

# 制定法对财产权的影响

冉昊

(北京大学,北京 100000)

**摘要:**随着社会形态由早期自足型静态经济进入消费阶段,实物生产总体呈现出供大于求的状态,由于私人合意和公法作用的加大,各种“新财产”层出不穷,由此使我们必须考虑把财产概念纳入制度性事实的范畴,重新思考其上的财产体和财产权两重含义,特别是后者,以顺应其发展规律,通过制定法对此权能因子做出适当的调整。

**关键词:**财产权;新财产;制定法;制度性事实

**中图分类号:**DF 52      **文献标识码:**A

“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>,意味着“组成社会的每一个人都能够享受其合法所得的财富的权利”<sup>[2]</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。但自天才的罗马法学家对法律作出公法和私法的分野以来,对财产权种类和内容的规定长期以来就一直模拟自然状态,强调其为私权利,应由意思自治主导的私法调整,而尽可能地禁止公权力对其的干涉。在这种公法和私法,或者说制定法(statute law)和普通法(common law)<sup>①</sup>的互动下,财产权就具有了其独特的发展规律,如果我们能通过分析趋势找出其规律,并循此做出一定的形而下的法律制度设计,相信对政治财产权利的实现将会是有所裨益的。

## 一、财产权发展的社会背景及变化趋势

### 1. 古典财产权结构

早期罗马法上这种财产权私权本质的状况,反映的是早期生产社会自足型静态经济的要求。由于生产能力的限制,早期社会长期处于生产社会状态,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,相应地,法律规范所强调的是各个个人对有限实物资源和产品的占有和消费,所以这时的财产权利体系始终以所有权为中心;同时,早期社会由于土地生产的特性,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,所以人们的生活相对稳定,迁移和交往较少;另一方面土地也完全能够自足依靠其生活的人,换句话说,一块土地能够提供生活所需要的绝大部分资源,因此人们的交往实践很有限。这样,社会生活中长期使用和保持的就是那么几种有限的财产权类型,其内容、特点和保护的方法在长时期内都比较固定,没有创造出、也还没有必要创造出更丰富的财产权利类型。

换言之,在早期生产型社会造就的人的能动因素相对较少的社会环境下,古典财产权结构的形成是对自然状态的模拟;进一步,由于自给自足型经济生活

<sup>①</sup>前者为大陆法律系统的基本分野,作为继承大陆法传统的法律移入国家,我们对其背后的精神含义较为熟悉;而后者为英美法律系统的基本分野,statute law又常被误译为成文法或强行法,与common law(普通法)的对应性不强,所以会被简单理解为两种法律渊源,而忽视了其中反映出的人类发展进程中不同程度的能动性。简言之,两大法系的这两种分类虽然表面上不同,但实际上都反映了法律从自然法向人定法过渡的应然进化过程,实具有异曲同工之妙。参见下文第二部分第3点“财产权的构成和社会的发展”。

收稿日期:2004-09-09

作者简介:冉昊(1975-),女,河北保定人,北京大学博士后,主要从事民商法、比较法(英美财产法)研究。

基本上是自身的重复,财产运动相对静态,因此不需要更丰富的财产权利类型和内容,因此,古典财产权结构的发展同样也是对自然状态的模拟,法律禁止或至少是不保护人们对新财产类型的创制。大陆法系由此发展出“物权法定”的基本原则。英美法系虽不擅长这样的原则抽象并演绎适用于一切具体问题,因此相对宽松,但在转让一些重要的物权时也规定有专门的形式,一旦违反这些形式,转让就不发生效力。

## 2. “新财产”的产生

但随着人类生存形态由农业社会、工业社会逐渐到达商业(市场)社会,生产力的发达使我们进入了消费社会阶段,实物生产总体呈现出供大于求的状态,在一定程度上,生存和生活需要的满足转化为,只要能够支付金钱对价,随时都可获得实物消费。在这种背景下,法律体系的规范就从对实物所有权占有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,“商业这种无形的力量使一切财产都具有了流通性/流动性”。在实际表现上,债权首先作为一种不同于有体物财产的重要利益出现在现实生活中,“财富,在一个商业的时代,大部分是由允诺构成的”。<sup>①</sup>对此,没有既有财产法律概念、相应也不受此前见遮蔽的经济学家最先认识到,财产权概念和结构已经发生了变化——有形财产在向无形财产发展,“合理价值”原则将取代自然权利原则,交易的对象不再是实际物体而是无形权利,交易其实是人与人之间对自然物的权利的一种让与和取得关系<sup>②</sup>。在经济学家之后,法学家也逐渐认识到了这种现实,开始针对19世纪以来基于“绝对权利”和“有体性”理论的布莱克斯通(Balckstone)式财产权理论进行分析瓦解。这一解体的实质是财产的非物质化,从而使任何有价值的利益都潜在地成为财产的对象,受财产权的调整和保护。

另一方面,由于市场自发的扩展性,商业不断发展,个体交往互动的实践相应增加,现代交通工具的发达也在技术上使人们越来越能够摆脱地域的限制,这样,个体交往的实践就日益增多。在这日益增多的交往互动中,智慧的碰撞就使得每个个体越来越能按照自己的具体需要,通过自己的意思做出最合适的财产方式安排,如在“所有权保留”中人们约定转移所有权的物质载体但由另一方保留所有权本身,在“单位住房有限产权”中人们约定购房职工享有住房所有权但不可直接向市场出售(处分),在“资产证券化”中人们约定该证券化资产仍处于证券化人的控制之下,但却视为独立财产……在双方合意的这些林林总总的安排下,就产生了单位住房有限所有权、分期付款货物、所有权保留、信托所有权、商业所有权(商业用房续租关系)等众多的“新财产”。这些通过私人合意改

造出的新财产类型在存在形式、特点和保护的方法上,与以往的以所有权为中心的财产权都有了很大的不同,强烈地体现出了不同于过往的新权利内容,以及突破公权私权基本分野的趋势。

在这种私人合意造就的新财产以外,凯恩斯主义的政府干预理论主张国家应该对私人财产进行调整以克服市场的外部性,由此带来了国家权力的扩张,进入20世纪后财产权结构进一步受到公法的挑战。在美国,这次挑战是从行政程序的发展上开始引起法学家的注意的。依美国法律规定,对公民权利有不利影响的行为要进行听证,而所谓“公民权利”仅指那些应受自然公正原则保护的权力,所以听证范围长期限于那些对公民财产带来不利影响的决定;但随着行政权力的扩张和福利国家的出现,在“里奇诉波德温案”(1964)之后,法院通过一系列判例确定,不仅财产权利受到侵害时要适用听证,其他如职业或社团、俱乐部资格等受到侵害时也要进行听证;在1968年的班克斯诉交通管制委员会案中,玻维克法官更将传统上视为政府赐予的特许权(privilege)的出租车执照认定为公民的财产权利,所以行政机关在吊销执照时也要举行听证,给予当事人阐述意见的机会;进一步,与政府签订合同的私的当事人丧失了和政府原本的贸易关系也被认为是他财产的损失,因此政府如决定不再继续签订合同也必须事先举行听证。这样,财产的范围就从传统的普通法上的权利(right)扩展向特许权(privilege),最初只适用于公民私人之间的财产概念现在也包括了从政府享受的利益,那些本属于政府赋予、因而政府也可以随时撤销的特许权,经此已成为了一种适用普通法规则保护的财产权,不得随意剥夺<sup>②</sup>。“在过去的十几年中,美国所发生的最重要的变化就是,政府已成为财富的最主要的来源,政府就像一个巨大的吸管聚敛着财税和权力,然后吐出财富”。这些财富包括:薪水与福利(income and benefits)、职业许可(occupational licenses)、专营特许(franchise)、政府合同(government contract)、补贴(subsidies)、公共资源使

<sup>①</sup> Roscoe Pound, Introduction to the Philosophy of Law, 1961, p. 236. 'Wealth, in a commercial age, is made up largely of promises'. 所谓允诺(promise),在英美法中被认为是合同的实质,换言之,允诺即合同,而合同在大陆法中的实质被认为是合意,是最主要的意定之债,换言之,合同即债。

<sup>②</sup> (Friedman, Property, Succession, and Society, Illinois Law Review, 1996, 34a.)将这些定义为财产的实质是,依照西方国家私人财产神圣不可侵犯的传统,这些既已成为了“财产”的特许权(privilege),非经正当的程序和适当的补偿,是不能随便剥夺的。

用权(use of public resources)、劳务(service)<sup>①</sup>、甚至还侵入到公共住房、政府雇员、教育和监狱行政等领域。这些都已成为了公法化导致的一种“新财产”。

非物质化的财产、通过私人合意改造出的新财产、公法化导致的新财产,这一切促使我们直视现实,重新思考财产的性质,以便在既有的财产法律体系下容纳这些“新财产”,藉此将这些“利益”纳入财产的范围,用财产法的方式给以有效的救济和保护,以稳定地实现法律公平的基本价值。

## 二、财产权的性质、含义和构成

### 1. 财产是一种制度性事实

人类产生以来的法律可以区别为自然法和实证法两大类型,如果我们追随自然法的脚步,认为法律是对固有的自然的模仿,则难以对这些人为安排产生的“新财产”做出解释;如果相反,遵循实证法的精神,认为法律就是人们依据现实需要的强行规定,这些“新财产”存在的合理性(legitimacy)又难以让人信服,不会自发地尊重和它们。这种矛盾使我们想到,也许首先必须重新思考的是法律本身的基本性质和划分。

一脉相承于波普科学哲学中划分的三个世界(卡尔·波普尔:《论三个世界》),本世纪60年代末至80年代,英国法学家麦考密克(N. MacCormick)和奥地利法学家魏因贝格尔(Ota. Weiberger)共同提出了法律是一种“制度性事实”的观点,突破了法律实证主义与自然法理论的对抗,既承认某些没有得到证实而且可能根本就无法证实的客观价值或内在公正原则,又认为完全有可能在没有任何这类前提条件的情况下解释和说明法律和其他社会规范。他们认为,世界上的事实有“原始性事实(Original Fact)”和“制度性事实(Institutional Fact)”两种,“原始性事实(Original Fact)”是指与物质世界的有形存在有关的事实,其存在丝毫不取决于人类的意志,即不包括意识因素,所以只要用唯知的方式就可将它们认识和表达出来。这类事实给我们的传统和努力规定着条件。另一类是“制度性事实(Institutional Fact)”,即以人类实践活动或其结果为条件的事实,它们受意识作用的影响,并非物质容体,但却客观地存在着。两个人达成某项协议,就存在一个合同;两个人完成某种仪式,就有了婚姻关系;政治家之间达成妥协并签署文件的事实,就意味着他们代表的国家间存在了一项条约。所有这些通常被认为正确的命题之所以正确,是因为它们对世界上发生的事做了符合人类惯例和规则的解释,而不仅仅是描述了事物的状况。换句话说,这类事实的存在不仅取决于实际发生了什么或者出现了什么事件,

还取决于适用于这些行为或事件的规则,因此这类制度性事实的存在必须有规则的存在才有意义,而规则是思维的对象,所以法律作为一种制度性事实,“只有被理解为规范的精神构成物而且同时被认为是社会现实的组成部分时,它们才能得到承认”<sup>(4)</sup>。制度法学家提出的这个“制度性事实”的概念,打破了传统理论对现实与意识界限的二元绝对划分,强调现实与意识之间的相互联系和彼此互动,它提示着我们,对法律现象的合理解释,不仅要外部观察,还必须以人类自身意识创制的规范作为标准来理解,“儒勒·梅里杯在国际足联制定出关于设立、规定和组织世界杯赛的规定前,对球迷们是没有特别的意义的。”<sup>(5)</sup>

以此来理解财产这个法律现象,我们就能看到,传统上我们依据主客二分的西方哲学,完全地对立和区分了财产人和财产,以为财产是相对于主体独立、天然地存在着,但实际上主体人对财产并不是无所作为的。所谓财产既不单纯地指物,也不可能脱离载体而凭空指向借助法律强力实现的权利,而是物与权利的结合。即先有客观物的存在,然后基于不同的客观物的自身特性及对其相应的不同种利用方式和办法,由主体人赋予其不同的权能组合。当我们谈及物时,它只是一个客观的存在,原始性事实,与人们的主观意识是否认识它,能否控制它都无关,物就是物,物本身并不必须有主;但随着人对物的认识、控制、利用,就赋予了物一定的权能,如这个物是我的,你可以用十年,我死后把它转给慈善基金会所有等等;当这些权能一旦依合理合法的形式设定后,就可以对抗其他人,具备了权利或至少是利益(interest)、主张(claim)的性质。这时,我们就把这赋予了权能的物称为财产,所以财产=客观物+主观权能,比如,桌子是物,但当桌子归属于我时,就称它为财产,而且是我的财产。在这里,物是其载体,而权能是财产这个制度性事实形成中的“人类自身意志创制的规范”。在这样的理解下,财产和财产权就完全可能成为同一个概念,只是前者偏重强调的是作为物的(有形)财产体,而后者强调的是其中的权利内容。而随着前文所述的种种“新财产”的出现、财产形体的逐渐消失,这整个概念的重心毫无疑问是应向后者倾斜,才能符合社会发展的要求,所以,在表述上,下文将主要称其为财产权。

### 2. 财产权(property)的含义

换言之,财产/财产权(property)这个概念长期以

<sup>①</sup>(Charles A. Reich, The New Property, The Yale Law Journal, 1964, Vol. 73.) Reich教授进一步指出,对这些现代社会重要的财产形态进行分配的是公法,而不是私法,为此,要保障它们分配之公正,就要综合运用宪法限制(Constitutional Limits)、实体限制(Substantive Limits)和程序保护(Procedural Safeguards)等方式,读来发人深思,但因与本文表达联系较远,在此从略。

来混沌地包含着物和人两个方面的含义：一是作为原始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，它存在的原型是固有的；二是对此原始存在物占有支配受益的人的能力，我们称为财产权，财产权则可依人们的需要而设计和行使，包括多种权利类型。如果分解来看，财产/财产权（property）这个概念可以分别理解为：1. 对象意义上的财产，可称为财产体，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，其上承载着各种权利；2. 权利意义上的财产，可称为财产权，包括一切对前者进行处分的权能，其“技术上的法律含义是指一个权利集合”；其中未加说明时指的是所有权，“财产权通常强烈意味着个人所有权”。在理论上，财产体和财产权的这种区分是简单明确的，不过“在日常事务的处理中，‘你的车’和‘你对此车的权利’的区别并不那么明显，除非发生下列事件，否则也许你根本就碰不上这一区别：你的车被偷了，然后出现在一个无辜的买主手中，而你追踪车到他那里时他拒绝把车还给你。在其他的例子中，如从投资基金中得到收入的利益，这一区别则明显了些……如果再想想债务或专利或著作权这些无法触知的存在，那么物本身和对物的权利之间的这一区别就更模糊了……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>[6]</sup>。这样，在法律化了的专业语言中，财产的含义就隐没在财产权之下，正如科宾（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>[7]</sup>。简而言之，财产体的含义在日常生活中较常用，而在法律分析上，包括在本文中，主要应用的则是其财产权的含义。

对财产权的这个涵义，还需要再说明三点：

第一，如上所述，财产体“照一般的说法是指能被所有或占有的一个物”，其中那些有形的物，如一块土地、一本书的存在与人们的认识和支配无关，作为一种客观自然明显地区别于人们的权利行使这个主观世界，这种财产体与财产权是容易区别的；但如果是一笔债权、一项专利、一个享受救济金的资格或一份名誉这些无形物，此时的财产体的存在就要取决于人们的认识和支配，如上文所说“物本身和对物的权利之间的这一区别就更模糊了”，在某种意义上它与财产权的含义就是相同的。但本文以为，毕竟前者仍只是人的意识创造出的一种“人化自然”，而财产权则是人们的处分本身，属于主观世界，从认识类型上来看二者还是可以相区分的。那么为了进行专业的法律研究，就应当采用一种把权利对象和其上的权利完全分离的方法来理解财产权，从而可以不受对象变化的影

响专门研究纯粹的权能，“根据用途任意选择其类型，相互结合其功能——这些类型和结合可以被转换为一种用数学来微分的客体”<sup>[8]</sup>，从而能够通过人们的制度设计有目的地改变这种制度存在，提供符合时代需要的“人类在其中相互影响的框架”。所以在此仍将无体物视为权利的载体而不是权利本身，即无体物也属于财产体，财产体包括有体的实物和无体的权利，都是人们认识和处分的对象。

第二，财产权中的所有权，虽然是最典型的一种财产权利，但由于实践的制约，人类心智长期以来却未能将它从实体对象中充分抽象出来<sup>①</sup>，从罗马法区分物为有体物（corporeal）和无体物（incorporeal）并定义无体物为除所有权以外的一切权利以来，有体物就已被与权利相并列而分离，而独独所有权这种权利却一直被作为有体物对待着。不过如上所述，进入现代商业社会以后，随着债权合意和实体变动的日益分离以及使用权的扩张、所有权保留等，在实践上所有权终于已能与其载体完全分离。基于这样的时代实践和需要，本文特别强调说明：所有权与其所在的物是两个对象，所有权是存在于物之上（on, over）或之中（in）的一种权利，而并不是物本身。通常说的某人拥有某物，其实拥有的对象是该物之上的所有权而不是物，至于恰好还拥有物之实体本身或者无体物之权利本身，只是由于所有权的一项没有被其他权利否定的权能（占有）使然；再比如在买卖中，人们交换获得的也是购买物的所有权而不是购买物，虽然通常也会获得购买物本身，但这只是为了表征所有权而已，不过这一表征仅构成所有权的必要条件而不是充要条件，换言之，只要有其他合理的表征方式，比如不动产的登记等，所有权就完全可以不再需要通过实物的占有来表征，从而与实物相分离。当然，这种理解在物为有体物时容易区分，而当物为无体权利时却会造成困惑某些学者的“权利上之权利”的状况。的确，“权利之所有权”，这听起来是有点复杂而费解的，但仔细想来，除了不符合习惯外这一表述好像也并没有一定不可以存在的理由，问题的关键其实是在于有体物能通过实物的占有来表征，而无体物能否找到一个相应的明确表征方式？如果能，那它就与有体物一样是完全可与所有权相分离的，所以需要我们做的是穷心竭智寻找或制造出这个合适的表征办法，而不是停留在物应有体还是无体的定义之争上。

第三，财产权的含义本身仍是广泛的，还可以而

<sup>①</sup>依从具体到抽象的人类认识能力自然发展的逻辑，人类早期抽象认识能力低下，一开始认识的财产权只可能基于实物的所有权而来，并在很长时期内延续着这一认识。至现代，由于人们思维的延续性和对既有认识（前见知识资源）的依赖性，这种认识仍在很大程度上统治着罗马法系对有体物和无体物的区分。

且事实上在不同场合的使用中也被不断细化着,如不加以明确,易产生无谓的概念之争。“在最广的含义上,财产权包括一个人的所有法律权利,无论是什么种类。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,财产权包括一切权利中的那些财产性的(proprietary)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、股份和欠他的金钱债务都是他的财产权,但他的生命或自由或荣誉就都不是了……在第三层意义上,这一术语包括的甚至不再是全部财产性的(proprietary)权利,而只是其中那些物的(in rem)权利。财产法就是物之财产性权利的法,从而区别于人之财产性权利的法,后者属于债法(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利益(benefit)就不再是了”<sup>[9]</sup>。基于本文的研究目的,在此取其最广的含义,即所谓财产权包括一个人的所有法律权利。

### 3. 财产的构成和社会的发展

在这种理解下,财产就愈益成为一种制度性事实,要由产生它的那些制度来决定哪些是财产,哪些不是,从而使人们对其的认识基础愈来愈脱离自然性而走向社会性,这其中的每一个过程,其实也就是大量的私人财产权利转移到公共领域管辖权之下的过程。所以进一步说,财产这个制度性事实演变的具体例子,也就是人类社会性加强的整体进化过程的生动缩影,首先是通过拟制和平衡的手段,其后“政府法规逐渐在私人事件中取得了同在国家事务中所有的同样的效力”。制定法(包括立法和判例)的每一次出台都意味着人们能动性的一次应用,它对此后人们的预期及相应行为的影响都是制度对自然的一次调整。<sup>①</sup>所以法律改革的实质就是一种重新配置公权力和私权利资源的制度的重新安排,而随着制定法的能动作用日益强大,“迄今为止一直处于被动的人性,开始以丰富的知识和完全的自由操纵世界事务,进入了成年期”。<sup>②</sup>

人类进步的历史就是无数个人从被动适应自然到能动影响其为人化自然——社会的过程,不过这个过程并不能简单地二分为先机械适应再主动影响,因为人们的每个行为都是经过了的主观认识后的能动反应,主观认识的过程中包含着对外部既存的自然适应;认识之后的反应则由个体根据自己的需要能动地做出,可能是顺应也可能是规避甚至是抵制,前者加强而后者削弱了既存的自然,但都意味着对外部的一种能动影响,而每个这种能动影响后的人化自

然又反过来成为其后的思考的既存自然(用迦达默尔的概念,即前见),由后人对其做出再主观认识,再能动反应……不断循环。所以适应和影响这两个过程其实是被同时包含着的,不过早期的人们是在人的因素相对较少,因而自然性相对完全的基础上认识、反应,大概是适应多于影响的,后来随着每一次能动的反应、即每一次影响,在后的个体认识的基础中的制度(人的因素)比例日益增长,比较于最初的自然,大概就是影响多于适应了。“无数个体的微妙的变化累积起来,就逐渐地调整着本身群体的内部规则,使制度和传统在不同的方向上发生或大或小的变化,无数个体在这种变化的过程中互相调适,熟悉新的规则,达成某种新的规则认同,从而自发地实现规则的演进,进而形成新的社会秩序。”<sup>[10]</sup>

### 三、制定法对财产权的配置

在这种制度性事实的认识基础上,我们就能合理地将财产理解为财产权,并很容易看到,所谓“新财产”,不外乎就是在财产的两个组成因子:物和权能上进行调整,特别是对权能做出调整。因为如前所述,它是人的意识的创造物,可以被转换为一种用数学来微分的客体。而显然,在现代法治社会,这种选择、结合的微分功能最主要是由作为规则的制定法来完成的,这样,随着制定法的能动作用日益强大,针对物和权能这两个因子做出调整,就产生了形形色色的“新财产”,也使得财产的内涵和外延日益为人们制定的法所改变。其对物和权能这两个因子调整的办法大致包括:

1. 调整物的范围 可以减损物的范围,如通过国有化禁止私人持有某些物。法国1964年《宪法序言》规定:一切其经营活动具有国家公用事业或事实上的垄断性质的财产和企业均须成为集体所有权的客体。依我国《宪法》,私人也不得所有土地。在这些法律规定下,私人所有权就不再包括土地等物。也可以增加物的范围,如对某些不属于法律明确规定的权利客体、但却能带来价值的利益,虽然不一定直接界定为财产而给以物权法上的救济,但可通过诉讼中的具体比较,论证它相对于对方产权是更优的(better),于是就当事人对其的转让和受益仍然给以保护,这样就使它在事实上有了对世性,从而增加了物的范围,如商

<sup>①</sup>(梅因,古代法[M].北京:商务印书馆,1959.95.)所以制度对人们生活的改变是一个从始至终、无始无终的过程,只是到了制定法阶段表现得更加明显罢了。

<sup>②</sup>(Abbe Graty.道德与法律的历史[M].转引自Roscoe Pound.法律史解释[M].台北:台湾结构群文化实业有限公司,1991.9.)此书与祖国大陆版邓正来译《法律史解释》基本雷同。

品化权或政府投资建成高速公路后两旁土地价格上涨的“搭便车收益”等。

2. 分解物的权能 包括从功能上分解,如我们熟悉的用益物权和担保物权;从时间上分解,如英美法的终生地产权(life estate)和转归权(remainder)<sup>①</sup>;交叉的分解;以及上文提到的通过私人合意改造出的新财产的多种例子。这些权能的分解赋予了同一物多种权能,一般是先在实践中基于当事人的债权合意产生,仅具有对人权的效力,在当事人之间生效。但同样,当它受到第三人的侵犯时,尽管一般的原则是就相对权第三人非出于恶意不承担尊重和保护的义务,但随着实践中冲突的增多,我们仍应视具体情况做出这些产权之间的比较,如果它优于(better)第三人的产权,就要给予保护。既然可以对抗第三人,换句话说,它也就在实际上得到了法律上的权利确认,赋予了其对世效力,此后逐渐成为可以对抗第三人的物权对世权,在一定意义上,它就是一种财产了。

3. 限制某种权能 过去基于私权绝对观念,财产人以其财产的使用权歧视他不喜欢的社会成员是普遍存在的,如白人店主禁止黑人进入他的咖啡店,某些个人产业禁止妇女参观等,而60年代中期起美国最高法院对此做出了一系列相反的判决,禁止店主不接待有色人种的顾客,禁止农场拒绝农业季节工人的参观,这些判决直接限制了个人的私财产权,构成了社会化挑战下公权对私权最强烈的冲击。

4. 取消某种权能 例如,通常认为所有权包括使用、收益、处分等权能,而法国法律关于城市规划的规定便将建筑权从私人不动产所有权中分离并予以剥夺。

随着制定法这些调整对财产权概念的影响,我们感觉到,一个完整而简单的绝对所有权时代已经一去不复返了,而代之以一物上多种权能并存的新财产的层出不穷。为此,在英美法系,从20世纪开始,霍菲尔德的分析主义定义方式就代替了布莱克斯通财产是人对有形物绝对支配的传统定义,认为财产是人们之间的、对一切可能的利益的若干组权利义务关系,其中的各种权能互相冲突、互相限制,含义也视不同场合而变动。就霍菲尔德四组概念的含义我们自可见仁见智<sup>②</sup>,但笔者认为更重要的是在这些概念背后,它告诉了我们,权能(权利)是相对的,没有一种权利(即使如所有权)是先定地绝对高于或低于其他权利的,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。在美国,对于同一权利的多重让与(successive assignments of the same right)问题,现在非常通行的规则是,在同一权利的两个重叠的受让人之间,如果他们的请求权在别的方面是平等的,则以时间上较早者优先,而并不因为受让人的权利是

被称为普通法上的权利(legal right)亦或衡平法上的权利(equitable right)而有不同<sup>③</sup>。从整体法律制度体系的设置来讲,大陆法系对所有权的处理同样也遵循这个道理,但“绝对所有权”、“物权法定”等原则的预设从一开始就为财产权利配置的进路找错了入口,为此在后来(现在)的调整中,我们步履维艰。

有鉴于此,本文主张采取制度性事实的理解办法,将财产体和财产权两层含义区分开来,由此首先保持一种开放的态度,认可人们(通过制定法)对财产所加的一切制度性调整。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。进一步说,都视为财产并不妨碍我们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;有的则可规定在更概括的原则中,出现争议时适用相对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,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>④</sup>从而可使人们的一切利益都潜在地转化为财产权,当人们根据自己的正义直觉或良心或情理认为受有损失时,就可借助于它提起诉讼,而不至于发生法院裁定无权可依驳回起诉的滑稽;进一步规定,对各种财产的保护办法应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高下而定,究竟给予哪一个以保护。

#### 参考文献:

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

[2][法]丹尼·狄德罗.百科全书[M].梁从诫译.沈阳:辽宁人民

①终生地产权(life estate)指不能继承,其所有人死亡或者确定其长度的人的生命终止就消灭的地产权;转归权(remainder)指授予人授予受让人一份小于他自己的地产权而对第三人创制的另一种或同于或小于其原有权益的未来权益。

②有关争议可参见翟小波有关论著。(翟小波.对霍菲尔德权利及其类似概念的初步理解[A].北大法律评论(第五卷第二辑)[C].北京:法律出版社,2004.121.)

③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

出版社, 1992. 303.

[3] 康芒斯. 制度经济学[M]. 北京: 商务印书馆, 上册, 1994. 144.

[4] 冉昊. 作为制度性事实的法律——读《制度法论》[A]. 方流芳. 法大评论(第一卷第一辑)[C]. 北京: 中国政法大学出版社, 2001. 496.

[5] [英] 麦考密克, [奥] 魏因贝格尔. 制度法论[M]. 周洁谦译. 北京: 中国政法大学出版社, 1994. 14 - 15.

[6] W. T. Murphy and Simon Roberts, *Understanding Property Law*. Sweet & Maxwell, 3rd ed., 1998, pp. 53 - 54.

[7] [美] 科宾. 对股票交换的评论[J]. 耶鲁法律评论, 1942, (31): 544.

[8] F. H. 劳森. 财产法(第二版)[M]. 施天涛等译. 北京: 中国大百科全书出版社, 1998. 16.

[9] John Salmond, *Jurisprudence*, Glanville L. Williams ed., 10th ed. 1947, pp. 423 - 424.

[10] 秋风. 传统演进与制度创新个体本位观[A]. 方流芳. 法大评论(第一卷第一辑)[C]. 548.

[11] See Arthur Linton Corbin, *Corbin on Contracts*, one volume edition, 1952. 851

(Haraway, 1997)的概括, 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, 笔者最初的考虑是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”来涵盖一切可执行的利益。不过毫无疑问, 这肯定也不过只是一个暂时的思考, 等待着日后继续的完善。

还须强调的一点是, 本文虽然正面论述作为人们主观意志体现的制定法对原本仿效自然权利状态而设置的财产权体系的冲击, 但不同于西方法律传统中自然法(jus)和人定法(lex)之分带来的超越性含义, 中国文化传统中独立主体的权利意识一直受到压抑, 欠缺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, 所谓“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)。所以其实我们还应时时警醒此种制定法的“肆意妄为”。从总体来说, 这又是中国法治改革同时泥足于现代和后现代两个交替场景的尴尬, 也是当代法律人不得不面临的一种艰难。

## Impact of Statutes on Property Rights

RAN Hao

(Beijing University, Beijing 100871, China)

**Abstract:** Along with the change from a self-reliance economy to a consumer one, more products than needed are being manufactured. Since the increase of individual willingness and public laws, "new properties" keep on coming into being. For this reason, the concept of property rights should be put within the area of systematic facts. Both the material existence and rights of property should be re-delineated. The latter should be specially re-defined in accordance with their development patterns and adjusted through legislative activities.

**Key words:** property rights; new property; statutes; systematic facts