

财产权、正当性及多元主义

——现代财产权基本理论探析

陈军

(吉林大学理论法学研究中心, 吉林长春, 130012)

摘要: 财产权的正当性总是和法律范式的转换有着密切的相关性, 而法律范式的转换往往通过财产权的变化体现出来。财产权的特殊性就在于个体既要和身外之物发生联系, 又要顾及到其他个体及社会的存续。在多元主义背景下, 如何把握个体与外在物 and 个体之间及个体与社会间的关系就成为财产权正当性的主题。一方面, 在与外在物的关系中, 需要发挥个体的特性使其尽可能多的创造物质财富; 另一方面, 又需要通过社会机制以保证每一个社会成员都能有体面且全面的社会生活。所以, 尽管不同的财产权承担不同的社会任务, 但是通过综合性判断的模式给不同类型的财产权提供统一的正当性基础却是可能的, 也是必要的。

关键词: 财产权; 个体; 社会; 多元主义; 正当性

中图分类号: D90

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2013)06-0132-10

财产权无论什么性质, 怎么设置, 无论赋予谁, 都会对个体和社会的利益产生影响。现代社会财产越来越多样, 越来越复杂, 单纯的物的形态已经不能解释财产的全部。“财产观念, 或者复杂的或法律的财产概念, 包括霍菲尔德式的基本要素、对应关系和相反关系的集合; 所有权和其他相关的但缺乏重大利益的标准要素的详细说明; 还有作为这些要素的对象——‘物’(有形的和无形的)的目录。”^{[1](20)}

财产的观念预示着财产权的立场, 站在什么样的立场上看待财产则取决于我们在一定时期内提出的问题及提问的方式。Robert. S Hunt 教授曾言, 财产权法律的基本问题在于决定有关物质资源的利用和开发, 个人对其社会的关系^{[2](6)}。这包括两个方面, 一个是个体和外在资源之间的联系, 一个是个体之间及个体和社会之间的关系。由此, 我们思考的财产权的正当性就会纠结于“个体和资源如何发生联系, 及依照什么原则发生何种联系?”这样的问题。为了能够尽量的简单明了, 我们把个体和外在物之间的关系称为对物关系, 把个体之间及个体和社会之间的关系称为对人关系。对物关系和对人关系构成了财产关系的两面。与此相关, 财产权也内含了个体要素和社会要素两个方面, 个体要素侧重于物质资源的开发和利用, 社会要素则侧重于个体之间及个体和社会之间的关系, 两者的平衡是财产权的实质内涵。从选定的视角, 我们来思考前述的财产权问题。

首先, 我们把这个问题放进财产权理论演变的时代背景中, 来考察不同时代财产权正当性关注的核心问题, 并指出现代财产权正当性需要在多元主义法律范式背景下来思考和认识; 其次, 通过简述西方经典理论中的主要思想来引出我们对于财产权、财产权关系的认识, 并提出财产权正当性其实就是财产权内部之间个体要素和社会要素的平衡, 财产权关系中对物关系和对人关系的统一。再次, 在“个体—社会”要素的思考框架内, 提出自己的多元主义的财产权正当性判断原则。最后, 在前述研究的基础上, 我们就这个研究的价值和意义进行阐释。

一、财产权、正当性和法律范式——多元主义财产权的理论背景、概念和意义

财产权正当性从来都是由占主导地位的法律范式决定的, 不同的法律范式其对前述财产权正当性问题的回答并不一样。而且更令人纠结的是, 在占主导地位的法律范式出现之前, 我们发现往往是对财产权的讨论在决定法律范式的走向。从财产权的角度看, 占主导地位的法律范式经历了三次转变, 而且每一次转变都是从关于财产权基本理论的讨论开始的。

(一) 财产权正当性与西方法律范式的三次转换

哈贝马斯将资本主义社会的法律范式归纳为三个：自由主义的法律范式、福利国家的法律范式和程序主义的法律范式^{[3](486)}。这三种范式的每一次转变都和财产权基本理论的变化相关。

1. 自由主义的法律范式

财产权正当性与法律范式的第一次转换，发生在原始公社性向私有财产的转变过程中^{[4](1)}。

财产从原始共有如何转变成个体专有，是这个转变过程中的核心问题。这一时期，有两派重要的思想，其光辉一直照耀到今天。一派是以格劳秀斯、普芬道夫、洛克为代表的把财产权当作自然法问题，一派是以休谟、卢梭、康德为代表的把财产权当作社会协定问题^{[4](155)}。尽管立场不同，但是这两派经典作家都是以个体为出发点和归宿的，一派注重个体的自然属性，把个体能力和天赋等作为财产权转变的主要理由，能力和天赋来自于自然的赐予，其获得的财产权利也就是自然权利。从而，将人类共有的东西纳入私人所有的范畴。这一过程是人的自然行为的结果，而非国家制定法律过程的结果。因此，私有财产权是每个人应享有的自然权利^{[5](76)}。一派则看重个体的社会属性，“理性”成为个体社会属性的代名词，只有在“理性”的支持下，个体才能获得财产权利，而这个“理性”通常指这样一种身份的转换，即个体从自然状态下的人转变到公民社会或者文明状态下的“公民”。尽管如此，“个人主义”“自由”和“非干涉”却是这些经典作家的共同主张。简而言之，个体在组成社会之前是自主的个体，可以根据自己的意愿选择是否进入文明社会；有权利的个体，捍卫和保护个体的权利是进入文明社会的唯一理由；自由的个体，不受约束的自由是个体进入文明社会的条件和原则，自由只能因为自由的理由而受到约束。由此开始，市民社会和政治国家两分的模式成为基本的思想意识。市民社会是个体的自留地，国家奉行消极的不干涉主义，不得进入。

在这些思想影响下，自由主义的法律范式就成为以维护个体的自由为核心，反对国家干涉的法律模式。而法律范式支配着所有行动者的意识^{[3](492)}。在财产权领域特别重视保护个体权利和个体利用自己的能力、天赋和优势获得外在物的能力。这一时期的财产权利是绝对权利，具有很高的法律地位^{[6](122-124)}。“社会利益”并不比保护国家法律所尊为典范的个体权利更有意义。即使在公共利益面临危险的时候，立法者也“不得以独断的方式剥夺国民的财产权利；而是对其私权进行充分的保护，并且对于其所承受的损失给予等价的补偿”^[7]。私人自主^{[3](494)}是自由主义的法律模式的

主要表现形式，消极自由的观念^{[8](523)}是占据主流地位的观念，个体在这个意义上的自由得到最大程度的维护。但是，在财产权问题上，这种范式有一个非常大的缺陷，导致了一个非常严重的后果，那就是基于法律的平等却导致了事实的不平等。这种不平等发展到后期已经严重影响到了社会的存续。

2. 福利国家的法律范式

财产权正当性与法律范式的第二次转换，发生在自由资本主义财产制度的改良过程中^{[3](499)}。

福利国家的法律范式的出现，有几个重要的背景：一是自由主义法律范式导致的事实上不平等的缺陷，引起公民的不满情绪与日俱增；二是凯恩斯国家干涉主义在一部分国家的实践，使人们开始重新认识到国家在经济生活中的重要作用；三是战后资本主义国家的经济复兴使得这些国家有了充分的经济盈余，有能力调整和支配社会资源来为公民提供更好的社会福利。正是在这种大的宏观背景下，福利国家的法律范式作为一种自由主义法律范式的改良模式出现了。这一时期重要的思想也有两派，一派是以马歇尔为代表的“社会权利”论者；一派是罗尔斯为代表的“社会正义”论者。其基本精神是注重公益，强化国家干预^{[9](64)}。马歇尔以公民资格为切入点，把社会权利并列和公民权利、政治权利同等重要的权利，强调社会责任，社会要素意味着从享有少许经济福利和保障的权利，到享有分享全部社会遗产的权利，以及按照社会通行标准享受文明生存的生活权利。与它紧密相连的制度设施是教育系统和社会福利事业。^{[10](5-44)}罗尔斯以“无知之幕”的假设为起点，选定了两个正义原则：自由平等原则和差别原则^{[11](57)}，通过起点平等和机会平等，并坚持对最不利的地位的人最有利的主张，试图来平衡自由和平等的关系，在既有自由主义法律范式的基础上，实现他希望的社会正义。不论是哪一种主张，“社会正义”“平等”和“干涉”都开始成为非常重要的观念。社会试图通过对个体生活的介入，改变由于法律形式上的平等所带来的事实不平等，以期能实现实质上的平等，所以有的学者也把这叫做私法实质化的过程。^{[3](488)}

福利国家的法律范式是以社会正义为中心，鼓励国家干预的一种法律模式，财产权领域中关于个体和社会之间的合理关系在这里变得突出起来了。社会资源如何合理分配成为新的主题。很多新型的以实现社会正义为主旨的财产权被创制出来，像福利财产权。法律已使当代福利国家成为新的财产权利的来源。^{[9](72)}财产权利的范围被大大扩张了，有体物、无

形物、政府许可等等都开始进入财产权的视野,这种变化甚至一度影响到财产权的基本理论。^{[9](141)}但是,这种范式也引起了一个重要的批评,就是国家的家长主义^{[3](506)},以及由此引发的官僚管理机构的膨胀及对于国家供应的依赖。而这很可能会影响财产权创造和增加社会物资财富的初衷,处理不好会影响个人能力和天赋的发挥。

3. 多元主义的法律范式

当下发生的是,财产权正当性和法律范式的第三次转换,是福利国家危机后的又一次变革,不同的学者视角不同,称呼不同。我们称为多元主义的法律范式,有的学者把他称为一种程序主义的法律范式^{[3](529)}。

从社会延续的角度看,自由主义的法律范式和福利国家的法律范式都有很多成功的地方,尽管他们各自都有不同的缺陷。这两个范式都持工业资本主义经济社会的生产主义图景。“由于这种图景的作用,根据一种理解,社会正义的期待是通过各人利益之私人自主的追求而实现的,而根据另一种理解,社会正义的期待恰恰是因此而破灭的。”^{[3](507)}把前述两种范式对立起来的主张与我们的期许并不相同,创造社会物质财富和合理的个体与社会关系是我们期待的社会生活的两个方面。自由和平等皆我所欲,重要的是两者可以在什么程度上达到平衡。多元主义是我们目前找到的一种可以接受的安排方式,尽管必须面对是否有一致的逻辑,是否屈服于道德现实以及理论是否可接受等诘难。^{[1](260)}但是,多元主义仍然是解决当前复杂情形的直观选择。自由主义的法律范式是我们生活的社会的底色,想要抹去,绝无可能;福利国家的法律范式以为自己擦掉了自由主义的法律范式的颜色,其实它只是在既有底色上新增添了几种变化的色彩而已。如果我们现在还没有新的更好的图景,面对这样的图画,如何让这些色彩搭配的更舒畅是我们可以做出的,消除不确定性的最好选择了。

如前所述,多元主义的法律范式并没有像自由主义的法律范式和福利国家的法律范式一样,为新的财产权类型的出现背书,更多的是一种对于既有财产权的新安排、新理解和新阐释。对于多元主义的模式,贝克提出了自己的解决方式,即积点解决方式和衡量解决方式。积点解决方式是指,将不同的财产权理论等同视之,而就特定事项获得较多数量之不同财产权理论支持者即可成立,反之则否。衡量解决方式则是特定事项获得不同的财产权理论相同数量支持与反对时,则需要衡量效率与平等,以决定特定事项是否成立。^[12]芒泽对于贝克的解决方式并不同意,而提出了

自己的主张,对于不同的财产权理论设定优先顺序的规则,然后按照各种财产权理论按照相互修正的方式而适用。^{[1](265)}当然,这并不能完全消除对多元主义的上述诘难,但是,对于如何合理搭配不同的法律范式使之出现我们喜欢的色彩和画面,还是很有帮助的。

(二) 财产权的正当性与我国法律范式的转换

对于我国的法律范式,我们的基本判断是,阶级斗争的法律范式的残余还没有消除干净,权利本位的法律范式^[13]还没有完全形成,又不得不面对多元主义的法律范式所面对的困境。

阶级斗争的法律范式,是以阶级斗争为中心的法律范式,阶级区分、阶级矛盾及阶级斗争是其主要的思维定势。在其主导的时期,我国的财产权是以公有财产权为核心的,私有财产权受到的保障小很多,一度甚至取消了私有财产权^①。这种法律范式,在2003年宪法修改和2007年物权法制定时也曾经造成了不小的影响。权利本位的法律范式,权利是法学的基石范畴。权利本位论不仅把权利作为法学的基石范畴加以阐述和使用、把权利本位论作为法学理论的底座和基调构建一个新的理论体系,而且更着重强调把权利作为基石范畴的创新价值、以权利本位论来实现法哲学的创新。权利本位的法律范式在社会生活中的反映表现在:私有财产权不但进入宪法,而且在2003年宪法修改后,获得了和公有财产权同等保护的法律地位,为我国普通民众通过自己的努力、能力和天赋创造属于自己的财富打开了机会之窗。

权利本位的法律范式在我国还没有完全形成,尽管是当前的主导范式,但是面临着阶级斗争的法律范式和新情况下的多元主义的法律范式的挑战。多元主义的法律范式在我国影响才刚刚开始,政府许可产生的财产权、养老金财产权等新型财产权类型已经出现,有的学者将其称为财产权公法化趋势^{[3](120)},有的称为公有财产权^[14]。我国的多元主义范式和前述的西方国家的多元主义范式既有区别又有联系。中国社会是一个典型的转型社会,不像西方国家那样,不同的法律范式以及与此相对应的财产权制度模式具有明显的阶段性特征;我们现在所面对的典型情况就是多阶段特征与多种模式并存,既有共性的一面也有个性的一面。所以,我国的多元主义立场在某种程度上并不是发展阶段的特定问题,而是面对复杂社会局面而不得不然的一个选择。

(三) 多元主义财产权的正当性

财产权正当性的问题总是在面临法律范式转换的关节点上突显出其重要的价值和意义。这一方面说明了财产权在人们社会生活中独特的重要意义,另一方

面也表明了财产权与我们外在生活联接的紧度和反映的灵敏程度。

如果说在自由主义的法律范式下,财产权正当性的精神实质是个人主义的,崇尚自由的;福利国家的法律范式下,财产权正当性的精神实质是社会正义的,追求平等的;而多元主义的法律范式下,财产权正当性的精神实质则是个体要素和社会要素相平衡,自由和平等相平衡。多元主义财产权的正当性就是为不可化约、有时候甚至相互冲突的财产权及价值理念寻找一个综合的、统一的基础。

多元主义的财产权正当性理论可以回应下面的四个期待:第一,作为知识的建构,它是获得的最合理也是最近乎令人满意的财产理论。不同的论者偏好并不相同,自由主义的法律范式的论者更关注自由和国家的非干涉义务,而福利国家的法律范式的论者则更关注平等和国家的干涉义务。而多元主义则可以为吸收这些理论的合理之处,并为调和相互竞争的观点提供了可能。第二,作为社会转换过程中的重要环节和社会生活的多元化、利益的多元化的变化相一致。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本身。^{[15](10)}个体和社会不同的价值取向,也深刻的影响了财产权利的机理、逻辑和形式,不同类项的财产权其中个体要素和社会要素的地位和作用并不相同。而多元主义则可以采取优先规则等手段合理的处理各方之间的关系。第三,作为实践的导向,这种理论有助于改革和改进现有的财产制度。^{[1](7)}这也是我们所指的法律范式转换的主要目的,而正是这种渴望激励我们去描绘一种多元主义的财产权的图景。第四,在道德层面,建构跟财产有关的一种理想的道德特性。无论自由主义的法律范式还是福利国家的法律范式,都会有自己想要彰显的美德。但是,正如我们所看到的那样,美德和邪恶是同时存在的,再好的财产权和经济制度在这两个方向都会留下空间。最好的理论倾向于成为多元主义,最有希望的多元主义理论也有可能道德特性思考中发挥独立的平衡作用。^{[1](127)}

多元主义财产权的正当性是一种有社会目标和价值目标的正当性。社会目标和前述的财产权基本问题相关,包含两个内容:社会物质财富的增加和社会成员的体面且全面的社会生活。^{[1](217)}价值目标则是社会正义的实现,是自由和平等的新平衡。我们在这里用对物关系和对人关系、个体要素—社会要素作为基本概念,把对物关系和对人关系统一、个体要素和社会要素相平衡作为分析框架来阐释一种多元主义财产权的正当性理论。

二、个体要素、社会要素和财产权——多元主义财产权正当性的理论内涵

多元主义财产权的正当性要为各类财产权寻找统一、综合的基础,就必须首先发现不同财产权理论中的优点和缺憾,找出其中的核心要素;然后明确其中可以联系和统一的基础;最后确立这些要素彼此发生联系的规则和方式。

(一) 对物关系和对人关系:个体要素和社会要素的主要表现

对物关系是和个体要素相关的,是指个体和外在物发生联系的一面;对人关系和社会要素相关,是指个体之间及个体和社会之间攸关物(财产)的关系的一面。西方学者从古自今就有为私有财产辩护的传统^{[4](1)}。他们从一开始用各种方式思考私有财产的起源,以及原始公社性向私有财产的转变等问题,到后来讨论关于财产权的表现、价值和意义的追问,对物关系和对人关系都是财产权辩护中必须要顾及的两面^[16]。

洛克把劳动作为个体和外在之物发生联系的主要方式,通过劳动使得外在之物脱离了最初的共有形态而为个体所专有。而在个体之间及个体和社会的对人关系上,洛克提出了两个限制条件,即不可浪费条件和留有足够好的条件,来化解个体专有外在之物所可能遭到的反对^{[17](18)}。即便如此,洛克的劳动学说还是受到了很多质疑。有的质疑来自洛克传统的内部,比如诺齐克,他认为洛克的劳动学说在对物关系上,没有区分具体的劳动种类和效果,没有考虑无效劳动甚至负面劳动所可能带来的消极影响。在对人关系上,洛克假设的物质资源极其丰富的情况不现实、难以达成,诺齐克对此提出更弱的限制条件理论,既有物的存量有限的情况下,对物上的权利提供更多的供给。对在物上的权利进行分离,满足不同主体对外在物的使用要求^{[18](209)}。基于诺齐克本人坚持的“自由颠覆模式”^{[19](22)}的立场,其在财产权的对物关系和对人关系上,秉持一种历史的、非模式化的持有正义的观点,承认财产权与自由的密切联系,及个体取得外在物的历史事实和多样化的取得手段,而不再把劳动作为唯一的取得手段和方式^{[18](186)}。

有的质疑则来自洛克传统的外部。在对物关系上,康德看到了先占、劳动占有等等不同的占有形式中个体所主张的道德理由的分歧,而希望用单一的、确定的判断来消除这些不同道德理由之间的分歧^[20],使得

占有从自然状态的占有变为理性占有。而在康德那里,消除分歧的方式来自对人关系一方的支持,即“普遍联合的意志”、权威的、公共的意志相符合的国家法律的认可。^{[21](67)}由此,洛克的财产权在自然状态中就存在了,而康德的财产权则需要在公民社会才能存在。换句话说,洛克把财产权作为自然法问题,而康德则把它作为了一个协定问题。^{[4](176)}循着这个思路,罗尔斯的社会正义理论就更有意思了。在他那里,财产是社会的基本有用物品,个体对此是有认知的^{[22](142)}。即便如此,个体对于财产及其权利的获得却需要遵循其在“无知之幕”下,选出来的正义原则^{[11](57)}。对人关系反而成为了对物关系的前提和基础。功利主义把财产权当作正义规则建立的关于物质占有的规范^{[23](525)},和满足追求幸福的法律预期^{[24](1)}。在他们看来,对人关系在对物关系之前,对物关系需要遵循对人关系中确立的各种规范。

综合主义的芒泽则试图在一种多元主义的立场上来考虑对物关系和对人关系,并想要提出一个全面的财产权理论来完善两者。首先,在财产观念上秉持一种大财产权的观念。财产,包括所有有利益的因素,包括土地等外在物,私法上的权利,以及福利援助等公法上的权利。除此之外,部分身体权利也可以是有限的财产权。其次,从对物关系出发,芒泽阐释了个体和外在物、个体和私有经济组织以及个体和经济制度发生联系的方式和过程,并向我们展示了财产给予个体的支配、隐私和个性等的美德以及财产和经济制度所带来不平等、剥削和异化等邪恶。最后,在此基础上提出了财产权正当性判断的三个复合原则:功利和效率复合原则、正义和平等复合原则及劳动和应得复合原则,并提出了优先规则和三个原则相互修正适用规则,以此来安排财产权理论中不同价值取向和不同类型财产权的正当性要求。

从上述经典作家的理论可以发现,尽管对物关系和对人关系构成财产权正当性需要关注的两面,个体要素和社会要素的平衡在不同学者的眼中并不相同。在洛克一派的财产权理论中,个体要素和社会要素的关系就是个体利益最大化,社会利益最小化,最极端的莫过于诺齐克了。在他们看来财产关系正当与否,就是指对物关系,即个体和外在物之间的联系是否正当。而对人关系在此类财产权正当性理论中作用极其有限。但是,恰恰由于社会要素在其中已经不能再小了,其底限作用和意义反而是最强的。因此这种关系很容易被打破。而在康德一派的财产权理论中,个体要素和社会要素的关系就是指个体要在社会中实现自己的最大化。个体利益只有在社会中才能真的实现。

在他们眼里对人关系和对物关系是紧密联系的,对物关系只有满足对人关系才能实现,也即个体和物之间发生联系正当与否,要依靠对人关系确立的主体之间及主体和社会之间的财产权的原则为何。但是,由于社会在其中对于个体的显性作用和影响,容易引起个体要素的作用和意义减弱,导致财产权目的实现困难。到了芒泽的综合理论,个体要素和社会要素的关系更像是一种动态的平衡关系,个体要素和社会要素根据不同类型的财产权,发挥不同的作用和影响,综合运用三个不同的正当性判断原则。在努力实现对物关系时保持对人关系所设定的底限和条件不被破坏,而在对人关系的发展变化中则注意维护对物关系的重要地位和作用。

对物关系是个体和外在物之间的关系,个体是核心,个体能力、天赋和优势的发挥非常重要,个体是增加社会物质财富总量的来源。对人关系是个体之间及个体和社会之间的关系,社会具有调整和规范财产权关系的权力,合理的财产权关系需要社会发挥自己的主导力量。同样的,个体和社会也就成为了财产权的核心要素,直接关系到财产权中的各项目标的实现。

(二) 个体和社会: 财产权的核心要素

个体要素和社会要素在财产权中有各自不同的主张,这些主张彼此不同,有时候也互相冲突。但是,我们可以通过确立合理的适用规则来解决他们之间的不同和对立,以便可以更好的服务于财产权这个整体。

个体要素的核心是自我所有的主张。个体是自己的身体、天赋、能力等条件的天然拥有者。“……每个人对自己的人身具有所有权。这是唯有一个人自己才具有的权利。他的身体的劳作,他的双手的工作,等等……严格地说都是他的。”^{[17](28)}自我所有,一方面为获得外在物提供了想象空间,个体可以如同拥有自己一样通过并入或者投射^{[11](53)}的方式来把自己的特性融入到外在物中来取得外在物。另一方面,也为个体发挥自己的能力、天赋等实际条件获得外在物提供了可能。在阿马蒂亚·森眼里,能力是一个人可以获得各种机能的各种可能组合。机能和能力是用来转化我们能够支配的各种物品的中间步骤。^{[25](156)}柯亨是把自我所有论作为自由至上主义的重要理论根基进行批判,也提出了对其进行限制的主张^{[19](81)}。但是,正如柯亨自己所说,自我所有作为一个自然特权的属性是难以抹杀的,也是有可能被社会主义所认可的。

自我所有的主张作为前提和条件,不但决定了对物关系的模式,也深刻的影响了对人关系。以此为基础,个体通过占有行为和意思表示相结合的方式,来表达自己对于外在物的财产权。其他个体及社会,则

通过承认、同意或者惯例、规则等形式尊重个体的这种财产权，直到国家/法律的出现。在这种主张的支持下，财产权获得了先于国家和社会形成的绝对权利的地位。但是，这种财产权也是社会风险极高的财产权。在人类社会的历史上，对于这种主张的财产权所造成的不平等、异化、剥削的声音就一直不绝于耳。今天，我们更担心的是这种主张对弱者的伤害和对平等的侵害。这种担心也促成了理念的变化和一些有效的实际行动。

与此相对应，社会要素的基础则是资源的平等主义主张。任何个体不能因为自己偶然获得的天赋、地位、身份、技术等方便而当然获得社会中的优势，不应该因为禀赋、才能之差异影响我们之间外在资源的不平等。因为，如同那些所谓的方便都是社会给予的，与此相对应的缺陷也都是社会造成的，个体不应该对此负责。除非，政府对禀赋、才能较差的人提供公平的补偿。^[26]社会可以据此获得调整和分配社会资源的正当性理由，社会获得了一定程度的干涉权利，社会供给、产品和那些由社会控制的自然资源应当按照平等的原则来分配。^[27]由此，对人关系和对物关系的位置又颠倒了过来，先确定对人关系然后才能以此为基础形成新的对物关系。诸如福利财产权等很多新型财产权^[28]的出现与此种主张相关。整体意志、法律规范及个体行为在这里就构成了一个相互联系的环节，来解释从对人关系到对物关系的连续过程。但是，这种主张也有难以弥补的缺憾。资源的平等主义主张并不直接以个体能力和优势的发挥为主旨，而是以社会调整和分配社会资源的权力为重心。但是，社会调整和规范财产权的权力毕竟有限，既不能杀鸡取卵，又不能劫富济贫，无法改变个体财富差距拉大的现实。如果过度使用权力，又会造成新的不公；同时，由于以社会资源再分配为出发点，又不能发挥激励个体发挥其优势、能力、积极性的作用，也无法创造更多的社会物质财富。个体要素和社会要素彼此各有自己的主张，各有侧重。既有自己独特的优势，也有无法克服的缺憾。他们在财产权的表现形式、观念、路径、思维方式等方面也相距甚远。

个体要素的自我所有的主张和社会要素的资源平等主义的主张，与我们前述的自由主义的法律范式和福利国家的法律范式的对立相类似，各自都能解决财产权问题的一部分而不是全部。在特定情境中，道德似乎在朝不同方向伸展。只有多元主义能够容纳这样的事实，因为一元理论不能把握我们深思判断的复杂性。在多元主义的背景下，个体要素和社会要素的对立是必然的。但是，更重要的是如何使这种对立形成

合力来更好的服务于财产权这个整体。我们沿袭综合主义财产法学者的处理方式，为个体要素和社会要素的适用选定了相应的规则。

（三）整体、优先和区分：个体要素和社会要素相平衡的规则

多元主义并不仅仅在于容纳多元性事实和承认利益的多元化，更重要的是多元主义要消除这些多元性事实和多元化利益的分歧和冲突所带来的复杂性、不确定性。所以，多元主义学者的主要努力就在与寻找一个合理的安排来消除这种复杂性和不确定性。多元主义财产权在个体要素和社会要素的平衡问题下，选定了五个适用规则。

第一，统一性规则。个体要素和社会要素要在不同和对立的条件下共同发挥作用，保证财产权的正常合理的实施。无论何种类型的财产权都要注意对物关系和对人关系的两面，照顾到个体要素和社会要素。同时，无论新财产权的设定或者老财产权内容的新改变、新解释等都要遵循统一性规则。统一性规则就是整体性规则，它要求把财产权中的对物关系和对人关系、个体要素和社会要素作为一个整体看待，不要忽略任何一个方面。

第二，优先规则。个体要素和社会要素在财产权中的统一，是一种有主有次的有机统一。不同类型的财产权，不同的要素占据主导地位、优势地位。优先规则主要是基于财产权类型而确定的，个体要素和社会要素的优先考虑的顺序，根据财产权所欲实现的目标来确定是个人利益、个体目标的实现优先，还是社会利益、社会目标的实现优先。

第三，比例规则。在财产权中以某个要素为主导，优先考虑一种要素时，要为相对立要素的补充适用留下充分的空间，两者之间保持一个适当的制衡，相对立的要素的适用构成优先考虑要素的适用边界，优先考虑的要素不得突破。这样就有两个特殊的限制在里面，第一，优先考虑的要素并不是对其他要素的否定，而只是在设定财产权利时优先考虑该要素所内含的利益诉求，所以不会存在单纯的考虑社会要素或者个体要素，而不顾及其他要素的情况。第二，补充地位的构成要素同时对占主导地位的要素予以限制，在财产权利的设定中给其保留一定的适用比例，便于其发挥平衡影响。

第四，区分规则。不同类型的财产权，个体要素和社会要素的地位不同，发挥的作用和影响也不同。个体要素和社会要素要区别不同的财产权，各自发挥主导作用和补充作用。我们基本上按照个体要素和社会要素发挥作用强弱程度的不同区分为四种不同的财

产权类型。具体而言,以开发和利用自然物或者类似物为中心,需要个体发挥创造性和积极性,以物的获取、转让、使用、处分为主要内容的财产权类型,个体要素主导作用要发挥到最大,社会要素的补充作用则要发挥到最小,传统的所有权基本上属于这种情况;以开发和利用自然物或者类似物为中心,却以政府许可为必要条件,以物的获取、转让、使用、处分为主要内容的财产权类型时,个体要素主导作用要相对弱一些,社会要素的补充作用更强一些,知识产权、矿业权、农村土地承包经营权基本上属于这种情况;以社会正义为主要目标,致力于一种合理的社会秩序实现的,需要特殊的具有经济价值的权利安排的,以权利的获取、使用、转让、处分为主要内容的财产权类型,社会要素发挥最大的主导作用,个体要素的次要作用则要发挥到最小,城市出租车经营权基本上属于这种情况;以社会正义为主要目标,致力于一种合理的社会秩序实现的,通过特殊的经济价值的权利安排,却以个体付出为必要条件的;以权利的获取、使用、转让和处分为主要内容的财产权类型,社会要素的主导作用要相对弱一些,个体要素的补充作用更强一些,养老金财产权基本上属于这种情形。

第五,矫正规则。财产权中的社会要素和个体要素会出现与财产权类型不匹配的情形,这对于社会所欲求的价值和目标的实现是很不利的。矫正规则主要是对社会要素和个体要素的强度进行调整,财产权的类型很少发生变化,但是确定类型的财产权中的对物关系和对人关系的重心却可能因时、因地而发生变化。

多元主义财产权的正当性在某种程度上就是要寻找个体要素和社会要素的平衡模式。除了需要前述的个体要素和社会要素的适用规则外,考虑到前述的社会目标,多元主义财产权的正当性评价也必然会是一个综合性的评价方式。

三、多元主义、财产权和正当性 ——多元主义财产权的正当性判断标准

对财产权进行区别对待,并按照不同的正当性标准对其进行评价^[29],是面对复杂财产权类型时的常用方式。多元主义财产权要尽可能多的容纳不同的财产权类型,并不是要抹杀不同财产权的个性和特质,而是为他们确立一个统一的、可接受的基础。所以,我们在这里的主要主张是“类型化财产权,综合性判断财产权”。

类型化财产权,是按照个体要素和社会要素强度

的不同对财产权进行的划分。我们把财产权划分为四种类型:强财产权Ⅰ型,个体要素居于主导地位,其发挥的作用和影响要远远超过社会要素,个体要素在四种财产权类型中强度最强,典型代表是传统的所有权。弱财产权Ⅰ型,个体要素居于主导地位,社会要素具有辅助地位。个体要素的强度大于社会要素,典型代表是知识产权。强财产权Ⅱ型,社会要素居于主导作用,其地位和发挥的作用要远远高于个体要素,社会要素的强度最强,个体要素居于从属地位,典型代表是城市出租车经营权。弱财产权Ⅱ型,社会要素居于主导地位,个体要素居于辅助地位。社会要素的强度要大于个体要素,典型代表是养老金财产权。不同的财产权负担的任务和使命并不一样。强财产权Ⅰ型和弱财产权Ⅰ型致力于发挥个体的积极性、能力和优势,充分开发和利用物质资源,增加社会财富的总量。强财产权Ⅱ型和弱财产权Ⅱ型则致力于个体之间及个体和社会之间的关系,要求保证个体可以有全面且体面的社会生活。

综合性判断财产权,是考虑财产权的目的和关联因素而对财产权进行的整体评价。除了个体要素和社会要素、对物关系和对人关系之外,我们选取了芒泽正当性评价三原则中的福利和效率复合原则及正义和平等复合原则中的福利最大化、效率最大化,最低值理论,差距命题作为财产权正当性判断的相关因素,结合平等的要求形成对财产权进行正当性判断的基本框架。开发和利用物质资源与合理的个体和社会关系是财产权正当性的根基。我们以此为依托,根据所欲实现的财产权目标不同,提出了两个财产权判断的模式。一个是以物的开发和利用为主的模式。这个模式以社会物质财富的增加为主要目标,个体要素居于主导地位,对物关系优先于对人关系,福利最大化和效率最大化是其主要价值目标,福利和效率复合原则处于主要地位,正义和平等复合原则居于辅助地位,基本上强财产权Ⅰ型和弱财产权Ⅰ依照这个模式来判断其正当性。如图1所示。

一个是以合理的个体和社会关系为主的模式。这个模式以个体能过上体面且全面的社会生活为主要目标,社会要素居于主导地位,对人关系优先于对物关系,平等的考虑优先于福利和效率的考虑,正义和平等复合原则居于主要地位,福利和效率复合原则居于辅助地位,基本上强财产权Ⅱ型和弱财产权Ⅱ型依照这个模式来判断其正当性。如图2所示。

采取这两个模式是和现代社会财产权承担的不同使命相联系。与以往不同,20世纪下半叶,新的利益几乎前所未有的逼迫着法律,要求以法律权利的形式

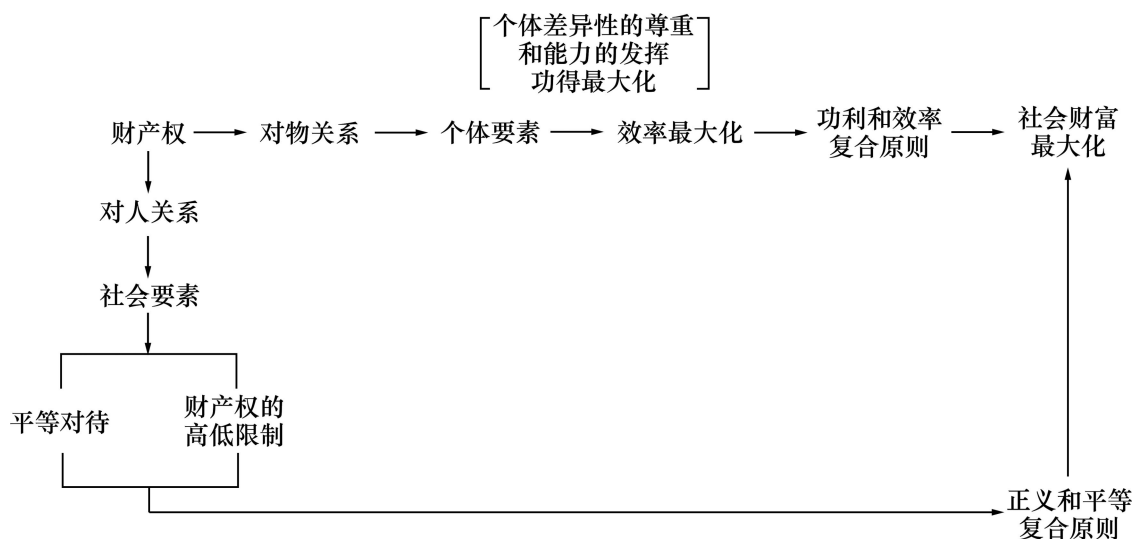


图1 强财产权I型和弱财产权I的财产权正当性判断的基本框架模式

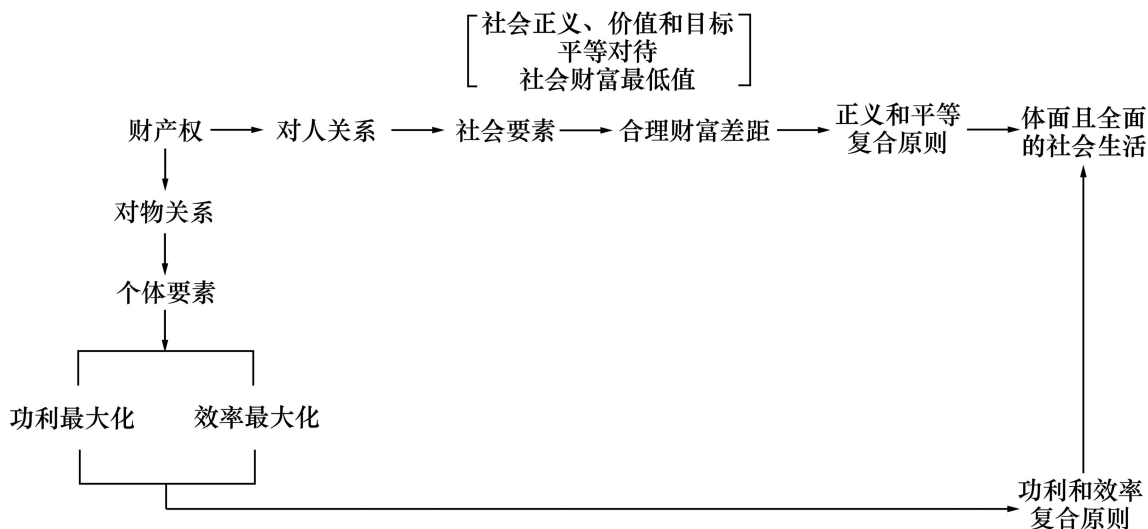


图2 强财产权II型和弱财产权II的财产权正当性判断的基本框架模式

得到确认。相应的法律也越来越多地确认其存在，将空前大量的权利提高到受法律保护的地位^[30]。法律已使当代福利国家成为新的财产权利的来源。财产法因而更多地体现为一种管理职能，以达到社会事实上的平等，维护安宁和公共利益。并且“福利权利”被视为一种“财产”而非“赏赐”。

并且两者对于国家的约束也不同，可以说，前者是消极的，提供了国家行为的边际约束；后者是积极的，要求建构新型财产权类型。然而，毕竟财产权本身的类型增加了，使命增加了，主要关注的社会目标增加了。并且很多新型财产权设立的主旨和欲求的目标与传统财产权不同了。科学地讲，当代社会并非必须在“善”和“自由”之间选择一种标准，而是私益和公益的一种平衡，财产法因而应具有多元价值取向。

我们采取这样两种模式正是考虑到财产权本身的这种变化和差异，能够容纳不同类型财产权的要求。

同时，在我们眼里这两种正当性模式是彼此相容，可以共存于一个财产权体系内的。以个体和社会的关系为主的模式，可以被当作最基本的要求。对近代“公正”而言，其是从有关的个人观点来看待正当和公正^[31]。通过社会的规范和调整，社会资源最终还是要用在个体身上的，个体不但可以有一种全面的社会生活而且可以获得最低数量的财产以维持自己的体面，这对于发挥个体的积极性和创造性以最大限度的开发和利用物质资源具有重要的意义。以物的开发和利用为主的模式，则可以作为最高水平的要求。个体对于物的开发和利用，具有增加社会物质财富总量的效果，社会物质财富越多，社会可控制和利用的资源也就越

多,能使用的财产权手段就越多,这对于建构一种合理的个体和社会的关系,维持个体的全面且体面的社会生活而言至关重要。

四、财产权、正当性及其美德 ——多元主义财产权的价值意蕴

福利国家的法律范式是针对自由主义的法律范式的缺陷而来的,通过思想意识的转换解决了自由主义的法律范式无力也不能解决的问题。多元主义的法律范式所遇到的则是福利国家的法律范式和自由主义的法律范式都难以解决的问题。多元主义通过容纳不同法律范式的合理成分来重新组合成一个有效的解决方式。尽管这个转变还没有最终完成,但我们已经努力在一个综合的框架内给每一个合理成分安排合适的角色,以便让其发挥积极的作用。而在实践方向上,类型化财产权和综合性判断财产权,正在成为我们评价和改进财产权制度的有效工具。在我们的视野里,个体要素和社会要素相平衡,通过两者在不同财产权类型中有主有次的发挥作用去追求我们所欲求的基本“善”:社会物质财富的增加和个体的一种体面且全面的社会生活。令人满意的财产审视必须把理论问题和具体问题结合在一起,且有助于解决现实世界的问题。财产理论不应是一个智识性的玩偶而应是一个改良财产制度的工具^{[1](398)}。

然而,当我们回到“个体和资源如何发生联系,及依照什么原则发生何种联系?”这个问题时,多元主义财产权的正当性还必须在更高的道德层面上,如同自由主义的法律范式和福利国家的法律范式那样,有自己的方向和价值目标。

这首先意味着多元主义财产权应当具有一种普遍性的美德。普遍性与多元主义并不矛盾,恰恰相反,寻求普遍性一直是多元主义理论的目标^[32]。多元主义财产权的正当性本身也致力于为不可化约,有时候甚至对立的财产权类型和价值寻找统一的基础。多元主义财产权的普遍性,与自由主义的法律范式和福利国家的法律范式的价值普遍性不同,毋宁更是一种适用原则的普遍性,如同罗尔斯的社会正义理论中的优先规则和反思平衡的方式,哈贝马斯的商谈理论方式、贝克的积点方式和衡量方式,芒泽的优先规则和原则之间相互修正的方式也主要致力于这种意义上的普遍性。这种适用规则的普遍性是非常重要的,他们经常是公正处理道德和政治生活之复杂性和不确定性的唯一方式。^{[1](251)}

同时这也意味着多元主义的法律范式与自由主义

的法律范式和福利国家的法律范式在价值理念上的区别。自由主义的法律范式,财产权的价值目标是自由;福利国家的法律范式,财产权的价值目标则重在平等;而在多元主义的法律范式下,财产权的价值目标则是平等和自由如何平衡。尤其在我国,自由和平等都很稀缺,哪一种价值都值得全力以赴地争取。如果你对其中一种价值的偏爱超过另一种,你可以全心全意地争取你喜欢的东西而不必打压另一种。自由之友完全不必是平等之敌,反之亦然。自由和平等能并驾齐驱取得进步最为理想,其中一种有所推进也值得欢迎。^[33]

由此,我们在这里预设的平等是起点平等,即所有人都被平等的对待;机会平等,即所有人都有平等的机会去获得自己想要的财富;能力平等,即所有人可以利用的社会提供的获得财产的手段平等;结果平等,即所有人都可以获得最低数量的财富。我们所预设的自由则是获取的自由,即个体可以根据自己的天赋、能力和优势去获得或创造自己的财富。这两者的平衡规则存在于多元主义财产权正当性的判断标准中,在以物的开发和利用为主的模式中,以社会物质财富的增加为主要目标,自由优先于平等,平等价值的意义在于修正自由价值所可能带来的负面影响;以合理的个体和社会关系为主的模式中,以个体能过上体面且全面的社会生活为主要目标,平等优先于自由,自由价值的意义在于修正平等价值所带来的不足和缺陷。

注释:

- ① 我国的1975年宪法、1978年宪法的第五条、第九条,在财产权制度方面根本没有规定私有经济;而在私人所有权方面,仅仅规定了公民对于收入、储蓄、房屋及各种生活资料的有限所有权。

参考文献:

- [1] 斯蒂芬·芒泽. 财产理论[M]. 北京: 北京大学出版社, 2006.
- [2] 魏千峰. 财产权之基本理论研究——以国家与人民之关系为限[D]. 台北: 台湾国立政治大学法律研究所博士论文, 1999.
- [3] 哈贝马斯. 在事实与规范之间[M]. 北京: 生活·读书·新知三联书店, 2003.
- [4] 彼得·甘西. 反思财产——从古代到革命时代[M]. 北京: 北京大学出版社, 2011.
- [5] 王铁雄. 财产权利平衡论——美国财产法理念之变迁路径[M]. 北京: 中国法制出版社, 2007.
- [6] William Blackstone. Commentaries On the Law of England (1765—1769) [M]. Chicago: The University of Chicago Press, 1979.

- [7] Miller. *The Life of The Mind in America, From the Revolution to The Civil War* [M]. Chicago: Hacourt Brace Jovanovich Publishers, 1965.
- [8] 张文显. 二十世纪西方法哲学思潮研究[M]. 北京: 法律出版社, 1996.
- [9] 梅夏英. 财产权构造的基础分析[M]. 北京: 人民法院出版社, 2002.
- [10] T. H. Marshall. *Citizenship and social class*[C]// Bryan S. Turner, Peter Hamilton. *Citizenship: critical concepts* ·Vol 2. London: Routledge, 1994.
- [11] 约翰·罗尔斯. 正义论[M]. 北京: 中国社会科学出版社, 2006.
- [12] Lawrence C. Becher. *Property Rights: Philosophic Foundations* [M]. London: Henley and Boston: Routledge & Kegan Paul, 1977.
- [13] 张文显, 于宁. 当代中国法哲学研究范式的转换——从阶级斗争范式到权利本位范式[J]. 中国法学, 2001(1): 62-78.
- [14] 杨海坤, 金亮新. 公私法视野中的财产权分析[J]. 法制研究, 2007(4): 12-16.
- [15] 弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼. 论立法与法学的当代使命[M]. 北京: 中国法制出版社, 2001.
- [16] Stephen R. Munzer. *Property as Social Relations*[C]//财产的法律和政治理论新作集. 北京: 中国政法大学出版社, 2003.
- [17] 洛克. 政府论·下篇[M]. 北京: 商务印书馆, 1993.
- [18] 罗伯特·诺齐克. 无政府、国家和乌托邦[M]. 北京: 中国社会科学出版社, 2008.
- [19] G.A.柯亨. 自我所有、自由和平等[M]. 北京: 东方出版社, 2008.
- [20] Jeremy Waldron. *Kant's Legal Positivism* [J]. *Harvard Law Review*, 1996, 109(7): 1535-1566.
- [21] 康德. 法的形而上学原理——权利的科学[M]. 北京: 商务印书馆, 1997.
- [22] 石元康. 罗尔斯[M]. 南宁: 广西师范大学出版社, 2004.
- [23] 休谟. 人性论·下册[M]. 北京: 商务印书馆, 2010.
- [24] 边沁. 道德与立法原理导论[M]. 北京: 商务印书馆, 2000.
- [25] 徐向东. 自由主义、社会契约与政治辩护[M]. 北京: 北京大学出版社, 2005.
- [26] Ronald Dworkin. *What is Equality? Part 2, Equality of Resources* [J]. *Philosophy & Public Affairs*, 1981, 10(4): 283-345.
- [27] John Rawls. *Political Liberalism* [M]. New York: Columbia University Press, 1996.
- [28] 查尔斯·赖希. 新财产权[EB/OL]. 中国理论法学网, www.legaltheory.com.cn, 2003-08-24.
- [29] Morris R. Cohen. *Property and Sovereignty* [J]. *Cornell Law Quarterly*, 1927(13): 8-30.
- [30] 伯纳德·施瓦茨. 美国法律史[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1997.
- [31] John Finnis. *Natural Law and Nature Rights* [M]. Oxford: Oxford Press, 1980.
- [32] 童世骏. 多元主义文化条件下的普遍主义政治何以可能?——尤根·哈贝马斯政治哲学的核心问题[C]//当代中国: 发展·安全·价值·东方学术文库·第二卷. 上海: 上海人民出版社, 2004.
- [33] 徐友渔. 关于自由和平等的当代思考[J]. 云南大学学报(社会科学版), 2003(3): 3-10.

Property rights, legitimacy and pluralism: An analysis of modern property rights theory

CHEN Jun

(School of Law, Jilin University, Changchun 130012, China)

Abstract: Conversion of legitimate property and legal paradigm always has close correlation, and the conversion law paradigm through changes in property rights is thus reflected. The characteristics of property rights lie in that not only individual should connect with external objects, but also take into the existence and development of other individuals and society as a whole. On the pluralism background to grasp the relationship between the individual and external objects, between individuals, and between individual and society is the legitimacy of property subject. On the one hand, the relationship between the individual and external objects, need to play to individual characteristics, making it as much as possible the creation of material wealth. On the other hand, it has to ensure through the social mechanism that every member of society can have a decent and comprehensive social life. So, despite the different property right to assume different social mission, it is possible to provide the comprehensive judgment model for different types of property rights.

Key Words: property rights; individual; society; pluralism; legitimacy

[编辑: 颜关明]