**private property/私产(Sī Chǎn)**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| European Perspective | Prof. Thomas GERGEN | 27 May 2022 |

这一关键术语，是由"财产"（property）和"私人的"（private）两个词组成的。"财产 "一般被理解为能够被占有的"物件"(thing)或非物质的 "好处"（good）。从历史、社会、文化，尤其是从司法角度来看，财产是一捆权利和权益，也是象征个人和公司行为者之间关系和行为的类别。它也被理解为将事物归属于人的一种法律模式：自然人和法人，如公司。这里很容易看到罗马法和普通法（ius commune）中个人行动系统（res personae actiones system）的影响。人是可以被个体化的，归属使他们变得独一无二。

I.普通法和私法中的财产

就法律制定而言，财产是公共（和强制）权力行使的结果，据此制定的法规，有助于界定可以拥有的东西和伴随所有权的处置权，这其中还包括限制第三方的权利（见 "物权 "或 "产权"）。此外，财产和对所述财产的权利还保护特定群体的利益，并在这种范围内，充当着政治和文化秩序的代码，这些秩序产生于某些价值偏好和行为权利，意味着确定谁和什么将被承认、保护和排除（droit exclusif），也见《德国民法典》第823条或《民法典》第1382条）。宪法保障的财产（连同继承权一并，且具有相同的意义）在《联邦基本法》第14条中规定。德意志联邦共和国基本法（Grundgesetz）第14条事关公民的权利，并为他们提供了基本权利，使得他们甚至可以在政府干涉得情形下捍卫这一权利，并在 “基本权利的第三方效力”（Drittwirkung der Grundrechte）的帮助下，在私法方面维持强有力的法律地位。通过控制权（《德国民法典》第903条）和 “拥有”（having）或“保卫”（guarding）的概念（作为实际所有权的占有，通过肉体和心灵（corpore et animo）），财产体现了普遍积极和外向的特征：努力工作、能力、技能和脱贫致富的能力。在文化发展和法律历史的进程中，一些特定的群体被刻意孤立并剥夺了权利：奴隶、出生在殖民地的人、仆人、家庭助手和工人、某些宗教少数群体的成员以及（特别是已婚）妇女，所有这些人都没有被赋予拥有财产的权利，也不允许以法定交易的形式管理与此相关的事务。这一切都有助于维护父权制社会。

II.财产的历史：财产的起源

人类的整个历史，都可以围绕着财产史展开，从古代到古罗马，在那里，拥有较好所有权的人和拥有较差所有权的人之间，拥有更高层财产合法性的人和拥有较低层财产合法性的人之间，领地内领主的财产（dominium directum）和附庸的财产（dominium utile）的权利之间，以及不动产和动产之间，都存在着冲突。此外，在如何理解城市中的财产与乡村中的财产、罗马人对不可分割的有形财产的立场和共享财产以及共享产权的主导做法之间，以及在共同和个人财产之间，都存在着差异。在 "财产 "或 "准财产 "下，人的权利、[审判权]（right to trial）和班纳利特（Banalité）[[1]](#footnote-2)被归入其中；在一些法律方面的信息源中可以找到这方面的立场，例如在判例编（Weistümer）[[2]](#footnote-3)的历史法律文本中，这一开始体现在在乡村法律中，后来体现在国家法律中。所有这些，都包含了关于继承权、死亡后的继承顺序和家庭财产转让等权利在内的全部财产权。

因此，财产的历史跨越了从古罗马到庄园制度的解体、农业改革的建立、农民的解放、社会的世俗化，以及经济和个人自由（行动自由）的引入，一直到19和20世纪现代宪法的实施。随之而来的是，自由主义对根深蒂固的财产分配制度提出了抗议。然而，这些文本很少讨论知识产权的历史，知识产权一开始被认为是现代早期的特权，现如今已发展成一个深入人心的法律领域，而在数字时代，它再次发现自己正面临着危险。

III.在欧洲法律中的实现

私法从根本上平等对待国内和国外的业主。这一信条的局限则出现在两个方面：外国房地产和知识产权。保护国内经济免于竞争和阻止 “外国渗透 ”的国家利益，战争法所要求的军事要求和撤退措施，以及最后的基于种族延续的意识形态信仰是这一切不公平待遇的来源，国际法律（双边以及多边条约）和像欧盟这样的超国家组织，通过诸如禁止歧视国内和外国人员、互惠条款以及看重居住地（而非国籍/民族）等措施促成平衡的实现。由于2015年8月欧盟范围内的继承法（EU-Erbrechts-VO）是统一法（loi uniforme），因此可以在欧盟诸国生效；死者最后的惯常居住地成为了参考重点，且结束了动产和不动产之间的划分并使其变得更加明确，这使得它能以普遍继承的形式考虑整全遗产，包括各种财产权利及其各自的责任。由于脱离了公民身份法这一锚点，欧洲的法律有助于让财产再次被视为一种普遍的人权。

IV.区分标准

作为私法下的一种制度，财产提供了关于人（可以/可能是所有人）的信息，关于上述人与其他私法主体的关系（从而排除了其他利益方），以及关于与货物及其特征有关的分配方式（法律地位的内容、控制权和辩护权的范围和程度、开发权和其他权利）。

彼得·哈勃勒（Peter Häberle）为此制定了七个区分标准（Häberle: 90-92）。

* 财产/身份的个人邻近性：个人使用和 "小 "形式的财产，比 "大 "形式的财产（如商业企业和房地产）有更高的受保护程度，受保护程度受各自财产为其所有者提供身份感和身份认同的程度之影响。
* 个人努力/工作的价值：一个人自己的贡献和努力越大，受保护程度就越高。
* 社会进程/社会团结：财产被非所有者使用的越多，受保护的程度就越高，反之亦然。
* 科学进程/经济利益：哪些义务以及经济和商业保护对于大型/小型形式的财产是合理的？什么是最能满足经济利益的法律解决方案（关键词：法律与经济）？
* 文化进程/文化认同。智识和物质财产（历史和自然遗迹、文化产品、智识作品）被确定为属于公共领域（公共领域/需求和公共化的要求），或是在财产的处置和使用方面受到约束，只要这被认为是共同的文化身份所不可或缺的。
* 政治进程/权力。在某些条件下，财产被看作是一种保护政治自由的形式，对于财产的权利会因滥用权力而受到限制。在这种情况下，相关学说讨论了对财产征税的合理性，比如房地产或遗产税。
* 新出现的短缺/缩减。今日不被限制的财产可能在明日变成被限制的财产，这往往是紧急时刻、战争和危机（环境或大流行病危机）的结果。最近由于疫病流行法案导致的对财产权的侵犯的案例不能被忽视：例如对财产权和其它与资产有关的权利的侵犯（职业和商业自由）。

这七点为历史和比较层面上的分析，提供了一个全面的启发式模型。

V.物权

物权（real rights)与财产相伴相生，从古典的角度来看，属于主观权利的范畴（droits reels）。构成主观权利的权利是个人权（droits de la personalité）或人格权，根据罗马法就是物权或实物权（droit réel or ius in re），以及法律地位或个人（索取）权/对物权/施加权（droit personnel/ius ad rem/in personam）。

因此，这里的权利是直接与 "物 "有关的主观权利，不需要第三方仲裁员的帮助。《法国民法典》与《德国民法典》一样，允许经典形式的财产（propriéte）和占有（possession），以及有限的物权，如使用收益权（usufruit）质押权（gage）和抵押权（mortgage）（关于土地抵押允许它的附属品之规定，在民法典中并不存在！）。

物权赋予其持有人（名义上的）两项目前不受保护的主体权利：允许持有人要求放弃 "物 "的转售权（droit de suite）和赋予要求在其他债权人之前满足债权的优先权（droit de préférence）。

转售权（即德国知识产权法中的Folgerecht）是知识产权中一个熟悉的概念，在版权法中也有出现，它在后者和有形财产之间建立了一种平衡。

VI.知识产权的动荡--非物质资产

对知识产权的认识正在发生根本性的变化，它当然被认为是主体权利（droits subjectifs），从而赢得了自己的所在类别；但尽管如此，在 "知识产权 "一词本身中可以看出，尽管它被认为是一种物权（财产），但由于它的不可见性和无形性（intangibilité），它不能被认为是一种典型的物权。

借助对德国和法国法律的比较，我们得以更细致地研究欧洲的 "知识产权 "一词。法国有《知识产权法》（包括文学艺术产权和工业产权（propriété littéraire et artistique and propriété industrielle）），而德国从来没有，也可能永远不会采用这种性质的法律。在19世纪，德国各州确实以不同的急切程度采用了法国的立法；这些术语的接受却是步履蹒跚，并被德国的表达方式所取代，这些法律并没有在德国得到良好的接纳，因为两个国家的观念截然不同。在法国，自革命法实施以来，知识和工业成就被认为是值得保护的私人物品。相比之下，德国对知识成就的承认速度要慢得多。最初，作者权只保护印刷的文学作品；后来艺术也被包括在内，最终，非印刷的艺术作品也受到保护，包括禁止伪造。在音乐界，不仅作品本身被保护免于剽窃，音乐家们也寻求保护，以阻止未经授权的音乐作品之表演。对工业成就的保护是前德国联邦的德国立法者关注（知识产权）的一个原因。发明通常被认定为是更值得相对高效去落实保护的。 如果发明被认为是工业革命的必要工具，当它与所揭示的这种要求相联系时，专利保护就具有更大的有效性。发明后来才被更广泛地承认为主要是为私人使用的项目，并理解了这种立场实际上与公众和国家的利益是一致的。这种认识建立在1873年维也纳专利法大会之后，关于专利保护的目的和用途的争论从此平息了，而这场争论在法国就没有得到那么多的关注。法国的观点是，所有形式的知识产权根本上也是私有财产。权利的获得（财产分配）是通过权利人的个人行为，或通过创造或使用某个商标来实现的。与德国相比，官方手续在法国只具有监管性质。由于特权在前德意志联邦共和国和前德意志帝国的重要性，工业产权通过注册法和伴随的合规性检查成为了一种行政事务（见专利局、商标局）。知识产权归属的确定，需要发明者向主管部门提交申请。

尽管 “知识产权”（geistiges Eigentum）这一术语仍被广泛使用，但法学界则称之为 “非物质财产权”（Immaterialgüterrecht）。这种措辞上的差异可以更好地体现法律上的有形性和无形性，包括货币化（物质构成（volet matériel））、物权的司法化（财产权（droits patrimoniaux））和知识内容的保护（道德构成（volet moral））等概念（参见道德权利）。

知识产权是有期限的财产，因此与传统的实物（有形）财产有区别。与其它保护工业产权的法律不同，作者的知识产权权利在作品创作完成后即刻生效，而不是在接受登记时生效。另一方面，这些权利的期限也有很大不同：作者权，在创作者/发行人死亡后70年；专利权，20年；商标权，10年，尽管可以延长，但这与发明人的权利不同。因此，知识产权是古典私有财产的一种特殊形式，因此最好被称为 “非物质财产权”。

VII.相关出版物

Gergen (ed.), 《从帝国议院到帝国放映室。特权实践与书籍和电影的版权（16-20世纪）》Vom Reichshofrat zur Reichsfilmkammer. Privilegienpraxis und Urheberrecht an Büchern und Filmen (16. - 20. Jahrhundert), Berlin 2019 (Schriften zur Rechtsgeschichte 186).

Gergen, 《知识产权法中的调解与翻译：以德国和卢森堡为重点的商业调解》Mediation und Translation im Recht des Geistigen Eigentums. Wirtschaftsmediation mit Schwerpunkt Deutschland und Luxemburg, Nomos: Baden-Baden 2015, ISBN 978-3-8487-2330-0 (Reihe Denkart Europa).

Gergen, 《盗版印刷与版权》，收录于《向米歇尔·维尔利致敬（1914-1987），欧洲政治思想和公共机构史杂志七》.Raubdruck und Urheberrecht. In: Homenaje a Michel Villey (1914-1987), Revista Europea de Historia de las Ideas Políticas y de las Instituciones Públicas 7 (2014), pp. 115-124. http://www.eumed.net/rev/rehipip/07/raubdruck-urheberrecht.html

Haase/Gergen, 《根据欧盟国家援助法售卖大学专利——关于基于竞争的出售程序》见《国际媒体与法律》。Die Veräußerung von Hochschulpatenten im Lichte des EU-Beihilferechts – Zum wettbewerbsbasierten Verkaufsverfahren. In: Medien und Recht International (MR Int.) 1/2016, pp. 23-28.

Häberle, 《财产权利的多样性和财产的宪法概念》，收录于诺曼编《权利，财产权与出售权》。Vielfalt der Property Rights und der verfassungsrechtliche Eigentumsbegriff. In: Neumann (ed.), Ansprüche, Eigentums- und Verfügungsrechte, Berlin 1984, pp. 63-102.

Reuter/Gergen, 欧洲经济与管理研究所European Institute for Economics & Management (EIKV), EIKV-Schriftenreihe:http://eikv.org/eikv-schriftenreihe sowie http://eikv.org/eikv/immaterielle-wirtschaftsgueter

Siegrist/Sugarman (ed.), 《国际比较视野下的财产：18-20世纪》Eigentum im internationalen Vergleich. 18.-20. Jahrhundert, Göttingen 1999 (Kritische Studien zur Geschichtswissenschaft 130).

Wadle,《关于 "知识产权 "这一公式的回归》，收录于瓦德勒《知识产权，法律史的构件》 Zur Wiederkehr der Formel „geistiges Eigentum“. In: Wadle, Geistiges Eigentum. Bausteine zur Rechtsgeschichte, Band I, Weinheim 1996, pp. 3-13.

Ders.,《莱茵-法国侵权法和知识产权的判例》，收录于舒茨编《莱茵法和欧洲法律史》Das rheinisch-französische Deliktsrecht und die deutsche Judikatur zum gewerblichen Rechtsschutz. In: Schulze (ed.), Rheinisches Recht und Europäische Rechtsgeschichte, Berlin 1998, pp. 79-98.

1. 译者注：班纳利特（Banalité）是在18世纪之前，法国封建土地使用权的一种限制，即要求农民（领地内）使用领主的设施进行生产的规定。比如要使用领主的磨坊磨粮食，用他的榨酒机酿酒，用他的烤炉烤面包，领主通过这种方式从农民手中收取报酬。 [↑](#footnote-ref-2)
2. 译者注：判例编（Weistümer）是德国中世纪和现代的农村法律来源，它是借助指令的手段，由法律上有决定权的人，在为此目的而召开的大会上，提供关于现有法律状态的信息而产生的。 [↑](#footnote-ref-3)