

## 走向台前的相对所有权 ——兼及所有权和所有制的关系

曹相见\*

---

**内容提要：**我国宋代形成的永佃权是一种相对所有权，迄今具有现实指导意义。作为所有权功能化的产物，它也完全可以与现代所有权理论通约。在比较法上，所有权的功能化可追溯到罗马法，后者虽然演化出了绝对所有权，但也存在以利用为中心的相对的所有权。所有权功能化在现代法上的复兴，呼唤相对所有权从幕后走向台前，后者与物权法定原则并不矛盾，是绝对所有权的必要补充。相对所有权可适用于团体所有权，以及所有权保留、信托等特定的个人所有权。相对所有权存在功能与权能的相对分离，后者具有整体性、弹性性，并受前者制约。权能所有权的外部效力与绝对所有权无异，但功能所有权的对抗效力存在类型差异。所有制的本质即公有财产之归属，可为功能所有权所包容。公有制下的功能所有权具有层次性，但公法内容不是公有制与私有制的本质区别。

**关键词：**所有权 功能化 所有制 权能所有权 功能所有权

---

### 一、问题的提出

虽然未形成完整的概念体系，但我国两千多年的土地实践，无疑凝聚了丰富的法律智慧。一般认为，我国的土地制度经历了从国家所有为主到地主所有为主的历史变迁。<sup>〔1〕</sup>其中，五代和北宋是个重要的时间节点，因为从这时开始，国家把对土地的控制权下放给地主，地主的土地所有权得到了空前强化。<sup>〔2〕</sup>同时，北宋施行“不抑兼并”的土地政策，使土地占有出现了严重的两极

\* 曹相见，吉林大学理论法学研究中心、法学院教授。

〔1〕 参见李先东、李录堂、米巧：《中国土地制度的历史追溯与反思》，载《农业经济问题》2018年第4期，第46页；陈锋：《中国古代的土地制度与田赋征收》，载《清华大学学报（哲学社会科学版）》2007年第4期，第5页。

〔2〕 参见赵俪生：《中国土地制度史》，武汉大学出版社2013年版，第326-327页。

分化,大大刺激了租佃关系的发展。<sup>〔3〕</sup>这样,一种以利用为中心、保障佃户安心生产的土地利用方式——永佃制,就在宋代出现了。永佃制的核心特征是“一田二主”:所有权即田底权,归地主所有;耕作权即田面权,为佃农享有。田底权、田面权可各自转让和继承,互不影响,但佃农不缴地租或破坏土地时例外。这就形成了一种“相对的”所有权形态。

虽然现行法并未规定永佃权,但基于它以利用为中心的属性,即便在当下也具有实践指导意义。例如,在承包地“三权分置”改革的过程中,当法学界担心在土地承包经营权上设立土地经营权违反“一物一权”原则时,吴敬琏先生用传统的永佃权来进行辩护:“三权分置”中的所有权就是传统意义上的田底权,经营权则是传统意义上的田面权,应当把地权(田面权)还给农民。<sup>〔4〕</sup>遗憾的是,永佃权的历史资源未被现行法吸收。《民法典》第240条规定的所有权,系以占有、使用、收益和处分为权能,充分体现主体个人自由的现代所有权。由于其具有全面性、整体性、弹性和永久性,也被称为充分所有权、绝对所有权。考虑到本文的研究主题,下文采纳“绝对所有权”的表达。<sup>〔5〕</sup>

绝对所有权的鲜明特征是归属具有中心地位,即由归属统摄权能,强调所有权人的对物支配,把财产利益等同于实体财产的所有权本身。<sup>〔6〕</sup>即便设立他物权,所有权也居于显要的主宰地位:“一切他物权均从属于所有权,并且可以说它们体现所有权。”<sup>〔7〕</sup>绝对所有权的全面性、整体性、弹性和永久性由此而来。在归属性的强大统摄下,绝对所有权虽也可以进行多元利用,但止步于“自物权—他物权”的二元物权结构。于是,所有权日益成为一个形式化和个人化的概念:一方面,绝对所有权与设立其上的他物权的类型与内容受到物权法定原则的严格限定;另一方面,绝对所有权与国家所有权、集体所有权区别明显,与所有制更是截然二物,仅能在个人主义的语境下获得自洽。

更重要的问题是,绝对所有权无法融贯地解释社会现实,由此形成的“自物权—他物权”结构也出现了松动。一方面,既有的所有权、他物权内部呈现出复杂的态势,有进一步类型化、功能化的必要。就所有权而言,国家所有、集体所有的特殊性日益为学界所熟悉,非形式化和个人化的绝对所有权所能解释。<sup>〔8〕</sup>他物权则存在类型分裂现象。如有学者认为,我国的土地使用权相当于西方国家的土地所有权,应当独立于用益物权。<sup>〔9〕</sup>在承包地、宅基地的三权分置改革中,土地承包经营权、宅基地使用权的自物权属性也被不断提及。<sup>〔10〕</sup>另一方面,为打破

〔3〕 参见晋文:《中国古代土地制度的嬗变及其理论问题》,载《史学理论研究》2025年第1期,第20页。

〔4〕 参见金瓯:《吴敬琏:应将土地经营权还给农民》,载《新京报》2015年5月18日,第A22版。

〔5〕 应当说明的是,绝对所有权在民法上有两重语境:一是近代民法上绝对不受限制的所有权,二是虽然不排除外部限制但内部权能始终保持充分的所有权。本文在第二种意义上使用这一概念。

〔6〕 参见吕来明:《从归属到利用——兼论所有权理论结构的更新》,载《法学研究》1991年第6期,第41页。

〔7〕 〔意〕彼得罗·彭梵得:《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社2018年版,第160页。

〔8〕 参见王涌:《自然资源国家所有权三层结构说》,载《法学研究》2013年第4期,第60页;单平基:《自然资源之上权利的层次性》,载《中国法学》2021年第4期,第63页;宋志红:《论农民集体与农村集体经济组织的关系》,载《中国法学》2021年第3期,第164页。

〔9〕 参见李永军主编:《民事权利体系研究》,中国政法大学出版社2008年版,第283页。

〔10〕 参见孙宪忠:《推进农地三权分置经营模式的立法研究》,载《中国社会科学》2016年第7期,第152页;房绍坤、曹相见:《集体土地所有权的权能构造与制度完善》,载《学习与探索》2020年第7期,第57页;孙建伟:《新型总有关系下宅基地三权分置的法理逻辑》,载《政法论坛》2024年第4期,第122页。

担保物权的形式性，《民法典》第 388 条引入功能主义担保观。近年来，还有学者明确提出了相对所有权理论，<sup>〔11〕</sup> 以作为绝对所有权的有益补充。

作为一种以利用为中心的相对所有权，永佃权可以通约不同法系。<sup>〔12〕</sup> 实际上，永佃权及其代表的相对所有权也完全可以在现代法上获得解释。在所有权的历史实践中，始终存在如何释放财产要素的问题，这就在“自物权—他物权”的结构之外，生出所有权本身是否要多元化或曰功能化的问题。虽然绝对所有权被认为是现代所有权，但是否实现了所有权的功能化不无疑问。相对所有权亦可追溯到罗马法，只是被排除在所有权的概念之外。<sup>〔13〕</sup> 近代法上兴起的所有权功能主义，更是呼唤所有权的理论更新。有鉴于此，下文首先从所有权功能化角度追溯相对所有权的历史存在与现实需求，进而讨论其在物权理论中的规范化，寻找所有权与所有制的统一性，为充满中国智慧的永佃权正名，助力相对所有权从幕后走向台前。

## 二、从所有权的功能化到相对所有权

作为历史的产物，绝对所有权有其现代性，但是否已实现所有权的功能化则不无疑问。罗马法上的所有权具有多样性，即便优士丁尼统一了所有权的内容，其他所有权形式仍然化身他物权继续存在。近代民法确立了绝对所有权观念，但也没有消弭特殊的他物权形式，此起彼伏的所有权功能主义更是呼唤相对的所有权理论。

### （一）所有权功能化的罗马法渊源

#### 1. 绝对所有权与所有权功能化

所有权是个历史概念，本有丰富的历史内容，但在大陆法系的近代民法上获得了过度清晰的界定，以至于成为绝对所有权的同义词。它让人很难不赞同这样一种判断：“确立所有权的目的在于定分止争，因此，从一开始，所有权就表现出了权利人支配标的物并排除他人干预的法律上的力量。”<sup>〔14〕</sup> 而注释法学家也认为，罗马法上的所有权具有绝对性、排他性和永久性三大特征。<sup>〔15〕</sup> 此外，罗马法已进化出个人主义的绝对所有权，因此，在欧洲各国经历中世纪分割所有权的“阴霾笼罩”后，绝对所有权重新确立其统治地位的事实，本身即意味着绝对所有权的历史胜利，彰显了绝对所有权的现代性，这也强化了所有权概念就应当是绝对所有权的印象。

然而，所有权概念不是先验的存在，而是约定俗成的产物。因此，当我们用现代所有权概念去描述罗马法的经验时，要特别留意概念所指的实际内容。本文认为，理解绝对所有权的正当性要处理好其现代化和功能化的紧张关系。而围绕所有权的现代化与功能化进行阐释，又必须正视这样几个问题：绝对所有权在罗马法上是如何形成的，它能否代表罗马法的全部；近代民法典对

〔11〕 参见冉昊：《“相对”的所有权——双重所有权的英美法系视角与大陆法系绝对所有权的解构》，载《环球法律评论》2004年冬季号，第451页；李国强：《相对所有权的私法逻辑》，社会科学文献出版社2013年版，第104-115页；曹相见：《所有权语境下的集体成员权》，载《法学论坛》2024年第5期，第58页。

〔12〕 参见夏扬：《永佃权何以通约不同法系？》，载《法学》2018年第2期，第128页。

〔13〕 应当指出的是，罗马法上本没有所有权概念，所谓罗马法上的所有权只是后世法学家为方便叙事而使用的称谓。但考虑到罗马法上已有所有权的雏形，本文仍沿袭此种用法。

〔14〕 刘家安：《民法物权》，中国政法大学出版社2023年版，第127页。

〔15〕 参见周相：《罗马法原论》（上册），商务印书馆2014年版，第342页。

绝对所有权的青睐，是否完成了所有权功能化的使命；中世纪的分割所有权与罗马法有何关联，为何英美法走向了大陆法系的对立面。

梅因认为，以个人所有权为所有权的常态，只是被自然法理论改变后的罗马法律学留给后人的印象。如果我们的注意力限于个人所有权，就很难获得早期财产法的线索，因为后者的所有权很可能是集体所有权。<sup>〔16〕</sup>事实也确实如此，在罗马建城以前的很长一段岁月，如同日耳曼社会一样，土地归各氏族掌控，由氏族全体成员所有，从而体现出“集体性”的特征，或者说就是一种集体所有权。<sup>〔17〕</sup>即便后来发生分化，形成了个人所有权和公地占有制度的二分格局，优士丁尼皇帝还进行了改革，赋予所有权以绝对性、排他性和永久性，也不意味着绝对所有权在制度竞争中获得了全面胜利。实际上，绝对所有权与公地占有衍生出来的类似制度之间，仍是一种“双向奔赴”关系，彰显着所有权现代化与功能化的张力。

一方面，绝对所有权体现了政治性消退和个体性增长的过程，与后世的资本主义精神异曲同工，其居于主导地位具有进步性。另一方面，在市民法上的绝对所有权之外，罗马法上还存在裁判官所有权、行省所有权等特殊所有权，学理上则有空虚所有权之说。其中，行省所有权最具代表性：皇帝或罗马人民为名义上的土地所有权人，但具体占有者是实质上的所有权人，他们行所有权之实，而无所有权之累，与共和国时期贵族在占据地上的地位类似。<sup>〔18〕</sup>这种所有权因为缺乏绝对所有权的归属内容，所以是一种相对的所有权。只是由于罗马人无法容忍相对的所有权的存在，故对其存在置若罔闻。不过，盖尤斯明确承认所有权的可分性，尽管他在这方面很孤单。<sup>〔19〕</sup>梅因也认为，罗马法存在把完全所有权分裂为两个部分的传统。<sup>〔20〕</sup>

## 2. 永佃权、地上权的体系悖离

经由优士丁尼的法律改革，市民法所有权与裁判官所有权、行省土地所有权的区别消失了，统一的绝对所有权概念获得确立。在“归属+权能”的强大支配下，绝对所有权形成了“自物权—他物权”的利用结构。亦即，绝对所有权可以通过设立他物权的方式来实现物的进一步利用，此中所谓的他物权最早是包含地役权和人役权在内的役权。但这也不意味着绝对所有权已一统江湖，因为行省土地所有权虽然被统一了，但其代表的土地利用方式却未消失，而是化身为永佃权、地上权继续存在。对此，后世学者往往不假思索地将其视为他物权，忽视了永佃权、地上权对他物权的体系破坏效应。实际上，作为所有权功能化的产物，如同行省土地所有权一样，永佃权、地上权与役权存在显著差别。

无论是在罗马法上，还是现代物权法中，永佃权和地上权都因与役权有着共同的特质属性而被一并讨论。作为典型他物权的役权是不可转让、不能继承的，但永佃权、地上权恰恰相反，其已具备绝对所有权的权能，只是缺乏归属要素，但由于可以转让和被继承，因此常常受到所有

〔16〕 原文为共同所有权。参见〔英〕梅因：《古代法》，沈景一译，商务印书馆2023年版，第168页。

〔17〕 参见陈晓敏：《论大陆法上的集体所有权——以欧洲近代私法学说为中心的考察》，载《法商研究》2014年第1期，第128页。

〔18〕 参见汪洋：《罗马法“所有权”概念的演进及其对两大法系所有权制度的影响》，载《环球法律评论》2012年第4期，第153页。

〔19〕 参见〔英〕巴里·尼古拉斯：《罗马法概论》（修订译本），黄风译，法律出版社2021年版，第151页。

〔20〕 参见〔英〕梅因：《古代法》，沈景一译，商务印书馆2023年版，第190-191页。

权一样的优待，又称事实所有权、准所有权或类所有权。<sup>〔21〕</sup>也有学者称之为土地所有权的具体化和多元化。<sup>〔22〕</sup>不过，在永佃权和地上权的体系定位上，学界存在不同看法。一种意见认为，永佃权、地上权同用益权一样，完全可以纳入役权的范围，只是因为出现得较晚，才游离于役权的体系之外。<sup>〔23〕</sup>另一种意见则认为，永佃权和地上权与役权的精神相悖，在对物的享用方面优先于所有权，所以是区别于役权的“特殊他物权”。<sup>〔24〕</sup>

本文认为，永佃权、地上权虽然缺乏归属性，但已具备了所有权的权能，因而与所有权的关系更近，无法纳入役权的统摄范围。正是着眼于与所有权的亲缘关系，梅因认为在长期租佃的土地上存在双重所有权。<sup>〔25〕</sup>注释法学家甚至因此创造了用益所有权的概念。<sup>〔26〕</sup>尼古拉斯虽然认为永佃权、地上权属于役权，但又强调，二者对所有权的不可分性带来了重大威胁，只是由于被私法采纳得太晚了，以致这种变通的理论价值没有得到充分考虑，帝国法学家仅满足于将其作为特殊制度对待。<sup>〔27〕</sup>所以有学者认为所有权在罗马法上有着相同的形式和功能，是一种过度简化。<sup>〔28〕</sup>

如果我们把视野放得更宽一些，可以更清晰地把握这一问题。一般认为，英美法上的地产权与大陆法系的所有权有着本质区别。但地产权源自保有制，而保有制源自中世纪的分封制：附庸占有领主的土地，并向领主承担封建义务；领主则向附庸提供保护，并保留在特定情况下收回土地的权利。中世纪法学家将领主和附庸的权利分别称为功用所有权、主导所有权（也称扩用所有权、支配所有权），<sup>〔29〕</sup>后者与罗马法上的行省土地所有权、永佃权和地上权一脉相承。因此，英美法系的地产权制度与大陆法系的绝对所有权有着共同的渊源。分化的原因在于，近代欧洲的理性主义思潮和极端反封建做法撕裂了罗马法传统，而英美法由于未经历此种改革，从而继受了罗马法所有权的功能化精神，由此形成的地产权制度也更为灵活，可以满足多样化的现实需求。<sup>〔30〕</sup>

## （二）近代法上的所有权功能主义

在近代法上，《法国民法典》首次确立了绝对所有权观念。但它虽然也可以追溯到罗马法，却不是罗马法影响的表现，而是基于政治需要的决断：大革命不只是摧毁了封建秩序，它还向资产阶级转移了原属于国王、教会以及移民贵族的财产所有权。<sup>〔31〕</sup>应当承认，绝对所有权契合了

〔21〕 参见〔意〕彼得罗·彭梵得：《罗马法教科书》，黄风译，中国政法大学出版社2018年版，第216页；〔英〕巴里·尼古拉斯：《罗马法概论》，黄风译，法律出版社2004年版，第173页；〔德〕鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（上册），张双根译，法律出版社2004年版，第648页；〔德〕M·沃尔夫：《物权法》，吴越、李大雪译，法律出版社2004年版，第61页。

〔22〕 参见李俊：《罗马法上的农地永久租赁及其双重影响》，载《环球法律评论》2017年第4期，第131页。

〔23〕 参见〔英〕巴里·尼古拉斯：《罗马法概论》，黄风译，法律出版社2004年版，第176页。

〔24〕 参见〔意〕彼得罗·彭梵得：《罗马法教科书》，黄风译，中国政法大学出版社2018年版，第216页；高富平：《物权法原论》（第2版），法律出版社2014年版，第319页。

〔25〕 参见〔英〕梅因：《古代法》，沈景一译，商务印书馆2023年版，第194页。

〔26〕 参见汪洋：《土地物权规范体系的历史基础》，载《环球法律评论》2015年第6期，第30页。

〔27〕 参见〔英〕巴里·尼古拉斯：《罗马法概论》，黄风译，法律出版社2004年版，第186页。

〔28〕 See A. J. Van Der Walt, *Unity and Pluralism in Property Theory—A Review of Property Theories and Debates in Recent Literature: Part I*, 1995 Journal of South African Law 15, 18 (1995).

〔29〕 关于中世纪所有权理论的介绍，请参见徐国栋：《论空虚所有权——兼论上位所有权和不完全所有权》，载《法治研究》2026年第1期，第7-8页；董能：《中世纪法学的扩用所有权学说》，载《环球法律评论》2015年第5期，第98页。

〔30〕 参见〔美〕约翰·亨利·梅利曼：《所有权与地产权》，赵萃萃译，载《比较法研究》2011年第3期，第160页。

〔31〕 参见〔法〕罗贝尔·巴丹戴尔：《最伟大的财产》，载《法国民法典》（上册），罗结珍译，法律出版社2005年版，第20页。

康德哲学，在保护自由方面发挥了重要作用，但由于缺乏功能化的考量，也受到了法学界和经济学界的批评。<sup>〔32〕</sup> 作为弥补，原先作为封建因素被废除的地上权再次获得了承认。此外，通过赋予农地经营权转让和继承等权能，限制农地所有权的处置，使其转让不影响经营权的方式，<sup>〔33〕</sup> 永佃权也改头换面重生了。虽则如此，整个大陆法系的近代民法仍未完成罗马法的未竟使命，永佃权、地上权仍然在他物权的体系下委曲求全，继续与役权同床异梦。

但社会的现实需要打破了所有权功能化在近代法上的沉默，率先发声的是意大利民法。二十世纪初，意大利卷入一战，亟须在激励战略物资生产的同时，对所有权人施加约束。在此背景下，部分民法学家开始关注所有权的转型问题，主张法律应关注物的产生、产品的增加与保护：“财产是第一位的，财产の利用、用途以及财产集合体才是法律规范的客体。因此对于财产的所有人而言，应将财产本身作为逻辑顺序上的第一位。”<sup>〔34〕</sup> 论者认为，传统民法典所确立的绝对所有权是一个虚构的概念，其根源于法国大革命的意识形态；<sup>〔35〕</sup> 所有权绝不只有绝对所有权一支，而是存在多种形态。他们由此提出了传统民法典所拒斥的财产（所有权）功能主义，而功能主义的财产观也被写进 1948 年的《意大利宪法》。<sup>〔36〕</sup>

直到二战以后，绝对所有权在适应社会、经济、政治背景和功能化上的不足，才引起了更为普遍的关注，越来越多的人对以绝对所有权为基础的“自物权—他物权”体系感到不满。<sup>〔37〕</sup> 财产（所有权）功能主义也因而成为某种程度上的共识。例如，在荷兰，不少学者意识到，绝对所有权并非历史的必然，应对所有权进行多样化改造和功能分割，使其朝着更广泛的财产概念方向发展。当然，这并不意味着传统的绝对所有权无用武之地，相反，它仍应被坚持。<sup>〔38〕</sup> 德国学者也提出了类似的功能主义主张，只是传统的绝对所有权观念仍为主流。<sup>〔39〕</sup>

实际上，英美法上的财产理论也走向了类似的道路。在启蒙运动后的很长一段时间内，英美法流行的是布莱克斯通的财产概念，与绝对所有权没有什么分别。<sup>〔40〕</sup> 但 20 世纪以来，为反映财产的无形化趋势和灵活配置要求，分析法学家发展出了权利束理论，试图把财产从形式限制中解放出来。<sup>〔41〕</sup> 该理论打破了物权的对物属性，把财产理解为一束可无限排列、随意增减的“棍棒”，一经提出就迅速成为英美法的主流学说。但权利束理论也有其缺陷，核心在于缺乏财产结

〔32〕 参见〔意〕保罗·格罗西：《财产：“现代”与“后现代”之间的发展路径》，乌兰译，载《比较法研究》2019年第4期，第189页。

〔33〕 参见刘长全：《以农地经营权配置与保护为重点的农地制度改革——法国经验与启示》，载《中国农村经济》2020年第11期，第134、137页。

〔34〕 〔意〕保罗·格罗西：《财产：“现代”与“后现代”之间的发展路径》，乌兰译，载《比较法研究》2019年第4期，第193页。

〔35〕 See Anna di Robilant, *Property: A Bundle of Sticks or a Tree*, 66 *Vanderbilt Law Review* 869, 894 (2013).

〔36〕 参见〔意〕保罗·格罗西：《财产：“现代”与“后现代”之间的发展路径》，乌兰译，载《比较法研究》2019年第4期，第193、194-195页。

〔37〕 See A. J. Van Der Walt, *Unity and Pluralism in Property Theory—A Review of Property Theories and Debates in Recent Literature: Part I*, 1995 *Journal of South African Law* 15, 24 (1995).

〔38〕 *Ibid.*, p. 26.

〔39〕 *Ibid.*, p. 27, 28.

〔40〕 See Anna di Robilant, *Property: A Bundle of Sticks or a Tree*, 66 *Vanderbilt Law Review* 869, 877 (2013).

〔41〕 See Hanoch Dagan, *The Craft of Property*, 91 *California Law Review* 1517, 1532 (2003).

构的内在说明，而财产结构的规范分析是无法被替代的。<sup>〔42〕</sup>因此有学者斥之为“无用的知识垃圾”，认为它根本不是一种解释模型。<sup>〔43〕</sup>在此背景下，以亨利·史密斯为代表的学者重新回归财产的对物传统，提出了财产的权利块理论，获得了广泛认可。

权利块理论本质上也是一种功能主义，只是美国学者通常用多元主义来概括。它有两个基本的原则，即财产有限原则和重视物的利用原则。前者否认财产是无限排列的权利清单，而是有限的标准形式的利益类型。所以，梅里尔和史密斯讴歌物权法定原则，认为其平衡了管制和自由的关系，产生了一种最优的产权制度。<sup>〔44〕</sup>后者则认为，财产制度不仅与社会背景相关，也因资源的性质而异，<sup>〔45〕</sup>因此，它反对一元的财产形式，认为绝对所有权对物权法的解释力有限。<sup>〔46〕</sup>还有学者从自治的角度来论证财产多元主义的正当性，并强调其可与绝对所有权观念并存。<sup>〔47〕</sup>

### （三）应运而生的相对所有权理论

所有权的功能主义说明了这样一个问题，绝对所有权虽然促进了人的个体性，但未完成所有权功能化的使命，所以还不够现代。申言之，所有权的现代性应在功能化的实现中一并获得。这就要求我们革新现有的所有权理论，而新的理论应达成这样一个目标：在完成所有权功能化的同时，也实现各种所有权的体系衔接。近代法上的所有权功能主义强调了前者，但鲜少顾及后者。这难免让人困惑：所有权的功能化能产生多少所有权，能否继续适用物权法定原则；绝对所有权该放弃吗，如果不是，其与其他所有权如何共生、如何并存。更进一步的问题则是，个人所有权与集体所有权、国家所有权有何异同，能否建立所有权与所有制的规范联系。

绝对所有权的反面就是相对所有权，比较法上也有学者使用这一概念。例如，尼古拉斯将罗马法上基于善意占有取得的所有权称为相对的所有权。<sup>〔48〕</sup>鲍尔和施蒂尔纳也列出两种相对所有权的情形：让与之禁止和信托式让与。前者是指，所有权人违反让与禁止约定而处分财产，虽然受让人取得了一般的所有权人地位，但对让与禁止所保护的人来说，所有权人仍是出让人。后者则是，当所有权以信托的方式转让给他人时，就发生了“经济”所有权与“法律”所有权的分离。<sup>〔49〕</sup>不难发现，上述用法存在不同语境：善意占有人、让与禁止受让人的相对所有权实为所有权对抗效力的相对性，信托式让与中的相对所有权则打破了绝对所有权的单一性。显然，第二种情形才与所有权的功能化相关。

相对所有权的概念彰显了所有权的理论更新，本文予以采纳。接下来的问题是相对所有权如

〔42〕 See Henry E. Smith, *Property as the Law of Things*, 125 *Harvard Law Review* 1691, 1694 (2012); Hanoch Dagan, *The Craft of Property*, 91 *California Law Review* 1517, 1534 (2003).

〔43〕 See Anna di Robilant, *Property: A Bundle of Sticks or a Tree*, 66 *Vanderbilt Law Review* 869, 874 (2013); J. E. Penner, *The Bundle of Rights Picture of Property*, 43 *UCLA Law Review* 711, 714 (1996).

〔44〕 See Thomas W. Merrill & Henry E. Smith, *Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle*, 110 *Yale Law Journal* 1, 40 (2000).

〔45〕 See Hanoch Dagan, *Pluralism and Perfectionism in Private Law*, 112 *Columbia Law Review* 1409, 1441 (2012).

〔46〕 See Gregory S. Alexander, *Pluralism and Property*, 80 *Fordham Law Review* 1017, 1041 (2011).

〔47〕 See Hanoch Dagan, *Property Structural Pluralism: On Autonomy, the Rule of Law, and the Role of Blackstonian Ownership*, 3 *Brigham-Kanner Property Rights Conference Journal* 27, 32, 40 (2014).

〔48〕 意指善意占有人只是不能对抗所有主，对所有主以外的其他人而言，他受到所有权人一样的优待。参见〔英〕巴里·尼古拉斯：《罗马法概论》，黄风译，法律出版社2004年版，第151页。

〔49〕 参见〔德〕鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（上册），张双根译，法律出版社2004年版，第40-41页。

何构建其理论框架。前文述及，绝对所有权以归属为中心，归属统摄权能，行省土地所有权、永佃权和地上权则缺乏归属要素，以权能为中心，那么，能不能以归属与权能的分离来建构相对所有权理论呢？答案是肯定的。<sup>[50]</sup> 这不仅是鲍尔、施蒂尔纳所谓经济所有权与法律所有权分离的语境，也是我国 20 世纪 80、90 年代的民法学留下的宝贵财富。彼时，为解释国有企业改革中出现的国家所有权与法人所有权的紧张关系，民法学界进行了热烈讨论。最终，相对所有权理论胜出，成为当时显赫一时的通说，这也得到了经济学界的印证（如表 1 所示）。

表 1 作为通说的相对所有权理论<sup>[51]</sup>

理论	地位	学界	作者	文献来源	年份
相对所有权	通说	法学界	江平等	法学研究	1980
			梁慧星	法学研究	1981
			杨志淮	法学研究	1985
			王利明	法学研究	1986
			王利明、李时荣	中国社会科学	1986
			马俊驹	中国法学	1987
			孟勤国	广西大学学报（哲学社会科学版）	1988
		马俊驹、梅夏英	中国社会科学	1999	
		经济学界	吴敬琏	中国社会科学出版社	1982
			赵国良、郭元晔	中国社会科学	1985
郭占恒	经济体制改革		1985		
折中说	少数说	法学界	徐武生	法学研究	1986
绝对所有权	少数说	法学界	佟柔、周威	法学研究	1986
			史际春	安徽大学学报（哲学社会科学版）	1987
		经济学界	陈维嘉、黄荣武	天府新论	1986

然而，在传统民法学的强大影响下，伴随着国有企业改革的基本完成，相对所有权理论也偃旗息鼓了。不过，进入 21 世纪之后，它又有某种“复兴”之势，并朝着归属与权能的分离方向推进。如有学者从两大法系财产制度的共通性出发，总结出所有权的“相对”属性，认为应当解构绝对所有权，区分出作为归属的所有权和作为支配的所有权两种含义。<sup>[52]</sup> 也有学者认为，绝对所有权包含法律所有权、实益所有权诸种形态，后者作为不完全所有权，各自有着不同的意义，不会与一物一权原则冲突。<sup>[53]</sup> 还有学者进一步提出了相对所有权的“离与不离”结构：归属所有权与支配所有权相对分离，前者以功能为目的，后者以权能为中心，权能虽不能分离但可

[50] 值得注意的是，孟勤国教授对所有权的利用功能给了充分关注，但他的方案是抛弃他物权概念，通过改造占有概念，形成“所有权—占有权”的二元结构。参见孟勤国：《物权二元结构论——中国物权制度的理论重构》（修订版），法律出版社 2020 年版，第 74 - 75 页。

[51] 本文文献源自中国知网，选择依据是期刊权威程度和作者影响力。就相对所有权的概念而言，还存在形式所有权、有限所有权和商品所有权等称谓，但表达的都是相同的内容。

[52] 参见冉昊：《“相对”的所有权——双重所有权的英美法系视角与大陆法系绝对所有权的解构》，载《环球法律评论》2004 年冬季号，第 451 页。

[53] 参见马新彦：《罗马法所有权理论的当代发展》，载《法学研究》2006 年第 1 期，第 121、123 页。

受功能牵制。<sup>〔54〕</sup>

值得注意的是，徐国栋教授新近撰文从“空虚所有权”的角度对不完全所有权的合理性进行了论证，建议在司法解释中确立空虚所有权。<sup>〔55〕</sup>应该说，空虚所有权与本文的相对所有权概念有相通之处。但由于空虚所有权同时也包含了近代法上设立他物权的绝对所有权，与本文的所有权功能主义主旨不符，故未成为本文主线。<sup>〔56〕</sup>

有鉴于此，下文即在归属与权能相对分离的框架下展开相对所有权的规范分析。应当说明的是，立足于相对所有权以利用为中心的特质，以功能来指代其归属要素可能更加科学，下文即以功能所有权指代前文的归属所有权。相应地，支配所有权可称为权能所有权。

### 三、相对所有权的体系衔接、适用范围与物权效力

当相对所有权顺应时势从幕后走向台前后，又该如何嵌入当前的物权理论？或者说，此种归属与权能分离的结构是否具有现实解释力？这就涉及相对所有权的规范化、体系化问题。对此，可以从体系衔接、适用范围与物权效力三个方面展开。

#### （一）相对所有权的体系衔接

关于相对所有权的体系衔接，首要的问题是它是否违反物权法定原则。表面上看，相对所有权打破了绝对所有权的单一性，形成了全新的所有权类型，与《民法典》第240条直接冲突，自然违反了物权法定原则。然而，相对所有权理论只是对既有物权类型的新说明，如将法人所有权、建设用地使用权、土地承包经营权、宅基地使用权称为权能所有权，股权、国家所有权、集体所有权称为功能所有权，它革新了所有权理论，却并未创造新的物权类型。即便将原先的特殊用益物权升格为所有权，也只是一种称谓上的变化，这些“用益物权”的特殊性此前就存在，难谓违反物权法定原则。

实际上，相对所有权从未试图去改变现行法，它只是把那些特殊的用益物权纳入所有权的范畴，以呼应所有权功能化的要求。我们也可以说，相对所有权只是提供了一种体系化的理论说明。此种体系化并非没有意义。例如，卡纳里斯在区分适用于法学理论的科学体系和适用于法秩序的客观体系的基础上，如此强调科学体系的开放性：“如同所有科学家一样，法学家也必须时刻准备好，质疑目前已建立的体系，并给予更好的认识而拓展或者改变该体系。因此，任何科学体系都只是一个体系草案，它仅仅展示了当前的知识状态，所以只要在相关领域内，依然有继续进行有意义的科学研究和取得进步的可能性，该体系草案就必然不是最终性和‘封闭’的。”<sup>〔57〕</sup>

接下来的问题是，与绝对所有权相比，相对所有权有何特性。首先，绝对所有权的全面性是

〔54〕 参见房绍坤、曹相见：《集体土地所有权的权能构造与制度完善》，载《学习与探索》2020年第7期，第54、56页。

〔55〕 具体内容详见徐国栋：《论空虚所有权——兼论上位所有权和不完全所有权》，载《法治研究》2026年第1期。

〔56〕 虽然包含《奥地利普通民法典》《意大利民法典》《阿根廷民法典》在内的现代民法典也规定了“空虚所有权”，但其内容与现代法上的设立用益权负担的绝对所有权更为接近。即便《法国民法典》第363条的规定有所不同，在其所确立的绝对所有权模式下，所谓上位有权人、用益所有权人究竟有何意义，仍有待于进一步研究。

〔57〕 参见〔德〕克劳斯·威廉·卡纳里斯：《法学中的体系思维与体系概念》，陈大创译，北京大学出版社2024年版，第60-61页。

由归属性的中心地位形成的，相对所有权则存在归属与权能的分离，故不可能具有全面性。其次，由于相对所有权只是归属与权能的分离，而非权能本身的分离，故仍具有整体性。<sup>〔58〕</sup>再次，弹性性也是针对权能而言的，意指他物权消灭后，所有权仍可恢复其原初状态。既然权能所有权可以设立他物权，亦应具有弹性性，只是无法恢复到绝对所有权的圆满状态。最后，受制于功能所有权可能因功能实现或无法实现而消灭，故相对所有权往往不具有永久性。较为例外的是永佃权和地上权，田底权和田面权不仅相互独立，还可一直存续。在我国，土地承包经营权虽然有其期限，但在“长久不变”的政策下也具有稳定性。

在绝对所有权的框架下，物的物权性利用只有“自物权—他物权”一途。但吸收相对所有权理论后，所有权的物权利用就变成了“绝对所有权—他物权”加“相对所有权—他物权”的双轨制（如图1所示）。因为相对所有权的支配力要大于纯粹的他物权，当然也可以设立他物权。至于现实中能否设立、设立何种他物权，还应结合权利结构和公法限制具体分析。就功能所有权而言，其由于不具有权能的内容，原则上仅能设立担保物权（如股权担保），但若其功能不属于财产收益，也不得设立担保物权（如出卖人保留的所有权、捐赠人的功能所有权）。在权能所有权上，由于权利人得占有、使用、收益和处分财产，原则上得设立用益物权和担保物权（如建设用地使用权），但若存在公法约束，也不能设立他物权（如“三权分置”改革前的土地承包经营权）。

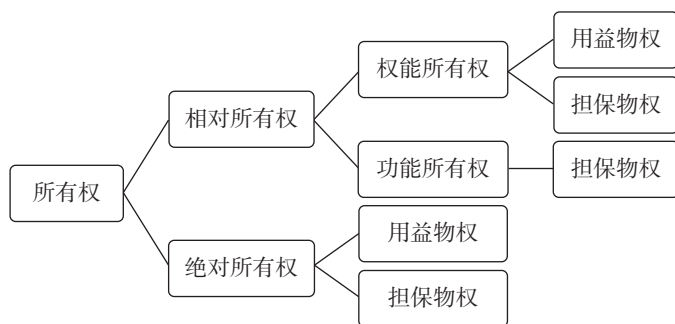


图1 所有权上可能的物权类型<sup>〔59〕</sup>

## （二）相对所有权的适用范围

无论是罗马法上的所有权功能化，还是近代法上的所有权功能主义，均指向所有权形态的多样化。但以绝对所有权及其“自物权—他物权”结构固然无法满足现实需要，强调归属、权能分离的相对所有权也只能居于补充地位，而非普遍的、原则的存在。原因在于，绝对所有权维护人的自治性，其合理性在现代社会毋庸置疑，相对所有权的运用则要求有现实的功能化需求，这是需要特别论证和识别的。这也可以解释，为什么罗马法上的所有权最终走向了归属、权能一体的绝对所有权理论，而行省土地所有权所代表的土地利用形式，也仍以永佃权、地上权的形式继续存在。按照相对所有权归属、权能分离的逻辑，永佃权、地上权实为权能所有权，真实土地所有权人的权利则为功能所有权。这样的所有权理论兼顾了功能化和现代化的需求，从而与封建所有

〔58〕 关于权能分离理论的批评，参见房绍坤：《用益物权基本问题研究》，北京大学出版社2006年版，第46页；蔡立东：《从“权能分离”到“权利行使”》，载《中国社会科学》2021年第4期，第87页。

〔59〕 图中的用益物权仅指纯粹的用益物权，不包含通常所谓的“特殊”用益物权，因其本质为权能所有权。

权制度区别开来。

那么，如何证明或识别现实的功能化需要，从而划定相对所有权的适用范围？本文认为，所有权功能化的现实需求，就体现为以利用为中心的现实定位，这也恰与以归属为中心的绝对所有权相区别。或有人问，绝对所有权存在“自物权—他物权”的结构，也不排斥利用，相对所有权的以利用为中心与之有何差别？对此，可从两个方面来识别。一方面，以利用为中心的现实需求要求所有权归属与权能的分离，但以归属为中心的情形则否，“自物权—他物权”的二分即为已足。但更重要的区别是，所有权能否维持全面性、整体性、弹性和永久性，已如前述。

正因为以利用为中心的相对所有权有其独立价值，反对中世纪分割所有权理论的格劳秀斯也主张区分完全所有权和不完全所有权，以便解释财产控制在若干人之间分配的情形。<sup>〔60〕</sup>而普通法虽然沿袭了罗马法的所有权功能化传统，但所有权归属与权能的分离也不是普遍的，而是集中于不动产、知识产权、个人财产的担保权益以及法律实体（如合伙企业、公司、信托）等特定情形。<sup>〔61〕</sup>值得注意的是，相对所有权的适用范围因个人或团体的场合而有不同：就个人场合而言，绝对所有权居于原则性地位，相对所有权的适用限于特定几种情形，但具有主体地位的团体的财产只能用相对所有权来解释。<sup>〔62〕</sup>当然，知识产权也符合相对所有权的逻辑结构，但由于其属于无形财产，受知识产权法规制，本文不加讨论。

在团体所有权中，《民法典》将国家所有权、集体所有权与私人所有权并列，同时又在私人所有权中规定了法人所有权，似乎认为三者的差别仅为公、私之别。但实际上，三者同为相对所有权，在权利构造上却存在显著差异。按照笔者的研究，在国家所有权中，国家享有功能所有权，占有国家财产的主体则享有权能所有权。法人所有权则与之相反：法人享有权能所有权，功能所有权属于成员。但集体所有权兼有上述两种类型，从而形成“大集体、小成员”“大成员、小集体”两种不同类型。<sup>〔63〕</sup>由此，建设用地使用权、土地承包经营权和宅基地使用权有其特殊性就不难理解。

就私人所有权而言，依目前的实践经验，在信托、所有权保留、存款储蓄和公益捐赠领域有相对所有权的适用空间。（1）我国台湾地区学者就认为，在信托上存在形式所有权和实质所有权的分离。<sup>〔64〕</sup>此外，首次确立绝对所有权概念的《法国民法典》也未废止与英美信托接近的fiducie制度，论者因而认为绝对所有权理论有矫枉过正的嫌疑，只是法国法后来又形成了基于专项财产理论的独特信托制度。<sup>〔65〕</sup>（2）在所有权保留交易中，“保留的所有权”这一表达就走在

〔60〕 See A. J. Van Der Walt, *Unity and Pluralism in Property Theory—A Review of Property Theories and Debates in Recent Literature: Part I*, 1995 *Journal of South African Law* 15, 20 (1995).

〔61〕 See Henry Hansmann & Reinier Kraakman, *Property, Contract, and Verification: The Numerus Clausus Problem and the Divisibility of Rights*, 31 *Journal of Legal Studies* 373, 376 (2002).

〔62〕 甚至有学者认为，我国的土地所有权是一种分割所有权。参见王洪亮：《分割所有权论》，载《华东政法学院学报》2006年第4期，第119页。

〔63〕 参见曹相见：《农村集体经济组织特别法人的特别效果》，载《法学论坛》2023年第2期，第59页。

〔64〕 参见谢哲胜：《台湾物权法制发展》，载《财产法暨经济法》2005年第2期，第47页。

〔65〕 参见吕富强：《论法国式信托——一种对本土资源加以改造的途径》，载《比较法研究》2010年第2期，第76页。

绝对所有权的对立面，而学界也在担保物权说之外，发展出“削弱的所有权”的有力主张，<sup>〔66〕</sup>与相对所有权理论异曲同工。（3）人们一般认为，在存款储蓄中，存款人享有的是债权，但这无法解释存款人基于账户的随时支配权，有学者因而借助功能（归属）所有权来解释。<sup>〔67〕</sup>（4）在公益捐赠中，为防止捐赠人的捐赠目的落空，有学者提出了强化捐赠人知情权、重整撤销权，赋予捐赠人变更权、引入归入权的新思路，<sup>〔68〕</sup>打破了绝对所有权的单一性，与相对所有权一脉相承。

值得注意的是，与绝对所有权只能取得（包含原始取得与传来取得）、无须设立不同，相对所有权的产生较为复杂。在团体所有权中，国家所有权和集体所有权具有较强的公法属性，其作为公有制的具体形式，无须设立即可形成团体所有权结构。但私法人所有权的产生离不开设立行为，只不过此种设立行为属于共同行为。此外，个人语境下的相对所有权也只能通过设立产生。这就意味着，个人语境下的相对所有权存在一个基于合同的设立行为。这与通过合同设立他物权是一样的道理。

### （三）相对所有权的物权效力

关于物权效力，学界有不同表述。由于物权保护请求权具有共性，下文仅从排他效力、优先效力和追及效力三个方面讨论相对所有权的物权效力。

#### 1. 排他效力

物权的排他效力意指同一标的物上不能同时成立两个或两个以上内容互不相容的物权，集中体现为一物一权原则。一般认为，一物一权是指一个物上只能存在一个所有权，但不妨碍存在内容、性质不相冲突的数个他物权。<sup>〔69〕</sup>相对所有权显然不符合一个所有权的要求。不过，一物一权本来就是在绝对所有权语境下产生的，不能生硬地套在相对所有权头上。为何绝对所有权适用一物一权原则？所有权具有现实性和观念性，现实性体现为对物的现实支配，观念性则是权益的观念占有。<sup>〔70〕</sup>显然，前者具有唯一性，后者则否。因此，兼有现实性与观念性的绝对所有权自然也有唯一性。相对所有权由于存在现实性与观念性的相对分离，故仅权能所有权具有唯一性。所以有学者说，一物一权原则并不反对一物之上存在数个内容、性质不相冲突的所有权。<sup>〔71〕</sup>

#### 2. 优先效力

物权的优先效力包括物权对债权的优先效力和物权之间的优先效力。相对所有权仍然是物权，故具有对债权的优先效力无疑，但更重要的是功能所有权与权能所有权之间的优先效力。权能所有权虽然缺乏归属要素，但在对外关系上仍然具有完全所有权一样的法律地位，所有权人可以对财产进行占有、使用和收益，也可以自由转让和继承（私法人则不涉及财产的继承，但可以被分割、继受）。但在内部关系上，权能所有权受到功能所有权的制约。因此，权能所有权在对外效力上是完全的，但在内部关系上不能对抗功能所有权。

〔66〕 参见雷秋玉：《物债二分下的中间权利状态研究》，中国政法大学出版社2024年版，第318页；庄加园：《超越所有权保留的名实之争——选择性救济路径之证成》，载《法学研究》2023年第1期，第205页。

〔67〕 参见周敏敏：《相对所有权视野下的存款货币物权构造论》，载《政法学刊》2024年第5期，第103页。

〔68〕 参见李晓倩：《慈善组织捐赠人的民事权利之重塑》，载《法学家》2022年第5期，第102页。

〔69〕 参见王利明：《一物一权原则探讨》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2009年第1期，第64页。

〔70〕 参见曹相见：《农村集体经济组织特别法人的特别效果》，载《法学论坛》2023年第2期，第58页。

〔71〕 参见马新彦：《罗马法所有权理论的当代发展》，载《法学研究》2006年第1期，第124页。

有疑问的是，既然功能所有权在内部关系上优先于权能所有权，是否意味着功能所有权对财产拥有最终处分权。答案是否定的。因为只要不损及功能所有权中的“功能”，权能处分权就不会受到任何制约，而功能所有权中的“功能”总有其确定性，通常体现为收益、担保、公益等功能。此外，它同时也包含了不得损害财产的要求，因为这是其功能实现的前提。值得注意的是，功能所有权看起来像是一种债权，实际上则是一种大于债权和纯粹他物权的支配权。<sup>〔72〕</sup>例如，在所有权保留交易中，出卖人保留的所有权不仅具有担保功能，还享有取回权；在存款储蓄中，存款人不仅享有收益权，还享有随时取款、随时转账的权利。

### 3. 对抗效力

物权的对抗效力主要是针对第三人而言的，它又称追及效力，意指无论标的物辗转于何人之手，物权人均可对抗之。那么，功能所有权、权能所有权均有对抗效力吗？如有是否要以公示为前提？权能所有权因其存在权利人对财产的现实支配，故当然具有对抗效力。功能所有权则有所不同，应根据具体情况具体分析。首先，如果功能所有权仅针对概括财产，而非特定物，由于权能所有权可以自由处分所有物，故功能所有权不具有对抗效力。团体所有权、信托所有权如此。其次，如果功能所有权系针对特定物或资源，则可能具有对抗效力，但对抗效力如何产生又因财产的归属不同而异。有些相对所有权是不需要公示的，这主要涉及国家所有的财产。例如，国家对自然资源的功能所有权就不用登记也能产生对抗效力。但如果是私人所有的财产，则适用未经登记不得对抗善意第三人原则。<sup>〔73〕</sup>因在此时，功能所有权人并不占有标的物，连间接占有也不构成。

## 四、相对所有权与所有制的统一性

一般认为，所有权是个法律概念，所有制则属于政治经济学的范畴，二者表征了不同的问题层次，不可能获得解释上的统一。不过，二者的区别被人为夸大了，一旦相对所有权从幕后走向台前，不仅所有权与所有制获得了内在统一，公有制和私有制之间也存在某种规范联系。

### （一）从所有制到功能所有权

所有制是马克思主义政治经济学上的重要概念，在资本主义国家的法律文本中难觅踪迹。有趣的是，我国《宪法》除使用所有制的概念外，还出现了私有制、公有制以及国家所有、集体所有的表达，就是没有使用所有权一词。因此，如何理解所有制、私有制、公有制、国家所有、集体所有的概念，就成为一个由来已久的难题。尤其是在意识形态的影响下，由于所有制、私有制和公有制概念具有浓重的政治经济学色彩，人们也容易忽视或逃避对其法律意义的追寻，从而使其自带神秘色彩，与所有权概念渐行渐远。

这并不意味着所有制与所有权是两个没有交集的平行概念。有学者敏锐地意识到，在马克思着力分析的资本主义社会，由于财产归属关系基本上都是私有，国家对财产归属的安排通常与所有权

〔72〕 如有学者认为，股权是一种抽象的总括的权利，而非债权，只有在分配之后才转化为债权。参见谢怀栻：《论民事权利体系》，载《法学研究》1996年第2期，第76页。

〔73〕 如《民法典》第641条第2款规定：“出卖人对标的物保留的所有权，未经登记的，不得对抗善意第三人。”

的法律效果一致，所有制与所有权呈“一体两面”关系。<sup>〔74〕</sup>而马克思也从不反对生活资料的所有权，相反，他认为生活资料必须且只能私有。<sup>〔75〕</sup>

但所有制并不因此等于所有权。因为《宪法》和相关民法典草案在使用所有制概念时，明显存在生产资料、公有财产的特殊语境。分析所有制的内涵，还得从其语义说起。据考证，所有制概念源自德文单词 Eigentum，<sup>〔76〕</sup>该词原指所有物（即财产），后来又派生出所有权的意义，并为启蒙思想家们广泛讨论。但马克思从不把所有权理解为独立的关系、抽象和永恒的观念，<sup>〔77〕</sup>而是从社会关系角度进行历史观察。为了区分所有权的不同维度，他以 Eigentum 为基础，创设了三个相似但不同的概念：Eigentum 与 Recht 组合为 Eigentumsrecht，专指法律上的所有权；Eigentum 与 Verhältnis 组合为 Eigentumsverhältnis，指代关系层面的所有权，强调所有权与特定社会的政治经济关系；Eigentum 与 Frage 组合成 Eigentumsfrage，概指作为待决问题的所有权，指向所有权变革的对象和方向。<sup>〔78〕</sup>

由于马克思对 Eigentum 进行了创造性使用，我国学界形成了区别于所有权的所有制概念，并认为后者着眼于政治经济关系层面。<sup>〔79〕</sup>但无论把所有制对应于 Eigentumsverhältnis 还是 Eigentumsfrage，都不够准确，与所有权关系、所有权问题的本义相差太远。<sup>〔80〕</sup>而只要我们意识到相对所有权的存在，则马克思想要表达的所有权的政治意蕴，完全可以为功能所有权所包含。因为功能所有权既可以表现为私法上的利益分配，也可以体现为公法上的政治经济安排。事实也确实如此，马克思对公有制的设想以财产功能与权能的分离为前提：“在财产仅仅作为公社财产而存在的地方，单个成员本身只是一块特定土地的占有者……这种单个的人只是占有者。”<sup>〔81〕</sup>只是在马克思那里，功能所有权又被称为法律所有权或纯粹所有权，权能所有权则被理解为经济所有权。<sup>〔82〕</sup>

正是立足于所有权功能与权能的分离，马克思说：“把资本变为公共的、属于社会全体成员的财产，这并不是把个人财产变为社会财产。这里所改变的只是财产的社会性质。它将失掉它的阶级性质。”<sup>〔83〕</sup>也只有从这个角度，才可以解释为什么主张公有制的马克思同时又提出了重建个人所有

〔74〕 参见谢海定：《国家所有的法律表达及其解释》，载《中国法学》2016年第2期，第90页。

〔75〕 “我们决不打算消灭这种供直接生命再生产用的劳动产品的个人占有，这种占有并不会留下任何剩余的东西使人们有可能支配别人的劳动。”《马克思恩格斯选集》（第一卷），人民出版社2012年版，第415页。

〔76〕 参见《马克思恩格斯选集》（第二卷），人民出版社2012年版，第724页注。

〔77〕 参见《马克思恩格斯选集》（第一卷），人民出版社2012年版，第258页。

〔78〕 上述三个词语的用法为笔者所考据和推测，词语来源则参见李永杰、靳书君：《马克思主义所有制术语的汉译与概念生成——以〈共产党宣言〉汉译为线索》，载《北京行政学院学报》2018年第1期，第66页。

〔79〕 参见谢海定：《国家所有的法律表达及其解释》，载《中国法学》2016年第2期，第90页；陈明：《“集体”的生成与再造：农村土地集体所有制的政治逻辑解析》，载《学术月刊》2019年第4期，第85页；景朝阳：《所有权与所有制概念探析》，载《晋阳学刊》2008年第2期，第116页。

〔80〕 新版《马克思恩格斯选集》《马克思恩格斯全集》将所有制大量改译为财产，或许也是一个明证。

〔81〕 《马克思恩格斯全集》（第四十六卷上册），人民出版社1979年版，第478页注1。

〔82〕 参见姜楠：《〈论土地国有化〉通释》，中国社会科学出版社2023年版，第34页；孙东富：《马克思恩格斯的“三权”理论与我国土地的所有制形式》，载《经济科学》1985年第4期，第42页；申始占：《“所有权—权能调整”框架下中国农村土地制度百年变迁的评价标准建构》，载《政治经济学评论》2022年第5期，第115页。

〔83〕 《马克思恩格斯选集》（第一卷），人民出版社2012年版，第415页。

制的命题：<sup>〔84〕</sup> 为避免所有权人的劳动者剩余价值的榨取，必须贯彻生产资料公有制；为避免反公地悲剧、充分利用公有财产，劳动者得享有权能所有权；劳动者基于权能所有权取得的财产可以为个人所有。<sup>〔85〕</sup> 因此，“所有制”的本质就是从功能所有权的角度解释财产归谁所有的问题。<sup>〔86〕</sup>

## （二）公有制下的功能所有权

功能所有权之所以能吸纳“所有制”的内容，是因为其在兼容私益分配和政治安排的同时，还具有层次性的特质，即垂直地隶属于多个主体。当然，这是具有政治色彩的所有权类型的专利。就个人所有权而言，由于其仅产生私法效果，即便形成以利用为中心的相对所有权，功能所有权的归属也具有确定性和终局性，不存在层次之分。私法人所有权也是如此，即便作为功能所有权主体的股东存在实际控制人，但股东与实际控制人在法律上互相独立，不存在隶属关系。

### 1. 集体所有中的功能所有权

在集体所有中，农民集体就承包地、宅基地享有功能所有权，就其他财产享有权能所有权，已如前述。从团体、成员的关系上看，第二种集体所有权与私法人所有权相似，都是由农民集体来享有权能所有权，集体成员享有功能所有权，区别仅在于前者受公法制约。但在第一类情形中，由于农民集体享有功能所有权，集体成员则享有权能所有权，<sup>〔87〕</sup> 与私法人的所有权截然二物。此时，由于农民集体并非最终受益人，功能所有权上的利益内容亦将进一步归属到集体成员。这样，集体所有中的功能所有权就有两个类型和两个层次。一来，农民集体的功能所有权以履行公共服务为主，集体成员的功能所有权则是全体成员在宪法秩序内对集体财产的最终决定。二则，在承包地、宅基地上，存在“集体成员的权能所有权+农民集体的功能所有权+集体成员的功能所有权”的结构，但其他集体财产仅存在“农民集体的权能所有权+集体成员的功能所有权”之层次。

### 2. 国家所有上的功能所有权

最复杂的是自然资源等公有财产的国家所有权。由于涉及宪法权利与民事权利的界分、公法内容与私法属性的矛盾等问题，国家所有权引起了学界的广泛讨论，并存在公权说、私权说等严重分歧。本文认为，分析国家所有权问题的属性，应首先回答两个前提性的问题：从外延上看，国家所有权是否独立于民法所有权；从内涵上说，如何化解所有权私法属性与公有财产公法内容的矛盾。

就国家所有权与民法所有权的关系而言，学界存在独立说和统一说的争论。独立说认为，公有财产的国家所有权有其社会功能，与民法所有权在主体、客体、内容等方面差别明显，构成并存、互补关系，或者说是一种“双阶构造”。<sup>〔88〕</sup> 与之不同，统一说否认存在国家所有权、民法所

〔84〕 马克思认为，资本主义私有制否定了劳动者对劳动成果的私有，但资本主义生产由于自然过程的必然性，也造成了对自身的否定。这种否定不是重新建立私有制，而是在协作和对生产资料的共同占有的基础上，重新建立个人所有制。参见《马克思恩格斯选集》（第二卷），人民出版社2012年版，第299-300页。

〔85〕 也有学者将其归纳为“共同所有、分别占有、个人所有”。参见胡吕银：《“重建个人所有制”的法学求解》，载《法制与社会发展》2008年第3期，第96页。

〔86〕 参见张家勇：《所有权与所有制的纠结：新中国物权法立法史管窥》，载孙宪忠主编：《王家福法学研究与法学教育六十周年暨八十寿诞庆贺文集》，法律出版社2010年版，第364页。

〔87〕 严格地说，农民集体并非法律上的权利主体，农村集体经济组织才是。因此，《宪法》赋予农民集体的权利，得由农村集体经济组织代为行使。相应地，集体成员也就成了集体经济组织成员。

〔88〕 参见王家国：《所有权的拟制属性与社会功能——兼论“公的所有权”及其实现路径》，载《法制与社会发展》2015年第4期，第112页；单平基：《自然资源之上权利的层次性》，载《中国法学》2021年第4期，第67页；巩固：《自然资源国家所有权公权说》，载《法学研究》2013年第4期，第19页；税兵：《自然资源国家所有权双阶构造说》，载《法学研究》2013年第4期，第4页；程淑娟：《论我国国家所有权的性质——以所有权观念的二元化区分为视角》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2009年第1期，第78页。

有权的二元结构，或者将国家所有权作为民法所有权的下位概念，认为国家所有的特殊性并不意味着国家所有权的特殊性，<sup>〔89〕</sup>或者将公有财产上的公法权能作为私法权能的目的机制或保障机制，<sup>〔90〕</sup>认为国家所有权并不专属于公法，是一个包含了私法权能、公法权能和宪法义务的概念。<sup>〔91〕</sup>本文赞同统一说。虽然宪法权利与民事权利得共存互补，但二者的主体均为公民，只是前者对抗国家，后者对抗私主体。独立说显然违反了宪法权利的这一原理。<sup>〔92〕</sup>

就第二个问题而言，公有财产的所有权属于相对所有权已如前述，因此，其公法内容实际上属于功能所有权的范畴。问题由此转化为如何解释公有财产上的功能所有权问题。对此，一种有力的主张认为，可借鉴公共信托的分析框架，全体人民为实质所有权人、受益人，政府则作为名义的所有权人、受托人。<sup>〔93〕</sup>该说认识到公有财产所有权的相对性，值得赞赏，但其忽视了相对所有权的规范性和功能所有权的层次性：一方面，作为实质所有权人的“全民”丧失了委托人身份，缺乏对受托人的法律请求权。另一方面，作为受托人的国家也只是个抽象的归属主体，缺乏具体的权利能力和行为能力。实际上，国家所有就是全民所有的体现，二者具有一致性和同一性。<sup>〔94〕</sup>因此，国家所有权缺乏公共信托的制度基础。

本文认为，“全民”、国家和直接享有占有、使用、收益和处分权能的主体，都是功能所有权的主体，但三者处于不同的层次上。“全民”是最终的受益主体，但其受益方式不是法律上的利益分配请求权，而是通过社会分配的方式间接受益。国家所有是全民所有的前提，但国家作为主权意义上的“权利”归属主体，<sup>〔95〕</sup>对公有财产的利益归属仅具有保障全民所有实现的工具价值。对此，学界早已形成普遍共识，<sup>〔96〕</sup>甚至连国家所有权独立说的支持者也不例外。<sup>〔97〕</sup>但“全民”也好，“国家”也罢，都无法行使公有财产的功能所有权，因此，公有财产的功能所有权只能由具体的机关法人或其代理人行使。<sup>〔98〕</sup>由此可见，公有财产的国家所有并非独立的所有权类型，而是公有财产功能所有权的特殊内容，自然无所谓公权与私权。

〔89〕 参见王涌：《自然资源国家所有权三层结构说》，载《法学研究》2013年第4期，第57页；李蕊：《论我国公有产权的双向度配置》，载《法商研究》2019年第3期，第109页；张淞纶：《再谈国家所有权的性质》，载《社会科学战线》2022年第11期，第251页；郭志京：《自然资源国家所有的私法实现路径》，载《法制与社会发展》2020年第5期，第121页。

〔90〕 参见叶楦平：《自然资源国家所有权的双重权能结构》，载《法学研究》2016年第3期，第53页；刘练军：《自然资源国家所有的制度性保障功能》，载《中国法学》2016年第6期，第73页。

〔91〕 参见王涌：《自然资源国家所有权三层结构说》，载《法学研究》2013年第4期，第48页。

〔92〕 参见李志夏：《宪法上的“国家所有权”：一场美丽的误会》，载《清华法学》2015年第5期，第78页。

〔93〕 参见巩固：《认真对待自然资源国家所有权公权说》，载《中外法学》2024年第4期，第3页；王涌：《自然资源国家所有权三层结构说》，载《法学研究》2013年第4期，第57页；李蕊：《论我国公有产权的双向度配置》，载《法商研究》2019年第3期，第109页。

〔94〕 参见彭诚信：《自然资源上的权利层次》，载《法学研究》2013年第4期，第65页；叶楦平：《自然资源国家所有权主体的理论诠释与制度建构》，载《法学评论》2017年第5期，第146页。

〔95〕 关于国家法人的归属意义，参见王天华：《国家法人说的兴衰及其法学遗产》，载《法学研究》2012年第5期，第97页。

〔96〕 参见王旭：《论自然资源国家所有权的宪法规制功能》，载《中国法学》2013年第6期，第5页；徐祥民：《自然资源国家所有权之国家所有制说》，载《法学研究》2013年第4期，第42页；孙宪忠：《我国物权法中所有权体系的应然结构》，载《法商研究》2002年第5期，第20页；王克稳：《自然资源国家所有权的性质反思与制度重构》，载《中外法学》2019年第3期，第626页；肖泽晟：《宪法意义上的国家所有权》，载《法学》2014年第5期，第28页；黄锡生、高颖文：《自然资源资产产权制度建构的逻辑主线研究》，载《法学论坛》2024年第4期，第118页。

〔97〕 参见巩固：《自然资源国家所有权公权说再论》，载《法学研究》2015年第2期，第115页。

〔98〕 参见谢海定：《国家所有的法律表达及其解释》，载《中国法学》2016年第2期，第100页；周林彬、王焱：《论我国国家所有权立法及其模式选择——一种法和经济学分析的思路》，载《政法论坛》2002年第3期，第47页。

### （三）公有制与私有制的联系

值得注意的是，为何公有财产所有权可以包含公法内容，这是不是社会主义公有制的独创。答案是否定的。固然，在公有制的背景下，公有财产所有权融入了政治经济要素，但相对所有权本身具有包容公法功能的基因。从小里讲，功能所有权旨在保障其承载的功能的实现，因此，一旦权能所有权人存在破坏财产、不支付对价或其他妨碍功能实现的行为，功能所有权人即可收回或取回标的物，公有财产所有权亦不例外。往大里说，当相对所有权渗入公法因素，出现超越法律的内容层次（如公有财产所有权）时，功能所有权的功能实现虽更加复杂，但初衷并未改变——为实现其功能计，国家还负有积极行使权利、避免反公地悲剧的义务，并在社会分配层面落实全民所有的目的。所以有学者说，国家所有权的功能在于创设土地所有权。<sup>[99]</sup>

公有财产所有权也不是社会主义公有制的专利。据考证，无论是以法国、德国、日本为代表的大陆法系，还是在英美法中，均存在类似制度。<sup>[100]</sup> 因此，公有财产的“国家所有”并非公有制与私有制的本质区别。换言之，在所有权制度上，公有制与私有制之间存在规范联系。当然，二者在公有财产的范围与管制程度上存在较大区别。例如，在我国，国家所有的土地可以设立建设用地使用权，但建设用地使用权的转让仍需审批。其实，公有制与私有制的本质区别在于国家所有的政治目标：前者旨在实现“全民”利益，后者则否。在我国，由于中国共产党始终代表最广大人民的根本利益，所以维护中国共产党的领导就是坚持社会主义，就是坚持公有制。

一般认为，只有公有财产所有权才具有公法内容。其实，这是一种误解。私人财产（包含私法人）上也存在国家强制，只不过它不干涉私人所有权的权能与功能，而是以税收的形式出现。原因在于，私人对财产的排他性权利，总是离不开国家的保护。<sup>[101]</sup> 为了换取国家对自己权利的保护，私人必须支付相应的对价——税收，除非国家基于政策考量主动免除。而且，即便私人已支付相应对价，也不意味着权利将得到绝对保护。因为防止私人侵犯私人权利，必然要动用国家的稀缺资源。<sup>[102]</sup> 如果我们把税收理解为国家从私人财产上获得的收益，则私人财产上也存在一种相对所有权结构：私人享有权能所有权，国家则享有功能所有权。只不过由于税收过于常见和必要，人们并不把它理解为国家对私人财产的权利。但在历史上，纳税曾经是功能所有权的体现：在罗马法上的赋税田制度（永佃权的源头）中，耕种者只要正常纳税就可以无限享用土地。<sup>[103]</sup> 这进一步说明，财产上存在公法内容并不可怕，公法内容也不是公有制的专利。

## 五、结 语

学术研究是一项个性化很强的活动。个性化在带来学术进步的同时，也可能成为理论更新的

[99] 参见王怡：《土地国家所有法权秩序的内在逻辑与实现机理》，载《法商研究》2022年第5期，第153页。

[100] 相关情况的归纳请参见马俊驹：《论我国国家公共财产权制度体系的建构——从“主观权利”理论和域外立法实践中得到的启示》，载《法学评论》2023年第1期，第28-33页。

[101] 甚至有学者认为，国家是为保护财产而生的。See Nestor M. Davidson, *Standardization and Pluralism in Property Law*, 61 *Vanderbilt Law Review* 1597, 1621 (2008).

[102] 参见〔美〕斯蒂芬·霍尔姆斯·凯斯·R·桑斯坦：《权利的成本——为什么自由依赖于税》，毕竞悦译，北京大学出版社2004年版，第69页。

[103] 参见〔意〕彼得罗·彭梵得：《罗马法教科书》，黄风译，中国政法大学出版社2018年版，第216-217页。

阻碍。即便是已经形成的通说，由于同时存在有效的知识积累和知识外的制约因素，<sup>〔10〕</sup> 仍离不开少数说、有力说的协力。作为一门讲求实践的学科，法学以处理规范、事实问题为中心，时刻寻求规范与事实的对应。因此，当绝对所有权在解释社会现实力有不逮时，有必要放下其理论前见，寻找一个兼顾历史与现实、打通公法与私法的分析框架。认识到这一点，就不会对历史上充满智慧的永佃权视而不见，更不会将其视为明日黄花，而是惊叹其在绝对所有权的主导中仍然“僵而不死”。如此顽强的生命力，足以使我们体系地反思绝对所有权，探索所有权理论更新的可能性。至于相对所有权理论如何具体地运用于所有权保留等现代法律制度的解释中，则是今后的研究话题。

---

---

**Abstract:** The permanent tenancy right formed in the Song Dynasty of China is a type of relative ownership, which still has practical guiding significance to this day. As a product of the functionalization of ownership, it can also be fully commensurate with modern ownership theories. In the context of comparative law, the functionalization of ownership can be traced back to Roman law. Although the latter evolved into the concept of absolute ownership, there also existed relative ownership centered around utilization. The revival of the functionalization of ownership in modern law calls for relative ownership to step from behind the scenes to the forefront. The latter does not conflict with the principle of legality of right in rem and is a necessary supplement to absolute ownership. Relative ownership can be applied to group ownership and specific forms of individual ownership such as trusts and retention of title. There is a relative separation between the functions and powers of relative ownership. The latter is holistic and elastic and is restricted by the former. The external validity of the power ownership is same as that of absolute ownership. However, there are differences in the types of the adversarial effect of functional ownership. The essence of the ownership system lies in the attribution of public property, which can be encompassed by functional ownership. The functional ownership under the public ownership system has a hierarchical nature, but the content of public law is not the essential difference between public ownership and private ownership.

**Key Words:** ownership, functionalization, ownership system, power ownership, functional ownership

---

---

(责任编辑：徐建刚)

---

〔10〕 参见李幼蒸：《论〈论语〉〈孟子〉文本之现代性》，载杨永明主编：《当代儒学》第16辑，四川人民出版社2019年版，第134页。