

《北大法律评论》(1998)

第1卷·第2辑·页427-504

Peking University Law Review

Vol.1, No.2, 1998, pp.427-504

中国近代农村土地交易中的 契约、习惯与国家法*

赵晓力**

ABSTRACT

This essay investigates the land transaction customs and contracts that prevailed in the village land market before the 1950s. The author argues that the customs and contracts maintained the frequent land transaction, which was largely resulted from the social structure of the village and the change of labor /land ratio among peasant households. Unfortunately, the effort in modernizing traditional legal system in the first half of the century failed to re-institute the land transaction custom into a new western-style civil code. The author suggests that, in the process of legalizing the current ru-

* 本文是在我的硕士学位论文(赵晓力, 1996)的基础上修改而成的。感谢“法律文化研究中心”1996年9月29日为本文举办的研讨会(参见法律文化研究中心, 1996)。感谢梁治平、郑戈、张乃根、邓正来、强世功、朱苏力、彭冰、金勇军、陈旭刚、杨柳、蒋云峰等师友对本文的讨论, 他们的批评和建议对本文的修改至关重要。但文中的一切错误仍应由作者承担。

** 北京大学法律系博士生(100081)。E-mail: zhaoxl@ihw.com.cn

ral land redistribution system, legislators should take into consideration the grass-roots practices accumulated during the rural reform since 1980s.

一、导 论

1970年代末到80年代,中国农村广泛实行了以家庭联产承包责任制为核心的改革。改革废除了延续二十多年的“三级所有、队为基础”的公社经济体制,^①而把农民家庭重新确立为基本生产单元。但是,“队”并没有在体制和观念上消失,它拥有法律规定的土地所有权,^②并仍然是土地再分配的基本单位,^③虽然一般情况下它已经不再有动员“社员”劳动力的权力。

在中国农业目前的技术条件下,土地和劳动力仍然是最重要的两项生产要素。承包制采取了按家庭人口分配土地的办法,有的还考虑到人口的年龄和性别状况,而对按人头分配加上了劳力的权重,成为按人、劳比例或纯按劳力分配。根据“国务院发展研究中心中国农地制度课题组”对全国253个村庄的抽样调查,69.4%的村庄按人口分田,25%的村庄按某种人劳比例分田,4.37%的村按劳力分田,1.29%的村实行专业队或专业组承包

① 对公社制的描述,参见张乐天,1998。

② 1986年颁布,1998年8月29日第二次修订的《中华人民共和国土地管理法》第10条规定:“农民集体所有的土地依法属于村农民集体所有的,由村集体经济组织或者村民委员会经营、管理;经济分别属于村内两个以上农村集体经济组织的农民集体所有的,由村内各该农村集体经济组织或者村民小组经营、管理;已经属于乡(镇)农民集体所有的,由乡(镇)农村集体经济组织经营、管理。”这里的村民委员会和村民小组可以看作是公社时期“大队”和“小队”的延续。

③ 《土地管理法》第14条:“在土地承包期限内,对个别承包经营者之间承包的土地进行适当调整的,必须经村民会议2/3以上成员或者2/3以上村民代表的同意,并报乡(镇)人民政府和县级人民政府农业行政主管部门批准。”

(何道峰, 1993)。^④ 这说明, 土地的初次分配是根据家内人口规模进行的, 结果使各家的人地比例或劳地比例趋向平均。

但是, 家内人口是动态人口, 随时处于变动之中。影响现阶段中国农业人口变动的因素有出生、死亡、娶进、嫁出、户口农转非以及转营非农产业等等。人口变动了引起各家人地比例的变动, 人多地少的家庭, 劳动的边际产出减小而土地的边际产出增大, 人少地多的家庭则劳动的边际产出增大而土地的边际产出减小, 从而产生潜在的交易或再分配的动力。

但是, 与一些经济学家的预期相反, 土地使用权在家庭之间的交易并未成为主流,^⑤ 大多数村庄采取了“调整土地”即再分配的办法。何道峰的研究表明, 自从实行联产承包责任制以来, 有 65.2% 的村庄对承包地进行过调整, 调整土地的村庄, 70—80% 的首位原因是人口变化, 15% 左右的村虽然当初没有规定随人口变动调整土地, 但在群众的强烈要求下, 村委会也不得不采取调整措施。迄今土地调整已不止一次, 而多达三次以上。(何道峰, 1993)

中国目前的这种“村级土地制度”, 即土地资源的流转按再分配(政治)方式而不按交易(经济)方式, 的确是历史上的新

④ 据 1987 年农民改革意向问卷调查数据, 按人口承包土地的占 71.5%, 按劳动力承包土地的占 5.2%, 按人、劳比例承包的占 21.5%, 投标承包和其它占 1.8%。另外, 有 80% 左右的农民认为, 增加人口或劳力要求增加承包地、减少人口或劳力别人要求减少他的承包地, 都属“应该”(中共中央政策研究室, 农业部农村固定观察点办公室, 1992:328—329)。

⑤ “使用权的市场, 前几年并不如预期的那样发育起来。课题中提供的数字, 转包的土地只有 1% 多一点”(国务院中国农地制度课题组, 1993:2)。土地转让的村级制度与规则, 见何道峰 1993; 湖南省怀化地区山地使用权转让的个案研究, 见刘守英, 1993; 贵州湄潭土地试验区的个案研究, 见周其仁, 1994b; 早期的观察, 见周其仁, 1994a。

景象。^⑥ 在政策上,有人主张国家和村庄不再拥有土地的再分配权,而让土地在农户之间自由流转(杨小凯等,1994),^⑦ 有人主张保留目前的制度(罗小鹏,1994),或鉴于彻底私有化的巨大困难,主张先完成包产制的合法化(周其仁,1994c)。

本研究并不必然支持这个或那个政策建议。本文试图证明:在土改之前,中国农村也是家庭经营占主流,但和现在不一样的是,土地交易,而不是土地再分配是应付家庭人口变动带来的土地和劳力边际产出在村庄范围内不均衡的主要手段;而这种交易的完成则需要一系列的支持性制度。本文试图通过对文献的梳理,找出这些支持性制度,并考察它们在中国近代国家法制变革背景下的命运。不管是主张保留目前的“调地”制,还是废除它而代之以市场,不管是准备采取哪一种自上而下的政策和法律措施来贯彻这些主张,本文都强调:对基层和民间的制度实际的考察和剖析都是不可缺少的。

本研究所使用的大部分材料来自《中国民事习惯大全》(以下简称《大全》)一书,该书由法政学社编,上海广益书局1924年出版,凡六册,藏北京大学图书馆。《大全》一书的材料又来源于北洋时期北京司法部所组织的民商事习惯调查。后来该部将这一调查汇编为《民商事习惯调查录》(以下简称《调查录》)一书出版,我所见的是台北进学书局1969年影印本。其《凡例》云:“本书系就前北京政府司法部修订法律馆及各省区司法机关搜罗所得之民商事习惯调查录,将关于民事部分先行付印。”即全书实际上只包括民事部分。

⑥ 关于江苏常熟市、北京顺义县和陕西武功县调整承包田的情况,参见国务院发展研究中心土地课题组,1992:74—77,86—89,102—106。“调地”的过程,参见周飞舟,1996。

⑦ 杨小凯等,1994的经济计量研究认为:“如果中国政府1987年使土地自由买卖合法化,则中国农民的人均真实收入会在1988年至少增加30%。”

学者们习用的是《调查录》而非《大全》（如居密，1992，梁治平，1996）。我之所以选用《大全》而非《调查录》只是因为《调查录》分类过粗，不便翻检，而《大全》的分类则相对细致些。其物权编分为“不动产之典押习惯”、“不动产买卖之习惯”、“不动产之权限”、“地上权之习惯”、“佃租之习惯”、“抵押权之习惯”、“关于共有权之习惯”、“关于质押之习惯”、“经界识别及田亩计算法”十类，虽然分类错误多有，比如一田两主、田底田面，有的分入“不动产之权限”，有的分入“佃租之习惯”，但相对于本文的目的而言，这种按习惯类别而非地域为主要指标的分类法，检索起来更方便些。不过，《大全》中每条材料下并没有象《调查录》那样附上调查者的职务姓名，故本文中有有一个地方还是用到了《调查录》。

北京司法部 1927 年 11 月—12 月间出版的《司法公报》第 242 期刊载了关于这次民商事习惯调查的一些文件及说明。从这批材料中可以得知：民商事习惯调查肇始于清宣统年间，由当时的修订法律馆拟定调查问题分发各省调查局及各县，选送答复清册，这些调查属于问答体，但不知何故一直未见出版。

1917 年 10 月 30 日，奉天高等审判厅厅长沈家彝呈请司法部创设司法部调查会。其呈文曰：“窃查奉省司法衙门受理纠纷案件以民事为最多，而民商法规尚未完备，裁判此项案件于法规无依据者多以地方习惯为准据。职司审判者苟于本地各种习惯不能尽知，则断案即难期允惬。习惯又各地不同，非平日详加调查，不足以期明确。……”，这份呈文的出发点是调查习惯以补法之不足，并透露出当时的司法裁判于习惯多有依赖。

沈家彝的呈文于 11 月 2 日到部，同年 11 月 9 日指令照准。北京司法部参事厅旋通令各省区高等审判厅依照办理，并于 1918 年 1 月 29 日草拟令文呈当时司法总长江庸核定，同年 2 月 1 日缮发。民商事习惯调查遂通行全国。

从各省民商事习惯调查会的会章来看，会长一般由本省高等审判厅厅长兼任，会员由各级各地审判厅法官、承审官充当，但也吸收各级检察厅检察官、书记官、各县知事、商会会长等入会或担任名誉会员。河南、山东调查会会章规定本省律师公会对于民商事习惯如有意见陈述者得具报告书函送以备参考。由此可见调查会大部为司法专业人员组成。

各省的调查规则大同小异。京兆民商事习惯调查会调查规则规定，应调查之习惯包括：“一，民商事之习惯业经审判上采用者；二，虽未经审判上之采用而已成为一种习惯者；三，足征民情风俗之一斑者。”并规定其认为不良之习惯或有违反公益者亦应列入报告附加说明。即调查范围不限于审判过程，但在调查中对习惯就已有有所臧否，从这一点可以看出这并不是一项中立的学术调查。

调查过程中的编目与分类是按照当时的民商律草案进行的。直隶民商事习惯调查会“调查方法”规定：“会员应各就经办案件随时留心体察，亦依民商律草案之目次分任编录，若无与商民律草案目次相合之习惯，仅可从阙；其不能归纳于民商律草案目次以内者，亦应分别民商列为别录。”

从以上资料和调查形成的《调查录》或《大全》来看，这次民商事习惯调查是为了具体的司法和立法目的、由专业司法人员实施、以西方民商事法律体系为调查大纲的一次调查。这些特点提醒我们，在使用这批材料时，应充分注意材料中由于调查者身份和知识背景，以及方法和程序所带来的偏见或可能的遗漏。

本文分为六部分。第一部分为导论；第二部分描述了土改前土地交易的社会经济背景；村级土地市场；第三部分讨论了土地交易的整个过程；第四部分介绍了中国南方一些省份所特有的一种土地产权现象“一田两主”及其交易习惯；第五部分集中讨论

了土地交易中民间契约和习惯结成的非正式制度与前现代国家法以及法制近代化以后国家法的关系，用到了前文里的一些例证，最后评论了近期修订的《中华人民共和国土地管理法》中关于“承包经营权”和“土地调整”的有关内容，指出立法应对农村改革以来的基层实践经验加以更多考虑。

二、村级土地市场

上文曾经指出，随着各家人地比例的变动，对超越家庭的资源配置方式的制度需求就出现了。人们对家庭联产承包以后农村并未出现土地使用权市场或土地市场大惑不解。而本文则企图证明，土地产权市场的出现并不是一个呼之即来的过程，它可能需要一系列的支持性制度。

透过市场的农业资源配置有多种方式。对于一个无地或少地的农户，他可以选择（1）积累一笔剩余，买进所需的土地；（2）以交租为条件，租赁他人的土地；（3）受雇于人，作为雇工耕作别人的土地。对于有剩余土地的农户，相应地也有三种方式（1）出卖土地；（2）出租土地；（3）雇工经营。^⑧

显然，以上三种方式只有土地买卖才引起地权的变动，所以我们可以反过来通过地权的变动来估计土地买卖的情况。^⑨ 这当然只有在土地买卖成为地权变动的主流时才适用。

^⑧ 实际上出现的可能是这六种方式的结合。1934—35年，在当时全国经济委员会所属全国土地委员会和财政部、内政部的指导下，对全国16个省的土地状况进行了调查，取得了被认为是“30年代最好的数据”（费正清 [编]，1993：92）。调查统计表明，只有一种身份（地主、自耕农、佃农、雇农）的占全部1745, 344个农户的67%，兼有两种以上身份（地主兼自耕农、地主兼自耕农兼佃农、地主兼佃农、自耕农兼佃农、佃农兼雇农）的占25%（费正清 [编]，1993：98，表17）。

^⑨ 另外，还可以用自耕农、半自耕农、佃农身份的变动来估计地权变动的情况。参见许涤新、吴承明，1993：291—293。

国内的经济史家大都同意，清代和明朝一样，地权都经历了一个从平均到不平均，从分散到集中的过程（许涤新、吴承明[主编]，1985:214—220），但清朝土地买卖对地权变动的影响可能更大。第一是清朝没有明代那么多豪绅地主，以庶民地主居多，他们不可能通过超经济强制来获取土地，这就是所谓地权转移中暴力性因素减少而经济性因素增加（中国第一历史档案馆、中国社会科学院历史研究所[编]，1988:4）。第二是税制的变化。在明朝后期一条鞭法的税制改革实行之前，沿用的还是唐宋以来的两税制，国家税收主要征收实物和劳役，而且按土地征收的“赋”和按户口征收的“役”又是分别征课，前者是比例税，后者是定额税，两者加在一起，便使总税率出现累退倾向。特权者享有的税收优免又加剧了这种倾向，土地越少，地位越低，负担的赋和役却越重，这就使少量土地所有权在赋役重压之下从权益变成负担，从而出现小民弃产逃亡和带产投献特权地主的现象，弃产逃亡和带产投献显然也能引起地权的变动，但它却不是经济性的，从这种地权变动是看不出土地交易的状况的。

从一条鞭法到清代前朝的摊丁入亩基本上改变了这种状况：“因投靠及投献而造成土地集中的现象，到了清朝才逐渐缓和下来。……清政府将官吏缙绅优免赋役的特权大为缩小，自一品官至生员吏丞，只免本身丁徭，其余赋课仍须缴纳。这样就基本上消除了献产投靠的客观条件。”（赵冈、陈钟毅，1982:187）。

去掉超经济强制和投献田产，还有继承也可能引起地权的变动。中国传统的多子平分继承制常常使得大地产变为平均的几份小地产。^⑩ 但和前两者相反，多子平分继承是使土地分配变得平

^⑩ 40年代陕北的调查印证了这一点：“第二个引起土地所有权变动的形式是因为人口增加等原因所引起的农户析产分居，一块土地分为几份，由原来一个较大的农业经营单位变成更小的几个农业单位。这种变动使得土地占有关系变得更分散”（柴树藩等，1979:73—74）。

均的一种力量。

如果我们接受清朝初年土地分配还比较平均的说法,而从那时起至本世纪三十年代,这期间并未发生大规模的、持久的影响土地分配的外生事件,但土地的占有已变得相当不均。^①扣除继承的平均化作用,应该说土地买卖起了相当大的作用。

以上纯粹是逻辑推演的结果。究竟土地交易在近代达到了一个怎样的规模,还有赖于对史料的仔细检视。不过,李文治根据明清文人记载的研究(李文治,1993),章有义根据明清徽州地区的置产簿、租簿等私家文书的研究(章有义,1984,1988),杨国桢对明清两代鲁皖、江浙、闽台等地土地契约文书的研究(杨国桢,1988),都认为明清以来土地的立契买卖已成主流。

这里我们所说的土地交易的规模指总交易亩数,它等于一定地区一定时间内土地交易的次数与每次交易亩数的乘积。我想指出的是,明清以来中国农村土地交易的一般特点是高频率与小亩数共存,成片大块买进卖出极少。而正是这个特点决定了土地交易只能在村级市场上完成。

先看看华北的情况。根据罗仑、景甦的调查,山东章丘县太和堂李姓地主,从乾隆二十六年(1761年)至光绪三十一年(1905年)这145年间,共购进土地515.92亩,立契105张,平均每次买进4.91亩,最大的两笔交易都发生在同治七年,每笔30亩,最小的一笔交易仅0.11亩(据罗仑、景甦,1985:65—68表计算)。

再看南方的情况。徽州休宁朱姓地主,从康熙五年(1666年)到道光8年(1829年)164年间分73次购进田、园、地、

^① 1934—35年全国16省土地状况调查表明,在1295,001个农户中,平均每户占有的土地为15.17亩,低于平均数15亩的户数占72.8%,而他们占有的土地只占总亩数的28.3%。相反,户均50亩以上的户数只有4.8%,他们占有的总亩数却达到33.9%(费正清[编],1993:91,表15)。

山共 108.099 税亩，平均每次 1.48 税亩，分 25 次购进田皮、山皮共 47.632 税亩，平均每次 1.91 税亩（实际亩数可能比税亩偏大）（据章有义，1984：88—89 表计算）。

赵冈、陈钟毅的研究表明了同样的状况：“遂安县同治元年至十三年之归户推收册，登记了境内这十三年中所有的土地买卖交易，这个推收册大概是境内某部或某区的登录，但没有写明地点。册中记明在这十三年中有三百余户有土地买卖交易。我们随机推选一百笔交易，每笔平均 0.59 亩。从时间上来看，每年平均有二十余笔交易。另一本遂安县归户推收册包括光绪元年至三十二年这一段时间境内的土地买卖交易，随机抽选一百笔，平均每笔 0.91 亩，第三本遂安县归户推收册包括光绪元年至三十四年，推选一百笔交易，平均每笔交易 1.46 亩。……另外还有一本县名不详的归户推收册，包括时间较长，从光绪二年至民国五年，土地交易的笔数也很多。我们随机抽选三百笔，得出平均每笔交易面积 1.56 亩。”（赵冈、陈钟毅，1982：220—221）

这种状况在本世纪中叶土地改革之后仍维持着。据 1954—1955 年调查，河北通县田家府村从 1951 年 1 月至 1954 年底 4 年间，共发生土地买卖 29 起，平均每起交易面积 3.75 亩，典当 7 起，平均每起 3.14 亩。大多数交易是在村内或邻村之间完成的。29 笔土地买卖中，买方或卖方是外村人的 14 起，余下 15 起买卖均在本村人之间进行。7 起典当土地事件中交易双方均是同村人（林子力等，1955）。

然而用土地交易的小额化与细零化来推断土地交易大多在村级土地市场上完成，仍嫌不够。我们还需要更多的直接的证据。^⑫ 这方面，由日本南满洲铁道株式会社调查部门于三四十年

^⑫ 陕北米脂县杨家沟地主马维新在村级土地市场上的买、典个案，参见延安农村工作调查团，1980：24—88。

代在华北和长江三角洲地区所做的调查可能会对证实或证伪“村级土地市场”这一论断提供详实的材料。关于这批材料的用法，请参阅黄宗智已出版的两本中文著作（黄宗智，1986，1992）。

三、土地交易中的契约与习惯

上文指出：近代农村土地交易，尽管总的交易量很大，但因为每笔交易额数都很小，买卖的频率可能很高。上文的第二个结论是，这种高频率、小亩数、细零化的交易，大部分是在村级市场上完成的。

村级市场包括和本村人的交易，以及和邻村人的交易。正如上文所说，有清以来，土地交易中暴力因素的减少，使得市场的作用空前地加强了，相信大部分交易都采取了书面契约的形式（杨国桢，1988）。但是，这种村级市场并不等于新古典经济学教科书所描述的那种完全竞争的市场，那里买卖双方只对惟一的市场参数——价格作出反应。在村级土地市场中，交易者本身即处在错综复杂的人际关系之中，“家族关系、互惠原则、礼品、道德以及诸如此类的因素无不起着重要的作用”（黄宗智，1992：94）。

关于土地交易中的契约与习惯，前辈学者已做了大量的工作。我的研究特别倚赖杨国桢对明清两代土地契约文书的研究（杨国桢，1988），以及周远廉、谢肇华根据清代乾隆朝（1736—1795）刑科档案题本所做的土地交易制度的研究（周远廉、谢肇华，1986）。

周和谢从大量第一手档案材料中发现，清代前期，“买卖田产的手续，……一般是从业主请托中人，先问亲房原业，然后寻找买主，三方当面议价，书立卖地文契，交纳田价，付给画字银、喜礼银、脱业钱，丈量地亩，并依照法则，报官投税，更写

档册，过割银粮，这样算是进行了买地的第一个阶段。嗣后，还要经过找价、回赎、绝卖，才彻底地完成了这块田地的买卖。”（周远廉、谢肇华，1986:34）令人惊异的是，二百年过去，本世纪前期的民商事习惯调查和地政学院学员同时期的调查所呈现的，仍然是这么一套程序，尽管细节上各地的繁简可能有所不同（钱承泽，1977，萧铮 [编]，1977:30256—30272）。以下我们对土地交易过程中的主要程序及习惯作一分析。

1. 觅买文书

安徽省：不动产买卖契约未成立之先，由卖主先立草约，谓之水程字。如甲有产业出卖，先将该业坐落、四至、亩数、钱粮及时值价额，开载水程字，托交中证等代觅卖主，以便审查后易于商定价值。（《大全》四:24）

这种“觅买文书”在安徽天长县又称为“经帐”（《大全》四:25），安徽当涂称为“允议字”（《大全》四:22），湖南临澧县称为“准字”（《大全》三:41），陕西镇巴县称为“许成”（《大全》四:9），陕西南郑县、洋县称为“清中字”（《大全》四:10），它和日后订立的正式契约有区别。例如：

河南邓县：凡买卖田地，则以大约为凭，若仅书草约，双方均得声明毁约，至过割钱粮，尚非要件。（《大全》四:6）

在有些地方也可转化为正式契约，但需另行注明：

直隶定兴县：草契载明出卖价额，交与中人介说，有情愿照价承买以接草契为定，但草契须注明“接契为定”四字。（《大全》四:2）

这种草约对双方都有一定的拘束力：

湖南临澧县：临澧县民间买卖田产，先由卖主亲书草约，载明某处田亩若干，时价若干，交由中人介绍买主，俗称准字，经买主接受后，即协同中人前往勘明，再议定价。惟该项准字既由卖主书立，并经买主接受，则买卖双方均应受其拘束。如一方或有反悔，即应负相当赔偿之责。（《大全》三：4）

——然而如何赔偿，却并不清楚。有些地方，买方接受草契后，还要交付一定数额的定金。有趣的是，1986年《民法通则》89条第3款给付定金者违约不得要求返还定金、接受定金者违约当双倍返还定金的规定，和这里的习惯非常相似：

安徽当涂县：当涂不动产买卖约定时，必先凭中由卖主书立允议字交与买主，买主立即付定洋，或数十元，或百元不等。其议字内预订立契日期，如买主翻悔或迟缓期间，将所交之定洋作为罚款，并将允议字退还卖主，或卖主翻悔，除退还定洋外，另照定洋数目加一倍赔罚，方可收回允议字。（《大全》四：22）

安徽繁昌县：不动产之买卖，当事人于未成契之前，所有该产业之内容价值，均由双方凭中议定，由买主先交定金若干，交卖主收执，定期成交，名曰成交字。届期如卖主违约，除退还买主交出定金外，并应依照买主交出定金之额，认罚违约金，且担任酒资等费。若违约出于买主，则其前出之定金及其所用去之杂费等项，即无请求卖主偿还之权，以为违约之罚。（《大全》四：2）

所谓“并应依照买主交出定金之额认罚违约金”，这已经是用西方法律术语来叙述中国民间习惯了。更值得注意的是第一条。我们推测，在民间缺乏强有力的第三方执行的情况下，契约和习惯法的实行更多地应倚赖当事人之间的互相牵制。在安徽当涂，如若卖主（接受定金者）反悔，除非双倍返还定金，“方可

收回允议字”，那么允议字对他来说可能具备某种意义，或不收回便会有所不便。可惜调查资料并未告诉我们这一点。

2. 亲邻先买权

中国古代的土地、房屋等不动产买卖，长期存在着亲邻先买权的习惯。所谓亲邻先买权，是指出卖田产房屋须先遍问亲邻，由亲邻承买，如亲邻不愿承买，方可径卖他姓和他人。“若卖业不先向亲族尽让，径行卖与他姓，则亲族即可出而告争。”（《大全》四：10，陕西神木县习惯）。清代乾隆朝刑科档案题本记载了不少因亲邻先买不成酿成的命案（中国第一历史档案馆、中国社会科学院历史研究所 [编]，1988），表明清代前期，亲邻先买权的流行。杨国桢的契约研究也表明，“到了清代，先尽房亲、地邻的习俗依然保存下来，但在文契上的限制有所松弛，可以不必用文字在契内标明。”（杨国桢，1988：235）只是文契内的略写，并不一定表明亲邻先买权的衰落（江太新，1990），有时候，文契内的略写或不写恰恰表明，这种习惯已在社会生活和人们的意识中“固化”下来，成为“不言自明”的东西。

表 1. 先买权的顺序

地点	内容	出处
福建闽清县	业主亲族有先买之权	《大全》三：14—15
江苏盐城县	房屋买卖，先尽亲族，亲族不受，然后转卖他人	《大全》三：31
湖北汉阳县	先尽典主，亲房，次疏房，再次邻里	《大全》三：35
湖北郧县、兴山县竹溪县	先尽亲房，次典主，次抵押主，再次邻里	《大全》三：35
湖北五峰县	先尽本族，由亲及疏，次尽姻戚，亦由亲及疏，如均无人承买，即应由承典人或承租人先买。但各种先买权人，如有故意捐价之事实，即得不拘顺序，径卖他人	《大全》三：35

(续)

地点	内容	出处
湖北麻城县	无一定顺序	《大全》三:35
湖北广济县、潜江县	先尽亲房,次及邻里;如地已典出,则先尽亲房,次及典主,再次邻里	《大全》三:35—36
湖北谷城县	先尽亲房,次及典主	《大全》三:36
湖北巴东县	先尽亲房,次及典主,若邻人认为与己有利害关系,或系为收回祖业者,得重价买之,其买得者为最高价人	《大全》三:36
湖北京山县、通山县	先尽典主,次及亲房。各种先买权人,如有故意抬价,得径卖他人	《大全》三:36
湖南益阳、宁乡、宝庆、泸溪、常德等县	卖产先尽亲房	《大全》四:1
安徽来安县	先尽同族或上业主	《大全》四:4
安徽泗县	先尽本族	《大全》四:21
直隶高阳县	先尽去业主、亲族及地邻	《大全》四:2
绥远	卖房尽邻,卖地尽畔	《大全》四:5
河南中牟县	田地出卖,先尽四邻	《大全》四:8
陕西华阳县、华县、神木县	先尽让亲族,由亲及疏,俗有“尽内不尽外”之说	《大全》四:10
陕西汉中道属二十四县及扶风县	先尽亲族,次尽地邻,再尽当主	《大全》四:10
陕西枸邑县	先尽亲族次尽当主	《大全》四:11
陕西洛南县	先尽亲族、地邻,次尽老业主	《大全》四:11
吉林榆树县	族邻有优先留买权	《大全》四:25—26

表1列举了各地关于亲邻先买权的习惯作法。我们从中可以看出,在土地买卖中:(1)亲房或亲族拥有第一先买权,而在亲族内部,又遵循先亲后疏的原则;(2)如地已典出,典当主一般拥有第二位优先权,在湖北的汉阳、京山、通山,他甚至居于亲房之先;(3)如地未典出,则地邻一般拥有第二优先购买权,但

是，地邻的先买权并非如亲族那样普遍，且很不稳定。

对于典权人这种他物权人的先买权，各国法律似乎也并不否认。争论的焦点在于亲邻的先买权。

关于亲邻先买权，国内的经济史学者异口同声地加以诟病，认为它是“封建的”，妨碍了土地的自由买卖，进而也妨碍了中国“资本主义萌芽”的发展（李文治，1993：508—509）。

本文的旨趣与此不同。从亲邻先买权的长期地、广泛地存在，我推测，这种制度必定和一定的社会经济基础相联系，并且，它的存在还有助于发挥某种功能，以维护相应的社会经济基础。这个社会经济基础就是我所说的“村级土地市场”。

上文的研究表明，中国近代农村的土地交易普遍呈现小额数、高频率、细零化的特征，而且交易的大部分是在村内或邻村之间进行的。城、乡之间的地权交易大概是城居地主兴起之后的事情。

土地村级市场的存在，使得我们有必要把注意力转向中国近代的村庄。以往国内外的研究者和调查者往往强调家族在村庄中的作用，实际上把“自然村”等同于“同族集团”（例如，Freedman, 1958，延安农村工作调查团，1980）；Skinner, 1964基于成都平原田野工作的研究，又过于强调村庄之外的基层商品和服务市场对农民之间人际关系的影响，而不恰当地把基准市场共同体（standard market community）作为中国农民生活的最基本单位。黄宗智则根据满铁和他本人的口述历史调查证明，由于生态环境、村社历史、居住形态的差异，华北平原和长江三角洲的村社形成了各自不同的一些特点。在华北平原，村庄首先由多个同族集团组成，然后在各个同族集团的基础上，形成地缘性的超族村庄。而在长江三角洲，同族集团相对较强，地缘性的村庄则相对较弱或付之阙如（黄宗智，1992：148—155）。

我相信，在中国的其它地域，村庄内部的组织可能还存在另

外一些不同的特点，但有一点可以肯定，不管是华北的多姓村庄，还是华南的单姓村庄，中国农民首先按血缘关系组织起来，人们首先按照血缘关系相互辨认；地缘关系的存在则是不确定的，或者可以看作是血缘的投影（费孝通，1985:72）。在新垦区第一代移民组成的村庄，地缘关系可能是主要的，因为这时候尚未出现同族集团，但在繁衍几代之后，地缘的重要性却肯定会让位于血缘。

在紧密的单姓村庄，或者说在紧密的家族村庄内，由于居住邻近或地块邻近而形成的邻里关系，会被强大的血缘关系所淹没；然而，同样地，在繁衍几代之后，在家族几个支系的末端之间，地缘的重要性较血缘也会上升。^⑬

以上的论述仅仅说明了，在村庄内部，一般地说血缘关系总是确定地存在着的，并且一般地说血缘的力量总是超过地缘的力量，而地缘关系的存在与强弱则处于不确定状态。这或许能够说明，在土地先买权上，亲族的先买权为什么总是强于地邻的先买权，而地邻的先买权为什么还不一定总是存在。

然而，上面的论述是不完全的。村庄内的血缘关系和地缘关系的存在及其强弱，并不当然就意味着在土地的交易中，当事人便必然受到这些关系的影响。毕竟，在 Skinner 所研究的交换商品和劳务的基层市场上，交易并没有受到村庄内部关系的影响

⑬ Duara1988: 106 附有一张 1940 年河北省寺北柴村的居住形态图，我们在图上可以明显地看出一个多姓村庄的血缘和地缘关系，同姓之间总是倾向于聚族而居，但并不排除异姓之间结成街坊关系。

——或者 Skinner 没有注意到 (Skinner, 1964)。^⑭

更进一步, 杜赞奇的研究还发现, 在华北平原的村庄之中, 除了宗族性村庄外, 还存在所谓“宗教性的村庄”。除了血缘和地缘, 华北平原的农民之间, 还弥漫着多种多样在民间信仰和多神崇拜基础上形成的村界以内或超出村界的“文化网络”(杜赞奇, 1994)。与我们的兴趣有关的一点是, 为什么这种“文化网络”未影响到土地的交易。

我想这一切都应向“土地的村级市场”去寻求解释。Skinner 的交易商品和服务的基层市场, 毕竟存在于村庄之上或村庄之外, 黄宗智的研究表明, 至少在华北, 参与基层市场活动的人们之间并未达到象 Skinner 所描绘的那种熟悉程度 (黄宗智, 1986:231), 在这种市场上, 每宗货物都同时面临着众多的买者和卖者, 交易更接近那种“非人格化的交易”(North, 1984; 诺斯, 1994:46), 虽然 Geertz 对 Bazaar (集市) 的研究也强调“主顾”(clientelization) 对减少信息和搜寻成本的重要性 (Geertz, 1992)。

而村级土地市场上的交易却是一项“人格化的交易”(personalized transaction), 即交易双方之间事先就存在某种血缘的或

^⑭ 费孝通谈到了这一点: “在我们乡土社会中, 有专门作贸易活动的街集。街集时常不在村子里, 而在一片空场上, 各地的人到这特定的地方, 各以‘无情’的身份出现。在这里大家把原来的关系暂时搁开, 一切交易都得当场算清。我常看见隔壁邻居大家老远的走上十多里在街集上交换清楚之后, 又老远的背回来。他们何必到街集上去跑这一趟呢, 在门前不是就可以交换的么? 这一趟是有作用的, 因为在门前是邻舍, 到了街集上才是‘陌生’人。当场算清是陌生人间的行为, 不能牵涉其它社会关系的。”(费孝通, 1985:77)。由此可见, 动产交易和不动产交易在乡村社会中是在不同性质的市场中进行的, 奉行不同的规则。前者有“去人格化”倾向, 而后者却有强烈的“人格化”倾向。动产交易中, 互有关系的双方要有意无意的忽略这种关系, 而在不动产交易中, 互有关系的双方却要把这种关系带到交易中来, 甚至通过交易强化这种关系; 没有关系的双方也要通过“中人”制度创设一种关系。这两种表面不同的行为方式, 其实都遵从相同的经济逻辑。

地缘的关系，而这种关系会带入到交易中来。我们还将看到，即使是两个事先不认识的买卖双方（比如有时候和外村人的交易），他们的关系也因中人制度的存在而“人格化”了。在狭小的村级市场上，买卖双方总能找到一个双方都认识的人，而使交易间接人格化。

土地的人格化交易意味着，交易双方并不从交易本身或这一次交易中计算得失，交易方之间的关系是多面的（multifaceted）和长期的（Hayami and Kikuchi, 1981:14—15），价格只是影响交易的参数之一，那种认为“先买权”一定对土地出卖人不利的观点是片面的（周远廉和谢肇华就持这种观点，参见周远廉、谢肇华，1986:36）。很难想象，在缺乏强制性力量的习惯和契约体系中，一个对一方不利的制度会如此长期、广泛地存在。如果亲族、地邻的出价和任何其它潜在的购买者出价至少一样多，那么卖方在此次交易中并不受什么损失，相反还会为日后的交往落下一个“人情”；问题出在亲族和邻里往往“滥用”这项权利，而企图以低于第三者出价的价格争买土地，在这种情况下，第三者出价和亲邻以“先买权”压价之间的差额才构成卖方此次交易的“损失”。但是，如果卖方认为，一次交易的损失可以在日后的长期交往中得到弥补，那么让亲邻先买也并非一定是一件不利的事情。可见，亲邻先买等类似制度是和乡村中的种种互惠制度相联系的，或者说，是互惠制度的一种。这些互惠制度并不表现为金钱的即时结算，并且可能超过一个人的生命周期，延续到子孙后代，我们可以从即将谈到的中国村庄人口的“恰亚洛夫”循环中体会到互惠的周期性，即一个人可能作为别人的亲邻在这次土地交易中先买，而轮到他的土地出卖时，别人也可以同样主张亲邻先买，对这一循环的预期会使互惠链进一步拉长。这种互惠关系在陌生人中很难维持，但血缘、地缘关系往往无法选择和逃避（费孝通，1985:71—77），它无法轻易进入，也无法轻易退出，

形成所谓“社会结构”(social structure)(Hayami and Kikuchi, 1981:20—24),而 Skinner 的基层市场和杜赞奇的文化网络,都具有比它大得多的流动性而未被结构化;很难想象土地出卖者会允许一个在集市上仅和自己有点头之交的人,或者先天道的道友享有比无法选择的亲邻更优越的先买权,原因很简单:他日后无法在这种偶然的关系中“收获”他所施的恩惠。

1930年代,满铁人员所调查的华北村庄,几乎都存在亲族先买制度(杜赞奇,1994:88)。满铁调查员曾询问当时栾城县商会会长:

问:如果一个人未征求宗族意见而出售土地,此项买卖会被宣布无效吗?

答:是的。开始碍于情面(人情),后来约定成俗。至于为什么如此,我也并不清楚。如果一个村民不首先征求同族的意见便把土地卖给族外之人,同族人有权阻止。这种风俗出自人性,后来成为族权的一部分。虽然对官府来说,不管将土地卖给谁,只要填写官契(交纳契税),买卖便算合法,但同族先买权一直被延续下来。(见杜赞奇,1988:88)

这位商会会长的回答从一个侧面印证了我们上面的推测,亲族先买权源于“情面”,是乡村“道德经济”(moral economy)的一部分,但是故事并不应当就此结束。我们认为除了从买卖双方的立场来解释“亲邻先买权”的经济逻辑外,还必须注意到它的“约定成俗”的一面,即为什么“亲邻先买权”还会受到交易当事人之外的其他人的共同认可。在已出版的乾隆刑科档案题本中,提到亲族先买的几起人命案,没有一起是由于当事人(包括买卖方和亲邻)对亲邻先买权本身的合法性有所怀疑才引起的,而几乎都是在承认“亲邻先买”的前提下,由于种种主张上、操

作上的问题导致的（参见中国第一历史档案馆、中国社会科学院历史研究所 [编]，1988，第 105、108、142、162、185、187、190 号诸案）。

我对于这一问题论点是：亲族先买权反映出中国农村传统中对土地产权的一个重要观念，即实际上占有、耕作土地的个人或家庭并不拥有土地的完整产权，使用权可能是完整的（没有人会指令你在田地上种植什么作物），但转让权却是残缺的，受到严格的限制。而这一点又是因为，在中国传统农业社会中，个人或家庭的土地往往来自祖遗。但由于同财共居和诸子平分继承制的存在，每个儿子继承的只包括使用权，转让权其实是诸子共同继承的，或者是通过继承着落于整个家族的。这一点可以自购地产转让权比较完整得到证明：

福建闽清县：闽清习惯，除手置产业得自由处分外，凡典断祖遗闽分产业，须经闽内兄弟人等署名签字。（《大全》二：14）

深入研究这个问题需要对中国传统家庭财产制度和继承制度有更多的了解，我无力继续探讨这个问题^⑮，而只想指出，亲邻先买制以赋予某个亲邻以先买权的办法，巧妙地把土地保持在家族或村庄内部（注意它不是通过家族会议或村庄公决等“公共选择”的方法来达到这一点的），这除了有利于规模经济之发挥，也具有社会整合的功能。

规模经济功能是指，随着土地小额出卖和分割继承，中国农村的耕地一直呈现细零化的趋势。有的地块分割之小，已达到不

^⑮ 请参见 Shiga Shuzo, 1978 的研究。

堪使用耕畜的地步，南方则引起田坎系数^⑥的持续增加。而且地块的细零分割，也使得相邻关系、地役权、地上权变得日益复杂，容易引发地邻之间的矛盾和纠纷。亲族或地邻的地块本来就挨在一起，先买权的存在可以有效地防止土地细零化的趋势（黄宗智，1986:270）。绥区“卖房尽邻、卖地尽畔”的谚语（《大全》四:5）背后隐含的也是这个道理。

社会整合的功能则是指，土地的亲邻先卖权一方面是由中国乡村的血缘和地缘关系这种“社会结构”决定的，一方面又对这种社会结构在经济领域起着不断加强和整合的作用。进入二十世纪，某些地方的亲族先买权渐呈衰落之势，和这种社会结构的变迁时分不开的。民商事习惯调查表明：

赣南各县：凡出卖不动产者，其卖契内载有“先尽亲房俱各不受”等语，是从表面上观之，几似亲房人等有优先承买权，然实际则皆以出价之高低而定，且亦不尽先尽亲房人等也。盖在夕有此优先权，现仅成为契约上的一种具文而已。（《大全》二:11）

我认为，亲邻先买权的衰落应从20世纪以来乡村的全面解析来理解，而不仅仅是“商品化”经济关系发展的结果；亲邻先卖权是和村庄的社会结构联系在一起的，不单纯是一种经济上的交易制度，受资本主义商品关系影响的大小有沿海和内地、东部和西部之分，但实证调查却表明亲邻先卖权的衰落没有明显的地域差别；在那些并没有受到资本主义经济关系冲击的地区，这种衰落也发生了。我们不必为亲族先买权的衰落而欢呼。和

^⑥ 田坎系数指一块田地中田坎所占的面积比例。在南方的水田中田坎对蓄水和划界是必不可少的，旱地一般以犁沟或地头的石块、树木划界，一般不涉及这个问题。

“资本主义萌芽论”者的预期相反，亲邻先买权的衰落本身并不足以促进一种新的“资本主义式”的“自由的”土地买卖，而且在有些地方，这种衰落只不过预示了严重的乡村危机的到来。

黄宗智从满铁调查资料中找到了一个生动的例证：

土地之卖给村外的人，不止反映出村庄共同体解散的趋势，也更深刻地反映出宗族关系的崩溃。民国以前的沙井，也恪守同族和同村人有优先买地权的惯例。但到了近几十年，经济压力迫使贫农首先照顾自己的需要。我们可以用一个例子来说明，旧日的惯习是怎样被以土地为商品的新现实所取代的：李注源占有1亩土地，与4个兄弟和其它亲属的土地邻接。赵文友想用这块地来盖房子，并愿出高价100元买入（在一般情况下，这块地只值70—80元）。李注源知道，若和兄弟们商量，他们一定会反对卖地。所以他自己拿定主意，没有告诉其它人，就把地卖给赵文友了。问题是李注源的堂亲李广恩，一定要穿过注源的田，才能通到自己的田地去。所以他曾千方百计劝阻李注源和赵文友，还请村长和会首出来调停，试令李注源撤销这笔交易。或者要赵把土地卖还给李氏宗族的人，可是全不生效。李注源和赵丝毫不肯让步。村中的惯例无法克服市场的买卖契约关系。李广恩也无法诉诸法庭，因为注源的地契上没有让人通行的条文（黄宗智，1986：275—276）

对这个例子，我的理解是，促使李注源把地卖给了赵文友的是“经济压力”而不是商品化的“经济动力”；旧日的惯习之所以被取代的，并不是商品经济带来的土地增值超过了亲邻先卖中的互惠预期，而是宗法关系的崩溃已经使得这种互惠预期不再存在。至于李广恩无法诉诸法庭，事实是，即使他诉诸法庭也将无

济无事。民国的法律并不支持土地的亲邻先买制度，理由是极为含混的“有背于公共秩序”(最高法院三十年上字第131号)——尽管作出这种判解的法官，并不了解沙井村的“公共秩序”是什么。

3. 上手业主的参与及上手老契的作用

上文分析了土地买卖中亲族和邻里的参与，这种参与突出地体现在亲邻对土地的优先承买权上。关于土地典押主的先买权，我们留待后文分析。本节我们继续研究土地买卖习惯中上手业主的地位和权利，以及上手老契的作用。

上手业主的先买权，在乾隆朝刑科题本中就有反映和记载。当时陕西咸宁县、湖南新宁县、四川眉州都有“卖地先尽原业”的“俗规”(周远廉、谢肇华，1986:36—37)。

民商事习惯调查也表明，在直隶高阳、安徽来安、陕西洛南、福建闽清、湖北巴东，上业主的先买权依然存在(见表1)。然而，由于民间土地典、卖不分，活卖与绝卖混淆，上手业主的先买权和回赎权有时难以分清(详见后文)。

除享有先买权外，有些地方土地卖主的上手业主还有权从卖价中分润。在乾隆朝刑科档案题本中，这种分润被称为“脱业钱”、“画字银”、“画押银”、“赏贺银”等等，有的由买主给付，有的由卖主给付(周远廉、谢肇华，1986:41—42)。但是，与周和谢的意见相反，我们并不认为这种习惯“既对业主不利，又对农业经济的发展产生了很坏的影响”(周远廉、谢肇华，1986:42)，而仍然想强调它对当时的土地交易和土地产权确认的特殊功能。比如：

安徽来安县：不动产卖契，契约成立时须将上首卖契出业人邀请到场，商明界线，有无错误，凭中画字，由买主送给银洋，谓之上业礼。其数额多寡并无一定。(《大全》四:23)

显然，原业主在这里起了确认和确定产权的作用（“商明界限，有无错误”）。原业主的出场，有效地降低了买方的风险，抑制了卖方偷卖他人田产的动机，也避免了与土地四邻的界线纠纷，反过来对真正想出手田产的卖家也是有利的——上手业主的出场使得他的土地产权的安全系数增加了。在其它一些地方，老业主的出场被上手老契的转让代替——可以想见这进一步降低了交易费用，如果它没有引起风险的上升的话。例如，在河南信阳、罗山等县，“卖地须交老契”，原因是“其地田地无丈尺，边界多不清楚，若无老契可凭，买后多生纠葛，尤恐有冒卖情事。”“其小户人家卖田，多因无老契拒绝不买，故现时习惯以非交老契不可”（《大全》四：6）。而在河南确山县，“卖地须四邻到场”，“若四邻不到场，即不能成交。其不成交老契之原因，为四邻既到场，当然无边界及其它不清之纠葛，老契无甚用途，故全以新契为凭。”（《大全》四：7）河南洛宁，因为“卖地不交上手老契”，“故一产两卖之事，近年层见迭出”（《大全》四：8）。

转交上手老契有一个技术性的困难，如果出卖的土地仅是老契所载的一部分，老契又如何分割——这显示出老契逊于正式土地登记制度中土地产权凭证的一个方面。看来民间并没有发明出解决这个技术难题的办法来。在陕西镇巴县，“全部出卖则交老契，一部出卖则否”（《大全》四：11）；在江西宁都、赣县、大庾、定南，“不动产契据漏税者十恒七八，又大半不交上手老契，其于业中过割一部者，亦不批载老契”，致使“辨别真贋时形困难。”（《大全》二：3）

上述情形不免引起人们一个疑问。中国很早便有正式的土地登记制度，明代便有以田为经、以户为纬的鱼鳞册和以户为经、以田为纬的黄册，隔年大造，变更登记，不可谓不严密（何炳棣，1988），而为什么民间的产权交易仍然如此强烈地依赖上手

业主的出场确认，以及以私契代替土地产权证明等非官方的制度安排呢？

1926年，当时的中国政治学校地政学院的学员郑行亮在江苏吴县调查土地制度时发现，在吴县，民间流行的土地产权证书至少有以下多种（郑行亮，1977：30—32）：

（1）地价税执照，民间总称为粮串，内载户名、都图、田分、征税银数等。

（2）版图执业清田新单，俗称方单。系前清同治五年，当时长洲县令蒯德谟因为民间田地印单“遭匪遗失”而设局清理，发给新单，以为民间土地执业凭证。

（3）长洲县补单，其效力与同治五年所给之新田单同，因新田单被灾焚失等，呈清核准补给此单，故名补单，俗称“火照”。

（4）丈票，同治五年办理清丈时所给，凭以调换新田单，票面载明“都图字圩”、“则款亩分”、“业主姓名”等。到1920年代60余年，尚有极少数未经调换，留在民间作为土地产权凭证。

民国以来推补的有：

（5）财政厅印单，此单系县清查田赋委员会呈财政厅核准办理补粮升课事宜，以民间原粮不足，经申请升补，查明核准发给此单执业，效用与方单相同。

（6）江苏省政府执照，此照系向沙田官产局备价承领土地，呈准省政府发给，作为领户执业凭证，并粘有绘图。

此外便是各种“契纸”，也用作证明产权的凭证：

（7）红契，即官契。此项契纸系江苏省财政厅印售，印有“江苏省财政厅印发不动产官契纸”字样，买卖成交立契后限三个月投税过户，为民国合法之执业凭证。俗称为“红契”，而盖有前清布政司印的也称为“红契”。此外还有“江苏省新契纸”、“国民政府验契纸”等，均系官契式纸。

（8）白契，即私契。民间典买土地房屋，凭中立契，既不购

用官契纸，也不投税盖印，所以称为白契。而佃户向业主价买田底，业主不认卖字，成交后只书写“拔条”，不立卖契，以避免卖田字样，这种“拔条”其实也是一种契据，可以作为土地产权的凭证。

然而，不管是前清还是民国，发行土地产权凭证或者推广官契，其目的大多是为了征收田赋和搜刮契税（参见李奋，1977：161），我们将在“过粮与产权重组”一节看到，只要能收到田赋，政府是不怎么关心产税脱节的；政府只在关心税收的前提下关心民间的田地亩数是否确实，以至于长久以来中国土地的官方统计数字只是“征税单位”，而与实际数字相差甚远（何炳棣，1988）。官方的产权凭证，其证明效力有时的确比民间的产业簿、分家书、老契更强，如江西上饶，“凡系争田地山塘，每视黄册库图为最有力之证据”（《大全》二：13），浙江德清县也是“买卖产业重印单不重契据”（《大全》二：23），但那同时也意味着更多的支出，更大的交易费用。就经官税契而言，在江苏盐城“契税率卖九典六（指买契征收价额9%，典契征收价额6%——引者注），实嫌太重，乃又带征附加及用费，如以银洋百元买田二亩（盐邑田价，上田每亩五十元），则正税附加及用费共需洋十九元九角五分，若典抵田地，则价值百元者，须耗费十元零二角。而中间人等烟酒茶饭之资，粮房处收粮进户等费用尚未与焉。且逾限及匿报均有罚，消耗既重，于是人民相率隐匿逃避，书吏亦因缘为奸。政府虽严定比额，并责成官契纸发行所管理员，许其经纪田房买卖，酌取中资，实行推收官契纸，照章填簿报告，但徒有重税之名，无足额之实，反使人民作伪以逃税，如皆用白契典凭不税，以及短写契价之类，不一而足。”（何新铭，1977：24）

以上调查提醒我们，要评价民间非正式制度的效率，只能把它跟当时正式的、官方的制度相比较，而不能与某种理想的制度

设计相比较。如前所述,官方交易程序和产权证明文书或许有更大的效力,但它也有书吏或管理人员贪污舞弊、敲诈勒索的坏处。民商事习惯调查和地政学院学员的调查,都表明民间乐于采用习惯保证交易的顺利进行,而对官方交易程序持厌恶和逃避态度:

安徽和县:不动产之买卖,除中正及中用外,尚有各项费用,照正价加一,名曰使费,如田土则有折席费、画字礼……折席费尚有亲房折席费,上业折席费之二种,其数额照正价加一,以为各项费用分配之用。此项费用,即为预杜后累起见。有此分润,庶使亲房上业,均经到场,不致另生枝节。本无害于善良风俗,相习成风,由来已久,于立契时,正价交兑,买卖双方,均乐于从事,毫无留难。(《大全》四:23—24)。

与这种“毫无留难”的态度相反的则是调查者对官方制度腐败的抨击。比如,据地政学院傅广泽 1935 年在安徽的调查,土地转移的正式费用,至少包括以下几项:

表 2. 土地交易经官使费(买价 50 元)

项目	金额(元)	占买价百分比(%)
草契纸费	0.05	0.1
监证人书契费	0.50	1
官契纸费	0.50	1
契税	3.00	6
契税附加	3.00	6
推收费用	0.15	0.3
合计	7.20	14.4

资料来源:傅广泽,1977:69。

傅广泽写道:“然此犹指按期投税者而言,若一逾限,则须

加上罚金数目，其负担将更重矣，即使按期投税，如计入红印钱等各项额外勒索，其数目亦不止此。此所以人民对于税契争相逃避与减报价格也！”（傅广泽，1977:69）。而且，由于互惠制度的存在，民间的中人费和“折席费”，并不象经官使费那样“一去无回”，民和官之间是不存在什么“互惠”的。注意到这一点，我们会明白为什么这些民间的交易方式，尽管存在种种弊端，却仍能历久而长存。而且，这一点对于我们理解清末以来中国法制近代化的历程也是重要的。

4. 活卖、找价、回赎、绝卖

杨国桢先生在《明清土地契约文书研究》一书中写道：“[明代]处理产税脱节的办法，是规定在土地成交到推收这段时间内，实际管业的买主必须津贴粮差，而由卖主输纳。这种变通，形式上可以避免税粮无着，但它又使出卖的田地变成一种‘活业’，卖主在推收之前，可以借口‘卖价不敷’要求加找田价，或借口‘无从办纳钱粮’要求加贴，或者由于经济情况好转要求赎回，而买主在推收之前，又可以把田地转卖给第三者等等。这样，实际发生过的买卖行为便蜕变为一种典当、抵押的关系。”（杨国桢，1988:32）

杨教授显然认为，明代伊始的“产税脱节”使得实际上的买卖关系变成了典当或抵押关系，这种观点假设了所有或大部分买卖都要经过官方的推收这个环节，而这一点是不容易令人信服的，我们前面的论述已经表明，由于经官程序的腐败和官员的贪婪，很多买卖的全过程实际上都是在民间完成的；前现代中国国家的能力，也很难让人相信它能监督每一笔实际发生的交易（参见何炳棣，1988）。

另一种可能的理论会认为，中国农村土地交易中活卖的流行，可能和我们在上文中谈到的土地产权的观念有关。即个人和家庭拥有的只是土地的使用权，转让权着落于同一个被继承人的

后代之间。转让只是使用权的转让，转让之前，受让者就已经对土地享有某种权利；在转让之后，转让者的权利也并就此而断绝，所以只能是典而不卖，卖而不绝：

福建霞浦县：霞俗产业买卖，如在五服内，只典不断，俗谓同族无断业。（《大全》三：18）

福建建阳、漳平县：建阳漳平，三服以内亲属，如有将田地房屋买卖，概不能作为断绝，俗谚所谓至亲无断业也。（《大全》三：13）

还有一种解释是，在当时人们的意识里，出卖土地毕竟是一件辱没祖宗、“败家子”才做的事，其象征意义往往大过实际的经济意义，故亲族间的买卖，尤不能像外人那样恩断义绝：

江苏省：查民间普通买卖不动产契约，其首尾均写杜绝永不回赎各字样，若家族间之买卖不动产，此等字句，大都引避，只写推并字样，其原因以一族之亲，田地转移，终属一姓，务避去买卖等字，以示亲善，该归并契一经成立，其效力与普通买卖绝契无异，卖主完全脱离所有权关系，不得再行请求回赎。（《大全》三：23—24）

以上解释，都有合理的一面；但活卖、找价、回赎、绝卖这一套同时也盛行于不具备亲族关系的人们之间，这时这些解释就不能成立了。所以我们还得寻找一种更具有说服力的解释。

我们还是从“土地的村级市场”出发来理解活卖制度为什么流行。

前文中已经论述过，中国各地，农民首先是在血缘上，然后是在地缘上结合起来，并且这一点作为“社会结构”已经影响到土地的交易，这是从静态的方面观察；从动态的长期的角度来看，村庄中各个家庭因为生命周期的不同而处在不同的兴衰循环中，而造成土地在各个家庭之间流出流进，而又始终局限在村

级市场内。

这其实是俄国农民学家恰亚洛夫“人口分化”理论的一个推论。根据恰亚洛夫的理论,小农家庭劳动供给和消费需求的变动可以用劳动人数对消费人数的比率(P/E)变动来确定。当家庭中只有一对新婚夫妇时,劳动人口和消费人口相等, P/E 的比值达到最大值1;随着孩子的不断出生,消费人口增多, P/E 值不断下降,直到孩子成长为半劳力, P/E 值才会反弹。如果孩子们全部成年,老人也不丧失劳动能力, P/E 值最终会反弹到1(恰亚洛夫,1996:第一章)。

显然,根据中国的实际,这个理论的细节还要作些修正。比如在中国传统的父子轴(father-son unit, Shiga Shuzo 1978)联合家庭中, P/E 值可能在儿子长成娶亲,而父母尚未丧失劳动能力时达到最大。然后,随着父母的衰老和新生儿的出生, P/E 值不断下降,直到父母故去,儿女长成才出现反弹。如此循环往复。^⑩

当然,我们关心的仍然是这种循环对村级土地市场上的交易产生什么影响。在俄国实行份地制的地区,恰亚洛夫用统计材料证明了,农业活动量(在统计上用播种面积表示)的大小依赖于家庭规模,亦即 P/E 值大的家庭,其播种面积亦大, P/E 值小的家庭,其播种面积亦小。俄国的份地制和地多人少、土地供给弹性大这一点可以使播种面积(广义地,经济活动量)随家庭规模及 P/E 值的变化而随时变化。但在实行土地私有制的国家呢?

^⑩ 关于恰亚洛夫理论对中国小农社会的适用性,参见黄宗智,1986:11—12;1992:5—10。但是,中国缺乏恰亚洛夫用以证明其理论的长达30年的,由职业统计学家给出的统计材料,这一点对在中国证实该理论产生了不少困难。柳柯(柳柯,1990)根据1964—66年间“四清”运动中调查得来的口述家史资料报道了北京郊区八角村1949年前50年的经济变迁,可以参看。另外,关于 P/E 值的变化导致家庭经济状况的好转或恶化,我的家乡陕西千阳流传过这样的谚语:“穷生五子而富,富生五子而穷”(1995年春节调查)。

恰亚洛夫猜测：“土地的买卖可能也是土地利用量得以调节的一个途径。”（恰亚洛夫，1996:39）

我认为恰亚洛夫的猜测是正确的。当然，随着家庭规模和 P/E 值变化而调节经济活动量的办法很多。在农闲时从事手工业和小商业就是一种。调节土地利用量的方法，除了土地买卖外，还有土地租佃。不过，这里我们主要用恰亚洛夫的理论来解释村级市场上活卖的流行。

我认为，村庄中每个小农家庭可能都在人口方面遵循恰亚洛夫循环，但各家各户并不处在同一节律，这导致了土地不断从 P/E 值小的家庭流入 P/E 值大的家庭。当然理论上绝卖也可以完成这样的功能。但活卖在这几点上优于绝卖：

（1）我们已经知道，中国传统农业中，土地已经高度细零化，然而土地面积低于一定数额便不利耕作。以活卖价为绝卖价 $1/2$ 计，则同样的金钱活买可以买到两倍于按绝卖价买的土地，从而避免由于一次总付费过重而使一块土地分卖多人，造成耕作困难；

（2）在土地转移后，买卖双方家庭的人口分化和经济状况的变化也可能是不确定的，如果卖方的经济状况并无好转或继续恶化（ P/E 值持续降低），他可以用加契找贴的办法补足原价，继续用之于消费，如果好转（ P/E 值增大），则一般以原活卖价赎回土地，投入生产，而绝卖没有这样的灵活性；

（3）在土地的村级市场上，由于人口流动性很低，双方都不必担心这种活卖关系延续太长而另生枝节。土地的村级市场使得活卖（一种长期契约）并未付出长期契约一般要付出的高额交易费用，同时又发挥了随各家 P/E 值变化来调节其经济活动量的功能；

（4）最后，活卖在中国农村除了调整经济活动量外，可能还发挥了储蓄的功能。小农家庭可以在 P/E 值最大的时候，用消

费剩余购置土地,以备在 P/E 值变小的时候渐次活卖土地以维持消费流不至于中断。看来,中国历史上小农经济的长期性和稳固性是由多种制度支撑的,土地的活卖、找价、回赎、绝卖是其中的一种。

需要说明的是,本文将不强调“土地活卖”(“附买回条件的土地买卖”)和“土地出典”、“设定土地典权”这些概念在民法学上的微妙差别(参见戴炎辉,1979:310—316),他们在民法理论中的差别在中国实际中并不重要。以下行文中我们对“活卖”、“典卖”、“活典”、“出典”等用法并不作严格区分。

一般地,土地活卖(或“典卖”、“活典”、“出典”)可分为两种,一种设定回赎年限,一种不定回赎年限,钱到回赎,福建顺昌县的调查最为详尽:

福建顺昌县:顺昌无论土地房屋之出卖,多含有保留之风,即不肯轻易卖绝于人之意。故虽转移占有,而半附回赎之权,即清律之所谓活典是也。大略可分为二种。(一)回赎限定年限,逾期即作为卖绝者,此种情形,如典主于契约存续期间,得自由使用标的物,并得转典于人。典期一满,则所有主与转典主均有回赎之权,无力回赎时,则所有主再依找价之方法,找价卖绝,然后典主始能取得所有权。至若明定期限,逾期不准回赎者,则典期一逾,典主即取得其所有权,并无何种之手续;(二)回赎不拘年限,陆续找价者。此种情形,如所有主无论何时,均可找赎,查自契约成立后,逾一二年找价卖绝者有之,或一找再找而仍活典者有之,或经五六年之久,备价回赎者亦有之。其找价之惯例,首次照原价加一成或加二成,若找价至三四五次,均照首次递次减半,甚至标的物昂贵之时,更可破递减之例,照时价估找,但典主不同意时,亦可外卖,或找至无价可找时,再另契卖绝。(《大全》三:13—14)

值得注意的是,上述调查中提到的两大问题——回赎年限和找贴次数,各地习惯各不相同,而且政府也很早就表明了它的态

度。各地习惯之间的差别并不重要，重要的是政府的立法和民间习惯之间不同的规范取向。

例如，清朝的各级政府就曾多次明定回赎期限。乾隆六十年律例云：“其自乾隆十八年定例以前典契载不明之产，如在三十年以内，契无绝卖字样者，听其照例分别找赎；若远在三十年以外，契内虽无绝卖字样，但未注明回赎者即以绝产论，概不许找赎。如有混行争告者，均照不应重律治罪”（李文治，1957:43）。另外有些地方官也曾颁布类似规定，其总的背景是由于此类案件多有，词讼频起，令政府不胜其烦（李文治，1993:510—511）。而民商事习惯调查却发现，大部分地方的回赎年限由当事人以契约自行订之，或倾向于放宽对于回赎的限制：

陕西华县、礼泉、户县：典当田宅，几年后许赎，皆依当事人约定定之。期满业主不赎，仍由当主管业。（《大全》四:13）

陕西洋县：民间典当产业，业主如有原价，对期即可回赎，当主不得阻滞，习惯上不许设定若干年内不许回赎之限制。（《大全》四:13）其回赎期限多在十年之间。（《大全》四:12）

湖北汉阳、兴山、麻城、郧县：凡典契内未定回赎期限者，汉阳与兴山、郧县、麻城习惯均使永远可以回赎。（《大全》三:35）

即使定有期限，在许多地方，期限已过，原业主仍可回赎。

福建闽清：闽清习惯，典契内容，多载明限三年或五年内取赎字样，故虽期限届满，迟延数年，典主不得抗赎，甚有逾越数十年或百余年仍有可取赎者。（《大全》三:15）

湖北潜江县：潜江县出典田地，限满之后，无论何产，皆可回赎，找价、绝卖须由业主提议。（《大全》三:36）

湖北广济县：广济典当田地，逾限仍听回赎，如双方愿意找价、绝卖亦可。（《大全》三:36）

湖北谷城县：谷城县到期不赎，典主只能缓待，或转典与他人。（《大全》三：36）

湖北京山县：限满仍听回赎。（《大全》三：36）

湖北竹山县：典契不载年限，惟载原价回赎，不得短少，俗有通当不通取之说，如业主实不能赎回，即请中作价照补，更立卖契。（《大全》三：36）

江西赣县、南昌各县：凡不动产之卖主，于出卖时与买主订有买回之特约者，其约定之期间，虽久暂不一，然期间经过后，若卖主请求买回，买主亦不拒绝。亦有约定买回而不拘期间者，则契内则写明钱便回赎字样。所谓钱便回赎者，即谓将来卖主有钱，随时可以回赎管业也。（《大全》二：4）

也有个别地方如陕西洛南县、甘肃循化县有回赎期限不超过3年的习惯（《大全》四：21）。除去这些例外，大部分地区的习惯是对回赎期限采取宽容态度，即定有回赎期限的，期满后仍听回赎，业主并不因回赎期满而当然失去产业；典主倘要取得产业的完全权利，尚得经过找价绝卖等手续。这种不依契约的作法，并非没有理由。因为限满之后，如典主急需用钱，可以采用转典或转让典权的办法从第三者那里收回货币，而不必非得让业主备价回赎；又因为尚有找价制度，故原主也不必担心不及时回赎会对自己造成多少损失。然对于未定回赎期限的产业，一般是允许永远回赎，没有30年取得时效之类的规定。这不免引起了当事人之间的一些纠纷：

归绥县：凡活约地亩，应于一定年限内回赎，本属通例。若约内但书不计年限，钱到回赎，必代远年湮，纠葛易启。归绥县发现此种约据甚多，往往因当事人死亡，承继人已视同永业，不予回赎，两造因而涉讼者有之。（《大全》四：6）

如何区分“活卖”与“绝卖”，“活业”与“永业”，民间已然发明了一些办法。但因为这方面的区分不清而造成大量词讼也是事实。然而清代中央和地方政府在这方面的立法旨趣，却只是通过一些硬性规定（如明定回赎年限），企图减少讼累，维系地方安靖，而非因势利导，采纳民间智慧完善不动产转移登记制度，从根本上制止纠纷的发生。这一点在它民间“找贴”制度的限制中亦可以看出：如康熙、雍正年间，两江总督于成龙、湖广总督喻成龙、浙江天台知县戴兆佳、云南巡抚杨名时及广东省政府，都曾发布命令，禁止卖方找价回赎。（李文治，1993：510—511）

杨国桢的契约研究却表明：“在清朝政府严禁找贴之后，江苏原有找贴4次以上的乡例，在契约文书形式上有所简化，但实质内容并无变化。而且民间并不完全遵从一找一绝的律例，实际使用的找断契约仍在两次以上（如宝应、通州之例）。”（杨国桢，1988：247）

民商事习惯调查也表明，民间仍大多以习惯为准。

福建平潭县：平邑不动产典质时，必定回赎年限，届期卖主无力回赎，得向买主找价，加立契约，续议年限，谓之凑尽，如限满仍无力回赎，尚可再尽再凑，甚至叠经先人凑尽之业，子孙遇有急需，仍得加找，惟不得超过原卖价额。故俗语有一典九尽之称。（《大全》三：17）

福建建瓯县：建瓯典卖各业，均得按照时价求找，甚有找至数十次者，其期间多在阴历年底，如有丧葬急需，并可随时求找，但不得溢过时价之额。（《大全》三：18）

以上两例，均对找价次数不以为意，但强调不得“超过原卖价额”或“溢过时价之额”。有些地方，立了绝卖契亦可找价：

福建闽清县：闽清习惯，业产虽经立契断卖，数年之后，业主尚得向

买主要求找贴，谓之洗断，并付洗断契为凭。（《大全》三：15）

福建霞浦县：写明永断葛藤，不敢言贴业之业，尚得立字找贴一二三次，其第一贴照原断价加一，至二、三贴则照第一贴递次减半，但在咸丰成契者，止一卖一贴，同治后者，乃有三贴，俗例然也。（《大全》三：18—19）

找价习惯的流行，使得一次付清的绝卖契，也采取“正价+找价”的价格构成方式：

江苏省：出卖田土房屋，凭中出立卖契，本为通例。此间习惯，有找不与者，如正契卖价若干，找价则写外有乡例使费，初次加一，二次加一，三次加一，四次八折，五次七折，六次六折，七次加一，抽丰情借，各项使费，总共计钱若干，凭中一概收讫，再照云云。有声明于正契后，有另立一契者，实则所得找价，买者仍核入正价之内，契亦一次成立，卖者亦只知共卖若干亩，得价若干而已。缘社会既有此习惯，非先声明以杜后累不可也。（《大全》三：33）

总之，民间习惯对找价亦不是漫无限制，但从以上数例可以看出，其限制的重点是找价的方式和总价额，对找价次数倒不以为意。道理很简单，买卖双方关心的是总价额，如果总价额一定，找价次数越多，每次找价额越小，这在有些情况下对买卖双方都是有利的。而政府只担心多次找价，易生纠葛，引起治安案件，故而限定找价次数，对当事人最关心的价额倒不置一词。这里我们可以明显体会到国家法和民间习惯对同一问题的不同规范取向。直到本世纪民商事习惯调查中，我们仍然可以看到这种情绪的流露：

安徽全椒、来安等县：全椒田地房屋之买卖契内，虽书明价已清楚，而民间仍有找价之风俗，甚至一找再找，纠缠不休。每至年关，拉驴牵牛，

或箝令老朽，卧食受业之家，虽经县署再四示禁，而积习相沿，未能尽绝，穷极无聊者，无论矣。即中等社会，亦有借找价二字，任意需索，往往酿成讼事，实为不良习惯。（《大全》四：21—22）

这则资料的调查者是全椒、来安两县知事，“并经全椒县知事引民国八年审理罗发源与董增寿为找价涉讼一案为据”（《调查录》：937—938）。其中仁井田陞所说的“官吏意识”（仁井田陞，1992）表露无遗。

另外，关于典业的取赎时机，民间也有一定之规，大抵以不违农时为出发点。

表 3. 各地典业取赎时限

地点	取赎时限	出处
奉天各县	赎房最迟者不得逾旧历二月中旬， 赎地最迟者不得逾旧历清明节	《大全》四：19
奉天铁岭县	立春前，秋收后	《大全》四：20
奉天义县	惊蛰以前，秋分以后	《大全》四：20
绥区	春天惊蛰以前，秋天必在收割以后，即阴历之三九两月	《大全》四：5
山西临汾县	立秋不赎秋，立夏不赎夏	《大全》四：16
山西沁源县	立春后不赎地	《大全》四：16
山西屯留县	清明节前三〔日〕后五〔日〕赎地	《大全》四：16
山西猗氏县	麦根地以清明或收麦后为回赎之时期	《大全》四：16
山西介休县	三〔月〕不赎夏，七〔月〕不赎秋	《大全》四：17
山西黎城县	不得逾清明节	《大全》四：17
河南源县	三〔月后〕不得麦，六〔月后〕不得秋	《大全》四：6
陕西户县	春以清明为限，秋以立秋为限	《大全》四：13
陕西乾县、眉县、 枸邑等县	六腊回赎。六月以立秋日为限， 腊月以晦日为限	《大全》四：14
陕西乾县东北乡	夏秋皆以播种为限	《大全》四：14
安徽来安县	以清明节或七月为期	《大全》四：25

续

地点	取赎时限	出处
安徽蒙城县	清明以前	《大全》四:25
福建闽清县	旧历十一月三十日	《大全》三:14
福建福州	秋收后阴历十一月三十日前	《大全》三:17
福建平潭县	旧历二月底为限	《大全》三:18
福建霞浦县	期满之年旧历十二月三十日夜	《大全》三:19

之所以时限纷殊,其实都有一些物候上的原因,如安徽蒙城县:“盖清明节禾稻秫豆多未下种,过此时期,则该土地内已由受典人布署耕种,若必强令放赎,实于受典人不利,故清明节后赎地,往往发生抗诉讼。”(《大全》四:25)福建平潭亦是:“平潭地多沙碛,堪以种稻者甚少,宜栽地瓜、麦豆、落花生等物。赎田时期以旧历二月底为限。一届三月,农工已动,应俟次年再议”(《大全》三:18),等等。

5. 转典

在关于找价和回赎的习惯法中,出典一方往往居于主动地位,因为找价回赎的主动权往往掌握在出典方手里。但是,在土地“活卖”或“出典”期间,双方经济状况的变化都可能是不确定的,双方也都可能遇到一些意外事件,而需要对已成立的契约关系进行变通。如果出典人要在典限到期之前取赎:

安徽黟县: 黟县不动产之典质,典约内如记明回赎年限,债务人于期限到来前,商得债权人之同意赎回时,债权人所出中资、契税等费,应由债务者负担。若于限外取赎,债务人只须备还原价,不负担一切损失。(《大全》四:25)

山西介休县: 出典房地,未届回赎时期,原业主若欲赎回出卖,应按未满期典价,以二分计息,否则不许回赎。(《大全》四:16)

还有一种可能是双方经济状况同时恶化,原业主无力回赎,典

主也无力给予找价，而双方或一方又遇到某种急需，需要第三人来承担契约中的权利和义务，这就引起了“转典”或“转当”的问题。

需要说明的是，民商事习惯调查中提到的“转典”，实际上有三种不同的形式而未加区分。第一种是甲将某业出典于乙，乙可在某种条件下将该业再典于丙，此之谓转典（参见民国《民法典》第915条）；第二种是甲将某业出典于乙，后甲在某种条件将该业出典方权利让渡于丙，此之谓“典物让与”（参见民国《民法典》第918条）；第三种是甲将某业出典于乙，乙可在某种条件下将该业典权人权利让渡于丙，此之谓“典权让与”（参见民国《民法典》917条）。

图示如下：

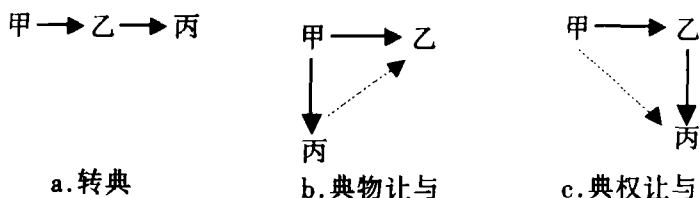


图 1. 转典、典物让与、典权让与

例如：

江苏扬州市：凡转当不动产，亦分二种，（一）由业主转当，典期既满，业主拟再复价，不得当主同意者，可由业主加价转当于他人。（二）由当主转当：（甲）原价转当，典期未届满之前，当主可以将所当之不动产，原价转于他人，仍以原约所载为有效；（乙）溢价转当，典期既满，业主无力回赎，当主如有急需，可溢价若干，转当于他人，即以原约交付新当主，

但业主钱到即赎，新当主如不得收益，仍不得短偿之利也；（丙）长价转当，无论典期满否，当主均可以所当之地，加价转当于他人作为业，[业]主回赎仍照原价交纳于原当主。[原当主]将自身所长之价，如数备齐，向新当主回赎。（《大全》三：30）

以上“业主转当”可视为典物让与，“当主转当”之“长价转当”，似为转典，“溢价转当”似为典权让与，“原价转当”则两者都有可能。

有的资料则相当清楚，例如强调“转典”不能越过转典主（即图 1a 中之乙）。

福建平潭县：平邑不动产典权，例可移转。如甲有业原典于乙，限期五年取赎，厥后无论满限与否，乙有移转于丙之权，但须约明原主取赎，不拘年限等语。取赎时由乙及丙，不得越序。（《大全》三：18）

福建闽清漳平：闽清漳平习惯，典业多有限满尚未取赎者，典主不能向业主限期取赎，只得将该典业转典他人。至业主赎回之时，备足原价，邀同原典主向赎。（《大全》三：15）

有些地方，由于发明了活典正副契制，而使得“典权转让”无需原典主之参与而可以完成，并得以减少交易费用。

陕西凤翔县：民间出典田地，由业主书立活典正契，载明年限，交典主收执，逾期典主无力回赎者，准典主书立活典副契转典，并于副契内批明随带正契一纸，嗣后业主备价取赎，即可与初典主说明，径向现典主撤销正副契，将地直接赎回。（《大全》四：13）

典契制度的发达，亦使“转典”与“典权让与”的界限明确了：

河南巩县：凡甲产出当于乙，若乙复当于丙时，连同原当契一并交付，是谓转当。嗣后甲可向丙回赎，与乙无干，若未连同原当契交付，则谓清当，甲只得向乙回赎，乙向丙回赎。（《大全》四：7）

这里所谓“转当”即典权让与，“清当”即转典，区别则在于“乙”是否向“丙”交付原当契，可见当契完全有证明和表示产权的作用。另外一例是：

山西平遥、孝义等县：典主将受典产业，转典于人，只于原典契内，加批转典字样，交付转典主者，对于该典业即为断绝关系，日后不得主张回赎。原业主回赎时，亦不再经由其手。反是若转典时另立新契，未将原典契随去，则其原典关系仍然存在，不唯有回赎之权，后业主并不得直接向原转主告赎。（《大全》四：17）

这里是否“转典”，“原典权利存否以已未交付原典契为断”（《大全》四：17）也说明书契对于证明产权的作用。

至于“典物让与”，有的地方仍需三方共同参与：

福建霞浦县：至如向甲出典之业，而赎期未届，又卖断于乙，则须邀甲在见，立一汇赎字，交乙向甲汇赎（《大全》三：19）

福建福州：例如甲有不动产，先典于乙，未经断卖欲将该不动产断卖于丙，此时甲对于乙因典限未满，或赎期已过，不能即时移转其所有物，可由甲立一卖断契（即呼断尾）先付于丙，向丙收足其断价，嗣后便可由丙向甲取赎前典产业。此种断尾契约，除由甲丙议定买卖外，间有邀乙列名在见者。（《大全》三：16）

倘若契约制度足够发达，可以副契等证明产权，则无需邀“乙”参加。

江苏金山县：金山县习惯，民间出典田亩，除由原业主出具典契，交由典主外，受典者更须依式书一活典副契，交与业主，以备将来回赎之地步。但日后业主无力回赎，又许另立绝让副契，连同典主当日交与之活典副契，一并得价，绝让与第三者。于是日后第三者，即得照原典契约，代业主之地位，经向受典者缴价，回赎原业。（《大全》三：22）

以上“典物让与”，已然牵扯到不止一个交易关系，倘地已典出，那么买卖关系除受到亲邻先买权和上手业主权的限制外，则还要考虑典权人的利益。依次类推，在出典田地时，也得考虑与承租人的关系。民商事习惯调查显示，在这个问题上，租约的效力低于典约，典约的效力低于卖约，承租人的权利不能对抗出典（活卖）契约的成立，承典人的权利不能对抗买卖契约的成立，即所谓“租不拦典，典不拦卖”。

奉天洮南一带及义县绥中等处：洮南习惯，凡租典田房，租不拦典，典不拦卖，及租户不能阻止所有者出典，典户不能阻止所有者出卖是也。无论当时租典附有期限与否，概不得制限所有者行使权利，但所有者于典卖时，各该租典户有优先权。（《大全》四：20）

奉天锦县：租拦不了当，当拦不了卖。此锦属习惯语也。绎其语意，似仅指承租者不能拦阻业主出当，受当者不能拦阻业主出卖而言，然考其拘束一般人之效力，实不止此。如租他人之地耕作者，遇业主将该地出当或出卖时，受当者或受卖者倘欲自种，承租者即将地退出，受当者对于受买者亦然（租房亦同）。此间发现此种事实，大都如此结束，罕有坚持异议者。（《大全》四：20）

归绥及萨拉齐等县：业主将已典之地复典于他人，典主可以阻止，若业主将已典之地出卖于他人，则典主仅能索偿典价，不能禁止出卖，惟典主有意购买时，可以有先买权。（《大全》四：5）

出租人出典土地于第三人，出典人出卖土地于第三人，都能对租、典契约的对方当事人造成损害，因为在缔结契约时，当

事人除选择标的物外，还可能要选择交易对象，这正是土地的村级市场上交易人格化的体现。出租人和出典人的这种行为，实际上是一种改变交易对象的行为，不能不对契约关系的稳定性、安全性和当事人的预期产生影响，在这种情况下，赋予可能受损的对方当事人以优先权是一种比较常见的作法。除表1所列典权人的先买权外，其它典权人享有先买权的例证还有：

奉天怀德等县：怀德民间典当田宅，若地主有出兑田地之时，典当主有优先留兑之权。（《大全》四：20）

江苏汤山县：凡典当不动产成交后，业主欲复绝卖，须商之于当主，如当主不愿价买，方准卖于他人。无论曾否满年，均得向买主备价回赎执业。（《大全》三：30）

但这时典主的先买权要与亲族、邻里、上业主排序（参见表1）。如有重复典押情事，先买权之行使，山东掖县的习惯是尽先不尽后：

山东掖县：甲将物先后出典于甲乙二人，其价目相同，至承买时应以甲为有先买之权利，谓之尽先不尽后。（《大全》四：18）

以上我们讨论了与土地活卖、出典有关的一系列习惯作法。民间交易制度之完备精细超出了我们的想象。

这里我只想指出民间习惯法的一个特点，即它特别善于在已有的流行的制度上创新或完善一个制度。它和法典化创新的区别在于，没有明确的、专业的“制度企业家”，从而使创新表现为一种散漫的、随机的经验方式，并表现出浓厚的“地方性知识”的特点（吉尔茨，1994）。

6. 过粮与产权重组

拥有土地这样的不动产并不见得永远是一件有利可图的事情，作为一项资产（assets），倘若加在它上面的负担（包括赋税和地租）太重，则其净值完全可能成为零或负值。明朝中后叶，有些小户人家就因为政府加在田土上的税收负担甚至超过其产出，而只好带产投靠大户或索性弃产逃亡（田建周 1957）。

如果我们接受 Coase 的观点，将生产要素看作是“为某种（实体）行为的权利”（Coase, 1960），事情就会变得容易理解一些：这种看法把作为一种生产要素的土地的交易，看作是以土地为标的的“权利—义务”的交易。而“权利—义务”是可以由当事人协议分割并另行组合的，落实到土地交易上，就是资产和税负互相剥离，单独交易，甚至把甲地上的税负转移到乙地上，以抬高甲地的价格^⑩。这在实践中形成了“价卖无粮地亩”和“买卖粮差”的习惯：

陕西省蓝田县：例如甲有祖遗多数地亩，其地坡平不等，粮赋亦多寡不均，如平地每亩粮三升六合，山坡地粮有每亩一升五合者，有每亩一升者。其后甲将地陆续出卖，无论坡平，均令买主按照每亩粮三升六合过割，次第将粮过尽。结果上所余地亩，全无粮赋，嗣后甲再变卖地亩，竟无粮可过，遂抬高价值，或于卖契内注明按年补付甲粮钱若干。（《大全》四：12）

江苏碭山县：碭邑自清乾隆年间，黄河决口，被灾之处，豁免钱粮，居全县四分之三。民国成立，渐次生科，而无粮者尚居三分之一。此项田地，一有买卖，卖主必从己身他处之粮差过于买主，若卖主无粮可过，亦必商之他姓有粮者转过于买主，或由买主商之卖主，竟不过粮，均须纳贖于卖主，得其允可，名曰买差卖差。此等习惯，熟田中无之。（《大全》三：34）

^⑩ 地租也可以作为一个资产要素在进行交易时重组，这在一田两主习惯中表现出来，参见下文。

在这里，由于买卖方将国家税负作为土地资产的一个要素进行了剥离和再组合，以至于事实上使对土地的课税又变为对人头的课税。

江西乐安县：出典之田，粮归原业主，抑归承典人完纳，以立约时批明为准。非典业之粮，尽归原业主也。惟有卖田不卖粮，典田不典粮之恶习，往往有盈阡累陌者，不税一钱，收无斗米者，年征旧税，此所以酿成疲玩之习也。（《大全》三：39）

然而政府关心的似乎只是税收的总额，而不是税制的合理，至于“皇粮国税”究竟由谁办纳，是否“产税脱节”，并不在它的注意范围之内。有资料表明，正是政府的办事人员在过粮过程中的腐败行为为推收手续设置了巨额交易费用，而使民间不得不隐匿买卖以规避推收，以至形成买卖田亩，纳税户头并不随之转移的现象：

浙江缙云县：缙云积习，民间买卖田宅，每有业主易至数手而粮不过户者。审其原因，一切由前清推收粮吏，需索规费甚巨，故民间为规避其索费起见，遂各隐匿其买卖事实，另由原承粮户向现管业主缴钱纳粮，称曰税户，相沿既久，视为习惯，民国以来，亦未革除净尽。（《大全》二：26）

研究表明，直到1940年代前的华北农村，作为征税者的国家和作为纳税者的农户，并没有建立起面对面的直接关系。就征税而言，国家的触角并未直接进入村庄内部，而依然由半公半私的里胥书手代为办纳（杜赞奇，1994：205—218）在这种情况下，税收和摊款不仅是国家政治的一部分，而且也是村庄政治的一部分（黄宗智，1986；杜赞奇，1994）。

7. 中人和中人费

无论是在乾隆朝刑科档案题本中，还是在明清以来各种土地

交易契式中，从寻觅买主、撮合交易、画字成交，乃至典后复卖、找价取赎，我们都可以看到中人的活跃身影。这种现象甚至给人一个印象，即中国的土地交易在某种程度上似乎是一个买—卖—中三方的契约。

中人类型也所在多多，功能、责任也各不相同。

福建顺昌县：卖买房屋山田，凭中人居间议价，代笔人依议写契，在见人（多属买主亲族）看明画押。（《大全》二：31）

江西乐安县：其中证有书在见人，有书在场人，有书说合人，大半系友、戚、族三种人为之，各人名下只有同押字样，从未分名签押，若因契据涉讼，中证不认在场，亦属无从证明。（《大全》三：37）

福建浦城县：浦俗买卖产业有居间人，谓之言议与中见，契约成立后，由买主给与酬金（俗称花红）。如该买卖之标的物品有重买及虚伪情事，居间人应负责任。（《大全》二：27）

浙江嘉兴县：卖契以全中为成契之主要原因。嘉邑全境，凡买卖田地及典当抵押等行为，虽契内列有中见代笔等多人，而列中人之首者，即名全中。凡买卖典押目的物之是否确实，有无瑕疵，均惟此全中是问。其余中人仅为双方亲友图分中资而列，不负何种责任。遇有交涉，必须先向此全中理论。（《大全》四：27）

从以上几条材料可以看出，中人除了我们在觅买文书一节中提到的寻觅买主的职能外，在契约订立阶段尚有说合、代笔、公证之职能，而在契约订立之后，则对标的物及契约履行负担保证责任，在涉讼场合，他还要作为必须出场的证人参加诉讼。然而，上述职能并不见得由一个人自始自终全部承担：

直隶清苑县：卖地不以原典中人为限，田宅有先典后卖之习惯，纵使前后中人更易，亦不许卖主事后翻悔。（《大全》四：3）

而呈现一种反职业化的倾向，除前面材料中体现的说合、代笔、公证、担保可由不同的人担任外，有时候为图取中资，甚至同一人在同一场合的职能也角色化、而不是职业化了：

江西赣南各县：惟作书件之代笔，每又为说合之中人，故有一人而具二名，如作书件之名为赵甲，而作中人之名则为赵乙。其所以具二名者，盖以中人之名义得中人费，以代笔之名义得代笔费也。（《大全》二：2—3）

杜赞奇根据 1940 年代的满铁调查资料研究了华北平原四个村庄（侯家营、沙井、寺北柴、吴店，均属河北省）的中人活动情况，得出了与本文作者类似的结论：“两个订立契约的生人都认得的一个第三人的出现，其本身便是促成交涉的一种方式，因为它给合同增添了一个人格化的因素。对于防止违反合同，亦是类似的考虑在起作用。”（Duara, 1990），如果从“给合同增添一个人格化的因素”去考虑，上述中人及中人活动的反职业化就容易理解了。那就是：在一个村级土地市场上，与契约当事人有种种关系的人（当事人的友、戚、族以及杜赞奇注意到的村庄领袖和地方精英）都可以给契约加进一个人格化的因素而使之更为牢固，职业化固然有职业化的好处，但狭小的村级土地市场一般却并不需要这样一个职业化的中人。^⑩

杜赞奇的研究中，我们也看到了一两个职业化的或半职业化的收费型中人。但是，要接近这些人仍然需要通过亲戚朋友，用杜赞奇的话说就是“利用中人找中人”（using a middleman to secure a middleman）（Duara, 1990），这里，我们又一次看到了人情和面子等人格化因素在村级土地交易中的巨大作用。

^⑩ 在城市的米行、江南的租栈（Lojewski, 1980）和有些地方的大牲畜集上，职业化的中人或代理人的确是成批地出现了。在这些地方，交易最需要的不再是人格化的担保，而是对行情的熟悉、对标的物了解以及高超的交易技术。

收费的中人一般被称为“牙行”或“经纪”。从民商事习惯调查看来，一般的费率在总价款的5%左右。

表 4. 中人费

地点	事项	占总价的比 例(%)	买方出 (%)	卖方出 (%)	中人得 (%)	代笔人得 (%)	出处
直隶清苑县	买卖地亩	5	3	2	-	-	《大全》二:29
绥远归绥县	买卖动产不动产	5	3	2	-	-	《大全》二:31-32
安徽广德县	卖买田房	5	5	0	3	2	《大全》二:30
安徽舒城县	卖买田房	7	5	2	5	2	《大全》二:30
安徽天长县	卖买田产	5	3	2	-	-	《大全》二:30
安徽当涂县	不动产买卖	5	3	2	-	-	《大全》二:30
安徽五河县	不动产买卖	10	10	0	-	-	《大全》二:30
湖北五峰县	买卖田地屋宇	3-5	-	-	-	-	《大全》二:28
湖北兴山县	买卖田地屋宇	5	3	2	-	-	《大全》二:28
湖北郧县	买卖田地屋宇	5	-	-	3	2	《大全》二:28
湖北汉阳	买卖不动产	5	3	2	-	-	《大全》二:28
湖北竹溪	不动产买卖	5	-	-	3	2	《大全》二:28
湖北谷城县	买卖房屋田地	3	-	-	-	-	《大全》二:28
湖北潜江县	买卖田地	5	3	2	-	-	《大全》二:28
	买卖房屋	10	6	4	-	-	
湖北广济县	买卖田地	5	-	-	3	2	《大全》二:28
	买卖房屋	8	-	-	5	3	
湖北京山县	买卖田地	5	-	-	-	-	《大全》二:28
湖北竹山县	买卖田地	5	-	-	3	2	《大全》二:28
湖北巴东县	买卖田地	6	4	2	5	1	《大全》二:28
湖南长沙县	不动产买卖	3	3	0	-	-	《大全》二:27
	不动产典当	4	2	2	-	-	
江西南昌县	买卖田地	3	3	0	-	-	《大全》二:27
	买卖房屋	4	4	0	-	-	

续表

地点	事项	占总价的比 例(%)	买方出 (%)	卖方出 (%)	中人 ^② (%)	代 笔人 得 (%)	出处
江西赣县	不动产买卖	5	3	2	-	-	(大全)二:31
福建闽清县	典新房屋、田园、 山场	5	3	2	-	-	(大全)二:31
福建顺昌县	买卖房屋山田	5	5	0	-	-	(大全)二:31
陕西南郑县	置买田宅	5	-	-	3	2	(大全)二:30-31

四、地权的分化与交易

在上文“过粮与产权重组”一节中，我们已经初步运用了 Coase 把生产要素看作是人们为某种行为之“权利”的观点，在这种观点看来，“土地”之交易，实为“土地产权”之交易。从民间规避官方推收程序的过粮习惯中看到，土地交易的当事人甚至把国家的税粮负担也当作土地总资产的一个要素进行了重新组合，而对自己的土地产权进行再定义。

有必要指出的是，这里的“土地产权”乃是复数用法，即所谓“一束权利”(a bundle of rights)。容易理解的是，一个人可以拥有一块土地上的所有权利(rights)，当然这一束权利中的不同权利亦可由不同的人拥有，罗马法上的“用益物权”(查士丁尼，1989)，英美法上的财产信托(Fratcher，出版年代不详)，即属此类。不容易理解的是，一块土地上竟然同时存在两束权利，可以分别转让，不受另一方之干涉，这就是中国土地制度史

② 不包括代笔人等之狭义中人。

上聚讼纷纭的“一田两主”习惯（参见陈秋坤，1988）。

表 5. 各地田骨田皮的不同名称

地点	田骨的名称	田皮的名称	出处
江苏省各县	底田	面田、肥灰田	《大全》五:6
江苏靖江县	田底	田面、工本田	《大全》五:7
江苏松江县	田底	田面	《大全》五:7
江苏常熟县	田底	田面、灰肥田	《大全》五:8
江苏无锡县	田底、粮田	田面、灰肥田	《中国经济年鉴》(1934) (G) 170
安徽绩溪县	大买	小买、小顶	《大全》四:42
浙江宁海县	下面田	上面田	《大全》五:28
浙江桐庐县	大卖	小卖、客田	《大全》四:26-27
浙江吴兴县	田底	田面	《中国经济年鉴》(1934) (G) 183
浙江慈溪县	大买	小买	《中国经济年鉴》(1934) (G) 184
浙江绍兴县	大买、田面	小顶、田根	《中国经济年鉴》(1934) (G) 184
浙江诸暨县	大卖、业田	小卖、佃田	《中国经济年鉴》(1934) (G) 185
浙江上虞县		小卖、顶头	《中国经济年鉴》(1934) (G) 185
浙江黄岩县	则田、下皮	佃田、上皮	《中国经济年鉴》(1934) (G) 185
浙江温岭县	上皮	下皮	《中国经济年鉴》(1934) (G) 185
浙江金华县	大买	小买	《中国经济年鉴》(1934) (G) 185
浙江兰溪县	民田、大田	客田、小皮	《中国经济年鉴》(1934) (G) 186
浙江武义县	田骨	田皮	《中国经济年鉴》(1934) (G) 186
浙江衢县	大卖	小卖	《中国经济年鉴》(1934) (G) 186
浙江江山	大根	小根	《中国经济年鉴》(1934) (G) 186
浙江淳安县	大卖	小卖	《中国经济年鉴》(1934) (G) 187
浙江寿昌县	民田	客田	《中国经济年鉴》(1934) (G) 187
浙江庆元县	田骨	田皮	《中国经济年鉴》(1934) (G) 188
浙江鄞县	大业	小业	《中国经济年鉴》(1934) (G) 193
浙江义乌县	客田	租田	《中国经济年鉴》(1934) (G) 193
浙江平湖县	田底	田面	《中国经济年鉴》(1934) (G) 196
江西临川县	大业	小业	《大全》四:5
江西赣南各县	田骨	田皮	《大全》四:29-30, 31-32

续表

地点	田骨的名称	田皮的名称	出处
江西宁都县	田骨	田皮	《大全》五:18
江西乐安县	田骨	田皮	《大全》三:39
江西宁都、 赣县、大庾	田骨	田皮	《大全》二:3
福建闽清县	田根	田面	《大全》四:27
福建建瓯县	大苗	小苗	《大全》四:27
福建连江县	田根	田面	《大全》四:28
福建南平县	苗田	税田	《大全》四:28-29
福建浦城县	大苗	小苗	《大全》三:15
福建古田县	面田	根田	《中国经济年鉴》(1934)(G) 232
福建松溪县	粮、粮骨	埂、田皮	《中国经济年鉴》(1934)(G) 233

所谓一田两主，仁井田陞有云：“把同一块地分为上下两层，上地（称田皮、田面等）与底地（称为田根、田骨等）分属不同人所有，这种习惯上的权利关系就是‘一田两主’。田面权（土地上的权利）与田底权（底地上的权利）并列，也是一个永久性的独立物权。”（仁井田陞，1992）杨国桢则认为，一田两主中的田皮权主要从永佃权转化而来（杨国桢，1988:102），并同时辩明：“佃耕的土地能否由佃户自由转让，是区分‘一田两主’和永佃权的根本标志。”（杨国桢，1988:102）民商事习惯调查表明，田皮权与永佃权的另一个显著区别是，欠租并不能成为田骨权人“夺佃”的理由，而对永佃权则是：

江苏省：相沿日久，佃户竟持永佃权视为一部分之所有权，不准业主自由夺佃，业主亦无异议。故该习惯近今之效力，佃户可使子孙永远佃种，或任意将田面部分（即永佃权）变卖抵押，即积欠田租，业主提起诉讼，只能至退租之程度为止，不得请求退佃。（《大全》四:29）

既然“业主亦无异议”，则佃户不许业主自由夺佃，已不仅为佃户一方之权利要求（claim），而成为一种具有习惯上之合法

性的权利 (rights)。调查人员并且指出,“遇有此项案件,按照习惯效力办理,两方尚能折服”(《大全》四:29)更证明了这一点。下文材料中如出现“有转让权的,业主不能随便夺佃退佃”的“永佃权”字样,一律视为田面权处理。

民商事习惯调查表明,一田两主制下田皮权和田骨权的内容,即两个权利束中的具体权利各有不同。收益权方面,田皮权人向田骨权人交租,剩余为田皮权人的收益;田骨权人向国家纳粮,剩余为田骨权人的收益。

福建闽清县: 闽清之田,多分根面,该田如归一主所有,其契约或文书上必载明根面全。如属两主所有,则面主应向官厅完粮,粮主应向面主纳租。(《大全》四:27)

江苏无锡县: 无锡土地所有权,有田底(俗名粮田)、田面(俗名灰肥田)之分。普通地主所有者为田底,其所有权为纳赋收租;佃农所有者为田面,其所有权为耕作还租。(《中国经济年鉴》(1934)(G) 170)

浙江诸暨县: 农民有业田佃田之别,业田曰大卖,佃田曰小卖。业田完粮收租,佃田耕作纳租。(《中国经济年鉴》(1934)(G) 185)

在转让权方面,田骨和田皮如系两人拥有,可以分别出卖、典押、继承,另一方不得干涉。

福建南平县: 南平习惯,同一土地上得有两个所有权,一曰苗田所有权,一曰税田所有权(顺昌建瓯等县称骨田皮田)。此两个所有权,可以单独买卖、让与、继承。(《大全》四:28—29)

江苏省各县: 苏省各邑,买卖田亩,有分面田底田者。面田为业主所有,底田为佃户所有,面田底田,业主佃户,可以各别出卖,或质押。(《大全》五:6)

浙江桐庐县: 桐庐买卖田产有大卖小卖名目。大卖为所有权移转,小卖为永佃权之移转。二者同兼卖,须于契内注明一并卖尽字样,买主方有

自由召佃之权。其无此字样者，仅系大卖，原卖方仍保留永佃权，虽亦照普通形式，另立租票交与买主，得写明如租谷不清，任凭业主另召等字样。实在田主仅能按年收租，转佃之权，仍属操诸佃户，业主不许过问。此种权利，为农家重要财产，子孙分析之际，往往载入分书，名曰客田，每亩时价约值七八元至二十元不等，并得自由出售，或充作担保。凡受买此权者，谓之小卖，小卖人既享永佃权，即负纳租义务。然亦有小卖人将田暂行抵押，由抵押权人耕作缴租。总之无论小卖人如何处分，毋庸通知田主（即大卖人）。（《大全》四：26—27）

田骨权人若想取得田皮，或田皮权人若想取得田骨，均需通过买卖，并无互享先买权之记载：

江西宁都、赣县、大庾、定南等县：田地契据，通常书卖或永卖或绝卖字样，其有书退字或永退或杜退或交回工本等字样者，概属租田（亦曰管皮）……盖租田含有永佃性质，故不曰卖而曰退，然有一部所有权（即皮），故形式上为退，而实质上仍无异于卖。其有将皮退并于管骨者，谓之交回工本，或将骨卖并于管皮者，谓之华利，与普通粮田无异。若管皮者出退于他人，必于退字上载明纳某姓（即管骨人）租若干。（《大全》二：3）

值得注意的是，田皮权的买卖似仍局限于村级土地市场，受到亲族先买权、上手业主权、活卖、找价、回赎、绝卖、中人等习惯的制约。“田面权按传统习惯进行交易，凡属活卖均有赎回的权利，以及绝卖时同族和邻居习惯上有优先权。这些惯例部分源自传统，即家庭（而非个人）是财产拥有单位；部分基于实际考虑，农家常有必要通过相邻土地进出自己的地块。”（黄宗智，1992：110；参见何梦雷，1977，载萧铮 [编]，1977：33089—33094；杨国桢，1988：345—354），相比之下，田骨权由于大部为不在村地主所有，其买卖便很少受到村庄的社会结构的制约而变得十分自由。黄宗智的口述历史资料表明：“20 世纪的华阳桥

(江苏松江县华阳桥乡—引者注)已形成了一个几乎是自由竞争的田底权市场。田底权几乎可以像股票和债券一样买卖,这与谁拥有田面权和谁实际使用土地完全无关。”(黄宗智,1992:110)这和费孝通三十年代在江苏吴江县开弦弓村进行人类学调查时发现的几乎完全相同:“田底所有权仅仅表明对地租的一种权利,这种所有权可以象买卖债券和股票那样在市场上出售。田底所有权可以属于任何法人,不论是个人、家族、或政府。这个所有权可能是私人的,也可能是公共的。”(费孝通,1986:131)

然而,田骨产权——实质上是一种收租权——毕竟是建立在“租户交租的能力”和“收租的可靠性”之上的。如果拥有田骨权的不在村地主无法得到地租,那么田骨权人就可能象一个得不到分红的股东一样,他的田骨权就是废纸一张。民商事习惯调查中便有这种可能性的反映:

江西赣南各县:田主只知向佃户征收原议额租,并不知其田之所在,而佃人因耕作既久,往往以田皮私售于人,其名曰顶曰退,最为弊藪,或于退约内少截骨租,得以倍加退价,或隐瞒田丘,冒作己田出卖,致使皮田已转乙耕,而骨租仍留甲纳。迨至抗欠数年,田亡而租亦无着。此赣南各县皮骨分管之通病也。(《大全》四:32)

江西宁都县对这个问题的解决方案是:“宁都有鉴于此,故于前清雍正年间,稟请官厅禁止佃户私退,凡遇易主换佃之时,则由田主发给批字,交佃人为证,佃人亦立赁字,交田主为据。”(《大全》四:32)即由官方出面设定易主换佃的程序,以民间的有效力的契约文据(“批字”、“赁字”)为依托的,执行的结果据说是“流弊自较各县为少。”(《大全》四:32)

在费孝通所调查的江苏省吴江县,有一种被称为收租局的专门机构代理众多田骨权人收租(费孝通,1986:132—133;一般

地,参见 Muramatsu, 1970)。Lojewski 研究了苏州地区收租局(租栈)的四个租簿(吴邑正租簿、长邑正租簿、吴邑副租簿、长邑副租簿),发现对于拥有大量田骨但其座落极其分散的田主来说,把租额的 4% 的交给租栈,由它们代理收租,是极有“经营效率”的(Lojewski, 1980)。而且,租栈大多由有地位的绅士(gentry)经营,在代理向官府交纳槽粮方面,它也可以保护那些没有地位的田骨权人免受衙门官吏的盘剥。为着自己的利益考虑,它也在要求官方降低税额方面扮演了积极的角色。而它本身的存在也有利于减轻田主和佃户之间的紧张关系(Lojewski, 1980)。然而,很难相信事情总是这样美妙的。五十年代土地改革之后,就在苏南的无锡、苏州、常熟、吴江一带,揭露出很多使用暴力手法催租的骇人听闻的案件。(潘光旦、全慰天, 1951; 孙毓棠, 1951; 周其忠, 1965)而且,我们也不能忽略传统观念在保证交租的可靠性、维系“一田两主”制方面的作用。当费孝通问到“你为什么要交租?”时,开弦弓村的老年人回答说:“地是地主的,我们种他的地,我们只有田面。没有田底,就不会有田面。”费孝通接着评论道:“这些习惯规定的约束力是适合于维护这个制度的,不仅是对于监禁的恐惧心理才使得佃户履行职责。”(费孝通, 1986:133)

田皮的转让不限于卖(活卖或绝卖),田皮转租后“久佃成主”也是所在多有。如此一块田地上便可能存在三个人的三束权利,形成“一田三主”(仁井田陞, 1992),田面主成为所谓“二地主”,佃户除向田骨权人交“大租”外,还得向田皮权人交纳“小租”。

安徽绩溪县:绩溪田地,向分三种名目,一曰起佃,此等田地,系将大买小买草粪各权利并合为一,最为上格;次曰大买,此等田地,只有所有权,而无佃权;三曰小买,又曰小顶,其权利以佃种为限。如或自己不

种，转佃与他人耕种，得与大买人分收谷租，并独收麦租。大买人与小买人分收租谷时，其成数或二八，或三七，或四六不等。（《大全》四：42）

“一田三主”习惯，似乎福建、台湾发生最多（仁井田陞，1992；杨国桢，1988：113—122，291—304）。那里田骨、田皮又被称为“大租”、“小租”（因都成为收租权），并且可以作为相互独立的物权，分别让渡典卖，“典卖契约按其对象地分为大小全租、大租、小租三种。”（杨国桢，1988：345），典买程序与第三章所论相同（参见杨国桢，1988：345—354）。

另外，一田两主习惯不仅见于田亩，亦发生于有竹木出产之山林，形成山皮山骨两束权利，与一田两主大同而小异：

江西乐安县：竹木山场，有山皮山骨之分。竹木所有权谓之山皮，土地所有权谓之山骨。山皮所有人对于山骨所有人，仅须永远按年交纳山租，并无年限限制。其山骨所有人，亦不能收回自种竹木。如果山皮所有人自愿让还，得将竹木削光还山免租。再，山皮山骨所有权均可独立典当或转让。（《大全》四：28）

然而，福建有些地方，山场除有竹木、垦种等经济收益外，往往还被视为起屋造坟的风水之地。我们看看福建闽清是如何在山皮权人和山骨权人之间界定“风水地”的产权的：

福建闽清县：闽清之山，多分皮底，其底主甲如将该山付乙垦种，逐年只收山租，立字交乙执凭，从此乙为皮主，得再转付与丙承佃，立约分抽其利益，不准甲出干涉。但该山内如有吉地可以盖屋造坟，由甲收价立字，批卖于丁，或赠于戊，乙丙亦不得干涉。该吉地四至通常自所围之岭量起，前后左右各一丈二尺为准，惟四至内如有树木等物必须砍伐者，应由甲等酌向乙丙偿还损失。（《大全》四：28）

福建闽清县：闽清山底在城内池张两姓最多，并无契证，只凭簿据管

业，凡遇批卖吉地，有山皮者不敢抗拒。（《大全》四：28）

福建闽清县：闽清人信风水之说，凡欲围地造墓者，其前后左右须各距离他人墓地一丈二尺以外，否则必致涉讼。（《大全》四：28）

即风水地、吉地址由山骨权人所有，这反过来形成对山皮权人权利的限制；但是，山皮权人对于山皮上之附着物如树木之类的权利是极为清楚的，拥有“吉地”址批卖权的山骨权人如有侵犯，须按“责任规则”^②予以赔偿。

更有意思的是江南鱼米之乡，养鱼栽稻都需有水相随，但同一湖泊或水塘，灌溉取水权和取鱼权亦可分立，是为“水面权”和“水底权”，或曰“一水两权”。

湖北广济县、谷城县：广济县习惯，有塘水而无塘底者，只能取水，有塘底而无塘水者，能取鱼。谷城县习惯，塘水与塘底所有权各别者，各照契约所定行使权利。（《大全》四：35）

湖南常德县：此项习惯之成立，必须多数人共有一湖而发生。例如甲乙丙丁共有一湖，甲乙仅有该湖水灌注田亩，而无收益鱼利之权，谓之水面权，丙丁则有收益该湖鱼利及丰灌之权，谓之水底权。（《大全》四：35—36）

湖北麻城县：麻城习惯，塘水所有权人，只能灌溉禾苗，而不能养鱼，塘底所有权人，只能养鱼而不能灌溉禾苗。（《大全》四：40）

灌溉权（水分）和养鱼权（鱼分）之间可以一起转移，也可以分别转移，然而鱼无水不能存活，故鱼分对水分有较多的依赖。

湖北竹溪县：竹溪县习惯，塘水所有权人，如欲全其塘水及塘底之利用时，须向塘底所有权人租赁塘底，每年完纳租课。如塘底所有权人遇有

^② 责任规则（liability rule），参见 Calabresi and Melamed, 1972。

必要事故，仍得随时向塘水所有权人要求解除租约，退还塘底。（《大全》四：40）

江西赣南各县：塘有水分鱼分之别，有塘底塘面之别。全塘出卖，固无问题，若系共有之塘，有鱼分者当然有水分，有水分者不必有鱼分。有塘底当然有塘面，有塘面不必有塘底。盖塘水系随田转移，鱼分必契约载有放养字样，始有养鱼权。塘面但契内载有某塘灌荫，即属有分。塘底必契内载明某塘沙坞，或沙湖字样。塘底开井养泉，谓之沙坞，始能于塘面涸竭之时，更引塘底之水。（《大全》四：31）

湖南临澧县：湘省民间卖田契约类皆载有塘堰几口字样。盖因水为田亩，卖田而水必随之，原为定例。惟堰水可能蓄鱼，故遂有鱼分水分之别。临澧县习惯，民间卖田，有将鱼分水分概行售卖者，有仅卖水分而未卖鱼分者，苟于卖契上未经载明并卖鱼分，则卖主对于该堰虽无水分，仍有可以蓄鱼之权利。此项权利，已为该邑人民所公认。（《大全》二：18）

上例中“盖因水为田母，卖田而水必随之，原为定例”一语甚为关键，它意味着灌溉权（水分）对于水田来说，可能是土地产权权利束中的一部分。如果“水分”与“鱼分”属不同的人所有，一旦养鱼和灌溉在用水问题上产生矛盾，我们尚不知道如何处理。

权利的分化有时候达到惊人的程度，安徽贵池的取鱼权甚至按大水小水划分为两束，可归不同的人所有。

安徽贵池县：贵池渔业买卖，在同一湖河四至之内，有大水小水之分。其契内载明船网采取鱼息字样者，只能于大水时取鱼，水落则否。若载明蓐余花篮采取字样，则于小水时采取鱼鲜。（《大全》：42）

然而，水和鱼都是所谓“易逝的财产。”（考特、尤伦，1994：170—184），“水分”与“鱼分”、“塘面”与“塘底”的权利划分，比起“田皮”、“田骨”和“山皮”、“山骨”的划分来，在技

术上更难以界定，互相侵犯的可能性也大：

湖北汉阳县：汉阳习惯，湖水湖地之所有权各别，均属所有人各照契据所载管业，系契据上分而为二，非习惯上分而为二。大都有湖地权者多系栽种水藕，以备水涨时仍可享其权利，有湖水权者多系捕取鱼虾，无论水退水涨，均可享受湖水内之权利，界限天然，无待划分。其所以有纠葛者，系因水涨湖满，有湖地权者欲藉其湖地以侵越湖水权（如捕鱼虾、刈水草之类），而有湖水权者，亦欲藉其湖水权以侵越湖地权（如采莲、挖藕之类）。彼此冲突，乃至发生争执。（《大全》四：40）

在开弦弓村，水有航行、灌溉和出产鱼虾、水藻三项功用，分别实行不同的规则。（费孝通，1986：124—126）而且，湖中的捕鱼权、捞虾权和采水藻的权利是互相独立的，可以由不同的人或集团分别享有。1925年，开弦弓村需要钱修理河上自卫用的栅栏，周村长就把村西湖中的捕鱼权租给了湖南来的人。签订契约之后，村长向村民宣布，今后村里人不得去湖中捕鱼。费孝通在村中调查的时候（1934年），发生了一起争端，湖南人抓获了一条捞虾的船，把捞虾人押送到城里的警察署，控告他们偷窃。周村长抗议说，租给湖南人的“不是那个湖，而是在湖中捕鱼的权利，这个权利不包括捞虾的权利。”最后，被抓的人获释。（费孝通，1986：124）这里，我们看到了习惯作为一种“地方性知识”（吉尔茨，1994）在不同文化区人们之间造成的误解，湖南来的人显然是把捕鱼权理解为捕鱼捞虾的权利了（如果不是故意这么理解的话），而在开弦弓村，捕鱼权得到了更严格的解释。最后，还是开弦弓村的“地方性知识”占了上风，这也许是因为它跟警察署在地域和文化上离得更近的缘故。

关于地权、山权以及水权的分化和交易，我们就讨论到这儿。但是，为什么在中国，尤其是在东南诸省和台湾一带，土地

等的权利会被如此细分，仍然是不清楚的。陈秋坤指出，在台湾，“租佃内容随着土地品质的改变而变动。一般而论，在耕地尚未成熟前，地主采取分成租，与佃户分享自 10% 至 20% 不等的收益。等到 3 年至 6 年，田土生产稳定之后，再改为定额租——通常为水田每甲八石谷。其次，由于实际耕作的佃农享有‘永佃权’，他们可藉此经营权而发展出独立的‘田面权’，再由分租田面权而开展出‘小租主’的权益。由于小租的收入恒在每甲水田三十至四十石之上，因而小租主在每甲水田的实际权利，远比‘大租户’来得多。从这个角度来看，租佃关系是一种随地利而调节的交换契约行为。”（陈秋坤，1988）也就是说，在微观上，随着生地逐渐垦为熟地，分配风险的考虑逐渐让位于节约交易费用的考虑，因为比起分成租佃来，定额租佃的交易费用更少（张五常，1994），然而究竟选择分成还是定额租佃，合约执行的机制取决于村庄的“社会结构”（Otsuka and Hayami, 1988）。但是，就现有文献看来，在宏观的人口增长条件下，有期限的定额租佃如何转化为永佃，永佃又如何转化为“一田两主”和“一田三主”，仍然缺乏最初步的研究。^②

② 我倾向于从人口压力寻找从分成租佃到定额租佃，再到永佃和一田两主、一田三主的宏观原因。我猜测，一田两主、田面权和田底权的分立，是中国不断增长的人口压力“压”出来的。人口压力的增大，人口密度的增长，使得土地生产要素越来越稀缺，从而产生了一田两主这种分化出更多权利束来充分利用劳动力、减少土地要素稀缺性的制度安排。之所以在世界其他地方没有发现“一田两主”的报道，可能是那里的人口压力还没有达到中国这么大的程度。人口压力下的技术变迁，见 Boserup, 1981，人口压力下的制度变迁，见 Hayami and Kikuchi 1981；关于中国农业史上随着人口密度的不断增加，雇工经营制、分成制的衰落与定额租制的兴起，见赵冈和陈钟毅，1982:255—257，355—385。

五、契约、习惯与国家法

在一篇向 Douglass North 致敬的文章中, Ramon Myers 写道:“农户之间的资源交换,特别是中国 17 世纪以后这种交换的巨大规模,首先应归因于如下两个因素:(a) 习惯法,它大大减少了交易费用;(b) 国家的行为,它既允许习惯法的运行,又在尊重习惯法的基础上裁决交易纠纷。”(Myers, 1982) 他特别举台湾的大小租业和华北的典及灌溉公约为例。他认为,习惯法的传播,官方对习惯法的认可,使得私人契约和市场机制在减少土地要素的稀缺性和充分利用劳动力要素方面发挥了巨大的作用,正是在这样的条件下,晚清中华帝国才得以维持稳定的人口增长并保证人均收入并没有太大的下降。

19 世纪的外国观察者也注意到这种民间契约、习惯和官方法律之间“各司其职、和谐共处”的现象。英国皇家亚洲学会 1889 年报道说:“他们[中国]的立法者的主要努力,都用在制定镇压骚动及保护税收的法律方面,而把民法、商法或契约法的问题交给地方政府去处理。这些地方政府或者把诉讼人交给市镇公所仲裁,或者向市镇公所征询有关这一类断案的资料。这些断案必须根据买卖习惯,遵循有特殊规定的实际判例办理;换句话说,他们要向市镇公所征询处理这类争端的法律[惯例],以便运用那些断案来处理向他们呈诉的案件。”(李文治[编], 1957: 44—45)

中国学者在最近也认识到中国法律史上“大传统”与“小传统”的并立状况(梁治平, 1996)。就我的研究所涉及的范围——村级市场上的土地交易——而言,前现代中国民间契约、习惯(小传统)与国家正式法(大传统)之间并未产生很大的冲突与紧张,甚至并未发生很多日常接触,以致在本世纪民商事习惯

调查之前，官方文献对民间小传统的记载都是语焉不详，学者建立在这些文献基础上的研究也难称完备（戴炎辉，1979；李志敏，1988）。

正如外国观察者所评论的那样，中国立法者的主要努力都在制定镇压骚动及保护税收的法律方面。土地交易方面亦是如此。易言之，如果土地交易中的“乡规俗例”并未引起词讼频起或偷逃税收等情事，官员们宁可对之不闻不问。

李文治则认为，清朝“中央和地方政权的这种措施（指雍正年间河南巡抚田文镜及中央政府立法禁止土地优先购买权——引者注），不管它代表着谁的意志，也不管这种规定的最终效果如何，它毕竟反映了历史发展的客观要求。它一方面表明，土地买卖关系的发展在冲击旧的传统习惯，同时也在为土地买卖的自由开辟道路。”（李文治，1993：509—510）对于清中央及地方政府禁止“找价”、“回赎”的措施，他也作类似评价：“‘加找’、‘回赎’毕竟是封建社会的习惯传统，阻碍土地商品化的发展。从这方面说，废除‘加找’、‘回赎’的政策措施是有一定的历史意义的，是合乎历史客观发展规律的。”（李文治，1993：512）

这种观点无法解释的一个矛盾是，在这些所谓“封建习惯”的“束缚”下，中国近代以来土地村级市场的买卖，却达到了一个前所未有的水平。

我的意见和李文治等相反，亲邻先买权、上手业主权、活卖、找价、回赎等习惯在很大程度上是支持着土地的快速流动而不是阻碍它，没有活卖制度，家庭之间人口分化和经济分化所要求的经济活动量的改变很难如此方便、细腻地得到满足，而亲邻

先买也应从长期互惠交易的角度加以考虑。^③

这样看来,有关清朝官方禁止“乡规俗例”的动机,恐怕仍然是减少讼累或保全税收。我曾经指出,官方禁找价重点在限制找价次数,以避免因多次找价而引发治安案件和诉讼。这种“官吏意识”,和资本主义萌芽不知有何干系。

仁井田陞对《福建省例》等地方法例集的研究也表明了同样的状况。因赋由租办,一田两主、田皮买卖容易形成皮主欠租,从而导致政府税粮无着,故“确保赋役的征收,便成为政府的目标。在这个问题上,政府直接的考虑只停留在如何有利赋役的征收,并没有想到要强化土地所有权的效力、确立所谓的近代所有权等等。”(仁井田陞,1992)而政府取消田皮、禁止田皮买卖、否认一田两主的命令,“最终也只是停留在三令五申、一再树碑而已,其实际效力照例是相当微弱的。”(仁井田陞,1992)

在包括确立近代所有权在内的法制近代化运动开始之后,民间习惯和官方正式法之间的关系终于有了微妙的变化。这里我们讨论其中三种与土地交易有关的情况。

第一种,官方正式法继承了从前限制、废除民间习惯的态度,只不过原因有所不同。比如关于亲邻先买权,北京大理院判例有云:

卖产先尽亲房之习惯既属限制所有权之所用,则于经济上流通及地方之发达均有障碍,即难认为有法之效力。(四年上字第282号)(郭卫[编],1931b)。

^③ 但是,这样说并不意味着我们将土地在村级市场上的快速流转等同于商品化或“资本主义萌芽”,我们已经看到,村级土地市场上的土地流转在很多情况下不过是家庭人口分化引起的,是一个人口现象,和资本主义的生产方式无关。参见恰亚洛夫,1996;黄宗智,1986,1992。

1929年《民法典》通过之后的判例亦持此说：

现行法上并无不动产之近邻有先买权之规定，即使有此习惯，亦于经济之流通地方之发达，均有障碍，不能予以法之效力。（三十年上字第191号）（保成六法全书编辑委员会[编]，1992）

与前清之否认先买权的理由有所不同。但正如例子说明的那样，亲邻先买权松动的同时，伴随的却不一定是经济流通和地方发达，而可能是建立在血缘和地缘关系上的村庄的解析。

第二种，官方正式法把民间习惯纳入到它的体系中，但却犯了指鹿为马、张冠李戴的错误。如一田两主，西方物权法体系中并无这个“怪物”，田皮权被轻易地指认为“永佃权”。

来问所称田面权，既系由佃户承垦生田而来，其承佃纳租及得将权利让与他人各情形，与民法第八四二条所定永佃权之性质相当，自可依声请以永佃权登记，至保有田底权之地主，本为土地所有人，当然以所有权登记。（院字第1703号，民国二十六年[1937]七月三十一日）

来文所称之田面权如系支付佃租，永久在他人土地上为耕作或牧畜之权，自应认为永佃权，而为该项权利之登记，田面权人得不经田底权人同意而将田面权出租之习惯，虽与民法第八百四十五条之规定不合，亦仅不得依以排除同意之适用，其田面权仍不因此而失其永佃权之性质，倘来文所谓辗转租让实系永佃权之辗转让与，则为民法第八百四十三条之所许，尤无问题。（院字第3743号，民国三十六年[1947]十二月二十二日）（保成六法全书编辑委员会[编]，1992）

然而问题是田面权之出租与永佃权之让与仅有表面上的相似性，田皮权比永佃权包含更多的权利：一是独立的转让权，二是不得以欠租为由夺佃。将田皮权硬指为永佃权无疑削弱了田皮权人的利益。

比如 1929 年《民法典》第 845 条规定：“永佃权人不得将土地出租于他人”，把田皮权等同于永佃权在实际中给田骨权人撤佃和限制田皮转让提供了借口。1930 年 11 月 30 日《江苏无锡国民导报》报道，本来江苏无锡之田面权可以自由顶替，而近来各仓厅为便利起租起见，禁止田皮权人出卖“灰肥田”。律师蔡毓钟于 1930 年底代表杨保滋堂仓厅警告佃户，有“……各佃农（指永佃农）非经本仓厅同意，不得以灰肥租擅卖他人。……违则撤佃，取消其佃权”等语（《中国经济年鉴》（1934（G）80）），造成了田皮权人的很大损失。另，该《民法典》第 846 条规定欠租达二年之总额以及第 847 条规定撤佃为单独行为等，“亦为促使永佃消灭之有利契机”（《南京中央日报》1933 年 3 月 14 日，《中国经济年鉴》（1934（G）81））。对民间习惯的无视与无知，终于走到了法律保护佃权的立法原意的反面。

第三种，民间习惯被国家正式法“双重制度化”。^②“典”就属于这种情况。原来，大清民律草案中只有不动产质，而无典之规定，考其原委，“清末有日人冈田朝太郎博士主讲京师法律学院，松冈义正博士起草民律，冈田氏言中国典当，大体同于日本不动产质。松冈氏于其所起草之民律草案物权编中，亦仅规定质权而未规定典权。”（黄右昌，1947：83）后黄右昌在主持起草第二次民律草案时，力主加入典权，列为物权编第八章，此亦为 1929 年民国《民法典》物权编“典权”之嚆矢。中国的立法者和法学家，如蒋云峰所说，“颇为这一传统制度的保留和成文化

^② Bohannon 在区别习惯（custom）与法律（law）时曾说：“习惯的基础是互惠（reciprocity），而法律则建立在双重制度化（double institutionalization）上。”所谓双重制度化，是指“社会的某些制度的某些习惯，被以这样一种方式重述，以使它们能被一个特地为此目的而设立（或至少被利用）的一个机构所‘适用’。”（Bohannon, 1965）。

感到兴奋”(蒋云峰, 1996)。^②

但是, 专门立法机构在再制度化(re-institutionalize)或重述(restate)时, 对素材的选择和对本机构品位的照顾却是不可忽视的。

法律专业人员用自己的行话和术语来重述民间习惯, 一般被认为是法律专业化和理性化的要求。我们在谈到“转典”时曾经感受到, 民法典对“转典”、“典物让与”和“典权让与”的区分, 在技术上的确比民间习惯高明。这一点在典业取赎时间上也可体现出来。民商事习惯调查所得各地典业(尤其是耕作地)取赎时限, 大都有地方特色, 与各地物候相适应(见表3)。而对其“重述”的结果则是《民法典》第925条: “出典人之回赎, 如典物为耕作地者, 应于收益季节后、次期作业开始前为之。”这种“重述”的概括与抽象符合专门司法机关和法律人员的脾胃, 但却可能忽略这样的微型文化: 陕西乾县阳洪店村, 典业于“获麦时特许回赎”, 起源据说是“先年有富翁某, 为怜贫起见, 特许业主于获麦时回赎。”(《大全》四:14)。

如果说“重述”时因为法律专业缘故而使一些民间的丰富实践被遗漏还情有可原的话, 大规模的忽视却是不可原谅的。但不幸的是, “新传统”在对“旧传统”进行再制度化时, “旧传统”中的官方“大传统”得以一脉相承, 民间的“小传统”一如既往遭到忽略。黄右昌教授在论述“典权”时的参考资料如下: “子

清乾隆年间例案, 关于典期及典产之灭失毁损责任问题。丑 大清律例之田宅门(即民法未制定前户役、田宅、婚姻、钱债有效部分之现行律)……寅 户部则例(置产投税、旗民交产)。

② 这可以从吴经熊给几位中国法学家所译民法物权编英文本所写的序言中看出来, 几位译者的“附言”(Note), 也竭力辩明典(Dien)与德国法之土地债务, 与威尔士法之抵押, 与日本法之不动产质之区别(均见Liu et. al. trans., 1930), 得意之情溢于言表。

卯 清理不动产典当办法。(黄右昌, 1947:80) 而没有一字提到民间丰富的习惯资源! 仿佛从前清到民国的一次次习惯调查都白做了一样! 这样一来, 1929 年《民法典》物权编出现如下条文就不足为奇了:

第 912 条: 典权约定期限不得逾三十年。逾三十年者, 缩短为三十年。

第 913 条: 典权之约定期限不满十五年者, 不得附有到期不赎即作绝卖之条款。

第 923 条: 典权定有期限者, 于期限届满后, 出典人得以原典价回赎典物, 出典人于典期届满后, 经过二年, 不以原典价回赎者, 典权人即取得典物所有权。

第 924 条: 典权未定期限者, 出典人得随时以原典价回赎典物。但自出典后经过三十年不回赎者, 典权人即取得典物所有权。

第 926 条: 出典人于典权存续中, 表示让与其典物之所有权于典权人者, 典权人得按时价找贴, 取得典物所有权。

前项找贴, 以一次为限。

以上条文, 除立法理由上所体现的“现代性”外(如“社会上个人经济之发展”——912 条; “使权利状态, 得以从速确定”——923、924 条), 其余并不能使自己同前清的官方条例区别开来。实际情况是, 在“现代”的立法理由下, 继承的却是早先与民间习惯和实践长期格格不入、以至于其实并没有发挥什么效用的官方法。而限制找贴次数的立法理由, 则更和前清的官府一致: “然习惯上往往有迭次请求找贴发生纠纷者, 亦不可不示限制, 故规定找贴一次为限, 所以杜无益之争论也。”小传统下之争议被视作无益, 而不是像耶林那样把“为权利而斗争”视为对自己也对社会的责任。(耶林, 1994) 这种立法理由, 不过是一种仅得皮象、失却精神的现代性的反映。

我们看到, 法制近代化开始之后, 新传统的引入, 带来了一

些新气象，但却没有彻底改变原有大小传统之间的博弈关系，新传统又成为一种高高在上的大传统；如果它满足于保持它高高在上的地位，不与民间发生关系还罢了，但这种又新又大的传统，引入的初衷中就含有浓厚的改造民间的冲动。其结果当然是可想而知的：在民间，它不是遭到了像无锡律师蔡毓钟那样的利用，就是又一次被规避，被弃置不用，或受到否定的评价。^⑤

法制近代化的成功，并不仅限于现代性的引入（虽然它是重要的），而要看现代性引入后如何改善官/民或国家/社会或精英/大众之间的关系（强世功，1996）。立法者、法学家在法制近代化过程中，对土地产权和交易的法制化努力，一再让位于政治政策和社会革命，似乎从反面印证了这一点。

六、结 论

林毅夫曾在一篇论文（Lin，1995）中认为，中国农村1980年代后的改革，是一个“诱致性制度创新的自然试验”，它提供了一个观察经济学上所说的那种“市场”如何从无到有产生的好机会。他运用经验数据证明了，农户占有土地的增加对土地市场供给有正效应，而对土地租赁的需求有负效应。但其数据（文中

^⑤ 比如：“典地最长期限问题：民间习惯，典当地永远是可以抽赎的，所谓‘典地千年活，卖地笔下亡’。警备区（包括绥德、米脂、清涧、吴堡、葭县——引者注）参照国民政府民法912、924条典期不得超过30年的规定，规定典地超过60年即为死契，地归典权人所有。民间习惯与法令是抵触的。因此常常发生纠纷，例如葭县倍甘联高生元于道光年即典土地五垧于苗晋乘，但地仍归高生元租种，每年每垧交租一斗六升，在绥德县政府明令后，苗晋乘将地收归己有并且出卖，高生元不满，后因买地优先权问题涉讼，经高等法院判决，苗晋乘取得此地的所有权。”（柴树藩等，1979：94—95）该调查于1942年进行。调查者对此案的评论是：“典地最长期限应从民间习惯，不作限制，因为多年典地的出典者多为贫户，即作限制对于原土地所有主典出后又赎回自种者亦应特作规定，允许赎回”，他们对陕甘宁边区高等法院的判决不以为然。（柴树藩等，1979：99）

表5)又显示,土地租出或租入的比例极为有限。

事实上,正如我在导论中已经提到的那样,人多地少的农户对土地的潜在需求,和人少地多农户对土地的潜在供给,并没有通过土地所有权或使用权市场交易的方式来满足,而是采取了由村委会或村民小组出面“调整土地”的办法。这固然与当代农村土地在法律上属于集体有关,但我们前面所讨论的土改前的村庄土地交易却表明,即使农村土地的集体属性不存在或减弱了,一个发达的土地产权市场的出现仍不会一蹴而就,而可能需要一系列的支持性制度。

1986年通过,1998年8月29日第二次修正的《中华人民共和国土地管理法》确定了农民的土地承包经营权。该法第十四条规定:“农民集体所有的土地由本集体经济组织的成员承包经营,从事种植业、林业、畜牧业、渔业生产。土地承包经营期限为30年。发包方和承包方应当订立承包合同,约定双方的权利和义务。承包经营土地的农民有保护和按照承包合同约定的用途合理利用土地的义务。农民的土地承包经营权受法律保护。”

这种土地经营权实际上是一种长期佃权,30年的承包期反映了政府希望农民加大对土地的投资、反对掠夺性经营的愿望。应该说,这确定了一种非常强大的使用权。

但是,农民的土地收益权却是不确定的。众所周知,除了国家税收外,目前中国农民还要负担乡、村两极的统筹和提留,以及名目繁多的集资、摊派和罚款(统称为“农民负担”),而且除国家税收外,其他负担的征收带有相当大的随意性,征收数量、征收时间和征收方式都非常不确定。一旦加在土地上的负担超过土地的经营收入(事实上在很多地区已经出现了这一状况),农民将没有任何理由继续经营这块只能给自己的带来负的收入流的土地。明代末期出现的“弃产逃亡”便有可能再次出现——不过

这次他们是流往城市，形成规模巨大的民工潮。^②

另外，在长达 30 年的承包经营期限内，农民家庭人口、劳动力的变化以及土地本身的变化，以及农业技术、耕作方式和市场需求的变化，都可能引起劳动的边际产出和土地的边际产出在各家各户间的不平衡，土地在农户之间的流进流出的需求仍将长期存在。经济学已经证明，只有在每一单位的土地的边际产出和每一劳动力的边际产出都相等时，资源配置才达到最优。但政府显然是不主张土地的过多流动的，更不要说私下的流动了。为此，《土地管理法》承认了“调地”的合法性，并对之规定了严格的条件：“在土地经营承包期内，对个别承包经营者之间承包的土地进行适当调整的，必须经村民会议 2/3 以上成员或者 2/3 以上村民代表的同意，并报乡（镇）人民政府和县级人民政府农业行政主管部门批准”（第 14 条）。我想，之所以规定这么严格的条件，一方面可能也是为了防止基层政府和乡村干部随意调整土地，破坏土地承包权的稳定和连续，但这种用“民主”或行政的办法来解决经济问题，却很可能是没有效率的（德姆赛茨，1992）。

对“调地”的社会学研究表明，各地的“调地”实践千差万别，而这和中国农村近五十年来形成的新的政治结构和社会结构有关（周飞舟，1996）。不管是“土地调整”还是“土地交易”，它们所与之互动的政治和社会结构，以及业已成熟的经验，都应该着重加以研究，在立法和政策制定中加以考虑。本文所讨论的历史和历史上的土地交易习惯并不值得复原。但是，对基层实践和农民需求的无知和无视，只顾贯彻政府意志，将使任何一部旨在解决问题的法律变成一部制造麻烦的法律。民国年间民法典的命运已经说明了这一点。

② 当然，民工潮的形成还有城市的比较收益比农村高的缘故。

参考文献

Alchian, A. A. 1977, "Some Economics of Property Rights", in Almen A. Alchian, *Economic Forces at Work*, pp. 127—149, Indianapolis: Liberty Press.

安徽省博物馆, 1988: 《明清徽州社会经济资料选编》, 北京: 中国社会科学出版社。

保成六法全书编辑委员会(编), 1992, 《六法全书·民法》, 第四版, 台北: 保成文化事业出版公司。

Bohannon, P. 1965, "The Differing Realm of the Law", *American Anthropologist* 67: 33—42.

Boserup, E. 1981, *Population and Technological Change: a Study of long-term Trends*, Chicago: University of Chicago Press.

布罗代尔, 1992: 《15至18世纪的物质文明、经济与资本主义》, 顾良、施康强译, 北京: 三联书店。

布罗代尔, 1993: 《资本主义的动力》, 杨起译, 香港: 牛津大学出版社。

查士丁尼, 1989: 《法学总论》, 张企泰译, 北京: 商务印书馆。

柴树藩等, 1979: 《绥德、米脂土地问题初步研究》, 北京: 商务印书馆。

陈秋坤, 1988: "明清以来土地所有权的研究", 载中央研究院近代史研究所六十年来的中国近代史研究编辑委员会(编): 《六十年来的中国近代史研究》上册, 台北: 中央研究院近代史研究所, 页293—314。

Coase, R. H. 1960, "The Problem of Social Cost", *Journal of Law and Economics* IV: 1—44.

戴炎辉, 1979: 《中国法制史》, 台北: 三民书局股份有限公司。

Demsetz, H. 1967, "Toward a Theory of Property Rights", *American Economic Review* 57: 347—59.

德姆赛茨, 1992, 《竞争的经济、法律和政治维度》, 陈郁译, 上海:

上海三联书店。

Duara, P. 1988, *Culture, Power and the State, Rural North China, 1900—1942*, Stanford: Stanford University Press.

Duara, 1990, "Elites and The Structures of Authority in the Villages of North China, 1900—1942", in Joseph W. Esherick and Backus Rankin ed., *Chinese Local Elites and Pattern of Dominance*, pp. 261—281, Berkeley: University of California Press.

杜赞奇, 1994: 《文化、权力与国家: 1900—1942 年的华北农村》, 王福明译, 南京: 江苏人民出版社。

Elvin, M. 1973, *The Pattern of the Chinese Past: A Social and Economic Interpretation*, Stanford: Stanford University Press.

法律文化研究中心, 1996: 《法律文化研究中心通讯》, 第 15 期。

法政学社 (编), 1924: 《中国民商事习惯大全》, 上海: 广益书局。

傅广泽, 1977: 《安徽省田赋研究》(上、下), 载萧铮 (编), 1977, 卷 17—18。

费孝通, 1985: 《乡土中国》, 北京: 三联书店。

费孝通, 1986: 《江村经济》, 南京: 江苏人民出版社。

费正清 (编), 1933: 《剑桥中华民国史: 1912—1949 年》, 杨品泉等译, 谢亮生校, 北京: 中国社会科学出版社。

Fratcher, W. F., "Trust", *International Encyclopedia of Comparative Law*, V. 6, Ch. 11.

Freedman, M. 1966, *Chinese Lineage and Society: Fuchien and Kwangtung*, London Athlone Press.

Geertz, C. 1992, "The Bazaar Economy: Information and Search in Peasant Marketing", in Mark Granovetter and Richard Swedberg (ed.), *The Sociology of Economic Life*, pp. 225—231, Boulder: Westview Press.

郭卫 (编), 1931a: 《大理院解释例全文》, 上海: 上海法学编译社, 会文堂新记书局。

郭卫 (编), 1931b: 《大理院判决例全文》, 上海: 上海法学编译社, 会文堂新记书局。

国务院发展研究中心土地课题组, 1992: 《农地规模与农业发展》, 无

出版地：南海出版公司。

国务院发展研究中心中国农地制度课题组（编），1993：《中国农村土地制度的变革》，北京：北京大学出版社。

Hayami, Yujiro and Kikuchi, Masao, 1980, *Asian Village Economy at the Crossroads*, Tokyo: University of Tokyo Press.

何炳棣，1988：《中国古今土地数字的考释与评价》，北京：中国社会科学出版社。

何道峰，1993：“村级土地制度的变迁”，载国务院发展研究中心中国农地制度课题组（编），1993：31—61。

何梦雷，1977：《苏州、无锡、常熟三县租佃制度调查》，载萧铮（编），1977，卷63。

何新铭，1977：《盐城田赋及灶课之研究》，载萧铮（编），1977，卷12。

洪焕春（编），1988：《明清苏州农村经济资料》，南京：江苏古籍出版社。

黄右昌，1947：《民法诠释·物权编》（下），上海：商务印书馆。

黄宗智，1986：《华北的小农经济与社会变迁》，北京：中华书局。

黄宗智，1992：《长江三角洲的小农家庭与乡村发展》，北京：中华书局。

Huang, P. C. C., 1993, “Between Informal Mediation and Formal Adjudication”, *Modern China*, 19. 3 (July): 251—298.

吉尔茨，1994：“地方性知识：事实与法律的比较透视”，载梁治平（编），《法律的文化解释》，北京：三联书店，页73—171。

江太新，1990：“略论清代前期土地买卖中宗法关系的松弛及其社会意义”，《中国经济史研究》，1990年第3期。

蒋云峰，1996：“论典权制度的变迁、原因及意蕴”，北京大学法律系，学士学位论文。

强世功，1996：“法律移植、公共领域与合法性：国家转型中的法律（1840—1949）”，北京大学法律系，硕士学位论文。

居密，1992：“从各省习惯法和土地契约看清代土地权的特征”，载叶显恩（主编）：《清代区域社会经济研究》（下），北京：中华书局，页

898—902。

考特, R.、尤伦, T. 1994: 《法和经济学》, 张军等译, 上海: 上海三联书店。

李奋, 1977: 《福建省田赋研究》, 载萧铮 (编), 1977, 卷 6。

李文治 (编), 1957: 《中国农业史资料, 第一辑: 1840—1911》, 北京: 三联书店。

李文治, 1993: 《明清时代封建土地关系的松懈》, 北京: 中国社会科学出版社。

李志敏, 1988: 《中国古代民法》, 北京: 法律出版社。

梁治平, 1996: 《清代习惯法: 社会与国家》, 北京: 中国政法大学出版社。

林毅夫, 1992: 《制度、技术与中国农业发展》, 上海: 上海三联书店。

Lin, J. Y., 1995, “Endowments, Technology, and Factor Markets: A Natural Experiment of Induced Institutional Innovation from China’s Rural Reform”, *American Journal of Agriculture Economics*, 77 (May): 231—242.

林子力等, 1955: “田家府村光辉农业合作社调查报告”, 《经济研究》, 1955 年第 1 期。

Liu, S. F., et. al. Trans. 1930, *The Civil Code of the Republic of China*, Book III, *Law of Things*, Shanghai: Shanghai Press.

刘守英, 1993: “山地产权制度变迁与农户行为变化: 湖南省怀化个案研究”, 载国务院发展研究中心中国农地制度课题组 (编), 1993: 99—114。

柳柯, 1990: “解放前五十年八角村农民经济的变迁”, 《中国经济史研究》, 1990 年第 1 期。

Lojewski, F. A. 1980, “The Soochow Bursaries: Rent Management During the Late Ch’ing”, *Ch’ing-shih wen-t’i* 4.3 (June): 47—65.

罗仑、景甦, 1985: 《清代山东经营地主经济研究》, 济南: 齐鲁书社。

罗小鹏, 1994: “包产到户与集体所有制”, 载文贯中 (编), 1994: 174—196。

Muramatsu Yujii, 1970, “A Documentary Study of Chinese Landlordism in the Late Ch’ing and Early Republic Kiangnan”, 载于宗先等 (编), 《中国经

济发展史论文选集》，台北：联经出版事业公司，1970年，页363—426。

Myers, R. H., 1982, "Customary Law, Markets, and Resource Transactions in Late Imperial China", in Roger L. Rauson et. al. (ed.) *Explorations in the New Economic History*, pp. 273—298, New York: Academic Press.

North, D., 1984, "Government and the Cost of Exchange in History", *Journal of Economic History*, 44. 2 (June): 225—264.

诺斯，1994：《制度、制度变迁与经济绩效》，刘守英译，上海：上海三联书店。

Otsuka, Keijiro and Hayami, Yujiro 1988, "Theories of Share Tenancy: A Critical Survey", *Economic Development and Cultural Change*, 37 (October): 31—68.

潘光旦、全慰天，1951：“谁说江南无封建”，载孙毓棠等，《我们参观土地改革以后》，北京：五十年代出版社。

珀金斯，1984：《中国农业的发展：1368—1968》，宋海文等译，伍丹戈校，上海：上海译文出版社。

Polanyi, K. 1992, "The Economy as Instituted Process", in Mark Granovetter and Richard Swedberg (ed.), *The Sociology of Economic Life*, pp. 29—50, Boulder: Westview Press.

恰亚洛夫，A.，1996：《农民经济组织》，萧正洪译，于冬林校，北京：中央编译出版社。

钱承泽，1977：《嘉兴县之租佃制度》，载萧铮（编），1977，卷59。

仁井田陞，1992：“明清时代的一田两主习惯及其成立”，姚荣涛译，载刘俊文（主编），《日本学者研究中国史论著选译》，第八卷，北京：中华书局，页409—460。

实业部中国经济年鉴编辑委员会（编），1934：《中国经济年鉴》，上海：商务印书馆。

“司法行政部”（编），1969：《民商事习惯调查录》，台北：进学书局。

Skinner, G. W., 1964, "Marketing and Social Structure in Rural China", part I, *Journal of Asian Studies* 24. 1: 3—44.

孙毓棠，1951：“江南的永佃权与封建剥削”，载孙毓棠等，《我们参观土地改革以后》，北京：五十年代出版社。

田继周, 1957: “明代后期的一条鞭法的研究”, 载中国人民大学中国历史研究室(编), 《中国资本主义萌芽问题讨论集》, 北京: 三联书店, 页 657—672。

文贯中(编), 1994: 《中国当代土地制度论文集》, 长沙: 湖南科学技术出版社。

吴经熊(编), 郭卫(增订), 1947: 《中华民国六法理由判解汇编·民法》, 上海: 会文堂新记书局。

萧铮(编), 1977: 《民国二十年代中国大陆土地问题资料》, 台北: 成文出版社有限公司, (美国) 中文资料中心。

许涤新、吴承明(主编), 1985: 《中国资本主义的萌芽》, 《中国资本主义发展史》第一卷, 北京: 人民出版社。

许涤新、吴承明, 1993: 《新民主主义时期的中国资本主义》, 《中国资本主义发展史》, 第三卷, 北京: 人民出版社。

延安农村工作调查团, 1980: 《米脂县杨家沟调查》, 北京: 人民出版社。

杨国楨, 1988: 《明清土地契约文书研究》, 北京: 人民出版社。

杨国楨(编), 1990: “闽南契约文书综录”, 载《中国社会经济史研究》, 1990 年增刊。

杨小凯等, 1994: “中国农村产权结构变化对商品化和生产率的影响”, 载文贯中(编), 1994: 236—273。

耶林, 1994: “为权利而斗争”, 胡宝海译自日文本, 载梁慧星(主编), 《民商法论丛》, 第 2 卷, 北京: 法律出版社, 页 12—59。

叶孝信(主编), 1993: 《中国民法史》, 上海: 上海人民出版社。

张乐天, 1998: 《告别理想: 人民公社制度研究》, 上海: 东方出版中心。

张闻天, 1986: 《神府县兴县农村调查》, 北京: 人民出版社。

张五常, 1994: “交易费用、风险规避与合约安排的选择”, 载科斯等, 《财产权利与制度变迁》, 上海: 上海三联书店, 页 137—165。

章有义, 1984: 《明清徽州土地关系研究》, 北京: 中国社会科学出版社。

章有义, 1988: 《近代徽州租佃关系案例研究》, 北京: 中国社会科学

出版社。

赵冈、陈钟毅，1982：《中国土地制度史论》，台北：联经出版事业公司。

赵晓力，1996：“契约、习惯与国家法：以中国近代农村土地交易为例”，北京大学法律系，硕士学位论文。

郑行亮，1977：《福州长乐实习调查报告》，载萧铮（编），1977，卷62。

中国第一历史档案馆、中国社会科学院历史研究所（编），1982：《清代地租剥削形态》（下），北京：中华书局。

中国第一历史档案馆、中国社会科学院历史研究所（编），1988：《清代土地占有关系与佃农抗租斗争》（上），北京：中华书局。

中共中央政策研究室、农业部农村固定观察点办公室（编），1992：《全国农村社会经济典型调查数据汇编：1986—1990》，北京：中共中央党校出版社。

周飞舟，1996：“土地调整中的农村权力关系：对中国三个村庄的实地研究”，北京大学社会学系，硕士学位论文。

周远廉、谢肇华，1986：《清代租佃制研究》，沈阳：辽宁人民出版社。

周其仁，1994a：“土地转包的调查和初步分析”，载周其仁（编），1994d:630—643。

周其仁，1994b：“湄潭：一个传统农区的土地制度变迁”，载文贯中（编），1994:37—106。

周其仁，1994c：“中国农村改革：国家与所有权关系”，《中国社会科学季刊》（香港），1994年8月（夏季号）。

周其仁（编），1994d：《农村变革与中国发展：1978—1989》，香港：牛津大学出版社。

周其忠，1965：“地主阶级的联合组织——‘平湖租栈办事处’的几件罪证”，载《文物》，1965年第3期。