

西方法哲学文库

基本法律概念

[美] 霍菲尔德 / 著
张书友 / 编译

中国法制出版社

西方法哲学文库



基本法律概念

[美] 霍菲尔德 / 著
张书友 / 编译

中国法制出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

基本法律概念/ (美) 霍菲尔德著; 张书友编译.
—北京: 中国法制出版社, 2009. 6

(西方法哲学文库/许章润, 舒国滢主编)

ISBN 978 - 7 - 5093 - 1298 - 8

I. 基… II. ①霍…②张… III. 法律 - 推理 -
理论研究 IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 095440 号

西方法哲学文库

基本法律概念

JIBEN FALU GAINIAN

著者/ (美) 霍菲尔德

编译者/张书友

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/850 × 1168 毫米 32

版次/2009 年 6 月第 1 版

印张/ 6.75 字数/97 千

2009 年 6 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 1298 - 8

定价: 20.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址: [http://www. zgfzs. com](http://www.zgfzs.com)

市场营销部电话: 66033393

传真: 66031119

编辑部电话: 66067024

邮购部电话: 66033288

西方法哲学文库

总序

国人移译西方律典，介绍西方法学，始自清末变法改制。初为不得已，意在窥探富强之术，佐治更张。继则揣摩法理，求体用之变，将治式与治道通盘换过。再则于折冲衡平中，辩事实与规则的互动，究法意与人心的嬗变，努力将人世生活善予安顿。而凡此百年由东徂西，积劳积慧，既为华夏民族重构人世规则与人间秩序的悲壮奋斗接引学思，终亦必涓滴汇流，于人文类型的交融呼应中，为全体人类理想而惬意的人世生活之砥砺成型，尽吾华夏民族的法理之思。

“西方法哲学文库”接续前贤，择晚近已

有定评的西人法理名篇，译为中文，汇为系列。凡传统所谓法理学法哲学之论述，不分大陆英美，体裁题材，尽在搜罗之列。法学同仁，白手起家，同心戮力，奉献于兹，裨丰富汉语法意，增益法制类型间的了解与通融。设若法律不仅是一种规则体系，同时并为一种意义体系，则文库编事，当在藉法意而通法制，探寻规则背后的意义，人生深处的人心；设若晚近人类历史赫然昭示吾人者，不仅在法律为天下之公器，更在为民族之自然言说，其间必有需予调和周济者，则文库之编事，在求会通，当为此奉献一份祥和。此既为文库之缘起，更为编事之宗旨，而为全体译友之所寄托也！

许章润 舒国滢 谨识

孔诞两千五百五十二年，西元2001年秋

目 录

上 篇

司法推理中应用的若干基本法律概念 (3)

 一、法律概念与非法律概念 (10)

 二、构成性事实与证明性事实 (20)

 三、基本法律关系 (26)

下 篇

司法推理中应用的基本法律概念 (81)

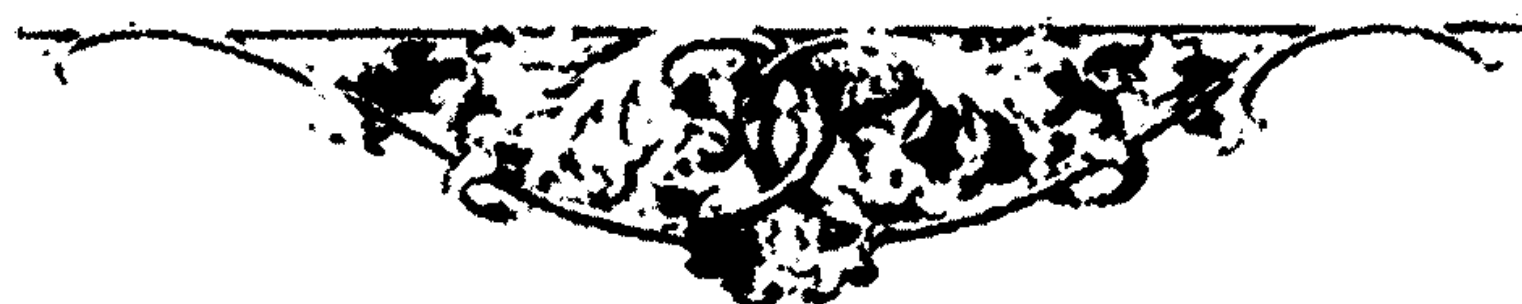
 一、对物权并非“针对某物”的权利 (97)

 二、不特定权利或请求权（对物权）并非总
 与某物（有体物）有关 (120)

三、一项不特定权利或请求权（对物权）只 与一人的一项义务相关，而非与不特定 的一大类人中所有成员的多项（或一项） 义务相关	(134)
四、不特定权利或请求权（对物权）不应与 任何拥有此权利者关于同一标的之并存 （co - existing）特权或其他法律关系混 为一谈	(143)
五、不特定权利或请求权（对物权）应区别 于因其受侵而生的特定权利或请求权（对 人权）	(155)
六、不特定的第一性权利或请求权（对物权） 不应与此权利（以及因其受侵而生的第 二性权利）的确权程序相混淆，或以为 前者全然依赖后者	(157)
人名索引	(180)
判例索引	(191)
参考文献	(205)



上 篇



司法推理中应用的若干基本法律概念

司法推理中应用的 若干基本法律概念*

从古到今，信托（trust）与其他衡平法利益之本质始终是学界研究和争论的焦点。凡攻读衡平法者莫

* 本文最初发表在《耶鲁法学杂志》第23卷，1913年（“Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning”，23 *Yale L. J.*，1913：16-59）。

不对培根 (Francis Bacon)^① 与柯克 (Edward Coke) 的经典论述如数家珍, 甚至最新的信托法教科书仍在引用那位首席大法官的著名定义 (不管该定义实际上多么不尽人意)^②。至于兰代尔 (Christopher Columbus

① 《培根论用益》(“Bacon on Uses”, in *Circa*, 1602; ed. Rowe’s, 1806), 第 5-6 页:

要弄清用益 (an use) 的性质, 最好是先考虑其不是什么, 然后再考虑其是什么……首先, 用益并非法律上的权利、资格或利益; 因此, 对该法学有专长的总检察长所言不虚——只有两种权利: 物权 (*Jus in re*) 和物权取得权 (*Jus ad rem*)。

物权乃是财产所有权 (an estate), 而物权取得权则系请求权 (a demand), 即获取某物的权利, 而用益却非此非彼……那么, 两个否定中就得出了肯定, 用益乃是……信托所有权 (*Usus est dominium fiduciarum*)。

因此, 用益与所有权或占有的主要区别就在于法律规则而非自然法则, 即所有权归法律的法庭 (court of law) 管辖, 而用益则受制于良心的法庭 (court of conscience) ……

② 《柯克论利特尔顿》(*Coke on Littleton*, 1628), 第 272 页:

请注意, 用益乃是对他人的信托或信任 (trust or confidence), 其并非因土地而生, 而是附属于土地, 其一头联系着土地所有人, 而另一头联系着支配该土地者, 换言之, 不动产之用益人 (cesty que use) 可取得收益, 而土地占有人依前者之意思处分该土地。因此不动产用益人既不拥有物权, 也不拥有物权取得权, 而只有信任与信托; 且此信托无法获得普通法之救济: 对于违反信托之行为, 其只能求助大法官法院的传唤令 (subpoena) ……

勒温 (George Lewin) 在《论信托》(*On Trusts*, 12th edn., 1911) 一书中曾援引此概念并表示赞同 (第 11 页), 在梅特兰的《衡平法讲义》(*Lectures on Equity*, 1909) 中也可见到此定义 (第 43、116 页)。

Langdell)^① 和艾姆斯 (James Barr Ames)^② 的著名论

① 参见兰代尔：《权利和过错的分类》(“Classification of Rights and Wrongs”, 13 *Harvard L. R.*, 1900: 659 - 678.):

衡平法能够为正义的目的而创设那些权利吗？由于衡平法仅在行使事实上的权力，所以其什么都不能创设……因此，衡平法权利仅存于衡平考量之中，换言之，其仅是衡平法为促进正义而为之拟制。

若我们对衡平法权利本属拟制这一事实视而不见，并假设衡平法权利确实存在的话，那么其性质、范围及适用对象又如何呢？……其不能违反普通法……是以普通法权利与衡平法权利必须两立，后者不得干扰或以任何方式影响前者。

另参见兰代尔：《衡平法管辖权浅析》(“Brief Survey of Equity Jurisdiction”, 1 *Harvard L. R.*, 1887: 55 - 60.): “大体上可以认为，若衡平法欲创设对物权 (right in rem)，其也无能为力；虽能为此，也不欲为。”比较前引作品第 58 页及兰代尔：《衡平法诉讼概论》(*Summary of Equity Pleading*, 2nd edn., 1883)，第 45、182 - 184 节。

② 参见艾姆斯：《未经告知的有偿买卖》(“Purchase for Value Without Notice”, 1 *Harvard L. R.*, 1887: 1 - 9.):

受托人乃是土地的所有者，当然利益冲突的双方不能同为一物之主。则信托受益人实际上拥有的是受托人所负担之债 (obligation)；债与任何物质实体同属财产权之对象。物上财产权与债上财产权最明显之区别在于其实现方式。房屋和马匹的所有人不赖他人之助即可享受其所有权之成果，而债之所有者若欲实现其所有权，唯有迫使债务人履行此债。因此，前者拥有对物权，后者则拥有对人权 (right in personam)。除此之外，财产权的一般规定平等地适用于物上所有权和债上所有权。譬如，所谓所有权中之消极权利 (passive rights) 就不因上述两种情形而有别。全人类所负担的不损害他人财产之普遍义务，不论对马匹的主人还是债权人同属有利。因此不论何人违反了该普遍义务，都是不折不扣的侵权行为。

文，梅特兰（Frederick William Maitland）在《衡平法讲义》中反复强调的观点，^① 奥斯丁（John Austin）在《法理学讲义》中的独辟蹊径，^② 萨尔蒙德（John Salmond）在《法理学》中的语出惊人，^③ 以及哈特

① 梅特兰：《衡平法讲义》，第17、18、112页。“我必须坚持的观点是，衡平法上的财产和利益皆非对物权。我们逐渐会发现，虽然其看上去酷似对物权，但惟其如此，才更有必要指出，其本质上乃是对人权；并非对整个世界的权利，而是对特定人的权利。”另参见梅特兰：《信托与公司》（“Trust and Corporation”，in 3 *Collected Papers*, 1911），第321、325页。

② 奥斯丁：《法理学讲义》（*Lectures on Jurisprudence*, 5th ed., 1885），第一卷，第378页：

依英国法中被称作衡平法的那部分规定，买卖合同一经订立，立即为买受人创设了对物权或所有权，而出卖人却只有他物权（*Jus in re aliena*）……为完成交易，出卖人的法律利益必须合法地移转给买受人。为达成此目的，买受人仅有一项对人权，即一项迫使卖方移转其法律利益的权利；但一般说来，其拥有所有权（*dominium*）或对物权，而手段则是交付（*conveyance*）。

③ 萨尔蒙德：《法理学》（*Jurisprudence*, 2nd edn., 1907），第230页：

若我们考虑事物的本质而非形式的话，受托人就并非所有权人，而仅系代理人，法律赋予其权力，同时也令其负担管理他人财产之义务，然在法律理论上，他并非仅系代理人而是成了所有权人，他人财产被法律拟制为归此人所有，从而使其得以代表真正的所有权人，行使名义上所有权人拥有的权利与权力。

(Walter G. Hart)^① 与维特洛克 (A. N. Whitlock)^② 在新作中的分歧，皆充分地体现了现代法律思想家对该问题的痴迷。

在我看来，上述诸研究与分析皆有所不足。但恐怕必须承认，不论是思考此问题自身所带来的智识快乐，还是古今法学大家之重要分歧所激发的理论雄心，对于开展更深入的研究而言皆只是差强人意的藉口。但是，且不论企图“想通”所有法律问题的所谓实际打算，单是对信托以及其他衡平法利益的真正分析，就足以令哪怕最极端的法律实用主义者为之心动。可以毫不夸张地说，对如何正确分析此类利益的看法阻碍了许多具体法律问题的解决，宪法上和法律

① 参见哈特：《信托在法学中地位》（“The Place of Trust in Jurisprudence”，28*Law Quarterly Review*，1912：290-296.）。文中观点其实与艾姆斯及梅特兰大同小异。该文编辑波洛克爵士（Sir Frederick Pollock）在文末质疑道：“何以信托不能成为自成一体呢？”

② 参见维特洛克：《信托法分类》（“Classification of the Law of Trust”，1 *California L. R.*，1913：215-218.）。他写道：“有人主张，用益人所拥有的其实不仅是对人权，该权利可更恰当地表述为因物对人权（right in personam ad rem）或因人对物权（right in rem per personam）。”的确，这类含糊且累赘的说法很难不造成“治丝益棼”的后果。

冲突中的诸多疑难与微妙之处尤其如此。^① 在有关永持权法（law of perpetuities）的某些问题中，衡平法利益的内在本质也同样关键，著名的 *London and South Western Rly Co. v. Gomm* 案^②和其他多少与之相似的案例都证明了上述判断。许多与有偿善意购买（bona fide purchase for value）相关的具体问题也同样与之有所牵涉。此类事例可谓不胜枚举。^③

但上述种种却还不曾说到重点，本文并非专为衡平法利益而作，同样的观点和事例对于几乎所有类型的法律利益——无论是衡平法上的还是普通法上的——

① 参见比勒（Joseph Henry Beale）：《外国财产上的衡平法利益》（“Equitable Interests in Foreign Property”，20 *Harvard L. R.*，1907：382 - 397.）；并比较 *Fall v. Eastin*（1905），75 Neb.，104；S. C.（1909），215 U. S.，1，14 - 15（尤其要注意霍姆斯法官的赞同意见）；*Selover, Bater & Co. v. Walsh*（1912），226 U. S.，112；*Bank of Africa Limited v. Cohen*（1909），2 Ch. 129，143.

②（1882）20 Ch. D. 562，580，杰塞尔法官（J. George Jessel）写道：“若远近（remoteness）规则适用于此种性质的合同，则后者显然具有瑕疵，只缘其超出该规则所允许的期间。规则是否适用，就我看来，便取决于该合同是否产生了土地利益？……若该合同仅系人身合同，则其便不能对受让人执行。因此公司必须承认，其对土地具有某种拘束力。但一旦其对土地具有拘束力，其便创设了土地上的衡平法利益。”

③ 比较 *Ball v. Milliken*（1910），31 R. L. 36；76 Atl.，789，793，该案涉及的虽并非永持权，但为支持其判决而引用了杰塞尔法官关于“土地上的衡平法利益”的论述。同上注。

似乎皆可适用；不论财产法、合同法、侵权法还是任何其他法律部门，皆无例外可言。而我之所以着重强调信托以及其他衡平法利益，仅是由于对此问题的重大分歧突出地表明：该领域比任何其他法律领域更亟需加以集中而系统的研究。其实，除非从一开始就对几乎每一现实法律问题皆涉及的各种基本法律概念做到心中有数，否则根本无法充分理解信托问题。对此，我要不揣冒昧地指出：通常我们对信托和其他法律利益的研究似皆有所欠缺甚至不时误入歧途；其原因无非是上述研究并未立足于对一般法律关系的充分理解和区分。换言之，其缺陷或谬误就在于处理具体问题时远未意识到该问题实际上具有的复杂性。可知正是这种试图将原本复杂的问题简化的“值得称道的努力”，构成了清晰理解、有序表达以及正确解决法律问题的绊脚石。总而言之，我以为，正确的简化只能立足于深入研究和准确分析之上。

若本文的标题令读者猜想这是一项对法律和法律关系本质所做的纯哲学的研究——即为研究而研究——的话，则请允许作者先于此做一辩解：恰恰相反，应本刊编辑之邀，本文的主旨乃是强调那些有助

于理解和解决日常法律实践问题但又往往为人所忽视者。是以本文和随后发表的续篇将主要关注基本法律概念——即蕴涵于诸法律利益中的法律元素。续篇将专门分析某些复杂的典型与重要利益，尤其是信托与其他衡平法利益。恐怕得顺便交待一句，这两篇论文主面向法学院的学生而非其他层次的读者。否则，文中某些部分也就没有必要如此不厌其烦了，是以还望饱学之士谅之。此外，又以期刊论文篇幅所限，故惟求简明扼要，对某些本应关注的重要问题也只能点到为止，甚至付之阙如。一言以蔽之，本文拟仅对那些个人以为最具实践意义者详加探讨。

一、法律概念与非法律概念

首先，恐怕有必要强调区分纯法律关系（purely legal relations）和引起该关系的物质与和精神事实（physical and mental facts）的重要性。尽管这看似一目了然之事，但几乎每天的法庭辩论以及为数不少的判决都充分证明，人们有一种根深蒂固的不幸倾向，即一遇到具体问题，便往往将法律因素与非法律因素

搅在一起、混为一谈。之所以如此，至少有两个特殊的原因。

一方面，这两组关系——物质、精神关系与纯法律关系——在观念上的联系当然极其紧密。这不能不对早期法律制度的一般学理和具体规则发生显著影响。是以波洛克（Frederick Pollock）和梅特兰曾提醒我们：

古日尔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，^① 否则人们便想不通权利何以能够让与。而无体物（incorporeal thing）的历史就表明了这一点：唯有在受让人已占有财产，牲畜已圈入牧场，执事已带到教堂或窃贼已送上绞刑架之际，让与才得以彻底完成。只有当契约和担保与土地的关系如此密切时，土地受让人才可对缔约人或担保人提

① 比较霍姆斯（Oliver Wendell Holmes）：《普通法》（*The Common Law*, 1881），第409页。

起诉讼。^①

两位博学的作者还曾写道：

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。这可不是长于玄想的法学家所发明的拟制（fiction）。在普通民众看来，这些权利就是物。法律人的任务并非将其变成物，而只是指出此物无体。一个打算让与教堂圣俸授予权（advowson）的外行人会说其所让与的是教堂，这就需要布拉克顿（Henry de Bracton）向其解释：此人想转让的并非那座砖石砌就的建筑物（后者属于上帝与圣徒）而是一种如同此人或万物之灵魂一般的无体物。^②

① 波洛克、梅特兰：《英国法律史》（*History of English Law*, 2nd edn., 1905），第二卷，第22页。

② 同上注，第124页。

另一方面，对这种将法律概念与非法律概念搅在一起、混为一谈的倾向而言，法律术语的模糊与随意也难辞其咎。“财产”（property）一词就是个突出的例证。不论是对于法律人还是外行人而言，该术语皆无明确或稳定的内涵。其时而表征与各种法律权利、特权之属相联系的物质对象；时而稍微严谨和精确一些，表示与该物有关的法律利益（或法律关系集合）。人们常常迅速而又错误地从一种含义跳到另一种含义。甚至有时该术语因含义太过“含混”而根本不能传达任何确切的意思。

为了举例说明上述不严谨的用法，我们不妨援引 *Wilson v. Ward Lumber Co.* 案：^①“财产（property）这一术语通常表示财产权（right of property）于行使之际所指向的外在对象。在此意义上，其含义甚广，包括可为某人所有的或对其具有利益的各种取得物（acquisitions）。”

或许时任大法官的史密斯（Jeremiah Smith）教授在著名的 *Eaton v. B. C & M. R. R. Co.* 案中的表述最

^① （1895）67 Fed. Rep. , 674, 677；另一与之相似但混乱尤甚的表述参见 *In re Fixen* (1900), 102 Fed. Rep. , 295, 296。

能说明与之截然相反的精确用法：^①

在严格的法律意义上，土地并非“财产”（property）而系财产之对象。尽管“财产”这一术语在日常用语中常指土地或动产，但其在法律上却“仅指所有权人与上述对象有关之权利”、“指特定物上之权利”。“财产就是任何人占有、使用、收益及处分某物的权利。”^②……不受限制的用益人（或用益行为）之权利乃是绝对财产（absolute property）的基本性质，微此，便无绝对财产可言……用益人的此项权利必须包括排

① （1872）51 N. H. , 504, 511；另参见康斯托克法官（J. Comstock）在 *Wynehamer v. People*（1856, 13 N. Y. , 378, 3960.）案、塞尔登法官（J. Selden）在同一案件（S. C. , 13 N. Y. , 378, 433 - 434.）、瑞恩法官（J. Ryan）在 *Law v. Ress Printing Co.*（1894, 41 Neb. , 127, 146.）案以及马格鲁德法官（J. Magruder）在 *Dixon v. People*（1897, 168 Ill. , 179, 190.）案中与之相似的精彩论述。

② 塞尔登法官在前引 *Wynehamer v. People* 案中的意见，第433页；布莱克斯通：《英国法释义》（*Commentaries on the Laws of England*, 1765），第二卷，第138页；奥斯丁：《法理学讲义》，第二卷，第817、818页。

除他人使用该土地的权利及权力。^①

谢伍德法官 (J. Sherwood) 在 *St. Louis v. Hall* 案中的意见中也有关于此问题的有益表述：^②

该术语有时用以表达某物自身，诸如马匹或土地；然而，这些物虽系财产权之对象，但当其与占有相联系时，则成了“标志 (indicia)”，即无形权利的有形呈现以及“无体之物的证据”。

那么，特定对象上的财产权便由某些要素构成，即：不受限制地使用、收益和处分

① 参见奥斯丁：《法理学讲义》，第二卷，第 836 页；韦尔斯法官 (J. Wells) 在 *Walker v. O. C. W. R. R.* (103 Mass. , 10, 14.) 案中的意见。比较格雷法官 (J. Gray) 在 *Roberson v. Rochester Folding Box Co.* (1902, 171 N. Y. , 538, 64 N. E. , 442.) 案中的异议：“财产未必是为某人所有之物自身，而可以是所有权人有关该物之权利。此人占有某物的权利，以及此人作为个体或国家成员之特权皆属财产，故皆应受法律保护。”

② (1893) 116 Mo. , 527, 533 - 534. 作为对财产权的分析而言，下文将指出引文最后一句话表述得并不完整。关于“财产”这一术语，另参见德伍首席大法官 (C. J. Doe) 在 *Smith v. fairloh* (1894, 68 N. H. , 123, 144 - 145.) 案中的意见，诸如“通过将财产权分解为其所包含的法律权利以考察财产权”等语。

该对象之权利。

从“财产”一语的潜在模糊性恰好可以看出，在人们想象的（却是错误的）“有体”财产与“无体”财产的区别中同样隐藏着思维和表达的不严谨。前引波洛克和梅特兰的第二段文字已说明了该问题的一个方面。要找到更有力的证明，我们不妨看看布莱克斯通（William Blackstone）如何论述有体与无体的世袭财产（hereditament）。这位伟大的评注家告诉我们：“柯克曾说，世袭财产乃是最为包罗万象的说法；因其不仅包括土地和房产，还包括任何可继承之物，不论其有体还是无体，属不动产抑或动产，甚至可为混合财产。”^①

显然惟有此类法律利益（legal interests）才可继承；然而引文却纠结不清地将物理学意义上的物或“有体”之物与相应的法律利益混为一谈。用谢伍德法官的话来说，后者必然皆属“无体”或“无形”。这种模棱两可的思维和语言贯穿于布莱克斯通的全部著作。他接着写道：“最广义上的世袭财产，包括有体与无体

① 布莱克斯通：《英国法释义》，第二卷，第16-43页。

两类。有体财产由可感知的事物组成，譬如可见或可触及者；而无体财产则并非感官之对象，既看不见也无法触及，乃是心灵之造物，仅存在于思维之中。”以及：

一项无体世袭承财产就是一种权利，其源自某有体物（无论动产抑或不动产），其与该物有关，或从属该物，抑或以该物为其行使范围……无体世袭承财产概有十种：圣俸授予权（advowson）、什一税（tithes）、公地使用权（commons）、地役权（ways）、官职（offices）、爵位（dignities）、特许权（franchises）、生活补助（corodies）或抚恤金（pensions）、养老金（annuities）以及地租（rents）。

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。就所谓“无体”而言，不受限制继承的（fee simple）土地所有权人之法律权益与对该土地享有地役权者的有限利益本无区别可言；当然真正的区别主要在于前者关于

土地的法律关系远比地役权人广泛得多。

法律术语中的许多困难根源于下述事实：多数词语最初仅表达物质对象，^① 而当其用以表达法律关系时，严格说来，皆属比喻和拟制。“让与（transfer）”一词就是典型的例证。若某甲称其已将挂表让与某乙，则其真正想表达的意思可能是他实际已将该表交付某乙；或者更可能是指虽未交付，但已“让与”了他的法律利益——而后者当然是该术语的比喻用法。下文涉及法律利益之“让与”时，还会谈到这个问题。这种从物质世界借用术语且基本在比喻意义上使用的另一个例子便是“权力”（power）。该词频繁出现于法律语言和日常生活中，表达某人具有干某事的体力或精力；但更常见的是用来指称一项“法律权力”，

① 比较波洛克、梅特兰：《英国法律史》，第31页：

法律术语中少有——若非付之阙如的话——生来就具有专门含义者。科学家被获允许自创新词，法律家却丝毫不享有同等自由。于是后者只得从大众语言中借来其所需之术语并逐渐对之加以定义。有时一个词汇对法律家具有专门意义，而外行对该词的理解有所不同且较为含糊；而有时法律界所采纳的词汇却又不复为外行所用。

并比较该书第33页以及金尼尔勋爵（Lord Kinnear）在 *Bank of Scotland v. Macleod*（1914, A. C., 311, 324.）案中的意见。

此含义与前者迥然有别。只要稍加损益，上述分析同样适用于“自由 (liberty)”这一术语。

再看合同领域，我们立即就会发现那种混淆、模糊法律问题的痼疾：由于未能在所谓的双方“协议” (agreement) 中区分精神、物质事实和该事实所产生的法律上的“合同之债”，所以在具体使用“合同”这一词时难免令人一头雾水、不知所云：一会儿这一术语表达双方的协议，一会儿又冷不防地转而表示法律作为协议之效果而创设的合同之债。

其实，哈里斯法官 (J. Harris) 在 *Aycock v. Marin* 案中已令人信服地明确区别了双方协议与法律上的债 (即既得的与可期待的法律权利、特权、权利与豁免之集合)：^①

因此债并非合同本身，^② 也不包含在合同之中，更不能以合同或类似的术语加以表述

① (1867) 37 Ga. , 124, 128 and 143.

② 汉德法官 (J. Hand) 在 *Hotchkiss v. National City Bank* (1911, 200 Fed. 287.) 案中认为“合同便是法律以其强制力对缔约双方之特定行为产生的债，而此行为多属伴随并表达其意思之言语”。比较鲍德温法官 (J. Baldwin) 在 *McCracken v. Howard* (1844, 2 How. 608, 612.) 案中的意见。

……当订立合同之际，有拘束力的现行法（不论其内容如何）皆立即（*eo instanti*）随受要约人之承诺而将一项债务加诸后者之身……故“合同”一语仅指双方之协议。而债则是法律的造物，当合同订立之际，现行法便拘束所承诺之行为，换言之，不是合同产生了债，而是社会造就了债。

此类模棱两可的术语，下文还将继续举例说明。

二、构成性事实与证明性事实

为了下文论述方便，必须在此先强调事物自身固有属性中的另一重要区别。与特定法律行为（*jural transaction*）有关的重要事实，要么属构成性（*operative*）事实，要么属证明性（*evidential*）事实。构成性、建构性（*constitutive*）、原因性（*casual*）、或处分性（*dispositive*）事实，乃是依有效的一般法律规则足以改变法律关系者，即要么创设新关系，要么消灭旧关

系，要么同时起到上述两种作用之事实。^① 譬如，在某甲与某乙的合同之债的形成中，肯定的（affirmative）构成性事实主要有：合同双方皆属人类且其生命皆已存续一定时间（即已“成年”），某甲发出“要约”且某乙作出“承诺”，诸如此类。有时还须考

① 比较沃尔多首席大法官（C. J. Waldo）在 *White v. Multnomah Co.*（1886, 13 Ore., 317, 323.）案中的意见：“霍姆斯大法官将‘权利’定义为系于某些事实的法律后果（《普通法》，第214页）。以权利为其法律后果之事实构成中的每一事实皆关乎该权利的实质内容。”

我之所以选择“构成性”一词，则是受到泰耶尔（James Bradley Thayer）的《证据法初论》（*Preliminary Treatise on Evidence*, 1898）中下述观点之启发：“另一值得注意的区别在于下述两类文书之间：一类文书自身构成某个合同、事实或行为，而另一类则仅说明和证实自身之外某种有效的和具有构成性的、独立于文书之物的存在。”（第393页）

并比较霍兰（Thomas Erskine Holland）：《法理学要义》（*Elements of Jurisprudence*, 10th edn., 1906），第151页：

产生权利的事实长久以来一直被描述为资格（title）；但描述引起权利变更之事实的词汇，就没有那么脍炙人口了；至于表述引起权利消灭之事实的概念，则更是付之阙如。因此，边沁发明了一个新的术语，其虽未成为日常语言，却对科学研究颇有裨益。边沁将上述事实统称为“处分性”（Disposiitive）事实，并对其作了区分：产生权利的“授权性”（Investitive）事实，消灭权利的“剥夺性”（Divestitive）事实以及变更权利的“改变性”（Translative fact）事实。

此类事实有时也被称作“根本性”（ultimate）事实，但该术语似乎不如“构成性”或“建构性”那么明确和可用。

虑否定的（negative）构成性事实（在某种观点看来便是如此）。譬如，某甲未故意就有关重要事项对某乙作虚假陈述以及某甲尚未“撤回”其要约等事实，就是上述构成性事实作为一个整体所不可或缺的组成部分。

下面再举一个侵权法领域中的例子。若某甲攻击某乙并置后者于遭受身体伤害的恐惧之中，上述事实立即产生了某乙自卫的特权（privilege），即用足够强大的力量击退某乙；相应地，某乙原本负担不得对某甲使用暴力之义务则因该构成性事实的出现而立即归于消灭。

顺便提一句，人们有时也用“系争事实”（facts in issue）一词表达上述含义。假如该术语像通常一样表示“诉状中作为争议之事实”，那么于此并不相宜。诉状所主张的构成性事实多少具有一般性（generic）；若其理由充分，则只有一般性的构成性事实“系争”。然而，现实生活中的构成性事实却相当具体（specific）。既然如此，则显然那些最终以之为基础的真实、具体的事实相对而言很少会被诉状作为系争事实。那么在侵权案件之中，若某甲声称因某乙的疏忽而另被后者的狗咬伤，则其所称之事实便是一般性事实，至于咬伤某甲的狗叫作小黑还是小花，皆属无关

紧要。因此，即使假设咬伤某甲的是小黑（而非小花），也不能称此具体事实为诉状之系争事实。同理且更为明显的是，在涉及所谓过失的普通诉讼中，辩护往往尤其具有一般性，^① 所以就被告因侵权所生之债而言，诸多可能的事实构成之一就足以对抗原告的请求。因此，不能称上述可能之一为诉状中的系争事实。就此而言，此术语通常的用法就错在将某一案件中存在的具体构成性事实仅仅当做诉状所主张的一般（或“根本”）构成性事实之“证据”。^②

① 但比较 *Illinois Steel Co. v. Ostrowski* (1902), 194 Ill., 376, 384。该案例被告恰当地主张一般而非特殊的构成性事实，这是更可取的抗辩形式。另参见 *Nagel v. United Rys. Co.* (1913), 169 Mo. App., 284; 152 S. W., 621; *Erdman v. United Rys. Co.* (1913), 173 Mo. App., 98; 155 S. W., 1081; *Isreal v. United Rys. Co.* (1913), 172 Mo. App., 656; 155 S. W., 1092。

决定究竟必须主张一般还是具体——以及若是后者，应具体到何种程度——的抗辩规则，也像其他法律规则一样，是基于政策和便利的考虑。构成欺诈之事实，往往要求以比较具体的形式提出；而在以虐待为由提起的离婚诉讼中，对虐待的要求也是如此。其皆具有鲜明的政策性。对于主张具体欺诈事实的有益的解释，参见 *Mair v. Rio Grande Rubber Estates, Lim.* (1913) A. C., 853, 863, 864。

② 比较 *McCaughy v. Schuette* (1897), 117 Cal., 223。尽管我并不反对此案的判决，但将诉状所主张的具体事实称作“证据”（evidentiary）事实却难免失之粗疏且有误导之嫌。

当然，本应主张一般或具体的构成性事实，实际上所主张的却根本是证明性事实的这种致命错误也并非罕见。参见 *Rogers v. Milwaukee*, 13 Wis., 610；并比较前引 *Illinois Steel Co. v. Ostrowski* 案。

证明性事实则是这样一种事实：其一经认定，便可为推断其他事实提供（非结论性的）逻辑根据。后者既可为构成性事实，也可能为间接的证明性事实。在所有需法院认定的事实中，构成性事实当然最为重要；证明性事实则对前者起辅助作用。^①一般说来，不太可能将证明性事实与构成性事实混为一谈。但有一种情形却常常导致这种错误。设甲、乙二人于去年1月订立书面合同，从而产生了一项合同之债。现在双方陷入诉讼，此合同文本被提交法院审查。不求甚解者会说，此案中产生原始之债的那部分构成性事实被直接摆在法官面前。其实只要稍加思量，便会发现并非如此：就其构成性的效果而言，该文书在去年1月一经送达，就立刻以其所存在之形态完成了使命。因此，若该文本被不经改动地提交审查，则其对所主张之协议这一事实而言仅具证明性。换言之，这张“纸”

① 依法，构成性事实与证明性事实皆须以下述四种方式之一或若干加以认定：1. 无争议之事实须经司法承认（judicial admission）；2. 周知或易知之事实须经司法认知或了解（judicial notice or knowledge）；3. 可感知之事实视同“实物证据”（real evidence），须诉诸司法感（judicial perception）；4. 其他事实须经司法推理（judicial inference），即从已通过上述四种方式之一或若干认定之事实出发进行推理而认定。

现在的存在形态及其特定内容，与那些能够证明其未经改动的事实，一并证明了去年1月的各种构成性事实：那时便有这样一张“纸”且其内容与现在相同，这张“纸”其由某甲送达某乙，诸如此类。

在此还须指出的是，在许多情形下我们为图方便而用一个术语表达各种（一般的）事实构成。尽管这些事实构成的具体“成分”（ingredients）大相径庭，却被认为具有相同的法律效果。若要细分，“占有”（possession）一词便属于上述情形，“能力”（capacity）、住所（domicile）等术语也是如此。但这些词汇也不能幸免于混淆法律因素和非法律因素的老毛病，因此其最常见的用法仍是暧昧不明地表达因之而生的那些法律关系。^①

① 相关的例子参见韦斯特伯里勋爵（Lord Westbury）在 *Bell v. Kennedy* (1868, L. R. 1 H. L. sec. 307.) 案中的意见：“因此，住所系一法律上的观念，其所表达的是法律在个人和特定位置或地区之间创设的关系。比较法维尔法官（J. Farwell）在 *In re Johnson* (1903, 1 Ch., 821, 824 - 825.) 案中的意见。

首席大法官萧（C. J. Shaw）在 *Abington v. North Bridgewater* (1840, 23 Pick., 170.) 案中的表述更加准确：“住所这一事实对个人往往至关重要；其决定后者的公私权利及特权、义务与债……。”

三、基本法律关系

下面这种公开或默认的臆断往往是清晰理解、透彻表述以及正确解决法律问题的最大障碍之一：一切法律关系皆可化约为（reduced to）为“权利”与“义务”，此类范畴甚至足以胜任分析诸如信托、先买权（options）、第三方担保（escrows）、“未来”利益及公司利益之类最为复杂的法律利益。纵然难点仅在于术语的贫乏与含糊，也须充分认识其严重性并努力加以改善；只缘对任何严密的推理而言——不论是法律问题还是非法律问题——变色龙般的（chameleon -

hued) 词语在思维和表达上都极其有害。^① 然而令人

① 对此问题，一位普通法大师的话堪称意味深长。泰耶尔教授在其名著《证据法初论》中写道：

法律愈发展，法律术语就愈需明确其含义；区别增加了，新的情境和难题出现了，而原有的那套概念、区别和术语就须认真修正。法律和人类的其他思维领域并非大相径庭，其同样依赖清晰的思维之助才能理解问题。若常用的法律术语得到正确运用，我们便易于理解问题本身；若不能正确运用，那我们至少也应该弄清究竟错在何处。

或许在泰耶尔对证据法做出的巨大贡献中，最值得称道的便是：他始终坚信必须澄清我们的法律术语，并对那些向来被混为一谈的概念和术语做出仔细的区别（参见第vii、183、189-190、278、306、351、355、390-393页）。学习证据法的学生们当对上述区别的重大影响深有心得。

近期的相似观点，参见格雷（John Chipman Gray）：《法的性质与渊源》（*Nature and Sources of the Law*, 1909）：

法科学生常困惑于下述想法：与之打交道的是词而非物，他只是忙于应付词语游戏中筹码的形状与大小。但当他充分意识到这些词汇何以直到今天仍如金钱一般通行无碍——无论贤与不肖皆用之不疑——他当会感到这项工作只要做好，便自有其意义可言（序言，第vii页）。

当代最伟大的法学家霍姆斯大法官对上述问题的看法也同样有重要且发人深省。在 *Hyde v. United States* (1911, 225 U. S., 347, 391.) 案中，这位博学的法官恰当地指出：“法律的不幸之一在于，观念因被包裹在术语之中而长期得不到进一步的分析。”

另参见菲尔德法官在 *Morgan v. Louisiana* (1876, 93 U. S., 217, 223.) 案以及帕克汉姆法官（J. Peckham）在 *Phoenix Ins. Co. v. Tennessee* (1895, 161 U. S., 174, 177, 178.) 案中的意见。

“术语的力量及其在现实中对思想的塑造以及对论战产生的历史影响，即使专治逻辑学者，也顶多是略知皮毛罢了。”参见威格摩（John Henry Wigmore）：《法律科学的术语》（“The Terminology of Legal Science”，28 *Harvard L. R.*, 1914: 1-9.）。另参见拜克法官（J. Beck）在 *City of Dubuque v. Ill. Central R. R. Co.* (1874, 39 Ta., 56, 64.) 案中的意见。

遗憾的是，术语的贫乏与含糊往往反映了相关概念的欠缺与混乱。通过下文的分析，对此应可见一斑。

严格的基本法律关系毕竟自成一体（*sui generis*）。是以试图对其进行形式化的定义纵然并非徒劳无功，也总难令人称心。那么最得体的办法，或许是先把各种法律关系纳入下述反映“相反”（*opposites*）和“相关”（*correlatives*）关系的图表，再举例说明诸关系在个案中的分野及应用。下文便尝试循此法而行：

相反关系	{	权 利	特 权	权 力	豁 免
		无权利	义 务	无权力	责 任
相关关系	{	权 利	特 权	权 力	豁 免
		义 务	无权利	责 任	无权力

（一）权利与义务（*rights and duties*）

上文业已经暗示，“权利”这一术语易被不加区别地用以涵盖案件中的特权、权力或豁免，而非表达最严格意义上之权利；官方偶尔也意识到上述用法的不严谨。斯特朗大法官（Justice Strong）在 *People v. Dikeman* 案中认为：^①

① （1852）7 How. Pr. , 124, 130.

“权利”一词被词典编撰者定义为包含了财产、利益、权力、优先权 (prerogative)、豁免以及特权等多种含义 (《初级英语辞典》, “权利” 词条)。而在法律上, 此术语最常用来表达狭义的财产权, 但其也常用来指称优先权及特权……。

杰克逊大法官 (Justice Jackson) 在 *United States v. Patrick* 案中也发现了“权利”一词的模棱两可:^①

因上下文或语境有别, “权利”或“特权”的含义当然也有所不同。词典编纂者给其所下的标准定义包括“某人对做某事的合法请求”、“法律权力”、“权限” (authority)、“官方给予的豁免”以及“特殊或个别权利的授予”。

斯尼德大法官 (Justice Sneed) 在 *Lonas v. State* 案

① (1893) 54 Fed. Rep. , 338, 348.

中也作如是观：^①

那么，诸州皆被禁止制定或实施任何剥夺美国公民特权或豁免的法律。据说权利、特权和豁免等词皆遭滥用，仿佛它们是同义词。其实“权利”本属一般的常见词汇，包含一切可合法主张者。^②

有趣的是，不少重要的宪法和制定法条款也试图区别这些术语；当然，其在立法者心目中的区别到底

① (1871) 3 Heisk. (Tenn.), 287, 306 – 307.

② 司法界的相似观点参见 *Atchison & Neb. R. Co. v. Baty* (1877, 6 Neb., 37, 40.), “市民社会中的‘权利’一词被定义为某人在法律规定的范围内可拥有、实施或从他人处接受者。”；*San Francisco v. S. V. Water Co.*, (1874), 48 Cal., 531, “我们将据一般法律确定该公司的权利、特权、权力、义务以及债务。”斯雷特法官 (J. Slater) 也在 *Shaw v. Proffit* (1910, 57 Or., 192, 201; 109 Pac., 584, 587.) 案中指出：“权利”一词包含了“财产”、“利益”、“权力”、“优先权”、“豁免”以及“特权”等多种含义。而在法律上，此术语最常用来表达狭义的财产权。

比较吉尔伯特 (Geoffrey Gilbert): 《证据法》(*Law of Evidence*, 4th edn., 1777), 第126页: “某人属于某郡、某市、某分区、某镇、某团体或某教区，这在法律上便是此人所在的镇、市之类地方的权利、特权、豁免及其他事项的证据。”

有多精确则非我辈所能知了。^①

既已承认——也必须承认——“权利”一词的用法堪称随意且不加区别，那么，我们又能从日常的法律语言中发现哪些可资限定其明确、恰当含义的蛛丝马迹呢？其实，在与其相关的“义务”中就包含着宝贵的线索。因为可以肯定的是，哪怕是最随心所欲地使用“权利”一词及其所表达之概念者，也习惯于认为“义务”总与权利相关。正如 *Lake Shore & M. S. R. Co. v. Kurtz* (1894, 10 Ind. App., 60; 37 N. E., 303, 304.) 案中所言：“义务或法律上之债务 (a legal obligation) 表达某人所当为与不当为者。“义务”

① 参见 *Kearns v. Cordwainers' Co.* (1859, 6 C. B. N. S., 388, 409.) 案对《泰晤士河保护法》(The Thames Conservancy Act, 1857) 第 20、21 条的解释：“本法所授予的任何权力都不得扩展到剥夺、改变或废除现行法律所赋予任何土地所有权人的任何权利、请求权 (claim)、特权、特许权 (franchise)、免除 (exemption) 和豁免。”；*Fearon v. Mitchell* (1872, L. R. 7 Q. B., 690, 695.)：“另一问题在于，本案是否应适用该法第 21、22 条之但书，即‘非经本人同意，不得依本条建立市场，妨碍他人享有的任何权利、权力或特权。’”；《加州民法典》，第 648 条第 1 款：“不论有无担保或其他股本，均可依本款成立建筑与贷款社 (Building and loan associations)，享有本款所列的所有的权利、权力、特权，并适用本款的全部规定与责任。”《田纳西州宪法》(1834)，第 9 条第 7 款：“立法机关无权力通过任何授予某人或某些人除……以外的权利、特权、豁免权或免除的法律”。另参见 *State v. Conlon* (1895), 65 Conn., 478, 490, 491。

和“权利”乃是相关术语。权利遭侵犯时，义务也被违反。”^①

换言之，若某甲拥有令某乙不得进入前者土地的权利，则某乙便对某甲负担不进入该处的相关（及相应）义务。如欲——似乎也理应如此——为权利这一术语在其狭义、本义上寻找一个同义词的话，则“请求权”（claim）最为相宜，况且后者还具有单音节词的优点。^② 沃森勋爵（Lord Watson）在 *Studd v. Cook* 案中的表述对此甚具启发意义：^③ “在动产买卖中，任何言词，一经苏格兰法承认足以产生有利于执行人之权利或请求权……在涉及苏格兰土地时，就必属有效。”

① 另参见霍尔丹子爵（Viscount Haldane）在 *Howley Park Coal, etc., Co. v. L., & N. W. Ry* (1913, A. C. 11, 25, 27.) 案中的意见：“邻人负有一项因相邻关系而生的义务，就此而言，该土地所有权人便拥有相关的权利”；萧勋爵（Lord Shaw）也认为“相邻土地之双方所有权人之间互有权利与义务……非经合同明确约定，则上述权利与义务皆不得被缩减……”

比较 *Galveston, etc., Ry. Co. v. Harrigan* (1903), 76 S. W., 452, 453 (Tex. Civ. App.)。另参见格雷：《法的性质与渊源》，第25节：“权利与义务相关，无权利则无义务。”

② 斯特雷顿法官（J. Stayton）在 *Mellinger v. City of Houston* (1887, 68 Tex., 45, 3 S. W., 249, 253.) 案中指出：“权利被恰当地定义为有依据之请求，而后者恰恰意味着法律所承认或保障的请求。”

③ (1883) 8 App. Cas., 597.

(二) 特权与无权利 (privilege and “no – rights”)

正如上述图表所示，特权与义务相反而与“无权利”相关。在上文所举之例中，某甲拥有令他人——即某乙——不得进入其土地的权利或请求权；而其本人则享有进入该土地之特权，换言之，某甲不承担不进入该土地的义务。进入之特权乃是对不进入之义务的否定。此事例提示我们必须当心：称某特权不过是对义务之否定时，当然表明此义务之内容或指向恰与上述特权相反。那么，若某甲出于某种原因而与某乙约定：某甲必须进入自己的土地，则显然对某乙而言，某甲既享有进入的特权又负有进入的义务。此时特权与义务完全吻合，只缘该义务与特权具有相同的内容或指向。纵然如此，对于某乙而言，也仍有理由称某甲进入该土地之特权恰是对他不进入之义务的否定。同理，若 A 某未与 B 某约定自己为后者提供某项劳务，则 A 某不提供劳务之特权，恰是对提供劳务之义务的否定。二者相较，此处义务之内容或指向又刚好与特权相反。

下面再看“相关”关系。当然，我们须臾不可忘记义务乃是与被恰当地称作权利或请求权之法律关系始终相关者。既然如此，若权利（或请求权）与特权

的根本及重大区别还需要进一步证明的话，则此证明必定在于下述事实之中：与特权相关者乃是“无权利（no - right）”，后者难以用现成的单一词表达。那么，与某甲令某乙不得进入土地之权利相关者便是某乙不进入之义务；而与某甲本人进入之特权相关者则显然是某乙的“无权利”，即后者并无令某甲不得进入之权利。

出于避免混淆的考虑，明确区分权利（或请求权）概念与特权概念固属重要；然而更重要的是，需要另觅一个术语来表述后一种关系。毫无疑问，正如上文所指出的，“权利”常被不加区别地滥用，甚至将实际上的特权关系也囊括在内。^① 这种一词两义的使用法令使用者的思维发生混乱与模糊之情形实属屡见不鲜——甚至出现在根本意想不到之处。霍兰教授在其

① 此种不严谨的用法在司法审判中可谓屡见不鲜，这里仅略举几例：*Pearce v. Scotcher* (1882), L. R. 9 Q. B., 162, 167; *Quinn v. Leathem* (1901), A. C. 495; *Allen v. Flood* (1898), A. C. 1; *Lindley v. Nat. Carbonic Acid Gas Co.* (1910), 220 U. S., 61, 75; *Smith v. Cornell Univ.* (1894), 45 N. Y. Supp., 640, 643; *Farnum v. Kern Valley Bk.* (1910), 107 Pac., 568. 最极端地混淆权利与特权的例子，参见埃夫里法官（J. Avery）在 *State v. Austin* (1894, 114 N. C., 855, 862.) 案中的这句话：“一项权利表达的是某人拥有或可从他人处接受什么，以及他的哪些行为受法律保护。”；另参见柴努法官（J. Channel）在 *Starey v. Graham* (1899, 1 Q. B., 406, 401.) 案中的表述。

法理学中谈到拉丁文中的“*Ius*”、德文中的“*Recht*”、意大利文中的“*Diritto*”以及法文中的“*Droit*”——这些术语不仅用来表达“‘一项权利’，还指抽象意义的法（*Law*）”——与生俱来且众所周知的模棱两可时，确切地指出：“若以同一术语来表达原本就大相径庭的观念，这顶多会导致拙劣或明显的错误释义，倒也并无大碍。然而很不幸，人们似乎不可抗拒地从同一术语推想到其所表达的观念也是一码事”^①

然而蹊跷的是，就在前述引文所在的那章——即“论权利”一章——中，作者就把权利、特权和权力混为一谈，尽管这位博学的作者承认“与法律权利相关者……是法律义务”、“这对术语表达的是……从相反双方之视角所看到的同一情形。”虽然对这种不加区别地使用同一术语带来的严重问题，非得的通读整章才能作出正确评价，但从下面这句话中便可知其大概了：“若……国家权力将保护其如此实现自身之愿望，并将为保障其如此实现该愿望而强迫他人作为或不作为，则其便有如此实现其愿望的‘法律权

^① 霍兰：《法理学要义》，第83页。

利’。”^① 这句话开始谈的是特权，中间说的是权利（或请求权），最后又回到了特权。

格雷教授在《法的性质与渊源》这本有益且有趣的力作中也犯了类似的错误。在“法律权利和义务”一章中，这位特立独行的作者承认权利总与义务相关，^② 然而他似乎又将前者定义为狭义的“请求权”。那么，我们的第一印象便是法律特权、权力和豁免被忽略了；而且这一印象也就意味着他在用“权利”和“义务”这对概念解释一切法律关系。尽管我因敬重作者而犹豫再三，但还是要不揣冒昧地指出，他所举的许多例子似乎皆表明仅凭这对概念并不堪担此重任，譬如他曾写道：“吃虾仁沙拉是我的嗜好，如果我吃得起，法律就会保护此嗜好，那么吃已买单的虾仁沙拉便是我的权利，尽管我知道它总令我肚子疼。”^③

这段话主要包含了两种关系：一是我对甲、乙、丙、丁诸人而言的吃沙拉之特权，及与之相关的甲、乙、丙、丁诸人皆不得要求我不吃沙拉的“无权利”；

① 霍兰：《法理学要义》，第82页。

② 格雷：《法的性质与渊源》，第45、184节。

③ 同上注，第48节。

二是我要求甲、乙、丙、丁诸人不干涉我吃沙拉这一实际行为的权利（或请求权），及与之相关的甲、乙、丙、丁诸人不干预之义务。

这两类关系看上去迥然有别。在某些情形下，纵然权利不存，特权却可能仍在。若甲、乙、丙、丁皆为沙拉的主人，那么他们可对我说：“你想吃沙拉尽可以吃；我们许可你吃，但并不保证不干预你。”在此情形即有特权之存在，我若成功地吃到沙拉，则并不侵犯任何人的权利；同样一目了然的是，若某甲紧紧攥住盘子使我吃不到沙拉，他也不曾侵犯我的任何权利。^①

① 格雷教授的著作中还有一些例子值得注意。他在前引书第 53 节写道：

因此，房主有权以武力将非法入侵者从其“城堡”中逐出。若入侵者以人身伤害为由起诉，房主可请求法院驳回原告之诉请。换言之，某人的法律权利不但包括有效地请求某社会组织助其对抗他人的权力，还包括有效请求该组织不助他人的权力。

我要恭敬地指出，这段话似乎混淆了房主驱逐入侵者之特权（以及对方相应的无权利）和有关作者假设之诉讼的权利、特权、权力和豁免。在第 102 节，这位博学的作者又写道：“若某法令规定，镇上的警察可以扑杀不戴项圈的狗，则警察便有杀狗的法律权利，而狗却没有戴项圈的义务。”然而，此法令似乎仅创设了一项特权——即令原本有利于狗主人的不得杀狗之义务归于消灭。此外，这也是本段话在通常情形下的含义，其并不（除非在极端例外的情形下）要求警察同时具有请求其他所有人不得干预其杀狗的行为的权利。另参见第 145、186 节。

比较霍姆斯：《普通法》，第 214 页：“法律权利只是对施展自然力量的容许，且其可在特定条件下依赖社会强力之助获得保障、补救或赔偿；除此之外，权利什么都不是。”

也许对上述事例稍加改变，更能反映出权利与特权之区别的本质与重要意义。现在设我已是虾仁沙拉在法律上的所有权人，你我订立合同，约定我永远不许吃该食物，却不曾与甲、乙、丙、丁诸人订立同样的合同。那么，现在你我之间的关系就同我与某甲之关系大不相同了。对你而言，我没有吃沙拉之特权；但对某甲或其他任何人而言，我皆有此特权。顺便指出，我令你不吃沙拉的权利，纵然在我本人吃沙拉之特权归于消灭之际也仍旧存在。^①

基于上文所强调的原因，林德利勋爵在 *Quinn v. Leathem* 这一重要案件中的思路似乎也值得揣摩：^②

原告具有英国国民的一般权利。只要其未违反禁止其为某行为的那些专门法律，也不曾侵犯他人权利，此人便可自由地（at liberty）按自己的方式谋生。此自由（liberty）

① 此处顺便指出，依宪法第十四修正案，剥夺当事人此类特权的立法将引起严重的宪法问题。比较 *Lindley v. Nat. Carbonic Gas Co.* (1910), 220 U. S. , 61。另参见 *Rideout v. Knox* (1889), 148 Mass. , 368, 该案之判决肯定了限制土地所有权人“以邻为壑”之特权的立法合宪。

② (1901) A. C. , 495, 534.

包括同乐意与其交易者进行交易之自由。该自由乃是法律承认的权利，与每个人所负担的不得阻碍此自由不受限制地行使——除非出自后者的自由选择——的一般义务相关。除非他人想与此人交易时便能自由地和之交易，否则此人与他人交易的自由或权利就毫无意义。对他人与之交易的自由之任何干预都会影响到此人。

作为法律关系的“自由”（或者广义上的一般“权利”），若有任何确定内容的话，就一定和特权完全是一码事，这当然是上引段落中前三次使用自由这一术语时的本义。正如上文所指出的，同样清楚的是，即使不伴随对抗“第三人”某种干预的特殊权利，^① 此种听凭自愿与他人交易的特权或自由依然可能存在。是否应伴随上述权利（或请求权），归根结底是个利害计较的问题，应据利弊得失加以斟酌。而与特权或自由在逻辑上相关者唯有“第三人”之“无权利”。但仅从存在此类自由这一前提，却不能合逻辑

① 比较 *Allen v. Flood* (1898), A. C. , 1。

辑地 (*non sequitur*) 得出“第三人”负有不干预之义务或与之相似的结论。然而，在上文所引林德利勋爵的那段话中，术语用法却突然发生毫无根据的转换：首先，正在被讨论的“自由”变成了“权利”，然后，很可能受到后者的干扰，他把与之“相关”者想象为“任何人不得干涉的一般义务”云云。^①

另一个有趣且发人深省的例子，恐怕要数鲍恩勋爵 (Lord Bowen) 在 *Mogul Steamship Co. v. McGregor* 案中经常被引用的意见：^②“我们在本案中面临的是两项同样合法的权利表面上的冲突或矛盾：一项是原告的合法商业经营受到保护之权利，另一项则是被告只要不侵犯他人便可以选择其自认为最相宜的方式经营之权利。”

诚如这位博学的法官所言，冲突与矛盾只是表面的，但由于他在引文中使用“权利”这一术语时含义极不确定且不断变化，反而把问题搞复杂了。将这段话作为一个整体来解释，事情就一目了然了：与被告相关的“原告之权利”指的当然是严格意义上的法律

① 关于对“自由”与“权利”更精确的分析，参见前引凯夫法官的意见，第47-48页。

② (1889) 23 Q. B. D., 59.

权利或请求权，而与原告相关的“被告之权利”，指的则是法律特权。既然如此，引文开头提到的“两项权利”便分属请求权和特权，两者根本不可能相互冲突。若被告有特权，则原告“无权利”；反之，若原告有权利，被告便无特权（no - privilege，等于方向相反之义务）。^①

那么，要表达对义务的单纯否定，“特权”便是最

① 类似的混淆基本概念并变换术语用法的案例可谓数不胜数，纵然所涉及之问题需要精细的推理时也依然如故。此处仅择其要者略举几例。霍金斯法官（J. Hawkins）在前引 *Allen v. Flood* (1898, A. C. 1, 16.) 案中写道：“我知道，有人会问，‘原告已受侵的法律权利是什么？’我的回答则是，是那种永不可忽视的权利，正如我已说过的，即：自由地从事其合法事业之权利。”豪斯伯里勋爵（Lord Halsbury）也对本案写道：“在上述条件下挖掘他自己的土地，不需要任何理由和藉口。他可能纯属心血来潮，但是其在自己土地上的权利却不受限制，只要其无碍他人之权利。”（第 84 页）；埃斯伯勋爵（Lord Ashbourne）也写道：“我以为，原告有从事其合法事业的明确权利……在我看来，若允许故意侵犯该权利者在无合法依据或正当理由的情况下不受追究，则法律将很难令人满意。”（第 112 页）。另参见 *Quinn v. Leathem* (1901), A. C. , 495, 533; *Lindsley v. Natural Carbonic Gas Co.* (1910), 220 U. S. , 61, 74; 帕克法官（J. Parker）在 *Robertson v. Rochester Folding Box Co.* (1902, 171 N. Y. , 538.) 案中认为：“所谓隐私权，正如其字面含义所暗示的，乃基于下述主张，即若某人乐意的话，他便有权利终其一生而不公开其面貌。”（第 544 页）；*Wabash, St. L. & P. R. Co. v. Shacklet* (1883), 105 Ill. , 364, 389。帕克在 *Attorney General v. Adelaide Steamship Co.* (1913, A. C. , 781, 793.) 案中还误以为义务与特权相关，他写道：“依普通法，每一社会成员皆可随心所欲地从事任何他以为相宜的行当或营生，就此而言，每一权利也就意味着不得合法干涉他人自由经营的义务，除非此种干涉具有正当的原因或藉口”。

Purdy v. State (1901, 43 Fla. , 538, 540.) 案则采用了一个极罕见的表述，即“特权之权利（right of privilege）”。

恰当也最令人满意之术语。然则根据何在？

麦克戴伊（Ferdinand Mackeldey）在《罗马法手册》中写道：^①

实在法要么表现为法条中之一般原则
……要么出于特殊原因而规定了有别于一般
原则者。前者为一般法（*jus commune*），后
者则为特别法（*jus singulare s. exorbitans*）。
特别法有利有弊，这取决于其……扩张还是
限制了普通法所涉及者的权利。有利的特别
法及所设定之权利……在罗马法上被称为法
益（*beneficium juris*）或特权（*privilegium*）
……^②

先是特别法，然后则联想到是此法授予的特别利益。既然早有此制，则英语中的“特权”一词甚至时

① 麦克戴伊：《罗马法手册》（*Handbook of Roman Law*，trans. Dropsie, 1883），第196-197节。

② 索姆（Rudolph Sohm）在《法学阶梯》（*Institute*，trans. Ledlie, 3rd edn., 1907）也曾涉及此问题，但并不明确（第28页）；另参见 *Rector, etc., of Christ Church v. Philadelphia* (1860), 24 How., 300, 301, 302。

至今日还总是被用来表述某人或某阶层的特殊法益（不论是权利、特权、权力还是豁免权）也就不足为奇了。^① 不少司法判决也的确将其作为该术语含义之一。^② 在非专业的的日常语言中，“特权”的含义则更为宽泛：人们常使用“特别特权（special privilege）”

① “特权”这一术语过去通常用以表示“特许权”（franchise），后者则是各类具体权利、特权、权力或豁免之属的大杂烩。因此，《古法律词汇》（*Termes de la Ley*）这本古书对特权是如此定义的：

“特权”乃是通过国王特许状、专利证书或议会法案授予某机构、地方、市镇或采邑的自由和特许权，即征收厘金权（toll）、惩治佃户权（sake）、地方司法权（socke）、审寇权（in-fangstheefe）、捕盗权（outfangstheefe）、巡回审判权（turne）及采矿权（delfe），诸如此类。

比较韦斯特伯里勋爵在 *Blades v. Higgs*（1865, 11 H. L. Cas., 621, 631.）案中的意见：“特许狩猎权（property ratione privilegii）是某人依古代君王之特许而在他人的土地之上捕获野生动物之权利；同样，凭此特权获得之猎物也就成了特许权人之绝对财产。”

② 参见亨特法官（J. Hunt）在 *Humphrey v. Pegues*（1872, 16 Wall., 244, 247.）案中的意见：“前公司的全部‘特权’、权力及权利都授予后者。我们难以想像有比永久免税权更重要和广泛的特权。特权观念包含了特别的利益或好处，即对他人负担的特别免除。”另参见 *Smith v. Floyd*（1893），140 N. Y., 337, 342；*Lonas v. State*（1871）3 Heisk., 287, 306, 307；*Territory v. Stocks*（1881），2 N. M., 161, 169, 170；*Ripley v. Knight*（1878），123 Mass., 515, 519；*Dike v. State*（1888），38 Minn., 366；*Re Miller*（1893），1 Q. B., 327。比较 *Wisener v. Burrell*（1911），28 Okla., 546。

一词以区别于普通或一般特权。非但如此，该术语在日常中最主要的含义似乎是对义务的否定。这种用法显见于人们经常说的那个短句之中：“那是你的特权”——其含义当然是“你没有义务去做相反的事”。

既然如此，那么在大量查阅司法判例后发现该术语的专业含义同样是对法律义务否定也就不足为奇了。^① 举两个常见的例子，即诽谤法中的“保密对话 (privileged communications)”和证据法中的“不自证其罪之特权” (privileges against selfcrimination)。前者的大义是：若存在特定事实构成，便有特权；否则特权便不被承认。^② 当然同样清楚的是，即便上述所有事实皆存在，但在所谓“附条件特权 (conditional privilege)”的案件中，若有恶意，便会使本应存在的特权荡然无存。更加清楚的是，凡特权存在之际，其并非专门地与特别法或特殊主体的特别利益关联。任

① 比较 *Louisville & N. R. Co. v. Gaines* (1880), 3 Fed. Rep., 266, 278, “帕斯卡 (Rene Paschal) 说，特权是某人或某阶层的特殊权利；确切地说，是对某种义务的免除。”

② 关于“特权”和“有特权的”这两个术语在诽谤问题上的恰当用法，参见霍金斯法官在前引 *Allen v. Flood* (1898, A. C. 1, 20-21.) 案中的意见。

何人可依一般法而在同等情形下享有同样的特权。是以证据法上不自证其罪之特权表达的仅是对证明义务——在通常情况下证人所负之义务——之否定；显然此特权只能产生于一般法。^①

如前所述，“特权”这一概念及术语在诽谤法和证据法中皆有鲜明的例证，但作为法言法语，其具有更广泛的意义和用途。为了讲清楚这一点，我们先来看一些鱼龙混杂的司法判例。在柯克记载的于 1583 年判决的 *Dowman* 案中，^② 法院将该术语应用于出租房屋损毁（waste）案：

对于所谓免于出租房屋损毁之诉（impeachment of waste）的特权须经租赁合同约定

① 对于一般作证义务，若仅因畏惧可能的或实际涉嫌蔑视法庭，一般还是要履行；除此之外，不履行作证义务则可能会导致遭受制定法为保护受害的诉讼当事人而设的处罚，或在有实际损害的情况下引起普通法上的起诉。

证人问题通常被认为属于所谓程序法的分支，与所谓的实体法相区别。但正如我在《衡平法与普通法的关系》一文（“The Relations Between Equity and Law”，11 *Michigan L. R.*，1913：537-549.）中强调的，实体法关系与程序法关系并无内在或本质的区别（第 537、554、556、569 页）。本文续篇将对此进行更详细的分析。

② 《柯克判例集》（*Coke's Reports*，1583），第九卷，第 1 页。

之类的反对意见，兹决议如下：若承认在此情形仍须承租合同加以约定的话，则毫无疑问，所有规定租期之房屋皆会受益，但不得不承认，涉及上述特权之条款当属无效。

在 *Allen v. Flood* 这一重要案件中，霍金斯大法官的意见为眼下的目的提供了很有意义的旁证：^①

我们出于合理且可能的原因而真诚地认为以刑法惩罚罪人乃是维护公义的需要，对此种公义之利益……人人皆有特权……然而，千万不可设想，检察官心中怀有的敌意和恶念必将毁灭此特权，只缘此敌意与恶意或皆有其天然与可悯的存在理由……

缅因州最高法院的福斯特大法官（Justice Foster）在 *Pulitzer v. Lungston* 案中将“特权”这一术语应用于财产问题，他写道：^②

① （1898）A. C. , 1, 19.

② （1896）89 Me. , 359.

若说有任何悬而未决的资格、财产或权力，其存在、运作或行使的时间超过人的寿命，再加上二十一年及此后一段时间，而这种完全地、不受限制地享用一项财产以及附属于所有权的全部权利、特权及权力应受到限制或阻止的话，这肯定有悖法律政策。

最后一个有关的例子是奥德森男爵（Baron Alderson）在 *Hilton v. Eckerley* 案中的判词：^① “不言自明，自由国家中的商人在所有不违法的事项上皆有特权依自身之判断和选择决定如何行事。”^②

与法律“特权”最接近的同义词或许是法律“自

① (1856) 6 E. & B., 47. 74.

② 关于正确使用此术语的其他例子，参见 *Borland v. Boston* (1882), 132 Mass., 89, “城市的权利、特权、权力或义务”；*Hamilton v. Graham* (1871), L. R. 2 H. L. (Sc.), 167, 169, 尤其是海瑟雷法官 (J. Hatherley) 的意见；*Jones v. De Moss* (1911), 151 Ia., 112, 117；*Kripp v. Curtis* (1886), 71 Cal., 62, 63；*Lamer v. Booth* (1874), 50 Miss., 411, 413；*Weller v. Brown* (1911), Cal., 117 Pac., 517；*Mathews v. People* (1903), 202 Ill., 389, 401；*Abington v. North Bridgewater* (1840), 23 Pick., 170；*Huntley v. Gaskell* (1906) A. C., 56, 57, “权利、特权与豁免”。*Aikens v. Wisconsin* (1904), 195 U. S., 194, 206, 霍姆斯大法官认为：“没有哪个行为在任何情形下皆属特权，至多仅是在某些情况下如此”。

由” (legal “Liberty” or legal “freedom”)。^① 凯夫大法官 (Justice Cave) 在前引 *Allen v. Flood* 案中明察秋毫且发人深省的意见对此作出了充分的说明：^②

我们最耳熟能详的人身权利 (personal rights) 包括：1. 名誉权；2. 身体安全和自由权 (Rights of bodily safety and freedom)；3. 财产权；换言之，即有关心灵、肉体及财产之权利……

在下面的评述中，我将尽可能在前述意义上使用“权利”一词。我之所以必须坚持这一点，也是由于在本庭的辩论中，该词被频繁地在更宽泛和更不确定的意义上使用。譬如，称个人完全有开枪之权利，而其真正的意思则是，只要开枪时不妨碍或侵犯任何其他人之权利，他便有开枪之自由，这与权利大相径庭，而对权利的侵犯或妨碍可藉法

① 比较“言论自由” (Freedom of Speech) 这一表述。

② (1898) A. C. , 1, 29.

律程序加以救济或制止。^①

① 之所以征引凯夫大法官的意见，是受到萨尔蒙德《法理学》的启发。这位博学的作者在引用此案和 *Starey v. Graham* (1899, 1 Q. B., 406, 411.) 案时，特意用“自由”来表达与“义务”相反者，而且，他显然忽视了特权在此的重要性。蹊跷的是，他在《侵权法》(*Treaties on Torts*) 中讨论诽谤法时并未明确地指出书中“特权”仅仅指自由或“无义务”。

波洛克的《法理学》(*Jurisprudence*, 2nd edn., 1904) 实际上似乎并不承认法律自由体现任何此种真实的法律关系。于是他尤其强调：

在不被禁止这种通常的和基本的意义上，某行为可能是正当的 (right)，但自由却不具有法律权利之性质，除非我们考虑遭受未经授权之干预的风险。不干预邻人的合法自由乃是我们所有人的义务。这就把所谓的原始权利纳入了法律调整和保护领域。有时人们会认为，合法权力或自由与不受干预之权利有所不同，但依前述理由，这观点尽管看似有理，却并不正确。(第 62 页)

比较波洛克：《法学与伦理学论文集》(*Essays in Jurisprudence & Ethics*, 1882)，第 1 章。

然而，我却对下述问题百思不得其解：何以在甲乙二人之间的“特权—无权利”关系就不能像与之相反任意两人之间的“权利—义务”关系一般作其为一种真正的法律关系呢？也许只把后者视为法律关系的习惯，多少出于“法律由‘命令’ (commands) 或命令性规则构成”这一传统观点。然而这却是错误的。许可某行为的法律规则与禁止某行为的法律规则同样是真正的法律。同理，称法律许可某甲对某乙为某定行为，也如法律禁止某甲对某乙为某行为一样在二人之间产生了一个真正的法律关系。前一行为通常称为“合法”行为，后一类则称为“非法”——这其实在一定程度上承认了前者在法律上的性质。比较 *Thomas v. Sorrell* (1673), Vaughan, 331, 351。

虽然在司法判决^①和在财产转让文件^②中恰当使用“自由”这一术语的例子可谓不胜枚举，但其绝非如

① 比较 *Dow v. Newborough* (1728), Comyns, 242: “用益是获利之自由，但两用益不能分别自同一土地获利，是以用益之上不能复有用益”。需要注意的是，该案例和下引案例中，与自由或特权还并存着权力和权利等法律关系：譬如，取得不动产孳息的权力；埃伦伯勒法官 (J. Ellenborough) 在 *Bourne v. Taylor* (1808, 10 East., 189) 案中认为：“第二个问题在于，原告之答辩能否否定采矿之自由……自由一词也具有同样的含义。其在有限程度上意味着对他人土地行使之特权”；林德利勋爵在 *Wickham v. Hawker* (1840, 7 M. & W., 63, 78-79.) 案中的意见；怀特法官 (J. White) 在 *Quinn v. Leathem* (1901, A. C. 495, 534.) 案中的意见；*Pollock v. Farmers' Loan & Trust Co.* (1895), 157 U. S., 429, 652, “权利与自由”；马格鲁德法官在 *Mathews v. People* (1903, 202, Ill, 389, 401.) 案中认为：“现在可以确定，订立合同之特权既是一种自由，也是一项财产权利。”休斯法官 (J. Hughes) 在 *Ferris v. Frohman* (1911, 223 U. S., 424, 432.) 案中称“赋予作者出版其作品的专有自由”；帕克汉姆法官在 *Allgeyer v. Louisiana* (1897, 165 U. S., 578, 592.) 案中使用的“必须具有为此行为之自由”等语；霍姆斯大法官在 *Aikens v. Wisconsin* (1904, 195 U. S., 194, 205.) 案中认为：“不可能承认第十四修正案保护的權利中包括……造成此种损害的自由”。

关于该术语在立法中的使用，参见《安娜女王法》（即版权法，The Copyright Act, 8 Anne, 1709）第19条：“在……期间独享印刷该书的权利和自由……”。

自由这一术语有时也像“特权”一样被用来表达特许权或其他权利、特权、权力或豁免权的集合。在诺伊 (William Noy) 的《论英国法的主要基础与格言》(*Treatise of the principal Grounds and Maxims of the Law of England*, 1641) 中有这样一个定义：“自由是臣民手中的王室特权。”同样，布莱克斯通在《英国法释义》第二卷中写道：“特许权和自由是同义词；其定义是，存在于臣民手中的一项王室特权或君权的分支。”（第37页）

该定义在下述案件中曾被引用：*S. F. Waterworks v. Schottler* (1882), 62 Cal. 69, 106; *Central R. & Banking Co. v. State* (1875), 54 Ga., 401, 409. 并比较 *Rex v. Halifax & Co.* (1891), 2 Q. B., 263.

② 比较 *Pond v. Bates* (1865), 34 L. J. (N. S.), 406: “拥有投资、赢利和经营的充分权力与不受限制之自由，拥有一切必要和相宜的自由、特权之属”；*Hamiton v. Graham* (1871), L. R. 2 H. L. (Sc.), 166, 167; *Attersoll v. Stevens* (1808), 1 Taunt., 183; *Wickham v. Hawker* (1840), 7 M. & W., 63, 78-79.

“特权”一般普及且含义确定。前者更多地身体或人身自由（即身体不受约束）之意义上应用而有别于法律关系；其往往具有一般政治自由的意味而不同于两人之间的特定关系。除此之外，“特权”这一术语还有另一优点：为我们提供了一个变型——形容词“特权（的）”（privileged）。如此一来，我们便能够毫不费力地表达特权行为（privileged act）、特权交易（privileged transaction）及特权转让（privileged conveyance）等概念。

“许可（license）”这一术语，有时似乎也被当作“特权”的同义词使用。这在严格意义上并不恰当。这是将精神与物质事实同其所创设的法律关系混为一谈的无数例子中的又一个。^①确切地说，“许可”是个一般词汇，表达创设某具体特权所必须的一系列构成性事实。当这个词被用在“批准与许可”（leave and license）这一日常短语中时，上述性质表现得尤其

① 参见鲁尔顿法官（J. Lurton）在 *City of Owensboro v. Cumberland Telephone, etc., Co.*（1913, 230 U. S., 58, 64; 33 Sup. Ct., 988, 990.）中的意见：“显然该法令所授予的权利不只是许可。许可一般被定义为暂时在许可人的土地上实施行为的个人特权；且依有关部门之规定，许可得依许可人的意思随时取消，除非在许可时对其存续期限预先做出约定。”

明显。此点乃是亚当斯大法官（Justice Adams）在 *Clifford v. O'Neill* 案中指出的：^① “许可（license）只是容许（permission）为某行为，否则此行为便属于非法侵害……不论某人持续地享有这一被授予的特权多久，该特权都不会因此成长为对土地的实际利益。”^②

（三）权力与责任（powers and liabilities）

前述法律关系的图表业已表明，法律权力（当然有别于精神或物质力量）与无权力（disability）相反而与法律责任（legal liability）相关。但此法律权力的本质何在？能否对这一法律语言中常用的重要术语

① （1896）12 App. Div. , 17; 42 N. Y. Sup. , 607, 609.

② 相似的例子参见 *Thomas v. Scorrell* (1673, Vaughan, 331, 352.) 案中常被引用的观点：“特许（dispensation）或许可未移转任何利益，也不曾改变和转让对任何物的财产权，而只不过令一个原本非法的行为合法化；不论许可出海、许可在他人庄园狩猎还是许可进入他人住宅，都仅是行为而已，非经许可则属非法。”

并比较 *Taylor v. Waters* (1817), 7 Taunt. , 374, 384, “那些案例充分证明，对自土地获利之特权的许可是可授予的，其无碍欺诈法，也不须书面形式。”在此案中，许可（构成性事实）和特权（前者所创设的法律关系）或多或少地被混淆了；*Heap v. Hartley* (1889), 42 Ch. D. , 461, 470.

另参见霍菲尔德：《地役权与许可案件中的错误分析》（“Faulty Analysis in Easement and License Cases”, 27 *Yale L. J.* , 1917: 66-101.）。

所表达之概念进行分析？过分繁琐的分析恐遭华而不实之讥，因此下文不过是提供一个足以应付实践问题的大致解说而已。

现有法律关系的变更可能是由于：（1）嗣后发生的某人（或某些人）之意志所不能支配的某实事或某些事实；或（2）嗣后发生的某人（或某些人）之意志所能支配的某一或某些事实。在后一种情况下，便可称其意志居于首要支配地位的那个人（或那些人）握有改变此法律关系的（法律）权力。

现在须深入分析后一种情形，即专门意义上的权力。一般说来，与其最接近的同义词似乎是（法律）“能力（ability）”，^① 后者显系“无能力”或“无权力”（inability or disability）的反义词。“权利”这一术语却被过于频繁和不严谨地用以表达上述含义，这

① 比较多尔菲法官（J. Durfee）在 *Remington v. Parkins*（1873, 10 R. I., 550, 553.）案中的意见：“权力即为某行为之能力（ability）。”

诚属不幸，至于导致思维混乱和表达含糊更是司空见惯。^①“资格（capacity）”一词同样与此不相宜，因为我们业已知晓，若对术语严加区分，则“资格”所表达的乃是某种事实构成而非任何法律关系。

法律权力的例子可谓俯拾即是。譬如，设某甲为以“有体物”为对象的普通个人财产所有人，其便有权力通过被称作“抛弃”（abandonment）的事实构成，消灭自身之法律利益（权利、权力、豁免之属），同时相应地为他人创设有关被抛弃物的特权和权力，诸如通过占有而取得该物所有权的权力。^②同理，某甲也有权力将其利益让与某乙，即消灭其自身之利益

① 参见 *People v. Dikeman* (1852), 7 Howard Pr. , 124, 130; *Lonas v. State* (1871), 3 Heisk. (Tenn.), 287, 306 - 307; 另参见 *Mabre v. Whitaker* (1906), 10 Wash. , 656, 663, 华盛顿州 1871 年的立法对夫妻共同财产有如下规定：“男方管理全部共同财产，但非经女方同意，则无出售该不动产或令该不动产负债之权利……”。斯科特法官（J. Scott）指出，本案中“‘权利’表权力之义”。并比较 *St. Joseph Fire & Marine Ins Co. v. Hanck* (1876), 63 Mo. , 112, 118。此外还可举出无数以“权利”之名行权力之实的例子，其表达的皆非请求权意义上之权利。

② 注意，抛弃也令某甲和其他任何人一样具有了完全相同的特权和权力。

而为某乙创设一个新的相应利益。^① 某甲还有创设各种合同之债的权力。代理同样富有启发意义。然而某些隐喻性（metaphorical）的表述，诸如拉丁文中“他人所为视同亲为”（*qui facit per alium, facit per se*）云云，却往往模糊了代理的真正性质。代理关系的创设，首先包含对代理人授予法律权力及对本人创设相关责任。^② 换言之，某甲有权力为对方（某乙）创设代理权，譬如转让某甲财产的权力，令某甲负担产生

① 比较康斯托克法官在 *Wynehamer v. People* (1856, 13 N. Y. , 378, 396.) 案中的意见：“我无法想象不包括社会与法律所赋予的基本特征与属性的财产……这些特征中最要紧的是，占有人或所有权人排他性使用某物或以之为收益之权利，以及出售和处分该物的不受限制之权力”；菲尔德法官在 *Bartemeyer v. Iowa* (1873, 18 Wall, 129, 137.) 案中的意见：“对某物的财产权利包括出售、处分以及使用、收益的权力”；瑞恩法官在 *Low v. Ress Printing Co.* (1894, 41 Neb. , 127, 146.) 案中的意见：“财产在广义上并非可作为所有权对象的物体，而是可获得的对该物之支配、占有及处分之权力。”

既然转让的权力往往是复杂法律利益（或财产集合）的基本要素之一，那么显然，消灭此权力的具体立法就可能因为未经法律上的正当程序剥而夺所有权人之财产而构成违宪。参见上引案例。

② 体现代理权，尤其是与利益结合的权力之本质的典型案例，参见 *Hunt v. Rousmanier* (1883), 8 Wheat. , 173, 201。有趣的是，在《德国民法典》(1900) 中，有关代理的条款恰是以权力这一术语来表达的，譬如第 168 条：“代理权力的消灭，依其所由授与的法律关系定之。即令该法律关系存续，除非本法另有规定，该权力仍可撤销。”此处顺便指出，英语中的“代理权（power of attorney）”一词，已逐渐被引申为创设代理权的纯构成性文书。

合同之债的权力，替某甲免除债务的权力，“接受”财产权利令其归属某甲的权力，诸如此类。这里顺便提一句，在代理案件中频繁使用的“权限”（authority）一词的含义实属模棱两可，令人捉摸不定。就代理关系而言，权限似乎是一个与具体的“授权”（authorization）相对应的抽象定性（qualitative）术语。授权包括本人和代理人之间的一系列构成性事实。然而，权限这一术语却常常把这些构成性事实和代理人由此而生的权力及特权混为一谈。^① 在我看来，认真

① “权限”这一术语在代理案件中以及依赖严密推理的法律冲突问题中不严谨的和混乱的用法，参见 *People v. Nickerson* (1844), 3 Story, 465, 476, 481, 483; *Lloyd v. Guibert* (1865), 6 B. & S., 100, 117; *King v. Sarria* (1877), 69 N. Y., 24, 28, 30 - 32; *Risdon. etc., Works v. Furness* (1905), 1 K. B. 304; (1906) 1 K. B. 49.

对上述案例的批评中有关正文所讨论之问题者，参见霍菲尔德：《股东个人责任与法律冲突》（“The Individual Liability of Stockholders and the Conflict of Laws”，9 *Columbia L. R.*，1909：492 - 522.），第492页，第512页脚注45、第521页脚注；该文续篇（*ibid*，10 *ibid.*：520 - 549.），第542 - 544页。

区别这些细节大有裨益于澄清代理法中的某些问题。^①

财产处理权（powers of appointment）也与代理权大同小异。而官员的权力就其实质而言也属代理权，譬如警长依执行令出售财产之权力。死因（*causa mortis*）赠与中赠予人撤销赠与之权力与取消受赠人资格之权力，也是我们正在讨论的这一法律概念的又一鲜明例证；^② 而受担保债权人的法定变价受偿权也是如此。^③

另一方面，某些法律关系的真正性质可能从不曾

① 对于许多案件（法律冲突问题尤其如此）而言，将代理关系明确地理解和承认为法律权力之创设皆属至关重要。除前引诸案，尚有两个案例值得参考：*Milliken v. Pratt* (1878), 125 Mass., 374., 体现了对代理问题的不求甚解；*Freeman's Appeal* (1897), 68 Com., 533., 则包含了鲍德温法官对代理关系的细致分析。以此分析为指引，上诉法院推翻了马萨诸塞州法院的判决，这位博学的法官指出：

其实米切尔（Mitchell）太太的行为便属此类。她通过委托其夫作为代理人向银行提供担保，得以实施其在法律上本无资格实施之行为。而你无权令你在芝加哥向在伊利诺伊州的债权人提供担保有效成立，正如若此担保针对康涅狄格州之债权人的话，你在此地提供便不能有效成立一般。重点并非提供担保之地点，而在于其有无此权力。

② 参见 *Emery v. Clough* (1885), 63 N. H., 552, “解除合同的权力或权力”。

③ 参见 *Hudgens v. Chamberlain* (1911), 161 Cal., 710, 713, 715。法定权力的另一个例子，参见 *Capital, etc., Bk., v. Rhodes* (1903), 1 Ch. 631, 655, “因登记行为产生的权力”。

被清楚地认识。在附条件的动产买卖中，若买受人除最后一期款项未付外已履行全部协议，而付款期限现已届至，则买受人对该动产有何等利益？其是否像通常所认为的那样，仅在付清最后一笔款项后才有经出卖人同意而取得该动产所有权的合同权利？抑或不论卖方同意与否，其都有消灭后者的所有权从而自身取得一项完整所有权的权力？尽管具体案件中的用语往往远非准确，但买受人似乎的确拥有上述权力。^① 就其本质而言，在典型的第三方担保交易（escrow trans-

① 尽管法院使用“权利”这一模糊的术语，但显然其性质其实是权力。因此，在颇具启发性的 *Carpenter v. Scott* (1881, 13 R. L., 477, 479.) 案中，马特森法官 (J. Matteson) 法官代表法院称：

依附条件买卖合同，买受人所取得的不仅是占有和使用的权利，还包括在履行合同条款的情况下成为不受限制的所有权人权利。而上述权利是出卖人任何行为皆无法剥夺的。若合同未做限制，则买受人可通过出卖或抵押而转让该权利。在条件充分后，财产所有权便归属买受人；若其已将该财产出卖或抵押，则所有权便归属后手买受人或抵押权人，而无须进再为此订立合同……上述权利构成了财产上的实有、既得利益，如前所述，此类利益可以通过出卖或抵押而让与。

有趣的是，引文中的“权利”一词开始被用来表示占有和使用之特权；接下来又主要在法律权力的意义上使用，尽管这里可能部分地掺杂了权利（狭义）或请求权的因素；然后，这一术语（复数）在第三次使用时，又集买受人的特权、权力和请求权于一身。关于买受人利益的真正性质，另参见 *Christensen v. Nelson* (1901), 38 Or. 473, 477, 479, 该案表明，其实买受人的权力和特权皆可让与他人，而且其不含瑕疵的交付与“付款具有同等效力”。

action) 中, 条件的满足与否处于受让人的意志支配之下, 其与动产的附条件买卖也有几分相似。若将其简化为最基本的术语, 则显然“权力”一词最为得当。一旦订立了第三方担保合同, 出让人在法律上仍有所有权, 但受让人通过充分特定的条件 (即附加的各种构成性事实), 便握有消灭对方所有权并令自身取得该所有权的不可撤销之权力。一旦有此权力, 出让人当然就承担放弃其所有权的相关责任。^① 同理, 在附条件的土地永业权 (land in fee simple subject to condition subsequent) 案件中, 若条件成就, 原出佃人一般有“收回土地权” (right of entry)。然而若认真加以分析, 我们便会发现关键在于出佃人一方有两项法律元素: (1) 收回出佃土地之特权; 以及 (2) 藉

^① 参见 *Divis v. Clark* (1897), 58 Kan. 100; 48 Pas. , 563, 565; *Leiter v. Pike* (1889), 127 Ill. , 287, 326; *Welstur v. Trust Co.* (1895), 145 N. Y. , 275, 283; *Furley v. Palmer* (1870), 20 Oh. St. , 223, 225。

尽管受让人的权力不可撤销, 但却受到下述限制: 此权力可能因出让人与属善意买受人的第三人之间的交易而遭消灭 (或变更)。当然不问可知, 法院早已习于用“交付”、“溯及力”、“附条件履行”等语来描述和解决第三方担保交易的问题, 而不是用权力这一术语来分析该问题。

收回而消灭承佃人永业权的权力。^① 在此权力实际行使前，后者的永业权存续，但却承担遭上述权力消灭的相关责任。^②

现在来看合同法领域。设某甲通过函件向某乙发出出让土地之要约，并索价 1 万元；且此函件及时到达某乙。上述构成性事实便为某乙创设了一项权力，同时也令某甲承担了相关责任。某乙若回函承诺，其便握有足以在他与某甲之间创设潜在和尚未生效的合同债务之权力。^③ 设该土地实际价值 1 万 5 千元，则此法律因素——即甲乙二人之间的“权力—责任”关系——对某乙而言便值 5000 元。某甲之责任将存续一段合理的期间，除非其预先行使权力，通过称为“撤回”的事实构成消灭该责任。而所存续者往往被描述为：某甲之“要约”将在一段合理的或者实际规

① 对此需要指出的是，瑟顿（Edward Sugden）在其《论权力》（*On Powers*, 8th edn., 1861）中使用了与众不同的术语，即“因违反条件而收回的权力”（power of entry for condition broken）。

② 有关于权力的各种情形，参见下述案例中的观点：*Bk. of S. Australia v. Abrahams* (1875), L. R. P. C., 265; *Barlow v. Ross* (1890), 24 Q. B. D., 381, 384.

③ 关于“尚未生效的债务”，参见库克本法官（J. Cockburn）在 *Frost v. Knight* (1872, L. R. 7 Ex. 111) 案中的意见，下文还将继续探讨此问题。

定的期间内“存续”或“持续有效”(remain open), 除非某甲先行“撤销”或“撤回”要约。^① 无疑, 在多数案件中如此描述不会有什么危害, 但这种说法却将非法律因素与法律因素混为一谈。当面临需要认真推理的疑难案件时, 我们最好将二者明确分开。要约乃是一系列物质和精神的构成性事实, 一旦该事实因“受要约人之承诺”而完成, 则其使命便告完结。那么真正的问题便在于其承诺之际所生的法律后果(若确实产生了后果)。若此后果包括某乙的权力与某甲的相关责任的话, 那么显然, 所“存续”或“持续有效”的正是上述法律关系——直到承诺被撤回或因其它构成性事实而改变为止。^② 既已明了于此, 则只需对通过寄送函件订立合同的情形稍加损益, 便可解释于任何类型的合同。即使合同双方同时在场, 要约也

① 比较 *Boston R. Co. v. Bartlett* (1849), 3 Cush., 225, “尽管被告签署者仅是要约, 且系可撤回之要约, 然而当其仍然有效而没被撤回时, 在其承诺的期限内仍属存续之要约, 在全部剩余期间内, 其时时刻刻皆为要约; 但其一经承诺, 就不仅是要约了。”比较阿什利 (Clarence D. Ashley) 在《合同法》(*Contract*, 1911) 中的表达方式 (第 16 节以下)。

② 霍姆斯大法官在 *Brauer v. Shaw* (1897, 168 Mass., 198, 200.) 案中对此阐述的尤为清晰: “被告以其选择及行为在其与原告之间形成了一种关系, 即原告可通过自身之行为与被告结成合同关系……”。

同样对要约人产生责任且为受要约人创设相关权力。唯一有别于前者的是，此时的权力与责任存续期间相对短暂而已。

或许有关选择权（options）的实践更能证明上述分析方法的合理性，兰代尔在其合同法大作中写道：^①

若要约人预先约定了其要约的有效期，那么首要问题便是，该约定是否构成了一个有效合同……若其有效，则接下来的问题是，要约是否因此不可撤销。人们通常以为如此，实则大谬不然……要约仅系合同的要素之一，自法律的视角观之，合同双方意思表示一致乃是合同之订立所不可或缺者。是以要约人绝不可能在法律上无权撤回要约。况且，若对有效期的约定令要约不可撤回，则其便属不可能违反之合同，这在法律上同样不可思议。因此，此约定的唯一效果便是，若要约人因撤回要约而违反此约定，受

^① 兰代尔：《合同法概论》（*Summary of law on Contract*, 2nd edn., 1880），第178页。

要约人便因此被赋予损害赔偿请求权。^①

上述推理忽略了一个事实，即普通要约本身（*is-po facto*）便创设了一项法律关系——法律权力和法律责任。正是此关系（而非构成要约的物质与精神事实）才“持续有效”。只要承认该事实，也就不难理解，一项包含对价（*consideration*）或体现在盖印文书中的单边选择权协议，为选择权人创设了一项不可撤销的权力，该权力可于有效期内的任何时间，在其本人和授予选择权者之间创设一项双务合同。当然，与此权力相关，授权人也就承担了一项其本人无权消灭的责任。法院似乎也不难得出上述根本性的结论，但其解释却总是采用“要约的撤回”这一术语，或是

① 兰代尔的上述逻辑前提和具体结论被许多学者采纳。具体例子参见阿什利：《合同法》，第25节以下；麦克威廉姆斯（Robert L. McWilliams）：“论选择权协议的执行”（*Enforcement of Option Agreements*, 1 *California L. R.*, 1913: 222-229.），第222页。

与之相似的掺入物质与精神因素的表述。^①

既然论及由普通要约和选择权分别创设的权力与责任，不妨再分析一下从事“公共事业”者的责任。相当有趣的是，此类当事人的独特地位几乎可以说是介于普通合同要约人和选择权授予人之间。人们确实习以为常地说，此类当事人（一般而言）对其他所有人负有现时义务（present duty），但这恐怕并不正确。威曼（Bruce Wyman）教授在其研究公共服务公司的著作中写到：^②“所有从事公共事业者所负担的义务，主要是为每一公众成员服务的义务……在我国法律制

① 近期司法界对此问题的表述，参见斯劳斯法官（J. Sloss）在 *W. G. Reese Co. v. House* (1912, 162 Cal., 740, 745.) 案中的意见：

凡有对价，在其协议存续期间内，选择权就不能撤销。但若无对价，授权方则可在承诺前的任何时间撤回要约，即使约定的有效期尚未届满……此等要约于有效期内经承诺后，便构成合同，其对双方均有拘束力，双方皆可请求强制执行之。

相似意见参见 *Linn v. Mclean* (1885), 80 Ala., 360, 364; *O' Brien v. Boland* (1896), 166 Mass., 481, 483, “盖印要约”。多数承认选择权授予后不可撤回案件属于请求具体履行的衡平法诉讼；但无可置疑，同样的原则也应适用于请求损害赔偿的普通法诉讼之中。参见 *Baker v. Shaw* (1912), 68 Wash., 99, 103, 损害赔偿诉讼判决书的旁论（dicta）。

② 威曼：《公共服务公司个案研究》（*Cases on public service companies*, 1911），第330-333节。

度中设立这一特别义务有些困难……其真正的原因在于，履行公共义务之人的义务与众不同。”^①

在我看来，这位博学的作者之困难主要是由于他不曾看到，旅店经营者、普通邮递员以及其他类似的服务提供者所承担的乃是现时责任（present liabilities）而非现时义务。与此类责任相关的则是公众成员各自的权力。譬如，公众中的一个旅行者通过适当的要求及支付足够的费用便拥有法律权力，从而令旅店经营者负担接受其为顾客的义务。由此创设的义务若遭违反，当然就会导致诉讼。因此，旅店经营者在某种程度上就如同将选择权授予了每一位旅行者。仅就法律后果而言，二者之所以有所不同，仅是由于前者可藉关门歇业而消灭其现时责任以及旅行者的相关权力。然而，另一方面，其责任却比普通合同要约人尤有过之，只因其难以通过类似撤回要约的简单行为来消灭其责任。

对于业已讨论过的诸法律权力，还须注意一点。譬如，在分析一般的财产所有权人之让与权时，就要

^① 相同的观点，参见金尼尔：《准合同》（*Quasi - Contracts*, 1893），第18页。

仔细地区分法律权力、为“行使”法律权力所必须的物质力量（physical power）以及实施让与行为之特权——若真有此特权的话。然而特权可能存在，也可能不存在。若土地所有人某甲同某乙订立了合同，约定前者不得把土地让与某丙，则某甲为行使将土地让与某丙之权力所必为之行为，在某甲同某乙之外的任何人之间皆属有特权，但在甲、乙之间，前者显然不享有为此行为之特权，相反，他却对某乙负有义务，即不得实施任何为行使上述权力所必须之行为。

到目前为止，对责任本身尚未展开充分的论述。正如我们所知，其与权力相关而与豁免（或免除）相反。无疑，“责任”这一术语常被不严谨地作为“义务”或“债务”的同义词。但我相信，只要广泛查阅司法判例，便可证明本文所取之义最与该术语相宜。下面来看一些相关的案例。在 *McNeer v. McNeer* 案中，^① 马格鲁德法官就把权力与责任这对概念相提并论：“然而，只要她活着，他在她的土地上之利益就欠缺诸如处分权和承担强制拍卖的责任等财产要素，

^① (1892) 142 Ill. , 388, 397.

而正是上述要素赋予该土地以财产之属性。”

在 *Booth v. Commonwealth* 案中,^① 法院须解释一项弗吉尼亚州的立法。该立法规定,“除本法后列之情形外,凡 21 岁至 60 岁的自由男性白人均有责任 (shall be liable to) 担任陪审员。”显然,其规定的是责任而非义务。这是一项能够产生义务的责任。只有当诉讼当事人和法官行使其权力并实施了必要的行为,某人才实际负担了履行陪审员职责这一具体义务。门科尔法官 (J. Moncure) 法官代表法院所发表的意见说明,责任是豁免 (或免除) 的相反或否定:

立法中的术语不论字面含义还是引申含都是“有责任的 (liable)”,其与“有资格的 (qualified)”的含义大相径庭……其本义乃是“受拘束的 (bound)”或“被迫的 (obliged)”……某人若免于 (exempt) 担任陪审员,他就没担任陪审员之责任;而某人若不承担此责,也就被免于担任陪审员。这些

① (1861) 16 Grat. , 519, 525.

术语可相互代替。

在 *Emery v. Clough* 案中,^① 我们也可看到“责任”在司法语言中的应用。在谈及死因赠与以及因赠与人行使撤销权而令受赠人承担放弃既得利益之责任时,史密斯大法官 (Justice Smith) 写道:

因交付而移转的死因赠与财产,只有在赠与人生前方可解除。其死亡终止了解除的权利或权力,也就成全了受赠人的所有权。财产从赠与人直接移转给受赠人……在其死后,除非为保护赠与人之债权人的利益,该所有权才可能承担遭剥夺之责任……赠与人的权利与权力随其死亡而消灭。

或许最接近“责任”的同义词是“隶属”(subjection)或“职责”(responsibility)。关于后者,戴伊大法官 (Justice Day) 在 *McElfresh v. Kirkndall* 案中^②

① (1885) 63 N. H. , 552.

② (1873) 36 Ia. , 224, 226.

有一段非常有趣的表述：“‘债务’与‘责任’并非同义词，人们通常也不把二者当成一码事。当表达当事人的金钱关系时，责任这一术语的含义广于债务……责任即职责。”

尽管“责任”也包含前文所提到的宽泛的一般含义，但毫无疑问，其经常表达与对方当事人和法官的某项权力（或权力之集合）相关的那种特定形式之责任（或责任之集合）。^① 在 *Lattin v. Gillette* 案中，^② 加州的某项立法就表达了这种含义。哈里森大法官（Justice Harrison）指出：“‘责任’一词是指某人因违约或违反其所负担的任何义务而所处的那种状况。《布维尔法律词典》（*Bouvier*, 1856）将其定义

① 比较埃舍尔勋爵（Lord Esher）在 *Attorney General v. Sudeley* (1896, 1 Q. B., 354, 359.) 案中的意见：“所谓‘诉权’（right of action）并非是指提起诉讼的权力。任何人都能提起诉讼，尽管其根本无有权力可言。”；柯林斯法官（J. Collins）在 *Kroession v. Keller* (1895, 60 Minn., 372.) 案中的“提起此类诉讼之权力（the power of bring such actions）”等语。

② (1892) 95 Cal., 317, 319.

为‘职责’”。^①

(四) 豁免与无权力 (immunities and disabilities)

上文业已指出，豁免与无权力 (disability or no-power) 相关而与责任相反，或者说是责任的否定。若能对上文举一反三的话，恐怕不难看出，权力之于豁免当如权利之于特权，两对概念之间应存在同类的普遍关系：权利是某人针对他人的强制性请求，特权则是某人免受他人的权利或请求权约束之自由。同理，权力是对他人对特定法律关系的强制性“支配”，则豁免当然是在特定法律关系中，某人免受他人法律权力或“支配”约束的自由。

下面稍举几例加以说明。设某甲为土地所有权人，

^① 我们习于将责任毫无例外地看作一方对另一方的一种沉重负担。但就责任一词更广泛的专门含义而言，却非必然如此。因此，挂表的所有权人某甲便有权力抛弃其所有权，即消灭其有关该表的现有权利、权力和豁免（而其特权在他人取得这块被抛弃的挂表所有权之前，却依然如故）；与某甲所抛弃的权力相关者则是除某甲之外任何人的责任。此责任谈不到沉重或不受欢迎，而是恰恰相反。譬如对另一个人某乙而言，这乃是为其创设有利于此人的（尽管违背其意愿）关于该挂表的特权或权力之责任，也就是取得占有之特权以及进而以此取得自身之所有权的权力。参见 *Dougherty V. Creary* (1866), 30 Cal., 290, 298., 并比较那种创设义务的责任与这种令人称心的责任形式，诸如因被授予选择权之责任而令财产价值大增的情形。

我们已知其有权力将土地让与某乙或他人。那么除此之外，某甲尚有对抗某乙或他人的各种豁免。某乙就某甲将上述法律利益移转给其本人或他人这一法律关系而言，便属于无权力。对某乙成立者，对于其他未因特定构成性事实而取得让与某甲之土地之权力者亦然。若某执行令依法授予治安官出售某甲利益之权力，情况便大不相同了：与治安官上述权力相关者乃是某甲之责任，后者恰与豁免（或免除）相反。同样值得注意的是，就治安官的权力而言，某甲可能对其某些财产享有豁免或免除，对其他部分则承担责任。^①同理，若某甲合法地任命一名代理人转让其某项财产，那么在其与代理人之关系中，某甲对该项财产便承担责任而不享有豁免。

一百多年来，我国不少重要的案件都涉及对征税权力的豁免。若读者对准确严格地使用法律概念与法律术语的“实践”意义尚属心中无数的话，那么想想众多上诉至联邦最高法院的有关免税问题的重要案件，或可多少打消一些疑虑。在 *Phoenix Ins. Co. v. Tennessee*

^① 参见摩尔法官（J. Moore）在 *Gollnick v. Marxin*（1911, 60 Or., 312, 118 Pac., 1106.）案中对“豁免”一词的用法。

案中,^① 帕克汉姆法官代表法院表达了下述观点:

将此公司的全部“权利、特权与豁免”让与彼公司之际,凡可表达免除后者税收的词汇,可谓无所不用其极;而在接下来的第二个转让中,即上诉人之特权状(charter)的转让中,却省略了“豁免”一词。这一“省略”是否有意而为?若有,其居心安在?本院认为,其当属有意而为。“豁免”一词比其它词更清楚、明确地表达了将免税包括在内之意思。将免除税收描述为一项“豁免”比特权更加确切,尽管不能否认,有时“特权”一词也涵盖了此种免除。

在 *Morgan v. Louisiana* 案中,菲尔德法官撰写了一段颇具启发性的文字。在某铁路公司之特许权及财产因抵押期满而遭拍卖时,他坚持认为对税收的豁免不可让与,这位博学的法官写道:^②

① (1895) 161 U. S. , 174, 177.

② (1876) 93 U. S. , 217, 222.

正如本院一再强调的，征税权力不受削弱乃是全体公众之利益所在……对该公司财产免税及免除其成员与职工陪审责任和兵役，都对该公司有利，且仅对其有利。就此豁免专属人身之特性而言，其类似于某些州法律对债务人特定财产的免于执行的规定。^①

① 与之相一致的看法，参见菲尔德法官在 *Picard v. Tennessee, etc.*, R. Co. (1888, 130 U. S., 637, 642.) 案中的意见；默迪法官 (J. Moody) 在 *Rochester Railway Co. v. Rochester* (1906, 205 U. S., 236, 252.) 案中的意见，他还审理了许多此类案件。

在 *Internat. & G. N. Ry. Co. v. State* (1899, 75 Tex., 356.) 案中，有关税收豁免的可让与性有不同的意见，斯特雷顿首席大法官代表法院写道 (第 377 页)：

依 1875 年 3 月 10 日之立法，无疑其所规定的免税不只是仅赋予上诉人的权利，而是一种内在于其所适用的财产，并随该财产归属后手所有权人……此权利的存在提高了其所适用财产的价值。股东与债权人当然应被推定是基于确信给予其豁免的合同与该公司交易的。立法机关的行为、公司的解散或其它任何不足以移转财产所有权的措施，皆无法剥夺此豁免。对税收的豁免与立法所承认的土地所有权受到同样的保护。尽管公司可能会解散，但此权利却继续存在，并有利于豁免所适用之财产的所有权人。公司合法的解散会令公司设立行为所产生的一切公司特许与特权荡然无存；然而若公司以上述权利、特权和特许作为一项财产，且由基于有价约因之合同所保障，则其在公司解散之后将继续存在并有利于那些对公司财产有权利或正当请求权者。

有关宅地 (homestead) 免除，比较斯劳斯法官在 *Smith v. Bougham* (1909, 156 Cal., 359, 365.) 案中的意见：“对宅地之宣告……令某些特权与豁免系于当时持有的财产之上。”

上述两个司法判决分别涉及了“豁免”这一术语的解释和豁免可否转让的问题。在许多其他案例中，限制或扩张各种豁免的立法引起了不少宪法上的难题。诉讼当事人有时必须诉诸宪法中禁止损害合同债务的条款以及未经法律上的正当程序不得剥夺财产之规定。这在免税^①和免于执行^②的案件中尤其如此。

如果现在该就术语自身说点什么的话，首先要强调的是，“权利”一词在豁免领域也像在其他地方一样也被滥用了。^③ 正如前引的司法判决所言，豁免最恰

① 参见 *Choate v. Trapp* (1912), 224 U. S., 665。

② 参见 *Brearly School, Limited v. Ward* (1911), 201 N. Y., 358; 94 N. E., 1001 ——一个有趣的判决，有三位法官持异议。

③ 参见前引 *Brearly School, Limited v. Ward* 案；另参见 *Internat. & G. N. Ry. Co. v. State* (1899), 75 Tex., 356。

当的同义词当然是“免除”。^①“免罚”（impunity）一词的含义也与之相仿佛，明了这一点对我们很有启发。大法官芬奇爵士（Lord Finch）在 *Skelton v. Skelton* 案（1677）中所做的有趣的区分令其一目了然：^②

但我决不同意，衡平法应扩大议会立法所创设的无权力之范围；关于颁发禁止令来阻止对损毁行为，我区别了佃户仅享有免罚权（*impunitatem*）之情形与佃户拥有损毁权（*jus in arboribus*）之情形。若佃户仅被赦免

① 并比较托内法官（J. Turney）在 *Wilson v. Gaines*（1877, 9 Baxl. Tenn., 546, 550-551.）案中的意见：“该立法仅使用了两个宪法中的词汇——‘权利’与‘特权’，却漏掉了接下来的两个词‘豁免’和‘免除’，后者中的任意一个原本来都会使原告所的主张变得更加清楚。此种措辞显然表明立法机关有意不想让当事人享有其所主张的那种利益。”

法院很少去辨别豁免和免除的细微差别。在今年7月的 *Straham v. Wayne Co.*（1913, 142 N. W., 678, 680, Neb）案中，巴恩斯法官（J. Barnes）指出：

影响重大的权威观点认为，遗孀产（dower）豁免（于遗产税），并非因为该财产系亡夫所遗……而是因为在（丈夫）生存时，该财产就部分地属于她……严格说来，遗孀的份额是豁免于而非免除（exempt）遗产税。对这部分财产原本就不应纳税，而非解除了缴纳此税之义务。

②（1677）2 Swanst., 170.

(indemnity) 或免除 (*exemption*) 普通法上之诉讼, 若其实实施损毁行为, 则受禁止令之约束并停止损毁行为当属公允。^①

本文的后半部分分析了八个法律概念, 并对其做了细致的比较。之所以如此, 是为了不单展示其内在含义与范围, 还要呈现其彼此间的关系以及在司法推理中用以解决个案问题之方法。在本文行将结束之际, 对于明确区别并准确使用法律概念的重大实践意义, 我想冒昧地做一总结。打个简单的比方, 这八个概念, 即权利与义务、特权与无权利、权力与责任、豁免和无权力就如同法律的最小公分母 (the lowest

① 从 *Skelton v. Skelton* 案中可以看出, “免罚” (impunity) 和免除 (*exemption*) 两词皆都被用以表述与原告在普通法诉讼中之权力相关之责任相反者。

近期相似的案例, 参见麦克诺顿勋爵 (Lord Macnaghten) 在 *Vacher & Sons, Limited v. London Society of Compositors* (1913, A. C. 107, 118, 125.) 中的意见: “团体或组织得以豁免于普通法诉讼这一观念, 并无荒谬之处。”以及阿特金森勋爵 (Lord Atkinson) 的“授予受托人绝对的豁免”等语。比较汉密尔顿法官 (J. Hamilton) 在 *Baylies v. Bishop of London* (1913, 1 Ch., 127, 139, 140.) 案中的意见。并比较埃迪法官 (Swinfen Eady) 在 *Thornhill v. Weeks* (1913, 1 Ch., 438, 442.) 案中的意见。

以“无权力”一词表达对法律权力之否定这种用法的例子, 参见 *Poury v. Hordern* (1900), 1 Ch., 492, 495; *Sheridan v. Elden* (1862), 24 N. Y., 281, 384.

common denominators of the law)。十个分数($1/3$ 、 $2/5$ 等)表面上看彼此不同,难以通约。但若以其最小公分母来表达($5/15$ 、 $6/15$ 等),便易于比较,从而可发现其在根本上的相似性。法律亦然,全部“法律因素”均可归结为最简的一般概念。

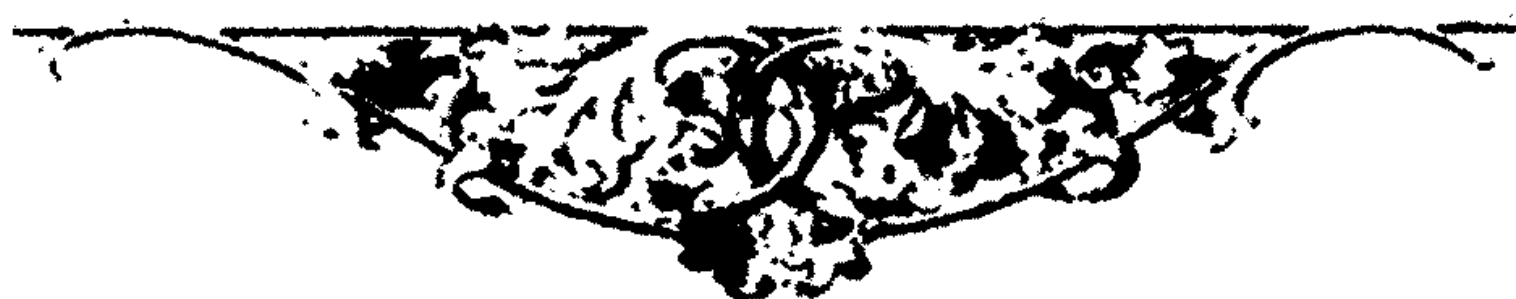
譬如,我们回过头来再看权力问题。附条件的动产买卖、第三方担保交易、选择权、代理关系和财产处理权等法律关系有何实质与根本上的相似性,这本非一目了然。但若将上述关系化约为(reduced to)最简的一般术语,我们便会发现:法律权力和法律责任这对概念普遍适用于这一系列法律关系(尽管不能排除其他概念之适用)。如此一来,我们不但能在看似是无穷无尽、变幻莫测的表面现象中发现根本上的相似性与拨云见日般的可比性,且能体察到隐藏于诸法律问题背后的普遍司法与政策原则。一个虽属间接却相当实际的效果是,貌似毫不相干的判例也往往可凭藉此种分析而获得权威性的说服力。若上述观点对权力问题成立,则其对其他基本法律概念也应同样成立。一言以蔽之,愈深入分析,也就愈能深味法律在

根本上的统一与和谐。^①

① 依当前的研究计划，本文的续篇将讨论普通法关系与衡平法关系之区别，并比较对物权与对人权，也将涉及实体法关系与程序法关系的所谓区别。我主要是想证明，就这些关系的内在本质而言，通常所谓的那些区别皆出自想象而非真实存在。最后，我也会对复杂法律利益或法律关系集合的性质和分析有所关注。[本文的“续篇”请见下文。其主要内容涉及的是权利问题，即对人权与对物权，与此处预告有出入。——编译者注]



下 篇



司法推理中应用的基本法律概念

司法推理中应用 的基本法律概念*

本文尽管在立意与行文上皆欲自成一篇，但其早已被规划为三年前的同名论文之续作。^① 那么先须对前作所涉内容略做交待。前作分为三节：“法律概念与非法律概念”、“构成性事实与证明性事实”以及

* 本文最初发表在《耶鲁法学杂志》第26卷，1917年（“Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning”，26 *Yale L. J.*，1917：710-770）。

① 参见霍菲尔德：《司法推理中应用的若干基本法律概念》（“Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning”，23 *Yale L. J.*，1913：16-59.），第16-20页及相关脚注。前文主要立致力于为分析、研究复杂法律利益（即法律关系集合）、尤其是衡平法上信托受益人（*cestui que trust*）之利益奠定坚实的基础。本文也将顺带涉及上述利益，但更详细的研究则尚日后另撰一文。

“基本法律关系”。其中第三节从“相反与相关关系”的图表入手分析、研究了诸法律关系，^① 为便于表述本文所涉诸问题，兹重列该表如下：

相反关系	{	权 利	特 权	权 力	豁 免
(opposites)	{	无权利	义 务	无权力	责 任
相关关系	{	权 利	特 权	权 力	豁 免
(correlatives)	{	义 务	无权利	责 任	无权力

明白无误地思考并以不含歧义的术语精确表达基本法律概念，人们并非总能看到其重大实践意义——初窥法学门道的学生尤其如此，甚至练达之士也往往不假思索地认为所谓“法理学”（jurisprudence）著作中讨论的问题过于“学究”而丝毫无益于法律实务。为纠正上述谬见——不幸的是，此谬见在法律的各个

^① 对表中所列概念的详细阐释，参见霍菲尔德：《司法推理中应用的若干基本法律概念》，第16、30页以下。

领域中皆不胜枚举^①——前作不厌其烦地对表中所列

① 霍姆斯 (Oliver Wendell Holmes) 大法官在《法律之道》(“The Path of Law”, 10 *Harvard L. R.*, 1897: 457-478.) 中写道:

尽管法理学一词在英语中被用以表达最一般的规则与最基本的概念, 但我却以为将个案抽象为规则的每一步努力皆有法理学上之意义。法律大家的标志之一便是其深知如何运用最一般的规则。请看佛蒙特州治安法官的故事: 一农夫因另一农夫打破其搅奶桶而起诉后者。法官在深思熟虑后判决道, 因查遍法律法规也未见有关搅乳桶者, 故判被告胜诉。类似的思维在案件摘要与教科书中皆属屡见不鲜。合同或侵权基本规则的应用要么被置于铁路、电报的名目下, 要么被纳入航运法或衡平法这类仅有历史意义的分类, 或者被归诸商法之属能吸引实践者的部门。以法律为业者惟有精通上述种种才能游刃有余, 而此有赖于透过五光十色的个案而洞悉预测的真正根基。那么, 在使用法律、权利、义务、恶意、故意、过失、所有及占有之类的术语时便须对其真义心知肚明。据我所知, 最高法院所以错判若干案件中, 便是因其对某些术语仅一知半解而至心中无数。(第 474-475 页)

这位博学的法官在下述案件中的意见也颇值得玩味:

“对人造术语的争论有受其专门定义之误导而引起与时下用法本属风马牛不相及的后果之虞。”(*Guy v. Donald*, 1906, 203 U. S., 399, 406; 27 Sup. Ct. Rep., 63, 64.) “法律的不幸之一在于, 观念因被包裹在术语之中而后长期不能得到进一步的分析。”(*Hyde v. United States*, 1911, 225 U. S., 347, 391.)

比较金尼尔勋爵 (Lord Kinnear) 在 *Bank of Scotland v. Macleod* (1914, A. C., 311, 324.) 案中的意见。他赞同韦斯特伯里勋爵 (Lord Westbury) 的观点, 即“用语不精确乃是造成法律上谬误的最主要渊藪”; 以及曼斯菲尔德勋爵 (Lord Mansfield) 的意见, 即“法律中的隐喻最易生误解”。这位博学的法官还认为: “错误在于将法律术语在其通俗或隐喻的意义上使用, 进而将这种用法与本应系于其严格专业含义的法律效果扯在一起”。

因法律术语的不严谨或模棱两可而引起的思维混乱, 另参见菲尔德法官 (J. Field) 在 *Morgan v. Louisiana* (1876, 93 U. S., 217, 223.) 案中的意见; 帕克汉姆法官 (J. Peckham) 在 *Phoenix Ins. Co. v. Tennessee* (1895, 161 U. S., 174, 177, 178.) 案中的意见。

八个概念详加分析与比较，这不单是要呈现其内涵外延与彼此关系，更是为了展示将此方法实际应用于司法推理以解决个案问题之优劣。为达成后一目的，本文也如其前作一般，将大量援引诸术语在司法判决中的迥异用法，当然，也少不了引证法学大家的著作，不论作为正例抑或反例。^①

接下来，我打算逐一讨论那些对前表所列的八种法律关系皆适用的重要分类。这些广为流行的分类主要有：对人（*in personam*）关系（即“特定”关系）与对物（*in rem*）关系（即“不特定”关系）；普遍（*common*）关系（或一般关系）与特殊（*special*）关系（或个别关系）；合意（*consensual*）关系与建构（*constructive*）关系；第一性（*primary*）关系与第二性（*secondary*）关系；实体（*substantive*）关系与程序（*adjective*）关系；完备（*perfect*）关系与瑕疵（*imperfect*）关系；以及相容性（*concurrent*）关系（譬如普通法关系与衡平法关系两立）与排他性（*ex-*

^① 然而限于篇幅，本文对于原本打算引用的大量有益素材也只能割爱了。

clusive) 关系 (譬如专属衡平法之关系)。^① 由于我国的制定法与判例法越来越汗牛充栋, 上述分类对于实践的重要性也与日俱增: 不仅因其生来便是理解复杂法律素材并将其体系化的思维工具, 更由于这些彼此相对的概念与术语愈发构成了日常司法推理与判决的形式基础。^② 因篇幅所限, 本文仅讨论第一个分类, 即对人关系与对物关系。

“对人”与“对物”两词尽管可用于诸多领域与情形, 但律师、法官与法学家却往往以为其含义一成不变, 并非模棱两可, 当不至误导粗心大意之辈。然而实情恰恰相反, 才华横溢的法官们也曾直言不讳地

① 对于“相容性”法律关系与“排他性”法律关系的解释, 参见霍菲尔德:《衡平法与普通法的关系》(“The Relations Between Equity and Law”, 11 *Michigan L. R.*, 1913: 537-571.), 第 537、553、569 页。另参见我的朋友兼同事库克 (Walter Wheeler Cook) 教授的《无体动产的可转让性——答威利斯頓教授》(“The Alienability of Choses in Action: A Reply to Professor Williston”, 29 *Harvard L. R.*, 1916: 816-837; 30 *ibid.*, 1917: 449-534.) 一文, 尤其是第 449 页、460 页以下。

② 切不可忽略这句话中的“形式”(formal)一词; 因为尽管本文作者暂时强调的是法律问题的形式与分析方面, 但却丝毫不曾低估法律的科学与实践向度。我早就对法律的更多基本面向度, 无论是历史(或遗传)法学、比较(或折衷)法学还是立法(或建构)法学、经验(或功能)法学皆有所涉及。参见霍菲尔德:《一个重要的法学流派》(“A Vital School of Jurisprudence and Law”, in *Proceedings of Association of American Law School*, 1914.), 第 76-139 页。

指出此点，这尤其值得我们注意。霍姆斯大法官在 *Tyler v. Court of Registration* 案中承认，^① “再没有哪个词汇比‘对物’一词更被频繁地误用”；在近期的 *Hook v. Hoffman* 案中，^② 弗兰克林大法官（Justice Franklin）学术性甚强的意见中出现了“对物程序”一语，他也认为“对物权”（*jus in rem*）这一表述“多少有些含混和模棱两可”。这位好学深思的法官更善意地指出了解决这一难题的唯一出路，并试图在其判决中身体力行。其原文颇值得一引：

“不动的动产”或“可动的不动产”之类的表述纯属语法错误，若在划分诉讼时对本属“对人”之诉使用“对物”一语，则其矛盾之处也比前者不遑多让。在法律的发展历程中，上述表述罕有取代原有术语之可能，纵有可能也非相宜。霍姆斯大法官对此早有高见：“对人造术语的争论有受其专门定义之误导而引起与时下用法本属风马牛不

① (1900) 175 Mass. , 71, 76.

② (1915) 16 Ariz. , 540, 554.

相及的后果之虞。”（*Guy v. Donald*, 1906, 203 U. S. , 406.）故不可因模棱两可或不够全面便抛弃本属相宜的术语，毋宁是须对其含义加以解释，用霍布斯（Thomas Hobbes）前辈的话说，便是“以差分和定义对其加以裁剪”。^①

既然如此，我们就不得不从认识“对人”与“对物”这对彼此对立的术语入手，因其乃是至少四对迥异分类的基础，而这些分类中出现的“对人”、“对物”两词之含义也大不相同：

首先，我们将第一性权利（primary rights）分为对人权与对物权，这是最基本的分类；其次，便是众所周知的将一切诉讼程序分为对人之诉与对物之诉；再次，与前者密切相关，是将司法判决（以及司法管辖权）分为对人判决与对物判决；最后，设对人判决系所谓典型司法程序中“第一阶段”（primary stage）之结果，则前者之“执行”（enforcement）——此程

① （1915）16 Ariz. , 540, 558.

序的“第二阶段”（secondary stage）——也就进入了我们的视野；^① 此执行在衡平法上典型的蔑视法庭案件中被称为“对人”执行，而其在普通法上因一般对人判决而生的典型强制拍卖则被称为“对物”执

① 有关“第一阶段”与“第二阶段”在衡平法诉讼与普通法诉讼中的意义与用法，比较哈德威克勋爵（Lord Hardwicke）在 *Penn v. Lord Baltimore*（1750, 1 Ves., 444, 454）案中的意见：

至于法院不能执行其判决，若其根本无力执行，则其判决便属徒劳，我亦作如是观；而本案的情形却是，法院不能执行其自身做出的对物判决：以此作为阻止法院做出判决的反对理由却远非充分；只缘本院作为衡平法院，早在诉讼结束之前便已做出了第一阶段之判决，其属对人判决，不论本院能否对有关英格兰土地恢复占有之诉做出判决，皆无碍前者；上述判决始于詹姆斯一世（James I）在位期间，却始终皆以禁止令（injunction）或恢复土地占有令（writ of assistance）执行：本院如今不能对爱尔兰或殖民地发出此令。当年金勋爵（Lord King）曾判决 *Richardson v. Hamilton, Attorney General of Pennsylvania* 案，乃是关于费城土地与房产之诉讼，法院尽管不能对物执行，却仍然做出了判决。而在 *Anglesey* 案中，本人也对位于爱尔兰的土地做出了分割并处分该不动产的判决；尽管无法对物执行，我却能对英格兰的诉讼当事人执行蔑视法庭的对人判决并扣押其财产，这自属本院之职分。

有趣的是，哈德威克勋爵将恢复土地占有令（依此令状，衡平法诉讼之原告得赖司法长官之助恢复对土地之占有）当作衡平法院有时对“严格的对人判决”加以“对物执行”的手段。

行。^① 但凡对观念与语言的相互关系有过认真观察与思考者必能意识到语词能够反作用于观念甚至阻碍、支配后者。尤其长期的一语双关或一词多意更易造成混淆。霍兰（Thomas Erskine Holland）教授深知这一心理现象，他时刻提醒自己注意一个我们如今不必面对的问题，即那些众所周知的模棱两可之术语：拉丁文中的“*Ius*”、德文中的“*Recht*”、意大利中文的“*Diritto*”以及法中文的“*Droit*”不仅用来表达“法律”，还表达“权利”这一法律创造的具体关系。他下面的话绝非夸大其词：“若以同一术语来表达原本就大相径庭的观念，这顶多会导致拙劣或明显的错误释义，倒也并无大碍。然而很不幸，人们似乎不可抗

① 关于对人程序与对物程序，库克教授的论文《衡平法院的权力》（“*Powers of Courts of Equity*”，15 *Columbia L. R.*，1915：37-54.）堪称佳构。另参见霍菲尔德：《衡平法与普通法的关系》。

拒地从同一术语推想到其所表达的观念也是一码事。”^①

毫无疑问，这一心理学及语言学上的原理——或可称之为“语言交感原理”（the principle of linguistic contamination）——解释了那些法学大家的思考与论证何以造成了下述不幸后果：“对人”与“对物”这对术语被想象为在上述四种不同情形中皆具有相同的本质含义，进而推想其在每一分类中皆充当了完全吻合的基石；从而认为四种分类间皆有形式上对称的相互依赖性，譬如第一性对物权的实现有赖于对物程序与对物判决的“执行”；而第一性对人权则只能藉对

① 霍兰：《法理学要义》（*Elements of Jurisprudence*, 10th edn., 1906），第80-81页。

比较奥斯丁（John Austin）：《法理学讲义》（*Lectures on Jurisprudence*, 5th edn., 1885），第一卷，第285-286页脚注。奥斯丁也如霍兰一般指出了上述术语的模棱两可，他还补充道：“纵然最精明与谨慎的头脑也不免惑于模棱两可之词，则其（德国人）将大相径庭者混为一谈也就是可以谅解的过失了。”

并比较奥斯丁：《法理学讲义》，第一卷，第322页脚注：

在英国法学用语中，作为准合同的事实或事件，常被描述为“默示合同”或“法律推定之合同”。换言之，准合同与真正的默示合同被纳入了同一名目，或被冠以彼此相似的若干名称。也正是出于上述原因，英国法学家才往往将准合同与默示合同混为一谈。混淆二者的例子，尤其参见布莱克斯通（William Blackstone）：《英国法释义》（*Commentaries on the Laws of England*, 1765），第二卷，第30章；第三卷，第9章。

人之诉的“执行”而实现。上述问题与谬误都将围绕本文的主线依次附带解决，也只有如此，才能给出足够的具体证明与例证。而下文的主旨则是开门见山并不遗余力地探讨上述四种分类中的第一种，即对人权利（或请求权）、对人特权、对人权力、对人豁免与对物权利、对物特权、对物权力及对物豁免。本文作者斗胆建议，以不仅等效且更胜一筹的术语代替“对人”、“对物”两词，我们将逐一探讨下述八组分类：

1. 特定（paucital）权利（或请求权）与不特定（multital）权利（或请求权）；
2. 特定特权与不特定特权；
3. 特定权力与不特定权力；
4. 特定豁免与不特定豁免；
5. 特定无权利与不特定无权利；
6. 特定义务与不特定义务；
7. 特定无权力与不特定无权力；
8. 特定责任与不特定责任。

为求明白易知，上述八组特定的分类中的任何一组皆应单独讨论。但因篇幅之故，本文主要围绕第一组分类——特定权利或请求权与不特定权利或请求权——展开。

前作业已充分证明，“权利”一词常被不加区别地在一般意义上使用，表述包括请求权、特权、权力

及豁免在内的任何法律利益。^① 然而，狭义的权利却仅与义务相关，^② 也许其同义词“请求权”更能达义。^③ 那么，文中“权利”一词便仅在与义务相关这一非常有限的意义上使用。之所以如此，乃是为了在面对更加复杂的细节与纷繁尤甚的事例之际仍能保持一贯的准确与清晰。

① 有关认识到这一术语的一般性及其不严谨用法的司法判决，参见霍菲尔德：《司法推理中应用的若干基本法律概念》，第16、33页以下，第36页以下。相似的例子，比较斯雷特法官（J. Slater）在 *Shaw v. Profit* (1910, 57 Or. 192, 201) 案中的意见：

被告代理人强烈主张，原告在本案诉状中所主张的利益仅获得了被告及其先人的口头许可，故应排除原告所举证据的充分证明力。本院不能赞同对诉状用语进行这种限制解释。本院认定，原告既然取得了“被告及其先人的同意、容许及许可”，也就获得了相应“权利”。而权利的含义包括“财产”、“利益”、“权力”、“特许”、“豁免”以及特权，而在法律上经常使用的则是其狭义，即财产。

② 参见霍菲尔德：《司法推理中应用的若干基本法律概念》，第16、31-32页，第38页。

③ 关于请求权，比较斯特雷顿法官（J. Stayton）的下述意见（尽管远非精确）：“权利被恰当地定义为有依据的请求，而后者便恰恰意味着法律所承认或保障的请求。”“与人有关的权利不同于自然权利（natural rights），就其根本而言乃是国内法（municipal law）的造物，不论后者成文与否；在法律意义上，一旦某事实之后果乃是令法律宣布某人对他人之请求得强制执行，则必有权利在焉……”（*Mellinger v. City of Houston*, 1887, 68 Tex. , 45, 3 S. W. , 249, 253.）

既然本文未采用为学者与法官所熟知的概念（即“对人”、“对物”），那么先须对目前所探讨的这一分类做些解释。当然在篇幅允许的情况下，将对此展开更详细的探讨与证明，但现在只是指出：当今之通说对该分类所做的解释不仅经不住严格分析的检验，对于迅捷、准确地解决法律问题这一实践目标而言，更属南辕北辙。

特定权利或请求权（即“对人权”），既可以是某人（或某些人）享有的并针对另一个人（或另一些人）的一项独一无二的权利，^① 也可以是某些针对特定人且就其根本而言彼此相似的权利之一。^② 而不特定权利或请求权（即“对物权”），则总是一大类就其根本而言彼此相似的权利之一，不论其属于实有（actual）权利抑或潜在（potential）权利，^③ 也不论其

① 文中“某些人”一语用以涵盖所谓“共同”（joint）权利与“共同”义务。

② 尽管我建议将“特定”一词作为涵盖一切对人权的属概念，但不妨以“单一”（unital）一词来表达那种“并无其他权利伴生”的“独一无二”的权利。

③ 文中所以使用“实有及潜在”一语的道理，须待对“实有”法律关系与“潜在”法律关系做出一般介绍后另做交待。

归属一人还是多人，但其却总是各自针不特定的一大类人。^①

通过上述解释，我们就“对人权”之含义与所指便很容易达成共识了，下面先举几个例子：若某乙欠某甲 1000 元，则某甲便拥有一项肯定的（affirmative）对人权或特定权利，即某乙应竭尽所能将 1000 元在法律上的所有权让与某甲。相反，若某甲已是 1000 元的所有权人，则其对其余诸人的权利便属不特定权利，或称对物权。前一个例子是欠（owed）某甲钱，后一个例子则是钱归某甲所有（owned）。^② 若某丁与某丙订立合同，约定前者为后者在接下去的六个月中为后者提供劳务，则某丙便拥有一项肯定的对人权，

① 长久以来，人们一直将我所谓“不特定”的那类权利或请求权称为“一般”（general）权利，并以为这一术语非但得体而且易懂。参见马克拜（William Markby）：《法律原理》（*Elements of Law*, 6th edn., 1905），第 105 节。然而我之所以不如此使用，乃是由于“一般”这一术语对于法律关系而言，最适于表述一大类彼此相似且有分别归属多人（如人民全体）者。譬如，任何与不特定权利相关之义务皆属一般或普遍（common）义务。而对于个人而言，不受他人伤害之权利既是不特定权利也是一般权利。此问题留待日后再做完整阐述。

② 比较波洛克（Frederick Pollock）、梅特兰（Frederick William Maitland）：《英国法律史》（*History of English Law*, 2nd edn., 1905），第二卷，第 178 页。

即某丁须提供约定的劳务。同理，一切合同权利与准合同权利皆与之一般无二。另一方面，对人权偶尔也具有否定的（negative）指向或内容。若优秀歌手 B 某同 A 某订立合同，约定前者在接下来的三个月中不得在与后者存在竞争关系的歌厅中献艺，则 A 某便对 B 某拥有一项否定的对人权，后者则负担与之相关的否定义务。在这个例子中，A 某的权利也如上述请求权意义上的权利一般，只是 A、B 间完整关系的一面而已，而 B 某的义务则是其另一面。换言之，完整的“权利—义务”关须从法律关系双方的角度分别加以描述。

对物权或不特定权利（请求权）则恰与上述例子相反。若某土地归某甲所有且为其实际占有，则不单某乙负担不得进入该土地的义务，其他许多人——却

未必是所有人^①——也是这般。某甲对某乙的权利便属不特定权利或对物权，只缘此权利不过是与之相似的一类权利之一，不论其属实有抑或潜在，皆针对许多人。至于某甲拥有的令某乙不得殴打其身、不得离间其夫妻感情、不得制造其拥有所谓专利之产品的权利也是如此。至于否定的不特定权利之例子，读者自能举一反三。^② 值得时常仔细玩味的重要事例实在是数不胜数。

① 人们有时以为对物权（考虑与之相关者）总是针对所有人而毫无例外，这种观念部分地来自“对世”（against all the world）权这一表述。参见兰代尔（Christopher Columbus Langdell）：《衡平法诉讼概论》（*Summary of Equity Pleading*, 2nd edn., 1883），第184节；《衡平法管辖权浅析》（“Brief Survey of Equity Jurisdiction”, 1*Harvard L. R.*, 1887: 55 – 60.），第60页；哈特（Walter G. Hart）：《信托在法学中地位》（“The Place of Trust in Jurisprudence”, 28*Law Quarterly Review*, 1912: 290 – 296.）；特里（Henry T. Terry）：《法律的安排》（“The Arrangement of Law”, 17*Columbia L. R.*, 1917: 365 – 376.）。然此观念却有悖于该术语的一般用法。譬如，若某甲为土地所有权人，并给予其好友某乙、某丙进入该土地的“许可”，则其便无令后者不得进入之权利；但某甲对乙、丙之外的所有其他人却仍拥有此权利，此权利显系“不特定”权利或“对物权”。同理，比较非法占有中的权利：*Jerffries v. Great Western Ry.* (1856) 5 E. & B., 802; *The Winkfield* (1902), 42.

② 文中所举诸例业已表明，不特定权利总是建构性权利而非合意性权利，换言之，这类权利及其相关义务独自产生，法律关系双方纵有与之相符的意思表示，也实属不相干。毫无疑问，这解释了何以与此类权利相关的义务纵非全部，也大半具有否定性：是否广泛设定此种纯否定义务本属利害计较的问题；然而绝大多数肯定义务却也与不特定权利相关。

上文给出了形式化与抽象的解释，也举出了具体事例（仅作为下文之预备）。然而至少对于初涉此道的法科学生而言，若不直截了当地批驳常见的谬说，则仍不足以彻底、全面地清除“对人”、“对物”之类表述在概念与语义上造成的艰难险阻。换言之，恐有必要相当具体、明确地指出，“对物权”这一不幸的术语究竟如何频繁地造成误解，以及被赋予该术语的诸意义又是如何屡试不爽地混淆、模糊了法律思维与论证。下面将对那些不严谨并容易造成误导的用法详加审视，至于饱学的读者，请勿忘记本文乃是面向法学院在读学生而非其他层次之人士，否则下文也就不必如此啰嗦与小儿科了。

一、对物权并非“针对某物”的权利

弗兰克林大法官在前引 *Hook v. Hoffman* 案中满怀希望地写道：^①“‘对物权’这一表述若仅就其自身而言，多少有些含混和模棱两可；但若与‘对人权’两

^① (1915) 16 Ariz. , 540, 555.

相对照，其义也就自明了。”^① 这真是令人赞叹的乐观主义！然而，只要看看千百年来的无数富有才华的学生，甚至博大精深的学者在此问题上不由自主地失误，恐怕就很难如此乐观了。任何人，不论法科学生还是法律专家，除非本身好学深思或是另有高人指点，否则当其将对人权理解为针对某人之权利之际，又岂能不自然而然地将对物权当作对某物之权利？再设想“对人”、“对物”这种划分在逻辑上已属周延，若惟有对人权方是针对某人之权利，则对物权当然就并非针对某人，而系针对某物了。也就是说，仅对人权这一表达，就足以令我们形成“尚有不对人之权利”这一印象；若再与对物权相对照（尽管此种对照出自想象，实属大谬不然），受到“对物”（*in rem*）这一拉丁词汇孤立的字面含义之蛊惑，此印象立即就会加深——只缘我们毕竟不能强求人人皆熟知该词的历史与特殊意义。对“对人权”的这种理解诚可谓粗鄙虚妄，然而却又谬种流传，成了清晰思考、准确表述法律关系的绊脚石。人的确可能与某物体（*physical*

① 非常相似的表述，比较奥斯丁：《法理学讲义》，第二卷，第957页。

thing) 形成密切的物质关系且利害攸关：其在物质上支配并使用该物，并在物质上排除他人的同类支配与使用。但显然，此种纯物质关系却与有组织社会的法律风马牛不相及，有时甚至南辕北辙——物质关系与法律关系本是截然不同的两码事。^① 法律关系的性质源自法律；只缘法律本是为规制人的行为而设，是以一切法律关系的意义惟有清晰明确，方可确定具体之行为。这具有重大的实践意义，称职的法官们对此早有高论：

1900 年，霍姆斯大法官在前引 *Tyler v. Court of Registration* 案中写道：^② “一切程序正如一切权利，实际上皆系对人。至于其是否对物程序或对物权，则取

① 这种将法律概念与非法律概念混为一谈的普遍而又有害的倾向，参见霍菲尔德：《司法推理中应用的若干基本法律概念》，第 16、20 页以下。

② (1900) 175 Mass. , 71. 76.

决于受其影响的人数多寡。”^①

1905 年，马克拜大法官也在《法律原理》中写道：^②“我们若在字面上理解‘对物’一语，并在头脑中将权利因之而存在的那个物当成能够承担责任与

① 比较霍姆斯大法官在同一案件中的下述意见：

这些符号曾在海事诉讼中使用，这的确是史实；然而对物程序却仅对有限的几种请求适用，诸如保障损害赔偿、索取薪金、海上救助等，这也是史实。但船舶却不是人，其即无所谓过错，也不能订立合同。称船舶构成侵权，不过是下述事实的隐晦表述而已：某些人实施了侵权行为，而你却将其视为船舶之行为。至于其他请求为何不采取此种执行方式，其实也全无道理可言。若因船主的过错而请求对全船有关利益加以执行，那么对此采取同样的执行方式在法律上也毫无障碍。而其之所以在司法实践中未如此执行，只不过是因立法者尚未对此行使其权力而已。你若是不同意我的上述观点，那只表明你将船舶在法律上的独立人格这一拟制（fiction）当真了。（第 71、77 页）

② 马克拜：《法律原理》，第 165 节。

义务的某种法人，则我们只能永远糊涂下去。”^①

本文坚信，一切对物权皆系对人，这可不是在几个同样有效的表达方式或定义中厚此薄彼，而是惟有如此才能保持逻辑上的同一。下面举几个例子来说明上述观点。设甲乙二人分别为两块土地的所有权人。

① 其实想证明一切权利或请求权皆系对人，还有一个更简单的办法：只须证明一切义务皆由人所承担即可。而后者也如“一切权利皆归属于人”这一命题般一目了然。

比较马克拜：《法律原理》，第163节：

我以为，将法律分为人法与物法，主要是为了便于安排著作或法典中的论题。对此，我后面还会详细谈及。但是此处必须指出的是，布莱克斯通对此分类所使用的术语稍加改动，却是犯了大错：他所谈论的不再是人法与物法，而是人的权利与物的权利。所谓人的权利故属毫无疑问，一切权利皆是如此。此外尚有对人的权利、对物的权利，而与人的权利相对应的所谓物的权利，即归属于物之权利，却绝不可能存在。

并比较亨萧大法官（Justice Henshaw）在 *Western Indemnity Co. v. Pillsbury* (1915, 170 Cal., 686, 719.) 案中的意见：

又有所谓“工伤造成之损害不应由人负责，而应归咎于工业自身”的说法。说起来动听，其实却是在颠倒黑白。正如那些巧言令色、邀买人心的口号一般。后者可谓不胜枚举，譬如“人权优于财产权”便是一例——仿佛财产可不依赖其所有者而能独自拥有权利似的。是以一切财产权皆是不折不扣的人权。

再设以某甲实际给付某丙 100 元为对价（consideration），^① 二人订立合同，约定某丙不得进入某乙之土地。则显然某甲关于某乙土地而对某丙拥有的权利乃是对人权，只缘某甲对某丙之外的其他人并不拥有关于某乙土地的相似权利。另一方面，某甲关于自身土地对某丙之权利则系对物权，因该权利仅系某甲对丙、丁、戊、己诸人的一系列就其根本而言相似的权利之一。那么显然，某甲关于自身土地对某丙的权利就其本质而言，与其关于某乙土地对某丙的权利皆具一般性。而后一权利只是在外观上有所不同，即其“伴生”（companion）了一系列虽有所不同却又就其根本而言相似的权利。那么一般而言，对人权的伴生权利为数有限（假如确有伴生者），而对物权却总有大量伴生权利。

既然承认了某甲关于某乙土地的权利为对人权，即针对某人的权利；难道某甲关于自身土地的权利不也具有同样的性质、不也应当被承认为针对某人的权利么？若非如此，对物权又能是什么？又岂能理解、

① 对价实际给付某丙后，某丙对某甲的允诺便生合同效力；当然，这与某丙原本就对某乙负担的相似义务乃是两码事。

描述或界定此权利呢？

若就某甲自身的土地而言，某甲除拥有针对丙、丁、戊、己的权利或请求权之外，尚有支配、使用该土地的诸多法律特权，那么这些特权是“关于土地、在土地之上或针对土地”的么？也许有人会指出，即使就某乙的土地而言，某甲也同样对某乙（该土地所有人）之外的丙、丁、戊、己诸人享有相似的特权。但真正切题且有力的回答则是，现在讨论的只是不特定权利或请求权，而非不特定特权，后者留待下文再做分解。然而现在只是顺便指出，将法律特权与法律权利或请求权“杂糅一体”、“混为一谈”的做法无疑对把“对物”当作“关于某物、在某物之上或针对某物”的误解难辞其咎。

既已明了上述原因，自不难发现下引法学著作或司法判决或多或少皆存在问题：

1874 年，里克（Stephen Martin Leake）在《土地所有权法》（*Law of Property in Land*）中写道：

法理学在严格的法律意义上使用权利这一术语，并将其分为对物权与对人权两类，

即民法法系所熟知的 *jura in rem* 与 *jura in personam*。

对物权或 *jura in rem* 以物质实体为对象，诸如土地、货物之属，权利人可依对物权随心所欲、不受限制地使用或处分该物。此类权利令所有其他人普遍负担了相关的消极义务（negative duty），即不得干涉权利人的上述行为，法律正是通过强制此项义务从而保障与确立了权利。但此权利却不能对任何特定人产生任何积极义务（positive duty），也不能为占有和享用物之利益而请求他人为任何行为。

对人权或 *jura in personam* 则有所不同，其以特定人的行为或履行（performance）为对象，诸如付款、发货之属。此类权利对特定人产生了实施规定行为的积极法律义务。权利的行使或享用依赖义务的履行，并靠法律对违约行为所设救济来保障……

对物权或 *jura in rem* 因对物或物质实体

的使用与处分方式（权利便由此构成）而异
.....^①

这位大学者的著作为法科学生所熟知，虽然总体上堪称条理清晰、用词准确，却也不幸地将“对物”理解为“针对某物”；看来他的误判断至少部分出于将法律特权与法律权利混为一谈。非但如此，上述误判还导致了新的失误：为迁就“对物权”（不特定权利）这一表述，而将此类权利毫无例外地与物质实体联系在一起。这样一来不仅排除了与人身有关的对物权或不特定权利，更把专利、版权等利益拒之门外。最后，这位大学者还误以为对人权皆属积极权利，其实上文早已指出确有消极对人权存在。

1916 年，比勒（Joseph Henry Beale）教授在《法律冲突论》（*Treatise on Conflict of Laws*）中写道：

权利的本质——法律的首要目的便是创设权利，而法律冲突的核心任务则是确定权

^① 里克：《土地所有权法》（第一版），第 1、2 页。

利及其所从出的法律。当然，在开始研讨法律冲突的实际案例前，还须仔细研究权利的本质……既然我们拥有如此多的词汇表达这些观念（法和权利），就更须充分理解这些词汇的含义。权利可被定义为法律所承认的某人或某物之内、之上或针对某人、某

物之利益。^①

① 比勒：《法律冲突论》，第139节。人们都会同意比勒教授的下述意见：为了准确地思考和正确地解决法律冲突问题，必须对法律权利和其他法律概念形成完整、一致的概念；显然，这位大学者对法律冲突问题的推理及许多论证、结论都自然而然地直接立足于对“权利”的“预研”以及其所设想的“静态权利”（static rights）与“动态权利”（dynamic rights）之上。

然而，比勒教授的“静态权利”概念是否清晰、一致却颇为可疑：他将此概念解释为“法律所承认的某人或某物之内、之上或针对某人、某物之利益”，这令我们更加质疑他有关法理学与法律冲突领域的某些论证与结论。

“静态权利”有时看似纯属不依赖法律而存在的实际“利益”。这从他所引用的加莱斯（Karl Gareis）给“利益”所下的定义就可见一斑。不光比勒所引字句，就连加莱斯原著中的话也将此表露无疑：“利益乃一事实，其直接产生于利己主义，其实便是纯主观感受中的关系。”参见加莱斯：《法律科学导论——法律的体系化研究》（*Introduction to the Science of Law: Systematic Survey of the Law and Principles of Legal Study*, trans. Albert Kocourek, 1911），第31页。其实比勒教授本人在本文所引的定义中也是将“权利”定义为“利益”而非保护利益的法律关系；然而事实上的利益与法律对该利益的承认（即请求权与特权之属）存在明显的区别，而这对解决法律冲突问题至关重要。

然而，本书第141节却又写道：

静态权利，即通常所谓的既得利益（vested interest），乃是法律所保护的对人或对物之利益。此种利益不受限制地存续，因此作为对该利益之保护的权力也应如其所保护的利益一般具有永续性。是以静态权利始终存在，除非利益的载体消失，或法律自身采取特定的行动终止此权利。

从这段话里首先可以得知“静态权利”乃是利益；然而再往下看，却又发现“权利”有别于“其所保护的利益”；接下来我们又看到“静态权利始终存在，除非……法律自身……终止此权利。”

类似的突兀而又困难的跳跃还见于第142节：

我们已经知晓，静态权利乃是某人对某物或他人的利益；此权利由法律创造，且其一经创造便永久存续，除非适当的法律终止此权利。我们接下来将会了解到，创造此权利的法律亦通过创设一系列作为保障手段的权利来维护此权利；利益的所有或占有者靠这些权利保障其原有权利免受他人的干扰与破坏……静态权利应被视为有别于其赖以存在之保障措施的法律实体（legal entity）。

1903 年，蒂凡尼（Herbert Thorndyke Tiffany）在《现代不动产法》（*Modern Law of Real Property*）中写道：

代理权令业已被任命为代理人者能够以本人的名义替代本人从事交易或其他行为。然普通法上虽有此权限（authority），却与本案中的权力（即财产处理权）迥然有别。只缘获得授权者只能为代理人，其可依授权而代替本人实施行为；此权力不因代理权而产生，而是来自随后的授权，即来自本人。代理权只产生合同关系——对人权，一切委任合同皆然；而本案中的这类权力多少都包含支配土地之内容，令获此授权者拥有专属性的对物权。^①

这位大学者的真意并不明显，但似乎让与土地之代理权若长期存在，则其与同样让与土地的所谓“财

① 蒂凡尼：《现代不动产法》，第 273 节。

产处理权”也就无甚差别了。诚然，代理人承担着其代理权遭本人“撤销”或剥夺的责任；而财产处理权人则不对任何人承担此责任。但此区别纵然重要，却也绝非所谓代理权“只产生合同关系”，而财产处理权则“令获此授权者拥有专属性的对物权”云云。其实，代理权的设定并不必然在代理人与本人或他人之间产生合同权利。^① 看起来真相是：财产处理权的较大的“持久性”令作者发现了较强的“附着性”（adhesiveness）或“固定性”（thingness），从而使用了本文所批评的不恰当术语。上引文字还须结合有关对人豁免与对物豁免的问题再做进一步的批判。

1828 年，普拉默法官（J. Thomas Plumer）在 *Dearle v. Hall* 案中写道：

他们声称对受托人不负告知义务，只因告知并非转让信托利益之要件。我承认，若你与某人是合同关系，自然不必告知；合同一经订立，对方人身便受合同拘束。但若更

① 参见哈夫卡特（Ernest W. Huffcut）：《代理法原理》（*Elements of the Law of Agency*, 2nd edn., 1901），第 10 节。

进一步，合同涉及你附着于土地的权利，则必须履行告知义务；且非经告知，任何转让动产之行为皆属无效……是以权利非经告知则不完满，则不足以构成完整的对物权，而仅系针对买受人的权利。^①

上引案例中的对人豁免与对物豁免的问题，尚待进一步的探讨。

1857 年，卡廷大法官（Justice Cutting）在 *Redington v. Frye* 案中写道：“但转包人对财产所有权人却无请求权，其请求权只是对财产（对物）以及雇主的人身与财产（对人）而言。”^②

1832 年，奥斯丁教授在《法理学讲义》（或称《实在法哲学》）中写道：

下面将要解释的这种权利分类，堪称广为流传且相当重要，更被古罗马的法学教科书作家当作谋篇布局的依据。此分类乃是将

① (1828) 3 Russ. , 1, 22, 24.

② (1857) 43 Me. , 578, 587.

权利分为对物权与对人权，换言之，便是分为针对不特定一般人的权利与针对特定或具体人的权利。^①

jus in rem 与 *jus in personam* 这对术语是中世纪民法学家的发明，甚至比这更晚……

“对物”一语表达的是权利的范围（compass）而非对象，即该权利针对一般人，而非对某物的权利。下文将会证明，许多对物权要么针对或关于某人，要么根本无对象可言（不论人还是物）。

① 罗马法学家对“对人权”（*jus in personam*）与“对物权”（*jus in rem*）这对术语的使用不及“对人之诉”（*actio in personam*）与“对物之诉”（*actio in rem*）广泛。比较克拉克（E. C. Clark）：《罗马法史——法理学》（*History of Roman Law: Jurisprudence*, 1914），第二卷，第711页：“罗马中的对人权与对物权——罗马法学家很少使用前者，而在出现这一术语的有限篇章中，其皆表达有别于物之价值的物体自身。参见乌尔比安（Ulpian）：《学说汇纂》（32, 20. *Nullum quidem jus in ipsam rem habere, sed actionem de pretio.*）。”

那么显然，奥斯丁所谓“广为流传且相当重要”的分类指的是债（*obligatio*）与所有权（*dominium*）。比较奥斯丁：《法理学讲义》，第一卷，第383页：“对物权与对人权这对术语的创造者是想表达这种范围上的宽窄之别；而罗马法律家则以所有权和债来表示这一区别——这对术语也正是其试图以科学、精确的方式安排所有权利、义务的基础。”并比较奥斯丁：《法理学讲义》，第二卷，第773页：“本书前一部分已充分阐释了第一性权利最重要的分类。我曾提到古代法学家笔下的所有权和债之区别，而近代民法学家则称其为对物权与对人权。”

“对人”一词对于“针对具体、特定之人” (*in personam certam sive determinatam*) 这一含义而言，诚可谓晦涩、简陋。其也如“对物”一般，表达的是权利的范围，即该权利针对的是某个或某些特定的人。^①

下面再从优秀法官的判词中摘引若干有关的内容，相信对进一步理解这对概念及其术语不无启发意义。

1871 年，马克拜大法官在《法律原理》中写道：

“对物权”这一术语相当有趣，若按字面意思理解，则其甚属无谓。其与“对人权”一并作为罗马法中诉讼分类之基础，这一用途已见前述；下面再从优士丁尼 (Justinian) 的《学说汇纂》 (*Digest*) 中摘录两则以说明其含义。依法，因恐惧而为之举不受法律制裁。下面是对该条的评注：立法者

① 奥斯丁：《法理学讲义》，第一卷，第 369、370 页。

在此设定的是一项一般性的“对物”权，而非专就某一类具体、特定人的恐惧而言，因此本条普遍适用于一切人。（Book iv. tit. 2. Sec. 9）依法，在欺诈之诉中，须指出谁是实施欺诈行为者，因其并非“对物”之诉。另一方面，又强调只需确定欺诈之人，而不必指出欺诈对谁而为，只缘（《学说汇纂》的作者写道）主张因欺诈而令受欺诈之人的交易无效乃属“对物”之诉。（Book xlv. tit. 4. Sec. 2）上述三例中的“对物”皆系副词，我以为，若以英文中的“一般”（generally）代替，也可表达几乎完全相同的含义。而在“对物权”一语中，“对物”为形容词，在英文中可表述为“一般权利”，但更清楚的表达应是“对整个世界之权利”：这便是“对物权”的真正含义。将其牢记在心，便无犯错之虞。^①

① 马克拜：《法律原理》，第165节。

1883 年，马尔基大法官（Justice Mulkey）在 *W. , St. L. & P. Ry. Co. v. Shacklet* 案中写道：

生命与身体安全、不受过失、欺诈或暴力引起的人身伤害，乃是国家制裁所保障的公民之第一性权利。上述权利针对的是一切人，因此有别于只针对特定的某个或某类人之权利。前者称为对物权，后者则系对人权。前一类权利不依赖合同，后一类则常因合同而生……

因此，本案上诉人业已亡故的被继承人便拥有一项对物权，或称一般权利（a general right），若自身并无过失，则此权利令便能其免受不特定他人之过失所造成的损害，当然也包括上诉人在内……^①

1886 年，霍姆斯大法官在 *Hogan v. Barry* 案中写道：

^① (1883) 105 Ill. , 364, 379.

毫无疑问，地役权可依口头协议设立（*Bronson v. Coffin*, 1871, 108 Mass. , 175, 180.）。若此表见协议（*seeming covenant*）是为当下用益而定，则其便能够依法转让或设定地役权——所谓能够，乃是指其被当作对物权对待，而不仅是人身事务（*personal undertaking*）——若实情却是此协议乃是出于同时转让毗邻土地之目的，则只能将此协议解释为让与（*grant*）。“言辞产生既得财产利益”（*Plowden*, 308）。因此，对土地创设且依附于土地的地役权也应伴随土地一并让与，而不论其在让与之际是否被涉及。^①

1903 年，霍姆斯大法官在 *International Postal Supply Co. v. Bruce* 案中写道：

本案因合众国不能作为当事人而终止审理。在本案中居于被告席的合众国的确并非

① (1886) 143 Mass. , 538.

设备的所有权人，但其却因许可而占有 (lessee in possession) 该设备，且尚在有效期限内。故合众国对该设备拥有财产权利，即对物权，此权利尽管弱于所有权，但就其在许可期限内使用的权利，却与后者并无二至。^①

1904 年，霍姆斯大法官在 *Baltimore Shipbuilding Co. v. Baltimore* 案中写道：

另一方面，这涉及到合众国的土地利益。但其仅系后续条件 (condition subsequent)，并无地役权或既得对物权。持有股票及允许合众国使用之债务仅产生纯人身义务……合众国对土地并无既得权利，而仅依据条件拥有对企业的人身请求权。^②

1905 年，霍姆斯大法官在 *Muhlker v. Harlem R. R.*

① (1903) 194 U. S. , 601, 606.

② (1904) 195 U. S. , 375, 382.

Co. 案中写道：“原告所主张的系不动产，乃是对物权。原告称之为合同是想把此权利与宪法中有关合同之条款扯到一起。”^①

1913 年，霍尔丹子爵（Viscount Haldane）在 *Attenborough v. Solomon* 案中写道：

然而本案最根本的问题在于其提出了一个与之大相径庭的命题。若我是正确的，则执行人根本不可能有权力执行剩余财产。执行人早就丧失了被赋予的作为执行人的财产权利，并依遗嘱成为受托人。其虽仍系执行人，却是因其同意遗嘱之处分而被剥夺财产权利的执行人，而此权利恰是其职权依据（*virtute officii*）。故执行人的对物权、财产权利转化为（*transformed*）对人权——即通过适当的程序从其他执行人手中恢复对财产的占有之权利，若后者以该财产负担的债务超出了遗嘱规定范围之外的话。^②

① （1905）197 U. S. , 544, 575.

② （1913）A. C. , 76, 85.

1914 年，霍尔丹子爵在 *Sinclair v. Brougham* 案中写道：

在本案中确立对物权的困难显然在于现金的流通，多数案例中的皆无此情形。金元与银行纸币一旦在支付后进入流通领域，其对支付者而言也就不复成为动产权利之对象。通常情况下，收款人在收取金元或纸币后并无过问之义务。其道理在于，此类动产乃是法律所承认之通货的组成部分，其转手并非仅系占有，而是产生了财产权利。若此类动产存在非经法律规定的例外情形，则大大有碍商业活动……

而依普通法学说，通货的例外情形确有限制，不论盗赃、诈骗所得抑或因过失所付之款，只要借贷双方之关系未取代（not superseded）对物权，其皆可合法流通。^①

① (1914) A. C. , 398, 418, 419.

1914 年，萨姆纳勋爵（Lord Sumner）在同一案件中写道：

相似案例中对此皆作为动产处理。无疑，这些案例与本案的区别在于，尽管财产标的权属无法确定，但动产上的权利却不曾改变；但本案的情形却是：除现金外，哪怕我们愿意，也根本无法适用严格意义上的财产一词，更遑论动产；无论储户还是股东皆放弃了称存款与股票归“自身所有”之权利，而代之以对银行与企业的人身请求权（personal claims）。^①

1916 年，布兰代斯大法官（Justice Brandeis）在 *Kryger v. Wilson* 案中写道：“若原告的过错尚未严重到令本院对其采取行动，则本院将仅就土地之上的权利做出判决，而不触及原告因合同而具有的任何人身权利。”^②

① （1914）A. C. , 398, 458.

② （1916）242 U. S. , 171, 177; 37Sup. Ct. Rep. , 44, 35.

二、不特定权利或请求权（对物权） 并非总与某物（有体物）有关

若理解上文的论述，则读者必能明了：将对物权当作针对某物的权利就其本质而言十分不妥，其败坏了原本恰当的术语并且终将造成混淆与误解，因此理应抛弃这种做法。接下来需要直接、具体强调的是另一重要方面（其实上文业已顺便提及）：对物权并不必然关于（relating to）或涉及（concerning）某物（有体物）。尽管里克教授以及其他对基本法律概念从未或鲜有关关注的学者皆信之不谬，实则大谬不然。对物权（不特定权利）这一属概念包含下述几种情形：

1. 与特定有体物有关的不特定权利或请求权，譬如土地所有权人拥有的令其他任何人皆不得进入之权利，或动产所有权人令其他任何人皆不得对该动产（不论是马匹、挂表还是书籍）造成物质损害之权利；
2. 与特定有体物或（有形）人身皆属无关的不特定权利（请求权），譬如专利权人令其他任何人皆不得制造专利产品之权利或请求权；
3. 与权利人人身有关的不特

定权利或请求权，譬如令其他任何人皆不得殴打或限制其人身自由（如“非法拘禁”）之权利；4. 特定人享有的与他人有关的不特定权利或请求权，譬如父使其女不受人引诱而堕落，或夫排除有碍其家庭和睦之伤害的权利；5. 与（有形）人身或有体物皆无直接关系的不特定权利或请求权，譬如令他人不得公开诽谤之权利，或令他人不得公布其肖像之权利——即有些（而非全部）州承认的所谓“隐私权”。

由此可见，对物权或不特定权利中有直接与物体有关者，有直接与人身有关者，也有与有体物或人身皆无直接关系者。

然而必须注意，博学法官们经常使用物权（*jus in re*）这一更加具体的拉丁词汇表达那种直接与有体物——诸如土地、船舶之属——有关的对物法律关系（即不特定的权利、特权、权力与豁免）。但古代罗马法学家所使用的表达方式却几乎毫无例外地是与他物权（*jus in re propria*）相对的自物权（*jus in re aliena*）这一尤为具体的词组；而相对抽象的物权一词主要为近代民法学家所使用，由其是与被称为物权取得权

(*jus ad rem*) 之对人权相对称。^① 以下所引当代优秀法官对该术语的使用尤其值得我们认真给予批评性的审视：

1871 年，马克拜大法官在《法律原理》中写道：“必须认真区分对物权与（所谓）物权（*real right*）。物权乃是具体物上的权利（即自物权，详见下文）。那么所有权既是物权也是对物权；而人身安全权虽属对物权，却非物权。”^②

1914 年，达尼丁勋爵（*Lord Dunedin*）在前引 *Sinclair v. Brougham* 案中写道：

关于动产的案例非常简单：若店主本应送货至某甲家却误至某乙家，则应对某乙提起返还原物之诉。此类诉讼可基于财产权利

① 也就是说，若某甲对某乙有一项令后者“转让”某“法律利益”（如土地所有权）的对人权，此时其权利为物权取得权；唯有当某乙完成此转让后，某甲始拥有物权。

当物权与物权取得权这对术语用以解释用益（*uses*）和信托时尤其有趣，参见《培根论用益》（*Bacon on Uses*, in *Circa*, 1602; ed. Rowe's, 1806），第 5-6 页；《柯克论利特尔顿》（*Coke on Littleton*, 1628），第 272 页。上引两文献皆为“司法推理中应用的若干基本法律概念”所引用（脚注 1、2）。

② 马克拜：《法律原理》，第 99 页脚注。

而轻松成立。若使用罗马法中的术语表述，便是须有对物权存在，在我看来，凡有对物权存在之处，提起合乎条件的普通法诉讼便毫无困难。但当我们面对罗马法中所谓的种类物，尤其是处理货币问题时，普通法诉讼所依赖的对物权就可能荡然无存。某甲误以为其与某乙存在债务关系而对后者付款就属上述情形。普通法正是为适应此类案例才演化出了关于货币给付的诉讼类别。^①

1914 年，金尼尔勋爵在 *Bank of Scotland v. Macleod* 案中写道：

但要将韦斯特伯里勋爵所说的债务扩展到包括丝毫不影响债务人物权的人身债务之上，在我看来就过于夸张了。不难证明，任何涉及财产或现金的债务皆包含履行不能时的责任。既然如此，那么尽管物权无效，其

① (1914) A. C. , 398, 431.

却仍如信托般得到良好的保障。^①

1855 年，寇蒂斯大法官（Justice Curtis）在 *The Young Mechanic* 案中写道：

但我首先关心的是，若立法有意在一般海事法上对外国船舶设立一项留置规定，则其赋予了留置权人何种权利与利益？

尽管我们早已了解海事留置（admiralty liens）的性质，但无论英格兰还是该国皆不曾充分、详细地对其做出描述。显然，海事留置因不依赖于实际占有而与普通法上的同名制度不尽相同。（*The Bold Buccleugh*, 22 Eng. L. & Eq. 62; *The Nestor*, 1 Sumn. 73.）其与衡平法上之留置的区别也属一目了然，后者产生于法定信托，其即非物权取得权也非物权，而只是一项拘束物之所有人的义务，并由衡平法院具体保证其履行。（2 Story's

① (1914) A. C. , 311, 324.

Eq. Jurisp. § 1217; *Ex parte Foster*, 2 Story, R. 145; *Clarke v. Southwick*, 1 Durtis, 299.)
.....

在我看来，波蒂尔（Robert J. Pothier）将海事留置定义为担保合同乃是符合我国法律的准确描述：“债权人有权占有他人之物，此权利就表现为通过拍卖该物而以所得价款使其债务受偿。故此权利属物上之权，即物权。”（See also, Sanders' s *Justinan*, 227. ）
.....

至于留置权人可否先自行留置财产再经司法拍卖，抑或二者皆须申请法院实施，这对于其是否获得救济而言固属重要，但却无碍其最终、根本的权利.....

尽管法律在技术上规定此权利的行使须经法院并赖司法拍卖执行，但海事留置权却如质权及受托人留置权一般属物上之权。中世纪法律家皆熟知物权与物权取得权，据说以此将权利划分为物权与人身权正始于那时。（Sanders' s *Intro. To Just.* p. 49. ）物权

是物上的权利或财产，其对所有人皆有效。而物权取得权则是令某人或某些人为某行为的有效请求权，行使此权利的效果便是取得物权。（Pothier, *Traité du Droit de Domaine*, ch. Pretences; Hugo, *His. du Droit Rom.* vol. 1, p. 118.）……

因此本人的意见是，本地法对船舶设置了留置权，此权利不因船主的死亡或破产而消灭，故应维持地方法院原判。^①

1900年，富勒首席大法官（Chief Justice Fuller）在 *The Carlos F. Roses* 案中写道：

因捕获（capture）行为在捕获时对捕获物上之财产利益享有的权利不受秘密留置或当事人私下约定之影响。因此捕获法庭拒绝考虑押船借款、抵押、补给及提单诸事由。签发提单只是转让了物权取得权，却并不必

① （1855）2 Curtis, 404, 406, 410, 411, 412, 414.

然转让物权。物权或对物权意味着绝对支配——即不受与他人任何具体关系影响的所有权。而物权取得权的基础却是他人引起之债。(Sand. *Inst. Just. Introd.* , X lviii; 2 Marcade, *Expl. du Code Napoleon* , 350; 2 Bouvier, Rawle' s Revision, 73; *The Young Mechanic* , 2 Curtis, 404.)

因申请人并未取得对物权，故依权威之主流观点，捕获权优先。^①

1870 年，福斯特大法官（Justice Foster）在 *Jacobs v. Knapp* 案中写道：

依法，“凡从事采伐、运输、加工原木、木材、木料业务者，享有与其业务有关的留置权；此权利优先于除为完税而设之留置权外的其他请求权；留置权的行使期限为自业务完成之日起 6 日之内，为行使此权利可对

① (1900) 177 U. S. , 655, 666.

有关财产进行扣押。”

普通法上为技工、制造商及其他劳动者设定的留置权“即非物权取得权也非物权：换言之，留置权即不是物上财产权，也不是对物行为权：而仅是一项担保，”其源自“普通法上允许合法占有对其付出金钱与劳动之物，直到物之所有人履行其义务为止的一般原则。”……

众所周知，留置权乃是一项人身权，唯有物之所有人或经其授权者方可设定此权利。纵然费菲尔德（Fifield）与被告订立之合同约定前者对木材拥有留置权，原告也并不因此而享有留置权。依普通法，原告作为费菲尔德之债权人，不得对费菲尔德因留置而占有的财产进行扣押、拍卖。（*Lovett v. Brown*, 40 N. H. , 511.）因担保劳动报酬而设的留置权也无从让与。（*Bradley v. Spofford*, 23 N. H. , 447.）……

关于留置之立法扩张了特权的范围，否则依普通法，唯有业务受托人自身始能为保

持占有而扣押财产，此类案例可谓不胜枚举；但纵然如此，为第三人之利益而扣押被告财产也实属匪夷所思，只缘费菲尔德从未曾与原告订立合同，故其并非享有扣押财产权之债权人……^①

上引福斯特大法官的判词似乎值得推敲。若普通法上技工、制造商及其他劳动者的留置权由“保持”对该“物”的占有之“权利”构成，或者用福斯特大法官独特的术语表述则是保持占有之“特权”，那么此“特权”当然与“物”有关。非但如此，此特权还是不特定特权或对物特权，不仅针对动产所有人、也针对其他任何人，并与后者的无权利相关。上述不特定特权直接与客观之“物”有关，属广义“权利”。因此，我实在无法了解何以不能称之为物权。只缘“物权”一词当不限于专指请求权，上引寇蒂斯大法官的判词业已澄清了此点，他对普通法留置权的理解也与福斯特大法官大相径庭。同样清楚的是，留

^① (1870) 50 N. H. , 71, 75.

置权人通过对物的占有，便有了令一切其他人皆不得干涉其占有或损毁占有物的对物权；因此仅就物权的字面含义而言，将留置权称之为物权并无不妥之处。诚然，留置权人一旦放弃占有，则其（对所有权人的）特权和对所有权人及其他人的请求权立即丧失；但只要上述关系存在，其始终与物有关，显然不能因该权利可能丧失便不承认上述事实。

前引马克拜大法官的著作以及金尼尔勋爵、寇蒂斯大法官的意见则展示了那些与物——土地、船舶之属——直接有关的对物权。这些权利有时不被称为 *jus in re*，而是使用了“物权”（real right）这一术语，其字面含义当然也是与物有关。此种意义上的“物权”恰同与物有关的对人权相对。譬如，若某甲为马匹的所有权人，其便有“物权”（*jus in re* or real right）；而某乙若与某甲订立将前者的马匹转让后者之合同，则某甲便拥有一项有时称为“物权取得权”的对人权。那么在严格意义上，物权即不包括对人权，也不包括与物或有体物并无直接关系的对物权。对此，请参考下引文献：

1914 年，克拉克教授在《罗马法史——法理学》

中写道：

现代民法学家有时将 *jura realia* 与 *jura personalia* 作为对物权与对人权的形容词形式，但却仅限于财产法领域。[譬如麦克戴伊 (Ferdinand Mackelley)：《罗马法手册》 (*Handbook of Roman Law* , trans. Dropsie, 1883)，第 15 节；奥斯丁在使用这对术语时则不受此限制（《法理学讲义》，第一卷，第 184 页）。] 这至少是萨维尼 (Friedrich Karl von Savigny) 赋予 *jura realia* 的意义，以德文表达则是 dingliche Rechte。[《当代罗马法体系》 (*System des heutigen Römischen Rechts*, 1840)，第一卷，第 369 页：一切可存在于物上的权利……我们便将其统称为物权。]^①

1855 年，寇蒂斯大法官在前引 *The Young Mechanic* 案中写道：

① 克拉克：《罗马法史——法理学》，第二卷，第 718 页。

中世纪法律家皆熟知物权与物权取得权，据说以此将权利划分为物权与人身权正始于那时。（Sanders' s *Intro. To Just.* p. 49.）物权是物上的权利或财产，其对所有人皆有效。而物权取得权则是令某人或某些人为某行为的有效请求权，行使此权利的效果便是取得物权。（Pothier, *Traité du Droit de Domaine*, ch. Pretences; Hugo, *His. du Droit Rom.* vol. 1, p. 118.）^①

1914 年，金尼尔勋爵在前引 *Bank of Scotland v. Macleod* 案中写道：

但要将韦斯特伯里勋爵所说的债务扩展到包括根本不影响债务人物权的人身债务之上，在我看来就过于夸张了。不难证明，任何涉及财产或现金的债务皆包含履行不能时的责任。既然如此，那么尽管物权无效，其

① （1855）2 Curtis, 400, 412.

却仍如信托般得到良好的保障。^①

纵然像上文那样严格限定，“real”与“personal”这对术语也难令英语国家的律师和法官称心，只缘这些词汇早已被专门用于各种彼此有别且相互独立的类别并且始终如此使用。譬如，“不动产”（real property）与“动产”（personal property）这一分类的依据就同“物权”与“人身权”的划分标准大相径庭——后一对权利分别可以是“动产”关系或“不动产”关系。非但如此，“人身权”这一术语的内涵尤其容易误导读者，只缘其字面含义令人猜想此类权利以（权利人或他人）人身为对象。幸好“物权”与“人身权”这对术语并不常见于司法判决和法学著作之中。然而同样不幸的是，法院却经常使用与之含义相似的术语，即将“人身权利”或“人身请求权”与

① （1914）A. C. , 311, 324.

“财产权利”、“土地权利”及“物上利益”相对称。^①

最后令人遗憾的是，尽管法官们不曾犯过下述错误，但确实有学者把“物权”与“人身权”这对术语同一切对物权（不论是否与物或人身有关，甚至与二者完全无关）与一切对人权画了等号，并以前者表达后者的含义。但愿英语法律界对这种罕见的误用千万莫要司空见惯才好。

三、一项不特定权利或请求权（对物权）

只与一人的一项义务相关，而非与
不特定的一大类人中所有成员的多
项（或一项）义务相关

前文在对基本概念与术语进行“预备性”解释时已涉及此命题，现在拟将其详细展开。因我提出的上

① 参见前引霍姆斯大法官在 *Hogan v. Barry* 案、*International Postal Supply Co. v. Bruce* 案、*Baltimore Shipbuilding Co. v. Baltimore* 案以及 *Muhlker v. Harlem R. R. Co.* 案中意见；布兰代斯大法官在 *Kryger v. Wilson* 案中的意见；萨姆纳勋爵在 *Sinclair v. Broigham* 案中的意见。

关于“人身权”这一术语的用法，另参见霍姆斯大法官近期在 *Southern Pacific Co. v. Jensen* (1917, 244 U. S. , 205; 37 Sup. Ct. , 524.) 案中异议。

述命题无论与法理学著作还是部门法教科书中的解说皆相去甚远，故先将若干典型的相反观点立此存照：

1832 年，奥斯丁教授在《法理学讲义》（或称《实在法哲学》）中写道：

一切权利皆归属于人，乃是对其他人作为或不作为的权利……

对物权的本质在于：

其归属于特定的某人或某些人，并因前者之利益而针对普遍或一般的其他人。此外，与对物权相关或相应的义务乃是否定义务，换言之，即不作为或容忍之义务……

人们普遍负担（与对物权）相关之义务。^①

1871 年，马克拜大法官在《法律原理》中写道：“对物权归属之人可在法律许可限度内变更，但对物权的那项相应义务之承担者却不会改变，只缘所有人

① 奥斯丁：《法理学讲义》，第一卷，第 368、394、371、586 页。

皆负担此义务。”^①

1880 年，霍兰教授在《法理学要义》中写道：“权利要么针对特定的某人或某些人，要么针对不特定的所有人……从某些权利称作对人权而另一些权利称作对物权的不同表达之中便可看出端倪。”^②

1902 年，萨尔蒙德（John Salmond）次长（Solicitor – General）在《法理学》（*Jurisprudence*）中写道：“一项物权对一般人施加了一项义务……物权的此项相应义务之效力范围并不确定，这令许多处理人身权案件的方式对其无从适用。”^③

1915 年，斯通（Harlan Fiske Stone）教授在《法与执法》（*Law and Its Administration*）中写道：“人可能拥有一项不加区别地针对所有社会成员的权利。即其拥有确保其人身或财产不受非法干预之权利，此权利普遍针对所有社会成员。”^④

1916 年，威利斯顿（Samuel Williston）教授在

① 马克拜：《法律原理》，第 91、99 页。

② 霍兰：《法理学要义》，第 139 页。

③ 萨尔蒙德：《法理学》（4th edn. , 1913），第 202、203 页。

④ 斯通：《法与执法》，第 53 页。

“无体动产受让人的权利是普通法权利还是衡平法权利?” (Is the Right of an Assignee a Chose in Action Legal or Equitable?) 中写道: “尽管普通法上的所有权基本上视为一项对世权, 但实际上所有权的受到许多限制。在黑市横行的社会中, 失窃动产之所有权人便会感到其对世权举步维艰。”^①

本文对上引文献中所持的观点不敢苟同,^② 我以为: 并非某项权利与所有人负担的一项义务相关, 而是存在众多相互独立且彼此不同的权利 (不论是实有权利抑或潜在权利), 且每一权利皆与某人的一项义务相关。仍举上文假设的例子, 设甲乙分别为一块土地的所有权人, 再设某甲以实际给付 100 元为对价与某丙订立合同, 约定后者不得进入某乙的土地; 同时某甲还分别与某丁、某戊订立了相同的合同。在此情形下, 某甲对丙、丁、戊三人的权利显系对人权或特定权利。绝不会有人认为某甲只对丙、丁、戊拥有一项权利, 而后者共同对某甲负担唯一或同一的义务。

① 威利斯顿: 《无体动产受让人的权利是普通法权利还是衡平法权利?》(30*Harvard L. R.* : 97-108), 第 97-98 页。

② 另参见本文第一节所引诸司法判决。

只缘某甲对某丙的权利独立于其对丁、戊的权利，某甲对某乙的权利与丁、戊毫无关涉；若某丙违约，并不意味着丁、戊也违反了自身所负之义务，只缘三人所负担义务的内容并不相同，否则丁、戊岂非（如某丙一般）负担了保证某丙不进入某乙土地的义务？纵然实情便是如此，三人的义务仍属彼此独立，除非丙、丁、戊负担着一项连带债务（joint obligation）。也只有当后一假设成立时，方是单一权利与单一（连带）义务。若排除上述假设，则显然在甲丙、甲丁、甲戊间存在三组相互独立、彼此无涉的“权利—义务”关系。譬如，某甲若免除某丙对其所负的义务，便无异于为某丙创设了一项进入某乙土地的特权（当然是对某甲而非某乙而言）；但显然这对丁、戊并无影响。以上种种，始终如此。

若与上例详加比较，我们将发现其实某甲分别令丙、丁、戊不得进入某甲自身土地的对物权或不特定权利同样始终如此：设不存在三人共负保证某人（如

某丙) 不进入某甲土地之连带义务的情形,^① 则某甲可免除某丙之义务, 换言之, 即通过“批准与许可”(leave and license) 赋予某丙进入其土地之特权。此时丙、丁、戊、己等人各自所负义务当然继续存续一如往昔。

所谓一项对物权与“所有”人所负的“一项义务”相关云云, 其实有多少义务人, 便存在多少项相互独立且彼此不同的“权利—义务”关系。为说明此节, 须对上述例子稍加改变, 从对物义务或不特定义

① 但比较 *Thorpe v. Brumfit* (1873), L. R. 8Ch. App., 650, 该案涉及对数名阻碍原告行使地役权之被告的诉讼。詹姆士大法官 (Justice James) 写道:

除非原告证明障碍确实造成了损害, 否则起诉便不能被受理。此案有别于侵入他人土地, 后者不须证明损害便有诉权。而在本案中, 我只能得出与店主同样的结论, 即原告在店内之地役权的确受到了严重阻碍。阻碍通行者莫过于经常在其店内装车卸货。打尖者若因货物装卸而无歇马之处, 必舍此店而别就。原告称此障碍乃是由多人各自之行为造成, 却并未证明后者对此障碍的造成分担怎样的份额。对于处于原告立场上者而言, 这恐属强求。我亦不认为原告应提供此证明。上述诸人所造成的障碍若单独来看, 似尚不足以赋予原告诉权, 但其总体上却已构成严重损害。正如某人将板车当街停放本无大碍, 但若百人同为此举, 则必造成重大阻碍, 凡有权通行此街者皆可制止之。百人之中的任何一名皆不得以其停车之举自身未对原告造成损害为辩解。

务的角度入手进行更加抽象的演示：设某甲负担不得伤害乙、丙、丁或其他普通社会成员的义务。那么我们能否说某甲只是对众人负担了一项义务，^① 并且与此义务相关，乙、丙、丁与其他人只拥有一项权利？显然并非如此，只缘上述任一独立权利的消灭皆丝毫无碍其他权利。譬如某乙威胁伤害某甲，则其令某甲不得伤害自身的权利便告消灭而代之以无权利，换个角度来看，便是某甲对某乙之义务在此情形下得以免除并被赋予了对某乙实施自卫的特权。但此法律关系的上述变更却毫不影响存在于某甲与其他人之间的迥然有别之关系。关于一切“权利—义务”关系的独立性与相对性，下引司法判决的阐述堪称精当、公允：

1908 年，康纳大法官（Justice Connor）在 *AcGhee v. R. Co.* 案中写道：

① 有人的确作如是观，参见波洛克：《法理学》（*Jurisprudence*, 2nd edn., 1904），第 64 页：“毫无疑问，存在不与任何权利相关的义务：无论从哪个角度来看，我们对社会总体所负担的消极义务都确系上述义务。譬如我不得损害他人财物的义务便只是一项义务，而非对每人因其可损害之物而负担的数以万计独立的独立义务，其并不分别与大大小小的诸动产相对应。”

根本问题在于，原告令被告不得在其棚屋内放置炸药这一诉讼请求实属毫无根据。原告惟有先与被告形成某种关系，方可令被告对其本人承担一项义务。“‘义务’一词恰当地表达了特定人对谁负担债务以及谁负担此项债务。债权人与债务人必须皆属确定，义务才能存在。”^①

在下面的引文中，我们将看到一位备受尊敬的英国法官深具启发性的观点：他强调每一关于特定事由的“特权一无权利”关系皆具有独特性与相对性，其实这也同样适用于“权利—义务”关系：

1906 年，柯林斯勋爵（Lord Collins）在 *Thomas v. Bradbury, Agnew, & Co., Ltd.* 案中写道：

公平竞争权（特权）尽管为公众所分享，但对主张该权利（特权）的每一个人而言，却皆是他的一项个人权利（不论将此权

^① (1908) 147 N. C., 142, 146.

利归入何种名目皆属无关紧要)，而包含恶意之竞争便无所谓公平可言。被告——仅是被告——怀有诽谤原告之目的，若能够证实其恶意歪曲事实，这与他人对原告做出同样的批评却并无恶意之情形便是两码事。只缘原告起诉的并非旁人，而只是被告。^①

那么，若上引判词中的推理成立，下面的结论也就一目了然了：对物权或不特定权利应被正确地理解为一人所拥有的就其根本而言彼此相似的大量权利之一；而上述权利中的任意一项皆与许多不同人所负担的就其根本而言彼此相似的大量一般或普遍义务之一相关，且仅与其一相关。同理，对物义务或不特定义务也是一人所负担的就其根本而言彼此相似的大量义务之一；而上述义务中的任意一项皆与许多不同人所负担的就其根本而言彼此相似的大量一般或普遍权利（请求权）之一相关。是以对物权这一术语不宜再用来表达某人对许多其他人拥有的各种独立权利或请求

① (1906) 2 K. B. , 627, 638.

权之全体，而应专指诸多迥异权利之一，且仅限其一。就此而言，不论对物权这一概念及相应术语的结局如何，竭尽所能对其加以分析，并慎思明辨其意义都属至关重要；同时，“不特定”权利这一术语因并无任何歧异，无疑适宜于表达上述诸多权利之一——当然也只能表达其一。

四、不特定权利或请求权（对物权）不应与任何拥有此权利者关于同一标的之并存（co - existing）特权或其他法律关系混为一谈

上文业已提到，不特定权利的确切性质之所以被严重混淆，不仅是那种将一系列就其根本而言彼此相似的权利或请求权当作一项权利的习惯使然，也是由于那种用对物权一词将不特定特权或其他法律关系一网打尽的惯性思维，当不特定权利涉及有体物尤甚。

设某土地为某甲的世袭财产。则其有关被称为土地之有体物的“法律利益”或“财产”便是由一系列复杂权利（或请求权）、特权、权力及豁免构成的

集合。^① 首先，某甲拥有令其他人不得进入其土地的法律权利或请求权，其他人则负担与之相关的义务。其次，某甲享有数量不定的诸如进入、使用甚至损毁该土地的法律特权；换言之，除法律出于社会与经济目的所做的限制之外，某甲享有对其土地为所欲为之特权；凡与某甲上述特权相关，他人皆无权利。再次，某甲握有将其法律利益让与他人的权力，即消灭其复杂的法律关系集合，同时为他人创设新的相似法律关系集合；某甲还有权力为他人创设一项终生产业 (life estate)，同时为其自身创设一项期待权；此外还有通过“批准与许可”为他人创设进入其土地之特权的法律权力，诸如此类，不一而足。他人则承担与上述法律权力相关的法律责任，换言之，不论其意愿如何，其有关法律关系皆受某甲行使权力之行为的影响。最后，某甲享有数量不定的法律上之豁免——此

① 参见霍菲尔德：《司法推理中应用的若干基本法律概念》，第 21、24、59 页。比较福斯特法官在 *Pulitzer v. Livingston* (1896, 89 Me., 359) 案中的“伴随所有权的一切权利、特权及权力”等语。

另参见科宾 (Arthur L. Corbin)：《要约、承诺及其产生的法律关系》(“Offer and Acceptance, and Some of the Resulting Legal Relations”, 26 *Yale L. J.*, 1917: 169 - 206.), 第 172 页。

处的豁免一词乃是在不承担责任或不受他人权力影响的意义上使用。是以某甲豁免于他人对其法律利益或法律关系集合所做的让与，豁免于他人消灭其使用土地之特权的行为，豁免于他人消灭其令某乙不得进入其土地之权利（换言之，即为某乙创设进入土地之特权）的行为。凡与上述豁免相关，他人皆在法律上无权力。

就此土地而言，简言之，某甲为其自身创设了不特定或对物的“权利—义务”关系，不特定或对物的“特权—无权利”关系，不特定或对物的“权力—责任”关系，以及不特定或对物的“豁免—无权力”关系。要充分分析财产权，须对该法律关系集合中的所有元素做到心中有数。同理，也切不可不求甚解地将诸法律关系类型张冠李戴。譬如，某甲的特权就与其针对特定人的权利或请求权泾渭分明，且此类关系完全可不依赖彼类关系而独立存在。因此，某甲可因某丙支付 100 元而同后者书面约定不进入自身之土地。然而此时某甲却仍对某丙拥有令其不得进入该土地的权利或请求权，纵然前者自身进入土地之特权已不复存在。另一方面，某甲对某丙当然享有进入某乙

土地的特权，但因其并未实际占有该土地，某甲对某乙却并无令其不得进入该土地的权利或请求权。

所有权人的权利或请求权必须与其特权严格区分，这不光是精确分析与阐释法律关系的需要，同时具有重大的实践效果和经济意义。人们有时认为某甲的权利或请求权乃是法律为捍卫或保障其对土地的物质性使用与享受而设，仿佛这种物质性的使用与享受便是唯一重要的经济因素。然而稍加思索便能看出，上述理由远非充分。纵然土地完全闲置，某甲自身完全不曾对其加以利用，但某甲却仍有令他人不得使用该土地之权利或请求权——哪怕仅是不改变此土地物质性质的暂时使用，且使用人乐意对某甲所丧失的上述权利或请求权（同时也就是为他人创设使用、收益之特权）加以经济补偿。一位著名的英国法官对此早有高论：

1874 年，塞尔本勋爵在 *Goodson v. Richardson* 案中写道：^①

① (1874) L. R. 9 Ch. App. , 221, 223.

有人认为，原告反对在其土地上堆放管材乃是以邻为壑，此等权利少有甚至绝无价值可言，若是议会亲理此案，定会对此权利不屑一顾。在我看来，议会将会如何并非重点，只缘毕竟议会不曾处理本案。毫无疑问，议会在权衡个人权利与公共利益时比法院更加自由。但对于所谓强调原告浪费土地价值的观点，本院毫不含糊地认为，未经原告同意、未与原告协商而自原告土地获利的举动，纵然仅考虑经济利益，原告也有权力否定他人利用此土地的请求，故原告提出之反对有效。^①

甚至深思熟虑如奥斯丁，也难免混淆法律特权与（请求权意义上的）法律权利，并屡次将物质力量与自由同法律特权与法律自由混为一谈。尤其因未能做出上述区分，他似乎忽视了（至少低估了）土地所有权人之“权利—义务”关系中的实践与经济因素，未

① 比较皮特内子爵（V. C. Henry Pitney）在 *Hennessy v. Carmony*（1892, 50 N. J. Eq., 616）案中的意见。

看到前者乃是“特权一无权利”关系的保障，换言之，便是行使此类法律特权所需的物质自由与力量的捍卫者：

1832年，奥斯丁教授在《法理学讲义》（或称《实在法哲学》）中写道：

不同权利之目的或目标千差万别。就对物权而言，其目的便是物，即：权利人可对该物以如此这般的方式并在这般如此的程度上加以处理或处分。为实现此目的，他人则普遍负担了不得实施破坏或干扰的义务……

正如我在上一讲中所提到的，一切对物权（不论其有无期限）皆为财产权或支配权（依我对该术语的理解），其令权利人对物具有不受限制的使用、处分之权力或自由：所有权人或业主完全可不依物之性质与用途而加以使用、处分；其（一般或个别地）仅受必须承担之（相对或绝对）义务的限制……

使用权及专有权对于其他一般人的不作为义务而言，乃是一码事。不受限制地使用

该物的权利或权力令其他人皆不得干扰所有权人的使用行为。而专有权利或权力则令其他人皆不得使用或染指该物。使用权与专有权不分彼此，侵害使用权往往同时侵害专有权。我一面阻挠你耕田或建房，一面又不侵入你的土地，这本属不可能的事。同样，我使用你的所有物这一企图（譬如在你的塘中捕鱼）同时既侵害了你的使用权也侵害了你专有权。但侵害专有权却未必同时侵害使用权，譬如：我为抄近道而穿行你的土地，这固然损害了你的专有权，却丝毫无碍你的使用权。对专有权的侵害（仅限于对专有权自身之侵害）乃是因其可能对使用权及专有权造成的影响而被作为损害或侵犯。若不惩罚对专有权无实际损害结果的侵犯，可能会树立坏榜样从而导致无数次的侵权，最终令专有权与使用权皆成虚话。^①

① 奥斯丁：《法理学讲义》，第一卷，第 397 页；第二卷，第 799、802、808 页。

上引诸文献，尤其是在最后一则中，奥斯丁不加区别地使用“权利”这一术语，将法律权利（或请求权）与法律特权这两类法律关系混为一谈——这位苦心孤诣的博学作者曾认真地强调“‘权利’与‘相对义务’乃是从不同角度描述同一概念”，^① 那么上述失误就实在令人有些费解了。他对“权利”的上述界定显然排除了“法律特权”，只缘与后者相关者（即从“不同角度”描述“同一概念”）毫无疑问是“无权利”或“无请求权”。

就对物权而言，不同程度上混淆法律概念与术语的现象不仅可在法理学名著中找到，在部门法论文或

① 奥斯丁：《法理学讲义》，第一卷，第395页。

专著中也屡见不鲜。^① 其实部门法学家因另有专攻，故在对法律概念的使用上往往唯奥斯丁马首是瞻。下引诸文献将表明“对物权”这一术语是何等大而无当，由此也不难看出这种不严谨的用法对正确分析、清晰理解法律问题带来了多少麻烦。

1871 年，马克拜大法官在《法律原理》中写道：

在涉及甲乙双方的合同案件中，某甲要求履行合同义务的权利仅针对某乙一人；而在所有权案件中，占用、使用财产的权利却是针对一般人而言。上述两类权利的区别若以拉丁文表述，便是前者称作对人权，后者

① 当然，每位作者皆可随心所欲地“赋予”术语含义，假如他遵循的是下述原则的话：

“当我用一个词儿时”，矮胖子（Humpty Dumpty）非常轻蔑地说道，“表达的就是我想用它表达的意思，既不多也不少，刚刚好。”

“但问题是”，爱丽丝（Alice）说，“你怎么能让一个词表达那么多东西呢？”

“但问题是”，矮胖子说道，“究竟谁说了算？就这么简单。”

引自克罗尔（Lewis Carroll）：《镜中奇缘》（*Through the Looking Glass*），第六章。

则称作对物权。^①

1880 年，霍兰教授在《法理学要义》中写道：

权利要么针对特定的某人或某些人，要么针对不特定的所有人。譬如仆役请求劳动报酬之权利仅针对其雇主；而果园所有者排他性享用该果园收益之权利却并非仅对张三李四而言，而是针对一切人。^②

1902 年，萨尔蒙德次长在《法理学》中写道：“我和平地占有我的农场之权利乃是一项物权，整个世界都对我负担了不得干涉之义务……我有使用及占有我的房屋之物权；……我也有下榻于客栈之人身权……”^③

1874 年，里克在《土地所有权法》中写道：^④

① 马克拜：《法律原理》，第 98 页。

② 霍兰：《法理学要义》，第 139 页。

③ 萨尔蒙德：《法理学》，第 202 - 203 页。

④ 里克：《土地所有权法》，第 2 页。

对物权或 *jura in rem* 以物质实体为对象，诸如土地、货物之属，权利人可依对物权随心所欲、不受限制地使用或处分该物。此类权利对所有其他人普遍产生了相关的消极义务，即不得干涉权利人的上述行为，法律正是通过强加此项义务从而保障与确立了权利。但此权利却不能对任何特定人产生任何积极义务，也不能为占有和享用物之利益而请求他人为任何行为。

1887 年，艾姆斯（James Barr Ames）教授在《未经告知的有偿买卖》（Purchase for Value Without Notice）中写道：

物上财产权与债上财产权最明显的区别在于其实现方式。房屋或马匹所有者对其所有权的行使不赖他人之助；而债权人实现其债权的唯一途径便是强制债务人履行此债务。

因此两类权利分别被称为对物权与对人权。^①

1915 年，斯通教授在《法与执法》中写道：

需要指出的是，对物权与对人权的本质区别在于，对物权可不依赖他人的介入或帮助而行使，对人权却必须依靠强制债务人履行产生此权利的那项债务……对物权包括所有通常称为财产权利者，即对物的占有、使用、收益，此权利对整个世界皆属完满且可强制执行。^②

1916 年，威利斯頓教授在“无体动产受让人的权利是普通法权利还是衡平法权利？”中写道：“尽管普通法上的所有权基本上被当作一项对世权，但实际上所有权却受到许多限制。”^③

① 艾姆斯：《未经告知的有偿买卖》（1*Harvard L. R.*，1887：1 - 9.）。

② 斯通：《法与执法》，第 51、54、57 页。

③ 威利斯頓：《无体动产受让人的权利是普通法权利还是衡平法权利？》，第 97 - 98 页。

五、不特定权利或请求权（对物权）

应区别于因其受侵而生的特定 权利或请求权（对人权）

仍使用前文假设的例子，某甲为土地所有权人，那么显然，若某乙侵占其土地并造成损害，则某甲立即便被赋予了一项新权利（或请求权），即所谓令某乙支付一笔损害赔偿金的第二性权利，当然某乙也同时负担了相关义务。若某丙殴打某甲，或某丁离间某甲夫妻感情亦同此理。在上述情形中产生的（譬如对某乙的）第二性权利或请求权，乃是对人权。这一完整的“权利—义务”关系乃是罗马法上称之为债（*obligatio*）的那类对人关系之一，具体而言，则属私犯之债（*obligatio ex dilecto*）。一位万众景仰的大法官曾对此做过阐述：

1904 年，霍姆斯大法官在 *Slater v. Mexican National R. R. Co.* 案中写道：“一旦能够确定并证明斯雷特（Slater）的死亡乃是因刑法典第 11 条所规定的过失犯罪，且仅有该条法律适用于此案，则其便产生了一项补偿权利受侵者的民事责任……国外的诉讼理

论则认为……起诉行为便产生了一项债……”^①

上述分析甚至还适用于非法剥夺他人有体动产占有权的侵权案件。设某乙非法对某甲的马匹而加以占有及支配，这便产生了向某甲返还原物之义务，当然某甲则被赋予了相关权利。后者乃是特定权利或对人权，只缘某甲对其他人并不享有就其根本而言与其相似之权利。尽管某甲对其他人仍有令其不得转让或伤害为某乙所占有之马匹的对物权，但却与前者不是一码事。下引判词就说明了此点：

1900 年，霍姆斯首席大法官在前引 *Tyler v. Court of Registration* 案中写道：

但有人却说这并非对物程序。其实再没有哪个词遭到如此严重的误用。过去对物程序无非是用以确定受侵权利属对物权。奥斯丁就曾认为必须援引莱布尼兹（Gottfried Wilhelm Leibnitz）的观点来充分证明一切救

^① (1904) 194 U. S. , 120, 125.

济权皆属对人权。^①

下文引用的文献将表明，对物权与因其受侵而生的对人权也并非总被分的一清二楚。

六、不特定的第一性权利或请求权
(对物权)不应与此权利(以及
因其受侵而生的第二性权利)的
确权程序相混淆,或以为前者全
然依赖后者

因篇幅所限，该问题无法在此全面铺开，更详细的探讨尚待另撰文。下面仅择其要者略做交待。混淆第一性权利（无论对人权还是对物权）与其确权程序之性质的倾向至少有二，二者对那些本不该有的谬见皆属难辞其咎。

首先，人们有时以为作为对物权标的物的有体物若遭非法占有，则权利人其可凭自助行为或藉诉讼从

① (1900) 175 Mass. , 71, 76.

过错方或自过错方的买受人、受托人手中，或自非法占有人处再次非法占有该物的过错方手中恢复对该物之占有。

1890 年，艾姆斯教授在《动产侵占》（Disseisin of Chattels）中写道：

然而，侵占他人土地却仅系对人之诉，唯有发生实际损害之际方可作为案由成立。是以非法占有他人动产乃是比剥夺他人对土地之占有更为严重的侵害。我们业已了解，所有权人之土地若遭他人侵占，总可藉诉讼恢复其占有。其物虽遭剥夺，而对物权犹存。然而，动产若遭他人褫夺，虽诉讼亦不足以恢复其占有，只缘对物权连同此物一并消失。非法占有人藉侵权行为不仅获得了对物之占有，也一并取得了占有之权利，一言以蔽之，其夺走了动产上之绝对财产权……

今则不然，不管侵占者还是其买受人或受托人，也不论实际交付与否，皆无从取得其所获动产的绝对财产权乃是人尽皆知之事。

动产遭侵占者也如土地遭侵占者一般，并未丧失其对物权。通过扩展临时归还（replevin）及收回受侵占动产（detinue）之令状的适用范围，对人权就转化为物权，这种稍嫌文不对题的做法居然大行其道，实足令人惊奇……

然而，动产遭侵占者的对物权仍属名不副实之权利；只缘临时归还令在英格兰从不得对侵占人之买受人或受托人适用，对后手侵占人也是如此。唯有通过扩展收回受侵动产之诉，动产受侵者方可取的完满的对物权。尽管收回受侵动产之诉乃是为救济具体动产而设，但其最初却系合同（*ex contractu*）之诉。其仅针对受托人或出卖人，譬如在交易完成后于交付前对出卖人提起，至于受托人也是这般……

在非法占有存续之际，动产遭侵占者显然并无实际享用该动产的权力。然则其有无转让此动产之权力？若对其对物权加以分析，便会发现其仅系通过取回（recaption）或

诉讼恢复占有之权利。^①

从上述引文中不难看出，艾姆斯教授似乎以为所有权人在其动产遭侵占后唯有恢复占有该有体物之具体救济方可令其拥有对物权。然而，这恐怕是将实体关系与程序关系混为一谈了。设某甲为有体动产所有权人，且此动产遭某乙侵占，则依当代权威观点，某甲对所有其他人皆拥有令后者不得损毁或“加工”该动产之权利；且此权利可视具体情形通过涉及该动产之诉讼或专门的追索侵占物之诉确立。此外，显然即使并未采取恢复占有之救济，某甲也拥有上述不特定权利或对物权。

若仅依据引文，因艾姆斯教授以为在侵占案件中，有关有物质实体的对物权必然包含恢复占有之救济在内，那么似乎他也不能明确断言当年实际占有动

① 艾姆斯：《动产侵占》（3*Harvard L. R.* : 23 - 40; 337 - 345. ），第25、28 - 31、33 - 34、337 页。

产之所有权人并无“对物权”；^① 显然无论如何，他都认为通过自助行为或诉讼恢复占有乃是“对物权”的本质所在。

然而，上述观点却远非充分与正确。纵然非法侵占行为实际上已剥夺了动产所有权人的法律利益，后者仍拥有令其他人皆不得损毁或褫夺该物的对物权，且此权利先在于对此物质实体之侵占以及由此而生的法律利益；此外，这类不特定权利或对物权可藉侵占之诉或其他请求损害赔偿的诉讼确立，艾姆斯教授对此也并不否认。^② 换言之，动产所有权人只要拥有上述权利，该权利便属对物权，纵然在引文所涉及的时代（十三世纪中叶），侵占人握有藉非法占有从而剥夺所有权人有关动产之法律利益的权利，所有权人也因此承担着遭后者非法占有之行为在实际上剥夺上述

① 比较艾姆斯：《动产侵占》，第 314 页以下，尤其注意下面的表述：“因此，真正的财产权可简单地定义为拥有不受限制占有权的占有。”此定义恐怕严重混淆了物质关系与法律关系。

并比较艾姆斯：《法律史讲义》（*Lectures on Legal History*, 1913），第 76 页。

② 参见艾姆斯：《法律史讲义》，第 60 页脚注 1，第 178 页以下。有关司法界对侵占之诉早期历史的看法，参见 *Admiralty Commissioners v. S. S. Amerika* (1917), A. C., 38。

利益的相关责任。

剥夺普通法对物权^①与衡平法对物权（以及其他归属此集合的法律关系）的诸法律权力与相关法律责任可谓历史悠久却又在根本上彼此相似。此类权力乃是法律出于不同的政策考量而设，每一权力背后之目的皆不难推断。此处只须枚举数例即可：1. 将侵占物于市场上公开售予善意买受人之权力；2. 纵然占有货币（当然并不因此而“所有”）之窃贼也能够为善意买受人创设完满权利^②——之所以规定“于市场上公开”，乃是出于令货币自由流通的考虑，而若令付款人证明或收款人检验货币有无权利瑕疵，就太过苛求了，举国皆然，无足怪之；3. 出让人或后手受让人经先登记能够通过作为善意买受人的后手受让人进行

① 若考虑到制裁问题，则名副其实且具有效力的普通法权利必属“普通法与衡平法上的相容权利”。参见霍菲尔德：《衡平法与普通法的关系》，第537页；另参见库克：《无体动产的可转让性——答威利斯顿教授》，第449、455页。

② 比较霍尔丹子爵在前引 *Sinclair v. Brougham* 案中的意见。

交付从而消灭前手受让人利益；^① 4. 某些案件中，代理商能够为善意买受人创设完满权利；5. 某些案件中，经正式任命的代理人即使在其实际授权遭本人撤回后，仍能够向善意买受人出售动产；6. 受托人能够不经告知而向善意买受人有偿出让不受妨碍的“法律利益”——信托受益人在衡平法上的权利、特权之属便因此而告消灭。

之所以设立上述以及其他本应提及的权力，乃是基于确保交易自由以及财产在商业领域流转的公共政策。而规定下列权力之目的则与之有所不同：1. 普通代理人（其实际代理权限存续）能够消灭本人的对物权并为代理人之买受人创设相应权利；2. 被赋予财产

① 比较柯桑哈德利大法官（Justice Cozens - Hardly）在 *Capital & Counties Bank, Ltd. v. Rhodes* (1903, 1 Ch., 631, 655 - 656.) 案中的意见：

交易之所以经登记而有效，乃是因其权力优先，而非由于业主已登记之任何财产自身……土地虽经登记，但对其实采取同样的举动仍将产生与登记前一般无二之效果，只不过有关土地之权利不再承担风险而已……经登记之业主被赋予了制定法上之处分权，抵押权人必须在登记时明确告知登记机关方可保障其自身利益。

处理权的受赠人能够消灭财产所有权人的对物权并为受赠人之买受人创设相应权利；3. 经任命之官员（一人或多人）在财产征用程序中能够合法转让财产；4. 经执行令授权之治安官能够剥夺原所有权人的对物权并授予他人相应的新权利；5. 法院在制定法规定的确定权属之程序中，能够消灭原所有权人的对物权并为原告创设相应的新权利；6. 法院在将此人权利“变更”（transfer）为他人权利之过程中的其他各种权力。

通过以上例子不难看出，原所有权人拥有对物权，尽管其承担着因上述诸权力的行使而遭剥夺之责任。

其次，我们现在必须批判将对物权与其确权程序的性质纠结在一起的另一倾向。在涉及衡平法上有无对物权（不特定权利）——其实便是就物之本质而言，衡平法能否容纳对物权——这一问题之际，上述倾向表现地尤其突出。

1877年，兰代尔教授在《衡平法诉讼概论》中写道：

普通法上的所有权人一旦将其所有权有偿让与他人，而未告知对方标的上存在的衡平法权利，则该财产上的衡平法权利便告消灭。其道理何在？在于上文所提到的衡平法管辖权之本质。所谓某人对其财产若无普通法权利，则其必为衡平法上之所有权人云云仅系比喻。所谓衡平法所有权、衡平法权利或衡平法财产的其实只是对真正所有权人的一项人身请求权，只缘衡平法对物本无管辖权，因而也就无法授予真正的所有权，只有令所有权人履行交付之权力。^①

1900 年，兰代尔教授在《权利和过错的分类》（Classification of Rights and Wrongs）中写道：

衡平法能够为促进正义而创设那些权利吗？由于衡平法仅是在行使事实上的权力，所以其什么都不能创设。此外，在国家创设

① 兰代尔：《衡平法诉讼概论》，第 184 节。

之权利（即普通法权利）以外，似不应有任何其他实际权利。那么，若衡平法能够创设实际权利，则此类权利之存在也须为国家所辖的每一法院所承认方可；然而衡平法所创设的权利除衡平法院之外，根本并无其他法院承认其存在。因此，看来衡平法权利仅存于衡平考量之中，换言之，其仅是衡平法为促进正义而为之拟制。然而在衡平考量之中，此类权利却真的存在，只缘衡平本身便将此类权利当作真实的存在并依赖且运用之。^①

1886 年，艾姆斯教授在《法律史讲义》中写道：

众所周知，信托数百年来一直可对除未

① 兰代尔：《权利和过错的分类》（13*Harvard L. R.*：659 - 678.），第 673、677 页。有关兰代尔、艾姆斯、梅特兰诸教授对于衡平实体法学说与普通实体法学说之关系的观点，参见我在《衡平法与普通法的关系》一文中所做的分析与批判（第 537 页以下）。另参见《衡平法与普通法的冲突》（“The Conflict of Equity and Law”，26*Yale L. J.*，1917：767 - 770.）

经告知的有偿善意买受人外的一切持有信托财产者强制执行。但上述例外足以表明信托受益人不同于寄托人，其并无对物权。毫无疑问，这一区别乃是源自普通法与衡平法的根本差异。普通法对物。因此其对非法占有之判决便是令原告取回动产或其价值。^① 可想而知，普通法法官不会支持受托人自善意买受人手中取回被侵占物的请求，若后者在市场上公开取得此物的话的确如此。但这一决定掺杂了同中世纪思维方式格格不入的伦理因素量。而在实践中要么仅允许寄托人起诉受托人，要么赋予其向任何占有人追索权利，根本没有中间道路可走。而衡平法则只对人，其不会判决原告取回其物，而只会令

① 但参见霍姆斯大法官在前引 *Tyler v. Court of Registration* (1900, 175 Mass. , 71, 76.) 案中的意见。

被告交出其依正义所不应保有之物。^①

1904 年，梅特兰教授在《信托与公司》（Trust and Corporation）中写道：“我以为，采纳那位伟大的美国法律教育家〔兰代尔〕的说法比较得当与保险，即‘若衡平法欲创设对物权，其也无能为力；虽能为此，也不欲为’。（See Landell, 1*Harvard L. R.*, p. 60.）”^②

引文中的假设原本缺乏坚实的基础，而其居然信徒如此众多，实在令人匪夷所思。莫非词语——尤其

① 艾姆斯：《法律史讲义》，第 76 页。比较斯通：《法与执法》第 93、95 页：

普通法上之判决因仅涉及诉讼当事人之财产，故有时称为对物判决。此程序之不足之处也如其优点一般一目了然。唯有当其权利确实受侵并产生某些普通法承认的损害之际，当事人才能获得普通法的救济……

衡平法则与此大不相同，大法官（chancellor）或衡平法官因国王亲自指定的特殊身份而握有令人为此或不得为此之权力。衡平法对人，也因此有别于普通法院仅涉及诉讼当事人财产的对物管辖权。因此，大法官得以命令被告不得威胁损害原告之财产，或径行命令被告依合同向原告交付财产。若被告不服衡平法院之命令，他将因蔑视法庭而遭监禁，直到其从命为止。

② 梅特兰：《信托与公司》（in 3 *Collected Papers*, 1911），第 350 页脚注 1。

是拉丁词汇——真有控制思想的魔力不成？

仍设某甲为土地所有人，而某乙在某甲的草坪与小径上驾车。则某甲的第一性对物权受侵，并因此产生了对某乙的第二性对人权——或者用霍姆斯大法官的话说，发生了一项新“债”。某甲可依普通法起诉某乙，并在程序的“第一阶段”获得令乙赔偿其500元损失的对人判决。此判决“用尽”或消灭了某甲的第二性对人权以及某乙的第二性义务，同时产生了一项关于支付500元赔偿金的“新”债——即对人权及其相关义务。纵然债务人某乙无力履行，此判决也依然有效。^① 那么，若某乙未履行因判决而生之义务，某甲在多数情形下可据此提起新的诉讼，尽管有时若非因特殊事由，再次起诉的费用由原告自行承担。^②

当然，某甲所求者并非因判决而生之债。若某乙

① 参见霍姆斯大法官在前引 *Tyler v. Court of Registration* (1900, 175 Mass., 71, 76.) 案中的意见：“若诉讼的目标乃通过至少在理论上一概拘束人身的判决创设对某人的一项请求权……则属对人之诉，尽管其可能涉及某有体物的权利或占有。”这位博学的法官还在该意见的另一段中谈到创设“无限人身责任”的对人判决（第77页）。

② 参见《弗里曼论裁判》（*Freeman on Judgments*, 4th edn., 1898），第432节以下。

在判决做出之际或之后仍占有财产，程序便进入了因执行令引起的“第二阶段”。^① 治安官依此执行令便有权力及义务有拍卖某乙的足额财产以满足判决之要求。当且仅当程序如此终结，方可称其为对物程序，^②

① 有关普通法诉讼与衡平法诉讼的“第一阶段”与“第二阶段”，参见前引哈德威克勋爵在 *Penn v. Baltimore* 案中的意见。

② 纵然执行此拍卖仅是赔偿判决之结果，而非为保障此判决而提起之诉请，也非该判决自身之要求，其被称为对物执行。（但比较艾姆斯：《法律史讲义》，第107页；斯通：《法与执法》，第93、95页。）而该诉请与判决却被认为属对人者。参见霍姆斯对法官在前引 *Tyler v. Court of Registration* 案中的意见。另参见霍姆斯大法官在 *Redington v. Frye* (1857, 43 Me., 578, 586.) 案中的意见：

大量的尴尬局面都源自一种错误观念，即所谓承包商与分包商可获得同等救济；然而前者对债务人的动产与不动产之总体享有对人权，而对其因业务而有特定利益之具体财产享有对物权，在判决做出之后，承包商可自行选择对哪部分财产加以执行……而分包商却对财产所有权人并无请求权——其请求权仅针对财产自身（对物）以及其雇主的人身与财产（对人）。

然而，上文业已澄清了司法程序所以分为两个阶段的缘由所在；而对遭拍卖之财产而言，两个阶段乃是在共同起作用，仿佛从一开始就把该财产被作为拍卖对象，而根本不曾经历二者之间那个对人判决一般。那么这两个共同发生作用的程序当然应被称为对物程序，更确切地说，乃是准对物程序。

更确切地说，乃是准对物（*quasi in rem*）程序。^① 换言之，依“对人”与“对物”两术语在此处的具体含义，自起诉至执行拍卖为止的程序具有两方面的效果：（1）以做出判决告终的第一阶段程序，仅就其自

① 比较弗兰克林大法官（Justice Franklin）在 *Hook v. Hoffman* (1915, 16 Ariz., 540, 557.) 案中的意见：

尽管对物之诉或对物程序确切而言乃是针对某物自身，且以不经特定请求权而直接处分该物为目的，但该术语或多或少也指两造之间的诉讼或程序，即以取得并处分对方所有或利害攸关之财产为目的；但因后者并非严格意义上的对物程序，故其常被更恰当地称作准对物程序以区别于前者。

当然，将严格意义上的对物程序解释为“针对某物自身”并不准确。参见霍姆斯对法官在前引 *Tyler v. Court of Registration* 案中的意见：“虽拟物为人并将其作为被告，但也只是个符号而非真正的事实。其实这是为了便于表达此程序及其结果之性质而进行的拟制，仅此而已。”

此外，我以为将严格的对物程序与准对物程序的区别描述为前者对世而后者仅系针对具体之人也远非准确与充分。譬如船舶在严格的对物海事程序中遭拍卖，其效力乃是消灭船主的所有权（即一系列权利之集合）并将新所有权授予买受人。那么同理，设因判决而成债务人的某乙之马匹遭治安官拍卖，则其也与上述情形一般无二——假如某乙实际拥有该马匹的话。严格的对物程序总能“命中权利之靶标”，而准对物程序却未必如此。

其实严格的对物程序乃一不针对具体人的程序，其以真正所有权人的财产利益为目标，而不论此人为谁。唯有意识到此点，才能正确、充分地理解此程序。而准对物程序则仅以特定当事人的利益为目标。因此就后者变更所有权之效力而言，其必须以特定当事人实际享有该法律利益为条件。

然而，若一般准对物程序有效，其也如严格对物程序一般影响所有其他人的法律关系，而不仅限于影响该物原所有权人；只缘在一切涉及“权利变更”的案件中，所有其他人因该物而对其原所有权人所负担的义务皆告消灭，转而对新所有权人产生了相应义务。

身而言乃是对人程序；(2) 若将程序的第一阶段与第二阶段一并考虑，则是涉及在执行中遭拍卖之特定财产的准对物程序。

然而，若某甲起诉之法院对某乙并无管辖权，其便不能提起损害赔偿之诉，法院也无法做出上述对人判决；那么某甲便可对某乙之财产提起对物之诉，并通过拍卖该财产而使某甲的损失获得赔偿。在此种情形下，整个程序皆以消灭某乙对特定财产（若其确实拥有该财产的话）之所有权并通过执行拍卖为某甲创设新的相应权利，则此程序为准对物程序。

由此可见，纵然是普通法院，对第一性对物权的确立视情况既可采用对物程序，也可通过准对物程序，甚至二者皆备（即一般普通法诉讼的第一与第二阶段）。^① 同样一目了然的是，第一性对人权——譬如某甲令某乙给付1万元的权利——也总是通过两个诉讼阶段共同确定，换言之，即依赖准对物程序。

第一性对物权总是通过本文所称的这种特殊意义上之对人程序确定，在海事案件中尤其如此：

① 当然，当事人哪怕只要求法院做出对人判决，财产也自始至终被作为拍卖的对象以满足判决之要求。

1907 年，霍姆斯大法官在 *The Hamilton* 案中写道：

目前我们面临的乃是上一问题的另一方面：州法能否有效适用于海事案件。若其有效，便对“汉密尔顿号”的船主施加了一项债务或身人责任。（*Slater v. Mexian National R. R. Co.* , 1904, 194 U. S. , 120, 126.）当然，审理海事案件时不可对此前就合法产生的任何权利置之不理。（*Ex parte McNeil*, 1871, 13 Wall. , 236, 243.）因州法并未规定留置权，故本案不可适用对物程序，而应采取对人程序。^①

再设某甲之土地遭某乙侵占，而某甲从一开始就未依普通法起诉，而是寻求衡平法院的保护，后者对某乙发出了禁令（injunction）。衡平法院（在衡平法程序的“第一阶段”结束之际）之判决将产生下述结

① （1907）207 U. S. , 398, 405.

果：某乙负担了不得侵占某甲土地的（新）义务，而某甲则被赋予了相关的衡平法（新）权利。^① 衡平法程序的第一阶段亦属对人，其与普通法程序的相同阶段并无区别。若某乙未履行禁令所生之消极义务，则程序一般会进入“第二阶段”并发生因蔑视法庭而监禁某乙之结果。若将此称为对人“执行”或程序，则此种用法与上举诸例颇有不同且更符合“对人”一词的字面含义。^② 但本文尤其要强调的是，某甲的第一性对物权此时只能排他地通过衡平法程序确认，然而后者的两个阶段皆属对人，但二者的意义却不尽相同。

① 比较 *Fall v. Eastin* (1909), 215 U. S. , 1, 14 – 15 (霍姆斯大法官的并存意见); *Mallatte v. Carpenter* (1916), 160 N. W. (Wis.), 182; 参见霍菲尔德：《衡平法与普通法的冲突》。

另参见霍菲尔德：《衡平法与普通法的关系》，第 537、567 – 568 页。

② 有关普通法上因逮捕令 (*capias ad reponem*) 或传唤令 (*capias ad satisfaciendum*) 而实施的监禁与衡平法诉讼中因被告蔑视法庭而出于强制执行判决之目的的监禁之比较，参见库克教授在《衡平法院的权力》一文中的阐述。另参见霍菲尔德：《衡平法与普通法的关系》，第 537、564 – 567 页。

然则凭什么假定衡平法“只能对人”？^① 能否据此认为衡平法上本无第一性对物权，即不特定权利？若普通法程序不复存在，而某甲只能靠衡平法保障其有关土地之对物权，那么该权利是否将丧失对物权之属性而蜕变为对人权？

设某甲获得一项遗赠，其内容为终身使用某土地，且仅当某丙先于某乙死亡时，后者才可继承该使用权。那么除非某丙在某甲之前死亡，否则显然某乙只拥有一项或有继承权（contingent remainder）。再设某丁威胁对该土地实施破坏性侵占，譬如损毁土地之房屋。那么或有继承人某乙并无“普通法上的”对物权，因该权利尚未赋予某乙，而只是存在这一

① 考虑到衡平法院握有发出执行令（writs of assistance）与查封令（writs of sequestration）的权力，那么上述假定就有失真与误导之嫌了。参见哈德威克勋爵在前引 *Penn v. Lord Baltimore* 案中的意见。这位博学的法官在该案中谈到依查封令实施之程序乃是衡平法院有时对“严格的第一阶段对人判决”加以“对物执行”的手段。

同时请注意衡平法院在丧失抵押财产回赎权的案件中会采取（准）物程序消灭“回赎权”。比较 *Paget v. Ede* (1874), L. R. 18Eq., 118.

“可能”——即潜在的权利、特权之属——而已。^①

然则某乙当真并无令某丁与任何其他人不得严重且永久损害该土地的衡平法上排他性对物权么？赋予某乙令终身受益人（某甲）不得“损毁”该土地之排他性衡平法权利的判决可谓不知凡几。则某甲拥有针对所有其他人的排他性衡平法权利，从而令后者不得损害土地及其有关该土地的（普通法与衡平法上相容性）“法律”权利、特权之属也是一理。只缘后者由继承人享有，故有关土地之行为“利害攸关”于前者未来对该土地的“占有与享用”——这恰是排他性衡平法对物权，或不特定权利。有关损毁案件的法

① 严格来说，文中表述其实存在问题。即使在普通法上，或有继承权人也拥有对不动产占有人“放弃”其利益的实有或既得权力。此外还须考虑到遗赠权力与进行所谓“衡平法上之转让”（equitable assignment）的权力。

律格言也有力地支持了上述结论。^① 同理，设某甲因欠某乙 1 万元债务而将其有关某土地的普通法权利让与某乙，双方约定：某乙于债务清偿期届至前占有该土地，而当某甲清偿债务之后，某乙须将其有关土地之权利让与某丙。在某乙占有该土地期间，某丁威胁要砍伐土地上的观赏林木，若其当真实施此行为，某丙当然无法获得普通法上之救济，只缘“普通法”对物权（普通法与衡平法上的相容性权利）^② 仅被赋予

① 比较下引案例中的表述：

巴特勒大法官（Justice Battle）在 *Braswell v. Morehead*（1852, 45 N. C., 26, 28.）案中的意见：“尚未执行之遗嘱或其他或有利益之权利人，在此方面与业已获得继承权者拥有同样的权利，且受到法院同等的保护。”

康纳大法官在 *Latham v. Roanoke, etc., Co.*（1905, 51 S. E. N. C., 780.）案中的意见：“或有继承权人对木材的利益由衡平法院以禁令保障之。”

萧大法官（Justice Shaw）在 *Pavkovotch v. Southern Pacific R. Co.*（1906, 150 Cal., 39, 50.）案中的意见：

原告并未被赋予利益（Civ. Code, secs. 693, 695）；故移动该石块并未损害其实有财产权，只缘对后者之损害须可计算其实际价值，或实际占有该物……但若虑及衡平法上的禁令，情形则大不相同了。或有继承权人之利益可藉此免遭损毁行为的贬损或破坏。

② 关于“普通法与衡平法上的相容性权利”与“衡平法上的排他性权利”这一分类，参见霍菲尔德：《衡平法与普通法的关系》。

某乙。但显然某丙可请求衡平法院对某丁发出禁令，^①

① *Smith v. Collyer* (1803, 8 Ves., 89.) 案似乎就属此类案件，然而艾登勋爵 (Lord Eldon) 拒绝发出禁令，但其理由却在于当时尚无对有别于“损毁”的“侵占”行为进行制裁的先例。原告律师争辩道：“原告在抵押权存在的情形下，除禁令之外再无阻止侵害行为或取得赔偿的法律手段，否则损害便无法获得救济。”艾登勋爵答道：

本人未见过任何相似案例……本案并非损毁，而只是在原告土地上演出一侵占行为。在瑟洛勋爵 (Lord Thurlow) 对采矿行为发出禁令前，还不曾有过对侵占采用禁令的先例。而在我所提及的唯一先例中，采矿之一侵占行为也与损毁肖似。若对本案中的侵占人发出禁令，问题不在于谁为权利人，倒在于究竟要救济何种权利。

另参见布鲁尔大法官 (Justice Brewer) 在 *Wilson v. Rockwell* (1886, 29 Fed., 674) 案中的意见：

诉状中陈述之事实毫不含糊地赋予原告获得禁令之权利。至于此权利归属原告还是阿里斯顿 (Alston) 公司的伍德迈斯 (Woodmass) 倒属无关紧要。二者之争议并不影响侵占人。今两造皆已到庭，该公司则被列为被告。现将完整的衡平法权利或称所有权赋予原告，本衡平法院将对侵占人采取措施以保障所有权人之利益，尽管其具体权属目前尚待确定。

这类有关抵押人与抵押权人的案件就其根本而言其实与 *In re Nisbet & Potts' Contract* (1906, 1 Ch., 386.) 案大同小异。该案表明，有关土地的限制协议（有时称作“衡平法上的地役权”）令受益人拥有对抗非法占有人或侵占人之权利，即后者不得对“所属”土地实施与限制协议所约定者相反之行为。而在上引第二个案例中，被告在衡平法上既非受益人的“代理人”也非“监护人”，却对此土地实施了行为，而抵押人与抵押权人在衡平法上皆为所有权人，因而便赋予其后者因该物质实体（土地）而对抗所有其他人的权利，从而极其有力地保障了受益人之利益。

换言之，即某丙拥有涉及该财产物质载体上的排他性衡平法对物权或不特定权利。至于衡平法上信托受益人的权利、特权、权力与豁免之性质，则因兹事体大而本文篇幅有限，姑且将这一有趣的话题留待日后以专文探讨。然而，我希望本文所涉及的各类权利与救济已足堪表明第一性实体权利——不论对物权抑或对人权——之本质绝不取决于其确权程序的性质。^①

① 比较《培根论用益》，第5-6页：“因此，用益与所有权或占有主要区别就在于法律规则而非自然法则，即所有权归法律的法庭（court of law）管辖，而用益则受制于良心的法庭（court of conscience）。”

并比较达尼丁勋爵在案 *Nocton v. Ashburton* (1914, A. C., 932, 964.) 中的意见：

有些义务并非因通常意义上的合同而生，诸如受托人对信托受益人负担之义务以及信守诺言的义务便是如此。而后者虽系专属衡平法管辖件，但在本人看来，其与合同义务或因违约所生之义务在科学上并无区别，而只是由于普通法法官对前者虽欲救济也无从着手，而普通法的逻辑（即使对于不谙普通法的法律家也并不费理）恰是先有救济才有权利。

人名索引

说明：

本索引收入书中出现之人名（译名在前，原名在后），并标明其所在页码；排序从首字画数，画数相同者从起笔横竖撇点折笔顺；首字相同者从次字画数及起笔笔顺，以此类推。

三画

门科尔法官 （Moncure, J.） 67

马尔基大法官 （Mulkey, Justice） 114

马克拜 （Markby, William） 94, 100, 101, 112, 113, 122, 130, 135, 136, 151, 152

马格鲁德法官 （Magruder, J.） 14, 50, 66

马特森法官 （Matteson, J.） 58

四画

- 韦斯特伯里勋爵 (Westbury, Lord Richard)
25, 43, 83, 123, 132
- 乌尔比安 (Ulpian) 111
- 巴特勒大法官 (Battle, Justice) 177
- 巴恩斯法官 (Barnes, J.) 75
- 比勒 (Beale, Joseph Henry) 8, 105, 107

五画

- 艾姆斯 (Ames, James Barr) 5, 7, 153,
154, 158, 160, 161, 166, 168, 170
- 艾登勋爵 (Eldon, Lord John Scott) 178
- 布莱克斯通 (Blackstone, William) 14, 16,
17, 50, 90, 101
- 布兰代斯大法官 (Brandeis, Justice) 119,
134
- 布拉克顿 (Bracton, Henry de) 12

- 布鲁尔大法官 (Brewer, Justice) 178
- 卡廷大法官 (Cutting, Justice) 110
- 史密斯 (Smith, Jeremiah) 13, 68
- 兰代尔 (Langdell, Christopher Columbus) 4,
5, 62, 63, 96, 164, 165, 166, 168
- 汉密尔顿法官 (Hamilton, J.) 76
- 汉德法官 (Hand, J.) 19
- 弗兰克林大法官 (Franklin, Justice) 86,
97, 171
- 皮特内子爵 (Pitney, V. C. Henry) 147
- 加莱斯 (Gareis, Karl) 107

六画

- 吉尔伯特 (Gilbert, Geoffrey) 30
- 亚当斯大法官 (Adams, Justice) 52
- 托内法官 (Turney, J.) 75
- 达尼丁勋爵 (Dunedin, Lord Andrew Graham
Murray) 122, 179
- 休斯法官 (Hughes, J.) 50

- 优士丁尼 (Justinian) 112
多尔菲法官 (Durfee, J.) 53
亨特法官 (Hunt, J.) 43
亨萧大法官 (Henshaw, Justice) 101

七画

- 麦克威廉姆斯 (McWilliams, Robert L.) 63
麦克诺顿勋爵 (Macnaghten, Lord Edward)

76

- 麦克戴伊 (Mackeldey, Ferdinand) 42, 131
芬奇爵士 (Finch, Lord Daniel) 75
克罗尔 (Carroll, Lewis) 151
里克 (Leake, Stephen Martin) 103, 105,

120, 152

- 库克 (Cook, Walter Wheeler) 85, 89, 162,

174

- 库克本法官 (Cockburn, J.) 60
怀特法官 (White, J.) 50
沃尔多首席大法官 (Waldo, C. J.) 21

- 沃森勋爵 (Watson, Lord William) 32
阿什利 (Ashley, Clarence D.) 61, 63
阿特金森勋爵 (Atkinson, Lord John) 76

八画

- 杰克逊大法官 (Jackson, Justice) 29
杰塞尔法官 (Jessel, J. George) 8
帕克法官 (Parker, J.) 41
帕克汉姆法官 (Peckham, J.) 21, 50, 72,
83
帕斯卡 (Paschal, Rene) 44
金尼尔勋爵 (Kinnear, Lord Alexander Smith)
18, 83, 123, 130, 132
法维尔法官 (Farwell, J.) 25
波洛克 (Pollock, Frederick) 7, 11, 12,
16, 18, 49, 94, 140
波蒂尔 (Pothier, Robert J.) 125
凯夫大法官 (Cave, Justice) 48, 49

九画

柯克 (Coke, Edward) 4, 16, 45, 122

柯林斯勋爵 (Collins Lord, Lawrence) 141

柯桑哈德利大法官 (Cozens - Hardly, Justice)

163

威利斯顿 (Williston, Samuel) 85, 136,
137, 154, 162

威格摩 (Wigmore, John Henry) 27

威曼 (Wyman, Bruce) 64

哈夫卡特 (Huffcut, Ernest W.) 109

哈特 (Hart, Walter G.) 6, 7, 96

哈里森大法官 (Harrison, Justice) 69

哈里斯法官 (Harris, J.) 19

哈德利 (Hadley, Arthur Twining) 163

哈德威克勋爵 (Hardwicke, Lord Philip Yorke)
88, 170

科宾 (Corbin, Arthur L.) 144

拜克法官 (Beck, J.) 27

十画

- 泰耶尔 (Thayer, James Bradley) 21
格雷 (Gray, John Chipman) 15, 27
埃夫里法官 (Avery, J.) 34
埃伦伯勒法官 (Ellenborough, J.) 50
埃舍尔勋爵 (Esher, Lord Reginald Brett) 69
埃迪法官 (Eady, J. Swinfen) 76
埃斯伯勋爵 (Ashbourne, Lord Edward Gibson)

41

- 索姆 (Sohm, Rudolph) 42
勒温 (Lewin, George) 4
柴努法官在 (Channel, J.) 34
特里 (Terry, Henry T.) 96
海瑟雷法官 (Hatherley, J.) 47
诺伊 (Noy, William) 50

十一画

- 菲尔德法官 (Field, J.) 27, 83
- 萧首席大法官 (Shaw, C. J.) 25, 101
- 萨尔蒙德 (Salmond, John W.) 6, 136
- 萨姆纳勋爵 (Sumner, Lord Grayson Maximilian) 119
- 萨维尼 (Savigny, Friedrich Karl von) 131
- 培根 (Bacon, Francis) 4
- 梅特兰 (Maitland, Frederick William) 6, 94
- 曼斯菲尔德勋爵 (Mansfield, Lord William Murray) 83
- 康斯托克法官 (Comstock, J.) 14
- 康纳大法官 (Connor, Justice) 140
- 寇蒂斯大法官 (Curtis, Justice) 124
- 维特洛克 (Whitlock, A. N.) 7

十二画

斯尼德大法官 (Sneed, Justice) 29

斯劳斯法官 (Sloss, J.) 64

斯科特 (Scott, Austin Wakeman) 54

斯特朗大法官 (Strong, Justice) 28

斯特雷顿法官 (Stayton, J.) 32, 92

斯通 (Stone, Harlan Fiske) 16, 90, 136

斯雷特法官 (Slater, J.) 30, 92

蒂凡尼 (Tiffany, Herbert Thorndyke) 108

鲁尔顿法官 (Lurton, J.) 51

奥斯丁 (Austin, John) 6, 90

奥德森男爵 (Alderson, Baron Edward Hall)

47

普拉默 (Plumer, Thomas) 109

富勒首席大法官 (Fuller, C. J.) 126

谢伍德法官 (Sherwood, J.) 15

十三画

- 瑟洛勋爵 (Thurlow, Lord Francis Hovell)
178
- 瑞恩法官 (Ryan, J.) 14
- 詹姆士大法官 (James, Justice) 139
- 鲍恩勋爵 (Bowen, Lord Charles) 40
- 鲍德温法官 (Baldwin, J.) 19
- 塞尔登法官 (Selden, J.) 14
- 福斯特大法官 (Foster, Justice) 46, 127

十四画

- 豪斯伯里勋爵 (Halsbury, Lord Hardinge Stanley
Giffard) 41

十五画

- 德伍首席大法官 (Doe, C. J.) 15

摩尔 (Moore, Underhill) 71

十六画

霍尔丹子爵 (Haldane, V. C. Richard) 32,
117

霍布斯 (Hobbes, Thomas) 87

霍兰 (Holland, Thomas Erskine) 21, 89

霍金斯法官 (Hawkins, J.) 41

霍姆斯 (Holmes, Oliver Wendell) 11, 83

默迪法官 (Moody, J.) 73

十七画

戴伊大法官 (Day, Justice) 68

判例索引

说明：

本索引收入书中出现之英美判例，并标明其所在页码；判例依英文首字母顺序排列，首字母相同者从次字母顺序，以此类推。

A

Abington v. North Bridgewater (1840) 25, 47

AcGhee v. R. Co. (1908) 140

Admiralty Commissioners v. S. S. Amerika (1917)

161

Aikens v. Wisconsin (1904) 47, 50

Allgeyer v. Louisiana (1897) 50

Allen v. Flood (1898) 34, 39, 41, 44, 46, 48

Atchison & Net. R. Co. v. Baty (1877) 30

Attenborough v. Solomon (1913) 117

Attersoll v. Stevens (1808) 50

Attorney General v. Adelaide Steamship Co. (1913)

41

Attorney General v. Sudeley (1896) 69

Aycock v. Marin (1867) 19

B

Baker v. Shaw (1912) 64

Baltimore Shipbuilding Co. v. Baltimore (1904)

116, 134

Ball v. Milliken (1910) 8

Bank of Scotland v. Macleod (1914) 18, 83,

123, 132

Barlow v. Ross (1890) 60

Bartemeyer v. Iowa (1873) 55

Baylies v. Bishop of London (1913) 76

Bell v. Kennedy (1868) 25

Bk. of S. Australia v. Abrahams (1875) 60

Blades v. Higgs (1865) 43

Borland v. Boston (1882) 47

Booth v. Commonwealth (1861) 67

Boston R. Co. v. Bartlett (1849) 61

Bourne v. Taylor (1808) 50

Braswell v. Morehead (1852) 177

Brearly School, Limited v. Ward (1911) 74

Brauer v. Shaw (1897) 61

Bronson v. Coffin (1871) 115

C

Capital & Counties Bank, Ltd. v. Rhodes (1903)

163

Carpenter v. Scott (1881) 58

Central R. & Banking Co. v. State (1875) 50

Choate v. Trapp (1912) 74

Christensen v. Nelson (1901) 58

City of Dubuque v. Ill. Central R. R. Co. (1874)

27

City of Owensboro v. Cumberland Telephone, etc., Co. (1913) 51

Clifford v. O'Neil (1896) 52

D

Dearle v. Hall (1828) 109

Dike v. State (1888) 43

Divis v. Clark (1897) 59

Dixon v. People (1897) 14

Dougherty V. Creary (1866) 71

Dowman (1583) 45

Dow v. Newborough (1728) 50

E

Eaton v. B. C & M. R. R. Co. (1872) 13

Emery v. Clough (1885) 57, 68

Erdman v. United Rys. Co. (1913) 23

Ex parte McNeil (1871) 173

F

Fall v. Eastin (1909) 174

Farnum v. Kern Valley Bk. (1910) 34

Fearon v. Mitchell (1872) 31

Ferris v. Frohman (1911) 50

Freeman' s Appeal (1897) 57

Frost v. Knight (1872) 60

Furley v. Palmer (1870) 59

G

Galveston', etc. , Ry. Co. v. Harrigan (1883) 32

Gollnick v. Marxin (1911) 71

Goodson v. Richardson (1874) 146

Guy v. Donald (1906) 83, 87

H

- Hamilton v. Graham* (1871) 47
- Heap v. Hartley* (1889) 52
- Hennessy v. Carmony* (1892) 147
- Hilton v. Eckerley* (1896) 47
- Hogan v. Barry* (1886) 114, 134
- Hook v. Hoffman* (1915) 86, 97, 171
- Hotchkiss v. National City Bank* (1911) 19
- Howley Park Coal , etc. , Co. v. L. , & N. W. Ry*
(1913) 32
- Hudgens v. Chamberlain* (1911) 57
- Humphrey v. Pegues* (1872) 43
- Hunt v. Rousmanier* (1883) 55
- Hyde v. United States* (1911) 27, 83

I

- Illinois Steel Co. v. Ostrowski* (1902) 23

In re Johnson (1903) 25

In re Nisbet & Potts' Contract (1906) 178

International Postal Supply Co. v. Bruce (1903)
115, 134

Internat. & G. N. Ry. Co. v. State (1899) 73, 74

Isreal v. United Rys. Co. (1913) 23

J

Jerffries v. Great Western Ry. (1856) 96

Jacobs v. Knapp (1870) 127

Jones v. De Moss (1911) 47

K

Kearns v. Cordwainers' Co. (1859) 31

King v. Sarria (1877) 56

Kripp v. Curtis (1886) 47

Kroession v. Keller (1895) 69

Kryger v. Wilson (1916) 119, 134

L

- Lake Shore & M. S. R. Co. v. Kurtz* (1903) 31
- Lamer v. Booth* (1874) 47
- Latham v. Roanoke, etc., Co.* (1905) 177
- Lattin v. Gillette* (1892) 69
- Law v. Ress Printing Co.* (1894) 14
- Leiter v. Pike* (1889) 59
- Lindley v. Nat. Carbonic Acid Gas Co.* (1910) 34
- Linn v. Mclean* (1885) 64
- Lloyd v. Guibert* (1865) 56
- Lonas v. State* (1871) 29, 43, 54
- London and South Western Rly Co. v. Gomm* (1882)

8

- Louisville & N. R Co. v. Gaines* (1880) 44
- Low v. Ress Printing Co.* (1894) 55

M

- Mair v. Rio Grande Rubber Estates, Lim.* (1913) 23
- Mabre v. Whittaker* (1906) 54
- Mathews v. People* (1903) 47, 50
- McElfresh v. Kirkndall* (1873) 68
- McCracken v. Howard* (1844) 19
- McNeer v. McNeer* (1892) 66
- Mellinger v. City of Houston* (1887) 32, 92
- Milliken v. Pratt* (1878) 57
- Morgan v. Louisiana* (1876) 27, 72, 83
- Mogul Steamship Co. v. McGregor* (1889) 40
- Muhlker v. Harlem R. R. Co.* (1905) 134

N

- Nagel v. United Rys. Co.* (1913) 23

P

- Paget v. Ede* (1874) 175
- Pavkovotch v. Southern Pacific R. Co.* (1906) 177
- Pearce v. Scotcher* (1882) 34
- Penn v. Lord Baltimore* (1750) 88, 175
- People v. Dikeman* (1852) 28, 54
- People v. Nickerson* (1844) 56
- Phoenix Ins. Co. v. Tennessee* (1895) 27, 83
- Picard v. Tennessee, etc., R. Co.* (1888) 73
- Pollock v. Farmers' Loan & Trust Co.* (1895) 50
- Pond v. Bates* (1865) 50
- Poury v. Hordern* (1900) 76
- Pulitzer v. Lungston* (1898) 46
- Pulitzer v. Livingston* (1896) 144
- Purdy v. State* (1901) 41

Q

Quinn v. Leathem (1901) 34, 38, 41, 50

R

Rector, etc., of Christ Church v. Philadelphia
(1860) 42

Redington v. Frye (1857) 110, 170

Remington v. Parkins (1873) 53

Rex v. Halifax . & Co. (1891) 50

Ripley v. Knight (1878) 43

Risdon. etc., Works v. Furness (1905) 56

Roberson v. Rochester Folding Box Co. (1902) 15

Rochester Railway Co. v. Rochester (1906) 73

S

San Francisco v. S. V. Water Co. (1874) 30

- Shaw v. Proffit* (1910) 30, 92
- Sheridan v. Elden* (1862) 76
- Sinclair v. Brougham* (1914) 118, 122, 162
- Skelton v. Skelton* (1677) 75, 76
- Slater v. Mexican National R. R. Co.* (1904) 155
- Smith v. Bougham* (1909) 73
- Smith v. Collyer* (1803) 178
- Smith v. Cornell Univ.* (1894) 34
- Smith v. Fairloh* (1894) 15
- Smith v. Floyd* (1893) 43
- Southern Pacific Co. v. Jensen* (1917) 134
- Starey v. Graham* (1899) 34, 49
- State v. Austin* (1894) 34
- State v. Conlon* (1895) 31
- Straham v. Wayne Co.* (1913) 75
- Studd v. Cook* (1894) 32
- St. Joseph Fire & Marine Ins Co. v. Hanck* (1876)

54

- St. Louis v. Hall* (1893) 15
- S. F. Waterworks v. Schottler* (1882) 50

T

Taylor v. Waters (1817) 52

Territory v. Stocks (1881) 43

The Carlos F. Roses (1900) 126

The Hamilton (1907) 173

The Young Mechanic (1855) 124, 127, 131

Thomas v. Bradbury, Agnew, & Co. , Ltd. (1906)

141

Thomas v. Scorrell (1673) 49, 52

Thornhill v. Weeks (1913) 76

Thorpe v. Brumfitt (1873) 139

Tyler v. Court of Registration (1900) 86, 99,
156, 167, 170, 171

U

United States v. Patrick (1893) 29

V

*Vacher & Sons, Limited v. London Society of Compos-
itors* (1913) 76

W

Wabash, St. L. & P. R. Co. v. Shacklet (1883) 41

Weller v. Brown (1911) 47

Welstur v. Trust Co. (1895) 59

Western Indemnity Co. v. Pillsbury (1915) 101

White v. Multonomah Co. (1886) 21

Wickham v. Hawker (1840) 50

Wilson v. Gaines (1877) 75

Wilson v. Rockwell (1886) 178

Wilson v. Ward Lumber Co. (1895) 13

Wisener v. Burrel (1911) 43

Wynehamer v. People (1856) 14, 55

W. G. Reese Co. v. House (1912) 64

W. , St. L. & P. Ry. Co. v. Shacklet (1883) 114

参考文献

说明：

本参考文献罗列书中援引之文献名称。文献分为著作与论文两类，各自按照作者姓氏英文字母顺序排列，首字母相同者从次字母顺序，以此类推。

一、著 作

Ames, James Barr. *Lectures on Legal History*, 1913.

Ashley, Clarence D. . *Contract*, 1911.

Austin, John. *Lectures on Jurisprudence*, 5th edn. ,
1885.

Beale, Joseph Henry. *Treatise on Conflict of Laws*.

Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of
England*, 1765.

Carroll, Lewis. *Through the Looking Glass*.

Clark, E. C. . *History of Roman Law : Jurisprudence*,

1914.

Coke on Littleton, 1628.

Coke's Reports, 1583.

Freeman on Judgments, 4th edn. , 1898.

Gareis, Karl. *Introduction to the Science of Law: Systematic Survey of the Law and Principles of Legal Study*, trans. Albert Kocourek, 1911.

Gilbert, Geoffrey. *Law of Evidence*, 4th edn. , 1777.

Gray, John Chipman. *Nature and Sources of the Law*, 1909.

Holland, Thomas Erskine. *Elements of Jurisprudence*, 10th edn. , 1906.

Holmes, Oliver Wendell. *The Common Law*, 1881.

Huffcut, Ernest W. . *Elements of the Law of Agency*, 2nd edn. , 1901.

Keener, W. . *Quasi – Contracts*, 1893.

Langdell, Christopher Columbus.

———*Summary of Equity Pleading*, 2nd edn. , 1883;

———*Summary of law on Contract*, 2nd edn. , 1880.

Leake, Stephen Martin. *Law of Property in Land*, 1st ed. .

Lewin, George. *On Trusts*, 12th edn. , 1911.

Mackeldey, Ferdinand. *Handbook of Roman Law* ,
trans. Dropsie, 1883.

Maitland, Frederick William.

———*Lectures on Equity*, 1909;

———*History of English Law*, 2nd edn. , 1905 (coau-
thor, with Frederick Pollock) .

Markby, William. *Elements of Law*, 6th edn. , 1905.

Noy, William. *Treatise of the principal Grounds and
Maxims of the Law of England*, 1641.

Pollock, Frederick.

———*History of English Law*, 2nd edn. , 1905 (coau-
thor, with Frederick William Maitland) ;

———*Jurisprudence*, 2nd edn. , 1904;

———*Essays in Jurisprudence & Ethics*, 1882.

Salmond, John.

———*Jurisprudence*, 2nd edn. , 1907;

———*Treaties on Torts*.

Sohm, Rudolph. *Institute*, trans. Ledlie, 3rd edn. ,
1907.

Stone, Harlan Fiske. *Law and Its Administration*.

Sugden, Edward. *On Powers*, 8th edn. , 1861.

Thayer, James Bradley. *Preliminary Treatise on Evidence*, 1898.

Wyman, Bruce. *Cases on public service companies*, 1911.

二、论 文

Ames, James Barr.

—— “Purchase for Value Without Notice”,
1*Harvard L. R.* , 1887: 1 – 9.

—— “Disseisin of Chattels”, 3 *Havard L. R.* : 23
– 40; 337 – 345.

“Bacon on Uses”, in *Circa*, 1602; ed. Rowe’ s,
1806.

Beale, Joseph Henry. “Equitable Interests in Foreign Property”, 20*Harvard L. R.* , 1907: 382 – 397.

Cook, Walter Wheeler.

—— “The Alienability of Choses in Action: A Reply to Professor Williston”, 29 *Harvard L. R.* , 1916:
816 – 837; 30 *ibid.* , 1917: 449 – 534.

—— “Powers of Courts of Equity”, 15*Columbia L. R.*, 1915: 37 – 54.

Corbin, Arthur L. . “Offer and Acceptance, and Some of the Resulting Legal Relations”, 26*Yale L. J.*, 1917: 169 – 206.

Hart, Walter G. . “The Place of Trust in Jurisprudence”, 28*Law Quarterly Review*, 1912: 290 – 296.

Hohfeld, Wesley Newcomb.

—— “The Relations Between Equity and Law”, 11*Michigan L. R.*, 1913: 537 – 549.

—— “Faulty Analysis in Easement and License Cases”, 27*Yale L. J.*, 1917: 66 – 101.

—— “The Individual Liability of Stockholders and the Conflict of Laws”, 9 *Columbia L. R.*, 1909: 492 – 522; 10 *Columbia L. R.*, 1909: 520 – 549.

—— “A Vital School of Jurisprudence and Law”, in *Proceedings of Association of American Law School*, 1914.

—— “The Conflict of Equity and Law”, 26*Yale L. J.*, 1917: 767 – 770.

Holmes, Oliver Wendell. “The path of law”, 10*Harvard L. R.*, 1897: 457 – 478.

Langdell, Christopher Columbus.

—— “Brief Survey of Equity Jurisdiction”,
1*Harvard L. R.*, 1887: 55 – 60.

—— “Classification of Rights and Wrongs”, 13
Harvard L. R., 1900: 659 – 678.

McWilliams, Robert L.. “Enforcement of Option Agreements”, 1 *California L. R.*, 1913: 222 – 229.

Maitland, Frederick William. “Trust and Corporation”, in 3 *Collected Papers*, 1911

Terry, Henry T.. “The Arrangement of Law”,
17*Columbia L. R.*, 1917: 365 – 376.

Whitlock, A. N.. “Classification of the Law of Trust”, 1 *California L. R.*, 1913: 215 – 218.

Wigmore, John Henry. “The Terminology of Legal Science”, 28*Harvard L. R.*, 1914: 1 – 9.

Williston, Samuel. “Is the Right of an Assignee a Chose in Action Legal or Equitable?” 30*Harvard L. R.*:
97 – 108

西方法哲学文库

1. 论立法与法学的当代使命

[德]弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼/著 许章润/译

2. 法理学的范围

[英]约翰·奥斯丁/著 刘星/译

3. 法律的成长 法律科学的悖论

[美]本杰明·N.卡多佐/著 董炯、彭冰/译

4. 法律史解释

[美]罗斯科·庞德/著 邓正来/译

5. 法律论证理论

[德]罗伯特·阿列克西/著 舒国滢/译

6. 法律体系的概念

[英]约瑟夫·拉兹/著 吴玉章/译

7. 共产主义的法律理论

[奥]凯尔森/著 王名扬/译

8. 西方社会的法律价值

[英]彼得·斯坦、[英]约翰·香德/著 王献平/译

9. 演讲录 法律与文学

[美]本杰明·N.卡多佐/著 董炯、彭冰/译

10. 权利相对论

[法]路易·若斯兰/著 王伯琦/译

11. 法律与真理

[美]丹尼斯·M.帕特森/著 陈锐/译

12. 法的一般理论与马克思主义

[前苏联]帕舒卡尼斯/著 杨昂、张玲玉/译

13. 纯粹法理论

[奥]凯尔森/著 张书友/译

14. 自然法：理论与实践的反思

[法]雅克·马里旦/著 鞠成伟/译

15. 基本法律概念

[美]霍菲尔德/著 张书友/编译

上架建议 学术·法理学

ISBN 978-7-5093-1298-8



9 787509 312988 >

定价：20.00 元