

第5卷·第2辑

北大法律評論

PEKING UNIVERSITY LAW REVIEW

财产权专题

- 高全喜 休谟的财产权理论
陈端洪 排他性与他者化：中国农村“外嫁女”案件的财产权分析
沃尔特 宪法上的财产权条款：在保障和限制间达致平衡
翟小波 对Hohfeld权利及其类似概念的初步理解

论 文

- 白建军 从犯罪互动看刑罚立场
周光权 规范违反说的新展开

评 论

- 洪 浩 陈 虎 论判决的修辞
云昌智 全球市场一体化与国际竞争法——问题、理论以及分析线索初探
张 巍 日本担保物权法修改之初步研究
曾江波 民事善意制度研究
弗里曼 私人团体、公共职能与新行政法

学术书评

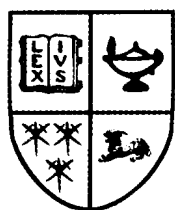
- 梁治平 故纸中的法律与社会
金自宁 《公法与政治理论》：阐释性方法的一个样本

北大讲坛

- 塞尔兹尼克 美国社会与法治



法律出版社
LAW PRESS CHINA



第5卷·第2辑

北大法律評論

PEKING UNIVERSITY LAW REVIEW



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

北大法律评论.第5卷,第2辑/《北大法律评论》编辑
委员会编. —北京:法律出版社,2004.4
ISBN 7-5036-4826-0

I.北… II.北… III.法律—文集 IV.D9-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 017006 号

法律出版社·中国

责任编辑/王政君

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑/法学学术与综合出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶 松

开本/787×1092 毫米 1/16

印张/19 字数/375 千

版本/2004 年 4 月第 1 版

印次/2004 年 4 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法学学术与综合出版分社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939689

传真/010-63939701

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

客服热线/010-63939792

网址/www.Chinalawbook.com

电子邮件/service@Chinalawbook.com

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

中法图北京分公司/010-62534456

中法图上海公司/021-62071010/1636

中法图苏州公司/0512-65293270

中法图深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 7-5036-4826-0/D·4544

定价:29.00 元

五年有成

——《北大法律评论》创刊五周年有感

全部由优秀学生们编辑,部分文章也由学生撰写的《北大法律评论》已经五年了。人生五岁还是孩子,学术刊物五年已进入关键期。因为大部分刊物从创刊到五年的时候,面临两种前途:有越办越好者,刊物进入成熟期,从此在学术领域稳定下来,建立了自己的读者群,形成自己的风格,在众多刊物竞争中以特质取得一席之地。也有办不下去者,从此作者与读者人气衰落,文章质量下降,刊物逐步在书店中消失。

《北大法律评论》毫无疑问属于前者,现在不但有稳定的读者群和作者群,还有充分的潜力萌发新突破和大创意:改版式,换封面,调纸张,增开本。每年都以一个新面目示人,显示出学生编辑们追求向上的完美心态、卓越理想和创造激情。也许是我本人“老气”了,每每看到刊物改换封面时,内心里感到熟悉的朋友走到哪里去了?年轻人会说:谁会一年到头总穿一件衣服呢?

世界上许多国家的法学院的《法律评论》都由学生们做编辑,这已成为法学院的一个观察窗口。法学院制作的《法律评论》水平高低,也可从另一侧面检验法学院的学术水准和学术自觉。

《法律评论》在美国的诸多法学院中也是值得关注的。多年前我曾有机会访问美国若干家法学院,也曾特别询问过学生办《法律评论》的事情。多位法学院院长介绍他们的经验时,做法几乎都是:办刊的经费是法学院支付的,学习优异的学生选为编辑。学生们独立编辑,不受法学院行政和教授们的干预。学生编辑对教授们投稿的文章有否决权,也有建议修改的权利。学生们办刊没有报酬,但是作为《法律评论》编辑的最大收益在于获得宝贵的经历,拥有“编辑”的求职简历在将来找工作时具有很强的竞争力。

在美国的司法体系中,法学院教授的论文与律师写的文件,以及法官写的判决书在基本逻辑和推理上是一致的。无论从实证材料,还是从文字逻辑推理,还是从科学实验中获得的知识论证,基本的道理都已成为司法界推理与论证的习惯,也成为普遍接受的表达方式和行文仪规,这些规则和习惯都是相通的。学生们在编辑《法律评论》的过程中,审阅教授们的文章,也如同阅读法官们的判词,律师们的辩

护词,以及新出现的科学技术论证书,接触司法人士观点的同时,也体验观点表达的方式。学生们这种“动手式”的学习,比光“动脑式”的课堂学习更加实在和充实。

学生们在编辑教授论文的同时,也学到了写学术文章的规范和对问题的论证方法,特别是从编辑教授们的论文中,观察学者的思考过程,体验语言文字的表达,从中体会到学术作品的个性与风格。编辑部的学生们还有一项“繁重”的工作要做,这就是帮助教授核对论文中的脚注。教授们也许太忙,也许没有核对脚注的耐心,也许不愿意做这些烦琐而细致的工作,学生编辑们都承担了。我在参观美国的法学院时,还走到学生编辑部的房间去看他们的工作情况。院长们介绍说这里的办公室是学院免费提供的,有关办公成本开支也都是学院提供的。

当时我问过美国的法学院院长们,为什么要请学生来做编辑,而不请专业人士来做或请教授自己做呢(我国许多法学院的学术刊物都是有专职编辑和教师兼职担任)?院长回答说,完全不可以的,因为除了节省开支和人员等直接好处外,最主要的是学生们有参与学术工作的权利和表达他们态度的空间。教授不是法学院唯一的主宰,还有学生。这些学生都已经有了一个学位,而且,相当多的学生具有工作经验。他们对法律问题有自己的看法,这些看法经常与教授的看法不同,有时学生们的看法是对的。此外,学生们的活力和创造力以及批评力都是许多教授们需要的,教授退休的年龄可以很大,而且教授们的知识也会随着年龄增加变得老化,如何改善这种状况呢?学生当编辑选择教授们的文章,多少可弥补这一缺憾。

我国法学院学生编辑《法律评论》的背景不同,没有美国那样多的考虑,学生们做过编辑在将来找工作时也许没有什么特别的竞争力,这是我国工作市场的评价标准还没有达到发达国家那样成熟程度的缘故。学生们从事编辑工作完全是锻炼自己的工作能力和实践能力,并没有附加许多其他的价值。也许将来这些学生编辑们所获得的收益不仅是管理学术传播的经验,还有被社会适度的评价与认同。

今天,我国法学院的学生们从事编辑工作的背景与30年前美国的学生们不一样了:世界进入了信息时代,信息爆炸和处理信息的计算机化,以及信息传播的便捷使得我们不得不对过去的一些习惯和评价标准重新审视。例如在过去,知识、经验的信息化表达与传播工具的关系没有像今天这样密切,传播工具的更新也没有像今天这样高频率,传播信息的管理技术和其他多领域的融合也更加复杂,年轻化、技术化和移动化成为与此有关的种种特点,在信息时代我们不好再说“姜还是老的辣”。因为青年人,特别是学生更具有优势,他们有更广阔的想象力,冲击力和创造力。年轻人在使用计算机方面,在利用网络方面,邮件系统处理方面,在电子排印和调整版式等方面,最后到网络媒体和纸面媒体平行传播方面等,都具有快捷的速度和力度。在此之前的法学论文只有较小的阅读圈子。进入信息时代后,如同卫星电视转播技术的普及增加了体育比赛的观众一样,学术文章传播方式的改变扩大了文章的阅读圈子,成千上万的社会大众正在成为无疆界的阅读群体,在世

界各个角落,只要想得到这些文章,他们都可以通过网络获得文章。读者群扩大和评论大军增加也将刺激作者群的成倍增加。当文章被接触到的阅读群体越大,社会对文章的反馈也越“多元化”,表达越加“个性化”,评价越加“地方知识化”和“区域经验化”。这样使得研究问题的深度与广度都更加丰富了。信息量增加与此也不无关系,蝴蝶煽动翅膀经过多级的传播扩大,最后形成了太平洋上的风暴。信息大爆炸的形成过程大概也是如此吧。

北大法学院的学生们做事,有一个特点,就是他们特别能够长时间的持续,他们的耐力和坚持性格应该是他们获得成功的最大资源。五年来的《北大法律评论》已经证明了这一点,今后的历史还将不断证明。

吴志攀 谨识

2003年9月4日

当日全校研究生开学典礼

《北大法律评论》第5卷·第2辑(总第9辑)

目 录

财产权专题

- 高全喜 休谟的财产权理论…………… (293)
- 陈端洪 排他性与他者化:中国农村“外嫁女”案件的财产权分析
…………… (321)
- 沃尔特 宪法上的财产权条款:在保障和限制间达致平衡…………… (334)
- 翟小波 对 Hohfeld 权利及其类似概念的初步理解…………… (364)

论文

- 白建军 从犯罪互动看刑罚立场…………… (383)
- 周光权 规范违反说的新展开…………… (410)

评论

- 洪 浩 陈 虎 论判决的修辞…………… (424)
- 云昌智 全球市场一体化与国际竞争法
——问题、理论以及分析线索初探…………… (446)
- 张 巍 日本担保物权法修改之初步研究…………… (471)
- 曾江波 民事善意制度研究…………… (490)
- 弗里曼 私人团体、公共职能与新行政法…………… (516)

学术书评

- 梁治平 故纸中的法律与社会…………… (551)
金自宁 《公法与政治理论》: 阐释性方法的一个样本…………… (556)

北大讲坛

- 塞尔兹尼克 美国社会与法治…………… (569)

编后小记

声 明

本刊的各篇文章仅代表作者本人的观点和意见,并不必然代表编辑委员会的任何意见、观点或倾向,也不反映北京大学的立场。特此声明。

《北大法律评论》 编辑委员会

编辑委员会

余履雪 王斯曼 白红娟 张江莉 杨利敏 车 浩
罗 彧 王冠玺 李洪雷

本期执行主编

张江莉

休谟的财产权理论

高全喜*

休谟的财产权理论是其社会政治理论的一个中心内容,对此,休谟自己曾多次明确指出:“没有人能够怀疑,划定财产、稳定财物占有的协议,是确立人类社会的一切条件中最必要的条件……”〔1〕“关于稳定财物占有的规则的确立对人类社会不但是有用的,而且是绝对必需的……”〔2〕哈耶克在他的“大卫·休谟的法哲学与政治哲学”一文中认为:“休谟在《人性论》有关‘论正义与财产权的起源’的那个章节中,对‘人为设立正义规则的方式’的论述,是他在这个领域中所做的最重要的贡献。”〔3〕财产权所触及的实质是利益问题,不过,休谟对于利益有着不同于以洛克为代表的自然权利论的理解,它是一种基于正义规则论的利益学说。可以说休谟政治哲学的法律规则论最重要的便是有关确立稳定占有的财产权理论,它构成了休谟三个基本的正义规则中的第一个层次。其他两个规则,即依据同意的财产转移和许诺的履行,则是在第一个层次的财产权的基础之上所形成的第二个层次的规则,它们补充和丰富了稳定占有的财产权规则。本文的主要内容便是梳理分析休谟的财产权理论,并在与洛克、黑格尔财产权理论的比较研究中,揭示其所蕴涵的理论意义。

一、财物占有问题

休谟在《人性论》中曾经指出,人类所有的福利共有三种:一是我们内心的满意,二是我们身体的外表的优点,三是对我们凭勤劳和幸运而获得的所有物的享用。对于前两种福利不值得过多讨论,因为它们与他人和社会没有关系,只有第三种对于人来说却是至关重要的,它的增益或减损,直接关系着每个人的切身利益,

* 中国社会科学院研究生院副教授。本文是笔者已经写完的《休谟的政治哲学》一书的一部分内容,关于休谟的财产权理论与休谟整个社会政治理论的关系等问题,请参阅拙著(即将出版)的相关论述。

〔1〕《人性论》,下,关文译,北京:商务印书馆,1996年,页532。

〔2〕《人性论》,下,页542。

〔3〕 *Studies in Philosophy, Politics and Economics*, London: Routledge and Kegan, 1967, pp. 106—121. 参见冯克利的翻译,略有改动。

是人们与他人和社会发生实质性关系的一个主要的“条件”。〔4〕这里休谟实际上提出了一个重要的有关财产的占有权,即财产权问题。关于财产权问题,是英国17、18世纪政治思想的一个重大的理论问题,而且也是与英国市民社会的兴起与发展密切相关的一个现实问题。从著名的圈地运动开始,英国的社会结构已经发生了重大的变化,特别是商业和贸易的发展,使得一个新兴的市民阶级逐渐强大起来。因此,对于财产的稳定性占有,取得合法性保障,乃至寻求正当性支撑,变成了市民阶级的普遍要求和内在呼声。相比之下,过去的有关财产权的传统理论,已经不适应以这个阶级为代表的英国社会的需要。一般说来,这个时期的英国社会政治理论围绕着财产权问题,相继出现了两条理论的路径;一个是以洛克为代表的权利论的财产权理论,一个便是以休谟为代表的规则论的财产权理论。虽然这两种理论路径在回应英国社会的内在需要,反映市民阶级的社会政治诉求,主张建立一个市民社会的法律、经济与政治秩序等方面是完全一致的,但在论述有关财产权的起源、本性以及相关的政治意义等方面,却有所不同,而且它们内涵的区别又在某种意义上对近代以来的社会政治思想产生了重大的影响。

休谟与洛克一样,也是从财物的占有(possession)开始他的财产权理论的,不过他所遵循的理论路径却与之不同。与占有相关的第一个问题便是探讨占有的对象是什么,或者说作为被占有物与占有是怎样的一种关系,在何等情况下成为被占有的物。一般说来,占有的对象作为一种物品,就其自然属性来说与世界中的万事万物没有什么本质的区别,自身具有自然的属性。但是问题在于,这样一个自然物并不因此就成为一种被占有的物品(object),或者更准确的说成为一种财物(goods),独立的物品本身在财产占有关系中并不是根本的属性,为此休谟首先指出了这样一个基本的关系,那就是物品之所以能够成为被占有的对象,是因为它与人发生了关系,“一个人的财产(property)是与他关系的某种物品”。〔5〕在休谟看来,这种物与人的关系最基本的是一种满足人的需要、欲望的关系,因此,在财物占有问题上作为被占有的物,它的首要特性在于能够满足人的需要,从这个意义上来说,被占有物是一种可以满足人的欲望的自然物品。

休谟上述在财产关系上对于物品的理解具有英国经验主义哲学的明显特征:存在就是被感知,对象的存在依赖于人的感觉、经验和观念,财物的本性不在自身,而在满足人的需要,这种对于物品的解定是休谟财产权理论的一个出发点。当自然物品以其属性能够满足人的需要,并由此成为被占有的财物,另一个问题就出现了,即在物与人的关系中的这个人究竟是怎样的人,他的需要又是怎样的。物品之所以成为财物是因为人具有一种通过占有它而满足自身需要的欲望,但人的需要包含哪些内容,本性如何呢?这实际上又回到了休谟的人性论上来,而人性恰恰是休谟政治哲学的更为深层的出发点。关于人性休谟写道:“人性由两个主要的部分

〔4〕《人性论》,下,页528。

〔5〕《人性论》,下,页531。

《北大法律评论》约稿

1. 《北大法律评论》（以下简称《评论》）是由北大法学院学生独立组织和编辑的法学学术期刊。《评论》坚持学术自主、自尊和自律的原则，秉承兼容并包、思想自由的北大传统精神。

2. 《评论》实行双向匿名审稿制度。初审通过的论文由编辑委员会隐去包含作者身份信息的姓名和工作单位等，交由审稿人评审并提出书面评审意见。审稿意见包括是否可以采用或尚需修改等，并阐述相关之理由。对于审稿人提出不予采用或应予修改的论文，编辑委员会隐去包含审稿人身份信息的姓名和工作单位等后，可将评审意见交作者。作者可提出书面的不同意见，交由编辑委员会复审。除编辑委员会专门约请的专家外，凡在《评论》上发表文章的作者即有资格成为《评论》的审稿人。

3. 《评论》采用学术刊物通行的注释体例。具体参见《评论》尾页所附之引征体例。来稿需同一语言下未事先在任何纸面和电子媒介上发表。稿件请附英文标题和英文名字（若署名请注明），若属于“论文”栏目类稿件，请附英文摘要（Abstract）。来稿请注明作者的身份和联系方法。若书面投寄，请尽量使用打印稿，并尽可能同时将电子版发至后附的评论电子邮箱。中文以外的其他语言之翻译稿需同时邮寄原文稿部分，并附作者或出版者的翻译书面（包括email）授权许可，译者需保证该译本未侵犯原作者或出版者的任何可能的权利，并在可能的损害产生时自行承担损害赔偿责任。《评论》编辑委员会或其任何成员不承担由此产生的任何责任。

4. 《评论》自第5卷第1辑始支付作者、译者稿酬。同时，《评论》编辑委员会拥有对在《评论》上已刊作品的版权，任何转载、收录等得事先获《评论》编辑委员会书面许可。任何来稿视为作者、译者已经阅读或知悉并同意《评论》约稿条件。

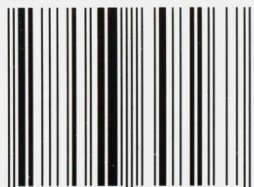
5. 来稿请寄：（北京市 100871）北大法学院202信箱 《北大法律评论》编辑委员会。

电子邮箱：lawrev@pku.edu.cn或review@law.pku.edu.cn

书面投寄请使用A4规格纸张打印，电子稿请存为Word文档或RTF格式并使用附件发送。

声明：《北大法律评论》封面版式及徽标由《北大法律评论》编辑委员会持有，请勿仿冒。

ISBN 7-5036-4826-0



9 787503 648267 >

ISBN 7-5036-4826-0/D · 4544

定价：29.00元