

# “时代正当性”与我国叠代发展下的财产法律建设

冉昊\*

---

**内容提要** 文章通过对两大法系财产权的历史梳理和剖析,描述出西方财产法律在不同时代阶段下展现出的“绝对——解构——重建”的曲折演进线索,证明其绝非当前时代节点显示的一个静态片段。为此,我们没有必要目眩于西方既有概念和道路,而应致力于把握中国发展至当代形成的自身“时代正当性”,针对其提出一套符合现有社会关系需求的规则:既运用传统“物权”型概念来充分保护一般实体财产的权利所有人,排除公权力的侵害,又开创“赋权”概念,合理保护当代分享经济等新兴形态下不断涌现的各种后续利益人,避免财产权在形成稳定结构后趋于固化,而以平等私权利之名对后续利益人发生事实上的倾轧,窒息社会的阶层流动活力。

**关键词** 时代正当性 叠代发展 财产权 赋权

---

近年来,随着我国持续的高速发展,在社会进展阶段、社会纠纷类型、社会权利结构等方面都呈现出自己的特点,西方既有理论,无论是来自自由主义的英美国家,还是来自保守主义传统的欧陆国家,均不能对此做出恰切的解释。为此,本文依托对欧陆法系与英美法系财产知识的历史比较认知,分析财产权利结构在不同时代阶段中的能动变化,以此来观照中国当代所处时代阶段的重叠性,反思提出“时代正当性”概念,然后围绕于此提出财产<sup>①</sup>法律建设的路径:在坚持“对物”认知的基础上展开“赋权”(entitlement)博弈来加以解构。

## 一、“时代正当性”概念的建立及其要求

所谓“时代正当性”(era legitimacy),是本文尝试理解和构建各种法律变迁之合法性基础的核心概念,指的是在不同经济基础形态的历史阶段下,不同的生产、生活、文化的发展程度带来了不同的社会需要,特别是为解决本国前置问题而形成的既有制度在应用后固化带来新的不同问题,人们(包

---

\* 中国社会科学院法学研究所社会法研究室副主任、研究员。

① 文中对“财产”概念的使用在两种意义上展开,从广义上看,它指向一切与人们利益有关的制度调整,其合法性基础在于千百年来千万民众于具体生活中洒扫应对带来的常识认知,文章标题以及前两部分中出现的“财产”字样基本遵循这一含义;从狭义上看,它就指向以“物”(依据动产实物原型展开想象而抽象形成的)为载体的对世性权利,其合法性基础在于我国继受欧陆法系形成的法律“物权”以及在德国潘德克顿五编体系下进一步限缩进入物权编的法律“所有权”定义,文章第三部分使用这一含义。

括个体和概率性的整体)处身其中,自然就会根据自身感受和实际需要,产生不同的直觉判断,从而在每个特定时代下,形成优先性的价值倾向。

以经验形态举例,在早期工业革命时代,(欧洲国家)人们基于对前置神学社会整体蒙昧的反制(re-act),执着于对个体私权的确立,大多会觉得对私人财产所有权使用的限制是不正义的,如对某工厂大规模生产产生的噪音影响周边住户等,不会加以限制,而进入工业革命后期,大机器生产带来的种种问题凸显,再对于类似的机器噪声扰民事件,从市民到法官的内心直觉上,就会更倾向于给周边住户的“安宁权”以优位保护。“在那些真正有趣的案例中,对与错不是重点,我们观念悬殊不是因为我们的任何一方出现了错误,而是因为我们的价值观、个性、生活经历以及对司法的定位完全不同,我们推论的前提完全不同。”<sup>②</sup>延伸来看,在控枪问题、环境问题、言论自由保护……直至近期发生的出人意料的英国脱欧公投、美国大选结果上,我们都能从中看到不同时代阶段下,人们内心判断偏好的差异。

同样,法律理论形态上的发展,虽貌似抽象,背后反映出的其实也是时代变化的需求。如传统民法建基于早期工业革命时代,确定了所有权神圣、合同意思自由、无过错不侵权等维护权利人个体的经典意思自治规则,而随着社会的渐进发展,在大陆法系中,囿于法典体系的限定,不能直接改变这些规则,便采取了各种扩张性的解释,在对法律行为的理解上,“意思说”被“表示说”逐渐替代,不再依据行为方的想法,而是依据对方当事人的理解程度来确定法律行为的内容。合同解释采用了表示主义理论:合同内容要以处于受领人角度的理性之人的合理理解为准,使得受领人不必去探寻表意人内心的真实意思。在意思表示瑕疵的处理上,人们开始区分“无相对人的意思表示”与“有相对人的意思表示”,表意人可以自主撤销前者,但对后者,则须考虑相对人的信赖而不得随意撤销。在侵权归责上,当代欧盟法不再拘泥于“行为人的过错”根据,而依许多其他因素来重新划分当事人之间的风险分担,如对相对人基于信赖而产生的“纯粹经济损失”亦要求赔偿,并要求证券分析师、医师等专家对大众承担较高的责任,打破了人人平等、责任对等的理想预设,只因后者处于信息不对称位置而应获得倾斜的保护。在商事法上,外观法理成为主流的论证,包括动产善意取得、不动产登记公信力、债之善意清偿(向债权准占有人清偿)保护等表见责任规则……在英美法系中,虽没有法典系统性的束缚,但同样受限于先例规则,遂以早期案例中萌芽的“禁反言”(estoppel)为法理根据,在合同法、财产法、侵权法等各个领域展开了“允诺禁反言”“财产禁反言”“衡平禁反言”的大规模突破。美国法学会《合同法重述》第90条别具一格地规定了“由允诺合理而导致的行为或负担”,以“允诺——信赖——合同责任”动摇了其传统的“对价——合同——责任”法律公式。在不动产财产法上,产生了“禁反言地役权”(easement by estoppel)、<sup>③</sup>“时效取得地役权”(easement by

<sup>②</sup> Richard A. Posner, Tribute to Ronald Dworkin, New York University Annual Survey of American Law, 2007.

<sup>③</sup> 在 Stoner v. Zueker 案中,原告口头许诺被告可以在原告的土地上挖一条沟,将旁边的河水通过原告的土地引到被告的田里。被告信赖了这一口头许诺,投资 7 000 美元挖沟修建引水渠。一年之后,原告要求被告停止使用引水渠,并禁止被告进入自己的土地修护引水渠。美国法院认为,虽然依据《反欺诈法》,地役权必须采用书面形式并由供役地所有权人签字方能有效产生,但是原告口头许诺授予地役权,被告给予了信赖,在原告明知被告信赖并期待地役权的情况下,若仍以违反书面形式的规定为由否认地役权的存在,对被告不公平。因此,被告享有该地役权成立。

adverse possession)、<sup>④</sup>“生活必要地役权”(easement by necessity)<sup>⑤</sup>等很多新型地役权,均不再是所有权人依法律规定形式的赋予,而建立在另一个主题之上:当需役地人对地役权的获得存在信赖或确有需要时,法律就承认其弱势性及信赖保护的正当性,将财产权利部分或全部地从所有权人手中转移给他……

不同法系中共通的这些变化启示我们,一定有一个重要的东西,引导着人们内心的变化,而为了满足这种悄然变化的正当性判断,学者或法官们在孜孜不倦地创新解释改造规范,或区别分析改变先例。对这个重要的东西,传统唯物主义话语体系中大致以“经济基础”来一体概括,笔者也予以赞同,但“经济基础”的决定作用是在一个长周期中显现出来的,而在短期内,除了经济因素的改变外,还有来自传统的习惯、情理、文化、政策(及政策的制定者、执行者)、历史事件的耦合性,以及不同的制度预设引起的能动反制等,都会对人们有所影响。因此,“经济基础”当然是决定性的,但它还需要补充更丰富、具体的内容,针对不同时期、不同地域、不同需要,“经济问题的关键,并不就是财产权本身,而更重要的在于经济系统下各种制度安排运行对其的充分补充。这一充分补充当然包括财产体制,但却并不止步于此”。<sup>⑥</sup>为此,结合当今科技辅助下日新月异的时代发展,笔者将这些补充总结为“时代正当性”(era legitimacy),即基于不同的时代基础形成的情理带给大多数人们内心的普遍公正认知。“我们可以说某个民族的‘法’优于另一个民族的‘法’,但这种比较只可能是相对的;它并不意味着某一种‘法’更接近于理想的、完善的‘法’,而是指某一阶段某一种‘法’较其他‘法’而言更适应这个民族的需要和发展趋势。”<sup>⑦</sup>

以此“时代正当性”(era legitimacy)概念出发,可以说,现代各国从各自的历史发展过程中走来,虽处在同一空间下,但其实并不在同一时代下,具有众多不同的时代特性,相应地,其财产权等基础权利制度系统的构建,就都应致力于符合本国的“时代正当性”,只有这样,在法律关系中对冲突的当事人之间做出的权利分配,才能真正有效地推动公平和效率。因而,搞清楚本国所处时代的真实社会需求和前置问题并保持一定的发展预见性,就应是社会科学之研究和应用的核心,据此提出的对应批评和建议,也才可能具有一定的可操作性。在笔者看来,这样的一种理解,是所有本土性以及全球性研究和建设中都不可淡忘的初心,而不是在心情和时间的迫切要求下,为一些普适大词所裹挟而与之渐行渐远。

<sup>④</sup> 对土地进行了长期的非占有性使用后,土地所有权人就不再能够阻止他人继续以此特定方式使用,后者甚至无须向土地所有权人做任何经济补偿。

<sup>⑤</sup> 类似于“袋地通行权”。法律推定,出卖人出卖被其他土地环绕的土地给买受人时,实际上具有授予买受人通行地役权的主观心意,因为他知道绝不会有人情愿购买一块四周被围而没有通道的土地。同样,法律推定买受人在购买袋地时也必心存这样的意思——出卖人将授予其在出卖人土地上的通行地役权,否则如此购买的土地没有任何价值。基于这种特别是后者的意思,法律赋予了买受人“生活必要地役权”。

<sup>⑥</sup> Daniel W. Bromley, Property Right and Land in Ex-Socialist States: Lessons of Transition for China, in Peter Ho ed., Developmental Dilemmas: Land Reform and Institutional Changes in China, p. 43.

<sup>⑦</sup> [法]莱昂·狄骥:《宪法学教程》,王文利译,辽海出版社、春风文艺出版社1999年版,第7页。

## 二、财产权“绝对——解构——重建”的时代演进经验

那么,我们在依照“时代正当性”寻找或设计法律制度时,除了实践中的成功经验外,还能去哪里获得思路呢?事实上,在我国,由于1949年以后废除“伪法统”的意识形态指导而使法律体系建设断绝经年,后应改革开放时代之迫切需要,倒逼其直接移植所谓法治发达国家经验来迅速重建,因此我国当前的主流法学理论基本舶来于西方。在宪法等领域,深受的是英美国家的宪法判例影响;在私法建构上,主要就是接受了欧陆德国的规范法典体系。就后者而言,由于欧陆各国在农业社会向工业社会的经济基础转变方面先行一步,那么依照马克思主义提出的经济基础与上层建筑具有内在统一关系,作为其上层建筑的法律制度自必也在这些方面有所擅长。事实上,英美和欧陆法系均历经几百年,<sup>⑧</sup>前者通过判例体系下先例引用的互质性,后者通过法典体系下系统规则的自治性,对这些社会关系的调整形成了源远流长的教义理论规则,共同维持着其工商业社会运行的效率与公正。反过来看,这些与社会共生的规则,能够在长达几百年的社会转变中经历反复的变革、积累、淘汰、改进、更替,而留存(survival)至今日之社会中继续运行,这至少说明,其中有相当一部分,是不违背工商业社会中人与他人、人与社会、人与世界之间的固有性质的,<sup>⑨</sup>自应当值得我们去借鉴。为此,本文在确定“时代正当性”观念后,仍要通过对比既有法系下的财产权进行历史比较的方式,来获得一定的智识资源启发。

### (一) 英美法系的“产权”财产权利进路及其演化

英美法系从英国早期农业封建社会中演进而来,基于封建社会形态下的社会组织办法——封地庄园的重重封授,同一土地实体上产生了多个自物权形态的封臣权利人。梅因等法律史大家对此做出的解读,由于翻译的原因被我们概括为“双重所有权”而广泛流传,其实却是混淆了原文中ownership(名义“所有权”)和property(对物性“所有权”)的实质含义而导致的一种误读。事实上,为解释这种一物多权的现象,英美法律人从一开始就构建出一种“地产权”(estate)概念,即指分别赋予同一土地实物上的多个封地权利人,促进其对各自土地财产权的共有、共享和未来控制。

“地产权”在性质上没有预定的高低之分,只在发生冲突之后,才引入程序、时间等因素来进行具体的产权(title)比较,权衡确定各方权利的优劣。依此思路,它引领形成了一种线型的财产群构造,在其中,没有一个作为源头的非此即彼的绝对性所有权,而是一种多元名义制(multititular)的平等

<sup>⑧</sup> 这个“几百年”,如果从欧洲大陆法系“3R”启蒙——Renaissance(文艺复兴)、Religion reformation(宗教改革)和Revival of Rome Law(罗马法复兴)——的14—16世纪革命主义经验来看,到现在至少是500年。而如果从英美法系鼻祖——英国自其封建社会由内部分权推动走到君主立宪资本主义的改良主义经验来看,则可以上溯至1215年《大宪章》的签订,那这个“几百年”就长达800年;与其总体对比来看,我们即使从清末变革起算,全部工商业社会的运行经验也不过就是100年,遑论其中还有从思想、制度、财产到人身彻底铲除“伪法统”而导致两到三代人相关实践体验的断绝,令之前的传承积累近乎归零的30年,因此,对于今天社会主义市场经济下努力建设的工商业社会、城市化社会来说,我们的经验累积不超过50年。50和500/800,这显然不是同等数量级上的比较,因此,我国当代发展中对西方经验的重视,是作为后来人向先行者自然而然地学习,非有此学习成果的迅速积累,无以依托后发优势来超越前人,其合理性毋庸过度置疑。与我们重视伦理、发掘本土经验的努力间也并没有不可调和的矛盾,而只是需要厘清不同问题的时代阶段面向,给以不同经验的解决罢了。

<sup>⑨</sup> 实际运行过程中,上层建筑当然不是简单地单向服从社会基础,而同时也在能动地进行着反向塑造,最终,将欧美世界中的社会关系形塑为我们当前直面时所看到的样子。此外,这些西方比较法经验中肯定也还有相当一部分,是在逐渐背离着不断悄然变化着的社会关系本质要求而有待进一步淘汰的。我们在横向借鉴中,自应对本土发展阶段,对此做好分析和甄别。

时间续起，有着多个产权之根，不同的权利可以有不同的渊源，即使 A 有所有权，B 仍然有可能通达另一个源头而成为独立的权利，由此弥合了“自物权”和“他物权”之间的天然鸿沟。

进一步，这种以不动产原型为基础的“地产权”想象给英美法系带来了完全不同于欧陆法系绝对性认知的起点，导向了一种“相对性”的权利认知方法，慢慢形成了后续的路径依赖，同时也是“前见”障碍。

进入现代，以美国为代表的英美法学者又在此基础上，由分析法学、法经济学等引领的实证路径，陆续提出了财产的“权利束”（bundle of rights）而非“对物的”理解（霍菲尔德），权利性质“相互性”（reciprocity）而非绝对性的理解（科斯、波斯纳）。

由此，以“产权”（title）术语相承载，以“权利束”理论来同质化各种权利约束范围的差异，再依“相互性”的权利性质理解，一种摆脱“财产权”（property）的预先存在，而通过个案比较来确立权利高低的“赋权”（entitle）办法，就得到了普遍的运行。

这种办法，不依靠预先建构的规范系统来预设权利的类型和效力，而是依托情境思维来综合考量具体案情下的多项因素，比较各方当事人主张的具体内容，将其中较优（better）的，确立为本案下的权利，使其获得保护，当事人在此时得到的权利就被称为比较“赋权”（entitlement），而对方或其他当事人的主张则因为经比较为较劣，而不能（在本案中）确立为权利，便得不到比较“赋权”（entitlement），也就不会得到保护。秉持这一相对性思维，一些学者甚至已经开始主张以“赋权”替代“财产权”来作为纠纷解决和私法的基石权利模型（威廉姆·辛格）。<sup>⑩</sup>

## （二）欧陆法系的“所有权”财产权利进路及其演化

欧陆法系（较英美法系晚近大半个世纪）形成于资产阶级革命时期，其历史作用就是反制于中世纪的蒙昧，解放每一个人，使之成为平等的主体，法律制度上遂采取了赋予（私人）所有权以绝对性的办法，让人们能够对自己的财产保持绝对控制，以财产权作为基础，带来人格的普遍平等。

此后，进入新的历史阶段，面对新时代中不断生长出的利益保护需要，所有权趋向于从绝对中心限缩自身，下降进入法典的物权编中，本来内含于其一体的归属与支配含义开始彼此区分。其中，“归属感所有权”涵盖广泛，但失去了私法上的制度基础，而具有实体物形态的财产成为“支配性所有权”的权利对象，“物权”概念凸显出来，继承了“所有权”的绝对性衣钵。

在这一理解下，所有权下降成为民法典物权编的中心，成为为人们自身所有的“自物权”，秉持“一物一权”原理，其他权能就都被视为对所有权的暂时、片面的分离，而终将依“弹性性”原理回归来保持所有权的完整。依此，以动产原型为基础展开想象，欧陆法系逐渐形成了一种一元名义制（unititular）的伞型财产群构造，“所有权”作为“自物权”高踞伞尖，社会生活中其余各种实际存在的权利都被视为由其发挥出来的“他物权”挂在伞下，而不能有须臾逾越。

此后，时代进入工业社会的后期，再伴以全球化的格局，远距离和未来物的交易日益频繁，时间和空间的差异使得买卖和交付完全分离，同一物分裂成为两种法律关系——买卖法律关系和交付法律关系的客体，分别作为承诺出售物 and 实际占有物归属于两方不同的主体。为此，秉持绝对性的所有权财产进路采取了继续分化下行的办法来做出应对，强化出“物权”与“债权”相区分的二元思路，通

<sup>⑩</sup> See Joseph William Singer, Entitlement: The Paradoxes of Property, Yale University Press, 2000.

过界定不同行为之性质、不同性质之权利的优先顺序,来预定权利冲突时的高下。其中,物权因具有默示外观,法律赋予物权人的处分产生第三人应予普遍遵从的对世效力,而债权仅具有相对性,因而劣后于物权。

这一区分性的办法借助于罗马法诉讼格式中的“对物”(in rem)和“对人”(in personam)差别,以及德国法学家们进一步从行为角度抽象出的处分和负担二重划分,将不同的权利分别预先定性、定格,一旦发生冲突即已预定高下。其优势在于能够确保制度成本被控制于立法层面之内而不会过分溢于司法,劣势则在于其面对社会发展中不断出现的新型权益——大多兼具物权和债权的某几方特点——而难以简单划归入“物权”或“债权”,而使得这种原子式的二元财产权解构办法不能充分应对新的发展。

### (三) 财产权共通的解构和重构趋势

上文历史梳理概要言之,如下:① 英美法系“财产权”发端于农业封建时代,在当时的时代作用下,系以不动产土地为原型展开财产权想象,故而具有该种类型财产物的特点,强调“一地多权”和对权利的相对化理解。此后,在实证法学的作用下,这种相对性的“财产权”不断自我解构,成为一束没有任何核心、可随意抽取的“权利束”。于是,随着产权(title)比较——权利束(bundle of rights)——权利相互性(reciprocity)的不断演进,开始发展出比较赋权(entitlement)理论。② 欧陆法系发端于工业时代初期,在当时的时代作用下,系以动产实物为原型展开财产权想象,故而具有该种类型财产物的特点,坚持“一物一权”原则和对权利的静态原子化理解。此后,在法典的作用下,“所有权”发生了对自己的限缩,进入物权法中,成为(具有绝对性的)物权性权利,带来了一种区分“自物权”和“他物权”的伞型财产群构造,并进一步演化出将债权区分为物权、作为两种性质的权利而预定其高下差别的“区分性”办法。

无论是欧陆法系的区分性道路,还是英美法系的相对性道路,从本质上来理解,都是对“财产权”的一种解构,用以打破既有绝对性的财产理解以致趋于固化的财产结构,符合于其后时代的“时代正当性”。

随着社会的进展和时间的沉淀,西方各国资本主义初期阶段出现的各种矛盾逐渐走到中后期,量变累积带来性质转化,源于个体的分化逐渐固化为阶层的差距,日益细化的专业知识门槛导致私主体交易在事实上已经难言平等,特别是面对风险社会下的各种庞然大物,个体自己的可控意思在每个事件中的比例飞速下降……这种日益差序而不是平等的社会格局、普遍互联而不是单打独斗的社会发展,就在传统社会调整办法——多种基本平等力量相互博弈的自然结果之外,要求一种更新的力量进入(事实上已不平等的)私人关系内部去进行矫正或者加以干预协调来串联起分散的私人力量。为因应这些新的社会形态特征提出的时代要求,各国共通产生“财产权”的解构趋势。如前述20世纪中叶后在美国,“权利束”理解迅速取代了“对物”财产权的理解,不正是因为“权利束”定义能够使人们相信,“财产权”并没有什么固有核心,而不过是一个由社会传统形成的可变化利益集合,那么政府以多数人福利的名义来自由扩张或压缩一部分人的财产权利,就没有什么不对的吗?事实上,与此相对应的时间节点上,我们清晰地看到了美国政府对社会经济事务干预的大大增加!<sup>①</sup>“财产权

<sup>①</sup> See Thomas W. Merrill, Henry E. Smith, What Happened to Property in Law and Economics? 111 Yale L. J., 2001, p. 365.

是一种就某物的对抗世人的权利，这是在一个社会还没有解决秩序问题的较早阶段最为突出的一种观点……为警惕社会中财产权普遍受到侵害的可能性，就有必要明确地表述为什么所有权的安全关涉重大。然而到了 20 世纪六七十年代，至少是在发达国家经济中，秩序问题基本得到解决。现代理论家们自然就并不令人惊奇地感兴趣于还没有解决的问题，如处理长期契约、控制复杂组织中代理人的行为、微调规制溢出性的刺激。换言之，现代法经济学家们所感兴趣的不再是秩序问题，而是福利的最大化。”<sup>⑫</sup>

但时代在不断推进、解构，并不是各国财产权发展的终结。

如上所述，“相对性”财产权利认知灵活多变、随时可分，而作为同一硬币的反面，劣势则在于对财产权的解构过分不稳定，消除了“对物的”财产权认定核心后，就会无限增加财产上的负担，不利于其后续流转。为此，当代英美国家在经过金融危机的反思后，认识到金融泡沫的产生很大程度上源于对财产性权益管制的放松，而财产性权益的特征在于其相对人众多而不是有限几个，那么每个当事人都存在一个信息获得成本，而若干个相对人的信息获得成本累加起来后对社会整体来说就显得非常巨大，因此，从法经济学成本考量出发，不能放任具有对世性的财产权的自由产生，而必须完善之前的“权利束”理解，在其中再增加那么一根或者几根不可随意抽走的“束”，作为财产权（有别于其他非财产权）的认定标记。为此，在普遍解构之后，英美国家为回应新的时代要求，又开始提出“模块化”等思维，<sup>⑬</sup>尊重既有的大量财产权形式化和结构化现象，去细致地甄别那些普遍存在的模块化背后的必要性，推动一场重塑“物权法定”的新私法运动（New Private Law）。<sup>⑭</sup>

对比来看，大陆法系“区分性”财产权利认知稳定、可预期，而作为同一硬币的反面，劣势则在于对财产权的解构比较静态、原子化。为此，随着时代的进展，当代欧陆国家进一步发生了以“知悉规则”引领的信赖转向和“社会化所有权”运动等，来改进物债二元区分的封闭性。

在以上纷繁复杂的现象背后，我们清晰可见“时代”的作用：两大法系分别在农业封建社会早期和工业社会初期生长出来，因此分别对应于当时的时代需要，产生了“所有权”和“地产权”的不同路径起点。此后，随着历史时代阶段的演变，其生产形态逐渐变化，人和人之间的制造财富和获得财富的方式发生变化，更多新兴权利兴起，就产生了新的时代需要，欧陆和英美国家遂在此前的“所有权”或“产权”路径依赖下，分别发展出“区分性”和“相对性”办法来对既有财产权做出解构，提供时代需要的多种保护。再后，随着时代的继续发展，欧陆法典系统完善却趋于封闭、英美权利束灵活可分却又过度自由，均带来了自身的“前见”障碍，不能因应时代的新要求，于是，其财产权结构中又分别出现了“社会化”和回到“对物性”认知的扬弃发展。

由此可以看出，所谓“财产权”，并不是什么自生自发的概念或具有某种完全稳定的先天固有结构，而是会在不同社会发展阶段中，随着社会生产形态等产生出的不同利益保护需求，不断发生变化：从形而上的稳定结构，到发生相对性/区分性的解构，再围绕一定核心质素进行有限聚合重建。从实质上来看，这些变化都是为了满足各个国家不同时代阶段的内生需求。人类的司法制度能动反应，永

<sup>⑫</sup> Richard A. Posner, Blackstone and Bentham, 19 J. L. & Econ. 569, 601 (1976).

<sup>⑬</sup> See Henry E. Smith, Property as the Law of Things, 125 Harv. L. Rev., 2012.

<sup>⑭</sup> See Shyamkrishna Balganesh, The Obligatory Structure of Copyright Law: Unbundling the Wrong of Copying, 125 Harv. L. Rev. 1664 (2012); Stephen A. Smith, Duties, Liabilities, and Damages, 125 Harv. L. Rev. 1727 (2012); Benjamin C. Zipursky, Palsgraf, Punitive Damages, and Preemption, 125 Harv. L. Rev. 1757 (2012). <http://harvardlawreview.org/issues/volume-125-issue-7/>, 最后访问时间: 2017年6月2日。

远存在着两种需求——法律的确定期预期与灵活适应具体场景上的矛盾，在形式理性与个案公正间存在着永恒的张力。而随着不同的时代阶段的发展，会分别产生多种利益的灵活保护和稳定预期的需求，并存在着不同的前置主要矛盾有待解决，随之，人们对“财产权”的能动理解就须不断进行调整，完成解构目的或重构必要，以适应本国的这种“时代正当性”。

### 三、我国叠代发展下的财产法律建设

毫无疑问，这一原理同样适用于我国，即我们也必须依照本国所处阶段的“时代正当性”，来建构当代中国的财产权基本结构。换言之，一国的法律建设，不在于对哪一个法治发达国家经验片段的盲目学习、移植，而必须首先找准本国国情，才能对应做出选择。为此，我们必须打破意识形态的束缚，对我们默认为认识论之当然前提的线性历史进化论做出充分的反思，从“宏大叙事”回到我们现实所处身的这个世界，搞清楚当今时代在人类演进过程中的真实位置，看看其中凸显出的有哪些因素，决定了哪些为最重要的社会关系，其中有与其他国家相一致的，就大胆借鉴这些国家的既有比较法经验，没有相一致的，就创新采用自己的制度建设来做出回应。

#### （一）我国当代发展中时代叠加的现实

从中华文明传统来看，我国社会的基本运行背景是几千年农业文明，特别是小农经济（对比西方工业社会）带来的一些经典差异——差序格局和团体格局、礼俗社会和法理社会、熟人社会和陌生人社会的差异。大一统社会（皇权不下县而由乡绅精英自治）下的社会管理结构、儒表法里的道德伦理传统、家庭的事工而非情感倾向核心功能等，<sup>⑮</sup>以及以“业”（较之“物”）为核心发展出的田骨田皮、永佃、典制等多样态土地“管业秩序”<sup>⑯</sup>——这种小农生产方式的农耕文明，强调以家庭（而非个人）为单位来完成基础生产，在我国沿袭数千年，其伴生制度渗透到社会的方方面面、角角落落，自然有其强大的延续性，不可能随着政权更替和制度名称的变化而断然消失。迄今为止，这一点仍在相当程度上构成中国社会凝聚的基础，是理解传统中国，阐释转型期乡村社会乃至其他社会现象都绕不过去的理论基点。

从国家政治影响来看，我国社会运行的现实核心是20世纪建立革命根据地直至中华人民共和国成立后几十年，运用国家政权进行社会主义改造迅速造就的公有制主体。这包括党治、国家、计划，特别是土地、矿产等重要资产的所有权被剥夺私有而归诸国家/集体所有的现实。迄今为止，这些现实占据着我国政治、经济的核心位置，成为影响人们思想和行为的面上主流话语，要求人们个体服务于国家大局，以法治形式服从于统治实质，以逢山开路、遇水搭桥之势实际解决问题，保证局部和眼前效果。可以说，这是中国版的“政治正确”，并在我国短时间内崛起于世界之林的现实下，令得这一“集中力量办大事”的体制优势深入人心。

<sup>⑮</sup> 参见费孝通：《乡土中国》，人民出版社2008年版，第1-8页。“从基层上看去，中国社会是乡土性的……乡土社会在地方性的限制下成了生于斯、长于斯的社会……这是一个熟悉的社会，没有陌生人的社会……不但对人，他们对物也是熟悉的。”

<sup>⑯</sup> 参见汪洋：《传统中国民间地权秩序的理论构造》，载《2016年第六届两岸民商法前沿论坛会议论文集》（2016年11月5日、6日）。

从晚近发展变化来看,我国社会发展的实际路径是改革开放以来形成的市场经济路径。这包括抽象人格平等的多元主体、开放市场、自由交易、保护私权、资本积累等。1978年后,我国政府放开管制的边缘地带,由民间力量主导进行了一些变革,如:饥荒中的农民发明了包产到户的土地承包制;众多个体户开拓了城市私营经济;经济特区吸纳外商直接投资而开启劳动力市场等,<sup>①</sup>随着这些草根创新凸显出的正面效应,党的十四大正式提出实行“社会主义市场经济”,于是,自上而下的顶层设计与自下而上的草根实验汇合形成一股巨大的合力,带来了东方睡狮的觉醒。

在此之外,各国当前共同面临着人类前所未有的科技时代、互联时代、风险时代,伴随着基因技术、机器人和人工智能技术的发展,科技爆炸、奇点临近,人类一只脚已经踏进了新纪元的门槛,基于传统三维自然形成的正当性观念和基本权利模式等,人类活动正在承受着越来越多的质疑和潜在变化。特别是在当代科技浪潮下,人类活动的最根本问题——“信息不对称”开始出现边际突破,信息获得成本和交易成本都呈线性下降趋势,而带来的是资源要素的跨界流动、使用效率的非线性上升趋势,由此开始形成共享经济、立体经济、多元经济、平台经济等新的经济活动方式。其产权形态,不一而足,现在也无法预测,但其核心,都是要(在私人利益必得充分保护的全民明确意识前提下)打破一个物上仅对应一个所有主,而限制其他非所有者之开创性使用可能的传统物权法思维,即除了在最先时点获得产权的那个“所有权人”外,在此后的时间、空间或其他某些角度上对财产对象发生合理使用或做出增值贡献的权利人,也可以要求其对应的权利和利益,而且该种权益一点也不逊于“所有权”,不存在预定的高低之分。这就要求我们在财产法的建设上,应允许一个物(权利载体)上有可能同时承载多个平行的自物权,由此赋予每一个权利以先天的平等性,随即带来权利主体的平等性(而避免在先资本的加速累积和压榨),使得各个权利主体能够在市场环境中公平地自行博弈竞争,从而最终带来真正优胜劣汰的市场有效选择结果。

## (二) 我国叠代发展下的财产法律建设路径

依照以上所述各种现实力量在中国发展中的多重博弈,人们纷纷为中国当前所处时代概括出“五化并立”或“三期叠加”等时代特征。“五化并立”包括工业化、城镇化、信息化、全球化和网络化,即既有此前工业化时代阶段的缺失,也有后工业化新兴科技引领的时代升级,而前述分析的欧陆、英美各国,用了几百年时间慢慢完成了工业化时代的自生秩序扩展,现在只需应对后工业化这一单一时代要求。“三期叠加”,则是指在当代中国,时间丛集、时代错位,基于1949年以来特殊的历史起点,令得我们同时处身于近代、现代与后现代的叠代发展中,社会整体发生着农户家庭——原子个体——普遍连带,家族责任——自负责任——外生风险,君王专政——纳税人守夜人——福利保障,小农经营——机械科技——智能网络引领共享的复杂变迁。为此,我们因应这一复杂时代要求建构出的“财产权”理解,就必须从头建立并保持个人主义的自由传统,同时又克服个人主义的分裂和疏离弊端,

<sup>①</sup> 这一过程被一些学者概括为“边缘革命”,借以否定对中国改革研究中强调政府力量的国家资本主义路径,而指出改革开放获得成功的本质,是通过渐进改良的方式,放开了若干资源、增加了多种主体,由此通过不同主体间的资产流转提高了社会运行效率,带来了增长。因而,可推理的结论也就是,改革的进一步成功,应系于从边缘向中心的推进,继续放开土地、矿产等核心资源,充分增加各种主体的独立性和平等性,推动交易的充分自由,带来最有效率的利用。参见[英]罗纳德·科斯、王宁:《变革中国——市场经济的中国之路》,徐尧等译,中信出版社2013年版。这样的一种结论看上去当然是合乎逻辑的,但是否是真正可靠的,是否还有更多丰富的要素,如地方先行试点制度、省份竞争制度、人口红利、全球化机遇等作为制度系统有效运行的必要条件隐匿其中,还有待于我们借助现实经验反思这一“边缘革命”认知的完整性。

促成社会机能体的和谐进步。应既能促进资源在社会主体间平等流动而自动流向更高价值的利用，又要确保人们都能获得所需的基本资源，而维持社会整体均衡的不断进步，带来可持续的发展。

具体说来，一方面，1949年后的中国在早期社会主义理论的指导下，一切财产资源，包括土地、资本、企业甚至人力都被纳入计划的范畴，于是只剩下国家这个唯一的财产权人，<sup>⑧</sup>通过不同财产权主体间不断交易带来的资源最大化利用遂不再可能，导致社会运行失去效率、走向崩溃。1978年以来的改革开放，从财产权角度来看，就是要从原本垄断的单一国家财产权中分解出若干个新的财产权（来按照市场竞争规律运行）。而当此之时，整个社会中已剥离私产交易几十年，导致财产之观念在几代人的心灵中彻底断代，相应地，财产如何运行、何为有效的财产运行等意识在经验领域上也是一片空白，失去传承。这样的一个从无到有的释放过程、心灵意识的转换过程、经验空白的填补过程，毫无疑问，意味着我们现在尚不同于前述财产权发生解构时代的西方国家所处的“福利的最大化”阶段，而还处在“一个社会还没有解决秩序问题的较早阶段”。为此，我们需要且特别需要“明确地表述为什么所有权的的安全关涉重大”。

但与此同时，我国在经历改革开放近四十年的狂飙增长和无序积累后，制度设计的假想敌，已不再限于单一的（政府）公权力，还必须考虑做大后发生异化的资本。<sup>⑨</sup>对于前者的抵御，人们寄希望于建构系统的民法典，在其中确定明确的意思自治规则，以系统的私人自治来对抗国家公权力的介入。但作为同一硬币的另一面，民法典所建立的这些形式平等普遍规范却也会固化资本为王的现实，而对超过一个社会中平均增长率的资本回报束手无策，只能任其做大，加速社会财富流向少数人，固化社会关系的不平等。因此，我们所需要的财产制度支撑，除了以形式平等普遍规范贯彻私法自治外，还必须尽快确立实质自由倾斜规范来矫正已经不再平等的社会关系，给作为社会金字塔基石的广大（中下收入）群体提供机会分享经济增长成果，打破阶层固化，重新实现社会的自由流动和自我更新，并让处在社会快速变化和行业加速叠代下的人们的心灵获得一定的安定，摆脱对未来不确定性的焦虑。

另一方面，在当代新兴技术带来的社会变动中，各种对前述西方发达国家同样也是前所未有的问题不断涌现，导致在回溯既往经验总结而来的传统财产权规范与要求预期未来而予以扶持的新兴社会关系（需要新的权利基础）之间，愈益冲突不断。对于这一类时代任务，我国财产法治建设应给予更多的关照和因应。因为对于上一方面的问题，各法治发达国家已经经历过那些阶段，并在长长的几百年中于其法典或判例等法律规范中，储存下了充分的应对经验，意味着我们具有了一定的模板拷贝或前车之鉴，可以节省试错成本，而这也意味着人类社会发展线性进化规律的终结，我们与世界其他国家就此一起处在同一条起跑线上，共同面临着前所未有的全新问题。如果能够大胆地对它们做出我们自己的有益探索，结合在前一方面问题借鉴应对中节省出来的时间成本，我们就有可能真正发挥出后发优势，实现弯道超车。

因而，依照当代中国“三期叠加”“五化并立”的“时代正当性”，我们的财产法建设就应同时并举，

<sup>⑧</sup> 从而在实际上使得这一财产权的存在也不再有意义。因为源自罗马私权的财产权制度的功能就在于定分止争，相应设计了请求权、追及权等一系列制度措施，而当财产权主体只有一个的时候，就既不存在什么分，也没有什么争了，导致这些制度措施并没有用武之地。

<sup>⑨</sup> 资本经过自由积累后，会以加速度逐渐做大。而一旦资本增长的速度超过了社会平均生产率的增长速度，即资本回报率大于经济平均增长率后，就在事实上意味着有产者对无产者的剥夺。此时，如仍然一味给予抽象平等的私权保护，就会如马克思所说，“所有权”异化为对生产资料的占有，再进一步转化为对无产者剩余价值的剥夺，必然导致社会财富向少数富人聚集的趋势。

既注重坚持，更关注发展，既不同于欧陆“对物的”所有权理解，也不同于英美“权利束”的过分松动：既要充分保护传统财产权，即一般实体财产的物权权利人，坚持对“对物的”权利源头的普遍承认，加强对民众“所有权”的固有保护，借鉴各先行国家以“物权”（proprietary right, sachenrecht）等概念引领形成的丰富的既定规范，在权利认定中运用回溯既往规范类型的“事后研究”方法，排除公权力可能对私人财产权施加的侵害，从而赋予每个人以稳定的财产激励和社会良好发展的预期，解决工农业生产形态下的普遍纠纷，又要合理保护交换分享等新兴形态下不断涌现的各种后续利益人，开放“权利束”的理解来引入比较“赋权”（entitlement）概念，运用分析未来效率增长的“事前研究”方法，来赋予这些新兴权益（即后续利益人）以请求权基础，令他们有其可能与财产权人之间形成博弈，以一种补充而不否定的作用，与所有权（财产权）之间实现公平分享。

也就是说，我国当代法律建设兼有近代社会的需要和现代、后现代社会的需要，因而，就应打破一些学者学习西方近代片段给个体主义“所有权”套上的无上光环，而在时时警惕国家集权、公地悲剧的前提下，借鉴处在后现代阶段的英美国家之显学——法经济学学派开创的“赋权”理论：在（物权性）财产权明晰状态的个案类型中，依“财产权”（property right）展开请求权基础索骥和保护；在（物权性）财产权不明晰状态的个案类型（hard case）中，使“赋权”（entitlement）博弈于“财产权”（property right），在财产权取得的传统合法性基础——对物性的公平感受、人们自身劳动的投入——之外，再开放出一个空间来提供一个新的合法性基础——未来的效率增长，从而依照有利于未来整体效率提高的计算，借助司法理性来重新分配冲突当事人之间的权利，分别给予其“财产权”或“赋权”的请求权基础，或使二者进行博弈，既充分保护原初（实体）财产权人，也合理保护后续利益人，促进他们之间的公平分享。

笔者不讳言，“赋权”理论中对于比较权利高下的标准还未确定，类型化划分也乏善可陈，所以它还只是个处在形成过程中的理论。但从功能上来看，这样的一种知识类型有利于打破传统“财产权”的封闭性，避免财产权人依托其财产权对非财产权人如租房人、债权人、知识产权后续投入者、劳动财产权人等形成倾轧，能够有效针对财产权一旦形成后即趋于固化而限制后来人之发展投入、窒息社会阶层流动活力的资本主义固有矛盾，既充分保护实体所有权人，也合理保护后续利益人，促进公平分享和效率增长。在我国当前迅速变革的时代阶段中，将这样的一种理论运用于实际，可以有效改变因继受欧陆工业革命早期传统形成的对物所有权财产路径，避免交付实物方发生所有权变更且一旦变更即不可回复的财产权移转思路，还可以弥合我国公有制<sup>⑩</sup>激发的农地承包流转、小产权房买卖、土地使用权70年大限等各种民生矛盾，以及科技无形产权发展中专利商标使用的后续增进、国有企业发展的增值分享等多种现实问题。因此，对于这一类个案，我们应引进（不是回溯既往规范）看待未

<sup>⑩</sup> 该公有制同样是以公有者的“所有权”作为整个财产权利群的运行起点。而且对这一“所有”的含义和功能，也未加甄别地直接套用了私法所有权的理解，将其权能内容及保护方法比照确定为“神圣不可侵犯”“排他性支配”等。但其实，私法是一个完整的制度系统，各种权利的权能与义务设置是均衡对应的，其赋予私产权“排他支配”的内容，对应地，就是义务上完全的“自己责任”，即自己的财产一旦导致他人或外界发生如环境损失等，自己就要承担全部责任，而我国民事法律（受苏联影响）套用私人“所有权”来定义国家“所有权”时，对这一点未加充分考虑，只是由于我国尚不发达的诉讼制度（乃至整个司法）系统，这些潜在的纠纷隐患还没有凸显出来。再比如，我国“国有建设用地使用权”，也是在公有制背景下直接适用了私法“地上权”制度，但依照私法技术，地上权期满后土地自动回归所有权人的对应义务是，土地所有权人须对地上权人的建筑物等予以时价补偿，如不愿补偿，则须为地上权人续期（德国“地上权法”第27条，我国台湾地区“民法典”第840条），那么，公有制下的城市土地使用权到期后，应该如何实现这一补偿功能？

来效率增长的“预期视角”，加快探索其类型化，做出积极的回应和形塑，使得私人财产权不致在传统民法的抽象人格面具下，依形式公平来对不具备“财产权”的弱势当事人造成实质损害，鼓励其所代表的新型生产力的迅猛发展，推动社会的效率增长。

财产法律的发展，从人们有了意识要对某些地方享有一定权利开始，在它漫长的发展过程中，法律规则的基础首先是宗教的，也是对常用实践的承认，后来越发技术化。但无论是过去还是现代的摩登社会，法律的基本目的都应该是保证普通人的期望得到满足，而不是被法律技术所挫败。本文通过对两大法系财产权的历史梳理和深刻剖析，了解其在不同时代阶段中曲折的发展过程，从而不再为当前时代片段节点所目眩，盲目迷信于西方既有概念和道路。由此，我们同样应致力于准确把握中国当前的时代阶段，为中国财产法律的建设提供一条符合自身“时代正当性”的道路：既运用传统“物权”型概念来充分保护一般实体财产的权利所有人，排除公权力和做大的资本可能对此的侵害，又开创“赋权”概念，合理保护当代分享经济等新兴形态下不断涌现的各种后续利益人，促进他们和财产权人之间的公平分享，避免财产权在形成稳定结构后趋于固化，而以平等私权利之名对后续利益人发生事实上的倾轧。

---

---

**Abstract:** Through a historical analysis of the property laws in the Continental-European and Anglo-American legal systems, we examine the development of Western property regimes in different eras. Rather than being a static picture shown by the current section of history, the concept of property has undergone a change from an absolute understanding of property rights to a deconstruction of the concept to a reconstruction of the concept. Therefore, it is unnecessary for us to have a blind faith in the Western concept of property rights and the road to its protection. Rather, we should make great efforts to grasp the "era legitimacy" brought about by China's social and economic development from the ancient times to the present day and accordingly to develop a property regime in line with China's current situation. In light of this, it is advisable for us not only to adopt the traditional concept of property rights to fully safeguard the rights enjoyed by the owners of the physical property against the infringements committed by the public powers, but also to introduce the notion of entitlement, which is intended to reasonably protect the various subsequent interests holders produced by the emergent sharing economy in today's world. By so doing, we can avoid a solidification of property rights after a stable structure at issue has been formed, which will lead to an actual hurt of the rights held by the subsequent interests holders in the name of equal private rights and to a damage of the dynamic for the movement between different social strata.

**Key words:** era legitimacy; generation-laden development; property; entitlement

---

---

[ 学科编辑: 李 飞 责任编辑: 项雷达 ]