

私法立宪主义论

薛 军*

内容提要：私法立宪主义的提出，是对传统的以公法为本位的立宪主义理论的发展和完善。私法立宪主义批评传统的立宪主义理论将权力现象局限于公共领域的认识，强调在私人领域同样会出现权力现象。基于立宪主义所主张的任何权力都必须受到约束的观念，必须对私人领域中的权力进行控制，以保护私人的基本自由。民法理论在 20 世纪以来的发展，就是完善私人领域中的权力控制机制的过程。在全球化的时代中，在私人领域中建构权力控制机制，必须突破民族国家的法律体制，建立相应的全球性的法律治理机制。

关键词：立宪主义 私法立宪主义 私人自治 权利 权力

一、导 言

民法的发展自近代以来呈现出复杂的态势。以法律史学家梅因提出的著名命题“从身份到契约”为核心，〔1〕欧洲大陆法系的民法理论建构了一个以民事主体抽象平等、私人自治、所有权绝对、契约自由等理念为核心的理论框架。但自 20 世纪后半期以来，这一框架不断受到冲击：民事主体抽象平等的理念被突破，劳动者保护、消费者保护制度先后出现；私人自治原则被依据诚实信用等原则重新阐释，具有了全新的内容；所有权不再绝对，它受到的限制不断增加；契约自由受到合同正义观念的重大矫正。对于民法的传统理论框架在 20 世纪以来的发展，有学者概括为“从近代民法到现代民法”的转型；〔2〕有学者概括为一场与梅因命题相反的“从契约到身份”的运动；〔3〕也有学者概括为“从契约到人权”的运动。〔4〕这些概括虽然揭示了民法在 20 世纪的发展过程中展现出来的某些方面的特征，但它们要么限于现象描述，没有给出一个理论性的解释，要么只注意到问题的某个方面，并且其理论归纳无法与民法的整体构架相洽。为此仍然有必要反思，民法在 20 世纪以来的发展和演变，究竟具有什么样的内涵，应该进行何种解读？

但对历史的反思和解读并非问题的全部。自 20 世纪末期以来，民法的发展再一次呈现出前所未有的局面，其突出的表现就是，经济全球化的趋势对民法正在产生巨大的冲击，民法所处理的法

* 北京大学法学院副教授。

本文是国家社科基金项目 07CFX038 成果之一。

〔1〕 [英] 梅因：《古代法》，沈景一译，商务印书馆 1959 年版，第 97 页。

〔2〕 参见梁慧星：《从近代民法到现代民法——20 世纪民法回顾》，载梁慧星主编：《民商法论丛》第 7 卷，法律出版社 1997 年版，第 228 页以下。

〔3〕 参见傅静坤：《二十世纪契约法》，法律出版社 1997 年版，第 239 页。

〔4〕 参见邱本：《从契约到人权》，《法学研究》1998 年第 6 期。

律关系日益具有国际性的因素，民法上的主体越来越多的是一些巨型的跨国公司。^{〔5〕}经济全球化的现象究竟会对民法提出哪些全新的课题，在新的形势下民法必须作出何种调整来加以应对等等，都亟待研究。因此，提出一种具有贯穿性的理论，在承认传统民法基本构架的前提下，融洽地解读20世纪以来民法的发展演变，同时依据该理论，前瞻性地把握全球化时代中民法将遇到的新问题，尤其必要。

“私法立宪主义”（constitutionalism of private law）的提出，^{〔6〕}就是这样一种理论上的尝试。作为一个阐释性的概念，私法立宪主义能够有效地概括和解释民法在近代以来的发展演变；此外，它还有助于分析在经济全球化的时代中，民法将面临的新课题以及解决这些问题的基本思路。

二、私法立宪主义中“立宪主义”的内涵

在私法领域讨论立宪主义，首先要回答的问题是，私法立宪主义究竟在何种意义上使用“立宪主义”（constitutionalism）这一概念。立宪主义，在欧洲的政治和法律传统中，是一个具有特定历史内涵的概念。从字面上看，它与“宪法”（constitution）有关，事实上，“constitutionalism”的字面含义就是“宪法主义”。但是，立宪主义的产生并不与宪法的产生和发展相伴随。就宪法这一概念而言，它在欧洲古典时代的希腊和罗马就已经得到广泛使用。但在这一时代，它主要是指城邦之类政治共同体的基本政制构架。^{〔7〕}在这种意义上使用的宪法，是一种描述性的概念，与现代意义上的宪法存在显著区别。^{〔8〕}中世纪末期和近代以后，在采用君主制政体的欧洲民族国家（其中主要是英国），由于国王专断地行使其王权，贵族联合其他社会阶层与国王展开斗争，限制国王的权力，并且将宪法作为约束王权的法律工具。在这一过程中，立宪主义的观念和理论得到发展。在立宪主义的理论框架下，先前的纯粹描述性的宪法概念也发生了变化，逐渐具有了“宪法至上”、“用宪法制约权力”之类明确的价值取向和规范性内涵。^{〔9〕}从这个意义上说，是具有特定内涵的立宪主义概念塑造和界定了一种特殊的宪法概念，而不是相反。

虽然本文的目的并非对宪法和立宪主义的观念史进行梳理，但是上文所作的简略辨析对本文的论述非常重要。通过这一辨析，我们可以穿透“立宪主义”这一术语与“宪法”所具有的字面上的联系，而直接指向立宪主义的实质性内涵。具体来说，立宪主义并非是主张制定一部叫做“宪法”的法律文本，而是主张必须对专断的政治权力施加控制和约束。当宪法可以充当约束政治权力的法律工具时，一部宪法的制定就同时意味着立宪主义所主张的权力制约理念的落实。如果存在一部叫做宪法的文本，但它并不能承担约束政治权力的任务，这时立宪主义的理念就并没有得到贯彻。所以，根据立宪主义的观点，是否制定了被叫做“宪法”的法律文本并不重要，重要的是，专制权力是否现实地受到约束。如果权力的确受到法律的约束，即使这一法律文本不叫做“宪法”，仍然可

〔5〕 关于全球化对法律，特别是对民法可能具有的影响，参见 N. Irti, *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, in *Rivista di diritto civile*, 2002, 625ss.

〔6〕 “私法立宪主义”这一概念，根据笔者有限的阅读，是意大利法哲学家路易吉·费拉乔里（Luigi Ferrajoli）在他发表于2004年的一篇论文中提出来的，参见 Luigi Ferrajoli, *Per un costituzionalismo di diritto privato*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2004, pp. 11—24。从某种意义上来说，这是一个刚刚“出生”的学术概念，虽然它试图描述和解释的现象早已存在。作为一个阐释性的概念，它是否能够在激烈的学术话语竞争中存活下来，主要取决于它是否具有足够的解释力，以及它是否能够精确、凝练地概括它试图处理的对象，从而在理论操作中具有节约、简化思维的效果。本文的论述也可以看作是对这一概念的解释力进行的检验。

〔7〕 例如，参见〔古希腊〕亚里士多德：《雅典政制》，日知、力野译，商务印书馆1959年版。

〔8〕 参见〔美〕C·麦基文：《宪政古今》，翟小波译，贵州人民出版社2004年版。S. Tondo, *Profilo di storia costituzionale romana (Parte prima)*, Milano, 1981.

〔9〕 Cfr., M. Galizia, *Diritto costituzionale (profili storici)*, Voce in *Enciclopedia del diritto*, Vol. 12, 962ss. 关于英国宪法的历史发展，可参考〔英〕戴雪：《英宪精义》，雷宾男译，中国法制出版社2001年版。

以说立宪主义的主张已经得到落实。^{〔10〕}由此可见,立宪主义概念就其实质而言,表达的是一种拒绝专断的权力、主张权力应该受到约束的观念。就此而言,立宪主义本身并不必然与一部形式性的宪法相联系,在广义上,它可以在任何面临权力制约问题的领域得到使用。

私法立宪主义正是在这种意义上运用立宪主义这一概念。与立宪主义的基本内涵相一致,私法立宪主义所试图表达的也是关于权力的约束和控制的观念。不过,与传统的立宪主义不同,它试图处理的是对私法所规范的私人领域中的权力现象进行控制和约束的问题。

三、传统的立宪主义理论对权力现象及私人领域的界定

既然私法立宪主义所表达的也是关于权力的约束和控制的观念,在这一点上它与传统的立宪主义完全相同,那么就必须进一步来回答这样一个问题:出于哪些因素的考虑,有必要专门提出私法立宪主义的概念?如果传统的立宪主义已经囊括了私法立宪主义所试图处理的私人领域的权力约束和控制问题,那么提出私法立宪主义就完全是画蛇添足,多此一举。只有当传统的立宪主义没有涵盖私法立宪主义所试图处理的私人领域的权力控制问题,或者在很大程度上忽略了这一问题,那么专门提出私法立宪主义概念才有意义。为此,有必要来具体分析传统的立宪主义理论对权力现象(立宪主义所试图处理的对象)的界定。

考察传统的立宪主义观念的产生和发展历程,可以看出,作为一种政治思潮而出现的立宪主义最初是为了控制和约束君主专制政体之下国王的权力而提出来的,它要求对王权进行限制,使其处于宪法的约束之下。限制王权的努力获得成功之后,君主专制政体就演变为君主立宪政体。后来随着共和政体的出现,立宪主义进一步演变为对作为政治共同体的国家中存在的公共权力进行法律上的控制和约束的理论。但无论立宪主义的理论形态如何发展,它始终将关注的焦点放在公共权力之上。事实上,传统的立宪主义认为权力是与公共性质的组织机制相联系的一种现象:只有公共组织机构基于“命令—服从”这样的关系模式能够向从属于组织体的个体成员单方面地强制施加某种法律义务的时候,才存在严格意义上的权力现象。就此而言,权力关系被认为在本质上是一种纵向的、垂直的关系,其典型的表现形态就是国家与公民之间的关系、组织机构与组织体的成员个体之间的关系。权力关系的存在,以相关当事人之间存在一定的组织性的从属关系为前提,缺乏这一前提,就不会发生严格意义上的权力现象。^{〔11〕}

基于对权力现象的这种界定,传统的立宪主义并不认为权力关系可以在一种横向的、水平的层面上存在。在相互不存在某种基于组织性的从属关系的两个当事人之间,任何一方当事人都不能单方面地使对方当事人对自己承担义务。要使对方当事人对自己承担义务,必须取得对方当事人的同意。而一旦以合意为前提,也就意味着不存在“命令—服从”这种单方面强制施加法律义务的关系模式,因此也就不是一种权力关系。^{〔12〕}在这一问题上,民法所处理的法律关系恰恰发生在相互之间不存在某种基于组织性的从属关系的当事人之间,这种法律关系的发生,原则上必须基于当事人之间的合意,非经对方当事人同意,任何一方当事人都不得单方面课加给对方以某种义务。^{〔13〕}民事法律关系的这种特征不符合立宪主义对其处理的权力现象的界定,因此,传统的立宪主义原则

〔10〕 英国的情况就是如此。英国一直没有成文的形式上的宪法,但却是立宪主义最早的发源地。

〔11〕 参见前引〔6〕,L. Ferrajoli文,第13页。

〔12〕 权力关系的本质特征是,一方当事人拥有不顾对方当事人同意与否,单方面地对其发号施令的能力。参见〔德〕马克斯·韦伯:《社会学的基本概念》,胡景北译,上海世纪出版集团2005年版,第89页。对韦伯的权力概念的分析,也可参见〔德〕尼克拉斯·卢曼:《权力》,瞿铁鹏译,上海世纪出版集团2005年版,第43页以下。

〔13〕 民法的这一特点突出地表现在它强调其调整的是“平等”主体之间的关系。这里所谓的平等,就是指两个主体相互之间不存在强制性的权力关系的状态。参见梁慧星:《民法总论》,法律出版社2001年版,第27页以下。

上将这种横向的、水平层面上的关系排除在其考虑之外，而专注于存在权力背景的公法性质的法律关系。就此而言，可以这样来进一步概括：传统的立宪主义其实是一种公法立宪主义。基于它对权力现象的界定，这种立宪主义将私法所调整的平等层面上的私人之间的关系排除在外。

需要注意的是，说传统的立宪主义主要是一种公法立宪主义，并不意味着它的理论架构与私法所调整的私人领域没有联系。^[14]恰恰相反，传统的立宪主义在论证其基本观念（制约政治性、公共性权力的必要性）的时候，恰恰是以维护和保障个人的自由为出发点的。公共权力之所以应该得到约束，是因为它具有潜在的扩张性，如果不加以制约，它就会侵犯个人的自由；公共权力之所以具有潜在的扩张性，是因为它可以不顾及对方当事人是否同意而单方面地采取行动。为了保障个人（这里的个人，就是不考虑其是否基于某种组织机制而从属于某个团体的“纯粹的”个人，又叫做私人）的自由和利益，传统的立宪主义发展出了“公域—私域”二元划分的理论模式。^[15]在该模式中，由于与权力现象相联系，以一定的团体组织机制为背景的公共领域必须受到严格的约束；而对于在平等层面上展开的私人领域中的关系，则应该充分尊重私人自由行动的意志。^[16]私人进行自由活动的意志，在法学中被处理为一个技术性的概念：权利。这样，“公域—私域”的二元划分模式又被进一步概括为“权力—权利”的模式。^[17]在该模式中，立宪主义试图制约和约束的是权力，而之所以要对权力进行约束，就是为了保障作为私人自由之表达的权利。

由此可见，传统的立宪主义理论对私人领域采用的是一种“自由”的定位。并且私人领域的自由相对于公共领域的法律治理而言在价值位阶上居于优先的地位，因为立宪主义之所以强调要对公共领域中的权力加以约束，在根本上乃是为了保障私人的自由。^[18]私人领域中的自由在法律制度层面上落实为“私人自治”原则。^[19]在私人的层面上，私人自治意味着个人可以自主地决定自己的私人领域，不受来自他人的单方面的干涉。任何人非经相关当事人同意，不得对他人的私人领域施加影响。私人自治原则确保个人的自主和自由不受到他人恣意的侵犯。^[20]也正是因为这一点，传统的立宪主义理论认为，在私人领域中无需采用类似于公共领域中的权力控制机制。

总而言之，传统的立宪主义理论将权力现象限定在公共领域中，因此也就限于在公共领域考虑权力控制和约束的问题。相应的，它在私人领域采取了一种自由的定位，并且将立宪主义理论建立在保障私人自由的基础之上。以权力约束和制约观念为思想精髓的立宪主义，就其本旨而言，是一种建立在对人性的深刻洞察的基础之上的极其深刻的理论。^[21]这一理论的价值和生命力已经为历史所验证。笔者在这里试图对传统的立宪主义提出批评，并非质疑这一理论所主张的“任何权力都应该受到约束”这一观念的正确性。恰恰相反，正是因为确信立宪主义所主张的权力制约的必要性，笔者试图批评的是传统的立宪主义观念将权力制约局限在公共领域这种做法。笔者认为，局限于公共领域的立宪主义观念忽视了在私人领域同样可能存在的权力现象。如果对这种权力放任不管，它同样会自我膨胀和扩张，进而侵犯私人的基本自由。为了约束私人领域的权力，必须遵循传

[14] 参见金自宁：《公法/私法二元划分的反思》，北京大学出版社2007年版，第54页以下。

[15] Cfr., G. Nocera, *Il binomio pubblico-privato nella storia del diritto*, Perugia, 1989.

[16] 参见[德]迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社2001年版，第7页以下。

[17] 例如，参见童之伟：《再论法理学的更新》，《法学研究》1999年第2期。

[18] 这也是传统的政治自由主义观念的核心。参见[英]洛克：《政府论》下篇，叶启芳、瞿菊农译，商务印书馆1964年版，第77页以下。

[19] 关于“private autonomy”这一术语，学界存在不同的表述方法，有的称之为“意思自治”，有的称之为“私法自治”。在笔者看来，对这个术语最为准确的中文表述应该是“私人自治”。

[20] Cfr., A. Somma, *Autonomia privata*, in *Rivista di diritto civile*, 2000, 597ss.

[21] 运用经济学分析方法也可以对权力控制的必要性给出论证。如果拥有权力的一方不必承担其决策的成本，那么在权力关系中就可能存在一种“负外部性”，这会激励拥有权力的人滥用权力。参见[美]詹姆斯·M·布坎南、戈登·塔洛克：《同意的计算：立宪民主的逻辑基础》，陈光金译，中国社会科学出版社2000年版，第93页。

传统的立宪主义所坚持的权力制约观念，提出作为对传统的以公法为主体的立宪主义之补充的“私法立宪主义”。可以说，私法立宪主义的宗旨并不是推翻传统的立宪主义，而是对它的拓展和完善。

四、权利的法律结构解析：权利中的“权力”因素

在传统的立宪主义所建构的“权力—权利”模式中，权利被认为是私人自由的体现。事实上，大陆法系民法理论通常这样来界定权利：法律所保障的，权利人根据其意志得以作出自主决定的可能性。^[22]基于权利与私人自由所具有的这种密切联系，在很多情况下，保障权利也就意味着保障权利人的自由。权利与自由的这种联系，在一些人身性质的权利类型（例如身体自由权、隐私权等）中表现得最为明显。

但如果对权利的法律结构加以解析，可以发现权利在本质上是一种关系性的概念，它潜在地与一定的法律关系相联系。事实上，权利与义务是一对孪生子，二者如影相随，不可能存在某种没有与之相对应的义务的权利。^[23]当我们说A享有某种权利的时候，也就意味着存在对A承担相应义务的义务人B。权利就其实质而言，是存在于A和B之间的一种法律上的关系，基于这一关系，A可以根据其自主的、单方面的意志要求B履行相应的义务；对于A的要求，B只能服从或忍受，别无选择。暂且撇开A获得权利的具体原因不论，只观察权利本身的法律结构，可以看到，权利其实也蕴涵着某一方（作为义务人的B）从属于另外一方（作为权利人的A）单方面的决断这种状况。虽然法学界通行的理论将A在这种状况中所拥有的地位叫做权利人基于其权利而享有的“权能”（faculty）而不是“权力”（power），^[24]但就基本结构而言，基于这种权能所确定的当事人之间的地位与基于权力而产生的当事人之间的地位完全相同。^[25]所以，就法律结构而言，公共领域的权力与私人领域的权利并不存在差异，权利其实就是私人关系层面上的权力。^[26]如果说公共领域的权力现象与私人领域的权利现象有什么区别的话，二者的不同之处只在于：在公共领域中，权力的配置更多地具有“单方性”的色彩，因此往往是不对等的；而在私人领域中，权利的配置则更多地具有“对等性”的色彩。但即使是这样的差异，也不能绝对化。这是因为，如果具体地分析私人领域中的权利配置现象就可以发现，私人领域中的权利配置也可能出现不对等的情况。在这种不对等的权利配置下，权利的权力属性就会明白无疑地显现出来。

上文提到，权利在本质上是一个关系性的概念，与一定的法律关系相联系，因此私人领域中的权利配置其实也就是法律对私人之间的关系的调整。根据民法学界的见解，法律对私人之间的关系

[22] 参见[德]卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》，谢怀栻等译，法律出版社2003年版，第276页以下。需要指出的是，在欧洲大陆法系的民法理论中，自德国法学家耶林以后，一直存在关于权利性质的“意志说”和“利益说”的分野。在笔者看来，其实这两种理论并不冲突，二者的不同只在于，耶林的权利理论强调的是权利的目的，而以萨维尼为代表的权利理论，关注的则是权利的法律结构。所以下文对权利的分析以“意志说”为基础。Cfr., Rudolf von Jhering, *Lo scopo nel diritto*, tra. it di M. G. Losano, Torino, 1972.

[23] 王涌：《法律关系的元形式》，载《北大法律评论》第1卷第2辑，法律出版社1999年版，第580页。

[24] 关于“权能”，笔者参考的是温德夏伊德的表述。Cfr. B. Windscheid, *Diritto delle pandette, volume primo*, trad. it di C. Fadda e P. E. Bensa, Torino, 1902, 169ss. 中国学者的讨论，参见沈宗灵：《权利、义务、权力》，《法学研究》1998年第3期。

[25] 这一点也可以从目前通行的权利理论，即“法力说”中看出来。被认为是结合了“意志说”和“利益说”的“法力说”提到的“法律上的力”，其实就是“权力”（potestas）。由于受到传统立宪主义理论的影响，传统民法理论认为在私人领域不存在权力关系，极力避免使用“权力”这样的字眼，但是“法律上的力”其实就是“权力”。参见前引[22]，拉伦茨书，第279页。

[26] P. G. Monateri, *Diritto soggettivo*, Voce in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile*, Vol. 6, Torino, 1990, p. 418.

有两种调整方法，一种是法定主义的调整方法，另外一种是法律行为的调整方法。^[27]与这两种调整方法相对应，私人领域中的权利配置也存在两种方法：法定直接配置与私人自主配置。^[28]在法定直接配置方法中，立法者直接面向私人进行权利配置，直接规定私人主体享有何种权利。由于处于私人领域中的主体在横向的层面上相互之间都是平等的，因此法律在进行权利的法定直接配置时，往往将一定的权利无差别地、平等地配置给每个私人个体。另外，权利的享有必然要求他人承担与权利的内容相对应的义务。基于这两方面的因素，立法者能够通过法定方法来直接配置的权利往往是一些与私人主体的存在事实直接联系的权利，即只要是人就可以享有的绝对权，与这些绝对权相对应的义务是权利主体之外的其他一切社会成员所承担的消极不作为义务。以法定的方式来直接配置的权利，最典型的例子就是诸如生命健康权、身体自由权之类的人格权。

以法定的方式在私人领域直接进行权利配置，其实就是为各个私人设置一种严格的相互对等的义务：你有义务不侵犯我的生命健康和身体自由，我也对你承担同样的义务。在这样的权利配置模式下，权利人与义务人之间的地位存在着严格意义上的互换性、对等性，大家都互为权利人与义务人。在这种情况下，上文所分析的权利中内含的义务人对权利人所处的从属性地位得以相互抵消：在遵守了对他人所负担的消极不作为义务的前提下，每个人都是权利人，都享有该权利所赋予的自由，并且这种权利的享有不会导致对他人也同样享有的自由的侵犯。^[29]

但是，私人领域中的权利还存在着另外一种配置方法，也即私人自主配置。在这种权利配置方法下，法律事先规定一定的权利（比如说所有权、他物权、债权、知识产权等）的法律结构，但是并不规定这些权利与某个私人主体的归属关系。某个特定的私人主体要获得某一权利，必须基于一定的法律行为（基于事实行为获得权利是例外的情况），从另外一个私人主体那里取得该权利（也就是让他人承担义务）。在这种方法下，权利的配置就是私人之间所从事的私人自治行为（用大陆法系民法学的概念来说，就是“法律行为”）的法律上的效果。^[30]这就无法回避这样的情形：以私人自治的方式进行权利配置，其结果将在很大程度上取决于处于互动关系中的私人各自实际拥有的博弈能力。那些因为特定的社会、政治、经济因素而在私人领域中拥有一种稳定的、结构性的优势地位的人，在为了获得权利而与他人展开的博弈中会获得一种有利的权利配置格局，与之相对的人相应地会处于一种不利的状态。一旦出现结构性不对等的权利配置格局，就会出现私人领域中的权力现象，因为权利人和义务人的地位无法互换，义务人对权利人所存在的从属状态无法从权利人作为义务人而处的从属状态中得到抵消，这样就出现了义务人单方面处于权利人权能支配之下的情况。^[31]权利人相对于义务人所处的这种地位，与公共权力的享有者对相对人所处的地位是完全相同的。需要特别强调的是，一旦出现了这样的情况，“保障权利”与“保障私人自由”这二者之间就不能再划上等号了，因为义务人的自由恰恰受制于权利人，权利保障的方式越是绝对，义务人的自由所受到的制约也越发绝对。

[27] 参见董安生：《民事法律行为》，中国人民大学出版社1994年版，第49页以下。

[28] 如果把权利义务的配置看作是限制私人的自然自由，那么其实这两种方法就对应于哈特所说的两类法律规则，一类是通过直接的方式限制自然自由的法律规则，另外一类是通过间接的方式限制自然自由的法律规则。参见[英]哈特：《法律的概念》，张文显等译，中国大百科全书出版社1996年版，第81页。

[29] 拉伦茨基于这一点认为对于人格权不能用“法力说”来说明。参见前引[22]，拉伦茨书，第278页。其实，这里涉及的是一种特殊情况，因为权利配置具有严格的对等性，因此权利人和义务人的地位可以相互抵消。参见前引[6]，L. Ferrajoli文，第14页以下。

[30] Cfr., A. Gentili, *A proposito de "il diritto soggettivo"*, in *Rivista di diritto civile*, 2004, 355ss.

[31] 认为权利的法律结构预示着义务人对权利人的“从属状态”（soggezione），这是萨维尼的基本观念，事实上也是大陆法系民法理论此后的通常见解。关于萨维尼的观点，参见F. von Savigny, *Sistema del diritto romano attuale, Volume primo*, trad. it di V. Scialoja, Torino, 1886, 335ss；关于另外一个重要的潘德克吞法学家邓伯格的观点，参见A. Dernburg, *Pandette, primo volume, parte generale*, trad. it di F. Cicala, Torino, 1906 104ss；关于温德夏伊德的观点，参见前引[24]，Windscheid书，第170页以下。

当然,这并不意味着要抛弃私人领域中的权利保障原则。笔者只是试图通过这一分析展示这样一个事实:由于权利的法律结构本身就内含了权力的因素,在具备特定前提的时候(例如出现了结构性权利配置不对等的情况),权利的拥有同时也意味着权利人对义务人的单方面支配。这时,权利保障并不必然与私人自由的保障相重合。毋宁说,权利保障只是对权利人自由的保障,而这是以牺牲义务人的自由为代价的。

因此,要判断私人领域是否存在权力现象,以及是否有必要在私人领域建立相应的权利(权力)控制机制,关键并不在于权利与权力是否具有不同的结构(事实上二者的结构基本上是类似的),而是要深入细致地分析私人领域中的权利配置机制以及可能出现的权利配置格局,在此基础上进一步讨论在不同的权利配置格局下权利保障原则与维护自由原则之间的具体联系。

五、私人自治的内涵:私人领域中的消极自由与积极自由

在传统立宪主义的理论框架中,私人自治被看作是私人自由的同义词。从私人与公共组织机制之间的关系,也就是个人与国家之间垂直的、纵向的关系来看,这种判断是能够成立的:私人自治意味着私人相对于公共组织机构(其代表就是国家)享有一种不受干涉(*free from*)的消极自由。^[32]需要注意的是,这种自由是私人面向公共组织机构而享有的,但存在于私人领域的更为通常的关系是私人之间的相互关系。在这一层面上,私人自治是否可以等同于私人自由,情况并不如传统的立宪主义者所想象的那么简单。

在私人之间的水平的、横向的层面上来讨论私人自治,存在两个维度。一方面,私人自治意味着私人拥有免受他人干预、自主决定其私人领域的自由。在这个维度上,私人自治的确意味着私人自由的保障。但另一方面,私人之间必然要发生各种各样的社会交往,在私人交往中不可避免地存在彼此之间利益的分配、自由的划界等问题。在这个维度上强调私人自治,则意味着对在私人层面上展开的利益分配、自由划界等问题放任私人之间的博弈,不容许作为立法者的第三方干预。立法者所要做到的,只是以法律的形式确认私人之间利益博弈的结果。法律对私人之间通过自主博弈形成的利益格局进行确认的手段,就是分布于私人之间的指示其相互之间法律上约束关系的一系列权利和义务。私人自治的这两个维度对应着它在结构上所指向的两种性质的自由:一种是消极的,非经过自己的同意,排除来自他人的任意干涉的消极自由;另一种是积极的,在他人同意的前提条件下,为他人设立义务(这种义务与自己对他人的权利相对应)的积极自由(*free to*)。^[33]

私人领域的这两种具有不同结构的自由在公共领域中同样存在,但是二者之间也有一定的区别。就消极自由而言,无论是公共领域的消极自由还是私人领域的消极自由,它们都是确保个人免受他人单方面干预的自由。二者的差别在于,在公共领域中,消极自由是保障公民个人免受公共组织机构不当干预的自由,而在私人领域中,消极自由既包括排除公共组织机构单方面干预的自由,也包括排除来自其他私人的不正当干预的自由。就积极自由而言,在公共领域,它意味着个体可以自由地组织或者参与到一定的政治机制中,通过政治的方式实现自己的利益诉求。例如,个体公民可以自由地组织成为一个团体,通过努力成为政治上的多数派,把自己的利益诉求通过立法程序转变为法律,从而强制要求持不同意见的少数派接受相关的利益安排。私人领域的积极自由,则意味着私人个体可以在平等的层面上与其他个体自由博弈,以此界定其相互之间的利益格局。与公共领域的积极自由不同,私人领域积极自由的行使必须得到对方主体的同意,这是因为对方当事人享有

[32] 与积极自由相对的消极自由概念的提出和运用,主要归功于英国政治哲学家伯林。参见[英]以赛亚·伯林:《自由论》,胡传胜译,译林出版社2003年版,第189页以下。

[33] Cfr., A. Somma, *Autonomia privata e struttura del consenso contrattuale*, Milano, 2000, 427ss.

未经其同意不得对其单方面课加义务的消极自由。这一要求在公共领域的积极自由中是不存在的，因为从原则上来说，一个共同体中的政治上的多数派可以不经少数派的同意，甚至在违背少数派明确表达出来的意愿的情况下将自己的意志强加给少数派。这就是私人领域中的合意原则与公共领域中少数服从多数的决议原则的区别之所在。^[34]

传统的立宪主义理论注意到了少数服从多数的决议原则的潜在危险，即它可能导致多数人对少数人的压迫，侵犯少数人的自由。为了避免这样的情况发生，为了制约政治上的多数派，最直接的方法就是提高作出决议所需要的多数，例如从简单多数提高到特定多数，由此使政治上多数派的形成需要整合、顾及更多的利益诉求。^[35]当然，如果要最大限度地保护少数人的自由，最理想的做法是采取“全体一致”的决议原则，也就是任何决议的作出（法律的制定）都必须得到共同体所有成员一致同意。这样，立法活动在实质上就等同于共同体所有成员在一起签订契约。一旦采取了决议上的全体一致原则，就不再有少数派和多数派的区分，也无须为了少数派的自由和利益而约束多数派。但是很显然，全体一致原则在人数众多的公共领域的治理中根本无法实践。^[36]与公共领域不同的是，私人领域中的私人在行使其积极自由（也就是为自己获取权利，向对方课加义务）的时候，必须以合意原则为前提，这在某种意义上可以看作是采取了在公共领域的治理活动中无法实践的全体一致原则。既然向对方课加义务无论如何都必须以获得对方的同意为前提，那么承担义务的一方当事人的自由就有了充分的保障。正是基于这一点，传统的立宪主义理论认为在私人领域采取私人自治，不会产生公共领域中会出现的权力控制问题。

但是，这样的分析过于高估了私人领域中合意原则可能发挥的功效。关于这一问题，将在紧接着的下文予以详细分析。这里需要强调的是，一旦合意原则沦为一种纯粹的形式，并与双方当事人之间实际形成的利益分配、自由划界的格局是否具有正当性^[37]的判断没有实质联系，那么即使存在合意原则，也不能起到维护私人关系中每一方当事人的自由的作用。在这种情况下，就私人自治赋予私人以积极自由的角度来看，它难免会具有权力因素。拥有权力的人就是那些能够利用自己具有的优势地位使对方接受自己提出的苛刻的、不对等的权利义务配置格局的人。在他获得了不对等的权利义务配置之后，就可以基于对义务人享有的权利，使义务人处于单方面的从属地位。就此而言，如果在私人领域中存在着可能导致合意原则弱化、形式化的诸多因素，那么抽象地、笼统地确认私人自治原则，考虑到它所具有的赋予私人以积极自由的维度，它在事实上就并不总是能够实现保障私人自由的目的。^[38]

传统的立宪主义理论以及与其相呼应的强调绝对的私人自治的民法理论正是在这一点上发生了偏颇：即没有能够审慎地区分私人领域中消极自由与积极自由的不同内涵，而是将身体自由之类体现了消极自由的因素与契约自由之类体现了积极自由的因素放在同样的层面上予以保障。殊不知，消极自由的保障在结构上是给所有的私人施加一种普遍的针对他人的消极不作为义务，因此的确能够确保所有的私人的自由；但积极自由的保障在结构上却是保障私人主体能够在不受第三方（国家或其他主体）控制的情况下，通过一对一的博弈，对他人施加积极的义务的自由。^[39]问题是，如果相对方在事实上没有对等的交涉能力，没有充分的反制力，因此被迫接受一种不对等的权利义务

[34] Cfr., A. Somma, *Il diritto privato liberista*, in *Themis: Rivista da Faculdade de Direito da UNL* Ano II - N. 4 - 2001, 66ss.

[35] Cfr., P. Barcellona, *I soggetti e le norme*, Milano, 1984, 93ss.

[36] 参见前引 [21]，詹姆斯·M·布坎南和戈登·塔洛克书，第90页以下。

[37] 这种正当性是一种基于社会普遍的伦理、道德意识可以合理期待的正当性，而不是依据“同意即正当”的形式主义论证而得到的正当性。

[38] V. Roppo, *Giustizia contrattuale e libertà economiche: verso una revisione della teoria del contratto?*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2007, 599ss.

[39] 参见前引 [6]，L. Ferrajoli文，第18页。

配置格局,那么保障私人自治的后果就是确保义务人单方面地受制于权利人。从这个角度看,在私人领域中不加反思地强调私人自治,如同保障私人的消极自由那样来保障私人的积极自由,同样会发生类似于公共领域中的积极自由可能导致的对政治上的弱势者的压迫现象。

六、合意原则:稀疏的屏障

在上文的分析中可以看到,传统的立宪主义理论之所以认为在私人领域不存在权力现象,最根本的原因就在于在私人之间发生各种社会关系时必须遵循合意原则。合意就意味着义务人一方在接受权利人对己课加的义务时是自愿的。考虑到强制性被认为是权力的最基本的内涵,既然义务人是自愿的,就不能认为存在强制的色彩。不能说这样的推理没有道理。事实上,大多数情况的确如此。这种差别也解释了为什么法律对公共领域的治理与对私人领域的治理存在显著区别。在很大程度上,法律在私人领域奉行私人自治原则,其正当性就建立在私人之间在形成法律关系、相互配置权利和义务时,必须遵循合意原则^[40]的基础之上。

但是,有关的探讨并不能停留于合意原则之上,而是需要继续追问,为什么合意原则能够正当化私人自治。对这一问题的回答通常是这样的:由于个人是自己利益的最佳判断者,所以不能认为得到相关当事人同意的权利义务配置格局(也就是当事人之间的利益分配格局)对当事人构成一种损害,或者对其存在不公平之处。就此而言,合意原则在本质上乃是关于人与人之间的某种利益分配格局是否具有正当性的评价方法。作为一种操作性的评价方法,它建立在个人是自己利益的最佳判断者这一前提预设之上。^[41]但是,这一分析也表明,合意原则能够对私人自治原则予以正当化并不是无条件的。事实上,只有当合意是建立在对某一具体的权利义务配置格局进行判断的基础之上时,它才是有意义的,才能够表明当事人对有关安排进行了衡量,并且接受这样的安排。就此而言,如果当事人的确达成了合意,但是对于该合意的具体内涵,也就是合意所指向的具体的权利义务配置格局并没有清晰、完整的认识,那么虽然在抽象层面上不能否认当事人具有合意,但这种合意是否可以正当化该权利义务配置格局,是大有疑问的。^[42]这是因为,如果当事人没有清晰地意识到其笼统表达出来的“同意”究竟意味着什么,就很难说他对该合意中所涵盖的权利义务配置格局进行了完整的衡量。此时,合意与表达合意的当事人对有关权利义务配置格局的衡量并不是一回事,而是发生了脱节,即使存在合意这一事实,也不能正当化其指向的权利义务配置格局。

在现实生活中,当事人在与他人设立法律关系的过程中,一方面对有关的权利义务安排表示同意,另一方面却不能清晰地认识到这种同意对自己究竟意味着什么的情况非常普遍。这与私人之间的利益博弈中经常出现的“信息不对称”现象有关。在私人之间的互涉性往来中,如果存在双方之间的利益划界问题,为了使自己在博弈中处于优势地位,当事人就必然有选择地隐藏一些信息。也正是因为有这样的信息,民法存在着规制欺诈的制度。但是,将信息隐藏行为认定为欺诈并进行干预,只是极端的、例外的情形,面对现实生活中无所不在的信息隐藏行为,法律在绝大多数情况下采取容忍的态度。信息隐藏策略干扰当事人作出判断,使他表达出来的同意与该同意在现实中所呈现的实际情况相背离。^[43]如果对现实生活中的这种状况有清醒的认识,人们就可能不会对合意原则能够在多大程度上正当化合意所指向的利益分配格局,抱有一种过于形式主义的态度。

对于因利益博弈中的信息隐藏策略而导致的抽象合意与合意的具体内涵之间的偏差,更加务实

[40] 这是就发生法律关系的双方而言的。就单个主体来说,是遵循自愿原则。合意原则与自愿原则其实是一回事。

[41] 参见易军:《法律行为制度的伦理基础》,《中国社会科学》2004年第6期。

[42] 参见前引[33], A. Somma文,第437页以下。

[43] Cfr., H. Collins, *La giustizia contrattuale in Europa*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2003, 659ss.

的态度是，承认在不受第三方约束和干预的利益博弈中，大体上来说博弈的结果有利于处于事实上的优势地位的一方。这是一个难以改变的现实，这种状况不会因为存在合意原则而有任何改变。面对这种现实，要想在私人利益博弈过程中自动出现均衡，唯一可以指望的是当事人之间的事实上的优势地位具有流动性、互换性。通俗一些来说，就是在这个法律关系中，我吃点亏，在另外一个法律关系中，你吃点亏，通过多次的往复博弈，单个博弈中的亏欠可以大致扯平。但如果某一方当事人的事实上的优势地位是结构性的，不具有流动性，而是相当稳定，那么仅仅依靠私人层面上一对一的博弈，就很难期待会自动出现利益博弈——也就是权利义务配置上的均衡。^[44]

但这远不是问题的关键之所在。合意，也就是表示愿意接受，究竟是在何种意义上正当化它所指向的利益分配格局，这仍然需要深入地反思。事实上，作出同意表示的当事人即使对同意所指向的利益格局具有清晰的认识，完全知道同意对自己意味着什么，也并不总是表明当事人认为相关的利益格局是合理的、公平的。在不少情况下，当事人一方面认为摆在他面前的供他选择的利益分配方案是完全不公平的，但另一方面又对该方案表示同意。这种“带着抗议”的同意，并不能一概看作是一种言不由衷。在不少情况下，它带有真实的成分，揭示着合意原则在面对现实时所表现出来的软弱无力。

在一般意义上而言，个人是自己利益的最佳判断者，这个论断并不错。但在与他人的博弈中，能够认识到自己的利益之所在与自己是否具有足够的能力去实现和捍卫自己的利益是两码事。在私人之间的竞争性博弈中，问题的关键并不是个人是否是自己利益的最佳判断者，而是参与博弈的双方是否拥有大致对等的手段去实现自己的利益诉求。博弈的过程是在双方当事人之间进行此消彼长的利益分配的过程，而不是双方各自发现其合理利益的过程。^[45]事实上，私人为了满足自己的诸如衣食住行之类的基本需求，无论如何都必须与他人进行交往，所以合意原则中所包含的“拒绝”的选择项，几乎只是一种理论上的可能。这就解释了为什么当事人会对自己感到明显吃亏的方案仍然表示同意。在这个问题上，如果认为只要是当事人合意的，就是双方认为合理的和公平的，毋宁说双方通过博弈，各自实际得到的就是合理的。这样的界定，消解了在利益划分是否公平的判断上可能发生的“应然”与“实然”之间的张力。当事人基于“应然”的公平分配标准，对取决于实力而出现的“实际”利益分配格局的抗议，被看作是毫无意义的嘟囔，私人之间现实存在的权力、压制、支配关系，由此也被掩盖，乃至消解于无形之中。^[46]

作出这样的论述，决不是暗示作为判断当事人之间通过自主博弈方式形成的利益分配格局是否具有基本的公正性、合理性的标准，合意原则一无是处。这里只是强调，即使存在这一原则，仍然不能回避对私人领域中实际存在的优势地位所可能导致的权力现象的关注。合意原则对合意所指向的权利义务配置格局的正当化论证，充其量不过是一种形式性的（甚至带有明显的循环意味的）论证。它在实质上不过是对利益博弈的实际结局加以消极认可。^[47]这一原则，面对现实中存在于当事人之间的事实上的巨大实力差距，注定是个很容易被穿越的稀疏屏障。并且，具有事实上优势地位的一方在穿越合意原则之后，就可以堂而皇之地借助于私人自治原则，使其优势地位获得法律上的包装，转化为一种法律上针对相对人的权利（权力）。

[44] 参见前引 [2]，梁慧星文。

[45] 不少学者运用经济学上的理论，即任何交易的达成都必然给双方带来利益，用“合作论”而不是“对抗论”的模式来解释私人交往。这种论证其实混淆了“是否能够”获得利益与“获得多少”利益之间的差别。的确，劳动者必须辛苦工作一天才能够换得一个面包，也可以说劳动者从这种交换中获得了利益，但是这种论点根本不考虑双方对“合作剩余”的分配究竟是否具有基本的公正和均衡。参见 P. G. Monateri, *Ripensare il contratto: verso una visione antagonista del contratto*, in *Rivista di diritto civile*, 2003, 409ss.

[46] 参见前引 [34]，A. Somma 文，第 67 页以下。

[47] Cfr., N. Irti, *Norma e luoghi*, Roma—Bari, 2001, 101ss.

七、私法立宪主义的内涵及其理论意义

上文分别从权利的法律结构、私人自治的内涵以及合意原则的形式化等方面,在一般原理的层面上分析和论证了在私人相互之间进行利益博弈形成各种法律关系时,同样会发生类似于公共领域中的权力现象。私人领域的权力在本性上与公共领域的权力并无区别,如果不对其加以约束,它同样会自我膨胀,侵犯私人的基本自由。私法立宪主义强调的,就是对私人领域的权力现象进行规制,避免其侵犯私人的基本自由。

出于维护私人的基本自由的目的,必须对私人领域中的权力进行控制,以这种观点为核心的私法立宪主义的提出和归纳,在以下几个方面具有重大的理论意义:

第一,私法立宪主义的提出,更加清晰地厘定了权利保障与自由保障这二者之间的关系。

在前文关于权利的分析中已经提出,在私人领域有两种权利类型。一种是以平等的方式赋予每个私人主体,基于其结构可以对所有私人主体的消极自由起到无差别保障作用的权利。其典型是人身自由权、健康权、隐私权等。另外一种权利通过私人自治的方法为某个主体所个别享有,它在结构上预示着一种不对等的权利人对义务人的支配、干预关系。其典型是所有权、债权等。在某种意义上,我们可以将这两种权利归纳为“作为自由的权利”与“作为权力的权利”。〔48〕

法律上保障这两种权利,具有不同的内涵:对前一种权利的保障,对应了对所有的私人自由的保障,而对后一种权利的保障,则不具有前者所具有的一般性的私人自由之保障的内涵。私法立宪主义主张在保障后一种权利的同时,应警惕其中所内含的权力性因素以及由此而导致的对义务人基本自由的威胁。在必要的时候,必须出于保障义务人基本自由的目的,对诸如所有权、债权之类的权利加以限制。〔49〕

作为这种在一定程度上区别对待两类不同性质权利的思想最显著的体现,20世纪后半期以来的民法理论不再把所有权之类的权利与生命权、健康权之类体现所有的人的自由的权利放在同一个层面上。〔50〕在欧洲国家,所有权之类的财产权与体现基本自由的权利在宪法层面上受到保障的程度是不同的。〔51〕究其原因,正是贯彻了这里所阐释的私法立宪主义的理念。

第二,私法立宪主义的提出,使私人领域中两种性质的自由的结构性差异得以彰显,由此也将民法领域中两种性质的自由理念区分开来。

上文关于私人自治的结构分析表明,私人自治具有两个维度,分别对应于私人领域中的消极自由与积极自由。消极自由是每个私人主体可以排除他人单方面干预的自由,积极自由则是通过与其他人的自由博弈而相互设定权利义务的自由。由于这两种自由具有不同的内涵,因此对于私人自治的内涵也存在两种不同的理解。一种侧重于从保障私人的消极自由的角度来理解私人自治原则,另一种则侧重于从认可私人的积极自由的角度来理解私人自治原则。对私人自治的前一种理解符合传统的立宪主义以及私法立宪主义对自由的理解,即不受制于来自他人的专断权力的压迫;对私人自治的后一种理解则更多地强调国家不要去干预私人之间自由进行的利益博弈,这是一种受到经济学上自由放任主义的影响并且试图将其在民法领域予以贯彻的理解。〔52〕

〔48〕 参见前引〔6〕, L. Ferrajoli 文, 第 15 页。

〔49〕 G. Alpa, *Trattato di diritto civile (I): Storia, Fonti, Interpretazione*, Milano, 2000, 493ss.

〔50〕 参见薛军:《人的保护:中国民法典编撰的价值基础》,《中国社会科学》2006年第4期。

〔51〕 Cfr., S. Praduroux, *Il diritto di proprietà nel diritto comunitario: principi fondamentali e "self-restraint" della Corte di Giustizia*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2007, 283ss. 对财产权的意义和价值的理论反思,可参见〔美〕斯蒂芬·芒泽:《财产理论》,彭诚信译,北京大学出版社2006年版。

〔52〕 前引〔6〕, L. Ferrajoli 文, 第 18 页。

面对私人自治的两种内涵，私法立宪主义主张将两种自由的理念区分开来，也就是说，必须将身体自由之类的消极自由与契约自由之类的积极自由区分开来，给予各自以合适的定位和与其性质相吻合的保障。具体来说，私法立宪主义认为，当然不能否认契约自由之类的积极自由存在的合理性，但是与消极自由不同，它们可能导致对某些私人主体的基本自由的侵犯，因此对它们的保障不能绝对化。如果私人不正当地利用其拥有的优势地位，借助于私人自治所赋予的积极自由去侵犯其他主体应该受到绝对保障的自由，那么这种积极自由就应该受到限制，使其保持在合理的限度内。

进一步来说，根据对私人自治的内涵的分析，可以认为在私法领域存在两种意义上的自由主义：一种是将私人的基本自由看作是必须予以保障的最高价值的“保障性”的自由主义；另一种则是允许私人之间展开自由竞争，国家对此采取放任态度的“放任性”的自由主义。^[53]毫无疑问，私法立宪主义支持前者，对后者则主张采取一种有条件的认同的态度，其条件就是它不能违反前者所设立的界限。

第三，私法立宪主义理论可以对民法的基本理念和制度在 20 世纪后半期以来的发展和演变给出一个统一的解释。

民法在 20 世纪后半期以来的发展呈现出纷繁复杂的局面。到目前为止，仍然没有发展出一种理论对这些现象给出统一的、融洽的解释。笔者认为，私法立宪主义恰恰是解析民法在 20 世纪后半期以来发展的关键。

在 20 世纪，经济的生产、交换形态，社会和家庭生活形态等等，都发生了剧烈的转变。其中最突出、对民法影响最大的现象就是经济领域中私人之间的力量分化日益显著。由于私人领域中经济力量的分化，传统民法关于私人主体之间交涉、博弈能力大致对等的预设不复存在，这导致私人领域的权力现象越来越突出。为了贯彻任何权力都必须得到制约的理念，20 世纪后半期以来的民法对私人关系中存在最浓重权力色彩的领域，例如劳动雇佣关系领域、消费者与企业之间的关系领域，进行了大规模的干预，形成了劳动者保护与消费者保护等独特的法律规范群。这种干预的目的并非是在民法领域制造新的身份，而是落实私法立宪主义所主张的权力制约观念，为现实存在的私人领域中的权力设定必要的界限，避免其侵犯私人的基本自由。^[54]

与这种干预相联系，为了确保经济活动的参与者之间博弈能力的基本对等，为了保障私人交往中的合意原则不因为无替代性选择的可能性而完全失去意义，20 世纪的民法还发展和完善了以反垄断法为核心的“经济法”体系。^[55]根据本文的思路，同样可以从立宪主义的角度来解释经济法的产生及其基本内涵。经济法的产生，其实是立宪主义的一次发展和完善，它是传统的立宪主义从专注政治立宪（制约政治性的权力）向注重经济立宪（制约经济性的权力）的发展。经济关系立宪与劳动关系立宪、家庭关系立宪一样，都属于私人领域中立宪主义的重要组成部分。它们的都是为了对经济关系、劳动关系、家庭关系中存在的权力因素进行制约，避免权力单方面恶性膨胀，从而保障与之相对的私人的基本自由。当然，对于经济法以及经济立宪的内涵，还存在另外一种可能的理解，也就是把经济关系彻底从私人领域中分离出来，归入公共领域，用公共领域的政治性的治理原则来处理经济问题。^[56]但仅仅因为私人自治可能存在放纵私人权力的弊端就完全抛弃私人

[53] 关于包括经济自由主义在内的各种类型的自由的论述，参见 [英] 霍布斯：《自由主义》，朱曾汶译，商务印书馆 1996 年版。

[54] 参见前引 [6]，L. Ferrajoli 文，第 15 页以下。

[55] 值得注意的是，在欧洲大陆的法学理论中，“经济法”是作为一种“对私法的批判性的产物”而出现的，它在总体上与纠正私法的缺陷相联系，并且必须与私法结合在一起才显示出其价值。Cfr.，P. Barcellona, *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996. 这种意义上的“经济法”与中国语境中的经济法概念差别很大。

[56] 将经济领域“公共化”，其实就是国家运用行政的公法的手段来组织经济活动。G. Solari, *Socialismo e diritto privato*, edizione postuma a cura di P. Ungari, Milano, 1980.

自治,就如同把孩子和洗澡水一起泼掉的极端做法,已经被历史经验证明是一种错误。本文所使用的经济立宪概念,仍然将经济领域放置在私人领域中,原则上以私人自治的方式来组织经济活动。需要做的并不是将横向的经济关系作纵向化的处理,而是对私人自治施加合适的限制。

用私法立宪主义来概括民法在20世纪以来的发展,还能够得到历史事实的支持。绝非出于巧合,在欧洲大陆主要国家,包括德国、意大利、法国等国,在二战后制定的新宪法中都大量出现所谓社会、经济、家庭条款。这种做法开始于魏玛宪法。^[57]这些在传统的公法性定位的宪法中绝无踪迹的内容开始进入宪法,从另外一个侧面表明,立宪主义所关注的权力控制问题已经从传统的公共领域扩展到私人领域。宪法出于保障个人基本自由的考虑,开始关注社会领域、经济领域、家庭领域可能出现的权力现象以及对其进行约束的必要性。^[58]对于欧洲国家的宪法模式(同时也可以看作是立宪主义的理论模式)的这种转型,我国法学界给予较多关注的是“经济宪法”问题,也就是宪法中的经济条款问题。^[59]但在宪法中存在的关于家庭关系的条款、关于所有权的限制的条款,都具有同样的内涵,同样值得关注。

立宪主义向私人领域的扩展,以及私法立宪主义的提出,在根本上重塑了传统民法的精神面貌。私法立宪主义以保障人的基本价值和自由作为宗旨,不断修正传统民法的抽象的主体平等观念和形式主义的公平观念,通过诚实信用等基本原则,为私人自治设立明确的价值底线。20世纪民法理念和制度的发展,就是在私法立宪主义的引导之下,与公法领域的立宪主义携手来实现人的基本价值和自由的全面保障的发展过程。这就是20世纪后半期以来民法发展的精神内涵。^[60]

第四,基于私法立宪主义的理论,可以预测在全球化时代中民法面临的主要问题是,以单个民族国家为单位的私法立宪主义的法律治理机制将无法对全球化背景下市场的力量(也就是私人领域的权力现象)进行有效的制约。

到目前为止的关于私法立宪主义的论述,都是以民族国家的法律体制作为基础的。但是,在经济全球化的时代中,这样的基础基本上已经不复存在。^[61]如果私人活动的领域已经不限于国境之内,如果合同的双方当事人分别属于不同的国家,受制于不同的法律体制,那么如何对存在于他们之间的事实上的权力进行制约呢?这是经济全球化的时代中民法不得不面临的问题。

当然,从理论上来说,在全球化的时代中,单个国家的立法者仍然可以坚持采取私法立宪主义的理念,对在其国境之内发生的消费关系、劳动雇佣关系等领域中可能存在的权力因素进行严格的制约,以保护私人的基本自由不受侵犯。但是,由于市场的全球化色彩,单个民族国家进行控制,在实质上就等于增加了在这个国家进行雇佣、生产、销售活动的成本,具有高度流动性的市场要素就会向趋下的流水一样,流动到不存在此类控制或者控制的标准相对较低的国家。目前广泛存在的重污染产业从存在较高的环境保护标准的欧美国家向第三世界国家的转移,就是这样的一个实际例子。为了吸引更多的市场要素的流入,避免资本的流出,单个民族国家的立法者将发现,在不少情况下,自己将被迫屈从全球化了的市场力量,国与国之间不得不进行一种名副其实的“探底竞赛”(race to the Bottom)。^[62]这种“看谁对市场的放任更加彻底”的竞赛,将导致放弃私法立宪主义所要求的对市场主体的经济权力的约束,放任市场力量来决定一切。在有些时候,这种竞赛甚至导致一些法律体制从已经存在的现状倒退。事实上,欧盟的劳工法律体制面对来自世界其他地区的廉

[57] Cfr. G. Alpa, *Trattato di diritto civile. I, Storia, Fonti, interpretazione*, Milano, 2000.

[58] Cfr. , C. Salvi, *Norme costituzionali e diritto privato: attualità di un insegnamento*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2004, 237.

[59] 参见吴越:《经济宪法学导论》,法律出版社2006年版。

[60] 前引[49], G. Alpa书,第521页以下。

[61] 参见[意]蒙那代里:《关于中国民法典编纂问题的提问与回答》,薛军译,《中外法学》2004年第6期。

[62] 参见周长征:《从探底竞赛到全球治理》,《中外法学》2006年第5期。

价劳动力（这种廉价，在很大程度上与这些地区采取了非常低的保护标准，或者压根就没有劳工基本自由和权利保护有关）的竞争，显得十分“昂贵”，已经岌岌可危，并且开始往后倒退。这就是全球化市场所具有的力量真实写照。当然，笔者并不认为欧盟现在的劳工法律体制完全正确，不应该有所改革而使之更加具有国际竞争力。这个例子只是想说明，在全球化的时代中，即使欧盟那样强大的政治经济共同体，也无法单独抵制市场的力量。

从这个角度来说，经济全球化对目前以民族国家为单位的法律治理机制已经提出了严峻的挑战。^[63]如果我们仍然坚持一种“保障性”的自由理念，认为人的保障应该居于绝对优先的地位，那么先前以民族国家为基本单位的“国家立宪主义”，就必须走向一种“全球立宪主义”，以全球性的法律治理机制对全球化了的市场力量进行规制。^[64]只有这样，才能够保证个人的自由不受到全球化了的市场力量的侵犯。

八、结 语

在传统的民法研究中，在公法与私法二元划分的框架下，公法研究与私法研究这二者之间几乎处于一种“鸡犬之声相闻，老死不相往来”的状态。如果不是潜在地把某种既定的教条当作前提，很难说这种状况是正常的。在某种意义上说，本文尝试打通公法与私法。但是，本文的切入点不再是那些说得已经很多，但仍然神秘莫测的“私法公法化”、“公法私法化”之类的说法。本文只是基于这样一个常识：既然公法与私法都同样属于一个法律体系的有机组成部分，那么它们就必然分享着某些共同的基础，体现出共同的价值取向。对于以保护个人基本自由为宗旨，主张权力制约的立宪主义观念，本文主张只要它是法律体制建构的基本原则，就应该不分公法与私法，只要有其适用的前提，就必然有其适用余地。

在民法中强调私法立宪主义理念，并不在任何意义上主张放弃诸如民事主体、主观权利、私人自治等传统民法制度，或者认为这些制度已经过时、存在危机等等。恰恰相反，私法立宪主义的理论只是揭示这样一个事实：这些制度如果要正常发挥作用，就必须满足一定的前提条件。换言之，以私人自治的方法来进行私人之间的权利义务配置，国家的（或者全球性的）法律只是限于对私人自治施加间接的控制，这种法律治理方式并不是一种在本质上与人的基本价值的保护相冲突的方式；但它也不是在任何情况下都不会与人的基本价值的保护发生冲突。因此，问题的关键就是，辨认其在何种限度上具有合理性，并对越过合理限度的部分进行限制和约束，仅此而已。

有了这样的认识，或许在某种程度上有助于保持对民法理论的乐观和自信。无论如何，时代在变，民法也会随之而变化，传统的观念和制度总是会遇到这样或那样的挑战。但只要真正理解了这些变化的内涵，或许人们体会到的更多的将是民法生命力的强大和理论的精彩，而不是因为不能理解和解释这些现象而产生的莫名的恐慌以及关于民法发展存在重重危机之类的说法。

[63] P. G. Monateri, *La costruzione giuridica del globale*, in *Rivista del diritto privato*, 2007, 677ss.

[64] 对于这一问题，国际经济法学者已经注意到，参见 [德] E·彼得斯曼：《国际经济法的宪法功能与宪法问题》，何志鹏等译，高等教育出版社 2004 年版。特别是在该书第三部分（第 285 页以下），作者认为目前已经出现的自由国际贸易和货币贸易规则在某种程度上就具有“宪法”的功能。