

“相对”的所有权

——双重所有权的英美法系视角与大陆法系绝对所有权的解构

冉 昊

内容提要:在两大法系财产法的结构中,最醒目的区别就是大陆法系的绝对单一所有权和英美法系的普通法所有权、衡平所有权双重所有权制度,但实际上,衡平法并不是法律(law),衡平所有权对普通法所有权起到的是一种补充而不否定、缓缓进行改变的作用。这种二重性结构导致了英美法系财产权整体的相对性特征。受此启示,对面临着诸多现实困境的大陆法系绝对所有权也应进行分解,区分出作为归属的所有权和作为支配的所有权两重含义。

关键词:普通法所有权 衡平所有权 相对性 绝对所有权

冉昊,北京大学博士后,中国社会科学院法学研究所。

“所有权是人类社会的特征制度之一。一个民族如果不知所有权为何物,或者其制度安排中仅赋予所有权以较为次要的地位,或者‘我的和你的’不过意味着‘当下你我所持有的’,它必定不生活在这个世界中。”^{〔1〕}在两大法系财产法的结构中,最醒目的区别就是大陆法系的绝对单一所有权和英美法系的普通法所有权(legal title)、衡平所有权(equitable title)双重所有权制度。“民法所有权的另一种普通法所没有的传统特征,是它的单一性。尽管它承认共同所有权的某些形式,但却很难接受所有权终归会划分成普通法那种现实与将来的利害关系”、或者说普通法的权利与衡平法的权利。^{〔2〕}大陆法系的绝对单一所有权实现于法典的统一规定,并随着法典的系统化而逐渐限制自身的含义于有体物标的上,令注重对一切合理利益提供实际保护的英美分析法学家们莫衷一是;而英美的双重所有权先是通过普通法院和衡平法院两套体系分别执行,后来虽然经过司法改革“汇合为一,而且至今仍在同一条河道上流淌,但来自两条源流的水本身却并未融为一体”(格兰维尔《英国法入门》),仍然构成了受大陆法系法典化训练的人理解上最大的障碍。本文就试图集中笔力对后者作一些破译,理解英美法系双重所有权的发展关系,由此对大陆法系的绝对单一所有权形成有意义的借鉴。不过本文不打算采取比较法论文通常采用的办法,进行直接的概念比较,而是打算在其各自的历史、制度背景下分别解构相关概念,贯彻一种功能主义的比较方法论,让人们感到其功能上的相通性,看这些不同的技术处理方式却又是如何发挥出了相同的制度功能,提供了人们可能享有的各种也许名称不同、但却能实现同样效果的权利及其流通方式,由此在大陆法与普通法之间架起真正的桥梁。

〔1〕 A.M.Honore, 'Ownership' in *Oxford Essays in Jurisprudence*, ed. A.G.Guest, p.107. 译文参考了同窗金可可的翻译,在此对他提供的原文和译文一并表示感谢。

〔2〕 格伦顿:《比较法律传统》,米健等译,中国政法大学出版社1993年版,第69-70页。

一 双重所有权

与其普通法院、衡平法院的双重裁判体系相适应,英美法系财产法在形式上的一个突出特点是,在权利的配置上设定了双重所有权——普通法所有权和衡平所有权,而从表面看来完全不同于大陆法系基于所有权神圣提出的绝对所有权原则——一物一权,所有权单一而不可分割。但从功能上,换言之,从实际规定的权利内容来看,两大法系财产权利真有这么大的区别吗?不同的法律人面对的社会现实在现代具有了越来越多的共同性,不同的法律要解决的问题却是类同的,人们基于这一现实思考出的解决办法,虽然可能受文化传统的影响而在形式上有所不同,但保护的精神、或者说实质内容上,应该有其趋同性。当今世界当真该是会同与融合的吧?! 故此我们在做出结论之前首先应该充分地理解,究竟什么是普通法所有权和衡平所有权。

(一)普通法所有权(legal title)与衡平所有权(equitable title)

普通法所有权,按其字面意思即“法律产权”,指的是一种能证明的、明显的所有权,但却并不必然代表了全部、完整的产权和受益利益的权利。普通法所有权也可解释为根据普通法的原则得到确认的产权,即在普通法法院可获得承认或执行的产权,或者指这样的一种产权:对财产的所有权和占有在表面上是完整的,但对财产并无受益利益,后者可能由他人享有。衡平所有权,按其字面意思即“衡平产权”,指示了在财产上的受益利益,并使其拥有者有权获得正式的普通法所有权的权利。衡平所有权也可解释为根据衡平法的原则得到确认的产权,即受衡平法保护的所有权。^[3]

举例而言,如果买卖双方签订了一块土地的转让合同,在买方没有清偿、卖方没有交付土地契据(deed)之前,这块土地的普通法所有权在卖方手里,衡平所有权则在买方手里。对此,大陆法系的处理办法是由卖方享有基于土地的物权所有权,而由买方享有基于合同的债权请求权,一般来说,物权优于债权。也许就像我们不理解普通法所有权和衡平所有权一样,英美法律人同样不理解德国同行制造出的这种物权和债权概念,但毫无疑问,通过这种二重性的划分(无论是两重所有权,还是两种不同性质的权利),两大法系都对现代商业流转中非即时清结的交易关系实现了有效的调整。

所以应该说,“普通法所有权”和“衡平所有权”这种忠于字面原意的译法,其实是认同了两大法系在形式上的区别,并通过这种译法——概念加深了这种区别,但我们应该做的不是依据作为我们的话语基础的绝对单一所有权,对其一律排斥,而是去理解它到底是如何运作的,在运作过程中实现了什么样的功能。

(二)衡平法(equity)是什么

至少从亚里士多德开始,如何根据正义的考虑减轻现行法律可能带来的严酷与不公正就已成为法律理论与实践所面临的一个问题。对此,在英国,由于特殊的历史环境,衡平法作为一个独立的法律渊源发展出来。^[4]

衡平(Equitas)就是希腊文“平均”,即平均或按比例分配的原则。无疑地,数或量的平均分配是和我

[3] 参见 *Black's Law Dictionary*, Bryan A. Garner as editor in chief, 7th ed., West Group, 1999, p. 1493。《元照英美法词典》,法律出版社 2003 年版,第 825、482 页。普通法所有权(legal title)有时也包括依据制定法(statute law)产生的权利,但制定法直到 17 世纪以后才成为英美法系国家的主要法律渊源,英美基本法律解构的历史形成主要依据的是普通法(common law)和衡平法(equity),故在此为了说明上的方便,强调普通法所有权与衡平法所有权的二重关系,对制定法部分暂时忽略。

[4] 依照英美法权威的总结,布莱克斯通(Blackstone)认为普通法和衡平法都是一种人为的制度,都建立在同样的正义原则和实体规则的基础之上,而只是在诉讼的具体形式上存在不同:前者主要来源于封地习惯法,后者则来自于国王和教皇的一些做法。而美国法官斯托里(Story)认为衡平法是三种不同的管辖权:1)排他性的,如信托事务;2)与普通法并行的管辖权,如对欺诈案件;3)辅助性的,如普通法诉讼中的原告前往衡平法庭申请获得了解被告所依赖的文件的权利。但实际上,布莱克斯通夸大了罗马法和教会法对英国衡平法的影响;斯托里的观点则将衡平法归结为了一条并不具备适当逻辑性的权利链条,而且也不符合 1875 年司法改革之后的实际情况。所以本文未采取这些权威解释,而是依靠历史解释方法和文义解释方法,试着对衡平法的形成和含义做出一些原创性的探寻。

们对公正的理解密切地交织在一起的。在西方法律传统中,法的含义一直有自然法(jus)和人定法(law)之分,前者是真正的、全部的、超越性的法,与“权利”的意义相等同,后者则是对它的模仿并以其为效力标准,时常被称为“法律”。^[5]正是在这种理解的基础上,当14世纪普通法的规则(在当时衡平法没有产生以前它就是全部的法律了)不敷使用时,人们轻松地就跳出了它的圈囿,而转向良心和公平,寻求“国王良心的守护人”——枢密官(chancellor,现通译为大法官)的帮助,以衡平、公正原则来解决纠纷。在某种意义上,后者其实就是一种自然法或者说道德力量,所以衡平法,指的其实是通过大法官的道德良心和追究真意的忏悔而逐渐形成的一套司法格言。所谓 chancellor,现在对其的通译为大法官,但这实则有误导之嫌,这一词语来自拉丁文 cancellarius,意思是守门人(doorkeeper),即充当“良心守护人”的国王忏悔牧师,只是由于中世纪基督教政教合一的影响,他同时也充任国王的高级官员,负责文枢行政,而不是法律方面的工作。因此实际上,衡平法(equity)并不是法,或充其量只是大陆法系概念中 jus 含义上的超越的法,而不是 lex 这种世俗法,它和通过法院实践将生活习惯转化而来的普通法(common law)是两个层面上的东西,是对后者起补充(实则是纠正)作用的法律之外的一种力量。^[6]从根本上说,这种超越性则来自它形成时英国社会政教分离、王权和地方相斗争的竞争力量。换言之,虽然表面上看来有普通法和衡平法两套体系的对立,但在英美法的真正观念中,衡平法本身并不是法,它的原文是 equity(衡平),而不是如 common law(普通法)一样的 equity law(衡平法),衡平法的诉讼不叫诉讼(action),而叫讼事(suit),衡平法官不是法官(judge),而是大人(lord),衡平法官的判决不叫判决(judgment),而叫裁定(decree)……因此,在普通法系国家,法律文献中所谓的法(law)仅仅是在普通法的意义上使用的,这也就是为什么在这两套事实上并行的法律中,只有普通法所有权被称为法律产权(legal title),而衡平所有权却完全未被归入法律(legal)之列的原因。^[7]

具体说来,与普通法一样,衡平法也是作为国王特权在司法领域的体现而出现的。起初作为国王对民众的特殊救济,而相对于地方习惯法、庄园法和教会法产生出了一种来自国王的特殊的法,后来它通过到各地进行审判的王室巡回法庭的具体措施变成了整个英格兰所共同的法律,为全体民众所适用,被称为普通法。这就是英美法系法律的第一个渊源。但普通法的产生和存在并没有穷尽国王的司法权,由于所有的普通法诉讼都只能启动于某种既存的诉讼令状(writ),一旦纠纷事实或诉讼请求不符合这些令状就无法适用普通法的救济,所以在普通法的司法实践中仍存在各种各样的不公平,于是借助于“国王是一切正义的源泉”之观念,这些不公平都在法院之外直接诉诸了国王,后来因为数量太多交由“国王良心的守护人”——枢密官(大法官)处理。大法官握有国玺有权签发诉讼令状,并获得了国王针对这些事务的特别授权,于是对其采取不同于普通法的处理办法,以获得正义的结果,这样,就出现了不同于普通法的另一种处理办法,而大法官办公的地方——文枢署(Chancery),也就是我们现在所称的大法官法庭或衡平法庭,就成为了执行这种办法的机构。所以一度有人简单地将衡平法定义为由衡平法庭所执行的法律。这就是英美法系法律的第二个渊源。

由于大法官的审判更多地是由法官依据个案的特殊情况,根据规则的精神而非字面含义进行裁决的,早期也不受先例规则的制约,所以从根本上说,衡平不是法,而只是一些司法化了的道德神学格言。如衡平法对人行事(Equity acts in personam),衡平法帮助不知,不帮助疏忽大意,衡平法纠正错误,衡平法不创造法律而是辅助法律,衡平法不允许一个人因同一损害而获得双重赔偿,衡平法不允许享有真正权

[5] 与之形成鲜明对比的是,在中国文化传统中独立主体的权利意识一直受到压抑,又没有经过普遍主义的现代法的洗礼,所以缺乏法等同于权利(jus)的自然法传统以及后来逐渐演进为实证法的过程,而直接从前苏联继承下来的马克思主义法学,从其形成时代来看,实质上是实证主义法学和早期社会法学的混合体,所以在我们的理解中,“法律”就只是制定法。这样,法律被完全视为外生于社会的、国家统治的工具,可被用来依国家的意志任意地设计而实现人为意图的管理,而缺乏对其超越的一种更高的制约标准,无法使人们从心理上认可:即使是制定法,其规则的设计也要以事物本来的面目(自然法)为模本,缺乏前者的支撑时,它的效力并不具有当然的合法性(legitimacy)。

[6] Edward Jenks 名作《英国法》中所概括的“英国法是与宗教道德打成一片的法律”,指的就是这层含义。

[7] 据此笔者建议,可以考虑将“普通法所有权”意译为“人定法所有权”,以表明此种所有权不是绝对的,在它以外还有其他的权利。

利的人将其权利行使至极端等。除了一些独立的理论外,总体来说,衡平法为英美法提供了三种全新的救济方式:特别履行、禁令和对地产权的司法管理^[8]以及一种极富创新力的制度——信托。

(三)双重所有权的作用机制

我们可举信托的例子对衡平所有权的作用机制做出生动的说明。1066 年诺曼征服后采取了层层分封的办法统治英格兰,作为分封的代价,得到封地的封臣要对领主承担附加在土地上的多种义务。12、13 世纪时,封臣为了逃避这些封建负担,就通过一定的仪式将土地转移给受托人,这样对外界来说,受托人就拥有了这块土地,但在转移同时也确定了受托人有义务将该土地和收益归还给信托财产设立者,在其死后或继承人达到成人年龄时,受托人应按有利于第三人(信托财产收益人)的原则处理该项财产。天主教会尤其经常采用这个制度,因为教规禁止僧侣贪财,寺院就将自己的财产交付给第三者管理,这样就在表面上失去了财产,实际上仍享有财产的收益。问题是按照普通法,财产一经交付某人,后者便成为所有者,委托人失去对该项财产的普通法所有权,即法律上的任何权利。如果受托人不按自己承诺的方式处理这些土地,由于当时在普通法有限的几十种令状格式(writ)中,并没有确认这种诉讼请求的令状,第三人(信托财产收益人)就没有任何办法请求王室法院强迫受托人履行信托协议,这样,他们只好转向大法官寻求帮助。而大法官长期以来都由精通罗马法和教会法的宗教人士担任,强调人的精神和灵魂的教会法自然会赋予个人行动中的意图和倾向性以最重要的意义。于是基于其宗教背景进行“良心”上的考虑,在处理纠纷时不是以法律形式、而是以订立契约时的意图为根据做出了有利于受益人的判决。大法官认为所争议的土地虽然“在法律上”,即根据普通法规则是属于受托人所有的,但受托人违反信托协议的行为是违反道德的行为,也就是违反良心的犯罪,“在衡平上”,受托人就有义务依照信托协议中他承诺的方式来处理,这样,信托财产就受到了保护。换言之,文枢署(Chancery 衡平法庭)运用其来自国王的特权,通过对善意的要求填补了普通法中这个众所周知的空白,要求财产占有人必须依照财产交付时所规定的条件为委托人或第三人的利益加以管理。渐渐地,信托财产的应用日益广泛,这方面的案例也不断增多,大法官通过他的判决不断地将有关原则精制成详细的规则,又从中引申出受益人在此财产上具有一种利益,衡平法上的利益,并将其承认为“衡平所有权”。在封地制度消灭后,这一规则仍在许多法律领域中类推适用,最终形成了英美法独具特色的信托制度。

可见,在功能上,衡平法较多涉及欺诈、信托等问题,缓解了普通法的僵硬性。1875 年司法改革之后普通法庭和衡平法庭合并,如英美法律史学奠基人梅特兰在考察了衡平法历史后的概括,衡平法不是为了摧毁普通法,而是为了使普通法更加完备。他采用拟人化的方式说,衡平法不说:“不,不是这样,你弄错了,你适用的规则荒谬至极,而且早已过时”,而是说,“是的,当然是这样,但这并不是事实的全部。你说 A 是这块土地的所有人,毫无疑问是这样的,但我必须补充的是,他(指 A)必须受信托所产生的债务的约束”。为此,我们应该把衡平法视作是一种补充性或附加性、注释性的法律,它所围绕的仍然是普通法,这二者不是竞争对手的关系,而毋宁说是一种主辅的关系。^[9]

对此我们还可以做一些扩展,举所有权以外的联合共有和债法上的例子来进一步说明。比如 A 和 B 同时从甲处租购一块完全所有权(fee simple)地产,毫无疑问,依普通法这种行为永远构成联合租赁;在衡平法上也是一样,承认这是联合租赁;但衡平法不止于此,而是继续规定了这样一种认定的例外:如果能推论授予人甲是没有让被授予人 A 和 B 构成联合租赁的意图的,那么就不是联合租赁而构成共同租赁;那么,在哪些情况下能得出这样的推论呢?最主要的一种就是,双方支付的价格不一样,这一做法持续下来并逐渐形成衡平法的一个格言规则。第二,如果租购土地的目的是为了联合从事某事或是在一个商事合伙中,在衡平法中,这也构成共同租赁。第三,如果两或三个人以一样或不一样的比例预付款,然后联合以得到的土地做出抵押,依衡平法他们也是共同租赁人。在债法上,普通法由于坚持合同相对性原则,将合同权利视为“诉体物”(chose in action)而不允许合同权利的让与(assignment),但这一

[8] 普通法上能采用的救济措施只有损害赔偿(damages)一种。

[9] 参见李红海:《普通法的历史解读》,北京大学法学院博士论文打印稿,第 10 页。

做法显然与实际要求的流转性不相适应,对此,普通法并不断然宣称要打破这一原则,而是首先采取了一些拟制的措施来绕过它,如授予第三人代理权、允许第三人以债权人的名义起诉债务人、或者与债务人达成替代协议等,但是,这些繁琐的措施并不尽如人意,于是又出现了衡平法上的让与,到了今天,在美国,随着普通法对衡平法发展出来的这一规则的反继受,诉体物不可转让的规则已日渐收缩,近乎不存在,《合同法重述(第二次)》第15章则专门规定了合同权利的让与。^[10]

二 所有权的相对性

可见在英美法的双重财产权结构中,衡平所有权对普通法所有权起到了一种补充而不否定、缓缓的改变的作用,它实际上纠正了普通法,但却是以承认后者为前提,同时又强调自己也是有效的。因此,就像梅特兰所注意到的,“我们13世纪的法律似乎在实际上承认所有权的相对性。一个故事在另一个故事被讲述以前总是好的。一种所有权在更古老的权利被证明以前也总是有效的。没有人曾被要求证明一项所有权的有效性来对抗一切人;甚至,在一桩所有权的诉讼中,如果他证明了一项比他所攻击的人的权利更古老的权利,那也就足够了”。^[11]也就是说,不同于大陆法系坚持的只能有一个人成为所有人,英美法系是承认一系列相对有效的所有权的。那么,这种“相对”所有权合理吗?

(一) 理论上的合理性

在英美法结构所形成的11世纪的英国,全部土地所有权都直接或间接源于王权这种观点很早就得到了接受。虽然实践中普遍认为,这一结论并不重要,但我们也不妨猜想,首先在思想上,比较于大陆法结构所形成的文艺复兴时代开始强调的每个人都有平等的私权,因此每个人的所有权相互平等、不可侵犯,英国并未经历这种中断式的民主革命,而仍认为一切土地都是英王的。那么,英王的利益自有他的权力去保障,并不需要所谓绝对所有权的权利保护;而其他土地则都是英王的,彼此之间(至少在理论上)没有竞争,也就没有必要树立所谓绝对所有权的观念去为每个人划出一个不可侵犯的利益圈,“风可进,雨可进,国王不可进”。^[12]

进而,当时的理论是国王拥有全部土地所有权,现实情况则是各人实际拥有自己的一块土地的保有权,保有权在事实上相当于所有权,但为了刻意区分于所有权表明对国王的尊重,它又被称为保有权。那么,在这种矛盾下,既能保持这两个概念的区别又能实现其各自制度功能的惟一办法就是,一方面认同所有权的概念,另一方面却不认同绝对所有权的权利内容,从而留给国王一个内容空泛的所有权,而赋予土地人一个不是所有权的所有权。

可见,无论是在概念上还是功能上,英美法都不需要一种绝对所有权的观念。而双重所有权的机制,且不谈实践的意义,首先在理论上,在历史形成的他们的制度背景下,则是完全合乎逻辑的。

(二) 实践上的合理性

在实践中,罗马法用 *dominium* 来指称对于物的一种绝对权,而用 *possessio* 指称对于物的事实上的控制而不是法律上的效力。但英美法律实践中土地保有和地上用益的不停转让,使其法律人认为,“所有权会在人们之间产生复杂的法律和社会关系链”,^[13]这样,在实践上,英国土地法在其发展历史中也没有形成罗马法式的绝对所有权概念。

[10] See A. G. Guest edited, *Anson's Law of Contract*, 26th ed., 1984, 391-393; The American Law Institute, *Restatement of the Contract Law (Second times)*, Vol. 3, 1981.

[11] W. Maitland & F. Pollock, *The History of English Law Before the Time of Edward I*, Cambridge University Press, 1968.

[12] 这是18世纪中叶英国首相老威廉·皮特在一次演讲中的形容:“即使是最穷的人,在他的寒舍里也敢于对抗国王的权威。风可以吹进这所房子,雨可以打进这所房子,房子甚至会在风雨中飘摇,但是英王不能踏进这所房子,他的千军万马也不敢跨入这间门槛已经破损了的破房子。”见 *Oxford English Dictionary of Quotations*, 1966;亦见 also, Tibor R. Machan: *Individual and Their Rights*, *La Salle: Open Court*, 1989, Chapter V.

[13] W.T. Murphy and Simon Roberts, *Understanding Property Law*, Sweet & Maxwell, 3rd ed., 1998, p.38.

如上所述,普通法依靠各种格式化的诉讼令状来解决纠纷、提供保护。对罗马法上通常认为的,与后来所有权观念的形成直接相关的返回所有物之诉(vindicatio)发挥的救济功能,在英格兰古法上是以侵入之诉(trespass)的令状实现的,但依照侵入之诉(trespass)的规定,它保护不动产时保护的是保有权利而不是所有权,后来出现的取代实物诉讼(real action)的收回地产之诉(ejectment)令状也是如此;同样,保护动产时保护的也是动产的占有而不是所有权,依照适用于动产的追索侵害物(trover)^[14]令状和请求返还扣留物(detinue)^[15]令状,原告在其中要证明的都是他具有比作为动产实际占有人的被告更高的权利。这样,“比动产的实际占有人更高的权利”这一观念就形成了,换言之,相对权利的概念成为了理解所有问题的关键起始点,推而广之,整个英美法逐渐都具有了这种相对性的特征。在各种权利的冲突中,并没有哪个是绝对的,也没有物权优先于债权等预定的强行规则,而是在具体比较中确定哪个权利在前,哪个就更优,因而给予其保护。“英国法中,对于一个试图收回不动产的原告来说,从不存在作为其案件要素的、在绝对权利的意义上证明所有权的必要性。普通法不是从所有权或占有的概念,而是从梅特兰称之为‘第三者依法占有’(that tertium quid, seisin)的概念入手的。至于土地,普通法发展了一种原则,即土地之占有产生了一项所有的权利,此项权利能有效对抗一切由于没有更古老因而更有效的权利的人:连续的土地占有会产生一系列权利,这些权利的相对有效性根据其被主张的时间而有所不同。”

也就是说,英美法并不承认一种绝对的权利根据,而是承认一系列相对有效的权利,对这些相对有效的具体权利,个案审判时适用比较的方法来确定其中谁是更好(better)产权,由此给予保护。同样,所有权作为一种权利出现时也是相对的,既然是相对的,我们就没有理由反对另一种权利,无论是衡平所有权还是保有权利抑或占有权伴生于它。所以无论从理论上还是实践上,我们说,英美双重所有权在他们的背景下,是完全合理的。^[17]

(三) 剩余性(residuary character)

接下来的问题就是,权利都是合理的,那么缺乏了大陆法系所有权的绝对因素,英美法上的所有权又以什么为标志呢?

“假设某法律制度承认非所有权的物上部分利益的存在;并且规定在部分利益终止之时,所涉及的权利也即消灭,或者规定不允许任何人再行使该权利,或者规定允许权利消灭后第一个行使权利的人行使。另外,该制度也承认租赁和地役权制度;但是,在这些权利消灭时,就没有人有权行使与前承租人或地役权前任持有者的权利相似的权利。这样一个法律制度就不同于任何为我们所知的制度;我们不得不说,在这样的制度中,所有权制度不适用于其上存有部分利益之物。”借用这种假设,英美学者提出,所有权的特征不是绝对、不是单一,而应该是所有权人对于所拥有之物具有剩余性权利(residuary right)。“从单纯的‘有’(having)这一观念到截然不同的‘对……有权’的观念,是一个重大的智力进步。作为其特征,所有权人有权行使一系列的救济,以取得、维持并且在必要时取回所有之物。收回地产之诉、非法

[14] 追索侵害物之诉(trover)原意为侵害遗失物之诉,为间接侵权行为之诉的一种,后来逐渐发展为一种独立的诉讼格式。起初仅当动产遗失后拾得的人不将其返还遗失人时,即遗失物被侵害时可运用于此,因此它只限于动产,因为不动产是不可能“遗失”的,晚期其应用慢慢扩充,即使是遗失物以外的其他动产被他人错误占有或毁坏时,原告也都可以提起此种诉讼。

[15] 也有学者译为“非法留置的动产恢复”令状,早先只适用于与寄托有关的情况,如甲将物寄放在乙处,约定一段时间后取回,结果到时间后乙不将此物归还给甲,此时就可申请此令状。因此,早期这种令状仅适用于开始时合法取得、后来成为非法持有的侵权行为情况,但后来也可适用于一开始就是错误持有的情况,这样就与“非法强占的动产恢复”(replevin)令状基本相同了,只是在前者中,可以拒绝返还原物而以物之价值替代赔偿,在后者中除非原物返还已不可能,否则不可以要求价值赔偿。

[16] [澳大利亚]瑞安:《民法导论》,梁治平译,PTY有限公司,法律书籍公司1962年版,第168页。

[17] 英美法承认一系列相对有效的权利,大陆法却坚持一物一权,但毫无疑问,经过多年法律适用的历史实践,这每个制度都不过是一个自组织系统中的一部分,通过各自的法律适用办法二者肯定都能实现对人们的保护。不过我们还是可以看出,在大陆法系中,即使被告的产权有瑕疵,但他如果能证明还有一个比他的和原告的产权都高的“第三者权利”(jus tertii),原告恢复原状的主张就很可能得不到保护。而英美法系法律适用的结果则正相反。二者孰优孰劣,见仁见智,但我们应从中相互借鉴,却应该是一定的。

扣押之诉等救济,其功能是为了使原告能够或者取得、或者取回某物,或者至少能给被告施加些压力,以敦促其交出该物。另外,侵入土地及财产之诉,罗马法上的占有强制令及其现代版本等制度的首要目标,则是使当前的占有者保持占有。上面提到的这些救济几乎没有一个是专属于所有权人的;其中的大部分同样可适用于缺乏所有权但有占有权的人,有的甚至可以适用于单纯的占有者。与之相反,在某些情形下,有些救济却不能适用于所有权人;例如所有权人自愿为临时目的而将占有转移于他人,比如说将之出租。显然,是否有权行使这些救济,并非对某物具有所有权的充分必要条件。若要使对物的所有权至少得以存在,所必要的只是在通常情形下——不存在有权排除所有权人权利的主体的情形下——这些救济应适用于所有权人。”^{〔18〕}

同样,大陆民法对所有权的理解,在具体列举主义受到难以维系的责难后,长期采取了“弹性性”来进行解释,即分散的诸权能能够重新聚合为所有权。但有学者进一步指出,要能重新聚合必须有一个明确的指向和得以附着的依托,即弹力源,而事实上,现有的所有权的任何权能都可能与所有人分离,由非所有人持有,使所有权完全架空,弹力失其源泉。可见,所有权的存在其实另有其依托。而这个依托,求助于经济学产权结构研究中的剩余权理论,学者认为“对于未设定的决策和实施权,就是剩余控制权;对于设定关系结束之后的剩余收益的取得,就是剩余收益权。显而易见,无论依据设定将权能怎样地转让,剩余控制权和剩余收益权都牢牢地掌握在所有人手中,因此,这种为所有权人掌握剩余的权利,是惟一不会分离出去的,也就成为了‘所有权弹性力’的源泉。在所有权需要恢复完满时,吸引其他权能向其聚合,从而成为权能分离的所有权的外观体现……(这些)即法学理论所力图表述的终极支配权。据此,所有权可定义为:财产所有人对其财产所享有的,包括一系列可分离权能在内的终极支配权”^{〔19〕}

三 绝对所有权的解构

可见,法律的内在机理是相通的,“即使适用的法律形态多种多样,其结果却殊途同归”,^{〔20〕}因为“各个法律制度为了进行功能的选择,都需要促进某种即便不相互冲突也彼此处于紧张状态的目的:可预见性与灵活性,稳定性与发展”。^{〔21〕}英美法中的可预见性和稳定性由普通法所发展的法律规则和遵循先例原则提供,而灵活性与发展则由衡平法格言和规定先例有例外的技术而获得。我们则可借鉴他们的这种二重区分技术和相对产权观念推进我们的所有权制度,为了实现稳定性,首先承认绝对所有权的前提;然后在此前提下,注重灵活性,对绝对所有权做出进一步的区分和解构,使其在事实上“相对化”。

(一)绝对所有权的现实矛盾

“对于外行人而言,所有权似乎是一个简单的概念,它只不过是关于‘我的’和‘你的’的问题,若物是‘我的’,‘我’就拥有它;若不是‘我的’,‘我’就不拥有它”,但其实在这种看似简单的所有权关系中,“绝对的所有权一语显然正被用来表明两个十分不同的意义,1. 产权,即该所有者断言他的所有权是无可争议的,即只有他才对此物享有所有权;2. 所有权的内容,即这种权益是排他的和完全的,或者,用否定的说法,其他任何人均不能对该物实施降低其效用及减少其价值的行为……而物的价值来源于我们能够对物做些什么,所以所有权的内容正是我们能够对物做些什么的总和,它包括:对物的实际使用权;获取物之收益的权力;实施管理的权力,包括转让物的权力……我们将会看到,对这两重意义,在英国法上完全有可能只有其一而无其二”^{〔22〕}。

受英国学者区分绝对所有权为“产权”和“内容”两重含义的启发,本文以为,产权表达出使客体绝对

〔18〕 前引注1, A. M. Honore 文, p. 121。

〔19〕 参见周林彬:《物权法新论——一种法律经济分析的观点》,北京大学出版社2002年版,第331~333页。

〔20〕 ‘L’ unite des resultats dans la diversite des formes juridiques d’ application’, Saleilles, *Ecole Historique et Droit Naturel*, Revue Trimestrielle de Droit Civil, No. 1, 1902, p. 173.

〔21〕 格伦顿:《比较法律传统》,米健等译,中国政法大学出版社1993年版,第87页。

〔22〕 参见 F. H. 劳森等:《财产法》(第二版),施天涛等译,中国大百科全书出版社1998年版,第6~8页。

归属于主体的制度功能,而权利内容表达了所有权人得以实现支配利用的功能。现实生活中二者的确发挥着不同的作用:从绝对归属的角度,归我所有了我就可任意支配,逻辑上所有权人就是应该能够实现对自己财产的任意处分的,但实际上且不说公法规范对所有权做出的种种限制,即使在地役权等传统私法用益物权中,归属与支配利用也已逐渐分离,出现了所有人对其土地仅有归属而无法支配的“空虚所有权”状况,在所有权保留(eigentumsvorbehalt)、让与担保(sicherungsuebereignung)、担保转让(sicherungsabtretung)等现代新型交易形式中,所有人更是可能在一段时期中二者皆无;从支配利用的角度,在技术上所有权人能支配的客体只能限于有体物,但我们却经常听到著作权的所有权、债权的所有权或者身体的所有权、肖像的所有权等提法,将权利甚至主体都作为所有权的客体,但在实际场合中人们却从来不会误解其含义。这些生活中确实确实存在的矛盾提示我们,所有权这个古老的术语,虽然在其发展过程中长期被以同一词汇大量使用着,然而旧瓶装新酒,随着时代的演进它已发展出了多层含义及相应的多重制度功能,等待着我们进一步的分析、解释和确认。

(二)所有权的含义应与时代相吻合

不同的时代中,有不同的所有权定义。如在封建社会,法律的一项功能就是确保封地秩序的义务在每一层次都由人承担,所以封建社会的所有权被理解为:并非仅仅是各项经济特权的结合,而是一项负有责任的职权。其存在理由不仅在于收入,还在于服务。它乃是使它的拥有者获得恰如其分的财资,即刚刚足使他能履行其在体制中所占地位的职责,不论是在土地上劳动,还是在政府中劳动的职责之所需者。与此所有权观念一并流行的是一种非排他性的观念——土地可供共同拥有,或者一片土地可在不同季节供不同人为谋群体利益而拥有。

而资产阶级对土地的看法,就与上述形成了鲜明的对照,“所有权乃是某一个人对某一有形之物的包含一切的合法权利。对于物来说,所有制乃是普遍的:一切有形体的东西,甚至土地,若经法律认可而未被特殊规定置于‘不得买卖’(extra commercium)项下,均可成为所有之物。对于人来说,所有制也同样是普遍的。人人都有同等能力拥有某物,他可以拥有不论什么样的财物。所有权制度固定了人和物这两个观念,然后用财产或所有权的法律形式把它们连接起来,人类社会被分解为孤立的个人,财货世界则分裂为疏离的各项,人再也不能谈论按一定方式使用财产或对待他人了:所有这类可由法律强加于人的责任,都可视为对基本所有权权利的减损”^[23]。

可见所有权的含义,或者说为我们所需要的所有权含义,在一个时期中会被人们认为正确的所有权定义是与时代和其服务的制度相联系的。

(三)作为归属的所有权和作为支配的所有权

因此,笔者基于现实社会发展的需要,并受英美法双重所有权的启发,认为对大陆法系绝对所有权也要在其现有前提下进一步区分,区分出所有权分别的归属和支配含义,并将它们分别概括为作为归属的所有权和作为支配的所有权。

可以肯定,所谓归属仅仅是所有的表面形式,所有人实质的目的应是在归属之后得以对客体支配利用以获得利益。在人类早期自足型静态经济中,二者浑然一体,有了归属自然就可支配利用,但此后随着社会生产方式的变化,二者逐渐分离,在工商社会的生产实践使社会基本面貌发生了根本的改变后,这一点则明显地表现了出来。具体说来,由于生产能力的限制,早期社会处于生产社会状态,即在实物供应上总体供小于求的社会,因此,人们生产的主要目的就是制造生产对象供自己消耗,必然地强调各人对有限实物资源和产品的占有归属和消费;同时,农业社会土地生产的特性,一方面束缚了依靠土地生活的人,离开这块土地再也找不到其他生活资源,另一方面也自足了依靠它生活的人,能够提供生活需要的绝大部分资源,所以人们的生活相对稳定,迁移既困难,也没必要扩大交往实践,这有限的交往就使得物的归属和支配都始终由同一人来完成,而难见其分离。但随着人类生存形态由农业社会、工业社

[23] 泰格等:《法律与资本主义的兴起》,纪琨译,学林出版社1996年版,第189页。

会逐渐到达商业(市场)社会,生产力的发达使社会进入了消费阶段,在实物生产上总体呈现供大于求的状态,只要能够支付得起金钱对价,随时都可获得实物消费,因此以货币为媒介,整个社会的基本运作方式实现了由庄园式自行生产向交换型社会的变迁,持有货币(理论上)可以获得一切使用价值,这样,生产的终极目的就不再是通过占有归属实现使用价值,而是取得货币去交换价值,于是发生了“所有权向物的价值的逃逸”,对实物所有权占有归属的强调转而让位于抽象的经济价值,即物的用益价值和担保价值;另一方面,交通工具的不断进步使人们日益能够摆脱地域的限制,取代了农业社会地域性自给自足的产品交换范围市场^[24]也不断扩大,使得个体交往互动的实践也不断增多,物完全可能脱离所有者的管辖能力范围而由其他人利用,这种现实的可实现性也大大促进了“从所有向利用”的转化。“价值化”和“利用化”共同作用的结果就是川岛武宜先生所主张的“近代所有权之观念性”,“所有权不再是现实的权利,而是与现实之支配分离,对物为观念之支配”。^[25]对于此种观念性的所有权,归属的表面形式与支配利用获得利益的实质目的,就再也不是浑然一体的了,归我所有了我却并不一定能够任意支配,因为可能并没有现实的占有,或者为其他利用人的权利所限制等等,此时,仅仅强调所有权的归属含义已经不敷使用,而必须明确归属之后的其他权能,这样,作为支配的所有权就昂然待发,从传统绝对所有权的概念中凸显出来。^[26]

[Abstract] The simplex absolute ownership of Continental Legal System differs distinctly from the diplex ownerships consisting of common law title and equitable title of Anglo-American Legal System. However, Equity is actually not the law. Equitable title acts to complement common law title, rather than to deny it, thus to make the latter change gradually. This dualist structure also brings a characteristic of relativity to the whole Anglo-American Property Law. Enlightened by this, the paper suggests that the simplex absolute ownership of Continental Legal System, which is in hot water at modern society, be divided into ownership as ascription and ownership as disposal.

[24] 包括地域概念上的市场和产品种类概念上的市场。

[25] 谢在全《民法物权论》(上),中国政法大学出版社1999年版,第10页。

[26] 参见拙文《所属和所有——所有权概念发展过程中的两种演变》,载孙宪忠主编《制定科学的民法典》,法律出版社2003年版。