

# 财产含义辨析:从英美私法的角度

冉昊\*

**内容摘要** 本文首先着力分析了英美财产私法中财产的含义,将其区分为财产权与财产体两层意义,分别与一些相关重要概念进行辨析,说明它们之间细微的差别所在。然后依照《美国财产法重述》解释了分析法学的一套分解财产概念:请求权、特许权、权能和豁免权,并认为它与大陆法系的权利分类办法各有高下,制度选择的关键在于找好恰当的时机。最后简略分析了新财产的问题,主张在民法典总则中纳入“财产”的概念,定义其为一切可为主体带来经济利益的对象。

**关键词** 财产 财产权 新财产

“财产 (property)这个概念对于社会的组织来说至关重要,一定社会的基本性质通常就可从它看待财产的方式反映出来”<sup>[1]</sup>,所以财产于我们的重要意义首先是作为一种政治权利出现的,“西方政治理论上从来就没有忽视过财产问题。……二十世纪同样见证了对其的一些重要思考,但应引起我们注意的是,现在,许多这样的贡献是来自于专业从事或曾经从事法学的人们,而不再是哲学、政治学或经济学的人们。……哲学家、政治理论家们对洛克、黑格尔和法律现实主义的吸收,使他们得以根据新问题和新技术,有效地改写了过去的空想。”<sup>[2]</sup>笔者也以为,在有关财产的一些宏大叙事以外,对法律概念的形而下的探讨,将从制度设计上给我们提供完善的思路,从而裨益于财产政治权利的现实实现,因此,本文力图集中笔力于这一角度,研究英美财产法中财产概念的多种涵义、分类及其承担的制度功能。

## 一、现有文献中财产 (property)的若干含义

让我们先来看一些英美财产法文献中“财产”的定义,其含义非常灵活,根据不同的场合不断发生变化和扩充。

按照加拿大 1985《破产法》的规定,财产包括“金钱、货物、诉体物 (things in action)、土地和所有对其有关的描述——无论是实产还是属人财产 (real or personal)、是法律的还是衡平的 (legal or equitable),以及债 (obligation)、地役权 (easement)和对地产权 (estate)的所有描述——包括利益和利润 (interest and profit)、也无论是现实的还是未来的 (present or future)、既得的还是待决的 (vested or contingent)”。在另一部《所得税法》的规定中,财产则包括“除特别限制外,一切实在的和属人的、有体的和无体的财产,包括 (a)任何种类的权利,无论是股份还是诉体物; (b)金钱,除非具有明显的相反意图; (c)木材资源; (d)正在进程中将发展为一种职业的经营事业的工作”<sup>[3]</sup>。显然,这些英美法律条文采取了经验主义的归纳列

\* 北京大学在站博士后,中国社会科学院法学研究所。

[1] Mallor, Bames, Bowers, Phillips, Business Law and the Regulatory Environment, 10th ed., Irwin/McGraw-Hill, 1998, p. 434.

[2] Introduction of *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*, edited by Stephen R. Munzer, Cambridge University Press 2001, 中国政法大学出版社影印本 2003年版,第 1-3页。

[3] 加拿大 1985《破产法》,c. B-3, s. 2;加拿大 1952《所得税法》,c. 148, s. 248(1)。The Dictionary of Canadian Law, 1991, Thomson Professional Publishing, Canada, p. 833。其中所谓“现实的还是未来的 (present or future)、既得的还是待决的 (vested or contingent) 等在我们的词汇中完全陌生的概念,主要与英美的地产制度有关。

举办法来具体描述财产是什么,但对我们大陆法律人习惯的“研究型”头脑来说,也许更能获得意义的是去看一些书本理论中采取的演绎式概念定义。

“财产是法定权利的客体,它把占有和财富集合在一起,通常强烈意味着个人所有权。在法律上,这个词指人与人之间对物的法律关系的综合。”<sup>[4]</sup>“所谓财产,广义的说法是指任何可以持有或是成为所有权对象之事物。在法律上,财产强调所有权,也就是持有、享有、使用和处分物品的权利,不论它是有形还是无形的。财产的基本要件之一,就是所拥有之物具有可移转性。”<sup>[5]</sup>“财产是对某些类型的物质或人类资源所有的权利(right of ownership)。”<sup>[6]</sup>“财产是指那些能够被所有的东西,另外也被用作指一种所有的权利,如在‘货物中的财产权(the property in the goods)这样的用语中。”<sup>[7]</sup>而在另一些权威性更强的通行辞典中,则明确地将财产权和财产这两个中文概念都用 property 来表述,并指出,“严格地讲,这个术语用来指财产所有权,法律规范规定物的所有权转移的情形便是如此。此外,这个术语也被人们更经常地在转换了的意义上使用,这时它是指所有权的客体,即指所有物。在前一种意义上,财产权是指存在于任何客体之中或之上的完全的权利,包括占有权、使用权、出借权、转让权、用尽权、消费权和其他与财产有关的权利。在后一种意义上,尽管以财产这个词来包括人的一切对世权,如人的不受诽谤的权利等,似乎是过于泛泛了,但它还是常被用来指诸如股票等无形财产”<sup>[8]</sup>财产的含义包括“1. 占有、使用和享受(possess, use and enjoy)一个确定的物(thing, 无论是一块土地还是一个动产)的权利;所有权(如,私人财产制度受保护,免受不当的政府干预), 2 任何占有、使用和享受的权利能在其上行使的、外在的物”<sup>[9]</sup>在一些英美法律书籍中也开章明义地指出,“技术上,财产这个词的法律含义是一个权利集合,即人们可对特定物或对象合法行使的那种支配或无限制使用、处分的权利。但照一般的说法,财产通常是指能被所有或占有的一个物”<sup>[10]</sup>“财产一词被用来指那些可被所有的东西。它也被用来指一种权利或利益,使人们可借以行使对能够被所有或占有的物的支配”<sup>[11]</sup>

最后,让我们再来看一个在英美法中被视为权威(authority,在相当情况中可作为法律渊源来使用)的文件——美国法学会编纂的《财产法重述》<sup>[12]</sup>对财产所做的详细说明,“财产这个术语有多种含义。但在本《重述》所包含的范围内它不太表示那些有关法律关系存在于其上的物(thing),如在‘邻接着公路的财产(property)或‘财产(property)被火烧了’这样的词句中,所谓财产(property),其实就分别指的是土地或一栋楼。所以如果想指明财产权(property)存在于其上的物时,就直接称它们为‘土地’或‘汽车’或通常说的‘财产权(property)的对象’。不过,即使把财产的这种含义排除出我们的考虑后,这个术语仍被用来说明着多种概念。这些概念中的一些特征是相互一致的,另一些则是不一致的,因此不可能对财产给出一

[4] 《不列颠百科全书》第13卷,中国大百科全书出版社1999年版,第509页。

[5] 《大美百科全书》第22卷,中国台湾光复书局1993年版,第453页。

[6] Gavin McFarlane, *The Layman's Dictionary of English Law*, Waterlow Publishers Limited, 1984, p. 226.

[7] John Burke, *Osborn's Concise Law Dictionary*, Sweet & Maxwell, 6th ed., 1976, p. 268.

[8] [英]戴维·M·沃克:《牛津法律大辞典》,光明日报出版社1979年版,第729页。

[9] *Black's Law Dictionary*, Bryan A. Garner as editor in chief, 7th ed., West Group, 1999, p. 1232.

[10] James V. Calvi, *American Law and Legal Systems*, 4th ed Pearson Education Inc 2000, p. 286

[11] Malbr, Bames, Bowers, Phillips, *Business Law and the Regulatory Environment*, 10th ed., Irwin/McGraw-Hill, 1998, p. 434.

[12] 20世纪后,由于先例猛增,英美国家的法律变得非常繁琐和不易把握,于是在英国制定了一些《财产法》立法,而在美国,这一任务没有由官方完成,而是由“美国法学会(American Law Institute)承担的。美国法学会选择著名的法律学者作为各个领域重述的报告人,全面收集有关方面的判例法,从中抽象出一般性规则,在一个富有经验的法官、律师和教授组成的顾问机构的配合下,编纂成《法律重述》(Restatement of the Law),由美国法学会委员会批准后公布出来。通过这种方式,美国私法的几乎全部重要领域都被加以“重述”。不过最终,为了避免导致法的僵化,并没有将它直接法典化,而停留在民间团体作品的性质上,并不具有法律的效力。但由于其报告人的专业,它事实上有很高的权威,判决中被频频引用。法官通常会在列举完毕以往各种判决后,最后总结似地指出,“《重述》也是这样规定的”,然后得出自己相同的结论。从本世纪初的工作到现在为止,《财产法重述》已进行了三次,第一次在1929年,共4章,分别为:通用法律术语的定义;有关地产法的术语的定义;(无条件继承)完全地产权;限嗣继承地产权、有条件完全地产权和相关地产权。都是有关地产的内容。第二次在1976年,称为《财产法重述 II——房东和房客》,共7个部分21章,分别为房东和房客关系的创制,房客的权利,房客的救济,房东的权利和救济;房东和房客对租赁财产中的利益的转让;房东的侵权责任;中央破产程序对租赁一方当事人的影响。如副标题所示,这次主要调整的是现代城市社会下的房屋租赁关系。第三次就笔者已看到的内容,包括三部分,分别颁布在1996和1998年,称为《财产法重述 III——抵押》,《财产法重述 III——遗嘱》,《财产法重述 III——用益权》。可见,美国法律中的财产法概念,已突破了仅仅是土地法的限制,而包括了对一切具有交换价值的事物的调整。

个单独的综合定义,当然,对它的内涵进行一些说明还是有帮助的。在最广的含义上,如本《重述》第5条的定义,财产这个术语指的是‘任何利益(interest)或利益集合’,美国宪法修正案第14条中将‘合同自由’视为‘财产’,就是在这个含义上使用它的;在稍窄一层的含义上,这个术语包含在上面那层含义之内,指的是‘任何通常有经济价值的利益(interest)或利益集合’;财产的另一层含义是‘关于物(thing)的利益(interest)’。这个概念与上面那些相差多远,取决于‘物(thing)’这个词联系着的意义,如果所谓物(thing)仅限于有物质存在形体的对象,那么这两种概念的区别是明显的,如果所谓物(thing)并不限于此,而指一切东西,那这个区别在很大程度上就消失了;财产的第四种含义不同于‘关于物(thing)的利益(interest)’,仅指‘物(thing)上的利益(interest)’,如土地是一种物,土地上的利益就是一种财产。这个术语具有如此多各不相同的含义这一事实,使人们不会再想到要对‘财产’形成一个单独的定义,来贯穿使用于整个《重述》中……而是分别在有关规则中与该规则的阐述一起说明其精确含义”。<sup>[13]</sup>

可见,财产(property)这个概念长期以来浑沌地包含着物和人两个方面的含义:一是作为原始的(original)存在而不意味着任何占有支配收益的物的本身,也即人们所支配的外部对象;二是对此原始存在物占有支配受益的人的能力,这是一种制度的(institutional)存在,因此,它是可依人们的需要来设计和行使而包括多种类型的,尽管在过去的静态社会中,其中的一种——所有权长期占据了主导地位以至于几乎成为了财产权的代名词。实际上,财产权含义广泛,“在最广的含义上,财产权包括一个人的所有法律权利,无论是何种类。凡法律上属于他的就都是他的财产权。不过这种用法现在已基本废弃,尽管在过去的书中它是很常见的……在第二层窄一些的含义上,财产权包括所有权利中的那些财产性(proprietary)的权利而不包括人的(personal)权利。前者构成的是其地产或财产,后者则构成其身份或个人情况。在这个意义上,一个人的土地、动产、股份和别人欠他的金钱债务都是他的财产权,但不包括他的生命或自由或荣誉……在第三层意义上,财产权包含的甚至不再是全部财产性(proprietary)的权利,而只是其中那些物权(in rem)。财产法就是物之财产性权利的法,而区别于作为人之财产性权利的债法(law of obligation)。按照这个用法,土地上的一项自由持有或租赁持有地产、或者一项专利或著作权都是财产权,但一项金钱债权或从某合同中的受益(benefit)就不再是了”。<sup>[14]</sup>笔者也认为,因财产概念负载之广而不可能对其形成一个单独的定义,那至少应分别理解为:1. 对象意义上的财产——遵照中文习惯可表述为财产体,包括一切能带来或转换出经济价值的人们的处分对象,它作为权利载体单独存在,其承载着各种权利,包括有体的实物和无体的权利,前者为客观自然,后者为人化自然,但都是人们认识和处分的对象,而不同于作为主观世界的人们的处分本身;2. 权利意义上的财产——遵照中文习惯可表述为财产权,包括一切对前者进行处分的权能,其中未加说明时指的是所有权。<sup>[15]</sup>在这两层含义中,日常生活中人们常用的是财产体的含义,但在法律分析上更主要应用的则是财产权的含义,如科宾(Cobin)所言:“我们的财产观念已经改变,它已不再被视为物或作为某种客体而存在,而已经变成了单纯的法律关系的集束——权利、特权和义务免除”。<sup>[16]</sup>“严格地说来,对物的交易就法律人而言就是对物的权利的交易。对法律人来说,你所有的是权利,而不是物”。<sup>[17]</sup>

## 二、与财产(property)相关的重要概念辨析

除了财产这个概念以外,英美法中还有很多表达财富、财货、权利主张这一类的概念,它们有时与财产

[13] The American Law Institute, *Restatement of the Law of Property*, Tentative Draft No. 1, 1929, p. 9-11.

[14] John Salmond, *Jurisprudence*, Glanville L. Williams ed., 10<sup>th</sup> ed 1947, p. 423-424.

[15] 这是因为过去,在以实物交换为中心的实践中,所有权在瞬间便随同实物一起发生了交换,受此制约,人类心智长期以来未能将所有权充分抽象而从实体对象中剥离出来,此时的所有权就是附着在实物之上的,更类似于一种自然事实;而在进入现代商业社会以后,随着眼前财货与未来财货交换的频繁,债权合意和实体变动日益分离,再加上其他如使用权的扩张、所有权保留、特别是证券出现和普遍流通的实践,使得所有权终于成为附着在证券上的人为事实,与其载体完全分离,明确地成为了财产权而不再混淆于财产体。

[16] [美]科宾:《对股票交换的评论》,载于《耶鲁法律评论》1942年,第31期。

[17] W. T. Murphy and Simon Roberts, *Understanding Property Law*, Sweet & Maxwell, 3<sup>rd</sup> ed., 1998, p. 54.

概念相重合,但更多的时候与之有着微妙的差别,其细微之处正构成了英美法许多经典案例的理解,实质上是英美法发展的关键所在。故下文对它们做出一个大略的辨析,不过,这些区别只是泛泛而言,由于英美法系基本方法论采经验主义进路,与大陆法系概念法学有所不同,它对概念的定义不是那么严格,<sup>[18]</sup>而更多注重实际场景中的具体分析比较,所以在实际场合中究竟使用哪个术语及其确切的含义,主要还是要在其运用的语境下具体考虑。

### 1. 财产体与物 (thing)、知识财产 (intellectual property)

上文在定义财产体时,多次用到了物 (thing)的概念,但对物的含义却一直未能加以明确,按照权威字典的解释,物 (thing)指“1.被认为是权利标的物的一个物质对象,无论是否是物质的;在财产性或有价值的权利的范围内所有权的一切标的物。物被分为三类:实在 (real)或不可动之物,如土地、房屋和可世袭财产 (hereditaments)。属人 (personal)或可动之物,如货物和动产。同时具有实在和属人财产性质之物,如地契和定期租赁。2.任何被视为人的地位或财产之一部分的、可为人所有的东西,也称作 *res, chose*”。<sup>[19]</sup>可见物也有广狭两种含义,从形式上看,财产体和广义物的外延可以是重合的,但在实际语言应用中,二者的内涵不同,“单独的物在法律上并没有意义,只有当某人就该物具有可以对抗他人的权利时,该物才具有法律上的意义,一旦具有这种对抗他人的法律意义,该物就不再是一个自为的存在,而应当作为财产存在”,<sup>[20]</sup>换言之,物是自为的,而财产体是制度的。

除了传统的财产体类型——实产 (real property)和属人财产 (personal property)外,在现代社会还出现了知识财产 (intellectual property),指“若干被赋予了财产权法律属性的意识创造物”,所谓知识 (intellectual),与加在传统财产体类型中财产 (property)二字前的形容词“实在 (real)和“属人 (personal)相对称,说明这些财产“是人类意识或智慧的产品”,而之所以称其为财产 (property),是因为法律同样将财产类型的保护赋予了这些无体创造物。<sup>[21]</sup>所以毫无疑问,知识财产应是实产和属人财产相并称的财产体类型之一。

### 2. 财产权与财产权 (property right)、财产性权利 (proprietary right)、地产权 (estate)

在依权利类型划分基本结构的大陆法系中,财产权 (property right)与人身权相对称,是一个重要的逻辑梳理概念,但英美法系的基本结构并非如此,其划分标准从历史而来,从其法律形成时期的诉讼程序而来,所以并不需要特别强调这个概念。<sup>[22]</sup>如上所述,财产权和财产体这两个中文概念都可用 *property*来表述,所以权利含义上的 *property*就等于 *property right*,在中文中都称之为财产权, *property right*在大部分时候也就为 *property*所包涵和替代,而未成为英美法的常用概念,权威的法律字典仅给了它一个简短的解释:“对特定财产的一项权利,无论该财产是有形的还是无形的”。<sup>[23]</sup>一般只有在权利与权利载体会发生混淆时法律才会特别使用这个概念,如加拿大 1967《让与法》中规定, *property right*“指与包括诉体物在内的任何种类的财产体有关的权利或权力”。<sup>[24]</sup>

对于财产性权利 (proprietary right),在不同的权威字典中我们看到了不同的解释,一者认为它“指人所享有的,由于拥有或有权拥有某物而一般地对抗他人的那些权利,因此,与那些仅仅是对抗特定人的对人权是截然不同的”。<sup>[25]</sup>这一定义没有再进一步说明其解释中使用的物这一术语的含义,但从其将财产

[18] 所谓概念是对现实生活中一类现象的概括和表征,但现实生活一不是严密的数学,一类现象中的各个个体之间只是大同而小异;二又不断发展,推陈出新,所以概念其实是不能严格的。反过来说,非常严格的概念就不可能是对现实的真实反映。在这个意义上,不依赖于严格概念的英美方法论非常值得我们现在,在走过了概念的严格化阶段后再给予充分的重视。

[19] *Black's Law Dictionary*, Bryan A. Garner as editor in chief, 7<sup>th</sup> ed., West Group, 1999, p. 1488.

[20] 黄晖:《法国民法中的财产权概念》, <http://www.Chinalawinfo.com>.

[21] See, *McCarthy's Desk Encyclopedia of Intellectual Property*, The Bureau of National Affairs Inc., Washington D. C., p. 166.

[22] 不过实际上,历史也是一种逻辑/方法,理解英美法的困难就在于我们顽固地认为只有理性逻辑这一种方法,或者因了自己已受到的知识教育,一叶障目,变成那个无法想象三维空间中的人的存在二维空间中的甲虫,完全没有意识到还有其他的方法存在。

[23] *Black's Law Dictionary*, Bryan A. Garner as editor in chief, 7<sup>th</sup> ed., West Group, 1999, p. 1323.

[24] 加拿大 1967《让与 (conveyancing)法》, R. S. N. S. c. 56, s. 1. *The Dictionary of Canadian Law*, 1991, Thomson Professional Publishing, Canada, p. 833.

[25] [英]戴维·M·沃克《牛津法律大辞典》,光明日报出版社 1979年版,第 730页。

性权利与对人权相对立来看,财产性权利似大略相当于大陆法系中的对世权,那就包括了财产权中的物权和人身权。另一本权威字典则认为财产性权利是“作为人之地产(estate)、资产(assets)或财产(property)一部分的一种权利,相对于来自于人的法律身份的那种权利”。<sup>[26]</sup>既然相对于身份权而确立,那财产性权利就相当于大陆法系中的财产权,既包括对世的物权也包括对人的债权。可见,财产性权利(proprietary right)这个概念具有两种含义,或者强调其对世性的一面,所有人皆不得侵犯;或者强调其财产性的一面,具有经济价值。在不同的场合适用不同的含义,上文解释财产时使用的虽貌似是第一种含义,但其实是它的第二种含义。

在上文对财产的说明中,我们还多次碰到了一个概念:地产权(estate),这是为英美法所特有的一个概念,在一般使用中它同样具有多种含义。“1. 一人的土地上的利益或其他财产的数量、程度、种类或性质。2. 为一个人或实体所拥有的全部,包括实产和个人财产。3. 一人死后留下的财产;一个死去的人的资产和责任的集合。4. 一块土地,特别是,受到地役权的影响的那种”。<sup>[27]</sup>不过,在以土地法为主要内容的英美财产法领域中,地产权(estate)更常见的含义是指“占有性的或可成为占有性的那些土地上的利益”。<sup>[28]</sup>在这个意义上,它与财产权形成了明确的区分。

### 3. 财产权与权利(right)、利益(interest)、主张(claim)

如上述,“在最广的含义上,财产权包括一个人的所有法律权利(right)”,那么它与权利(right)是什么关系呢?权利指“1. 那些依照法律、道德或伦理为正确的;2. 依公平的主张、法律的担保或道德原则应归某人的东西;3. 依法律保障给某人的一项特许权、权能或豁免权;4. 一项可获得法律上的执行的主张,得以使他人为或不为某行为;一项受到承认和保护的利益(interest),对其违反构成侵权;5. (通常为复数形式)人们在有体或无体财产上的利益(interest)、主张(claim)或所有权(ownership)”,<sup>[29]</sup>可见,大致说来,财产权和复数的权利是同一意思。“不过权利一词含义颇多。我们把我们认为应该予以主张的、而且必须以承认的事实上的权利要求或利益、以及事实上的权利要求的理想化,把在权衡各种权利要求或利益的基础上法律做出有效调整之后,而合法地承认并划定的权利要求,以及使这一合法承认并划定的权利要求得以有效实现的一系列法律制度,都用一个词来称呼,即‘权利’”。<sup>[30]</sup>所以在此不可能深究权利的含义和条件,只有一点因和下文论述的“新财产”有关,才要特别作出说明。在英美权利理论中,权利可分为积极权利和消极权利。消极权利如同合同自由、表达自由和隐私权等,对这些权利主张公众不应干涉,即消极权利要求他人基本上不要作为;而积极权利,或曰“福利”权利如养老帮助或失业赔偿等,对这些权利主张公众应提供相应的商品或服务,即积极权利要求他人为权利持有者有所作为。<sup>[31]</sup>在现代社会中,政府作为一个外在于社会的组织体日益介入人们的自然生活,因此越来越多新形式的财产不再是自然出现的,而是为人们制造出来的(made),所以与复数的权利同一意思的财产权也应拓展其含义,既包括前者那种传统的消极权利,也包括后者的那种积极权利。

除权利外,另两个在英美法中经常使用的表述人们对外在对象能力的名词是利益(interest)和主张(claim)。在这三个概念中,权利总是隐隐约约的与法(jus)甚至法律规定(lex)联系着,强调其有法律依据,当然应受到保护,“权利是一种法律上得到承认和被划定界限的利益”;<sup>[32]</sup>相对于权利,利益(interest)“既可以综合地指向请求权、特许权、权能和豁免权的变动集合,也可以分别指这其中的任一个”,<sup>[33]</sup>是一个更加灵活而广泛的概念,强调的是利益人的一种获利或好处,至于保不保护、能否转化为财产权倒在其次,虽然通常会被以利益称之的也都会被认为是正当的;而所谓主张(claim),与英美法“救济产生权

[26] *B lack's Law Dictionary*, Bryan A. Garner as editor in chief, 7<sup>th</sup> ed., West Group, 1999, p. 1323-1324.

[27] *B lack's Law Dictionary*, Bryan A. Garner as editor in chief, 7<sup>th</sup> ed., West Group, 1999, p. 567.

[28] The American Law Institute, *Restatement of the Law of Property*, Tentative Draft No. 1, 1929, p. 37.

[29] *B lack's Law Dictionary*, Bryan A. Garner as editor in chief, 7<sup>th</sup> ed., West Group, 1999, p. 1322.

[30] 庞德:《法律史解释》,(台)结构群文化实业有限公司1991年版,第217页。

[31] See, Mallor, Bames, Bowers, Phillips, *Business Law and the Regulatory Environment*, 10<sup>th</sup> ed., Irwin/McGraw-Hill, 1998, p. 435.

[32] 庞德:《法律的社会控制:法律的任务》,商务印书馆1984年版,第46页。

[33] The American Law Institute, *Restatement of the Law of Property*, Tentative Draft No. 1, 1929, p. 16.

利的法律精神有关,既可以依权利提出,也可以依利益提出,或者依自己的要求提出,但并不一定会受到判决的最终保护,“权利应区别于主张,后者并不对所有人都可强制执行,只不过有可能依正当、道德、慈善或社会正义得到承认”。<sup>[34]</sup>

#### 4. 财产权与产权 (title)、所有权 (ownership)

英美法中还有一个被认为是我们这个最不能承载逻辑的语言——汉语中的实践相对缺乏因而很难对译的概念: title,在不同的场合人们称之为所有权、财产权、权利或产权等,本文也采最后一种译法。那么,产权 (title)与财产权 (property),从中文字面上二者看起来是近似而需要辨析的,但其实我们从英文原文上可以看出,其词根完全不同,含义和功能也是迥异的。产权 (title)经常与 to 连用,其后加上作为权利对象的财产体,强调人们与其财产之间的一种法律联系,多用于证明问题和转让机制中。而从负载的制度功能上看,它与财产权最明显的区别是,“对财产权概念的使用,特别是在有关土地时,其实更多的是在没有争议时,而一旦,不管为了什么原因,需要更精确时,法律人通常更倾向于使用另一个不同的术语:产权 (title)”。<sup>[35]</sup>这是因为产权 (title)具有相对性 (relativity)的特征,使英美法借之实现了比较各方主张,依其高下给予保护的基本法律运作方式。<sup>[36]</sup>

财产权与所有权 (ownership)的区别,前文分析财产权含义时已有论及,此不赘述。

### 三、财产 (property)的英美分析内涵 ——请求权、特许权、权能和豁免权

在分析完了上述相关概念后,财产的含义似乎就大致清楚了,然而,要能真正理解它在英美法中的内涵,还必须提到另一组从未进入过我们大陆法系头脑的概念,那就是请求权 (right)——义务 (duty),特许权 (privilege)——无请求权 (no-right);权能 (power)——责任 (liability),豁免权 (immunity)——无权能 (disability)。这是本世纪初美国法学家霍菲尔德 (W. N. Hohfeld)在其著名论文《司法推理中应用的若干基本法律概念》中提出的一套概念,他认为严格意义上的基本法律关系是特殊的而不是概括的:“对法律问题的明确理解、透彻解释和真正解决的最大障碍之一往往来自人们这样的一种推定:所有法律关系都可以归结为‘权利和义务’,这些范畴并足以用来分析即使是最复杂的法律利益问题,如信托财产等,但事实上,广义的权利——义务概念是极其复杂的……如果想深入和准确地思考并以最大合理程度的精确性和明确性来表达我们的思想,我们就必须对权利、义务以及其他法律关系的概念进行严格的考察、区别和分类”。<sup>[37]</sup>为此,霍菲尔德将所有的法律关系 (也即广义的权利——义务概念)化约为上述八个基本法律概念,称其为“法律的最低公分母”;它们在法律上互联形成四种相关关系,彼此相辅相成,不可或缺,同时又交叉形成四种相对关系,互相制约,彼此矛盾;在法律的世界中,人和人之间的一切关系都脱不了这几种关系;而通过这些关系之间的复杂组合就能形成我们日常看到的债、占有、所有权、衡平所有权等上位概念。<sup>[38]</sup>在霍菲尔德去世之后两年,美国法学会 (American Law Institute)逐渐认识到了这笔思想遗产的重要性,于是在全国召开了专门研讨会,并卓有成效地将其运用进了他们编纂的《财产法重述》I (Restatement of the Law)中。《重述》第一章为“通用法律术语的定义”,共解释了13个术语,首当其冲的4个就是请求权 (right)、特许权 (privilege)、权能 (power)和豁免权 (immunity)。<sup>[39]</sup>所以不理解这套概念,是不可能真正进入英美财产法话语系统,分析其中纷繁复杂的财产主张的,如上文引用过的利益 (interest)是指“请求

[34] Paul Coughlan, *Property Law*, Gill & Macmillan Ltd, 1995, p. 1.

[35] W. T. Murphy and Simon Roberts, *Understanding Property Law*, Sweet & Maxwell, 3<sup>rd</sup> ed., 1998, p. 53-54.

[36] 详细参见拙文《论英美财产法中的产权概念及其制度功能》,载于《中外法学》2005年第5期。

[37] W. N. Hohfeld, *Some Fundamental Legal Conception as Applied in Judicial Reasoning*, Yale Law Journal 16, 1913, 1917.

[38] 参见拙文《法律关系的内容及其模型建立》,载于《南京大学法律评论》1999年春季号,第146页。

[39] 另外9个术语是利益 (interests)、土地上利益 (interests in land)、所有权 (ownership)、让与 (conveyance)、让渡 (transfer)、土地上的法律和衡平利益 (legal and equitable interests in land)、土地上的占有利益 (possessory interests in land)、实产 (real property)和属人财产 (personal property)。See, The American Law Institute *Restatement of the Law of Property*, Tentative Draft No. 1, 1929, p. 9.

权、特许权、权能和豁免权的变动集合等。故下文按照《财产法重述》对其做出一个简略的解释。

第一,在请求权(right)——义务(duty)关系中,请求权(right)“是甲得对乙要求的一个法律上可执行的主张,后者则应就此以特定方式作为或不作为”。举例而言,甲是一块土地的主人,通常来说,他就有请求权让乙不要从此土地上走,乙则有此义务不从此块土地上走。第二,在特许权(privilege)——无请求权(no-right)关系中,特许权(privilege)“指甲拥有某种行为自由作为或不作为,而乙不得干涉之”,所以这组关系其实与上一组正相反。举例而言,乙与甲约定,租种甲的田庄中的地块壹、不种地块贰、对地块叁则无约定,此时,对于地块壹,乙有种它的特许权,同时依上述第一组关系还有种它的义务,对于地块贰,乙没有种它的特许权,同时依上述第一组关系也没有种它的义务,对地块叁,由于无约定,就既有种它的特许权也有不种它的特许权。第三,在权能(power)——责任(liability)中,权能(power)指一人得通过作为或不作为来创设和另一人有关的新法律关系,“导致在既定法律关系中的一种变化”,责任(liability)表示后者要受前者创设的这个新法律关系的约束。举例而言,甲作为一块土地的主人给了乙一份授权委托书,让乙转让这块土地给A,此时乙就有了权能,而甲要承担责任。如果乙按照授权委托书中的指示转让了这块土地给A,他对甲就既有权能,还依上一组关系有特许权;但如果他违反指示把土地转让给了B,他依上一组关系没有特许权,甲不处于无请求权(no-right)状态,那么依第一组关系甲有请求权(right)让乙不这样转让,而乙就有义务(duty)不这样转让,所以乙要就此无权转让承担赔偿责任。但是,乙没有的是义务(duty),而不是本组关系中的权能(power),因此甲仍要受乙的代理行为的约束,乙对B的转让就消灭了甲在这块土地上的财产权,换言之,对乙导致的这一改变甲要承担责任。第四,豁免权(immunity)——无权能(disability)关系,这组关系也正好与上一组相反,豁免权(immunity)指“甲享有自由不受乙通过作为或不作为对既定法律关系的改变”,相应地,乙就是无权能(disability)的,他导致的改变对前者没有约束力。<sup>[40]</sup>

对于英美分析法学的这套分解概念,许多大陆学者并不了解,但另一些则将其抬举得很高,认为比之大陆法系通过物、债、权利种类来界定法律关系类型的办法,比之所有权的占有、使用、收益、处分权能的概括,它更加完善而全面。碰到任何法律现象时,都应该用这种方法去思考,把它分解为上述四种基本法律关系。对此,笔者以为,这套概念从直观认识角度将复杂的社会和法律制度分解成若干个基本组成部分,使我们能用准确和明晰的方式阐述想要表达的问题,从而减少了使用所有权、债、权利这些由于历史以来的长期使用而致含义变得日益宽泛的术语所生的许多混乱和无谓的争论,其独特的思想方法和概念本身是值得研究的。但要说到大陆法系和其的高下,笔者以为英美的权能分解和大陆的权利分类其实都是为了给人们提供一个认识世界的角度和方法,从而将纷繁复杂的社会现实概括进严谨的法律系统中。因为社会存在也许是客观的,但客观的存在要为人所认识,就必须借助于一套解释结构进入人的脑海,成为被反映出来的存在,而不同的理解者基于自己所处时代不同的实践、前见背景,必定会形成不同的认识办法,所以解释肯定是多样的。在这多样的解释中,无论哪一种,只要它对存在整体的解释言之有理而且内在协调,那它就无疑是一种合理的解释,有其存在的价值。不同路径取向的解释有各自的强势所在,但“兴一利必起一弊”,其中一者比另一者强优的地方,反过来说,也就是它弱劣的地方。大陆法系的权利分类方法抽象度较高,因此概括度较广,不过距生活适用也越远,实践中的可操作性就越差;反之,可操作性强的,概括性就低,就越不可能把实践一网打尽,所以英美的权能分解操作性虽然强,但并不那么周延,在实践中必定例外频出而最终影响其适用性。因此,对前辈学者们经过长期思考和实践研磨而得出的对世界现象的这些理解方法,我们不能轻易说哪一种有绝对的、永恒的优势,而是各有优劣,而且这些优劣还处于相互的变动中,“其贫穷即其财富,其匮乏即其品德”,关键只在于要能将不同模式中的优劣分别适用于合适的时机,在其“贫穷”时不予使用,但在其成为“品德”时紧紧抓住。由此,人们经常讨论和强调的制度选择问题就发生了转化,究竟采取哪一种初始配置模式其实并不是决定性的,而更重要的是后来的应用者如何找到合适的时机,分别应用不同的制度。我们学习、引进英美法的意义也就在于此,让自己多一双眼睛看世界,而绝不是、也不能闭上以前的眼睛。

[40] The American Law Institute, *Restatement of the Law of Property*, Tentative Draft No. 1, 1929, p. 12-16

#### 四、新财产 (new property)

上述为对财产问题的传统理解,但现在英美法中大量讨论的却是所谓的“新财产”问题。新财产包括的内容特别是最后一点,极大地改变了财产的传统含义,引发了人们大量的思考。<sup>[41]</sup>

在古典财产权结构中,人类对财产的规定长期模拟自然状态,并受到带有罗马法印迹的布莱克斯通(Balckstone)“绝对权”和“有体性”理论的影响,财产权通常都被理想化地定义为对物的绝对支配,财产界定的标准也被相应设定为物质属性、绝对支配和所有权中心三点:财产与具体的物相联系,财产体与财产权相等同,财产权利集中体现于所有者的所有权。但在进入现代商业社会和福利时代后,财产权日益发生了改变,出现了非物质化的财产、通过私人合意改造出的新财产、政府公力制造出的新财产等等,财产的类型、内容和效力都明显不同于以往,于是,人们开始重新思考财产的性质,布莱克斯通式理论的三个财产界定标准被一一瓦解。首先,财产权与物品相对应的观点是经不起推敲的。<sup>[42]</sup>在许多案件中法律所宣称的财产其实并不包含实体物,权利人对物的支配也不绝对,只是早期的司法为维持传统理论,就虚构出一个“物”来(如“无形物”),或者通过拟制解释隐瞒权利人所受的限制,<sup>[43]</sup>强行说这些就是物或所有者固有的自然性质。但社会发展的现实使得出现在争议中的有价值的利益越来越多,公正的天平应该务实地向它们倾斜,那么,只要大胆地拿掉那些古老的虚构和拟制,财产有体性理论就不攻自破了。第二,财产权不同于财产体,而是一种与法律规定直接联系的范畴。特别是对于那些无形物,“如公司中的股票份额,债券,各种形式的商业票据,银行账户,保险单等等。更不用说那些更加神秘而难以确定的商标、专利、版权、特许权和商誉”,“在我们的日常语言中,常常习惯于说的这些权利好像是附着在物品上的,说‘把钱存进银行’时,就好像我们把物品放在了一个地方。但实际上我们正在创造出一系列同抽象的法律制度相对应的复杂的权利,作为保险单的持有者,我们被告之我们‘拥有一块可靠的基石’,但是我们真正拥有的只是与同一种抽象制度相对应的抽象权利”。第三,对于所有权,由于财产已涉及到公法与私法、财产法与契约法、权利和责任、物品与权利等多方面的因素,传统所有权概念再也无法涵盖,“财产权被分解为一系列不连续的部分……它们之间互不联系,没有共同语言,原来起源于物品所有权概念的法律上的‘财产权’的含义,在法学和经济学的一般理论框架中并没有获得统一的概念。发达资本主义经济和法律结构迄今以来的现实表明,对它的设计和运作可以根本不用‘所有权’这一概念”。<sup>[44]</sup>这样,传统财产(权)概念的三个基本内容就都被解体了,从而使任何有价值的利益都潜在地成为了财产的对象。而随着这些利益的普遍化并在人们的经济生活中占到越来越高的比例,人们就系统提出了一个“新财产”(new property)的概念,藉此将这些利益都纳入财产的范围,用财产法的方式给以有效的救济,以稳定地实现法律公平的基本价值。

综上,财产是个含义非常广泛的概念,并负载着复杂的制度功能。所以本文主张将财产体和财产权两层含义区分开来,采取制度性事实的理解办法,由此能够保持一种开放的态度,认可人们对它所作的一切制度性调整。而由于现代社会的各种调整手段中越来越离不开经济补偿这一办法,各种法律关系的调整结果都可以视为一种经济利益的平衡,因而不妨将一切有经济价值的物(包括有体物和无体权利)都视为财产,或至少是新财产。但都视为财产并不妨碍对不同的财产客体适用不同的调整原则和规则,有的可明确规定在法律规范中,出现争议就采用演绎请求权规范基础的办法做出判决;有的则规定在更概括的原则中,出现争议时适用相对性比较的办法做出判决。在具体的制度设计上,笔者对此的一个粗浅的考虑是,

[41] 但如上所述,本文笔力有限,主要是集中于私法领域的探讨,故无法对此详述,下文正文为研究的完整略加论述,详细请参见拙文《制定法对财产权的影响》,载于《现代法学》2004年第5期。

[42] Vandervelde, *The New Property of the Nineteenth Century, the Development of the Modern Concept of Property*, Buffalo Law Review, Vol. 29, 1980.

[43] 这些拟制看似不合理,但在英美法特定的保守环境下,却成为了其发展的一个重要手段和方法。See, F. W. Maitland & F. Pollock, *The History of English Law Before the Time of Edward I*, Cambridge University Press, 1968.

[44] 这两点及三处引文均参见, T. C. 格雷:《论财产权的解体》,载于《经济社会体制比较》1994年第5期。

在民法典总则编中纳入“财产”的概念,定义其为一切可为主体带来经济利益的对象,包括有体物、无体权利、“新财产”甚至人身<sup>[45]</sup>,从而可使人们的一切利益都潜在地转化为财产权,当根据自己的正义直觉或良心或情理认为受有损失时,就可借助于总则的这一规定提起诉讼,而不至于发生法院裁定无权则依驳回起诉的滑稽;进一步,法律应规定,对财产的保护办法依财产的具体种类分别适用后面分则中的保护办法,没有具体对应的分则规定时,则类推适用在性质上与其最相似的财产的保护办法,无法确定其性质时,则在诉讼中比较各方争议之高下而定。

www.cnki.net

---

[45] 将人身也纳入财产权,乍一看来是有失偏激的,但这不完全是为了传统人格、身份权的保护,而更主要是考虑到了现代医学发展导致的一些胎儿、尸体、或混淆血缘关系的问题,或如有些学者(Haraway, 1997)的概括,针对药物工业(pharmaceutical industry)的问题做出的一种前瞻性规定。

不过笔者也承认这样的结论总是难免“财产帝国主义”之嫌的,其实针对很多利益找不到请求权基础而无法获得保护的现象,最初的考虑是要在总则编中设计一个“权利”的概括性定义,但后来发现权利的含义实在是太含混了,按照Holmes大法官的说法,“权利这个词是最具欺骗性的陷阱之一,虽然绝大部分权利都是有限制的,但在前提中提出的有限制的权利概念却非常容易在结论中滑向无限制的”, see, *American Bank & Trust Co. v. Federal Reserve Bank of Atlanta*, 256 U. S. 350, 358, 41 S. Ct. 499, 500 (1921),所以后来想到用“财产”来表达一切可执行的利益,不过毫无疑问,这肯定也只是一个暂时的思考,等待着日后继续的完善。日前看到的类似的学者意见是陈小君、徐涤宇在《比较法视野下的中国民法典体系》一文中,主张学习荷兰民法典“财产法总则”的设置,将有体物和无体物一视同仁,共同抽象出财产这一上位概念。载吴汉东主编:《私法研究》第4卷,中国政法大学出版社2004年版。