

比较法视野下的英美财产法基本构造

冉 昊^{*}

【内容摘要】 由于英美法系和大陆法系传统的形成开始于不同时期,前者的经验主义固有特色与大陆法的逻辑理性基本认知方法产生了根本的差异,为此,要理解英美财产法,就不能直接以英美人的方式去解读英美法,而必须尝试着用大陆法系的方法先作出一个初步的解读。本文就此提出了一个包括框架结构、突出特征以及作为其基础的规范类型和适用办法的英美财产法基本构造:英美财产法以普通法所有权与衡平所有权的双重所有权为框架结构,表现出以实物对象为中心的基本特征,对这些表象背后的支撑,则是它的法律裁判规则(legal rule)载体形式,从而能够采用关系类推和具体比较的办法实现法律的实施。

【关键词】 比较法 英美财产法 基本构造

“欧洲人的习惯由于偶然的原因两次演化为理性的法律制度”,在《普通法的历史基础》(Historical Foundation of the Common Law)一书开篇,“过去半个世纪公认最伟大的英国法学家密尔松(S. F. C. Milsom)”就对两大法系的发展提出了这样的一个论断,然而“在一位来自欧洲大陆国家的法律家看来,英国法却一直是一种特别异样和奇特的东西”,“它不尊重三权分立的立法权力,它没有伟大的罗马法的历史影响,它甚至互不一致、没有体系、全然不做高层次的概括。”同样,我国自清末聘请日本法学家参照法、德两国民法典制定《大清民律草案》以来,也就长期钟情于大陆法系,而将英美判例法视为理性的对立面在心理上加以排斥。但在世界加速融合的今天,“从各种法制中寻求共同基础或近似点,以便从各种不同形式中找出世界法律生活的根本性质”已具有了日益强劲的实践动力,在这样的背景下,对于作为“西方世界两个伟大法律传统

* 作者单位:中国社会科学院法学研究所。

S. F. C. Milsom, *Historical Foundations of the Common Law*, 2nd ed., Butterworths, London, 1981, Introduction I, p. 1.

Alan Watson, *Roman Law and Comparative Law*, University of Georgia Press, 1991, p. 139.

[德]K·茨威格特、H·克茨:《比较法总论》,潘汉典等译,贵州人民出版社1992年版,第333页。

Arthur Taylor von Mehren, *Law in the United States: A General and Comparative View*, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1998,

p. 1.

这是1900年巴黎国际比较法大会上讨论确定的比较法的目的。

中一支”的英美法,我们是无法再有意无意地忽略了。

然而长期以来,我们对英美法的了解都处于一个尴尬的境地:一方面,我们已经有了很多的研究,了解了它的判例渊源,了解了它的分析法学方法论,以及种种具体的债之利益物权救济办法、合同第三人权利理论、惩罚性赔偿原则等,不少学者甚至已经就此宽泛地得出结论——英美法分散而灵活,不受体系和部门约束,应成为大陆法学习的对象;但另一方面,我们所渴望的,全面、完整、深入地理解英美法从而在整体制度和观念层面上获得启发,长期以来却没能得到有效的实现。是的,要向英美法学习,然而,怎么学习呢?传统研究办法对分散复杂的普通法规则的片言只语,对卷帙浩繁的判例海洋的管窥蠡测,似乎并不能让我们完整地理解其部门法,特别是对相对于合同、侵权等流转领域的、历史性更强的英美财产法,提到它时我们的整体概念迄今仍然是一片空白,甚至在包括日本、韩国、中国台湾地区的整个东亚大陆法地区,对它的研究都处于不充分状态。那么,这其中的问题出在什么地方呢?笔者认为,这首先要归因于英美法的固有特色,其次,与此特色相结合,则需要重新思考改变现有研究的切入角度,而“从远大处把握法律的全貌,以启发研究兴趣。”

一、发端时代的差异导致的两大法系的重要差别

作为受大陆法教育出身的法律人,我们理所当然地视自己的法典体系知识为正统,强调法的合理性、逻辑性而指斥英美法杂乱无章,或至少是缺乏体系的,“只是一麻袋的琐细东西”。但从历史的发展来看,“在西欧的第一个千年中,大陆的法律发展与英格兰的基本相同,到12世纪为止,由于经济和社会发展缓慢等原因,法都被视为对公众道德标准的宣示或表达,而不是对实际或潜在的各相互竞争的主张或利益的解决工具。与这样的观念相适应,法律的出现就只能是在解决特定具体争论的过程中”。在此期间,1066年英格兰发生了诺曼征服,于是英国在那时就开始了建立统一中央司法管理系统的进程,为了形成通行全国的法律,当时的王室法院法官能借助的只有当时的社会背景和法律思想,因此英美法从11世纪开始就沿着“解决特定具体争论”这条宏线一直发展下来。反观同一时期的欧洲大陆,政治上长期处于分裂状态,属地法盛行,法律的统一迟至19世纪才得以实现,而在这8个世纪之后,法律借以形成的知识背景和制度背景都已发生了深刻的变化:经济和社会变化的速度明显加快,由此法律不再被视为宣示的(declared)而是制定的(made);三权分立的政治思考不可能再容忍法律作为司法的创制物;经过偏好体系、结构和概括的法学学者们几个世纪的研究,一套可适用于生活的法律科学(legal science)也已经被依照罗马法制造出来呈现于我们面前,这些因素的共同作用决定了,在那样的时代,法走向统一的唯一归宿就是法典化。^⑩所以历史地来看,对于第一个千年的共同传统,英美法系是从11世纪开始延续它,自在一隅、缓慢但有机地逐渐演变而形成,而大陆法系的罗马法整理和法典编纂却

Arthur Taylor von Mehren, *Law in the United States: A General and Comparative View*, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1998, p. 1.

与德国法系中财产法是物权法和债权法的理论抽象不同,财产法是英美法系中的一个具体法律部门,从封建土地制度演变而来,最初主要为不动产法,调整由土地转让、继承等导致的土地上复杂的权利状态,此后进一步将这些办法类推适用于新型动产,包括了对证券、金融契据等的调整。

韩中谔:《法学绪论》,中国政法大学出版社2002年版,第1~2页。

Oliver Wendell Holmes, *Common Law*, Little, Brown and Company, 1948, p. 2.

^⑩ Arthur Taylor von Mehren, *Law in the United States: A General and Comparative View*, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1998, pp. 3 - 6.

意味着它的一次相对的断裂和重塑。在这个意义上,当我们审视两大法系时,如果能够抛开启蒙教育在脑海中烙下的成见,也许(仅仅是也许)更应该受指斥的反倒是我们欠缺历史连贯性的大陆法呢。英美法学家们顽固地坚持他们的法律传统,强调法应是长期演进的产物,不受任何革命的干扰而保持历史的连贯性,认为自己的法高度明智、适应能力强、具有永久性价值等,在他们而言的确是毋庸置疑的。

抱着这种接受的态度,我们就可以想象并理解了,一个从 11 世纪开始形成后再无中断的法律,“孤傲排外的成长,不屑于与民法学家们更为优雅的学问为伍”(P. Pollock),那么它肯定会一直保持着其成形时期人们的思维水平和当时制度的特色:按照对生活的直观认识本身,依调整对象和诉讼程序的要求来个案地提出各种规则,而不进行逻辑上的考虑来作出权利类型的预先安排。因为早期的人们并没有明确的“权利”概念,虽然作为个体的人类交往自然会产生特定的具体争论需要解决,解决的办法之一也就是现代称之为诉讼的方式,而待到诉讼裁定一方的利益优于另一方应予保护时,就指明了得到承认和保护的利益的范围,从而间接地界定了权利的内容,我们就会说获胜方具有了权利。然而,我们不能用现代的思维方法把这些称作所有权或他物权或别的什么权利,这些所谓的“权利”充其量只是具体诉讼中的具体利益,非到诉讼不会出现,因此不可能对它们预先设定出确定的内容,更遑论设定其效力的高低,而只可能是在具体比较中得出的“更优(better)”结论,哪个“更优”就保护哪个。相应地,那时的法律也仅有公平正义观念,而没有权利的观念,也就是说,法律并不是赋予每个个体以“权利”——行动的自由和限制,以预设的“权利”的存在来统领法律体系,调整生活秩序,而仅是基于正义等直觉对实际生活关系形成的一种大致安排。所以在 11、12 世纪的历史条件下开始形成的英国普通法并没有对法的规范性、可预期性等的充分认识,英格兰法官们并不认为他们需要为未来行为发展出什么一般原则,或确定各种关系中的权利义务使人们获得法治的稳定性和可算度性,而仅仅直观地视自己的任务为解决纠纷,对不符合人们内心正义直觉的个案结果提供救济。由此,他们按照当时的思维水平和现实需要,以封建法(Feudal Law)为源头,依据较早统一的、融入有罗马法具体制度的盎格鲁—萨克逊习惯法,形成了英美判例法的基本特征——不强调完整的立法规定,也不具备多少抽象性,而是在每一个具体的案件背景下考察具体的人和物,将当事人各自的物上权利在诉讼中具体比较,定其高低优劣(better)给以保护。

此后,“至中世纪末期时,ius(权利)这个词获得了它在古典时期所没有的更多的含义,即人类有一种固有的特性,按照这种特性,一个人应当拥有某些东西,能够做某些事情,或应当不受某些干预”,“权利”的概念从此开始转变为一个普遍的名词,被规定在早于人们的具体行为的普遍法律规范中。以此为媒介,法律控制社会的基本手段发生了很大的转变,开始预先规定多种多样的实存的“权利”,平等地赋予无差序格局下的民法中的“人”,这样,每个人都有了完整的从占有到处分的权利,可控制周围事物并自我控制,人们以法律规定的各自拥有的“权利”为行为的指导和预期,在社会中互动生存着。在彼此的权利发生冲突时,虽然用来解决冲突的仍然是诉讼保护办法,但此时在诉讼中进行的不再是以前的那种事后比较,而可以依据法律预设的权利效力的

“英语中‘权利’之类的词语和其他语言中性质相同的术语,只是在语言史上较晚的时期,即中世纪将近结束时方才出现。”见阿拉斯代尔·麦金太尔, *After Virtue*, University of Notre Dame Press, 1981, p. 65.

所以会有“救济产生权利”或“救济先于权利”的英美法谚。

Roscoe Pound, *Social Control Through Law*, Hamden, Conn: Archon Books, 1968, p. 86.

高低来决定哪种权利应受到保护。所以到大陆法系形成时,权利不再后于诉讼,而是先于行为;不再是具体的,而是类型化的;不再是依公平正义进行个案比较而定,而是法定其效力高下,这就有了我们熟悉的物权法定、所有权绝对等原则。

为此,笔者认为,两大法系传统的形成开始于不同时期,或者说,不同时期的人们的思维能力,这是导致二者之差别的一个非常重要的原因,“我们的法律成熟时有双重机制,法律传统在一定意义上始于严格法时代……欧洲大陆吸收罗马法后,严格法时代法律发展的独有特征几乎全被涤除,因此,大陆法传统始于衡平的或自然法阶段。”

二、英美财产法的基本结构

考虑到英美法的这种固有特色与大陆法基本认知的不相符合,如果我们在比较法的研究中还采取对待外国法的通常办法,直接以英美人的方式去解读英美法,执著于他们的法律人(lawyer)——主要是法律从业者(practitioner)所津津乐道的判例渊源或者苏格拉底式“法律头脑(legal mind)”训练办法,肯定是无法找到对我们的(研究型)头脑来说有意义的整体概念的,所以要有效地切入英美法进行比较研究,就必须另辟蹊径。比较法大家勒内·达维德(R. David)说过,“如果所比较的各法律区域拥有共同的法律结构、程序规则以及关于法律问题如何分类方面类似的观念,比较法就相对简单了,但如果研究的对象是在法律体制、程序设置以及法律分类等方面都有差异的制度,那么仅仅比较具体的法律规则就会导致危险的误解。法律分类体系及其认定、处理法律问题的独特方式尤其可能给比较法学家设置障碍;而当法律规则被置于它们适当的体制或程序环境中观察之时,其中原本显而易见的差异又会消失。对于看问题稍微全面一点的人来说,法的主要部分显然是法的结构本身:它所认可的分类、所使用的概念、作为它的基础的法律规范类型。”循着 R. David 提出的这个“法的结构”的切入点,我们应做的似乎首先就是抛开英美案例中那些冗长复杂的细节论述,而直面英美财产法的整体结构,“穷理尽微,发现其根本

历史从来就不是直线型进步的。早在希腊时代,伟大的思想家们已经认识到了“法律根本上是保持现状和社会秩序的一种办法”,“古罗马的法律天才们则将此种‘维护社会现状的司法观念’进一步付诸实践”(James V. Calvi, *American Law and Legal Systems*, 4th ed. Pearson Education Inc. 2000, p. 22),但此后的欧洲为所谓的蛮族部落(barbarian tribes)统治,“日耳曼法曾一度回到原始法观念,即采取纯粹的维持社会和平观念和不惜代价征收税金以控制私人诉诸武力避免复仇的原始制度”(〔美〕庞德:《普通法的精神》,唐前宏等译,法律出版社 2001 年版,第 60~61 页),再加上神学的束缚,从 4 世纪到 14 世纪欧洲社会实质是经历了一种倒退,人们的个性、思维都被严重地禁锢,直到后来城市和商业的兴起才逐渐打破这种桎梏,要求恢复并强调理性思维能力,而为了对抗当时的社会统治思想,人们只能向更早的历史去寻找这种资源,所以人文主义运动会以复兴古典的古代精神、模仿古代文化、再现西塞罗那种普遍人格的人类形象为宗旨,此后的欧洲由此得以恢复并发展出了关于法的规范性和法治的稳定性等的认识。大陆法系当此形成时期当然深受这一影响,但英美普通法系在此前已经形成,到此阶段后法律贵族为维护自己的特权又借助普通法对抗于它,所以未发生大的改变,仍坚持其直观思维。

所谓严格法和衡平的或自然法阶段,是庞德提出的两个特定概念,严格法指只考虑形式的极端个人主义阶段,如以自己的自由为赌注掷骰子,一旦输了就心甘情愿地被拍卖为奴隶。衡平的或自然法阶段则更多地受到道德观念的浸润,即使对如此承诺了的弱者也要给他自身并没有意图的、合理的救济。见〔美〕庞德:《普通法的精神》,唐前宏等译,法律出版社 2001 年版,第 12 页。

也有人翻译为“案例脑筋”,指案例教学并非仅对判例作表面性的分析或加以批判,而更重要的是具体探讨在判例的背后,在相互对立的利益冲突关系中,胜方是根据什么理由被认为是更优(better)而给以保护的,以及作出这样一个保护于他的最终判决,会对现实的社会生活产生什么样的影响,由此磨练出一种“案例脑筋”(legal mind),意味着智识、记忆、思索、评价、决定等人类能力的总和。

〔法〕勒内·达维德:《当代主要法律体系》,上海译文出版社 1984 年版,第 314 页。

原则及其效用,别其类属,定其体系,而后问题乃臻明确。”

首先,从分类来看,在英美财产法中,我们碰到的不是公法和私法的基本类别,而是普通法与衡平(common law and equity)两套平行体制;进一步,普通法与衡平还各自产生了一种所有权,导致衡平所有权(equitable ownership)共存于普通法/法律所有权(legal ownership),在普通法与衡平的分类之下,也没有依权利类型划分出的各种物权概念,而只有基于实物对象的实产/不动产和属人财产/动产(real property and personal property)划分,以及与不动产相联的汗牛充栋的地产(estate)规则,因此,这些就成为了英美财产法的核心概念,而看不到我们熟悉的绝对所有权、用益物权、担保物权等概念;既然不依权利类型划分概念,于是在作为基础的法律规范样态上,也就没有在其中预先设置了权利请求基础(Anspruchsnormengrundlage)的抽象法律规范(rechtsnorm, regle de droit),而代之以一个个联系于特定案件事实中的实物对象的法律裁判规则(legal rule);再进一步,我们更迷惑于没有预先设立在法律规范中的请求权基础(Anspruchsnormengrundlage),英美人如何进行审判呢?他们采取的办法是依据正义的直觉,由法官类推(analogy)既往各种关系(relation)(在财产法中主要是封地关系)中的权利义务配置模式,将争议当事人之间的关系拟制为寄托(bailment)、信托(trust)、占有(possession)等来比较他们在案件中的产权(title)的优劣,对其中的好产权(good title)就视为更优(better)而给以保护,并由此形成具体的法律裁判规则(legal rule),作为在这个场景下对以后有拘束力的法律渊源。

[美]孟罗·斯密:《欧陆法律发达史》,姚梅镇译,中国政法大学出版社1999年版,第1页。

因为在普通法形成的历史上,所有在王室法院发生的诉讼都必须以国王对其发出令状为起点,所以都是国王(光荣革命后其实质地位由议会取代)权力的行使,也都是公的,而无所谓公法和私法的区分。相反,英美人认为如果区分公法和私法,就给国王(政府)不受法律约束提供了理论基础。

Equity通常译为衡平法,但其英文原文为equity(衡平)而从没有被称为equity law(衡平法),指的是通过chancellor的道德良心和追究真意的忏悔而逐渐形成的一套司法格言,所谓chancellor,现译为大法官,但此词来自拉丁文cancellarius,直译意思是守门人(doorkeeper),即充当“良心守护人”的国王忏悔牧师,由于基督教的影响,他也充任国王的高级行政官员。因此实际上, equity并不是法,或充其量只是大陆概念中jus含义上的超越的法,而不是lex这种世俗法,它和通过法院实践将生活习惯转化而来的普通法(Common Law)是两个层面上的东西,对后者起着补充(实则是纠正)的作用,这种超越性来自它形成时英国社会政教分离、王权和贵族相斗争的力量。但大陆法律人为了对称就将其翻译为了衡平法,现在也一直习惯地沿用着,使我们这些后人在理解英美法时首先从语词上就遭遇了难以克服的困难。(当然,如果不这样翻译问题也许会更多,兴一利必起一弊,所以鉴于它已约定俗成,除此外本文仍建议将其译为衡平法)。在英美法的研究中,由于语言导致的这种困难比比皆是,如下文提到的动产(personal property)和不动产(real property),法律裁判规则(legal rule)等,用R. David的话来说,“英国法的用语,同另一气候地区的动植物名称一样,用我们的语言是无法翻译的”。

在此双重所有权结构中,衡平所有权出现在后,是为了解决所有权变动中普通法所有权固守形式,对善良当事人或善意第三人保护不利的弊病。

real property和personal property直译为实在财产和属人财产,来自中世纪英国两种诉讼的范围,而大致相当于大陆法的不动产和动产划分。

所谓直觉,绝不是脱离世俗的纯粹内心自省,正相反,它是在现实生活的多种磨砺中培养出来的,有着深植于社会与文化之中的根;而所谓理性也不过是面对社会事件逐一分析其因果性、影响、反馈效应等得出的结论,所以,直觉和理性并不是对立的,而是异曲同工的,在很大程度上,直觉就是忽略了分析过程的理性,而理性就是还原了分析过程的直觉,或者说,直觉是经验的理性,理性是分析的直觉。

梅特兰(Maitland)、梅因(Maine)、韦伯(Weber)等都曾在其代表作中提出英国法是通过“拟制”、“类推”发展来的,参见[英]梅因:《古代法》,沈井一译,商务印书馆1959年版;W. Maitland & F. Pollock, *The History of English Law Before the Time of Edward I*, Cambridge University Press, 1968.;庞德(Pound)认为不同于罗马法体系以人的意愿为核心,普通法体系的中心观念是“关系”,参见前引庞德:《普通法的精神》。笔者在阅读了大量英美法著作后,也以为这几个概念是理解英美财产法、以至英美法的关键。而寄托、信托、占有这些制度就如同大陆法中的请求权基础(Anspruchsnormengrundlage)一样,是一种用来填平财产权利缺口的法律推定(construct)手段,作为一种中介把英美财产法中的各种制度联系为一个整体。

将上述四点相互联系起来,一个包括框架结构、突出特征以及作为其基础的规范类型和适用办法的英美财产法基本构造,就仿似冰山之一角,缓缓地在我们的脑海中浮现出来:英美财产法以普通法所有权与衡平所有权的双重所有权为框架结构,表现出以实物对象为中心的基本特征,对这些表象背后的支撑,则是它的法律裁判规则(legal rule)载体形式,从而采用关系类推和具体比较的办法实现了法律的实施。尽管这样一种构造不过是笔者作为大陆法系人试图理解英美财产法时,用大陆法系学术训练来解读它的结果,但如上所述,英美财产法固有其特色,从内涵到实质到方法论,它都与我们熟悉的大陆法内容大相径庭,笔者以为,只有首先作出此种“误读”,才可能在理解的基础上,进一步从总体上作出比较和分析,真正明了两大法系财产法的“地方性”和相通性,从而提出英美法系对我们可能的启示,此之谓“相其宜,动其机,培其本根,卫其生长,使其效不期而至”(严复)。反过来,也只有这样的研究,才能加深对英美财产法起源的宏观把握和具体了解,实证地增进人们对现有制度的理解,并拓展法学研究的视野,从法律制度的转变中描绘出一个社会演进的具体轨迹。

www.cnki.net

因为通常也被称为判例法的普通法中贯穿着司法对立法的参与和互动,这种独特性构成了普通法整个法律制度不可分割的一部分,上述的关系类推、拟制比较、总结法律裁判规则等,其实现都必须依靠一个个案件中活生生的法官,离开了这点来静态地讨论普通法基本构造,很可能变成无用的屠龙之术。对此,本文并不敢贸然下断论,而只是尝试着用大陆法系的方法先作出一个初步的解读,因为在真理形成的过程中,试错是不可避免的。也就是说,本文提出的这样一种构造并不是英美财产法唯一的存在结构,而只是帮助我们理解它的一种话语解释。众所周知,普通法是救济的法而不是权利的法(R. David),英美法系本身的体系性并不强,各部分之间不是互相牵制而是平行排列的论题式处理关系,在英美法官看来,根本就不需要以所有权或者任何权利中心来统领财产法体系,甚至也不需要一种体系化的权利结构,而只要有良好的法官存在,从而能实际地提供救济就足够了。

需要说明的是,英美法体现于当今时代的灵活优势是基于它此前的没有良好法典的劣势,而此前的法德国家之所以能产生制定完备理性法典的优势,则是基于它们再前的各地法律分裂的劣势(如上述,英国较早就形成了组织良好、势力强大的实务法律家集团,有了比较统一的习惯法)。所以,历史的优劣是不断转化的,“其贫穷即其财富,其匮乏即其品德”。因此,在现时代,我们强调对英美法系的学习并不意味着它就先天的、永恒的比大陆法系高明,而仅仅说明了当前时代的历史需要的是前者;或者说,在每个法系自身特性的优劣相互转化中,在当前时代,英美法系表现为优势的一面,而大陆法系表现为劣势的一面,就如同17、18世纪表现出的正相反的情况一样。但毫无疑问,在以后的时代中这种转化还将继续,随着各个法系对自身的改进和时代需要的转化,在未来的历史时段中人们再次“回归”,求助于大陆法系整合性的思维也是完全可能的。