



外国信托法经典译丛

石俊志 主编

T

THE PRINCIPLES OF EQUITY &
TRUSTS (SECOND EDITION)
BY GRAHAM VIRGO

衡平法与信托的原理 (上册)

[英] 格雷厄姆·弗戈 | 著
葛伟军 李攀 方懿 | 译

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

衡平法与信托的原理 (上册)

[英] 格雷厄姆·弗戈 著
葛伟军 李攀 方懿 译

衡平法与信托的原理 (下册)

[英] 格雷厄姆·弗戈 著
葛伟军 李攀 方懿 译

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目（CIP）数据

衡平法与信托的原理 / （英）格雷厄姆·弗戈著；
葛伟军，李攀，方懿译. --北京：法律出版社，
2018

（外国信托法经典译丛 / 石俊志主编）

ISBN 978-7-5197-2048-3

I. ①衡... II. ①格...②葛...③李...④方...
III. ①信托法—研究 IV. ①D912.282.04

中国版本图书馆CIP数据核字（2018）第043509号

衡平法与信托的原理

HENGPINGFA YÜ XINTUO DE YUANLI

[英] 格雷厄姆·弗戈 著

葛伟军 李攀 方懿 译

策划编辑 刘文科

责任编辑 刘文科

装帧设计 李 瞻

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 天津嘉恒印务有限公司

责任校对 马 丽

责任印制 张建伟

编辑统筹 法研工作室

开本 720毫米×960毫米 1/16

印张 67

字数 1110千

版本 2018年3月第1版

印次 2018年3月第1次印刷

法律出版社 / 北京市丰台区莲花池西里7号 (100073)

网址 / www.lawpress.com.cn

投稿邮箱 / liuwenke0467@sina.com

举报维权邮箱 / jbwq@lawpress.com.cn

销售热线 / 010-63939792

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、子公司销售电话:

统一销售客服 / 400-660-6393

第一法律书店 / 010-63939781/9782

西安分公司 / 029-85330678

重庆分公司 / 023-67453036

上海分公司 / 021-62071639/1636

深圳分公司 / 0755-83072995

书号: ISBN 978-7-5197-2048-3

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

总 目 录

[前言](#)

[总序](#)

[上册](#)

[下册](#)

[译后记](#)

前言

衡平法是另外一个王国：那里有不同的行事方式。

——L. P. Hartley, *The Go-Between* (1953)

衡平法是一个拥有丰富资源的古老王国。它的居民们在思想上和言语上是谦恭、精确和仔细的；他们非常重视公平和善意的根本原则。衡平法的领域是宽广的。一些区域井井有条，有雅致的结构，该结构继续有真正实践性的益处。另外一些区域则自由生长。但是，如果肆虐生长的植被被揭开，会有更多的结构被发现，它们有真正同时的重要性。这个王国的界限并没有那么清晰，但是处于其中心的是一个特别的邦，名为信托。有一些人，典型地被培育为通过一种特定的方式来思考世界，他们认为，信托应当从衡平法中迁走，并成立自己独立的王国，而把剩下的领土让其他王国取走，好让那些王国使用其古老的资源。但是衡平法的居民们具有强烈的爱国心，希望为了大家的利益而保存他们的王国。

在漫长的岁月中，衡平法的帝国一直都很广阔。衡平法对其他的领域也有很大的影响，尤其是在商业方面，尽管有人说这种影响正在变得微弱；他们将会是错误的。衡平法的领土自身也面临威胁。尽管多年来它都是一种宁静且仁厚的存在，一些人想要侵略它，把他们自己的意愿强加到它的运转上。有一群人看起来对衡平法有特殊的设计。这是一个

奇怪的新教教派，其名为“不当得利派”。该教派的成员大多还是仁慈的，但是他们有他们自己的奇怪方言，还希望重新改造他们认为是未经世故的衡平法居民们的态度，而没有意识到他们想要施加的新的构造只是典型地重复了衡平法所已然拥有的，并且还是以远为未经世故的方式。

尽管衡平法在21世纪面临威胁，它依然是一个应当被探索的王国。的确，所有想要执业的法科学生都被要求访问这个王国。在此之前，他们可能听到过关于该王国真实面貌的多种多样的传闻，包括它是很老派的，喜欢向后看的；它的居民们说着一种奇怪的语言，并且只想着挣钱。但是这些传闻不应当阻止你访问这个王国和适当地探索这个王国。为了观察这个王国实际上是如何运作的，你需要避开那些现有的轨迹而自己探索。但是你也可能会在浓密的森林中迷路，尤其是当大雾降临之时。你需要的是一本指南，它会告诉你正确的路径。本书就是你的指南，将指引你去向衡平法王国和信托之邦。

这本书试图通过衡平法和信托法来指引法科学生。贯穿本书的我的目的，是确保不同的路径被明确指出，有趣的特点被指出并分析，衡平法与信托的同时的实践相关性是明显的，法律发展过程中的错误走向和误解被审视，替代的解决方案被建议，不同法官和评论家的观点被考虑和评估。一本好的指南不应当只是简单地描述法律图景，而也应当给出评论。贯穿全书，我都在试图清晰地区分描述结束而评论开始的界限。我也试图避免将读者淹没在过于烦琐的细节中，尤其是关于脚注，但我也并不想使主题哑然无声。一些概念和争点是有难度的，但我的目标是带领读者小心地穿越它们，并向读者提供术语的、分析的以及批判的工具，以用于处理这些对象。

我要感谢许多人，他们为本书的完成提供了帮助和支持。我要感谢

那些多年以来传授我衡平法与信托的人们，尤其是John Hopkins, Charles Harpum博士, Edward Burn教授, Gareth Jones教授, 以及后来的Tony Oakley。我也感谢那些就文本提出评论、就难点进行讨论, 以及与我进行论战的人: 尤其是Daniel Clarry, Matthew Conaglen博士, Paul Davies, Norma Dawson教授, William Day, Paul Finn法官, David Fox博士, Amy Goymour, Richard Nolan教授, Ajay Ratan, Rajiv Shah, Lionel Smith教授, Peter Turner博士, Stephen Watterson博士, Sarah Worthington教授, 以及Tang Hang Wu博士。更为广泛地, 我想感谢所有多年来我传授衡平法与信托的学生们, 关于这一主题的性质和结构, 是他们帮助我形成自己的观点。我想感谢剑桥大学唐宁学院的研究基金, 以及剑桥法学院的同事们, 以及Lincoln's Inn、XXIV Old Building的同人们。最后, 我要感谢我的妻子Cally以及我的孩子们, Elizabeth和Jonathan, 当我在为了本书的这一版而工作时, 他们给予了持续的支持, 这本书献给他们三个人。

The Old Schools, 剑桥

2015年11月4日

总序

现代信托制度的建立，是人类社会法律制度上的一个伟大进步。

中世纪黑暗中的英国社会，为了克服普通法的烦琐和僵化，转向由法官凭借公平和良知判案形成的法律制度，由此产生了与普通法并行的衡平法。正是衡平法的出现和实施，催生和哺育了现代信托制度。

溥天之下，莫非王土；率土之滨，莫非王臣。中世纪后期，英国君王和各地领主对百姓及其财产的封建占有，严重地阻碍了财产的市场流转和效益的提高。为了打破这种封建桎梏，经历了一个漫长的过程，用益制度在英国逐步演化形成。用益制度实现了财产上的所有权与收益权的分离：所有权继续遵循封建传统的规定，收益权转向符合市场经济的需求，从而实现了承上启下、促进社会平稳发展转变的作用。

英国法律史学家和衡平法律师梅特兰（Frederic William Maitland）高度评价英国人创立信托概念的贡献：“如果有人要问，英国人在法学领域取得的最伟大、最杰出的成就是什么，那就是历经数百年发展起来的信托概念。”

信托的发展，是在不断挑战原有法律的约束，又在不断促进法律修正的过程中，传播衡平法的公平、公理、良知、正义等理念，并不断促进经济和社会的发展和进步。

美国、日本等国家和地区，在引入现代信托制度的同时，结合本土

的信托实践，相继建立了完善的信托法律体系。

现代信托制度传入中国，发生在辛亥革命推翻皇帝专制制度之后。

1921年，中国历史上第一家标明为“信托公司”的企业——中国商业信托公司在上海成立。此后，在短短数年里，先后有十余家信托公司成立。

1949年，新中国成立，开始实行集中统一的计划经济。信托失去了市场经济环境，被全面停办。

1978年，党的十一届三中全会揭开了改革开放的序幕，我国信托业重新起步。

1979年，中国国际信托投资公司成立。随后，各种类型的信托投资公司在全国各地如同雨后春笋般诞生，我国信托业进入了一个崭新的时期。但是，由于缺少法规和监管约束，再加上没有明确的业务范围和主营定位，信托投资公司迅速切入经济发展和金融发展的各个领域，催生了我国债券、证券、基金业的发展，而其自身却由于缺乏规范而成为治理整顿的对象。

2001年4月，全国人民代表大会常务委员会通过了《中华人民共和国信托法》，由此奠定了我国信托法律的基石。随后，中国人民银行陆续颁布实施了《信托投资公司管理办法》和《信托投资公司资金信托管理暂行办法》，由此构成了我国信托业“一法两规”的基本法律法规框架，结束了我国引入现代信托制度以来近一个世纪无法可依的历史。

2007年3月1日，中国银行业监督管理委员会颁布施行了《信托公司管理办法》和《信托公司集合资金信托计划管理办法》。从此，我国信

托业开启从“融资平台”向“受人之托，代人理财”的专业机构之转变。在上述规章引导下，我国信托业飞速发展。截至2012年年底，我国信托业管理信托资产规模超过了证券业、保险业、基金业等金融行业的业务规模，成为仅次于银行业的第二大金融行业。

目前，我国信托业管理信托资产规模超过20万亿元。投资信托产品，已经成为我国居民最重要的理财方式之一。信托业在我国经济建设和社会发展中发挥着越来越重要的作用。然而，与国外成熟市场经济国家相比较，我国信托业在功能定位、法律制度、社会实践等方面还存在较大的差距。

他山之石，可以攻玉。国外成熟市场经济国家的信托业历史悠久，经验丰富，法律法规体系健全。特别是相关法律制度，对我国信托业的发展，具有十分重要的借鉴意义。为此，国民信托博士后工作站与中国社会科学院法学研究所联合招收博士后，重点研究信托法律问题。在此基础上，我们邀请了一批国内从事信托法教学、研究的学者以及具有实践经验的信托业专家，经过认真地调查研究，筛选出一批国外信托法规和经典著作，翻译成中文，介绍给国内读者。

我们相信，这套《外国信托法经典译丛》的出版，对于我国普及信托法律知识、完善信托法律体系，繁荣信托市场，促进信托业更好地服务于实体经济、社会发展和改善民生，具有一定的参考价值。

石俊志

2017年1月1日

上册

目 录

第一部分 衡平法

第1章 衡平法介绍

1.1 关于衡平法

1.2 什么是衡平法

1.3 衡平法简史

1.4 衡平法对英格兰法的当代贡献

1.4.1 合同法

1.4.2 侵权

1.4.3 不当得利

1.4.4 土地法

1.4.5 商法

1.4.6 衡平法的救济方法

1.4.7 信托

1.4.8 衡平法的潜在重要性

1.5 衡平法的根本特征

1.5.1 财产

1.5.2 衡平法下的对人权

1.6 衡平法应被普通法所吸收吗？

1.6.1 普通法与衡平法是否已然趋同？

1.6.2 普通法与衡平法是否正渐趋同？

1.6.3 普通法与衡平法是否应当趋同？

第2章 衡平法的特点

2.1 基本原则

- [2.2 衡平法具有自由裁量性](#)
- [2.3 衡平法由显失公平触发](#)
 - [2.3.1 良知与显失公平的含义](#)
 - [2.3.2 关于良知的历史](#)
 - [2.3.3 对良知的重新分类](#)
- [2.4 寻求衡平法救济者自身必须公正行事](#)
- [2.5 求助于衡平法者自身行为须清白](#)
- [2.6 衡平法把应做之事视为已做之事](#)
- [2.7 衡平法对弱者予以保护](#)
- [2.8 衡平法以怀疑的眼光看待事物](#)
- [2.9 衡平法富有想象力](#)
- [2.10 衡平法遵从法律](#)
- [2.11 衡平法注重实质甚于形式](#)
- [2.12 衡平法对无偿受让人不予支持](#)
- [2.13 衡平法帮助勤勉者](#)
- [2.14 等分即公平](#)
- [2.15 衡平法是对人的](#)

[第3章 信托简介](#)

- [3.1 概述](#)
- [3.2 对信托的定义](#)
- [3.3 与信托相关的基本原则](#)
 - [3.3.1 良知](#)
 - [3.3.2 对影响良知的事实的认识](#)
 - [3.3.3 可识别的财产](#)
 - [3.3.4 衡平法对物性财产权益](#)
- [3.4 信托的功能](#)
 - [3.4.1 资产隔离 \(Segregation of Assets\)](#)

[3.4.2 资产分割 \(Asset Partitioning\)](#)

[3.4.3 管理财产](#)

[3.4.4 持有财产之便利工具](#)

[3.4.5 避税](#)

[3.5 信托下的权利与利益](#)

[3.5.1 专用术语带来的问题](#)

[3.5.2 与信托相关的权利的运用](#)

[3.5.3 法定利益与衡平法利益的合并](#)

[3.5.4 衡平法利益被超越的情形](#)

[3.5.5 衡平法权利的性质](#)

[3.6 信托的分类](#)

[3.6.1 基于事件](#)

[3.6.2 基于情境](#)

[3.7 信托与其他概念的区别](#)

[3.7.1 合同](#)

[3.7.2 债务](#)

[3.7.3 财产寄托](#)

[3.7.4 代理](#)

[3.7.5 权利转让](#)

[3.7.6 赠与](#)

[3.7.7 遗嘱或未立遗嘱下的利益](#)

[3.7.8 权力](#)

[第二部分 明示信托](#)

[第4章 明示信托的构成要件](#)

[4.1 基本原则](#)

[4.2 设立信托的意图](#)

[4.2.1 创设信托的能力](#)

4.2.2 意图的确定性

4.2.3 虚假信托

4.2.4 确定意图的缺失

4.3 可识别的标的

4.3.1 标的的性质

4.3.2 对标的的描述

4.3.3 对标的的识别

4.3.4 分配受益份额的确定性

4.3.5 现时的不确定

4.3.6 标的确定性的缺失

4.4 信托对象的确定

4.4.1 固定信托

4.4.2 附条件的固定信托

4.4.3 自由裁量信托

4.4.4 受信权力

4.4.5 对法律的总结

4.4.6 不确定性的解决

4.4.7 对象确定性的缺失

4.5 受益人原则

4.6 永续规则

4.6.1 反永久归属规则

4.6.2 永续期间

4.6.3 “等着瞧”原则

4.6.4 目的信托的存续

第5章 法律形式

5.1 概述

5.2 信托设立的形式

[5.2.1 信托的宣告](#)

[5.2.2 未满足形式的后果](#)

[5.3 信托构成的形式要件](#)

[5.3.1 一般原理](#)

[5.3.2 明示信托的构成](#)

[5.3.3 未完全构成的信托](#)

[第三部分 目的信托](#)

[第6章 慈善信托](#)

[6.1 概述](#)

[6.1.1 慈善信托的本质](#)

[6.1.2 慈善信托所具有的优势](#)

[6.1.3 慈善组织的不利性](#)

[6.1.4 慈善信托的管理和监督](#)

[6.1.5 慈善的法律定义的简要历史](#)

[6.2 《2011年慈善法》](#)

[6.2.1 慈善的分类](#)

[6.2.2 公众利益](#)

[6.3 慈善目的](#)

[6.3.1 防止及救济贫穷](#)

[6.3.2 促进教育](#)

[6.3.3 促进宗教](#)

[6.3.4 改善健康及救助生命](#)

[6.3.5 促进公民权利或社区发展](#)

[6.3.6 促进艺术、文化、传统及科学](#)

[6.3.7 促进业余体育运动](#)

[6.3.8 改善人权](#)

[6.3.9 推动环境保护](#)

[6.3.10 为所需者提供救济](#)

[6.3.11 提升动物福利](#)

[6.3.12 提升公共服务效率](#)

[6.3.13 其他有利目的](#)

[6.4 绝对的慈善性](#)

[6.4.1 包含非慈善目的的情形](#)

[6.4.2 包含非慈善目的的法律后果](#)

[6.5 近似原则](#)

[6.5.1 自始失败](#)

[6.5.2 嗣后失败](#)

[6.5.3 对初始慈善目的的变更](#)

[6.5.4 慈善募捐](#)

[6.5.5 慈善游说](#)

[6.5.6 小型慈善](#)

[6.5.7 总结](#)

[第7章 非慈善的目的信托](#)

[7.1 概述](#)

[7.1.1 非慈善的目的信托一般无效](#)

[7.1.2 慈善目的](#)

[7.1.3 对一般无效原则的批判](#)

[7.2 非慈善的目的信托有效的例外情形](#)

[7.2.1 对个人的直接或间接利益](#)

[7.2.2 不完全义务的遗嘱信托](#)

[7.3 涉及实施非慈善目的的其他机制](#)

[7.3.1 为非慈善目的的受信权力](#)

[7.3.2 依附于赠与的权力](#)

[7.3.3 授权或代理 \(mandate or agency\)](#)

7.3.4 对执行人的任命

7.4 非法人团体 (unincorporated association)

7.4.1 问题的实质

7.4.2 非法人团体的定义

7.4.3 为非法人团体持有的财产

7.4.4 非法人团体的解散

第四部分 默示信托

第8章 归复信托

8.1 概述

8.1.1 归复信托的性质

8.1.2 归复信托的种类

8.1.3 归复信托的理论基础

8.2 假定的归复信托

8.2.1 财产的无偿转让

8.2.2 以他人名义进行购买

8.2.3 向公司所作的转让

8.2.4 预付假定 (presumption of advancement)

8.2.5 假定及非法交易

8.2.6 假定的将来发展

8.3 明示信托的全部或部分失败

8.3.1 归复信托的正当性

8.3.2 明示信托的失败

8.4 Quistclose信托

8.4.1 基本原则

8.4.2 Quistclose信托的运行机制

8.4.3 Quistclose信托的构成要件

8.4.4 Quistclose信托的性质

8.5 归复信托的扩张

8.5.1 不当得利

8.5.2 合同解除

8.5.3 结论

第9章 推定信托

9.1 基本原则

9.1.1 推定信托的实质

9.1.2 推定信托的理论基础

9.1.3 推定信托的性质

9.2 推定信托的种类

9.2.1 制度性推定信托

9.2.2 救济性推定信托

9.2.3 作为救济手段的推定信托

9.2.4 推定受托人的归还责任

9.2.5 基于共同意图的推定信托

9.3 制度性推定信托得以确认的情形

9.3.1 显失公平的扣留 (unconscionable retention)

9.3.2 撤销合同

9.3.3 因错误作出的无偿交易 (voluntary transactions)

9.3.4 自封的受托人

9.3.5 违背承诺

9.3.6 土地买卖合同

9.3.7 违反受信义务

9.3.8 制度性推定信托的理论基础

9.4 救济性推定信托 (the remedial constructive trust)

9.4.1 被盗财产

[9.4.2 错误支付](#)

[9.5 推定受托人地位的本质](#)

[第10章 与财产相关的非正式安排](#)

[10.1 概述](#)

[10.1.1 形式要件](#)

[10.1.2 衡平法的作用](#)

[10.2 基于共同意图的推定信托](#)

[10.2.1 背景](#)

[10.2.2 基础原则](#)

[10.2.3 Lord Neuberger的分析路径](#)

[10.2.4 原则的具体应用](#)

[10.2.5 基于共同意图的推定信托的理论基础](#)

[10.2.6 对法律的评判](#)

[10.3 基于合营的推定信托 \(joint venture constructive trust\)](#)

[10.3.1 基于合营的推定信托的要件](#)

[10.3.2 基于合营的推定信托的适用](#)

[10.3.3 基于合营的推定信托的限制](#)

[10.3.4 基于合营的推定信托的合法性](#)

[10.4 财产禁反言](#)

[10.4.1 财产禁反言的要件](#)

[10.4.2 财产禁反言的效果](#)

[10.4.3 救济的性质](#)

[10.4.4 财产禁反言的运用](#)

[10.4.5 财产禁反言的限制](#)

[返回总目录](#)

第一部分 衡平法

第1章 衡平法介绍

1.1 关于衡平法

George与Sarah系夫妻关系，在婚后育有三个子女：David、Hannah和Alison。George与Joan保持了一段婚外情，后者为George生下Hayley。George对这段婚外情及私生子Hayley的存在讳莫如深，但暗中为Hayley的利益而每月给Joan一笔固定的花费。一年前，George写下了遗嘱，决定留给包括Hayley在内的所有子女每人5万英镑，但他并不希望他的妻子和婚生子女们发现Hayley的存在。为此，他决定在遗嘱中将5万英镑赠与他最好的朋友Ian，并给Ian写了一封信，要求Ian在他死后，为Hayley之利益使用这笔赠款。然后，George将上述与Hayley相关的安排告知了Joan。

此后不久，George在一场车祸中丧生。他的遗嘱执行人遵照遗嘱所示，将5万英镑给予Ian。然而George未曾料到的是，Ian的经济状况陷入拮据又适逢失业，且Ian长期以来对Joan持有偏见，因此他决定将这5万英镑据为己有，用之购买了一辆跑车，并将剩余的钱用来投资股票，并获得不菲的收益。Joan对此大为失望，前往督促Ian将George的赠款用于其原定用途，即用于使她女儿Hayley受益。Ian向Joan当面出示了遗嘱复印件，声称George的遗嘱上明确写明5万英镑系赠与，而并未提及须使Hayley受益之事；对于Joan所言George生前所写信件之事，Ian抗辩称信件不构成遗嘱一部分，故并无法律效力。

Joan为此向您征询法律建议。

在该案中我们可以发现明显的不公：George意欲在死后将其部分财产用于使其非婚生女儿Hayley受益，为此将5万英镑信托给其好友Ian，并期望意图能得到实现，而最终Ian却有负所托。但同时，Ian向Joan所作的抗辩，从法律上来说并无不当：George的信件并不构成遗嘱的一部分。根据英格兰法的基本原则，一份文件，除非以书面形式，并在至少两位见证人在场的情况下由立遗嘱人当场签署，否则即不构成一项生效的遗嘱。^[1]故上例中正式遗嘱的内容相当清晰：Ian取得George所赠的5万英镑，而对于该笔款项的用途，遗嘱并未施加任何限制。单纯依据遗嘱的表面内容，这笔钱的所有权确归属于Ian，其当然有权将之用于任何用途。但这并不公平：因为结果有悖George的初始意图。George在确立遗嘱时，希望其4个子女能平等获益，而现实却是他的非婚生女儿一无所得。如此一来，问题难以避免：我们是应该支持Ian单纯依据成文法的明确规定所作出的抗辩观点，即George的信件在其死后并无任何法律效力？抑或应该认为，法律应对George生前的愿望及Hayley的预期利益予以保护？尤其在Ian明知George意愿的情况下，我们是否应该允许其就此脱身？

衡平法为此提供了答案。上述看似简单的问题，直指我们称之为衡平法的精髓与本质。当某人试图利用普通法对其权利的严格保护，却因此可能导致不公正的情形出现时，我们称之为“衡平法”的体系即为此提供了确保公正的可能性。在前述案例中，鉴于Ian明知George的意愿，却对之明目张胆地忽视，依据衡平法，Ian应为Hayley的利益而持有用George所赠5万英镑购买的车辆及股票。^[2]

1.2 什么是衡平法

法学院的每一名学生在其学业伊始，就将发现法律体系中因法律渊源不同而形成的法官制定法（judge made law）和成文法（legislative law）之间的根本区分。判例法一般被称为普通法（common law）。但普通法（Common Law，首字母大写的）的使用，在更为精确的意义上，用来指由普通法法院（Common Law Court）的法官们所创立并发展而来的法律体系，并与依衡平法院（Chancery Courts）法官们所创设并发展而来的法律体系相对应。后者即被称为“衡平法”。^[3]

这种通过法官创设法律所形成的所谓“衡平法”体系，较之普通法而言具有其根植于特定历史渊源的诸多特点。^[4]自中世纪开始，用以调整包括合同、侵权、财产权等各种社会关系的普通法，即以其规则明确、形式完备为特色。当普通法法院无法提供救济，或当适用普通法之结果被视为过于严厉时，当事人可向国王提出申诉，从而要求御前大臣（Lord Chancellor）利用自由裁量权进行救济。这种由自由裁量权发展而来的独特法律体系，即被称为衡平法。普通法与衡平法在历史上的这种关系，展示了衡平法体系至关重要的两个基本特征。首先，衡平法产生的原因，即在于对普通法过于严厉及僵化的内在特点予以调整，由此，衡平法必具灵活之特征；其次，衡平法根植于对御前大臣良知的参考，及对自由裁量权的行使，因此衡平法的根基，即在于公平、公正及道德。由此带来的常见疑惑是，一个以灵活和自由裁量权为特征的法律体系岂非灾难？而规则、原则和可预见性等法律所应具备之核心特征又将被置于何地？事实是，经过长时间的发展，衡平法本身的规则性和原则性均大为强化，并已确立一整套成熟且可识别的理论体系。其主要原

因在于，衡平法管辖权已由御前大臣转至法官，从而使得依据衡平法所作的裁决，拥有了类似“判例”的价值，并对其后的裁决产生约束力，以使类似案件获得相同的处理。即便如此，衡平法在很多法官及评论者眼中，依然以其灵活性及追求保障公正为特征。当然，对衡平法更正确的描述，与其说用来保障公正，不如说是衡平法通过阻止特定主体的显失公平行为来排除不公。^[5]衡平法的这种特征，在21世纪是否依然如故，将是本书讨论的核心问题之一。

1.3 衡平法简史

为理解基于法官造法何以形成普通法和衡平法两个分支，我们须回到法官造法开始快速发展的中世纪，以探究其源头。^[6]在此之前，法律一般都是地方性的，并仅由地方法院负责实施。而国王所创立的一整套普遍适用于整个英格兰地区的法律体系，即被称为“普通法”。在该时期，诸多法律原则，包括某些在今天依然具有重大意义的法律原则，开始出现并确立。但那个时期法官的普遍态度是严格而缺乏灵活性的，尽管存在一定的创设空间，但法官们倾向于僵化地解读法律，并将对规则作更为繁复晦涩的阐述作为发展法律的途径。尤须注意之处，在该时期，个人提起的诉讼必须严格按照明文规定的诉讼方式和诉讼程序展开，否则即难以成功。原告须以书面令状（writ）开启诉讼，经一名法官及陪审团审理，并受极为严格的诉讼程序和举证规则所约束。

这样一种普通法体系具有其限制性。故如普通法并未赋予救济，或并未提供救济之可能，则当事人可以请求国王通过特殊途径寻求公正。最终，保证公正结果的职责由国王委托其御前大臣来完成。一开始，御前大臣担负部分宗教职务的职责，通过解释圣经中关于公平和公正之含义，来确定是否在个人提起的诉讼案件中给予救济；同时，御前大臣（在履行该职责时）显然受到古希腊和古罗马作者——尤其是亚里士多德和荷马的著作——的影响。但最终，御前大臣将依据其良知作出决定。而正是这种对良知的行使，体现出衡平法作为一种自由裁量体系的显著特征。John Selden，一位17世纪的法律作家，对此进行了广为人知的描述：

衡平法是一种难以捉摸的事物：法律有其自身尺度，我们因此知晓应信任何物。而衡平法依据御前大臣之良知而定，良知的尺度时有变化，而衡平法随之而变。好比我们称之为“英尺”的标准的度量，居然应由御前大臣予以决定，这将造成何等的不确定性！一名御前大臣可能对“英尺”赋予较长的尺度，另一名御前大臣则可能对“英尺”赋予较短的尺度，而另一位御前大臣则可能有其偏向中等的尺度。御前大臣的良知，同样如此。^[7]

最终，求诸御前大臣的案件如此之多，以至于成立独立的法院，即衡平法院成为必要。由衡平法院创设并使用的法律，即为衡平法，并显著区别于普通法法院所适用的法律。它具有更大的自由裁量权，更重要的是，衡平法院的法官们得益于传承自御前大臣的特别权力和救济方法。其中两点尤其值得关注：其一，衡平法院有权传讯诉讼当事人到庭接受询问，从而更有利于决定在特定当事人之间如何达至公正；其二，相较于普通法法院所提供的以弥补损失为典型的救济，衡平法院创设了禁令制度，以得使一方当事人为或不为特定行为。^[8]违反禁令即构成藐视法庭，将导致包括监禁在内的处罚。

普通法与衡平法所依据的达成裁决的机制差异如此显著，以至于在普通法法院和衡平法院之间出现了旷日持久的争执，双方均认为自己的机制应凌驾于对方之上。直至Earl of Oxford案，^[9]这种争执已到了非解决不可的地步。衡平法取得了优势地位。御前大臣Ellesmere在该案中明确，衡平法之功能，即在“软化及调整法律之极端情形”。此后，御前大臣Cower准确描述了普通法和衡平法之间的关系：“衡平法并非法律的一部分，而本质上是一种伦理道德，用以修正、缓和、变更法律的僵化、刚性及锋利边缘。”^[10]

自17世纪以来，衡平法日益体系化。诸多御前大臣在任职于衡平法院期间，在推动衡平法合理化的工作中做出了显著贡献。如Lord Nottingham于18世纪所创设的“永续规则”（law of perpetuities）在今天依然得以适用，^[11]而Lord Eldon于19世纪早期通过对诸多衡平法原则的整合，大大提升了衡平法整体的原则性。^[12]

尽管衡平法对于调整普通法的僵化具有明显作用，但自19世纪出现的衡平法体系远称不上理想。这种由分别适用不同法律的普通法法院和衡平法院形成的双轨结构，导致了极大的不便和非正义：这意味着原告必须选择正确的法院提起诉讼。而一旦选择错误，原告即须在另一个法院从头开始，这必然导致长时间的拖延及不必要的诉讼费用。狄更斯在其19世纪中期所著的小说《荒凉山庄》（*Bleak House*）中对衡平法做了如下描述：

在这样的下午里，衡平高等法院的那帮成员们就会——正如他们在这个下午开始干的那样——一头雾水地针对这起看不到头的诉讼所涉及的成千上万个环节中的一个开展讨论，翻阅那些无法琢磨的先例裁决，深陷于一个个晦涩繁琐的技术细节中，绞尽脑汁撰写数不清的材料。他们表情严肃，竭力装出一副维护公平的样子，就如一个个演员那般。

每个人都在抱怨“Jarndyce & Jarndyce案真是毫无乐趣可言，即使一开始它还有一些令人感兴趣之处，也已在经年累月没完没了的审理过程中丧失殆尽了”。该案件涉及一个有争议的继承，且如狄更斯所说，“随着时间推移，法律稻草人变得如此复杂，以至于无人真正知晓它究竟意味着什么”。在小说的结尾，裁决终于出具。但其过程如此旷日持久，以至于当事人一开始希望通过诉讼获得的遗产，绝大部分已被用来支付

诉讼费用。

19世纪诉讼的繁杂性，一定程度上因1873年和1875年司法组织法的颁布而得以解决。这两部法律旨在取消普通法法院和衡平法院的差异，而代之以由所谓的大法官法庭（Chancery Division）、王座法庭（Queen's Bench Division）和家事法庭（Family Division）所组成的单一的高等法院（High Court）。每个法庭负责特定的法律领域：大法官法庭负责处理衡平事务，王座法庭处理合同争议和侵权争议，而家事法庭处理婚姻纠纷及其他家庭纠纷。但因为这些法庭同属高等法院，原告无须如此前一般，在起诉前选择法院。但这种做法实际上仅为管理上的方便，于司法层面则并无重要的意义。这在《1873年司法组织法》的规定中表露无遗：作为一个法律体系的衡平法可在高等法院的任何一个法庭获得适用，且任何一个法庭，均可对其所受理的诉讼给予普通法或衡平法下的救济。^[13]

诚然，司法组织法在英格兰法律历史上具有重要地位，但同时，亦无须对其重要性予以夸大。司法组织法确实有利于通盘协调普通法和衡平法的实施及适用，但对两个法律体系本身的融合，则无能为力。^[14]

衡平法并未因这些成文法而被废除。反之，《1873年司法组织法》确认了在分歧或矛盾出现时，衡平法规则较之普通法的优先适用性。^[15]对该原则最重要的适用案例之一出现在近十年后的Walsh v Lonsdale案中。^[16]在该案中，双方旨在设立一个租约，但因法定要件未得满足，普通法认为该租约并无强制效力。但鉴于双方同意签订租约的合意明确无误，在衡平法下，该租约被视为已合法成立，并因此具有强制性。换言之，衡平法的灵活性能够使该租约生效，即使其本身并未满足普通法所要求的法定要件。

衡平法依然不时被描述为旨在调整普通法所固有的僵化特质。但对衡平法的这种描述往往被予以夸大，以至于似乎在暗示衡平法天然地带有模糊不定和丧失原则的内在属性，这显然有失偏颇：一方面大部分衡平法内容规则确定、先例可循且原则明晰；另一方面普通法自20世纪以来在过失和不当得利等领域方面展现出的创造性和精妙度，亦使其传统上的顽固不化、坚守自我之固有形象有所变化。时至今日，相较于将普通法和衡平法视为两个互不兼容的体系，其相互补充、协力合作的特质已更明显，尽管其中仍不乏相悖之处。

1.4 衡平法对英格兰法的当代贡献

要定义一个法官造法体系，或许仅需对其进行命名，概括形成一系列未必清晰的特征，并通过追溯其几百年前的宪法的、政治的、法律的发展以赋予其合法性即可。但关键问题是，衡平法在今天是否依然具有其重要意义。答案显然是肯定的。其作用不仅是有利于解释源远流长的私法理论，同时亦为当代的法律问题提供了一种解决机制。衡平法并非如那些老生常谈一般，“已过了成果丰富的育龄期”，而是在不断发展既存理论的同时，依然通过不断创设新的理论，为一些为普通法所忽视的问题提供新的解决方法。

阐述衡平法对英格兰法一直以来的重要性的最好方法，是结合具体的法律议题予以参照。如你即将所见，衡平法的当代贡献既在于其定义了诸多重要权利、义务、权力和责任，亦在于其对救济体系的重要发展。

1.4.1 合同法

合同法的诸多方面受到衡平法的影响。这些影响主要以三种形式体现。

(i) 合意的效力

衡平法时常被用来决定合同一方的允诺是否仅具外观而不具实质上的真实含义。在很多种情况下，合同一方似乎作出了一项真实的允诺，

但在某些情形下该允诺不应被视为有效。普通法对识别一方当事人的真实允诺有诸多原则，但衡平法则更具灵活性，且更抵细微之处。举例来说，普通法认为，当合同一方基于对方欺诈的虚假陈述而作出允诺时，该合同即应被推翻；而衡平法则更进一步，认为即使虚假陈述并非出于欺诈而仅出于过失甚或无过错，亦将导致同样的法律后果。尽管这长久以来始终遭受非议，^[17]但较之普通法，衡平法对导致合同效力瑕疵的“错误”的定义更为宽泛。此外，在合同文件表面上清楚但并未反映当事人真实意图之时，衡平法倾向于修正该合同，^[18]而普通法则倾向于严格遵照合同的字面含义予以处理。而在当事人所作允诺有效的情况下，衡平法有时能提供要求一方当事人实际履行的救济，尤其在损害赔偿不足以弥补因违约导致的损失之时。^[19]

(ii) 交易的公平性

衡平法有时倾向于对交易的公平性予以评估，并在显失公平时撤销交易。比如，当合同约定一方在违约时承担付款义务，而在对该付款义务的金额约定过高时，衡平法可能因其具备惩罚性而撤销该项约定义务。^[20]衡平法同时还对合同签订过程中的程序公正予以关注。如可以证明合同一方在签约过程中不当利用了其与合同对方存在的某种关系，或根据交易性质可推导出该结论，则该合同可以因不当影响原则而撤销。^[21]衡平法甚至可能对合同实体的公平性予以评价，并在因一方不当利用对方的弱势导致显失公平交易情形下撤销合同。^[22]

(iii) 对合同法的补充

当出现合同尚未正式成立，而一方当事人具有信赖利益时，普通法对此无能为力，因其所要求的严格法定要件——通常是信赖方未支付合

同对价——尚未得到满足。但任由一方做出某种意思表示然后擅自反悔显然是不公平的，尤其在另一方基于对相对方允诺的信赖而行事时。因此衡平法在这种情况下将依据允诺禁反言原则（doctrine of promissory estoppel）制止允诺方的该种不当行为。^[23]比如，被告欠付原告1000英镑，并提议向原告支付800英镑以清偿所有债务，原告接受了被告的提议。在此情形下，依据普通法，被告依然有义务支付剩余的200英镑；^[24]而依据衡平法，原告允诺接受800英镑以清偿全部债务的行为即构成禁止反言，其无权基于严格合同形式或未支付对价而主张无效。

1.4.2 侵权

衡平法将一系列民事不法行为纳入考量，尤其是针对违反信托^[25]和违反受信义务的诉请。^[26]尽管这些行为很少被表述为侵权，但其与普通法下的侵权行为具有诸多共通之处。比如，普通法将引发违约的行为视为侵权，而衡平法则将引发违反信托或违反受信义务的行为视为一种“侵权”，通常称为“不诚实的协助行为”（action of dishonest assistance）。^[27]当然，尽管两者之间具有某种相似性，但并非同一，普通法下的侵权是一种严格责任，而衡平法则要求对过错予以证明。

相类似的是，在衡平法下，有所谓的泄密行为。比如，被告基于其与原告之间的某种关系而担负保密义务，当其违反了该义务，如向第三人泄露保密信息，即构成泄密行为。^[28]尽管该类行为近来已被视为一种侵权，^[29]但决定其诉请性质和救济方法的衡平法基础^[30]依然是显而易见的。Deane J在Moorgate Tobacco Co Ltd v Philip Morrit Ltd (No 2)案中，^[31]将该种诉请的本质正确地定义为：“其正当性基础……在于从

获取或知晓信息的情形中所产生的一种道德义务。”保密义务可能与商业秘密，^[32]国家机密、^[33]或者个人私密^[34]相关。该种针对违反保密义务之诉逐渐由秘密信息保护扩大至对隐私之保护。^[35]在隐私保护领域，尽管原则上这依然属于一种泄密行为，但并非必须基于保密关系；^[36]当信息为个人且私密的，^[37]而被告对此知晓或应该知晓，原告即足以对其隐私获得保护而持合理期待。^[38]泄密行为范围被予以扩张的主要原因在于，滥用不应公开的个人信息将导致民事责任的产生。

1.4.3 不当得利

涉及不当得利的法律（law of unjust enrichment）直至1991年方由上议院正式确认，^[39]但其内在理念在实践中已历经数百年的发展。不当得利的大多数原则产生于普通法，并经其实践得以发展，但衡平法在其中的作用同样不容忽视。不当得利的核心，即在于一旦被告基于原告的损失而得利，而该种情形被纳入法律所确认的返还事由，法律即可以被告之得利范围为基础，裁决财产返还的救济方法。^[40]已由法律予以确认的返还事由包括错误、胁迫或者交易基础的完全丧失。上述原则均由普通法予以确立并发展。但是，衡平法也影响了对返还事由的解释和确认。举例而言，如果被告不当影响原告向其转让利益，或者被告通过非欺诈性虚假陈述致使原告向其转让利益，那么被告负有向原告返还其所收受的一切利益的责任。

在不当得利领域，当被告通过显失公平的手段诱使原告向其作出赠与，衡平法的管辖权至关重要。比如，在Allcart v Skinner案中，^[41]原告是一位修女，被告是修道院院长。被告说服原告向其作出了赠与。原

告最终离开了修道院，并在数年后主张取回赠与物。法院的观点是，如非原告延迟提起诉讼，其主张本来可基于被告所作的^[42]不当影响而获得支持。相类似地，当原告基于契据向被告做出了错误的赠与，如被告继续保有该赠与物被认为是显失公平的，其将被要求向原告返还。^[42]

1.4.4 土地法

衡平法对土地法发展的影响，尤为深刻。不仅在于其对附于土地上的各种利益的确认，^[43]亦在于对特定财产利益的相关保护。对此可从如下三个例子予以具体阐述。一是按揭权。普通法下，按揭人在履行债务时即使出现最轻微的迟延，按揭权人即可主张取得按揭物。而衡平法认为这过于严厉，并发展出一种机制，使得按揭人在偿付债务后拥有取回按揭物的权利。二是在被告向原告指出其将获得一项土地利益时，如原告基于该信赖而行事且因此受损，则衡平法将适用财产禁反言原则，以满足原告的期待。此时，衡平法基于被告食言的显失公平行为，为原告创设出一项财产利益。^[44]三是在夫妻共同生活期间，当财产被登记在一方名下时，一旦双方离婚，衡平法将通过基于共识的推定信托让未被登记的一方取得房产上的权利。^[45]

1.4.5 商法

衡平法对于现代商法的发展影响深远。比如，衡平法定义了一方作为“本人”（principal）与另一方作为“受信人”（fiduciary）^[46]之间基于信任和保密而产生的关系。在这种关系中，受信人在照管本人利益时应遵

守最高级别的行为标准，违反该标准受信人即被视为违反对本人的义务。一系列法律关系均可归入受信之范畴，其在商业社会中尤其具有重大影响。比如，代理人应向被代理人承担受信义务，公司董事亦应向其所供职的公司承担受信义务，以及律师与其客户之间亦为受信关系。

此外，衡平法已经被证明对一系列担保利益，比如在浮动抵押^[47]及留置权^[48]的确认方面均起到重要作用。

1.4.6 衡平法的救济方法

衡平法通过其所创设的独特司法救济途径对英格兰法施加了重大影响，一系列衡平法救济方法被创设，用以弥补普通法下损害赔偿的不足，包括合同的实际履行以及使被告向原告返还因其违反衡平法义务所获得的任何收益。

衡平法对于救济措施所作的最大贡献之一，是创设了禁令制度，以此得以命令被告为或不为特定行为。衡平法的创造性特点，在20世纪70年代对冻结令（freezing order）的创设中得到了最佳体现。冻结令的出现，主要为处理下述问题：即被告企图藏匿资产，或将资产转移至域外，从而阻止原告执行关于损害赔偿的裁决。^[49]为了避免这个问题，衡平法创设了一种新的禁令，冻结被告部分或全部资产，以确保针对被告的任何裁决均可得到执行。比如，冻结令可让被告无法处分其银行账户。冻结令在英格兰法院处理的国际贸易诉讼中发挥了重大作用。

1.4.7 信托

毫无疑问，衡平法于英格兰法最大之贡献，在于信托。所谓信托，其关键特征即在于某人为他人利益而持有财产。这通过对物权的划分子以实现。“受托人”享有信托财产法定所有权（legal title）。从普通法角度而言，受托人显然对信托财产具有完全且绝对的权利。然而从衡平法角度出发，其认为法定所有权人（legal owner）不过替他人，即“受益人”持有该财产而已。因此，受益人对该财产享有衡平法权利。如此，受托人在衡平法下负有为受益人的利益管理信托财产之义务，且与受益人之间形成受信关系。一旦受托人未能审慎管理财产，其即构成对信托之违背并应向受益人承担赔偿责任或返还不当得利之责任。

信托对英格兰法而言至今依然意义深远。比如，家庭关系中，财产可通过信托方式使子女受益，同时又可防范财产遭子女挥霍之风险。举例来说，在本书开篇的例子中，George希望在遗嘱中留给他的三个婚生子女每人50,000英镑，但又担心一旦如此，其子女可能将财产挥霍一空而非明智地为他们的未来投资。因此，George或许可在其遗嘱中明确，将遗产信托给其好友Ian，由其为George的子女持有该信托财产直至他们25岁，即George认为子女们应已足够成熟以开展明智投资的年龄。作为受托人，Ian应为George的三个子女管理该财产，直至他们25岁。子女们在达到遗嘱规定的年龄前，可以获得相应的收入，但本金则始终安全地处于Ian控制之下。

信托的这种基本理念，即由某人为他人之利益管理财产，亦可解释信托何以在商业领域大获成功。比如，投资者可能希望依托理财专家的专业技能实现财产增值，因此愿意将他们的钱投入一个投资信托中。资金管理人（fund manager）作为受托人，应为投资者利益，运用其专业金融知识，明智地使用该信托资金。相类似地，养老金制度同样建立在信托机制上。^[50]雇员将钱投入一个养老基金中，该笔财产由受托人为

养老金领取人的利益进行管理，以确保养老金领取人自退休开始的收入和资本收益。

1.4.8 衡平法的潜在重要性

本书中，我们将会讨论到很多案例，以显示衡平法在为一些复杂的问题提供答案方面依然具有极大的发挥空间。其重要性可通过一个案例予以体现。尽管基于该案例的特定事实，衡平法实际上并未发挥其独特作用，但值得注意的是，一旦这些具体事实发生微小的变化（或者更准确地说，一旦某些关键事实能得到证明），衡平法之价值即可获得充分的体现。该案为涉及企业破产的Re Rarepak Food and Gifts Ltd案。^[51]Rarepak Food and Gifts公司启动了一项圣诞积蓄计划，该计划使人们可将其圣诞支出在一年中予以分摊。主要来自低收入家庭的参与者可按月进行投入，然后在当年的11月份即按其意愿收到与其投入价值相当的代金券、圣诞锤子或其他商品。这些公司客户的投入总额平均为250~300英镑。2006年10月，这家公司陷入破产重整，并因此无法满足当年的圣诞订单，意味着它的诸多客户无法收到原本期望的圣诞食品或礼物。该公司账户中有100万英镑的存款，而破产管理人

（administrator）尝试确定该部分财产的分配方式。该案于当年12月5日进入诉讼程序，任何期望能拿到圣诞食品或礼物的客户，均需证明由管理人持有的资金属于他们。从法律角度而言，这无法得到证明，因为这笔钱的法定所有权已经转移至公司名下。因此，他们如想从银行取回这笔钱，则需要在衡平法下证明他们对这笔钱享有对物性财产权益

（proprietary interest）。使这点成立的最佳方式，就是证明该笔钱系由公司通过信托方式为客户持有。