

论两大法系财产法结构的共通性

——英美法系双重所有权与大陆法系物权债权二元划分的功能类比

冉 昊

内容提要:英美法系财产法以法律所有权与衡平所有权并存的双重所有权制度为特征,大陆法系财产法则既强调对绝对单一所有权的维护,又同时演化出物权和债权分离的二元模式。本文一方面通过历史的梳理分析了其各自产生的历史过程,由此证明了其存在的合法性;另一方面通过功能比较的对照,分析了这两种在本质上都可概括为二重性的划分,对现代商业流转中非即时清结的交易关系实现的有效调整。

关键词:双重所有权 物债二分 功能比较

冉昊,中国社会科学院法学研究所副研究员,北京大学法学博士后。

我们生活的世界是非常复杂的现象集合体,为了从纷扰的现象中解脱出来,人们就采用归纳、类比、隐喻、分类等思维方法,把无序的世界化为有序。^[1]但是,在这过程中,对同一生活现象采用不同的逻辑起点观察它,所理解的事实就是不一样的,建立体系时给它的归类位置也是不一样的。这样,我们看到,在两大法系财产法通过结构分类对生活现象的解读中,英美法系以法律所有权与衡平所有权并存的双重所有权制度为特征;大陆法系则既强调对绝对单一所有权的维护,又同时演化出物权和债权分离模式,使所有权降为物权的一个子概念,强调权利类型的二元区分。以我们各自的视角观之,英美双重所有权的划分打破了一物一权的私人所有权神圣原则,对受法典化训练的大陆法人就构成了理解上最大的障碍;而大陆法权利类型的划分也违背了现代民主社会下权利平等的基本预设,令英美法人莫衷其是,而互相拒斥。但是毫无疑问,在法律科学的问题上并无真理可言,每个国家依照自己的传统产生的制度与规范都是正确的——即适于其本身需要的,所以本文欲从比较法的视野出发,分析这二者在功能上的相通性和结构上的类同性,以求在理性社会中,于他国不同的制度设计中获得意外的灵感。

一 英美法系双重所有权结构的历史形成及其功能运用

在 11 世纪的中世纪气氛中即开始形成的英国法律,伴随着的是征服者威廉入主英格兰后为了控制全境而采取的大规模分封行动。他将全国 1/5 的庄园和全部的森林留给自己,其余的分给 180 个他最

[1] [美] 乔治·索罗斯:《开放社会:改革全球资本主义》,王宇译,商务印书馆 2003 年版,第 45 页。不过,该书作者接着做出说明,由于每一种思维方法都在某种程度上扭曲了它所代表的事物,而每一种扭曲又都丰富了我们所要理解的世界……所以,我们思考得越多,需要我们思考的问题就越多;思维越复杂,现实也就变得越复杂。其原因在于,现实并不是预先给定的,它是与参与者的思想同时形成的,现实总是比我们所能理解的更丰富,而思维也总能够创造现实。

信任的臣属,以交换他们的效忠和服务。这样,就如同城邦国家(city-state)对于古代社会的意义一样,封土建地的社会组织形态构成了中世纪英格兰法律制度各方面的支配性因素,封地成为了当时社会最主要的财产,封地上的种种争议从此也就成为全部财产法要解决的核心,使其与在后来近现代封建制度解体社会中成长起来的罗马——大陆法系形成了本质的不同。而中世纪起绵延至今的英国法又以“韧性法”(tough law)而著称,有着极强的连续性,因此其“学识只能通过对其发展的历史性理解才能领悟,而不是通过对法律文本的解释而获得”。^[2]所以我们首先需要研究的就是封建土地制度及其对英美财产所有权结构的决定作用。

(一)封建制度对财产权利意识(土地所有权结构)的影响

1. 封建(feudalism)概念辨析

在我国,由于长期以来架空历史的政治教育,封建主义(feudalism)这个概念被蒙上了太多的意识形态尘埃,所以本文在分析其作用以前,首先要做出一定正本清源的辨析。

西欧早期战事频仍,对军事力量的需求成为每个国王最大的关心,因此他将土地分封给属下,由他们利用土地上的收益自备武器和战士,战时带同随己出征,这就是早期的日耳曼亲兵制。当这种关系逐渐固定下来后,依托分封的这一块土地,分封者和受分封者的权利义务不断被复杂和完善,如分封者可获得继承金、附加金、封臣年幼继承人的监护权,受分封者要提供武装和出席御前会议(Curia Regis)等。然后大封建主学样将自己的封地再分封给自己的下属,称为次级分封(subfeudation)。如此层层分封,直至这一阶层之最底,使每个人都享有若干封地,也都要对其领主履行若干义务。通过封土建地上这样一整套权利和义务的设置,社会被层层组织起来,国家的职能得到行使,封建制度就渐露雏形了。^[3]

所以,从其实质来看,简单地说,封建制度就是“领主对封臣进行授予(grant)来交换后者的忠诚许诺和主要是军事上的服务”的一种社会系统,^[4]“其主要的社会联系是领主和封臣之间的保护和效忠、服务关系,领主要为其臣下提供保护,臣下则要为领主提供各种服务。这种人身关系又和土地保有交织在一起,臣下所需提供的义务是他所保有土地上的负担,领主对领地内的事项享有一定的司法管辖权,从国王到各级领主然后再到最低级的封臣,整个封建社会构成了一个金字塔体系”。^[5]换言之,西方文献中的封建主义(feudalism)指称的是一种大大小小的“独立王国”林立的政治和社会状态,其基本特征可概括为“人们之间突出的相互依靠;对不动产权益突出的层层分割”,^[6]或者是“政治权威的碎片化;公权利掌握于私人之手;通过私人人和约获得武装力量构成的军事系统”。^[7]这些颇有点类似我国战国时代之前,王者以爵土分封诸侯而各自建国于封定之区域的情形,所以译为“封建”,谓“封土建国者”也。

可见,在这样的一种社会制度运转中,贯穿其中的是“交换”的概念,以及相应的、双方彼此同意这一“交换”的“定约”(梅因语),而非专制的方式。因为在没有人强大到能独立实现控制的系统中,各有人力财力能够相抗衡的人们之间,实现彼此调整的唯一办法就是双方的约定,“最早的封建社会既不是仅仅由情绪结合起来的,也不是靠一种拟制来补充其成员的。把它们结合在一起的纽带是契约,他们用和新伙伴缔结一个契约的方法来获得新伙伴。封建主和属臣的关系是用明白的定约来确定的……封建主具有一个宗法家长的许多特点,但他的特权为多种多样确立的习惯所限制,这种习惯来自分封土地时

[2] J. H. Baker, *An Introduction to English Legal History*, 2nd ed., 1979, vii

[3] 之所以采取这种方式,原因有很多,但从根本上讲,它是国王权力不发达、各大土地主能够相抗衡而利益交换的结果,“根本上,是因为国王缺乏能够使专制主义成为一种现实统治的手段和工具”。见 W. L. Warren,《亨利二世》,1983年版,第243页。比较于早期东方大帝国的统一和发达的行政管理能力,欧洲的王权相对式微,国王不过是所有富贵者当中最富贵的一个,尚不具有大一统的专制统治能力;所谓国家也只不过是某一国王势力所能达到的范围,而完全没能成为一个科层严密的独立共同体形式。

[4] Alan Watson, *Roman Law and Comparative Law*, University of Georgia Press, 1991, p. 141.

[5] F. W. Maitland, *The Constitutional History of England*, Cambridge University Press, 1909, pp. 143 - 144.

[6] F. L. Ganshof, *Feudalism*, Harper & Row, 1964, xv - xvii

[7] Joseph R. Strayer, *Feudalism*, D. Van Nostrand Company, 1965, pp. 12 - 13.

经过同意的明确的条件”。^[8]这种社会组织方式的长期运作带给人们的潜在认识就是,1)人们(公民)向国王(国家)服役是他从国王处获得土地的一种对价,所以二者不是奴役和被奴役的关系,而是彼此平等的;2)人们之间结成了一定确定的关系,其中的权力、权利和义务由一个契约来确定,在未经对方同意之前,谁也无权任意改变这一契约和关系;3)土地的实际权利人仅仅是土地的保有(seisin)人,而非土地的所有人,而终极的绝对所有权尽管不过是一种象征,却仍只属于国王。这最后一点,对英国土地所有权的结构发生了决定性的影响。

需要顺便说明的是,在我国,由于历史经验与西方国家不同,^[9]对这个典型的西方学术概念却作了几乎完全相反的理解和应用。特别是20世纪20年代以来,以马克思为名的教条主义者们生搬硬套马克思分析的历史发展图式,认为每个社会都必然经历原始、奴隶、封建、资本主义至共产主义的过程。那么,既然20年代的中国还不是资本主义的,它就一定是马克思图表上资本主义以前的那种社会形态——封建主义的。在意识形态的不当干预下,这种教条主义认识逐渐成为了中国学术界的正统,导致了我们在历史问题分析上难以解决的困难。事实上,中国历史上的这段时期,基于强大的皇权,建立了政治、经济、军事和公共权威高度集中的“一元化”专制社会,其政治和社会结构恰恰是“封建制度”的对立面——中央集权的官僚制度(centralized bureaucratic system)!现代资本主义制度得以在西欧兴起的社会结构原因,就在于西欧中世纪封建主义状态下,分权抗衡的不稳定结构和定约的调整方法为新的经济组织和生活方式留下的发展空间,而过于集权的中央官僚体制恰恰窒息了这一切。在这个意义上,可以说,中国是缺乏封建制度的历史时期,以及由此而导致的若干法律特征的。

2 层层分封打破了“一物一权”的桎梏,导致了土地上权益的碎片化

回到西方封建社会,我们可以看出,其层层分封制度得以运行的内在逻辑有两点,首先,所有的土地都是属于国王的,国王的分封不过是在把自己的权益的一部分授予出去让其他人使用;但是,第二,这种授予出去的土地权益必须是重大的、实质性的,也就是管领封地之实质权利所在,非此不足以换得与自己平等的人同意对自己提供实质性利益。

也就是说,理论上国王拥有全部土地所有权(ownership),现实却是各人实际掌握自己土地上的权利,尽管后者在事实上相当于所有权,但为了刻意区分于国王所有的,它又决不能成为所有权。^[10]在这种矛盾下,英美法上的所有权观念,就不可能采取罗马法绝对所有排斥其他概念,而只能接受日耳曼法的影响,成为一种具体的、相对的所有。^[11]而以这样的一种相对而分散的抽象所有权权利形态为中心来推演财产法,是没有意义的,故此,英国法就一直依据直观的占有现象本身,相对于“民法体系中对财产权利总体的表达就是所有权”,^[12]“英国法系救济的支点是占有而不是所有权”。^[13]在这种以占有为中心的法律体系中,上述第二点运行逻辑中所谓“管领封地之实质权利”,就得以摆脱抽象的所有权要求,而表现为“谁有权坐在(sitting)土地上,即明显地占据着土地”,依据于此,英美财产法发展出了独特的“保有权”(seisin)概念,与所有权相区别。^[14]保有权(seisin)在事实上相当于所有权,但以占有为判断标准,^[15]如果某人的占有权非自他人处派生而来,他就是持有保有权的,从而将权利人与土地捆

[8] [英]梅因:《古代法》,沈景一译,商务印书馆1959年版,第205页。

[9] 在中国独特的地理环境下,两千多年来的历史以统一为主题,即使新中国对传统的强行中断中,唯一未曾中断的传统就是国家主义。

[10] 参见拙文:《相对的所有权——双重所有权的英美法系视角与大陆法系绝对所有权的解构》,《环球法律评论》2004年冬季号。

[11] 参见史尚宽:《物权法论》,中国政法大学出版社2000年版,第3页。

[12] [澳]瑞安:《民法导论》,法律书籍公司1962年版,第171页。

[13] W. T. Murphy and Simon Roberts, *Understanding Property Law*, Sweet & Maxwell, 3rd ed., 1998, p. 60.

[14] Kate Green & Joe Cursley, *Land Law*, 4th ed., 法律出版社2003年影印本,第7页。在英文字面上, sitting(坐在)和 seisin(保有),以及下文的 tenir(握在)和 tenant(持有人)之间有文字上的渊源。

[15] 因此,要想转让保有,就必须有一个表明其占有的形式过程:土地所有权人站在自己的土地上,用双手捧起地上的泥土、树枝等象征着土地本身的物件,亲手交给受让人,说:“在此,我将我的土地所有权交付给你及你的继承人”,然后离开土地;受让人则接过这些物件,然后留在土地上,表示已占有了此土地。完成了这一形式,后者就得到了土地的保有。

在了一起。一方面,它意味着保有人是被束缚在土地上的,不能随意放弃这块土地和他相应承担的若干义务;另一方面,它意味着土地也被保有人握在(tenir)了手中,受分封者因此被称为握有人、持有人(tenant,现代通常译为封臣、佃户或承租人),而即使是国王也不能直接支配他人持有(tenir)的土地,只能要求持有人(tenant)履行他所承诺的那些对价。这样,封地的实质权利已归属于受分封者,封地就被认为已独立地属于了他,他作为保有权(seisin)人,能够按自己的意思将其独立处分,进行次级分封,即从自己的保有益中再行分割出新的权益,生发出新的保有权,束缚在这块土地上。而再受封人也按同样的逻辑再行分封,再产生新的土地上的权益……

由此,土地上的权利状况变得无比复杂起来,“在土地法律人的眼中,每一块土地潜在地都将分裂为无数的权益”。^[16]这种权利分裂和大陆法上权利分割理解的差异在于,这些分裂的权益在性质上是相同的,甚至可能都是排它的,而只是在量(即时间长短)上有所区别。所以,为了维护这种多种分裂权益并存的封地制度的运行,英美财产法从一开始就倾向于把作为权利载体的实物土地与地上权利分离开来,强调土地上的种种权益可以单独地分封、转让,从而在观念上彻底打破了“一物一权”的桎梏,而能够在权利的创造中摆脱只可能有一个实体的实物的束缚,认同一个权利的存在总不会阻碍另一个(即使是与其相同的)权利的出现。

3. 分封意味着所有权无终极性,使其有被超越的可能

权利碎片化的实践为在同一权利之外再出现相同权利扫清了观念的障碍,即使是保有权也不例外。而如上所述,保有权是事实上管领封地之实质权利,用现代的语言来说就是一种具有支配和排他性质的法律上的所有权(legal title),由此,进入现代英美财产法律理解的,就是即使是所有权,也不排除新所有权的出现。^[17]

当然,所有权有其自身的特殊性,所以即使认同新所有权的出现,它还存在一个指向问题。根据上述第一点运行逻辑,保有权由于是被国王从自己的权益里分封出来的,它就总比国王的所有权小一点,也就是说,所有的土地权益都可能无限接近终极的国王的所有权,但绝不会等同,中间始终存在着一个差距。“在英国土地法中,‘最大和最好’的拥有土地的办法是拥有‘自由地产’(freehold estate)。而所谓地产(estate),不是土地本身,仅是位于土地中的种种抽象权益中最大的一种,意思是‘土地中的一种会持续特定时间的权益’……其发端是在1066年的诺曼征服中,在理论上,英国和威尔士的所有土地仍都是由王室所有的,而个人只能持有女王土地中的权益”。^[18]在这样的理解下,实际拥有人就土地持有的法律所有权(legal title),虽然名之为所有权,却没有大陆法上为它确立起来的那种终极性、封闭性,仍存在着超越的空间,而这一空间指向的就是国王的所有权。

综上,封建制度就是领主将自己在财产上的实质权利分裂授予封臣,并循此办法层层分封的制度;它给人们带来的财产权利结构意识就是,财产之实体与能对其主张的权利内容是相分离的,一个权利的存在总不会阻碍另一个相同权利的出现,包括看似完整而排它的所有权;而这另一个所有权应向着其产生的源泉——国王那里去寻找。

(二) 双重所有权结构的历史形成——衡平法的产生

1. 国王作为正义源泉的超越性

与土地所有权问题上国王的泉源作用相适应,在整个英国法的发展中,出于将社会秩序视作“国王和平”(King's Peace)的观念,整体上都形成了“国王是一切正义的源泉”的理念。当人们感到审判不公时,都可再转向国王要求正义,于是,这种正义源泉构成了一种超越的力量。^[19]

[16] Kate Green & Joe Cursley, *Land Law*, 4th ed., 法律出版社 2003 年影印本, 第 10 页。

[17] 这中间的推理并不是很严格的,而充斥了拟制、类推等模棱两可的办法,但这种模棱两可性其实正是古代法发展的普遍办法,参见[英]梅因:《古代法》,沈景一译,商务印书馆 1959 年版,第 13 页以下。

[18] Kate Green & Joe Cursley, *Land Law*, 4th ed., 法律出版社 2003 年影印本, 第 10, 49 页。

[19] 从根本上,如上所述,这种超越性来自英国法形成过程中政教分离、王权和贵族斗争的力量抗衡。

首先是超越地方习惯,产生统一适用的普通法,使法律秩序得以确定。从 12 世纪起,国王开始发出令状 (writ) 命令其法官对某地方事项进行审查。其之所以能这样做的根据就是,国王具有代表着正义的终极权利,而国王又将其的一部分授予了法官,因此就能对民众提供特殊的救济。^[20] 这样,相对于地方习惯法、庄园法和教会法逐渐产生出了另一套调整规则。伴随着行政国家的建立,这套规则慢慢通行于英格兰全境,得到了全体民众的适用,在原本空白的国家法律秩序上成长为所谓普通法 (common law),也就被认许为实在意义上的全部法律 (lex)^[21] 所在。这样,英美法中所谓的“法”(law),其实就是在普通法 (common law) 的意义上使用的,普通法所保护的所有权也就成为了“法律所有权”(legal title),但是,这不过是一种“可证明具有表面上的所有权,却并不必然意味着全面且完整的权利或受益权益的产权”。^[22] 因为还有下一个阶段的超越。

在此之后,是借助王权对实在法律(普通法)的再次超越,产生了自然法(jus)意义上的衡平法(equity)。普通法的产生和存在并没有穷尽国王的司法权,当作为国王之代表的法官,依据普通法做出的审判结果令当事人感到不公时,当事人仍可以再转向国王寻求正义。其道理和上文分析的可超越财产结构意识的形成相同:王室法官审判的根据是来源于国王对自己权利的一部分的授予,那么,国王那里就始终存在着比此作为部分之授权的权利更大的权利,只要有国王的再次授权,就可以盖过(override)前者。在这种理解的基础上,当 14 世纪,普通法的僵硬桎梏了正义的追求时,人们轻松地就跳出了法律至上的限制,请求国王在普通法以外再予授权,维护自己的权利。但由于这是对普通法的反动,而普通法又被视为法律的全部,故此这里所寻求的就不能说是法律权利,而只是一种道德的权利,其根据不是法律,而是对方的道德和良心,这就是英美法特有的衡平法(equity)。因此,虽然 equity 被我们对称于普通法(common law)翻译为衡平法,但实际上在其原文 equity 中并没有任何“法”(law)的字样,直译就是“衡平”,词源 equitas 来自希腊文的“平均”,即平均或按比例分配,这种数或量的平均分配无疑是和我们对公正的理解密切地交织在一起的,于是人们基于自身对“衡平”的感觉,向国王请求公正,期待国王正义源泉的再次体现。

2 衡平法——衡平所有权的产生

国王则通过御前库利亚做出特别命令——意味着他的直接授权,把这些交给他的最高行政官员——大法官代为处理。所谓大法官,原文为 chancellor,来自拉丁文 cancellarius,直译意思是守门人 (doorkeeper),即充当“良心守护人”的国王的忏悔牧师。^[23] 由于中世纪基督教对世俗国家的影响,他也充任国王的秘书处主管 (Royal secretariat),掌握国玺,负责为国王签发令状等。所以国王会委之以重任,由他——国王的秘书运用国王的直接授权来盖过国王的法官做出的判决。作为教士,秘书处主管并不通晓普通法,在审理时也不考虑普通法的僵硬规则,只是秉承教会法中对人的精神和意图的重视,而仅受公平和良心的约束,自由地处理个案,提供具体的公正。这样,这类请求迅速增加起来,国王不胜其烦,后来就直接交给了秘书处主管处理。1474 年,秘书处主管颁发了第一个以自己的名义而不是国王名义做出的衡平令状,对此类案件的审理开始系统化起来。1529 年莫尔 (More) 作为第一任世俗法官担

[20] 授权的办法是通过令状,这就解释了为什么普通法会产生严格遵循令状的形式要求,否则在此形式以外,王室法院法官超越本来的管辖范围进行审判是没有根据的。

[21] 所谓实在意义上的法律 (lex),是相对于自然法 (jus) 而言的。在渊源于罗马法的大陆法系各国中,由拉丁语自然法 (jus) 和实在法 (lex) 的分野开始,法的含义一直有自然法 (法语 droit, 德语 recht, 意大利语 diritto, 西班牙语 derecho) 和实在法 (法语 loi, 德语 gesetz, 意大利语 legge, 西班牙语 ley) 之分,笼统地说,前者是真正的、全部的、超越性的法,与权利、道德、伦理等具有相同的含义,后者则是对它的模仿并以其为效力标准,时常被称为法律。英语文字中虽然没有形成这样的明确区分,仅有法 (law) 这一个概念,但总的来说,law 还是偏向指实在法的,而其超越性的衡平法原文 equity 中并没有包含“法”的字样,直译就是“衡平”。换言之,英美法系与大陆法系法律结构中,都存在着实在法和自然法,或者法律和道德的二元分类,使后者能够作为一柄尚方宝剑超越于前者之上,借以打破其封闭性、僵硬性及因此而致的不公正性。

[22] Bryan A. Garner as editor in chief, Black's Law Dictionary, 7th ed., West Group, 1999, p. 1493.

[23] 金山词霸 2003, chancellor 词条字源 6。也有人认为它来源于“屏风”(cancelli)一词,因为文秘书的官员是坐在屏风后作记录的,见薛波主编:《元照英美法词典》,法律出版社 2003 年版,第 212 页。从词根上,二者都是 chancellor 的词源,但笔者偏向于采信前者。

任此职,遂仿照普通法模式,包括先例原则等,发展出相关的一套规则和学说,16世纪末,这些判决开始定期公布,并受先例的约束,各种判决逐渐技术化,变成了一种可操作的法律规则。这样,秘书处主管的活动日益具有了司法的性质,人们遂称其为大法官(chancellor),他处理这些请求的办公室,即秘书处(Court of Chancery)也被称为衡平法院,审判起初由大法官独自进行,1730年开始,秘书处下属案卷主事官(Master of the Rolls)也参与进来。

这套通过大法官的良心准则发展起来的特别规则,就是“超越法律本身,而以法律之上的‘真正的真理’(law of God, law of reason)作为衡量是非黑白的衡平法(equity),^[24]表现为一系列司法化了的道德神学格言。如衡平法注重意图而非形式,衡平法对人行事(Equity acts in personam),衡平法必须以干净的手请求,衡平法助不知而不助疏忽(Equity assists ignorance, but not carelessness),衡平法不能让制定法成为欺诈的工具,衡平法不创造法律而是辅助法律(Equity does not make law, but assists the law),衡平法视应为作已为,衡平法不允许一个人因同一损害而获得双重赔偿(Equity does not permit a person to get double satisfaction for the same grievance),衡平法不允许享有真正权利的人将其权利行使至极端(Equity does not suffer him who holds a true right to prosecute it to extremes)等。

联系上文超越性的第二点可见,英美法中虽然实际存在着普通法和衡平法两套体系,但在英美人的观念中,衡平法(equity)并不是法,而仅仅是一套道德格言的训诫,它与普通法不在一个层面上,而是对后者起着补充(实则是纠正)作用的超越法律之外的一种力量。因此,衡平法上的一切都不应被归入法律(legal)之列。衡平法的诉讼不叫诉讼(action),而叫请求(suit);衡平法官不是法官(judge),而是大人(lord);衡平法官的判决不叫判决(judgment),而叫教令(decree)……那么,衡平法所保护的所有权也不是法律上的所有权,而只能称为衡平所有权(equitable title),独立于普通法上的法律所有权(legal title)之外,是一种“表明了财产上具有受益权益,并使其持有者有权利取得正式的法律所有权的产权”。^[25]

综上,在国王正义源泉的超越性作用下,英美法中先后形成了普通法和衡平法,相应地,财产法结构中就包括了法律所有权、衡平所有权的双重所有权,将其定义相对照,在此二元共存之间回旋的是一种相互超越和彼此制约的张力属性。

(三) 双重所有权结构的功能运用

1. 信托中的运用

衡平法提供了一种极富创造力的制度:信托,其前身是“使用”(use)制度,^[26]我们首先以此为例来说明衡平所有权的作用机制。

在分封中,作为代价,封臣要承担附加在封地上的多种义务。为了逃避这些负担,如继承权利金(relief)和被监护(wardship)等,他们就执行普通法要求的一定的仪式,将封地授予给受托人使用(use);同时双方约定,在其死后或其继承人成年后,受托人再将该土地和收益归还。这一机制尤其为教会所偏爱,因为教规禁止僧侣贪财,寺院就将自己的财产交付给第三者管理,这样就在表面上丢弃了财产,实际上仍享有收益。问题是按照普通法,经过这些仪式后,受托人就失去了对土地的法律所有权,而由受托人成为所有者,后者在法律(即普通法)上就不受拘束必须执行此使用(use)。那么,如果受托人不按约定归还土地的话,在普通法有限的几十种格式令状(writ)中,不但找不出一个可用来提起诉讼,而且普通法院还会基于规避封建义务的目的废除这一使用(use)。于是,如上所述,人们就转向大法官,请求他迫使受托人不是按法律、而是依据良心和诚信来执行此使用(use)。大法官基于其宗教背景进行了良心上的考虑,又或者是出于心理上对教会财产利益的潜在维护,决定在法律形式之上,进一步根据订立契约时的意图,强迫受托人遵守其良心的指示,履行他们承诺了要做的事。至15世纪为止,这种使用(use)在衡平管辖中得到了系统的执行,大法官基于此就通过不同的手续程序,以一种暂时成立的解释

[24] 潘维大、刘文琦:《英美法导读》,法律出版社2000年版,第25页。

[25] Bryan A. Garner as editor in chief, Black's Law Dictionary, 7th ed., West Group, 1999, p. 1493.

[26] Alan Watson, Roman Law and Comparative Law, University of Georgia Press, 1991, p. 141.

创立了新的财产形式,对土地持有人强加了一种新的“所有权”,即受其保护的衡平所有权,作为受普通法院保护的法律所有权之上的一层,这就是衡平所有权的存在。^[27]

现代社会,商业的无形力量使一切财产都具有了流通性,所有权静态权利状态的界定与所有权动态权利运用的流转,已成为相互联系的同—个事实。因此,衡平所有权的这一存在也就意味着它的运作方式。

具体说来,在现代英国法中,衡平法认为,法律所有权人对财产的权利是在代表更好(better)的衡平权利人信托持有。在著名的布尔诉布尔案中,^[28]布尔母子俩共同出钱在伦敦郊区买了一栋房子,但在该房子的产权转让形式(conveyance)中,即在地契(deed)上只出现了儿子的名字,所以只有儿子成为了法律所有人。后来,儿子结了婚,想把母亲赶走,遂主张其法律所有权中的驱逐(eviction)权能。法院则认定,母亲尽管没有法律所有权,但基于购买时的共同出资,她分享部分衡平所有权,所以这个儿子实则不过是在为衡平所有人——他自己和他母亲持有其法律所有权。换句话说,儿子是他自己和他母亲的受托人,而受托人应共享信托利益,有权居住、使用此房产,儿子不能驱逐他的母亲。今天,遵照这一先例确定的原则,英国土地上都以此种方式划分着法律所有权和衡平所有权。

2 买卖中的运用

由于上述传统上对保有的重视,英美法中对转让土地实质权利一直要求采取复杂的程序形式,以致在现代,英美法仍认为,就一块土地的买卖,即使买卖双方已签订了转让合同,但在卖方完成签名盖章交付地契(deed)这一程序之前,^[29]这块土地并未转让。也就是说,法律所有权仍在卖方手里,这样,如果卖方将土地一物二卖交付给第三人的话,在普通法上就是无法提供救济的;但在衡平法看来,“衡平法视应为作已为”,按此格言(也即依照衡平法),就要让此“应为”的买卖合同得到履行,转化为现实的“已为”,这就是特定履行(specific performance)的救济方式,(这也就部分解释了为什么衡平法提供此种救济,而普通法不提供)。按照英美法的理解,当衡平法准备让合同特定履行时,这个出售土地的书面合同就从一个纯粹的人的合意(agreement)转化为(至少是部分)附着在土地中的权利,但由于它并不是从土地上固生出来的,所以不是法律权利,那么,它就是一个衡平权益,被称为“地产合同”(estate contract),前者(地产)表明其物性,后者(合同)表明其债性。由于这个衡平权益的存在,在合同的履行过程中,卖方就被视为买方的衡平权利的受托人,直到合同完成时,信托结束,买方成为法律所有人。简而言之,法律程序的完成能转移法律权利,而随着合同的签订就创设了衡平权利,为此买方持有衡平所有权。

综上,英美的双重所有权相互结合着,共同保护各方当事人的合理利益。其中法律所有权对世界上任何人都有效,而衡平所有权却只比特定人的强。普通法保护的是法律所有人的权利;而衡平法则可能为了在它们看来于土地上具有更强道德权利的人推翻这些。换言之,衡平法始终以承认普通法为前提,但同时又强调自己在此之上,也是有效的。

二 大陆法系绝对所有权和物债区分结构的历史形成

相对于英美法系于中世纪 11 世纪就开始的自然演进过程,大陆法系的最终形成则是在第一个千年共同的传统基础上进入形而上学阶段(孔德 Auguste M. F. X. Comte, 1798 - 1857)后,^[30]在 17 世纪的历史条件下人类理性设计的产物。当然,我们可将其向前追溯到 13 世纪欧洲大陆各大学恢复罗马法的研究

[27] A. G. Chlos as general editor, *Many Laws, Selected Essays*, by F. H. Lawson, North - Holland Publishing Company, 1977, p. 229.

[28] *Bull v. Bull*, 1955, 1 QB, p. 234.

[29] 这一程序称为地契执行(execute),指经签名盖章等手续使(证书)生效,我们可将其看作前注 15 说明的那种移转占有有复杂形式的现代简化版。

[30] 法国哲学家奥古斯特·孔德(Auguste M. F. X. Comte, 1798 - 1857)认为,我们所有的思辨都不可避免地要先后经历“神学阶段”、“形而上学阶段”和“实证阶段”。参见[美]J. W. 汤普森:《历史著作史》,商务印书馆 1988 年版,第 3 页。

究,拉开了梅特兰所称三 R 运动之一的罗马法复兴的序幕,但这些还只不过是构成法系的成分,而法的体系,甚至说“法”本身都还远未见踪影;在这之后大陆法系才进入它的近代时期:即受到立法的支配、法的发现与发展主要由立法者负责实现的时期。^[31]而本文所强调的体系化、法典化等特点,就是在此前的基础上,经过后期人类理性、立法强大的能动改造而最终形成的。所以本文以 17 世纪为大陆法系开始的时期及下文论述的基础。

17 世纪的欧洲,宗教、道德、艺术、学术无不处在激烈的对立之中,封建帝国的权力和教会的权威都丧失殆尽,最后可依赖的只剩下人本身了,“在当时人的头脑中,产生以理性为杠杆来变革已混乱到极点的欧洲的想法,并非不可思议。于是,对无限理性的信仰诞生了”。^[32]各个学科中迅速渗透了以数学和几何学为学术模式的合理主义精神,法学也不例外,用法典来规划一切的理性法时代到来了,人们自信地要用一部自觉设计的、构造清晰、全面完整的立法来取代源于历史的、零散纷乱、漫无头绪的法律。这一切最终导致大陆法系表现出了法典化的基本特征,这种法典并不仅是对各法律部门规范的综合整理和集结,而是一种“自然法法典”(Naturrechtliche Kodifikationen),以自然法为基础,被有计划地、从体系性观点出发合理编纂而成,具有新社会的设计图的意义,即韦伯所谓的具备逻辑性形式理性的法——以法典的规定为大前提,以案件的争议为小前提,就可通过三段论的逻辑方法推出结论,包罗一切的判决结果。这种努力最终形成于德国历史法学派的智慧,发展到顶峰出现了《德国民法典》这部公认的、以条文形式写就的潘德克顿教科书。其为了让事实上条文总有限制的法典能够适用于一切情况,避免法官擅权造法,将法律的适用降为一种纯技术过程,便刻意追求规定的抽象性,力图通过“提取公因式”(vor die Klammer zu ziehen)的办法抽象出一般概念,由总分概念的层层演绎使民法典成为一个相互关联的严密系统,从而能产生系统的自适应作用,即使法典就具体个案未能规定直接适用的法律规范时,也能潜在地含有其自己的解释方法,使法官求助于一般规则或产生于法典秩序精神的那些原则,就能通过逻辑的、因而也是科学的适用获得一个合理的判决。^[33]

具体到财产法,从 14 世纪文艺复兴运动以来对个体存在的强调,表现在财产法上,就是要建立私人的、单独的、绝对的所有权,为每个人设定一个他人和国家都不可逾越的保护圈,“风可进,雨可进,国王不可进”。^[34]所以长期以来,在大陆财产法上,从罗马法借用来的绝对所有权成为全部财产法的核心和源头,并按照对它的取得或分割进一步衍生出了其他的财产法内容。

此后,为了适应商业经济的要求,绝对所有权在近代自然法法典体系下进行了重新的孵化,完成了从归属到支配的含义的转化。与此相对应的,是《德国民法典》上独立的物权编的诞生,所有权的地位由此降为物权的子概念,由原来的全部财产法的中心变成了物权法的中心。^[35]

如上所述,为了寻找一个思维的基点对财产法部门进行理性的重塑,潘德克顿学派立足于生活现象的基础之上,但又远离了生活的混沌本身,其结果就是高度抽象的“法律行为”概念的产生,和“主观权利”概念一起共同构成了大陆法系私法自治的媒介物。而很显然,“法律行为概念要能够成功地被抽象出来,并在民法总则中拥有牢固的立足之地,其根本原因是民法各分则中必须包含有具体的法律行为,即物权法的法律行为,债权法的法律行为等”,^[36]这样,就必须将贯彻物权和债权的区分。于是,他们针

[31] [法]勒内·达维:《当代主要法律体系》,漆竹生译,上海译文出版社 1984 年版,第 35 页以下。所以大陆法系的发展分为前后两个时期。

[32] [日]大木雅夫:《比较法》,范愉译,法律出版社 1999 年版,第 29 页。

[33] 后来意大利有关立法条文解释的法律的第 12 条,对这一点做出了明确的指示。

[34] 这是 18 世纪中叶英国首相老威廉皮特在一次演讲中的形容:“即使是最穷的人,在他的寒舍里也敢于对抗国王的权威。风可以吹进这所房子,雨可以打进这所房子,房子甚至会在风雨中飘摇,但是英王不能踏进这所房子,他的千军万马也不敢跨入这间门槛已经破损了的破房子。”See, *Oxford English Dictionary of Quotations*, 1966. Also, see Tibor R. Machan, *Individual and Their Rights*, La Salle: Open Court, 1989, Chapter V.

[35] 参见拙文:“所属和所有——论所有权发展过程中的两种含义”,载孙宪忠主编《制定科学的民法典》,法律出版社 2003 年版,第 440 页。

[36] 孙宪忠:《德国当代物权法》,法律出版社 1997 年版,第 65 页。

对所有权、用益权、抵押权等权利中共同具备的支配排他特征,运用法律技术手段抽象概括出以直接支配为特征的物权概念,与其相对应的是向人请求才得实现的债权,两权并立而分。这样,1896年《德国民法典》不再按照所有权、所有权的取得这样的自然认识结构来分编规定,而是区分物法和债务关系法,在物法中涉及的是“物的”(dinglich)权利,如所有权、抵押权、用益权、质权等,可以为任何人就一特定之物所享有并得由其向任何人主张,辐射出用益物权、担保物权和占有这样一种结构的物权部门法;与此相反,债法是关于“债”的权利,只是针对特定人的一种请求权利。再进一步,为了把这一区分贯彻到底,《德国民法典》第90条就明确规定“物为有体物”,将物权对象限定在有体物之上,不让债权中“人”的履行被他人支配,避免本来与物权并列的债权成为物权支配的对象,从而保证了法典的层次明晰,在金字塔式层层演绎的整体中,凭借共同上位概念的指引建立起一种内在确定性。此时的财产法就下含两个次级子概念:物权和债权,物权法再也不是罗马法上简单理解的有关物的法了,而是对支配性权力的统一调整,所有权的地位降为物权的子概念,由原来的全部财产法的中心变成了物权法的中心,其含义依“属+种差”的办法被定义为最全面的支配权;财产法也由此具备了两个中心,债物二分与所有权绝对。

三 两大法系财产法结构背后负载的相同制度功能

然而,尽管两大法系财产法在形式上表现出这些历史形成的巨大差异,但透视其中,我们会发现二者之间其实还是有很多接近的。“人类是出于同源,因此具有同一的智力原理、同一的物质形式。人类的智力原理,虽然由于能力各有不同而有细微的差别,但其对理想标准的追求则始终是一致的”。^[37]这种认识似乎夸大了客观标准的作用,但在早期人类反思能力低下,相应地对社会的反作用能力还不那么强时,这种普遍性的作用也许的确是会超越不同民族的多样性的,“大陆法与英美法各自的历史形成过程迥然不同,但都属于调整高度发达的工业国家的法,这就注定二者必然具有超出预想的诸多共同点”。^[38]这样,“不同法律体系的基本原则之间就完全可能是可以比较的”,^[39]“而像大不列颠和德国这样高度工业化和都市化的国家,对于它们所面临的同样的法律问题也会找出类似的解决方法,它们可以仍旧使用由其所属法系所产生的方法,但却具有结果的相似性”。^[40]

经典作家告诉我们,“对使用物件和享有物件的自由流通所加的种种障碍,只要社会获得极为细微的活动时,就会立刻被感觉到,前进中的社会就竭力用种种权宜手段来克服这些障碍”,^[41]而这些,就构成了财产的历史,财产法的内容。举例来说,当买卖双方就一块土地善意约定了其转让,但并未完成法律要求的若干程序时,英美法系对此的处理办法是这块土地的法律所有权在卖方手里,衡平所有权则在买方手里,相互比较实现超越;而大陆法系的处理办法是由卖方享有基于土地的物权所有权,由买方享有基于合同的债权请求权,一般来说,物权优于债权,但各自获得自己的请求权保护。也许就像我们不理解法律所有权和衡平所有权一样,英美法律人同样不理解德国同行制造出的这种物权和债权概念,但毫无疑问,二者在本质上都可概括为二重性的划分,通过这种财产法律结构的二分,两大法系都对现代商业流转中非即时清结的交易关系实现了有效的调整。也就是说,之所以几个世纪以来,英美财产法还坚持着法律所有权和衡平所有权的双重所有权体系,而德国法区分出物权行为和债权行为的两重行为,使二者看似形成了财产法基本结构的分歧,实际上都是因为现代社会的发展产生了多层分工、大量交换

[37] [美] 摩尔根:《古代社会》,商务印书馆 1977年版,第 556页。

[38] [日] 大木雅夫:《比较法》,范愉译,法律出版社 1999年版,第 124页。

[39] Ugo Mattei, *Basic Principles of Property Law: A Comparative Legal and Economic Introduction*, Greenwood Press, 2000, preface.

[40] [美] 埃尔曼:《比较法律文化》,贺卫方等译,三联书店 1990年版,第 28页。原书中文翻译最后一句为“但是结果的相似性却能够使功能比较得出这样的结论:以前的分类几乎是没有什么意义的”,在此简化。

[41] [英] 梅因:《古代法》,沈景一译,商务印书馆 1959年版,第 154页。

的社会现实,使远距离和未来物的交易日益频繁,买卖和交付完全分离,同一物因此同时成为了两种法律关系——债权法律关系和物权法律关系的客体,分别作为承诺交付物 and 实际占有物出现在每一个法律关系中,而各自表现为一个所有权,但生活经验给我们的感觉却是一个物上只可能有一个所有权,于是,这个二和一 的矛盾就对人们的心智提出了共同的要求:如何通过法律理论去模拟或构造出一种在经验上并不存在的二分途径,从而提供一种合理的解说,解决商业社会新发展和传统所有权旧概念之间的这种冲突。正是在这样的时代要求下,在现实经济生活复杂化提出的这种重新整理所有权理论的要求下,我们看到了双重所有权或两重行为理论对生活分别的重塑。

其中,英美财产法是依靠普通法和衡平法双重体系的历史传统,从静态权利种类的角度做出划分,发展出了法律财产和衡平财产的双重所有权,并通过不断积累的衡平法原则以及法官的自由心证,在每一个具体的案件背景下考察具体的人和具体的物,比较不同当事人在同一物上的权利主张,从而定其高低优劣 (better) 给以保护,实现一个对另一个的超越。这样的制度设计,就意味着在所有权种类区分的背后还必须有一个能够提供具体比较功能的复杂司法体系,从纯粹经济观点来看,其制度成本显然是较高的,但另一方面,通过民族历史的传统积累,它却能够保证相对充分的灵活性和对个案公正的追寻;而德国法学家则从动态行为角度,思考出高度抽象的法律行为概念,区分出物权行为和债权行为的两重行为,从行为的角度来处理上述的几个法律关系的重叠,通过预先界定不同行为的性质的优先顺序,保证了一物一权的纯粹性,尽管有失僵硬,但的确把制度成本限制在了立法层面上。

所有权的发展从人们有了意识要对某些地方有所权利开始,在这个漫长的发展过程中,其有逐渐变化的时期,也有剧烈变化的时期,但无论是过去还是现代的摩登社会,法律的基本目的都应该是保证平常人的期望得到满足,而不是被法律技术所挫败。对于一个涉及财产的交易,其基本的要求是,一方面为了最大化财产的价值,所有权要保持自由并安全;而同时,拥有与该财产相关权益的人也必须感觉到安全。与此相关的法律规则的基础就应该包括宗教、道德、技术,以及对常用实践的承认。因此,英美法和德国法面临着共同的问题和需要,凭借着各自的传统——普通法院和衡平法院/潘德克顿理性提纯——和一些历史的偶然,通过权利的界分或行为的区分异曲同工地提出了自己的解决办法,它们虽然“在处理问题的技术方式上存在着重大的差异,然而却发挥着相似的功能”。^[42] 因此,如果我们能够通过研究不同法系中各种法律形式的枝枝丫丫,然后从中抓住其解决实质问题的基本功能,再努力克服掉民族情结对形式的偏爱,也许即使是在这长期以来被认为最具有“地方性的知识”的财产法律之间,也是完全有着相互学习和借鉴的可能的。

[Abstract] While the property law in Anglo - American legal system is characterized by the system of dual ownerships in terms of legal title and equitable title, the property law under the continental legal system emphasizes the safeguard of exclusive unitary ownership. Meanwhile, a dichotomy model of separation between the right over things and obligatory right has evolved. This article has organized and analysed the historical development of the property laws under the two legal systems, thus justifying the legitimacy of their very existence. On the other hand, the article has also examined the dichotomy that may be generalized as dualism in its essence by comparing different functions, and its role to effectively regulate transaction relationships of non - immediate settlement in modern commercial circulations.

(责任编辑:黄 列)

[42] 参见大木雅夫对功能主义的比较法方法论的论述,大木先生认为“这种功能主义的比较法,使比较法获得了长足的进步,正是它在大陆法与普通法之间架起了桥梁”。见 [日] 大木雅夫:《比较法》,范愉译,法律出版社 1999 年版,第 86 页以下。