

论清代的先占制度

——以“盗田野谷麦”律为中心

顾元

【摘要】清律“盗田野谷麦”条在继承唐律基础上确立了无主物先占制度,但有显著变化。先占仍以“加功力”为根本要件。清律取消了唐宋律“占山泽陂湖利”条,一定程度上改变了中国山川藪泽之利“与众共之”的传统。清代虽在水利使用等方面并不排除众利共享,但更注重垄断和管控资源,并已体现先占制近代转型之趋势。国家为集权需要不得不调整传统角色和功能,更主动地干预经济生活,与民争利,并防止资源枯竭,同时采取更多治安预防和社会控制措施。遗失物、埋藏物等法律拟制无主物立法更加务实简约,体现经济发展和所有权关系演进所带来的积极变化。清代先占制度于传统社会独特语境中得到发展,或可为现代民事立法提供镜鉴。

【关键词】大清律例;无主物;加功力;先占

【作者简介】顾元,中国政法大学法律史学研究院教授,博士生导师。

【原文出处】《政法论坛》(京),2020.5.79~93

【基金项目】本文为北京市社会科学基金项目(编号:15FXA005)阶段性成果。

按是否已有归属,物可分为有主物和无主物。罗马法上的无主物(res nullius)是指在现实中不归任何人所有的可交易物。^{[1](P.141)}可作为权利客体的无主物首先系指从未为人所有的物,及敌人物、无人继承的遗产、舍弃物、埋藏物。^{[2](P.318-319)}无主物原则上归先占者所有。先占是所有权原始取得的最重要方式,^①是自然法方式的典型代表。^{[1](P.151)}先占即以所有的意思占有无主财产而取得该财产所有权的法律事实。先占取得是基于法律规定而非依赖于他人既存权利直接取得所有权,其性质是主体根据直接控制某物而取得所有权,不似传来取得以“后手的权利不得优于前手”为原则。先占取得对其他人而言的正当性,首先体现在先占人取得所有权,与其他人同质取得机会利益的平衡上。先占取得及其推动的私人所有权在促进人类历史转型、激励商品社会发展、保障个人独立与幸福方面的巨大作用有目共睹。^[3]

传统中国有一套独特的关于物的概念和分类,

如物、财或财物(动产)与产、业或产业(不动产);区分私物(财)与官物(财),物主、财主(动产)与业主、田主、地主、房主(不动产)等。^{[4](P.274)}固有法虽没有无主物先占的明确概念和理论,但实有其观念与制度构建。唐宋律即以“山野物已加功力辄取”等条为中心建构传统社会的先占制度。本文重点考察清代先占法律的发展嬗变,探讨其立法变迁、实践特色和价值取向,并为从历史维度阐释建立契合中国的先占制度提供某种镜鉴的可能性。

一、唐宋无主物先占:“山野物已加功力辄取”律

先占取得在先秦典籍中多有记载,它反映了人类与自然资源之间的关系。先占的对象首先是狩猎、捕捞、采集等所获自然物:“大兽公之,小禽私之”^{[5](P.839)},野生动物应是最常见的无主物。中国古代建构先占制度的基本法律规范是《唐律疏议·贼盗》“山野物已加功力辄取”条:

诸山野之物,已加功力刈伐积聚,而辄取

者,各以盗论。

[疏]议曰:“山野之物”,谓草、木、药、石之类。有人已加功力,或刈伐,或积聚,而辄取者,“各以盗论”,谓各准积聚之处时价,计赃,依法科罪。^{[6](P.369)}

该条为先占最经典的法律表达,为《宋刑统》所因袭。

第一,无主物首先系指山野自然物,包括但不限于草、木、药、石四种。凡存在于自然界中不属任何人所有的动植物或其他物,只要可被人利用、具有财产价值或潜在财产收益,都可成为无主物。无主物不仅包括动产,如自然界中草木药石、飞禽走兽、海洋生物等,还可包括某些不动产,如垦荒土地、水利矿藏等。但山野之物有严格范围,其解释应受唐律其他相关条款适用的限制。

第二,“加功力”是形成无主物先占的本质条件。施加人力劳动,是财产所有权形成的最重要前提,这是古代中国法的重要传统。

第三,先占取得之保护主要通过惩治窃盗立法实现。古代民法规范以民事习惯、惯例和礼制为主要法源,较少以成文法形式呈现。但律典中多有财产保护之规范,先占权之保护,即以律典中盗赃立法为基本形态。

第四,先占通过“各以盗论”之立法技术实现法律调整。立法采用“各以盗论”,实际上将擅取他人已施功力之山野物行为视为窃盗真犯,即以实犯盗罪论处。表明先占取得之保护,在立法上与其他物权保护力度相同。

第五,占有之意思依权利推定效力确定。加功人对山野无主物的先占,依其加功的外部行为推定其占有的意思,这是先占的权利推定效力。^②

二、清“盗田野谷麦”律

(一)律文分析

明清律继承唐宋“山野物已加功力辄取”律,确立无主先占制度,但有显著变化。《大清律例·刑律》“盗田野谷麦”条:

凡盗田野谷麦、菜果及无人看守器物(谓原不设守,及不待守之物。)者,并计赃,准窃盗论。免刺。

若山野柴草、木石之类,他人已用工力砍伐积聚,而擅取者,罪亦如之。(如柴草、木石虽离本处,未驮载间,依不得财,笞五十;合上条有拒捕,依罪人拒捕。)^{[7](P.396-397)}

清律与明律无异,仅增两处括号内小注,分别解释“无人看守器物”和“罪亦如之”,系顺治三年(1646年)添入,雍正三年(1725年)删定。

1. 立法旨趣与逻辑

关于“盗田野谷麦”律的立法理由,立法者阐释得很清楚:

此言有主之物,不可擅自盗取也。前节言盗田野谷麦、菜果及无人看守器物之罪。盖物虽在外,原各有主,乘人不见而盗之,其情与窃盗相似,故准窃盗论。因其物在外,非盗之家中者比,故得免刺。末节言盗山野柴、草、木、石等类之罪。此虽无主,听人樵采,但他人已用工力砍伐、积聚,即是有主之物。乃公然擅取,亦准窃盗论。故曰:“罪亦如之”。^{[8](P.1038)}

律条前款(前节)的核心是,田野谷麦之类皆为有主物,虽无人看守,但所有权关系明确。因与一般窃盗对象有所不同,故立专条;又因与窃盗情似,故准窃盗论处。后款(末节)规定无主物先占,显然源自唐律“山野物已加功力辄取”条,与前款情罪相同,故亦准窃盗论。其立法思想与唐宋律一脉相承:无主物人得共采,他人已用工力即属其有,擅取即取非其有,即为盗。

薛允升评道:“惟山野物已加工力而辄取者,既以盗论,则谷麦菜果等物之亦以盗论,不待言矣。……取非其有,均谓之盗,不独入室行窃然也。山野之物,本非己有,与田野麦谷等类不同,是以特立专条。”^{[9](P.554)}山野无主物因已加工力,受先占保护,而田耕谷麦蔬果之类,地为有主,物为劳力所得,自然更应受法律保护,这是本条基本的立法逻辑。两款虽有差异,但逻辑关系清晰。薛氏主要质疑无人看守物入律,与“田野”“山野”之物性质究有不同,其内涵与外延皆有差别。但在立法者看来,是否有人看守并不影响盗罪成立,只影响量刑而已。决定盗罪成立的是物之是否有主,是否“取非其有”,而这往往取决于人力是否曾加功于物。

从内容上看,清律增加首款,原山野物无主先占变为后款,违犯者依前款定罪量刑。与唐宋律相比情罪未变,但该条论罪的中心似已转至前款。后款虽纠纷不常有,但先占之意涵并未削弱,它构筑了前款之逻辑基础。前款谷麦菜果显系有主物,处田野而控束弱甚至不设防,此类案件常发,故设专条規制。可见,清律此条既重视明确法理依据,又着眼于解决实际法律问题。

值得注意的是,前后款发生地点的微妙变化:一为“田野”,另一为“山野”。两者虽同为“野”,即旷野、野外,皆处无人看守或管控状态,但前者与“田”组合,意为可耕田地,通常指有主之地。古称“田”者,皆含“有主之业”意,如官私田、田宅、学田、义田、祭田、藉田之谓。而后者与“山”连用,乃指山间原野,多系无人管控的原始状态,地当为概括之“王土”,实为无主地或民众共有之地,其区别显著。两款合于一条,是因两者均为窃盗的特殊情形,即“物”处于“野”之状态。正如沈之奇所言:

此条要看“田野”“山野”字。凡谷麦菜果,尚在田野,未经收取到家,及一切无人看守之器物,而有盗者,与在家及有人看守者不同,故计其所值之价,准窃盗法,并赃论罪。免刺。若山野柴草木石之类,本无物主,人得共采,但他人已用工力,斫伐积聚,是即其人之物矣,而擅自将去,取非其有,犹之盗也,故亦如上罪科之。……若原有人看守,而偶然无人,即不得谓无人看守矣,故注云云。如盗塘鱼竹笋,亦是田野之物^{[10](P.601-602)}。

清末律学家吉同钧也说:“此律当着眼田野、山野等字……盖物虽在外,原各有主,乘人不见而盗之,其情与盗相似,故准窃盗论罪。惟究系在外之物,与盗之家中者有间,故得免刺,其罪止于满流也。”^{[11](P.107)}

总之,物之居野,无人看守,使本条情形与一般盗罪有所区分,为免刺而设,以示其宽。这是传统立法追求情罪相当、罚当其罪的典型体现,但往往表现为对绝对公义理想的执著,易导致立法客观具体主义的倾向,即视犯罪主体、客体、处所、犯意、方法、人数、赃数等具体因素而另立条款,各异其刑,表现为以罪统刑、以刑别罪的特征。而唐律之所以无前款

只有后款,并非两律规定存本质区别,或在于清律“诸事俱求详备,唐律之所不言者,必一一添入”^{[12](P.662)}。与此相类,清律又有“擅食田园瓜果”条,规定“擅食”“弃毁”瓜果行为,以区别于一般窃盗之“擅取”:“物各有主,他人田园瓜果之类,不告于主而擅食之,于己非分,于人有损,故计其食过所值之价,坐赃论罪。弃毁者与擅食同也,故罪亦如之。”^{[10](P.244)}

2. 先占取得之盗罪构成

“盗田野谷麦”律以惩治窃盗罪作为保护先占的主要形式,此乃传统法律保障财产权利所通行。后款“罪亦如之”,即盗无主物与盗无人看守的谷麦菜果同样准窃盗计赃论罪,并免于刺字。律文小注例举构成本条盗罪的条件,其精神一如唐律规定:“器物之属须移徙,阑圈系闭之属须绝离常处,放逸飞走之属须专制,乃成盗”^{[6](P.379)}“地既不离常处,理与财物有殊。”^{[6](P.245)}即是否转移占有,是构成窃盗成立与否或既遂未遂的关键。而田地作为不动产,不可移徙,故不能成立盗田罪名,只有盗耕种公私田,其处罚自然轻于一般窃盗。

小注实际上参照《大清律例·刑律》“公取窃取皆为盗”条:“其木石重器,非人力所胜,虽移本处,未驮载间,犹未成盗。(不得以盗论。)马、牛、驼、骡之类,须出阑圈;鹰犬之类,须专制在己,乃成为盗。”^{[7](P.418)}此条是清律盗贼诸条之通例。无论公取还是私取,“虽其所取不同,皆非其有而取之者,故皆为盗也”^{[13](P.342)}。对树木砖石等重大器物而言,非人力所能胜举,须已驮载,若无马牛等驮载而取,即使发生位移也不成盗,依本律以已行而不得财笞五十。因盗以赃为凭,若未成盗则无赃可据,故须有显迹证见,方拟不得财之罪。律文强调证据的重要性。如有拒捕则依罪人拒捕律论。

3. 从“各以盗论”到“准窃盗论”

从立法技术看,明清律文变化颇耐人寻味。唐宋律是“各以盗论”,至明清律则变为“准窃盗论,免刺”。同为比附参用性条款,概念表达不同,意义有所区别,处罚也有差别。按清律窃盗罪一般规定:初犯,并于右小臂膊上刺“窃盗”二字。再犯刺左小臂膊。三犯者绞监候。^{[7](P.392)}

关于“以”字,据《唐律疏议·名例》“称反坐罪之”

条：“称‘以枉法论’及‘以盗论’之类，皆与真犯同”“所犯并与真枉法、真盗同，其除、免、倍赃悉依正犯。”^{[6](P.138-139)}雷梦麟指出：“是即以其罪坐之，其事虽异，其恶原不异也，故与真犯同刺字，绞斩皆得同断。”^{[13](P.58)}在比附定罪量刑的情形中，“以……论”最接近于所比条文规定，无论行为性质、情节还是刑罚幅度，均可视为真犯。这表明唐宋立法对先占权的保护，其力度、手段、方法与一般物权并无二致。

“准”字则不同：“是‘准枉法’论、‘准盗论’之类，并罪止流三千里。但准其罪者，皆止准其罪，亦不同真犯。并不在除、免、倍赃、监主加罪、加役流之例。”^{[6](P.138)}《大清律例》卷一“例分八字之义”：“准者，与实犯有间矣。谓如准枉法、准盗论，但准其罪，不在除名、刺字之例，罪止杖一百，流三千里。”^{[7](P.41)}元代徐元瑞云：“止准其罪谓之准。凡称准者，止同以赃计钱为罪。”^{[14](P.40)}雷梦麟亦云：“但准其计赃科罪，其科罪之法虽同，其事原不同也。”^{[13](P.58)}王明德释曰：“准者，用此准彼也。所犯情与事不同而迹实相涉，算为前项所犯，惟合其罪而不概如其实，故曰准。如以米柴准算布帛，惟取价值相当，实不可以米柴代布帛之用。其罪异于真犯，故赃虽满贯，亦罪止杖一百、流三千里。”^{[15](P.5)}

因此，“准……论”仅仅是比照某罪名对某行为进行量刑，该行为与所比照罪名之间仍存性质上的差异。就“盗田野谷麦”律而言，立法者认为其行为不同于窃盗真犯，因而不适用窃盗罪之附加刑，只能比照主刑上下比罪，罪止流三千里，免刺字。而唐宋“山野物已加功力辄取”律的“各以盗论”，则完全依窃盗罪论处，不仅适用各主刑，而且适用加役流、免官、除官等。两者量刑变化明显。

通过比附准用条款遣词的改变，清律实际上有意减轻了对侵占已加工力无主物的处罚。这表明清律不仅改变了山野无主物先占规范的条文位置，由独占一条变为一条中的第二款，而且通过减轻刑罚实际上降低了先占取得的法律保护力度。

4. 无主物适用之限制

山野之物并非加功力即可受法律保护，这取决于具体情形。因法律保护客体的特殊性，有些山野自然之物，其归属在加功前已确定，欲施功者反而侵

犯了他人权益。譬如《唐律疏议·贼盗》：“诸盗园陵内草木者，徒二年半。若盗他人墓茔内树者，杖一百。”^{[6](P.355)}《大清律例·刑律·贼盗》继承之：“凡盗园陵内树木者，皆(不分首从)杖一百，徒三年。若盗他人坟茔内树木者，(首)杖八十。(从，减一等。)若计(入己)赃重于(徒杖)本罪者，各加盗罪一等。(各加监守、常人、窃盗罪一等。若未驮载，仍以毁论。)”^{[7](P.372)}

盗园陵和盗墓茔树木，因所盗物特殊，有破坏皇家及他人陵墓风水、亵渎其先祖之意，故别于一般盗罪而特立专条。此律之自然树木虽生于“野”，但地点不同意义有别：园陵属重禁之地，而树木尤为护荫之物，乃皇权附属之物，非普通财产，故物权权利预先法定，不再适用无主先占取得。陵树较诸官物为重，茔树亦较别物为重，故盗凡物计赃论罪，此律则不论多少，但盗即坐。两罪差别在于盗陵树不分首从，盗茔树则分首从，且前者处刑明显重于后者。清律改园陵“草木”为“树木”，盗陵树者较唐律重一等，而盗他人茔树者又较唐律轻二等。该条附例详定诸如盗砍、盗卖及陵内开山取土、打牲畜、挖人参等情形，较唐律加详而治罪从严。并沿袭明《问刑条例》，规定盗砍禁限内树株者，验实椿楂，比照盗大祀神御物首犯处斩，从犯边卫充军。沈家本认为“相去悬绝。以树木而为之神御物，其理难通。此等皆不学之故也”^{[16](P.186)}。君主集权的突出实际上挤压了先占的制度空间。

排除无主物先占适用者还有其他相类条款，如《大清律例·户律》规定弃毁人器物及毁伐树木稼穡者，计赃准窃盗论，免刺。^{[7](P.201)}沈之奇注曰：“树木，不拘在坟茔与场圃者。种之曰稼，斂之曰穡，稼在田，穡在场也。若既毁伐，因而盗去，则依盗坟茔树木及盗田野谷麦律科之。”^{[10](P.243)}无论弃毁器物还是毁伐树木，都不同于盗，但传统法律皆准盗论，盖以结果论之，故加比附。

(二) 司法实践

《刑案汇览》所辑“盗田野谷麦”律案例中，适用该条后款者仅嘉庆二十一年(1816年)奉天司说帖所载黑龙江“偷窃柴草故杀事主拟斩监候”一案：

黑龙江将军咨：济住儿偷窃柴草，勒死事主福明，应否照窃盗临时拒杀事主拟斩立决，抑照

罪人拒捕杀人问拟斩候，咨请部示等因。查律载：盗山野柴草木石之类，准窃盗论免刺。注云：有拒捕依罪人拒捕等语。此条另载，盗田野谷麦门内，律注既云依罪人拒捕，则无论是否盗所临时，均应依罪人杀所捕人律，罪止斩候。以非实犯窃盗故不与窃盗同科拒捕之罪。若实犯窃盗，临时盗所拒杀事主拟斩立决，被追因脱，拒杀事主，拟斩监候之例载在强盗门内。罪有等差，故例亦各从其类。至拒捕谋杀事主首从各犯，本部曾于十二年议覆广东省周亚敬案内声明，嗣后凡遇抢窃得财致死事主之案，悉照拒捕杀人本例办理等因，通行在案。此案济住儿因偷窃幅明割存柴草，被幅明瞥见斥骂，按地跪压。该犯挣不脱身，情急将其揪住倒地。复因被殴怀恨起意，故杀毙命。是该犯系因窃取柴草拒杀事主，自应照律依罪人拒捕论，未便与实犯窃盗临时拒杀事主之案同拟斩决。该司议令依罪人拒捕杀人本律问拟斩候，与律相符，应请照办。^{[17](P.1026-1027)}

此案被告人济住儿因偷窃被害人幅明割存柴草，依“盗田野谷麦”律为窃盗罪人无疑，但其抗拒杀人如何定罪量刑，则是本案关键。黑龙江将军咨请刑部的问题正在于此：是照窃盗临时拒杀事主拟斩立决，还是照罪人拒捕杀人间拟斩候？刑部意见是后者，理由即盗山野柴草木石之类，依律应准窃盗论免刺，并非实犯窃盗。所以清律“盗田野谷麦”规定盗无主山野物“准窃盗论”，相较于唐宋“山野物已加功力辄取”律“各以盗论”，虽同为比附论罪，窃盗罪处罚看起来差别不大，但实践中对于因盗拒捕杀人等犯罪量刑定罪却差之千里。“斩决”与“斩候”可能有生死之别，原因即在于“准窃盗论”的盗无主物及盗田野谷麦之类，在立法者看来，与实犯窃盗“罪有等差”，性质有异。

三、“盗田野谷麦”律附例考察

鉴于律例间的紧密关系，通过考察“盗田野谷麦”律所附条例，应可管窥清代先占制度的具体情形和变化特点。据薛允升《读例存疑》，“盗田野谷麦”律附例20条，可分为三类：盗农田灌溉水、盗采自然资源禁物、盗自然动植物。^③

(一)农田水利之用

治水和水利向来为传统社会的重要事业。清代继续秉持江河川泽及公共塘堰沟渠均可公用原则。乾隆五十二年(1787年)刑部议覆河南“正阳县民潘毓秀因无服族孙潘士德私窃伊所蓄塘水将其砍伤身死”案，该案被害人因“窃放”被认定为罪人，潘毓秀依擅杀罪人定罪，表明费用工力蓄水备灌，其物权受法律保护。故被告人(加工力者)只以擅杀罪人而不以故杀或殴杀定罪。次年纂例，规定民间农田“如有各自费用工力挑筑池塘、渠堰等项，蓄水以备灌田，明有界限，而他人擅自窃放以灌己田者”^{[8](P.1048)}，按其所灌田禾亩数治罪。条例与“盗田野谷麦”律规定的先占原则吻合，强调费用工力挑筑池塘蓄水之地虽非己业，亦可据为己有，不准他人擅放。该例经嘉庆六年(1801年)修改、八年(1803年)改定为“盗田野谷麦”律附例之十二：

民间农田，如有于己业地内费用工力挑筑池塘，潴蓄之水无论业主已、未车庠入田，而他人擅自窃放以灌己田者，不问黑夜白日，按其所灌田禾亩数，照侵占他人田，一亩以下，笞五十。每五亩加一等，罪止杖八十，徒二年。有拒捕者，依律以罪人拒捕科断。如有被应捕之人杀伤者，各依擅杀伤罪人问拟。若于公共江河、川泽、沟渎筑成渠堰，及于公共地内挑筑池塘，占为己业者，俱不得滥引此例。如有杀伤，仍各分别谋故斗殴定拟。^{[8](P.1056)}

薛允升评论道：

各自费用工力，挑筑池塘蓄水，自系不分是否己业，重在费用工力，重在蓄水备灌，故不准他人擅放也。与律内山野柴草木石用工力砍伐积聚而擅取者，亦准窃盗之意相符。盖蓄水之地虽非己业，而用力挑筑池塘，则可据为己有。犹之柴草木石本非己物，既已砍伐积聚，亦不得任听他人擅取。改定之例添入己业一层，殊嫌未尽允协。原例本极平妥，嘉庆六年修改之例，以是否车庠入田为断，固属未协。即八年改定之例，以筑成渠堰是否在己业地内为断，亦未平允。是费用工力一层，竟可置之勿论矣。即如官荒沙洲亦非己业，如费用工力开垦成熟，倒得

升科管业，岂亦得谓之并非己业耶。江河、川泽之水，人人得而取之，若筑成池塘渠堰等类，则非江河、川泽矣。水已归入池塘渠堰，即与江河、川泽之水不同。不分别是是否用力挑筑，而分别是是否己业地内，假如于大河旁边空地，费用工力筑成渠塘，闲时蓄水以备灌田，至用水时旁人不费工力将水放去，遽以凡论，是人任其劳而已享其利矣，有是理乎？责蓄水者未免过严，而治放水者未免太宽，情法固应如是耶？费用工力筑塘，不但费力，亦且费财，本为蓄水灌田，亦系法所不禁。若不肯筑塘蓄水，已属惰农，乃攘窃他人之利，肥己损人，更属可恶。不照准盗窃论，已觉从宽。改定之例，严于蓄水之人，而宽于窃放之辈，未知何意。^{[12](P.488-489)}

薛氏强调费用工力的意义，所论有灼见。条例修订主旨在于防范豪强势恶强占本属民间公用之水利，但改定条例强调于“己业地内”挑筑池塘的保护，实际上排除了于公共地内费用功力者的先占取得，不仅有失平允，而且一定程度上消解了先占的价值意义，不利于水利兴修和农业发展。相对于乾隆五十三年(1788年)原例不能不说是一种倒退。此例变迁也表明立法的功用在于平衡不同的法益：既应承认擅自窃放他人用工挑筑水为“侵他人之业，瘠人肥己”；又须防范“豪强势恶强筑堰渠，以为己业”^{[8](P.1054-1055)}。但难免会有所偏颇，轻重失当。

《刑案汇览》中载有典型案例“窃放他人车岸公水争殴毙命”：

广西抚题梁秉芥窃放曾诚周田水戳死曾诚周一案。查例载……是窃放田水之案，以是否己业公地为罪名之轻重，历系如此办理。此案梁秉芥田亩与曾诚周地亩毗连，曾田在上，梁田在下，向在田旁河岸各自筑坝车水灌溉。嗣梁秉芥因车坝坏烂，前往修筑，见己田干涸，曾诚周田内积水充满，即用铁锹挖开曾诚周田基，放水灌入己田。曾诚周见而赶阻，并用禾枪戳伤梁秉芥右膝粘，梁秉芥举锹回殴，致伤曾诚周偏左等处殒命。详核原题供招，并据勘明曾姓田基挖开一口，如果勘讯属实，是田旁河水虽系公共，而曾姓将河水车入己田，则已自费工力，

秉芥将曾姓田内业经车岸之水挖放，不能不以窃放他人田水论。因此将曾诚周殴死，自应以拒捕杀人定拟。惟细核案情，河为公共之河，其水即为两家公共车岸之水。梁姓车坝坏烂，势不能坐视田禾之干涸而待车坝之修复，其欲车河水入伊田内，势不得不借曾姓之车铄，挖曾姓之田坎，引水以灌己田。如果该犯不向死者言明，辄行私自挖放，则是利己之业，损人之禾。其拒捕之罪自不可逭。若系借用车坝过水，曾向死者商量不允，因而争斗酿命，其窃放既属有因，则其互斗之情即有可恕。种种情节，关系紧要，未据详讯声叙，辄以梁秉芥挖放田水系轻罪不议，率将该犯依共殴律拟绞监候，情罪不相符合。案关斩绞出入，似应驳令覆审妥拟。至该司所查上年该省卢灯然一案，系两家公共水坝，分东北两沟引灌，因死者堵伊东坝致沟水不能入伊田内，争斗起衅，致毙人命。其所引之水系在公共坝内，并非自田内窃出，是以仍照凡斗科罪，与此案情节迥殊，合并声明。嘉庆二十三年说帖^{[17](P.1029-1030)}

此案被刑部驳令覆审，原因在于原审未妥议案情，特别是所放水的性质和争斗缘由没有阐明，致情罪不符，因而直接影响定罪量刑。尽管原审未据详讯声叙，但刑部实际已将各种情形之犯罪性质、如何定罪、法律依据及相关成案辨析明白。

清代这种因水争竞而致人命案并不少见，尤其是殴死窃放田水者案，如嘉庆十八年(1813年)湖北林理添殴死挖埂放田水之林幅栋案，二十年(1815年)浙江郑有贵殴死私开新畦窃放田水之朱士斌案，二十一年(1816年)安徽方社幅殴死开挖田塍窃放田水之方社南案等，均依擅杀罪人律拟绞监候。又有嘉庆二十二年(1817年)安徽巡抚题李长春殴死挖埂窃放田水之李庭年一案，刑部认为原审对“所放之水是公是窃，未据声叙明晰”，故“将该犯依斗杀律拟绞监候，实未允协”，因而驳令覆审，详叙妥拟。表明此类案件司法裁判之核心在于水资源的权属，属“公”则人人得而引放，若自费工力引水蓄灌，虽水原系共有公用，亦演变为私权所有，正如该案刑部说帖所言：“若各自费用工本车岸入田，或己力自筑沟塘蓄水灌溉，

所蓄之水被人窃放,较之被窃财物更为切肤。”^{[17](P.1029)}一言以蔽之,先占取得仍为司法权衡判断之优先原则。

(二)盗采违禁自然资源

“盗田野谷麦”律附例之一:“凡盗掘金、银、铜、锡、水银等矿砂,每金砂一斤,折银二钱五分;银砂一斤,折银五分;铜、锡、水银等砂一斤,折银一分二厘五毫,俱计赃,准窃盗论。”条例基本沿袭明《问刑条例》,详定各种情形下盗掘贵重金属矿物之首从各犯的刑事责任,皆比照该律盗无人看守物处罚。

“盗田野谷麦”律其他附例内容相关者包括:违禁采矿(之二)、巡查人职责(之三)、鸟枪管理(之四)、违禁易换人参及貂皮(之六)、私藏珠子(之七)、偷窃领票商人之参(之八)、违反刨参管理(之九)、偷刨人参(之十)、违禁刨参(之十四)、偷挖金砂(之十六)、刨挖黄芪(之十七)、偷挖金银矿砂(之十八)。按上述条例,旗民越度禁约山河,违禁采矿及偷采、偷刨、贩卖人参、珠子、黄芪等,罪重可至绞监候和发遣。金属矿藏和人参珍珠等皆为贵重资源,清代多采封禁政策,未经许可商民不得采挖、刨取、采集,否则动辄刑事处罚。如康熙五十年(1711年)“湖南产铅地方,山深谷邃,境通黔粤,苗瑶杂处,开采不便,永为封闭”^{[18](P.812)}。雍正即位后发布上谕:“昔年粤省开矿,聚集多人,以致盗贼渐起,邻郡戒严,是以永行封闭”“若招商开厂,设官征税,传闻远近,以致聚众藏奸,则断不可行也。”^{[19](7册P.380)}即使于允许开矿期间,政府也严格监控,不但禁止私采,而且只许雇觅本地人夫,不得招集外来人员,并须填明姓名年貌,取得经营执事与保甲邻右出具的甘结,报官存案。^{[20](P.5137)}表明清代对山泽陂湖之利,基本上不再像唐宋那样不与民争利,鼓励民间开发。

(三)盗自然动植物

该律附例之五、十一、十三、十五、十九、二十等,皆为盗木兰围场、盛京、南苑等皇家禁苑之规定。自然动植物本属无主物,但因处禁地,其出产之物皆属皇家所有,民人不得染指,显然不适用先占取得。这种情况历代皆有,如明成化十年(1474年)九月宪宗圣旨:“都城外四围沿河居住军民人等,越入城垣,偷鱼割草,窃取砖石等项,轻则量情惩治,重则参奏拿问,枷号示众。……亦不许于城外河边栽种蔬菜,牧放头

畜,因而引惹外人入内作践。违者,一体治罪。”^{[21](P.412)}

总之,考察“盗田野谷麦”律附例,大体可见清立法重心已在律文前款,附例皆围绕该款,重在处罚盗掘自然资源犯罪。立法强调这些物质归属国家所有,禁私采。即使是普通草木、果蔬、鸟兽,因产于圈禁之地,也禁绝民人拥有。律文后款先占原则并无一例文加以补充延伸,其实践意义应已萎缩。而立法由一律竟滋生20条例,不厌其烦,皆在维护资源垄断和治安秩序。

四、不动产先占与自然资源“与众共之”

罗马法上除海中自然生成岛屿外,不动产无主物较少。^{[1](P.152)}近代民法一般不动产依据登记确定其所有权,而动产依占有。^④传统中国不动产权利义务关系的确定较复杂,田宅实行严格登记制,但存在无主占有的情形,并与自然资源的开发利用与公有共用等问题密切相关。

(一)唐宋“占山野陂湖利”律至清代的变化

唐宋律对动产和不动产已有一定区别,“其区别的标准,在于有无移徙性”^{[4](P.274)}。涉及无主先占的不动产,较典型者即施功取山野陂湖之利与鼓励垦荒。《唐律疏议·杂律》:

诸占固山野陂湖之利者,杖六十。

[疏]议曰:山泽陂湖,物产所植,所有利润,与众共之。其有占固者,杖六十。已施功取者,不追。^{[6](P.489)}

占固山野陂湖之利,系指霸占自然物产行为,违者科杖并强制退还。但如其物已经其人斫伐或采择,施功取之,则仅杖六十,不再追收。自然物产既为“与众共之”,故占固行为属侵犯公益犯罪。但立法又对已加功私取的事实予以承认,似乎抵牾。将此条结合“山野物已加功力辄取”律,则立法旨趣立显:既保护施功者对自然无主物的先占权利,又防止自然资源为人霸占。因此对施功占固者虽处杖而不收回,反映出立法平衡“先占”与“共用”间价值冲突的意图。

中国古代山林、湖泽、矿藏一般为国家所有,政府设立专门机构和职官负责管理,但土地山川、河流园池等自然资源名义上为“王土”“王田”,却只是一种概括的所有。明清以前传统国家一般不加圈禁,

其原则是“与众共之”，允许私人利用并得其物产利润，只不得私人占固。这是一种具体的所有。两种所有权能可以统一于谋取众利的福祉上。

元朝并无“山野物已加功力辄取”律，但先占制度得以沿用。《元史·刑法志四》：“诸所拨各官围猎山场，并毋禁民樵采，违者治之。”^{[22](P.2686)}允许民户樵采山场林木，对不许樵采者反加制裁，即承认民户对樵采场自然林木的先占权。又规定：“诸于迥野盗伐人材木者，免刺，计赃科断。”^{[22](P.2659)}明清律“盗田野谷麦”可视其为直接渊源。

清律并无“占山野陂湖利”条，但《户律》“盗卖田宅”条规定：“若强占官民山场、湖泊、茶园、芦荡及金、银、铜、锡、铁冶者，(不计亩数。)杖一百，流三千里。若将互争(不明)及他人田产妄作己业，朦朧投献官豪势要之人，与者、受者，各杖一百，徒三年。”^{[17](P.196)}此条主要惩治强占山场及相关资源利益的行为，目的在于保护不动产所有权，防范豪强势要霸占，一定程度上是唐律保护山野陂湖之利思想的延续。沈之奇曰：“此不计亩数，不分官民者，恶其强占，情重于物业”“盖山场等类，地利广博，在官在民，原有管业之主，非大势力者，不能占而据之，故独著强占之罪。要知律虽不言多寡之数，而所指山场等类，必非些少之处，微薄之利也。若强占田宅者，情势虽同，仍当因其轻重权衡断之。”^{[10](P.230-231)}

但是，清律愈加突出山场及矿藏资源的“官民管业”性质，该律被置于“盗卖田宅”条中，也显见其意。这在很大程度上改变了古代藪泽之利“与众共之”“公私共之”的传统：“林麓川泽以时入而不禁”^{[5](P.1337)}，即官民共同利用土地和自然资源。日本学者仁井田陞尝言：“山川藪泽几乎都是从利用方面来考虑的，其所有关系并不直接构成问题。”^{[23](P.231)}但清律似更强调所有关系，尤其是国家所有与垄断，目的不仅在于经济利益，更着眼于治安秩序。

清初虽然也一定程度沿袭资源共用传统，如康熙十四年(1675年)定开采铜铅之例，于委官监管下允许民间自行开采，后规定“各省采得铜铅，以十分内二分纳官，八分听民发卖”^{[20](P.5129)}。但不久即实行山禁，民间私采俱照盗无人看守物论。表明财产所有权关系得到较大发展，尤其是强调国有不动产保护，

令唐律规定的“已施功取者不追”自然资源先占已失存在空间，而所谓“天地自然之利，朝廷亦不得私而有也”^{[12](P.484)}亦蜕变为近乎空谈。^⑤

唐开放山泽矿产之利，百姓可自由开采利用，实际上将其视为自然物，只要施加功力，采得便为私有，可“为官市取”或“折充课役”，只不得垄断或擅自扩大区域。唐朝甚至规定土曹、司土参军的职责之一即“通山泽之利以贍贫人”^⑥。但清代矿业政策则苛刻多变，时开时禁，禁多开少。雍正帝宣称：“本朝因山泽所产，听民采取输税，间或开矿采办，必详视地宜，禁例极严”“凡各省所有之矿，本处无业贫民私行采取者，各该地方官查明姓名注册，令其开采。仍令各该管官不时稽查，毋致生事，妄行不法。其外省之人不许开采，并严禁本处豪强富户设厂。”^{[18](P.810-811)}《大清律例·户律》规定：“西山一带密迩京师地方，如有官豪势要之家私自开窑卖煤，凿山卖石，立厂烧灰者，枷号一个月，发边卫充军。干碍内外官员，参奏提问。”^{[7](P.197)}即使弛禁，也由地方官查明商人姓名、籍贯、取具甘结，并由藩司发给执照方准开采。若有私挖即行封禁，照例治罪。

清代实行矿禁的原因主要是：

第一，维护治安秩序之需。禁矿目的首在统治安全，因为在统治者看来，矿徒易聚难散，小则争掠，大则啸聚，关系地方治安。“游手无赖之徒望风而至，岂能辨其奸良而去留之，势必至众聚难容。”^{[19](7册P.380)}

第二，垄断资源攫取利益，与民争利。尽管雍正曾言开矿缘由并非在于课税：“朕富有四海，何藉于此？”而在于“悯念穷黎起见”“盖为一二实在无产之民，许于深山穷谷觅微利以糊口资生耳”^{[19](7册P.380)}。但不可否认的是，实际上清代矿冶多由商民开采，政府委官监管，采取高额征税、低价收购甚至无偿摊派，获利丰厚。如云南铜矿采用官借工本，官收余铜；山东产煤之处“其官山官地以领帖输税之人为窑户，照当税之例领帖办税”^{[20](P.5137)}。

第三，维护重本抑末国策，遏制工商业过度发展。雍正指出：“夫养民之道惟在劝农务本，若皆舍本逐末，争趋目前之利，不肯尽力畝畝，殊非经常之道。”^{[19](7册P.380)}

第四，防止自然资源的枯竭。雍正七年(1729年)

谕曰：“矿砂乃天地自然之利，非人力种植可得，焉保其生生不息？今日有利，聚之甚易，他日利绝，则散之甚难。曷可不彻终始而计其利害耶？”^{[19](7册P.380)}“国家承平日久，生齿日繁，凡资生养赡之源不可不为急讲。夫小民趋利如鹜，亦岂甘为惰窳，举山林川泽天地自然之利委为弃壤哉！”^{[20](P.4886)}这一识见颇具长远眼光，与“天人合一”理念亦密切相关。国家的角色在于平衡不可再生自然资源的利用与节制。

(二) 垦荒屯田与无主先占

各朝初立往往经济凋敝，人口流徙，田土荒废。新朝常以承认先占取得鼓励垦荒和民屯。如明初多次颁布法律，令流民还乡复业，开垦成田，永为己业，并免除三年徭役或赋税。同时为解决因垦荒产生的田业纠纷，规定以现耕为准。^①

清初“自兵兴以来，地多荒芜，民多逃亡，流离无告，深可悯恻”^{[19](3册P.348)}。顺治元年(1644年)令“州县卫所荒地无主者分给流民及官兵屯种，有主者令原主开垦，无力者官给牛具籽种”^{[24](P.1109)}。顺治六年(1649年)颁布垦荒令：

凡各处逃亡民人，不论原籍、刖籍，必广加招徕，编入保甲，俾之安居乐业。察本地方无主荒田，州县官给以印信执照，开垦耕种，永准为业。俟耕至六年后，有司官亲察成熟亩数，抚按勘实，奏请奉旨，方议征收钱粮。其六年以前，不许开征，不许分毫金派差徭，如纵容衙官、衙役、乡约、甲长，借端科害，州县印官无所辞罪。务使逃民复业，田地垦辟渐多。各州县以招民劝耕之多寡为优劣，道府以责成催督之勤惰为殿最。每岁终抚按分别具奏，载入考成，该部院速颁示遵行。^{[19](3册P.348)}

顺治十四年(1657年)颁布《督垦荒地劝惩则例》，督励地方官执行垦荒令，并重申凡诏民垦荒者，由地方官发给印照。康熙十二年(1673年)规定：“见行垦荒定例，俱限六年起科……嗣后各省开荒垦地，俱再加宽限，通计十年，方行起科。”^{[19](4册P.580)}雍正时谕曰：“开垦水田以六年起科，旱田以十年起科，永著为令”“嗣后民间若有出首开垦田亩，不必拘定年限，均自出首之年征收钱粮……私垦之田，实系无主，给予原垦之人起科，若有主给还原主起科。”^{[24](P.1110)}又谕令自

行垦民隐匿未报和垦多报少者以一年宽限首报，且既往不咎。^{[20](P.4874-4875)}乾隆二年(1737年)定承垦荒地之令，规定只要垦荒者先行呈报，无论流寓还是土著均承认其土地所有权。^{[20](P.4883)}其后，浙江、江西诸省垦田科则皆贯彻了此原则。^{[19](10册P.1097-1101)}垦荒法令一直适用至清末，只在特定地区才予禁止私垦。

垦荒地实际上是不动产先占的主要形式，因国家鼓励或组织实施，其先占取得法有明令，产权明确。招抚流民垦荒效果显著，实现了“耕者有其田”，对生产恢复、经济发展和社会安定起到积极作用。但荒地所有权取得后，如不利用任其抛荒，则丧失所有权。《大清律例·户律·田宅》：“其还乡复业人民，丁力少而旧田多者，听从尽力耕种，报官入籍，计田纳粮当差。若多余占田而荒芜者，三亩至十亩，笞三十，每十亩加一等，罪止杖八十，其田入官。若丁力多而旧田少者，告官于附近荒田内，验力拨付耕种。”^{[7](P.190-191)}

清初还有“更名田”之制，即将明室王公勋贵占有的土地给与原耕种佃户，使其转变为国家编户下的自耕农，获得原耕地所有权。康熙八年(1669年)谕令直隶等省废藩田产免其变价，“将见在未变价田地交与该督抚，给与原种之人，令其耕种，照常征粮”^{[19](4册P.391)}，无人承种余田招民开垦。次年初又令“免其易价，改入民户，名为更名地”^{[19](4册P.429)}，只输粮免其纳租。

此外还有屯田垦荒制，其所有权本属之国家，赋以屯粮，顾屯者久种成业，实际上无异于所有者。法令虽不许其自由买卖，而屯户受经济压迫时，则又难禁止其典卖。^{[25](P.285)}实际占有者往往只要报官税契，按亩升科，便取得所有权。

五、法律拟制无主物先占

遗失物、埋藏物等因处于无人有效管领状态，律例常将其视为无主物加以拟制，从而确定物权归属和相关当事人之间的权利义务关系。

(一) 遗失物

唐宋律令称遗失物为阑遗物。《唐律疏议·杂律》：“诸得阑遗物，满五日不送官者，各以亡失罪论；赃重者，坐赃论。私物，坐赃论减二等。”^{[6](521)}该条要义在于：拾得者须将阑遗物送还官、主，否则即为侵占公私财物犯罪。送还方法一般是官物送官，私物

还主。私物无人识认则亦送官。唐令还详细规定阑遗物(包括牲畜、兵器等)送官后的公告、识认、保存、核验、认领、没官等程序。^{[26](P.506)}鉴于传统中国对于路不拾遗的道德倡导、阑遗物只是暂时脱离主人控制及立法对物主权的内容和追及效力的确认,唐宋律着力保护遗失人的财产权利,赋予遗失人几乎无限制的阑遗物追索权,而完全否定拾得人的取酬权利。

元朝孛兰奚(阑遗)收官和认领遗畜制度饶有特色,此制最早确立于元世祖中统五年(1264年):“诸处应有孛兰奚人口、头匹等,从各路府司收拾……限拾日已里,许令本主识认。如拾日已外,作孛兰奚收系。”^{[27](P.680-681)}此后法律不断完善,详定官府收管与认领的程序、期限及本主认领的权利、他人收留送官的义务等。元世祖时设置诸路孛兰奚总管府(成宗时改为阑遗监),由宣徽院统领,这在历史上绝无仅有。法律还基于公平原则规定原主应补偿收留人付出的草料等费用。

《大清律例·户律》:

凡得遗失之物,限五日内送官,官物(尽数)还官;私物召人识认,于内一半给与得物人充赏,一半给还失物人,如三十日内无人识认者,全给。(五日)限外不送官者,官物,坐赃论;(罪止一百、徒三年,追物还官。)私物减(坐赃)二等,其物一半入官,一半给主。(若无主全入官)。^{[7](P.266)}

“遗失之物,必有其主”^{[10](P.371)},故法律必设送官识认程序,这是明清律与唐宋律共同的价值原则。关于遗失物的归属,官物无变化,即须归还官府,其所有权仍归国家。私有物相较于唐宋已有显著变化:若三十日内有人识领,将一半给与得物人,一半归还失主;如无人识领,则全给与得物人。送官及招领则与唐令同,也是法定的必经程序,以防有人完全将遗失物据为私有,甚至诈窃盗为拾遗。所不同者,限外不送官而失主认领的,其物仍一半入官,一半给还失主。若无主认领则全部入官。可见五日送官程序不仅是拾得人的义务,而且关乎其利益得失。是否履行送官程序关系重大:送官而无人认领,全得遗失物;不送官则全部失去得遗失物的可能性。与唐律

相比,法律责任有细微差异,唐律以亡失罪论,赃重者坐赃论;清律一律坐赃论,但最高刑罚一样。

拾得私物依法送官后无主识领者,实际上按照无主物先占处理,拾得人取得遗失物全部所有权。显然是法律拟制的无主先占。法律不再单纯保护遗失人的所有权,对拾得人获得一半或全部遗失物作为酬劳的权利予以肯定。这种价值取向与近代以来的拾得遗失物立法基本一致。相对于唐宋律而言,它超越了伦理观念的束缚,不能不说是一种更为实际和进步的立法。

探究清代法律这种变化的原因,主要是财产关系的发展及其带来的所有权利观念的变化:拾金不昧虽仍为正统价值观所倡导,但立法也充分考量对于实际加功人(拾得人)权利的保护。

(二)埋藏物

唐宋律称埋藏物为宿藏物。《唐律疏议·杂律》:“诸于他人地内得宿藏物,隐而不送者,计合还主之分,坐赃论减三等。若得古器形制异,而不送官者,罪亦如之。”^{[6](P.520)}此条将宿藏物分为一般财物和文物(古器形制异者)两类。于他人地中掘得一般财物者,须告知地主,双方平分其物;于地中(不论官地、己地、人地)掘得文物者,须上缴官府,由官府付给酬金。隐匿宿藏物原则上均以坐赃论减三等。律疏具体规定出租(借得)田宅中发现宿藏物之归属:出租官田宅,发现人应与现承租人中分;私田宅,则由原业主(所有权人、出租人)和发现人中分。立法强调对施功者和业主的权益保护,但国家作为土地所有者放弃了对宿藏物的所有权利,以示不与民争利。而私田宅承租人如不施功力,不能享有发现者和业主的权利。在自己及官地内发现的宿藏物,均归发现人所有,但发现古器钟鼎之类则应送官酬值,由官府出价收购。可见享有宿藏物所有权的主体有三:发现者即施功之人(与地主平分);地主或出租人(与发现者平分);国家(享有珍贵文物)。

元朝沿袭唐宋发现人与地主平分埋藏物的基本原则。至元十二年(1275年)西京路王拜驴等人在贺二地内挖土掘出金钗等物,争讼至官。户部断令得物人与地主停分,由此定例:“今后若有于官地内掘得埋藏之物,于所得物内壹半没官,壹半付得物之

人；于他人地内得者，依上与地主停分。若租佃官私田宅者，例同业主。如得古器、珍宝、奇异之物，随即申官进献，约量给价。如有诈伪隐匿，其物全追没官，更行断罪。”^{[27](P.687)}租佃官私田宅者，均视为业主，原主则无权分享宿藏物。于自己地内掘得埋藏物，则全部归己所有。

清代埋藏物立法简明凝练，归属明确：

若于官私地内掘得埋藏(无主)之物者，并听收用。若有古器、钟鼎、符印异常之物，(非民间所宜有者。)限三十日内送官。违者，杖八十，其物入官。^{[17](P.266)}

发现人可获得除特定物品外埋藏物的全部所有权，不再与地主中分。特定物品即非民间适宜拥有之物，包括文物、违禁物品等则须入官。这种分类简单清楚，埋藏物之归属与发现地点的土地性质和权属不再相关联，只与发现的主体有关。这一立法体现了对加功人劳动的尊重及加功对于一般埋藏物权利归属的重要意义。发现人即加功之人，依传统法律原则和观念，无主物归加功人先占所有。

尽管埋藏物仍不算严格意义上的无主物，但因时间久远不能确定其所有人，故法律拟制为无主的意味更浓，实际上除特定物品外皆视为一般无主物：该律小注即明确释明埋藏物为无主物，故适用先占。薛允升也指出：“于官私地内云云，意多指无主而言。”^{[19](P.735)}沈之奇辑注云：“前节得遗物，无主识认，即全给。此掘得埋藏之物，自是无主者，亦应全给，故并听收用。”还解释律文未规定送官程序的原因：“此官私地内，亦犹他人地内也，特改旧法者也，谓官私之地，虽皆有主，而埋藏之物，则不知其主，若责其送官，恐启冒认妄争之端，故除古器、钟鼎、符印异常之物外，其余常物，并听收用也。”^{[10](P.372)}

六、清代先占制度的主要特点

1. 继承唐宋律无主物先占的基本制度和精神

清律基本上沿袭唐宋“山野物已加功力辄取”律的内容和精神，以“盗山野谷麦”律为先占制度的核心，尽管立法基本条款的表述和内容已有一定变化。加功力即付出劳动的凝结仍被视为所有权形成的基础，是无主先占的实质性要件。比照盗罪进行处罚依然是主要的法律保护手段。这种传统实际上

渊源久远，《礼记·月令》曰：“山林薮泽，有能取蔬食、田猎禽兽者，野虞教道之；其有相侵夺者，罪之不赦。”^{[5](P.1383)}排他性支配的形成是最先占有人得以确立的标志。法律承认此种以据为己有为意图的事实占有，因物无主故不会侵害他人，呈现出先占的自然属性与习惯法色彩。先占制度承认先占人的所有权，既可使物有所归，定分止争，又能使物尽其用，节约资源。

2. 无主物先占的适用范围及法律意义有所消解

清代无主物的认定从立法上看范围相对狭窄，主要限于自然生长之动植物、垦荒之地及拟制无主物，在司法实践层面也较为严格。随着经济的发展，物权及其保护观念发生较大变化，立法愈来愈注重规范和保护界限清晰的物主权利。同时伴随着人口增长和自然的开发利用，及国家干预立场的持续加强，无主物的存在空间也相应缩小。这是近世以来一种普遍的趋向：国内法上对无主物的国家主权先占取得，是对私主体先占取得最直接的制度替代，其完全替代模式为《法国民法典》第713条：“无主的财产归国家所有”，及第714条：“不属于任何人的物件，其使用权属于大众。”终结了私人的先占竞争。^[3]

3. 公共自然资源虽不排除天下共利，但更强调珍稀资源的国家垄断

明清律取消了唐宋律中“占山泽陂湖利”条，不再强调私人通过加功而取自然之利的权利，这在一定程度上改变了中国古代相沿已久的山川薮泽之利“与众共之”的传统，虽然并不排除自然资源的众利共享，尤其是在公共水利的使用方面，但是清代更注重国家对资源的垄断和管控。究其原因，国家既可用于垄断中获利，又便于防范资源开发利用中可能出现的聚众滋事或群体性事件，免除社会动乱的威胁，以及工商业过度发展造成抑本逐末，从而动摇帝制根基。国家为集权的需要不得不改变其传统角色和功能，更主动地干预经济生活，与民争利，并采取更多的治安预防和社会控制措施。同时，国家也在一定程度上通过管理和限制资源开发，以防止涸泽而渔，造成自然之利枯竭和发展的不可持续。

有学者认为，近代以来，文明国家多在法律上将

重要自然资源从其土地母体分离,对其单独采用主权者控制下的“许可——取得”模式,以替代将自然资源作为土地组成部分而被土地先占者一并先占的私有化模式以及将自然资源作为土地孳息而被土地物权人一并取得的私有化模式。主权者首先确立了对自然资源的国家控制权基础,弥补自然法假设中原始共同体对共有物无主体自觉的无主化拟制缺陷。^[3]由是观之,清代先占的制度实践已有向近代转型的趋势。

4. 法律拟制无主物立法更加务实简约,体现经济发展和所有权关系演进所带来的积极变化

清代遗失物立法改变了以唐宋律为代表忽视拾得人权利的做法,注重保护拾得人的权益。这表明立法在保护遗失人和拾得人之间利益方面寻求某种平衡,反映在价值追求上,实际上更大程度上将遗失物视为无主物,因拟制而承认一定程度的先占取得。所有权的绝对性和追及性受到限制,拾得人的行为不再是不劳而获,而被视为具有“加功”意义。这同时也是物权观念发生时代演进的表现,道不拾遗的传统道德观也相应地发生变化。清代埋藏物立法愈加务实灵活,不仅扩大了加功者即发现人的权利,取消了地主中分的权利,而且取消了一般埋藏物的送官程序。立法愈加突出埋藏物作为无主物的性质,强调加工者先占的基本原则和法律传统,这一点立法有显著进步,体现了与时俱进的特点。总体而言,清代遗失物和埋藏物皆为法律拟制无主物,而后者更为纯粹。

七、余论:以“一田两主”为例的省思

传统中国在数千年生活和交易实践中形成了一套独特的关于物权的观念、制度及其表达,这一点不能完全以西方近代以来的相应概念解释和附会。譬如,传统中国的“业”,蕴意丰富,以具有用益权兼有买卖处分权作为其内涵。业本指“有秩序的经营”,后转用于“施以经营的物体”。明清律、条例及民间契件已普遍使用,不但指不动产本身,而且抽象地表现所有权,亦用于典权、永佃权、地基权等强有力的用益物权。一田两主即为重要的固有法上之“业”,是以土地使用收益为其内容的权利,即所谓“分割所有权”。^⑧

一田两主所表示的是一种习惯上的权利关系,即把同一块土地本身分为上下两层,被分开的土地(称田皮、田面、皮业、小业等)和底地(称田根、田骨、骨业、大业等)分别为不同的人所有。地上的权利和底地上的权利相并列,是一个永久性的独立物权,可以看到直接生产者的地位正在显著增强。无论是上地还是底地,在其作为“业”这一点上是等质的。^{[23](P.222-223)}一田两主源于永佃关系的发展,充满复杂的斗争过程。永佃权取得主要源于国家奖励垦荒政策和佃户为垦荒长期自投工本从事土地改良。永佃人享有耕种、占有地上孳息物及转佃和典押等权利,不因地主出卖土地而丧失,遂有“卖田不卖佃”“倒东不倒佃”“金皮银骨”等民谚。一田两主的流行使得租佃关系复杂化,原田主所有权不断弱化;又因涉及田租义务引起政府的干预。^⑨

可见,所有权不是一个逻辑的概念,亦非必然的、确定不动的概念,而是一个历史的范畴:因历史和政经情势转变而演进,离开了所处时间、地点的社会经济基础便不复存在。戴炎辉认为,我国固有法之业主权,很类似日耳曼法而非罗马法之土地所有权:如注重于其使用收益权,与强有力的所谓限制物权同其性质;附有负担、期限或条件,又有大小租(田骨、田面)之分阶级者;常具有身份色彩,受到团体的限制。^{[4](P.283-284)}这一观点颇有见地。传统中国与日耳曼社会民情更为相似,如团体本位的权利观、经验主义与重实践理性、重农传统等。

传统中国以其独特方式建构起其具有丰富内涵与样态的物权规范体系,以构筑与社会风习民情相适应的民事关系与法律秩序。先占制度的最终价值在于定分止争,旨在实现对资源之有效利用,从而建立人与物之间的有效联系。在理论上意义非常重大,它能够对私有财产所有权起源提供理论解释。^[28]清代先占制度于此传统与习惯的语境中得到较充分的发展,或可为现代民事立法特别是民法典的编纂提供值得借鉴的历史经验。

近年来学界时有以编纂民法典为契机建立我国先占制度的讨论,特别是现行民事基本法既未认可无主物先占,也未承认取得时效制,被视为某种缺失和遗憾。^⑩而关于遗失物、埋藏物的现行规定被认为

不仅缺乏现实社会的正当性基础,而且有悖于分配正义原则。^[29]镜鉴历史,观照现实,正是今人建立文化自觉与制度自信的必由之径。

注释:

①史尚宽先生认为,先占为“原始社会所有权取得之惟一方法”。参见史尚宽:《物权法论》,中国政法大学出版社2000年版,第123页。

②关于唐代无主先占制度的讨论,可参见顾元:“论唐代无主物法律制度”,载《中国法学》2020年第3期。

③本文所引“盗田野谷麦”律附例主要依据《读例存疑》(卷二九“刑律”之五“贼盗中”之三)和《大清律根原》,条例编号顺序亦据薛氏著。参见胡星桥、邓又天主编:《读例存疑点注》,中国人民公安大学出版社1994年版,第483-493页;清吴坤修等:《大清律例根原》,上海辞书出版社2012版,第1040-1070页。

④在大多数近代国家,为防止原始先占正当性缺陷在不动产利益分配中重演,对无主不动产皆以主权先占替代私人先占,将私人先占取得客体限于无主动产。如《瑞士民法典》第656条允许“无主不动产”通过登记被先占取得。参见张力:“先占取得的正当性缺陷及其法律规制”,载《中外法学》2018年第4期。

⑤从“盗卖田宅”律附例关于严禁砍伐贩卖林木、私召异籍之人开垦公共山场、强占种屯田等规定看,这一取向更为明显。

⑥具体规定为:“凡州县内有出铜铁处,官未采者,听百姓私采。若铸得铜及白镞,官为市取;如欲折充课役,亦听之。其四边,无问公私,不得置铁冶及采铜。自余山川藪泽之利,公私共之。”参见《唐六典》卷三〇《三府督护州县官吏》。

⑦即使田主回,除坟墓、房舍归还故主外,有司于附近拨给耕种,不听其争讼:“复业人民,见今丁少而旧田多者,不许依前占护,止许尽力耕垦为业。”参见《明会典》卷一七《户部四》“田土”。

⑧关于固有法不动产权(业主权)的本质与分割所有权的讨论,可参见戴炎辉:《中国法制史》,中国台湾三民书局1966年版,第282-284、301-303页。相关社会经济背景的分析,可参见傅衣凌:《明清农村社会经济明清社会经济变迁论》,中华书局2007年版。

⑨参见张晋藩:《中华法制文明的演进》,中国政法大学出版社1999年版,第568-569页。关于明清地权结构与秩序的讨论,可参见汪洋:“明清时期地权秩序的构造及其启示”,载《法学研究》2017年第5期。

⑩关于建构我国现代先占法律制度的讨论,可参见陈华彬:“论编纂民法典物权编对《物权法》的修改与完善”,载《法治研究》2016年第6期;闫黎丽:“先占制度立法可行性研究——以‘彭州乌木案’为中心”,载《河北法学》2015年第9期。

参考文献:

- [1][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2005年版。
- [2]周相:《罗马法原论》(上册),商务印书馆2005年版。
- [3]张力:“先占取得的正当性缺陷及其法律规制”,载《中外法学》2018年第4期。
- [4]戴炎辉:《中国法制史》,中国台湾三民书局1966年版。
- [5](清)阮元校刻:《十三经注疏》,中华书局1980年版,影印本。
- [6](唐)长孙无忌等:《唐律疏议》,刘俊文点校,中华书局1983年版。
- [7]《大清律例》,田涛、郑秦点校,法律出版社1999年版。
- [8](清)吴坤修等:《大清律例根原》,上海辞书出版社2012版。
- [9](清)薛允升:《唐明律合编》,怀效锋、李鸣点校,法律出版社1999年版。
- [10](清)沈之奇:《大清律辑注》,怀效锋、李俊点校,法律出版社2000年版。
- [11](清)吉同钧纂辑,闫晓君整理:《大清律例讲义》,知识产权出版社2018年版。
- [12]胡星桥、邓又天主编:《读例存疑点注》,中国人民公安大学出版社1994年版。
- [13](明)雷梦麟:《读律琐言》,怀效锋、李俊点校,法律出版社2000年版。
- [14](元)徐元瑞:《吏学指南》,中国台湾文海出版社有限公司1979年版。
- [15](清)王明德:《读律佩觿》,何勤华等点校,法律出版社2001年版。
- [16](清)沈家本:《历代刑法考》(四),中华书局2013年版。

- [17](清)祝庆琪等编:《刑案汇览全编》,法律出版社2007年版.
- [18]《大清五朝会典》第四册“雍正会典二”,线装书局2006年版.
- [19]《清实录》,中华书局1985年版,影印本.
- [20]《清朝文献通考》,浙江古籍出版社1988年版,影印本.
- [21]《大明律》,怀效锋点校,法律出版社1999年版.
- [22](明)宋濂等:《元史》第九册,中华书局1976年版.
- [23][日]仁井田陞:《中国法制史》,牟发松译,上海古籍出版社2018年版.
- [24]《清会典事例》第二册,中华书局1991年版,影印本.
- [25]陈顾远:《中国法制史概要》,商务印书馆2011年版.
- [26]《宋刑统》,薛梅卿点校,法律出版社1999年版.
- [27]方龄贵校注:《通制条格校注》,中华书局2001年版.
- [28]杨峰:“先占的历史考察与制度功能——兼论我国《物权法》中先占制度的确立”,载《法学杂志》2006年第3期.
- [29]张国清:“分配正义与社会应得”,载《中国社会科学》2015年第5期.

On the Legal System of Preemptive Occupation in Qing Dynasty: Centering on Article Stealing Grain and Wheat in the Field of the Penal Code

Gu Yuan

Abstract: On the basis of inheriting Tang Code, Article Stealing grain and wheat in the field of the Penal Code of Qing dynasty established the system of preemptive possession of ownerless things, but there were significant changes. Preoccupation is still based on applying labor as the fundamental element. The Penal Code of Qing dynasty abolished Article occupying the natural resources of mountain and lake in the laws of the Tang and Song dynasties and to a certain extent, it changed the tradition of sharing the benefit with others of mountains and rivers. Although the Qing dynasty did not exclude the sharing of public interests in the use of water resources, it paid more attention to monopoly and control of resources, and embodied the trend of modern transformation of preemption. In order to centralize power, the state had to adjust its traditional role and function, intervene in economic life more actively, compete with the people for profits, prevent the exhaustion of resources, and take more measures of public security prevention and social control. The legislation of the lost property, buried property and other legal fiction of ownerless property was more pragmatic and concise, reflecting the positive changes brought about by economic development and the evolution of ownership relations. The system of preemption developed in the unique context of tradition society, which may provide a mirror for modern civil legislation.

Key words: Penal Code of Qing Dynasty; Ownerless Property; Applying Labor; Preemption