

宪政视野下的 公共权力与公民财产权

王士如 高景芳 郭倩 著



上海财经大学
法学文丛



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

上海财经大学法学文丛

宪政视野下的 公共权力与公民财产权

王士如 高景芳 郭倩 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

宪政视野下的公共权力与公民财产权 / 王士如, 高景芳, 郭倩著. —北京: 法律出版社, 2011. 12

ISBN 978 - 7 - 5118 - 2862 - 0

I. ①宪… II. ①王…②高…③郭… III. ①宪法—研究
②公共管理—研究③个人财产—所有权—研究
IV. ①D911.04②D035③D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 248068 号

宪政视野下的公共权力与公民财产权

王士如
高景芳 著
郭倩

责任编辑 贾菲 董飞
装帧设计 李瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 8.75 字数 211 千

版本 2011 年 3 月第 1 版

印次 2011 年 3 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京鑫丰华彩印有限公司

责任印制 吕亚莉

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-2862-0

定价:25.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《上海财经大学法学文丛》编委会

马 洪	王士如	王全兴	刘水林	李清伟
张圣翠	张军旗	单飞跃	郑少华	周少华
周仲飞	单海玲	廖益新		

《上海财经大学法学文丛》总序

溯及我中华古国之传统,于今人常用之语“经济”、“法律”,皆为先辈所融入的“经世济国”统合之术,遂成我古国之“伦理”治世的格局。及至清末修律,西学东渐,又开始导入以欧洲文明为基础之近代文明,由是我国成为以“法经融合”为表征的近现代文明之一员。

遥想公元9到11世纪的地中海沿岸,商业复兴给人类的近现代文明带来了第一缕曙光,在这一缕曙光中最亮丽的当属公元11世纪波伦亚大学之成立。波伦亚大学是以诠释罗马法而闻名于世的,当时该大学的学者们结合地中海沿岸的商业复兴,对罗马法进行了重新诠释,进而铸就了商业和法学的联姻,从而推动人类进入近代文明。法经融合的教育传统历经千年风雨而不坠,今日以财经见长的英国伦敦经济学院与日本一桥大学,其法学教育亦盛名于世。

清末修律,我国践行西制。在民国时期,法经融合体现最明。大学建制伊始,各校所设法学院,其下皆置经济科,法科与商科之毕业生皆

授为法学学士。因此,我校前身东南大学商科大学及国立上海商学院即在此大格局中开始了法经融合的教育传统,曾获法国巴黎大学法学博士学位的国立上海商学院院长裴复恒教授即执教于此。

共和国初年,上海财经学院虽受苏俄办学传统之影响,仍传承国立上海商学院之余脉,虽无专门法科教育,仍在财经教育中保存了法科教育之传统。东京审判时出任远东国际军事法庭中国检察官的向哲浚亦蛰居于此,虽以教授英文为业,但以其传奇经历昭示后人:法经融合的教育传统一旦形成,即使世事难料,仍能别样寄居!

20 世纪 80 年代,我校在经济系中设置经济法教研室,并开始招收法科学生,据一些经济系校友云:30 年过去了,虽从事的是非法律职业,但当时所受之经济法和国际法教育对日后思维大有益处,至今仍能娓娓道来法学教师作案例分析时通晓中西文之风采。其时的经济法教学点已为全国经济法教育和研究的重镇之一。

20 世纪 90 年代,我校开设经济法系,而后建立了法学院,开始了经济法专业的硕士招生,专门的法科教育遂初具规模。

新世纪以来,我院先后获得宪法和行政法学、国际法学、民商法学、法理学专业硕士学位授予权、法律硕士专业学位授予权、法律经济学和法律金融学博士学位授予权,专门的法科教育基本成型,并且进一步凸显“法经融合”之传统优势。

近几年来,我院迅速聚集了一批法科知名学者与青年才俊,他们居于东西方文明交汇的东海之滨,见证着上海作为国际金融中心和国际航运中心之崛起,仿若感受着公元 9 到 11 世纪地中海沿岸的商业复兴;亲历着共和国一个甲子后的盛世发展,仿若感受着美国立国以后“黄金时代”的脉动。他们承继“法经融合”的传统,致力于法学教育,不懈推进法经融合的研究,形成了具有鲜明财经特色的法学作品,遂决定结集出版,以弘扬传统、面向未来,为推进

人类文明与中华民族的伟大复兴添砖加瓦！
是为序。

上海财经大学法学院院长

郑少华

2009 年 12 月 1 日

前 言

宪政的发展经历了漫长的过程,时至今日,宪政制度已成为世界大多数国家所实行或积极追求建立的先进制度。宪政是以宪法作为国家的最高权威而形成的一种以制约国家权力为手段、以保障人民权利为目的的政治运作。人权保障是宪政的终极目标,有限政府是人权保障的应有之义,成文宪法是人权价值实现的保障。宪政的基本精义在于权力制约与权利保障。

作为一种相对国家的权利,公民财产权经历了从自然权利到法定权利、从民法权利到宪法权利、从消极权利到积极权利、从绝对权利到相对权利的历史性演进。公民财产权是现代宪政的社会根基,在自由、人权和法治等方面推进和实现着宪政理想,落实着宪政实践。因此,公民财产权的宪政价值也主要体现在宪政概念中自由、人权、法治等方面的积极意义即有用性上。

公民财产权的让渡,是公民财产权向国家的移转,也是国家公权与公民财产权关系成立

的现实基础。公民财产权的保障与其让渡并不是对立的。公民财产权需要国家(通过其政府)来做保护人,而国家需要公民让渡的财产来维持,为了维护公民财产权,公民财产权不得向国家进行让渡。但是财产权的让渡须有节制,国家公权不能完全剥夺公民的财产权,公民的财产权只能有限让渡。

财产权限制的概念来源于财产权相对保护主义理论,即只有在公权对财产权限制的环境中,作为基本人权的财产权才能发挥其生存保障之最大效用。财产权的限制是为了实现公共利益或惩戒违法行为,对公民财产的所有权、使用权、抵押权、请求权等所有财产性权利的约束,主要体现在宪法、行政法对公民财产权的限制。政府管制、行政规划与行政许可中对财产权的限制是行政权力运行中限制公民财产权的最典型代表。

平衡是动态的平衡,是公权力与公民财产权之间相互博弈寻求稳定的状态。公民财产权与公权力之间要达到合理平衡,必须由公民财产权与公权力的价值决定,通过彼此的路径与方式选择而实现。这种路径与方式的选择伴随着思想的演进,而思想的演进又进而导致制度的变迁。宪法诉讼制度的建立是控制和影响公权力的重要手段、行政程序制度是无法达到实质正义情况下最好的选择,行政补偿与国家赔偿制度则分别对公权力的过错起到弥补与惩罚的作用。它们四者共同构成了促使公权力与公民财产权达到有效平衡的重要制度需求。

本书第一章由王士如撰写;第二章至第四章由高景芳撰写;第五章至第七章由郭倩撰写。全书由王士如统稿。

目 录

第一章 宪政的基本理论 /1

第一节 宪政的起源 /1

一、古希腊民主制 /1

二、古罗马共和制 /5

三、英国宪政的源起 /7

四、美国立宪主义的诞生和创新 /10

第二节 宪法、宪政与立宪主义 /13

一、宪政的内涵 /13

二、立宪主义思想及其价值 /17

三、宪法到宪政的几个问题 /21

第三节 宪政与公共权力制约 /25

一、权力与权力制约 /25

二、分权制约是权力制约的基础 /28

三、其他权力制约形式 /32

四、分权制约的特殊性与普遍性 /35

第四节 宪政与人权保障 /37

一、人权保障是宪政的终极目标 /37

二、有限政府是人权保障的应有之义 /40

三、成文宪法是人权价值实现的保障 /43

第二章 公民财产权的宪政演进 /46

第一节 从自然财产权到法定财产权 /47

一、作为自然权利的财产权 /47

二、作为法定权利的财产权 /53

三、简短的结论 /56

第二节 从民法财产权到宪法财产权 /56

一、宪法与民法关系简论 /56

二、宪法财产权与民法财产权的区别与联系 /57

三、财产权入宪的重大意义 /61

第三节 从消极财产权到积极财产权 /64

一、权利的两个“面相”：消极与积极 /64

二、作为消极权利的财产权 /65

三、作为积极权利的财产权 /66

第四节 从绝对财产权到相对财产权 /69

一、绝对财产权利观 /69

二、相对财产权利观 /70

三、财产权利相对性的可能解释 /73

第五节 现代宪法财产权：在保障与限制之间 /78

一、财产权宪法规范的变迁 /78

二、现代宪法财产权保障规范的一般逻辑结构 /80

三、中国的宪法财产权保障 /84

第三章 公民财产权的宪政价值 /86

第一节 公民财产权的宪政价值概述 /86

一、宪政“关键词” /86

二、对两组重要概念的分析——兼及本章写作体例的说明 /87

三、公民财产权宪政价值的界定 /91

第二节 公民财产权的自由价值 /93

一、自由的含义 /93	
二、宪政与自由的关系 /94	
三、公民财产权的自由价值 /96	
第三节 公民财产权的人权价值 /101	
一、“人权”的概念 /101	
二、宪政与人权的关系 /104	
三、公民财产权的人权价值 /104	
第四节 公民财产权的法治价值 /107	
一、法治释义 /107	
二、宪政与法治的关系 /108	
三、公民财产权的法治价值 /109	
 第四章 公民财产权的让渡 /114	
第一节 公民财产权让渡理论的分析与诠释 /114	
一、与财产权让渡有关的国家起源理论及其评价 /114	
二、财产权让渡理论的提出 /119	
三、公民财产权让渡的必要性：国家是“必要的恶” /121	
四、公民财产权让渡的原则 /125	
五、公民财产权让渡的形式 /126	
第二节 公民财产权在税收中的让渡 /126	
一、公民财产权与国家征税权关系之辩证 /126	
二、“税收国家”与“宪政国家”关系之研讨 /131	
三、公民财产权与国家征税权的宪政均衡——一个经济分析 /133	
四、国家征税权的法律控制 /139	
第三节 公民财产权在公益征收中的让渡 /143	
一、公益征收的概念 /143	
二、国家征收权的正当性证成：公共利益的视角 /146	
三、国家征收权的合法性要件 /155	
 第五章 公民财产权的限制 /163	
第一节 公民财产权限制的理论阐释 /163	

一、财产权限制的理论基础 /163

二、财产权限制的内涵 /169

第二节 公法对公民财产权的限制 /174

一、公法对公民财产权限制的必要性 /174

二、公法对公民财产权限制的法律规定 /175

第三节 行政运行中的公民财产权限制 /181

一、政府管制中的财产权限制 /181

二、行政规划中的财产权限制 /188

三、行政许可中的财产权限制 /192

第六章 公权力与公民财产权之平衡 /201

第一节 价值平衡 /201

一、公权力的价值 /201

二、公民财产权的价值 /207

三、公权力与公民财产权平衡的四个内涵 /210

第二节 路径平衡 /213

一、路径平衡之释义 /213

二、公权力行使中“度”的把握 /214

三、“民粹主义”——公民财产权行使应避免的误区 /221

第三节 方式平衡 /224

一、方式平衡之释义 /224

二、法学教育与言论自由并行——实现意识形态平衡的方式 /226

三、权力自制——实现平衡的“自上而下”的方式 /230

第七章 公权力与公民财产权平衡的制度需求 /234

第一节 思想向制度的转变 /234

一、财产权思想寻源 /234

二、思想向制度转变的需求 /237

第二节 宪法诉讼制度需求 /239

一、控制与影响公权力的宪法诉讼制度 /239

二、宪法诉讼制度的构建 /243

第三节 行政程序制度需求 /245

一、作为平衡保障的行政程序制度 /245

二、行政程序制度的构建 /247

第四节 行政补偿制度需求 /256

一、具有弥补作用的行政补偿制度 /256

二、行政补偿制度的完善 /257

第五节 国家赔偿制度需求 /263

一、具有惩罚作用的国家赔偿制度 /263

二、国家赔偿制度的完善 /266

第一章 宪政的基本理论

宪法是现代民主国家的根本法,是国家机关据以活动、人民权利据以实现的最高准则。宪政则是以宪法作为国家的最高权威而形成的一种以制约国家权力为手段、以保障人民权利为目的的政治运作。宪政作为现代政治生活的样式渐渐成为全人类的共识。本章的基本思路是,人权保障是宪政的终极目标,有限政府是人权保障的应有之义,成文宪法是人权价值实现的保障,以有限政府和人权保障为基本内容的立宪主义思想是实现从宪法到宪政的根本指导思想,宪政是宪政主义思想制度化的过程与结果。

第一节 宪政的起源

一、古希腊民主制

宪政的发展经历了漫长的过程,时至今日,宪政制度已成为世界大多数国家所实行或积极

追求建立的先进制度。随着近代宪政国家的逐步兴起,人们普遍相信,宪政是迄今为止人类历史上最科学、最理想的国家制度。古希腊是宪政思想的发源地,雅典国家的权力对抗制约机制、公民享有的广泛政治参与权以及宪法、法律的至上性和权威性,都是古希腊宪政思想的内容。当时产生的宪政思想中,最重要的要素是限权和依法而治。“古典的宪政思想传统上关注于最大限度地‘保护社会成员彼此不受侵害,同时将政府侵害其公民的机会降至最小程度’。它的目标就是‘避免暴政’”。宪政意味着“对政府施加合法的制约……(它的)反面是专制统治”。^[1] 亚里士多德指出政治权力的合法性源自法律,统治者须依法而治。古希腊政治制度中所包含的这些宪政思想是近现代宪政精神的源头。

在雅典国家诞生之际,雅典人的宪政理念就随之产生了。梭伦算得上是第一个“立宪者”。^[2] 他继承了瑟秀斯^[3] 的阶级划分标准,将希腊民众按财产数量的多寡划分为富农、骑士、中农、平民四个阶级。只有第一阶级才能担任高级官职,第二、三等级可担任一般官职,第四阶级的人数最多,他们不能充任官职,但能参加决定国家事务的公民大会。在梭伦之后,平民执政官克利斯提尼又进行了几项立法改革,取消了原有的四个部落,把雅典划分为十个选区,使地域关系取代血缘关系,从而彻底消除了氏族制度的残余。^[4] 雅典通过改革和发展逐渐建立了以地域和财产为基础新的政治体制,被后人认为是现代宪政的起源。雅典的这一政治

[1] [美]斯蒂芬·L. 埃尔金、卡洛尔·爱德华·索乌坦:《新宪政论——为美好的社会设计政治制度》,北京三联书店1997年版,第27页。

[2] Francis D. Woruth, *The Origins of Modern Constitutionalism*, Source: www.constitutionalism.org.

[3] 正是在瑟秀斯的领导下,古希腊各城邦才合并成一个民族,以雅典为其政府所在地。瑟秀斯把希腊民众划分为三个阶级:“土族”、“农民”、“工匠”。只有土族可以担任民政和宗教方面的主要官职。

[4] 季金华:《宪政的理念和机制》,山东人民出版社2004年版,第25页。

体制包含了以下几方面的宪政要素：

第一，梭伦按财产划分的权力阶级构成了斯科特·戈登在其著作《控制国家——西方宪政的历史》^{〔5〕}中所说的“对抗模式”的权力结构。这种对抗模式达到了很好的制约权力的效果。在这种结构中，权力既不过分集中（因为有一个元老院、一个公民大会、一个阿里奥帕古斯院、若干执政官、法官以及由选举产生的陆海军司令官团体），也没有人能达到最高权力（每年的抽签改选法）。在雅典各种机构相互依赖并且其职能是联系在一起的，所以过分地集中权力是不可能的；每种机构都能对其他机构实行监督。公民大会制定法律，但如果没有议事会它就不能制定法律，并且它所制定的法律须由陪审法庭在具体的案例中解释和运用，反过来，控方和被告的要求能够，并且确实能够提出引起议事会和公民大会注意的公共决策的重要问题。^{〔6〕} 尽管雅典并没有建立现代国家立法、司法、行政三权分立的限权模式，但毫无疑问，它开创了一种通过制衡方式控制权力的制度结构，这应当说是权力制约这一现代宪政理念的开端。

第二，在雅典，法律的至上性和权威性得到了肯定。雅典人认为，政治的主权（political sovereignty）是完全的，最终的，不属于公民而属于全国的法律。^{〔7〕} 雅典有法律和法令的区分：法律包括的是一般的法律，具有永久的效力，法令针对一些特别的事项，由参议会提议并经公民大会通过，法令与法律不一致时法令无效。宪法和法律的权威性在雅典公民中普遍地树立了起来，服从法律、法律的权威高于人的权威以及平民在法律面前享有平等的地位是雅

〔5〕 [美]斯科特·戈登：《控制国家——西方宪政的历史》，应奇等译，江苏人民出版社2001年版。

〔6〕 同5，第81页。

〔7〕 [英]詹姆斯·布赖斯：《现代民治政体》（上），张慰慈等译，吉林人民出版社2003年版，第174页。