

西部政法论丛

(三)

West Politics and Law Series

主编 刘志坚 任海涛



兰州大学出版社



西部政法论丛

(三)

主编 刘志坚 任海涛

兰州大学出版社

图书在版编目(CIP) 数据

西部政法论丛. 2010 / 刘志坚,任海涛主编. — 兰州: 兰州大学出版社, 2010. 3
ISBN 978-7-311-03542-6

I. ①西… II. ①刘… ②任… III. ①法学—文集
IV. ①D90 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010) 第 032368 号

责任编辑 高燕平
封面设计 张芳芳

书 名 西部政法论丛(三)
作 者 刘志坚 任海涛 主编
出版发行 兰州大学出版社 (地址: 兰州市天水南路 222 号 730000)
电 话 0931 - 8912613(总编办公室) 0931 - 8617156(营销中心)
0931 - 8914298(读者服务部)
网 址 [http: //www. onbook. com. cn](http://www.onbook.com.cn)
电子信箱 [press@onbook. com. cn](mailto:press@onbook.com.cn)
印 刷 兰州残联福利印刷厂
开 本 880 × 1230 1/16
印 张 14
字 数 572 千
版 次 2010 年 6 月第 1 版
印 次 2010 年 6 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978-7-311-03542-6
总 定 价 105. 00 元(共三册)

(图书若有破损、缺页、掉页可随时与本社联系)

西部政法论丛

West Law and Politics Series

主办单位 兰州大学法学院

学术委员会 (以姓氏拼音为序)

主任 刘志坚(兰州大学法学院院长、教授、博士生导师; 日本大学法学部特聘教授)
副主任 贾登勋 俞树毅
委员 黄锡生(重庆大学法学院副院长、教授、博士生导师、法学博士)
霍存福(吉林大学法学院教授、博士生导师、法学博士)
江 怡(中国社会科学院哲学研究所研究员、博士生导师)
李长健(华中农业大学文法学院法学系主任、教授、硕士生导师)
倪国良(兰州大学政治与行政学院教授、博士生导师、博士)

编辑委员会

主 编	刘志坚	任海涛			
常务副主编	马 晨	黄皓翔			
副 主 编	杨万国	江小夏	姚宝国		
编 委	杨保伟	周志旭	王 更	张志亮	
	袁昊辰	郑 紫	宋立文	岳晓方	
	张桂艳	朱大勇	龚贵寒		

编辑部主任 任海涛
邮 箱 politicslaw@sina.com

目 录

法学基础理论研究

规则中的良心和理性分析	
——兼论守法的原始根源	李 亮(1)
法律多元的定义探析及认识	范 睿(3)
试论中国传统社会是否存在市民社会	姜 昱(5)
我国私有财产权宪法保护面临的问题与完善	曹雪珍(7)
法国、德国民法典产生历史背景比较研究	陈晓娜(10)
浅论死亡赔偿金城乡双重标准之解决路径	韩 晶(12)
婚姻自由的法理学思考	王 寅(14)
权利冲突概述	魏海燕(16)
浅析民间法与国家法的良性互动机制	周 佳 王 健(18)

公法研究

国家侵权精神损害赔偿制度完善研究	曾 磊(20)
试论反腐倡廉建设的“文化约束”与“制度约束”	林倍磊(22)
以税法为视角发展社会捐赠	蒋寒林(25)
利用海关估价规则进行转移定价方法研究	沈建锋(28)
对当前拆迁领域职务犯罪案件的调查与分析	周 萍 江金荷(30)
网络购物法治化的初步探析	杨万国 张 博(32)
论事实重婚构成重婚罪	吴高升(34)
对《消费者权益保护法》的不足与完善的思考	金 铭(37)
浅析网络时代的版权保护	张 雯(39)
试论服务行政理念下的政府职能转变	
——以《行政许可法》第25条为例	王 婵(42)
污染防治法领域内的环境行政许可	崔 民(44)
道德义务能够成为不作为犯的义务来源	陈 林(46)
反思与超越:国资委定位的研究	高赛亚(48)
我国上市公司持续信息公开的法学思考	戈琳莹 王 亮(51)
也谈刑法治理“酒驾”	贺瑞华(53)
浅议酌定情节中的人身危险性	胡文丽(55)
竞争法视野中的行政性垄断	马金涛 张文婕(58)
浅谈野生动物的法律保护	马文婷(60)
聚众斗殴罪主观方面认定探析	孙建盛 顾赶赶(62)
浅谈利用影响力受贿罪的犯罪主体	孙 琪(64)

浅谈知识产权领域的反垄断法规制的一般原则	
——以“思科诉华为案”为视角	夏 哲(66)
浅谈当代大学生犯罪心理的形成因素	杨晓东(68)
“熊猫烧香”(病毒)绝缘专利和版权保护的原因探讨	张晨辉(70)
动物地位的变更	
——从传统动物保护到动物福利	周 茹(72)
浅析我国与大陆法系国家犯罪构成理论的异同	朱剑杰(74)
简评我国刑法司法解释的不合理性	
——以刑法司法解释的原则为视角	朱全家(76)
税务约谈之浅议	宋心怡(78)
浅议税务程式再造的路径	宋心怡(80)

私法研究

论有限责任公司股权转让的限制	刘春梅(82)
内退人员再就业遇伤害的保护	吴晓倩(84)
浅析扣押船载货物与海上货物留置权	马立雄(86)
浅析海上保险中最大诚信原则之存废	刘伯帅(88)
专利间接侵权制度的研究	陈 琳(90)
试论婚姻登记程序瑕疵之于婚姻效力的法律后果	黄朱红(92)
股东资格认定相关法律问题初探	水 波(94)
董事责任保险制度的实施与现行公司法律制度的冲突	洪 丽(96)
浅析公司设立中所生合同之债的承担	罗羽琪(98)
论相邻关系与地役权的立法模式	崔鸾敏(100)
论民事主体与意志的关系	
——兼论合伙的民事主体地位	傅 晓(102)
简析《物权法》中车位、车库的归属及适用	韩 峰(104)
以法经济学的视角看“艳照门”事件	贺欣红(106)
中国引进独立董事制度的环境分析	胡泽淼(108)
阐释无效婚姻与可撤销婚姻之异同	李佳鸿(110)
浅谈虚假离婚的效力	李 洋(112)
完善我国劳动争议处理制度的法律思考	刘思思(114)
以医患关系为视角谈生命权的国际保护	齐芳梅(116)
违约金浅析	任敏敏(118)
从案例看英国侵权法上因果关系及其与德国法之比较	施 琦(120)
浅析公众人物隐私权与知情权的冲突与解决方式	孙 娟(122)
浅析网络名誉侵权的民事责任	孙秋平(124)
论工伤保险赔偿与人身损害赔偿可否兼得	汪金超(126)
小股东利益保护的法经济学分析	王 倩(128)
论国企治理的基本原则——两权分离	王子厚(130)
论明星代言虚假广告的法律风险	徐国栋 谢辉灵(132)

试论我国《消费者权益保护法》第 49 条的适用条件	龚贵寒 费津红(134)
论同性恋婚姻的合法化	张 文(136)
劳动法的价值厘析及实现	周 晶(138)

程序法研究

论电子证据在刑事诉讼中的法律地位	陈永红(140)
影响辨认证言客观性原因分析及防范对策	高 韵(142)
网络案件管辖权问题初探	曹家绮(145)
浅析行政诉讼调解制度的确立	常文金(147)
浅析环境公益诉讼理论	陈 琼(149)
行政诉讼目的之定位及其实现的途径	刘晓艳(151)
浅析释明权的制度构造	孙 静(153)
浅析行政复议和解	王春英(155)
关于在刑事诉讼中确立传闻证据规则的思考	吴 琼(157)
刑事诉讼审判监督程序的改革与完善的问题研究	徐国栋(159)
刑事和解的法理探析	朱大勇(161)
谈 RTA 对多边贸易体制的冲击	强沁芝(163)

国际法研究

美国对华实施“双反”措施的法律分析	
——以“非公路轮胎双反案”为契机	郑婷婷(165)
论现代核扩散形势下的国家自卫权	房岳鹏(168)
世界贸易组织争端解决机制与其决策机制的失衡问题探析	张士欣(172)

哲学社会学研究

关于马克思主义哲学中国化的思考	耿连娜 杨柳青(174)
留守儿童权利状况研究	
——以河南省周口市留守儿童为例	尚 慧(176)
网络民意对公共政策的影响及引导	张德鸿(179)
我国地方治理中民间组织的作用浅析	李玉萍(181)

政治学研究

新自由主义对我国改革的危害	李世娟 刘 杰(183)
刍议东北亚安全机制问题	
——以国际关系法理学为视角	王 斌(186)
浅议中国的反恐国际合作	田 毅(188)
论日本民主党执政对中日关系的影响及对策	丁 姗(191)
浅论青藏高原在我国国防中的重要意义	胡 阳(193)
简论协商民主与协商民主中国化	杨柳青 耿连娜(196)
完善事业单位医疗保险制度	
——由“武汉大学与张在元博士断绝关系”引发联想	陈 旭(198)
浅谈东盟不干涉内政原则的变化产生的影响及应对措施	纪亚楠 刘 光(200)
当代邪教产生的根源探析	吴振华(202)

新自由主义对中国改革的影响..... 张宪文 蒲小娟(204)

建设学习型政党的现实路径..... 刘 晔(206)

经济学管理学研究

马克思主义经济学视野中的世界金融危机..... 赵江泽(208)

对加大金融支持力度破解甘肃中小企业融资难问题的思考..... 李 静(210)

国内外对资源型城市发展的研究综述..... 苏力特(212)

关于“高科技人才支撑”研究的述评 陈诺平(214)

规则中的良心和理性分析

——兼论守法的原始根源

李 亮^{* 1}

(兰州大学 法学院,甘肃 兰州 730000)

摘 要:随着我国法治进程的不断推进,人们的法律意识有了极大的提高,法律在人们的社会生活中起着越来越重要的作用。本文以对贯穿于各类规则中“良心”和“理性”的分析为主线,探寻法律被遵守的原始根源。

关键词:良心;理性;守法

伴随着人类社会的不断发展,各种关于人的行为的规则也在不断地丰富和发展着,从而形成了完整的行为规则体系。如同任何事物的成熟都必须经历一个成长期,人类社会规则中的行为规则亦经历了一个由习惯到习惯法再到法律的过程。因此,探寻人们行为规则的起源,能够使我们认识凝结在各种社会规范中共同的亘古不变的原则和真理——符合了人们的良心的评判标准,肯定了人的理性的崇高价值。

一、规则的形成基础——良心、理性

(一) 浅析“良心”和“理性”

良心,即人的“利他心,是人的引发利他行为或考虑他人利益的行为的需要、欲望、冲动、情感”,^[1]是一种人的感性思维机制。关于良心的来源,历来都有思想家们探求,一种观点认为良心来源于人的知识、理性、经验,如英国思想家洛克就认为良知来源于人的经验。另一种观点认为良心来自于天赋,是人的一种先天性的本能情感,如卢梭认为“由于人类看见自己的同类受苦,天生就有一种同情感,从而使自己谋幸福的热情受到限制。由于这一来自人类天性的原理,所以在某些情形下,缓和了他的强烈的自尊心,或者在这种自尊心未产生以前,缓和了他的自爱心……尤其是因为怜悯心在人类能运用任何思考以前就存在着,又是那样自然,即使是禽兽有时也会显露出一些迹象。”^[2]笔者认为,知识、理性、经验、道德的最初形态都是人的良心或称为良知,正是在这种最原始的感情的评判中形成了知识、经验、道德等,良心乃人的一种先天性的本能的情感,是人最原始的评判事物的标准。良心是人的善性,是人自发的同情心、恻隐心的表现,离开了良心,知识、经验、道德便成为无根之木、无源之水。因此,良心是天赋的情感的表现。

理性一词作为一个哲学概念,有着悠久的历史和丰富的内涵,西方的法学就是建立在对理性的认知基础之上的。西方哲学的理性概念有着极其丰富的内涵,“首先是指人们凭借逻辑推理认识事物本质、获得客观真理的能力和活动”,^[3]其基本内涵“包括三个基本规定:(1)理性是人特有的一种能力和行为方式;(2)理性不同于感知,而是对事物本质的规律的把握;(3)理性是合乎人类本质和内在目的的合理行为选择。因此,所谓理性,就是人所特有的一种性质和能力,是建立在人的理智和思维基础上的主体合规律性与合目的性的认知方式和行为方式。”^[4]由此可见,法律意义上的理性包括认知理性和行为理性:认知理性即对人的良心情感的感受、认识和评判,行为理性即是合乎人类本质和内在目的的合理行为选择。人类社会最初的行为规则,是人们在认知理性和行为理性的支配下所形成的,是通过认知理性对人的良心情感感知,通过行为理性来控制人的感性的欲望、需求、冲动、情感等,以符合人的本质和内在目的为标准进行利益取舍,从而得出具体的行为规则。

(二) “良心”和“理性”在规则形成中的作用

任何行为规则都是对人的行为自由予以一定的限制,通过此种限制使群体中每个人的行为都遵循一定的标准,做到“群己权界”。首先,就个人而言,在自利心的驱使之下,原本是不愿意接受对自己行为自由加以限制的规则的,而渴望绝对自由。然而,事实是处于某一群体之中的个人,其不受任何约束的行为往往会损害到该群体中其他成员的利益,在这种情况下,个体的自利心的满足是以损害他人的利益为代价的;反之,任何个体都面临着自己的利益因为他人的绝对自由行为而遭受损害的危险,从而造成群体成员“人人自为”而又“人人自危”的混乱局面。因此,对于那种为了保障他人利益而对自己行为做合理限制的规则,人们最终予以接受。其次,在群体社会中,对于每个人的行为都存在着旁观者,即行为人和受损人(基于他人行为而遭受利益损失的人)以外的其他社会成员。群体中的旁观者对某一成员为了满足自己的自利心而导致他人遭受损害的行为会自发地进行评判,当旁观者看到某成员因为其他成员的行为而陷入不利和痛苦状态中时,基于自己的良心情感,不免对受害者产生同情心和恻隐心,此时,旁观者会认为这种为了满足自己利益而致使他人遭受损害的行为是不应当的,这是旁观者基于原始的良心自发产生的正义感。然而,在群

* 作者简介:李亮(1987—),男,甘肃定西人,兰州大学法学院2009级法学硕士研究生,主要研究方向为民商法学。

体社会中,对于个人的行为而言,旁观者一般是多数人,因此,旁观者的正义感便上升为该群体的正义感。这样,基于群体的这种正义感,会形成这样一种共识:创立规则对个人任性行为加以合理限制是很有必要的,也是符合全体群体成员的利益的。

在人们通过“良心”的启发普遍具备正义观念或道德情感之后,便运用这种正义观念去对他人的行为进行评判,从而经过理性的思考,对人的各种行为进行“应当”、“不应当”和“可以”的分类。在人的“良心”一致的基础上,一般而言,对行为的评判结果也具有一致性,因此,每个人对行为的这种分类也具有一致性。社会成员在生活中自觉地去被被认为是“应当”的行为,不做被认为是“不应当”的行为,有选择地去做被认为是“可以”的行为。而当多数人都以此为标准来行为时,便出现了具有一致性的规则,最初表现为习惯,因此,习惯是“由一种最广泛的同意所认可的长期习俗”。^[5]当这种“应当”、“不应当”和“可以”转换为“权利”和“义务”并以国家强制力作后盾时,这些起初表现为习惯的规则也就成为法律。

通过以上分析,可以得出这样的结论:在群体社会中,人们的良心,即“自然直接镌刻于人的内心中的为他人着想的本能,它是人的以恻隐心、爱心为主要表现的自发的道德情感”,^[6]便成为人类正义观念的原始渊源,在这种多数人“良心”的合力下,便产生了原初的正义观念。因此,阿奎那认为“合理性的法必须合乎人的理性,一切法律都是从立法者的理性和意志中产生的;神法和自然法从上帝的合理意志中产生,人法则从受理性支配的人的意志中产生。”^[7]因此,比习惯、道德规则更胜一筹,法律乃是人们“良心”和“理性”高度凝结的产物。

二、良心和理性——守法的原始根源

“法律必须被信仰,否则它将形同虚设。它不仅包含有人的理性和意志,而且还包含了人的情感,他的直觉和献身,以及他的信仰。”^[8]这是伯尔曼对守法的认识,至少包含有两层含义:一是任何法律只有被人们所遵守,才能起到应有的作用;二是法律之所以能够被人们遵守,是因为法律不仅包含了人们的理性和意志,还包含了他们的情感、直觉。

首先,从本文中规则中的“良心”和“理性”的分析,我们已经得知,从人类的行为规则出现的时候起,这些规则就是以人们的良心和理性为基础而产生的。因此,应当从人类社会最早的行为规则的起源中探寻守法的原始根源。在社会规范体系中,大量的习惯、道德规则、乡规民约等在没有强制力保障的情形下,依然能够得到绝大多数人的自觉遵守,对于含有高度合理性因素的法律来说,更应如此。从这一点上讲,守法的原始根源和人们遵守习惯、道德规则等的原始根源并无不同,都具有出于人们内心的情感而自发地、本能地遵守的因素。对于法律本身而言,“只有公民对法律的遵守不是出于外在的强制,而是基于一种道德上的自觉时,法律价值的实现才获得了深长的动力机制”。^[9]因此,人们守法的自觉性在于法律本身处于一种合理化状态。

其次,任何规则的产生都是人们道德和理性选择的结果,法律更是如此。“法律是以合乎德性的以及其他类似的方式表现了全体的共同利益,而不只是统治者的利益。”^[10]这种合乎德性便是符合人们内生的道德观和正义观,因此,当人们从自己的道德观和正义观出发对法律进行评价时,便对法律有一种先天性的认同感。同样,人们从理性出发,对法律的评价与从良心、道德情感出发得出的结论具有很高的一致性,以至于产生这种情形:一个人在对一部法律毫不知情的情况下,却从来没有违反过这部法律。这说明,人们守法的自觉性的最初根源不是对法律的信仰,而是出于法律与人们“良心”和“理性”的一致性,而人们对法律的信仰则是建立在这种一致性之上的长期塑造和培养所形成的品格。可以说,最初不是“人们遵守法律”,而是“法律遵守了人们的良心和理性”。

三、结语

法律只有得到人们的普遍遵守,才能将其中的智慧运用于实际社会生活,从而发挥法律的作用。在我国,仍有一些人将法律视为一种赤裸裸的暴政,而忽视法律中所蕴含的道德、理性价值以及对人的关怀。因此,探寻法律的本源品质,对于提高我国公民的守法意识,矫正对法律的偏见有着重要的意义。我们要抛弃人与法律的对立,期待人与法律的和谐。

注释

[1] [6] 张恒山. 法理要论. 北京大学出版社, 2006. 2 ~ 3、8.
[2] [法] 卢梭. 论人类不平等的起源和基础. 李常山译. 商务印书馆, 1982. 99 ~ 100.
[3] 简明不列颠百科全书(第 5 卷). 中国大百科全书出版社, 1986. 239.
[4] 李建华. 法治社会中的伦理秩序. 中国社会科学出版社, 2004. 38.
[5] 彭梵得. 罗马法教科书. 中国政法大学出版社, 1997.
[7] 马清槐译. 阿奎那政治著作选. 商务印书馆, 1982. 126.
[8] [美] 伯尔曼. 法律与宗教. 梁治平译. 三联书店, 1991. 28.
[9] 刘云林. 论公民守法的道德养成. 中州学刊, 2003(2): 181.
[10] [古希腊] 亚里士多德. 尼各马科伦理学. 中国社会科学出版社, 1990. 89 ~ 90.

法律多元的定义探析及认识

范 睿^{* 1}

(兰州大学 法学院,甘肃 兰州 730000)

摘 要: 全球化时代的到来引出了法律全球化的问题,于是法律多元成为学者们热衷讨论的一个话题。本文在对“多元”一词进行分析后,列举了西方历史上有关法律多元的观念,阐述了有代表性的法律多元观点,最后是笔者对法律多元的几点认识。

关键词: 多元法律;多元三重;二分法;网络式

一、有关多元的认识

元这个概念在我国古代的时候就已经出现,对它的解释有很多种。其中与多元一词最为接近的解释为原、本、渊源等。在西方,元这个词起始于古希腊哲学,其含义与中文中元的含义基本相同,例如将其解释为元素、元子。^[1]

多元或多元论一词正是由元这一词演化而来,指的是人对世界构成的一种观点和看法。这种观点认为世界是由多种物质要素构成的,而不是统一的。有关多元的观点可以在我国古代历史中找到佐证,如构成天地的金、木、水、火、土五行说。同样,在西方历史上也可以找到此种观点的印记,如笛卡儿的物质、精神二元论。^[2]

可以看出,多元实际上是一种观念,是一种对世界的看法。这种看法认为客观世界的事物具有复杂性,事物与事物之间存在差异性,在质和量上具有各自的特殊性。这表现在两个方面,事实多元和价值多元。事实多元否定客观世界的统一性,认为构成客观世界的物质要素是多种多样的,它不是由一种物质演化而成,也不会最终归一于同一种事物。而价值多元则涉及如何看待客观事物,认为客观事物不论有多大差异,都有其各自的价值,应该一视同仁、平等对待,不当存在歧视和压制,特别是对于弱小的和濒临绝境的人群和物种,应该善待他(它)们。

二、对法律多元的定义

(一) 历史上有关法律多元的观念

有关法律多元的观念和法律一体化的观念是相伴而生的,在西方古代和近代的许多法学流派中都能发现。

就拿自然法学派来说,虽然其从总体上主张法的统一性和普适性,应该说其更倾向于法的一体化,但它又不完全否认法的多元性。如托马斯·阿奎那把法分为自然法与制定法两大类,自然法中又有神的自然法与人的自然法,制定法也有人定法与神定法之分。^[3]这正是二元论法律观的表现。虽然自然法学派认为后者从属于前者,但是这也意味着它承认法的复杂性和不统一性。孟德斯鸠在其《论法的精神》一书中说道“为某一国人民而制定的法律,应该是非常适合于该国人民的,所以如果某一个国家的法律竟能适合于另一个国家的话,那只是非常凑巧的事。”^[4]

相比自然法学家而言,西方历史法学家更为明确地支持法律多元的观念。在历史法学家们的眼中,法律并不具有统一性,而是由许多国家的法律和许多历史类型的法律构成的总和。

社会法学派质疑和批判分析法学家所认为的真正的法律只有一种,即国家制定法或成文法的观点。他们认为在国家法之外还存在着另一种更为重要的法律系统,就是“事实上的法”,而且其形式多样,有风俗习惯、社团规章、法官的判决、法学家的著作等,它们在本质上都是社会秩序法。

(二) 有关法律多元的代表性定义

法律多元作为一种观念产生较早,但其作为一个词的使用却是与 20 世纪后半叶西方的后现代思潮存在着某种内在关系,该思潮的一个基本观点就是主张文化的多元性。法学受该思潮的影响也就产生了法律多元论或法律多元主义。国内外研究法律多元主义的学者很多,具有代表性的是日本法学家千叶正士和葡萄牙学者桑托斯提出的有关法律多元的观点。

日本法学家千叶正士将“法律多元”界定为一种对法的观念。这种观念认为存在着两种意义上的法:一种是由国家所制定或认可的正式的法或官方法,另一种是与之相对应的非正式的法或非官方法。对后一种法,千叶正士对其做了进一步阐述。当关注它的权威渊源或管辖范围时,我们就将其称为非国家法、非官方法、地方性法、部落法等。

同时,千叶正士认为,法的这种二元性还可以从三个不同的角度进行划分,这就是官方法对非官方法、法律规则对法律原理、固有法对移植法。其中官方法和非官方法分别指“由一国合法权威认可的法律体系及其组成部分”及“没有

* 作者简介:范睿(1988—),男,甘肃张掖人,兰州大学法学院 2009 级法学硕士研究生,研究方向为环境与资源保护法。

被任何合法权威正式认可,但在实践中却被一定范围的人们所普遍认可的法律体系及其组成部分”,它们对所谓的官方法,特别是国家法的有效性和正当性造成影响、补充、修正,甚至反对。而所谓法律规则和法律原理,分别是指“某种对特定法律行为进行法律规制的正式文字表达方式”及“某种与特定法律有联系的,在理念上建立、证明,为其指明或补充、批评、修正现存法律规则的价值、观念及其体系”。最后,所谓的固有法与移植法,前者是指一个国家或民族固有的法,它是伴随该国家或民族的历史而流传下来的法律观念和法律制度。后者是指一个民族从外来文化中吸收和移植来的法,它不是发源于本国或本民族的土壤。千叶正士将这一结构模式称之为“法律的重重二分法”。^[5]

葡萄牙学者桑托斯的观点也很有代表性,他主张法律的多元性或网络性。他认为法律多元作为一种观念:一方面是指不同的法律体系和制度在社会中存在和流行,国家所制定的法律只是其中之一,即使是最重要的一个,也不能忽视其他法律形式的存在。另一方面,这样一个更为广泛的法律观念也意味着一种更为复杂的法律与社会的关系,因为社会中存在的不是一个单独的法,而是一个必须与社会相匹配的法律的网络。桑托斯的观点认为人类社会的法律秩序是多重的或多层次的。它可以分为三个时空,即超国家的法律秩序、全球性的法律秩序、民族国家的法律秩序和亚国家或地方性的法律秩序。他用地图学的比例尺、投影法和符号技术来观察法律,例如世界地图也标示世界上的某一个国家,但它不可能标示这一国家的国家地图上所标示的地名。同理,一个国家的地图不可能标示一个城市的地图所标示的地名,但该城市的地图却可以清晰的显示。对此,桑托斯总结为“我们处在一个多孔的法制或法制的多孔性时代,我们的生活是由不同的法律秩序相互交叉即法制间而建构的。”^[6]法制间是法律多元主义的现象对应物。桑托斯提出这种观点的目的在于表明法制的碎片化而不是混乱。

笔者认为上述两位学者的观点各有可取之处,但都不可避免地存在瑕疵。千叶正士的“法律的重重二分法”理论是一种静态性的学说,严格说来只是一种框架性质的分析工具,这一分析工具难以回答官方法与非官方法之间、法律规则与法律原理之间、固有法和继受法之间究竟如何相互影响、相互渗透、相互融合的问题。桑托斯的网络式法律多元主义和法制间的观点要求复杂的分析工具,该学说只是根据比例尺、投影法和符号化所建立的一种社会结构,同样也没能从根本上解决在法律多元的冲突中如何实现和谐、相容共存乃至局部统一的问题。

三、对法的多元的几点认识

(一) 法律多元必然会涉及法律的移植,因此要注意移植过程中供体和受体之间的同构性、兼容性和优选性。法律有其生长的土壤,“法律是一国民族之精神”,世界上没有哪一国的法律是可以普遍适用于其他国家的。我们在移植过程中要注意选择,这样既能丰富本国的法律体系,还能吸收好的法律思想,不能毫无选择地借鉴和移植国外的法律。

(二) 法律多元意味着法律的多样性而非单一性,多样性的法律比单一性的法律更有价值,生命力也比之顽强,这一点从哲学上可以找出其合理性。客观事物的发展是一个由简单到复杂的运动过程,因而,在客观世界中,越是结构单一的事物,其级别越低。相反,越是结构复杂的事物,其级别越高。如果一个国家的法只有成文法一种形式,它就很难适应社会的发展变化。但如果有判例法、习惯法等法律形式的存在,就能克服这一缺陷,同时还能成为成文法的制定创造一个良好的基础。多元的法律才是真正的法律,才是更具生命力的法,其内部才会形成一种竞争机制,从而使法律不断完善。^[7]

(三) 法律的多元性是与人本性密切相关的。人的本性是人与其他事物,特别是人与其他动物相比所显示出来的特点,归纳为一点就是人的社会性。作为同种物的人是同质的,因而作为规制其行为的法律就具有普适性。人们之间差异的存在是先天的也是自然的,是无法消灭的。由这些差异所决定的生存方式和生活方式随着时间的推移就会形成不同地区和不同人种的不同文化传统和价值取向,这是由环境不一样所导致的。法律作为人的行为规则,是为了维护和保障人们交往的方便和安全。

(四) 法律多元与法律冲突问题。法律多元意味着在同一时空中会有多种法律系统并存,它们之间是否会发生冲突就成为必须探讨的话题。法律冲突有可能发生,但它又不具有必然性,因为不同法的并存并不意味着它们同时存在于同一领域或同一层次。它们之所以能够并存,是因为它们虽然存在于同一时空中,却不存在于同一领域或同一层次,它们各有其管辖的对象和范围,为避免它们之间发生冲突,就要正确认识和合理安排它们之间的关系,使它们的分工和责任都明确,以便形成一种相辅相成的关系,为构建良好的社会秩序服务。^[8]

注释

[1] [2] 严存生. 法的“一体”和“多元”. 商务印书馆, 2008. 18、21 ~ 26.
[3] 郭守兰, 曹全求. 西方法文化史纲. 中国法制出版社, 2007. 128.
[4] [德] 海因里希·罗门. 自然法的观念史和哲学. 姚中秋译. 上海三联书店, 2007. 172 ~ 181.
[5] 朱晓飞. 反思千叶正士的“天道式法律多元主义”. 华东政法学院学报, 2001(1).
[6] 朱景文. 当代西方后现代法学. 法律出版社, 2001. 418 ~ 434.
[7] 何勤华. 法的移植与法的本土化. 法律出版社, 2001. 88.
[8] 朴睿. 法律多元下的冲突与融合. 财经界, 2008(1).

试论中国传统社会是否存在市民社会

姜 昱^{* 1}

(兰州大学 法学院,甘肃 兰州 730000)

摘 要: 本文阐述市民社会的概念及特征,考察中国传统社会的经济、政治和文化特点,对中国传统社会是否存在市民社会进行论述,总结无法产生市民社会的原因。论证中国构建市民社会是极其必要的,无论是从经济的角度还是政治的角度,市民社会的优良特点都能促进我国的社会主义现代化建设。

关键词: 市民社会;中国传统社会;法治建设

一、市民社会的概念及其特征

(一) 市民社会的概念

对于市民社会概念的最早阐述应该起源于古希腊先哲亚里士多德和古罗马政治理论家西塞罗。亚里士多德在《政治学》一书中提出了“Politike Koinonia”,即城邦的概念。城邦是自由和平等的公民组成的自治共同体,^[1]此自治共同体就是市民社会。在亚里士多德的观点中,社会代行着国家的职能,社会治理代替了国家治理,国家和市民社会是重合的。公元前1世纪西塞罗将“Politike Koinonia”转译为拉丁文“Civilis Societas”,它不仅指单个国家,而且也指业已发达到出现城市的文明政治共同体的生活状况。^[2]亚里士多德与西塞罗将市民社会等同于国家、公民社会,这就构成了市民社会的古典含义。随着资本主义生产方式的确立和商品经济的高度发展,以洛克和黑格尔为代表,围绕市民社会的概念及其与国家的关系等问题形成了两条不同的研究路径。洛克认为,市民社会与政治国家或公民社会是同义词,市民社会先于或外在于国家。黑格尔在《法哲学原理》中将市民社会定义为:由私人生活领域及其外部保障构成的整体。黑格尔认为,在市民社会中,人有追求权利的自由,人们虽说只关心自己的利益得失,但其结果却满足了彼此的相互需求,市民社会是独立于国家而存在的。^[3]马克思批判地继承了市民社会理论,揭示了市民社会的本质特征,即决不是国家制约和决定市民社会,而是市民社会制约和决定国家。

(二) 市民社会的特征

市民社会显然是与东方传统宗法社会完全不同的社会形态,其代表着一种商业文明,主要特征如下:

1. 市民社会以商品经济为基础。商品经济是市民社会的经济形式和存在条件。传统社会中,经济和政治权力高度集中,权力完全掌握在少数人手中。随着商品经济产生并不断壮大的新兴市民阶级逐渐成为与传统阶级对抗的主要力量。商品经济导致了经济和政治权力高度集中的传统社会由经济和权力多元化的市民社会所取代。
2. 市民社会是契约的自治社会。市民社会的内部成员间形成了一种以人类合作为基础的社会秩序。市民社会之所以能够实现自治是由商品经济的基础决定的,人们在商品经济的利益驱使下,为了长期的利益自然而然地选择了和平共处的合作战略。商品经济要求自由平等的权利观念及制度,人们自发的通过契约形成并自由实施了这些制度。商品经济决定了市民社会的产生及发展,则市民社会必然体现出由人们自发形成的合作秩序。这就是市民社会的自治性。
3. 市民社会是法治社会。法治是人类社会的一种制度状况,它以人类的尊严与自由为核心价值,以法律和国家权威机构对某些符合自然正义的原则的遵守为基本特征。市民社会是相对独立于国家的社会的一部分,市民社会是由独立个人组成的。在商品经济的条件下,社会关系纷繁复杂,这种复杂的社会关系必然要求法律规则的调整,确立公平、合理的交易秩序。法治弥补了市民社会自身难以克服的这些缺陷。

二、中国传统社会的特点难以产生市民社会

中国之教,得孔子而后立;中国之政,得秦皇而后行;中国之境,得汉武而后定,三者皆中国之所以为中国也。^[4]此句概括了中国传统社会的特征,即以孔子之儒家文化为思想;以秦皇之制度体系为执政方式;以汉武之疆土为国境。此也为市民社会在中国传统社会无法产生及发展的根本原因。

(一) 中国传统社会的经济基础

中国传统社会是以自给自足的自然经济为主导,经济集中掌握在拥有土地的封建贵族手上。广大的人民没有土地,只能出卖自身的劳动力来维持生计。商人的地位在传统社会中一直处于下游。统治阶级为了维护其赖以生存的

* 作者简介:姜昱(1987—),女,甘肃嘉峪关市人,兰州大学法学院2009级硕士研究生,研究方向为民商法。

经济形式,而对商业进行限制甚至打压,社会资源仍然掌握在统治阶级手里,市场主体不能独立地参与商品交换活动,政府权力对经济的控制与干涉阻碍了商品经济的发展。商品经济的不发达使社会无法产生一个与传统阶级分庭抗礼的新兴阶级。传统阶级的专制统治无法被撼动,自给自足的自然经济仍然占上风,商品经济则一直处于萌芽状态而无法壮大。

市民社会的经济基础是商品经济,商品经济是市民社会产生的必要前提。市场主体对社会资源的掌控削弱了政府权力对经济的控制与干预。商品经济的发展所产生的新兴市民阶级也逐渐壮大,并且逐渐开始对抗传统阶级。在中国这样的泱泱大国中,商品经济的发展存在着无限的可能,但是由于几千年的专制统治,使传统思想根深蒂固。“以土地为生,以农业为本”的经济思想为大多数人所认同,百姓大多依赖于农业,加上传统社会对商人的歧视,则鲜有人从事商业活动,致使在如此大的国家中无法形成商业规模与网络。商品经济的极度不发达,决定了中国传统社会无法产生市民社会。

(二) 中国传统社会的宗法特征及官僚体制

1. 宗法制度。中国传统社会包括家庭、家族和宗族三个层次,家庭是指同居的共同生活的亲属团体而言,范围较小,通常只包括两个或三个世代人口的一般人家;家族是家庭的综合体,由同一始祖的男系后裔构成;宗族是“同姓从宗和族属”的一种结合。^[5] 在中国传统社会中,皇帝其实只是整个社会宗族大家庭的大家长,其所在的宗族则是一张控制整个社会的网络。皇帝代表着整个家族乃至宗族的利益,以维护宗族的利益为首要,从而巩固自己的皇权。这环环相扣的利益体系组成了传统社会体系分明的宗法制度。在西方的市民社会思想中,其基本单位是独立的个人。市民社会要求独立的个人存在,而不是家庭或宗族的一分子。商品经济要求资本、劳动力等要素的流通,并且作为一种资源的配置方式,商品经济重视单个的经济行为。明确的、独立的市场主体是商品经济的运行前提。

2. 官僚体制。“秦朝的建立标志着中国古代文明框架结构和社会体制的最终基本定型。”^[6] 秦以前,中国实行世卿制,所有的官吏都是贵族,且世代相传。自秦代以后,确立了真正的官僚制度,终止了世袭制。经过了察举制、九品中正制,最终确立了科举制度,完善了封建社会的选官制度。自科举以后,封建的官吏逐渐由两部分组成:一部分是由贵族组成的官吏;另一部分是下层阶级通过科举制度进入官僚系统。前者是贵族的官僚化,后者是官僚的贵族化。这两部分共同构成了封建社会官僚制度金字塔的底端,而皇帝则位于金字塔的尖端。

而在市民社会的概念中,市民是以契约为处事手段,是高度自治的社会。与中国传统社会不同,市民社会以独立的个人存在,这些独立的个人在长期的博弈中,为了维护长远的利益,自觉自发地形成了“合作”的社会秩序。而在商品交换的过程中,人们往往以契约为手段,自主的处理事务,这种契约性往往体现了一种法律关系。这与中国传统社会恰恰相反,传统社会是人治的社会,“法律”只是皇帝统治的工具,不能集中体现人民的意志,更不用说高度自治了。中国传统社会的“君权至上”的思想使人们无法自主处理事务,也不能通过法律来表达人民的意志,市民社会的理想状态在有阶级性的封建社会是难以产生的。

(三) 中国传统社会的文化思想

纵观中国历史,只有孔子的儒家文化长盛不衰,影响了整个中国封建历史。之所以其被历代君王所推崇,原因就在于儒家文化是维护君权主义的思想文化武器。在封建社会中,人们向往的社会是德治社会,孔子亦坚信“为政以德,譬如北辰,居其所而众星拱之”。他主张“君君、臣臣、父父、子子”,只有君臣父子严格按照社会等级和伦理纲常行事,社会才能达到“和谐”状态。孔子所强调的礼治社会就是强调三纲五常、尊卑有序和上下等级的“天下有道”的社会。^[7] 这些政治意识和道德教化保证了政治权威的合法性,得到了君权的支持,并且得到扩大。

在如此垄断的思想文化领域中,市民社会理论的产生和发展变得不可能。市民社会中人人有平等的思想,公民享有自由和参与公共事务的权利,不再承认等级的划分。西方的市民社会思想正是启蒙运动的成果,它以个人自由、平等、权利、契约为根本原则和价值。而在中国传统社会中,由于儒家文化思想根深蒂固,必然制约了自由平等的新思潮的产生。统治阶级对儒学的推崇,必然造成对其他思潮的打压,这些都是维护君权所必需的政治手段。处于国家权力笼罩下的社会难以产生市民精神,社会遵循统一的伦理纲常及运作机制。因而,市民社会思想就无法在“君权至上,君臣父子”的思想文化夹缝中生存。本人认为,在漫长的历史文明中,必然孕育过市民社会思想的因子,但其缺乏外部条件,所以无法产生并发展。虽然近代西方思潮的涌入及政治体制的改革使其外部条件的创造曾经成为可能,但是两千年的封建体制及外敌的侵入转移了仁人志士的视线,使这种可能化为乌有。

注释

[1] 马长山. 国家市民社会与法制. 商务印书馆, 2002.
[2] 布莱克维尔政治学百科全书. 中国政法大学出版社, 2002.
[3] 张小敏. 法治视野中的市民社会理论. 牡丹江教育学院学报, 2008(4).
[4] [5] [6] 李小林. 试论中国传统社会的政治结构特征. 殷都学刊, 2009.
[7] 王亚南. 中国官僚政治研究. 中国社会科学出版社, 1993. 2.

我国私有财产权宪法保护面临的问题与完善

曹雪珍^{* 1}

(华南理工大学 法学院,广东 广州 510006)

摘 要: 宪法意义上的私有财产权是指公民对其拥有的合法财产有占有、使用、收益和处分的权利,是维持人的生存所不可缺少的、不可剥夺的基本权利。我国宪法对私有财产权的保护经历了一个曲折的过程,直到2004年,私有财产权保护才与人权保障同时入宪,为私有财产权的宪法保护拉开了序幕。与此同时,我们必须看到私有财产权受宪法保护所面临的种种问题,并努力建立和完善公民私有财产权宪法保护的体系。

关键词: 宪法保护; 宪法修正案; 私有财产权

一、宪法意义上的私有财产权概述

宪法意义上的私有财产权作为一种独立的财产权形态,既有别于公有财产权,也与民法意义上的财产权有所不同。私有财产权是以私人的意义对财产拥有全部权利,是一种对应于公有财产权的独立的财产权形态。作为一种独立的财产权形态,其本质不在于所指向的权利对象或权利内容、范围与公有财产权存在差异,而在于权利主体的私人性和权利意志的非公共性上。也就是说,私有财产权是体现私人意志、由私人支配并不受公权力支使的权利,是一种由私人做主的权利。^[1] 私有财产权具有三个宪法学上的特征:基本人权的属性,对公权力的防御性,客观秩序的性质和制度保障的属性。^[2] 因此,在宪法中关于私有财产权的规定,可以推动国家权力建立和健全各项保护私有财产权的制度,成为各项保护私有财产权制度的宪法依据,实际上起着保障其他部门法(包括公法和私法)上私有财产权的功能。

二、我国私有财产权的宪法保护所面临的问题

(一) 私有财产权独立成编与否的问题

私有财产权作为人的一项基本权利,地位举足轻重,有不少学者仍然主张,在宪法文本中最多也只能是在第一章《总纲》中列出,不宜独立成编。实际的情况是,现行《中华人民共和国宪法》(2004年3月14日修正文本)也只是在宪法“总纲”目下第13条加以承认和确定“公民的合法的私有财产不受侵犯。”可见,这与宪法“总纲”目下之第12条:“社会主义的公共财产神圣不可侵犯”^[3] 似乎地位相同。如果“私有财产权”独立成编,会不会导致私有财产权的宪法权利私权化而完全作为一种和物权、债权、身份权并列的一种私权利呢?在宪法文本里私有财产权独立成编不可能穷尽所有财产权,对宪法解释时也只能逐一列举,其结果很可能会把本来不是私有财产权的权利往这个“权利口袋”里面套,这样实际上使得私有财产权的概念和性质更模糊了。我们必须正视的是,财产权(特别是私有财产权)的概念讨论是会受到不同国家或地区法律背景和历史文化的影响与局限的。因此,我国暂不将私有财产权的保护规定独立成编,是符合事物发展规律的。因为,任何权利的形成与发展都受到一定时空因素的限制,不切实际地“突飞猛进”并不是我们所提倡的。^[4]

(二) 私有财产权能否采用法定主义的问题

在司法实践中,财产特别是私有财产的宪法权利保护与其他民事权利行使主张具有很大的差异性。私有财产权的宪法主张和行使,初看起来张力大、易主张,但依据其保护条款则又显得刚性强且操作实属不易。除了现行司法体制上的阻却事由外,主要是动态性、转移性、法律规范性实施中均带有非常强烈的主观色彩——公安、检察、法院公权者个人的自由心证元素。财产所有权的占有或变更有时也会随着政治性、制度性、体制性设计安排而改变,甚至是个别领导人的意见或一句话也可能会使得财产权偏离正义而发生迁衍。事实上,涉及宪法财产性侵权救济的途径和管道,也很少能够通过宪法诉讼之门而最终获得救济。最大阻却事由来自司法审判制度宪法法院的缺席——我国至少目前还缺少违宪司法审查程序和宪法法院,因此,涉及财产权违宪的案件只能转移到侵权法(民事或者刑事)、诉讼法中获得救济。所以,如果私有财产权在宪法上采用法定主义进行限定,将会在技术上导致对财产权利范围和侵权救济的无形封闭:立法者和阐释者在法定主义思想指导下必将对财产权边际化列举规定,而过分类型化导致的结果不是财产权在宪法保障程度上张力的扩张,就是实际保障上张力的克减和缩小。我国并非像美国一样的既有宪法法院又有完备的违宪审查机制和程序(即属典型判例型国家),财产权作为基本人权上的原初权利,在目前的法律框架下给予原则性的保护即可,而不必列举之。

^{*} 作者简介:曹雪珍,女,华南理工大学法学院知识产权学院2009级硕士研究生,研究方向为刑法学。

(三) 私有财产权市场化与商品化的问题

在市场经济的经济体制下,市场化和商品化扩展到越来越多的领域。关于公民财产权的市场化、商品化,从西方社会迁延到我国,自觉或不自觉地成了折射出财产权之宪法领域的一个显性的权利特征。宪法财产权的市场化与商品化意味着两个观念的重大转变和两大方面的本质内容的不可或缺:

其一,是允许财产权利人对其所属财产权进行商业化的宣传、役使、利用、让渡和受益。“人本不是财产的奴隶,而财产却供人役使”,从“拜物教”转化为“拜人教”,这正是和谐社会向人本主义法律观的转变之所在。

其二,是公民财产权在市场化、商品化过程中受到侵害之后可以允许多元素、多方位地进行救济与请求赔偿。而在财产权损害进行评价考量的时候,一定要区分财产权的现实损害、将来损害和对权利人的精神损害。因此,在民事诉讼救济路径中计算损害赔偿的时候,除了对人格权利的精神损害进行赔偿外,也要重点考虑加害人(侵权人)擅自利用他人肖像而获取的不当利益予以剥夺或是返还,这些利益表现为财产形态而作为受侵权人所遭受的侵害返还给受侵权人。^[5]

(四) 私有财产权宪法保护与救济的问题

关于私有财产权的宪法保护,究竟是一般意义上的原则性保护,还是按照传统的侵权责任来保护,或是按照其他模式来保护,这在我国宪政实践中还需要深入研究和思考。侵犯宪法上的财产权和(民事或刑事)侵权行为是一个硬币的两面。在财产权保护的宪法视阈还不能超越人权保护的边界,也不能找出来像民法典物权中物上请求权和侵权请求权的划分程序。实际上,在宪政实践中财产权的请求权就是侵权责任的请求权,私有财产权受侵犯后,不论是从宪法保护的原则出发,还是从侵权责任的追究或救济出发,都应该受到统一的侵权法的保护和救济路径的救济。在中国目前尚未成立专门的宪法法院前,对财产权的范围解释还比较宽泛或者说还没有一个相对统一而科学的界定标准。公民的财产来源只要是“不被法律禁止性取得的或者被依法剥夺的利益,都可被视为合法财产范围”。因此,财产一词在我们国民的视野中,它既包括既得的生产资料和生活资料,也包括其他一切可能获得的经济利益和私有财产权与国家或国际经济组织间的合同缔约权益。所以,中国现行宪法将公私财产权始终划分得相当明确,消除了各自的种类与边界:私有财产、集体财产、国家财产。但无论哪一种类型的财产,在私法和公法上都是受保护的。只是是否为真正的平等保护,还有太多的法律现实问题尚待更深入地研究。

三、完善我国私有财产权宪法保护的几点思考

(一) 将私有财产权作为公民基本的宪法权利来保护

财产权、生命权和自由权是三项最基本的人权。私有财产权是一种宪法权利,不是经济制度的附属品,这意味着私有财产权在地位上是公民基本权利的组成部分。^[6]基本权利是宪法中规定的首要的、根本的、具有决定意义的权利,在权利体系中处于核心的地位,是针对国家设计的,是为了约束法治国家的公权力,其根本的目的在于使公民可以免受公权力的侵犯,从而保障公民的自由领域。我国已进入了市场经济的时代,公民的财产权已经在现实社会生活中孕育和确立,应该纳入“公民的基本权利和义务”的体系中加以规范,依靠国家强力予以保障,以体现宪政的根本价值。这样,我国的人权体系才会更加完善,宪法规范在逻辑上也才能真正自洽,也更有利于保护公民基本权利。

(二) 把财产权利平等保护观念体现在宪法保护体系中

在目前的宪法框架下,要使得国家财产权和私人财产权处于同等保护的地位,需依赖宪法解释制度对公共利益等不明确概念的内涵进行说明和阐释,使其明确化、具体化,以指导实践操作,保障宪法的顺利实施,防止对“公共利益”等的误用和滥用。这些年有的地方的房屋拆迁纠纷,大多都是政府在招商引资、发展地方经济中以“公共利益”的名义进行而引起的。如果在宪法中不对“公共利益”的概念进行解释(当然,全国人大常委会是宪法的解释机构,也可以对此进行解释),这样的社会纠纷仍然难以避免,而宪法对公民私有财产的保护不免会被架空。

另一方面,我们应该建立违宪审查制度来保障公共利益设定的合宪性。2004年5月份,全国人大常委会设立了一个专门机构——法规审查备案室来审查包括行政法规在内的各位阶法规的合宪性问题,此举被认为是走出了“启动中国违宪审查机制的第一步”,使得“中国的违宪审查机制真正进入了操作层面”。这反映出人们对建立违宪审查制度所寄予的迫切期望。对于普通立法中不符合宪法规定和宪法精神的“公共利益”以及将导致宪法中“公共利益”落空的其他制度,可以对其进行违宪审查。^[7]例如,对于一些纯粹为了增加政府财政收入而进行的土地开发和房屋拆迁,是否符合“公共利益”?通过设立专门的违宪审查机关,可以明确审查的范围、原则、方式与程序等,保障不同主体所确认的“公共利益”具有合宪性,从而保障私有财产的合法性,防止公权力对宪法所要保护的私有财产权的侵犯。

(三) 增加具体的征收征用补偿条款

绝对的权利是不存在的,任何权利都会受到法律法规的限制,私有财产权也不例外。我国《宪法(修正案)》规定,基于公共利益的需要,可以对公民个人财产进行征收或征用。但遗憾的是,我国并没有相应的具体的征收、征用条款,在这种情况下,对国家而言,如果必须对公民的财产实施征用,就可能因为在宪法中找不到相应的规定而陷于被动的地位;对于公民而言,宪法中缺少征用条款,就会担心国家用强力征用或征收自己的财产而不予应有的补偿。因此,有必要在宪法中规定有关政府征用的条款。设计宪法中的征用和补偿条款应该注意明确界定公共利益,明确征用和征收的目的、对象、权限、程序、补偿的程度以及对在征用过程中损害公民财产权的行为的救济途径,如规定“未经公平补偿,国家不得征收公民的私有财产。补偿应当至少能弥补因征收、征用给公民带来的实际损失和可能的期待利益

损失。^[8]

(四) 实现宪法的司法化及其救济制度

法律规范在赋予权利或授予权力时,必须同时规定当权利或权力受到侵犯时的救济措施,否则这种权利或权力就得不到真正的保障,就不可能被主体真正的享有。正所谓:无救济的权利不是权利。宪法救济是指当公民的宪法权利受到侵犯而得不到普通法律救济时,可以依据宪法规范寻求公权力的救济。^[9]就宪法对私有财产权的救济而言,是指公民的权利和利益因政府实施征收、征用而受到侵害时的防卫手段和申诉途径。我国宪法一直被排除在司法适用之外,各级法院目前不能应用宪法来审判具体的案件,公民也不能以宪法规定为理由提起诉讼。这样,在现实中当公民的财产权利受到政府权力的不法侵害,而这类财产权在民法、刑法等其他法律里又没有明确规定时,就无法起诉,也无法获得救济。将公民的私有财产权利写入宪法后,为了使私有财产权能够得到真正的保障,必须建立一个能够实现宪法司法化的体制,如赋予最高人民法院适用宪法直接审判案件的权力,在诉讼过程中维护公民的财产权,这样才能真正使公民的私有财产权受到宪法保护。

四、结语

按照现代宪政理念,保护财产、生命和自由是政府的根本目的之一,不保护财产权,政府就失去了存在的理由。世界上没有一个政府不保护私人财产却只保护人的自由和生命的。我们必须充分保护私有财产权,培育宪政精神赖以生存的市场经济和市民社会土壤,最终形成良好的宪政文化氛围和秩序。宪法已经作出的这些修改将使我国的法律框架能够与我国目前以市场为导向的现实保持一致,在保护人权和促进人权发展方面起到很大的推动作用。当然,现实与理想的差距仍然很大,我们期待我国的宪法在社会发展中更加完善,对人权的保护更加充分。

注释

[1] 石佑启. 私有财产权公法保护研究——宪法与行政法的视角. 北京大学出版社,2007. 9 ~ 12, 134 ~ 136, 137 ~ 139.
[2] 韩大元. 私有财产权入宪的宪法学思考. 法学,2004(4) : 26 ~ 30.
[3] 中华人民共和国宪法. 法律出版社,2004.
[4] 曾哲. 论公民私有财产权的宪法保护. 广州大学学报,2007,6(12) : 37 ~ 42.
[5] 李支. 对完善我国私有财产权法律保护的思考. 法制与经济,2008,(6) : 164 ~ 165.
[6] 王方玉. 我国宪法对私有财产权保护的缺陷及其完善. 江苏警官学院学报,2007,22(6) : 91 ~ 95.
[7] 胡锦涛,王锴. 我国宪法上“公共利益”的界定. 中国法学,2005,(1) : 18 ~ 27.
[8] 蒋季雅. 论我国宪法对私有财产的保护. 重庆广播电视大学学报,2007,19(4) : 31 ~ 33.
[9] 焦洪昌. 公民私有财产权法律保护研究——一个宪法学的视角. 中国社会科学出版社,2005. 130.