

# 财产权谱系、财产权法定主义 与民法典《财产法总则》

王涌

**摘要:**对世权是财产权的本质。财产权概念的外延是广阔的,不应限于有体物财产,应涵盖无形财产权;不应限于法典中的财产权,应涵盖被忽略的单行法所创制的隐蔽的财产权;不应限于私法创制的财产,应涵盖公法创制的财产。财产权的形态虽然纷繁复杂,但从最简单的形态——公物,到最圆满的形态——所有权,中间存在许多形态。财产形态从单纯的排他性到复杂的可转让性,由简及繁,可以形成一个清晰的财产权谱系。财产权的排他性和可转让性必须由法律规定,财产权法定主义是财产法的重要原则,财产权法定主义的最本质的两个要素是:一是财产权中的对世排他力需法定,二是财产权中的对世排他力的转让需法定。“权利法定类型化”是财产权法定主义得以实现的立法技术。中国民法典应设财产法总则,对财产权的基本问题和共同问题作出规定,应对实践中复杂的财产权问题,并保障民法典体系的完整性。

**关键词:**财产权谱系;法定主义;权利法定类型化;转让;财产法总则;民法典

传统民法学关于财产权的研究是有局限的,一方面,所关注的财产权类型仅限于物权法和知识产权法领域,忽略了其他法律领域中隐藏的财产权类型;另一方面,对财产权的一般理论的研究滞后,不仅物权法与知识产权法的研究相互隔阂太深,而且缺乏超越于物权法和知识产权法之上的财产权总论的研究。

与滞后的学术研究相映照的却是现代社会中财产权形态的多样化和复杂化,理论与实践矛盾突出。正值民法典起草之时,该问题愈发重要,因为要制定一部面向21世纪的民法典,就必须开阔视野,在财产权总论的高度统领和规范财产权,解决实践中复杂而多样的财产权问题。

本文拟从财产权的定义、财产权谱系和财产权法定主义等基本问题切入,研究财产权总论问题,并探讨在民法典中设立财产法总则的必要性和可行性。

## 一、财产权的定义:再论对世权

关于私权的一种基本分类就是对世权与对人权,严格意义的财产权概念是对世权,即具有对世排他力的权利,英美财产法中的财产(property)即是此意,民法中的物权仅是其中的一部分。<sup>①</sup>

作者简介:王涌,法学博士,中国政法大学民商经济法学院教授、博士生导师。

<sup>①</sup> 关于物权与财产权的问题,郑成思研究员与梁慧星研究员曾经进行一场有意义的论辩,参见郑成思“关于制定‘财产法’而不是‘物权法’的建议”,载中国社会科学院《要报:信息专版》,第41期,2001年6月8日;梁慧星“是制定‘物权法’还是制定‘财产法’?”,载《人大法律评论》2001年第2期。

<sup>②</sup> Rights residing in persons and availing against other persons generally. See Albert Kocourek: *Rights in Rem*, *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register*, Vol. 68, No. 4. (Jun., 1920) pp. 322 - 336.

对世权,或称绝对权,也称为“对物权”(Rights in rem),是指效力针对一切人的权利。<sup>②</sup>物权、知识产权、人身权皆属对世权。奥斯丁考证说“民法学者这样定义对世权:不针对某个特定的人的权利(facultas homini competens sine respectu ad certam personam),我认为这一定义是格劳秀斯(Grotius)创造出来的。”<sup>[1][P.855]</sup>对人权(Rights in personam),也称相对权,是指效力仅涉及特定人的权利,债权即属对人权。

对人权和对世权的分类可追溯到罗马法,奥斯丁给予这一分类以高度评价。<sup>①</sup>奥斯丁对此作了进一步研究,他说“关于对世权,一般其他人承担的义务是不作为的义务,如不要侵犯所有者的财产;在特定情形下,也有作为的义务,如捡到该遗失物要归还,但是,当归还的义务成为现实时,具体的义务人却往往是特定的”。

奥斯丁强调“对世权的他人义务内容通常是不作为的”,但是在奥斯丁的法理学的课堂上,一位学生提出反例,如国家有权要求每一个人都有纳税的义务,该征税权就是对世权,内容却是作为。<sup>②</sup>其实这一反例并不成立,因为一个具体的对世权(对物权)应针对某一特定的具体的标的,如某物的所有权,而所谓政府的税权和兵役权并不是针对同一个特定的具体的标的,它只是内容和性质相似的对人权在概念上的统合而已,是“想象中的对世权”遗憾的是,奥斯丁在其著作中似乎没有对此作出充分的反驳。

按霍菲尔德的术语,对世权是针对全部其他人的 claim(-)<sup>③</sup>,即要求他人不侵占某特定利益的权利。对世权是财产权最本质的特征,一旦法律在一特定利益上赋予对世排他性的权利,财产权就产生了。

这是本文研究财产权总论的起点。以对世权为标准,可以发现许多存在于物权法和知识产权法之外的财产权类型,有助于建立一个视野更开阔、类型更全面的财产权谱系。对世权也必然蕴含了财产权法定主义,本文关于财产权法定主义的分析也建立在对世权概念的基础上。

## 二、财产权谱系

在纷繁复杂的财产权形态背后,是可以发现晶体状的结构,由简及繁,形成一个财产权谱系,在谱系中,相邻的类型具有家族的相似性。本文试图建立一个财产权的谱系,一方面厘清不同财产权类型之间的细微差异,另一方面试图发现财产权各种可能的形态,从而加深对财产权结构的理解。

本文仅取对世权意义上的财产权概念,以简单而质朴的归纳法,初步建构一个财产权谱系如下:

### 第一类:公物

之所以将公物作为一种独立的财产权形态,因为严格意义上的公物概念不属于国家所有权的范畴,它是非所有权的类型,自立门户,自成一型。所谓公物,系指不属于任何人的财产,但可为任何人所用,任何人不因先占而取得其所有权,如空气、阳光、水流等,也称公共财产。

严格地说,公物的结构并不是财产权结构,因为它不具有垄断性,在法律效力上无对世的 claim(-)。以霍菲尔德的术语表达,围绕该物,人与人之间的法律关系皆是 privilege 和 no-claim 的关系,即:任何人都可以使用、占有该物(privilege),任何人都无权利(no-claim)要求他人不使用、占有该物。这也是一种独特的对世性,即对世的 privilege,即世界上其他人均无权要求我不使用,已经蕴含财产权的萌芽。以公物为基础,逐步分析,梳理财产权谱系,可以发现关于财产权的更多的秘密。

在学术史上,许多政治哲学家,如17世纪的格劳秀斯<sup>④</sup>、普芬道夫和洛克<sup>⑤</sup>,都是以公物(common

<sup>①</sup> Rumble, W. E. (1985) *The Thought of John Austin: Jurisprudence, Colonial Reform, and the British Constitution* (London: Athlone Press), p. 33.

<sup>②</sup> J. Austin *Lectures on Jurisprudence* 5<sup>th</sup> edition revised and edited by Robert Campbell, 1911. 中国社会科学出版社影印版 1999 年 12 月,第 785 页。另外,在 391 页奥斯丁也谈到这个问题。

<sup>③</sup> 阅读本文的分析,需要一定的霍菲尔德权利分析理论的基础,可参见: Wesley Newcomb Hohfeld *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning* (1913) 23 *Yale Law Journal* 16. 本文采霍菲尔德的术语,所谓 claim 是要求他人做某事或不做某事的权利。其中,要求他人做某事的权利,即 claim(+);要求他人不做某事的权利,即 claim(-),例如要求他人不侵占某物的权利。所谓 privilege 是可以做或不做某事的权利,是对义务(duty)的否定;所谓 power 是指创设、变更和消灭法律关系的权力。

<sup>④</sup> Hugo Brocius, *De Jure Belli ac Pacis* (trans. F. W. Kelsey, Oceana Publications, 1964), book ii ch. 2.

<sup>⑤</sup> John Locke, *Second Treatise of Government* (G. W. Goughed, Basil Blackwell, 1976), ch. v.

property) 作为起点, 研究私人财产权。当然, 他们所谓的公物, 实质上是在自然状态下的, 而非法律状态下的, 即普芬道夫所谓的原初的公共财产 (original common property)。<sup>①</sup>

在实证法上, 《法国民法典》第 538 至 541 条规定了公物的范围, 包括道路、巷、市街, 以及可以航行的河道、海岸、海滩、港口、海港、碇泊场等。<sup>②</sup> 德国公法学家奥托·迈耶 (Otto Mayer) 以法国法上的“公物”概念来发展他的公物理论, 也影响了德国的立法。在某些特定的领域, 公物的概念被德国立法接受, 例如 1988 年巴登-符腾堡州巴登水法典第 4 条 (关于水床的立法), 1964 年汉堡州的堤坝规制法第 2 条第 1、3 款。<sup>③</sup>

这里, 还需要补充一点的是, 公物与无主物的差别在于, 无主物适用“先占”原则, 但是, 公物却不适用, 因为公物是一种非所有权的财产权结构。

### 第二类: 具有物理垄断性, 但不具有法律垄断性的“财产”

这里, 首先应辨析两个概念: 物理上的垄断性和法律上的垄断性。所谓物理上的垄断性系指由于物理上的原因使得某主体对于特定的标的享有排他性的利益, 例如爱因斯坦的天赋, 爱因斯坦因其天赋而独占一种智慧, 为其独有。所谓法律上的垄断性系指, 根据法律的规定, 某主体对于特定的标的享有排他性的权利, 例如专利权。

财产权只是法律上的概念, 一种利益如仅具有物理上的垄断性, 它并不构成严格法律意义上的财产权, 因为它不具有法律上的排他性, 但在它之上仍然存在法律关系, 其法律关系与公物的法律关系相似, 即 A 有特权 (privilege) 享有该利益, 其他人无权利 (no-claim) 要求 A 不享有该利益; 其他人也具有特权 (privilege) 享有该利益, A 也无权利 (no-claim) 要求其他人不享有该利益。但是, 由于物理原因, 其他人客观上无法享有该利益。

虽然该利益不构成严格法律意义上的财产权, 但是, 将其与公物一样置于财产权谱系, 有助于我们理解财产的体系, 以及一种常见的“财产”形态在财产体系中处于什么位置, 如对资本市场的一种独特的直觉能力和操作方法, 或一种独特的技艺, 如某人具有的绣花技艺但又无法纳入专利权、商业秘密的范畴, 应如何理解它的性质与法律结构。

关于物理上的垄断和法律上的垄断以及两者的相似的效果, 亚当·斯密也有过阐述。他首先阐述了物理上的垄断的一种典型现象——对秘密的独占: “当某一商品因有效需求增加而市价比自然价格高得多的时候, 这商品的供给者大抵都小心翼翼地隐瞒这种变化情况。要是被人知道, 其丰厚的利润定会诱使许多新竞争者向这方面投资”<sup>[2] (P. 54)</sup>。

亚当·斯密甚至还比较了商业方面的秘密和制造业方面的秘密的不同, 他说: “不过, 必须承认, 这种秘密很少能长久保守, 而那非常的利润只能在这秘密未给人知道以前独享。制造业方面的秘密, 比商业方面的秘密, 能保守得长久些。一个染业者, 如果发现了一种制造染料的方法, 其所费仅及通常方法的一半, 而他又能妥善处理, 他就能终生独享这发现的利益, 甚至能把它传给子孙。”<sup>[2]</sup>

对该秘密的独占, 纯粹因物理上的原因而形成, 而非法律赋予的垄断权, 但它与法律赋予的垄断权的效果是相似的, 所以, 亚当·斯密继续说: “给个人或商业公司以垄断权, 其作用与商业或制造业中保守秘密相同”<sup>[2] (P. 55)</sup>。

当然, 秘密并不都是纯粹物理上的垄断, 有些秘密受到法律的一定程度的保护, 如商业秘密, 见后文详述; 也有一些秘密, 得不到法律的一丝保护, 是纯粹物理上的垄断, 一旦泄漏, 垄断地位自然瓦解。

### 第三类: 具有物理垄断性, 法律保护其物理垄断性, 但不直接赋予其法律垄断性 (商业秘密)

<sup>①</sup> Samuel Pufendorf, *De Jure Naturae et Gentium* (trans. C. H. and W. A. Oldfather, Oceana Publications, 1964) book iv ch. 4.

<sup>②</sup> 《法国民法典》中译本将第 538 条国家管理的财产译为“国有财产”, 翻译似有问题, 法文 *domaine Public* 应为“公共所有”。见李浩培、吴传颐、孙鸣岗译《拿破仑法典》, 商务印书馆 1996 年, 第 71 页。

<sup>③</sup> 德国联邦宪法确认了这种在特定情形下的财产权的形式, 见判例 BVerfGE 24 367 (382)。

此第三类是非常特殊的财产权形态,准确地把握它的法律结构并不是一件容易的事情,因为它具有物理垄断性和间接的法律垄断性的混合性。

在物理垄断性的层面上,商业秘密与爱因斯坦的天赋十分相似。商业秘密由于客观的秘密状态使得商业秘密持有人对商业秘密享有一种排他性的利益,一旦秘密状态被破坏,该利益的排他性则被打破。

法律对商业秘密的保护,不同于专利权,法律并不赋予商业秘密以法律上的垄断性,但法律保护它的秘密状态,法律禁止任何人以不正当的手段如盗窃、欺诈、抢劫等获取该商业秘密。不同于上述第一类和第二类财产,商业秘密持有人除自己有权享有(privilege)外,他还具有一种请求权(claim),要求其他人不得以不正当的手段获取该商业秘密,但是,该claim并不是要求其他人不得使用该商业秘密,如果其他人是通过自己研发的正当手段取得则不在此限。

由于法律没有直接赋予其排他性,所以,商业秘密的排他性直接源于物理原因,而非法律原因,所以,该利益本质上也不是财产权。

这里,又产生一个问题,商业秘密持有人有无权利许可他人使用该商业秘密?如果持有人实施了许可,该许可是否是严格法律意义上的许可?这组问题的答案似乎是与我们的日常经验相悖的。

首先,应如何理解许可(license)?以霍菲尔德的术语描述,许可必然是行使权力(power)的行为,而power的行使必然引起法律关系的变动。例如,一台钢琴的所有权人许可他人使用钢琴,法律关系的变动是十分清晰的,可具体描述如下:许可前,所有权人有claim要求他人不使用钢琴,他人具有duty不使用钢琴;许可后,所有权人原先的claim变为no-claim,而其他入原先的duty变为privilege(可以使用该物)。但是,商业秘密持有人的所谓许可(license)会产生怎样的法律关系的变动呢?是否与上述的钢琴所有权人的许可一样,回答是否定的。商业秘密持有人原先的claim是要求他人不得以不正当的手段获取该商业秘密,经过许可,此claim变成了什么?变成了no-claim(无权利要求他人不得以不正当的手段获取该商业秘密)?显然不是,因为在所谓许可之后,商业秘密持有人依然具有该claim(要求他人不得以不正当的手段获取该商业秘密)。反过来说,被许可的人的duty是否有变动?回答也是否定的,因为他的duty(不得以不正当的手段获取该商业秘密)依然没有变化。

再提一个问题:经过许可后,被许可人是否获得了privilege,可以使用该商业秘密?回答是:被许可人原先就具有此种privilege,只是物理条件上,无法知悉进而无法使用之,所以,并非通过所谓许可获得该privilege。那所谓许可到底使什么发生了变化了?发生变化的是物理条件,商业秘密持有人通过所谓许可,实质上是传授行为,使得被许可人知晓和掌握该商业秘密,从而在物理条件上被许可人能够使用该商业秘密,而非在法律上获得使用该商业秘密的privilege。

所以,可以得出一个结论,商业秘密本质上不是严格意义上的财产权,商业秘密持有人的所谓许可不是严格法律意义上的许可,它的本质是传授行为,或者是以传授行为为债的给付内容的合同行为。这个结论与我们的传统观念确实大相径庭,但是,通过严格的霍菲尔德式的分析,我们只能得出该结论。

既然在商业秘密上,许可都不可能,转让商业秘密就更不可能,而在实践中,所谓商业秘密的许可和转让都是虚幻的假象,它们在本质上都是物理传授行为,而非财产法意义上的许可和转让。

#### 第四类:具有法律上的垄断性,但不具有任何处分权

所谓法律上的垄断性,系指法律赋予某主体对于特定的利益以排他的使用占有的权利,即排他性,此排他效力来自于法律的规定,而非来自物理原因。法律上的排他性是财产的最基本的特质<sup>①</sup>,是财产权的最基本的结构,是财产权的本质基因。

值得注意的是,法律上的垄断性有的是稳定的,有的是不稳定的,例如物权法上的占有制度也创设出

<sup>①</sup> Shyamkrishna Balganesesh, *Demystifying the Right to Exclude: Of Property, Inviolability and Automatic Injunctions* 31 Harv. J. L. & Pub. Pol'y 593 602-05 (2008).

一种法律上的垄断利益,即占有人排斥他人侵犯其占有的权利,但是不稳定的,因为该垄断利益以占有人的占有事实为前提,一旦他失去占有,该垄断利益随之丧失。基于占有事实而享有的排他性的垄断利益是否是一种财产权?从排他性和垄断性看,它具有财产权的基本特征,但它是不稳定的,所以,又不典型。

典型的财产权虽然在财产权谱系中有不同形态,但其排他性和垄断性是稳定的,它的稳定性的基础是什么?稳定性基础在于:排他性权利一旦被赋予,它不以一种脆弱的变动的事实如占有事实为前提,它的消失和变化通常是基于权利人的处分行为,或在法律规定的特别情形下发生,所以,是稳定的。

此种法律上的垄断性,可以通过私法或者公法创设,但法律结构会有所不同。

私法创设的法律上的垄断性,以霍菲尔德术语表达,其结构是:A不仅有 privilege 占有使用该财产,其他人无权利(no-claim)要求他不占有使用该财产;A还具有 claim 要求其他人不得侵占该财产,不得妨碍A占有使用该财产。

公法创设的法律上的垄断性,以霍菲尔德术语表达,其结构是:A有 privilege 占有使用该财产,其他人无权利(no-claim)要求他不占有使用该财产,但A通常还不具有 claim 要求其他人不得占有使用该财产,而是国家具有 claim 要求其他人不得占有使用该财产。最为典型的就是行政特许权,例如A具有生产电信产品的行政特许权,但A并不具有禁止其他人生产该电信产品的权利,只有国家有权禁止。

一般来说,私法创设的具有法律上垄断性的财产,权利人本身也必然包含处分权,可以许可他人使用该财产,甚至转让该财产,但是,公法所创设的具有法律上的垄断性的财产权,权利人本身并不具有处分权,这里所谓“处分权”即可以许可他人使用该财产和转让该财产的权力(power)。例如营业执照、职业执照,权利人不仅不可转让执照,甚至无权许可他人使用该执照。当然,也有一些特殊的行政特许权经法律特别规定可以转让,例如排污权、进出口配额等,是为例外。

可见,行政特许权是一种最简单的财产权结构,它仅具有法律上的垄断性,但不具有处分权。传统的教科书并不将行政特许权视为一种财产权,这是一种偏狭的见解,它不仅导致理论研究的局限,将行政特许权排斥在财产法研究的范围之外,并且,在司法实践中也导致危害,例如在刑事诉讼、侵权诉讼以及夫妻共同财产分割诉讼中,行政特许权不被作为一种特殊的财产利益予以考虑,破坏了司法公正。例如职业执照,在离婚案中,配偶乙方拥有的职业执照是否是一种财产,其价值是否应当分割?

当然,在境外的判例中,行政特许权已经逐渐进入法官的视野,被视为一种重要的财产利益,成为司法裁决中需要认定的一个重要因素。典型案例如下:

1. 刑事判例:香港 Attorney - General of Hong Kong v. Daniel Chan Nai - Keung Wednesday 29 July 1987<sup>①</sup>

在该判决中,一种行政特许权——纺织品出口配额被视为财产,成为盗窃的标的。在该案中,被告是香港一家纺织品公司的董事,他有权处分公司纺织品出口配额,但他一直以极低的价格将公司的大量纺织品出口配额出售给与他有关联的另一家公司。法官认为:出口配额是一种无形的财产,所以,能够被盗窃。虽然被告有权处分公司财产,但以如此低的价格出售公司的出口配额,则构成盗窃罪。<sup>②</sup>

在司法实践中,由公法创设的财产很少成为民事诉讼中的诉讼标的,但在刑事诉讼中也有被视为财产的先例,深圳市中级人民法院在(2006)深中法刑二初字第90号判决中曾将纺织品出口配额作为财物定性为盗窃罪的对象<sup>[3]</sup>。

2. 夫妻共同财产分割判例:美国 O'Brien v. O'Brien<sup>③</sup>

在该案中,夫妻离婚分割财产,争议的焦点在于:丈夫所拥有的医生职业执照是否是一种财产,其价

① [1988] Cr. LR 125.

② 英国盗窃罪(English Theft Act 1968 s 4(1))所规定的无形财产(intangible property)包括政府特许的出口配额,有关分析见:J. W. Harris, Property and Justice, Clarendon Press, Oxford, p. 51(1996).

③ 489 N. E. 2d 712, 717 (N. Y. 1985).

值是否应当分割?<sup>①</sup> 法官认为: 这是一种应当予以分割的财产。

第五类: 具有法律上的垄断性, 也具有许可的权力, 但不具有可转让性

这里, 首先应辨析许可( license )<sup>②</sup>和转让( assignment )两个概念。

在英美普通法上, 许可被定义为许可人和被许可人之间的一种“不诉合同”( a contract not to sue )关系, 即: 当被许可人侵犯其财产权, 许可人不诉被许可人<sup>③</sup>。可见, 许可本质上是免除被许可人原先具有的不侵犯许可人的财产的义务( duty )<sup>④</sup>, 而转让( assignment )则是将整体权利让与他人。<sup>⑤</sup>

关于第五类的财产, 我们以《反不正当竞争法》第5条规定为例进行分析, 第5条规定“经营者不得采用下列不正当手段从事市场交易, 损害竞争对手: (二) 擅自使用知名商品特有的名称、包装、装潢, 或者使用与知名商品近似的名称、包装、装潢, 造成和他人的知名商品相混淆, 使购买者误认为是该知名商品”。这一条创设了一种怎样的权利? 值得深入分析。

知名商品特有的包装、装潢所构成的财产, 作为第五类财产的典型, 具有如下特点: 第一、法律直接赋予知名商品生产商排斥他人使用其特有的包装、装潢, 即 claim( - ) 其他经营者都有义务( duty ) 不使用知名商品的包装和装潢; 第二、知名商品生产商有权力( power ) 许可其他经营者使用该知名商品的包装和装潢; 第三、由于法律没有将知名商品的包装和装潢作为一种权利类型加以规定, 所以, 知名商品生产商就无法将该权利整体转让给他人。

上述的第三点殊难理解, 需细述之。

设想一下: 如果知名商品经营者将知名商品上的包装和装潢的权利整体转让给他人, 该转让是否会产生产法律效力? 会产生怎样的法律效力? 我们可以对此提一系列的问题: 转让后, 如果知名商品的经营者继续使用, 有第三人擅自使用该知名商品的包装和装潢时, 谁有权提起针对第三人侵权的诉讼? 知名商品的原经营者是否有资格提起诉讼? 知名商品的原经营者显然仍然有资格提起诉讼, 因为上述的权利整体转让不发生效力, 所以, 它不象商标权和专利权整体转让那样, 经转让后, 原权利人就彻底“出局”了, 知名商品的包装装潢的原权利人仍然在权利之中, 只要他在转让后依然持续使用该包装装潢; 虽然“转让”之后继续使用, 他就违约了, 但违约行为丝毫不影响他依然受《反不正当竞争法》第5条的保护。由此可见, 所谓的“转让”只产生债的效力, 不产生财产法上的转让效力。

为什么知名商品经营者对于知名商品的包装和装潢的权利不可以象商标权和专利权一样转让给他人? 直接的回答是: 因为法律没有将该权利打包成为一种法定的权利类型。

“打包”是一个重要的术语, 是权利创设中的一个重要的工序, 下文“财产权法定主义”部分将详述。如果一束具有对世性的权利被打包成为一种权利类型, 法律规定它可以整体转让, 它则可以转让, 例如物的所有权、商标权、专利权、用益物权等, 反之则否。可转让性( assignability ) 是财产权的高级形态, 是本文所列举的第六类财产形态。

美国法将知名商品特有的包装、装潢纳入商业外观( Trade Dress ) 的概念中<sup>⑥</sup>, 商业外观的含义则更广。商业外观可否转让? 还需要从商业外观权的立法目的和保护成本两个方面予以考量:

商业外观权的设置主要目的是维护正当竞争, 和帮助消费者识别商品, 现有的侵权责任法上的保护

<sup>①</sup> William M. Howard, *Spouse's Professional Degree or License as Marital Property for Purposes of Alimony, Support or Property Settlement*, A. L. R. 6th 447 (2005).

<sup>②</sup> Christopher M. Newman, *A License Is not a "Contract not to Sue: Disentangling Property and Contract in the Law of Copyright Licenses"*, Iowa Law Review, March 2013, pp. 1103 - 1163.

<sup>③</sup> See *Harris v. Emus Records Corp.*, 734 F.2d 1329, 1334 (9th Cir. 1984), [A] license has been characterized as an agreement not to sue the licensee for infringement.

<sup>④</sup> 许可行为和合同行为的差别在于: 许可行为是免除一种义务, 而合同行为则是创设一种义务。

<sup>⑤</sup> 英文 assignment 的含义见: Black's Law Dictionary, deluxe ninth edition, Britan A. Garner, Thomson Reuters 2009; 知识产权法中的转让与许可之区分见: Staff of S. Comm. on the Judiciary, 86th Cong., *Divisibility of Copyrights 1* (Comm. Print 1960): (An assignment carries all rights; a license is really a contract not to sue the licensee . . . .)

<sup>⑥</sup> Lanham Act.

已经足以达到此立法目的。如允许商业外观权可以转让,则意味着创设了一种新型的可转让的财产权,就超出了立法目的。即使商业外观权中的某些要素需要更强的法律保护,但可以依赖商标法和著作权法的保护。

将商业外观权设定为一种新型的可转让的财产权,将使法律关系复杂化,需要巨大的维护与保护成本。法律保护某企业的商业外观,是基于什么事实确认该企业享有特定的商业外观权?一般是基于该企业已经使用该商业外观并且在消费者中形成一定的认知的事实,因使用而享有权利,法律识别的成本比较简单。如果商业外观权可以转让,就可能导致权利与使用相分离,对于某商业外观权归属的法律识别就骤然复杂化,且不以消费者的普遍认知为前提,将超出了商业外观的立法目的,甚至扭曲了商业外观的立法目的,实施起来,不仅增加巨大的成本,而且可能导致商标法和著作权法与所谓商业外观权的界限发生模糊,破坏整个知识产权法的体系。

虽然各国对商业外观的法律保护日益加强,但英国仍然以普通法上的仿冒之诉(passing-off)保护商业外观,中国立法与之相似,并未走一条激进的商业外观保护法的道路。虽应加强对商业外观的保护,但将商业外观权上升到一种新型的可转让的财产权,则是危险的。

商业外观权是一种特别的财产权类型,权利具有排他性,可许可,却不具有可转让性,它在本文所建构的财产权谱系中是一朵“奇葩”。

第六类:具有法律上的垄断性,不仅可以许可,也可以整体转让

中国物权法规定的一种用益物权——出让土地使用权,就是典型的第六类财产,它与英美法上的lease也很相似。

当然,lease通常翻译为中文的“租赁”,但中国法中的房屋租赁权与英美法上的lease虽冠以相似的名称,但在效力上又有根本的差异。前者不可以独立转让,后者则可以,所以,英美法上的lease本质上是中國物权法中的用益物权,而中国法上的租赁权应属本文所列的第五类财产形态,而非第六类。

民法学教科书通常将租赁权视为纯粹的债权,这也不完全正确,虽然它不是用益物权,但它的结构并非纯粹债权那般简单。

我们实际上是在两种含义上使用租赁权,一是作为一种债权的租赁权,它仅仅指承租人有要求出租人交付其房屋供其租赁使用的权利,这种权利存在于出租人交付房屋之前;二是作为一种对世权的租赁权,它仅仅是指承租人有占有、使用甚至经营他人房屋的权利,任何人包括所有权人也不得干预他,这种权利存在于出租人交付房屋之后,这种权利是不能包含在前面所谓的作为债权的租赁权的概念之中的,但是,这种权利的产生却始于前者之实现,即出租人交付房屋。所以,“租赁权是债权”之说法只是在阐述租赁权的前一种涵义,而非后一种,而后一种涵义已是一种对世性的权利,而非债权了。

租赁权符合用益物权的一部分特征,特别是在“买卖不破租赁”的原则确立之后,租赁权亦可对抗所有权,使之非常接近用益物权,但是仍有一步之遥,即租赁权缺乏独立的整体转让性,对租赁权的处分只限于分租转租,而不能独立转让。

第七类:所有权

所有权是最圆满的财产权,它具有法律上的垄断性,具有可许可的权力,也可以整体转让,它比第六类财产权还具有更高的效力,这里不再赘述<sup>[4]</sup>。

### 三、财产权谱系之外的非典型财产权结构

上述财产权谱系是以所有权为导向、基于用益性质财产权的分析而建构起来的,并不能涵盖所有的财产权形态,所以,还需补充分析与阐述财产权谱系之外的财产权形态。

#### (一) 担保物权在财产权谱系中的位置

首先需要回答的第一个问题是:担保性的财产权是否具有垄断性?回答是肯定的。它的垄断性质与用益性质的财产权的垄断性质不同在于:前者是对财产的价值垄断,后者是对财产的占有的垄断,

其他的分析维度则无大异。

从上述的谱系分析来看,担保性质的财产权大约都属于上述第四类的财产权,即具有法律上的垄断(价值排他性),但不具有任何处分权。当然,部分担保性质的财产权,例如商法领域的附担保公司债信托,债权人可对担保物权进行处分,让渡于受托人,使之相对独立于主债权是为例外。

### (二) 其他怪异形态的财产权结构

以上所描述的财产权谱系是财产权的基本形态的谱系,但在此基础上会衍生出一些形态怪异的财产权结构,如信托财产的受托人所有权,它是一种不完全所有权,再如永佃权中田底权和田面权的组合,以及“债权的不可侵害性”形成的一种新型财产权等。

在逻辑上,财产权可碎片化,也可再组合,不同的分割方式或不同的组合方式可以制造出林林总总的形态怪异的财产权结构。财产权的分割方式和组合方式也是一门值得研究的新学问。

### (三) 信息与数据的财产权结构

互联网时代向财产法提出的最大的挑战是关于信息和数据的财产权问题:

#### 1. 新闻

新闻涉及比较复杂的客体,复杂性在于它具有双重结构,一是作为客观事件本身的新闻,二是关于新闻的表达,在逻辑上,两者可以分立,在实践中,两者紧密相连。新闻的权利客体的复杂性,就使得关于新闻的财产权问题变得复杂起来。

“纯粹事实本身无著作权”(There is no copyright in facts)这是一个著名的法谚。对于新闻报道,可能存在两种侵权方式:一是逐句抄袭(verbatim),则必然侵犯著作权,二是不逐句抄袭,仅仅窃取新闻信息。

纯粹的新闻信息的窃取,而非抄袭表述,也是可能的,这是否构成侵权?1918年“一战”期间美国最高法院关于国际新闻社诉美联社(International News Service v. Associated Press)的裁决是最早的判例。国际新闻社获取美联社的新闻,但对新闻报道进行重写(rewrite)。大法官认为:新闻本身不受著作权法保护,但是受其他法律保护。大法官适用普通法上的窃取理论(misappropriation),保护新闻,并称之为“新闻的准财产权”(quasi-property of hot news)。

按现今的立法,纯粹新闻本身可以纳入反不正当竞争法中的商业秘密的范畴中予以保护,但保护需要严格的条件,例如美国法要求:新闻的取得花费了成本,新闻发布具有时间的敏感性,侵权人“搭便车”,侵权人与被侵权人存在直接竞争关系等。

可见纯粹新闻本身可归入上述财产权谱系的第三类。

#### 2. 数据

在互联网和大数据时代,许多重要的经济利益附着在数据上<sup>①</sup>,如电子邮箱、虚拟货币、游戏装备等,在这些数据利益上是否存在相对统一的财产权的结构,已有学者开始关注<sup>②</sup>。

该问题比较复杂,因为数据上可以承载多种法律利益,其上可能存在隐私权、商业秘密等不同的法律权益,适用不同的法律保护与救济方式。但我认为,互联网中的数据利益,一般存在运营商作为相对人,承担义务,具有债的关系,所以,数据利益的基础性的保护模式应该是债权的不可侵害性衍生出来的新型财产权结构。

### (四) 债权的不可侵害性:一种新型财产权结构

债权是典型的对人权和相对权,但是,第三人侵害他人债权的侵权责任问题则使“债权”的相对性

<sup>①</sup> 例如信息资料的所有权的问题,参见 Maria Perrone, *What Happens When we die: Estate Planning of Digital Assets*, *CommLaw Conspectus*, Vol. 21, p. 185.

<sup>②</sup> 梅夏英“数据与财产:一个客体角度的分析”,载第五届两岸民商法前沿论坛《民法典编纂与创制发展》论文集(北京航空航天大学法学院与台湾政治大学法学院主办)2015年11月第223页;刘智慧“论大数据时代背景下我国网络教室遗产的可继承性”,载《江淮论坛》2014年第6期。



变得复杂起来,似乎债权又具有了对世性。

一般地,基于债权的相对性,债权人只能向债务人请求给付,债务人因可归责的事由致债务不履行时,应对债权人负损害赔偿责任。那么,第三人侵害债权的侵权责任能否成立?

在德国,依据德国民法典第826条规定“以违反善良风俗之方法对他人故意施加损害之人,对受害人负有赔偿损害之义务”;在台湾,依据台湾民法典第184条第一项后段规定“故意以背于善良风俗之方法,加损害于他人亦负损害赔偿责任”,第三人侵害他人债权之侵权责任均可成立<sup>[5][P.190]</sup>。

所以,作为债权人具有这样一种对世权,即有权利要求其他任何人均不得以违反善良风俗的方法侵害其债权。那么,是否债权就因此而成为了对世权了?其实,并不是债权成为了对世权,只是债权人享有了一种从属于债权的对世权,此对世权是债权的从权利而已,债权是此从权利所保护的對象。

在理解此问题时,应当将狭义的债之关系与广义的债之关系区分开来,前者仅指债权人与债务人之间的单纯的给付关系,而后者则指为保护债权人的给付利益,即保护狭义的债之关系的实现,所创设的其他法律关系群,这些法律关系群为债权人赋予了若干从权利,对“第三人对债权之侵害”的预防与救济之权利则是其中之一<sup>[5][P.80]</sup>。

“债权的不可侵害性”本属于债法上的一种极为特殊的现象,但在现代社会却演变成为一种新型的却普遍存在的财产权结构。债权的不可侵害性的法律结构是:以债为核心,外围辅以对世性的法律关系保护之。这种特殊的法律关系结构非常重要,特别是在网络时代,许多基于网络而产生的新型财产权,其本质即是该法律关系结构。例如,在网络游戏中的虚拟财产,它的核心法律关系是游戏玩家与服务器经营商之间债的关系,但是第三人如果“窃取”其虚拟财产,本质上是破坏游戏玩家对于服务器经营商债权的实现。在其他领域,如储户对于存款的权利,其核心是储户与银行之间的债的关系,但是,其效力或保护的范围可以扩展到第三人,即第三人不得采取不当手段,如盗取储户个人信息,非法转移储户存款。

#### (五) 财产权形态的无限可能性

在理论上,法律关系元形式的各种组合可以造就各种各样的财产权形态,正如原子的不同组合可造就不同的物质,化学元素的不同组合可造就不同的化合物,财产权形态也是同理。

但问题是,既然财产权形态具有无限的可能性,为什么在实践中立法仅仅采纳有限的几种财产权形态?这是一个从理念世界进入现实世界必然面临的问题。这一问题应由制度经济学去解释,一种财产权的创设将涉及诸多的社会成本,只有那些效益大于成本的财产权形态才可能被立法采纳。

### 四、财产权法定主义

#### (一) 财产权法定主义的含义

所谓“财产权法定”,显然是相对于合同约定而言的。

财产权具有法律上的垄断性(排他性),此种法律上的垄断性必然是通过法定而产生的,而不可能仅仅依靠当事人之间的合同约定,因为合同约定只约束合同当事人,此为合同的相对性(privacy),而财产权的排他性具有对世效力,即claim(-),此种对世的claim(-)只能通过法律规定而生,这是财产权法定主义的第一层含义。

财产权法定主义的第二层含义是,设立对世排他力,需要法定,同样,如果转让对世排他力,也需要法定,方可产生转让的效力。

以上例举了七类财产,这为我们分析财产权法定主义提供一个基础。其实,上述七类财产可以简化为两种主要类型<sup>①</sup>,以霍菲尔德的术语可以简约表述为:

第一类:claim(-);仅具有对世排他力,但不具有可转让性;

<sup>①</sup> 如何甄别财产权?学者们提出很多方法和理论,见:Francisco J. Morales, *The Property Matrix: an analytical tool to answer the question is this property?*, University of Pennsylvania Law Review 161, March, p. 1125(2013).

第二类: claim( -) + power( assign): 既具有对世排他力,也具有可转让性。

所谓 claim( -) 系指权利人有权要求世上其他人不得占有使用侵犯该财产,即对世性、排他性; 所谓 power( assign) 系指权利人有权将该财产权整体转让,即可转让性。财产权中的这两个要素都具有涉他的效力,所以,只能通过法律规定而产生的,而非纯粹通过合同约定产生。

上述第一类财产权包含财产权法定主义的第一层含义,而第二类财产权则包含财产权法定主义全部两层含义。

### (二) 权利的法定类型化: 财产权法定主义与合同的关系

一种类型的财产权,如果可通过合同设立,或进行整体转让,那么,该类型的财产权须经法律明确类型化。如果无法通过合同设立,也无法整体转让,该类型的财产权实质上不是严格的法定类型化了的财产权,例如商业外观权。

法律将一束具有对世性的权利“打包”,即类型化。权利打包或类型化是合同发生对世效力的桥梁和中介,它辅助合同产生财产权效力(物权效力),主要表现为:

一是此种被类型化的权利,可以通过合同约定而产生。

某些财产权,经法律类型化规定,通过合同约定而产生,如出让土地使用权。合同之所以产生物权的效力,系因为在合同之先,已有法律关于特定权利类型的规定。

二是此种被类型化的权利,可以通过合同约定而整体转让。

如果法律在“打包”中规定,该包权利可以整体转让,该类型的权利则可以通过合同约定而转让。<sup>①</sup>

在上文,我们已经提及一个有趣的问题:一种财产权经法律规定已经具有对世性和排他性,如知名商品的包装和装潢权利,但为什么不可以整体转让?原因就在于,它未经打包。

未经法律规定,仅通过合同约定,原权利人对世的 claim( -) 无法让度给受让人,受让人无法通过合同取得对世的 claim( -)。如果可以,则意味着,合同对第三人产生了效力,世界上所有其他人均受此合同的约束,这显然超出了纯粹的合同效力。

这里,我们以产生的方式和是否可整体转让作为两个维度,对实证法上的若干财产权进行分类,以作进一步分析,列表举例如下:

	不可转让	可转让
通过法律规定直接产生	知名商品包装装潢	商号
法律规定但经由合同产生	地役权(限制转让)	出让土地使用权

一项特定财产权是一组对世性的法律关系的集合,它可以通过法律直接规定而产生,如知名商品的包装和装潢权利;<sup>②</sup>它也可以在法律类型化的前提下,经由合同约定而产生并转让,如出让土地使用权。前者是与合同无关的财产权法定,后者是与合同有关的财产权法定。

### (三) 民法上的物权法定主义

在厘清财产权法定主义的含义后,再看民法上的物权法定主义是什么?

传统民法教科书认为:物权法定主义内容包括:(1)类型强制(Typenzwang),即不得创设民法或其他法律所不承认的物权。(2)类型固定(Typenfixierung),即不得创设与物权法定内容相异的内容。它

<sup>①</sup> “打包”是一种怎样的技术?例如著作权,“著作权”被打包是通过《著作权法》第十条规定“著作权包括下列人身权和财产权:”,而著作权被赋予可转让性,则是通过《著作权法》第二十五条:转让本法第十条第一款第(五)项至第(十七)项规定的权利,应当订立书面合同。

<sup>②</sup> 一个重要问题:侵权法是否可以创造财产?一般说来,在侵权规则之前,一般应有财产规则即排他性的规定,侵权规则是保护现有的法定财产,但是,也有特别情形,基于公序良俗原则的侵权规则,本身“原创性”地产生排他性,侵权法反向设立对世的 claim( -),侵权法中“停止侵害”的救济方式十分重要,它在隐蔽地创设财产权,如果侵权法仅有赔偿损失一种救济方式,侵权法就没有创设财产权的功能。

的潜台词是: 如果合同约定的权利类型与内容, 不符合法律对权利类型化的规定, 则不发生效力。

显然, 按照传统民法教科书对物权法定主义的解释, 物权法定主义应当是上述的与合同有关的财产权法定, 可见, 物权法上的“物权法定主义”的含义是比较狭隘的, 主要原因在于: 有体物一般均有所有人, 所以, 在有体物上再设物权, 必然是通过与所有权人的合同而产生, 合同约定的权利类型符合物权法规定的权利类型, 则产生物权效力。

但是, 对此至少可以追问三个问题: 一是不经当事人的合同而由法律直接规定一种排他性的法律关系, 它是否是物权? 二是一种排他性的法律关系, 如本节归纳的第一类财产结构即对世的 claim(-), 是否足以构成物权? 三是物权法所谓的物权是否仅限于物权法列举的物权类型?

关于第一个问题, 回答是肯定的, 例如留置权就是法定的, 不需当事人合同约定;

关于第二个问题, 如果回答是肯定的, 则本节所归纳的两大类财产权类型均在其中; 如果回答是否定的, 我们则需回答: 怎样的结构才是物权? 是否仅限于本节归纳的第二类?

从物权法规定的最典型的用益物权角度来看, 应是第二类, 即最完满的“claim(-) + power(assign)”结构。

但从担保物权的角度看, 法定留置权虽与用益物权不同, 但它的本质结构也是本节归纳的第一种财产类型, 即对世的 claim(-), 所以, 对于第二个问题应持肯定回答, 所以, 散见在《物权法》之外的部门法中的各类对世性质的优先权等, 均应列为物权。

但问题复杂在于, 有些复杂形态的财产权无法纳入传统物权法关于用益物权和担保物权的二元划分中, 例如信托法上的受益人的受益权, 它也应纳入物权的范畴<sup>[6]</sup>。

关于第三个问题, 如欲与上述答案逻辑一致, 回答则只能是“不限于”。

在上述分析基础上, 我们追问第四个问题: 租赁权是否应当是物权法上的物权? 如果物权的标准是最完满的“claim(-) + power(assign)”结构, 租赁权就不是物权, 但如果物权以对世的 claim(-) 为最低准入标准, 租赁权就应纳入物权范畴。

#### (四) 物权法上的物权清单是一份逻辑不周延的常用物权清单

如果我们以哈特的思想反思上述的分析过程, 就会提出一个更为基本的问题。哈特说: 法律中的概念的意义在于它在法律推理中的功能是什么?<sup>①</sup> 那么, 我们追问物权法中物权的定义, 它的意义何在呢? 一种权利即使被纳入了物权范畴, 意义何在呢? 其实, 在法律推理层面上, 它的意义仅仅在于此类类型的权利是否适用物权法的总则部分, 而中国物权法总则的规定其实多为具体化规定, 大多不具有“普适性”, 所以, 一种类型的权利是否具有物权的名分就没有太大意义了。

总之, 物权法上的物权清单本质上并不是一个基于严格的逻辑而列举的的目录, 也不是穷尽全部实证法上的物权的目录, 这个物权清单实质上是一个常用物权清单, 它的价值在于“便民服务”, 而非严谨的逻辑。

在现代社会, 由于电子技术的发展, 以及经济规制和环境保护方面法律工具的丰富<sup>②</sup>, 财产权形态越来越复杂, 需要我们超越物权法, 深入财产法的基本结构的研究。

#### 五、财产权可转让性的逻辑结构

在分析了财产权法定主义后, 再重点阐述与之相关的一个重要问题——财产权的可转让性。当然, 并不是所有的财产权都可以转让, 但可转让性是许多重要的财产权的基本特性。可转让性在人们的意识中是一个貌似简单的问题, 但其逻辑结构和内涵却是很复杂的。

<sup>①</sup> H. L. A. Hart: *Definition and Theory in Jurisprudence*, (1954) L. Q. R. 37.

<sup>②</sup> 美国有些州创设了“太阳能役权”(solar easements), 参见: Alexandra B. Klass, *Property Rights on the New Frontier: Climate Change, Natural Resource Development and Renewable Energy*, *Ecology Law Quarterly*, vol. 38, p. 97(2011).

### (一) 权利法定类型化的功能

财产法上的权利类型化和人身权法上的权利类型化功能不尽相同,人身权法上的权利类型化如生命权、健康权、名誉权等,其功能是将相关权益置于一个权利类型下,可适用相同的法律保护。而财产法上的权利类型化的功能则更丰富,例如他物权中“出让土地使用权”类型,类型化的功能应包括:一是为通过合同设立该物权提供标准化的权利设立内容,二是为通过合同转让该物权提供标准化的权利转让内容,三是为该类型的权利中所包含的对世性和排他性的权素的有效转让提供法律依据,因为对世性和排他性的权素的转让不可仅凭合同,合同的相对性(privity)决定了:仅仅合同本身并不能产生对世性和排他性的权素的转让的有效性,需有法律的前提性规定。法律将特定权利类型化,实质上就认可了通过合同转让该类型权利中所包含的对世性和排他性的权素的有效性。四是锁定功能,即权利被类型化后,该类型化权利所包含的权能将无法独立转让。

### (二) 法定类型化权利中的权能的独立转让的问题

所谓类型化权利中的权能的独立转让的问题,最典型的例子是,将股权中的收益权(利润分配请求权)独立地转让出去,是否有效?在商业领域,特别是结构化融资中,此类设计虽有争议,但愈来愈多。

从纯粹法理看,此类转让是无效的,或者说,此类转让不构成权能的独立转让,所谓独立转让只是幻觉。权利被类型化之后,其内部权能将无法分离,无法成为各自独立的单元,所以,独立转让也是不可能的,除非法律将该权能再类型化,这也是财产权法定主义的一个隐蔽的含义。

例如甲对乙公司有股权,甲经乙同意,将股权中的利润分配请求权转让给丙。该案中有两个问题:

一是丙有权向乙请求分配利润吗?回答是肯定的。

二是利润分配请求权独立转让了吗?回答是否定的。

关于第一问,虽然丙有权向乙请求分配利润,但其请求权基础并不来自“利润分配请求权的独立转让”,而是来自甲乙丙签署的一个纯粹债的效力的合同,它不具有对抗任何第三人的效力,所以,该合同不构成“利润分配请求权的独立转让”,它只是创造了一个新的债的关系。

但在一个特别情形下,利润分配请求权是可以转让的,例如2014年末,某公司经股东大会作出利润分配决议,应向股东甲分配利润100万元,甲具有请求公司分配100万元的请求权,该请求权是现实的,是可以转让给他人的。此案例中的100万元的利润分配请求权和上述的作为股权中的权能的利润分配请求权有何差异?差异应在于,前者是由利润分配请求权衍生出来的债权,所谓利润分配请求权是该债权的原因和基础,前者的转让不等同于后者的转让。

如果甲将股权转让给丁,丁将获得利润分配请求权,而丙将失去“利润分配请求权”,因为甲乙丙签署的合同因甲转让股权而无法履行。在实践中,还有更极端的做法,将股权收益权(利润分配请求权)作为抵押权的标的,这是无效的,不产生物权效力。

在资产证券化中,因为股权转让存在信托登记上的障碍,所以,以股权收益权的转让替代股权转让,此做法较普遍,但效力存疑,股权收益权不构成一项独立的财产权,不具有可转让性,因此,不能构成信托财产,所谓“转让”只是幻觉而已,所谓“转让”只具有债的效力,它不构成“真实出售”<sup>①</sup>。

在表决权信托(voting trust)中,从此类信托的名称看,信托财产应是股权中的表决权,但同股权收益权一样,表决权也无法成为一项独立的财产权,不具有可转让性,无法成为信托财产。在具体实务操作中,表决权信托一般就是股权信托,信托财产是股权,而非股权中的表决权,通过股权信托将表决权委托给受托人行使。

在土地信托的实践中,委托人将土地承包经营权中的经营权的权能作为信托财产,转让给受托人,设立信托,而不转让土地承包经营权,土地承包经营权依然保留在委托人的名下。虽然有此实践,但土地

<sup>①</sup> 参见王涌“虚幻的财产转让与资产证券化的风险”载《法律与新金融》第1期,北京大学金融法研究中心2015年5月。

承包经营权中的经营权权能不能独立转让的,所谓转让只是一种假象,实质上是在委托人和受托人之间形成一种债的关系,委托人许可受托人经营该土地,并非是经营权的转让。

也有人问:利润分配请求权本质上是一种债权,既然债权可以独立转让,为什么利润分配请求权就不能独立转让?这是一个很好的问题。但是,股权中的利润分配请求权显然是不能简单地视为一种债权的,民法上的债权与一种类型化的权利内的某一请求权是有区别的。

### (三) 法定类型化的权利中的权能与债权的界限

当然,首要问题在于:民法上债的定义是什么?翻遍德法日民法典,也看不到民法典对于债的准确定义。是否一种请求权就构成一种债权?显然不是,因为物上请求权就不是,基于人格权上的请求权也不是。那么,基于股权上的请求权和基于信托收益权上的请求权是否是债权?或者说,是否存在独立的债权和不独立的债权?日本信托法将信托受益人的收益请求权视为债权,这显然存在问题。

关于股权中的利润分配请求权,在特定情形下是可以独立转让的,也可以说,在该特定情形下,该利润分配请求权已经转化为债权了。或者说,在该特定情形下,该利润分配请求权既是股权的权能,也是独立的债权。这是一个十分有趣的问题,如果以一个案例来分析其中概念上的微妙差异,就更为奇妙,令人深思。

接上文案例,假设甲在股东大会作出利润分配决议后,将自己应分得的100万元利润的请求权转让给乙,并通知了公司。在乙请求分配前,甲将自己的股权转让给丙,丙也请求分配同样的100万元。请问,公司应当向谁分配该100万元的利润?

### (四) 法定类型化权利中的权能的再类型化:以农村土地承包经营权为例

中国社会科学院法学研究所孙宪忠研究员在中国民法学研究会2015年年会上作主题发言《推进农村土地经营的“三权分置”的法律问题》,他说“近几年来我们国家开始试验在土地分布条块小型化、分散化的情况下想办法把土地合并,建立家庭农场或者说甚至是城市人到农村去做规模化的农业。那么在这种情况下,因为要长期的建立农场,就需要确定农村土地新的权利”。他主张“把土地承包经营权的概念在法律上固定下来,对于以后新出现的权利,设为耕作经营权或者耕作权,构成三权分置”。

孙宪忠研究员的建议是可行的,本质上是对已经类型化的权利(土地承包经营权)中的权能(耕作权)再类型化,这样在同一土地上就存在三层财产权结构:所有权——土地承包经营权——耕作权,虽然繁复,但符合财产权法定主义原则。

### (五) 财产权可转让性的逻辑内涵之总结

财产权类型化、财产权的可转让性和财产权法定主义三者之间关系密切。当我们谈论某特定的财产权具有可转让性时,其逻辑内涵是相当丰富的。主要包含:

第一、该特定财产权已被法律类型化,此即财产权法定主义的核心含义;

第二、该特定类型的财产权已被法律赋予可转让性;

第三、该特定类型的财产权可通过合同转让,所包含的对世性和排他性的权素随之有效转让。

第四、该特定类型的财产权的转让必然是整体转让,其内部的权能不能独立转让,除非其内部权能被法律再类型化。

### (六) 处分权的逻辑结构:霍菲尔德术语的描述

处分行为是复合型的法律关系,包含两层法律关系,一是 power - liability,即处分人有处分的权力,处分行为对他人有效;二是处分行为本身可能是 privilege,与他人具有 privilege - no - claim 的关系,或可能是 duty,与他人具有 duty - claim 的关系。

处分人在第一层法律关系中,具有有效的处分权(power),但在第二层法律关系中他的处分行为的法律性质却具有三种可能:一是在行使自由(privilege),二是在履行义务(duty),三是在违反义务(duty)。

需要研究的是第三种可能——违反义务的处分行为,义务又可分为约定的义务和法定的义务,其中

重要的问题是,违反了义务是否导致处分行为无效。关于此问题的一般法理是什么?

假设法律对此无规定,违反私人约定的处分行为的效力如何?在法理上应如何分析和推理?

分析和推理可以从这一点开始:甲乙私人之间关于禁止转让的约定,可否消灭甲所拥有的处分权?由于处分权是法律赋予的<sup>①</sup>,处分权行使产生的效力是对世的,所以,按一般法理,纯粹的私人之间的约定无法消灭一种法定的和对世的权力。<sup>②</sup>

处分权的对世性是一个十分重要的概念,用霍菲尔德的术语描述,即:甲拥有处分权(power),世界上所有其他人均处于责任(liability)中,即均受该处分权行使而产生的效力的约束。要透彻理解处分权的对世性,必须从霍菲尔德的法律关系的关联性(correlativity)公理入手,回答一个基本问题:甲拥有处分权(power),它的关联方是谁?甲与谁构成了power-liability的法律关系?

当然,对物的处分权的对世性较易理解,因为物权是对世性的,对物的处分权必然产生物权效力,所以,该处分权必然是对世性的。所以,各国法律对于违反私人约定的物权处分行为的效力的规定惊人的一致,都规定有效。

但是,对债权的处分权是否具有对世性?回答是肯定的。它同样符合上述的霍菲尔德术语对处分权对世性的描述:债权人甲对债权拥有处分权(power),世界上所有其他人均处于责任(liability)之中。其中的一项重要的对世性,通俗地说,就是:甲有权将该债权转让给世界上任何其他人。所以,私人之间的约定可否禁止债权转让?如果法律无规定,根据处分权的对世性原理,私人约定不能剥夺债权人的对世权——处分权,所以,私人约定对处分权的禁止或限制是无效的。

当然,如果法律对此有规定,则依法律规定。其实,各国法律的规定或法院审理的态度不尽相同。

罗马法系认为合同中对让与的禁止条款无效,除非受让人知道<sup>[7] P. 396</sup>。再如,《意大利民法典》第1260条第2款规定“双方当事人可以协议排除债权的转让,但是该协议只能对抗能够证明在受让时知道该协议的受让人”。第1379条规定“契约约定的禁止转让,仅在契约当事人之间有效”。《葡萄牙民法典》第577条第2款也作了同样的规定。

《德国民法典》第399条规定“因与债务人有协议约定不得让与者,其债权不得让与”。《瑞士债法》第164条也作了相同的规定。在实践中,德国法院一般认定,违反合同中的禁止条款的让与是无效的,其无效不仅仅是在当事人之间,而且是普遍的<sup>[7] P. 397</sup>。

## 六、民法典中的《财产法总则》

以上探讨的问题均属于财产法总论,相关内容应在《民法典》起草中落实到财产法总则编。如果《民法典》不设财产法总则,在逻辑上将无法涵盖全部财产类型和内容,必然有重要的问题在法典中被遗漏,进而对市场经济的实践造成不可预计的影响和损害。1992年的荷兰民法典专设财产法总则,其立法例可谓先进,值得借鉴<sup>[8]</sup>。

如果中国民法典设《财产法总则》,应规定哪些内容?我以为,以下重要内容应当包含其中:

1. 规定财产权法定主义原则。财产权法定主义应当在财产法总则中予以确定。在立法实践中,国务院法规、地方法规和部门规章是否有权创设新的财产权类型?在司法实践中,法官是否可以根据习惯承认新的财产权类型?<sup>③</sup>这都是需要解决的急迫的问题,应当写入民法典财产法总则。

<sup>①</sup> 财产权中的处分权是法律赋予的,这是财产权法定主义的内涵之一。即使债权,债权人对债权的处分权也是法律赋予的,例如《意大利民法典》第1260条。

<sup>②</sup> 关于这一问题,笔者在2014年中国政法大学民商经济学院的硕士研究生法学方法论课的期终考试试卷中,设计了一道题目:“甲对乙作出排他性许可,并约定甲不再许可他人使用他的剧本著作权,但甲违反约定,又许可丙使用他的剧本著作权,甲对丙的许可是否有效?如果实证法对这一问题无任何规定,试以霍菲尔德的理论阐述其中的法理”。

<sup>③</sup> Yun-chien Chang & Henry E. Smith, *The Numerus Clausus Principle, Property Customs and the Emergence of New Property Forms*, *Jowal Review*, Vol. 100, p. 2275 (2015).

2. 规定财产权的转让性。关于财产权的转让性,《荷兰民法典》第三编财产法总则第83条规定财产权转让问题:(1)除被法律或权利性质所排除外,所有权、分享权利和债权均可以转让。(2)债权的可转让性可由债权人和债务人协议排除。(3)除法律另有规定外,其他权利不可转让。财产权的可转让性是法定的,民法典应明确规定该原则。

3. 对财产权的客体做系统规定,将企业(营业)作为权利的客体予以规定等。《意大利民法典》在第五编“劳动”设第8章“企业”,第2555条规定“企业是企业主为企业的经营而组织的全部财产的总和”。《俄罗斯民法典》第132条则将“作为权利客体的企业”规定在民法典总则中。中国需要一部具有商法品格的民法典<sup>[9]</sup>,作为客体的营业以及营业转让需要在民法典中规定,最合适的位置是在民法典《财产法总则》中规定。

4. 规定超越物权法和知识产权法之上的财产权类型,例如信托,由于信托的标的是所有可以转让的财产权,有体物可以成为信托财产,知识产权也可以成为信托财产。信托作为财产法,既非物权法所能容纳,也非知识产权法所能容纳。当然,信托法完全可以作为单行法存在,现实也是如此,但由于民法典应具有体系性和全面性,应统摄私法中所有的财产权类型,所以,信托作为一种重要的财产权类型,在民法典中应有一席之地。当然,这并不是说将整部信托法摄入民法典,而是民法典中应有关于信托的“接口条款”,寥寥数条即可,以显示英美舶来品的信托在民法体系中的逻辑位置。

民法典中的哪一个部分可以为信托设置“接口条款”?可选择的方案有:一是在民法总则民事主体部分写入信托。因为即使法律不明确承认信托的主体性质,但从学理的角度看,也不可否认信托是一种隐蔽的主体。当然,法律若不明确承认信托的主体性质,信托作为一种隐蔽的主体,只能以受托人的名义从事活动,而不能以自己的名义。如果法律授权信托可以以自己的名义从事活动,其实就揭开了面纱,将信托脱离隐蔽的主体状态,成为一个显示的主体了。二是在合同法部分写入信托,如2013年《匈牙利民法典》在合同编设“资产管理信义合同”(Fiduciary Asset Management Contracts),引入信托。三是在物权法部分写入信托,例如《阿根廷民法典》在第三卷物权中设第7题“不完全所有权”,第2662条就是关于信托的“接口条款”,它规定“所有权若系基于合同或遗嘱中设立的一项信托而取得,并且为了向合同、遗嘱或法律规定之人移交标的物,该所有权仅应存续至信托消灭之时,则该所有权为信托所有权。”但这一立法例的问题在于,信托不限于有体物,物权法中规定的信托不能涵盖信托的全部。所以,最好的立法例是在财产法总则中规定信托,为信托设置“接口条款”。

此外,质押和抵押的标的也是涵盖物权和知识产权,甚至还包括应收账款等其他权利和利益,所以,质押和抵押可规定于财产法总则。《荷兰民法典》第三编财产法总则第九章规定质押权和抵押权,可以参考。

5. 在财产法总则中创设新的超越物权法和知识产权法之上的财产权类型,如分时财产权(time-share)、让与担保等;对公法创造的财产权如行政特许权等,在民事法律关系上的效力作一般性规定;规定新型财产利益如信息和数据的财产法保护模式。

6. 将原来局限于物权法的“共有”制度提升到财产法总则中加以规定,因为共有是通用于有体物和无形财产权的财产权结构,并对共有应予以更系统更具体的规定。

7. 就财产法中的“许可”问题进行系统规定,许可与合同是两种不同的法律行为,虽然在实践中经常纠缠在一起,理论上也未充分澄清许可与合同之间的差异,但“许可”确实需要认真对待,需要法典做特别的规定。

## 参考文献:

- [1] [英]约翰·奥斯丁:《法学讲演录》(四) 徐宗立译, 中国社会科学出版社2008年版。
- [2] [英]亚当·斯密《国富论》上卷,郭大力、王亚南译,商务印书馆2014年版。
- [3] 姜军伟、涂平“窃取纺织品出口配额构成盗窃罪”,载《人民司法》2008年第24期。
- [4] 王涌“所有权概念分析”,载《中外法学》2000年第5期。
- [5] 王泽鉴“侵害他人债权之侵权责任”,载《民法学说与判例研究》(第五册),中国政法大学出版社1997年版。
- [6] 王涌“论信托法与物权法的关系”,载《北京大学学报(哲学社会科学版)》2008年第6期。
- [7] [德]海因·克茨《欧洲合同法》(上卷),周忠海、李居迁、宫立云译,法律出版社2001年版。
- [8] 《荷兰民法典》,王卫国主译,中国政法大学出版社2006年版。
- [9] 王涌“中国需要一部具有商法品格的民法典”,载《中国法律评论》2015年第4期。

## Genealogy of Property Rights ,Numerator Clausus of Property Rights and Property Law in General of Civil Law

Wang Yong

**Abstract:** In essence ,property right is ius in rem. The conception of property rights should be an broad one ,not limited to tangible ,but also covering intangible ,not limited to the property rights created by the Codes ,but also covering the property rights created by the miscellaneous statutes ,not limited to the property rights created by private law ,but also covering the property rights created by public law. The forms of property rights are complicated ,but it is possible to present a genealogy of property with “Common Property” and “Ownership” as the two extreme types. Common Property is the weakest one while Ownership is the strongest one. There is a series of property rights types between these two extremes ,developing from simple monopoliness to complicated assignability. Monopoliness and assignability are granted by law. It is the principle of Numerus Clausus. The two elements are implied in Numerus Clausus: i. the effect of exclusive claim in rem could be created only by law ,and ii. it's assignability could be granted only by law. Statutory typology of property rights is the legislative technique as a secret path to realize the principle of Numerus Clausus. As a guaranty for logic unity of civil code ,the book of “Property Law in General” should be written into Chinese Civil Code to address the fundamental and common issues of property rights.

**KeyWords:** Property Right; Genealogy; Numerus Clausus; Statutory Typology of Property Rights; Transferability; General Provisions of Property Rights; Civil Code

(责任编辑 寇 丽)