



法学新前沿 New Law Frontiers

The Research
on the Theory
of the Intangible
Property Rights

无形财产权理论研究

赵宇霆 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

The research
on the theory
of the intangible
property rights

无形财产权理论研究

赵宇霆 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

无形财产权理论研究 / 赵宇霆著. —北京:法律出版社, 2011. 8
ISBN 978 - 7 - 5118 - 2252 - 9

I. ①无… II. ①赵… III. ①无形固定资产—财产权—研究 IV. ①D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 121344 号

无形财产权理论研究

赵宇霆 著

责任编辑 王 扬
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 720 × 960 毫米 1/16
版本 2011 年 8 月第 1 版
出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 14 字数 200 千
印次 2011 年 8 月第 1 次印刷
编辑统筹 独立项目策划部
经销 新华书店
责任印制 张宇东

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792/9779

咨询电话/010 - 63939659

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010 - 63939781/9782

重庆公司/023 - 65382816/2908

北京分公司/010 - 62534456

西安分公司/029 - 85388843

上海公司/021 - 62071010/1636

深圳公司/0755 - 83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 2252 - 9

定价:35.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

随着时代的发展,财产权越来越多地以无形财产权的形式体现出来,无形财产权是一种区别于有形财产权的权利,因此不能完全沿用对待有形财产的方式去调整它们。无形财产权包括知识产权但不限于知识产权,因此完全用知识产权的方式去调整它们也是不够的,加之随着人类新的需求,新的生产方式的出现,财产权势必会出现越来越多的表现形式,因此我们需要一个开放的财产权体系,尤其是对无形财产权问题应该有一个不断地深入研究,以适应层出不穷的财产形式。

本书作者赵宇霆是我指导的博士研究生,我虽为其老师,其实亦师亦友,时常一起散步,一起讨论一些问题。对该生我比较了解,他的法学基础较好,学习刻苦,为人诚恳,性格坚忍,是一个可以做学问的人。其博士论文在于探索无形财产权的基本理论问题,本书即是在其博士论文的基础上修改而成。全书的结构如下:

首先通过三条路径达到对财产权的一般性认识:第一条路径,通过对两大法系制度的考查得到一种制度性的认识;第二条路径,通过从动物—孩童—人的一般思维这样一条路径去考查财产的内涵,从而得到财产的几个属性;第三条路径,从理论层面去探索财产的规定性。通过上述三条路径的考查,从而得到了财产的一般要素,最后对财产以及财产权下定义。

然后从财产权这个一般概念演绎到特殊的无形财产权,并对无形财产权的内在本质和规定性、法律关系等理论问题作了深入的分析。

此外,本书还对无形财产权的价值,即主体对无形财产权之需求,以及无形财产权不断变化发展以满足主体的需要两个方面进行了论证;本书将无形

财产权类型化为:无形公共资源权、行政确认创造性成果权、自动生成创造性成果权三种类型;本书还对无形财产权的运行进行了分析。

最后,本书对无形财产权在民法体系中的地位作了安排。

本书有一定的创新点,包括对无形财产权存在的时空维度的分析;对有关知识产权共性的传统观点进行了反思,如无形性、专有性、时间性、地域性等特征在作者看来并非是所有知识产权的特征,更不是无形财产权的共性;商号权、商誉权、信用权、形象权等权利不属于财产权,而属于人身权的范畴。

该书最重要的亮点在于对无形财产权进行了三种类型化的设定,并试图寻找它们相互之间的区别和联系;无形公共资源权的产生需要国家授权;而行政确认创造性成果权的产生一般需要行政权力确认才能产生;自动生成创造性成果权从民事主体通过劳动创造出成果之后即自动生成,无须行政权力的介入。这是一种开放式的分类方法,通过这种划分可以穷尽现有的无形财产权,也能适应未来出现的新型的无形财产权形式;这种分类能够体现出同类别的无形财产权的共性,在实践上能够为不同的无形财产权进行统一的法律保护提供一种可借鉴的思路,在学术理论上也是一种研究无形财产权的新思路。

不过,由于无形财产权的表现形态、现实制度差异都很大,本书作者未能归纳出一个适用于所有无形财产权的共同规则出来,还望作者在这方面继续努力。

马俊驹

2011年3月14日

目 录

第一章 引言	(1)
第一节 问题之缘起	(1)
一、无形财产之出现	(2)
二、无形财产之冲击	(4)
第二节 相关问题的文献综述	(7)
一、有关财产权的解释	(7)
二、从财产权演绎到无形财产权	(11)
三、无形财产权的价值	(12)
四、无形财产权的分类	(13)
五、无形财产权在民法典中的安排问题	(16)
第三节 本书的基本思路与研究方法	(18)
一、基本思路	(18)
二、研究方法	(19)
三、涉足的领域以及问题之解决	(19)
第二章 财产权的制度考量与逻辑推导	(20)
第一节 逻辑思维的两形式——归纳和演绎	(20)
第二节 财产权之观念与制度	(22)
一、大陆法之财产观念与制度	(22)
二、英美法之财产权观念与制度	(24)
第三节 “财产”的质性推导	(29)
一、“财产”的根源	(29)

2 无形财产权理论研究

二、财产的基本规定性	(36)
第四节 财产权的概念	(37)
一、财产权概念的考量	(37)
二、与财产权相关的概念之一——人身权	(45)
三、与财产权相关的概念之二——物权	(47)
四、财产权概念的解析	(54)
第三章 财产权演绎的一种结果——无形财产权	(58)
第一节 财产权之演绎推理	(59)
一、财产权演绎之机理	(59)
二、财产权之自然权利推理	(62)
三、财产权之实证权利推理	(64)
第二节 无形财产权之演绎推理	(65)
一、无形财产权之自然法推理	(66)
二、无形财产权之实在法推理	(68)
第三节 无形财产权之归纳推理	(70)
一、基于利益确认之推理	(71)
二、基于损害禁止之推理	(72)
第四节 无形财产的要害分析	(74)
一、无形财产的客观考量	(75)
二、无形财产的主观考量	(78)
第五节 无形财产权的概念推导	(79)
一、无形财产的语词分析	(79)
二、无形财产权的概念	(83)
第六节 无形财产权的法律关系	(93)
一、无形财产权的主体	(93)
二、无形财产权的客体	(97)
第四章 无形财产权之价值	(100)
第一节 法律价值问题	(100)
一、法律价值的概念	(100)
二、法律价值的现实意义	(102)

第二节 无形财产权价值的主体问题	(105)
一、主体对法律的需求	(105)
二、主体对无形财产权制度的需求	(108)
第三节 无形财产权价值的客体问题	(113)
一、无形财产权的时间维度	(113)
二、无形财产权的空间维度	(116)
三、无形财产权制度之嬗变	(119)
第五章 无形财产权的类型及相关权利分析	(121)
第一节 无形财产权的类型化	(121)
一、无形财产权分类的标准	(121)
二、几种有争议的权利	(126)
第二节 无形公共资源权	(138)
一、无形公共资源权的概念和特征	(139)
二、无形公共资源权的内容	(142)
第三节 行政确认创造性成果权	(145)
一、行政确认创造性成果权的概念与特征	(145)
二、行政确认创造性成果权的类型与内容	(146)
第四节 自动生成创造性成果权	(153)
一、自动生成创造性成果权的概念和特征	(153)
二、自动生成创造性成果权的类型与内容	(154)
第六章 无形财产权之运行	(163)
第一节 无形财产权之产生、流转和消灭	(163)
一、无形财产权之产生	(163)
二、无形财产权之流转	(166)
三、无形财产权之消灭	(168)
第二节 无形财产权行使之限制	(169)
一、作为一般民事权利所受到之限制	(169)
二、无形财产权受限制之表现	(171)
第三节 无形财产权之保护	(176)
一、无形财产权之受损	(176)

二、无形财产权之保护规则	(184)
第七章 无形财产权于法律体系中的地位	(187)
第一节 无形财产权之法律地位	(187)
一、财产权之民事地位	(187)
二、无形财产权之民事地位	(189)
第二节 无形财产权在民法典中的地位	(192)
一、财产权与物权安排	(192)
二、无形财产权与物权安排	(195)
三、无形财产与债权安排	(198)
四、无形财产与知识产权安排	(200)
第三节 无形财产之最终安排	(202)
参考文献	(206)
一、中文著作类	(206)
二、论文类	(211)
三、法律法规类	(213)
四、网络资源类	(214)
五、外文资料类	(214)
后记	(216)

第一章 引言

第一节 问题之缘起

法律是有生命的,因此法律不是不变的事物,而是不断在变化的事物。虽然法律是人制定出来的,但人一旦制定出法律之后,它的运动就有了自身的轨迹,人自身也不能完全限制它的运动了,法律不仅仅是人完全主观的东西,更是对客观的反映,最好的法律就是客观现实本身。所以客观现实发生变化之后就会使法律发生变化,而法律的变化又会影响客观现实的变化,这就是法律与客观之间的关系:大炮射程为 3 海里的时代,各国的领海便为 3 海里,后来航海术精进,便有了 12 海里之法则,人类技艺更加精进,对海底的油气、金属都可以开采了,就又有了大陆架的规则,到现在更有国际海底区域的争夺,海洋法的变化,实在是因为人类科技水平发展所致;航空器出现之后,各国先是在 1944 年缔结了《芝加哥航空公约》确定了空中飞行五项自由权利,后来人类可以飞翔于太空,所以《月球协定》、《外层空间条约》、《关于从外层空间遥感地球的原则》这些规则就出现了;在英国的封建社会,人们普遍信奉宗教,并在死后将其所有的土地捐给教会,而教会占有的土地可免捐税,这样就触犯了君主的利益,所以英王在 13 世纪初颁布法令,规定未经君主和诸侯许可而捐献给教会的土地将被没收。为摆脱这一限制,信托制度应运而生,它用将土地转让给第三者的办法代之以向教会捐献土地,由接受人替教会管理土地,并将土地产生的收益交给教会。

因此我们可以看到,科技的发展和生产方式的变化会导致新的制度产

生,在今天,人类的科技和生产方式都正在发生着翻天覆地变化的时代,作为上层建筑的法律也会随之变化。这种变化首先是从与人们休戚相关的财产制度领域开始,因为新的生产方式带来了新的财产形式,所以财产以及财产的流转方式可能就会有新的变化。在我国逐渐从农业文明向工业文明甚至信息文明转变的时代,导致这种转变的手段,便是新的财产的出现。在我国封建法律体系中,土地等不动产是最重要的财产,而到了工业文明,动产在社会生产中的作用逐渐增强,而现代社会,动产中的无形的知识产权甚至比有形的动产的作用更大。除了知识产权等无形财产之外,还有很多的无形财产,这些新的财产形式越来越重要,同时对他们用原有的规则去调整也越来越困难。因此对无形财产权加以研究是民法学人应有的责任。

一、无形财产之出现

无形财产之出现对我们的法律制度有什么影响呢?能不能用原有的法律制度去调整它呢?早在古罗马时代,查士丁尼在《法学总论》中就提到了不能被触觉到的无形体物,“这些物是由权利组成的,例如遗产继承权、用益权、使用权、用不论何种方式缔结的债权等。遗产继承权、用益权和债权等本身都是无形体的。属于无形体物之类的,有对于城市和乡村不动产所主张的权利,这些权利也被称为地役权。”^{〔1〕}盖尤斯在《法学阶梯》中也谈到:无形物是那些不能触摸的物品,它们体现为某种权利,实际上,继承权、用益权和债权本身都是无形的。对城市土地和乡村土地的权利同样属于无形物,除对有形财产之支配控制权以外,凡权利皆为物。^{〔2〕}债权自古就有,至于票据,按照票据法之规定实施票据行为即可,否则不被承兑或付款,如果说信托权利,^{〔3〕}中世纪英国人创设了之后迅速传递到普通法系国家,及至今天,欧洲大陆法国家也有此法律规定,有的运用得还很不错。^{〔4〕}如此看来,无形财产并非什么新鲜事物,早已有之,所以有很多学者认为,用既有的法律去调整新

〔1〕 [古罗马]查士丁尼:《法学总论》,张企泰译,商务印书馆1989年版,第59页。

〔2〕 黄右昌:《罗马法与现代》(华东政法学院珍藏民国法律名著丛书第二辑),何桂馨点校,中国方正出版社2006年版,第155页。

〔3〕 主要是基于信托凭证而产生的权利,不是指委托人或者信托人的权利。

〔4〕 我国于2001年颁布了《信托法》,由于立法中的缺陷和相关制度的不配套,所以该法的运行不太理想,而德国、法国等大陆国家早就规定了信托制度,在这些国家信托制度的运行较我国为好。

出现的无形财产就可以了。我国是大陆法国家,物权法律制度适应性极强,将物权法适用到无形财产上,就可以把问题解决了。

如果仅仅像查士丁尼或者盖尤斯所说的那样,无形财产仅仅只有票据权利、债权、信托权利,那我们也没有必要去考虑法律的变化,因为相关的制度我们早就有了,而且还在不断地完善之中,但无形财产在今天似乎不仅仅只有票据权利、债权,我们来看以下几个事例:

(1)因工业发展而导致环境破坏严重,世界各国于1992年在巴西里约热内卢缔结了《气候变化框架公约》,后来因这个公约太过原则化,可操作性不强,又重新谈判,又通过一个公约——《京都议定书》,基于此议定书,^[1]各国之间需要控制、减少本国的碳排放量。这样就于每个成员方之间达成了碳排放的标准份额,并且规定了一种独特的贸易制度——如果一国的排放量低于条约规定的标准,则可将剩余额度卖给完不成规定义务的国家,以冲抵后者的减排义务。在发达国家完成二氧化碳排放项目的成本,比在发展中国家高出5至20倍,所以发达国家愿意向发展中国家转移资金、技术,提高他们的能源利用效率和可持续发展能力。这种成员方以及成员方企业之间的碳排放量交易,当然是一种财产,也可以肯定地说,用物权法进行调整很难。成员方之间交易的这种碳排放量,这种额度是有形的还是无形的呢?只能是无形财产。

(2)北京学生李宏晨,是网络游戏“红月”的一个游戏玩家。2003年年初,李宏晨突然发现自己一个账号里的虚拟武器全部不见了,他立即给游戏公司的客户服务部打电话,得知自己的武器被转移到了另一个账号上,他要求客服查封这个ID,但对方告诉他,他无权要求游戏公司这么做,除非有公

[1] 《京都议定书》最初由《气候变化框架公约》的成员于1997年签署,后来向全世界开放,迄今已有除美国外的170多个国家签署,截至2004年,主要工业发达国家的温室气体排放量在1990年的基础上平均减少了3.3%,但世界上最大的温室气体排放国美国的排放量比1990年上升了15.8%。2001年,美国总统布什刚开始第一任期就宣布美国退出《京都议定书》,理由是议定书对美国经济发展带来过重负担。因为美国的碳排放占到了世界的25%。2007年3月,欧盟各成员国领导人一致同意,单方面承诺到2020年将欧盟温室气体排放量在1990年基础上至少减少20%。2008年7月8日,八国集团领导人在八国集团首脑会议上就温室气体长期减排目标达成一致。八国集团领导人在一份声明中说,八国寻求与《联合国气候变化框架公约》其他缔约国共同实现到2050年将全球温室气体排放量减少至少一半的长期目标,并在公约相关谈判中与这些国家讨论并通过这一目标。

安机关的公函。而承德市公安机关和北京公安机关给出的答复都是,虚拟物品无法估价,无法就此立案。后来李宏晨在该游戏中另一个账号的所有装备都被删除,原因是游戏公司认为该账号拥有大量复制装备。李宏晨以游戏运营商侵犯了他的私人财产为由起诉了北京北极冰公司,要求恢复丢失的游戏装备,升级他的游戏角色,给予经济、精神赔偿1万余元。北京市第二中级人民法院一审认为,玩家玩游戏时,获得游戏时间和装备的游戏卡均要用货币购买,所以这些虚拟的“武器装备”是有价值的无形财产。由于运营商没对这些虚拟物品尽到保护义务,所以应恢复李宏晨所丢物品,并赔偿经济损失1560元。除了装备,网络聊天工具QQ、MSN账号,既可以聊天,还可以传送文件,信息,留言。这些账号很多可以在市场上叫卖,尤其是账号位数少的更是可以卖好价钱。但是,在网络游戏出现之初,在深圳法院的判决中,有人在网上利用木马程序盗得QQ账号上万个,并于网上出售,获得6万多元人民币,法院不以盗窃公私财务罪判处,而以破坏计算机网络罪对该盗窃账号进行定罪。这里深圳法院似乎没有承认虚拟财产具有财产的法律属性,这些东西到底是不是财产呢?法律该作何规定呢?

(3)计算机之网络域名,虽然对应的是计算机的地址,但是表现在人们面前的是一个的字母、拼音、数字甚至汉字,这样,有的域名就便于记忆,有的域名具有很重大的意义。而且域名在网络上可以进行交易。中华网在美国纳斯达克上市的时候,其域名“www.china.com”估价就达1亿元。有人注册“www.tianxiaxiu.com”网站,并于该网站叫卖出售香烟,而tianxiaxiu正是“天下秀”的汉语拼音,天下秀香烟是四川什邡卷烟股份公司生产的产品,其“天下秀”商标早在20世纪80年代就已经注册了,该品牌在卷烟中的驰名度很高。那么别人以其汉语拼音注册域名,是否侵犯了什邡卷烟公司的商标权呢?网络域名又是不是财产呢?当然是。并且当属无形财产权之列。

对以上事例中涉及的客体如果仅仅以物权法来调整,在现有法律框架下存在一定的困难,况且随着科技的发展将会有更多的新型无形财产形式出现。

二、无形财产之冲击

吴经熊先生认为:“法学以及法律都是开放的,比如,在19世纪,我们可以笼统地说,是一个倾向于专门化的世纪。各种学科都在分道扬镳地向内进

展。这个风尚当然也影响了法学。”譬如“民法中就会有债权法、物权法、亲属法等专家,债权法中,复分为契约法、侵权行为法种种的专家。这种办法自有他的长处,就是能使一个研究范围当中的细微曲折都描写出来。但是流弊也是不免,第一,注意小处,就会忘记大处。这就叫做舍本逐末;第二,因为各专一科的缘故,他们就往往把界限划得太严格,久而久之,以为这些界限是自然的分界。”“但是在事实上,当然有许多模棱两可,不容严格地归入到那一类的现象;这些事实正是因为不便于分类的缘故,就因为各专家所唾弃了,于是成了一种‘三不管’的怪现象。”^{〔1〕}所以在面对不断涌现的新的财产形式的时候,如果能够用既有的法律制度去规范它,我们就没有必要去建立新的制度体系,法律需要稳定性。不过新的事物出现之后,旧的制度不免会受到冲击,我们也不能就停留在原有的“小处”上面而忘记对大处的变革,至少,对“大处”的思考是必要的,也不能对学科划分得太过严格,新生事物本身就是对旧体系的破坏。无形财产的出现对我们的影响很大:

(一)对现实生活的冲击

无形财产带来的冲击很大,传统的无形财产——知识产权的作用自不必多言。在知识经济的时代下,有形财产权的地位逐渐逊位于知识产权,比如日本国土狭小,然国力可列世界第二,究其原因,当然是其科技的发达,科技的东西在法律上的重要体现就是知识产权。

马克思说,资本主义在不到 100 年的时间里创造出的生产力比过去一切世代还要大。这其实是因为知识产权制度起了很大的作用。在现代,新型无形财产权的出现同样对社会的冲击很大,中国网民为世界之最,在城市里,年轻人中间,网上交流已经占有很大的比重,人与人之间面对面的交流越来越少,即使同住一层楼,甚至就隔壁,可能住上几年之后也不会说上一句话,反而在网上的沟通很多。今天,通过网上 QQ 结婚的已不鲜见。QQ、MSN 等网络即时聊天工具正在改变着人们传统的生活方式;包括网络银行在内的网上交易每年以 50% 以上的速度在递增,而网上交易中一个很重要的前提就是网络的账户和密码,这些账户和密码就是一种无形财产。由于网络交易的出现,人与人直接面对面的交易减少了,交易成本也降低了;至于虚拟财产带来

〔1〕 吴经熊:《法律哲学研究》,清华大学出版社 2005 年版,第 192 页。

的收益则更是如此,网络游戏作为一种新的游戏方式,甚至一种产业,也是以每年 70% 的速度在增长着。至于随着社会的发展,新的社会公共资源会不断出现,那么就面临着对这些东西的分配问题,这些财产当然在社会生活中是越来越重要的。

(二)对法律的冲击

前面所说的新型的无形财产,显然很多都是因为法律的规定才能够成为现实的财产,这些财产如果法律没有直接规定予以保护,那仅仅只能算是一种实然状态,这种状态可能会基于很多事实被改变。法律对新出现的事物可以采取积极调整或者消极调整的两种态度,积极调整又可以采取新的立法方式去应对,也可以对现有法律规定进行扩大解释的方法或者扩大适用范围的方法去调整,而消极的调整则是当社会出现不可调和的矛盾的时候,立法者被动地去调整这些矛盾。

现有的无形财产权有很多种类,有的法律早已调整得很充分,比如知识产权,而有的法律规定却很模糊,比如无形公共资源权、信息、网络域名、虚拟财产等,这些财产权应纳入到哪一类呢?如果发生冲突和纠纷应按照什么规则加以解决呢?我国现有法律有一些规定,但这些规定却是很片面的,这些财产到底属于什么性质的财产,应该如何救济等问题却没有系统的规定。未来出现了新形式的财产法律能不能直接给予保护,这里有一个很关键的问题是,财产到底是什么?确定了财产权的范围之后,才能确定某种财产的归属,市场的运行才能有效率,所以财产权利的归属是市场交易的前提。而要确定财产权的归属,就需要法律去明确权利的属性、权利的行使等问题。

面对日益出现的新型财产,欧洲大陆法国家有的采取了将物权法之“物”扩大的方法,有的采取了取消“物”,而代之以“财产”的方法。我们面对新技术条件下的非物质化财产,能否仅仅以物权法中的物来替代呢?物权法所调整的东西,乃有形之物质,即便光、电、声等为无固定形态,但于物理意义上有存在,就可以用物权法去规制,而无形财产不同于这些物,不能完全以有形物之方法来调整,所以这就是本书写作的缘由。

第二节 相关问题的文献综述

写作之前,笔者先对有关无形财产权进行研究的既有文献进行梳理与综述,以求对自己有所帮助。以下分成五个部分来回顾既有文献并加以评析。

一、有关财产权的解释

对于这个问题的论述国内外非常之多:洛克认为,财产权的核心在劳动,是劳动将公共所有之物同私有之物分离开来,由此确定了财产权;^[1]洛克将财产的要害与劳动相挂钩,通过劳动主体与财产就联系在一起;科斯三定律确定了财产权权属的界定是市场有效运行的前提;^[2]A. 爱伦·斯密德认为,财产是社会关系的产物,一个东西是否为财产具有很大的社会属性;^[3]斯蒂芬·芒泽认为:财产归属的理论依据,是作为财产的主体将其意志“映射”到作为客体的财产中去;罗伯特·考特和托马斯·尤伦认为,财产是一组权力,这些权力规定了人们的行为;^[4]路易斯·亨金认为财产只能在特定的政治经济制度中才能确定,是历史的产物;^[5]英国学者劳森和拉登在其著作《财产法》中指出:财产法调整人们之间因物而产生的法律关系;^[6]江平认为:财产权是民事权利体系中的基本类别,它是“以财产为标的,以经济利益为内容的权利”。^[7]

洛克对财产的观点是今天研究财产权的起点,其最合理的内核在于,将劳动与财产挂钩,财产是人类劳动的结果,这样财产就具有人的主体意志,这

〔1〕 [英]洛克:《政府论》(下),叶启芳、瞿菊农译,商务印书馆1983年版,第18~33页。

〔2〕 程思富、胡乐明:《新制度经济学》,经济日报出版社2005年版,第50~54页。

〔3〕 [美]A. 爱伦·斯密德:《财产·权利和公共选择——对法和经济学的进一步思考》,黄祖辉、蒋文华、郭爱红、宝贡敏译,上海三联书店、上海人民出版社2006年版,第36~39页。

〔4〕 [美]罗伯特·考特、托马斯·尤伦:《法和经济学》,张军等译,上海三联书店、上海人民出版社1996年版,第125页。

〔5〕 [美]路易斯·亨金:《宪政与权利》,强世功译,生活·读书·新知三联书店1996年版,第154页。

〔6〕 [英]F. H. 劳森、B. 拉登:《财产法》,施天涛等译,中国大百科全书出版社1998年版,第19页。

〔7〕 江平:《民法学》,中国政法大学出版社1999年版,第82页。

种主体意志以劳动的形式表现出来,找到了问题的本质,但是财产的背后不仅仅是劳动,还有很多重要的因素,比如社会性等,洛克没有能往前走,这是其不足;科斯定理对于财产主要是在于考虑其运行,也就是财产交易的效率,他找到交易之前的财产权主体的确定,对财产权利的界定是交易的前提。这要求政府或者市场首先要确定权利界限,这对于财产的流转起着非常巨大的作用,不过科斯仅仅考虑到了首先要确认权利主体,但是没有从更深层次的角度去考察问题,也就是财产的本质,科斯三定律都有其重要的意义,但是界定产权首先要做的事情是确定什么是财产,什么是权利;斯密德找到了财产所反映的最根本的问题,是一种社会关系,这是其值得肯定的地方,财产就是社会关系的反映,但是财产本身是什么他却没有去考虑;斯蒂芬·芒泽同样考察的是财产与主体之间的关系,这种关系是主体意志“映射”到财产上,从而作为客体的财产具有了主体意志,因此能够与其他的财产相区别开来,从主客体关系考察财产的归属,是黑格尔主体意志运行的翻版,同样也仅仅局限于考察主体取得或控制其财产的理由,也没有去考察财产的本质;罗伯特·考特和托马斯·尤伦既考察了财产所代表的社会关系,财产权属于一种社会性的东西,需全部社会人认可,大家对其有共同的价值观,又考察了产生财产权的依据,是因为人的某种因素使得该财产与某个特定的主体相联系,从而该财产应归属于某人控制或攫取;最后财产的初始界定是一个社会是否存在效率的前提和基础,其实这和科斯的理论是一样的。同时,从哲学的角度,考量财产的正义性或非正义性的时候,他们还认为:财产是实现基本价值的工具。^{〔1〕}考特和尤伦找到了财产的本质所在,财产是一组权利,这些权利是主体对资源的行为,这是非常值得肯定的,不过财产除了权利之外恐怕还有其他的东西,而且为何权利就是财产,财产的本质在哪里,挖掘似乎还是不够深入;亨金找到了财产最本质的属性,就是社会最基本的政治经济制度,但是这仍然没有说什么是财产。江平找到了财产的本质,以经济利益为内容,这是江平值得肯定的地方,财产就是讲经济利益,而非人身利益,民法最基本的利益分配机制就是将人身利益与经济利益相分离,所以财产的内容就是经

〔1〕〔美〕罗伯特·考特、托马斯·尤伦:《法和经济学》,张军等译,上海三联书店、上海人民出版社1996年版,第160页。