



私法文库
Civil Law Series

财产权利平衡论

——美国财产法理念之变迁路径

王铁雄
著

CAI CHAN QUAN LI PING HENG LUN
MEI GUO CAI CHAN FA LI NIAN ZHI
BIAN QIAN LU JING

■ 正直生活 不犯他人 各得其所

——「古罗马」乌尔比安

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

上海市重点学科（第二期）项目资助（编号T0604）



私法文库
Civil Law Series

财产权利平衡论

——美国财产法理念之变迁路径

王铁雄
著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

财产权利平衡论：美国财产法理念之变迁路径/王铁雄著. —北京：中国法制出版社，2007. 5

ISBN 978 - 7 - 80226 - 967 - 5

I. 财… II. 王… III. 民法 - 所有权 - 研究 - 美国
IV. D971. 23

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 066782 号

财产权利平衡论——美国财产法理念之变迁路径

CAICHAN QUANLI PINGHENGLUN——MEIGUO CAICHANFA LINIAN ZHI
BIANQIAN LUJING

著者/王铁雄

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/880 × 1230 毫米 32

印张/15.5 字数/420 千

版次/2007 年 6 月第 1 版

2007 年 6 月印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 80226 - 967 - 5

定价：32.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真：66031119

网址：<http://www.zgfs.com>

编辑部电话：66067024

市场营销部电话：66033393

邮购部电话：66033288

过去的从未消亡，甚至未曾过去。

——William Faulkner, *Requiem for a Nun* 92 (1951)

理论之于法律的教条，犹如建筑师之于建房的工匠，乃其最重要的一部分。

——霍姆斯，《法学论文集》200 (1921)

目 录

导 论	1
第一部分 古代和中世纪：有机论主导思想模式 与有机财产法	15
第一章 古代和中世纪的有机论思想模式	17
第一节 以有机论为主导的文化思想模式	17
第二节 古代世界的原子论思想	34
第二章 以社会利益为主导的有机财产法	37
小 结	41
第二部分 近代机械—原子论主导思想模式与美 国财产法理念	43
第三章 近代机械—原子论主导思想模式	45
第一节 有机论思想模式的衰落	45
第二节 机械—原子论主导思想模式的形成	48
第四章 近代美国财产法理念中的个人主义支配地位	57
第一节 英国的个人主义财产权理论传统	59
第二节 18 世纪美国财产法理念对英国个人主义 财产权理论的继受	176
第三节 19 世纪美国财产法理念对英国个人主义	

财产权理论的发展	190
小 结	216
第五章 近代美国财产法理念中的社会因素	219
第一节 美国殖民地时期财产法理念中的社会取向传统	220
第二节 美国建国时期财产法理念中的社会因素	226
第三节 19 世纪美国财产法理念中的“公共权利”理论	238
小 结	253
第三部分 现代整体论思想模式与美国财产法理念	257
第六章 现代整体论主导思想模式	259
第一节 机械—原子论思想模式的瓦解	259
第二节 走向整体论主导思想模式	262
第七章 现代美国财产法理念中的社会化	273
第一节 辛格与财产权社会关系说	276
第二节 20 世纪美国财产法理念中的共和主义倾向	285
第三节 20 世纪美国财产法理念中的自由尊严论调	337
第四节 雷丁与人格财产权观	353
第五节 20 世纪个人绝对财产权理念的相对化与社会化	363
第八章 现代美国财产法理念的个人主义精神	423
第一节 美国个人主义传统的历史解读	424
第二节 美国财产法理念中的个人主义回归	432
小 结	447
结 语	450
参考文献	457
后记	486

导 论

我们知道，法律并不是作为一个孤立于较大的思想世界的封闭体系来运行的。正如法律现实主义所言，法律具有社会科学成分。^① 法史理论家们让我们意识到法律不能脱离大的历史潮流。^② 换句话说，法律既要反映历史又要帮助塑造历史，其中也包括文化思想的历史。法官和其他政策制订者们以科学知识和文化思想模式为背景来做出判决和制定政策，通常是加固这些思想模式，但有时则是大幅度地改变它们。如果这是事实的话，那么显然，倘若法官能对他们当时所处的大思想环境，特别是当主流文化处在变革时期的大思想环境做出某些正

① William Twining, *Karl Llewellyn and the Realist Movement* 44, 55, 188 - 96 (1973). See Myrl L. Duncan, "Property as A Public Conversation, Not A Lockean Soliloquy: A Role For Intellectual and Legal History In Takings Analysis", *Environmental Law*, Northwestern School of Law of Lewis & Clark College, Winter, 1996, p. 1102.

② Robert W. Gordon, "Critical Legal Histories", 36 *Stanford Law Review*, 1984, p. 57.

确判断的话，法官就会做出更加明智的判决。明确地说，法官和决策者们对牛顿关于自然的世界观及其为何正在向新的世界观转变的原因理解得越透彻，他们对私有财产规制的决策就越明智。

因此，我们今天对法律理念变迁的历史及其规律的探讨，也应该放在当时更大的文化知识和思想模式的背景下进行，以使研究高屋建瓴，更具科学性。这正是我们目前所欠缺的。本文就是把美国财产法理念的变迁置于一个较大的人类科学知识和文化思想模式的视野下来审视，以求揭示出财产权利的这一历史规律性，即：它既包括个人权利又包括社会权利并且这两个方面的权利在历史上总的发展趋势是走向一种动态的平衡。^①

一、文化思想模式

要了解我们正在转向的那种文化思想模式，首先必须从总体上理解人类思想的关联本质，然后再将牛顿的世界观与被其取代的主流思想模式相比较。

所有的人类思想和行为都是相互关联的，是多种影响力的作用下的产物，有的影响力小，有的影响力大，有的可以被人类理解，有的则不被理解。作为一个个体，我们受到教育的影响，我们具有家庭或是宗教机构潜移默化地灌输给我们的价值观念。更为微妙的是，我们以一种很少被理解的方式受到种族、社区和民族的文化价值的影响。在最复杂和最少被理解的

^① 参见拙文：《财产法：走向个人与社会的利益平衡——审视美国财产法理念的变迁路径》，载《环球法律评论》，2007年第1期。

层面上来说，甚至和一个民族的价值观或是整个社会的宏观价值观或许都是有关联的，它们都是历史长期发展的产物。历史的影响是累积的，既是在平常的岁月里编织而成，也是在某些划时代的重大历史时刻中升华产生。我们很容易想起许多重大历史时期——希腊黄金时期（the Golden Age of Greece）、罗马帝国统治下的和平时期（the Pax Romana）、中世纪（the Middle Ages）、文艺复兴时期（the Renaissance）、启蒙思想运动时期（the Enlightenment）以及最近的冷战时期（the Cold War）。本文将要讲述的则是其影响力穿越历史、穿越环境、主导美国财产法理念变迁的另一个划时代的重大历史时期——科学革命时期。

研究历史被定义为回顾过去，只有根据那些重大日子清楚地审视曾发生过的历史事件，才能真正地评判它们的重要性。但要按照事件发生时的本来面目如实地做出评判的可能性几乎是不存在的，不管我们在多大程度上感觉到自己是这些重大事件的一部分。在某种程度上，我们无力评判我们所处的时代是因为我们是时代本身的产物。我们接受了这个时代的主流文化思想和价值观，但并没有意识到这一点，甚至可能没有理解它们到底是什么及它们的力量如何，也甚至不曾知道它们是否存在。正如舒马赫（E. F. Schumacher）所言，“没有什么比开始对自己思想中的假设进行批判更困难的事情了。所有的东西都能被直接地观察到，除了我们用来观察的眼睛。所有的思想都

能被细察，除了我们用来细察的思想。”^①

但是，这些价值观和假想的确是存在的。借用库恩（Thomas Kuhn）在其有关科学历史的经典著作中的一个说法，我们可能会说这些价值观和假想构成了运作的文化思想模式（paradigm）。^②当库恩将他的讨论限制在一种模式是如何起作用的，以及它最终在科学界的范围内改变或转换时，这一理念在人类努力的所有方面都是有效的。因此，当被库恩所描述的历史上著名的思想模式的一种，即地心说，在某一水平上是科学的思想时，就说明近代以前的科学与大的文化观，特别是神学观是分不开的。正像伽利略所发现的，这种思想模式的力量是无所不包的、是全能的。^③最终，这种思想模式按照库恩的经典方式发生了转变，就像伽利略和哥白尼这些观测者所指出的，这种思想模式越来越违背常理。^④但是，当这种思想模式占统治地位之时，只有少数的勇敢者才愿意挑战它的权威。

① E. F. Schumacher, *A Guide for the Perplexed* 44 (1977). See Myrl L. Duncan, "Property as A Public Conversation, Not A Lockean Soliloquy: A Role For Intellectual and Legal History In Takings Analysis", *op. cit.*, at 1103.

② Paradigm, 这个词来自希腊文，原来包含“共同显示”的意思，由此引出模式、模型、范例等义。特别是用在文法中，表示词形变化规则，如名词变格、动词人称变化等。作者在这个基础上用这个字来说明科学理论发展的某些规律性，即某些重大科学成就形成科学发展中的某种模式，因而形成一定观点和方法的框架。《科学革命的结构》一书的译者认为将该词译为“规范”比较接近于作者的原义。而笔者则认为译为“模式”更贴切。参见[美] T. S. 库恩：《科学革命的结构》，李宝恒、纪树立译，上海科学技术出版社1980年版，序言IV。

③ Thomas S. Kuhn, *The Copernican Revolution: Planetary Astronomy in the Development of Western Thought*, Harvard University Press, 1957, p. 199. pp. 225 - 226.

④ 参见[美] T. S. 库恩：《科学革命的结构》，第62 - 63页。

正如中世纪的罗马天主教廷，它并没有将其统治限制在重大的神学问题上。相反，教会的价值格局是无处不在的，统治着人类生活的所有领域：世俗政治、建筑、婚姻和家庭生活，甚至使用货币所承担的利率也要由其决定。当然，批判的声音是存在的，例如伽利略，他质疑的呼声在新教改革时达到了顶点。尽管如此，在罗马教廷主宰的时代，它的价值观在根本上是不容置疑的“天经地义”。^①

以上讨论所表明的两个原则对拟研究的课题来说是很重要的。第一个原则是：变革必定会发生并以辩证的方式发生。质疑现存思想模式的人提出质疑并指出其不合常理和矛盾百出。最终，到了这样一个临界点：即当多数人都质疑现存的思想模式，并一致认为现存的模式不再有效时，然后模式的转变就发生了。^② 第二个原则是第一个原则的必然结果，即：当维护现存模式的人占到多数，他们认为现存模式是普遍公认且根深蒂固之时，除了少数的怀疑者和批判者之外，事实上所有的人对此都将坚信不疑。

本文拟研究的课题可追溯到发生于17世纪后期、18世纪初的科学知识和文化思想模式的诸多变革。正如卡洛琳·麦茜特所说，正是在笛卡尔、培根和牛顿的时代，大众追随着那些科学家和哲学家，才开始将宇宙视为在根本上由人类所主宰的

① See Thomas S. Kuhn, *The Copernican Revolution: Planetary Astronomy in the Development of Western Thought*, at226.

② 参见 [美] T. S. 库恩：《科学革命的结构》，第126-131页。

事物。^①事实上，自从亚当、夏娃被赋予统治着伊甸园里非人类世界的权力时起，这种支配取向的传统在西方文化思想中就存在了。^②然而，只是当有机论思想模式（强调自然界的整体关联性）让位于原子论的思想模式（强调被推测为无关联的自然界的各个部分）时，支配取向的思维方式才在科学革命时期有了巨大的发展。

尽管这种想法得到了证实，但真理原本并非如此简单。历史是既非直线的亦非绝对的。17世纪的思想家们不仅想掌控自然，还想发现真理。即便是这些大思想家们，具有如此的权威和影响力，他们的思想也仅仅是那些旨在发现宇宙本质的古老的辩证的声音中某些声音而已，并且只是他们那个时代的主旋律。也就是说，人类思想的发展就如同“交响乐的鼓声，高扬的鼓声此起彼伏”。^③换句话说，人类对于自然界的思考从来就不是完全一元化的。就像一对舞者，原子论（Atomism）和有机论（Organicism），在并不舒服的哲学舞蹈中起舞。它们是不和谐的一对，自始至终都在不停地争吵。两种想法共存了几个世纪，尽管如此，像舞蹈者一样，只有一种模式——主流模式占领导地位。一段时期中是有机论，主导了几个世纪；直到个体主义，产生了反映有关世界运行方式更为精确的科学知识

① 参见[美]卡洛琳·麦茜特：《自然之死——妇女、生态和科学革命》，吴国盛等译，吉林人民出版社1999年版，前言：1999，第3页。

② Genesis 1: 27 - 28. See Lynn White, Jr., "The Historical Roots of the Ecological Crisis", 155 *Science*, March 1967, pp. 1203 - 1207.

③ [法]亨利·柏格森：《创化论》，诺贝尔文学奖全集编译委员会译，《诺贝尔文学奖全集》（15），《柏格森，Henri Bergson 1927》，九五文化事业有限公司、书华出版事业有限公司1981年版，第43页。

的时候，原子论才在 17 世纪的思想模式的变革中占据了领导地位。今天，我们正处于又一次思想模式变革的时期，这次变革建立在更为复杂的知识的基础上，即主导地位正在转向整体论（Holism）。^① 这是一种不那么绝对的有机论。确切地说，这一思想模式更多地表现为有机论与原子论的综合平衡。

二、文化思想模式与美国财产法理念的变迁

美国财产法理念的变迁是建立在近代科学革命对古代和中世纪有机论批判中产生的机械—原子论主导思想模式基础之上的，且正在向现代新的整体论主导思想模式过渡。

随着宗教改革和市场经济的出现，宗教领域和世俗领域的有机论主导思想模式走向衰落。宗教有机论在统治了古代和中世纪世界数个世纪后，受到新教改革的严重打击。马丁·路德领导的新教改革表明个人可以和上帝直接联系而无需上层宗教的存在与干涉，这一主张打击了普遍存在的教会权力。^② 路德理论实质上是朝着强调个体部分的原子论转变，他开创的个人主义从宗教基因中游离出来对政治社会产生巨大影响。^③ 随着封建架构的没落和市场经济的涌现，使世俗有机论也走向了衰落。同时，科学革命促使古代原子论复苏，并在近代发展为机

① See Myrl L. Duncan, "Property as A Public Conversation, Not A Lockean Soliloquy: A Role For Intellectual and Legal History In Takings Analysis", op. cit., at 1105.

② 参见 [美] 赛班：《西方政治思想史》，李少军译，桂冠图书公司 1991 年版，第 355—361 页。

③ [英] 史蒂文·卢克斯：《个人主义》，阎克文译，江苏人民出版社 2001 年版，第 8 页。

机械-原子论思想模式。在随后长达三百年的时间里，机械-原子论思想一直是西方世界的主流文化模式。它赞同那种强调组成部分而非整体的世界观，主张世界是原子论而非有机论，是机械论而非关联论，^① 强调个人主义精神的领导地位，反映在近代财产法理念上，则是主张个人财产绝对权利，强调个人利益的支配地位。但在美国，意识形态从来都不是一元化的，财产法理念中的个人因素总是与社会因素连在一起的。个人利益与社会利益不是绝对排斥、一方独白，而是妥协共存、双方对话。

进入20世纪后，新的技术和更为复杂的科学知识导致了又一次文化思想模式的重大变革，这次变革更多强调的是自然的整体关联性，整体对部分的影响就像部分对整体的影响一样。事实上，我们正在走向一个由有机论和原子论综合平衡的整体论（Holism）主导的世界。在现代整体论思想模式的主导下，现代美国财产法理念作为对近代抽象个人自然财产权利理论和个人自由主义的反作用，则更加重视社会的整体利益，强调个人财产权的社会责任。但个人主义作为美国民族精神，在现代美国财产法理念中依然存在并将继续存在。正如罗伯特·S·亨特教授所说，“财产法的基本问题总的来说无非就是决定

^① Paul Devereux, *Earthmind: A Modern Adventure in Ancient Wisdom* 2 (1989). See Myrl L. Duncan, "Property as A Public Conversation, Not A Lockean Soliloquy: A Role For Intellectual and Legal History In Takings Analysis", op. cit., at 113.

个人和社会关于资源的使用和开发的关系”。^① 所以，财产法规制的私有财产具有两个方面：“个人方面和社会方面。这两者是必然在一起的，如果一个消灭了，另外一个也必定消灭。”^② 也就是说，个人利益与社会利益是始终共存的。现代美国财产法理念正走向个人和社会乃至自然界之间最微妙和最易变动的平衡。

因此，在历史上，人类科学知识和文化思想模式总是在不断变化的。正如 20 世纪初法国著名哲学家亨利·柏格森所说，“显然任何感情观念意志，无一不在片刻之间，历经变化”。^③ 相应地，在科学知识和文化思想模式发展的背景下，美国财产法理念也经历着相似的变化。即在美国财产法理念中，个人和社会两方面利益的地位和强弱，是随着文化思想模式的变化而变化的，甚至随着一个国家所经历的是和平时期还是战争时期，是繁荣时期还是危机时期、是训练有素的道德时期还是道德崩溃时期的变化而变化。^④ 法学家塞克司吐斯·塞西留斯对哲学家法伏林说得好，“你不会不知道，法律……依据时代风尚，国家制度性质，当前利益的考虑和应予矫正的弊风会有变动和起伏。在性质上，法律决非一成不变的，相反地，正如天

① [美] 约翰·E. 克里贝特、科温·W. 约翰逊、罗杰·W. 芬德利、欧内斯特·E. 史密斯：《财产法：案例与材料》，齐东祥、陈刚译，中国政法大学出版社 2003 年第 7 版，第 3 页。

② 同上，第 35 页。

③ [法] 亨利·柏格森《创化论》，第 42 页。

④ 参见 [美] E. 博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社 1999 年版，第 282 页。

空和海面因风浪而起变化一样，法律因情况和时运而变化。”^①

但是，在财产法理念的变迁过程中，尽管财产的个人方面和社会方面在不同历史时期必定会有所侧重和偏向，而个人利益与社会利益在每个历史时期却是始终共存的。正如考文所说，“旧的制度分崩溃析，而新的制度又从这破碎的废墟上聚集而生：任何重大事件的转折都会产生一些全新的思想火花，总会提倡某些思想而压制另一些思想；但是，其内容如同万花筒一般，无论千变万化，却总是由完全相同的东西组成。”^②

因此，美国财产法理念是随着人类科学知识和文化思想模式的不断变化而变化，而且，如同整体和部分相互关联和相互依存一样，美国财产法理念中的个人利益和社会利益亦是始终连在一起的。其变迁的基本趋势则是走向个人和社会之间的利益平衡。虽然财产法正在改变，而且还将继续改变，在个人利益和社会利益之间寻找适当的平衡就像物理学家寻找夸克一样难以捉摸，但毫无疑问，在 21 世纪，美国司法和立法机关关于财产权的哲学理念将会塑造未来的法律，就像过去一样，^③以力图达致个人与社会之间的利益平衡。

三、本课题的研究范围与研究价值

英国法学家密尔松（S. F. C. Milsom）说：“欧洲人的习惯

① [德] 黑格尔：《法哲学原理》，范扬、张企泰译，商务印书馆 1982 年版，第 7 页。

② [美] 爱德华·S. 考文：《美国宪法的“高级法”背景》，强世功译，三联书店 1996 年版，第 61 页。

③ 参见 [美] 约翰·E. 克里欠特、科温·W. 约翰逊、罗杰·W. 芬德利、欧内斯特·E. 史密斯：《财产法：案例与材料》，第 1182 页。

由于偶然的原因两次演化为理性的法律制度。”一次是在古罗马产生并演化出的大陆法系的法律制度；另一次则是在英格兰产生并演化出的英美普通法系的法律制度。今天，“统治着世界上大多数地区的法律都是从这两种法律制度派生出来的。”^①本课题拟研究的美国财产法属于一直为我国所忽视并在一定程度上排斥的英美普通法的范畴。

我国自清末聘请日本法学家参照法、德两国民法典制定《大清民律草案》以来，就长期钟情于大陆法系，将与其相对的英美判例法系视为理性的对立面而在心理上加以排斥。但在世界加速融合的今天，“从各种法制中寻求共同基础或近似点，以便从各种不同形式中找出世界法律生活的根本性质”^②，已成为各国法制建设的基本趋向。在这样的背景下，对于作为西方世界两个伟大法律制度之一的英美法，我们是不应该再忽视和排斥了。

况且，“虽然大陆法与英美法各自的历史形成过程迥然不同，但都属于调整高度发达的工业国家的法，这就注定二者必然具有超出预想的诸多共同点。”^③事实上，法律本身乃是“社会存在整体中的一部分，并将始终为其一部分”，“法律并无什么可得自我圆融自洽的存在，相反，其本质乃为人类生活

① [英] S. F. C. 密尔松：《普通法的历史基础》，李显冬、高翔、刘智慧、马呈元译，中国大百科全书出版社1999年版，引言1。

② 1900年巴黎国际比较法大会上讨论确定的比较法的目的。冉昊：《英美财产法基本构造分析——从身份到契约，从契约到关系》，中国社会科学院博士论文打印稿，第1页。

③ [日] 大木雅夫：《比较法》，范愉译，朱景文审校，法律出版社1999年版，第124-125页。