
清代财产权利的 观念与实践

郝维华 著

法律出版社

本书的完成与出版获得中国政法大学
『比较法学与当代中国法治』项目支持

图书在版编目(CIP)数据

清代财产权利的观念与实践 / 郝维华著. —北京:
法律出版社, 2011. 12
ISBN 978 - 7 - 5118 - 2943 - 6

I. ①清… II. ①郝… III. ①财产权—研究—中国—
清代 IV. ①D929. 49

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 263212 号

©法律出版社·中国

责任编辑/丁 敏

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/法律考试出版社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京中科印刷有限公司

责任印制/沙 磊

开本/A5

印张/5.75 字数/129千

版本/2011年12月第1版

印次/2011年12月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 2943 - 6

定价:25.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目录

Catalog

导 论	001
第一节 产业和财产权在清代的概念	001
一、传统社会下的财产和财产观念	001
二、土地与国家政策	004
三、财产权利的界定	008
第二节 方法论的阐述	015
一、力图挣脱僵化“定性”的教科书模式	015
二、“放宽历史的视界”	018
三、方法的尝试	021
第三节 进入视野的材料	027
第一章 产业现象和财产权	029
第一节 进入人们视野的财产	029
一、财产的范围	029
二、“产”与“业”:财产的旧时表达	036

三、财产的分类	037
第二节 从财产到所有权和财产权	040
一、所有权概念的诞生	040
二、财产权的架构和所有权	041
三、“权利”观念在清代的表现	046
四、以利益为核心的财产权	050
五、以利用为表征的财产权	052
第二章 清代财产权的构造	055
第一节 清代地目简述	055
一、地权与地制	056
二、官田：土地国有的神话	057
三、民田	067
第二节 财产权的主体要素	068
一、家族财产所有	068
二、族产：特定目的之“共财”	074
三、分家与财产的界定	082
第三章 清代财产权的分割与混同：以利用方式为中心的 财产权类型	084
第一节 概述	084
一、作为载体的契约：财产让渡方式纵览	084
二、财产权利的体系化尝试	117
第二节 民间财产权利的制度基础	124
一、永远管业：最理想的财产权形式	124
二、租佃制、永佃和永佃权	125

三、一田两主和大小租:所有权的分割	129
四、典权的多面特征	134
第三节 影响财产权行使的“人情世故”因素	137
一、活卖与绝卖	137
二、先问亲邻	141
第四章 契尾和财产权凭证	143
第一节 红契和白契	143
第二节 契尾	148
一、契尾的形制	148
二、契尾的内容	150
三、税契	154
四、权利登记:通过义务确认权利	157
第五章 清代财产权的司法保护	160
第一节 争产:黄岩兄弟互控争产的个案分析	160
第二节 由讼累看产权保护的成本	165
结 语	170
参考书目	173

导 论

第一节 产业和财产权在清代的概念

一、传统社会下的财产和财产观念

在中国传统农业社会下,一个典型的社会成员——农民,在他的日常生活中,最关注的和最期待的会是什么?是“三十亩地”和一头牛。他终其一生追求的会是什么?是千顷良田,屋宇无数,是更大的财富。

在山东:

“不动产是财产的主要部分,也是导致尖锐的家庭冲突的主要原因。”

“每个家庭都为自己的财产自豪,他们重视的不是一时的财产多少,所以收入不均不会严重威胁村庄的团结。”

“因为家庭不断处在兴衰的过程中,所以土地交易也在不断进行,每年冬天都可看到田地从一家

转到另一家。土地价格依土地的质量和位置而定,每年有波动。当家庭需要一大笔钱时,他们通常以抵押田地来筹钱。有钱的家庭借钱给贫困家庭,获得一定时限的土地使用权,在这期间拥有对产品的全部权利。……那些抵押土地借钱的家庭在春节期间感到伤心,羞于走在街上。而得到土地使用权的家庭却很高兴,他们的高兴仅次于他们买了一块土地。”^{〔1〕}

在江南小镇上:

“一个村民用下面的语言向我表达他的安全感:

‘地就在那里摆着。你可以天天见到它,强盗不能把它抢走,窃贼不能把它偷走。人死了地还在。’

占有土地的动机与这种安全感有直接关系。那个农民会说:‘传给儿子最好的东西就是地,地是活的家产,钱是会用光的,可地是用不完的。’”^{〔2〕}

而且,在那里,“如果说人们的土地就是他们人格整体的一部分,并不是什么夸张。因此,土地不仅是具有作为人们主要生计的普遍的价值,而且某一块土地,对所有者来说,还具有特殊的价值。”^{〔3〕}

在福建,一部分农民已经开始尝试走出农村,到镇上去经商,但他们还是要回到农村去,占有那里宝贵的资源:土地。(湖口镇的商人东林在返乡之后),“东林偶尔拿起锄头绕着田走,为他兄弟找水,就像所有农民在灌溉季节所必须做的。离家乡几年之后,他现在开始怀有一种至爱的心情,看着葱茏的田野。”

〔1〕 以上均参见杨懋春:《一个中国村庄:山东台头》“10. ‘家庭作为初级经济群体’和11. ‘家庭的兴衰’”,江苏人民出版社2001年版。

〔2〕 费孝通:《江村经济——中国农民的生活》,江苏人民出版社1980年版,第129页。

〔3〕 同上,第330页。

然后,当兵匪连年骚扰他们的村庄时,他们甚至不舍得离开自己的田园。“争议的中心是围绕保护他们的房屋和财产问题。五哥强烈建议父母放弃看守门户的想法,这样不仅房屋家财不能保全,连性命也会丢掉了。他争辩说即使房屋损失掉了,他们还可以去福州三哥家。大哥(东林的侄子)的想法却不同,他在这儿有自己的家,别处却没有他容身之处。所以这儿房屋的损失就等于他的家庭毁灭。”^[1]

我们由此可以得见一般人们财产观念的大概,追逐财产的愿望极其强烈。不论财产权利的观念在历史之初是如何诞生的,到了十八九世纪的晚近时代,人们一致把土地等产业视为“最好的东西”了。如果没有土地和房屋,别的财产对他而言都不是第一位重要的。他们最害怕的是失去土地,并因此而劳碌终生。

放眼望去,普通民众对拥有财产尤其是地产的渴望在传统中国的广袤的地缘之际似乎没有什么差异——中原汉族社会与边远乡土社会也许关注的生存资本不一而足,然而攫取财富以谋“身上衣裳口中食”的欲望并无二致。清代留存下大量的地契、分家乃至诉讼文书记载了其格式的高度一致,内容的均质化,但涉及的地域范围却极为广泛,从东北诸省到西南之畴,乃至较为晚近的台、粤等地,均为某种统一的财产观念所笼罩。不能说没有各地之惯例,以及较为独特的表达或趋向,但是总体上的一统格局是毋庸置疑的。

我们将研究的重点置于有清一代,即17世纪中起至20世纪初迄。这可以被称作中国的漫长中世纪的最后三百年,^[2]代表了中原

[1] 林耀华:《金翼》,生活·读书·新知,三联书店1989年版,第12、176页。

[2] 借用朱维铮教授的说法,“中国有过漫长的中世纪”。朱维铮:《走出中世纪》,复旦大学出版社2007年版,第1页。

主流政权以及民众从传统社会发展的最高峰走向衰败复又维新、蜕变的历程。在地政和财产制度的发展中,官方对此遵循旧有的分配思路与赋役策略,民间也以保有耕织桑麻的产业之邑为念。逮至中后期移民潮涌,垦地日多,原始的财产权也占据了财产格局的不少空间。

二、土地与国家政策

我们将以土地这最大宗的财产为例,讨论清时官府和农人如何共同发展出财产权利安排。

与土地密切相关的日常生活虽然平淡无奇,但在年复一年的收获季节,演化出形形色色的土地利用方式——这里指的是人与人之间的权利协议的结果。我们不仅诧异于当时农业技术水平发展的高度,也更加诧异于农人发展出的自发的或由国家权力介入的强制或诱制的制度化安排。

(一)清代土地政策的导向:“永不加赋”

农民从国家那里按均等份额获得土地,是农业社会的理想模式。授田制由来已久,在清代建立之初,新朝统治者也曾使用破坏性的动作,在战士们逐渐收敛了马蹄的威力后,接受中原农业社会的文化,在有限的范围内做了土地制度的安排。18世纪初康熙推行的“滋生人丁,永不加赋”政策,直接催生了中国人口庞大的基数。在富民政策的主导下,因人丁税收之恒定而使得土地的赋税也趋于平稳,土地出产亦增,康雍盛世的出现迥非偶然。

康雍并不直接实施积极的、大范围的授田,虽然他们也赞同初始的土地当由国家授之,但面对一个已经定型的土地占有格局,他们只能默认圈地的八旗对土地的占有,却无意改变中原农村的土地占有

和所有关系。他们所能做的是,将现有的人口基数作为征收田赋的根据,从而保证轻徭薄赋,减少民人的负担。康熙声言:“朕故欲知人丁之实数,不在加征钱粮也。今国帑充裕,屡岁蠲免,辄至千万。而国用所需,并无遗误不足之虞。故将直隶各省见今征收钱粮册内有名入丁,永为基数。嗣后所生人丁,免其加增钱粮。但将实数另造清册具报,岂特有益于民,亦一盛事也。”〔1〕

明代以来,国家的户籍和地产统计簿上就列出这样的项目,“旧管、新收、开除、实在”,名曰四柱。这四项目用于网罗人丁与事产二项,户与赋统一,对当时的赋役管理体制来说,看来是绰绰有余了。至清代,承平日久,户显得并不那么重要了,田赋制度又经历了康熙朝“滋生人丁,永不加赋”的激励、雍正朝的“地丁合一”,至乾隆初年逐渐定型。田赋成为政府最重要的一项收入来源,也成为有产者最主要的负担。田赋一般由地税与实物粮税构成,杂税中的契税则在地产交易时产生,也是与地产有关的一项税赋。〔2〕

此后,为了与“永不加赋”的精神相配合,也为了稳定赋役格局,避免扰民,土地清丈和普查几乎停顿。高宗初年,大学士朱轼甚至建议“民间土地丈量首报,宜一并永远停止”(雍正十三年十月辛巳)。他强调的理由是,基于现实的考虑,新帝或新督抚上任之初丈量田地必然是民众最反感也最能招致阻力的事情。这一论点认为,“夫地丁二项本属一例,从前圣祖仁皇帝念生齿繁盛,特命编审之年,但查人丁户口之数,不必加增丁银,著为定例。则民间田地正赋既有定额,何用苛求。世宗仁皇帝每逢恩免,动以数百万计,而江南等省浮

〔1〕《康熙实录》五十一年二月壬午谕。

〔2〕参见王业键:《清代田赋刍论(1750—1911)》,人民出版社2008年版,第10—15页。

粮,数百年著为定额,一旦蠲除百余万。若此区区报垦之粮,于国赋曾何加于毫末乎?臣愚以为不但丈量不可行,即劝令据实自首亦可不必要。”^{〔1〕}因为土地数额与赋役负担联动,惠民的做法是为了避免增加小民的科差负担,国库、地籍可以不必计较太细。另一方面,也不乏小民或地主为免粮差赋役的骚扰,也力图从地籍中抹去自家的登记——只要他们能买通差役等人,此之谓传统社会常见、能吏所深恶痛绝的“影射”、“飞洒”之弊。不同于明代以严密的黄册作为依据,学者们大概可以估算全国的地亩之数,清代只有一地一时的地亩清册,“普天之下,王土几何”,至今还是未解之谜。

于是,乾隆五年,在这种鼓励政策之下,准予“零星土地”“免于升科”,其结果与其说是鼓励了开垦小块土地的积极性,不如说是对当时现实的一种让步。政府与民众的矛盾永远是:政府要加税,征收越多的税越有利;而民众总希望千方百计地少纳税。

(二)新垦地

“永不加赋”这一举措导致的人口急剧扩张使得人口压力下农民愈来愈强烈地“向土地要粮食”。以前代授田或本朝占有为主要的土地格局多少受到冲击,于是新垦田的必然性凸显,垦荒的积极性空前发展,不但与旧有土地毗连的荒滩野岭得以利用,而且人们日益向滩头、湖荡、深山等未开垦的处女地进军,大肆扩张,用无数的成本、耐心和岁月(有时候还要加上暴力才够用)赢得赖以生存之本。

伴随着清季人口的压力,移民浪潮滚滚而来,与之而来的是从前视为不毛之地的山坡、荒地、湖荡、滩涂皆成为人们追逐的目标。清

〔1〕 第一历史档案馆藏户科 0059,乾隆四年十月二十五日。相关的论述可参见高王凌:《十八世纪中国的经济发展和政府政策》,中国社会科学出版社 1995 年版。

入关以来两个世纪基本禁绝内地民人向关外移动,但由于人口压力也逐步放松执行的标准。而传统的海疆地区长期以来实行海禁政策,在清代中后期也逐步开放,使得我国台湾地区成为新垦地涌现的外一章。

传统畋域界限也在不断突破,游民和移民们在省籍交界处、边缘地域聚合,形成较大规模的不稳定地带,无序状态弥漫在这些国家政权相对薄弱的地带。同时,这种现象还伴随着一种新的营利方式——开矿而愈加激烈。开矿是古老的行业,但新型的商业运作模式和高度的流通性使得矿业构成产业和财产权格局中全新的尝试,在有清一代成为发展最迅速的生产经营方式,并且在20世纪前后成为近代化的标志性产业。

(三) 土地的流转

买卖依然是土地流转和获得产业的最重要的方式。这种流传了千年以上的交易方式及其衍生出的变种折射出社会变迁和生活环境的细致内容。这将成为本书讨论的重点。

长久以来的主流政策并不鼓励土地转让,对于“崽卖爷田”的做法不但有来自民间的鄙视,更有来自官府的担忧:失地之后,民将无以为恃,无以为生,社会不稳定,官员的牧民之责皆无依托。故而官府在实践中对土地流转尤其是出于无奈的卖地持消极态度,在确权和诉讼中尽力消弭流转的后果,而以保有地亩、维系温饱为努力目标。封疆大吏们的奏章也一再力陈土地流转乃小农社会的弊病,甚至历数土地买卖频仍会累及民风,罪莫大焉。

虽然清代民事法中对于土地买卖的效力、规制及登记缺乏类似

现代民法的设置,^[1]但联缀散见的成文规则和各地的惯例足以拼凑出较为完整的权利格局和相关制度安排,并在发达的小农社会中某些方面发扬光大。

三、财产权利的界定

财产权的概念之所以跃出,影射在传统的清代社会,这多半是由于现实的启发。否则,对一个从来没有形成绝对权利概念的古老社会,缘何会热衷于其中的财产权讨论?今天改革的现实需求促成了转型期社会存在的痛苦的蜕变,那些残留的老皮何以如此坚固,以至于新社会因素难以突破?那些与历史不谋而合的社会弊端促使我们一探究竟,究竟这些积弊从何而来,其存在的合理性何在?

一个民族的历史上就算没有过“财产权”的词汇、标语或口号,她也必定存在过某种形式的对应物,如果不在衮衮诸公的言论中,不在庙堂之高的法度中,那也至少存在过田舍郎的算计中,他们的心目中不可能没想过这些问题,他们的日常生计也不可能绕开这些问题。

至少,我们可以从以下的理论侧面中引申并拼凑出传统中国的财产权概念的界定。

[1] 清代是否有民法,或者有无民事法律,究系“成文法”或“不成文法”,以及其渊源何在,学界虽未有定论,但可以肯定,作为规则与事实,清代民事法的存在与有效运作是不争的。参见,张晋藩:《清代民法综论》,中国政法大学出版社1998年版。“在丰富而又悠久的中国古代法律史中,虽无现代民法的概念,但却存在着财产关系与人身关系和相应的法律调整。”“清代的法律制度是由背离和矛盾的表达和实践组成的,官方的表达和法律制度的实际运作,既矛盾又统一。”黄宗智:《清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践》,上海书店出版社2001年版。“无论中国古代是否存在民法,存在什么样的民法,《户部则例》都不可能是清代的民事制定法”,参见田涛:“虚假的材料与结论的虚假”,载《批判与重建:中国法律史研究与反拨》,法律出版社2002年版。

(一) 民族的自然言说

财产的人格化以及财产流转的人格化,这代表了传统中国财产法的一个主要侧面。财产的人格化反映在身份法上就是严格的身份烙印。“家财”成为主要的财产保有形式,个人的财产几乎没有不牵涉到家族的因素的。这成为传统中国财产权的表征之一。

如果按照我妻荣先生的断言,财产的债权化代表了近代资本主义的色彩,^[1]那么,前资本主义的特征是人们把财产的保有和取得视为第一位的,而交易和交易的稳定则相对次之。在传统中国社会,交易并非缺乏,但交易具有不充分、不纯粹和不自由的特征。一块土地上会出现多个累加的所有者和土地的利用者,他们都对这块田地有利益主张,但却不必互相对抗。这现象到了清代发展到极致,是前代未有或前代并不突出的现象。目前学者比较同意这部分地出自人口压力挤压的结果。

在传统中国,财产的这些特征和利用方式无疑是具有民族特性的,东亚社会的耕作制度和生活方式铸就了特殊的农耕文化和人际关系,它们在乡土环境下发展出的财产利用方式,经千百年的演化,再经由 17 世纪的财富积累和人口翻番的催化,圆熟自洽地进入财产利用的近代方式,“历史,即便是一个民族的幼年,都永远是一位值得敬重的导师”。^[2] 如此,倘研究传统的财产观念和财产权利的制度安排能有点滴心得,也许对于今天的土地变革如何体现中国特色有些许益处吧。

[1] [日]我妻荣:《债权在近代法中的优越地位》,王书江、张雷译,中国大百科全书出版社 1999 年版,第 5、6 页。

[2] F. 卡尔·冯·萨维尼:《论立法和法学的当代使命》,许章润译,中国法制出版社 2001 年版,第 86、87 页。

(二) 西方财产法观念的参照

传统民事法律的研究者借用物权、债权、用益物权等名词,并用相当的精力来讨论某一历史现象究竟隶属何种权能,如清代传统中的“一田两主”或“三主”现象,以大陆法的所有权格局来解释,颇不顺眼,究竟占有焉、使用焉、收益焉、处分焉?定性之争不绝于耳。一方面,这是法学盛衰的反映,到了一个呼唤权利的时代,故而人们的权利须以现代立法建构之,以外邦工具磨砺之,以先进概念统合之;另一方面,也说明我们这个民族是多么缺乏民法传统,以至于我们在适用外来法律概念与精神时颇不顺手,方枘圆凿,参差抵牾屡屡发生,借来西方朵朵彩云,却难以装饰本土的天空。在争论中,对田土产业究竟是采用“财产权”还是使用“物权”的说法,也掀起了不小的波动。^[1]

一般认为,财产法一词来自英格兰封建传统,字面上的“财产”或“财产法”(property)具有权利内容,是英美法系的概念,财产和财产权的范畴几乎是等同的。作为重视经验胜于逻辑的普通法,很久以来就认为“财产权是一束权利”^[2],也就是说,某财产权利如同一捆树枝,包含哪些枝条不一而足,较完整的所有权包括但不限于占有、收益、排他、出售、管理,至近代又延伸到了资本化、免于征用、传给子孙等权利。但如同任何一家古老法律体系一样,在普通法中,“直至中世纪结束前夕,任何古代或中世纪的语言里都不曾有过可

[1] 参见梁慧星《为中国民法典而斗争》中“建议用‘财产权’代替‘物权’”的讨论,法律出版社2002年版。

[2] “财产权并非……某种绝对权利,而系一束权利。”见 John Rogers Commons, *The Distribution of Wealth*, Macmillan and Co, 1893, p. 2。当代流行的财产法教科书均不乏这样的表达,如 John P. Dwyer & Peter S. Meneil, *Property Law and Policy*, The Foundation Press, 1998, p. 2。

以准确地译成我们所谓‘权利’的词句”，^{〔1〕}抽象的法理归纳也只是晚近才发展出的学术成绩。中世纪社会中的大多数财富表现为小民和贵族的房产、土地以及手工业者的商店和工具等有形物，而基于分封制度下的土地是和身份紧密相联的。所以，将具体之物的所有权当做财产权的概念也同样是中世纪后期的学术成绩，具有重要的政治价值，是经验法学发展的标志，也体现了民众认识的升华。

而物权则是来自大陆法的名词。同样发轫于近代国家规则与学术总结的物权体系，在高度严密的逻辑体系下，强调单一所有权的绝对性，并发展出物权、债权分立的格局，以此确认和保护行为人的各项权能。但源自罗马法的财产权利也包含了两项重要的历史财富：一是所有权、他物权是在长期的发展历史中相互促进，最后才渐渐明晰，罗马非一日之功，物权的抽象发展也非一日建成的。罗马社会同样经历了从“物”的概念出发拓展财产权利的历程，并在对物的利用过程中发展出绝对所有权和他物权的内涵区分。罗马法“绝对所有权”概念的产生经历了一个漫长的过程，直到帝国晚期才初步具备了相对完整的个人所有权的物之权利的观念。所有权的内容——占有、使用、收益和处分成为验校绝对权利的试金石。另外，物权和债权的二元分野在古罗马有所萌动，历中世纪而发展至形而上学阶段，将对一切人（对世权）和特定人（对人权）的财产关系分别区分，将日常体验和自然认识上升到抽象类型化的学科知识，并将此种逻辑结构固定化。从此，财产权利格局如井田如阡陌，各居其所，不相紊乱。

人类社会的趋势与发展固然有共性，个人的欲望和需求也非天

〔1〕 [英]米尔恩：《人的权利与人的多样性——人权哲学》，夏勇、张志铭译，中国大百科全书出版社1995年版，第5页。