

*Fundamental Rights Fields:
Theories,
Norms and Life*

基本权利场域： 理论、规范、生活

秦奥蕾 著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

Fundamental Rights Fields:

Theories,

Norms and Life

基本权利场域： 理论、规范、生活

秦奥蕾 著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

图书在版编目 (CIP) 数据

基本权利场域：理论、规范、生活 / 秦奥蕾著. —北京：
知识产权出版社，2016. 6

ISBN 978 - 7 - 5130 - 4405 - 9

I. ①基… II. ①秦… III. ①公民权—研究—中国 IV. ①D921. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 200364 号

责任编辑：雷春丽

责任出版：刘译文

封面设计：SUN 工作室 韩建文

基本权利场域：理论、规范、生活

秦奥蕾 著

出版发行：知识产权出版社 有限责任公司

网 址：<http://www.ipph.cn>

社 址：北京市海淀区西外太平庄 55 号

邮 编：100081

责编电话：010 - 82000860 转 8004

责编邮箱：leichunli@cnipr.com

发行电话：010 - 82000860 转 8101/8102

发行传真：010 - 82000893/82005070/82000270

印 刷：北京嘉恒彩色印刷有限责任公司

经 销：各大网上书店、新华书店及相关专业书店

开 本：720mm × 1000mm 1/16

印 张：15

版 次：2016 年 6 月第 1 版

印 次：2016 年 6 月第 1 次印刷

字 数：221 千字

定 价：42.00 元

ISBN 978 - 7 - 5130 - 4405 - 9

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题，本社负责调换。

目 录

Contents

理 论 篇

论财产权的宪法地位与保障结构/3

一、财产权保障的宪法传统：对“财产”与“财产权”

保障的宪法史考察/4

二、“社会主义市场经济”入宪与私有财产权的宪法地位/8

三、财产权的保障结构/11

四、结 语/18

论“公民”作为基本权利主体的内涵

——兼论“公民”与“个人”的基本权利主体比较/20

一、“个人”向“公民”的基本权利主体演进/20

二、公民身份的历史演进及其意涵/23

三、公民、个人与基本权利/28

论法人的基本权利主体地位

——以《德国基本法》为主要背景/33

一、前言：公法人基本权利主体地位问题的提出/33

二、对公法人基本权利主体地位的否定/36

三、公法人基本权利主体地位的成立/39

四、特定公法人的基本权利主体地位/42

五、结 语/45

论广播电视自由及其限制

——以德国与美国的宪法经验为借鉴/47

一、广播电视自由的内涵及特征/48

二、广播电视自由的内容/50

三、广播电视自由的限制/54

四、美国与德国广播电视自由与限制的基本经验/63

五、我国广播电视机构的自由与限制/64

规范篇

论我国宪法中救济性基本权利的完善/71

一、救济性基本权利的宪法地位/71

二、救济性基本权利的内容/72

三、我国基本权利体系中的救济性基本权利/75

四、完善我国宪法当中的救济性基本权利/79

论我国公民基本权利体系的完善/82

一、公民基本权利体系的比较研究/84

二、完善我国公民基本权利体系的基本思路/116

三、我国基本权利的发展与完善/129

生活篇

梁某某身兼两地人大代表事件

——关于被选举权的保护/157

- 一、梁某某事件始末及问题发现/157
- 二、被选举权的宪法保护与限制有何特殊性/159
- 三、我国宪法和法律中如何保护公民的被选举权/162
- 四、人大代表是如何选举产生的/165
- 五、人大代表代表谁的利益、如何代表/169
- 六、人大代表享有何种特殊权利/173
- 七、结语：梁某某能否身兼两地人大代表/176

王某某等人选举权案的宪法学分析/178

- 一、基本案情/178
- 二、争讼理由及法院裁定/178
- 三、本案的宪法学争议与思考/180
- 四、选举权性质概说/187
- 五、选举权的实现——选举组织机构的功能/191
- 六、选举权的救济——选举诉讼的引入/194
- 七、我国选举权救济的不足与完善——兼及对王某某案宪法学争议的回应/204

成某因裸体“行为艺术”被劳动教养

——前卫艺术表达与言论自由/214

- 一、事件始末及问题呈现/214
- 二、“行为艺术”与公民的言论自由、艺术创作自由/215
- 三、言论自由的限制——“淫秽”的构成与界定/222
- 四、行为艺术创作与表演适用的我国宪法与法律规定/227

基本权利场域：
理论、规范、生活

理 论 篇

论财产权的宪法地位与保障结构 / 3

论“公民”作为基本权利主体的内涵 / 20

——兼论“公民”与“个人”的基本权利主体比较

论公法人的基本权利主体地位 / 33

——以《德国基本法》为主要背景

论广播电视自由及其限制 / 47

——以德国与美国的宪法经验为借鉴

论财产权的宪法地位与保障结构

财产权是指对财产占有、使用、支配的权利。财产权入宪是近代宪法的重要成就之一。但在现代宪法中，财产权宪法地位发生变迁，财产权的宪法保障结构也随之转变。在许多国家立宪之时，“财产权是否应该写入宪法”的问题一度引发社会争议与政治讨论。^①

2004年我国宪法修改，将《宪法》第13条“国家保护公民的合法的收入、储蓄、房屋和其他合法财产的所有权。国家依照法律保护公民的私有财产的继承权”修改为“公民的合法的私有财产不受侵犯。国家依照法律规定保护公民的私有财产权和继承权。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”。修宪者以“财产权”取代“所有权”来表达更为准确全面的权利含意，^②“财产权”的表述明确出现在宪法文本中。这一完善性的修宪措施一般被认为引起了我国“财产权”的入宪。^③与前述一些立宪国家不同的是，我国财产权入宪几乎没有遭遇阻力，窃以为主要原因有二：第一，经济转型、财富积聚促成财产权宪法保障的广泛共识，财产权入宪在我国既有政治基础，^④兼具坚实的社

① 范德·沃尔特：“宪法上的财产权条款：在保障和限制间达致平衡”，林来梵等译，见《北大法律评论》，北京大学出版社2003年第2期。

② 王兆国：《关于〈中华人民共和国宪法修正案（草案）〉的说明》，在2004年3月8日第十届全国人民代表大会第二次会议上的讲话。

③ 甘超英：“新中国宪法财产制度的历史回顾”，载《中国法学》2010年第4期。

④ 政治基础表现在，这次关于“财产权制度”的宪法修正是对党的十六大关于“完善保护私人财产法律制度”精神的落实和履行。参见王兆国：《关于〈中华人民共和国宪法修正案（草案）〉的说明》，在2004年3月8日第十届全国人民代表大会第二次会议上的讲话。

会基础；^① 第二，合宪性审查的缺位排除了财产权宪法适用可能带来的对国家经济政策加以司法干预的后顾之忧。那么，在这一现实的宪法实施情境下，我国“财产权”入宪形同具文吗？如何理解和阐释我国财产权的宪法地位？我国财产权保障的内容是什么？

本文对于上述问题的考察沿着如下思路：首先，通过对1954年宪法制定至2004年宪法修改60年来宪法文本中涉及个人“财产”和“财产权”规范的梳理与分析，归纳我国财产权保障的宪法传统；其次，从制度发展史的阐述中，理解我国社会主义市场经济制度的确立与财产权入宪之间的紧密关联，并从这一关联性中归纳我国财产权的地位与内涵；最后，对财产权保障结构变迁进行考察，以明确我国财产权保障的内容与意义。

一、财产权保障的宪法传统：对“财产”与“财产权”保障的宪法史考察^②

新中国四部宪法对个人财产与财产权保障均有规定。通过对这些规定的分析，可以归纳其宪法特征。

（一）个人财产与财产权受保护的程度与宪法中所确认的所有制形式、经济成分的多寡成正比例

所有制形式与经济成分多样，则个人财产保护程度愈高，反之，公民财产保护的弱势地位对应着所有制形式与经济成分的萎缩。这一特征不仅体现在四部宪法内容中，也贯穿于1982年宪法的修正。^③

1954年宪法规定了社会主义改造和社会主义建设的目标，但1954年立宪时国家社会主义改造与建设的任务仍在进行中，尚未完成，因而宪法确认

^① 例如，2002年初由中国经济景气监测中心与央视《中国财经报道》节目共同进行的一项调查表明，有93%的城市居民希望通过修宪保护公民私有财产权。参见刘武俊：“私有财产权入宪的意义”，载《中国青年报》2004年1月9日。

^② “财产”与“财产权”的区分借用了宪法文本规定，所以此处“财产权”与2004年宪法修改建立的“财产权”内涵并不同一。

^③ 马克思关于“所有权与所有制”关系的论断是，所有权由所有制决定，是所有制在法律上的表现（王锴：“中国宪法中财产权的理论基础”，载《当代法学》2005年第1期）。我国宪法文本中所有权形式与财产权保护的对应关系印证了这一判断的正确性。

了国家所有制（全民所有制）、合作社所有制（劳动群众所有制）、个人劳动者所有制、资本家所有制四种所有制形式，这基本维持了新中国成立时国家所有制存在的形式。与此相对应，1954年宪法建立了相对完善的个人财产保障规范，《宪法》第11~14条规定了，“国家保护公民的合法收入、储蓄、房屋和各种生活资料的所有权”，“国家依照法律保护公民的私有财产的继承权”。可见，1954年宪法对公民“私有财产”认知明确，并提供保护。

然而，之后的两部宪法，逐渐抛弃“财产”的规范用语（公共财产除外），代之以“生产资料”和“生活资料”。1975年宪法是在社会主义制度条件下建立的，因此宪法只规定“全民所有制”与“劳动群众集体所有制”两种所有制形式。与此对应，就个人财产保护，宪法也仅规定了“保护公民的劳动收入、储蓄、房屋和各种生活资料的所有权”。与1975年相比，1978年宪法订立时的政治环境开始向暖，经济形势有所松缓。这一背景在宪法规定中的投射是，在规定全民所有制与劳动群众集体所有制两种所有制形式的同时，确认了“非农业的个体劳动”的宪法地位，同时国家保护公民的“合法收入、储蓄、房屋和各种生活资料的所有权”。可见，1978年宪法抛弃了1975年宪法“劳动收入”的规范用语，转而恢复了1954年宪法“合法收入”的提法。“合法收入”的范围要大于“劳动收入”。宪法用语的回归说明了，在个人财产权保障方面，1978年宪法表现出相对开放和积极的姿态。

1982年宪法制定时，国家经济政策的宽松度与社会经济力量的活跃度都有显著改观。虽然宪法仍然仅确认“全民所有制”与“劳动群众集体所有制”两种所有制形式，但在经济制度和所有制成分上做了明显的修改：第一，允许参加农村集体经济组织的劳动者“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”；第二，规定“在法律规定范围内的城乡劳动者个体经济，是社会主义公有制经济的补充”，这表明传统的社会主义所有制形式崭露新方向。相应的，1982年宪法基本恢复了1954年宪法中曾经出现的个人财产保障规范并有所突破，规定了“国家保护公民的合法收入、储蓄、房屋和各种合法财产的所有权”“国家依照法律保护公民的私有财产的继承权”。看似重回轨道的个人财产权保障规范包含国家经历经济

及社会领域前行的挫折后，宪法对这一问题所作的反思和修正。这一回归是发展性的，而不是简单重复。1982年宪法关于财产权保障的规定做到了历史最好。1982年宪法修正的相关内容为此一特征作出了注脚。1988年宪法修改，对《宪法》第11条增加了“私营经济是社会主义公有制经济的补充”。1999年宪法修改，第11条继续被加以修改，新规定，“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”。“非公有制经济”的表述第一次在我国宪法文本中出现表明了我国的所有制形式由单一公有制垄断结构向混合所有制结构转变。这一转变引起的重要法律后果之一就是2004年“财产权”的入宪。

（二）个人财产的保护以“所有权”为核心

四部宪法的个人财产权保障均强调“所有权”保护，如“土地所有权”“劳动收入、储蓄、房屋和生活资料的所有权”。举例来说，1954年宪法第8条、第9条、第10条依次规定保护“农民的土地所有权和其他生产资料所有权”“手工业者和其他非农业的、个体劳动者的生产资料所有权”“资本家的生产资料所有权和其他资本所有权”。

对“所有权”着力保护的宪法内容说明，财产的存续保障是传统上我国宪法财产权保障的核心结构，物化的“财产”被视为“财产”的基本形态。这同马克思关于财产等同于“物”的狭义财产观有紧密关联。^① 尽管从现代财产权的制度内涵来看，所有权只是财产权的部分内容，但在当时经济发育迟缓甚至出现阶段性倒退的基本环境下，对个人财产权的保障确实难以达到现代财产权保障的高度。

（三）个人财产的保护以满足基本生活需求为主要目的

该特征在前三部宪法中表现得尤为明显，宪法所保障的“私有财产”范畴主要是指各种“生活资料”。如前所列，1954年宪法第11条在规定保护“收入、储蓄、房屋”的同时规定保护“各种生活资料的所有权”；第13条

^① 王锴：“中国宪法中财产权的理论基础”，载《当代法学》2005年第1期。

规定国家可进行征购、征用或收归国有的财产中，包括“城乡土地和其他生产资料”，但不包括“生活资料”。这一基调为1975年宪法与1978年宪法所承袭，这两部宪法关于个人财产保护的内容非常有限，但仅有的两条规范都涉及对个人基本生活需求财产的保障。

可见，我国宪法给予“个人生活资料”以超强的保障结构，生活资料不被纳入征收、征用或收归的财产之列，不能够被施以财产权限制。其立宪的哲学基础来源于马克思主义经典作家关于“生活资料”“生产资料”与“财产”关系的分析。马克思认为，从生产资料和生活资料对生产的不同作用出发，生活资料应该私有以达到为劳动者所消费的目的，但为了消灭生产资料的私有所引起的剥削，生产资料应为公有。^①

（四）宣誓社会主义公共财产神圣不可侵犯的宪法地位，隐喻了较为低下的私有财产保障地位

1975年、1978年、1982年宪法都规定有“社会主义公共财产神圣不可侵犯”。该宣称是传统社会主义宪法对传统资本主义宪法的一种对抗。^②这一解释说明了“神圣不可侵犯”的用语属于舶来品，目的在于表达与资本主义宪法代表性条款“个人财产神圣不可侵犯”的分庭抗礼。因而，在社会主义宪法原则的背景下，“神圣不可侵犯”的对象绝不能是“个人财产”，但为什么会找上“公共财产”？从宪法体系的逻辑性来分析，“社会主义公共财产神圣不可侵犯”是社会主义公有制建成后的宪法随附条款，用以拱卫社会主义公有制度的宪法地位。1954年宪法制定时社会主义改造正当其时，其中没有“社会主义公共财产神圣不可侵犯”的表述，而在社会主义公有经济制度获得宪法确认后，这一宪法表述须臾不曾离开。社会主义公共财产的宪法地位与社会主义公有制度的建立确有因果联系。^③因此，公共财产的神圣宪法地位是由社会主义的宪法原则所建立的，包含政治对抗性与公有经济制度附属性的双重意义。

① 王锴：“中国宪法中财产权的理论基础”，载《当代法学》2005年第1期。

② 林来梵：“论私人财产权的宪法保障”，载《法学》1999年第3期。

③ 这一观点也符合马克思关于所有权与所有制关系的论断。

公共财产的宪法地位同时体现了我国宪法中公共价值优先的取向。1954年宪法没有公共财产地位的表述，但是“公共利益”优先、“以公共利益限制或剥夺个人财产”的特征在1954年宪法中表现鲜明^①。尽管“公共财产”“公共利益”所表达出的公共价值是抽象的，但在这一宪法理念的支配下，私有财产权没有受到“不可侵犯”的宪法保障，隐喻了个人财产权保障在我国宪法中较低的地位。

二、“社会主义市场经济”入宪与私有财产权的宪法地位

我国个人财产权保障的部分宪法传统被打破，继而奠定私有财产权宪法落成的基础，契机在于1993年社会主义市场经济地位的宪法确立。^②“社会主义市场经济”的确立使得“市场要素”和“经济结构”被加入到对个人财产保障必要性的认知当中来。其改造财产权的步骤是，通过生产资料的市场化、社会化配置，解构原有的单一社会主义公有制所有制形式，通过推动所有制形式多元化而促进私有财产权的强化。

市场经济的本质是交换经济，私人自治是这一经济制度的核心要素。^③私人自治意味着在经济领域个人对其行为自负其责，可以自由的实施计划、参与竞争同时承受风险。私人自治受到保障的最重要的法律权利是私人财产权。可以想见，在买卖双方相互交换方能实现经济流通的市场经济条件下，保证卖方拥有物品进而能够出售并创造市场是必要的，这时私人财产权的制

^① 1954年《宪法》第14条规定，“国家禁止任何人利用私有财产破坏公共利益”。第11~13条是个人财产保护条款，宪法规范的位置表明，与私有财产利用相比，公共利益的保障享有比私有财产更高的宪法地位；同时，考察第13条“为了公共利益需要对土地及生产资料进行征购、征用或收归国有”的规范内容，“公共利益”优先、以公共利益限制或剥夺个人财产的特征在1954年宪法中表现鲜明。

^② 1993年宪法修改，将原有《宪法》第15条：“国家在社会主义公有制基础上实行计划经济。国家通过计划经济的综合平衡和市场调节的辅助作用，保证国民经济按比例地协调发展。”“禁止任何组织或者个人扰乱社会经济秩序破坏国家经济计划。”修改为：“国家实行社会主义市场经济。”“国家加强经济立法，完善宏观调控。”“国家依法禁止任何组织或者个人扰乱社会经济秩序。”

^③ [德] 罗尔夫·施托贝尔：《经济宪法与经济行政法》，谢立斌译，商务印书馆2008年版，第65页。

度性意义似乎不言而喻：他使得卖方确有物品可出卖，买方具有购买意愿且稳定，买方完全可能成为另外一轮交换过程的卖方，市场因此可能持续与繁荣。所以，私人财产权是支持市场经济环境的最核心的制度内容，它激励个人去占有财富、创造财富并保有财富成果。

1993年我国宪法修正写入“国家实行社会主义市场经济”，1999年宪法修正时在宪法序言中规定社会主义初级阶段的任务和目标包括“发展社会主义市场经济”。社会主义市场经济制度目标被连续地在宪法中加以确认，导致固守多年的单一社会主义经济原则发生变迁，坚硬的公有制独占性地位面临解构。紧接着社会主义市场经济地位的宪法确认，1999年宪法修正将原有的“个体经济与私营经济作为社会主义公有制经济补充”的内容，修改为“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”。结束单一所有制的经济结构，实行混合所有制经济，是发展社会主义市场经济的必然结果。所有制结构的深刻改变必然会带来对个人财产权保障的加强，所以，2004年我国宪法修改时，“私有财产权”被写入宪法。这一过程验证了前述宪法史考察的结论，私有财产权入宪是国家所有制形式与经济结构多元化的宪法伴生。

传统财产权以自由权之身被写入宪法，其实现的主要方法是抵御国家权力侵犯。《人权宣言》中“私有财产权神圣不可侵犯”的经典表述为我们所熟知。近代财产权入宪的直接后果包括保障了个人对财产的稳定持有及自由支配，从而支撑了人格独立、个体安全，使得个人自由生活和自由发展成为可能。《魏玛宪法》将财产权带入社会权时代，作为社会权利的财产权的实现更多地被加入社会关联性要素考察，权利不再神圣不可侵犯，而是基于公共利益可以被加以限制，或承担一定的社会义务。财产权宪法地位因为财产社会价值的变迁而变迁。

2004年我国宪法修正写入私有财产权，其中规定：“公民的合法的私有财产不受侵犯”，尽管“不受侵犯”非“神圣不受侵犯”，但这一表述仍然具备近代宪法财产权的外观与内涵。行文至此所产生的困惑是，我国私有财产权入宪是计划经济制度改革的产物，它具有对市场经济制度保障的随附意义，

并不是遵循西方近代财产权保障理念而结成的权利产物，在社会主义宪法原则框架下的私有财产权，似乎也找寻不到与受自然法思想支持的近代财产权的理论交集。那么，如何理解“私有财产权不受侵犯”条款在我国宪法中的意义与地位？

在时间的节点上，主张绝对财产自由的近代自由国家时代已经一去不返，但是，我国正在面临着近代国家曾经面临的重要的国家课题，譬如产业发展、社会劳动的组织状态低滞，近代课题在我国有待完成。^① 社会主义市场经济是对社会主义发展道路和发展阶段的一次修正，它使得我们不可能违背历史规律、跨越式地进入到完全社会主义阶段，而是要经过交换经济的必然过程。所以时间的跨越不代表问题的完结，计划经济向市场经济的转型，首先要解决市场经济确立的基本制度建设。就这一点来说，保障个人的私有财产权是保障市场经济的必要条件。社会主义的市场经济也是市场经济，而且由单一的公有制垄断经济结构改造而来的市场经济环境下，私有财产权的保障尤为必要。因为在传统的公共价值优位的政治治理与社会治理理念下，法治思想与个人主体意识于我们而言是稀缺资源。

另外，我国对私有财产权的保障脱离不了宪法中社会主义原则与公共价值优先的规范底色，结合这一基本背景来解释“私有财产权”的宪法地位才是准确的。

事实上，有学者担忧，我国宪法中的社会主义原则与私有财产权的入宪构成了宪法内部的逻辑紧张，甚至围绕如何理解宪法这两个“对立条款”的关系亦造成了社会意见的派系纷争。^② 其实，在社会主义原则框架下理解我国私有财产权的宪法地位并不是什么坏事情。换个角度，社会主义宪法原则在造成与私有财产权的内在紧张的同时，赋予了私有财产权更为丰富和正当的内涵。宪法的社会主义原则使我国的私有财产权保障具有某些“现代化”特征，至少可以借鉴现代“财产权”的内涵来考虑我国的私有财产权内涵。

^① 林来梵：“论私人财产权的宪法保障”，载《法学》1999年第3期。

^② 张翔：“财产权的社会义务”，载《中国社会科学》2012年第9期。

德国财产权的社会义务理论提出，基于私人也享用其中的更广阔的社会利益的维护，私人财产权需要承受和容忍某些必要的社会义务，在这些义务之上，对私人财产权的限制和剥夺成为可能，并无须补偿。德国财产权的社会义务理论在意识形态上与社会主义或者“社会国家”观有着密切联系。^① 社会主义社会形态本身已经表达了追求社会正义与平等、扶助弱势群体等现代社会理想的诉求，社会主义宪法是具备现代宪法要素的。籍借社会主义原则的沟通，我国私有财产权的保障也可以获得某些现代财产权的内涵。所以，问题的关键在于如何通过宪法解释的技术来使社会主义原则与私有财产权的保障之间维持适度张力，以社会主义原则限制财产权的过度主张，同时又给予宪法的社会主义原则一个更为理性正当的诠释。

三、财产权的保障结构

财产权保障结构是指财产权的保护范围及特征。财产权保障结构是财产权宪法释义学研究需要面对的基本问题，它回答财产权所保障的“财产”是什么。

决定财产权保障结构的要素包括：第一，财产权保障目的。基本权利目的决定基本权利保障范围，^② 财产权的权利目的是建立规范意义上的“财产”范畴的最重要依据。人们往往从立宪记录中找寻财产权的宪法目的，做所谓原旨主义的宪法解释，但是随着社会环境的发展与转变，财产权的宪法目的也会发生变迁，进而引起财产权保障结构的变迁。第二，“财产”与权利主体生命、自由、发展等价值实现的关联意义。二者的关联性表现在，一方面，对于维持权利主体的生命及生存最为基础的财产部分，往往予以最高强度的保障，而满足权利主体较高或更高价值层次的财产，保障强度会削弱，受到

^① 张翔：“财产权的社会义务”，载《中国社会科学》2012年第9期。

^② 基本权利规范领域的界定不能离开其规范目的和规范背后的理论。See Frederick Schauer, *Must Speech Be Special?* 78Nw. U. L. Rev., 1983, pp. 1284, 1298. 转引自杜强强：“基本权利的规范领域和保护程度——对我国宪法第35条和第41条的规范比较”，载《法学研究》2011年第1期。