

法学论坛

针对国家享有的财产权

——从比较法角度的一个考察

林 来 梵

(浙江大学法学院教授、法学博士 浙江 杭州 310028)

摘要: 财产权是一个由民法和宪法共用的内容宽泛的权利概念,但宪法上的财产权主要指的是公民(或私主体)针对国家而享有的权利,为此具有某种“防御权”的性质。然而,这并不意味着财产权是绝对不可侵犯的。只是来自国家的侵犯必须是一种合理的侵犯,这也使财产权作为针对国家而享有的权利的性质更为突显。在这种“针对国家”的结构中,财产权处于“防御国家的不当侵犯”与“国家可予正当侵犯”的二律背反之中,而对这一现代性矛盾的消解,则有赖于宪法所预备的征用补偿条款。

关键词: 财产权 防御权 征用补偿条款

一、问题的提出:为了一次研究程序上的倒退

德国学者K·茨威格特(Konrad Zweigert)和H·克茨(Hein Kotz)曾经在《比较法总论》一书中专辟一章论述了“社会主义法系的所有权”。他们认为,“社会主义法系”的所有权和契约制度,在“马克思列宁主义的意识形态环境下”具有特殊的内容和意义,为此构成了“社会主义法系中最具有典型性的制度”。¹孟浪地说,从当今国际法律发展的最新趋势来看,茨威格特和克茨当时把社会主义法系的所有权制度直接界定为其比较法理论体系中一个独立有效的比较项的做法,似乎在无意间留下了对旧时代的某种反讽意味。^④在那部比较法学的宏著中,茨威格特和克茨虽然只是集中讨论了前苏联的所有权制度,但前苏联所有权制度在传统社会主义法系中的典范意义,业已随着这一国家的解体而成为昔日黄花。而反观当下的我国,经济体制改革和社会主义市场经济建设已经取得了举世瞩目的成就,随着社会主义市场经济体制的逐渐形成及加入世贸、融入世界经济秩序的客观形势的发展,人们正在急切地呼吁和诉求对财产权实行宪法上的保障。与此相应,修改现行宪法,在最高法律规范之中确立财产权的保障机制,已经成为当今我国所应直面的一个课题。^⑤诚如笔者在此前的一篇拙文中所言,作为一种主观权利的宪法上的财产权,实际上已经生成于当代我国社会的现实生活之中了。^⑥

尽管如此,像茨威格特和克茨那样,把所有权制度作为比较法学视野下的一个比较项,仍然没有完全失去意义。日本的比较法学家大木雅夫曾经指出,茨威格特期待的是“法律制度的比较”,即通过微观比较建立“比较普遍法学”,而仅仅把法圈论作为实现这一目标的框架,置于辅助性的位置。^⑦如果从这种立场出发,那么上述的做法仍然无可厚非。进言之,比较法的研

究并非仅仅拘泥于法律制度中的相异之处,有时也需要探究比较项之间的相同之处。更何况,在现行的财产权保障机制上,作为社会主义国家的我国与西方各国之间仍然存在重大差异,而我们恰恰在历史的歧路上面临着相关的改革与立法的课题。有关这一点,大木雅夫的以下论述颇堪吟味:“比较法以确认各国法律间的异同为出发点。然而,现代的比较法已不再满足于单纯以认识为目的的、对本国法的注释和对各种外国法的罗列,而开始追求以法的改革为行动目标。也就是力图通过对外国法的批判性研究所析出的共同要素发现‘共同法’,并以此作为改革的指针。”³⁴

本文不想就所有权或财产权制度的整体做一个比较法意义上的综合考察。事实上,就财产权的宪法保障问题,笔者早已尝试过从具体的比较法角度进行分析,力图阐明财产权保障的宪法意义,考察其在宪法发展中的演进历程,评析现代世界各国财产权保障的宪法规范结构和有关法理,并探讨我国现行宪法在财产权保障上的问题以及解决这些问题的契机,最后甚至还在此基础上斗胆地为“不久将来的修宪”提出过一个个人的有关财产权保障宪法条文的建议案。^③现在看来,那时所期待的所谓的“不久将来”,似乎凝固在茫茫的时间结构之中,而在我国法学界,就这种性急的实定制度分析所需首先解决的若干重要的前提性问题,迄今依然没有得到厘清。

有鉴于此,本文试图实施一次研究程序上的倒退,即在以往个人研究成果的基础上,从比较法的角度追溯到一些有关立宪主义与财产权制度的原理上去,着力澄清若干根本的问题。

二、针对国家享有的财产权——防御权概念的提出

首先应指出的是,财产权乃是一个极为宽泛的权利概念。日本新锐的宪法学者阪本昌成曾把它定义为“对财产的法的利益”,而其所指的“财产”则是“满足人的各种各样欲求的有形无形的手段”。^④而根据财产权研究专家A·赖恩(Alan Ryan)的说法,诺齐克对“正义授与论”(entitlement theory of justice)的辩护以及对民主政治体制、社会正义和福利国家的抨击,均基于把一切权利都视为财产权的分析。^⑤这些见解均可能存在定义过宽的问题,^⑥但也从一个侧面说明了现代财产权概念结构的扩散倾向。传统“财产权”概念的核心乃是所有权,为此,近代宪法中的财产权概念,基本上指的就是财产所有权,如1789年法国《人权宣言》第17条中所宣明的“神圣不可侵犯的权利”,也正是“财产所有权”(droit de propriété)。¹¹而所谓的所有权,在大陆法系民法上通常被理解为仅是物权的一种形态,指的是对物的全面的、一般性的支配权,包括对所有物的占有权、使用权、收益权和处分权。¹²然而,随着社会经济的发展,现代民法和宪法均已在所有权概念的基础上推演出更为广泛的财产权概念。从其内容上看,该概念仍以所有权为核心,但已远远超出了所有权的范畴。它不仅包括物权,也包括债权、知识产权、继承权等传统私法上所拟制的权利,同时还包括具有财产权性质的公物使用权(如国有土地使用权、水利权),甚至许多外国学者认为,它还包括契约自由。¹³在此,如果我们非要一个定义不可的话,那么可以说,所谓财产权,就是一切具有财产价值的权利。

当然,从比较法的角度来看,不同的法系、不同的国家,其财产权的构成均可能存在一些差异。有学者曾指出:大陆法系的法律以所有权概念为基础来分析财产权,而英美法系则几乎找不到一个完整的所有权概念;¹⁴大陆法系宣称“一物一权”,而在英美法系中,一物(如土地)则可能同时存在几种不同的所有权。¹⁵此外,与许多国家不同,数百年来英国的法律一直把人对其佣人(servants)的权利视为财产法(property law)调整的一个旁支,甚至把“夫妇之爱”(conjur-

gal affection) 也作为男人财产的一部分。在其看来,男人并不拥有妻子,但他可独自享有“她的服务的专权”(a monopoly of her services)。¹⁶然而,不管人们对财产权的定义存在何种差异,其所指涉的财产权的本质还是具有一定共性的。比如,我们可以发现,即使是那种人对物之关系意义上的财产权,也并不单纯只表现为人对物的关系。但凡人对于财产的支配,仅仅形成人对财产的关系,而只有当人们对特定财产的支配可以排斥任何外人或某种社会力量的干涉时,才构成了作为权利的财产权。而人们对特定财产进行支配的这种排他性,其实就属于一种人与人之间的关系。为此,从马克思主义法学的观点来看,财产权一方面反映了人与财产之间的关系,另一方面又反映了人与人之间的关系。诚如日本已故的法社会学家川岛武宜所言:“所有权是映现在人与物之间关系的侧面上的人与人之间的关系”。¹⁷

在现今的大多数国家里,财产权不仅属于民法上的用语,而且属于宪法上的概念。所谓财产权制度,基本上就是由民法上的财产权制度与宪法上的财产权制度或财产权保护机制构成的。而从上述的论述中也可看出:宪法学中的财产权与民法学中的财产权在主要客体以及基本性质上并无甚大差异。既然如此,那么二者之间的实质性区别何在呢?这是一个至关重要的问题。有关这一点,我国当今学界中的许多界说似乎尚不得要领,以致出现了一些理论上的混乱。由于我国实际上已经存在一定规模的民法意义上的财产权保护制度,而且随着《物权法》的制定,这种民法意义上的财产权保护的规范体系正不断趋于完善。所以,上述的理论状况在实践上就可能导致这样的负面影响:要么忽视了财产权之宪法保护这一课题本身的存在及其重大意义,要么把通过修宪完成这一课题的意义单纯理解为是对民法上的财产权制度的一种确认或政治性的宣明,从而继续滞留于宪法乃是一部“纲领性文件”的传统见地之上。¹⁸

如果详加探究,我们可以析出宪法上的财产权与民法上的财产权的许多迥异之处。但若举其荦荦大端者,可首推如下一点,即宪法上的财产权乃属于一种基本权利,与宪法上的其他权利一样,均是公民针对国家而享有的一种权利,即公民所享有的、为国家权力所不能不当侵害的一种权利,直接地反映了公民与国家权力之间在宪法秩序中的关系;而民法上的财产权则主要属于公民对抗公民或私人对抗私人的一种权利,由此形成了作为平等主体的私人之间的财产关系。由此可知,宪法上的财产权与民法上的财产权的区别,既不在于财产权的客体,也不在于财产权的主体,而在于反映在同一客体上的不同主体之间的关系。上述川岛武宜所言的“映现在人与物之间关系的侧面上的人与人之间的关系”的那个命题,即道出了这一道理。

在此须进一步澄清的是:在某些特定的情形下,民法意义上的财产关系也存在于国家与私人之间。这一点在英美法中体现得特别明显,因为在那里,公共机关与私人之间的财产关系,与纯粹私人之间的财产关系一样,均可通过相同的财产法(property law)来调整。那么,这种私人与国家之间的财产关系,是否就属于宪法上的财产权关系呢?

窃以为:在市场经济条件下,任何的市场主体在法律上都可以以私人的资格出现,即任何的市场主体也都可以成为私人财产权的主体。换言之,财产权的主体既包括以私人资格出现的个人与私人团体,也包括诸如作为民事法律关系中的当事人一方的国家或公共团体。然而,当国家或公共团体以纯粹市场主体的资格与私人形成该种关系时,其本身尚不直接属于宪法上的财产权关系,而属于民法意义上的财产权关系。在英美法中,这种关系直接由普通的财产法来调整,即说明了这一点。

民法上的财产权与宪法上的财产权的峻别,说明了一个重要的原理性问题:作为针对国家的一种权利,宪法上的财产权乃属于一种特殊的“防御权”,即公民(或私人)对国家权力(或公

权力)所加诸的不当侵害做出防御,并在实际侵害发生的场合下可得救济的一种权利。

三、作为一种防御权的构造

在各国早期的宪法文件中,财产权保护的条款就反映了财产权的防御性质。较有典范性的是法国 1789 年的《人权宣言》,其第 17 条把财产权宣称为是“一项神圣不可侵犯的权利”(un droit inviolable et sacré),同时就紧接着规定:“除非当合法认定的公共需要所显然必须时,且在事先的正当补偿的条件下,任何人的财产均不得受到剥夺”。正像人们所熟悉的那样,法国 1789 年《人权宣言》中的这个有关财产权“神圣不可侵犯”的经典表述,成为一句有力的口号,在此后广为传颂,对世界各国尤其是欧洲诸多大陆法系国家产生过深远的影响,甚至至今还仍然回响在我国 21 世纪修宪的急切吁求之中。然而,从纯粹的法规范科学的立场上看,对财产权加以“神圣不可侵犯”的这种价值判断,只是一种道德上和哲学上的思想表述,是近代自然法思想的一种话语(discourse),未必符合具有严格意义上的法律规范的要求。就法国 1789 年《人权宣言》第 17 条而言,如果没有后续的征用补偿条款,所谓财产权“神圣不可侵犯”的断言,也许只能成为一句真正法国式的浪漫空话。

更为显见的是,与西方其他主要立宪主义国家不同,美国宪法甚至没有直接明文规定保护财产权,其财产权在宪法上主要是间接地通过正当程序条款(第 5 条修正案、第 14 条修正案)、征用条款(第 5 条修正案)以及契约条款(宪法第 1 条第 10 节第 1 款)予以保障的。第 5 条修正案(1791 年)规定:“没有依据正当的程序,任何人的生命、自由或财产均不得受到剥夺。而没有正当的补偿,私有财产不得为基于公用所征收”。这就是第 5 条修正案中的所谓的正当程序条款和征用条款,二者在结构上紧密勾连,彼此结合。第 5 条修正案保护的是个人针对联邦政府的权利,而不包括个人针对州政府的权利。1868 年的第 14 条修正案沿袭了第 5 条修正案中的正当程序条款,规定“任何州没有依据正当程序,均不得剥夺人的生命、自由和财产”,但却没有设置征用条款。在此后的司法实践中,第 14 条修正案中的正当程序条款通过宪法解释所阐释出来的财产权保护内涵,实际上也是一种征用限制。在美国的宪法历史上,正当程序条款对广泛的经济活动中的自由实体的保护,一直发挥着重要的作用。但在 19 世纪末以前,其一直是主要针对民刑诉讼程序、行政程序而发生效力的,而其后则逐渐超越了程序要求的作用,发展出“实体性正当程序”的理论,以保障那些宪法没有明文规定的权利,其中包括财产权。¹⁹在此值得注意的是,正当程序条款本来源于英国近世自由大宪章中的国法(Law of the Land)规定,旨在针对国王权力而保障权利,为此在美国宪政历史上,该条款也被理解为是为针对政府的权力而保障一定的自然权。²⁰

近代以来各国宪法对财产权的保障,与对契约自由的法律保障彼此配合,共同作用,打破了封建主义的经济桎梏,奠定了近代自由国家、市民社会以及市场经济的法律秩序的基础,从而大大地促进了社会生产力的发展,并对人类文明的发展起到了一定的进步作用。然而,随着自由资本主义的发展,毫无限制的市场经济不可避免地衍生了资本的垄断以及贫富的两极分化。近代以来的劳工运动以及共产主义运动因此应运而生。1917 年俄国社会主义革命在政治上取得了胜利,废除了资本主义的私有制度,逐步实行了生产资料公有制度,与此同时,在以生活资料为主要对象的有限范围内保留了私人财产权的法律制度。此后成立的东欧、中国等社会主义国家也大致如此。这些都是为我们所熟知的历史情形,在此不加赘述。

另一方面,为了克服自身的制度缺陷,在进入 20 世纪之后,许多传统的资本主义国家也先

后或多或少地采行社会改良主义的方式,企图在维持资本主义私有制的前提下,相对限制私人财产权,强调公共福利,从而实现了从近代自由国家向现代社会国家的转型。1919年德国魏玛宪法第153条第3款规定:“财产权伴随着义务。其行使必须同时有益于公共的福利”,此乃具有现代意义的财产权宪法保障制度的嚆矢。

关于财产权的宪法保护规范在这个转型过程中所发生的一些重要变化,笔者曾在过去的比较研究中分析总结出:这种嬗变主要表现在去除了近代财产权的神圣性、绝对性,确认了财产权的内在界限以及公共福利与社会政策对财产权的制约作用。²¹各国宪法对私人财产权的限制条款也就是国家对私人财产权可以正当侵犯的范围,这其实也从反面使财产权作为针对国家的一种权利的性质更为突出。当然,在这种“针对国家”的格局下,财产权处于“防御国家的不正当侵犯”与“国家可予正当侵犯”的二律背反之中,而消解这一现代性的矛盾,则有赖于各国近代宪法中已经预备的征用补偿条款。征用补偿条款规定国家根据公共需要对私人财产进行征用时必须予以适当补偿,这协调了私人财产权与国家权力之间的冲突。

上述历史性变化在当今的许多拥有成文宪法的国家中都有所反映,其在法规范上的表现为,财产权保障的宪法规范体系大致由不可侵犯条款(或保障条款)、制约条款(或限制条款)和征用补偿条款(或损失补偿条款)等三个条款形成一个复杂的三重结构。这三个条款各自具有特定的内涵和功能。其中,第一层的不可侵犯条款确定了现代财产权保障制度的一般前提;第二层的制约条款则最能体现宪法上财产权制度的现代变迁,旨在对财产权的保障加诸一种适当的限定;而第三层的征用补偿条款进而对财产权的制约进行制衡,从而既维护了不可侵犯条款所确立的前提规范,又为制约条款在整个规范内部提供了恰到好处的缓冲机制。这三个条款逐层展开,环环相扣、相辅相成,形成一个深具内在张力,然而又是相对严密、相对自足的复合结构。建立于这种复合结构之上的现代财产权宪法保障规范体系,恰好发展为一种具有逻辑意义上的正反合关系的三段式规范体系。²²显然,在该种结构中,由于增设了新的制约条款,所以财产权宪法保护的实用功能,便进一步地被落实到了征用补偿条款之上。与此相应,在法教义学以及实务领域,有关征用补偿的问题,自然也成为各国财产权宪法保护问题的焦点。²³

四、防御权的意味和意义

当我们说宪法上的财产权乃属于一种针对国家的“防御权”的时候,还须明确的是,在各国的宪政秩序中,并非只有该权利才具有这一性质,而是许多宪法权利均属于“防御权”。在各国的近代宪法中,宪法权利主要是以“自由”(freedom, liberty)的面目出现的,主要包括人身自由、经济自由和精神自由,概称“三大自由”。²⁴在这个权利体系中,经济自由乃构成了其轴心,而它又具体包括财产权、营业自由、择业自由等多项权利,甚至包括迁徙自由和契约自由。这里所谓的“近代宪法”,是日本的樋口阳一在其《比较宪法》中重点采用的一个概念装置,主要指的是近代西方各国市民革命时期确立的宪法,与自由国家转型之后的现代宪法相对称。樋口阳一比较宪法学的一个特点就是突出了历史的方法,提出了“宪法现象的历史类型学”的概念和分析框架。根据他的看法,17世纪中叶的英国、18世纪末叶的法国以及19世纪中叶的德国之间的宪法现象,具有一定的近似性,均体现了近代宪法的典型特征。²⁵

从这一视角出发我们可以发现,各国的近代宪法所确立的上述三大自由,均含有所谓防御权的性质。如果仍以西方各国为轴心来看的话,随着各国的近代宪法向现代宪法的转型,其各自的人权体系也相应发生了结构性的嬗变,在传统的三大自由之外,还出现了一个新的宪法权

利,即所谓的社会权。对此,日本当代法理学家田中成明曾概括地指出:在现代的各国宪法中,虽然人权保障的法制度呈现出不同的形态,但“自由权性质的基本权与社会权性质的基本权”构成了两个支柱。²⁶然而应注意的是,在这种新的结构中,传统的三大自由权并没有被否定,而是继续居于重要的地位。与此不同,各种具体类型的社会权基本上被定位为抽象权利,大多被悬置于实定宪法内的各种纲领性条款之中。²⁷

纵观近现代,在各国宪法权利体系的结构中较为独特的是参政权,即我们所说的政治自由。在各国的近代宪法上,严格意义的参政权其实受到了诸种限制,较之于三大自由权并不十分重要,只是到了现代普选制确立以后,该权利的内涵和功能才得以扩大。正如田中成明所看到的那样,无论是美国诸州还是法国近代的《人权宣言》,均旨在禁止来自国家权力的恣意干涉和歧视措施,为此遂以自由权性质的基本权为核心,而以“平等的参政权”作为其背后的支撑。²⁸包括财产权在内,传统自由权之作为防御权的性质,亦由此可见。

这里需要交代的是,本文所用的防御权概念其实来自于德国的公法理论,广为判例和学者所采用。1958年,联邦德国联邦宪法法院在“吕特事件案”的判决中曾首次明确地阐述了所谓基本权条款的“第三者效力”说,²⁹但同时仍然不忘提及这个学说的前置性原理:“基本权利主要是人民对抗国家的防御权(Abwehrrechte)”。³⁰当代德国最具有代表性的公法学家K·黑塞(Konrad Hesse)也曾经指出:“作为人与公民之权利的基本权利,首先是对国家权力的防御权。针对国家权力对个人宪法上之地位的不当侵害,这些权利使个人凭借法的手段所进行的防御成为可能。之所以在自由的宪法秩序中这种防御权仍属必要,这乃是因为:纵然是民主制度,也是人对人的统治,隐含着权力滥用的危险,而且即使在法治国家中,国家权力仍有做出不法行为的可能”。³¹

像“防御权”这样的概括性用语,当然鲜见于英美法系国家,但这些国家对传统立宪主义精神下的权利性质的主流认识,与采用“防御权”概念的国家仍然一致。当代美国著名宪法学家、政治学家K·罗文斯坦(Karl Loewenstein)对宪法上的权利即曾经做出如下论断:“基本法不得不对个人自律的领域即个人的诸权利与基本自由做出明示的确认,同时也不得不针对某个特定的权力持有者或整体的权力持有者所可能施行的侵犯而对此种领域做出保护性的规定。这一原理之所以在立宪主义展开过程的初期就已得到认识,乃因其表达出了立宪主义所蕴含的那种特殊的自由主义目的。与权力的分割和限制的原则相呼应,一般的政治权力所不能侵入的这个领域,正是实质宪法的核心。”³²

那么,具体化到财产权这样一个个别的自由权,其作为防御权的意义何在呢?换言之,在各国立宪主义的传统中,财产权何以被作为一种针对国家权力的防御权呢?

笔者以为,这至少有以下两个理由。

第一,财产权与人格的关系问题。一般来说,在奴隶社会、封建社会以及各种具有前近代性质的政治经济制度下,由于真正意义上的私人财产权没有得到保障,为此必然在不同程度上产生人身依附关系。近代以来的各国宪法确立了财产权的保障制度,从而为人的精神自由、机会平等、自助自主的生存以及政治参与在一定程度上提供了各种契机。而近代以来各国宪法同时也保障人格的尊严和自由,从而使财产权的保障在整个宪法的人权保障体系中居于十分重要的地位。

与此相应,在各个国家或各个时代的财产权法律观念中,财产权或曰私人财产权往往被视为“支撑人的个别性的必要条件”。³³在不同的时代,许多国家有关财产权的法律思想中都存在

着把这种财产权与人格联系起来认识的观念。财产权是人格形成的主要契机,财产权的保障提供了独立人格发展所不可或缺的物理前提。这是黑格尔经典所有权学说以来的通说。³⁴这一学说可以还原为一个朴素的思想,即“我之成为我固有(proper)的条件,他者是不能剥夺的”。³⁵诚如日本的阪本昌成把它看做是一种“抵抗的思想”那样,³⁶正是这一思想在近代的立宪主义中发展成为限制国家权力恣意干涉的意识形态。

第二,财产权的宪法保护可促成“价值权威性分配”(authoritative allocation of values)合理结构的形成,而经济财富本身就可成为政治权力滥用的一种抑制力。对此,弗里德曼有一个广为引用的分析结论,即当财富为众多的所有者所分享的时候,独立行动的各个所有者就难以对特定个人的命运和自由进行独断性的决定,为此,从比较政治的观点而言,个人的经济自由得到广泛保障的国家,一般也存在相对广泛的政治自由。³⁷

五、余论:回望中国

以上我们主要比较分析了财产权在西方几个主要立宪国家中的相位,这与文端所提及的茨威格特和克茨集中讨论前苏联所有权制度的做法,恰好南辕北辙。然而,从比较法学的角度而言,如果传统的资本主义法系和社会主义法系这种划分还有意义的话,那么,在前苏联所有权制度失去了在社会主义法系中的典范意义的当今,尤其是在社会主义法系的语境下反过来考察资本主义法系中的财产权宪法保护制度,则自然仍然具有比较法学上的价值;反之,如果上述两个法系的划分正在不断趋于困境的话,那么,回望中国的财产权宪法保护机制的问题,便同样重要。

当然,在我们切入中国的有关状况之际,至少必须明确两个相关的问题。在此提及,以作余论。

首先是关于承认私人财产权是否正当的道德问题(moral problem)。在中国,没有这样的观念准备,性急的修宪期待也许尚难以成为现实,尽管许多有识之士认为修宪的必要性实际上已经客观地存在于时代的背景之中。然而,在这里我们至少遭遇到了双重的困难性:一是在社会主义法律制度中引入私有财产权宪法保护机制的困难性,另一则是“市民社会”未成熟所带来的困难性。赖恩曾着重分析过四种对私人财产权制度进行道德辩护的理论,甚至还追溯到古典的市民德行(civil virtue)理论。³⁸关于财产与德行,这是一个有关“政治发展的社会学”(the sociology of political development)意义上的复杂问题。³⁹但我们在此不妨设问:在当下中国业已形成的现实的财产秩序下,我们是否可以期待财产权宪法保护下的市民德行呢?在通过修宪来彻底确立财产权保护制度以前,一定规模的中产阶级的某种“德行”是否必须预先存在?纵观数百年来中国,每当经历时代的大激变,人们往往总是单方面地诉求国家制度的改革,殊不知,从比较法制史的角度而言,与政治国家相对应的民间社会自身的建设和变革(包括自身观念的建设和变革)也非常重要。

第二个问题则是:在确立财产权宪法保护机制之际,如何应对类似日本的樋口阳一所提出的那个“宪法现象的历史类型学”的问题。

如前所述,在西方各国,近代财产权保障的宪法规范侧重于强调财产权的神圣性和绝对性,而现代宪法则摒弃了这种自然法思想的话语,承认财产权的社会性和受制约性。这种宪法规范内涵的转变,反映了近代自由国家向现代社会国家转变的历史取向。然而达至这一转型的整个历史过程告诉人们:近代宪法通过确立绝对的私人财产权制度,推动了产业和社会生产

力的高度发展,从而完成了近代宪法自身的历史课题和使命;而当私人财产权制度出现内在的矛盾之时,现代宪法才应运而生,其对财产权的社会限制,又构成其自身的历史课题和使命。易言之,上述的两种不同的宪法规范内涵,对其自身的历史课题而言,均既具有一定的历史限定性,又同时具有各自的历史合理性。

进入社会主义市场经济时代之后,中国宪法面临着严峻的历史取向的抉择:一方面,自由放任主义已成为历史的陈迹,近代自由国家的时代已经一去不复返了;另一方面,作为社会劳动的主要组织者以及现代宪法的承担者之意义上的中产阶级尚未形成,为此,与稳定的社会具有同构意义的市民社会亦有待形成,同时,产业的发展程度以及社会劳动的组织程度尚处于相对低滞状态。质言之,近代的课题显然尚未彻底完成。这样,在中国需要同时处理近代课题和现代课题,也就是说,在西方的历时性问题,到中国变为了共时性问题。就建构财产权的宪法保护机制而言,我们将遭遇到两种不同历史类型的宪法规范。

基于这样的认识,笔者认为:财产权宪法保障规范的价值取向也应该客观地反映历史课题的具体要求。为此,我们同样必须克服那种企图跳跃“近代”而直接进入“现代”的跃进式取向,又要尽量摈弃那种首先“近代”而后“现代”的历史阶段论式取向,而应该采取近代课题与现代课题相互交融、近代阶段与现代阶段齐头并进的取向,从而在最大的限度上实现财产权宪法保障规范的理性价值。

注释:

¹ 参见[德]K·茨威格特、H·克茨:《比较法总论》,潘汉典等译,贵州人民出版社1992年版,第574-589页。

④当然,茨威格特和克茨自身也曾论述的最后部分指出,尽管我们决不应该忽略社会主义与资本主义在“所有制”上的巨大差异,但我们还是有理由提出这样的问题:这种差异在过去的数十年间是否已经大大减少,而且在未来的岁月里是否还要继续减弱下去。参见[德]K·茨威格特、H·克茨:《比较法总论》,潘汉典等译,贵州人民出版社1992年版,第586页。

④应当承认,在宽泛的意义上,我国现行宪法本来也具有一定限度的财产权保障的规范内容。然而,从社会主义市场经济实践的内在要求来看,现行宪法的这些规范内容存在着严肃的宪法解释理论所难以克服的障碍,更遑论宪法解释在我国宪法实践中长期处于相对滞后的状况,为此乃有修宪的建议。有关著述,不仅见之于法学界,更见之于经济学界、政治学界和社会学界。仅以法学界而言,直接提出宪法学意义上的财产权概念并提出我国宪法对私人财产权保障这一问题的,较早的可见之于胡锦涛:《中国宪法问题研究》,新华出版社1998年版,第166页以下;继有林来梵:《论私人财产权的宪法保障》,《法学》1999年第3期;后有刘剑文、杨汉平编:《私有财产法律保护》,法律出版社2000年版,第152页以下有关论述,等等。

^{1/4} ²¹ 参见林来梵:《论私人财产权的宪法保障》,《法学》1999年第3期。

^{1/4} ^{3/4} 参见[日]大木雅夫:《比较法》,范愉译,法律出版社1999年版,第115页,第72页。

⑥参见林来梵:《论私人财产权的宪法保障》,《法学》1999年第3期;林来梵:《从宪法规范到规范宪法:规范宪法学的一种前言》,法律出版社2001年版,第182-216页。

(七) ³³ ³⁶ 参见[日]阪本昌成:《宪法理论》(四),成文堂1995年版,第245页,第249页,第249页。

⑦See Alan Ryan, Property, University of Minnesota Press, 1987, p. 2. 诺齐克的有关分析, See Nozick, Robert, Anarchy, State and Utopia, Blackwell, Oxford, 1974, pp. 158ff.

⑧阪本昌成的定义不能排除权力和爱情之类的手段是否也属于财产的诘问;而至于诺齐克的言说,诚如A·赖恩所言,这是否可看做是对权利所作的合理的一般性解释,尚存疑虑。See Alan Ryan, Property, University of Minnesota press, 1987, p. 2.

¹¹ 从法律用语的语言现象上看,两者在英语中本无甚差异。然而在德语中,“财产权”为Vermögensrechte,“所有权”则为Eigentum;而在法语中,“财产权”为droits des patrimoines,“所有权”则为propriété。

¹² 有关民法上的所有权概念的论述,可参见梁慧星、陈华彬:《物权法》,法律出版社1997年版,第102-113页。

¹³ 财产权的保障,不仅意味着财产权不可侵犯,而且还意味着对这种权利的行使不能受到干涉。从这种意义上说,外国许多学者认为:财产权之中包含了这种权利的主体自由处分的支配权,其中有合同的自由。参见[日]绵芳贵源、高原贤治

编:《宪法 25 讲》,有斐阁 1974 年版,第 161 页;[日]阪本昌成:《宪法理论》(四),成文堂 1995 年版,第 245 页。

¹⁴ 所有权一词虽然也偶尔出现在英美的判例、法律以及其他法律文献中,但正如英美法专家 J·科利贝特(John Cribbet)所言:有趣的事实是我们可以不提到所有权而讨论财产权的法律问题。参见李进之等:《美国财产法》,法律出版社 1999 年版,第 8 页。

¹⁵ 参见李进之等:《美国财产法》,法律出版社 1999 年版,第 1 页。

¹⁶ ³⁹ See Alan Ryan, Property, University of Minnesota Press, 1987, p. 2 p. 20.

¹⁷ [日]川岛武宣:《所有权的理论》,岩波书店 1949 年版,第 7 页。

¹⁸ 一般而言,许多法律尤其是像宪法这样高度抽象简约的规范体系,其中可能存在一些“纲领性条款”(Program clause),如宪法中所规定的有关社会权的条款即然。各国宪法学的通说倾向于认为,社会权并非具体权利,而属于抽象权利,即作为其享有主体的当事人基本上无法依据宪法上的有关条款直接向法院提出司法救济的权利。然而,将整部宪法或基本上将宪法视为或指定为“纲领性文件”的见解,则体现了自斯大林以后的传统社会主义宪法理论的一种观念。

¹⁹ 有关美国宪法正当程序的理论以及其历史发展的资料整理和分析,可参见[日]松井茂记:《美国宪法入门》,有斐阁 1992 年第 2 版,第 237-257 页。

²⁰ 参见[日]松井茂记:《美国宪法入门》,有斐阁 1992 年第 2 版,第 241 页。

²² 当然,这里所谓的肯定、否定、否定之否定或“正题、反题、合题”的三段式结构,并非完全等同于唯物辩证法中的三段式原理,而仅仅是对规范内在结构的一种认知模式或建构模式。

²³ 这方面的资料可谓汗牛充栋,不胜枚举,姑且参见各国的宪法判例。在那里我们可以看出,涉及宪法财产权的大多判例均是围绕征用补偿问题的。在日本,征用补偿问题也成为研究的重点,许多财产权方面的著名学者以此为专题,写下专著。如[日]今村成和:《损失补偿制度的研究》,有斐阁 1968 年版;[日]高原贤治:《财产权与损失补偿》,有斐阁 1978 年版。

²⁴ ²⁷ ³² 参见林来梵:《从宪法规范到规范宪法:规范宪法学的一种前言》,法律出版社 2001 年版,第 75 页以下,第 75 页,第 314-315 页。

²⁵ 参见[日]樋口阳一:《比较宪法》(修订第三版),青林书院 1992 年版,第 30 页以下。

²⁶ ²⁸ 参见[日]田中成明:《法理学讲义》,有斐阁 1994 年版,第 163-164 页,第 163 页。

²⁹ 所谓“第三者效力”,在德语中称之为 Drittwirkung,英译为 third party effect。有关第三者效力理论,可参见陈新民:《德国公法学基础理论》(上),山东人民出版社 2001 年版,第 287 页以下;另从比较法的角度考察,可参见林来梵:《从宪法规范到规范宪法:规范宪法学的一种前言》,法律出版社 2001 年版,第 100 页以下。

³⁰ 该份判例指出:“基本权利主要是人民对抗国家的防御权(Abwehrrechte),但在《基本法》的各个基本权利规定中也体现了一种客观的价值秩序(Wertordnung),被视为宪法上的基本决定,有效地适用于各个法律领域。”参见联邦德国联邦宪法法院第一法庭 1958 年 1 月 15 日判决,《联邦宪法法院判例集》第 7 卷,第 198 页以下。

³¹ [德]Konrad Hesse:《联邦德国宪法纲要》,[日]阿部照哉译,日本评论社 1983 年版,第 147 页。

³⁴ 黑格尔认为:所有权之所以合乎理性,并不在于满足人们的物质需要,而在于扬弃人格的纯粹主观性。人惟有存在于所有权中才是作为理性而存在的。在他看来,“我作为自由意志在占有中成为我自己的对象,从而我初次成为现实的意志,这一方面则构成占有的真实而合法的因素,即构成所有权的规定”。参见黑格尔:《法哲学原理》,范杨、张企泰译,商务印书馆 1996 年版,第 50-80 页。此外,有关财产权与人格的理论极具批判性的分析,可参见 Alan Ryan, Property, University of Minnesota Press, pp. 70ff.

³⁵ 所以财产权人格理论的代表 E·Durkheim 就曾经指出,有关财产权的问题,传统的功利主义理解是不能解释这样一种现象的,即:我们对财产权受到侵害时所产生的的一种受辱之感,因为某种类似于“尊严”的东西与财产权是密切相连的。See Emile Durkheim, Professional Ethics and Civil Morals, Routledge & Kegan Paul, London, 1957, pp. 161ff.

³⁷ 转引自[日]阪本昌成:《宪法理论》(四),成文堂 1995 年版,第 250 页。

³⁸ See Alan Ryan, Property, University of Minnesota Press, pp. 8ff. 其中,四种对私人财产权制度进行道德辩护的理论乃涉及功利与财产(Utility and Property)、天赋人权和天赋的所有者(Natural Rights and Natural Owners)、人格与财产(Personality and property)以及财产与自由(Property and Liberty),其实就是功利主义、天赋人权学说、财产权人格理论以及自由主义理论。Ibid., pp. 53ff.

责任编辑 汪再祥