

# 论“中间型权利”与财产法二元架构

——兼论分类的方法论意义

冉昊

**内容提要** 大陆法系财产法先后经历了萌芽、对物权与对人权分野、依对象标准划分物权债权、依效力标准划分物权债权和批判发展五个阶段,形成了相对凝固的物债二元结构。但在现阶段的反思中,不具有物债典型性的“中间型权利”日益增多,使我们不能再停留于物权债权化和债权物权化的含混概括中,故本文做出原初的整理,将中间型权利分为历史形成的类型、法典确立时即存在的混合类型以及现代的转化类型三大类别。这些中间型权利的存在强烈冲击了财产法的二元架构,使我们在认识论意义上保留此分类的同时,必须在实证意义上将其弱化:设定一切权利都具有剩余性,因此权利应该“反向认定”,分别按具体标准考察权利的权能,并改变传统意思自治标准,以“当事人的知晓”为标准决定交往秩序的平衡。

**关键词** 中间型权利 物权 债权 分类

作为潘德克顿法学的继受者,在对待财产法时我们当然地采取了物权债权的分类结构,但实际上,将财产权划分为物权和债权的意义及这两种权利的适用范围并不明确,在划分之初就存在属于二者之间的“中间型权利”,随着现代社会权利的多样化,这种“中间型权利”更是与日俱增。为此,本文着力考察物权和债权的生成史上居中存在的“向物权(jus ad rem)”,以及现行法中各种中间性权利的存在,由此思考为什么权利被一分为二,而在现代又该如何应用这种二元的分类。

## 一、物权债权分类的历史形成

大陆法系的物债划分大致形成于19世纪后半叶,先后经历了五个阶段。<sup>①</sup>

最初是萌芽阶段,包括罗马法上对物诉讼(actio in rem)和对人诉讼(actio in personam)的诉讼格式划分,以及中世纪日耳曼法为了有效地实现土地控制,将权利束缚在不动产上的多种物权性实践。对于后来物权债权划分的形成,这些既铺垫了必要的理论和实践基础,也构成了后续思维发展的路径依赖和前见限制。

第二个阶段由罗马法复兴运动至近代自然法学,明确形成了对物权(jus in re)与对人权(jus in personam)的二元划分。<sup>②</sup>在这一时期,“将法律系统化,构成了后注释法学派的主要兴趣,他们致力于将汇集在查士丁尼《学说汇纂》中大量零乱的法律规则条理化”。<sup>③</sup>法律开始被作为一种权利的体系重新进行建设,人们力图用权利话语整理认识的头绪,用此新的方法来描述纷扰无序的外部世界,而“对事物的本质的思考是一种类型学的思考”(Kaufman),学者们由此展开了多种权利区分的努力。首先是巴托鲁

<sup>①</sup> 有关这五个阶段的划分,参见金可可:《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;[日]濑川信久:《物权债权二分论之意义及其适用范围》,载渠涛主编《中日民商法研究》第2卷,法律出版社2004年版。

<sup>②</sup> 对物和对人的划分由来已久,但随着权利中心论的确立,在权利类型上区分物与债具有了与以前完全不同的意义。参见拙文:《论对物权与对人权的区分及其实质》第一(3)部分,载《法学研究》2005年第3期。

<sup>③</sup> René David, *English Law and French Law: A Comparison in Substance*, London: Stevens, 1980, p. 29.

斯提出广义所有权包括直接所有权、用益所有权以及准所有权；继之其弟子巴尔都斯认为所有权、继承权、对物的役权与对人的役权和抵押权等五种权利都属于对物的权利；11-13世纪时，注释法学派代表人物伊洛勒里乌斯和亚佐开始使用了对物权(jus in re)一词；后注释法学家 Iason Mayno 则将所有权与其他物权相对立……在这个过程中，人们朦胧地感受到，从生活直观上，人对于物总是处于两种不同的方式之中——或者拥有该物；或者即将从他人手中获得该物，因此，二者的对应应构成认识论的总体进路。在此经验基础上，进一步受到罗马法复兴运动中上述对物诉讼、对人诉讼格式区分的启示，学者们的努力逐渐向这个方向集中，主张将权利划分为“当然的是我们的(ours)”权利，如自由人对外在物体的权利，他可随意地处分该物；和“只是归于我们的(belonging to us)”权利，如另一个人必须为我们做的事情，我们可要求该人如何却不能随意地支配于他。也就是说，构成私法实体的权利可以分为“真正、恰当地属于我们的权利(proprie nostum)”和“他人欠我们的权利(quod nobis debetur)”。由此，由注释法学派提出的对物权(jus in re)概念得到了逐渐详尽的论述，后注释法学派并使用 iura realia 与 iura personalia 这样的术语将对物权与对人权区分开来。至近代自然法奠基人格劳秀斯，已把权利的类型主要划分为 beehering 和 inschuld，用现代的术语来说，即对物权与对人权。此后康德在对理性秩序的终极追寻中，依其先验哲学，于权利体系的空白框架内明确填上了对物本身的占有——对物权和对他人自由意志的占有——对人权这样的普适概念。<sup>①</sup>

第三个阶段由18世纪后期至19世纪中期，在对物权与对人权划分的认识基础上，法国的波蒂埃、德国的萨维尼进一步提出了物权与债权的分类。波蒂埃还主要拘泥于义务论，萨维尼则以“基于自我意思之权利体系”为基础，指出意思支配的标的为“不自由的自然”和“他人”两种，从权利角度应分别确立为物和债的法律关系，物权是调整对物的法律关系，债权是调整人与人之间的法律关系。<sup>②</sup>也即在此萨维尼时代，主要是通过客体的区别，论证了物权与债权相分立的正当性，在下文的分析中将此称为对象标准。但从其背后更根本性的理由来看，之所以在这一时期，债权得以从物权中独立出来并与物权相对称，是与进入近代自由经济，人们普遍要求从封建社会的束缚中解放土地所有权，从而能创设独立的商品所有权促其流转，也即权利从身份中解放出来相伴随的，所以笔者以为，物与债的分类在这一时期得到最终确立的理由首先是革命性的；但其次，它也是逻辑性的。因为近代法宣布，任何个人都是不服从于他人支配的人格主体；这样，就只有物才可成为法律上直接受支配的标的；所有权法的这种近代私法性就要求所有权摆脱一切人类关系，仅仅成为对物的支配关系本身；那么，契约债权就应从本来附属于所有权的法转变为独立的法律内容。通过如此严格的分离就能确保人与物之间的关系以及纯粹的人与人之间的关系，从而确保每个主体的存在和意志不受他人支配，主体之间平等共存，意思自治。由此，个人支配和契约的分化促进了物权和债权分类的形成，二者分别以“所有权自由”和“契约自由”为原则实现了相互的分离。

第四个阶段从19世纪后半叶至20世纪前半叶，在这一时期，对物权债权的认识发生了重要的变化，二者的区分从上一阶段采用的对象标准——人对物的权利抑或人对人的权利，转向了效力标准——对世生效抑或仅拘束于相对人。在法国，围绕租赁权人能否向第三人主张标的物的支配、利诱雇工离职的债权侵害损害赔偿问题，展开了纷纷的论争，虽然由于法国法对登记的效力设定不同，其物权的含义最终没有转变为“对一切人不作为的请求权”，但排他性与优先性问题也已成为这一时期的重要内容。而在德国的这一变化是彻底的，后期历史法学派的集大成者温德夏德(Windscheid)通过其发明的“请求权”概念，将物权与债权分别理解为对一切人的请求权和对特定人的请求权，于是，物权 = 绝对

① Robert Feenstra, *Legal Scholarship and Doctrines of Private Law, 13th - 18th Centuries*. Variorum 1996. Immanuel Kant, *Metaphysical Elements of Justice, Part I of the Metaphysics of Morals*, pp. 86. 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，第464-466页，478-496页。

② Pothier, *Traite des Obligations*, 1761; Savigny, *Juristische Methodenlehre*, 1802, *System des heutigen Roemische Rechts*, 1848.

权,债权 = = 相对权成为通说,物权就是针对一切人的权利,而债权就是针对特定人的权利。<sup>①</sup> 至《德国民法典》直接采纳了潘德克顿法学的这些研究成果,明确地区分物权与债权,根据法律后果层面上的相似性——存在于两个人即债权人和债务人之间、具有相对性的是债;而以物为规范对象的法律关系中任何人都必须尊重物的绝对归属<sup>②</sup>——首创设立了相互独立的物权编和债权编。这一立法例对后来的法律移植国家如瑞士、日本、韩国、中国等发生了重大影响,其民法典大都(将)采取了潘德克顿式分编体例。籍此制定法的能动作用,物权和债权的分类,就从法学家创造的抽象概念走入他们编纂的法典中,成为支配我们生活和思考的实际力量。那么,对于此“前见”之后的大多数人们而言,是没有机会去接触历史、因而也没有机会考量物债区分的目的的,实证法律上物权编和债权编的分立就当然地构成了这种权利分类的合理化背景。

第五个阶段从 20 世纪后半叶起至今,是物权债权划分说的批判与发展阶段。从上述可见,这一理论在创立的过程中就有着内在的矛盾:物权债权的划分本来依据的是对象标准,虽然后来发生了转变,但它对人们的认识始终有着根深蒂固的影响,从这对概念称谓的用语上我们就可看出这点,而《德国民法典》虽然采用了转变后的效力标准,根据法律后果层面上的相似性来划分物权和债权,但为了严格确立这种体系,它又特别将物权编的调整对象——“物”限定为有体物,因为如果“物”包括无体物,就会出现无体的权利、特别是债权成为物权对象的情况,就无法贯彻这一划分了。所以《德国民法典》中的物权从概念上是指对世权——针对一切人的权利,从内容上却又是基于有体物形成的法律技术。进一步,日本法在继受潘德克顿的过程中,“完全不同于德国的绝对权与相对权的区分,更没有德国法上物权是对一切人不作为的请求权的概念,而是吸收了法国法的物权为直接支配物的权利的理论,将物权与债权的本质区别定位为物权为支配权、债权为请求权这一基点”。<sup>③</sup> 于是,在我们从日本转继受来的体系中,物权具有了至少三重含义,①有体物上的权利,这是物权的传统民法理解,我们称之为对象标准,有体性含义;②支配的权利,这是近代民法、物二分背景下所强调的物权的实质内容,“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’”,<sup>④</sup> 我们称之为内容标准,支配性含义;③对世生效的权利,这在现代民法中涉及到权利人真正权利和第三人交易安全之间哪一方利益优先的问题,是民法制度选择的重要指针,我们称之为效力标准,对世性含义。反过来理解,这三点就分别意味着,①在有体物上发生的是物权;②权利人能够支配的是物权;③能对抗第三人的是物权,但显然,这样的三个全称判断的外延之间是有冲突的,<sup>⑤</sup> 由此,物权债权的分类就固生了内在的矛盾。而随着世界经济的高速增长,人与人之间交往的范围不断扩大,交往的方式不断增多,由此导致权利的类型激增,这一内在的矛盾就日益显在出来。于是人们开始思考,物权与债权相对立的正当性何在,这一看似完整的分类是否构成了逻辑上绝对与相对的相互排斥关系,两者之间的中间形态应否得到承认?

## 二、“中间型权利”的多种类型

对物权与债权的中间形态,本文称为“中间型权利”,也有称为“第三类权利”,或“存在于物权与债权夹缝中的权利”,等等,迄今为止,学者对它的研究,或者是概括为物权债权化和债权物权化的现象,或者是笼统地一股脑儿描述,认为“其他权利,包括债权物权化、权利上的权利、期待权、成员权即参与权和先

① 我国学者使用绝对权/相对权的概念时,有时用的是上述含义,也有时指的是它是由权利人直接支配还是需要通过请求才能实现的问题,包含了权利效力上的对世和权利内容上的支配两重意思。为清楚表达,后文将德国民法意义上的绝对权/相对权称为对世权/相对权。

② 参见[德]梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社 2000 年版,第 21 页。

③ 王茵:“大陆法系日德法三国不动产权变动的比较研究”,博士论文打印稿,中国社科院研究生院图书馆藏,第 29 页。

④ 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,人民大学出版社 2001 年版,第 3 页。

⑤ 有关对物权这几层含义间的内在矛盾,详见下文第二(2)部分;并参见拙文:《论对物权与对人权的区分及其实质》,载《法学研究》2005 年第 3 期。

占权”,<sup>①</sup>等等。但实际上,“中间型权利”并不仅是简单地由物权变成债权或由债权变成物权,而是包含了多种类型,这些类型之多使我们要想将其认识清楚就必须做出进一步的细分,而且这种细分应遵循统一的标准。本文在此做出原初的整理。

1. 从其产生的历史来看,在传统民法做出对物权和对人权二元划分时,中间就出现了一个过渡性的向物权(jus ad rem)。

如上所述,在中世纪,后注释法学派区分了对物权与对人权,其后的奥尔良法学派则在这种二元划分的基础上,提出了介于二者之间的、意义重大的 jus ad rem(向物权)概念。jus ad rem 的对应英文是 right to a thing, jus 即“权利”,rem 是“物”,比较于对物权(jus in re,对应英文是 right in or over a thing)“在物之上的权利”的意思,jus ad rem 的意思是“对一物的权利”,指一个由他人义务产生的对某特定物的权利。<sup>②</sup>在德国民法中,它被按字面意思称为“向物权(Recht zur Sache)”,日本民法则依其效力内容称为“特定物债权”,一谓“物权”,一谓“债权”,从名称上我们就可看出这一概念的中间性。

最初,向物权概念的创造是为了满足封建生活中封地授予的实际需要。中世纪土地物权的取得必须通过一个授予的形式并实际移转占有,有此二者受封人就取得了持有(gewere),取得了持有(gewere)就有资格提起对物之诉(actio in rem),而对物之诉的主张可对一切人强制履行,受封人对此块封地的权利就成为了对物权。<sup>③</sup>但如果只是象征性地授予封地而没有实际移转占有,受封人就没有取得持有(gewere),从而没有资格提起对物之诉,按照对物权和对人权的二元划分,他享有的就是只能请求领主移转占有的对人权,即只能提起对人之诉,但对人之诉是不能强制履行的,受封人的权利等于还是得不到保护。社会生活的需要是理论发展的真正动力,中世纪法学家们为此拟制出了向物权的概念,该种权利针对一块封地特别发生要求领主移转占有的效力,也就是说,这种权利仅能对领主提出,本属于对人之诉,因此不得强制履行,但又因为是针对物而发生的权利,符合对物之诉的形式要求,所以得强制履行。这样,向物权就成为了一种仅拘束相对人(领主),但又可强制履行的权利,前者是对人权的特征,后者是对物权的特征,于是它成为界乎于对人权与对物权之间的中间型权利,被用来填平象征性授予行为和实际占有之间的时间差,保护人们对未来的预期。

后来,这种向未来发生作用的观念为教会法学者所吸收,在土地法以外,将教会巡游费产生的期待利益法律关系也称为向物权,而教会在中世纪的强大力量使这一概念普及并留存下来。1794年《普鲁士一般邦法》就传承前见,规定了向物权,但将其转适用于买卖合同中,规定为买受人“要求移交物的权利”,<sup>④</sup>在债权合意与实际交付相分离的将来给付合同中,当事人凭借这项权利就能最后取得标的物所有权,这样,向物权就成为了债权请求和物权移转之间的过渡权利。

但在其后潘德克顿式的抽象物权行为体系中,向物权又失去了它在买卖合同权利群中的这一存身之地。因为物权行为理论区分处分行为与负担行为,负担行为发生债的请求权,处分行为发生物权变动的效力,因此物权处分行为的意思表示本身就是当事人获得标的物所有权移转的理由。相反,如果在债和物的意思表示之间插入这样一个过渡阶段,反而减损了每个意思表示应有的完整效力,阻碍了物权行

① Helmut Kohler, BGB Allgemeiner Teil, 20., 转引自金可可:《债权物权区分说的构成要素》,载《法学研究》2005年第1期。

② Black's Law Dictionary, Bryan A. Garner as editor in chief, 7th ed., West Group, 1999, p. 863, 865.

③ 有关对物之诉这种效力的来源及其与对物权含义之间的逻辑联系,参见拙文:《论对物权与对人权的区分及其实质》,载《法学研究》2005年第3期。

④ 参见金可可:《对物权与对人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。

为和债权原因行为之间的彻底分离。<sup>①</sup>因此,在潘德克顿以后的知识谱系中凸出的就是物权和债权相对立的二元分类结构,而几乎使我们淡忘了向物权的存在。

不过现在,在传统的买卖合同以外,向物权的这种过渡性——以物为对象,但对物没有直接的权利,权利的内容却又大于基于债权享有的权利;在法律对其做出明确规定后,不仅可以对抗作为合同债务人的相对人,还(在某种程度上)可以对抗一切第三人,效力范围也居于了相对权和对世权之间;用现在已经有的将来权利的部分权能把对未来的期待权补充完整,完成一定的手续或一定的条件成就后就可以转化为后者——又日益受到了现代法学的重视。因为在传统理论中,许多期待利益既不能被划归物权也不能被划归债权,无法作为权利来保护,但“当某人接受一块地产,并已取得了在土地登记簿上进行登记而需要的登记同意,而且也已向土地登记机关提出申请,只是这个登记还未最后完成时”,他对未来的得到确定物权的这一预期就是应该获得保证的,“这时,他的权利也是一种期待权……在此期间取得人的(这一)期待权可以转让和质押”。<sup>②</sup>那么为了给这种新型期待权“正本求名”,我们就可以向历史寻找资源,参照向物权概念,在权利保护谱系中为其找到一个合理的位置,然后做出总体的规制,保护这些期权性利益的新型财富价值。

2. 从制定法对其的确立来看,近代民法中《德国民法典》划分物权债权时,中间就存在无法完全划清的混合状态。

如上所述,《德国民法典》摆脱生活事实的相似性,根据形式逻辑的观点将权利划分为对世权——针对任何人的权利和相对权——针对特定人的权利,并以此法律艺术性决定了对第二编债和第三编物的划分,然而,学者在做此说明的同时,就不得不承认:“当然,在贯彻这一划分的时候,也还存在着很大的困难”,“物权与债权在某些特定部分仍然处于混合状态”。<sup>③</sup>

首先,物权的对世性含义与支配性含义之间有混合,即依据对世/相对标准在德国民法典中划归后者的债权在许多情况下,也具备支配性。“《德国民法典》第398条规定的债权让与,就是债权人对其债权进行的处分,而处分行为则是典型的行使物权的表现。故从这一现象来看,债权人对其债权也是一种支配权,即对债权的‘所有权’,故在处分其债权时,债权人的地位与所有人的地位本质并无区别。债权人的这一权利,在德国法上称为‘类似所有权之地位(eigentümehnlische Stellung)’”。<sup>④</sup>再比如,“使用承租人、用益承租人、借用人根据债务关系而享有的占有和使用的权利也应算是对物的支配权,尽管它们不是德国民法典意义上的物权,因为它们只是针对某个通过债务合同而与之相联系的个别的人,而不是象真正的物权那样,所有人对所有物的关系是针对所有的其他人的。”也就是说,根据债权也能成立对物的占有和使用权,尽管它只是一种‘相对的支配权’。<sup>⑤</sup>

其次,物权的对世性含义与有体性含义之间有冲突,即依据对世/相对标准在德国民法典中划归前者的物权在许多情况下,并不具备有体性,而划归后者的债权反而是有形的。在传统的他物权若干种类中,抵押权期待实现的权利内容不是物的实体本身,而是物所蕴涵的交换价值,所以,物于它而言,仅仅

① 可见,所谓法国法系的广义所有权理论、德国法系的物权行为理论等等,都不过是对我们日常生活现象的一种解释。现代经济的发展产生了多层分工、大量交换的社会现实,使远距离和未来物的交易日益频繁,买卖和交付完全分离,各国法律面临着这些共同的问题,必然凭借各自的传统和一些历史的偶然分别提出自己的解决办法。这些办法在处理问题的技术方式上或借助新的概念,或运用新的理论,存在着重大的差异,但其发挥的功能却是相似的,许多情况下,处理的结果也是相似的。所以,无论哪一种理论,都不是财产法唯一的存在结构,而只不过是帮助我们理解它的一种解释结构。所以,无论哪一种理论,都不具有当然的权威性,关键只在于我们在何种制度环境下应用它们。

② 参见[德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(上册),王晓晔等译,法律出版社2001年版,第294-295页。括号内文字为本文所加。

③ [德]梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第21页;孙宪忠:《德国当代物权法》,法律出版社1997年版,第24页。

④ 同③,孙宪忠书,第25页。

⑤ [德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(上册),王晓晔等译,法律出版社2001年版,第285页。

是一个抽象的存在,抵押权实际上已从标的物的物质存在中分离出来,而以价值为客体,因此,当我们限定物权仅为有体物上的权利时,将其划归为物权就是存在逻辑上的垢病的,更遑论设定于债权或其他权利之上的担保物权、对债权的用益权等等权利上的权利了。“担保物权是通过确定支配担保物的交换价值为目的的权利,属于价值权的范畴”。<sup>①</sup>而在传统民法以外的商法的发展中,“一般认为有价证券属于债权。但是有价证券本身又是一种有形之物,而且有价证券尤其是不记名有价证券的流通可以说是完全按照物权法的(动产以交付占有转移所有权)原则,故有价证券上的权利也表现为物权的特征。所以德国民法学家认为,有价证券已经变成为‘有形化的债权(verkoerperte Forderungsrechte)’,其本质又应当是物权”。<sup>②</sup>

再次,物权的支配性含义与有体性含义之间不吻合,即依据支配/请求标准应划归前者的物权在许多情况下,不具备有体性。<sup>③</sup>20世纪以后这突出表现在知识产权的问题上。传统物权法律是基于有形物形成的技术体系,法律规则的设计是依物的自然特征——由原子构成的物质,在特定的时间占有一个特定的空间,因而具有当然的独占性——来制定的。但“抽象物的本质决定了,一项知识产权是可被同时使用而不会剥夺其标的之上的权利的”,<sup>④</sup>因而当我们将知识产权人自己的智力成果当然地归类于他的可支配的所有权时,这种权利实际上并不可能具有所有权因为其载体的有形而自然产生的排他、永恒、公示等属性和物上请求权的救济手段,这样,其流转和交易办法就无法类推物权法的规定,而与物权制度缺乏整合性。

最后,对世/相对这个划分标准本身也有不周延之处。“对世”与“相对”只是效力范围的两个极端,前者是至大的范围,后者是至小的范围,在这两个点之间显然还存在中间的距离,某一权利的效力范围可能既达不到“对世”的全部范围,也小不到“相对”的一人范围,而只是特定法律体系效力范围内的一部分,如指向不特定人的债权,悬赏广告;或指向部分人的物权,特定区域的著作权等。

3. 从其发展的实践来看,现代民法中的物权和债权不断地从两极向中间转化。

日本学者指出,物权债权分类的确立是依其各自的典型做出的,物权的典型为所有权,债权的典型为(未转化为有价证券的)金钱债权,“两者毫无例外地各自具备物权和债权的本质,而其他的权利,则都或多或少地带有例外的性质”。<sup>⑤</sup>换言之,在最初确立此分类的时候,所谓物权与债权的种类是单一而纯粹的,因此泾渭分明地对立于两极。但其实,权利自产生之时起就并非彼此毫无关联的平行存在,其间有着各种脉络关联,物权与债权作为个人自由向外界扩张的共同手段,彼此之间更表现为一种连续性关系,<sup>⑥</sup>因此,以所有权和债权作为两端隐含着—根权利的连接线;直线是由无数的点组成的,这根权利连接线上就有着无数潜在的权利结点,而随着社会本身的复杂化,“权利爆炸”的时代来临,人们的主张层出不穷,也即新类型的权利不断出现,这些结点就逐渐显现出来,并从两端向中间发生位移。

第一,物权债权化和债权物权化。如上所述,对这个问题学者已有较多的论述,依其总结,所谓物权债权化主要发生在下述几个方面。最早,近代以来以所有权为典型的物权逐渐“价值化”,其占有、使用权能与收益、处分权能发生分离,使得所有权实现的方式从对标的物之现实支配,演变为必须借助于收益请求权的行使。此后,在限制物权方面,越来越多的限制物权不再是附着在物上,而是附属在债权中

① 程啸:《中国抵押制度的理论与实践》,法律出版社2002年版,第13页。

② 孙宪忠:《德国当代物权法》,法律出版社1997年版,第25页。

③ 应说明的是,支配性与有体性不吻合这个问题并不是《德国民法典》中的内在矛盾,如上所述,《德国民法典》中贯彻的是对世权与相对权的划分。本文在此是为了一并说明物权这三种含义之间的冲突,牺牲了行文一定的逻辑性。

④ Peter Drahos, A Philosophy of Intellectual Property, Dartmouth Publishing Ltd, 1996, p. 21.

⑤ [日]我妻荣:《日本物权法》,(台)五南图书出版有限公司2000年版,第15页。

⑥ 债的实质在于一种给付,因此,物权要发生转移通常需要在债权关系中先有设定,从而借助于债所创设的均衡体系进行变动给付。而当事人的给付义务履行之后,债之关系看似消灭,但并非消逝无踪,仍继续作为给付变动的实质基础而存在,因此,债与物是相互关联的。

产生出来,如承租人的优先购买权、基于特定债权关系产生的共同共有等。<sup>①</sup>现在,在以金融资本为中心的第三次产业时代中,不动产实物本身也发生了证券化问题,而“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”。<sup>②</sup>所谓债权物权化则主要集中于人们对债权可否侵害和租赁权性质认识的改变上。在法国,对租期为18-99年的长期租赁,法律明文规定承租人享有物权;对租期低于18年的一般租赁,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,这些法令规定的改变意味着承租人享有的租赁债权已具有了对抗第三人的效力。<sup>③</sup>在德国法上,现代学说则逐渐认可,伴随占有的债权、经预告登记的债权以及债权归属之侵害情形中的债权,应被视为属于第823条第1款的“其他权利”,即也属于一般侵权行为(针对对世权)的保护范围,这样,债权的相对性再次被打破,<sup>④</sup>这些债权被认为在效力标准上已具有了一定“物权性(dinglichkeit)”,因而得以享有妨害除去和保护。

可见,所谓物权债权化主要涉及的是物权丧失有体性、转向无体性的问题,而债权物权化则主要是债权对人的相对性导入了对世的绝对性因素。所以,物权债权化和债权物权化只是一种笼统而生动的概括,准确地说,应该称之为有体性物权的无体债权化和相对性债权的对世物权化。换言之,这也说明了,物债的相互转化只发生在其有体性和对世性含义中,而不发生在支配性含义上。这是因为在分类标准上,有体/无体,对世/相对均构成了逻辑上的对立关系,一旦丧失有体性或对世性,必然的结果就是走向其对立面——无体性或相对性,而支配/请求在逻辑上却并不对立,丧失了支配权未必会具有请求权,所以在这层含义上发生的只是支配权的缩小或请求权的扩大问题。与债权化、物权化的笼统概括相对应,我们可称之为物权的限缩和债权的扩张。

第二,物权本身发生限缩。对此,我们最熟悉的是现代以来,所有物之上的公共负担与所有权结合成了一体,使所有权受到了限制,要求所有权的行使必须以不违反法律和侵害第三人的权利为限。其次,在学者总结的一组特殊的物权取得权中,包括对无主物取得的权利、狩猎人的取得权、捕鱼人的取得权、在矿山所有权中的矿产权利人的取得权等,<sup>⑤</sup>虽然权利都针对物而发生,但由于无主物等还不确定,不能完全将其归于权利人,权利人并不能进行支配,而仅有排除所有其他人对此物的权利,这组物权就丧失了支配性。再次,在学者总结的另一组特殊权利——准物权中,包括矿业权、(封闭水域上的)水权、渔业权、<sup>⑥</sup>电力权等,“由于所涉及的权利客体的性质,对之不能作如同对物一样强烈的支配……这些权利比物权,首先是比动产之上的权利,要更多地顾及及大众福利的限制”,<sup>⑦</sup>这组物权的支配性就发生了减弱。

可见,虽然同为物权,但不同物权具有不同的成熟程度,或曰不同物权的物权性(在此指支配性)处于不同的阶段,早期的物权是以更完整的权利为基础的,而现在的物权则是以更为受限制的权利为基础的。

第三,债权本身发生扩张。在普通债权中,除了它的核心权能即请求给付的请求权外,逐渐又包含

① 参见苏永钦:《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)。

② [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》,载渠涛主编《中日民商法研究》,法律出版社2004年版,第196-197页。

③ 参见尹田:《物权与债权的区分价值:批判与思考》,载《人大法律评论》2001年卷第2辑,人民出版社2001年版。

④ 参见[德]鲍尔·施蒂尔纳:《德国物权法》,张双根译,法律出版社2004年版,第167页。

⑤ [德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》,上册,王晓晔等译,法律出版社2001年版,第292页。

⑥ 参见崔建远:《准物权研究》,法律出版社2003年版。

⑦ Zoll, Allg. Teil des Oest. Privatrechts(Polnisch), 1909, S. 139 ff. Trammer in der Besprechung des zitierten Werkes vom Zoll in GrunhutsZ. 36(1909) S. 768 ff. 转引自金可可:“论对物权和对人权的区分”,打印稿,第4页。

了其他的权能,如将之抵消的权能,让与或出质的权能等。这是因为在实践中,人们使用的需要不断出新,于是,通过彼此的合意不断创造出新的权利附加在原来的债权请求权上,使它成为了一个开放式的权利群。此外,在普通债权和所有权之间还存在着一种“长期债权债务关系”,包括民法上的合伙、劳动关系等,由于其长期性,当事人在交往中会发生多种权利义务关系,这种债权权利群的内容和效力就更加庞大了。

上述是从大陆法学内部分析的财产法物权债权分类之间的多种中间型权利,如果跳出这个视野,从比较法上来看,这种中间型权利就更多了,典型如英美法系的信托,就集合了大陆法中委托、承包等多种制度和机制,但又并不是合同,而是对特定财产的物权方面的计划,所以既不是物权也不是债权,却又各具有一些两者的性质,为此,大陆法学者只能慨叹“我不懂你们的信托”(Gierke)了。<sup>①</sup>

此外还有传统商法上的权利,如股票、债券、保险单等票据权利;以知识产权为代表而日益广泛的无形财产权,如知识产权、商誉、商业秘密、营业资本;新技术的应用产生的新型财产权,如网络设计、运营和使用过程中的网上财富;福利国家模式下由于政府的卷入而通过公权利制造出来的所谓“新财产”,如养老金、伤残补贴、社会保险、失业救济、特许经营权以及公平的便利权等,在最广的含义——具有经济价值,能转换成金钱财富上,这些都可列入财产的外延,因而应属于财产法的规制范围,但却同样不能进入财产法中物权债权二元分类的视野。在这个意义上,它们当然也属于本文讨论的“中间性权利”,不过,笔者以为,这些权利是民法以外的其他部门法上的实践类型,对其的分析于我们就物债分类理解的深化意义不大,故此不再赘述。

### 三、物权债权分类的现代应用

上述“中间型权利”的存在从各个方面冲击了财产法的物债二元分类,使我们能够领悟其观察角度的局限性,但对财产权的分析不能只停留在怀疑的层次上,有破有立,在此“破”的基础上还必须有所构建。

#### 1. 既有努力

在德国,从70年代起,针对传统区分论不以法益为权利,因此类推适用民法1004条(所有权的妨害排除请求权)缺乏根据的问题,当代法学展开了修正的努力。如 Raiser 反对法律保护应从权利概念逻辑导出,认为私法上的规范应从制度中导出,而制度是由人的集合而生的固有习惯性形成的规则,因而即使不存在权利,只要法律制度的现实功能适于进行同样的法律保护,就可以直接承认该保护。Esser 更进一步,反对仅从法律是否授予请求权来片面看待现实生活的丰富形态,而应从利益状态的观察中判断是否给予保护。到 Caemmerer 则主张一种彻底的完全不拘泥于概念的功能论。而 Larenz 维系了物权和债权相区分的基础,但主张以类型论(Typologie)而不是抽象概念的方法把握权利的分类。<sup>②</sup> 类型思维之典型特征在于其特征的可变性及可分级性,在抽象概念的思考中没有“或多或少”,只有“非此即彼”,而对类型而言则不要求具备这种特征,类型是无法直接定义而只能加以说明的。它虽然有一个固定的核心,但没有固定的界限,以至于用以描述某一类型的特征得以或此或彼缺少其一,借着描述类型特征的要素以不同强度的出现,若干要素的全然消退或新的要素的加入或居于重要地位,一类型就可以交错地过渡到另一类型,从而存在着依据情况承认中间形态的可能性。<sup>③</sup>

① 不过实际上,这样的思考并没有太多的意义,如果用英美财产法的基本概念来认识大陆法的话,我们同样会发现一个物权中兼有普通所有权(legal title)和衡平所有权(equitable title),同样也是非驴非马的东西,想来布莱克斯通(Blackstone)也不能明白为什么物权只能由法律规定,而不接受任何衡平思考的合理补充。其实这些问题的出现不过是因为二者从不同的角度切入观察,因而采取的分类标准不同罢了,用任何一种分类去批评另一种都是没有意义的,所以本文不做这种花哨的比较学问,而专注于在大陆法系内部理顺物债之划分。

② 王茵:“大陆法系日德法三国不动产权变动的比较研究”,博士论文打印稿,中国社科院研究生院图书馆藏,第28页。

③ [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第331-345页。



日本法学家认为,在可以作为权利构成的利益之中,作为社会活动和经济活动复杂性的反映,在一个极点上是对谁都可以主张的强大的权利,而在另一个极点上却是只以对债务人主张为已足的弱小的权利,在民法典中这两个典型范畴被分别表达为物权和债权。但这不过是用权利这种形式进行利益保护的两个极端,自然的还有居间的多种利益需要保护。所以,一方面我们要维持物权与债权的区别,另一方面还要根据具体情况采纳使两者的中间形态也可以得到承认的柔软性概念和论理构成。<sup>①</sup>

英美法学家则提出,把私法权利划分为对物权和对人权,其标准在于权利的效力范围大小,即该权利所针对的或所约束的法律主体的数量,前者包括一切人,后者则是一个人。因此事实上,物权与债权的本质都是人与人的联系这样一种事实,二者具有相同的性质,只不过义务人多寡不同而已。“jus in re 和 jus in personam 这两个术语是中世纪的民法学家发明的。罗马法学家几乎不用这两个词,而是用 dominium 和 obligatio。所谓‘对物’只是表明权利的行使范围,而不是权利行使的对象,表明权利行使针对所有的他人,而所谓‘对人’ in personam 实际上是 in personam certam sive determinatam 的一种简略说法,也是表明权利行使的范围,即权利的行使针对的是特定的人”。<sup>②</sup>因此,应该借助人造语言来精确地表达法律的意思,为此,他们生造出“多权(multital right)”和“少权(paucital right)”的概念来取代物权和债权,所谓“多权(multital right)”是指一个法律主体所具有的针对许多法律主体的相同的但是相互独立的权利的总和,“少权(paucital right)”则是指一个法律主体所具有的针对另一个法律主体的单一的法律权利。<sup>③</sup>这样,“多权(multital right)”这一概念就同样具备了对世性的含义,却又不同于物权的这一属性在来源于物之形体的具体支配,因此并不与有体物忧戚相关。

我国法学家也提出,物权与债权的区分不过是对事物进行特定角度观察的结果,而两个经常存在的现象注定了类似区分的相对性:一是不同事物之间的连接点或者“过渡区域”,这种过渡区域内的事物常常具有“二者兼而有之”的特色;二是不同事物之间的内在联系,这种内在联系决定了事物之间相互渗透、“你中有我,我中有你”的可能性。但这并不影响我们从主要方面把握事物的不同本质,物权与债权也是如此。否定或者淡化物权与债权本质区别的理论提醒我们:物权与债权的区分仅仅具有相对性;但是,凡采德国民法体系者,基本方针应当是明确分清物权与债权之概念。<sup>④</sup>“必须指出,虽然债权与物权无法涵盖整个财产权利体系,但就两者内部的区分本身而言,则仍然是清晰的。因此,我们所要做的,仅是避免对债权物权区分说做‘抽象思维式’的僵硬理解,但仍然必须承认债权物权区分说的基本价值”。<sup>⑤</sup>

综上,学者们的主要主张可概括为:保留物权与债权的基本分类格局,同时调整术语的适用,以弱化这一分类的强式含义,承认二者之间尚存在其他权利。

## 2. 本文对策

笔者也以为,在找不到更好的替代办法以前,“保留+弱化”应成为物权债权分类之现代应用的基本进路,不过,这样的一个断言如果不是由逻辑论证得出的必然结论的话,其本身是没有意义的。因此,本文在既有努力的基础上进行论证(argumentation)和细化分析的工作,既为“保留”找出充分的根据,解释为什么我们仍必须以个人支配与契约为基础设定分类的标准,又为“弱化”找到现实的办法,克服此二元分类的缺陷。

这一论证和细化分析的工作应从探讨分类的目的着手,与探讨物债性质、特点、效力等的论述相比,

① [日]赤松秀岳:《物权债权区分论及其相关理论》,成文堂1989年版,载渠涛主编《中日民商法研究》,法律出版社2004年版,第122页。

② Austin, Jurisprudence, Vol. I, 5th ed., 1885, p. 383.

③ See Julius Stone, The Province and Function of Law, Chapter V. Hohfeld's Fundamental Legal Conceptions, Maitland Publications PTY. Ltd, 1947, p. 125.

④ 参见尹田:《物权法理论评析与思考》,中国人民大学出版社2004年版。

⑤ 金可可:《债权物权区分说的构成要素》,载《法学研究》2005年第1期。

对其目的的论述很少,似乎它是不言自明的,但实际上只有析透了这一点,我们的调整努力才能有的放矢。从历史上来看,人类思维对外界的把握就是从对现实世界的分类开始的,社会现象投影到法律世界中,是那么的纷繁复杂,我们必需要借助一定角度对其的特定观察才能有所把握;不仅如此,分类还在财产法的历史演进中发挥着现实的功能,克服了对使用物件和享有物件的自由流通所加的种种障碍,“把财产分为许多类别的想法,似乎是大多数早期社会中自发地产生的。有一种或一类的财产放在比较不贵重的地位上,但在同时却免除了古代加在它们上面的种种拘束。后来,适用于低级财产移转与继承的规定,其高度的便利逐渐被一般人所承认,在经过了一个渐进的改革过程后,比较不贵重一类的有价物的可塑性就传染给传统上地位较高一级的各类物件”。<sup>①</sup> 同样,物权债权的分类也具有这两项目的。前者是认识论意义上的:通过物权和债权相区分提供给了我们一个认识财产法的框架。后者是实证意义上的:社会生活中人们享有各种各样的利益,是否都可以对他人主张;这些利益中有的应该是排他性的,也有的是容许相互并存而其实现取决于个人自由意思的,其界限如何划定;面对来自第三人的侵害时,又有哪些利益从逻辑上来讲是必须要保护的,这些都需要通过物权债权和中间型权利的分类来帮助我们确定,下文逐个分析。

(1)对认识论意义上的物权债权分类:应予保留。

如上所述,人们最初面对着一片纷扰的世界,于是需要划分类别来把无序的世界化为有序,而为了实现这种任务,马上就产生各种不同的可能性。除了本文第一部分的概括外,历史上人们还提出过形形色色的分类办法,如法国著名学者 J. Domat 主张将民法分为:第一编“约束及其追求”,第二编“继承”。F. Bourjon 提出的体系是:第一编“人”,第二编“物”,第三编“怎样取得物”,第四编“怎样支配物”,第五编“怎样处分物”,第六编“诉与执行”。<sup>②</sup> 布莱克斯通则把英国法分为四块:个人的权利,物权——可以为“人”所有的东西,侵害(私)人的行为,侵害国家的行为(即犯罪)。在这些分类中都没有使用物权与债权的区分,所以,物权/债权的分类标准只是人类认识世界的角度<sup>③</sup>之一,不过,这个角度 i. 在最初出现时,它符合人类认识能力的自然发展逻辑。人类早期的抽象认识能力较低,此时设定的分类标准一定是尽量模拟自然状态的,因此首先就是将自己与其他相区分,从而出现了物和人、对物和对人的分野。ii. 在发展过程中,它符合近代资产阶级革命的需要。强调人只能是目的,而不能成为手段,这样民法上区分债与物又具有了鲜明的哲学基础——人是自由的,物是不自由的。iii. 从最后形成来看,路径依赖性使其在德国成为主流学说,而德国于 1881 年成立的民法典编纂委员会实际上的领导人,又正好是撰写了《潘德克顿法教科书》的后期历史法学派代表人物温德夏德(Windscheid),由他负责起草的《德国民法典》于是放弃了《法学阶梯》而转向《学说汇纂》模式,最终通过制定法获得了制度的合法性。这样,在诸多的分类标准中,物权/债权逐渐定型,在法制史的进程中发展成为认识的两个基本类型,具备了历史的合理性,得到了人们的心理认同。

除了历史合理性外,物权/债权的分类还蕴含着对财产秩序基本结构的认识,尽管现代社会“财产”的含义变得空前广泛,但主客体关系的基本格局尚没有发生根本的改变,占有与债权,仍然构成了财产法真正的焦点所在,分别反映了客体向主体的归属关系和客体在主体之间的流转关系。而当物权/债权的实质含义转变为对世/相对后,它对我们了解私法权利本质属性的认识就显得更为必要,因为社会的本质就是人和人的联合,社会存在的关键矛盾就是个人(一个人)和作为个人联合的集体(一些人)之间的互动,要正确把握社会的脉动就必须在此之间做出一个基本的划分。所以,在诸多的分类标准中,物

① [英]梅因:《古代法》,沈景一译,商务印书馆 1959 年版,第 154 页。

② [日]赤松秀岳:《十九世纪德国私法学的实像》,成文堂 1995 年版,第 265—266 页。

③ 角度的选择带有技术性,但也体现着一定的价值取向。角度的原初选择,更多的可能仅是偶然的实践,但一旦选择后,就必然要融入受实践理性指引的制度演进之中。而基于一定角度选择所构成的制度框架,总会对于利益形成结构性压制,故随着社会的发展和正义观念的演变,角度自身就要求做出不断的调整。

权/债权,至少到现在为止还具有逻辑的合理性。

反过来说,所谓分类就是通过一般理念对自然进行模拟、把真实的事物变成法学上的抽象的过程,其目的在于以清晰的线条式的思维为人们提供一个把握问题的宏观方向,而为了保证这种清晰,就只能使用韦伯式的理想类型进行思考,而对生活中一些活生生的现实视而不见。<sup>①</sup>这种固有性质决定了,无论什么样的分类,其实都是无法避免流动性权利的存在。尽管随着研究的深入,作为理论对象的分类会不断得到改进,对现实世界的反映也会趋于详细而真实,如本文就正是这种学术努力的一部分,但它总是不能穷尽一切具体例外的。

那么,既然所有的分类都是有瑕疵的,我们就没有必要放弃一种经过千百年的历史锤炼、相对成熟而逻辑恰且的理论,而应在认识上保留物权/债权这一基本分类,加深我们对财产关系的整体把握。

## (2)对实证意义上的物权债权分类:应予弱化。

在通过物权/债权框架把握了财产秩序结构后,当实践中需要决定对具体权利的保护和保护的方式时,则又要求我们打破这个框架的限制,认同人文理论绝不可能达到数字化严谨的内在逻辑性,因此每一种分类标准的确认只是认识的一个起点,始终等待着新问题和新解释的补充。换言之,物权/债权分类要求我们做出的对实证问题的解决,并不是一种全有全无的断然抉择,而应拓展为一个可充分吸纳个案因素的开放空间。

第一,哪些利益可化约为权利得到保护。过去对此是强调形式逻辑的判断:属于权利概念的就给予法律保护,否则就不予保护。但根据现代社会学的功能主义认识论,事物所具有的功能在一定程度上决定其存在及意义,所以,我们应注重权利在其所处现实生活事实中发挥的作用,采取反向认定的办法来理解物债连接线上的所有中间型结点。即不是说权利给予了什么才能做什么,而是无论做了什么,只要不违反法律和公序良俗、并在比较后不有损于这一行为或标的物涉及到的其他人的利益,就是权利,从而导出对其的保护。换言之,不惟所有权有剩余性,限制物权也有剩余性,债权也有剩余性……权利都具有剩余性,人们对财产的各种运用,无论是否包含在法定的财产权内容中,只要没有被法律预先禁止,就都应得到认可;如果这种认可导致它与其他权利发生了冲突,则进行具体的比较,在比较中确定在前的那个权利,就具有更强的剩余性,从而能够否定对方的剩余性,胜出而得到保护。

第二,物权债权界限的划分。如上所述,法制史上对此问题陆续采取过三个标准:对象、内容和效力,其中有物对象标准是传统民法含义所在;支配内容标准是近代民法强调的中心;对世效力标准则涉及现代民法的制度选择,三者分别概括了权利外延的一个方面,不能妄说谁轻谁重而笼统概括为“什么什么化”。只能说这些标准分别在各自的情形和角度上体现出其意义,所以,考虑哪个方面的问题,哪个标准就起决定性作用决定是否构成了物权/债权,而不能一味地认定以支配为内容的就是物权,不支配的就是债权;或者具有对世效力的就发生了物权化,不具有的就发生了债权化。更实际的一个办法是,由于各种中间型权利在物债连接线上所处的位置,即它们对所有权和债权这两个端点发生的位移本身,就意味着它们已经不再是典型,而必然同时具备了一些物权性和债权性,那么,与其再执著于对其权利性质的划分,不如按上述三个标准分别具体地考察它的权能。

第三,对第三人侵害的保护。这看上去是一个权利效力范围的静态问题,但现代社会随着人们交往的增多,交往中产生冲突的比例也增大,权利的相互性这个动态问题已经成为了解决权利是什么这个静

<sup>①</sup> 这种韦伯式的理想类型的制造方法,是把一个现象中的特色突显出来,造成一个“典范”,再来了解各种离散的现象,然后用一个规则把它贯穿起来,所以看起来都具有非常紧密的整合程度;而在其反过来被演绎应用于实践时,也只重视原则和逻辑,仅从形式上推论结果,而不专注于个别案件的实质公正。但是社会生活中有无数因素,特别是主观的因素在时时刻刻地互动着,任何一个社会现象中都包含着很多模棱两可、乃至模糊不清的子现象,所以根据以往经验归纳出的这种“典范”和现实相比,充其量不过是一个“权法”——权宜之计,方便巧善之门,而不可能完全代替对实际情况的分析。参见杜维明:《现代精神和儒家传统》,三联书店1997年版,第111页。

态问题的关键;而且第三人作为社会整体交易秩序的化身,在法律上有着极为重要的意义,所以,我们必须特别深入到权利效力内容的层面,把握主客体关系对第三人行为义务的决定作用。应该说,权利这一概念本身就意味着其得到了法律保护的合法性(legitimacy),不管是谁的权利、什么权利,他人均应尊重。但涉及交易时,这点却又显有不同,因为交易者需要知道其可以信赖的权利表征方式,需要知道其应当和谁谈判,谈判哪些,交易能够获得什么,即作为交易标的的权利的具体构成如何,如不动产的购买者需要知道其准备购买的不动产之上是否有他物权负担等。<sup>①</sup>那么,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,就成为了维护第三人行为自由的内在指标。为此,笔者提出“当事人的知晓”标准,凡当事人知晓(包括推定知晓)的权利他就不得侵犯,不知晓(包括推定不知晓)的则可以侵犯,其中对有表征的权利推定为知晓,无表征的推定为不知晓。由此,就使所有权与他物权以至债权、知识产权、商事权利等等一切典型权利和中间型权利均处在“当事人是否知晓或应当知晓”这同一起跑线上,从而打破物权和债权的强弱之分,保证权利的平等性。任何权利,无论其内容和对象,都是同等的,并没有预先设定的效力的高低,而只能在与其它权利的具体比较中决定在当时的场景下哪一个更应获得保护。<sup>②</sup>

民法来源于生活,由此决定它必须贴近生活,我们自己制造的逻辑不应异化为我们自身的枷锁,“所有人类构筑的东西都是有缺陷的,尽善尽美是可望而不可及的。因此,我们只能选择次优:一个愿意随时接受改进的、不完美的社会。”<sup>③</sup>

---

**Abstract:** Through the development in five processes, the budding process, the distinction of jus in re and jus in personam, the distinction of right in re and right in personam according to their objects, the distinction of right in re and obligational right according to their scopes of effectiveness, and the critically development process, the structure of property law of Continental Legal System has takes on a changeless dual system with the right in re and obligational right. Yet we may find more and more 'medium rights' without the typical characteristics of right in re and obligational right through the reflection at present process. Therefore the article initially catalogs them into three types, the type formed in the history, the type existed in BGB and the type formed at modern ages. These 'medium rights' strikes the traditional dual structure of property law intensively, inspiring us to treat the distinction of right in re and obligational right separately, by which the article suggest we maintain it in the epistemology, yet weaken it in the positivism.

---

[作者单位:中国社会科学院法学研究所]  
(责任编辑:朱广新)

① 参见叶金强:《公信力的法律构造》,北京大学出版社2004年版,第7页。

② 参见拙文:《论对物权与对人权的区分及其实质》,载《法学研究》2005年第3期,第三(3)部分。

③ [美]乔治·索罗斯:《开放社会:改革全球资本主义》,商务印书馆2001年版,第16页。实证地来看,具体制度的构建和实施其实更多的是不同利益集团多回合冲突和妥协的结果,因此其最终形成的结果往往不是解决问题的最佳选择,而仅仅是被多数方认同的次优方案。