

对“牛吃麦”案例的另一维度的解释

——英、美土地制度和财产制度的变迁

肖艳辉

内容提要:科斯定理是从经济效益的角度来分配权利的,它的“拍卖式”法律价值取向贯穿于美国土地制度与财产制度的发展历程。在与科斯定理相关的“牛吃麦”案例上,美国初始选择了“圈出”规则,后又转向“圈入”规则,其规则的变动始终遵循着“经济效益最大化”原则;而英国自始至终选择了“圈入”规则,早期是为了维护公共财产利益,之后是为了维护私有财产利益,在这过程中,“权利保护原则”是其不变的宗旨。科斯定理纯粹从经济效益的角度来解释有着相同法治渊源与传统的英、美两国在“牛吃麦”案例上所适用规则的差异性,欠缺历史维度的法律分析。

关键词:科斯定理 圈出规则 圈入规则 公地制度

肖艳辉,湖南大学法学院副教授。

一 问题的提出

著名的科斯定理由一个“牛吃麦”^[1]案例推论出来,^[2]假定交易费用为零的情况下才能实现权利的最优化。在“牛吃麦”案例中,美国最高法院 1890 年的一个判决实践了科斯定理,直接把权利配置给了权利评价较高的一方——畜牧业主。^[3]“市场上的交易规则要

[1] 你家的牛没圈好,跑出去吃了邻家的麦子,该不该赔?这个案子的判决结果在英国和美国是完全不一样的:在英国农村,你对你的麦子的确有不给牛吃的权利,牲口的主人要对牲口造成的损失负责。即英国普通法的规则是“圈入”(Fence in),畜主有义务圈好自家的牲口;但在美国西部大草原上,一度流行的规则却是“圈出”,要想不让牛吃麦,只有把麦田圈起来——把牛圈出去,否则便得不到赔偿。也就是说,在公地上,牛群确有白吃的权利。

[2] 罗纳德·哈里·科斯(Ronald H. Coase)1960年在《社会成本问题》的一个脚注里写道:“我不知道在动物责任上,美国有关的普通法与英国的相差多大,在美国的西部各州,英国关于栅栏的普通法并没有得到遵守,部分原因是‘相当多的未开垦土地供牛群自由溜达是符合公共政策的’。在不同的情况下,如何使有关权利界定的法律规则发生变化,这在经济意义上是必需的,这就是一个很好的例子。”参见[美]罗纳德·哈里·科斯:《论生产的制度结构》,盛洪、陈郁译校,三联书店1994年版,第196页。在该书中,科斯分析道,牧人究竟有没有让牛吃农夫麦子的权利,或者,农夫有没有不让别人的牛吃自己的麦子的权利,这在“交易费用”为零的情况下不影响结果。也就是说,不管初始权利如何界定,自由的、无摩擦的交易的结果都将是:权利为那个对它评价最高的人所拥有。

[3] 在那个畜牧业兴盛的年代,在美国西部草原上权利评价最高的,当然是畜牧业主了。因为大草原上牛群闲逛所带来的收益,可能超过牛吃麦带来的损失。

求竞争转到政治和法律的维度”,^[4]法官的作用也就如同拍卖师,对于稀缺的权利,总是给予出价最高的竞标者。这种“拍卖式”的法律价值取向促使美国在类似案件中最初选择了“圈出”规则,^[5]而后随着经济的发展和成本—效益问题的考虑,又转向了“圈入”规则,^[6]在其中,无论是“圈出”规则还是“圈入”规则,经济效益始终是美国法院不变的追求;然而,英国法院自始至终选择的却是“圈入”规则,那种纯粹从经济效益的角度来分配权利的价值观念,在英国是不可想象的,因为英国普通法的基本原则是“给每个人他应得的部分”,^[7]对权利的保护是其不变的宗旨。美国作为英国的殖民地,在法治传统上具有很大的继承性,但在这个案例中却出现了如此之大的差异,仅仅用地理原因能对其做出解释吗?^[8]仅仅用科斯等人的新制度经济学能对其做出解释吗?文化传统和制度的继承性应该是有很大惯性的,这种惯性仅仅会因为地理位置的变化、经济效益的差异就完全改变了吗?

因此,本文认为,科斯定理仅仅从制度经济学的角度来解释英、美在“牛吃麦”案例中呈现出的差异性过于单薄,而欠缺历史层面的法律制度变迁的背景分析。为此,本文将从英、美“公地制度”^[9]的变迁入手来分析这个案例中隐藏的财产权利变动,以及在财产制度的演变过程中,“圈入”规则、“圈出”规则的变化历程和英、美分别选择不同规则的法律原因。

二 英国公地制度、财产制度和“圈入”规则之间的关系

公地制度在西欧起源较早,最早记载见于公元688—694年之间由英国威塞克斯之王颁布的一道法令中。该法令说,如果某些人“有片公共草地或其他公共地要围圈起来;如果有些人已围圈了他们的那份土地,别的人尚未围圈,而他们的牛吃公共的庄稼或草,那么,让那些人去见那些已围圈了其份地的人,并向他们赎过”。^[10]这条法令中蕴涵了英国普通法的“圈入”规则:畜主有义务圈好自家的牲口,并对其侵权行为承担一定的法律责任。这也体现了对公共财产的尊重和保护,对于侵害公共利益的行为,畜主要承担法律责任。

对于什么是公地制度,英国著名的公地制度专家琼·瑟克(Joan Thirsk)曾下过一个权威性的定义。^[11]公地制度下存在两类土地:一类是条田,包括种庄稼的耕地、收割干草的草地;一类是供放牧的天然牧场、沼泽地、荒地、林地等等。^[12]对于第二类土地,虽然有学者称

[4] [美]哈罗德·德姆塞茨:《竞争的经济、法律和政治维度》,陈郁译,三联书店1992年版。

[5] “英国的由畜主负责的法律不适合美国国情,‘因为圈地的材料缺乏,也因为公地上放牧有很大的价值’”。参见赵晓力:《比较法的力量和弱点》,载《比较法研究》1996年第1期。

[6] 人口的增长、经济的发展、对农业的需求和供给的增强,使得农作的比较优势超出了畜牧,土地倾向于更集约化的使用。而技术的进步、铁路的发达、尤其是带刺铁丝网的发明,使原本代价较高的“圈入”成本降低,牧民也因为“风车抽来了地下水,再也用不着横穿别人的土地去饮牲口了”。参见赵晓力:《比较法的力量和弱点》,《比较法研究》1996年第1期。

[7] 参见[古罗马]查士丁尼:《法学总论》,张企泰译,商务印书馆1993年版,第5页。

[8] 转引自赵晓力:《比较法的力量和弱点》,载《比较法研究》1996年第1期。该作者也质疑此问题。

[9] 之所以选择“公地制度”作为切入点,是因为牛吃麦这个案例本身涉及到公地上的放牧事实。

[10] 参见赵文洪:《私人财产权利体系的发展》,中国社会科学出版社1997年版,第86页。

[11] “它由四个要素构成:第一,耕地和草地在耕种者之间分为一些长方形的条田,每一耕种者可以占有分散于田野各处的一些条田;第二,在收割之后和休耕季节,耕地和草地都对公地集体成员开放,任其共同放牧。在耕地上,这必定意味着人们共同遵守某些关于种植庄稼的规则,以便春播和冬播的庄稼能在错开了的土地上生长;第三,有着共同的牧场和荒地,条田的耕种者们有权在其上放牧牲畜、拾取木料、泥炭以及可能得到的其他物品;第四,所有这一切活动均由一个耕种者会议管理之。”转引自上注,第86页。

[12] 参见[英]克里吉:《英国的公地》,曼彻斯特1992年版,第1页,转引自上注,第87页。

之为未开发地,^[13]但它们不仅面积大,而且能提供日常生活所需的燃料(如庄稼茬可留在地里喂牲畜)、矿石、木材、灌溉和带动水力磨的水等。^[14]可见,公地能带来一定的利益。不过,对这种利益的享有是按照约定俗成的规则共同享有的,即“每个人都有应得的部分”,这就意味着:公地是共同财产。既然是共同财产,公地制度必然天然排斥私人所有权制度。根据当时的王室法律,所有的土地都在不同的财产权利层次上属于国王和领主,国王是全国最大的地主,领主从国王那里承租土地,农民从领主那里承租土地,所有的领主和农民都是国王的佃农。但是,包括国王在内的任何人都不享有对土地的绝对所有权,领主或佃农只要履行了自己的封建义务,国王或领主就无权收回土地。因此,中世纪英国的地产制不存在绝对所有权的概念,一个典型的英格兰庄园的地产包括领主地产、自由租户的地产以及维兰即农奴的份地。公地制度下,庄园附近的未开发地则从来就未曾明确过其权利归属,而一直由领主、自由农和农奴共同使用。

很显然,公地制度明显拒绝或排斥未开发地权利归属的明确化,它既反对领主的私有化企图,又未发育出一种法律上的公有制。^[15]这种所有权归属的模糊状况,就为英国早期的圈地运动留下了插足的空间。然而,在公地制度的早期,这种集体行使土地使用权的制度被认为是全体人与生俱来的权利,习惯法也保护这种集体使用权。当然,这种“集体使用权”并不是指集体地拥有对公地的使用权,即“共有”,而更多是指集体使用方式方面的权利。^[16]

不仅习惯上,而且当时的政府也明令禁止围圈条田,认为统一共同放牧是无可逃避的义务。1405年英国丰塞特(Fornsett)地方的一些佃户被罚款,原因就是“他们违反庄园习惯而在庄园内将自己的土地围圈起来,这样一来,庄园的佃户们将不能拥有公地了”。^[17]由此可见,即使是“条田”这种有明确权利归属的土地(即领主拥有较高级的使用权,其他村民拥有较低一级的使用权),在公地制度下都不能围圈,从而形成了一种非常奇特的“私权公享”现象,极大地限制了私人使用权行使的自由。可在当时,无论是政府还是农民,都是公地制度的坚决捍卫者。在公地制度下,单个村民完全无权独立选择何时耕种、何时休耕,也无权获取庄稼穗子以下的部分,甚至无权决定自己放牧牲畜的数量和方式。所有这些限制,都是为了公共放牧,^[18]因为公地制度下的放牧业是一种规模牧业,集体放牧的管理成本要低很多。但随着经济的发展,贫富分化的加剧,商品交换的频繁,人们要求明确财产权利界限的需求日益高涨,公共放牧的优越性逐渐不能抵偿公地制度因限制私人使用权而造成的土地价值的流失,于是,公地制度开始走向崩溃。^[19]可见,英国公地制度的衰落,不仅有经济效益的选择因素,也有随着经济的发展而萌生的对私有财产制度和自由的渴望等因素。因而,科斯纯粹从经济效益的角度来分析英、美在“牛吃麦”案例判决上的差异,显然是太单薄了。英国历史上的重农学派曾

[13] 参见[英]克里吉:《英国的公地》,曼彻斯特1992年版,第1页,转引自上注,第87页。

[14] 参见[英]戴尔曼:《敞田制及其他》,剑桥1980年版,第115页。转引自上注,第87页。

[15] 参见[英]克里吉:《英国的公地》,曼彻斯特1992年版,第1页,转引自赵文洪:《私人财产权利体系的发展》,中国社会科学出版社1997年版,第87页。

[16] 参见赵文洪:《私人财产权利体系的发展》,中国社会科学出版社1997年版,第89页。

[17] 参见[英]戴尔曼:《敞田制及其他》,剑桥1980年版,第129页,转引自上注,第89页。

[18] 因为公共放牧地必须连成一片,如果在一片放牧地中穿插了庄稼地,则中世纪那种粗放式的放牧方式就难以维持,也难保庄稼不被牲畜破坏。至于放牧的方式,只有一种,即“集体放牧”,而穗子以下的部分,则是供放牧时牲畜食用的。转引自赵文洪:《私人财产权利体系的发展》,中国社会科学出版社1997年版,第90页。

[19] 经验表明,敞田制的农民不如“圈地到户”的农民勤快。参见[英]瑟克:《英国农村经济》,汉布顿1984年版,第66页。转引自上注,第109页。

评价公地制度是“古老的荒蛮状态之残余”，^[20]这一切，正显示了公地制度对私人财产权利的制约和商品经济发展之间的矛盾，换言之，公地制度的衰落乃是历史的必然。

公地制度在17世纪前的衰落分为两个过程，前者是自这一制度确立以来就一直存在的对它的种种侵蚀，包括小规模圈地运动等；后者是14世纪后在英国开始的大规模圈地运动。^[21]前一过程主要是领主以放牧为目的而进行的个人利益蚕食集体利益的行为，趋向于在完全私有财产权利的基础上形成新的土地关系和财产界限。这是商品经济的逻辑，不可逆转。1235年，英王亨利三世颁布的《麦尔顿法》和1285年英王爱德华一世颁布的《威斯敏斯特法》正式确认了领主圈地行为的合法性，^[22]从而以法律的方式承认了通过“圈地”可占有土地，并保护相应私人的财产所有权。至于后一过程，即发生在英国的大规模的圈地运动，则是长期以来对公地制度的侵蚀破坏由量变到质变的转化。公地制度的衰落，在农村私有财产权利及其行使自由的发展史上，首要意义在于逐渐改变了“未开发地”的所有权缺位状况，有利于形成私人对这些土地事实上的所有权；其次是使私人获得了行使土地财产权利的自由，而这两点的结合，预示了英国从身份时代走向了契约时代。此后，1290年的《地产受让人条例》容许自由人不经领主同意就能转移地产，但同时它仍要求将地产上的封建义务随之一起转移，这样的规定仍然满足不了那些从事工商业的新贵族摆脱土地封建义务自由转让土地的要求，于是就出现了“地产托管”^[23]制度。最终，公地制度的衰落与土地产权的革命促成了英国近代宪政的产生。它增强了新贵族和资产阶级的经济实力，为抵抗王权、争取议会至上权力奠定了经济基础，并对构成英国法治基础之思想渊源和精神动力的自然法和自由主义起到了很好的推动作用。

公地制度的变迁反映了中世纪西欧整个社会的变迁：公地制度下的中世纪的西欧，是一个重团体、集体或共同体的社会，对团体利益的过度重视，自然压抑了个人的利益和需求。而商品经济的发展，对效率、公平、平等的追求，促使了人的自由观念和尊严、权利意识的觉醒；对个体利益的宣扬，使得文艺复兴以来逐渐发展的个人主义逐步否定了团体主义。这种个人主义在近代西方最集中、最根本的表现，就是资本主义的绝对私人所有权、私有财产神圣不可侵犯、行使私人财产权利的自由这三位一体的私人财产权利体系的建立和发展。而私人财产权利体系是近代西方资本主义个人自由的基础，是经济与政治的交点，是个人权利与社会权利的结合处，是整个资本主义大厦的真正基石和支柱。^[24]

厘清了英国公地制度的发展轨迹，让我们再回到“牛吃麦”的案例中来。英国当时正处于公地制度下，如前所述，在公地制度下，集体利益、团体利益至上，私人利益让位于共同利

[20] 因为它浪费了大量的好地；因为它剥光了荒地上之草皮，直到岩石裸露，寸草不生；还因为它使得人们不可能废除在耕地上再种粮食之习惯，也不可能引进饲料的种植。参见上注，第111页。

[21] 参见上注，第149页。

[22] 参见上注，第152页。

[23] 即出托人将土地交给受托人代管，受托人享有地产的使用收益但无出售赠与的处分权，并把土地的收益交给出托人指定的收益人的收益制度。这一制度的出现就在法律上肯定了地产转移办法。随着商品经济的发展，货币地租逐渐取代了劳役租和实物租，地租数额也随着习惯固定下来。这样，庄园制度没落，资本主义租地农场逐渐发展和完善起来，从事农场经营方式的新贵族和资产阶级的经济地位上升，到15世纪末，一些有势力的贵族利用他们在庄园中的特权圈占公有地乃至农民的份地，原有的共同体平均主义色彩的庄园村社耕作体制被打破，传统的一元化土地管理结构逐步解体为大大小小的个人持有地产，私有地产由此开始初步形成。到16世纪，佃户的土地占有权已成为可继承的、无期限的、可买卖的权利。参见李仪：《土地产权与宪政共和》，《保定师范专科学校学报》第19卷第4期。

[24] 参见赵文洪：《私人财产权利体系的发展》，中国社会科学出版社1997年版，第34页。

益。因此,草原上的牧民理应圈好自家的牲口,如果牲口造成了公共利益的侵害则要承担一定的责任。因而当时奉行“圈入”规则,也是情理之中了。公地制度没落后,资本主义经济快速发展,私有财产制度代替了公有财产制度,与此相连的个人主义也逐步占据了意识形态的主流,人们开始强调个人利益至上,私有财产权利神圣不可侵犯。而“圈入”规则在此情景下同样适用:每个牧民有义务圈好自家的牲畜,以免侵害他人的私人利益,否则就要承担赔偿责任。可见,无论是前期的对公共利益的尊重还是后来的对私人利益的尊重,其间的变化体现着历史的发展潮流、整个社会文化价值观念的改变以及国家法律制度与此相适应的价值取向。然而,不管社会如何变迁,对权利的尊重却是其不变的宗旨,这也正是英国法治传统的体现,折射到“牛吃麦”这一案例中来,法官自始至终选择“圈入”规则,也就是可以理解的了。

“牛吃麦”案例的判决让人疑惑之处,其实不在于英国为何一直选择“圈入”规则,而在于为何在英国流行的“圈入”规则,到了与英国有着相同法治渊源和传统的美国就不适用了,而代之以“圈出”规则?后来为何又由“圈出”规则逐渐向着“圈入”规则转变?其间是如何历史地承受和演变的呢?

三 美国公地制度与财产制度的演变过程与“圈出规则”的关系

如前所述,17 世纪以后,英国“羊吃人”的圈地运动使其整个经济发生了巨大的变革,英国从此走上了工业资本主义发展大道,并伙同葡萄牙、西班牙、荷兰等国进行了海外的殖民掠夺。“美洲的发现、绕过非洲的航行,给新兴的资产阶级开辟了新的活动场所……大工业建立了由美洲的发现所准备好的世界市场。世界市场使商业、航海业和陆路交通得到了巨大的发展。这种发展又反过来促进了工业的发展,同时,工业、商业、航海业和铁路越是扩展,资产阶级也越是发展,越是增加自己的资本……”^[25]

美国就是由当时英国在北美洲大西洋沿岸建立的 13 个殖民地独立而来的。北美洲的开发需要大批的劳动力,而当时的欧洲,由于商业战争的影响,大批的工人失业,欧洲移民遂大批涌入北美洲。弗吉尼亚与普利茅斯建立之初实行共同耕作制,后来,这一土地制度因不能刺激生产积极性,逐渐被放弃。在英国的统治者看来,殖民地土地应属于英国所有。殖民地统治阶级认为土地所有权是由公司或团体以“征服”、“收买”或其他方式从印第安人手中获得的,在股份公司创立的殖民地内,土地属于公司。因此殖民地当局坚决主张:印第安人的土地,必须由殖民地政府官吏以收买或其他方式占有,并实际上由殖民地政府支配使用,而严格禁止殖民地人民占据印第安人的牧场。殖民地人民需要垦殖新英格兰以外的土地,都必须缴付地租——代役租。^[26]但来到北美的劳动者大多是欧洲的穷人,他们渴望成为独立的小土地所有者,不想付任何地租,也付不起任何地租。他们认为北美洲的土地是全体人民的财产,谁先占有谁就享有对该土地的权利。因此他们不顾殖民地当局与英国政府的禁令,纷纷到西部去发展,把原属于印第安人的土地霸占下来进行生产。在殖民地以及美国早期历史的全部发展过程中,在西部疆域上,“占地”形成普遍的现象。通过“占地”,农业土地

[25] 马克思、恩格斯:《共产党宣言》,载《马克思恩格斯选集》(第 1 卷),人民出版社 1995 年版,第 252 页。

[26] 参见黄绍湘:《美国史纲》(1492-1883),重庆出版社 1987 年版,第 99 页。

所有制关系上出现了与“大土地制”相并列的农民的“小土地制”。在北美，“这两种完全对立的经济制度之间的矛盾，在他们的斗争中实际地得到了证实”，^[27]小土地所有制的存在，说明了大量土地仍然是人民的财产，因此，“每个移民都能够把一部分土地变为自己的私有财产和个人的生产资料，而又不妨碍后来的移民这样做，这就是殖民地繁荣的秘密”。^[28]体现在法律制度上，就是美国普通法中通行的“先占原则”。虽然这种“先占原则”继受于英国普通法中对“无主土地”的占有原则，但它的表现形式却更加多样，诸如“战斧权”，^[29]“强行移居”，甚至自行组织“产权俱乐部”^[30]等。而1841年颁布的《先买权法案》使土地获得从现金支付向定居者所有权的原则过渡。该法案规定，在已勘定的国有土地上定居并实施土地改良、修建住宅的居民，有权优先以最低限价1.25美元一亩的价格购买160英亩的土地。这一方式在解决美国农民土地所有权问题上更显民主，有人称它是美国“公共土地制度民主化的基石”，^[31]同时也反映了“法律与市场的相互作用，表达了我们生活方式的很大一部分”。^[32]

与此同时，西部土地投机也成为18世纪中叶以后殖民地大商人、大种植园主最主要的发财捷径，“在这50年内，每一宗巨大财富都是靠土地积累起来的”。^[33]英法战争就是英法之间激烈地争夺西部印第安人土地与皮货贸易权的斗争。英国统治者不顾印第安人的强烈反抗，一意孤行为本国资产阶级谋取西部广大的土地开拓权及与印第安人的贸易权，并采取严格限制殖民地人民向西发展的政策，1763年颁布的《皇室宣告令》宣布，殖民地人民不许向阿巴拉契亚山脉以西移住，凡向西部移住者均为“非法占地”，应该被逮捕并处罚。^[34]为了扼制住殖民地人民“占地”的猛烈声势，1774年6月，英国政府又颁布了《魁北克条例》，规定把俄亥俄流域以北、宾夕法尼亚以西的广大地域划归魁北克，并制止13个殖民地的土地投机者及占地者在那里占地。同年，英国又制定新的土地申请法令，规定土地只能拍卖给出价最高的雇主，并提高了割让税。由此可见，科斯定理在这里又得到了实践，即权利应配置到对它的评价最高的人手中。杰斐逊为此斥责《新土地申请法》说：“土地的获得已困难到这种程度，我们国内人口的增殖很可能受到钳制”。^[35]但之后的美国革命还是没能解决农民无偿获得土地的问题，因为革命战争中从效忠派大地主手里没收的大量土地虽然被拍卖，但只有一小部分售与农民，大部分却落入大商人和土地投机者手里，使得战后重新涌现出土地投机的狂热。美国革命时期的财政家罗伯特·摩理士甚至还创办了北美土地公司，攫取

[27] 马克思：《资本论》（第一卷），人民出版社1995年版，第833-834页。

[28] 马克思：《资本论》（第一卷），人民出版社1995年版，第837页。

[29] 即在水源附近，砍倒几棵树在树皮上刻上占地人的姓名的缩写。如此，就完成了对周围土地的占有。参见[美]贝阿德·斯蒂尔：《美国西部开发纪实：1607-1890》，张禹九译，光明日报出版社1988年版，第20页。

[30] 也叫“实际定居者协会”或“自行占地者俱乐部”。它是占地者自行建立的自治组织，保护占地者改良土地、耕种的权利以及投机买卖土地的权利。由于这类俱乐部一般只保护第一批移民占地者的相关权利，因而也有人称之为“先到者俱乐部”。参见黄仁伟：《美国西部资本主义土地关系的演进：兼论美国式道路的意义》，上海社会科学院馆藏博士论文，第157-160页。

[31] 参见[美]丹尼尔·布尔斯特廷：《美国人：建国的历程》，谢延光等译，美国驻华大使馆新闻文化处1987年版，第14页。

[32] James Willard Hurst, *Law and Social Process in the United States*, University of Michigan Law School, 1960, p. 5.

[33] Curtis P. Nettels, *The Roots of American History*, New York, 1945, pp. 581-582, 转引自黄绍湘：《美国史纲》（1492-1883），重庆出版社1987年版。

[34] 参见[美]亨利·康玛杰编：《美国历史文献》，纽约1973年版（第1卷），第47页。

[35] 参见丰纳：《杰斐逊基本著作选集》，纽约1944年版，第17页。

西部土地。^[36] 于是,在新的资本主义基础上,大土地所有制再次复活,劳动人民只能继续向西部迁移,通过“非法占地”来建立小农场。

独立战争爆发后,各州间争取土地的冲突更加紧张。为了处理西部土地问题,邦联政府颁布了三个重要的法令,^[37] 在宣布土地国有化的同时,限制劳动人民“非法占领西部的土地”。1784 年土地法令草案规定,在西部新开辟的土地上,1800 年后,必须永远根绝奴隶制度和非自愿的服役,并以民主方式处理土地问题;1785 年土地法令确立将公有土地出售,使公有土地变为私有土地,但是这项法令实质上剥夺了广大农民及劳动者购买土地的机会,只方便了资产阶级和土地投机者;1787 年的西北土地法令同样从形式上保障了“全民”有信仰自由和财产私有权。但实质上,邦联政府实行的“土地国有化”原则并没有解决农民的土地问题,相反只是促进了土地投机商、腐败政客集团纷纷去套购西部土地。于是,劳动人民仍只能冒着危险与政府禁令,穿越高山峻岭,成群结队地往西部迁徙,占领无主的土地。正是这无数向西部迁徙的独立小农的群众性占地运动,才使得美国的小自耕农经济得以普遍存在。西进移民展开了长期的斗争争取无偿分配土地,直到《宅地法》颁布,这一面貌才得到根本改变。^[38] 此次,近 200 万户美国公民获得了免费土地,总面积达到 11.53 万平方米,为家庭农场的发展奠定了坚实的基础。^[39] 此外,在美国土地制度的变迁中,不可忽视的还有军功授地制度,^[40] 在美国建国后短短几十年时间内,依照慷慨的军功授地法案,近 7000 万英亩公共土地很快被处理,成功地转化为私有土地。

通过上述对美国土地制度变迁历史进行的梳理,我们发现,美国的土地制度变迁有着与英国不同的轨迹:北美的土地上,有几大力量不等的利益集团:相互牵制的殖民统治者;殖民地的统治政府和商人及土地投机者;土著印第安人;以及新来的移民。这几股力量都在“占地”,只是使用的方式不同而已。印第安人与新移民在迫于无奈的情况下,不断西进“占地”,但他们总是无法得到土地,直到 1862 年的《宅地法》颁布。英国等殖民者则通过暴力征服和颁布法令、政策等手段使本国的大资产阶级和权势贵族拥有大量的土地和贸易权,从而进行原始资本的积累。在土地的所有制上,则经历了“共同耕作制”、“大土地所有制”、“小土地所有制”、“土地国有化”的变化。“共同耕作制”就是一种典型的公地制度,后来因为这种制度本身的低效率而被废弃。“大土地所有制”与“土地国有化”其实是一种名义上的公地制度,借“公有”之名行“私占地”之实,为资产阶级和大贵族无偿占有土地提供借口和便利;“小土地制”是农民为夹缝求生而发展起来的一种土地制度,为了生存,他们只能通过向西占地的方式求取小块土地。这些不同的占地方式确立了“大土地制”与“小土地制”并列的矛盾局面。“大土地制”维护的是:土地的所有权名义上都是属于英王的,但使用权属于殖民地政府,由政府以收取地租的方式来进行管理;“小土地制”却坚持:所有的土地都属于人民,每个移民可以通过“占地”的

[36] 参见[美]毕宁:《美国经济生活史》,王育伊译,商务印书馆 1947 年版,第 137 页。

[37] 这三个法令是 1784 年土地法令、1785 年土地法令和 1787 年西北土地法令。

[38] 1862 年 5 月 20 日,林肯总统颁布了免费分配西部土地的《宅地法》,规定从 1863 年 6 月 1 日起,只要缴纳 10 美元的登记费,就可以从国有土地中领取 160 英亩的土地。参见刘祚昌:《美国内战史》,人民出版社 1978 年版,第 373 页。

[39] 参见李蓉:《美国农业经济增长方式转变的途径、特点》,载《世界农业》1999 年第 8 期。

[40] 所谓军功授地,是指为了奖励或补偿军队官兵为国家提供军事服务而无偿授予的土地,是美国土地发展中一项非常重要的制度。然而,美国的军功授地制度并不成功,军功授地制度的受益者十有八九不是军人,而是土地投机商。这种古老、落后的制度之所以能在北美复活,是因为那里的情形与古代实行军功授地制度的环境十分相似。参见孔庆山:《美国土地制度中的军功授地》,载《南开学报》(哲学社会科学版)2000 年第 2 期。

方式获取土地,并将之变为私有财产。之后不断的“占地”与反“占地”斗争其实就是这两种不同意识的斗争,蕴含在后的当然是巨大的经济利益。发生在北美土地上的这些斗争,不同于英国当时一国之内的公共利益与私人利益的斗争、封建阶级与新兴资产阶级的斗争,其更加复杂,争夺土地的利益主体多、成分复杂、手段狡猾多变。根本上,它不是公共利益与私人利益的取舍问题,而纯粹是私人利益的争夺问题,纯粹是赤裸裸地对别人财产的巧取豪夺问题,纯粹是强者对弱者的欺诈和剥削问题。

北美的土地变迁,反映了美国资本主义的原始积累过程。在此阶段,主要的价值取向就是如何积累财富尽快地发展资本主义经济,实现资本利益的最大化。折射在法律制度上的选择,就是“对于稀缺的权利,应让那个出价最高的竞标者拿走”。

作为英国的殖民地,美国承继了不少普通法的传统,而普通法的本质就是保护私有财产,在绝大多数美国人看来,这是自然法理念的体现,理应遵奉。^[41]然而,在美国的殖民地时期,普通法所保护的土地所有制和公民权利却因社会环境和经济发展的需求而印证了经济分析法学派的经济效益观。如英国普通法保护土地占有和继承,实行长子继承制,但在殖民地广阔的社会背景中,这一制度很快消失得无影无踪。^[42]英国普通法禁止外国人占有土地,在北美蜂拥而来的移民浪潮冲击下,这一点也成具文。^[43]托克维尔观察了美国人的做法,将其与欧洲人将一块由家族持有、世代相袭的土地传给儿子的期望进行比较后认为,“在美国,农民对土地进行耕作,以便再次将其出卖……因为,财产的增值是通过转移来实现的”。^[44]

就财产权制度而言,在英美法律中几乎不存在一个完整的所有权的概念。英美法将财产权划分为四大对称的法律关系,即权利和义务、特权和无权、豁免和无能力、权力和责任,凸显出财产法强调的是财产权中各种利益,而利益其实就是各种权利、特权、权力和豁免的集合。在19世纪的大部分时间里,土地是一切生产和一切利益的源泉,土地价值的实现与美国社会经济的发展休戚相关,而土地使用价值的实现只有在流转中才能得到最大限度的利用。于是,美国土地制度以及相关财产制度的流变都在从各方面实践着“对于稀缺的权利,总是给予出价最高的竞标者”的科斯定理。

四 美国“圈出”规则向“圈入”规则的演变

美国建国初期,城市人口稀少,商品需求量不大,国内市场狭小,农业以自给自足为主,广种薄收。自19世纪初期起,工业城市在东北各州先后兴起,需要大批商品粮,许多劳动者开始种植蔬菜、水果,饲养家畜。而棉纺织业的发达,使得西部开始大量种植棉花和烟草。这些新情况,促进了自给自足农业向商品农业转化。到了19世纪20年代,农业开始向密西西比河以西发展,西部拓荒农民生产大量的粮食和农牧产品,在自给自足以外,大量运往东部和南部,这就是“那些赶着牲口饮水,或往东部市场贩卖的牛仔不喜欢草原上布满栅栏”的场景体现。因此在这个阶段,美国法官在西部草原的动物责任问题上奉行的是“圈出”规则,即:“把麦田圈

[41] 参见 Lawrence. M. Friedman: *A History of American Law*, New York, 1985, p. 109.

[42] 参见张友伦:《孔见集》,中华书局2003年版,第40页。

[43] 参见 Lawrence. M. Friedman: *American Law: An Introduction*, New York, 1984, p. 604.

[44] [美]伯纳德·施瓦茨:《美国法律史》,王军等译,中国政法大学出版社1997年版,第19页。

起来,把牛圈出去。”

而在内战后至 19 世纪 80 年代中期的 20 年左右时间,美国西部发展成了“牧畜王国”,“牧畜王国”的兴起和发展,使“圈出”规则又向着“圈入”规则逐渐演化。这是因为,铁路的发展使牧民不再需要赶着牛群和马群长途跋涉;牧草资源的合理开发利用使牧民用不着到处迁徙放牧;牛镇的兴起和发展,同样也起了稳定作用;而西部矿业、农业、畜牧业及畜牧加工业的集约发展使得西部形成了一种综合经济发展模式。在美国最高法院 1890 年的那个判决中,当初建立在“因为圈地材料缺乏,公地放牧有很大的价值”基础之上的“圈出”规则,此时此刻已失去了存在的背景。相反,“圈入”规则却更有利于管理,更能降低管理成本,更能维护私人财产利益。因此,无论是从科斯定理的经济效益角度,还是从私人财产权利的保护角度,选择“圈入”规则都具有更大的集合效应。

五 结 论

同样的“牛吃麦”案例,在英国和美国却遵循不同的判决结果,英国奉行“圈入”规则,它的判决理念始终体现着对权利的尊重,早期是对公共利益的尊重,即普通法的基本规则,“每个人都有应得份额”;晚期是对私有财产的尊重,即“私有财产神圣不可侵犯”。尽管土地制度、财产制度、法治观念、文化价值取向变迁,但根本宗旨的不变,即对权利的尊重使英国始终采取了相同的规则形式——“圈入”规则。

美国在“牛吃麦”这一案例的判决上却始终遵循着经济利益规则,早期遵循“圈出”规则,是因为“大草原上牛群闲逛所带来的收益,可能超过牛吃麦带来的损失”;晚期遵循“圈入”规则,是因为“圈入”规则“更有利于管理,更能降低管理成本,更能维护私人财产利益”。美国土地制度的变迁,从最初的“共同耕作制”到“大土地制”和“小土地制”并存,同样遵循了经济效益规则。它反映了美国如何积累财富,如何发展资本主义经济,如何实现资本利益最大化的整个过程。因此,“科斯定理”对于美国来说,无疑是非常正确和贴切的。

[Abstract] The Coase Theorem distributes rights according to the criterion of economic efficiency. This “auction style” legal value orientation has underlain the evolution of land and property systems in the U. S. In “cattle eating wheat” cases, the US court, while always following the principle of “maximization of economic efficiency”, had applied first the “fence out” rule and then the “fence in” rule. The United Kingdom, on the other hand, has always applied the “fence in” rule with the rights protection as its eternal aim. The Coase Theorem explains the differences between the US and the UK in the application of rules in “cattle eating wheat” cases purely from the perspective of economic efficiency. Such explanation is weak and lacks historical dimension at the level of legal system.

(责任编辑:冉 昊)