

 使用大字体察看本文

阅读次数：278

中国古代法与现代民法物权制度的比较研究 ——兼及《中华人民共和国物权法（草案）》的相关规定

李玉生

物权，是现代民法中的一个重要概念。所谓物权，是指权利人直接支配特定的物并享受其利益的排他性权利，一般包括财产所有权、地上权、地役权、永佃权、典权、抵押权、质权和留置权等具体类型。物权制度就是规定有关物权的种类、内容、物权的得失变更及其保护的法律制度，又称物权法。现代民法物权制度不仅明确规定财产的归属问题，而且要解决财产的利用问题，最终达到稳定社会财产秩序，推动社会经济发展的目的。按照民法学界通行的观点，我国当代民法中的物权制度系继受西方大陆法系（尤其是德国法）的物权制度而来，同时又受到苏联民法的重大影响。虽然我国民事立法目前尚未使用“物权”一词，也没有一部系统完整的物权法，但我国现行法律已经基本形成了具有自己特点的物权体系。主要表现在：1986年的《民法通则》第五章第一节对所有权和土地使用权、承包经营权、国有企业经营权等用益物权做出了规定，第二节从债的担保角度规定了抵押权和留置权两种担保物权，初步确立了我国物权制度的基本体系。随后，根据1988年宪法修正案，《土地管理法》、《城市房地产管理法》和《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》对土地使用权作出了详细规定；《全民所有制工业企业法》以及《全民所有制企业转换经营机制条例》确立了国有企业经营权及其保障机制；《担保法》、《农村土地承包法》则在《民法通则》的基础上进一步详尽规定了由抵押权、质权和留置权构成的担保物权制度以及土地承包经营权，这些都为我国物权制度的进一步完善奠定了基础。目前，《物权法》（草案）经过全国人大常委会三次审议，已面向社会公布并征求意见，可望于明年的十届全国人大第四次会议上审议通过。

反观中国古代法律，虽然从未出现独立的物权立法，甚至没有“物权”一词，但等同或类似于现代物权制度的实质性内容则散见于历代的律、令等法律及民间习惯之中，虽无物权之名，但有物权之实。“与我国古代以农业经济为主的自然经济相适应，我国古代物权制度……形成了一个以所有权为核心，以土地及其附着物，如宅、山林、作物等的权利为基本形态的完整的物权体系” [1](p.67)。大体来说，我国古代法上的物权制度主要包括动产与不动产的所有权、永佃制以及典、质、抵押制度，这些物权制度不仅构成了传统民法的重要组成部分，而且有些制度对当代中国的物权法制产生了直接的影响。因此，开展中国古代法与现代民法物权制度的比较研究，不仅有助于充分发掘中国古代法物权制度的传统资源，而且对于进一步完善我国当代民法中的物权制度，制定一部符合中国国情的物权法有着十分重要的意义。

一、 物权客体：动产与不动产的区分

物权的客体是物，又称财产。将物区分为动产和不动产，是现代民法上对物进行的最重要和最基本的分类。对于现代民法物权制度而言，动产与不动产的分类直接决定了物权变动和公示的不同方式。也就是说，凡物权变动采用登记或交付生效要件主义的立法，不动产物权的变动和公示均以登记为生效要件及公示方法，动产物权则以交付（转移占有）为生效要件及公示方法。所谓动产，是指能够移动并且移动了也不改变其性质、形状的物；不动产是指不能移动或者一旦移动就将改变其性质和形状之物。据此，我国现行民法规定，所谓“不动产是指土地以及房屋、林木等地上定着物。……动产是指不动产以外的物。”可见，动产与不动产的区分主要在于是否具有位置上的可移动性。

中国古代法虽然没有形成动产、不动产的明确概念，但存在着类似的划分，这就是将财产分为田宅和财物。在古代法律文献中，财物又称财或物，包括牲畜、奴婢、植物、矿物以及其他财产等等，大体相当于动产；而田宅又称产、业或产业，主要指土地和土地上的定着物，如房屋（宅）、碾磨、农作物、林木等，相当于不动产。这种区分标准，也在于是否具有物理上的可移动性。如《宋刑统》卷十三《户婚律》“妄认公私田若盗贸卖”条疏议云：“《贼盗律》云，阑圈之属须绝离常处，器物之属须移徙其地。……地既不离常处，理与财物有殊”。《大清律》辑注在解释《大清律》卷九《户律》“私借官车船”条中“雇赁”一词的含义时也说：“车船可以行使，故曰雇。店宅、碾磨不动之物，就其处以用之，故曰赁。”动产所有人，称为物主或财主，而不动产所有人，则称为业主、田主、地主、房主等。中国古代法区分田宅与财物的意义在于：首先，对田宅重视的是使用、收益，因而田宅上的物权种类多而且效力强，对财物则主要是保护其存在，其上的物权种类少。其次，田宅尤其是土地不仅是财产的重要组成部分，而且是国家税收的主要来源，在古代社会经济、政治生活中具有特殊重要的地位，故其买卖典押应当立契，并交付标的物（过割），而动产的经济价值相对不太重要，故其买卖、出质原则上不需立契，法律只是对一些特殊动产物权的设立要求立契，如奴婢、马牛的买卖。[1](p.70)由此可见，动产与不动产的划分只是古代人对社会生活实践经验的总结，并不因民族和法律文化传统的不同而有不同。

二、 土地所有权

土地作为一项不动产，是人类生存和发展的基础。诚如马克思所说：“土地是我们的一切，是我们生存的首要条件。”[2](p.609)因此，确认和调整土地所有权的归属，就是物权法制的重要内容之一。而土地所有权是土地所有制关系的法律表现形式。在当代中国，由于实行土地公有制，因而法律规定土地一律属于国家或集体所有，任何单位和个人不得拥有土地的所有权。中国古代一直处于以农业文明为主的自然经济社会，土地所有权问题更是其物权法律制度的核心，在国家和社会生活中居于头等重要的地位。同当代中国的土地所有权制度比较，中国古代法中的土地所有权明显具有以下几个特点：

第一，从权利主体角度来看，中国古代曾长期存在土地国有与土地私有的并存状态。尽管我国史学界对我国古代是否存在土地私有权尚有争论，马克思也曾认为，东方社会“一切现象的基础是不存在土地私有制，这甚至是了解东方天国的一把真正的钥匙。”[3](p.256)但是，如果我们从中国古代土地制度的实际出发，就会发现，古代土地所有权制度经历了一个从土地国有至土地国有与私有长期并存的发展过程。具体来说，夏商周三代的土地制度是建立于井田制基础上的土地国有制，国王拥有对全国土地的最高所有权。所谓“溥天之下，莫非王土；率土之滨，莫非王臣。”（《诗经·小雅·北山》）“尺地，莫非其有也；一民，莫非其臣也。”（《孟子·公孙丑上》）在这种土地国有制下，任何个人（包括诸侯贵族）不得拥有土地所有权，法律也禁止土地的买卖。但是，西周中期以后，随着社会生产力的发展和周天子权威的丧失，土地私有制开始逐步发展起来。诸侯贵族之间发生了以封地作为抵押、交换、赔偿、租赁标的一系列新的民事关系。《周礼·地官·小司徒》载：“地讼以图正之。”郑玄注云：“地讼，争疆界者。图，谓邦国本图。”与此同时，人们产生了“封略之内，何非君土”（《左传·昭公七年》）的私有观念。这些都是土地所有制由国有向私有过渡的一种反映。最终，鲁国于公元前594年率先实行“初税亩”，从法律上承认了土地私有权而一律征税。秦国进一步“用商鞅之法，改帝王之制，除井田，民得买卖。”（《汉书》卷二十四《食货志上》引董仲舒语）更加彻底地废除了井田制度，古老的“田里不鬻”原则被打破了，土地可以自由买卖。当然，秦汉以后在土地私有权得以确立的同时，仍然存在着土地的国家所有权。例如，汉代一切荒地、山泽、草地、无主土地、无人认领之地，统称为“公田”。公田实行“授假”制度，即分配或出租给百姓耕种。从北魏至唐中期实行的均田制，也是以土地国有为前提的。因此，秦汉以后在法律上一直存在着“公田”（官田）与“私田”（民田）的划分，土地国有与私有长期并存，土地所有权呈现出复杂的态势。

第二，土地所有权的演变表现为日益向自由的、运动的所有权方向发展的趋势。这不仅体现在土地的国家所有权不断萎缩，私人土地所有权不断扩张，而且体现在法律对私人土地所有权的限制日益减少。就后者而言，秦汉时期随着土地私有权的确立，土地兼并之风盛行，造成“富者田连阡陌，贫者无立锥之地”（《汉书》卷二十四《食货志上》引董仲舒语）。为了防止土地私有权的恶性膨胀危及国家的统治秩序，汉代开始推行“限民名田”即限制私有土地的政策，如汉哀帝时规定私人占田最高数额为30顷，奴婢200人，贾人不得名田为吏，违者以律论（《汉书》卷二十四《食货志上》）。西晋平吴之后还专门制定了“占田法”，其内容是“男子一人占田七十亩，女子三十亩。其外，丁男课田五十亩，丁女二十亩，次丁男

半之，女则不课。”而贵族官僚则依官品占田，第一品官可占田50顷，每降一品递减5顷，至第九品官10顷（《晋书》卷二十六《食货志》）。唐代为了阻止私人拥有过多的土地，刑律明确规定了“占田过限”罪，即《唐律疏议》卷十三《户婚律》“占田过限”条：“诸占田过限者，一亩笞十，十亩加一等；过杖六十，二十亩加一等，罪止徒一年。”但是，面对土地私有制的蓬勃发展，法律的限制显得日益苍白无力。到了宋代，虽然《宋刑统》仍然保留规定了“占田过限”罪，但实际上已不起作用。史载，北宋初期太宗、仁宗曾下诏：“公卿以下，（占田）毋过三十顷，牙前将吏应复役者毋过十五顷，止一州之内。过是者，论如违制律，以田赏告者。……而任事者，终以限田不便，未几即废。”（《宋史》卷一七三《食货志上一》）可见土地私有制的自由发展已无法限制，最终明清刑律不得不取消“占田过限”罪，“田多田少，一听民自为而已。”（《唐明律合编》）

第三，与我国现行民法侧重于土地所有权的归属不同，古代法中的土地所有权更加注重对土地的使用收益。由于国有土地的长期存在和土地私有制的日益发展，国家和大地所有者拥有土地的目的并非仅仅是占有，而是为了获取地租等收益；另一方面，无地或者少地的农民往往只能租赁耕种他人的土地。这样，尤其是宋朝以后，租佃制就大踏步地发展起来，导致永佃权、典权等以土地的使用收益为目的的各种用益物权制度较为发达。这也是古代法中表示土地所有权（业主权）的“业”一词常常也被用于指永佃权、典权、地基权的重要原因。

三、 动产所有权的相关问题

动产所有权是指所有人在法律范围内对其所有的动产进行占有、使用、收益、处分并排除他人干涉的权利。现代民法区分动产所有权和不动产所有权的主要理由在于取得原因的不同。申言之，就所有权的取得原因而言，不动产主要基于法律行为而取得其所有权，而动产，除了可以因法律行为取得其所有权以外，许多情况下还可以基于非法律行为取得其所有权。所以，近代各国民法大都在物权编的“所有权”之下将不动产所有权和动产所有权分别作出规定。现在公布讨论的《中华人民共和国物权法（草案）》虽然因为其他原因没有采用这种立法技术，但其第九章“所有权取得的特别规定”实际上就相当于国外民法有关动产所有权的内容。中国古代法一般将动产所有权称为“物主权”，其所有人称为物主、财主。物主所有其物，通常以“所有”、“私有”、“为已有”、“所应有”来表达。与当代民法相近的是，古代法对动产所有权的限制较少，如物主权的标的物，除违禁物（如禁兵器、玄象器物、天文图书等）外，并无其他限制。当然，对于动产所有权的取得，中国古代法并无今天原始取得与继受取得的区分，但对一些特殊财产，如遗失物、埋藏物、漂流物的归属，以及动产能否适用善意取得，却有着自己独特的规定。

（一）拾得遗失物

现行《民法通则》第79条第2款规定：“拾得遗失物……或者失散的饲养动物，应当归还失主，因此而支付的费用由失主偿还。”与此相应，《刑法》第270条规定，“将他人的遗忘物或者埋藏物非法占为己有，数额较大，拒不交出的”，要处二以下有期徒刑、拘役或者罚金。可见，拾金不昧是当代每个中国公民的法定义务。由于《民法通则》仅规定了遗失物拾得人的返还义务和必要费用偿还请求权，而没有规定拾得人享有报酬请求权。因此，在制定民法典的过程中，不少学者对此提出异议，认为民法典应当规定遗失物拾得人的报酬请求权，否则不利于拾得人返还遗失物，也不利于保护失主的利益。但也有学者认为：“拾金不昧确实为我国数千年所流传下来的传统美德，它在新的历史时期也应得到不断地发扬和光大。”[4](p.297)当前，《物权法（草案）》在审议时，这一问题又再一次引发了激烈的争议。

究竟《物权法》要不要规定遗失物拾得人的报酬请求权？针对“拾金不昧是中华民族的传统美德”的观点，我们不妨考察一下中国古代法是如何规定的。在中国古代法上，遗失物又称阑遗物，元代称“李兰溪”，指被所有人遗失或遗忘的财物。遗失物如被他人拾得而如何处理，按照《周礼》所载和秦汉法律的规定，一般实行“大者公之，小者私之”的原则。《周礼·秋官·朝士》云：“凡得获货贿、人民、六畜者，

委于朝，告于王，旬而举之，大者公之，小者庶民私之”。汉儒郑司农注曰：“若今时得遗物及放失六畜，持诸乡亭、县廷，大者公之，人物没于公家也；小者私之，小物自畀也。”可见，这种小遗失物经过公告期后归拾得人私有的制度，一定程度上反映了远古时代按先占原则确定所有权归属的遗风。不过，随着汉代儒家思想的影响，“道不拾遗”被认为是“教化大行”的重要标志，因而魏晋以后法律开始对遗失物“小者私之”加以限制。唐宋法律明确规定遗失物必须交还原主，拾得人负有送官的义务：“诸得阑遗物，皆送随近县；在市得者送市司。其金吾各在两京巡察，得者送金吾卫。所得之物，皆悬于门外，有主识认者，检验记，责保还之。虽未有案记，但证据灼然可验者，亦准此。其经三十日无主识认者，收掌，仍录物色目，榜村坊门。经一周年无人认者，没官，录账申省听处分。没入之后，物犹见在，主来识认，证据分明者，还之。”如果拾得人违反送官义务，则“以亡失罪论；赃重者，坐赃论。私物，坐赃论减二等。”（《唐律疏议》卷二十七《杂律》“得阑遗物不送官”条）元朝入主中原后的法律沿袭了这项原则。然而，号称继承唐律的明律却对此进行了重大修改。《大明律》卷九《户律·钱债》“得遗失物”条规定：“凡得遗失之物，限五日内送官。官物还官，私物召人识认，于内一半给与得物人充赏，一半给还失物人。如三十日内无人识认者，全给。限外不送官者，官物坐赃论，私物减二等，其物一半入官，一半给主。”据此，遗失物的拾得人虽然仍有送官义务，但只要送官，就至少可得到遗失物一半价值的报酬。清律继承了这一规定。可见，这与现行《民法通则》的规定显然有别。

因此，从中国古代法来看，即使“拾金不昧”是中华民族的传统美德，但这毕竟属于道德提倡的范畴。中华法系也没有始终一贯地将其法律化，而是在明清的法律中有条件地规定了拾得人可以获得报酬或者取得有些遗失物的所有权。由此我想到，如果我们现在制定《物权法》在论证拾得人的报酬请求权时，不是仅仅以外国法如何如何规定为理由，而是再辅之以中国传统法律的规定作为立法的依据，恐怕应当更有说服当代中国人的力度。当然，到底是规定拾得人享有报酬请求权还是直接规定拾得人可以取得遗失物的所有权，那是一个立法技术的问题了，此处不论。

（二）埋藏物和漂流物的归属

埋藏物，古代法律又称“宿藏物”。埋藏物的归属，汉代法律似乎归不动产所有人所有。如果于无主荒地发现埋藏物，则归发现人所有。[5](p.125)但唐宋法律（《杂令》）规定，在国有土地（官地）内得宿藏物，归发现人所有；在他人土地内得宿藏物，则与土地所有人平分。如宿藏物属“古器形制异者”，必须送官才能获得报酬。[6](p.791)此外，如果在出租的官田、官宅中发现宿藏物的，由发现人与承租人平分；如在出租的私田、私宅中发现的，则由发现人与出租人平分，承租人无权分取。否则，“于他人地内得宿藏物，隐而不送者，计合还主之分，坐赃论减三等。”即最高处一年半徒刑（《唐律疏议》卷二十七《杂律》“得宿藏物隐而不送”条）。在此基础上，元代法律又进一步明确，除发现人外，帮助看守宿藏物的人也可以分得一份。如元贞元年（1295年）闰四月，“大都路杨马儿告：于梁大地内与杨黑厮跑土作耍，马儿跑出青磁罐一个，于内不知何物，令杨黑厮坐着，罐上盖砖看守。马儿唤到母阿张将罐跑出，觑得有银四锭，钱盂一个，私下不敢隐藏。……拟合依例与地主梁大中分。却缘杨黑厮曾经看守，量与本人银三十两，余数杨马儿与地主两停分张。”（《通制条格》卷二十八《杂令》“地内宿藏”条）元代银锭一般是五十两一锭，四锭二百两，据此，看守人得15%。但到了明清时期，法律则规定：“若于官私地内掘得埋葬之物者，并听收用。若有古器钟鼎符印异常之物，限三十日内送官，违者杖八十，其物入官。”（《大明律》卷九《户律·钱债》“得遗失物”条，清律同。）可见，除异常之物必须送官，不得私有外，发现人可获得埋藏物的全部所有权，无须与地主平分。

至于漂流物的归属，目前仅知唐宋法律有所规定。《宋刑统》卷二十七《杂律》“地内得宿藏物”门引唐《杂令》云：“诸公私竹木为暴雨漂失，有能接得者，并积于岸上，明立标榜，于随近官司申牒。有主识认者，江河，五分赏二分；余水，五分赏一分。限三十日，无主认者，入所得人。”换言之，拾得漂流物者只要报官，就可获得报酬乃至全部财产所有权。反观我国现行民法，《民法通则》第79条规定：“所有人不明的埋藏物、隐藏物，归国家所有。接收单位应当对上缴的单位或者个人，给予表扬或者物质奖励。拾得……漂流物……，应当归还失主，因此而支付的费用由失主偿还。”可见，古代关于发现埋藏物、拾得漂流物的立法不仅与拾得遗失物的规定不同，而且与《民法通则》的规定也迥然有别。究其原因，主要在于当事人有无“已施功力”，即有没有付出劳动。按照《唐律疏议》卷二十七《杂律》“得宿藏物隐而不送”条疏议的解释，对于发现埋藏物、拾得漂流物而言，由于当事人“已施功力”，则可以与地主平分或获得

报酬；而拾得遗失物，当事人没有付出劳动，自然不能获得报酬。

（三）动产的善意取得

所谓善意取得，是指无权处分他人动产的让与人，于不法将其占有的他人动产交付给买受人后，如买受人取得该动产时系出于善意，则他就取得该动产的所有权，原动产所有人不得要求受让人返还。众所周知，现代民法中的善意取得制度源于日耳曼法，其主要目的在于通过保护善意受让人的利益来维护经济活动中的交易安全。在中国古代，由于自给自足的自然经济长期居于主导地位，以商品交换为目的的市场经济一直不发达，对于维护市场交易安全的善意取得制度的社会需求并不强烈，因而法律制度始终倾向于保护财产所有人的权益，善意取得制度便无从确立。特别是当财物被他人窃取、强夺时，不论财物现在何处，物主均享有原物的追及权。如《唐律疏议》卷四《名例律》“以赃入罪”条规定：“诸以赃入罪，正赃见在者，还官、主；（注云：转易得他物，及生产蕃息，皆为见在。）已费用者，死及配流勿征，余皆征之。”疏议对此解释说：以赃入罪，“正赃见在未费用者，官物还官，私物还主。转易得他物者，谓本赃是驴，回易得马之类。及生产蕃息者，谓婢生子，马生驹之类。”明清刑律继承了这一原则，《大明律》卷一《名例律》“给没赃物”条规定：“若以赃入罪，正赃见在者，还官、主。（注云：谓官物还官，私物还主。又若本赃是驴，转易得马，及马生驹，羊生羔，畜产蕃息，皆为见在。）已费用者，若犯人身死，勿征，（别犯身死者，亦同。）余皆征之。”清律基本相同。因此，从刑律的角度来看，中国古代法并没有善意取得制度的一般规定。但是，我们由此也不能得出中国古代法在任何情况下都不适用善意取得，孳息在特殊情况下就受到善意取得的保护。例如前述《唐律疏议》卷四《名例律》“以赃入罪”条规定，赃物原则上必须返还原物及其孳息，但该条疏议又解释说：“律注云‘生产蕃息’，本据应产之类而有蕃息。若是兴生、出举而得利润，皆用后人之功，本无财主之力，既非孳生之物，不同蕃息之限，所得利物，合入后人。其有辗转而得，知情者，蕃息物并还前主；不知情者，亦入后人。”也就是说，在两种情况下，虽返还原物，但可取得孳息：一是犯赃之人将赃物“兴生、出举而得利润”，由于已经付出了自己的劳动，因而可以不返还该孳息；二是赃物辗转经历数家，买主如果不知情，也可以取得其孳息。明清律在知情的情况下，沿袭了唐宋刑律的规定；在不知情时，虽然没有类似的规定和解释，但应当采用与唐宋刑律相同的解释。[7](p.278)因此，不能说中国古代法中绝对没有善意取得的影子，只不过适用的范围极其狭窄罢了。

四、永佃、一田两主与土地承包经营权

汉语中的“佃”，意为“租种土地”。所谓永佃，就是永远租种他人的土地。永佃作为中国古代法上固有的制度，早在宋朝即已随着租佃制的普及而萌芽。据《东轩笔录》卷八记载：宋太祖时，邑酒务知官李诚因亏损官物被籍没田产，英宗时朝廷变卖这些田产。这时佃户们便出钱给李诚的孙子赎回这些田产，从而取得了“常为佃户，不失居业”的权利。永佃至明清两代已经相当盛行。如明朝民间已总结出设立永佃关系的契约样文，清朝《户部则例》则明确规定：“民人佃种旗地，地虽易主，佃户仍旧，地主不得无故增租夺佃。”可见，从民事权利的角度来看，永佃就是以支付地租为代价而获得永久耕种他人土地的权利。在永佃的租佃关系下，永佃的主要内容是：“佃户虽有交租的义务，但却取得了世代承耕的权利；田主在收取地租的条件下，也不得自行转佃。”[8](p.114)易言之，只要佃户履行了交租的义务，就可以永远耕种或者使用业主的土地，即使地主出卖土地，永佃人也不丧失其权利，除非永佃人自愿退佃。这就是俗语所称“倒东不倒佃”、“换东不换佃”。显然，按照现代民法的观点，由于永佃具有对抗新业主的效力，因而属于一种物权。

随着永佃制的确立与推广，由于佃户对土地的永久使用，最终于明清时期在江南地区形成了“田皆主佃两业”的“一田两主”现象，并在一定程度上得到官方的承认。所谓“一田两主”，就是“把同一地块分为上下两层，上地（称田皮、田面等）与地底（称为田根、田骨等）分属不同人所有，这种习惯上的权利关系就是“一田两主”。田面权（土地上的权利）与田底权（底地上的权利）并列，也是一个永久性的独立物权。底地所有人的权利，是每年可以从享有土地使用收益权的上地所有人那里收租（固定的得利），但是欠租一般不成为解约的原因。而且，上地底地的所有人，各自处分其土地时，互相间没有任何牵制，这是通例。也就是说，即使对上地转让出租，也可以任意作为，底地所有人的同意不是转让出租的条件。从而上

地底地所有人的异同变化，不会引起其他一方权益的任何消长。"[9](p.411)可见，中国古代法上的"一田两主"习惯是永佃制长期实施的一个结果。本来，永佃制的实行是为了保护承租人的利益，防止其因为随时可能面临失去土地（地主撤佃）、流离失所而影响社会稳定，但"一田两主"的出现却产生了一个承租人享有的与土地所有人相并列的"田面权"。由于田面权人（皮主）可以任意转让"田面权"，因而从土地所获得的收益占十之八九，田主却只得十之一二，田皮的价值也因此而高于田骨（田底权），此即民间法谚所称"金皮银骨"。当然，"永佃关系中的佃户能否将其佃业（包含上述永佃关系中佃户的全部利益，或简单地说田面利益）自由、独立地转让于他人乃是永佃与一田两主之间最根本的不同。"[10](p.91)因此，中国古代法上的"一田两主"习惯与永佃是有着原则区别的，以至于到后来很多田面权人未必都是佃户，而是有权有势的地主。

我国《民法通则》第80条第2款规定："公民、集体依法对集体所有的或者国家所有由集体使用的土地的承包经营权，受法律保护。"《中华人民共和国农村土地承包法》又进一步详细规范了这一权利，《物权法（草案）》正式将土地承包经营权作为一种用益物权在物权法中作出了规定。由于这些规定所确立的土地承包经营权与古代法中的永佃制度极为相似，所以有学者认为："目前我国的农村土地承包经营权，就是一种新的永佃权"。[11]但我们认为，我国现行民法上的土地承包经营权应当是中国古代法中的永佃制和"一田两主"习惯的结合，并进一步加以普遍化。一方面，土地承包经营权是农民依法"对集体所有的或者国家所有由集体使用的土地"所享有的长期占有、使用和收益的权利。其期限，根据《农村土地承包法》第20条的规定："耕地的承包期为30年。草地的承包期为30年至50年。林地的承包期我30年至70年；特殊林木的林地承包期，经国务院林业行政主管部门批准可以延长。"并且，该法第26条第一款规定："承包期内，发包人不得收回承包地。"这些都与永佃制比较相似。另一方面，古代法上永佃人一般不享有转佃的权利，只能退佃，因而更多地保护的是地主的利益；而土地承包经营权则是可以流转的，《农村土地承包法》第32条规定："通过家庭承包取得的土地承包经营权可以依法采取转包、出租、互换、转让或者其他方式流转。"《物权法（草案）》第132条也作了几乎同样的规定，这更加有利于保护承包人的利益。显然，这一点又使得土地承包经营权更接近古代的"一田两主"习惯。当然，现行民法上的土地承包经营权比中国古代法中的永佃制、"一田两主"习惯的适用范围更加广泛。古代永佃人承租土地的目的是耕种，而现代土地承包经营权的内容不仅包括耕种，还包括发展林业以及畜牧业。《物权法（草案）》第129条规定："土地承包经营权人依法享有对其承包的耕地、林地、草地等占有、使用和收益的权利，有权自主从事种植业、林业、畜牧业等农业生产。"

基于上述，我国现行民法不使用永佃权概念而采用土地承包经营权的概念并将其物权化，应当说是比较恰当的，也符合当代中国人的习惯。

五、典与典权的存废

典是中国古代法上特有的制度。在古代法上，典常常与"卖"、"当"或"质"并称"典卖"、"典当"及"典质"，其实是有区别的。如《大明律集解·户律·典卖田宅》云："以田宅质人而取其财，曰典；以田宅与人而取其财，曰卖。典可赎，而卖不可赎也。"《大清律例》也解释说："以价易出，约限回赎者，曰典。"乾隆十八年（1753年）又定例，对典契与卖契予以特别区分："嗣后民间置买产业，如系典契，务于契内注明'回赎'字样；如系卖契，亦于契内注明'绝卖'、'永不回赎'字样。"（《皇朝政典类纂》卷三八〇《刑十二·户律·田宅》）可见，典是活卖，卖是绝卖。

从历史上看，典实始于一种特殊的买卖行为，即附买回条件的买卖。《后汉书·刘虞传》有"虞所赏，典当胡夷"的记载。北齐时规定："贴卖者，贴荒田七年，熟田五年，钱还地还，依令听许。"（《通典》卷二《田制下》引齐宋孝王"关东风俗传"）也就是说，卖方可以向买方转让一定年限的土地占有、使用、收益之权，而仅保留以原价赎回土地的权利。唐代前期实行均田制，法律严禁买卖口分田，同时也禁止以土地"贴赁及质"，于是典的制度开始发展起来。均田制废除后，唐宪宗元和八年（813年）十二月敕令："应赐王公、公主、百官等庄宅、碾硃、店铺、车坊、园林等，一任贴典货卖，其所缘税役，便令府县收管。"（《旧唐书》卷十五《宪宗本纪下》）从此法律明确承认典贴行为合法，典成为一项独立的法律

就典制的内容而言,其特征是:其一,典的标的物,主要限于田宅及其附属物,法律一般禁止以人出典。如《大清律例》卷十《户律》“典雇妻女”条规定:“凡将妻妾受财,典雇与人为妻妾者,杖八十;典雇女者,杖六十。”其二,作为典物的不动产必须转移占有,称之为“过割”。与此相应,典卖的手续也日趋完备,一般适用买卖的程序。如宋元时期法律要求典卖田宅必须先问亲邻,然后向官府申请立牒,再立契交税,最后“过割”即交付标的物。其三,由于早期法律并无典期规定,民间典契往往仅注明“钱到即赎”,以致回赎期无限,有“一典千年活”之说。故清嘉庆六年(1801年)修订的《户部则例》规定:“活契典当年限不得超过十年,违者治罪。”但“民人契典旗地,回赎期限以二十年为断”。在此之前,为清理典卖不明之产,乾隆十八年(1753年)定例:“凡自乾隆十八定例以前,典卖契载不明之产,如在三十年以内,契无‘绝产’字样者,听其照例,分别找赎。若远在三十年以外,契内虽无绝卖字样,但未注明回赎者,即以绝产论,概不许找赎。”其四,在典的关系中,作为权利人的典主享有依法占有、使用、收益典物的权利,同时承担妥善保管典物的义务。而作为出典人的业主,则享有获取典价并到期回赎之权。同时,与宋代法律规定出典人到期无力回赎时典主依法取得所有权不同,清代则规定在相同情况下,出典人享有找贴权。《大清律例》卷九《户律》“典买田宅”条例规定:“若卖主无力回赎,许凭中公估,找贴一次,另立绝卖契纸。若买主不愿找贴,听其别卖还原价。”

近代以来,随着西方民法的理念和制度体系的引入,中国古代法上的典制得到继承并被规定为一种用益物权,即典权。所谓典权,就是支付典价而占有他人出典的不动产并使用收益的权利。我国现行民法虽无典权之规定,但司法实践中一直承认房屋的典当关系。特别是最高人民法院《关于贯彻执行民事政策法律若干问题的意见》(1984年9月8日)第58条关于“典期届满逾期10年或典契未载明期限经过30年未赎者,原则上应视为绝卖”的规定,显系受到传统法律典制的影响。但令人遗憾的是,目前公布的《物权法(草案)》却将以前草案中试图规定的典权制度取消了,其理由是“我国传统的典权制度已经消失,目前开办的典当行实际上办理的是‘当’动产的业务,并未办理‘典’不动产的业务。”[12]的确,新中国成立以后,由于实行绝对的公有制和计划经济体制,社会生活中的典权纠纷到20世纪80年代已经完全消失。但是,随着社会主义市场经济的发展与城市房屋私有化的进程,公民为了投资兴业而以房屋出典就不是不可能的。即使是土地,虽然属于国家或集体所有,但国有土地使用权却可以设典;农村的土地承包经营权只要法律允许,也可以设典。因此,在我国即将制定的《物权法》中规定典权制度,不仅是保留我国民法中国特色的需要,而且也为民主体在市场经济活动中提供了更多的融资渠道,使其有了更多的选择余地。基于此,我们认为《物权法》应当规定典权制度。

参考文献:

- [1] 钱明星. 物权法原理[M]. 北京:北京大学出版社,1994.
- [2] 马克思恩格斯全集(第1卷)[M]. 北京:人民出版社,1956.
- [3] 马克思恩格斯全集(第28卷)[M]. 北京:人民出版社,1956.
- [4] 王利明. 遗失物的所有权归属及返还问题[A]. 民商法研究(第3辑)[C]. 北京:法律出版社,2001.
- [5] 叶孝信. 中国民法史[M]. 上海:上海人民出版社,1993.
- [6] [日]仁井田陞. 唐令拾遗[M]. 栗劲、霍存福等编译. 长春:长春出版社,1989.
- [7] 戴炎辉. 中国法制史(第三版)[M]. 台北:台湾三民书局,1979.
- [8] 张晋藩. 清代民法综论[M]. 北京:中国政法大学出版社,1998.
- [9] [日]仁井田陞. 明清时代的一田两主习惯及其成立[A]. 刘俊文主编. 日本学者研究中国史论著选译(第八卷o法律制度)[C]. 北京:中华书局,1992.

[10] 梁治平. 清代习惯法：社会与国家[M]. 北京：中国政法大学出版社，1996.

[11] 杨立新，尹艳. 我国他物权制度的重新构造[J]. 中国社会科学，1995，（3）.

[12] 全国人大法律委员会. 关于《中华人民共和国物权法（草案）》的修改情况的汇报[R]. 全国人大常委会公报，2005，（5）.

来源：《南京师大学报》2005年第6期

发表评论

用户名： (3 - 20个字符)

电子邮件：

用户评论：

发表评论

重置

用户评论

目前还没有评论。欢迎您成为第一位评论者！

[中国法律文化](#) | [About law-culture](#) | [关于我们](#)

中国法律史学会 主办 中国社会科学院法学研究所 承办
电话：64022187 64070352 邮件：law-culture@163.com
地址：北京市东城区沙滩北街15号 邮编：100720