

民商法论丛

Civil and Commercial Law Series

民事立法与公私法的接轨

MINSHI LIFA YU GONGSIFA DE JIEGUI

● 苏永钦 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

民商法论丛

Civil and Commercial Law Series

民事立法与公私法的接轨

MINSHI LIFA YU GONGSIFA DE JIEGUI

● 苏永钦 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

民事立法与公私法的接轨/苏永钦著. —北京:北京大学出版社,2005.10
(民商法论丛)

ISBN 7-301-09764-6

I. 民… II. 苏… III. ①民法-立法-研究-中国 ②公私法-研究-中国 IV. ①D923.04 ②D922.291.914

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 114955 号

书 名: 民事立法与公私法的接轨

著作责任者: 苏永钦 著

责任编辑: 周 菲

标准书号: ISBN 7-301-09764-6/D·1304

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

电 子 信 箱: pl@pup.pku.edu.cn

排 版 者: 北京高新特打字服务社 82350640

印 刷 者: 北京原创阳光印业有限公司

经 销 者: 新华书店

650 毫米×980 毫米 16 开本 20.5 印张 325 千字

2005 年 10 月第 1 版 2005 年 10 月第 1 次印刷

定 价: 29.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,翻版必究

出版说明

当今社会是信息社会。信息的交流和互动使我们可以站在巨人的肩膀上俯瞰整个学科的发展,进而推动该领域学科的发展壮大。我国台湾地区的法学研究较为成熟,但目前大量读者还不易直接在祖国大陆购买台湾地区的书籍,而大量复印又有违著作权法的有关规定。在这种情况下,我社引进了一些已经在我国台湾地区出版的优秀法学著作。我们希望通过这种方式给祖国大陆读者提供一种获取信息的捷径,从而可以比较迅速地了解各个地区的教学和学术成果,为深入学习和研究打下更坚实的基础。

我们引进这些学术著作,主要目的在于介绍我国台湾地区的相关法学理论和方法,推动学术交流,促进学科发展,完善教学体系。而其著作者的出发点、指导思想、基本观点和结论等,属于学术范畴的讨论,均不代表北京大学出版社的立场和观点。

由于海峡两岸的具体情况不尽相同,为方便读者,经授权出版社同意,我们在排版时对原书的某些行文方式作了少量技术性处理。至于原书内容,我们遵从著者的意愿,未作任何改动。需要特别说明的是:(1)台湾地区是中国不可分割的一部分,这是不争的事实。但目前由于特殊原因,台湾地区还实行本地区的法律、法规,包括“宪法”。学界从宪法的视角研究、审视法律已经成为一种趋势和必然。因此,从学术研究出发,对书中涉及的“宪法”规定及其分析,并没有加以删减。(2)一些机关和机构,比如行政法院、学会等,系指我国台湾地区之机构,为了保持行文顺畅,并使读者明确地查证,一般按照原有的称呼,没有进行特别的处理。(3)为了行文的简洁,对具体的法律、法规没有一一加以说明,因此如果

没有特殊标注，书中所涉及的法律、法规均为我国台湾地区的法律。

(4) 我国台湾地区法学领域有些用语与祖国大陆不尽一致。比如一些国际条约的翻译、学科设置等，为了保持作品原貌，也没有加以修改。特此一并声明，敬请读者注意，以免产生误会和质疑。

自序

这本书收集了近三年写的八篇文章,围绕着两个主题:民事立法和公私法的接轨,三年前我侥幸获得台湾“教育部”国家讲座的荣衔,所提的讲学计划之一,就是从这样的角度去看民法,在向来以民法注释为中心的民事法学,跑到现行法的上游,去思考怎样立法或修法,或到民法的边界,去看看公私法的“相邻关系”,好像也只适合借“讲座”这个令人生畏的名义,才能招揽到一些不明就里的学生来听,我心里想。

2004年下半年我就在政大法律系研究所开了“民法与社会变迁”这门课,招生的“广告词”里,我还极尽煽惑能事地写了一段话:“民法的训练让我们很习惯地把它当成是一套建立于几个基本原则的交错运作,就可以自我合理化的静态规范体系,从而和建立于内容多变的多数决基础上的政策性法规,截然不同。民法反映不变的市场规律,透过解释即足以涵纳社会的快速变迁。这样暗藏的假设也许百分之九十是对的,但当我们把百分之百的研究精力都投注在民法典的解释上,而不在意那百分之十的改变,也就是穷尽解释也不足以响应社会变迁,而必须经由越来越多的特别法的调整,乃至法典的修改,才能勉强跟上的‘民事政策法’时,我们很可能忽略了民法学的一个新的挑战,也就是广义民法的体系化。换句话说,我们必须开始建构某种整体民法的政策思考,包括民法典本身,也有其政策意义,它的存在不再是自明之理。即使对于民法释义学来说,加强其实证和批判的面向,也越来越有必要,前者不限于司法实务的研究,而必须扩及社会(管制与市场)的实务;后者则不应自囿法典概念体系一致性的观点,还要考量到广义民法价值和政策的一致性。我们也许会发现,问题不在百分之九十或百分之十,而是这百分之十的疏离引起的方法上的挑战。这门课就是要请多位老师从民法的‘常’跳出来,一起来谈谈民法的‘变’。”我真的用讲座经费延请了多

位年轻老师——除了黄立教授谊属同辈外——来共襄盛举,在我上了半学期比较属于方法论的课以后,他们一一上场,包括谈公共采购的黄立,谈消费者作为民法新主体的杨淑文,谈民事交易客体的物的吴谨瑜,谈网络契约clickwrap的冯震宇,谈德国缔约过失责任立法过程的陈彦良,谈医病关系的杨秀仪,谈民法和竞争法关系的吴秀明,谈损害赔偿计算的陈聪富,和谈公寓法问题的简资修,很多人喜欢用飨宴来形容这样的学术盛会,我倒觉得气氛更像e世代民法老师轻装便帽上阳明山烤肉,最后宾主尽欢,同学们应该也在一边忙于考试之际,过了一个快乐的学期。

在台湾地区可以把修法的讨论当成野餐,对于未来世界最大经济体的中国,怎样打造出一部合用的民法典,却必须从长计议,是要好好料理而且正襟危坐享用的正餐。公私法如何接轨,对准备把社会主义体制转移到市场经济基盘上的中国内地,更是再严肃不过的课题。这里做的每一个重要决定,都可以影响十几亿人好几十年的生活,而且会不断向外辐射出去,台湾绝对不可能自外于此。所以我每次沉浸于和这些大题目相关的思考时,都会不自觉地深吸一口气,然后徐徐吐出。我们在台湾长期忽略的思考角度,好像突然可以如德国人说的,“在沙龙里高谈阔论”(salonfähig)了。所以我抓住每一个机缘,参加相关的讨论,“民法典的时代意义”是为了参加2003年在烟台大学举行的两岸民法研讨会而写,可惜文章交了出去,人却住进医院,没能去成。“物权法定主义松动下的民事财产权体系”则是为了2004年东吴大学举行的研讨会而写,今年(2005)参加在扬州大学的两岸研讨会,再把原来以台湾民法为材料写的论文“法定物权的社會成本”,改写为两岸民法的比较。每一次的经验都很特别,好像看到许多错乱、交叠的脚步,渐渐走出一条条清楚的小径来,算是我的私心吧,总希望等将来汇聚成一条大路时,还可以看到很多台湾人的脚印留在那里。

“从动态法规范体系的角度看公私法的调和”和“民事裁判中的人权保障”这两篇文章,都发表于台湾“最高法院”和民法学会合办的研讨会中,“缔约过失责任的经济分析”则发表于“中央”研究院人文社会科学研究所以举办的法律经济分析研讨会,“再谈共有物分割的问题”是一篇祝寿论文,整理了我参与物权法修正触及的一个重要争议。这些以两岸比较和以台湾地区为背景所发表的文章,预设的读者不同,但关注的议题是共同的,所以在讲座课程中当成参考材料,还是得到不错的响应。我把这七篇文章整理起

来,再特别加写了一篇“民事立法者的角色”,可以看成个人到目前为止对这些问题思考方法上的一些总心得,古人说野人献曝,就是以这样的心情把这本小书在内地出版,希望能再次得到我所敬佩的许多法学先辈的指正。

最后不能不提一下我踏进两岸民法研究以来的最大机缘,就是利用今年下半年开始的轮休,应清华大学的邀请,担任一个学期的高级访问教授,开设两岸民事立法专题课程,同一时间也在北京大学法学院讲授相同内容的课程,我感谢清华和北大给我这个荣誉和机会,这也是出版这本小书的另一个动机,和内地的优秀法律学子分享一些问题的看法,对这个全新的经验,我抱着极高的期待。想不出什么广告词,就请同学直接读书吧。对于参加讲座课的台湾同仁,和促成我多次参加两岸研讨会的多位内地学者,恕我不一一颂名,都容我在此再次表达深挚的谢意。要感谢的还有,鼓励两岸学者交流的中华发展基金管理委员会提供了相当补助,一直致力于两岸法学交流的元照出版社,则告诉我可以出版这本书的简体本,出口再转内销,乍听之下好像不可思议,深入想想又觉得是挺不错的点子,两岸问题,如果多一些这样的民间活力,或许会更容易处理。台湾交通大学科技法律研究所的王文杰教授不断支持我内地法学的文献,引荐法学精英,以及讲座的助理林世昌律师在行政上的帮忙,当然是点滴在心头。其他如太太、小孩,都尽在不言中了。

苏永钦 写于巴黎旅次

2005年8月25日

民商法论丛已出书目

书 号	书 名	出版日期	编著者	定价
07548 - 0/D·0912	优先权制度研究	2004 年版	郭明瑞等	26.00
07558 - 8/D·0916	公信力的法律构造	2005 重印	叶金强	30.00
07506 - 5/D·0899	纯经济上损失赔偿制度研究	2004 年版	李昊	23.00
07602 - 9/D·0922	英国民事司法改革	2004 年版	齐树洁主编	56.00
08077 - 8/D·0991	比较担保法	2004 年版	蔡永民	36.00
08383 - 1/D·1045	中国票据制度研究	2005 年版	胡德胜等	30.00
08637 - 7/D·1090	中国民法典立法研究	2005 年版	谢哲胜等	21.00
08680 - 6/D·1100	收养法比较研究	2005 年版	蒋新苗	32.00
08722 - 5/D·1109	论知识产权法的体系化	2005 年版	李琛	20.00
08723 - 3/D·1110	美国物业产权制度与物业管理	2005 年版	周树基	25.00
09138 - 9/D·1203	知识产权请求权研究	2005 年版	杨 明	25.00
09347 - 0/D·1235	非营利组织治理结构研究	2005 年版	金锦萍	21.00
09085 - 4/D·1196	民事法理与判决研究	2005 年版	詹森林	46.00
09435 - 3/D·1253	不动产登记程序的制度建构	2005 年版	李昊等	46.00
08885 - X/D·1154	侵权归责原则与损害赔偿	2005 年版	陈聪富	33.00
09764 - 6/D·1304	民事立法与公私法的接轨	2005 年版	苏永钦	29.00

目 录

民事立法者的角色

- 从公私法的接轨工程谈起…………… (1)

民法典的时代意义

- 对中国内地民法典草案的大方向提几点看法 …… (48)

从动态法规范体系的角度看公私法的调和

- 以民法的转介条款和宪法的整合机制为中心 …… (74)

民事裁判中的人权保障…………… (118)

缔约过失责任的经济分析

- 从现代交易的阶段化谈起…………… (173)

物权法定主义松动下的民事财产权体系

- 再探内地民法典的可能性…………… (202)

法定物权的社会成本

- 两岸立法政策的比较与建议…………… (245)

再谈共有物分割的问题

- 从比较法和法政策角度分析…………… (288)

民事立法者的角色

——从公私法的接轨工程谈起

前 言

狭义的民事立法者当然仅指做成立法决定,赋予其法律生命的机关,在中国内地,就是全国人民代表大会(《中华人民共和国宪法》第62条)。但法律同时包含政策和规范技术的层面,理想的立法一定要兼具二者,这是两个世纪前萨维尼就已经提出的看法。^① 现代法律反映不同利益的折冲,并为理顺规范间的关系,产出的过程更是越来越复杂,许多部门、专家都有机会参与,而实质上发生一定的影响力,此所以嗣后要作“立法主观目的”的法律解释时,往往连确认某规定的始作俑者都不容易^②。总之,广义的民事立法者可能涵盖更广。本文所说的民事立法者,则是一个虚拟的理性立法者概念,并不以实际投入立法程序哪个环节为限。基于参与台湾债法和物权修正长达20年的经验,和近年对内地民法典立法的远距观察,笔者认为这样的讨论是有意义而必要的,因为尽管两岸的法律学者都没有在民事立法(修法)的过程中缺席,也多会提出这样那样的批评,但法学研究的议程最多只是掠过这样的角度,很少人真的把民事立法本身当成一门可以作理性思考的学问。尤其在台湾地区,长期以来几乎就把现行法(lege lata)的研究当成

① 详见 Behrends, O., Das Bündnis zwischen Gesetzgebung und Dogmatik und die Frage der dogmatischen Rangstufen, in: Behrends/Henckel, (hrsg.), Gesetzgebung und Dogmatik, 1989, 18ff., 21ff., 26ff.

② 参阅 Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3A., 1995, 149—153; 法典的制订虽然常会刻意保存完整的理由,但到了后来陆续修正,还是会渐趋模糊。

法学的全部。

从内地带到台湾的民法典,是台湾市场经济发展不可或缺的基础结构一环。它的成功,使得 20 世纪 70 年代中期就已经开始的民事财产法修正,尽管动员了不少实务和学界的精英,尽管前后花了二十多年的时间,更动的条文数也将近原来的条文数,但除了文字调整,实务见解的条文化,和若干有名契约的增订外,真正算得上政策改变的地方,寥寥可数。立法者对于法典的敬畏已经到了一个程度,几乎只敢(愿)用司法者的角度去思考修法的问题,即以法条的体例而言,别说对原有五编制去作任何新的思考,连像代理制度被割裂置于总则和债编,把代理权的授予当成独立“债之原因”的奇怪体例,在没有人能作出有力辩护的情形下,竟然就为了保持原典的结构,最后还是不了了之。台湾的民法是不是真的不需要作任何原则性的变动,其实不是没有探究的余地,但我们的确没有感受到来自社会的催动,非进行比较大规模的社会工程不可^③,这一点和内地的情形有很大的不同。

今天民事立法的议题在内地受到关注的程度,与各种立法方向视野之宽与光谱之广,和台湾民法修正的情形都形成强烈的对比,也完全不同于清末民初民法典制订那样的由上而下,让人不禁想起美国耶鲁大学宪法教授 Bruce Ackerman 在“我们人民”两册中提到的“宪法时刻”^④,若说中国内地现在正处于“民法时刻”,各种力量都殷殷寄望于大规模的民事立法,来带动某种社会的解构和重构,以延续和稳定市场经济的蓬勃发展,应不为过。然而民法不是“独立王国”,也不可能在真空中作出来,理性的民事立法者必须很清楚地知道自己的位置,和实际可有的选择,民法的制订固然要回应各方的期待,但同时也要适当地保留既有的法制,让整套系统仍能顺畅的运作。以下即尝试从这样一个理性的民事立法者的角度,对当前内地进行中的民事立法作一些反思。

^③ 当然这和起草者的保守心态多少也有关系,有关台湾民法修正案起草者的组成,值得作一点社会学的分析,一如徐国栋教授对内地民法起草者及组织过程做的检讨与建议,参所撰:《认真地对待民法典》,中国人民大学出版社 2004 年版。台湾在这方面的问题可能不比内地要小,这里为免离题太远暂略。

^④ Ackerman 把美国历史上几次宪法的重大变迁称之为宪法时刻 (constitutional moments),详见所著 *We the people*, Vol. 1, Foundations (1991), Vol. 2, Transformations (1998), Belknap/Harvard UP。

壹、民事立法者的位置

有人用“过去人”定性司法者,“现在人”定性行政者,“未来人”定性立法者,凸显的是立法者前瞻的必要性。但在前瞻之前,如果没有看清楚脚踏的土地,确定了东南西北,高瞻远瞩的立法很可能窒碍难行。前瞻的立法者仍然必须先认清所处的环境,受到哪些限制,有多少优势和劣势,然后再来判断,真正的机会和选择在哪里。民事立法者同样要从规范对象的社会秩序(实然面),和规范秩序本身(应然面),分别去作一番省察。

一、在历史的甬道中

在不同的时空环境下,民法承担的任务也会有相当的差异性。比如18、19世纪的民法典,最主要的动力,几乎都是借统一的国法来巩固民族国家,强化王权,今天内地的民事立法基本上已经不再承担这样的政治功能。民法的内容当然也会反映那个时代的精神和社会、经济的发展阶段,欧洲民法典便可以从这个角度去分期,比如法奥是一个时期,工业革命刚刚萌芽,德瑞法典化时已经是相当成熟的工业社会。如果从国家与社会关系来看,1922年和1964年的《苏联民法典》,尽管在外形上有德国民法的包装,精神上却不再保留与国家抗颀的私法理念,民法只是另一种形式的公法。20世纪的最后20年,欧美经历了管制革新的浪潮,在电子电信科技辅助下的全球化,改变了整个世界各方面的样貌,荷兰民法典颇能反映这种新趋势,也影响及于本世纪初德国民法的修正,特别在买卖法、时效制度和消费交易这些地方,有所回应。同一时期在中国内地发生的变化,更是让世界瞠目结舌,2001年12月正式成为世贸组织会员,是中国向全世界开放的里程碑,现在中国不仅在许多产业扮演世界工厂的角色,庞大的内需市场也使它成为诸如飞机、汽车、机械工具等产品的主要买家。中国吸引投入的外资,是所有开发中国家的总和。^⑤ 市场经济的活力,也表现在私营经济的快速跃居

^⑤ 参阅申卡著,许贵运译:《中国大世纪》,台湾培生教育出版公司2005年版,第一、三章。

主流。^⑥ 伴随全球化的经济,是文化的全球化,诸如消费者运动、环境保护和女性主义运动的兴起,都可以看到中国快速地、虽然仍是选择性地接受许多西方价值,中国人和其余世界的思想律动已经越来越合拍^⑦,这些当然都是今天民事立法者必须正确掌握的时空背景。

如果我们纯从民法的技术面来看,则固然“早起的鸟儿有虫吃”,但晚起的虫子也比较不会被鸟吃,中国的民事立法者无疑享有多项后发者的优势。罗马法是公认所有民法典的源头^⑧,公元6世纪的查士丁尼法典是罗马人累积了几世纪民法发展的精华,19世纪初期拿破仑编纂法国民法典时,他的法学家无不大量阅读罗马法的著作,19世纪末期德国人制订民法典时,已经多了法国民法的经验,后来的瑞士、荷兰、日本、意大利、苏联等,开始仔细比较法、德民法的得失,到了20世纪末期,欧洲联盟在不同民事领域尝试统合时,立法者面对的已经是难以消化的满汉大餐了。^⑨ 那些用了上百年的民法典,大部分的漏洞,都补得差不多了。后发者可以挑三拣四,如果功课做得够的话,前人的试误过程,大多无须重复^⑩,比如到了世纪之交,连德国人自己都为了融入欧盟的消费者保护政策和国际买卖法,而把出卖人的瑕疵

⑥ 私营经济(内资加外资企业)的发展从1992年邓小平南方谈话以后快速发展,到了1998年底在国民生产总值的比例已经超过40%,2000年已经超过一半,可参李秀潭、胡修干主编:《中国私营经济研究报告》,浙江人民出版社2004年版,第14页;如果看家数的成长,仅仅这个世纪的前四年的变化就足够震撼了,可参以下附表:

中国国有企业暨私有企业比例变化:2000—2003

(单位:万户)

年份	国有企业	私营企业	比例
2000	19.1	176.2	1:9.2
2001	17.4	202.9	1:11.6
2002	15.9	243.5	1:15.3
2003	14.6	300.6	1:20.5

资料来源:《中国财政年鉴》2004年版、《中国经济年鉴》2001—2004年版。

⑦ 阎云祥:《管理全球化:中国国家权力和文化的变迁》,收于杭廷顿、伯格主编,王柏鸿译:《杭廷顿 & 伯格看全球化大趋势》,时报文化出版社2002年版,第二章。

⑧ 参阅艾伦·沃森著,李静兵、姚新华译:《民法法系的演变及形成》第二章,中国政法大学出版社1992年版。

⑨ 内地学者已经大举投入翻译工作,比如中国人民大学张新宝教授所译:《欧洲比较侵权行为法》,上下册。

⑩ 以德国民法典来说,一百年来大大小小的修改差不多就有一百次。

担保责任简化为一种债务不履行责任时,新一代的中国立法者如果还要选择旧德国模式的买卖法,可能将来发现问题要送原厂维修都找不到地方。

中国特别的地方在于,还有社会主义化之前的短暂法典化经验,以及社会主义化之后,内地以外地区平行发展的民法经验,用天载难逢来形容这样大规模而非人为设计的社会实验,也不为过,民事立法者如果不尝试作一些探索,恐怕不只是可惜而已。

二、在规范的阶层内

法治国家的立法者同样必须先考察清楚的,是所要制定的法规范在规范阶层体系内的位置,上位阶有哪些规范,对立法者有何限制,保留了多大的立法裁量空间;同位阶有哪些规范,需要立法者作哪些调适、配套的考量?

民事法是法律,尽管规范的是人民之间的关系,而有其特殊性,比如尽管宪法的位阶高于民法,债务人原则上仍不能对债权人主张其宪法上的权利,但这种规范领域的特殊性还不能引出民法本身不受宪法拘束的结论,不论民事立法者(狭义)或民事司法者作为一个国家机关,或民法作为国家的法律,在不能抵触宪法规定这一点上,当然不存在任何特殊性,民法更不因其概念及制度有较高的技术性,而可以成为宪法秩序内的独立王国^①,所以民事立法者当然也要先检视一下宪法的规定。《中华人民共和国宪法》在有关国家机构的规定中,一直就有关于民事立法权的规定,如“制订和修改刑事、民事、国家机构的和其他的基本法律”,是属于全国人民代表大会的职权(第62条第3项),说明民事立法是比一般法律位阶略高的“基本法律”。这一点和1946年的《中华民国宪法》第107条第3款规定的“国籍法及刑事、民事、商事之法律”,是由“中央立法并执行”,虽未强调其基本性,但不能授权省县执行,以确保其“统一性”的用意是差不多的。但民事立法者要“如何”立法,还不能从这样的分权规定看出来。

1982年通过制订,代表改革开放后国家新秩序的《宪法》,经过三次修正,在好几方面都作了原则性的改变,对于民事立法的方向有十分重大的影响。首先,在经济体制上,1982年的《宪法》第15条第1款还规定:“国家在

^① 这样的误解在民法学者间颇为常见,包括德国的民法学界,可参拙文:《宪法权利的民法效力》,收于《合宪性控制的理论与实际》,月旦出版社1994年版,第30页。

社会主义公有制基础上实行计划经济。国家通过经济计划的综合平衡和市场调节的辅助作用,保证国民经济按比例地协调发展。”与此配套的制度,则有第7条:“国营经济是社会主义全民所有制经济,是国民经济中的主导力量,国家保障国营经济的巩固和发展。”及第8条第1款:“农村人民公社、农业生产合作社和其他生产、供销、信用、消费等各种形式的合作经济,是社会主义劳动群众集体所有制经济。参加农村集体经济组织的劳动者,有权在法律规定的范围内,经营自留地、自留山、家庭副业和饲养自留畜。”等到了1993年的修宪,已经作了原则性的改变,《宪法》首先在序言中强调“我国正处于社会主义初级阶段”,配合初级阶段的定性,第15条的经济体制条款也从计划经济改为宏观调控,市场经济则从计划经济的辅助,变成主体,即“国家实行社会主义市场经济”和“国家加强经济立法,完善宏观调控”,与此配套的规定,如第7条的“国营经济”改为“国有经济”,第8条把“家庭联产承包为主的责任制”增列于合作经济之前,作为农村的集体所有制经济模式,在原有的所有权结构内加入了市场的因素。

1999年修宪,基本上是沿着九三修宪的路线继续强化,序言对于国家发展阶段的定位改变为“我国将长期处于社会主义初级阶段”,而且在接下来就强调应“发展社会主义市场经济”,使市场经济也从过渡体制变成长期体制。与此配套的调整,是所有权和分配结构的进一步市场化:国家在社会主义初级阶段,坚持公有制为主体、多种所有制经济共同发展的基本经济制度,坚持按劳分配为主体、多种分配方式并存的分配制度(第6条),个体经济和私营经济同样从“补充”地位提升为市场经济的“重要组成部分”:在法律规定范围内的个体经济、私营经济等非公有制经济,是社会主义市场经济的重要组成部分。九九修宪对民事立法更具原则性影响的是法治国家的宣示,即:“中华人民共和国实行依法治国,建设社会主义法治国家。”(第5条第1款),法治国家所提供的、对国家和市场参与者行为可预见性的保障,本来就是市场经济不可或缺的条件,民法既为交易和财产权的基本规范,其完善就不再只是全国人民代表大会的立法权限,同时也应解释成立法义务(宪法委托)。

最近的一次修正是2004年,在经济体制方面,私经济得到更大的提升,不再只是被保护和管理,而是被鼓励和支持:“国家保护个体经济、私营经济等非公有制经济的合法的权利和利益。国家鼓励、支持和引导非公有制经

济的发展,并对非公有制经济依法实行监督和管理。”(第11条第2项)对民事立法更重要的影响在于私有财产进一步的保障,有关私有财产的规定,原来的宪法一直保留计划经济时代的宪法传统,一方面采“列举”形式,另一方面放在体制章节中,而非人权的章节。新修正的第13条已经把保障私有财产当成一种原则:“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和继承权。”不仅如此,这1条还加上了第3项,即“国家为了公共利益的需要,可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿”,使得人民的财产和公共利益有了真正的对价关系,而具备“私有”的实质。^⑫ 2004年修正最具影响力的可能是在人权条款的首条增加了“国家尊重和保障人权”的概括宣示(第33条第3款),虽然暂时还看不出什么具体的效力,但此一消极(尊重)和积极(保障)义务的宣示,无疑具有转化“方针条款”为可执行规范的潜力,对民事立法者而言,如果对人权的保障明显不足,即可能构成立法懈怠。除了这些条文以外,在基本人权方面,民事立法者必须注意的还有第33条第2款平等权的规定,第38条有关人格尊严不受侵犯的规定,以及第49条婚姻、家庭、母亲、儿童应受国家保护的规定。

整体而言,资本主义国家的民法,从拿破仑法典以来,基本上都是从自由市民自治的假设出发,和后来逐渐完备的人权清单中的营业自由、契约自由、财产权、人格权等,可以说理念同源,因此不问发生先后或位阶上下,在法体系上十分和谐。而通常不直接见于宪法规定的市场经济体制,反而被解释为落实这些人权的“制度性保障”。二战后的联邦德国,基本法对经济体制刻意不作任何规定,许多学者仍然认为从社会国(Sozialstaat)的国家定性,和财产权、营业自由等人权规定,可以引导出“社会市场经济”(soziale marktwirtschaft)的体制,宪法法院虽未接受这样的推论,但体制的选择受到人权的限制,市场经济作为主体确实已无其他解释空间。^⑬ 内地宪法这一路

^⑫ 台湾的“宪法”实务采用德国宪法学的“特别牺牲”理论(释字第336, 425, 516号解释),来说明征收补偿。在普遍财产权限制的情形,不需要补偿是因为每个人都为公共利益付出了对价。但如果为了公益而征收少数人财产,则补偿即寓有由得利而未付出的大众向特别牺牲者支付对价的意义。

^⑬ 拙文:《经济宪法作为政治与经济关系的基本规范——从昔日德国的争议来看今日台湾的回应之道》,收于《走入新世纪的私法自治》,2002年,第130—134页。