26]，其中，个人基于人格尊严和人身自由所展开的全部生活，政治国家非但不得干涉，而且还必须给予充分的尊重和保护，这既是传统宪法的一个基本原理，也是现代宪法所要维护的一条不变的底线。[27]对此，日本当代宪法学权威学者芦部信喜也持赞同意见。在“社会国家”的鼎盛时期，他仍坚持认为：“立宪主义本来的目的，就在于保障个人的自由和权利，而社会国家思想的目的亦在于使立宪主义的这种目的在现实生活中得到实现，为此可认为两者之间基本上是一致的。”[28]由此吾人可以看到：无论在自由国家时代，抑或在社会国家时代，针对国家权力而保障公民的基本权利和自由，防卫个人展开全部自由生活的自治领域和空间，始终乃是立宪主义精神的核心。也正是基于这种精神，宪法与民法在规范的层面上所应当呈现的样态才是一种相互倚赖、彼此配合的关系，并在有限度的范围之内，容认公私法之间局部的渗透或交融。第二，现代公私法之间的这种局部的渗透或交融现象，在结构

上又具体表现为两种取向相反的动向：一种是公法向私法的渗透。这是在现代的“社会国家”或“福利国家”以及由于社会的高度复杂化所形成的“风险社会”的时代背景下，随着国家权力介入市民社会自治领域，以及基于“给付行政”以及“公权规制”等客观需要所产生的，但其主要目的仍然是要恢复传统私法领域中意思自治主体之间的那种平等关系，维护私法自治的安定秩序；另一种则是私法向公法领域的渗透。这则是为了克服或矫正国家权力向私法自治领域之介入的过大化，以及与此相伴随的公共权力的结构分化所推动的，其目的同样也是为了恢复传统自由社会时代的秩序，为此更为明显地表现为一种向传统自由主义时代的回归。[29]这就是苏永钦教授所指出的公领域和私领域彼此“扩张”以及公法和私法之间相互“交错”的具体图景。（三）小结在此必须提起注意的是：上述宪法与民法互动的图景主要只是“西洋镜”中的一种景象，而且也并非突如其来的景象，相反，这种景象的出现与变幻本有着明晰的历史性结构，并有着各自不同的时代背景。返观我国的情形，这一点的启示意义殊为重要。一方面，时至今日我国基本上仍未完成近代立宪主义的课题，另一方面则又不得不在日趋“国际化”的大背景下遽然面临着许多现代课题，为此，价值取向的抉择便不可避免地带有巨大的复杂性与困难性。然而，笔者仍然认为，在当下的我国，秉持传统立宪主义的理念，坚持公法私法二元学说，较之于急切地突破二元对峙的思维框架，大规模且无条件地建构公私法互相交融的法秩序结构，乃具有更为合理的时代意义。之所以如是说，这同时也是因为在传统社会主义国家中，公私概念的界限向来就并不清晰，甚至受

到了根本否定，[30]我国正是从这样的时代发展过来的，并依然承载着私权被极力压制的历史传统包袱，市民社会的成长之路与西方法治国家相比恰好在一定进程之内形成了“逆行”之势；而另一方面，自实行改革开放和市场经济体制以来，行政管制固然逐步放松乃至有所淡出，而在其次第“让渡”的空间里“市民社会”的各种要素也开始萌芽，就目前的情形而言，还远未成熟到足以确立与政治国家形成二元结构的程度，甚至无法支撑更为完善的立宪主义秩序。有鉴于此，我们固然可以借鉴西方成熟法治国家为了克服或矫正国家权力向私法自治领域介入过大化的经验，推动私法向公法领域的局部渗透或交融，但是，这一点却又因为市民社会的极度孱弱及其向公共领域扩张能力的内在局限等潜在的因素所抵消，为此在目前的情境下，坚持公法与私法的二元论，籍以维护私法自治，培育市民社会，便具有尤为重要的现实意义了。[31]

【注释】 [1] 秦前红：武汉大学法学院教授，法学博士；吴晋，武汉大学2005级宪法行政法硕士研究生。

[2] [日] 芦部信喜着，高桥和之补订：《宪法》，岩波书店2002年版，第110页。 [3] 有关这一理论，可参见凯尔森：《法与国家的一般理论》，中译本，中国大百科全书出版社，1996年版，第130-132，141，151等页 [4] 凯尔森，前引书，第130-131页 [5] 同上，第126页 [6] 《中华人民共和国立法法》第78-80条 [7] 《中华人民共和国立法法》第79条 [8] 其第98条第1款明确规定：“本宪法为国家最高法规，凡违反其条款的国会立法、行政立法、天皇诏敕以及有关国务的其他行为的全部或部分，均无效力。 [9] 其第173条规定：“苏联宪法具有最高法律效力。一切法律以及其他国家机关的法令的制

定，均以苏联宪法为根据，并与其符合”。[10]如我国现行宪法在其序言第13段中宣明：“本宪法……规定了国家的根本制度和根本任务，是国家的根本法，具有最高的法律效力”；又在第5条第3款中规定：“一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触”。[11]如美国宪法至多也只是在其第6条第2款中规定：“本宪法与依照本宪法所订立的合众国法律，即以合众国的权力所缔结的或将要缔结的条约，均为全国最高法律。即使与任何州的宪法或法律有抵触，各州法官仍应遵守”。从文意解释的层面上来看，这其实可理解为只是笼统地宣明包括联邦宪法在内地联邦法律高于州法律的规定。[12]目前世界上主要有三个国家被认定为拥有不成文宪法的国家，即：英国、新西兰和以色列。See O.Hood Phillips Maxwell, 1987, p.5. [13] [日]芦部信喜：《宪法学》（1），有斐阁，1992年，第60页以下，在此有必要说明的是，芦部教授在论及“确保最高性的手段”时，本来仅举宪法保障制度这一种。然在日本宪法学理论中，宪法保障制度是一个外延较大的概念，如据芦部教授的说法，其中主要包括两个方面：（1）宪法自身所确立的制度（组织化的制度）；（2）宪法本身没有规定，但可视为依照超宪法性的依据而被认可的某种制度（非组织化或无法组织化的制度）。而前者中除了包括国民主权和人权（尤其是表现自由）的保障制度、公务员对宪法的尊重拥护义务的设置、权力的分立制度以及“硬性宪法的技术”之外，还包括违宪审查制度这种尤为重要手段；而后者则以抵抗权为典型。[14]众所周知，毛泽东在《关于中华人民共和国宪法草案》一文中指出：“一个团体要有一个章程，一个国家也要一个章程，宪法是一个

总章程，是根本大法”。见《毛泽东著作选读》（下册），第710页 [15] 此处引自蒋碧昆主编：《宪法学》，中国政法大学出版社，1994年版，第10页。 [16] 这至少可见之于前苏联的部分学者。有关于此，也许笔者孤陋寡闻，迄今未见我国学者考究的著述，在此姑可参见（日）森下敏男：《苏联宪法理论的研究》，创文社，1984年版，第88页。 [17] 《斯大林文选》，人民出版社，1962年版，第101页。 [18] 依笔者所涉猎的文献来看，有关这一方面的实证研究，较为公允的成就可见诸日本的宪法学界。如，森下敏男，前引书，第103页以下。 [19] 孙中山的这一观点在今日我国的宪法学理论中已受到否定，但亦有论者只是认为其乃“混淆了根本法与普通法的界限”。蒋碧昆，前引书，第10页。 [20] 如，清宫四郎认为：根本规范是一种“宪法的宪法”，就日本宪法而言，其中的国民主权主义、基本人权尊重主义以及永久和平这三大原理，尤其是存在于该三大原理之根底中的“个人的尊严”原理，即可视为“根本规范”的内容。见清宫四郎：《宪法》（1）（第三版），有斐阁，1979年版，第32 - 33页。而芦部信喜则认为：那种将“自由的价值”加以实在法化的“自由的宪法规范”，乃是作为一种“实在化了的超实在的法”，即可理解为“构成宪法内核的根本规范”，而支撑这一根本规范的核心价值就是“人的人格不可侵犯的原则”（或“个人尊严的原理”）。见芦部信喜，前引书（1），第45-46页以及第49页；此外，小林直树亦倾向于认同清宫四郎的观点。参见小林直树：（新版）《宪法讲座》（上），东京大学出版会，1980年版，第8页。 [21] 如小林直树，前引书，第8页；芦部信喜，前引书，第37，38页；山下健次：《

概说宪法》,有斐阁,1984年版,第7页。[22]吴家麟主编:《宪法学》,群众出版社,1983年版,第22页。[23]如蒋碧昆教授亦认为:“.....在世界各国的法律体系中,都确立了以宪法为普通法依据的宪制,它们两者之间的关系是一种‘母法’‘子法’的从属关系”。蒋碧昆主编,前引书,第13页。[25]林来梵著:《规范宪法学的一种前言??从宪法规范到规范宪法》,法律出版社2001年第1版,第308 - 317页 [26]转译自【美】K?罗文斯坦:(新订)《现代宪法论》(日文版),阿部照哉、山川雄译,(日)有信堂1986年版,第164页。[27]同上注,第501 - 502页。[28][日]芦部信喜著、林来梵等译:《宪法》(第三版),北京大学出版社2006年版,第14页。[29]可以说,自上世纪中叶即开始,社会国家、福利国家理念在西方部分国家所出现的现代危机,即催发了现代新自由主义的复兴,由此所出现的公共事业的民营化、国家权力的局部退出、“第三部门”的沛然兴起,乃至当今世界上大部分国家均被纳入西方自由主义经济秩序的所谓“国际化”潮流,均可视为这种私法向公法渗透动向的远景。[30]列宁就曾在1922年2月20日给德?伊?库尔斯基的信中指出:“制定新的民法,确定对‘私人’契约的性质的态度.....我们不承认任何‘私人’性质的东西。在我们看来,经济领域中的一切都属于公法范围,而不是什么‘私人’的东西。”这不得不说对当下的我国乃具有一种特别的警醒意味。引自[前苏联]列宁:《列宁全集》(第42卷),人民出版社1987年第2版,第424页。[31]也正是基于同样的问题意识,我国民法学家王利明教授也明确坚持公私法区分的观点。具体论述可参见王利明:“我国民法的基本性质探讨”,载《浙江社

会科学》, 2004年第1期。 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