

Dennis Patterson

[美] 丹尼斯·帕特森 编

汪庆华 魏双娟 等 译

汪庆华 校

A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory

布莱克维尔 法哲学和法律 理论指南

上海人民出版社

Dennis Patterson

[美] 丹尼斯·帕特森 编

汪庆华 魏双娟 等 译

汪庆华 校

A Companion to Philosophy of
Law and Legal Theory

布莱克维尔 法哲学和法律 理论指南

图书在版编目(CIP)数据

布莱克维尔法哲学和法律理论指南/(美)帕特森
(Patterson, D.)编;汪庆华等译. —上海:上海人民
出版社,2012

书名原文:A Companion to Philosophy of Law and
Legal Theory

ISBN 978-7-208-10910-0

I. ①布… II. ①帕… ②汪… III. ①法哲学-研究
②法学-研究 IV. ①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 186029 号

责任编辑 于力平

封面装帧 人马艺术设计工作室·储平

布莱克维尔法哲学和法律理论指南

[美]丹尼斯·帕特森 编

汪庆华 魏双娟 等译

汪庆华 校

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.cc)

世纪出版集团发行中心发行

常熟新骅印刷厂印刷

开本 720×1050 1/16 印张 39.75 插页 4 字数 580,000

2013 年 1 月第 1 版 2013 年 1 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-208-10910-0/D·2124

定价 85.00 元

序 言

丹尼斯·帕特森(Dennis Patterson)

本书是关于法律和法学理论的当代主题的文集,本序言的目的是对此作一导读。本书所收录的每篇文章都对这一主题作出了贡献。在这篇序言中我有两个目标。第一,我将讨论一下本书的整体计划;第二,我希望对读者就本书说几句。

从一开始,编者和出版者的目标就是汇集当代法理学领域最出色的学者,并通过对当代法律理论中的关切的介绍来解决这一领域的鲜活问题。我们要求每位作者不仅要对他们被分配的专题进行综述,而且在合适的时候,要表明他们本人对于所讨论问题的观点。简而言之,编者和出版者的目的在于提供一个对初学者和其他已入行的职业人都有所启发的简明词典。关于读者对象的问题有两个方面。首先,这本书毫无疑问是美国视角的。这要归因于编者和本书的绝大多数作者都是美国的法学家。其次,恰恰是学生视角,被美国法学院中可观的学生人数所驱动的学生视角决定了本书中绝大多数文章的方向。

在当代的美国法学院中,我们很难接触到任何不带有严重的理论倾向的主题。比如说,在法学院的第一学期,学生们几乎被理论视角的各种问题炮轰得头昏眼花。从哲学到经济学到批判理论都是美国法律教科书和美国法学教授们教学方式的重要组成部分。迄今为止,还不存在能满足初入法学院学生需要的一卷本著作,让他们可以很快掌握作为法学一年级学生经历的那些既广阔又多元的理论途径。而本书的设想就是对这种情景作出回应。如果一年级法学院的学生会觉得本书是对他们的案例教科书和法学院一年级的其他材料的有益补充,那么编者的预期也就得以实现了。

我为此感谢所有的作者,他们为本书贡献了时间和才华。本书中的很多篇章在其教学的深度和思想表达的原创性方面都令人叹为观止。

我还要感谢布莱克维尔出版社的编辑斯蒂芬·钱伯斯(Stephan Chambers)和史蒂夫·史密斯(Steve Smith)对本书保持的耐心和持久的支持。

(汪庆华 译)

目录

1	序言
1	第一部分 法律部门
3	第一章 财产法
24	第二章 契约
58	第三章 侵权法
82	第四章 刑法
99	第五章 国际公法
116	第六章 宪法和宗教
129	第七章 宪法与解释
142	第八章 宪法与隐私
159	第九章 宪法与平等
175	第十章 证据
186	第十一章 比较法
201	第十二章 制定法解释
211	第十三章 冲突法
225	第二部分 现代诸学派
227	第十四章 自然法理论
244	第十五章 法律实证主义
264	第十六章 法律现实主义
284	第十七章 批判法学
295	第十八章 后现实主义与法律程序

306	第十九章 女权主义法理学
315	第二十章 法律经济学
337	第二十一章 法律形式主义
348	第二十二章 19—20 世纪德国的法哲学与法律理论
359	第二十三章 马克思主义法理学
370	第二十四章 解构主义
378	第二十五章 后现代主义
388	第二十六章 法律实用主义
399	第三部分 法律和各学科
401	第二十七章 法律人类学
411	第二十八章 法律社会学
427	第二十九章 法律与神学
442	第三十章 法律与道德
455	第三十一章 法律与文学
467	第四部分 各论题
469	第三十二章 守法义务
480	第三十三章 道德的法律实施
493	第三十四章 不确定性
508	第三十五章 先例
519	第三十六章 惩罚与责任
529	第三十七章 忠诚
538	第三十八章 融贯性
558	第三十九章 福利国家
567	第四十章 法学
578	第四十一章 法律的权威
588	第四十二章 类比推理
596	索引
627	译者后记

第一部分 法律部门

第一章 财 产 法

杰里米·沃尔德伦 (Jeremy Waldron)

财产法的哲学思考包含两类问题。一类是分析性问题，即财产法中一些最重要的概念的含义和用法，如“私有财产”(private property)、“所有权”(ownership)以及“物”(thing)等。另一类是规范性或者正当性问题。众所周知，财产法涉及的是个人有权利对资源——一个国家的土地和物质财富——的使用做出决定，而不必考虑社会上可能受到影响的其他人的利益和愿望。那么，概括来说，赋予人们这种权利的合理性何在？具体而言，哪些原则赋予了将特定资源分配给特定的所有权人以合理性？当然，这两类问题是相关的，因为那些加深我们对“所有权”这样的概念进行分析性理解的要点，也会使我们更加清楚，当正当性问题提出来后，其关键点何在。

分析性问题

对“私有财产”和“所有权”等概念进行界定的任何努力都面临着这样的风险，要么过分简化财产法的复杂性，要么在技术性细节的迷宫中丧失对一些更大问题的把握。实际上，一些法学家认为这类概念是不可定义的，而且在很大程度上也是可有可无的(参见 Grey, 1980)。他们认为，称某个人为某些资源的“所有权人”(owner)，并不能传达任何有关她(或者他人)与该资源之间权利关系的确切信息；作为公司的所有权人不同于作为自然人所有权人；与汽车所有权人相比，知识产权的所有权人享有不同的权利集合；即使针对同样的资源，没有在其财产上设定任何第三人权利的土地所有人的权利(和义务)，与居住在自己地产上的抵押人的权利(和义务)相比，存在着更大的区别。

不过，要是一个人足够耐心，有可能为这个领域构建出一幅相当清晰的概念地图，它既尊重法律技术专家对法律细节的敏感，也尊重哲学家对一套能服务于有关

正当性辩论之焦点的、便于理解的“理想型”的需要。(参见 Waldron, 1986, pp. 26—61)

4 财产权的客体

我们首先从某种本体论入手。财产法是关于各种物以及我们彼此之间在对物的使用和控制中相互关系的法律。“物”包括哪些种类?当然,像苹果、汽车这样的有体物(material things)是一种,但是,财产从未限于那些有形物体。房地产(real estate)提供了一个很有意思的例子。可活动房屋是一种物,该活动房屋所在的地块同样也是一种物。然而在法律上,土地不是有形物体。人们倾向于将土地等同于活动房屋所坐落的土壤和岩石,但是,取走任何量的土壤和岩石,这块土地依然存在。所以,[财产法中的]土地更像是土壤、岩石以及实际上活动房屋所位于的一个空间区域或者地球表面的一部分。知识产权是无形物的另一个例子。我的麦当娜音乐光盘,与你的麦当娜音乐磁带是不同的有体物。但是,它们包含同样的歌曲,这些歌曲本身——旋律以及歌词——可以被视为物,就像苹果和汽车一样,可以在其中存在财产权利。

第三类无形物与法律关系本身的“债权让与”(reification)*有关。如果珍妮弗(Jennifer)欠萨拉(Sarah)50 英镑,而萨拉对珍妮弗还钱失去了信心,她或许会接受专门从事讨债业务的布朗温(Bronwen)支付的 30 英镑,而作为回报,布朗温获得了向珍妮弗索偿 50 英镑的权利(如果她能讨回)。自然可以说,萨拉将其债权卖给了布朗温,因而该债权是萨拉拥有的一个物,她甚至可以在布朗温没有出现时就处置它。用来表示这类物的法律术语是“诉讼上的动产”(choses-in-action)(更复杂的诉讼上的动产还包括支票以及公司股份)。现在,为某些目的起见,将这些“诉讼上的动产”看作是财产法上的适当主题或许是有帮助的,但是一般来说,诉讼上的动产并不会像土地、知识产权和有体动产(material chattels)那样带来财产哲学上的重要问题。一篇文章、一块土地和一部汽车作为物的存在,其本身不依赖于法律,针对这些物做出某些判定、解决纠纷等,才需要法律。相反,“诉讼上的动产”只有在法律已经以某种特定方式解决了某一特定纠纷时,才得以存在。因而,诉讼上的动产引起的哲学问题更宜被视作是契约法或者公司法上的问题,而不是财产法问题。

有体动产、土地和知识产权在本体论上的区别,对于正当性问题有重要影响。

* 在英美商法中, reification 指的是以书件形式表现出来的求偿权,该书件转移的时候,求偿权随之转移。中文的“债权让与”比 reification 包含的内容要更为宽泛。——校者注

从某些方面看来,就智力成果主张个人财产权,要比就一块土地主张个人财产权有更充分的理由。在某种意义上,我原创的一支曲子不过是我的意愿和智力的产品。要不是我的创造,这首曲子可能永远不会存在;对我以自己的著作权获取利益不满的任何人都必须承认,即使我从未创作这首曲子,因而我也根本没有对它获得某种权利,她的生活也不会变得糟糕。相反,一块土地本身只是自然的存在,并非人类的产品或者发明。或者,如果我们将一块土地界定为一处空间区域,那么它是任何个人活动之前的**既定存在**;它是人类生存和活动的既定框架(given framework)的一个组成部分。

知识财产与非知识财产在其他方面的对比,似乎在相逆的方向上起作用。对可以利用的智力成果进行的有关财产权限制,与对土地或者其他如椅子等的有体物进行的有关财产权限制,其**必要性**是不一样的。如果你已经把 Blackacre 用作板球比赛的场地,那么我就没有办法同时在那里踢足球;而且两个人很少可以同时占据一把椅子,而不带来灾难性后果。但是,如果我演奏或者录制了他人创作的一支曲子,我并没有造成曲作者或者他人无法同时使用该曲子,或者妨碍了他人的使用。一首歌不会像一块土地或者一把椅子那样,会因占据的人多而变得拥挤,也不会因使用而有所损坏。但我有可能确实妨碍了歌曲的作者从其创作中获取利益。然而,这避开了财产权问题——因为作者只是通过利用其对曲子享有的财产权所赋予的权利来获益,那种权利即禁止那些拒绝支付报酬的人使用该曲子。

财产制度的类型

当我们讨论不同类型客体中的财产权引起的正当性问题之时,能够理解私有财产制的主要的替代性制度是很重要的。

首先是“财产”与“私有财产”之间的区别。它们之间的区别就是“属”(genus)和“种”(species)的区别。“财产”是属概念(generic concept),可以用来指规范人们获得、使用以及对物进行控制的任何规则制度,不管是有体物还是无体物、自然生成之物还是人造之物。借用大卫·休谟(David Hume)的观点,我们可以说任何在获得、使用与控制方面可能产生争议的物都需要财产规则,尤其是那些相对于人们的需求而言比较稀缺的物[Hume, (1739)1888, pp. 484—498]。关于谁去使用或者控制这些事物的争议很可能是很严肃的,因为资源的使用事关重大,人们的生计和享乐都与之息息相关。因而任何希望避免激烈冲突的社会,都需要制定一套规则以防范这类争议。这些规则的重要性无论怎样高估都不为过,因为它们为社会经济提供了法律框架。没有这些规则,计划、合作、生产和交换实际上是不可能的,

或者只能以在“黑市”上所见到的那种可怕、不完整的形式存在,而在黑市上没有什么可以信赖。法学家们经常以这些必要性为基础来论证私有财产制度的正当性,但是,直到现在他们所做的也不过是确定了制定财产规则的必要性。在接下来的分析中我们必须牢记,一些社会已有千年历史,尽管它们没有关于土地或者其他重要经济资源的私有财产制度或者类似的什么制度,但它们也满足了其全部成员的需求。

我说过,“财产”是一个属概念,从财产制度的安排上可以进一步分为三个大种类:公共财产、集体(或者国家)财产,以及私有财产。

- 在公共财产(common property)这种制度安排中,管辖资源的规则的目的是让
- 6 社会的所有成员或者任何成员都有机会使用这些资源。比如说,一块公共所有的土地可以被该社区的任何人用来放牧或者采集食物。公园也对所有进行野餐、体育运动或者休闲的人开放。对于这类财产的使用所进行的任何限制,只不过是确保了所有成员都有享用的公平机会,并防止任何人以妨碍他人使用或者获得使用机会的方式利用该公共财产。

而集体财产(collective property)则完全是一种不同的观念。在集体财产制度中,资源并非向所有人都开放,而是由作为一个整体的社群(community)决定如何使用资源,这些决定是通过该社会的集体决策机制在社会利益的基础上制定的。决策机制的实际做法部分地取决于具体的社会制度,可能是部落长老们不慌不忙的讨论,也可能是像实施苏联式“五年计划”的官僚式决策(在现代社会,集体财产实际上等于国家财产,这样的制度通常被称作社会主义)。它还取决于一个社会中关于社会利益的主导观念——比如说,是将所有人平等地享受福利看作社会利益,还是将多数人的最大快乐或者促进某些未来目标(例如国家的荣耀、文化的繁荣或者快速工业化)看作社会利益所在。

私有财产(private property)是区别于公共财产和集体财产的另一种制度。在这种制度安排下,关于财产的全部规则都是围绕着这样一个观念组织起来的:任何为人所竞争的资源被认为是彼此相互独立的客体,它们已经被分配而受制于某个特定的个人(或者家庭、企业)的决策权威。根据私有财产制度的原则(比如,发现者取得财产或者生产者获得财产的原则等)而获得给定客体的人对该项客体拥有控制力:由她决定该如何处置。在行使这项权威的时候,她并不被认为是作为社会的代理人或者官员而行事。相反,我们说该特定资源是她的财产、属于她、她是它的所有权人;就如她的四肢、肾脏和眼角膜一样,它是她的。她完全可以按照自己个人的意愿决定如何使用该物品,而无须对他人做什么解释,或者如果她愿意,为

了他人与她的利益或者她自己的利益,她也可以与他人达成一项合作安排。更进一步,她有权随心所欲地作出决定,无论她的决定是否会影响到他人。如果珍妮弗拥有一间钢厂,关闭还是继续经营该工厂,这是由她(基于她自己的利益)决定的,即使关闭工厂会严重影响到该工厂工人的就业以及所在社区的繁荣。

尽管可以说私有财产制度实际上是一套个人决策体系,但在下述意义上,它还是一套社会规则体系。所有权人没有被要求依靠自己的力量,就其为何有权针对已分配给她的客体做出决定而进行辩护:其他人所做的妨碍或者抵制她的决定的任何企图,都是在与整个社会的集体力量对抗。如果珍妮弗的工人无视她关闭工厂的决定,而占领工厂使之继续运作,她可以要求警察将他们驱逐出去;她不必自己去驱逐,也无须为警察的行动付费。

有时候当我们讨论这些不同的财产制度——公共财产制、集体财产制和私有财产制——安排之时,好像在谈论组织整个社会的不同方式。我们说苏联是社会主义社会,因为经济上最重要的资源是受集体财产规则约束;而在美国,经济上最重要的资源是由私有财产规则约束。实际上,在现代社会,总有一些资源受公共财产制度的支配(比如街道和公园),一些资源受到集体财产制度的管辖(比如军事基地和大炮),还有一些资源适用私有财产规则(如牙刷和自行车)。甚至在经济上重要的资源中(农村土地、矿产、铁路和工厂等),我们在很多国家都能发现私人所有制和国家所有制的混合,而如何维持这两种制度安排之间的平衡则是政治争吵中一个无休止的主题。

此外,私有财产的所有权人对分配给她的资源进行支配的自由度也存在差别。显然,任何所有权人的自由都要受到行为背景规则(background rule of conduct)的限制:我不能用我的枪去杀害其他人。但这些背景规则不是严格意义上的财产规则。更贴切的例子是区域规划限制和历史遗产保护方面的法律,这些法律实际上等于是把在特定资源使用的某些方面的集体决定,强加于该资源的私有权人身上。比方说,位于历史保护区内的某幢建筑物的所有权人可能得知她可以将该建筑用作店铺、住宅、旅馆,甚至如果她愿意的话可以闲置起来,但是她不得将该建筑拆除,代之以一座后现代风格的摩天大厦。或者,以前面提到的珍妮弗的钢厂为例,所有权人可能会发现法律要求她不得关闭钢厂,除非提前 90 天通知其雇员和当地主管部门。这样,私人所有权也是一个程度问题。在上面这些例子中,我们还仍然可以认为这些历史建筑物和钢厂是私有财产;但是,如果有关其使用的更多方面之决策受到公共机构的控制,我们会更趋向于认为,相关资源实际上受到集体财产制度安排的支配(而其“所有权人”实际上扮演的是社会决策执行者的角色)。

所有权：一束权利

现在我们更为集中地讨论私有财产问题。从技术层面分析，个人对物的使用权包括两个方面。首先，恰如我们已经看到的，这种权利意味着不存在一种必须以某种特定方式或者不能以特定方式使用该物的义务。所有权人可以自由决定并选择占有、使用、改造或者甚至是消耗或毁灭该物的方式，并将其决定付诸实施。其次，私有财产意味着所有权人以外的其他人没有这种自由：他们确实负有某种义务——对所有权人负有的义务——不得占有、使用、改造、消耗或者毁灭该物的义务。当然，他们可以在得到所有权人的同意后使用该物品；但这意味着所有权人全权决定是否禁止他人享用该客体。

所有权人可以允许他人使用她的财产。她可以出借她的汽车、出租她的房屋，或者授予通过她的土地的权利。有时，行使这些权力(powers)的结果是在该客体上创设了另外一种(相对有限的)财产权益，因而所有权中包括的各项自由、权利和权力分散在若干人手中。因此，关于私有财产的法律不仅涉及所有权，还涉及寄托(bailments)、租赁(leases)和地役权(easements)等事项。

更为显著的是，所有权人被合法授予权力，将她在其所有物中的权利整体(包括转让的权力)转让给其他人——作为一种赠予，或者如果她坚持获得某种补偿的话，通过出售的方式，或者作为去世之后的遗产。一旦她这样做了，受让人即处于所有权人的地位；而转让人在该客体上不再享有法律认可的权益。正是因为这种转让权的存在，私有财产制是自我固化的(self-perpetuating)[当然，这与“自我实施”(self-enforcing)不同]。将物首次分配给所有权人之后，社会或者国家不必再关注进一步的分配。物的继续流转将取决于所有权人和他们的后继受让人的意愿和决定。(继承属于例外情形，法律规定了一些补充性规则以防所有权人没有指出其死后谁应接管其财产；不过，即使是这些规则，它们也是按照被继承人通常被预期会做的安排来设计的。)这种财产制度运作方式的结果是，资源既可能广为分散，也可能集中在少数人手中；一些人拥有大量资源，另外一些人却近乎一无所有。作为私有财产制的内在逻辑之一，任何人都没有义务去关注资源分配这一大图景。社会只需承诺，随时随地，强制执行所有权之排他性即可。正如我们将看到的，哲学家们对于这到底是私有财产制度的优点还是其弊端，存在不同的认识。

所以，所有权最为显著的几方面内容有：使用的自由、排他性以及各种转让的权力。一些法学家列举了更多的内容(特别参见 Honoré, 1961)，包括宪法上的征用豁免权(例如，美国宪法第五修正案的规定)以及所有权人为履行判决(例如，为

了偿还债务)而被迫出售其所有物的责任。在这方面进行的分析的表达和细致程度,显然一部分是由于品位问题,另外一部分则取决于在该制度的规范性论证中,什么被认为是最重要的。

正当化的需要

与地球引力不同,法律和制度不是自然世界本身的特征,而是人类的产物,因人类的决定而得以创设并维持,所以就产生了正当性问题。我们无须坚持既有的制度安排;我们集体地在政治上采取行动,可以自主选择对这些制度进行整体或者细节上的改变。当我们一起考虑如何指引并且评价这些选择时,规范性论证也就产生了。

只要维系一种社会制度的能源和财富还可以其他的方式加以利用,那么,现有的社会制度就需要正当性论证。然而,私有财产制度属于一类特殊的制度,这类制度之所以需要正当性论证,不仅因为其运行涉及机会成本,而且还因为这些制度的运行方式看起来——在其表面上——在道德意义上是可以反对的。在这个意义上,私有财产制就如同惩罚制度。惩罚需要正当性,不仅因为投到监狱的钱可以用来办教育,还因为惩罚涉及有意对人类实施剥夺生命、施加苦痛或者剥夺权利等。这些惩罚行为本来是不可原谅的,除非它们在道德上具有压倒性的理由,而我们想知道这些道德上的压倒性的理由是什么。

与此相似,我们为私有财产制寻找正当性,是因为这种制度剥夺了社会对资源的控制,而这些资源对于其成员的福祉极为重要,并且这种制度在特征上,即要求我们以社会强制力防止社会中的许多成员以某种方式或者所有方式利用其生存所需要的资源。前面我已经提到,承认个人转让权的后果之一是,资源逐渐以这样的方式进行分配:少数人拥有大部分,多数人拥有小部分,甚至有相当数量的人一无所有。私有财产制本身包括了这样一种社会允诺:社会将继续用其道德的和暴力的权威来维护所有权人的权利,甚至对抗那些失业者、食不果腹者、无家可归者、无立锥之地者——他们随时会被驱逐。法律权威和社会力量由此会受制于个人对土地和其他资源进行控制的这种专断的分配[制度],这足以产生反对私有财产制的假定。而寻求正当性的过程,就是探究有什么理由可以用来反驳该假定。

有人会认为,随着“事实上曾经存在的社会主义制度”在中欧、东欧和苏联的瓦解,现在探讨私有财产制的正当性已经没有实际意义。在那里,我们看到的不是(那些集体所有制的往昔拥护者)最终对市场和私有财产制必要性的迟到的承认

吗？在那里，我们看到的不是（那些集体所有制的往昔拥护者）对商业、工厂、矿藏、农场和一般生产资料中的私有财产制，而不仅仅是公寓、牙刷以及偶尔冒烟的汽车的私人所有制的迟到的承认吗？

由发生在马克思主义—列宁主义核心地区的这些变化，可以很容易得出结论认为，集体财产制已经名誉扫地，而私有财产制的正当性问题已经不证自明。现在可以把这个问题作为务实的人不再关注的东西，放心地交给哲学家们了。当然，哲学家们仍然会就这个问题讨论得不亦乐乎，不过，他们讨论的方式是如同用外星世界的现实性或者明天太阳是否依然升起等诸如此类的问题那样相互揶揄。

就这样打发这个问题是不对的。考虑一下这个比喻：假设，作为某种世界范围内“报应主义革命”影响的结果，20世纪40年代以来废除死刑的国家都要重新恢复死刑。那样会减少美国人民现在对其社会中的死刑的下述担心——杀人禁忌的弱化、错杀无辜的风险、死刑实施过程中的种族不平等、公众迷恋死刑残酷细节的野蛮性，等等。它可能会使我们对改革前景不再满怀希望，但是，这并没有降低我们从道德角度检讨的需要，检讨这是不是一种我们可以与之一起舒适生活的制度。

10 无论如何，探讨一个制度的正当性不仅仅是为了考虑废除这种制度，更多的时候是为了理解和明智地运作这一制度。这里仍然用惩罚制度进行类比分析。在刑法中，我们研究精神状态(*mens rea*)和严格责任(*strict liability*)，研究行为的正当性、免责事由与减刑情节、精神错乱这种抗辩理由的使用(或者滥用)之间的区别，研究重罪杀人(*felony homicide*)*与故意谋杀(*deliberate murder*)之间的相似性。如果不追问刑事制裁的要义所在，那么以上研究无一能够展开。没有一些关于惩罚与个人责任的哲学考量，刑事法律的学说和原则看起来会像是一种徒具形式语法、没有自身真正内涵的神秘语言。

与此相似，在思考财产权问题之时，除非认识到财产规则(或者，尤其是私有财产规则)的要义所在，否则许多问题和争论便没有什么意义。这样的问题有些是技术性的。比如，防范死手权(*perpetuities*)的规则、土地产权登记的细节、对遗嘱自由的限制，等等——除非将这些规则与下列做法——为什么在个人对资源的控制，或者在个人对资源控制的处分背后设置一定社会权威——结合起来考虑，否则，上述规则就会成为晦涩难解、莫名其妙，只能通过死记硬背才能掌握的密码。

这一点同样适用于那些技术性较弱、更具实质性的问题。美国宪法第五修正

* 重罪杀人指的是在犯重罪时杀人，即使杀人是出于偶然。此外，逃匿重罪现场途中杀人也属于重罪杀人。——校者注

案规定,未经公平补偿不得征用个人财产。显然,这样的[个人]权利则能够防止政府随便没收或征用某人的土地(比如用作射击场或者飞机场)。不过,回想一下我们前面用到的例子:如果国家仅仅对所有权人使用土地施加一定的限制又会怎么样呢?萨拉被告知不得在其拥有的地产上建造后现代风格的办公楼,因为这样做会影响该社区的历史美感。这一限制是否构成宪法第五修正案中应该得到补偿的一种征用(taking)呢?萨拉确实遭受了很大的损失(她当初买这块地可能就是为了进行开发)。但从另一方面看,把施加的任何限制都看成是征用也是愚昧的:虽然我开车不得超过时速 100 公里,但我仍然是汽车的所有权人。

我不认为只是盯着“财产”和“征用”两个字眼就能回答上面这个问题。当然,如果对私有财产为何如此重要,以致值得宪法给予这样的保护没有什么认识,那么,就不可能明智地阐述这个宪法问题(这不同于学习那些只需要死记硬背的各法院相继给出的答案)。保护私有财产制是因为我们怀疑国家与国家机关就资源进行集体决策的能力吗?或者这种宪法保护的目的是,只不过是为了限制以公共利益为由课加于个人身上的种种负担?私人所有权所服务的终极目标与价值直接影响对宪法第五修正案征用条款的解释,以及对财产法上其他法定神圣原则的解释。

正当化的理论

11

现在我们来查看已经提出来的正当性理论。在这个问题上,法理学已经超出了自己的边界,进入了政治哲学,进入了柏拉图(Plato)与亚里士多德(Aristotle)、格劳秀斯(Grotius)与普芬道夫(Pufendorf)、霍布斯(Hobbes)与洛克(Locke)、休谟(Hume)、斯密(Smith)与卢梭(Rousseau)、黑格尔(Hegel)与马克思(Marx)、边沁(Bentham)与穆勒(Mill)以及诺齐克(Nozick)与罗尔斯(Rawls)所参与的辩论。

像私有财产制这样的制度需要两个方面的正当性论证。首先,我们需要证明将物置于个人控制之下这种一般观念的正当性。其次,我们需要证明是某人而不是其他人成为特定资源的所有权人所依据的原则的正当性。原则上讲,同一个论证可以同时实现上述双重任务,因为一些一般性论证的目的不过是放大了的压倒性的分配原则。比如,诺齐克论证私有财产制的合理性基础,不过是某些物天生属于某些人,而我们则必须创设尊重那些特定权利的社会制度,不管这个制度作为整体是否适合更广泛的社会目标。他写道:“凡物临世,必已附着于对其有权属之人。”(Nozick, 1974, p. 160)。他举出的最具说服力的例子是身体器官。我们无须为我的肾脏属于我自己寻求一般社会正当性。它们本来就属于我自己,关于财产