

# 中国民法典的宪法功能

## ——超越宪法施行法与民法帝国主义

谢鸿飞

(中国社会科学院 法学研究所, 北京 100720)

**摘要:** 民法典制定的权源和程序、规范内容均应受宪法控制。目前中国宪法实施不尽理想, 民法典应尽可能发挥其固有的宪法功能。这具体体现为通过民事权利控制国家权力、捍卫人格尊严和促进人格自由发展、确认家庭权和家庭成员权、为各类组织体的成立提供一般规则、建构全面的财产权类型、一定程度上促进私人之间的平等。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。

**关键词:** 民法典 基本权利 结社权 人格权 财产权

**中图分类号:** D913

**文献标识码:** A

**文章编号:** 1004-9428 (2016) 06-0039-09

## 一、问题的提出

约十年前,《物权法》草案是否违宪之争,第一次使宪法和民法之争摆脱了“关公战秦琼”般的自说自话,开始进入实质争论阶段。随着中国民法典编纂工程的正式启动,“宪民之争”大有烽烟再起之势。龙卫球教授重提民法典的“宪法依据”问题,提出要“警惕‘宪法依据’陷阱”,因为民法典的要义是确认和保护民事权利,民事权利因而“具有不证自明的区隔性,甚至完全不受宪法和其他公法的任何干扰。”<sup>(1)</sup>郑贤君教授则从宪法基本权利的客观价值功能入手,认为民法典不过是宪法的“实施法”,承担的是将基本权利具体化的义务。<sup>(2)</sup>二位教授对宪法是不是部门法的形式渊源,看法迥异。但是,既然“宪法是国家的根本法,具有最高的法律效力”(《宪法·序言》),宪法规范尤其是基本权利规范就应直接约束立法、行政和司法,民法典的制定权源和程序、规范内容也都不能与宪法抵触。相信学界对此不会有疑义。

中国式宪民之争的主要根源在于民法学界对民法典功能的推崇,这又源于民法典作为市民社会的基本法,在历史上长期起到了实质宪法的功能。最为学人乐道的史实是,法国民法

作者简介: 谢鸿飞, 中国社会科学院法学研究所研究员、博士生导师、法学博士。

(1) 参见龙卫球《民法典编纂要警惕“宪法依据”陷阱》, <http://www.aisixiang.com/data/98003.html>。最后访问日期: 2016年9月5日。

(2) 参见郑贤君《作为宪法实施法的民法——兼议龙卫球教授所谓的“民法典制定的宪法陷阱”》,《法学评论》2016年第1期。

典被视为“最为持久和唯一真正的法国宪法”。<sup>(3)</sup>然而,20世纪80年代以来,法国宪法法院通过合宪性审查,不断使民法典受到宪法规范的约束、辐射和渗透,法国民法典最终被“宪法化”了!<sup>(4)</sup>其他欧洲国家的民法典同样呈现出“宪法化”趋势,尤其是在婚姻家庭和侵权领域。如在欧洲,侵权行为法越来越被视为对宪法权利的保护。“参考基本人权在欧洲法院已经变得如此普遍,以致区别“纯粹的”民法与宪法上的民法即具有宪法规范之地位的民法几乎成为不可能。”<sup>(5)</sup>民法典“宪法化”明显是为回应社会现实需求,拓展宪法基本权利功能的结果。

本文的主题是中国民法学界关注的传统问题——民法典的宪法功能。历史上民法典确实发挥了宪法功能,但未来中国民法典应否、能否具有宪法功能?我国现行宪法在一定程度上属于“改革宪法”,这是否会影响民法的宪法功能?民法学界对民法典的宪法功能津津乐道,但对中国民法典的宪法功能,议论并不多。徐国栋教授很早就意识到民法典可以“控制国家权力”;<sup>(6)</sup>王涌教授最近也认为,既然中国宪法未全然发挥威力,民法典立法者如果有一点“野心”,可以通过民法典发挥宪法功能,使其发挥更大威力。<sup>(7)</sup>林来梵教授评论认为,民法典的宪法功能虽然有助于实现国家的统合功能,并可奠立宪法秩序的基础,但是只具有限定性的内容,是一种“准宪法性”的社会建构功能。<sup>(8)</sup>在法律渊源上,民法典当然不可能设定宪法性规范,其“宪法功能”实质上是通过民法典的具体规范,在民事领域通过立法践行宪法功能尤其是基本权利功能。

## 二、为什么中国民法典应具有宪法功能

中国今天编纂民法典,距欧陆范式民法典风潮已近二百年,政治、社会、经济和文化语境的差异已不可以道里计。但强调中国民法典的宪法功能同样迫切和重要。

### (一) 民法典与政治价值的选择

基于特定的历史情境,欧陆范式民法典的编纂大多被赋予了政治使命,如促进民族国家的形成、建构统一的国内市场、实现政教分离等。此外,欧陆民法典还具有一个共同的政治功能——抵御国家权力的侵蚀和僭越,这也是它们何以都具有宪法功能甚至起到实质宪法作用的核心原因。彼时,民法典是整个法律体系中“最为核心的价值判断和政治性抉择的法律文件”,这是欧洲学界的共识。<sup>(9)</sup>这里的价值判断和政治抉择,核心是政治国家与市民社会的分离和对峙。民法典虽然只调整私人之间的权利关系,但通过私法自治原理、人身权和物权的“排他性”,赋予了个体自由决定其命运和生活、追求幸福的权利,他们不仅可以排斥

(3) 参见[美]格伦顿、戈登、奥萨魁《比较法律传统》,米健等译,中国政法大学出版社1993年版,第73页。

(4) 参见李玲《论法国民法典的宪法化》,《北方法学》2013年第6期。

(5) 参见[德]冯·巴尔《欧洲比较侵权行为法》(上),张新宝译,法律出版社2001年版,第721页。

(6) 参见徐国栋《民法典与权力控制》,《法学研究》1995年第1期。

(7) 参见王涌《民法典编纂的雄心、野心与平常心》,http://blog.sina.com.cn/s/blog\_4b8bd1450102vhn1.html.最后访问日期:2016年9月5日。

(8) 参见林来梵《民法典编纂的宪法学透析》,《法学研究》2016年第4期。

(9) 参见薛军《“民法—宪法”关系的演变与民法的转型》,《中国法学》2010年第1期。

来自第三人对权利的侵害，而且可以要求国家尊重其权利并排斥国家权力对私人领域的不当侵入。在政治上，民法典确保了市民社会（包括市场经济、非市场领域和家庭）具有不受国家干预的独立性，完全契合自由主义“保卫社会”的政治想象和基本信条。另一方面，在近代宪法观念中，宪法最重要的功能并非保护基本权利，而是限制国家。<sup>(10)</sup> 因此，民法典间接涉及市民权利与国家权力的关系，<sup>(11)</sup> 如同宪法虽以规范国家权力为核心，但亦涉及对“第三人”的效力，均可谓法律的反射性效果。中国民法学界的主流理论坚持认为，市民社会与政治国家的分野构成区分公法与私法的基础，公、私法的划分又“为市民社会构筑了一道防御外来侵犯的坚固屏障”。<sup>(12)</sup> 确实，在形式宪法诞生之前，近代立宪主义的两大核心——限权（国家权力）与护权（基本权利）往往都是通过民法典间接实现的。

无疑，民法典限权与护权功能可以超越时空，这是民法典最核心的、固有的宪法功能。或有人认为，通过民法典对国家权力的限制是迂阔之见，民法典根本无法遏制国家权力的扩张和滥用冲动，唯有宪法堪此重任。但若宪法被束之高阁，其限权功能同样将沦为空谈。英国威廉·皮特（William Pitt）慷慨激昂的演讲名言——“风能进，雨能进，国王不能进！”（the King of England cannot enter），在中国长期被视为宪法精神的标语。倘若没有国王对宪政的坚守和对财产权的尊重，农民的茅舍被夷为平地，不过弹指之间而已。所以，任何民法典都具有和宪法一样的限权功能，不过这一功能的发挥最终都取决于国家对民事权利的尊重程度。

需要指出，民法典的“体制中立”与民法典的政治性和宪法功能并不矛盾。前者强调民法规范与政治价值选择无涉，无论采用何种政经体制，民法典的核心内容都不会变化，正如恩格斯对罗马法的评价——后世的商品经济法律不可能对罗马法进行实质性修改。这是因为民法典是关于交易和家庭的“自然规则”，其中的交易规则基本可以适用于任何政经体制，毕竟无论何种体制下都存在交易，不过是交易的频率和数量有别而已。当然，在市场经济和立宪主义体制下，民法典才最有作为。

民法典晚近遭遇的最大危机是来自海量特别法的侵蚀，如《消费者权益保护法》和《劳动基准法》等，民法典逐渐被边缘化，甚至沦为“剩余法”。但是，民法典作为市民社会的基本法的地位根本没有动摇，民法典通过确认和保护民事权利，依然可以保有其内生的宪法功能。

## （二）宪法社会功能的扩张与民法空间的压缩

中国版宪民之争的焦点问题其实可归纳为：宪法可否适用于社会领域？宪法学界主张宪法并非公法，而是根本法，是公法和私法的共同法律渊源。民法学界坚持宪法是公法，以国家为规范对象，调整国家和公民之间的关系；民法则以市民社会为对象，调整私主体之间的关系。因此，二者分别为国家基本法和社会基本法，不会出现交集，宪法与民法的关系不是“母子”关系，民法也不是宪法的实施细则。<sup>(13)</sup> 这种观点与近代立宪主义暗合，即主张宪法

(10) 参见 [美] 斯托林 《反联邦党人赞成什么——宪法反对者的政治思想》，汪庆华译，北京大学出版社 2006 年版，第 124 页。

(11) 同前注 [6]。

(12) 参见赵万一：《从民法与宪法关系的视角谈我国民法典制订的基本理念和制度架构》，《中国法学》2006 年第 1 期。

(13) 同前注 [12]。

的基点是限权，而不是发展基本权利，国家也是自由主义想象的夜警国家和消极国家；基本权利因此只是消极的、不受干预的主观公权利（subjectives Recht），目的是对抗和防御国家而不是其他社会成员的非法侵入。既如此，宪法原则上并不及于私法关系，若国家介入社会过多，反而会僭越宪法，构成对个体法益和自由的侵害。如美国宪法中的权利条款的目的，长期被视为保障公民权利不受“国家行为”的侵犯，私人之间的侵权行为由侵权法解决；<sup>〔14〕</sup>德国在1958年的“吕特案”之前也如此。既然宪法在基本权利被私人侵害时都保持中立地位，它更不可能涉及社会和经济政策。

第二次世界大战是公法与私法发展的共同分水岭。在公法方面，国家越来越广泛、频繁地介入社会生活，传统的警察权和行政权极为膨胀，几乎所有社会领域均被程度不同的法律化（哈贝马斯将这种现象概括为“法律对生活世界的殖民”），这就自然推动宪法扩张到经济、环境、文化等领域。国家功能也发生了根本性变化：基于“福祉的政治”（politics of wellbeing）为公民提供社会权，成为“给付国家”；为现代经济生活提供了巨量的财源，成为市场最大的买方，甚或为促进公私合营而成为“担保国家”……

学界似乎对宪法功能的扩张多着眼于基本权利效力层面，甚少涉及国家过度介入社会后的宪法功能。我国宪法是转型时期的、社会主义初级阶段的宪法，但它并未对社会领域保持政策中立，而是广泛介入了社会领域，并形成了若干较具刚性的社会政策和经济政策。在实践中，国家权力介入经济生活的深度和广度，罕有国家堪比，特别是层出不穷、形形色色的准入管制，使民营经济体的宪法平等权难以落实。事实上，中国民商法也一直在管制的隙缝中寻求生存空间，虽令人扼腕，但也恰好催生了中国民法典最值得期待的特殊宪法功能：建构统一的、公平的市场，赋予不同经济性质的市场主体以平等法律地位。

### （三）宪法基本权利功能的扩张与民法的权利法性质

二战后，基本权利的观念和功能发生了根本性变化，从以往单纯的主观公权利，发展为同时是客观的价值秩序和共同的价值决定（objective Wertordnung 或 Wertentscheidung），基本权利因此获得了主观公权利和客观法（价值）的双重属性。这产生了两方面的积极效力：一是在政治上强化了国家权力的正当性，彰显了宪法是国家与公民立约文件的观念；二是在法律上确认了所有法律的正当性来自于基本权利的观念，作为社会价值共识的基本权利作用于全部法域，尤其是私法领域。宪法理论也一改宪法不影响私人关系的陈说，转而支持宪法适用于私人关系的理论，如德国的“第三者效力”和美国的“国家行为”等。

基本权利作为客观价值秩序不仅要求国家承担消极义务，还要求国家承担保护义务，即通过设立完善的制度、组织、程序实现对基本权利的制度保障（Institutsgarantie）。第一层次的保护义务源于人性尊严的宪法建构原则，要求国家积极保障自由权不受其他私人侵犯，而限于国家的消极尊重义务。第二层次的保护义务则针对第二代人权即社会权，细化为国家的积极给付义务，“制度保障”的客体从单一的自由权拓展至自由权与社会权并立的局面。

无论哪个层次的保护义务，都要求国家创造和维持有利于基本权利实现的各项条件。这主要是通过立法实现的。保护义务的射程不仅及于国家，也及于私人领域的第三人。如《爱

〔14〕 参见〔美〕亨金、罗森塔尔《宪政与权利》，郑戈等译，三联书店1996年版，第21页。

尔兰宪法》第40条第3项规定“国家应通过法律尽可能尊重、保障和维护公民的人格权。尤其是在其受到不当侵害和不对等待遇时，国家应通过法律最大限度地保护每一个公民的生命、人身、名誉和财产所有权”。

宪法基本权利功能的扩张不仅使宪法在社会领域的适用具有了正当性，而且也使宪法和民法的关系更为紧密。民法作为权利法，其核心功能是确认和保障民事权利，民事权利又源于基本权利。从保护义务角度出发，民法典编纂可以理解为立法者受宪法委托，通过民法典实现民事基本权利的保障，其核心内涵有三：强化对基本权利的保障；形成基本权利的核心内涵；立法内容应具有“保护取向”，并明确基本权利应“如何保障”，<sup>(15)</sup>如决定宪法财产权的类型与内容、决定两性之间哪些结合受法律保护等。在这一过程中，立法者虽享有自由裁量权，但不得克减和侵害基本权利的内容。

民事权利是基本权利在民事领域的形成、展开和具体化，这一定性并未贬损民法典的地位，反而强化了民法典的宪法功能：一是民法权利与基本权利同源，会使民事权利的“排他性”具有了对抗国家的正当性；二是民事权利规范并非直接照搬基本权利规范，而是基本权利在私人领域运用的技术化。尤其是宪法未列举的权利，尽管并不因未被宪法列举而丧失了宪法救济的资格，<sup>(16)</sup>但通过民法典将其权利化往往是最好的救济途径。由此，宪法和民法彼此积极影响：基本权利的客观效力决定了民事权利的正当性和发展方向，民事权利的具体类型与内容反过来又可能影响基本权利作为主观权利的内涵。

#### （四）中国宪法的实施状况与“民事宪法”的意义

中国宪法实施机制特别是基本权利的保障机制尚不完善，加之改革实践使部分宪法规范难免与现实社会秩序抵牾，在这种情境下，结合宪法文本和宪法解释，通过权利规范发挥民法典的宪法功能，不仅可以使宪法规范获得生命力，也可以使民法典的功能最大化。对立法者有意留白或不明确的宪法内容，民法典通过确认这些领域的基本原则和规范，可形成“民事宪法”，作为“部门宪法”的重要内容。“民事宪法”虽然可能造成“宪法膨胀”或“肥大”，减弱成文宪法的认知与教育功能，但若将其定位为实质宪法而非形式宪法，可避免这种负面效应。在社会领域高度分化和复杂的今天，“若不强调宪法的成长则已，在社会变迁如此快速的今天，除了把法制中自然形成的基本规范尊为部门的宪法，以补国家宪法之不逮外，奢谈成长岂非自欺欺人？”<sup>(17)</sup>

### 三、中国民法典如何具有宪法功能

在立法实践中，中国民法的宪法功能主要体现为民法的“机械宪法化”，即民法直接照搬宪法条款，最明显的就是《物权法》有关国家所有权的规定。这种立法违反了宪法解释学

(15) 参见李惠宗《宪法工作权保障系谱之再探》，《宪政时代》第29卷第1期。

(16) 参见屠振宇《未列举基本权利的宪法保护》，《中外法学》2007年第1期；王广辉《论宪法未列举权利》，《法商研究》2007年第5期。

(17) 参见苏永钦《部门宪法—宪法释义学的新路径》，载苏氏主编《部门宪法》，元照出版有限公司2006年版，第3页。

原理,因为宪法规定的原则、基本制度或重要内容只能由宪法规定,下位法不能“抄袭”,否则会混淆宪法与法律之间的界限。<sup>(18)</sup> 未来民法典宪法功能的切入点,应为民法与宪法的交叉点即民事权利。

### (一) 为市民社会的组织提供基本制度资源

民法典作为市民社会的基本法,应当为如何组织社会、为私人之间的各种联合体提供基本制度资源,以落实宪法上的结社权和“幸福追求权”。这是目前中国社会亟需解决的重大问题,也是民法典宪法功能的重要维度。在这方面,中国民法典的重点规范内容主要是:其一,采法人类型法定主义,同时提供多种组织体形式以供选择;其二,以法人实在说为基础,兼采拟制说,<sup>(19)</sup> 重点规范法人的组织体特征,即“人+财产”和单独的“财产”如何与自然人的人格相分离,成立一个独立的法律主体,包括法人成立的基本条件、内部组织结构和权力如何配置、对外如何活动等;其三,法人的基本类型采“社团”和“财团”标准,以涵盖各类营利法人和非营利法人。但民法典不应对法人成立的目的是否为“营利”进行判断,以便为个体的联合尤其是非营利法人的发展预留更广阔的空间。

传统宪法尽管以公民为中心,但德国宪法(《基本法》第19条第3项)、美国宪法的实践<sup>(20)</sup>,逐渐承认法人享有某些基本权利,这对国家与个人之间的社会中介组织匮乏的我国,应当别具深意。民法典组织社会的宪法功能若能彰显,将一方面满足个体人格自由、全面和多元发展的需求,另一方面使公民至少在某些社团中获得民主意识和民主技能,从而成为积极公民。这对个人和国家的重要意义都不言而喻。

### (二) 捍卫人格尊严和人格自由发展

捍卫人格尊严是现代政治文明的最高允诺和底线,也是现代宪法的出发点和基本原理。基本权利作为客观价值的效力、宪法对第三人的效力、国家的保护义务、基本权利的组织和制度保障等观念,最初都源于人格尊严。如德国《基本法》第2条第1项规定,个人有自由发展其人格之权利,但以不侵害他人权利、违反宪政秩序和道德规范为限。在学理和实践上,人性尊严不能作任何限制,也不具有权衡的可能性(Abwägungsmöglichkeit)。<sup>(21)</sup>

个人尊严作为人格权的出发点,很难被具体化为内涵明确的权利,而是蕴含了自决、平等和独立的理念综合体,其目的是使个体能充分发展其人格,追求幸福,形成人的“多样性”。但人格尊严可衍生出一般人格权和具体人格权。如德国《基本法》中人格权的权源是“人格自由发展权”,包括一般人格权与一般行为自由(allgemeine Handlungsfreiheit)。日本宪法的人格权也分为人性尊严——“幸福追求权”或“人格权”——具体人权三层。<sup>(22)</sup> 我国

(18) 参见韩大元《由〈物权法(草案)〉的争论想到的若干宪法问题》,《法学》2006年第3期。

(19) 参见谢鸿飞《论民法典法人性质的定位:法律历史社会学与法教义学分析》,《中外法学》2015年第6期。

(20) Robert L. Kerr, Subordinating the economic to the political: The Evolution of the Corporate Speech Doctrine, *Comm. L. & Pol'y* 63(2005).

(21) Vgl. W. Höfling in: Sachs, Michael (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar* 4. Aufl. 2007, Rn. 10f.

(22) 参见林来梵《宪法上的人格权》,《法学家》2008年第5期。

《宪法》第38条只规定了“人格尊严”，其具体含义尽管有所争议<sup>(23)</sup>，但将其作为宪法一般人格权的权源，并不存在法律障碍。

民法典历来以康德主义对待自然人，民法中的人并非自然人，而是伦理人，民法典的核心任务之一也是促进人格的自由和多元化发展。民法不仅应规定具体人格权，还应规定一般人格权。从欧陆经验看，民法上的一般人格权都是宪法“间接”适用于民法的产物，体现了宪法对民事立法者的拘束力。中国民法典规定人格权的原因在于：其一，它与宪法人格权的功能不同，前者旨在防范第三人的侵害，后者则旨在抵御国家对人格权的侵犯；其二，民法若不规定人格权，法院只能以宪法为保护人格权的法律基础，势必又面临法院不能适用宪法规范做出民事判决的障碍。<sup>(24)</sup>中国民法典可在《民法通则》第101条、《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第1条第1款第3项的基础上，明确规定以“人格尊严和人格自由”为核心的一般人格权，同时规定传统的具体人格权。此外，在参酌社会一般观念和权益保护需求的基础上，还可审慎引入信用权等新兴人格权。

### （三）承认和保护家庭权、家庭成员权

家庭虽然是社会最基本的单元和细胞，却往往被宪法遗忘，或成为脱逸宪法平等审查的重点领域。1787年美国宪法及历次宪法修正案均未涉及“家庭”，原因在于家庭法的立法权由各州保留。<sup>(25)</sup>但二战后，这种情形发生了逆转，美国家庭法最大的发展是“宪法化”，即宪法大量介入家庭法，成为调整家庭成员之间关系的基本规范，家庭法的价值理念被重塑，家庭成员间的关系被重构，家庭法上的权利被上升为宪法权利。<sup>(26)</sup>同一时期，欧陆和日本的民法典也经历了宪法平等原则的洗礼，在家庭和继承领域确立了男女平等、夫妻平等、婚生子女与非婚生子女平等的原则。基于此，有学者认为单一的婚姻自由难以概括家庭享有的权利，家庭权应成为一项基本权利。<sup>(27)</sup>

我国《宪法》第49条第1款规定“婚姻、家庭、母亲和儿童受国家的保护”，似乎将家庭权作为一种宪法权利，不过具体内容尚不明确。现行婚姻法、继承法也全面落实了宪法平等原则。未来民法典要扩张家庭法的宪法功能，可考虑将“户”的主体地位从个体工商户、承包经营户扩大到所有家庭，承认家庭的主体地位。这既契合中国人的民情，亦无违家庭法的现代化潮流。家庭法的宪法功能最疑难的问题首推如何平衡、整合基于人的多元性和生物科技产生的难题，尤其是同性婚姻和代孕合同制度。这些宪法和民法交叉的问题涉及多数人在何种程度上应尊重少数人的选择以及多数决的人权保障界限，民法典目前规范这类问题的条件尚未成熟。

(23) 参见胡锦涛、韩大元《中国宪法》，法律出版社2007年版，第280页；林来梵《人的尊严与人格尊严——兼论中国宪法第38条的解释方案》，《浙江社会科学》2008年第3期。

(24) 参见王利明《人格权法中的人格尊严价值及其实现》，《清华法学》2013年第5期。

(25) 美国家庭法在实践中也并非完全属于州法，也深受联邦宪法影响。参见Libby S. Adler, *Federalism and Family, J. Gender & L.* 197(1999)。

(26) 参见姚国建《宪法是如何介入家庭的——判例法视角下的美国宪法对家庭法的影响及其争拗》，《比较法研究》2011年第6期。

(27) 参见李震山《宪法意义下的“家庭权”》，《中正法学集刊》2004年第16期。

#### (四) 细化宪法财产权的类型，建构市场经济财产权体系

财产权历来被视为宪政秩序的硬核，这是因为财产与宪法的两个基本价值密切关联：一是自由，财产权不仅意味着人对物的支配和处分自由，还被作为公民参与政治公共事务甚至人格自由的基础、对抗国家权力的利器。二是平等，“商品是天生的平等派”，财产尤其是货币消解了等级、血缘与特权形成的差序格局，促成了人格平等。中国民法典的宪法功能在财产权方面有相当大的施展空间，其重点如下。

##### 1. 财产权类型的安排

《宪法》第13条第1款规定“私有财产不受侵犯”，第2款规定国家保护“公民的私有财产权和继承权”，2004年《宪法修正案》用“财产权”取代了“所有权”，表明凡合法财产均受宪法保护，宪法上的财产权也可简单界定为具有经济利益的权利。民法典落实国家对财产保护义务的前提就是财产权的类型化。首先，民法典完全可以依据自身的构造逻辑和特定术语将财产权类型化，而不以“财产权”笼统称之。其次，民法典对财产权的确认应采取宽松原则，主要考虑两个要素：其一，权利客体应为具有经济利益的全部财产。“财产”既包括不动产和动产，也包括物以外的无形财产（如发明、商业秘密、信息、网络虚拟空间等）和法技术构造的财产权（股权）；既可以体现为权利人对财产的全面支配（如所有权），也可以体现为对财产的部分支配（如用益物权和担保物权）。其二，权利必须可以公示，具有支配性和排他性。此外，公法上的财产权因其权源为公法，民法典不宜规定。《民法总则（草案）》将物权的范围扩大到网络虚拟财产，并将知识产权、股权纳入民法财产权体系，全面履行了国家对财产权的立法保护义务，扩张了民法的宪法功能，殊值肯定。

需要说明的是，尽管宪法不可能明文列举民法中的财产权，立法机关依据宪法“财产权”概念构建民法财产权类型并不违宪，而属于宪法的续造。其依据也是宪法的财产权规范，而非《宪法》第33条第3款关于“国家尊重和保障人权”的一般性规定。

##### 2. 土地上的财产权

中国民法典最能发挥宪法功能的财产制度莫过于土地权利制度。在土地公有制的法律框架下，民法典如何既能调适宪法规范和改革趋势之间的矛盾，又能从原则法的角度发挥民法土地权利制度的宪法功能，委实是民法典编纂的最大挑战。民法典对城市土地与农村土地权利的安排，可以统一考虑的思路是“淡化所有权，强化用益物权”，使土地所有权的真正权能均由用益物权人享有。

民法典亟需解决的是农村土地权利流转的老大难问题。《物权法》虽然明确了农村土地承包经营权的性质为用益物权，但它依然是无法资本化、无法自由流转的残缺权利，并不完全具有用益物权的特征。为协调农村土地的社会保障功能与农村地权自由流转的矛盾，党中央作出了“三权分置”的顶层设计，即土地承包经营权一分为二，包括承包权和经营权。民法典如何对三种权利进行定性和界分，并妥善处理三种权利的效力关系，尚需进一步总结实践中的农村土地权利流转经验，并斟酌现行的物权体系和效力结构。民法典规定“三权分置”并未突破《宪法》第8条，因为它只规定了农村集体经济组织实行家庭承包经营为基础、统分结合的双层经营体制，并未涉及土地流转问题。

### （五）确认已达成共识的实质平等条款，促进社会公正

宪法基本权利从近代到现代的转型主要体现为社会权的兴起，国家因此承担了保护社会权的义务，甚至包括给付义务，而不再像对自由权那样，仅仅承担消极的尊重义务，最多亦限于提供组织与制度的保障义务。社会权的兴起使国家从“基本权的敌人”转变为“基本权的朋友”，这不仅动摇和改变了古典宪法的诸多观念，在实务操作中也引发了保障标准和限度的确定性争议。但是，作为国家回应现实社会危机的宪法工具，社会权对保护立法者假定的弱势群体和巩固国家权力的正当性具有积极意义。《宪法》第42条第2款等也规定了较为全面的社会权。

与宪法社会权规范相比，立法者在社会领域追求私人之间实质平等（德国学者卡拉里斯称为“具体化”趋势）的热忱更为突出。<sup>[28]</sup> 有宪法学者主张在私人领域内，只要双方权利不平等时，就有必要直接使用基本权保障，<sup>[29]</sup> 但在基本权利方面，私人主体之间的关系完全不同于私人与国家之间的关系，前者不可能在根本上侵害自由，而后者则可能。因此，民法典应区分宪法平等权和自由权，做不同处理：在民事领域必须保障自由权，同时根据具体交易类型，设置平衡双方当事人之间悬殊力量的条款。与宪法一样，民法典保障社会权的宪法功能还需要总结和观察，才能将有关消费者、劳动者的特殊立法纳入民法典。<sup>[30]</sup>

## 结 语

从根源上说，宪法和民法都具有“高级法”的超验基础，其正当性都在于对人的保护，即将每个人都作为“人”。在历史上，欧陆范式民法典诞生时期曾分享了宪法功能，这是因为两者都可以抵御公权力的不当侵蚀、确认和保障人权。中国宪法作为社会主义初级阶段的宪法，为中国社会和经济的走向留出了较大空间，未来民法典的宪法功能值得深入发掘。但是，与范式民法典时期不同，中国已经有了完善的宪法，它作为全国人民的价值共识和政治决定，当然应约束民法典。因此，民法典不可能是自足的、不受宪法价值限制的，“民法帝国主义”不宜提倡。但将民法作为宪法的施行法也未尽妥当：一是宪法作为国家立基的政治文件和根本大法，不可能也不应当全面介入社会生活和私人领域；二是若民法成为宪法的施行法，则刑法、行政法等法律均应成为宪法的施行法，宪法就成了唯一的法律渊源，这将对现行法律体系造成巨大冲击。

蔡定剑教授曾指出，我国当前的一切矛盾和问题，根本来源在于权利的缺失和权力的滥用，<sup>[31]</sup> 这又源于宪法的实施不力。民法典若能充分发挥限权和护权功能，起到“半部宪法”的作用，与宪法协力构建良好的民事生活和公共秩序，实现宪法民法双赢，应该是值得追求的。

（责任编辑：赵丹）

[28] 参见 [德] 卡拉里斯 《债务合同法的变化——即债务合同法的“具体化”趋势》，张双根译，《中外法学》2001年第1期。

[29] 参见 [德] 齐佩利乌斯 《德国国家学》，赵宏译，法律出版社2011年版，第400页。

[30] 参见谢鸿飞 《民法典与特别民法关系的建构》，《中国社会科学》2013年第2期。

[31] 参见蔡定剑 《民主是当前解决社会矛盾的关键》，《法学研究》2007年第4期。

specialty of its basis. The second reason is that history has shown the special track of the basis of Civil Law. The third reason is that although the Constitution plays an important role in modern society, it has its special task in regulating the society and does not need to be designed as the basis of Civil Law.

Key Words: Basis of Civil Law; Individuality of Civil Law; Spontaneity of Civil Law; Normalization function of Constitution; Effect of Fundamental Rights

Long Weiqiu, Professor at School of Law of Beihang University, Doctor of Law.

***The Constitutional Function of Chinese Civil Code: Surpassing the Implementation of Constitution and the Imperialism of Civil Law***

XIE Hongfei • 39 •

The power source, legislation procedure and content of the Civil Code should be restrained by the Constitutional Law. With the current poor implementation of Chinese Constitution, the Civil Code should try its best fill up the gap through its inherent constitutional function. The Civil Code can restrain the national power through civil rights, protect human dignity, establish family right, offer general doctrines for the establishment of organizations, improve the categories of property right, and facilitate the equality between civil persons. In the final sense, the civil rights are of the same origin with the fundamental rights. Both the civil law and the constitutional law should serve for the respect and protection of human rights.

Key Words: Civil Code; Fundamental Rights; Right of Association; Right of Personality; Property Right

Xie Hongfei, Researcher of the Institute of Law of Chinese Academy of Social Sciences, Doctorial Supervisor, Doctor of Law.

***Procuratorial Monograph***

***Initial Study on the Prosecutor's Authority List System***

DENG Siqing • 48 •

Making the prosecutor's authority list is an important task of procuratorial reform. The list has 3 patterns: the full listed pattern, the specified member listed pattern, and the excluded pattern. Making the authority list should be careful with the assignment and disintegration of the case investigation authority of the procuratorate, as well as the degree of the discretion of the chief prosecutor. Judging from the practice, the list should adopt the specified member listed pattern, giving general prosecutors certain discretion to ensure their individuality with clarified authority. The list should be classified into 3 categories to irrespectively regulate the authority of the Procuratorial Committee, the chief prosecutor and the general prosecutor.

Key Words: Prosecutor's Authority List; Specified Member; Judicial Accountability System; Procuratorial Reform; Assignment of Procuratorial Authority

Deng Siqing, Researcher in the Research Institute of Procuratorial Theory of the Supreme People's Procuratorate.

***Empirical Research on the Supervision over Criminal Case – Filing***

LEI Xinhong • 62 •

The case – filing model of China is based on the initiation of a special docketing procedure. The