



# 从“双层所有权”到“单一所有权”之变

## ——民国时期永佃权在江苏地区的继受

郑中云

[摘要] 民国时期,历经司法继受和立法继受两个阶段,外来的永佃权制度开始在江苏地区生成。在此过程中,继受而来的永佃权规则与江苏地区固有的一田两主制度发生了一系列的冲突。其在理念上的冲突表现为,永佃权所属的罗马法所有权-他物权的概念体系与一田两主制度所蕴含的“双层所有权”理念之间具有不可调和的矛盾。从比较法的视野来看,这一事件并非孤例,在我国法律移植的母国——德国和日本也曾发生过类似的事件。这些史实对当代农村承包经营权性质的重新定位具有重要启示。不能将土地承包经营权与农村集体土地所有权之间的关系理解为用益物权与所有权之间的关系,而应按照分割所有权的理念将两者间的关系理解为用益所有权与处分所有权的关系。

[关键词] 一田两主; 双层所有权; 永佃权; 单一所有权; 土地承包经营权

永佃作为一种农业制度,在中国和西方的历史上都曾存在过。<sup>[1]</sup>在中国有所谓的一田两主制度,在西方则有源自古罗马的永佃权。基于这两种制度与我国农村承包经营权的相似性,学界已经分别作了比较充分的介绍。然而,却鲜有学者对永佃权在近代中国的继受过程以及在此过程中永佃权与一田两主制度之间的互动关系予以深入的探究。鉴于民国时期江苏地区的一田两主制度较为发达<sup>[2]</sup>,本文拟以民国时期的江苏地区作为时空切入点对这一问题展开研究。相较于前人侧重于法条分析的研究方法而言,本文更注重挖掘、分析判例、政府文件、新闻报道等各类史料,以发现支配社会生活本身的“活法”<sup>[3]</sup><sup>545-547</sup>,从而揭示永佃权在实施过程中的“实效”<sup>①</sup>。此外,本文还试图站在全球史的高度,将这一事件与比较法上的类似事件相联系,并分析这些事件背后的共同动因。最后,“古今之间一线牵”,本文还尝试着从这一系列事件的经验教训中为当今土地承包经营权的重新定位寻求历史的启示。

### 一、民国时期永佃权在江苏地区的司法继受

1912年,临时大总统孙中山依司法总长伍廷芳所呈请,曾经向参议院咨请将《大清民律草案》作为民事审判的法源。然而,该建议未被参议院所采纳。反之,其决议各级法院在审理民事案件的过程中,仍应适用“前清现行律中规定各条”。<sup>[4]</sup><sup>521-522</sup>然而“前清现行律”中的绝大多数条文并不具备民事规范的性质。面对这一情况,大理院的法官们不得不在审理民事案件的过程中大量引用现代民法中的条文作为审判的依据。<sup>[5]</sup><sup>174-179</sup>这就使得在民国初年(1912年)司法继受成为法律继受

[收稿日期] 2019-06-27

[作者简介] 郑中云,清华大学法学院博士生。

① 参见瞿同祖. 中国法律与中国社会. 北京:中华书局,1981年版“导读”部分。

的重要形式<sup>①</sup>。在此背景下,民初大理院于审理江苏地区相关案件的过程中,以民事法理的名义引入现代民法中的永佃权规则,从而使永佃权这一外来法律制度开始在江苏地区落地生根。然而,作为下级法院的江苏高等审判厅在审理与一田两主习惯相关案件的过程中却没有完全遵循大理院的这一思路。相反,其更倾向于依据当地的一田两主习惯来解决纠纷。两级审判机关对同类案件不同处理的背后,隐藏着永佃权制度与一田两主习惯之间的冲突。

### (一)大理院:以民事法理名义引入永佃权制度

#### 1. 援引《大清民律草案》中的永佃权条文

“前清现行律”中与永佃相关的规定主要存在于《户部则例》之中,共有两处:一处是关于荒地的开垦,共两条<sup>②</sup>;一处是关于旗地的撤佃,仅一条<sup>③</sup>。然而,这些规定皆是针对特定事项而形成,因而难以应对纷繁复杂的案件事实,且有些条文尚还以刑罚为法律效果。面对这种法源不备的现实,受过西方法学教育的大理院推事们,在审理江苏地区与传统永佃制相关案件的过程中,充分发挥自身的主观能动性,试图通过援引现代民法中的永佃权条文来解决纠纷。藉此,欧陆民法意义上的永佃权制度开始被引入江苏地区。

大理院所审理的李鸣正与陆友恭佃权纠纷案即为其著例。该案发生于崇明县,被上诉人陆友恭在收取一定数额的顶首银后,将其所有的沙地租给上告人之父李三垦种,由李三立有揽票为凭。李三故后,由上告人李鸣正继续纳租垦种。后上告人在未通知业主的情况下,将该地私吐给石元兴擅自取得顶首。被上诉人以崇明当地有禁止私吐的习惯为由主张撤佃。<sup>[6]811-812</sup>

大理院通过调查发现,该揽票的确载有禁止私吐的内容。且崇明县志也确载有如下特别习惯:

“倘业佃不合,或佃人无力耕种,应将地退还业户,由业户另召佃户。”<sup>[6]812</sup>

在此基础上,大理院根据下列“民法法理”判定上告人私自转让永佃权的行为不合法:

“永佃权人虽得将其权利让与他人,但设定行为禁止让与,或关于让与有特别习惯者,法律并不强行干涉,仍许其依设定行为或照习惯办理。”<sup>[6]812</sup>

可见,本案虽涉及到习惯,但大理院的推事们并没有直接依据习惯来断案,相反,其首先为适用习惯找了一条依据。在大理院的表达中,这条依据是一则“民法法理”。那么这条“原理”究竟来源于何处?我们发现该则所谓的“民法法理”的表达方式极似一条法条,因而其可能来源于某一立法例。那么到底是哪一个立法例呢?通过比较,我们发现,该民法原理很有可能来自于《大清民律草案》中的第一千零九十一条<sup>④</sup>。有了这一依据,大理院的推事们处理案件就得心应手了。既然在当事人双方订立的揽票内载有禁止私吐的内容,且案发地的县志也确载有该特别的习惯,那么根据该“民法原理”,上告人未经被上告人的同意私自转让永佃权的行为,就双重违反了当事人之间的约定及当地的习惯,因而被认定为不合法。

① 从继受的过程来看,法律继受有立法继受与司法继受之分。所谓立法继受,是指国内立法机关,通过法定程序,将外国法转化为本国法,从而颁布施行,日本继受欧陆法是这类继受的典型。而所谓司法继受,是指国内司法机关,通过长期适用外国法或判例,从而发展出适应本国国情的法律体系,德意志继受罗马法是这类继受的典型。司法继受在民国的表现是:民国初年,大理院在执掌司法的同时,也发挥着准立法机能,其“试图创造一新法律的基础”。参见戴东雄. 中世纪意大利法学与德国的继受罗马法. 北京:中国政法大学出版社,2003,第3页;黄源盛. 民初大理院与裁判. 台北:元照出版公司,2011,第171-173页。

② 参见《钦定户部则例》,卷七,田赋二上,开垦事宜,同治十三年校刊。

③ 参见《钦定户部则例》,卷十,田赋四,撤佃条款,同治十三年校刊。

④ 《大清民律草案》第一千零九十一条第一款规定:永佃权人,得将其权利让与他人,但设定行为禁止让与或有特别习惯者,不在此限。参见大清民律草案·国民律草案. 杨立新点校. 长春:吉林人民出版社,2002,第142-143页。

通过对这一“民法原理”的援用,大理院将佃户依据传统习惯通过缴纳巨额押租(“顶首银钱”)所取得的永久耕作权利认定为永佃权,从而使现代民法典中的永佃权规定开始在江苏地区被继受。

## 2. 遵循所有权-他物权的概念体系

在西方民法所有权-他物权的概念体系下,永佃权被视为一种他物权。大理院引入永佃权后,必然也要遵循这种认知,从而将佃户原来依据传统习惯所取得的永久耕作权也理解为一种他物权。大理院的这种思维路径在其所审理的江华公司与张效恒佃权纠纷案中得到体现。

该案发生于江浦县,系争公子洲田地,原业主为蒋业馨等二十八股,蒋业馨等将其所属之公子洲地亩交由利生局承垦,并与该局首领等人订有永佃契约。利生局又将该地转佃给本案的被上诉人张效恒永久耕种。后原业主与利生局因佃户抗不交租发生争议,但双方并未解除该永佃契约。此后,蒋业馨等将该洲产业转售给江华公司,双方在买卖契约上注明“佃户一律清退”字样。与此同时,利生局亦将其所收各佃户之押板银“拨归江华公司书抵”。江华公司接手该产业后,于民国二年(1913年),与庄头和利生局首领等高定办法,改订租章,增加租金,并制成字据,由各庄头交与所管段内佃户签字确认。<sup>[7]120-123</sup>

大理院在该案判决说理部分的一开始就明确了本案的审判依据:

“按现行法例,永佃权之设定,除有特别习惯或契约禁止转佃外,永佃权人原得本于其永佃权之权利,转佃于第三人。其因转佃关系取得永佃权之第三人,在原永佃权人权利未经消灭之前,即得以之对抗业主。至所有权之让与,其让受人权利之范围,互不得超过于原业主。”<sup>[7]122</sup>

据此,大理院认定,原业主之所有权与利生局之永佃权,因传至江华公司而混同,从而被告人对于被上告人实以一人而兼有原业主与利生局之权义,被告人由利生局所取得之永佃权,在其未经合意解约之前,自不能不认其继续有效。现有证据证明本案被上告人既未同意改订章程,亦未领回押板,因此被告人从利生局处所取得的永佃权对于被上告人仍然继续有效。<sup>[7]123-124</sup>

从该案的判决说理中,我们可以发现,与上一个案子相类似,大理院仍然热衷于将依据传统习惯所形成的永久耕作权认定为永佃权,并继而引入继受法中的永佃权条文(这次是以“现行法例”的名义,且是同一条文)来解决纠纷。所不同的是,在该案中,大理院进一步明确了永佃权的他物权属性,并进而运用物权法中物权优先效力的原理来解决问题。在本案中,既然作为他物权的永佃权已经被有效设立且继续存在,那么根据物权相互间的优先效力理论,他物权(定限物权)优先于所有权,受让该所有权的第三人概括继受原所有权人的地位,自应继续受该他物权所限制。据此,大理院认定,既然佃户通过转让而得来的永佃权继续有效,那么“所有权之让与,其让受人权利之范围,互不得超过于原业主”。由此可见,大理院倾向于将依据传统习惯所形成的永久耕作权纳入到所有权-他物权的概念体系中去理解,将其定位为一种他物权。

## (二) 江苏高等审判厅:尊重一田两主习惯及其背后的双层所有权理念

### 1. 坚守一田两主习惯中的相关规则

在民法典阙如的情况下,从大理院判例中所提取出的判例要旨,反过来又成为大理院和地方法院审理民事案件的重要法源。<sup>[5]171-174</sup>江苏高等审判厅在其审理的一些案件中也援引了大理院判例中与永佃权相关的判例要旨。但这并不意味着江苏高等审判厅的推事都接受了外来的永佃权规则及其理念。相反,在更多的案件中,江苏高等审判厅的推事们遵循的仍然是当地的一田两主习惯。

江苏高等审判厅推事们相互间这种矛盾的立场,在吕如祥与徐作霖佃田纠纷案中得到了充分体现。该案发生于江阴县,上诉人吕如祥家族在太平天国运动之后承种徐作霖之土地,双方业已形成田底田面关系。后徐作霖以吕如祥欠租为由主张撤佃。<sup>[8]554</sup>

在该案的判决说理部分,江苏高等审判厅的推事们指出该案的审判应以大理院下列的两则判例要旨为依据:

“查佃权之发生不以订立书据为要件,苟有历久惯行之事实足以认定有佃权之存在者,自应予以保护。故非违法令习惯或特约所认许之撤佃原因,地主不得主张撤佃。大理院七年上字第一二六五号及六年上字第一四三七号判例业经明认。”<sup>[8]553-554</sup>

这两则判例要旨中的“佃权”一词,是大理院在审理与传统永佃制相关的案件时,对依据习惯所产生的永久耕作权所经常使用的一种转化表达方式,其与永佃权只有一字之差,大理院常将其当作永佃权的同义语使用。

通过援引这两条判例要旨,审理该案的江苏高等审判厅的推事将田面主对田面所享有的权利认定为“佃权”。这一处理与大理院的立场是一致的:大理院在其一则解释例中就曾将田面权理解为永佃权<sup>①</sup>。

这个案子因事实不清,被发回重审。重审后,当事人又再次上诉到江苏高等审判厅。然而,参与这次审判的推事们却没有继续坚持前审将田面权认定为永佃权的立场,而是将固有的一田两主习惯作为断案的依据。

在这次审理的判决说理部分,江苏高等审判厅的推事们指出:

“本案之争点在被上诉人有无因欠租而承认撤佃,不纯在被上诉人有无欠租之事实……即使被上诉人有欠租之事实(系追租问题),亦与其面权之存在不生影响。”<sup>[8]558-559</sup>

这段说理体现了审理该案的推事们尊重传统一田两主习惯而排斥永佃权的立场。一方面,该案的推事不再将田面主的权利称为“佃权”,而是将之称为“面权”。与佃权相比,面权是一种更接近习惯的转化表达,即在传统称谓“田面”上加一个“权”字。另一方面,在西方民法的永佃权制度中,永佃权人欠租是土地所有权人撤佃的理由之一,其撤佃行为的作出只需所有权人的单方意思表示即可,根本不需要佃户的同意。而在本案中,江苏审判厅的推事们则一再强调,田底主若要撤佃,必须符合两个条件:一是欠租,二是田面主的同意,两个条件缺一不可。甚至指出,即使被上诉人有欠租之事实,那也是只是追租的问题,对“面权”的存在不生影响。在此,江苏审判厅的推事们没有一味追随现代永佃权制度中欠租即可撤佃的规定,而是以撤佃需要佃户同意的方式否认了田底主的撤佃权,体现了江苏高等审判厅的推事们对一田两主习惯中田底主不得撤佃规则的尊重。

## 2. 秉持“双重所有权”的财产权理念

除了对永佃权的规则不予认同外,江苏审判厅的推事们也不认可永佃权背后所蕴含的法律理念。

根据欧陆民法原理,一个物上只能存在一个所有权,除此之外,该物上存在的物权只能是他物权。因此,永佃权在性质上是他物权,其消灭后,受到限制的所有权在权能上恢复圆满。

而在一田两主制度之下,田面主不仅具有永久耕种的权利,而且可以不经田底主的同意自由处分其田面,甚至在欠租的情况下田底主也不可撤佃,而田底主作为名义上的所有权人则只享有收租之权。正是由于田面权具有如此强大的权能,田面主才将其田面权视为“一部分之所有权”<sup>[9]180</sup>,从而在该土地上形成“双层所有权”的权利结构<sup>[10]95-99</sup>。

一田两主习惯背后所蕴含的双层所有权的理念被江苏高等审判厅的推事所接受。这集中表现在孙鹤云诉张潘氏田面纠纷案中。

该案发生于松江,在双方系争的田亩上业已存在田底、田面关系,其中“田底为上告人所有为两造不争之事实,所争者惟在田面究系何造所有”。上告人孙鹤云主张,该田的田底、田面系先由费炳和卖与孙德和之子孙松泉、孙炎照,后二人又将该田的田底、田面转卖给自己。而被上告人

① 参见“回复永佃权之习惯有背公益不能采用函”,《司法公报》,1920年第118期,第36页。

张潘氏则主张,该田的田底、田面原系其翁所有,后其丈夫将田底卖与孙德和,复由孙德和之子卖与上告人,上述交易“均系仅卖田底不卖田面”。并且被上告人举证其翁自光绪二十九年(1903年)开始就将田面租给张宝和耕种,并每年收取小租。<sup>[8]216-218</sup>

江苏高等审判厅通过审查相关证据后认定,上告人所提出的证据矛盾之处甚多,其“所提出之证据既不足证明田面之所有权”为其所有,而被上告人所提出的证据则具有较强的可采信度。因此,判定“原判认定该田面为被上告人所有并无不合”。<sup>[8]218-220</sup>

从该案中,我们可以看出,在一田两主制度之下,一块田被抽象地分为田底和田面两个部分,两者作为独立的不动产可被分别处分,由此,一块土地的所有权被分割为田底权和田面权两个部分。这与欧陆民法中的相关原理格格不入。因为根据欧陆民法的基本原理,所有权具有整体性,不能对其在内容或时间上加以分割。<sup>[11]109</sup>此外,从所有权的整体性又可推导出其唯一性,即在一个物上只能存在一个所有权,在该物上设定的其他物权则只能是他物权。在该案中,江苏高等审判厅的推事并没有遵循大理院的思路,将田面权认定为永佃权,继而将其认定为一种他物权,而是将田面权亦认定为一种所有权(“田面之所有权”),体现了其对一田两主制度中所蕴含的“双层所有权”理念的尊重。

## 二、民国时期永佃权在江苏地区的立法继受

大理院这种在裁判过程中继受外来法的方法终非长久之计。南京国民政府成立后,当局即开始着手制定民法典,并迅速得以颁行,是为《民法典》。与《大清民律草案》《国民律草案》这两部法律草案一致,《民法典》仍然规定了永佃权制度。不过,在这部法典中立法院则开始反思前两部法律草案轻视固有法的立场,转而在“社会本位”思想的指导下,开始尝试有限度地吸收固有的一田两主制度,并将之与继受的永佃权进行整合。然而,在该思想的指导下,该部法典亦作了一些与传统习惯相悖的规定。随着《民法典》在江苏地区的施行,法律表达与社会实践之间的矛盾开始凸显。

### (一) 法律表达:继受法与固有法相整合的结果

#### 1. 法典对江苏地区一田两主习惯的吸收

在“社会本位”立法思想的指导下,《民法典》物权编中关于永佃权的许多条文出于对弱者的保护纷纷作出了与《大清民律草案》《国民律草案》不同的规定<sup>[12]</sup>。

例如,与前两部草案将永佃权的期限规定为二十年以上五十年以下不同,《民法典》第八百四十二条规定永佃权的期限为永久,若设定为有期限则只能被视作是租赁。梅仲协先生认为,这条规定的立法理由在于,孙中山先生历来主张耕者有其田,因而应给予佃农更为充分的保护;另外,将永佃权的期限设定为永久,也与我国历来对佃权不设定期限的习惯相暗合。<sup>[13]566-567</sup>梅仲协先生这里所提及的习惯虽非特指但当然也包括江苏地区的一田两主习惯。

再看第八百四十四条。与罗马法相一致,《大清民律草案》《国民律草案》均规定永佃权人不得以因不可抗力而导致收益受损为理由请求减免租额。与之相反,为了实现“民法的社会主义化”<sup>[14]298</sup>,《民法典》第八百四十四条则规定,永佃权人如果因不可抗力致使收益减少或没有收益,可以向所有权人请求减少或免除佃租。这条规定可以说是民法物权编关于永佃权的规定中最能体现保护弱者思想的一条。该条仍然可以找到江苏地区习惯法上的依据。例如,前南京国民政府司法行政部所编的《民事习惯调查报告录》中就提到,在江苏省淞江县的一田两主关系中,“如遇水旱虫荒”,应“酌量减轻”田面主的租米。<sup>[9]197</sup>

此外,《民法典》第八百四十九条虽与社会本位的思想无关,但亦可被视作法典积极吸收

江苏地区一田两主习惯的一个著例。该条规定,永佃权人将其权利转让给第三人后,受让人应对原永佃权人对所有权人所欠的佃租承担偿还的责任。这条规定的一个重要目的是为了保障第四百四十六条的规定(永佃权人欠租的总额达到二年以上的,所有权人可以撤佃)得到落实。试想一下,如果不令旧的佃租与永佃权一并转移的话,则永佃权人就有可能在欠租将达两年租额时将永佃权转让出去。<sup>[15]387</sup>这样第四百四十六条的规定就会成为具文。这条规定的目的固然是为了保护所有权人的收租利益,然而,通过与《日本民法典》《大清民律草案》《民国民律草案》的相关规定进行比较,我们发现,这条规定似乎是当时立法机关的独创。那么这条规定的渊源究竟在何处?

在江苏高等审判厅所审理的陶文清与黄兆明顶首纠纷案中,我们似乎可以找到答案。在该案中,审判厅的推事通过调查发现,在该案的发生地崇明县,存在着以下习惯:

“崇邑外沙田制习惯,认地收租,租随地转,旧佃户将租田转移苟未得业主同意,其旧欠租项,业主可责成新佃户返偿。”<sup>[16]217-218</sup>

根据该习惯,如果田面的转让事先没有得到田底主的同意,则田底主有权要求新的田面主清偿原田面主未付清的田租。

将第四百四十九条与该习惯进行比较,我们发现,两者是如此的相似,因而第四百四十九条极有可能吸收自江苏崇明县的一田两主习惯。

## 2. 法典对永佃权人权利的各种限制:奉行所有权唯一的原则

然而,在“社会本位”立法思想的指导下,《民国民法典》在永佃权部分亦作出了与江苏地区一田两主习惯相矛盾的规定,这集中表现在第四百四十五条关于禁止永佃权人出租土地的规定中。<sup>[17]76-77</sup>按照官方的考虑,这样规定的目的主要有以下两点。一方面,所有权人在设定永佃权时,比较注重与永佃权人之人的关系<sup>[18]453</sup>,永佃权人固然可以将永佃权让与他人,但如果永佃权人将土地出租给他人的话,则该他人是否还将该土地用于耕作或畜牧所有权人就很难预料了。<sup>[19]91-92</sup>为了保证利用永佃权改良土地的目的得到落实,并防止将来可能发生的纠纷,所以作出如是规定。另一方面,这样规定的目的还在于废除“包佃包租制度”,以防止“大农剥削小农”现象的发生。<sup>[20]160</sup>可见,这一规定的主要目的无疑是为了保护弱者。然而,这一规定却与江苏地区的一田两主习惯相违背。例如,在上文提及的孙鹤云诉张潘氏田面纠纷案中就提到,田面主通常会将其田面出租与他人,成为收取“小租”的“二地主”。<sup>[8]219</sup>

此外,《民国民法典》延续《大清民律草案》《民国民律草案》两部草案的规定,规定永佃权人欠租两年以上的,所有权人有权撤佃。该条规定与上文所述的江苏地区一田两主习惯中田面主即使欠租田底主也无权撤佃的习惯相悖。虽然该条增加了“除另有习惯外”的但书,但仍会对永佃权人造成不利。一方面,这一规定使所有权人撤佃有了依据,从而导致撤佃的纠纷不断。<sup>[10]105</sup>另一方面,该条规定将证明不可撤佃习惯的证明责任转嫁到了永佃权人的头上,平白增加了永佃权人的负担。

再者,虽然《民国民法典》并未禁止出典永佃权,但由于“现行民法所承认的典权,只限于不动产所有权”<sup>[21]</sup>,永佃权人出典的权利因此被间接地否定。这在最高院的一则判例中得到了确证。在这则判例中,最高院指出:

“永佃权在民法上有得为抵押权标的物之明文,而无得为典权标的物之规定,永佃权人就其永佃权设定典权自属无效。惟当事人之真意,系在基于买卖契约,申明出卖人得返还其所受领之价金买回其永佃权者,虽误用出典之名称,亦应认为出卖人于买卖契约保留买回之权利。”<sup>[22]932</sup>

最高院的这种处理方式侵犯了田面主依据传统习惯可以出典田面的权利,对田面主甚为不利。这是因为,典之回赎与保留买回权的买卖契约的买回具有以下区别:第一,田面主出典田面,只是将田面转移给典权人占有,其并不会丧失田面权,而附保留买回权条款的买卖契约则会导致田面权的

转移；第二，田面主的回赎行为在性质上为消灭田面上的典权，从而消除田面权上的限制，而田面主的买回行为在性质上则为田面权的再次取得；第三，保留买回权的条款如果没有经过登记，则其只有债权的效力，买回权人不得以之对抗第三人，反之，回赎权则具有物权的效力。<sup>[23]435-436</sup>由此可见，相较之下，允许出典对田面主更为有利。

综上所述，尽管《民法典》物权编将永佃权的期限设定为永久，但通过其对永佃权人权能的各种限制来看，法典仍然只将永佃权设定为一种限定物权，其所遵循的仍然是所有权唯一原则。<sup>[15]380-381</sup>

## （二）社会实践：民间活动与法律规定各行其是

### 1. 永佃权不被人民所接受

虽然《民法典》吸收了许多江苏地区的一田两主习惯，但由于法典也作了许多悖于习惯的规定，随着法典的逐步实施，法典与习惯之间的矛盾开始爆发。

这首先表现在，永佃权的概念不被人民所接受，人民在平时的生活中所使用的仍然是“田面”这一习惯法上的称谓。

例如，在《通问报》1935年7月所刊登的一则新闻中就提到：

“苏州吴县黄埭教堂教友马春生医士，为谋求教会自养起见，于六月十八日，特将自置吴县第六区内十一都四图夜阙字圩陶业租田面一亩九分五厘八毫，计甲乙二坵，甘愿捐助教堂，以资自养之用，嗣后任凭教会执业耕种，过户完租，并无条件等”<sup>①</sup>。

从这则新闻中，我们可以发现，民法物权编颁行五年后，在苏州吴县这个一田两主习惯高度发达的地区，一位基督教的教友在其与教堂订立的赠与合同中，对赠与标的仍然使用“田面”这一习惯法上的称谓，而非将之称为永佃权。这说明，在当地，将一块土地分为田底、田面两部分的传统观念仍然深入人心，与传统观念相悖的永佃权尚未被人民所接受。

无独有偶，类似的现象还发生在江苏高等法院审判的张惠荣诉王文行永佃权纠纷案中。该案发源于无锡，其案由本为请求返还永佃权，然而上诉人在其上诉状中却写道：

“系争田面为上诉人所有，被上诉人自民国三十二年即不给付小租米用，特诉请交还耕种……”<sup>[8]560</sup>

该案发生在民国三十六年（1947年），此时《民法典》已经实施了十多年。这进一步证明了一田两主习惯在江苏地区人民生活中的强大生命力。

然而，民众所拒绝的并不单纯是永佃权这个概念，其对新法中的永佃权规则也不予认同。在生活中，他们所遵守的仍然是当地的一田两主习惯。

例如，在抗战时期，江苏沦陷，当地的人民仍然按照传统习惯将田面出典。伪“江苏高等法院”在审理此类案件的过程中，认为在法律适用上具有下列疑义，遂请示伪“司法院”作出相应的法律解释：

“民间习惯，每将田面（即永佃权）活卖（或称过放），并定有回赎年限，与设定典权相似，应如何适用法律……”<sup>②</sup>

对此，伪“司法院”继承了上述最高法院的见解，认为：

“永佃权人将田面（即永佃权），活卖于人并定有回赎年限者，这可认为保留买回权利

① 吴志雄. 鸣谢马春生医生捐助教会——计田面一亩九分零. 通问报, 1935-7-28号。

② “解释定有回赎期限之典契及活卖田面契并计算由邮电提起上诉之期间疑义”，《最高法院年刊》1943年，第61-62页。

之让与契约,应适用民法第三百八十一条之规定。”<sup>①</sup>

然而,如上所述,这种将出典转化为附保留买回权之让与契约的处理方式对田面主并不利。由此,也可以看出,在当时的实际社会生活中,一田两主习惯与永佃权制度之间的竞争,并非仅是简单的名义之争,相反,在其背后还存在着牵涉到实际利益的不同规则间的竞逐。

## 2. 永佃权不被接受的深层原因:双层所有权与单一所有权之争

在永佃权制度于江苏地区实施的过程中,永佃权制度与一田两主习惯之间的冲突不仅表现为具体规则上的冲突,在更深层上还表现为不同财产权理念之间的冲突。这在下面这则行政院向司法院的咨文中得到了充分的体现。

这则咨文的时间为民国二十六年(1937年)五月二十九日,其中的疑问起源于江苏省启东县地政局的呈报。按程序,该呈报先呈送给江苏省地政局,再由江苏省地政局报送给江苏省政府,江苏省政府又转报给行政院,最后由行政院向司法院发文咨询,涉及的是土地权利如何登记的法律适用问题。

启东县地政局在其呈文中称:

“查启东土地有买价地与崇划地之分,前者为一人完全所有,面积甚少,后者分底面两项权利,各有所属,占全县面积百分之八十以上。面权设定由于佃户承垦生田,除投施垦本外,复须缴纳巨额顶首,顶首与垦本并称田面价,佃户取得田面权,力田约租,移转买卖,转佃造屋,得自由处置,业主保留田底权收租完粮,由来已久,江苏各县因不乏其例。惟以耕地缺乏,面价因供求关系转移频繁而益涨,底价因时势推演而益跌价,现时底面价率自六倍至十倍不等,远出其他有面权设定县份之上。现查现行法对田面权之位置尚无明文规定,土地法上应行登记之土地权利,只所有权及地上权、永佃权、地役权、典权、抵押权六种。底面权既已成为业佃,对于同一土地所有权同时享受之各别权利,本身均似为所有权之一部,面权如亦为所有权,则应与底权同时合并登记”<sup>②</sup>。

而江苏省政府在其请示中亦指出,“查一起地划分为田底权田面权,系属地方相沿之旧惯,本省如常熟、吴县、无锡等县份,均有同样情形,且其田面之价格,每有高于田底者,故权利之苦要,并不亚于田底所有权”<sup>③</sup>,现因法律对此田面权并无明文规定,对之登记无法可依,因而请示行政院作出指示<sup>[1]</sup>。

据此,行政院在咨文最后向司法院咨询,“所谓田面权,是否与永佃权之性质相当?田底权是否与所有权性质相当?”<sup>④</sup>

对此,经司法院统一解释法令会议决议,对行政院的问题给出了答案,其与行政院的见解一致,即认为田面权的性质与永佃权相当,应以永佃权进行登记,而享有田底权的地主,其是土地的所有人,则应以所有权进行登记<sup>⑤</sup>。

从这份咨文中,我们可以看到,江苏地区的一田两主习惯与永佃权在规则与理念上的矛盾之处。首先,从规则上来看,根据江苏地区的一田两主习惯,田面主可以“转佃造屋,得自由处置”。可见,田面主本可自由出租田面,成为“二地主”。然而,民法典却剥夺了田面主出租土地的权利。这无疑侵害了田面主的利益。其次,从理念上来看,由于田面主在将荒地垦熟的过程中付出了巨大

① “解释定有回赎期限之典契及活卖田面契并计算由邮电提起上诉之期间疑义”,《最高法院年刊》,1943年,第60-61页。在民事审判中,汪伪政权适用的仍然是《民国民法典》。

② “司法院第一七零三号解释”,《司法公报》,1937年第203号,第23页。

③ “司法院第一七零三号解释”,《司法公报》1937年第203号,第24页。

④ “司法院第一七零三号解释”,《司法公报》1937年第203号,第24页。

⑤ 参见“司法院第一七零三号解释”,《司法公报》1937年第203号,第23页。



成本,又缴纳了巨额的顶首,田面主的权利因此变得很强,即其不仅可以自由地转让田面权,而且还可以将田面出租,甚至有权在土地上建屋,而田底主则只剩下收租权。这导致在市场上,田面权的价值远远高于田底权,在启东县田面权的价值甚至高于田底权六至十倍。因此,启东县地政局将田面权、田底权均视为所有权的一部分,从而主张将两者合并登记为所有权。同样的,江苏省政府也认为,田面“权利之苦要,并不亚于田底所有权”。可见,在一田两主习惯之下,基于田面权具有较强的权能和独立性,田面权和田底权之间的关系,与永佃权和所有权之间的关系不同。如前所述,在所有权唯一原则的指导下,《民法典》中的永佃权与所有权之间是他物权与所有权的关系。而田面权和田底权的产生则是所有权分割的结果,两者是所有权的一部分与另一部分的关系。这导致在存续一田两主习惯的土地上,“双层所有权”权利结构(“田面所有权”与“田底所有权”)的形成。

然而,司法院却无视田面权的这种分割所有权属性及其背后所既存的利益格局,一律将田面权等同于永佃权、田底权等同于所有权处理。这种不经意的等同处置,看似只是名称上的改头换面,实则打破了原有的利益格局,颠倒了田面主与田底主之间的主次关系,侵害了原田面权人的利益。<sup>[21]48-49,63</sup>这导致新法窒碍难行,不被人民所接受。在人民的经济生活中,充斥的仍是“田面”这样的传统词汇,田面的出典、转租也照样在进行,法律与生活成为两张皮,各行其是。

### 三、从比较法的角度审视永佃权在江苏地区继受的效果

从比较法的视野来看,这种在法律继受的过程中,继受法与固有法发生冲突的现象并不鲜见。在我国法律移植的母国——德国和日本都曾发生过类似的事件。这些事件相互之间并非孤立,均可被视作罗马法所有权概念在世界范围内传播的结果。

#### (一) 罗马法所有权与中世纪双层所有权

随着日耳曼人的入侵,西罗马帝国灭亡,欧洲进入了中世纪。尽管东罗马帝国皇帝查士丁尼试图恢复罗马帝国的版图并编纂了《查士丁尼法律大全》,但他去世后,其努力大多付之东流,纯粹的罗马法在西欧逐渐隐而不显。<sup>[24]80</sup>

当时在欧陆大地上盛行的是日耳曼法。就物的所有权概念而言,日耳曼法认为,所有权在概念上是可分的,可以将之所包含的权利内容按照不同的权能拆解开来<sup>①</sup>。日耳曼法所有权的这种可分性,使之被用作构建中世纪土地秩序的法律工具。<sup>[25]368</sup>这是因为,中世纪的欧洲,封建割据林立,一块土地的权利往往从国王到封臣再到佃农逐级往下授予,该土地上的权利人彼此都有理由说,“这是我的土地”<sup>[26]205</sup>,一块土地上的权利义务关系由此变得十分复杂。而日耳曼法上的所有权概念正好成为这种政治、社会、经济关系的绝佳法律表达。

此后,分割所有权的理念在中世纪的德意志完全流行起来。该理念认为,在事实上或法律上保留给领主的所有权仅仅是上所有权(Obereigentum),而封臣或租佃人的权利则是下所有权(Untereigentum)。<sup>[25]369</sup>从逻辑上来看,既然两者都是所有权人,那么似乎可以推出两者都可以自由处分自己的权利,而不受另一方干涉。然而事实却非如此。<sup>[27]718</sup>下所有权人享有的只是用益权,而上所有权人除了有权要求下所有权人缴纳贡赋(Abgaben)、承担劳役(Dienst)<sup>②</sup>外,其还对物的出卖和利

① 梅因认为这种日耳曼法上所有权概念的产生受到了早期罗马法的影响。参见梅因. 古代法. 沈景一,译. 北京: 商务印书馆,1996,第165-171页。

② 如为领主作战的义务(Kriegslasten)。Vgl. Otto Gierke. *Deutsches Privatrecht Band2: Sachenrecht*. Leipzig: Verlag von Ducker & Humblot, 1905, S. 374。

用享有同意权(die Mitwirkung bei Veräßerungen und anderen Verfügungen über die Substanz)。<sup>[28]709</sup>由此可见,下所有权人的权能在很大程度上受到上所有权人的制约。

这种日耳曼法的分割所有权观念直到罗马法在欧洲重新繁荣后,才开始受到一定的冲击。11世纪晚期,《查士丁尼法律大全》在意大利的比萨城(Pisa)被发现。<sup>[29]244</sup>由于罗马法符合了当时社会对法律事实作理性掌握的需求<sup>[32]30</sup>,法律大全的发现遂引发了一波研究罗马法的热潮。而当时研究罗马法的重镇则为位于意大利北部的博洛尼亚城(Bologna),在博洛尼亚大学注释法学家们的不懈努力下,罗马法开始复兴。<sup>[31]76-79</sup>与日耳曼法分割所有权的观念相左,罗马法主张所有权唯一(das Eigentum des Einen),其认为,在一个物上,除了所有权之外,存在的只能是他物权。<sup>[25]370</sup>如果坚决执行罗马法的这一原则,那么那些依照日耳曼法本是下所有权人的土地占有人,无论是贵族还是农民,都会沦落为仅是他人土地上的人。由此,将会导致最令人难以置信的不法夺取行为的发生。这无疑侵害了下所有权人的利益,在他们看来,这简直就是一种“法律对生活的强暴”(Vergewaltigung des Lebens)。<sup>[25]370</sup>

为了尊重这种业已形成的利益关系,当时的法律家采用了意大利法律家在处理相似法律关系时所构造出的法律工具,这种法律工具大胆地突破了罗马法上的所有权概念。<sup>[25]370</sup>完成这一法律学说构建任务的是注释法学家。就土地利用关系而言,注释法学家发展出了与罗马法相悖的所谓“扩用所有权”<sup>[32]</sup>或“双重所有权”(doppeltes Eigentum)理论。该理论是借助罗马法上的诉讼制度发展出来的。在罗马法上,就物的返还之诉而言,有所谓的直接之诉(actio directa)和扩用之诉(actio utilis)的区分。所有权人的权利通过直接之诉得到保护,永佃权人等他物权人的权利则通过扩用之诉得到保护。据此,注释法学家将原来单一的所有权一分为二,主张原来的所有权人享有的权利是所谓的直接所有权(dominium directum),而永佃权人等他物权人享有的则是所谓的扩用所有权(dominium utile)。注释法学家以如此的方式平息了罗马法与日耳曼法、理论与实践之间的冲突(直接所有权相当于日耳曼法上的上所有权,扩用所有权则相当于下所有权或用益所有权),此种做法得到了理论界和实务界的一致认可。<sup>[25]370</sup>此后,对中世纪的一切土地利用关系的理解都必须以双重所有权理论为出发点。

## (二) 永佃权在德意志的适用与《日本民法典》中永佃权的形成

### 1. 永佃权在德意志的适用

中世纪后期,随着在意大利、法国接受法学教育的德意志法律家在行政事务进而在审判事务中逐渐占据主导地位,德意志开始继受罗马法。<sup>[30]109-110</sup>在这一过程中,罗马法上的永佃权(Emphyteuse)开始在德意志的一些地区被适用。例如,在德意志南部的巴登(Baden)地区,当地所固有的农民可世袭租赁(Erbleihen)就被比照为永佃权处理。<sup>[33]</sup>而在农民可世袭租赁的各种形式中,也包含一种永佃关系,即所谓的Erbpacht<sup>[25]625</sup>,与来自罗马法的永佃权(Emphyteuse)不同,其是德意志所固有的。<sup>[25]620</sup>维亚克尔(Wieacker)认为,将永佃权适用于德意志固有的可世袭租赁关系是德意志农民权利恶化的重要原因之一。<sup>[34]225</sup>

此外,在德意志东北部地区,罗马法上的时效技术(Termini Technici)<sup>[33]730</sup>和对承租人社会和经济地位极为不利的定期租赁制度(Zeitpacht)亦被适用到农地利用关系上<sup>[34]225</sup>。罗马法上这两项制度的适用使得农民原本可以世袭的永佃权(Erbpacht)由此变为一种不可继承的债权。<sup>[35]281-282</sup>这导致当时农民的地位被进一步下降。有学者据此认为,罗马法的继受是引起德国农民战争的重要原因之一。<sup>[36]148-149</sup>

### 2. 所有权唯一原则与《日本民法典》中永佃权的形成

西方的永佃权在亚洲首先被日本所继受。早在德川时代,日本就在开垦荒地和沼泽地的过程中形成了自身的永佃制度(在日本土佐、阿波等地还形成了与江苏地区类似的一田两主习

惯<sup>[37]444</sup>)。开垦者往往在开垦荒地二十年后,就可获得在开垦地上永久耕作的权利,当然,其也可以转租该开垦地或将该永久耕作权转让给他人。<sup>[38]</sup>

然而,明治维新后,为了征税上的方便及公共利益的需要<sup>[37]447</sup>,新制定的土地改革方案却试图通过要求地主赎买佃农的权利或佃农买下土地的方式来消除这种永久耕作权。<sup>[38]</sup>这一方案一经公布就遭到强烈的抵制,最终以失败而告终。

此后,政府采取了一种折衷的办法来安置这一传统权利,即在新颁布的民法典中规定了永佃权(永小作权),但将其期限缩短至二十到五十年。将期限设定在二十年以上的原因在于法律规定租赁的最长期为二十年,以此将该权利区别于租赁;规定期限不能超过五十年,为的是体现尊重所有权之绝对性及弹性思想。<sup>[39]365-366</sup>

其后颁布的《民法施行法》第四十七条原先规定,永佃权于五十年期满后消灭。遭到反对后,又增加一项规定,规定期满后一年内,所有权人可以付一定的补偿金消灭永佃权,如所有者抛弃此项权利或于一年内不行使此项权利,则永佃权人可于此后一年内支付一定代价而买得所有权。<sup>[40]146</sup>比较可见,这不过是将原先的解决方案拖延到以后实施。<sup>[39]361</sup>

### (三) 罗马法所有权概念在世界范围内的传播

上述中世纪双层所有权概念的产生与《日本民法典》中有期限的永佃权的形成以及《民国民法典》中的永佃权与一田两主习惯之间的冲突这三起事件都与继受罗马法所有权概念有着直接或间接的联系。这些事件均是罗马法所有权概念在世界范围内火炬式传递的结果(德意志继受罗马法→日本继受德国法→中国继受日本法)。而罗马法所有权概念在世界范围内得以传播的根本经济动因则在于,其所遵循的所有权绝对原则保障个人对其所有权之使用、收益与处分有绝对之自由,符合了近代自由资本主义发展的需求,所有权绝对原则的确立,能够为自由经济的发展提供原动力,有利于社会财富的形成和经济的繁荣。<sup>[41]105</sup>在这三起事件中,随着罗马法所有权概念在当地的继受,罗马法所有权绝对的思想均与当地固有的双层所有权的观念相矛盾,并由此触动了固有法背后的利益格局,从而导致了一系列冲突的发生。

这些史实启示我们,在继受外来法律的过程中,当继受法与固有法发生冲突时,必须对固有法予以相应的尊重,尤其需要尊重其背后所形成的既有利益格局,而不可强行将继受法适用于依据固有法所形成的社会关系。否则,继受法就会“强暴”生活,必将遭到人民的抵制,难以产生法律的“实效”。

当然,这并不意味着在法律改革的过程中一定要墨守成规。正如利益法学所主张的那样,每一个法律条文都是对一定利益冲突的解答标准,而对这种利益冲突的发现和考量都必须由立法者作出。<sup>[42]148</sup>因而立法在很大程度上就是一项关于利益衡量的工作。所以,如果立法者能够在尊重既有利益格局的情况下,采取妥善的措施对各方的利益诉求进行转化表达,那么新法律思想的普及也并非遥不可及。

就如何协调依据一田两主习惯所形成的利益格局与所有权绝对思想之间的关系而言,借鉴德国和日本的相关经验,有两条路可选。第一,将田面主转变为所有权人,而将田底主的权利改造成德国法上的实物负担(Reallast)<sup>[43]735-737</sup>。这种方法的合理性在于,在一田两主的习惯下,田面的价值远远高于田底的价值,田面主在实际上控制土地,已经成为土地实质上的所有人<sup>[44]674</sup>;而田底主只享有收租之权,该权利与德国法上的实物负担(Reallast)十分相似<sup>①</sup>。当然,如果立法者认为没有必要专门为此而引进实物负担(Reallast)这一制度的话,也可让田面主用合理的价格“买断”田底主的收租权。第二,保留田底主所有权人的地位,但其必须“赎买”田面主所享有的田面权的价

① 区别之处在于,实物负担权利人有权以土地作为义务人履行相关义务的担保,而田底主则对土地则并无直接关系。

值。<sup>[45]</sup><sup>44-45</sup>这种方法的合理性在于,如上所述,田面主在将荒地垦熟的过程中往往付出了巨大成本,并向田底主缴纳了巨额的顶首银。因而,田底主要想将土地上的田面权消解,成为完全的所有权人,其必须对田面主所付出的巨额成本给予赔偿。

#### 四、对当代农村承包经营权重新定位的启示

民国时期,历经司法继受和立法继受两个阶段,外来的永佃权制度开始在江苏地区生成。在此过程中,继受而来的永佃权规则与江苏地区固有的一田两主制度发生了一系列的冲突。两者在理念层面的冲突表现为,永佃权所属的罗马法所有权-他物权的概念体系与一田两主制度所蕴含的“双层所有权”理念之间具有不可调和的矛盾。这一史实对当代农村承包经营权性质的重新定位具有重要启示。

2007年《物权法》制定后,土地承包经营权被定位为一种用益物权。从我国的国情来看,将土地承包经营权与农村集体土地所有权之间的关系理解为用益物权与所有权之间的关系并不妥当。这是因为,在我国,农村的土地“属于本集体成员集体所有”(物权法第五十九条),农民作为集体的成员,其对集体土地的使用和处分享有成员权,而土地承包经营权正是农民基于其成员身份所取得的权利。基于此,有学者认为,土地承包经营权与集体所有权之间的关系并非所有权派生用益物权的权利,土地承包经营权在本质上是一种“自物权”。<sup>[46]</sup>此外,还有学者进一步看到了土地承包经营权与集体所有权之间的权能分割关系。该学者认为,成员集体所有类似于日耳曼法上的总有制度,在总有制度之下,所有权在质上被分割,其管理、处分等支配的权能属于团体,而使用收益等利用的权能则属于成员,团体和成员都享有所有权,因此,成员集体所有意味着成员和集体都是集体土地的所有权主体。<sup>[47]</sup>

可见,与前述的历史事件相似,基于我国的特殊国情,同样不能将土地承包经营权与农村集体土地所有权之间的关系简单理解为用益物权与所有权之间的关系,相反,应当按照分割所有权的理念来理解两者之间的关系。<sup>[48]</sup>一方面,应当将集体与农民成员个体对农村土地所享有的权利看作是对集体土地所有权权能的分割。农民集体对集体土地具有处分所有权,其享有“发包、调整、监督、收回”等处分权能;农民个体则对集体土地具有用益所有权<sup>[49]</sup>,其享有“使用、流转、抵押”等用益权能<sup>①</sup>。另一方面,应该明确土地承包经营权的“自物权”或“准所有权”<sup>②</sup>属性,它是农民在自己土地上的权利,而非在他人土地上的权利。应当看到,三权分置政策提出“要稳定现有土地承包关系并保持长久不变”,并赋予农民抵押经营权的权利,这些举措均是对承包经营权“准所有权”属性的强化。<sup>[48]</sup>

此外,按照分割所有权的理念来理解集体所有权与土地承包经营权之间的关系还有利于完善三权分置政策的法律构建。三权分置的政策出台后,绝大多数学者主张,为了更好地保护经营权人的利益,应由承包权派生出的经营权设定为一种物权,但是这一设想与大陆法系一物一权的原则相冲突:在同一物上不可并存两个内容相近的用益物权。<sup>[50]</sup>此时,若根据双层所有权的概念体系将承包经营权理解为一种用益所有权后,从土地承包经营权(自物权)派生出用益物权(经营权)的理论构建就没有了逻辑上的障碍。

① 中共中央办公厅,国务院办公厅. 关于完善农村土地所有权承包权经营权分置办法的意见. 中华人民共和国中央人民政府网. [http://www.gov.cn/zhengce/2016-10/30/content\\_5126200.htm](http://www.gov.cn/zhengce/2016-10/30/content_5126200.htm).

② 参见王洪亮. 三权分置与土地使用权权能的完善. 清华法律评论, 2016(1): 136. 还有学者将之称为“相当所有权”。参见袁震. 论农村土地承包经营权的相当所有权属性. 河北大学学报(社会科学版), 2016(5): 10-23.

## [参考文献]

- [1] 夏扬. 永佃权何以通约不同法系. 法学, 2018(2): 128 - 137
- [2] 赵冈. 永佃制研究. 北京: 中国农业出版社, 2005
- [3] 欧根·艾利希. 法社会学原理. 舒国滢, 译. 北京: 中国大百科全书出版社, 2009
- [4] 参议院. 新法律未颁行以前暂适用旧有法律案咨文//沈尔乔, 等, 主编. 现行律民事有效部分集解四种. 陈颐, 点校. 北京: 法律出版社, 2016
- [5] 黄源盛. 民初大理院与裁判. 台北: 元照出版公司, 2011
- [6] 黄源盛. 大理院民事判例辑存(1912—1928)·物权编下. 台北: 犁斋社, 2012
- [7] 黄源盛. 大理院民事判例辑存(1912—1928)·物权编上. 台北: 犁斋社, 2012
- [8] 江苏省高级人民法院, 江苏省档案局(馆), 南京师范大学法学院. 民国时期江苏高等法院(审判厅)裁判文书实录·民事卷(第四册). 北京: 法律出版社, 2013
- [9] 前南京国民政府司法行政部编. 民事习惯调查报告录(上册). 胡旭晟, 等点校. 北京: 中国政法大学出版社, 2000
- [10] 黄宗智. 法典、习俗与司法实践: 清代与民国的比较. 上海书店出版社, 2003
- [11] 王泽鉴. 民法物权. 北京大学出版社, 2009
- [12] 胡汉民. 民法物权编之精神. 中央周刊, 1929(80): 18 - 22
- [13] 梅仲协. 民法要义. 北京: 中国政法大学出版社, 1998
- [14] 陈朝璧. 罗马法原理. 米健, 等校. 北京: 法律出版社, 2006
- [15] 刘志歙. 民法物权. 上海: 大东书局, 1936
- [16] 江苏省高级人民法院, 江苏省档案局(馆), 南京师范大学法学院. 民国时期江苏高等法院(审判厅)裁判文书实录·民事卷(第六册). 北京: 法律出版社, 2013
- [17] 中国法规刊行社编审委员会. 六法全书. 上海书店, 1948
- [18] 郭卫, 周定枚. 中华民国六法理由判解汇编(第一册). 上海: 会文堂新记书局, 1934
- [19] 王去非. 现代物权法论. 上海: 世界书局, 1933
- [20] 曹杰. 中国民法物权论. 上海: 商务印书馆, 1937
- [21] 罗俊. 永佃权之研究. 中农月刊, 1945(4): 48 - 64
- [22] 新陆书局编辑部. 中华民国民法判解释义全书. 台北: 新陆书局, 1984
- [23] 史尚宽. 物权法论. 北京: 中国政法大学出版社, 2000
- [24] 周枏. 罗马法原论(上册). 北京: 商务印书馆, 1994
- [25] Otto Gierke. *Deutsches Privatrecht Band 2; Sachenrecht*. Leipzig: Verlag von Ducker & Humblot, 1905
- [26] 马克·布洛赫. 封建社会(上). 张绪山, 译. 北京: 商务印书馆, 2004
- [27] Carlo Calisse. *A History of Italian Law*. Boston: Little, Brown and Company, 1928
- [28] Richard Schröder. *Lehrbuch der Deutschen Rechtsgeschichte*. Leipzig: Verlag von Veit & Comp, 1898
- [29] George Mousourakis. *Roman Law and the Origins of the Civil Law Tradition*. Switzerland: Springer International Publishing, 2015
- [30] 维亚克尔. 近代私法史——以德意志的观察为重点(上). 陈爱娥, 等译. 上海三联书店, 2006
- [31] 戴东雄. 中世纪意大利法学与德国的继受罗马法. 北京: 中国政法大学出版社, 2003
- [32] 董能. 中世纪法学的扩用所有权学说. 环球法律评论, 2015(5): 98 - 115
- [33] Gustav Aubin. Der Einfluss der Rezeption des römischen Rechtes auf den deutschen Bauernstand. *Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik*, 1912(6): 721 - 742
- [34] Franz Wieacker. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1967
- [35] 斯密. 欧陆法律发达史. 姚梅镇, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 1999
- [36] 威美尔曼. 伟大的德国农民战争(上). 北京编译社, 译. 北京: 商务印书馆, 1982

- [37] 仁井田陞. 明清时代的一田两主习惯及其成立//刘俊文, 主编. 日本学者研究中国史论著选译(第八卷·法律制度). 姚荣涛, 等译. 北京: 中华书局, 1992
- [38] Seiei Wakukawa. History of Tenancy System in Japan. *Far Eastern Survey*, 1946(1): 5-8
- [39] 我妻荣. 日本物权法. 李宜芬, 译. 台北: 五南图书出版公司, 1999
- [40] 商务印书馆编译所. 日本六法全书. 黄琴唐, 点校. 上海人民出版社, 2013
- [41] 谢在全. 民法物权论(上册). 北京: 中国政法大学出版社, 2011
- [42] 菲利普·黑克. 利益法学. 付广宇, 译. 比较法研究, 2006(6): 145-158
- [43] 鲍尔, 施蒂尔纳. 德国物权法(上). 张双根, 译. 北京: 法律出版社, 2004
- [44] 唐启宇. 永佃权有无存在之价值. 地政月刊, 1935(5): 673-677
- [45] 童振藻. 永佃权利弊之剖析. 浙江民政月刊, 1931(38): 35-45
- [46] 孙宪忠. 推进农地三权分置经营模式的立法研究. 中国社会科学, 2016(7): 145-163
- [47] 王利明, 周友军. 论我国农村土地权利制度的完善. 中国法学, 2012(1): 45-54
- [48] 王洪亮. 三权分置与土地使用权权能的完满. 清华法律评论, 2016(1): 122-137
- [49] 王洪亮. 分割所有权论. 华东政法学院学报, 2006(4): 110-120
- [50] 陈小君. 我国农村土地法律制度改革思路与框架. 法学研究, 2014(4): 4-25

## Change from “Dual Ownership” to “Sole Ownership”

—The Reception of the Emphyteusis in Jiangsu during the Period of the Republic of China

ZHENG Zhongyun

**Abstract** During the period of the Republic of China, after the stage of the judiciary reception and the legislative reception, the emphyteusis began to be received in Jiangsu. In this process, the emphyteusis conflicted with one land two owners system in Jiangsu. The contradiction of conception between them is that the concept system of ownership and *jura in re aliena* of Roman law abided by emphyteusis is in contradiction with the concept of dual ownership abided by one land two owners system. From the perspective of comparative law, this incident is not an isolated case. Similar incidents have occurred in Germany and Japan, which were the home countries of legal transplantation of China. These historical facts have important enlightenment for the reorientation of the right to contract land for management. Namely, the relationship between the right to contract land for management and rural land collective ownership cannot be understood as the relationship between usufructuary real right and ownership. Instead, according to the concept of split ownership, the relationship between them should be understood as the relationship between *dominium utile* and *dominium directum*.

**Keywords** One land two owners system; Dual ownership; Emphyteusis; Sole ownership; The right to contract land for management