



法学
新思维
文丛

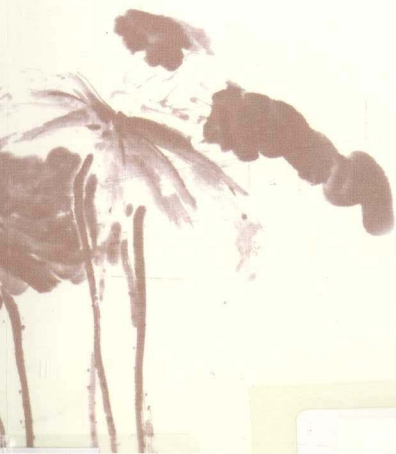
宪法与民法关系论

——物权立法中的宪法问题

秦 强◇著

XIANFA YU MINFA
GUANXILUN

中国检察出版社



D921.04

61

QW

法学
新思维
文丛

宪法与民法关系论

——物权立法中的宪法问题

秦 强◇著

XIANFA YU MINFA
GUANXILUN

中国检察出版社



图书在版编目 (CIP) 数据

宪法与民法关系论：物权立法中的宪法问题/秦强著.

—北京：中国检察出版社，2010.6

ISBN 978 - 7 - 5102 - 0268 - 1

I. ①宪… II. ①秦… III. ①宪法 - 研究 - 中国

②物权法 - 立法 - 研究 - 中国 IV. ①D921.04 ②D923.24

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 080342 号

宪法与民法关系论

——物权立法中的宪法问题

秦 强 著

出版发行：中国检察出版社

社 址：北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址：中国检察出版社 (www.zgjccbs.com)

电子邮箱：zgjcbs@vip.sina.com

电 话：(010)68682164 (编辑) 68650015 (发行) 68636518 (门市)

经 销：新华书店

印 刷：北京鑫海金澳胶印有限公司

开 本：A5

印 张：7.75 印张

字 数：197 千字

版 次：2010 年 6 月第一版 2010 年 6 月第一次印刷

书 号：ISBN 978 - 7 - 5102 - 0268 - 1

定 价：24.00 元

检察版图书，版权所有，侵权必究

如遇图书印装质量问题本社负责调换

序 言

2006年以来，围绕着《物权法（草案）》是否违宪问题，法学界曾进行了一场学术争论，宪法与民法关系再次引起了宪法学者的关注和思考。从学术争鸣的角度来看，《物权法》制定过程中出现不同的学术主张是正常的，对学术发展是有益的。虽然《物权法》已经由十届人大五次会议于2007年3月16日通过，但是《物权法》的颁布并不意味着围绕《物权法（草案）》而发生的学术争论彻底解决，相反，这次争论背后所体现的学术命题和学术争议值得我们事后进行更深层次的思考和理性分析。秦强博士的《宪法与民法关系论——物权立法中的宪法问题》正是对这一问题进行学术梳理和思考的初步成果。围绕共同的价值理念，进行跨学科的交流和研究是十分必要的，尤其是在对中国社会转型时期出现的一些重大的法律问题进行研究时，我们需要强调以问题为主的研究方法，在一定意义上淡化专业的界限，提倡多学科的共同研究。因为某些学术问题，比如人权问题、宪法与民法关系问题等，不只是宪法、法理学或民法学本身的问题，而是需要整个法学界共同研究的理论课题。在法学研究中，强调不同学科之间的学术对话与交流，不仅不会削弱本学科的专业性，而且会有利于法学界学术共同体的形成。

近年来，中国宪法学界的一些学者在学术研究过程中认识到了建立学术共同体的必要性，对宪法与民法关系中存在的一些基本理论问题进行了学术研究。在笔者主编的《现代宪法学基本原理》

一书第二编第20章中，就专门探讨了宪法学与民法学的关系，内容涉及宪法学与民法学对话的意义、作为法规范的宪法与民法的关系、作为社会现象的宪法与民法的关系。又如，2005年7月，中国宪法学研究会和南昌大学法学院进行了“部门法中的宪政问题讨论会”；2005年8月，中国宪法学研究会和烟台大学法学院共同举办了“宪法与物权法学术讨论会”；2006年2月26日，中国人民大学法学院召开了“物权法制定与建设社会主义和谐社会”学术讨论会；2006年12月16日，南京大学法学院主办了第八届费彝民法学论坛——“公法与私法的对话”。这些学术研讨会从不同视角讨论了宪法与民法之间的基本关系问题。

在宪法学界关注民法问题的同时，民法学界也开始了宪法与民法问题的研究，而且时间上比宪法学界早一些，提出的某些学术观点比较系统，形成了代表性的学术主张，如“私法优位论”、“民法、宪法同位论”、“缔造市民社会论”等。这些观点对于学术研究宪法与民法关系提供了有益的思路或方法，但从宪法学角度看，其基本命题中存在着值得商榷的内容。当然，两个学科在学科理念、社会功能的理解上也有比较大的认识上的差距，如何把宪法理念体现在民法体系，让民法接近宪法、体现宪法价值是学者们需要共同思考的问题。

有关《物权法（草案）》的讨论，涉及一些基本的宪法问题，提出了值得探讨的理论问题。一般意义上讲，宪法与法律是有严格界限的，由此形成了宪法问题与法律问题的不同构造和逻辑。宪法对一般法律的控制主要体现在制定依据或基础。也就是说，所有的法律、法规和规范性文件不得与宪法相抵触。但《物权法（草案）》的讨论一开始就面临着最核心的问题，即是否存在宪法依据，《物权法》基本原则与宪法规定之间是否一致。与这一问题相关的，还有公共财产与私人财产的平等保护的正当性、宪法保护与民法保护关系、宪法权利与民事权利的关系、物权的宪法限制与民

法限制、国家财产的所有者与代表者的关系、立法机关功能与民意的整合、宪法的具体化与法律自我控制能力、宪法与物权法的不同社会功能等基本问题。在一部法律还没有正式通过以前，对法律的合宪性基础问题，提出如此尖锐的质疑是不多见的。学者们在讨论中试图把争论问题的视角转到宪法上，试图从宪法上找到能够论证其观点的依据。在这种意义上，对《物权法（草案）》提出“违宪”质疑是有学术价值的，至少让学术界面对了非常现实的宪法问题，迫使不善于宪法思维的一些学者们能够认真地面对宪法问题。

从宪法学上来看，对《物权法（草案）》是否违宪的判断需要考虑综合的因素，应从制定过程、通过程序和实施过程进行合理的评价。合宪性基础的判断虽表现为制定过程，但主要是在法律实施过程中进行的。也就是说，一部基本法律在制定过程、实践过程中都受宪法基本原则的控制，始终接受合宪性的考验。判断一部法律是否“根据宪法”时，要考虑法律理念、基本原则和具体内容是否符合宪法规范、宪法原则和宪法精神。这里既有实质意义上的合宪性，同时也有形式意义上的合宪性。在具体判断时，也存在实质意义宪法与形式意义宪法的区别问题。如在以形式意义的宪法为尺度的情况下，判断者既要考虑宪法典结构内的含义，同时也要考虑宪法典之外的价值问题。在以形式意义的宪法为尺度的情况下，判断者只能以宪法典所确定的规范作为判断标准，不能随意扩大判断尺度的外延。宪法根据的判断必须坚持整体性原则。尽管存在宪法典之外的判断标准，但为了保证宪法尺度的客观性与现实性，判断其根据时仍以宪法规范所包含的含义作为基础。特别在我国目前社会转型时期，形式意义上的严格解释是十分必要的。当然，这种形式意义的解释活动，必须与整体解释原则相一致，避免条文之间出现冲突的现象。

对宪法与物权法关系中存在的相关原理的探讨是长期的课题。

尽管学术界进行了一些探讨，也积累了一些成果，但仍缺乏系统化的话语与逻辑。无论是宪法学界，还是民法学界，都需要系统地梳理和思考中国法治发展进程的宪法与民法关系，理性地寻求两者之间的原理，建立开放的学术对话机制。秦强博士《宪法与民法关系论——物权立法中的宪法问题》一书为进一步探讨宪法与民法关系提供了有益的研究思路与素材。

秦强博士 2006 年至 2009 年间随我学习宪法，在攻读博士学位期间，勤于学习，善于思考，经过三年的学术训练，已经初步具备了从事学术研究的基础和条件。他具有法理学的背景，法理功底深厚，思维活跃，涉猎面广，对人权理论、司法理论、宪政理论、法哲学理论皆有研究，已经取得初步的研究成果。《宪法与民法关系论——物权立法中的宪法问题》是其在攻读博士学位期间，对《物权法（草案）》违宪争论的一个初步的学术梳理与思考。该书从宪法学说的角度，系统梳理了这场违宪争论中法学界的几种学说，分析了宪法与民法之间的规范关系，对宪法的性质进行了全面而深入的分析，在此基础上提出了中国应当建立宪法监督二元体制的设想。该书的出版对于我们全面了解和回顾这场违宪争议、厘清宪法与民法之间的关系、建立适合中国国情的宪法监督体制具有一定参考价值和借鉴意义。

是为序。

韩大元

2010 年 4 月 24 日

目 录

序 言	/1
第一章 宪法学者视野中的物权立法	/1
第一节 物权立法中的违宪之争及其审查视角	/1
第二节 物权法违宪说的基本观点	/3
一、公私财产平等保护违宪论	/4
二、无宪法根据违宪论	/5
三、征收征用条款不当论	/7
第三节 物权法合宪说的基本观点	/9
一、郝铁川教授的实质合宪说	/9
二、焦洪昌教授的民事领域合宪说	/10
三、张千帆教授的正当用途合宪说	/12
四、韩大元教授的精神合宪说	/13
第二章 宪法与民法的关系考察	/15
第一节 宪法与民法的地位之争	/15
一、法学界对宪法与民法关系的界定	/15
二、宪法与民法地位之争的立场评析	/30
第二节 公私法划分传统中的宪法与民法	/36
一、公法与私法划分理论的历史发展	/37
二、公法与私法理论的划分标准及其评析	/41
三、公法与私法理论的最新发展	/47
四、公法与私法的法律分类及其现实意义	/54

第三节 宪法与民法关系的规范分析	/61
一、宪法与民法关系研究的两个层面	/61
二、宪法关系与民法关系之理论区分	/66
三、宪法关系的私法效力	/88
第三章 宪法究竟是什么法	/98
第一节 宪法是公法吗	/99
一、宪法公法说	/99
二、宪法公法说的理论争议	/103
三、宪法公法说的特定语境	/108
第二节 宪法是母法吗	/115
一、宪法母法说的基本观点	/116
二、宪法母法说的理论基础	/118
三、宪法母法说的规范形态	/121
四、宪法母法说的消极影响	/126
第三节 宪法是根本法吗	/136
一、宪法根本法说	/136
二、宪法根本法说之批判	/141
第四节 宪法是最高法吗	/146
一、宪法最高法说	/147
二、宪法最高性的规范体现	/151
三、宪法最高法说的“高级法”背景	/153
第五节 宪法是控权法吗	/161
一、宪法控权法说	/162
二、控权论下的宪法定位	/167
三、控权论下的物权法违宪争议	/171
第四章 宪法监督二元体制	/174
第一节 宪法发展中的释宪主义与修宪主义	/175
一、宪法规范与社会现实的巨大张力	/175

二、宪法规范的实质分类	/177
三、我国宪法发展的两种进路及其可能趋向	/186
第二节 宪法监督权与宪法解释权的逻辑关系	/193
一、宪法文本中的宪法监督权与宪法解释权	/194
二、宪法监督权与宪法解释权的职权关系	/197
三、宪法监督权与宪法解释权的逻辑重构	/201
第三节 构建我国宪法监督二元体制的基本设想	/204
一、现行体制下的宪法监督双重体制及其改进构想	/205
二、宪法监督二元体制的逻辑结构及其职能分工	/212
三、宪法监督二元体制的功能互补与关系协调	/221
主要参考书目	/230

第一章 宪法学者视野中的物权立法

2005年8月12日，北京大学法学院法理学教授巩献田在网上发表了一封公开信——《一部违背宪法和背离社会主义基本原则的〈物权法〉草案》，由此掀开了轰轰烈烈的《物权法（草案）》违宪之争。直到2007年3月16日，《物权法》在第十届全国人民代表大会第五次会议上终获通过，关于《物权法（草案）》的违宪之争似乎才得以盖棺论定。但是《物权法》的通过并不意味着所有关于《物权法（草案）》违宪的论争也戛然而消解；相反，在时过境迁之后，我们再来冷静理性地反思这场论争就更显得尤为必要，尤其是这种论争所引发的更深层次的问题，如宪法与民法的关系问题、法律违宪的审查机制问题，更应引起我们的深思。

第一节 物权立法中的违宪之争及其审查视角

对于《物权法（草案）》是否违宪的问题，法学界一直争论不休，违宪说与合宪说你来我往，讨论得不亦乐乎。违宪说和合宪说各有其理论依据，一时之间，要想对二者的争论做一个盖棺论定式的终极判断，似乎是一件比较困难的事情。但是这种结论上的阙如并不妨碍我们跳出结论本身来对这场争论做一个方法论上的判断。从这次物权法违宪之争的方法论背景来看，可以大致上将物权法违宪说的观点主要分为两种理论形态：政治立场上的违宪论和规范视

角下的违宪论。政治立场下的违宪论侧重于宪法文本外部的观察，主张从意识形态和政治立场上等宏观层面来考察物权法的危险问题。在理论上，政治立场违宪说以马克思主义法学为资源取向、以社会主义基本原则为基本依据，其主要代表人物是北京大学法学院巩献田教授。巩教授认为，全国人大常委会办公厅公布的《物权法（草案）》，是一部背离社会主义基本原则、开历史倒车的《草案》，不经过原则性的修改，全国人大无权通过这部《草案》，因为它是违宪行为的产物。《物权法（草案）》的精神和基本原则是对马克思主义的基本立场和原则的背离，是对中国共产党关于社会主义立法工作方向和原则的背离，是对中央关于科学发展观和构建社会主义和谐社会的基本精神和要求的背离。巩献田认为《物权法（草案）》：1. 背离苏俄民法典的社会主义传统和概念，迎合资本主义民法原则和概念；2. 背离我国革命根据地和新中国成立后的人民民主法制的优良传统，迎合资产阶级的旧法传统，它同国民党的《六法全书》没有什么根本和原则区别；3. 背离1986年《民法通则》的社会主义原则，迎合资本主义全球化和新自由主义经济学谬误；4. 背离马克思主义的社会主义立法原则和传统，迎合资产阶级立法原则和传统。^①

相对于巩献田教授的政治立场违宪说，更多的法学界尤其是宪法学界人士在《物权法（草案）》是否违宪问题秉持的是一种规范视角下的考察，即主张在判断《物权法（草案）》是否违宪问题上，应当以宪法文本中的规定以及宪法背后体现出来的宪政精神为判断基准。不论是主张物权法违宪说还是主张物权法合宪说，都要以宪法上的规定为依据，通过对具体宪法条款的分析和解释，从而

^① 巩献田：《一部违背宪法和背离社会主义基本原则的〈物权法〉草案——为〈宪法〉第12条和1986年〈民法通则〉第73条的废除写的公开信》。

得出自己的结论。笔者坚持一种规范主义的立场，主要是基于规范内部的条分缕析来对当前的物权法违宪之争做一个学术意义上的梳理和分析工作。笔者的基本判断是：首先，物权法违宪问题是一个法律问题，必须要通过法律途径来予以解决。不论是物权法违宪说还是物权法合宪说，都要为自己的主张提供法律上的论证和依据。在这个问题上，重要的不是结论，而是得出结论的立场和依据。其次，既然物权法违宪问题首先是一个法律问题，那么就要对政治问题和法律问题的不同予以区分，避免法律问题政治化。尽管，在某种意义上，物权法违宪问题更是一个政治问题，而非一个典型的法律问题，但是，既然我们选择了法治，明确地将“法治原则”写入宪法，就要尝试着用法律途径来解决这些看起来比较政治化的棘手问题。如果法学家在遇到这些问题的时候，每每知难而退，或者将法律问题的解决寄希望于政治力量，那么，长此以往，必然法律不彰，法治无望。因此，笔者在对《物权法（草案）》违宪问题进行梳理时，一个基本的立场就是坚持法律学人所应有的学术立场，从规范内部来分析物权法的违宪之争，并试图通过对宪法和民法的关系考察以及对宪法自身性质的定位，来对宪法和物权法的关系做一个学理上的阐释，最终为我们从法律层面解决物权法的违宪问题提供一个理论上的支持。

第二节 物权法违宪说的基本观点

在法学界尤其是宪法学界内部，对于物权法违宪的观点主要集中在以下几个方面：第一，物权法中所确立的公私财产一体保护原则违反了宪法中的区别保护的规定；第二，《物权法（草案）》中并没有写明“根据宪法，制定本法”字样，因而缺少合宪性基础；第三，物权法作为民法之重要组成部分，主要是调整平等主体之间的权利义务关系，规定征收征用条款，缺少正当性依据。下面详细述之。

一、公私财产平等保护违宪论

这种观点认为，我国是社会主义国家，公有制经济是我国经济的基础，公有财产在国家财产体系中具有优先的地位，因而，在公私财产保护问题上，我国宪法的立场是鲜明的，就是优先保护公共财产，因而，《物权法（草案）》将公私财产平等予以保护，不符合我国宪法的规定，违反了宪法的基本原则。这种观点的主要代表人物是童之伟教授。

童之伟教授通过对宪法文本中对公有财产和私有财产规定的不同分析，指出：我国宪法中对公私财产的保护坚持的是区别保护原则，而不是平等保护原则，因而《物权法（草案）》中的平等保护原则违反了宪法规定，从而是违宪的。童之伟教授认为：所谓区别保护，也称差别保护、优先保护，指的是在各种主体的财产权中，对国有财产给予特殊保护。如果按宪法文本的文义来解释宪法，那么，我国现行宪法对不同主体的财产权的保护应理解为差别保护，不应理解为平等保护。因为，我国宪法对公有财产的地位的规定表现在一系列条款中，不是只反映在第12条的“神圣不可侵犯”几个字上。这个系列主要包括如下内容：第6条规定公有制是“社会主义经济制度的基础”，要求“坚持公有制为主体”；第7条规定国有经济“是国民经济中的主导力量”、“国家保障国有经济的巩固和发展”；第12条规定：“社会主义的公共财产神圣不可侵犯。国家保护社会主义的公共财产。禁止任何组织或者个人用任何手段侵占或者破坏国家的和集体的财产。”而对于私有财产，2004年修宪前，只有其中列举的若干种生活资料受宪法保护。2004年通过的宪法修正案在一定程度上改变了这种情况，确认了“公民的合法的私有财产不受侵犯”，“国家依照法律规定保护公民的私有财产权和继承权”。通过对宪法文本中的公私财产保护条款的对比，童之伟教授发现这些有关条款在语言上很直观地显示了几

点区别：1. 公有财产神圣不可侵犯；私有财产受保护但不是神圣不可侵犯的。2. 公有财产前有“社会主义”的定语，这表明宪法将这种财产的地位和命运与社会主义的地位和命运联系了起来，而且没有“依法”二字，表明对它的保护是无条件的；私有财产没有这种宪法地位和现实地位，自然也不能享受这种宪法待遇。此外，私有财产还在逻辑上被区分为合法的和不合法的，表明保护是有条件的。3. 国家得“保障国有经济的巩固和发展”，对国有财产的保值增值承担有特别的义务；对其他主体财产没有这种义务。基于以上判断，童之伟教授认为，我国宪法中对于公私财产的保护实行的是一种区别保护原则，《物权法（草案）》中所确立的平等保护原则，的确违反了宪法的规定。^①

二、无宪法根据违宪论

除了公私财产平等保护涉嫌违宪以外，《物权法（草案）》中尤受人批评的地方则在于其无“根据宪法，制定本法”的规定。因为，在现代宪政理念中，宪法是国家的根本大法，在一国的法律体系中有着至高无上的地位，不仅其他的部门法不能违反宪法的规定，而且在合法性来源上，其他的部门法也必须以宪法为依据，从宪法那里获得自身的合法性根据。因此，在宪法观念深入人心的国家里，普通法律依据宪法来获得自身的合法性根据已经成为一个基本性的法律常识。也正是基于这种法律常识，不少学者对《物权法（草案）》中没有规定其宪法根据问题百思不得其解，就只能指责其缺少宪法根据了。对于《物权法（草案）》中是否有必要规定其宪法根据问题，著名宪法学家韩大元教授有过系统的论述，现转述如下：韩大元教授认为，民法学者

^① 童之伟：《〈物权法草案〉该如何通过宪法之门》，载《法学》2006年第3期。

之所以没有在《物权法（草案）》中规定其宪法根据问题，可能有其自己的考虑。因为，1986年制定的《民法通则》第1条立法目的中规定：“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。”而《物权法（草案）》第1条规定：“为明确物的归属，保护权利人的物权，充分发挥物的效用，维护社会主义市场经济秩序，维护国家基本经济制度，制定本法。”从第1条中我们看到，《物权法（草案）》并没有明确写“根据宪法制定本法”。根据上述的理论分析，尽管在法律条文中写不写“根据宪法”，并不实质上必然影响法律本身的合宪性基础，但在宪法文本和解释学上，却存在着值得探讨的问题。《物权法（草案）》中不写“根据宪法”可能有以下几种解释：一是作为基本法律的物权法当然要根据宪法，没有必要特别地宣明其立法依据；二是立法上的疏忽，没有特别仔细地思考立法依据的表述问题；三是基于宪法和民法上不同原理的特殊考虑，认为作为私法的物权法没有必要写“根据宪法”，以回避因公法介入私法而可能出现的争议。这样可能的解释就是，宪法是国家的根本法，而民法是市民社会的“根本法”，是以个人自治为原则的，规定私法规则的法律，没有必要以公法的规则为基础，宪法规定的内容恰恰是公法规则，不写“根据宪法”可以满足民法保持其“私法”品格的需求。但是韩大元教授认为，从物权法在我国社会主义法律体系中的地位、性质、功能与社会效果来看，在《物权法》第1条中明确写“根据宪法”是必要的，其理由在于：（1）作为基本法律，在立法目的上明确写“根据宪法”是其法律性质的要求；（2）有利于全面地表述物权法的基本价值，有利于从整个法律体系的角度理解物权法的性质；（3）有利于从宪法秩序的角度评价物权法存在的社会价值与功能，物权法是私法，但它存在于宪法秩序之下，受宪法制度，特别是基本经济制度的制约，《物权法（草案）》第1条“两个维护”目的实际上明确了物权法应承担的

某“公法”功能；(4)有利于揭示宪法变迁与民法发展之间的关系。从《物权法（草案）》制定的环境与基本条件看，没有宪法确认的市场经济制度、没有宪法对私有财产权地位的充分肯定，没有宪法对国家基本经济制度的确认，物权法的制定也会失去必要的社会基础。因而，物权法是在宪法秩序下，对宪法规定的基本原则、基本权利的具体化，但《物权法（草案）》的制定过程中，没有充分从宪法的角度去分析和解释一些问题，没有强调必要的宪法思考与思维，导致了设计内容和理解上的一些误解和混乱。所以，韩大元教授的结论是：《物权法（草案）》第1条没有规定“根据宪法”至少从立法内容和技术层面上是不妥的，需要在修改中增加规定。^①

三、征收征用条款不当论

这种观点认为，从法律性质上来看，物权法属于私法的范畴，调整的是平等主体之间的人身和财产关系，而征收征用则是一个公法的问题，涉及国家权力机关对公民私人财产的关系，因而，在一个以私法为根本特征的法律中试图解决公法上的问题，则存在着明显的不当之处。例如，有学者主张：“对于公益征收、征用制度的规定，必须要靠行政法来完成，而不能由民法来承担。因为公益征收、征用本质上是政府行政权力的行使，如果由民法来调整此等公权行为，必将导致民法自身的异化。而且，该制度的重心在于控制公权力的行使，所以才有非经正当程序合法的私人财产权不受征收的原则，而这里的程序毫无疑问指的是行政程序。公益征收、征用制度还有一个重要内容就是对私人财产权的公共限制必须给予公平补偿，而这种补偿属于行政补偿，也没有疑义。所以，何谓公益征

^① 韩大元：《由〈物权法草案〉的争论想到的若干宪法问题》，载《法学》2006年第3期。