

财产权与宪法的演进

何真 唐清利 著

gong fa yan jiu
公法研究

主编 谢 晖
陈金钊

山东人民出版社

何真 唐清利 著

财产权与宪法的演进

山东人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

财产权与宪法的演进/何真,唐清利著. — 济南:山东人民出版社,2006.1

(公法研究/谢晖,陈金钊主编)

ISBN 7-209-03865-5

I.财... II.①何...②唐... III.产权-研究
IV.D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 126366 号

山东人民出版社出版发行

(社址:济南经九路胜利大街 39 号 邮政编码:250001)

<http://www.sd-book.com.cn>

新华书店经销 日照报业印刷有限公司印刷

*

850×1168 毫米 32 开本 11.875 印张 4 插页 270 千字

2006 年 1 月第 1 版 2006 年 1 月第 1 次印刷

印数 1—2500 定价:25.00 元

《公法研究》总序

自古迄今,人类生活即分公域、私域两途。古典中国以皇权国家为公域,以家族社会为私域;近代西方以政治国家为公域,以市民社会为私域。公、私域之划界,造成人类行为规范——法律之分类。众所周知,公、私法之划分,源自古代罗马法学家。首倡此说之乌尔比安氏认为:公法系以保护国家公益为目的,与此相对,私法则以保护私人利益为目的。自此以后,尽管公、私法划界之标准多变,然公、私法之分类理论大体得以坚持并流传。特别近世以来,政治国家与市民社会之分野日显,故公、私法划分理论在法律和法制建设中之作用亦愈重。至于我国,虽曾因意识形态影响,反对公、私法划界,但改革实践之现实,总在证明“形势比人强”,“私法”不存之牢笼亦就不攻自破。

然而更进之问题在于,公法、私法两者,究竟谁主谁从、孰本孰末?近年来,一种被谓之“民法帝国主义”倾向的观点风行我国法苑。于是,民(私)法学科,趋之若鹜,而公法学科,虽不可说门可罗雀,但亦是相形见绌。究其原因,或曰私法更易趋利,或言公法强化权力。无论无知者的趋利之举,抑或有知者的固权理解,本无可

厚非。但不无遗憾者,两者皆以误读公法为能事,终致公、私法关系之颠倒。

愚以为:公、私法两者,私法为基础,公法居优位。世有私法,而无以之为基础的公法,私法内容,难以推行,私法精神,亦难得扩展。所以然者何?曰:私法通行,有赖于权力受制。尽管私法亦有约权制官之效,但无相关公法之护佑,则面对权力,其惟余规则;更兼私法之制约权力,乃自结果意义所言者,而非私法之宗旨。相较而言,不论公法学说之“管理论”、“控权论”抑或“平衡论”在立论上如何相左,但近世公法之实践,无处不立意于控制公共权力。即使被人误为伸张国家权力之“管理论”,当其强调权力公开之时,同时即在树立控权旗帜。因权力之公开,即使权力之推定得以斩断,也令权力之滥用得以度量。可见,惟有立意于控权的公法,方能使属意于自治的私法在权力面前得保平安。否则,公法之不伸,公权之不约,即使私法完备无遗,想必只见开花而不见结果。

除此之外,作为保障私益之私法,难免与公共利益(即与公法)发生冲突抵牾者。当此之时,如何为之?在奉行“私权神圣”之经济放任主义时代,大体推行私益优于公益原则。但自《德国民法典》以来,此种情形,即使在私法上也有改观。此即所谓“私法之公法化”也。当代福利主义和弱者人权优先保障之深入人心,致使公法地位更加重要。尽管与此同时,以行政权为首之国家权

力不断扩张,甚至权力制约原则因此而如履薄冰,但相继成长之公法,使扩张之政府权力尚不致滥用。权力一如既往地受制于公法。特别如“阳光下的政府法”、“行政程序法”、“国家赔偿法”等公法,令国家权力只能在公法之下既彰公益,亦保私利。如上情形,大致为近代以来,西洋公、私法发展之逻辑。

与西洋相比,吾国法制发展,乃自“公法”主导而进至私法发展。故法学界一切革故鼎新之举,皆自检讨固有“公法”之缺陷始。于是,标举革新旗帜之私法学人,每每借市场经济之大纛,惟恐批公法之不足、不深、不透。于是,公法之类,似乎游离于(甚至解构着)市场经济体制。如此,则婴儿与洗澡水皆被此等学人泼出门外!岂不知市场体制乃是私法与公法共筑之结果。缺乏与市场相得益彰之公法及其规制之政府,而纯粹倚赖私法去规范、构造市场体制,除了幻想,还是幻想;其结果除了失败,还是失败。

基于此种认识,鄙人在主持《法理文库》经验基础上,尝试再辟一套专门研讨公法问题之丛书。此计划已商议三年,原欲以“公法论丛”为此套丛书名,然最近于书肆发现:该丛书名,已有学人捷足先登,故只好另辟门径,以“公法研究”命名之。

令人欣喜者,近几年间,专务于公法之著译者日渐增多。择其要者即有:梁治平等主持之“宪政译丛”;罗豪才主持之“公法名著译丛”、“行政法论丛”;罗豪才等

主持之“法国公法与公共行政名著译丛”、“现代行政法论著丛书”；贺卫方等主持之“司法文丛”；陈兴良主持之“刑事法评论”；杨春洗主持之“北京大学刑法学博士文库”；夏勇主持之《公法》；周旺生主持之“立法研究”；张树义主持之“公法论丛”等等。在如此情势下，再编辑出版一套“公法研究”，是否多此一举？古人云：“知出乎争”。已有之研究，未必包罗无遗。倘以上著译各有侧重，则再增加一种也就无妨。更何况以上著译皆为京华学人所操持。编辑此丛书，于变革此一事实之学术“垄断”格局，或许不无裨益。

窃以为，偌大华夏，京华学人之外，仍应有大智慧存焉。想当年华夏，学术灿烂遍于九州，学者士子，不避陋巷；看如今大家者流，争聚京华皇城脚下，商埠省城，皆乡下也。此种积习，只利于支持、助长某种文化专制，而与我学子四海为家之情怀、兼济天下之志趣、崇尚民主之追求，相去甚远。言及此者，非他意，止在说明，重辟华夏多元学术文化格局，实乃吾人使命也。惟愿“公法研究”于此使命之推进，有所助益；于我国公法之建设，有所贡献。

是为序。

陇右天水学士 谢 晖
序于公元 2002 年 11 月 10 日

序

迄今为止,人类所产生的大多数社会行为,不论是斗争与妥协,也不论是科学发明与商业活动,更不论是制度设计与政权更迭,所隐藏的动机大都离不开“利益”二字,而且其深沉因素都是“物质”分配与再分配,这大抵也是众多经典作家理论得以展开的基础,马克思主义学说的理论基石也不例外。如果可以把对于“物质”分配与再分配的经常化与制度化的载体称作财产权的话,那么我们可以比较有把握的说财产权是对于人类社会行为具有最终影响的一项人类创造。如果可以把人类的发展经历归结为“求富足到求稳定”的基本径路,那么人类行为也可能存在“放任自由到秩序民主”的嬗变经历。或许,将求富足与放任自由结合起来,将求稳定与秩序民主结合起来思考,大致可以从一个角度解释人类社会之所以会有一个“专制到民主再到宪政共和”的历程。当然,我的这些判断仅仅是建立在人类社会及其行为的宏观视阈都必须或者说都可能带有“利益追求”和“物质根源”的假说之上,而不能用严格规范主义中的政治学思维加以评判。如果我的判断在既定条件下可以获得大致认同,那么我们就不得不承认“财产权和宪政(抑或宪法)”无论在法律人、经济人、社会人、政治人还是文化人(当然如果愿意改变约束条件和视角的话,还可在“人”的前面灌上更多的定语)的眼中都可以算作人类制度文明演化进程中所沉淀的“结晶体”中最具有代表性

的两个事物。然而,正如作者在文献综述中所展示的一个现象,学界迄今无人对“财产权和宪政”展开系统性的研究,至于从“财产权与宪法的演进”选题更是付诸阙如。这未免是一种遗憾,本书的面世总算弥补了这点遗憾。

本书的重要特点之一是运用了当前最为流行的学术范式,在设定本书理论假设的基础上,明确展示了研究进路以及所采用的分析工具,清楚地表明了自己所追求的结论,这在方法论上是具有前沿性的。本书的重要特点之二是研究成果实现了多项“突破”与创新。具体而言,一方面作者对财产权理论进行了比较系统的研究,并在既有理论的基础上对财产权的概念、本质和终极价值等做出了全新的论证,获得了财产权是一种资源配置手段,财产权的终极价值是人的福利,财产权在本质上具有法律性与伦理性等具有“开拓性”的结论。这些结论对于推动有关财产权的理论与实务的进步无疑具有重要价值。另一方面本书在“财产权与宪法的演进”的选题和论证上可以说既切中了人类行为选择的约束条件的“影子力”,又把人类制度文明最核心的要素置于动态的演进过程中加以考察,因而这项工作是富有挑战而有所价值的——既在弥补学界有关研究的一项重要“空白”的基础上为人类制度文明这两个最重要的“晶体”完成了一项“素描性”的工作;又克服了用静态的理论观察一系列动态的社会过程所不可避免的片面和“与世隔离感”,从而使本书所获得的理论成果具有“可触摸感”和现实意义。而实现该两项工程至少是艰难和富有挑战的。

本书的难能可贵之处就在于成功的完成了上述两项工作。作者始终把“人类”作为考察的对象,既把人预设为社会行动的主体又把人设置为本书研究的客体,这样的研究思路或许既有可能克服制约法学研究创新的“经验式”研究模式,也塑造了将

静态的法学研究范式引入到动态的研究范式的一条可供借鉴的进路。从本书的整个脉络来看,作者至始至终都没离开过其思想得以展开的一条主线:人(需要)—财富—财产权思想—财产权(由法律确定)—财产权宪法思想—宪法—财产权(由宪法确定)—财产权(由“新”法确定)—人(需要)。在正确确定了本书理论的基石和研究进路过后,作者开拓性地对财产权理论、宪政理论、财产权和宪法中隐藏的种种复杂关系以及支撑制度变迁的各种因素等众多剪不断理还乱的极其重要的范畴进行了非常有意义的研究。就这一点来说,不管本书的理论是否可能存在于任何理论都无法避免的缺陷,对于当下的法学研究方法的创新和范式的探索都是具有极其重要的启发意义的。从本书的内容来看,其所涉猎的学科领域非常广,尤其是法经济学、法社会学等研究成果和方法的引入对于树立一种独立的宪法研究方法的尝试来说也是很重要的。而随着这些新方法和新理论的运用,本书所获得许多成果无疑也是非常新颖和相当深刻的。比如:在对财产权的研究中提出了财产权的“手段论”和“两重本质论”等,在对财产权与宪法的演进的研究中提出了财产权的“异化论”和“复归论”、宪政的财产权“均衡论”和宪法制度设计“要素论”等创造性的理论。同时,作者尽量把人类进行财产权和宪法设计的原点性探讨作为考量其结论的重要依据,因此本书的理论获得了“首尾一贯”的效果,就这一点来说,是任何成功的理论都需要的却又难以获得的效果。此外,本书还做了一件学界迄今为止很少进行的工作,就是以财产权的结构变动为基点对各种宪法模式和我国宪法进行了深入的梳理和研究,并获得了许多有益的结论,这一方面对其所提出的新理论具有很好的实证效果,另一方面也对我国正在进行的法治建设具有重要的理论价值。

尽管从追求尽善尽美的角度讲,肯定可以在本书找到或多或少的“残缺”,但是作为一项理论的认识只要能够确定一个合理的假设并能够从基本假设出发沿着某条路径获得首尾一贯的结论,我们就应当承认这种结论在理论上是成立的,假如我们还能够把该结论放在社会环境中进行尽可能多的验证并获得相符的结果,在该项理论被推翻以前,我们都应该承认该理论是有价值的。对于本书而言,在通读之后,我们基本上可以获得它已达到具有价值的这个要求,所以,正如上文所言,本书是一本很强的系统性、理论性、创新性和可读性的专著。鉴于以上种种理由,我欣然为序一篇,以飨读者,并希冀以此文表达对有志于从事学术探究和推动法学繁荣之辈的支持与鼓励。同时也希望能够看到作者更多的作品面世,为中国的法治建设做出积极的贡献。

莫纪宏

二〇〇五年八月九日

目 录

《公法研究》总序	谢 晖 (1)
序	莫纪宏 (1)

导 论

.....	(1)
一、理论的反思与问题的提出	(1)
二、本书研究的现实土壤	(5)
三、本书的研究方法、内容与意义	(7)
四、本书的创新点	(23)

第一章

财产权的理论分析	(25)
1. 1 财产权语义分析	(26)
1. 2 财产权的流变	(33)
1. 3 私有财产权与公有财产权的裂变与融合	(55)
1. 4 财产权与所有制的黏合与分离	(60)
1. 5 私有财产权的特征与财产权的本质	(72)
1. 6 财产权的终极价值	(82)

第二章

宪法产生的历史起点	(87)
2. 1 宪法的基本假设	(88)

2. 2	宪法的市民性	(109)
2. 3	私有财产权是宪法产生的历史起点	(131)
2. 4	财产权、财产权思想与宪法的同构	(136)
第三章		
	宪法演进的动力与基础	(140)
3. 1	宪政的隐喻	(141)
3. 2	宪法演进的动力系统	(148)
3. 3	财产权思想的演进	(152)
3. 4	宪法演进的逻辑起点：财产权的两重本质	(166)
3. 5	宪法演进模式的决定因素：财产权本质观 的演变	(172)
3. 6	宪法演进的基础：私有财产权思想变迁	(179)
3. 7	宪法演进的规律及其社会影响	(183)
第四章		
	宪法演进与财产权的异化	(190)
4. 1	财产权异化的原因	(190)
4. 2	资本主义国家财产权的异化	(196)
4. 3	苏联型社会主义国家财产权的异化	(198)
4. 4	财产权异化的社会影响	(200)
第五章		
	宪法演进与财产权复归	(204)
5. 1	财产权异化推动宪法演进	(205)
5. 2	宪法演进促使财产权复归	(208)
5. 3	财产权复归的宪制障碍研究	(211)
第六章		
	财产权复归的变量分析与宪法保障的模式选择	(215)

6. 1	财产权复归的假设条件：市民社会与政治国家的分离	(215)
6. 2	财产权复归的显性变量：市民社会与政治国家的财产权对立关系	(219)
6. 3	财产权复归的隐性变量：财产权在两个主体内的对立关系	(223)
6. 4	财产权复归的恒量：人的福利	(233)
6. 5	财产权复归的参数：宪法模式	(235)
第七章		
宪法模式与财产权的保障		(241)
7. 1	近代市民宪法模式与财产权的保障	(241)
7. 2	现代市民宪法模式与财产权的保障	(243)
7. 3	苏联型社会主义宪法模式与财产权的保障	(248)
7. 4	当代宪法模式的新发展与财产权保障的趋势	(251)
第八章		
宪法演进中财产权问题的应对		(253)
8. 1	从宪政的高度保障财产权的均衡	(253)
8. 2	宪法演进中财产权结构的优选方案	(256)
8. 3	社会主义国家宪法演进中的财产权结构	(259)
第九章		
当代中国的财产权与宪法演进		(263)
9. 1	财产权保护制度在当代中国四部宪法中的变迁及其评价	(264)
9. 2	中国财产权理论认识的深化与宪政实践	(276)
9. 3	中国财产权宪法制度的建构与完善	(288)

第十章

<u> </u>	结论：理性、自由与财产权	(297)
-------------	--------------------	-------

	附录一：财产权与宪法的一个文献综述	(303)
--	-------------------------	-------

	附录二：参考文献	(343)
--	----------------	-------

	后 记	(357)
--	-----------	-------

导 论

一、理论的反思与问题的提出

中外的许多学者认为宪法应当保护财产权，但是既有研究成果中很少有文章从财产权与宪法演进的角度去解读财产权的“精髓”和观察宪政运动的规律。笔者对所能查阅的关于财产权与宪法方面的资料进行了简单的评估，既有成果大致有三种主要的类型：其一，研究财产权的文章中，以大陆法系的思维为背景的似乎大都比较注重财产权的“物性”，以英美法系的思维为背景的似乎大都比较侧重于财产权的“人性”。当然也有例外，诸如刘军宁、梅夏英等人。这种现象为笔者将大陆法系中的财产权与英美法系中的财产权抽象出来进行比较研究提供了启发，并由此发现了财产权的形式及其流变。其二，研究宪法演进的文章，似乎大都以介绍宪法史或宪法思想史为主，在论及宪法演进过程中所提供的参照物大都以某部宪法或某经典思想家为对象，当然也有人直接从市民社会、公民社会、市场经济、宪法的稳定性等角度来思考宪法的演进或废改问题。这种现象或许可以归纳为“宏观性”“战略性”“应然性”或“预见性”研究模式（当然也有运用法社会学、法经济学等范式的，如布坎南、波斯纳等人）。这些研究范式正好启发笔者

思考是否可以采用一种“以法律解释事实，以事实解释法律，以法律解释法律”的“实然性”或实证性的研究范式去考察宪法的演进问题。其三，研究财产权与宪法的关系的文章中，大致有一部分是从权利的本源性方面来考察的，其典型的观点有如天赋人权、私权神圣等；也有相当一部分是从权利的保障体系的角度去观察的，其逻辑大概为宪法是母法，其他法都保护财产权，宪法也理所当然应保护它；当然，也有从其他层面进行研究的，诸如从法治理念、形式理性与实质理性等视角进行研究。^① 鉴于此类特征，笔者深受启发，这些理论都在某种程度上启迪着人的思想，它们对于唤醒人们关爱私有财产权及重视保护资源和保障人权都功不可没。但是这些思想的沉淀似乎更关注“形而上”的东西，而难以落到现实的层面。“因为权利所以权利”的逻辑悖论往往成为“形而上”的理论公式。人们的思想也常常因此飘忽在云端，虽然色彩绚丽却常常遗漏了真正实在和本质的东西。所以我们有必要从多维度进行思考。对于以上判断，我们将在文末的“附录一”中进一步说明，此处不再赘述。

其实，以上认识之所以出现逻辑自足性较差的状况，既有时代的局限性，也有研究方法和理论视角的限制。以至于理论

① 比如“任何人都不得侵害他人的生命、健康、自由和财产。”参见[英]洛克：《政府论》（下篇），叶启芳等译，商务印书馆1964年版，第4页；康芒斯更明确指出“财富是使用价值，由脑力、体力和管理的能力添加到否则无用的自然原料上面，但自然原料如果和稀少联系起来，就需要取得独占的权利”。而“财产是有关控制稀少的或者预期会稀少的自然物资，归自己或是给别人使用，如果别人付出代价”，[美]J. R. 康芒斯：《制度经济学》（上），于树声译，商务印书馆1962年版，第356页；财产权是个人自由的渊源和保障，它是自由的个人所必不可少的。参见[美]路易斯·享金等编：《宪政与权利》，郑戈、赵晓力、强世功译，生活·读书·新知三联书店1996年版，第154页以下。