

反思财产法制建设中的 “事前研究”方法

冉 昊*

内容提要：传统法学通常遵循“事后研究”方法，依既定财产权类型和规范来解决纠纷，而上世纪兴起并迅猛发展的法经济学则采用“事前研究”方法，在纠纷发生后通过效率论证来重新确定各个权利束的顺位高下。但实际上，传统法学的权利类型在“对物”与“对人”等名义差别下具有排他性范围上的本质差异，而“事前研究”方法借助于分析法学的“权利束”理解，将这种差别完全消隐，会导致各种权益排他性范围的无序扩大，引起整个社会交往安全和收益安全秩序的偏差。从时代发展的动态过程来看，二者之差异其实无关正误，而端在于时代要求从秩序安全向福利最大化的变迁。以此反观，在我国从无到有的财产法制建设中，必须专注我们特殊的历史起点，撇开各种炫目的流派、主张，依据常识展开真正的本土化思考；必须坚持“对物”财产权的系统理解，同时在其中设计充分的开放性进口，提高个案的效率。

关键词：对物权 权利束 事前研究 信息成本 法经济学

20世纪中期以来，随着人类发展累积带来的时代要求转化，^{〔1〕}传统体系思维下的法律调整方法日益受到质疑。而发端于美国实用主义考量的法经济学，基于法律活动事实上是在分配稀缺资源的认识，提出运用成本收益分析方法来导出各种立法、司法的创新选择。挟经济学帝国之威，这一方法很快横扫法学诸界，不但“在反托拉斯法、公共事业管制等具有明显经济目的和意义的法律部门”取得巨大成功，^{〔2〕}更试图将其经济分析的触角伸向

* 中国社会科学院法学研究所副研究员。

本文写作直接得益于 T. Merrill 和 H. Smith 《法经济学中财产权怎么了?》(111 Yale L. J. 366 (2001)) 以及 H. Smith 教授近作《作为物法的财产权》(215 Harv. L. Rev. 1707 (2012)) 等系列文章中提出的“信息成本”理论。

〔1〕 所谓“时代要求”转化，是指人们的能动理解在主观上不断发生着变化，其背后的根本原因，是时代变迁带来了不同的社会需要，导致人们在不同历史阶段下会产生不同的价值判断直觉，带来不同的“时代正当性”(legitimacy of the time)。可参见拙文《两大法系法律实施系统比较：财产法律的视角》(《中国社会科学》2006年第1期)以财产权为例对此进行的说明。依此推演，现代各国虽处在同一空间下，但从各自历史发展过程中走来，其实并不在同一时代下，故不同国家的财产权理解间并无绝对的优劣，而只是不同的时代需要将其分别正当化了。为此，所有国家的财产权建构都必须符合于本国、本时代的要求。相应地，搞清楚本国、本时代的真实社会需要并保持一定的发展预见性，是社会科学之研究和应用的核心。

〔2〕 参见〔美〕R. 波斯纳：《法律的经济分析》，蒋兆康译，中国大百科全书出版社1997年版，译者序言第5页。

所有私域部门,颠覆法律的传统堡垒。〔3〕在美国的影响下,法经济学进一步漂洋过海,作为一种高端现代的西方学理轰轰烈烈地进入拉美、日本以至我国。而我国改革开放后方模仿欧陆体系新建起来的各法律部门,由于移植时间有限,学科本身未臻完善,在现代社会层出不穷的权利冲突下,其教义研究导向的“事后研究(ex-post approach)”方法确也显出捉襟见肘之窘迫。有青年学者由此青睐于法经济学的“事前研究(ex-ante approach)”〔4〕方法,于经济法、社会法、知识产权法、诉讼法乃至侵权、合同、财产等基础私域法律部门促其应用。〔5〕笔者亦懵懂遭遇这一潮流而受益良多,但细致琢磨其具体运作时,却似又有所违和,在此不揣冒昧,分析求教于大方。

一、法经济学之“事前研究”方法及其运行前提

传统法学滥觞于中世纪时期,基于当时混沌神学祛魅后主体、客体二分的时代特征,私法部门的认识自然而然地从物之归属于人的“财产权”(特别是“所有权”)思考发端,再经过法官、学者数百年的积累沉淀,逐渐具备了英国法领衔的经验理性和德国法领衔的逻辑理性,可以既有的一系列先例或抽象制定法为依据实现对纠纷类型的类推、解释和制约。基于这样的理性自负,传统法学在解决纠纷时普遍要求遵循“事后研究”的方法:根据纠纷发生前已经确定的规范,对照纠纷事实因素,对规范中的概念、类型等进行类推或三段论适用,分析受损利益的归属主体,给予规范中确定的既有救济。〔6〕而法经济学虽然属于法学科,但至20世纪才影绰出现,受此时代影响,其思考工具全部来自经济学,依托于经济学的权利束“产权”概念,发展出了“事前研究”的方法,无论其调整目标还是思路,

〔3〕传统法律系以财产权作为基石一步步展开思考,但按照科斯1960年的经典论文,法经济学的一般理解是,财产权只是推动契约交易的基线。而到了巴泽尔的经济分析中,财产权甚至被定义为纯粹的剩余索取权,即财产权不过是交易价值的剩余,将传统学说完全颠倒了过来。关于科斯的主张,详见下文;关于巴泽尔的主张,参见 Yoram Barzel, *Economic Analysis of Property Rights*, 2d ed., Cambridge University Press, 1997。

〔4〕“事后研究”和“事前研究”的译法是遵循了 ex-post (事后) 和 ex-ante (事前) 在经济学中的使用传统。前者系指回溯既定的抽象规范来解决纠纷,后者则要求预见性地确定规则来重新分配产权。由于经济学语境中的“前”、“后”含义与日常用语差异很大,易引起困惑,笔者更倾向于用法学术语将其对译为“回溯视角(ex-post approach)”和“预期视角(ex-ante approach)”。

〔5〕我国迄今的法经济学研究和应用,大概可以分成两个脉路,一是经济学界将法律制度视作一重要变量来研究如何影响效率变动;二是法律学界探讨用经济分析方法来设置法律规则。本注就其中涉及财产权的文献作有限回顾。依前者展开的经济学研究成果汗牛充栋,但其中要么围绕“产权”展开分析、无视法学角度的财产权认知,要么依马克思主义经济学在“所有制”问题上大展笔墨,亦或宏观探讨财产权的宪制功能等,而鲜有从规范研究角度出发来深刻分析财产权固有制度功能的。在第二种脉路下的财产法经济分析,法学界的成果相对有限,除波斯纳前引〔2〕书之经典第三章外,仅有汉斯-贝恩德·舍费尔等欧陆作家的《民法的经济分析》(法律出版社2009年版)第四编涉及了善意取得、征收、破产等有限财产法律关系,另有王文宇《民商法理论与经济分析》(中国政法大学出版社2002年版)、周林彬等《法律经济学:中国的理论与实践》(北京大学出版社2008年版)书中有所泛论。这方面的论文近几年有所展开,如向福斌《财产权构造的法律经济学解释——一种功能主义的立场》(华东政法学院2005法律硕士学位论文),梅夏英、许可《论财产权法律经济分析的操作性框架》(《学术界》2012年第2期)以及凌斌以“界权成本”改造经济学“交易成本”的一系列尝试等,总体来看数量还是有限。另一方面,在大陆法系传统研究内容下,有众多民法学者借鉴经济分析方法,就“物权法定”的存废考量等展开了深刻的探讨,如张巍《物权法定与物权自由的经济分析》(《中国社会科学》2006年第4期)等,此不赘述。

〔6〕典型的既定救济如侵权损害赔偿金,此外还包括合同继续履行请求权、侵权法上的停止妨害请求权、物权法上的恢复原状请求权等,其中有的可以货币量化,有的则很困难。

都与积淀深厚的传统法学有所不同。以下借用科斯依双务框架简化塑造出的“牛吃谷”著名案例，对此具体说明剖析。

1. 科斯牛吃谷案例及其中的“相互性”本质

基于亚当·斯密“看不见的手”理论，经济学传统一直以来强调交易在整个社会运行中的重要性。斯密定理——自愿交换对个人构成互利并会促成市场共利，就此成为受经济学影响而来的法经济学的三大命题之首。^{〔7〕}

在此基础上，科斯继续强调当事人的自由选择会导向有效率的资源配置结果。但科斯为其增加了一个条件：如果当事人在现实中作选择时的交易成本足够小的话。这样，科斯使一个抽象的普遍命题具有了真实而易处理（realistic and manageable）的现实经验意义，成就了“看不见的手”理论的现代升级版。后继者将此总结为法经济学三大命题之二的科斯定理：在交易成本的现实存在下，能使交易成本最小化的法律是最适当的法律。

具言之，科斯定理意味着：首先，社会财富最大化的核心在于交易。通过交易，能发挥出每个资源的有用性，而通过连续的交易，就能不断挖掘出潜在的有用性，提高整体利用效率，促使整个社会实现资源的最大价值。第二，交易的最主要形式，是通过自愿合意达成的契约，即由各个当事人按照自己的偏好给予资源不同的有用性评价，在这些评价相互交合时，即可达成契约、实现交易。第三，当交易成本过高以至契约无法达成时，就要借重公权力调整财产权结构，来建立起一个能达到与契约同样效果的使用权分配模式，促成交易实现。

为证实第三点，科斯塑造了“牛吃谷”等仅有双边框架的纠纷典型——牧民的牛群四散走离进入附近农民的土地上啃食，造成了牧民和农民的冲突。^{〔8〕} 科斯分析指出，“传统的方法掩盖了不得不作出的选择的实质。人们一般将问题视为甲给乙造成损害，因而所要决定的是：如何制止甲？但这是错误的。我们正在分析的问题具有相互性（reciprocal），即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。”^{〔9〕} 这样，依传统自然法而来的财产权（所有权）理解下、被常识解读为一方对另一方的单向度损害，就依现代交往型社会下人们频繁的互动现实反思背景，被另行解读为“相互性”的本质。

本质变了，对其的调整办法当然也要变。既然是“相互性”的问题，会给彼此都带来外部性，自然就不能仅适用单方的问责，而是应让双方来共同协力“避免较严重的损害”。这一协力的办法，按照科斯的理解，首先仍是当事人间的谈判，谈判达成一致，就意味着各当事人认定自己实现了最大收益或最小成本，因而无论他们的初始权利配置是怎样的，通过这一契约交易都能实现财产权利的重新安排，带来加总后的最大总产量或最小总成本。但如果交易成本过高导致当事人谈判不能达成一致，“当有更多人被卷入的时候，需要财产

〔7〕 关于法经济学三大命题——斯密定理、科斯定理和波斯纳定理，均参见前引〔2〕，波斯纳书，译者序言第20页。

〔8〕 科斯论文中对此的表达是“牛群规模”和“谷物损失”（See R. H. Coase, *The Problem of Social Cost*, 3 J. L. & Econ. 2 (1960)），即财产客体。本文则直接表达为其背后不同的财产主体——牧民和农民。对于客体的理解，可排除主观性，而通过冰冷的金额计算表明二者间具有可替代性。但法律学科的调整特点是从权利入手来关注主体，就活生生的人而言，其主观性是不可避免的，具有事实上的不可替代性。

〔9〕 同上引 Coase 文，第1页。

权的主张就弱了，而需要一般性管制的主张则变强了”，^[10]此时就必须依靠一个外部的力量来模拟市场“避免较严重的损害”。具言之，就是由政府或法院等公权力出面来将“权利配置给那些能够最具生产性地使用权利并且有激励他们这样使用的动力的人”，^[11]从而通过调整人们之间的财产权结构来促进交易、提升效率。

2. 波斯纳延伸强化出的波斯纳定理

在科斯和卡拉布雷西等^[12]之后，法经济学逐渐沿着经济和法律两个脉路拓展。科斯等固守于经济学，以法律为重要的制度变量来探索如何提高经济效率，其后继者们也沿着这一路径不断精细化以提出可操作的办法，如激励双方当事人都采取有效预防措施最小化社会成本的“边界上的双重责任”^[13]等。与此同时，波斯纳则领军拓展到法律领域，探讨用社会成本分析的方法来普遍设置法律的规则，即通常所称“法律的经济分析”脉路。^[14]

“法律的经济分析”虽然表面看来是法学的研究，但渗透了经济学的影响，学术导向上亦趋同于经济学，以财富效率的最大化为价值判断的终极标准。就此，波斯纳在科斯的“相互性”本质认识基础上，延伸并强化出了“权利的冲突”命题，即在牛谷纠纷中，牧民的牛群固然践踏了农民的谷物，但禁止食用谷物也必然会导致牛群的减损，所以每一方都应对其带给另一方的外部性承担责任。为此，权利的冲突就不再是哪一方的特定物或行为引起的纠纷，而只是不同权利人之权利束间的彼此倾轧。人们所要考虑的，也不再是谁的财产受到了损害或者谁导致了损害发生，而只是由于牛和谷碰到一起后的社会总产量比它们分开时的少，所以一定要将二者隔开。关于隔开的办法究竟是让农民来建围栏圈住自己的谷物，还是让牧民来建围栏圈住自己的牛群，则不是按法学“事后研究”的基本方法通过明确财产权的归属来决定，而是“取决于不同个案中牛群和庄稼之间的比率。如果牧牛

[10] R. H. Coase, *The Federal Communication Commission*, 2 J. L. & Econ. 29 (1959).

[11] See R. H. Coase, *The Institutional Structure of Production*, 82 (4) *The American Economic Review* 713 - 719 (Sept. 1992). 这一通过公权力安排来替代实现交易的清晰观点，来自科斯比较晚近的《生产的制度结构》，受到中外很多学者的着力批评：公权力强制与私人契约博弈背后具有完全不同的运作机制，公权力强制有可能模拟市场来给行为外在定价吗？笔者对此轻率类推也有很多细致的疑惑：在契约交易中，是不同的当事人各自分别在作判断，就有可能基于他们不同的偏好分别出价，达成一致，从而通过让资源转让给出价最高的人手中来发挥出资源的潜在有用性。而公权力模式中，是以法官等作为统一代表来代替双方当事人作出判断，但只能从一般经验出发的法官，怎么可能知道具体情况中不同当事人的具体偏好呢？事实上，当契约交易无法达成时，就是市场对资源的有用性不能达成共识，此时却由政府或法院借助公权力来强行设置一个解决方案，怎么就可能达到与契约交易同样的效果呢？不惟如此，契约是连续的，如果当事人判断失误导致一个契约无法执行下去，他们自然会通过其他的契约再度依照（新情境下自己内心认可的）资源的当时价值将其处分出去，自我承担有限的试错成本。而通过公权力建立起来的权利配置模式没有这样的低成本试错机制，即使事后证明政府或法院的判断错了，当前事件中的财产权配置也已经完成，对此后类似情况中的潜在当事人就会形成制度性预期并影响其行动选择。等到恶劣结果显现，公权力认识到分配错误，再重新调整配置，重新影响后来的当事人，将会有很长的滞后性。

[12] See Guido Calabresi, A. Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 *Harv. L. Rev.* 1089 - 1128 (1972).

[13] See Robert Cooter, *Unity in Tort, Contract and Property: The Model of Precaution*, 73 *Cal. L. Rev.* 1 (1985).

[14] See Wang Ning, *Coase on the Nature of Economics*, 27 (6) *Cambridge Journal of Economics* 807 - 829 (2003). 该文作者作为追随科斯多年的同行者指出，科斯的基本思考是，如何通过改变当事人行为的制度约束条件来降低交易成本，而对运用经济分析方法拓展“经济学帝国主义”于法学，科斯的总体态度是否定的。本文作为法学研究探索，针对的主要也是“法律的经济分析”脉路，前文之所以从科斯开始，仅是为了源头上正本清源的探寻。

草地比庄稼种植得多，那么农民将他们的土地围起来要比牧场主将其土地围起来便宜，那法律就把建围栏的义务加于农民。但一旦土地用途比率倒过来了，那么此义务也会发生替换”，^[15]改由围住自己土地成本比较低的牧民来建围栏。

对于经济学上的效率追寻，这种思路当然极具创新力，但将之直接引入法学后，就产生了财产权理解上的交叉混同。按传统法学的“事后研究”方法，建栏责任的承担系取决于当事人之间的财产权配置；而在此效率思路下：第一种情况中要求农民建栏，就反过来意味着牧民获得了保护，即牧民的权利束比较于农民的权利束后胜出，成为有效的财产权，由农民对其负担作为；第二种情况下由牧民负担建栏，则意味着农民的权利束经比较后获胜、排到了第一顺位，成为获得保护的财产权。

这样，在斯密定理和科斯定理的基础上，波斯纳提出了法经济学的第三大命题——波斯纳定理：如果市场交易成本过高而抑制交易，那么财产权应赋予那些最珍视它们的人，因为这些人将能创造出最大的收益。反过来的一对偶命题则是：责任应归于那些付出最小成本就能避免事故的人，因为他们能以最低成本避免事故却没有这样做。

3. 法经济学之“事前研究”方法及其运行的潜在前提

细致考察以上法经济学主张，尽管科斯强调产权的界定应是明晰的，其主张只适用于含糊地带的产权，但经“相互性”本质之认识转换，各种资源利用冲突中特定的物引起的“因”就被逐渐泯灭，也没有哪个一定是“果”，传统以来个人财产自然获得全社会普遍尊重的绝对性关系，遂为单个的人和人之间的相对性关系所掩盖。

而波斯纳显然比科斯走得更远。科斯期待的还是由当事人依各自的财产权基线去协商达成契约来挖掘资源的潜在效用，只在不能实现时再调整制度初始设置来降低成本、促进交易。波斯纳却直指后者，通过重新设计法律规则从一开始就将权利配置给那个（他认为）能创造更多财富或者能以更小成本避免损害的使用者，认为这样能尽量消除交易成本，使社会效率最大化。^[16]换言之，在科斯那里，权利的初始界定还是社会自生的、确定的、不言自明的，在这个基础上，再行展开后续的调整；^[17]而到了波斯纳那里，已罔顾既往时间经验累积沉淀下来的权利界分，直接以法律规则作出裁判者（法官、立法者或法经济学家）面临纠纷时认为能实现财富最大化的初始权利界定。

由于不同的场景下，能创造更多财富（或者能以更小成本避免损害）的当事人是各有不同的，依波斯纳定理，在纠纷发生前根据既往经验沉淀固定了某类主体为权利人、他人为义务人的抽象规范，就不再可能普遍适用，而只能待纠纷发生后，由裁判者具体考察本案中各方的成本收益，模拟市场和人性来假想，在他们之间作出什么样的权利安排可产生不同激励、促使达到最高加总，再以此为据反过来决定当事人间财产权的分配，确定各主体权益的优先顺序，实现逐案最大化（case by case maximization）。这就是法经济学的“事前

[15] 前引〔2〕，波斯纳书，第66页。

[16] 参见黄光顺：《“波斯纳定理”的道德缺陷》，《伦理学研究》2014年第4期，第78页。

[17] 笔者以为，科斯的理论存在一定的内在不自洽：其潜在前提是认定产权已有了清晰的界定，同时又主张后设为改善效率可调整财产权结构——实则是在改变产权的既定归属。若将其为此发现提纯出的“交易成本”概念抽象掉，我们就会发现，其前提和主张近乎于逻辑悖反，在（不引入时间概念的）同一空间框架下，这注定是无法协调的。而就逻辑自发扩大的倾向延伸对波斯纳等的后续影响，也是客观可见的。科斯思想上的这个缝隙，在现实中带来了愈来愈大的计划视角的后门。

研究”方法：法律所创造的规则对不同种类的行为产生隐含的费用，因而这些规则的后果可当作对这些隐含费用的反应加以分析。^[18]“对法律经济学家而言，过去只是一种‘沉没了的’成本，他们将法律看成是一种影响未来行为的激励系统。”^[19]

在“事前研究”方法下，司法实践的结果会相应改变。以交通肇事导致的“亲吻权”^[20]等纠纷为例，尽管此类权利依据在成文法律规范或者先例中都难觅踪迹，但在法经济学兴盛的美国司法体制下，一旦通过案情具体因素可以证明，比较于受伤妇女，肇事司机的避损成本更小，让其对此作出赔偿将会敦促其开车更加谨慎从而减少交通事故，由此社会引导效果出发，就可忽略此前众多侵权先例中累积的相反规则，判定司机对受害人亲吻能力的受损作出赔偿。^[21]从权利性质的角度来理解，这样的判决就意味着，原告主张的亲吻权益权利束和被告要求仅就自己过错担责的权利束，经比较后，前者获胜，而被推到了本案中所有权利束的顶端，其他权利束则都位列其后，需让位于它的保护。因此，肇事司机无论预先知道与否、有否预期，都必须对其受损作出赔偿，从而使得这一权益获得了一种对不确定的第三人生效的对世效力。

经过这样一番论证，“事前研究”方法使得其纠纷解决结果（从表面上看）总是在走向社会总产量的提高或总成本的降低。由此，法律不再仅仅是分配社会资源存量的工具，而是具有了促进增量的作用，改变了其在社会整体制度分工中秉持的保守面孔。乍听起来，这委实是令人振奋的。

但振奋之余，以法学细致训练来考察其具体运作，我们就会发现，“事前研究”的运行离不开一个潜在的前提：各个当事人权利顺位的不断交换，即在纠纷发生后重新在当事人间作出财产权配置。但法学教义绵延数千年，来自自然法的财产保护所强调的，恰恰是每个主体“财产权”之预先确定，从而能够带来法治秩序的稳定和可期。随着社会交往扩大带来的权利冲突频发，为了平衡既有存续秩序与交往秩序安全之间的矛盾，既尊重权利人本权、又维护第三人预期，各个法系都借助本民族的历史智识沉淀，不约而同地形成了对物权/对人权（德国法）、财产权/合同权（英美法）等权利类型区分，根据不同权利类型的本质，遵循其负载的不同权利主体的意思认知，赋予其不同的排他范围，从而划定人们在社会中的自由行动范围。而现在，权利顺位要不断交换、实现后发重新配置，就必须消弭上述权利类型的区分，使调整中涉及的所有权利、利益和请求主张都同质等效、具有同一排他范围。没有这一“同一化”潜在前提的实现，交换权利顺位的“事前研究”方法就难

[18] 参见 [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1994年版，第13页。

[19] Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, Little, Brown and Company, 2d ed., 1977, p. 5. 转引自前引 [2]，波斯纳书，译者序言第15页。

[20] 2001年6月1日，被醉驾汽车撞倒、遭受上唇裂伤等十级伤残的陶女士，因车祸后遗症致使其“每次亲吻，嘴唇上残留的片状疤痕都会疼痛不已，无法亲吻”，愤而起诉索赔直接经济损失以及“亲吻权”受损精神损害费2万元。此案引起国人热议，最终四川省广汉市人民法院判决，肇事司机赔偿各种直接损失，但驳回陶女士“亲吻权”主张，因为现行法律无此权利规定，赔偿于法无据。案情争论参见 <http://news.sina.com.cn/s/2003-12-11/10022344657.shtml>，2013年5月4日最后访问。

[21] 笔者在此绝非主张凡有人身损害就要赔偿，而只是指出，对于权利的确立，采用“事前研究”和“事后研究”方法，有可能得出截然不同的结论。至于陶女士亲吻赔偿主张成立与否的正当性，依据下文第五部分的论证，根本上还是取决于不同时代环境导致的时代正义要求下人们会产生出的不同直觉判断。

以逻辑自洽。

区分还是同一，确定还是变动，这背后体现的，其实正是法经济学与法教义学长期论争的一些根本性差异与融合问题。以下则从细部着眼，分析在法经济学进入法律基础私域部门的过程中，二者共同核心概念——property（财产权/产权）——内涵的具体流变，说明这一“同一化”的前提是如何实现的，以此对看似无解的宏大主义之争提供出一定细节的佐证。

二、“事前研究”之“同一化”前提的实现

如上所述，由于源起时代本身的差异，传统私法学科离不开“财产权（所有权）”的系统思考，而20世纪中期才走向兴盛的法经济学受经济学影响，也自动地依“产权”展开各种考量。这二者的英文术语都是property，只是不同学科的研究者根据各自观察事物之范式、在不同的目的下使用之，逐渐拓展，形成了不同的方法辐射，“经济学家与法学家存在不同的理解，他们对‘财产权’的内涵各取所需，却能各得其所”。^[22]

1. 法学“财产权”的“对物性”特征及其消隐

（1）传统“财产权”理解中贯穿的“对物”特征

脱胎于中世纪神学的法学科发端较早，而那一时期的人类反思抽象能力还很有限，所以其源头的知识大多通过模拟自然来获得。从人们的原初自然感受出发，“财产权”^[23]被认为是每个主体自己对物的一种特定关系，从而能够排除其他众多不确定的人来染指该物。因此，对“财产权”的法学经典权威认识，在几百年的时代钩沉中，都是从其“对物”（in re）特征开始的。

在布莱克斯通开启的理解中，财产权是“一个人对世间外物主张和行使的惟一和绝对的支配，完全地排除世上任何其他人的权利”，^[24]以此指明了财产权最基本的制度作用：财产的所有人具有法律的制裁力去排除潜在的掠夺者、强人和贼，从而鼓励他自己对物的开发。

接着，亚当·斯密更具体地指出，在层层分封带来的多层地产权（estate）^[25]土地财产结构中，农奴由于不能享有实实在在的土地财产权，除了逃避惩罚就不愿意工作，大封地主

[22] [美] 巴泽尔：《产权的经济分析》，费方域等译，上海三联书店、上海人民出版社1997年版，第3页。在现代以学科划分为基础展开的社会教育和研究中，后来的研究者们会轻易地陷入这些学科方法的“前见”而不辨其差异。有幸的是，在中文学术环境下，不同译文的字面差别将这种混用和差异显型化出来，使我们能够直观地意识到这个切入角度并进行反思。

[23] 需说明的是，在以德国体系为代表的大陆法传统上，依照源自罗马法注释以来“对物权（jus in re）”/“对人权”的区分——前者种因于在物上发生、因而具有辐射全体世人的特性，后者种因于对特定人发生、因而仅能辐射到有限个人——现代民法典立法上界分出了清晰的“物权编”和“债权编”，并施以不同的规制。因此，对围绕立法理性展开的大陆法系来说，这些立法基础构成了普遍性的前见认知，为所有法律人耳熟能详。可参见拙文：《法经济学中的“财产权”怎么了？——一个民法学人的困惑》第三部分，《华东政法大学学报》2015年第2期。而英美法系传统中由于没有清楚的公法私法界分，并由宪法部门承担着保护财产权利完整的底线，其“财产权”概念下比较技术性的对物理解就常为人们所忽略，加上法经济学的影响源起、权利束产权概念的兴起等也主要来自美国，故本部分为文字所限，仅围绕英美法系中“财产权”内涵的变迁加以说明。

[24] Blackstone, *Blackstone's Commentaries: Abridged (1899)*, Kessinger Publishing, reprinted in 2010, p. 37.

[25] 所谓地产权（estate），是英美法系在其历史形成过程中受封地（feudal，通译“封建”）制度——同一块土地被层层分封，土地实体转移给下层受封人，上层分封人就其中的抽象权益收益、处分——的影响，而以不动产为原型发端的相对性财产权认知中的一个特定单位，是人们从土地实体形态中抽象出的一种独立存在，“土地本身是一个物，土地上的地产权是另一个物”。Diane Chappelle, *Land Law*, 5th ed., Pearson Education Limited, 2001, p. 5.

也只拥有虚拟地产 (estate), 因而也没有激励去进行改良, 故此, 应借鉴民法体系, 把它们改造为“对物权”与“对人权”的精致区分, 赋予前者以清晰的排他性权能从而能够鼓励生产。“对物权”应包括有形物和无形的知识产权等, 只要其权利的效力能排除其他众多世人。^[26]

在布莱克斯通和斯密之后, 边沁指出, 财产权的“对物”性基本特征能为它带来对世性的排他保护作用。在某物上“给一个人一项财产权”, 就必须相应“有一种禁止一般人干涉它的法令”, 这样就能有效建立起每个人在将来控制财产的预期安全, 进而激励社会整体的勤劳和教养。^[27]

在边沁之后, 奥斯丁、R. 伊利、A. 克库莱克、M. 科恩等一代代法学家 (在过去社会的通识环境下许多同时还是经济学家、哲学家), 沿着概念分析的方法不断探索, 阐释出以“对物”概念为核心的财产权在人类制度谱系中的独特作用: 以“物”为工具, 为权利人创设出一种对抗外部世界强行干涉的私人权力, 带来增加个人自治所必需的安全功能。^[28]

在此过程中, 随着社会发展日益复杂、人类能动性增强, 分析法等逐渐兴盛起来, 并反思直观的自然法认识。但直到20世纪下半期, 仍有F. 科恩、哈耶克以及发现政府公权力制造出了迥异于源自私人劳动传统财产类型之“新财产”的C. 里奇等, 运用功能分析的办法, 继续坚持着财产权的“对物”理解: 财产权创设出作用于“任何其他他人”的排他性义务, 与不具“物”之核心因而仅能针对有限特定人提出请求的“对人权”有着明确的区别, 从而提供给了每个人创造财富与规划未来的安全感基础。^[29]

(2) 霍菲尔德分析法对财产权“对物”性的消解

由上可见, 为发挥财产权的基本安全功能, “对物”特征是其长久以来的“标准配置”, 被人们默视为财产权的本质属性。但从20世纪开始, 在以美国为典型的时代环境下, 人类生产技术和反思能力开始飞跃式发展, 社会的自然态发生了巨大的改变, 这样的社会对法律制度的功能产生了新的要求。于是, 在财产权的主流“对物”理解之下, 霍菲尔德等分析法学家开始提出新的法律关系理解模式, 暗暗地解构着传统认知。

1913年, 韦斯利·霍菲尔德在《耶鲁法律杂志》发表《司法推理中的一些基本法律概念》文,^[30]将人们之间的法律关系抽象为权利—特权、权力—豁免、无权—义务、无资格—责任八个关联性的公约数。在此基础上, 1917年他继续在《耶鲁法律杂志》发表《司法推理中的基本法律概念》文, 在论证了“对人权”是一人对抗一个或少数几个确定的人的权利、“对物权”是一人对抗一个很大范围并且不确定的人的权利之后, 没有再像传统法律那样接着确认二者在性质上的根本不同, 而是相反, 在上一篇文章抽象出的公约数理论上, 提出这二者包括的其实是一样的权利、特权、义务……区别仅仅在于所约束的人的

[26] See Adam Smith, *Lectures on Jurisprudence*, R. L. Meek et al. eds., 1978, pp. 69 - 86.

[27] See Jeremy Bentham, *The Theory of Legislation*, C. K. Ogden ed., Kegan Paul, Trench, Trubner & Co. 1931, pp. 109 - 122.

[28] See John Austin, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, Robert Campbell ed., London, J. Murray 1885, pp. 795 - 799; Richard T Ely, *Property and Contract in Their Relations to the Distribution of Wealth*, The Macmillan Company, 1914, pp. 132 - 156; Albert Kocourek, *Rights in Rem*, 68 U. Pa. L. Rev. 322 (1920); Morris R. Cohen, *Property and Sovereignty*, 13 Cornell L. Q. 8 (1927).

[29] See Felix S. Cohen, *Dialogue on Private Law*, 9 Rutgers L. Rev. 357 (1954); F. A. Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, University of Chicago Press, 1973, p. 107; Charles A. Reich, *The New Property*, 73 Yale L. J. 733 (1964).

[30] Wesley N. Hohfeld, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, 23 Yale L. J. 16 (1913).

确定性及数目不同。因而，“对物权”关系可以直接化约为若干“对人权”关系的集束，从而径以“多权”和“少权”术语替代了“对物”和“对人”。^[31]

霍菲尔德的理论尝试，使得“财产权不再表述任何的物或客体，而是变为一束法律关系——权利、权力、特权、豁免”，^[32]一直以来作为财产权之本质属性的“对物”特征从中消隐，从而为新路径的产生铺平了道路。迅速地，作为“一束权利之集合”的财产权理解在研究者中流行起来，无论是外在的不同当事人的各种权利还是财产权内部的各种权能，都被纷纷地平等化进而同质化。

2. 法经济学“产权”的“权利束”特征及其强化

承接分析法学对财产权“对物”性的消解，20世纪以降，人们相对忽略了财产权传统理解中的占有、排他处分等特征，而主要强调其为各种使用权之集合。“坚持传统理解认为财产权是一种对物的权利，这是外行的，而说财产权的含义是一束权利，才是科学的观点，即使最笨的法学学生在需要的时候也能模仿这些仪式化的术语。”^[33]

在此过程中，受经济学影响的法经济学渐渐风起云涌，依照其对交易的推崇，社会整体效率的最大化，不再依靠通过财产本身保护财产权人的进取心来促进每个主体发挥出自主性和创造性，而更多系依赖于交易挖掘出的资源的潜在效用。那么自然地，其所对应构筑的财产权上层建筑中，也就不再着力强调“对物”特征来发挥前者功能，而只需要能推动交易发生就可以了。

如何推动交易发生，就是不断重置财产权结构以促使当事人愿意交换。如何不断重置，就需要不同当事人的权利能随时随地换位，从而在形式上看来仍是公平合理地选取其中任一束赋予第一顺位，而让其他的权利束都让位服从给予其保护。显然，相较于物、债等权利类型的事先区分，将不同当事人的各种权利、利益、请求主张抽象成为一个无分强弱高下的“权利束”式理解，是最有利于这种互换的。于是，在“对物”和“权利束”两种财产权性质的理解上，法经济学者理所当然地弃前择后，“我们可以说一个人占有土地并把它作为一项生产要素使用，但事实上，土地所有人所拥有的只是可以实施一系列受限制行为的权利”。^[34]

这样，在法经济学的进一步强化下，“财产权”的含义彻底脱离了传统认知的常识归纳，不再是任何物上的特定权利来确保所有者的安全，而只是同质等效的一个抽象权利束同一体。由此，所谓财产权利，也就无需再设置任何清晰的边界和特征，而径依照经济学传统，被视为有关资源配置之一系列集合的笼统“产权”集束。通过对这样的一个配置序列进行后续的调整，就可以在每个具体冲突事件下，依对未来整体效率影响的考量，比较各个权利束，临时决定哪一束最为优先，安排为第一顺位，其他的权利束都让位服从，使其在本案中获得事实上的对世性保护，成为财产权。这样，在每一个个案的冲突解决方案

[31] See Wesley N. Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, 26 Yale L. J. 710 - 733 (1917).

[32] Arthur L. Corbin, *Taxation of Seats on the Stock Exchange*, 31 Yale L. J. 429 (1922).

[33] See Bruce A. Ackerman, *Private Property and the Constitutions*, Yale University Press, 1977, pp. 26 - 31.

[34] 前引[8]，Coase文，第44页。后来学者也就此清晰地指出，“让这一超现实主义财产权概念流行起来的主角是罗纳德·科斯，尽管他本人内心也许并没有这个意图。” See Thomas W. Merrill, Henry E. Smith, *What Happened to Property in Law and Economics?*, 111 Yale L. J. 366 (2001).

下,新的一束不同的“财产”被随时塞入或抽出于现有的权利束集合中,法经济学的“事前研究”方法得到贯彻。

3. 对物“财产权”与权利束“产权”的“同质化”过程

通过以上概括的历史梳理我们看到,在同一英文术语 property 下,经济学“产权”与法学“财产权”概念间其实有着实质的区别。“产权”对进入其集合束的权益没有任何特质性要求,因此囊括了所有的权利、利益、请求主张等。而法学“财产权”有多层面的含义,其中最广义的当然泛化指向一切有财富内容的客体甚至人身等,但这一理解缺乏技术性和制度系统的支撑,一旦没有具体裁判规范相对应,其很难带来有效的后续结果而仅流于描述;而在各个基础私域法律部门中实在运行的“财产权”,其实是一个中义甚至狭义的制度性建构概念,倾向于一种以物为基的存在。

但在形式上,“财产权”与“产权”又源出于同一术语 property,不同学科对 property 的使用有意无意地相互影响,就在多元意思的“财产权”之间产生了概念偷换,导致“财产权”与“产权”的外延和意指逐渐混同:各式各样的权益在进入产权束拢成一束的过程中,被推定为都是平等、一样的,于是,以产权与(广义)财产权之间隐隐约约的相通性,似是而非地将产权中的每一束与(狭义的对物)财产权画上了等号。笔者将此过程称为“同质化”:各权利束均平等→均是(广)财产权→均具有了(狭)财产权的对物特征,即均可能拘束全体世人。

经此过程的作用,表面上看来,对物权/对人权的差别被完全弥合,一切争议都在相对关系中加以考量,就此消解了“财产权”的对世性理解;而在实际裁判效果上,本具有明显外延与效力差异的“财产权”与“产权”相互叠加,许多从自身固有性质或者本质来看本不能对世生效的利益、请求主张等,都在归入“产权”大口袋后瞬间变身“财产”,有可能就此被推到第一顺位而要求其他权利束的让位服从,潜在地获得了对世性的保护。

三、“事前研究”方法带来的理论困惑与社会偏差

当法经济学走进财产法、运用“事前研究”思维提出其纠纷解决方案时,基于上述对物“财产权”与权利束“产权”的“同质化”效应,就能轻松改变既往的责任分配,逆转千年来寓于人们共同直觉中的因果关系,而带来现实应用中的困惑和偏差。

1. “事前研究”方法带来的理论困惑:损害责任和确定财产权的消失

如前所述,在“相互性”本质的思维下,任何问题都是相互关联的,各种权利总是相互作用的;无论说农民造成了损害还是牧民造成了损害,都是一样的;因此,也就无需追问是谁损害了谁、谁是导致损害的原因、谁是受害的结果;而只需要思考,在冲突中谁能出价最高或是“最便宜成本的避免者”;由此,人们承担责任的根据,就不再取决于自己的行为有否损害他人、是否侵犯了财产,而仅仅在于他能否以低成本避免冲突的发生;甚至,即使引起冲突导致了侵害但却会给双方总体带来更高的收益,那就适用效率违约^[35]去继续

[35] 即在契约成立后,如因意外事件的发生导致履约的成本超过各方所获利益时,违约比履约更有效,此时就应鼓励违约。参见前引[18],考特等书,第398页;前引[19],Posner书,第131页。

侵害。就此，千百年来寓于人们直觉中的因果理解被彻底颠覆，本来只可能单向的追溯被转换为一种双向的可逆关系，“损害责任”的考量被悄悄地替换成了“获利的返还”。

从“损害责任”的消失再推演，就是财产权的不确定化。因为按照“相互性”本质下的比较成本分配责任原理，在个案纠纷发生之前，哪方当事人会承担责任、谁将获得补偿，都是不能根据既定规范确定的，而只有在进入个案之后、通过衡量比较其中各种因素间的“性价比”，才能认定这次谁更优而相应决定财产权的分配，因此就不可能从开始作出认定：当事人是否具有财产，或者具有的某种财产权利是否将获得保护。换言之，在法经济学“事前研究”的主导下，主体对自己财产权的拥有，不再是基于天赋，非因为劳动，也不来自于创造或添附……而只有唯一的理由：将此财产配置给他，比配置给另一方能有更高的回报或能以更低的费用避损。反过来，只要在一个具体事实中，某方当事人的避损费用比其他人的都低些或者回报比其他人的都高些，他的权利、利益甚或一个请求主张，就会在一大束随取随舍的产权集束版图中拔得头筹，构成该特定案件下的全部财产。于是，财产权人只能在遭遇每个冲突后展开追问：这一次，谁来承担的成本更低？这一次，轮到谁有财产权？这一次，我们以为自己一直拥有的这个财产还在吗、能指上几成？财产权，径自从人们千百年来安身立命的自然倚靠，变成了现代实证考量下的一个不确定玩物。

2. “事前研究”方法引起的社会偏差：交往安全和收益安全的消失

在因果关系逆反、损害责任消失等悖离常识的理论困惑之后，以权利束“产权”同质化对物“财产权”、将法学更新调整为不断比较成本来变动权利顺位的“事前研究”方法，会让整个社会承担天量信息累加而终致成本失控，危及交往和收益安全。

(1) 交往安全

我们知道，任何权利，都相应意味着由他人负担的一定信息成本，因为为了保证该权利的实现，义务主体必须知道这些权利对自己施加了什么样的约束从而予以遵行。如果该权利是“对人权”或曰“相对权”，义务主体是有限的，仅限于参与设置它因而知悉了其中法律关系的人。但如果该权利是对世性的财产权，义务主体就会存在于一个很大的不确定范围内，其中的每个人都被潜在地施加了相应的信息成本负担。所以，一旦在某纠纷中，经过比较，被给予了第一顺位的是一项对人权，其他的权利束都予以让位服从，就等于将其“财产化”，扩大了按其自然属性本应有限的受约束人，而使得众多本不相关的第三人为承担不干涉义务，须负担额外的信息收集成本。

按照“事前研究”的个案效率考量顺位调整方法，任何权益，经过相对性的比较，都是有可能被推到第一顺位而变身产生对世性的，于是所有的人、无论在何时、遇到什么资源，都需要紧绷一根弦来不断收集处理一系列的相关信息。而现代社会是交往流动型社会，在“蝴蝶效应”的作用下，一个交易或行为总会涉及越来越多的各种关联者，带来众多隐在的第三人，面对着无法确定获知而随时变动的财产权信息，这众多“第三人”中的每个人便须于日常生活的时时刻刻调查信息来确定自己的行为边界。这么多个体的成本持续累加，社会整体的信息成本就将走向天量，而最终超过财产权结构不断调整产生的增值，即超过了各种权益自由流动能够给全社会带来的最大效率可能，影响到人们的“交往安全”，破坏社会交往的基本秩序。

所以，“事前研究”这种精细化的财产权调整模式，单从涉及的有限当事人来看，通过不断衡量其间成本收益来改变彼此间的权利顺位，有可能确实降低了直接当事人之间的外

部性；但对整个世界来说，这同一枚硬币的反面却也带来了财产权的无序扩大，而需要更高成本的传达以及更高成本的处理，给众多的第三人义务主体带来了无法估量的额外负担，反而增加了社会整体的外部性。

（2）收益安全

除了让义务人的信息成本天量累加而影响交往安全外，即使对财产权利人来说，“事前研究”同样会使其信息成本无穷增长，终致财产权保护收益的基本功能趋于丧失。

首先，对于单个的财产权人来说，“相互性”本质的认识带来了财产权的不确定化，从而使得他确认自己财产权存在的信息成本也大幅地增加。“没有了一种预先建立的人和物之间的法律关系，人和人之间的关系就会溶解在这样的问题中：每一个案件里哪个权利才是最好的。”^[36]而在我们正大踏步迈入的“风险社会”中，纠纷的发生越来越基于主体自己掌控外的非预期因素，每个冲突里的关键考量（及相应利益比较结果）都可能有所差异，如不动产纠纷中闹市新装唯一住房与郊区闲置老旧木屋的拆迁影响迥异，签订商铺租约后因突发战争一派萧条与城市自动扩张带来的市场需求变化不同，交通事故中因目睹儿子撞出一地脑浆而精神错乱的母亲与受到一般惊吓的亲人不可同日而语。当“事前研究”方法以效率考量背离“事后研究”的规范思考后，一切都要以适用规则会产生系统性社会后果来反决定并诉诸纠纷发生后权利束顺位的重新调整，为此，财产权人就必须从头到尾全程跟踪、不断比较，才能知道这一次自己的财产权是否还排位在前、是否尚可算数。

接着，对全社会来说，与交往安全中一样，也是须累加计算各个财产权人的信息成本的，那么在上述每个财产权人不断地比较变动中，社会整体承担的信息成本加总，就将又是一个不可想象的天文数字。

财产权和财产法制度在千百年前就伴生于人类社会发展并出现在我们的制度谱系中，原因何在？常识告诉我们，就是为了能作出充分的计划、努力，然后投资。“很显然，如果没有耕作，土地不能生长出足够数量的果实，但是假如另一个人可能伺机占有和享用他的勤奋、手艺和劳动，谁又愿意承担耕作的辛劳？”^[37]没有了能够凭以从自己的土地上排除一切其他人的财产权，就没有人会首先种植作物或者建造房屋，因为对于这些投资，他们没有可以对抗陌生人之未来攫取的安全保证。长期以来——至少在我们看到土地、物件等表征就知道自己拥有财产权以来，这种安全保证是普遍的、确定的，它不依赖于承诺而存在于一种关于普遍利益的共同感知中，并形成相应行动规则沉淀在我们的常识中，所有的社会成员就在这些常识——实质就是隐在的规则指引下决定自己的行为。^[38]而现在，随着“事前研究”法律调整下每个财产权人不断发问自己是否有财产权，各个发问再累积成社会整体的天量信息不确定，这样的规则指引就此消失。“‘产权’的经济学语词和‘财产权’法律语词的融合，使理论家们不经意地瓦解了私人财产权的边界……如何区分物和碎片、权利束和权利、私人和非私人财产权？”^[39]财产权排除他人、保证收益的基本功能就此丧失，这无疑影响到人们的“收益安全”，破坏了社会存在的基本秩序。

[36] Emily Sherwin, *Two-and-Three-Dimensional Property Rights*, 29 Ariz. St. L. J. 1086 (1997).

[37] 前引 [24], Blackstone 书, 第 7 页。

[38] See David Hume, *A Treatise of Human Nature*, L. A. Selby-Bigge ed., Oxford University Press, 1978, p. 490.

[39] Michael A. Heller, *The Boundaries of Private Property*, 108 Yale L. J. 1193 - 1194 (1999).

四、困惑与偏差背后的常识沉淀与时代要求

对上述理论困惑及其后的社会偏差，法经济学家们自有他们的应对。本部分就这些应对再作出否定之否定的辩证分析，从中折射出的，也许就是财产规则确立中的一般规律。

1. 对物“财产权”与权利束“产权”的信息模式差异：常识沉淀

在交往安全方面，上文已指出，如果不是单从一对权利人与义务人的角度，而是从权利人与众多义务人协调的社会整体角度来观察，一个统一的可预见性准则，相对于一个随地点、情况而不断变化的行为准则，就是更加节约信息成本的。将此对照前述法经济学文献可见，科斯的举例恰恰集中于只有两方当事人之冲突关系的双务框架，^[40]其后继研究中所塑造和分析的典型，也大多是这种双务模型——其中所涉及的权利就只是对人权，而不是对物权。

具体而言，就牵涉不确定多数当事人的对物权的信息传达模式，可以有两种基本的规则办法。一是长期以来人们自然遵循的进路：财产所有权人有权排除任何陌生人对自己的财产及辐射空间的干预。二则是科斯所谓“允许的使用”进路：“我们是否有权开枪让子弹飞过一个人的土地一直被认为决定于谁拥有土地上的空间权，而实际上，讨论我们能是一支枪干些什么可以让问题变得更简单”，^[41]即从描述土地所有人的财产权利，转而去规定枪被准许的一切可能用途。

比较这两个进路，前者系以（从有形物推演出的对物）财产的可表征性为基础，反向推定任何人都知悉这一财产权利的存在，而人不能明知故犯，所以只要没有财产权人的同意，他人就都必须尊重而不能再干预该财产。后者的基础，则是认定土地与枪在内的各种财产权益完全平等，谁也不具有优先性，因而以枪为代表的任何人都能进入土地，除非其基于自己的成本考量愿意放弃这一权利。

我们看到，如果信息成本为零，那么无论适用前者还是后者都不重要，二者在功能上其实是等价的。但是，按照科斯定理，权利的传达和处理恰恰是有成本的，因此比较而言，一个能使义务主体简单地知道自己置身于何种边界之外的默示外观表征，就比它的相反面更容易界定。更重要的是，随着义务人的增加，这一成本是在不断累加的，当需要对抗的义务人是不确定范围的陌生人时，这样的“对物”的默示外观，将众多的义务人捆绑在一起直接推知他们的共同知悉，从而大幅度降低了信息的总成本。

而这，实际上就是千百年来沉淀于人们常识中的“对物”财产权的传统认知。“对物”特征的确立，正是其向不确定的第三方施加信息成本的形式：以有形物之实在客体或无形物之登记公示以及其他可能的统一表征制度，^[42]提供信息给所有潜在的不确定第三人，使

[40] 除前文分析的牛吃谷案例外，还有19世纪妨害案件中冒火花的铁路与毗邻的林地主人，农场主与打洞兔子的所有人案等。参见前引[8]，Coase文，第29页以下，第36页以下。

[41] 前引[10]，Coase文，第34页。

[42] 统一表征制度有很多，通常包括动产的占有和交付、不动产的登记。此外，对权利变动的预告登记和异议登记、于动产担保物上粘贴标签、刻下标记，或在存放质物的处所贴上封条、加锁，票据质押时在其后的背书，甚至国家法律预先作出规定的知识产权种类、消费者保护法中的强制性惩罚赔偿、各地租赁条例中对出租房屋可居住性的最低标准规定等，也都可以归入。See Henry E. Smith, *Property As the Law of Things*, 215 Harv. L. Rev. 1707 (2012).

其能一望便知财产权是如何分配的,从而知道自己能做什么以及不能做什么,而不必不断收集身在何处、规则如何的信息,由此尽量低成本地确定自己的行为边界,相应减少社会整体信息的加总量。

但在法经济学的论证中,科斯最初为清晰地说明其创新思想——不同财产结构会产生不同的激励效应——而避开法律系统的全部细节、删繁就简以双务模型展开的分析,却被其后续追随者们不加区分地应用于所有情况中,并有意识地通过“权利束”产权对“对物”财产权的替代,于不知不觉间抽走了对物权“主体人数众多而不确定”的本质特征,使人们就此忽视了它与对人权完全不同的自然属性带来的不同信息传达要求。当法经济学将其(归纳双务模型)抽象出的信息模式再演绎适用于全部法律系统时,就产生了盲点,既忽略了、也不能有效解释社会交往中众多潜在第三人的真实存在。其后续之研究无论多么繁复高妙,所遵循的,却始终不过是科斯本身致力于反对的一个“易处理却非真实”前提。^[43]

这说明,专业化的研究需要专门性的思考。但与此同时,越专业化的思考,也越会将我们圈进自己所设前提之框囿,而于局部的过分关注中丧失整体观,忽略掉这些前提赖以成立的基础。所以我们的研究在坚持专业性的同时,切不能忘记那些大众的常识,因为它们经过千百年竞争沉淀留存下来,反映的完全可能是一些具有普遍性的“社会软件”约束,只是我们认识者囿于自身的能力尚未看到罢了。在牛吃谷案例中,为什么人们直接地趋于认定牛损害了谷而不是相反?表面来看或者在过去很长一段时期内,我们就释之为常识,但现在,在科斯揭示出的“交易费用”真实前提下,我们就能以信息经济学从中解读出充分的逻辑理性:越精细的权利设置,需要越高成本的传达以及义务主体越高成本的处理;所以权利的分配,不仅决定于谁是最便宜的责任避免者,而且决定于改变分配办法后所增加的信息成本之和能否小于将带来的最大产量之和。因此,在“更多人被卷入”的对世领域中,人们会去自动比较交易收益成本的界限后,选择一种能避免众多义务人之信息成本无穷累积的信息模式。由此,在人类的制度谱系中,就逐渐沉淀下来一种与“对物”理解相关联的一般性行为常识。

顺及,也正是由于对物性财产权在对世性的作用下,其传达和处理都是有成本的,因而比较于不具有对世性的其他财产权益,其位阶就未必完全一样,故而不可以“相互性”本质来随便双向逆反,改变因果关系。

2. 对物“财产权”与权利束“产权”的历史形成阶段差异:时代要求

在收益安全方面,财产权的不确定性会导致其保证收益之固有功能的丧失。对于这一点,法经济学也是否定的,因为其认为只要有了交易,就能促进财产权流转,从而带来整个社会的效率最大化。在“事前研究”看来,财产权作为使用权的界限,不过是重新安排各种使用权之更经济使用的一个出发点基线,只要通过这个基线来促使权利束顺位不断发生转换,就能推动交易的发生,给社会带来效率,而这就是最大的公平。

[43] 科斯指出,合格的经济理论必须具有一个“真实(realistic)”而“易处理(manageable)”的前提,既符合真实世界的状态,又可运用经济学知识和技巧来进行分析。过去的经济理论并没有做到这一点,而科斯为此穷其一生,找到了“市场交易费用不为零”这个前提,给经济学的结构带来了根本性的变化。参见周其仁:《研究真实世界的经济学——科斯研究经济学的方法及其在中国的实践》,《中国社会科学季刊》总第18、19期(1997年5月),第230页以下。

但即使我们接受法经济学的这个观点——最大效率结果的调整就同时意味着最大的公平——问题是，这推动交易发生的财产权基线又是如何建立的？“事前研究”中对此谈之甚少，而似乎一切都是自然而然的。但我们可以细思，即使交易能够发生，财产权人却并没有把握自己将获得此交易带来的好处，他还会对促进交易感兴趣吗？没有了自己的努力将得到回报的稳定预期，就没有人愿意去使用既有财产进行增值，那他为什么还要进行交易？再退一步，一个人如果没有某种基线决定他能拿什么来进行交易，他又如何可能成为契约的一方？所以，最后仍不得不回归到财产权基线的确立上。

不过，对于法经济学所源起的彼国各位学人来说，这一基线却有可能真的是自然而然的（从而为他们的学术思考所自动忽略）。在其历史上长达数个世纪抵制王权的司法沉淀以及启蒙运动奠定的个人自决下，（发端于不动产无形地产权或有形物的）财产认识渗透人心，使财产权逐渐得到了一种作为自然权利的共识，普通法的保守性或德国基本法的人权至上随之融铸成为不同法系中不可撼动的法治基石。即使后来随着时代需要的转化，财产权开始走向“制度性事实”〔44〕并进行一些人为了的实证设定，即使其边界有所模糊而不再清晰可辨，〔45〕每个人的心灵中却始终弥漫着对它的尊重和维护。〔46〕于是，财产权浸润在这些权利保护的长长先例之中成长起来，一切都是自然而然的，无需学说和实践中再去从头开始费力地构建。

在这样的基础上，随着时间沉淀，资本主义初期阶段各种矛盾走到中后期，量变累积带来性质转化，源于个体的分化逐渐固化为阶层的差距、日益细化的专业知识门槛导致私主体交易在事实上已经难言平等、特别是面对风险社会下的各种庞然大物、个体自己的可控意思在每个事件中的比例飞速下降……这种本质上日益差序而不是平等的社会格局，就不再可能惯性地依靠传统社会的调整办法——多种基本平等力量相互博弈的自然结果，而要求一种新的力量进入到（事实上已不平等的）私人关系的内部去进行干预和矫正。为此，我们清晰地看到了20世纪中叶后，美国政府对社会经济事务干预的大大增加以及前述“权利束”理解取代“对物”财产权的迅速流行。其在时间点上的这一契合，不正是因为“权利束”定义使人们相信，“财产权”并没有什么固有核心，而不过是一个由社会传统形成的可变化利益集合，那么政府以多数人福利的名义来自由扩张或压缩一部分人的财产权利，

〔44〕 对应于“原始性事实”（original fact），指一种以人类实践活动或其结果为条件的事实，所以其存在不仅取决于实际发生了什么或者出现了什么事件，还取决于适用于这些行为或事件的规则。参见〔英〕麦考密克、〔奥〕魏因贝格尔：《制度法论》，周叶谦译，中国政法大学出版社1994年版，第136页。

〔45〕 比如，在美国不断走向现实主义的发展中，财产权的认知在形式上已泛化为权利束，但在这一泛化形式的背后，在各种判例的论证深处，却仍有其从布莱克斯通以来浇铸成型、隐而不彰的普通法自然基础，其中之一就是基于财产权与合同权“对世”或“对人”效力边界差异带来的主体权利固有保护。

〔46〕 笔者研习英美法以来，始终苦恼于其司法理性能动与法治可预期基本属性之间的矛盾，在英美诸国访学的所有研讨中都会就此求教。包括牛津大学法律系主任 Timothy Endicott、剑桥大学三一学院 Dean Kevin Gray、哥伦比亚大学法学院教授 Benjamin Liebman、美国现任大法官 Ruth Ginsburg 等大贤给出的答案都出人意料的一致而简单：“基本的法律是很少变动的”。即便是本文中为树靶批评而推到极致的科斯本人，要求法院“在作出判决中尽可能考虑经济后果”时，为它们设立的前提也是要“在不造成法律本身不确定的范围之内”（参见前引〔8〕，Coase文，第19页）。所以英美法系和大陆法系同样具有法治稳定性的界限，区别只在于这个界限是预先写在立法中还是弥漫于司法应用中，是通过法律文字和教学理性去延续还是借助陪审团制度与司法判例的融合来传播。

就没有什么不对的了。^[47] 当此之时, 法律人在传统自然财产权理解的普遍基础上, 开始更多关注具体场景下的具体正义, 运用新方法更精细地配置个案财产权, 不同样是一种积极的历史扬弃, 而能够在其“时代要求”下得到充分的正当性背书吗?

因此, 以更大的视野来审视, “对物”财产权与“权利束”产权的分野、“事后研究”与“事前研究”分别致力于的“保护收益安全”与“推动交易发生”, 究竟何者更有利于社会, 除了需要逻辑的剖析外, 更终极的答案还在于时代正义的背书, 即文首提出的人类不同发展阶段的不同时代要求。^[48] “在那些真正有趣的案例中, 对与错不是重点, 我们观念悬殊不是因为我们中的任何一方出现了错误, 而是因为我们的价值观、个性、生活经历以及对司法的定位完全不同, 我们推论的前提完全不同。”^[49] “财产权是一种就某物的对抗世人的权利, 这是在一个社会还没有解决秩序问题的较早阶段最为突出的一种观点……为警惕社会中财产权普遍受到侵害的可能性, 就有必要明确地表述为什么所有权的安全关涉重大。然而到了现代法经济学产生的20世纪60、70年代, 至少是在发达国家经济中, 秩序问题基本得到解决。现代理论家们自然就并不令人惊奇地感兴趣于还没有解决的问题, 如处理长期契约、控制复杂组织中代理人的行为、微调规制溢出性的刺激。换言之, 现代法经济学家们所感兴趣的不再是秩序问题, 而是福利的最大化。”^[50]

五、我国当代财产规则的坚持与发展

对照以上分析总结出的“常识沉淀”与“时代要求”规律, 我们就可以清晰地考察当代中国所处的时代阶段与常识认知, 对应思考需要建构什么样的财产权规则体系。

1. 立足独特历史起步带来的时代要求

1949年后的中国, 在早期社会主义理论的指导下, 一切财产资源包括土地、资本、企业甚至人力都被纳入计划的范畴, 于是只剩下了国家这个唯一的财产权人,^[51] 通过不同财产权主体间不断交易带来的资源最大化利用遂不再可能, 导致社会运行失去效率、走向崩溃。1978年以来的改革开放, 从财产权角度来看, 就是要从原本单一的国家财产权中分解出若干个新的财产权(来按照市场竞争规律运行)。而当此之时, 整个社会中已剥离私产交易几十年, 导致财产之观念在几代人的心灵中彻底断代。相应地, 财产如何运行、何为有效等意识在经验领域上也是一片空白。这样的一个从无到有的释放过程、心灵意识的转换过程、经验空白的填补过程, 毫无疑问, 意味着我们尚处在“一个社会还没有解决秩序问

[47] 参见前引[34], Merrill等文,第365页。

[48] 因为逻辑的进路始终脱离不了公平、正义、效率等主观价值目标, 只不过是如拉伦茨所谓“目光流转于法律与事实之间”、在客观进路的装饰下完成这一连串的主观判断。而其中除了少数纯粹形式逻辑法律解释办法外, 大部分观念价值都是无法证伪的, 实质上就是在用逻辑鉴别逻辑、以理论识别理论, 最后只会陷于思辨, 而并没有真正可靠的标准。特别是面对时代发展导致人们的主观需要潜移默化、而使得正义根基悄然变化的疑难案件中(hard case), 逻辑的进路就更加缺乏可操作性。

[49] Richard A. Posner, *Tribute to Ronald Dworkin*, New York University Annual Survey of American Law, 2007.

[50] Richard A. Posner, *Blackstone and Bentham*, 19 J. L. & Econ. 569, 601 (1976).

[51] 从而在实际上使得这一财产权的存在也不再有意义。因为源自罗马私权的财产权制度的功能就在于定分止争, 相应设计了请求权、追及权等一系列制度措施。而当财产权主体只有一个的时候, 就既不存在什么分、也没有什么争了, 导致这些制度措施并没有用武之地。

题的较早阶段”。

如果一代人的成长约略需要二十年，改革开放以来尚不及两代人的心灵转变，对照于前述西方社会数百年更迭下的几十代传承，自然不可能与它们的国民性完全等同。对应的西方经验，又如何能于我们的现实法治环境中自然而然地存在？如果在我们的现实生活中，私人和非私人的所有权界限还不甚清晰，随着城市功能的拓展，房屋和土地的征收不断发生，由于社会承载容量有限而对私人物件使用的限制不断加码……而这一切发生后，人们却不明白究竟是什么权利受到了侵犯甚至找寻不到司法堡垒的最后屏障……作为法经济学产权束交换之隐然前提的那个财产权基线，还是自然而然的吗？如果我们无视这些真实的国情，径人云亦云于西人，放任“对物”财产权走向一大把“权利束”，不再有任何可确定的核心、也没有什么不可动摇的底线，只是弹性满满地随时准备因应场景而改变，它真的能带给我们社会效率的极大提升吗？当主体之间的产权设定都尚未清晰、合理，他们以此为基线相互谈判促使发生的契约就未必是有效率的，公权力以此作为基点设定方案来促进发生的交易也难说是一定公平的。因为没有人知道，此时交易的边界应该在哪里。当政府组织、跨国公司、垄断性行业集团甚或就是村头集体小吏们为优化整体之效率而要求人们为此出让个体之资源时，对于来自外部世界的这些干涉，一旦难以凭借对物性财产权作出抵御，财产权人维护自己的基本安全、从中建立增益预期的基础也就将随之减弱乃至消失。

换言之，在独特历史起步带来的真实国情下，近代、现代和后现代“共时”下的当代中国仍在很大程度上深陷于“还没有解决秩序问题的较早阶段”，人们心中普遍缺乏那条“自然而然”的财产权基线。因此，我们的时代任务中首先需要特别警惕的，就是“财产权普遍受到侵害的可能性”；为此，我们应于财产法制的从头建立中，“明确地表述为什么所有权的安全关涉重大”。如何表述方为明确？那就是要通过一个能指引人们把某项权利落实为自身之财产的实在基础，给缺乏内心关照和经验空白的民事主体们提供尽量清晰的行为指引，使他们获得稳定的、强化的安全感，尽快长大成熟，直至能够自我维护——自然而然地维护。

2. 尊重信息逻辑理性支撑的常识沉淀

上述这种也许有些“老土”的理解，正是植根于我们常识中的自然主义“对物”财产权，而在此常识的直觉之后，前文已指出，沉淀着现代信息经济学的逻辑理性支撑——权利的分配决定于交易收益成本的界限。“对物”财产权的确立，正是这样一个能够有效降低资源控制权分配之信息成本的普遍策略，其“对物”核心，不仅是我们常识认知中的一个简单外在形式，更藉以传递出了普遍的信息，从而使得这种信息获得模式的外部性最小，具有了信息成本上的总体优势。

事实上，任何财产权制度，都面临着权利主体的保护与义务主体获取信息成本之间的协调问题。而我们需要的，就是一种能让财产权类型尽量精细而又有所标准化的协调机制，一方面维护财产权人的设定，另一方面又尽量减少其对世性强加给第三人的普遍的信息收集和处理成本。对社会整体而言，为了降低这样的成本，财产权就必须表现为一定的标准形式，满足基本的法律要求，通过权利本身告诉其拥有者：他们能做些什么以及对于他人的主张可以采取什么行动。与此同时也告诉权利人以外的其他人：哪些是他们可以做的，

哪些是他们不可以做的。在“对物”财产权中，对权利人来说，以“物”为基，既可以在给他人造成最小信息成本的情形下实现对财产的控制、计划和投资，然后获得回报，相应带来社会整体的积极创新活力；还可以财产之默示外观发生推定公知的作用，使得一种普遍的义务从物自身波及整个世界，就此获得一个对抗其他人之干涉的客观性和普遍性的实在基础。与此同时，对义务人来说，“当我们遇到一件以惯常的方式标示已被占有的某物的时候，我们知道对于该物我们负有种种消极义务——不侵入它、不擅用它、不取走它等等。即使我们对于究竟谁是这一物的主人一无所知，我们也知道如此”。^[52]

3. 在“对物”财产权之基上保持充分的开放性进口

与此同时我们也看到，迅猛的资本累积、技术挑战、环境变化等正在撼动我们整个的社会结构和生活方式基础。随着人与人之间社会联系度的几何级数增加，我们所处的时代发生了人类前所未有的变化，价值标准日益脱离几千年传统带来的经验预期及正当性判断。^[53] 尽管起步不同，但在法经济学兴盛的美国曾经发生的从原子型社会到连带型社会、从自负责任社会到风险社会、从守夜人社会到保障型社会的根本转变，我们的“共时”时代同样也已经开启并不断加速，迅速迈入一个变化、差序的格局。脱离了脱胎自简单农业社会的稳定、平等格局，人们于书斋中预设的那个不分强弱智愚的“抽象人”逐渐不复存在，“人人平等——平等博弈——达致均衡”的法律调整模型也随之坍塌，将“抽象人”的行为视作客观对象、以严密逻辑方法设计来逐层解剖调整的一套规则体系，自然也就不敷使用了，法律上的平等、形式上的自由带来的，只能是实质上的不平等和主体间现实的压榨。

反映在财产权的建设上，这些现实就意味着在“时间的丛集”与“时代的错位”下，我们尚未解决秩序问题时，却又遭遇了“福利的最大化”如何实现的问题。相应地，在我们当代从头建立的综合财产权规则中，在普遍推进自然主义“对物”财产权的同时，也必须注意不同社会主体所持权利束之实质公平，给予个案下的扶助和矫正。对于凸显“福利的最大化”问题的连带型、风险型、保障型等个案中，不再听任“对物”认知导致的财产权利类型和效力的预先固化，而类型化地引入其他因素，通过权利束之间的比较变动来给予“新财产”合理的对世性保护。

换言之，为了既维护法律的自律性，又有效应对法律外部的诸多不确定因素，当代财产权建设应让“对物”之基在始终得到保持的前提下，逐渐渗透到财产法的背后成为不言自明的公理；与此同时又从前端凸显地位不断淡出，为具体场景下综合衡量后更应获得优先排位的某束权利提供一个开放性的进口，这些进口包括习惯法、信赖规则、知悉对抗规则、当事人意思坐标转换、诚实信用和公序良俗以及“事前研究”下的效率比较产权顺位

[52] 前引 [34]，Merrill 等文，第 359 页。

[53] 社会学者认为，人类文明的发展经历了“前喻文化（post-figurative）”、“并喻文化（co-figurative）”、“后喻文化（pre-figurative）”三个时期。“前喻文化”即老年文化，在进入工业革命之前，世界的变化非常缓慢，年青一代要向老一辈学习基本的生存技能、公认的生活方式以及简拙的是非观念。但随着经济全球化和文化网络传播的爆炸发展，边际日益模糊，年长者来自农耕社会的很多生存经验似乎失去了指导价值。年轻人对生活的理解、对生活方式乃至根本价值观念的追寻都发生了颠覆性的转变，并且反过来将这些传递给他们在世的前辈，这就是“后喻文化”。其影响迅速、深远，超出了每个凡人（layman）根据以前的生命经验、狭窄的知识视野及有限的从业资历可以把握和描述的范围。See Margaret Mead, *Culture and Commitment: A Study of the Generation Gap*, Natural History Press, 1970.

调整等，方法不一而足，但都须经由具体因素间的综合衡量论证，构造出对某类型权利束优先保护的明确法律要件与法律效果，从而在整体稳定的自然主义财产权架构下，以不同的制度激励微调当事人的行为选择，带来整体社会的可持续发展。

总之，财产权，并不是个简单的概念称呼，而是联系着法律框架体系的一块基石，背后蕴含着社会的整体图景。以其为节点所连接着的各种行为规则，引导微观个体自行行动后发生的复杂相互作用，便显现出一个社会运行的宏观秩序。中国不是成熟社会，而是转型期社会，当我们以学术方式将时代问题的紧张感呈现出来的时候，就不能把一切简单地归结于某个群体或者某种（甚至是完全外来的）理论，而必须将个人怀抱和社会关怀融入其中，审微于无形，御变于将来，严谨地基于本土时代的社会根基作出思考。

Abstract: Conventional law usually follows the “ex-post approach”, resolving disputes in accordance with the established types and related norms of different rights. In contrast, Law and Economics, which rapidly developed from last century, follows the “ex-ante approach”, resolving disputes by competing all the “right bundles” against each other after the dispute through efficiency analysis, so as to make re-arrangement of the priorities among them. However, we should notice that, in the traditional judicial understandings, there has always been an essential distinction between the nature of different right types, i. e. , the heterogeneity in respect of the extent of exclusiveness of the categories of “right in rem” and “right in persona”. Whereas Law and Economics, completely ignoring the distinction of the nature through analytical conception of “bundle of rights”, may expand the exclusivity of all rights and interests to chaos, hence resulting in great harm to the security of transaction as well as to the property income of the whole society. However, from the perspective of the dynamics of epochal movement, the difference between the two approaches is not a matter of right and wrong; instead, it merely reflects the responses to an incremental movement from the societal need for order and security to the need for welfare maximization. Taking this into consideration, we must focus our attention on China’s unique historical start point in the development of property law, disregard various fancy schools of thought and/or propositions, and reflect on the question of localization on the basis common sense. We must adhere to the systematic understanding of the in rem nature of property rights while at the same time be open-minded in designing and recognizing categories of property rights in general so as to resolve disputes over property rights in individual cases in a more efficient way.

Key Words: right in rem, bundle of rights, ex-ante approach, information cost, law and economics
