

超越称谓之争:对象与客体

熊文聪*

目次

- 一、对既有学说的梳理与分析
 - 二、权利有客体吗?
 - 三、事实与价值不分:将财产(权)视为“物”的历史
- 结语

关键词 民法体系 对象 客体 事实与价值二分

名不正则言不顺,言不顺则事不成。——孔子^[1]

在中国民法学界,“对象”与“客体”之混用,可用一个“乱”字形容。有学者指出,客体与对象在日常表达或哲学范畴中只是称谓之别,实际上指涉同一事物,即均对应英文中的 subject matter 或 object。^[2] 假定果然如此,则区分对象与客体毫无意义。但现实问题是,法学研究者在不同层面上使用这两个术语,有时指称同一物,有时又各有所指,这便导致两者的内涵与外延千变万化、模糊不清,最终丧失了作为一个稳定清晰的概念本应具有的属性与功能。通过学术梳理与逻辑探究不难发现,这一乱象的根源既有历史之偶成,也有认识之必然。

一、对既有学说的梳理与分析

词源学上,民法中的“客体”源自对德国民法典中 Gegenstände 一词的翻译。早期,上海社科院

* 上海交通大学凯原法学院博士后,中央民族大学法学院讲师。本文系“教育部人文社会科学重点研究基地中国人民大学民商事法律科学研究中心自主项目”;国家社科基金重点项目:《中国特色知识产权理论体系研究》(项目编号:11XNQ068)阶段性研究成果。

[1] 出自《论语·子路》。

[2] 参见李杨:《经验抑或逻辑:对知识产权客体与对象的反思》,载《大连理工大学学报》(社会科学版)2011年第2期。

法学研究所将德国民法典第 90 条中的 Gegenstände 译为“物”,这一范例曾一直在中国居于主导地位。^[3] 后来有学者将其译为“标的物”,^[4]也有学者将“标的”、“客体”、“标的物”、“对象”混用,均作为 Gegenstände 一词之翻译。^[5] 伽达默尔指明,一切翻译都是一种解释,而一切解释都必然包含着某种前见。^[6] 但如此众多的不同译法已远远超出对译者个人造诣之评价,客观反映了中国民法学界对此问题远未达成共识。这恰如学者所言,“如果现有的学说理论是一团概念上的迷雾,那么译者的译文必将是五花八门”。^[7]

一门逻辑自洽、体系严整的学科必然是建立在简明清晰的概念术语之上。翻译的混乱不堪直接影响了顺畅的学术交流与高效的法律实践,成为不得不澄清的首要问题。一些民法学者主张客体与对象之间并无本质区别。如胡长清先生认为,“无论何种权利,莫不以一定利益,为其权利之内容。为构成此内容,则必有一定之对象,例如物权,以一定之物为其权利之对象。……此对象,即此所谓私权之客体”。^[8] 史尚宽先生认为,“权利以有形或无形之社会利益为其内容或目的,……为此内容或目的之成立所必要之一定对象,为权利之客体”。^[9] 郑玉波先生也认为,“权利之客体有称为权利之对象者;有称为权利之标的者;亦有称权利之内容者,用语虽殊,意则无大异,故不可互训,否则即发生以问答问之结果”。^[10] 这一观点试图消除客体与对象间的“无谓”分歧,但即使如此,就客体(或对象)之具体所指,学者们的观点并不统一。

有学者视客体为与权利人相对的义务人。如李肇伟先生认为,“权利客体,乃义务主体。通常称为义务能力人,责任能力人。权利客体一词,亦有广义与狭义之分。就广义言,包括在法律上履行义务及负担责任资格之人。就狭义言,则仅指履行义务资格之人”。^[11] 但依照民法学原理,任何法律关系都是“法律规则所界定的人与人之间的关系”,^[12]即主体间关系。因此,将客体界定为义务人不仅陷入“人既是主体又是客体”的逻辑矛盾之中,更陷入将人视为客体的伦理窘境之内。这也就是为什么拉伦茨强调,“人是一切客体的对立面,也即‘物’的对立面。因此,支配权的客体既不能是自己,也不能是他人”。^[13]

有学者主张客体为法律关系所规范的对象,即行为。如前苏联法学家玛·巴·卡列娃认为,“一切法律关系(包括财产法律关系)的客体,都是一定的作为(或对作为的抑制)、一定种类的活动”。^[14] 佟柔先生也认为,“既然民事法律关系是一个统一的概念,它的客体也应该是统一的”,即“体现一

[3] 方新军:《权利客体的概念及层次》,载《法学研究》2010年第2期。

[4] 黄立:《民法总论》,中国政法大学出版社2002年版,第163页;梅仲协:《民法要义》,中国政法大学出版社1998年版,第79页。

[5] 参见《德国民法典》,陈卫佐译,法律出版社2006年版;《德国民法典》,赵文弢等译,台湾五南图书出版有限公司1993年版。

[6] 参见[德]伽达默尔:《真理与方法》(上卷),洪汉鼎译,上海译文出版社1999年版,第393页。

[7] 同前注[3],方新军文。

[8] 胡长清:《中国民法总论》,中国政法大学出版社1997年版,第152页。

[9] 史尚宽:《民法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第248页。

[10] 郑玉波:《民法总论》,台湾三民书局1996年版,第191页。类似观点参见李宜琛:《民法总论》,中国方正出版社2004年版,第124页;江平主编:《民法学》,中国政法大学出版社2000年版,第468页以下。

[11] 李肇伟:《法理学》,台湾国立编译馆1979年版,第250页。

[12] [德]萨维尼:《萨维尼论法律关系》,田士永译,载郑永流主编:《法哲学与法社会学论丛》(七),中国政法大学出版社2005年版,第4页。拉伦茨也认为法律关系“总是法律规定的人与人之间的关系”。参见[德]拉伦茨:《德国民法通论》(上册),王晓晔等译,法律出版社2003年版,第257页。

[13] 同上注,拉伦茨书,第379页。

[14] [苏]玛·巴·卡列娃等:《国家和法的理论》(下册),中国人民大学出版社1956年版,第449~452页。

定物质利益的行为”。^[15] 王涌博士也主张,“行为显然是权利的客体,因为只有行为才是权利法律关系所规范的对象”。^[16] 这一观点避免了将人视为客体的伦理尴尬,但却没能看到,人的行为与人自身其实是很难分开的。本体意义上的主体乃心理主体,即负荷行动的自我。行动如果是意向的而趋向一个对象,那么这些行动就会使自我的意识与另一事物——对象相对立。^[17] 也就是说,在哲学层面上,行为无非是人认识外在对象的手段,是自我意识的外部定在。同样,在法律层面上,人的本质即其行为。法律关系是人与人之间一种特定的社会关系,这种关系从宏观上讲是秩序,从微观上讲就是权利。从法理上说,人是自由的化身,人不能作为被支配的对象或客体用来为另一个人的目的服务,但这并不妨碍人的特定行为受到法律的约束,以实现法之目的。因此,与其说法律调整人与人的关系,不如说法律调整人与人的行为。当然,法律也关注人的主观意识,如刑法上的犯罪目的、犯罪动机,民法上的意思表示、主观过错,但所有主观意识都是通过人的外在行为来推测的。法律并不直接干涉人的思维意识,它仅仅是人的行为准则,或者说法律的任务就是在不断探求主体间行为自由的黄金分割点。简言之,行为无法独立于主体而存在,也就自然不能称其为客体。与此同时,将客体界定为行为还忽略了行为无法扮演区分不同利益,即不同权利的角色。例如,如果以行为来识别物权与知识产权,其结果必然是无法分辨,因为无论是转让行为还是许可行为,物权与知识产权都毫无实质差异。但显然,物权与知识产权的分区是有意义的。例如,正因为有体物是实体性的,才可能成立“占有”,而所谓“复制”之于有体物毫无意义。

当然,否定行为是权利的客体,并不意味着行为本身不重要。权利就是为或不为的资格,因此,行为不是权利的客体,而是权利的内容。胡长清先生早就指出:民事权利一般从两个方面加以理解:(1)权利之内容,即为法律所认可的利益。法律在调整利益时只能规范人们据以实现其需求的措施和手段即人的行为。因此,法律所认可的利益就是法律所认可的人的行为及行为的后果。(2)权利之外形,即为法律上的力。法律因充实其所认许之利益,不能不付与一种力。^[18] 这便是说,描述权利必然要描述行为,行为乃权利之应有内涵,而非权利支配的外在对象。传统民法理论认为,债权的客体是债务人的给付行为,而物权的客体是物。这一论断实际上仅建立在感官直觉上,而不是逻辑分析的产物,其尽管都使用了客体一词,但它们的吻合主要是名义上的。^[19] 正如学者所言,“用‘权利客体’一词来说明负有义务的主体的行为是毫无意义的。权利主体有权要求义务主体为或不为某一行为,这即是义务的内容。用权利客体来命名义务的内容,并不能更好地说明这种内容的特点”。^[20] 可见,行为内含于权利之中,彰显了权利之要义。在债权法律关系中,债权人的请求行为与债务人的给付行为是一组对应概念,分别表征债权与债务之内容,而非债权的客体或对象。在物权法律关系中,权利人对义务人的行为约束是以“对有体物的支配”为前提的,缺少“有体物”这个要件,权利人便无法告知世人对“何物”享有独占性权利,物权这一对世权、绝对权也就无法成立。但债权这一对人权、相对权却恰恰相反,债权人不需要借助任何形体之物便可直接约束债务人,产生这种约束的前提或源自合意,或来自法定。可见,债权没有客体(对

[15] 佟柔主编:《中国民法》,法律出版社1990年版,第36页。

[16] 王涌:《权利的结构》,载郑永流主编:《法哲学与法社会学论丛》(四),中国政法大学出版社2001年版,第285页。

[17] 刘岸:《私法上法律关系的结构》,载郑永流主编:《法哲学与法社会学论丛》(七),中国政法大学出版社2005年版,第46页。

[18] 见前注[8],胡长清书。

[19] 参见[意]彼德罗·彭梵得:《罗马法教科书》,黄凤译,中国政法大学出版社2005年版,第216页。

[20] [前苏联]亚历山大洛夫:《关于法律关系学说的几个问题》,转引自王勇飞编:《法学基础理论参考资料》第5册,北京大学出版社1981年版,第21页。

象),也不需要客体(对象)。实际上,在意大利与德国民法学界早就存在这样一种看法,即“客体(对象)并不是必不可少的,没有客体(对象)权利也能够存在”。^[21]

也许是看到了权利客体界定上的诸多矛盾与缺漏,有学者便提出所谓的“权利客体顺位”概念。如拉伦茨先生认为,权利客体使用于两种意义,一是指支配权或利用权的标的,此种狭义上的权利客体,称为第一顺位的权利客体;第二种是指权利主体可以通过法律行为予以处分的标的(权利和法律关系),为第二顺位的权利客体。^[22]王泽鉴先生、方新军教授也持相同观点。^[23]举个例子来说,某动产(如一枚宝石)之上可设定所有权,相对于该所有权而言,该动产是第一顺位的客体;在该所有权上还可以设定质押,而相对于质押权而言,该动产所有权(而非该宝石)是第二顺位的客体。这一构想合理区分了不同情形,但又陷入了另一种困局,即一种权利可以成为另一种权利的客体。照此推演,一种权利似乎可以凌驾于另一种权利之上。实际上,拉伦茨在此段表述中并未坚持逻辑上的自治:有体物(如宝石)可以是物权这一支配权第一顺位的客体,当物权人进行处分(如转让、质押)时,处分的并非宝石,而是物权。但作为处分对象的物权之所以成为客体,仅仅是相对于处分该物权的主体(即物权人)而言的,而非物权的客体。也就是说,拉伦茨的所谓“第一顺位权利客体”是相对于权利而言的,但到了所谓“第二顺位权利客体”,其“参照物”却已然不再是权利,而是主体(人)!^[24]更为关键的是,我们看不出创设所谓“第二顺位权利客体”之意义。例如,仅仅指出动产质押权的客体是动产所有权,著作权质押权的客体是著作权,我们仍然看不出动产质押权与著作权质押权之间到底有什么区别,而唯有揭示其第一顺位的客体(一个是有体物,一个是作品),才清晰划分了动产质押与著作权质押。

二、权利有客体吗?

“词语的意义即用法”,^[25]恰如维特根斯坦所言,任何概念如果没有实际的用处,也就失去了存在的必要。而若要揭示权利客体(或权利对象)之真意,就必须回答一个更基本的问题,即什么是权利?“权利是私法的核心概念,同时也是对法律生活多样化的最后抽象。”^[26]康德曾言,真正的权利是“有法律人格的人之间的关系”。^[27]“它(权利)只涉及一个人对另一个人的外在的和实践的关系,因为通过他们的行为这件事,他们可能间接地或直接地彼此影响。”^[28]凯尔森则指明,“权利和法是一枚硬币的两面,只有当一个人能够通过自己的自由意志去主张某个法律时,这个法律就变为他的法律,这就是他的权利”。^[29]普赫塔认为,“权利构成了法律关系的核心(Kern),法律关系是权利的复合(Komplex)”。^[30]萨维尼强调,任何权利“都只是描述了法律关系的特别的、通过

[21] 转引自前注[3],方新军文。

[22] 前注[12],拉伦茨书,第377~378页。

[23] 王泽鉴:《民法总则》,中国政法大学出版社2001年版,第205页;见前注[3],方新军文。

[24] 至于主体与客体的关系,后文仍有详述。

[25] [英]维特根斯坦:《哲学研究》,陈嘉映译,上海人民出版社2005年版,第33页。

[26] [德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2001年版,第62页。

[27] [德]康德:《法的形而上学原理:权利的科学》,沈叔平译,商务印书馆1991年版,第36页。

[28] 引文同上注,康德书,第39页。

[29] [奥]凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1996年版,第92页。

[30] Puchta, Pandekten, 12. Aufl., Leipzig, 1877. s. 47. 转引自朱虎:《法律关系与私法体系:以萨维尼为中心的研究》,中国法制出版社2010年版,第81页。

抽象而分离出来的一个方面”。^[31] 霍菲尔德也指出：“一切法律关系皆可化约为‘权利’和‘义务’。”^[32]当然，围绕“权利”这一概念，还存在“利益说”、“法力说”等界定，如郑玉波先生曾言，人群共处，各有主张，涉及不同的利益，不免发生冲突。为维护社会生活，自须定其分际，法律乃于一定要件之下，就其认为合理正当者，赋予个人某种力量，以享受其利益。因此，所谓权利，指的是享受特定利益之法律上之力也。权利为主观化之法律，法律为客观化之权利，行使权利，乃为法律而斗争，实寓有伦理上之意义。^[33] 不难发现，无论如何定义权利，这些学说都有一个共识，即权利不是物，而是一种抽象观念，它是以道德评价为基础并由法律所调整的人与人之间的社会关系。简言之，权利只是法律关系的另一种表述而已。当我们说某个人享有某种权利时，意味着此人与他人之间存在某种受法律保护的关系。

通说认为，法律关系的要素有三：主体、客体与内容。^[34] 但什么是要素？民法学界对此语焉不详。在语义学上，要素指“按照确定方式联结成系统的组分（构成部分）、因素、单元。”^[35] 依此，法律关系的要素就是构成某一法律关系必不可少的组件。要素与其法律关系应当是部分与整体、单元与全局的关系。但不少学者又将法律关系的内容定义为：单个权利和权能、预期取得、法律义务、拘束、负担、权限等。^[36] 但正如前文所言，权利本身就是法律关系，故又将“权利”与“法律关系的内容”划等号在逻辑上很难圆满。实际上，法律关系的内容不应停留在权利这一层面，而应描述权利人和义务人具体而特定的行为。而就客体而言，张俊浩先生认为其是“指主体之间据以建立民事法律关系的对象性事物”。^[37] 这一观点是值得肯定的，即客体表述为“对象”更为准确，它是建立某一法律关系的一种客观事实，也是划分对世权的客观依据。例如，物权（法律关系）的对象就是可由人控制的“有体物”，而知识产权（法律关系）的对象就是“知识”。刘春田教授更是明确指出了权利对象之意义：“民事权利对象的自然属性的差别决定了各自发生不同的民事法律关系。”^[38] 与此同时，我们还必须重申：并非所有权利都有对象，对象仅仅是对世权法律关系的构成要素。在买卖合同这一典型的债权法律关系中，只存在主体（包含意思表示）和内容（债权人的请求行为与债务人的给付行为）两个构成要素。交易的标的物（如动产或不动产）并不是债权的对象或构成要素，而仅仅是物权（处分权）的对象。原因在于：其一，某一标的物不可能既是物权的对象，同时又是债权的对象，否则将无法区分物权与债权；其二，客观可感知的对象满足了物权法“公示公信”的最低要求，但“合同相对性原则”却决定了债权无需借助某一外在对象来昭告世人；其三，不同种债权之间的差异无法通过所谓的对象之自然属性来加以区分。

既然作为法律关系构成要素的“客体”被“对象”替代，那“客体”还有无存在价值？一个不争的事实是，法学中的客体概念借自哲学，如张俊浩先生指出：“法学中的‘客体’移自于哲学，英文为 object，德文为 objekt，其原义为主体的认识对象。”^[39] 但这种借用脱离了特定语境，难免有南橘北枳之感。恰如学者所言，“法学中的客体概念具有自身特有的技术涵义，它只能在法学的理论框架

[31] 见前注[12]，萨维尼文，载郑永流书，第2页。

[32] [美]霍菲尔德：《法律的基本概念》，张书友译，中国法制出版社2009年版，第26页。

[33] 参见郑玉波：《民法总则》，三民书局1979年版，第44页。

[34] 余能斌、马俊驹主编：《现代民法学》，武汉大学出版社1995年版，第53页。

[35] 见《中国大百科全书》光盘（1.1版）哲学卷词条[要素]。

[36] 参见前注[12]，拉伦茨书，第263~271页。

[37] 张俊浩主编：《民法学原理》，中国政法大学出版社1997年版，第58~59页。

[38] 刘春田：《知识产权辨析》，载《中国社会科学》2003年第4期。

[39] 张俊浩主编：《民法学原理》（下册），中国政法大学出版社2000年版，第616页。

中得到说明,关键在于我们如何做到理论上的逻辑自洽。”^[40]在哲学上,客体是相对于主体而言的,客体是主体认识、理解及加以改造、利用的外在事物。^[41]但在法学中,如果说权利本身还有客体,即将一种没有生命的抽象关系作为有血有肉、有意识有行为的人来看待,这显然不符合哲学上主/客体二分之本意。如果非得坚持哲学上主/客体二分之本意,法学中的客体就必须找到与其相对应的主体,即人。不难发现,法律中的主体指能够凭借自身意识与行为,引发特定法律关系变动的人。也就是说,在法学中,主体是人,而客体则是受主体意识和行为加以变动的法律关系,即权利。以所有权为例,通说认为,所有权包括占有、使用、收益及处分四项权能。但仔细琢磨可以看出,处分相对于前三者而言,有着本质不同。无论是占有、使用还是收益,均直接作用于有体物上,唯有处分并不作用于有体物,而是作用于法律关系本身,即以法律关系之变动为目标。前述拉伦茨之所以创造所谓“双层顺位的权利客体”,正是意识到了处分与占有、使用及收益三者间的显著差异,但却没能做到逻辑自洽。既然法律关系就是权利,那即是说,处分的目标并非有体物,而是所有权;而处分该所有权的并不是“处分权”,而是其主体——所有权人!这一道理同样适用于知识产权。假定张三享有某作品的著作权,当他将此著作权转让(一种处分方式)给李四时,转让的并不是作品(作品可能早就被李四看过),而是就该作品为复制、使用或传播的资格,即著作权本身。德国学者索姆正确地指出,在德国民法典中,客体只能是支配行为的客体,而且这种客体只能是可以让与的权利。^[42]考夫曼也曾言,“规范科学——伦理学、规范理论、法学——的‘客体’决非实体,而是关系、关联”。^[43]同样依照马克思的观点,商品交换本质上是一种经济关系,这种交换的实质是所有者的权利,而不是物品本身。既然“权利/法律关系”本身就是客体(相对于变动该“权利/法律关系”的主体而言),就不需要再画蛇添足地指望权利还有属于它自己的客体。有学者认为权利客体的目的是为了了解决权利的外部定在问题。^[44]这是一种似是而非的观点。既然权利本身就是一种抽象观念,也就不需要也不可能通过所谓“外部定在”让它实体化。说白了,这仍然是混淆了事实与价值,将权利视为“物”的结果。

三、事实与价值不分:将财产(权)视为“物”的历史

在西方哲学史上,将事实与价值明确加以区分的首推英国18世纪哲学家休谟。在其名垂青史的宏篇《人性论》中,休谟指出,善恶(价值)“不是理性的对象。它就在你心中,而不在对象之内”。它不是事物固有的属性,而是人内心因其天性结构而生的“直觉”,即人在观察与思考一定对象时,心中所激发的情感。^[45]由此,休谟便把事实与价值区分开来。事实问题是就自然“是否如此”的认识与描述,而价值问题则是就人类“应否如此”的判断与取舍。事实关乎本质,只存于客观世界之中,可为理性所把握,有真假之分;而价值关乎情感,是人在评判事实时的内心感受,无对错可言。后来者沿着这一思路继续前行,并将此发展为不容置疑的“休谟定律”。如马克斯·韦伯认为,“价值不是事实、对象本身的特性,一切有关价值世界的研究只涉及进行评价的主体与被评价

[40] 见前注[3],方新军文。

[41] 参见孙正聿:《哲学通论》,辽宁人民出版社1998年版,第101页。

[42] See Piero Locatelli, *Oggetto dei Diritti*, Nuovissimo Digesto Italian, Vol. XI, Torino: Utet, 1968, p. 788.

[43] [德]考夫曼:《法哲学的问题史》,载[德]考夫曼、哈斯默尔主编:《当代法哲学和法律理论导论》,郑永流译,法律出版社2002年版,第197页。

[44] 见前注[3],方新军文。

[45] 参见[英]休谟:《人性论》(下册),关文运译,商务印书馆1980年版,第508~509页。

的对象的关系”。^[46] 罗素也认为,“当我们断言这个或那个具有‘价值’时,我们是在表达我们自己的感情,而不是在表达一个即使我们个人的感情各不相同,但却仍然是可靠的事实”。^[47] 摩尔则进一步指出,伦理(价值)既不是由理性推导出来,也不是从上帝启示之类的彼岸世界输入生活现实,而是诉诸于人类自身的某种特殊能力——直觉,“我们所直觉的东西,良心所吩咐我们的东西,是某些行为在一定条件下总会产生可能最大的总善”。^[48] 简言之,价值不可能标准化、统一化、绝对化,不可能基于形式逻辑从客观事实中推导出唯一的、必然的价值结论。

针对“事实与价值二分”的批判之声,可能最多的来自部分新实用主义者,如普特南认为事实描述与价值判断是缠结在一起的,不能截然分开。他以“冷酷”一词举例道:“当一位历史学家说某个君主格外冷酷,或某种政权的冷酷激起了大量反叛。‘冷酷’这个词完全无视所谓事实与价值的二分法,并欣然接受有时候用作规范的目的,有时候用作描述性术语。”^[49] 实际上,这是对“事实与价值二分”的误解。事实与价值二分不是否定不能对事实进行价值评价与取舍,而仅仅是说不能从同一事实理所当然地得出唯一价值。君主因做了某事而被民众视为格外冷酷,这显然是对某一事实的道德评价,而不是单纯的事实描述。并且,可能在大多数民众眼中,君主所为确实非常冷酷,但这一共识不能抹杀异议与分歧(如皇后可能并不这么认为)。这也就是说,人们基于自身特定需求及偏好,对某一事物的价值判断可能完全不同。学者文兵就此批评道:

“普特南虽然承认事实与价值之间的不同,但也存在着把‘价值’泛化的倾向,抹煞事实与价值之间的本质区别,尤其是在谈到认识价值时。……例如,他以‘猫在草垫上’为例的分析。他认为,‘猫’、‘草垫’、‘在…之上’这些元素皆是由一个特定的文化所提供的,其出现和普遍存在揭示了有关该文化,以及差不多每一文化的价值和兴趣的某些方面。……普特南其实是把两个层面上的问题混在了一起:一是受着价值观念指引的判断;二是自身包含价值诉求的判断。任何认识的背后都有价值的支撑,因为我们认识世界是为了改造世界,但如果事实与价值的缠结是在前一个层面上来谈的,那这种缠结就没有什么特别的意义,区分事实与价值这对概念也就没有任何意义。”^[50]

“事实与价值可否二分”的争议恰恰从反面说明这一命题的真意并没有得到充分认识,需要进一步澄清:事实与价值分属两个领域,事实是客观存在或已然发生的事物或现象,包括自然事实与社会事实,前者如风雨雷电,后者如婚丧嫁娶,其都是以是否为“真”作为认定标准;而价值则是主观的,它是人基于特定需求对客观事实的能动反映,态度、偏好、情感、意志、目的等因素对评价结果产生复杂而复杂的影响。因此,价值不可能标准化、统一化、绝对化。恰恰相反,主观、多元、变化、不确定才是其应有之意,不能基于形式逻辑从同一事实中推导出同一的、必然的价值结论,人们可以基于其各自的价值评判、选择事实,但却不能否定、抹杀事实。从这层意义上说:事实可以建构,却无法虚构。

法哲学同样承继了事实与价值二分原则,如美国法学家拉宾言明:“法律学者们采用的方法主要有两种,即描述性的(descriptive)方法和规范性的(prescriptive)方法,这种区分便来自于休谟那十分著名的‘实然’(is)与‘应然’(ought)之分。”^[51] 庞德也指出,法承认和保护利益的主要方式是

[46] 吕世伦主编:《现代西方法学流派》,中国大百科全书出版社2000年版,第326页。

[47] [英]罗素:《宗教与科学》,徐奕春、林国庆译,商务印书馆1982年版,第123页。

[48] [英]摩尔:《伦理学原理》,长河译,上海人民出版社2005年版,第140页。

[49] [美]普特南:《事实与价值二分法的崩溃》,应奇译,东方出版社2006年版,第43页。

[50] 文兵:《普特南论事实与价值之分离之谬——普特南〈事实与价值二分法的崩溃〉述析》,载《南京社会科学》2009年第10期。

[51] Edward L. Rubin, “Legal Scholarship”, in Dennis Patterson (Ed.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory* (Cambridge: Blackwell Publishers Ltd., 1996), p. 562.

把利益确定为权利,并把它们及相对的义务归之于法律上的人,同时还要有维护权利和强制义务的救济方法——惩罚、赔偿和制止等,在各种利益发生冲突的情况下,哪些利益应当让位,这就是法的价值、价值准则或尺度的问题。^[52] 赫尔则强调,(法律规范中的)价值判断既不是描述客观事实,也不是表达情感和态度,而是规定和约束,以影响人们的选择,指导人们的行为。^[53] 申言之,权利是对人之行为的正当性评价,其创设完全是立法者价值取舍的结果,而并不取决于权利对象的自然属性。然而,人类认识到此点,却走过了一段漫长的过程,将财产(权)^[54] 比作“物”来看待,就是最佳证明。

感性的、直观的形象思维是人类早期认识世界的主要方式。法国人类学家列维·布留尔在研究了大量的人类学资料后认为,原始思维缺乏抽象概括,但形象思维能力明显强于抽象思维能力,更多采用可见的、可感觉的形象,或者象征、诗意的意象等来表示他们的认识范围。他以巫术为例来表明早期人类中普遍的思维方式并非逻辑推理,而是想象和联想。也就是说,古人中占主导地位的思维方式是一种“非理性思维”。^[55] 意大利哲学家维柯把原始人类的思维同孩童相比,指出“原始人像人类的儿童,他们对于事物还不会构成理智的类概念,因此他们有一种自然的需要去创造诗意的人物。这种人物就是以形象来表示的类概念或普遍概念”。^[56] 正是由于不习惯抽象思维,人类早期才把权利比拟成物。如在古罗马法时代,“由于没有权利的概念,因为对于我们现代人认为是权利的东西,对于罗马人而言只是物。盖尤斯关于物,特别是关于有体物和无体物的区分,以及对于单个物的描述,同样表达了我们认为权利的东西”。^[57]

盖尤斯的这一无体物概念直接影响了近代民法典的编纂。如法国民法典第 526 条和第 529 条规定,附着于不动产的用益物权、地役权与土地使用权均是不动产;以可追索的款项或动产物品为对象的债权是动产。但其第 518 条又规定:“土地与建筑物,依其性质为不动产。”^[58] 这就产生了一个疑问,即究竟财产是具体的物,还是建构在这些物上的权利? 这一不能自圆其说的逻辑缺陷表明了人基于形象与直观的“非理性思维”即使在法典化这一抽象度要求极高的活动中也留下了深刻痕迹。直到 20 世纪初,人们对权利的认识才臻以成熟。以德国民法典为例,其第 90 条规定:“法律意义上的物,乃有体之对象。”同时,整部法典再也没出现无体物一词。考虑到当时法典制定之前,德国已通过了一系列知识产权法,并于 1883 年参加了《保护工业产权巴黎公约》,有学者推测,立法者已意识到有体物和精神产物之间存在着显著差别,故盖尤斯创造的“无体物”一词有了一个新的所指,即知识产权之对象。^[59] 对此,德国民法典的主要起草人温特沙伊德曾有过甚为精当的评论:“权利也是物(无体物),因此它必然能够和有体物一样成为权利的对象,这一概念不可能具

[52] 转引自张文显:《二十世纪西方哲学思潮研究》,法律出版社 1996 年版,第 123~124 页。

[53] 转引自孙伟平:《事实与价值》,中国社会科学出版社 2000 年版,第 19 页。

[54] 需要申明的是:“财产”一词在本文及本文所引用的其他学者之表述中,均与“财产权”等同,而并非财产权之“对象”。

[55] 参见[法]列维·布留尔:《原始思维》,丁由译,商务印书馆 1985 年版,第 35~41 页。

[56] 中国社会科学院外国文学研究所外国文学研究资料丛刊编辑委员会编:《外国理论家、作家论形象思维》,中国社会科学出版社 1979 年版,第 25 页。

[57] See Giovanni Pugliese, *Res corporales, Res Incorporales eil Problema del Diritto Soggettivo*. Studi in Onore di Vincenzo-Ruiz, Nel *IV* Anno del suo Insegnamento, III, Editore Jovene, Napoli, 1957, p. 235. 转引自方新军:《盖尤斯无体物概念的建构与分解》,载《法学研究》2006 年第 4 期。

[58] 《法国民法典》,罗结珍译,中国法制出版社 1999 年版,第 167 页。

[59] 参见前注[57],方新军文。

有自洽性。从精确的意义上讲,权利不是物,只是可以像物一样来思考。”^[60]

由此,承袭了古罗马法的大陆法系经历了将近1800年才走出了这一认识上的误区。那么,习惯从判例经验中获取普适原则的英美法系会不会好一些?答案是否定的。众所周知,英国普通法深受古日耳曼法之影响。波洛克和梅特兰在其《英国法律史》一书中写道:“古日耳曼法也如古罗马法一般,在处理债与其他合同利益的让与时面临巨大困难……除非权利存在于某有体物(corporeal thing)中,否则人们便想不通权利何以能够让与。”^[61]而“中世纪的法律中充满了无体物。任何可转让的永久性权利,但凡具有我们可以称之为地域范围的属性,就被认为是与一块土地非常相似之物。惟其是物,方可转让。”^[62]因此,为了便于普通民众的理解,法律人巧妙地将权利这种抽象的观念“拟制”为无体物。^[63]英国著名大法官布莱克斯通就有时将财产等同于物,如有形的遗产(土地)是物,而无形的遗产(权利)被看作物;有时又不把财产等同于物,而把它视为支配物的权利。^[64]美国分析法学家霍菲尔德就此批评道,既然一切法律利益皆属“无体”——即或多或少的特定抽象法律关系之集合——那么布莱克斯通所假想出的所谓区别,便只能令人误入歧途了。^[65]但万德威尔德却肯定了其历史价值,他说:“(这样做的)结果是使人们产生一种直觉,即财产的概念必然要取决于物的性质,并且既然把一些物看作是财产权的对象,就可以确定地推导出所有者对物的控制权。财产定义的直觉的不可避免性,使财产的概念合法化了。”^[66]不难发现,将权利比作物实属法官的修辞“伎俩”,法官充分抓住了人不善于抽象思维的天性,也就为公众接受其价值考量铺平了道路。但到了19世纪,“法庭不断地遇到这样的案件,保护当事人的无形财富要比保护有形的物更重要,不管动机和依据如何,法庭经常发现,只保护有形的物,而不保护无形财富对促进生产不利,在许多场合,要保护的根本不是什么物”^[67]此时,布莱克斯通的理论已摇摇欲坠。边沁在其《立法原理》一书中便批评道:“根据自然法则,财产是在诉讼中受到法律保护的,从物中获取利益的期待。”^[68]这样,“财产就变成了基于物而产生的人与人之间的法律关系”^[69]

可见,同样是经过了若干世纪之后,英美法国家才逐渐理解财产与物的区别。但这种理解又似乎有走向另一个极端的倾向。1980年,美国法学家格雷发表了耸人听闻的《财产的解体》一文。^[70]他指出:“在以英文为母语的国家中,大多数人,包括大多数专家在其并不专业的评论中,都

[60] Bennardo Windscheid, *Diritto delle Pandette*, Volume Primo, Dagli avvocati Carlo Fadda, Paolo Emilio Bensa, Torino, 1902. p. 204. 转引自前注[57],方新军文。

[61] [英]波洛克、梅特兰:《英国法律史》(第二卷),第22页,转引自[美]霍菲尔德:《基本法律概念》,张书友译,中国法制出版社2009年版,第11页。

[62] 见上注,霍菲尔德书,第12页。

[63] 霍菲尔德曾指出,法律术语中许多困难根源于下述事实:多数词语最初仅表达物质对象,而当其用以表达法律关系时,严格说来,皆属比喻和拟制。引文同上,第18页。

[64] [英]布莱克斯通:《英国法释义》,第二卷,第16~43页;或参见[美]肯尼斯·万德威尔德:《十九世纪的新财产:现代财产概念的发展》,王战强译,载《经济社会体制比较》1995年第1期。

[65] 见前注[61],霍菲尔德书,第17页。

[66] 见前注[64],肯尼斯·万德威尔德文。

[67] 引文同上。

[68] Roger A. Cunningham, William B. Stoebuck, Dale A. Whitman, *The Law of Property*, 2d Ed. (St. Paul MN: West Publishing, 1993), p. 1.

[69] *Ibid.*, p. 3.

[70] Grey, “The Disintegration of Property”, in J. Pennock & J. Chapman (Eds.), *Nomos* No. 22 (1980). 中译本参见[美]托马斯·C.格雷:《论财产权的解体》,高新军译,载《经济社会体制比较》1994年第5期。

把财产当作一种可为人们所拥有的物。”但“与此相反,现代社会的专家们所阐述的财产权理论却倾向于分解所有权之概念,并消除财产权和物之间的任何必然联系”。他为此给出的理由是:“在现代资本主义经济中,大多数财产是无形的(intangible),就财富的普通形式而言:公司中的股票份额,债券,各种形式的商业票据,银行帐户,保险单,更不用说那些更加神秘的无形财富如商标,专利,著作权,特许经营权和商誉了”,“当一个物的完全拥有者开始出售他在物上的各项权利的时候,他究竟在哪一点上开始不再是物的所有者,而谁又拥有了这个物呢?就权利的内容而言,你可能会说各项权利的每一个拥有者都拥有物,或者你也可能会说没有任何人拥有物。……但这只是一个术语问题,并没有什么实际意义”。〔71〕他由此得出的结论是,财产权决不能被描绘成是某些专家所说的“所有权”或者“占有物品的权利”。它“已分解为一系列不连续的说法。……目前设计和操作发达资本主义经济的法律结构的专家们可以根本不用‘财产权’这个概念”。〔72〕格雷这种先把“物”从财产中分离,后又把“财产(权)”从整个法律中抛出去的看法,犯了将洗澡水连同婴儿一起倒掉的错误。换句话说,他只见树木(即每种财产的个性),而不见森林(即所有财产的共性),只看到了价值(即权利),而忘记了事实(即对象)。对世权再怎么多样化,也离不开“对象”这一客观事实。正如学者所言,“物本身只是一个事实的描述概念,它并不能说明与其有关的权利的内容,但它可以将建立在其上的权利与建立在其它对象上的权利区分开来,如果这种区分是有必要的话”。〔73〕也就是说,格雷顶多说对了一半,即就债权性质的对人权而言,“物”(对象)确实是非必要的;但对世权(物权、知识产权等)再怎么移步换景,也万变不离其宗,均基于不同客观事实——对象。

由此可见,就事实与价值搅在一起、混为一谈的倾向而言,法律上的“财产”(property)一词是突出的例证。这种混淆有其心理学上的依据。因为人有从已知的熟悉事物推测未知的陌生事物的天性,〔74〕物是具体、可感知的;权利是抽象、难以捉摸的,所以会很自然地将财产权作为物来看待。物权尚且如此,被视为“鬼权”的知识产权就更不用说。且看世界知识产权组织(WIPO)官方网站上对知识产权的定义:“Intellectual property refers to creations of the mind; inventions, literary and artistic works, and symbols, names, images, and designs used in commerce.”〔75〕其将知识产权(intellectual property)直接与其对象(智力创造成果)划等号。这一混淆事实与价值的表述直接影响了中国的立法。如《中华人民共和国政府和大韩民国政府关于鼓励和相互保护投资协定》第1条第(一)项规定,“用作投资的所有种类的财产,特别是,但不限于:知识产权,包括著作权、商标权、专利权、工业设计、工艺流程、专有技术、商业秘密及商名,和商誉”。将知识产权与工业设计、专有技术等同,也就是将价值与事实等同。但正如前文所述,事实不等于价值,事实也不能推出必然的、唯一的价值。作为知识产权的对象,知识并不必然受私权保护,知识受不受私权保护不是实然的事实判断问题,而是应然的价值取舍问题,也就是可以选择的。

无论是物还是知识,都是第一性的事实,而不是第二性的财产,只有将对其的利用资格在不同主体间进行利益的配置,形成法律认可的关系,才是财产或权利。所以,财产的关键问题是应当如何在不同主体间进行配置。相比法学家,经济学家对此的认识可能更为清晰。美国经济学家斯密德指出:“产权说明的是与一种资源或任何行动路线有关的人与人之间的关系。这种人与人的关

〔71〕 见上注,托马斯·C.格雷文。

〔72〕 见前注〔70〕,托马斯·C.格雷文。

〔73〕 方新军:《财产死亡了吗?》,载《华东法律评论》2003年第2卷,法律出版社2003年版。

〔74〕 参见殷鼎:《理解的命运》,生活·读书·新知三联书店1988年版,第254~255页。

〔75〕 <http://www.wipo.int/about-ip/en/>,最后访问时间2013-03-23。

系,与说明人与物的关系有所不同。权利是一种手段,社会依此控制和协调人类的相互依赖性,解决人们的利益分配问题。由于权利安排对经济运行和效果有影响,选择权利就是选择利益。”^[76]他接着说:“由于任何类型的交易制度都取决于伦理选择,市场也取决于伦理选择。看不见的手并不是自然赋予的礼物,而是一种建立在某些自我约束基础上的产权的公共选择集。”^[77]斯密德批评了洛克将财产定义为已经物化的劳动,视其为一种自然和技术的产物的观念,他反问道,如果劳动是财产的来源,那在森林中采集坚果的劳动与随后把坚果偷走的行窃劳动就不能区分开来。进而他指出:

“财产不单纯是物质的派生物,它也是某一团体选择的反映。这种选择是关于某种努力在人们头脑中形成一种可以被认可的权的选择。跑得飞快的贼不会像专业运动员那样受到赞美。人们总是从众多可能的努力行为中,选择某些劳动结果,赋予其财产的地位。”^[78]

经济学家泰罗也指出:“一个人在市场中的财产权利并不依赖于他对其他人绩效的要求,而是依赖于其他人对他们自己容忍性的要求。”^[79]斯密德则进一步指出:

“容忍性是伦理选择的一个方面。……任何一种市场价格体系体现着人们对某一伦理关系的起码认同,改变流行的伦理价值将有可能带来价格结构的变化。……社会不存在不具有基本伦理判断的市场价值,……缺少了伦理价值,交换不是变坏,而是无交换可言,……人们从交易中得到的东西,不仅来自于他自己对生产、保护、行窃的选择,而且也取决于别人的仁慈,而仁慈基本上依赖于人们对公正性的伦理选择。如果违背了任何权利制度赖以存在的公共性,那么交易所得乃是一种幻影。”^[80]

由此可见,权利决不是孤立的存在,它总是包含一定程度的道德共识。无论是物权还是知识产权,都无非是对某一道德共识的捍卫,而这种道德共识是无法从物或知识的自然属性中直接推导出来的。有学者将著作权扩张的直接原因归结于传播技术的发展,^[81]这仍然是价值与事实不分的表现。诚然,传播技术的发展确实增加了作品的利用方式,降低了利用成本。但作品使用人成本的降低并不必然意味着著作权人收益的减少。知识与有体物不同之处就在于:每增加一个使用人或一种使用方式,一般意味着有体物的平均价值相对减少,^[82]而知识却是“无体”的,可无限复制的,增加一个使用人或一种方式,并不必然导致权利人的额外负担,这也就是经济学上的边际成本为零的情况。在王蒙等六作家诉世纪互联通讯技术有限公司侵犯著作权一案中,被告主张在法律(指1990年《著作权法》)没有明确规定的情况下,一审法院将著作权延伸到网络传输,“是对法律的扩大化解释,过分支持了著作权人的权利扩张,加重了网络传播者的责任”。而二审法院在判决书中回应道:“著作权法的核心在于保护作者对其作品享有的专有使用权。若著作权人对作品在网络上的使用行为无权控制,那么其享有的著作权在网络环境下将形同虚设。在网上使用他人作品,也是作品的使用方式之一,使用者应征得著作权人的许可。”^[83]这种说理是不够充分的。作

[76] [美]爱伦·斯密德:《财产、权力和公共选择》,黄祖辉等译,上海三联书店、上海人民出版社1999年版,第6页。

[77] 见上注,爱伦·斯密德书,第35页。

[78] 见前注[76],爱伦·斯密德书,第36页。

[79] 见前注[76],爱伦·斯密德书,第37页。

[80] 见前注[76],爱伦·斯密德书,第37~42页。

[81] 冯晓青:《知识产权法利益平衡理论》,中国政法大学出版社2006年版,第236页;易健雄:《技术发展与版权扩张》,法律出版社2009年版,第187~188页。

[82] 但也不尽然,有体物的利用方式之间有时也不发生冲突,如房屋的出租与抵押。但物的“实体性”确实限制了其利用方式的多样化。

[83] 世纪互联通讯技术有限公司与王蒙著作权纠纷案,北京市第一中级人民法院民事判决书,(1999)一中知终字第185号。

为一种新的作品使用方式,网络可能确实为传播人带来了收益(如广告收入),但并不必然导致作者利益的减损。相反,网络的“暴露效应”可扩充读者群,增加作者知名度,为该作者其他作品及未来作品创造营利空间。因此,将一种额外利益分配给谁,本身是应当商讨的,不是理所当然的推论,事实上的好处不等于法律上的权利,“不能因为一个人能够在玉米地周围围上栅栏,我们就错误地认为仅靠这些栅栏能形成财产权,是公共选择创造了财产”。^[84] 权利都是伦理选择的产物,知识产权与物权除其对象不同外,并无本质区别。值得注意的是:对象的自然属性虽然是划分不同对世权的依据,但这种划分并不是价值命题,而是逻辑命题。价值命题只关涉需不需要创设一种权利及需要创设多大的权利(即对权利的限制)——这些命题取决于特定的社会经济条件以及当下的伦理观念,却无法从对象的自然属性中找到现成的答案,这再次说明“不能从某一事实中推出必然的、唯一的价值”这一原则的科学性。

结 语

由此,“客体”与“对象”概念之真面目得以清晰。总结来说,在民法学中,客体就是权利,其是相对于变动该权利的主体(即人)而言的。既然权利本身就是法律关系,故在法律关系的构成中,再将客体(权利)作为其要素,便可谓叠床架屋、画蛇添足。相反,对象才是对世权法律关系的一种构成要素,也是区分不同对世权的客观依据。但对象并不是所有法律关系的必备要件,债权法律关系就无“对象”要件。故只有所谓权利之对象,而无所谓权利之客体。当有人说“法律所保护的对象”时,此处的“对象”并不是严格规范意义上的“对象”,其实际是指“客体”。仍以著作权为例,著作权法保护的“对象”(实为“客体”)就是著作权,而不是作品,作品只是著作权的对象。同样,侵权行为所针对的也是客体(即权利),而非对象。例如,甲将乙已经出售的商品之上的商标揭下,换上自己的商标,虽破坏了此商标与原商品之间的物理联系,但并不侵犯乙的商标权,因为乙并无利益损失(商标权在该商品出售后已经穷竭)。^[85] 刘春田教授言明:“对象指法律关系产生的事实因素,而客体是法律所保护的特定利益关系。”^[86] 因此,“对象”与“客体”存在大不同,不可混为一谈。除了保证概念的清晰稳定和表述的严谨自洽,强调“对象”与“客体”存在大不同的意义还在于,我们必须清醒地认识到:作为客观实在的对象属事实范畴,其是否存在以及以什么面目存在不以人的主观意志为转移,我们只能凭借科学眼光去揭示它;而作为法律关系的客体则属于价值范畴,它是人类为了满足某种社会需求,在特定情境下的观念建构。

(责任编辑:顾祝轩)

^[84] 见前注[76],爱伦·斯密德书,第82页。

^[85] 北京市京工服装工业集团服装一厂诉中国地区开发促进会、北京百盛轻工业发展有限公司与鳄鱼国际机构(私人)有限公司侵害商标权案,北京市第一中级人民法院民事判决书(1994)中经知初字第566号。被告之一从原告处购得一批“枫叶”牌西服,除去原有商标,贴上“鳄鱼”商标再行销售。相关探讨参见童怀:《“枫叶”状告“鳄鱼”是非众人评说》,载《光明日报》1994年8月3日。

^[86] 参见刘春田:《知识产权的对象》,载刘春田主编:《中国知识产权评论》(第一卷),商务印书馆2002年版,第124~125页。