

# 财产权的历史变迁

冉昊\*

**摘要** 以英美法系为重点,并对比欧陆法系的发展对财产权的历史变迁进行梳理,可以整理出“相对性”与“区分性”两条路径,并剖析出既有法治发达国家财产法绝对—→解构—→重建的曲折演进线索。“财产权”含义并非一成不变,而是包含以若干必要要素,以与自身时代阶段变化相适应的否定之否定形式扬弃发展。对于财产权的理解,应是一个历史变化的过程,而不是我们在当前时代截点打开国门时所看到的某一个静态片段。为此,在充分理解西方各国(在自身路径依赖下形成的)既有概念后,还应把握中国发展中压缩的时代过程,对应建立起“财产权”的多元动态概念,根据纠纷类型的时代差异来分别适用,应对我们正在同时经历着的多个时代阶段之叠代发展。

**关键词** 财产权 绝对 解构 重建

改革开放以来,中国连续多年高速发展,在创造了一个经济发展史上迄今无法清楚解释之奇迹的同时,也带动中国社会的发展经历了时代阶段的跨越增长,社会情境变得日益综合连带、风险外生、公私互动。其间的人际权利关系结构,也随之悄然跨代。于是,当我们面临着(阶段类型本质各不相同的)多种纠纷时,不同时代阶段下的财产权理解却纷至沓来,适用其产生的纠纷解决结果自然也就五花八门,难以满足大众普遍感受中对公平公正的吁求。

为此,除了对司法运行中的一些规则应用现象分析寻找原因外,笔者以为,我们还应深入到财产权规则本身去做出更深层次的反思。因为在当代中国特有的叠代环境下,时代加速了我们的思考,不能再秉持固定不变的静态理解来看待财产权利、或曰已经技术门槛化的“财

\* 中国社会科学院法学研究所研究员,上海大学“自强教授”,中国社会科学院上海市人民政府上海研究院博士生导师。本文系中国法学会基础研究激励课题“时代正当性与中国法治建设——从财产法与社会法的变迁切入”(项目编号:CLS2017J01)的阶段性成果。

产权”，而应在充分运用(深度概括既往社会阶段特征的)教义法学传统方法的同时，秉持动态眼光来理解不同时代阶段中“财产权”内涵外延的能动变化，并将这样的理解贯穿在不同财产〔1〕类型纠纷的处理中，方能够施以不同的应对，尽量达致公平而有效率的结果。为此，本文采用比较和历史的方法，着重在梳理英美法系财产权历史变迁的基础上，同时对比大陆法系，剖析出财产法律在不同时代阶段中从绝对走向解构然后再重建的曲折演进线索。

## 一、财产权最初的“对物性”理解：绝对

尽管在当代时尚的、特别是经济学的理解中，将财产权理解为一束权利之集合的“权利束”说已成为通说，但实际上，在法学、特别是传统教义法学的世界中，经典权威们对财产权论述的核心要素都始终是落足于其“对物性”(in rem)特征的，因为从我们每个人大概都会自然产生的原初感受来说，财产权，就是人们自己对物的一种特定关系，从而排除掉了其他众多不确定的人来染指于它。而如果仅仅是与他人签订了合同，就只有订约的那个特定人有义务来履行合同，意味着这是一种仅仅“对人”而不“对物”的权利。可以说，“对人权”的确立，申言之即“区分原理”的提出和贯彻，为“对物性”的财产权理解奠定了越发深刻的制度背景。〔2〕

英美学者对其财产权的研究中，最初并没有明确地强调“区分原理”，但这种“对物”vs.“对人”的差异却一直在其“财产法”vs.“合同法”的案例法理中一以贯通。〔3〕而对于“财产权”，英美人通常都是从中世纪的布莱克斯通开始其对经典权威的追寻：“一个人对世间外物主张和行使的唯一和专制的支配，完全地排除世上任何其他人的权利”。显然，这样定义的用语中刻意地强调出了财产权的绝对性和对物性(in rem)，其中“唯一和专制”“完全地排除”之类用语，对现代财产法来说当然是夸张的，因为从上世纪中期开始，所有权附有社会义务、应受到合理限制的观念已经陆续深入人心。但财产权能够对抗世界上大量不确定的其他人——这一最初来自(有形)财产本身固有性质的自然权能——却从来没有改变。因为只有这样，源于自然法的财产权制度(或曰“自然主义财产权”)才有可能发挥出其最基本的作用：赋予财产的所有人以法律制裁力去排除不确定的潜在掠夺者，建立起在将来利用和享受特定资源增殖之稳定预期，

〔1〕 本文主要遵循英美法系研究路径和学术资源来分析财产权含义的流变，因此，文中对“财产”的使用包含两种意义：广义上，它遵循英美法系的自我理解，指向一切与人们利益有关的制度调整，其合理性基础在于千百年来千万民众于具体生活中洒扫应对形成常识认知的进化理性；狭义上，它则可以对应我们欧陆法系人继受法典立法思想、以动产实物的原型来抽象形成的“物”之概念，强调一种经由有形客体公示信息带来的对世性权利，其合理性基础在于我国当前实际适用的2007《物权法》以及正如火如荼进行的民法典“物权”编的基本沿用，即依托于制定法的建构理性。

〔2〕 参见孙宪忠：《中国物权法总论(第2版)》，法律出版社2009年版，第29—65页。

〔3〕 See Thomas W. Merrill, Henry E. Smith, “The Property/Contract Interface”, *Columbia Law Review*, Vol.101, 2001, p.773.

从而(特别是在原始资源比较充沛、物质生产又相对匮乏的历史阶段)大力鼓励人们对物的开发、带来物的增长。〔4〕

接着,亚当·斯密清晰地提出财产权应具有这一可概括为“对物性”的特征。他指出,农奴由于不能享有财产权,除了逃避惩罚就不愿意工作多生产庄稼,而大封建主也只拥有地产权(estate)而不实际占有土地,因而也没有内在激励去进行土地生产的改良,就此带来了英国农业生产的停滞。为此,斯密极力主张,英美法系中也应效仿欧陆法系,做出“对物权”vs.“对人权”的精致分类。不过与德国法系明确限制物权对象之“物”必须有体不同,斯密却是以不具备物理形体的知识产权作为典型指出,“个人对他所写的书和他所发明的机器也享有财产权。因为在版权或者专利的有效期内,它们可以有效地对抗任何其他人对作品或机器的复制”。〔5〕这意味着在斯密那里,确定一个权利是否是财产权,关键已不在于其权利对象是否具有物理形体,而在于其权利效力能否及于不确定的众多世人。也就是说,财产权的“对物性”(in rem)特征之形仍在,但其内涵之实,已经放弃了物理外观的形态特性而转向了对世排他的效力特性。〔6〕

在布莱克斯通和斯密之后,边沁则直接阐明了,以“对物性”为本质的财产权具有的对世保护作用之意义,他认为,法律对财产权的创设就应该表述为,“闲人免进,主人和他同意的人例外”,即在某物上“给一个人一项财产权”,就必须相应“有一种禁止一般人干涉它的法令”。〔7〕否则的话,这些财产权就迟早会受到不确定的某个人的侵害,而“如果我对收获和享用自己的劳动所得感到绝望,我就只会苟且偷生,得过且过”,这样,整个社会就会陷入“破坏勤劳”的至大恶果中。〔8〕

在边沁之后,奥斯丁、克库莱克、F·科恩等沿着概念分析的传统办法,进一步就“对物性”进行了多种多样详尽的分析,以透彻地理解这一内涵下的财产权;〔9〕而20世纪后,伊利、M·科恩、甚至是发现政府公权力已开始部分替代私人本身来创造出多种全新重要财产权利的里奇等,虽然在认知方法上不再局限于概念分析而逐渐转向了功能分析办法,但结论上并未偏

〔4〕 此段及其中引文均参见 Blackstone, *Blackstone's Commentaries: Abridged* (1899), Montana: Kessinger Publishing, reprinted in 2010, pp.37-43.

〔5〕 Adam Smith, *Lectures on Jurisprudence*, R. L. Meek et al. eds., Oxford: Oxford University Press, 1978, pp.9-86.

〔6〕 关于“财产权”这几个特性之间的关系和演变,本文后文论述中还将多处涉及,也与本文梳理的财产权内涵的历史转变密切相关,参见冉昊:“对物权与对人权的区分及其实质”,《法学研究》2005年第3期,第102-106页。

〔7〕 Jeremy Bentham, *The Limits of Jurisprudence Defined*, Charles Warren Everett ed., New York: Columbia University Press, 1945, p.164.

〔8〕 See Jeremy Bentham, “Idea of a Complete Law”, in H. L. A. Hart (ed.), *Of Laws in General*, London: The Athlone Press, 1970, pp.177-178.

〔9〕 See Albert Kocourek, “Rights in Rem”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol.68, 1920, p.320; Felix S. Cohen, “Dialogue on Private Law”, *Rutgers Law Review*, Vol.9, 1954, p.357.

离太远,仍认为财产权的功能就在于增加个人自治,系以一种私人权利的创设,提供给权利人一项对抗社会强行干涉的工具(意即强调其对世排他性——本文作者注)。<sup>[10]</sup>

以上财产权秉持“对物性”理解的时期,大概是从中世纪后期开始、缓慢发展截至19世纪20世纪之交,其整个社会阶段大致相当于前福特(pre-Ford)的工业时代。当此之时我们看到了,法学家、以至于同时期的经济学家、哲学家们,在认识“财产权”时,始终都离不开源自自然认知的“对物性”,而将其归纳认定为财产权的基本属性。这些归纳又反过来演绎强化告诉后人,(遵循常识认知而来的)“财产权”的含义和功能,就是人对于物的一种可以对抗世人的绝对权利,即借助“对物”的实在外观赋予权利人绝对性的保护,以增进其利用和享受资源的预期安全,进而促进每个人的生产欲望、带来社会财富的整体增长。

## 二、英美法系的独特财产权进路及其现代演化:解构

在欧陆法系中(直至我国现在的继受),财产权基本上就一直遵循上述“对物性”认知,一步步发展下来。因为欧陆法系就发端塑形于工业时代初期,那一时代的法学家们,自然就以在当时的时代背景下最重要的财产类型——动产实物为原型,来展开其对“财产权”上层建筑内涵的归纳,因而(始终秉持动产实物的特点)在财产制度设计中坚持了财产权利的“对物性”静态原子化理解、并相应演绎出“一物一权”“物权法定”等原则。

当此之时,其阐释财产权的具体概念落脚是具有绝对性意指的“所有权”,后来在强调系统性之法典的作用下,“所有权”逐渐自我限缩进入法典的物权编中,仅以有形物为限,压缩了其客体的范围,但也反过来强化了整个物权性权利的绝对性。并以此为基,在路径依赖原理的作用下,(建构理性权威们)在绝对权的对面构造出一类相对权——债权性权利,就此演化出区分“物”与“债”为两种性质的权利而预定其高下差别的“区分性”办法,用以应对时代阶段发展至工业时代中期以后,多层分工、大量交换成为社会现实,买卖和交付逐渐分离成为两种法律关系,因而需要兼顾保护多方主体的社会需求(详见下文三(一)部分);同时在作为绝对权的物权内部,又贯穿区分了“自物权”(即所有权)与“他物权”的差别,而构造出一个由“所有权”高踞顶点的伞形财产群。<sup>[11]</sup>

在教义法学的微观理解以外我们可以看到,这种“区分性”办法,其实是随着时代阶段的发

[10] See Richard T Ely, *Property and Contract in Their Relations to the Distribution of Wealth*, Volume 1, New York: Macmillan, 1914. pp.132-156; Morris R. Cohen, “Property and Sovereignty”, *Cornell Law Quarterly*, Vol.13, 1927, p.8; Charles A. Reich, “The New Property”, *The Yale Law Journal*, Vol. 73, 1964, p.733.

[11] 关于伞形财产群的这一主张以及其中所贯穿的“区分性”,参见冉昊:“论权利的“相对性”确立及其在当代中国的应用”,《环球法律评论》2015年第2期,第52-53页。

展,人们对既往绝对性财产权的一种解构理解(详见下文三(一)部分)。不过,其毕竟仍是在“对物性”范围下做出的一种阐释解说,解构的效力不那么明显。而相对于我们继受稔熟于心的欧陆法系,世界上的另一个重要影响资源——英美法系则在财产权的理解上,采取了依托于不动产的“地产权”独特进路,并在此路径依赖下,发展产生了完全不同的演化结果。

### (一)“地产权”(estate)财产权利进路:封建分权社会的实践

与欧陆法系源自罗马法、后覆灭断绝、经历中世纪黑暗后再于工业时代初期背景下解读重新形成不同,英美法系财产权的发展源远流长,没有断绝,系从早期英国的农业封建社会中逐渐演进而来。

其基于封建社会形态下的社会组织办法——重重封授土地,分封之后由各个封地人全面持有自己的封地庄园,上级分封人完全无权干预——就在同一块不动产土地实体上,带来了多个均持有自物权样态的封建主(剥离政治经济学带来的意识形态认知,仅在私法关系上来看,即不动产土地的权利人,以下称为封地权利人)。对于这样一种层层持有、彼此链接的社会权利结构运行现实,我们现在通常是借用欧陆法系在几百年后以动产为原型想象、型构出的(本质上是个人主义的)“所有权”概念,依托梅因<sup>[12]</sup>的权威论述,理解为所谓“双重所有权”。笔者以为,这一翻译理解中混淆了西语中偏重强调支配功能的 property(对物所有权/财产权)和仅强调归属功能的 ownership(名义所有权)二词,其实是对梅因《古代法》论述的一种误读。事实上,对于这种普遍发生在(不动产而非动产上)的一物多权典型现象,英美法律人从一开始就没有采用主体全面支配客体的“所有权”解释路径,(或者也许是由于当时较早的时代阶段还不足以支撑一个独立“主体”概念的出现)而是运用了梅因所说拟制(fiction)办法,构建出一个“地产权”(estate)概念注入土地实物之中,分别赋予同一土地实物上的各个封地权利人。由他们以此为载体,彼此进行请求权互动,就此来促进多个土地上财产权的共有、共享和未来控制。

特别有意思的是,这种拟制的“地产权”,被认定为是一个实体(尽管是个想象实体),即是一种“物”而不是非物,因此,相关的权利都在其加持下,成为了一种具有“对物性”的权利,即财产权,而不是没有“物”实体支撑、而仅具相对效力的对人权。进一步,因这一拟制“地产权”系想象而来,故其又不受真正动产不动产实物形态的限制,也就无法在权利性质范围上预定其高下。这样,封地权利人之间就不能主张,我拥有土地“所有权”,你拥有“终生使用权”亦或“通行权”,因此首先就要来保护我的“所有权”,而否定你的“终生使用权”或“通行权”。换言之,每一个封地权利人持有的权利本身,都在“地产权”的加持下,成为了一束权利束完整的自物权,既不存在欧陆法系那种“物权”与“债权”之间的先设差异,也不存在“所有权”(作为“自物权”)和“他物权”之间的预定鸿沟。不管各方主张的是什么权益类型,都首先一视同仁地认定,他们各自享有一个作为完整财产权的“地产权”,应予平等保护。只有当这些“地产权”在应用中发生

[12] 参见(英)梅因:《古代法》,沈景一译,商务印书馆1959年版,第165—169页。

冲突后,才会再于争议个案中引入程序要素、时间因素等等,来具体比较各个“地产权”本身的内容和长短,权衡确定哪一个更优(better)一些,在本案中予以保护。<sup>[13]</sup>

仔细甄别就可以发现,在这种以封建农业时代最重要的财产类型——不动产为原型想象拟制出的“地产权”财产权利进路背后,起作用的就不是一种预设权利类型绝对效力的方法,而是以一种“相对性”的方法(辅以司法理性)来确立权利。进一步,这种“相对性”认知方法就形成了后续的路径依赖,将英美法系中的“财产权”理解导向了不同的发展方向。

## (二)“相对性”认知方法的演化:“权利束”财产权理解的出现

进入现代,以美国(而不再是英国)为代表的学者遂在“相对性”权利认知方法的基础上,遵循分析法学实证路径,发展出了完整不同于传统“对物性”(in rem)理解的财产权认知,将其替代为一束“权利束”(bundle of rights)。

1913年,霍菲尔德(Wesley Hohfeld)发表《司法推理中的一些基本法律概念》一文,运用分析办法,将人们之间的法律关系抽象为权利—特权、权力—豁免、无权—义务、无资格—责任等八个关联性的公约数,并提出了其彼此之间的共生互质关系。1917年,他在以上抽象出的公约数理论上,论证指出,“对物权”是一人对抗一个很大范围并且不确定的人的权利,“对人权”是一人对抗一个或少数几个确定的人的权利,这二者包括的,其实是一样的权利、特权、义务……彼此之间并无质的差异,区别仅仅在于所约束的人的确定性及其数目不同,因而,“对物权”关系可直接化约为若干“对人权”关系的集束,并可以以“多权”/“少权”概念来替代掉“对物”/“对人”。<sup>[14]</sup>

霍菲尔德的这一分析路径,使得无论是不同当事人分别拥有的各种权利,还是财产权利内部的各种权能,特别是所谓“对物权”和“对人权”之间的预定差别,都被纷纷同质化、平权化了。这样,传统以来作为财产权之本质属性的“对物性”特征,就从财产权的固有内涵中逐渐消隐,而为新路径的产生铺平了道路,有后来的学者指出,“我们的财产权概念已经变化了……财产权不再表述任何的物或客体,而是变为仅仅的一束法律关系——权利、权力、特权、豁免”。<sup>[15]</sup>

## (三)“权利束”理解的再发展:法经济学提出的相互性与“赋权”

### 1. 科斯“牛吃谷”案例:“相互性”(reciprocal)创新解读

分析法学以后,到了二十世纪六七十年代,美国法律实证主义继续大潮汹涌,在传统教义法学之外,法经济学研究风起云涌,将“财产权”进一步明确构建为不同私人之各种资源使用权

[13] 详细论述可见冉昊,见前注[11],第49—50页。

[14] See Wesley N. Hohfeld, “Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning”, *The Yale Law Journal*, Vol.23, 1913, p.16; “Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning”, *The Yale Law Journal*, Vol.26, 1917, pp.710—733.

[15] Arthur L. Corbin, “Taxation of Seats on the Stock Exchange”, *The Yale Law Journal*, Vol.31, 1922, p.429.

的一个序列。因为这样,它就可以在个案中根据其“效率”追求,于这一序列中选取任何一束来赋予排他性的保护,而这在事实上意味着对当事人间财产权利的重新配置。

“让这一超现实主义财产权概念流行起来的主角是罗纳德·科斯,尽管他本人内心也许并没有这个意图。”<sup>[16]</sup>《社会成本问题》文中指出,整个社会财富最大化的核心在于交易(而不再是占有财产本身——本文作者加),通过交易,就可以促进财产的最大化利用,从而逐渐实现符合效率需求的社会整体财产权结构。交易的最主要形式,当然是由各当事人按自己的偏好对资源有用性做出不同的评价,从而在某一点上达成合意、直至形成契约;不过由于原初产权的模糊性,合意之契约总有无法达成之时,此时,公权力——具体来说就是政府或法院——就要来建立起一个能达到与契约同样效果的使用权分配模式,即调整既有的财产权结构。为证实这一点,科斯在文中塑造了一个“牛吃谷”的双务典型纠纷,并独具匠心地分析指出,“传统的方法掩盖了不得不做出的选择的实质。人们一般将问题视为甲给乙造成损害,因而所要决定的是:如何制止甲?但这是错误的。我们正在分析的问题具有相互性(reciprocal),即避免对乙的损害将会使甲遭受损害。必须决定的真正问题是,是允许甲损害乙,还是允许乙损害甲?关键在于避免较严重的损害”。<sup>[17]</sup>

我们知道,法学运行数千年至今,缓缓积累,沉淀出了英国法官领衔的经验理性案例法系统和德国学者领衔的逻辑理性法典法系统。一旦面临法律纠纷时,贯穿这一学科的基本方法,就是借助这些理性规范,基于人/物二分的自然法时代特征,从客体归属于主体的既定“财产权”出发来开启全部私法的运行,寻找先例/请求权基础来确定哪一方受到损害、或哪一方具有权利应获得救济。而在经济学这个产生不过400年、但影响力却远超法学的学科中,科斯这篇引证率最高论文的经济论述背后即意味着,在产生纠纷时,原本根据上述自然法财产权,一直被理解为单方损害的纠纷本质(nature),被另行赋予了一种“相互性”的本质(nature),从一方对另一方的单向度损害,走向了双方彼此的妨碍。

那么,本质变了,对其调整的办法当然也要变:既然是“相互性”的问题,会给彼此都带来外部性,自然就不能再适用传统财产法或侵权法下的单向度规则,而应是让双方来共同协力“避免较严重的损害”。

如何协力?科斯认为首先仍须依靠当事人间的谈判,谈判达成一致,就意味着各当事人均认可自己实现了最大收益/最小成本,则无论他们的初始权利是如何配置的,通过这样的一个谈判交易,就实现了其间财产权利的重新安排,会带来加总后的最大总产量/最小总成本。但如果交易成本过高,导致当事人之间始终不能通过谈判达成一致时,怎么办?“当有更多人被卷入的时

[16] See Thomas W. Merrill, Henry E. Smith, “What Happened to Property in Law and Economics?”, *The Yale Law Journal*, Vol.111, 2001, p.361.

[17] R. H. Coase, “The Problem of Social Cost”, *Journal of Law and Economics*, Vol.3, 1960, p.1.

候,需要财产权的主张就弱了,而需要一般性管制的主张则变强了。”<sup>〔18〕</sup>所谓“一般性管制”,就意味着要借重公权力来人为调整面前的财产权结构,将“权利配置给那些能够最具生产性地使用权利并且有激励他们这样使用的动力的人”。<sup>〔19〕</sup>说得更直白一点,就是为了通过促进交易来提升效率,在一定的领域和范围内,人和人之间的财产权结构是可以后天调整的。

## 2. 波斯纳的延伸:“权利的冲突”(conflict of rights)

显然,无论科斯本人是如何主张自由主义的经济学家,但其思想上的这个缝隙,却给计划管制视角留下了明显的后门。在其以后,波斯纳径直将这一思想拓展到法学领域中,在“相互性”基础上延伸出了“权利的冲突”(conflict of rights)命题,进而论证应采用经济成本分析的方法(而不是教义法学遵循的先验自然法原理)来预先设置普遍的法律规则。

依此分析,在牛谷纠纷中,牧民的牛群固然践踏了农民的谷物,但若禁吃谷物也会导致牛群的减损,所以每一方都可能带来外部性,也就都应对此外部性承担责任。换言之,在现代社会中,当人们之间发生纠纷时,它不应被理解为某一方的特定物引起的对方权利倾轧,而是不同权利人各自权利束之间的彼此冲突;为此,处理这些纠纷时需要考虑的,也就不再是谁的财产受到了损害,而是由于牛和谷相碰就会减少社会总产量、所以一定要想办法将二者隔开;而隔开的办法,究竟是让农民来建栏圈起自己的谷物、还是让牧民来建栏圈住自己的牛群,则“取决于不同个案中牛群和庄稼之间的比率。如果牧牛草地比庄稼种植地多,那么农民将他们的土地围起来、要比牧场主将其土地围起来便宜,那法律就把建围栏的义务加于农民。但一旦土地用途比率倒过来了,那么此义务也会发生替换”,<sup>〔20〕</sup>改由围住自己土地成本比较低的牧民来负责建起围栏。

对比来看,在传统“对物性”财产权理解的法律关系下,法学系通过预先明确财产权归属的办法来要求其他人对财产权的尊重,落实到建栏责任的承担上,谁具有(预先确定的)“对物性”财产权,对方就须承担尊重该财产权而不得破坏的义务、以至相应的建栏成本。而现在,为求效率,第一种情况中,要求农民建栏,意味着由农民来承担成本,意味着农民对牧民的所谓“财产权”承担了尊重义务,意味着牧民提出的权利主张之束比较于农民的权利主张之束相对“更优”(better)而胜出,即牧民就此获得了有效的排他性产权(对世权,即财产权);在第二种情况中,由牧民负担建栏,则意味着牧民来承担成本,意味着牧民对农民的所谓“财产权”承担了尊重义务,意味着农民的权利主张之束经比较后“更优”胜出,即农民在此获得了有效的排他性产权(对世权,即财产权)。

〔18〕 R. H. Coase, “The Federal Communication Commission”, *Journal of Law and Economics*, Vol. 2, 1959, p.29.

〔19〕 See R. H. Coase, “The Institutional Structure of Production”, *The American Economic Review*, Vol. 82, Issue 4, 1992, pp.713—719.

〔20〕 (美)R.波斯纳:《法律的经济分析》,蒋兆康译,中国大百科全书出版社1997年版,第66—67页。



显然,这样的一种纠纷处理办法,从逻辑根据以及适用结果都是有别于传统的,人们遂就其概括出所谓“波斯纳定理”:如果市场交易成本过高而抑制交易,那么,财产权应赋予那些最珍视它们的人,因为这些人将能创造出最大的收益。〔21〕

### 3. 辛格主张:赋权(entitlement)

我们可以看出,在“波斯纳定理”之后,财产权取得的机理已经发生了重大的改变:其不再是回溯判断,某一主体是否已占有物的事实、或者已发生了劳动投入;而是综合考量眼前纠纷中具体涉及的各种因素后,往未来考虑,哪一方获得权利能对未来的整体效益增长更加有益、或者减少整体支出成本,就将“财产权”赋予这一方。

显然,此处所谓“财产权”,对应的内涵肯定不在于强调其客体的实体性/物性,而只能从具有排他性或曰对世效力的角度来理解。此时,一方当事人获得的“财产权”,已不再是来自常识经验认知的、一个物上的特定权利,而是当人们之间发生冲突时,便由该冲突的具体事实出发来进行比较后做出的临时安排决定,哪一束权利在此优先更好,就让其他当事人的权利束都让位服从、从而使前者获得了排他性的对世保护;反过来,这样一个个个案的冲突解决方案,(在英美法系的先例制度、以及欧陆法系的类型化办法作用下,)又都会导致一束束新的“财产”被塞入或抽出于现有的权利束集合中。说得更清楚一点,权利人的这一束“财产权”,并非基于其对实体的先天占有或者劳动投入而绝对性取得,而纯粹是因为经过比较后相对胜出、因而获得了(法官等的)人为赋权(entitlement)。但由于认知的连续性,对于此种权利,尽管其本质与传统法学物权中脱胎于有体物载体的、人对物的绝对性支配“财产权”,已有所差别,但由于它具有了对世排他性,并会给权利主体带来财产性收入,人们仍习惯性地认之为“财产权”。

这样,英美法系在自己的制度框架路径依赖下,从“地产权”概念引导产生了“相对性”的认知;再带来“权利束”理论,同质化了各种权利约束范围之差异;遂使得“相互性”乃至“权利的冲突”这样一种对权利本质的创新理解得以合理化;借此,一种对抗预先设置普遍财产权、而在个案中通过具体比较来确立保护的赋权(entitle)办法,就获得了潜在的合法性;并日渐显在,于各种新型纠纷中获得了普遍的应用。

这一办法,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,将其中更优(better)的,确立为本案下具有排他性的一方、令其获得保护,当事人在此时得到的权利,就被称为“赋权”。而对方当事人的主张,则因为经比较后相对较劣,而不能获得(排他性)保护,他/她便(在本案中)得不到“赋权”,即使其主张本身具有着一定有形外观或对世排他的传统财产权特性。进入21世纪后,威廉姆·辛格等秉持这一思维明确提出,在普遍联系、风险外生、公私力量相互作

〔21〕 同上注,第8页。

用改变的当代复杂社会下,不能再紧守“财产权”这一种思维作为单一的权利来源,而在相当多的新型纠纷类型中,应以“赋权”来替代“财产权”,作为解决纠纷的基石权利模型。<sup>〔22〕</sup>

### 三、解构之后的扬弃重构趋势

#### (一) 财产权历史发展背后共通的解构趋势

上文以英美法系为主梳理了财产权变迁的大致历史,概要言之,英美“财产权”发端于农业封建时代,在那一时代阶段的作用下,系以不动产土地(而非动产)为原型来构筑财产权上层建筑,故而秉承不动产“一地多权”的自然特点,其强调对权利的相对化理解。此后,在路径依赖作用下,20世纪实证法学得以对这种相对性的“财产权”不断自我解构,终于去“物”化,促其成为一束没有核心、可随意抽取的“权利束”。进而,在法经济学等的继续人为强化下,演进出“相互性”的权利本质创新理解,为21世纪的比较赋权理论开创了合法性基础。这一路径可简单图示为:地产权→相对性→权利束→相互性→赋权,本文称为“相对性路径”。

对比来看,欧陆法系则发端于几百年后的工业时代初期,在那一时代阶段的作用下,系以动产实物(而非不动产)为原型来构筑财产权上层建筑,故而秉承动产“一物一权”的自然特点,以及当时时代对主体独立性的人本弘扬,其强调对权利的绝对化理解。此后,在路径依赖作用下,19世纪系统性法典的出现促使“所有权”自我限缩进入物权法中,一方面开启了物权性权利之绝对性与债权性权利之相对性间的区分,另一方面则在物权内部构造了一种天然区分“自物权”和“他物权”的伞形结构。这一路径可简单图示为:所有权→潘德克顿法典(带来所有权的范围限缩而效力强化)→区分性,本文称为“区分性路径”。

以上财产权从“对物”绝对性走向“区分性”/“相对性”的时期,大概是从19世纪末开始、快速发展截至20世纪末,其整个社会阶段大致相当于从蒸汽机到电气化的工业时代中后期。当此之时我们看到,尽管法学家们还在惯性地沿用各种教义法学概念来努力解释日益复杂的生产生活,但同时期的经济学家、哲学家们,已经不断创新思维来重新理解“财产权”这一根本上可视为“制度性的事实”(institutional fact)。<sup>〔23〕</sup>这是因为西方各国先行进入的资本主义社会下,早期的各种矛盾不断积累走到了中后期,量的累积带来了质的转化,社会整体格局日益走

〔22〕 See Joseph William Singer, *Entitlement: The Paradoxes of Property*, New Haven & London: Yale University Press, 2000, pp.90-94.

〔23〕 20世纪80年代,一些法哲学家提出了“原始性事实”/“制度性事实”(institutional fact)的对应概念。所谓“制度性事实”(institutional fact),就是一种以人类实践活动或其结果为条件的事实,其存在和意义,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。参见(英)麦考密克,(奥)魏因贝格尔:《制度法学》,周叶谦译,中国政法大学出版社1994年版,第136页。

向差序而不再是平等、走向了普遍的互生互联而不再是单打独斗、走向了外生的风险<sup>[24]</sup>而不再是自我的过错。这就要求上层建筑的调整中,除了以“对物性”财产权为起点的私法传统调整办法,即以假定平等的私主体各个个人的力量相互博弈而来的自然结果之外,须再注入一种新的力量,来事后矫正仅有平等之形而失公平之实的私权调整结果,或者走得更远一点,事先协调、整合起各种原子化的分散力量。于是,在学者的能动创新强化下,“财产权”的理解中就逐渐淡化了源自自然认知的“对物性”,而归为各种相对性权利的一个集束,从而能够通过对其中的任一束进行排他性范围上的人为调整,促进在不同情境下分别形成所谓最好的产权配置,进而促进人们之间的交换可能、进而带来社会财富的整体增长。

因此,宏观审视上述两大法系的财产权演化路径,我们就能看到,从本质功能上,其都是在努力打破既往具有绝对性的“财产权”理解,或将其相对化缓和、或将其有所区分,而对绝对性财产权带来的趋于固化的社会整体结构进行一定的解构,以满足新的时代阶段下新产生的社会需要。

一方面,随着社会的进展和时间的沉淀,社会生产形态逐渐变化,人们之间在制造财富和获得财富的方式上也随之变化,遂带来了更多新兴的权益有待保护。而以“区分性”/“相对性”理解打破了既有整体一块的绝对财产权后,就可以从中分化出多种权利,分别获得权利底座来主张应有的保护。如进入工业时代中后期阶段后,远距离和未来物的频繁交易成为社会经济生活的常态,买卖和交付完全分离,同一物,因此同时作为承诺交付物和实际占有物而出现在两个法律关系下,那么,这一物二分的现实、这两个法律关系中的分别权利主体,即财产权人和交易相对人,就都必须得到法律的考量给以兼顾保护,而不是像过去那样主要考虑财产权人就够了,欧陆法系“区分性”的主张遂由此而生、并大行其道,<sup>[25]</sup>提供了那一时代阶段所需要的保护手段。

另一方面,以“相对性”/“区分性”理解淡出了财产权的“对物性”核心后,就能够通过这样的内涵定义使人们相信,所谓“财产权”,并没有什么固有的核心,而不过是一个可以变化的利益集合,那么,当社会产生整体福利的需要时,政府来自由扩张或压缩一部分人的财产权利,也就没有什么不对的了。换言之,在日益复杂的社会阶段下,通过这样从根本上解构掉“财产权”的物之核心,就为公权力在社会管理和再分配中更多的主动干预,铺平了道路。<sup>[26]</sup>事实上,与此洞见相对照,我们清晰地看到,就在20世纪中叶以来,美国等世界各国政府对社会经济事

[24] 依据德国著名社会学家乌尔里希·贝克(Ulrich Beck)的诠释,在现代经济、法律和政治制度作用下,社会中充斥着越来越多组织化而没有人具体承担责任的状态,由此日益制造着大规模的风险,令得人类普遍面临着外生的生存威胁,因此,现代社会/后现代社会的本质特点就是“风险社会”(risk society),参见(德)乌尔里希·贝克:《风险社会》,何博闻译,译林出版社2003年版,第6—9页。

[25] 对应在英美法系中的应对,则是采取了在其传统路径依赖下发展出的“普通法所有权(common law title)”和“衡平所有权(equitable title)”二重性来解决这一矛盾,本文为研究内容和字数所限,不再赘言解释。参见冉昊:“‘物权’与‘债权’区分的基本成因”,《江淮论坛》2014年第4期,第124页。

[26] See Thomas W. Merrill, Henry E. Smith, *supra* note 16, p.365.

务的干预都大大增加了,作为私人的财产权人之自然权利(宪法权利)则普遍地缩减,采取违宪性审查的各国最高法院的解释也都不约而同发生了有利于前者的转向。在时间节点上,这一切,与绝对财产权的解构是多么地切合呢!

## (二)解构之后的扬弃重构

但解构并不是财产权发展的终结,因为我们所处身的时代阶段本身始终在不断推进,就需要上层建筑持续地调整来做出回应。申言之,财产权的变迁也是不会有终结的。

如上所述,“相对性”财产权利认知消除了传统的“对物”财产权核心后,财产之外延变得灵活机动、随时可分,回应了社会上多种新兴权益的保护要求;但同一硬币必有其反面,由于不再具有“物”这一可外观或公示化的核心作为凝聚平台,人们的认知失去了固守的底线,这种解构理解极快地滑向了极端,有学者径直指出,权利束的概念说明,所谓财产权,根本就没有什么内在的含义,而只是故弄玄虚的法律魔术词语,不过是“被用来泛指社会中个人拥有的权益的合集的几个字母的悦耳组合”。〔27〕在这样的极端认识下,财产权就可随意增减确定,就此导致了财产权的过分不稳定,反而增加了其上的负担,使得人们对其持有和交易都增加了顾虑,并不利于后续的进一步流转,遂无法通过不断交易来持续扩大价值,提高效率。

更重要的是,即使去除传统“对物性”要求的有形外观,财产权也固有其特征——对世的排他性,即作为其义务人的相对人是众多甚至无限的,而限于一个或几个。而这每个相对人,为遵守此财产性权益,都存在着一个信息的获得成本,那么这众多甚至无限的相对人的信息获得成本累加起来,就是一个天量数值;而每出现一项财产权,这个天量数值对社会整体来说,就是一次倍增。因此,现代法经济学认为从成本考量出发,我们是不能放任财产权的自由产生的,否则其成本无限倍增后,一定会有超过社会整体可承担之日。“财产权‘束体’的分割并不是随心所欲的,法律需要综合计算复杂分割带来的收益和相应的信息成本,并在信息成本高于复杂分割收益时对自由分割做出限制”。〔28〕换言之,现代法经济学从定量(quantitative)思路出发,得出了与传统教义法学以定性(qualitative)办法得出的同样结论——物权法定。特别是经过2008金融危机后,美国一些法律学者反思认识到,金融泡沫的产生,在很大程度上正是源于对财产性权益的管制放松,而无限增加了此类对世权的数量和种类,最终超过了社会整体可承担的成本,带来了泡沫崩盘、金融危机。

为此,美国财产法的当代重磅学者提出主张,在21世纪以来新的时代发展阶段中,对于解构而来的“权利束”财产权理解必须再行完善,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。而对于这一根或者几根不可随意抽走

〔27〕 See Walton H. Hamilton & Irene Till, “Property”, in Edwin R. A. Seligman (ed.), *Encyclopedia of the Social Sciences*, Vol.12, New York: The Macmillan Co., 1934, p.528.

〔28〕 Henry Hansmann, Reinier Kraakman, “Property, Contract, and Verification: the Numerus Clausus Problem and the Divisibility of Rights”, *Journal of Legal Study*, Vol.31, 2002, p.380.

的“束”的具体确定办法,就是将“财产权”再次以“物事法”思路来重构(Property as the Law of Thing),财产权,当然不仅仅是一个有形物、也并非均是均质的原子状权利集束,而是一系列“模块”彼此作用的产物。即财产权应被理解为一种由若干可分解系统构成的复杂立体结构,在这些系统内部有着一个个打包的模块,彼此独立又相互依存、相互作用,就构成了一个共生制约的系统。举例来说,炭与钻石均由碳原子构成,但如果直接视其为无数个碳原子,我们就无法观察到二者的差异,事实上,钻石所具有的坚硬、散射等珍贵特征,并不来自于碳原子本身,而是来自于碳原子的组成结构。财产法也与此一样,财产权具有的各种不同的权能,不是由其有形物载体决定的,而来自于财产权中各个模块之间形成的整体结构。而财产越模块化,即其类型化越清晰,附着在货币与证券之后的信息成本就会越少。<sup>[29]</sup>为此,当代的财产法研究中,应尊重大量财产权形式化和结构化的既存现象,在“权利束”理解解构了“对物”的财产权理解后,再以“模块化”理解来扬弃“权利束”主张,去细致地甄别那些普遍存在的模块,比如,所有权(自物权)的标准化、他物权的法定化等,借此推动一场扬弃“权利束”财产权理解、而重塑“物权法定”的新私法运动(New Private Law)。<sup>[30]</sup>

以上财产权秉持“模块化”理解的时期,大概也就是近十年来初露头角,但飞速发展,所处社会阶段大致相当于全球化推动下各国陆续走向互联网、智能化的后福特(post-Ford)工业时代。当此之时,法学家、与同时期的经济学家、哲学家、未来学家们,共同身处庐山之中,面临着各种前所未有的问题,发现各种回溯既往经验总结而来的财产权规范,与要求预期未来而予以扶持的新兴社会关系之间,愈益冲突不断,因此尝试重新认识“财产权”。由于时日尚短,现在新通说还未出现,但上文分析的发展趋势表明,它将会是围绕着一核心质素的有限聚合重建。

[29] See Henry E. Smith, “Property as the Law of Things”, *Harvard Law Review*, Vol.125, 2012, pp.1699—1712. 需要赘笔说明的是, Henry Smith 教授是一位来自奥地利的语言学家,所以同时受有欧陆法系系统性思想以及现代语言学转向(linguistic turn)的影响,此后来美国从事财产法研究,现任教于哈佛大学法学院。更重要的是,在美国法学会(American Law Institute)再次着手编纂的“第四次财产法重述”(Restatement of Property Law, 4<sup>th</sup> time)中, Smith 教授被指定为主报告人,开始了新的“清晰和改进工作,希望藉此给美国财产法带来全面性和连贯性。”“第四次财产法重述”涉及内容的标题依此为,赋权(entitlement)分类、占有、添附和取得、所有性权力(ownership power)、对所有权的保护和限制、区分所有权和共有所有权、产权根据和流转、地役权、役权、土地使用、公共权利与征收。参见美国法学会官网 The American Law Institute, Current Projects, Restatement of the Law Fourth, Property. [http://ali.org/index.cfm?fuseaction=projects.proj\\_ip&-projectid=32](http://ali.org/index.cfm?fuseaction=projects.proj_ip&-projectid=32). 最后访问日期:2018年1月20日。可以看到,在美国财产法第四次重述整理中首当其冲的标题,既不是我们熟悉的“所有权”、也不是“财产权”,而是所谓“赋权(entitlement)分类”,由此也就可以推知, Henry Smith 教授作为主报告人的这次美国财产法整理,着眼点不会再是静态权利的设定和归属、而会更多关注在现代普遍联系的社会阶段状态下,动态行使带来的不同当事人之间“权利的冲突”问题,并对其进行比较权衡,确定一定的规则和方法去决定给予哪一方保护,用 Smith 教授自己的话来说,就是将这些办法尽量类型化、模块化,同时保证既有社会秩序的稳定和对未来社会效率的促进。

[30] 关于“新私法运动”,还可以参见中文介绍文章,熊丙万:“实用主义能走多远——美国财产法学引领的私法新思维”,《清华法学》2018年第1期,第8页。

由以上主要围绕英美法变迁进行的历史梳理可以看出,不同的时代阶段,会产生不同的利益保护需求和发展需要,就导致人们对对应产生了不同的财产权解读。这说明所谓“财产权”,并不是某种具有先验结构的固定存在,而会在不同的时代阶段中,在路径依赖原理的作用下不断产生新的合理性解说,解决前一个社会阶段下的“前置”问题,同时满足新时代阶段的新生需求。遵循人类的认识规律,财产权演进大致经历着一个从形而上的稳定结构—→相对性/区分性的解构—→围绕一定核心质素的有限聚合重建的路径。因此,我们当前从西方既有研究中习得的多种抽象财产权理论,各有不同甚至互相抵触,除了各国教义法学的初始选择偶然性带来的不同解释外,还在于其系出于一个个不同时代阶段下的不同需要而形成。而我们却容易忽略这一经验背景事实,将其作为一个统一的逻辑产物继受下来,期望能放之四海而皆准,一以蔽之解决我国当前叠代时代阶段中的所有问题,这显然是不可能的。换言之,当代中国的法律建设,除了要对众多法治发达国家片段进行学习、移植外,更必须首先理解本国的国情阶段,进而方能对应建构当代中国的动态多元财产权理解。

---

**Abstract:** The paper explores the historical development of the property law, with the focus on the Anglo-American Legal system, while making comparison with that of the continental legal system. Through this, the paper sorts out two paths of “relativity” and “distinguish”, which can be used to analyze the existing property laws under the both legal systems. The conclusion is that the understanding of “property right” is a changing process from absoluteness to deconstruction then to reconstruction. It means that property right, as an institutional concept, is not a static point or fixed type. Rather, it keeps changing under different time eras with some necessary elements. Therefore, in addition to the full appreciation of those doctrinal conceptions in the rule-of-law countries, we shall also pay attention to the accelerated time-changing process China has experienced, which has brought us into a society with laden generations rather than a single generation. For the laden generations, what we need is a multiple and dynamic conception of property right to be used respectively in accordance with the different types of property disputes, rather than a static one fitting only one generation.

**Key Words:** Property Right; Absoluteness; Deconstruction; Reconstruction

---

(责任编辑:薛 军)