

学校编码：10384

分类号_____密级_____

学号：200308055

UDC_____

厦 门 大 学

硕 士 学 位 论 文

财 产 权 之 保 障 规 则

——以财产规则、责任规则与不可转让规则为中心

Rules of Protection of Entitlements

——Focusing on Property Rules, Liability

Rules and Inalienability Rules

田 甜

指导教师姓名： 徐国栋 教授

专业名称： 民 商 法 学

论文提交日期： 2006 年 4 月

论文答辩时间： 2006 年 月

学位授予日期： 2006 年 月

答辩委员会主席：_____

评 阅 人：_____

2006 年 4 月

厦门大学学位论文原创性声明

兹提交的学位论文，是本人在导师指导下独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考的其他个人或集体的研究成果，均在文中以明确方式标明。本人依法享有和承担由此论文产生的权利和责任。

声明人（签名）：

年 月 日

厦门大学学位论文著作权使用声明

本人完全了解厦门大学有关保留、使用学位论文的规定。厦门大学有权保留并向国家主管部门或其指定机构送交论文的纸质版和电子版，有权将学位论文用于非赢利目的的少量复制并允许论文进入学校图书馆被查阅，有权将学位论文的内容编入有关数据库进行检索，有权将学位论文的标题和摘要汇编出版。保密的学位论文在解密后适用本规定。

本学位论文属于

- 1、保密（ ），在 年解密后适用本授权书。
- 2、不保密（ ）

（请在以上相应括号内打“√”）

作者签名： 日期： 年 月 日

导师签名： 日期： 年 月 日

内容摘要

本文运用法律的经济分析、比较分析等研究方法，探讨财产权的归属及其保障。在对 GUIDO CALABRESI 和 A. DOUGLAS MELAMED 提出的财产规则、责任规则与不可转让规则进行介绍的基础上，比较其与我国相关法律制度的区别，并联系我国法律和社会实际，探讨了此三种规则对我国具体法律制度的借鉴。

本文分为前言、正文和结语三个部分。其中正文部分分为四章。

第一章是关于财产权之保障规则的提出。本章在对法经济学上的财产权进行界定以及财产权冲突的原因进行分析的基础上，阐述财产权归属之判定规则以及财产权之保障规则。

第二章探讨了财产权之保障规则的选择适用。本章罗列了财产权保障规则下权利配置的六种方案，并在就财产规则与责任规则之选择适用的学说进行梳理的基础上，表明了作者自己的立场。同样地也对不可转让规则的适用原则进行了论述。

第三章对财产权之保障规则作比较法上的研究。分别论述了财产规则与物上请求权、责任规则与损害赔偿请求权的区别，并阐述了财产规则、责任规则的意义。

第四章探讨了财产权之保障规则对我国具体法律制度的借鉴。分别从政府征收征用、著作权的保护、紧急避险、卖身救贫等方面探讨了财产权之保障规则的适用可能以及如何选择适用的问题。

关键词：财产规则；责任规则；不可转让规则

ABSTRACT

By economical and comparative analysis methods, this dissertation makes a study on the issues that whom to entitle and how to protect their entitlements. Basing on the introduction of property rules, liability rules and inalienability rules proposed by Guido Calabresi and A. Douglas Melamed, this dissertation compares these rules with some related legal systems in China. And it also focuses on the legal and social practice, and explores the use for reference of the rules of protection of entitlements to China in the end.

This dissertation proceeds as follows: introduction, text and conclusion. As for the text, it consists of four chapters.

Chapter one is about the arising of rules of protection of entitlements. Basing on the definition of entitlements in law economics and on the analysis of the reason of the conflict of entitlements, it sets forth the rules of deciding whom to entitle and the rules of protection of entitlements.

Chapter two discusses the choice among the rules of protection of entitlements. It sets out six schemes for allocation of rights under the rules of protection of entitlements. And on reviewing the various doctrines as to the choice among the rules, it outlines the author's standpoint. In the same way, It discusses the application principles of inalienability rules.

Chapter three makes a study on the rules of protection of entitlements under comparative analysis. It expatiates on the differences between property rule and right of real claim, and between liability rule and claim for damages, and further discusses the meanings of property rules and liability rules.

Chapter four is about the use for reference of rules of protection of entitlements. It discusses the possibility of applying the rules of protection of entitlements in China from four aspects, namely the eminent domain, the protection of copyright, necessity and prostitution for poor relief.

Key Words: Property Rules; Liability Rules; Inalienability Rules

厦门大学博硕士论文摘要库

目 录

前 言	1
第一章 财产权之保障规则的提出	2
第一节 财产权冲突的法经济学思考	2
一、法经济学上的财产权	2
二、财产权冲突的原因	3
第二节 财产权归属之判定——法律的第一重判断	4
一、问题的相互性	4
二、科斯定理	5
三、财产权归属之判定规则	6
第三节 财产权之保障方式——法律的第二重判断	8
一、财产规则与责任规则	8
二、不可转让规则	10
第二章 财产权之保障规则的选择适用	13
第一节 权利配置的六种方案	13
第二节 财产规则与责任规则的适用原则	15
一、C&M的观点	15
二、学者们的讨论	16
三、笔者的立场	20
第三节 不可转让规则的适用原则	21
第三章 比较法上的研究	24
一、财产规则与物上请求权的区别	24
二、责任规则与损害赔偿请求权的区别	25
三、小结	26
第四章 财产权之保障规则对我国具体法律制度的借鉴	28
第一节 政府征收、征用	28

第二节 著作权的保护.....	34
第三节 紧急避险.....	37
第四节 卖身救贫.....	40
结 语.....	43
参考文献.....	42

厦门大学博硕士论文摘要库

CONTENTS

Preface.....	1
<u>Chapter 1 Arising of Rules of Protection of Entitlements</u>	2
<u>Subchapter 1 Reflection of Conflict of Entitlements under Law</u>	
<u>Economics</u>	2
Section 1 Entitlements in Law Economics.....	2
Section 2 Reason of Conflict of Entitlements.....	3
<u>Subchapter 2 Decision of the Ownership of Entitlements—the First</u>	
<u>Order</u>	
<u>Decision</u>	4
Section 1 Reciprocity of Issues.....	4
Section 2 Coase Theorem.....	5
Section 3 Rules of Decision of the Ownership of Entitlements	
.....	6
<u>Subchapter 3 Methods of Protection of Entitlements—the Second Order</u>	
<u>Decision</u>	8
Section 1 Property Rules and Liability Rules.....	8
Section 2 Inalienability Rules.....	10
Chapter 2 Choice among Rules of Protection of Entitlements	
.....	13
<u>Subchapter 1 Six Schemes for Allocation of Rights</u>	13
<u>Subchapter 2 Application Principles of Property Rules and Liability</u>	
<u>Rules</u>	15
Section 1 C&M's Viewpoint.....	15
Section 2 Discussion of Scholars.....	16

CONTENTS

<u>Section 3 Standpoint in This Dissertation</u>	20
<u>Subchapter 3 Application Principles of Inalienability rules</u> ...	21
Chapter 3 Comparative Study	23
<u>Subchapter 1 Differences between Property Rules and Right of Real Claim</u>	23
<u>Subchapter 2 Differences between Liability Rules and Claim for Damages</u>	23
<u>Subchapter 3 Brief Summary</u>	24
Chapter 4 Use for Reference of Rules of Protection of Entitlements to China	25
<u>Subchapter 1 Eminent Domain</u>	27
<u>Subchapter 2 Protection of Copyright</u>	32
<u>Subchapter 3 Necessity</u>	36
<u>Subchapter 4 Prostitution for Poor Relief</u>	39
Conclusion.....	41
Bibliography	42

前 言

法律的经济分析兴起于 20 世纪 60、70 年代的美国，是借助经济学原理和方法研究法律现象的一种分析方法。它引入经济分析工具、张扬效率价值、确立全新的理论范式，在方法论上冲击着法律研究固有的思维弱点。从法律经济学的角度谈财产权的归属与保障，其中最具创新性、最有影响的论文要数 GUIDO CALABRESI 和 A. DOUGLAS MELAMED 于 1972 年在《哈佛法律评论》上发表的《财产规则、责任规则与不可转让规则——关于大教堂的一种观点》一文。

两位作者在该文中提出了财产权之保障的三种规则，即财产规则、责任规则和不可转让规则，并着重探讨了规则之适用标准。文章发表以后，一石激起千层浪，众多学者纷纷发表论文，对其文中的观点或予以解释评论，或予以反驳。据统计，30 余年来，该文已成为《哈佛法律评论》中被引用次数最多的论文之一。

但在国内学界，对三种规则的介绍和讨论少之又少。由于我国民法学长期深受大陆法系影响，在对待财产权保障的问题上，往往是区分公法的保障方法和私法的保障方法，进一步地，将私法保障方法分为物权的方法（物上请求权）和债权的方法（损害赔偿请求权）。此种方法注重逻辑严谨和类型化区分，却未考虑到法的效率价值，也难以为从民法角度剖析诸如政府征收征用、紧急避险等问题提供理论依据。而财产规则、责任规则与不可转让规则为我们解决上述问题提供了新的视角。本文对财产规则、责任规则与不可转让规则逐一进行了介绍，并分别对其理论上的适用标准及其在实践中的运用进行研究。需要说明的是，本文中虽然运用到法律经济分析的方法，以经济效率作为财产权归属与保障方式的主要判断标准，但并不意味着否认法的其它价值如正义、秩序等的重要性。为国内财产权保障问题的研究提供英美法视野，跳出传统法学较为封闭性的观点和方法来思考财产权保障的问题，以期为我国相关法律制度的重构带来启示，这就是本文的写作动机与目的。

第一章 财产权之保障规则的提出

第一节 财产权冲突的法经济学思考

一、法经济学上的财产权

英美法中的财产权，一般以英文“property”或“property right”来表达，用以指一切具有财产价值的排他性权利。而在法律经济学著作中，谈及财产权利时，则多用“entitlement”一词。¹从构词法上分析，entitlement是以词根title加上前缀en与名词后缀ment构成，title的意思是“头衔”、“名称”，引申为“资格”、“权利”，而前缀en有“使……”，“授予”之意，因此entitlement所指称的财产权应由某个主体所赋予的某项权利。如在英国，土地是属于国王的，个人有title，而owner是国王，个人对土地享有的title由国王所赋予。

entitlement所指称的权利与传统英美法上的property或property right有何区别呢？1972年，美国耶鲁大学法学院教授Guido Calabresi和A. Douglas Melamed（以下简称C&M）在《哈佛法律评论》上发表了《财产规则、责任规则和不可转让规则——关于大教堂的一种视角》（以下简称《大教堂》）一文。在这篇文章中，作者将entitlement作为传统上由财产法和侵权法等法律部门所保护的对象的上位概念，即由法院代表国家为解决资源使用纠纷所赋予当事人的“权利”，例如相邻关系中的“污染与不受污染的权利”，越界建筑中的“越界建筑与请求拆除的权利”等等，在这里，财产权成了法律界定资源分配的手段，包括了做产生有害效果的事的权利（如排放烟尘、噪声、气味等），其涵义较英美法上传统财产权的涵义为广。

的确，我们面对的现实世界是一个资源稀缺的世界，“稀缺性反映了人类欲望的无限性”。²“稀缺是自然和人类嗜好的函数，而财产权则把这种稀缺资源分

¹ 关于entitlement一词，台湾学者王文宇译为“权能”，叶文俊译为“优势”。参见王文宇. 民商法理论与经济分析[M]. 北京：中国政法大学出版社，2002.14；叶俊荣. 环境政策与法律[M]. 北京：中国政法大学出版社，2003.58. 本文译作“财产权”，但与传统的财产权，即property right有所区分。

² [美]罗宾·保罗·麦乐怡. 法与经济学[M]. 孙潮译，杭州：浙江人民出版社，1999. 11.

散地交给个人。”³徐国栋教授曾在课堂上一针见血地指出，财产权的产生正是由于资源的稀缺性。财产权关系就是人与资源的关系以及由此造成的人与人之间的关系。⁴正是从这个意义上讲，笔者认为，法律经济分析学者们所使用entitlement，更加准确地揭示了财产权的涵义，即在资源稀缺情况下由法律所赋予一方当事人在资源使用上的优势或权利。

二、财产权冲突的原因

财产权因资源的稀缺性而生，财产权冲突也多因资源使用冲突而起。既然天下大同尚是遥远的梦想，为自身生存与发展需要，人们时常会陷入对有限资源的争夺当中。面对资源使用紧张而引发的人际冲突，初民通过棍棒和斧头来决定利益的归属；但在文明社会里，法律是冲突的仲裁人。法律如何解决权利冲突呢？对待同一问题，法律可能存在多重视角，从不同的视角审视则会产生不同的结果。

例如，在一起土地相邻纠纷中，原告是一位医生，被告是一糖果制造商。被告在其屋内使用两个研钵和杵制造糖果已达数十年之久，原本邻里相安无事，后原告迁至被告隔壁成为其邻居，并于迁入8年后在其花园尽头紧挨制造商炉灶处搭建了一间诊疗室。此时原告发现被告使用该器具制造糖果所产生的噪音和振动使它无法使用诊疗室，请求被告停止使用遭拒后，遂诉请法院禁止之。⁵就该案而言，从传统的法律思维出发，我们常常直接将之归入侵权行为或相邻关系领域，在判断被诉行为是否符合侵权之要件，如是否有损害，加害人是否有过失，有无因果关系等等的基础上，决定被告应否承担责任以及如何承担责任。这类案件看似由一方的侵害行为而引起，而换个视角我们会发现，该“侵害”并不必然可归责于某一方，矛盾的根源在于社会资源的有限。在本案中，如果土地足够多，双方大可不必比邻而居。而正是由于资源的稀缺，造成了“噪音制造权”和“诊疗权”之间的冲突。

突破传统的法律思维，从社会资源冲突的角度看待利益冲突，这实际上就是法律经济学者思考财产权冲突问题的进路。在法律经济学者看来，当利益发生冲突时，法律需要做出双重判断——首先是判断权利的初始归属，即将财产权赋予

³ [美]A·爱伦·斯密德. 财产、权力和公共选择——对法和经济学的进一步思考[M]. 黄祖辉, 蒋文华, 郭红东, 宝贡敏译, 上海: 上海三联书店、上海人民出版社, 1999.10.

⁴ 参见徐国栋教授民法哲学课堂笔记。

何方当事人的问题,其二是以何种方式保障这个财产权以及是否允许个人买卖权利的问题。对于第一个问题,C&M在其《大教堂》一文中,以科斯定理为基础,从经济效率与财富分配目标的角度进行了透彻的分析;对于第二个问题,C&M创造性地提出了保障财产权之三种规则。下面将分别探讨之。

第二节 财产权归属之判定——法律的第一重判断

一、问题的相互性

当利益发生冲突时,法律的第一重判断即是判断财产权的归属。运用法律判断权利的归属是为了避免“权力即是权利(Might makes right)”的发生⁶。而法律判断权利归属的标准又是什么呢?

依经济学家庇古在《福利经济学》中的分析方法以及传统侵权行为法原则,通常会得出“谁妨害,谁赔偿”的结论,即将权利当然地赋予遭受妨害的一方。然而,科斯却认为,这些传统的方法掩盖了不得不做出的选择的实质。在工厂主给邻近居民造成损害的案件里,在走失的牛损害了邻近土地里谷物的案件里,在火车喷溅出的火花给铁路边上的庄稼造成损失的案件里,将问题看作是前者给后者造成的损害,因而认为需要决定的是如何制止前者以及如何对后者进行补偿,这是片面和错误的。我们正在分析的问题具有相互性,避免对乙的损害将会使甲遭受损害。必须决定的真正问题是,是允许甲损害乙,还是允许乙损害甲?关键在于避免较严重的损害。⁷简言之,科斯认为,损害具有相互性,当人与人之间因资源稀少而发生冲突时,在保护其中一方的同时必然也会造成另一方的损害。尤其是在某些财产权纠纷中,是非对错并不明显,纷争的产生源于社会资源的有限,故问题不在谁对谁应负赔偿责任,而是如何减少损害。例如前面提到的医生诉糖果制造商案中,医生固然享有拥有安静的诊疗环境的权利,那糖果制造商难道不能行使他的权利吗?况且二者所进行的都是有益社会的劳动。因此,真正应当考虑的是,限制糖果制造商采用的生产方法,并以减少其产品供给的代价来保

⁵ Sturges v. Bridgman 11 ch. 852, 1879.

⁶ CALABLESI, GUIDO & MELAMED, A. DOUGLAS. Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral[J]. Harvard Law Review, 1972, 85: 1090.

证医生的正常工作是否值得。只有从相互性的观点去看损害赔偿问题，才能真正达到社会财富极大化的目的，社会资源才能获得最有效率的运用。

损害的相互性说明，当然地对表面上的施害人加以限制和禁止的方法在许多情况下是武断的。在回答应将财产权赋予何方当事人这一问题上，关键在于衡量消除有害效果的收益与允许这些效果继续下去的收益孰高的问题。⁸因此，按照法律经济分析学者的观点，纠纷解决的目标是要追求效率最高和社会财富极大化，经济效率⁹是判断财产权归属的重要标准。

二、科斯定理

1960年，美国芝加哥大学经济学者科斯提出了著名的科斯定理，该定理最原始的内容是，假如交易成本为零，则不论法律如何划定财产权，资源的配置都会达到最有效率的结果。在这里，交易成本是个重要的概念。所谓交易成本，是指为了达成交易所需支出的成本。例如为了交易，首先须寻找交易对象，其次与其谈判协商、起草协议，交易完成后，还必须执行，包括监督双方的行为和惩罚违反协议的行为。在这一系列行为中所花费的劳力、时间和金钱就是交易成本。通过交易的三个步骤，可以将交易成本区分成三种形式，即搜寻成本、议价成本和执行成本。¹⁰

假设交易成本为零，当事人双方不必为纠纷所引发的谈判、交涉、和解等行为支付任何成本，自然会轻而易举地达成协议，而协议的内容取决于谁对资源的运用最有效率。不论法律规定将财产权赋予当事人之哪一方，能最有效运用资源之人必然会设法取得财产权，以使自己在该法律规范下的效用达到极大，而社会效用也随之极大化。再次以前面提到的医生诉糖果制造商案为例说明，在这样一

⁷ [美] 罗纳德·哈里·科斯. 论生产的制度结构[M]. 上海: 上海三联书店, 1994.142.

⁸ 王成. 侵权损害赔偿的经济分析[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2002. 79.

⁹ 经济学上的效率概念，有帕累托效率（Pareto efficiency）和卡多尔-希克斯效率Kaldor-Hicks efficiency两种。前者的定义是：对于某种经济的资源配置，如果不存在其他生产上可行的配置，使得该经济中的所有个人至少和他们在初始时情况一样良好，而且至少有一个人的情况比初始时严格地更好，那么这个资源配置就是最优的。约翰·伊特韦尔，默里·米尔盖特，彼得·纽曼. 新帕尔格雷夫经济学大辞典[Z].北京：经济科学出版社，1996. 868. 简而言之，当一项交易足以让最少一人增进效能，而没有人因而减少效能时，该交易即达到了帕累托最优。卡尔-希克斯效率又称社会效率标准，即对于资源的重新配置，虽然使某些经济个体获得更高利益的同时也损及了其它经济个体，但如果可以增加社会整体财富，仍然认为此种配置是较有效率的。有学者指出，在法律制度中，自愿行为是属于帕累托最优的，而法律的强制行为则多属于卡尔-希克斯效率标准。宁红丽. 关于法经济学的几个简要述评[EB/OL].

<http://www.intereconomiclaw.com/article/default.asp?id=985>, 2006-01-11.

¹⁰ [美] 罗伯特·D. 考特, 托马斯·S. 尤伦. 法和经济学（第三版）[M]. 施少华, 姜建强等译, 上海: 上海财

个因“噪音”所引发的冲突关系中，当医生愿意为安静环境所付出的代价远高于糖果制造商生产糖果带给他的价值时，基于效率的考虑，法律应将权利判归给医生，以便让资源发挥最大的作用。然而，纵使法律将权利判归给制造噪音的糖果制造商，医生仍然可以通过向糖果制造商支付一定对价（为使糖果制造商同意该交易，此对价当然应高于糖果商生产糖果的价值，但低于医生在安静环境中诊疗所带给他的收入）而换取安静的诊疗环境。在此情况下，双方通过交易所达成的权利拥有状态未必与法律对权利的最初配置一致。由此可见，在交易成本为零的情况下，无论将权利配置给哪一方，均会达到效率的结果。而法律将权利判归给医生或判归给糖果制造商的唯一不同，仅表现在分配正义上。¹¹

由此看来，在零交易成本下，社会资源的配置与法律规则无关。然而，零交易成本的世界在现实社会中往往是不存在的¹²，“即使最简单的交易也要花费相当的调查和思考”。¹³科斯向我们假设了一个交易成本为零的世界，但其目的却是让我们跳出这个世界，正视社会生活中交易成本存在的事实。正如科斯所说：“我们应该明确地将实在的交易成本引入经济分析领域，以便研究实质的世界。”¹⁴这个“实质的世界”是怎样的呢？由于交易成本存在，阻碍了当事人双方通过市场交易取得权利。当法律将权利判归给一方时，即使该权利能给另一方带来更大的利益，由于通过谈判、协商、执行而获得该权利的成本太高，另一方也不会通过交易去获取该权利，社会资源也就无法达成最有效率的配置。因此，当交易成本存在时，有效率的结果就不可能在每个法律规则、每种权利配置方式下发生。不同的权利界定和分配，会带来不同效率的资源配置。这时，法律对权利的初始界定就具有十分重要的意义，而法律界定权利的目标，就是努力降低交易成本，以达到效率最大化。

三、财产权归属之判定规则

当事人因财产权发生纠纷时，法律的规定应使纠纷解决所需的成本越低越

经大学出版社，2002.77.

¹¹ “从分配意义上看，不同的权利配置方式会产生不同的财富初始分配效果。”高富平. 中国物权法：制度设计和创新[M]. 北京：中国人民大学出版社，2005.31.

¹² 斯蒂格勒曾将没有交易成本的世界比喻为没有摩擦力的物理世界。STIGLER, GEORGE J. The Theory of Price (3) [M]. New York: Macmillan, 1966.133.

¹³ 王文宇. 民商法理论与经济分析[M]. 北京：中国政法大学出版社，2002.14.

¹⁴ [美]R·H·科斯. 企业、市场与法律[M]. 盛洪等译，上海：上海三联书店，1990. 14, 15.

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库