



FAXUE BOSHI WENKU

[法学·民法学]

# 财产权的概念

——从契约的视角分析

CAICHANQUAN DE GAINIAN

——CONG QIYUE DE SHIJIAO FENXI

赵廉慧 著

知识产权出版社

D913.04  
Z312



FAXUE BOSHI WENKU  
〔法学·民法学〕

# 财产权的概念

——从契约的视角分析

CAICHANQUAN DE GAINIAN

— CONG QIYUE DE JIAODU FENXI

赵廉慧 著

知识产权出版社

## 图书在版编目 (CIP) 数据

财产权的概念：从契约的视角分析/赵廉慧著. —北京：知识  
产权出版社，2005. 7

ISBN 7-80198-339-4

I. 财… II. 赵… III. 产权—研究—中国 IV. D923.24

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 089469 号

## 内容提要

本书是在作者的博士毕业论文的基础上加工改编而成。本书为契约作为分析财产权的起点和工具，研究财产权的构成要素和运行机制，关注在传统物权与债权二元划分的法律概念体系中存在的大量中间状态，试图建立一种更精细的财产权划分尺度，尝试对曾经被认为不言自明的财产权原理进行合理化论证。本书对正在进行的物权立法提供了有益参考。

本书可供政法院校师生使用，也可供法学研究人员及相关从业人员参考使用。

## 财产权的概念

——从契约的视角分析

赵廉慧著

责任编辑：彭小华

责任校对：赵 鸥

装帧设计：SUN 工作室

责任出版：杨宝林

---

出版发行：知识产权出版社

社 址：	北京市海淀区马甸南村 1 号	邮 编：	100088
网 址：	<a href="http://www.cnipr.com">http://www.cnipr.com</a>	邮 箱：	BJB@cnipr.com
电 话：	010-82000893 82000860 转 8101	真 真：	010-82000893
印 刷：	北京白帆印务有限公司	经 销：	新华书店及相关销售网点
开 本：	880mm×1230mm 1/32	印 张：	9.625
版 次：	2005 年 9 月第一版	印 次：	2005 年 9 月第一次印刷
字 数：	250 千字	定 价：	24.00 元

ISBN 7-80198-339-4/D·360

---

如有印装质量问题，本社负责调换。

## 内容提要

本书在作者的博士学位论文的基础上加工改编而成。传统的财产权著作基本上是以所有权（物权）为论证的起点，对英美法虽然有个别概念和制度的引进和介绍，但是少有从原理上、机制上进行探讨。本书是试图从这种理论氛围中突围、寻找研究财产法问题的新视野的一个尝试。本书中虽然参考了不少的英美法文献，但是不以介绍和引进某个具体的制度为目的，而是试图发现财产法中共通的一些原理，对财产权基本制度进行更深入的合法性论证。

本书除了导论和结语，共分四部分。

### 第一章 对财产权进行概念分析

第一节 论证英美法和罗马法的联系。二者的相似之处在于，二者都注重现实，注重特殊之点，而不喜欢抽象的观念。罗马法上的物权相当于大陆法系上广义的财产权的概念。

第二节 本节通过对英美法相关概念的比较分析，来澄清财产权的基本概念。这里主要考察了财产权的一般概念、实产和属人财产（Real Property v. Personal Property）的关系、财产权的划分与救济的关系、财产权和地产的关系、法定财产权和衡平法财产权（Legal Property v. Equitable Property）的关系、财产权与所有权的关系等。

第三节 观察对人权和对物权的划分对形成财产权机制的作用。我们从对物权和对人权两种形成权利的机制入手分析，更好地理解法律体系是如何根据不同的情形采取不同的权利和义务结构的，从而整理财产权的内部划分，试图打破债权——物权二元划分所带来的思维定势。



我们首先整理了对物权和对人权的概念。然后分析了对人权和对物权的特征，归纳出不同的主体数量因素对权利划分所产生的影响。再次，探讨了对人权和对物权的机制在控制信息成本上面采取的不同策略：对人权的策略可以称作“决定谁有权使用资源的治理策略（governance strategy）”；对物权的策略可以被称作“决定谁有权使用资源的排除策略（exclusion strategy）”。最后考察了不同权利模式的相关法律规则。

### 第二章 财产权结构的要素分析——兼论财产权的分割理论

分析财产权结构中人的因素和物的因素。财产权因人的因素和物的因素的不同，形成绝非债权和物权的二元划分就能够简单描述的内部划分。这些财产权的内部划分在价值化的标准下获得了统一性。

#### 第一节 财产权中物的因素（财产权的客体）。

第一种是实体意义上的物，它是狭义的财产权、特别是德国法意义上物权的客体。通过对物权客体的考察，发现物权所采取的机制具有以下几个特征：（1）物质意义上的物确定着权利的物理边界；（2）其主要的保护手段是保护物本身的占有；（3）物本身在权利价值的形成中有着重要的意义；（4）物权在不可以替代的物上体现得更为充分。（5）物本身的权利担保作用一旦丧失，至少可以说该物权已经偏离了其标准形态。第二种是法律意义上的物，包括：债、知识产品和商誉、票据等。本节初步建立了依客体特点确定权利类型的推理逻辑。

第二节 财产权结构中人的因素（财产权的主体）。首先介绍财产权分割理论以及英美国家防止财产权过分分割的机制，然后引入主体对客体关系的模式。认为：单数主体能够建立典型的狭义财产权概念——个人财产权。而国家所有权、集体所有权以及共有等实际上是对典型的个人所有权概念的异化；合同债权、他物权、股权、信托、继承权等都是为了实现所有权而进行的权

利结构安排。

第三节 建立在价值化上的统一的财产权观念。首先介绍财产价值化的一般理论——定价理论。这里试图表达的观念是：财产权是在不断的形成过程之中，财产权的价值需要不断地经过发现。立法、当事人、法院、市场等多元主体参与到这个过程中。定价的问题引发出分权问题和权利合法化论证问题。其次讨论价值的来源和价值化的意义。财产权价值化有助于形成统一的标准，使人们共同参与到同一个社会过程中来。再次是分别讨论物权和债权的本身的特点和价值化。又分别讨论了债权和物权价值化的优点和缺点。最后认为：价值化一方面使物权和债权统一起来，另一方面使债权和物权都在不同的程度上与其传统的形象和特质背离，逐渐消解二者之间的严格的界限。结论：财产权（法律关系）是一种以人、物、价值为基本构成要素的结构。

### 第三章 财产权的规则分析

第一节 我们叙述了财产权规则在宪法、物权法、债法、公司法、救济法中的体现，建立起一个统一的广义上的财产权规则体系。

第二节 对物权法定观念进行重新审视，讨论狭义财产权之可约定性。我们首先论证了物权法定并不仅仅存在于大陆法系。然后列举物权法定原则的功能，作者基本上同意英美法国家学者的认识，即（1）防止对财产权的过分分割；（2）通过把权利标准化来减少信息成本。在本节的最后，重点把物权法定问题转化为狭义财产权的可约定性，然后分别从狭义的财产法（特别是物权法）领域、公司法领域、信托和其他法律领域进行论证。得出结论：物权法定的问题在大多数的情况下都可以转化为一个合同的效力问题。

第三节 从强制性规范和授权性规范的二元对立看合同法规范的强制性。本节首先讨论国家干预合同法的三点理由，然后从

(1) 合同的成立和生效；(2) 从约定排除性规范的不同性质看合同规范复杂的分层。最后总结了合同法中的强制性规范类型。

第四节 财产法中强制性和授权性规范的平衡——关于司法的角色。本节首先讨论规范本身的作用和局限以及司法与立法角色的对比。大致支持这样的观点，在某些情况下，判例法法律规则 (judge-made rules) 有利于促进效率；而立法机关制定的规则 (rules made by legislatures) 却会导致效率降低。司法在立法、当事人的自由约定以及市场机制不擅长发挥作用的领域起作用。一定的司法主动是契约自由的必要补充。

#### 第四章 财产权的救济分析——英美合同法的视角

第一节 分析财产权和救济的关系，并认为，救济是内在于权利的，救济对于财产权的形成产生重要的作用。

第二节 介绍英美合同法上的救济。主要是把救济抽象为两大类型：(1) 损害赔偿。它是一种金钱化或者价值化的救济方式。损害赔偿的救济有时被精心裁剪，以达到与实际履行相类似的目的。(2) 实际履行。英美法适用实际履行需要考虑的诸多因素。

第三节 引入美国学者对不同权利的不同救济理念，指出损害赔偿的救济大致相当于责任法规则的救济，实际履行大致相当于财产法规则的救济。效率违约的观念把损害赔偿的救济理念推向极致，它实质上是赋予了违约方一个选择权而不是赋予非违约方选择权；而且关键的是，这忽视了合同当事人对于合同所抱有的主观目的，由法院的“中立”和“客观”的事后判断代替了当事人的判断，这不符合尊重财产权的法律理念。

第四节 通过对合同救济看财产权的分层。作者先考察救济对财产权分层的影响：(1) 英美普通法对违约所提供的首要救济是损害赔偿。当然，损害赔偿被精心裁剪，同样达到实际履行救济所欲实现的目的。(2) 衡平法的救济，法官通过运用公平和正



义观念，保障当事人通过合同所设定的权利的目的得以实现，从而创设了一种类似对物权性质的权利。然后通过分析虚拟案例，尝试适用本书的观念。

结语：对本书进行总结，得出财产权概念的基本特征。

关键词：财产权 契约 对物权 对人权 救济



# **The Concept of Property Right**

## **—An Contractarian Perspective**

### **Abstract**

#### **Part one: Concept of property right.**

(1) The connection between common law and Roman law. Both of them don't like abstract conception and focus on the reality and use discretions to deal with newly emerged problems.

(2) By comparing real property/personal property, property/remedies, property/estate, legal Property/equitable property and property/ownership, I define the concepts of property right.

(3) By better understanding in rem right and in personam right, I try to weaken the distinction between "right of things" and "obligation". I clarify the concepts of right in rem/right in personam, and then analyze the characteristics of them. I agree that numerosity and identity of subjects can be important variables to constitute a property right, and in rem right / in personam right use different strategy to control information costs.

#### **Part Two: Factors in property structure.**

(1) Objects of property right.

The first class of objects are physical things, they are objects of in rem property rights (esp. "Rights of things" in German law). Rights of things have 5 features: (A) physical things define the scope of property rights; (B) its primary method is to protect the possession of right-holder. ; (C) The thing itself play an important role in deciding the value of the right; (D) the ob-

jects of it are mainly unique things; (E) once lose the possessory security of thing itself, "right of thing" divert from its paradigm. The second class of objects are legal things, such as debts, intellectual property, goodwill and negotiable instruments. Here I establish the logic of defining property by its objects.

(2) Subjects of property right.

I introduce the fragmentation theory and the devices used to prevent the excessive fragmentation of property. then I set up a subject-object pattern, and generalize that; individual property is the paradigm of property. state ownership, collective ownership and co-ownership are diverting from the "pure" property right; contract, iura in re aliena, corporation, trusts, heritage rights are all property structures designed by individuals to accumulate more wealth. Property right is a structure.

(3) Property right is not a being, it is a becoming, multiple players-legislature, individuals, courts, the market mechanism participate in the process of defining property value. I try to device the significance of valuation of property right. On one hand, valuation provides a unitary standard to property, by meeting this standard, every one participates in the social process of production. On the other hand, it weakens the distinction between "right of things" and "obligation", "right of things" are no longer the typical rights in rem, contractual rights are no longer the typical rights in personam.

**Part Three: Property Rules**

(1) Property rules exist in constitutional law, law of things, obligation law, corporate law and law of remedies. Thus I form a unitary property rules system.

(2) Reconsidering of "Numerus Clausus Principles". Here I

discuss the contractarian nature of property rules. I first present that “Numerus Clausus Principles” exists not only in continental law countries. Then I tentatively agree that it serves functions of policing against excessive fragmentation and of abating information costs by standardization. I change the topic of “Numerus Clausus Principles’ function” into the contractarian nature of property rules. I try to get proofs in the areas of law of things, corporate law and trusts law.

(3) We probe in the mandatory aspect of contract rules. There three reasons that the “freedom of contract” principle could be interfered. Also, there are different default rules in the contract law, these different rules show different kinds of state’s interference. A summary of different types of mandatory rules in contract law is given.

(4) Mandatory/enabling balance in property law: the court’s role. I discuss the limitations of legal norms (rules). under some circumstances, judge—made rules are efficient; while rules made by legislatures are inefficient. Positive judicial interference is necessary supplementation to freedom of contract.

#### **Part Four: Remedies to property**

(1) The relationship between property and remedy.

(2) A brief introduction to remedies in Anglo-American contract law: (A) Damages. If the remedy in damages at law is adequate, there is no point in considering the equitable remedies. (B) Specific Performance.

(3) We use the analytical devices—property rules and liability rules—to develop a new remedial theory. Damages are just like liability rules, specific performance like property rules. Efficient breach theory is a fallacy, it ignore the subjective judgment held

by the non-breached party. In most cases, the court should grant the non-breached party option instead of the breached.

(4) Remedies define property right. (A) Legal remedy to breaching of contract is damages. But damages could be tailored to protect in rem-like property. (B) Equitable remedies have enormous effects on property right. Equity is usually prepared to treat a contractual right relating property not only as a right in personam entitling one person to a performance from another person in respect of that property, but as a right in rem analogous to ownership of the property. I use some hypothetical cases to illustrate our theory.

**Last part:** conclusion.

**Key word:** Property Contract Remedies Rights in rem  
Rights in personam

# 目 录

导言 财产权的契约视角	(1)
一、本书的主题和脉络	(1)
二、契约的视角	(3)
三、本书秉承的思维方法——在平衡理念下求同存疑	(7)
四、政治观念和经济学理论对财产权概念的影响	(10)
第一章 财产权的概念分析	(19)
第一节 罗马法中财产权概念的影响	(19)
第二节 英美法中财产(权)的概念	(20)
一、一般概念	(20)
二、实产和属人财产	(21)
三、财产权的划分与救济	(25)
四、财产权和地产	(27)
五、法定财产权和衡平法财产权	(28)
六、财产权与所有权	(30)
第三节 非二元对立的财产权概念——从对人权和对物权的机制观察	(32)
一、对物权和对人权的概念	(32)
二、对人权和对物权的特征	(43)
三、对人权和对物权的机制	(50)
四、不同权利模式的相关法律规则	(54)
本章小结	(59)
第二章 财产权结构的要素分析——兼论财产权的分割理论	(60)
第一节 财产权中物的因素	(60)
一、概述——财产权和财产的关系	(60)
二、实体意义上的物(财产)	(63)
三、法律意义上的物(财产)	(65)



第二节 财产权结构中人的因素——财产权的分割理论	(71)
一、“公地的悲剧”和财产权分割理论	(71)
二、防止过分分割的机制——英美国家的例子	(73)
三、财产权分割理论的发展和运用	(77)
第三节 建立在价值化上的统一的财产权观念	(87)
一、财产权价值化的一般理论——定价理论	(87)
二、债权的特点和价值化	(97)
三、物权的特点和价值化(财产化)	(109)
四、价值化的优点和缺点	(122)
五、债权和物权区分的相对性的初步论证	(129)
本章小结	(137)
<b>第三章 财产权的规则分析</b>	(141)
第一节 财产法(权)规则的渊源	(141)
一、宪法中的财产法规则	(142)
二、物权法和合同法中的财产法规则	(146)
三、救济法中的财产法规则	(149)
四、公司法中的财产法规则	(151)
五、其他的财产法规则	(152)
第二节 狭义财产权之可约定性——物权法定观念的重新审视	(152)
一、物权法定原则及其在各国立法中的体现	(154)
二、物权法定原则的功能	(156)
三、否定物权法定的观点	(163)
四、狭义财产权的可约定性问题——物权法定问题的转化命题	(166)
五、对物权法定原则的新解释	(183)
六、财产权设计和法律规避	(184)
第三节 合同法中的强制性——从强制性规范和授权性规范的二元对立看合同法的规范功能	(185)
一、国家干预合同(管制)的必要性	(185)
二、合同效力的分层——从约定排除性规范的不同性质看	(192)
三、合同法中的强制性规范	(203)



四、本节小结 .....	(208)
第四节 财产法中强制性和授权性规范的平衡——关于司法的角色 .....	(209)
一、司法取得剩余权力的必要性——也谈规范本身的作用和局限 .....	(209)
二、司法的角色——与立法的角色相对比 .....	(212)
三、司法发挥功能的领域 .....	(213)
本章小结 .....	(214)
<b>第四章 财产权的救济分析——英美合同法的视角 .....</b>	<b>(216)</b>
第一节 财产权和救济 .....	(216)
一、权利和救济的关系 .....	(216)
二、民事救济和法院的功能 .....	(217)
三、法官造法、判例和授权(分权) .....	(218)
四、法院在事后进行定价的必要性 .....	(221)
五、事前的观点和法院的有限主动性 .....	(222)
六、通过救济产生的民事权利的具体性 .....	(223)
第二节 英美合同法上的救济 .....	(224)
一、损害赔偿 .....	(224)
二、实际履行 .....	(229)
第三节 效率违约和合同的救济 .....	(239)
一、问题的提出 .....	(239)
二、违约救济的视角下的财产权观念 .....	(240)
三、两种救济方式和选择权 .....	(247)
四、效率违约的不足 .....	(249)
五、本节小结——多种选择权组合的救济 .....	(254)
第四节 通过对合同救济看财产权的分层——实例分析 .....	(256)
一、救济对财产权分层的影响 .....	(256)
二、财产权分层之案例分析——本书观点的一个初步应用 .....	(258)
本章小结 .....	(272)
<b>结论 .....</b>	<b>(273)</b>
<b>参考文献 .....</b>	<b>(277)</b>

## 导言 财产权的契约视角

### 一、本书的主题和脉络

坚信真理是对称的、简洁的、符合某种审美原则的观念流传已久，数学中某些函数图像所具有的对称和美感更加强了我们的这种观念。但是这并非真的，否则就不会需要如此众多的神职人员来解释上帝那并非不言自明的福音。财产权概念的内涵同样也并不像我们所想像的那样和谐和对称。

传统上，我们把广义的财产权概念看作是建立在物权与债权二元划分的基础之上的。民法的概念中有不少二元划分的例子，比如：人身权和财产权，物权和债权，相对权和绝对权，等等。这种划分本身可能并没有什么对或者错的问题，对概念进行二元划分，是人们根据自身的思维习惯所进行的体系化努力的一部分。这里我们要强调的是，二元划分及其相应的二元思维掩盖了大量的中间状态概念的存在。由于无法对这些中间状态的法律权利进行明确的定性，容易滋生纠纷。具体到广义上的财产权领域，一旦出现新的财产权类型或者财产权结构，我们会习惯性地按照大陆法系的概念体系去论证它应该属于物权还是属于债权。在大多数的情况下，这种分类和论证方法不会出现问题，但是应当注意，某种特定的权利或者权利结构是不能被理所应当归类到物权与债权二元划分的模式之中的。笼统地说它们是一种处于物权和债权之间的权利虽正确，如果不能明确其在机制上和效果上的区别，在现实中是没有多大用处的。我们应该深化对不同权利类型的机制和功能认识。

本书的主题是：在广义的财产权的框架内，以契约作为分析





财产权的起点和工具，研究财产权的构成要素和运行机制，关注二元划分的法律概念体系中存在的大量的中间状态，消解债权与物权之间的截然界线，试图建立一种更精细的财产权划分尺度，并尝试对曾经被认为是不言自明的财产权原理进行合理化论证。

本书采取这样的结构：

第一章对英美法广义的财产权概念进行梳理，主张财产权是人与人基于社会资源（简称为“物”）的使用收益等而形成的法律关系。人与人基于物而形成的关系可以被归纳为对人关系和对物关系两种模式，法律就此建立针对对人权和对物权的不同的法律规则。纯粹的对人权和纯粹的对物权处于财产权体系的两端，只以理念的方式存在，因权利结构中主体的数量、主体确定性等变量<sup>●</sup>的不同，几乎所有现实的财产权形态都是纯粹对人权和对物权的偏离。

第二章主要讨论了物的因素、人的因素和价值因素对于财产权形态的影响，并在价值化的基础上建立统一的财产权概念。我们试图对传统上被归结到“法律关系的主体和客体”标题下的话题进行新的分析，并从价值化的角度看物权与债权之间分界的模糊化。

第三章从法律规则的角度来研究财产权的内部分层问题。笔者首先大致列举出广义的财产权规则体系，然后，在一直被认为充满强制性规则的物权法领域内，论证狭义财产法规则的可约定性；在一直被视为任意性的合同法领域，考察财产法规则的强制性，并探讨可约定规则中存在的强制性因素，使强制性规则和授权性规则之间的界线模糊化，指出规则分层的多样性，并强调：应当尊重当事人一定的设计财产结构的自由，允许其进行合理化论证，并保留和扩大法院在认定当事人财产权结构创新方面的最终裁量权。

● 另外，财产权结构中还有物的因素、时间的因素等变量。