

正  
大  
法  
学  
文  
库

# 经济宪法初论

经济宪法的理念、  
制度与权利



张扩振◎著

中国政法大学出版社

政法法学文库

# 经济宪法初论

经济宪法的理念、制度与权利

JINGJI XIANFA CHULUN  
JINGJI XIANFA DE LILIAN ZHIDU YU QUANLI

张扩振◎著



中国政法大学出版社

2017·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
  2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

### 图书在版编目（C I P）数据

经济宪法初论：经济宪法的理念、制度与权利/张扩振著. —北京：中国政法大学出版社，2017.9

ISBN 978-7-5620-7761-9

I. ①经… II. ①张… III. ①宪法—经济学—研究 IV. ①D911.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第223011号

---

- 出版者 中国政法大学出版社  
地 址 北京市海淀区西土城路25号  
邮 箱 fadapress@163.com  
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名：中国政法大学出版社)  
电 话 010-58908435(第一编辑部) 58908334(邮购部)  
承 印 北京九州迅驰传媒文化有限公司  
开 本 880mm×1230mm 1/32  
印 张 8.625  
字 数 229千字  
版 次 2017年9月第1版  
印 次 2017年11月第1次印刷  
定 价 39.00元

## 正大法学文库编委会

编委会主任：聂 剑

编委会成员：（以姓氏笔画为序）

王满生 刘延林 沈桥林

宗志翔 聂 剑 蒋九愚

熊时升 熊春泉 颜三忠

总 主 编：沈桥林

副 总 主 编：熊时升 熊春泉

## 总序

在党的十八届四中全会精神指引下，江西师范大学把加快法学专业发展列入了发展战略规划。2015年10月，学校决定，组建以法学专业为主体的新政法学院。此前，政法学院也通过了一项卓越法律人才基地建设经费资助科研计划。恰逢此时，中国政法大学出版社又向我们伸出了热情的双手，愿意对我们倾力相助。缘此种种天时地利人和，新政法学院决定，利用江西省普通高校卓越法律人才培养基地建设经费，组织出版正大法学文库，尝试以此进一步激活教师们的学术细胞和科研情愫，提高科研热情，营造学术氛围。同时，也可以集中展示法学专业教师的最新研究成果，助力学科建设。

之所以定名“正大法学文库”，既取江西师范大学前身中正大学之简称，又采法律“大公至正”之精神，可谓前承历史，彰显法意。

江西师范大学源于1940年创办的国立中正大学。那时的法学专业在国内声名远播、群英荟萃。新中国成立后，学校更名为南昌大学。20世纪50年代院系调整，法学专业整建制调出。学校也只剩下师范部，遂更名为江西师范学院。此后，又几经周折，几经迁址。

现在的法学专业，始于1993年的经济法专科，1996年开始招收本科生。2003年，获批“宪法学与行政法学”硕士点。2004年6月，法学专业遴选为江西省品牌专业。2007年，获批法律硕士专业学位授权。2013年，获批江西省普通高校卓越法律人才教育培

养基地。这一时期，学院也从政教系发展到政法系、政法学院，再到新政法学院。

对法学专业而言，过去那段历史虽已尘封，现在的法学专业办学和师资与那时的法学专业也几乎没有承继关系，但那毕竟是我们的真实历史，不妨存入我们的记忆，化作我们的憧憬。

过去的辉煌给我们以信心！前辈的成就激励我们去追随！今天的我们任重而道远！我们必须坚定地走在由理想与现实共同铺就的发展之路上，头顶蓝天，脚踩大地，牵引专业奔向未来！

出版正大法学文库在我们法学专业办学史上是第一次，但肯定不会是最后一次。

对于文库，我们秉持开放态度。第一批选题，绝大部分来自现在学院的青年教师博士论文。我们的想法是，在已有经费渠道和资助标准基础上，先做起来。日后逐渐扩大资源渠道，开拓研究选题，坚持持久连续。待具备一定影响之后，再考虑面向校内外专家学者征集选题，把文库做成我们的品牌，期盼赢得学界的赞许！

愿正大法学文库未来辉煌！愿我们的法学专业越办越好！

聂剑

2016年7月6日于瑶湖之畔

## 序 言

经济宪法学是一门什么样的学问？人类同其他动物一样，都有趋利避害的本能，因此利益是人们追求的目标之一。利益的表现形式是多样的，有物质利益、精神利益等，对这些利益特别是物质利益的追逐方式主要是经济的方法，比如交换、买卖、设立组织等，这些行为方式在人类的试错演进中逐步形成了一些能够促进每个人利益扩展的根本规律，它们主要涉及个人的经济权利、政府的经济权力的行使。根本规律或者宪法化、法律化、制度化，或者以某种习惯、惯例的形式存在，这些均可以被称为经济宪法。研究、归纳这些根本规律，解释相关现象的学问就是经济宪法学。

围绕经济宪法展开研究的学科，国内有着不同的名称，有的称之为宪法经济学或宪政经济学、宪政经济法学，有的称之为经济宪法学。研究者有的从经济学的角度来展开，有的从法学的角度进行研究；在法学内部，有的从经济法学的视角，有的从宪法学的视角进行分析。这些研究都为经济宪法的发展做出了重要贡献。

学科的分工和细化是现代社会发展无法避免的趋势，只有这样才能使得科学更好地为人类服务，人类才可以进一步地扩展协作来抵御各种风险。学科的分工并不表明学科之间有着多么大的鸿沟，学科之间的相互学习、相互借鉴、相互融合，是促使每个学科得到更好发展的重要方法，也是催生新的学科的重要力量。

经济宪法涉及经济和宪法两个方面，经济学以及宪法学都是综合性的学科，因此经济宪法研究应该更为综合，而不是经济学、宪法学、经济法学的单一学科所能分析清楚的。经济学对人的行为的

解释，宪法学有关权利保障和权力制约的基点，经济法学对经济法律的解读，都可以为经济宪法研究所利用。

随着社会的发展，人的需求向着更高层次发展，从满足于生存需要到自我实现的需要，这都依赖于经济活动的扩展。经济活动如何更有效率地展开，同时又能协调不同利益群体的诉求，是人类长久以来孜孜以求的理想状态。但现实与理想相隔甚远，人类的贫困、利益冲突等问题总是不断出现。通过对比会发现有些国家虽然相邻，但是其经济发展水平、人民富裕程度、自由追求幸福的能力有着天壤之别。这种状况是如何形成的呢？制度经济学家认为制度是关键因素，法学家则认为是民主法治的成熟，文化学者则可能觉得是不同文化造就的不同结果。应当说某一结果的形成绝不是单一原因造成的，往往是不同力量合力的产物。虽然如此，制度的关键性作用是毋庸置疑的。不同的文化（内在制度）有着不同的外在制度（成文的法律），引入其他地区的成功法律制度虽然有利于经济发展，但也会引起一些冲突。然而引入的外在制度不仅可以规范人的行为，而且也在塑造着人的心理和习惯（内在制度）。长久而言，外在制度的变迁会引起内在制度的变革，最终内外制度将趋向一致。

什么样的制度能够促进而不是阻碍人们之间的合作，从而使经济发展能够持续改善人们的生活呢？从法学的角度而言，就是能够有效处理好权利与权力之间关系的制度。权力是什么？从社会契约论的角度来看，就是人民把他们的权利集合起来交给其信任的人去行使去谋求共同的福利。从这个意义上讲，权力也就是权利。那么什么是权利呢？权利的核心是人们可以自由地以自己的意志行为，其行为的结果为法律所保护或者惩罚。权力和权利虽然追求的目的相同，但权力的专断性、压迫性、可寻租性等特性是权利所不具有的，权力的过度扩张会使人们自由决定的能力被压制，不同人群之间通过权利而达成的平衡由于权力的过度介入而遭到破坏。权利是



否可以无限制地扩张呢？答案是否定的。权利的扩张，特别是社会权力的过度扩张，实际也是通过权力之手来压制人民自由决定的能力，使人类社会发展所依赖的创新能力和创造力被削弱。

因此，本书的主题是分析寻找能够使权利和权力达致平衡的、有利于人类创造性思维发展、有利于经济协作、有利于个人自由发展的根本经济规律，即经济宪法。这些规律的根基是以自发秩序为基础的机制和财产权保障机制。以市场和财产权为基础，政府权力、企业权力、社会权力与个人权利才有了较为公正的博弈平台，两者之间才不会过度失衡。

本书的基本观点主要有：

第一，长远利益考虑与短期利益分析相结合。人类是理性动物，对于多数人而言，短期利益、眼前利益是能够看得到、摸得着的，是首先要考虑的，长远利益则需要耐心的等待，其过程充满了不确定性，而且由于因果关系的复杂性，长远利益的获得是否与当下的行为有关也是难以辨别的，对长远利益考虑需要更高的理性。对于任何的经济宪法规则，把短期利益与长远利益结合起来考虑，才能分析出形成这一规则的背后机理，预测可能发生的规则变化。《宪法》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”。在民众的推动下，政府很快建立了相应的制度，并且不断提高社会保障水平。这符合民众短期利益的诉求。但是，如果社会保障水平脱离了经济发展水平，则会损害经济发展和人民创新、创业的积极性和主动性，最终每个人的长远利益都会受损。

第二，权利之间相互支持、相互冲突。宪法之中规定了大量的经济权利，这些经济权利之间以及经济权利与其他宪法权利之间，存在着相互支持、相互冲突的关系。因此对某种权利的分析不能局限于其自身，必须有权利关系的视野。例如，宪法的劳动权的实现就需要财产权、社会保障权、休息权等权利的支持，否则劳动权难以单独得到保障。同样，经济权利的实现也与政治权利、人身权利

密切相关，这些权利是经济权利赖以实现的基础。

第三，经济权力必须有限。宪法规定了政府大量的经济权力，同时又规定了市场经济体制。即“国家实行社会主义市场经济”与“国家加强经济立法，完善宏观调控”相结合的《宪法》第15条。除了不限制权力必然导致权力滥用这一千古不变的规律外，国家经济权力的最大限制来源于市场经济。市场经济要求市场能够解决的就要依靠市场，依靠每个人根据自己的偏好做出理性选择，依靠自发形成的每个人以私利为出发点而达成的公益，依靠价格机制形成的各种平衡。

本书由笔者围绕经济宪法主题发表的一系列论文整理而成，进一步主要由三部分构成：原理论、制度论和权利论。权力论本来应该也是本书的主题，只是笔者的相关研究还处于初期阶段，有关权力问题在制度论和权利论中有所涉及，更为深入的研究将在以后展开。这里要说明一下制度与权利（权力）之间的关系：经济权力和权利并不能够自动实现，必须通过一系列规则组成的制度才能够成为现实的权利（权力）。比如我国《宪法》规定公民合法的私有财产不受侵犯，而要实现这一点，必须有宪法审查、民法、物权法等相当复杂的规则网络予以保障才行。有关住宅土地使用权如何延期以及是否缴纳巨额费用的讨论，充分说明了对公民的私有财产的保护仅仅有《宪法》和《物权法》的规则是不够的，还需要其他更为细致的规则。

作者

2017年2月12日

## 目 录 | contents

## 第一编 原理论

第一章 经济宪法学的研究对象与范围 .....	1
第一节 经济宪法的形成和发展 .....	2
第二节 经济宪法的学科定位 .....	11
第三节 经济宪法学的研究对象与范围 .....	16
第二章 经济宪法的价值与地位 .....	23
第一节 经济宪法的宏观价值与地位：构筑 近现代立宪主义之基础 .....	23
第二节 经济宪法的微观价值与地位：人权 保障和权力配置的基石 .....	31
第三章 经济学视野下的经济宪法 .....	40
第一节 以经济学基本假设为基础 .....	41
第二节 以经济学基本方法为工具 .....	54
第三节 以制度经济学核心理论为进阶 .....	65

## 第二编 制度论

第四章 宪法中的经济制度 .....	81
第一节 宪法经济制度：一个被忽视的问题 .....	81

第二节	宪法经济制度的含义	84
第三节	宪法中经济制度的范围	89
第四节	宪法经济制度的功能	98
第五章	经济制度的文化背景比较	103
第一节	西方宪法经济制度的文化背景	105
第二节	我国经济制度的文化背景	110
第三节	内外经济制度的契合问题	117
第六章	农村土地流转的法律规制	124
第一节	土地财产权是农民生存权的基础	125
第二节	集体土地财产权的法律限制及其原因	126
第三节	集体土地法律限制的合宪性考察	130
第四节	余论	139

### 第三编 权利论

第七章	以经济权利为核心：《国家人权行动计划》的心理分析	140
第一节	两类人权与国家心理	140
第二节	人权计划与人的需要	144
第三节	人权理念与公民生活	150
第八章	经济宪法中的社会权	153
第一节	社会权的基本意涵	153
第二节	社会权的发展逻辑	157
第三节	典型的社会权	164
第四节	社会权的国家义务	187

第九章 社会权宪法审查基准制之重构 .....	192
第一节 社会权的性质及问题之提出 .....	192
第二节 权利之位阶：西方社会权宪法审查基准之基础 .....	193
第三节 社会权宪法审查基准理论基础之更新 .....	196
第四节 中国特色社会权宪法审查基准之构建 .....	200
第十章 生存权保障模式的批判分析 .....	203
第一节 发展保障模式：以经济发展为核心 .....	203
第二节 福利保障模式：以福利制度为基础 .....	208
第三节 社会保障制度的冷思考 .....	212
第四节 结论 .....	215
第十一章 住房权的国家义务及其限度 .....	217
第一节 重大义务：住房权国家义务的主流理论与实践 .....	217
第二节 有限义务：经济宪法学视野下的 理论分析与考察 .....	221
第三节 平衡与倾斜：构建住房权国家义务 限度的主要标准 .....	227
第四节 结语 .....	229
第十二章 受益权的实现之道 .....	231
第一节 受益权的含义 .....	231
第二节 受益权的实现途径与原则 .....	234
第三节 受益权的救济之道 .....	240
第四节 受益权实现的中国问题 .....	242
参考文献 .....	245
致谢 .....	260

## 第一编 原理论

### 第一章 经济宪法学的研究对象与范围

宪法学科是由多个分支学科组成的有机体系，主要包括宪法学原理、中国宪法学、外国宪法学、比较宪法学、宪法思想史、宪政制度史、宪法社会学、宪法经济学、宪法政治学和宪法解释学等分支学科。<sup>[1]</sup>虽然“在加入世贸组织的刺激下，经济宪法作为宪法学的一个分支学科的地位正逐渐得到宪法学界的承认和重视”<sup>[2]</sup>，但在我国宪法经济学或者说经济宪法学，依然是发展比较缓慢的学科之一。<sup>[3]</sup>这

---

[1] 周叶中：《宪法》，高等教育出版社、北京大学出版社2005年版，第24页。

[2] 徐秀义、韩大元主编：《现代宪法学基本原理》，中国人民公安大学出版社2001年版，第449页。

[3] 虽然整体上经济宪法学的研究不甚理想，但在有些领域，例如宪政的经济分析方面[代表性的著作有邹平学的《宪政的经济分析》（珠海出版社1997年版）等]、宪法中的经济制度方面[代表性的著作是桂宇石的《中国宪法经济制度》（武汉大学出版社2005年版）等]，特别是国家的财政权与税收权方面[代表性的著作有朱孔武的《财政立宪主义研究》（法律出版社2006年版）、周刚志的《论公共财政与宪政国家——作为财政宪法学的一种理论前言》（北京大学出版社2005年版）等]，有了长足的进展。虽然如此，完整的经济宪法学学科尚未建立，对经济宪法学进行系统论述的国内著作很少；相反，有关经济行政法的研究却逐步深入，成为一门行政法的边缘学科，参见李振宇：《边缘法学通论》，中国检察出版社2007年版，第389~392页。

一状况形成的原因之一，就是学者们对经济宪法学的学科归属、〔1〕研究对象和研究范围等有着较多的争议。笔者认为，经济宪法学是宪法学学科体系中的重要组成部分，它的研究围绕以财产权为核心的基本经济自由与权利展开，寻求制约与保障国家权力介入公民经济生活的平衡。对经济宪法学的研究应以宪法文本为基础，分析宪法中有关的经济自由与权利，以及为了保障这些自由与权利而设立的相关制度。要深入分析宪法的有关规则，经济宪法学还应研究经济自由与权利对其他权利自由的影响、对宪制、经济发展的作用，以及宪法、国家权力的经济基础等问题。下面拟在对经济宪法学形成与发展进行考查、分析学界争议的基础上，提出自己的看法，为经济宪法学的学科构建提出建议。

### 第一节 经济宪法学的形成和发展

#### 一、从经济立宪到经济宪法——立宪实践的考查

经济立宪是经济宪法学产生和发展的原动力，考查经济立宪，是分析经济宪法学的研究对象和范围的基点。

宪法的产生和发展，固然可以从古希腊、古罗马的民主制度寻找渊源，也可以在亚里士多德、西塞罗等古代先贤那里得到灵感，更可以从基督教的某些制度和思想找到宪政萌芽，〔2〕源远流长的自然法思想更是给了宪法高级法的背景，〔3〕然而，起决定性作用的恐怕是资本

〔1〕 例如有学者认为，经济宪法学是经济法学的重要分支，参见吴越：《经济宪法学导论——转型中国经济权利与权力之博弈》，法律出版社2007年版，第55页。

〔2〕 学者钱永祥对教会对西方宪政的贡献做了独特的探讨，参见钱永祥：“个人、抑或共同体——关于西方宪政思想的断想”，载刘军宁等编：《自由与社群》，生活·读书·新知三联书店1998年版，第24~44页。另参见〔美〕哈罗德·J. 伯尔曼：《法律与革命——西方法律传统的形成》，贺卫方等译，中国大百科全书出版社1993年版。

〔3〕 参见〔美〕爱德华·S. 考文：《美国宪法的“高级法”背景》，强世功译，生活·读书·新知三联书店1996年版。

主义在西方的兴起。

资本主义如黑格尔所指出的，它以逐利为目的的资本扩张性是其最根本特征。虽然在西欧封建社会和传统中国，以商人为代表的群体也以逐利为目标，但整个体制却从某种程度上抑制了资本的扩张性。例如，虽某些西欧城市商业较为发达，但整体的封建制的自给自足和森严的等级制，抑制了人口和阶层的流动。在法国，“贵族必须‘过贵族的生活’，这就是说，游手好闲”，游手好闲是贵族身份的体现。“去挣钱会失去贵族的资格。失去了资格的贵族，就可能和农民一样被征收人头税；有一个诺曼第乡下绅士把牛养肥了卖给别人，他就这样被剥夺了贵族的资格”〔1〕。所以，逐利虽然自古有之，“但是，在古代的文化中，自利不但没有被制度化，反而总是被视为是不道德的”〔2〕。资本主义的兴起可以看作是西欧刚性体制不能容纳体制外异己力量的结果，〔3〕也有人认为是制度创新的产物。〔4〕我们认为这两种原因不能截然分开，而是交织在一起起作用，其根本的力量是个人欲望的释放和追逐。制度变迁有两种，一种是诱致性变迁，另一种是强制性变迁，〔5〕早期资本主义的制度创新主要靠诱致性变迁，其推动的主体力量正是正在形成中的市民社会。随着资本主义发展而形成的市民社会力量不能融入西欧的刚性体制之中，这一异己力量只能推翻封建社会，形成有利于资本扩张和个人欲望满足的新制度。不论资本的扩张抑或是个人欲望的满足，都要以保障控制一定的资源为基础，这些资源就是我们所熟悉的私有财产。法国《人权宣言》第2条道出了真谛，“任何政治结合的目的都在于保存人的自然的和不可动摇

〔1〕 [法] 瑟诺博斯：《法国史》，沈炼之译，商务印书馆1972年版，第304页。

〔2〕 石元康：“市民社会与现代性”，载刘军宁等编：《经济民主与经济自由》，生活·读书·新知三联书店1997年版，第62页。

〔3〕 参见厉以宁：《资本主义的起源——比较经济史研究》，商务印书馆2003年版。

〔4〕 参见[美]道格拉斯·诺思、罗伯斯·托马斯：《西方世界的兴起》，厉以平、蔡磊译，华夏出版社1999年版。

〔5〕 参见[美]R.科斯等：《财产权利与制度变迁——产权学派与新制度学派译文集》，上海三联书店、上海人民出版社1994年版。



的权利。这些权利就是自由、财产、安全和反抗压迫”〔1〕。也就是说，为了满足个人对财产不断增长的欲望（这种欲望又通过资本主义体制被促进、被激发，主要的制度就是竞争机制和需求制造机制），人民制定宪法，形成一定的宪政体制来达到保障财产权的目的。虽然从建立资本主义国家的角度看，这一时期的立宪可以认为是政治立宪，但是从其最终目的来说，它是另一种形式的经济立宪，〔2〕如果考虑到法国、美国、英国等国家立宪时的财政税收等经济背景时，〔3〕更可以得出这样的结论。从这种意义上讲的经济立宪，我们可以称之为实质的经济立宪或者隐性的经济立宪。

以亚当·斯密为代表的古典自由主义者特别相信市场的力量，他们认为通过无形之手，经济可以稳步发展，个人的私心可以服务于公益。然而20世纪20年代的经济大萧条，无形之手失灵了，必须结合国家的有形之手才能更好地保护私有财产权。在凯恩斯理论的推动下，无论是通过法院解释实现宪法无形变迁的美国，〔4〕还是德国的《魏玛宪法》，都强化了宪法中政府调控经济的权力，社会主义国家更是建立起了国家全面统治的计划经济。这时的西方自由主义，在马

〔1〕 姜士林：《世界宪法全书》，青岛出版社1997年版，第893页。

〔2〕 关于政治、经济立宪，参见李龙：《宪法基础理论》，武汉大学出版社1999年版，第280～285页。

〔3〕 参见桂宇石、张扩振：《中国宪法经济制度》，武汉大学出版社2005年版，第15～17页，另外朱孔武、周刚志做了更为精细的研究，参见朱孔武：《财政立宪主义研究》，法律出版社2006年版；周刚志：《论公共财政与宪政国家——作为财政宪法学的一种理论前言》，北京大学出版社2005年版。

〔4〕 美国最高法院刚开始坚持对政府的经济权力进行严格审查，使得许多政府法案被最高法院否决，后来随着法院法官的变动，最高法院对政府的经济权力仅仅实行宽松的审查，依据这一标准，绝大多数的政府经济法案都能通过，司法审查假定经济调控的合法性，并即使法律自身未明确宣布，法院也可以主动替立法寻找理由，从而使合理性审查有名无实。参见张千帆：《西方宪政体系（上册：美国宪法）》，中国政法大学出版社2004年版，第267～285页。