

论立法在基本权利形成中的作用与限制*

——兼谈“公有制”的立法形成

王 锴**

摘 要:基本权利形成是指由立法来确定基本权利的保护范围,这与一般的基本权利保护范围由自然形成不同。基本权利形成与基本权利限制不同,基本权利限制是立法来干预基本权利的保护范围,此时,保护范围已经先于立法而产生。区分两者的关键在于,该立法的目的是为了保护基本权利本身还是为了保护基本权利之外的其他法益。基本权利形成的原因在于,有些基本权利无法自然存在,其行使或者有效行使高度依赖国家和法律,比如自由权中的财产权、社会权、参政权和程序权,等等。但问题在于,立法者在形成基本权利的过程中也要受到基本权利的限制,因此,基本权利形成本身也存在界限,这些界限包括形式上的界限和实质上的界限,前者比如法律保留,后者比如比例原则、基本权利的核心与基本权利的内在限制。如果立法违反这些界限来形成基本权利将导致立法违宪的后果。我国宪法中的公有制并非一种基本权利,而是一种制度。该制度也需要立法的形成,但立法在形成的时候不得违反该制度的核心,即公有制必须针对生产资料,而不能针对生活资料。

关键词:基本权利形成 基本权利限制 法律自由 制度性保障 生产资料

DOI:10.16224/j.cnki.cn33-1343/d.2017.01.009

基本权利形成(Grundrechtsausgestaltung)是指由立法者来确定基本权利的保护范围,^①最典型的莫过于德国《基本法》第14条第1款第2句前半段:财产的内涵由法律来规定。基本权利形成的概念“颠覆”了立法者与基本权利的关系。因为传统上,无论是早期的自由法治国,“个人最大自由、政府最少干预”,基本权利是公民抵御国家侵犯的

“武器”,立法者是基本权利的对手(Widerpart),立法是对基本权利的干预;还是后来的社会法治国,立法者不仅要注意基本权利中的禁止性要求,还要注意基本权利中的命令性要求,积极地促进基本权利的实现乃至保护基本权利防止受到第三方的侵犯。立法者不再是基本权利的对手,而成为基本权利的朋友。这两种情形下,立法者都是外在

* 本文系国家社科基金青年项目“我国宪法总纲条款的规范属性与实施机制研究”(批准号:12CFX016)的阶段性成果。

** 作者简介:王锴,北京航空航天大学法学院教授、博士生导师,中国宪法学研究会常务理事,法学博士。

① Christian Degenhart, Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtsbeschränkung, in: Detlef Merten und Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band III, C.F.Müller Verlag, Heidelberg, 2009, S. 266.

于基本权利的保护范围的,或者说,保护范围不是由立法者来决定的。但在基本权利形成中,基本权利的保护范围是由立法者来决定的,此时,立法者是基本权利的“家人”。可以说,基本权利形成使得我们对立法者与基本权利的关系乃至法律与宪法的关系有了更为丰富的认识,两者之间并非完全对抗也有信任乃至血缘关系,“法律的合宪性”与“宪法的合法律性”两者是辩证的存在。^②

一、基本权利形成与基本权利限制的区别

基本权利形成与基本权利限制的区别最早出现在广播电视自由的判决中,^③德国联邦宪法法院指出,有关广播电视自由的立法旨在维护一种自由形成私人 and 公共意见的广播电视秩序。^④这种自由的意见形成虽然不为基本法第5条所明确保障,但是它是个人在交往中发展以及民主功能的基础条件。^⑤与言论表达和传播自由以及信息自由不同,广播电视自由并非在防御违法的国家干预,因为大众媒体是通过广播电视产生的,不同于基本法第5条第1款第1句所保护的交流。大众媒体的标志是由专业人员来编辑和挑选信息,从而需要复杂的组织来执行,工作的时候花费巨大、需要劳动分工和较高的专业标准。高昂的费用导致大众媒体行业的进入障碍,通常具有垄断性,当然也就具有社会影响力。鉴于媒体的重要性和广播电视收入单一所带来的危险,宪法要求立法者去形成一个积极的广播电视秩序。这种对自由权的形

成将确保广播电视中言论的多样性,以最大可能的广度和完整性呈现,从而提供全面的信息。^⑥学者 Ruck 认为,这就意味着在形成的法律介入过程中并没有原始的广播电视权利——尤其是举办广播电视事业的权利——存在。^⑦同时,联邦宪法法院将基本法第5条第1款第3句“对此不得进行内容审查”作为基本权利限制的例子,^⑧因为该条并不是在维护广播电视自由,而是在保护一种其他的、与交流无关并且会与媒体自由发生冲突的法益。^⑨这意味着形成基本权利的法律和限制基本权利的法律必然保护不同的法益,形成性立法保护的法益(广播电视自由)被限制性立法促进的法益所限制。Borowski 进而认为,基本权利干预是涉及立法者的不作为义务,而基本权利形成是立法者的作为义务。换句话说,基本权利形成处理的并非授权立法者对自然自由进行何种干预的问题,而是要求立法者进行何种立法的问题。^⑩笔者认为,基本权利形成是一个介于基本权利内在限制与外在限制之间的概念。^⑪它与内在限制的相似之处在于,都是对保护范围的限定,但与内在限制不同的是,内在限制不需要公权力的介入,而基本权利形成则需要立法者出面,所以在这一点上它又类似于外在限制。但基本权利形成与外在限制的区别在于,基本权利形成是立法者在确定保护范围,而非对已经落入保护范围的行为进行阻碍,也就是说,基本权利形成的时候,保护范围尚未确定,还谈不上对其进行了外在限制。

基本权利形成与基本权利限制的区别一直是

^② Vgl. Walter Leisner, Von der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze zur Gesetzmäßigkeit der Verfassung: Betrachtungen zur möglichen selbständigen Begrifflichkeit im Verfassungsrecht, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1964; Otto Majewski, Auslegung der Grundrechte durch einfaches Gesetzesrecht? Zur Problematik der sogenannten Gesetzmäßigkeit der Verfassung, Duncker & Humblot, Berlin, 1971.

^③ Martin Gellermann, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande: Untersuchung zur normativen Ausgestaltung der Freiheitsrechte, Mohr Siebeck, Tübingen, 2000, S. 18.

^④ BVerfGE 57, 319f.

^⑤ BVerfGE 57, 323; 12, 260; 20, 174f.; 7, 208f.

^⑥ BVerfGE 57, 320.

^⑦ Silke Ruck, Zur Unterscheidung von Ausgestaltungs- und Schrankengesetzen im Bereich der Rundfunkfreiheit, AöR 117, S. 548.

^⑧ BVerfGE 57, 321; 73, 166.

^⑨ BVerfGE 74, 343; 71, 215.

^⑩ Martin Borowski, Grundrechte als Prinzipien, 2. Aufl., Nomos, Baden-Baden, 2007, S. 149.

^⑪ 关于基本权利内在限制与外在限制的区别,参见王轶:《论基本权利的内在限制》,未刊稿。

基本权利教义学上的难题,近年来甚至出现了否认这种区分必要性的观点。^⑫但笔者认为,这取决于基本权利形成的原因。只要基本权利形成有其必要性,那么这种区分就是有必要的。当然,有些学者将基本权利形成视为一种基本权利的客观法功能,^⑬由此试图与主观权利意义上的基本权利限制相区分。对于这种理解,笔者不敢苟同。因为所谓基本权利的双重性质,并非权利本身具有双重属性,而是权利与规范的各自属性。德国学者 Friesenhahn 很早就指出,基本权利不是规范,而是以规范为基础。^⑭用阿列克西的话来说,主观权利是一种权利人、义务人和权利对象间的三方关系,而客观法是将权利人、义务人以及权利对象的模态抽象化,公民相对于国家所拥有的言论自由不被侵犯这一被良好结构化的权利,通过这种三重抽象化变成了言论自由的纯粹应然存在。^⑮ Stern 也说,基本权利是通过基本权利规范形成的。因为主观权利的基本权利在宪法文本中并非显而易见的,而是要通过解释来推导。^⑯并非每一个规范都旨在保护个人的利益,从而得到一个主观意义上的权利。^⑰比如根据基本法第 7 条第 1 款,国家对教育事业(包括私立学校)的监督,父母显然有利益,

但是并不能得出对监督的违反侵犯了父母的主观基本权利。因为这只是宪法规范的反射性作用所产生的利益。法规范与主观权利不能等同。区别的标准在于,是否一个客观的法规范以保护个人为目的或者只有保护个人的效果。^⑱这就是所谓的保护规范学说,它支持了从一个宪法规范中推导出主观的基本权利。根据该学说,从一个公法规定中推导出主观公权利需要三个前提:(1)该规范必须是客观上对某人有利的;(2)这种有利必须是法律的目的;(3)这种有利必须能通过法律得到贯彻。^⑲当然,如果能够从一个宪法规范中推导出主观的基本权利,这个规范就可以被称为基本权利规范。^⑳因此,所谓基本权利的客观法性质,不是说基本权利是客观法,而是说基本权利规范是客观法。

这一点也有助于澄清一些学者将基本权利的形成与制度性保障(Einrichtungsgarantien)等同的误解。^㉑制度性保障与基本权利形成的确具有相似性,因为制度性保障也主张对于某种法律上形成的制度要防止立法者去掏空或者废除。^㉒同时制度性保障与基本权利形成具有部分的重合性,^㉓比如婚姻家庭、(私有)财产、合同被认为既是基本权利,又是法律上的制度。但不能忽视的是,制度性保障

^⑫ Matthias Cornils, Die Ausgestaltung der Grundrechte: Untersuchungen zur Grundrechtsbindung des Ausgestaltungsgesetzgebers, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005, S. 667~676.

^⑬ Hans D. Jarass, Bausteine einer umfassenden Grundrechtsdogmatik, AöR 120, S. 368; Christian Bumke, Der Grundrechtsvorbehalt: Untersuchungen über die Begrenzung und Ausgestaltung der Grundrechte, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1998, S. 58; Gerd Morgenthaler, Freiheit durch Gesetz: Der parlamentarische Gesetzgeber als Erstadressat der Freiheitsgrundrechte, Mohr Siebeck, Tübingen, 1999, S. 249f.

^⑭ Michael Dolderer, Objektive Grundrechtsgehalte, Duncker & Humblot, Berlin, 2000, S. 354ff.

^⑮ [德] 罗伯特·阿列克西:《法·理性·商谈:法哲学研究》,朱光、雷磊译,中国法制出版社 2011 年版,第 261、267 页。

^⑯ Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/1, C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1988, S. 1302.

^⑰ Detlef Merten, Begriff und Abgrenzung der Grundrechte, in: ders./Hans-Jürgen Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band II, C.F.Müller Verlag, Heidelberg, 2006, S. 559.

^⑱ Otto Bachof, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VVDStRL 12 (1954), S. 75.

^⑲ Michael Sachs, Verfassungsrecht II: Grundrechte, 2. Aufl., Springer-Verlag, Berlin, Heidelberg, 2003, S. 35.

^⑳ 基本权利规范是指可能蕴含基本权利的规范,不是与基本权利有关的规范。比如基本法第 18 条的基本权利丧失、基本法第 17a 条的基本权利限制、第 19 条第 1、2 款的限制之限制或者第 19 条第 3 款的法人的基本权利主体资格都不是基本权利规范。

^㉑ 同注^⑳, Gellermann, S. 51; 同注^⑱, Cornils, S. 503.

^㉒ Ute Mager, Einrichtungsgarantien: Entstehung, Wurzeln, Wandlungen und grundgesetzgemäße Neubestimmung einer dogmatischen Figur des Verfassungsrechts, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003, S. 177.

^㉓ 德国基本法中被认为是制度性保障的包括:基本法第 14 条第 1 款的对财产和继承权的保障、第 6 条第 1 款的对婚姻和家庭的保障、第 6 条第 2 款的父母的照顾。这些规定有些已经在魏玛宪法下得到讨论,但是没有明确地承认,比如合同自由,魏玛宪法是以私人自治称之。同时,魏玛宪法还保障乡镇自治和公务员制度,这在基本法下也被承认,即第 28 条第 2 款和第 33 条第 4、5 款。另

属于基本权利的客观法功能之一,^②也就是说,制度性保障根本不把基本权利作为主观权利来看待,制度性保障成立的前提就是区分制度与权利的不同。在制度性保障理论的代表人物施米特看来,真正的基本权利的内涵不是来自于法律,而是先存的。法律的干预原则上是有限的和例外的。而制度不是先于国家存在的,而是内在于国家的法秩序中、由国家形塑的产物。施密特区分了公法制度和私法制度,他将公法制度(institutionellen Garantien)定义为带有公法特征的、人为形成和建立的、有明确界限和可辨别的制度,包含了关联制度和补充制度以及标准。私法制度(Institutsgarantien)是指典型的、传统的规范集合和法律关系。^③当前,德国学者普遍将制度理解为一种规范集合,比如 Abel 认为,法律制度是法律规定的集合,它不仅是个别的规定,而且是相关法律领域起控制作用的结构性的原则。^④ Stern 认为,制度是秩序的产物,同时也是旨在形成和保障秩序的规范的集合。^⑤既然制度性保障旨在保障一种规范集合,既然规范与权利之间存在区别,自然不能与旨在形成一种主观权利的基本权利形成相等同。

二、基本权利形成的原因

(一)哪些基本权利需要形成?

并非所有的基本权利都需要形成。根据德国的通说,需要立法者来形成的基本权利主要包括财产权、结社自由、团结自由、合同自由、婚姻家庭、程序基本权和法律救济保障。此外,具有社会关联性的基本权利,比如交流基本权(尤其是出版自由和广播电视自由)、人格自由发展权,也有形成的必要。^⑥也有学者将《基本法》第 4 条第 3 款作为基本权利形成的例子,^⑦因为该条规定,任何人不得被迫违背良心服兵役并使用武器,具体由联邦法律予以规定。但是学者 Hillgruber 认为,该条并非在确定拒绝服兵役权利的保护范围,它仅仅是在没有改动的情况下对先前预设的基本权利框架进行补充,它是基于与之相冲突的公共利益来确定基本权利行使的形式和程序,是在形成替代役,而非在形成宗教信仰自由的本质内涵。^⑧类似的还有第 12a 条第 2 款第 3 句、第 104 条第 2 款第 4 句和第 38 条第 3 款,学者将其称为调整(Regelung)。^⑨笔者认为,调整与形成有相似点,但是不能完全等同。相

外,第 5 条第 3 款第 1 句对大学自治的保障、第 7 条第 1 款对国家对学校监督的保障、第 7 条第 3 款第 1 句对宗教课程的保障、第 92 条和第 97 条对独立法官地位的保障、第 140 条连同魏玛宪法第 137 条第 5 款对宗教团体作为公法社团的保障以及第 7 条第 4 款的私立学校、第 21 条的政党地位都是制度性保障。基本法中还有一些规定也经常被视为制度性保障,比如第 4 条第 2 款的不受干扰的宗教信仰、第 5 条第 1 款第 2 句的出版和广播电视自由、第 9 条第 3 款第 1 句的同盟自由、第 116 条的德国国籍。第 5 条第 3 款对艺术的保障、第 9 条第 1 款的团体和社会的法律制度、第 10 条的通信、邮政、通讯、第 12 条第 1 款的竞争经济、第 13 条的住宅、第 15 条的社会化、第 19 条第 4 款的法院裁判权的存在、第 20 条第 1 款的社会劳动法制度、第 36 条的联邦行政和联邦国防军的设立、第 88 条的联邦银行、第 101 条第 1 款第 1 句的禁止设立例外法院以及第 101 条第 1 款第 2 句保障法定法官、第 114 条第 2 款第 1 句的联邦审计署、第 140 条和第 139 条的星期日和节假日。Vgl. Gunther Abel, Die Bedeutung der Lehre von den Einrichtungsgarantien für die Auslegung des Bonner Grundgesetzes, Duncker & Humblot, Berlin, 1964, S. 79ff.

^② Hans D. Jarass, Funktionen und Dimensionen der Grundrechte, in: Detlef Merten und Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band II, C.F.Müller Verlag, Heidelberg, 2006, S. 630-631.

^③ Carl Schmitt, Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung, in: ders., Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954: Materialien zu einer Verfassungslehre, Duncker & Humblot, Berlin, 1958, S. 155.

^④ 同注^②, Abel, S. 70f.

^⑤ 同注^③, Stern, S. 784.

^⑥ 同注^①, Degenhart, S. 269-280. 学者 Hillgruber 认为,继承权也需要形成, Vgl. Christian Hillgruber, Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtseingriff, in: Josef Isensee und Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band IX, 3. Aufl., C.F.Müller, Heidelberg, 2011, S. 1010.

^⑦ Georg Hermes, Grundrechtsbeschränkungen auf Grund von Gesetzesvorbehalten, in: Detlef Merten und Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band III, C.F.Müller Verlag, Heidelberg, 2009, S. 344.

^⑧ a.a.O., S. 1012.

^⑨ Thorsten Kingreen & Ralf Poscher, Grundrechte: Staatsrecht II, 29. Aufl., C.F.Müller, Heidelberg, 2013, S. 59.

似点在于两者都需要立法者去行为,但是调整不一定针对基本权利,比如前述的《基本法》第4条第3款第2句,它只是赋予了立法者去具体化替代役的立法义务。同时,立法者的调整义务来自于宪法的明示规定,往往以“具体由法律规定”的形式出现,而基本权利的形成往往是默示的,它主要取决于基本权利自身的性质。当然不排除某些基本权利的形成也是宪法明示的,比如《基本法》第14条第1款第2句规定,财产的内容由法律规定。第12条第1款第2句规定,从事职业可以通过法律或者依据法律予以规定。此时,调整与形成就可以等同。^②

(二)基本权利形成的原因

学者 Borowski 认为,需要形成的基本权利不是先于国家的自然自由,而是说,没有国家行为,尤其是立法,该权利就不能或者不能有效地行使。^③这种区分让人不由想起耶林内克提出的法律自由(rechtliche Freiheit)和自然自由(natürliche Freiheit)的二分法。一方面,自然自由虽然能被置于法律规范的统治之下,但不能被消灭。即使存在禁止性规范,自然自由仍然可以实现。禁止不能使被禁止的行为变得不可能,而只能使这一行为变得违法。另一方面,法律也能为个人的行为能力添加一些个人并不天然拥有的东西,它可以赋予个人要求承认其行为为合法行为并据此获得国家保护的请求权,这一活动永远只能通过不受个人意志左右的国家决定来进行。个人总是能够进行两性结合,但只有符合客观法所规定的条件的两性结合才能成为婚姻;个人也总能在死亡之际作出某种处分,但只有按照法律规定作出的处分才能成为遗嘱。^④耶林内克认为自然自由和法律自由在法律上的后果是不同的,即可为与能为的区别。自然自

由只有可为、不可为之分,法律无法让其不能。而法律自由是能为、不能为之分,法律无法让其不可为。比如合同自由是法律自由,因为“说无行为能力人不可以缔结合同是错误的,他只是不能缔结合同。无论他怎么做都不能成立任何合同,他自认为的法律行为并不存在,他只实施了一个法律上的无效行为。”^⑤因为那些与不能为相冲突的行为在法律上并不存在,它们不涉法。欲使这些行为成为涉法行为,就必须明确地由法律承认天然的能为。这一过程以如下方式进行,个人的行为能力被扩展,个人被明确地赋予自己尚不具备的能力,个人按照自己的利益要求国家的认可和作为。但这种能力不是许可的结果,而是授权的结果,由法律授予的涉法能力的总体构成了法律上的能为。^⑥在区分可为与能为的基础上,耶林内克进而提出了许可与授权的概念。许可与可为直接涉及个人与他人之间的关系,授权与能为直接涉及创设权利的整体及其成员之间的关系,这种关系主要是国家与个人之间的关系。^⑦但是,耶林内克思想的极端在于,他认为,所有的主观公法权利永远只能以能为为内容。^⑧即主观公法权利不是自然自由,都是法律自由。对此,可能施米特的分类更值得接受。诚如前述,施米特区分了真正的基本权利和制度。但是在这两者之间还有一种情形,就是与真正的基本权利相对的国家公民权利,它并非属于所有人,而只是针对一国国籍的享有者。它处理的是一国国内有限的政治参与权,比如请愿权、选举权。同样不属于真正基本权利的还有个人要求国家积极给付的权利,它以国家组织的存在为前提,比如有孩子的家庭要求国家救济的请求权。从上述分类中施米特推导出了不同的保护作用:(1)对于真正的基本权利,对它的干预只能基于普遍性的法律,也

^② 故有些学者将形成保留也称作调整保留(Regelungsvorbehalt)。Vgl. Thomas Wülfing, Grundrechtliche Gesetzesvorbehalt und Grundrechtsschranken, Duncker & Humblot, Berlin, 1981, S. 34.

^③ 同注⑩, Borowski, S. 149.

^④ [德]格奥格·耶林内克:《主观公法权利体系》,曾韬、赵天书译,中国政法大学出版社2012年版,第43~44页。

^⑤ 同注④,第44页。

^⑥ 同注④,第44页。

^⑦ 同注④,第45页。

^⑧ 同注④,第47页。

就是所谓的法律保留。由此,干预只能以适用法律的方式来进行,通过法律本身或者特别法律来直接干预是不允许的。因为这与法治国的法律概念相冲突,也将违背分权原则。^③另一方面,法律保留不仅对行政机关适用,而且也适用于立法者本身,成为其干预基本权利的限制。对自由权的保护不仅限于法律保留,也针对修改宪法的立法。在市民法治国,真正的基本权利属于宪法的本质,只能通过修改宪法才能进行。^④(2)对于个人要求国家积极给付的权利,通常并非直接的请求权,而是要通过执行宪法规定的法律来进行。^⑤宪法的规定对于立法者是一种指针(Richtlinien)。对于公民的政治权利,施密特并没有给予详细的说明,对他来说,这些权利应该和积极给付的权利一样,属于有限的权利。^⑥(3)制度性保障旨在限制立法的形成空间,它主要是防止立法者侵犯制宪者。制度性保障的目的是,立法者在限制制度的时候不能废除该制度。保障的不仅仅是制度的存在,更多是制度的基础和特征,后者是制度在历史发展过程中所形成的典型的和本质的东西。^⑦

当前,学者一般将基本权利分为事实上形成的基本权利(sachgeprägten Grundrecht)和法律上形成的基本权利(rechtsgeprägten Grundrecht)两种,^⑧前者比如生命权、迁徙自由,属于个人的自然属性;言论自由、集会自由属于人的自然交往。后者比如婚姻、财产的所有。Kingreen 和 Poscher 还指出一种中间情形,就是部分由法律形成的基本权利,比如基本法第 9 条第 1 款的结社自由,它不仅保障

一种以任何形式结社或者结伴的权利,而且还培育结社和团体的法律制度以及通过法律秩序形成的结社的类型,比如两合公司、股份公司、合作社等等。^⑨这种区分的意义在于,立法者在面对这两种权利时候的角色和地位是不同的,对于事实上形成的基本权利,立法者是干预者的角色和消极地位,从而称为限制保留(Begrenzungsvorbehalt);对于法律上形成的基本权利,立法者是推动者的角色和积极地位,从而称为形成保留(Ausgestaltungsvorbehalt)。^⑩学者 Wolff 更是区分了自然自由和法律构建的自由之间保护方式的不同。他将自然自由定义为从一开始就没有界限的自由,法律构建的自由则是国家干预的自由。^⑪所以对前者的保护是看干预自然自由的立法是否被允许,对后者的保护又分为两种:一种是存续保护,是防止形成基本权利的立法被废止,另一种是适用保护,是防止形成基本权利的立法被不适用或者被违宪地错误适用。^⑫

对此,笔者认为,首先,自然自由和法律自由的二分对于解释哪些基本权利需要立法来形成是有帮助的,但是也必须注意到,这里面仍然存在程度的差别。有些基本权利不可能天然存在,只能是法律构建的结果,比如财产、婚姻。但有些基本权利并非完全无法天然存在,法律构建的只是该权利实现的条件,比如结社自由、广播电视自由,由于这些权利高度依赖组织和程序,所以法律只是形成了这些权利行使的组织和程序条件。^⑬这也就是为什么 Kingreen 和 Poscher 将这些权利称为部分形成的基本权利。其次,立法对于自然自由,只

^③ Carl Schmitt, Verfassungslehre, 9. Aufl., Duncker & Humblot, Berlin, 2003, S. 151f.

^④ a.a.O., S. 177.

^⑤ a.a.O., S. 212f.

^⑥ 同注^⑤, Schmitt, S. 168f.

^⑦ Carl Schmitt, Grundrechte und Grundpflichten, in: ders., Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924~1954: Materialien zu einer Verfassungslehre, Duncker & Humblot, Berlin, 1958, S. 213f.

^⑧ Michael Nierhaus, Grundrechte aus der Hand des Gesetzgebers?—Ein Beitrag zur Dogmatik des Art. 1 Abs. 3 GG, AöR 116, S. 83.

^⑨ 同注^⑧, Kingreen & Poscher, S. 57.

^⑩ Christian Bumke, Der Grundrechtsvorbehalt: Untersuchungen über die Begrenzung und Ausgestaltung der Grundrechte, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1998, S. 180.

^⑪ Gertrude Lübbecke-Wolff, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte: Struktur und Reichweite der Eingriffsdogmatik im Bereich staatlicher Leistungen, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1988, S.98, 103.

^⑫ a.a.O., S. 91, 104.

^⑬ 同注^⑩, Degenhart, S. 283~284.

是被授权去干预,立法无权触及基本权利的保护范围,即决定某种行为是否受自然自由的保护,所以对这种干预性立法的审查是审查它是否违反了基本权利的外在限制条件,比如比例原则。但立法对于法律自由,是形成其保护范围,所以对这种形成性立法的审查是审查它是否违反了基本权利的内在限制。再次,自然自由和法律自由的二分只能用来解释自由权,但对于社会权、参政权乃至程序权却是无能为力的。实际上,社会权、参政权、程序权都属于施米特所说的国家公民的权利,它们不是先于国家存在的,而是高度依赖国家存在的,都具有形成的必要性。至于平等权,因为其没有保护范围,当然也就不存在形成的空间。^⑤

三、基本权利形成的过程——以财产权为例

基本法第14条第1款第2句授权立法者去形成财产的内涵,这使得财产具有了法律依赖性。原因就在于,不存在自然的预先给定的财产保障的范围。^⑥典型的例子就是知识产权,因为不像动产和不动产是有形的,知识产权的范围只能通过法律规定来形成。对此,学者Leisner认为,因为大多数有财产价值的法益并无法自然地区分开,所以首先需要确定内涵,从而赋予其成为法律上财产资格。财产资格不能等同于自然存在的法益。这里需要区分三种类型:(1)自然可区分的法益。后者比如动产,因为它们可以在法外进行区分并且可支配。(2)本质上无法区分的法益,后者比如

不动产,立法者必须通过区隔赋予其财产资格,这成为物权形成的前提(比如划界、登记册)。(3)法律上可识别的法益,比如债权等无形的法益。专利、商标等都受宪法上财产的保护,但前提是立法者进行了内涵确定。^⑦上述三类中,自然可区分的法益,无需立法者进行内涵确定,立法者仅仅是进行限制。无法区分的和无形的财产都需要立法者进行内涵确定。

基本权利的形成与限制的区分在财产权上体现的最为明显,主要就是如何解释《基本法》第14条第1款第2句中的“内涵确定(Inhaltsbestimmung)”和“限制确定(Schrankenbestimmung)”。对此,联邦宪法法院只是指出内涵确定必须是普遍和抽象地规定权利义务,^⑧并没有给出明确的标准。所以,学者们提出了各种各样的标准。比如Ramsauer认为,内涵确定是规制财产所有人未来的权利义务,而限制确定是干预已经存在的财产权。^⑨但是,Appel认为,这种区分是不可能的,因为改变也可以产生事后的形成力,从生效开始改变了旧的财产所有者的法律地位,这对于旧的财产所有者而言也是与未来有关的,即具有内涵规定性质。为此,改变并非纯粹的限制确定,而总是同时伴随着内涵确定。^⑩学者Timm和Lubberger都认为,私法秩序在内涵确定意义上形成财产关系,而公法基于公共利益对财产的内涵进行限制。^⑪但这就等于否认了公法上对财产权的形成。Bender将是否扩大了财产所有者的行为可能性或者施加了作为义务还是对其施加了忍受和不作为义务作为内涵确定和限制确定的

^⑤ a.a.O., S. 284.

^⑥ Markus Appel, Entstehungsschwäche und Bestandsstärke des verfassungsrechtlichen Eigentums: Eine Untersuchung des Spannungsverhältnisses zwischen Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG und Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG auf Basis der Eigentumsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Duncker & Humblot, Berlin, 2004, S. 89ff.; Ansgar Grochtmann, Die Normgeprägtheit des Art. 14 GG: Konsequenzen für die Eigentumsdogmatik, 2. Aufl., Duncker & Humblot, Berlin, 2010, S. 25.

^⑦ Walter Leisner, Eigentum, in: Josef Isensee und Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VIII, C.F.Müller, Heidelberg, 2010, S. 307.

^⑧ BVerfGE 58, 330; 50, 339f.; 52, 27; 72, 77.

^⑨ Ulrich Ramsauer, Die faktischen Beeinträchtigungen des Eigentums, Duncker & Humblot, Berlin, 1980, S. 73f.

^⑩ 同注^⑨, Appel, S. 272.

^⑪ Charlorte Timm, Eigentumsgarantie und Zeitablauf, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1977, S. 48; Andreas Lubberger, Eigentumsdogmatik: Gegenwärtige Probleme der systembindung und Rechtsanwendung, dargestellt am Beispiel des Denkmalschutzrechts, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999, S. 257ff.

分界线。^{⑤7}但是, Wendt 针锋相对地认为, 财产权的内涵规范是普遍的和义务中立的, 而限制规范则是为宪法所保护的财产施加作为、不作为和忍受义务。^{⑤8}

财产的内涵确定是指确立财产客体的标准和进行归类, 财产的内涵确定不涉及财产客体的使用和使用可能性。后者经常是与财产的限制相联系的, 新的物权的引入, 比如住宅财产或者修建权属于财产权的内涵确定。^{⑤9}再比如, 矿藏财产的例子, 一方面将其从不动产中剥离, 另一方面对其进行归类。反之, 建筑规划并非法律在构建财产的内涵, 因为它是在扩大或者限制财产所有人的行为空间, 即允许或者确定对其地皮的使用。^{⑥0}与个别 - 具体的征收不同, 财产权的内涵确定还有一种表现形式就是一般 - 抽象地废除某种财产权, 这被称为革新 (Umgestaltung)。立法者既然可以形成财产权的内涵, 当然也可以对已经形成的内涵进行革新, 这种革新主要通过修改法律来进行。比如北威州的《一般山岭法》规定了矿藏所有者对于地皮的优先购买权, 因为该地皮对于矿藏企业的运营是必要的。但是 1982 年生效的《联邦矿藏法》没有规定该优先购买权, 据此消灭了之前存在的优先购买权。^{⑥1}

四、基本权利形成的限制

基本权利形成的悖论在于, 形成基本权利的立法者本身又要受到基本权利的约束。由于立法者享有比较宽泛的形成自由, 对这种形成自由进行限制就显得尤为重要, 只有这样, 立法者的形成自由才不会变成恣意。

(一) 基本权利形成的限制

1. 形式上的限制。

形式上的限制主要是指形成基本权利的立法必须是形式上的法律。在我国就是指全国人大及其常委会制定的以《XX 法》为名的法律。至于法律以下的立法为什么不能形成基本权利? 因为按照重要性保留的理论, 基本权利形成是使基本权利的本质变得可见以及形成基本权利的前提条件, 比如有效的组织, 属于对公民重要的事务, 自然应当保留给法律来进行。^{⑥2}

2. 实质上的限制。

(1) 比例原则。比例原则对基本权利形成的主要体现在: 第一, 妥当性原则, 立法者的形成要符合基本权利的本质或者核心, 比如婚姻的核心是一男一女原则上不能解除的共同生活,^{⑥3}结社的核心是自由的联合和自我决定,^{⑥4}如果立法者允许一夫多妻或者授权强制性的结社, 这种形成就是违宪的。第二, 必要性原则。在基本权利限制中, 必要性原则表现为最小侵害性。但在基本权利形成过程中, 既然基本权利的保护范围尚未确定, 还谈不上对有待形成的基本权利自身的侵害, 只能说不要侵害到第三方的基本权利或者说对第三方的基本权利的侵害降到最小。比如形成某个基本权利的保护范围的时候侵入了另一个基本权利的保护范围。第三, 均衡性原则, 这个涉及到内涵需要权衡的基本权利, 比如德国联邦宪法法院要求立法者在形成财产权的时候要考虑财产的私使用性和社会义务性。联邦宪法法院甚至指出, 立法者形成的财产范围越宽, 那么它的社会关联性和社会功能就越多。^{⑥5}

(2) 基本权利的核心。立法者的形成不仅要防止基本权利陷入空转, 而且要使自由的行使变得可

^{⑤7} Bernd Bender, Sozialbindung des Eigentums und Enteignung, NJW 1965, 1297f.

^{⑤8} Rudolf Wendt, Eigentum und Gesetzgebung, Joachim Heitmann Verlag, Hamburg, 1985, S. 157f., 291.

^{⑤9} Jürgen Eschenbach, Der verfassungsrechtliche Schutz des Eigentums, Duncker & Humblot, Berlin, 1996, S. 640.

^{⑥0} Ulrich Hösch, Eigentum und Freiheit: Ein Beitrag zur inhaltlichen Bestimmung der Gewährleistung des Eigentums durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG, Mohr Siebeck, Tübingen, 2000, S. 239.

^{⑥1} BVerfGE 83, 201ff.

^{⑥2} Peter Lerche, Vorbehalt des Gesetzes und Wesentlichkeitstheorie, in: Detlef Merten und Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band III, C.F.Müller Verlag, Heidelberg, 2009, S. 314.

^{⑥3} BVerfGE 10, 66.

^{⑥4} BVerfG, NJW 2001, 2618.

^{⑥5} BVerfGE 53, 292.

能。比如婚姻虽然不以生育为前提,但是婚姻旨在构建一种生育的可能性,或者说,将培育孩子作为一种框架条件。所以基本法第6条第1款对婚姻的保护不是在保护两个成年人,而是在保护社会更新的潜在能力。^⑥立法者如果将同性伴侣也界定为婚姻的保护范围就违背了婚姻的核心。婚姻和同性伴侣关系的本质区别就在于,后者缺乏生育和培养后代的潜在能力。对此无法说,通过修改法律使同性伴侣具备这种能力,比如共同收养小孩。因为通过收养,同性伴侣尽管可以对培养下一代作出贡献,但是不及于生育,而孩子的早期培养处于中心位置。婚姻对于孩子来讲,是生活、经验和培育的最优空间。^⑦同时,婚姻和家庭对个人的社会化具有特殊的意义。^⑧正是因为婚姻和同性伴侣存在这样的差别,所以将同性伴侣排除在婚姻的保护范围之外并不构成对前者的歧视。

(3)基本权利的内在限制(*grundrechtsimmanenten Schranken*)。立法者在形成基本权利的时候,要受到基本权利内在限制的限制,因为内在限制就是保护范围的界限,这些界限要么是宪法直接规定的(有时称为宪法直接限制,*verfassungsunmittelbaren Schranken*),比如德国《基本法》第8条第1款前半句规定,所有德国人均享有不携带武器进行和平集会的权利;要么是不成文的,比如禁止权利滥用。由于基本权利的内在限制并非立法者赋予的,所以不会造成立法者自我设限的后果。基本权利的内在限制除了可以分为成文的内在限制和不成文的内在限制外,根据学者的研究,还可以分为普遍的内在限制和部分的内在限制,前者对所有基本权利都适用,包括:基本权利的行使能力(*Grundrechtsausübungsfähigkeit*)、明显危害社会

行为的禁止、暴力禁止、尊重他人的财产、禁止权利滥用、恶意禁止、一般的权利丧失。^⑨后者仅对某个基本权利适用,比如,对于宗教文化自由、封闭空间内的集会自由和艺术自由来说,《建筑法》构成其内在限制。礼拜和集会要以对教堂和集会空间没有造成伤害为前提。^⑩

(二)违宪的基本权利形成的后果

如果立法者在形成基本权利的时候违反了上述界限,该如何处理?德国的通说认为,违宪的基本权利形成就构成对基本权利的干预,这被称为翻转理论(*Umschlagtheorien*)。^⑪即基本权利形成和基本权利干预是对立的概念。对此,笔者无法苟同。因为基本权利形成的违宪就意味着立法者所确定的保护范围不应该是基本权利的保护范围,也就是说,此时,立法者形成的东西是在基本权利的保护范围之外。那么这就谈不上是对基本权利保护范围的干预。因为干预必须是对落入了保护范围的行为,或者说,对应受基本权利保护的行为的妨碍。反之,立法规定的东西已经超出了基本权利的保护范围,怎能谈得上是干预呢?更何况,干预还需要经过正当化,一个超出了基本权利保护范围的立法又如何对其进行正当化呢?所以,笔者更加认同学者 Ruck 的观点,如果一个形成不适当,也就是没有发挥功能,并不具有干预的性质。形成不会翻转为不允许的干预,否则教义是不融贯的。^⑫实际上,基本权利形成主要受基本权利内在限制的限制,因为内在限制就是为保护范围划定界限的,违宪的基本权利形成仅仅就是违宪,违反了内在限制并不会因此就变成了外在限制。

另外一个值得思考的问题是,如果立法者不形成基本权利的话会有什么后果?笔者认为,既然

^⑥ Jörn Ipsen, Ehe und Familie, in: Josef Isensee und Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VII, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2009, S. 438~439.

^⑦ Udo Steiner, Schutz von Ehe und Familie, in: Detlef Merten und Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band IV, C.F. Müller, Heidelberg, 2011, S. 1253.

^⑧ Heinhart Steiger, Verfassungsgarantie und sozialer Wandel: Das Beispiel von Ehe und Familie, VVDStRL 45 (1987), S. 76.

^⑨ Detlef Merten, Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken, in: ders./Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band III, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2009, S. 212~239.

^⑩ Karl August Bettermann, Grenzen der Grundrechte, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1968, S. 8.

^⑪ 同注^③, Gellermann, S. 364~365.

^⑫ 同注^⑦, Ruck, S. 550.

某些基本权利需要立法者来形成保护范围,如果立法者不去立法形成,那么直接导致该基本权利无法受到有效的保护,所以,立法者对于那些需要形成的基本权利负有形成义务,违反这种形成义务将导致立法不作为的违宪。^⑭因此,所谓立法者的形成自由只是形成何种内容的自由,而非是否形成的自由。

五、余论

近年来,我国法学界围绕《宪法》第9条第1款“自然资源国家所有”的内涵产生了激烈的讨论。一方面,多个地方出现的公民因拾得或者发现“狗头金”、“乌木”而产生的私有还是国有的争议,反映了公有制的内涵亟需法律的形成;另一方面,2012年《黑龙江省气候资源探测与保护条例》规定风能、太阳能属于国家所有,则凸显出立法者在形成公有制的过程中是否受约束的问题。

上述问题能否通过基本权利形成的理论来解释,首先取决于公有制是否属于一个基本权利。学者大多从《宪法》第9、10条中的“属于国家所有”或者从第13条第1款的“社会主义的公共财产神圣不可侵犯”推导出“国家所有权”或者“公共财产权”的概念。^⑮但是,这显然混淆了客观法与主观权利。因为无论是宪法第9、10条还是宪法第13条第1款都并非主观权利,而是一个客观法。

基本权利的主观性是指基本权利对于某个个体、其生活状况、利益及其自由的意义,反之,如果基本权利规范对于整体,即共同体利益或集体利益的意义为基础,那么它就是客观的。^⑯主观公权利的概念来源于私法上的主观权利。私法上的主观

权利是一种法秩序授予的意志力或者意志支配。耶林从利益法学的立场出发,将主观权利定义为法律所保护的利益。但是,受国家法实证主义的影响,基本权利早期并非主观权利,而是一种限制国家权力的规范。因为如果把基本权利构造为一种针对国家的主观权利的话,将导致国家既是权利的保护者又是义务人的后果。所以, Gerber 和 Laband 都反对基本权利的主观权利属性,因为它没有客体。^⑰ Jellinek 和 Anschütz 采取了调和的做法,尽管并非每一个受宪法保护的自由都是公民的公法请求权,但是从依法行政原则中可以推出个人对于主管机关的违法命令有不作为和撤销的请求权。^⑱直到帝国时代, Bühler 才将主观公权利界定为对个人利益的保护,^⑲并将其与个人从公共利益中的间接获益(反射性利益)相区分。因为公法秩序不仅要保护个人利益,而且也要保护公共利益。对于个人利益,个人可以自由处分并放弃(也就是体现意志力的地方,即所谓的主观性),而对于从公共利益中的间接获益(反射性利益),因为它是客观存在的,个人既无法拒绝也无法放弃。经过 Bühler 的努力,主观公权利就与私法上的主观权利相衔接,前者不过是后者在公法上的反映而已。此后, Bachof 又将主观公权利与诉权相连接,并成为主观诉讼中判断当事人是否具有原告资格的标准。而对于反射性利益的受损,个人无法以个人的主观公权利受损提起主观诉讼,而只能以公共利益受损为由提起客观诉讼(即公益诉讼)。由此,主观公权利和反射性利益就成为公法上个人利益和公共利益的分界线。^⑳而探求主观公权利是否存在的保护规范理论就是要通过对基本权利规范的解释来寻找其中保护个人利益的目的,从而确立基本权利的主观

^⑭ 参见王锴:《论立法不作为的违宪》,载《东吴法学》2007年春季卷。

^⑮ 程雪阳:《中国宪法上国家所有的规范含义》,载《法学研究》2015年第4期。

^⑯ 同注^⑮,第269页。

^⑰ 同注^⑮, Merten, S. 551.

^⑱ Georg Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., Verlag von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1905, S. 103f.

^⑲ Ottmar Bühler, Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, Verlag von W. Kohlhammer, Berlin, Stuttgart, Leipzig, 1914, S. 21, 43.

^⑳ Klaus F. Röhl/Hans Christian Röhl, Allgemeine Rechtslehre: Ein Lehrbuch, 3. Aufl., Carl Hezmanns Verlag, 2008, S. 375.

公权利属性。因此,如果将公有制或国家所有界定为一种基本权利,我们必须确定,这到底是在保护个体的利益还是保护客观秩序或集体的利益。^⑧公有制或国家所有的“公使用性”导致了其更具公共利益的特征,同时,如果将这种带有公共利益性质的公有制建构为国家的“个体利益”,这无异于将公产变成“国家私产”,国家对这部分财产享有主观权利般的“处分自由”,势必违反宪法第9条第1款的“国家所有,即全民所有”的精神。

学者 Bleckmann 建议,制度的核心要合乎宪法的目的,通过目的解释来确定。^⑨ Kloepfer 认为,制度的核心领域需要考虑不同的因素来确定,出发点是制度的历史内涵,因为它是制宪者引入的理由。^⑩

回到制宪史,在1982年宪法以前,《宪法》中对私人财产一般不用“财产”的表述,而是用生产资料、生活资料。^⑪生产资料与生活资料是马克思对财产的最基本的分类。根据《辞海》的解释,生产资料亦称生产手段,是社会生产力中的物的要素,包括劳动资料和劳动对象,其中最重要的是劳动资料中的生产工具。^⑫生活资料即消费资料,是用来满足人们物质和文化生活需要的那部分社会产品。按满足人们需要层次分,有生存资料(如衣、食、住、用方面的基本消费品)、发展资料(如用于发展体力、智力的体育、文化用品等)、享受资料(如高级营养品、华丽服饰、艺术珍藏品等)。按使用时间长短分,有一次或短期使用的普通消费品和可供长期使用的耐用消费品。^⑬马克思认为,生产资料和生活资料应当具有不同的所有权形式。生

活资料可以是私有的,而且必须是私有的,只有这样才能达到真正为劳动者所消费的目的。然而,生产资料虽然长期以来是私有的,但是这种私有却导致了劳动者对劳动产品的丧失,导致了不劳动者对劳动者的剥削,所以,生产资料的私有是一切“罪恶”的根源,在道义上是不能够被接受的。马克思主张,为了消除剥削,生产资料应当是公有的。正是基于此,马克思不以生活资料的分配原则来划分所有制形式,不在所有制意义上讲生活资料。在马克思眼里,所有制,无论是私有制还是公有制,都是针对生产资料而言的。这是我们在讨论公有制的时候不能脱离的历史和理论背景。

我国《宪法》第6条规定,中华人民共和国的社会主义经济制度的基础是生产资料的社会主义公有制,即全民所有制和劳动群众集体所有制。国家在社会主义初级阶段,坚持公有制为主体、多种所有制经济共同发展的基本经济制度。第7条规定,国有经济,即社会主义全民所有制经济,是国民经济中的主导力量。第12条规定,社会主义的公共财产神圣不可侵犯。我们必须了解,无论是公有制为主体还是国有经济是主导力量,乃至社会主义公共财产神圣不可侵犯都是针对生产资料的公有制而言的,而之所以要确立生产资料公有制的主导地位和神圣性,就在于防止生产资料私有制所带来的对劳动者生活资料的剥削。这就是社会主义公有制的制度核心,即首先针对生产资料,其次防止出现剥削。由此,立法者在形成公有制的时候就需要考虑:(1)该财产是否具有生产资料属性;^⑭(2)该财产的私有化是否易产生剥削的

^⑧ Robert Alexy, Grundrechte als subjective Rechte und als objektive Normen, in: ders., Recht, Vernunft, Diskurs : Studien zur Rechtsphilosophie, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1995, S. 277.

^⑨ Albert Bleckmann, Allgemeine Grundrechtslehren, 2. Aufl., Heymann, Köln, 1985, § 11 RN 116f.

^⑩ Michael Kloepfer, Einrichtungsgarantien, in: Josef Isensee und Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band IX, C.F.M ü ller, Heidelberg, 2011, S. 935.

^⑪ 1978年宪法第9条:国家保护公民的合法收入、储蓄、房屋和其他生活资料的所有权。1975年宪法第9条第2款:国家保护公民的劳动收入、储蓄、房屋和各种生活资料的所有权。1954年宪法第8条第1款:国家依照法律保护农民的土地所有权和其他生产资料所有权。第9条第1款:国家依照法律保护手工业者和其他非农业的个体劳动者的生产资料所有权。第10条第1款:国家依照法律保护资本家的生产资料所有权和其他资本所有权。第11条:国家保护公民的合法收入、储蓄、房屋和各种生活资料的所有权。

^⑫ 夏征农:《辞海》(缩印本),上海辞书出版社1999年版,第2088页。

^⑬ 同注^⑫,第1119页。

效果,当然产生剥削效果的前提是私人具有垄断该财产的可能;(3)该财产的私有比例是否超过了该财产的公有比例,从而使该财产的公有制丧失了主体地位。因为自1988年修宪之后,生产资料的私有制也为宪法所允许,只要不影响该领域生

产资料公有制的主体地位即可。据此,乌木和狗头金根本不具有生产资料的属性,因为其观赏价值远远超过了其生产价值,不宜规定为国家所有。风能、太阳能虽然具有生产资料的属性,但私人不具有垄断的可能,也不宜规定为国家所有。

^⑧ 德国法上认为,生产资料(Produktionsmittel)是指事实上和法律上能够获得和产生利益,即具体的物质产品的手段,包括建筑物、机器、原材料和专利、商标。有争议的是,整个经济企业,比如贸易、银行、保险、交通企业是否包含在内,根据基本法第15条的发生史,它针对的是关键性的工业,而非服务性的企业。Vgl. Volker Epping/Christian Hillgruber (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 2. Aufl., C.H.Beck, München, 2013, S. 504. 需要注意的是,由于德国基本法第15条将土地、自然资源和生产资料并列,所以其生产资料的范围比我国要小。