

# 论权利的“相对性”及其在当代中国的应用

——来自英美财产法的启示

冉 昊

**内容提要:**在对财产权利的确定上,我国继受大陆法系形成的传统认识,主要是采取立法预先确立的绝对办法,而英美法上却通过“产权”这一术语的承载运行,普遍创设了一种“相对性”的办法,承认一系列独立权利的平行继起,直待发生冲突时再来具体比较谁更优而确定个案的保护范围。由此,人们对财产权的认识就可跳出大陆法系下绝对所有权伞形结构的框架、而转化为一种线形结构,就此提供一个开阔的想象空间和逻辑导引,通过引入时间维度,每个人都可以利用这个空间来创设自己所需又针对未来的丰富安排;借助其内在逻辑,又能促使各种财产权利之间保持平等、往复回溯和独立交易,而使对土地利益的多种灵活利用成为可能。借鉴英美财产法的一些逻辑与经验,我国可创设或更新一些制度,以有效缓解我国现有体制问题激发的农地利用、小产权房等民生矛盾。

**关键词:**相对性 产权 线形产权链 时间维度

冉昊,中国社会科学院法学研究所副研究员。

笔者研习比较法知识以来,在当代时空背景下直面英美法,对“双重所有权”、“物债划分与相对所有”和“产权比较”等进行了数次解读,<sup>[1]</sup>在此长期摸索的基础上,本文再次尝试提出“权利的‘相对性’确立”认识。比较于我们继受自欧陆法系、建基于自然主义基础上的体系化认知,此种实证主义思路的权利确立方式,似乎更能有效解释中国大一统社会之成长步骤与欧洲社会从封建步入工业革命以来的不同发展路径,而为我们的现代性理解和反思增加一个别样的视角。以下尝试递进论证,对此做出初步的分析。

[1] 参见冉昊:《双重所有权的英美法系视角与大陆法系绝对所有权的解构》,《环球法律评论》2004年冬季号,第451-459页;冉昊:《英美法系双重所有权与大陆法系物权债权二元划分的功能类比》,《环球法律评论》2006年第1期,第32-41页;冉昊:《论英美财产法中的产权概念及其制度功能》,《法律科学》2006年第5期,第33-40页。

## 一 打破绝对性走向相对的“双重所有权”

人们对权利的思考,通常将其简化到“所有权”这一典型权利来进行,在强调公私分立的大陆法系中,遂在此框架下确定了所有权绝对的神圣理念,<sup>[2]</sup>然后从绝对性的所有权出发,演绎出一套财产权利群规范。但随着比较法学习的深入,我们会发现,“所有权”并不当然就是绝对性的,至少从梅因的《古代法》(Ancient Law)这一著作问世以来,人们认识到在英美法系中已普遍划分出了普通法所有权与衡平所有权的双重所有权。其中,“普通法所有权”为所有权的正统,而“衡平所有权”并不必然事先存在、却又时时存在,其以承认“普通法所有权”为前提、同时又强调自己也是有效的,对前者起到了一种补充而不否定又缓缓纠正的作用,在实际上改变了普通法规则所确定的权利义务配置。<sup>[3]</sup>事实上,这是一种基于不动产的运行实践而形成的认知,相较于大陆法系的人们基于对动产的感知而形成的单一所有权认识,似乎更加复杂而费解,但若深入到英美法的形成和运行内部,就可以看到对它的合理解释。

### (一) 理念上的合理性

英美法之法律理念和结构萌发于 11 世纪中期,在此后数百年的封建社会绵延中,分封地的组织形态成为当时英国社会各种制度背后的支配性因素,人们之间就土地——一种可多维度使用的不动产——生发出的各种复杂关系,演化出其财产制度的开端,并以此为原型衍生出英美法律的众多现代规则,从而与欧洲大陆几百年后通过革命迅速解体封建社会、而重新生长形成的大陆—罗马法形成了重大的区别。

1066 年,法国公爵威廉打败哈罗德入主英格兰,遂采用法兰克大陆上通行的采邑分封制来稳定自己的统治。据称,威廉以叛国罪名剥夺了本地反对者的一切封地,展开大规模的分封行为来重新分配土地,他将其中的森林和 1/7 庄园留给自己,其余的按功绩和关系亲疏分封给 180 个他最信任的臣属,以交换他们的效忠和服务。这些大封臣则再将自己封地的一部分分封给他们的下属以换得相似的服务……同样的过程不断继续,据说当时最多可达到 8 个层级的分封,最终形成了由诸多大小不等的封地联合而成的松散共同体国家形态。<sup>[4]</sup>在经历了威廉这一剥夺全境土地再重新分封的过程之后,所有的土地都直接或间接来源于国王的观点在英国就逐渐被接受;再经过“索尔兹伯里盟誓”,<sup>[5]</sup>威廉

[2] 其目的系在于以所有权之绝对性划出一个利益圈来对抗他人、特别是公权力的入侵,从而确立每个主体之自由。大陆法系建立之时,资产阶级革命所预设的目的就是解放人,使每一个人都成为平等的主体,采取的手段就是要使其能够自主地处分全部财产,在法律制度上就体现为赋予其绝对的所有权,进而各自决定自己的事务。

[3] 如衡平法不说:“不,不是这样,你弄错了,你适用的规则荒谬已极,而且早已过时,”而是说,“是的,当然是这样,但这并不是事实的全部。你说 A 是这块土地的所有人,毫无疑问是这样的,但我必须补充的是,他(指 A)必须受信托所产生的债务的约束。”参见李红海著:《普通法的历史解读:从梅特兰开始》,清华大学出版社 2003 年版,第 32 页。

[4] 这样一种国家形态,鲜明地对照于同时期东方各专制大帝国行政科层严密的独立共同体,与我们所熟悉的封建中央皇权集权国家形式迥然不同,由此启发我们反思“封建社会”的真正含义和相应制度设置。

[5] 威廉于 1086 年召集所有英格兰封臣来到索尔兹伯里小镇,一律向他行臣服礼及宣誓效忠。在以后的所有次级分封中,次一级封臣在对领主宣誓效忠的誓词中都必须附加一句“除效忠国王之外”,由此确立了所有封臣首先须对国王效忠的义务,从而将欧洲大陆“附庸的附庸不是我的附庸”的传统改为了“附庸的附庸还是我的附庸”,从而稳定了英格兰的封建统治。

基于他的征服(权),确立了全部英格兰土地都归属于他以及他的继承人的原则。

但在这一所有土地归属国王的认知基础上,英国社会运行的管控模式,却并不是我们熟悉的所谓“普天之下莫非王土、率土之滨莫非王臣”的郡县制中央集权模式,而是我国早在商周时期才采用的分封办法。<sup>[6]</sup>之所以如此,根由即在于上文强调的封建(feudal,本身的含义是指分封后形成了多个割据的“封地庄园”)制度,彼时欧洲的王权相对式微,国王充其量不过是众多贵族中一个被冠以国王称号的贵族罢了,<sup>[7]</sup>并不具有大一统的专制能力,要想获得其他贵族的支持,他就必须拿实质的利益去交换。而“在一个缺少稀有金属、因而不能用金钱对服务支付酬劳的社会中,土地是君主对其主要支持者们进行酬劳、并同时约束他们提供更多服务的最便利的工具”。<sup>[8]</sup>于是,国王不得不对各大贵族分封“封地(也译为采邑)”并予“特恩”,将包括行政权、司法权、财政税收权等在内的对一块封地的实质统治均拱手相让。从此,在这块土地上,“领主有权审判、收税,对地位低于他的人发号施令,私战、私人铸币和私人监狱取代了国王的统治,”<sup>[9]</sup>国王不但无权干涉,甚至连其官吏都不能进入封地。<sup>[10]</sup>此时,这块封地被认为已握在了封臣而不是国王的手中,封臣一词 tenant 的原意“掌握人”便由此而出。而按照自然法原理,对自己掌握不了的东西,人是不可能支配的,因此只能由实际掌握的人支配。这样,对于每一块封地,虽然其所有权源于国王,但其“掌握人”即封臣才能够真正地占有、支配并无限收益。

换言之,英国财产理念形成时期的现实实践是,一方面国王拥有全部土地,另一方面则是各个封臣实际支配自己的一块土地而不受国王(或上级封臣)的任何干涉。显然,在这种矛盾下,要同时保持二者又实现其各自制度功能的唯一办法就是:一方面认同所有权的存在,另一方面却不赋予其绝对性的权利内容,从而制造一个内容空泛的名义所有权留给国王,而让土地使用者拥有另一个有实际权能的所有权。这就是我们看到的梅因所谓“双重所有权”,<sup>[11]</sup>在英格兰国家发展的历史背景下,显然这种机制是合乎其现实逻辑并具有理论上的合理性。

## (二) 实践上的合理性

对此理论上的合理性,英国人又是如何将其付诸实施而获得了实践上的合理性的呢?

[6] 商周之后,秦汉以至明清,采行的社会管控办法则是“废封建置郡县”,以强大的皇权建立了政治、经济、军事和公共权威高度集中的一元化集权社会。就此,两千余年来,以皇权为核心的专制制度,才一直是中国政治制度的主导模式。在时间进入到当代后,我们在考虑自己的发展模式时对此不可不察,而需要首先认清中国完全不同于欧陆以及英美的历史发展过程。关于封建社会之辨,可参见侯建新:《“封建主义”概念辨析》,《中国社会科学》2005年第6期,第173-188页。

[7] Paul Coughlan, *Property Law*, Gill & Macmillan Ltd., 1995, p. 15.

[8] F. H. Lawson and Bernard Ruden, *The Law of Property*, 3<sup>rd</sup> ed., Oxford University Press, 2002, p. 77.

[9] William Stubbs, *The Constitutional History of England, in Its Origin and Development*, Vol. I, Cambridge University Press, 2011, p. 292.

[10] 如国王会颁赐特别文件写明,“应某地领主兼某教堂主教某某的请求;在某主教的教堂所现有的,以及以后该教堂靠上帝的恩宠所取得的庄园范围内,政府一切官员俱不得入内执行审判,收敛罚款或其他事物。此种权利俱由该主教和他的继任者掌管。”参见朱寰主编:《世界中古史》,吉林人民出版社1981版,第281页。

[11] 但实际上,“双重所有权”一说是梅因的一种误读。在英美法系自己的概念系统中,为了刻意区分于“所有权”来表明对国王的尊重,下一层的权利最初系被称为封臣的保有权。后来随着臣服礼、宣誓效忠等仪式的去除,社会调整的纽带不再是人身的依附,而径以土地本身取而代之,随之,“保有权”中的公法成分淡去,而其中的私法内容则以“地产权”的概念另行辉煌起来,故而英美法的权利基础其实是“地产权”而非大陆法系的“所有权”。

我们知道,早期的法律(包含罗马法和普通法等在内),基于当时人们的理解能力和社会历史条件,都是依靠程式的办法来解决纠纷的,即通过诉讼格式或令状<sup>[12]</sup>等程序来提供保护,然后从这些程序的隙缝中逐渐生长出来实体权利。因此,适用程式的不同、程式保护的不同、保护方法的不同等等,都会改变权利生长的路径依赖而衍生出不同的实体权利形态。

在我们熟悉的罗马法上,是用 *dominium* 来指称对于物的一种绝对权,而用 *possessio* 指称对于物的事实上的控制而不是法律上的效力,二者的保护必须适用不同的诉讼令状,对 *dominium* 的保护只能由 *Vindicatio* 诉讼来进行,而对 *possessio* 则适用 *Possessory interdicts* 等。*Vindicatio* 被后人翻译为“返回所有物之诉”,从中逐渐形成了后世的绝对所有权观念,*Possessory interdicts* 则为“占有强制令”,给予的救济仅仅是使当前的占有者保持占有。由此,罗马法上的“所有”和“占有”之间就产生了明确的区分,并在后续理论的强化下成为一道不可逾越的鸿沟。

而在英格兰古法上,*Vindicatio* 的对应形式,在不动产诉讼中最初是“侵入(*trespass*)”令状,后来细分以“收回地产(*ejectment*)”令状将其替代;在动产诉讼中是“追索侵害物(*trover*)”<sup>[13]</sup>令状和后来的“返还扣留物(*detinue*)”<sup>[14]</sup>令状。但无论是“侵入”还是“收回地产”令状,其中所规定保护的,都是不动产的“保有权”(*seisin*)而不是所有权,在“英国法中,对于一个试图收回不动产的原告来说,从不存在作为其案件要素的、在绝对权利的意义上证明所有权的必要性。普通法不是从所有权或占有的概念,而是从梅特兰名之为‘第三者依法占有’的概念入手的。”<sup>[15]</sup>不仅如此,无论是“收回地产”还是“返还扣留物”令状,其所提供的救济都是施压被告敦促其交出该物给原告,至于该物的所有权究竟归谁,则在所不问;而且这些令状也并不专属于所有权人,即使是没有所有权的人,同样可申请适用这些令状,而作为原告,他们在其中需要证明的,仅仅是比较于作为实际占有人之被告所拥有的占有权,他拥有一个更优的权利。<sup>[16]</sup>这样,“所有”还是“占有”就不再是关

[12] 所谓“令状”,最初即是国王对巡回法官授予的专门命令,法官依此授权可命令审判中的地方各当事人对照执行。由于英国法治形成初期,国王的中央集权能力有限,地方法院会试图对抗国王来维护自己的审判收益,遂采取死抠字眼的办法来限制国王所颁令状的影响范围,令状上写了是“保有”的、就不能扩大到“所有”,写了是“侵入人”的就不适用于“进入人”……从而形成了后来每一类令状适用的固化,再逐渐类型化,成为当事人提起诉讼的必需要件。

[13] 追索侵害物之诉为间接侵权行为之诉的一种。起初仅当动产遗失后拾得的人不将其返还遗失人时可以运用,因此它只限于动产,因为不动产是不可能“遗失”的。晚期,其适用慢慢扩展,即使是遗失物以外的其他动产被他人错误占有或毁坏时,原告也都可以此令状提起诉讼。

[14] 也有学者译为“非法留置的动产恢复”令状或“非法扣押之诉”,早先只适用于与寄托有关的情况,如甲将物寄放在乙处,约定一段时间后取回,结果到期后乙不将此物归还给甲,此时就可申请此令状。因此,早期这种令状仅适用于开始时合法取得、后来成为非法持有的侵权行为情况,但后来也可适用于一开始就是错误持有的情况,这样就与“非法强占的动产恢复”(*replevin*)令状基本相同了,只是在前者中,可以拒绝返还原物而以物之价值替代赔偿,在后者中,除非原物返还已不可能,否则不可以要求价值赔偿。

[15] [澳]瑞安著:《民法导论》,楚建译,载《外国民法资料选编》,法律出版社 1983 年版,第 168 页。原译者在此译为“第三者依法占有”的 *seisin* 现在通常是翻译为“保有”。

[16] 这里实际上牵涉到所有——占有的复杂转换过程,英美法上就此发生的令状拟制更替、国王和地方法庭之间的竞争和倾轧,绵延数百年,比正文的极简概括要复杂得多,参见冉昊:《论英美财产法中的产权概念及其制度功能》,《法律科学》2006 年第 5 期,第 37-39 页。

键,谁都可以“所有”,重要的只是谁的“所有”比现在的实际占有人更优。

在这样一种观念的内在影响下,在人类尚不具备强大理性而会自然遵循经验思维的那个时代,当人们面临各种相互冲突的权利时,就不是去穷追所有权,而只是在具体比较中来确立一个“比动产的实际占有人更优的权利”。于是,英国 13 世纪的法律在实际上承认了所有权的相对性,就象梅特兰所注意到的,“一个故事在另一个故事被讲述以前总是好的。一种所有权在更古老的权利被证明以前也总是有效的。没有人曾被要求证明一项所有权的有效性来对抗一切人;甚至,在一桩有关所有权的诉讼中,如果他证明了一项比他所攻击的人的权利更古老的权利,那也就足够了。”<sup>[17]</sup>

## 二 产权术语承载下“相对性”确立的普遍化

由上,进入到英美法的历史背景下,“所有权”就的确并不是单一绝对的,而可以划分出双重甚至多重的存在;以此为基,就如同“雅典人对物主张权利只意味着较 A、B 或 C 有更优越的权利”一样,<sup>[18]</sup>英美法也重复着古代这种意识,开启了对一系列相对有效的权利的承认;进一步,就此天然地容纳了一种比较方法的司法应用,采纳统一的产权(title)术语在不同场景下对各个当事人的主张进行动态衡量、对优者予以确立和保护。笔者将此称为“权利的相对性确立”,而与数百年后大陆法系通过立法理性预先对权利做出绝对确立的办法相对比,二者产生了重大的差异。

### (一) 权利的相对性确立

所谓相对性(relativity),从静态来看,系指就一项财产,无论其是有体物还是无体物、动产还是不动产,对其的从完满到不完满的权利,都是一项单独的产权;而无论外在看是否完满,就此产权本身都视为完整,即每个权利在单独存在时都是一个“绝对权利”,从权利内容到保护范围都具备剩余性性质(residuary character)<sup>[19]</sup>。举例而言,对一块土地,甲最先获得了它,自由持有;后来乙租赁之,租赁持有;再后来乙为向丙借款,又以其做成抵押,于是,甲、乙、丙分别对此块土地享有了自由持有地产权、租赁持有地产权和抵押权。在不发生冲突时,尽管三个主体对土地的这些权利的性质、作用和时间长短各不相同,但从形式上看,它们各自均是一项完整的产权,相互完全平等。

在此基础上,就形成了对“权利的相对性确立”重要的动态理解:即由于每个权利单独看都是完整的,故而其保护范围在权利冲突发生以前就是不确定的,所以任一产权的效力就无法预先确立为绝对的高或低,而只能由法庭在实际出现在诉讼中的各方当事人之间实施具体比较,谁的较高、谁的就是好产权(a good title),得以在本案中确立为有效

[17] W. Maitland & F. Pollock, *The History of English Law before the Time of Edward I*, Cambridge University Press, 1968, p. 93.

[18] A. R. W. Harrison, *The Law of Athens*, Clarendon Press, 1968, p. 201.

[19] 英美学者认为,所有权的特征不是绝对、不是单一,而是权利人对于所拥有之物具有剩余性权利。大陆民法对所有权的“弹性”解释中,也将弹力的源泉委诸所有权人所掌握的剩余控制权(未设定的决策和实施权)和剩余收益权(设定关系结束之后的剩余收益的取得)。

权利,获得完整保护;另一方相对于它则成为坏产权(a bad title),在本案中不被确立有效权利,就丧失保护。<sup>[20]</sup>但在所谓的好和坏之间,并没有绝对的界限,仅仅是在这个特定场景中进行高下比较,如果换个场景,结果就可能完全不同了。至于是否还有其他没有出现在本场景中的更高产权则在所不问,被认为是坏产权的一方当事人也不能以还有比对方更好的产权的存在为理由,而拒绝向对方承担责任。“英国法律人所问或试图表明的并不是谁是绝对意义上的所有人,而是哪一个争议人对争议物有更好的产权……英国法的产权是个相对的概念,法庭倾听出现在法庭上的当事人的主张,并在比较和联系过这些主张后,依据哪个是更好的产权而在他们之间做出判决,在此诉讼程序中,任何潜在的或假设的其他人的主张都与此无关并被排除在外。简而言之,对物的权利之争议的结果取决于谁在法庭上出现。这意味着这样一种假定的可能性——尽管并不太真实:随着不同的、一个比一个好的产权的持有人陆续申明自己的主张,将发生一系列法律诉讼,而且其中每个胜者都各不相同……如果你在街上捡到一件珠宝,另一人将它从你这拿走不愿还给你,你就可将他告上法庭要回珠宝的全部价值,即使很明显还存在着一个第三人对此珠宝的产权比你们两个的都好。拿走珠宝的人不能通过指出你的产权是有缺陷的来否定你的主张,他必须支付给你该珠宝的全部价值,而不是什么少一些的、表明你有的不过是个占有性产权(possessory title)的数目。”<sup>[21]</sup>

上述财产占有的例子是对权利的相对性确立最初、也最鲜活的说明,在这方面的一个重要先例 *Armory 诉 Delamirie 案* (1722)、<sup>[22]</sup> *Parker 诉英国航空公司董事会案*<sup>[23]</sup> 等都是围绕占有问题展开的。由于 *Armory 案* 年代已相对久远,篇幅所限,此处我们径以后一案例为例进行说明。原告帕克(Parker)在伦敦希思罗机场乘机,当他待在机场休息室时,他在地板上发现了一个金手镯,遂交给经营机场的英国航空公司董事会的一个雇员,要求如果没找到真正的所有人就将手镯退还给他,但董事会没有这样做,却以 850 英镑将该手镯出售。于是帕克提起诉讼,主张基于他对手镯的发现,他已对此手镯取得了一个比董事会的产权更高的产权,因此董事会的出售构成了对他的侵占侵权(the tort of conversion),应赔偿本金 850 英镑及利息。郡法院和上诉法院的判决都支持了帕克,认为他通过占有而获得对手镯的一个产权,而董事会不能证明他们在帕克之前有一个占有,就没有一个比之更高的产权,只能败诉。法院指出,对于允许大众通行的土地,占据人必须要先采取过一些积极的措施,如贴出告示等,他对此土地上的动产的产权,才能胜过动产发现人的产权。而如果没有此类措施,则任何后来的占有人,包括手镯被拿给他估价的珠宝商(保管性产权)、甚至从董事会处购买手镯的人,帕克的产权相较于他们的产权都发生在先,因而都构成一个较优的产权而获得保护。

[20] 没有证据确认高低的,则为可疑产权(a doubtful title), Paul Coughlan, *Property Law*, Gill & Macmillan Ltd., 1995, p. 11. 英美法文献中称此为产权的质量(quality)。这里采用的“好、坏(good/bad)”等习惯性称谓,主要意味着的只是不同产权彼此的强弱,但多多少少还是带着一点道德评价的意味的。

[21] W. T. Murphy and Simon Roberts, *Understanding Property Law*, Sweet & Maxwell, 3<sup>rd</sup> ed., 1998, pp. 60 - 62.

[22] *Armory v. Delamirie* (1722), 93 E. R. 664.

[23] *Parker v. British Airway Board* (1982), Q. B. 1004.

以这个重要先例来具体理解“权利的‘相对性’确立”,我们看到:首先,在同一个物上,可以有多个原始产权基于一定的法律事实而各自产生,它们有的是持有性的、有的是占有性的、也可能是所有性的,但这种性质上的不同并不重要,(在不发生冲突时,)它们各自都是一个良好的权利,具有完整的效力,彼此没有强弱之别,可以对抗(在更好产权人出现之前的)一切人;然后,随着物的流转,这些产权分别依照普通法的一般规则——*nemo dat* 规则以同等大小和性质发生着传递,*nemo dat* 规则的意思是“无论何人不得以大于其所有之权利给与他人”,<sup>[24]</sup>意味着人们处分其财产时不能授予其他人比他自己的更好的产权。进一步,在复杂的交往和流动中,当不同当事人的产权主张间发生冲突时,则循产权链向其各自的源头回溯,用这些源头的产权来两两比较。无论一个产权上存在着多大的瑕疵,只要在这个具体比较中,相对于冲突的对方,其相对更优,比如占有时间在先、或者符合衡平格言、抑或(在现代法经济学等实证思维下)总体成本更低,就足够在本案中确立为一个有效权利而获得保护。

## (二) 产权术语对相对性的普遍承载

在上文的论述中多次使用了“产权”<sup>[25]</sup>这一术语,而不是“所有权(ownership)”或“财产权(property)”等大陆法系概念,事实上,法律系统的实施依赖于其概念的联动,<sup>[26]</sup>秉持“问题性思维”<sup>[27]</sup>的英美法正是承载于“产权”这类特有术语之中的。“在英美法上,对所有权或财产权的使用其实更多的是在没有争议时,而不管为了什么原因,一旦对其需要更精确时,法律人通常更倾向于使用另一个不同的术语:title(产权)”<sup>[28]</sup>

回溯其土地法的历史渊源来认读,title 产生于中世纪初期,最初是一个诉讼上的术语,指一个人取得其土地权益的依据,如一个人系依据分封仪式取得土地的,那么分封仪式就是他的依据(title);系依据契据转让取得土地的,契据就是他的依据(title);系依据占有取得土地的,占有就是他的依据(title)。因此,当多个人都对同一块土地主张权益、而权益内容又发生了冲突时,法庭就会来分别比较<sup>[29]</sup>他们各自主张土地权益的依据(title),

[24] *nemo dat* 规则即 *nemo dat quod non habet*(no one gives what he does not have,自己所没有的就不能给予),参见史尚宽著:《物权法论》,中国政法大学出版社2000年版,第558页。英国1979《货物买卖法》第21条并明确规定了,购买人的诚信不能免除 *nemo dat* 规则对他的效力。Graham Battersby, A Reconsideration of Property and Title in the Sale of Goods Act, *Journal of Business Law*, 2001, January Issue.

[25] 此“产权(title)”不同于现代经济学帝国中泛滥使用的“产权(property)”一词,后者其实就是法学中的“财产权(property)”概念,只是由于翻译的原因产生了最初字面的差异,而在后来的中文使用中逐渐形成了不同的学科传统和辐射。但饶有趣味的是,虽然在古典经济学中,产权(property)被认为只是一个既定的事实,但在现代制度经济学中,已普遍认为产权的优劣是在讨价还价的契约等交易过程中,通过相互衡量这些权利量的大小而比较决定的。可见,虽然其各自的英文原初术语不同,现代经济学知识却与本文从法学维度论述的产权(title)的相对性具有良好的呼应。

[26] 在此强调是“概念的联动”,而不是原子化的概念本身在维持系统的运行。因为所谓概念,是对现实生活中一类现象的概括和表征,但现实生活不是严密的数学,同类现象的个体之间于大同之下总归小异,而由于当代科技社会、风险社会、全球化社会下事物普遍的互联互生,外部性无限增强,影响个体不断变动,以致抽象的类同化概念日益难以反映其真实特征;反过来说,那些无比严格、不允许例外的概念也就不可能是对现实的真切反映。在这个意义上,不依赖于严格概念的英美方法论,非常值得在走过了概念严格化阶段后的现代人们再给予充分的重视。

[27] 参见〔日〕大木雅夫著:《比较法》,范愉译,法律出版社1999年版,第122页。

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

[29] 其比较的方法不是如我们基于现代实践想象的由各方提交书面证据等,一旦证据不能取得,就难以做出合理的判断,而主要是依靠从当地挑选12个熟人组成陪审团的方法,在事实上发挥了熟人社会的制约机理,可以比较轻松而大概率正确地判断出各当事人所主张title的真实性和时间早晚。

哪个依据在时间上是更早的,就更高更好,成为“优产权”而获得保护。

渐渐地,在长期的使用中,title 的程序含义被简化而直接指代向权益本身,演化出实体权利的含义来。进一步,在英美法借助类推合法性进行的经验型发展<sup>[30]</sup>中,这一土地法中的工具也为其他法律关系所模拟适用来解决纠纷,于是,title 的外延范围不断扩大,逐渐包括了财产上的任何权能。“(产权这个术语的第一个意思是财产权得以建立的工具,如常用的‘产权链’这一短语;)除此以外,它有时还被作为‘土地上的利益’的同义词;有时被用来指具有上述财产权的某一项或另一项内涵;有时等同于‘完全财产权’;还有时指‘所有权’或其中的若干方面”。<sup>[31]</sup>

Title 一词在现在英美法律语言中具有三种含义,“①构成控制或处分财产的法律权利的所有元素(如所有权、占有和保管)的集合;人们与为其所有的财产之间的法律联系。②人们对其财产上的所有权法律证明;能构成此类证明的法律文件,如契据(deed)。③法令的名字。”<sup>[32]</sup>显然在这三种含义中,涉及本文研究的是前两种含义的合体,笔者将其译为“产权”,对应于中文法律学术体系中表达类似含义的其他几个相对固定术语:所有权(ownership)、财产权(property)、权利(right)和利益(interest)。在英美人的理解中,它们之间的区别是明显的:财产权(property)是“在作财产性权利理解时经常指向完整的所有权,并倾向于强调静态的权利状态”;而利益(interest)“既可以综合地指向请求、特许、权能和豁免的变动集合,也可以分别指这其中的任一个”,强调的是利益人的一种获利或好处,至于能否转化为财产权获得保护倒在其次;产权(title)“则经常与 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,由此进行动态的比较,多用于证明问题和转让机制中”。<sup>[33]</sup>

综上所述,“产权”既在实体意义上使用,展现了影响权利载体的整体图景,也历史地隐含有强烈的程序意义,说明了某项权利的具体性质、基础和来源。一旦发生纠纷时,英美法律思维的习惯就是使用“产权”概念来在当事人之间进行比较。不管争议各方主张的是大陆法系理解为完整的所有权类型、还是受限制的用益权、抵押权、债权或者其他什么利益,都一视同仁地认为当事人享有一个完整的产权,要求对这个产权进行保护。这样,各方拥有的都是产权,大陆法系那种预设权利类型高低的绝对确立方法就无法再适用了:不能再直接说我有物权,你有债权,物权优先,因此要保护我而否定你;或者你的是用益权,我的是所有权,而所有权具有完全之权限,用益权仅是定限物权,所以胜出的肯定就是我的而不是你的。因为现在,你有的是一个产权,我有的也是一个产权,单从概念形式上,产权 = 产权,而不能说产权 > 产权或产权 < 产权。

由此,在“产权”术语的承载下,通过比较而在个案确立权利的相对性办法就得到了

[30] 相对于“经验型发展”获得的合法性基础,大陆法系是在数百年后以革命打破旧有秩序,通过概念的系统建构来重新生成的逻辑合法性。不过对于欧陆与英美的这一差异,在我们过去“学习西方”的时间和心情迫切下,被人们相对忽略,而未注意到由此带来的英美法下、与我们继受之大陆法系完全不同的部门法混同性、公法私法模糊性等基本结构差异。

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

[32] *Black's Law Dictionary*, Bryan A. Garner as editor in chief, 7<sup>th</sup> ed., West Group, 1999, pp. 1493 - 1494.

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



普遍运行,其不依靠逻辑建构的系统立法来预先设定权利的类型和绝对效力,而是依托情境思维综合考量具体案情下的多项因素来比较各方当事人主张的具体内容,将其中较优的确立为本案下的权利、使其获得保护,对应的主张则经比较较劣而不能(在本案中)确立为权利,便不会得到保护。<sup>[34]</sup>

### 三 权利“相对性”确立下带来的线形权利群结构

借助于“产权”术语的承载运行,英美法中普遍贯穿了权利的相对性确立办法,承认一系列独立权利的平行继起,直待发生冲突时再来具体比较谁更优而给予个案保护。<sup>[35]</sup>由此,绝对性与相对性的不同起点,就给两大法系的(财产)权利群带来了完全不同的结构。

#### (一) 英美财产法的线形产权链结构

英美法最初发端于源自土地不动产实践的财产法,在其中,“普通法发展了一种原则:连续的土地占有会产生一系列权利,一项权利能有效对抗一切由于没有更古老因而更有效的权利的人,这些权利的相对有效性根据其被主张的时间而有所不同。”<sup>[36]</sup>因此,英美法财产权利认定的整体图景,就可以形象化为一根线形的平滑产权链,其中的各个环节之间都平滑而平等,唯一的区别只在于哪一个节点更靠近些链子的源头。这里没有任何一个节点凸显出来,而被称为“所有权”等什么特别的权利类型,因为即使是所有人在主张自己的所有权时,也没有一个像“返还所有物之诉”(vindicatio)那样的特别诉讼格式,而同样是采取比较的办法,用真实所有权来表明他的占有尚在现实占有人之先、故而对后者构成优产权而胜出。“在英国财产法的概念结构中,真实所有权和占有性产权之间的区别的实质只是,在先和在后取得占有之间的差别,”<sup>[37]</sup>所有人拥有的,与其说是一个所有权,毋宁说是一个最先的占有权。

但这并不是说线形产权链上的各种权利都是一模一样的,事实上,英国法完全承认所

[34] 遗憾的是,对于内摄于英美司法理性中的这一相对性特征,我们由于没有相同的实践支撑,特别是汉语本身依语法是一种不具逻辑性的语言,因而在比较法的进入中,找不到一个术语来完全对应 title,只能混用其他概念,而就此忽略了其所承载的“相对性确立”之实质制度功能。

[35] 当然笔者也深知,一旦放弃所有权设定的绝对因素而进入“相对性”的理解,立刻就会带来后续的困惑:英美法上的权利究竟以什么为标志?是否承认人身、财产等自然法权利的存在,如果承认的话,它们也是相对的吗?还具有对世效应吗?如果具有的话,其基础不是绝对的默示外观,又在哪里?这一问题非常宏大,背后牵涉到自然法学与实证法学的差异和融合、立法理性与司法理性的嫁接与互通等,笔者对此暂时的思考是:在私法视野下,一切法律关系如果无法还原到“所有”这个原点上,就无法再被一步一步地进行逻辑推演,因而无法寻找其存在的合法性。因此对英美法整体首先就要从宏观上放弃公法私法的二元分野而通过历史来理解,从英国大宪章到美国宪法历次修正案,其最重要的“所有权”问题都是通过宪法运行来保护的;与此同时还必须放弃程序法和实体法的区隔,记住案例法系最重要的那句格言“救济先于权利(Remedy Precedes Rights)”。简言之,要理解大陆法系,单从其法定权利形态入手,即可知一二;而要理解英美法系“这一麻袋琐屑的东西”,就必须接受其“整体性”特征,完全了解它的经验历史和司法运行后方能渐得其真。参见 S. F. C. Milsom, *Historical Foundations of the Common Law*, 2<sup>nd</sup> ed., Butterworths, London, 1981, Introduction I.

[36] [澳]瑞安著:《民法导论》,楚建译,载《外国民法资料选编》,法律出版社1983年版,第168页。

[37] W. T. Murphy and Simon Roberts, *Understanding Property Law*, Sweet & Maxwell, 3<sup>rd</sup> ed., 1998, p. 60.

有权具有不同的程度,如限嗣继承地产权(fee tail)人和终身地产权(life estate)人都是地产的所有人,其享有所有权的程度却比不上不限嗣继承地产权(fee simple)人。<sup>[38]</sup>但“地产权的划分主要依据其保有时间长短的‘量’”,<sup>[39]</sup>它们之间的这种差异只是量上的,而不是质和属上的,只要在各自的时间期间内,所有地产权都具有相同的权利内容,都可以出售、抵押、赠与、出租、回复、入股和证券化……并适用同一的救济回复方式和处分让与格式。

举例来说,A对一块土地拥有不限嗣继承地产权,约定将此土地转让给B终生使用、B死后由C再使用终生、直至C死亡时再由A取回。这样,在同一条平行线上就分割出两个终生地产权和一个将来行使的不限嗣继承地产权,共同形成了射线状的一个土地财产权利群构造。而特别重要的是,在这样的构造形状下,这三个产权虽然在实际占有的顺序上先后相继,但却是在A做出这些约定的同时一起出现在射线上而均成为了现实的地产权,只是其各自的体现方式不同,其中B的体现在占有中(in possession)、C的体现在余剩中(in remainder)、而A的体现在回复中(in reversion),前者赋予了B现实占有和利用土地的权利,后二者也同样是现实权利,只不过是将在未来获得不动产的占有。三者并存于彼此,分别发生着(属于自己权利内容的)效力,因而性质上没有高低之分,一旦发生冲突时,并没有谁当然地劣于谁而丧失保护,而需进行具体的比较来确定权利的归属。

## (二)大陆财产法以所有权为顶点的伞形结构

与英美这一线形产权链形成了鲜明的对比,我们所熟悉的大陆法系财产权利群,所形成的则是一种从所有权出发、再向下挥发出一个个限定物权的层级性伞形结构。在这样的结构形状下,伞尖只有一个,那就是所有权,成为全部构造的唯一根源;其他权利的生成,只能以此为权源,将其一部分分割出来形成各种其他权利挂于伞下;对这些权利之保护的考量,相应地也就都必须以伞顶之完整维护为前提,否则“皮之不存,毛将焉附”!简言之,相较于高居于顶端的所有权的完全性,其他蜷缩于伞盖之下的权利都成为了限定性的,“所有权是对物的全面而有弹性的单一支配权,用益物权则仅得对物的一定方向为支配。在所有权弹性力的作用下,全面的支配与一面的支配,形成质的区别。”<sup>[40]</sup>

为什么两大法系的财产权会有这样大的差异,进而在形象化后显出完全不同的结构来呢?笔者以为,这是因为在英国从不动产法发端、类推改良而发展出自己的经验理性法系几百年后,大陆法系才经由迅疾革命来着手建构自己的逻辑理性法系,而此时的时代基础和人们反思能力都已有了很大的不同:在反动于中世纪的黑暗而急切确立个人独立主体地位的时代需要下,大陆法系人们基于动产只能同时被一个人使用的经验感受,<sup>[41]</sup>强化反思,揉捏出了一个似是而非的先验公理——一物一权:一个物只有一个主人,一个物

[38] 如前正文所述,英美法自封建社会缓缓改良绵延而来,因此其各种产权的名称还保留着最初的原始形态,fee simple意为不限嗣继承地产权,fee tail意为限嗣继承地产权,其中的fee本意上就是“封地”。所有这些产权都是土地上的—种地产权(estate),地产权即是英美法上最基本的权利单位。

[39] Cheshire G. C., *The Modern Law of Real Property*, Butterworth & Co. Publishers Ltd., 1958, p. 31.

[40] 史尚宽著:《物权法论》,中国政法大学出版社2000年版,第3页。

[41] 所以其实只要我们破除来自动产的经验思维限制,而更多关注不动产的使用实践,立刻就会发现其上有多权在同时良好地运行着。

上只能有一个绝对的所有权。这样,从权利的形成来看,一个物上只能有一个所有权,那么其他一切对物的权利就都不可能是所有权的平行位移,而只能是所有权人将自己部分权利的暂时让渡,由此形成的就是一种对他人(所有权人)之物的外在的权利,自然绝不能与天赋神圣的财产权利相提并论,而始终低于作为自物权的所有权;反过来从权利的保护来看,其他权利既然均是基于所有权的暂时分离而生,作为派生之物最终也必然都反弹回归于原权,因此整个财产群制度体系的设计就是围绕回复所有权来保护所有权的完整,而不是对分离后各个权利的平等保护、以使它们具有充分的可交易性和可处分性、营造多种权利的丰富运动体系。简言之,在大陆法系下,只有所有权人才是财产的唯一主人,其他权利都由它派生而出,因此,所有权是自物权,其他的则都是产生于所有权人之财产的他物权,因此在性质上区分于所有权、在效力上示弱于所有权——一个“他”字,道尽了一切物权和所有权之间的地位差距和无限鸿沟。

这条横亘于所有权与他物权之间的鸿沟,导致在收益安排上,人们对后续生活变化带来的各种新增权能利益,<sup>[42]</sup>自动地产生一种归诸所有权人、而排斥其他权利人获得的倾向;在处分制度上,除了特定明示例外,必须遵循自物权优于他物权、物权优于债权等预定类型下的普遍规则,而日益阻碍了他物权的自由流转。相比之下,线形产权链上的各个节点性质同一,没有人会认为其中一个是土地实体为对象、而其他的则是以实体再抽象权利的部分为对象、因而前者当然高于后者的情况。“在法律人眼中,佃农/租户也是土地所有人”,<sup>[43]</sup>在这里,各个产权人都可以充满自信地说自己是土地的所有人,大家拥有的都是自物权,而没有哪个是他物权,同属一个行列,地位相互平等,没有谁决定了谁,也没有谁需要特别的回复保护,自然也就没有什么鸿沟阻碍任何一种权利的独立存在和流转运行。

## 四 线形结构下灵活认定权利的丰富应用

观念上的认识带来制度上的应用,随着这样的一条人造鸿沟的消失,较之于所有权高踞顶端的伞形结构,在相对性确立的权利的线形构造下,各种权益的独立存在和自由流转就得以松绑,为现代社会带来了丰富的灵活应用。

### (一) 权利根源多元化带来的合理保护

对应着物上一个绝对性权利的消失和多个平行性权利的并存,有学者指出财产体系可分为一元名义制的(*unititular*)和多元名义制的(*multititular*)。其中,罗马法以来的理解是一元名义制的,因为它只有一个产权之根,各个权利都只能源此而出,即如果所有权属

[42] 所谓“新增权能利益”,传统认识主要是指自然孳息和法定孳息的增长,而在现在,还出现了很多由于社会交往互动增强而发生多种外部性带来的权利人本人无预期的增益,典型如公共投资修建高速铁路导致路边土地的急速升值。按照传统自然法理论,土地是财富之父,劳动是财富之母,对于在自我土地财产上劳动带来的孳息等权益增长,归于财产所有权人,当然公正合理;但现在对于非由于自己的任何劳动而仅仅借助他事物的外部性带来的增值,仍然惯性因循传统原理完全归诸所有权人,从整体社会的价值分配而言,是否还具备完全的合理性?

[43] Kate Green & Joe Cursley, *Land Law*, 4<sup>th</sup> ed., Palgrave MacMillan Publishers Ltd., 2001, p. 7.

于 A,就不存在途径使 B 通达至此根源。“说我有一个东西,就必然意味着你没有它,因为如果它是你的,它又如何归我呢? 这样的思维由此倾向于消灭一切居于所有权和非所有权之间的中间可能性。结果就是,当人们想在多人间分配土地上的权利时,他们更愿意采用一种,至少在表面上看来,能避免对所有权分割的方式”。<sup>[44]</sup> “个人所有权的法律强烈地拒绝碎片化,在每个交易中,所有权要么被整个转移、要么就一点没转移。”<sup>[45]</sup>

对此,我们借用前述例子(简化为 A 将自己的土地给 B 使用终生后收回)来看,按照大陆法系的理解,就是 A 有一个标签为“所有权”的盒子,然后打开掏出其中一部份给了 B,从外观上看,盒子本身始终完整,也就是说, A 仍旧拥有全部的所有权,只是部分权能暂时横向分割借与了他人,以后则终将回到此盒中;而按照英美法系的理解,是 A 有一根标签为“不限嗣继承地产权”的长长的射线,然后纵向截取其中一段给了 B,从外观上看,这个射线少了一段,但其后面的部分却毫发无损由 A 继续拥有, A 并额外获得了一个复归权,在 B 线段到头的时点发挥作用使自己恢复占有。这样,财产就并不只有要么在盒中、要么在盒外的两种状态, A 和 B 之间也不再是非此即彼的 A 有、B 则没有的关系,而完全可以根据不同的时间安排来首尾相继、彼此回溯,在 B 使用终身后,自然回转到 A 的手中继续支配和受益。

因此,普通法以来的财产体系就是多元名义制的,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根源而成为独立的权利。<sup>[46]</sup> “这就在原则上否认了所有权的一体性,创设了一种有利于其它形式的所有权分离的精神氛围”,<sup>[47]</sup> 促进整个权利体系积极而有效地运行起来。

如在大陆法系中,当原告要求恢复原状时,即使被告的产权确有劣于他的瑕疵,但被告只要能证明原告并不具有所有权,原告很可能就得不到保护,因为要恢复原状也只能恢复给所有人,而只能有一个人是所有人,因此只要被告能证明还存在一个更高的第三者权利(说明了原告并非所有人),原告的请求就会归为无效。而在英美法系中,法律适用的结果却正好相反,如前文多处举例所说,其对一系列相对有效的权利都予以承认,所以只要在当下的具体比较中原告优于被告,其主张就得确立为权利,而得到一切合理的救济措施,由此保证了尽快恢复原状和社会秩序的稳定。

不仅如此,当纠纷中找不到相关法律规范依据而缺乏请求权基础时,运用权利的相对性确立办法,就可以不必说清争议各方主张的究竟是什么(预定类型)权利,而仍合理地比较确立较优的权利来给予保护。如在引起人们热议的“亲吻权”纠纷中,陶女士被醉驾汽车撞倒致十级伤残,车祸后遗症更致使其“每次亲吻,嘴唇上残留的片状疤痕都会疼痛不已……”,陶女士为此愤而起诉、索赔直接经济损失以及“亲吻权”受损而致的精神损害

[44] A. M. Honoré, *Ownership*, cited from *Oxford Essays in Jurisprudence*, edited by A. G. Guest, Clarendon Press, 1961, pp. 136 - 141.

[45] J. Sprankling, R. Coletta, M. C. Mirow, *Global Issues in Property Law*, Thomson West, 2006, p. 3.

[46] A. M. Honoré, *Ownership*, cited from *Oxford Essays in Jurisprudence*, edited by A. G. Guest, Clarendon Press, 1961, pp. 136 - 141.

[47] [英] F. A. 劳森、B. 拉登著:《财产法》,施天涛等译,中国大百科全书出版社 1998 年版,第 78 页。

费2万元。最终,四川省广汉市法院支持其所有直接经济损失要求,但驳回了“亲吻权”主张,因为现行法律无此权利类型规定,法院实难为无米之炊,判决赔偿于法无据。<sup>[48]</sup>但事实上,在我们大踏步迈入的复杂“风险社会”下,日益频繁的外部性效应会引起很多无法预期的意外损害,“亲吻权”这类没有立法预先确立的司法主张会越来越多,甚至成为“风险社会”下的“新常态”。此时,如果我们将权利的确立办法转化为相对性思维,法官就不再需要徒劳地去寻找那个不存在的请求权基础来考察哪个主张具有绝对性、因而可获得对世性保护,而只要在当前纠纷下具体论证成功何者更优,就得将其确立为权利、相应给予保护,这样的司法就是符合人们的公正要求的。反过来按照相对性思维,即使给予了某种主张以保护、也并不意味着其就获得了请求权基础,而成为了具有了绝对性的“权利”,以后类似情形一定再予保护,因为在另一个场景中,它完全可能在其他案例因素的综合考量下经比较又弱于其他产权,而败下阵来、不能确立为权利。显然,这样的灵活性,是在对权利采取绝对性认定办法,以致权利“要么全有、要么全无”的大陆法系中无法实现的。

## (二)可交易权利的几何增长

除了以上在实际审判中的作用外,在当代“从归属走向利用”的商业流转社会下,相对性还能带来金融方面的极大改善。

我们看到,在上述时间产权链的纵向分割下,就出现了一个技术上的重大差异:依绝对财产权结构,当所有权负担消除后所有权自动回复圆满,即其他权益终止时,财产自动返还所有权人。换言之,无论怎样横向分割,整个权利群都是在所有权之伞顶的涵盖之下的,因此任何权利的回复都是内部的自动弹回,也就无法进行独立的操作;而在相对财产权结构下,前例中A授与B、C之终生使用权成立的同时,C额外获得了一个转归权(remainder)、在B的权利终止时点发挥作用获得占有,A则额外获得了一个复归权(reversion)、在C的权利终止时点发挥作用恢复占有。换言之,按照时间做出纵向分割后,每段权利都是射线上的独立一部分,因此任何权利所发生的复归或转归,都是不同权利间的转换,完全可以构成一个独立的操作。而如上所述,纵向分割后形成的“现时权益”与“未来权益”虽然在现实占有上是轮流继起的,但在产权本身的存在上却是同时并立的。如B的终身地产权为现实权益,A的复归权和C的转归权为未来权益,尽管依照A的产权(复归权)内容,A在C死后才能进入占有该土地,但其复归权却是与B的产权(终生地产权)同时并存的,“按照正常的程序,我们只有依次听完贝多芬交响乐的第一、第二和第三章之后才能听到第四乐章,但它们却是同时显示在乐谱上的”。<sup>[49]</sup>因此,对这些分别独立的权

[48] 案情及相关争论参见 <http://news.sina.com.cn/s/2003-12-11/10022344657.shtml>, 访问时间:2015年3月4日。笔者在此并非主张凡是索赔就要赔偿,陶女士之亲吻主张必须获得支持,而只是指出对权利的确立,除了我们熟悉的绝对确立外,还有另一种相对确立的思维,而如果秉持这种思维,所谓没有请求权基础等我们在大陆法系下遭遇的问题可能只是人为困境之假问题。至于究竟应否赔偿,实质上即是陶女士之产权与肇事司机产权之间的权利冲突问题,要在具体案情下比较其中的多种因素来综合权衡,更重要是在不同的时代环境导致的正义要求下,人们会得出不同的直觉结论。此案发生于2001年6月1日,此后引起了司法界、学术界以至民间的一系列争论,从21世纪之初的反应来看,法律人们系更多倾向于为避免滥诉、不予赔偿,但近年来从最高法院陆续颁布的人身损害赔偿等司法解释的很多扩大解释中,我们隐隐地看到适应当代风险社会的要求,法律的正义罗盘定位不断发生的悄悄微调。

[49] [英]F. A. 劳森、B. 拉登著:《财产法》,施天涛等译,中国大百科全书出版社1998年版,第86页。

利, A、B、C 都可以随时根据自己的意思和需要将其复归权、终生地产权、转归权进行处分。这样, 这些在所有权伞形结构下并不单独存在的未来权益, 就可随时自由交易、流转; 从而不再只是所有权人一人有独立财产, 权利群中的每个权利人都具有了自己的独立财产, 可以其为自己实现归属以外的多种担保、利用价值, 借助于现代金融手段几何倍数放大财产可能发挥的经济价值。

事实上, 随着社会经济生活的飞速发展, 人们的经济行为日益多样, 财产除传统的使用、收益外, 更被用来抵押、出质、留置、寄托、附条件买卖, 还可出租、设置地役、以收益流做担保、计划未来使用、证券化、创立衍生产品……从多种多样可能的层面进行着多维度的分割和权利配置。而伞形结构下的财产理念设计, 全部的目的就在于区分所有权和他物权, 通过保护伞顶自物权对财产实体的绝对控制来维持所有权人的占有归属。但随着资本主义生产方式的全面渗透, 交易取代生产本身成为人们谋取财富的主要手段, 人们的收益除了通过控制物实体来获得孳息增长外, 更多是借助于流转和担保来将物的价值几何放大, “作为原则, 产品在其生产之初, 对生产者及其所有权人就无任何使用价值而只有交换价值,”<sup>[50]</sup> 交易流转越快、证券化层级越多, 收益就越大。在这样的时代环境下, 对自物权之归属的绝对保护, 就注定要让位于对他物权之利用的相对保护, 而线形产权链下的纵向分割, 正提供了解决这一需要的制度工具。

### (三) 时间维度加入之后所带来的不动产处分自由

除了以上两者的抽象应用外, 线形产权链结构下借助一个新的维度——时间, 还能就不动产之长期、代际使用产生诸多具体的应用, 适用了我国在社会主义市场经济转型中不断释放的从动产到不动产财产类型的调整需要。

各不动产权益在线形产权链下随时间逐个继起、平行分化, 就此形成的财产权利理念就从人们经验直观的空间三维世界走向了一个时空四维世界, 土地等不仅可按其功能进行横向分化, 更可以依据存续的时间来进行纵向分割。依此内在的逻辑性, 可以说, 每一个地产权就是土地上的一定时间、或者一定时间的土地, 因此, 就如同时间可能无限分割一样, 权利的设计和处分也可以无限多样、而变得无比丰富起来。<sup>[51]</sup> “这是一种令人振奋的法则, 它为财产中的权益提供和确认了巨大的自由和安全”,<sup>[52]</sup> 可让每个人的实际需要都得到自我的创制并实现, 而具有了其他法律体系所无法比拟的柔韧性和灵活性。

#### 1. 对自己房产的未来安排: 定序授予 (settlement)

试举我们生活中的一例来观察: 甲发妻身亡, 留有两子, 再婚, 新妻又孕, 此时甲惊悉自己得绝症, 遂苦心做身后安排, 若把房屋留给新妻, 怕其未来再婚影响两子继承房产, 但若径留给两子, 又担心他们将其出售导致新妻无处安身, 总之, 他既希望妻子可以在有生之年对该财产进行利用而获得收益, 该用益又不会侵犯到子女未来的财产利益。不仅如此, 甲可能还会希望妻子死后将房屋交由妹妹使用、再转给自己子女, 又或者甲期待光耀

[50] [日]我妻荣著:《债权在近代法中的优越地位》, 王书江等译, 大百科全书出版社 1999 年版, 第 13 页。

[51] Diane Chappelle: *Land Law*, 5<sup>th</sup> ed., Pearson Education Limited, 2001, p. 5.

[52] [英]F. A. 劳森、B. 拉登著:《财产法》, 施天涛等译, 中国大百科全书出版社 1998 年版, 第 86-87 页。

门楣、打算将房屋只留给第一个考上了大学的子女,或者是照顾弱小、大部分留给新妻腹中胎儿……

对于以上多层目的,按照我国现有继受自大陆法系的财产法律规定,只能或以债权、或以物权方式为之。以债权方式,即是通过合同与特定当事人分别做出约定,但按照债权原理,合同约定缺乏对世性,无法对抗第三人,风险较大;以物权方式,即是在不违反“物权法定”原则下创设物权,那么对于第一层想法,大致还可通过创设“居住权”<sup>[53]</sup>来实现,但对后续的若干想法,若逐一创设物权的话,莫说物权法定原则不允许,坚持一物一权的物权法本身在解释适用上怕也会疲于奔命。<sup>[54]</sup>

但事实上,这些都是市民社会中很现实的经济需求,只要赋予主体自己以合理的制度工具来明确分配财产权益,各方完全可以和谐共处。只是在一元名义制的财产系统中,创设一项延伸至将来的权利,会受到诸多的限制,因为以动产实体为对象建构的整套所有权伞形规则下,无法承认有未来的实体,因此民事主体对自己的各种身后需要、即未来的财产安排只能束手无策,听任后人公堂辩诉、亲情沦丧。而一旦进入到多元名义制的财产系统中,以时间相对性纵向分割建立的一套线形产权链财产权规则下,完全允许在未来特定事件尚未发生时即授予他人一个确定的权利,由此,借鉴英美法中称为“定序授予”这种办法,一个接着一个移转财产的精致系统马上就能够形成,民事主体可充分贯彻自己的意思,将自己房屋产业等不动产的处分设计在多个继受人之间,对现实和将来(包括尚未出生的)亲人的经济生活都做出良好的安排,保证特定目的的实现。

## 2. 对他人土地的灵活利用

除了通过定序授予实现对自己房产等的未来安排外,相对性的办法还能带来对他人土地不动产的丰富利用。“如果所有权在土地主人和土地持有人之间可以发生分离,为什么不能在与土地有其它方式联系的人之间发生分离?”<sup>[55]</sup>“在封建地产体系中,可能是一个修道院长为本地乡绅持有该乡绅授予修道院的一个农庄——乡绅为本地公爵持有位于该公爵大片领地中的这个农庄——公爵的大片领地则构成他在为国王持有的一个郡。在现代英美社会中,这种财产结构的对应物则是,一个小企业租用了某人的一间办公室——该人从一个公司处次级承租了该办公室所在的一层楼——该公司则是从一个自由持有人(freeholder)处租用了这整个的大楼”。<sup>[56]</sup>而除了城市生活中密集人居下以此解决的对他人土地、物业的利用需要外,反观我国独特历史起步带来的资源现状,更重要的农地利用等问题从中也能找到很好的化解途径。

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,于是只剩下了国家这个唯一的财产权人,通过不同财产

[53] 这一物权类型在我国现有《物权法》中虽没有规定,但却是自罗马法以来人役权的典型之一,随着我国未来民法典编纂过程中对物权的完善,有可能将其加入,使当事人的创设符合“物权法定”原则。

[54] 参见张焜纶:《财产权利的对抗力规范——从继承中的财产法规则谈起》,《政法论坛》2013年第1期,第73-74页。

[55] [英]F. A. 劳森、B. 拉登著:《财产法》,施天涛等译,中国大百科全书出版社1998年版,第79页。引用文字中“土地主人(landlord)和土地持有人(tenant)”,原书译者是翻译为“地主和佃户”,笔者根据其在英美土地权利体系中的本来含义进行了改译。

[56] F. H. Lawson and Bernard Rudden, *The Law of Property*, 3<sup>rd</sup> ed., Oxford University Press, 2002, 第78页。

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。为此,1978 以后,开启“边缘革命”<sup>[57]</sup>收缩公有制的庞大空间。<sup>[58]</sup>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,只是它拒绝一步到位的休克疗法,而采取了试验性的渐进办法,从动产到不动产,从居住型住宅不动产到生产性土地不动产,一步一步逐渐释放。在此过程中,人们习惯性继续适用大陆法系基于动产经验创制的伞形所有权结构,一元名义制“要么全有、要么全无”的流转思路就带来了现实中突出的矛盾:农地的所有权,统一归属于国家或村集体,而分散持有承包经营权的广大农民,被认为仅仅是伞盖之下的他物权人,因而要么为了保护所有权的完整,限制承包经营权的流转或者不允许农民独立拥有其承包经营权利益,影响财产权利在现代社会本应发挥出的巨大经济价值;要么交付土地实物方发生农地权利的变更、而一旦流转变更又再不可回复,从而危及广大农人的生存稳定,反过来也限制了他们大胆交易流转农地的可能性。

相形之下,借助时间维度来相对性确立权利的线形产权链,则很适于借鉴来建立多元名义制的农地不动产系统。此时,每个承包经营权人,都可以在自己的承包经营权时间期限内,自主裁剪部分时间的土地权利线段创设“次级承包权”并同时获得该线段终止时的复归权,然后依照一定的对价,将这个新的、独立的“次级承包权”让与他人。这样,他们可以确信,自己将能在“次级承包权”终止时点恢复占有,即在后续有效时间内确定地收回承包经营权。对此,按照广大农民的朴素认知心理,就会认为土地还在他们手中,相应地,就敢于大胆地出让“次级承包权”给农村合作社、家庭农场等新型农业经营主体,逐渐解决土地集中归属和分散利用之间的矛盾。

不仅如此,在“次级承包权”的基础上,我们按照相对性的理解,完全可能再行截取新时段不断创立新产权,促进纵向分权后的他人土地就此成为每个人的自有权益,而借助时间维度实现独立权利主体(理论上的)无限增长。当然,这种办法在英美法的发展历史上,一度导致其土地上的负担不堪重负,极大影响土地的流动性和融资可能性,而不得不

[57] “边缘革命”系指政府放开一定管制的边缘地带,由民间力量主导运作的自下而上的改革,如饥荒中的农民发明了承包制;个体户打开了城市私营经济之门;经济特区吸纳外商直接投资而开启劳动力市场等。随着这些草根创新力量的日渐显著,我党的十四大正式提出实行社会主义市场经济,自下而上的改革与自上而下的顶层设计汇合成一个巨大的合力,共同推动中国的经济发展。这一观点在事实上否定了西方学者对中国改革研究中更多强调政府力量的国家资本主义路径。参见[英]罗纳德·科斯、王宁著:《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。

[58] 从经济学理解上来看,在计划体制下,土地生产要素由政府计划配置,因而不存在流转的必要,相应也就不需要土地流转的制度工具。土地所有权、土地使用权(在我国当代主要对应的即承包经营权)此时只具有界定农村集体土地、农民个人使用的范围的作用,可以说,静态权利的划分重要于动态权利的确定。但在进入市场经济后,市场对资源配置的方法——通过价格要素使资源向最有效使用处集中——使其有效性的发挥必然要求权利的流转,动态权利确定的需求就开始大于了静态权利的划分,亟需规制土地流转的制度工具。为此,迄今为止,经济学界开出的普遍药方实质就是实行土地私有化,赋予使用人——广大农民以所有权,因为个人所有权被认为是最简单和便捷的明晰产权制度,能够让产权人自主选择实施最有效的财产增值方法。但这一药方,第一,不符合进入后现代化阶段后各国对土地这种不可再生的资源加强管制的趋势;第二,不符合我国人多地少、人均土地面积(0.777 公顷)仅及世界人均土地资源量 1/3 的现实国情;第三,不符合我国当前的意识形态坚持。对这些问题的争论都将是长期的,在这个长期的过程中,我们除了单纯的等待外,还是应该借鉴多种比较法智识,做出尽可能的改进。



创设新规则来再做出限制。<sup>[59]</sup> 在当代科技社会下,除了借鉴比较法上的这些既有制度外,我们还可借助于飞速发展的信息技术,建立起统一的登记制度,实现高效便捷的查询,从而可以对土地往复循环、多重利用、特别是发挥担保价值等,有效缓解我国现有体制问题激发的农地利用、小产权房等民生矛盾。

综上,在权利的相对性确立理念下,我们的财产权认识就可跳出大陆法系下绝对所有权伞形结构的框架、而转化为一种线形结构,就此提供出一个开阔的想象空间和逻辑引导。通过引入时间维度,每个人都可以利用这个空间来创设自己所需、对未来做出丰富的安排;借助其内在逻辑,又能促使各种财产权利之间保持平等、往复回溯、独立交易,而使对土地利益的多种灵活利用成为可能。“这既是对个人需求和社会变革的实践上的法律回应,同时也是社会变革的立法工具。”<sup>[60]</sup>

---

[Abstract] China has inherited from the Continental Legal System an absolutist approach to ascertaining rights, whereas the Anglo-American law has taken an approach of relativity through the operation of the term “title”. According the relativity approach, all rights are parallel unless disputes arise which make it necessary to prioritize one particular right over another for the purpose of ascertaining the ambit or extent of protection of rights on a case-by-case basis and property rights can be perceived as linear in structure, rather than umbrella-like as perceived in civil law jurisdictions. Out of this perception there arises open space for reflection and for logic instruction. In a temporal dimension, everyone can use this space to create his own needs and to make adequate arrangements for the future. Meanwhile, this approach can ensure the equality, the independence as well as the retrospectivity of various property rights, enable us to make flexible use of a variety of land interests and effectively alleviate many problems resulting from the defects of the current institutions and affecting people’s livelihood, such as those relating to the use of agricultural land and housing with “small property rights”.

---

(责任编辑:姚 佳)

---

[59] 即“禁久决”(rule against perpetuities),简称“21年规则”:一个土地权益,如不必定能在所有参照人死亡后的21年内确定下来,就无效。如O授予A终生地产权,并将剩余的无限嗣继承地产权授予A的第一个年满21岁的孩子,假如在做出这些授予的时候,A是活着并有一个未成年的孩子的,那么当这个孩子年满21岁时,这个待定的土地权益就确定了下来。而如果当时A已死亡或者还没有孩子,即无论如何该权益不可能在21年内确定下来,这就是一个无效的土地权益。由此可见,系统固有其互补性,随着一个制度的运行,会逐渐自发生长出若干其他制度来与其相互补充配套限制,以致各制度要素间不可分离。对此法律系统的完整性和其中各个规则的互补支撑,我们在法律移植中不可不察。

[60] Elizabeth Cooke, *The Land Registration Act 2002 and the Nature of Ownership*. Cited from *New Perspectives on Property Law, Obligations and Restitution*, Alastair Hudson(Ed), Cavendish Publishing Limited, 2004, p. 123.