

罗马法所有权理论的当代发展

马新彦*

内容提要:大陆法系所有权制度曾经历过日尔曼模式到罗马法模式的转变,在这一历史变迁中,罗马法极富个人主义精神的绝对所有权对社会的进步及经济的发展起到了积极的推动作用。当今,所有权的权利束正朝向分离、碎裂的趋势发展,形成一物之上的多重所有权。但这是罗马法所有权理论在大陆法系的新发展,而不是由罗马法向日尔曼法的回归。这一发展要求我们对一物一权原则做出重新的诠释。

关键词:绝对所有权 双重所有权 一物一权原则

“近代物权概念系由所有权发展而成,所有权居于物权体系之中心,物权的性质和法律特征往往是透过所有权而加以充分体现的。”〔1〕物权的发展过程实际上就是所有权的发展过程,这是本网站在罗马法所有权理论的平台研究所有权理论当代发展的原因所在。

一、罗马法所有权的本质属性及其历史功绩

(一)罗马法所有权的本质属性

在法制史上,存在着两种不同的所有权模式:罗马法模式和日尔曼法模式。按照许多罗马法学家的观点,最能够完整而准确地揭示罗马法所有权观念的词是 *proprietas*,其所揭示的内容——所有权是在法律许可范围内对于物的占有、使用和滥用权(即对物的绝对的支配权),使所有权的概念更加明晰化。大陆法系的法国和德国近代以来的民法典直至现当代的日本、瑞士与中国民法均采罗马法模式,将所有权诠释为一种对物的完全、排他、专属、绝对的支配权。如同国际私法之父巴特鲁斯所言:罗马法的所有权乃是完全的、绝对的支配物的权利。〔2〕罗马法上的“所有权遍及全部,不得属于二人”的理论就是在这样一种制度基础上形成的,进一步产生了近代物权法的一物一权原则。日尔曼法是日尔曼各部族在建立国家的过程中,在寺院法(教会法)的影响下,仿效罗马法的成文法典,以各部族的原有习惯为基础编撰而成的。日尔曼法上的所有权是日尔曼人适应农业社会的需要,以利用为中心,以团体为本位建立的物权体系。

* 吉林大学法学院教授。

〔1〕 尹田:《论一物一权原则及其与‘双重所有权’理论的冲突》,载《中国民法学精萃》2003年卷,机械工业出版社2004年版,第241页。

〔2〕 参见王利明:《民商法研究》第2辑,法律出版社2001年版,第278页。

作为所有权,罗马法模式与日尔曼法模式具有一些相同的本质特征。在探讨所有权的本质时,学者均认为,所有权就其本质而言,是精神的东西,而非物质的东西,所有人的“据我所有”的意志性、主观性要素是所有权内在的、本质上的要素。所有权外在的表达方式通常是占有,在占有中表现出的,“我的”“据为己有”“所有”的思想是所有权的决定性因素。只有这种包含了理性的占有才是真正的所有权,否则,所有权就仅仅是一个占有的事实,而缺乏其内在的秉性。正是因为所有权中存在人的意志这种心素,当所有物脱离所有权人的占有时,只要所有权人依然未丧失对物的精神掌控,所有权便仍然存在,即便“这个外在物事实上不是在我的占有中,如果别人动用它时,我可以认为这是对我的侵害,至此,这个外在物才是我的”。〔3〕因此,只有体现所有权本质的意志要素、主观要素与所有权的外在表征——占有相分离,才意味着所有权人丧失了将物称为自己的物的可能性,以及按着自己的意志支配物的可能性。〔4〕以绝对的完整性权利而著称的罗马法所有权常常因为他物权的存在而沦为“空虚权”,但恰恰由于所有权人对标的物仍然保持着的精神掌控,使所有权“仍不丧失其本体,在限制所有权的他物权消灭时,所有权便回归其原来的圆满状态,这称为所有权的‘弹性’。该‘弹性’是所有权的特质”。〔5〕对照看来,日尔曼法的所有权制度虽然使得一物之上可以存在封建领主的上级所有权和臣民的下级所有权,而且在其中处分权并不具有所有权的核心地位,但是,无论实体物是否在权利主体实际的、物理意义的掌控之中,均不会逃脱权利主体的精神掌控,双重所有权的世袭性、以及可继承性带给权利人的永久归属感,将实体物与人紧紧地联系在一起。透过权利主体对物的占有、使用、收益这一表象,我们会看到主体与物之间的联系不仅仅是物理意义上的接触,而是扩展到在家庭和家族中经久不变并依照继承权世代相传的、超越物质层面的精神上的依附,那么这个物同样就已经深深地打上了意志的烙印,不再是自然物,而是所有权客体的物,于该客体之上存在真正意义的双重所有权。总之,在两种模式下,所有权均是以主观意志为内在要素、以实体物的归属为核心价值、对物进行支配的权利,该权利包括占有、使用、收益、处分,但并不限于此四项权能,而是基于对物的支配而形成的一个庞大权利束;处分权是所有权的核心权能,但并非衡量所有权的唯一标准,且完全可以由所有权以外的他人行使。

另一方面,两种模式所有权在本质上的共性,并不能否认其差异的存在。较之日尔曼法,罗马法上的所有权具有极其鲜明的本质个性。

1. 完整性

罗马法上的绝对所有权是在打破了封建土地分封制,使个人完全独自持有土地的基础上形成的,所有权中所包含的诸项权能完全掌控在所有权人手中。尽管所有权中的某项权能可能从所有权中游离出来被他人享有,但权能游离本身实际正是所有权人独享所有权的反映,而且,游离的所有权权能终究要向所有权回归;尽管所有权人经过量的分割后须与他人共享所有权,但所有权人在自己的份额内所拥有权利的完整性不会因为他人的共有权而遭到破坏和分裂。完整性所揭示的“全部权利一人独享”又决定了,作为所有权客体的标的物之上不可能存在两个以上所有权,所以,罗马法所有权所具有的排他性特质即所有权的完整性使然。日尔曼法的所有权是在保持土地的完整性基础上,对所有权的权利束作质的分割后形成的,经质的分割后,所有权形态呈多样性,在同一不动产上会存在多重所有权,既有封建领主以对土地进行管理、处分、收益为内容的上级所有权,又有封臣实际耕种土地、收取土地上农产收益,同时向领主履行一定交付地租类收益义务而形成的以耕种权和收益权为内容的下级所有权。这样,任何主体所享有的所有权在内容上都是不完整的,根据内容和性质的不同而有完全所有权与不完全所有权、无负担所有权与有负担的所有权、收取全部收益的所有权与缴纳佃租的

〔3〕 [美]托马斯·C·格雷:《论财产权的解体》,高新军译,《经济社会体制比较》1994年第5期。

〔4〕 参见欧阳珂:《人性光辉下的所有权》,吉林大学2004年民商法硕士学位论文,第4页。

〔5〕 陈华彬:《外国物权法》,法律出版社2004年版,第9页。

所有权之别。^[6]同时,尽管土地受到两个以上所有权主体的支配,这些所有权之间的性质却完全不同,因此能够相互包容,互不排斥。

2. 自主性

罗马法上的绝对所有权自始就以张扬个人主义、自由意志而著称,所有权人只要不违背法律就可以依据自己的意志任意行使所有权。中世纪的注释法学家在解释所有权概念时所使用的“滥用权”一词便极其准确地揭示了这一点。这种绝对的、自由的所有权是对应于社会发展到一定阶段出现的不动产碎裂化,以及单个人独自占有现象的必然结果,体现的是个人意志与实体物的完满结合。^[7]日尔曼法的所有权则受到诸多方面的制约和限制,权利人难以自主地行使权利。日尔曼民族因时代所处生产力的局限,抵抗自然、维持生存成为人们的最高需求,在生存面前,任何其它私欲与个人意志的追求都是奢侈的。由此决定,日尔曼的所有权制度建立在团体本位基础之上,对土地的使用、收益和处分须在个人利益与团体利益协调的前提下方可实施,未经团体的同意或裁判所的许可,不得任意处分土地。^[8]同时,其所有权还受到血缘身份关系的限制,同一不动产之上存在的多重所有权由主体身份和地位的不同决定了不同的性质与效力,所有权的不同性质是所有权人身份地位的反映,封臣由其身份地位决定只能享有土地的下级所有权,即“利用所有权”,对土地行使利用、收益的权利,并同时向领主缴纳一定的收益,而不可以对土地进行任意的处分;而领主由其身份地位所决定,可以享有上级所有权,对土地实施管理、处分的权利,即支配权。

3. 弹性性

所有权人将自己所有权的部分权利分离出来授予他人,并由法律冠以他物权的称谓,这其实是所有权的绝对性、自主性的反映,因为“只有在个人完全占有和支配某一实体物的情况下才有可能产生他人利用的问题”,^[9]于是,分离出去的所有权权能便以他物权的面貌昭然于世,在绝对所有权概念之下便有了物权法上的自物权与他物权之分;同时,他物权的期限性特征使得它注定会在一定期限内消灭,他物权一经消灭,所有权的权能便以恢复的原有面貌回归于所有权,这一弹性性所映射的物的归属和占有的回复正是罗马法绝对所有权的根本价值所在。而在日尔曼法中,所有权经质的分割而形成多重所有权,没有所有权与他物权之分,分割的所有权因其世袭性而成为在家庭和家族中经久不变并按照继承权世代相传的权利——不具有弹性性。

(二)罗马法所有权理论的历史功绩

欧洲大陆“整个中世纪的土地制度实际上采纳的是日尔曼人的所有权制度”,^[10]这是基于日尔曼的所有权制度与封建制度在观念上的一脉相承。德国的历史最早可以追溯到日尔曼时代,19世纪以前的德国所有权制度、物权制度实际上是日尔曼所有权制度的延续。^[11]法国也不例外,大部分的土地被置于教会机构等团体之下,构成不可转让的团体财产,不享有商业上的自由,更重要的是,土地所有权被分割成双重所有权——封建地主享有的身份上的支配权和农民所享有的使用上的支配权。领主的支配权渐渐转变为封建领主的特权,由此产生了皇权支配权原则。服务于皇权的最高所有权思想进一步成为论证国家权力对私人权利进行干预的基本理论。英国的不动产所有权制度也深受日尔曼法的影响。全部土地名义上归国王所有,对土地的权利具有等级、特权性质。庄园主虽是土地自由的管理人,但实际上享有土地所有权,农民对土地享有的永久耕种的权利,背负着太多的枷锁,封建

[6] 参见前引[5],陈华彬书,第11页。

[7] 梅夏英:《当代财产的发展及财产权利体系的重塑》,载王利明主编:《民商法前沿论坛》,人民法院出版社2004年版,第80页。

[8] 参见前引[5],陈华彬书,第11页。

[9] 参见前引[7],梅夏英文,第80页。

[10] 前引[2],王利明书,第286页。

[11] 前引[5],陈华彬书,第9页以下。

统治者的权威无处不在。直到今天,英美法的土地所有权制度仍然是在原有的这种所有权制度基础上发展的,只是随着社会及经济的发展,封建色彩渐渐淡化并消退而已。

至18世纪末,随着社会的进步和生产力的发展,财产上的自由和政治上的平等信念日益增强,人们需要并要求自己的利益得到满足,自己的所有权得到彻底的解放,并真正确立自我的中心地位。在这样一个社会发展和个人欲望膨胀的背景下,观念所有权在欧洲大陆国家悄悄成长,土地开始自由地流转,加之封建主之间相互争夺土地,在土地上渐渐形成了可以自由处分的土地所有权。罗马法所有权制度所体现的绝对的、独立的、自由的理念以及一物一权主义正是这一时期商品经济发展的需要。尤其到了自由资本主义时期,人们越来越清楚地意识到日尔曼的所有权制度已经成为资本主义商品经济发展的羁绊,而罗马法上的所有权概念乃至所有权制度方与自由资本主义时期个人主义精神完全一致。于是,罗马法的所有权制度在欧洲被大陆法系各国的资本主义立法所继承。1789年法国的《人权宣言》第17条规定:“私有财产是神圣不可侵犯的权利,任何人的这种权利都不可剥夺”。在自由资本主义时期,这一原则在资本主义各国物权法中得到了完整的体现。法国大革命后,借鉴罗马法制定的法国民法典,从根本上摧毁了封建特权对所有权的束缚,赋予私人所有权神圣不可侵犯的至高无上的地位。双重所有权被一物一权所取代。法国民法典明确规定:“所有权是对于物有绝对无限制地使用、收益及处分的权利”,这一物权法所奉行的无限制私有原则成为自由资本主义时期民法的重要原则之一。^[12]法国资产阶级大革命所宣扬的自由主义思想传播于德国,在自由、平等的呼声中普鲁士普通邦法(1794年)和奥地利民法典(1811年)先后出台,随着德意志帝国的成立,统一的德国民法典于1896年颁布,德国民法的制定是这一时节具有历史意义的重大事件,^[13]标志着罗马法继受过程的完成,并奠定了整个大陆法系近代私法与近代物权法的基础。

尽管日尔曼法模式曾经在某一个历史时期独领风骚,但罗马法模式在历史上的功绩不可泯没。

1. 所有权起源于人的需要、人的欲望,体现人的本性和人的意志。欧洲中世纪封建制度下的所有权,由于封建特权的存在,血缘身份关系的束缚,“人的最基本的自然欲求是隐而不彰的,财产权利无法成为对人的基本诉求的表达,”^[14]所有权作为一项权利缺乏真切的意义。而罗马法所有权制度在大陆法系国家民法典中的确立,将所有权从封建的束缚中真正解放出来,使所有权在更高的程度上彰显所有权人个人的私欲和意志,使人、人性与权利的关系得到了真正的理顺。私人所有权得到前所未有的尊重,人的自然欲望得到了法律的肯定和弘扬,以至于使19世纪成为所有权自由发展的伟大时代。
2. 私人财产权利体系发展的根本动力是个人对财富的不可遏制的追求,人性中的普遍动力是爱己,每个人追求自己的利益就会促成社会总体利益的实现,对私人经济不强加干预,让个人利益和公共利益在看不见的手中实现和谐。^[15]罗马法上绝对的、自由的所有权观念一经被法律所认可,解放了的人们在自由价值的鼓舞下,一切本着实现自己的诉求的目标,开始了对自由财产不懈的追求。压抑中的所有权一旦获得了自由,那种被压抑已久的欲望便成了源源不断的动力,推动着人们去最大可能地实现自己的价值追求,这一切促进了整个社会自由财产的迅猛增长,自由资本主义经济也在这个自由的洪流中不断前进和发展。
3. 绝对所有权理论以及在此基础上建立的一物一权主义成为后世大陆法系各国物权法颠扑不破的原则,并成为物权法,乃至整个民法权利体系的核心与基石。

二、罗马法所有权理论的当代发展轨迹

罗马法极富个人主义精神及自由意志的所有权制度虽然对自由资本主义经济的发展起到积极的

[12] 参见前引[2],王利明书,第289页。

[13] 前引[5],陈华彬书,第16页以下。

[14] 肖厚国:《所有权的兴起与衰落》,山东人民出版社2003年版,第35页。

[15] 参见[英]亚当·斯密:《国富论》下卷,郭大力、王亚南译,商务印书馆1995年版,第1页以下。

推动作用,但是,任何价值的追求都是要付出代价的,自由主义在创造巨大财富的同时也创造了贫穷,制造了无序和混乱,绝对的自由必然使自由走进低谷。于是,张扬自由主义的绝对所有权理论遭到越来越多的质疑和否定,立法者们开始考虑用法律的方法对其施加约束。其中禁止所有权滥用原则的确立居于诸种限制之首,德国民法典第903条规定:所有权的行使“以不违反法律及第三人的权利为限”,第226条规定:“权利的行使不得以加害于他人为目的”。除此之外的限制包括:相邻关系的限制、所有权负担上的限制、以及行政法上的限制。于是,有人认为罗马法的绝对所有权理论已经因为社会对平等、民主、公共利益的追求而开始走向衰落。^[16]也有人认为既然对所有权的限制正是日尔曼法所有权制度的重要特征,而资本主义经济深入发展的经验又揭示了自由所有权的种种弊端,就应当引入日尔曼的所有权制度。^[17]但其实,在法律规定的范围内对所有权予以必要的限制,目的不在于剥夺所有权人行使权利的自由,而在于使所有权人行使所有权的自由更加合理,更加充分。因为自由始终是推动人类进步的价值动力,是人类文明的瑰宝,法律追求自由价值所期盼的结果不是自由本身,而是通过自由所达到的理想。因此,罗马法的所有权并没有走向衰落,仅仅是在新的价值理念需求下做出了必要和应有的修正,从而使自由达到了更高、更完美的境界。

所有权制度在人类社会与人类文明的不断进步和发展中寻求着发展,纵观所有权的发展轨迹,可以说,所有权的发展过程实际上是所有权的权利束不断地分离、分化、碎裂的过程。限制物权的产生就是这种分化的结果,使用形态的权利从所有权中分化出来产生用益物权,价值形态的权利从所有权中分离出来产生担保物权,而限制物权的大量产生仅仅是碎裂的初级阶段。所有权人将自己的所有权在本质上予以切割,并分别赋予不同的主体,由各所有权主体完全自主地驾驭作用于同一物之上的分别属于自己的所有权,此为这一碎变过程的高级阶段。在所有权发展至初级阶段时,我们完全可以用所有权的弹性解释权能的碎变,保持绝对所有权的完好无损;但是,当这种碎变过程已经发展到高级阶段时,弹性解释便颇感力不从心了。

如作为英美法产物的信托制度现已被大陆法系各国普遍继受。信托制度的本质特征是,对于受益人给予衡平法上的保护、赋予衡平法上的所有权,同时,在信托财产之上又构筑了受托人的法律上的所有权。在英美法制下,这种双重所有权有其存在的制度基础和法律基础,但当这种制度因其浓厚的经济需求而从英美移植到大陆法系各国时,人们却发现,它触犯了一物一权主义,大陆法系的绝对所有权理论在信托财产面前出现了前所未有的尴尬。于是,学者们试图以财产的独立性为命题否认信托财产上存在的双重所有权,以此为绝对所有权理论摆脱困境。宋刚先生在他的博士论文中说:“在大陆法系下,所有权是不能分离的,一物一权,只要财产属于某人,则必然就是其责任财产。这就是大陆法系引进信托制度的最大困难。但是,我们不能把英美法系的双重所有权制度全部引进,否则将打破本国固有的、系统的法律体系,而比较有效的方法就是采用功能移植的方法,在大陆法系的环境下,通过契约法、财产法等法律工具,建构信托财产的独立性实现对信托法的成功移植”。^[18]但其实,即便是建构信托财产的独立性,也无法为信托财产上的双重所有权开脱。因为信托财产的独立性只能证成信托财产虽然名义上归受托人所有,但却不是受托人的责任财产,当受托人破产时信托财产不可以作为受托人的财产列入破产财团,同样,受托人死亡时也不可以作为遗产由其继承人继承。而这一证成过程恰恰映射了受托人所有权的非绝对性与非完整性。我国台湾学者谢哲胜先生说:“台湾现行的民法物权编于一九二九年制定于中国大陆,历经七十余年,在台适用也近六十年,这些条文都未修正。然而,随着许多特别法的制定,法典的实质内涵已经发生质变,物权法在学说和判决的引导下,已随着社会经济的变化而发展。”并认为,信托财产上所有权的分化便是所有权制度领域里的一个

[16] Gottfried Dietze, *In Defense of Property*, The Johns Hopkins Press, 1971, p. 126.

[17] 参见[日]我妻荣:《物权法》,岩波书店1995年版,第2页,转引自前引[2],王利明书,第294页。

[18] 宋刚:《信托财产的独立性及其担保意义——从大陆法系责任财产角度》,清华大学2005年法学博士学位论文。

重大突破。信托财产同属于受托人和受益人所有,二人分享形式上的所有权和实质上的所有权,形式上的所有权和实质上的所有权相加就形成完整的所有权,受托人和受益人所享有权利又不相同,因此,是质的切割。^[19] 谢哲胜先生的这种正视现实发展,而不拘泥于传统的态度或许是我们理顺信托财产之上权利归属关系唯一可行的方法。

在信托财产以外,还有所有权保留制度。它于19世纪末、20世纪初在各国兴起,最早在1898年的德国民法典中就有规定,但德国学者认为,德国民法典第455条中规定的所有权保留还仅仅是一个简单的所有权保留,该条款尚属一个不完满的规定,在此之后,实践中产生的延长的所有权保留、扩大的所有权保留、余额结转所有权保留等诸多不同形式的所有权保留^[20]方将德国的所有权保留制度推向了更高阶段,在其他国家广为流传。现今,法国、日本、意大利、荷兰,包括我国均在德国民法典影响下确立了所有权保留制度,尤其是在法国,所有权保留一度成为商事活动中最为活跃的一种法律现象,以至于被法国学者称为二十世纪末的一颗明星。^[21] 所有权保留制度在当代的蓬勃发展带给人们一个重大的思考命题:在出卖人交付标的物于买受人后、买方的价金债务履行之前,于标的物之上究竟应当归结怎样的权利归属? 出卖人虽然保留了所有权,但在内心已经丧失据为己有的心素,保留所有权的最大价值仅在于担保其价金债权的实现;买受人如约支付价金,从出卖人所有权中游离出去的占有、使用、收益等权能就不再向原所有权人回归,即便买受人未依约支付价金,出卖人基于所有权取回标的物,其性质与债务人不偿还债务,债权人在抵押物上折价受偿也不无二致,不过是受偿的程序不同而已,即出卖人保留的所有权已经丧失弹性;而买受人一经取得标的物的占有,即将自己的意志附加于该标的物之上,他完全以其自己所有的意思,并按着自己的意愿自主地占有、使用,乃至处分该标的物,如果有人损害、侵害该标的物,买受人将以直接利害关系人,即被侵权人的资格主张权利。这种包含了买受人意志的占有已经构成了决定所有权本质的意志的、精神的内在要素,与同样以占有为形式要件的租赁、借用、保管、质押决然不同,但在法律上,或名义上,他却不是所有权人。美国法学家L. Vold在他的《附条件买卖中的区分所有权利益》一文中对这一权利归属问题如是解释:交易双方总是力求分配货物的所有权利益,买主获得所有权的部分,而卖主则得到付款的担保,货物从技术上属于卖主而在实际上属于买主。在英美法所有权理论之下所做的这些解释都是通畅的,但是,在大陆法系国家它却成了非突破绝对所有权理论不能得以解答的难题。德国法学家鲍尔教授试图以权利分化理论解释买卖双方的权利现象,认为所有权保留中的标的物所有权在当事人之间进行了分割,卖方保留的是担保权和变价权,而买方则获得了占有权和使用权。而买方的权利在很多方面与所有权等同看待。^[22] 德国学者赖泽尔则提出时间区分所有权的思想,认为买受人的期待权性质上应当属于物权,而且是所有权,但是一项不完全的所有权,随着价金的交付,这种不完全的所有权渐渐地转变为完全的所有权。^[23] 日本学者铃木禄弥教授则以削梨作为比喻解释此种状况下的所有权现象:所有权保留中标的物的归属关系处于浮动状态,出卖人与买受人均不得谓为完全所有权,亦不得谓为全然未

[19] 谢哲胜:《台湾物权法制发展》,《财产法暨经济法》2005年第2期。

[20] 申卫星在他的博士论文中对诸种形式的保留做了详细论述。简单的保留指卖方将标的物交付给买方,在买方支付该特定标的物的价款前,该标的物的所有权仍由出卖人保留,其保留所有权的客体仅限于根据本合同占有的特定的标的物;延长的保留中,买受人购买标的物不是用于消费或自己使用,而是为了将标的物转售他人,或者是对标的物进行加工、添附后再行出售,为了保证卖方的价金债权,卖方保留所有权的客体可以延长到买方的转售所得或加工物之上。在延长的保留中,买方在完全支付价金后方可取得标的物的所有权,在全部价金交付之前,买方有权对标的物进行处分。扩大的保留,是指当事人约定当买方不仅清偿了全部价金,而且清偿了出卖人与买受人基于其它生意而产生的或即将产生的债务后,买方才可以获得标的物所有权的制度。参见申卫星:《期待权理论研究》,中国政法大学2001年博士学位论文,第68页以下。

[21] 沈达明:《法国/德国担保法》,中国法制出版社2000年版,第148页。

[22] 参见前引[20],申卫星文,第51页。

[23] 转引自前引[20],申卫星文,第91页。

具所有权。所有权如削梨似的,由出卖人一方逐渐地转移到买受人一方。^[24]我国台湾学者林咏荣教授赞成区分所有权理论,认为应区分为法定所有权和实益所有权,前者归卖方享有,而后者归买方享有。我国学者申卫星也在他的博士论文中阐释他的区分所有权理论:在所有权保留中存在着双重所有权,买受人占有、使用、支配标的物,他是真正的所有权人,而将其权利称之为期待权,仅仅是一个法律的简明标志而已,其本质为不完全所有权;出卖人之所以还握有所有权,仅仅是为了担保价金债权的实现。^[25]

在信托财产、所有权保留外,我们还可以思考法人财产问题。法人对其财产享有独立的所有权是20世纪股份公司成熟化的结果。“股东对其出资的财产逐渐从实际占有和直接占有向价值占有和间接占有转化,同时公司开始以自己的名义直接地、稳定地占有股东出资的财产。当这种变化为立法所确认后,股东遂对其出资的财产丧失了占有、使用和部分处分权。”^[26]于是,法人与股东对公司财产的财产权性质问题使传统的绝对所有权观念陷入无法梳理的境地,成为学界争论的焦点。关于法人的财产权的性质,历史上虽曾有过“所有权说”、“经营管理权说”、“法人财产权说”等,但目前已经定论为所有权,而股东权利究竟是所有权还是债权仍一直在争论之中。之所以如此,大陆物权法的“绝对所有权”概念以及在此概念基础上形成的一物一权原则正是这场性质争论中“所有权说”的最大障碍。因为任何形式和种类的双重所有权的论调与人们无需理论教诲而自然形成的、根深蒂固的“一物一权”、“一物无二主”的观念是如此地相抵触,承认股权为所有权,即承认双重所有权,就是否定法人的独立人格,否定作为大陆法系物权法精髓的一物一权原则,相应也否定了物权概念、所有权概念本身。^[27]似乎大有以摈弃股东所有权,而以法人的财产所有权诠释法人财产关系的趋势。然而,具有独立人格的法人也许可以以自己的名义对其独立财产行使支配权,但这种所有权绝不是严格意义的大陆法系绝对所有权概念上的所有权,^[28]因为公司以及公司的财产不过是法律拟制的产物,公司在经营过程中所做的决策性的决定在很大程度上取决于股东的意志,公司解散时清偿债务后的剩余财产完全复归于股东,因此,绝对所有权的完整性、自主性与弹性等本质属性并非集于法人所有权一身。如果由绝对所有权的概念推理证成股东所有权的否定理论,那么,依据同样的推理,法人的所有权也很难被证成。这样一来,公司财产上的所有权就处于真空状态了。所以,以一物一权为基点,肯定某一种权利为所有权,而否认同一物上的另一所有权,不是解决问题的明智方法。

当我们对信托制度、所有权保留制度、法人制度下的所有权关系考查之后,我们会发现它们之间颇有相同之处:保留所有权制度下出卖人的所有权,除了法律给他一个所有权的名分之外,已经不具有所有权的真正的、实在的内涵及其价值。受托人与法人尽管在独立的财产上可以独立行使支配权,具有所有权的一切表征,但是,他们不过充当了真正财产所有权人的经纪人或经营人的角色而已,法律赋予他们法律认可的所有权,也不过是立法技术上的一种技巧、制度体系上的一个合理安排而已。因此,这三种所有权完全是法律拟制的所有权,如同人类社会发展到一定阶段,法律对从事独立经营

[24] 转引自刘德宽:《民法诸问题与新展望》,五南图书出版公司1995年版,第7页。

[25] 笔者曾经主张,所有权保留中存在双重所有权,卖方所保留不是实益上的所有权,只有在买方没有按照约定交付价金时,这种所有权才具有意义,成为出卖人所有物返还请求权的权利基础;买受人以自己所有的意思占有、使用标的物的权利是真正意义上的所有权,只是这种所有权于买受人未按约定交付价金时终止而已。故可以借鉴英美法的经验,将两种所有权分别称为取回所有权和附条件的所有权。参见马新彦:《美国财产法上的土地现实所有权研究》,《中国法学》2001年第4期。

[26] 王利明:《论公司所有权的二重结构》,载前引[2],王利明书,第78页。

[27] 前引[1],尹田文,第249页以下。

[28] 梅夏英教授在他的论文《当代财产的发展及财产权利体系的重塑》中也认为:“法人可以享有所有权所包含的一切权能,但不是严格意义上的所有权。因为所有权是就个人对物本身权利的描述,法人作为一个法律构建的实体,本身便是一个团体的概念,这种由团体占有形成的法律上的主体本身便与‘绝对所有权’的个人主义隐喻相悖”。参见前引[7],梅夏英文,第82页。

的经济实体赋予相同于自然人的法人民事主体资格一样。但是,在法律拟制的所有权背后仍然还有另一个肉眼看不见,但又实实在在地存在着的所有权。究其原因,这一现象是在信托财产、所有权保留财产以及公司财产上存在的所有权基于某种契约关系发生质裂的结果,处于该法律关系中的各方当事人所拥有的所有权均已丧失罗马法传统所有权的固有内涵,不能称其为完整意义上的绝对所有权。如果我们仍然僵化地依据传统的绝对所有权的概念判断该法律关系中的财产权利,将会得出标的物完好无缺,而所有权却沦为“虚空”这种逻辑显然错误的结论。其实,当所有权发展到今天,是以坚决捍卫一物一权原则而坚持绝对所有权的传统理论,还是正视所有权发展的现实,以发展的眼光审视所有权的概念,“与其说是一个概念形式问题,不如说是一个方法论选择问题”。〔29〕笔者认为,两个主体在不同的意义上享有的所有权,分别为不完全所有权。双方都有权处分自己的权利,但处分的权利不能大于自己所拥有的权利。当一定条件成就导致某一所有权终止时,该所有权项下的权能回归于另一方当事人,其享有的所有权由不完全所有权转变为完整意义上的绝对所有权。〔30〕所以只要我们在理论上承认所有权有完全所有权和不完全所有权之分,并对不完全所有权给以法律上的定位,那么,一切问题便迎刃而解了。

有学者认为,“任何一种‘双重所有权’的理论,无论其采用何种解释,其实质均在于对所有权的肢解。这种肢解,改变了所有权作为一种最为完全、最为彻底的支配权的基本性质,否认了所有权的绝对性或者排他性,弱化了所有权制度规范财产归属关系之‘定分止争’的基本功能,破坏了物权制度最为基本的观念”。〔31〕然而,正如我们上面所看到的,肢解所有权的,实际上并不是双重所有权理论,而是发展变化了的所有权制度本身,“双重所有权理论”不过是对于已经肢解的所有权进行客观肯认和对于因肢解而形成的诸种财产归属关系进行符合真意的梳理而已。所以,“双重所有权理论”非但没有弱化所有权制度规范财产归属关系之“定分止争”的基本功能,反而使归属关系在错综复杂的财产关系中更加明朗。

可以预见,未来的所有权将日益朝向碎裂化、专门化、具体化的趋势发展,那么,它究竟是罗马法所有权理论在大陆法系的当代发展,还是大陆法系所有权理论由罗马法向日尔曼法的回归? 20世纪信赖原理在西方契约法中的产生,使19世纪精心构筑起来的完整而独立的契约法体系受到了挑战,因此,美国私法学的泰斗吉尔莫在他极具煽动性的著作《契约的死亡》中疾呼:契约不是正在死亡,就是将被吞噬在侵权法的古老的范畴中。然而实际上,契约并没有死亡,而仅仅是契约领域里发生了由信赖规则作为导火索的一场重大而深刻的变革。同样,一直作为大陆法系物权法基石的绝对所有权理论也正在经历着这样一场深刻的变革,变革的方向则受制于绝对所有权的本质。

罗马法绝对所有权的完整性与抽象性决定了它是一个无所不包的权利束,既与商品的二重性相关,包含着实物形态所有权和价值形态所有权,又与物权法的公示制度相连,包括法律形态所有权与实意形态所有权,诸种形态所有权的统一构成大陆法完整意义上的绝对所有权。而罗马法的所有权之所以是绝对的、完整的,是因为它自始便是个人主义的,不仅社会为它创造了自由行使权利的环境和空间,而且,社会需要自由的权利带来的光芒、希望、进步和发展。同时,正是罗马法绝对所有权的完整性使权利的分离和碎变成为可能,而所有权的自主性又使这种分离与碎变成为必然。正如多斯迪指出:“可以说,所有权的某些权利与所有权相分离,以及法定的和实际的权利的必要分离,是因为

〔29〕 前引〔7〕,梅夏英文,第84页。

〔30〕 以所有权保留为例,买受人未按约定支付价金的,其所有权终止,并回归于出卖人,出卖人的所有权由法律所有权转变为完整意义的所有权,有权利向买受人主张所有物返还请求权;买受人依约支付价金的,价金一经交付,出卖人的法律所有权自行终止,买受人的所有权转变为完满状态的所有权。

〔31〕 前引〔1〕,尹田文,第252页。

这种抽象的所有权的结果”。^[32]或许这种分离和碎变的结果与日尔曼法所有权以及承袭日尔曼法的英美法系所有权理论发生了某种巧合,但是,它不受团体意志的制约、不受身份血缘关系的束缚;分割的所有权完全由契约关系生成,没有级别贵贱之分,这只能是在罗马法绝对所有权的土壤和生存环境中发展成长起来的,是罗马法绝对所有权发展的必然趋势。如果仍要坚持它与承袭了日尔曼法的英美法系的趋同,这正符合了法律全球化、法律趋同化的发展趋势,“大陆法与英美法的差异在历史上也许很显然,但在今天此种差异已经渐渐地蜕化成表面现象。”^[33]

三、所有权理论的当代发展与一物一权主义

任何一个法律制度的突变都会使既有的制度体系受到冲击和挑战,因为绝对所有权分离与裂变而直接受到冲击和挑战的是大陆法系物权制度的一物一权原则。在这场变革中,不乏学者挥洒笔墨质疑一物一权原则,认为,一物一权的原始涵义是一物之上只存在一个所有权,因此,自用益物权和担保物权产生之后,尤其是现代建筑物区分所有权的产生,在任何一个不动产上都可能存在多个物权,甚至是多个所有权。一物一权原则在历史上也许很必要,但现在已经彻底过时了。而且,作为法学的概念,一物一权原则非但不科学,还常常对实践发生误导。故应当废除。^[34]也有学者站在相对的立场上以否定双重所有权为基点坚决捍卫一物一权原则,认为近代大陆法的所有权制度之所以选择了罗马法的模式,而没有选择日尔曼法的模式,即从西欧中世纪的双重所有权到资本主义时代的一物一权,是人类社会摧毁以身份等级为特征的封建制度清除财产上的封建身份束缚所做的重要努力。如果今天我们承认双重所有权,就会使具有身份性质的所有权制度或观念死灰复燃。这种二元结构的所有权制度一旦建立,现存的所有权制度即会因所有权的肢解而丧失其逻辑支撑以至崩溃。没有一物一权精神的物权决不是大陆法系物权制度的物权,否定一物一权,即否定物权概念、物权制度本身。^[35]当然也有学者采折衷的态度,认为股东和公司两种形态的所有权的分离是以公司的存在为根据的,公司有可能因为法定原因发生终止,一旦发生终止,权利分离的根据丧失,清算后的财产要返回股东,从而使所有权的权能完全复归于股东,这种返回正是所有权弹力性的表现。因此,多重所有权的存在与一物一权主义并不发生矛盾,在法人存续期间并存的两种所有权仅仅是一物一权的例外现象和特殊的表现形式。^[36]

笔者认为,从大陆法上所有权发展的轨迹来看,其确实经历了从日尔曼法的双重所有权到罗马法的绝对排他所有权的变革历程,而且确实通过确立所有权制度废弃了封建的身份关系的束缚,张扬了所有权人的人性自由。但如果仅以此作为论据,就导出“承认双重所有权,就会使具有身份性质的所有权制度或观念死灰复燃”,便是历史的倒退的结论,这一结论其实是欠缺必要的前提而不能成立的。因为绝对所有权的分割与碎变并非由封建身份关系所致,亦非导致封建身份关系束缚之结果,恰恰相反,它是绝对所有权人对其权利的自由表达,表明基于契约关系而各司其职的所有权主体各方地位完全平等,不受任何身份关系的束缚,决不是简单地向封建所有权制度的回归。肯定所有权自由分割的这种全球化的发展趋势,不是法制的倒退,而是法制的前进。

物权具有排他性,这也是物权的本质属性所在,否则,物权法就不称其为物权法。但是,物权的排他性不是绝对的,而是相对的。在同一物上所有权与用益物权的并存、所有权与担保物权的并存、

[32] Gyorgy Diosdi, *Ownership in Ancient and Pre-classical Roman Law*, pp. 135, 133, 134. 转引自前引[2], 王利明书, 第 278 页。

[33] 傅静坤:《论美国契约理论的历史发展》,《外国法译评》1995 年第 1 期。

[34] 孙宪忠:《中国物权法原理》,法律出版社 2004 年版,第 142 页。

[35] 前引[1], 尹田文, 第 249 页;孟勤国:《物权二元结构论》,人民法院出版社 2002 年版,第 104 页。

[36] 参见前引[2], 王利明书, 第 79 页。

担保物权与用益物权的并存,以及担保物权与担保物权的并存就是相容性的最好例证——物权兼具排他性与相容性双重属性。如果片面夸大物权的排他性,而否定物权的相容性,同样就如同否定物权的排他性一样,将使精心构筑与设计的大陆法物权体系遭致毁灭性的灾难。经过分割而在同一物上存在的多重所有权同样具有排他性与相容性,相容性决定一物之上可以存在多重所有权,所有权保留买卖中,在买卖标的物上存在的出卖人法定所有权和买受人的实意所有权即所有权相容性使然;而排他性又决定在同一物上不可能存在性质相互冲突的两个所有权,出卖人保留的法定所有权只能为出卖人一人所有,在同一出卖物上,不可能存在两个以上保留的法定所有权,同理,在同一出卖物上也不能存在两个以上实意所有权。物权的排他性与相容性是对立的,但又相互依存,相辅相成,二者的统一构成物权的完整属性。因此,只要我们依然坚持物权的排他性,尽管承认物权的相容性,承认在同一物之上可以存在双重所有权,反映排他性的一物一权原则仍然可以在物权法中占据重要的地位。易言之,承认双重所有权与捍卫一物一权并不发生根本性冲突,大可不必谈虎色变,诚惶诚恐。

一物一权原则的核心内容是一物之上只能存在一个所有权,正视所有权的当代发展与变革又坚持物权法的一物一权原则,这正是摆在我们面前的重要问题。对此应该有两种不同的解决办法,其一,在保持原有一物一权概念的基础上,将双重所有权解释为一物一权的例外或特殊表现;其二,在现代法的语境下对于一物一权予以全新的阐释。国内外学者在阐释法律原则时颇有共识:“法律原则是可以作为众多法律规则之基础或本源的综合性、稳定性的原理和准则”,^[37]法律原则“是法律精神的最集中的体现,是法律制度的原理和机理。”^[38]任何一项规则、制度及规范都不得和法律原则的精神相悖,因此,法律原则是对各项制度、规则和规范起统帅和指导作用的立法方针。^[39]“原则可能互相冲突,所以原则有份量,就是说,互相冲突的原则必须互相衡量与平衡。”^[40]每一项原则均有其自身的价值和它所追求的价值,当某一个具体的案件适用不同的原则将有不同的结果时,就需要在不同的原则之间进行平衡和衡量,适用价值最大者。原则之间可以相互冲突或相互衡量,但原则项下不可以有例外,否则,法律原则不称其为法律精神的最集中体现,也不称其为对法律制度、法律规则与法律规范起统帅和指导作用的立法方针。作为民法基本原则的诚实信用原则如果有例外或特殊表现形式,很难想象那应当是怎样的例外或怎样的特殊表现形式。一物一权原则既然作为物权法的基本原则,同样不应该有例外。显然,第一种解决问题的办法虽然本意在于解决矛盾,却又将自己陷入新的矛盾之中。台湾学者黄茂荣先生谈及概念之演变时,以德国学者的名句作为论据:“法律必须随时间经过而演进,始能符合因时间之经过而变更之社会,应无疑义。其结果,构成法律规定之概念,自与法律同样常有历史性的时间结构,必须随历史之变迁而演进。”^[41]“没有一个法律概念,在教条上是完全不变的”,^[42]现代法所有权制度的发展与演变,使得一物一权等物权法上的概念也必将随之发生改变,这样一来,第二种方法似乎才是最符合逻辑的。

中外学者对一物一权的界定,文字的多寡不同,但就其所揭示的内涵可以概括为一句话:一物之上只能存在一个所有权,不能同时存在两个以上内容、性质相互冲突的他物权。^[43]实际上,我们无须浪费太多的文字,只要将“内容、性质相互冲突”这一修饰语放在更准确的位置上,传统的一物一权概

[37][38] 张文显主编:《法理学》,法律出版社1997年版,第71页,第72页。

[39] 参见梁慧星:《民法总论》,法律出版社1996年版,第40页。

[40] [美]迈克尔·D·贝勒斯:《法律原则——一个规范的分析》,张文显等译,中国大百科全书出版社1996年版,第13页。

[41] Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1975, S. 124f.; Gerhart Husserl, Recht und Zeit, 1955, S. 10ff., 转引自黄茂荣:《法学方法与现代民法》,中国政法大学出版社2001年版,第83页。

[42] 前引[41],黄茂荣书,第83页。

[43] 如日本学者川岛武宜所言:一物一权主义是指一个物权的客体仅为一个独立的有体物,在同一物之上不能存在两个或两个以上独立的物权,尤其不能设立两个以上所有权。我国学者对此也有同样的表述,一物一权原则指一物之上只能设定一个所有权;一物之上不得设定两个以上内容相冲突的他物权。参见王利明:《物权法研究》,中国人民大学出版社2002年版,第82页。

念便会有相当大的改观:在一物之上不能存在两个以上内容、性质相互排斥的物权。这一概念具有两重含义:1.一物之上可以存在多个物权,包括一物之上可以存在两个所有权、所有权和他物权,或所有权和若干他物权。就是说,物权可以竞存,前提是,各种物权之间具有包容性,可以和平共处。但是,包容是暂时的,不是永久的。当潜在的物权排他性终于按耐不住物权的包容性而从骨子里迸发出来时,竞存的物权便发生生死存亡的激烈冲突,解决冲突的手段是物权与生俱来的,或法律后天赋予的优先效力。物权优先效力的价值就存在于物权排他性取代物权相容性的变革之中,这场变革也造就了物权的优先效力;当然,所有权(母权)与自所有权中分离出去的他物权或自所有权中分割出来的它种意义的所有权(子权)^[44]之间竞存的解体与优先效力无关,而由子权最终要向母权回归的本性所决定。2.性质或内容相互排斥的物权,即不相容的物权在一物之上只能有一个,包括所有权和他物权。这是一物一权原则的本质内涵所在,是物权的排他性使然,是放之四海而皆准的道理。任何物权相互之间只要具有天然的排斥性,就不可能在同一物上竞存,一个权利在某一实在物上生成了,另一相斥之权利则自始不能生成:取得质物占有之人成就了质权,未取得占有之人不可能成就质权。当然,转质可以生成另一质权,但是转质权必须以原质权的有效存在为前提,依附于原质权而存在,原质权消灭,转质权随之消灭,转质权实际上是原质权的衍生物,在质物上存在的原质权与转质权并不是两个独立的质权。所有权保留买卖中,出卖人一经将标的物交付买受人,买受人的实益所有权即产生,同一标的物上不可能同时存在另一实益所有权。这期间,如果由于出卖人一物二卖,抑或买受人将自己的实益所有权出让他人而导致再行转让的实益所有权成立,那么,原实益所有权将于次实益所有权成立之时自行消灭。^[45]这种天然的排斥性来源于物权本性与内容的同一性,正所谓“同性相斥”。典权可以与抵押权并存,但不可以与另一典权并存,因为两个典权同以占有为要件,并具有相同的使用、收益之内容。同理,基于信托关系而产生的法定所有权可以与受益人的实益所有权并存,但在信托财产上决不可以再设定他人相同内容的法律所有权。总之,无论所有权制度的发展会给所有权,乃至整个物权体系带来怎样的变化,一物一权原则不容置疑。

Abstract: The ownership system in civil law family has experienced the transition from Germanic Mode to Roman Mode. Upon this historical change, the idea of absolute ownership in Roman law which shows the spirit of individualism advanced the social and economic development. At present, the array of ownership right moves to the tendency of separation and fragmentation, causing multiple ownerships existing in one object. However, this should not be seen as the return of Roman law to Germanic Law, rather, it is the new development of ownership theory in civil law family, which requires us to make re-explanation of the doctrine of one-object-one-title.

Key words: absolute ownership, dual ownership, one-object-one-title doctrine

[44] 为行文方便,我们在此将所有权称为母权,分离或分割后产生的物权称为子权。

[45] 实意所有权指不具有所有权的法律责任,但具有所有权本质属性的所有权,亦称实质意义上的所有权,或实质上所有权,英美法上相应为衡平法上的所有权。与此对应的是法律所有权,指由法定公示方式表征的所有权,又称为法律上所有权,或形式上所有权,英美法中相应为普通法的所有权。