

【法学研究】

基础、价值与属性：宪法和民法在法律体系中地位新释^{*}

郝铁川

摘要：在法律体系中，宪法是根本大法，民法是基础法；在法治现代化过程中，民法是法律体系现代化的理论基础；宪法是现代性法律体系运行的基础；在社会秩序和自由中，宪法主要的价值在于维护社会秩序，民法主要的价值在于维护社会个体的自由；在法律的阶级性和社会性方面，宪法较多地体现法的阶级性，民法较多地体现社会经济生活习惯。因此，民法是法律大厦的基础，宪法是法律大厦的框架。就此意义而言，我们提出“宪法为万法之父，民法为万法之母”，以强调这两部法律在法律体系中的重要性。

关键词：宪法；万法之父；民法；万法之母

中图分类号：D921

文献标识码：A

文章编号：1003-0751(2022)12-0066-11

学术界关于宪法和民法的关系的研究，过去主要集中于两者效力、地位的高低问题，共有两种意见：一种认为宪法效力和地位高于民法，一种认为宪法和民法的效力和地位平起平坐。2018年11月7日，笔者在《法制日报》发表《论宪法为万法之父、民法为万法之母》一文，没有介入宪法和民法地位高低问题的争论，而是从法制发展史的角度指出，这两部法律在整个法律体系中起着最为关键的作用，提出“宪法为万法之父，民法为万法之母”的观点，意在强调民法是滋润法律体系的源泉，宪法是规范法律体系的框架。该文刊出后，中国民法界德高望重的江平教授非常重视，在几次演讲中都对其作了推介，不少学者在宣讲我国新出台的民法典时，在论述民法典的重要性时，也引用该文的观点。但由于拙文发表在报纸上，受篇幅所限，未能展开，职是之故，草成此文，略加展开，以求教于博雅君子。

一、民法是法律体系现代化的理论基础， 宪法是现代性法律体系运行的基础

这里所说的“现代化”，是指现代化的过程；“现

代性”是指现代化的完成和结果。民法为法律体系现代化提供理论支撑，宪法为现代性法律体系运行提供航道。民法的作用主要体现在法律体系的现代化过程之中，宪法的作用主要体现在现代性的法律体系形成之后。

（一）宪法是现代性法律体系运行的基础

法律体系现代化虽然离不开民法这一基础性理念和制度，但毕竟所有法律都要经过国家机关的制定或认可，以及解释、修改、实施等。而国家权力的设置与分工需要宪法来规定，因此，法律体系的运行依赖宪法的运行。

1. 宪法通过规定国家主权、立法权、行政权、司法权、公民基本权利与义务等，使法治的立法、执法、司法、守法等要素得以运行

宪法是对一国主权的规定，主权是指一个国家所拥有的独立自主地处理其内外事务的最高权力。主权对内即国家的统治权，由宪法通过明确规定国家的立法权、行政权、司法权等手段来实现。

因为宪法规定了国家的立法权、立法体制、立法原则等，使法律得以产生、法律体系得以形成；因为宪法规定了国家的行政权，使执法权得以运行，法律

收稿日期：2022-11-02

^{*} 基金项目：河南省哲学社会科学规划项目“全面依法治国的理论内涵和时代意义研究”（2022WT037）。

作者简介：郝铁川，男，河南大学法学院特聘教授（河南开封 473021）。

初步实现了强制性。在我国,80%的法律是靠行政机关来实施;因为宪法规定了国家的司法权,使法律能够依靠国家暴力而最终实行;因为宪法规定了公民的基本权利和基本义务,为公民守法奠定了基础。

2.合宪性审查制度和规范性文件备案审查制度保证了法律体系的一致性

法律体系,是指一个国家的全部现行法律规范,按照一定的原则和要求,根据法律规范所调整的对象和调整方法的不同,划分为既相互区别又相互联系的不同的法律部门,从而构成一个内在统一的整体。怎样保证法律体系内的众多法律之间不发生相互抵触、矛盾现象呢?最重要的就是合宪审查制度和备案审查制度。

域外把合宪审查叫作违宪审查。它是指特定的国家机关根据特定的程序或者方式,针对违反宪法的行为或者规范性、非规范性文件进行审查并处理的制度。违宪审查包括违宪判定和违宪制裁两个最基本的环节,它以违宪判定为基本出发点,以违宪裁决为最终归属。域外违宪审查体制通常分为四类:一是权力机关审查体制,即立法机关审查机制,代表性国家是英国。二是普通法院审查机制,即司法机关审查机制,是指由普通法院在审理案件的过程中附带地对适用该案件的法律合宪性进行审查,代表性国家是美国。三是宪法法院审查制,是指设立专门的宪法法院行使违宪审查权的制度,代表性国家是奥地利、德国等。四是宪法委员会审查制,是指设立专门宪法委员会行使违宪审查权的制度,代表性国家是法国。

中国为了保持法律体系的一致性,建立了合宪性审查制度和规范性文件备案审查制度。合宪性审查制度是指有关方面拟出台的法规规章、司法解释以及其他规范性文件和重要政策、重大举措,凡涉及宪法有关规定如何理解、实施和适用问题的,都应当依照有关规定向全国人大常委会书面提出合宪性审查请求。全国人大常委会依据宪法对审议前、审议中的法律文件或具体行为是否符合宪法进行审查,确认其与宪法规定是否不一致、相抵触或矛盾,并根据宪法作出是否合宪的判断。当前,全国人大宪法和法律委员会承担推动宪法实施、开展宪法解释、推进合宪性审查、加强宪法监督、配合开展宪法宣传等工作职责。

规范性文件备案审查是一项具有中国特色、符

合中国国情的宪法监督制度。规范性文件是涉及公民、法人和其他组织权利义务,且具有普遍约束力、可以反复适用的文件。对规范性文件实行备案审查,是维护宪法尊严、保证国家法制统一的重要制度。全国人大常委会委员长会议制定了《法规、司法解释备案审查工作办法》,法制工作委员会作为工作机构,制定了备案审查工作规程和衔接联动机制若干规定。推进“有件必备”,逐步落实“有备必审”,努力实现“有错必纠”。党的十八大到二十大的十年间,累计推动、督促制定机关修改、废止各类规范性文件2万余件,切实保护公民合法权益,维护国家法制统一。

3.宪法的制定、修改、解释带动着法律体系的产生与更新

一个国家宪法的制定,为该国法律体系的形成打下了基石。如同我国《宪法》序言所说:“本宪法以法律的形式确认了中国各族人民奋斗的成果,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。全国各族人民、一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织,都必须以宪法为根本的活动准则,并且负有维护宪法尊严、保证宪法实施的职责。”

宪法的修改带动了法律体系的更新。宪法修改又称“宪法修正”,是宪法制定者或者是依照宪法的规定享有宪法修改权的国家机关或其他特定的主体,对宪法规范中不符合宪法制定者利益或社会实际需要的内容,根据宪法所规定的特定修改程序加以删除、增加、变更宪法部分内容的宪法创制活动。宪法修改实质上是宪法变动的一种主要形式。宪法位于一国法律体系的顶端,是其他一切法律制定和实施的根据。宪法修改后,其他法律为了与宪法保持一致,必然会作出相应的变更或废止。

宪法解释为其他法律的遵循提供了明确的轨道。宪法解释与宪法修改同样为宪法发展的重要方式。由于宪法规范与宪法条文具有模糊性、抽象性、开放性与广泛性等特点,几乎所有的宪法条文都需要通过宪法解释作出明确的界定。宪法解释对于保证全面、正确地贯彻实施宪法具有重要作用。它可以阐释宪法精神,补充宪法缺漏,适应社会的发展;保障宪法权威,维护法制统一,判定违宪行为。例如,2011年8月,香港终审法院在审理一起与刚果民主共和国有关的案件时,涉及香港特别行政区是

否应适用中央人民政府决定采取的国家豁免规则或政策的问题,香港终审法院依据我国《香港基本法》第一百五十八条第三款的规定,提请全国人大常委会对《香港基本法》的有关条款进行解释,为此,十一届全国人大常委会举行第二十二次会议,经表决,通过了全国人大常委会关于《中华人民共和国香港特别行政区基本法》第十三条第一款和第十九条的解释。全国人大常委会的解释指出,根据香港基本法第十三条第一款关于“中央人民政府负责管理与香港特别行政区有关的外交事务”的规定,管理与香港特别行政区有关的外交事务属于中央人民政府的权力,中央人民政府有权决定在香港特别行政区适用的国家豁免规则或政策。依照香港基本法第十三条第一款和本解释第一条的规定,中央人民政府有权决定在香港特别行政区适用的国家豁免规则或政策;依照香港基本法第十九条和本解释第三条的规定,香港特别行政区法院对中央人民政府决定国家豁免规则或政策的行为无管辖权。根据香港基本法第十三条第一款和第十九条的规定,香港特别行政区,包括香港特别行政区法院,有责任适用或实施中央人民政府决定采取的国家豁免规则或政策,不得偏离上述规则或政策,也不得采取与上述规则或政策不同的规则。香港基本法第十九条第三款规定的“国防、外交等国家行为”包括中央人民政府决定国家豁免规则或政策的行为。上述解释体现了“一国两制”方针,对于推动《香港基本法》全面正确实施具有重要意义。

(二) 民法为法律体系现代化奠定理论和制度基础

世界法治现代化是从罗马法的复兴开始的。法国著名法学家达维德说,法的其他部门只是从民法出发,较迟和较不完备地发展起来的。民法曾经长期是法学的主要基础。19 世纪至 20 世纪参与制定公法的法学家们都是通过民法学习而培养出来的。因此他们制定的公法非常自然地是以民法为榜样,或至少以民法为起点而制定出来的。民法在各类法律中起了基础学科的作用。法的其他门类皆以民法为模式而改进、发展^[1]。

英国法学家梅因指出,从古代法到现代法的演进,就是一个“从身份到契约”的发展过程,即由封建的人身依附关系发展到资本主义的个人契约关系。这表明,法治的现代化的起点是民法,它是生产

关系发生巨大变化的集中体现。保障权利是法治现代化的核心理念,梅因对此指出,法律学有“权利”这个观念,应该归功于罗马法^[2]。

德国法学家拉德布鲁赫指出,从表面上看,宪法(国家法)是所有其他法律的源泉,但从历史的角度来看,恰恰相反,宪法建立在私法基本概念的基础之上,私法稳定而长存,宪法、公法则多变而易逝^{[3]85}。公法是日耳曼法的起点,私法是罗马法的起点,后者影响了前者。只有罗马私法才教会德国人法学思维,在罗马私法的土壤上建成了后来所有法律知识、范畴,罗马私法的所有权概念在法兰西 1789 年《人的权利和公民权利宣言》中被称为一种不可侵犯和神圣的权利^{[3]91}。第三法域的经济法和劳动法也是从私法基础上跃升为公法的^{[3]124}。

马克思、恩格斯指出,罗马法是商品生产者社会的第一个世界性法律。中世纪后期,工业和商业瓦解了封建生产关系,罗马法复兴了。它成为欧洲一切国家法律体系的基础,后来的一切立法都不能对它作出任何实质性的修改^{[4]34,46}。例如,古代罗马的自由民之间产生了私人的平等,在这种平等的基础上罗马法发展起来了^{[4]42}。到了近代,资产阶级起初是在私法方面,后来逐渐在公法方面实施了个人在法律上的平等权利,从那时起,平等权利至少在口头上是被承认了^{[4]45}。

法治现代化之所以以民法为起点,是因为以私法为主要内容的罗马法是调整平等主体之间商品交换关系的第一个世界性法律。而近代市场经济是古代罗马简单商品经济在更高基础上的复活,民法也就相应地成为法治现代化的起点和基础。

1. 民法理念为宪法的产生提供理论和制度基础

第一,罗马法是英国《大宪章》产生的基石。根据陈鹏飞教授的研究,近代宪法萌芽于英国 1215 年产生的《大宪章》,而罗马法是《大宪章》产生的基石^[5]。主要表现为:在财产和赋税方面,《大宪章》从地产、动产、债务、继承、监护、赋税等多方面对个人财产进行保护,这些规定与罗马法的相关内容有许多相同或相似之处。在宗教、市镇和市场自治规定方面,《大宪章》涉及这些方面的条文有 10 条,其中有 8 条留有罗马法的痕迹。在人身自由及刑事司法制度方面,《大宪章》第 38、39、40 条的核心是保护人身,这些条款类似于罗马法,深受罗马法观念影响;《大宪章》第 17 条关于民事诉讼不得向

皇座法院提起、但应于指定地点受理的规定,涉及依令状进行诉讼和巡回审判问题,而令状制度是罗马共和国晚期为纠正程式诉讼繁琐程序采用的一种简明而有效的程序;《大宪章》第24条关于“君长、监军保安官、检验吏或执行吏不得受理刑事诉讼”的规定,是继受罗马帝国后期刑事管辖权逐步缩小到总督和帝国中央做法的结果。总之,《大宪章》中有40条受到罗马法的影响,占其条款总数的63%。

第二,近代代议制理念源于罗马法。首先,议员(人民代表)的产生与罗马法的委托代理观念和法人理念密切相关。罗马法中明确界定了受委托人根据委托人的指示,经管一项或数项事务的委托关系。关于法人观念,罗马法学家最早认识到团体具有独立的法律人格,享有不同于其成员的权利,法人观念由此出现,因而也使人们考虑到了法人代表的问题。委托代理和法人代表的理念构成议会代表制的基础。其次,议会表决制的产生与罗马法“关涉全体之事,须得全体同意”的理念有密切关系。这句话表述的是《优士丁尼法典》中关于共同监护人权利的一项原则,本意是指当数名共同监护人对被监护人享有不可分割的权利时,任何会影响到其他共同监护人权利的监护人行为,都应该得到其他监护人的同意。罗马法学家对这一原则进行了重新解释,充分挖掘其中所蕴含的“同意”思想,将这一原则从私法领域扩展到公法领域,广泛运用到教会和世俗国王的各种管理实践之中。“关涉全体之事,须得全体同意”原则带来了表决程序理念,这一程序机制经历了起初要求全体一致同意,到后来实行少数服从多数的过程。正是以罗马法复兴带来的法人代理观念“关涉全体之事,须得全体同意”原则,城市代表才成为议会的固定组成部分,城市代表的出现促成了封建咨议会向议会的转变^[6]。

第三,罗马法的契约观念引发社会契约理论的产生,为近代宪法的产生奠定理论基础。契约是社会个体通过自由订立协定而为自己或他人创设权利、义务的一种书面协议。罗马法最早阐明了契约的法学原理。古罗马法学家盖尤斯把债划分为契约与私权两大类。中世纪阿奎那在此理论的基础上提出有偿契约与无偿契约的划分。到了近代,契约精神从传统的私法领域发展到公法领域,霍布斯、洛克及卢梭创设了社会契约论。社会契约论包括丰富深刻的宪法思想,是近代宪法的理论基础。主要表现

为以下几个方面:一是宪法至上的观念,二是“天赋人权”的思想,三是“主权在民”的理念,四是“有限政府”的宪法理念^[7]。

第四,罗马法中自然法传播的理性平等观念,是近代宪法中“法律面前人人平等”原则的来源之一。古罗马的自然法是罗马法发展的指导思想,它促成罗马法对客观自然规律的尊重。自然法认为,在人类中存在着一种不分种族、性别、财富、智力而适用于所有人的法。这就是说人类的理性是平等的。这种理性平等和基督教“上帝面前人人平等”理念一起成为近代宪法“法律面前人人平等”原则的理论来源。

2. 民法为刑法的现代化提供理念和制度基础

第一,罗马法确立了以私法思维对待刑事问题的传统。古代法律都是诸法合体,民刑不分。罗马法中许多在我们今天看来属于刑法领域的内容都被吸收到私法范围,这种以民事手段处理刑事案件的方式,与中华法系惯以刑事手段处理民事纠纷的法律传统截然不同。一是受“公法”和“私法”划分的影响,罗马刑法把犯罪行为分为“公犯”与“私犯”两种。公犯是指危害罗马国家利益、由国家明确予以刑罚惩罚的行为,所有罗马市民均有控告的权利和义务;私犯是指侵犯私人人身、财产或名誉的行为,被看成是债的来源之一,原则上只有被害人才有权起诉。用现代的眼光来看,侵权问题的解决途径是民事性的,而私犯则跨入了刑法的领域。二是罗马刑法把“私犯”视为私权自治领域内的事情,主要依靠私人的意愿来解决问题,国家原则上无权强行干预。这种观念反映了在民主气氛浓厚、简单商品经济发达的罗马社会,公民之间要求平等、自由、自治的法律和政治意识。三是罗马刑法在漫长的发展历程中也逐渐扩大公犯的范围,并以重刑相遏制,但无论在实定法上还是在法学理论上,罗马人始终未归纳出犯罪、刑罚和刑事责任的法律定义,未就罪名和刑罚进行系统分类。在整个古代罗马法制史中,犯罪与刑罚的规定始终散见于大量的单行法律之中,两者之间对应的随意性也较大。这大概是因为罗马人惯于以民法思维和民法方法解决刑法问题,重民法、轻刑法而造成的^[8]。

罗马法先民后刑的传统,影响了后世民法是刑法前置法、刑法是保障法或二次法观念的产生。2020年9月1日,陈兴良教授在接受《人民检察》记

者的访谈中指出,民法典是刑法的前置法,刑法对民法有从属性。民法典的规定对于刑法中的定罪活动具有一定程度的制约性。在通常情况下,先制定前置法,然后再将违反前置法的行为规定为犯罪。在处理刑民交叉案件时,不仅应当依据刑法规定及理论,而且应当参考民法规定及理论,刑法与民法具有对应性。因此,刑法要谦抑,民法要扩张。王利明教授在《中国大学教学》2019 年第 11 期发表的《民法要扩张,刑法要谦抑》一文中指出:在现代社会,对于相关的法律纠纷,如果能够通过民法解决,而且能够有效,则应当尽可能通过民事责任的方式解决,而无须动用刑罚。只有在民法的方法无法很好解决相关纠纷,而且相关行为可能危及公共安全和公共秩序时,才有必要动用刑法。所以,民法应当扩张,而刑法则应当谦抑。这样才能更好地保护公民的各种合法权益,尤其是公民的人身权和财产权,并确保将以刑法为代表的公权力限制在合理的范围之内,同时有效地发挥刑法应有的惩治和预防犯罪、维持社会秩序的功能^[9]。

第二,罗马私法中的契约观念对罪刑法定、罪责刑相适应等原则的产生具有一定的影响。社会契约论源于民法的契约理念。17、18 世纪在古罗马自然法基础上形成的古典自然法学派的代表人物,如荷兰的格劳修斯和斯宾诺莎、英国的霍布斯和洛克、德国的普芬多夫、法国的卢梭等,他们用社会契约论解释国家的起源,提出为了更好地实现自然法规定的自然权利,人们才联合起来订立契约、成立国家,将立法权、刑罚权委托给国家,以增进个人的幸福,对违反者只能按照规定处以刑罚。这些思想为罪刑法定原则提供了理论基础。

罪责刑相适应原则也被称为罪刑等价主义或者罪刑相均衡原则,是现代刑法的另一重要原则。大多数学者认为,古希腊的哲学家亚里士多德最早论述罪责刑相适应思想。后来,罗马“自然法之父”西塞罗在《法律篇》中阐述了罪责刑相适应思想,认为对于违反任何法律的惩罚,应与犯法行为相结合。到了 17、18 世纪,古典自然法学派的创始人格老修斯提出“惩罚之苦等于行为之恶”;霍布斯提出,惩罚的本质在于使人服从法律;孟德斯鸠说,惩罚应按罪之大小来决定惩罚之轻重;贝卡利亚在《犯罪与刑罚》一书中系统论述了罪责刑相适应的思想;1789 年法国的《人权和公民权宣言》规定了罪责刑

相适应原则,并为 1810 年《法国刑法典》所采纳。

3. 民法为行政法的产生、发展提供理念和制度基础

杨登峰教授认为,民法是行政法的基础,这主要表现在三个方面:一是民法的制度原理在很大程度上影响着行政法的制度原理。如行政行为效力理论在很大程度上受到民法的影响,行政法上的撤销制度、无效制度、变更制度、转换制度、补正制度以及追认制度等,实际上都是以民法为制度渊源发展而来。二是民法的概念影响到行政法的概念。如行政行为概念本身即受到民事法律行为概念的影响。三是民法的基本原则影响了行政法的基本原则。如诚信原则、平等原则等,虽然不能说完全与民法中的相关原则相同,但明显地受到民法基本原则的影响^[10]。

在许多领域,民法可以说是行政法的前置法。例如,我国《民法典》规定,对于高空抛物行为由公安等机关负责调查;动产抵押、婚姻登记、建筑物住宅的续期、政府协助设立业主大会和选举业主委员会、个人信息保护等方面,行政机关承担了大量行政职责和义务,需要制定或者修改相关行政法律法规予以回应。民法典强调保护产权、优化营商环境,但缺乏较为具体细致的规定,需要通过行政法来具体安排。个人信息保护属于民法范畴,但当对个人信息的侵犯严重到一定程度时,就构成了对公共秩序的违反,需要行政权力介入并加以防范,即进行个人信息保护的执法或司法,追究相关人员的行政或刑事责任。

4. 民法为诉讼法的产生、发展提供理念和制度基础

第一,罗马法为现代刑事诉讼法的核心原则——无罪推定提供了理论基础。在罗马法中有以下的记载:“要让所有被告明白他们是不会被定罪的,除非有正当的证人或确凿的文书或环境证据,能毫无疑问及比白天更清晰地证明他们的罪”,“有疑,为被告人之利益。”作为一个完整的法律思想和概念的“无罪推定”原则,由 18 世纪古典自然法学派代表人物之一的意大利刑法学家贝卡利亚在《论犯罪与刑罚》中提出:“在法庭判决之前,一个人是不能被称为罪犯的。只要还不能断定他已经侵犯了给予他公共保护的契约,社会就不能取消对他的公共保护。”“如果犯罪行为没有得到证实,那就不应该折磨无罪的人。”“无罪推定”原则后来被写入国

际法文献之中,并被大多数国家所接受。

第二,民法为民事诉讼法提供了理论基础。现代民事诉讼法有两大原则,一是处分原则,二是辩论原则。前者即当事人有权在法律规定的范围内处分自己的民事权利和诉讼权利;后者是指当事人在诉讼中所提出的事实经过辩论才可以作为法院判决的依据。上述理念和制度源于罗马法。罗马法将法分为公法和私法,与此对应,诉讼被分为公诉和私诉两种,私诉是根据个人的申诉对有关个人的案件进行审查。在诉讼中,案件的提出由当事人决定,双方当事人有权挑选裁判人,诉讼依照双方的合意进行,当事人可以任意处分自己的实体权利和诉讼权利,“不告不理”和“不干涉”是罗马法的两项重要原则,这表明当事人处分和辩论制度已经初步形成。

第三,民法为行政诉讼法的产生提供了一定的理论基础。一是行政诉讼法的宗旨,主要是控制行政权的滥用,要求行政权合法、合理地运行,以保障社会个体的权利,这是受了民法权利本位精神的影响。二是受民法平等理念的影响,为了平衡行政主体与行政管理相对人的不平等关系,行政诉讼中被告(行政管理机关)负举证责任。

总之,民法是法律体系现代化的理论基础,宪法是现代性法律体系运行的基础。民法是法律帝国大厦的基础,宪法是法律帝国大厦的顶峰。

二、宪法主要价值在于维护社会秩序,民法主要价值在于维护社会个体自由

人类社会首先要有秩序,其次要有自由。一个健康的社会必定是一个秩序和自由统一的社会。如同毛泽东同志所说的那样:“我们希望的社会局面是这样的:既有集中又有民主,既有纪律又有自由,既有统一意志,又有个人心情舒畅、生动活泼。”^[11]从法治的角度来看,宪法是要维护稳定的社会秩序,民法是要保持令社会有活力的自由。

(一)宪法通过防范公权力滥用而保持正常的国家秩序

经过多年的研究,人们已经在如下三个问题上取得共识:权力天生具有自腐性;绝对的权力导致绝对腐败;权力总想逃避监督。所以,习近平同志说,权力不论大小,只要不受制约和监督,都可能被滥用^[12]。因此,维持正常的社会秩序,首先要防止公

权力的越轨行为。大致说来,宪法主要通过以下三种方式制约公权力,防止公权力滥用。

1.以权力制约权力

以权力制约权力主要有三种模式。一是美国式的立法、行政、司法三权鼎立。美国把国家权力分为独立、平等的立法权、行政权、司法权三部分。国会有弹劾总统的权力,有批准法官任职的权力;总统对国会制定的法律或决定有否决的权力,有提名法官的权力;法院对总统所做的行为有宣布其违宪的权力,对国会制订的法律有司法审查的权力。二是英国式的两权分立(即议行合一、司法独立)。行政首脑一般由议会中获得多数席位的政党领袖担任,通常可兼任议员(但有些国家规定不得兼任),如果议会投票对其不信任,行政首脑必须去职。三是中国式的人民代表大会制度下的一府一委两院制。人民代表大会是权力机关,一府是政府行政机关,一委是监察委员会,两院是人民法院和人民检察院。它们之间的制约关系是:一府一委两院由人大选举产生、对人大负责、受人大监督;一府一委两院之间相互配合、相互制约。

2.以权利制约公权力

德国基本法上的基本权利同时有“主观权利”和“客观规范”两重含义。客观规范即客观价值秩序,表示基本权利是一种规范或者价值,各国家机关在履行职权时必须遵守和贯彻其对基本权利的保障义务,这样才能保障基本的法治秩序。宪法规定了公民的基本权利,国家机关减损这些权利需要得到人民的同意,如果侵犯了这些权利,公民可以提起宪法诉讼。宪法诉讼是公民认为宪法赋予的基本权利受到国家机构及其公职人员侵害时,该公民向宪法诉讼受理者提起诉讼以求得最终救济,宪法诉讼受理者依据宪法受理案件并作出判决或裁定的制度。

宪法诉讼目前主要有三种模式:一是以美国为代表的普通法院模式,二是以德国为代表的宪法法院模式,三是以法国为代表的宪法委员会。前两者都受理公民宪法诉讼,而法国的宪法委员会不受理私人提起的诉讼,只受理宪法规定的申请人(一般都为官方人士)提请的审查。在我国,根据《立法法》第99条第2款的规定,社会团体、企业事业组织以及公民认为行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例同宪法或者法律相抵触的,皆可以向全国人民代表大会常务委员会书面提出进行审查的建议。

3. 以社会权力制约公权力

单个的公民制约公权力,显得势单力薄,因此 20 世纪以后,出现了民间组织(亦称非政府组织、第三部门、志愿组织、社团等)对公权力制约的制度。这些民间组织鱼龙混杂,作用难以一概而论,但其中有的能够监督公权力依法办事。例如,据中国新闻网 2008 年 7 月 17 日报道,总部位于西雅图的“一个美国”人权组织和西雅图大学法学院的“国际人权诊所”联合公布一份长达 42 页的调查报告,公开披露和严厉批评美国移民和海关执法局运作的塔克马拘留监狱虐待移民的行径^[13]。

同时来自民间的无政府主义意识也是破坏社会秩序的因素,因此,宪法还需要通过规定公民的基本义务,防止无政府主义,保障社会正常的秩序宪法。在公民的基本义务中,最重要的义务就是公民必须对国家做到政治忠诚。公民对国家负有一定的政治忠诚,这在各国都是惯例。例如,加入美国国籍时必须宣誓,誓词的核心意思是强调“我将真诚地效忠美国”,这也是政治学所要阐释的一个基本原理:公民对国家的必要的忠诚。不单是美国,其他实行成文宪法的欧洲国家,也大都在宪法上明确规定了这一点。大致说来,公民对国家的忠诚义务主要有四个方面:一是保卫国家,服兵役;二是忠实遵守国家宪法;三是依法纳税;四是维护国家统一和民族团结^[14]。

总之,宪法通过采取制约公权力运行和规定公民基本义务的办法,防止公权力滥用,防止无政府主义,从而维护社会的正常秩序。

(二) 民法通过保障社会个体(自然人和法人)的各种权利,保持社会的自由创造活力

在笔者看来,权利的主要有三大作用:一是规定人格权平等,使人有尊严体面地活着。二是给人以自由。权利的实质是选择,选择的实质是自由。三是保障人的利益。正是由于权利具有这些功能,它能够成为社会活力的源泉。

1. 人格平等是自由的前提条件

民法是以民事主体间的人格平等为前提,以实现民事主体在民事活动中人格平等为宗旨的法律。因此,当事人人格平等是民法的根本原则,民法其他各原则均派生于平等原则。平等原则在民法诸原则中居于基础性、决定性地位^[15]。两百多年来,民法的财产所有权神圣、契约自由、意思自治、过错责任

等原则都被改进、限制,只有人格权神圣从未受到质疑和改变。意志是人格的核心内容,人格是意志的存在资格。人格权平等就是人的意志是平等的。人的意志若受奴役,人格就没有了。因此,人格平等是人们能够享受自由的前提。没有人格平等,就不会有真正的自由,人就无法独立、有尊严地活着。

2. 私法自治和意思自治体现了“法不禁止皆自由”的精神

私法自治和意思自治都是民法的重要理念和基本原则。私法自治是针对整个私法领域的法律关系而言的,在构建民事法律关系过程中,私法自治起着指导性的作用,私法自治也可以翻译为“私的自治”。意思自治是指社会个体可以根据自己的意志自愿地去创设自己的权利义务,强调的是社会个体意思自主、自我管理、自我负责。但不论是私法自治,还是意思自治,它们的前提条件是我国《民法典》第八条所规定的民事主体从事民事活动,不得违反法律,不得违背公序良俗。这即学界经常所言的“法不禁止皆自由”,自由是做法律不禁止的事情。

3. 权利本位决定了民法以维护社会个体的权利和自由为主要职责

权利本位指在国家权力与公民权利的关系中,公民权利是决定性的;在法律权利与法律义务之间,权利是决定性的、起主导作用的。民法是最能体现权利本位的法律。

第一,民法典是私权保障的宣言书。王利明教授在《民法典开启权利保护的新时代》一文中对此解释了两点:一是民法典以民事权利的保障为核心,围绕着民事权利的确认、保护而展开。民法典总则编构建了民事权利体系,并为各分编的展开奠定了基础。民法典的分则以权利为主线展开,以总则编所规定的物权、合同债权、人格权、婚姻家庭中的权利、继承权的确认和保护为内容,分别形成了物权编、合同编、人格权编、婚姻家庭编、继承编,并以侵权责任编对权利的救济为民法典的结尾,充分尊重社会个体自治的空间,为社会个体从事民事活动、创造社会财富保驾护航。二是民法典提供了完整、多样、便捷的权利保护方式。从为恢复权利人对其权益圆满支配状态的物权请求权、人格权请求权,到保障债权得以实现的继续履行请求权与违约损害赔偿请求权;从针对人格权侵害的赔礼道歉、恢复名誉,

到适用广泛的侵权损害赔偿请求权；从补偿性的损害赔偿，到特殊情形下的惩罚性赔偿，民法典为所有民事权利的保护提供了救济渠道^[16]。

第二，公法不能剥夺自然人的所有民事权利，民法始终维护未被公法剥夺的剩余民事权利。罪犯总有未被判决剥夺的剩余权利，对这些未被法院依法判决剥夺的剩余权利，人们也理应尊重和保障。例如一些曾经担任一定领导职务的专家，在任期间出版过一些学术著作，但其后来或因涉嫌违纪违法而被调查、逮捕，或经人民法院生效判决定罪处刑，那么对其在此之前出版的学术著作应当依据我国《宪法》第三十五条、《刑法》第五十四条第二款等规定，作如下处理：一是在人民法院依法判决生效之前的监委调查留置，公安侦查和逮捕、起诉，法院判决尚未生效等期间，犯罪嫌疑人已经出版的著作不得下架停止销售、销毁，因为此时犯罪嫌疑人的学术著作版权未被法律剥夺，需要给予尊重；二是经过人民法院依法判决并生效，罪犯的政治权利被剥夺，那么依据法不溯及既往原则，判决生效之前罪犯出版的学术著作仍然不得下架停止销售；三是人民法院的生效判决如果没有剥夺罪犯的政治权利，那么罪犯在服刑期间仍然可以出版学术著作；如果人民法院依法判决生效的剥夺罪犯的政治权利的期限已经终结，那么罪犯就可以恢复出版学术著作的权利。

第三，根据我国《民法典》第一百七十九条规定，承担民事责任的方式主要有：停止侵害；排除妨碍；消除危险；返还财产；恢复原状；修理、重作、更换；继续履行；赔偿损失；支付违约金；消除影响、恢复名誉；赔礼道歉。其中最常用的民事责任形式是停止侵权和赔偿损失。我国《刑法》规定的刑事责任形式，主刑是：管制；拘役；有期徒刑；无期徒刑；死刑。附加刑是：罚金；剥夺政治权利；没收财产。对犯罪的外国人，也可以独立或者附加适用驱逐出境。把民事责任和刑事责任作一对比，即可发现前者重在补偿，后者重在惩罚。民事责任的形式，最常采用的是停止侵权和赔偿损失两种方式，民法权利本位精神于此可见一斑。

4.我国《民法典》中国家和社会之间的四种关系

我国《民法典》颁布的重要意义，就是划分了国家和社会的界限，规定了如何处理国家和社会交往关系的原则及规则。初步考察我国民法典中国家与社会的关系，大略分为如下四类^[17]：

第一，非禁莫管。只要法律没有禁止社会个体（自然人和法人）去做的事情，国家就不要去干预。换句话说，民事法律行为不违反法律的强制性规定，不违背公序良俗，原则上即有效。《民法典》（尤其是合同编）有大量任意性规定，任由当事人决定是否采用，特别能体现民法的这一精神。“非禁莫管”体现了国家尊重社会的相对独立性，这是很有必要的。因为人类最终要走到没有阶级、没有国家的共产主义社会，历史发展的趋势是：国家的作用由大变小、直至消亡，社会的地位由小到大，直至完全自治。民法典就是给人类一个社会舞台，让人们学会处理纠纷，依照规则生活，不断增强自治能力。

第二，非请莫入。社会个体的事情或社会个体之间的纠纷，一般由社会个体自己解决。除非得到社会个体的请求，国家不要去干预社会个体的事情。“非请莫入”体现了私法优先（即社会具有优先解决自己内部纠纷的权力）精神，体现了国家和社会既分工、又合作的关系。

第三，有请必入。如果社会个体向国家请求帮助，国家不能置之不理，无所作为。“有请必入”体现了国家权力来源于社会个体权利让渡的契约精神，体现了国家要为纳税人服务的精神。如果“有请”不应，不仅国家失信，还会导致社会的无序、甚或崩溃。

第四，特殊情况下不请也入。在一些特定情况下，即便社会个体没有向国家求助，国家机关也必须主动去解决社会个体所存在的问题。

总之，《民法典》的重要意义之一，就是划分国家和社会之间的界限和交往，国家的事归国家，社会的事归社会，有分工、有合作。之所以如此，就是因为，以宪法为代表的公法的职责偏重维护社会基本秩序，而以民法为代表的私法偏重维护社会个体的自由，创造社会的活力。

三、宪法较多地体现法律的阶级性，民法相对较多地体现法律的社会性

马克思主义认为国家职能分为两个方面：一是政治统治职能。政治统治职能体现为统治阶级利用军队、警察、监狱等暴力工具维持统治秩序，利用政治权力调节统治阶级的内部矛盾，鼓励阶级之间的合作，缓解阶级斗争的尖锐性。二是社会管理职能。

像兴修水利、防止灾害,对特定困难群体进行社会救济、发展教育、扫除文盲,等等,不同社会形态的政府都要进行这些工作。因此,马克思实事求是地指出,即使在“专制国家中”,政府也要处理由一切社会的性质产生的各种公共事务。政治统治都是以履行某种社会职能为基础,而且政治统治只有在它履行了这种社会职能时才能统治下去。

就总体而言,宪法、民法及所有的法律都具有阶级性,但由于国家职能有政治统治和社会管理两种,所以,宪法承担的政治统治职能多一些,阶级性就多一些,而民法体现全体社会成员的共同利益和意志多一些,社会性就多一些。

(一) 宪法较多地体现统治阶级的意志

世界上的一切政治斗争,都是为了夺取政权和巩固政权。从历史来看,社会产生在前,国家产生在后,原始社会是靠习惯统治的,国家是原来社会所没有的,是战胜了被统治阶级的统治阶级建立的,因此,它必然把有效防止被统治阶级的反抗、维护阶级统治秩序放在首位。这样一来,宪法的统治阶级意志色彩就很强烈。

1. 宪法是阶级斗争的结果

通过总结资产阶级宪法的情况,马克思指出宪法主要是记录已经存在的阶级斗争的事实^{[18]408}。列宁认为,苏俄宪法是在革命斗争时期产生的,它是世界上第一部宣布国家政权是劳动者的政权、剥夺剥削者的权利的宪法,是战胜资本的保证^[19]。毛泽东同志指出:“世界上历来的宪政,不论是英国、法国、美国,或者是苏联,都是在革命成功有了民主事实之后,颁布一个根本大法,去承认它,这就是宪法。”^{[20]733}毛泽东同志还说过:“阶级斗争,一些阶级胜利了,一些阶级消灭了,这就是几千年的文明史。拿这个观点解释历史的就叫历史唯物论。”^{[21]1487}宪法就是对阶级斗争结果的记载,所以我国《宪法》序言回顾、总结了我国革命、建设和改革开放的奋斗历程及其经验之后,指出:“本宪法以法律的形式确认了中国各族人民奋斗的成果。”

2. 宪法规定了社会各阶级在国家中的地位及其相互关系

马克思主义宪法学认为,国体决定政体。马克思、恩格斯在《共产党宣言》中分析代议制的原理时说:“现代的国家政权不过是管理整个资产阶级的共同事务的委员会罢了。”^{[18]274}这一论断有两层含

义:一是认为标榜自由民主的资产阶级国家本质上是资产阶级专政的国家,二是按委员会形式组成的代议制共和国是资产阶级国家的政权组织形式。马克思、恩格斯在这里阐明的是国体与政体相统一、国体决定政体的观点,是马克思主义宪法学的一条基本原理^[22]。

1940年,毛泽东在《新民主主义论》中指出,国体是指社会各阶级在国家中的地位。资产阶级总是隐瞒这种阶级地位,而用“国民”的名词达到其一阶级专政的实际。这种隐瞒,对于革命的人民,毫无利益,应该为之清楚地指明^{[20]637}。1957年2月,毛泽东同志在《关于正确处理人民内部矛盾的问题》中指出,我们的国家是工人阶级领导的以工农联盟为基础的人民民主专政的国家。这个专政是干什么的呢?专政的第一个作用,就是压迫国家内部的反动阶级、反动派和反抗社会主义革命的剥削者,压迫那些对于社会主义建设的破坏者,就是为了解决国内敌我之间的矛盾。例如逮捕某些反革命分子并且将他们判罪,在一个时期内不给地主阶级分子和官僚资产阶级分子以选举权,不给他们发表言论的自由权利,都属于专政的范围。为了维护社会秩序和广大人民的利益,对于那些盗窃犯、诈骗犯、杀人放火犯、流氓集团和各种严重破坏社会秩序的坏分子,也必须实行专政。专政的第二个作用,就是防御国家外部敌人的颠覆活动和可能的侵略。在这种情况下出现的时候,专政就担负着对外解决敌我之间的矛盾的任务^[23]。

3. 宪法反映了阶级力量的对比关系

马克思在《1848年至1850年的法兰西阶级斗争》一文中指出,宪法通常是在这样的社会条件下产生的:一是社会变革的过程已经达到了均势,二是新的阶级关系已趋于稳定^{[18]426}。列宁对宪法提出了一个著名论断:什么是宪法?宪法就是写着人民权利的纸,保证这些权利实现的因素是什么呢?那就是人民中那些意识到并且善于争取这些权利的各阶级的力量^[24]。宪法能否得到实施,取决于维护宪法的政治力量的大小。1949年3月,毛泽东在《在中国共产党第七届中央委员会第二次全体会议上的报告》中指出,无产阶级领导的以工农联盟为基础的人民民主专政,工人阶级、全体农民阶级和广大的革命知识分子是这个专政的领导力量和基础力量。同时还要尽可能多地去团结能够同我们合作的

城市小资产阶级和民族资产阶级的代表人物,它们的知识分子和政治派别,以便在革命时期使反革命势力陷于孤立,彻底地打倒国内的反革命势力和帝国主义势力^[21]1374-1375。正因为宪法的阶级性较强,学界公认,以宪法为代表的公法体现的是命令服从关系^[3]86。

(二)民法相对较多地体现社会经济生活习惯

国家和社会是两个不同的区域,社会习惯是社会自我管理最便宜、效果较好的方式,只有在社会无法处理的事情,才会交给国家处理。在法律体系中,民法采用的社会习惯是最多的。

1.民法主要是社会习惯演变的结果

恩格斯在《论住宅问题》中指出,在社会发展的某个很早的阶段,产生了这样一种需要:把每天重复着的产品生产、分配和交换用一个规则约束起来,借以使个人服从生产和交换的共同条件。这个规则首先表现为习惯,不久便成了法律。随着法律的产生,就必然产生以维护法律为职责的国家。随着社会的进一步发展,法律进一步发展为或多或少广泛的立法^[4]79-80。恩格斯这里所说的法律的起源情况,学界都认为是民法的起源,相对于宪法强烈的阶级性而言,民法起源于社会习惯,社会性较强。

2.社会习惯是民法的渊源之一

社会习惯、公序良俗是民法的渊源之一。《瑞士民法典》第一条规定:凡依本法文字或释义有相应规定的任何法律问题,一律适用本法;无法从本法得出相应规定时,法官应依据习惯法裁判;如无习惯法时,依据自己如作为立法者应提出的规则裁判;在前款的情况下,法官应参酌公认的学理和实务惯例。我国《民法典》第十条规定:“处理民事纠纷,应当依照法律;法律没有规定的,可以适用习惯,但是不得违背公序良俗。”根据这些规范,处理民事纠纷首先应当依照法律;法律没有规定的,可以适用习惯,因此,制定法是第一位的民事法源,习惯法是制定法之后的第二位法源,以补充制定法的局限和不足。根据这一规范,我国的司法机关在处理民事纠纷、解决民事争端时,可以适用习惯法。正是因为习惯是民法的渊源,民事审判不存在“无法可依”的情况,所以,法国《民法典》第四条才会规定,法官不得借口法律无规定、规定不明确或者不完备而拒绝审判,否则将会因拒绝审判而遭起诉。

各国民法典除了规定习惯的法律渊源地位之

外,还把“公序良俗”作为基本原则。我国《民法典》第十条规定:“处理民事纠纷,应当依照法律;法律没有规定的,可以适用习惯,但是不得违背公序良俗。”第一百五十三条规定:“违背公序良俗的民事法律行为无效。”公序良俗隶属于传统文化中的“民间法”和“习惯法”范畴。

3.民法主要规范商品生产和交换活动

恩格斯在《路德维希·费尔巴哈和德国古典哲学的终结》中指出,民法本质上只是确认单个人之间的现存的、在一定情况下是正常的经济关系。民法准则只是以法的形式表现了社会的经济生活条件,有时表现得较好,有时表现得坏^[4]201,204。列宁指出,马克思屡次说明,商品生产者的关系是法治国家公民权利平等和自由契约等原则的基础^[4]230。这里所言的经济关系,主要是指商品生产和商品交换。民法直接导源于商品生产和商品交换,商品生产和商品交换决定了私法体系的构建^[25]。佟柔先生指出,商品关系的本质属性要求独立的人格权、财产自由权、签订合同的自由权^[26]。因此,与宪法相比,民法主要体现平等主体间的人身财产关系,反映商品经济关系。

结 语

综上所述,在法律体系中,宪法是根本大法,民法是基础法;在法治现代化过程中,民法是法律体系现代化的理论基础;宪法是现代性法律体系运行的基础;在社会秩序和自由中,宪法主要的价值在于维护社会秩序,民法主要的价值在于维护社会个体的自由;在法律的阶级性和社会性方面,宪法较多地体现法的阶级性,民法较多地体现社会经济生活习惯。因此,民法是法律大厦的基础,宪法是法律大厦的框架。

就此意义而言,我们提出“宪法为万法之父,民法为万法之母”,以强调这两部法律在法律体系中的重要性。阐释“宪法为万法之父,民法为万法之母”,一方面是为了更好地把握国家和社会的联系与区别。宪法主要是国家运行的规则,是人民颁给国家的营业执照;民法主要是社会运行的规则,是人民达成、国家批准的社会公约。另一方面,是为了更好地把握“有为政府”和“有效市场”的结合问题,宪法是人民给予政府有为的授权书,民法是人民关于

市场怎样有效的社会公约。

参考文献

- [1] 达维德.当代主要法律体系[M].漆竹生,译.上海:上海译文出版社,1984:25,80.
- [2] 梅因.古代法[M].沈景一,译.北京:商务印书馆,1959:102.
- [3] 拉德布鲁赫.法学导论[M].米健,译.北京:商务印书馆,2016.
- [4] 迟方旭.马克思、恩格斯、列宁、斯大林论私法[M].北京:中国社会科学出版社,2012.
- [5] 陈鹏飞.英国大宪章对罗马法的继受与创新[J].环球法律评论,2016(4):147-161.
- [6] 马华峰.中世纪西欧议会代表观念研究[M].北京:中国政法大学出版社,2013:72-75.
- [7] 陶际恒.近代西方社会契约论的宪政内涵及其制度启示[J].山东社会科学,2017(7):94-96.
- [8] 万鹏飞.略论古代罗马刑法[J].湘潭大学学报(研究生论丛),2005(5):129-132.
- [9] 陈兴良.刑法应主动去适应民法典[J].人民检察,2020(15):7-14.
- [10] 杨登峰.《民法典》看民法与行政法的关系[EB/OL].[2022-10-24].http://www.360doc.com/content/20/0705/10/15710918_922367804.shtml.
- [11] 中共中央文献研究室.建国以来毛泽东文稿:第6册[M].北京:中央文献出版社,1992:543.
- [12] 习近平.论坚持全面深化改革[M].北京:中央文献出版社,2018:77-78.
- [13] 中新网 2008 年 7 月 17 日电.非法移民美国监狱频受虐,人权组织呼吁改善待遇[EB/OL].[2022-10-30].<http://news.sohu.com/20080717/n258202473.shtml>.
- [14] 郝铁川.“艺人不涉足政治”不能取代公民对国家的政治忠诚[J].(香港)文汇报,2022-08-03(A15).
- [15] 李锡鹤.民法哲学论稿:第二版[M].上海:复旦大学出版社,2009:47.
- [16] 王利明.民法典开启权利保护的新时代[J].检察日报,2020-05-21(3).
- [17] 郝铁川.我国民法典中国和社会的四种关系[J].法治日报,2021-01-27(5).
- [18] 马克思恩格斯选集:第1卷[M].北京:人民出版社,1995.
- [19] 列宁全集:第34卷[M].北京:人民出版社,2017:503.
- [20] 毛泽东选集:第2卷[M].北京:人民出版社,1991.
- [21] 毛泽东选集:第4卷[M].北京:人民出版社,2003:1487.
- [22] 付子堂.法律意识形态的演进:从马克思到邓小平[M].重庆:重庆出版社,2000:97.
- [23] 毛泽东选集:第5卷[M].北京:人民出版社,1977:366-367.
- [24] 列宁全集:第12卷[M].北京:人民出版社,1987:50.
- [25] 迟方旭.《马克思恩格斯文集》私法思想考论[M].北京:中国社会科学出版社,2011:143.
- [26] 佟柔,周大伟.佟柔中国民法讲稿[M].北京:北京大学出版社,2008:8.

Foundation, Value and Attribute: Re-interpretation of the Position of Constitution and Civil Law in the Legal System

Hao Tiechuan

Abstract: In the legal system, the constitution is the fundamental law and the civil law is the basic law. In the process of the modernization of the rule of law, the civil law is the theoretical basis for the modernization of the legal system and the constitution is the basis for the operation of the modern legal system. In social order and freedom, the main value of the constitution is to maintain social order, and the main value of civil law is to maintain the freedom of social individuals. In terms of the class nature and social nature of the law, the constitution reflects the class nature of the law more, and the civil law reflects the social and economic habits of life more. Therefore, the civil law is the foundation of the legal system, while the constitution is the framework. In this sense, we propose that “the constitution is the father of all laws and the civil law is the mother of all laws” to emphasize the importance of these two laws in the legal system.

Key words: constitution; father of all laws; civil law; mother of all laws

责任编辑:一鸣