

民法哲学丛书 | 赵万一 主编



英国财产权体系之源与流

刘兵红-著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

东莞理工学院学术著作出版基金资

民法哲学丛书 | 赵万一 主编

英国财产权体系之源与流

刘兵红一著



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

图书在版编目(CIP)数据

英国财产权体系之源与流 / 刘兵红著. —北京:
法律出版社, 2014. 6

(民法哲学丛书)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 6391 - 1

I. ①英… II. ①刘… III. ①财产权—研究—英国
IV. ①D956.13

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 093492 号



责任编辑 刘文科
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2014 年 10 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 16 字数 233 千

印次 2014 年 10 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 6391 - 1

定价:35.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

民法的哲学之维（代序言）

法律作为包括一切社会思想和道德在内的所有人类聪明智慧的结晶,是现代社会治理结构中最具决定性的因素之一。不但法律的完备程度可以直接作为社会治理规范程度的主要标尺,而且法律的良善程度又直接决定了社会文明程度的高低。而在所有的法律制度中,体系最为庞杂、内容最为繁复的民法制度对各国社会秩序的形成和国民性的塑造,无疑是最为直接最为重要的供给形式。与此相关联,作为民法制度形成基础的民法学理论又当仁不让地成为最具有哲学诉求和最具有哲学精神的法律学科之一。从形而上的角度言之,民法不但把哲学的本体论思想和目的性价值内化为自己的观念基础和价值取向,而且以其自身的独立价值体系及其制度建构提炼升华作为一种目的性存在。从形而下的角度观察,复杂精细的民法制度构成又以其极具个体化的目标定位、分工明晰的调整功能及其程式化的适用而成为一种工具性存在。如果将民法放在整个人文科学研究的大视野下进行分析我们不难发现,无论是民法理念的进化过程,还是民法体系的调整固化过程,或者是民法制度的演进过程,无一不是与哲学思想的发展与变革而不断融汇和共生的过程。正是基于这个原因,作为古

罗马五大法学家之一的乌尔比安才认为,法律不单是一个特别社会的规则,乃是正义和德行的永远不变的原理和说明。从哲学与法律的交互作用过程来看,卢梭的社会契约思想不但直接发端于古罗马的契约自由理论和契约平权思想,而且直接建构了作为现代民法基石的权利平等和人格平等观念和意思自治思想,以至于伟大的思想家梅因在对人类社会的发展进程经过仔细分析后得出这样充满睿智的感悟:所有的社会进步如果归结到一点的话,可以也只能总结为从身份向契约的转变。

民法之所以能够负担其在法学领域弘扬哲学思想的重任,除了因为民法向法理学和法哲学贡献了最基本的法律术语和最主要的法律思维方法之外,还在于民法本身就是哲学思维的法律化过程。之所以作此判断,主要基于以下原因:首先是民法非常关注对作为哲学本体的价值问题的发现、演绎和实现。美国著名法学家庞德曾说过一句名言,虽然价值问题是一个困难的问题,但它却是法律科学所不能回避的问题,这点对民法来说表现得尤为突出。民法不但将哲学的基本价值,如公平、平等、自由、善良、理性等内化为民法的基本原则和制度设计依据,而且将是否符合哲学的本源价值作为判断民法制度优劣的主要标志。换言之,民法不但非常关注其工具性价值,而且更加关注其目的性价值。从民法发展的历史轨迹来看,近代民法哲学的繁盛不仅推动了民法内部的价值生成与制度建构,而且其所倡导的基本理念已经成为并将继续成为改造社会、推动人类文明进步的现实性力量!

与此同时,民法还非常关注伦理道德对其自身规则形成的影响。马克斯·韦伯认为,所有经验都充分表明,在任何情况下,统治都不会自动地使自己局限于诉诸物质的或情感的动机,以此作为自身生存的基础。相反,任何一种统治都试图唤醒和培养人们对其合法性的信念。而一个国家法律制度合法性的标准,主要在于其是否满足了具有自然法意义的作为社会道德集成的社会公理的要求,是否实现了社会认同和遵守的一致性。而任何至高无上的权力和个人对这些自然法的挑战,都是对整个人类发展中所自然形成的道德的违反和颠覆。从社会实证的角度言之,道德伦理的法律化是各国法律实践的共同选择结果,道德伦理的规则和要求不但为法律提供了丰富的法源宝藏,而且与伦理道德的契合程度也成为评价法律本身善恶与

否的主要尺度。诚如德国学者魏德士所言,道德不只是法的条件,也是法的目标,因为任何法律秩序都是以道德的价值秩序为基础的,因此法律秩序发挥作用的前提是,它必须达到具有约束力的道德规范的最低限度。虽然任何法律都有对道德的强烈渴求,但相对于其他法律来说,民法对道德伦理资源的依赖程度更为明显。其原因无他,乃在于民事活动本身就社会伦理生活的一部分,民法文化也主要表现为一种伦理文化,因此其所体现的价值无疑应当以对人自身的关怀作为首要取向,以符合伦理性作为其制度设计之衡矢。因此,任何国家的民法制度设计,都会以符合基本的社会道德理念,如正义、公平和公正等作为基本要求,从某种意义上说,整个民法的发展史就是一部道德的演进史和转化史。

不仅如此,民法还非常关注对人性本身的探求。根据英国哲学家大卫·休谟的观点,一切科学特别是社会科学都或多或少地与人性问题有些关系,任何科学不论似乎与人性离得多远,它们总是会通过这样或那样的途径回到人性上来。从某种意义上说,人性预设是各学科理论分析框架的出发点和逻辑推理的前提。虽然休谟的这一论断对有些社会科学门类来说其权威性还有待验证,但对法学特别是民法来说,其科学性和准确性肯定是毋庸置疑的。人性预设中的性恶论假设不但构成民法的制度基石,而且许多基本制度设计中的天使与撒旦共生、良善与恶魔共存的中人标准则直接影响到规则的安排和权利义务的分配。当然民法对人的这种不完善性的预设,实际上是从强烈的道德感出发的,是对人性中与生俱来的缺陷的正视和反省,因此民法的志向绝不仅仅限于对现实人性的简单确认,而是更加强调对人性的启蒙和改造,即通过启发和激励人性中的向善因素,提升人性中的性善比重,以此助长以诚信和性善为核心要素的社会文明基因的不断繁盛。

最后一个原因在于民法非常尊重对个人权利的保护。法国著名民法学者阿·布瓦斯泰尔认为,民法典尊重个人权利的最好和最重要的体现是它对先于和高于实在法的法原则的承认。通过研读各国民法特别是以《法国民法典》为代表的现代民法制度我们不难发现,民法就其本质而言具有非常强的正义性品质,不但通过设定基本原则的方式将民法的基本价值追求显现出来,而且通过对个人本位思想和权利本位思想的法律确认,担负起提

升人的存在价值,促进人的全面发展的历史重任。以权利本位为例,民法通过一系列的权力设定,承认和弘扬人的理性,努力给人的意志自由和行为自由提供更加宽广的选择空间。换句话说,民法虽然调整的主要是财产关系,但就其产生和演变的历史轨迹来说,对人(其中特别是公民)自身的价值、人的法律地位、人的权利的关注却远远胜于对财产的关注。它把维护人的尊严、自由和人格独立作为整个民法制度赖以建立的基础,把个人视为法律关注的焦点,对民法来说,只有人本身才是目的,而财产仅仅是实现人的目的的手段,正如孟德斯鸠所言:“在民法的慈母般的眼里,每一个个人就是整个的国家。”

中国目前正处在剧烈的社会变革期和转型期,在促进社会转型的诸多因素中,法律无疑发挥着其他制度无可替代的作用。美国著名法学家埃尔曼曾经断言:法律乃是改革的主要力量,是解决冲突的首要渠道。改革开放三十多年来,中国的法治化进程步入了快车道,法治精神和法治理念逐步深入人心,究其根本,无一不是与民法之基本价值理念及其制度范式密切相关。民法通过弘扬私权价值层面上的平等之地位、自由之意志、独立之人格,不仅推动了中国法治理念的转变,而且启蒙了人们的权利意识,促成了思想观念之解放。而独立与自由的意志是人类最基本的动力之一,我们有义务维护它,并且一天天地将其巩固下去(路德维希·艾哈德语)。惟有如此,民智才能真正被开启,人们才能活得更加有尊严。

西南政法大学民商法学科自创建以来,一直秉承道术并重、博学诚信的西政学术传统,强调人才培养上的智德兼备、知行合一,提倡修身以明德,厚德以励志,崇法以济世,至善以笃行;致力于在社会实践基础上,多能关注民法之基础理论研究,融汇哲学、政治学、社会学、经济学、宗教学学科之先进方法论,全面透析近代以来民法之生成、发展脉络及其规律,力求为中国民法典的诞生奠定坚实的人文基石。在此基础上,希图通过对民法之原初命题、价值体系、权利构建、法条解释等宏观性问题进行抽象分析,以期从本体论、本质论、本位论、方法论等领域全方位、深层次地对现代民法进行解析。我们一直主张:民法不仅仅是一种制度,更是一种信念,是一种能够构筑和开创现代民主社会的信仰和理念;同时它还是一种力量,是一种足以改变我们自身和现实社会并能引领美好未来的力量。我们愿与全国的同仁一道,

拾薪积火,薪火相传,秉自由之精神,为中国的法治建设和社会的文明昌盛
贡献自己的微薄之力。

是为序。

赵万一

2014年7月16日于西南政法大学

序

独立思考、大胆探索应当是当代法律人所必备的素质。此本专著正是本书作者独立思考、大胆探索的成果,它彰显了作者的勤恳、奋斗与聪睿。要完成一部学术专著,往往需要作者倾注全部心血,夜以继日辛勤地进行学术耕作;显然,这部具有独创性思想的学术专著凝聚了本书作者数年的心血和劳作,是一部值得关注的法学著作。

本书作者是我的学生,十余年前便跟随我学习民商法,他勤学好问,常常为了某个学术问题与我探讨数小时,他的好学精神与勤奋刻苦为他的学术成果打下了良好的基础。

本书作者早在攻读硕士期间便将物权法和比较民商法作为其毕生的研究方向,他外语功底十分扎实,能对一手外文法律文献进行相关研究,他充分利用本身优势,将法律研究与外语水准有机地结合起来;本书就是这样一部著作成果,它围绕学界较为生疏的英国财产权体系展开研究,据我所知,它是我国目前为止第一本研究英国财产权体系的专著,其学术品位不言而喻。

本书具有很高的学术价值,综览整部著作,可以看出本书具有以下鲜明的特点:

其一,本书内容具有鲜明问题意识与原创性。本书作者是带着问题意识来对英国财产权体系展开研究的,英国财产权体系的构造之维是本书作者多年思考的问题,也是本书作者就中英两国财产权体系进行比较的基石;在对中英财产权体系构成的哲学基础进行探讨的前提下,作者找到了英国财产权体系构建的经验素材与理性之维,也找到了英国财产权构建的历史动因。围绕英国财产权形式的历史维度,本书作者搜集到了大量的具有权威性的第一手外文资料,这为本书的写作奠定了坚实的学术基础。本书具有鲜明的原创性,目前我国学界还缺乏对英国财产权体系进行全面研究的学术专著,本书弥补了这一学术空白;事实上,本书为学界勾勒了英国财产权体系形成的历史走向,从历时和共时两个层面对英国财产权体系进行了立体的诠释,这有利于我国学界充分了解英国财产权体系的原初面貌,为英国财产法的进一步深入研究奠定了基础。

其二,本书外文参考文献权威而全面。综览全书,可以看出本书作者所引用的外文参考文献权威而全面;无论是不动产以及动产的历史诠释,还是普通法财产权与衡平法财产权的现实解构,本书作者都参考了大量的权威著作;本书作者沿英国财产权形成的历史之河溯流而上,搜集了从12世纪到21世纪的大量英国财产权著作,这其中包括了波洛克与梅特兰的《爱德华一世以前的英国法律史》、威廉·布莱克斯通的《英国法释义》、梅加里和韦德的《财产法》以及劳森和拉登的《财产法》等著作,上述每部著作都是英国财产权方面的扛鼎之作;参考文献的权威性和全面性提高了本书的学术价值和学术品位,它使得本书成为国内英国财产权体系方面的代表性著作。

其三,本书为财产权制度的相关比较研究奠定了基础。一直以来,我国物权法领域的比较研究仅限于在大陆法系各个国家之间进行,由于资料的缺乏以及阅读的障碍,我国目前十分缺乏英美法系国家财产权相关制度的研究;要开展财产法比较研究,两大法系财产权领域之间的沟通与对话必不可少,而开展两大法系财产权领域对话的前提乃是对英国财产法的深入研究;本书作者正是在一个少人狩猎的学术领域,为学界开启了一扇通往英国财产权研究的小窗;本书作者对英国财产权制度的研究做了大量工作,这为中英财产权制度的比较研究奠定了坚实的基础。

本书是全面阐释英国财产权体系的学术作品,它为读者清晰地勾勒出英国财产权的历史走向;我认为我国学界急需这样的著作,因此特向广大读者推荐之。

李开国

2014年3月21日

目 录

绪论	1
第一章 不动产之历史沿革.....	16
第一节 土地保有制度之历史变迁	17
一、诺曼征服前的英国土地制度	17
二、诺曼征服后的英国土地制度	19
三、土地保有关系类型与演变	20
四、土地保有关系当事人权益分析	31
第二节 不动产形态之一：地产及其 历史沿革	65
一、终身地产 (life estate) 之历史变迁	66
二、自由继承地产 (fee simple) 之历史 变迁	75
三、限嗣继承地产 (fee tail) 之历史变迁	79
四、回复地产与剩余地产之历史变迁	85
第三节 不动产形态之二：无形不动产之 历史沿革	90
一、无形不动产的内涵与性质	90
二、无形不动产的类型及其历史沿革	92

第二章 动产之历史沿革	105
第一节 动产概述	105
第二节 准不动产的历史沿革	108
一、准不动产简述	108
二、准不动产的历史发展	109
第三节 有形动产之历史沿革	113
一、有形动产内涵	113
二、有形动产之历史探源	114
三、有形财产权益:所有权	117
第四节 无形动产之历史沿革	123
一、无形动产简述	123
二、无形动产之历史沿革	126
第三章 衡平法财产权益之历史沿革	129
第一节 概述	129
第二节 衡平法财产权益的历史发展	131
一、衡平法地产 (equitable estate) 之历史变迁	132
二、其他不动产衡平法财产权益	140
第四章 财产担保 (real security) 历史沿革	145
第一节 概述	145
第二节 不动产担保历史沿革	146
一、不动产按揭 (mortgage) 与抵押 (charge) 之历史沿革	146
二、衡平法不动产按揭与抵押 (equitable mortgages and charges)	154
三、不动产按揭与抵押法律关系当事人之权利	156
第三节 动产担保历史沿革	160
一、普通法上的动产担保	161
二、衡平法动产担保	165
第五章 1925 年财产法改革及现代财产权体系	167
第一节 制定法在英国财产法现代化过程中之作用	168
一、概述	168

二、1925 年以前几部重要的财产制定法	171
第二节 1925 年财产法改革	173
一、1925 年财产法改革前英国土地制度之弊端	173
二、1925 年财产法改革的主要内容	175
第三节 现代英国财产权体系	183
一、1925 年财产法改革对财产权益体系的影响	183
二、现代英国财产权利体系	184
第六章 英国财产权体系之法理分析	190
第一节 土地所有权的虚化与产权中心主义的形成	190
一、土地所有权的虚化	190
二、不动产产权的兴起	191
三、动产产权的法理分析	203
四、财产产权与产权负担二元结构评述	203
第二节 英国财产权客体与英国财产权体系之构建	205
结语	210
附录	214
参考文献	234
后记	242

绪 论

一、问题的提出

英国财产权体系如何构造？它又如何形成和发展？促使英国财产权体系形成的根本原因是什么？英国财产权体系和我国财产权体系的根本区别何在？英国财产权体系之构造有何科学性？我国物权债权二元财产权体系是否真的具有理论上的完美无缺性？研究英国财产权体系对科学构造我国财产权体系又有何借鉴意义？所有这些问题，萦绕在笔者脑海中多年而挥之不去。

解决上述问题的前提是了解英国法形成的哲学指导思想。大陆法的形成以先验哲学为基础，而英国法以经验理性哲学为基础，二者有各自不同的逻辑思维模式，前者以演绎推理为其基本思维模式，后者则遵循归纳推理的思维模式，因而，在大陆法，一般先有法律理念，再由国家依此理念制定法律，然后将法律适用于社会；而在英国法，则一般先由社会发展出规则，再由国家将规则上升为法律，因而，经验作为一种社会规则的沉淀，在英国法中凸显了其重要的地位。

以经验理性为指导的英国法以法律实践为其建筑素材，在此基础上进行理性加工而形成自己的法律体

系,法律实践经验在英国法塑造过程的作用是至关重要和不容置疑的。

其实,任何民族的法律的形成,经验起到了关键的作用。人类法律的发展经历了从习惯到习惯法再到国家法的演变过程,从实质意义上讲,现代国家法的诞生无疑是建立在经验的习惯与习惯法的基础上。英国法只是更加注重经验在其法律形成中的作用和地位而已。

同其他国家的法律一样,早期英国法(普通法诞生以前的英国法)主要是“神启法”,虽然这些“神启法”规则表现为人类对某种超自然力量的迷信与崇拜,但是它们反映了生产力极其低下的社会中人们对宇宙和人类的认识,它们表达了人们对人类社会调控诉求,它们是在人类经验认知基础之上而形成的社会规则,所以所谓的“神启法”也是一种经验的规则,只不过这种人类经验中加入了人类的先验观念。

普通法的形成标志着真正意义上的英国法的诞生,此时的英国法,已经逐渐脱去了其“神启法”的外衣,它在英国人民法律实践经验中得以生成与发展。普通法来源于英国地方习惯法,是对英国地方习惯法“国家法化”的结果。英国地方习惯法产生于英国人对自身社会进行规制的社会实践中,它体现着英国人的法律经验,当亨利二世的法官将各地的习惯规则带回伦敦威斯敏斯特教堂整理而发展出适用于国王管辖的全部土地的规则时,法官们没有创造法律,他们只是在发现和利用法律。

国王的法官在审理案件的过程中形成了遵循先例的法律传统,这种传统体现了法律经验的规范化。遵循先例的原则是经验理性在法律实践中的具体体现,对英国法律性格的形成至关重要,它是英国人独特的思维方式在司法实践的表现,决定着英国法的发展方向。在英国法官看来,法律实践素材是英国法律形成的源泉和根本,离开了历史传承,英国法将成为无源之水、无本之木。

英国法的形成以经验主义作为其哲学基础,但这并不意味着英国法的形成以经验主义为指其导思想。事实上,普通法作为一种法律现象,早在英国经验主义诞生之时已经存在五六百年之久,所以更准确地说,英国法的形成体现了经验主义的诉求,它为经验主义在法律领域提供了制度性实践素材。作为一种理论的经验主义实际上是英国人民思维方式的一种理论提升,而这种经验主义式的思维方式在经验主义理论诞生之前早已植根于英

国社会之中、植根于英国人的思维意识之中。英国法律在遵循先例的前提下渐进式地发展,无论是普通法、衡平法还是制定法都是英国经验主义思维模式在法律领域的实际体现,它们为英国经验主义法学的形成提供了实践性法律素材。

一方面,英国法实践为经验主义哲学在法律领域提供制度性素材,另一方面,经验主义为英国法的理性化提供理论指导。如果英国法只是在先例之上的杂乱无章的堆积,英国法的体系化、理论化自然是痴人说梦。事实上,英国法官在审判案件形成先例或者在引用先例的时候,总会对个案所体现的法理进行一定程度的抽象,这样他们就可以为与个案类似的案件判决提供法律依据。法官的这种判案方式体现其相当程度的哲学见解,可以说在经验主义形成之前,英国法的法官早已成为经验主义的实践者和先行者;这一点从经验主义的开创者培根身上就可见一斑:作为英国大法官的培根早于作为经验主义哲学家的培根,前者是后者的基础,后者是前者的升华。

法官在个案中形成的法律经验,只有在哲学理念的指导下,才能完成其理性化的历程,经验主义哲学为这种法律经验的理性化提供了理论支持和哲学基础。需要指出的是,把经验主义定位为对理性的绝对排除的观点是错误的和有害的:经验主义并不排斥理性,正如理性主义并不排斥经验一样。经验主义和理性主义的区分可以追溯到古希腊时代,作为哲学史上主要的两个认识论派别,二者在彼此对立中形成和发展。真正意义认识论上的经验主义和理性主义是16世纪资产阶级为反对经院哲学而形成和发展的,无论是经验主义还是理性主义,都把人类关注的焦点从彼岸世界拉回到人类本身,它们以人而中心而构建其哲学体系,体现了对人的终极关怀。近代经验主义的发源地是英国,理性主义则诞生在欧洲大陆,它们在反对经验哲学与对人类关怀这一点上是趋同的,但是作为认识论的不同流派,它们有着彼此不同鲜明的特点,具体来说,二者的区别主要表现在对人类知识的根本来源上的纷争。经验主义认为知识的根本来源是感官经验,而不是神启或者与生俱来的先验理念。在培根、霍布斯、洛克、休谟等经验主义哲学家看来,经验是获得知识的最终来源,没有经验就没有知识的获得,科学的知识只有在经验的基础上加以归纳总结才能达到普遍适用的公理。与此相反,理性主义认为感官经验所获得知识不具有普遍性,只具有个别性与局限性,因而