

中国人文社会科学AMI扩展期刊

法治社会 LAW-BASED SOCIETY

LAW-BASED SOCIETY

法治社会

本期要目

- ◎ 环境法典编纂研究的现状与未来
- ◎ 作为“法”的“礼”
- ◎ 龚自珍与中国近代法理学的萌生
- ◎ 论宪法渊源
- ◎ 民法典签署制度纵横论

2023.4

双月刊
(总第46期)

2023年第四期



法治社会

LAW-BASED SOCIETY

(创刊于 2016 年)

编委会

主任：袁古洁

副主任：李水华 王波 邓远强 金艳

杨正根 黄文艾 黄国辉 陈建

委员：王利明 王振民 石佑启 朱义坤 朱景文 乔晓阳

杜承铭 李林 李仕春 李步云 吴汉东 怀效锋

张文显 张亮 张永忠 陈冀平 卓泽渊 周叶中

胡建淼 姜明安 徐显明 黄进 黄瑶 黄文艺

葛洪义 蒋悟真 鲍绍坤

总编辑：陈云良

副总编辑：李国清 刘晗 周新

责任编辑：刘翔 陈毅坚 刘长兴 卢护锋 陇西 张崧纶

英文编辑：曹佩升

主管单位：南方出版传媒股份有限公司

主办单位：广东时代传媒集团有限公司
广东省法学会

编辑出版：《法治社会》编辑部

地址：广州市海珠区滨江东路 500 号
广东警官学院教学楼四楼

电话：020-89090902

邮政编码：510230

电子邮箱：fazhishehuijb@163.com

国内统一刊号：CN 44-1722/D

国际标准刊号：ISSN 2096-1367

定价：20 元

印刷：广东新华印刷有限公司

出版日期：单月 15 日

订阅处：全国各地邮局

邮发代号：46-576

为了适应期刊出版网络化发展的需要，扩大本刊及作者文稿的交流渠道和学术影响，本刊已加入中国知网 CNKI 数据库、维普资讯中文期刊服务平台、国家哲学社会科学学术期刊数据库、北大法宝法律数据库和超星期刊数据库。作者稿酬（含著作权使用费）一次性给付。如作者不同意文稿被上传到网络数据库收录，请在来稿时向本刊声明。

◇ 封底题字：中国书法家协会名誉主席苏士澍

法治社会

本刊实行双向匿名审稿制度

2023 年第 4 期 (总第 46 期)

本期特稿

环境法典编纂研究的现状与未来 吕忠梅 (1)

法律文化

作为“法”的“礼” 严存生 (12)

龚自珍与中国近代法理学的萌生 喻 中 (27)

宪法专题

论宪法渊源 王 锴 (42)

社会给付请求权的宪法依据及其规范效力 王 健 (64)

民法典论

民法典签署制度纵横论 周清林 (77)

权利上的权利：一个法学上的发现 张志坡 (91)

司法改革

审执分离向何处去？ 王杏飞 (103)

再探确定共有物分割方法之诉的性质

——兼评我国《民事强制执行法（草案）》第一百七十一条第三款

..... 徐文海 (115)

LAW-BASED SOCIETY

No.4, 2023 (Serial No.46)

The Status Quo and Trend of Environmental Code Compilation Research	<i>Lv Zhongmei</i> (1)
“Li” as “Law”	<i>Yan Cunsheng</i> (12)
Gong Zizhen and the Emergence of Jurisprudence in Modern China	<i>Yu Zhong</i> (27)
On Constitutional Sources	<i>Wang Kai</i> (42)
A Dogmatic Analysis of the Right to Claim for Social Payment and Its Judicial Realization.....	<i>Wang Jian</i> (64)
On the Signing System of Civil Code	<i>Zhou Qinglin</i> (77)
Rights of Right: A Legal Discovery	<i>Zhang Zhipo</i> (91)
Where Does the Separation of Adjudication and Execution Go?	<i>Wang Xingfei</i> (103)
A Further Discussion on the Nature of the Litigation of the Division Method of Common Property.....	<i>Xu Wenhai</i> (115)

环境法典编纂研究的现状与未来

吕忠梅*

内容提要：“人与自然和谐共生的现代化”是中国式现代化的本质特征之一，也是环境法典编纂研究必须准确理解和努力推进实现的目标。在中国法学会环境资源法学研究会的组织推动下，环境法学界围绕环境法典编纂的研究取得了丰富的成果，达成了环境法典编纂条件已经成熟、采用适度法典化模式、编纂“领域型”法典、以可持续发展为核心价值建构法典框架等共识。下一阶段，环境法典编纂研究应进一步统一法典编纂理路、准确把握“统筹立改废释纂”的整体要求，着力解决好明确价值判断标准、妥善处理几对基本关系、增强环境法典编纂研究的法学理性等问题。

关键词：中国式现代化 环境法典 领域法

DOI：10.19350/j.cnki.fzsh.2023.04.001

党的二十大报告提出了“中国式现代化”的新命题。“人与自然和谐共生的现代化”既是中国式现代化的本质特征之一，也是实现中华民族伟大复兴的内在要求。二十大报告第十部分关于“推动绿色发展，促进人与自然和谐共生”^①、第七部分关于“坚持全面依法治国，推进法治中国建设”^②的相关要求，都是环境法典编纂研究需要深刻理解的国家任务。如果说实现国家目标是编纂环境法典的宪法基础，那么，这些国家任务就是宪法规定的国家目标的落脚点。因此，环境法典编纂研究必须深刻理解“中国式现代化”的本质特征与丰富内涵，特别是要准确把握“人与自然和谐共生的现代化”对环境法典编纂的目标指引作用，以防止环境法典编纂研究走偏方向。“十四五”规划确定了我国到2025年和到2035年的生态文明建设目标，^③这些目标既是中国未来生态环境保护的阶段性任务，也是环境法典编纂研究必须立足的基本实际。环境法典编纂是促进国家治理体系和治理能力现代化的立法活动，不是思想试验，而是法治实践活动，必须以国家的发展现状、法治基础、经济社会条件为研究前提，不能脱离中国实际去构建空中楼阁。立法活动是利益判断和利益博弈的过程，法典编纂作为最高形式的立法活动，更是立足国情的政治抉择，而不是学者的法律理想。在目

* 中国政法大学兼职教授，中国法学会副会长，中国法学会环境资源法学研究会会长。本文为中国法学会环境资源法学研究会“环境法典编纂研究”的阶段性研究成果。

① 参见习近平：《高举中国特色社会主义伟大旗帜 为全面建设社会主义现代化国家而团结奋斗——在中国共产党第二十次全国代表大会上的报告》（2022年10月16日），人民出版社2022年版，第49-51页。

② 参见前引①，习近平书，第40-41页。

③ 参见《中华人民共和国国民经济和社会发展第十四个五年规划和2035年远景目标纲要》（2021年3月11日第十三届全国人民代表大会第四次会议批准）。

前的环境法典编纂研究中,已经出现了混淆立法与司法、混同学理与规则的现象,导致研究结论错位甚至错误,值得高度重视。以促进实现“人与自然和谐共生的现代化”为目标,在充分论证的基础上提出立足中国国情的环境法典编纂方案,助力立法机关编纂出一部能够解决中国现实问题的好用、管用的环境法典,为构建“人与自然和谐共生的现代化”提供“良法”保障,是当前环境法学界的重要任务。

一、环境法典编纂研究第一阶段取得的成果与共识

2020年,习近平总书记在中央全面依法治国工作会议上明确指出:“民法典为其他领域立法法典化提供了很好的范例,要总结编纂民法典的经验,适时推动条件成熟的立法领域法典编纂工作。”^④《法治中国建设规划(2020—2025)》提出了“到2025年,以宪法为核心的中国特色社会主义法律体系更加完备”的目标。为此,2021年十三届全国人大常委会立法工作计划明确提出研究启动环境法典等条件成熟立法领域的法典编纂工作;^⑤2022年十三届全国人大常委会工作报告提出继续推动法典编纂;2023年正在制定十四届全国人大常委会立法规划,法典编纂是重点目标之一。这表明,环境法典编纂已经进入立法机关的议程,学者们需要做的是为环境法典编纂提供理论支撑。

中国法学会环境资源法研究会自2017年启动环境法典编纂研究工作,已经取得丰富的成果,完成了11个国家和地区的环境法典翻译出版、^⑥15个基础理论研究课题;组织发表论文近60篇,出版基础理论研究专著5部、^⑦法典编纂论证著作1部、^⑧立法参考资料精选1部;^⑨形成了《生态环境法典专家建议稿(草案)》;与此同时,还承担了中国法学会委托的重点课题、全国人大法工委委托的国家高端智库课题等。课题组在《中国法学》发表了环境法典编纂研究的集成性成果。^⑩通过这些研究,学术界对中国环境法典编纂达成了一些重要共识。

(一) 环境法典编纂条件已经成熟

第一,有政治决断和民意基础。启动法典编纂的第一要素是政治。党的十八大以来,推进生态文明建设的高度、深度、广度前所未有,“人与自然和谐共生的现代化”成为中国式现代化的本质特征,这些都表明,编纂环境法典具有成熟的政治决断、政治生态以及民意基础。习近平生态文明

^④ 习近平:《坚定不移走中国特色社会主义法治道路 为全面建设社会主义现代化国家提供有力法治保障》,载《求是》2021年第5期,第10页。

^⑤ 《全国人大常委会2021年度立法工作计划》明确提出“研究启动环境法典、教育法典、行政基本法典等条件成熟的行政立法领域的法典编纂工作”。参见:《全国人大常委会2021年度立法工作计划》,载中国人大网, <http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202104/1968af4c85c246069ef3e8ab36f58d0c.shtml>, 2023年5月20日访问。

^⑥ 包括:《瑞典环境法典》,竺效等译,法律出版社2018年版;《法国环境法典(第一至三卷)》,莫非等译,法律出版社2018年版;《法国环境法典(第四至七卷)》,莫非等译,法律出版社2020年版;《菲律宾环境保护法典》,岳小花译,法律出版社2020年版;《意大利环境法典》,李钧等译,法律出版社2021年版;《德国环境法典(专家委员会草案)》,沈百鑫等译,法律出版社2021年版;《独联体生态示范法典·爱沙尼亚环境法典(总则)》,刘洪岩等译,法律出版社2022年版;《哈萨克斯坦共和国生态法典》,刘洪岩等译,法律出版社2022年版;《哥伦比亚可再生自然资源和环境保护法典》,刘时剑等译,法律出版社2022年版。另有《柬埔寨环境与自然资源法典(草案)》等待出版。

^⑦ 分别是陈海嵩主编:《中国环境法典编纂的基本理论问题》,法律出版社2021年版;刘洪岩主编:《域外环境法典编纂的实践和启示》,法律出版社2021年版;刘长兴主编:《环境法体系化研究》,法律出版社2021年版;史玉成主编:《环境法典编纂中的关系与结构》,法律出版社2021年版;焦艳鹏主编:《环境法典编纂视野下的环境法效能研究》,法律出版社2021年版。

^⑧ 汪劲主编:《中国环境法典编纂要论》(上下卷),法律出版社2023年版。

^⑨ 赵晓海、吴凯杰主编:《生态环境法典编纂法律文献精编》,法律出版社2022年版。

^⑩ 参见吕忠梅:《环境法典编纂论纲》,载《中国法学》2023年第2期,第25—47页。

思想和习近平法治思想为环境法典编纂提供了马克思主义中国化、时代化的思想基础与强大的理论武装;^⑪“生态文明建设”“绿色发展”“美丽中国”写入党章和宪法为环境法典编纂提供了坚定的政治基础;人民群众对良好生活环境和生态环境的向往,为环境法典编纂提供了深厚的民意基础。贯彻落实习近平总书记“用最严格制度最严密法治保护生态环境”^⑫的“最严生态法治观”^⑬,必须通过环境法典编纂,以体系化方式织密环境法治网。

第二,有现实需求。我国的生态环境质量状况虽然在逐步改善,但仍面临生态环境事故多发、局部地区污染严重、部分自然资源面临严重破坏等问题。中共中央办公厅、国务院办公厅印发的《关于构建现代环境治理体系的指导意见》明确了“到2025年,形成导向清晰、决策科学、执行有力、激励有效、多元参与、良性互动的环境治理体系”^⑭新要求,“十四五”规划提出了“以降碳为重点、减污降碳协同增效,全面绿色转型,生态环境质量改善由量变到质变”新任务,党的二十大报告提出了“促进人与自然和谐共生的现代化”新目标,因此,迫切需要通过环境法典编纂,建立统筹污染治理、生态保护、应对气候变化、促进生态环境质量持续改善的生态环境保护法律体系。

第三,有内生动力。我国现行法律体系按部门法划分立法子系统,环境法没有独立地位。分散于行政法、经济法部门中的环境立法存在矛盾与冲突,导致法律适用困难,其体系化需求是编纂环境法典的内生动力。经过40多年的努力,我国生态环境立法已经形成了由30多部法律、100多部法规、1000多部地方立法、1200多项国家环境标准构成的“1+N+4”法律体系(“1”是发挥基础性、综合性作用的环境保护法,“N”是多部环境保护专门法律,“4”是四部针对特殊地理、特定区域或流域的生态环境保护进行的立法)。立法数量多、速度快,但重复率高、矛盾冲突多,导致法律适用困难等明显问题。由于环境立法的分散立法模式缺乏体系化思维,部门主导、政策叠床架屋、运动式执法等弊端需要通过常规治理机制来克服,^⑮显示了环境法典编纂是促进治理体系与治理能力现代化的迫切需求。

第四,有理论研究基础。环境法典是几代环境法学人的夙愿,也是几代环境法学人不懈的追求。自1979年我国制定第一部《环境保护法》开始,环境法学前辈们就开始了环境法的体系化研究;本世纪初,就有学者开展环境法典编纂专题研究,取得了重要的研究成果,不仅对环境法典编纂的必要性进行论证,而且提出了适度法典化的编纂模式等理论观点。^⑯中国法学会环境资源法学研究会2017年启动的只是最新一轮集体研究。我们完全可以说,40多年的环境法典编纂研究成果能够为环境法典编纂提供坚实的理论支撑。

⑪ 参见吕忠梅、田时雨:《在习近平法治思想指引下建设生态文明法治体系》,载《法学论坛》2021年第2期,第5-17页;于文轩、胡泽弘:《习近平法治思想的生态文明法治理论之理念溯源与实践路径》,载《法学论坛》2021年第2期,第18-24页;刘超:《习近平法治思想的生态文明法治理论之法理创新》,载《法学论坛》2021年第2期,第25-35页;刘长兴:《习近平法治思想中生态文明法治基本原则的凝练与展开》,载《法学论坛》2021年第2期,第36-45页。

⑫ 习近平:《加强生态文明建设必须坚持的原则》(2018年5月18日),载《习近平谈治国理政》(第3卷),外文出版社2020年版,第363页。

⑬ 吕忠梅:《用法治思维和法治方式促进生态文明体制改革》,载《中国生态文明》2018年第6期,第19页。

⑭ 中共中央办公厅、国务院办公厅2020年印发《关于构建现代环境治理体系的指导意见》,载中国政府网, http://www.gov.cn/zhengce/2020-03/03/content_5486380.htm, 2022年4月8日访问。

⑮ 参见金晓雨、孔繁斌:《从运动到常规:地方政府环境治理的转型及其内在机理——以A市环保督查整改工作为例》,载《江汉论坛》2022年第9期,第59-64页。

⑯ 例如张梓太:《论法典化与环境法的发展》,载《华东政法大学学报》2007年第3期,第42-49页。

（二）采用适度法典化模式

一般意义上讲，法律体系化有两种模式，即基本法模式和法典化模式。^①两种模式各有利弊。基本法模式的优点在于不必考虑整体逻辑与篇章结构，只要各单行法不违背基本法的基本理念、基本原则和基本制度，在规则上保持一致性即可；缺点在于因为结构分散，难以避免规则“逸出”，单行法脱离基本法约束的现象会经常发生。法典化模式的优点在于有基本完备的逻辑体系，能够较好地体现立法的民主性、科学性、全面性、可预测性和易操作性，便于统一法律适用；更为重要的是，法典化具有基本法模式不具有的加速国家战略转型和社会治理升级的政治意义、促进社会变革的法文化意义；缺点在于编纂难度大，理论要求高，也可能导致法律体系停滞甚至僵化。

经过多年的研究和探讨，中国环境法应选择法典化模式已成为学界共识。^②这既是法典化为当代中国“强国建设、民族复兴”的政治决策所需，也是立足中国环境立法实践的必然选择。我国自1979年制定环境保护法时起，就提出过基本法加单行法的环境法律体系化方案，但后来种种原因所致，在实际立法中并没有贯彻这个理念，形成了今天部门分立、要素分割的分散立法格局，导致现有立法的体系化、系统性严重不足，无法满足生态文明建设的系统性、整体性要求。在这种情况下，如果再回到基本法模式，就需要对每部法律都同步修订，难度不亚于法典编纂，并且还不能体现法典编纂对促进国家转型改革等优势。因此，法典化应该是中国环境立法的必然选择。我们也清楚法典化的缺点，尤其是了解环境法典编纂与民法典编纂的不同特性，在当前解法典化与再法典化的历史背景下，我们应借鉴瑞典环境法典的编纂经验，采取适度法典化方案，合理选择纳入环境法典的法律制度。并非所有环境法律规范都适合纳入环境法典，^③需要考虑保留相对特殊的制度，制定环境单行法。适度法典化方案既可以以实质性编纂增强环境法的体系性，也可以通过适度编纂让环境法典保持一定的开放性，克服僵化和机械的弊端。

（三）明确“领域型”法典属性

2021年全国人大常委会立法工作计划已经将环境法典明确为“行政立法领域”的法典，这一定位的具体内涵需要准确把握。^④近年来，“重点领域、新兴领域”立法的提法在许多政治文件、法律文件中都不断被提及，“领域法”^⑤在学者们的认知中已然成为与“部门法”并列的概念。在国际上，领域型学科、汇聚型学科是自20世纪末以来兴起的一种非常重要的知识现象，也有学者将其称为后院学科，指的是以问题为导向、汇聚各种学科方法集中解决人类面临的危机的综合性新兴学科。^⑥尽管对哪些学科属于领域性学科存在不同认识，但环境保护作为最典型的领域性学科，是当今世界知识界的共识。在我国，法律学科中最早提出“领域法”概念的是财税法，^⑦环境法领域也有相关研究成果。有学者指出，环境法显示了准确定位法律问题并将其从部门法体系中相对剥离、保护与特定领域专业知识的适当张力、凝聚法治共识与基本原理以矫正专业信息偏差等领域法的

^① 有学者提出了以环境基本法为基础的适度法典化模式，实质上仍属于法典化模式。参见李挚萍：《中国环境法典化的一个可能路径——以环境基本法为基础的适度法典化》，载《中国政法大学学报》2022年第5期，第18-30页。

^② 参见方印、刘秀清：《我国环境法典化研究：进展、争鸣与展望》，载《中国地质大学学报（社会科学版）》2023年第3期，第36-50页。

^③ 参见胡静、汤宇仲：《环境法广义法源与环境法典的适配性研究》，载《湖北社会科学》2022年第10期，第124页。

^④ 参见吕忠梅：《论环境法典的“行政领域立法”属性》，载《法学评论》2022年第4期，第1-14页。

^⑤ 参见侯卓：《“领域法学”范式：理论拓补与路径探明》，载《政法论丛》2017年第1期，第87-96页。

^⑥ 参见[英]约翰·齐曼：《真科学》，曾国屏、匡辉、张成岗译，上海科技教育出版社2002年版，第85页。

^⑦ 参见刘剑文：《论领域法学：一种立足新兴交叉领域的法学研究范式》，载《政法论丛》2016年第5期，第3-16页。

特质。^{②4}

将环境法典定位于“领域型”法典，意味着其与民法典、行政法典有不同的价值取向与编纂方式。环境法典既不同于民法典以“权利”为逻辑主线、以意思自治为核心价值、以裁判规则为主的编纂方式，也不同于行政法典以“权力”为逻辑主线、以依法行政为核心价值、以管理性规范加行政程序规范为主的编纂方式。环境法典体现了公法和私法融合、实体法与程序法合一的跨部门法属性，以可持续发展核心价值为逻辑主线，以生态环境的资源、环境、生态三个面向为基本构架，融管理性规范与裁判性规范、实体规范与程序性规范于一体。在这个意义上，作为“人与自然和谐共生”法律规则的环境法典，比编纂其他法典更加复杂、更加困难。

（四）围绕可持续发展核心价值展开

在比较法上，各国环境法典都以可持续发展作为法典编纂的核心价值，其经验值得借鉴。^{②5} 经过充分论证，我们提出了以可持续发展为核心价值的环境法典编纂框架，目前的环境法典专家建议稿草案由总则编、污染控制编、自然生态保护编、绿色低碳发展编和生态环境责任编构成。^{②6} 其中，总则是对公因式的提取，污染防治编、自然生态保护编、绿色低碳发展编分别对应可持续发展的“社会可持续、环境可持续、经济可持续”三大支柱，体现以人为本、保障中华民族永续发展的根本目的，践行保护优先、自然恢复为主要的理念，促进绿色高质量发展的目标；生态环境责任编实际上是一个小总则，既是前面各编规定的第一性义务之违反的后果性规范，也是对专门生态环境责任的集中规定。

这里需要说明的是如何认识可持续发展与生态文明之间的关系。我们发现，近年来的环境立法中，可持续发展与生态文明的表述经常同时出现在一个法律文本中，^{②7} 但从立法宗旨的表述上看，可持续发展是价值目标，生态文明建设是实现手段。在国际上，可持续发展与生态文明同根同源，可持续发展在联合国的大力推动下逐渐变成了行动；生态文明理论在国外是西方马克思主义的一个流派，目前基本停留于空想阶段。实际上，习近平生态文明思想是对可持续发展的重大原创性贡献，将可持续发展与文明新形态紧密结合，是中国人的创造，为推进世界生态文明建设展现了中国智慧、提供了中国方案，开创了人类生态文明发展的新境界。^{②8} 只有在中国，生态文明不仅是一种理论，更变成了令世人瞩目的实践。可持续发展已经成为当今人类最大的共识，我们要向世界贡献一部具有中国特色、中国气派的环境法典，采用有广泛国际共识的“可持续发展”更具全球胸怀。

总体上看，中国法学会环境资源法学研究会组织的环境法典编纂第一阶段研究取得了丰富成果，最重要的是，达成了立法机关应尽快启动环境法典编纂的共识。但是，我们也清醒地认识到，已有研究在价值论、本体论、方法论、实践论等方面都还存在不少短板和弱项。比如，各种论证之间的关联度不高，对域外法典的研究不够深入，基础理论研究尚停留在学术构想层面，对中国的实际问题关注不够，能够解决中国实际问题的创制性内容少，编纂方法和方法论方面研究不足，等等。这些问题都有待于在第二阶段的研究中加以解决。

^{②4} 参见吴凯、汪劲：《论作为领域法的环境法：问题辨识与规范建构》，载《辽宁大学学报（哲学社会科学版）》2019年第1期，第97页。

^{②5} 参见吕忠梅、田时雨：《环境法典编纂何以能——基于比较法的背景观察》，载《苏州大学学报（法学版）》2021年第4期，第2-14页。

^{②6} 参见前引⑩，吕忠梅文，第25-47页。

^{②7} 例如，2023年4月26日公布的《青藏高原生态保护法》第一条规定：“为了加强青藏高原生态保护，防控生态风险，保障生态安全，建设国家生态文明高地，促进经济社会可持续发展，实现人与自然和谐共生，制定本法。”

^{②8} 参见程馨莹、卢黎歌：《论习近平生态文明思想的时代性贡献》，载《理论学刊》2023年第3期，第23页。

二、环境法典编纂研究第二阶段的主要任务与目标

目前,十四届全国人大常委会正在制定五年立法规划,也在研究启动法典编纂的条件。从立法角度看,判断是否应该启动某个领域的法典编纂,主要可以从该领域是否具备共同的法理基础、具有相对稳定的法律关系以及遵循相同基本原则的主要法律制度,是否可以显著促进相关领域治理体系和治理能力现代化,是否能够为执法、司法和社会活动提供全面系统的依据,是否有法典编纂的实践需求和各方面的基本共识。环境法典编纂研究,首先需要回答的是这四个方面的“有”的程度,这是检验下一步研究工作成效的基本标准。

在2023年4月28日召开的环境法典编纂研究第一阶段成果发布会上,中国人民大学的王轶教授结合民法典编纂经验,给我们提出了区分纯粹学术问题和具体规则问题的建议,非常中肯。王轶教授说,不能将纯粹学术问题和立法方案问题混为一谈;法典编纂研究中的事实判断问题和价值判断问题最为重要,解释选择和立法技术问题相对次要;事实判断应体现我国生态环境法治实践及先进经验;价值判断应体现社会主义核心价值观,展现中国特色、时代精神;事实判断和价值判断是学者研究的主要内容;解释选择和立法技术问题,应主要由决策者拍板。这也告诫我们,环境法典编纂不是空中楼阁式的理论推演,而应当是立足中国法治现状,能够解决中国实际问题的合理方案。一些应由立法机关决策的问题无需学者过度争论,研究者最需要论证清楚的是法典的内在结构和内容如何回应和满足社会现实需求。因此,下一阶段的研究工作,应按照如下思路展开。

(一) 统一法典编纂研究理路

环境法典编纂研究第二阶段将在第一阶段研究成果、研究经验和教训的基础上展开。总结第一阶段研究的经验和教训,最为重要的是必须在第二阶段开始时就形成统一的研究思路。法典编纂研究是集体行动,每一位参与者都要在统一思想、遵循共识的基础上展开研究,这样才能形成法典编纂研究的合力。在下一阶段环境法典编纂研究理路方面,必须廓清几个重点问题。

一是必须区分立法论与司法论。立法论是关于法律思考,司法论是根据法律思考。在立法论中,法律是思考的客体;在司法论中,法律是思考的根据。现在环境法学研究中明显存在混淆两者的情况,经常看到以立法论角度去评判司法问题、用司法案例去批驳立法问题的文章。在目前的环境法典编纂研究中,也出现了分不清立法论与司法论的苗头,这不利于精准识别环境法学基本问题、分析具体环境法律问题、提出可行的环境法律制度建议或者改进方案,也不利于推进环境法典编纂工作。因此,必须厘清环境法典编纂研究的逻辑进路、研究层次。

二是准确把握立法论的应然与实然。立法论的第一层次是法的应然状态,第二层次是对法的应然状态的理解和认识,第三层次是立法活动。第一层次属于应然范畴,第二、三层次属于实然范畴。第二、三层次是第一层次在社会生活中的反映,且总是通过各种形式不断地接近第一层次。这意味着具体制度的设计者在提出立法方案时,要认识到虽然要尽可能地达到应然状态,但理论设想与立法活动之间存在距离,必须深入了解社会生活等各种条件的限制,对应然状态如何达到、能否达到进行充分的论证。从理论研究的角度,要对立法过程中出现的问题进行论述与证明,为立法机关的立法提供参考与决策依据。^②

三是明确法典编纂作为最高立法活动的特性。法典编纂与一般立法活动不同,法典编纂的对象

^② 参见汪全胜:《立法论证探讨》,载《政治与法律》2001年第3期,第13页。

是现行立法和司法实践。针对现行立法，需要将不同历史阶段、不同立法目的、不同立法技术混合的相关立法进行梳理整合，通过确定法典的核心价值和基本原则、建立体制机制和制度统一运用规则，有效减少法律之间的矛盾与冲突，将现行生态环境立法从分离、分散导向内部协调一致。针对司法实践，需要准确把握立法论和司法论之间的衔接点，梳理现行司法实践经验，将成熟的司法实践经验提炼并上升到法典层面。

（二）准确把握“统筹立改废释纂”的要求

党的二十大报告明确提出“统筹立改废释纂”的新要求，意味着我国未来立法模式和立法方式的转变。在立法模式上，从“成熟一个制定一个”转向统筹规划、系统推进、协同共进，更加注重增强法律的体系性、科学性、权威性。在立法方式上，从以创制为主转向统筹创制与清理、编纂和解释、废止法律等，更加注重增强法律的可持续发展能力。在这个意义上，环境法典就是实现环境立法目标、立法模式、立法方式转变的重要形式。如果说环境法典编纂是以统一的环境法价值为引领，建构具有系统性、整体性、协同性、实效性的新的环境法律规范体系的过程，那么，环境法典编纂研究就必须立足于中国环境法治实践展开。

一是以现行的生态环境法律体系为研究对象。每一位参与环境法典编纂研究的人员都应该以生态环境领域现行法律法规、党内法规、地方立法为研究对象，认真研究其立法背景、历史渊源、规范内容、矛盾冲突、弱项短板，并以此为基础提出法典化方案。我国已经制定了数量庞大的各层级环境法律法规，并且仍处在不断的立改废释进程中，各层次的环境立法都应当在环境法律体系中有妥当的安置，并在不同程度上、从不同的侧面影响环境法典的编纂。^③

二是以问题为导向，认真总结生态文明实践中的经验和教训。生态文明体制改革带来了许多重大变化，^④尤其是机构改革、执法方式改革等，使得现行法律规定的执法主体、执法内容都难以实施。尤其是，省以下环保监测检查执法垂直管理、综合执法改革，仅将原来六个部委的环境行政处罚权合并，就涉及十几部法律、两百多个执法事项，执法体制问题在法典编纂时如何解决？其中有很多具体问题，例如排污许可制度改革经验如何总结？这项改革的目标是建立以排污许可证为核心的固定污染源控制体系，涉及法律规定六项制度合并，环境法典编纂时应如何对相关制度进行重新设计？这是污染控制编必须解决的重要制度设计。再如，实践中已经形成了行政执法、立法机关执法检查、公众参与、行刑衔接的多措并举执法方式，这种执法模式在法典中应如何体系化、制度化、规范化？还有，中国的环境司法实践走在世界前列，环境司法专门化已经有效地促进了企业环境治理，^⑤但环境立法以行政规制为主体，裁判规则的供给严重不足，人民法院已经审结了大量环境资源纠纷案件，其中不乏对环境法律规则进行探索和创新的案例，值得我们认真研究，总结案件背后呈现的司法规律，提出能够满足裁判需求的法典化方案。

三是以“只有一个地球”为视角，讲好中国环境法典故事。中国的环境保护走过了从跟跑到并

^③ 参见刘长兴：《体系化构建：中国环境立法年度观察报告（2022）》，载《南京工业大学学报（社会科学版）》2023年第2期，第55-70页、第112页。

^④ 2015年9月21日，中共中央、国务院发布《生态文明体制改革总体方案》，目的明确为“加快建立系统完整的生态文明制度体系，加快推进生态文明建设，增强生态文明体制改革的系统性、整体性、协同性”。随后，中央又出台了一系列生态文明体制改革方面的文件，例如2017年9月21日中共中央办公厅、国务院办公厅印发的《关于深化环境监测改革提高环境监测数据质量的意见》等，全面推进生态文明体制改革。

^⑤ 参见翟华云、刘亚伟：《环境司法专门化促进了企业环境治理吗？——来自专门环境法庭设置的准自然实验》，载《中国人口·资源与环境》2019年第6期，第138页。

跑、再到领跑的过程。中国不仅提出了构建人类命运共同体、共谋全球生态文明建设的倡议，而且付出了巨大的努力。在百年未有之国际大变局中，环境保护是中国能够与国际社会全面对话的重要窗口，如何利用好这个窗口，讲好中国的环境法典故事，向世界传播中国的环境法典，是我们每个人都需要思考和落实的一项重要任务。因此，环境法典编纂研究，必须要有全球视野、国际胸怀。

在第一阶段的研究中，我对环境法典进行了一些论证，已经发表 21 篇文章，这些论文从不同角度对立法、执法、司法实践问题进行了一些梳理，立足于对中国实际的思考，提出了一些框架性设想。^③但这些论证远远不够，提出的方案设想能否实现，也还需要进行精细化、合理化、体系化论证。需要我们在下一步的研究中，以目标、效果为导向，提出符合中国法治发展阶段要求的，具有前瞻性、国际示范力的中国式环境法典编纂具体方案。具体而言，要通过我们的充分论证，提出合理方案，使得环境保护领域的各种社会利益得到合理对待、环境保护领域的各种社会关系得到妥善调整、环境保护领域的各种社会行为得到有序规范、环境保护领域的各种合法权益得到有效保障、环境保护领域的各种社会矛盾得到正确处理，实现切实维护 and 实现社会公平正义、促进人与自然和谐共生的目标。

三、环境法典编纂研究第二阶段研究需要解决好的几个问题

环境法典编纂研究第二阶段的重点在于经过充分论证，提出既适合中国国情、又具有世界示范意义的法典化方案，为立法机关启动环境法典编纂提供理论支撑和人才支持。虽然我们前期作出了巨大努力，也取得了不错的效果，但要真正实现这一研究目标，仍需着力解决好几个问题。

（一）明确价值判断标准

法典编纂的重要任务是对现行立法进行梳理整合；建立统一的价值判断标准是对现行立法进行取舍、补充完善的前提。以习近平生态文明思想和习近平法治思想为指导，结合可持续发展的基本价值取向，环境法典应建立以人民为中心、人与自然和谐共生、守住自然生态安全边界三个价值判断标准。

一是以人民为中心的根本标准。法的最高价值和终极关怀是不断地满足人的多元化、多层次需求，促进人的全面发展理应成为评判人的思想和行为的根本标准。“以人民为中心”是社会主义法治最核心的价值，是中国特色社会主义法治价值体系的基石，也是中国法学理论的基本立场和核心价值。^④坚持人民至上，既是环境法的核心价值，更是衡量一切涉生态环境的思想观念与行为的最高判断标准，应成为环境法典的根本价值。

二是“人与自然和谐共生”的基本标准。中国式现代化在协调人与自然的关系方面实现了对西方现代化逻辑的超越，完成了从“人类中心主义”到“人与自然和谐共生”的理念转变，实现了从驾驭资本逻辑到激活自然资源的模式创新，是解决人类环境问题的中国方案。^⑤围绕满足人民群众对优美生态环境的需要，环境法典应在“人与自然生命共同体”理念下建立调整社会关系的新价值目标。环境法的本质是将“人与自然”关系纳入调整“人与人”关系的视野，构建“人—自然—人”共生共荣的法治体系，“人与自然”和谐以及“人与人”和谐理应成为环境法的“和谐发展”

^③ 参见前引⑩，吕忠梅文，第 25-47 页；吕忠梅：《环境法典视角下的生态环境法律责任》，载《环球法律评论》2022 年第 6 期，第 5-22 页。

^④ 参见李晓辉：《论以人民为中心的法治》，载《法制与社会发展》2023 年第 3 期，第 5 页。

^⑤ 参见郝栋：《中国式现代化的生态维度辨析》，载《山东社会科学》2023 年第 3 期，第 97 页。

价值的核心，也是评判涉生态环境的思想观念与行为的基本标准。

三是守住自然生态安全边界的底线标准。人与自然和谐共生的底线是生态安全，生态安全不仅是人类生存的基本需求，也是人类文明存在和发展的基本前提；社会主义生态安全观既包括生态环境系统本身的良好状态，也包括其对人类生存发展的价值意义。^⑤环境法必须将生态安全作为法的价值动因与判断标准。作为“人与自然生命共同体”规则的环境法典，守住生态安全的底线，理应成为生态文明时代评判涉生态环境的思想观念与行为的基础标准。

（二）处理好环境法典编纂研究中的几对关系

一是目标、方向与道路的关系。目标、方向确定之后，道路将成为决定性因素。经过前期努力，环境法典编纂研究的目标已确立、方向已明确。下一步最重要的是找到实现目标的道路，逢山开路，遇水搭桥。我们要在统一的思想、目标和方向的基础上，找到或搭建最合理的“路和桥”，解决好认识论与方法论的关系，树立高度的方法论自觉，确立可持续发展为法典价值目标，重塑与之契合的生态环境基石概念并构建环境法律关系，将可持续发展确定的价值体系外化为环境法典的调整范围与规范构造。^⑥这是过去的环境法研究最缺乏的。

二是社科法学方法与教义学方法的关系。法典编纂研究需要综合运用社科法学方法和教义学方法，但必须注意两种方法的适用对象和不同语境。总体上看，社科法学方法是立法研究的主要方法，^⑦因为立法需要全面考虑社会因素及其条件制约；但法典编纂涉及对执法、司法实践的全面总结，教义学方法对于法典编纂研究具有特殊意义，也必须高度重视。与此同时，也需要有机融合整体主义和还原主义方法，在环境法典编纂研究过程中，需要我们做到“既见树木又见森林”，既以整体主义观察、分析、思考环境法所面临的“人类社会—生态平衡”的巨大复杂系统问题，也要以还原主义方法观察巨大复杂系统中的个体、要素，以妥当处理“权力—权利”“公益—私益”“人类—自然”等各种关系。

三是中国特色与国外经验之间的关系。我们虽然已经完成了外国环境法典的翻译出版工作，但研究不够深入。在借鉴外国环境法典编纂经验、国际通行做法时，也需要进行甄别和分析，防止再度出现移植的制度“水土不服”问题。我们需要对拟借鉴的法律的立法背景和条件、调整的社会关系和利益关系、所要解决的实际问题等进行全面细致的分析，对外国方案、国际经验是否符合中国的实际需要、能否解决中国问题等进行充分论证，而不是简单地移植法条表述。^⑧与此同时，也要高度重视研究中华优秀传统文化，包括生态文化、法律文化，^⑨把环境法典的根牢牢地扎进中华民族传统文化的土壤里，更好地彰显中国特色。

（三）坚持环境法典编纂研究的法学理论研究属性

国家立法机关启动环境法典编纂能够为环境法学者提供以学术报效国家的巨大机会，环境法典

^⑤ 参见凤启龙：《新时代中国特色社会主义生态安全观研究》，载《南京工业大学学报（社会科学版）》2022年第3期，第12页。

^⑥ 参见吕忠梅：《环境法典编纂方法论：可持续发展价值目标及其实现》，载《政法论坛》2022年第2期，第18页。

^⑦ 参见秦天宝：《中国环境法学的社会理论进路：学源、功能与场域》，载《法学》2023年第5期，第159-178页。

^⑧ 有学者已经指出，中国法制建设应该走从机械移植到有机移植的道路，在移植外来法律的同时对传统文化有所观照，这样能获得更好的法律效果与社会效果。参见郭星华、何铭灏：《从机械走向有机：法律移植的本土化调适》，载《新视野》2020年第3期，第107页。

^⑨ 中国古代生态环境法文化的“重农敬天”“人与天和”“顺时立政”“节用止欲”等观念，是“人与自然生命共同体”的理论基础，为新时代生态环境法律体系的完善提供了宝贵的文化资源。参见柴荣：《中国传统生态环境法文化及当代价值研究》，载《中国法学》2021年第3期，第287页。

编纂研究过程也是环境法知识体系建设、学科体系建设、人才队伍建设的过程，因此，我们一直将为立法决策提供理论基础和人才支撑作为一个重要目标。在这个意义上，坚持环境法典编纂研究的法学理论研究属性至关重要。立法活动是政治选择，但并不是简单地将政治语言写进法律，更不能违背法律规律“乱点鸳鸯”。

一是做到以学术讲政治。在社会生活中，存在政治话语体系、社会话语体系、法律话语体系。我们既要熟悉这三套话语体系，又要清醒地认识其中的区别。政治话语体系可以帮助我们做价值判断，社会话语体系可以帮助我们了解社会矛盾和纠纷，但环境法典编纂必须使用法律话语体系。这也意味着，我们要围绕“人与自然和谐共生的现代化”新定位，认真研究“人与自然和谐共生”的哲理、法理基础，将党的二十大报告的政治话语转化为法律话语和法学知识，为环境法典编纂提供体现“尊重自然、顺应自然、保护自然”世界观的范畴体系、体现“良好生态环境是最普惠的民生福祉”民生观的价值体系，促进实现“人与自然和谐共生的现代化”。

二是做到以法言法语说事理。法学研究需要专注于法言法语，但更重要的是想“事”，深入体察和理解具体争议中的事实及语境，^④做到通过法言法语反映事理。环境法典编纂研究第二阶段的具体任务是继续完善《生态环境法典专家建议稿（草案）》，全面总结中国环境法治实践探索的经验与教训，提炼“人与自然和谐共生”的新规则，为环境法典编纂提供践行“绿水青山就是金山银山”理念的法律规范体系。环境法典是一部法典，不是技术规范，不是简单的技术规则汇编，一定要从法理上论证环境法典的独立价值，^⑤从理论上澄清环境法调整对象的特殊性、环境法律关系的特殊性、环境法律制度的特殊性，以法律语言实现与传统法律、新兴法律的沟通与协调。

三是做到用国际通行的法律语言展示中国风范。我国的生态文明建设实践被国际社会广泛认可和采纳，但话语体系还存在国际交流障碍，一方面是因为现行国际话语体系由西方主导，另一方面也因为我们的表达与传播方式简单化、单一化。在法典编纂研究中，应将对国际话语体系作为重要内容，注重提出差异化方案：在理念一致的情形下可以直接使用；理念一致但表述不一致时，可以对其重新诠释并部分适用、促进其容纳变化；在涉及国家主权、国家利益等问题时，必须坚决放弃，提出中国自己的概念、方案。环境法典编纂研究要立足共建地球生命共同体，具有国际视野和胸怀，不仅要解决中国的问题，也要解决全球的问题，弘扬中华民族优秀生态文化和法典编纂智慧，为“共谋全球生态文明建设”提供中国智慧和方案。对此，我们应当有自己的理论自信和文化自信。

结语

法典化是近百年来中国法学研究的重要命题，不是立法者能单独完成的任务。^⑥环境法典编纂最终是立法机关的工作，但是理论研究是环境法学界应当承担的任务。在强国建设、民族复兴的新征程上，既需要通过加强环境法学研究进一步完善生态环境法治体系，也需要通过加强传统部门法学研究，着力推进中国特色社会主义法律体系的“绿色化”。《民法典》写入绿色原则和绿色条款已经体现了民法绿色化的成果和发展方向，环境法典编纂是法律体系绿色化的最直接和最重要体现。

^④ 参见苏力：《想事，而不是想词——关于“法律语言”的片段思考》，载《东方法学》2023年第1期，第91页。

^⑤ 参见张璐：《环境法独立性阐释与环境法典编纂》，载《中共中央党校（国家行政学院）学报》2022年第4期，第137-146页。

^⑥ 参见陈金钊：《法典化语用及其意义》，载《政治与法律》2021年第11期，第2页。

我们在期待环境法典编纂进入全国人大立法规划的同时，更需要加快环境法典编纂研究的步伐，加大环境法典编纂研究的力度，加深环境法典编纂研究的厚度。如果说是否启动环境法典编纂以及何时启动环境法典编纂是立法者的政治选择，那么，为环境法典编纂做好理论准备、技术准备、人才准备，则是环境法学界义不容辞的责任。在前期已经取得的环境法典编纂相关理论研究成果的基础上，下一步需要在重点关注基本价值判断、法典基本定位等问题的前提下，将环境法典编纂的研究推进到具体制度、条文设计层次，围绕制度结构和关系、^④环境法律规范类型^⑤和结构、环境法典条文设计等具体问题深入研究。

Abstract: “Modernization of harmonious symbiosis between man and nature” is one of the essential characteristics of Chinese path to modernization, and it is also the goal that environmental code compilation research must accurately understand and strive to achieve. Under the organization and promotion of the Environmental Resources Law Research Society of China Law Society, the environmental law circle has made rich achievements in the research on the compilation of the environmental code and has reached a consensus that the conditions for the compilation of the environmental code are ripe, the appropriate codification model is adopted, the “domain” code is compiled and the framework of the code is constructed with sustainable development as the core value. In the next stage, the research on environmental codification should further unify the codification theories and approaches, accurately grasp the general requirements of “taking coordinated steps to enact, revise, abolish, interpret and codify laws”, and focus on solving the problems such as defining the criteria for value judgment, properly handling several pairs of basic relationships, and enhancing the legal rationality of environmental codification research.

Key Words: Chinese Path to Modernization; Environmental Code; Field Law

(责任编辑：刘长兴)

^④ 参见张震、石逸群：《宪法生态文明条款与环境法律规范的体系融贯》，载《学习与探索》2021年第9期，第88-97页。

^⑤ 参见徐以祥：《我国环境法律规范的类型化分析》，载《吉林大学社会科学学报》2020年第2期，第66-74页、第220页。

作为“法”的“礼”

严存生*

内容提要：人的社会性决定了国家权力产生的必然性，也决定了国家必须治之以法。但这只是一种应然和理想，要变为现实须经过漫长的历史过程。就我国而论，最初产生的是宗法组织的国家（家国），被这种国家所认可的两种“俗”是“礼”和“刑”。它们分别产生于祭祀上的礼仪和战争中对俘虏的惩罚的习俗。后来也分别适用于上层社会的“士”和下层社会的“庶人”。其本质是“法律化”的“俗”。它们分别为历代所编纂，由此产生“九朝律”“周礼”和“大唐开元礼”。春秋战国时代所发生的“德治”（礼治）和“法（刑）治”之争，正是分别抓住一种“法”而提出的社会治理的两种主张。儒家是“德治”（礼治）的代表，“秦法家”则是“法（刑）治”的代表。汉时两种主张融而为一，德主刑辅，成为我国几千年封建社会占主流的社会治理的意识形态。这种观念对我国古代社会的发展和繁荣曾起过重要的作用，但它并不是真正意义上的“法治”。本文就是想对“礼”和“礼治”论者作一些评析。

关键词：古代 作为“法”的“礼” 礼法之治

DOI：10.19350/j.cnki.fzsh.2023.04.002

一、引言

在研究我国古代的“法”概念时，不能不提到“礼”这个概念，因为在我国古代所称的“礼”中，有一部分被“法律化”或被国家认可并赋予其国家强制性的“法”叫“礼”，它像另一部分被称为“刑”的“法”一样，在国家治理中发挥着“法”的作用，但是它们有不同的起源、性质和适用对象。“礼”主要适用于上层“士大夫”（官吏）社会，是被国家认可的上层社会交往中有关身份仪表方面的习俗，不同于侧重适用于下层“庶人”的规定刑罚的“刑”。故在我国史学界很长一段时期里，一些学者不认为它属于“法”，近些年来一些学者的研究^①才改变了这一点。

我们可以参照西方著名的社会学家马克斯·韦伯（Max Weber, 1864—1920）关于社会发展的阶段和类型及其相关的“法律”的论述作为切入点。他把人类社会的发展分为三个阶段：^②

*西北政法大学法治学院教授。本文系国家社科基金重大项目“社会主义核心价值观观念与法治文化建设”（项目编号：17VHJ005）的阶段性成果。

①在这一方面的研究中，马小红教授的成果尤为突出，她纠正了这一认识，代表作为：《礼与法：法的历史连接》，北京大学出版社2004年版。

② [德] 马克斯·韦伯：《经济与社会》（上卷），林荣远译，商务印书馆1997年版，第241页。

一是以统治者人格魅力为特点的“卡里斯马”型（Charismatic，人格魅力型）统治。这种统治是由有非凡的才能和人格魅力的人，即英雄、领袖人物所建立的统治。他们以其特有的才能和人格取得众人的信任和支持，从而建立和维持一种社会秩序，在这种秩序里，他们享有至上的权威地位，赢得了许多人的追随和忠诚，因而能用其见识协调和安排社会的秩序。

二是传统型统治。即“建立在一般的相信历来适用的传统的神圣性和由传统授命实施权威的统治者的合法性上”，“如果一种统治的合法性是建立在遗传下来的（‘历来就存在的’）制度和统治权力的神圣的基础之上，并且也被相信是这样的，那么这种统治就是传统型的。”韦伯认为，古代的封建社会的家族式统治基本上属于这种统治。这种统治具有实质合理性，但其法律形式尚未理性化，法律的地位也不高，仍属于人治社会。

三是法理型统治。即现代的法治社会，它依据形式合理性的一套法律规则由职业化的法律人来实行统治，这种统治中降低或排除个人因素在统治中的地位，即仅仅靠训练有素的法律人通过执行一套逻辑严谨的规则的办法来治理。“建立在相信统治者的章程所规定的制度和指令权利的合法性上，他们是合法授命进行统治的。”

韦伯是从社会秩序^③的角度来认识法律的，认为法律作为一种社会秩序只是社会秩序的一个构成部分，它表现为特定的机构制定和执行规则的活动，他说：“任何法，按其本质都是一些抽象的、一般是有意制订成章程的规则的总体，司法就是把这些规则应用于具体的个案，行政管理就是在法律规则限制之内，并且根据一些得到团体制度许可的、甚至没有违迕团体制度的、可以普遍标明的原则，合理地维护团体制度所规定的利益。”^④这意味着法律秩序就是有规律地制定和执行这些规则的活动，即立法、行政、司法机关有规律的活动。韦伯认为，法律秩序的特点就在于其强制是通过一套专门的机构来进行的。他说：“法律，如果在外在方面，它的适用能通过（有形的和心理的）强制机会保证的话，即通过一个专门为此设立的人的班子采取行动强制遵守，或者在违反时加以惩罚，实现这种强制。”“‘法’这个概念（……），有一个强制班子的存在是决定性的。”^⑤在这一秩序中，“存在着一个人或者若干个人，他们旨在贯彻制度，准备采用专门为此所规定的强制手段（法律强制）”，这种“强制手段就是有关的共同体化的‘法的制度’”。^⑥韦伯认为，只有在这一点上，我们才能把法律与习惯、惯例区分开来。^⑦

这就是说，他认为，真正意义上的“法”（权力认可的明确的规章制度）和“法治”（法律受到社会成员的普遍遵守）在前两种社会是不可能存在的。其存在的只是尚未理性化、普遍化和系统化的道德风俗习惯性的规则，即我国所称的“礼”。我国的三皇五帝和殷商周类似于西方的“英雄时代”，当时存在的只是由燧人氏、伏羲、神农、颛顼、帝喾、尧、舜、大禹等这些“英雄”所统领的部落和部落联盟。秦虽实现了统一，建立了中央集权型的封建帝国，但仍不是现代意义上的国家，而是基于血缘性的家庭、家族、部族、种族的宗法组织“家国”，因而其组织原则和活动规则不是“公天下”，而是“家天下”，其活动规则也不具有真正“法”的性质、形式和功能，属于宗法，也就是说基本上属于“礼”。正因如此，“礼”和“礼治”就成当时占主流的社会治理观念。

^③ “在秩序由强制力（物理的或心理的）的可能性为外部保障时，该秩序将称为法律。”“法律的概念被限定为依靠实施官员的秩序。”参见 [德] 马克斯·韦伯：《论经济与社会中的法律》，张乃根译，中国大百科全书出版社 1998 年版，第 7-8 页。

^④ 前引^②，马克斯·韦伯书，第 243 页。

^⑤ 前引^②，马克斯·韦伯书，第 65 页。

^⑥ 前引^②，马克斯·韦伯书，第 347 页。

^⑦ 参见前引^③，马克斯·韦伯书，第二章。

这一部分“礼”对维护封建君主制国家的作用是很大的。它在某种程度上能约束君主和官吏的行为，防止其越位专制和滥用权力，直接起作用的是法律化的“礼”，间接起作用的是“礼”观念，^⑧包括“公天下”“民为本”的权力观念和仁义礼智信的“君子”观念。它们从内心约束对权力的滥用，保持权力的纯洁性、正当性、公正性，从而使我国古代国家权力的运行上能高于以“丛林法则”为主的西方，具有正当性，因而“礼”对我国古代社会的存在和发展作用甚大，成为其优越性的重要标志。从这个意义上说，我国古代社会施行的是“礼治”。一方面是因为我国很早形成华夏种族并建立了中央集权的国家和统一的语言文字，还确立了以儒学为中心的“礼”文化。另一方面，更深层的是因为其时正处于人类社会发展的第一、二个时期，即马克斯·韦伯所说的英雄社会或“卡里斯马”型社会和传统社会。而这些社会治理起作用的正是以风俗习惯为形式的道德规范，现代意义的“法”“法治”观念和以规则为主要形式的法律制度还未正式确定和科学化、体系化。

二、作为“法”的“礼”

“礼”是我国古代一个很有特色并影响巨大的概念。^⑨“礼”一词源于古代的祭祀活动的仪式，后来演化为上层社会交往的礼节。“礼”一词用法很多，归纳起来主要有三种。

（一）作为社会制度的礼仪性风俗，简称“礼俗”

作为社会制度性存在的一部分的礼仪风俗是一种行为规范，它们是在社会生活中自发形成的，其表现方式为习惯，其被遵守靠自觉和社会舆论，无须公共权力的强制。但其约束力是很强的，违反者将被排除于所在组织之外而处于孤立状态，难以生存。它本质上是一种“自治”型规范，属于西方所说的“道德规范”。

（二）作为“法”的一部分的“礼”，简称“礼制”

它是被国家认可的“礼”或被法律化的“礼”，也叫“礼制”或“礼法”，其中被整理并公布的称之为“礼典”，如《周礼》^⑩、西晋的《新礼》^⑪和唐的《大唐开元礼》^⑫等，都是国家执政者为了治理的需要搜集整理之前社会流传的“礼”，结合所在社会的现实编纂而成的。作为“法”的一部分的“礼制”最早可以追溯到尧、舜时，据说时任士师、大理官即司法长官的皋陶，负责氏族政权的刑罚、监狱、法治，不仅处理法律事务，而且为中华编九典。他整理、修订自古以来的礼法规则，考“太昊之规”“神农之衡”“轩辕之绳”“少昊之矩”“颛顼之权”，根据天下所需，制定了正式的、明确的礼法体系。他创“五刑”（墨、劓、剕、宫、大辟）、兴“五教”（父义、母慈、兄友、弟恭、子孝）、定“五礼”（吉礼、凶礼、宾礼、军礼、嘉礼）、立“九德”（宽而栗、柔而立、愿而恭、乱而敬、扰而毅、直而温、简而廉、刚而塞、强而义）、亲“九族”。皋陶又作《五服》与《九族》之典。“五服”指的是天子所代表的中央与各部君首所代表的地方之间的关系，而“九族”

^⑧ 冯天瑜认为，我国封建社会拟制皇权专制有多种因素，他说：“两汉以降，中国的皇权政治受到天道、祖训、礼制、贵族、官僚制度、宗法绅权及民变等多重因素的制衡，在多数情况下没有演为绝对专制，这是汉制具有再生能力、难以解体的原因所在。”参见冯天瑜：《百代皆行汉政法》，载《华中师范大学学报（人文社会科学版）》2022年第2期，第129页。

^⑨ 我国被称为“礼义之邦”，由此可以看出“礼”在我国文化中的地位。

^⑩ 《周礼》又名《周官》，据说由周公旦搜集整理前代“礼”的基础上编纂而成，是周朝的一部综合性行为规范，包括吉、凶、宾、军、嘉五礼，涉及立法、司法、行政、社会准则等各项内容。

^⑪ 西晋建国之后撰作《新礼》，是西晋统治者为了恢复“先王之制”所作的整体政治建制中礼仪内容的主干。它终结了汉魏以来以律令、“故事”、官仪等方式容纳和安排礼仪内容的历史，开启了中古时期以系统化礼典安排礼仪内容并创建体例的先声。

^⑫ 原名《开元礼》。唐开元中敕撰，150卷。唐玄宗时宰相萧嵩奉敕修撰，它集礼典之大成，是后世礼典之典范。

确定了部族内部血缘关系以及利益、责任的划分。

“礼”变为“法”的另一种途经是汉代确立儒学的独尊地位以后所兴起的“引礼入法”活动。当时许多人用儒家有关人伦之道的原理、著作的话解释和解决法律事务，从而不仅使之成为法源，而且由此产生了“官当”^⑬、“亲隐”^⑭等司法原则和《八议》等“礼”性的制度。^⑮这就是说，“引礼入法”实际上是“一准乎礼”。它用“礼”代替“法”，从而使之“打折扣”。

（三）关于“礼”的理论著作，简称“礼经”

人们研究“礼”的过程中所形成的认识和观念，被公开发表并被系统化、理论化的叫“礼经”。它是诸子百家，特别是儒家对“礼”之原理的论述，如《礼记》。其内容很丰富，归纳起来主要有以下几方面：

1. “礼”的本质和根源

“礼”源于人的本性“义”，是外在化的“义”。因而，往往“礼义”合用。

如《礼记·礼运》曰：“故礼也者，义之实也。”“仁者，义之本也。”

《管子·心术上》曰：“礼者，因人之情，缘义之理，而为之节文者也。故礼者谓有理也。理也者，明分以谕义之意也。故礼出乎义，义出乎理，理因乎宜者也。”《管子·枢言》曰：“人故相憎也，人之心悍，故为之法。法出于礼，礼出于治，治、礼，道也。万物待治礼而后定。”

《荀子·礼论》曰：“礼有三本：天地者，生之本也；先祖者，类之本也；君师者，治之本也……故礼上事天，下事地，尊先祖而隆君师，是礼之三本也。”“礼者，人道之极也。”

2. “礼”的作用：经国家，定社稷，序民人，利后嗣

如《左传·隐公十一年》曰：“礼，经国家，定社稷，序民人，利后嗣者也。”

《礼记·祭统》曰：“凡治人之道，莫急于礼；礼有五经，莫重于祭。”《礼记·经解》曰：“礼之于正国也，犹衡之于轻重也，绳墨之于曲直也，规矩之于方圆也。”《礼记·礼运》曰：“故治国不以礼，犹无耜而耕也。”

东汉的郑康成（玄）说：“礼者，体也，履也。统之于心曰体，践而行之曰履。”（《礼序》）

元代的陈澹说：“前圣继天立极之道，莫大于礼；后圣垂世立教之书，亦莫先于礼。”（《礼记集说·序》）

《礼记·曲礼上》曰：“夫礼者，所以定亲疏，决嫌疑，别同异，明是非也。……道德仁义，非礼不成；教训正俗，非礼不备；分争辩论，非礼不决；君臣、上下、父子、兄弟，非礼不定；宦学事师，非礼不亲；班朝治军，涖官行法，非礼威严不行；祷祠祭祀、供给鬼神，非礼不诚不庄。”《礼记·礼运》曰：“礼者，君之大柄也……所以治政安君也。”

《孝经·广要道》曰：“安上治民，莫善于礼。”

《荀子·大略》曰：“礼者，政之挽也。为政不以礼，政不行矣。……治民不以礼，动斯陷矣。”《荀子·天论》曰：“故人之命在天，国之命在礼。”《荀子·议兵》曰：“礼者，治辨之极也，强国之本也，威行之道也，功名之总也。王公由之，所以得天下也；不由，所以陨社稷也。”

^⑬ “官当”起源于《晋律》中的“杂抵罪”，即用夺爵位、除名籍和免官来抵罪。在南朝的陈出现了正式的“官当”名称，所以一般认为这种制度是陈所确立的。《北魏律》首次将“官当”制度列入法典。

^⑭ “亲隐”原则是为解决情与法的冲突，依据“两害相权取其轻”的方法原则所确立的价值取舍原则，其现实基础是以血缘根基和家庭伦理本位为基本特点的中国传统社会。

^⑮ 张晋藩：《引礼入法 礼法结合》，载首都文明网：https://www.bjwmb.gov.cn/zxfw/wmwx/wskt/t20191204_957546.htm，2023年2月10日访问。

司马光说：“礼之为物大矣！用之于身，则动静有法而百行备焉；用之于家，则内外有别而九族睦焉；用之于乡，则长幼有伦而俗化美焉；用之于国，则君臣有序而政治成焉；用之于天下，则诸侯顺服而纲纪正焉。”（《资治通鉴·汉纪》）

3. “礼”的特点

（1）主要表现在交往中的不同身份的规定，要求不同身份的人有不同的服饰、车马和言谈举止。其目的是合理划分人与人、人与物的关系，使之和谐统一、互敬互爱、交往有序化。

如《管子·形势解》曰：“礼义者，尊卑之仪表也。”《管子·心术上》曰：“登降揖让、贵贱有等、亲疏之体谓之礼。”

《论语·学而篇第一》曰：“礼之用，和为贵。先王之道，斯为美；小大由之。有所不行，知和而和，不以礼节之，亦不可行也。”

《荀子·王制》曰：“水火有气而无生，草木有生而无知，禽兽有知而无义，人有气、有生、有知，亦且有义，故最为天下贵也。力不若牛，走不若马，而牛马为用，何也？曰：人能群，彼不能群也。人何以能群？曰：分。分何以能行？曰：义。故义以分则和，和则一，一则多力，多力则强，强则胜物，故宫室可得而居也。故序四时，裁万物，兼利天下，无它故焉，得之分义也。”“义”就是为人之道，即在群居生活中人们交往之道。如君惠臣忠、父慈子孝、夫妇之间的忠贞，朋友之间的诚信等。而“礼”则是“义”之表，是用于衡量人的行为是否合于“义”的标准。《荀子·礼论》曰：“礼者，断长续短，损有馀、益不足，达爱敬之文，而滋成行义之美者也。”《荀子·富国》曰：“礼者，贵贱有等，长幼有差，贫富轻重皆有称者也。”

《韩非子·解老》曰：“礼者，所以貌情也，群义之文章也，君臣父子之交也，贵贱贤不肖之所以别也。”

《白虎通德论》云：“礼所以序上下、正人道也。”

（2）“礼”的社会功能是“分”，是分的准则。

如《礼记·经解》曰：“礼之于正国也，犹衡之于轻重也，绳墨之于曲直也，规矩之于方圆也。”

《礼记·礼运》曰：“礼达而分定”，“故礼也者，义之实也”，“仁者，义之本也，顺之体也，得之者尊”，“故坏国、丧家、亡人，必先去其礼”。

《荀子·非相》曰：“人道莫不有辨。辨莫大于分，分莫大于礼。”《荀子·荣辱》云：“故先王案为之制礼义以分之，使有贵贱之等，长幼之差，知愚、能不能之分，皆使人载其事而各得其宜。”

《资治通鉴》曰：“臣闻天子之职莫大于礼，礼莫大于分，分莫大于名。何谓礼？纪纲是也；何谓分？君臣是也；何谓名？公、侯、卿、大夫是也。”

4. “礼”与“君子”

“礼”是“君子”的应有品德，“君子为礼之原”。

如《诗经·鄘风·相鼠》曰：“相鼠有体，人而无礼。人而无礼，胡不遄死？”

《论语·季氏篇第十六》曰：“不学礼，无以立。”《论语·颜渊篇第十二》子曰：“克己复礼为仁。一日克己复礼，天下归仁焉。为仁由己，而由人乎哉？”颜渊曰：“请问其目。”子曰：“非礼勿视，非礼勿听，非礼勿言，非礼勿动。”

《礼记·礼运》曰：“故礼之于人也，犹酒之有麴也；君子以厚，小人以薄。”

《礼记·礼器》曰：“是故君子之行礼也，不可不慎也，众之纪也，纪散而众乱。”

《礼记·曲礼》曰：“道德仁义，非礼不成；教训正俗，非礼不备；分争辩讼，非礼不决；君臣、上下、父子、兄弟，非礼不定；宦学事师，非礼不亲；班朝治军，涖官行法，非礼威严不行；祷祠祭祀，供给鬼神，非礼不诚不庄。是以君子恭敬、撝节、退让以明礼。鸚鵡能言，不离飞鸟；猩猩

能言，不离禽兽。今人而无礼，虽能言，不亦禽兽之心乎！夫唯禽兽无礼，故父子聚麀。是故圣人作，为礼以教人，使人以有礼，知自别于禽兽。大上贵德，其次务施报。礼尚往来，往而不来，非礼也；来而不往，亦非礼也。人有礼则安，无礼则危。故曰，礼者不可不学也。夫礼者，自卑而尊人。虽负贩者，必有尊也，而况富贵乎！富贵而知好礼，则不骄不淫；贫贱而知好礼，则志不慑。”

《礼记·乐记》曰：“簠、簋、俎、豆，制度、文章，礼之器也；升降、上下，周还、裼裘，礼之文也。”

《礼记·仲尼燕居》曰：“礼者何也？即事之治也。君子有其事必有其治。治国而无礼，譬犹瞽之无相与，伥伥乎其何之？譬如终夜有求于幽室之中，非烛何见？若无礼，则手足无所措，耳目无所加，进退、揖让无所制。”

《荀子·大略》曰：“仁义礼善之于人也，辟之若货财粟米之于家也。”《荀子·性恶》曰“人无礼义则乱，不知礼义则悖。”《荀子·富国》曰：“礼者，贵贱有等，长幼有差，贫富轻重皆有称者也。”

5. “礼”的精髓

“礼”的精髓是“三纲五常”，更深层次的精神是仁义（详见后文关于“德治”思想的介绍）。

三、古代儒家的“德治”（礼治）观念和实践

我国古代关于社会治理类型有“无为而治”和“有为而治”两大类，后者又分为“王道”和“霸道”两种，而“王道”就是“德治”，“霸道”就是“法治”。

“礼法之治”观念是汉代以来儒家所主张的一种国家治理设想。它是被继承和发展了的先秦儒家“德治”主张。它以孔子、孟子和荀子为代表，基本的观点是：人性善，人之中有品德特别优良的一批人，即“君子”，特别优秀者为“圣贤”，他们不仅“独善其身”，而且“兼济天下”，依据自身优良的道德品质和道德教化、礼乐规则等温和的方法治理国家，以引导民众的良善，达到实现社会整体的秩序与和谐的目的。“德治”思想萌发于周朝创建时期，那时周朝的创建者在总结殷、商失败的教训时，认为关键是为政残苛，失掉了民心，因而提出了“以德配天”“敬德保民”“明德慎罚”等“为政以德”的观念，周公旦还把前朝历代的“礼”搜集整理编纂为《周礼》，从而使“礼”“法律化”，成为与“刑”（律）并行，分别适用于“士大夫”和“庶人”的两种法律制度。^⑩

“德治”作为一种治国主张见于春秋战国百家争鸣时代，代表人物大都为儒家，主要有孔子、孟子等。

1. 孔子

孔子继承周初的“德治”思想，明确地提出了“为政以德”“为政先礼”^⑪的观念。孔子首先从人的品德上论述了“德”，说“德”的核心是“仁”，“仁者爱人”，即“己所不欲，勿施于人。”（《论语·颜渊篇第十二》）其具体表现为仁、义、礼、智、信、勇、孝、悌、忠等一系列品德。“德治”就是由有这种品德的人感化其他人，从公正为民的立场正确地掌握国家权力，对民施仁政，以求得社会的和谐统一。他说：“道之以政，齐之以刑，民免而无耻；道之以德，齐之以礼，有耻且格。”“为政以德，譬如北辰，居其所而众星共之。”（《论语·为政篇第二》）这首先是自己“正”：

^⑩ 这种法律体制可追溯到尧舜禹时代。据说那个时候的司法官皋陶被舜任命为掌管“刑”的官。《尚书·大禹谟》中记载，帝舜曾表扬皋陶说：“汝作士，明于五刑，以弼五教，期于予治。”

^⑪ 《礼记·哀公问》曰：“为政先礼，礼其政之本欤！”“礼以行义，义以生利，利以平民，政之大节也。”（《左传·成公·成公二年》）

“政者，正也。子帅以正，孰敢不正？”（《论语·颜渊篇第十二》）

其次，就是对民施仁政，主张亲民爱民，主张德化，反对刑罚。治理国家的方法，应以“德”引导人，以“礼”规范人，使人民有荣辱感、责任感，人民自愿自觉而为，就能形成和谐的社会秩序、良好的社会风尚。孔子倡导重德教而轻刑罚，重榜样而轻政令，重文教而轻武力。孔子就曾极力反对“不教而诛”的暴虐政策，说“不教而杀谓之虐”（《论语·尧曰篇第二十》）。《论语·子路篇第十三》曰：“礼乐不兴，则刑罚不中；刑罚不中，则民无所措手足。”孔子认为，三皇五帝和周建国初所施行的就是“德治”，但他所在的时代已“礼崩乐坏”。所以，他极力地想恢复周礼，提出了“克己复礼为仁”的名言，号召“非礼勿视，非礼勿听，非礼勿言，非礼勿动”。

2. 孟子

孟子继承和发展了孔子的“德治”思想，并从人性的高度上作了挖掘。孟子说人性善，表现在人有“四心”：恻隐之心、羞恶之心、辞让之心、是非之心和由此发展而来的“仁、义、礼、智”这四个“善端”。他说：“人性之善也，犹水之就下也。人无有不善，水无有不下。”（《孟子·告子上》）“由是观之，无恻隐之心，非人也；无羞恶之心，非人也；无辞让之心，非人也；无是非之心，非人也。恻隐之心，仁之端也；羞恶之心，义之端也；辞让之心，礼之端也；是非之心，智之端也。人之有是四端也，犹其有四体也。”（《孟子·公孙丑上》）“人之所以异于禽兽者几希”在于有“乃若其情，则可以为善矣，乃所谓善也。若夫为不善，非才之罪也。恻隐之心，人皆有之；羞恶之心，人皆有之；恭敬之心，人皆有之；是非之心，人皆有之。恻隐之心，仁也；羞恶之心，义也；恭敬之心，礼也；是非之心，智也。仁、义、礼、智，非由外铄我也，我固有之也，弗思耳矣”（《孟子·告子上》）。因而，“人皆可以为尧、舜”（《孟子·告子下》）。人类天生有良知良能，它们是仁义礼智四种道德的“善端”，人性就是这些与生俱来的道德性。孟子曰：“人之所不学而能者，其良能也；所不虑而知者，其良知也。孩提之童，无不知爱其亲者；及其长也，无不知敬其兄也。”（《孟子·尽心上》）“仁，人心也。”（《孟子·告子上》）“人皆有不忍人之心。先王有不忍人之心，斯有不忍人之政矣。以不忍人之心，行不忍人之政，治天下可运之掌上。”（《孟子·公孙丑上》）他认为现实中的人的善恶是由后天的环境决定的，与性之本善无关。故曰：“性可以为善，可以为不善。是故文、武兴，则民好善；幽、厉兴，则民好暴。”（《孟子·告子上》）这就是说，人性碰到好的执政者就能保持其善，碰到坏的执政者就变恶。

孟子从人性善进而推出仁政说。他在《离娄上》中说：“民之归仁也，犹水之就下、兽之走圻也。”“今王发政施仁，使天下仕者皆欲立于王之朝，耕者皆欲耕于王之野，商贾皆欲藏于王之市，行旅皆欲出于王之涂，天下之欲疾其君者皆欲赴愬于王，其若是，孰能御之？”（《孟子·梁惠王上》）其次，他论述了“仁政”的内容和方法，即与民同忧、同乐，不干扰民众的正常生产和生活，减轻其赋税，使民有“恒产”，“养生丧死无憾”。他说：“王如施仁政于民，省刑罚，薄税敛，深耕易耨，壮者以暇日修其孝弟忠信，入以事其父兄，出以事其长上，可使制梃以挞秦、楚之坚甲利兵矣。彼夺其民时，使不得耕耨以养其父母，父母冻饿，兄弟妻子离散。彼陷溺其民，王往而征之，夫谁与王敌？故曰：‘仁者无敌。’王请勿疑。”（《孟子·梁惠王上》）在此基础上他区分了“王道”和“霸道”的不同：“王道”“以德行仁”；“霸道”“以力假仁”。^⑩他认为，霸者虽然能使人们表面上和暂时“归服”，但不可长久，仁政才能让民众心悦诚服，因而才会长治久安。

^⑩《孟子·公孙丑上》曰：“以力假仁者霸，霸必有大国。以德行仁者王，王不待大，汤以七十里，文王以百里。以力服人者，非心服也，力不赡也；以德服人者，中心悦而诚服也，如七十子之服孔子也。”

3. 荀子

荀子批判地继承和发展了孟子的人性论，提出“性恶伪善”和人生而平等说，说“人之性恶，其善者伪也”（《荀子·性恶》），揭示了人的自然性的缺陷（自私、喜争斗），并把它称之为“恶”，但认为它可以在社会环境下“化性起伪”，由恶变善，也就是说性是可变的，即认为人在社会环境里通过修身养性可“积”为“德人”，即“君子”，他们在自身善的基础上，通过创建国家和制定礼法（德主刑辅）的办法，可以治国平天下。不过他仍主张“德治”或“人治”——由有德之人通过礼法来治理。成为真正的人——有“德者”“义者”，即“君子”，由他们依据“道义”组建国家和创制“礼”“法”（刑）治理社会，从而形成良好的社会秩序。荀子认为，“治”是与“乱”相对而言的，其本质是遵道而行，是以礼义治之。《荀子·不苟》曰：“礼义之谓治，非礼义之谓乱也。”“治之为名，犹曰君子为治而不为乱，为修而不为污也。”《荀子·王制》曰：“礼义者，治之始也。……礼义无统，上无君师，下无父子，夫是之谓至乱。”《荀子·解蔽》曰：“以其不可道之心，与不道人论道人，乱之本也。……以其可道之心，与道人论非道，治之要也……治之要在于知道。”

荀子认为，“治”其义与“政”同，它与“正”相近。《荀子·大略》曰：“礼者，政之挽也。为政不以礼，政不行矣。”因为“治”是通过执掌国家权力进行的，所以“治”也可说就是“政”（执政）。而执政追求的价值目标是“正”，即纠正不符合道义的行为，所以“治”也可说就是“正”。而“正”的含义是“公平”“公正”。“公”是与“私”相对而言的，“正”是与“邪”“奸”相对而言的，因而“正”意味着为公、去私、去邪、去奸。而要如此，在方法上就要掌握“致一”和“致中和”的原则。《荀子·王制》曰：“故公平者，职之衡也；中和者，听之绳也。其有法者以法行，无法者以类举，听之尽也。”《荀子·儒效》曰：“凡事行，有益于理者立之，无益于理者废之，夫是之谓中事。凡知说，有益于理者为之，无益于理者舍之，夫是之谓中说。事行失中谓之奸事，知说失中谓之奸道。奸事奸道，治世之所弃，而乱世之所从服也。”那么，“致一”“致中和”的标尺是什么呢？就是礼义。《荀子·儒效》曰：“先王之道，仁之隆也，比中而行之。曷谓中？曰：礼义是也。”因为“礼者，断长续短，损有馀、益不足，达爱敬之文，而滋成行义之美者也”（《荀子·礼论》）。《荀子·议兵》曰：“礼者，治辨之极也，强国之本也，威行之道也，功名之总也。王公由之，所以得天下也；不由，所以陨社稷也。”

怎样治之以礼义？荀子认为，这就需要建立一套国家权力，制定一系列的法律制度，并挑选一个圣明的君子做君主和一批君子做官吏，让他们向民众宣传礼义，并用赏罚两种办法来引导他们，使其行为符合礼义，从而使社会呈现一种良好的状态。《荀子·性恶》曰：“故古者圣人以人之性恶，以为偏险而不正，悖乱而不治，故为之立君上之势以临之，明礼义以化之，起法正以治之，重刑罚以禁之，使天下皆出于治，合于善也。”《荀子·议兵》也曰：“故凝士以礼，凝民以政，礼修而士服，政平而民安。士服民安，夫是之谓大凝，以守则固，以征则强，令行禁止，王者之事毕矣。”

从以上可以看出，“治”是对“乱”的克服，办法就是“政”，即施政。而“政”的精髓就是“正”，即公正无私，其机制或技巧就是“致一”“致中和”，即用不偏不倚的办法，求得和谐统一，所依据的标准就是“礼法”。因而，“治”的本质就是治之于礼法。“治之经，礼与刑”，“礼”为主、为始，“法”为末。执掌者为“君子”。

《荀子·天论》曰：“治民者表道，表不明则乱。礼者，表也。非礼，昏世也；昏世，大乱也。故道无不明，外内异表，隐显有常，民陷乃去。”因而“礼”是“人道之极也”。这一过程是由“君子”型人才推动的。在这一观点的基础上，荀子还对治理的类型作了论述。荀子把国家治理的类型分为王道、霸道、强道三类。在《王制》《王霸》和《富国》中详细论述了三种不同的治国模式或策略。《荀子·王霸》曰：“故用国者，义立而王，信立而霸，权谋立而亡。”《荀子·天论》曰：

“故人之命在天，国之命在礼。君人者隆礼尊贤而王，重法爱民而霸，好利多诈而危，权谋倾覆幽险而尽亡矣。”

王道者，即圣人治国之道，其典型为尧舜，他们完全遵照道义原则治国。《荀子·王霸》曰：“汤以亳，武王以鄙，皆百里之地也，天下为一，诸侯为臣，通达之属莫不从服，无它故焉，以济义矣。是所谓义立而王也。”《荀子·王制》曰：“仁眇天下，义眇天下，威眇天下。仁眇天下，故天下莫不亲也；义眇天下，故天下莫不贵也；威眇天下，故天下莫敢敌也。以不敌之威，辅服人之道，故不战而胜，不攻而得，甲兵不劳而天下服。是知王道者也。”“王者之论：无德不贵，无能不官，无功不赏，无罪不罚，朝无幸位，民无幸生。”

霸道者，如春秋五霸，他们既重义理，也重利和力，关注国家的强大和民众的富裕，在对内对外上基本能坚持道义原则。“赏行罚威，则贤者可得而进也，不肖者可得而退也，能不能可得而官也。”（《荀子·富国》）“故齐桓、晋文、楚庄、吴阖闾、越勾践，是皆僻陋之国也，威动天下，强殆中国，无它故焉，略信也。是所谓信立而霸也。”（《荀子·王霸》）

强道者，如秦国，他们完全以力行事，耍阴谋诡计，毫不讲信义。《荀子·王霸》曰：“挈国以呼功利，不务张其义，齐其信，唯利之求，内则不惮诈其民而求小利焉，外则不惮诈其与而求大利焉，内不修正其所以有，然常欲人之有，如是，则臣下百姓莫不以诈心待其上矣。上诈其下，下诈其上，则是上下析也，如是，则敌国轻之，与国疑之，权谋日行而国不免危削，綦之而亡，齐闵、薛公是也。”

荀子认为，第一种策略能实现国家的长治久安，第二种也能取得局部地区的暂时的稳定，第三种则必然导致亡国。《荀子·王制》曰：“王夺之人，霸夺之与，强夺之地。夺之人者臣诸侯，夺之与者友诸侯，夺之地者敌诸侯。臣诸侯者王，友诸侯者霸，敌诸侯者危。”所以，他极力推荐的是王制，并对之做了大量论述。

以上看出，作为先秦儒家的集大成者的荀子的社会治理理论是非常系统深刻的。荀子的贡献是：

(1) 揭示了人性的二重性和可变性，从而合理地解释了国家产生和治理的必然性。

(2) 找到社会治理的两种方式“礼”和“法”，并把二者结合起来成为“礼法”，说它们是社会治理的准则，因而说社会治理就是“礼法”之治。《荀子·成相》曰：“治之经，礼与刑，君子以修百姓宁。明德慎罚，国家既治四海平。”《荀子·王制》曰：“礼义者，治之始也。……礼义无统，上无君师，下无父子，夫是之谓至乱。”《荀子·议兵》曰：“礼者，治辨之极也，强国之本也，威行之道也，功名之总也。王公由之，所以得天下也；不由，所以陨社稷也。故坚甲利兵不足以为胜，高城深池不足以为固，严令繁刑不足以为威，由其道则行，不由其道则废。”而要如此，还要处理好礼与法的关系，因为法是由礼衍化出来的，是用刑罚等强制性方法迫使不自觉者遵守“礼义”的行为准则。它能更明确地划分所有权，制止不必要的纠纷。因为对于有些人仅用“礼义”教化的办法是难以奏效的，就必须先用强制的办法。所以他在《荀子·君道》中说：“法者，治之端也。”因而法在治国中也是很重要的。《荀子·儒效》曰：“故人无师无法而知，则必为盗；勇，则必为贼；云能，则必为乱；察，则必为怪；辩，则必为诞。……故有师法者，人之大宝也；无师法者，人之大殃也。”《荀子·富国》曰：“由士以上则必以礼乐节之，众庶百姓则必以法数制之。”

(3) 进一步找到“礼”和“法”的根源或创制者、执行者，因而提出国家实际上是“治之于君子”。《荀子·不苟》曰：“君子治治，非治乱也。曷谓邪？曰：礼义之谓治，非礼义之谓乱也。故君子者，治礼义者也，非治非礼义者也。”《荀子·王制》曰：“天地者，生之始也；礼义者，治之始也；君子者，礼义之始也。为之，贯之，积重之，致好之者，君子之始也。故天地生君子，君子理天地。君子者，天地之参也，万物之总也，民之父母也。无君子则天地不理，礼义无统，上无君

师，下无父子，夫是之谓至乱。”《荀子·君道》曰：“故法不能独立，类不能自行，得其人则存，失其人则亡。法者，治之端也；君子者，法之原也。故有君子则法虽省，足以遍矣；无君子则法虽具，失先后之施，不能应事之变，足以乱矣。不知法之义而正法之数者，虽博，临事必乱。”

但他坚持了儒家“德治”的基本立场：国家治理由有“德”的“君子”，通过制定和执行体现“道义”的“礼法”来治理，而且以“礼”为主、为始，“法”为辅、为末。其基本的治国策略是隆礼、重（崇）法、尊贤、爱民。^⑩但荀子在理论上没有严格区分“礼”与“德”“道”的概念，因而把仅仅是“德”和“义”的外在表现方式的“礼”说成是人道之极，从而错误地说国家治理归纳起来就是“礼治”。

另一个错误在于对“法”作了狭义的理解，即“刑”，而不懂得历代用于治国的“礼”实际上是被国家认可或者说已经“法律化”的“礼”。这可能在于儒家的传统，以及当时社会的习惯叫法。

总之，荀子已从理论上奠定了“礼法之治”观念的基本框架，汉代的思想家不过是使之更加明确、丰富并将其推向了社会主流。

4. 汉代的主要思想家

“汉承秦制”。汉代基本上继承了秦朝的法律（刑律），但由于认识到秦的迅速灭亡与苛刑的因果关系，因而开始接受和研究其他学派的社会治理观念，由此黄老之学盛行一时，儒学亦得复兴，儒生日渐活跃，其政治上的影响力渐次显现。陆贾作《新语》，叔孙通制礼仪，贾谊、王臧等以儒术教太子，卫绾为丞相，以治申、韩、苏秦之言者乱国政，奏定罢举贤良。至武帝诏策贤良，董仲舒对以“天人三策”，系统阐述了儒家政治理念，提出了“独尊儒术”的口号，从而把儒家的学说推到了主流意识形态的地位，一举奠定了汉政的意识形态格局，其影响至为深远。

董仲舒的思想主要包括：针对中央集权的需要，提出“春秋大一统”和“罢黜百家，独尊儒术”的主张。作《春秋繁露》一书，其“大一统”理论来源于《春秋》。针对加强君权的需要，提出“君权神授”。在汉代以前，所有的君王都从祖先那里继承君位，而汉高祖刘邦出身布衣，君临天下后就需要新的理论支撑，不受命于祖，董仲舒提出君王受命于天。据此，他又提出了“天人合一”和“天人感应”的学说。针对土地兼并问题，他发挥儒家仁政思想，主张限田、薄敛、省役。针对为人处世标准，提出“三纲五常”，提倡孝道。三纲即“君为臣纲”“父为子纲”“夫为妻纲”。五常即仁、义、礼、智、信五种道德标准。

这其中也包括他继承和发展了儒家的“德治”观念。首先，他接受和发展了之前曾存在二元论的人性说，并用“阴阳”说对其作了解释，说人性像任何事物包含“阴阳”两个方面一样，包含善（仁）和恶（贪）两个方面。他说：“人受命于天，有善善恶恶之性，可养而不可改，可豫而不可去，若形体之可肥臞而不可得革也。”（《春秋繁露·玉杯》）又说：“天之为人性命，使行仁义而羞可耻，非若鸟兽然苟为生苟为利而已。”“今善善恶恶，好荣憎辱，非人能自生，此天施之在人者也。”（《春秋繁露·竹林》）“人之诚，有贪有仁。仁贪之气，两在于身。身之名，取诸天。天两有阴阳之施，身亦两有贪仁之性。”（《春秋繁露·深察名号》）他指出人性中之所以有善和恶两方面，是因为人性中有情，性和情是不可截然分离的。他说：“天地之所生，谓之性情。……情亦性也，谓性已善，奈其情何？……身之有性情也，若天之有阴阳也。言人之质而无其情，犹言天之阳而无其阴也。”（《春秋繁露·深察名号》）

接着，他论述了国家产生的必然性和治理的两种办法：赏和罚。他说：“民无所好，君无以权

^⑩《荀子·天论》曰：“君人者，隆礼尊贤而王，重法爱民而霸，好利多诈而危，权谋倾覆幽险而尽亡矣。”

也；民无所恶，君无以畏也；无以权，无以畏，则君无以禁制也；无以禁制，则比肩齐势，而无以为贵矣。故圣人之治国也，因天地之性情、孔窍之所利，以立尊卑之制，以等贵贱之差。设官府爵禄，利五味，盛五色，调五声，以诱其耳目；……务致民令有所好，有所好，然后可得而劝也，故设赏以劝之；有所好，必有所恶，有所恶，然后可得而畏也，故设罚以畏之。”（《春秋繁露·保位权》）在国家统治行为中，“有功者赏，有罪者罚，功盛者赏显，罪多者罚重”（《春秋繁露·考功名》）都是极其平常而不可或缺的统治手段。

不过，在两种办法中，应以“德”为主，或者说应实行“德治”。其内容包括“以义正我”、“以仁安人”、施“教化”、守“等级”、行“仁政”等几个方面。董仲舒也把“刑”“德”比附为自然界的“阴”“阳”关系，而“阴”“阳”的取舍则是由天意决定的。他认为天意喜爱“阳”（“德”）而厌恶“阴”（“刑”），“天之任阳不任阴，好德不好刑”（《春秋繁露·天道无二》），“阳贵而阴贱，天之制也”（《春秋繁露·天辨在人》）。“德”是高贵的，“刑”是低贱的，这是上天的规定。执政者秉承上天的意旨来统治人间世界，所以“王者承天意以从事，故任德教而不任刑”（《汉书·董仲舒传》）。他认为“刑者不可任以治世，犹阴之不可任以成岁也。为政而任刑，不顺于天，故先王莫之肯为也”（《汉书·董仲舒传》），因此圣明的统治者必须“任德而远刑”（《春秋繁露·天辨在人》）。董仲舒认为，“德治”是天下唯一的“大治之道”：“圣人天地动、四时化者，非有他也，其见义大故能动，动故能化，化故能大行，化大行故法不犯，法不犯故刑不用，刑不用则尧舜之功德，此大治之道也。”（《春秋繁露·身之养重于义》）“国之所以为国者，德也。”“是故为人君者，固守其德，以附其民。”（《春秋繁露·保位权》）

但他也指出，在治国中，“刑”也必不可少，这就像阳不可缺阴一样。“天地之常，一阴一阳。阳者，天之德也；阴者，天之刑也。”（《春秋繁露·阴阳义》）又说：“人无春气，何以博爱而容众？人无秋气，何以立严而成功？”（《春秋繁露·天辨在人》）“恶之属尽为阴，善之属尽为阳。阳为德，阴为刑。”（《春秋繁露·阳尊阴卑》）他认为，仅有“德”或“刑”都是不行的。“为政而任刑，谓之逆天，非王道也。”（《春秋繁露·阳尊阴卑》）反之，如果仅“渐民以仁，摩民以谊，节民以礼”，达到“教化行而习俗美”，那么虽然“刑罚甚轻”，仍“禁不犯”（《汉书·董仲舒传》），因此必须把两者结合起来，并保持其合理的度。应是“德”在先，“刑”在后：“使德之厚于刑也，如阳之多于阴也”（《春秋繁露·阴阳义》）。董仲舒认为，治国先以“德”，再加之以“刑”，是人们所能够承受的，因为“德”向人们显示了善良的道德政策；如果先以“刑”，则会法不治众，“仲尼曰‘国有道，虽加刑，无刑也；国无道，虽杀之，不可胜也。’其所谓有道、无道者，示之以显德行与不示尔。”（《春秋繁露·身之养重于义》）

他说：“天出阳为暖以生之，地出阴为清以成之。不暖不生，不清不成；然而计其多少之分，则暖暑居百而清寒居一，德教之与刑罚犹此也。故圣人多其爱而少其严，厚其德而简其刑，以此配天。”（《春秋繁露·基义》）万事万物都是阳为贵、阴为贱，“故阳出而前，阴出而后，尊德而卑刑之心见矣。阳出而积于夏，任德以岁事也；阴出而积于冬，错刑于空处也。”（《春秋繁露·天道无二》）“此见天之亲阳而疏阴，任德而不任刑也。是故仁义制度之数，尽取之天。”（《春秋繁露·基义》）董仲舒总结历史上的治国经验说：“教，政之本也；狱，政之末也。其事异域，其用一也。”（《春秋繁露·精华》）在儒家尤其是董仲舒看来，刑罚只是教化的辅助手段，而且其主要作用还在于促成“德治”，“故刑者德之辅，阴者阳之助也”（《春秋繁露·天辨在人》）。

基于这一思想，董仲舒进一步提出了“春秋决狱”的观念，并在晚年“作《春秋决狱》二百三十二事，动以经对，言之详矣”（《后汉书·应劭传》）。史志有《公羊董仲舒治狱》十六篇、《春秋断狱》五卷、《春秋决事》十卷等。这些著述今皆不传存，仅《通典》《太平御览》等文献中存有数

例，分别涉及亲属关系、伦理规范以及行为动机、仁心仁德等因素在判定法律责任时的重要性。

5. 汉代之后的发展

儒家的主流地位和董仲舒的“德治”主张在汉代被确立后，研究“礼”者渐成风气，有人开始收集和整理先秦时期的礼制和相关论述。《礼记》就是战国至秦汉年间儒家学者解释说明经书《仪礼》的文章选集，是一部儒家思想的资料汇编。《礼记》的作者不止一人，写作时间也有先有后，其中多数篇章可能是孔子的七十二弟子及其学生的作品，还兼收先秦的其他典籍。《礼记》一书的编定是西汉礼学家戴德和他的侄子戴圣。戴德选编的八十五篇本叫《大戴礼记》，在后来的流传过程中若断若续，到唐代只剩下了三十九篇。戴圣选编的四十九篇本叫《小戴礼记》，即我们今天见到的《礼记》。这两种书各有侧重和取舍，各有特色。东汉末年，著名学者郑玄为《小戴礼记》作了出色的注解，后来这个本子便盛行不衰，并且解说经文的著作逐渐成为经典，到唐代被列为“九经”之一，到宋代被列入“十三经”之中，成为士人必读之书。

到魏晋南北朝时期，三国鼎立、南北对峙，豪强割据，战事连年。儒家独尊的地位随政治态势的分裂而跌落，各种思潮纷出，在立法上引礼入律，形成了许多新的法律原则和制度，使得汉开始的礼法结合的趋势得到进一步的发展。如曹魏政权的《新律》，援引了《周礼》中的“以八辟丽邦法”，制定了“八议”制度，使“刑不上大夫”的礼制原则在法律中得到具体体现。西晋《泰始律》创制了“准五服以制罪”的原则，将礼制中的丧服制度引入法典。

《唐律疏议》和《大唐开元礼》的出台，完成了礼法结合的进程，达到了“礼法合一”的境界。《唐律疏议》的首篇《名例律》中写道：“德礼为政教之本，刑罚为政教之用，犹昏晓阳秋相须而成者也。”意为：德礼是政治教化的根本，刑罚是政治教化的辅助手段，二者相辅相成，如一早一晚构成一昼夜，一春一秋配成一年一样。这是礼法并用的思想写入法典的表现。《唐律疏议》中的法律条文也是按礼法合一的思想进行解释的。

四、对“德治”或“礼治”思想的简评

（一）“德治”或“礼治”产生的必然性

本文开头已经指出，在人类的早期社会里，由于文明化程度不高，社会组织还不发达，其活动的规则在总体上还属于道德规范，也就是说属于“礼”，因而社会的治理也就只能是“礼治”或“德治”。虽然在我国古代社会里已产生了一些“法”的规则，也产生了多种“法治”观念，但相对于“礼治”或“德治”的观念来说，实现的可能性更低。

（二）“德治”或“礼治”观念的合理之处

其一，认识到人的道义本性，因而追求用道义构建社会，坚持把道义作为社会治理的最高价值目标，并强调治理手段必须有道义底线。“法”必须以道义为基础。如《荀子·修身》曰：“非礼，是无法也。”这实际上批判了“法”为纯粹的、中性的社会治理技术和把“法治”“术化”的片面观点。而这一观点的片面性，我们从秦法家和西方“形式法治”观念的破灭中已知之了了。

其二，认识到道德和法律的某种内在关系，不再把“礼”与“法”分割开来，而是试图把二者结合起来，使它们相辅相成、互补短长，共同构建和谐的社会秩序。

其三，揭示了礼和法与人的本性——道义性的内在关系，认为人的道义性展现出来的就是人的“君子”品德和社会的“君子”之风，它要求执政者在社会治理中严格遵照“君子之道”执掌权力和创制礼法，使权、礼、法紧密围绕道义运行。在这之中，具有“君子”品德的执政者是关键，而“礼”和“法”是其行为的外在准则。

总之,“凡是现实的,就是合理的”,“德治”“礼治”或“礼法之治”观念在我国古代社会存在几千年,并成为一种主流的意识形态,为我国争得“礼义之邦”的美名,就说明了这一点。

五、慎提“礼法之治”和点赞“引礼入法”

经过百年的大变动,我国已走出传统社会,现在已进入社会主义的民主、共和、法治的新时代。因此,必须重新思考“礼”和“礼治”观念,从对它们的崇拜和迷信中醒悟过来。一句话,不能再盲目地高扬“礼”和“礼治”,应站在新时代的高度,审慎地思考其缺陷。

可是,使人不解的是,近些年在我国报刊出现了一些赞颂“礼法之治”和“引礼入法”的文章,如俞荣根探讨中国古代的“礼法之治”,^①马作武认为引礼入法奠定了中华法系基石。^②这些文章揭示和归纳了“礼法之治”的许多重要的历史事实,论述了许多深刻的见解,发人深思,但感觉有一种危险的倾向,因为他们把古代的“礼法之治”社会说成是具有“法治”性质的“良法善治”^③社会,因而要求在当前我国的“法治”建设中延用之,故谈点粗浅的读后感。

(一)“法”与“礼”的区别

“法”不同于“礼”,虽然它们都是“道之用”,也都是外在化为仪表和内化为准则的行为规范,但区别是很多的,主要有:

1. 规范的性质和程度不同

“法”作为“道之用”不同于“德”之“道之用”。它不是主动的用,而是相反的被动的用,即作为带有约束力和强制性的“则”^④的用。不守则者会受到自然或权力的惩罚。正因如此,“法治”属于“他治”,不同于“德治”的“自治”。另外,“法”和“礼”虽然同属社会规范,但并不是并列的关系,而是上与下、高与低两个层次的关系。“礼”属于低层次的规范,表达的意义比较模糊,概括性和“普遍性”差,不像“法”规则那么清楚和概括。这特别表现于成文制定法中,因为它用科学语言表达是与非的概念体系。当然,“法”规则是从无数的“礼”规则中抽象出来的。因而“法”才能成为名副其实的“一般规范”,即被普遍认可和具有普遍约束力的规范。

2. 规范的效力不同

“法”作用范围广,可对全社会、一个国家,乃至全世界产生效力,而且持续时间长,具有恒久性和稳定性。“礼”则不同,像其他风俗一样,因时因地而异,往往十里不同“礼”。

3. 实施方式不同

前文已述及,“礼”通过修身养性和道德劝化进行,作用上比较文雅,不是通过外部强制,而是启发自觉。“法”则不同,往往以社会权力为后盾,带有强制性,甚至以刑罚相威胁。这是因为社会复杂,有些人思考和处理事务,眼光短浅,立场自私,只顾自己,不管别人感受,因而会做出损害别人、伤天害理的事来,仅凭劝告是改变不了他们的行为的。《大戴礼记》曰:“夫礼者禁于将

^① 参见俞荣根:《中国古代的“礼法之治”》,载《人民日报》2020年6月8日,第9版。

^② 参见马作武:《引礼入法奠定中华法系基石》,载《光明日报》2017年2月18日,第11版。

^③ 如认为“以中道为良法善治之‘治道’,以君子为良法善治之‘治人’,以德政为良法善治之‘治政’,以乡治为良法善治之‘基础’,以刑罚为良法善治之‘利剑’。这一治国方略之统称,可谓之‘礼法之治’”。参见俞荣根:《礼法之治:传统良法善治方略钩沉》,载《法治现代化研究》2017年第5期,第1页。

^④ 《管子·七法》曰:“根天地之气,寒暑之和,水土之性,人民、鸟兽、草木之生物,虽不甚多,皆均有焉,而未尝变也,谓之则。”《管子·心术上》曰:“毋先物动,以观其则。”《管子·形势解》曰:“地生养万物,地之则也。治安百姓,主之则也。……地不易其则,故万物生焉。主不易其则,故百姓安焉。……故用则者安,不用则者危。”

然之前，而法者禁于已然之后，是故法之所用易见，而礼之所为生难知也。”“以礼义治之者，积礼义，以刑罚治之者，积刑罚。刑罚积而民怨背，礼义积而民和亲。”（贾谊《治安策》）《韩非子·解老》曰：“礼者，所以貌情也，群义之文章也，君臣父子之交也，贵贱贤不肖之所以别也。”

4. 追求的价值不同

“礼”着眼于秩序的“分”（别上下、老幼、男女、贵贱、贫富），是而“法”着眼于秩序的“一”公和私。晋《傅子·法刑》曰：“立善防恶谓之礼，禁非立是谓之法。法者，所以正不法也。明书禁令曰法，诛杀威罚曰刑。天地成岁也，先春而后秋；人君之治也，先礼而后刑。”

5. 与“德”的关系不同

“礼”内外同，“法”内同外分，立公弃私，与“情”的关系是“礼”重情，“法”去情。

（二）“礼法之治”的实质是“德治”或“礼治”

首先，“礼法之治”的观念源于儒家的“德治”思想，是儒家的“德治”思想后期发展的一个特点，即“礼”“法”结合，但并没有改变“德治”的原初观念，即治之于德或礼。因为“一准乎礼”，“法”包容于“礼”之中，在社会治理中，礼为主，“法”只是一种补救、辅助措施，只是一种作料。“礼法之治”包含着两种走向：其一，是“礼”法律化，社会上的“礼”被国家认可并返用于社会治理中，起法的作用；其二，是“法”被礼化，倒退到礼，用礼来解释，许多“礼”上升到“法”的地位，从而实际上使“礼”不断地扩大势力范围。

其次，“引礼入法”是“礼法之治”的一种主要办法，即把“礼”（礼制、礼经）融入“法”中，变成“法”的一种渊源，而且是更高的渊源。“引礼入法”有三种办法：其一，是直接引用社会上的礼俗解决法律问题；其二，是整理和修订已有的礼典，并使其“法律化”，具有法的性质和功能，从而在法律规范中占有一席之地；其三是据礼之经（典、论述）注释“法律”，使其“礼俗化”“一准乎礼”，从而产生像“八议”之类与正式法律相悖的“法律制度”。如“父为子隐”会使包庇之风盛行，会使“见义勇者为”“公而亡私者”受到谴责，不利于法律平等原则的实行。其负面作用是取“法”而代之，是否定“法治”原则，以“礼”去减折“法”。

（三）“礼法之治”和“引礼入法”存在的问题

首先，“礼法之治”实为“德治”，“德治”即用道德修养、道德规劝和道德规范约束的办法（舆论谴责加上长者出面劝告威胁），不动用公共权力和运行规则的“法”。因而也可以说是“无法而治”。这种诺齐克^②所理想的“乌托邦”，在人类社会的初期，对于某种小团体来说，也可能存在过。但对于国家来说，显然是一种妄想。我国古代社会的历史已证明了这一点。因为离开了“法”的强制，是不可能获得大范围的集中统一的秩序的。因为道德观念和规范都是多元的，要从中抽象出道德共识，必须使用国家权力和通过立法程序。这意味着对国家来说，真正的“德治”是不可能存在的。我国古代几千年实际上是封建专制社会，是封建宗法社会，国家实即“家国”，一个家族独裁国家权力，以权谋私，家族式管理，以“三纲五常”为主要内容的礼义只是其遮羞布和维护封建等级特权的借口，片面的“法”是专制的主要手段。正如有人所说，它是“外儒内法”“王霸道杂之”。既不是真正的“德治”社会，也不是真正的“法治”社会。

其次，我国古代封建社会存在的“礼”和“法”实即“德”和“刑”，因而“礼法之治”不是“德法合治”。其“礼”实为封建的“三纲五常”观念及其宗法习俗，与“法”不容。真正的“法”

^② [美] 罗伯特·诺齐克（1938—2002），当代著名的政治哲学家，代表作有《无政府、国家与乌托邦》（中文版由姚大志译，中国社会科学出版社2010年版）等。

是全社会的道德共识，平等地保护各种人的利益诉求，因此其属性“公”“平”和“理”；而“礼”相反，其往往立足于不同人的不同立场和道德感情，因而其倾向于“私”“分”和“情”。所以，二者往往是对立的，是难以结合的。另外，我国古代社会所说的“法”非常狭小，只限于“刑”，而“礼”却相反，其义非常宽泛，可以说是无所不是，无所不能，叫人捉摸不定，因而感觉什么都不是，最后确定的只是传统社会血缘性的三纲五常习俗。所以二者名为“结合”，实为“吞并”。

再次，“礼法之治”的观念在古代社会虽仍有一定的市场，在诸子百家中最受尊重，但对于封建专制的君主制的国家来说，并非处于至上地位，它只是表面上被肯定和宣传，真正居于至上地位是“君权神授”“君主至上”“家天下”“宗法高于国法”等观念。

总之，“礼”有三用，儒家所讲的“礼”主要是作为“经”的“礼”和被法律化的一种俗的“礼制”，而他们的“法”是与之不同的“刑”。所以“礼法之治”实为“德治”观念的新发展，与“法治”和“良法善治”无缘。因而，对之要有一个客观的认识和合理的评价，不应盲目地称颂。

基于以上认识，我们觉得应与时俱进，迎合新时代（民主、法治），总结归纳我国古代社会治理的种种观念，对比世界上其他国家的治理观念和模式，重新思考社会治理问题，构建中国特色社会主义社会治理的新思想，如主权在民，法由民立，民由党领，法党结合；而不应停留于古代儒家的“礼法之治”旧观念上，否则，难以完成新时代向我们提出的建设中国特色社会主义法治国家的神圣使命。

Abstract: The social nature of human beings not only determines the inevitability of the emergence of state power, but also determines that the state must be governed by law. However, this is only what it should be and an ideal, and it will take a long historical process to become a reality. As far as China is concerned, it was the patriarchal state (family-country) that first emerged. And the two “customs” recognized by this state were “*li*” and “punishment”. They arose, respectively, from the rituals of sacrifice and the custom of punishing captives in war. Later they were also applied to the upper classes, “*shi*”, and the lower classes, “*shuren*”, respectively. They are essentially legalized “customs”. They were codified by successive generations. Then *the Law of Nine Chapters*, *Zhou Li* and *Datang Kaiyuan Li* were created. During the Spring and Autumn & Warring States Period, there was a debate between “rule of virtue” (rule of rite) and “rule of law (punishment)”. Both of them were ideas of social governance based on “law”. Confucianism was the representative of “rule of virtue”(rule of rite), while the “Qin legalists” was the representative of “rule of law (punishment)”. In the Han Dynasty, the two ideas merged into one: primary virtue and accessory punishment, and it became the dominant ideology of social governance in feudal society for thousands of years. This concept played an important role in the development and prosperity of China’s ancient society, but it was not the “rule of law” in the true sense of the word. This article is an attempt to comment on the theory of “*li*” and “rule of virtue”.

Key Words: Ancient Times; “Li” as “Law”; Rule of Virtue and Law

(责任编辑：刘长兴)

龚自珍与中国近代法理学的萌生

喻 中*

内容提要：在第一次鸦片战争（1840—1842）期间去世的龚自珍（1792—1841），在1839年的一首诗里，以“但开风气”自我定位，事实上他也享有这样的思想地位。从法理学的角度来看，龚自珍以源于君命的法取代源于天命的法，以功利本位的法取代德性本位的法，以公私并重的法取代大公无私的法。这三个方面的法理变革，既象征着中国古代法理学的终结，同时也标志着中国近代法理学的萌生，进而开启了中国法理学史的一个新阶段，那就是中国近代法理学史。

关键词：龚自珍 法理 经学 传统文化 礼法

DOI：10.19350/j.cnki.fzsh.2023.04.003

如果有一段历史，可以称为中国近代法理学史或近代中国的法理学史，那么，这段历史应当首先叙述龚自珍（1792—1841）及其法理学。因为龚自珍创造的法理学，尤其是龚自珍的法理变革，标志着中国近代法理学的萌生。作出这个判断的外在依据，是龚自珍享有的思想地位；作出这个判断的内在依据，是龚自珍的法理变革在中国法理学史上所具有的辞旧迎新的地位。

从外在的、整体的思想史的角度来看，龚自珍的思想是中国进入近代之际的思想写照。王元化认为，“我国近代史以鸦片战争为起点，在这个新旧交替的大动荡时代需要有魄力的人物出现，并且也确实产生了一批学识渊博、性格坚强、才气横溢的思想家。他们留下的著作不仅反映了自己的时代，而且也开导了以后资产阶级启蒙思潮的先河。他们中间的主要代表就是龚自珍。”^① 龚自珍是否开启了“资产阶级启蒙思潮的先河”，什么思想属于“资产阶级启蒙思想”，也许还可以再讨论，然而，把龚自珍作为中国近代史上最先出现的具有标志意义的思想家代表，则为不刊之论。李泽厚也有大致相同的观点，他以“前奏曲”定位龚自珍在中国近代思想史上的地位，他说：“龚自珍为中国近代思潮奏出了一个浪漫主义的前奏曲，这个充满异端情调的序曲，在稍后的时代里就发展成为激昂强烈的真正的交响乐章。”^② 所谓“前奏曲”，其功能是“开场”，其含义是“开始”“开端”“起点”。在王、李二人之前，1920年著成的《清代学术概论》一书中，梁启超虽然没有把“站在最前端”的这个地位给予龚自珍，但也愿意承认，“晚清思想解放，自珍确与有功焉。光绪间所谓新学家者，大率人人皆经过崇拜龚氏之一时期”。^③

* 中国政法大学教授，博士生导师。

① 王元化：《龚自珍思想笔谈》，载王元化：《王元化文论选》，上海文艺出版社2009年版，第145页。

② 李泽厚：《十九世纪改良派变法维新思想研究》，载李泽厚：《中国近代思想史论》，生活·读书·新知三联书店2008年版，第33页。

③ 梁启超：《清代学术概论》，上海古籍出版社2005年版，第63页。

更值得注意的是，王国维对清代学术的概括：“我朝三百年间，学术三变：国初一变也，乾嘉一变也，道咸以降一变也。”“故国初之学大，乾嘉之学精，道咸以降之学新。”“国初之学，创于亭林；乾嘉之学，创于东原、竹汀；道咸以降之学，乃二派之合而稍偏至者，其开创者仍当于二派中求之焉。盖尝论之，亭林之学，经世之学也，以经世为体，以经史为用；东原、竹汀之学，经史之学也，以经史为体，而其所得往往裨于经世。”“道咸以降，学者尚承乾嘉之风，然其时政治风俗已渐变于昔，国势亦稍稍不振，士大夫有忧之而不知所出，乃或托于先秦西汉之学，以图变革一切，然颇不循国初及乾嘉诸老为学之成法。其所陈夫古者，不必尽如古人之真；而其所以切今者，亦未必适中当世之弊。其言可以情感，而不能尽以理究。如龚璘人、魏默深之俦，其学在道咸后，虽不逮国初、乾嘉二派之盛，然为此二派之所不能掇。其逸而出此者，亦时势使之然也。”^④

根据王国维之见，清初之学始于顾炎武，其特点是气象宏大。乾嘉之学始于戴震、钱大昕，其特点是精审细密。至于道咸之学，则始于龚自珍、魏源，其特点是变革图新。这种以“变”与“新”为特质的道咸之学，既不同于清初之学的“经世为体”，也不同于乾嘉之学的“经史为体”。道咸之学是在一个新的“政治风俗”的整体背景下兴起的，它既不同于清初之学，也不同于乾嘉之学，其间的差异，或者说，从乾嘉之学转向道咸之学，完全是“时势使之然”。那么，是什么样的“时势”造就了“新”的道咸之学呢？王国维没有对此展开论述，他仅仅提到了“国势亦稍稍不振”。在道光（1821—1850）时期，这种“不振”之“国势”，在第一次鸦片战争中得到了直观的体现。原来，“国势”之“不振”，既是清王朝自身的“不振”与暮气，也是清王朝在日益迫近的外国势力面前的“不振”与危机，西北边境与东南沿海都面临的外来威胁，无不令“士大夫有忧之”，道咸之学就是因此而兴起的。简而言之，道咸之学是古老的中国在新的世界格局下形成的理论学说，堪称中国进入近代之际的学术表达与理论呈现。这样的道咸之学，其最具标志性的开创者，就是龚自珍。

道咸之学是一个时代的学问的总称，它是“打成一片”的学问。我们以当代的学术体系去剪裁这个综合性的道咸之学，就可以把其中的法理学“摘取”出来。龚自珍既是道咸之学的最具代表性的开创者，他的法理学自然也有这种开创新风的性质。其实，晚年的龚自珍已有这样的自我意识和自我定位。

试看他在己亥（1839）之年所写的一首《己亥杂诗》：“河汾房杜有人疑，名位千秋处士卑。一事平生无齟齬，但开风气不为师。”诗后还有一句自注：“予生平不蓄门弟子。”^⑤由于各种主客观方面的原因，龚自珍可能没有正式的入室弟子，或者是相对于“座主”的“门生”，^⑥但有一点足以令他自豪，那就是“开风气”——以王国维的分析框架来说，则是开出了道咸之学的新风气。就在这首著名的“杂诗”中，龚自珍不仅强调自己“开风气”的历史地位，而且还隐约地指出了他志在比拟的历史人物，那就是在河汾之间培养了房玄龄、杜如晦的王通。作为“处士”的王通，虽然没有显赫的政治地位，却是隋代法理学首屈一指的代表。^⑦龚自珍也没有显赫的政治地位，然而，他自比王通的这一联诗，已经提示我们，有必要从法理学的层面理解龚自珍，理解中国法理学史上的龚自珍。通过考察龚自珍完成的法理变革，再结合他的“但开风气”之功，根据法理学内外的这两个

^④ 王国维：《沈乙庵先生七十寿序》，载王国维：《王国维手定观堂集林》，黄爱梅点校，浙江教育出版社2014年版，第502-503页。

^⑤ [清]龚自珍：《龚自珍全集》，王佩诤校，上海古籍出版社1975年版，第519页。

^⑥ 但是，有必要提及的是，在《论私》篇中，又记载了在“龚子”与“龚子之徒”之间展开的讨论（详后）。当然，这也可能是一种修辞，无论是“龚子之徒”还是龚子与“龚子之徒”之间的讨论，可能都是虚构的。不过，这个问题并非要害之处，这里不再赘述。

^⑦ 喻中：《三代之法与两汉之制：王通的二元规范论》，载《学术界》2021年第2期，第196页。

方面，我们可以认为，他在中国近代史的起点上，他在道咸之学的开端处，开启了中国法理学的新风气，标志着中国近代法理学的萌生。关于龚自珍的法理变革及其对中国近代法理学新风气之开启，可以从天君关系、义利关系、公私关系三个方面予以考察。

一、以源于君命的法取代源于天命的法

就像现代中国的法或规范一样，古代中国的法或规范也是有多级层级的。我们可以从不同的角度来理解古代中国的法或规范的层级性。譬如，孔子注重“仁”与“礼”的划分，^⑧其中，“仁”相当于高级法，“礼”相当于实在法；陆九渊注意突出“典宪”与“苛法”的对立。^⑨诸如此类的关于法或规范的划分，在中国法理学史上不胜枚举。在各种关于法或规范分类方式中，有必要注意到天命与君命的并立，以及与之紧密相关的天与君的对举。

按照史籍中宣称的“昊天成命，不可久违”，^⑩天命就是不容违反的最高的法。这样的法，实为上天意志的体现，或者说，它就是上天的命令。对于这样的法，在学理上可以称之为源于天命的法。与源于天命的法相对应的，那就是源于君命的法。这是两种不同性质、不同层级的法，在古代中国，在带有一定神学色彩的“天高于君”的传统框架下，天命显然高于君命，源于天命的法显然高于源于君命的法。如果说，源于天命的法是上天立法的产物，那么，源于君命的法则是君主立法的产物。

在古代中国的典籍中，譬如，在《尚书》中，对源于天命的法及其效力多有论述。在董仲舒的《春秋繁露》中，“屈君而伸天”（《春秋繁露·玉杯》）也是一个基本的观点。因而，天命高于君命，源于天命的法高于源于君命的法，在古代中国是一个得到普遍认同的法理观念。然而，古代中国关于天命与君命关系的固有观点，在龚自珍的论著中，得到了全新的表述。

先看《尊命》篇，龚自珍在此文的开篇处就指出：“儒家之言，以天为宗，以命为极，以事父事君为践履。君有父之严，有天之威；有可知，有弗可知，而围范乎我之生。君之言，唐、虞谓之命；周亦谓之命。”君之言就是君之命，亦即君命。然而，“夫天，寒、暑、风、雨、露、雷必信，则天不高矣；寒、暑、风、雨、露、雷必不信，则天又不高矣”。因此，“天命曰流行，君命曰出内”，“是故若飞若蛰，闷闷默默，应其不可测，如鱼泳于川，惟大气之所盘旋，如木之听荣枯于四时”。^⑪

在这里，龚自珍将天命与君命进行了有效的切割：天命是天的命令，对应源自天命的法；君命是君的命令，对应源自君命的法，两者具有本质的区别，且两者之间没有必然的联系。为什么可以把两者切割开来？最根本的原因在于，天与天命都是自然现象，寒暑时来时去，风雨时有时无，露雷时兴时散，这样的现象，龚自珍称之为“流行”。这样的“流行”，本质上是大气盘旋所致，当然也是四时变化所致，这样的变化或“流行”，与文明秩序、国家治理、法律体系没有任何关系。这就是说，天并不是严格意义上的法的源头，当然也不是君命的依据。相反，君命出于君。这样的君命在尧、舜时代就已经出现了，在姬周时代也同样存在。

再看《农宗》篇，龚自珍在此文中首先提出了一系列相互关联的问题：“古者未有后王君公，始有之而人不骇者何？古者未有礼乐刑法与礼乐刑法之差，始有之而人不疑惧者何？古者君若父若

⑧ 喻中：《仁与礼：孔子的二元规范论》，载《法律科学》2019年第5期，第3页。

⑨ 喻中：《祛苛法而求典宪：陆九渊的法理憧憬》，载《学术界》2021年第10期，第141页。

⑩ [唐]房玄龄等撰：《晋书》，中华书局2000年版，第1848页。

⑪ 樊克政编：《中国近代思想家文库·龚自珍卷》，中国人民大学出版社2015年版，第64-65页。

兄同亲者何？君若父若兄同尊者何？尊亲能长久者何？古之为有家与其为天下一以贯之者何？古之为天下恒视为有家者何？”^⑫ 这些问题，旨在追寻君主与礼乐刑法的起源。君主与礼乐刑法是如何产生的？君主与礼乐刑法的存在，为什么所有人都不觉得意外？为什么所有人都视之为当然？甚至习以为常、习焉不察？在不疑处生疑，进而追究这样的问题，其实是在追究法与国家的起源问题，这是一个典型的法理问题。

龚自珍对这个问题的回答是：“生民之故，上哉远矣。天谷没，地谷茁，始贵智贵力。有能以尺土出谷者，以为尺土主；有能以倍尺若什尺、伯尺出谷者，以为倍尺、什尺、伯尺主；号次主曰伯。帝若皇，其初尽农也，则周之主伯欤？古之辅相大臣，尽农也，则周之庸次比耦之亚旅欤？土广而谷众，足以芘其子，力能有文质祭享报本之事，力能致其下之称名，名之曰礼，曰乐，曰刑法。儒者失其情，不究其本，乃曰天下之大分，自上而下。吾则曰先有下而渐有上。下上以推之，而卒神其说于天，是故本其所自推也，夫何骇？本其所自名也，夫何疑何惧？”^⑬

这段话几乎可以理解为一个“龚自珍版本”的“创世记”：在远古时代，生民要活下来，就得吃饭，生民对谷物的需求，催生了对智与力的需求，谁有足够的智慧与能力在土地上种出谷物，以养活土地上的生民，谁就成为土地的主人。一个人如果能够在一尺土地上种出谷物，那他就是“尺土主”，亦即拥有一尺土地的“君主”——当然，这种形态的“君主”只能是后世所熟悉的君主的萌芽；一个人如果能够在两尺土地、十尺土地、百尺土地上种出谷物，那他就是“两尺主”“十尺主”或“百尺主”，以此类推。当“千尺主”“万尺主”依次出现之后，后世所习以为常的大大小的君主就出现了，与这些大大小小的君主同时出现的，就是大大小小的国家。有一些君主，在拥有“广土”与“众谷”的前提条件下，在能够庇护子孙的前提条件下，如果还能够在祭祀祖宗方面有所“制作”，如果还具有一定的文化能力，他就可以创造出礼乐刑法。这就是礼乐刑法的起源，亦即法的起源，当然也是国家的起源。

在中外法理学史中，关于法与国家的起源，早已形成了各种各样的理论，这些理论对应形形色色的“创世记”。在西方，《旧约全书》中的“创世记”是神学的创世记，近代的“社会契约论”是启蒙思想家的“创世记”。在华夏，《尚书·尧典》描述的“创世记”是传统儒家的“创世记”，在《尚书·尧典》的开篇，我们便看到了一个追根溯源式的叙述：“曰若稽古帝尧，曰放勋，钦、明、文、思、安安，允恭克让。光被四表，格于上下。克明俊德，以亲九族。九族既睦，平章百姓。百姓昭明，协和万邦，黎民于变时雍。”见于《尚书·尧典》开篇的这几句话，描述了法与国家的起源，在传统中国的多种“创世记”中，自汉代开始，就享有正统的地位，相当于意识形态，具有权威性的解释力。尤其值得注意的是“光被四表，格于上下”一语，其中的“上”，就是指上天。因为按照郑玄的解释，这句话是说：“尧德光耀及四海之外，至于天地。所谓‘大人与天地合其德，与日月合其明’也。”^⑭ 换言之，尧作为《尚书》记载的第一个君主，他的德性与上天是相通的、一致的，他的德性有上天的支持，有天命作为依据。

与《尚书·尧典》描述的法与国家的起源方式相比，龚自珍的“创世记”提供了一个全新的叙事框架：以礼乐刑法为表现形式的法源于君主，更具体地说，法是那些“力能有文质祭享报本之事”的君主创制的。这些君主之所以能够成为君主，并创制出各种各样的法，并非因为他们“与天

^⑫ 前引①，樊克政编书，第89页。

^⑬ 前引①，樊克政编书，第89页。

^⑭ 曾运乾注：《尚书》，黄曙辉校点，上海古籍出版社2015年版，第3页。

地合其德”，而是因为他们善于种植谷物以养活生民，这是他们最初的起点，也是君主起源、国家起源以及法律起源的前提与基础。这就是龚自珍旨在揭示的君主起源、国家起源以及法律起源的历史逻辑。遗憾的是，“儒者”不能理解这样的历史逻辑，不能探究这样的前提与基础，仅仅把上天作为君主、国家与法的最终源头，这些“儒者”之见，显然是错误的。

在《五经大义终始论》中，龚自珍又从“五经”的角度，进一步阐明了法律源于君主并最终源于“饮食”的历史逻辑：“圣人之道，本天人之际，牖幽明之序，始乎饮食，中乎制作，终乎闻性与天道。”在“五经”体系中，“谨求之《书》，曰：‘天聪明，自我民聪明。’言民之耳目，本乎天也。民之耳目，不能皆肖天。肖者，聪明之大者也，帝者之始也。聪明孰为大？能始饮食民者也。其在《序卦》之文曰：‘物稚不可不养也，屯蒙而受以需，饮食之道也。’其在《雅诗》歌神灵之德，曰：‘民之质矣，日用饮食。’是故饮食继天地。又求诸《礼》，曰：‘夫礼之初，始诸饮食。’礼者，祭礼也。民饮食则生其情矣，情则生其文矣。”由此得出的结论是：“故曰：‘观百礼之聚，观人情之始也，故祭继饮食’。”^⑮

这里的“圣人之道”，就是圣人治理天下之道，这样的“道”，可以坐实为圣人据以治理天下的“百礼”，亦即圣人治理天下所依据的法。这样的道、礼或法“始乎饮食”，就是始乎“众谷”，“中乎制作”就是经过创制礼乐刑法，最后才能达致“性与天道”。按照这样的顺序，“饮食”或“众谷”才是圣人之道源头与根本，同时也是君主立法的源头与根本。进一步看，如果只看《尚书》之大义，那么，君主的特异之处，就是能够满足生民对饮食的需要，无论是《易传》中之《序卦》，还是《诗》中之《雅》，都强调了饮食的根本性。正是由于这个，《礼记·礼运》直接指出：“礼之初，始诸饮食。”《管子·牧民》有言，“仓廩实则知礼节”。事实上，也只有“仓廩实”才需要“礼节”。这就是说，礼的本质就是法，生民以足够的饮食为基础，形成了各种各样的交往关系，文明秩序由此形成。法作为文明秩序的规则化表达，也就因此而产生。再结合前引《农宗》篇中的内容，我们可以发现：法是那些君主在积极建构文明秩序的进程中，对文明秩序进行规则化表达的产物。

按照“民饮食，则生其情也，情则生其文矣”所指示的因果关系，君主因应“民饮食”及所生之情（民情）而创制的法，总是要表达成文字，而文字也会以声音的方式呈现出来。事实上，在君主创制其法、其文之前，会首先注意到声音。在《拟上今方言表》的篇末，龚自珍指出，“三皇之世，未有文字，但有人声，五帝三王之世，以人声为文字。故传曰：‘声之精者为言，言之精者为文。’声与言，文字之祖也。文字有形有义，声为其魂，形与义为体魄。魄魂具而文字始具矣。夫乃外史达之，太史登之，学僮讽之，皆后兴者也。是故造作礼乐，经略宇宙，天地以是灵，日月以是明，江河以是清，百王以是兴，百圣以是有名，审声音之教也。”^⑯

这就是说，君主创制其文、其法，还有一个必经的环节，那就是把人声转化成文字。毕竟，人声是君主或圣王创制其文、其法的原材料，精粹的声音即为语言，精粹的语言即为文字，顺着这个逻辑进一步推演，我们还可以发现，精粹的文字即为礼法。当然，把精粹的文字制作成礼乐或礼法，也许还需要经历一些常规程序，譬如，经过“外史达之，太史登之，学僮讽之”，如此这般，“礼乐”就可以制作出来，圣王也可以由此而兴起，天地也由此变得灵验。这里的逻辑关系是，君主把声音加工成文字，再进一步加工成礼法，以这样的礼法治理天下，就可以造就圣王之治，甚至还可以让天地有灵。由此看来，天地之所以有灵，是因为君主制作的礼乐；君主之所以能够制作礼乐，是因为君主善于提取“声之精者”。

^⑮ 前引⑩，樊克政编书，第133页。

^⑯ 前引⑩，樊克政编书，第15页。

然而，人声存在的前提，是人的生存。只有人活着，人才能发出“声之精者”。因而，声音、语言、礼乐的出现，归根到底还是人对食物的需要得到了基本的满足，这就是龚自珍的“创世记”所揭示的法与国家的起源理论。这样的法理，让人想到恩格斯的名篇《家庭、私有制和国家的起源》，它的第一节题为“史前各文化阶段”，在这一节的第一小节“蒙昧时代”的开篇，恩格斯写道：“这是人类的童年。人还住在自己最初居住的地方，即住在热带的或亚热带的森林中。他们至少是部分地住在树上，只有这样才能说明，为什么他们在大猛兽中间还能生存。他们以果实、坚果、根作为食物；音节清晰的语言的产生是这一时期的主要成就。在有史时期所知道的一切民族中，已经没有一个是在处在这种原始状态的了。虽然这一状态大概延续了好几千年之久，但我们却不能根据直接的证据去证明它；不过，我们既然承认人是起源于动物界的，那么，我们就不能不承认这种过渡状态了。”^⑰这段话以及这篇文献，以追述起源的方式，为历史唯物主义奠定了最初的逻辑起点，可以视为马克思主义的“创世记”。

在致约瑟夫·布洛赫的信中，恩格斯又说：“根据唯物史观，历史过程中的决定性因素归根到底是现实生活的生产和再生产。无论马克思或我都从来没有肯定过比这更多的东西。如果有人在这里加以歪曲，说经济因素是唯一决定性的因素，那么他就是把这个命题变成毫无内容的、抽象的、荒诞无稽的空话。经济状况是基础，但是对历史斗争的进程发生影响并且在许多情况下主要是决定着这一斗争的形式的，还有上层建筑的各种因素。”^⑱以这样的唯物史观作为基础，李泽厚说：“何谓‘现实生活的生产和再生产’？不就是人们的食衣住行吗？也就是我讲的‘吃饭哲学’。”遗憾的是，“食衣住行、物质生产对人类生存—存在本具有绝对性，但今天许多学人却轻视、忽视、蔑视这个基本史实。”^⑲

今天的“许多学人”没有注意到的“这个基本史实”，两百年前的龚自珍居然注意到了，这不能不说，龚自珍确实不负“开风气”之自誉。恩格斯致约瑟夫·布洛赫的信写于1890年，恩格斯创作《家庭、私有制和国家的起源》的时间是1884年，龚自珍死于1841年。因而，龚自珍不可能知道恩格斯的《家庭、私有制和国家的起源》，而且，把龚自珍与恩格斯相提并论也是不恰当的，甚至是不伦不类的。但是，龚自珍确实在19世纪上半叶，描述了一种从饮食或生活资料开始，直至声音的出现，再到语言、文字的出现，再到礼乐产生、圣王兴起的历史过程，并同时指出了君主出现、国家形成、法律兴起的规律。根据这样的规律，法源于君命，法不再源于天命。此前的源于天命的法，变成了此际的源于君命的法。简而言之，龚自珍立足于天与君的关系，以源于君命的法取代源于天命的法，在法的起源问题上，完成了一个根本性的法理变革。

二、以功利本位的法取代道德本位的法

龚自珍完成的法理变革不仅见之于天君关系，以源于君命的法取代源于天命的法，而且见之于义利关系，以功利本位的法取代道德本位的法，这也是一个根本性的法理变革。

在龚自珍之前的古代中国，法的各种表现形式，包括礼、刑、律、令等，都具有浓厚的道德本位，这种现象，或可称为道德的法律化。它的实质是法以道德为本位、本性、本体、根本。正是这个缘故，古代中国特别强调道德之治，亦即德治。按照孔子的著名论断，“道之以政，齐之以刑，

^⑰ 《马克思恩格斯文集》第四卷，人民出版社2009年版，第33页。

^⑱ 《马克思恩格斯文集》第十卷，人民出版社2009年版，第591页。

^⑲ 李泽厚：《历史本体论·己卯五说》，生活·读书·新知三联书店2008年版，第21页。

民免而无耻。道之以德，齐之以礼，有耻且格。”（《论语·为政》）这就是说，在国家治理体系中，特别是在赖以治国理政的规范体系中，政与刑低于德与礼。在政与刑的治理下，民众虽然可能免受惩罚，却没有羞耻感，也没有道德感，由此形成的政治、社会系统，就相当于一个没有情感的机械系统，它没有伦理指向，没有道德色彩，没有人文精神。相反，只有在德与礼的治理下，才能让民众产生羞耻感、道德感。根据孔子的论述，只有那些能够强化羞耻心、道德感的法，才是值得追求的法。

再看朱熹对这句话的解释：“政，谓法制禁令也。齐，所以一之也。道之而不从者，有刑以一之也。免而无耻，谓苟免刑罚而无所羞愧，盖虽不敢为恶，而为恶之心未尝忘也。礼，谓制度品节也。格，至也。言躬行以率之，则民固有所观感而兴起矣，而其浅深厚薄之不一者，又有礼以一之，则民耻于不善，而又有以至于善也。一说，格，正也。《书》曰：‘格其非心。’愚谓政者，为治之具。刑者，辅治之法。德礼，则所以出治之本，而德又礼之本也。此其相为终始，虽不可以偏废，然政刑能使民远罪而已，德礼之效则有以使民日迁善而不自知。故治民者不可徒恃其末，又当深探其本也。”^{②①}

根据朱熹的看法，政是治国的工具，刑是政的辅助性规范，刑低于政。只有德、礼才是实现国家治理的根本，在德与礼之间，德又居于根本的地位。这就是朱熹以“论语集注”的方式再次确认的规范体系：德最优，礼次之，德与礼合起来的德礼，其重要性又高于政刑。由此看来，从孔子到朱子，都认为法的根本是道德，这样的法，是古代中国的法理所确认的法，我们可以称之为道德本位的法。对于这种由来已久的古代法理，龚自珍做出了根本性的变革。这样的法理变革，龚自珍是如何实现的？

查阅后人编辑的龚自珍“语录”，可以找到这样一则记载：“解《论语》‘齐之以礼’，曰：齐者何？齐贫富也。又齐贤者过之，不肖者不及也。”^{②②}根据龚自珍的这句“语录”，所谓“齐之以礼”，主要是指：以礼齐贫富。这与朱熹之见，形成了明显的对照。

根据前引朱熹的话，“齐之以礼”是指“其浅深厚薄之不一者，又有礼以一之，则民耻于不善，而又有以至于善也”。简而言之，“礼之以礼”主要是指：以礼齐善恶。朱熹所说的“浅深厚薄之不一者”主要是指：在道德感、羞耻感方面，人与人之间差距很大，针对这种情况，礼的功能主要在于促成“耻于不善，而又有以至于善”。相比之下，龚自珍则以自己理解的“齐贫富”取代了朱熹理解的“齐善恶”。由此，与“德”紧密捆绑的“礼”，以“德”为本性、为根本的礼，其主要的功能就在实现人与人之间在经济上的平等。显然，通过撬动“齐之以礼”这个看似微不足道的“法理枢纽”，由孔子、朱熹旨在张扬的道德本位的法，经过龚自珍“四两拨千斤”的巧手，已经变成了功利本位的法，这样的法以经济利益为指向，与道德不再发生关联。

与功利本位的法相对应的，是功利本位的法理，或者说，功利本位的法需要功利本位的法理来提供理论依据。关于这种功利本位的法理，龚自珍在他的名篇《葛伯仇饷解》中已有生动的阐释。

在古代中国的文献体系中，“葛伯仇饷”是一个法理意义饱满的典故。据《古文尚书·仲虺之诰》，“葛伯仇饷”是说：圣王商汤已经把夏桀流放到一个叫南巢的地方，但是，商汤心有不安，他担心受到后世的非议。商汤的辅佐者仲虺作了一篇诰词，既开导商汤，也寄寓了劝勉之意，这就是“仲虺之诰”。在这篇诰词中，仲虺称赞了商汤的德性，说他受到了天下万民的拥戴，理应取代夏桀，因而不必感到愧疚。仲虺有一句原话是：“克宽克仁，彰信兆民。乃葛伯仇饷，初征自葛，东征，西夷怨；南征，北狄怨，曰：‘奚独后予？’攸徂之民，室家相庆，曰：‘徯予后？后来其苏。’

^{②①} [宋] 朱熹撰：《四书章句集注》，中华书局 2011 年版，第 55 页。

^{②②} 前引⑤，龚自珍书，第 421 页。

民之戴商，厥惟旧哉！”^②

这句话是说，你商汤既宽厚又仁慈，德性昭著，已经取信于万民。葛国的那个君主，不知好歹，仇视并杀害了我们派往葛国救援他们的人，于是，我们只好针对葛君，开始了我们的第一次征讨。然而，当我们向东方征讨之时，西边的民众就抱怨我们；当我们向南方征讨之时，北边的民众又抱怨我们，他们共同的抱怨是：“为什么不早一些来征讨我们的君主？”只要是我们前往征讨的国家，那里的民众都合家相庆，他们向你欢呼：“汤王啊，我们等您等得太久了；只要跟着您，我们就可以过上好日子。”民众对你商汤的期盼与拥戴，已经有很长的时间了。这就是所谓的“葛伯仇饷”。

这个典故因为孟子的宣扬变得更加著名。在《孟子·滕文公下》篇中，孟子为这个典故提供了更加丰富、更加详尽的信息：“汤居亳，与葛为邻，葛伯放而不祀。汤使人问之曰：‘何为不祀？’曰：‘无以供牺牲也。’汤使遗之牛羊。葛伯食之，又不以祀。汤又使人问之曰：‘何为不祀？’曰：‘无以供粢盛也。’汤使亳众往为之耕，老弱馈食。葛伯率其民，要其有酒食黍稻者夺之，不授者杀之。有童子以黍肉饷，杀而夺之。《书》曰：‘葛伯仇饷。’此之谓也。为其杀是童子而征之，四海之内皆曰：‘非富天下也，为匹夫匹妇复讎也。’汤始征，自葛载，十一征而无敌于天下。东面而征，西夷怨；南面而征，北狄怨，曰：‘奚为后我？’民之望之，若大旱之望雨也。归市者弗止，芸者不变，诛其君，吊其民，如时雨降，民大悦。”孟子由此得出的结论是“苟行王政，四海之内皆举首而望之，欲以为君”。^③

孟子比仲虺更加雄辩、更加生动地叙述了“葛伯仇饷”的前因后果。所谓“仇”，是指仇视，尤其是指那种不知好歹、恩将仇报的行为；所谓“饷”，主要是指商汤在食物方面为葛君提供的帮助、救济、支援。仲虺的叙述较为简略，仅仅提到了“葛伯仇饷”。根据孟子的叙述，葛伯所“仇”之“饷”，是指“童子”送到田间的饭与肉，以及这种运送食物的行为。不过，宽泛地说，葛伯所“仇”之“饷”，也可以指商汤帮助葛君的所有行为。因而，葛君的抢夺与杀人，包括杀童子，都可以归属于“仇饷”。按照仲虺及孟子的解释，葛君的“仇饷”行为，腐蚀了社会的道德根基，造成了严重的不公不义，以至民怨沸腾，难以平息。在这种情况下，商汤不得不征讨葛伯，也征讨其他与葛伯同样类型的失德之君。商汤的征讨就像及时雨那样，精准地满足了久旱民众对甘霖的渴望。

孟子的解释代表了古代中国主流法理关于“葛伯仇饷”的解释。在这样的背景下，龚自珍为“葛伯仇饷”提出了一个颠覆性的新解释。龚自珍首先重复了孟子关于事实部分的叙述，然后提出问题：“葛虽贫，葛伯一国之君，安得有杀人夺酒肉事？”这是一个着眼于常情常理的追问：葛国虽然是一个穷国、小国，但葛伯毕竟贵为一国之君，怎么可能去抢人家的酒肉？

对于这个自己提出的问题，龚自珍的回答是：“王者取天下，虽曰天与之，人归之，要必有阴谋焉。汤居亳，与葛为邻，葛伯不祀，汤教之祀，遗以粢盛可矣；乃使亳众往为之耕，春耕、夏耘、秋收，乃困乃米，而藏之廩，而后可以祀。其于来岁之祀则豫矣，其于岁事则已缓。亳众者何？窥国者也，策为内应者也。老弱馈者何？往来为间谍者也。葛虽贫，土可兼，葛伯放而柔，强邻圣敌，旦夕虎视，发众千百入其境，屯于其野，能无惧乎？惧而未肯以葛降，率其民而御之，又不足以御，乃姑杀其间谍者。夫黍稻之簞囊，往来两境，阴谋之所囊也，其民乃发而献之伯。仇者何？众词，大之之词。杀者何？专词。杀一人不得言仇，仇不得言杀。史臣曰：‘葛伯仇饷。’得事实矣。又曰：‘汤一征，自葛载。’夫葛何罪？罪在近。后世之阴谋，有远交而近攻者，亦祖汤而已

^② 王世舜、王翠叶译注：《尚书》，中华书局2012年版，第380页。

^③ 杨伯峻译注：《孟子译注》，中华书局2012年版，第157-158页。

矣。”^② 龚自珍的这段话及其法理意涵，可以从三个方面来理解。

（一）从道德论转向功利论

孟子对“葛伯仇饷”的解释，主要着眼于仁义道德这个标准。其中，商汤是仁义道德的化身，葛伯是失道、失德、不仁、不义的化身。在儒家的主流叙事系统中，商汤是跟尧、舜、禹、文、武、周公、孔子并称的顶级圣人。他们之所以成为圣人，主要是因为他们的德性或仁德。前文征引的《尚书·尧典》开篇所述的内容，其实还蕴含了一个重要的信息：尧之所以成为开创华夏文明秩序的圣王，有一个根本的原因就在于他的德性。他建构文明秩序的基本方式，就是把自身散发出来的德性，由近及远、持续不断地延伸至普天之下。商汤的德性堪比尧。由于尧与商汤所处的时代不同，从一定层面上说，商汤的德性甚至比尧的德性还要更加厚重、更加具有感召力，有一个直观的理由是，四面八方的民众对商汤的翘首以待，仿佛大旱之盼云霓。相比之下，尧时代的民众对尧的期盼，似乎赶不上商汤时代的民众对汤的期待。这就是孟子的解释。

龚自珍的解释主要立足于基于功利的算计与阴谋。在龚自珍看来，商汤派出“亳众”前往葛地，主要是为了刺探情报、策为内应；那些穿梭在两国之间送饭的老弱者，其实都是传递情报的间谍。葛君把这些间谍抓起来杀掉，完全是可以理解的，也是正当的，因为这些来自商汤那边的间谍，已经对葛国的国家安全构成了严重的威胁。龚自珍还认为，被葛君杀掉的间谍其实不止一人。因为杀一人只能叫“杀”，杀多人才能叫“仇”，由于“仇”与“杀”有本质的区别，因而不能把两者混为一谈，既然史官选用了“仇”字，那就表明，葛君所杀的外来间谍，是一个包括了多人的间谍组织。

（二）从道德本位的法理转向功利本位的法理

按照孟子秉持的法理，“葛伯放而不祀”，分而述之，“放”是放荡、放肆，是一般意义上的不守礼法，“不祀”则是一种具体的违反礼法的行为，因为它违反了祭祀之礼，是一种渎职，相当于今天的过失犯罪。商汤对葛君的征伐，旨在矫正、救济这样的违法犯罪行为。商汤的军队受到四方民众的热切期待，享有仁义之师的美名，这就是说，商汤是以仁义道德的名义征讨违反礼法的葛君。按照孔子关于“人而不仁，如礼何？”（《论语·八佾》）的训示，仁在效力层面上，是一种比礼更高的规范。因而，以仁义道德作为依据去征讨葛君的失礼行为甚至是犯罪行为，在法理上能够得到足够的支持。这就是孟子所代表的道德本位的法理。

但是，按照龚自珍的法理，葛君其实是无罪的。所谓“王者取天下”，可以理解为，哪怕是对于“王者”来说，“取天下”也是一个现实性的目标，同时也是一个功利性的目标。“取天下”一语蕴含的逻辑是：此时的“王者”，暂时还没有取得“天下”，此时的“王者”如果要实现这个功利性的目标，就需要功利性的手段。商汤为葛君提供的“饷”，虽然完全是一个阴谋，但是，只要它有助于实现“取天下”的目标，那就是可以接受的。“夫葛何罪？罪在近”，这样的解释，从字面上看，是解释了葛君之罪；从根本上看，其实是消解了葛君之罪。葛君本无罪，只是因为葛君是商汤的近邻，在“远交而近攻”这一功利原则的支配下，葛君身不由己地成为商汤攻打的对象。反过来看，龚自珍虽然以无罪定性葛君，但也没有把有罪的帽子扣在商汤的头上。他仅仅立足于功利本位的法理，把商汤之“饷”作为他“取天下”的一个阴谋、一种手段。龚自珍并没有对商汤与葛君进行道德评判，他赖以评判此事的法理，乃功利本位的法理。

^② 前引①，樊克政编书，第304-305页。

(三) 从马基雅维里法理学的功利本位看龚自珍法理学的功利本位

就像龚自珍一样，西方法理学史上的马基雅维里，也曾实现了道德本位的法理学向功利本位的法理学的转向。因而，我们可以把马基雅维里完成的法理变革作为一面镜子，以之映照龚自珍的法理变革，因为两者有很大的共通性，可以在比较中达到相互阐释的效果。

在《君主论》一书中，马基雅维里写道：“任何人都认为，君主守信，立身行事，不使用诡计，而是一本正直，这是多么值得赞美呵！然而我们这个时代的经验表明：那些曾经建立丰功伟绩的君主们却不重视守信，而是懂得怎样运用诡计，使人们晕头转向，并且终于把那些一贯守信的人们征服了。”^⑤按照龚自珍的《葛伯仇餉解》，商汤可以归属于马基雅维里在此所说的“那些曾经建立丰功伟绩的君主们”。马基雅维里还进一步教导君主：“你要显得慈悲为怀、笃守信义、合乎人道、清廉正直、虔敬信神，并且还要这样去做，你要能够并且懂得怎样作一百八十度的转变。必须理解：一位君主，尤其是一位新的君主，不能够实践那些被认为是好人应做的所有事情，因为他要保持国家，常常不得不背信弃义，不讲仁慈，悖乎人道，违反神道。因此，一位君主必须有一种精神准备，随着顺应命运的风向和事物的变幻情况而转变。”^⑥我们把这些话与龚自珍描述的商汤相结合，商汤几乎就是马基雅维里旨在塑造的那种君主。

通常认为，马基雅维里是近代政治学理论的奠基人，但他同时也是近代法理学的奠基人。对此，马克思早已指出：“从近代马基雅弗利、霍布斯、斯宾诺莎、博丹，以及近代的其他许多思想家谈起，权力都是作为法的基础的，由此，政治的理论观念摆脱了道德，所剩下的是独立地研究政治的主张，其他没有别的了。”^⑦据此，马基雅维里关于权力、法与政治的观点，开启了一种“摆脱了道德”的法理学与政治学。在一本西方法理学通史性质的著作中，马基雅维里法理学的神髓还被概括为：“突破神学自然法观念的一次早期的尝试”，^⑧无论是“摆脱道德”还是“突破神学”，其实都旨在表明，马基雅维里的法理学促成了道理本位、神学本位的法理学向功利本位的法理学的转向。马基雅维里在17世纪的西方做出的这种法理变革，在19世纪的中国重演，那就是龚自珍所促成的从道德本位的法理学向功利主义法理学的转向，这是在义利关系领域完成的法理变革。

三、以公私并重的法取代大公无私的法

龚自珍的法理变革既见于义利关系，还见于公私关系。按照古代中国的主流法理，公私对立，法的重心在于维护公利。在某些语境下，公与法甚至是一个事物的两种不同的表达，这就是说，法就是公，公就是法。至于私，在相当程度上已经被置于法的对立面。在这样的法理背景下，龚自珍对公私关系进行了新的界定，在法理层面上，促成了大公无私的法转向公私并重的法。

在古代中国，关于公私关系的辨析，在西周初年就已经开始出现。据《史记·周本纪》，周成王“既绌殷命，袭淮夷，归在丰，作《周官》”。^⑨这篇被标记到周成王名下的《周官》，见于流传至今的《古文尚书》，其中记载了周成王所言：“呜呼！凡我有官君子，钦乃攸司，慎乃出令。令出惟行，弗惟反。以公灭私，民其允怀。”^⑩在这句话中，周成王要求他的执政团队一定要“以公灭私”，

^⑤ [意] 马基雅维里：《君主论》，潘汉典译，商务印书馆2011年版，第83页。

^⑥ 前引^⑤，马基雅维里书，第85页。

^⑦ 《马克思恩格斯全集》第三卷，人民出版社1960年版，第368页。

^⑧ [英] 莫里斯：《法理学：从古希腊到后现代》，李桂林、李清伟、侯健、郑云瑞译，武汉大学出版社2003年版，第78页。

^⑨ [汉] 司马迁：《史记》，中华书局2006年版，第20-21页。

^⑩ 前引^⑨，王世舜、王翠叶译注书，第471页。

亦即以公心压倒私心，以公利压倒私利。由此可见，早在周成王时代，私的合法性已经被祛除，公才有合法性。公与私，由此成为两个相互对举的思想范畴，由于公私关系的界定与处理，已经成为国家治理的一个关键环节，当然也就成为法理学的一对相互关联的核心范畴。

自西周以降，从先秦一直到明清先后诞生的各个学派、各种典籍，尽管立场各异，但是，在公私关系上，却形成了一个主流的基本共识，那就是大公无私。试看《礼记·礼运》篇中的名言：“大道之行也，天下为公，选贤与能，讲信修睦。故人不独亲其亲，不独子其子，使老有所终，壮有所用，幼有所长，矜寡孤独废疾者皆有所养，男有分，女有归。货恶其弃于地也，不必藏于己；力恶其不出于身也，不必为己。是故谋闭而不兴，盗窃乱贼而不作，故外户而不闭。是谓大同。”^①这几句话，大体上可以归属于儒家，可以代表儒家的主张，它虽然没有直接提出“以公灭私”，但是，其中的“不必为己”，其实就是“不必为私”或“不必追求一己之私”。按照这几句话的要旨，只有既亲其亲，也亲他人之亲，既子其子，也子他人之子，概而言之，只有恪守“天下为公”的原则，才能形成一个理想的大同世界。

在儒家人物中，荀子认为：“明分职，序事业，材技官能，莫不治理，则公道达而私门塞矣，公义明而私事息矣。”^②这就是说，国家治理趋于完善的标志，就是“公道达而私门塞”“公义明而私事息”，亦即有公无私。荀子还批评一种臣子，说他们“上不忠乎君，下善取誉乎民，不恤公道通义，朋党比周，以环主图私为务，是篡臣者也”，^③这种试图篡权的“篡臣”，主要的罪恶就是“不恤公道”“图私为务”，这种“篡臣”给国家造成的损害是很严重的。在《修身》篇的末尾，荀子经过详细的论证，得出的结论是，君子修身，应当达到的目标是“能以公义胜私欲也”。^④这就是荀子的公私观。南宋的朱熹虽然在整体上对荀子不太认同，但他在公私关系上所持的观点却与荀子没有本质的区别。据《朱子语类》，朱熹认为“公不可谓之仁，但公而无私便是仁”。他又说：“无私以间之故曰公，公则仁。”^⑤在儒家之外，墨家也有“举公辟私”的主张，譬如墨子称：“故官无常贵，而民无终贱，有能则举之，无能则下之，举公义，辟私怨，此若言之谓也。”^⑥

相比之下，法家人物更加注重彰显公私之间的对立。《管子·明法解》称：“明主者，上之所以一民使下也。私术者，下之所以侵上乱主也。故法废而私行，则人主孤特而独立，人臣群党而成朋。”^⑦又说：“法度者，主之所以制天下而禁奸邪也，所以牧领海内而奉宗庙也。私意者，所以生乱长奸而害公正也，所以壅蔽失正而危亡也。故法度行则国治，私意行则国乱。”^⑧按照这些说法，凭借法度，可以实现国家治理；坚持私意，则会导致国家混乱。这就是说，法与私的关系，仿佛冰与炭的关系。《商君书·画策》：“国乱者，民多私义；兵弱者，民多私勇。”^⑨《韩非子·诡使》：“夫立法令者，以废私也。法令行而私道废矣。私者，所以乱法也。”^⑩按照这个说法，私即乱法，私即违法。李斯是法家的实践者，他在《谏逐客书》称：“昭王得范雎，废穰侯，逐华阳，强公室，

① 王文锦译解：《礼记译解》，中华书局 2016 年版，第 258 页。

② 方勇、李波译注：《荀子》，中华书局 2015 年版，第 199 页。

③ 前引②，方勇、李波译注书，第 209 页。

④ 前引②，方勇、李波译注书，第 23 页。

⑤ [宋] 黄士毅编：《朱子语类汇校》第一册，徐时仪、杨艳汇校，上海古籍出版社 2014 年版，第 132 页。

⑥ 方勇译注：《墨子》，中华书局 2011 年版，第 52 页。

⑦ [唐] 房玄龄注：《管子》，[明] 刘绩补注，上海古籍出版社 2015 年版，第 409 页。

⑧ 前引⑦，房玄龄注书，第 411 页。

⑨ 石磊译注：《商君书》，中华书局 2011 年版，第 136 页。

⑩ 高华平、王齐洲、张三夕译注：《韩非子》，中华书局 2015 年版，第 652 页。

杜私门，蚕食诸侯，使秦成帝业。此四君者，皆以客之功。”^④ 众多的论断表明，不仅私门与公室相对立，私意、私行、私术、私利也居于法的对立面。在这种情况下，法就是公的替代性表达方式，法与私势不两立，这就是法家关于公私关系的法理主张。

在这样的法理传统下，龚自珍的《论私》篇对公私关系的法理进行了全新的阐述，极具标志意义。在这篇文献中，龚自珍首先交待了写作这篇文章的缘由：“朝大夫有受朋友之请谒，翌晨，诤其友于朝，获直声者，矜其同官曰：‘某甲可谓大公无私也已？’龚子闻之，退而与龚子之徒纵论私义。”^⑤ 这其实是一句引言，相当于今天的“学报体论文”开篇习惯于交待的“问题的提出”或“选题的要旨”。龚自珍长期供职于清庭的中央机构，虽然级别不高，但见多识广，对国家治理的实践有切身的体验。他的这句引言，可能确有其事，也可能是虚构的，主要是作为一种修辞，旨在引出下文的观点。但是，通过这样的引言，我们也可以体会到公私关系问题确实是一个现实性的政治问题、法理问题，具有强烈的实践意义，其理论意义也自不待言。

接下来，我们可以看到，“龚子”与“龚子之徒”关于“私义”的纵论是从这样一个问题开始的：“敢问私者何所始也？”显然，这是一个寻根究底的问题，龚自珍对这个问题的回答主要包括三个层面。

（一）“有私”既是一种普遍的自然规律，也是一种普遍的社会规律

龚自珍从自然现象开始说起：“天有闰月，以处赢缩之度，气盈朔虚，夏有凉风，冬有燠日，天有私也；地有畸零华离，为附庸闲田，地有私也；日月不照人床闼之内，日月有私也。圣帝哲后，明诏大号，劬劳于在原，咨嗟于在庙，史臣书之。究其所为之实，亦不过曰庇我子孙，保我国家而已。何以不爱他人之国家而爱其国家？何以不庇他人之子孙而庇其子孙？且夫忠臣忧悲，孝子涕泪，寡妻守雌，扞门户，保家世，圣哲之所哀，古今之所懿，史册之所纪，诗歌之所作，忠臣何以不忠他人之君而忠其君？孝子何以不慈他人之亲而慈其亲？寡妻贞妇何以不公此身于都市，乃私自贞私自葆也？”^⑥

这段论述的逻辑是：天有私，地有私，日月也有私，私是一种自然现象，也是一种自然规律。在此基础上，龚自珍把眼光从自然界转到人世间：史臣记载的圣王，虽然他们大言炎炎，冠冕堂皇，但是，他们的真实意图却是“庇我子孙，保我国家”，他们只爱自己的国家，他们只庇护自己的子孙，这就是圣王或君主之私。推而广之，忠臣、孝子、寡妻贞妇的事迹，虽然在史书、诗文中受到普遍的称赞，但是，他们都有其私：哪怕是真正的忠臣，也只忠于他自己的君主；哪怕是真正的孝子，也只孝顺他自己的尊亲；哪怕是真正的寡妻贞妇，也只是把自己藏匿起来。这些现象，无不表现了“私”。

（二）公私界限模糊，评价标准混乱

龚自珍举了战国时期的燕王子哙，以及汉代的哀帝刘欣为例，说他们都被誉为“天下之至公”，因为子哙把“八百年之燕”送给了他的丞相子之；刘欣并不珍惜高祖刘邦艰难打下来的天下，打算把天下转让给他的宠臣董贤，他们两人如此大公无私，难道不比文王、武王、成王、康王、周公更具圣王气象？通过这番叙述，龚自珍旨在表达的言外之意是：像子哙、刘欣这样的君主，能够称得上圣君吗？如果把这样的君主作为圣君来称颂，那不是十足的讽刺吗？因而，像子哙、刘欣这样的君主，不仅不能被誉为“天下之至公”，甚至都没有达到“合格君主”的标准。

^④ 前引②，司马迁书，第522页。

^⑤ 前引①，樊克政编书，第252页。

^⑥ 前引①，樊克政编书，第252页。

进一步看，“且夫墨翟，天下之至公无私也，兼爱无差等，孟子以为无父。杨朱，天下之至公无私也，拔一毛利天下不为，岂复有干以私者？岂复舍我而徇人之谒者？孟氏以为无君。且今之大公无私者，有杨、墨之贤耶？杨不为墨，墨不为杨，乃今以墨之理，济杨之行；乃宗子诜，肖汉哀；乃议武王、周公，斥孟轲，乃别辟一天地日月以自处。”^④这就是说，墨子与杨子有不同的公私观，孟子的公私观与墨、杨的公私观又不一样，龚自珍所见的“今之大公无私者”，他们所理解、所实践的公与私，到底是墨的公私观，还是杨的公私观，还是子诜、刘欣的公私观？抑或武王、周公、孟子的公私观？他们自我设定的“大公无私”到底是什么意思？

龚自珍还打了一个比方：“且夫狸交禽媾，不避人于白昼，无私也。若人则必有闺闼之蔽、房帷之设、枕席之匿、赧颡之拒矣。禽之相交，径直何私？孰疏孰亲，一视无差。尚不知父子，何有朋友？若人则必有孰薄孰厚之气谊，因有过从宴游，相援相引，款曲燕私之事矣。今日大公无私，则人耶，则禽耶？”^⑤动物之间的交媾，可以说是无私了，然而，如果提倡、张扬这样的无私，岂非抹杀了人禽之别？岂不是让人退化成禽兽？

（三）按照《诗经》，公与私有同等的正当性与合法性

在批判了大公无私的传统观点之后，龚自珍提出，公与私都有正当性。按照《论私》之所述：“《七月》之诗人曰：‘言私其豶，献豶于公。’先私而后公也。《大田》之诗人曰：‘雨我公田，遂及我私。’《楚茨》之诗人曰：‘备言燕私。’先公而后私也。《采芣》之诗人曰：‘被之僮僮，夙夜在公。被之祁祁，薄言还归。’公私并举之也。《羔羊》之诗人曰：‘羔羊之皮，素丝五紵。退食自公，委蛇委蛇。’公私互举之也。《论语》记孔子之私觐，乃如吾大夫言，则《鲁论》以私觐诬孔氏。乃如吾大夫言，《羔羊》之大夫可以诛，《采芣》之夫人可以废，《大田》《楚茨》之诗人可以流，《七月》之诗人可以服上刑。”^⑥

根据《诗经》中的这些诗句，公私关系主要有四种类型：其一，先私而后公；其二，先公而后私；其三，公私并举；其四，公私互举。这四种情况表明，公与私在正当性、合法性方面不分伯仲，不必大公无私，当然也不必反过来，提倡大私无公。因为公与私都有它的价值。根据龚自珍的论述，古代中国流行的私与法的对立关系不复存在，公与法的同一关系自然也不能成立。龚自珍在此引证的《诗经》在古代中国是权威性的“经”，在龚自珍之前的时代，其份量等同于法典。根据《诗经》中的这些文字，“吾大夫”所说的“大公无私”之论，显然是不能成立的，否则，《论语》就是对孔子的污蔑，《诗经》正面宣扬的那些典型人物及其相关诗篇的作者，都可以诛灭。这就是龚自珍关于公私关系的正面观点。

从学术论证的要求来看，龚自珍对于以上三个方面的分析并非无懈可击。譬如，“夏有凉风，冬有燠日”这样的自然现象，是不是可以理解为社会现象及社会科学领域内的公私关系中的私？这是有疑问的。再譬如，把动物界的一些现象定性为“无私”，也未必准确。把自然现象与社会现象进行简单的比附，也未必严谨。此外，《论私》预设的问题是：私的起点与根源是什么？但是，后文并没有对这个问题做出直接的回答。这些方面存在的问题都可以表明，龚自珍的《论私》在论证的严谨性方面，是可以被挑剔的。然而，从思想史、法理学史的角度来看，我们不必纠缠这些问题，我们应当注意龚自珍旨在表达的核心观点：确立私的正当性与合法性，促成私与公享有同等的

^④ 前引①，樊克政编书，第252页。

^⑤ 前引①，樊克政编书，第253页。

^⑥ 前引①，樊克政编书，第253页。

正当性与合法性。

经过龚自珍的论述，可以看到，公私关系的法理出现了一个根本性的变革。正如前文所述，在古代中国，尤其是在法家人物的论著中，法与公实乃一体之两面，私与公既然处于对立状态，私与法当然也处于对立状态。因而，大公无私不仅仅是一种道德，它同时也是一种法理，它具有明确的规范意义：法律应当打击私利、私心、私行、私意，法律应当维护公利、公心、公行、公意。但是，经过龚自珍在公私关系上的论证，更新了法与私、法与公的关系：法既要维护公利，法也要维护私利。从法理上说，龚自珍的论证促成了大公无私的法转向公私并重的法，在公私关系这个维度上实现了法理变革。

当然，我们还应当看到，早在龚自珍之前，一些先行者已经对私的正面意义有所承认、有所肯定。譬如，明末清初的顾炎武就已经在他的《日知录·言私其黷》中写道：“‘雨我公田，遂及我私’，先公而后私也。‘言私其黷，献豸于公’，先私而后公也。自天下为家，各亲其亲，各子其子，而人之有私，固情之所不能免矣。故先王弗为之禁，非惟弗禁，且从而恤之。建国亲侯，胙土命氏，画井分田，合天下之私，以成天下之公，此所以为王政也。”^{④7} 根据这番论述，“合天下之私”也是建立“王政”的一个重要环节。就此看来，龚自珍的《论私》无论是在主要观点还是在论证方式方面，都受到了顾炎武的影响。尽管如此，龚自珍直接标举《论私》之名，以专篇文章的方式，从不同的角度阐明了公私并重的主张，而且还具有现实针对性，这在思想史、法理史上所具有的创造性、开创性、变革性还是不容抹杀的。

四、龚自珍的法理变革与中国法理学的近代化

从法理学的角度研究龚自珍，或者说，研究中国法理学史上的龚自珍，也许有人会注意到他的“更法”理论，或者是他的关于“法治与改革”的理论。在这个方面，龚自珍确实有很多的议论。譬如，他在《乙丙之际著议第七》中写道：“一祖之法无不弊，千夫之议无不靡，与其赠来者以勅改革，孰若自改革？”^{④8} 在《上大学士书》中，他还指出：“自古及今，法无不改，势无不积，事例无不变迁，风气无不移易。”^{④9} 这样一些论断，长期以来饱受关注，在近代中国已经产生了较大的影响。然而，从另一个角度来看，“更法”仅仅意味着变化，在中国历史上各个朝代、各个历史时期，改革或变化都有发生。因而，仅仅着眼于“更法”或“法治与改革”，并不足以在实质上全面展示龚自珍法理学的核心要义。

通过上文的论述可以发现，龚自珍的法理学确实有强烈的“改革”或“改变”的色彩，至于改变的内容，则可以从三个方面来叙述：在天人关系上，以源于君命的法取代源于天命的法；在义利关系上，以功利本位的法取代道德本位的法；在公私关系上，以公私并重的法取代大公无私的法。这三个方面的法理变革，可以归属于一个更加宏观的转向：从古代转向近代。以“天”解释法的源头，以“德”解释法的本位，以“公”解释法的价值，主要体现了古代中国的法理思维。相反，把君主作为法的源头，把功利作为法的本位，把公与私作为法旨在维护的双重价值，则体现出浓厚的近代性。

在本文行将结束之际，我们还可以注意载于龚自珍“语录”中的一句话：“经学错也不妨，不错也无妨。”^{⑤0} 这句话在形式上很轻，在实质上很重，有必要稍作辨析，以之作为本文的结束。

^{④7} [清] 顾炎武：《日知录校注》，陈垣校注，安徽大学出版社 2007 年版，第 130 页。

^{④8} 前引①，樊克政编书，第 29 页。

^{④9} 前引①，樊克政编书，第 187 页。

^{⑤0} 前引⑤，龚自珍书，第 434 页。

在龚自珍生活的 19 世纪上半叶，或者更加准确地说，在龚自珍之前的中国历史上，经学是不能错的。正如蒙文通所言：“由秦汉至明清，经学为中国民族无上之法典，思想与行为、政治与风习，皆不能出其轨范。”^⑤ 经学既然是“无上之法典”，经学既然需要得到所有人的遵循，经学既然是裁判一切思想与行为、一切政治与风习的最高规范，经学怎么可能是错的？然而，在龚自珍看来，经学也可能是错的。更加令人惊骇的是，他认为经学错与不错，都无关紧要。这样的论断，实际上是否定了经学的权威性，否定了经学作为“无上之法典”这一由来已久且根深蒂固的崇高地位。如果经学的权威性不复存在，那就意味着传统中国的经学时代之终结与一个全新的“后经学时代”之开启。当然，从实际情况来看，在龚自珍身后，经学依然具有权威性，直至 20 世纪初，四书五经依然是科举考试的权威教科书。龚自珍并没有在事实上终结中国的经学时代，但是，龚自珍关于经学对错的这个论断，已经在法理上终结了古代中国的经学时代，标志着中国古代法理学的终结。

中国古代法理学终结之后，随之而来的，自然就是中国近代法理学的兴起。这里所谓的“古代”与“近代”，当然具有自然时间的含义。但是，在古代与近代之间，或者说，从古代转为近代，主要是一个价值、义理、世界观或文明理据的转变，从根本上说，则是主流法理的转变。在欧洲，从中世纪转向近代，在法理上，就是所谓的“启蒙思想家”的法理取代“神学家”的法理，从而为欧洲的近代世界提供了新的理据，譬如，在英国，洛克的《政府论》上篇通过批判“君权神授论”，旨在终结中世纪的法理；《政府论》下篇通过宣扬“社会契约论”，旨在开启近代的法理。着眼于东西之间的比较，如果说欧洲的近代是从 16 世纪开始的，那么，中国的近代则是从 19 世纪开始的。在 19 世纪上半叶，龚自珍所代表的思想家，以“但开风气”的精神，确实开启了一种新的风气，这种风气的内核，就是龚自珍借助于前述三个方面的法理变革，否弃了经学的权威性，开启了中国法理学史上的一个新时代，那就是中国近代的法理学。

Abstract: Gong Zizhen (1792-1841), who died during the First Opium War (1840-1842), defined himself as “opening up the social atmosphere” in a poem in 1839. In fact, he also enjoyed this ideological status. From the perspective of jurisprudence, Gong Zizhen replaced the law originating from the destiny of heaven with the law originating from the destiny of the emperor, virtue-based law with utilitarianism-based law and the selfless law with a law that emphasized both public and private interests. The jurisprudential changes in these three aspects not only symbolize the end of ancient Chinese jurisprudence, but also mark the emergence of modern Chinese jurisprudence, and then open a new stage in the history of Chinese jurisprudence, that is, the history of modern Chinese jurisprudence.

Key Words: Gong Zizhen; Legal Principles; Confucian Classics; Traditional Culture; Etiquette and Law

(责任编辑：陇 西)

^⑤ 蒙文通：《蒙文通全集》第一册，巴蜀书社 2015 年版，第 310 页。

论宪法渊源

王 锴*

内容提要：宪法渊源的界定需要首先界定法的渊源，而法的渊源的界定又需要区分法的渊源与法、法的渊源与部门法的渊源，应当根据不同渊源在裁判中的作用，将法的渊源分为依据渊源和理由渊源。宪法渊源是指宪法部门的渊源，即宪法部门中调整宪法关系的规范的表现形式，这些规范可以蕴含在宪法典中，也可以蕴含在宪法性法律、宪法惯例、宪法判例、宪法解释、国际条约中。在合宪性审查中，宪法典主要是作为依据渊源，即在适用时不会质疑其内容的正确性；而其他的形式主要作为理由渊源，辅助宪法典的适用，尤其是在宪法典的内涵不明确的情况下，它们以其内容的正确性来对宪法典作为裁判依据进行外部证立，从而增强合宪性审查的说服力。我国的宪法渊源包括宪法典（宪法原则、宪法精神）、宪法性法律、宪法惯例、合宪性审查成例、宪法解释、国际条约。

关键词：宪法渊源 法的渊源 依据渊源 理由渊源 宪法原则 宪法精神

DOI：10.19350/j.cnki.fzsh.2023.04.004

近年来，围绕宪法渊源的内涵产生了一系列争论，^① 这些争论甚至溯及对于法的渊源的讨论。^② 宪法渊源是我国宪法学中的基本概念，几乎每一本宪法学教材都会对之进行阐述。过去，宪法学界的通说认为，我国的宪法渊源包括宪法典、宪法性法律、宪法惯例、宪法解释、国际条约。^③ 马克思主义理论研究和建设工程（以下简称“马工程”）教材《宪法学》则对我国的宪法渊源进行了限缩，只剩下宪法典、宪法惯例、宪法解释。^④ 近年来，一种更严格的观点认为，我国的宪法渊源只有宪法典。^⑤ 也有学者认为，宪法渊源这个概念本身就是多余的，应当回归宪法原则规范与宪法解

* 北京航空航天大学法学院教授，博士生导师。本文系国家重点研发计划“立法公众意见综合分析及法律条文智能审查技术研究”（项目编号：2021YFC3340300、2021YFC3340304）的阶段性成果。

- ① 参见张翔：《宪法概念、宪法效力与宪法渊源》，载《法学评论》2021年第4期，第24-35页；雷磊：《“宪法渊源”意味着什么？——基于法理论的思考》，载《法学评论》2021年第4期，第36-46页；何永红：《宪法与宪法惯例的区分》，载《法学评论》2021年第4期，第47-59页；刘晗：《有宪法典的不成文宪法？——基于美国不成文宪法学说的比较考察》，载《法学评论》2021年第4期，第60-71页。
- ② 参见刘作翔：《“法源”的误用——关于法律渊源的理性思考》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2019年第3期，第3-12页；陈金钊：《法源的拟制性及其功能——以法之名的统合及整饬》，载《清华法学》2021年第1期，第46-64页；雷磊：《重构“法的渊源”范畴》，载《中国社会科学》2021年第6期，第147-167页。
- ③ 参见胡锦光、韩大元：《中国宪法》（第四版），法律出版社2018年版，第93-94页。
- ④ 宪法学编写组：《宪法学》，高等教育出版社、人民出版社2011年版，第29-33页。
- ⑤ 前引①，张翔文，第31页；张翔：《宪法渊源作为方法》，载《中国法律评论》2022年第3期，第119页；王建学：《宪法审查时代如何理解宪法渊源？——中国问题与法国教训》，载《中国法律评论》2022年第3期，第162-175页。

释。^⑥ 这些不同观点的背后反映出对于宪法渊源的不同理解，甚至可能隐含着对于法的渊源的不同看法。本文拟从法的渊源的内涵谈起，反思有关宪法渊源不同界定的原因，尝试提出一种从法的渊源到宪法渊源的融贯性分类，以期深化有关我国宪法渊源的讨论。

一、法的渊源的内涵

大陆法系通常将法的渊源分为法的产生渊源（Rechtserzeugungsquelle）、法的价值渊源（Rechtswertungsquelle）和法的认识渊源（Rechtserkenntnisquelle）。^⑦ 其中，产生渊源是指法秩序产生的原因和条件，从民族精神、人民的法意识、事物本质到经济、宗教、气候等均属之，又被称为法的社会学渊源；价值渊源是指评价法的核心标准，比如正义、法安定性、理性等等；认识渊源是指将某样东西视为法的理由，又被称为狭义的法的渊源。^⑧ 法的认识渊源就是法学意义上的法源，但是对其内涵，则有两种不同的认识。一种是从行为规范的角度，将其界定为所有规定了行为模式的行为指令和标准；^⑨ 另一种是从裁判规范的角度，认为法源的主要作用是法院作出裁判的基础，即法官依据什么来裁判。^⑩

上述观点仅仅是描述了法的渊源，但并没有告诉我们法的渊源到底包含哪些，也没有告诉我们判断法的渊源的标准是什么。我国学者通常将法的渊源界定为具有法的效力的、表现为一定的法的形式。^⑪ 但是从其列举的法的渊源来看，有些法源，尤其是非正式法源，比如习惯、政策、指导性案例、道德规范和正义观念、法理等，显然是缺乏法效力的，也谈不上是法。同时，法的渊源与部门法的渊源是何关系？理论上，法的渊源应当是所有部门法的渊源的总和，但现实却并非如此。最主要的表现就是不同部门法的渊源并不完全一致。比如民法的法源包括法律、行政法规、有权解释、习惯、判例法、法理、学说，^⑫ 刑法的法源包括刑法典、单行刑法、附属刑法（即附带规定于民法、经济法、行政法等非刑事法律中的罪刑规范）等，^⑬ 行政法的法源包括宪法、法律、地方性法规、自治条例和单行条例、行政立法、条约和协定、党内法规、法律解释、判例、习惯和惯例、行政法理。^⑭ 那么，为什么不同部门法的法源不一样？导致其中存在差别的原因是什么？笔者认为，理解法的渊源的内涵可能需要解决以下两个核心问题，一是法的渊源与法的关系，二是法的渊源与部门法的渊源的关系。

⑥ 冯威：《法律渊源的冗余与宪法的自我指涉——从宪法渊源回归宪法原则规范与宪法解释》，载《中国法律评论》2022年第3期，第131-150页。

⑦ Matthias Ruffert, Rechtsquellen und Rechtsschichten des Verwaltungsrechts, in: Wolfgang Hoffmann-Riem, Eberhard Schmidt-Aßmann, Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, 2. Aufl., Verlag C.H.Beck, München, 2012, S. 1165; Paul Kirchhof, Rechtsquellen und Grundgesetz, in: Christian Starck (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz: Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Band 2, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1976, S. 53.

⑧ Alf Ross, Theorie der Rechtsquellen: Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen, Franz Deuticke, Leipzig und Wien, 1929, S. 292.

⑨ Fritz Ossenbühl, Gesetz und Recht—Die Rechtsquellen im demokratischen Rechtsstaat, in: Josef Isensee und Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band V, 3. Aufl., C.F.Müller Verlag, Heidelberg, 2007, S. 137.

⑩ Klaus F. Röhl und Hans Christian Röhl, Allgemeine Rechtslehre: Ein Lehrbuch, 3. Aufl., Carl Heymanns Verlag, Köln, München, 2008, S. 520.

⑪ 张文显主编：《法理学》（第五版），高等教育出版社、北京大学出版社2018年版，第87页。

⑫ 梁慧星：《民法总论》（第六版），法律出版社2021年版，第26-31页。

⑬ 张明楷：《刑法学（上）》（第六版），法律出版社2021年版，第19-20页。

⑭ 姜明安主编：《行政法与行政诉讼法》（第七版），北京大学出版社、高等教育出版社2019年版，第52-66页。

(一) 法的渊源与法的关系

从世界各国对法源的列举来看,比如罗马法中资深学者的意见、意大利民法中的行业规则、以色列法中的“自由、正义、衡平以及以色列遗产的和平原则”,^⑮显然这些都不是法,但它们却属于法源。由此可见,法源与法并不能等同。将法源界定为法的表现形式可能是有问题的,因为法的表现形式只能是法,不可能说法表现为一些不是法的东西。虽然有学者将法的渊源界定为“对于法律适用者具有约束力的法规范”,^⑯但问题是,对于这里的约束力也可以有不同的理解。比如学者默勒斯就将约束力分为普遍约束力和有限的约束力,^⑰后者像大陆法系的判例、行政规则、某些私人规范(比如章程),它们只在有限的范围对法官或者法院产生约束力。学者佩策尼克更是提出,将法源分为必须法源、应当法源和可以法源,分别对应约束性法源、指引性法源和允许性法源。^⑱

法源的范围大于法已经成为共识。至于其中的原因,有两种解释:一种解释认为,法的产生渊源与法的认识渊源经常混同,^⑲实际上导致了法的认识渊源中混入了一些法的产生渊源,而法的产生渊源本身是位于法外的。学者戈尔丁用了一个形象的比喻来说明两者的关系,他将法的认识渊源称为形式法源,就像溪水;将法的产生渊源称为实质法源,就像地下水。^⑳地下水流到地面上成为溪水,所以法的产生渊源与法的认识渊源并没有本质的差别,可能只是法在不同时期的表现而已。另一种解释是从法适用的角度,认为法的渊源中之所以存在不是法的东西,就在于“禁止法官拒绝裁判”的原则。也就是说,正因为法规定的有限性和模糊性,所以在缺乏明确法律依据的情况下,应当允许法官适用那些不是法的东西来进行裁判。因为法官不能借口法律无规定、规定不明确或者不完备而拒绝审判。^㉑笔者认为,第二种解释更具说服力,同时也能与第一种解释兼容,它还指出了法的渊源的实践意义。因此,佩策尼克认为,广义上所有的法律理由都是法源。^㉒阿尔尼奥也将法源界定为“根据法律共同体公认的规则,被用来当作法律解释的正当化基础的每一个理由”。^㉓

雷磊教授也意识到了法的渊源与法的关系问题,他指出,如果法的渊源等同于法,那么法的渊源就将成为一个冗余的概念。^㉔因此,他将法的渊源分为法的效力渊源和法的认知渊源,前者等同于法,后者不属于法。这样的分类虽然相比过去的一些分类更为清晰,但也存在如下的问题:(1)法的效力渊源中效力本身是多义的。诚如前述,在大陆法系,判例虽然不具有法律效力,但具有事实效力。同时,行政规则通常只具有内部效力,但有时也产生外部效力。^㉕至于私人规范,比如章程,虽然《中华人民共和国公司法》第十一条规定,公司章程对公司、股东、董事、监事、高级管理人员具有约束力,但这种约束力跟合同的约束力一样,显然不能等同于普遍的法效力。(2)法的认知渊源如果只是法的渊源的一部分,那么就限缩了大陆法系所讲的“法的认识渊源就是法学意义上的法源”。同时,法的认知渊源如果要依靠制定法的直接或间接的认可,^㉖并且这种认可是作为其效力

⑮ [德] 马蒂亚斯·赖曼、莱因哈德·齐默尔曼编:《牛津比较法手册》,高鸿钧等译,北京大学出版社2019年版,第871页。

⑯ [德] 魏德士:《法理学》,丁晓春、吴越译,法律出版社2005年版,第99页。

⑰ Thomas M.J.Möllers, *Juristische Methodenlehre*, 2. Aufl., C.H.Beck, München, 2019, S. 81.

⑱ [瑞典] 亚历山大·佩策尼克:《论法律与理性》,陈曦译,中国政法大学出版社2015年版,第298-299页。

⑲ 朱庆育:《民法总论》(第二版),北京大学出版社2016年版,第36页。

⑳ Ulrich Meyer-Cording, *Die Rechtsnormen*, J.C.B.Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1971, S. 50-52.

㉑ 于飞:《民法总则法源条款的缺失与补充》,载《法学研究》2018年第1期,第41页。

㉒ 前引⑱,佩策尼克书,第297页。

㉓ [芬] 奥利斯·阿尔尼奥:《作为合理性的理性:论法律证成》,宋旭光译,中国法制出版社2020年版,第111页。

㉔ 雷磊:《“法的渊源”意味着什么?》,中国政法大学出版社2021年版,第90页。

㉕ 参见陈恩才:《试论行政法规效力的外部化及司法审查》,载《江苏社会科学》2012年第2期,第161-165页。

㉖ 前引⑲,雷磊书,第80页。

来源,²⁷那么这种效力是什么效力?如果是法效力,那就等于说法的认知渊源经过认可也变成了法,法的渊源与法完全重合了。

雷磊教授还指出,法源与非法源的区别在于,前者可以作裁判依据,后者只能作裁判理由。同时,法的渊源是裁判所要依循的基于规范性或非规范性权威的权威理由。²⁸由此可见,法源到底能不能作为理由,关键在于理由是指什么。实际上,在司法裁判中,裁判依据是指据以得出结论的大前提,而裁判理由可以分为内部证成的理由和外部证成的理由。²⁹如果是外部证成的理由,尤其是证成大前提的理由,包括对大前提的效力进行评价、对大前提的内涵进行确定、对为什么选择这个大前提而非那个大前提进行说明,此时,裁判理由并非与裁判依据无关,它只是不能单独作为裁判依据,而是辅助裁判依据。裁判依据与裁判理由的区分可以用法理学上独立于内容的理由与依赖于内容的理由来说明。前者是支持行为人去做或者不做一定行为的意图,后者是支持行为人去做或者不做一定行为的考量。³⁰前者仅仅是因为法这么要求就应当去行为,后者是符合某种价值或理性而去行为。前者能够创造新的理由,后者只能告知或者诱发既有的理由。³¹

裁判依据之所以作为依据,靠的是形式上的权威性,它保证了裁判的依法性和可预测性。这种权威性使得它即使内容上存在问题,比如违反上位法,只要没有被有权机关撤销,它仍然可以作为裁判依据,此时区分“依据”与“参照”是没有意义的,³²因为任何下位法都有违反上位法的可能,但不能因此就否认了下位法作为裁判依据;在某种程度上,作为裁判依据是无条件的,或者说,只要有让某样东西成为裁判依据的意图即可。而裁判理由之所以成立,是依靠其内容上的说服力,它保证了裁判的正确性和可接受性;也就是说,一样东西能否作为裁判理由是是有条件的。

所以,笔者主张按照法源在裁判中发挥的作用,将法的渊源分为依据渊源和理由渊源。³³根据《最高人民法院关于裁判文书引用法律、法规等规范性文件的规定》(以下简称《裁判文书引用规定》),依据渊源包括法律、法律解释或者司法解释、行政法规、地方性法规或者自治条例和单行条例、国务院或者国务院授权的部门公布的行政法规解释或者行政规章、其他规范性文件。³⁴这里面有些是法,有些不是法,比如司法解释、其他规范性文件。依据渊源中之所以存在一些不是法的文件,默勒斯教授用有限的约束力来解释,即这些文件虽然不具有普遍的法效力,但仍然具备有限的约束力。³⁵比如司法解释可以约束下级法院,其他规范性文件可以约束下级行政机关。³⁶最高人民

²⁷ 雷磊教授认为,效力渊源是效力与内容兼具,而认知渊源是效力与内容分离,即它本身只提供了内容,但效力来自外部。参见前引²⁴,雷磊书,第83页。

²⁸ 前引²⁴,雷磊书,第76页。

²⁹ 参见[德]罗伯特·阿列克西:《法律论证理论》,舒国滢译,中国法制出版社2002年版,第274页。

³⁰ 王鹏翔:《独立于内容的理由与法律的规范性》,载《中研院法学期刊》2012年总第11期,第220页。

³¹ 前引³⁰,王鹏翔文,第221-230页。

³² 比如我国《行政诉讼法》第六十三条规定,人民法院审理行政案件,以法律和行政法规、地方性法规为依据,参照规章。

³³ 汪洋教授有类似的分法,称之为规范法源和准规范法源。参见汪洋:《私法多元法源的观念、历史与中国实践:〈民法总则〉第10条的理论构造及司法适用》,载《中外法学》2018年第1期,第139页。彭中礼教授也将法的渊源界定为裁判规范,并且认为裁判规范分为作为裁判理由的规范和作为裁判依据的规范,参见彭中礼:《法律渊源论》,方志出版社2014年版,第69页、第71页。

³⁴ 需要注意的是,《最高人民法院关于裁判文书引用法律、法规等规范性文件的规定》第六条虽然将其他规范性文件作为裁判说理的依据,但从它用的“依据”一词来看,其他规范性文件仍然是裁判依据而非裁判理由。因为对于裁判理由,《最高人民法院关于加强和规范裁判文书释法说理的指导意见》第十三条称之为“论据”。

³⁵ [德]托马斯·M.J.默勒斯:《法学方法论》(第4版),杜志浩译,北京大学出版社2022年版,第135页。

³⁶ 将其他规范性文件作为行政法的法源,不仅我国存在,其他国家也存在(比如德国称为行政规则),参见章剑生:《现代行政法总论》,法律出版社2014年版,第69-70页;Ralf P. Schenke, Rechtsquellen des Verwaltungsrechts, in: Wolfgang Kahl und Markus Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des Verwaltungsrechts, Band I, C.F. Müller, Heidelberg, 2021, S. 267-268.

法院在“辽宁省灯塔市张台子镇白三家子村委会诉辽宁省灯塔市人民政府再审判决”中就指出，目前没有法律、行政法规的统一规定，地方政府制定的有效规范性文件可以作为判断政府相关行政行为合法性的根据。^⑦

根据《最高人民法院关于加强和规范裁判文书释法说理的指导意见》(以下简称《释法指导意见》)，理由渊源包括：最高人民法院发布的指导性案例；最高人民法院发布的非司法解释类审判业务规范性文件；公理、情理、经验法则、交易惯例、民间规约、职业伦理；立法说明等立法材料；采取历史、体系、比较等法律解释方法时使用的材料；法理及通行学术观点；与法律、司法解释等规范性法律文件不相冲突的其他论据。理由渊源通常并非法，它主要是用来证立依据渊源的。比如指导性案例，它的重要性体现在从指导性案例中所提取出来的裁判要旨，往往是对依据渊源内涵的具体化。比如最高人民法院指导性案例第101号，它的裁判要旨为“在政府信息公开案件中，被告以政府信息不存在为由答复原告的，人民法院应审查被告是否已经尽到充分合理的查找、检索义务。原告提交了该政府信息系由被告制作或者保存的相关线索等初步证据后，若被告不能提供相反证据，并举证证明已尽到充分合理的查找、检索义务的，人民法院不予支持被告有关政府信息不存在的主张”，显然具体化了《政府信息公开条例》第三十六条第四项“对政府信息公开申请，行政机关根据下列情况分别作出答复：……(四)经检索没有所申请公开信息的，告知申请人该政府信息不存在”，从而有助于法院在援引该条时判断其内涵。需要注意的是，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。虽然对于该条到底规定的是“习惯”还是“习惯法”，学者们有所争论，但从该条将习惯作为裁判依据来看，^⑧应当是指习惯法，^⑨从而才能与《释法指导意见》第十三条中作为裁判理由的“交易惯例”进行区分。

这里面比较特殊的是宪法。《裁判文书引用规定》并没有在裁判依据中列举宪法，同时，《人民法院民事裁判文书制作规范》中指出，裁判文书不得引用宪法作为裁判依据，但其体现的原则和精神可以在说理部分予以阐述。这是否意味着宪法只是理由渊源而非依据渊源呢？笔者认为，《裁判文书引用规定》针对的是民事、刑事和行政诉讼等法律案件，并不针对宪法案件。因此它只能说明宪法在法律案件中是作为理由渊源，但在宪法案件中仍然是也必须是依据渊源，否则合宪性审查工作将无法开展。并且我国合宪性审查实践中已经开始将宪法作为依据渊源，比如《全国人大常委会法工委关于2020年备案审查工作情况的报告》(以下简称《备案审查报告》)中就指出，“有的地方性法规规定，各级各类民族学校应当使用本民族语言文字或者本民族通用的语言文字进行教学；有的规定，经本地教育行政部门同意，有条件的民族学校部分课程可以用汉语言文字授课。我们审查认为，上述规定与宪法第十九条第五款关于国家推广全国通用的普通话的规定和国家通用语言文字法、教育法等有关法律的规定不一致，已要求制定机关作出修改”。

(二) 法的渊源与部门法的渊源

理论上，法的渊源与部门法的渊源应当是总论与分论的关系。但在实践中，每个部门法的渊源并不相同，比如习惯法是民法的渊源，却不是刑法的渊源。由于受罪刑法定原则的限制，调整刑事

^⑦ 最高人民法院(2016)最高法行申1525号行政申诉裁定书。

^⑧ 但该条将“不得违背公序良俗”作为习惯法的构成要件，似乎有违习惯法作为裁判依据的权威性，也就是说，裁判依据之所以作为依据并不是以其内容的正确与否，否则的话，任何依据都将被质疑。相似观点参见李敏：《民法法源论》，法律出版社2020年版，第161页。

^⑨ 杨代雄：《民法总论》，北京大学出版社2022年版，第58页。

关系的法律规范不能蕴含在习惯法中。^④ 所以，法的渊源只能对部门法的渊源提供理论解释，但无法确定部门法的渊源到底包括哪些。

实践中，无论是民法的渊源、刑法的渊源还是行政法的渊源，都是在讨论部门法或者法律部门的渊源。因为每一种诉讼中法院所能援引的规范，无论是作为裁判依据还是裁判理由，都必须是调整该种法律关系的规范。而法律部门就是根据调整对象和调整方式对法律规范作的分类，^⑤ 只要是具有相同调整对象和调整方式的法规范就可以归入同一个部门，而不管其具有何种效力。因此我们才看到，在一些国家，宪法典也是民法的渊源，^⑥ 因为在宪法典中，有时也会“混入”调整民事法律关系的规范。比如，《德国基本法》第9条第3款规定，企图限制或妨碍结社权利的契约无效。所以，区分法的效力渊源对于部门法来说是不可行的，因为部门法的渊源不是按照效力而是按照该规范的调整对象和调整方式来判定的，否则就很难理解为什么宪法典还可以作为其他部门法的渊源。同时，区分法的认知渊源也在认定某些部门法的渊源上存在困难。比如雷磊教授认为，我国《宪法》第四条第四款规定的“各民族都有保持或者改革自己的风俗习惯的自由”中的“民族风俗习惯”属于宪法的认知渊源。^⑦ 但仅仅因为民族风俗习惯得到了宪法的认可就成为宪法渊源，而不考虑该风俗习惯的内容是否在调整国家公权力的行使，可能是行不通的。即使在承认宪法惯例的英国，也不是所有的惯例都成为宪法惯例，“宪法惯例是调整政党或者政府机构之间的关系，从而规范政府行为的方式”。^⑧ 在宪法惯例之外，还有其他作为法律渊源的惯例。^⑨ 这说明在确定部门法的渊源时不可能不考虑其调整对象和调整方式。

所以，从部门法渊源的角度，应当将法源界定为具有相同调整对象和调整方式的规范的表现形式，也就是说，调整某一法律关系的规范会以何种面貌出现或者蕴含在何种形式之中。此时，渊源与规范是形式和内容之分。这一定义乍看与传统上将法源界定为法的表现形式没有什么区别，但实际上，规范的表现形式并不强调该规范必须是法规范。

二、宪法渊源的内涵

我国宪法学界通常将宪法渊源界定为宪法的表现形式。^⑩ 问题在于，这里的宪法是指什么？到底是指发挥最高法律效力的宪法典，还是指调整国家与公民之间关系的宪法部门？而这恰恰成为目前有关宪法渊源的争论的焦点。

（一）内容渊源抑或效力渊源？

反对将宪法性法律、宪法惯例、宪法解释乃至国际条约纳入我国宪法渊源的主要理由就是，宪

^④ 陈兴良：《罪刑法定主义》，中国法制出版社2010年版，第51页。

^⑤ 前引①，张文显主编书，第102页。

^⑥ 至于宪法典作为行政法的渊源就更常见了，Vgl. Hartmut Maurer/Christian Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl., C. H. Beck, München, 2020, S. 76.; Steffen Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, 15. Aufl., C. H. Beck, München, 2017, S. 10.; Ulrich Battis, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2002, S. 27-28.

^⑦ 前引②④，雷磊书，第193页。

^⑧ Colin Turpin and Adam Tomkins, *British Government and the Constitution: Text and Materials*, 11th edn., Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p.182.

^⑨ 参见 [英] 迈克尔·赞德：《英国法：议会立法、法条解释、先例原则及法律改革》（第六版），江辉译，中国法制出版社2014年版，第753-766页。

^⑩ 《宪法学》编写组：《宪法学》（第二版），高等教育出版社、人民出版社2020年版，第25页。

法渊源应当是指那些具有宪法效力的规范,^{④7} 具体来说,就是具有宪法典般的最高法律效力的规范。这显然是把宪法渊源理解为效力渊源所致。然而,这样的理解可能导致如下的问题:(1) 同义反复。在当今的成文宪法国家,具有最高法律效力的只有宪法典(至于宪法修正案其实也属于宪法典的一部分)。因此,如果把宪法渊源理解为宪法效力的渊源,那得出的结论只能是:具有宪法典般效力的就是宪法典。这无异于“自问自答”。但问题是,众所周知,无论是宪法性法律还是宪法惯例中的“宪法”,都不是宪法效力的意思,即使在不成文宪法国家,宪法性法律也并不比其他法律效力高,宪法惯例更是缺乏法效力。^{④8} 宪法性法律和宪法惯例中的“宪法”主要是指具有跟宪法典一样的调整对象,它指的是内容而非效力。正因为某些法律和惯例的调整对象与宪法典相同,所以才被称为宪法性法律或宪法惯例,否则就可能是民事法律或者民事惯例了。(2) 不利于与其他部门法渊源融贯。诚如前述,我们讲“民法的法源”“刑法的法源”“行政法的法源”时,其中的民法、刑法、行政法都是指法律部门,它们的法源都是基于相同调整对象的规范的不同表现形式,为什么在宪法渊源中的“宪法”反而是指宪法效力呢?这等于对部门法的法源采取了两种标准,一种是基于内容,另一种是基于效力。同时也不利于对宪法部门的认识。实际上,部门法的渊源不仅有法适用的意义,也有法制定的意义。由于宪法典往往诞生于革命之际,制宪时间仓促导致法典化并不彻底,^{④9} 所以,宪法规范的内容不可能都被宪法典收纳,由此才有了实质宪法的概念,^{⑤0} 德国称之为国家法(Staatsrecht)。国家法是指有关国家自身以及统治权和决定权的行使的法律形式、法律规则和法律制度。^{⑤1} 它包括国家秩序的组织架构、最高国家机关的形成和权限、国家功能的行使、多个机关的共同作用、最高机关之间的相互作用以及国家与公民之间的基本关系。国家法与宪法典并不完全等同,前者要包含后者。有些没有包含在宪法典中的内容,比如选举法、国籍法或者最高国家机关的议事规则,都属于国家法。这一现象就跟民法渊源不仅包括民法典也包括民事单行法,刑法渊源不仅包括刑法典也包括刑事单行法一样。

因此,宪法渊源不是指宪法效力的渊源,而是指宪法部门的渊源,在确定宪法渊源之前,首先应当思考宪法部门的调整对象和调整方式是什么,然后再去找具有这种调整对象和调整方式的规范蕴含在哪里,这是导致宪法渊源与其他部门法的渊源并不相同的根本原因。

(二) 依据渊源抑或理由渊源?

支持宪法渊源是指效力渊源的另一个理由在于,要为宪法适用找到适用依据,或者说,到底依据什么来进行合宪性审查。^{⑤2} 从维护宪法最高性的角度,合宪性审查自然应当依据宪法典来进行,但从这一点并不能推出宪法渊源就只能是宪法典。诚如前述,根据法的渊源分为依据渊源和理由渊源的观点,宪法部门中的规范在合宪性审查中是有不同作用的,有的是作为裁判依据,比如宪法典,有的是作为裁判理由,比如宪法性法律、宪法惯例、宪法解释、国际条约等。

^{④7} 参见姚岳绒:《关于中国宪法渊源的再认识》,载《法学》2010年第9期,第122-131页。

^{④8} See Turpin and Tomkins, supra note ④4, p.182-183.

^{④9} Stefan Pitken, Der Vorbehalt der Verfassung, Nomos, Baden-Baden, 2013, S. 226.

^{⑤0} 参见陈新民:《公法学札记》,中国政法大学出版社2001年版,第202页。

^{⑤1} Ernst-Wolfgang Böckenförde, Staat, Verfassung, Demokratie: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1992, S. 11.

^{⑤2} 参见饶龙飞:《论违宪审查依据的范围——以宪法渊源为参照》,载《贵州警官职业学院学报》2015年第1期,第69-74页。虽然也有学者将合宪性解释作为宪法适用的场景之一,但严格来讲,合宪性解释仍然发生在合宪性审查之中,合宪性解释只是合宪性审查的一种裁判形式而已。而基于宪法的解释通常发生在民事、刑事、行政诉讼等法律案件中,此时,宪法并不是作为裁判依据,而只是作为裁判理由。参见王锴:《合宪性解释之反思》,载《法学家》2015年第1期,第45-57页、第177页。

宪法渊源之所以不限于宪法典，就在于我们必须要考虑，如果宪法典规定不明确或者没有规定的情况下如何进行合宪性审查。^{⑤③} 比如，韩国宪法法院在 2004 年 10 月 21 日裁定《新行政首都特别法》违反宪法，理由就是，虽然宪法典没有明文规定汉城（首尔旧称）为首都，但汉城作为韩国首都都是早已公认的事实，属于以宪法惯例形式存在的不成文宪法。^{⑤④} 一些欧洲国家会把宪法性法律作为合宪性审查的基准。在捷克，《权利与自由宪章》与宪法性立法构成了该国宪法秩序的一部分，从而被宪法法院援引来决定立法或者附属立法的效力。在意大利，宪法法院也可以用宪法典第 138 条规定的宪法性法律来作为审查普通立法和其他法律规则的基础。这些宪法法院承认存在一些文件虽然形式上是普通法律，但由于它们与宪法条款之间的密切关系（调整宪法的遵守、具体化和补充），从而发挥着宪法性的角色。在比利时，宪法法院也承认，规定不同层级政府的义务和责任的规定不仅包含在宪法典中，也出现在普通立法甚至一些不具有立法性质的规范中。^{⑤⑤} 因此，宪法典固然在合宪性审查中发挥主要作用，但是，也不能忽视其他宪法渊源的辅助作用，这正反映了“宪法渊源=宪法部门的渊源”并非纯粹的理论构造，而是具有实践意义的。

因此，宪法典在宪法适用或者合宪性审查中主要是作为依据渊源，而宪法性法律、宪法惯例、宪法解释与国际条约等主要是作为理由渊源，或者说是辅助宪法典的适用。只有这样，宪法部门中的每一个规范才有“用武之地”。

三、宪法渊源的种类

讨论宪法渊源包含哪些种类时，需要区分世界范围内的宪法渊源和我国的宪法渊源。由于每个国家对于何者能够成为依据渊源的意图不同，以及对于内容正确性的认识程度不同，所以有些规范形式在一些国家能够成为宪法渊源，但在另一些国家却不一定被承认，需要具体问题具体分析。

（一）宪法典

宪法典（Constitution）又被称为成文宪法，是指以某国宪法命名的文件。当然，有的国家的宪法典并不叫宪法，比如德国称为基本法，也仍然属于宪法典。因此，宪法典的真正特点并不在于名称，而在于最高性、特殊的制定程序以及难于修改性。这三点特征都是相对于普通法律而言的。

根据法律位阶理论，^{⑤⑥} 宪法典之所以是最高法，原因在于：首先，从条件关系上讲，正是宪法授予了法律制定权才导致了法律的产生。我国《立法法》第十条第一款规定，全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会，根据宪法规定行使国家立法权。如果缺少宪法，法律将无法产生。其次，从废止关系上讲，我国《宪法》第五条第三款规定，一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触。亦即其他法与宪法发生冲突的，宪法可以废止其他法的效力，但其他法并不能废止宪法的效力。

宪法典的特殊制定程序体现在宪法典往往并非由立法机关制定。美国学者 Andrew Arato 按照制宪机关将制宪分为五种模式，包括：（1）制宪会议（constituent convention）。比如 1780 年马萨诸塞宪法、1787 年美国宪法、1948 年联邦德国宪法。（2）制宪议会（constituent assembly）。比如 1776

^{⑤③} 左亦鲁教授将之概括为“宪法典不够用”的问题，参见左亦鲁：《宪法渊源还是宪法解释？——一个功能替代的视角》，载《中国法律评论》2022 年第 3 期，第 176-186 页。

^{⑤④} 《韩国“迁都”法案被裁违宪》，载搜狐新闻网，<http://news.sohu.com/20041022/n222634528.shtml>，2022 年 6 月 1 日访问。

^{⑤⑤} Maartje de Visser, *Constitutional Review in Europe: A Comparative Analysis*, Hart Publishing, 2014, p.277.

^{⑤⑥} 关于法律位阶的判断标准，参见王锴：《法律位阶判断标准的反思与运用》，载《中国法学》2022 年第 2 期，第 5-25 页。

年宾夕法尼亚宪法、1918年魏玛宪法、1945年法国第四共和宪法、1991年保加利亚宪法和1991年罗马尼亚宪法。(3) 普通立法机关。比如1977年西班牙宪法、1992年捷克宪法。(4) 行政机关。比如1799年、1802年、1804年的拿破仑宪法, 1958年法国第五共和宪法, 1993年俄罗斯宪法, 1994年阿根廷宪法。(5) 自发产生。比如英国、新西兰、以色列的宪法, 19世纪的康涅狄格和罗德岛宪法。^{⑤7}除了第五种是针对不成文宪法外, 剩下的四种程序都是针对宪法典。

宪法典的修改难度比普通法律大, 这是宪法典或者成文宪法的特点。杜强强教授将修宪程序分为两种, 一种是分散型宪法修改程序, 即对于不同宪法条款的修改适用不同的宪法修改程序。从难度上来讲, 有的要经全国3/4的州议会或3/4的州制宪会议批准(如美国), 有的不仅要求经全国2/3以上的省议会同意, 而且这些省议会必须代表全国50%以上的人口(如加拿大), 有的更是要求要得到全国多数州(邦)议会的批准和全国多数选民的复决赞同(如瑞士、澳大利亚)。^{⑤8}另一种是统一型宪法修改程序, 即所有宪法条款的修改适用同种程序。从难度上讲, 有的要求完全由立法机关以特别多数决批准修宪案(从2/3到3/5), 有的要求公民复决, 只不过有的国家是强制性的(如日本), 有的国家是选择性的(如法国)。^{⑤9}相比普通法律的修改程序, 宪法典的修改之所以困难在于其需要更高的民意基础。

(二) 宪法性法律

宪法性法律(constitutional statute)、宪法惯例、宪法判例是不成文宪法的三种主要形式。不成文宪法并非真正不成文, 而是没有法典化。也就是说, 不成文宪法并不具有宪法典的最高性、特殊的制定程序以及难于修改性三项特征。目前关于宪法性法律的最大争论在于, 它到底包含哪些法律, 或者说, 宪法性法律的判断标准是什么。

1. 不成文宪法国家的宪法性法律

以英国为例, Turpin和Tomkins教授认为, 英国的宪法性法律是指议会制定的调整政府系统和公权力行使的法律。这些法律的内容跟宪法典一样具有根本性, 包括:(1) 定义或者重新定义联合王国, 比如1707年的《与苏格兰联合法》、1800年的《与爱尔兰联合法》、1998年的《权力下放法》。(2) 定义议会两院之间关系, 比如1911年和1949年的《议会法》。(3) 让《欧洲人权公约》产生国内法效力, 比如1998年的《人权法》。(4) 创设最高法院, 比如2005年的《宪法改革法》。(5) 赋予公共服务以法律基础, 比如2010年的《宪法改革和政府法》。除此之外, 根本性还反映在消除公共失序的法律, 比如1936年和1986年的《公共秩序法》、1994年的《刑事诉讼和公共秩序法》; 对警察和安全、秘密情报机构授权的法律, 比如1984年的《警察和刑事证据法》、1996年和1997年的《警察法》、2002年的《警察改革法》、1989年的《安全法》、1994年的《情报法》; 对政府进行监督的法律, 比如1967年的《议会委员会法》; 向皇家申诉或者对皇家提起申诉的法律, 比如1947年的《皇家申诉法》; 调整选举权和选举行为的法律, 比如《人民代表法》。^{⑥0}还有一些立法因为记载了政治巨变或者革命, 或者由于历史久而包含了很多值得长久珍视的原则, 所以被法律人和公众情感赋予了神圣性, 比如1215年的《大宪章》、1679年的《人身保护令法》、1689年的《权利法案》、1701年的《王位继承法》、1931年的《威斯敏斯特法》。^{⑥1}Elliott和Thomas教授认为,

^{⑤7} Andrew Arato, *Forms of Constitution Making and Theories of Democracy*, 17 *Cardozo Law Review*, 196-197 (1995).

^{⑤8} 参见杜强强:《论宪法修改程序》, 中国人民大学出版社2008年版, 第104-105页。

^{⑤9} 前引^{⑤8}, 杜强强书, 第110-111页。

^{⑥0} See Turpin and Tomkins, *supra* note ^{④4}, p.161.

^{⑥1} *Ibid.*, p.161-162.

宪法性法律一方面是指调整政府机构的权力组织和分配的法律，另一方面是指调整个人与国家之间关系的法律，但是他们列举的宪法性法律与前述两位教授有细微差别，比如2006年的《威尔士政府法》、1972年和2000年的《地方政府法》、2007年的《地方政府和公共健康法》、2011年的《地方主义法》、2016年的《城市和地方政府权力下放法》、1999年的《上议院法》、1975年的《下议院取消资格法》、2011年的《议会固定会期法》、1715年的《七年一次法》、1981年的《高级法院法》、2007年的《裁判庭、法院和强制执行法》。^②以上是学者的观点，代表英国官方态度的可能是法院。2003年，劳斯法官在Thoburn案中指出，我们应当承认在宪法性法律和普通法律之间存在等级，宪法性法律要么是用一般的、基础的方式来规定公民与国家之间的关系，要么是扩大或者缩小基本宪法权利的范围。他举的例子包括1297年的《大宪章》，^③1689年的《权利法案》，1706年的《与苏格兰联合法》，1832年、1867年和1884年的《人民代表法》，1998年的《人权法》，1998年的《苏格兰法》，1998年的《威尔士政府法》。^④劳斯法官认为，普通法律可以被默示废止，但是宪法性法律不能，也就是说，即使后来的法律与之前的宪法性法律不一致，也不能适用后来的法律。这一观点虽然得到了英国最高法院判决的支持，^⑤但学者似乎对此并不领情，主要理由仍然是上述标准过于模糊，比如，什么权利是基本的，什么方式是一般的或基础的。

上述对宪法性法律的界定都是基于内容，另一种界定方法是基于程序。在英国，普通法案是提交给下议院的公共法案委员会，而不需要上全院大会讨论。1945年，程序委员会建议那些优先的具有宪法重要性的法案应当提交全院大会，以此让每一位议员都有机会发表意见。这一建议得到了下议院的批准，并且通常得到遵守。比如1998年的人权法草案、1999年的上议院法草案、2010年的宪法改革和政府法草案都是这样。然而问题是，哪些法案具有宪法性或者具有优先重要性，这通常是通过政府和反对党之间的协商来解决的，但并不总是能够妥善解决。比如，1994年的情报法草案本来应当上全院大会，理由是其带有明确的宪法问题，但最终被拒绝了。有时，一个宪法性法案还可能被分开审议，比如原则性的问题提交全院大会，而更加具体的技术性条款提交常设委员会。^⑥此外，公投程序的采用也会提高法律的地位。^⑦比如英国曾在1979年对苏格兰和威尔士放权举行公投，但由于公投没有通过，从而废止了放权法。直到1997年民众在公投中支持了对苏格兰和威尔士进行放权，这才为1998年的《苏格兰法》和《威尔士政府法》的出台奠定了基础。

2. 成文宪法国家的宪法性法律

成文宪法国家也有宪法性法律，比如1980年代中期，加拿大最高法院宣布，省的人权立法具有基本法的属性，从而不适用默示废止原则。1996年，法院再次宣布，上述立法具有准宪法地位。^⑧在德国，国家法的范围包括：（1）法律。这样的法律经常是基本法要求进行基本的规制以及明确指示法律来形成的，比如《政党法》《联邦选举法》《选举审查法》《军队监督委员法》《德国联邦众议院的请愿委员会法》《联邦总统选举法》《联邦宪法法院法》。即使对于立法者缺乏一个特别的宪法

^② Mark Elliott and Robert Thomas, *Public Law*, 3rd edn., Oxford University Press, 2017, p.45.

^③ 《大宪章》于1215年签署，此后曾多次修改和重颁，1297年10月10日，爱德华一世颁布了《宪章确认状》。参见 [英] 丹·琼斯：《权力之笼：1215年〈大宪章〉诞生始末与800年传世神话》，李凤阳译，北京燕山出版社2021年版，第113页。

^④ See Turpin and Tomkins, *supra* note ④, p.166.

^⑤ Scott Stephenson, *The Rise and Recognition of Constitutional Statutes*, in Richard Albert and Joel I. Colón-Ríos eds., *Quasi-Constitutionality and Constitutional Statutes: Forms, Functions, Applications*, Routledge, 2019, p.39-40.

^⑥ See Turpin and Tomkins, *supra* note ④, p.167-168.

^⑦ See Stephenson, *supra* note ⑤, p.34.

^⑧ *Ibid.*, p.41.

委托,补充性的法律规制也是必要的或者至少是合目的的,比如《代表法》《调查委员会法》《议会参与法》《联邦部委法》《国籍法》。(2)行政法规。这种情形比较少见,主要是基于基本法的特别授权去补充法律,比如联邦内政部发布的《联邦选举规定》。(3)议事规则。宪法机关^⑥有权在宪法和法律的框架内,就内部组织和内部程序进行规定。这主要是用联邦众议院的议事规则来规定立法的内部过程、议员的质询权、议会党团的形成和任务等等。^⑦

那么,为什么成文宪法国家还存在宪法性法律呢?除了前述宪法典的有限性之外,另一个原因是为了避开宪法典的修改困难。比如,加拿大1960年的《人权法案》,最初政府寻求在加拿大宪法典中加入人权条款,但是由于无法获得省的支持,最终放弃了修宪计划而促成了法律的出台。在澳大利亚,《权利保护法》的出台也是在经历了多次修宪失败之后的结果。^⑧此外,宪法性法律还可以避免宪法典的刚性,从而为未来留下调整的空间,使得立法机关可以不用担心未来过于受限而进行大胆的改革。学者阿克曼用宪法变迁来说明美国的宪法性法律为何出现,即宪法性法律促成了在宪法典未修改的情况下宪法内涵的“与时俱进”。他认为1964年的《民权法》、1965年的《投票权法》、1968年的《公平住房法》均属于宪法性法律。^⑨

不成文宪法国家的宪法性法律经常发挥宪法典的作用,比如在合宪性审查中充当裁判依据(在不成文宪法国家,合宪性审查实际上就是审查是否符合宪法性法律),然而在成文宪法国家,宪法性法律更多是补充宪法典,因为宪法性法律也不能违反宪法典。所以,阿克曼也反对将宪法性法律视为宪法修正案,^⑩它们的地位更多是来自于它们的内容,而非它们的效力。

(三) 宪法惯例

宪法惯例(constitutional convention)是指调整宪法的不同部分与权力行使之间的关系,并且没有法律强制力的主要政治原则。^⑪违反宪法惯例同样会产生违宪的效果,但宪法惯例是通过政治而非法律来实施的。比如在英国,大臣的负责制就是一个宪法惯例。所以,大臣如果误导了议会,他就应当辞职。如果他不辞职,他的行为就构成了违宪,但不会引发法律制裁,因为没有法院能够强迫他辞职。违反宪法惯例的后果主要是舆论的指责,并产生严重的政治纷争。有时,违反宪法惯例甚至会导致一个立法的颁布,从而赋予惯例法律上的强制力或者用有法律效力的规则来代替它。比如1909年,英国上议院违反惯例否决了下议院通过的财政法案,从而导致1911年的《议会法》废除了上议院对预算案的否决权。但宪法惯例的主要作用还是补充宪法,它往往存在于宪法没有明确规定或者行为人享有裁量权的地方。

那么,如何鉴别一个宪法惯例的存在或者一个实践属于宪法惯例?学者詹宁斯曾经提出了三步判断标准:(1)对于该实践,是否存在先例;(2)那些遵守先例的人是否认为他们这么做是因为受到了约束,就像受到规则的约束一样;(3)对于该先例,是否存在理由。^⑫加拿大最高法院曾在一起案件中,对一项宪法惯例,即英国立法如果要修改加拿大宪法(英国1867年的《英属北美法》

^⑥ 宪法机关(Verfassungsorgan)是指其组织和功能具有宪法依据的国家机关,在德国包括联邦众议院、联邦参议院、联邦大会、联邦总统、联邦政府和联邦宪法法院。Vgl. Hartmut Maurer, Staatsrecht I, 6. Aufl., Verlag C.H.Beck, München, 2010, S. 371.

^⑦ a.a.O., S. 13-15.

^⑧ See Stephenson, supra note ⑥, p.37.

^⑨ Rivka Weill, *Exploring Constitutional Statutes in Common Law Systems*, in Richard Albert and Joel I. Colón-Ríos eds. *Quasi-Constitutionality and Constitutional Statutes: Forms, Functions, Applications*, Routledge, 2019, p.73.

^⑩ Ibid, p.73.

^⑪ See Turpin and Tomkins, supra note ④, p.182.

^⑫ [英] W.Ivor·詹宁斯:《法与宪法》,龚祥瑞、侯健译,三联书店1997年版,第92页。

是加拿大宪法的组成部分)需要得到加拿大多数省份的支持(加拿大是联邦制),是否存在进行了判定。首先,在加拿大联邦政府要求英国修法之前是否存在寻求省同意的先例?法院经过检索发现,确实存在。比如1951年,一项影响省的权力的提议就因为没有得到省的同意而失败了。其次,加拿大联邦政府在寻求省的同意的时候是否感到是必须的?法院发现,加拿大联邦政府曾在官方文件中指出,加拿大议会在没有事先咨询和得到省的同意的情况下不能修改直接影响联邦和省的关系的立法。再次,对于该规则是否存在宪法上的理由?法院认为,联邦制就是要维护联邦与各组成部分之间的权力平衡,两方中的任何一方不能单方改变这种权力平衡,给另一方带来不利。因此,加拿大联邦政府不能在得到省的同意的情况下让英国来修改加拿大宪法并给省的权力带来不利,否则将直接违背联邦制原则。最终在采纳了詹宁斯提出的判断标准的情况下,加拿大最高法院确认了该宪法惯例的存在。^⑦但是,Elliott和Thomas教授认为这三项标准的权重并不一样,第三项标准,即理由才是最关键的标准,支持这项实践的宪法上的理由越强,人们遵守它们的意愿就越强,不遵守它们的后果就越严重。比如自1961年以来,英国首相个人要回答众议院的问题,一般在每周二和周四,各15分钟的时间。但是布莱尔上台后将其改成了每周三,总共用30分钟的时间。虽然有人质疑他违反了宪法惯例,但问题是,原来的实践——每周回答两次问题——缺乏宪法上的坚强理由,由此也导致了布莱尔虽然改变了“惯例”,但并没有带来什么严重后果。^⑧

大陆法系也有所谓宪法习惯法(Verfassungsgewohnheitsrecht),但宪法习惯法与宪法惯例的不同之处在于,前者是法,具有法律效力,而后者不是法。宪法习惯法的要素有两个:(1)持续的实践。(2)民众的法确信,即大家要把习惯法的语句视为宪法语句。^⑨在德国,宪法习惯法主要存在于宪法机关之间,比如调整联邦总统与联邦政府、联邦政府与联邦众议院之间关系的规则,它们并非由法来规定,而是来源于长期的实践。它们有可能被记录在备忘录或者示范程序中,但这并不意味着它们变成了成文法,因为这些记录并非制宪机关意志的体现。^⑩根据宪法习惯法的功能,可以将其分为废止性的宪法习惯法和补充性的宪法习惯法,前者是改变宪法典规范的内涵,相当于宪法变迁,后者是对宪法典规范进行具体化。^⑪由此可见,在成文宪法国家,宪法习惯法主要是辅助宪法典的,它并不能独立于宪法典而适用。

(四) 宪法判例

宪法判例是指法院在审判中适用宪法所形成的具有法律约束力或者事实约束力的判决。在英美法系,由于承认法官造法和先例约束,因此上级法院尤其是最高法院的判决具有法律约束力,实际上是作为判例法存在的。在英国,首先,法院需要在审判中解释宪法性法律。其次,法院的角色还不至于解释,在英美法系很多领域缺乏制定法,比如侵权法,完全是由判例形成的。在公法领域也是如此,比如大臣行使裁量权,决定某人应否被授予庇护权或者英国公民资格,此时虽然缺乏明确的法律规定,但行政机关应当符合良好行政的要求。而这一原则实际上就是由判例发展起来的。再次,这些宪法判例法的法律约束力体现在,如果公共机关违反它,公民可以对其提起诉讼。^⑫

^⑦ See Elliott and Thomas, supra note ⑥, p.53.

^⑧ Ibid, p.55.

^⑨ Heinrich Amadeus Wolff, *Ungeschriebenes Verfassungsrecht unter dem Grundgesetz*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2000, S. 446.

^⑩ 在英国也出现了宪法惯例成文化的趋势,比如大臣法典、内阁手册的出台,但这并不意味着这些惯例变成了成文法。See Elliott and Thomas, supra note ⑥, p.50.

^⑪ Christian Tomuschat, *Verfassungsgewohnheitsrecht? Eine Untersuchung zum Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Carl Winter Universitätsverlag, Heidelberg, 1972, S. 59.

^⑫ See Elliott and Thomas, supra note ⑥, p.47.

大陆法系的宪法判例主要存在于合宪性审查机关。虽然普通法院也有一定的合宪性审查权（比如合宪性解释），但由于其在宪法解释上不具有最终性，所以宪法判例主要还是由宪法法院或者宪法委员会这样专门的合宪性审查机关来形成。然而，在大陆法系，宪法法院的宪法判例具有不同于一般判例的地位。比如德国《联邦宪法法院法》第31条规定，联邦宪法法院的裁判拘束联邦及各州的宪法机关、所有法院及行政机关。在抽象规范审查、具体规范审查、确认国际法上的规则为联邦法的组成部分，确认法规作为联邦法的效力，以及宣告法律符合抵触基本法的宪法诉愿的情形，联邦宪法法院的裁判具有法律效力（Gesetzeskraft），拘束所有自然人和公私法人、政党、非法人团体等。对于国家机关而言，无论其是否为裁判的当事人，均受拘束；对于私主体而言，只有在列举的五种程序中，才受拘束。由此可见，宪法法院的宪法判例取得了类似于英美法系判例法的普遍约束力，但立法机关能否制定违反宪法判例的立法，在德国则存在争议。有学者指出，从立法机关是宪法典的首要解释者的角度，立法机关并无服从宪法法院的义务。即使立法机关没有制定与宪法判例相抵触的立法，那也是基于宪法典的拘束，而非宪法判例的拘束。^②在法国，对于宪法委员会的决定不得声明不服，而且拘束全国各行政机关和法院。^③实践中，被宣布为全部违宪的法案，最终仍可能完成立法程序，故宪法委员会的决定并非在对抗、阻止国会，而是在协助国会。由此可见，宪法判例不可能具有宪法典般的效力，^④否则就意味着它与宪法典可以相互废止，但如果说宪法判例可以废止宪法典的效力，显然是不可想象的。

（五）宪法解释

宪法解释是指对宪法典的解释。那么，首先，为什么要进行宪法解释？仿照法律解释的理由，一是宪法典的规定需要进一步明确具体含义，比如美国宪法典上规定的“残酷和不寻常的惩罚”、“不合理的搜查和没收”。什么是“残酷的”“不寻常的”以及“不合理的”，需要解释。二是宪法典制定后出现新的情况，需要明确适用依据。随着时间的推移，社会发展经常超出宪法典制定时的背景，比如现代恐怖主义的威胁已经影响了国会的宣战权以及总统作为军队总司令的角色。^⑤

其次，谁来进行宪法解释？有三种观点。第一种观点认为，每个政府分支都有权解释宪法，并且解释的权重是一样的。因此，发生冲突的时候只能通过妥协来解决。理由就是每个政府官员都在任职的时候进行过宪法宣誓，因此，他们自然都可以按照自己认为忠于宪法的方式行为。比如里根政府时期，总统质疑《合同竞争法》中一个条款的合宪性，该法由国会制定，并且赋予总会计师在某些情况下冻结对政府合同的资助的权力。总统命令所有的行政机构不得执行该条款，即使联邦巡回法院确认该条款是合宪的，里根政府也宣布它没有义务遵守法院的判决，因为行政和司法都有独立解释宪法的权力。鉴于行政机关公然藐视立法和法院判决，国会政府运行委员会提出建议，收回对总法律顾问办公室以及管理和预算办公室的拨款，直到政府改变它的立场。最终，里根政府宣布它将遵守该立法，当然也就意味着这种观点的失败。第二种观点认为，每个政府分支只能解释部分宪法条款，对于该部分，该分支享有争议仲裁者的地位。比如法院有权解释案件中所涉及的宪法问题，但是政治问题要留给法院之外的其他机关来解释。第三种观点赋予政府的某个分支来最终进行

^② [德] 克劳斯·施莱希·斯特凡·科里奥特：《联邦宪法法院：地位、程序、裁判》，吴信华译，元照出版有限公司2017年版，第442页。

^③ 参见 [法] 杰哈·马库：《法国“违宪先决问题”之制度与实务》，李鐾激译，载《交大法学》2014年第1期，第105页。

^④ 前引^②，克劳斯·施莱希·斯特凡·科里奥特书，第442页。

^⑤ Walter F. Murphy, James E. Fleming, Sotirios A. Barber, Stephen Macedo, *American Constitutional Interpretation*, 5th., Foundation Press, 2014, p.6-12.

宪法解释，就像美国联邦最高法院在 *United States v. Nixon* 案中所说的，决定宪法含义是司法机关的义务。^⑧ 诚如前述，第一种观点已经被实践证明是不可行的，容易引发不同机关之间的冲突。第二种观点实施起来的难度太大，也就是说，如何区分每个政府分支应当解释宪法的哪一部分，尤其是宪法条款具有混合性质的时候，比如说，如果认为司法机关最擅长解释宪法典中涉及司法权的部分，但涉及司法权的部分很难说就不涉及其他部分，比如联邦法院法官要由总统提名、参议院同意，此时如何进行区分？因此，唯一可行的只有第三种观点。当然，第三种观点并不排斥其他国家机关享有宪法解释权，只是说，当其他机关的宪法解释不一致的时候，必须有一个机关来说“最后一句话”。这个在宪法解释上说“最后一句话”的机关在不同国家可能是不一样的，比如在美国是联邦最高法院，在德国是联邦宪法法院，在法国是宪法委员会。

再次，宪法解释具有何种效力？在采用普通法院（比如美国、日本）进行宪法解释的国家，宪法解释是在个案中做出的，因此其效力跟判决一样，只有个案效力，只能约束案件当事人。即使产生“普遍约束力”，那也是基于先例约束的作用。但在采用宪法法院进行宪法解释的国家，宪法裁判的主要理由也有拘束力。所谓主要理由就是指包含了宪法解释的论述。^⑨ 然而即使这样，也不能认为宪法解释具有了宪法典般的最高效力，否则就意味着宪法解释可以废止宪法典，但这显然是自相矛盾的，违背了解释的本来定位。

（六）国际条约

国际条约作为宪法渊源，首先该国必须为缔约方，其次，该条约的内容必须跟宪法有关。从目前来看，国际条约作为对宪法典的补充，主要是对宪法典中涉及外交的规定以及基本权利或人权的規定。关于宪法与条约的关系，历来有三种学说：条约高于宪法说、条约等同于宪法说、条约低于宪法说。^⑩ 但是上述学说都有个问题，即不符合法律位阶的原理。按照法律位阶理论，一种法律形式要在位阶上高于另一种法律形式，首先后者是前者授权制定的，其次在两者冲突的情况下，前者可以单方面废止后者的效力。但是目前我们并未看到一国的宪法是根据条约授权产生的情形，同时，无论是条约高于宪法说还是条约低于宪法说，我们也没有看到，在条约与宪法发生冲突的时候，条约废止了宪法的效力或者宪法废止了条约的效力。注意，这里的废止意味着从此失效、成为“死法”。条约能够让一国宪法彻底失效或者一国宪法能够让条约彻底失效，^⑪ 这都是无法想象的。实际的情况往往是，在两者冲突的情形下，优先适用条约或者优先适用本国宪法，但这种不会让对方彻底无效的“优先适用”并非法律位阶中的废止，^⑫ 这就像“特别法优先于一般法”并不意味着“特别法高于一般法”一样，某些情况下优先适用特别法，并不意味着一般法就从此失效了，到了其他情况，一般法仍然有适用的可能。因此，笔者认为，条约与宪法并不存在效力高低的问题，只有何种情形下，适用哪一方的问题。为了避免条约与宪法发生冲突，很多国家都采取了防范措施，具体来说有四种：（1）条约批准时，对宪法进行修改。比如法国 1958 年宪法第 54 条，宪法委员会如宣告国际条约含有与宪法相抵触的条款，则该条约只有在对宪法进行修改后才能得到批准或认可。（2）条约批准时，对条约中与本国宪法相冲突的内容进行保留。比如 2001 年我国《全国人民

^⑧ Erwin Chemerinsky, *Interpreting The Constitution*, Praeger, New York, 1987, p.82-85.

^⑨ 前引⑧，克劳斯·施莱希·斯特凡·科里奥特书，第 442 页。

^⑩ 沈子华：《宪法与条约关系研究》，知识产权出版社 2018 年版，第 97-112 页。

^⑪ 导致条约无效的理由包括：（1）缔约能力不具备；（2）同意不自由；（3）违反强行法（但此处的“强行法”是指国际法上的强制性规则）。参见朱文奇、李强：《国际条约法》，中国人民大学出版社 2008 年版，第 268-283 页。

^⑫ 前引⑩，王绪文，第 17 页。

代表大会常务委员会关于批准〈经济、社会及文化权利国际公约〉的决定》中就指出，“中华人民共和国政府对《经济、社会及文化权利国际公约》第八条第一款（甲）项，将依据《中华人民共和国宪法》《中华人民共和国工会法》和《中华人民共和国劳动法》等法律的有关规定办理”。（3）不批准与宪法相冲突的条约，比如《罗马尼亚宪法》第147条第3款规定，被认定为违宪的条约或国际协议不得被批准。（4）规定两者发生冲突的时候，何者优先适用。比如《荷兰王国宪法》第94条，王国现行的法律规范如果与具有普遍约束力的条约规定或国际机构的决定相抵触，不予适用。再比如《葡萄牙宪法》第277条第2款，经正式批准的国际条约中，如有在形式上或实质上违宪的规定，且该规定在他国法律制度中得以适用，则在葡萄牙法律制度中同样适用，但该规定违反宪法基本规定的除外。由此可见，在条约优先于宪法典适用的情况下，条约可以作为依据渊源；在条约不与宪法典内容相冲突的情况下，条约主要是作为理由渊源。比如在德国，《欧洲人权公约》及其议定书不能直接作为合宪性审查的标准，但是，公约的文本以及欧洲人权法院的判例法可以用作解释和确定基本法中基本权利以及宪法原则的内涵和范围的指南。^①

四、我国宪法渊源的种类

以上审视了世界各国宪法渊源的组成，那么，它们能否成为我国的宪法渊源呢？首先，有必要区分依据渊源和理由渊源。因为一样东西不能成为依据渊源并不意味着它不能成为理由渊源。其次需要从我国的国情和合宪性审查实践出发来予以认定。

（一）依据渊源

宪法典作为依据渊源，主要是指它在合宪性审查中的作用。这里需要注意两点，一是该宪法典并不仅指1982年宪法。虽然我国宪法典经过多次全面修改，从1949年的《共同纲领》到1954年、1975年、1978年、1982年的宪法，但这并不意味着之前的宪法典就失去了作为宪法渊源的意义。比如《中华人民共和国学位条例》是1980年2月12日由第五届全国人大常委会制定的，^②这意味着该条例的制定时间早于1982年宪法，或者说，该条例是根据1978年宪法制定的。那么，对于该条例的合宪性审查自然应以1978年宪法作为依据。二是根据2019年全国人大常委会委员长会议通过的《法规、司法解释备案审查工作办法》第三十六条，对法规、司法解释进行审查研究，发现法规、司法解释存在违背宪法规定、宪法原则或宪法精神问题的，应当提出意见。这里面实际上列出了合宪性审查的三种依据，即宪法规定、宪法原则、宪法精神。根据全国人大常委会法工委法规备案审查室的解释，“宪法规定和宪法原则是宪法文本所直接规定的内容或者是可以直接从宪法文本中解读出来的，而宪法精神不一定是宪法条文直接明文规定的内容，有时需要从宪法文本乃至宪法制定的历史背景、制定过程、主要任务等文本以外的因素中推导、论证、引申出来”。^③

可见，宪法规定应当是指宪法典的条文，而宪法原则和宪法精神则并非是宪法典明确规定的。（1）宪法原则。比如在德国，联邦宪法法院就曾承认一些没有明确规定在宪法文本中但与国家制度安排有关的宪法原则作为合宪性审查的基础，例如用联邦平等和联邦忠诚的不成文原则来调整联邦

^① See Visser, *supra* note ⑤, p.243.

^② 该条例虽然在2004年被修正，但修正意味着只是对该条例的部分条文的修改（这是修正与修订的不同，修订是全面修改，并且修订后会重新公布全文，意味着该法以修订后的时间作为产生时间），对于未修改的条文的产生仍要以1980年的为准。

^③ 全国人大常委会法工委法规备案审查室：《〈法规、司法解释备案审查工作办法〉导读》，中国民主法制出版社2020年版，第99页。

和州之间的垂直分权。^④ 在法国，用来作为合宪性审查依据的宪法团中，也包含了“具有宪法价值的原则和目标”，其中“具有宪法价值的原则”是指具有宪法效力、但却没有具体的宪法条文基础的原则。^⑤ 上述讨论给予我们启发，即宪法原则与宪法典明确规定的原则不同，宪法原则是不成文的。我国宪法典明确列举的原则包括两种：一种是宪法典中明确提到“原则”二字的，包括和平共处五项原则、民主集中制原则、中央统一领导下充分发挥地方主动性和积极性原则、各尽所能按劳分配原则、国家机关精简的原则；另一种是宪法典虽然没有明确提到其为原则，但学者们普遍认为该条文的性质属于原则，比如《宪法》第一条的党的领导原则，第二条的人民主权原则，第五条的法治原则，第三十三条第三款的人权原则，第三、第七十七、第一百零二、第四十一、第一百三十二、第一百三十七、第一百四十四条的权力监督与制约原则等。^⑥ 而宪法原则的性质和内容在宪法典上均未显现，是从宪法文本中推导出来的原则，比如一些学者认为从我国《宪法》第五十一条中可以推导出比例原则。^⑦ (2) 宪法精神。所谓“精神”，根据《辞海》的解释，是指内容实质。^⑧ 宪法精神类似于一种“看不见的宪法 (the invisible constitution)”。美国学者却伯认为，看不见的宪法与不成文宪法的区别在于，看不见的宪法是在讨论宪法的实质，它不在于那些围绕着成文宪法的不可见物质，而是存在于成文宪法中的不可见物质。^⑨ 却伯教授列举的美国“看不见的宪法”包括：美国政府是一个“民有、民治、民享的政府”、美国政府是一个“法治政府而非人治政府”、我们信仰“法治”、法院并不是必须机械地尊重民选官员关于宪法意义的决策、政府不能为了逼供而对人民施以酷刑、在每一个人的隐私生活中都存在着政府不得进入的边界、各州不是联邦政府的机构或部门、国会不得“征用”各州、各州不得脱离联邦。^⑩ 那么，如何发现“看不见的宪法”呢？对此，Emerton 教授讲得清楚：“看不见的宪法存在于宪法文本之外，但是它对于确定文本的法律内涵发挥决定性的作用。同时，它不可以被纳入法律现象的目录。”^⑪ 由此可见，宪法精神虽然是宪法条文的内容实质，但是要发现它更多是要借助一些位于法外的历史性文件或者领导人讲话，比如“民有、民治、民享”的首次提出是在林肯总统的《葛底斯堡演说》中。对于我国而言，许崇德教授指出，邓小平同志于 1979 年党的理论务虚会上的讲话和 1980 年中共中央政治局扩大会议上的讲话以及 1981 年中国共产党《关于建国以来党的若干历史问题的决议》为 1982 年宪法提供了指导思想和理论基础。^⑫

目前我国的合宪性审查实践中，明确将宪法原则与宪法精神作为审查依据的例子，比如《备案审查报告》指出，有的地方性法规规定，公安机关交通管理部门调查交通事故时可以查阅、复制当事人通讯记录。经审查认为，该规定不符合保护公民通信自由和通信秘密的原则和精神。对此，有必要讨论的是，为什么宪法原则和宪法精神可以作为依据渊源？笔者认为，依据渊源的核心在于其

^④ See Visser, *supra* note ⑤, p.242.

^⑤ 李晓兵：《法国第五共和宪法与宪法委员会》，知识产权出版社 2008 年版，第 113 页。

^⑥ 前引④，《宪法学》编写组书，第 92-107 页。

^⑦ 参见门中敬：《比例原则的宪法地位与规范依据——以宪法意义上的宽容理念为分析视角》，载《法学论坛》2014 年第 5 期，第 94-102 页；饶龙飞、陈建辉：《比例原则的中国宪法规范依据》，载《山东科技大学学报（社会科学版）》2016 年第 4 期，第 37-45 页、第 51 页；刘权：《比例原则的中国宪法依据新释》，载《政治与法律》2021 年第 4 期，第 68-78 页。

^⑧ 《辞海》（第七版·缩印本），上海辞书出版社 2022 年版，第 1146 页。

^⑨ [美] 劳伦斯·却伯：《看不见的宪法》，田雷译，法律出版社 2011 年版，第 12 页。

^⑩ 前引⑨，劳伦斯·却伯书，第 30 页。

^⑪ Patrick Emerton, *The Centrality and Diversity of the Invisible Constitution*, in: *The Invisible Constitution in Comparative Perspective*, edited by Rosalind Dixon and Adrienne Stone, Cambridge University Press, 2018, p.147.

^⑫ 参见许崇德：《中华人民共和国宪法史》，福建人民出版社 2003 年版，第 552-555 页。

权威性。宪法原则是从宪法典中推导出来的，而宪法精神反映着宪法条文的内容实质，是宪法典的“预设”。从宪法精神到宪法典再到宪法原则形成了一种从内到外的衍生结构。宪法性法律、宪法惯例、宪法解释等也可以用来辅助宪法典内容的判定，为何只能作为理由渊源？这其中的差别在于，依据渊源作为权威性理由，对其的适用是绝对的，宪法原则和宪法精神并不取决于其内容的价值或好处，其本身不存在合宪性的问题；而宪法性法律、宪法惯例、宪法解释等都存在是否与宪法典相一致的问题，或者说，对它们的适用是相对的，它们只有符合宪法典的时候才能作为裁判理由。因此，宪法性法律、宪法惯例、宪法解释等在宪法案件中不是通过权威性而是通过正确性来发挥作用的。

（二）理由渊源

1. 宪法性法律

宪法性法律在成文宪法国家与不成文宪法国家的作用不同。在不成文宪法国家，宪法性法律是依据渊源，即合宪性审查就是要审查是否符合“宪法性法律”，比如英国的《人权法》。而在成文宪法国家，由于存在宪法典，宪法性法律不可能作为依据渊源，只能作为理由渊源。这从我国官方通常将宪法性法律称为宪法相关法就可以看出。

目前关于宪法性法律的主要争论在于它到底包含哪些法律，其范围是不明确的。对此，笔者认为，如果从宪法性法律作为对宪法典的补充作用来看，宪法性法律应当局限在宪法典进行了立法委托的法律上（如下页表所示），因为这些法律承担了具体化宪法典的任务。在某种程度上，离开了这些法律，会影响合宪性审查说理的完整性。比如《宪法》第十三条第三款，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。此时如果不看相关法律的内容，就无法判断国家的征收征用行为是否符合《宪法》第十三条第三款。因此，笔者认为，宪法性法律与宪法典的关系之所以比其他法律密切，就在于宪法性法律是宪法典直接进行立法委托的结果，或者说，宪法典的部分内容是由这些法律来具体化的，由此才使得它们在合宪性审查中的作用如此重要。比如2009年有公民针对国务院《城市房屋拆迁管理条例》向全国人大常委会提出审查建议。全国人大常委会法工委经审查认为，“《条例》将拆迁法律关系定位为取得房屋拆迁许可证的单位与被拆迁房屋所有人之间的关系，这与《宪法》《城市房地产管理法》等法律规定的征收作为国家与被征收人之间的行政关系不一致”。^⑩之所以将《宪法》与《城市房地产管理法》并列，就在于我国《宪法》第十三条第三款规定，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。即宪法授权法律来规定征收征用公民私有财产的程序，而《城市房地产管理法》就是《宪法》第十三条第三款授权的产物。此时，《城市房地产管理法》发挥了帮助理解《宪法》第十三条第三款中“依照法律规定”的作用。这类类似于意大利的“介入规范”。在意大利，介入规范是宪法学者创造的一个概念，用来指那些宪法裁判中仅仅间接作为合宪性标准的规范，因为这些规范介乎宪法典的标准和被审查的条款之间。这种介入规范主要存在于普通法律中，但是得到了宪法典的支持，比如宪法典要求必须尊重这些规范。在2001年之前，介入规范主要是授权政府立法的法律，它们被用来评估因此产生的政府立法的合宪性。^⑪

需要注意的是，宪法上的立法委托有时是委托整部法律，有时是委托法律中的部分条款，对于前者，属于宪法性法律是没有问题的。但对于后者，还要看该法律的主要调整对象和调整方式，如果该法律的多数条款属于其他的法律部门，还不能将该法律视为宪法性法律，只能说该法律中的部

^⑩ 全国人大常委会法工委法规备案审查室编：《规范性文件备案审查案例选编》，中国民主法制出版社2020年版，第11页。

^⑪ See Visser, *supra* note ⑤, p.257.

分条款属于宪法渊源。比如《宪法》第十三条第二款：国家依照法律规定保护公民的私有财产权和继承权。众所周知，在我国，保护公民私有财产权和继承权的法律主要是《民法典》，但《民法典》显然不能说是宪法性法律，因为《民法典》中除了保护私有财产权和继承权的条款外，还有其他的条款（比如保护人格权、婚姻自由的条款等等），同时从其调整对象和调整方式上来说，它主要属于民法部门而非宪法部门。

表 我国宪法典中的立法委托与宪法性法律之间的关系^⑤

含有立法委托的宪法条款	部分条款属于宪法渊源	全部条款属于宪法渊源 (宪法性法律)
宪法第二条第三款：人民依照法律规定，通过各种途径和形式，管理国家事务，管理经济和文化事业，管理社会事务。		
第八条第一款：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。	《森林法》《土地管理法》	
第九条第一款：矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源，都属于国家所有，即全民所有；由法律规定属于集体所有的森林和山岭、草原、荒地、滩涂除外。	《矿产资源管理法》 《水法》《草原法》 《森林法》	
第十条第二款：农村和城市郊区的土地，除由法律规定属于国家所有的以外，属于集体所有；宅基地和自留地、自留山，也属于集体所有。	《土地管理法》	
第十条第三款：国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对土地实行征收或者征用并给予补偿。		
第十条第四款：土地的使用权可以依照法律的规定转让。	《农村土地承包法》	
第十一条第一款：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。	《个人独资企业法》	
第十三条第二款：国家依照法律规定保护公民的私有财产权和继承权。	《民法典》	
第十三条第三款：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。	《城市房地产管理法》	
第十六条：国有企业在法律规定的范围内有权自主经营。国有企业依照法律规定，通过职工代表大会和其他形式，实行民主管理。	《全民所有制工业企业法》	
第十七条：集体经济组织在遵守有关法律的前提下，有独立进行经济活动的自主权。 集体经济组织实行民主管理，依照法律规定选举和罢免管理人员，决定经营管理的重大问题。	《乡镇企业法》	
第十八条：中华人民共和国允许外国的企业和其他经济组织或者个人依照中华人民共和国法律的规定在中国投资，同中国的企业或者其他经济组织进行各种形式的经济合作。 在中国境内的外国企业和其他外国经济组织以及中外合资经营的企业，都必须遵守中华人民共和国的法律。它们的合法的权利和利益受中华人民共和国法律的保护。	《外商投资法》	
第十九条第四款：国家鼓励集体经济组织、国家企业事业组织和其他社会力量依照法律规定举办各种教育事业。	《民办教育促进法》	
第二十七条第三款：国家工作人员就职时应当依照法律规定公开进行宪法宣誓。		《全国人大常委会关于实行宪法宣誓制度的决定》
第三十一条：在特别行政区内实行的制度按照具体情况由全国人民代表大会以法律规定。		《香港特别行政区基本法》 《澳门特别行政区基本法》
第三十四条：中华人民共和国年满十八周岁的公民，不分民族、种族、性别、职业、家庭出身、宗教信仰、教育程度、财产状况、居住期限，都有选举权和被选举权；但是依照法律被剥夺政治权利的人除外。	《刑法》	

(转下表)

^⑤ 下表中两栏都空白的意味着暂未找到相关条款。

(接上表)

第四十条：中华人民共和国公民的通信自由和通信秘密受法律的保护。除因国家安全或者追查刑事犯罪的需要，由公安机关或者检察机关依照法律规定的程序对通信进行检查外，任何组织或者个人不得以任何理由侵犯公民的通信自由和通信秘密。	《邮政法》《网络安全法》	
第四十一条第三款：由于国家机关和国家工作人员侵犯公民权利而受到损失的人，有依照法律规定取得赔偿的权利。		《国家赔偿法》
第四十四条：国家依照法律规定实行企业事业组织的职工和国家机关工作人员的退休制度。退休人员的生活受到国家和社会的保障。	《全国人大常委会关于批准〈国务院关于工人退休、退职的暂行办法〉的决议》	
第五十五条第二款：依照法律服兵役和参加民兵组织是中华人民共和国公民的光荣义务。		《兵役法》
第五十六条：中华人民共和国公民有依照法律纳税的义务。		各种税法
第五十九条第三款：全国人民代表大会代表名额和代表产生办法由法律规定。		《选举法》
第七十二条：全国人民代表大会代表和全国人民代表大会常务委员会组成人员，有权依照法律规定的程序分别提出属于全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会职权范围内的议案。		《全国人大议事规则》《全国人大常委会会议事规则》
第七十三条：全国人民代表大会代表在全国人民代表大会开会期间，全国人民代表大会常务委员会组成人员在常务委员会开会期间，有权依照法律规定的程序提出对国务院或者国务院各部、各委员会的质询案。受质询的机关必须负责答复。		
第七十七条：全国人民代表大会代表受原选举单位的监督。原选举单位有权依照法律规定的程序罢免本单位选出的代表。		《选举法》《代表法》
第七十八条：全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会的组织和工作程序由法律规定。		《全国人大组织法》《立法法》《监督法》《预算法》
第八十六条第三款：国务院的组织由法律规定。		《国务院组织法》
第八十九条第十六项：(十六) 依照法律规定决定省、自治区、直辖市的范围内部分地区进入紧急状态。		
第八十九条第十七项：(十七) 审定行政机构的编制，依照法律规定任免、培训、考核和奖惩行政人员。		《公务员法》
第九十一条第二款：审计机关在国务院总理领导下，依照法律规定独立行使审计监督权，不受其他行政机关、社会团体和个人的干涉。		《审计法》
第九十五条第二款：地方各级人民代表大会和地方各级人民政府的组织由法律规定。		《地方各级人大和地方各级政府组织法》
第九十五条第三款：自治区、自治州、自治县设立自治机关。自治机关的组织和工作根据宪法第三章第五节、第六节规定的基本原则由法律规定。		《民族区域自治法》
第九十七条第二款：地方各级人民代表大会代表名额和代表产生办法由法律规定。		《选举法》
第九十九条第一款：地方各级人民代表大会……依照法律规定的权限，通过和发布决议，审查和决定地方的经济建设、文化建设和公共事业建设的计划。		《地方各级人大和地方各级政府组织法》
第九十九条第三款：民族乡的人民代表大会可以依照法律规定的权限采取适合民族特点的具体措施。		
第一百条第二款：设区的市的人民代表大会和它们的常务委员会，在不同宪法、法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规相抵触的前提下，可以依照法律规定制定地方性法规，报本省、自治区人民代表大会常务委员会批准后施行。		《立法法》
第一百零二条第二款：地方各级人民代表大会代表的选举单位和选民有权依照法律规定的程序罢免由他们选出的代表。		《选举法》
第一百零四条：县级以上的地方各级人民代表大会常务委员会……依照法律规定的权限决定国家机关工作人员的任免。		《监督法》

(转下表)

(接上表)

第一百零七条第一款：县级以上地方各级人民政府依照法律规定的权限，管理本行政区域内的经济、教育、科学、文化、卫生、体育事业、城乡建设事业和财政、民政、公安、民族事务、司法行政、计划生育等行政工作，发布决定和命令，任免、培训、考核和奖惩行政工作人员。		《地方各级人大和地方各级政府组织法》
第一百零九条：县级以上的地方各级人民政府设立审计机关。地方各级审计机关依照法律规定独立行使审计监督权，对本级人民政府和上一级审计机关负责。		《审计法》
第一百一十一条：居民委员会、村民委员会同基层政权的相互关系由法律规定。		《居委会组织法》《村委会组织法》
第一百五十五条：自治区、自治州、自治县的自治机关行使宪法第三章第五节规定的地方国家机关的职权，同时依照宪法、民族区域自治法和其他法律规定的权限行使自治权，根据本地方实际情况贯彻执行国家的法律、政策。		
第一百二十四条第四款：监察委员会的组织和职权由法律规定。		《监察法》
第一百二十七条第一款：监察委员会依照法律规定独立行使监察权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。		《监察法》
第一百二十九条第三款：人民法院的组织由法律规定。		《法院组织法》
第一百三十条：人民法院审理案件，除法律规定的特殊情况外，一律公开进行。被告人有权获得辩护。	《刑事诉讼法》《民事诉讼法》《行政诉讼法》	
第一百三十一条：人民法院依照法律规定独立行使审判权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。		
第一百三十五条第三款：人民检察院的组织由法律规定。		《检察院组织法》
第一百三十六条：人民检察院依照法律规定独立行使检察权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。	《刑事诉讼法》	

2. 宪法惯例

从我国采用宪法惯例而非宪法习惯法的称呼来看，我国并不承认宪法惯例具有法律效力，也就是说，违反宪法惯例并不会导致宪法制裁。至于哪些属于宪法惯例，一方面，除了要有长期的实践以及与宪法典的调整对象相同之外，还需要有宪法上的理由。以“马工程”教材《宪法学》中列举的两个宪法惯例为例，^⑩一个是党中央提出修宪建议的惯例，这背后反映的是“党的领导”的宪法理由；另一个是全国政协委员列席全国人大的全体会议的惯例，这背后反映的是“中国共产党领导的多党合作与政治协商”的宪法理由。另一方面，宪法惯例也需要合宪性审查机关的确认。从国外的经验可以看出，一个宪法惯例是否存在，最终由适用宪法的机关来确认。当然，这并不意味着宪法惯例与宪法判例相互重合，因为两者产生的原因是不同的。宪法惯例并非合宪性审查机关的实践所产生，即使不经过合宪性审查机关的确认，宪法惯例仍然存在。合宪性审查机关只是履行查明的义务。

3. 合宪性审查成例

我国学界长期拒绝将宪法判例作为宪法渊源，主要理由是我国法院不能在审判中将宪法作为裁判依据。但是诚如前述，《裁判文书引用规定》只是拒绝了宪法在民事、刑事和行政诉讼等法律案件中作为裁判依据，并没有否认在合宪性审查中将宪法作为裁判依据。实际上，前述引用的全国人大常委会的备案审查案例中，比如2020年少数民族语言文字的案例以及2009年《城市房屋拆迁管理条例》的案例，合宪性审查机关都援引了宪法的具体条文作为审查依据。这些案例必然随着合宪性审查实践的开展，成为中国特色的“宪法判例”。当然，考虑到我国合宪性审查并不采用司法程

^⑩ 前引④，《宪法学》编写组书，第17页。

序，因此雷磊教授建议称为合宪性审查成例更好。^⑩

4. 宪法解释

我国《宪法》第六十七条第一项规定，全国人大常委会解释宪法。然而现实中，全国人大常委会解释宪法的实践屈指可数。目前，学界比较公认的宪法解释是1983年第六届全国人大常委会第二次会议通过的《关于国家安全机关行使公安机关的侦查、拘留、预审和执行逮捕的职权的决定》以及1993年第八届全国人大常委会第五次会议通过的《关于中国人民解放军保卫部门对军队内部发生的刑事案件行使公安机关的侦查、拘留、预审和执行逮捕的职权的决定》，上述决定对《宪法》第三十七条、第四十条中公安机关的范围进行了扩大解释。虽然有学者指出我国的立法在某种程度上也发挥着宪法解释的作用^⑪以及在全国人大常委会法工委的某些法律询问答复中也存在着宪法解释，^⑫但问题是：对于前者，即使承认立法是首要的宪法解释，然而立法作为宪法解释是有前提的，即立法不得违宪，所以将立法视为宪法解释并非必然；对于后者，《立法法》第六十四条规定的法律询问答复的对象是法律中的具体问题，并非针对宪法，所以将法律询问答复作为宪法解释也存在名不副实的问题。对此，笔者建议，除了全国人大常委会作为正式的宪法解释机关之外，也应当承认适用宪法的机构——比如全国人大宪法和法律委员会以及全国人大常委会法工委——可以从事宪法解释。从其他国家的经验来看，基本都允许适用宪法的机构进行宪法解释，当然，也允许保留一个正式机关来进行最终的或者统一的宪法解释。也就是说，如果正式机关对适用机构的宪法解释没有表示异议，那么，适用机构的宪法解释就发生法律效力。反之，如果正式机关有异议，并且作出了正式的宪法解释，那么应当以正式机关的解释为准。实际上，我国香港和澳门特别行政区基本法中对基本法的解释问题上，在全国人大常委会和特别行政区法院之间就采取了类似的制度设计。^⑬只有这样才能激活宪法解释制度，加强合宪性审查中的说理，发挥宪法解释作为理由渊源的作用。

5. 国际条约

我国缔结的人权公约主要有《消除对妇女一切形式歧视公约》《消除一切形式种族歧视国际公约》《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》《儿童权利公约》《〈儿童权利公约〉关于儿童卷入武装冲突问题的任择议定书》《经济、社会及文化权利国际公约》《残疾人权利公约》。调整普遍外交关系的国际条约主要有《联合国宪章》等。在我国，由于对与宪法冲突的国际条约采取保留的态度，所以国际条约不具有优先于宪法适用的可能性，它只能作为理由渊源来适用。

结论

近年来，由于对法的渊源概念本身存在的争议，导致对于宪法渊源的内容也出现了各种不同的认识。本文从区分法的渊源与法、法的渊源与部门法的渊源入手，提出应当根据不同渊源在裁判中

^⑩ 前引⑨，雷磊书，第171页。

^⑪ 参见林彦：《宪法解释应嵌入立法程序》，载《中国社会科学院研究生院学报》2020年第2期，第10-13页、第5页、第31-32页。

^⑫ 参见周伟：《论宪法询问答复》，载《四川师范大学学报（社会科学版）》2021年第1期，第75-81页。

^⑬ 比如《香港特别行政区基本法》第一百五十八条规定，本法的解释权属于全国人民代表大会常务委员会。全国人民代表大会常务委员会授权香港特别行政区法院在审理案件时对本法关于香港特别行政区自治范围内的条款自行解释。香港特别行政区法院在审理案件时对本法其他条款也可解释。但如香港特别行政区法院在审理案件时需要对本法关于中央人民政府管理的事务或中央和香港特别行政区关系的条款进行解释，而该条款的解释又影响到案件的判决，在对该案件作出不可上诉的终局判决前，应由香港特别行政区终审法院请全国人民代表大会常务委员会对有关条款作出解释。如全国人民代表大会常务委员会作出解释，香港特别行政区法院在引用该条款时，应以全国人民代表大会常务委员会的解释为准。

的作用，将法的渊源分为依据渊源和理由渊源。宪法渊源首先是指宪法部门的渊源，即宪法部门中调整宪法关系的规范的表现形式，这些规范可以蕴含在宪法典中，也可以蕴含在宪法性法律、宪法惯例、宪法判例、宪法解释、国际条约中。其次，在合宪性审查中，宪法典主要是作为依据渊源，即在适用中不会质疑其内容的正确性；而其他的形式主要作为理由渊源，辅助宪法典的适用，尤其是在宪法典的内涵不明确的情况下，它们以其内容的正确性来对宪法典作为裁判依据进行外部证立，从而增强合宪性审查的说服力。我国的宪法渊源包括宪法典（宪法原则、宪法精神）、宪法性法律、宪法惯例、合宪性审查成例、宪法解释、国际条约。

Abstract: To define constitutional sources needs to first define the source of law, and to define the source of law needs to distinguish the source of law from the source of departmental law. The source of law should be divided into the source of basis and the source of reasons according to the role of different sources in the adjudication. Constitutional source refers to the source of constitutional departments, that is, the manifestation of norms regulating constitutional relations in constitutional departments. These norms can be contained in the constitutional code, constitutional laws, constitutional practices, constitutional precedents, constitutional interpretations and international treaties. In constitutional review, the constitutional code is mainly used as the basic source, that is, it will not question the correctness of its content when it is applied. Other forms are mainly used as the source of reasons to assist the application of the constitutional code. Especially when the connotation of the constitutional code is not clear, they use the correctness of its content to externally prove the constitutional code as the basis for judgment, so as to enhance the persuasiveness of the constitutional review. China's constitutional sources include the constitutional code (constitutional principles, constitutional spirit), constitutional laws, constitutional practices, constitutional review precedent, constitutional interpretation and international treaties.

Key Words: Constitutional Sources; Source of Law; Source of Basis; Source of Reasons; Constitutional Principles; Constitutional Spirit

(责任编辑：卢护锋)

社会给付请求权的宪法依据及其规范效力

王 健*

内容提要：探讨社会给付请求权的概念内涵、宪法基础及其如何保障和实现，对国家、个人以及社会法的发展来说都是一个崭新而重要的议题。学理上，社会给付请求权在我国宪法上可以依据社会权条款直接导出，也可以依据自由权条款和平等权条款间接导出。学界对社会权是否同时具有主观法上的效力多持保留态度，进而基本上否定社会给付请求权具有可诉性。究其原因，主要在于司法机关在对相关案件进行裁判时会面临四重障碍：基本权利之间的冲突、国家财政资源有限、权利本身的抽象性、法院侵蚀分权。尽管制度局限确实存在，但是徒以形式之制度原理概括地否定所有社会给付请求权的可诉性，有过于速断之嫌疑，且忽视了司法机关的特有价值和功能。为防止我国公民的社会给付请求权成为充饥之画饼，可从财产权保障和程序保障两个方面探寻其可能的司法实现。

关键词：社会给付请求权 公法请求权 宪法依据 基本生存保障

DOI：10.19350/j.cnki.fzsh.2023.04.005

一、问题的提出

在当今福利社会国家中，讨论什么是社会权，似乎已无此必要，其作为一种基本权已无可争议，但是从法教义学探讨何为社会给付请求权及其宪法依据、如何保障和实现等问题，对国家、个人以及社会法的发展来说都是一个崭新而重要的议题。《中华人民共和国宪法》（以下简称《宪法》）在许多规定中已明确显示了保障社会权的规范意向，如第四十五条第一款物质帮助权的规定。除此之外，2004年《中华人民共和国宪法修正案》规定，“国家尊重和保障人权”以及“国家建立健全同经济发展水平相适应的社会保障制度”，这更被普遍认为是我国宪法积极实现社会安全与社会正义的最好证明。在此基础上，我国逐渐开始重视社会法领域，社会给付的发展也逐渐走向成熟。然而作为社会给付实现的核心问题，如社会给付应如何请求、相应的宪法条款能否直接作为请求依据、司法机关是否能对其进行直接裁判等问题却鲜有研究。

社会给付请求权在性质上属于积极权利，其要求国家必须积极履行相应的给付义务，因而“与传统的自由权、自由的市场经济体制以及民主治国理念之间存在内在的冲突”^①。不过，作为一部

*中南大学法学院讲师，中南大学人权研究中心研究员，法学博士。本文系教育部哲学社会科学重大课题攻关项目“习近平总书记关于尊重和保障人权重要论述研究”（项目编号：22JZD002）的阶段性成果。

① 王蕾：《论社会权的宪法规范基础》，载《环球法律评论》2009年第5期，第62页。

社会主义性质的宪法，社会安全、社会正义及全体国民共同富裕的实现自当是我国宪法努力追求的目标。因此，我国宪法对于种种社会权的规定，尤其是对于学界讨论最多、对实务影响最大的狭义社会权的规定（《宪法》第四十五条物质帮助权），就有必要通过具体的社会给付请求权予以落实保障，以使其获得与自由权同等的制度重要性，不至于流于空洞的价值宣示。

随着我国《残疾人保障法》（1990年）、《城镇居民最低生活保障条例》（1999年）、《社会保险法》（2010年）以及《社会救助暂行办法》（2014年）等一大批法律法规的颁布与实施，我国社会立法涉及的保障事项基本已将宪法上所涉及的社会权全面覆盖，从而在宏观上建构起了一个基本完整的框架。然而，我国社会法仍处在起步阶段，突出存在的问题是：请求权体系庞杂、种类繁多，请求权的制度设计主要表现为公共政策，缺乏法的稳定性和规范性。从宪法上寻求社会给付请求权的规范依据的意义在于：一方面，有利于改变我国当事人义务本位和国家机关权力本位的现状，拓展公民权利范围；另一方面，有利于立法机关在社会单行立法中具体落实宪法保障社会给付请求权的意旨，当社会给付请求权的要件过于严苛，在个案中无法达成，并且这种给付要件的设定与原始给付目的没有合理连结时，即应当透过合宪性解释做目的性限缩，以增强社会给付请求权在我国司法裁判中的适用性。因此，为彰显社会给付的价值理念以及寻求终极效力依据的需要，社会给付的请求权效力依据有必要从社会法这一部门法走向宪法。

本文以社会给付请求权为研究对象，分析其概念内涵，进而阐明其宪法上的规范基础、可诉性的传统质疑及其可能的司法实现。本文主张：第一，我国宪法上的社会给付请求权，可以直接从宪法明文规定的社会权条款中导出，也可从自由权和平等权条款中间接导出。如果宪法有意明确赋予公民宪法上的给付请求权，则应当对之予以肯认。第二，在社会给付请求权的可诉性问题上，虽然传统理论提出了四个方面的质疑，即基本权利之间的冲突、国家财政资源有限、权利本身的抽象性、法院侵蚀分权，但这些质疑存在较大的重新省思的空间。第三，在社会给付请求权的司法实现上，基于先前缴费形成的社会保险给付请求权可通过财产权保障予以实现，立法机关的形成自由即应受到宪法财产权保障意旨的拘束；此外，在充分尊重国家权限分配原则的前提下，司法机关可以强调逻辑一贯性和决策透明性，通过程序审查的方式以充分实现公民社会给付请求权的可诉性。

二、社会给付请求权的内涵界定

通常来说，社会法是以社会给付为规范客体的专属法域，而社会给付的实现则以个人给付请求权为基础，当满足法律构成要件时，请求权人就可以对义务人主张权利。换言之，社会给付请求权建立在国家对公民的公法之债上，其与民法上的债权债务类似：公民作为给付请求权人与民法上的债权人对应，而国家作为社会给付的提供者则与民法上的债务人对应。因此，依据请求权构造模式，即“谁得向谁，依据何种法律规范，主张何种权利”^②，可对社会给付请求权作出一个大致的界定：社会给付请求权是公民基于依法享有的权利，要求国家积极履行给付义务，以促进社会安全、实现社会正义的目标。为更好地理解社会给付请求权的内涵，下文试图从社会给付请求权与私法请求权的异同，以及社会给付请求权的请求内容两个方面做进一步地阐述。

（一）公法中的请求权：社会给付请求权与私法请求权的异同

请求权在私法中应用最为广泛，但其领域并不局限于此，在公法中也具有重要的理论和实践意

^② 王泽鉴：《法律思维与民法实例》，中国政法大学出版社2001年版，第50页。

义。^③在通过私法请求权的理论与体系来阐明公法请求权的学者中，德国公法学大家格奥格·耶利内克最具代表性，他在1905年出版的《公法权利的体系》一书中认为，“公法权利乃具有使法规规范为保障个人权益而适用之能力”。^④与私法请求权类似，公法请求权也来源于特定的法律状态或地位。法律状态或地位不仅是公法请求权的基础，亦是请求权本身所服务和保障的目的。“纯粹的意志的能为是公法请求权的形式特征，以意志能为为基础的意志可为行为是私法请求权的形式特征。二者的实质要素是同样的，都是利益。”^⑤社会给付请求权作为公民向国家请求某种给付的权利，是公法请求权的一环。因此，社会给付请求权和私法请求权都是以权利人的意志能为为基础。正如私法请求权可以针对权利的相对人主张其权利一样，公民的社会给付请求权也可以针对公权力主体，要求其作为某种积极的作为义务。

进一步来看，公法请求权作为一种意志能力的表征，支持公法请求权的是公民在与国家关系上的不同法律地位。^⑥因此，社会给付请求权作为一种公法请求权，与私法请求权有着重大的区别：私法请求权以个体价值为本位，以实现个人权利为目的，因而是以平等的私主体为特定对象；由于公法主要调整的是公民与国家的关系，导致社会给付请求权主要是指公民作为权利人对国家的请求权。公民与国家虽然往往处于不平等的法律地位，但社会给付请求权显示的是在公民与国家之间，公民并非单纯的处于高权力关系下的毫无意志能力的被统治客体。正是在这个意义上，耶利内克认为，“只有赋予个人对抗国家行为的形式上的法律手段，原则上由行政行为维护的共同利益与被法律保护的个人利益发生冲突时，起决定作用的才不再是利益的强弱而是法律请求权的强弱”。^⑦

（二）社会给付请求权的请求内容：社会给付

从发展历程来看，国家为公民提供社会给付源于因工业革命而引发的社会问题。在以资本为核心的社会变动背景下，“对所有的个人在法律上以均等的对待，并保障私人自由活动的所谓形式平等，其结果却是产生了事实层面的不自由、不平等”^⑧。为此，国家开始积极介入国民社会经济生活，确保弱者不因经济条件差异而无法享有事实层面的自由权利，并以此践行如下目标：“全体成员有人类尊严的基本生存保障；消除不平等；针对生活变数的保障；全体成员生活物品的增加和普遍参与”^⑨。譬如，为实现这些目标，《德国基本法》第20条明确规定了社会国原则，要求国家应当适时提供当事人必要的给付，并适时将所产生的负担通过社会化的方式予以分配。同时，随着国家给付制度的逐渐定型，国家为弥补个人生计欠缺所履行的给付义务也逐渐转变为国民应当享有的社会权利，“而请领种种社会给付也被纳入个人人生规划的‘常态’之中，请领社会给付已不再被视为‘失序’‘脱离常态’，应该快速加以‘回复’；相反地，国民已将请领社会给付视为应得的权利，积极地主张并保卫既得的给付请求权”^⑩。

然而，国家应以何种方式提供给付以及给付的内容为何，还需要立法机关制定各项给付性法律规范，将社会国原则予以具体化。为规范国家的社会给付行为，德国自1970年代陆续将各项社会

^③ 通过考查请求和请求权的文义，有学者认为，请求权并不仅仅局限在私法领域，社会法领域也有请求权的使用余地。肖新喜：《论社会权请求权》，载《江海学刊》2020年第1期，第169页。

^④ 陈新民：《行政法学总论》，三民书局2005年版，第92页。

^⑤ [德] 格奥格·耶利内克：《主观公法权利体系》，曾韬、赵天书译，中国政法大学出版社2012年版，第53页。

^⑥ 徐以祥：《行政法上请求权的理论构造》，载《法学研究》2010年第6期，第31页。

^⑦ 参见前引^⑤，格奥格·耶利内克书，第117页。

^⑧ [日] 芦部信喜著、高桥和之补订：《宪法》（第六版），林来梵等译，清华大学出版社2018年版，第215页。

^⑨ [德] 汉斯·察赫：《福利社会的欧洲设计——察赫社会法文集》，刘冬梅、杨一帆译，北京大学出版社2014年版，第99页。

^⑩ 蔡维音：《社会国之法理基础》，正典出版公司2001年版，第64页。

立法汇编成一套完整的社会法典。虽然该法典并未明确定义何为社会给付，但仍是将其视为在第1编第2条至第10条规定中所列举劳务、实物与金钱给付的上位概念。由此可见，社会给付是作为公法主体的国家向公民提供一定利益（主要包括劳务、实物和金钱）的行为。进一步来看，由于社会给付种类繁多，因此需要将其类型化才能厘清相应的给付理念。观察社会法体系可以发现，如果以财源作为社会法分类的基础，则社会给付可分为两类：一种通过事先缴纳保险费作为财源，以作为风险事故发生时提供保险给付和预付，典型如社会保险；另一种则由国家税收作为支付财源，典型如社会救助、社会促进和社会补偿。

可见，针对不同的社会给付，立法者会设置不同的给付条件和给付额度。依据这些具体的法律规定，当条件成立时，当事人自然就享有法律上的给付请求权。在现行“法化”密度越来越高的社会中，由具体法律权利出发要求国家积极作为的请求，在许多情况下都已非无中生有地要求国家凭空给付，而是要求排除抵触宪法意旨（特别是生存权）之给付条件障碍。因此，问题的实质在于，当法律没有相关具体的给付规定以及法律所规定的给付要件明显不合理或给付额度明显不足时，可否寻求宪法解释而获得社会给付请求权？可否直接依据宪法来请求国家提供这些社会给付？

三、社会给付请求权的宪法依据

运用请求权方法处理社会给付的关键就在于寻找请求权依据，王泽鉴教授称这一过程是法之发现的过程，是每一个法律人都必须“彻底了解，确实掌握的基本概念与思考方法”^①。就社会给付请求权而言，宪法作为赋予公民社会给付请求权的规范基础，有两个方面的依据，即直接依据和间接依据：前者是直接依宪法上明文规定的社会权；后者则是从自由权条款和平等权条款，推导出一些派生性的社会权，通过发挥社会权的共享权功能，从而享有要求国家积极作为的给付请求权之依据。对于公民是否可以依据宪法享有社会给付请求权这一问题，无论是从社会权条款出发，还是从自由权和平等权条款出发，都属于相当抽象而有待解释的宪法规范，从而需要予以详细说明。

（一）直接宪法依据：社会权条款

社会给付请求权的直接宪法依据来自社会权条款。对公民社会权的确认，直接促成了近代宪法向现代宪法的转型。近代宪政国家通过宪法承认公民有先于国家的自由领域，国家不能进行干预，在此制度下，自由权成为国家与公民关系的核心要素。然而，为修正工业化与市场化带来的负面后果，1793年法国的雅各宾派宪法首次规定了公民的社会权，其第21条规定，“公共救济是神圣的任务。社会应给予所有无辜陷入急迫的公民扶助，无论是透过提供工作或是对无工作能力者保障其生存所需”。随后，1808年法国著名的早期社会主义者傅立叶首先提出工人应当享有工作权。同时代的德国哲学家费希特也认为，国家为了使国民皆可凭其工作而生存，则教育是达成此目的所不可缺之制度，因而国民应拥有教育权。^②显然，将这些社会权引入现代宪法中的立意就在于对社会性、经济性弱者提供平衡性措施，弥补其不利的立足点，以增进其充分发挥自我价值的机会。质言之，宪法上的社会权保障就是要求国家给付或者分享行动可能性的请求权。

从社会权的内涵来看，它要求强化保障生存的权利、促进平等以及通过国家给付确保每个人行使自由权的周边条件都能获得基本满足，其主要涵盖有关请求工作、教育、健康、住宅、社会安全和家庭促进等方面的权利。相对于公民处于消极地位的自由权不同，社会权是公民处于积极地位、

^① 王泽鉴：《民法思维——请求权基础理论体系》，北京大学出版社2009年版，第41页。

^② 陈新民：《宪法基本权利之基本理论》（上册），元照出版公司2002年版，第99页。

要求国家为积极给付的权利,其具有盛情邀请政府、需要国家公职人员雷厉风行、促进实质平等和需要再分配税款等特征^⑬。因此,社会权的内涵应当包括要求社会给付的请求权,从而在此基础上建构起个人的一种积极地位或积极自由。不过,基于对魏玛宪法的反思,德国基本法谨慎地放弃了社会权的规定^⑭,而是将社会国作为国家的目标条款。尽管如此,德国学界大多认为,虽然基本权中没有规定特定的社会权,但社会国原则设定了社会立法与行政作为的界限,也导致社会给付请求权可分享到宪法的保障。^⑮

与德国基本法的“社会国”模式不同,我国宪法对社会权的规定属于“社会权”模式,即在宪法中直接明确地规定了诸多社会权条款。在这一点上深受1936年苏联宪法的影响,其寓意就在于通过明确赋予一切人以社会权,来实现社会主义国家中一切人的富足和自由。^⑯因此,这些社会权条款在实质内涵上也被认为是“社会主义的权利”^⑰。具体而言,在我国宪法中,社会权主要包括第四十二条的劳动权、第四十三条的休息权、第四十四条的退休人员生活保障权、第四十五条的物质帮助权、第四十六条的受教育权,以及第四十九条的母亲、儿童受保护权。以我国《宪法》第四十五条第一款规定的“物质帮助权”为例,实际上就是我国宪法上的“生存权”。^⑱生存权作为公民享有符合最低限度人性尊严的基本生活条件的权利,相应的国家给付义务就是要提供这些基本生活条件,以此来为难以自立维生的公民提供救济金、食物、衣服、居所等最低生活保障。

进一步来看,对于我国宪法上的这些社会权,是否都能足以作为主观权利,进而上升为公民可以直接向国家主张相应给付的请求权?学界的观点大多认为,这类社会权在我国属于“宪法委托”而不具有向国家提出请求的规范效力^⑲,对这些社会权的保障,核心是立法机关积极按照宪法的指示来履行立法义务。因此,宪法社会权条款仅具有客观法性质,课以国家积极作为的义务,但并不对应个人的主观请求权,应被理解为国家任务。^⑳以劳动权为例,我国《宪法》第四十二条第一款规定“公民有劳动的权利和义务”,表面上意味着公民有权利要求国家对其提供就业给付,包括提供劳动培训、就业机会、职业介绍等,但这并不能说国家负有直接雇佣或者招募劳动者的义务,因为国家显然不可能为每个公民提供工作岗位。^㉑如果赋予个人直接依据劳动权向国家为具体的给付请求,这样的方式往往容易导致国家控制所有的工作岗位,从而过度介入劳动市场这一私域。

然而,亦有不少观点认为,从请求乃权利的基本属性这一视角来看,我国宪法上的社会权在理论上应被视为主观权利。尤其是宪法上“狭义的社会权”^㉒,即物质帮助权、社会救助权、社会保险

⑬ [美] 史蒂芬·霍尔姆斯、凯斯·R.桑斯坦:《权利的成本:自由为什么依赖于税》,毕竟悦译,北京大学出版社2017年版,第23页。

⑭ 在德国基本法“基本权利”一章中明确承认的公民的社会给付请求权,仅仅限于第6条第4项的母性保护与照顾请求。并且,这一立法是为了应对德国生育人口日渐减少的现实,不具备普遍意义。赵宏:《社会国与公民的社会基本权:基本权利在社会国下的拓展与限定》,载《比较法研究》2010年第5期,第24页。

⑮ [德] Eberhard Eichenhofer:《德国社会法》,林玉君等译,新学林出版股份有限公司2019年版,第83-84页。

⑯ 王堃:《社会福利保障的宪法路径选择》,载《政治与法律》2020年第4期,第64-65页。

⑰ [日] 阿部照哉等:《宪法·基本人权篇》(下册),周宗宪译,中国政法大学出版社2006年版,第37页。

⑱ 张翔:《基本权利的规范建构》,法律出版社2017年版,第205页。

⑲ 郑贤君:《论宪法社会基本权的分类与构成》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2004年第2期,第9页。

⑳ 刘馨宇:《宪法社会权性质的教义学探析》,载《中外法学》2022年第3期,第785页。

㉑ 在计划经济时代,我国公民劳动权的实现是国家通过计划手段为公民提供就业岗位或安置公民就业。在我国1954年宪法和1978年宪法中均规定是“国家根据统筹兼顾的原则安排劳动就业”,从而强调的是国家公权力在公民劳动权实现中的支配性地位。改革开放后,宪法劳动权的社会权属性发生了变化,由国家安置公民就业转变为国家通过实施积极的财政政策促进就业或提供就业机会。参见王德志:《论我国宪法劳动权的理论建构》,载《中国法学》2014年第3期,第82页。

㉒ 任喜荣:《“社会宪法”及其制度性保障功能》,载《法学评论》2013年第1期,第5页。

权以及特殊群体的权利，这些权利在我国宪法中的规范内容（保护的必要性）具有一定的客观性，立法权在此实际上并没有多少裁量的余地，因而可以被视为主观权利。张震教授认为，作为典型社会权的环境权在我国宪法上具有请求权的效力，公民可以据此主动要求国家保护环境。^②此外，德国学者 T. Ramm 也认为，“社会基本权可以分为，可请求权的权利以及具有‘宪法委托’、‘制度保障’和‘方针条款’性质的权利两种。属于前者的社会基本权利极少，他特别称之为‘社会主要基本权’，因为这是属于个人‘最起码的生存依据’权利，所以可以直接由国民行使，诸如工作权、健康权和教育权等三种权利。其他的社会基本权则属于第二种的权利。”^③德国学者 Alexy 在其基本权理论中则提出社会基本权的衡量模式，认为在三个条件下，可以肯定公民在宪法上的给付请求权地位：1. 基于事实自由原则，赋予公民宪法上给付请求权具有迫切性；2. 权力分立原则与民主原则仅受到轻微影响；3. 现有的实质性原则（特别是其他公民的自由权利）不会因为给付请求地位之基本保障与相关宪法法院决定受到显著的侵犯。^④与之类似，德国学者 Christian Starck 也认为，当具备以下三项要件时，可由基本权推出主观权利，即给付请求权：1. 基本权的实质确保有其必要性；2. 请求权的标的的内容可得确定；3. 必要财政手段经确保且不侵犯立法者的财政支配权。^⑤因此，从上述诸多观点来看，实践中不能一概或快速否认社会权具有请求国家给付的主观效力，而应在具体的个案中作一定的区分，逐一加以判断。

（二）间接宪法依据：自由权条款和平等权条款

社会给付请求权在宪法上除了直接来自社会权条款外，在理论上还可以间接来自于自由权条款和平等权条款。自由权所保障的通常是个人既有的、只要国家未予限制就当然存在的权利，伴随此种权利属性而来的必然是个人主观权利的赋予，即直接要求国家不作为的防御性权利。然而近年来，受德国基本权释义学的影响，基本权的功能逐渐发展出防御权功能、给付请求权、基本权客观功能体系——第三人效力、组织与程序保障、保护义务等。因此，即使宪法所保障的基本权主要为自由权，但自由权的功能也不再仅仅局限于对国家公权力的消极防御，其首先表现为主观权利。因为这些自由权的实现，总是要依赖一定的物质保障。这并非新的观点，而是事实本来就是如此。“经济不平等会使得政治平等失去意义，没有经济上的独立和安全，就不存在真正的个人自由。‘贫困的人不是自由的人’。”^⑥为此，国家有义务去创造前提性的必要的社会条件以帮助公民能够享有和实现自由权，而公民既然享有以自由权作为抵抗国家侵害的主观公权利，那么对于实现这些自由权的必要社会条件，公民也应当享有一个要求国家实现必要社会条件的给付请求权，才能符合法律一贯的逻辑性。正是在这个意义上，所有的权利都是积极权利，每一项消极的自由权中都包含着社会权的内容，从而也就可以间接地转换为社会权。

此外，我国《宪法》第三十三条第二款规定公民在法律面前一律平等，这就包含了一个一般性的国家义务——相同情况相同对待，不同情况不同对待。如果公民没有得到同等的对待，则构成对其平等权的侵犯，可以以平等保护为依据要求国家提供给付。对此，学者孙迺翔也认为，对于事实上的平等这一观念层次的宪法议题，无可避免地必须进入给付请求的权利思维与制度框架，那么宪

^② 张震：《环境权的请求权功能：从理论到实践》，载《当代法学》2015年第4期，第23页。

^③ 参见前引②，陈新民书，第122页。

^④ Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp Verlag KG, 1994, S.466. 转引自张桐锐：《论宪法上之最低生存保障请求权》，载《政大法学评论》2011年11月。

^⑤ 陈爱娥：《自由—平等—博爱——社会国原则与法治国原则的交互作用》，载《台湾大学法学论丛》1997年第2期，第129页。

^⑥ [美] 富兰克林·德·罗斯福：《罗斯福选集》，关在汉译，商务印书馆1982年版，第126页。

法上的平等权条款将从防卫权功能扩张至给付请求功能，成为一种得以用来对抗权力结构现况的基准性权利。在德国法学理论上，公民的这种基于平等权而要求共享国家已有资源的请求权也被称为“共享权”。当一项社会给付争议涉及违反平等权时，公民可以直接援引社会国原则作为向国家请求社会给付的请求权基础。^⑳在加拿大1990年的Schachter v. R.一案中^㉑，原告认为1984年修改的《失业保险法》规定养父母因为照顾收养的子女可以请领收养津贴违背了联邦的《加拿大权利与自由宪章》第15条平等权的规定，因为自己作为父亲在照顾亲生子女的时候不能向国家请领任何津贴，但是养父母却可以请领收养津贴。最高法院最终判决原告胜诉，并命令加拿大政府修正法律，因而1991年修改《失业保险法》设置育儿假津贴制度，无论亲生父母还是养父母皆可请领。因此，在社会给付中，对于超过最低限度的给付，国家原则上没有给付的义务，但如果国家对某个公民或团体提供了较高的给付，那么其他公民或团体即可基于平等权条款，请求国家给予相同的给付。^㉒这也就是说，这种衍生给付请求权涉及“个人—个人—国家”三分关系，其关注的是个人与他人之间在受领国家给付时的平等关系。^㉓不过，虽然从平等权条款可以推导出这种“衍生的给付请求权”，但需要强调的是，“只有当国家未提供给付是肆意的或者违反了宪法特定的区别禁止时，才能推导出公民的给付请求权，并且这种请求权也并非针对特定的给付内容，而是要求获得同等的共享给付的机会”^㉔。

四、社会给付请求权可诉性的质疑与省思

社会给付请求权可以由宪法上的社会权条款、自由权条款和平等权条款导出，但公民是否可据此透过司法管道要求国家机关切实履行给付义务？对此，学理和实务上大多持保留乃至否定态度，原因主要在于：基本权利之间的冲突、国家财政资源有限、社会给付请求权本身的抽象性、法院侵蚀分权。必须承认，这四个方面的质疑确实强固，尤其是权力分立是现代法治国家的共同建构原理，且纵使法院认可国家有积极保障之义务，要如何依据宪法的抽象规定肯认国民的直接积极给付请求权，并具体化其内容也有实际上的困难。制度局限确实存在，但是如果徒以形式之制度原理概括地否定所有社会给付请求权的可诉性，有过于速断之嫌疑，且忽视了“司法手段在复杂解决财政资源分配和优先项设置等政治问题具有相对于立法机关或行政机关而言的特有价值和功能”^㉕。

（一）社会给付请求权可诉性的四重质疑

首先，社会给付请求权会导致基本权之间存在冲突。美国著名学者诺齐克认为，一个人对于自己的生命拥有权利，但是这并不能使他拥有要求国家为自己提供食物的权利，国家可以对这样的请求无动于衷，因为国家要进行财富的再分配就必须从个人那里征税。^㉖在此，贫困者的社会权与社会上所有纳税人的财产权之间产生了冲突。为实现社会正义和社会安全，社会法这种“模式化的分配正义原则的倡导者只关注确定谁应该得到什么的标准，他们只愿意考虑那种支持某些人应该拥有某些东西的理由，以及那种支持总体持有图景的理由。无论给予是不是比接受更好，模式化原则的

^⑳ 凌维慈：《比较法视野中的八二宪法社会权条款》，载《华东政法大学学报》2012年第6期，第98页。

^㉑ Schachter v. R. (1990), 66 D.L.R. (4th) 635, 108 N.R. 123 (F.C.A.).

^㉒ 王锴：《环境权在基本权利体系中的展开》，载《政治与法律》2019年第10期，第24页。

^㉓ 参见前引^⑳，刘馨宇文，第785页。

^㉔ 前引^⑳，赵宏文，第26页。

^㉕ 李广德：《社会权司法化的正当性挑战及其出路》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2022年第2期，第163页。

^㉖ [美] 罗伯特·诺齐克：《无政府、国家和乌托邦》，姚大志译，中国社会科学出版社2008年版，前言第3页。

倡导者都完全忽视了给予”。^⑤这也就是说，社会给付请求权的权利人通常是社会处境较差者，其所要求的是国家必须提供自己原先并不拥有的物质条件或福利，但这种提供并非是凭空创造的，而是通过征税将国家财富以社会化分配的方式来完成。因此，如果承认公民享有社会给付请求权，则在国家自己不足以履行给付义务时，势必借助对于经济或社会的系统管制，以确保此一给付请求权的实现，从而导致此一给付请求权与其他基本权的冲突。在这个意义上，旨在保障人权的力量，却可能会成为威胁人权的力量。^⑥

其次，国家财政资源的有限性。通常而言，自由权和社会权的一个本质差异就在于：自由权具有“绝对性”“直接性”，这是因为其主要内容是设定国家负有不可侵犯、干涉个人自由的义务，这些权利并不需要花费国家财政资源就能实现，是“免费”的；相反，社会权则具有“相对性”“过程性”，因为社会权被理解为国家有义务向个人提供福利，是“昂贵”的，受到国家现有资源的制约，社会权只是国家逐渐实现的目标。^⑦因此，自由权当然具有请求国家消极不干预的功能，而社会权的给付请求功能相应地必然会受到国家财政资源的制约。权利绝对不能超过社会的经济结构以及由经济结构制约的社会的文化发展。我国《宪法》在第十四条就明确规定，国家建立健全同经济发展水平相适应的社会保障制度。循此逻辑，我国的社会给付水平与经济发展水平、国家财政资源直接相关，可以说，没有充足高效的经济发展和财政资金的支持，社会给付将难以有效开展。因此，社会给付请求权的实现必然会导致国家财政支出，国家财政上承担的可能性就逐渐被认为构成公民给付请求权事实上的界限。

再次，社会给付请求权本身内容的抽象性。社会给付请求权是否具有可诉性，一个较大的争议在于其自身内容的抽象性。社会给付请求权能否充分实现的前提在于对其所请求给付的具体内容（种类、范围与额度）的认定。由于社会给付请求的内容会随着一国的生产力水平以及与之相适应的经济、社会和文化水平的发展而不断变化，需要立法机关通过具体的法律法规作出认定，并适时调整。因此，立法机关在此问题上享有极大的形成自由。立法者通常只能对社会给付的内容给出一个大致方向指引，从而导致社会给付请求权具有强烈的抽象性，难以提供足够的判定基准。正是在这个意义上，法院往往将社会给付概括地视为裁量性给付，其倾向认为此类权利之实现必须仰赖于社会政策与财务状况，即使在有明确的法律依据的情形下仍然会否定其权利性格^⑧。退一步来说，就算肯认公民享有宪法上的社会给付请求权，并可以向司法机关请求救济，但由于社会给付请求权所诉求的标的太过广泛、抽象，即使司法机关对其他国家机关作出具有拘束力的不利裁判，也无法给予当事人一个内容明晰的权利主张，因而仍然需要通过相关国家机关创设才能形成。

最后，国家权限分配带来的问题。面对公民的社会给付请求权，国家立法机关或行政机关完全不作为或不完全作为，公民可否请求司法机关介入审查？司法机关可以介入审查到何种程度？如果司法机关对此作出违宪宣告，是否违背司法机关与国家其他机关的权力分立原则？显然，将社会给付请求权纳入法院裁判中有违背分权原则的嫌疑。因此，肯认社会给付请求权可诉性最具争议性的一点可能在于，法院基于司法特性与权力分立的考量，难以通过裁判来赋予当事人一项具体明确的

^⑤ 参见前引④，罗伯特·诺齐克书，第201页。

^⑥ 姜峰：《权利宪法化的隐忧：以社会权为中心的思考》，载《清华法学》2010年第5期，第51页。

^⑦ 何平：《社会救助权研究》，湖南大学2010年博士学位论文，第109-110页。

^⑧ 例如在李小林等人与重庆市云阳县人民政府履行法定职责一案中，重庆市高级人民法院依据《无障碍建设条例》的规定明确认为，行政机关履行编制无障碍设施改造计划并组织实施的法定职责应基于保障社会成员平等参与社会生活的公共利益等考量因素而进行，而非根据公民个人利益保护的申请而进行，即公民个人并不具有因自身利益保护需要而要求行政机关履行该职责的法定请求权。参见重庆市高级人民法院（2018）渝行终5号行政裁定书。

权利。一旦肯定公民可以直接依据宪法相关条款向国家请求社会给付，就会要求法院命令国家承担大量的积极行为和资源保证，将使得法院的裁判成为一种政策决定，体现的乃是一种司法万能主义的理念倾向。由于司法不掌握任何财政权^③，法官也不是经济学家或公共政策专家，结果自然是导致社会政策的决定权限由立法机关转移至司法机关，从而违反宪法上对于国家权限安排的基本构造。

（二）社会给付请求权可诉性的理论省思

虽然社会给付的具体实践应当交由立法者予以落实，但若只由法律层次来全权贯彻，宪法的相关条款则只会沦为“立法的方针指示”，而无任何“规范拘束力”可言，如此，立宪者的立宪意旨即被矮化淡化。^④为使得社会给付请求权真正落实下去，与国家积极的给付义务相对应的公民给付请求权就应当在可诉性上获得肯认与实现。因此，有必要重新省思上述传统的四重质疑，以消除对社会给付请求权可诉性的“误解”。

其一，虽然学说大多反对将社会给付请求权上升至宪法层面，但国民最低生存保障请求权普遍地被认为是一项特例而获得认可。换言之，虽然社会给付请求权的享有需要由立法者的形成自由来具体落实，但如果社会给付法律对公民最低限度的生存保障都未能实现时，无法自我维持生活的公民即可直接主张宪法上的社会给付请求权，直接要求国家提供符合最低生活标准的给付。德国联邦宪法法院近年来透过基本法第1条第1项的人性尊严条款与第20条第1项的社会国原则的结合适用为规范基础，进而明确地承认“最低生存保障”具有主观法效力，个人可以据此权利得以通过司法救济的管道要求国家履行必要的义务。^⑤虽然当前我国已有与社会救助相关的立法措施，因而公民可以请求国家对其最低生存予以保障，但在已有法律依据的情况下，不能直接援引《宪法》第四十五条的规定来主张给付请求权；然而，这也不意味着只要有立法就可以满足宪法要求——以确保生存为目的的给付措施，其给付额度是否足够、条件限制是否合理等仍需接受生存权的检验^⑥。在此，学界达成的共识是，应当在宪法中明确最低限度的社会给付请求权，即最低生活保障给付请求权，作为宪法解释和个案中法官解释法律与补充法律漏洞的指导原则。不过，由于最低生活保障请求权内容仍然具有抽象性，其具体化带有政策考量的问题，因此司法机关只能做出适法性决定，不能直接要求行政机关做出特定的给付内容。

其二，权利和权利之间存在冲突是法学领域常见的现象，立法者对此须做法益均衡考量，进而决定各个权利行使的界限。正确地界定权利之间的涵义、层级和权限，乃是法律解释的主要任务。因此，社会权的给付请求权功能导致基本权之间产生冲突属于权利冲突的正常现象。

其三，国家财政资源的稀缺性不能成为扼杀社会给付请求权的借口^⑦。所有基本权的保障都需要国家财政能力的支持，都要消耗社会资源，而并非只有社会给付请求权的保障代价昂贵。事实上，社会给付请求权的权利人大多为社会上的弱势群体，国家为其提供给付，通常被认为不至于会导致国家财政的过度负担。并且，社会给付请求权的享有往往以个人的自我责任为前提和界限，对事实上的自由条件的满足，应当由个人自己负责，而非完全依赖国家的给付行为；否则，公民处处形成对国家的依赖，国家成为公民的恩惠者，个人自我负责的人格和自我发展的动力均将丧失。因此，国家只有在个人丧失自我责任，难以通过自己维持生活时，才提供一定限度的给付，而不必对

^③ 参见前引^⑧，张翔书，第85页。

^④ 参见前引^⑨，陈新民书，第120页。

^⑤ BVerfGE 125, 175 (222 ff.).

^⑥ 参见前引^⑩，蔡维音书，第85页。

^⑦ See Susannah Camic Tahk, *The New Welfare Rights*, 83 Brook. Law Review. 875 (2018).

所有的请求都予以相应的给付。这样的责任顺位安排意味着公民不能滥用社会给付请求权，从而也不至于导致司法机关侵犯立法机关的预算决定权限。

其四，公民享有宪法上的社会给付请求权最大争议之一是权利本身的抽象性。虽然社会给付请求权本身具有抽象性的特征，但这并不能导致社会给付请求权可诉性的根本否定。社会给付请求权内容抽象性的重要原因在于，宪法相关条款虽然要求国家积极地维护社会公共利益，但却并未明确规定为具体的个人利益提供给付义务，从而导致所有对个人利益的给付都仅仅是反射作用。因此，特定的相对人可能会因为国家客观行政行为而受益，但是并不因此享有针对国家或其他公权力主体的请求权。^④然而，现代宪法已经出色地将国家行政活动转向到与共同利益相关的个人利益之上，从而就会赋予个人要求国家积极履行义务的请求权，包括积极提供社会给付的请求权。^⑤质言之，在公民个人有具体利益受损时，可请求国家提供具体的给付，并向法院寻求救济。加之，由于我国社会救助和社会保险等基本社会法律制度已大致形成，国家实际上并没作为和不作为的问题，因此《宪法》第四十五条的物质帮助权应当能推出给付请求权。不过，这并不意味着以物质帮助权为根据的给付请求可以无止尽地扩张，对弱势群体的社会给付仍应以恢复其自我责任或给付前的生活水准为界限，以防止国家财政的过度负担，尤其是防止给其他非受照顾群体造成过度负担。

其五，国家权限分配的问题。承认公民在宪法上享有社会给付请求权，虽然在事实层面上会导致国家财政资源的分配权限由立法机关转移到司法机关，但在评价层面上是否可以得出这种权限转移就是违宪，则有进一步讨论的空间。尤其是在当今司法权的内涵已经并非单纯、被动地适用、解释法律的情况下，更是如此。对此，联合国经济、社会和文化权利委员会就认为，“虽然应当将资源分配的事务交给政治当局而不是法院处理，但应当承认，法院通常已经介入其中；将经济、社会和文化权利进行严格分类，使其从定义上超出法院的管辖范围，这将是武断的，也将大大削弱法院保护社会上最弱势和处境不利群体权利的能力”。^⑥学者 Robert Alexy 进一步指出，尽管立法机关的预算决定权限有民主正当性，因而应当予以尊重，但这并不能推导出宪法上社会给付请求权可诉性的全部否定，在此所涉及的是一个不同法律原则间的衡量问题，即事实自由原则和其他宪法原则的衡量问题。^⑦事实上，一方面，权力严格分立只是孟德斯鸠理论意义上的一种理想状态。法院介入国家财政资源的分配等政治问题，并不一定会直接破坏立法权和行政权，问题的关键是如何合理地平衡这个过程三种权力；且从当前的理论与实践趋势来看，现代司法权在逐渐扩张。另一方面，从法院本身的司法哲学和功能形态来看，一直存在司法能动主义和司法克制主义两种类型。在前者的要求下，法官会以积极作为的态度介入政治事务，积极保护公民权利，扩大法院的管辖权。^⑧具体而言，在当前的社会给付领域中，公民的基本生活需求往往已被层层授权且相互援引的法规所密集覆盖，因此一旦公民出现生存危机，面对的并不是没有法规的真空状态；然而，这些法规所规定的种种给付要件有保护不足或规范漏洞之存在。处于迫切困境之下的公民，自然无法等到修法来填

^④ [德] 汉斯·J. 沃尔夫、奥托·巴霍夫、罗尔夫·施托贝尔：《行政法》（第一卷），高家伟译，商务印书馆 2002 年版，第 374 页。

^⑤ 虽然一切国行为都是服务于共同利益的行为，但如果发生了共同利益和个人利益的重合，并且国家承认了这种利益的一致性，那么国家就会赋予个人要求国家行动的请求权，并向个人提供实现这些请求权的法律手段。参见前引^⑤，格奥格·耶利内克书，第 104 页。例如，《德国环境信息法》第 3 条第 1 款规定了获得环境信息的请求权，这类不以个体或私人利益为前提和目的的公法请求权的赋予，是促进个体利益和公共利益协调和良性互动、实现善治的重要举措。参见前引^⑥，徐以祥文，第 31 页。因此，社会给付请求权也可为了抽象的公共利益而存在，不一定要具体为个人利益。

^⑥ Michael Fordham, *Social Rights*, 18 *Judicial. Review*. 379 (2013).

^⑦ Robert Alexy, *Zum Begriff des Rechtsprinzips*, in: *Rechtstheorie Beiheft* 1, 1979, S. 83f.

^⑧ 参见前引^③，李广德文，第 163 页。

补其生存所需，此时通过发挥司法能动主义之价值，不仅可以较好地满足公民迫切的生存需求，而且也不会对权力分立原则产生重大影响。

五、社会给付请求权的司法实现

从社会给付的具体分类来看，由于本身的复杂性，其实现背后往往涉及繁杂的法律规范、不同权利主体之间的利益衡量和裁量判断上价值取舍等问题。当国家没有积极履行给付义务时，公民直接依据诉诸内容较为抽象的社会给付请求权，究竟能得出何种法律上的主张与判断实有疑问。因此，并不是赋予基本权主观法效力就能使社会给付请求权得以实现，必须缩小适用范围，逐一加以判断。一般而言，社会给付请求权由于自身的抽象性和国家权限分配的问题，从而导致司法机关无法在公民权利受损时为其做出直接提供给付的裁判。然而，在司法实践中，法院利用自身的权威，对社会给付请求权逐渐形成了财产权保障和程序保障两条路径，从而可以更好地促使立法机关和行政机关积极地履行义务、保障受领给付人的权利。

（一）社会给付请求权的财产权保障

从社会法的分类来看，社会保险、社会促进、社会补偿和社会救助之间各自的原理、给付形态和财务结构并不相同。社会保险的权利资格来自先前的自我缴费，因而具有相当的对价性给付关系；而社会促进、社会补偿和社会救助的权利资格往往来自社会成员的身份，不需要事先的费用缴纳，因而也被称为“免费的午餐”。正是在这样的意义上，“在以参保和缴费为前提条件的社会保险给付中，被保险人的给付请求权实现的是私法上的个体价值；而在不以缴费为前提的社会给付中，公民基于身份和自己所处的状况要求国家给付的制度属于公法性质的给付行政制度”^④。

基于此，德国宪法在判决上发展出以公法请求权是否具有相当私有财产权之强度，来认定此种社会给付是否属于宪法所保障的财产权范畴。1980年德国联邦宪法法院在一起案例判决中认为，社会给付请求权可以作为宪法上的财产权所保障的标的，其判断基准为：“透过相当自我给付”、“具有个人支配性”以及“生存保障”。首先，关于透过相当自我给付，社会保险制度通常建立在其个人责任的私法性基础上，参保人并非单向性地受领给付，更重要的是要先履行缴费责任，这种先前的缴费具有保险性与一定程度的交易性，是参保人请求社会保险人承担保险给付的前提。其次，具有私使用性主要是指参保人对社会保险给付的期待利益和保险待遇表现为金钱、物质或服务的最终给付，可以像财产权利一样自由支配。最后，生存权保障主要着眼于大多数国民生存的经济基础有赖于具有工资替代功能的社会保险给付。

不仅如此，德国联邦宪法法院为充分实现社会给付请求权，还发展出一套“层级化财产权保障”理论，也就是说，并非所有具有对价给付的社会给付请求权都能获得相同程度的财产权保障。在社会保险投保年资、投保薪资和所得替代率这三项变因中，投保薪资反映的是被保险人对社会保险的贡献程度，是个人关联要素。因此，政府补助的比例越低，被保险人自己负担的比例就越高，被保险人个人关联性越高，越符合财产权中的个人先前缴费的要件，受到财产权保障的程度也越强；相反，如果政府负担的保费越高，就越具有社会重分配的效果，就此立法者的形成空间就越大，被保险人的社会给付请求权受财产权保障的程度也就越低。可见，社会保险给付请求权具有财产价值，应当作为宪法上的财产权被保护。相对的，由于社会促进、社会补偿和社会救助缺乏保费与

^④ 娄宇：《社会保障法请求权体系之架构》，中国政法大学出版社2017年版，第6页。

给付请求权之间的个人关联,就不在财产权保障范畴内。因此,国家在依据财政状况等事由对社会保险给付法律关系进行调整时都会涉及财产权保障的问题。这也就意味着,当立法机关对社会保险给付请求权作出的具体规范有违背宪法财产权保障意旨的嫌疑时,司法机关可以从财产权保障的视角来作出裁判。应当说,将社会给付请求权中的社会保险给付请求权定性为财产权,并通过财产权的保障充分来实现社会给付请求权可诉性,具有较大可行性。虽然这一司法实现路径在定义上或许已经脱离了狭义的社会给付请求权之界定,但有助于通过司法行为来促成公民基本权的实现。

(二) 社会给付请求权的程序保障

社会给付请求权可诉性的前提关键在于对其请求权的具体内容,也即社会给付标准的认定。基于国家权限的分配,作为民意代表的立法机关对此享有较大的形成自由,司法机关无权进行干涉,即使立法机关存在肆意认定的可能,司法机关也应当予以尊重。换言之,社会给付请求权的规范要件首先必须透过立法中积极制定法律来促使其于最大限度内予以具体实现,但如果立法者不能满足宪法的要求,以审判为本职的司法机关在面对立法者的懈怠行为时能否取而代之,则难以决断。2010年德国联邦宪法法院作出的备受赞誉的“Hartz IV”判决^⑤对此进行了有力的回应,即立法机关在决定社会给付标准上的形成自由并非完全不受限制,其并非绝对的法律原则。

为避免权力分立原则下司法机关的越权问题,法院对社会给付请求权所请求的具体内容,虽然仍须交由立法机关自行决定,但是也不能完全放任自由。司法机关在维持保守态度的情况下,对社会救助法应该采取何种测算标准与方式才属合理以及通过社会救助法应该达到什么程度的社会重分配效果,均未作出实质判断,而是在尊重立法机关形成自由的前提下,转而强调逻辑一贯性和决策透明性,从而通过程序审查的方式以保障公民社会给付请求权的充分实现。因此,这种“以程序取代实质”的方式,巧妙地改变了社会给付请求权实现过程中容易导致司法权侵犯立法权和行政权的观点,小心地避开了权力分立原则的险滩。通过这种程序保障,立法者必须提出调查和制定社会给付标准的方法、所引用的数据,使其决策过程透明化,从而给法院审查国家所制定的社会给付法律是否落实了公民宪法上的社会给付请求权提供了着力点。

事实上,我国立法机关在确定社会给付请求权的具体内容和最低基准时,比较欠缺证实依据和详细的程序说明,这往往会严重削弱社会给付请求权的权利基础。社会给付请求权作为公法请求权的一环,不像私法请求权主要通过以私人自治为主导的程序来实现,^⑥其实现需要通过法律预设的程序来实现。鉴于我国宪制框架和人民法院的定位,“以程序替代实质”的司法救济方式能较好地为我国公民的社会给付请求权提供最后一道防线。循此逻辑,社会给付请求权的给付内容、种类和范围都不明确,需要经过我国立法机关的决定加以具体化。如果有相关法律在社会给付请求权作出规范时,如国务院《城市居民最低生活保障条例》第二条规定,“符合标准的城市居民有从当地人民政府获得基本生活物质帮助的权利”,公民不能舍弃法规直接依据宪法上的规定来行使社会给付

^⑤ 该案原告为失业求职者及其妻子、未成年子女三人,他们主张依照社会法典第2编规定所获得的生活扶助金根本不足以维持生活最低需求,也没有顾及未成年子女的额外需求,遂向黑森邦社会法院提起诉讼,法院暂时停止诉讼程序,请求联邦宪法法院就社会法典第2编相关规定的合宪性进行审查。德国联邦宪法法院认为,社会法典第2编相关规定的给付标准依据1998年的所得及消费水准订定,没有反映2005年的经济状况,应属违宪;并且,立法者没有调查与父母共同生活的未成年子女的实际需求,仅以标准额乘以一定比例计算,这一点也违反了最低生存权的保障理念,因为子女为不同于父母的独立权利主体,未成年人不等于“小份”的成年人,除衣食住行等标准需求外,未成年子女在成长、求学过程中的特殊需求,如上学需要的书籍、文具等等,立法者也应当分别予以考虑。See Stefanie Egidy, *The Fundamental Right to the Guarantee of a Subsistence Minimum in the Hartz IV Decision of the German Federal Constitutional Court*, 12 German Law Journal.1 (1961).

^⑥ 参见前引④, 娄宇书, 第68页。

请求权；只有在法律解释仍无法达到最低公民社会给付请求权保障时，公民才可援引宪法作为社会给付请求权的依据向法院请求给付。此时，法院作为保障我国公民社会给付请求权的最后一环，由于国家权限的分配，虽然不能通过裁判强制立法机关和行政机关履行义务，但是可以通过认定立法机关和行政机关相关的程序行为违法来督促其积极履行职责。

结语

21世纪将会是社会权的保障获得飞跃性发展的世纪，具体来说，更是生存权以及生存权性质侧面的社会权等一系列宪法性权利获得坚实保障的世纪。^②我国《宪法》第一条第二款规定，“社会主义制度是中华人民共和国的根本制度”，从而确立了“社会主义原则”这一宪法根本原则，它天然包含着扶助经济生活中的弱者、维护社会正义和社会平衡的精神。^③国家应当积极履行实现社会安全和社会正义的义务，努力创造条件提供生存照顾给付。在这样的背景下，厘清、肯认社会给付请求权的内涵与宪法基础，并探寻其在财产权保障和程序保障两个方面可能的司法实现路径，对落实我国现阶段立法者的积极职责，促进社会法的成熟发展，以及保障社会给付法律关系中受领给付人的权利，具有重要的现实意义。

Abstract: It is a new and important issue for the development of the state, individuals and social law to explore the concept and connotation of the right to claim for social payment, the constitutional basis and how to guarantee and realize it. Theoretically, the right to claim for social payment can be derived directly from the provisions of social rights in China's constitution, or indirectly from the provisions of freedom and equal rights. Most scholars have reservations about whether the social right has the subjective legal effect at the same time, and then basically deny that the claim for social payment is actionable. The main reason is that the judiciary will face four obstacles when judging relevant cases: the conflict between basic rights, the limited national financial resources, the abstractness of the right itself and the court erodes the separation of powers. Although the institutional limitations do exist, if we deny the actionability of all social payment claims in a general way based on the institutional principle of form, it is suspected that it is too quick to judge and ignores the unique value and function of the judiciary. In order to prevent China's citizens' right to claim for social payment from becoming a painting cake to satisfy hunger, we can explore its possible judicial realization from two aspects: the protection of property rights and procedural protection.

Key Words: The Right to Claim for Social Payment; The Right to Claim in Public Laws; Constitutional Basis; Basic Survival Guarantee

(责任编辑：陇 西)

^② [日] 大须贺明：《生存权论》，林浩译，法律出版社2001年版，第304页。

^③ 张翔：《财产权的社会义务》，载《中国社会科学》2012年第9期，第110页。

民法典签署制度纵横论

周清林*

内容提要：《民法典》第四百九十条旨在确认当事人以合同书形式订立合同时的成立时间。为准确适用该条，需要进行体系化解释和精细化构造。当事人是否采用合同书，取决于当事人约定。书面形式包括合同书，合同书包括确认书。确认书签署并无特别之处，因此确认书成立条款应当按照合同书理解。签署旨在确认合同条款，签名、盖章与按指印之间为确认意思之表示，应根据合同自由理解签署方式。签名只需名字具有识别性，且签名只对其上或其前文字产生效力覆盖。盖章与签名一样，在于确证当事人对合同条款认可。理论与实务上都需要区分不同印章类型，以认定当事人是否具有订约意思。举证责任上，需要区分举证对象为“章”还是“盖”而有所不同。

关键词：合同书 签署制度 签名 盖章 合同成立

DOI：10.19350/j.cnki.fzsh.2023.04.006

相较于以往合同书签署规范，《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第四百九十条^①（以下简称“第四百九十条”）有三大改变。第一，消解了《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）第三十六条^②，将之与第四百九十条合并。合并之后，书面形式与合同书合为一处，节约了法条成本。第二，消解了《合同法》第三十七条^③，将之与第四百九十条合并，使得合同书签署的补救体系在同一个条文中呈现。第三，采纳《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》（法释〔2009〕5号）（以下简称《合同法司法解释二》）第五条^④，在合同书签署方式上增加了“按指印”一项，将《合同法》第三十二条的“签字、盖章”两项扩充为三项（下文将“签名、盖章与按指印”简称为“签署”）。可以说，《民法典》主要针对《合同法》法条间关系进行了体系化整合，对制度具体内容几乎未有改动。易言之，存量重组并未带来制度增量，以往制度适用中的问题并未因此次整合而有改善。具体而言，第四百九十条在体系化和具体化上都存

* 西南政法大学民商法学院教授，西南政法大学最高人民法院应用法研究基地民商事案件研究中心研究员。

- ① 《民法典》第四百九十条：当事人采用合同书形式订立合同的，自当事人均签名、盖章或者按指印时合同成立。在签名、盖章或者按指印之前，当事人一方已经履行主要义务，对方接受时，该合同成立。法律、行政法规规定或者当事人约定合同应当采用书面形式订立，当事人未采用书面形式但是一方已经履行主要义务，对方接受时，该合同成立。
- ② 《合同法》第三十六条：法律、行政法规规定或者当事人约定采用书面形式订立合同，当事人未采用书面形式但一方已经履行主要义务，对方接受的，该合同成立。
- ③ 《合同法》第三十七条：采用合同书形式订立合同，在签字或者盖章之前，当事人一方已经履行主要义务，对方接受的，该合同成立。
- ④ 《合同法司法解释二》第五条：当事人采用合同书形式订立合同的，应当签字或者盖章。当事人在合同书上摁手印的，人民法院应当认定其具有与签字或者盖章同等的法律效力。

在一定问题，其体系问题表现为两点：第一，未能妥善处理合同书与确认书的关系。如果合同书与确认书同一，即确认书属于合同书，则第四百九十一条的“签订确认书时合同成立”之“签订”可以按照第四百九十条的“自当事人均签名、盖章或者按指印时合同成立”理解。反之，如果合同书与确认书并不同一，则第四百九十一条的“签订确认书时合同成立”之“签订”需要作出具体规定，否则必为适用带来困难。进一步推导，倘若合同书与确认书同一且确认书成立适用合同书成立的签署规则，那么确认书在成立上与合同书便没有差异。此时，单独规定合同确认书的成立在法律制度上就没有必要。第二，第四百九十条未能从逻辑上妥善处理书面形式与合同书的关系。该条第一款规定了合同书的签署规则及其补救制度，第二款则对书面形式合同的成立规则及其补救进行了规范。该条在逻辑上并未完全理顺书面形式与合同书的关系。作为合同书上位概念的书面形式，唯有法律、行政法规规定或者当事人约定才作为合同成立的形式。此一规定模式，是否意味着一般的书面形式强制仅针对合同书而设？

《民法典》制定后，立法论视角的研究固然仍有意义，但更重要的是从解释论上研究法条的具体适用。由于第四百九十条并未增加制度具体内容，因此原有适用中的问题依然未能得以解决，具体而论有三点。第一，合同书成立时间可否因当事人约定而改变？虽然该条明确合同书自签署时成立，但实务中常有约定排除成立时间的条款，如倒签合同等。一旦合同倒签，是否意味着合同必然不成立？第二，签署的三形式及其关系问题。由于“签名、盖章或按指印”后并未添加“等”字，这是否意味着合同书只能为这三种方式所签署？如果当事人在合同书中约定“签名和盖章”时成立，这种对签署方式的特别约定会否因违反该条规定而无效？更有甚者，如果当事人因为疏忽未明确签名、盖章与指印之间的关系，如出现“本合同自当事人双方签名盖章时成立”，此时该如何理解这里的“签名盖章”？第三，签署的精细化问题。这里的问题非常多，如经过签署的空白合同书成立、未法定名称时的成立、自然人加盖印章的成立以及单位未加盖公章或合同专用章时合同书成立问题等。本文正是基于上述问题而展开。

一、合同书的体系化归位

（一）合同书的特别书面形式定位

虽然《民法典》第四百六十九条第二款规定合同书属于书面形式，但从《合同编》第二章“合同的订立”看，合同书并非一般书面形式。该章规定了四种订立合同的方式，即要约承诺方式（第四百七十一条至第四百八十九条）、合同书与确认书方式（第四百九十条与第四百九十一条）、依照国家指令订立合同方式（第四百九十四条）以及最为特别的格式条款方式（第四百九十六条至第四百九十八条）。显见，要约承诺模式为合同订立的最一般方式，无特别规定或约定，自然按照该方式认定合同成立。要约承诺作为一种订立合同的方式，既可以选择口头形式，也可以按照书面形式或者其他形式进行。易言之，一般的书面形式如电报、普通信件以及电子邮件等订约，《合同编》采取的是要约承诺方式，合同自承诺到达时成立。^⑤作为书面形式下形式合同书，如果没有特

^⑤ 实际上，书面形式与口头形式并不那么容易区分。一般以为，书面形式的有形载体性，是书面形式区别于口头形式的关键。只要表示在纸上或其他可以书写的材料上，以任何一种方式（手写、印刷、打字机打印）书面固定，即构成有形载体。但另有特例表明，对口头约定作书面确认，并不符合书面形式的要求。同时，对于特定书面形式，并不能通过机打等方式进行，必须亲笔手书。如《德国民法典》第2247条（自书遗嘱）第1项：被继承人可以以亲笔签名的表示立遗嘱。我国《民法典》也在第一千一百三十四条规定了自书遗嘱：自书遗嘱由遗嘱人亲笔书写，签名，注明年、月、日。参见[德]迪特尔·施瓦布：《民法导论》，郑冲译，法律出版社2006年版，第364页；[德]迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社2000年版，第465页；《德国民法典》（第5版），陈卫佐译注，法律出版社2010年版，第712页。

别规定，当然也应按照要约承诺方式认定合同成立时间。由于第四百九十条对合同书成立时间有特别规定，此时理当遵循特别规则优先一般规则的逻辑。可见，合同书虽然隶属书面形式，但第四百九十条的特别规定使之不必遵守书面形式下合同成立时间的认定标准，而按照自身逻辑确证成立。诚如学者所言，根据体系解释，合同书与确认书理应解释为合同成立的例外规则。^⑥以此总结，书面形式分为一般书面形式与特殊书面形式。合同书、确认书属于特殊书面形式，适用特殊的成立规则。

既然第四百九十条旨在规范作为特别书面形式的合同书的成立，那么将一般书面形式强制及其治愈的规则置于该条第二款便存在体系上的逻辑难题。作为对一般书面形式强制及其治愈的制度，理应统领一切书面形式订立，而非仅针对合同书。将其安排在第四百九十条第二款，会让适用者以为仅适用于合同书，为针对合同书的特别规范。严格而言，该款应当植入第四百六十九条，作为合同订立的总则性规范。即使不如此，也应当将第二款与第一款置换，将一般性规范放在前面。另外，在第四百九十条的法条内容构造上，也可以删除重复性规定。如“在签名、盖章或者按指印之前，当事人一方已经履行主要义务，对方接受时，该合同成立”即为重复性规定：一旦一般性书面形式规范前置性地有此治愈制度，则完全没有必要再加赘文。

（二）合同书的确认书上位概念定位

《合同法》分别在第三十二条和第三十三条规定了合同书与确认书。特殊书面形式的合同书、确认书二分，在《民法典》第四百九十条与第四百九十一条得到了延续。似乎合同书与确认书为两类独立类型的特殊书面形式。但从合同成立认定上，无论合同法还是合同编草案，都未规定确认书的特别成立形式与时间，只是笼统规定“签订确认书时合同成立”。因此，有必要讨论清楚合同书与确认书之间的关系，以此在理论上和司法适用上厘清“签订”一词的含义。为此，我们需要了解确认书产生的历史。

《中华人民共和国涉外经济合同法》（以下简称《涉外经济合同法》）第七条第一款明确规定了确认书。《合同法》第三十三条沿袭了这一做法，现被《民法典》第四百九十一条吸收。这一立法传承说明，确认书来自外贸领域。其实，签订确认书乃国际商业实践惯例。^⑦这一点也早在1999年《合同法》颁布之时胡康生主编的《中华人民共和国合同法释义》一书中得到了说明。^⑧根据当时的惯例，作为合同成立的确认书由三部分组成：1. 采用信件、数据电文等方式；2. 已经达成了协议；3. 当事人就签订确认书成立合同达成一致。由此可见，确认书的前提必是双方通过函电已经达成了一致。若就要约承诺方式而言，此时的合同已经成立，再签订确认书只能是一种成立事实的确认。因此，确认书必然否定要约承诺的方式，不按照一般的缔约方式发生合同成立效果。之所以能否定一般缔约方式，在于当事人自身的选择。可以说，确认书只是当事人选定的一种书面缔约方式。正是基于此，学者们一般都认为，确认书实际上就是合同书。^⑨由此，确认书的“签订确认书时合同成立”应适用合同书的签署规则。

^⑥ 参见朱广新：《论违背形式强制的法律后果》，载《华东政法大学学报》2009年第5期，第26页。

^⑦ 当事人通过信件、电报等方式达成协议而要求签订确认书的情形在国际商业实践中非常普遍。其基本规则是：要约方要求签订确认书的，应当与其要约同时提出，或者在其有权撤回答复的期限内送达原要约人。除要求签订确认书的一方明确表示以其一方确认和签名为准以外，确认书应当由双方当事人签名。参见关安平：《国际商法实务操作》，海洋出版社1993年版，第233页。

^⑧ 在对外贸易中，一般而言双方以函电方式达成协议后，中方往往还要提出一式两份的销售确认书，邮寄对方交换签名后，才作为合同正式成立的依据。参见胡康生主编：《中华人民共和国合同法释义》，法律出版社1999年版，第65页。

^⑨ 参见韩世远：《合同法总论》（第三版），法律出版社2011年版，第116页。

不过,我们也应当谨慎面对我国立法对确认书的规定。《涉外经济合同法》第七条第一款规定下的确认书,明确了达成协议后一方当事人要求签订确认书方可构成确认书。显然,该法的确认只是针对合同是否成立的确认,并不针对合同内容。《合同法》第三十三条否定了“达成协议”这一前提条件,明确了当事人通过信件、数据电文等只是订立合同,并未成立合同。这说明,当事人在合同内容没有达成一致时也可以要求签订确认书。如此即偏离了确认书只是确认合同是否成立的原有方向,接纳了内容确认。《民法典》第四百九十一条大体上延续了合同法模式,不再以协议达成作为确认书的前提。由此,确认书必然类型化为成立确认与内容确认。^⑩一般所谓的确认书皆指成立确认书,未签署确认书即合同不成立。由上,如果我们只从合同成立认定上回答合同书与确认书关系,从而将确认书限定在成立确认而非内容确认上,则确认书不具备独立存在的合法性,其实质为合同书。同时,在“合同的订立”一章里,确认书也只应规范成立确认,没有必要对内容确认进行规范。基于此,第四百九十一条实属多余。

(三) 合同书的约定强制定位

合同书的书面形式定位并不意味着合同书采用要式主义规范。书面形式可能是要式的,也有可能不要式。要式与否区分的关键,在于是否以一定形式作为成立或者生效要件。^⑪除非法律、行政法规明确进行书面形式强制,否则皆为不要式行为。

《合同法》第十条第一款规定,合同订立以不要式为原则而要式为例外。^⑫因此,当事人可以自由选择书面形式、口头形式以及其他形式订立合同。不过,该条第二款也明确,如果法律、行政法规规定或者当事人约定采用书面形式时则应当采用书面形式。由此,书面形式强制只发生在法律、行政法规规定以及当事人约定下。作为书面形式之一的合同书,除非法律、行政法规有更明确的规定,或者当事人有更明确的约定,否则即使有书面形式约束,当事人也可以自由地在书面形式里选择,不必然选择合同书这种书面形式。易言之,当事人适用合同书需要具备较为严苛的条件,即法律、行政法规明确规定或者当事人明确约定采用合同书,否则当事人在合同订立形式上不受限制。通观《民法典》,明确涉及合同书的只有第四百六十九条、第四百九十条与第四百九十三条。此外所有关涉书面形式的制度性条款皆未指向合同书,仅一般性地表达为“书面形式”。至少就《民法典》来看,法律并未明确具体制度对合同书的采用。若以此论断,合同书的采用最终取决于当事人对书面形式的进一步约定。这也是第四百九十条第一款规定“当事人采用合同书形式订立合同”的规范来由。

二、签署的宏观认定与法条改造

(一) 签署的意义

签署不创设任何具体合同内容,更不创设一个新的合同,只是对已经达成一致的合同条款的确

^⑩ 学界对此应当是达成了共识。参见李永军:《合同法》,法律出版社2004年版,第138页。

^⑪ 学者以为,要式行为之要式意义或为生效要件,或为成立及宣示要件,甚至有时还为证据要件。参见龙卫球:《民法总论》,中国法制出版社2001年版,第497页。

^⑫ 一般认为,“关于合同的形式,我国原来的三大合同法都采用形式强制主义,规定合同须采用书面形式。民法通则采用形式自由主义。合同法第十条基本上沿袭了民法通则的立场,原则上采用形式自由主义,除非法律、行政法规规定某种合同须采用书面形式或者当事人约定采用书面形式”。参见杨代雄:《合同的形式瑕疵及其补正——〈合同法〉第36条的解释与完善》,载《上海财经大学学报》2011年第6期,第42页。

认。正常逻辑言之，须先有合同条款，后才有对合同条款的确认。然新颖的生活实践常常与此相反。若先有空白合同书签署而后有合同条款，此时签署是否还能确认合同内容？“青海民族用品厂等与中国银行股份有限公司青海省分行借款担保纠纷上诉案”里，最高人民法院判决认定经过签署的空白合同书具有法律效力。^⑬ 布洛克斯与瓦尔克也认为，即使合同文本没有内容但有签名，经过签名的空白合同书同样具有约束力。^⑭ 弗卢梅对此表示了赞同。他认为，书面形式的做成可以空白署名方式进行。给予他人空白文书在性质上等同于意定授权委托书，构成有权代理。反之，若空白文书并非从签发人处获得而为自己违法所取，则构成无权代理。^⑮ 可见，签署虽然是对合同条款的确认，但不一定是对事先存在的合同条款的确认。只要合同书上有签署，不论该合同条款先于还是后于签署，都应视为签署者确认了合同条款。

（二）签署类型的本质与法条改造

签署类型在我国立法史上并非静态式存在，而呈现为一个动态过程。1950年《机关、国营企业、合作社签订合同契约暂行办法》第二条规定，凡不能即时清结之合同皆须签订。不过，该办法并未明确签订的含义。改革开放后颁行的《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）亦未具体规定经济合同的签订。根据《合同法》制定的《建筑安装工程承包合同条例》（国发〔1983〕122号）、《农副产品购销合同条例》（国发〔1984〕15号）、《加工承揽合同条例》（国发〔1984〕182号），也未对此进行规范。不过，同样依据《合同法》制定的《工矿产品购销合同条例》（国发〔1984〕15号）第四条与《仓储保管合同实施细则》（〔85〕国函字152号）第五条，却明确了签名与盖章签订方式。《涉外经济合同法》第七条第一款则只认可签名这一签订方式。《中华人民共和国合同法》（以下简称《技术合同法》）第十条认可签名、盖章皆可成为合同签订方式。《合同法》第三十二条明确合同书签订方式为签名与盖章。《合同法司法解释二》第五条增加了“摁手印”项，从此合同书签订方式变更为“签名、盖章与摁手印”三项。《民法典》第四百九十条基本沿袭了《合同法司法解释二》第五条的做法。^⑯

上述立法演进表明，我们需要深入探寻签署的本质去理解签署方式，从而厘清立法逻辑。除《涉外经济合同法》只认可签名情有可原外^⑰，一般立法都封闭式地认可签名、盖章两项或者签名、盖章与按指印三项。这应当是没有理解签署本质所致。签署作为对合同条款确认的方式，本质为确认意思的外在表示方式。只要法律认可当事人确认意思自由，则其外在表示方式也不应受到限制。无论是《合同法》第三十二条的签名、盖章还是司法解释及《民法典》的签名、盖章与按指印，其意图皆在将当事人确认意思封闭在特定方式上，是对确认自由意思的限制。倘若当事人没有签名、

^⑬ 在该份判决中，最高人民法院认为，“即使两抵押人上述出具空白合同的说法成立，两抵押人对于其出具的空白合同、抵押物清单的目的是用于签定抵押合同是清楚的，其交付抵押物权利凭证的目的也是明确的。抵押人并没有声明出具空白合同后至签订抵押合同尚需再行商讨。相反，如果需要，提前盖章的行为就没有了意义”，因而据此判决抵押合同成立。参见最高人民法院（2006）民二终字第7号民事判决书。

^⑭ 参见 [德] 汉斯·布洛克斯、沃尔夫·迪特里希·瓦尔克：《德国民法总论》，张艳译，杨大可校，中国人民大学出版社2012年版，第198页。

^⑮ 参见 [德] 维尔纳·弗卢梅：《法律行为论》，迟颖译，法律出版社2013年版，第295-296页。

^⑯ 之所以说是基本沿袭，是因为《民法典》第四百九十条以“按指印”取代了《合同法司法解释二》的“摁手印”。这一取代也许考虑到，“摁手印”包括但不限于“按指印”，可能涉及手掌等非手指印。

^⑰ 因为国际上一般只采取签名方式而不采用盖章。以德国民法规范的书面合同为例。《德国民法典》第126条第1款规定：“书面形式为法律所规定的，证书必须由做成证书的人以亲笔签名或借助于经公证认证的画押加以签押”。参见前引⑤，陈卫佐译注书，第46页。其中并无盖章要求。盖章为深具中国特色的签订合同方式，因为中国具有“因印生信”的文化传统。

盖章或按指印,但采取了其他确认方式,此时直接否定其对合同条款的确认恐怕不符合法理。基于此,我们应当依循签署本质,从签署的确认意思表示方式入手,开放签署类型以保护当事人意思自由。为此,可以考虑将《民法典》第四百九十条第一款改造为:“当事人采用合同书形式订立合同的,自当事人全部签名、盖章或者按指印等时合同成立。”

(三) 签署下合同成立时间与约定例外

第四百九十条规定,以合同书形式订立合同的,合同成立时间为签署之日。有学者认为,该条属于当事人不得违背的强行性规定且为效力型强制性规定,当事人一旦通过约定违反,则约定无效而仍从签署时间认定合同成立。^⑮对此,我们需要立足于法条规定以及合同法精神予以讨论。

第四百九十条并未采用“应当”“不得”等任何强制性词语规范合同成立时间。强行将此条款理解为强制性规范,至少不符合其字面含义。若从合同法基本精神论,如此理解更是与之相悖。合同法强调合同自由,除非法律、行政法规有强制性明文规定,否则不得对当事人合同自由予以任何限制。根据合同自由,当事人可以根据双方意思表示对合同成立时间予以确定,正如当事人可以通过附条件或者附期限方式对合同生效予以确定一样。因此,虽然第四百九十条规定了合同成立时间为签署之时,但这只是一般任意性规范,并非贯彻法律追求的公序良俗之强行性条款。当事人通过约定对其改变,并不为该条所禁止。据此,当事人可以通过约定改变合同成立时间。如果当事人约定合同自条件成就之日或者期限到来之日成立的,应当按照附生效条件或期限方式对待。如果当事人倒签合同,即约定合同在签署前某个时间成立的,也应当按照当事人意思予以认定,除非有证据证明当事人通过倒签合同侵害他人利益或者规避法律制裁。^⑯总之,签署时合同成立条款仅为无约定时的一般性条款,不具有强制性。

(四) 签署类型关系间之“或者”认定及其例外

签署类型间的“或者”关系,并非我国一贯的立法传统。1984年制定的《工矿产品购销合同条例》第四条第一款规定,合同成立须由当事人的法定代表或者凭法定代表授权证明的经办人签名(盖章),并加盖单位公章或合同专用章。1985年制定的《仓储保管合同实施细则》第五条第一款规定,合同成立须由双方的法定代表或授权的经办人签名、单位盖公章或合同专用章。《技术合同法》第十条亦规定技术合同自当事人在合同上签名、盖章后成立。以此观之,我国合同书签订立法史曾强调签名与盖章两者兼具,因而构成了合同书签订上的传统。这一传统也在影响着我国的立法者与立法。如1997年颁行的《中华人民共和国合伙企业法》(以下简称《合伙企业法》)第十四条第一款规定,合伙协议经全体合伙人签名、盖章后生效。这一规定在2006年修订时未被修改,在修订后的《合伙企业法》第十九条得到了完全的遵循。可见,至少在《合伙企业法》里,合伙协议的签订需要签名与盖章兼具(签名、盖章理解为签名和盖章,下文详述),否则合伙协议将不成立。

真正突破这一立法传统的是1999年制定的《合同法》。《合同法》第三十二条将合同书签署方式间的关系定性为“或者”,从此这一“或者”关系被我国立法与司法实践严格遵循。可以说,这

^⑮ 参见王林清、杨心忠:《公司纠纷裁判精要与规则适用》,北京大学出版社2014年版,第146页。

^⑯ 最高人民法院审理的“柳州市柳港激光科技有限公司与广西富业世界资产投资开发有限公司买卖合同纠纷案”、“浙江金程实业有限公司与北部湾旅游股份有限公司光船租赁合同纠纷案”和“榆林市凯奇莱能源投资有限公司与西安地质矿产勘查开发院合作勘查合同纠纷案”,即对倒签合同效力予以了确认。分别参见最高人民法院(2014)民提字第227号民事判决书、最高人民法院(2011)民一终字第81号民事判决书和最高人民法院(2017)民申4932号民事裁定书。

也是《合同法》合同自由原则在形式要求上的具体体现。^①“或者”一词的设置决定了当事人不必接受法律的叠加限定，可以按照自己的意愿进行确认意思表示。基于这一不要式主义基础上的立法理念，《合伙企业法》第十九条应当修改，按照第四百九十条的“或者”关系进行规范。

（五）签署类型间关系约定不明时的处理

日常生活中，当事人有时不会认真对待签署类型间的“或者”关系。在“浙江顺风交通集团有限公司与深圳发展银行宁波分行借款合同纠纷案”里，合同约定协议自“签名、盖章后生效”。现一方有签名和盖章，另一方则只有签名。现宁波分行主张合同成立，而顺风公司则认定合同不成立。其争议焦点显然为“签名、盖章”中“顿号”的理解。最高人民法院从“顿号”通常具备的关系出发，认定“签名、盖章”为“签名和盖章”，因而判决合同未成立。^②在“北京大有克拉斯家具商城与中国机床总公司、北京牡丹园公寓有限公司进口代理合同纠纷案”里，当事人约定“此协议双方签名盖章后生效”。一方主张须同时“签名和盖章”，另一方则主张“签名或者盖章”。最高人民法院最终裁定协议自“签名或者盖章时生效”。^③显然，由于当事人订立合同时不仔细，并未对“签名盖章”间关系进行明确，因而定性为“约定不明”。如果根据《民法典》第五百一十条之规定仍不能确定意义，则适用《民法典》第五百一十一条。由于第五百一十一条并未涉及签署约定不明时的处理情形，此时我们应当按照该五百一十条和五百一十一条的适用逻辑进行处理，即无法由当事人意思与行为确定时则按照法律规定予以确定。虽然第五百一十一条没有规定签署不明时的处理方案，但第四百九十条的规定具体明确。因此，“签名盖章”应按照第四百九十条理解为“签名或者盖章”。

三、签名构造及其举证责任

（一）签名与确证

作为签署形式之一的签名，同样表达了确证合同文本内容的意义。易言之，第四百九十条只规定当事人在合同文本上签名，不需要当事人亲笔书写合同内容。无论合同文本是手书还是打印体，都不影响签署本身的效力。因此，如何认定签名才最关键。第四百九十条虽明确了签名这一要求，却未具体化签名的含义。当事人既有法定形式如户口本、身份证以及工商登记等下的名称，也可能有（自然人）笔名、化名甚至简称等非法定形式名称。一旦出现此类非法定名称，理论与实务又该如何认定？这需要先界定清楚签名本身的实质含义。签名为确证当事人与合同文本之间的联系，确定该文本内容为当事人所认可。如《法国民法典》第1316-4条规定：签名，表明当事人同意由此文书产生的债务。^④只要能识别出该名称为当事人所签，即可以认定当事人承认了合同文本内容。

^① 在要式的规范理念上，《经济合同法》《涉外合同法》《技术合同法》和《合同法》有很大差异。前三大合同法主要还是秉承了计划指导理念，对合同进行监管，并非以合同自由为基础强调自由流转。所以，三者对合同签订也采取了较为严苛的方式，没有采纳不要式原则立法。相关文献可以参见梁慧星：《论我国合同法律制度的计划原则与合同自由原则》，载《法学研究》1982年第4期，第44-49页；李庭鹏：《书面合同之比较研究——对我国合同形式立法的一点建议》，载《云南学术探索》1996年第3期，第65-68页；谢怀栻：《新中国的合同制度和合同法》，载《法学研究》1988年第4期，第58-66页；江平、张礼洪：《市场经济和意思自治》，载《法学研究》1993年第6期，第20-25页。

^② 参见最高人民法院（2005）民一终字第116号民事判决书。

^③ 参见最高人民法院（2013）民申字第72号民事裁定书。

^④ 参见《法国民法典》，罗结珍译，北京大学出版社2010年版。下文引用的法国民法典条文都是这个版本，后不重复此文献的来源。

由此，我们需要从合同自由角度厘清签名的含义。遵循契约自由理念，明确当事人享有签名的自由。他可以签署法定形式名称，也可以签署其他形式名称。但如果他不签署，则合同不会成立，因此在合同成立上当事人没有不签署的自由。^{②4} 当事人的签名自由给实务带来巨大难题，需要在具体情形中通过举证责任分配进行认定。

（二）签名的具体认定

当事人签名时，须亲笔手写，以此确认该名称为当事人所签。如果只是在合同文本上出现了打印的当事人名字，则不能凭此认定当事人有签名。通过摹本方式重现的亲笔签名（如传真件），也不能发生签名的效果，^{②5} 毕竟摹本存在伪造而难以识别的可能。当然，如果伪造当事人签名，则不能发生针对当事人的效力。因为伪造意味着当事人并未通过签署行为表达确认合同内容的意思，当然不能要求他承担责任，这一点为最高人民法院在“淮安龙跃建材贸易有限公司与江苏鑫盛建设工程有限公司买卖合同纠纷案”里予以了确认。^{②6} 同时，签名即签上名称，不能签头衔或者关系。如梅迪库斯指出，仅仅用某种亲属称呼、某种职称或者职位签名，是不够的，因为这些东西不是姓名。^{②7}

既然当事人签名在于识别合同主体，一般而言需要当事人签名具有个性化特征。当事人签订法定名称形式自然具有个性化特征，但如果签订的不是法定名称而为法律所未确认的形式，是否还具有个性？这需从识别性上认定。只要个性化签名能被识别为某个主体，签名即能发生合同成立效果。换言之，即使当事人签订的是笔名、假名等非法定形式名称，只要能通过这些名称确定当事人，笔名、假名同样可以起到签署真实姓名一样的效果。至于签名是否需要具备可读性，同样遵循这一道理。即使当事人采用狂草，只要能确定为其签名，认定合同成立也无异议。^{②8} 既然只要能识别签名为某个主体即可，签署主体实际上也不一定要真正签名。签署主体可以不签署姓名，只要做一个标记或者画押。譬如说，当事人可以在打印体上画一个圆圈或者其他标记。^{②9}

一般而言，签名人须本人亲自签署，不得假手他人。实务中，如果代理人没有签署自己名字而径行签被代理人名称，此时能否认定被代理人为合同主体？这取决于举证进程。假若相对方能举证证明代签的代理人确实具有代理权，此时代签发生正常签名一样的效力。^{③0} 除非相对方无法举证证明代理关系而被代理人又否认，由于无法通过鉴定将签名人与被代理人联系，法院不会支持相对方对被代理人为当事人的诉请。如果签名主体为组织体，由于组织体只能通过自然人才能签名，所以认定有权签署者最为关键。就公司而论，法定代表人或者有权代理人签名，皆为公司签名，发生针对公司的效力。在“宁夏三友顺达化工有限公司与宁夏三友环保设备制造有限公司承揽合同纠纷案”里，最高人民法院裁定只要法定代表人签名真实即为法人意思表示，无需加盖法人印章。^{③1} 但并非只要法定代表人有签名，公司就必须承担后果。倘若法定代表人以法人名义但为个人利益行为，此时需要判断相对人是否知道法定代表人是否有职权。若有证据证明相对方知道或者应当知道

^{②4} 有实务专家对此进行了讨论。参见崔拓寰：《本人签署的非典型签名与签正式姓名具有同等效力》，载《人民司法》2013年第20期，第94页。

^{②5} 前引^⑤，迪特尔·施瓦布书，第364页。

^{②6} 参见最高人民法院（2015）民申字第1675号民事裁定书。

^{②7} 参见前引^⑤，迪特尔·梅迪库斯书，第463页。

^{②8} 关于笔名、假名签署的论证，可以参见前引^④，布洛克斯与瓦尔克书，第198页；前引^⑤，迪特尔·梅迪库斯书，第463页。

^{②9} 同样的观点可以参见 [英] A.G.盖斯特：《英国合同法与案例》，张文镇等译，中国大百科全书出版社1998年版，第77页。

^{③0} 拉伦茨教授认为代理人不能代签被代理人名字，其理由乃无法通过签名将签署者与被代理人联系起来。参见 [德] 卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》（下册），王晓晔等译，法律出版社2003年版，第560页。

^{③1} 参见最高人民法院（2015）民申字第885号民事裁定书。

法定代表人明显违反职责行为，即使法定代表人有签名且以法人名义行为，也不发生约束法人的效力。最高人民法院在“宁波绣丰彩印实业有限公司、浙江杭州湾汽配机电市场经营服务有限公司、慈溪逍新投资咨询有限公司、慈溪逍新汽配贸易有限公司等合同纠纷案”里即做出了此种认定。^⑳

签名应当签署在合同文本何处才能发生签名效力，也是一个理论与实务讨论的问题点。一般以为，签名应当签署在合同文本下面或者后面，方能发生签名效力。^㉑如果在文件前面、中间或者文件旁边签署姓名，则不能发生覆盖整个文本的效力。^㉒不过，英国学者盖斯特表达了不同观点。^㉓笔者以为，根据合同签署习惯，在没有其他证据证明情况下，签名所覆盖的文本效力只能基于文本下面或者后面的签名。如果签名后面出现了内容，除非在新内容后面进行补签，否则后面的内容不发生约束当事人的效力。

（三）举证责任

在举证责任分配上，如果签署名称为法定名称，主张签名属实一方暂无需举证，相对方若否定则需要为其反驳（如主张伪造签名）承担举证责任。一旦对方主张签名伪造而无法达成一致，则需要鉴定机构进行鉴定。如果签署名称为非法定名称，则需要有主张签名一方举证证明该名称实为对方。如果该方无法证明签名与对方的联系，即使名称相似也不能主张对方为当事人。“铭艺天程国际装饰（北京）有限公司与肇晓红等装饰装修合同纠纷上诉案”里，签署者名称为“赵晓红”，但被告指向的却是“肇晓红”。由于被告身份证名字为“肇晓红”，在原告没有其他证据证明被告适格的情况下，法院断不会支持原告的诉请。^㉔同样，对于签署的标志、画押等非姓名字符，则当然由主张该字符为名称者承担举证责任。

四、盖章之法律构造及其举证责任

（一）盖章的实质意义与章的分类

盖章与签名一样，具有确证当事人的意义。合同一旦由双方当事人加盖印章，如学者所言，当事人将不必另行举证证明合同已经成立，后果是法官将不对合同是否成立进行审查。^㉕然“盖章”一词过于抽象，既不能具体指向盖何种章，也无法明确重点在“盖”还是在“章”，使得实务纠纷繁复杂乱。

根据实践情况，印章既包括备案公章、各种专用章（合同、财物、工程、技术、资料等专用章）以及经单位同意刻制使用的印章，也涵盖借用、盗窃、伪造的印章等。如果“盖章”即可确证当事人认可，是否意味着加盖任何印章皆可？显然需要区分印章种类以确认当事人是否表达订立合同意思。如果需要区分种类，又该如何区分？这是“盖章”一词无法表达的信息。另外，“盖章”由“盖”与“章”两部分组成。认定作为合同成立的意思表示方式，着重的究竟是“盖”还是“章”？如果着重于“章”，则只需合同书上存在“章”即可；若着重于“盖”，则需要强调当事人

^⑳ 参见最高人民法院（2012）民提字第208号民事判决书。

^㉑ 参见[德]哈里·韦斯特曼著、哈尔姆·彼得·韦斯特曼修订：《德国民法基本概念》（第16版·增订版），张定军等译，中国人民大学出版社2013年版，第45页。

^㉒ 前引⑤，迪特尔·施瓦布书，第364页；前引⑤，迪特尔·梅迪库斯书，第463页。

^㉓ 盖斯特认为，签名不一定签在末尾，也可以签在开端或者中间。前引②⑨，盖斯特书，第77页。

^㉔ 参见北京第一中级人民法院（2015）一中民终字第02872号民事裁定书。

^㉕ 参见马强：《合同盖章问题研究》，载《法律适用》1999年第11期，第22页。

“盖”的行为与“章”的必然联系。可见，第四百九十条若想真正得到合理遵循，须对“盖章”体系进行梳理，厘清其适用秩序。

（二）备案印章的法律意义及其举证责任

印章备案的意义在于公示。“如果该印章是注册的，该印章与印章名义人之间的联系可视为确定的法律事实”。^⑧一旦印章经过备案，意指该印章事先经过有权机关确认，该印章即为某单位印章。只要合同文本上出现该备案印章，则认定印章名义人表达了订立合同的意思。如最高人民法院在“河北裕翔文具用品有限公司与阎素娜、莫兰彬借款合同纠纷案”中指出，加盖公章属于公司行为，具有证明行为人主体、确认民事法律行为等效力。^⑨

当然，加盖备案印章并非必能确定为印章名义人真实意思。即便印章经过备案，也只能产生事实推定效力，即暂时推定印章名义人表达了订立合同的意愿。如果印章名义人想要反驳，则需要举出足够证据证明虽有备案印章加盖亦非表达真实的订立合同意思。在“内蒙古昌宇石业有限公司与陈呈浴合同纠纷案”里，最高人民法院认为，合同所加盖的印章真实并不直接等于合同的内容真实。若有证据足以否定合同内容作为印章名义人意思的真实性，法院则应当根据其他证据证明的真实意思认定，而非根据印章予以推定。^⑩可见，即使是真实印章也只是初步证据，不能以此排除印章名义人举出其他证据予以否定的可能。

根据《中华人民共和国企业法人登记管理条例》《中华人民共和国公司登记管理条例》《社会团体印章管理规定》《民办非企业单位印章管理规定》与《国务院关于国家行政机关和企业、事业单位印章的规定》以及《中华人民共和国印章管理办法》（以下简称《印章管理办法》）六个文件规定，企业法人既可以在公安机关备案，也可以在工商机关（现在的市场监管机关）备案。虽然按照《印章管理办法》第十三条规定只能在公安机关备案一枚，但没有规定在工商机关只能备案一枚，这意味着企业法人可以在工商机关备案多枚印章。由此，即使在备案印章上，实务都会出现两方面纠纷：1. 公安机关备案印章与工商机关备案印章不一致；2. 工商机关备案印章相互之间不一致。理论上，实务纠纷的关键在于是否承认工商机关备案的印章效力。若工商备案印章具有与公安备案印章一样的公示效力，只要合同文本上加盖有备案印章，即推定印章名义人表达了订立合同的意思。显然，工商机关与公安机关一样作为行政机关，通过行政备案行为对印章的确认，当然发生一样的公示效力。因此，只要印章出现在工商备案材料里，不论该印章是否与公安备案印章一致，也不论该备案印章为一枚还是多枚，都能发生印章具有的公信力。这可从最高人民法院裁定的“湖南宏欣投资有限公司与湖南鑫都大酒店有限公司、湖南腾福实业有限责任公司物权保护纠纷案”与“彭良兵与中十冶集团有限公司、广西川惠皓鼎置业发展有限公司等建设工程施工合同纠纷案”里得到印证。^⑪

（三）异常盖章及其举证责任

如果加盖备案公章为正常盖章，则加盖非备案印章为异常盖章。异常盖章在实务中类型较多，下文拟区分五个方面予以讨论。

^⑧ 参见吴永科、王颖：《合同盖章的效力探析》，载《北京联合大学学报（人文社会科学版）》，2006年第4期，第78页。

^⑨ 参见最高人民法院（2013）民申字第556号民事裁定书。

^⑩ 参见最高人民法院（2014）民提字第178号民事判决书。该案件也被收入最高人民法院的公报案例，参见《中华人民共和国最高人民法院公报》2016年第3期，第29-41页。

^⑪ 参见最高人民法院（2016）民申字第519号民事裁定书与最高人民法院（2015）民申字第1748号民事裁定书。

1. 加盖单位非备案公章。作为确证当事人意思表示的盖章，其实质在于据此认定当事人表达了订约意思。因此，公章是否备案，并不影响当事人凭借公章表达订约意思。只要印章为单位同意刻制使用，无论该印章是否备案，都能表明单位确证了合同文本中的条款。如学者言：“一般情况下，公章作为法人的信用凭证，相当于自然人的签名和指印。”^{④②}在“北京大有克拉斯家具商城与中国机床总公司、北京牡丹园公寓有限公司进口代理合同纠纷案”“邹春金与陈怀深、海南鲁泉实业有限公司、王洪英、崔传珍、陈延峰建设用地使用权纠纷案”“中国华融资产管理股份有限公司河南省分公司与中国建设银行股份有限公司珠海丽景支行票据回购纠纷案”里，最高人民法院认定了真实的非备案公章与备案公章一样发生效力。^{④③}支持这一结论的判决为数不少，如最高人民法院审理的(2017)民申字第2244号、(2016)民申字第519号、(2015)民申字第236号、(2015)民申字第2537号、(2015)民申字第426号、(2015)民申字第342号、(2013)民申字第600号民事裁定书与(2013)民提字第248号民事判决书等。

不过，在举证责任分配上，备案公章与非备案公章差异甚大。当事人想通过备案公章举证合同成立，只需要证明公章为备案公章即可，不必证明印章为单位刻制使用。但当事人若想通过非备案公章举证合同成立，则需要举证证明单位刻制这枚印章且使用。易言之，备案公章只需确认“章”，而非备案公章则需要确认“盖”。这在最高人民法院审理的“唐山军安房地产开发有限公司与李贺强等买卖合同纠纷案”与“龙口市遇家建筑工程有限公司等与中国农业银行龙口市支行等借款合同纠纷案”里得到确认。^{④④}可见，非备案印章因其不具备公示性，相对人有义务证明印章与单位之间的联系。有学者一语中的：“如果该印章没有经过注册，印章与印章名义人之间的联系就是一个待证事实，相对人必须证明，该印章就是印章名义人所加盖或授权加盖。”^{④⑤}

2. 加盖公司专用章或项目部印章。实务中，单位还有多种专用章，如资料、技术、工程、财物与合同专用章等。根据《关于国家行政机关和企业、事业单位印章的规定》(国发〔1999〕25号)第二十二条和第二十五条规定，国家行政机关和企业事业单位、社会团体的其他专用印章经本单位领导批准后可以刻制、使用。由此，只要能证实该专用章为单位刻制使用，即可发生针对单位的专用章范围内效力。最高人民法院(2015)民提字第26号、江苏省高级人民法院(2012)苏民终字第0022号民事判决书与北京市高级人民法院(2014)高民申字第03714号民事裁定书有此确认。

项目部作为单位内设机构，本不具备民事主体地位，不能作为合同当事人。但若项目部得到单位授权而为行为，则项目部加盖其印章行为乃有权行为，同样发生针对单位效力。在“陈文清与汕头市达濠建筑总公司买卖合同纠纷案”里，最高人民法院认定获得授权的项目部虽以自己名义加盖项目部印章签署合同，却可以发生单位公章一样的效果。^{④⑥}最高人民法院(2015)民申字第595号、(2015)民申字第2157号民事裁定书也可以支持这一结论。

在举证责任分配上，如果单位采用合同专用章订立合同，在证明该专用章为单位刻制使用下，当事人即可凭此认定单位有订约意思。因为根据经验法则，合同专用章旨在订立合同，认定当事人具有订约意愿符合合同专用章效力范围。但若当事人借用其他专用章(如资料专用章)订立合同，举证责任则大相径庭。最高人民法院在“陈晓兵与国本建设有限公司、中太建设集团股份有限公司

^{④②} 参见马瑞杰：《公司财务主管将自己债务转移给公司的效力认定》，载《人民司法》2010年第6期，第82页。

^{④③} 参见最高人民法院(2013)民申字第72号民事裁定书与(2013)民提字第184号、最高人民法院(2017)民终字第313号民事判决书。

^{④④} 参见最高人民法院(2015)民申字第342号民事裁定书与(2001)民二终字第91号民事判决书。

^{④⑤} 前引^{④③}，吴永科、王颖文，第79页。

^{④⑥} 参见最高人民法院(2015)民抗字第2号民事判决书。

民间借贷纠纷案”里明确表示，资料专用章具有特定用途，仅用于开工报告、设计图纸、会审记录等有关资料，而不能以之订立合同。^{④⑦}可见，在当事人采用非合同专用章订立合同下，主张合同成立方需要对此负担进一步的举证责任，即需要通过其他证据证明个案下资料专用章被印章名义人用来签订合同。否则，当事人将承担举证不力后果，不能认定合同成立。项目部印章是否发生针对公司的效力，需要主张合同成立的一方举证证明项目部具有授权，否则合同将不成立。^{④⑧}

3. 借用公章或合同专用章。实务中也偶见借用他人公章或合同专用章以签署合同。1987年颁发的最高人民法院《关于在审理经济合同纠纷案件中具体适用〈经济合同法〉的若干问题的解答》第二条规定，借用他人印章签订之合同无效，出借单位与借用人对无效合同的法律后果负连带责任。在表见代理制度被《合同法》确立后，这一规范在理论和适用上皆失效（2000年7月13日失效）。^{④⑨}学者指出，出借单位与借用人是否具有这些关系不会影响构成表见代理。^{⑤⑩}亦即，借用人加盖出借单位印章，在相对人不知情下，至少足以让相对人有理由相信合同主体为出借单位。因此，当借用人借用出借单位印章签署合同时，出借印章至少会发生授权表象，出借单位承担合同主体责任而不是与借用单位一道承担连带责任。在“河北胜达永强新型建材有限公司与中信银行股份有限公司天津分行等银行承兑汇票协议纠纷案”里，最高人民法院认定出借单位为合同当事人。^{⑤⑪}

在举证责任配置上，出借公章与一般的公章无异。如果确认为出借单位公章，则相对人仅凭公章即推定出借单位为合同主体。若出借单位无法举证证明相对人知情，此时相对人有理由相信出借单位为合同主体；若出借单位足以证明相对人知情公章出借且借用公章不能用来签署合同，此时借用人构成狭义无权代理，合同是否有效取决于出借单位追认与否。

4. 盗窃公章或合同专用章。最高人民法院《关于在审理经济纠纷案件中涉及经济犯罪嫌疑若干问题的规定》第五条规定，行为人盗窃单位公章构成犯罪的，单位对行为人该犯罪行为所造成的经济损失不承担民事责任。易言之，盗窃公章或合同专用章签署合同，不能按照印章来推定单位表达了订约意愿。由此，盗窃印章不适用表见代理，而按照狭义无权代理处理。之所以如此，在于单位毫无过错，让其承担合同主体责任不公平。^{⑤⑫}此时，在举证责任上也不能按照一般公章或合同专用章予以适用。

另外，实务中也需要对盗盖印章与私盖印章进行区分。如果行为人加盖单位印章不符合单位内部管理程序，其加盖印章行为乃私盖。私盖印章因其不符合单位规定，因而不属于经单位同意使用的行为，加盖印章不属于单位真实意思表示。但单位内部管理规定不得对抗善意相对人。善意相对人凭据真实印章有理由相信私盖行为人有代表单位，即发生表见代理效力。可见，私盖印章与盗盖印章在法律效果上迥异，不可同等对待。^{⑤⑬}至于私盖印章举证责任分配，则与借用印章一致。

5. 伪造印章。伪造印章虽屡见不鲜，但何谓伪造印章却未为理论所重视。笔者以为，未经单位同意刻制的印章即为伪造印章。之所以如此认定，在于印章作为单位意思表示工具，只要能获得单位同意即能表达单位意思。凡未能获得同意者，即因不能表达单位意思而为伪造。

^{④⑦} 参见最高人民法院（2014）民申字第1号民事裁定书。

^{④⑧} 参见最高人民法院（2014）民申字第1987号民事裁定书。

^{④⑨} 有关改革开放后我国表见代理制度史的讨论，参见周清林：《合理类型化下的无权型表见代理确定》，载《政法论坛》2018年第1期，第160-168页。

^{⑤⑩} 参见孔祥俊：《合同法教程》，中国人民公安大学出版社1999年版，第188页。

^{⑤⑪} 参见最高人民法院（2007）民二终字第35号民事判决书。

^{⑤⑫} 参见陈甦：《印章的法律意义》，载《人民法院报》2002年8月23日，第7版。

^{⑤⑬} 相关讨论，也可以参见前引^{⑤⑩}，马强文，第24页。

既然伪造印章并非单位意思表示，故不能通过伪造印章证成单位订约意思。在“建行浦东分行诉中基公司等借款合同纠纷案”里，最高人民法院认定伪造印章并非当事人真实意思表示，不能以此认定合同当事人。⁵⁴但如果既有伪造印章又有其他事实重叠，此时相对人虽不能单凭伪造印章认定印章名义人为当事人，却可以通过其他事实予以认定。在“福建凯灏劳务工程有限公司与陕西省交通厅利用外资项目办公室建设工程施工合同纠纷案”、“徐州中铁物资有限公司与龙成建设工程有限公司等买卖合同纠纷案”里，最高人民法院认为在有权人签名与伪造印章兼具下不影响合同成立。⁵⁵最高人民法院审理的此类案件的裁判文书至少还有（2013）民提字第140号民事判决书与（2015）民申字第1620号、（2015）民申字第1902号、（2016）民申字第206号、（2016）民申字第2499号、（2016）民申字第2743号民事裁定书。据此，当事人虽不能单凭伪造印章认定当事人，伪造印章也不影响相对人对其他事实的判断。只要能从其他事实判断出当事人表达了订立合同的意思，即使有伪造印章也不构成任何妨碍。⁵⁶

无论印章伪造是否惟妙惟肖，都根据“谁主张、谁举证”模式分配举证责任。主张印章伪造一方有义务举证证明印章确为私刻。对方当事人主张印章不为伪造，此时对方当事人不必为此反驳承担举证责任。最高人民法院在“贵州建工集团第五建筑工程有限责任公司与宿州市聚富商贸有限公司等买卖合同纠纷申请再审案”里明确了这一点。⁵⁷

（四）自然人盖章及其举证责任

《印章管理办法》第三条规定：“本办法所称印章指公章和具有法律效力的个人名章。”据此似乎盖章包含加盖单位公章和自然人个体名章，因而一切民事主体都可以通过在合同书上加盖印章便可成立合同。其实不然，按照该第三条第三款规定，这里的个人名章只是单位法定代表人或者负责人名章，并未指向非单位的自然人个人名章。如果在合同一方为自然人下，自然人在书面合同上也有可能加盖个人名章，此时加盖个人印章是否会发生单位印章同样的效力？这需要考察单位印章与自然人个人印章的不同管理模式。依据《印章管理办法》第七条、第八条、第十条和第十一条规定，单位公章与负责人个人名章需要批准刻制且备案，但自然人个人名章却不必如此。一旦自然人在书面合同上未签名而只是加盖个人名章，此时由于没有印鉴备案而无从知晓是否为该个人名章。一旦印章所有人的自然人不承认，合同相对人在没有其他证据情况下，无法有理由相信该印章所有人表达了订立合同的意思。如学者言，用签名图章进行签名不能被法律认可。⁵⁸最高人民法院也在“唐兰与程永莉房屋买卖合同纠纷案”里对此进行了认定。⁵⁹

如果一方想通过自然人盖章证明印章名义人表达了订立合同的意愿，则该方不但需要证明合同文本上有印章，且需要进一步证明该印章为印章名义人所加盖。易言之，主张者需要证明自然人“盖”的行为与“章”的事实及其关联，如果只能提供印章这一证据，则不能认定自然人表达了订约意思。其原因在于自然人印章本不具有“公示公信力”，签名才是自然人签订合同的常态。

⁵⁴ 参见最高人民法院（2001）民二终字第155号民事判决书。该案件也被载于《中华人民共和国最高人民法院公报》2004年第7期，第10-16页。

⁵⁵ 参见最高人民法院（2016）民终第227号民事判决书、最高人民法院（2014）民申字第1987号民事裁定书。

⁵⁶ 关于“伪造印章与表见代理关系”的详细论述，请参看周清林：《伪造印章下的表见代理构造》，载《法商研究》2020年第2期，第113-125页。

⁵⁷ 参见最高人民法院（2013）民申字第2185号民事裁定书。

⁵⁸ 前引¹⁴，汉斯·布洛克斯、沃尔夫·迪特里希·瓦尔克书，第198页；前引⁵，迪特尔·梅迪库斯书，第465页。

⁵⁹ 参见最高人民法院（2012）民抗字第55号民事判决书。

结语

《民法典》颁布后，解释性适用乃最为重要事项。从解释论角度理解与适用《民法典》，需要区分体系化解释与精细化构造两方面。从体系解释论角度，《民法典》第四百九十条需要在体系上正确理解合同书与书面形式的关系，将合同书确定在特别书面形式上。合同书与确认书并非互不隶属的平行关系，实质上确认书属于合同书。因此，应当按照合同书的签署成立模式认定确认书的成立。从具体适用的解释论角度，第四百九十条需要处理好签署方式、签署内部关系以及签名和盖章的精细化认定及其举证责任，更需要考虑实务情景进行精细化构造，以尽可能在合同自由理念上将制度落实，让当事人在每个案件中感受到《民法典》所追求的公平正义。

Abstract: Article 490 of the Civil Code is intended to confirm the time of establishment of the contract concluded by the parties in the form of a letter of contract. In order to apply this article accurately, it needs systematic interpretation and fine construction. It is necessary to make clear whether the parties adopt the letter of contract or not depends on the agreement of the parties. The written form includes the letter of contract and the letter of contract includes the confirmation letter. There is nothing special about the signature of the confirmation letter, so the terms of establishment of the confirmation letter should be understood in accordance with the letter of contract. The purpose of signature is to confirm the terms of the contract, and the signature, seal and fingerprint are the expression of confirmation intention, which should be understood freely according to the contract. The signature only requires that the name is recognizable and the signature only produces effective coverage to the text on it or before it. The seal, like the signature, lies in confirming the parties' approval of the terms of the contract. In theory and practice, it is necessary to distinguish different types of seals in order to determine whether the parties have contractual intention. In terms of the burden of proof, it is necessary to distinguish whether the object of proof is "seal" or "stamp".

Key Words: Letter of Contract; Signing System; Signature; Seal; Establishment of Contract

(责任编辑：张淞纶)

权利上的权利：一个法学上的发现

张志坡*

内容提要：权利物权是权利上的权利之典型，而非全部。担保物权的客体担保财产指向财产权；物的交换价值同样指向财产权；物的担保权益超过用益物权之担保权益，物的担保实为物之所有权担保；实体思维是所有权担保隐形的原因。担保物权的命名和归属有违逻辑规则。担保物权的客体是真正之物权（所有权、用益物权）、知识产权、债权、股权等财产权，其是该等权利的共同面向，其本质是权利上的权利，功能上为担保权，其地位不亚于物权，并独立于物权。

关键词：权利上的权利 担保物权 权利功能 权利物权

DOI：10.19350/j.cnki.fzsh.2023.04.007

权利是民法的核心词，物权与债权、人格权、亲属权、继承权等构成了民事权利体系，《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）便是以此权利体系为基础构建的，对此，人们一般不会提出异议。我们熟知物上的权利（即对物的支配权），但问题是还有权利上的权利。^① 权利上的权利存在于哪里？都有哪些类型？权利上的权利是如何“隐身”的？是否具有独立性？其在权利体系中的位置如何？除了权利抵押权、权利质权外，国内学界对这些问题并没有深入讨论，但其对民法学理论的科学化具有重要意义。基于此，本文尝试回答前述问题，期待引起法学同仁的重视。

一、关注共识：权利上的权利栖身于权利物权

根据物权客体的不同，我国学者将物权分为动产物权、不动产物权和权利物权，而权利物权指向权利抵押权和权利质权。^② 日本有学者则细分为不动产抵押权、动产抵押权、权利抵押权和动产质权、不动产质权、权利质权。^③ 据此，也可归纳出权利抵押权和权利质权的上位概念——权利物

*南开大学法学院副教授，法学博士。本文为天津市哲学社会科学规划课题“天津市优化营商环境立法研究”（项目编号：TJFX19-003）的阶段性成果。

① 这里套用著名的 Hans Dölle 教授在第 42 届（1958 年）德国法学家年会所做的专题演讲“法学上的发现”的说法，详见 [德] Hans Dölle:《法学上之发现》，王泽鉴译，载王泽鉴：《民法学说与判例研究》（第四册），北京大学出版社 2009 年版，第 1-17 页。另外，近年日本学者小野秀诚通过 19 世纪到 20 世纪法学者的事迹梳理了私法概念的发展，参见 [日] 小野秀诚『法学上の発見と民法』（信山社，2016 年）。

② 参见刘家安：《物权法论》，中国政法大学出版社 2009 年版，第 37 页；崔建远：《物权法》，中国人民大学出版社 2011 年版，第 24 页；梁慧星、陈华彬：《物权法》，法律出版社 2020 年版，第 71 页；王泽鉴：《民法物权》，北京大学出版社 2010 年版，第 38-39 页。

③ 参见 [日] 野田孝明=玉田弘毅=山本進一=山崎賢一『民法』（啓文社，1989 年）264-265 頁。

权，但日本学者似乎对此不那么感兴趣。^④实际上，这一分类并非学者的兴趣使然，而是有着实证法上的根据。对此，纵览采纳潘德克顿模式的大陆法系各国或地区，均大同小异。以质权为例，《德国民法典》第8章为“动产质权和权利质权”；《日本民法典》第9章第2节、第3节、第4节分别为动产质权、不动产质权和权利质权；《韩国民法典》第8章第1节、第2节分别为动产质权和权利质权；我国《民法典》物权编第十八章第一节、第二节分别为动产质权和权利质权。因此，权利抵押权、权利质权的客体是权利，这种共识并无争议。

物权是对物的直接支配权，其客体是物，但权利抵押权、权利质权的客体是权利，这明显与物权的规格不符，那为何权利可以作为担保物权的客体？对此，可以做如下回答：虽然用益物权与担保物权并列于物权编中，但是，二者性质存在较大不同：用益物权是以标的物的实体利用、取得标的物的使用价值为目的之权利；而担保物权不是以取得标的物的使用价值为目的，而是以取得标的物的交换价值为目的、取得拍卖标的物而生的一定价值之权利。^⑤这是担保物权之特质，重在标的物交换价值之支配所使然也。^⑥就此而论，具有交换价值可转让者，便可以成为担保物权之客体，故此，知识产权、债权、股权、票据权利等权利之上成立担保物权也就不存在障碍。

前述理由只是说明了担保物权本来即不同于用益物权，是担保物权本身的特质使得其不需要设定于物之上。但设定于权利之上的权利还是物权吗？就理论之科学性及其物权之本来意义而言，物权乃对物的权利。^⑦因此，严格言之，权利抵押权、权利质权很难名正言顺地成为物权的家族成员。有学者指出，这些权利“非真正之物权”，只是与物权相类似之一种变态，使其准用有关物权之规定而已，仅可称为准物权。^⑧事实上，20世纪30年代即有学者认为，这些权利不得认为是“真正物权”，不过受物权同一之待遇而已；就其用语观之，亦可断言为“非纯物权”。^⑨日本学者更是于一百年前即已形成这一共识。^⑩而我国亦偶有学者持相似观点。^⑪可见，即便将权利抵押权、权利质权纳入物权体系当中，并明确在客体上对其做特别处理（《民法典》第一百一十五条第2句），仍然无法改变其作为例外而存在。不过，权利抵押权、权利质权真的只是担保物权中的例外吗？

二、揭开面纱：物上担保物权也是权利上的权利

石田喜久夫曾谈到，（在权利质已经被法定为物权的情况下）议论权利质是否是物权，尽管不

④ 笔者随手翻阅几本日本的物权法教科书，学者在物权分类中只有动产物权与不动产物权的区分，并指出二者在物权本质上并无不同，而根本未提权利物权的说法。参见〔日〕勝本正晃『物權法』（创文社，1952年）28-29頁；〔日〕小野幸二編著『物權法』（八千代，2006年）13頁。而北川善太郎、大村敦志等甚至连动产物权与不动产物权也未专门论述。

⑤ 参见〔日〕石田文次郎『民法大要·担保物權』（有斐閣，1939年）1頁。

⑥ 参见谢在全：《民法物权论》（上），2014年作者自版，第10页。

⑦ 参见〔日〕大村敦志『基本民法I總則·物權總論』（有斐閣，2001年）206頁；前引②，王泽鉴书，第1页。

⑧ 参见谢在全：《民法物权论》（上），中国政法大学出版社2011年版，第10页；姚瑞光：《民法物权论》，中国政法大学出版社2011年版，第1页。

⑨ 参见余荣昌：《民法要论·物权》，北平朝阳学院1931年版，第1页；曹杰：《中国民法物权论》，商务印书馆1937年版，第7页。

⑩ 参见〔日〕仁保龜松=石坂音四郎述『民法物權·第1-6章』（京都法政專門學校，1902年）8頁；〔日〕松岡義正『民法論·物權法』（上）（清水書店，1908年）4頁；〔日〕富井政章『民法原論·第2卷（物權）』（上）（有斐閣，1910年）13頁；〔日〕川名兼四郎『物權法要論』（金刺芳流堂，1915年）1頁。

⑪ 参见寇志新：《民法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第163页；杨会：《担保法》，北京大学出版社2017年版，第67页。

那么务实，但那是一个非常快乐的时代。^⑫ 本文希望延续这一讨论。有学者认为“逻辑上推导不出抵押权、质押权、留置权是物权的结论，因为这些权利不具有直接支配物的内容”。^⑬ 其支持者同样认为，“由于担保物并未由担保物权人实际控制，担保物权人并不能对物进行直接支配”。^⑭ 前述观点存在漏洞，因为动产质权人和留置权人均实际上控制着物。而前文的反对意见将论述重心放在抵押权上，这切中要害，盖不动产抵押权之所以成为担保之王，正是因为无需转移不动产的占有。抵押权在“特定情况下会对抵押物的实体进行全面的、事实上的控制和支配”。并强调“抵押权人对抵押物价值的法律上的支配”，进而主张担保物权具备了物权的核心法律特征，将其纳入《物权法》并无不妥之处。^⑮ 另有学者从物权的架构与风格出发，辩证物权的本质为具有排他、对世及追及效力之权利，进而以此三要素检验不动产抵押权和动产抵押权，认为二者应为物权。^⑯ 这种意见与学界的主流看法一致并被实证法所采纳，但实际上值得商榷。笔者认为物上的担保物权均非设立于物之上，而是设立于权利之上。换言之，物上的担保物权也是权利上的权利，理由如下。

（一）担保财产是指财产权

我国《民法典》第三百八十六条、第三百八十九条、第三百九十条以及第四百二十条第一款均使用了“担保财产”的概念。财产一词，无论是在大陆法系，抑或是在英美法系，均有多重含义。《中华法学大辞典·民法学卷》写明：“在大陆法系国家，财产一词指：（1）物权的客体，即有体物。（2）具有货币价值的有体物如对财物的权利，这些权利包括：所有权、其他物权、知识产权等。（3）对物的所有权。”^⑰ 而根据《布莱克法律词典》第九版，在英美法上，财产通常有两重含义：一是指对于一个特定物的占有、使用和享受的权利；二是指被施加了占有、使用和享受的权利的任何外在物。^⑱ 这些权威辞典似乎无助于我们更准确地理解财产，相反，倒是在说明财产可以包括物和权利。

与《中华法学大辞典·民法学卷》不同，相对晚近出版的《北京大学法学百科全书·民法学商法学》则认为，大陆法上的财产或财产权是指具有金钱价值的权利的集合体，财产与财产权可以通用。^⑲ 实际上，德国主流学者认为，在德国民法典上只有权利属于财产，财产可以“指权利人对他所有物的所有，财产并不是物本身”。^⑳ 法国学者佛鲁尔和罗倍尔也认为，从逻辑上看，不应将物视为财产，因为具有经济价值的是物所包含的“财富”而非物自身，物仅仅是权利的标的。无任何人享有权利的物根本就不是财产。^㉑ 美国经济学家麦克劳德也对此加以特别澄清：“大多数人在说到或听到财产的时候，想到某种物质的东西”，但“财产这个名词的真正和原来的意义不是指物质的

^⑫ 参见 [日] 石田喜久夫：《口述物权法》，成文堂 1982 年版，第 496 页。转引自胡开忠：《权利质权制度研究》，中国政法大学出版社 2004 年版，第 55 页。

^⑬ 孟勤国：《东施效颦——评〈物权法〉的担保物权》，载《法学评论》2007 年第 3 期，第 158 页。

^⑭ 王婷婷、范卫国：《担保物权的性质辨析及立法定位——兼与郑冠宇、赵守江教授商榷》，载《东南大学学报（哲学社会科学版）》2010 年第 S1 期，第 94 页。

^⑮ 郑冠宇、赵守江：《担保物权的物权属性解读——与孟勤国教授商榷》，载《河南省政法管理干部学院学报》2009 年第 1 期，第 146 页。

^⑯ 参见张永健：《物权的架构与风格》，载《月旦法学》第 241 期（2015 年），第 77-86 页。

^⑰ 佟柔主编：《中华法学大辞典·民法学卷》，中国检察出版社 1995 年版，第 46 页，王利明执笔。

^⑱ See Bryan A. Garner (Editor in Chief), *Black's Law Dictionary*, 9th edition, West Group, 2009, p.1335-1336.

^⑲ 北京大学法学百科全书编委会编：《北京大学法学百科全书·民法学 商法学》，北京大学出版社 2004 年版，第 88 页，张谷执笔。

^⑳ 冯·图尔语，转引自 [德] 卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》（上），谢怀栻等译，法律出版社 2003 年版，第 410 页。

^㉑ 参见尹田：《法国物权法》（第 2 版），法律出版社 2009 年版，第 60 页。

东西，而是指使用和处理一件东西的绝对权利”。财产的“真正意义是完全指一种权利、利益或所有权”。^② 笔者以为，尽管从语用学的角度看，很多人已习惯于认为物就是财产；但是，从民法学作为一门法律科学的角度看，实有必要遵循逻辑的要求，将财产理解为“组成各人或者公私法人资产的权利”；^③ 不属于任何人的物并不是财产，更不可能成为担保财产。

（二）交换价值指向所有权

前文已述，权利得为担保物权之客体乃担保物权重在客体之交换价值使然。权利上担保物权之客体为权利，是显明事实，人所共识；物上担保物权的客体为物，学界对此似亦无争议。但实际上在一百年前，朝阳大学法律科的物权法讲义便已指出不动产抵押权“不能为物上管领”，^④ 这正是抵押权的优势，动产抵押权亦然。

尽管动产质权的设立以物之交付为前提，但是质权人占有“物”本身并非根本目的、亦非绝对必要，我国《民法典》第四百三十二条第二款堪为佐证：即当质权人的行为可能使质押财产毁损、灭失时，出质人可以请求质权人将质押财产提存。在存货质押中，由第三方监管或者双方共同占有也是可行的路径。^⑤ 设定动产质权，需要避免的只是出质人仍能单方面完全控制质物。^⑥ 在区块链技术和物联网技术相结合的应用背景下，动产担保的公示方法可能不再成问题。在法体系内部，当我们将动产质权设立与所有权变动对比时，将占有改定的交付方式排除在外，其正当性便值得怀疑。我们承认，质权人实际占有质物还具有留置的效力，有助于给出质人以压力，但事实上，经济生活在不断否定着动产质权。让与担保在德国、日本和我国的流行，动产抵押权的出现，以及浮动抵押在商业领域的应用均表明，动产质权要求实际占有这一构成要件是过分的。商业领域的动产担保大抵表明，担保权人正是为了促成交易，“为了实现他所要掌握的担保价值，故而放弃取得担保物上的留置效力”。^⑦

就不动产抵押权而言，其权利人对不动产是一种观念的支配，支配的是不动产的交换价值，^⑧ 而非不动产之物质实体；就动产而言，即使质权的标的物是物，质权实际支配的也不是物，而是其交换价值。^⑨ 那么，物与交换价值是什么关系呢？物具有交换价值吗？通常会以为法律上的物由于具有稀缺性、有用性，其具有交换价值；但实际上，在法秩序中，具有交换价值的是权利，是物上所附着的财产权。这在物与财产权分离时，交换价值之所在便一目了然。无主物虽然为物，但是不具有交换价值；不仅如此，在法律的框架下，债务人以第三人的物（但无处分权）为知情债权人提供担保的情况下，第三人的物对于他们而言同样不具有交换价值，因为这里的物不附带有效的财产权。可见，无论是动产抵押权还是动产质权，其实质支配的均为权利，而非不动产或者动产这些物本身。^⑩

② [美] 康芒斯：《制度经济学》（下），于树生译，商务印书馆 1962 年版，第 19 页。

③ [日] 坪谷善四郎『日本民法註釋 第 2 卷 財産編 物権の部』（博文館，1891 年）8 頁。

④ 朱学曾：《民律物权编》，载李秀清、陈颐主编：《朝阳法科讲义·第四卷》，上海人民出版社 2014 年版，第 344 页。

⑤ 对此的详细讨论，参见常鹏翱：《论存货质押设立的法理》，载《中外法学》2019 年第 6 期，第 1531-1551 页。

⑥ 参见王立栋：《论动产质权设立中的“交付”》，载《学习与实践》2020 年第 4 期，第 88 页。

⑦ 参见 [日] 我妻荣：《债权在近代法中的优越地位》，王书江、张雷译，谢怀栻校，中国大百科全书出版社 1999 年版，第 99 页。

⑧ 参见 [日] 田中整爾編『物權法』（法律文化社，1998 年）7 頁，田中整爾=下村正明执笔。

⑨ 参见 [日] 我妻荣：《新订担保物权法》，申政武、封涛、郑芙蓉译，中国法制出版社 2008 年版，第 106-107 页。

⑩ 有学者思考了“抵押权究竟是建立在不动产所有权之上还是不动产之上的？”这样一个问题，然而，其得出的结论依然是“抵押权是建立在不动产之上而非不动产所有权之上”。李永军：《论意定担保物权种类划分的基础——对于我国民法典关于意定担保物权分类基础的质疑》，载《清华法学》2021 年第 2 期，第 38 页。

在担保物权为物权的预设下，学者的论述注定是为物上担保物权的物权属性辩护。但是不经意的表露也许更能显示出人们对担保物权的认识。我国台湾地区民商事有关规定修订时，在关于以物权为标的物而设定其他物权的说明中有如下表述：“例如以自己之所有权或以取得之地上权或典权为标的物，设定抵押权而向第三人借款”，并被王泽鉴、谢在全的著述引用，^③在诸多学者看来，这应该属于笔误，但正是这一易见的笔误再真实不过地反映了不动产抵押权的实质。德国法儒卡尔·拉伦茨教授正确地指出，对物（做法律上）的处分实际上是对这个物的所有权进行处分，^④所以，当我们在讨论担保物权时，把物表述为所有权时不是错了，而是不经意地说出了事实，道出了本质。这一表述是如此自然、符合常理，以至于这样的“笔误”甚至难以避免。

（三）完全的物上利益是所有权

《民法典》第三百九十五条规定了可以抵押的财产（见表1）。在该项财产清单中，既包括建筑物、生产设备、原材料、半成品、产品等物，又包括建设用地使用权、海域使用权。这在逻辑上存在问题，因为其既包括物，又包括权利；而抵押财产应是同一性质的东西。

表1 抵押权客体

客体	具体名称	抽象名称
建筑物和其他土地附着物	不动产抵押权	物上抵押权
生产设备、原材料、半成品、产品	动产抵押权	
正在建造的建筑物、船舶、航空器		
交通运输工具	权利抵押权	权利抵押权
建设用地使用权		
海域使用权		
法律、行政法规未禁止抵押的其他财产	其他财产抵押权	

建设用地使用权依附于土地而存在，其分享了土地所有权的占有、使用和收益权能（《民法典》第三百四十四条）。假如土地上的所有利益为100%，建设用地使用权代表的土地上利益为X%，那么，X一定小于100，此时，我们称之为具体的用益物权，当该权利上设定抵押时，我们说这是权利抵押权。与此类似，以土地上100%的利益来抵押也是可以的，此时，抵押权的客体是土地所有权，这在土地私有制的国家完全没有问题；只是因为我国实行土地公有制而无法实施而已。但是，人们习以为常称其为不动产抵押权，这遮蔽了其所有权抵押的实质。

在我国台湾地区，在以建筑物典权和建筑物所有权做抵押时，其情形并无不同。典权是权能最为丰富、最接近所有权的用益物权，以代表建筑物上Y%（小于100%）利益的典权进行抵押固然为权利抵押权，代表建筑物上100%利益的建筑物所有权同样可以进行抵押，此时，我们习以为常称其为不动产抵押权，这同样遮蔽了其所有权抵押的实质。在债务未能及时清偿而不得不实现担保物权时，权利抵押权实行的结果是用于抵押的权利发生移转，不动产抵押权实行的结果与此并无不同，只是移转的是所有权。这同样证明了在不动产抵押权的场合，担保的客体是不动产所有权，而非不动产本身。因此，无论是土地抵押权还是建筑物抵押权，二者的实质均是所有权之上设定的抵

^③ 前引②，王泽鉴书，第73页；谢在全：《民法物权论》（下），中国政法大学出版社2011年版，第1300页。
^④ 参见前引②，卡尔·拉伦茨书，第403页。

押权，与通常所谓的权利抵押权在客体为权利这一点上并无本质不同。

在立法例上，在权利抵押权中，其客体可以包括不动产上的地上权、典权等物权，但唯独不包括不动产所有权（《日本民法典》第369条第2款前段）；权利质权是以可转让的财产权为其客体（《德国民法典》第1273条第1款、《日本民法典》第362条第1款等），而这里的“财产权”包括知识产权、债权、股权、票据权利等，但同样唯独不包括动产所有权。^③这在逻辑上和法理上都是讲不通的，因为一切可转让的权利都可以用于担保，为什么没有所有权呢？真相是不动产抵押权和动产质权的客体就是所有权，而非法典上所谓的不动产和动产。只是长期的思维定式和法典表述使人们形成了自己是在抵押不动产或者出质动产的错觉。当我们言及所有权时，物作为所有权的客体同样被牵连在内，如此理解方符合法体系；否则若认为不动产抵押权和动产质权的客体是不动产和动产，则存在逻辑的断裂和思维的跳跃，将所有权的层级直接回避掉，这混淆了物与所有权的不同。

（四）实体化思维导致所有权被物替代

有学者曾指出“以所有权质押实际上等于动产质押”。^④笔者以为，这是成立的，但其思考方向依然是在肯定动产质权的基础上作出的判断，论者并未反向思考，以至于未能发现“所有权”质才是动产质权的实质，动产质权与权利质权作为权利上的质权并无本质不同。郑玉波先生认为，对于动产质权，“变卖质物即等于处分其所有权，故严格言之，动产质权，亦无异以所有权为标的物”。^⑤这一表述仍然有些暧昧，而未正面阐释物上担保物权的客体究竟是物还是所有权。与此形成鲜明对比的是，谢在全先生曾明确指出：“动产质权形式上虽系以动产为标的物，实质上亦系以动产之所有权为标的物。”^⑥这与笔者的观点不谋而合，笔者以为，只有认识到“动产质权的实质是动产所有权质权”方能得出符合逻辑之推论。不动产和动产作为有体物，易于观察和把握，其上成立的所有权依附于物本身而存在，这使得习惯于实体化思维的人以物来把握所有权（我们会说“这个物是我的”），而这对于其他权利又是无法实现的，其他权利的无形性只能借助于抽象思维的权利术语来表述（如我们常说“这个债权是我的”），从而形成了所谓的“权利物权”。^⑦这种对不同事物做不同把握的思维方式，也应是发生这一历史误会的原因。

在以物为买卖标的的场合，“物之买卖即是物之所有权之买卖”，^⑧此时，无论在何种物权变动模式之下，最重要者乃是所有权的移转，而物之本体的交付则有不同的意义。但比较明显的是，在法律关系的当事人之间只交付物本身，并无法得出所有权移转的结论，盖交付物可以存在各种各样法律上的原因，由此可见，实体化的物之交付与抽象的所有权移转仍应予以区分。所有权制度要求区分物与物上所有权，二者实不容混淆。

^③ 史尚宽先生认为，权利质权“谓以所有权以外的可让与之财产权，为标的之质权。”孙宪忠教授在解读德国民法典相关条文时，观点与此相同。参见孙宪忠：《德国当代物权法》，法律出版社1997年版，第349页。

^④ 前引⑫，胡开忠书，第54-55页。

^⑤ 郑玉波：《民法物权》，三民书局1995年版，第320页。

^⑥ 前引⑬，谢在全书，第1011页。

^⑦ 山本敬三曾提出权利抽象思维和权利实体化思维的问题，参见[日]山本敬三「民法における法的思考」田中成明編『現代理論法学入門』（法律文化社，1993年）224頁。

^⑧ 黄茂荣：《买卖法》，中国政法大学出版社2002年版，第168页。

三、检讨命名：权利上的权利如何隐身

前文在阐述权利抵押权和权利质权是权利上的权利这一共识的基础上，进一步揭开了物上担保物权的实质，从而将权利上的权利类型扩大到所有的担保物权。这意味着，担保物权并非“物”权，因为担保物权在整体上均是权利上的权利，这些权利支配的均是权利。本部分意在从逻辑命名上指出担保物权在整个私法权利体系中的位置。对于权利的命名可以有不同的规则，然而，对于相同之事物应做相同之处理，在逻辑上保持一致是科学的前提。

从所有权权能分离的理论中，产生了用益物权和担保物权；实际上，我们可以发现，其他权利也存在用益权能和担保权能分离的可能性，并且早已成为现实。然而，如果以所有权、用益物权、担保物权三元并立的物权命名方式为基准，则其他权利之上的用益权和担保权的命名，应遵循同一逻辑。以知识产权中的专利权为例，其项下应分别称为专利权、用益知识产权（知识产权学界直接称为“专利使用权”，这显示了其“用益”的属性，但其仍属于知识产权的范畴）、担保知识产权；然而，《物权法》却将知识产权上的担保强行纳入担保物权的范畴，其不合逻辑性甚为显然。与此类似，设立于债权、股权等权利之上的担保权利同样应归属于债权、股权等权利范畴，称为担保债权、担保股权方符合逻辑。然而，该等权利之上的担保性权利同样被作为权利质权纳入物权之中。

如此，在法律体系上，就发生了如下割裂的现象：虽然被设定负担的权利自身位于“法律大厦”的另一个地方（债权位于债法之中，股权位于公司法之中，专利权位于专利法之中，等），立法者却将权利上的担保性权利规定在民法典“物”权编了。^③在德国，甚至还存在债权上的用益权、股权上的用益权等权利上的用益权，其同样纳入“物”权编中。这种做法应该与物权制度的成熟较早有关。由于权利上的用益权与所有权之上的用益权存在相似性，权利上的担保权与所有权之上的担保权存在相似性，因此，这些共同性使得德国的立法者将权利上的用益权和权利上的质权一并规定在物权编。^④既然“物”权法已经相对成熟，将权利上的用益权、权利上的担保权分别纳入用益物权和担保物权部分并可在合适的限度内参照适用，在法技术上也具有一定的合理性。唯不应忘记的是，该等权利即便规定在物权编中，其也并非“物”权，而是权利上的权利。不仅如此，不动产担保物权、动产担保物权所设定负担的也非具体的物，而是抽象的所有权。物毕竟可见，而其他权利担保只能想象，学者称此为担保标的物由“有形资产到无形资产”的演进。^⑤鲍尔、施蒂尔纳在权利上的权利与物上权利的关系对比上有敏锐的把握，^⑥然而，他们在物权法教科书的整体架构上又未遵循这一认识，或许，他们是为了更好地照顾人们的传统认知：毕竟我们最熟悉的是不动产和动产。

另外，从知识产权的命名规则来看，用益性的知识产权分别形成专利使用权、商标使用权和著作使用权；与此相应，担保性的知识产权应称为专利担保权、商标担保权和著作担保权方为妥当。只是在这些权利尚未完全成熟时，由于民法以“权利质权”的包容性先占了这些权利可能的所属，以至于这些权利上的担保权命名无法依凭逻辑产生。

因此，无论是从物权体系内部的命名逻辑来看，抑或是从物权体系外部（如知识产权）的命名逻辑来看，设立于知识产权上的担保物权均无被称为担保物权之理（见表2）。

^③ 参见 [德] 鲍尔、施蒂尔纳：《德国物权法》（下），申卫星、王洪亮译，法律出版社 2006 年版，第 718 页。

^④ 参见前引^③，鲍尔、施蒂尔纳书，第 718-719 页。

^⑤ 参见谢在全：《担保物权制度的成长与蜕变》，载《法学家》2019 年第 1 期，第 36 页。

^⑥ 参见前引^③，鲍尔、施蒂尔纳书，第 717 页、第 718 页。

表2 担保物权的命名与归属

权利类型	基础权利	功能	现实命名	逻辑命名	功能	现实命名	逻辑命名
物权	所有权	用益	用益物权	作为基准	担保	担保物权	作为基准
知识产权	专利权	用益	专利使用权 ^{④③}	用益知识产权	担保	担保物权	担保知识产权
	商标权	用益	商标使用权 ^{④④}	用益知识产权	担保	担保物权	担保知识产权
	著作权	用益	著作使用权 ^{④⑤}	用益知识产权	担保	担保物权	担保知识产权
债权	债权	用益	用益权(物权)	用益债权	担保	担保物权	担保债权
股权	股权	用益	用益权(物权)	用益股权	担保	担保物权	担保股权

四、重新定位：权利上的权利的独立性

前已论证，担保物权均为权利上的权利，其并非真正的“物”权。在此前提下，笔者就担保物权与货真价实的、也是原本意义上的物权（下文在此意义上使用“物权”）做些比较，并指出担保物权与其他权利的关系有其重要意义。

（一）担保物权与物权的比较

担保物权与物权最根本的差异体现在客体的不同。物权的客体是物，是有体物，具体指向动产和不动产。担保物权的客体则指向权利。该区别是比较明显的，物是自然资源，存在于物理世界，可以用五官去感知；而权利为人所创制的制度资源，存在于观念世界，只能用我们的意识去把握。^{④⑥}前者为实体权（Substanzrecht），后者为价值权（Wertrecht）；^{④⑦}前者易于识别，后者需要琢磨。在民法上，我们在所有权的构造上将物与权利二者衔接起来，即物是所有权的客体，所有权是物上的完全权利，物与物上的所有权相关联，但是二者不能等同，物就是物，所有权就是所有权。物不能等同于所有权，无主物之上便无所有权；所有权也不能等同于物，物只是所有权的客体。因此，前文才特别强调，物上担保物权实际上设立于所有权之上，而非物之上，这并非文字游戏，而是逻辑思考、融贯一致的必然要求。称该等物上担保物权为不动产担保物权、动产担保物权，或者具体称为不动产抵押权、动产抵押权、动产质权是不够科学的，因为科学就在于认识事物的本质并给出妥当的描述，而现有的命名掩盖了权利上的权利的本质，并导致立法上的逻辑错误和法学思考上的混乱。

担保物权与物权的共同之处，则在于二者同为支配权。物权直接支配物，担保物权直接支配权利。因此，基于支配而产生的效力，担保物权一样具有，担保物权也具有排他效力、优先效力、追

^{④③} 专利使用权是专利权人使用该专利应用于生产并获得收益的权利，属于知识产权范畴。

^{④④} 《美国商标法》第15条（15U.S.C.§1065）特定条件下商标使用权的不可争议性，见《美国商标法》，杜颖译，知识产权出版社2013年版，第22页；《俄罗斯联邦民法典》第1489条提供商标使用权的许可使用合同。《俄罗斯知识产权法——〈俄罗斯联邦民法典〉第4部分》，张建文译，知识产权出版社2012年版，第144页。

^{④⑤} “著作使用权”的词条，参见于玉林主编：《无形资产辞典》，上海辞书出版社2009年版，第125页。相关判决，参见重庆南方景象图片有限公司诉成都成达房地产发展有限公司、成都博瑞广告有限公司、成都商报社侵犯著作使用权及获得报酬权纠纷案，四川省成都市中级人民法院（2001）成知初字第14号民事判决书。

^{④⑥} 对自然资源与制度资源的二分，参见曾世雄：《民法总论之现在与未来》，元照出版公司2005年版，第135页。

^{④⑦} 参见[日]石田文次郎『擔保物權法論』（上卷）（有斐閣，1936年）26頁。

及效力和类似的“物”上请求权效力。但物权的支配是一种指向实体的、以使用收益为内容的、即时享受利益的权利，其实现权利和享受利益是持续的，物权的取得本身就是目的；而担保物权是一种指向权利的、以取得交换价值用于担保为内容的、将来可能变现利益的权利，^{④⑧} 实现权利之日就是享受利益消灭之时，担保物权的取得只是手段，取得担保物权意在确保债权的实现（二者之关系见表3）。

表3 物权与担保物权对比

权利 \ 属性	共性	差异				
		本质	客体	内容	支配方式	功能
物权	支配权	实体权	物	使用收益	有形	目的
担保物权		价值权	权利	确保价值移动 ^{④⑨}	无形	手段

（二）权利上的权利的独立性

物权和债权、人格权、亲属权、继承权等权利之区分在于客体之不同。担保物权作为权利上的权利，其客体的特殊性和功能的独特性要求其本身作为一种独立的权利而存在。作为权利上的权利，担保物权的功能自不必说；我们重点观察一下其客体。根据各国立法例和前文分析，担保物权的客体可以是真正意义上的“物”权——所有权、用益物权以及专利权、商标权、著作权（等知识产权）、债权、股权、票据权利等；实际上，担保物权的客体是一切可以转让的财产权，其是物权、知识产权、债权、股权、票据权利等财产权的共同面向。

根据传统认识，不动产抵押权、动产质权等构成担保“物权”，此时，将权利抵押权、权利质权作为例外尚有立法技术上的合理性；但在我们认识到担保物权均为权利上的权利时，前述合理性就会大打折扣。而且，既然担保物权是物权、知识产权、债权、股权、票据权利等财产权的共同面向，将其规定在《民法典》物权编似乎就不够妥当。认为只有权利抵押权、权利质权才是权利上的权利，才是物权中的例外，就有混淆视听之嫌；而“物权概念的有限性”^{⑤⑩} 问题变得如此之突出时，则正好说明物权应该放弃其本不应该拥有的势力范围。因此，尽管在民法典时代已经有些不切实际，但最为理想的做法依然是还原担保物权的本质，为其正名，并为其在未来的民法典修订中找到一个妥当的位置。这是民法典科学化的要求，是逻辑和事物本质对立法者提出来的要求，妥当安排权利上的权利，可以构成民法典的“中国特色”之一。

（三）权利上的权利之命名

有学者认为，担保物权是物权、债权之外的第三种权利“未来所有权”，并主张继续沿用“担保物权”的用语。^{⑤⑪} “未来所有权”是否妥当姑且不论，但至少忽略了担保物权客体的多样性。如果从“未来所有权”之命名逻辑看，在以所有权之外的权利担保时还必然应有“未来知识产权”“未

^{④⑧} 关于现实与将来，参见刘得宽：《担保物权之物权性与债权性》，载刘得宽：《民法诸问题与新展望》，中国政法大学出版社2002年版，第383页。

^{④⑨} 该用语采纳了石田文次郎的表述，参见前引^{④⑦}，石田文次郎书，第24页。

^{⑤⑩} 孙宪忠：《中国物权法总论》，法律出版社2003年版，第38页。

^{⑤⑪} 参见徐洁：《论担保物权——关于性质与立法的思考》，载《广西社会科学》2007年第5期，第70页。

来债权”“未来股权”“未来票据权利”等权利，故而，“未来所有权”有以偏概全之缺憾。不仅如此，这些作为担保客体的权利在担保物权实现时通常是被第三人取得的，担保物权人则仅以客体的变价优先受偿，担保物权人享有的利益明显无法归入所有权或者其他担保物权客体的权利类型之中。

权利上的权利，这只是对该类权利的描述。但是否应继续延续“担保物权”这一人们熟知的叫法，应考虑多种因素。从揭开担保物权的面纱、还原其应有地位的角度看，应废弃“担保物权”的用语，改采“担保权”称之，一来学界有这种称呼，^{⑤②}二来揭示了其主要功能，三来避免“担保物权”的误导性。如前所述，担保物权与本来意义上的物权均为支配权，在效力上具有相通性，如果我们以此等效力论证担保物权应属于物权便不具有足够的说服力。正像男人与女人虽有很多相同特征，但若就此得出男人应归入女人的概念之中则颇为可笑。但从学术传承、学术交流、转变成本的角度看，仍采“担保物权”之名亦可接受，不过，这应建立在科学认识担保物权的本质为权利上的权利的基础之上。

(四) 权利上的权利之地位

1. 民法教育中的地位

在鲍尔、施蒂尔纳的物权法教科书中，权利上的权利占据第五部分的显眼位置，但其终究依然栖身于物权法中。而在日本，民法学界似乎很早就意识到了担保物权与物权的区别，因此，相当一部分有影响力的学者和重要的法学丛书均呈现出物权与担保物权并立的做法：有的是物权法与担保物权法独立成册分别出版，有的以物权法·担保物权法作为书名同时处理二者的内容（见表4），而一些并非丛书的《物权法》著作，^{⑤③}则并未包括担保物权的内容。日本民法学界的做法在国人看来多少有些匪夷所思，而如果认识到担保物权的本质，那么，该种做法在体系处理上倒是具有合理性。在物权法与担保物权法二分研究的背景下，对物权和权利上的权利的研究会更加细化，并凸显担保物权作为权利上的权利自身的特征。近年来，有学者在其所著的民法体系书中更是将债法总则与担保物权置于一书，^{⑤④}或者干脆以物权与担保并列的方式加以研究。^{⑤⑤}这一功能化的倾向值得关注。^{⑤⑥}如果将担保物权理解为权利上的权利，那么，担保物权的特色、体系也许可以进行更深的挖掘。

表4 日本物权·担保物权重要图书简表

区分形式	出版年	丛书或作者	书名	
系列构成	1917/1915	三浦信三	物权法提要 1·2	担保物权法
	1924/1928	鳩山秀夫	物权法	担保物权法
	1932/1936	石田文次郎	物权法論	擔保物權法論（上下）
	1932/1936	我妻栄	民法講義 2 物权法	民法講義 3 担保物权法

(转下表)

^{⑤②} 石田文次郎直接以担保权与物权、债权做对比，参见前引④⑦，石田文次郎书，第一章第三节、第四节。国内直接采用“担保权”表述的，如李忠鲜：《评注视野中的一般法与特别法——以担保权在破产程序中的实现为例》，载《南京大学学报（哲学·人文科学·社会科学）》2022年第6期，第111-128页、第164页。

^{⑤③} 例如 [日] 滝沢幸代『物权法』（三省堂，2013年）、[日] 秋山靖浩=伊藤栄寿=大場浩之=水津太郎『物权法』（日本評論社，2022年）。

^{⑤④} 内田贵的系列教科书为『民法Ⅰ 総則・物権総論』『民法Ⅱ 債権各論』『民法Ⅲ 債権総論・担保物権』『民法Ⅳ 親族・相続』。

^{⑤⑤} 参见 [日] 大村敦志『新基本民法 2 物権編 財産の帰属と変動の法』（有斐阁，2015年）、[日] 大村敦志『新基本民法 3 担保編 物の担保・人的担保の法』（有斐阁，2016年）。

^{⑤⑥} 相关讨论，参见章程：《日台民法学坛过眼录》，李昊、明辉主编：《北航法律评论》2015年第1辑，法律出版社2016年版，第239-240页。

(接上表)

区分形式	出版年	丛书或作者	书名	
系列构成	1950/1940	勝本正晃	物權法	担保物權法論
	1960/1958	法律学全集	物權法	担保物權法
	1981	有斐閣双書	民法2物權	民法3担保物權
	1987/1975	現代法律学全集	物權法	担保物權法
	2006/2007	近江幸治	民法講義2物權法	民法講義3担保物權
	2008/2010	石田穰	民法大系2物權法	民法大系3担保物權法
	2012/2013	田山輝明	民法要義2物權法	民法要義3担保物權法
	2012/2015	河上正二	物權法講義	担保物權法講義
	2013	生熊長幸	物權法	担保物權法
	2016/2017	平野裕之	物權法	担保物權法
2020/2019	松井宏興	物權法	担保物權法	
书名构成	1960	中川善之助編	物權法・担保物權法 (新法律学演習講座)	
	1966	吾妻光俊	物權法・担保物權法 (法律学講座双書)	
	1976	星野英一	民法概論2 (物權・担保物權)	
	1982	篠塚昭次、川井健編	講義物權法・担保物權法	
	2001	川井健、鎌田薫編	物權法・担保物權法	
	2005	田山輝明	通說物權・担保物權法	
	2010	吉田邦彦	所有法 (物權法)・担保物權法講義録	
	2019	平野裕之	民法2物權法・担保物權法	
	2021	安永正昭	講義物權・担保物權法	
	2022	藤原正則	物權法〈物權・担保物權〉	

2. 民事立法中的地位

抵押权、质权等权利，在传统民法典中的位置主要有两种模式：一是基于其物权的性质判断而规定于物权法部分，《德国民法典》《日本民法典》《韩国民法典》即为适例；二是根据其与债之密切相关而规定于债权法部分，《法国民法典》采之。我国曾有学者支持第二种模式，认为从功能的角度，应将担保物权与保证等规定于债权编。^⑤

我国《物权法》制定直至《民法典》编纂时，有《德国民法典》《日本民法典》等诸法典作参照，更是习惯于民国时期民法典的习惯做法，将担保物权纳入《物权法》或者《民法典》物权编似乎理所当然。如今，我们已经认识到担保物权是权利上的权利，其客体可以是物权（所有权、用益物权）、知识产权、债权、股权、票据权利等一切可转让的财产权，将其置入物权法于理不通。未来《民法典》修订时，理想的做法是让担保权独立成编。其位置大体可以有两种：一种方案是置于民法典的财产权内容之后，即合同编之后，因为其客体以这些财产权为基础，在逻辑上即应先规定基础权利，再规定以此等基础权利为客体的权利（担保权）。第二种方案是将其置于合同编之前，

^⑤ 参见李开国：《关于我国物权法体系结构的思考》，载《现代法学》2002年第4期，第14页。

因为其也是一种绝对权，如此安置符合先绝对权、后相对权的顺序，其居于物权与债权中间可解为沟通二者之义，因为担保权重在为债权提供担保。两相比较，笔者以为前者更优。在制定民法典的过程中，有学者主张担保制度独立成编，⁵⁸ 该种观点类似于柬埔寨，受日本法制援助的《柬埔寨民法典》有独立的债务担保编，相当于我国的《担保法》。⁵⁹ 这与本文的观点不同，担保权就是权利上的权利，不包括、也无法包括保证和定金。坚持以权利作为各分编的区别点并遵循逻辑规则排序，有助于进一步提升我国民法典的科学性和体系性。⁶⁰

结论

权利物权是权利上的权利，其并非担保“物”权的例外，而是权利上的权利之典型。担保物权的客体——担保财产的实质指向是财产权，物的交换价值同样指向财产权而非物本身，物的担保是物之所有权担保，对物的实体思维的把握掩盖了抽象思维下物之所有权的实质。所有权和物权秩序中的逻辑要求我们严格区分物与物上所有权。传统理论和以《德国民法典》为代表的诸多民法典将担保性绝对权“先占”为担保物权，但其命名并不科学，安置也不合理。担保物权的客体是本来意义上的物权（所有权、用益物权）、知识产权、债权、股权等可转让的财产权，其与物权是并列关系，而非种属关系。法律科学应重视担保物权的权利上权利这一本质，对其重新命名，并妥当配置其与其他私权之体系位置，最为“理想”的安排是在未来的民法典修订中独立成编，物权、债权在先，权利上的权利在后。尽管该理想也许终究只能是个理想，读者诸君应该已经认识到：担保物权是权利上的权利而非“物”权，我们应认真对待权利上的权利。

Abstract: Rights in rem are typical rights of right but not all. The object of security rights in rem is property right, and the exchange value of things also points to property right. The security interest of things exceed those of usufructuary right and the security of things is actually the security of ownership. Concrete thinking is the reason why the security of ownership is invisible. The naming and attribution of security rights in rem violates logical rules. The objects of security rights in rem are genuine rights in rem (ownership, usufructuary right), intellectual property rights, creditor's rights and shareholders' rights. Right as the object is the common aspect of these rights. In essence, they are rights of right. Functionally, they are security rights and their status are no less than rights in rem and are independent of rights in rem.

Key Words: Rights of Right; Security Rights in Rem; Right Function; Rights in Rem

(责任编辑：张淞纶)

⁵⁸ 参见张素华：《论民法典分则中担保制度的独立成编》，载《法学家》2019年第6期，第88-101页、第193-194页。

⁵⁹ 参见 [日] 星野英一：《民法典的体系问题》，丁相顺译，中国人民大学法学院《人大法律评论》编辑委员会编：《人大法律评论》2003年卷（总第五辑），中国人民大学出版社2004年版，第41页。

⁶⁰ 孙宪忠教授认为，“民法立法体系科学化任务必须旗帜鲜明地提出来”。孙宪忠：《我国民法立法的体系化与科学化问题》，载《清华法学》2012年第6期，第46页。

审执分离向何处去？

王杏飞*

内容提要：准确理解民事执行权的性质是推进审执分离改革的理论基础与逻辑前提。当前对民事执行权性质存在不同的认识。从国家权力分工属性而言，有司法权说、行政权说与折衷说；从民事执行权的归属而言，有债权人说、国家说和折衷说。域外对民事执行权的性质并无统一的立法模式与认识，执行实践也各具特色。我国民事执行“执中有审、执审糅杂”，对执行实施行为与审查行为亦未做严格区分。民事执行权是实现债权人私法上权益的国家强制力，旨在实现生效法律文书确定的权益并维持正常的法秩序。以此为基点来审视民事执行权与谋划审执分离改革，执行审查权由法院专属行使，部分执行实施权从法院分离，探索建立多元执行机制，有利于实现当事人利益与执行效率最大化的目标。

关键词：民事执行权 执行实施权 执行审查权 审执分离

DOI：10.19350/j.cnki.fzsh.2023.04.008

引言

2022年6月21日，《中华人民共和国民事诉讼法强制执行法（草案）》（以下简称《草案》）经十三届全国人大常委会第三十五次会议审议后向社会公开征求意见。《草案》第二章专章规定执行机构和人员，其中第九条明文规定“民事强制执行工作由人民法院负责”，由此表明在审执分离改革抉择中，立法采纳“法院内分”方案。但《草案》第二十三条又规定人民法院可以将辅助性事务交由有关组织或者个人办理；第五十二条还规定执行中财产信息的律师调查令，允许律师持令进行财产调查，这似乎又为部分执行事务社会化、市场化打开了制度之门，提供了规则“入口”，是对“执行外分”主张的某种回应。当然，执行权专属法院与执行事务社会化之间并不存在矛盾，也不表示采用“执行外分”方案。考虑到最高人民法院在民事强制执行立法中的重要推动作用，《草案》中一方面规定执行权归属于法院，同时又允许法院选择性地将部分执行事务通过购买服务、授权委托等方式交由其他主体办理的制度安排，也是不难理解的。

事实上，自《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》首次提出要“完善司法体制，推动实行审判权和执行权相分离的体制改革试点”以来，《关于贯彻落实党的十八届四中全会决定进一步深化司法体制和社会体制改革的实施方案》再次强调，“推动实行审判权和执行权相分离的体制改革试点。……研究论证审判权与执行权外部分离的模式。”《人民法院第四个五年改革纲

*厦门大学法学院教授，博士生导师。本文系国家法治与法学理论研究项目“司法解释的规范化研究”（项目编号：18SFB2027）、重庆市教委重大科技项目“智能驾驶监管政策与法律问题研究”（项目编号：KJZD-M201900301）的阶段性成果。

要(2014—2018)》指出要“深化执行体制改革”，“推动实行审判权和执行权相分离的体制改革试点”。《人民法院第五个五年改革纲要(2019—2023)》继续强调“深入推进审执分离体制改革，优化执行权配置”。审执分离向何处去再度成为我国司法改革的热点与焦点问题，也是民事执行立法必须面对的重要课题。围绕这一重大改革，当前有彻底外分、有限外分与深化内分等3种代表性主张与观点。^①

从地方实践来看，广东、浙江、广西、江苏、上海高级人民法院和河北省唐山市中级人民法院所开展的审执分离改革试点虽各有侧重、各具特色，但均主要着眼于审判权与执行权在法院内部深化分离，效果有限。湖南省汨罗市尝试外分方案，将执行实施权外分，即在汨罗市人民法院新设执行裁判庭，在汨罗市公安局设立执行警务大队。^②不同方案的背后反映出决策者、当事人、潜在的利益相关者各自的期待与诉求，选择符合各方共同利益的“最优选择”就成为改革成功的关键。作为理论前提，如何凝聚共识，形成对执行权性质的“认识合力”是不得不面对的课题。只有对执行权的本质属性有正确的理解，对审执规律有符合实际的认识，才可能真正优化执行权的配置，建立运转高效的执行体制机制。离开对执行权性质的正确理解，认识就可能陷入“误区”，改革可能就只是“翻烧饼”甚至误入“歧途”。鉴此，本文拟立足我国执行实践，对民事执行权作学理上的探讨，以期对深化审执分离改革与强制执行科学立法有所裨益。

一、我国对民事执行权的认识分歧

关于民事执行权的本质属性，目前还远没有达成共识。概括起来，分歧主要集中在两个方面：一是民事执行权的归属，即民事执行权到底是归属于哪个主体；二是民事执行权的分工属性，即民事执行权在国家权力体系中的定位。^③

(一) 民事执行权的归属

对此主要有债权人说、国家说和折衷说等不同认识。债权人说认为，民事执行权为债权人所有，只是由于国家权力的不断扩张，私力救济被禁止，债权人不能强制执行，只能将其委托给执行人员行使。国家说认为，民事执行权为国家所有，是国家统治权的重要组成部分，债权人只享有执行请求权，即请求国家对债务人进行强制执行以实现自己的债权。折衷说则认为，执行权属国家所有，但国家将执行权让与债权人行使；而债权人委托执行机关为其代理人，由执行机关代理债权人行使强制执行权。

作为私权的民事权益属于国民所有，这一点是毫无争议的。正如我国宪法规定的，国家的一切权力属于人民。由此可以合乎逻辑地推断，发生民事权益争议之后，当事人有权请求法院裁判（裁判请求权，或称为诉权）。经由法院裁判确定的债权，其性质仍然是私权。^④私权与请求保护私权的

^① 参见黄忠顺：《民事执行机构改革实践之反思》，载《现代法学》2017年第2期，第3-18页；江必新、刘贵祥：《审判权和执行权相分离的最优模式》，载《法制日报》2016年2月3日，第12版；谭秋桂：《“审执分离”模式的理性选择》，载《人民法治》2015年第7期，第11-12页；扈纪华：《“审执分离”的科学路径分析》，载《人民法治》2015年第7期，第13-15页；曹运柱：《审执分离必须立足法院实际》，载《人民法治》2015年第7期，第20-22页；肖建国：《审执关系的基本原理研究》，载《现代法学》2004年第5期，第96-101页；肖建国：《民事审判权与执行权的分离研究》，载《法制与社会发展》2016年第2期，第39-49页；张志铭：《执行体制改革的想象空间》，载《人民司法》2008年第21期，第50-52页。

^② 参见《汨罗市人民法院推行审执分离改革试点建议方案》。

^③ 田平安主编：《民事诉讼法·执行程序篇》（第四版），厦门大学出版社2007年版，第356-363页。

^④ 既决债权允许转让就是一个很好的例证，大众媒体形象地称为转让“判决书”。

权利是孪生姐妹，否则，如果只承认国民的私权，却不给予私权主体以必要的保护手段，那么这种私权就会因为缺乏法律的保障而成为“自然权利”，在现实生活中就存在难以“兑现”的风险。事实上，作为保护私权的程序性权利的诉权是当事人享有的权利，已经得到普遍认可，并且诉权还呈现出宪法化的发展趋势；^⑤最近还有学者直接提出，诉权是人权的重要组成部分。^⑥那么，作为保护诉权行使结果（既决债权）的民事执行权，既可以认定其为民事私权的保护性权利，也可以从实现诉权结果的保障性权利的角度理解为保护债权所应有的权利。另外，即使是认为民事执行权为国家权力，如果我们追溯国家权力的起源，只要承认国家的一切权力来源于人民，似乎也可以合乎逻辑地推断出民事执行权从本源上仍然是归属于债权人的结论。否则，如果我们只是抽象地承认国家权力来源于人民，而在具体制度与规则设计上，却禁止作为权力源泉的人民行使应有权利，这样的观点在逻辑上就难以成立。只要明确了这一点，就可以说，探讨民事执行权的主体属性，争论其属于国家还是债权人，似乎是不必要的，也无助于现实问题的解决。

（二）民事执行权的国家权力分工属性

就民事执行权在国家权力体系中的定位与归属问题而言，主要有司法权说、行政权说与折衷说等3种观点。^⑦司法权说认为，民事执行程序与审判程序在价值目标、实行原则、运行方式等方面存在重要区别，但在许多方面相通，并且我国执行权长期为法院行使，执行程序也规定在民事诉讼法中，执行权是人民法院审判权的组成部分，从性质上说是司法权。行政权说指出，司法权的本质是裁判权，而民事执行权具有确定性、主动性、命令性、强制性等行政权的特点，本质上是行政权。折衷说认为，民事执行是司法活动的最后阶段，旨在实现法院生效裁判文书，因而具有司法性；民事执行也确实具有确定性、主动性、命令性、强制性等行政权运行的特征，因而也具有行政性。

（三）对不同观点的评析

从历史上看，民事执行与民事纠纷解决方式一样，都经历了从私力救济到公力救济的发展历程。在古罗马，在法务官的监督下债权人有权对债务人进行强制执行；如果债务人无清偿能力，债权人可对债务人执行，杀害债务人或者将其卖身为奴。直到公元前326年，这种野蛮的执行方式因Poetelia法颁行才被禁止，并改由债务人服劳役而清偿债务。19世纪，以法国、德国为代表的欧洲大陆法系国家的民事执行，普遍采用私人性质的执行吏制度。当债权人需要执行时，需要委托执行吏并支付相应报酬，由执行吏对债务人强制执行。这是债权人说产生的历史根源。^⑧

但允许债权人执行的私力救济方式可能直接侵害到被执行人，由此危及社会稳定与秩序，因此，伴随着国家权力向社会生活的强力渗透与司法制度的日益完备，债权人自力救济的方式受到限制直至被禁止，执行权也由此变为国家权力的重要组成部分。此时，民事执行权就归属于国家，债权人对执行机构只享有执行请求权。这是民事执行权的国家说产生的历史渊源。

在现代西方国家中，既存在私人或者准私人性质的民事执行制度，如法国、比利时、荷兰等国家；也存在独立于法院之外的中立、自治的执行代理人；还存在由法院执行官、政府公务员组成的执行人员来行使国家权力，以促使债务人履行债务的制度。这既可以说是历史发展的必然产物，也可以说是执行权主体属性的国家与债务人折衷说产生的认识根源与制度基础。

^⑤ 江伟、邵明、陈刚：《民事诉权研究》，法律出版社2002年版，第7页。

^⑥ 吴英姿：《论诉权的人权属性——以历史演进为视角》，载《中国社会科学》2015年第6期，第112-130页、第207-208页。

^⑦ 参见张卫平：《民事诉讼法》（第四版），法律出版社2016年版，第482页。

^⑧ 参见杨春华：《揭开民事执行权的面纱》，载《湖南社会科学》2006年第3期，第53-56页。

就民事执行权在国家权力体系中的定位而言,不可否认,我国民事执行权的启动原则上是被动的,遵循类似于“不告不理”的审判原理;仅在例外的情形下,执行权启动才具有一定的主动性,如《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)第二百四十三条规定的移送执行,第二百四十八条规定债务人的财产报告义务,第二百五十五条规定的依职权搜查,等等。^⑨当然,审判权的运行也不是绝对被动的,如对于妨害民事诉讼的情形,法院就会主动采取排除妨害民事审判与执行的强制措施,这一点中外相通。在西方国家,依据“不能在法官眼皮底下为非”的正义观念,法官可以藐视法庭罪直接将被告人送进监狱。^⑩因此,仅以主动性与被动性来确定民事执行权的归属,理据并不充分,不足为信。

从历史发展来看,民事执行权并非一直由人民法院行使。早在1950年代初,以及此前在根据地的部分地区,民事执行就是和审判相分离的,审判由法院负责,执行由行政机关负责。直到1953年,最高人民法院华北分院发出关于各级人民法院执行判决的指示,指出“各级法院尤其是初审法院,要指定专人负责执行工作”。1954年,第一届全国人民代表大会通过的《中华人民共和国人民法院组织法》进一步就地方各级人民法院设立执行员问题作出规定。根据这一规定,各地中级人民法院、基层人民法院普遍成立执行机构,并配置专门的执行人员,执行工作才在全国法院普遍开展起来。所以,不能以执行权的行使主体来反推民事执行权的性质,否则,就会得出民事执行权是从行政权发展为司法权的不当结论。

从现实看,民事执行中既有财产查封、扣押、冻结等单纯的执行实施行为,又需要对执行中财产归属不明、存有争议等实体问题(如执行异议之诉、析产诉讼)进行裁判。但是,以执行过程中存在裁判行为就断定执行权具有司法权属性,就犯了以偏概全的错误,因为事物的性质是由矛盾的主要方面决定的。相对于执行实施行为而言,执行中的裁判行为毕竟是例外,是矛盾的次要方面。如同不能因为审判权行使中存在主动行为就否认审判权的被动性一样,也不能因为民事执行中存在裁判与裁量行为就认为执行权属于审判权的范畴。至于认为民事执行权兼具司法权与行政权的折衷说,表面上看似公允,实则空洞,对理论的深化与现实问题的解决并无实益。

综上所述,无论是从民事执行权的产生、发展与演变过程,还是从行使权力的主体归属,以及民事执行行为属性的角度,似乎都难以对民事执行权的属性作简单的判断。如果再作进一步思考就会发现,裁判与执行是先于国家而存在的。在国家产生之前,由于可利用资源的稀缺性,人的需求不可能得到完全的、同等程度的满足,人与人之间必然存在纠纷,客观上需要纠纷的解决与执行。就此而言,司法裁判与执行,更多的是具有社会性。^⑪正是由于司法裁判、执行具有社会属性,才可能有效解决政府和民众之间的矛盾(如我国的行政诉讼),司法才能成为社会的“减压阀”和“稳定器”。

裁判的执行是世界各国的普遍现象,那么,我们不妨对域外民事执行的立法与实践作简要考察,“他山之石可以攻玉”,或许能有所启示。

^⑨ 对此,季卫东教授认为我国民事执行中存在“超职权主义”与“超当事人主义”的纠结。参见季卫东:《重新定位执行权》,载《中国法律评论》2017年第3期,第48-53页;实务中也有其他主动性的执行。参见王杏飞:《能动司法与主动执行》,载《法学评论》2011年第5期,第117-122页。

^⑩ 参见何帆:《藐视法庭罪的前世今生》,载《人民法院报》2015年8月28日,第5版。

^⑪ 孟德斯鸠也曾指出,司法权在某种意义上是不存在的。参见刘练军:《司法权在何种意义上不存在》,载《法治研究》2007年第6期,第3-13页。

二、域外民事执行权的理论定位与立法考察

（一）混合模式

以法国、英国为代表。如法国的主流学理认为，执行权是法律赋予每一个债权人的基本权利，将民事执行权定位于基本权利完全是从公民个人权利的视角来看待执行权，而不是指国家权力。与此相适应，在动产执行程序，尤其是金钱债权的扣押程序，法国有“去司法化”倾向。除劳动报酬扣押之外，还实施动产扣押，只要不发生执行争议，法院均不予干涉。法国法承认债权人有权执行权，并允许债权人选择执行措施。这一点在立法上也有明确的体现，依据1991年关于改革民事执行程序法律第1条（《民事执行程序法典》第L111-1条），“任何债权人均得按照法律规定的条件，强制不履行债务的债务人履行他的债务。任何债权人均得采取保全措施，以确保其债权”。当然，执行措施是法定的，债权人只能在法定的执行措施中进行选择。由此我们似乎可以认为，民事执行权是债权人强制债务人履行特定义务的权利，是一种法定的强制权。

但事情并非如此简单。法国的民事执行程序中，也有对不动产扣押的司法程序，必须由大审法院（执行法官）实施，不动产的拍卖也由法官开庭进行。此外，还存在“半司法化”的劳动报酬扣押程序，初审法院法官按照《司法组织法》享有管辖权，初审法院的法官被赋予执行法官的权限。综上所述可以说，法国的民事执行权似乎并不具有统一的属性，执行主体也不统一。法国依据执行财产与内容的不同性质，灵活务实地做出了相应的制度安排，也为债权人提供了多种实现权益的途径。^⑫

英国民事执行也是一种“混合模式”，执行权分属不同主体。具体而言，高等法院判决由执行官负责执行，但该执行官不算是“官”，只是私营部门的人员。执行官受当事人委托，以佣金与收费为收入来源，执行机构的运行完全是市场化的。郡法院的判决由执行官负责，执行官为政府公务员，实行司法行政化的运作。治安法院判决的执行有两种方式：一是由治安法院文职执行官执行，其执行体制与郡法院相同；二是以合同的形式将执行“外放”给私人公司，由私人执行官负责执行。^⑬

（二）执行司法权说

以德国、日本与韩国为代表。在德国，对执行权的性质曾有较大的争议。早在1860年代，就有德国学者提出执行与非讼事件根本不属于司法，其在实体内容和形式上均属于行政的范畴。与此相对应，执行权也属于行政权。19世纪末，Oetker等学者再次主张将执行视为行政程序或者非讼事件。但Wach在《民事诉讼法手册》中明确提出，“强制执行作为国家的司法行为，在前提条件、形式、手段与效力等方面无疑属于诉讼法”。

20世纪初，Stein等学者强调民事执行为司法事务，主张执行权为司法权。20世纪70年代，随着德国《民事诉讼法》的修订，执行权为司法权的学说取得压倒性的优势，为学界普遍接受。其主要的理由可归纳为：

一是民事执行的任务和目标使债权人获得清偿，不同于行政行为是为了国家自身的目标。这也是执行行为与行政行为的根本区别之所在。二是国家与双方当事人之间的关系，在强制执行与审判程序中并无根本性的区别，国家都是作为中立的机构而存在的。依德国通说，在执行程序中存在债权人与执行机构之间的“申请法律关系”、在债权人与债务人之间的“执行法律关系”以及在债

^⑫ 参见江必新主编：《比较强制执行法》，中国法制出版社2014年版，第6-11页。

^⑬ 前引⑦，张卫平书，第405页。

务人与执行机构之间的“攻击法律关系”。处分原则在审判与执行程序中均可适用。三是多数德国诉讼法学者认为，基本法上以实现私权为目的、为权利保护所提供的“司法保障请求权”既包括对法治国家的审判请求权，也包括对法治国家的强制执行请求权。

尽管将民事执行权性质定位为司法权，但德国的审判程序与执行程序是分离的。强制执行也被分配给不同的机关，呈现出多元化特征。强制执行由法院执行员、执行法院、受诉法院与土地登记所等不同主体实施。当然，德国实行严格的“审执分立”，受诉法院管辖执行事务是例外，主要包括作为的强制执行、容忍和不作为的强制执行以及相应的执行费用的确定，债务人执行异议之诉等。土地登记所负责强制抵押权登记，登记簿中的抵押权扣押的登记，对物上负担、土地债权或者定期土地债务的登记等执行事务。^⑭

日本学者认为，民事执行权是裁判所为实现当事人的实体权利，对债务人等实施拘束，要求其忍受、服从或者排除其抵抗等的强制性权能。民事执行权是由国家独占享有，归属于国家统治权组成部分的民事司法权。依据日本《民事执行法》，民事执行机关由裁判所和执行官组成，例外情形是裁判所书记官作为执行机关。裁判所主要从事以权利关系判断为中心的所谓“观念性的处分”的执行活动，如不动产执行、船舶及其他准不动产（如汽车、航空器）的执行、对债权及其他财产权的金钱执行等。执行官主要从事现场强制的所谓“事实性的行为”类型的执行，如动产执行，不动产以及动产的交付和强制交付等。^⑮

依据韩国《民事执行法》，执行机关是司法机关。但学理上认为，从民事执行的作用看，民事执行发挥固有意义上的司法作用，民事执行权可以由司法机关以外的其他机关来行使。只是考虑到民事执行与审判关联紧密，执行过程本身错综复杂，需要执行主体具有渊博的知识和高度的判断力，立法者将民事执行权分配给裁判所行使。“实际上，民事执行权具体由哪个机关来行使，并不是严格的理论问题，而是法律政策方面的问题。”^⑯

（三）执行警察权说

以美国为代表，美国的法院只对执行案件作出命令和裁判，单纯的执行实施行为由执行官负责完成。“执行官是警察的一类，其职责包括但不限于为法庭提供服务。虽然执行官在身份上不隶属于法院，但在工作职责、法律观念上被认为是法院的工作人员。执行官完成执行后，在执行令状到期时向法院报告执行令状实施情况。”^⑰

（四）简要评析

综上可知，目前对民事执行权并无统一的立法模式与认识，执行实践也是各具特色，各个国家依据其特定的法观念、法文化与现实情况设置了不同的执行机构与执行体制。既有将执行权单独赋予法院行使的；也有将执行实施权或简单案件的执行权视为行政权或行政权的一部分，直接由行政机关行使的；还有将执行权视为当事人的私权，由私法主体负责执行，实行社会化运行的。可以说是各有特色，难分伯仲。说到底，民事执行权的定位与执行机构的设置，是由一个国家特定的历史传统、法文化背景与各种现实因素综合决定的，每个国家都在用自己的脚，走自己的路，并不存在

^⑭ 前引⑦，张卫平书，第127-131页。

^⑮ 前引⑦，张卫平书，第202-205页。

^⑯ 前引⑦，张卫平书，第276-278页。

^⑰ 黄龙龙：《美国民事执行制度介绍》，载最高人民法院执行工作办公室主编：《强制执行指导与参考》，法律出版社2003年版，第3页。

放之四海而皆准的统一模式。

三、我国民事执行权的运行实践与问题检视

(一) 我国民事执行权的运行实践

无论是从我国民事执行权发展演变的历程，还是从域外代表性国家民事执行权的配置，都无法得出执行权性质的统一结论。关于民事执行权是司法权还是行政权的问题，并不存在唯一的“大写真理”，并不存在普适的公式。或许更为重要与根本的问题在于，如何理解与认识我国执行机构正在承担的执行工作的具体内容和性质，以及执行机构正在履行和应该履行的职责与职能。说到底，执行机构现在正在做什么，做得如何，我们需要什么样的执行机构，其应该履行什么样的职能，这二者之间存在何种差异，是何种原因造成的……只有正视这些问题，分析其成因，才能为解决问题提供可能的方案。

已有学者深刻地指出，从我国民事执行权的运行实践来看，主要涉及执行实施、执行裁决与审判等3类事项。^⑮不容否认，我国民事执行中既有审判（审查）性质的行为（如执行异议、复议、申诉以及决定执行管辖权的移转等），又有行政性质的行为（如财产调查、控制、处分、交付和分配以及罚款、拘留措施等执行实施行为）。^⑯就执行中的执行实施而言，确实具有行政权行使的一般特征。从行使权力的方式来看，执行实施行为与行政行为并无本质的区别，均是单方、主动的行为（执行程序启动之后，不适用处分权主义），均须依照法定程序与权限而为，应遵循比例原则。这也是我国历史上和域外国家将民事执行权交给行政机关行使的理由所在。当然，行政行为与执行实施行为在追求的目的上，还是有显著区别的。行政行为追求公共利益，执行实施行为的直接目的是为实现执行名义所确定的债权，从根本上来说是为债权人的私益而存在的。当然也不能否认其具有维护私法秩序的公益目的，但这不是主要方面。就执行审查行为而言，其中可能涉及到实体性权益争议的判断与裁决，因此与审判权具有更多的相通之处，其不同之处仅仅在于这一争议是发生于特定的场域，即在民事强制执行过程之中，是由民事执行实施行为而引起的（因民事执行而引发的派生性纠纷与相关纠纷）。这一争议是为实现已决民事案件确定的权益而产生的，是“二次纷争”。但从改革的方向来看，应该是纯化民事执行，减少执行中的裁判（审查），而不是相反。最高人民法院“通过司法解释把执行权作为审判权而结构化以及要求执行机构保护善意第三人，这些举措都增大了民事执行制度的复杂性、伸张了执行机构的实质性判断权”。^⑰

从比较法的角度来看，英美法系国家的民事执行中较少出现实体性争议。因此立法、实务与学理上均较少关注诸如执行异议之诉、参与分配之诉等类似的问题。究其原因主要在于，英美法系国家民事审判中并不存在如大陆法系国家苛严的诉讼标的与诉讼请求理论，其从生活事实出发型的裁判思维方式与陪审团垄断事实审理的诉讼构造，决定了英美法系国家在审判中可以将基于某一事件或者交易引起的系列纠纷一次性地加以解决，而且这种裁判思维方式与诉讼构造也决定了只有将与某一事件或者交易相关的纠纷、相关的主体纳入诉讼，^⑱才能保障发现案件的事实真相，才可能公正合理、富有效率地解决纠纷。并且，如果当事人不在一次诉讼中提出所有的权利主张，就可能丧

^⑮ 参见前引①，肖建国《民事审判权与执行权的分离研究》文，第39-49页。

^⑯ 参见最高人民法院：《关于执行权合理配置和科学运行的若干意见》（法发〔2011〕15号）。

^⑰ 前引⑨，季卫东文，第48-53页。

^⑱ 包括反诉在内的诉的强制合并的探讨，参见张永泉：《民事之诉合并研究》，北京大学出版社2009年版，第128页。

失再次主张的机会。所谓“要么现在，要么闭嘴”。^②正是由于此，在审判解决纠纷之后，通常不大可能在执行过程中再出现“二次纠纷”，因此民事执行程序变得相对简单、单纯，很少再涉及民事实体权益争议。

而反观大陆法系国家，从法规出发型的裁判思维方式，遵循要件—后果的准则，其实质是以法律（要件）事实来裁剪生活事实，不可避免存在思维僵化、削足适履的弊病；加之奉辩论主义（当事人提出主义）、处分权主义为圭臬，演绎出一套严谨的诉讼标的理论与规则体系，这样一来就不大可能如英美法系国家一样在一次审判中将相关的纠纷、相关的主体纳入一次程序内解决，^③因此难以避免会留下“隐患”，所谓“按下葫芦浮起瓢”。^④于是，尽管本案的纠纷似乎解决了，但在执行过程中又可能出现新的实体权益争议，因此又不得不“亡羊补牢”地发展出执行过程中的权益争议解决机制（如案外人异议之诉、执行异议之诉）。或许这就是大陆法系国家“执中有审”的原因所在。

我国是大陆法系国家，无论是民事立法还是实务，对当事人的追加、对诉的合并都有严格的要求，这样固然可以避免审判程序变得过于复杂而具有高效解决纠纷的优势，但其不利于在一审程序中“一揽子”解决纠纷的劣势也显而易见。^⑤因此，解决包括民事执行中的实体权益争议等程序繁琐问题，有必要从改造审判程序与诉讼制度入手，所谓“功夫在诗外”。而对于这类实体争议进行判断的民事执行裁判行为，理所当然属于司法审判权的范畴。^⑥这也可以解释为何大陆法系国家的民事执行，即使是从法院分离，也仍然由法院来管控或者与法院保持密切的联系。通过以上分析，有理由得出结论，民事执行权的定位以及民事执行机构的设置，均与审判程序、诉讼制度存在内在联系。

（二）我国审执分离改革的问题指向

我国民事执行权的正确定位与民事执行机构的科学设置，要以解决民事执行中的现实问题为出发点。“目的是世界的创造者”，民事执行自有其存在的目的与价值。民事争议在本质上乃是私权争议，经由审判程序确定了权利义务归属之后，如债务人不依法履行时，民事执行就成为必要。正是从这个意义上讲，民事执行是实现私权益的最后一个环节。如果说司法是救济权益、实现正义的最后一道防线，那么民事执行就是最后一道防线上的“最后一公里”。如果司法的最后一道防线不保，社会正义的大厦就会坍塌，假若执行这一“最后一公里”不畅，则整个司法程序的成果就面临“功亏一篑”“毁于一旦”的危险。由此可见，民事执行对于私权的救济、保障与实现，对于司法公信力与司法权威的提升至关重要。

民事执行的首要目的是实现既决债权，民事执行权就是为了实现既决债权而存在的。离开了这

^② 如美国民事诉讼中有较为发达的争点排除规则与请求排除规则。参见张临伟、吕强：《论美国民事诉讼法中的“争点排除规则”》，载《当代法学》2005年第3期，第116-122页；胡军辉、刘佳美：《我国民事诉讼法设立争点排除规则的思考——以美国法为参照》，载《求索》2013年第6期，第207-209页；胡军辉：《美国民事请求排除规则及其借鉴》，载《政治与法律》2013年第9期，第138-145页。

^③ 当然这与诉讼费用制度有关联，也与法官的考核机制相联系。我国分财产与非财产案件来收取诉讼费，结案数是考核法官的一个重要指标。多个诉合并之后成为一案，对法官而言反而减少了办案数量，因此是反向激励。

^④ 对此，有学者指出应该强化一审程序。参见李浩：《强化民事第一审程序：原理、路径与方法》，载《江海学刊》2009年第5期，第130-136页、第239页；龙宗智：《论建立以一审庭审为中心的事实认定机制》，载《中国法学》2010年第2期，第143-157页。

^⑤ 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（法释〔2015〕5号）第二百二十一条规定：“基于同一事实发生的纠纷，当事人分别向同一人民法院起诉的，人民法院可以合并审理。”这一规定扩大了诉的合并的适用范围，体现了追求纠纷一次性解决的理念。

^⑥ 如饱受争议的能否在执行程序中追加被执行人配偶的问题，最高人民法院先后多次作出解答、解释。

一目的，民事执行权、民事执行就失去了归依与目标。以此为出发点，真正能解决我国执行实践面临问题的理论与观点，才是有生命力、科学管用的观点。从历史上看，私权的实现方式，经历了由完全的私力救济，到垄断性的公力救济，发展到现在的私力救济、社会救济与公力救济并存的发展历程。如依据我国现行民事法律的规定，当民事权益受到侵害时，仍然可以采取包括自助行为等在内的自力救济方式，^②也鼓励和允许当事人协商、和解，或者由人民调解委员会、仲裁机构等社会性组织解决纠纷。当这些方式仍然不能有效实现私权时，当事人可以选择诉讼方式。并且在仲裁与诉讼的关系上，我国采用“或裁或审”的制度，当事人选择仲裁就排斥了法院的管辖。由此可见，我国对民事权益的保护，已经初步形成了私力救济、社会救济与公力救济并存的多元格局。这既体现了对当事人意思自治与自由选择的充分尊重，又有效地减轻了人民法院的压力与负担，为疏导社会问题和化解社会矛盾提供了多种渠道与多个选项，既契合我国的国情民意，也符合世界多元化纠纷解决机制发展的潮流与趋势。从本质上来讲，生效裁判确定的债权仍然是当事人的私权。基于此认识，我国现行立法与司法实践均允许当事人转让生效法律文书确定的债权，并且通过裁定的方式变更受让人为申请执行人，受让人由此可以依法申请强制执行。既然承认既决债权的私权属性，那么作为保护既决债权方式的民事执行权同样应该适用保护私权的基本原理。由此说开去，民事执行权在本质上仍然是私权，应该允许当事人在法律允许的范围内自由行使。因此，建构什么样的民事执行权理论，设置何种民事执行机构，归根结底，要以是否有利于实现生效裁判文书确定的权益为标准，要以解决现行的执行问题为出发点。而不是相反，从本本与教条出发，对一些有助于解决民事执行难、有利于实现债权的方案和措施，认为其不符合我们想象中的民事执行权理论就反对它、漠视它。

当前，民事“执行难”已基本解决。当然说到底，“执行难”是各种“社会综合征”在执行领域的集中体现，^③有效解决社会问题才是治本之道，但我们不能以此为借口而忽视对执行制度的变革与完善。既然强制执行权、执行制度是为实现债权人私权而存在的，就应该回到原点，从有利于实现债权人私权最大化的角度来思考执行权及其机构设置。我国面临的执行难，其实质是本来应该可以执行的案件却由于种种原因而得不到执行（至于债务人缺乏履行能力的案件，我们称之为执行不能。实际上，理性的债权人通常也不会对缺乏偿债能力的债务人申请执行，因为这样不仅不能兑现债权，还要预交受理费，所谓“赔了夫人又折兵”），最根本的原因在于法院的执行能力不足——非不为也实不能也（当然也存在执行懒——执行机关消极不作为——“非不能实不为”的例外情形）。这种执行能力不足的现状，固然可以通过改革执行机构的配置和发挥作用的方式（如审执分离），充实执行队伍等来加以改进，^④但在短时期内，提高执行能力的努力受制于多种因素，诸如增加执行人手，涉及到编制、财政、培训等人、财、物多种因素，牵涉到多个部门，恐怕也是“远水难解近

^② 刑法上也肯定正当防卫的合法性、正当性与必要性，当然不能超过必要的限度。

^③ 执行难是社会矛盾在执行领域的综合反映。之所以执行难，一是申请执行人缺乏风险防范意识，在起诉时，被告已经没有财产可供执行了。据统计，大约 50% 的案件是已经没有财产或者没有足够的财产。二是被执行人诚信缺失，规避或者抗拒执行，这类情况占 30% 左右。由于法律制度、体制机制不健全，对规避执行、逃避执行、抗拒执行的，缺乏有效的惩戒、预防手段。没有专门的强制执行力法，满足不了规范执行行为的需要。此外，法院自身还存在诸多问题。比如，素质问题、人力问题、管理问题等等。参见徐隽：《力破执行难 狠治执行乱》，载《人民日报》2015 年 3 月 8 日，第 5 版。

^④ 如根据《中共中央关于转发〈中共最高人民法院党组关于解决人民法院“执行难”问题的报告〉的通知》（中发〔1999〕11 号）的要求，执行人员比例不得低于法院人员的 15%。然而，17 年过去了，这一要求仍未得到完全落实。参见《最高人民法院印发〈关于落实“用两到三年时间基本解决执行难问题”的工作纲要〉的通知》（法发〔2016〕10 号）。

渴”，还需要较长的时日。而执行难的现状只要没有得到改善，执行积案势必日益增多，各种运动式的清理执行积案行动，终究不能从源头上、根本上解决问题。在这种背景下，我们必须实事求是地承认，执行能力不足是我国民事执行工作目前面临的主要矛盾，而提升执行能力又不是短时期内能实现的，因此解决执行难需要我们转变思路。分析执行能力不足的现状，可能既存在执行机构承载的负荷过重的原因，又与我们提供给执行机构的制度资源与社会资源相对缺乏相关联。要改变这种现状，必须从这两个方面着手。当前，中央加强“顶层设计”，实现法院人财物的省级统管，力图破除地方保护主义，实现法院独立行使审判权、执行权；同时，在最高人民法院的主导与部署下，加强执行的“一性两化”建设（即依法突出执行工作的强制性，全力推进执行工作信息化，大力加强执行工作规范化），苦练“内功”。可以将这些改革视为给执行机构提供更多的社会资源与制度资源。应该说，这些努力都是值得充分肯定的，其实施效果还有待时间与实践的检验。

然而，如果执行机构承载的负荷没有得以减轻，譬如，在立案登记制度实施以来，审判与执行的案件数量还呈现大幅度的增长，这些应对执行难的改革举措，可能都会显得力不从心。正如古人所说的“扬汤止沸，莫若釜底抽薪”，化解执行困境，应该从减轻执行机构的负荷入手，即将部分执行职能从执行机构剥离出来，实行彻底的审执分离。执行实践已经证明，借助申请执行人与社会力量来发现被执行人的财产，是破解“执行难”的有效途径。从实践来看，主要有如下举措：一是建立审计调查制度。审计调查丰富了财产查找方式，有利于提高执行兑现率。如重庆市高级人民法院制定了《关于在强制执行中实施审计调查若干问题的规定（试行）》，对执行中的审计对象、工作流程、强制措施等作了相应的规定。二是发放律师调查令。调查令有利于保障律师的执业权利，有利于发挥当事人查找财产的积极性，有利于提高执行效率。^③目前，北京、上海、浙江、重庆等地法院建立了律师调查令制度。三是建立悬赏举报制度。如江苏、广东、湖南等地人民法院依据被执行人的申请，向社会公开发布提供财产线索的悬赏公告，取得了良好的执行效果。^④这一制度探索得到了最高人民法院的肯定与认可，并已初步制度化。自2017年5月1日开始实施的《最高人民法院关于民事执行中财产调查若干问题的规定》在第二十条到第二十四条正式规定了执行悬赏公告制度。再如，被执行人难找的问题，法院执行局在寻找被执行人时并无比较优势，相反，公安机关可能更具有信息优势，更易于寻找与发现被执行人。

为了有效解决“执行难”，就需要建立强有力的执行机构，强调执行权的强制性。而要治理“执行乱”与“乱执行”，一方面应该规范执行权的运行机制，完善执行体制来加强对执行权的监督制约，将执行权关进制度的笼子里；另一方面，也许是更为根本的方法，是将部分执行职能从法院分离，即允许部分执行职能由法院以外的主体来行使，赋予当事人一定范围内选择执行主体的权利。这样一来，既能减轻法院的执行负荷，又在法院的执行机构与其他执行主体之间形成竞争的态势，通过引入优胜劣汰的市场法则，既给法院的执行机构以动力，又给其压力，从而提高人民法院的执行效率，促进执行权的规范运行。因为如果法院的执行机构不能提供优质、高效的执行服务，当事人将选择其他执行主体，长此以往，法院会面临“无案可执”的困境。^⑤当然，这不可避免地会触及法院的“利益”，而如果我们坦承“触动利益比触动灵魂还要难”，则这样的改革就需要“壮

^③ 参见王杏飞、刘洋：《论我国民事诉讼中的律师调查令》，载《法治研究》2017年第3期，第118-130页。

^④ 《人民法院执行工作报告》（白皮书），载《人民法院报》2016年3月19日，第2版。

^⑤ 1990年代，一些法院无案可办时，主动上门揽案、开发案源。当然这还与当时的诉讼费用制度、法院的财政保障等有直接关系，现在看来显然是违背司法规律的。参见：《竭诚服务，严肃执法》，载《人民法院报》1994年4月4日，第3版。

士断腕”、自我革命的勇气。

四、我国审执分离改革的突围

基于以上的分析与思考，我国审执分离改革需要突破重围、大胆革新。笔者的初步设想是依据执行对象的不同，将不同的执行职能配置给不同主体，并赋予债权人一定的选择权。换言之，审执分离改革可分为两个层次：第一层次是将部分执行职能从法院分离，由其他国家机关与市场主体来承担。简言之，即“法院的归法院，政府的归政府，市场的归市场”。^③第二层次是在法院内部分离，即承认“执中有审”的现实，将执行中的审查权由审判组织或者执行机构中设立的裁判庭来行使，而执行实施职能归执行部门。简言之，就是“审判的归审判，执行的归执行”。

第一，由于执行审查权的实质是裁判权，应由人民法院专属行使。这些事项主要包括追加和变更被执行人、执行复议、执行异议、不予执行、中止执行和终结执行等裁决事项。这些事项由人民法院的审判组织（无论是审判庭还是设在执行局中的执行裁判庭）来行使。从当前的实践来看，对涉执诉讼案件（如案外人执行异议之诉、执行分配方案异议之诉、代位析产之诉等）均是依照诉讼程序来审判的。第二，执行实施中涉及不动产，需要登记的动产如车辆、船舶、航空器、股权、知识产权等，应由人民法院专属执行。第三，执行中涉及对债务人采取强制措施的，由人民法院执行。第四，其他执行事务，允许其他国家机关（如行政机关）、依法成立的执行组织（市场主体）来执行。债权人可选择向法院、其他执行主体或者社会化的组织申请执行。

遵循上述审执分离的改革思路，对于法院而言，不再需要将所有的执行事务“往自己身上扛”，有利于减轻执行压力；对于债权人而言，有了多种选择；对于被执行人而言，布下了由法院、政府、社会多方参与的“天罗地网”，不履行义务的成本大为增加；对于社会组织而言，开放了市场，使诸如地下的“讨债公司”获得了“准生证”而“合法化”，可以走向规范化运营；对于其他主体而言，也提供了通过民事执行参与国家治理的又一种方式。应该说，这对于破解“执行难”是有效管用的。并且，将民事执行权进行分解（即分为执行审查权与执行实施权），无疑也符合权力制约与监督要求，也有利于消除“执行乱”。这样一来，以民事执行权的本质属性为基点，以保护执行当事人的权益与程序选择权为中心，构建多元执行机制，既可以减轻法院、政府的压力，又能释放市场活力。可以预见，这种多元执行机制形成之后，各执行主体之间分工负责、相互配合、相互竞争，最有可能产生出公平与效率，执行当事人将是最大的受益者。换句话说，这一改革思路与方案有利于实现“当事人利益最大化、执行效益最大化、社会参与程度最大化”。这正是改革的出发点与落脚点。反之，如果法院固守“肥水不流外人田”的权力本位思维，一方面呼喊“案多人少”“执行难”，另一方面又不愿放权于市场、社会，单凭自己“单打独斗”，如何打赢切实解决“执行难”这场硬仗？笔者相信，唯有将切实解决执行难题纳入法院、政府与社会组织、当事人等利益相关者共同参与、协同配合的视野，^④“执行难”“执行乱”才有望从根本上得以解决。当然，罗马不是一日建成的，我们要有信心和耐心。

^③ 前引①，江必新、刘贵祥文。

^④ 2022年7月12日上午，中共中央宣传部举行“中国这十年”系列主题新闻发布会，最高人民法院指出，我国已建成联动资源最多、在线调解最全、服务对象最广的中国特色一站式多元纠纷解决和诉讼服务体系。与此相适应，建立多元执行机制势在必行。

Abstract: An accurate understanding of the nature of civil execution power is the theoretical basis and logical premise to promote the reform of the separation of adjudication and execution. At present, there are different understandings about the nature of civil execution power. In terms of the nature of the division of state power, there are judicial power theory, administrative power theory and compromise theory. From the ownership of civil execution power, there are creditor theory, state theory and compromise theory. There is no unified legislative model and understanding of the nature of civil execution power outside China, and the execution practice also has its own characteristics. Within China, civil execution practices demonstrate a fusion of adjudication and execution, lacking strict demarcation between implementation actions and review proceedings. Civil execution power is a national coercive force to realize the rights and interests of creditors in private law, which aims to realize the rights and interests determined by effective legal documents and maintain normal legal order. Taking this as a starting point to examine the reform of the separation of civil execution power from planning and execution, this paper holds that the power of execution review being exercised exclusively by the court, part of the power of execution being separated from the court, and exploring the establishment of a pluralistic execution mechanism are conducive to achieving the goal of maximizing the interests of the parties involved and the efficiency of execution.

Key Words: Civil Execution Power; Execution Implementation Power; Execution Review Power; Separation of Adjudication and Execution

(责任编辑: 卢护锋)

再探确定共有物分割方法之诉的性质

——兼评我国《民事强制执行法（草案）》第一百七十一条第三款

徐文海*

内容提要：新近公布的《民事强制执行法（草案）》中，对共有物分割设专章予以规定，其深化《民法典》第三百零三条，赋予法院更为细化的规则指引，其中第一百七十一条第三款更是明确了申请分割之非讼审理方式。确定共有物分割方法之诉的性质应为诉之强制性合并（形成之诉与给付之诉），并非非讼事件，亦不契合“诉讼事件非讼化”之理论构造。分割判决产生类似公证债权文书的强制执行力，非讼法理融于其中以贯彻“促进物之效用”及“分割之自由”原则。

关键词：非讼事件 诉的强制性合并 诉讼事件 程序保障

DOI：10.19350/j.cnki.fzsh.2023.04.009

一、问题的提出

关于共有物的分割，理论上将其区分为“请求分割共有物之诉”和“确定共有物分割方法之诉”两种形态。^①《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第三百零三条中，仅将共有的类型划分为按份共有分割和共同共有分割，并确定其各自的分割条件，但共有物分割之诉的整体性质以及两种细分类型的分别性质并未得到明确，有必要整体上重新厘定。^②在2022年的《民事强制执行法（草案）》（以下简称“草案”）中，第一百七十一条规定了“申请分割”的分割方式，其顺承共有物分割判决后的执行，看似贯彻“形成权—形成之诉—形成判决”逻辑脉络，但同时也造成了更多的问题。^③以此为契机，本文将以共有物分割之诉的性质为中心，讨论诉之强制性合并理论与共有物分割之诉等问题，以求教于方家。

* 同济大学法学院助理教授。

① 在请求分割共有物之诉中，当事人对是否存在共有物分割请求权或能否行使共有物分割请求权存在争议；在确定共有物分割方法之诉中，当事人对共有物分割请求权的存在和行使没有争议，仅对共有物的分割方法存在争议。

② 通说认为，共有物分割“请求权”的性质系形成权，共有物分割之诉的性质系形成之诉，诉讼标的为共有物分割请求权，共有物分割之诉应当仅指基于共有物分割请求权的裁判行使而产生的诉讼。共有物分割之诉分为请求分割共有物之诉和确定共有物分割方法之诉。

③ 张卫平：《民事诉讼法》，中国人民大学出版社2015年版，第141页。

二、域外移植：非讼事件说

(一) 学说见解

就共有物分割之诉而言，该说认为其本质上属于非讼事件，而非诉讼事件。^④ 法院不受原告主张内容或范围的拘束，所进行的不是法律上之判断，无司法作用之体现，仅仅是披着判决外衣的实质上的行政处分。原告并无依民法请求法院应如何分割的权利，仅能请求为其分割。

在日本，持非讼事件说的学者众多，如兼子一认为非诉案件乃国家纯然为介入私人生活关系而为之命令处分，是为民事行政，非诉事件是在法律上追求一定结果之处分行为。在共有物分割之诉中，法院的裁判并不受申请分割共有人所主张之内容或范围的约束，即法官可以独立作出判决。由于该判断不完全是法律上的判断，故并非是司法作用而是行政上之处分行为。^⑤ 在我国台湾地区，非诉事件说是学界通说。学者认为共有物分割之诉虽以诉之形式为之，但其本质仍属于非讼事件的范畴，并无诉讼标的；^⑥ 共有物分割之诉的目的在于合目的性之达成，不体现为司法作用，从性质上可归于非讼事件，可以直接依据非讼程序进行处理。^⑦ 我国大陆也有学者认为，由于共有物分割之诉是按民事诉讼程序进行，法院依照职权确定关于共有物之分割的合理方法，将各共有人整体的享有对共有物之份额转化为具体特定部分、金钱等，并使共有之法律关系产生变动，故共有物分割之诉的关键亦取决于法院的裁量权，法官在个案中可以酌定分割方法，故属非讼事件。法院的分割裁判，性质上系以判决的形式作为共有有人关于分割方法之意思表示的有益补充。^⑧

(二) 本文见解

1. 无非讼化之语境

法院积极运用非讼审判可谓历史悠久，^⑨ 其合理性在于：一是程序简易、迅速，符合经济与效率的程序效率价值理念；二是使法院提前介入民事关系，预防纠纷发生，减少诉讼；三是拾遗补缺，保护作用亦较大。^⑩ 正如学者所言，民事诉讼领域意在发挥诉讼两造之间的积极对抗和穷尽攻击防御方法，概因民事诉讼的品格即在于相互之攻讦以推进程序公正，这也是诉讼之双方当事人积极行使所享有的处分原则和辩论原则的体现；然而，非讼程序中更多的是各当事人之间的协同，适合处理和裁判争议不大、公益性较强、司法行政性质较浓的非讼事件。^⑪ 非讼事件的聚合性缘起于实体法中涉及程序的若干法律规范的聚合，这也使得非讼事件亦有异质化的局面，其特点有四：一是职权主义色彩，其中包括法官的职权探知；二是非公开和书面审理；三是具有非对抗性；四是自由证明，往往适用于公益性较强的案件和继续性案件。随着基础理论研究的发展，非讼事件既包括传统的无争议的非讼事件，也包含争议的非讼事件，即立法者基于合目的性考量规定运用非讼程序

^④ 支持非讼事件说的多为民法学者，主要有吕太郎、陈计男、杨隆顺、杨建华、兼子一等。

^⑤ 兼子一『新修民事訴訟法体系（增訂版）』（酒井書店育英堂，1965年）40頁。

^⑥ 吕太郎：《民事诉讼之基本理论》（一），智胜文化事业有限公司1999年版，第8页。

^⑦ 陈计男：《分割共有物之诉之审理及其裁判之效力》，载《民事诉讼法研究基金会：《民事诉讼法之研讨》（二），三民书局1990年版，第518页。

^⑧ 郭砚：《实体法与程序法交互作用下的共有物分割之诉》，载《现代法学》2016年第2期，第62页。

^⑨ 罗马法时期更有“非讼程序”与“非讼案件”的制度。参见周栢：《罗马法原论》（下），商务印书馆2001年版，第928-929页。

^⑩ 刘海渤：《民事非讼审判程序初探》，载《中国法学》2004年第3期，第91页。

^⑪ 赵蕾：《诉讼与非讼的再区分——以诉讼与非讼基本模式的差异为研究进路》，载《比较法研究》2012年第4期，第111页。

审理的诉讼事件，并且具有一定的对抗性。

关于共有物分割之诉的性质认定，直接牵涉到程序的选择和诉权的保障。首先，定性为诉讼程序符合逻辑且操作简便，但诉讼与非讼之区分成本过大，不利于诉讼经济。在德日等国家中，“有无争议”已经不是诉讼与非讼的区分标准，二者之间的界限也愈加模糊，非讼事件的界定也愈加困难。^⑫因此日本基本上已经放弃了寻找诉讼与非讼的区分标准，缘由即是几乎所有的标准都无法涵盖所有的非讼程序。^⑬这一局面值得深思。加之在我国现有的诉讼体系下，非讼事件与非讼程序的诸多理念尚未厘清，同时也缺乏诉与非讼区分的历史传统、思维观念及立法样本。^⑭其次，非讼事件的概念模糊且范围扩大，区分标准多元，实务中法官甄别难度加大，诉讼成本提升，实施效果未必优于诉讼事件。^⑮加之非讼程序之下更加强调法官的职权主义，在当下中国全面推行的法官额定制及终身责任制度之下，法官自由裁量权的扩张，意味着法官本人须背负由于职权探知产生的错误而承担名誉的不利评价甚至一定的责任，反作用力不容小觑。最后，共有物分割之诉中存在双方当事人之间的争议，对抗性色彩非常浓厚，法官需要进行的是合法性裁量而非（非诉事件的）合目的性裁量。而且在我国民事诉讼法中，特殊程序是一审终审，在共有物分割之诉中适用一审终审必然会影响当事人的诉权保障。^⑯若采用非讼程序则无法降低诉讼成本，享受不到非讼程序之最大优势。

2. 域内外立法制度

参酌域外的立法例，对共有物分别之诉大多也采取了诉讼程序而不是非讼程序。^⑰而采用非讼程序的国家与地区，法律储备往往非常充分。比如日本于1989年制定了《非讼案件程序法》，除非法或者其他法令另有规定，该法将统一适用于法院所管辖的非讼案件。^⑱共有物分割之诉纳入非讼程序，法律规范充分，法院流程成熟，理论研究也极尽精细，当事人可以很方便地提起分割之诉。比如根据日本《非讼案件程序法》第40条，检察官的意见陈述以及程序参加的保障均有利于非讼案件中的被执行人的程序保障。日本在非讼程序法典内均坚持职权主义等原则，若干基本原则与制度同民诉程序原则与制度构成鲜明的对比，成功地保持了非讼程序的独立性和自足性。^⑲再如我国台湾地区，从1999年开始将共有物分割诉讼纳入所谓的“非讼事件法”之中，具体包括总则、民事非讼事件、商事非讼事件、附则等四章。^⑳可见，我国台湾地区非讼立法与日本类似，同样具备法律上的可能性。

我国目前尚无单独的《非讼程序法》，与此有关的争议解决仍被作为诉讼事件处理。^㉑将共有物分割之诉与非讼事件进行特征上的比附，基于二者具有类似特征而得出确定共有物分割方法之诉为

^⑫ 郝振江：《非讼程序研究》，西南政法大学2010年博士学位论文，第7页。

^⑬ 前引⑪，赵蕾文，第100页。

^⑭ 陈桂明、赵蕾：《中国特别程序论纲》，载《法学家》2010年第6期，第75页。

^⑮ [日]三月章：《日本民事诉讼法》，汪一凡译，五南图书出版公司1997年版，第197页。

^⑯ 郝振江：《非讼裁判的效力与变更》，载《国家检察院学院学报》2014年第2期，第158页。

^⑰ 房绍坤、毕潇潇：《论共有物分割之诉的法律属性》，载《海南大学学报（人文社会科学版）》2016年第5期，第88页。

^⑱ 潘剑锋：《中国民事审判程序体系之科学化革新——对我国民事程序及其相互关系的反思》，载《政法论坛》2012年第5期，第103页。

^⑲ 参见郝振江：《论我国非讼程序的完善——聚焦于民法特别程序的“一般规定”》，载《华东政法大学学报》2012年第4期，第130页。

^⑳ 前引⑱，潘剑锋文，第104页。

^㉑ 前引⑱，郝振江文，第133页。

非讼事件，结论过于草率。^② 实体法及诉讼法与域外存有差别，过于趋同容易造成“鸡同鸭讲”的窘境。民诉理论的发展须结合本国之国情，一味地进行法律移植很可能会适得其反。同理，我国民诉理论之研究应当结合现有理论的消化吸收，若“囫囵吞枣”以追求理论之先进，并不是适宜的选择。非讼事件说在我国仍然较为前卫，难以与诉讼法及民诉理论在逻辑上形成周全的适配。

3. 草案之准备不足

《民法典》第三百零三条区分了按份共有和共同共有的不同条件，赋予了按份共有人请求分割共有物的权利基础，即按份共有人可以随时请求分割以结束共有关系。在法规范的协调上，由此可以使得共有关系成为执行的正当化基础。^③ 而草案第一百七十一条第三款则规定：“当事人和其他按份共有人不能协商一致的，被执行人和其他按份共有人可以申请人民法院分割。”可见按份共有人分割共有财产的方式为申请分割。那么，采用申请分割的方式是否会降低对被执行人的程序保障功能？^④ 须知程序保障的内容一般包括狭义陈述权、获悉通知权、笔录阅览权、证据调查申请权、法院的斟酌义务等。由于非讼事件的目的在注重程序保障的同时维持程序的便捷经济，这是非讼程序价值的基础定位使然。^⑤ 这样一来，目前草案对于被执行人的程序保障过于粗浅，有鉴于此，其后的法律构造或逻辑路径可能有如下几种：

第一，从法律体系联动的视角来看，若草案第一百七十一条第三款成为正式条文，则被执行人若对法院的分割方法不满，应及时转为诉讼程序予以审理；如当事人可以申请再审，案外人可以提异议之诉。同时完整的程序保障还须做出相关的程序配套，如日本法上检察官的知悉通知权等。草案中不够细化之处，可以在其他民诉规范中予以规定，并有待将来制定我国的《非讼案件事件法》成熟时作法规范的统合。

第二，从草案之变更角度，应当删除草案之第一百七十一条，转而将两造关于共有物分割之协议不能的情形完全挪到《民事诉讼法》中加以规定，以便在下次修法时一并改动。^⑥ 当下仍应当按照将共有物分割之诉区分为“请求分割共有物之诉”和“确定共有物分割方法之诉”，将其定性为诉讼事件，法院据此作出分割共有物之形成判决。这可以契合形成权、形成之诉、形成判决三者之间的逻辑关系：即基于形成权纠纷引起形成之诉，基于形成之诉的判决就是形成判决，而形成判决具有形成力。^⑦

第三，因共有物分割之诉涉及的当事人往往众多，裁判压力巨大，加之裁判能力不足的情况亦时有发生，对此，最高人民法院可以定期颁布指导性案例，明示其中的争议所在以及非讼的因素（可裁量部分），限缩法官自由裁量权的同时也可以对共有物分割之诉的形态予以叙明，切实维护当事人的合法权益与司法公平公正。

^② 前引①，房绍坤、毕潇潇文，第88页。

^③ 共有物分割请求权的行使在按份共有和共同共有中有所不同。需要指出的是，本文的理论背景及论证方向更多聚焦于按份共有物分割的场景，不再类型化地讨论共同共有分割与按份共有分割。

^④ 肖建国在2022年6月25日“民事强制执行立法高端论坛”中指出，草案应当区分共同共有与按份共有，分别采取执行措施，并认为共同共有财产的执行须以穷尽被执行人个人财产执行为前提。

^⑤ 郝振江：《论非讼事件审判的程序保障》，载《法学评论》2014年第1期，第33页。

^⑥ 黄忠顺在2022年6月25日“民事强制执行立法高端论坛”中指出，共有物分割判决的执行在草案中规定为申请分割方式（即非讼方式）是不妥的，降低了当事人的正当程序保障，需要回归争讼方式。

^⑦ 前引①，房绍坤、毕潇潇文，第89页。

三、中间道路：诉讼事件非讼化

(一) 学说见解

有关此说，须了解“诉讼事件非讼化”和“非讼事件诉讼化”两种相似理论。^⑲前者如我国台湾地区邱联恭教授所提“诉讼事件非讼化”理论。^⑳日本学者则在1970年代开始了对诉讼事件非讼化问题的探讨，此后有关的研究颇多。^㉑新堂幸司认为，国家的福利化程度越高，国家对于私人生活关系的监护程度也越高，非讼事项日益增多，“口头辩论—判决—控诉—上告”的程序显得繁复，且有迂回之嫌。相较而言，非讼的审理则更加简单、迅速。因此最好应有不受诉讼标的框架拘束的折衷性解决渠道。^㉒因此，非讼事件近来有显著扩张的趋势。^㉓在我国台湾地区，邱联恭教授扩展了诉讼事件非讼化的外延，将依诉讼程序审理的纷争事件改为依照非讼程序处理，非讼化就包含了程序上的非讼化和实体法方面的非讼化。^㉔邱教授的理论在大陆学界产生了广泛而深刻的影响。有学者甚至据此认为，何类案件应按照诉讼程序或者非讼程序审理，并没有明确、截然二分的标准。^㉕学者们认为非讼之审理方式亦须充实程序保障的内容，不应当仅限于对程序关系人适时、适式参与审理提出攻击和防御方法上的保障，还应当在兼顾对裁判的可预测性和程序的安定等条件下，根据具体情形，有针对性地适用程序法理。^㉖法院须根据程序相称性原理审理诉讼案件，以得到合目的性、妥当性和具有展望性的判决。^㉗

在共有物分割之诉中，法院凭借证据所得出内心之自由心证，依照职权酌定妥适的分割方法，故应当确保当事人享有充分的攻击防御，防止发生突袭裁判，此即为诉讼法理之适用。该理论传播至大陆，诸多学者借以解释共有物分割之诉的性质，如有学者认为，共有物分割之诉为形成之诉，其本质为非讼事件，虽称作“形式上的形成之诉”，但具有“诉讼化审理”的特征，此即为共有物分割之诉的二元属性。^㉘

(二) 本文见解

近年来大陆法系国家（地区）的诉讼事件非讼化进程有显著扩张的趋势，究其原因即在于法院会享有较大的自由裁量权。^㉙有学者认为，以职权主义为基本原则的非讼程序在一定程度上满足了

^⑲ 郝振江：《民事审判中的非讼事件诉讼化现象及克服》，载《法学评论》2022年第2期，第134页。

^⑳ 需要指出的是，在共有物分割之诉中，持非讼事件说的学者认为仍旧需法院判决系非讼事件的诉讼化而已，与邱联恭教授所提“诉讼事件非讼化”具有相似之旨趣。

^㉑ 孙永军：《诉讼事件非讼化新探》，载《现代法学》2014年第1期，第85页。

^㉒ [日] 新堂幸司：《新民事诉讼法》，林剑锋译，法律出版社2008年版，第17页。

^㉓ [日] 中村英郎：《新民事诉讼法讲义》，陈刚、林剑锋译，法律出版社2001年版，第14页。

^㉔ 邱联恭：《诉讼法理与非讼法理之交错适用——从民事事件之非讼化审理及诉讼化审理论程序保障之机能》，载民事诉讼法研究基金会：《民事诉讼法之研讨》（二），三民书局1990年版，第445页。

^㉕ 沈冠伶：《家事非讼案件之程序保障——基于纷争类型审理论及程序法理交错适用论之观点》，载《台大法学论丛》第35卷第4期，第105-160页。

^㉖ 廖中洪：《中国民事诉讼程序制度研究》，中国检察出版社2004年版，第327页。

^㉗ 刘璐：《诉讼案件非讼化审理研究——兼谈对新〈民事诉讼法〉第133条第1项的一点看法》，载《法律适用》2014年第5期，第97页。

^㉘ 陈磊：《共有物分割诉讼的特殊属性研究》，载《重庆理工大学学报（社会科学）》2019年第3期，第92页。

^㉙ 前引^⑳，中村英郎书，第14页。

民众迅速解决纠纷的需要，尤其当有社会危机性纠纷出现时，优势就愈加明显。^③ 但我国果真应加以继受吗？这里须考量的问题，具体包括如下几方面：

1. 理论实操空间狭窄

所谓的“诉讼事件非讼化”理论，是在伴随非讼事件程序法的制定而产生的新理论。^④ 在当下中国，既无独立的《非讼程序法》，也没有完备的非讼程序规定，仅是在《民事诉讼法》中规定有特别程序章节，具体包括宣告失踪、宣告死亡、认定公民无民事行为能力、限制民事行为能力、认定财产无主等案件，大致相当于非讼程序。^⑤ 但程序封闭且范围狭窄，与诉讼程序具有很强的同一性。^⑥ 非讼程序的功能也十分有限，严格限定于法律事实或法律关系的确认。^⑦

比较而言，我国台湾地区早在1964年就颁布了所谓的“非讼事件法”，且之后进行了多次修订，学界的讨论也是如火如荼。日本亦有类似的实践，20世纪70年代便开始进行大量关于实务非讼案例的精细化研究。而我国所谓的诉讼案件非讼化审理，不过体现在诸如不公开审理原则等非讼原理的运用上，基础准备明显不足，操之过急地将“诉讼事件非讼化”理论引入，会导致案件的属性不明，实务的处理更加混乱。同时如前所述，案件的终身责任追究会加剧法官对于自由裁量权的慎重。若是司法实务界都不愿意采用更大范围的非讼法理来裁判案件，那么学界关于“诉讼事件非讼化”之美好设想更似空中楼阁，并无较大的实用价值。

不仅如此，提及“诉讼事件非讼化”，在我国尚未形成非讼事件程序的语境中，极易引起误解。由于我国采用民事诉讼程序内审判与调解并置的方式，而不熟悉“诉讼事件非讼化”理论的学者，很有可能将其与非司法解决之调解等纠纷解决方式相混淆。正如某学者担心的，从字面来看，所谓的诉讼事件非讼化，会让人陷入到底是诉讼还是非讼的困惑之中，无疑降低了“诉讼事件非讼化”理论命题在我国的解释力，不利于民法基础理论及有关学术探讨的深入展开。^⑧

一言以蔽之，共有物分割之诉叠加上“诉讼事件非讼化”二重民诉理论，其理解之困难在学者间尚且如此，在律师和法官等实务中的可操作空间可能就更不乐观。笔者认为，由于共有物分割之诉往往涉及众多当事人的重大利益且分割程序相当复杂，定性为“诉讼事件非讼化”的技术处理，实务中的功能值得怀疑。学界与其做理论上“诉讼事件非讼化”的解释学工作，不如在中国这样缺乏“界分”的大环境下先确定性共有物分割之诉。学术上将整体的共有物分割之诉或确定共有物分割方法之诉认定为非讼事件，与其说是一种理论创新，不如说是无法证成其为形成之诉的一种逃避。从诉讼事件走向“诉讼事件非讼化”乃至非讼事件，须伴随我国国情的发展以及配套法律制度的完善逐步推进，切不可冒进地学习先进理论而忽视了司法实务中的困难。

2. 交错适用论的空心化

脱离具体的国情空泛地谈论各种创新的理论，不仅不利于问题的解决，而且还会引发更多的困扰与无意义的争执。经过笔者的梳理，学界对于非讼法理的理解一般有如下逻辑路径：第一，在非讼法理研究深入的国家或地区，直接出台相关的非讼立法。如日本的《非讼事件程序法》、我国台湾地区所谓的“非讼事件法”，直接将非讼事件从诉讼事件中剥离开，成为独立的立法并享有一般

^③ 郝振江：《论非讼程序的功能》，载《中外法学》2011年第4期，第816页。

^④ 郝振江：《德国非讼事件程序法的新发展》，载《河南省政法管理干部学院学报》2011年第2期，第97页。

^⑤ 许少波：《论民事裁定的既判力》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2006年第6期，第124页。

^⑥ 前引^③，郝振江文，第137页。

^⑦ 江伟主编：《民事诉讼法》（第三版），高等教育出版社2000年版，第392页。

^⑧ 前引^③，孙永军文，第87页。

原则；因此，在关于共有物分割之诉的性质认定上，我国台湾地区学界与日本的通说都是非讼事件说。第二，在批判传统程序法理二元分离论的基础上，日本在历经第一条路径后，为适应非讼事件的日益增长趋势，经过学界广泛研究继而得出“诉讼事件非讼化”或“非讼事件诉讼化”两种学术命题，故在共有物分割之诉中，所谓的形式上的形成之诉说是交错适用程序法理的理论产物，亦是近来日本民事诉讼法学界的通说。在我国台湾地区，邱联恭教授深化了“诉讼事件非讼化”，主张实体法上的非讼化和程序法上的非讼化，^{④⑤}也即程序法理的交错适用之理论命题。基于民事纠纷解决迅速化的要求及特定类型案件合目的性裁判的考量，诉讼案件呈现非讼化倾向，^{④⑥}及至共有物分割之诉，交错适用诉讼法理与非讼法理，进而构成新的审理方式，十分契合多样化与复杂化兼具的共有物分割诉讼，且共有物分割之诉为特殊类型的形成之诉。^{④⑦}有学者认为，共有物分割的实质是一种行政处分的非讼案件，应被称为形式上形成之诉。^{④⑧}实务中的法官则认为，共有物分割之诉兼具诉讼与非讼双重属性，乃实体法与程序法的相互交错适用，在纠纷的处理中，只有实体法与程序法结合交融形成合力，才能得到妥当的裁判结论。^{④⑨}第三，蕴含非讼法理典型特征部分要素体现在诉讼案件之中，伴随的是法官职权、自由裁量权的适当扩张，弱化传统诉讼原则对法官权力的约束。对此后文详述，此不赘言。

那么，共有物分割之诉性质认定应当选择何种路径？如上文所述，在我国非讼事件无适用语境，亦无比较法上相应的立法模式，因此，第一条路径在我国暂时无适用的可能性。同样，由于我国非讼程序立法的不足和“诉讼事件非讼化”概念的模糊性，即便引入我国立法，也只会于学术探讨上形成无水之源的美妙循环论证，对司法实务则大概率未必有益，甚至于形成理论引发的实务上的窘境，即交错适用诉讼法理非讼法理的空心化。在当下中国语境下，应当坚持积极贯彻“程序分化、功能分治”的立法理念，解决纠纷也应当沿着各自的轨道适用不同的程序。第三种路径在坚持共有物分割之诉为诉讼事件的基础上，适当地引入非讼的部分因素，可谓最优之选：一方面，在民诉理论的研究上得以较为容易地展开讨论和形成良性的逻辑循环；另一方面，法官职权的适当扩张和非讼法理的灵活适用，一定程度上契合多元纠纷解决机制的理念和缓和“案多人少”的实际问题。通过程序要素的重组，对案件进行富有针对性、弹性的处理，同时维护诉讼程序应有的刚性，进而提高民众对民事司法的认同感和接纳度。^{⑤⑩}

3. 适度扩张的非讼化

在共有物分割之诉中，非讼化从民事纠纷解决机制的多元化构建的宏大叙事出发，试图在法院之外，为当事人的民事争议的解决增加选项，有助于扭转人民对于法院过高的期待，^{⑤⑪}可以便捷经济地解决现实问题，好比在我国停滞的非讼程序研究中敲开了一道缝隙，进而在诉讼案件与非讼案件的区分与交流中，促进彼此的理论体系完善，推动诉讼案件非讼化的潮流。在此基础上，加深对民事纠纷解决的认识，从而对纠纷形态的划分展开更有意义的研究。^{⑤⑫}非讼事件的扩张化趋势不可

^{④⑤} 与此相对，日本学者青山善充教授在诉讼程序有无进行非讼化的必要及可能时，坚持认为既然是诉讼程序就应完全适用诉讼法理，根本没有再进行非讼化的可能。转引自前引^{④⑩}，孙永军文，第85页。

^{④⑥} 庞小菊：《司法体制改革背景下的诉讼分流——以非讼程序的诉讼分流功能为视角》，载《清华法学》2016年第5期，第199页。

^{④⑦} 陈磊：《诉讼法理与非讼法理交错下的共有物分割诉讼》，载《北京理工大学学报（社会科学版）》2020年第3期，第138页。

^{④⑧} 陈桂明、李仕春：《形成之诉独立存在吗？——对诉讼类型传统理论的质疑》，载《法学家》2007年第4期，第115页。

^{④⑨} 前引^{④⑧}，郭砚文，第70页。

^{⑤⑩} 前引^{④⑩}，孙永军文，第92页。

^{⑤⑪} 孙永军：《诉讼事件非讼化：含义、法理基础与界限》，载《甘肃政法学院学报》2009年第3期，第102页。

^{⑤⑫} 前引^{④⑩}，刘璐文，第98页。

避免，但不可冒进地采取“诉讼事件非讼化”，而应对非讼程序原理进行深入探究，并加紧制定《非讼程序法》，并以此为前提对共有物分割之诉的若干争议加以厘定。

四、回归原点：诉讼事件说

（一）学说观点

关于共有物分割之诉，通说观点认为系形成之诉，由此推论其也系诉讼事件。^⑤ 房绍坤教授曾指出，就共有物分割之诉而言，在两种具体表现形态中，法院的判决效果均是使得原财产的共有转变为单独所有，从而使得共有关系消灭。其目的在于“创设形成与对造之具体法律上关系”，而非“满足其所主张实体法请求权之履行”，符合形成之诉的本质，故应当认定为形成之诉。^④ 在此基础上，笔者主张共有物分割之诉乃诉之强制性合并，系形成之诉与给付之诉的合并，其中给付之诉主要解决“互为给付义务”的来源问题，共有物分割之诉判决的执行力源自给付之诉中的给付性质。

诉之合并包括诉之客观合并与诉之主观合并。^⑤ 所谓诉之客观合并，即诉的一方当事人提出两个或两个以上的主张，基于快速解纷之需要而为合并。本文认为，这应被用于认定共有物的分割给付的性质。从概念上将共有物分割之诉解释为主张分割共有物的主张（分割请求）和判决后要求交付应有部分（含办理登记手续等）的请求合二为一，使得法官可以径行在一个诉中加以审结。日本法上亦有同样的做法，如《日本民事诉讼法》第136条中，数个请求若是能够以同种诉讼程序合并审理，则可以在诉上作强制性合并之理解。

（二）本文见解

1. 诉之强制性合并

共有物分割方法之诉内在地兼具形成之诉与给付之诉的本质。形成之诉的目的在于解消共有人之间的共有关系，给付之诉的目的在于获得应有份额，二者的合并并非诉讼请求的合并，而是诉之合并。从整体的共有物分割之诉来分析，主张分割之共有人向拒绝分割之共有人提起共有物分割之诉（含确定分割方法及交付应有部分），将确定分割及确定分割份额的判决部分列为主位请求，将判决后的给付义务列为次位请求，二者具有极强的牵连性。在共有物分割之诉的性质厘定中，主位请求（即确定分割或确定分割方法）的解决系次位请求的充分必要条件，无须以中间判决的形式固定。在进入法院之后，当事人提出确定共有物的分割或确定共有物的具体分割方法，均围绕共有物所产生；共有物分割判决（形成之诉）与给付义务的执行（给付之诉）都与同一共有物息息相关。两诉的当事人同一，诉讼客体也具有同一性，故将共有物分割之诉内含的两个诉容纳在同一套诉讼程序中进行，不仅于理无悖，还可以减轻法官在诉讼中的负担，而且便于理解。从这一点上看，共有物分割之诉与离婚之诉、离婚损害赔偿之诉存在一定程度的相似，且在共有物分割之诉中，前后诉的独立性甚至还要弱于离婚诉讼。

从立法上看，根据《民法典》第三百零三条之规定，按份共有人可以随时请求法院以裁判的方式结束共有关系，共同共有人若存在“重大理由”或“共有的基础丧失”，其可以向法院提起共有物分割之诉，其中欲行分割的当事人必然对于分割后获得应有份额的交付享有极大的诉讼法上之期

^③ 支持形成之诉说多为民法学者，主要有房绍坤、我妻荣、谢在全、杨与龄、郑玉波、王甲乙、程啸、史尚宽等。

^④ 前引①，房绍坤、毕潇潇文，第89页。

^⑤ 房绍坤：《论共有物分割判决的形成效力》，载《法学》2016年第11期，第57页。

待。就确定共有物分割方法之诉而言，主张分割之共有人的目的是包括确定分割请求及确定的应有份额的比例，更重要的是其内心真意往往包含判决后的执行，即应有份额的交付。理论上将给付义务或补偿金的履行合并为主位请求的形成之诉中，具有很强的合理性。

从实践来看，在确定共有物分割之诉的判决中，法官一并就给付义务的确定在判决主文中载明，产生类似债权的公证文书的效力。此种解释论的渊源来自执行依据形成机制的公证程序的品格，也避免了欲行分割的当事人仅以“取得执行依据”之目的而再行起诉。比较而言，公证文书所具有的执行力效力系通过债务人作出的执行承诺形式生成；确定共有物分割方法之诉的判决相当于公证债权文书所历经的权利确认程序，判决所生成的既判力与形成力甚至高于债务人的执行承诺。如学者所言，共有物分割判决中，诉讼两造已然就分割共有物之争点竭尽攻击防御，即具有约束各共有人的正当性。^⑤ 确定共有物分割方法之诉中“互为给付义务”的实现路径与公证债权文书的权利实现方式一致，在判决确定时赋予部分共有人依其意思表示予以公证的对世效力。不同之处在于，公证债权文书的效力确定需要双方当事人就债权文书进行公证并赋予其强制执行效力，而确定共有物分割方法之诉的判决书本身即是具备高度的证明效力的，从程序上看，后者更为简便。

草案试图确定共有物分割方法之诉判决后的执行力，这与诉之强制性合并理论亦可有效衔接。将共有关系的变更作为执行的正当化根据，赋予共有物分割之诉整体上的执行力，避免如我国台湾地区在所谓的“民法”修改中以强制赋予分割判决以执行力这一饱受争议的立法举措，而是径行由判决过渡至执行程序中，执行法官直接根据申请分割当事人的法院裁判文书执行“互为对待给付义务”的份额或价款转让。对于案外人的争议，则通过提起异议之诉以救济。简言之，确定共有物分割方法之诉的争议通过诉之强制性合并理论，其中的形成之诉来解消共有关系，而给付之诉则实现判决主文的给付义务，故形成效力与执行名义可以一并生成。诉之强制性合并理论可以扩大诉讼程序的纠纷解决功能，契合当下司法改革的方向，防止法官出现矛盾裁判，同时防止其因自由裁量权过大而恣意专断。

2. 非讼法理的灵活运用

与海洋法系的“事实出发型”迥异，欧陆法系国家的民事诉讼体系均属于“法条出发型”，起点为当事人的诉讼请求（实体法赋予的权利）。^⑥ 现如今，欧陆法系与海洋法系的法律呈现互为交融态势，诉之强制性合并的正当性来源即纠纷一次性解决原理。后者发轫于海洋法系国家，“二战”后由三月章教授传入日本，主张直接以纠纷作为给付之诉的诉讼标的。即便未在日本成为通说，亦可见得基于同一事实出发的诉因解决理论对于日本法的影响。^⑦ 将共有物分割之诉理解为形成之诉与给付之诉的强制性合并，主张分割的共有人欲直接通过诉讼的方式解除共有关系与获得应有份额等的给付，这种诉之强制性合并原理的运用，不仅可以理顺共有物分割之诉的性质，且可以有效遏制司法资源的浪费。

针对确定共有物分割方法之诉，理论观点的冲突比确定共有物分割请求之诉更甚，亦是导致共有物分割之诉的整体制度设计复杂的内在张力所在。立法者只能模糊共有物分割之诉在性质认定与请求之间的内在关系，试图通过在草案中以特别的程序设定来解决诉讼中的程序问题。但从学理上看，在确定共有物分割方法之诉中，由于当事人本身可能会提出关于共有物的具体分配份额的分

^⑤ 前引③，新堂幸司书，第474-475页。

^⑥ 刘哲玮：《独立与合并：程序法视角下的离婚损害赔偿之诉》，载《当代法学》2014年第4期，第106页。

^⑦ 段厚省：《请求权竞合与诉讼标的的研究》，吉林人民出版社2004年版，第169-171页。

割方案，而该方案并不具备约束法官自由裁量的效力，不可贸然试图以非讼事件说将其形成之诉的本质掩盖。正如有中国学者认为诉讼标的理论近乎屠龙术一样，此时提出将确定共有物分割之诉列为非讼事件亦然。^⑨

笔者认为，与其适用非讼事件或单一诉讼事件说来定性共有物分割之诉，毋宁从民诉原理上寻求理论自治和准确性。在我国非讼程序尚不够完善时，应在坚持职权主义和非对抗性为原则的基础上，把各种类似的程序聚合在非讼程序法典之中。如上文所述，关于共有物分割之诉的整体定性，应当运用诉之强制性合并理论实现逻辑上的自治，既不应认可割裂地定性为非讼事件或诉讼事件，也不应认可“诉讼事件非讼化”之称谓。但在案件的审理过程中必然因应存有非讼的因素或部分适用，因而问题会被变为应如何安放该非讼因素。诉讼案件中灵活运用非讼因素，这不仅是扩大民诉的解纷机能，亦是破解程序法理二元分离适用的论调，但当下应当保持在共有物分割之诉中的诉讼事件的基调不可更改。^⑩诚然，非讼法理的灵活运用也是民诉法发展之未来趋势，正如日本学者所指出的，从诉讼与非讼间的流动的现象为切入点，主张诉讼案件的非讼化不是“非讼取代诉讼”，而是“传统诉讼原则的妥当领域的缩小”。^⑪我国有学者亦呼吁将原本属于非讼程序的某些要素引入诉讼之中，“它能使非讼法理的适用处于一个可控的范围，从而减少了因任意适用非讼法理对当事人程序保障不够的困扰。法官得以在相应范围内依职权适用非讼法理这一裁量权的保障又使得诉讼显得更为灵活。相对的，当事人同样被赋予在法律规定的范围内合意选择非讼法理的权利，切实尊重并保障当事人主义。”^⑫

诉讼程序原本是以契约纷争为原型设计的程序，在共有物分割之诉中，把形成之诉与给付之诉进行强制性诉之合并显得更加妥当，不容易使得实体法的目的落空。从民事诉讼原理上来说，定性为诉讼事件与非讼因素的部分引入两者并不矛盾，二者的界分只是立法政策的问题：法律规定采用非讼程序审理就是非讼事件，反之则为诉讼事件。^⑬反观草案中第一百七十一条第三款，虽按份共有人分割共有财产的方式为申请分割，但并不直接推导出确定共有物分割方法之诉即为非讼事件的结论，其仅是一种执行程序，是共有物分割判决的延续。总之，共有物分割之诉目前并不能直接采用非讼事件说，而应当在坚持诉讼事件的前提下部分引入非讼的因素。

3. 非诉因素与程序保障

我国民事诉讼法的修改应当反映保障人权之时代要求，符合裁判请求权原理、程序相称原理、程序选择权保护原理、系争外利益保护原理等基本原理。^⑭在共有物分割之诉后的执行程序中，即便《民事强制执行法》将草案第一百七十一条确立下来，也不能将共有物分割之诉的性质认定为非讼事件，而应当将其理解为非讼法理在执行程序中的运用。在执行程序中融入非讼要素，能够有效地第一步解决执行中的事项，同时在执行转诉讼的程序衔接上也构成闭环的程序保障，即“一旦发现民事权益争议，则终结程序，告知利害关系人另行起诉”。^⑮民事司法程序中，亟须强化当事人

^⑨ 前引^⑤，刘哲玮文，第103页。

^⑩ 近年来推行的“大调解”机制、多元化纠纷解决机制、能动司法等有时矫枉过正，忽略了程序正义和程序保障之民诉机能。笔者认为，程序法理二元分离乃忽视了诉讼事件和非讼事件内在要素上的流动性，但同时仍应当基于诉讼事件或非讼事件非此即彼的论调，我国目前并无“诉讼事件非讼化”命题的适用空间。

^⑪ 三ヶ月章「訴訟事件の非訟化とその限界」三ヶ月章『民事訴訟法研究』5卷（有斐閣，1972年）49頁。

^⑫ 前引^⑩，孙永军文，第92页。

^⑬ 郝振江：《德日非讼程序审理对象介评》，载《国家检察官学院学报》2012年第5期，第159页。

^⑭ 刘敏：《论我国民事诉讼法修订的基本原理》，载《法律科学（西北政法学院学报）》2006年第4期，第147页。

^⑮ 《中华人民共和国民事诉讼法》第一百八十六条。

诉讼权利的保障,增强辩论原则的约束性,并要求法官适时公开法律见解和心证、正确处理公正与效率的关系等。^⑥这也从侧面反映出我国在共有物分割之诉性质的认识中,采用非讼事件说或诉讼事件非讼化说都是不合时宜的。共有物分割之诉往往涉及当事人众多、利益重大且标的额极高,故应当给予两造充分的程序保障。^⑦为契合快速解纷之目的,应当在程序上督促主张分割的当事人积极行使权利,法官在诉讼中亦应当履行阐明义务,力求将仅提起请求分割共有物之诉的当事人向确定共有物分割方法之诉转化,以便一并解决交付应有份额及办理登记等问题。待立法成熟时可以从诉讼法上的失权效果予以规制,以此为目标,快速地解决共有物分割争执,同时寻求法官的裁量与程序保障之间的动态平衡。

结语

《民法典》的颁布与实施对民事诉讼法学是重大历史机遇,因其督促以“典”为鉴检视和完善民事立法、司法和理论的科学性和体系性。^⑧同时,经历2021年《民事诉讼法》的修改后,配套的《民事强制执行法》也呼之欲出。相信在不久的将来,《非讼事件程序法》也会被制定,伴随的是非讼程序独立的原则和制度,以实现被诉讼化的非讼事件的回归。^⑨由此,更须加深对民诉基本理论的研究,因唯有凭借民诉法基础研究的系统化,法律制度方可逐步趋向体系化。

回到原点,在以实体法上请求权基础构建的民事实体法规范体系下,给付之诉本应成为对应实体法上请求权的“唯一”诉之类型。然而随着类似于共有物分割以及离婚诉讼这样的形成之诉的进入,如何解决判决主文中“给付”的存在成为程序法上一大难点。虽然程序法理论通过“程序法上的请求权”这一讨巧的定语增加在语义上狡黠地避开了请求权与给付的对应关系,然而也在实质上使得形成之诉“获得”了执行力,从而不可避免地“仅给付之诉才具有执行力”这一诉之基础理论产生了冲突。

是故,本文以“诉之性质”为视角审视共有物分割,主张共有物分割之诉中的“确定共有物分割方法之诉”仍为诉讼事件,并非诉讼事件非讼化,亦非非讼事件,更非讼法理的部分要素进入诉讼事件。我国目前的共有物分割之诉更接近一种形成之诉与给付之诉的强制性诉之合并:以形成之诉确定分割权(形成权),以给付之诉确定分割方法及执行力(请求权)。不过,这种强制性的诉之合并(包括离婚诉讼)是否应当从实体法上的形成权转变为形成诉权,抑或是否应当使法院在全局性把握案件的整体样貌上享有更多的裁量权?这些问题仍有待进一步的理论探讨。从共有物分割之诉的性质认知扩张及于诉的理论,乃至民诉原理与基础理论,虽是“星星之火”,亦可成“燎原之势”。由是观之,诉的理论也能够将其效用投射到民事法典化的规范体系建设中,并保证后者协调稳定的运行。

^⑥ 李浩:《民事诉讼程序权利的保障:问题与对策》,载《法商研究》2007年第3期,第91页。

^⑦ 一方面,在我国民事诉讼法的特别程序中,关于非讼事件尚未规定程序保障的一般性规则;另一方面,非讼事件的程序保障只是维持最低限度的程序保障。

^⑧ 王利明:《论〈民法典〉实施中的思维转化——从单行法思维到法典化思维》,载《中国社会科学》2022年第3期,第22页。

^⑨ 前引^⑧,郝振江文,第137页。

Abstract: In the newly published Civil Mandatory Executive Law (draft), there is a special chapter on the division of common property, which deepens the provisions of Article 303 of the Civil Code and gives the court more detailed rules and guidelines. Among them, the third paragraph of Article 171 further clarifies the non-litigation trial mode of applying for division. The nature of the litigation to determine the method of dividing common property should be a compulsory merger of the litigation (the action for formation and the action of prestation), which is not a non-litigation event and does not conform to the theoretical construction of “non-litigation of litigation events”. The division judgment produces a coercive force similar to that of the Notarial Creditors Rights Document, and the non-litigation theory is integrated into it to implement the principles of “promoting the utility of things” and “freedom of division”.

Key Words: Non-litigation Events; Mandatory Merger of Litigation; Litigation Events; Procedural Guarantee

(责任编辑: 张淞纶)

法治社会

《法治社会》(双月刊)是由广东省法学会创办的公开出版发行的法学学术理论刊物。办刊宗旨为:立足广东、面向全国,及时报道广东及全国法学法律界最新研究成果,传播最新法治信息,交流最新学术思想,促进法学研究成果的转化应用,为我国社会主义法治建设和法学研究事业的繁荣发展服务,为建设法治中国、法治广东服务。

本刊实行双向匿名审稿制度。欢迎广大法学理论工作者、法律实务工作者惠赐稿件。凡赐稿者敬请遵循以下要求:(1) 杜绝抄袭,不得涉及国家机密和知识产权争议问题。(2) 不得一稿多投,凡于3个月内未接到本刊采用通知的,作者可自行处理。(3) 文责自负,所发表的文章仅反映作者本人的观点,并不必然反映编辑部的立场,但编辑在保持作者原稿基本观点的基础上,有权对文章作文字性修改、删节。(4) 稿件正文以13000至20000字为宜,重大选题稿件可适当放宽篇幅。正文前须附中英文标题、内容提要(限300字以内)及关键词(限5个以内)。(5) 注释采用注脚,全文连续注码。非引用原文者,注释前加“参见”;引用资料非原始出处者,注明“转引自”。(6) 稿件须有作者简介:姓名、性别、出生年月、职称(职务)、学位、工作单位、研究领域或方向及通信地址、邮政编码、联系电话。文稿获得研究项目资助或属于课题研究成果的,请特别注明。

登录本刊电子采编平台,点击“作者投稿系统”注册后进行网上投稿。

网址:<http://fzhs.cbpt.cnki.net/wke/WebPublication/index.aspx?mid=fzhs>

本刊对所发表的文章享有两年专有使用权,包括以文集、繁体文、电子文等出版发行,其期限从稿件正式发表之日起算。作者有权使用该文章进行展览、汇编或展示在自己的网站上,可享有非专有使用权。文章在本刊发表后,凡获奖、转载、被收编的,请及时将信息反馈本刊编辑部。

本刊通过中国邮政全国发行,邮发代号为46-576,每册定价20元,全年120元。订阅方法:可登录中国邮政报刊订阅网(网址:<http://bk.11185.cn/index.do>),或关注微信公众号“中国邮政微邮局”输入邮发代号46-576或刊名《法治社会》进行订阅,也可到全国各地邮局网点办理订阅。



ISSN 2096-1367



9 772096 136239
国内统一刊号：CN 44-1722/D
国际标准刊号：ISSN 2096-1367