

中国古代私有财产权的法律文化研究
Research on the Legal Culture of Private Property
In Pre-Modern China

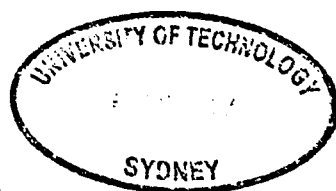
刘丕峰

Pifeng Liu

PhD

2008

University of Technology, Sydney



Students are required to make a declaration when they submit the thesis for examination. Here is a recommended form of words.

CERTIFICATE OF AUTHORSHIP/ORIGINALITY

I certify that the work in this thesis has not previously been submitted for a degree nor has it been submitted as part of requirements for a degree except as fully acknowledged within the text.

I also certify that the thesis has been written by me. Any help that I have received in my research work and the preparation of the thesis itself has been acknowledged. In addition, I certify that all information sources and literature used are indicated in the thesis.

Signature of Candidate

Production Note:
Signature removed prior to publication.

致 谢

时光荏苒，岁月流淌，自 2005 年 7 月始，历经两载有余，五易其稿，已过不惑之年的我意欲与太阳赛跑，奢望用凝重的笔墨拖住年轮的转动，尽管内心深处尚有点点滴滴的遗憾，但这篇《中国古代私有财产权的法律文化研究》博士论文终于定稿了。一则文章内容横跨多个学科、二则现有史料有限，故在论文的写作过程中遇到诸多困难，甚至从立意到结构均进行过多次重大调整。其间，悉尼科技大学的导师杨径青博士对文章的立意和选题精心策划，冯崇义教授对文章的内容细致指导，郭英杰博士对文章涉及的概念及行文认真推敲。山东大学法学院、山东大学历史文化学院图书馆、山东人民出版社的朋友们也都为本书资料的收集和整理给予了极大的支持。山东舜天律师事务所的同事们和我的家人对我论文写作给与的诸多理解和支持、付出的心血，更是令人难忘。没有他们无私的关爱和教诲，很难有这篇博士论文的面世。在此，我诚挚的道一声：谢谢！

论文摘要

私有财产权是由法律创设的以人与人之间的关系为本质的私人对财产拥有的全部权利。法律文化是由法律制度、法律意识、以及与法律相关的行为模式构成的复合体。本论文研究中国自先秦以来主流的法律文化思想,力图揭示中国自古以来无法建立一个完善的保护私有财产的法律制度的法律文化原因。研究发现,在以家庭占有为特征的小农经济和小商品经济模式下,在“国”“家”一体的政治结构、天人一体的自然观以及“化性起伪”的人性观基础上产生的中国古代私有财产权,既不具有绝对性、永久性和排他性的“实体权利”,也不具有“自由”、“平等”之类的“意识权利”,更毋宁说有什么“私有财产神圣”的宪法制度。也就是说中国古代私有财产的“意识权利”缺失,“实体权利”是相对的、不完整的。专制王朝对土地等主要财产具有终极所有权,行政权力决定中国古代财产的分配,契约只有在民间层次上才能有限地对抗他人。中国古代缺乏私有财产保护的完整法律体系,多用刑法手段和家族习惯法来调整实际存在的私有财产关系。“大公灭私”的公私理念、“重义轻利”的义利观和平均主义思想等法律意识伴随着中国古代私有财产权的产生和发展而趋于成熟后,又长期沉淀于中华民族的灵魂深处,严重制约着中国私有财产权的发展,甚至至今仍与现代法律制度的建立和完善发生着直接碰撞。

Abstract

Private property is all the property rights owned by individuals and endowed by law. Its essence is the relationship between people. Legal culture is the combination of legal system, legal consciousness and the patterns of behavior in relation to law. This thesis looks at the mainstream legal culture and thoughts since the pre-Qin era in an attempt to explore the cultural reasons behind the absence of a legal system to protect private properties in Chinese history. The thesis argues that neither absolute, eternal, exclusive “substantive rights” of private property nor “conscious rights” such as “freedom” and “equity” existed in Chinese legal culture. In pre-modern China, the absence of private property rights can be attributed to the small-scale peasant and small commodity economy featuring family ownership, a political structure emphasizing the unification of states and family, a dominant philosophy viewing the nature as the unity between heaven and human, and an overwhelming emphasis on the importance of socialization. As a result, there has never existed a constitutional framework upholding “the sanctity of private property” in Chinese history. The absence of “conscious rights” in private property reduced “substantive rights” to relative and incomplete rights. Autocratic monarchy was the ultimate owner of major types of properties, such as land. The distribution of properties was determined by

administrative power. Contracts were only effective in the non-government sector. Pre-modern China lacked the legal system to protect private properties. The private property relations were handled in criminal codes and family custom law. Ideas such as “eliminating the private for the great public”, “duty above profit” and egalitarianism were deep-rooted in Chinese culture. These ideas have impeded the development of private property rights, and even obstruct the establishment and improvement of a modern legal system in today’s China.

目 录

致 谢.....	1
论文摘要.....	2
ABSTRACT.....	3
1. 序 言.....	9
1.1 问题的提出及其重要性	9
1.2 研究状况与创新之处	12
1.3 研究的方法与思路	16
2. 基本概念的诠释.....	19
2.1 法律文化的相关概念	19
2.1.1 什么是文化	19
2.1.2 法律文化的定义	22
2.1.3 法律制度、法律意识和法律观念	23
2.2 财产权的理论分析	25
2.2.1 财产的语义分析	25
2.2.2 财产权的概念及其本质	26
2.2.3 宪法财产权与民法财产权	30
2.2.4 不同语境中的私有财产权	33
3. 中国古代私有财产权产生和发展的环境分析.....	37
3.1 中国古代私有财产权产生和发展的政治环境	37

3. 1. 1	家族是中国古代社会的基本经济单位	37
3. 1. 2	“国”、“家”一体的政治结构	39
3. 3	中国古代私有财产权产生和发展的经济环境	45
3. 3. 1	以家庭占有为特征的小农经济	45
3. 3. 2	小商品经济特征	47
3. 4	中国古代私有财产权产生和发展的思想文化环境	50
3. 4. 1	“天人合一”的自然观	50
3. 4. 2	“化性起伪”的人性观	53
4.	中国古代私有财产权的历史沿革	61
4. 1	中国古代私有财产权的产生	62
4. 1. 1	夏、商、周时期	62
4. 1. 2	春秋战国时期	64
4. 2	中国古代私有财产权的发展	66
4. 2. 1	秦汉时期	66
4. 2. 2	三国两晋南北朝时期	69
4. 2. 3	隋唐五代时期	70
4. 2. 4	宋元时期	72
4. 2. 5	明清时期	76
5.	中国古代私有财产权的法律制度分析（上）	
	——从土地财产权说起	79
5. 1	私有财产“意识权利”的缺失	81

5.1.1	私有财产“意识权利”的主体缺位	82
5.1.2	私有财产“意识权利”缺失的思想因素	84
5.1.3	私有财产“意识权利”缺失的制度因素	87
5.2	私有财产“实体权利”的相对性	90
5.2.1	“实体权利”的主体性探讨	91
5.2.2	“实体权利”的取得方式	100
5.2.3	中国古代私有财产权的内容	105
6.	中国古代私有财产权的法律制度分析（下）	
	——以法律体系为视角	113
6.1	以刑法手段调整财产权关系	114
6.1.1	从“法”、“刑”、“律”的字义说起	114
6.1.2	以刑法手段调整财产关系的表现	116
6.1.3	以刑法调整财产关系的原因探讨	118
6.2	以家族法规范财产关系	119
6.2.1	家族、家族法的概念	120
6.2.2	家族法规范财产关系的基础	122
6.2.3	家族法规范私有财产关系的功能	124
7.	中国古代私有财产权的法律意识分析	128
7.1	公私理念	129
7.1.1	公私理念的形成	129
7.1.2	公私理念的哲学分析	131

7.1.3	奠定了王朝财产所有权和财产分配原则的基础	132
7.1.4	否定了“民”的财产权主体资格	138
7.2	重义轻利的义利观	140
7.2.1	义、利的概念	140
7.2.2	义利观念的形成	141
7.2.3	义利观念对私有财产权的影响	143
7.3	平均主义思想	146
7.3.1	平均主义思想的起源	146
7.3.2	财产权不稳定的思想基础	148
7.3.3	平均主义思想的作用	151
8.	结语：关于私有财产权的两点思考	157
8.1	财产权与所有制的分离和契合	159
8.1.1	财产权与所有制的概念	160
8.1.2	财产权与所有制混同的原因	161
8.1.3	财产权与所有制的分离	162
8.1.4	财产权与所有制的契合	166
8.2	私有财产权与公有财产权的互动与平衡	168
8.2.1	私有财产权与公有财产权的分离	168
8.2.2	私有财产权与公有财产权的融合	170
	主要参考文献	174

1. 序 言

洛克说：“哪里没有财产，哪里就没有正义。”¹恩格斯认为：文明时代从它存在的第一天起直至今日的动力是：财富、财富、还是财富，不是共有的财富，而是微不足道的单个人的财富，这就是文明时代惟一具有决定性的目的。²私有财产权是人类社会进化过程中不可或缺、不容回避的最基本权利。私有财产权的法律制度关乎一个社会文明的兴衰，无疑也是人类社会最基本的法律制度之一。因而人们常常将西方近代的私有财产权称之为人权保障的前提、宪政民主的基石、社会公正的保障。“私权的神圣本身实际上也意味着公民政治权利的合法性。对近代启蒙思想家而言，财产权过去不是、将来也不应是一个单纯的象征，而是个人自由的渊源和保障，这导致财产权既是一项经济制度，更是一项政治法律原则。”³

1.1 问题的提出及其重要性

中国改革开放已近 29 年，2004 年宪法修正案规定：“公民的合法的私有财产不受侵犯”，⁴首开中国历史上私有财产权保护的先河。2007 年 3 月审议通过的作为民法典中一项主要法律制度的《物权法》第四条规定：“国家、集体、私人的物权和其他权利人的物权受法律保护，任何单位和个人不得侵犯。”⁵第一次对私有财产权的保护有了具体规范，但无庸讳言的是，中国私有财产保护的法理基础亟需拓展和更新，完整的私有财产权保护的法律体系仍未健全和完善，学界对

¹ 洛克：《政府论》（下），（叶启芳等译），（北京：商务印书馆，1983 年），第 77 页。

² 《马克思恩格斯选集》（第四卷），（北京：人民出版社，1972 年），第 173 页。

³ 梅夏英：《财产权构造的基础分析》，（北京：人民法院出版社，2002 年），第 128 页。

⁴ 《中华人民共和国宪法》（单行本），（北京：中国法制出版社，2007 年），第 80 页。

⁵ 《中华人民共和国物权法》（单行本），（北京：中国法制出版社，2007 年），第 4 页。

此问题的分歧依然严重，社会各界的认识更是难以一致。“共产主义并不剥夺任何人占有社会产品的权利，它只是剥夺利用这种占有去奴役他人劳动的权利。”⁶中国必须建立完善的私有财产权保护制度已经越来越成为人们的共识，但如何建立以及建立什么样的私有财产保护制度却见仁见智。以史为鉴，深入探讨中国古代社会私有财产权产生、发展过程中蕴含着的法律文化底蕴，考究传统法律文化对私有财产权保护的利弊得失就显得尤为必要。基于此，本文试图从法律文化的角度涉足这一问题的研究。

之所以从法律文化的角度对中国古代私有财产权进行研究，主要是因为中国从夏朝至清末专制政体长达四千余年而以一贯之，其中封建君主专制就长达两千一百余年，而欧洲国家严格意义上的君主专制政体大都没有超过三百年；国家权力高度集中和独裁，君主至上观念不曾受到任何挑战，从来没有任何民主共和政体出现，从而将君主专制政治发展到极至；中国古代社会始终存在着一个官僚阶层，政府职能系统按照严格的等级构建起来，每级官僚只对上级负责而从来无须对人民负责；最后就是思想文化领域的单一化，自秦始皇“焚书坑儒”开始，实行严厉的思想钳制，通过国家暴力来实现思想文化的大一统。

在这样的历史环境下，中国古代私有财产权的发展进程，沉淀积聚了中华法系特有的法律制度以及中华民族灵魂深处的诸多法律意识。我们有必要探究这些法律文化传统与私有财产权之间存在着怎样的互动关系，进而对现代法律文明的建设有着怎样的影响？“就其最

⁶ 《马克思恩格斯选集》（第一卷），第267页。

明显、最基本的意义来看，传统的含义是世代相传的东西”⁷，“即一种前近代社会文化成果的总和，具有相对稳定、内部和谐一致的系统特质”⁸。而探究法律文化传统，意味着一个具有生命力的时间性概念，它不仅存在于古代社会而且存在于现实社会，它是“由传统法律生长和演化而来的对现实社会仍发生作用和影响的未曾间断、不断延伸的法律文化和精神”⁹。

近代以来，中国的社会形态和制度结构进入嬗变期，特别是“五四”以后，中国人可以说是彻底地、完全地、整体地反传统，这是中国在法律现代化进程中特有的现象。“学界在比较中西法律文化传统时对中国传统法律文化基本持否定的态度”，“人们习惯了以国力强弱为标准来评价文化的所谓‘优劣’。……在抛弃了中国古代法律制度体系后，人们对中国传统法律的理念也产生了史无前例的怀疑和否定。”¹⁰近现代的中国人，正是力图依据大陆法系的法律制度模式，来改造传统中国社会。作为中华法系的主脉，中国传统社会的法律体系随着近代的“西学东渐”而逐步解体，但法律制度本身与法律文化传统之间却发生了分离，传统法律制度下所形成的价值观念更多的形成一种法律文化，沉淀在国人的灵魂深处并发挥着不可小视的作用，“一个民族的思维方式一旦形成，它就不仅会在当时影响制约人们的行为，而且其所具有的巨大思维惯性，对后世的行为方式也会产生极

⁷ E·希尔斯：《论传统》（傅铿等译），（上海人民出版社，1991年），第15页。

⁸ 刘洪旺：《中国法制现代化的理性反思》，载《比较法研究》1992年第2期，第197~204页。

⁹ 徐淑芬：“论法律传统在法律现代化过程中的作用”，中国法学网，2005年2月27日下载于：

<http://www.iolaw.org.cn/shownews.asp?id=13677>，。

¹⁰ 曾宪义：《法律文化研究》（第一辑），（北京：中国人民大学出版社，2006年），第2页。

大影响。”¹¹ 法律文化“并不是土生土长的，而制度背后的那套思想观念、行为却是千百年来民族文化的一部分，有其深厚的根基，决不是一种政治或一种社会力量在短时间内可以改变或清除的。”¹²无情的事实已经证明，中华民族灵魂深处传统法律文化的烙印，在很大程度上与现代法律制度的建立发生着直接冲撞。基于此，从法律文化的视角对中国古代的私有财产权进行探讨，对建立具有中国特色的私有财产权制度具有极其重要的意义。

1.2 研究状况与创新之处

迄今为止，国内对私有财产权研究的理论成果还是比较丰富的，但主要集中在政治学和宪法学的范畴内。查阅《中国期刊全文数据库》可以发现，各种期刊上发表的文章有三分之二以上都不属于法学类。在超星图书上搜索的结果是有关私有财产权研究的专著不到二十本。在法学类的论著中，有的以大陆法系的思维为背景较为注重财产权的“物性”研究；有的以英美法系的思维为背景侧重于财产权的“人性”研究。2004年宪法修正案通过前后，人们又较多的从宪法保护的层面，或从权利的本源性方面来论证天赋人权，或从权利的保障体系着眼论证其它法均保护私有财产，作为母法的宪法自然也应该保护。还有从其它层面进行研究的，如法治理念、形式理性与实质理性等。《物权法》审议和征求意见过程中，人们又从物权的角度对中国的私有财产权问题各抒己见，有的从中国的历史和现实出发，有的从中西物权立法的比较着眼，都在不同程度上繁荣了私有财产权问题的研究。

¹¹ 马作武：《中国传统法律文化研究》，（广州：广东人民出版社，2004年），第67页。

¹² 梁治平：《新波斯人信札》，（贵阳：贵州人民出版社，1987年），第15~16页。

有关中国古代私有财产权的专门论著颇为鲜见，关于中国古代私有财产权和私有财产制度史料的书藉更少。郭建的《中国财产法史稿》¹³对中国财产权的发展论述较为详细，其编写体例打破了时间的界限，从财产的分类和财产的取得方法两个方面对中国财产权的发展历史进行了较为详尽的探讨。另外一本对中国私有财产权发展史较有参考价值的书是叶孝信先生主编的《中国法制史》¹⁴该书与其他中国现行法制史的不同之处就在于将中国财产制度发展作为专门的章节予以论述。因为郭建是叶孝信先生的弟子，同时也是叶孝信先生《中国法制史》的副主编，所以他能在编写《中国法制史》的基础上对中国财产法的历史发展过程予以解读，这在中国法制史研究方面确实是独树一帜、颇有新意。

中国法律文化的研究起步较晚，从上世纪末期至今也就是十几年左右的时间。法律文化学可以说在现今的中国属于边缘法学最年轻的学科。中国法律文化的研究发端于上海大学法学院，带头人是姜剑云教授。他们在全国成立了第一家法律文化研究中心，并于1995年出版了《法律文化研究》专辑，紧接着又于1998年出版了第二辑。北京的学者们自然也不甘寂寞，由中国政法大学成立的法律文化研究中心连续出版了《法律文化研究中心文丛》一套，其中梁治平先生的著述格外引人注目。此外，刘作翔先生的《法律文化理论》¹⁵和何勤华的《法律文化史论》¹⁶在法律文化的研究中也占有重要地位，在他们的著作

¹³ 郭建：《中国财产法史稿》，北京：中国政法大学出版社，2005年。

¹⁴ 叶孝信：《中国法制史》，上海：复旦大学出版社，2002年。

¹⁵ 刘作翔：《法律文化理论》，北京：商务印书馆，2004年。

¹⁶ 何勤华：《法律文化史论》，北京：法律出版社，1999年。

中，法律文化的学科体系已经初见端倪。

在法律文化研究方面较有影响的论著还有：《法律的文化解释》¹⁷、《中国法律的传统与近代转型》¹⁸、《法律文化与法制现代化》¹⁹、《古律寻义——中国法律文化漫谈》²⁰、《法律文化论集》²¹、《东方法律文化的历史逻辑》²²、《中国传统法律文化研究》²³、《中西法律文化比较》²⁴等，2006年，曾宪义主编的《法律文化研究》丛书第一、二辑由中国人民大学出版社付梓出版，丛书云集了国内众多法律史、法律文化研究方面的专家学者，从不同侧面对法律文化进行了有益的探讨。同时法律出版社出版了黑龙江大学法学文丛，其中史文全的《礼法融合与中国传统法律文化的历史演进》和《中国古代立法文化研究》对法律文化的研究功不可没。

学者们大都从宏观的角度，或从刑法、民法、诉讼法的角度对中国的传统法律文化进行较为细致、系统的研究，或从治国方略、自由观、正义观、人性观、法律自然主义、道德与法律的关系、刑法观念、私有财产观念及立法、司法等方面对中西法律文化进行了比较研究，对中国法律文化的横向研究进行了有益的探索，但从微观角度对法律文化进行细致研究的论著目前尚不多见，马建兴的博士论文《丧服制度与传统法律文化》²⁵是较为典型的一例。

¹⁷ 梁治平编：《法律的文化解释》。北京：三联书店，1994年。

¹⁸ 张晋藩：《中国法律的传统与近代转型》。北京法律出版社，1997年。

¹⁹ 刘进田、李少伟：《法律文化与法制现代化》。西安：陕西人民出版社，1998年。

²⁰ 刘星：《古律寻义——中国法律文化漫谈》。北京：中国法制出版社，2000年。

²¹ 胡玉龙：《法律文化论集》。北京：新世界出版社，2000年。

²² 公丕祥：《东方法律文化的历史逻辑》。北京：法律出版社，2002年。

²³ 马作武主编：《中国传统法律文化研究》。广州：广东人民出版社，2004年。

²⁴ 崔永东：《中西法律文化比较》。北京大学出版社，2004年。

²⁵ 马建兴：《丧服制度与传统法律文化》。北京：知识产权出版社，2005年。

另外，研究生时代在吉林大学学的是中外政治思想史专业，那时读的很多中西方思想史方面的书籍、所学的课程，特别是有关中西方社会的民论、国家观、人性观、道义观等等都早已经深深印在我的脑海里，并影响着我的理论思维之路。甚至正是因为学生时代的知识积淀和后来从事法律业务的实践结合在一起，才有了我选择这个论文题目的基础。

从法律文化的层面对中国私有财产权进行研究，特别是以中国古代私有财产权为视角，从法律文化的深层结构上进行较为系统研究的成果还没能查到，这是笔者之所以选择这样一个题目的驱动力之一，大概也是本文的创新之处之一。

文章在简要梳理和回顾中国古代私有财产权发生和发展历史的基础上，继而从法律文化的法律制度、法律意识两个层面对中国古代的私有财产权作了系统、细致、深入的分析，特别是有关法律意识部分的论述，从公私理念、义利观念和平均主义思想等方面系统地对中国古代的私有财产权予以深入探讨，在现有的研究成果中颇有独创性。文章较为深刻地揭示出私有财产权与法律文化之间相互依赖、相互影响的互动关系，进而为现代私有财产权制度的建立提供有益的借鉴。当然限于篇幅和环境，诸多地方论得不够透彻，不能一吐为快，算是一种遗憾吧。

本文的另一创新之处是，在第一章铺垫的基础上，在法律制度层面上提出了私有财产权的“意识权利”和“实体权利”概念。文章中将“平等”、“自由”之类的权利概括之为“意识权利”，将中国古

代社会所实际存在的财产权利称为“实体权利”。并进而指出中国古代社会私有财产“意识权利”的缺失和“实体权利”的相对性、不完整性及其原因之所在。这对厘清现实社会中人们对私有财产权的理论概念、加强对私有财产的保护力度有着较为重要的作用，进而启示人们在重视宪法私有财产权保护的同时，也应在民法上即物权法和侵权责任法方面建立起完善的私有财产保护制度，甚至应对知识产权法、税法、土地法、财产征收法、矿藏法等所有涉及财产权的各个法律领域进行梳理，尽快形成科学统一的法律保护体系，使宪法修正案中规定的公有财产、私有财产一体保护原则，在具体的法律规定中得到贯彻，在现实生活中得以实现，进而促进中华民族的繁荣富强。

1.3 研究的方法与思路

自十几年前开始，法史学研究领域出现了一种新的研究方法——解释性法史学。它不再仅仅注重于史料的考据，“而主张将法律史视作整体文化史之一部分，不仅将制度、思想、以及往昔被学者们所忽略的观念、心理和行为习惯都有机结合起来，而且强调从政治、经济、哲学、伦理、审美等多种侧面和层次对法律史进行综合性的考察，并同时关注法律史对其他社会史的影响，”²⁶也就是说法史学不再仅仅满足于具体制度的意义，更致力于探究意义的根源。本文正是试图借助于解释性法史学的研究方法，从法律文化的角度去对中国古代的私有财产权进行深层次结构的考察和研究。

文章写作的大致思路是：第二章首先论述与文章选题相关的几

²⁶ 胡旭晟：《描述性的法史学与解释性的法史学》，载《法律科学》1998年第6期。

个较为重要的概念，特别是对目前理论界较有争议的几个理论问题予以澄清，如宪法上的财产权与民法上的财产权的区别，法律文化的定义、法律意识与法律观念等。第三章主要是从政治环境、经济环境和文化环境诸方面论述中国古代私有财产权产生和发展的社会历史条件。第四章对中国私有财产权制度的发展过程作以简要的梳理和回顾。第五、六、七章是本文的主要章节，分别从法律文化的两个层面，即法律制度的实体法、程序法和法律意识方面试图探究中国古代社会私有财产权不能发达的原因所在，以及在中国古代社会私有财产权发展的过程中所形成的诸多法律文化又是如何反作用于私有财产权，进而使中国的私有财产权走上与西方完全迥异的发展道路。同时分析这些法律文化中蕴含着的思维定势又是如何与现代法律文明之间发生着激烈的碰撞，甚至在某种程度上阻碍着私有财产权现代法律制度的建立与发展。文章的最后一章着重强调了在中国私有财产权的发展进路中应正确认识财产权与所有制之间、公有财产权与私有财产权之间的相互关系，以期促进中国经济的快速发展实现民族的兴旺发达和富民强国。

当然，笔者试图从法律文化的角度去探究中国古代私有财产权产生的环境因素、发展过程及其特征，解释中国古代社会私有财产权不发达的事实及其原因，并非有意去营造中国私有财产权的发展之路，只是面对今日法治进程的诸多尴尬、症结，做出一些客观理性的思考，以期认识古代私有财产权的发展对现今中国社会之利弊。传统并非意味着腐朽、落后，而是历史和文化的沉积，只能更新而无法铲除。轻

视传统是愚蠢的，我们应该努力去认识，在我们所接受的传统中，哪些是有益的，哪些是损害我们的命运和尊严的，从而相应地塑造我们更加美好的生活！

2. 基本概念的诠释

因为文章所使用的解释性法史学研究方法及内容横跨哲学、法学、政治学、经济学、文化学等多个学科，所涉及的概念自然会有许多，我们没必要、也没有能力将所有的概念在文章中逐一厘清，况且诸多概念学界目前仍有争议，因此，我们只是对与财产、财产权相关概念中较有争议的问题，法律文化的定义及与本文论题密切相关的法律制度、法律意识、法律观念等予以简要论述。厘清这些相关概念和问题，能够更好展开论述，更好的把握本文的基本主题和思路。

2.1 法律文化的相关概念

2.1.1 什么是文化

“‘文化’这个术语产生于拉丁语。在拉丁语中，它是动词‘Colere’的源生词，其本义是指人类在改造外部自然界使之适合于满足食住等需要的过程中，对土壤、土地的耕耘、加工和改良。很显然，词源学意义上的文化概念与人类的劳动过程息息相关。”¹文化是一种复杂而又内涵丰富的社会现象。尽管早在1871年，英国学者爱德华·泰勒就在《原始文化》一书中对文化进行了定义：“所谓文化与文明乃是包括知识、信仰、艺术、道德、法律、习惯以及其他人类作为社会成员而获得的种种能力、习性在内的一种复合整体。”²但到目前为止，对文化的概念及其含义仍没能达成认识上的统一，这也成为困扰学界百年的老大难问题。正如英国文化人类学家马林诺夫斯基

¹ 张文显主编：《法理学》，（北京大学出版社，1999年），第360页。

² 泰勒：《文化之定义》，载庄锡昌等编：《多视野中的文化理论》，（杭州：浙江人民出版社，1987年），第98页。

所说：“文化，文化，言之固易，要正确地加以定义及完备的加以叙述，则并不是容易的事。”³人们根据不同的认识论和方法论得出的结论大相径庭，由此而产生的诠释更是层出不穷、莫衷一是。曾有人说文化的定义有一百多种，更有人认为文化的定义至少在二百种以上。在此，我们自然无意、也无能力给文化做出一个权威性的定义，只是为了能更好的论述历史上具有思想文化价值的诸多理论对中国古代私有财产权的影响，而取现代汉语“文化”一词中的社会学语义。

古汉语中的“文化”，原指文德教化。刘向《说苑·指武》云：“圣人之治天下也，先文德而后武力。凡武之兴，为不服也，文化不改，然后加诛。”⁴南齐王融《曲水诗序》有“设神理以景俗，敷文化以怀远”⁵之语，均“文”“武”对举，意指“文治与教化”。如取其原意，“文化”一词在中国先秦时代已几乎混同于“文明”的内涵，《易·贲·彖》：“文明以止，人文也。观乎天文，以察时变；观乎人文，以化成天下。”⁶《易·明夷·彖》：“内文明而外柔顺。”⁷尽管中国近代以来的诸多学者在对西方“文化”（Culture）与“文明”（Civilization）两词含义异同的辨析过程中，提出前者偏内，属精神方面；后者偏外，属物质方面的看法，但中国旧籍中两词的含义的确类同。

《辞海》对“文化”的解释为：“文化从广义上说，指人类社会

³ 马林诺夫斯基：《文化论》（费孝通等译），（北京：中国民间文艺出版社，1987年），第2页。

⁴ 汉·刘向撰：《说苑校正》（向宗鲁校正），（北京：中华书局，1987年），第287页。

⁵ 陈宏天等著：《昭明文选译注》（第五卷），（长春：吉林文史出版社，1994年），第351页。

⁶ 《四书五经》（上卷），（沈阳出版社，1996年），第700页。

⁷ 同上，第713页。

历史实践过程中所创造的物质财富和精神财富的总和。”⁸张岱年先生认为：“文化主要包括三个层次：第一层是思想意识、观念等等。思想意识中最重要的两个方面：一是价值观念，一是思维方式。第二层是文物，即表现文化的实物，它既包括像哲学家的著作、艺术家的文学艺术作品一类的‘物’，也包括科学技术物化形态的‘物’即人工改造过的物质。第三层是制度、风俗，是哲学观点凝结而成的条例、规矩等。”⁹现代汉语中的“文化”大概有四种不同含义：（1）在通俗语义上，指用文字、绘画及其他艺术形式进行精神文明的创作和传播活动，即“文化战线”意义上的文化；（2）历史和考古学语义上的文化，指一定的生产力水平和社会形态为标志的社会文明程度，所谓的“青铜文化”、“龙山文化”之类；（3）在社会学语义上，指人类创造的物质和精神的有价值成果的总和，由此而有所谓的思想文化、宗教文化、科技文化等概念；（4）在文化科学语义上，指一定民族接受的传习并固定下来的行为方式的总和，往往是以文化学作为基本载体。

其实，对文化的众多歧义焦点在于文化到底是成果的“总和”，还是“行为”方式的特征。我们倾向于对文化的广义解释即文化是人类文明进化过程中所创造的所有成果以及与之相对应的行为模式的复合体。文化应该包括物质文化、制度文化、精神文化和行为文化诸方面。

文化的定义到底如何界定固然重要，但更为重要的是文化的结构，文化由哪些内容构成。对此，较有代表性的观点是我国著名历史学家庞朴提出的“文化结构三层次”学说。他认为文化应该是一个立体的系统，文化结构分为三层：一是它的外层——物质层；二是它的

⁸ 《辞海》，（上海辞书出版社，1979年），第1533页。

⁹ 张岱年、程宜山：《中国文化与文化论争》，（北京：中国人民大学出版社，1990年），第4页。

里层——心理层，包括价值理念、思维方式、表达方式、信仰等；三是中间层，即心物结合这一层，心理之体现为物，物中所包含着的那个心。一切心的产品，以及一切外物中所蕴涵的人的思想，都包括在这一层里面。中间层还有人类精神产品的非物质形式的对象化。譬如政治组织、教育制度、法律制度，是人类社会的客观存在。¹⁰

2.1.2 法律文化的定义

关于法律文化的定义，自然也是纷繁多样难以统一，现在国内较为流行的具有代表性的有以下几说：

梁治平先生将法律文化分为广义和狭义两类：“具体的说，广义的法律文化应该能够囊括所有法律现象：法律观念、法律意识、法律行为、法律的机构和实施、法律制度和作为符号体系的法典、判例，以及不成文的惯例和习惯法等等。狭义的法律文化则主要指法（包括法律、法律机构和设施等）的观念形态和价值体系（包含知识、信念、判断、态度等），与此有密切关系的人类行为模式也应包括在内。”¹¹何勤华先生给法律文化的定义是：“法律文化是指与法律有关的各种活动的创造性成果的积淀，包括物质的和精神的两个方面。”¹²张中秋先生对法律文化的认识是：“……法律文化，主要指内化在法律思想、法律制度、法律设施以及人们的行为模式之中，并在精神和原则上引导和制约他们发展的一般理念及价值系统。”¹³张文显先生则认为：“所谓法律文化，是指在一定社会物质生活条件的作用下，掌握国家政权

¹⁰ 庞朴：《文化结构和近代中国》，载浙江省青年科学工作者协会编《东西文化与中国现代化讲演集》，（杭州：浙江人民出版社，1986年），第9~11页。

¹¹ 梁治平：《法辨——中国法的过去、现在与未来》，（贵阳：贵州人民出版社，1992年），第12~13页

¹² 何勤华：《法律文化史论》，第1页。

¹³ 张中秋：《比较视野中的法律文化》，（北京：法律出版社，2003年），第29页。

的统治阶级所创制的法律规范、法律制度或者人们关于法律现象的态度、价值、信念、心理、感情、习惯以及学说理论的复合有机体。法律文化有其独特的内在结构。这一结构由两个层面构成，其一是物质性的法律文化，诸如法律制度、法律规范等，亦曰制度形态的法律文化；其二是精神性的法律文化，诸如法律学说、法律心理、法律习惯等等，这也可称为观念形态的法律文化。”¹⁴刘作翔先生对上述观点作了归纳后提出：“可以从两个角度来认识法律文化，即作为方法论意义上的法律文化和作为对象化的法律文化。‘法律文化’既是一种用文化的眼光认识法律现象的思维方式和研究方法，也是一种具有实体内容和对象化的文化结构，并且，这两个方面是互相联系着的。”¹⁵

作者倾向张文显先生的定义，即法律文化是法律制度、法律意识、法律观念、法律精神、以及与法律相关的行为模式构成的有机复合体。它由物质性的法律文化，即法律制度、法律规范等和精神性的法律文化，即法律学说、法律心理、法律习惯等两个层面构成。物质性的法律文化，也称制度形态的法律文化；精神性的法律文化，也可称为观念形态的法律文化。但作者认为将精神性的法律文化称为意识形态的法律文化似乎更为准确，它应该包括法律学说、法律思想、法律观念、法律心理、法律习惯等。也就是说作者认为法律文化由制度形态的法律文化和意识形态的法律文化两个层面构成，或者简而言之法律文化包括法律制度和法律意识两个层面。

2.1.3 法律制度、法律意识和法律观念

¹⁴ 张文显主编：《法理学》，第360～361页。

¹⁵ 刘作翔：《法律文化理论》，第67页。

基于上述对法律文化的理解和定义，我们有必要对法律制度、法律意识以及法律观念几个相关的概念予以讨论。

法律制度的概念较为明确，它是指“调整某一类社会关系或社会关系某一方面的法律规范的通称。”¹⁶一种法律制度包含几个法律部门，所有权法律制度包括刑法、民法、行政法等法律部门，财产权法律制度包括物权法和侵权责任法两大法律部门。而一个法律部门往往又包括若干法律制度，“如诉讼法部门就包括公开审判制度、陪审制度、合议制度、辩护制度、回避制度等等。”¹⁷

而“法律意识……是人们关于法和法律现象的心理、思想与评价的总称。”¹⁸在哲学上，意识和存在是两个相对应的概念。意识就是客观世界在人们头脑中的主观映象，是社会存在的反映。不以个人意志为转移的社会物质生活条件是法律意识产生、存在和发展的根源和基础。法律意识体现了人们对社会存在的法律现象的价值评价，并在很大程度上影响和制约着法律实践活动。中国古代社会独特的地理环境、农业文明，儒家的传统思想体系以及君主专制的政治制度等相互交织，历经数千年形成中华民族特有的有关私有财产权的固有法律意识。

法律观念包含于法律意识之中。“法律观念是人们对于法和法律现象的比较自觉、比较稳定的认识和评价。包括对法的本质、作用的想法，对现行法的要求和态度以及对人们某些行为是否合法的评价等。”¹⁹“社会观念是在社会心理基础上形成和发展起来的，客观存

¹⁶ 《法学辞典》，（上海辞书出版社，1989年），第670页。

¹⁷ 同上。

¹⁸ 张文显主编：《法理学》，第361页。

¹⁹ 邢红飞：《法律观念辨析》，载《南京农专学报》第17卷，第1期。

在的一般特征是对客观信息比较有序化的反映，比较集中、系统地对某些客观事物或现象形成一种概括和相对稳定的基本看法，因此它一般和理性认识阶段相联系，但又不属于理性阶段是由感性向理性过渡的意识，体现了社会意识由感性到理性的局部质变。它发展的逻辑结果是形成作为思想理论体系的社会意识形式。”²⁰与此相对应我们认为法律观念包含于法律意识之中处于法律意识的中间层次，是法律心理和法律思想体系的中介和过渡阶段。它具有两种成分的兼容性、双向转化的过渡性、相对稳定的持久性的独立特征。法律观念具有诸多方面的内容如民法观念、婚姻法观念、刑法观念等。基于此点，我们认为还是将精神性的法律文化称为意识形态的法律文化更为准确。

本文正是从法律制度和法律意识两个层面上，对中国古代私有财产权的法律文化问题展开论述、探讨，进行评价和分析。

2.2 财产权的理论分析

2.2.1 财产的语义分析

从词源学的角度来看，财产一词，在英文中是“Property”，“是指一堆权力和利益（It is a bundle of rights and interests）”²¹。“Property”一词可能直接来自于拉丁文的“Proprietas”或者间接的通过法文“Propriete”来自于拉丁文“Proprietas”。这个拉丁文的意思是“特定的自然物或物的性质”和“所有权”。而这个拉丁文自身又来自于另一个拉丁文形容词“Proprius”，它同时适用于“物理的物”和“抽象意义上的性质”，它的意思是“自己的”或

²⁰ 王锐生等：《从人的本质看法的本质——马克思主义法观念的原本认识》，载《法律科学》1997年第1期。

²¹ 樊延桢：《财产（权）》，（北京：中国人民公安大学出版社，1999年），第3页。

“特别的”。在德文中，财产一词是“Eigentum”，是指法律上对物享有充分的支配权、收益权。英文的“Property”和德文“Eigentum”译成中文，就有了以下诸多含义：财产、财产权、产权、物、物权、所有权、所有物、所有制等等。因此，人们就开始对这几个词的含义进行争论，其结果自然是见仁见智。在经济学中财产一般是指人身以外能够为人们所支配的，可以用来满足人们生产和生活需要的物质对象。它所关注的是个人经济利益的最大化或者社会经济利益的最大化。在法学上，财产则是指经济学意义上的“财产”中需要法律保护的部分。因而，法学意义上财产比经济学意义上的财产范围要小得多。

《法学大辞典》中对财产的定义有三点：第一，有货币价值的物权客体，即有体物；第二，对物的所有权，某物归属某人所有即视为某人财产；第三，具有货币价值的有体物和对财物的权利的总和，这些权利包括所有权、他物权和知识产权等。²²

2.2.2 财产权的概念及其本质

财产权就是指某人对财产的全部权利，即财产权就是权力人任意使用和处理自己财产的权利。财产权首先是一种经济现象，是指人们在经济生活中通过资源控制形成的对产出的影响力。“财产权是指能带来社会生活上利益的财产为内容的权利，原则上应具有经济价值、可以作为转让和担保客体的权利。”²³“严格意义上的财产权而非债权；而财产不是财产权而是财产权的对象，而且更多的是所有权的对

²² 参见《法学大辞典》，（北京：中国政法大学出版社，1991年），第763页。

²³ 我妻荣：《民法大意》，（东京：岩波书店，1971年），第42页。

象。”²⁴财产权是以所有权为核心建立起来的，并且在西方两者的意义正逐渐同化。

财产权是财产法律关系的集中体现，它是社会利益分配最合理、最具权威的工具；它植根于社会经济生活，以经济内容为内涵；财产权又是一个开放性的体系，其形态呈现出多元化的态势。财产权与所有权有着清晰的区别：所有权是完整的物权，其客体仅局限于有体物、特定物和种类物；财产权是一个上位概念，所有权则是一个下位概念，所有权仅是财产权的一种；所有权和其他物权制度构成民法中一项相对独立的制度通称为物权法，而财产权并非一种单一的权利，它是多种民法权利的集合，所以财产权法是民法中多项制度如物权法、债权法、知识产权法等等的集合。

财产权的本质是人与人之间的关系。在所有的法律关系中最重要的就是财产关系。依据马克思主义的观点，财产权属于生产关系的范畴。“财产是和一定的条件，首先是同以生产力和交往的发展程度为转移的经济条件有联系的，而这种经济条件必然会在政治上和法律上表现出来”。²⁵

人们对财产的支配仅仅形成了人对财产的效用关系，而只有当特定的人对特定物的支配能够排斥他人的干涉、免于他人的侵犯时，财产才获得了属于私人的权利。人们对于特定财产进行支配的这种排他性，其实质就是一种人与人之间的关系。“要注意的中心是，财产权不是指人与物之间的关系，而是指由物的存在及关于他们的使用所引

²⁴ 森村进：《财产权的理论》，（京都：弘文堂，1995年），第3页。

²⁵ 《马克思恩格斯选集》（第三卷），第412页。

起的人们之间相互认可的行为关系，它是一系列用来确定个人相对于稀缺资源使用时的地位的经济和社会关系。”²⁶

所谓人与人之间的关系不外乎两个方面，一是道德伦理关系，二是法律关系。二者相辅相成的在促进人的利益最大化的同时合理划定个人自由的界限。财产权作为人与人之间的伦理关系，自利而无害是最基本的要求。财产权的排他性只是为了获取自己行使资源的享有权时能有安全感和稳定感，并不是干涉他人应有的权利。追求个人利益最大化的私欲可以理解并得到支持，但不得恶性膨胀而危害于人。洛克明确指出：“人们既然都是平等独立的，任何人就不得侵害他人的生命、健康、自由和财产”。²⁷波斯纳指出：“自利不应与自私相混淆，其他人的幸福（或）痛苦可能是某人的满足的一部分”。²⁸可见，从自利出发，人也应以无害作为伦理的起点。财产权作为人与人之间关系的另一方面就是法律关系，而且是比伦理关系更为重要的关系。财产权本质上是一个法律概念，财产权只有在法律上才能获得生命。财产权是由法律创设的，“权利是在财产只能以财产权的形式表现出来法律上受保护的利益，权利的保护是法的目的……权利一方面从法律内获得生命；另一方面也反过来给予法律以生命。”²⁹

只有法律赋予主体某种权利时，主体才享有某种财产，缺乏了法律上的权利依托，财产便失去了其存在的价值。法律既不能创造它也不能消除它，而只能界定、维护并为其行使提供便利。因而财产与财产权相伴而生，并且是同质同义的、属于同一个范畴。古典经济学家

²⁶ 菲吕博腾：《产权与经济理论：近期文献的一个综述》（刘守英译），载R·科斯《财产权与制度变迁》，（上海：三联书店，1994年），第204页。

²⁷ 洛克：《政府论》（下篇），第3页。

²⁸ 理查德·A·波斯纳：《法律的经济分析》（蒋兆康译），（北京：中国大百科全书出版社，1997年），第4页。

²⁹ 耶林：《为权利而斗争》（胡宝海译），载梁慧星编《民法论丛》（第二卷），（北京：法律出版社，1994年），第22页。

认为只有当人们为达到自己的某种目的，能够控制、享有、使用他们所发现的东西、所创造的劳动成果及其他通过合法手段取得的财产时，人们才会有幸福感，才会激发出无限的创造力，社会也才会安定。正如亚里士多德所说，财产会使人感到“人生的快乐”：“某一事物被认为是你自己的事物，这在感情上就发生巨大的作用。人人都爱自己，而自爱出于天赋，并不是偶发的冲击。”³⁰经济学家费希尔认为，“产权是享有财富的收益并且同时承担与这一收益相关的成本的自由或者所获得的许可……产权不是有形的东西或事情，而是抽象的社会关系。产权不是物品。”³¹

财产权所体现的人与人之间的法律关系一方面建立起强有力的财产法律制度，使交易失败造成的损失最小化，即通过法定的方式明确财产的主体、定分止争，并借以实现对资源的最有效利用和最大限度的节约交易成本。考特认为：“交易双方的权利义务越明确，合作的可能性则越大，因监督和控制所需的交易成本越低，因此财产法热衷于简单而又明确的所有权准则便可得到合理的解释。”³²另一方面又通过法律划定主体自由的界限，并保障该范围内的私人自治。因为人人都渴望追求最多的财富并借此获得最大的自由，但资源的稀缺性决定了这种过度追求不可能得到满足，并且很容易在竞争者之间造成冲突。为避免冲突带来更大的损失，人们就用法律创设财产权来划定彼此自由的界限，作为彼此尊重的自治领地。“财产的法律概念就是一组所有者自由行使并且其行使不受他人干涉的关于资源的权利。不受干涉的选择权通常称为‘自由’。”³³米塞斯在研究财产权的核心

³⁰ 亚里士多德：《政治学》（吴寿彭译），（北京：商务印书馆，1965年），第55页。

³¹ 转引自斯韦托尔·平乔维奇：《产权经济学——一种关于比较体制的理论》（蒋琳琦译、张军校），（北京：经济科学出版社，1999年），第28~29页。

³² 罗伯特·考特、托马斯·尤伦：《法和经济学》（张军等译），（上海：三联出版社，1994年），第136页。

³³ 同上书，第125页。

时明确的说：“产权成为自由、个人自治赖以植根和获取养料的土壤，他对人类的一切精神和物质文明的巨大进步产生了深远影响。”³⁴

2.2.3 宪法财产权与民法财产权

尽管财产权是一个法律概念，但宪法上的财产权和民法上的财产权却有着很大不同。分析这两种财产权的联系与区别对正确理解中国古代私有财产权的法律文化特征具有重要作用。

2.2.3.1 两类财产权的联系

宪法上的财产权是民法财产权的基础、前提。没有前者作为基础和前提，后者就不可能存在。宪法财产权的内涵要大于民法上的财产权。宪法财产权的重心是抽象的人权，而民法财产权则是具体的经济利益，但它们体现的都是由于物的存在和物的使用所形成的主体之间的关系，即人与人之间的关系。从权利的宏观角度看虽然非平等主体之间的公民财产权不能靠民法实现和满足，但平等主体财产权的实现却必须依靠民法才能实现，需要民法去调整 and 具体化。

2.2.3.2 两类财产权的区别

宪法财产权的产生是近代以后的事。近代之前的宪法并不以人权为追求价值，无所谓公民个人宪法财产权。

在某一法律体系中，不同部门法中权利所包含的要素并不尽相同。诉讼法中的权利主要表现为一种主张或要求，民商法中的权利更多地指向利益因素，行政法上权利（权力）通常涉及某种权能，宪法

³⁴ 路德维希·冯·米塞斯：《自由与繁荣的国度》（韩光明等译），（北京：中国社会科学出版社，1994年），第104~105页。

上的权利则主要体现主体的某种资格。基于此，我们完全可以把宪法上的财产权和民法上的财产权区别开来。

从财产权的主客体方面看，宪法财产权对应的义务主体是国家，即国家如何保护公民的财产权利。宪法调整两种法律关系，一是调整国家机关与国家机关之间的关系，另一种是调整国家与公民之间的关系。从后者的调整关系看，就是国家如何确认公民的基本权利。宪法作为公民基本权利的保障书，主要是通过限制公共权力来促进和保障公民财产权利的实现。因此宪法对公民财产权的义务主体是财产所有人以外的任何其他人，任何人都负有不得侵犯所有人财产权的义务。宪法上的财产权作为一种与人自身紧密关联的资格权、身份权，往往比民法上的财产权更加注重人际关系因素，且不明确地指向具体的客体。一个人并非因暂时没有财产而失去宪法上取得、占有和使用财产资格。宪法上的财产权是公民的一项基本权利、一种基本人权，是人(或其结合)应当享有和实际享有的、并被社会承认的权利的总和。从人的基本需要来看，公民宪法私有财产权是不可剥夺、不可转让的，甚至是不可分割的，它是人得以生存的一种不可或缺的权利。公民宪法私有财产权的基点是确保主体的生存能够实现，是为了构造主体，但它并不排斥具体的、可以量化的财产权。宪法上的财产权属于人权，是一项公权利，与主体的人身须臾不可分离。它是由宪法确认的，具有强制性的，全体公民可以普遍享有的，对物的排他的、不可转让的、不可剥夺的支配权。

而民法上财产权关系的权利主体是特定的，义务主体是不特定

的。民法上的财产权是以物为中介的人与人之间关系的体现，有明确具体的权利客体。民法上的财产权以资源的稀缺性为条件，反映的是主体与客体之间的一种经济权利关系，即主体有权对这些财产行使占有、使用、收益、处分的权利。民法上的私有财产权是指的一项项具体的利益和服务，这种利益和服务是在公民宪法私有财产权得到保证的情况下发生的，这种财产权是具体的、可以量化的、可以分割、可以剥夺、可以转让和可以处置的。它是人们为了满足不同的需要，以契约为媒介，在商品交易中的一种自愿调剂。对于一个没有财产的人来说，民法上的财产权其实是不存在的。民法上的财产权源于物权，是私权的一种，产生于商品交易过程中自愿的契约安排，其客体是某种具体的物品或服务，具有可转让性、可分割性和可依法剥夺性等特点。

可见，公民个人如果没有民法中的私有财产权个体是能够存在的，但如果没有宪法上的私有财产权个体的存在是不可想象的。公民宪法私有财产权是公民民法私有财产权的基础，前者大于后者。

从对应的权利体系上看，民法上的财产权包括物权(自物权、他物权)、债权(合同之债、侵权之债、无因管理、不当得利)、继承权(继受取得、负债、继承等)、知识产权(著作权、专利权、商标权等)等等，它与人身权(身体自由、人格尊严不受侵犯、住宅不受侵犯、通信自由和通信秘密受法律保护、宗教信仰自由科学研究与创作自由等)相对应；而宪法上的财产权是与平等权、监督权、政治自由、人身权、经济社会文化权利等其他权利相并列的，所对应的是国家财产权。可

见，民法上的财产权体现的是下位的权利，包括财产静态和动态中的归属关系。从静态看它体现的是权利人在法定范围内直接支配一定的物并排斥他人干涉的权利，并且权利人依法对自己的财产享有占有、使用、收益和处分的权利；从动态看在财产交换过程中它体现的各交换主体间对财产的支配、使用、利益、索取等方面的关系，目的是对交换过程中各个主体的交易活动进行具体规定和明确的界定。而宪法上的财产权是上位的权利，它针对的对象和最终目标不是“平等主体的权利”，而是国家公共权力以及建构公民财产权利存在的基础。

2.2.4 不同语境中的私有财产权

私有财产是指个人或私人机构所拥有的具有经济价值的财富。私有财产权即私人对财产所拥有的全部权利，它是与公有财产权相对应的概念。

中国与欧洲等西方国家之间价值理念的区别，导致在私有财产权和公有财产权的价值取向上存在着巨大差异。从前面的论述中我们已经清楚，所谓的财产权主要是人们在主动追求财富的过程中产生的人与物、人与人的关系，以及由此而产生的伦理和分配关系。财产权是由法律创设的，只有在法律上才能获得生命，“财产权是一种法律制度，它的实质是创造并保护对任何种类之财富的私权利。”³⁵而又由于私有财产权和公有财产权的既统一又对立，因而现实社会中诸多问题的产生都或多或少的源于对私有财产权和公有财产权的契合维度

³⁵ A. 赖斯：《新财产权》（崔小波译），（北京：中国经济出版社，1999年），第69页。

的选择，以及由此决定的对这一矛盾的修正和割舍。正是由于修正和割舍这一矛盾的价值取向的差异才产生了不同的社会模式。

西方国家中重视人在追求财富的主动行为中产生的人与物、人与人的关系，崇尚财富与私有财产权的直接同一。具体体现在西方国家的经济基础是私有制，而支撑这一经济基础的则是私权神圣、所有权绝对和契约自由。早在古罗马时期，随着奴隶制国家的建立，适应私有制发展的私有财产权很快就取代了原始氏族公社的公有财产权。土地也在建立奴隶制国家的过程中通过分封形式成为贵族和占有者的私有财产。又由于工商业的发达，工商业奴隶主作为一个特殊阶层也得以发展壮大，他们对财富的追求更为直接，并且在商业交往中形成了以更加势力的思维方式对待他人的习惯。为保障自己的财富安全，他们一方面要求法律能赋予他们对土地和其它私有财产占有的正当性，另一方面又要求法律能防止和阻挡他人及国家对其财产权的侵害。梭伦改革和《十二铜表法》的产生正是这种要求的具体反映。恩格斯如此评价：“国家公民的权利和义务，是按照他们地产的多寡来规定的”。³⁶尽管这在某种程度上忽略了财产的手段性而把公有财产视为洪水猛兽，但却为西方社会的民主共和政体奠定了基本的雏形。历经罗马法的产生及十二、十六世纪两次罗马法的复兴，其私权神圣、所有权绝对和契约自由便成为西方社会不可动摇的财产权基本原则。后来又经过重商主义和重农主义的进一步强化，自由资本主义更是盛行于西方世界，私有财产权几乎与私有制完全同一了。尽管经济危机

³⁶ 《马克思恩格斯选集》（第四卷），第112页。

的频繁爆发、垄断资本主义的发展，私权神圣、所有权绝对和契约自由这三大支柱受到了一定的限制，公有财产权因能够满足政治国家和公益需要而在法定的范围内得以扩展，但私有财产权的本质并未有根本改变，只是在修正和割舍私有财产权和公有财产权的平衡中使得福利国家和社会民主制度模式更加趋于成熟。

中国古代社会即否定财产权的手段性，也否定财产权的私有性。换句话说，就是否定财富与私权的直接同一，而最为重视的是人在追求财富的过程中所体现出来的伦理和分配状况，结果导致财产权和所有权的扭曲并进而带来社会制度模式的缺陷，在一定程度上阻碍了社会生产力的可持续发展。具体体现就是中国古代国家的经济基础是私有制，但作为私有制的支柱则是土地国有和以农为本。无论在夏代的禹刑中，还是在清代的大清律例中，都能找到土地公有和重农抑商的法律规定。这一方面为王权专制的社会模式奠定了坚实基础，另一方面以王朝为代表的统治集团成为最大的收益者和公有财产的最终支配者。尽管从理论上讲，中国古代的社会模式几乎不可能存在，因为私有制和公有财产权是水火不容的，一方面社会性质是私有制，另一方面私人对土地等财产却没有最终的所有权。但令人匪夷所思的是公有财产权不但与私有制结合在了一起，而且王朝专制的根基反而更加牢固。其原因就在于重视人在追求财富的过程中所体现出来的伦理和分配状况。由国家实施财产的最终分配权，并以伦理来掩盖财产权内核的扭曲，财产权与所有制发生了裂变。中国的私有财产权严格说来只是享有权、收益权，而不具有绝对性、排他性和永久性的所有权，

社会的维系是建立在“天下为公”、“以公为先”的伦理基础之上的。这种社会模式成为中国的传统并影响至今，以至不管其社会的性质如何，公有财产在国家财富的分配过程中总是占有主导地位。

中国古代，土地所有权几乎从来都是集中在王朝政权或国家手中。其伦理和分配观念是“均富”和“国家本位”³⁷。从而以伦理色彩掩盖了财富分配的不公平。“井田制”、“均田制”，甚至太平天国的天朝田亩制度，无一不体现了这种伦理和分配观念。尽管随着商品经济的发展，私有财产制度被扭曲的现实已经成为社会发展的障碍和桎梏，尽管统治者已经开始对两种财产权的矛盾进行一定程度上的修正，私有财产权保护的范围在扩大、程度在深化，但这种扭曲并没有得到根本修正，因而导致与西方国家的发展差距仍在扩大。西方国家能够在对两种财产权的修正中使社会模式日趋完善，中国为什么就不能做到？其深刻的法律文化原因值得我们深入探讨。

³⁷ 参见赵清主编：《中国经济思想通史》（第四卷），（北京大学出版社，1998年），第542～548页。

3. 中国古代私有财产权产生和发展的环境分析

私有财产权作为中国古代社会发展进程中的一项最基本权利，私有财产权法律制度作为中国古代社会一项最基本的法律制度，是在什么样的社会历史环境下产生和发展起来的，这些政治环境、经济环境、思想文化环境，到底如何决定了中国古代私有财产权的发展轨迹，或者说中国古代社会为何没能生发出像西方那样发达的私有财产权，没能孕育出像西方那样丰富而系统的有关私有财产权的法律文化？这是我们本章所要论述的问题。

3.1 中国古代私有财产权产生和发展的政治环境

3.1.1 家族是中国古代社会的基本经济单位

在古希腊、罗马时代，私有财产权的发展没有受到任何阻碍。

“由于地产的买卖，由于农业和手工业、商业和航海业之间的分工的进一步发展，氏族、胞族和部落的成员很快都杂居起来”。¹当时罗马的平民阶级主要来源于外来移民。这标志着原始的血缘氏族社会的瓦解，也意味着社会生气和活力的发展。随着个体家庭成为社会的基本经济单位，以血缘关系为纽带的原始共同体迅速崩溃，市民社会出现，并由此而产生了保护私有财产所有权的市民法。

中国古代社会的基本经济单位是家族和宗族。在中国古代国家的形成过程中，固有的部族血缘纽带没有断裂，血缘关系也没有解体。这一部族关系在青铜时代直接转化为新的宗族关系，而血缘关系在春秋战国以后又转化为新的族缘关系。这种血缘关系共同体具有极其顽

¹ 《马克思恩格斯选集》（第四卷），第22页。

强的生命力，长期的历史发展过程中社会组织虽历经变化，血缘纽带不仅没有受到根本性触动反而演变成极具中华文明特色的宗法制度。宗法制度是一种家天下的统治模式，社会的基本经济单位是宗族和家族，财产所有制形式是“王有制与贵族领有制而非私有制”。²梁治平先生说：“这种由战争中强化的权力和族长传统相结合所构成的奇特形态与雅典和罗马国家组织截然不同。首先，国家的产生远不是以氏族组织的瓦解为代价的，相反，它保留了原有的血缘关系，把氏族内部的亲属关系直接转化为国家的组织方式，从而把旧的氏族组织与新的国家形态熔铸于一。所以很自然，它划分居民的标准是氏族而非地域。对于这种国家来说，旧的氏族组织并非可有可无的形式，而是在当时条件下可能采用的最自然最有效的统治方式。其次，国家权力严格来说并不表现为‘驾于社会之上’的‘公共权力’，而是赤裸裸的族姓之间的征服和统治。”³“在世界上有过宗族性的血缘组织的民族不乏其例，但像中国早期文明社会中所见的宗族组织与政治权力同构的情形，却属罕见。”⁴“中国的宗法社会是这样一种情况：按地域划分的国家各级行政组织和按血缘划分的大小家族基本重合，国家系统的君统和家族系统的宗统，政权和族权紧密的结为一体，各级政权的首领均由各大家族的族长、家长担当。“在这个社会中，一切社会关系都家族化了，宗法关系即是政治关系，政治关系即是宗法关系。故政治关系及其他社会关系，都依照宗法的亲属关系来规范和调节。这样

² 参见杨师群：《东周秦汉社会转型研究》，（上海古籍出版社，2003年），第34页。

³ 梁治平：《法辨——中国法的过去、现在与未来》，第74~75页。

⁴ 陈来：《古代思想文化的世界》，（上海：三联书店，2002年），第3页。

一种社会，在性质上，近于梁漱溟先生所说的‘伦理本位的社会’。”⁵

“中国的家族制度在其全部文化中所处地位之重要，及其根深柢固，亦是世界闻名的。……在法制上，明认家为组织单位。中国所以至今被人目之为宗法社会者，亦即在此。”⁶中国古代“划分居民的标准是氏族而非地域”的社会组织形式，“国家权力严格来说”作为“赤裸裸的族姓之间的征服和统治”，以及“一切社会关系都家族化”，“宗族组织与政治权力同构的情形”，使得中国古代的居民难以成为具有独立人格的古希腊、古罗马那样的“公民”或“市民”，当然也就不会拥有自己独立的私有财产权，更不具有产生保护私有财产的“市民法”的基础。历史形成的这种法律文化传统以至于在宗法制度崩溃后一直保留下来，甚至至今依然对私有财产权的法律保护有着很大的负面影响。

3. 1. 2 “国”、“家”一体的政治结构

“在现代，‘国家’一词有两种基本的意义：一种含义是指社会上的一部分人对另一部分人进行统治的工具；另一种含义是指政治地理意义上的国家，例如俄罗斯、美国、法国、日本等等。对后一种含义应称为‘国度’”。⁷《牛津法律大辞典》对国家的定义是：“国家是指生活在地球表面的确定部分、在法律上组织起来并具有自己政府的人的联合。”⁸有关国家的定义还有很多，如古罗马的西塞罗认为：“国家乃是人民之事业，但人民不是人们某种随意聚合的集合体，而是许

⁵ 同上。

⁶ 梁漱溟：《中国文化要义》，（上海：学林出版社，1987年），第11页。

⁷ 王勇飞、王启富主编：《中国法理纵论》，（北京：中国政法大学出版社，1996年），第75页。

⁸ 戴威·M·沃克：《牛津法律大辞典》（北京社会与科技研究所组织翻译），（北京：光明日报出版社，1988年），第851页。

多人于法的一致和利益的共同而结合起来的集合体。”⁹洛克认为：

“在我看来，国家是由人们组成的一个社会，人们组成这个社会仅仅是为了谋求、维护和增进公民们自己的利益。”¹⁰而马克思则将国家定义为：“国家是表示：这个社会陷入了不可解决的自我矛盾，分裂为不可调和的对立面而又无力摆脱这些对立面。而为了使这些对立面，这些经济利益互相冲突的阶级，不致在无谓的斗争中把自己和社会消灭，就带有一种表现上驾于社会之上的力量，这种力量应当缓和冲突，把冲突保持在“秩序”的范围内；这种从社会中产生但又自居于社会之上并且日益同社会脱离的力量，就是国家。”¹¹马克思·韦伯较为著名的解释是：“因此，对于我们的观察来说，纯粹概念上必须指出：现代国家是一个强制机构的统治团体，它在一个区域里曾经卓有成效地争取垄断合法的、有形的暴力作为统治的手段，为此目的把实物的运作手段都聚拢在它的领导人的手中，剥夺了从前自己有权拥有这些手段的所有有独立权利的、等级干部的财产，并使它自己的最高领导取他们而代之。”¹²

中国古代社会并无现代意义上民族国家的概念——“合法的继承”、“明确的边境线”、“稳定的种族”等等，更没有与之相应的政治统治结构。“天尊地卑乾坤定，卑高以成上下位，有君即有臣，有臣即有民。民积民成国，国积国成天下。”¹³由古代夏华民族文化上的优越感而产生的自尊自大心态，使得人们不会去具体详细的与周

⁹ 西塞罗：《论共和国》，（王焕生译），（北京：中国政法大学出版社，1997年），第39页。

¹⁰ 洛克：《论宗教宽容》（吴云贵译），（北京：商务印书馆，1982年），第5页。

¹¹ 《马克思恩格斯选集》（第四卷），第166页。

¹² 马克思·韦伯：《经济与社会》（下卷）（林荣远译），（北京：商务印书馆，1997年），第732页。

¹³ 清·唐才常：《唐才常集》，（北京：中华书局，1980年），第92页。

围各藩属国划定一个明确的边界线。中国古人心目中，整个世界理所当然的都是中华文明的版图。所谓“天朝上国”指的就是这个意思。直至近代，历经多次政治和文化变革，特别是经过孙中山领导的辛亥革命以后才有了西方或现代意义上的国家观念。本文中，我们重点讨论的并非中国古代社会有关“国家”的概念，而是“国”“家”一体的政治统治结构及其对中国古代私有财产权产生的深刻影响。

汉语“国家”一词的造词意象，反映的正是中国古代“家国同构”的文化背景。在中国古代，“国”有着特定的含义，《说文》：“国，邦也”¹⁴，《孟子·离娄上》赵注又说：“国谓公侯之国”¹⁵，这一意义上的“国”，就是我们今天所说的“国家”。另外在先秦典籍中，“国”有时也专指一个国家的国都，《左传·隐公元年》：“大都不过三分之一，中五之一，小九之一”，¹⁶而国都以外的地区则是都鄙采邑。而“家”的本意是指用血缘关系维系的家庭及其所在地，《说文》：“家，居也。”¹⁷春秋战国时期，家还有另外一种含义，即指卿大夫家族及其拥有的采地食邑，《周礼·夏官司马》：“家司马，各使其臣。”句下郑注说：“家，谓卿大夫之采邑。”¹⁸由于商品经济的不发达，中国早期国家形成之际，原有的父系家庭公社并没有为个体家庭所取代，卿大夫家族一直是专制国家重要的政治支柱，所以，卿大夫家族就是国之下的一级政权，“家”即是指卿大夫家庭，同时也代表着一定区域内的行政组织。由于这一原因，古代中国人的语言中，“国”与“家”才能连

¹⁴ 清·段玉裁：《说文解字段注》（上），（成都古籍出版社，1981年），第294页。

¹⁵ 《孟子·离娄上》，载《诸子集成》（1），（上海书店，1986年），第290页。

¹⁶ 《四书五经》（中卷），（沈阳出版社，1996年），第2358页。

¹⁷ 清·段玉裁：《说文解字段注》（上），第358页。

¹⁸ 杨天宇：《周礼译注》，（上海古籍出版社，2004年），第413页。

结在一起成为一个有特定意义的概念。“国家”一词始见于《周易·系辞下传》：“是故君子安而不忘危，存而不忘亡，治而不忘乱，是以身安而国家可保也。”¹⁹这里的“国家”系“王室”或“国土”之意。而以“国家”为国的统称的文献，则始见于唐代柳宗元的《封建论》：“今国家尽制郡邑，连置守宰，其不可变也固矣。”²⁰

很早的时候人们便注意到国与家之间的内在联系，从某种意义上说所谓的国就是家庭关系的扩大，《左传·桓公二年》说：“天子建国，诸侯立家，卿置侧室，大夫有贰宗，士有隶子弟，庶人工商各有分亲，皆有等衰。”²¹汉人赵歧注释《孟子》“国之本在家”一语时，更进一步明确了国与家之间的内在联系，“国谓诸侯之国，家谓卿大夫之家也”²²。国与家组成一个概念，大约始于春秋时期，如《左传·隐公十一年》：“礼，经国家，定社稷，序民人，利后嗣者也。”²³自此而后，“天下国家”便成为人们习用的术语，如孟子说：“人有恒言，皆曰天下国家，天下之本在国，国之本在家。”²⁴由此可见，人们通常是把国与家看作一个政体来进行思考的。“中国古代国家并非阶级对抗的产物，而是政治性的亲族集团之间征服的结果，所以，它采取了家国合一的族姓统治形式，在旧有的‘家’的组织里灌注以新的政权的内容，这就是天子无外，以天下为家的真实含义。”²⁵

国家是家庭的放大，家庭是国家的缩影，二者紧密联系在一起。

¹⁹ 林之满：《四库全书精华》（壹），（北京：中国工人出版社，2002年），第5页。

²⁰ 唐·柳宗元：《柳河东文集》（上），（上海人民出版社，1974年），第47页。

²¹ 《四书五经》（中卷），第2406页。

²² 《诸子集成》（1），第290页。

²³ 《四书五经》（中卷），第2396页。

²⁴ 《诸子集成》（1），第290页。

²⁵ 梁治平：《寻求自然秩序中的和谐》，（北京：中国政法大学出版社，1997年），第28页。

但总的来说国家高于家族，家族的归宿是国家，“君子之事亲孝，故忠可移于君；事兄悌，故顺可以移于长；居家理，故治可移于官。”²⁶ 国君、天子是一国之父，“天子作民父母，以为天下王”。²⁷ “向来绅民之称地方官，县令曰父台，知府以上曰公祖，巡抚曰大公祖。”²⁸ 同时，一家之父又是一家之君，故可称家君。当然，这里的家并非现代意义上的三口之家，而是一个大家，一个家族，是中国人世代所向往的四世同堂、五世同堂，甚或更大的家族、宗族体系。直到清代，人们对州县官员的称呼仍是父母官。孟德斯鸠在评论这种家国关系模式时说道：“尊敬父亲就必然和尊敬一切可以视同父母的人物，如老人、师傅、官吏、皇帝等联系着。对父亲的这种尊敬，还要父亲以爱还报其子女。由此推论，老人也要以爱还报年轻人，官吏要以爱还报其治下的老百姓，皇帝要以爱还报其子民。所有这些都构成了礼教，而礼教构成了国家的一般精神。……这个帝国的构成，是以治家的思想为基础的。如果你削减亲权，甚至只是删除对亲权表示尊重的礼仪的话，那末就等于削减人们对于视同父母的官吏的尊敬了。因此，官吏也就不能爱护老百姓了，而官吏本来是应该把老百姓看作像子女一样的，这样以来，君主和臣民之间存在着的爱的关系也将逐渐消失。只要削减掉这些习惯的一种，你便动摇了国家。”²⁹

在中国人的观念中，由于血缘关系的远近，个人在现实的人际关系中所处的地位等方面的因素，人们分为不同的社会等级。不同的等级有着不同的权力和义务，治人者有着治人者的权力，而治于人者则只有被人治的义务，在这种伦理原则下人与人之间形成了金字塔式的严格的等级结构，人们把相互对应的人际关系完全理解为一种等级隶

²⁶ 《孝经·广扬名》，载林之满：《四库全书精华》（壹），第5页。

²⁷ 《尚书·洪范》，载《四书五经》（中卷），第2194页。

²⁸ 清·沈家本：《日南随笔》（卷三），载《沈寄笔先生遗书》（上），（北京：中国书店，1990年）。

²⁹ 孟德斯鸠：《论法的精神》（张雁深译），（北京：商务印书馆，1987年），第315页。

属关系，如君臣、父子、夫妇、兄弟等，都是以一方服从于另一方为前提。

在中国早期国家的形成过程中，私有产权的发展受到严重阻碍。在“家国同构”的政治结构模式下，与家长制宗法组织相对应的是家长制家庭的财产所有制度。以土地共同占有为特征的土地公有制直至春秋战国时期依然存在着，土地的私有产权并没有确立起来。按马克思的看法，东方的生产方式是所谓的“亚细亚式的生产方式”，这种生产方式的特征是：土地公有、村社制度和专制国家的三位一体。这种生产方式的财产关系特点是不存在个人所有，而只有个人占有。个人对公社而言是不独立的，他自身及所占有的一切，都依附于集体。恩格斯在《家庭、私有制和国家的起源》中就家长制家庭的基本特征论述到：“它包括一个父亲所生的数代子孙和他们的妻子，他们住在一起，共同耕种自己的田地，衣食都出自共同的储存，共同占有剩余产品。”³⁰中国古代的家长制家族组织实际上也就是恩格斯所描述的这种家族公社。

在中国古代的家庭组织内部最主要的生产资料是由家族所有的，一个大家庭就是一个共同耕种的团体。从《诗经》所描绘的“十千维耦”³¹和“千耦其耘”³²这种宏大的劳动场面中，我们可以窥见当时公社公有制的一斑，这样的劳动场面怎么可能产生私有产权？在当时的父系家族内部，除了家长拥有绝对权力，可以支配家族的公共财产外，其他家族成员大体处于同样的地位，之间也没有较严重的财产分化，所以，在中国早期国家的结构模式内部，作为公民个人根本

³⁰ 《马克思恩格斯选集》（第4卷），第54页。

³¹ 《诗经·颂·噫嘻》，载《四书五经》（上卷），第1253页。

³² 《诗经·颂·载芣》，载《四书五经》（上卷），第1260页。

没有自己的主体性存在。没有个人作为财产主体拥有私有财产的空间，也就自然不会存在古希腊、罗马那种根据个人财产确定公民权利的情形。从中国古代国家产生之初，中国就走上了与西方截然不同的私有财产权发展道路。

3.3 中国古代私有财产权产生和发展的经济环境

3.3.1 以家庭占有为特征的小农经济

从西周至战国，中国社会经历了公有制家庭公社瓦解的过程，但这一过程却并没有产生出西方国家意义上的私有财产权。在这一过程中，由原来的公社成员共同占有土地、共同劳动逐步发展到由公社把土地分配给个体农户由个体家庭单独耕种，即《周礼·地官·遂人》所说的“以岁时稽其人民，而授之田野”³³，孟子所说的“八家皆私百亩，同养公田”³⁴的井田制。公社制度长期留存的结果造就了无数的“农夫五口之家，……其能耕者不过百亩，百亩之收不过百石”³⁵的个体小农的大量存在，因而以一家一户为单位的小农经济构成了中国封建时代的经济基础。尽管历经风雨，但是小农经济依然是稳定而缓慢的向前发展，并且成为一种长达数千年的抗干扰、超稳定结构的经济运行模式。

小农经济的特点是自给自足，闭关自守，生产规模狭小，内部相互隔绝，获取生活资料的社会交往远远少于自然交换。小农经济的主要目标是为了满足家庭消费需要，而不是最大限度的追求超额利润。

³³ 杨天宇：《周礼译注》，第413页。

³⁴ 《孟子·滕文公上》，载《诸子集成》（1）《孟子正义》，第213页。

³⁵ 东汉·班固：《汉书·食货志》，（郑州：中州古籍出版社，1996年），第455页。

农民为了获得一定面积耕地的最大产出，可以不计算成本、不考虑收支相抵而投入尽可能多的人力，但劳动生产率显然不高，农民劳动所得除了维持最起码的生活需要之外几乎没有任何余额。生产者在这种糊口农业条件下，难以谈及个人财富的积累。农业生产力的发展失去了最根本的动力，扩大再生产、发展商品生产的可能性更是几近于零。

“这种自给自足的公社，不断以同一形式再生产出来，如果偶然遭到破坏，它也会在同一地点，以同一名称，再建立起来。这种简单的生产组织，为这个秘谜的解决提供了一把钥匙：亚洲各个国家不断瓦解，不断重建，王朝也不断变更，但与此显著相反，亚洲的社会却是看不出什么变化。社会基本经济要素的结构，在政治风云的浪潮中，总是原样不动。”³⁶

中国的私有财产权在小农经济和封建专制的双重束缚下，只能缓慢的萌芽却很难迅速的发展和壮大。因为土地是农业最重要的生产资料，也是小农的命根子。小农的主要活动几乎都是围绕着自己的那片土地展开。另外受安土重迁的影响，人们很少离开故里，交往的圈子非常狭窄。小农经济的发展也使得大规模的商品交易成为不可能，小农一般都是围绕着农业生产资料和日常生活消费资料来进行为数很少的商品交换。居住的相对集中和小农经济生产力的低下，更使得家庭成为最重要、最基本的实体单位，使得几乎所有的人身关系都围绕家庭而展开。“父母在，不远游”，中国历史上除了因为战乱和封建王朝强行移民外，传统文化中的迁徙观念几乎是不存在的。另一方面，

³⁶ 马克思：《资本论》（第一卷）（下），（北京：人民出版社，1963年），第381~382页。

在这种自给自足的自然经济面前，人们的头脑局限在极小的范围内，成为迷信的驯服工具，成为传统规则的奴隶，表现不出任何伟大的历史首创精神。正如马克思认为的那样，这些田园风味的农村公社不管初看起来怎样无害于人，却始终是东方专制制度的牢固基础。

3.3.2 小商品经济特征

在中国古代社会的经济结构中，与占主导地位的小农经济相伴存在的是小商品经济。一个社会中无论社会经济的发展水平如何，商品经济的存在和发展都是必要的。商品经济对私有财产权的产生具有极大的催化作用，但中国的商品经济却也偏偏走上了一条坎坷而又艰难的道路。

中国传统社会的小农经济，其基本的生产单位是一家一户为主的生产共同体，往往只能生产某些单一品种，不具有完整性，生产资料和生活资料的自给自足程度较差，这使得各生产基本单位之间的产品交换变得十分必要和迫切。因此，中国传统社会的小商品生产很早就作为小农经济的补充成份而存在，二者共同构成了中国传统社会稳定的经济基础。

中国传统社会的小商品生产与一般的，特别是与古希腊城邦中存在的商品经济有着巨大差异。在小商品生产中，生产者生产用来交换的产品，其动机不是获取它的价值，而是为了获取它的使用价值。由于商人在商品流通中的中介作用，生产者以自己的剩余产品交换其它产品，其动机是取得其它产品的使用价值，而不是使自己的剩余产品增加价值。这就决定了成为商品的产品在其生产过程中完全不受价值

规律的制约，其进入流通领域后的交换价格也往往背离它的实际价值。中国传统社会小商品生产中商品交换遵循的规律是贱买贵卖，而不是一般商品生产中的等价交换。在此情形下，小商品经济的规模和力量势必非常弱小，小商品经济的充分发展必然受到强烈限制和压抑。

中国古代专制社会的政治行为，同样以自己的特殊方式干预、支配着小商品生产。中国古代社会的国家政权对小商品经济实行的是既利用又抑制的政策。中国古代的“商”，向来分为官商和私商。国家政权对官商当然是极力培植和扶持，而对于私商则是千方百计的加以控制。尽管由于不同时期政治、军事、经济的不同境况，这种控制有时严格有时放松，但政策的主流还是控制。当私商的发展明显威胁到官商的利益甚至威胁专制政体的时候，国家总是毫不手软地采取强制性的办法给予毁灭性的打击。

国家政权之所以利用小商品经济，一是由于商业是沟通农业与手工业，此地与彼地联系的不可或缺的重要环节；二是利用小商品经济满足社会的需要，满足社会生产和社会生活，满足官僚机器和军事机器的正常运转和统治阶级享乐的需要；再就是国家政权出于财政目的，会在某种程度上、以不同的手段利用商品经济的赢利性。但是，由于商品经济对专制社会的政治制度和经济制度具有某种程度的瓦解作用，所以，专制政权对小商品经济又主要采取抑制的政策。

首先在政治上，中国秦汉以来建立起来的大一统的国家体制，中央政府无疑是唯一的政治中心，且具有至高无上的政治权力。而商品

经济的发展，商业力量的积聚和发展，却具有形成一种强大的经济力量和社会阶层的潜在趋势，其结果极有可能会像西方中世纪晚期的城市一样，在社会的政治中心以外形成一个举足轻重的经济中心，造就一个与统治阶级相抗衡的新阶层。此种局面一旦形成，对一元化的封建专制统治无疑是一个巨大的威胁。其次，私人商业与小农经济有着不可调和的矛盾，一是以小农经济为基础建立起来的国家是农业立国、农为国本，只要有国库余粮、可战之民、赋税之源，政权就会稳固，而私人商业则威胁国本，私人商业的发展容易使人弃农经商，轻迁徙而无恒心，崇奢侈而忘节俭，不愿为国家尽忠效力；再则宗法小农之国的伦理之义，在于“君君、臣臣、父父、子子”，在于“尊尊、亲亲、长长、贵贵”。而这一切，只有在一个静止、封闭的小农社会里才能做到，只有在子孙依赖父祖传授生产技术才能继续再生产的农业生产方式下才能做到。而商业活动本身所具有的流动性和开放性，对一个建立在小农经济基础上的封闭静止的社会无疑也是一种潜在的威胁。

中国专制统治者对小商品经济所采取的既利用又抑制的政策，使得中国传统社会的小商品经济始终在夹缝中生存，在矛盾状态中发展，但最终难以逃脱被专制政治控制和支配的命运，不可能发展成为一种独立的经济力量。缺乏真正意义上的商品生产和交换，私有财产权的产生就成了无源之水、无本之木。即便不能断言私有财产权在中国传统社会中一无所有，但的确在社会财产中占的比重微乎其微。中国传统的小农经济和小商品生产没能给中国私有财产权的产生提供

发展的源泉和前提。中国古代特有的经济基础决定了私有财产权不可能得到产生的基础和契机，更不会有茁壮成长的自由空间。

3.4 中国古代私有财产权产生和发展的思想文化环境

3.4.1 “天人合一”的自然观

中国处于北半球温带至暖温带的气候带区域，土地适于耕作。这种地理环境为农业生产创造了良好的条件，造就了中国古代农业文明的发展。在以农为本的古代中国，春生夏长，秋收冬藏，“天”的变化直接关系到人们的生存，风调雨顺则五谷丰登，水涝旱灾则流离失所。人们对天充满了崇敬和畏惧，所以总是在努力探求上天变化的内在规律，追索天人之间内在的联系。在中国古人看来，自然之天是一个和谐有序的实体。作为宇宙的本源，自然之天以这种和谐的精神来安排自然世界，设计人类社会。自然世界中，有阴有阳，有生有灭；有春夏之生长发育，就有秋冬之凋落死亡。对人类社会来说，有男就有女，男女相交，从而繁衍后代。在这种和谐有序的状态中，自然和人类得以发展延续。而对这种和谐秩序的任何破坏，都是天所不容的，天都将以自身的威力来重新恢复原有的和谐状态。所有这一切，促成了古代中国人认真探究天人关系的传统，并逐步从对自然之天的探讨发展到对道德之天的追问。

据考证，“天”字和“人”字在甲骨文中就已经出现，王国维说：“古文天字，本象人形，……是天本谓人颠顶”。³⁷远在商代，人们就开始认为天与人有着一种内在的必然联系，商人认为，商朝的王权

³⁷王国维：《观堂集林》（上），（北京：中华书局，1959年），第282页。

来自于天，天的存在和权威是不容置疑的，人只能绝对的服从天，但天人之间不能直接沟通，只能借助于神职人员才能了解天意。自觉的把天与人作为一对相互联系的范畴，始于周代。西周初年的周公旦，最早把“天”与“人”对举，他说：“天亦惟休于前宁人。”³³这里的“人”特指周朝的先辈文王，也可以泛指周代的所有统治者；这里的“天”则是人格化的至高无上的神，主宰人间的休戚祸福。周人通过对商朝“神权”政治灭亡的反思，开始重新审视天的权威，开始关注人的作用。“天畏棗忱，民情大可见”，³⁴天意不仅通过占卜可以预测，还可以通过民意反映出来，人间王朝的更替，也是天据民意决定的。天与人由此成为一个有机的整体，“王政”必须顺应天道，反过来王道也可以对天道产生影响。西周“民之所欲，天必从之”的思想可以说是中国古代天人合一思想的萌芽，对后世封建政治思想和法律观念的影响极为深远。

“礼崩乐坏”的春秋战国之际，虽然神权政治作为一种制度结构和意识形态依然存在，但是诸多有远见的思想家开始逐渐冷淡了对天的崇敬，转而热衷于对人事的探讨。这种转变使“天”的概念发生了很大变化，各家各派在论及时，基本是各取所需，各具特色，其中尤以儒家对天人关系的阐释极大的影响了后人。以孔孟为代表的儒家从其现实的社会政治主张出发，赋予天以新的内容，注重从伦理角度解释“天”，从而使“天”逐步伦理化。在儒家的伦理中，“天”在具有自然属性的同时，更具有社会政治、道德伦理属性，同道合德，“天

³³ 《尚书·大诰》，载《四书五经》（中卷），第2215页。

³⁴ 《尚书·康诰》，载《四书五经》（中卷），第2220页。

道”是人类伦理道德的最高境界，人类的伦理道德源于“天道”。在这个意义上“天道”就是“人道”，“尽其心者，知其性也；知其性则知天矣”³⁵

西汉的董仲舒兼采百家学说，集儒家思想之大成，提出了“天人相类”和“天人感应”学说，使天人合一思想得以系统化、理论化。董仲舒认为，天人是相通的，人的精神形体是大自然的副本，因而人类社会应该“副天之所行以为政”，³⁶效法上天，顺应自然，按照天的运行规律存在和发展，甚至提出“存天理，灭人欲”的极端主张。董仲舒通过直观的、外在的类比推理方式，对天与人之间的相类相应关系进行了解释，力图说明天人在形体上、本质上的双重类合。

到了宋明时期，理学家更加注重天人之间的内在相通，所以对“天人”关系的探讨也就更加原理化、内在化。张载首先明确提出“天人合一”的命题：“人能尽性知天”，“天人一物”，“儒者因明致诚，因诚致明，故天人合一，致学而可以成圣，得天而未始遗人。”³⁷朱熹则认为：“天人本只一理”，“天即人，人即天”。³⁸在宋明理学家看来，天道是人类道德的最高准则。因此，人道、天道是完全相同的，天道、人道本乎一道，此外并无他道。人与天的这种类合，决定了人可以接受天意，实践天意，仿天之序造就人类社会的理想秩序。

从对中国古代“天人合一”思想发展的概述中，我们可以看出，中国的思想家并不孤立的探索天，也不单独的考虑人，而是把人与天

³⁵ 《孟子·尽心》，载《诸子集成》(1)《孟子正义》，第517页。

³⁶ 汉·董仲舒：《春秋繁露》(周桂钊等译注)，(济南：山东文艺出版社，2001年)，第489页。

³⁷ 宋·张载：《张载集》，(北京：中华书局，1978年)第63、64、65页。

³⁸ 宋·黎敬德：《朱子语类》，(北京：中华书局，1986年)，第387页。

作为一个整体来探究，这就是所谓的“天人合一”。在这种思维方式引导下，中国古人把人和自然看作一个相互对应的结构——功能统一体。人既是自然的产物，又是自然的体现，二者具有同构性，自然存在的本质——天道与人类社会存在的本质——人道是相一致的，共同构成世界存在的最高本质（道），这是社会运行应遵守的基本准则。这一思想使自然之天具有了伦理和政治的属性，成为人类社会伦理道德和社会政治的根源，人类社会也因之成为自然之天的源生物，并最终依附于自然之天。

追求和谐的“天人合一”思想对中国传统文化的各个方面都产生了深远影响，也为中国古代私有财产权的形成和发展提供了理论根据。既然“天道”是人类伦理道德的最高境界，“天人相类”，那么君主自然就是天下的主宰，就是天下所有财富的终极拥有者；既然天道是人类道德的最高准则，人们只可以接受天意，实践天意，仿天之序造就人类社会的理想秩序，那么就只能接受天意的安排，顺应君君、臣臣、父父、子子的伦理准则，按封建等级或者行政权力的大小来分配社会财富；既然要“存天理，灭人欲”，那么怎么还会有个人私有财产的存在和保护？即使有所谓的私有财产权的存在，也必然导致人们在追求财富的过程中，在追求私有财产的过程中，过分强调伦理和分配状况，导致财产权和所有权的错位和扭曲。

3.4.2 “化性起伪”的人性观

在中国思想发展史上，人性问题显得尤为重要。如果说古希腊哲学家把对于“正义”的理解作为其全部思想学说的逻辑起点的话，那

么中国古代的思想家认识社会政治、经济生活的逻辑起点则是关于人性善恶的判断。

在古希腊，思想家也曾反复讨论过人的问题，不过他们一再强调的是个人的重要性，如亚里士多德在《政治学》一书中把城邦定义为由许多部分组成的“全体”，即“若干（许多）公民的组合”，同时，又反复讨论了“谁可以被成为一个公民”的问题。³⁹从古希腊哲学家所阐释的“个体”，到近代思想家所提出的“每个人都拥有与生俱来的自然权力”，西方以一贯之的思路是把人假定为自由平等的个体。

同样亚里士多德也曾对人的道德品质做出了悲观的评价，认为人的道德品质中包含有兽性的成份，但他同时指出，每个人都不能完全消除这种兽欲，“虽最好的人们（贤良）也未免有热忱”，很显然，在古希腊哲学家那里，先验的善恶对每个人都是公平的，这与传统儒家不承认每个人相对于道德善恶的均等机会恰好相反。

直到近代，人性问题的重要性在西方才凸显出来。近代西方思想家的分权制衡理论，就是基于对人性的悲观估价而提出来的。孟德斯鸠指出：“一切有权力的人都容易滥用权力，这是万古不易的一条经验。说也奇怪，就是品德本身也是需要界限的”。⁴⁰按照近代思想家的逻辑，因为人的本性是恶的，所以每个人都有可能滥用权力，为了防止权力被滥用，就应该避免把权力集中在一个人或几个人手里。这种性恶论可以追溯到亚里士多德时代，不过，亚里士多德只是在人性恶的前提下意识到了法治的重要性。只是到了近代，人性论才真正成为

³⁹ 亚里士多德：《政治学》，第109~111页。

⁴⁰ 孟德斯鸠：《论法的精神》，第243页。

权力制衡理论的基石。与西方逻辑的思维方式相适应，在西方思想家那里，并不像中国的思想家一样着意于对人性善恶的论证。在很多时候，他们只是说人性是善或是恶，而很少去证明人性为什么是善或为什么是恶。因为在西方思想家那里，人性的善恶是不言自明的。在中国古代思想家那里，不仅要说明人的本性是什么，而且还要进一步用经验的方法来证明人的本性为什么是善还是恶，善从何来？由于对人性的不同理解，东西方的社会发展走上了完全不同的两条道路。自然，东西方私有财产权的发展也经历了迥然不同的境遇。

中国历史上，最先谈到人性的是孔子，即那句名言：“性相近也，习相远也。”⁴¹其实这句话对人的本性究竟是善还是恶并没有做出任何清晰的判断。孟子提出了性善说，其理论根据是每个人都有“不忍人之心”，“所以谓人皆有不忍人之心者，今人乍见孺子，将入于井，皆有怵惕惻隐之心，非所以内交于孺子之父母也，非所以要誉于乡党朋友也，非恶其声而然也。由是观之，无惻隐之心，非人也，无羞恶之心，非人也，无辞让之心，非人也，无是非之心，非人也。惻隐之心，仁之端也，羞恶之心，义之端也，辞让之心，礼之端也，是非之心，智之端也。人之有是四端也，犹其有四体也，有是四端而自谓不能者，自贼者也”。⁴²在孟子看来，人之所以为人的根本存在，在于仁义礼智四端，而仁义礼智四端在某种程度上又决定于人的善良的本心。

先秦法家的代表人物韩非子提出了人性好利说。他认为，好利恶

⁴¹ 《论语·阳货》，载《诸子集成》(1)《论语正义》，第517页。

⁴² 《孟子·公孙丑上》，载《诸子集成》(1)《孟子正义》，第138~139页。

害是人的本性：“好利恶害，夫人之所有也。”⁴³“安利者就之，危害者去之，此人之情也。”⁴⁴人们受利己心的驱使，在行为上总是表现出趋利避害的特征。个人利害是人们思考问题和从事活动的出发点和终结点。尽管韩非子没有明言人性是邪恶的，但用今天的标准看，如果承认人性是自私的，那么这种人性观就是性恶论。正是从这种人性论出发，韩非子构建了一个法、术、势并用的“法治”理论体系。

值得注意的是，儒家的另一位代表人物荀况，作为战国时期的最后一位大师，在吸收诸子百家思想精华的基础上，也提出了性恶论，即“人之性恶，其善者伪”⁴⁵的人性主张。他对人性的基本看法是：性是人的先天禀赋，“凡性者，天之就也，不可学，不可事。”⁴⁶荀子所说的性主要是人们维持生存和人类繁衍自然表现出来的衣食声色等要求，包括“饥而欲食，寒而欲暖，劳而欲休”，“目好色，耳好声，口好味，心好利，骨体肌理好愉佚”⁴⁷等。他说：“夫好利而欲得者，此人之性情也”，“故顺情性，则弟兄争矣”⁴⁸。既然人性是恶的，可现实中又确有作为善的标准的礼义道德，有圣人、贤人。怎样解释人本性的恶与实际存在的善行之间的关系呢？荀子用“其善者伪”进行了解释，人们是可以摆脱饮食男女这些动物性的恶的支配的，因为人可以“伪”。“性也者，吾所不能为也，然而可化也；情也者，非吾所有也，然而可为也。”⁴⁹因为人能学而能事，而能成不同于性的行为，

⁴³ 《韩非子·难二》，载《诸子集成》（5）《韩非子集解》，第280页。

⁴⁴ 《韩非子·奸劫弑臣》，载《诸子集成》（5）《韩非子集解》，第69页。

⁴⁵ 《荀子·善恶》，载《诸子集成》（2）《荀子集解》，第289页。

⁴⁶ 同上，第290页。

⁴⁷ 同上，第291页。

⁴⁸ 同上，第292页。

⁴⁹ 《荀子·儒效》，载《诸子集成》（2）《荀子集解》，第91页。

脱离性之恶而表现伪善，即“今人之性恶，必将待圣王之治，礼仪之化，然后皆出于治，合乎善也。用此观之，然则人之性恶明矣，其善者伪也”⁵⁰。性受之于天，故谓之“天性”、“天情”，伪得之于后天人为的努力。这里的“伪”，不是“诈伪”，而应解释为“人为之义”。⁵¹荀子的性恶论，实际上是春秋战国末期，礼崩乐坏，臣弑其君，以强凌弱、以众暴寡的阶级斗争现实的反映。他是从社会现实中人们都努力保护或攫取私有财产的角度，把统治者的贪欲和权势欲所造成的社会的无序，把人们在普遍混乱中所表现出来的争权夺利、犯分乱理视为恶，然后又把这恶归结到人性上。

尽管荀子提出的人性恶的判断与孟子相悖，但他也是根据人与生俱来的生物本能，进一步论证了人的本性是恶的：“今人之性，饥而欲饱，寒而欲暖，劳而欲休。”⁵²自荀子开始，人性善恶就成了后代思想家论争的主题。尽管秦汉至明清之际的思想家都试图对人性问题做出更为清晰的解释，实际上都没能走出先秦儒家的既定思路。尽管在其后的历史发展中，孟子的性善说更多的被封建社会的统治者表面上所接受。但仔细分析孟子的性善说和荀子的性恶说，会发现他们其实异曲同工。他们都对道德上的至善做出了近乎一致的承诺，即善不是独立存在的，它只能向人类自身去寻求。只不过孟子的性善说是一种比较直接的论证，即人的本性就是善。表面上看，荀子的性恶论似乎否定了先验的善，实际上是通过另一种方式来说明善存在于人类社会

⁵⁰ 《荀子·善恶》，载《诸子集成》(2)《荀子集解》，第294页。

⁵¹ 傅山：《荀子评注》(手稿)，藏山西省博物馆。

⁵² 《荀子·善恶》，载《诸子集成》(2)《荀子集解》，第291页。

生活内部。虽然荀子认为人的本性是恶的，可是人类却可以通过“化性起伪”而产生善，而能够化性起伪的只能是古往今来的圣人，即所谓圣人“化性起伪”。⁵³ 荀孟二人人性论的根本差别在于，在孟子看来，善的品质是先验的存在于每个人身上，只是由于某种原因使庶民失去了这种品质，而君子却保留了这种品质，“庶民去之，君子存之”；在荀子看来，任何人本来都不具备善的品质，只是由于某种机缘，道德的至善出现在君子或圣人身上。论证方式虽然不同，其逻辑结果却并无二致，都不约而同的证明圣人对于人类社会生活的绝对必要性。荀子的人性观，“有儒之一端”，“其精挚处则与儒远而近于法家”。⁵⁴

事实上，汉朝所谓“王霸杂用”的政策，实际上就是“阳儒内法”在政治实践中的具体运用，而荀子便是一个儒家大师中‘阳儒内法’之人。自荀子开始将儒家的性善说与法家的性恶说融合在一起，开创了历史上“阳儒内法”，或者说“外儒内法”思想的先河，进一步促进了中国古代社会伦理与法律的结合，谭嗣同曾有“两千年来之学，皆荀学”⁵⁵之论，这充分说明荀子思想在中国封建社会历史上所占据的重要地位。

自荀子之后，历代儒学都没能摆脱荀孟两位大师的窠臼，即在讨论人性的善恶时有一个共同的逻辑预设：在本原的意义上，人是不平等的。“分均则不偏，执（势）齐则不壹，众齐则不使。有天有地，而上下有差，明王始立，而处国有制。夫两贵之不能相事，两贱之不

⁵³ 《荀子·善恶》，载《诸子集成》（2）《荀子集解》，第296页。

⁵⁴ 傅山：《荀子评注》（手稿），藏山西省博物馆。

⁵⁵ 清·谭嗣同：《谭嗣同全集》，（上海：三联书店，1954年），第337页。

能相使，是天数也”。⁵⁶传统儒家普遍的认为民众本身不具备先验的道德善，民众的品性只能是恶，民众只是追逐自己的私利，民众是没有优良道德品质的一族，所以只能用教化的堤防阻止民众变坏，如贾谊所说：“民者，在上所以牧之，趋利如水走下，四方忘择也。”⁵⁷同时，传统儒家又都肯定道德无暇的“君子”和“圣王”的存在。虽然，历代儒家都不肯承认现实生活中掌握绝对权力的君主就是完美无缺的圣人，可是，他们在事实上也没有割断历史上的圣王与现实的君主之间的某种联系。由于圣王拥有先验的美德，所以服从圣王就成为传统儒家学说的基本共识，因而，儒家也就把优良的社会生活的追求完全寄托在圣人身上。由此以来，人治也就自然而然的成为儒家治国方略的核心。甚至到了明末清初对君主专制制度批判的十分强烈的黄宗羲，都一直没有放弃这种对圣人明君的期待。由此看来，人们就不难理解为什么儒家的人性论能历几千年之久为封建专制所接受，并且成为中国封建社会占主导地位的人性学说。

其实，仅就“人性”本身来说，思想家究竟对人性做出什么样的判断并不重要，重要的是道德的善恶、人性的品分是思想家们设计所有社会政治制度、经济制度、法律制度，追求至善的基础和前提。因为，从根本上说，思想家们所说的人是一个抽象概念，人性的善恶只不过是一种理论上的假定，如果没有了这种假定，其全部的思想学说就没有了逻辑的支点。至于历代思想家对于人性善恶的判断是否符合人的实际，则是另一回事。就荀孟的人性论来说，他们自己未必不知

⁵⁶ 《荀子·善恶》，载《诸子集成》(2)《荀子集解》，第96页。

⁵⁷ 东汉·班固：《汉书·食货志》，第455页。

道现实生活中的人是一个复杂的多面体，他们未必不清楚自己提出的善恶论都有一定的片面性，但只有做出这种先验的假定，他们才能论证过去及未来社会生活的至善或天理。

“化性起伪”的人性论，与“外儒内法”统治思想相辅相承，进一步促进了中国古代社会伦理与法律的结合，这是中国古代思想家们为现实财产权的不平等所能提供的最有力的根据。道德至善的圣王对财产的占有是天经地义的，而没有优良道德品质的民众对私利的追逐却会变坏。所以必须阻止民众对私有财产的诉求。在这样一个伦理与法律高度结合的人治环境中，企望私有财产权的充分发展和有力保护不具备起码的思想文化基础。

4. 中国古代私有财产权的历史沿革

中国古代社会的私有财产权保护总体来看是不受重视的，甚至相对于西方国家的私有财产权制度来说，是变态的、畸形的。中国古代社会确实从来没有存在过西方意义上的绝对的、永久的、排他性的私有财产权，但这并非意味着中国就没有私有财产权的发生与存在。因为社会生产力的发展，必然引起社会生产关系及经济基础的变化，而私有财产权又是一个社会所有关系中最为基础、最为敏感的关系。

中国古代社会的发展进程中，法律一直都是“礼”“法”结合、“重刑轻民”，对于涉及“田土、钱债”等有关财产权的规定，可谓少之又少。在已出土的考古资料及文献中没有关于财产权关系的单独、具体的法律体系，只是对一些相关的现象在法律上进行了有针对性的规定，而大量存在于家庭习惯法中有关私有财产权的规定也过于零散。从现代法律体系的角度看，有关财产权的法律规范，一是体现在宪法上，二是体现在民法上。不言而喻，在中国古代社会中，近现代西方国家宪法意义上的私有财产权是绝对不可企及的。因而，关于中国历史上私有财产权的历史沿革，也只能按现代民事法律中有关财产法的具体内容进行叙述和分析，只能无奈的以大陆法系的法律概念和法律体系作为研究的起点。

现代民事法律中的财产法分为两大类：一类是财产的归属法，以保护财产归属秩序为目的，确定权利主体对归属财产的直接支配权，相当于物权法，这一部分内容，本文主要以中国的土地财产权的变迁予以论述，因为在以农业文明为主的中国古代社会，一切财产权中最

重要的就是对土地的占有。另一类是财产的流转法，以保护财产流转秩序为目的，使归属于一定权利主体的财产，经由权利主体的自由意识而完成其流转，相当于债权法，这一部分我们主要以中国古代社会的契约制度、债权关系等为主要论述对象。

另一方面，中国历史上奴隶社会和封建社会的断代问题，一直颇有争论。较为流行的两种观点是，翦伯赞先生认为西周时期是中国封建社会的开始，郭沫若先生则认为春秋时代是中国奴隶社会的瓦解期，战国时代是中国封建社会的形成期，而秦朝则是封建社会正式开始。今人田昌五也提出了与郭老大致相同的结论，不过考证更为丰富、精细。其实，五种社会形态说应属于历史哲学的范畴而不属于历史学范畴，在具体的历史发展过程中很难画出一条整齐的时间线，说此前是奴隶社会，此后是封建社会。更何况封建社会和奴隶社会，只是在欧洲才分得比较清楚，而在中国却很难这样划分，我们很难用西方的历史规律来衡量中国的历史。但为论述方便，我们仍采信目前较为流行的郭沫若先生的说法。并且本章只是从中国古代私有财产权发展进程的角度，对中国古代私有财产权的历史沿革作以简要梳理。

4.1 中国古代私有财产权的产生

4.1.1 夏、商、周时期

夏、商、周为中国的奴隶制时代。中国有文字可考的历史也肇始于殷商时期。这一时期法律处于草创阶段，成文法若隐若现远未形成系统法典。因史料所限，有关财产权的内容难窥全豹，但可以肯定的是早在商代，“土地所有制基本上是一种国有制”。“在商代奴隶主

贵族的土地权……从总体来看，是一种占有关系，即使用权。”¹西周初年，以周公为首的周统治者在“以德配天”的早期人本主义和民本主义思想指导下对礼制进行了初步改造，使更多的习惯纳入国家和社会公共意志的轨道并逐渐体系化。这一体系的核心就是“亲亲”“尊尊”的差别思想。当时大至整个国家政治机制的构架，小至对具体人物的评价，都以礼为基本准则。礼制形成了西周独特的财产法律制度，即严格按照人们的社会等级分配生活资料。

在土地财产权方面，据史书记载，西周及以前的夏商都实行“井田制”²。所有的土地在理论上都归国王所有，所谓“溥天之下，莫非王土”。³国王把土地赐予大臣，但土地所有权并未随同周王赐予而转移，诸侯贵族只享有土地的占有权和使用权，不能自由处分，也不准买卖，即所谓“田里不鬻”。并且，周王还有权随时收回诸侯封地，称作“削地”。耕地以“井”字形深沟划成耕种，相等的9块100亩地块，中央的一块是公田，由8户人家共同耕种，收成全部归领主；边上的8块授予每户一块，各自耕种，收成归农民自己。土地不得买卖。每三年“换土易居”（轮换耕地和住房）。可见，西周时期的土地财产权仅限于简单的占有，土地的主人对于土地只有占有、使用权，而没有处分权。井田制实质上仍是由部落所有制转化而来的国家所有制。这是与当时刀耕火种、木石农具、主要依靠集体人力的较低下的生产力水平相适应的。

¹ 张晋藩：《中华法制文明的演进》，（北京：中国政法大学出版社，1999年），第31页。

² 主要参见于《孟子·滕文公上》、《春秋谷梁传》、《周礼·考工记》、《汉书·食货志》等。

³ 《诗经·小雅·北山》，载《四书五经》（上卷），第1129页。

在动产方面，西周贵族的私有财产大多来自国王的赏赐、战争的战利品、下级贵族以及庶民的上贡等。而对于无主物或者脱离主人控制的财物，则按照有限度的先占原则确定其归属。西周规定对于背主逃跑的奴隶不得私下收为己有。西周初年，鲁国国君伯禽就曾宣布贵族领主不得越界追索走失的奴隶和牲畜，而走失奴隶和牲畜的一方也负有及时归还的义务，即“马牛其风，臣妾逋逃，勿敢越逐，祇复之，我商賚汝。乃越逐不复，汝则有常刑！”⁴

契约方面，西周时期在贵族的交易中已经采用文字契约，即在竹木契券上书写契约内容。根据《周礼·天官·小宰》记载：“称责以傅别”，“买卖以质剂”。⁵西周时买卖契约称之为“质剂”，在竹木简的两面写上同样的文字内容，再剖开各执其一。土地、奴隶、牲畜等重要的财物买卖采用长的“质”，一般的买卖采用短的“剂”。借贷契约称之为“傅别”，是在竹木简的一面写上文字，从中剖开，拼拢后才可以读通。贵族之间的交易活动，契约副本要交朝廷的“司约”机构收藏。如果是订立土地交换之类的较为重要的契约，买卖双方都必须发誓，如果日后反悔或者违约，则要在朝廷的“司盟”机构审查誓言。

4.1.2 春秋战国时期

春秋战国时期是中国法制大发展时期。与经济发展和各诸侯国政治制度建设相适应，法治思想开始萌芽并迅速发展。与此同时，成文法典开始大量制定和发布，迅速排斥旧有的礼制。

⁴ 《尚书·费誓》，载《四书五经》（中卷），第2344页。

⁵ 杨天宇：《周礼译注》，第35页。

在财产权方面，这一时期最鲜明的特点是井田制的逐步废除。春秋时期，随着生产力的发展，特别是铁制工具的应用、牛耕的出现，为有计划、有规模地开垦荒地、兴修水利提供了有利条件，私有土地的面积不断扩大，“井田制”逐步瓦解，原来的国有土地渐渐被各级贵族占为己有。“封略之内，何非君土；食土之毛，谁非君臣”⁶，这说明了土地所有权的变化。承认土地私人占有是从设定赋税义务的方式上表现出来的。春秋时期的实物地租分为“征”、“税”、“敛”三种形式，“征”就是无固定数额，全以地主的好恶为转移；“税”是公元前594年鲁国最先实行的“初税亩”，本是国君按田收税的办法，实际上包含了地主上交国君和下收农民地租两项内容；“敛”就是国君可以随时向农民派征的杂税。同时还有“赋”，即征集车马和军需。此外，春秋时期还有劳役地租。

公元685年，齐国“相地而衰征”⁷，根据土地的等级向各级贵族征收土地税，从而承认了贵族的土地私有权。鲁宣公十五年（公元前594年）实行“初税亩”，正式开始按土地的亩数收税，从而公开承认了私人占有土地的合法性。还有像鲁哀公十二年（前483年）实行“用田赋”，公元前408年秦国实行“初租禾”等，这些都说明井田制在春秋时期已遭到严重破坏，土地的私有已开始萌芽。到战国时期，土地的私有进一步得到法律的承认。诸侯国施行赏赐往往就是将土地赐予有功者，因为一般都认为“意民之情，其所欲者田宅也”。⁸“及秦孝

⁶ 《左传·昭公七年》，载《四书五经》（下卷），第3357页。

⁷ 春秋·左丘明：《国语·齐语》，（济南：齐鲁书社，2005年），第115页。

⁸ 《商君书·徠民》，载《诸子集成》（5）《商君书》，第26页。

公用商君，坏井田，开阡陌”⁹，承认土地私有权，允许民间私人买卖土地。

中国当代出版的《中国法制史》、《中国法律思想史》、《中国民法史》等教科书或论著通常认为，商鞅“为田开阡陌封疆，而赋税平”¹⁰，确立了封建土地私有制。王卫国先生认为：在农业社会中，土地私有的确是人类历史上一次意义深远的制度更替，例如发生在春秋战国时期的废除井田制，就是中国由奴隶社会转变为封建社会的主要标志。¹¹我们认为，商鞅变法以后中国社会是否是一个私有制社会，值得商榷，我们将在下文予以论述。但中国古代社会土地私有财产权的发生作为一个过程的确肇始于商鞅变法，这是不争的事实，尽管这种“私有”与西方社会的“私有”有着天壤之别。

4.2 中国古代私有财产权的发展

4.2.1 秦汉时期

秦朝是我国的第一个封建王朝。秦统一六国后，在商鞅变法的基础上，又于公元前216年下令，要求全部处在秦皇朝统治下的百姓向政府申报私人占有的土地，作为政府征收赋税的依据。按照春秋以来的传统，以私人占有土地面积设定赋税义务，也就是变相承认私人合法地占有、使用土地的权利。除了确定私有土地为课税对象外，秦律还规定在私有土地上要“开阡陌封疆”，即开辟公共通行道路和设置私有土地的明显标志。

⁹ 东汉·班固：《汉书》，第453页。

¹⁰ 汉·司马迁：《史记》，（长春：吉林文史出版社2003年版），第431页。

¹¹ 王卫国：《中国土地权利研究》，（北京：中国政法大学出版社，1997年），第1页。

可见，尽管秦朝承认土地的私有权，但是，法律并非从正面、从明确权利的角度来加以确认，而是从设定义务的角度来承认私有土地的合法性，这是中国古代社会私有财产权方面的一个重要特征。

秦代私有财产权的客体种类包括：（1）、土地所有权。《军爵律》规定战场上杀敌立功拜爵并赏赐土地，这些土地可以“为子孙业”。由国家赏赐的土地完全归私人所有。随着战争的发展，这种赏赐的土地越来越多。（2）、牲畜所有权。法律确认马的私有性并加以保护。

（3）、奴隶所有权。（4）、生活资料。秦律承认人们衣食住所需要的房屋、衣被、家具、装饰品、商品等归属私人所有。此外，秦代的私有财产还包括自己的生产工具和生产物等。

关于秦代债权关系方面的史料极少，只是在云梦睡虎地秦墓竹简中有些借贷关系的记载。云梦睡虎地竹简有：“百姓有责（债），勿敢擅强质。擅强质及和受质者，赀二甲。”¹²意思是指百姓之间的债务关系，不准擅自强行索取人质作为债务担保，即使是双方同意以人质作为债务担保同样视为犯罪，均处以“赀二甲”的刑法。可见当时已经排除了以人身作为债务担保的做法。同样在云梦睡虎地秦墓竹简的资料中，还记录了当时债务人以劳役抵偿债务的一种较为特殊的担保方式：“有责（债）于公，以其令日问之，其弗能入及赏（偿），以令居之，日居八钱。”¹³即欠官府债务的人到期未还，传讯他后如其表示无力偿还，当日即令其为官府服劳役以抵偿债务，每劳役一天抵偿八钱债务。

¹² 睡虎地秦墓竹简整理小组编：《睡虎地秦墓竹简》，（北京：文物出版社，1978年），第214页。

¹³ 同上。

值得一提的是，秦代对财产权的保护主要采用刑罚手段。《法律答问》载：“盗徙封，赎耐。”¹⁴徙，移的意思，封，即田界，即凡是私自移动田界标志的，将被判处“赎耐”的刑罚。因为秦律是站在维系社会整体利益的立场上来立法的，保护财产权并非为保护所有者个人的利益，把盗窃、强抢、伤害、诽谤这类的不法行为，首先是看作对社会秩序的侵犯，因而须用刑法的手段加以处罚。这种重公法而轻私法，用刑法手段调整财产权等民事法律关系的传统，对中国古代社会私有财产权的发展有着极大的消极作用。

至汉代，土地主要分为国有和私有，国有土地（即“官田”）归皇帝，皇帝可以将其赏赐给有军功或对国家有特殊贡献的人，或者由官府租给农民耕种，收取赋税。私有土地是指地主所有的土地，地主、贵族、官僚利用手中的特权通过受赐、侵占、买卖、继承等方式大肆掠夺、兼并土地。富者田连阡陌，贫者无立锥之地。故汉代法律对私有财产，特别是土地房屋的规模有相当的限制，规定必须按照人们的社会等级地位而有所差别。比如西汉武帝派出刺史巡视各地，所奉的“诏书六条”规定了监察的对象，第一条就是“强宗豪右，田宅逾制”¹⁵。公元前9年，西汉朝廷还曾宣布“限田令”，规定关内侯以下的爵位，以及百姓私人拥有土地不得超过30顷¹⁶。王莽篡汉后，还曾实施“王田制”，宣布取消土地私有，禁止土地买卖，私人占有的土地不得超过一夫百亩的限制，多余土地应当转让给亲属，否则予以没收¹⁷。

¹⁴ 参见张建国：《帝国时代的中国法律》，（北京：法律出版社，1999年），第263~269页。

¹⁵ 唐·杜佑：《通典》（一），（长春：吉林出版集团有限责任公司，2005年），第391~392页。

¹⁶ 东汉·班固：《汉书·食货志》，第457页。

¹⁷ 东汉·班固：《汉书·王莽传》，第1183、1186页。

当然王莽改制的法令其实际意义可能并不大。

汉代的契约已习惯以文字记载当事人的意思表示。作成书面契约，称之为“券书”、“书券”或“契书”等。大到土地房屋，小到布袍衣物，一般都作成竹木简的书面形式，载明当事人、标的、价金、日期等主要内容及见证人的署名。汉代的租赁契约较为常见，习惯上将耕地的租赁称之为“租佃”。董仲舒在给汉武帝的上书中所称的“或耕豪民之田，见税十五”¹⁸，即租佃地主的土地，地租率要达到收获量的百分之五十。这样的地租率一直持续到中国近代。

4.2.2 三国两晋南北朝时期

三国两晋南北朝时期，几乎每个朝代都力图实施某种土地制度，以控制最基本的生产资料——土地，以及农民的人身。

三国鼎立后，各政权为增强军事经济实力均实行“屯田”，其中曹魏屯田规模最大。东汉末年长期战乱，中原地区大量耕地抛荒，农民流离失所。曹魏政权遂宣布所有荒地一律国有，将流民按照军事编制组织为“屯田客”，强迫为国家开垦荒地，收获的粮食十分之六归官府，农民自己只能留下十分之四。屯田客没有人身自由，身份世代沿袭。289年，西晋统一全国后颁行“占田制”，规定普通百姓男子占有的土地不得超过70亩，女子不得超过30亩，其中男子以占有土地中的50亩、女子以占有土地中的20亩为“课田”，承担向国家缴纳田租税的义务。北魏于485年推行“均田制”，规定每个15岁以上的男子由国家分配4亩“露田”（不得种树，因土地裸露而得名）、20

¹⁸ 唐·杜佑：《通典·田赋》，载元·马端临：《文献通考》（上册），（北京：中华书局，1986年），第31页。

亩“桑田”（规定必须种植桑树），女子分配“露田”20亩。露田在农民死后或年老免役后应归还政府，不准买卖。桑田可私人继承，可以在限额之内买卖转让。分配土地不一定完全足额，但是政府却以理论上的分配土地额度，按照人头向农民征收赋税。

北魏“均田制”是中国古代历史上相当周密的土地法令，在中国北方地区产生深远影响，以后的东、西魏，北齐、北周政权都不同程度地实行这一制度，并影响到隋、唐。

北齐时期，尽管原则上禁止土地的自由买卖，但法律允许“帖卖”，即出让方获得受让方支付的一笔款项后，向受让方转移土地的全部占有、使用、收益权，在约定的年限期满后出卖方可以原来的价钱赎回土地，即“钱还地还”。¹⁹这种交易方式显然具有规避法律禁止土地买卖的企图，从债权的角度看，可以说是出让方以土地作为债务的质押担保，并以一定时间内的土地收益抵偿债务的利息，然后还债、收回土地；如果从物权的角度看，这种交易又可以视为带有买回特约的所有权转让方式。这种特殊的不动产交易方式对后世产生了深远的影响，是唐宋时期出现的不动产“典质”、“活卖”的渊源。

4.2.3 隋唐五代时期

隋唐时期“均田制”的内容更加规范化，划分更为细致。此时受田者对所受土地的处分权大大加强。特别是“永业田”，尽管还有一定的限制，但可以继承、转让，已具有私有性质，是一种土地私有权。隋唐时代的“均田制”，荒地及公田由国家按照人们的社会等级分配。

¹⁹ 唐·杜佑：《通典》（一），第20页。

如隋朝规定王为一百顷，都督为三十顷等等。²⁰唐令规定亲王“永业田”为一百顷，正一品官为六十顷，郡王以及从一品官为五十顷，以下递减至男爵和从五品官为五顷。平民每人占有土地不得超过一百亩。在均田制下，私人对于土地只有占有权，处分权受到法律的严格限制。农民的“口分田”不得买卖，《户婚律》规定有“卖口分田”之罪，一亩笞十下，以上递加至杖一百为止。永业田可以继承，但是不准自由买卖，只有在迁徙和出卖土地充当丧葬费用的情况下才可以出卖，并且所有的土地买卖都必须先报请官府批准。而官员的永业田、勋田、赐田可以自由买卖。至“安史之乱”时，土地的私下买卖和兼并愈演愈烈，均田制已名存实亡。唐德宗建中元年（780年），朝廷开始推行“两税法”，规定税赋不再按照人丁征收，而是按照私人家庭资产征收“户税”，按照私人实际占有土地的面积征收“地税”，实际上就是宣布承认私人占有土地现象的合法性，承认了私人土地所有权。

隋唐法律仍按传统原则，规定山林矿产所有权归属于朝廷，但朝廷并不加以圈禁，而是规定山林、矿产之利“与众共之”，允许民间自由开发利用，但禁止私人“占固”（垄断）。

隋唐时期的契约制度较之过去有所发展。买卖契约、借贷契约、寄存契约、质押契约、土地的帖赁和典质等都已司空见惯。土地买卖方面的程序规定比较复杂。首先，土地买卖必须先向当地官府提出申请，得到官府批准的“文牒”后才可以进行买卖活动，如果没有文牒

²⁰ 唐·杜佑：《通典》（一），第21页。

而进行土地买卖，则“财没不追，地还本主”。²¹其次，土地买卖还要由家长同意。再次，唐律还规定买卖有保，在买卖契约上必须有保人副署，以证明买卖行为的合法性。最后在实行“两税法”、承认土地可以自由买卖后，朝廷又立法规定土地买卖后必须转移土地所承担的税赋，以防止“产去税存”。唐朝律令将借贷行为按照是否计算利息分为两类，不计息的称为“借”、“便”；计息的称为“举”。法律仅保护不计息的借，而计息的举则要靠债权人的自力来保护，官府不予受理。《唐律疏议·杂律》中“负债违契不偿”的罪名就是专门针对不计息的债务的，规定债务数额在一匹以上，超过二十日不还的，笞二十，以上每二十日递加一等至杖六十为止；债务数额在三十匹以上，超过二十日不还的，加重二等处罚；债务数额在100匹以上，超过二十日不还的，加重三等处罚，并且责令偿还。²²《杂令》还规定凡计息放债的“出举”行为，债权人要完全依靠自身力量来实现债权，官府不会受理对于债务人违契不还的起诉。但又规定如果债务人起诉债权人在法律限制之上算取利息、牵掣财物超过债务本息，则官府应该受理，而且还规定违法计息行为允许他人告发，告发者可以获得本利充赏。《杂令》明确规定了利息的限制，对于利率限制为月息不得超过“六分”，即百分之六，不得“回利为本”，即不得计算复利，并规定利息累积总额不得超过原本，“积日虽多，不得过一倍”。²³

4.2.4 宋元时期

²¹ 唐·杜佑：《通典》（一），第23页。

²² 刘俊文：《唐律疏议笺解》，（北京：中华书局，1996年），第1803页。

²³ 仁井田升著：《唐令拾遗》（栗劲等编译），（长春人民出版社，1989年），第789页。

宋代是中国历史上商品经济快速发展的时期，土地的转移已经相当频繁，时人有“千年田换八百主”之说。交易活动的契约化已相当普遍，契约在日常经济生活中已不可或缺。宋代契约制度的成熟与完善，使得自汉唐以来有关民事契约的法律得到很大发展。如田宅买卖契约、田宅出典契约、倚当契约、借贷契约、租赁契约等均有明确的法律规范。中国古代契约的要件格式，发展到南宋时期已基本定型。

两宋时期，私人的土地所有权渐居主导地位，国家对土地的所有权逐渐处于次要地位。宋代统治者采取官田的私田化政策，大量官田或本应转化为官田的荒地、无主地，通过种种方式下放为民田，允许通过“请射”而占有所有权人逃离的土地，国家只注意对地主和个体农民的税租征收，而不再致力于维护国家对土地的所有权。这导致了土地所有权转移十分频繁，呈现出“田宅无定主，有钱则买，无钱则卖”的局面²⁴。但为确保统治，宋代也曾采用限田和“公田法”对土地所有权也进行了限制，以避免土地过分集中，也避免大地主与国家争夺收入。

对于土地的添附制度，唐代规定隔界的淤涨土地收归国有，进行均田的授受，而宋《天圣令田令》规定：“诸田为水侵射，不依旧流新出之地，先给被侵人家。”²⁵淤涨土地优先补偿受损土地的地主。因宋代倒卖田产之事时常发生，为此宋法规定，倒卖田产者，“杖一百，脏重者准盗论。牙保知情与同罪。”²⁶

²⁴ 周秀才等编：《中国历代家训大观》（上），（大连出版社，1997年），第225页。

²⁵ 戴建国：《天一阁藏明抄本〈官品令〉考》，载《历史研究》1999年第3期。

²⁶ 明·张四维：《名公书判清明集》（中国社会科学院历史研究所点校），（北京，中华书局，1987年），第154页。

宋代建立了完整的田宅买卖契约制度，规定田宅买卖必须经过“先问亲邻”、“印契税契”、“过割税赋”、“原主离业”几个程序。田宅出卖人必须先征求其亲属邻居的购买意向，同等价格条件下亲属和邻居具有优先购买权。在实际运作过程中，宋代这一亲邻法有过诸多变化，宋太祖时规定：“其邻以东、南为上，西、北次之，上邻不买，递问次邻，四邻俱不售，乃外召钱主，”²⁷南宋宁宗时规定虽为亲而非邻，或者虽为邻而非亲，都不得优先典、买。宋代亲邻法还规定亲邻有回赎权，如未经征求亲邻而出卖田宅，亲邻有权按原卖价格赎回田宅；田宅出卖的契约要经过官府加盖官印，并缴纳契税后，交易才算有效，契约便成为合法的朱契，又称“红契”，反之则称为“白契”，不具有法律效力；投税印契后，官府发给纳税人一种叫“凭由”的纳税凭证，这种以“凭由”作为纳税凭证记录的做法，是明清时期广泛使用的“契尾”之滥觞；田宅买卖后所负担的国家税赋必须从原业主的税赋册上割除，过户到买受人名下，称为“过割”；在田宅买卖成立后，原业主必须放弃占有，称为“离业”，这实际上是为了防治自耕农数量减少，防止因权力重叠而形成复杂的田宅纠纷。

值得注意的是，宋代法律规定了财产共有制度。分为家庭共有和家族共有，家庭共有包括夫妻之间以及基于血缘关系的其他家族成员之间的共有关系。如规定妻子陪嫁的财产，不能成为夫家的共有财产，但必须为丈夫所支配。家族共有即族产，是以宗族社团为所有权主体的财产，史称“义庄”。义庄出现于北宋，其财产的主要来源是宗族

²⁷ 清·徐松：《宋会要辑稿》，（北京：中华书局，1957年），第4448页。

中有力者的捐献。北宋政府承认并保护族产，南宋时如果绝户无女，依法原应由女儿继承的三分之一遗产，官府可以将其判归“义庄”。族产的收益主要用于祭祀本族祖宗、贍济族众、资助族人。族产的产生对于家族的结合和巩固具有重要意义，是家族权力的物质基础。

自唐末五代开始，在中国的北部和西部地区，先后出现了辽（契丹）、金、西夏、元（蒙古）等少数民族政权。他们在私有财产权的法律制度方面，既吸收了汉族文化的传统，又大量保留了固有的民族特色，形成了中国私有财产权历史上特有的一页。因史料的限制，我们在此只能大致介绍西夏和元朝的立法状况。

西夏关于土地买卖的法律，与宋朝有一个重要的区别，就是不承认不动产地邻的优先权，如因接邻而强买就要判处刑罚。而买卖关系的成立，必须建立在双方自愿的基础上，禁止倚仗官府强势强买强卖。借贷关系的成立，应根据自愿的原则，订立契约文据，明确有关事项，日后若有争执，则以契约为凭。为保障债权，西夏法律还规定，负债不还者，十缗以下有官罚五缗钱，庶人杖十；十缗以上有官罚马一匹，庶人十三杖，所签债务依旧依法偿还。欠债一时确无力偿还者，可给二、三次期限，设法偿还，或以劳力抵债。在动产的抵押典当方面，西夏的法律规定，必须双方情愿，并规定典当日期。过期不回赎的，典当主可以将典当物自行处置。禁止典当主擅自出卖典当物，若有违反，处以刑罚。

蒙古民族入主中原，因本身的财产关系并不发达，所以在财产法律制度方面基本承袭了宋金的制度。元朝时期，不再坚持对民田占有

量的限制，放松了对土地私有权的干预，私人对私有土地的买卖和兼并在合法的范围内不再受限制。元朝对不动产的买卖规定了固定的法律程序，首先要先问亲邻，即亲邻对不动产有优先购买权，具体方法是将所要出卖的房屋、田地、山坡等开列出名称、数量、座落、四至、价格等交给相关亲邻，如亲邻不买就在帐纸上签字画押，然后才可卖给他人；其次，要经官给据，即在不动产买卖之前，先要向官府申请发给凭据，取得官府许可；再次，要签押文契，即出卖人写出文契，并由出卖人及监护人、引进人、中介人或见证的亲友共同签押；第四，印契税契，即到官府验价缴税并得到官府发给的凭契，凭契多粘贴附于正契之后，故又称“尾契”，经过税契之后，买卖契约正式成立，且合法有效；最后，在印契税契之后，还要“过割赋税”，即在买卖田宅的同时，必须将其赋税义务一起转让给新业主。与买卖关系不同的是，元代的田宅出典只是转移占有权和使用权，不转移所有权，出典也必须经过合法的程序订立契约，并且也要经过先问亲邻、经官给据、签押文契、印契税契等手续。

4.2.5 明清时期

明清两代，统治者均以全面加强君主专制的中央集权来应对社会的发展变化。尽管明清时期中国的社会经济有了长足发展，但基本经济结构并未发生重大变化。与完成地理大发现的欧洲相比，中国社会的经济发展速度明显滞后，财产权方面的立法更无任何进展。

明代的财产权制度与宋元相比，主要特色是较为简易。在财产所有权方面，突出的特点是强调先占原则，反映了明代社会私有财产观

念的深化。明代土地所有权构成变化的趋势是私人所有权的上升，如耕地的百分之七十以上归私人所有，且庶人是主要的所有权人。继承权、买卖权、典质权，让渡权等土地权利以及经营土地上的出租征租权、雇佣权等都受到国家法律的承认和保护。对于无主土地，明代法律规定了按先占原则归开荒耕种者所有的制度。为发展农业促进土地的开垦，明太祖在建立明朝的当年就宣布，凡在战乱中被废弃荒芜的土地，允许垦荒者占有开垦，即获得土地的所有权。如果原来的地主归来，由官府就近拨荒地抵充，不得从垦荒者手中夺回原有土地，垦荒者只承担归还坟墓、房屋给原主的义务。这反映了明代私有财产权观念的加强。

明代法律大大简化了田宅买卖的法定程序，废除了自唐代以来的土地房屋买卖先问亲邻的做法，也废除了元代田宅买卖要先经官府批准的法律，只是规定田宅买卖必须订立书面契约，契约必须要经过官府加盖官印并缴纳契税，以及将土地的赋税负担过户到买方的“过割”程序，才能成为“红契”，具有法律效力，契税为百分之二。

明代的族产以正式法律文件的形式受到严格的保护。如《问刑条例·户律二》中的“盗卖田宅条例”规定：“若子孙将公共祖坟山地，朦胧投献王府及内外官豪势要之家，私捏文契典卖者，投献之人，问发边卫永远充军，田地给还应得之人。坟山地归同宗亲属，各管业。其受投献家长，并管庄人，参究治罪”²⁸明律还默许乡约族规对义庄等族产的保护，

²⁸ 黄彰健：《明代律例汇编》（下），（台北：中央研究院历史语言研究所，1994年），第871页。

清代的私有财产法律制度基本沿袭旧制，只是在旗地旗产的保护和典权方面较旧制有着自己的特点。清朝初建，面临大量入关的满洲贵族及八旗官兵对土地的需求，故于顺治元年（1644）、顺治二年（1645）和顺治四年（1647）三次下令圈地共计近二十万顷，其范围在京城附近方圆数百里之内，虽名义上只是圈占无主荒田和前明贵族之田，实际上大量的丰腴民田被圈占或被强行换掉，无地的汉人被迫投旗为奴。所圈土地赐予满族贵族、官员、兵丁，通称为“旗地”，属官田，原则上不得随意转让，尤其禁止汉人买卖、典当。

5. 中国古代私有财产权的法律制度分析（上）

——从土地财产权说起

按现代法律体系，财产法律制度包括宪法规范和民法规范两个层次，民法上的财产法律制度又包含物权法和侵权法两大类。但我们不可能用现代宪法和民法上的法律术语去完整地描述和分析中国古代的私有财产权，即使用了也会不伦不类。鉴于此，作者将中国古代的私有财产权区分为“意识权利”和“实体权利”两类。

如能够将中国古代社会实际存在着的土地占有、契约等称为私有财产权的话，它的确存在。前述第四章的叙述中足以表明私人土地财产权利得到一定形式的表达。同时本属于民事法律范围内的财产保护往往在刑事法律中体现。我们不能否认在没有专门财产法律的时期和环境中，就没有事实上的财产关系和财产权利。孟子言：“……若民，则无恒产，因无恒心。”¹苏轼说：“且夫天地之间，物各有主，苟非吾之所有，虽一毫而莫取。”²再如中国古代历史上的多次农民起义也是对财产权利诉求的体现。权利意识的存在是一个自然的过程，当原始部落死者的遗产不是给先得者而是属于其子或姊妹之子时，我们说所有权的意识已经产生了。而具体财产权制度的形成则是人们财产意识观念的外化，因而我们不能断言中国传统社会并不存在私有财产权。我们研究中国古代私有财产权的目的就是尽可能客观的描述事实的真相，分析其特点及其内在规律，以期汲取其精华，扬弃其糟粕。

但同样的事实是，中国古代的私有财产权利和观念中又确实没有

¹ 《孟子·梁惠王上》，载《诸子集成》（1）《孟子正义》，第56页。

² 北宋·苏轼：《前赤壁赋》，载林之满：《四库全书精华》（四），第134页。

西方财产权利制度中的“自由”、“平等”、“私有财产神圣不可侵犯”之类的权利制度和观念。以国家法律为基础的私人财产权的制度性所有权又确实不见容于中国古代社会。中国古代社会中实在难觅古希腊、古罗马那种自由、平等之类发达的私法观念和《十二铜表法》那样的较为完整的私法体系。在此，我们将“自由”、“平等”、“私有财产神圣”之类的权力称之为“意识权利”，将中国古代社会所实际存在的财产权利称为“实体权利”，二者是相对而言的概念。从上层建筑层面上区分，“意识权利”是一种精神权利，“实体权利”则是现实制度中的实际存在。从现代法律的角度区分，正如本文第二章所分析的，“意识权利”应该是体现在宪法上对私有财产权利的界定，而“实体权利”则是体现在物权法、债权法等民事法律制度上对私有财产权利的具体规范。区分这两个概念的目的，只是便于对中国古代的私有财产权法律制度的表述和理解，从而甄别财产权利这一概念在使用过程中造成的诸多歧义和困惑。在中国古代，实际存在着的种种私有财产权利本身，没能抽象、提炼出意识观念上的财产权利。而在西方，却从实在的、发达的财产权利中概括、提炼出了“自由”、“平等”的契约精神、一般的契约理论以及“私有财产神圣不可侵犯”的观念。我们更需要探讨的是，同样存在着的私有财产、契约等“实体权利”，中国古代又为什么没能生发出“自由”、“平等”、“私有财产神圣”的“意识权利”，或者说中国古人为什么不知私人财产权利的精神为何物？从更宽泛的角度来考虑，为什么中国社会没能生发出西方社会私有财产神圣的法律文化内涵？

5.1 私有财产“意识权利”的缺失

从某种意义上说，对一个社会的法制化进程，“意识权利”比“实体权利”更为重要，更具有对社会的促进作用。没有“意识权利”为先导，即使“实体权利”再具体细化，也难以构成整个中国古代社会法律文化的进步，更何况这种假设也是不可能成为现实的。没有“意识权利”做基础，“实体权利”就是无源之水、无本之木。

中国传统社会中私有财产的“意识权利”是绝对缺失的、空白的。从现代法律的角度来看，宪法财产权对应的义务主体是国家，即国家如何保护公民的财产权利，如何确认公民的基本权利。宪法主要是通过限制公共权力来促进和保障公民财产权利的实现。公民宪法私有财产权的基点是确保主体的生存能够实现，是为了构造主体。它属于人权，是一项公权利，与主体的人身须臾不可分离。它针对的对象和最终目标不是“平等主体的权利”，而是国家公共权力以及建构公民财产权利存在的基础。

但反观中国古代私有财产的“意识权利”，从来没有作为权利主体的“个人”存在，而只有集合概念下的“民”。专制王朝的国家公共权力不但从未得到过任何限制，反而随着历史的发展愈加登峰造极。中国古代立法的唯一目的是维护专制统治的长治久安，而从来没有保护过公民的私有财产权，事实上根本也不存在具有独立主体地位的个人。至于私人财产权保护的法律体系更是无从谈起。中国古代法律上“重刑轻民”，不惟是立法的倾向性和技术性问题，而是从专制统治者的主观上根本就没有从民众的主体角度去体认过法律的作用。

中国古代历史发展的必然结果是中国人的意识中从来没有奢望过“自由”、“平等”之类的权利观念，更毋宁说有什么“私有财产神圣”的宪法制度。也就是说中国古代社会的私有财产的“意识权利”既没有承担权利的主体存在，也不具备“意识权利”的任何形式和内容，整体上是缺失的、空白的。直至2004年的宪法修正案中破天荒的第一次在经济制度部分，而非如西方主要资本主义国家的宪法那样在公民的基本权利部分有了保护私有财产权的规定，但仍然欲言又止的表述为“公民的合法的私有财产不受侵犯”，“国家依照法律规定保护公民的私有财产权和继承权”。“合法的”、“依照法律规定”几个字，使得私有财产权利的完整性大打折扣，因为法是统治者的法，法乃有“善法”和“恶法”之分。

5.1.1 私有财产“意识权利”的主体缺位

从中西方法律文化的比较中，我们可以得出这样的结论，中国古代社会私有财产“意识权利”缺失的根源在于中国社会个人主体性的丧失，私有财产“意识权利”主体的缺位。中华法系中的法律主体只有一个，那就是君主，其他一切臣民都是被统治的对象，他们只有作为王朝的附属物和使用物才有存在的意义和价值。私有财产权的出现和形成与个人的自我主体意识以及法律对个人主体资格的承认与尊重程度紧密相关。对于没有平等、自由等自我意识主体的人，不可能也没有必要存在“意识权利”，因为他们自身缺乏争取权利的意识及精神；同样，在一个不承认个人主体性的社会中，必然也不会生发出什么“意识权利”，甚至无论有着多么完善的“实体权利”。因为当

人们的主体资格得不到尊重和认可时，他的财产权利都是不稳定的、不可预期的。

西方国家的法律文化普遍受到自然法思想的影响。“毫无疑问，自然法，尤其是近代的理性主义自然法关于尊重人的权利，人以自由为本性的思想，是罗马法和《拿破仑法典》确立和弘扬‘私法自治’观念的法哲学基础。”³而中国古代社会中始终未能明确提出过作为法律基础的自然法概念。在自然法理论中，个人主义始终贯穿于其中，“自然法领域中全部思辨的主导线索始终是个人主义——一种可循序得出逻辑结论的个人主义。”⁴个人主义是西方法律文化传统的根基所在。尽管个人主义的内涵相当广泛并非能由个人的主体性所能涵盖，但缺少了主体意识就绝对不会存在个人主义。“在传统上，西方社会一直强调对个人价值的承认。”⁵“在古典罗马契约法和普通法的契约法中，个人主义都占有统治地位。”⁵

中国传统社会的法律文化中并不鲜见关于自然的观念，但却从未见到主张普遍个人自由和独立的意识性权利。囿于“礼治”传统观念以及封建社会长期占主导统治地位的儒家思想，以及宗法家族制度的制约，使得中国传统社会中的民众从来就漠视自身的主体地位，缺乏独立的个人权利意识。梁治平先生指出：“按照中国人的说法，身体发肤受之父母。一个人从来到这个世界上，终其一生，可以说没有完

³ 吕岩锋：《私法自治与国际私法——兼论国际私法的性质与范围》，载《法治与社会发展》2000年第1期，第80页。

⁴ Otto Gierke, *Natural Law and the Theory of Society 1500 to 1800*, trans. By Ernst Barker, Cambridge University Press, 1958, p. 96.

⁵ 彼得·斯坦等著：《西方社会的法律价值》（王献平译、郑成思校），（北京：中国人民公安大学出版社，1990年），第140、158页。

全属于他自己的东西，在这个意义上说，古代中国文化中没有我们所说的‘个人’。”⁶“中国传统社会从来没有过对个人自身固有价值的高度重视。在古希腊和古罗马的文化中，从来排斥对统治者个人的崇拜，但在中国却恰恰相反，专制君主制度下的民众普遍对统治者个人顶礼膜拜，甚至从来都是唯唯诺诺的服从。在如此统治方式下生活的民众如何形成个人的主体性意识，如何形成自己的私有财产权利观念？威廉·琼斯在评价中国为何没能形成自己的民法观念和制度时说道：民法“真正的意义在于从盖尤斯时代至今，民法的体系始终建立在‘人’——权利承担者，与其他人或物质发生法律关系者——这个基础上”。而“这样的民法在中国是不可能存在的，因为那里没有公民，法律像其他任何东西一样，出自皇帝”。⁷中国古代社会，私有财产权从来没有成为法律上的抽象而排他的权利，专制王朝没有义务在“个体”的意义上保护社会成员的财产权利，只有在集合概念下、在“群”的意义上保存人的延续。正是基于缺少享有权利能力的承担者这一点，我们认为即使中国传统社会中确实具有包含在礼制、刑律中的财产、契约等私有财产权，它们也不具备真正的私法精髓，不具备自由、平等的精神理念，即不具备任何的“意识权利”。

5.1.2 私有财产“意识权利”缺失的思想因素

中国古代一直把三代以前的帝王视为先圣和能人，且能人治国的传统代代相传，深入人心。圣人治国的意识形态基础，夏、商时期是

⁶ 梁治平：《新波斯人信札》，第26页。

⁷ 威廉·琼斯：《大清律例研究》，载高道蕴等编：《美国学者论中国法律传统》，（北京：中国政法大学出版社，1996年），第374、376页。

“受命于天”和“恭行天命”，西周则是开“礼治”基础的“亲亲”、“尊尊”的宗法思想。尽管春秋时代“礼崩乐坏”，战国时期百家争鸣，但各派学说无一例外的站在统治者的角度为其出谋划策。秦以法家统一天下，汉初以黄老学说休养生息，汉武帝则以董仲舒的“罢黜百家，独尊儒术”，建立了以“三纲五常”为核心的封建礼教作为正统思想统治中国两千余年。这种起始就对最高统治者顶礼膜拜的敬仰、敬畏心理，使人们从来就漠视了自己作为个体的存在以及人与人之间应该平等的意识。而历代统治者所采用的以宗法制度为核心的礼教思想又一步步的压制了个人主体意识的萌芽与发展。

中国传统社会有一个非常复杂而又奇特的现象，即历朝历代诸多的思想家，无一例外的对君主专制的家天下的必要性和合法性从各个角度进行了全面而深入的论证，而从来没有对其提出质疑和反对。从春秋战国时期的管仲、商鞅、韩非、孔子、孟子、荀子，后代的董仲舒、柳宗元、王安石、朱熹、二程，及至清代的黄宗羲们，其思想都没能跳出君主专制理论的范畴。儒家作为中国传统社会的正统思想，赋予了君主专制制度的合理性与神圣性。尽管历史上曾出现过孟子、柳宗元等哲人的“民贵君轻”、“与民偕乐”之类的所谓“民本思想”，但也只不过他们的仁政学说与法家赤裸裸的专制学说相比，是一种开明的专制说，显得更加理性和高明，是一种君道与仁政相结合的专制学说而已，并非真正的否定君主专制，否定君主对土地等重要财产的终极所有权。“民”以及民之“私”从来不是专制统治者制定制度的核心。“民贵君轻”、“民为邦本”事实上是为了更好的维护君主的

专制统治，⁸中国历代的思想家就是这样为专制制度的登峰造极著书立说，个中原因我们可以仔细探讨，但无论如何不能不说这是中国思想家和历史的悲哀与无奈！

形式上看，中国古代占统治地位的是儒家思想，实际上从荀况开始，历经汉代、宋代后儒的发展，中国传统社会统治者信奉的是外儒内法、外仁内暴，正如霍存福所说：“中国法律及其思想系统，历来都是仁与暴的统一体。”⁹“仁”是自上而下对民众的安抚，暴是运用强力手段对民众的直接威吓，当仁与暴，即软的安抚与硬的威吓结合在一起时，滋生民众主体意识的土壤已经不复存在了。中国历史上也曾出现极力张扬人类个性的主张，但这类学说大都以消极遁世，回到无拘无束的自然状态为目标，很少强调让人们争取作为主体的个人积极参与社会的改造和社会制度的创设。“在中国，反映在仁政、善制中的人道，是自上而下的恩泽，取决于最高统治者的意念；而西人之人权、平等、自由在理论上却是在下者素有的，在上者只是保护、调停而已。”¹⁰礼法思想在政治体制上的反映是专制和公权力至上，反映在对民众的思想控制上，是个人主体观念的丧失。以宗法制度为基础的严格等级制的礼治思想带给人们的多是忍辱、服从的心理和观念。这种思想饱受压抑的社会，决定了不可能有意识权利产生、存在的思想土壤，更不可能迸发出自由平等的私有财产理念。

⁸ 孙晓春：《儒家民本思想发微》，载《中国政治思想史论》，（长春：吉林人民出版社，2003年），第249～291页。

⁹ 霍存福：《中国传统法文化的文化性状与文化追寻——情理法的发生、发展及其命运》，载《法治与社会发展》2001年第3期，第15页。

¹⁰ 同上，第16页。

5.1.3 私有财产“意识权利”缺失的制度因素

由于专制政体对财产法律制度的巨大反作用，在专制集权的封建等级社会，私有财产权利也就自然而然的与政治权力紧密联系在一起，“中国不尽礼俗方面具有等级差别，在土地所有制方面，也存在着等级结构。”¹¹在饱受传统礼治思想影响和束缚，在传统宗法家族制度基础上产生、发展起来的专制体制下，即使存在所谓的私有财产权利，存在契约交易规则，这些制度和规则中所赋予人们的权利也是不稳定的，不可预期的。甚至可以得出这样的结论，中国法律从来没有承认过纯粹而绝对的私人财产权及自由契约制度。

5.1.3.1 以特权来确定财产权利的归属限制了个人意志的发展。

从中国财产“实体权利”的产生过程来看，财产首先是作为特权在社会上进行行政“特权”配置而非法律“私权”分配。与西方社会以法律的形式固定财产权利相比较，中国是从统治者的谕诏或口头上分配给臣民财产，即以行政的手段来确定财产的归属。正是中国古代社会把本应属于私权的财产作为特权来分配，从而形成财产权，尤其是土地权利的极其不确定、不稳定状态。而这种极不确定、不稳定的状态又造成财产权力存在的不可预期性。在一个对自己的财产权力存在与否都无法做出确定预期的社会，如何产生财产的“意识权利”呢？

5.1.3.2 财产的家庭所有制压抑了个人主义思想的产生。

从财产权利的社会表现形式来看，中国古代社会实行的是以家长控制为主的家族所有制或家庭所有制，而非纯粹意义上的以体现个人

¹¹ 同上，第16页。

意志为主的私人所有制。中国古代历来有着“父叫子亡，子不敢不亡”的古训，在严格的家庭所有制形式下，不仅“子妇无私货，无私畜，无私器，不敢私假，不敢私与”¹²，“父母存，不许友以死，不有私财”¹³。而且“在父母姑舅之所，有命之，应唯敬对。……不敢唾涕。寒不敢裘，痒不敢搔”¹⁴。甚至“高祖乃令人卖子”¹⁵。直至十九世纪初的《大清民律草案》第1312条仍规定：“家长以一家中之最尊长者为之。”第1318条规定：“家政统摄于家长。”试想，在一个连自己最基本的人身和尊严都不能独立的社会中，怎么会有独立的私有财产权的产生？中国古代社会的历朝历代，人们就是这样在宗法制度的桎梏中被扼杀了个人意志。没有独自占有和享用的财产；甚至连自己的身体都不敢说是自己的，中国传统社会中又怎么能够产生出个人主义的思想，即使是个人主义思想的萌芽？

5.1.3.3 王朝对财产权的任意剥夺导致“意识权利”的丧失。

从财产权利的保护来看，尽管传统社会普遍存在过土地使用权，甚至诸多朝代实行过形式上的土地私有权，但国家或者朝廷权力的绝对至上性致使这些权利从来都没有受到过绝对保护。皇帝可以不必经过任何的法律程序随意剥夺任何一个人的财产。至于改朝换代，原有贵族的私有财产必然会被新的政权所剥夺或重新分配。甚至至今中国的刑事法律上仍有罚没财产的诸多条款。在西方社会有着世代相袭的贵族，中国历史上除了孔夫子以外，无论是皇亲国戚，还是达官贵人

¹² 《礼记·内则》，载《四书五经》（中卷），第1600页。

¹³ 《礼记·曲礼上》，载《四书五经》（中卷），第1297页。

¹⁴ 《礼记·内则》，载《四书五经》（中卷），第1594页。

¹⁵ 东汉·班固：《汉书·食货志》，第454页

却没有遗留下一份贵族，故坊间有着“富不过五代”之说。乌廷玉曾指出周天子土地所有权的两面性，即“周天子的土地所有权，不仅表现为分配诸侯土地，同时更表现为收夺诸侯土地”。¹⁶即使对于诸侯分封的土地都可以凭天子的意志任意剥夺，可想而知普通老百姓的私有财产能保护到什么程度？事实上，周天子的土地分封并非是从被分封者的角度来考虑什么私有财产权利，而仅仅是自己维护统治的一种手段，在周天子内心也从来没有意识到分封给诸侯的土地就是诸侯的私有财产，甚至被分封的诸侯从自己的意识上也没有认定这就是自己的私有财产，而只是因等级差别而得到的恩赐而已。正是在这种极其弱化的私有财产权利之下，由于缺乏对财产权利的真正认可、尊重与保护，即使富可敌国，但最终仍将是上无片瓦、下无立锥之地。因此中国传统社会私有财产的“意识权利”几近丧失。

5.1.3.4 契约的存在并没能产生出自由、平等的观念痕迹。

中国传统社会有契约制度，但却没有概括出抽象的契约理论和契约的一般原则，更没有形成现代的所谓自由、平等的私有财产观念。首先，契约主体之间等级身份的差别造成了契约权利和义务的不平等。《唐律疏议》卷二十六《杂律》中最后一项规定：“诸买奴婢、马牛驼骡驴，不立市券，过三日笞三十；卖者，减一等。”¹⁷至于在交易过程中因等级差别而产生的其它不平等更是多见。“刑不上大夫”是中国社会传统的定律。其次，契约并非体现作为交换主体的当事人之间的自由意志，保障交易的安全，而主要是作为官府管理、聚敛税

¹⁶ 乌玉廷：《中国历代土地制度史纲》（上册），（长春：吉林大学出版社，1987年），第3页。

¹⁷ 刘俊文：《唐律疏议笺解》（下），第1871页。

赋的行政手段，“立市券”的规定就是很典型的例证，唐宋时期田宅买卖的程序性规定也是很好的证明。从传统社会的契约本身来看，与其说是当事人自由意志的表达，是当事人的意思自治，不如说是官府管理的手段，是官府控制交易、增加税赋收入的一种超经济的强制性手段，根本没有可能体现契约平等、自由等个人主义思想的理念痕迹。

5.2 私有财产“实体权利”的相对性

“土地私有权，以中世纪的罗马法所规定的看，它要具备使用权、买卖权、所有权、处分权，……以近代资产阶级立法来说，私有权应包括排他支配权，即神圣不可侵犯性。”¹⁸然而在中国古代社会，“六合之内，皇帝之土……人迹所至，无不臣者。”¹⁹专制王朝以天下为私的制度安排与个体私有财产的权利主张是背道而驰的。如果一定要说中国古代存在着私有财产的“实体权利”，“那只是存在一种极端意义上的、无穷大的私权，整个‘天下’、‘国家’都成了这种私权的标的物。在这种私权支配下建立的政府、国家当然只属于一人、一家或一个集团。”²⁰

按西方私有财产理论，财产私有的标准之一应是私有财产一旦受到权力机构或特权者的侵害时，财产所有人可以获得相应的法律救济。而确立土地私有制的目的，就在于对政府任意侵夺私人土地利益的行为进行制度性防范。如果未经权利人同意，权力机构或特权者在不支付任何对价或支付不平等对价的情况下，就可以将私人利益没收

¹⁸ 郑天挺：《清代的土地制度》，载郑天挺：《及时学人谈丛》，（北京：中华书局，2002年），第167页。

¹⁹ 汉·司马迁：《史记》，第45页。

²⁰ 苏亦工：《明清律典与条例》，（北京：中国政法大学出版社，2000年），第23~25页。

或“国有化”，那么这种财产“私有”就仅仅是一种表象。

中国古代社会也偶尔出现过要求保护私人财产“实体权利”的认识，如宋代户部针对当时占田状况曾经提出“百姓弃产，已诏二年外许人请射，十年内虽已请射及充职田者，并听归业。孤幼及亲属应得财产者，守令验实给还，冒占者论如律。州县奉行不虔，监司按劾。”²¹但总体上看此类认识主要是基于官府对小民的怜悯，并无意通过实体性法律正面确立私有财产的法律地位。尽管历朝历代也曾颁布过不少禁止侵害私人财产的刑事法规，如《大清律例》中多处规定对于侵犯私人财产的行为予以严惩。²²但此类禁止性规定同样与权利本性所要求的通过法律直接赋予私人“应得”、“应取”的各种利益有着极大差异。因为私人从这种禁止性规范的贯彻中获得一定的利益，并不能等同于法律上的权利。法律上的利益是十分广泛的，不仅仅是法律授予行动的合理性根据，其中法律对利益的保护，以赋予权利的方式做出才成立权利，否则如仅依反射作用使人享受利益，则视为其他法益，例如法律要求人人遵守交通规则，结果人人皆享受交通安全的反射利益，这种利益不是权利，因为享有者无权向他人请求履行。²³

5.2.1 “实体权利”的主体性探讨

5.2.1.1 专制王朝对私有财产具有终极所有权

中国古代社会的财产权，特别是土地财产的终极性权利是控制在以皇帝为代表的专制王朝手中的。除专制王朝以外，任何人都不享

²¹ 元·脱脱等撰：《宋史》（十三），（北京：中华书局，1985年），第4170页。

²² 参见《大清律例》卷九、卷二十四、卷二十五。

²³ 龙卫球：《民法总论》，（北京：中国法制出版社，2002年），第120~121页。

有土地财产所有权。中国古代所谓的土地“私有”其实仅仅是一种表象。中国古代私人对土地的占有、使用、处分并不能表明其私人所有权的性质，而只是一种用益物权，或者一种“经营权”。事实上，中国古代社会的政治思维和制度安排中，从来都是国家本位而非百姓本位，所以民众从来都是义务的主体，而非权利的主体。法律从来就是统治者手中维护统治的工具²⁴。私有财产权的适度存在与传统儒家的民本思想从来不具备西方社会的民主思想实质，仅仅是维护专制的手段而非目的，它完全是以维护王朝专制统治为出发点。他们之所以要私有财产权在一定的范围内相对的存在和发展，完全是为了能为专制统治提供兵源、劳役和赋税，为封建王朝提供最基本的统治基础。

农业社会中，土地作为主要的生产资料，其作为财产具有特殊性，即具有产出的潜能，对其利益的享有必须通过增值或交易过程才能实现，因而不能仅仅从是否占有、是否能够买卖方面来确定其财产权利的最终归属，而必须以收益的分配状态来确定其财产权利的最终归属。历代王朝征收的赋役实质上成为王朝与私人对土地收益权的分割形式。长期的统治实践过程中，专制王朝对土地的终极控制方面变得越来越“聪明”，即逐渐从直接占有土地和直接分配土地转化为直接对土地收益进行绝对性的支配。唐代以来，历代王朝都在形式上让民众对土地可以私自占有、使用或处分，但前提条件是必须承担高额王朝赋役。不然任何“私有”土地随时都有可能被“国有化”。历代王朝的高额赋税和劳役实质上就是向土地耕种者收取的“地租”。正是

²⁴ 这种工具说至今在诸多《法理》教材中屡见不鲜。

通过这种方式王朝成为天下土地的终极所有者，而其他人则只能依据对土地的占有数量和联系紧密程度区分为田主和佃农。“皇帝及支撑其存在的王朝体系就像一个‘超级大家长’，汉朝至唐朝，‘超级大家长’将‘家内’田产拨付给‘家庭成员’使用，‘家庭成员’必须向‘家长’、‘大家长’（即各级官僚）、‘超级大家长’供奉田产收益，且不得私自处分产业，并在死后将产业返还‘超级大家长’。宋至清代，‘超级大家长’除直接控制、占有部分田产（官田）外，其余田产听由‘家庭成员’自行占有处分，田产收益比例由‘超级大家长’决定。由于田产源自‘超级大家长’，在法理上‘超级大家长’随时保留处理所有田产的最高权力，没有必要将事实上的私人利益关系（‘家庭成员持有的土地利益’）抽象为法律上的权利概念。”²⁵当然，私人也就不可能成为土地私有财产权的真正主体。

专制政治是决定一个国家经济制度，特别是财产制度的根本性因素。这种被决定的财产制度又会成为维护专制统治的帮凶和中坚力量，成为专制统治得以维持和延续的前提条件。孟德斯鸠说过：“人们曾经想使法律和专制并行，但是任何东西和专制主义联系起来，便失掉了自己的力量。中国的专制主义，在祸患无穷的压力之下，虽然曾经愿意给自己带上锁链，但都徒劳无益。它用自己的锁链武装了自己，而变得更为凶暴。”²⁶中国历史上没有真正西方意义上的个人私有财产权，而中国的专制统治却具有原生性，专制主义政体发育得早，成熟得异常充分，因而要想在中国的古代社会中培育出完全意义上的

²⁵ 邓建鹏：《财产权利的贫困》，（北京：法律出版社，2006年），第79~80页。

²⁶ 孟德斯鸠：《论法的精神》（张雁深译），第129页。

私有财产权，确乎太难。并且一旦专制政体定型以后，又成为扼杀、窒息私有财产权的祸首。

中国历代专制王朝通过立法及政治实践对私有财产权的限制，主要表现在以下几个方面：

5.2.1.1.1 滥用籍没法。籍没：“中国旧制籍录并没收犯人所有家口和财产的制度。”²⁷就对财产而言，籍没与抄家同义。在传统社会中，籍没私财往往不是依据原有的法律规定，而是审判者临时专断的结果。被籍没的对象从私人财产扩大到青壮男女，便于满足王朝无止境的贪欲。财产是人最基本的生存基础，籍没私财无异于断人生路，导致家破人亡，但却可以为王朝或官员增加巨额利益，故而在历代相沿不已。《宋史》记载宋理宗曾在一份要求监司、州县不得非法估籍民产的诏书中披露：“贪官暴吏，往往不问所犯轻重，不顾同居有分财产，一例估籍，殃及平民。或户绝之家不与命继。或经陈诉许以给还，辄假他名之支破，竟成乾没。或有典业不听收赎，遂使产主无辜失业。”²⁸可见禁止侵害私有财产的例禁在政治权势面前成为一纸空文。历代王朝籍没私财任意剥夺了私人生存的物质基础，打破了私人对财产的占有、使用、收益及处分的稳定状态，世袭贵族的存在更是无从谈起。尽管历代也曾存在不少禁止侵害私人财产的法律规定，但这些法律主要是为了惩处民间发生的财产侵犯行为，而对于来自于各级权力机构对私人财产的侵犯，则极少有现实的制度性约束，“只许州官放火，不许百姓点灯”。

²⁷ 《法学词典》，第1057页。

²⁸ 元·脱脱等撰：《宋史》（十三），第4180页。

5.2.1.1.2 超额征敛赋役

超额赋役征敛是国家掠夺私人财产的常规方式，也是国家财政收入的主要来源。历代王朝的赋役摊派或征收，虽表面上有定制，但朝廷可随时加赋，官员则以“耗羨”等名义额外掠夺。这种量出制入式的赋役征敛设置方式，完全视权力机构的财政需要随时增加，至于私人土地的实际收益状况以及民众的赋役承担能力，则从来就不是专制王朝关注的重心所在，“凡百役之费，一钱之敛，先度其数而赋于人，量入以制入。”²⁹“量吏禄，度官用，以赋于民。”³⁰在中国传统法律文化中，专制王朝的“公”利与个人“私”利之间没有明确的法定界线，在一切以王朝公利为主导的形势下，专制政权可以随时“破私立公”，将土地等私有财产野蛮的公有化。在平等基础上的公与私的价值交换，对于中国传统法律文化下的民众而言是绝对不敢奢望的。

5.2.1.1.3 其它控制土地财产的途径

直接掠夺私人土地。传统的小农经济社会中，土地构成私有财产的绝大部分，而历代王朝经常直接掠夺私人土地。秦平定天下之初，曾徙天下豪富20万户于关中。再如王莽时期实行“王田”制，南宋推广“公田法”等等，其效果都是“邑里无营利之家，野泽无兼并之民。”³¹王朝一道法令，天下人都必须听任处置。历代的占田制、均田制、限田制等等，虽有保护小农之意，但主要意图和重大意义在于“弱民”，防止富可敌国的豪强产生、制止私人财富扩张以及增加王朝财政收

²⁹ 后晋·刘昫等撰：《旧唐书》，（北京：中华书局，1975年）第2323页。

³⁰ 汉·司马迁：《史记》，第187页。

³¹ 汉·刘珍等撰：《东观汉记校注》（下），（吴树平校注），（郑州：中州古籍出版社，1987年），547页。

入，与确立土地私有制和私有财产的所有权并无必然联系，后者不过是前者的必然结果！

实行“诸子平分”的财产继承制度。早在商鞅废井田之时，就曾颁布《分异令》，规定“民有二男以上不分异者，倍其赋”。³²至汉代，“对于财产的继承，诸子一般享有平等继承权。例如，陆贾有千金，平均分给五子，每子各得二百金，‘令为生产’。这是汉时通行的法定财产继承的范例”。³³唐、宋、明、清各代都沿用“诸子均分”的分割家产的原则，使得土地权利逐渐分散很难形成大豪门大户。

此外，在手工业生产方面实行的王朝管制，以及历代王朝实行的盐铁等涉及民生的产品专卖、禁榷制度，无不在任意掠夺与控制着私有财产的发展。而历代王朝积极推行的“重农抑商”政策，所谓仰农、重农，也并非无限制的任由农业的自由发展，而是始终控制在小农经济的范围内，抑制土地的过分集中和豪强地主的财富膨胀，以免与之争利。专制王朝对私人财产的控制与汲取能力越强，天下财产成为王朝可欲之物的可能性就越大。通过诸如此类的种种干预，以皇帝为代表的专制王朝成为私人财产命运的最终决定者。

王朝的这种利益追求与个体“私有”财产的权利主张背道而驰。专制政治环境不允许出现“私”的个人、“私”的思想和私人对财产拥有绝对、永久和排它性的权利。在英美法系的法律文化中，财产权是个根本性的隐喻，或明或暗地体现在法律与经济术语中。而在中国古代社会中，财产权在政治和法律话语中扮演了一个消极的角色。中

³² 汉·司马迁：《史记》，第431页。

³³ 张晋藩：《中华法制文明的演进》，第172页。

国历代帝王清楚地认识到，以土地为主的经济权利的过度集中将会创造另一个潜在的政权中心，由此威胁现政权。因此，历代帝王极度限制私有财产的发展与膨胀。中国传统社会不存在完整、稳定的私有财产法律制度产生的基本条件，更无法形成一个以“私”为本位的法律体系。

5.2.1.2 中国古代不存在土地的封建地主阶级私有制

目前一种较为流行的学说是，自商鞅变法以后，中国封建社会实行的是地主阶级的土地私有制度，地主对土地拥有所有权而封建国家是地主阶级的总代表，我们很难苟同这一说法。地主拥有土地私有财产权这是不争的事实，但并不拥有土地的最终所有权，并且所拥有的土地私有财产权也是不完整的。中国古代社会的私有制是专制王朝的私有制，而非封建地主的私有制。中国古代社会中的“民”，是除了君主之外的不特定对象，并非社会上的某一特定群体。中国历代，特别是隋唐以来，单纯的地主一般只具有经济属性，并非具备政治意义的固定身份。富者（经济身份）与贵者（政治身份）并不等价，传统社会中，“富”者不一定“贵”，“贵”者则大都可以“富”。正如汉成帝于永始四年（公元前13年）发布的诏书中所称：“圣王明礼制以序尊卑，异车服以章有德，虽有其财，而无其尊，不得逾制”。³⁴庶民地主不论拥有多少土地也不属于士绅集团。只有向政府购买官衔或学衔成为可能时，财富和身份之间的联系才可能最紧密。尽管大多数士绅成员确实拥有财产，特别是土地，但人们却忽视了许多士绅

³⁴ 东汉·班固：《汉书》，第55~56页。

是在取得士绅身份后才获得土地的。在这些情况下，地产是身份的结果而不是身份的原因。所有这些因素都证明：虽然地产与士绅身份有紧密联系，但若把地主都说成是士绅显然是混淆不清、误导性的。庶民，包括富裕的地主在内，经常处在官吏及其下属的种种迫害和困扰之下。只有财富与政治权力联结起来时，人们才能确保其自身和家庭的安宁。在这种环境下，一个人保护自己和家族的能力大小，主要取决于某人在官僚等级制度中所占的位置。惟一有效的自保办法就是成为士绅的一分子。³⁵正因如此，可以很容易理解中国“学而优则仕”、“做官发财”的观念为什么那么深入人心，中国的官僚队伍为什么如此庞大。权势与私人财产的结合，使得私人财产进一步丧失了寻求法律保护的正当性。这不是私有制引发的罪恶，而恰恰是缺乏私有财产法律制度带来的危害。

翻开中国的历史会发现一个极具讽刺意味的现实，历代王朝不但没有处处代表“地主阶级”的利益，相反，大量地主、富人备受专制王朝的打击。自秦“徙天下豪富于咸阳十二万户”³⁶、汉代以算缗令及告缗令打击商人，历经诸代的抑并政策与“国有化”运动，打击的主要目标恰恰是富商与地主阶层。³⁷清人方大湜有过有这样的记述：富民与贫民构讼，不可偏袒富民，亦不可故抑富民。海忠介公（瑞）巡抚应天，摧豪强抚穷弱。贫民田入富室者率夺还之，豪有力者至窜他郡以避，奸民遂乘机告讐，故家大姓时有被诬者。忠介一代名臣，

³⁵ 参见翟同祖等译：《清代地方政府》，（北京：法律出版社，2003年），第286~288页，297页、305页。

³⁶ 汉·司马迁：《史记》，第44页。

³⁷ 陈顾远：《中国法制史》，（上海：商务印书馆，1934年），第354~355页。

此事却未免矫枉过正。陆庄简公（光祖）令濬县，濬有富民枉坐重辟数十年，相沿以其富，积案如山，淹搁不决。陆至审实，即日破械出之，然后闻於台使者。使者曰：此人富有声。陆曰：但当问其枉不枉，不当问其富不富。果不枉，夷齐无生理；果枉，陶朱无死法。直至论也，圣人复起，不易斯言。³⁸

中国古代实行的诸多田制，往往反映了专制王朝与豪强地主争利的现实状况。如王亚南认为：曹魏的屯田制、晋代的占田制、北魏乃至隋唐的均田制均寓有向豪强争夺土地、劳力的深意。³⁹在此政治背景下，如果没有与官僚的结合，没有政治权势的庇护，庶民地主的土地权利没有任何强有力的保障，王安石曾记述当时浙江鄞县地主（大户）在官府重重苛求下的窘迫之状：“鄞于州为大邑，某为县于此两年，见所谓大户者，其田多不过百亩，少者至不满百亩。百亩之直，为钱百千，其尤良田，乃直二百千而已。大抵数口之家，养生送死，皆自田出，州县百须，又出于其家。方今田桑之家，时尤不可得者，钱也。今责购而不可得，则其间必有鬻田以应责者。”⁴⁰

在如此情形之下，很难想象封建国家成为地主阶级利益的当然的总代表。专制王朝通过对私人财产无止境地掠夺，甚至导致历史上的一些暴乱恰恰来自于地主阶层领导的武装起义，不少地主豪强甚至充当了重要的谋士与将领。如唐末农民起义的王仙芝和黄巢均是盐贩出身；宋代东南农民起义的方腊，“家有漆材之饶”；明末红巾大起义

³⁸ 清·方大湜：《平平言》卷三《富民与贫民构讼》，清光绪十八年资州官廨本。

³⁹ 王亚南：《中国官僚政治研究》，（北京：中国社会科学出版社，1981年），第93页。

⁴⁰ 宋·王安石：《王文公文集》（上），（上海人民出版社，1974年），第41页。

中的张士诚政权，其势力的发展得到江南豪族的支持。历来有所谓的“官逼民反”，很少见到地主逼迫着佃农造反的例证。所有这些，很难与将地主“阶级”作为中国传统社会土地私人财产的权利主体来认定。

5.2.2 “实体权利”的取得方式

5.2.2.1 行政权力决定财产权的分配

现代社会私有财产权的取得是以先占、继承或公平交易等为基本手段，而中国古代社会的根本特征在于行政权力支配财产的分配。法律和行政手段在财产分配和归属上的作用不同在于，前者具有众意性、平等性、规范性、公示性、长期性和可靠性；而后者则具有随意性、隐蔽性、不确定性、不公平性和不平等性。“这种通过行政的社会控制不是平等待人，而是根据管理者的个人感觉待人的，所以，它引起了人们的冤屈的感受。”⁴¹

因为小农经济本身是一种极不稳定的经济，偶遇天灾人祸个体小农就有可能濒临破产的境地。而私有财产权的发展和商品经济的扩张都有可能构成对小农经济的严重威胁。所以，小农经济本身只有在专制权力的超经济干预的前提下才能生存。尤其在高度君主专制的中国古代社会，脱离政治权力支配的独立的经济过程几乎不存在。权力从来都占有极其重要的位置，权力比财富更受人们青睐。除了掌握国家最高权力的皇帝外，所有大小官吏几乎都可以凭借权力而得利，政治权力在经济领域，在财富的分配上，向来占据着举足轻重的地位。在

⁴¹ 罗斯科·庞德：《法律的任务》（董世忠译），（北京：商务印书馆，1984年），第85页。

整个封建时代的中国，只有拥有权力的人才能依靠强权来决定财富的分配孰多孰少。政治权力尽管自身不能创造任何社会物质财富，但却可以决定社会物质财富的分配和再分配，决定社会物质财富的具体的最终流向。源自古希腊、古罗马的西方法律传统是通过私人财产确定人在社会上的地位和身份；而在中国却是通过身份获得和巩固自己的私有财产。

古代中国政治权力分配的过程，也就是财产分配的过程，造就大大小小的封建主的过程。在各种地主中，最重要的就是封建国家地主。中国的封建国家不单纯是上层建筑和政治机构，它同时更是一种经济实体。封建国家的主权者有着至高无上的权威性，他是一切土地和财产的最高所有者，因而每一个社会成员都必须接受国家和君主的绝对权威，即所谓的“普天之下，莫非王土；率土之滨，莫非王臣”。⁴²它不仅不受任何经济规律的制约，直接干预经济生活中的财产权，而且它本身就控制着绝大部分的土地和农民，封建国家地主的形成和发展与西方截然不同，它主要凭借的就是政治权力，而与地租地产权、平等交换、交换方式等绝少有什么关系。历朝历代，政治地位总是成为分配、占有土地和生产者的决定性因素，各级封建官僚均可依据名分的高低上下，依法占有相应数量的土地和土地上的农户。另外，社会财富分配的方式还可以通过政治暴力的方式取得，特别是战争。战争能使封建地主的成员进行大幅度的调整和更换。中国两千多年的所谓改朝换代，几乎都是靠动乱和战争得以实现的，而一旦依靠暴力和

⁴² 《诗经·小雅·北山》，载《四书五经》（上卷），第1129页。

政治手段改朝换代成功，建朝初期就会有一次大的土地分封和封建地主的更新。中国传统文化中的官本位、学而优则仕等在此也可以梳理出一些历史的影响。如汉朝初建，刘邦就下令：“今天下已定，……军吏卒会赦，……皆赐为大夫，故大夫以上，赐爵各一级。其七大夫以上，皆为食邑。”⁴³此令一出，便造就了一大批的封建主。

刘泽华曾经提出中华法系形成于先秦时期，当时各诸侯国法律的基本精神大体一致，其特点是自上而下的行为规定，人只有在赏罚中存在，并没有法律“主体人”的规定和概念。因此法律中没有独立性的“私”与“己”的地位。由此而来的“私利”、“私有”没有足够独立的合法地位，国家和君主要凌驾其上。“私利”、“私有”是否合法，取决于行政分配与国家的相应制度规定。“这种政治制度安排决定了私人对财产权利的要求不可能上升到王朝支配的法律体系和诉讼制度之中，决定了在法律观念上不可能产生绝对的、排他的、永久性的私人土地观念，在诉讼程序上不可能赋予私人正面的诉权作为保障私有财产的救济途径。因此，私人与财产的结合在行政权力的支配之下只能主要体现在对财产的不稳定的占有和获取部分经营利益的基础上。

所以从总体上看，中国古代的统治阶层的主要精力不是放在土地经营等一系列的经济活动上，而是放在经济权力的经营上。按着马克思主义经济基础决定上层建筑的一般规律，本来应该是经济基础决定

⁴³ 东汉·班固：《汉书》，第10页。

⁴⁴ 刘泽华：《春秋战国的‘立公灭私’观念与社会整合》，载刘泽华等编：《公私观念与中国社会》，（北京：中国人民大学出版社，2003年），第11、14页。

上层建筑，上层建筑反作用于经济基础。但在中国的古代社会，这一规律却没那么灵验，上层建筑的反作用力似乎异乎寻常的强大，以至于造就了由君主专制的上层建筑长时期控制和决定小农经济的经济基础的发展方向和进程的格局，这不得不说是中华民族的悲哀，也是中华民族历史的无奈。

5.2.2.2 契约的作用

契约在社会生活中有两个作用：一是固定买卖双方的关系，促使双方讲信誉、重诺言，以保证交换的安全，具有法律强制力。一是作为法律文书，它具有权利来源合法的证据作用，一旦发生纠纷，契约就成为解决纠纷最重要的依据。在商品社会，它起着约束双方执行义务的作用，以保证当事人的合法权益。尽管早在周代，契约就已被广泛的应用于人们的日常生活之中。如《周礼·地官·小司徒》云：“地讼，以图正之。”⁴⁵图指图籍、书契等。《周礼·秋官·士师》也记载：“凡以财诉讼者，正之以傅别、约剂。”⁴⁶但直至唐代，契约大多在民间进行，政府未曾加以规范。唐代法典中虽然承认契约在社会生活中的实际效用，但并没有契约的具体内容、格式的规定。北宋时期，才出现了“官版契纸”，即由户部印刷标准契约样式，使契约有了政府规范的内容程式，出现了作为政府承认的土地所有权的凭证——红契，这是我国契约文书成熟的一个重要标志。如南宋绍兴年间朝廷规定“民田不上税簿者没官”。⁴⁷南宋王朝于绍兴五年（1135）“初

⁴⁵ 杨天宇：《周礼译注》，第164页。

⁴⁶ 同上，第521页。

⁴⁷ 元·脱脱等撰：《宋史》（十三），第4172页。

令诸州通判印卖田宅契纸，自今民间争田，执白契者勿用。”⁴⁸《宋会要辑稿》亦记载：“在法，田宅契书，县以厚纸印造，遇人户有典卖，纳纸墨本钱，买契书填。”⁴⁹

中国古代社会，私人占有土地的权利证明基本完全有赖于私人之间订立的契约。清代四川巴县的“告状十四不准”载：“告田土无地邻、债账，无中保人，不粘契纸者，不准。”⁵⁰但对私人土地交易颁发的红契主要是官府为控制民众私下土地买卖规避契税的依据，并非私人土地的物权登记或权利公示。中国历代王朝赋税的征敛完全凭王朝的主观意志，从来不像西方那样要依据官民之间的协商——“先同意后纳税”，其因是赋税征敛的理念并非基于私人土地的所有权，而是基于土地的王朝终极所有。既然“溥天之下，莫非王土。”种田纳粮岂不天经地义？从本意上契税制度并非为了保证交易的安全和解决纠纷的证据。也就是说中国古代的印契制度起源于交易税，作为一项财源，这一制度沿革的重点始终在于多聚敛赋税，从来不是近代民法意义上的公证制度。在实践中，反而进一步促使私人为逃避征税而私下转让土地，如清代方大湜：《平平言》卷四《契约勿用官纸》云：“乡民省钱，往往匿契不税。”⁵¹这种以刑罚手段打击民间私下田宅交易以保障王朝利益的实现方式，又进一步促使交易双方千方百计的逃税。

中国传统社会的契约只有在民间层次才能有限地对抗他人，也只

⁴⁸ 同上，第 4222 页。

⁴⁹ 清·徐松：《宋会要辑稿》，第 4453 页。

⁵⁰ 吴吉远：《清代地方政府司法职能研究》，（北京：中国社会科学出版社，1998 年），第 116~117 页。

⁵¹ 清·方大湜：《平平言》卷三《富民与贫民构讼》，清光绪十八年资州官廨本。

有在私人与私人交易之间，私人土地权利的经营与收益支配才有一定的完整性与自由度。如若遇到改朝换代或专制皇帝下诏等“国有化”的情形，民间的这纸契约则没有任何对抗性作用。在国家与私人这一层次频繁发生的土地及其他财产权利冲突中，只能以私人财产权利服从王朝政治命令告终。

其实，即使在民间层次的土地交易行为，也往往受到家族四邻的限制。唐宋以降，家族习惯法中流行的“先问房亲，房亲不要，次问四邻，四邻不要，他人并得交易”⁵²的土地转让方式，就曾引发同族竞相压价的情形，“贫者售产，必先尽房族，族知其急，而故俗措之，则先言不买，冀其价之低也。及彼出于无奈，而鬻于他姓，则又以画字之社不足而相争持。彼受地者，亦以其族之不肯画字也，而虑其后患，复不敢买，甚至有价无交、迁延岁月者，亦有卖地银尽，而族乃告留祖业者，皆恶俗也。”⁵³

5.2.3 中国古代私有财产权的内容

5.2.3.1 “实体权利”的不完整性

近几十年来，各种版本的《中国法制史》、《中国法律思想史》、《中国民法史》等大都认为，尽管中国古代不存在自由、平等、私有财产神圣等私有财产观念，但私有财产权的确存在却是不争的事实。如叶孝信先生在探讨汉代契约时，提出当时大小土地买卖，都要订立契约。作为买方来说，只有把握买契，才算取得了土地所有权，他才

⁵² 龚仪等撰：《宋刑统》（卷十三），《户婚律·典卖指当论竞物业》，（北京：中华书局，1984年），第207页。

⁵³ 乾隆《河水县志》卷下《风俗·产业》，转引自郝维华：《清代民间财产权利的观念与实践》，北京大学法学院2003年博士学位论文，第91~92页。

能够如马克思所说的那样，“把它作为排斥其他一切人，只服从自己个人意志的领域。”⁵⁴早在二十多年以前，傅筑夫就说道：从战国年间开始形成的一种变态的封建制度——土地私有制度代替了以井田制度作为具体占有方式和经营方式的土地制度。傅筑夫进而对“土地私有”的解释是：占有这块土地的人在法律上具有垄断性，有排斥他人再占有这块土地的权利，占有了这块土地，就获得了这块土地的绝对所有权，在他之外，不再有或不再承认另外一个至高无上的名义所有者，这时所谓土地所有者，已不再是只在事实上有限的占有，而是在法律上无限的占有了。⁵⁵这种观点至今在法学界得到较普遍的认可，但我们很难苟同甚至感觉这是用西方的法律体系来套中国的历史事实，有些牵强附会。因为在缺失“意识权利”的情形之下，“实体权利”就成了无本之木，中国古代社会从来没有从正面以法律制度的形式赋予人们私有财产权利，中国古代社会私有财产“实体权利”的存在也仅仅是一种表象。

中国古代社会的私人在实体上从未获得过像西方那样对土地等财产的绝对性、排它性和永久性的权利。中国古代社会实际存在的私有财产权只是部分的、相对的。西方法律上的私有财产权与中国古代社会土地等私有财产权利的实际状态相距甚远，并且有质的不同。中国古代社会根本不存在与这种私人财产权相适应的私有财产权法律制度。私人对土地的占有、使用、自由转让并不标志着其获得了土地

⁵⁴ 叶孝信主编：《中国法制史》，（北京大学出版社，1996年），第96页。

⁵⁵ 傅筑夫：《中国封建社会经济史》（第二卷），（北京：人民出版社，1982年），第101~102页。

的所有权。封建王朝绝对控制土地收益的结果决定了土地权利的最终归属。前文已述，在“溥天之下，莫非王土”的传统社会的共识下。王朝将土地分拨给农民耕种获取的赋役，完全具备地租的实质，王朝实际上成为天下土地的终极所有者。其他人主要依据其对土地的占有数量和联系紧密程度而区分为地主、自耕农或佃农。历代王朝以赋役超额征敛及不顾及私人对土地占有的事实而发起“土地国有化运动”，在不同程度上将私人转化为王朝的佃农。

中国学者也早就有人对中国私有财产权的是否真正存在提出过质疑，认为中国古代很难说得上私人对土地拥有所有权。例如侯外庐先生就认为，中国中古封建是以皇族地主的土地垄断制为主要内容，而土地私有权的法律观念是没有的。这里的法律观念可以看作所有权在法律上的实体规定，至于在法律之外的事实如由于特权而得的占有权，是另外一件事。⁵⁶对此问题谷川道雄分析唐代社会时提出，当时的人民，在律令制度的严格规定下进行生产和生活。他们被户籍紧紧的束缚在本乡本土上，没有迁移的自由。根据唐代法令，农民对土地不具备随意支配的自由，同时政府在谷物和衣物的生产方面还有种种规定。这些对农民的规制在任何一个时代都可以看到。⁵⁷英国经济史学家琼斯则认为土地的主人并不是普通民众：（中国的君主）和在亚洲其他地方一样，是土地的唯一主人……以农产品这种原始形式取得这样巨额的税收，是一种显著的证明：中国皇帝的权力和财富，和其

⁵⁶ 侯外庐：《中国封建社会土地所有制形式的问题——中国封建社会发展规律商兑之一》，载侯外庐编：《中国封建社会试论》，（北京：人民出版社，1979年），第10页。

⁵⁷ 谷川道雄：《试论中国古代社会的基本构造》，载张国纲编：《中国社会历史评论》（第四卷），（北京：商务印书馆，2002年），第6页。

他东方统治者的一样，是和他作为帝国统治下最高土地所有者的权力有密切关系，或者不如说是建立在这种权力上的。⁵⁸

与所有权概念相联系的私有财产制度起源于罗马法。它是指所有人除了受自身实力和法律限制外，就其标的可以为他所想为的任何行为的能力。从消极方面讲，所有权可以对任何人主张排除对所有物的干涉。因此，所有权意味着绝对性、排它性、永续性的财产权利。⁵⁹所有权主体可以对物行使所有可能行使的权利。因此，后代的罗马法学者认为所有权可以定义为对物最一般的实际主宰或潜在主宰，而未对这种主宰权的内涵作进一步的确定。经过千余年的发展，罗马法的这种精神对后世西方各国民法曾产生并将继续产生极其深远的影响。因此，恩格斯认为“罗马法是纯粹私有制占统治的社会的生活条件和冲突的十分经典性的法律表现，以致一切后来的法律，都不能对它作任何实质性的修改。”⁶⁰如果以这种所有权的基本特征衡量中国传统社会的土地财产权，则很难看出自商鞅变法时起确立的土地“私有制”具有“排它性、独占性权利”，也很难解释中国古代社会的私人土地权利为何从未能摆脱专制王朝的频繁渗透与掠夺。中国古代社会的立法从未曾赋予私人对土地等财产享有排斥其他一切人，只服从自己个人意志的权利。美国学者D·布迪在论述中国古代法律时说道：当法律出现以后，它既不维护传统的宗教价值，也不保护私有财产。它的

⁵⁸ 理查德·琼斯：《论财富的分配和赋税的来源》（于树生译），（北京：商务印书馆，1994年），第93~95页。

⁵⁹ 周枬：《罗马法原论》，（北京：商务印书馆，1994年6月），第299~304页。

⁶⁰ 同上，第2页。

基本任务是政治性的：对社会施以更加严格的政治控制。⁶¹

5.2.3.2 “实体权利”的不稳定性

如前所述，中国古代社会私人土地的终极性权利是控制在以皇帝为代表的专制王朝手中的。唐代之后，历代王朝很少再实行诸如均田之类的土地制度，形式上民众对土地可以私自占有、使用或处分，前提条件是必须承担高额赋役。否则，任何“私有”土地随时可能被“国有化”。比如绍兴十三年（1144）闰四月十五日壬寅，南宋王朝下诏：“人户应管田产，虽有契书，而今来不上砧基簿者，并拘没入官。”⁶²以其专制王朝的统治实力为后盾，随着每个王朝的统治实力衰弱和对社会控制能力的降低，私人对土地收益的支配权利才有可能扩大；而一旦新的王朝重新建构起强大的专制集权体系，私有土地收益就不可避免的重新开始了被征用的轮回。中国历史上的土地财产，在形式上一直在“公有”、“私有”之间轮回转换——官府将私有土地公有化然后出卖，将土地分给权贵然后招佃，将土地配给农户然后他们再典卖，……这一系列过程构成了土地“公”、“私”的相互转化格局。其中，“私有”土地不过是这个转换过程中的一个过渡阶段。整个过程没有起点，也没有终点，土地在私人与国家手中不断地分化组合，呈现出高度动态格局。⁶³因此尽管不完全排除中国古代社会一定程度的土地私有形式，尤其是私人对土地的占有、使用、收益的权利，并且可以在现实中得到整体社会大致的尊重，或通过诉讼途径获得官方

⁶¹ D. 布迪、C·莫里斯：《中华帝国的法律》（朱勇译），（南京：江苏人民出版社，1998年），第7页。

⁶² 宋·李心传：《建炎以来系年要录》（卷一四八），（上海：商务印书馆，1937年），第394页。

⁶³ 陈顾远：《中国法制史》，第336～338页。

一定程度的保护。数量众多的民事判牍文集及成千上万份土地买卖契约表明，私人土地权利的形式得到了大致表达，但是以国家法律为基础的制度性的私人所有权却始终没有出现。私人土地权利一直呈现动态的急速分化组合状态，这种不稳定的权利状态无法向所有权及私有财产法律制度转化。在观念上，土地属于专制王朝终极所有，在实践中，私人对土地的持有与交易是以土地的占有、使用及收益权利为核心的，从来没有关注土地“所有权”这样的权利概念。这构成古代中国私有财产权利状态的主要特征。

中国传统社会私有财产“实体权利”的不稳定性，或者如傅筑夫先生所称的这种“变态”，尽管使得中国的私有财产权自始缺乏完善的法律保护，极易受到特权机构或者特权阶层的侵犯，但却被后人当作私有财产权发展的结果得以继承。一定程度上，这种法律文化为后世全面确立公有财产制度提供了理论基础，至今影响深远。当现在的国人陶醉于农村土地承包制的成功时，很难想像得到这种制度与中国古代的土地财产权形式有着何等惊人的相似？甚至“尽管 21 世纪初年中央下文全面取消农业税，但这与上级对基层的关怀和基于新国际经济形式下的政策变量相关。”⁶⁴

5.2.3.4 “实体权利”的家族占有性质

前文已述，中国古代社会以宗法血缘关系为纽带结合起来的家族组织是基本的社会经济单位。这种生产方式下的财产关系特点是不存

⁶⁴ 邓建鹏：《财产权利的贫困》，第 100 页。

在财产的个人所有，只有财产的个人占有。家族的族长、家长对家族内的财产拥有支配权，作为家庭成员的其他人则没有任何的财产权。甚至族长、家长对家族内财产的支配权也是建立在家族公共利益之上的，而非个人的私有财产权利。就单个的个体而言，每个人都不是独立的，个人占有的一切，包括个人自身都必须依附于集体而存在。即使发展到后期中国的所谓财产私有也并非西方意义上完全的个人所有制，而只是家庭私有制，脱离家族或家庭个人是无权支配私有财产的。

《礼记·内则》曰“子妇无私货、无私蓄、不敢私假、不敢私予”⁶⁵。按国家法律，历代都禁止子孙与父祖“别籍异财”，否则要处以刑罚。唐律中专门有一条“子孙别籍异财”罪：“诸祖父母、父母在，而子孙别籍、异财者，徒三年。”⁶⁶《唐令拾遗》中有：“诸家长在，而子孙弟侄等，不得辄以奴婢、六畜、田宅及余财务私自质举及卖田宅。其有质举、卖者，……物即还主，钱没不追。”⁶⁷的规定。宋代司马光著的《涑水家议》中规定：“凡诸婢幼，事无大小，毋得专行，必咨禀于家长。”“凡为子为妇者，毋得蓄私财俸禄及田宅所入，尽归之父母姑舅。当用则请而用之。”⁶⁸由此看来，家族财产的管理和处分权都掌握在家长手中，卑幼不得擅自动用私财，除家长授权外无权以家庭名义与外人发生财产关系及相应的民事行为。同时，家长在拥有治家之权的同时，对国家也承担管束子弟完粮纳税的义务，子弟

⁶⁵ 杨天宇：《礼记译注》，第461页。

⁶⁶ 刘俊文：《唐律疏议笺解》（上），第936页。

⁶⁷ 仁井田升著：《唐令拾遗》（栗劲等编译），（长春出版社，1989年），第788~789页。

⁶⁸ 周秀才等编：《中国历代家训大观》（上），第75页。

如有越轨行为，或拖欠赋役等，只罪家长。如《柳峰朱氏宗谱》规定“越礼犯分，皆由父兄，如不安分守己者，即以父兄是究”⁶⁴。在这样的情形之下，人们首先感觉到的是家族的存在，而不是家族成员个人的存在。

而在古希腊雅典社会早期，个体家庭就已经确立，在氏族组织彻底瓦解的情形下，公民在任何时候都是以个人身份参与社会生活。一个人是否具有参与社会生活的资格，完全取决于个人的财产状况。亚里士多德在叙述雅典宪法有关公民权力的规定时说：“现行宪法的形式如下，凡父母双方均为公民者有公民权，公民在十八岁时在他们村社的名簿中登记。当他们登记之时，村社成员对宣誓投票。”⁶⁵可见，雅典人的存在形式是个体意义上的公民，决定他们公民资格的主要条件是个人年龄。在这种存在方式下，每一个公民的真正代表只能是他自己。当然他们也必须具有自由身的身份，因为在古希腊公民只是指那些自由的穷人和自由的富人，而奴隶则是不被当作人来对待的。

⁶⁴ 清·朱儒鸿：《柳峰朱氏宗谱》，安徽桐城：敦睦堂木活字版印本，清同治12年（1873）。

⁶⁵ 亚里士多德：《雅典政制》（日知、力野译），（北京：商务印书馆，1999年），第46页

6. 中国古代私有财产权的法律制度分析（下）

——以法律体系为视角

民法是一个统一的法治社会的法律体系。人们在这个法律体系中的民事权利取决于整体性的法律安排。中国古代社会不存在绝对、永久、排他性的私有财产权，同时也不存在财产权保护的法律体系，即从来没有私有财产保护的程序法。因为中国的立法从来都是政治性的，维护专制统治是其唯一的出发点和归宿点，以天下为私的专制王朝是法律上的唯一权利主体，而民众只是法律的义务主体。因此，中国古代社会只有刑法而没有民法，只有“公法”而没有“私法”。有关民事权利的法律规定大都散见于刑事法律之中。这就构成了中国古代财产法的一个非常奇特的现象，以刑事手段调整民事财产关系。事实上这种对财产关系的调整都是政治关系的附属品。从政治学的角度看，任何一个国家政权除了维护其统治外，还有维护社会安定，促进经济发展的社会职能，从立法上确保公民的财产权利应是理所当然。但中国古代社会登峰造极的君主专制制度，使得历代统治者及其思想家，从来都没能从民众的角度去体认法律、制定法律。

在没有国家统一法律规范的情形下，民间实际存在着的大量财产权关系依靠家族法来调整，这是中国古代私有财产权法律制度的又一明显特征。一方面国家制定法的诸多内容成为家族法的直接渊源，另一方面官府断案，也常常直接引用家族法，二者相互补充。这些确立和保护财产权的民间规则不具备正式法律制度所具有的成本低、可预

测性强的优势。“政府通过警察力量和法庭帮助私人所有者执行契约并降低交易成本，尤其是政府行使权利维护契约制度的行动具有系统性和可预测性，情况更是如此。政府也降低了订立契约活动的成本，它提供了一个衡量和度量标准体系。”¹在运用家族法这一民间规则调整财产关系的过程中，“通行的不是法律面前人人平等，而是特殊规则面前各各特殊。特殊规则的含义是，一种行为究竟可以还是不可以永远没有普遍而一致的准则，要因人制宜，因事制宜来决定。”²

6.1 以刑法手段调整财产权关系

6.1.1 从“法”、“刑”、“律”的字义说起

法，古体字为“灋”，《说文》：“灋，刑也，平之如水，从水。廌，所以触不直者去之，从廌去。”³蔡枢衡认为，“平之如水”之义乃“后世浅人所妄增”，与原意不符：“灋字结构表明，灋是廌触水去。换句话说，解廌触定，放在水上，随漂流去便是法。”他考证在钟鼎文中，灋音废，灋废同音，而废又有放、弃、去之义，所以法的最原始字义就是刑法。‘从字义上看，法和刑可以互训，《尔雅·释诂》：“刑，法也。《诗·大雅·抑》：‘罔敷求先王，克共明刑。’毛传：‘刑，法也。’”⁵《尚书·吕刑》云：“苗民弗用灵，制以刑，惟作五虐之刑曰法。”⁶法家所言之“法”有时主要就是指“刑”，如商鞅云：“民众而奸邪生，故立法制，为度量以禁之。”⁷韩非子曰：“法者，宪令著于官府，刑

¹ 思拉恩埃格特森：《新制度经济学》（吴经邦等译），（北京：商务印书馆，1996年），第45页。

² 周其仁：《收入是一连串事件》，（北京：中国发展出版社，2004年），第98页。

³ 汉·许慎：《说文解字》（简本），（武昌：长江文艺出版社，2005年），第263页。

⁴ 参见蔡枢衡：《中国刑法史》，（南宁：广西人民出版社，1983年），第170页。

⁵ 胡奇光撰：《尔雅译注》，（上海古籍出版社，2004年），第15~16页。

⁶ 《尚书·吕刑》，载《四书五经》（中卷），第2329页。

⁷ 《商君书·君臣》，载《诸子集成》（5）《商君书》，第38页。

罚必于民心，赏存乎慎法，而罚加乎奸令者也。”⁹“这里所说的法即指刑，或赏与刑的结合。法家又常常从“刑”的意义上使用法字，如《盐铁论·诏论》谓：“法者，刑罚也，所以禁强暴也。”⁹故“法家所谓‘法治’，只在‘刑赏’二字。”¹⁰

中国古代表达法律的用语，战国以前多称“刑”，战国开始广泛使用“法”字，但如前所述，“法”和“刑”是可以通用的。商鞅改法为律后，除个别朝代外，中国历史上的法典无不以“律”名之。《尔雅·释诂》：“律，法也。”¹¹明人丘濬说的最明白：“律以著法，所以裁判群情，断定诸罪，亦犹六律正度量衡也，故制刑之书，以律名焉。”¹²所以，“刑”、“法”、“律”作为古代表达法律最常用、最基本的术语，其含义的主要指向就是刑法。“‘刑’这一概念在早期法律文献中的使用频率——包括独立使用和作为‘法’的替换词——表现了古代中国人这样的法律意识：法就是刑，成文法的最初含义就是刑法。这种意识在中国一直保留到本世纪初，到1906年行政体制变革以前，政府的最高法律机构仍被称作‘刑部’。”¹³清末以前的立法活动及其成果基本上集中在刑法领域，主要和基本的法典都是刑法典，从传说中的《禹刑》到《吕刑》，从《法经》到《唐律》、《宋律》、《大清律例》。其中战国时期的法家代表人物李悝制定的《法经》，是战国时期最有影响的成文法，也是中国古代立法之权舆，以刑做法的观念由此起源，

⁹ 《韩非子·定法》，载《诸子集成》（5）《韩非子集解》，第304页。

¹⁰ 汉·桓宽：《盐铁论·昭圣》，载《诸子集成》（8），第60页。

¹¹ 梁治平：《法辨——中国法的过去、现在和未来》，第78页。

¹² 胡奇光撰：《尔雅译注》，第15页。

¹³ 明·丘濬著：《大学衍义补》（下），（林冠群等点校），（北京：京华出版社，1999年），第876页。

¹⁴ D. 布迪、C. 莫里斯：《中华帝国的法律》（朱勇译），第8页。

这一传统对中国传统社会的法律文化影响深远。

西方主要资本主义国家的法律观念与中国迥然有异，“在另一些语系比如印欧语系的希腊、罗马、日耳曼等语族里面，‘法’字不但与‘刑’无关，而且其本身也丝毫不含刑罚的意思。……西语中‘法’字，几乎可以同时读作权利。”在西方世界的法律实践和表达中，“法律不但被用来分配和确定权利、义务，而且被当作权利的保障，……他们之间权利、义务的每一次调整和重新分配，也都以法律的形式固定下来”。¹⁴可见中国与西方的法律自始就走上了不同的发展道路，中国的法意味着刑罚的强制和服从的义务，而西方的法则意味着权利保障。

6.1.2 以刑法手段调整财产关系的表现

用刑法手段来大量调整财产法律关系，或者说将财产法律关系的诸多内容纳入刑法调整的范畴，以“刑”代“民”，是中国传统法律文化的基本特征之一。在前述有关私有财产权的历史沿革中，我们已经接触过诸多以刑事立法手段调整财产法律关系的例子。《唐律疏议·杂律》中专门设立了“德阑遗物不送官”的罪名，如阑遗物为官物的，依照“亡失官物”罪减二等处罚；如阑遗物是私人财物的，依照“坐赃”罪减二等处罚。《唐律疏议·杂律》中还有很多关于动产买卖的罪名，比如劣质商品称为“行滥”，不合标准的商品称为“短狭”（如绢帛门幅必须在一尺八寸以上，每匹的长度必须在四十尺以上），生产者和出售者都要杖六十，得赃多的要比照盗窃罪计赃处罚。

¹⁴ 梁治平：《寻求自然秩序中的和谐》，（北京：中国政法大学出版社，1997年），第37页。

买卖双方应“合同”（合意），不准欺行霸市（称“较固”）和欺诈（称“叁市”），否则杖八十。宋代《庆元条法事类·杂门·出举债负》：“诸以财物出举而回利为本者，杖六十。以威势殴缚取索，加故杀（注：此处应为“斗殴”之误）罪三等。”¹⁵明代的《钱债》门规定，禁止债权人强夺债务人财产抵债，否则杖八十，超过债务本利部分计赃坐赃论，罪止杖一百徒三年，违契不偿也构成犯罪，按所欠本利数额处以笞杖刑，罪止杖六十。

中国以刑罚手段调整财产关系的过程中还有一个很重要的特点，就是“官物”与“私物”的不平等保护，官有财产屡屡获得法律优先地位。前述《唐律疏议·杂律》中“德阑遗物不送官”罪名中，阑遗物为官物，依照“亡失官物”罪减二等处罚；阑遗物是私人财物，依照“坐赃”罪减二等处罚就是很好的例证。据睡虎地秦简记录的秦律表明，与盗窃私人财产的处罚相比，秦律对官府财产的规定不仅极其细致，而且从积极作为到消极不作为都有严密立法，而且对盗窃官府财产者的处罚更严酷。相比而言，涉及私人财产的规定往往类似于消极不作为的例禁。还有学者认为，为保护官有财产，唐律专列“厩库”一篇，充分表明了立法者对“官物”的重视程度。对“官物”予以重点保护是中国古代法律的一贯传统。¹⁶统治者强奸民意，自称代表天下，“官物”也就自然而然成为所谓的国有或全民所有。

现实的法律实践中，将公有财产与私有财产区分为高地贵贱的情

¹⁵ 戴建国点校：《庆元条法事类》，（哈尔滨：黑龙江人民出版社，2002年），第174页。

¹⁶ 高积顺、张东华：《唐律十二篇体例研究》，载韩延龙主编：《法律史论集》（第五卷），（北京：法律出版社，2004年），第331~332页。

形依然存在。西方社会的契约理论框架内，公权力的产生与对私人财产的保护紧密相连。私人财产权的确立提供了私人抗衡国家权力的有力工具，是一种保障私有财产安全的有力手段，所以“确认财产权是划定我们免于压迫的私人领域的第一步”¹⁶，因此，歧视私有财产的做法既缺乏道德上的正当性，违背人人平等的法治追求，更无视历代王朝推行私人财产官有化企图及缺乏对私有财产有力保护、屡屡侵犯私人利益的历史教训。在超越公、私范畴的认识基础上，实现宪法和法律对公、私所有合法财产的平等保护，才是现代法治的真正追求。令人欣慰的是，2004年《宪法》修正案的通过，2007年3月《物权法》的颁布，标志着中国在这方面已经开始起步！

6.1.3 以刑法调整财产关系的原因探讨

以刑罚手段调整民事财产关系，其实与传统的专制统治、法律的国家本位和家族本位以及由此决定的公民意识、权利意识和法律意识的不发育息息相关。在高度集权专制的社会里，皇权对百姓生活干预的“彻头彻尾”，私人的生活空间极其狭窄，国家强制和国家干预面面俱到。在国家本位的社会结构下，社会秩序和社会安定的标志，首先在于社会成员对国家的绝对服从，对国家赋予义务的无条件履行，这是以牺牲个人权利为代价的。国家本位决定了法律的价值取向必然是义务本位的，而义务本位又必然带来公法的发达。“一个社会的国家集权和（国家）观念愈发达，其刑事立法也必然发达。如果发达到使个人存在的价值与利益无足轻重或者基本丧失，国家代表了个人

¹⁶ 谢鸿飞：《私人法与物法的两种编排体例》，载徐国栋编《中国民法典起草思路论战》，（北京：中国政法大学出版社，2001年），第309页。

(个人完全消融在国家之中), 侵犯私人权益就是侵犯国家利益、破坏社会秩序, 那么这个社会的法律必然表现为刑法和刑法化的法律。”¹⁷而在宗族体制下, 个人观念不能产生发展, 个体存在的价值和个人生命的意义被各自依附的家庭伦理观所吞噬和淹没。再加上中国传统社会商品经济的极不发达, 自给自足的自然经济最大限度的挤压了私法生存的空间, 从而对刑法的发达起到极大的助推作用。

以刑法手段来调整财产关系还与前述性恶论的人性哲学基础有着密切联系。以法家为代表的性恶论认为人的本性就是趋利避害、贪生怕死。如商鞅所说:“民之性, 饥而求食, 劳而求逸, 苦则索乐, 辱则求荣, 此民之情也。”¹⁸如何治民呢? 法家由此阐发了一整套重刑主义的理论, 这直接导致了中国传统社会刑治主义在理论和实践方面的异常发达。即使先秦儒家在本质上也并不排斥重刑主义。在听说子大叔兴兵攻击萑符之盗, “尽杀之, 盗少止”之后, 孔子深表赞同: “善哉! 政宽则民慢, 慢则纠之以猛; 猛则民残, 残则施之以宽。宽以济猛, 猛以济宽, 政是一和。”¹⁹当然, 及至荀子提出了“人之性恶, 其善者伪也”²⁰的命题, 首开儒法合流之先河, 形成外儒内法的封建正统统治思想, 而后又经汉儒的充分发挥, 刑治主义便深深植根于中国传统的法律文化体系之中。

6.2 以家族法规范财产关系

“中国法律的注重于刑法, 表现在比如对民事行为的处理要么不

¹⁷ 张中秋:《中西法律文化比较研究》, (南京大学出版社, 1991年), 第96~97页。

¹⁸ 《商君书·算地》。载《诸子集成》(5)《商君书》, 第13页。

¹⁹ 《左传·昭公二十年》, 载《四书五经》(下卷), 第3491页。

²⁰ 《荀子·性恶》, 载《诸子集成》(2)《荀子集解》, 第289页。

作任何规定（例如契约行为），要么以刑法加以调整（例如对于财产权、继承、婚姻）。”²¹对“不作任何规定”的“契约行为”等又是由什么来规范的呢，中国传统社会是绝对不可能对大量存在着的财产法律不加以规范的，这就涉及到家族法的作用。家族法是一个宗族或家族内的习惯法。它对家族内的财产、家庭、人身、婚姻等民事法律关系进行全面而广泛的调整。家族法与国家制定法相辅相成，相互配合来调整古代社会的财产权利关系形成中国传统法律文化的又一重要特征。

6.2.1 家族、家族法的概念

中国传统社会组织的纽带是血缘关系，基本社会组织是宗法家族。由血缘而家族，由家族而宗族。从而构成一个庞大的血缘关系网络。先秦时期，盛行宗族制度。甲骨文中“大示”（大宗）和“小示”（小宗）的区别，说明宗法制度已经出现。“礼崩乐坏”的春秋战国时期，各诸侯国变法的矛头所向之一就是奴隶制的宗法等级制度，要求废除世卿世禄制度。秦始皇统一六国，确立皇权，实行郡县制、官僚制，彻底废除了世卿世禄的奴隶主贵族制度，代之以封建等级制，宗法血缘关系在国家政权制度领域的影响大大降低。但令人匪夷所思的是，在生产和生活领域中，随着小自耕农生产方式的迅速发展，血缘关系的纽带作用在社会组织中却日渐强韧。小自耕农个体家庭的发展，产生了血缘关系基础上的两个发展路向，一是纵向的累世同居共财的家庭组织形式，另一个是横向的宗族组织的发展。西汉对

²¹ D. 布迪、C. 莫里斯：《中华帝国的法律》（朱勇译），第2页。

“强宗大族”实行分化、瓦解和打击政策。东汉“刘秀以南阳豪民起家，……在刘秀集团的所谓云台二十八将三十二功臣中，出身官宦之家，乡里豪门者占据了绝大多数”²²，于是家族组织迅速发展。唐中叶以后，随个体小农经济的发展，世家大族式的家族组织随之瓦解。到宋代，统治者首倡累世同居的大家庭制度，化大力气提倡“敬宗收族”，建祠堂、置族田，逐渐形成由个体小家庭组成的聚族而居的家族组织和累世同居共财的大家庭式的两种家族形式。每一个家族都具有有一些必备的要素：族长、族产、祠堂、族谱、族规、家训等。自此以后，“王权与族权达成默契：家族首长在王朝鞭长莫及的领域充当皇帝的半官僚、半立法司法者，帮助皇帝管理臣民；作为一种回报，王朝用法律和行政措施确认家族首长的一系列特权。……皇权与族权结合的天衣无缝。”“家对于王国，族权对于皇权的重要价值，使宗法伦理行为规范具有普遍的社会职能。……在西周、春秋是以刑罚为后盾的法律规范的代名词，在秦汉以后则作为立法、司法的指导原则，一方面在立法领域不断被法典化、条文化，另一方面在司法领域作为创制和适用判例的法理依据。”²³

所谓家族法，是家族权贵为了维护家族社会秩序，为保护自己的特殊利益，以国家法律、民间习惯和纲常礼教为基础，立足于宗族、家族基础之上，以调整家族内部社会关系为目标的具有普遍约束力的规范或规则，并以家族自身的力量和国家力量作为其强制执行的保证。它是以家族制度为基础的，但又区别于功能众多，既是国家政治

²² 王彦辉：《汉代豪民研究》，（长春：东北师范大学出版社，2001年），第230页。

²³ 武树臣：《中国传统法律文化》，（北京大学出版社，1994年），第728页。

制度，又是法律制度的宗法制。

“治家犹如治国”，“家之有规犹如国之有典也，国有典则赏罚以饬臣民，家有规寓劝惩以训子弟，其事殊，其理一也”。²⁴早在东汉时期，家族法作为个别现象就已存在。晋武帝时撰修的《泰始律》，是我国封建时代第一部较为典型的儒家化法典，其第一次使宗法伦理原则在国家制定法中得以确立。而作为中国封建法典典范的《唐律》，则是中国封建社会以家族为本位的伦理习惯法走向成熟的标志，凡是涉及家长权与族权的领域，几乎完全为国家制定法所确认，从而实现了家族法的充分法律化。宋元时期，随着家族组织在基层社会的普遍建立，开始制定相应的家族法，但内容极不完备，文字形式缺乏法律化加工，且主要以伦理性说教和习惯原型为主。至明清两代，各地家族法的内容和形式上都有了长足的进步，清代尤其如此。

家规在内容上分为两种形式，一是“乡约”、“家法”、“家规”等制度性规定，另一种是“家训”、“家范”等伦理训诫。对于触犯家规的族人，家族或家庭大多给予惩罚。据《中国的家族法规》所载，惩罚的方式大致有如下种类：警戒、羞辱、财产、身体、资格、自由、生命等六大类三十多种。甚至可以处以死刑。²⁵可见，家族法规具有明显的法律性。

6.2.2 家族法规范财产关系的基础

家族法在传统的专制集权社会中能够成为国家制定法不可或缺

²⁴ 安徽《仙源东溪项氏族谱》卷一，《祠规引》，转引自赵秀玲《中国乡里制度》，（北京，社会科学文献出版社，1998年），第198页。

²⁵ 费成康主编：《中国的家法规》，（上海社会科学院出版社，1998年），第97~114页。

的重要补充，成为一种民间民事法，赖于国家政权的肯定与支持。

从政治上说，首先宗法家族组织起着基层政权的作用。家族法规定了族长的人选标准和产生程序。“兄弟析烟，亦不迁徙，祖宗庐墓永以为依，故一村之中，同姓者致十家或百家，往往以姓名共村巷焉”。²⁶这些同族的“村巷”，是以血缘为纽带的聚合体，其族权具有管理这一聚合体的基层政权职能。国家政权也充分认识到这种起着基层政权作用的宗族组织是治国平天下的命脉，是自身长治久安的最可靠的保证。其次，家族法在调整财产关系中起着重要的作用。传统社会中国官府正式的官僚机构只到县衙门为止，地方司法与行政合一。宋元明清各代，州县官必须亲自坐堂审案。在疆域辽阔的中国古代社会，民事纠纷应接不暇，公务繁多的官府事实上不可能对所有的民事财产纠纷和诉讼悉数逐一审理。另一方面，中国历代对官员的增加都严格加以限制，如清代，全国仅有两万名文官，七千名武官，²⁷费正清就曾说道：“中华帝国有一个不可思议的地方，就是它能用一个很小的编制来统治如此众多的人口。”²⁸在此情况下，通过家族法处理财产纷争，将家族法作为平息民间纷争的一种辅助性措施便成为一种行之有效的手段。

从法律上看，历代王朝为了在宏观上控制社会、维持秩序，承认了与国家法没有重大冲突的家族法的效力，使家族法获得准国家法的地位。中国传统社会国家制定法中有关财产法律关系的规定比重较

²⁶ 同治《松江府志》卷三。

²⁷ 费正清等编：《剑桥中国晚清史》（上卷），（中国社会科学院历史编译组译），（北京：中国社会科学出版社，1985年），第16页。

²⁸ 同上，第24页。

小，且较为原则，难以对财产关系进行细致的调整。在私有制度下，各自独立的经济实体必然要通过各种交往来实现自己的经济目的。围绕着私有财产，有关占有、使用、收益、处分及债权、债务等关系又必然经常发生。而法律又不可能放弃对于财产关系这种在整个社会生活中起着重要作用的社会关系的强制性调整。因此，对各种民事关系有细致规定的家族法就自然的成为国家制定法的重要补充。并且因家法等级制度的存在，家族法的宗旨与统治阶级的利益也是一脉相承的，甚至国家制定法的诸多内容成为家族法的直接渊源。

家族法得以发展的另外一个原因，就是深得基层民众的拥护和推崇。在自给自足的小农经济社会，宗族团体与家庭相比，对于促进生产力的提高，组织农业基础设施建设有着个体家庭无法比拟的优势。宗族团体可以利用自己的群体优势，联络各自独立的家庭在一定程度上缓解个体小农因自我封闭而对提高生产力、发展经济所造成的障碍。由各个小家庭构成的家族组织和累世同居的大家庭组织，是传统社会最基本的经济组织。在这种组织内部，农业和手工业相互结合，自给自足，与外界交往很少。这种小农经济的闭塞性致使财产纠纷的发生带有很大的宗族性，而财产纠纷的解决也必然带有家族性、家族法性，这种家族法性又致使族人日益认可家族法。

6.2.3 家族法规范私有财产关系的功能

家族法作为调整家族内部财产关系的主要法律依据，主要表现在以下几个方面。

调整族人私有财产关系。私有财产权本身是以所有权人独立的占

有、使用、处分自己的财产为基本要义的。家族组织中各家各户独立的占有、使用和处分自己的私有财产，一般不受家族组织的干涉，家族法也不予限制。即使家族组织内部成员之间，其财产也可以私自自由买卖。但要与家族组织之外的家庭买卖、典当财产，特别是田宅，则要受到家族法中“族人先买权”的限制。亲房本族在田产买卖、典当中享有优先权。这种规定，反映了中国传统社会中产不出户的惯例和“大族总辖小族，强房统摄弱房”的现实。其目的是为了保护家族组织赖以生存延续的私有财产，维护家族组织稳定的物质基础。传统社会中兄弟析家产，是私有财产再分配的重要形式。家族法大都肯定传统习惯所确定的诸子均分、长孙承重的原则，并严格规定析产程序，以确保该原则的强制执行。家族法对族人私有财产的规定，使得族人的财产关系具有浓厚的宗法性。

处理族人之间的财产纠纷。中国传统社会因国家政权将田产借贷等财产纠纷视为“细故”、“细事”，认为它们不会对专制政权构成威胁，不具有危险性，所以允许并支持家族团体依据家族法对此类纠纷进行处理。民众也普遍接受这种由家族处理财产关系的解决方式。因自给自足的农业经济结构决定的，以血缘为纽带聚族而居的特殊环境，使得社会成员如同生活在一个大家庭中，千年的邻居，万年的乡亲，世代相处，枝蔓相连，极少迁徙流动。再加上入官诉讼为耻观念的影响，人们非常注重邻里乡亲和睦相处，以致于发生财产纠纷时不愿意诉诸官府，而更愿意求助于家族和家族法。大部分的民事纠纷和轻微刑事案件都能在家族内部解决。有着大事化小，小事化了之功效。

家族法也确实在传统社会的实践中发挥着调整财产关系的功能，并且成效显著。据清代宝坻县法庭的资料，关于分家的诉讼相当少，在宝坻县的三十五个有关田产和继承的案件中只有一个与分家有关。²⁹其原因就在于家族及家族法在其中起了重要作用。在传统社会，分家析产被看作应由宗亲组织依据家族法所确定的常规惯例去处理的事务，通常以制定分家协议作为解决的办法。分家时所有相关各方悉数参与，场面严肃，讨论的问题具体而细微。一旦达成协议，就会写下一份正式的分家协议，上面详细记载分割的财产，并有当事人各自的签字画押和中间人的见证。这一过程结束后，很难给未来的质疑和纠纷留下余地。中国传统社会独特的法律文化背景下，家族法作为一种民间法律形式，在财产关系及解决财产关系纠纷方面起到了切实的调整作用。至今，中国农村中很多地方仍沿袭着古代流传下来的诸多习惯做法，家族法仍在发挥着它调整财产民事关系中的作用。

保护家族公产。家族公产本来就是在家族组织发展过程中产生和发展起来的，家族法自然会予以强有力的保护。家族法对家族公产的有关买卖、租赁、借贷一般有着较为详细的规定。在买卖关系方面一般都规定家族共有的产业，不准自由买卖，如明万历年间，广东五华《兰陵家训》规定：“蓄尝房屋、田地、塘池，不许分析变卖，有故违者，声大义攻之，摈斥不许入祠堂。”³⁰家族法对共有族产的租赁和借贷都加以限制，《太原王氏家乘》规定：“庄内所蓄租银不得立

²⁹ 《顺天府全宗档案宝坻县法律诉讼》，藏中国第一历史档案馆，馆藏号 479/28—1。

³⁰ 转引自马作武：《中国传统法律文化研究》，（广州：广东人民出版社，2004年）第259页。

票借出取息，并单契、抵押、铺典生息至置买物件，俱用现钱交易，不得立折支取，不得开帐后算，以杜挪移借贷之弊。”³¹如此规定的目的显而易见，即能更好的维系家族组织和家族关系的长期稳定发展。

³¹ 同上。

7. 中国古代私有财产权的法律意识分析

用现代法律文明的标准来衡量,中华法系的确不存在完整的私有财产权制度和法律体系,因而我们在前面两章中,不得不套用现代法律的思维体系和术语来对中国古代私有财产权的法律制度层面展开论述。“我国制定法律虽有几千年历史,但在民法方面,确实没有一点‘遗产’留下来。所以继受外国法是唯一可行之路。”¹而“法律意识……是人们关于法和法律现象的心理、思想与评价的总称。”²它体现了人们对社会存在的法律现象的价值评价,并在很大程度上影响和制约着法律实践活动。无论中国古代的私有财产权法律制度与西方有着怎样的天壤之别,但存在决定意识,中国古代特有的私有财产权法律制度必定产生出特有的法律意识。这些法律意识反作用于现实,在更深层次上影响着国人的法律思维,影响着现在的社会生活。

近代以来,尽管中国传统社会的法律体系分崩离析,但融化在国人灵魂深处的诸多法律意识却根深蒂固,并在潜移默化之中影响着中国法律现代化的进程。或者说中国法律现代化的最大阻碍不是来自于法律制度的构建,而是来自于法律意识的落后和惰性。这从中国刚刚出台的对私有财产的保护极不彻底的《物权法》,竟历经七年、七次审议才获得通过便可窥见一斑。因此正确认识中国古代私有财产权发展过程中所产生的法律意识,以及他们相关之间的互动关系,对我们中国法律的现代化,对中国尽快走向法治和民主具有极其重要的意

¹ 谢怀栻:《大陆法国家民法典研究》(二),载《私法》(总第三卷),(北京大学出版社,2002年),第2页。

² 张文显主编:《法理学》,第361页。

义。

法律意识从低到高、从感性到理性可以分为法律心理、法律观念、法律思想体系等不同的层次。相邻的层级之间有一个从量变到质变的过程。因此，我们没有办法对任何一种法律意识中的各个层面做出细微的区别，只能就某一法律意识作以概括的论述和评价。本章将主要从公私理念、义利观念和平均主义思想三个方面对中国古代私有财产权的法律意识进行探讨。

7.1 公私理念

公私理念是中国传统思想的核心之一。“大公无私”、“立公灭私”向来为历代统治阶级所推崇。它深刻影响了中国传统社会的政治、经济、法律、文化诸方面。探讨中国古代私有财产权的法律意识，自然首先要讨论公私理念。

7.1.1 公私理念的形成

中国人的公私理念大约形成于春秋战国时期。虽然当时诸子百家的思想学说各异，但在公与私这一概念的理解上却是相似的。中国古代典籍中，较早涉及公与私概念及其相互关系的是《尚书·周官》：“以公灭私，民其允怀。”³而对于这个概念进行较为明晰解释的是法家集大成者韩非子：“古者仓颉之作书也，自环者谓之私，背私谓之公，公私之相背也，乃仓颉固以知之矣。”⁴“人臣，有私心有公义。修身洁白而行公行正，居官无私，人臣之公义也。污行从（纵）

³ 《尚书·周官》，载《四书五经》（中卷），第2300页。

⁴ 《韩非子·五蠹》，载《诸子集成》（5）《韩非子集解》，第345页。

欲，安身利家，人臣之私心也。明主在上，则人臣去私心，行公义。乱主在上，则人臣去公义，行私心。固君臣异心”。⁵可见，韩非子的观念中也有道德原则，只不过他对道德的理解与儒家不同罢了。按韩非子的说法，人们背私去公就是最高原则。当然，人们在实际上是否能够真的做到这一点是有条件的，韩非子所设定的条件就是君主的明暗。明智的君主由于能够胜任“公”的代表，故人臣也就必须行公义，去私心，而遇暗的君主无法察知臣下的私行，所以，也就无法避免臣下去公心，行私义。汉代许慎的《说文解字》沿用了韩非子的说法：“公，平分也，从八从厶，八尤背也。”⁶由此得知，先秦思想家们就已意识到公与私的对立，在破私立公这一点上早就形成了基本共识。有学者提出，春秋战国时代人们关于公私关系的思想论述要么仰公而抑私，要么先公而后私，主要表现在三个方面：在政治活动中，存公灭私；在个人道德和行为选择方面，有公无私；在经济利益方面。先公后私。宋汉以降，废私立功的基调一仍其旧。⁷

宋代程朱熹学派有关公私之辩的论说更成为后代占统治地位的思想。他们将私与“私欲”、“人欲”相联系，与天理、礼等相对立。提出所谓的“非礼处便是私意。既是私意，如何得仁？须是克尽己私，皆归于礼，方始是仁。”⁸“君子之心公而恕。小人之心私而刻。天理人欲之间，每相反而已矣。”⁹

⁵ 《韩非子·饰邪》，载《诸子集成》（5）《韩非子集解》，第93页。

⁶ 清·段玉裁：《说文解字段注》（上），第52页。

⁷ 俞江：《近代中国民法学中的“私权”及其研究》，载《北大法律评论》（第四卷第2集），（北京：法律出版社，2002年），第458~459页。

⁸ 宋·朱熹：《四书章句集注》（陈立校点），（沈阳：辽宁教育出版社，1998年），第141页。

⁹ 同上，第159页。

7.1.2 公私理念的哲学分析

古代中国人是用经验的方式来把握和理解概念的，在中国古代思想家那里，并不存在一个独立的理念世界，他们理解和把握每一个概念时，总要在现实的世界中找到一个对应物。出于这样的思维方法，他们在论及“天下为公”的道德原则时，也把“公”理解为一种现实的存在，他们要在现实社会中发现公的真实代表，这样，他们如何理解天下为公的原则，完全取决于他们认定的“公”的代表是谁。两宋以前的思想家把君主看作是“公”的代表，于是，他们便把“天下为公”理解为臣民的义务，而明末清初的思想家认为民才是公之所在，于是，根据天下为公的原则，他们走向了对专制政治的批判。

由于中国古代思想家无法把公理解为一个公共的概念，所以，他们便只能用所有的观念来理解“公”。就社会语言学的意义而言，人们在特定的语言环境下使用的概念，往往决定了他们对于社会生活的基本理解。古代中国人把集合的概念作为认识和理解社会生活的出发点，也就决定了他们不可能用公共的观念理解国家。在古代中国人的观念中，国家不是公共的设施，而是某种意义上的私有物。如《礼记·礼运》所说：“今大道既隐，天下为家。”¹⁰古代的国家在事实上只是专制君主的私有物。由于国家被理解为所有物，所以，国家所有者的目的也就自然而然地成为国家的目的，或者说国家只能是它的主人意志的体现。古代思想家所追求的理想君主和理想的国家，在很多时候是一体的。理想的国家也就是有一个良好的统治者的国家，至于其

¹⁰ 《礼记·礼运》，载《四书五经》（中卷），第1526页。

他人是按照什么原则结合在一起的，民众的利益应如何体现与保护，这对于国家来说并不重要，因为“尧之民比屋可封，桀之民比屋可诛”

即使明末清初的思想家也不清楚，在现实世界里“公”其实是不存在的，只是出于人类集体生活的需要，人们才假定了一个“公”的概念，如果没有这一概念人们就无法获得社会群体生活所必须遵循的普遍原则。所以，如果说“公”存在的话，它只不过是存在于人们的意识里。如果要把这一概念和人们的现实生活联系起来的话，“公”也不过是人们私人生活之外的领域。这个公共领域与人们的私人生活有着密切联系，但任何人都无法成为公的代表。

在西方思想家那里，公共是与个体是相对应的概念。没有个体规范，也就没有相应的公共规范。在逻辑上人们只有明确了什么是私人的，然后才能知道什么是公共的，公共是私人生活以外以个人为基础的领域。如果没有了私人的，也就没有公共可言。因此，从很早的时候起，西方思想家便形成了公共权力、共同体的概念，在英语世界，共和国被写作common wealth，意为公共的财富，另一个人所熟知的名词republic，也是公共的意思。西方思想家在认识论上把现实的世界与观念的世界理解为两个世界；在实践领域，他们也把私人生活与公共生活严格地界定为两个领域。

7.1.3 奠定了王朝财产所有权和财产分配原则的基础

法家的另一位代表人物慎到曾说过一句话：“法治礼籍，所以立功义也。凡立公所以弃私也。”¹¹慎到的这句话说明，从先秦时期的思

¹¹ 《慎子·威德》，载《诸子集成》(5)《慎子》，第3页。

思想家开始，人们所倡导的“公”就不存在一个与之相对应的“私”的规范，每当人们在倡导公的时候都把去私当作必要的前提，在逻辑上私不能与公同时存在，只能是在两者之间选择其一。在私人与公共之间没有严格界限的情况下，“公”也就不是现代意义上的公共概念，它不过是整体的象征，个人的一切都可以说是属于“公”的，对于个人来说，最大的公就是无私，对于社会来说，大公也就是所有的人都去掉了私。但是，古代中国思想家忽略了至关重要的一点，那就是，在逻辑上，如果说个人的一切都是属于公共的，反过来，公共的也可以被理解为个人的，问题的关键是，究竟是什么样的人能够成为公共的代表。尽管古代思想家从来没有这样说，但是这个逻辑在事实上是存在的。按照这样的逻辑，一个人把自己的全部都贡献给整体意义上的“公”是应该的，而整体意义上的“公”服务于某一个体，通常也被认为是合理的。所以，古代思想家在对道德原则的理解上便产生了一个逻辑悖论：一方面，他们强调每个人都应该遵守至公的道德原则，另一方面他们又主张每个人把自己的一切都献给君主。

中国传统社会原本就不存在现代意义上的公共领域和私人领域，而是一个既无公共领域也无私人领域的特殊社会。公共生活与私人生活的二分法，体现了西方公民社会的典型特征。“就其内容而言，完整的公共生活体现和维护的是某一社会群体的共同利益；就其表现形式而言，公共生活表现为拥有完全自主性的某一社会群体和全体或部分成员在人格平等基础上的广泛参与。私生活则是指公共生活领域之外完全由个人支配的个人生活，社会成员对自己的命运具有决定的全

权是个人私生活存在和运行的逻辑基础。”¹²英国近代思想家霍布豪斯在追述希腊城邦的政治结构时说：“城邦不是以亲属关系为基础，而是以公民权利为基础，就是这一点他不仅有别于公社，而且也有别于东方的君主国。……从这种意义上说城邦是一个自由人的共同体。从集体意义上说，其公民是没有主人的。他们自己统治自己，只服从一些生活中的规章。”¹³这段话或许可以有助于我们理解中国传统法律文化中为什么专制王朝成为财产权的终极所有者和唯一法律主体。

当中国古代思想家把“公”理解为一个存在的实体，强调“大公无私”的时候，他们就必须为这个事实上不存在的“公”找到一个“代表”，由于普通的个人是不能代表“公”的，于是君主便成了当然的“公”的代表。早在春秋战国时期，把君主看作是“公”的代表的观念就已经形成。《礼记·孔子闲居》说：“天无私覆，地无私载，日月无私照。”¹⁴在逻辑上代表上天的意志统治天下的君主，应该称之为“公”。这样以来，古代思想家就在自己的观念上又为国家规定了一个主人，这个主人有权力支配国家的一切，是所谓“国者，君之车也，势者，君之马也。”¹⁵法家代表人物韩非说的这句话，得到古代中国思想家们的广泛认同，以至于专制君主“以天下之利尽归於己，以天下之害尽归於人，……使天下之人不敢自私，不敢自利，以我之大私为天下之大公。”¹⁶

¹² 刘泽华主编：《中国传统政治哲学与社会整合》，（北京：中国社会科学出版社，2000年），第263页。

¹³ 霍布豪斯：《自由主义》（朱曾文译），（北京：商务印书馆，1996年），第3页。

¹⁴ 《礼记·孔子闲居》，载《四书五经》（中卷），第1861页。

¹⁵ 《韩非子·外储说右下》，载《诸子集成》（5）《韩非子集解》，第259页。

¹⁶ 明·黄宗羲：《明夷待访录·原君》，载《中国法律思想史资料选编》，（北京：法律出版社，1983年），第654页。

在中国传统法律文化中，“天下为公”是一柄双刃剑。到明清之际，这一原则便成为思想家们批判和反省专制政治的思想武器。明末清初思想家之所以对秦以来的专制政治有着深刻反省，很大程度上就是因为他们对“公”作了新的解释。在清初思想家看来，“天下是天下人的天下”，“一姓之兴亡，私也，而民之生死，公也”。从“天下为公”的原则出发，清初思想家指斥秦以来的历代法律是一家之私法而非天下公法，秦以来的历代君主是“以我之大私，为天下之大公”。按照明末清初思想家的理解，“天下为公”为社会政治规定的目的是“为民”而非“为君”，他们所拒绝的是以往人们把君主看作是“公”的代表的观点，在他们的认识中，真正意义的“公”的代表只能是民众。所以，“天下为公”就不是为君，君主一人的私利也不等同于天下的公利。

明清思想家对于天下为公原则的阐发，其积极意义不言自明。但值得思考的是，为什么同样是“天下为公”原则，在以往的思想家那里便被理解为公的代表是君主或国家，君主的利益是至高无上的，臣民只有服从专制统治的义务，而在明清之际的思想家看来，“公”的代表又成了“民”，“天下为公”又被理解成“为民”。尽管清初思想家对于专制政治的反省，在某种程度上否定了传统的君主利益高于一切的观念，这是中国古代思想家政治观念、法律文化观念的巨大进步。表面上看，清初思想家对天下为公的理解与以往思想家是迥然不同的，实际上二者都是中国传统政治思维方式、法律文化思维方式的体现，在他们那里仍有一个根本性的问题没有得到解决，那就是无论是

以往思想家所说的君主至上，还是清初思想家们所主张的民众利益高于君主，他们实际上都承认了一个逻辑，即社会生活中一部分人比另一部分人的利益更重要。正是由于这样的原因，尽管清初思想家们十分重视天下为公的原则，但却无法对于中国社会的政治制度、财产权制度提出全新的设想。

中国这种传统的有关公私财产关系的思维方式，导致中国古代社会未曾产生出严格的私有财产权利。令人遗憾的是，在历史惯性的作用下，中国古代社会未曾实行私有财产权所带来的诸多弊端和问题，却被后人作为中国特有的私有财产权发展的结果继承下来。“时至今日，私有制与所有权之“中国式运用”仍难免对我国社会经济进程和法治建设带来负面影响。”¹⁷我们分析一下中国现存的公有财产权制度，便能看出中国古代的公私理念对后世的影响之深。所谓的全民所有制的所有权主体是全体人民，但“人民”是一个集合概念，里面难以找到任何一个有血有肉的个体，“人民”只是一个形式上的所有权人，所以它没有，事实上也不可能实现全社会范围内人民与财产的直接结合。即使少部分工人在工厂直接与财产结合，他们对该财产也没有支配权，不可能行使真正的财产所有人的控制、处分等权利，哪怕是部分权利？所拥有的只是基于自己的劳动所获得的一定限度的收益权。既然全民财产由国家来管理经营，只能依靠国家庞大的政府机构对全民资产进行有效的控制运作，事实上也就是少数的企业管理者进行实际的控制和经营，并且这种经营管理中的权力往往是不受任何

¹⁷ 邓建鹏：《财产权利的贫困》，第96页。

限制的。有人将这种情形称之为所有权主体的缺位。当初设计这种公有财产制度的主观动机可能是为了消灭剥削、实现公平，但事实上却造成了社会财富分配的不公，因为只有与生产资料实现结合的那部分管理者或者官僚才能直接享受到公有制的好处。在这样的公有财产制度之下，全民怎么会有生产、管理的积极性、创造性，资产怎能得到充分而有效的运用，管理者又如何能不产生腐败？这种财产权设计只顾及了所有权的社会化，而忽视了个人权利，甚至可以说它以消灭生产资料个人所有为宗旨。¹⁸至于中国现实社会中存在着的不伦不类的所谓的集体所有制，更存在着所有权主体不明和经济效率低下的严重弊端，“集体经济也演变成为一种政治权力支配控制经济资源、组织社会生产的模式。”¹⁹直至今天，如何加大对私有财产权的保护，如何改革国有企业的产权结构仍是中国改革进程中面临的诸多难题之一。尽管“西风东渐”已多年，尽管我们的时代以进入二十一世纪，但传统法律文化中的公私理念却有意无意的被继承下来，深深植根于我们民族灵魂的深处，从而对建立现代的私有财产权制度产生着极其深远的影响。

另一方面，从先秦两汉时期文献的有关记载来看，诸侯之室称为“公室”，而卿大夫之家则称为“私家”，《礼记·玉藻》：士自称“于大夫曰外私。”²⁰《汉书·郊祀志》：“天子为天下父，故曰‘钜公’。”²¹按照这样的逻辑，中国古代社会中的公与私在政治领域，

¹⁸ 参见高富平：《物权法原理》，（北京：法制出版社，2001年），第275页。

¹⁹ 同上，第274页。

²⁰ 《礼记·玉藻》，载《四书五经》（中卷），第1641页。

²¹ 东汉·班固《汉书》，第477页。

就成为一个相对的概念，下一等级的人对于上一等级的人就是私，而上一等级则意味着“公”，天子是天下最高的统治者，所以，可以称之为“钜公”，而卿大夫相对于“公室”来说，也是“私”，诸侯相对于卿大夫而言则是“公”。在这样的历史环境下形成的公与私的概念，所强调的是下一等级对于上一等级的义务。人之所以成为人完全是因为统治者的赏赐，而统治者也就充当了所有臣民的监护人，全面而彻底地控制了所有人的一切生活领域。在这种上下级义务观念的作用下，中国传统社会根本不存在有自主人格尊严的公民，而只有臣民。臣民从来不可能成为财产权利的主体。社会财产的分配也只能由行政权力来决定，而非以公平交易和先占、继承等为原则。

7.1.4 否定了“民”的财产权主体资格

古代中国人的公私理念，成为人们理解道德原则的出发点。特别是两宋时期，理学家在用形而上学的方法论证普遍的道德原则时，把大公无私上升到最高的道德法则。北宋的二程说：“义利云者，公与私之异也。较计之心一萌，斯为利矣。”“公者仁之理，恕者人之施，爱者仁之用。”²²程氏又说：“至公无私，大同无我，虽眇然一身，在天地之间，而与天地无以异也，夫何疑焉？”²³如此看来，在中国古代思想家心目中，公与私是完全对立、非此即彼的两个概念，无私谓之公，只有彻底地去私，才能做到至公。

在传统儒家看来，有私与无私是君子与小人的分水岭。朱熹在其学生就《大学》正心、诚意一语议论时说到：“意未诚，则全体是

²² 宋·程颢、程颐：《河南程氏碎言》，载《二程集》（下），（北京：中华书局1981年），第1172页。

²³ 同上。

私意，更理会甚正心……意之诚不诚，直是有公私之辨，君子小人之分。”²⁴所以，个人心性修养的主要任务就是去私心。朱熹的一个学生曾说：“诚意，正心，诚意是去除得里面许多私意，正心是去除得外面许多私意。”²⁵如此，修养的过程也就是尽己“无私”的过程。在中国古代思想家看来，任何意义的个人诉求都是不合理的，一个人只要有自己的欲求，就意味着有私，而有私就不是合乎道德的人。

历代儒家追求大公无私的道德理想，就其主观方面而言，显然是更加注重社会的整体利益。在儒家破私利公的道德观念中，任何个人的利益都是微不足道的，而只有民众或整个国家作为一个整体而存在的时候，他的利益才是至高无上的。这种道德观的实质是在最大程度上肯定了整体的价值，而又在最大限度上否定了每一个体的价值，即使是战国时期孟子所说的“民贵君轻”，也只能按照这样的逻辑来解释。如此以来，公民作为在社会生活中只应追求最大限度的公，而不应追求私，自然也就不可能成为私有财产的拥有者，从而实现了对个人作为私有财产主体的彻底否定。

古希腊思想家对于公与私与中国古代思想家有着全然不同的理解。希腊思想家在讨论关于政治的伦理问题时，强调的是个人的重要性，把个人理解为与公共相对应的概念，在希腊哲学家那里，公共的生活只不过是与私人生活相对的领域，只有弄清什么是私人的，才能知道什么是公共的，如果离开了私人的，也就无所谓公共的。所以，西方社会才有私人财产权的产生，才有独立的个人作为私有财产主体

²⁴ 宋·黎靖德：《朱子语类》（二），第342页。

²⁵ 同上。

的存在。传统儒家倡导大公无私，他们是把公理解为一个实体，然而，人们在日常生活中所说的“公”在事实上是不存在的。所谓的“公”只不过是逻辑上的存在。社会生活对于每一个人所提出的要求，是以正当的行为参与公共生活，而不是把自己的一切都贡献给在事实上并不存在的“公”。所以，一个社会公共生活的质量，在根本上取决于人们的参与行为是否正当和用来约束人们行为的规范是否有效，而不在于每个人是“有私”还是“无私”，也不取决于人们在什么程度上做到了“无私”。

7.2 重义轻利的义利观

因为儒家思想在中国古代的意识形态领域处于正统思想的主导地位，我们所要讨论的义利观，也即儒家所倡导的重义轻利观念。义利问题是儒家学说中最为重要的问题之一，从先秦时期的孔子开始直至明清之际，义利之辩一直是历代思想家共同关注的问题。

7.2.1 义、利的概念

义，抽象的说，可以理解为一种对人们行为正当与否做出的道德要求，一种调整人们之间相互关系的伦理仁义。《礼记》中明确昭示出义的具体而丰富的内涵，《礼记·礼运》解说到：“父慈、子孝、兄良、弟弟、夫义、妇听、长惠、幼顺、君仁、臣忠，十者谓之人义。”²⁶ 利，就它与义相对的意义来讲，大致可以解释为利益、利害。根据儒家的传统，我们又可将其区分为公利和私利，公利谓之天下之利，接近于义；私利则是指一己之利。当然即使在儒学大师那里，公利和

²⁶ 《礼记·礼运》，载《四书五经》（中卷），第1536页。

私利的具体划分标准也并非十分清晰、确定。在中国古代思想家的观念中，义代表着一种普遍的道德原则，利则是人们基于自身需求和欲望而希望获得的物质利益，在一般情况下人们主要把利理解为财利。

7.2.2 义利观念的形成

义利问题最早是由孔子提出来的，《论语·里仁》载孔子的话说：“君子之于天下也，无适也，无莫也，义之于比。”²⁷“君子喻于义，小人喻于利”²⁸宋代的朱熹就义与利这两个相对应的概念解释说：“义者，天理之所宜，利者，人情之所欲。”²⁹朱熹的说法尽管加入了宋代理学的理解，但仍不失为一种较为哲理化的解释。春秋战国时期的孟子和荀子尽管在如前所述的人性论上有着严重分歧，但在义利观念上，两人的观点却是一致的。《孟子·梁惠王上》记载了孟子与梁惠王的一段对话：“孟子见梁惠王，王曰：叟不远千里而来，亦将有利于吾国乎？孟子对曰：王何必曰利，亦有仁义而已矣……苟为后义而先利，不奈不厌。未有仁而遗其亲者也，未有义而后起君者也。王也曰仁义而已矣，何必曰利。”³⁰而荀子也说：“荣辱之大分，安危利害之常体，先义而后利者荣，先利而后义者辱，荣者常通，辱者常穷，通者常制人，穷者常制于人，是荣辱之大分也。材悖者常安利，荡悍者常危害，安利者常乐易，危害者常忧险，乐易者常寿长，忧险者常夭折，是安危利害之常体也。”³¹自两汉以后，先义后利便成了历代思想家占主流的观点。如董仲舒说：“夫仁人者，正其宜而不谋其利，

²⁷ 《论语·里仁》，载《诸子集成》（1）《论语正义》，第79页。

²⁸ 同上，第82页。

²⁹ 宋·朱熹：《四书章句集注》，第73页。

³⁰ 《孟子·梁惠王上》，载《诸子集成》（1）《孟子正义》，第21~26页。

³¹ 《荀子·荣辱》，载《诸子集成》（2）《荀子集解》，第36页。

明其道而不计其功。”³²宋代的二程中的某一位说：“大凡出义则入利，出利则入义。天下之事，惟义利而已。”³³程氏将“天下之事”概括为“义与利而已”，可见义利之辩在传统儒学思想观念中的地位。

传统儒家认为，人们在求利的过程中，凡符合民利优先、家族优先、社会优先、长远利益优先、互尊互利优先原则的为义，反之则为利；合于这些原则者为“君子”，背离这些原则者为“小人”。可见，传统儒家并非绝对的排斥利，最主要的是要“道义优先”，孔子就曾多次讨论富贵与道义原则之间的关系，孔子说：“富与贵，是人之所欲也，不以其道得之，不处也；贫与贱，是人之所恶也，不以其道得之，不去也。君子去仁，恶乎成名？君子无终食之间违仁，造次比于是，颠沛必于是。”³⁴孔子还说：“饭疏食饮水，曲肱而枕之，乐也在其中矣。不义而富且贵，于我如浮云。”³⁵很显然，孔子并不绝对的排斥富贵，也并不是说贫贱就是好事，问题的关键在于，富与贵作为一种人人皆有的欲望和需求，必须通过道义的方式获得，即所谓的“君子爱财，取之有道”。所以富贵与贫贱本身并无什么是与非、对与错，只能是中性的，它们本身并不是价值判断的依据，如果离开了道义原则，富贵就没有任何意义了。也就是说，儒家传统思想中，并非绝对的不要利，只不过是，任何违背道义原则的功利都是不可接受的。对此，宋代的二程曾解释的非常清楚：“阴之道，非必小人也，其害阳则小人也，其助阳成物则君子也。利非不善也，其害义则不善也，其

³² 东汉·班固：《汉书》，第784页。

³³ 宋·程颢、程颐：《河南程氏遗书》，载《二程集》（上），第124页。

³⁴ 《论语·里仁》，载《诸子集成》（1）《论语正义》，第76页。

³⁵ 《论语·述而》，载《诸子集成》（1）《论语正义》，第143页。

合义则非不善也。”³⁶

既然儒家并不排斥利，为何还又过分强调“重义轻利”？就是因为义利关系中，儒家将义摆在首位，而利是次要的。义利相比，儒家更重义并强调以义求利。当义利之间发生冲突时，人们应义为重，利为轻。这就是儒家的重义轻利观。

7.2.3 义利观念对私有财产权的影响

7.2.3.1 压抑了人们对私有财产的追求动力

在一个私有财产权不被重视的社会，必然重视财产的伦理性和分配。当义被认为比利更重要，伦理比财富更重要时，甚至财产权被视为比伦理道德更为低等级的权利之时，对私有财产权利的追求就被蒙上了一层低俗、猥琐的阴影。而一旦对私有财产的占有和保护居于次要的法律地位，必将损害个人的私有财产权利，使人们对私有财产追求的巨大内驱力受到极大压抑。

儒家的义利观一旦形成，就成为中国历史上占主导地位的价值准则，成了两千多年伦理思想的铁律，圣言既理，圣言既法，这一伦理文化观念深刻影响了中国社会的经济生活和财产权法律制度，它在规范社会经济行为和财产关系时，力图使追求实际物质利益的经济行为和财产关系也能成为一种合乎精神伦理的道义行为，具有一种伦理化的属性。财产关系伦理化的一个结果就是使人们对经济利益的追求欲望受到一种无形的伦理控制。为了维护人们之间的伦常道义，牺牲任何财产关系上的是非、利益都在所不惜。在财产关系与伦常道义之间

³⁶ 宋·程颢、程颐：《河南程氏碎言》，载《二程集》（下），第1170页。

不存在重大冲突时，占有权、使用权、债权等财产利益还是能得到保护的。但是，二者一旦发生冲突，人们就应毫不犹豫的选择维护伦常而牺牲物质上的利益，也就是说利应服从、归附于义。

7.2.3.2 造成诉讼权力意识淡薄

重义轻利的传统观念使的人们的诉讼权力意识淡薄。当重义轻利的思想观念被内化为传统财产法律关系的价值取向时，不但对古人的财产观念和财产行为均产生了莫大的影响，甚至对义的强调与维护，成为封建官府最优先考虑和引用的法律渊源，而如何分辨财产权和债权上的利益关系及其他财产权利益却退居到次要的地位。孟子和荀子“在解释争夺、争讼产生的原因时，竟意外地（不约而同）获得了一致的意见：争夺、斗讼是道德败坏的表现和结果，是固有的善端丧失了或固有的恶端没有得到改造的结果”³⁷。古代指称诉讼活动及参与者的大都是一些贬义词：“滋讼”、“兴讼”、“聚讼”、“健讼”、“讼师”、“讼棍”、“好讼之徒”。

中国古人普遍“厌讼”，把诉讼活动看作不光彩、“丢面子”的事情。在中国古代社会特有的义利观念作用下，中国人素来格外重视面子，特别重视别人对自己的评价。而别人对自己的评价及其所引起的自我心理感受，常常成为人们内心活动的重要方面。“古人认为诉讼丢面子，丢名誉、失尊严，主要是从程序角度去讲的。就是说，要进行诉讼就难免要在大庭广众之下受法官呵斥、受衙役杖击，跪在众目睽睽之下，又受旁观者嘲弄，且可能成为街头巷尾的话柄；还有，在

³⁷ 参见范忠信等著：《情理法与中国人》，（北京：中国人民大学出版社，1992年），第169~170页。

跪庭对质之前，又难免要去求讼师，受讼师的颐指气使之愚弄……诉讼所必经的这些程序，都有一个共同特点，就是剥夺人的尊严，使人名誉扫地，使人显得十分下贱（连衙役皂吏都不如），给人以羞辱，使人蒙羞。”³⁸

与亲友争利的行为更是被视之为不义，这种弃义求利的诉讼行为往往因得不到官府的保护和时人的认同，而不争不求。与其争而无果，还不如图个轻松，弃财取义，这是中国人在面临义利冲突，定夺诉讼与否时常有的普遍心态。因此，儒家的义利观配合着“无讼”的法律观念，逐步淡化着中国人的私有财产权利意识。这在一定程度上削弱了人们通过诉讼对自己的私有财产权利寻求法律庇护的动力。

当然，无论儒家重义轻利的观念如何深入人心，每个人追求自身利益的最大化是亘古不变的永恒规律，也是一个社会发展的终极动力。讲究实利和谋求私利的倾向也是客观存在的事实。“好利恶害”之心更是人所公有，只要人类社会需要生存和发展，也就不可能无私无欲。私利以及人们追逐私利的行为，始终是人类社会共有且常见的事实。在一个以物质条件为生存基础的社会中，财产的获取及其保护的重要性乃至第一性无论如何都是不可否认的。正如西方近代思想家认为的那样，私有财产权是人权的基本保障。只是在中国，“私利”始终没能获得与“道义”等量齐观的地位，甚至在很多情况下，将“私利”与“道义”完全对立起来。梁治平先生曾说：“私利在客观上存在着，私欲甚至腐蚀了表面上看最健康的心灵。但有一种主观情感强

³⁸ 同上，第177页。

烈的社会选择，虽然它不可能真正去除私利、私欲，并且不能不作出些妥协、让步，但它仍然以无私为理想作着不懈的努力——通过反复的宣传、灌输、教化、劝戒乃至刑罚。它固然不曾实现其最终的理想，但仍不失为成功的一例。”³⁹细细品味梁先生的话，可见重义轻利的传统儒家的思想观念在成为传统道德标准的同时，对中国私有财产权的发展有着多么难以言喻的影响。

7.3 平均主义思想

7.3.1 平均主义思想的起源

中国古代社会的平均主义思想最主要表现在土地私有财产权方面。平均主义思想是在春秋战国时期形成的。孔子言：“有国有家者，不患寡而患不均，不患贫而患不安。盖均无贫，和无寡，安无倾。”⁴⁰自此，“平均”便成为统治者治国的主要方略之一。战国时期，诸子百家尽管分别提出了不同的政治主张，但却都在不同程度上发展了这一平均主义思想。荀子提出：“农分田而耕，贾分货而贩，工分事而劝”，⁴¹“以礼分施，均遍而不偏”。⁴²孟子主张“制民之产”，“五亩之宅树之以桑”，“百亩之宅勿夺其时”。“方里而井，井百九亩，其中为公田，八家借私百亩”。⁴³从而使人们“仰足以事父母，俯足以畜妻子”。⁴⁴先秦道家的“小国寡民”，墨家的“节用”、“节葬”也含有平均的意思。而法家的集大成者韩非子则明确提出“明

³⁹ 梁治平：《寻求自然秩序中的和谐》，第186页。

⁴⁰ 《论语·季氏》，载《诸子集成》（1）《论语正义》，第351页。

⁴¹ 《荀子·霸道》，载《诸子集成》（2）《荀子集解》，第139页。

⁴² 《荀子·君道》，载《诸子集成》（2）《荀子集解》，第152页。

⁴³ 《孟子·梁惠王上》，载《诸子集成》（1）《孟子正义》，第57页。

⁴⁴ 同上。

主之治国也，适其时事，以致财物，论其赋税，以均贫富”⁴⁵。先秦思想家提出的平均思想，一方面强调土地的平均占有，一方面坚持土地平均占有下的赋税均平，但却没有强调政治上的等级差别。这种平均思想的提出是基于以土地平均占有为基础的公社制度的存在。当时农村公社正在解体，土地由最初的公社所有转变为个体家庭所有，随着土地私有制的发展，小农经济的不稳定性也渐渐暴露出来。平均主义思想就是先秦思想家们对这种现实社会生活深刻认识的结果。他们认识到：“若民，则无恒产，因无恒心。”⁴⁶“地者，政之本也，……地不平均和调，则政不可正也”，“地力不可竭，民力不可殫”⁴⁷。这在一定程度上反映了个体小农渴望获得土地的愿望，为人数众多的小农所接受。同时他们提出平均主张的最直接目的，又是向统治者提供治国方略，因为“小块土地所有制按其本质说来是全能的和无数的官僚立足的基地”。⁴⁸建议统治者用行政手段稳定小农经济，通过“制民之产”，“得乎丘民而为天子”。⁴⁹《商君书》则提出：“贫者益之以刑则富，富者损之以赏则贫。治国之举，贵令贫者富，富者贫。贫者富，富者贫，国强。”⁵⁰到汉代桓宽提出：“夫理治国之道，除秽锄豪，然后百姓均平，各安其宇……诛奸猾，绝并兼之徒，而强不凌弱，众不暴寡。大夫各运筹策建国用，笼天下盐铁诸利，以排富商大贾。买官赎罪，损有余，补不足，以齐黎民。”⁵¹中国古代社会的

⁴⁵ 《韩非子·六反》，载《诸子集成》（5）《韩非子集解》，第323页。

⁴⁶ 《孟子·梁惠王上》，载《诸子集成》（1）《孟子正义》，第56页。

⁴⁷ 《管子·乘马》，载《诸子集成》（5）《管子评传》，第13、16页。

⁴⁸ 《马克思恩格斯选集》（第一卷），第697页。

⁴⁹ 《孟子·梁惠王上》，载《诸子集成》（1）《孟子正义》，第573页。

⁵⁰ 《商君书·说民第五》，载《诸子集成》（5）《商君书》，第11页。

⁵¹ 《盐铁论·轻重》，载《诸子集成》（8）《盐铁论》，第16页。

平均主义思想逐步得到完善。

平均主义思想从它产生的那天起，就具有两重性，既为小农所接受，又是为专制统治服务的。因而在长期的封建专制社会中，形成了一方面统治者着力推行平均的治国之策，另一方面多次农民起义也高举“均贫富”的大旗呐喊呼号的错综复杂的历史现象。这也大概就是平均主义思想在中国历史上经久不衰的原因所在。

7.3.2 财产权不稳定的思想基础

在中国传统社会里，“一家一户就是一个生产单位，这种分散的个体生产，就是封建统治的经济基础”。⁵²在进入传统社会的过程中，随着农村公社的解体出现的是以五口之家种百亩田为特征的小农经济，这种以小土地所有制为特征的基本经济形态“造成全国范围内一切关系和个人的齐一的水平。所以，它也就变得有可能从一个最高的中心对这个划一的政体的各个部分发生同等的作用。”⁵³正是在这样的经济基础之上建立起了封建的专制政治制度。反过来讲，专制王朝要维护和巩固这种专制统治，也就必须保护其赖以存在的经济基础——小农经济。平均主义思想就是迎合了历代王朝的专制统治需要，而为历代王朝所接受，成为中国传统专制社会占统治地位的思想。

中国历代实行的“重农抑商”、“崇本抑末”的经济政策就是统治者稳定小农经济，实行平均主义原则的集中体现。对此贾谊说的很透彻，“背本趋末者众，……是天下之大残也”。⁵⁴两汉以降，中国

⁵² 《毛泽东选集》（合订本），（北京：人民出版社，1969年），第885页。

⁵³ 《马克思恩格斯选集》（第一卷），第697页。

⁵⁴ 东汉·班固：《汉书》，第454页。

的法律无一例外的贱商抑末，国家通过垄断矿产资源，操纵利柄，堵塞民间致富的渠道，从而很好的避免了商品经济对小农个体经济的冲击，造成了如前马克思所述的“全国范围内一切关系和个人的齐一的水平”。尽管统治者有时表面上也宣称“足民”、“富民”、“富农”，但实际上又限制着人们去本就末，广开财源，只是允许在其一定的可控制范围内“衣食足则知荣辱”，“仓廩实则知礼节”，⁵⁵以维护封建专制统治的经济基础。

历代统治者以平均为原则的治国方略，在土地制度上的具体体现就是实行裁抑兼并政策。自商鞅变法开始，“裂井田、开阡陌，民得买卖”，土地兼并也就日益发展起来。就经济发展的内在规律来说，土地集中是生产力发展过程中不可避免的现实。但土地过分集中必然危及封建专制统治，导致专制集权的削弱。于是历代统治者就利用各种强制手段进行干预。为了保证兵源、税源，封建国家政权“重豪强兼并之法”，⁵⁶通过迁徙豪强，“限民名田”等方式，遏制豪强地主的土地兼并，有时甚至直接剥夺中下层地主的土地。《宋史·食货志》记载，魏豹文知婺州实行“经界之法”，于是“向之上户折为贫下户”⁵⁷。在限制土地兼并的同时，统治者往往又通过“占田”、“均田”等行政手段，力保小农经济的稳定发展。后来实行过迁徙无田农户的做法，如“明初，尝徙苏、松、嘉、湖、杭民之无田者四千余户，往耕临濠，给牛、种、车粮，以资遣之”。⁵⁸所有这些措施都使得中国

⁵⁵ 《管子·牧民》，载《诸子集成》（5）《管子校正》，（上海书店，1986年），第1页。

⁵⁶ 西晋·陈寿：《三国志·魏书·武帝纪》，（西安：太白文艺出版社，2006年），第15页。

⁵⁷ 元·脱脱：《宋史》（十三），第4179页。

⁵⁸ 清·张廷玉：《明史》（四），（北京：中华书局，1974年），第1879页。

古代的私有财产权处于极不稳定的状态。试想，在一个对财产权利状况不可预测的社会中，谈何生产力的快速发展和财富的迅速增长？中国历史上没有出现过像西方封建时代那样的大庄园主经济，也没有出现过历代相传的贵族，是由中国专制统治者实行的裁抑兼并政策所决定的。而支配这些政策的正是传统法律文化中的平均主义思想。

很具有讽刺意义的是，平均主义思想还成为历代思想家抨击时弊，开明政治家实行变法的指导思想。受传统和现实的影响，历代思想家心目中的理想就是“审什伍以相连持，限夫田以断兼并”。⁵⁹社会兴衰的标志就是是否实现了财富的平均，他们没办法认识到生产资料的集中是生产力发展的必然结果。甚至越是封建晚期，文人士大夫对平均主义的主张越是强烈，竟至于认为，“治民不必授田，舍授田治民别无良策”。⁶⁰“有天下者，莫高于平平之尚也”。⁶¹可见平均主义思想是在中国古代社会占绝对统治地位的思想，是稳定封建专制的政治统治、财产关系的思想基础，且绝对根深蒂固。

宋代的王安石变法就是典型的开明政治家利用平均主义思想指导变法的例子。方田均税法、青苗法等政策之所以成为其变法的核心内容，是因为当时“节义之民少，兼并之家多”，所以就要“略以古之王制，命市纳贾以观好恶……工商逐末者重租税以困辱之”，使“民见末业之无用”，“不得不趋田亩”。⁶²毫无疑问，实行新法的目的就是要控制末业的发展和贫富不均的趋势，以巩固封建统治的经济基

⁵⁹ 南朝·范晔：《后汉书》，（西安：太白文艺出版社，2006年）第368页。

⁶⁰ 陈之菊：《授田论》，载贺长龄等编《清经世文编》（下），（卷三十一），（北京，中华书局，1992年）第817页。

⁶¹ 龚自珍：《龚自珍全集》，（上海人民出版社，1975年），第78页。

⁶² 宋·王安石：《王安石全集》（下），（卷六九），（长春，吉林人民出版社，1996年），第748页。

础，加强集权统治。

这一方面提醒人们，依靠统治者内部自上而下的改革，充其量是实现维护其政权稳定和统治长治久安，如要期望实现真正的社会生产关系和经济基础的变革是绝对不可企及的。另一方面，从财产权角度看，每次变法和改革不仅没有促进私有财产权的发展和保护，反而是更加变本加厉的阻碍和打击了私有财产权的发展。

7.3.3 平均主义思想的作用

7.3.3.1 平均主义思想与反封建制度

中国封建社会不存在欧洲中世纪那样典型的庄园经济，小土地的私有财产权制度始终占据着主导和支配地位，即使封建社会晚期出现了“坐拥一县之田”的大地主，他们也只不过是“役农夫、尽地利，而安然衣食租税者也”⁶³。租佃剥削是下层地主的主要经营方式，他们没有发展成为欧洲中世纪那样的经营地主，因而小农经济形态也没有发生根本改变。中国封建社会大地主的土地私有和小地主的土地私有并存，既存在着自耕农民，又存在着半自耕农和依附农，而在法律上，他们又都是封建国家的臣民，都直接承受封建国家的赋税剥削，而地方豪强地主对于租佃小农的剥削则处于从属地位，且常常受到封建国家政权的干预。在这样的历史条件下，所谓的反对封建制度就不是简单的废除封建地主的土地私有财产权把土地平均分给农民的问题，而是如何摧毁封建国家统治赖以生存的经济基础——土地的封建所有制。不从根本上彻底摧毁封建国家赖以生存的经济基础，不彻

⁶³ 盛枫：《江北均丁税》，载贺长龄等编《清经世文编》（上），（卷三十），（北京，中华书局，1992年），第735页。

底改变封建专制的政治经济制度，不彻底改变社会的经济政治结构，就无反封建可言。中国历史上大规模的农民起义尽管在不同程度上打击了地方豪强地主，剥夺了他们的私有财产权，使农民无田可耕的局面暂时得以缓解，但却从来没有在根本上改变封建的生产关系，即改变封建的私有财产权制度。

基于此，我们甚至认为中国1949年的建国，与中国历史上的改朝换代一样，充其量也只是一次政权的更迭，而不能认定为社会结构意义上的真正革命。其原因就在于，从1949~1953年的土改运动，首要任务就是废除封建地主阶级的土地所有制，建立“新型”的社会主义的土地制度和土地使用方式。然而这一改革运动就是建立在对中国封建社会“地主阶级的土地所有制”认识基础之上的。为摆脱“罪恶”的私有制给人民带来的“奴役”，1954年提出了消灭私有制，1958年，中国实行人民公社化，社会主义的土地公有制完全建立，将财产权与所有制捆绑在一起，实行了中国历史上最为严酷的平均主义。这种实行彻底的公有财产所有制的基础上消灭私有财产权的制度，导致社会经济的发展遭受毁灭性的打击。甚至时人对社会主义公有制的陶醉和对私有财产权的恐惧，很大程度也是建立在传统社会平均主义思想基础之上的。

7.3.3.2 平均主义思想与农民阶级

马克思在论述近代法国农民状况时指出：“他们的生产方式不是使他们相互交往，而是使他们相互隔离。……由于各个小农彼此之间只存在有地域的联系，由于他们利益的同一性并不使他们彼此之间形

成任何的共同关系，形成任何的全国性的联系，形成任何一种政治组织，所以他们就没有形成一个阶级。因此，他们不能以自己的名义来保护自己的阶级利益。”⁶⁴处于被统治、被压迫地位上的中国封建时代的农民同样始终是一个自在的阶级，在漫长的历史进程中，既没有产生他们的代言人，也没有出现真正为这个阶级谋利益的救世主。直至近现代，当有人打着代表农民阶级利益的幌子，唤起成千上万的农民为他们的政治利益抛头洒血之时，农民为了得到自己世代渴望的土地热血沸腾。然而最后发现，原来他们为之奋斗的目标其实与历代王朝的专制统治并无二至。农民起义过程中之所以提出、利用和接受平均主义思想，关键在于平均主义思想客观上适应了个体小农的生存需要，而非非要明确地建立一种新的社会制度。由于他们的认识水平所限，在接受平均主义思想的同时，也就接受了封建专制的统治现实。中国历代农民的唯一希望和最高理想就是企盼就是出现一个圣明的好君主、好皇帝和几个清官，能给他们带来较为合理的税赋徭役负担。因此，在中国社会很容易造就个人崇拜，因为它具备成就个人崇拜的丰富文化和政治土壤。也正因此，农民阶级自身从来没有创造出自己的平均主义思想，更不会事实上也不可能创造出什么平等思想，他们所能接受的只能是在封建时代占主导和统治地位的封建统治者的平均主义思想。这也符合一条普遍规律，即“任何一个时代的统治思想始终都不过是统治阶级的思想”。⁶⁵

⁶⁴ 《马克思恩格斯选集》（第一卷），第693页。

⁶⁵ 同上，第270页。

历代农民战争中，把农民阶级的平均主义思想内容具体化、明确化的是太平天国的《天朝田亩制度》，它与历代封建思想家们所倡导的平均思想其实一脉相承。从主观上说，洪秀全肯定不是故意接受统治阶级的平均主义思想，况且其中还结合了某些基督教的教义；但客观上，限于洪秀全的阶级地位和认识水平，他最终又不可能摆脱封建统治者平均主义思想的桎梏。他所向往的至多不过是人人有田种，人人有饭吃，“无处不均匀，无人不饱暖”的小农社会。其实，在小农的经济基础上，既可以建立起奴隶制，也可以建立起封建制，唯独不能建立起资本主义的所有制。正因为历代封建统治者的重农抑商政策，使得中国传统社会商品经济的发展受到严重束缚，中国传统社会没能滋生出资本主义的生产关系，因而中国的农民战争从来不具有真正的反封建意义。当太平天国把平均主义原则落实到自己的政治实践中时，不但没有使社会的经济、政治结构发生根本性的变化，反而首先是确立了天王、东天王、西天王等等一直延续至一般士兵的森严的等级制度。我们可以断言，假如太平天国不被消灭而成功实现政权更替的话，中国历史上也只会再次出现一个封建帝国。正如马克思所说：小农“不能代表自己，一定要别人来代表他们。他们的代表一定要同时是他们的主宰，是高高站在他们上面的权威”，“并从上面赐给他们雨水和阳光”。⁶⁶由此观之，中国私有财产权发展的道路有多么的任重道远！

7.3.3.3 平均主义思想与历史发展

⁶⁶ 同上，第693页。

在中国封建社会的历史发展进程中，平均主义思想曾起到过积极的作用。以小农为主体的封建社会，小农经济的稳定对于整个封建秩序的稳定起着极大促进作用。只有为个体小农提供必要的从事生产劳动的条件，使他们“仰足以事父母，俯足以畜妻子”⁶⁷，他们的劳动积极性才可能充分发挥出来。封建统治者在平均主义思想指导下，实行一系列保护小农的措施，在一定程度上缓和了阶级矛盾，促进了小农经济的繁荣，也曾出现了汉唐盛世那样的中国历史上长治久安的时代。所以，从治理国家，建立安定的社会秩序方面讲，它具有一定的积极性。

但对于私有财产权的发展，对于传统社会的历史发展，平均主义思想又具有消极作用。就封建社会本身的发展规律来说，小土地所有制终究要被大土地所有制所取代，资本主义的生产关系绝对不会在小农经济的土壤里生发出来。历代统治者在平均主义指导下，实行重农抑商、抑制兼并的政策，又在客观上巩固了封闭的一家一户为主体的小农经济，不仅致使封建社会的分工协作没有得到充分发展，社会内部的商品经济也没能充分发展起来。农村的自己自足的状态，严重影响了城市商品经济的发展和资本主义生产关系的萌芽。所以出现了人类历史上令人难以理解和置信的一幕，至迟在明代中期就已经出现的资本主义萌芽，历经几个世纪后，还仍然处于萌芽状态。于是我们再次想起亚当·斯密曾经说过那段话：“中国，一向是世界上最富的国家。其土地最沃，其耕作最优，其人民最繁多，且最勤勉。然而，许

⁶⁷ 《孟子·梁惠王上》，载《诸子集成》（1）《孟子正义》，第57页。

久以前，它就停滞于静止状态了。今日旅行家关于中国耕作，勤劳及人口状况的报告，与五百年前客居于该国之马可波罗的报告，殆无何等区别。若进一步推测，恐怕在马可波罗客居时代以前好久，中国财富，就已经达到了该国法律制度所允许之极限。”⁶⁸面对这样残酷的历史现实，我们又实在没办法不将其归咎于平均主义思想的消极作用！

⁶⁸ 亚当·斯密《国民财富的性质和原因的研究》（上卷），（郭大力、王亚南译），（北京：商务印书馆，1974年），第85页。

8. 结语：关于私有财产权的两点思考

中国古代社会专制统治的基本政治架构决定了私人财产权利根本无法进入专制权力支配的法律体系及诉讼制度之中，即在“意识权利”上不可能产生“自由”、“平等”、“私有财产权神圣”的概念，在“实体权利”不存在绝对的、永久的、排它的私有财产权，在诉讼程序上不可能赋予私人正面的诉权作为保障私有财产的救济途径。这是中国古代社会私有财产权利“生存”的基本环境。因此，中国古代社会私人与财产的结合主要体现在对财产不稳定的占有及获取部分经营利益的基础上。这与西方私法观念中强调个体“私”的本位，突出自由意志的个人主义，从而在法律行为中以真实的、自主的意思表示为模式迥异。

中国私有财产权的发展进程任重而道远，健全和完善私有财产“意识权利”和“实体权利”完整法律保护体系的工程才刚刚起步，如何培养人们平等、自由、契约神圣等先进的私法理念更非一朝一夕所能完成。目前情况下，宜从财产权与所有制、私有财产权与公有财产权的关系着眼，完善私有财产的法律保护体系，促进私有财产权的发展。

因此，“综合分析，我们认为宜采取以下思路：保留传统的所有权制度，对新型财产权利则赋予它与所有权和债权平等的地位。”¹清楚这一点，对我们很好的理解与促进中国私有财产权的发展具有重要意义。我们所以要加大对私有财产权的保护，并非要否定中国现有的

¹ 马俊驹、梅夏英：《财产权制度的历史评析和现实思考》，载《中国社会科学》，1999年第1期。

所有制形式，而是更加合理的实现稀缺资源的合理配置，以造福于中华民族，创建更加和谐美好的社会。

私有财产权的产生未必是某一特定社会历史阶段必然出现的产物，也并非生产力发展到一定阶段才能应运而生，而是需要诸多历史条件。如果沿着中国传统社会的发展轨迹走下去，即使生产力进一步发展，再经过多少年，也未必能生发出绝对自由的私有财产权。没有公私领域的相对区分，没有以私为本位的个人及意思自治，私人权利得不到应有的重视，就难以形成与发展以保障私有财产权利为核心的法律传统。

人类社会的发展历史证明，私有财产权的充分发展是私有制社会生产力发展的最强大动力，是过去、现在以及未来社会发展最为有效的财产制度。但我们又不得不承认，经济市场化、一体化的今天，世界已经不再是自由资本主义时期的世界。无情的现实告诉我们，中国不可能也不应该再祭起“私有财产神圣不可侵犯”的大旗，将公有财产权挤压到一个小小的角落里去。尽管中国私有财产权的发展的确有着先天不足，但我们面临的任务是如何在公有制的前提下寻找中国私有财产权发展的进路，促进私有财产权的解放和发展，以求得公有财产权与私有财产权在相互融合、相互运动中的平衡，以期最大限度的发展社会生产力、提高人民的福利和国家在世界上的竞争力。

我们主张充分发展私有财产权，加大对私有财产权的保护，绝非必然要求消灭公有财产权。因为作为资源配置的一种手段，公有财产权同样对社会财富的增加，人们生活质量的提高有着不可或缺的重要

作用。只是现阶段由于历史的原因，致使中国的私有财产权处于极不发达的状态，不利于社会生产力的提高，所以我们有必要给予其充分发展的空间。只有私有财产权和公有财产权在社会生产中所占的比例相互协调，才能实现资源效用的最大化，最大限度的提高中华民族在世界上的竞争力。事实上，现在的东西方都面临着同样的问题，只是看谁能走在前面，谁就能在世界经济一体化的竞争中争取更大的主动权。“在某种意义上，‘公有财产神圣不可侵犯’的宪法宣言彰显了社会主义对资本主义的批判；‘私有财产权不可侵犯’的神圣入宪则隐喻了宪政的理性。私有财产权和公有财产权的平衡宪制是一种‘社会能量守恒定律’的宪政隐喻。这两种基本财产权的守恒态势既有静态的平衡，也有动态的平衡，并展现为‘一明两暗’的对立形态和以人为目的的终极关怀。认识到财产权守恒的规律有利于树立‘以人为本’的科学发展观，推动体制改革和经济建设的顺利进行，并对于当下解构、建构和创新中国的宪政理念和制度具有重大意义。”²

8.1 财产权与所有制的分离和契合

财产权与所有制从来都是即相互分离又相互契合的一对概念。

基于中国古代社会观念和财产分配过程中集权意识的强烈，人们往往把经济体制、财产权类型、所有制形式和社会形态严重混同并紧密联系在一起。这种逻辑的结论自然就是私有制社会必然实行财产权的私有，公有制社会则只能实行财产权公有的悖论。正是在这一悖论的驱使下，自由资本主义才有个人追求财富欲望的恶性膨胀而导致经

² 唐清利：《财产权守恒与‘以人为本’的科学发展观》，西南财经大学2004年“优秀论文光华奖”。

济危机的频发，中国社会更是产生了社会模式的重大缺陷和严重畸形，极大地阻碍了社会生产力的发展和进步。

8.1.1 财产权与所有制的概念

目前，中国对私有财产权的讨论大多与所有制捆绑在一起。其实财产权和所有制是两个不同的概念。财产权属于生产关系的范畴。“要注意的中心是，财产权不是指人与物之间的关系，而是指由物的存在及关于他们的使用所引起的人们之间相互认可的行为关系，它是一系列用来确定个人相对于稀缺资源使用时的地位的经济和社会关系。”³ 财产权的本原是人类为了增加自身的福利并确保即得福利的安全，并借以实现对资源的最有效利用和最大限度的节约交易成本。“在本质上，财产权是可以和所有制分离的，它不是某类国家的‘专利’或某种社会形态划分的标准，而是一种保持人格、扩大人权和进行资源配置的手段。”⁴而财产的所有制形式则属于经济基础的范畴。它是指生产资料归谁所有以及如何分配的问题，其实质是表明人们在社会生产和生活中所处的地位，它决定了一个社会的性质。

现代社会中财产权与所有制并存，但两者涵盖的内容不仅相同。马克思主义经济学中将所有制称为生产关系的总和，在马克思看来，“给所有制下定义”，不外乎就是“把生产的全部社会关系描述一番”。⁵而财产权所涉及的只是生产关系总和中具体主体的权利问题，给财产权下定义不必也不应该将生产的全部社会关系都描述一番。在此，

³ 菲吕博腾：《产权与经济理论：近期文献的一个综述》（刘守英译），载 R·科斯《财产权与制度变迁》，（上海：三联书店，1994年），第204页。

⁴ 何真、唐清利：《财产权与宪法的演进》，（济南：山东人民出版社，2006年），第4页。

⁵ 《马克思恩格斯全集》（第四卷），（北京：人民出版社，1974年），第180页。

财产权与所有权有着密切联系，财产权理论中具体主体的所有权与所有制理论中总体的生产资料归属权有着交叉重叠之处，而生产资料的归属权则是所有制的主要内容和核心。财产权不是生产关系的总和，而只是生产关系中的一部分，即使说是总和的话，也只是具体财产权主体的诸种财产权利的总和，包括所有权及其衍生出来的一系列权利。财产权理论本身“中性”的色彩更浓厚些，它应属于当代人类社会共同文明的范畴。

财产权和所有制可以有多种不同的组合。同一种所有制可以有不同的财产权制度，不同的所有制也可以采取同一财产权制度。中国的封建社会、奴隶社会和西方的封建社会、奴隶社会从社会的财产所有制形式来讲都是私有制，但东西方古代社会的财产权形式却大相径庭，西方实行的是私权神圣的完全的、排他性、永久性的私有财产权制度，中国古代实行的则是专制王朝为最终所有者的公有财产权。而现代西方，在实行私有财产所有制的前提下，又努力扩大公有财产权的比重，使公有财产权在社会财富中所占的比例越来越大。中国改革开放以后，私有财产权得到较快的发展，但公有制的所有制形式并未改变。

8.1.2 财产权与所有制混同的原因

人们之所以容易将财产权和所有制混淆并捆绑在一起是基于以下两个方面的原因。其一是对二者本原性的思考，因为它们均与财富的归属有关。财产权的本原是人类为了增加自身的福利并确保即得福利的安全，同时财产权又是由国家通过法律创设的。国家权力的产生

是市民社会与政治国家、私权利与公权力、私人利益与公共利益分离的契机和标志，自然也就构成私有财产权和公有财产权分离的基础，或者如洛克等资产阶级思想家所论证的那样，公有财产权是人在私利最大化的追求过程中适当让渡私权的结果。而就所有制的本原来讲，按照马克思主义的观点，是指生产资料归谁所有以及如何分配的问题，其实质是表明人们在社会生产和生活中所处的地位。其二是出于人们的定势思维习惯。现实生活中的人们在认定一个物品的归属时，很难既要思考其财产权的问题又要去探究其所有制的问题，更多关注的只是自己如何才能获得想要获取的该物并具有法律保障，这种思维定势就无意识的造成了财产权与所有制之间的混同。

8.1.3 财产权与所有制的分离

从本质上讲，财产权关注的是带有普遍性的人类福利情况，它作为一项法律上的权利具有法律必备的形式平等或形式正义。而所有制强调的却是统治阶级的经济地位，它作为一项政治工具具有明显的针对性或者说追求的是实质正义。历史上，人们长期将二者混淆在一起，等同视之，以至于造成社会发展模式的灾难，造成人类财富增加的障碍。私有制的社会反对和打击公有财产，但私人利益的膨胀导致恶性的市场行为。公有制的社会反对和打击私有财产权，出现了高度集中的计划经济体制，尽管有利于集中社会财富，便于宏观调控，但权力的过度集中则极容易导致腐败和市场的削减，从而严重损害社会发展的应有潜力。

事实上，财产权和所有制是完全可以并且能够分离的。

其一，所有制属于经济基础的范畴，它决定生产资料归谁所有以及人们在生产中所处的地位。财产权则是有法律创设的允许主体自由控制一定范围内的财富的权限和利益，它只是说明“只要人们在一定情况下主张自己有权控制某种过程、人或物，而这种权利主张又能获得某种制度支持，这时便有了财产权”。⁶封建社会和资本主义社会的经济基础都是私有制，但由于各个国家及各个具体发展时期的不同，其商品经济成分的多少和国家职能的大小以及由此决定的经济体制都存在着一一定的差异，私有财产权和公有财产权在社会经济中所占的比重也相应的存在不同，但在任何国家、任何时期从未出现过谁消灭谁的情形。即便在实行所谓公有制的社会主义国家也是如此。“封建国家的土地所有权的背后是私有制，当今一些西方国家对占投资总额近1/3的资产的国家所有权，背后依然是私有制”。⁷财产权一旦产生出来就会成为经济活动的规则，而很难再去体现所有制的性质。“个人的财产权在理论上并不排斥私有制”。⁸私有财产权也不能直接必然的归结为私有制。就如同母亲生的孩子不同于母亲本人一样，财产权与所有制是应该分离的。

其二，从人类的发展史来看，所有制贯穿于整个人类历史，而财产权则具有历史阶段性。“所有制存在于人类一切社会，只是形式、性质和内容不同而已，所有权则是一定社会发展到一定阶段的产物，

⁶ 阿兰·S·罗森鲍姆：《宪政的哲学之维》（郑戈、刘茂林译），（上海：三联书店，2001年），第225页。

⁷ 有林：《生产资料的社会主义公有制论》，（北京：中华工商联合出版社，1996年），第38页。

⁸ 刘军宁：《财产权与个人幸福及人类文明》，载刘军宁《民主·共和·宪政自由主义思想研究》，（上海：三联书店，1998年），第213页。

是一种历史现象”。⁹即使按照马克思的设想，到了共产主义社会，尽管国家消亡了，由法律所创设的财产权应该随之消亡，但与生产力相依存的共产主义的所有制依然会存在。

奴隶制国家是在奴隶主阶级的逐步壮大和社会矛盾的日益尖锐中形成的，其经济基础是私有制无庸赘述。为调和社会矛盾和保障奴隶主阶级的整体利益，奴隶制国家通过法律的方式设定了财产权。但由于奴隶制国家中央集权的不同，在财产权的设定上却分化出两种在一定程度和一定范围内相互对立的财产权，即一种是西方希腊城邦国家式的以奴隶主私人利益为直接目的的私有财产权；另一种则是东方中国式的以奴隶制王朝国家为直接目的的公有财产权。

希腊城邦国家的典型代表是雅典，其奴隶制政权具有古典民主制的色彩。雅典地域狭小、多山靠海，农业发展极为困难，但却为商业的发展提供了非常有利的条件。而商业发展的前提又要求必须有明确的社会分工和私有财产主体。于是公元前594年的梭伦改革应运而生，它将雅典的全体公民按照财产的多寡分为四等，并赋予不同的政治地位。这一改革的直接后果就是有产者同时成了有权者，并进一步鼓励人们去追求私有财富。最终在原始共产主义所有制迅速被奴隶主私有制取代的同时，私人占有财富的正当性得到法律的认可，私有财产权得以产生。“梭伦揭开了一系列所谓的政治革命，而且是以侵犯所有制来揭开的。……这样，在制度中便加入了一个全新的因素——私有财产。”¹⁰

⁹ 江平主编：《民法学》，（北京：中国政法大学出版社，2000年），第349页。

¹⁰ 《马克思恩格斯选集》（第四卷），第110～112页。

中国的奴隶制国家政权具有强烈的王权专制色彩。其发端于公元前21世纪的夏代。中国地域广阔，适合农耕，因而很早就产生了农业发达的黄河文明。农业越发达就越能自给自足，商业就越不受重视。自夏代以来确立的“家”“国”同构的王权专制政治体制和礼法合一的法律体系，历来实行“重农抑商”的政策。这种政治结构带有先天的封闭性和极大的权威性。其历史发展的必然结果就是一方面促使原始共产主义所有制迅速转化为奴隶主所有制；另一方面商品经济没有合适的土壤而不能发展和萌芽，土地自然就成为最重要的社会财富。为确保王权专制的强大有力和实现整个奴隶主阶级的整体利益，建立在奴隶主所有制基础上的奴隶制国家就采用了土地公有的方式以确保土地的静态安全。“这些土地归于国家所有的民法内容又直接影响了商、周两代，成为我国奴隶制时代通行的土地所有权原则。”¹¹其实，这种土地所有权的影响岂止商、周两代？

可见，两种奴隶制国家的所有制本质是相同的，但由于其经济体制和国家结构不同、价值取向和直接目的迥异，因而采取了不同的财产权形式，实现了财产权与所有制的分离。私有财产权往往与商品经济结合，公有财产权往往与自然经济和产品经济相伴。但二者的分离又是相对而非绝对的。

人类发展的历史上，财产权与所有权的分离曾经出现过两种极端的情形。实行私有财产制度的西方社会极力实行私有化，努力限制公有财产。西方奴隶社会和封建社会的财富基本被少数奴隶主和农奴主

¹¹ 曾宪义主编：《中国法制史》，（北京：高等教育出版社，2000年），第28页。

所垄断。他们凭借手中巨大的财富营造了一个个的独立王国，既时刻防御着被公有化的威胁，又满足自己的贪欲而强取豪夺。因此，西方奴隶和封建社会时期是战争频仍、割据最多的时期，并导致生产力发展的举步维艰。而处于同一时期的中国，因国王或皇帝为代表的国家享有至高无上的集权，以至于几乎所有财产的最终处分权都掌握在专制王朝手中，致使私有财产权在中国受到严重挤压，从来没占有过主要成分。但这一时期中国却处于相对稳定和统一状态，生产力也相对较为发达，甚至出现了唐初盛世那样的局面。又因中国社会长期过分漠视私有财产权的存在和发展，社会同样缺乏稳定的根基以至于农民起义四起、王朝更迭频繁。特别是自封建社会后期开始，这种状况已经成为社会发展的严重桎梏，致使中国社会的发展大大落后于西方世界。

8.1.4 财产权与所有制的契合

财产权与所有制的分离是历史发展的必然产物，而二者的契合也必将是大势所趋和人们的理性选择。最重要的是通过历史实践，人们能够更好的找到财产权与所有制最好、最合适的契合点。

财产权在本质上只是一种与经济体制结合在一起进行资源配置的手段，其本身的性质与所有制无关，而仅仅取决于其支配和收益主体的性质。公有财产的孰多孰寡，不是私有制和公有制的本质区别。公有财产不等于公有制，如前所述实行私有制的资本主义社会有着大量的公有财产；私有财产不等于私有制，实行公有制的社会主义社会也应该有私有财产。私有财产和公有财产都是与具体的经济体制结合

在一起并为实现各自的目标而服务的手段。换句话说，公有产权和私有产权实质上只是社会生产资料和生活资料的不同占有形式，特别是在生产资料的占有方面，它们同样能给国家带来税收，同样能解决社会的就业问题，并且能够给国家和社会带来更快更多的财富增加。现实世界上社会主义与资本主义的区分，绝对不应该仅仅从生产资料的占有形式上来区分，而应该更多的从社会利益的分配形式和实现形式上来区分。什么样的产权最符合最广大的财产所有主体的利益，什么样的产权最能促进社会财富的极大丰富，谁就是好的产权形式。事实上，一个国家的产权结构往往是多重的，资本主义国家照样可以有公有财产，所谓的社会主义国家也不应该拒绝私有制。私有产权、公有产权在特定的历史条件下，在某些特定的生产领域都有可能给社会带来巨大的财富增长。只不过历史的经验已经证明，私有产权在商品经济条件下更符合人类社会的发展，更能调动财产所有权者的积极性、创造性而已。“单纯的市场交易必须以产权的私人所有为基础，因为对具有私人物品属性的资源来说，产权的私人所有是使市场交易费用降到最低的唯一制度。”¹²

自由资本主义时期，“私有财产神圣不可侵犯”在很大程度上压制了公有财产的空间。尽管个人得到极大解放，社会生产力得以迅速发展，社会财富得到巨大增加，但个人私欲的极度膨胀，整个社会的物欲横流，“个人主义”、“功利主义”的大行其道，导致经济危机的频发和社会的动荡，给社会财富的增加和生产力的发展带来极大的破

¹² 张军：《现代产权经济学》，（上海人民出版社，1994年），第81页。

坏。在深刻反思“私权神圣”的过程中，以凯恩斯主义的主流化和罗斯福新政为标志，西方资本主义社会进入国家干预经济生活的垄断资本主义时期。国家一方面继续保护合法的私有财产权，另一方面适应宏观调控的需要大力发展公有财产，在私有财产和公有财产之间求得相对合理的平衡，因而当今的主要资本主义国家取得了空前的发展。

反观中国历史，在坚持中央集权的政治体制和公有制的同时，一直打压私有财产权的产生和发展，致使中国社会长期处于一种畸形发展状态，严重影响了人们创造性、积极性的发挥，导致社会腐败和市场竞争力的低下。直至二十一世纪初的最近几年，才开始改革不适应社会发展的经济体制，大力发展市场经济，加大对私有财产的保护力度，但显然还没有达到私有财产权和所有制之间的最佳契合点！

8.2 私有财产权与公有财产权的互动与平衡

私有财产权是与公有财产权相对应的概念。那么，私有财产权与公有财产权到底存在什么样的关系，应如何在二者的有益互动中求得最佳平衡？这是我们必须面对的课题。

8.2.1 私有财产权与公有财产权的分离

公有财产权是超越财产价值而以与政治国家相结合的所有制为基础的权力。它划定了市民社会与政治国家、公益之间的自由界限。公有财产意味着与国家职能和社会的公共利益相结合，是国家实现宏观调控职能的基础性工具。公有财产权意味着国家在社会范围内进行管理和调控的正当性和可能性。在奴隶社会和封建社会，公有财产的

大量存在，“给剥削和专制制度提供最好的、最广阔的基础。”¹³近代西方社会，国家同样掌握着大量的资产和企业。至现代资本主义社会，公共财产的比例更达到了相当高的比例。例如二十世纪七十年代，英国国有企业投资占全国投资总额的40%以上，法国国有经济在国民总产值中占42%，国家企业投资额占全国投资额的38%，美国国家资产价值已占全国国民财富的30%以上，日本国有经济在国民收入中已占25.3%。¹⁴在中国自不待说，因为公有经济的主导地位决定，国家更是控制了国民经济的绝大部分。

私有财产权是由法律创设的个人对财产上的私权利束，它排除了财产上的公权，并由此划定了人与人、人与国家之间的自由界限。私有财产意味着私人在社会范围内自治的正当性和可能性，个人有权支配在私人领域内属于个人的财产。西方的洛克、康芒斯等人及其后的学界通常认为，私有财产权既是一种人权，又是一种经济权和政治权。作为一种经济权，私有财产是私人对财富的正当控制，而财富是人类生存和发展的根本，这又构成了一种人权。而对于财富控制的正当性及控制量的多少的判断则构成了一种政治权，实质上是财富享有者借以排斥他人的侵犯而独享其利的一种权利。在西方主要资本主义国家，随着个人主义的发展，建立起来的是私人所有权、私有财产神圣不可侵犯、行使私有财产权的自由三位一体的私有财产权利体系。

将财产权置于一定的社会制度背景中去考察就会发现，财产权一

¹³ 《马克思恩格斯全集》（第三十六卷），（北京：人民出版社，1974年），第112页。

¹⁴ 参见迈博罗达：《当代资本主义：所有制、管理和权力》（周恒云、张佩贤译），（南京：江苏人民出版社，1984年），第112~115页。

经产生就裂变为私有财产权和公有财产权，这两种财产权在一定范围内处于对立的状态，私有财产权为私益而存在，公有财产权为公益而存在。尽管在理论上私人和国家是和谐统一、相互依存的，私有财产权和公有财产权最终在实现人的自身利益的基础上趋于融合。但自从国家政权产生后，市民社会与政治国家之间的对立却日趋凸现，公益与私益的界限由此得以形成。现实中私人极力追求自身利益最大化并具有天生的趋利个性。因而普通私人最注重的往往是私利为先，并极有可能损公肥私，正如亚当·斯密的那句名言所称：“每个人都在力图运用他的资本来使其产品得到最大价值。一般说来，他并不企图增进公共福利，也不知道他所增进的公共福利是多少。他所追求的仅仅是他个人的安乐，仅仅是他个人的利益。”¹⁵这种思维得出的逻辑结论必然就是私有财产权和公有财产权的水火不容，提倡私有财产权必然反对公有财产权，而从公有财产权的角度出发，必然认定集体利益重于私人利益，私利必然服从功利。然而，出于对个人自私自利的先天本性的惧怕，集体往往借功利之名压制私利，即欲发展公有财产权必然阉割私有财产权。

8.2.2 私有财产权与公有财产权的融合

私有财产权和公有财产权本质上都是财产权。财产权的目的是定分止争，以满足人类福利的最大化，而非培养一对非此即彼、相互仇恨的对手。每个人的利益都是多元的，人的利益载体也就必然既具有社会的多元性又具有个人的特定性。个体利益与整体利益在一定范围

¹⁵ 亚当·斯密：《国民财富的性质和原因的研究》（下卷），（郭大力等译），（北京，商务印书馆，1974年），第27页。

内是相互独立、甚至是相互对立的，但在这一范围之外又是相互结合、甚至是相互统一的。私有财产权和公有财产权因需求主体的不同，伴随国家的产生而必然分离，但因终极的需求主体是“人”自身又必然存在两种财产权相互融合的内驱力。并且像前文所述的财产权与所有制之间一样，只有将两种财产权的分离与融合达到最佳的契合，才能实现人类福利的最大化。

当今，世界经济的一体化、区域经济的集团化已经成为大势所趋。市场经济地位已经成为一个国家能否融入世界经济主流的基本条件，并且国家在国际经济往来中扮演的角色越来越重要，承担的责任越来越大，经济利益的获取甚至已经超越了意识形态的论争与对抗。

西方现代理论提供了“比例原则”和“法律保留原则”用以处理两种财产权之间的有益互动，即对私有财产的限制须符合立法目的；在所有能达到法律目的的手段中，应采用造成损害最小的一种；对公共利益的考虑要有合理的比例，不能超过必要限度；只要法律为限制和应该不受政治国家控制的私权就可以是私人财产；对私权的限制应由法律，而非行政命令来定。¹⁶这种理论既明晰了两种财产权之间的界限，又有助于实现人自身的福利最大化，在公益和私益的抉择中趋利避害。即一方面有利于保障资源的充分有效利用，同时也有利于保障国家职能的有效运行和达成社会总体公平。前文已述，自凯恩斯主义流行和罗斯福新政实施，长期信奉“私有财产神圣不可侵犯”的西方主要国家也越来越回避“神圣”的议题，致使国家所有的公有财产

¹⁶ 参见王泽鉴：《物权法上的自由与限制》，转引自李富成主编：《北大法治之路论坛》，（北京：法律出版社，2002年），第578页。

地位日显突出。再有较为典型的例子就是一些以私有财产权作为主要资源配置手段的国家出现了“私有公用”的现象。即：“私有制不变，但国家主要通过税收把所有制经济创造的财富聚集到国家，国家再用来搞公共福利，缓和贫富分化。在这方面做得最典型的是瑞典”。¹⁷ 尽管资本主义国家在推行“公有财产优位化”，但并非以对私有财产权的实际损害为条件，而是通过优先发展公有财产来排除私有财产发展的困难和促进私有财产权的可持续发展。可见，如何将私有财产权和公有财产权融合在一起、公私兼顾，是现代商品经济社会发展所面临的重要课题。

中国是以公有财产权占主导的社会主义国家，私有财产权历来没有得到充分发展，并且至今仍是步履蹒跚。中国私有财产权发展的这种先天不足，亟需大力改变以求得公有财产权与私有财产权在互动中的平衡。与西方面“私有公用”的改革方向相反，中国更多的是如何促进“公有私用”，如何在公有制前提下使私有财产权获得解放和发展，以力求在公有财产权和私有财产权的相互融合中促进社会福利的增加和社会竞争力的提高。“财产私有并不绝对公平，它在实际上造成了人类社会的许许多多的不公平、不平等。但是在现有的生产力发展水平的基础上，除这种私有财产权制度而外，人们还没有找到一种能够完全替代并优于这种制度的东西。在人类社会还不具备消灭财产私有条件的情况下，人们唯一的选择就是在承认私有财产权的前提下，采取某些措施对私有财产权所造成的社会不平等、不公正做必

¹⁷ 参见郝铁川：《公有私用和私有公用》，引自正义网中文网站，2006年11月7日下载于：<http://www.jcrb.com/zyw/n25/ca25085.htm>。

要的限制”。¹⁸“包括美国在内的一些国家的经验说明，财产权领域内的核心问题不是财产权是否应当受到国家权力限制，而是国家限制的权力有多大。美国等国限制这种权力的经验值得我国结合实际加以借鉴。”¹⁹

¹⁸ 恒山：《论财产权的社会意义》，载《江苏行政学院学报》，2001年第4期。

¹⁹ 张李累、娇伯：《美国联邦最高法院财产权案件裁决意见的历史演变及其启示》，载《学术研究》2002年第10期。

主要参考文献

一、 现代文献和译著

- A. 赖斯：《新财产权》（崔小波译）。北京：中国经济出版社，1999年。
- 阿兰·S·罗森鲍姆著：《宪政的哲学之维》（郑戈、刘茂林译）。上海：生活·读书·新知三联书店，2001年。
- 彼得·斯坦等著：《西方社会的法律价值》（王献平译、郑成思校）。北京：中国人民公安大学出版社，1990年。
- 伯纳德·施瓦茨著：《美国的法律史》（王军等译）。北京：中国政法大学出版社，1997年。
- 《北大法律评论》（第四卷第2集），北京：法律出版社，2002年。
- 《比较法研究》，1992年第2期。
- 《辞海》。上海辞书出版社，1979年。
- R·科斯：《财产权与制度变迁》，（胡庄君等译）。上海：三联书店，1994年。
- 蔡枢衡：《中国刑法史》。南宁：广西人民出版社，1983年。
- 陈顾远：《中国法制史》。上海：商务印书馆，1934年9月。
- 陈来：《古代思想文化的世界》。北京：三联书店，2002年。
- 程萍：《财产所有权的保护与限制》。北京：中国人民公安大学出版社，2006年。
- 崔永东：《中西法律文化比较》。北京大学出版社，2004年。
- 戴威·M·沃克：《牛津法律大辞典》（北京社会与科技研究所组织翻译）。北京：光明日报出版社，1988年。
- 戴维·米勒韦农·波格丹诺：《布莱克维尔政治学百科全书》。北京：中国政法大学出版社，1992年。
- D·布迪、C·莫里斯著：《中华帝国的法律》（朱勇译）。南京：江苏人民出版社，1998年。
- 邓建鹏：《财产权利的贫困》。北京：法律出版社，2006年。
- E·希尔斯：《论传统》（傅铿等译）。上海人民出版社，1991年。
- 《法律科学》。1997年第1期。
- 1998年第6期。
- 《法学辞典》。上海辞书出版社，1989年。
- 《法学大辞典》。北京：中国政法大学出版社，1991年。
- 《法学研究》。1992年第5期，1997年第4期。
- 《法治与社会发展》。2000年第1期。
- 《法治与社会发展》。2001年第3期。
- 樊延桢：《财产（权）》。北京：中国人民公安大学出版社，1999年。
- 范忠信等著：《情理法与中国人》。北京：中国人民大学出版社，1992年。
- 费正清等编：《剑桥中国晚清史》（中国社会科学院历史研究所编译）。北京：中国社会科学出版社，1985年。
- 费成康主编：《中国的家法族规》。上海社会科学院出版社，1998年。
- 冯友兰：《中国哲学简史》。北京大学出版社，1985年。
- 傅筑夫：《中国封建社会经济史》。北京：人民出版社，1982年。
- 高道蕴等编：《美国学者论中国法律传统》。北京：中国政法大学出版社，1996年。
- 高富平：《物权法原理》。北京：法制出版社，2001年。

- 公丕祥：《东方法律文化的历史逻辑》。北京：法律出版社，2002年。
- 公丕祥：《法制现代化的挑战》。湖北：武汉大学出版社，2006年。
- 郭成伟：《中华法系精神》。北京：中国政法大学出版社，2001年。
- 郭建：《中国财产法史稿》。北京：中国政法大学出版社，2005年。
- 郝维华：《清代民间财产权利的观念与实践》，北京大学法学院2003年博士学位论文。
- 何勤华：《法律文化史论》。北京：法律出版社，1998年。
- 何真、唐清利：《财产权与宪法的演进》。济南：山东人民出版社，2006年。
- 侯外庐：《中国封建社会试论》。北京：人民出版社，1979年。
- 胡戎恩：《走向财富——私有财产的价值与立法》。北京：法律出版社，2006年。
- 胡玉龙：《法律文化论集》。北京：新世界出版社，2000年。
- 霍布豪斯著：《自由主义》（朱曾文译）。北京：商务印书馆，1996年。
- 韩延龙主编：《法律史论集》。北京：法律出版社，2004年。
- 江平主编：《民法学》。北京：中国政法大学出版社，2000年。
- 《江苏行政学院学报》。2001年第4期。
- 金太军、王庆武：《中国传统政治文化新论》。北京：社会科学文献出版社，2006年。
- 《经济研究》。1992年第5期。
- 拉法格著：《财产及其起源》（王子野译）。上海：三联书店，1962年。
- 理查德·琼斯著：《论财富的分配和赋税的来源》（于树生译），北京：商务印书馆，1994年。
- 理查德·A·波斯纳著：《法律的经济分析》（蒋兆康译）。北京：中国大百科全书出版社，1997年。
- 李富成：《北大法治之路论坛》。北京：法律出版社，2002年。
- 梁凤荣：《中国民法传统理念与规范》。河南：郑州大学出版社，2003年。
- 梁慧星编：《民法论丛》（第二卷）。北京：法律出版社，1994年。
- 梁治平：《法辨——中国法的过去、现在与未来》。贵阳：贵州人民出版社，1992年。
- 梁治平编：《法律的文化解释》。北京：三联书店，1994年。
- 《寻求自然秩序中的和谐》。北京：中国政法大学出版社，1997年。
- 《新波斯人信札》。贵阳：贵州人民出版社，1987年。
- 梁漱溟：《中国文化要义》，（上海：学林出版社，1987年）。
- 《历史研究》。1999年第3期。
- 刘进田、李少伟：《法律文化与法制现代化》。西安：陕西人民出版社，1998年。
- 刘剑文、杨汉平：《私有财产法律保护》。北京：法律出版社，2000年。
- 刘军宁：《民主·共和·宪政自由主义思想研究》。上海：三联书店，1998年。
- 刘星：《古律寻义——中国法律文化漫谈》。北京：中国法制出版社，2000年。
- 刘泽华、张荣明：《公私观念与中国社会》。北京：中国人民大学出版社，2003年。
- 刘泽华：《中国传统政治哲学与社会整合》。北京：中国社会科学出版社，2000年。
- 刘作翔：《法律文化理论》。北京：商务印书馆，1999年。
- 路德维希·冯·米塞斯著：《自由与繁荣的国度》（韩光明等译）。北京：中国

- 社会科学出版社，1994年。
- 罗伯特·考特、托马斯·尤伦著：《法和经济学》（张军等译），（上海：三联书店，1994年。
- 龙卫球：《民法总论》。北京：中国法制出版社，2002年。
- 洛克：《论宗教宽容》（吴云贵译）。北京：商务印书馆，1982年。
——《政府论》（叶启芳等译）。北京：商务印书馆，1983年。
- 罗斯科·庞德著：《法律的任务》（董世忠译），北京：商务印书馆，1984年。
《毛泽东选集》（合订本）。北京：人民出版社，1969年。
- 马建兴：《丧服制度与传统法律文化》。北京：知识产权出版社，2005年。
- 马克思：《资本论》。北京：人民出版社，1963年。
《马克思恩格斯选集》。北京：人民出版社，1972年。
《马克思恩格斯全集》。北京：人民出版社，1974年。
- 马克斯·韦伯：《经济与社会》（下卷）（林荣远译）。北京：商务印书馆，1997年。
- 马林诺夫斯基：《文化论》（费孝通等译）。北京：中国民间文艺出版社，1987年。
- 马小红：《礼与法：法的历史连接》。北京大学出版社，2004年。
- 马作武：《中国传统法律文化研究》。广州：广东人民出版社，2004年。
- 迈博罗达著：《当代资本主义：所有制、管理和权力》（周恒云、张佩贤译）。
南京：江苏人民出版社，1984年。
- 梅夏英：《财产权构造的基础分析》。北京：人民法院出版社，2002年。
- 孟德斯鸠著：《论法的精神》（张雁深译），北京：商务印书馆，1987年。
《南京农专学报》。第17卷，第1期。
- 瞿同祖著：《清代地方政府》（范忠信等译）。北京：法律出版社，2003年。
- 森村进：《财产权的理论》。京都：弘文堂，1995年。
- 斯韦托尔·平乔维奇著：《产权经济学——一种关于比较体制的理论》（蒋琳琦译、张军校）。北京：经济科学出版社，1999年。
- 史光全：《中国古代立法文化研究》。北京：法律出版社，2006年。
- 思拉恩埃格特森：《新制度经济学》（吴经邦等译）。北京：商务印书馆，1996年。
- 苏亦工：《明清律典与条例》。北京：中国政法大学出版社，2000年。
- 孙隆基：《中国文化的深层结构》。南宁：广西师范大学出版社，2004年。
- 孙晓春：《中国政治思想史论》。长春：吉林人民出版社，2002年。
- 唐清利：《财产权守恒与‘以人为本’的科学发展观》，西南财经大学2004年“优秀论文光华奖”。
- 王铭铭：《西学“中国化”的历史困境》。南宁：广西师范大学出版社，2005年。
- 王卫国：《中国土地权利研究》。北京：中国政法大学出版社，1997年。
- 王亚南：《中国官僚政治研究》。北京：中国社会科学出版社，1981年。
- 王彦辉：《汉代豪民研究》。长春：东北师范大学出版社，2001年。
- 王勇飞、王启富主编：《中国法理纵论》。北京：中国政法大学出版社，1996年。
- 我妻荣：《民法大意》。东京：岩波书店，1971年。
- 吴吉远：《清代地方政府司法职能研究》。北京：中国社会科学出版社，1998年。
- 武树臣：《中国传统法律文化》。北京大学出版社，1994年。
- 乌玉廷：《中国历代土地制度史纲》。长春：吉林大学出版社，1987年。
- 吴宗国：《中国古代官僚政治制度研究》。北京大学出版社，2004年。
- 西塞罗：《论共和国》（王焕生译）。北京：中国政法大学出版社，1997年。

- 夏勇：《人权概念起源》。北京：中国政法大学出版社，2001年。
- 徐国栋编《中国民法典起草思路论战》。北京：中国政法大学出版社，2001年。
《学术研究》。2002年第10期。
- 亚当·斯密著：《国民财富的性质和原因的研究》（郭大力、王亚南译）。北京：商务印书馆，1974年。
- 亚里士多德：《雅典政制》（日知、力野译）。北京：商务印书馆，1999年。
——《政治学》（吴寿彭译）。北京：商务印书馆，1981年。
- 杨师群：《东周秦汉社会转型研究》。上海古籍出版社，2003年。
- 叶孝信主编：《中国法制史》。北京大学出版社，1996年。
——《中国法制史》。上海：复旦大学出版社，2002年。
- 有林：《生产资料的社会主义公有制论》。北京：中华工商联合出版社，1996年。
- 曾宪义：《法律文化研究》第一、二辑。北京：中国人民大学出版社，2006年。
——《中国法制史》。北京：高等教育出版社，2000年。
- 詹姆斯·布坎南著：《财产与自由》（韩旭译），北京：中国社会科学出版社，2002年。
- 赵清主编：《中国经济思想通史》。北京大学出版社，1998年。
- 赵文红：《私人财产权利体系的发展》。北京：中国社会科学出版社，1998年。
- 赵秀玲：《中国乡里在制度》。北京：社会科学文献出版社，1998年。
- 张岱年、程宜山：《中国文化与文化论争》。北京：中国人民大学出版社，1990年。
- 庄锡昌等编：《多视野中的文化理论》。杭州：浙江人民出版社，1987年。
- 张国纲编：《中国社会历史评论》（第四卷）。北京：商务印书馆，2002年。
- 张晋藩：《中华法制文明的演进》。北京：中国政法大学出版社，1999年。
——《中国法律的传统与近代转型》。北京：法律出版社，1997年。
- 张建国：《帝国时代的中国法律》。北京：法律出版社，1999年。
- 张军：《现代产权经济学》。上海人民出版社，1994年。
- 张文显主编：《法理学》。北京大学出版社，1999年。
- 张中秋：《比较视野中的法律文化》。北京：法律出版社，2003年。
- 张中秋：《中西法律文化比较研究》。南京大学出版社，1991年。
- 浙江省青年科学工作者协会编：《东西文化与中国现代化讲演集》。杭州：浙江人民出版社。1986年。
- 郑天挺：《及时学人谈丛》。北京：中华书局，2002年。
《中国社会科学》。1999年第1期。
《中国法律思想史资料选编》（法学教材编辑部编）。北京：法律出版社，1983年。
- 周其仁：《收入是一连串事件》。北京：中国发展出版社，2004年。
- 周秀才：《中国历代家训大观》。大连出版社，1997年。
- 周相：《罗马法原论》。北京：商务印书馆，1994年。
- 朱勇：《清代宗族法研究》。湖南教育出版社，1987年。

二、古典文献

- 东汉·班固：《汉书》。郑州：中州古籍出版社，1996年。
- 陈宏天等著：《昭明文选译注》（第五卷）。长春：吉林文史出版社，1994年。

西晋·陈寿：《三国志》。西安：太白文艺出版社，2006年。

宋·程颢、程颐：《二程集》。北京：中华书局1981年。

汉·董仲舒：《春秋繁露》（周桂钿等译注）。济南：山东文艺出版社，2001年。

唐·杜佑：《通典》。长春：吉林出版集团有限责任公司，2005年。

清·段玉裁：《说文解字段注》。成都古籍出版社，1981年。

窦仪等撰：《宋刑统》（卷十三）。北京：中华书局，1984年。

龚自珍：《龚自珍全集》。上海人民出版社，1975年。

清·贺长龄等编：《清经世文编》。北京：中华书局，1992年。

胡奇光撰：《尔雅译注》。上海古籍出版社，2004年。

黄彰健：《明代律例汇编》（下）。台北：中央研究院历史语言研究所，1994年。

后晋·刘昫等撰：《旧唐书》。北京：中华书局，1975年。

刘俊文：《唐律疏议笺解》。北京：中华书局，1996年。

汉·刘向撰：《说苑校正》（向宗鲁校正）。北京：中华书局，1987年。

汉·刘珍等撰：《东观汉记校注》（下），（吴树平校注）。郑州：中州古籍出版社，1987年。

唐·柳宗元：《柳河东文集》。上海人民出版社，1974年。

元·马端临：《文献通考》。北京：中华书局，1986年。

明·丘浚著：《大学衍义补》（林冠群等点校）。北京：京华出版社，1999年。

仁井田升著：《唐令拾遗》（栗劲等编译）。长春人民出版社，1989年。

林之满：《四库全书精华》。北京：中国工人出版社，2002年。

宋·黎敬德：《朱子语类》。北京：中华书局，1986年。

宋·李心传：《建炎以来系年要录》。上海：商务印书馆，1937年。

清·沈家本：《沈寄笔先生遗书》。北京：中国书店，1990年。

汉·司马迁：《史记》。长春：吉林文史出版社，2003年。

《四书五经》（上、中、下）。沈阳出版社，1996年。

睡虎地秦墓竹简整理小组编：《睡虎地秦墓竹简》。北京：文物出版社，1978年。

清·唐才常：《唐才常集》。北京：中华书局，1980年。

元·脱脱等撰：《宋史》。北京：中华书局，1985年。

清·谭嗣同：《谭嗣同全集》。上海：三联书店，1954年。

宋·王安石：《王文公文集》。上海人民出版社，1974年。

——《王安石全集》。长春：吉林人民出版社，1996年。

王国维：《观堂集林》。北京：中华书局，1959年。

汉·许慎：《说文解字》（简本）。武昌：长江文艺出版社，2005年。

清·徐松：《宋会要辑稿》。北京：中华书局，1957年。

杨天宇：《周礼译注》。上海古籍出版社，2004年。

《诸子集成》。上海书店，1986年。

宋·张载：《张载集》。北京：中华书局，1978年。

明·张四维：《名公书判清明集》（中国社会科学院历史研究所点校）。北京：中华书局，1987年。

春秋·左丘明：《国语·齐语》。济南：齐鲁书社，2005年。

周秀才等编：《中国历代家训大观》。大连出版社，1997年。

宋·朱熹：《四书章句集注》（陈立校点）。沈阳：辽宁教育出版社，1998年。

清·张廷玉：《明史》。北京：中华书局，1974年。

南朝·范晔：《后汉书》。西安：太白文艺出版社，2006年。