

对物权与对人权的 区分及其实质

冉 昊*

内容提要:对物权和对人权产生于罗马法诉讼格式的影响,出现于一千年后的注释法学派理论中,并由于日尔曼法获得了广泛的实践应用,其含义日益多元,发展至今具备了至少三重含义:对物、支配、对世。这三点内在贯通,又分别构成了物权性的决定要件。但由于罗马法诉讼格式已被抛弃,在现代权利话语语境下,三者的联系需要新的逻辑支撑,为此,可通过“当事人的知晓”做出一定的诠释,并以此为据,将意思自治的近代民法推进到意思推定的现代民法。

关键词:对物权 对人权 当事人的知晓

面对着无序的现实世界,人类思维首先将其分类予以把握,“而将物归入某类的划分,一旦确定,就一直保留”,^[1]反过来又形成一个确定的认识结构,匡囿后人的思考在此结构内进一步展开。这种认识的互动表现在大陆法系民法理论中,就导致“对物权与对人权的区分构成了财产权利的脊梁”。^[2]从文字形式的存留上,“对物权”、“对人权”这一对财产术语来源于罗马法上的古老诉讼格式——对物诉讼(actio in rem)和对人诉讼(actio in personam),但随着社会和经济关系的变迁,特别是权利话语语境的确立,它们的含义与其他重要的概念分类,如绝对权与相对权、物权与债权、支配权与请求权等产生了交叉和渗透,相关理论也随之在应用中发生变异,正如霍姆斯(Holmes)大法官所说,“再也没有一个词比‘对物’这一个词被误用的程度更为严重,而要抛弃这些传统的含混概念,就必须通过定义和辨析的方法”。作为潘德克顿法学的继受者,在很大程度上我们只是惯习式地接受了这一分类,而没有充分地思考究竟为什么要将权利一分为二,区分后二者各自的意义和适用范围又是什么。在本文中,笔者尝试从“对物”和“对人”的诉讼源头开始,分解和辨析“这对已被弄得复杂无比的概念”,^[3]并进一步探究这一区分的现代实质。

一、对物权与对人权的源起和发展

主流罗马法理论对物权和对人权的区分问题并无详细阐述,只是在那时已产生了对物诉讼和对

* 北京大学在站博士后,中国社会科学院法学研究所助理研究员。

[1] Alan Watson, *Roman Law and Comparative Law*, University of Georgia Press, 1991, p. 139.

[2] Carbonnier, *Les Biens*, p. 38. 转引自尹田:《法国物权法》,法律出版社1998年版,第22页。

[3] 法学泰斗谢怀栻先生语。学生曾就此论文写作求教于谢老,表示要以英美法为参照系,还原并加深对现有大陆法系概念的理解,谢老做如是说。

人诉讼的形式。罗马法按起诉书的内容,把诉讼分成对人诉讼(adio in personam)和对物诉讼(adio in rem)以及补充性的混合诉讼(adio mixta)，“对人的诉讼是我们据以针对某个因契约或者私犯行为而向我们负债的人提起的诉讼,也就是说,在提起该诉讼时我们要求‘应当给、做或履行’;对物的诉讼是我们据以主张某个有形物是我们的或者主张我们享有某项权利的诉讼”;^[4]介于两者之间的则为混合诉讼。显然,在这些区分诉讼形式的朴素话语中孕育着日后的法律人、物二分的趋势。

作为人类早期思想智慧和实践理性的结晶,罗马法提供了后世法学从中汲取无尽养料的理论渊源。直接受到这种诉讼形式影响的是在中世纪时即发源的英美法系财产法。重视程序的英国人同样区分了两种诉讼形式,对物诉讼(real action)和对人诉讼(personal action),或按其字面称为“真实(real)诉讼”和“人的(personal)诉讼”。^[5] real 在现代英语中的意思是“真实的、实在的”,它有三个词根,西班牙语 royal, real (皇家的、真正的);拉丁语 regalis (皇家的)或 rexreg (国王);以及拉丁语 res (物)。^[6] 综合这些含义,所谓对物/真实诉讼(real action),指的就是对诉讼中的物(res)本身生效的诉讼,在此种诉讼中胜出的原告将得到国王(rexreg)给予的真实的(real)救济,即能够实实在在地得回他所主张的物。应该说,这就是“对物”这一概念最初的含义——实在地、对物本身生效。进一步说,既然该种诉讼是对物本身生效的,则无论物到了何处,对它具有约束力的这一判决都具有效力,能够使提起诉讼的人得回此物,换言之,无论物事实上流转到了什么人手中,第三人都要遵守这种判决的效力,交出手中的物,这样,“对物”的概念就又衍生出了当事人以外的人也要受其约束的含义,即现代法律中的“对世”性。相对地,在“对人/人的诉讼(personal action)”中,由于该诉讼是对人而不是对物做出的,“其目标只是要决定诉讼当事人各自在诉讼标的物上的权利和利益,无论该诉讼是如何发生的,判决的效力只是要让当事人受其约束”,^[7] 因此假如标的物已转至诉讼所涉当事人以外的人的手中,判决只是对当事人而不是对他生效,后者就没有返还此物的义务,胜诉原告也就不可能得回物本身,而只能由对方当事人赔偿物的价值。这样,“人的(personal)”这一概念就又衍生出了“不返还物本身”和“不对第三人生效”的两重含义,在现代法律语言中都被概括为“对人”,分别对应于“对物”和“对世”。

借助于上述认识,英美法系直接依对物诉讼和对人诉讼的区分,形成了“对物诉讼中的财产(real property)”和“对人诉讼中的财产(personal property)”的区分,即实产和属人财产,由此建立了“物”和“人”相区分的财产法基本结构,不过相对于对物权、对人权这种主观权利上的人物二分,这一分类是建立在从客体(财产体)认识的角度上的。

在罗马法复兴运动中执着于《民法大全》的欧洲大陆法学家们,同样受到上述罗马法用不同的诉讼方式保护不同类型事物的做法的启发,但大陆法体系形成于较晚近的时期,不同于早期人们意识中对“权利”概念的缺乏,^[8] 在那个时期,权利(jus)这个词已经开始获得它在古典时期所没有的更多的含义,即人类有一种固有的特性,按照这种特性,一个人应当拥有某些东西,能够做某些事情,或应当不受某些干预”,^[9] 权利的概念开始转变为一个普遍的名词,法律认识社会的基本办法不再是通过

[4] 盖尤斯:《法学阶梯》,黄风译,中国政法大学出版社1996年版,第288页。

[5] real action, personal action 还可被译为“实物诉讼”、“属人诉讼”,如非为了剖析词源,本文以为这种译法其实最为合适,下文将“对物诉讼中的财产(real property)”和“对人诉讼中的财产(personal property)”翻译为“实产”和“属人财产”就是以此为据的,尽管通常是将它们翻译为“不动产”和“动产”,但这种译法既无法将它们与 immoveables (不动产) moveables (动产) 这对分类相区分,又会使我们理解其外延时从中文语词上遭遇难以克服的困难。

[6] 参见《美国传统辞典》real 字源,金山词霸2003。

[7] R. H. Graveson, *Conflict of Laws*, 7th ed., 1974, p. 6.

[8] 早期的人们并没有明确的权利概念,“英语中‘权利’之类的词语和其他语言中性质相同的术语,只是在语言史上较晚的时期,即中世纪将近结束时方才出现。”参见阿拉斯代尔·麦金太尔, *After Virtue*, University of Notre Dame Press, 1981, p. 65.

[9] Roscoe Pound, *Social Control through Law*, Hamden, Conn: Archon Books, 1968, p. 86.

直观的客体(财产体)本身,而是借用“权利”这一中介转向了主体的角度。采纳这一话语体系的注释法学家们由此逐渐认识到,诉讼不止是提供了具体的救济,而且带给了人们权利,在要求收回特定之物实体的“对物诉讼”中,就是针对物本身发生了一种权利,依靠这种权利可以针对物本身的得失提起诉讼,要求给以救济恢复物之本身;而且,这种发生在物上的权利关系随着物的流转还会牵涉到其他人,而无论占有或侵害它的人是谁。相对应的,在向特定人要求归还原物或者赔偿损失的“对人诉讼”中,则有一种权利针对特定个人而发生;这种权利仅涉及同某个人的关系,而无关乎其他的人。这样,在11-13世纪时,注释法学派代表人物伊洛勒里乌斯(Irnerius)和亚佐(Azo)首先开始使用*jus in re*(对物权)一词;其后注释法学派对其进行了详尽的论述,并开始将*jus in re*与*jus in personam*相区分,尽管他们使用的术语是*iura realia*与*iura personalia*;^[10]其后的奥尔良法学派则提出了介于二者之间的意义重大的*jus ad rem*,这些概念构成了近代大陆民法上对应概念的原型。所谓*jus*即“权利”,*re*是“物”,*jus in re*的对应英文是*right in or over a thing*,意思是“在物之上的权利”,现在通译为对物权;*jus in personam*从文字上与其对人诉讼的源头更接近,对应英文是*right against a person*,意思是“对一人的权利”,指对特定人提起诉讼要求他履行义务的权利,现在译为对人权;*jus ad rem*的对应英文是*right to a thing*,^[11]意思是“对一物的权利”或指向某物的权利,指一个由他人义务产生的对某特定物的权利,故只对该人生效,类似于现代德国民法中的向物权或日本民法中的特定物债权。由此,在权利话语语境的转换下,中世纪大陆法学家们受罗马法诉讼格式的启发,诠释出了“对物权”和“对人权”的概念,建立了初步的对物权学说。

但对物权的真正发展则是由于日尔曼法的特别作用,“在更晚近的时代,这样一种信念得到了巩固:即对物权和对人权的区别有其日尔曼法上的起源”。^[12]法律观念的形成有赖于对现实经济关系的考量,罗马法出于其个人主义的观点,只承认数目极其有限的物权,因此只有特定种类的对物权;但在中世纪的德意志大地上,土地的全部价值就体现在其出产物上,即土地的价值主要在于其使用价值,而不在于其交换价值,所以中世纪土地法所重视的是对土地的控制,其核心的、最终的观念是一种法律或实际上的控制观。而为了有效地实现控制,日尔曼法极大地增加了物权的数量,将权利束缚在土地和不动产上,按其所需发展出了无数的物上权利。按照普鲁士一般邦法(ALR)的规定,通常只要经过了在不动产登记簿上的登记,就能形成完整的不动产权性(*dinglichkeit*)。也就是说,指向物的任一种类请求权均可经由占有或登记而具有物权性,不仅是那些使设定负担之物的所有权人具有容忍或作为义务的权利,而且那些使不动产的现时所有权人负有履行义务的权利,也都可被设置为物权。普鲁士法甚至同等地承认,基于物的转让或直接归属的优先购买权和买回权也是物权性的。

在这样的实践基础上,进一步受到康德伦理人格主义哲学的影响——人只能是目的,而不能成为手段,近代法宣布,任何个人都是不服从于他人支配的人格主体,因此,只有物才可成为直接受支配的标的,这样19世纪萨维尼重建罗马法体系时,“民法上区隔债与物又被赋予了鲜明的哲学基础”。^[13]至此,“物”和“人”的分野也构成了大陆法系财产法的基本区分,不过相较于数世纪前英美法系从客体

[10] Robert Feenstra, *Real Rights and Their Classification in the 17th century: the Role of Heinrich Hahn and Gerhard Feltmann, Legal Scholarship and Doctrines of Private Law, 13th - 18th Centuries*, Variorum 1996, p. 106. 转引自金可可:《对人权与对物权的区分理论的历史渊源》,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。

[11] 有关这几个概念的对应英文及其解释,参见 *Black's Law Dictionary*, Bryan A. Garner as editor in chief, 7th ed., West Group, 1999, p. 863, 865.

[12] Vgl. z. B. Heusler, *Institutionen des deutschen Privatrechts*, I S. 376 ff. 本段内容亦参见 Vgl. z. B. Heusler, *Institutionen des deutschen Privatrechts*, I S. 376 ff.; Hübner, *Grundzüge des deutschen Privatrechts*, 1913, S. 147 ff.; Dernburg, *Das Bürgerliche Recht II*, §62. 转引自金可可:《论对物权和对人权的区分》,打印稿,第2,5页。

[13] Wiegand, Wolfgang, *Die Entwicklung des Sachenrechts*, AcP 190 (1990), 113 - 120. 转引自苏永钦:《走入新世纪的私法自治》,中国政法大学出版社2002年版,第72页。

认识角度做出的实产和属人财产区分,这一分类已建立在从主体进行认识的角度上。^[14]“对物权”和“对人权”的抽象权利区分,从此成为近现代德国、以及继承德国法系的大陆私法学的基本理论框架。

随着研究的深入,法学家创造的这些概念开始从他们的理论走入他们编纂的法典中,成为支配人们生活的实际力量。1804年法国民法典明确承认的物权种类较少,仅认为所有权、继承权、役权、担保物权(第543、711、2114、2166条)以及“精神所有权”表现为物权,买回买卖中的出卖人则可针对第二取得人提起有效的诉讼(第1664条)。1811年奥地利民法典就对物权概念做出了明确的定义,其第307条规定:“针对某物的、无需顾及特定他人的、被归之于某人的权利,称为对物权;就某物而直接依据法律或有拘束力的行为产生的、仅针对特定人的权利,称为对人的物权”,^[15]然后在308条列举了占有权、所有权、担保物权、役权和继承权为对物权;此外,依照第1070、1073、1095、1236条,买回权、优先购买权、使用租赁权、担保物权和期待权也被视为物权性的;其晚近的立法还明确了不动产负担和地上权也可作为对物权。1896年德国民法典以严密的逻辑体系著称于世,严格确立并贯彻了对物权的理论和体系。它创新地设立了单独的物权编,在主客二分、普遍尊重“人”的基础上,将对物权理解为支配权,而将对人权理解为请求权(请求权的最明显体现就是债权),并将物权对象限定在有体物之上,不让债权中“人”的履行被他人支配,避免本来与物权并列的债权成为物权支配的对象,从而使法典层次明晰,具有金字塔式层层演绎的整体逻辑性,可以凭借共同上位概念的指引建立起一种内在确定性,保障司法在明确可知的框架内运作。在对物权的范围上,德国民法典虽然没有更详细的列举,仅规定所有权、用益权和担保物权为动产上的物权,地上权、不动产地役权、用益权和限制人役权、优先购买权、不动产负担以及抵押、土地债务和定期金债务属于不动产上的物权,然而传承普鲁士一般邦法,它设立了意义重大的预告登记制度,规定无论是基于不动产所有权人的同意还是基于法庭的假处分,对不动产上权利的让与请求权,包括买回权在内,都可经由登记而获得物权效力,由此,对物权的外延获得了开放式的扩展。^[16]

在这样的理论和立法体系沿革下,对物权和对人权的分类就逐渐成为了匡囿后人认识和思考的基本结构,不仅如此,自萨维尼至德国民法典颁布为止的19世纪,对物权和对人权的区分更被逐渐转换为物权债权区分说。这一立法例并为许多国家如瑞士、日本、韩国的民法典所采纳,但其中的一些在移植时仅套用了相同的概念,却没有一并移植德国法上物权对象仅限于有体物的规定,有的甚至混用了相类的概念,对物权、对人权的含义和范围变得越来越复杂了。

二、对物权与对人权的多重含义和对象

从对物权和对人权产生的过程中我们看到,二者导源于罗马法诉讼格式的影响,出现于一千年后的注释法学派理论中,并由于日尔曼法获得了广泛的实践应用,在此后各国的法典立法中更是借助制定法的能动作用变得异彩纷呈。因此其含义中就既有罗马法诉讼格式源头的间接决定作用,即原本

[14] 因为在英美法系中,由于其法律结构形成时的直观思维,权利概念是次要的,重要的只是区分不同的物,并尽可能周密地罗列出在具体物上的各种“权能”从而比较其高下;而晚近形成的大陆法系的抽象思维能力已大大提高,它更关心的是各种权能背后的权利。“大陆法的目的与英国普通法相反,它是作为一种体系告诉人们,根据正义的观念,应当确定什么样的权利和义务”,见[法]勒内·达维:《英国法与法国法:一种实质性比较》,潘华仿等译,清华大学出版社2002年版,第13页。

[15] 但实际上,这一定义将对物权与对人权混同于了绝对权和相对权,比如,担保物权必须要经由法院才能实现,这时候,担保物权人虽说是支配交易价值,但其实只反映在优先受偿而已,其对物的作用很难说是“直接的”。同样,即使是所有权,在今天其行使也必须顾及到第三人的权利,如相邻权等,从而受到限制。因此,奥地利民法典的法定定义虽然明确,但很难说是正确的。参见 Stanislaus Dmostrjanskyi, *Dingliche Rechte und Pers? nliche Rechte*, 1931, S. 37.

[16] 本段部分参见 Stanislaus Dmostrjanskyi, *Dingliche Rechte und Pers? nliche Rechte*, 1931, S. 27; Dernburg, a. a. O. 转引自前引[12],金可可文,第3页。

适用这些诉讼格式的那些物的特征,又有有关这些特征的理论在以后的应用变异,含义逐渐多元化起来。但由于语言文字本身的存留性,在不同的场合人们仍习惯性地使用着同样的概念表达着这些不同的含义,^[17]以致发生了很多不该有的困扰和争论,本部分就着重来解剖这些含义。大体说来,对物权和对人权的含义相互对应,下文主要从对物权的角度展开分析。

1. 以物为对象发生的权利

所谓“对物”,从语义学角度来分析,其首先的含义就是指它是针对物本身的权利;对应的含义是以人为对象发生的“对人权”。

应该说,这种理解是符合人类认识能力的自然顺序的。人类在认识的早期,自然而然地首先将自己与其他相区分,从而出现了人和物的分野,而权利往往是按其客体分类的,于是在罗马法上,家父的权力从最初的混沌走向明晰时首先就划分为了对家子(人)的权力和对奴隶、羊群(物)的权力。从沿革上看,这一层含义也体现了这对概念所源起的对物、对人诉讼源头的影响。在农业社会中,农业生产的价值是第一位的,对土地抽象的享有本身价值并不大,而必须要实际占有使用它产出农作物才有意义,因此,对土地的保护必须要采用一种能返还原物的救济,那就是对物诉讼,在这种诉讼格式下胜诉后,法院就会发出命令,让被告离开土地,从而让原告恢复对土地实物的占有,这样就产生了一种权利,按照这种权利能够收回物质实体本身,所以对物权最初就指那些对物发生、会导致标的物返还的权利。而在区别于对物诉讼的对人诉讼中,如前文所述,法院能够给予的救济与特定标的物无关,而是让被告人就其错误支付一笔赔偿金,这种形式存留着,发展到后来,即使被告能够归还原物,法院也避而不用,而只是针对被告人本人采取让其支付赔偿金的方式,对人权概念由此而生,指那些对某确定个人发生而无涉于标的物的权利。

在这一含义的基础上,我们需要进一步讨论其对象问题,一个具有一定辐射的范畴不可能仅是概念自身生硬的规定,而必然是与其对象密切相关的。如果我们认为对物权和对人权构成了完整的民事财产权利体系的话,那么从人物二分的逻辑来看,对物权的外延涵盖的似乎就应该是外在于人(主体)的所有客体,而无论这些客体对象具体的存在形态。但仔细分析影响了这一层含义形成的诉讼源头,我们却可以看出其背后的另一种逻辑,那就是:诉讼实现权利(的返还)——权利(的返还)依靠占有来实现——占有需要表征——有体物的占有外观可直接得见,因此实际上,在这一层含义——会导致标的物返还的权利中,对物权中的“物”的范围已经开始被限定为有体物,否则如何能够将其收回而通过占有实现对权利的保护呢?也正是出于这样的推理,我们看到,在日尔曼法上,人们为了实现实际的控制而采取的所谓普遍物权化的手段,本质上不过就是通过“持有”(gewere)制度的扩张,将私法上经济控制的所有形式——无论是当时的还是将来的——都束缚于财物之上,这样这些权利就借助于各种不同的持有都表现为一种可见的形式。由此,有关对物权的理论就产生了“物必有体”的第一个逻辑推论,对物权的概念也从“会导致标的物返还的权利”渐渐滑向了“对有体物发生的权利”。

2. 具支配作用的权利

[17] 对此可参见庞德对权利问题的说明,“无论在什么情况下,人们都不可能避免在同一个论证过程中会以一种意思跳到另一种意思上去,但是却很少有人会意识到词义的这种模棱两可的程度。因此,法官们与法学家们在连续的推理过程中,不可能小心翼翼地避免词义的变换,而是通过下意识地估量相互冲突的权利要求而得出一个切实可行的协调办法,而词义的变换使得他们能够使这种协调办法看上去像是由演绎得出的逻辑准确的权利定义”。(美)庞德:《法律史解释》,台湾结构编辑群编译,结构群文化实业有限公司1991年版,第217页。

所谓“对物”的第二重含义是指它是支配性的权利,^[18]即该种权利的行使是通过权利人自己的直接支配来实现的,而不需要请求他人;对应的含义则是必须请求他人的履行才能实现的“请求权”。^[19]

在上一层含义的基础上,人们认识到在主客二分的权利体系中,对物发生的权利与对人发生的权利的行使方式和作用应该是不一样的,到了擅长抽象思维的德国法律人那里,则天才地把这种区别概括为了支配权和请求权,从而挖掘出了各种对物权的内在逻辑将它们规定为一个完整的体系。对物权是支配权,是直接对于权利之标的物得为法律所许范围内之行为的权利,从性质上,对物权人就其权利和对象可以随意地支配;对人权是请求权,是要求他人之作为或不作为之权利,权利人对物并无直接的法律关系,不过有由义务人之手受其物的交付之权利,对人权人权利的实现要取决于义务人是否愿意履行。^[20]这样,有关对物权的理论就产生了“具支配性作用”的第二个逻辑推论,对物权的概念则再从“对有体物发生的权利”转向了“支配性的权利”。

在权利的对象问题上,上一层含义中“物必有体”的推论产生于诉讼源头的间接影响,这一层“支配性”的含义则使人们进一步从逻辑上把“物”明确为了有形物质实体。因为早期的法律处理技术还很粗糙,既缺乏统一的公权力体系实现有效的登记,也不能够借用其他方式实现权利的表征,那么依当时的简单思维——“手不能放在上面的不算支配”,就只有对有体物才能实实在在地将手放在上面,将其占有或支配,实现直接的控制处分了。比较于有体物,个人人身不被允许进行支配,否则违反民法的基本伦理;其他人(及作为其他人的一部分的其行为)也不允许被支配,否则违反人人平等的基本法律精神,“人的主体性和物的客体性完全对立,故人与人间只能有‘请求’,而人与物间则为‘支配’”;^[21]对无体物则不能够支配,因为没有形体,缺乏相应表征手段的帮助,没有办法实现支配。所以这一层“支配性”的含义使人们能够,也必须从逻辑上把“物”明确为有形物质实体。

但另一方面,对有些无体物的权利,如权利质权、土地使用权、知识产权等虽然无法直接支配,因而不属于此含义下的对物权,但它肯定也不符合上述请求权的定义,所以在将物限于有体物的前提下,在支配这层含义上这对概念的不周延性已经开始显现出来,出现了逻辑上的矛盾。

3. 对世产生效力的权利

所谓“对物”的第三重含义是指它的权利作用范围是除权利人以外的所有的人,反过来说,就是一切人(任何第三人)都不可以侵犯这种权利,而不仅仅限于相对人;对应的含义是仅仅相对人受到约束不可侵犯的“对人权”,典型如债权,此外还包括亲属法、继承法中的权利,如德国亲属法中父母对未成年子女的养育权(elterliche sorge)。

如本文第一部分所述,这一层含义的产生最初是基于对物诉讼源头的间接决定作用,因为权利发生在物上,那么无论物到了何处都仍有此权利,也就是说,对物具有约束力的判决都会发生使胜诉人得到此物的效力,由此,这种发生在物上的权利关系就随着物的流转牵涉到第三人,将其纳入由物产

[18] 在传统的理解中,与“支配性”相连的一般还有“归属性”,意指权利对象直接归权利人所有。但其实此种归属性含义不独为对物权专有,对人权其实同样具有,如债权就具有双重构造,“一种是对债务人的权利,另一种是对前一种权利的所有权”,参见雅克·盖斯旦等:《法国民法总论》,谢汉琪等译,法律出版社2004年版,第175页。应该说,法国法系这种基于所有权感觉的理解是符合人们的常识的。因此,所谓对物权的概念,自注释法学派的解释出现到德国学者完成它的民法典构架,其实更多是理念化或抽象化的产物,那么如果我们想象德国法系一样坚持物权编的分立,就必须在理解上将本具有一定内在联系的归属性和支配性明确区分开来,支配性是对物权和对人权的区别所在,而归属性不是,所以此处专论支配性而撇弃归属性。参见拙文《所属和所有——论所有权发展过程中的两种含义》,载孙宪忠主编:《制定科学的民法典》,法律出版社2003年版。

[19] 按照著名诉讼法学家谷口安平在《权利概念的生成与诉的利益》一文中的分析,请求权一词有多种含义,既能作为一种原理性权利与对物权相区别,也能作为一种手段性权利被视为债权的权能,本文此处所用是其前一重含义。

[20] 参见史尚宽:《民法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第25页。

[21] 苏永钦:《民事财产法在新世纪面临的挑战》,载《人大法律评论》2001年第1辑,人大出版社2001年版。

生的法律关系中,使其必须遵守这种判决的效力,这样,对物权的作用范围就扩大到了整个世界,“得要求世界上所有的人,就其标的物的支配状态予以尊重”。^[22]而在对人诉讼中,判决只是对当事人生效,对人权的作用范围就仅仅是特定个人,而无关乎其他的人。这样,对世权和对人权的区别就确立了起来,有关对物权的理论推演出“对世生效”的第三个逻辑推论,对物权的概念在一定程度上从“支配性的权利”又滑向了“对一切人有效力的权利”。但需要考虑的是,随着近代法律保护中对罗马诉讼格式的放弃,对物诉讼和对人诉讼的区别显然已不再继续了,那么,现在的主流理论为什么、或者说根据什么还在坚持这一对世和对人区分的推论呢?对此有林林总总的解释,其中为许多学者所坚持的是物权公示制度,并进一步提出,就此而言,债权也是完全可以通过登记等公示制度加以公开化的,因此对物对人的划分可直接归结到公示手段之有无上,只要解决了债权内容的公示问题就可赋予其同物权一样的绝对效力。对此,本文将在下一部分做出相应的思考。

到此为止,对世性显然是拘于有体物对象的,因为只有有实体的物才可能通过实体的返还来体现这种权利。但是,理论具有自身的逻辑演绎能力,从对世本身的含义——“对一切人有效力”这一点上来看,一部分无形权利似乎又可纳入了,因为它们毫无疑问也是对一切人生效的,如身份权利、资格权利、家庭权利、知识产权等。“所谓对物权无需与有体物(res)相联,所以今天,人们的荣誉不受无理攻击这一权利也被称为对物权,因为这项权利的效用是人们普遍不得违反它的。这表明了这一概念如何远远地从罗马法对物诉讼中发展而来,因为一个诉请保护他的荣誉的人所要求的并不是一个特定的物”。^[23]这就提示我们,对物权发展到这一层含义上,要想合理地贯彻对世和对人的区分,又必须重新打破物限于有体物的前提。

4. 绝对性的权利

从支配性的作用和对世性的效力这两点,学者继续引申出,既然对物权对一切人有效力,又由权利人直接支配而不需请求,那么物就被置于主体的意思范围笼罩之下,导致了一种完全由权利人控制的绝对的权利,这就是“对物”的第四重含义——绝对权;对应的概念则是相对权,仅对相对人有约束力并且必须以请求他人履行的方式才能实现。可见,这层含义在实际内涵上并没有更新的内容,只不过包含了对世和支配两重意思,所谓“绝对权”不过是一种名称的转变,许多相关争论的产生也只是因为争论人赋予了它不同的内涵而已。

5. 物权

“对物权”的第五重含义是将其等同于“物权”,一些学者认为日本民法在继受的过程中将“对物权”省略翻译为了“物权”,因此在我们从日本转用过来的体系中,这二者其实是同一概念,“对物权”就是“物权”,二者可以混用。同时由于德国法下物权和债权的并立,债权就取代了对人权,由此,“对物”和“对人”的对立就变成了“物权”和“债权”的对立。不过另一些专治德国民法学的学者认为,德民著述上 dingliches recht 一词只应翻译为“对物权”,指特定的人对广义的物——包括有体物、无体物以及其它具有财产意义的物的直接支配之权,而“物权”法中的物仅指有体物,就此限制性而言,对物权是物权的上位概念,物权仅仅是对物权的一种具体形式,^[24]与在无体物(包括权利)对象上成立的其他形式的对物权相并列。

笔者以为,每个合理而具有生命力的概念(包括翻译概念)的文字概括并不是随意的,它必须与组成其的每个字素的含义尽量相符合,从而使人在看到它时就联想起与各字素相联系的各种含义,自然而然地将其充分理解,这样产生的概念才具有语言真正的生命力而易于推广。依此思考上述两种意见,一方面,物权与对物权的确实具有共同的支配性、对世性等法律特征,它们唯一的差异只在于客

[22] 谢在全:《民法物权论》,台湾三民书局1997年版,第29页。

[23] G. W. Paton, *A Textbook of Jurisprudence*, 4th ed., 1972, p. 300.

[24] 参见孙宪忠:《德国当代物权法》,法律出版社1997年版,第21页。

体对象范围的差异,那么,如果我们不考虑继受德国民法典的物债分立体系本身的需要,而通过定义的方式将无体物涵纳入物权的客体范围,对物权确实是可以称为物权的。换言之,这两个概念之间确实具有很强的内在联系,可以说,对物权就是广义的物权,而物权是狭义的物权,这就是为什么无论二者在理论上的分野多么清晰,在实际上人们却仍常常混用的原因。但另一方面,如果允许物权的对象包括无体权利,就会出现债权为物权的对象的情况,这就无法确立债权和物权二分的基本体系,从而无法区分处分行为和负担行为,进一步无法通过区分处分行为和负担行为来处理多层分工、大量生产的工业社会现实中众多远距离和未来物的交易。因此,一旦我们要强调对德国民法典物债分立的体系、以及这种体系的功能继受的需要时,上述这种任意下定义的方法就又行不通了。对物权与物权的法律人通过逻辑思考得出的两个抽象概念,它们不是模仿自然界固有的事实设定的“原始性概念”,而是一种“制度性概念”(institutional concept),^[25]从其被创造出来而赋予的功能上就并不完全一致,我们在继受确定其含义时也应该尊重这些功能。所以“对物权”究竟能否被简化为“物权”来互相替代,问题的关键只是取决于我们在何种语境下应用它们。

除了上述五重含义外,学者进一步提出对物权具有优先性、排他性、法定性、自力救济性、追击力、物上请求权等特征,不过笔者以为这些都是附属于上述含义的逻辑推论,^[26]所以仅可称为对物权的性质,尚不构成对物权的含义,而只要理顺了上述含义之间的关系,这些性质特征的应用也就是自然而然的了。

综上,我们看到,在长久的使用中,对物权这一概念产生了至少五重含义,其中第四重“绝对权”和第五重“物权”并不具有实质性,而只是名称的转变或者理解的语境问题,但前三重含义却都具有实质性的意义,并各有侧重,以致人们就物权性(dinglichkeit, thingness)的确定、对物与对人的区分产生了困扰。

三、对物权与对人权现代区分的实质

1. 对物权与对人权的相互转化

随着市场经济的发展,社会财产关系出现了一些实质性的变化,反映在财产法上,20世纪70年代以后大陆法系国家普遍出现了对物债区分模式的怀疑论,而概括为物权债权化或债权物权化等。

所谓物权债权化过去通常指两种情况,一是所有权中使用权与收益权相分离,使得所有权最终通过收益请求权的行使获得实现。这是物权由对物抽象的支配向具体的利用转化的结果。二是某些物权从属于债权而产生,如承租人的优先购买权、地上权取得权、基于特定债权关系产生的共同共有等。^[27]现在则最典型的体现为不动产的证券化问题。“证券化了的财产权保有人所拥有的权利在资产担保债权(ABS)中是债权,它以债权发行人的总资产作为担保,因而剩下的问题只是如何看待担保权的物权性这一问题。”^[28]所谓债权物权化则是在侵害债权和保护不动产租赁权的讨论背景下,受到利益衡量论的影响而出现的。其中最典型的是人们对租赁权性质的认识的改变。例如,在法国,对租期为18-99年的长期租赁中,法律明文规定承租人享有物权;对于租期低于18年的一般租赁,

[25] 参见[英]麦考密克、[奥]魏因贝格尔:《制度法论》,周叶谦译,中国政法大学出版社1994年版,第136页。

[26] 如就优先性而言,因为物权可以对世主张,因此买主依据自己的所有权可以对包括承租人在内的所有的人主张自己的权利;与此相对,债权只能对自己的债务人主张,因此承租人只能对提供标的物使用的出租人(债务人)主张自己的权利,结果便是所有权优先于租赁权。显然,物权的优先效力只是从物权的绝对效力这一命题中得出的逻辑结论。同样,排他性等其他性质也是物权的绝对效力在逻辑上的必然结果。

[27] 苏永钦:《物权法定主义的再思考》,载《经济论文丛刊》,台湾大学经济学系出版,19:2(1991)。

[28] [日]松本恒雄:《从不动产的流动化和证券化看物权与债权共有法理、团体法理、契约法理之间的交错关系》,载《中日民商法研究》第2卷,法律出版社2004年版。

1945年颁布的租佃法规赋予了佃农续租权、改良权和先买权;1975年颁布、并增补为法国民法典第1743条的法律,则允许承租人对一切侵权行为人直接提起“占有之诉”,而无须请求出租人为之。^[29]既然承租人已有权对物进行某些控制并可以对抗第三人,他所享有的还仅仅是一种债权吗?此外,还有第三人侵害债权制度、以债权为客体进行的权利质押、债的处分(转移)、票据的处分、让与担保、我国台湾地区土地法中的预告登记等等制度的确立,都打破了原来横亘在对物权和对人权之间的森严壁垒。

仔细思考上述所谓债权化了的物权或物权化了的债权,有的是失去了有体物这个对象,有的是具备了支配的作用,更多的则是产生了对世的效力可以对抗第三人,也即这些被转化的权利分别具备了上文分析的对物权/对人权的一重或几重含义,但这样的权利是否就能都被笼统地称为对物权/对人权呢?这提示我们仔细推敲“物权性”的根本含义。

2. 物权性的确定

所谓物权性(dinglichkeit),是指使某个权利得以成为对物权的性质或要件,只有在满足这些要件的情况下,一个权利才能被称为对物权。那么,它应包含哪些要件呢?

反观上文第二部分的分析,第一重含义“以物为对象发生的权利”中,对物权的概念从“会导致标的物返还的权利”滑向了“对有体物发生的权利”,反过来就使人们认定,必须具有一个外在于人身的、在空间和时间上存在的有体物对象,才可能构成对物权。也就是说,对物权的“物性(thingness)”要件首先表现在一个有体物对象上,在有体物上发生的,即是对物权;不是有体物的,就不是对物权。我们称之为Y(有体物)要件。

第二重含义“具支配作用的权利”被视为现代实质性物权的根本含义。因为将某物置于某人的全面的控制之下、并让其随意地支配,这种制度设置确保了个人的独立决策自由,奠定了意思自治的近代私法个人主义进路,因此,对物权以权利人的意思支配力为核心这一点逐渐成为了其实质性的含义。现代民法理论的通说就是,物权是直接支配特定物而享有其利益的权利,或加上并可以排除他人干涉作为其定义,^[30]所谓“支配标的物而享有其利益”,即系物权的特定利益,“直接支配,具有排他性”云者,乃物权的法律之力。^[31]对物权的概念遂从“对有体物发生的权利”转向了“支配性的权利”,那么反过来说,对物权的“物性”要件此时就表现在权利的内容——是否直接进行支配上,凡权利人能够支配的就是对物权,不能支配的就不是对物权。我们称之为Z(支配)要件。

第三重含义“对世产生效力的权利”中,对物权的概念在一定程度上从“支配性的权利”又滑向了“对一切人有效力的权利”,对物权的“物性”要件此时又表现在权利的作用范围上,凡能对抗第三人的就是对物权,不能对抗的就不是对物权。我们称之为D(对世)要件。

可见所谓物权性包括三个方面的要件:权利对象、权利内容和权利范围,一个典型的对物权应该同时涵摄权利对象、权利内容和权利范围三个方面的外延。但依本文上两部分的分析,这三者的得出是借助于对物诉讼这一源头的间接决定作用,由此就结成了内在的联系:针对物提起诉讼(Y)——胜诉人能将物拿回,实现了对物的支配(Z)——判决对物本身发生效力,则无论该物在任何第三人处都应被交回胜诉人,即对世性(D)。这种内在贯通的逻辑意味着,只要符合了Y、Z、D中的任何一个要件,也就具备了全部要件,既然如此,物权性的确定标准实际上只需要一个要件就够了:或者在有体物上发生(Y)、或者是支配的(Z)、或者是对世的(D)。

但这种逻辑贯通的结论却并不符合现代的实践,有许多权利具备Y、Z、D中的一个要件却不符合另一个要件,如以权利为对象的可转让债权不符合Y(有体物)要件,但从债权人可以将其处分转让的

[29] 参见前引[2],尹田书,第46页。

[30] 参见前引[22],谢在全书,第17页。

[31] 参见王泽鉴:《民法总则》,中国政法大学出版社2001年版,第84页。

角度观察,债权人对此债权的权利也是一种支配权,又符合了Z(支配)要件;担保物权中权利人一般并不能直接支配处分担保标的物,但作为一种法定的优先权它能够对抗任何人,所以就不符合Z(支配)要件,却符合D(对世)要件。显然,从这三个要件出发分别推理得出的结论之间是有冲突的,究其原因,是因为现代法律已放弃了罗马法的形式主义诉讼格式,上述内在联系的源头已经断裂了,那么,如果我们在现代还要坚持上述物权性确定标准的话,就必须为它们寻找另一种逻辑支撑。笔者以为,对此可以借用主观权利话语这样理解:对一个客在的有体物(Y)——必然由主体支配(Z)——支配意味着自己行使权利——而自己要能行使,必须一切他人不得干涉——即对他人消极行为的绝对请求权,对世(D)性。这个逻辑推理链看似是环环畅通的,但仔细推敲,倒数第二个环节却耐人寻味:为什么一个主体对其权利的行使必须得到其他所有主体的尊重呢?

3. 当事人的知晓

笔者以为,这是因为在有体物上发生的权利,人人都看得见有体物对象这个实在的表征,既然人人看得见,人人就都不可侵犯于它,这是事物自身性质(法律品质 *juristische qualitaet*) 而致我们的认识形成的固有自然法。而更重要的,是在这一自然法背后的理由——人对其知晓的就不可为损害,只不过这里的知晓是应当知晓,推定知晓。因为有实体物的表征这一事实,权利的内容及变动都被认为具有了可识别性,每个具备基本判断能力的人被推定为是应该知晓该物的权利归属的,为此就不能再予侵犯,否则明知而故犯就具有过错,按照近代民法三大基本原则之一的过错原则,就应该承担侵权责任,除非他能在被推定知晓的前提下举证自己其实并不知。而在不具备物质形体这一一般表征事实的权利类型中,相对人以外的人就并不知道它,至少是不能推定其知晓的,不知者不怪,没有过错,就是损害了这个关系也不需承担侵权责任,除非原告能在对方被推定不知的前提下举证他实际上是知晓的。事实上,现代法律中各国打破合同相对性,确立合同第三人(作为对世的代表)利益的案例以及债权不得侵犯的案例,如英国1677年达顿诉普尔(*Dutton v. Poole*)^[32]案,1859年劳伦斯诉福克斯(*Lawrence v. Fox*)^[33]案,美国1918年西瓦诉兰萨姆案(*Seaver v. Lansom*),1973年美国诉奥尔登技术实验室案等,^[34]确认第三人诉权的根本原因都是因为案件标的是能从外部明确判断权利存在与否的,因此,侵犯人就应该对他的知晓承担责任。^[35]

进一步,将“当事人的知晓”这一点回溯前述逻辑链,除了有体物形体的表征事实外,任何其他权利情况,只要是当事人能够知晓,从而准确地知道了他必须遵守的避免超越他人权利范围的界限的,都可同样适用支配(Z)——自己行使权利——一切他人不得干涉——对世(D)这一环节的逻辑推理。所以笔者以为在现代,所谓对物权和对人权的区分背后更基本的核心可能在于当事人的意思上对它是否是知晓的,知晓(包括推定知晓)则不得侵犯,不知晓(包括推定不知晓)则可以侵犯,而有表征的推定为知晓,无表征的推定为不知晓。^[36]

19世纪法律思想的特点是:权利以意志进行抽象界定,而不是按照所服务的目的具体理解,对深受大陆法理论熏陶的我们而言,显然的事实是,当事人的意思是法律行为效力之源。那么,在现代,按照上述“当事人的知晓”这一标准,我们就可在意思的总框架下从单一的意思自治走向意思推定,行为内容能否为行为人主观意思所掌控、行为人对加害结果预见及防止的可能,即成为维护第三人行为自

[32] 案情:普尔为阻止其父卖林地,承诺会给每个弟妹1000英镑,其妹达顿起诉要求他给付,胜诉。详见 *The Law Quarterly Review*, 1987, 103; 1989, 105。

[33] 案情:福克斯欠何力\$300,何力欠劳伦斯\$300,福克斯向何力许诺还劳伦斯\$300,但未还,劳伦斯即起诉何力,在一审和上诉审中均胜诉。详见 *Current Legal Problems*, 1992, 1。

[34] See Meryll Dean, "Removing a Blot on the Landscape - The Reform of the Doctrine of Privity", 2000 J. B. L. March Issue, p. 143 - 145.

[35] 参见拙文《论利他合同中的第三人——兼评英国1999合同(第三人权利)法令与中国合同法第64条》,《浙大法律评论》2001年第1卷。

[36] 参见拙文《论国际产品责任案件准据法的确定——以“当事人的知晓”为法律适用的基础》,《法令月刊》2004年第7期。

由的内在指标。由此,我们就可打破对物权和对人权的截然对立,使所有权与他物权以至合同债权、知识产权、各种商事权利等均处在“当事人是否知晓”这同一起跑线上,保证权利的平等性。权利类型划分的根据本质上是某一生活利益在规范世界中的法律变现,任何权利,无论其内容和对象,都是平等的,并没有预先设定的效力的高低;权利的内容由其对象的自然特性决定,而与权利的效力无关,“权利必须受到权利对象在逻辑上的限制”,^[37]而我们的理解也必须深入到权利效力内容层面,具体把握权利主客体关系对第三人行为义务的决定作用。

Abstract : Influenced by the forms of action in Roman law , action in rem and actio in personam , the term jus in re and jus in personam appeared in the theory of the School of Glossators 1000 years later , and became popular due to the extensive practices in German law . Thus they comprise complicated meanings , at least three of which we can generalize as over things , dominative and absolute . Vice versa , the three meanings , with inherent consistency , are essential components of the property of thingness . However , the forms of action in Roman law have been abandoned in modern law , so we need a new logic support to keep the consistency of the three components under modern context of right . The article argues that the knowing of parties is such logic support . In addition , based on this new support , the traditional civil law focusing inner intent could be pushed forward to modern civil law focusing presumed intent .

Key Words : jus in re ,jus in personam ,knowing of parties

[37] [美]A.J. M. 米尔恩:《人的权利与人的多样性》,夏勇等译,中国大百科全书出版社 1997 年版,第 112 页。