

# “策略之争”抑或“理论之辩”？

## 关于两次“民宪关系”之争的检讨

韩秀义\*

**摘要** 21世纪初所发生的两次“民宪关系”之争是法学界颇为重要的学术景观。就第一次论争而言,由于民法学者和宪法学者各有相应的学术怀抱,致使其成为一场没有真正交锋的学术争鸣,所以,核心问题并没有得到解决。由于第二次论争只是第一次论争的延续,因而迄今为止,在学术观点上并无提升和突破。为了使学术讨论富有针对性,也为了解决笼罩在民法典编纂中所面临的“宪法学难题”,迫切需要将宪法解释置于核心位置。只有这样,才能“平息”关于民法与宪法关系的诸多无谓争论,进而形成学术合力以保证民法典编纂成果的合宪性及与中国社会的契合性。

**关键词** “民宪关系”之争 策略之争 理论之辩 学术品质 宪法解释

时隔近十年,民法与宪法学者因民法典编纂再起“纷争”。面对这一法学界极为重要的学术争鸣,至少可以先行提出如下问题:其一,两次“民宪关系”之争是一种怎样的学术与现实联系?其二,就学术讨论而言,关于“民宪关系”,民法与宪法学者的学术观点有无“创新”?或者说,关于“民宪关系”的学术研究有无理论突破?其三,就学术情怀而言,历时近十年的孕育,民法与宪法学者是否不改初衷?其四,是什么原因导致了民法与宪法学者争鸣不止?

由于民法和宪法在中国法治与宪治建设进程中具有基础性地位,所以,客观理性地检讨两次“民宪关系”之争,既可明了法治与宪治实际展开的理论羁绊,又可发现阻碍法治与宪治实质性推进的现实因素。这正是笔者撰写本文的核心理由。

\* 辽宁师范大学法学院教授。

对两次“民宪关系”之争的检讨,笔者拟做如下安排:首先,将从三个方面对第一次“民宪关系”之争展开讨论,即本文的第一、第二、第三部分,<sup>〔1〕</sup>其中,第一部分将对民法学者提出“民法至上论”和“民法宪法平行论”观点的动因做出解释,第二部分将对宪法学者的反驳逻辑做出分析,第三部分提出笔者的评价。其次,以第一次“民宪关系”之争为参照系,检讨第二次“民宪关系”之争的特点,即本文的第四部分。最后,在结语中,讨论“平息”“民宪关系”之争的学术与实践对策。在检讨过程中,有三点需要特别说明:一是对第一次“民宪关系”之争的检讨占据了较大篇幅,主要目的是想通过相对详尽的讨论,明晰此次纷争的性质及学者的各自论证逻辑和学术情怀,也为评价第二次纷争提供较为充分的学术参照;二是在检讨中主要以相关代表性学者的观点为素材;三是期望通过检讨能够对前述问题做出直接或间接的回应与解释。

## 一、对权力的忌惮:提出“民法至上论”或“民法宪法平行论”之因

毫无疑问,为宪法学者所反驳的民法至上论或民法宪法平行论是由或主要是由民法学者率先提出来的。因此,如果要探究民法与宪法关系争论的症结,那么分析民法学者法里法外之意就显得极为必要,否则便不会明了这些学者提出此类观点的基本动因。在笔者阅读范围内,孙宪忠教授与易继明博士的观点具有典型性与代表性。

孙宪忠教授在谈及“制定民法典的意识形态和法律政策的难题”时指出:

前苏联不承认公法和私法的区分,把一切法律均当作公法,这一点不但妨害了民法在整个法律体系中的作为基本法的地位,而且还妨害了我国法律体系的科学化,如果一切法律都是公法,那么最重要的公法当然是宪法,民法就只能是宪法下面一个可怜的部位法。但是如果承认公法和私法的区分,并以此为根据建立法律体系,就可以得出公法的基本法是宪法、而私法的基本法是民法的结论。所以在市场经济国家的法律体系中,由于承认公法与私法的划分,民法和宪法一样都是国家的基本法,民法绝不是部门法。另外,如果把民法也当作公法,那么民法当然应该像公法那样以命令服从关系作为基本规则依据,这样民法应该以强制性规范为基础。但是这样做完全违背了民法的本质。其实前苏联法就是这样歪曲民法的,我们过去几十年的做法也是这样。对于这样一个近乎常识的概念,目前我国法学界几乎尚无人承认,主导的观点还是把民法当作一个部门法。<sup>〔2〕</sup>

从这段文字中表述,或可认为孙宪忠教授持民法宪法平行论的观点,支持这种观点的理由从法学层面来看是公法与私法的划分,而在实质根据上则是对前苏联歪曲民法的做法(即将民法视为公法)与中国过去“一大二公”式的“去私法化”之深刻记忆。在这样的认识与感受中间,对权力的忌惮已经初步显露出来,而孙宪忠教授在其《论物权法》的后记中所描述的“故事”则将对权力的忌惮以更加明确的方式表达了出来:

2000年中,偶尔看到一个反映前苏联合作化的电视节目,内容大体是:一个红军战士

〔1〕 在本文第一、第二、第三部分中,如无特别说明,所讨论的对象都是第一次民宪关系之争。特此说明。

〔2〕 孙宪忠:“制定民法典的主要难题”,《法学》2003年第5期,第44页。

在前线负伤回到了家乡,由于比较会持家,后来养了三头牛两匹马,并有了一辆马车。这样在合作化到来的时候,他已经成了一个富农。因为自己比较富有,所以这个前红军战士不愿意加入合作社。但是在那种形势下他不入社就得被惩罚,为了避免这一结果,他连夜赶着马车,牵着牛,逃离了村庄。但是他的举动早被人发现,于是在被抓回来之后,不但财产被全部没收,而且人也被当作富农给枪毙了。〔3〕

这一域外“故事”从反向支持了《民法典》重要内容之一——物权法的重要地位与作用,即物权立法的基本出发点就是鼓励和保护每一个人对财富的进取心,其中,这个“故事”亦深深地流露出作者对权力剥夺财富的忧虑:在我们今天已经不那么贫穷的时候,在我们正在制定物权法来为人们指明合法的取得财富的方式、并且建立保护人们的合法财产的根本大法的时候,这个电视节目却怡然自得地宣传着对个人财产的革命。〔4〕

既然对权力具有如此之深的警惕,那么在如何推进中国法治与宪治伟业的手段或路径方面,就必然要选择权利以及权利本位或私法自治,而这种选择在法学上的表达即是民法至上论或民法宪法平行论。如果这种分析符合民法学者的本意,那么我们认为某些民法学者提出民法至上论或民法宪法平行论的根本动因并不在于就法律体系之中的法律位阶问题提出新颖的创见,而在于提供一种行动策略。对于这种策略的更为细致的考察体现在易继明博士的《私法精神与制度选择:大陆法私法古典模式的历史含义》一书中。

易继明博士在对大陆法私法发展的历史探寻中发现,大陆法古典时期的法学成就主要在私法领域。导致大陆法私法繁荣的原因有很多,但其中重要的莫过于追求人性张扬的私法精神一直贯穿于整个社会之中。从某种角度说,就是指大陆国家一直生活在民法理念(即“私的

〔3〕 孙宪忠:《论物权法》,法律出版社2001年版,第716页。从时间来看,这个故事是在孙宪忠教授前述理论说明之前,但笔者这里只是从一种逻辑的立场来安排相应的材料,认为不会误读孙宪忠教授对权力的深刻警惕。

〔4〕 同上注,第716页。民法学者还通过对日常法律生活的体验来强调民法的基础性地位与保护权利的根本性作用。比如龙卫球教授在参加一个叫做“北京市首届业主委员会年会”的经验交流会时,针对“有产者”的困惑,发出了法律人(更准确地说是“民法人”)的如下感想:商品房市场已经搞了二十年了,居住小区何其之多,公寓建筑物是何其之普遍,然而值得玩味的是,我们的专门立法机构立了那么多的这种法、那种法,可是至今就是没有制定出专门规范公寓建筑、居住小区物权的民事法,这种与常态民事生活息息相关的法,竟然阙如至此!目前只有一部国务院制订的行政法规,《物业管理条例》(2003年5月28日国务院第9次常务会议通过并公布,2003年9月1日起施行)充任这个方面的主要规范。行政法规充任民事基本规范,这本来就是一件怎么说都是十分荒谬的事情。凡是懂点立法学或者宪法学的人都知道,当然懂点民法学的人也会多少知道一点,民法这个东西虽然在康德看来是“不需要向外公布的法律体系”,但是他老人家说的是在一种理想状态,人人都“性善”的状态,事实上人“性善”是靠不住的,尤其是掌握了行政权力的人更是靠不住(据说权力就像水银,对于财产有一种无孔不入的属性),所以还是由与行政严格区分的掌握立法权力的专门机关公布出来的好,这便是1804年《法国民法典》以成文法典面世的意义,它是议会制定出来的,并且还勿需加上“依据宪法”的字样。到这里,我们就不难明白,为什么中国现今的有产者也纷纷要变成“维权阶层”了,因为他们没有法律确认他们的财产。参见龙卫球:“倾听有产者的‘财产权困惑’”,资料来源:<http://law-thinker.com/show.asp?id=3534>,最后访问日期:2007年1月24日。事实上,龙卫球教授的感慨与孙宪忠教授的忧虑就是民法学者坚持“民法具有基础地位与发挥根本作用”之学术观点的现实理由。

本位”或“私的精神”)之下。<sup>〔5〕</sup> 在做出这种判断之后,易继明博士指出:不幸的是,我们似乎很难在中国的历史文化中发掘出大陆法的民法理念,因为中国历史上的皇权对老百姓的生活干预得如此“彻头彻尾”,使得人们在社会生活中很难或者说“不敢”形成一个“私”的观念和空间。<sup>〔6〕</sup> 由此,通过民法进行社会控制,以便形成中国社会的“私”的观念与空间就成为了一种当然之举。既然民法(私法)在人们的社会生活中占有如此重要的地位,那么更进一步地强调民法(私法)在法律体系中具有优越地位则具有了相应的生活基础。正是基于这样的判断,易继明博士呼吁:确立私法在法律体系中的优越地位。<sup>〔7〕</sup> 其理由依次为私法的境界乃为个性张扬与效益增长之间的协调发展、学术与生活中支持形成私法基础地位的两点理由、私法优越地位的实质乃为私的理性与自然理性的一致性、私法优越论与法律社会化的非理性。<sup>〔8〕</sup> 从历史、理论与现实生活三个维度来审视民法(私法),可以发现通过民法来组织社会生活,能有效地将国家权力排斥在私人生活之外,从而达到“无为而治”(即自治)的境界。在这个境界中,关注私的个体及其真实意思表示,成为法律的首要目标,而且以此为基础切入社会生活,既符合人性,实现了人的权利和自由(“个人自由”),又带来了社会竞争和社会正义(“公平”),也达到了“各归其所”的秩序状态(“秩序”)。<sup>〔9〕</sup> 由是,易继明博士给中国法治与宪治开出的药方就是“我们一定要制定一部进步的、科学的、完善的民法典。这样的民法典将成为整个社会的‘教科书’,在整个社会树立起私法观念和权利观念。有了这样一部民法典,我们就一切都按照民法典办,就能保障人民的权利和财产,就会促使我们的国家机关、政府公务员真正依法行政”。<sup>〔10〕</sup> 很显然,易继明博士的观点是民法至上论。

在解读民法学者提出民法至上论或民法宪法平行论观点的真正动因后,可以非常明确的断言,民法至上论或民法宪法平行论本身不是或主要不是一个纯粹的理论问题,而是一个实践问题、行动策略问题,即期望以权利为凭借、以权利本位或私法自治为手段将中国带入限制公权、保护私权这样的社会秩序状态,而这种选择的背后则是对权力的深深忌惮。

## 二、对实在法体系的坚守:卫护“宪法至上论”之盾

针对民法至上论或民法宪法平行论,法学学者尤其是宪法学者进行了反驳,其中童之伟教授在其《宪法民法关系之实像与幻影》<sup>〔11〕</sup>一文中对民法至上论、民法宪法平行论以及公私法

〔5〕 参见易继明:《私法精神与制度选择:大陆法私法古典模式的历史含义》,中国政法大学出版社2003年版,第178—179页。

〔6〕 同上注,第179页。

〔7〕 易继明,见前注〔5〕,第200页。

〔8〕 易继明,见前注〔5〕,第200—220页。

〔9〕 易继明,见前注〔5〕,第200页。

〔10〕 易继明:“学问人生与人生的学问”,《私法》总第6卷,北京大学出版社2004年版,第43页。

〔11〕 参见童之伟:“宪法民法关系之实像与幻影:民法根本说的法理分析”,《中国法学》2006年第6期,第160—180页。

异质论进行了缜密的分析与反驳,林来梵教授虽然声明其兴趣不在于直接加入有关民法宪法关系的争鸣,但也基于宪法学内部的视角,揭示了围绕《物权法草案》有关争议所显露的一种“泛民法思维”的倾向。<sup>〔12〕</sup>

通过对童之伟教授文章论证逻辑的梳理与主要观点、证明依据的罗列,我们可以发现:相关宪法学者“抵抗”民法至上论或民法宪法平行论进而护卫宪法至上论的主要武器即是对实在法体系的坚守,而其所持的观点、所使用的证明依据也主要是现代国家实定法律体系中所蕴涵的基本效力位阶原理与结构。

童之伟教授在其文章第一部分直截了当地说明了宪法民法关系之实像与幻象指的是,在中国,关于宪法与民法和其他部门法的关系,现行宪法的序言和第5条规定的很清楚:宪法“是国家的根本法,具有最高的法律效力”,“一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触”。对于宪法与民法关系的学理论述,童之伟教授认为张友渔先生的提法在中国法学界很具有代表性:“宪法是国家的根本法,是法制建设的基础”;“宪法与其他部门法不同。它调整国家生活中的基本问题,而其他法只分别调整国家生活中某一方面的问题”;“宪法是国家的根本大法,如果失去权威,立法活动就很难进行,法制建设就很难展开,法制就无从统一。法制统一要以宪法为基础,为核心,就是一切统一于宪法”。宪法的规定以及代表性学说中关于宪法与民法关系的论述,既反映了包括中国在内的所有实行成文宪法制度的法治国家的真实情况,也符合法治国家应然法律秩序的要求。<sup>〔13〕</sup>与宪法民法关系之实像相对立的幻象自然就是民法根本说,包括民法至上说、民法宪法平行说以至公私法异质论。

分析或反驳视角确立之后,童之伟教授预设了三点讨论的基础,一点是互信方面的,另外两点是方法方面的。在方法方面,童之伟教授首先强调要注重事实、尊重事实,凡涉及事实问题的争论,应以事实做依据论证自己的观点;其次强调确保自己所持的理论观点足以合乎逻辑地解释我们面对的现象,要有勇气放弃不能解释现象的学说、观点。<sup>〔14〕</sup>

在立论的角度与争论的方法确立之后,童之伟教授展开了“实体性”论证与辩驳。在“民法宪法真实的相对地位”部分中,童之伟教授首先承认在一国的法律体系中,民法确有其特殊的重要性。这种重要性在于,不仅因为民法所保护的人身权和财产权是人的最基本的权利,还因为民事权利是人们须臾不能离开的、每日每时都需要享有和运用的权利。<sup>〔15〕</sup>其也承认了民法在事实上已经成为调整中国社会经济关系的基本法,承认了民法的确不该被理解为宪法的实施细则。针对于后一个“承认”,童之伟教授进一步解释道,民法要依据或根据宪法来制定,但“依据”也好、“根据”也好,按民主和法治的精神,其含义是非常清楚的,那就是:同一方面的内容,宪法有规定的,如果民法要做进一步的规定,应该贯彻宪法相关条款的本意和精神;民法

〔12〕 参见林来梵、朱玉霞:“错位与暗合:试论我国当下有关宪法与民法关系的四种思维倾向”,《浙江社会科学》2007年第1期,第86—89页。

〔13〕 童之伟,见前注〔11〕,第160—161页。

〔14〕 童之伟,见前注〔11〕,第162页。

〔15〕 童之伟,见前注〔11〕,第162页。

应该遵守宪法的禁止性规范。<sup>〔16〕</sup> 在童之伟教授看来,尽管前述内容是很清楚的,但是在现实层面,宪法与民法关系呈现出复杂性的面相,这种复杂性体现在两个具体的历史时段。在宪法形成史意义上,可以这样概括民事权利与宪法的关系:民事权利的形成早于宪法,宪法在不小程度上是适应有效保护民事权利的需要产生的;<sup>〔17〕</sup>在进入立宪社会之后,民法与宪法关系的复杂性在于:从法律观点来看,宪法保障的公民人身权和财产权是民事权利的来源和基础;从日常生活的角度看,民事权利比相应的宪法权利更贴近人们的生活;在尚未建立起违宪审查制且缺少专门机构进行有效操作的国家,公民也不可能从经验的生活体验到人身权和财产权的宪法属性。<sup>〔18〕</sup> 既然宪法与民法在立宪社会具有如此清楚的关系,即民法应该以宪法为基础,宪法具有统摄民法的法律效力,那么相关的民法学者以及其他法学学者为什么会坚持相反的学术主张呢?

在“民法宪法关系幻影形成之认识根源”这一部分中,童之伟教授分析了“一些学者头脑中之所以会形成民法根本说这样的幻影,甚至出现了法治国家和民主政治的法律基础是民法而不是宪法的幻像”的认识论根源。在童之伟教授的视野中,根源有二:其一,本来,宪法确认的平等和自由原则直接反映的是市民社会商品货币关系的内容和原则,但一些学者被表面现象迷惑,误以为宪法所反映的是民法的内容和原则;其二,以为宪法中包含的包括自由、人权在内的民主内容和现实的政治民主的基础不是市场经济的发展壮大本身,而是民法中与市场经济和商品货币关系相适应的条款。<sup>〔19〕</sup> 既然民法至上论、民法宪法平行论是一种基于误解而形成的幻像,那么就应该通过消除误解从而还民法宪法关系以真实关系景象,所以,童之伟教授在“消除民法宪法关系幻影须澄清的观念”部分,针对消除民法至上论、民法宪法平行论与公私法异质论的观念提出了相应的论证。

从《宪法民法关系之实像与幻影:民法根本说的法理分析》的逻辑结构来看,童之伟教授的“反驳”毫无疑问是严密而有力的,但其论证的视角也毫无疑问是实在法与应然的视角。从童之伟教授针对于民法至上论或民法宪法平行论而进行的反驳立论来看,主要立足于两个角度:一个是实在法的角度,一个法治的应然角度,这两个视角决定了其后的学术辨析之展开与依据材料的使用。在“民法宪法真实的相对地位”论述中,尽管他也在宪法形成史的角度说明了“民事权利在先、宪法在相当程度上是因应民事权利的需要而生”这样的历史联系,但却认为历史联系是历史联系、现实关系是现实关系,不可以将宪法与民法、民事权利的历史联系混同于宪法与民法的现实关系。<sup>〔20〕</sup> 但宪法与民法的现实关系状态如何?童之伟教授以立宪社会或立宪国家中“宪法在先、民法居后”这样的事实来加以说明,从这种说明中,我们依然可见以实在法为据的论述风格。在分析“民法宪法关系幻影形成的认识根源”时,童之伟教授尽管在社会

〔16〕 童之伟,见前注〔11〕,第163页。

〔17〕 童之伟,见前注〔11〕,第164页。

〔18〕 童之伟,见前注〔11〕,第165页。

〔19〕 童之伟,见前注〔11〕,第165—168页。

〔20〕 童之伟,见前注〔11〕,第164页。

生活层面简单地讨论了诸如宪法与市民社会的关系、民法与市民社会的关系、民主政治与市民社会的关系、民主政治与民法的关系,但是其还主要是以“法国的《人权宣言》在先、《法国民法典》居后”这样的事例<sup>〔21〕</sup>来作为重要论据的,由此,童之伟教授得出了一个基本结论:一个法律部门,其地位的高低是由社会生活的实际需要和它在一国法律体系中的相对位置等复杂因素本身决定的,民法当然如此。民法是很重要的法律部门,其重要性完全用不着人为向上拉抬。过度地人为拉抬民法在法律体系中的地位,让其凌驾于宪法之上或让其与宪法平起平坐,实际上是陷民法于“不义”。<sup>〔22〕</sup>在“消除民法宪法关系幻影须澄清的观念”中,童之伟教授在既定法律体系中列举了“二十国”宪法至上的制度情形来破解民法至上论与民法宪法平行论。<sup>〔23〕</sup>

在以实在法体系的法律效力位阶作为依据的论证过程中,我们也看到童之伟教授实际上还以法治或民主的应然标准作为支持宪法至上论的理论依据,比如他在立论中,强调了宪法民法关系之样态也要符合法治国家应然法律秩序之要求。法治国家应然法律秩序是一种怎样的情况呢?从童之伟教授的论述理路来看,或许就是当代欧美法治国家的宪法与民法关系状况,所以,童之伟教授在批驳“民法宪法平行论”时指出该种观点违背了文艺复兴以来社会发展的基本的方向和法治精神。文艺复兴、启蒙运动,18、19世纪的政治革命,在政治和法律上的使命之一就是适应形成统一国内市场的需要,建立统一的民族民主国家和统一于宪法的法律体系。<sup>〔24〕</sup>因此,在论述中国如何处理宪法民法关系效力等级与法律位置问题时,童之伟教授选择了法治发达或较发达国家的“先例”。无独有偶,林来梵教授也是在宪法与民法的应然关系的层面,来分析中国法学界所存在的“泛民法思维倾向”的。但这两个视角——实在法与应然法律秩序——在某种意义上说,是一个视角的两个方面,即法治国家的应然法律秩序体现在欧美国家的实在法法律体系上面,而这种实在法法律体系又蕴涵了对应然法律秩序的追求或对它的表达。

如果这种分析合理,那么我们或许可以说,童之伟教授无论是在立论还是在具体论证过程中,对于民法至上论与民法宪法平行论的反驳、对宪法至上论的坚守,都是在实在法法律体系中完成的,也正是在这个意义上,我们才认为对实在法体系的坚守是卫护宪法至上论之盾。

### 三、“梁漱溟式的追求”与“凯尔森式的执着”:民法宪法关系 争论之中法学学者学术品质之喻

我们已经指出,缘于对权力的忌惮,一些民法学者主张民法至上论或民法宪法平行论;也正是基于对这种学术主张动因之辨析,我们也认为无论是民法至上论还是民法宪法平行论,事

〔21〕 童之伟,见前注〔11〕,第166—167页。

〔22〕 童之伟,见前注〔11〕,第168页。

〔23〕 童之伟,见前注〔11〕,第172—177页。

〔24〕 童之伟,见前注〔11〕,第172页。

实上都是一种行动策略,而且是基于中国社会现实的行动策略,只不过学者在表达该种策略时使用了诸如宪法与民法这样的法学词汇,用“民法至上”或“民法宪法平行”表达了该行动策略的核心内容。而主张宪法至上论的学者实际上是坚持在一个国家的法律体系中各个部门法尤其是民法应该以宪法为依据,从而保证国家法律体系的统一,支持该种主张的依据是实在法法律体系的逻辑结构与法律的效力位阶原理,所使用的论据大都是西方国家的“先例”。可见,宪法至上论本身确是或主要是一个法律体系理论的“老”问题。因此,所谓的民法与宪法关系之争,从形式上看尽管存在,但在实质上并没有展开真正的交锋,而是在各说各话。如果引起这场争论的发动者是或主要是民法学者的话,那么针对民法学者的主张由宪法学者所进行的辩驳便在反驳对象上出现了“错位”,即宪法学者所反驳的并不是民法学者所主张的。在这个意义上,童之伟教授《宪法民法关系之实像与幻影:民法根本说的法理分析》一文虽然逻辑严密、辩锋锐利,但却刺偏了方向。

在中国的法学领域,为什么会出现这种貌似辩论而实质是在自言自语的学术局面?我们认为由法学学者不同的学术品质<sup>[25]</sup>所决定的。这里,我们将坚持民法至上论或民法宪法平行论学者的品质喻作“梁漱溟式的追求”,将主张宪法至上论反对民法至上论或民法宪法平行论的法学学者的品质喻作“凯尔森式的执着”。

所谓“梁漱溟式的追求”,是指在寻求中国社会转型以达致法治与宪治国家方案与途径的过程中,强调从中国社会的“根部”开始进行建设。这里的“根部”要么是民众的心理方面,要么是民众权利的享有与行使方面,要么是民众生活其中的制度建设方面,要么是民众的文化教育方面,等等。只有在中国社会的“根部”实现了转型并形成了新的社会结构、新的秩序类型与新的礼俗规则,才能在中国社会一步一步地“引来”中国宪治。在持有这种学术主张并身体力行的学者中,梁漱溟先生比较典型,所以,许章润教授认为回顾百年中国宪政思潮,检讨中国学习、移植西方宪法、宪政的兴废得失,梁漱溟先生乃一座“绕不过去的桥”,<sup>[26]</sup>所以,我们将这种学术研究趋向喻为“梁漱溟式的追求”。在这里,简要说明一下梁漱溟先生的追求<sup>[27]</sup>对于理解当今中国某些法学学者坚持民法至上或民法宪法平行论的用意与追求是尤为必要的。

梁漱溟先生首先对何为宪政作出了回答。宪政“是一种政治”,即“一个国家内,统治被统治两方面,在他们相互要约共同了解下,确定国事如何处理,国权如何运行,而大众就信守奉行的那种政治”。宪政的关键在于订立此“要约”的各方,“果真彼此各有力量”,形成一种牵制平衡的格局,同时,各方于此“又诚信相孚”,为“共同了解者”。形式如何,实为次要。<sup>[28]</sup>那么怎

[25] 这里的“品质”不包含任何道德评价,仅仅是指学者的学术研究趋向与学术追求。

[26] 参见许章润:“宪政:中国的困境与出路——梁漱溟宪政思想研究”,《法制与社会发展》2004年第2期,第76页。

[27] 笔者在说明梁漱溟先生的宪政追求时,主要参考了许章润教授在“宪政:中国的困境与出路——梁漱溟宪政思想研究”一文中的相应梳理与分析。

[28] 参见许章润,见前注[26],第77页。



样才能达到这样的均衡状态呢?许章润教授将之归结为两项,即“势”与“理”。〔29〕所谓“势”,即社会上已然存在各种不相上下的社会力量,其消长已足以构成“谁也不敢欺负谁的”制衡格局,大家一致感到需要通过彼此间的协商达成“要约”,而解决所共同感觉到的问题。〔30〕所谓“理”即是参与“要约”各方乃为“共同了解者”。这里的“共同了解”,不仅指各方已意识到采取“立宪”的办法乃是确定“国权如何运行”无可替代的方法,同时亦指各方对此具有法律信仰,于此达成了真正的共识,即“优越的理性势力”。由是观之,“势”为外在力量,“理”为精神力量,而“宪政并不建立在宪法上面”,即不在宪法文本这一形式上面,却恰恰建立在此内外两种力量上面。这是宪政的真正基础。〔31〕以此衡诸中国现实,梁漱溟先生认为,中国既需要民主也需要宪政,但在当时的中国,宪政可以远图而非急务。中国之所以尚不到有宪政成功的时候,正在于首先应解决“中国问题”,而此解决,却非宪政所能奏效,相反,宪政倒是“中国问题”解决后的自然结果。〔32〕梁漱溟先生进而将“中国问题”归结为三项,即社会——历史制约、现实制约与文化制约。那么问题的症结至此已经全部显露出来:“吾人正于此崩溃解体之末运,新构造的端倪将见未见之时。一切较理想的较永固的法律制度,均去眼前现实太远,安敷不上。所谓宪法大抵为一新政治构造之表见。政治构造依于社会构造为其一层一面。果有宪法之成功也,则是中国社会之新构造,已大体形成,现在如何配说这个?”“不从根底上为整个社会重建一新机构的工夫,而只是想消极地消灭军阀,或片面的安设一政治制度(起草中国宪法,讨论民主与独裁),都是梦想。”〔33〕

从梁漱溟先生的宪政追求来看,他极为关注在“势”与“理”两个方面去改造中国社会的“根部”,所以,他的主张与其说是理论的,不如说是策略的;他的策略与其说是自上而下的,不如说是自下而上的。尽管梁漱溟先生的这种追求更多地表达甚至实践于1949年之前,但是,我们从当下主张民法至上或民法宪法平行论的学者实际动因来看,其又何尝不是梁漱溟先生追求之遗绪?我们也许可以大胆推测,法学学者依凭权利之目的,恐怕目的在于以之作为改变中国社会根部的支点,而主张民法至上或民法宪法平行则欲图改变中国社会的关系结构、组织方式以及人们的观念。当私法自治与权利本位成为了人们生活实态时,也就意味着权力受到了约束,权力成为了权利的实现与保障手段,这时宪治之理想也就宣告实现,也许宪治理想得以实现的这个时刻,主张民法至上或民法宪法平行论的学者想必会改变原来的学术主张,从而接受宪法至上的观点。如果这种推论符合法学学者的本意,那么将他们的学术品质喻为“梁漱溟式”的追求就是恰如其分的。

所谓“凯尔森式的执着”,是指在阐释一国法律秩序之形成与存续问题时,在方法上坚持实

〔29〕 许章润,见前注〔26〕,第77页。

〔30〕 许章润,见前注〔26〕,第77页。

〔31〕 许章润,见前注〔26〕,第78—79页。

〔32〕 许章润,见前注〔26〕,第80页。

〔33〕 许章润,见前注〔26〕,第88页。

证主义的立场,在解释与分析框架上固守法律体系的概念,在确定各种法律规范之间的效力等级上,逻辑性地预设某种权力或基础规范并以其作为法律体系的基础与判别在这个法律体系之中各个具体法律规范效力的根本标准与依据。在持有这种学术主张的西方学者中,奥斯丁与凯尔森颇具代表性。其中,由于凯尔森首倡“纯粹法理论”,并且在其《法与国家的一般理论》中,以奥斯丁的分析法学和新康德主义哲学为思想基础,全面地阐述了纯粹法学关于法、国家以及国际法的基本概念和原理,所以将这种学术研究趋向喻为“凯尔森式的执着”。在这里,简要说明一下凯尔森的执着,对于理解当今中国某些法学学者坚持宪法至上论并反对民法至上或民法宪法平行论的本意与学术执着或许会有所帮助。

凯尔森在其著作《法与国家的一般理论》的“作者序”中表明了“纯粹法理论”的主题和研究方法。凯尔森将“纯粹法理论”(Pure theory of law)定位于关于实在法的一般理论,而且是科学的理论。作为法的一般理论,其主题就是法律规范(Legal norm)及其要素和相互关系、作为一个整体的法律秩序及其结构、不同法律秩序之间的关系,以及最后法在多数实在法律秩序中的统一。<sup>[34]</sup> 作为法律科学的主题则是特定的现实,这种现实体现在一种多半被称为法律的实在性的现象中。<sup>[35]</sup> 既然将“纯粹法理论”视作关于实在法的科学理论,那么为了准确透视实在法律秩序或体系的存在特征与运行机理,就需要相应的研究方法。凯尔森所使用的方法是建立在一系列区分的基础上的:第一,实在法与理想法之区分。将法分为实在法与理想法,即法律科学的特定主题是实在的或真正的法律,不同于理想法,即政治的目标。<sup>[36]</sup> 第二,法律科学的方法与形而上学的方法之区分。在实在法与理想法的区分基础上,相应地就存在法律科学的方法与形而上学的方法之区分,凡不合于一门科学的特定方法的一切因素都摒弃不顾,而这一科学的唯一目的在于认识法律而不在于形成法律。一门科学必须就其对象实际上是什么来加以叙述,而不是从某些特定的价值判断的观点来规定它应该如何或不应该如何。后者是一个政治上的问题,而作为政治上的问题,它和治理的艺术有关,是一个针对价值的活动,而不是一个针对现实的科学对象。<sup>[37]</sup> 由此,“纯粹法理论”必然拒绝成为一种法的形而上学,因而它并不从形而上学法律原则中,而是从法的假设中,从对实际法律思想的逻辑分析所确立的基本规范中寻求法律的基础,即它的效力的理由。<sup>[38]</sup> 第三,法学与政治意识形态之区分。“纯粹法理论”只有去政治意识形态化,才能证明其已经成为了一门真正的法律科学,所以,“纯粹法理论”必然将具有探析法律秩序或法律体系“真相”的内在倾向,从而与政治意志、

[34] 参见(奥)凯尔森:《法与国家的一般理论》,“作者序”,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1996年版,第I页。

[35] 同上注,第II页。

[36] 凯尔森,见前注[34],第II页。

[37] 凯尔森,见前注[34],第II页。

[38] 凯尔森,见前注[34],第III页。

政治正义性保持距离,以便维持科学的形象,保持科学中立的地位。<sup>〔39〕</sup>

既然“纯粹法理论”要以实证、科学的方法来探究实在的法律秩序或法律体系,那么凯尔森是用什么概念或标准来构造各种各样的法律秩序进而将其组织成为一个逻辑严整、等级效力明确的法律体系的呢?根据拉兹的分析,凯尔森使用了两个基本概念,即基本(即基础——笔者加注)规范与有效之链。<sup>〔40〕</sup>其中,基础规范即是一国法律秩序的基石与所有法律规范的效力来源,对此,凯尔森论述道:法律秩序的规范从这一秩序的基础规范中得来,证明特殊规范已根据基础规范而创立。<sup>〔41〕</sup>这里的基础规范事实上就是宪法。对此,凯尔森继续论述道:如果我们问为什么宪法是有效力的,也许我们碰上一个比较老的宪法。我们终于找到这样一个宪法,它是历史上第一个宪法,并且是由一个僭位者或某个大会所制定的。这第一个宪法的效力是最后的、预定的、最终的假设,我们的法律秩序的全部规范的效力都依靠这一宪法的效力。<sup>〔42〕</sup>从凯尔森的论述中,可以发现宪法作为基础规范的效力是法学家以一种实证的态度预定的。至此,我们简要地说明了凯尔森在法律秩序与法律体系构造与解释上的执着,即科学、实证与对以基础规范(宪法)为最终效力依据的实在法体系的坚守。这种执着亦是“凯尔森式的执着”之核心。在对“凯尔森式的执着”这种学术品质的描述中,我们处处可见坚持宪法至上论、反对民法至上或民法宪法平行论的中国法学者对这种执着的继承及坚守。如前述童之伟教授在《宪法民法关系之实像与幻影:民法根本说的法理分析》一文所做的立论、论证与证明依据的选用与分析结果就是直接的证明,在这个意义上,童之伟教授在反驳民法根本说时,毫无疑问是具有“凯尔森式的执着”这种学术品质的。

由于学术品质的不同,导致了相关法学者关注的问题也就不同。主张民法至上或民法宪法平行论的学者关注中国社会发展战略与行动方案,而主张宪法至上论的学者则关注中国既有的法律秩序以及位于其中的各类法律规范的效力等级。本来,缺乏共同关注的学者之间很难发生论辩,但是,由于对不同问题持不同主张的学者在表达各自主张的形式上采用了共通的语言与概念——民法与宪法,这样就使得“论辩”具有了发生乃至持续的形式诱因与条件,而这些概念容量如此巨大以致于可接纳极为丰富的内涵与承载互不相同的价值期望,又使得“论辩”尽管发生,但各自的主张与辩驳的内容又可能南辕北辙。所以,从我们的梳理与分析来看,有关民法与宪法关系的“争论”,既不是策略的,也不是理论的,而是在共通形式掩盖下的“策略”的与“理论”的,即在共通的概念与语言形式下,坚持民法至上或民法宪法平行论的学者与坚持宪法至上论的学者所关注的主题并非交叉而是平行。尽管关注的主题不同,但是这两类学者却有共同的地方,即都坚持一种“没有国家的法律观”。按照强世功教授的分析,“没有国

〔39〕 凯尔森,见前注〔34〕,第Ⅲ—V页。

〔40〕 参见(英)约瑟夫·拉兹:《法律体系的概念》,吴玉章译,中国法制出版社2003年版,第117页。

〔41〕 凯尔森,见前注〔34〕,第130页。

〔42〕 凯尔森,见前注〔34〕,第130—131页。

家的法律观”并不是说当代法理学的主流理论没有思考国家,而是说这些理论范式都是把国家放在次要或者派生的要素来思考。“没有国家的法律观”在理论上把国家放在次要或者派生位置的同时,也在政治价值判断的天平上,把国家放置在恶的位置。国家不再是个人实现自身伦理价值的场所,而是产生邪恶的渊源,国家不再是捍卫的对象,而是需要防卫的对象。<sup>[43]</sup>因此,主张民法至上或民法宪法平行论的法学者实际上出于对权力的忌惮而将国家权力置于权利的对立面,把权利作为社会转型的唯一支点;主张宪法至上论的法学者尽管坚持宪法的最高地位,但也没有因此就突出国家,而是把国家变成了没有意志的一组法律关系,甚至国家就是法律关系的总和。然而,一个不可否认的事实是,无论是中国社会的转型,还是中国法治与宪治建设,国家都是极为重要的主体与力量。所以,在这种事实面前,无论对民法与宪法关系坚持何种意见,都会陷入到一种悖论或尴尬之中。

那么,相较于第一次“民宪关系”之争,第二次“民宪关系”之争又是怎样的学术景象呢?

#### 四、宏观上的坚持与微观上的调整:对第二次 “民宪关系”之争的简要评论

因为第一次民宪之争并不是一场真正意义的交锋,所以,时隔近十年之后纷争再起就实属必然。正如龙卫球教授所指出的:

法理学界的巩献田教授在一封公开信中认为,物权法草案提物权平等而不提公有权神圣,违反了《宪法》第12条规定,因而属于违宪。该观点一出,一些民法学者立即从民法独立论的角度或民事立法依据论的角度,明确对该观点进行了批驳。部分宪法学者和法理学者也参与论争,一方面不同意巩献田教授的见解,而另一方面却也对民法学者展开批评。这些来自宪法学界、法理学界的批评,似乎更多的是对坊间所谓的“民法根本说”“民法至上说”的不满,并没有真正就民法学者提出的民法独立论、民法依据论本身进行回应。他们的论证或者属于一般性套用“宪法是根本法”的标签加以宽泛理解,或者转为一种宪法解释立场和方法的议论。所以,这场看似热闹的交锋因为没有针对性,逐渐呈现熄灭之势,并没有演化为民法依据究竟为何以及民法与宪法关系究竟如何的一次彻底讨论。但是,对于民法学者来说,民法的依据问题以及由此引发的民法和宪法关系问题,却因为2007年《物权法》的出台而成为一个十分忧虑的问题。<sup>[44]</sup>

换言之,由于第一次民宪之争并没有在实质上解决相关问题,所以,在某种程度上可以说,当下的民宪之争依然是第一次民宪之争的延续。同时需要追问的是,较之于第一次争论,当下

[43] 强世功:“迈向立法者的法理学:法律移植背景下对当代法理学的反思”,《中国社会科学》2005年第1期,第114页。

[44] 龙卫球:“民法依据的独特性:兼论民法与宪法的关系”,《国家检察官学院学报》2016年第6期,第28—29页。

的民宪之争有何变化。

从代表性宪法学者所提出的学术主张来看,既有坚持,也有所变化。“坚持”的表现体现在宪法学者依然坚持民法典编纂必须依据宪法。比如韩大元教授认为:

民法典编纂中最核心的问题,在于如何贯彻党的十八届四中全会《决定》提出的“所有立法要符合宪法精神”,即把宪法精神全面体现在民法典编纂过程之中,使民法典的时代性、民族性与开放性建立在宪法精神之上,维护民法所赖以生存的宪法基础与“道德的哲学的价值”。为了解决上述问题,学术界需要建构以宪法精神为基础的民法体系,明确民法典编纂的宪法依据,使民法典编纂的内容符合宪法精神,使民法典编纂的程序符合宪法精神,并形成民法典编纂与宪法解释的有效互动机制。<sup>[45]</sup>

在“坚持”之中也有微观上的调整与变化,主要体现在宪法学者针对民法典编纂提出了需要解释与解决的较为具体的“宪法学难题”。比如秦前红教授就提出了诸如“公有制为主模式下,如何协调民法与宪法的关系”“执政党执政模式下,如何构建平等主体之间的关系”“宪法不可私法化前提下,如何将宪法规定的民事权利民法化”“时代发展对民法典提出了更高要求,民法学界理论储备尚显不足”等重要问题。<sup>[46]</sup>

客观而论,宪法学者的“坚持”既存在着绝对化倾向,也存在着推卸学术责任的“嫌疑”。比如韩大元教授认为“从宪法解释的角度来看,虽然公民依法享有姓名权,但是公民姓名选取这一民事权利的使用,应当尊重社会公德,不得损害社会公共利益。这一法律解释的背后,体现了宪法公共利益条款、社会公德条款对于公民权利行使的约束”。<sup>[47]</sup>且不论这种观点在宪法规范辐射上是否具有妥当性,而仅就民事生活现实而言,其实鲜见国民选取伤风败俗之“名”之事故的发生。这本身就在一定程度上说明了民事社会存在着“自己”的一套自律与矫正机制,而这种机制未必会与“宪法”发生必然的和实质性的关联。事实上,民法典编纂确实需要以宪法为依据,但以宪法为据并不意味着所有的民事内容都以宪法为圭臬。若对“宪法依据论”加以绝对化,既会使“宪法”不堪重负,也会抑制民法典编纂过程对原生制度性事实的开放和吸纳。

就秦前红教授所指出的“宪法学难题”来说,诸如“公有制”和“执政党执政模式”这些问题,恰恰需要宪法学者通过富有“智慧”地解释宪法典来予以解释和解决,但在相关论述中,这些问题的宪法学定位则是缺失的。另外,编纂民法典当然需要充分的理论准备,但这一理论任务并不仅仅是民法学者的理论使命。正如陈斌先生所指出的:“中国民法典不能由法学家与法律界人士闭门造法,而应在法工委的主持下,打开思路,额外延请精通产权经济学和新(古典)制度经济学(neo-institutional economics)及精通进化博弈论的人士来设计与检验法律规则。从法学方法论上看,法理学/法哲学有用,但毕竟陈旧,效率低,错误率高;法经济学和进化博弈论

[45] 韩大元:“民法典编纂需要体现宪法精神”,《国家检察官学院学报》2016年第6期,第3页。

[46] 参见秦前红:“民法典编纂中的宪法学难题”,《国家检察官学院学报》2016年第6期,第11—15页。

[47] 韩大元,见前注[45],第10页。

是新起的科学,效率高,错误率低,前者是哲学,后者是科学,效率之别好比马车与高铁。”〔48〕姑且不论“新起”的科学能否担当“觅良法”之重任,而仅就民法典编纂需要多学科合作来说,理论储备这一任务也远非民法学者所(应)能担当。其实,在民法典编纂过程中,亦需要宪法学者“原创性”的理论贡献,但现实状况是宪法学者的理论贡献几近空白。

从代表性民法学者所提出的学术主张来看,情形与宪法学者有极大的相似之处。比如龙卫球教授依然坚持“民法依据的独立性”,〔49〕谢鸿飞教授坚持“中国民法典应具有宪法功能”。〔50〕说民法依据具有独立性固然不错,但对中国民法的独立依据该如何求得?或者说,仅以西域的相关逻辑能否有力地证明中国民法依据的“独立性”及“独立性”为何?在此,引述欧克肖特这番话可谓至为恰切:

研究其他人民的政治,就像研究我们自己的政治,应该是对一个行为传统的生态学研究,而不是对一个机械装置的解剖学研究,或对一个意识形态的研究。只有当我们的研究是这种研究,我们才会发现我们自己是被他人的样式所刺激,而不是被陶醉。编排世界以选出他人实践和目的中最好的东西(就像据说宙克西斯试图通过将一切引人注目的完美特征放在一起,创作一幅比海伦更美的画像)是一件有害的事,是失去人们政治平衡最准确的方式之一;但研究其他人民从事参加他们的安排的方式,可以揭示我们自己传统中是否还隐藏着重要东西。〔51〕

如果说人文社会科学意义上的生态学研究强调基于内在视角的人与环境的有机联系,那么,解剖学研究就是一种注重个别因素的微观化解析,虽精确,但也极易割裂了具体因素间及具体因素同整体环境的有机联系。更为关键的是,研究他人的目的不是所谓“陶醉式”的直接效仿,而是引发对自己传统中被隐藏的“重要”东西的关注与挖掘。从这一意义上说,民法学者对民法依据独立性的论证还处于解剖学研究层面,还没有在学术逻辑上进入到生态学研究的境界,所以,对民法依据独立性的论证还相当的粗糙和肤浅。〔52〕

民法是关于“权利”的规则体系。表面上,权利似乎能够成为制约权力的力量,但在实质上,权利真的能够发挥如民法学者所期望的制约权力的作用吗?或者说,需要具备哪些条件,民法才会具有宪法功能?换言之,在实际生活中,人们实际享有自由的奥秘究竟是什么?为了回答这些问题,欧克肖特之论就值得再次引用:

〔48〕 陈斌:“为万世立良法,抑或为万世觅良法?——民法典编纂原则刍议”,《南方周末》2016年8月4日,C20大参考。

〔49〕 龙卫球,见前注〔44〕,第31—35页。

〔50〕 参见谢鸿飞,见前注〔50〕,第40—43页。

〔51〕 (英)迈克尔·欧克肖特:《政治中的理性主义》,张汝伦译,上海译文出版社2004年版,第56页。

〔52〕 难能可贵的是,法学界的一些新锐已经开始从批判性和内在视角透析中国自己的问题,所获得的解释结论对解释民宪关系意义重大。在笔者的阅读范围内,张龔博士的研究尤为值得关注。详尽内容可参见张龔:“论我国法律体系中的家与个体自由原则”,《中外法学》2013年第4期,第699页;张龔:“何为我们看重的生活意义——一家作为法学的的一个基本范畴”,《清华法学》2016年第1期,第5—20页。

它(指“自由”一引者注)既不是从教会与国家的分离中产生,也不是从法治中产生,也不是从私有财产中产生,也不是从议会制政府中产生,也不是从人身保护令(habeas corpus)的法令中产生,也不是从司法独立中产生,也不是从我们社会特有的几千个其他设置与安排中产生;而是从每一个所表示和代表的东西,即我们社会缺乏压倒性的权力集中之中产生的。这是我们自由最一般的条件,它一般得使其他条件都可视为包括在这个条件中。在权威分散在过去、现在和未来之间时,它最早出现了。我们的社会没有专被其中的一个支配。我们认为一个完全被它的过去、或它的现在、或它的未来支配的社会将遭受禁止自由的迷信专制。我们社会的政治是一个过去、现在与未来都在其中有声音的对话;虽然它们的一个或另一个有时可能实际占上风,没有一个会一直占支配地位,因此我们是自由的。此外,在我们这里,权力分散在组成我们社会的众多利益和利益组织间。我们不怕或不试图压制利益的多样性,但只要它们间的权力分散是不完备的,我们就认为我们的自由是不完善的,如果任何一个利益或利益组合,即使它可能是多数人的利益,要求特别的权力,我们将认为我们的自由受到了威胁。与之相似,我们社会的政府行为包含了权力分享,不仅在所认可的政府机构之间,而且也在政府和反对派之间。简言之,我们认为我们自己是自由的,因为在我们的社会中没有一个人允许有无限的权力。〔53〕

显然,欧克肖特认为英国人之所以能够享有自由,“自由的秘密就是它由众多组织在宪法范围内组成,从这部宪法最好的东西中产生出这个整体特有的分权”。〔54〕换言之,若缺乏具体的分权机制,再完美的民法典恐怕都是摆设,所谓的民法典的宪法功能也只能是民法学者的一厢情愿。因此,中国民法典若能真正具有所谓的宪法性功能,就必须以国家权力的宪法性分权为前提条件,〔55〕否则,就只能是一种学术空想。恰恰在这里,我们可以坚定地认为,离开了宪法的支持和守护,民法的市民社会基本法的地位将不复存在。

较之于第一次争鸣,参与到第二次“民宪关系”之争的法学家所关注的问题、所采用的学术逻辑与策略、所使用的学术资源、所依凭的理论模式都没有实质性变化与改进。如果没有“新”的学术资源与学术策略加入其中,那么第二次“民宪关系”之争恐怕依然会像第一次论争那样无疾而终,依然会是一场没有实效的学术泡沫。

当然,在第二次“民宪关系”之争中,也似乎出现了某种学术变化乃至“转机”。比如韩大元

〔53〕 欧克肖特,见前注〔51〕,第109页。

〔54〕 欧克肖特,见前注〔51〕,第109页。

〔55〕 当然,中国的宪法性分权与英国的宪法性分权在具体内容上未必相同,这是因为中国宪法典所规定的权力体制同英国不同。所以,若解释中国宪法性分权的制度内涵,就必须深入解析中国宪法典的制度特质。其中,执政党的宪法地位尤为关键。参见陈玉山:《中国宪法序言研究》,清华大学出版社2016年版,第215页。换言之,若不能对执政党做出明确的宪法定位,就意味着没有真正透彻地解释中国宪法典。笔者以“一体二元三维”为框架,解释了“人民政协”的宪法意涵,其中,从国体、政体和宪法权利三个角度对执政党的宪法地位进行了分析。详见韩秀义:《人民政协本体意涵的宪法学阐释:以“一体二元三维”为框架》,法律出版社2016年版。

教授强调“形成民法典编纂与宪法解释的有效互动机制”，<sup>[56]</sup>谢鸿飞教授认为“在终极意义上，民事权利和基本权利具有同源性，民法和宪法应共同服务于尊重和保障人权的崇高目的”。<sup>[57]</sup>就“民宪关系”来说，一方面需要充分尊重各自的规范目的，另一方面需要通过“合作”致力于民法典编纂中“宪法学难题”之破解，这种学术格局或许才应是民宪学者所追求的。

## 五、简短结语：宪法解释乃为“平息”“民宪关系”之争的根本之道

第二次“民宪关系”之争起自于民法典编纂，而民法典编纂的启动又来自于执政党的政治安排。所以，我们有理由提出这样的疑虑：若人大法工委和相关机构所精心设计的民法典编纂成果被相应的政治决断所删改甚至被否定，又该当如何？如果这一疑虑不是虚构的，那么就需要在民法典编纂实践上严格解释现行宪法典，就需要法学学者尤其是宪法学者务实、智慧地解释现行宪法典，从而为民法典编纂构筑坚实的实践性和学术性宪法基础。

在立法实践上解释宪法典，就需要启动既有的宪法解释机制。正如韩大元教授所指出的：“‘依据宪法’的规范实际上表明了立法者的一种宪法义务，即接受宪法价值的约束，依照宪法制定法律，遵守宪法，履行维护国家法制统一的义务。”<sup>[58]</sup>更为具体地说，立法者在民法典编纂过程中所应履行的宪法义务主要包括：一是程序性义务，二是实体性义务。关于程序性义务，韩大元教授已作了详尽解说，<sup>[59]</sup>这里不作赘述。关于实体性义务，就是要求全国人大常委会对与民法典编纂相关的宪法规范作出明确的宪法释义，以保证民法典编纂在宪法规范的引导之下展开。在笔者看来，立法者最为核心的宪法义务是对“社会主义”“社会主义市场经济”“公有制”“国家所有”“集体所有”等宪法表述进行精准解释。<sup>[60]</sup>只有这些表述得到了明确解释，民法典编纂才能具备合宪性与独立性的制度空间。同时，需要强调的是，在宪法解释过程中，执政党也应加入其中。如此，执政党对民法典编纂成果所表达的意见，就不再以特定的意识形态为基础，而是以宪法解释结论为根据。若是，中国民法典的编纂就不再是纯粹的对分别规定的民事法律规范的科学整理，而是具有了依照宪法规范建立的意味。

在学术研究中，将宪法解释至于核心位置，就意味着民法与宪法学者不是在争论民法与宪法在地位上孰重孰轻及民法典编纂依据独立性等问题，而是将学术精力集中在两个方面：一是宪法学者为民法学者的相关疑虑乃至“困惑”提供宪法学消解之道，为民法典编纂所面临的“宪

[56] 韩大元，见前注[45]，第3页。

[57] 谢鸿飞，见前注[50]，第39页。

[58] 韩大元，见前注[45]，第6页。

[59] 韩大元，见前注[45]，第7—8页。

[60] 限于篇幅与所要论述的主题，笔者无法在本文中对其做出具体的解释。实际上，笔者已经尝试对中国宪法典中的某些重要宪法规范和概念展开了研究，如《阐释“国家所有”宪法意涵的二元视角》（未刊稿）一文就是这样的学术成果。目前，笔者正在撰写《宪法解释：破解民法典编纂中“宪法学难题”之道》一文，“力争”对相关“宪法学难题”（如“集体所有”）作出较为详尽的宪法解析。



法学难题”的求解提供宪法学理论与制度资源；二是民法学者在宪法学者的支持下集中精力考量民法典编纂中所面临的“私法学难题”。只有“民宪关系”之争得以“平息”，民法与宪法学者才能形成真正的学术合力，以消除笼罩在民法典编纂进程中的种种学术迷雾，进而使民法典编纂成果既合宪，又与中国人的特点相契合，这才应是所有法学人的共同学术目标与现实期望。

---

**Abstract:** At the beginning of the 21st century, two-time debates over the relationship between Constitutional law and Civil Law became a quite important academic landscape in the law field. As for the first debate, it was not a real tit-for-tat academic controversy because the civil law scholars and constitutional scholars both had their own corresponding academic points of view, and then the core problems were not solved. Thus the second debate was also a continuation of the first debate. So far, there is still no any improvement and breakthrough on the academic points of view in the second debate. For the urgent-need, the constitutional interpretation should be put in a core place so that the academic discussion can become targeted and the "constitutional problems" in the compilation of the civil code can be solved. Only in this way, many meaningless arguments about the relationship between Civil Law and Constitutional Law may come to an end, and then an academic join force may form to ensure the constitutionality of compiling results of the civil code and correspondence with Chinese society.

**Key Words:** Debate Over the Relationship between Civil Law and Constitutional Law; An Argument about Strategy; The Debate on Theory; The Academic Quality; Constitutional Interpretation

---

(责任编辑:章永乐)