

中國民法典誕生百年祭—以財產制為中心考察民法移植的兩條主線（一）

2011-12-11 訪問量：訪問量：585

俞江

[摘 要]：百年中國民法發展史，需要超越“本位”的角度，從財產制角度加以反思。這樣可以發現兩條主線：第一是外來的個人財產制與傳統的家產制之間的矛盾；第二是土地所有權上國有制和私有制並存帶來矛盾。從中國近代以來的立法和社會糾紛中，都能看到這兩種矛盾帶來的困擾。一方面，個人財產制與家產制的對立沖突，使民法的一些制度被架空，而社會中的家產關係和糾紛得不到規範和調整。這種沖突格局集中反映在今天的農村分家、土地承包經營、城市家庭的財產分割等問題上。另一方面，土地所有權雙層結構違反所有權平等原則，是近代以來私人的不動產所有權得不到有效保障的主要原因。

[關鍵詞]：個人財產制；家產制；雙層所有權；所有權平等原則

自1911年大清民律草案出台，至今正好百年。百年民法編纂史里，先後出現了北京政府的國民律草案，南京政府頒布國民民法典，經20世紀50年代末的“法律虛無論”，民法編纂陷入低谷，到20世紀80年代後再次啟動民法各編編纂，現已基本形成了一個鬆散的民法體系。這個體系中主要包括民法通則、物權法、合同法、婚姻法、繼承法。尋繹這一體系，可清晰地看到歐陸法系中的潘德克頓體系的影響。物權法、繼承法無論矣，其他如民法通則差強可比五編制中的“民法總則編”；合同法則是“債法分則”的核心，只沒有單獨的“債法總則”；婚姻法則是親屬法的重要內容，但缺乏完整的家庭法體系。實際上，編纂一個體系完整的民法典在中國學界的呼聲很高，全國人大也曾有相應的計劃。[1]現在看來，統一民法典的編纂已經擱置。

但仍有必要檢討和評價中國百年民法移植和編纂史。民法是最貼近民生的法律，民法典的傳入，對國人生活產生巨大沖擊，對社會轉型發生巨大影響，如何評價這些沖擊和影響，一直是學界關心的問題。筆者追隨這一問題已十餘年之久，但苦於民法的博大精深，這一問題縈繞於胸，遲遲未能索解。值此紀念民法典編纂百年之際，不揣淺陋，一抒管見，以起拋磚引玉之效。

一、主線一：個人財產制與家產制之矛盾

近代以来所移植的西方民法，其核心的精神和气质是什么？对于这个问题，众说纷纭。或说是权利本位的，或说已转向社会本位。如果仅就民国民法典而言，无疑是一部深受社会本位影响的民法典，王伯琦先生曾论述道：

时至清末，当我们变法图强之初，正是西洋法律由权利本位移向社会本位之际，所以我们所接触到的西洋法律，已是社会本位的法律，所谓社会本位的法律，是在权利本位的法律上，加了一层形同义务的色彩，这一层色彩，恰恰与我们旧律上的义务观念接轨，于是整套的西洋社会本位立法，可以很顺利的被接受。我们的现行民法典公布之时，就有人很赞赏的说与我国的传统思想，简直是“天衣无缝”，这话仅就“衣”而言，与“体”原属二事，倒亦道出了其中的真机。（1）（P·127）

这段论述中出现了评价民国民法典的三种标准，一是“个人本位”，二是“义务本位”，三是“社会本位”。王伯琦先生的看法是：“我们的现行法律是社会本位的法律，社会本位的法律，决没有抹杀了个人，以个人的独立人格为基础推而至于社会，所以顺理成章，一说即通。”“学法律的人不得不从民法总则开始，大学法律系一年级第一学期即以民法总则为启蒙学科，因为民法总则第一页就是讲到‘人’，这个‘人’字不了解，一切法律科学或法律哲学均无从下手。由此而论，要谈社会主义，必须先从确立人格观念开始，倘没有独立人格观念，社会主义就变成奴役主义了”（1）（P·129）。

从这段话可以看出，他把民国民法典看成是以个人主义为基础，以社会本位为调剂的法典。这个评价基本是合理的。但应看到，这种评价方式只是一个角度。用单一的角度评价民法典，难免会遗漏一些不该遗漏的问题。那么，能否尝试着调换一些角度，以便揭示近代中国民法的其他重大特点呢？

本文试图用另一种概念来替换“本位”的评价方式。对于民法来说，最重大的莫过于财产制。毋庸置疑，财产制是贯穿任何一个民法典的主线，是凌驾于民法各个规范的上位概念。可以说，理解财产制，就是高屋建瓴地把握民法。但这个角度却较少引人注目。

民法规范的内容有两个方面，即人身关系和财产关系。所谓人身关系，又包括两个方面，一是“人”为何，二是人与人之间的关系如何。这两个方面是如何反映在民法中的呢？从民国民法典来看，它的总则编在列举了5条“法例”之后，立刻就以22个条文（第6条-第24条）来规定“自然人”。所谓的“自然人”，就是我们说的“个人”。“个人”的涵义重在“个”字，那是以个体为特征而存在的人。接着，又用40个条文（第25条-第65条）来规定“法人”。而“法人”是以拟制“自然人”为基础，在此意义上，“法人”就是拟制的“个体”或“个人”，而不是“集体”。

在现代法律人的眼中，这种安排是一种专业常识。然而，基础性的讨论正是建立在对“常识”的反思之上。以“个人”和“个体”为核心来构建民法体系，其意义何在？容易想到的是，它高扬了西方近代启蒙思想中关于人的地位。在近代西方抛开了神性和神的至上性以后，特别是康德哲学以来，人在哲学上被看做惟一的目的是，这一哲学思想，可表达为“人是主体”的命题。这一命题不但重新改造了看待世界的观念，而且也直接改造了法律体系和民法体系。

笔者从不反对“人是目的”或“人是主体”这些原则性的命题。要质疑的是，是否必须把人视为“惟一的”目的或主体。重要的不是人必须是主体，而是，规定人作为主体的“惟一性”是否必要？事实上，“法人”制度的设置已经间接回答了这个问题。设立“法人”是因为在“自然人”之外，尚有不能放弃的社会单位，民法为了涵括这些社会单位，不得不在“自然人”和“法人”之上设立上位概念，即“主体”。没有“主体”，“法人”是说不过去的，因为它是拟制的概念。在一

些西方法学家看来，“法人”概念是概念法学的滥用。如王伯琦先生曾引述法国法学家谢尼 (FrancoisGeny) 的观点：

传统方法为求其逻辑的一贯，又建立了一个法人的概念，这更是一种主观的假想，毫无客观事实的根据，在这个法人的概念发明以前，许多同样的集合体不是早有其法律地位了吗？这种完全为了逻辑上的需要而虚构的东西，徒足以引起许多不必要的问题，而阻碍法学的进步，如对于法人的人格的解释，众说纷纭，莫衷一是，合伙及夫妻共同财产是否法人，更是争论不休（1）（P·39-40）。

谢尼指出了概念法学的弊病，但还没有指出概念法学内部为追求逻辑自恰而出现的逻辑矛盾。

以“财团法人”为例。“财团法人”在西方社会有其历史和社会现实的基础，它主要是为了对应教会财产和基金会。这两种组织接受民众的捐赠，并以“特别目的”为成立基础。[2]从这两种组织的性质上来看，它只是一种财产的集合，特别是教会财产，其财产最终是服务于神的。在人间，教会不过是以代理人的身份来管理财产。现在，它被拟制成了人。用这种拟制观点来看待其他同类现象，会出现相似的误判。比如，中国的佛教寺院和道观，以及各种地方神，如妈祖庙、关帝庙等等，信众所捐助的财产，如果把它作为一种主体，是令人不安的，它至少反映了对宗教信仰的轻视吧。

更关键的是，把财团拟制为人，其实隐含着这样一个命题：财产=人。这与其说是在高扬人的主体性和目的性，毋宁说是把人降低到了物的层面。若说近代以来的民法学家和立法者，希望以“财产=人”作为民法指导思想，他们是万不会承认的，甚至是对他们的立法思想的亵渎。那么，就不得不承认，这个体系在主体或人的构造基础上，必定出现了一些问题。这已不仅是“滥用概念法学”，而是内部逻辑矛盾的问题。将某种命题设定为法典体系的逻辑起点，虽然稍嫌武断，但只要内部自恰，仍不失科学性。不妥的是，体系内出现了反对逻辑起点的命题。

所以，以“自然人”为基础设计的民事主体理论，其目的或许不是为了高扬人的主体性，而是否定其他主体的可能性。这种否定是否必要与合理，需要重新评估。

说完了民法典中的人身关系，再来看财产关系。近代民法用抽象概念来表达财产，这就是“权利”，当然，主要是“财产权”。人格权只在有可能财产化或量化时，才被认真对待。而财产权则分解为请求权、形成权、期待权等物化概念，它们受到重视都因为具有财产属性或经济价值。由于主体理论已经确定，这些权利都是假设依附于自然人或法人。民法学说认为，只有维护财产权才能实现人的尊严和价值，这是无可非议的。所以，如果用“个人财产制”来定位近代民法，很难说究竟是“个人”还是“财产”是其中的重点。

无论如何，个人财产制贯彻于所有近代中国的民法草案或民法典。即使是宣称以“社会本位”为立法宗旨的民国民法典，如果从财产制的角度去看，也可断定是实施个人财产制，断没有“社会财产制”的提法。从这一意义上说，通过个人财产制的角度去看待民法，与区分“个人本位”和“社会本位”的角度，是不一样的。

从“社会本位”和“个人本位”的角度，也无法看到民法文本与传统财产制的差别，最能体现个人财产制与传统中国财产制之背离关系的，无疑是继承法。民国民法典第1147条规定：“继承，因被继承人死亡而开始。”其他近代民法文本中也大致如此。[3]今天的继承法第2条，几可视为承袭这些近代民法典文本而来。这一条文看似平常，但对传统社会却是翻天覆地的变化。在长达数千年的中国社会里，人们几乎没有个人财产观念，在谈到财产是谁的时候，人们常说是“我家的”，从不说“我的”。这就是家产制（2）。如果按民事主体理论分析，那么，家庭才是财产的主体，而

非个人。中国古代是农业社会，主要靠自己生产的农产品维持家庭生活，田地、房屋不到迫不得已不会变卖。普通家庭不会通过赚取买卖田房的差价来谋生，田房的静态财产性质才是最重要的。所以，承继家产成了最重大的财产流转关系。古人安排家产承继主要有两种规则，一是分家，二是立嗣。当有亲生儿子时，独子直接承受家产；有两个儿子以上的，就采用分家，把家产平均分给儿子们。没有儿子的时候，则立宗族后辈为嗣子承继家产。在这两种承继方式之外，还有收养异姓子、招赘等，但只是补充形式。

由于财产并非视为个人的，大多数时候，家产传承不以家长的死亡为条件。只在某些时代，比如唐代，为了尊重家长的权威，法律规定必须有家长明确指令后，才能在家长生前分家。至于秦汉、元明清等时代，“生分”[4]，也就是在家长生前分家则是普遍现象。也就是说，古代中国的很多家长在去世时已经不掌管家产了。所以，史书中看到的遗令或遗命，大多是以安排自己的丧葬或勉励子孙为主要内容，[5]因为此前家产已经析分好了，财产继承不是去世时关心的主要问题。

那么，近代民法对中国社会的冲击何在？我认为，至少在20世纪前50年，中国出现了法律与社会相互抵触的格局，且这一格局仍在延续。个人财产制没能在事实上取代家产制，最多只是在国家法层面搁置了家产制。但是，用个人财产制中的规则去处理家产纠纷，其结果在很多时候让人难以接受。这样，要么人们对法律不满，要么是不去理睬法律。至少可以说，百年来之中国民法，个人财产制与事实上的家产制没有发生关联。比如，民国民法典颁布施行之后，中国农村照样分家和立嗣，这些行为脱逸于民法之外，民法不主动规范它们，它们也不受民法约束。一旦发生诉讼，法官只能以“情理”去判断。而在大城市，家产制为了适应国家法，倒是出现了一些调适方式。有两份有趣的资料可以证明这种调适过程。

一是当时的通俗法律书籍《法律顾问》，这本书在回答“分析家产，应该怎样？”时，回答道：“分析财产，大概总在父母死后。最少总是父亡母在。要是父母都在，用不着分产。所以立析产书，大概总是在父死以后。”（3）（P·589）有意思的是，这一问一答之间存在着认识上的错位：提问的是怎样分析“家产”，而回答却改为如何分析“财产”。这正好显示出当时的“家产”和“财产”概念处于混淆的时期。需要解释一下，为什么在这本通俗法律书籍中，指导人们在“父亡母在”时分家呢？因为大清民律草案“继承编”第1463条有一个很“中国化”的规定：“有母在者，若各继承人欲分财产，须经母之允许。但若别有遗嘱者，从其遗嘱。”这条规定，在民国民法典中是没有的。《法律顾问》一书是1932年出版的，稍晚于《民国民法典·继承编》实施日（1931年5月5日），很可能受到了大清民律草案的影响。

实际上，让人们“父亡母在”时分家，可以视为中国民间对继承法的调适行为之一。它是清末立法者的意思。大清民律草案第1463条的立法理由这样写道：

本条系规定兄弟分产，须经母之允许。考各国法律概重个人权利，继承人既有继承财产之权，则法律上权利所在，他人不得干涉，即母子之间亦然。故若欲分财产，得以自由意思而定。然而其法不能无弊。盖继承人不必皆贤，倘其中有一人焉，平日浪费无度，不知自立，父在或严其教训，不敢过肆。一旦继承起始，若听其分析遗产，则或归其所有，后竟自消费净尽，变为饿殍，是欲重其权利，反失所以保护之道，非法之得也。惟与其母以允许之权，其子而贤，尽可听令分析，各谋独立；其子而不肖，亦可不允所请，别筹善法，以为保全。矧吾国习惯，有母在者，遇有重大之事，本应奉命而行，且《亲属法》既予其母以得行亲权，则其子之贤愚，自能别白。即其子之利益，亦自能护持，故本律参酌中国情形，定为须经其母之允许，似于礼教风俗，较为切合。若夫父有遗嘱，则父命先于母命，自以先从遗嘱为宜。此但书之所由设也。[6]

该立法理由至少有这样一些特殊之处。首先，它是按个人权利思想来解释分家这个纯属家产制的问题。其次，它把“父亡母在”作为分家的成立条件，否定了“母亡父在”分家的可能性。这说

明在立法者心里，存有母亲名下没有家产的观念。母亲只是家产的守护人，在传统法中又称“继管人”，而不能做家产的代表人。这是家产制的逻辑，与草案承认配偶可以相互继承是矛盾的。最后，在传统中国，“父亡母在”时，母亲的确可能阻止分家，但那是因为母亲作为直系尊长而受到尊重。而在立法理由中，母亲是以儿子浪费为由不允许分家。“浪费人”是一个罗马法上的概念，它被移植来解释中国传统制度，看起来是很“西化”。但这个“西化”的理由不过是中国观念的外衣。当然，值得注意的是，无论理由如何，在“父亡母在”的情况下，即使在中国古代，母亲也不是任何时候都能阻挡儿子们分家。这个条文也为儿子们坚持分家留出了空间，因为认定儿子是“浪费人”是很困难的。

第二份有趣的资料，是民国时期上海律师为某个家庭分家而起草的一件法律文书：

立赠与据人潘沛义，余承父祖庇荫，加以勤劳克苦，得有今日。兹因三子均已次第成家，而余亦年近花甲，意图稍卸仔肩。爰将独资创设之同益祥绸布庄(本市徐家汇华山路、衡山路转角)、同益昌绸布庄(本市肇周路一五四号)、及万金绒线号(本是梵皇渡路百乐商场内)，分别赠与三子，各自执管。并将赠与办法列后。[7]

凡是熟悉清代分家文书的人，看到这件律师文书，都会有似曾相识的感受。事实上，只要把文书中的“赠与”二字改成“分家”，其余内容与通常见到的传统分家文书完全一样。特别是，这件律师文书仍然使用“执管”一词。这毫无疑问是仅属家产制的概念。按照近代民法学，赠与客体采用“所有权”或“财产”才是严格的。而“执管”意味着，执管人并非所有权人，儿子对所分家产只是一个类似管理人的身份。显然，为了适应民国民法典的出台，民间把分家行为改头换面为赠与行为。

通过以上实例，可以发现民国时期家产制如何适应占强势话语的西方民法。而以上实例是适用于“城里人”的。在乡下，流传下来为数众多的民国时期分家、立嗣文书，都证明继承法从未推行到那些地方去。也就是说，民法典最核心的个人财产制，一方面搁置了传统的家产制，另一方面，也被中国社会架空了。终其整个20世纪上半叶，外来的个人财产制和传统家产制之间呈现的是“各说各话”的局面。分家、立嗣等民事行为既是身份性的，又是财产性的，而它们同时脱逸于民法的调整范围之外。

20世纪40年代，蔡枢衡先生已经指出过西方法与中国社会相脱节的现象，他称其为“中国法的幼稚病”，或“无我的表现”：

谁也知道，三十年来的中国法，起初完全是在比较各国立法的氛围中产生出来的。后来的立法理由中虽常常可以发现“斟酌中国实际情形”的语句，事实上，实在并没有斟酌过什么，也没有多少可以斟酌的资料。所以实际上依然没有超出“依从最新立法例”的境界。这种情形，从现象上看，比较的法例一多，采择自然容易乱。结果不仅单一条文的继承，不能和各该国家的学说、判例、历史或批评之间取得联络，加以考虑，就是连条文和条文间的关系，原则和原则间的境界，也不容易把握正确。因此，法规成立之后，解释上常可发现主观上出于立法者意料之外，客观上近于笑话的矛盾，不平衡和不一致的现象。若从本质上看，惟新是求的精神实在是无我的表现，也就是次殖民地的反映(4)(P·39-40)。

蔡枢衡先生的这些话，在十多年前看到的时候，感觉是振聋发聩，今天再回过头来看，仍然发人深省。但问题是，他只是宏观地指出了问题所在和下一步研究的方向，并未指出“我”在具体制度上的体现形式。显然，找出中国法中的“我”，比拿出一个肯定或否定的态度更重要。这就像一个人，重要的是他能否认识到自我，而不仅是宣称要否定或肯定自我。但对“我”的认识如何才算是达到了理性的要求，我们知道，蔡先生所谓的中国法律的“无我”状态，不是指当时的学人对中

国法律传统毫无认识，而是认为当时的认识缺乏理性的高度。他重视本国法律史，但也认为当时的法律史缺乏足够的理性分析。[8]那么，什么样的分析才能算是理性的呢？现代哲学为理性认识提供了两种路径，一是以实证的或科学的方法去研究；二是通过批判和反思去认识。而后者必须以前者为基石。基于此，实证研究虽然不是认识中国法律的“我”的最终阶段，却是首先需要完成的工作。在实证层面呈现“我”的面貌，应该也是中国法律史和其他部门法的首要之义。应该说，比起蔡先生那一代学人来说，现在的学人有很多优势，比如，已经没有了“次殖民地”的时代背景，这使我们不但可以心平气和地评价中国法，而且可以利用和平环境来做一些具体的考订和论证工作。

因此，当我们指出中国传统财产制是以家产制为特点，并指出西方民法与中国社会之矛盾体现为个人财产制与家产制的矛盾时，主要是希望在实证层面上达到呈现的目的。呈现并不是判断，也不暗示要否定个人财产制或家产制。个人财产制和家产制都不是孤立的制度，不可能与社会、政治和法律隔离开来认识。比如，家产制能够长期存在于我国农村社会，是与我国农村长期缺乏医疗、养老、抚幼等福利制度有关。个人缺乏独立意识，则与思想启蒙和政治基本权利的缺乏有着因果关系。可以肯定的是，今天的中国社会，离“现代性”还有很长的距离，并且，这种状况可能还要维持很多年。即使这些条件相对完善以后，中国社会中的个人是否能够在瞬间与家庭切断精神纽带，仍值得观察。所以，在欧洲各民法典中，笔者比较欣赏瑞士民法典的态度，它的第87条，明确使用了“家庭财团”这个概念。又在第9章“家庭的共同生活”第3节“家产”下，既规定了“家庭公有财产”，又规定了“家庭财产”[9]。瑞士民法典的思路是，用“家庭财团”概念赋予家庭财产以合法性，使历史遗留下来的家产、宗教财产等财产关系能够与个人财产一起，在现代社会中获得同等保护。另外，在意大利民法典中，也有关于“家庭财产”的规定，足资参考。[10]将来中国的民法典，是否可以参考这一立法模式，使中国的家产制及其各种家产关系享有一个法定的名分，是值得思考的课题。

财产制是民法典的大问题。而个人财产制与家产制的矛盾，是认识西方民法传入中国后，在财产法领域带来的主要问题之一。认识这一问题，可以为寻找中国民法的自我提供线索。

二、主线二：双层土地所有权之矛盾

如果说，外来的个人财产制与传统社会的家产制的矛盾冲突，构成了近代民法发展史上的第一条主线，那么，土地所有权上存在的国有制和私有制之间的矛盾，则构成第二条主线。

土地是不动产的核心内容，不动产分为两种，第一是土地，第二是建筑物。但是，建筑物必须附着于土地，当土地没有所有权时，建筑物所有权也就难称完整。故说无土地所有权则无不动产所有权，亦不为过。土地所有权本是民法微观研究中的内容，但如果放在历史中考察，就会发现，原来它是决定着民法整体性质的一根重要线索。在反思民法百年发展史时，我是慢慢才感到这是民法的生命线，它和上节论述的财产制一样，是超越于其他所有微观研究的。可以说，除了这两个问题以外，百年民法史中就没有其他的宏观问题了。同时，二者之间又存在着紧密的关联。

我们已经强调过了财产制在民法中的核心地位。一般的，如何认识一种财产制，主要以财产的归属者为衡量标准。比如，财产的归属者为个人，则为个人财产制；财产归属于家庭，则为家产制。再如，法律规定财产属于国家时，也可称其为国有制。在此之外，还有一种比较模糊的财产制概念，即财产的归属为某个共同体中的不特定的所有成员，则称其为公有制。显然，公有不是共有，共有关系中，财产归属于特定的主体，而公有制的财产归属者是不特定的。另外，财产公有制和财产私有制是对立的概念，二者的比较，更能显示归属主体的不特定性是公有制的主要特征，因为，私有制的涵义即指财产归属主体的特定性，从主体特定的意义上说，家产制、个人财产制无疑

都属于私有制的范畴。

值得注意的是，国有制并不必然是公有制。这主要表现为，公有制是不特定主体直接地支配和受益于财产。而国有制，只能在某些条件成就时，不特定主体才能间接地支配和受益。比如，在某个乡村附近有一处荒地可作牧场。当荒地的产权是公有时，意味着全村任何人都可以去放牧。任何人都可以说这个牧场是“我们的”，他在牧场上放牧不需要交纳任何费用，就像使用自己的牧场一样。但当荒地属于村时，情况就不一样了，村可以向牧人收取“入场费”，这样，村里人就不能再像以前那样直接支配和受益于牧场了。现在假定，村收来的“入场费”，除了支付牧场管理人的工资外，全部用于村内的公共事业，如修建村内路桥、维持村内治安、负担庆典费用等等。那么，除了牧场不是村里人直接支配外，村有和村成员公有之间没有本质区别，村里人只是间接地通过村来支配牧场。大多数情况下，在共同体内，有必要安排一种公共财产，以支付必要的公共事业，税收就是这种公共财产的体现之一。而直接将某些财产确定为以支付公共事业为目的的公有财产，从充分利用财产价值的角度说，也有合理性。比如例子中的荒地，当它仅仅是村里人公有时，没有收费机制，村外的人也可以来放牧。但作为村有财产时，则可向村外人收费，只要收取的费用用于公共事业，则间接地增加了村里人的收入或福利。因此，在公有财产全部用于支付公共事业的时候，即使村内人与财产之间的支配关系是间接的，仍然可以将村有基本上等同于公有。但要承认这种等同关系是有条件的。这些条件主要包括：1、必须有机制保证村里人能够直接控制村有财产的管理人；2、所需支付的公共事业必须有法定的目录；3、在村有财产不得不支付公共事业目录之外的项目时，必须经过村里人的同意。只有满足以上条件，才能真正地说村有等同于村成员公有。只要把例子中的“村”改为“国家”，同理可知，财产国有与财产公有是不能径直划等号的，只有在条件满足时，并在忽略直接性之后，在不严格的意义上，才能将财产国家所有等同于财产公有。

基于以上分析，如果用日常语言来表述不同财产制的话，那么，1、个人所有权意味着：财产是“我的”；2、家产制意味着：财产是“我家的”；3、公有制意味着：财产是“我们的”；4、国有制意味着：财产是“国家的”。其中，国有土地也可继续分为国有、地方政府所有，如瑞士民法典中规定了冲积地等属于“所在州所有”[11]，这种地方政府的所有权，亦可视为国家所有权的一种。

从前文可知，近代中国各民法文本多在总则编中规定自然人和法人作为财产的主体，表面看，这些民法均采个人财产制。然而，如果把南京政府时期关于土地所有权的相关法律视为统一的体系，却发现不能肯定当时的土地为私人所有。

按照民国民法典关于所有权的一般规定：“所有人于法令限制之范围内，得自由使用、收益、处分其所有物，并排除他人之干涉”（第765条）。又，土地所有权的一般规定：“土地所有权，除法令有限制外，于其行使有利益之范围内，及于土地之上下。如他人之干涉，无碍其所有权之行使者，不得排除之。”（第773条）将这两条综合起来看，首先可以明确“所有人”概念是与总则的“自然人”和“法人”相联系的，不得在“自然人”和“法人”之外另寻所有人，故土地所有人也当然不得在“自然人”和“法人”之外另找。

但《民国民法·物权编》是1930年施行的，之后很长一段时间里没有宪法。直到1947年民国宪法才通过，而民国宪法对土地所有权的规定却与民国民法不一致。按照民国宪法第143条第1项的规定：“中华民国领土内之土地属于国民全体。人民依法取得之土地所有权，应受法律之保障与限制。私有土地应照价纳税。政府并得照价收买。”又，按照1946年颁布的土地法第10条：“中华民国领域内之土地，属于中华民国人民全体。其经人民依法取得所有权者，为私有土地。私有土地之所有权消灭者，为国有土地。”根据这些规定，可以说，民国南京政府时期的土地所有权的主体，既是个人，又是“全民”。

不过，“国民全体”或“人民全体”都是政治概念，如果宪法相关规定并不实质地影响民法中的私人土地所有权，那么，还是可以认为民国宪法和民国土地法中的“全民土地所有权”只是虚设的概念。但按照民国宪法的规定，显然认为“政府”可以直接代表“全民”意志行使土地所有权。这也可用民国土地法第4条加以印证，该条明确提出：“本法所称公有土地，为国有土地、省有土地、市县有土地或乡镇有之土地。”可见，“国有土地”和地方政府所有之土地等同于“公有土地”。而这个“公有土地”的“公有”，已经不是具有不特定所有人之归属的“公有”，这个“公有”已经实体化，它的特定归属者是国家、省、市县和乡镇政府。这样，民国宪法中的“全民土地所有权”就绝不能视为一个虚设的概念了，它是土地国家所有权为核心的实质性概念，具体表现为，政府按照宪法之规定，“得照价收买”私人土地所有权，以实现“全民土地所有权”。

只有综合南京政府时期的宪法、土地法关于土地所有权的规定，才能把握这一时期土地所有权的整体面貌。按当时的法律体系，土地所有权可分三个层次：

第一，土地权属的最高层次是土地公有或全民所有。即土地属于“国民全体”或“人民全体”。但是，“人民”不可能以总体的形式行使其土地所有权。所以，这个最高层次只具备一种观念价值，没有操作性。它是一种理论抽象，但为第二层次提供了合法性。

第二，土地政府所有权。这个所有权是全民所有权的逻辑延伸。表面上，按照土地法第10条后段的规定：“私有土地之所有权消灭者，为国有土地。”国有土地似乎是排在私有土地之后的。但政府既然依据民国宪法“得照价收买”私人土地所有权，那么，政府其实又具有凌驾于私人所有权之上的权力。这种权利的依据从何而来，较为合理的理由只能是，政府是“全民土地所有权”的代表人。

第三，土地个人所有权。这是按照民法上引条文而形成的。

这个土地所有权层次的特殊之处反映在：

首先，尽管传统民法典中所有权主体也可同时为国家和个人，但国家所有权和个人所有权是平行的关系，没有孰先孰后。而南京政府的土地所有权体系，允许国家所有权在效力上优先于个人所有权，这具体体现在政府可用收买的形式消灭个人土地所有权，而个人对这种收买没有抗辩能力。

其次，如果把这个体系与近代其他民法典文本比较，还会发现一些不同。先来看大清民律草案关于土地所有权的规定。该法第989条是关于“无主地”的规定：“无主地属国库所有。但淤浅、洲渚、涸河及冲断地所有权之取得，另以法令定之。”该条的“立法理由”谓：“谨按，尚未属于私人所有之土地，应属国库。不得以为无主物，而许人先占，群起争夺，有害秩序。”又，该法第1025条规定：“不动产所有权之消灭由于抛弃者，因登记始生效力。”紧接着第1026条第1项规定：“前条不动产，其先占之权利专属于国库。”该条第2项规定：“前项不动产国库以所有人名义登记者，取得其所有权。”民国民律草案的规定与大清民律草案相当。[12]只是民国民律草案把该条作为“不动产所有权”的第一条，更加突出了该条的地位。另外，民国民律草案也有类似大清民律草案中关于土地所有权抛弃后有国库登记取得的规定，不赘。

大清民律草案和民国民律草案关于土地所有权的规定，只有两个层次：

首先，个人土地所有权。大清民律草案第989条的“立法理由”显示了一个不言而明的假定，即国内土地已经处于私人占有状态，“无主地”只是特殊现象。为避免“无主地”引起争夺，以“国库”作为所有人，限制“无主地”的先占。

其次，国库所有权。“无主地”和私人“抛弃土地所有权”时，土地归属于国库。国库只是对私人土地的一种补充。

清末民初的所有权体系与南京政府时期相比，有着本质的区别。清政府和民国北京政府都不是“革命论”的崇奉者，他们把自己当成是从上一时代延续过来的政权。所以，这些民法草案着眼于维持土地占有现状。但南京政府以“革命”的意识形态先行，宗旨是打造一个全新的国家，其首要任务即是对土地重新定性。法律是贯彻国民党建国理想的手段，如果在土地问题上不加反映，则丧失了立国之合法性。

说到国民党建国理想，不得不提到孙中山的《建国大纲》。[13]而民国宪法关于政府“得收买土地”的规定，就是贯彻《建国大纲》第10条：“每县开创之时，必须先规定全县私有土地之价，其法由地主自报之，地方政府则照价征税，并可随时照价收买。自此次报价之后，若土地因政治之改良，社会之进步而增加者，则其利益为全县人民所共享，而原主不得而私之。”[14]这里政府“可随时照价收买”私有土地之政策，与孙中山的“民生主义”完全吻合。“民生主义”主要是指“平均地权”和“节制资本”两项政策。孙中山的“三民主义”演讲稿中讲到“平均地权”时，主要是讲政府照地价征税和照地价收买。地价的确定，是以地主自己申报为准。为什么不怕地主隐瞒土地的真实价值呢？他说：

但是政府如果定了两种条例，一方面照价抽税，一方面又可以照价收买。那么地主把十万元的地皮，只报一万元，他骗了政府九百元的税，自然是占便宜；如果政府照一万元的价钱去收买那块地皮，他便要失去九万元的地，这就是大大的吃亏。所以照我的办法，地主如果以多报少，他一定怕政府要照价收买，吃地价的亏；如果以少报多，他又怕政府要照地价抽税，吃重税的亏。在利害两方面互相比较，他一定不情愿多报，也不情愿少报，要定一个折中的价值，把实在的市价报告到政府。地主既是报折中的市价，那么政府和地主自然是两不吃亏。[15]

这段话已经充分体现了政府可以“随时照价收买”的思想。孙中山似乎从未考虑过，如果私人不同意政府收买该怎么办？在他眼里，私人对国家收买土地的意志是没有权利说“不”的。但我们要问，当政府可以随时照价收买私人的土地所有权，私人却不能说“不”时，私人手中的土地权利还是所有权吗？按照民国民法典第765条的规定：所有人“得自由使用、收益、处分其所有物”。但是，按照孙中山“平均地权”主张，一方面，政府可以随时收买私人土地，这是侵害土地所有权的处分权能；另一方面，按照孙中山的设想，政府可以把涨高的地价“完全归为公有”[16]，则是侵害土地所有权的收益权能。

可见，民国宪法第143条1项的出台不是偶然的事情。实际上，在1936年由立法院通过的《五五宪草》中，并没有民国宪法第143条1项的“政府并得照价收买”字样。《五五宪草》第117条第1项规定：“中华民国领域内之土地，属于国民全体，其经人民依法律取得的所有权，其所有权受法律之保障及限制。”第2项规定：“国家对于人民取得所有权之土地，得按照土地所有权人申报，或政府估定之地价，依法律征税或征收之。”[17]如果按照《五五宪草》的规定，国家对于土地所有权只是有权按照地价征税，虽然同样设定了“全民土地所有权”，但这个“全民土地所有权”真是虚设的。

那么，才10余年的时间，南京政府的态度何以发生了巨大改变呢？事实上，当国民大会代表讨论民国宪法草案时，已倾向于否定《五五宪草》关于“国民经济”的该项条文，理由是它没有彻底贯彻孙中山的民生主义。有的代表提出：“我们宪法中也一定要有限制私有财产的条文。宪草第138条规定：‘国民经济应以民生主义为基本原则’。民生主义原有限制私有财产的作用，但如此规定过于抽象，且与其他有关国民经济条文颇不一致。”[18]张宝慈则认为：

在一百三十八条后应添加一条，其条文为：‘中华民国之土地为全体人民所公有，非依法律不得自由买卖。’理由：1、保障民生主义土地政策之实现；2、避免国内资本对土地买卖之投机，影响工业发展；3、保障小农土地不受高地价之压迫。”，“地价一定要无止己的高涨，而自耕农和佃农，一定要受到高地价的压迫，而致自耕农无力购田，佃农无力付租，则‘耕者有其田’的目的必无以达成，所以本席认为，除应在宪法上要明确地规定土地公有以外，更要依法限制自由买卖，以防止土地买卖的投机影响地价压迫小农。并亦不失保障过去所有权，而杜绝未来土地再继续自由买卖，土地集中于私人的占有，而划一民生主义土地公有的新时代。[19]

还有的代表则提出限制地价的方法：“应规定各乡镇保甲，设立地价议定委员会，而以半数佃农组织之。其该委员会不能决定之地价，由政府机关仲裁决定。”[20]有代表甚至提出应废除土地所有权，收回私人土地，实行彻底的国有制。如焦易堂等22人提案：“国父中山先生高瞻远瞩，早已提出平均地权之主张，未能切实推行，以致土地问题，日趋严重。”故提出具体办法为：“一、下令全国土地一律收为国有，废除已往私有制度，重新分配。二、计丁授田，即按其人口授田亩，以实现‘耕者有其田’之理想。”[21]又罗大凡等36人提案：“或径直截了当，将土地收归国有，平均分配，立即实现总理耕者有其田之土地政策”，“由政府发行土地债券，收买地主之所有土地权证。”[22]但也有代表提出：“然考民生主义，并不废止私有财产权，该原条所谓限制之，保护之，划做双方之合理规范，宁不允当。”[23]

由此可见，民国宪法第143条第1项，是在当时的历史背景下，协调多方意见而形成的一个较为折中的条文。它既没有走向彻底的国有制，又在《五五宪草》的基础上向前迈了一大步。不过，这个条文的最终出台，的确可以说是更加接近了孙中山《建国大纲》中提出的“可随时照价收买”的设计。

按照民国宪法第143条第1项的规定，其实应重新评估和修订民国土地法，而如果民国土地法严格按照这一宪法条文来制定，可以想象，民国民法典关于土地所有权的规定就不过是一纸空文。因为，在这两个条文中，都有“于法令限制之范围内”和“除法令有限制外”的律文。即是说，完全可能以土地法等特别法来限制民法典中的土地所有权。当然，我们知道，按照1946年施行的民国土地法，征收私人土地是必须符合严格的法定条件。[24]而民国宪法也因南京政府随即退出大陆而最终没能在全国推行。

通过简要回顾近代土地所有权制度的变迁，可以认为，近代土地所有权经历了两大阶段，第一阶段是清末至民国北京政府时期，所有权立法的基本思路，是以私人享有土地所有权为原则，以国库占有无主地为补充。这一时期的中国公民，算是第一次真正在法律上享有了土地所有权。第二阶段是民国南京政府时期，这一时期，在民国民法典中继续承认公民的土地所有权，但按照1947年施行的民国宪法，在个人所有权之上还有国家所有权。民国宪法是真的准备要执行孙中山的《建国大纲》了。

在以上关于近代土地所有权的历史回顾中，忽略了许多细节，也忽略了思潮、学说和其他历史背景。本文不希望纠缠在细致的学说解释和政治背景中，只想在这个简要的回顾之后，提出两个困惑自己多年的问题，并就这两个问题提出自己的粗浅的想法。

1、如果成文法在一个所有权之上，宣称还有一个所有权，那么，下层的“所有权”是否还是所有权？

当我们认识所有权的时候，很难想象在一种所有权之上，还存在着另一个所有权。近代西方所有权概念是从罗马法中承袭而来，在罗马法中，所有权已被视为完全而绝对的权利，这一权利在积极方面，体现为所有人可以对所有物做或不做任何行为。同时，它还有消极方面的重要意义，“就

消极方面言，所有人则有禁止他人对所有物为任何为之权。”[25]在现代物权法中，所有权绝对原则表达的也是这个意思：

就完全物权所有权来说，一个物上绝不可能存在两个所有权或者双重所有权，因为所有权是各种物权中支配力最完全、最彻底的权利。所有权的这一本质特点决定了一个标的上只能有一个所有权，而其他对该标的的支配权只能是所有权之外的、而且效力低于所有权的权利。所以，把对同一标的物上不同的支配权无论解释为哪种意义的双重所有权在法学上都是难以自圆其说的，因而是荒谬的。在实践中双重所有权更是站不住脚的，因为就立法而言，任何国家的法律均不能赋予并保护对一个标的物的两个以上的所有权（5）（P·81）。

然而，理论归理论，事实归事实。南京政府的法律恰恰“赋予并保护对一个标的物的两个以上的所有权”。按照南京政府的土地所有权体系，可以假设一个生活实例加以对应。比如，我用1元钱买了一个苹果，按照所有权的定义，我本来可以任意处分这个苹果。但假设某甲说，他对这个苹果享有高于我的所有权。表现在：（1）如果我用2元钱卖掉苹果，赚到的1元钱归某甲；（2）且无论何时，某甲可用1元钱买下苹果。这时，我对苹果的权利还算所有权吗？民国宪法所表达的国家所有权，就是我、某甲和那个苹果的关系。

假定真的有这样的所有权结构，那就应该把我对苹果的所有权称为“下层所有权”，而把某甲对苹果的所有权称为“上层所有权”。同时，在一个物上出现的这种所有权结构，就该称为“双层所有权”。当然，如果还有第三人、第四人宣称也对这个苹果享有所有权，就该把这个苹果上的所有权结构称为“多层所有权”。但是，既然使用了“所有权”概念，而绝对性和完整性又是预先设定的所有权内在属性，那么，所谓的“下层所有权”必定是虚假的。它只是被冠以了“所有权”这样名称，而不具备所有权的实质。

当然，南京政府时期的国家土地所有权，未来得及真正行使对“下层所有权”的支配权，上层土地所有权只是文字上的事实。但这足以引起我们的好奇心。所以，第二个问题是：

2、“双层所有权”或“多层所有权”的思想或立法渊源来自哪里？

它肯定不是来自于罗马法的传统。“原始形态的所有权的确是绝对的和排他的权力，它排斥任何限制、任何外来的影响。”（6）（P·195）当然，在罗马法律中也区分公有、团体所有和个人所有，[26]但罗马法的原则是：“一个人可以在不犯他人的情况下对自己的物为所欲为。”（9）（P·195）所以，这种区分仅是以所有人的类型为标准，各类主体对其享有的所有权是完整的。

这种结构也肯定不是来自于近代西方民法典或法律思想，比如，法国民法典虽然规定了“国有财产”（第538条），并且将无主物规定为归国家所有（第539条）。但国家所有权与私人所有权是平行的，不存在国家所有权凌驾于私人所有权之上的情况。法国宪法中也不可能出现国有财产高于私有财产的规定，因为正是1791年的法国宪法（人权宣言）第17条宣布了“私人财产是神圣不可侵犯的权利”。并且在这部宪法“王位和国王”一节第9条规定了国王私有财产和国有财产之间的性质：“国王在即位时所拥有的私人财产，应永远地结合在国有产业之中。”

它甚至不是来自于前苏联社会主义国家的所有权体系。因为苏联民法典虽然区分了国家所有权、集体所有权和私人所有权三种形式（第52条），但它直接将土地和矿产、森林、河流等一起法定为国家所有物（第53条）。[27]这样，在前苏联的土地之上，只存在一种所有权，即国家所有权。

如果考察欧洲的土地权利史，只有日尔曼王国后期，在出现了土地制度封建化之后，才有类似的双层土地权利结构。在公元8世纪中叶，法兰克王国开始实行采邑分封。但受封人还不算是对采邑

领有完整的权利，因为受封者的土地权利是依据人身契约形成的，当受封人违背契约时，封主可以收回土地。而且，受封人的土地不能世袭，封主或受封人之一死亡后，必须重新履行受封仪式（7）（P·251）。这些都意味着，在这一时期的土地上，封主更像是所有人，而受封人只是以契约方式在土地上享有类似限制物权一样的权利。到了9世纪后期，日尔曼人的采邑地才变成了世袭封地。“在采邑地可以世袭以后，采邑地领主的依附者就不再是国王的直接封臣，附属于领主领地的恩赏不再是国王的恩赏，这样采邑地领主的权力更大，国王的权力则进一步衰减。于是，封建领主们获得了对于国王的更大的独立性，他们在自己领地内行使各种权力。”（7）（P·254-255）从这一时期开始，虽然国王与领主之间仍然以契约名义维持，但领主在事实上可以排斥国王的权力，国王对封地的权利越来越像是名义上的。分析这一土地权利关系，似乎国王的“上层所有权”是虚化的，领主们的“下层所有权”倒是名副其实。当然，用所有权来对应日尔曼的封建土地关系并不准确，严格的说，无论国王还是领主对于土地的权利都是公私不分的，这种权利中包含了统治权和私人利益两方面的内容。不过，笼统地说在中世纪欧洲封建时期的土地上存在过双层权利结构，大致是允许的。

然而，欧洲封建土地制度绝不可能成为孙中山改造中国土地制度的蓝本。且不说孙中山对这一土地制度少有提及，即使他知道，又怎么可能将这个背有落后的恶名的制度，作为理想的泉源呢。

考虑到以上因素，我真的认为，孙中山设计的“双层土地所有权”，深受传统中国土地权利观念的影响。因为，自西周以来，中国土地权利的结构一直是“双层”或“多层”的。而从汉代以后，国家与私人在土地上的权利已经形成了类似双层所有权的结构。

西周时的土地权利肯定是双层或多层的。周天子奄有四海，“溥天之下，莫非王土”（《诗经·小雅·北山》）。但通过分封，诸侯对土地享有控制权。诸侯向下再分封给他的卿大夫们，卿大夫也对受封土地享有一定权利。

到了战国时期，土地权属观念经历了一个巨大的变化，这就是以秦国为代表的土地国有制的形成。由于天子式微，诸侯逐渐把国内土地视为己有，而秦国经商鞅变法之后，强化了以国君为代表的国家权力，国内土地和民户都集中到了国家手中。这就是《通典·食货》所谓的：“提封之内，撮粟尺布，一夫之役，尽专于己。”张金光先生依据四川青川秦简和其他简牍相印证的研究表明，秦国的土地国有制度一直延续到了秦朝后期：“秦末之农业生产仍是国有制下指令性很强的农业，国家专制意志依然于田制中强烈地贯彻着”（8）（P·47）。秦的土地国有制度，具体反映在很多方面，比如，“名田宅”制度，就是以土地国有为基础，以国家户籍登记为依据，实施的国家授田制度。不但普通民人如此，“军功赏赐田宅与普通民户授田只是表现形式之不同，而其基本性质则无殊，二者同为土地国有制下国家授田制的具体表现形式，而且还应该说军功赐田乃是以普通份地授田为基础的”（8）（P·14）。又如，所谓“为田”和“开阡陌”，也是以土地国有为基础进行的全国土地规划。另外，《韩非子·外储说左上》：“中牟之人弃其田耘，卖宅圃而随文学者，邑之半。”这说明，秦国的宅基地可以买卖，但田亩是不能买卖的，只能抛弃。关于秦的土地国有制，张金光先生还从秦律和其他方面有综合的论证（8）（P·47-67；85-103），本文不赘。不过，张金光同时认为，在国家土地所有制下孕育了土地私有，“这种由国家设定的、私家占有的阡陌顷畔之内的封域，必将成为冲跨国有制躯壳的堡垒，特别是到了土地买卖公开化与合法化之后，国有土地就益愈转化为私有土地。”（8）（P·47-67；111）到秦始皇三十一年（公元前216年）开始实施“使黔首自实田”，已经宣告了土地国有制下的国家授田制的破产。

综述以上关于秦代土地制度的研究，可以认为，在战国到秦朝这一时期里，出现了土地明确归属于一个所有者的观念和现实，这个土地所有者，就是以国君为代表的国家。秦代土地国有制失败的意义在于，一方面，它为后世继续将土地视为国有提供了观念基础；另一方面，它证明了要在国内实施彻底的土地国有制是不现实的，这为后代土地私有化埋下伏笔。

汉代的私人土地已可买卖和继承，同时，国家也承认土地是私家财产。出土秦简说明，秦在登记私家财产时，只有房屋，没有土地。[28]但出土汉简表明，国家在登记名籍时，土地已被登记为家产中的一项。[29]这说明，土地已经高度私有化。汉以后，私人在民间享有高度的土地支配权，已是常态。所以，一些学者认为，从汉代开始，中国的私人已经拥有了土地所有权（9）（P·20）。

然而，只有不考虑皇帝这一因素时，才能承认这一观点（10）。汉代以后，大多数时候，私人手中的土地都可以买卖和继承。出典、租佃、出租等流转形式更是没问题。即使像唐代实施授田制的时期，私人手里的永业田和赐田，也是可以自由流转的。但黄宗羲在《原法》中痛骂皇帝“视天下为一人之花息”，这也有原因。可以说，在汉以后的任何时候，皇帝在名义上都是天下之主，他不但是土地的主人，而且是民口的主人。私人获得的土地，更像是从皇帝手中租佃而来，这是私人必须负担赋役的主要理由。今天，国家向公民收税，惟一正当的理由是为了维持公共事业。而古代的赋役，既算是为了维持国家的公共事业，又算是给皇帝交地租。所以秦汉魏晋时期，“租”、“税”二字均为同义。[30]皇帝的特别之处是，他有私人的身份，是国内土地的名义上的所有人；又有公的身份，即国家的代表人。公私不分，是中国皇帝和欧洲中世纪封建领主的共同点。

当然，土地一旦从皇帝手中流出去，就再难由皇帝实际控制，皇帝关心的也不是对土地的直接支配。从私的身份出发，他关心的是如何从土地创造的价值中获得利益，这种利益需要从赋役中体现；从公的身份出发，皇帝关心的是如何让子民安居乐业，以维持天下太平，这就要求赋役必须控制在适当尺度内，不能超过老百姓的负担极限。

所以，虽然民间土地交易和继承是自由的，但如果真的承认中国自汉代以来私人就享有土地所有权，又让人感到十分不安。原因就是还有皇帝的身影笼罩在天下的土地上。

我们已经提到了天子与民人之间类似“地主”和“佃户”的关系，这在清人的著作中已提出了。陈兰甫在他的《东墅读书记》中说：“古者君授民田，其君若今之业主，其民若今之佃户”。陈登原先生后来写《中国田赋史》，很欣赏这个看法（11）（P·21）。业主和佃户的比喻，形象地说明了汉以后皇帝与子民在土地权利上的关系。中国古代私人的土地权利在各方面都接近今天的所有权，但惟有一点不同，那就是不能对抗皇帝或国家的赋税徭役。用今天的话说，就是私人财产权无法对抗公权力。如果可以忽略这一点的话，在不严格的意义上，可以说“双层土地所有权”是中国延续了两千多年的传统。

如果了解这一传统，说孙中山提出的“平均地权”是受到最新的社会主义思潮的影响，毋宁说，是因为他没有觉得“双层所有权”结构有何不妥，才毫无心理障碍地主张国家可以“随时照价收买”私人土地，这种主张其实就是中国制度和思想传统的现代版。

现在，可以对“双层土地所有权”的结构进行评价了。在历史上，“双层土地所有权”要么是帝政的附随品，如汉代以后的中国；要么是封建制的产物，如九世纪的日尔曼法。而法国民法典所确立的具有绝对性的所有权概念，正是在批判和否定封建制下的双层所有权这一背景下诞生的。设置这个概念的目的，是要排除以封建身份支配土地的权利，并打破公权力支配土地的传统，以保障个人的财产自由（12）（P·2-3）。同时，如果承认所有权的绝对性，就不能不同时承认所有权平等保护原则。对于所有权平等保护的合理性以及实践中的重要性，在国内学界已达成共识。[31]新的俄罗斯联邦民法典最重视这一原则，该法第212条第4款明确：“一切财产所有人的权利均受到同等的保护”[32]。这个条款，在一些传统民法典里是看不到的，不是因为那些国家的民法典不支持这一原则，而是在立法时无从想象在具有绝对性的所有权之间区分等级的现象。

尽管学者们已经从多方面论证了所有权平等保护原则的合理性，但对这一原则主要包含哪些命

题，还处于讨论阶段。[33]笔者认为，或许从逻辑分析的角度，可以从这一原则中提取以下命题：

命题1、所有权主体多元化是允许的，即允许一个国家内部存在多种所有权主体。这些主体包括国家(或联邦)、地方政府(或州)、公民、法人、宗教团体、家庭等等；

命题2、虽然主体不同，但不同主体的所有权一律平等。这一命题又包括：(1)对于同类客体上的所有权，不允许因主体不同而导致不平等。比如，同样是土地所有权，不能因为甲宗土地的所有权主体是国家，乙宗土地的所有权主体是个人，就认为甲宗土地的所有权高于乙宗土地。(2)对于不同类客体上的所有权，不允许因主体不同而导致其不平等。比如，甲对某块土地拥有所有权，乙对土地中的一棵树木拥有所有权，不能因为甲所拥有的土地所有权价值比树木高，就可以支配乙所拥有的树木。

命题3、如果承认所有权平等原则的以上命题，根据所有权的绝对性，则：(1)当事实上或法律上，出现了在同一客体上存有双层所有权时，必定有一个所有权为伪，或两个所有权均伪。(2)当事实上或法律上，出现了不同客体之间的所有权不平等时，必定有一个所有权为伪，或者两个所有权均伪。

命题4、根据命题3(1)和命题3(2)可知，当成文法体系中规定同一客体上存在双层所有权，或者不同客体的所有权不平等，那么，该成文法体系内部存在逻辑矛盾。

需要说明的是，以上命题限定在所有权概念内，关于所有权与限制物权，以及限制物权之间的平等保护，则较为复杂，暂付阙如。

综合以上命题判断，中国古代的私人土地权利，必定不是所有权。同样，如果把南京政府先后颁布的民法和宪法中有关土地权利的条文视为一个完整的土地法律体系，由于这是一个成文法体系，条文中均明确使用了“所有权”概念，但却规定土地所有权因主体不同而不平等，从理论上说，民国民法典所确认的私人土地所有权(“下层所有权”)并非实质意义上的所有权，并且这个土地所有权制度有内在的逻辑矛盾。至于实践中，这一时期的私人土地所有权尚未明显受到国家所有权之侵害，则是一个历史问题，与纯粹的理论辨析有别。

下一页