

所无 有。权

集权奴役社会的地权秩序

吴向红 吴向东



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

所有 无 有 权

集权奴役社会的地权秩序

图书在版编目(CIP)数据

无权所有:集权奴役社会的地权秩序 / 吴向红, 吴向东著. —北京:法律出版社, 2015. 6
ISBN 978 - 7 - 5118 - 7838 - 0

I. ①无… II. ①吴…②吴… III. ①土地制度—经济史—中国 IV. ①F329

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 080473 号

无权所有:
集权奴役社会的地权秩序

吴向红 著
吴向东

责任编辑 周丽君
装帧设计 贾丹丹

© 法律出版社·中国

开本 A5
版本 2015 年 7 月第 1 版
出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
责任校对 杨锦华
印刷 三河市兴达印务有限公司

印张 9.625 字数 250 千
印次 2015 年 7 月第 1 次印刷
编辑统筹 独立项目策划部
经销 新华书店
责任印制 张建伟

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 7838 - 0

定价:32.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

前 言

本书的目的是重新研究中国传统地权秩序,确切地说,是为重新研究修直道路。

重新关注传统,并非发思古之幽,乃是因为这样一种认识——传统从来不会突然中断,无论遭遇怎样的历史潮流,无论发生了怎样改天换地的革命,无论人们自以为在精神和物质上完成了怎样的现代化,传统仍会延续。一个文化传统的核心,会以惊人的生命力复制和延续。一种看似早已成为过去的深层结构会以极具现代性的外表继续其古老的工作。

在这种意义上,我们可以说,传统就是现实。诚如希伯来人所言:太阳底下无新事。

本书无意成为另一部土地制度史,亦非关于传统土地法律制度的完整的实证研究。本书的中心任务是建立一个理论框架,以便我们能够按照传统的本色重新构造和理解中国古老的地权秩序——尤其是民间原生的地权秩序。这个框架不是完整的社会学理论,也无意成为一种新的政治经济学说,它仅仅是从西方传统政治学思想出发、以东方社会地权秩序为对象的地权理论。我们需要这样一个框架,不是为了创新,乃是为了还原——将已经发生的事情还原到本来的样子,还原到“生活的世界”,常识的世界,还原到未经预设观念扭曲的现象,或者如施特劳斯所言,还原到“事情的表面”,以此,我们或许有机会重新认识(而非预设)事情的本质。是的,对于理解中国传统,我们习以为常的理论框架离“生活

的世界”太远了——更不要说古代传统中的生活与常识，为了把传统的常识纳入这个框架，传统和常识已经支离破碎，面目全非了。这倒不是说理论家或导师们缺乏常识或深度，而是因为他们的常识是另一个传统的常识，他们的思想深度地浸淫于另一个思想传统，后者又不幸地被一个称为“现代性”的世俗化思潮颠覆扭曲，成为一种充满怨恨的病态，这一切，恰恰阻止了现代理论家们真正洞彻一个与之有本质差异的更加古老的传统——虽然有时他们已经相当接近了。

本研究起因于“所有权的困惑”。在研究传统地权课题（如土地典卖）时，笔者深刻意识到，以“所有权”概念阐释中国传统时出现了严重困境。相关的文献（如杨国桢、李文治、王毓铨和日本学者的著作）进一步揭示了问题的普遍性。大量民间契约表明，中国传统的土地交易，如典、卖、陪、退、批、流、顶，其标的并非土地所有权，倒像是寺田浩明所谓“管业地位”（但比它复杂）。小产权房与土地承包权也类似，在当代农村，无论是宅基地还是承包田，其权利的内容和交易的标的均与土地所有权无关。凡此种种，与其说是所有权的“残缺”，不如说是所有权的缺席。种种迹象表明，中国传统的地权秩序和土地交易是在“无所有权”的状态中运行的。这一状态持续至今。例如，虽然宪法规定了农民的“集体所有权”，然而一系列复杂的立法形成实践上的否定，土地的集体所有权从来没有可操作性，所有权成了抽象之物，悬空之物，装饰之物，“纸上之捏，空中之影”。反观现实，我们确实得认真考虑这样一种可能性：在地权内容与地权交易的标的上，古今相通，一仍其旧。“西化”只发生在法律的表面，脱离了现实的土壤。

从法理的逻辑看，这一问题似乎非常简单。土地所有权是一种私法现象，它来源于罗马法，表现为诉权，土地所有权是一种财产的法权形态（私法权利），其核心观念是完全的支配、彻底地排他的个人权利观念。私法权利的存在是有条件的，它需要一个完

整的私法体系来支撑,其要旨是诉权和救济,这样一系列法律设施存在于西方传统,在中国古代尚付阙如。对于中国人而言,绝对排他的土地所有权闻所未闻,至于建立民事法律体系,古人既无手段,更无热情。古人的地权观念,是溥天王土式的“王土观念”,其意图所指,乃是所有权的垄断——这意味着排除而非建立民间土地所有权。从逻辑上说,只要基于诉权和救济的私法不具有普遍性(确实如此),土地所有权就只能是某种特殊现象,私法权利(财产的法权形态)也只是某种特殊现象。如此看来,说中国古代有土地所有权恐怕是一厢情愿、削足适履了,这是在“硬译”西方学术概念。因此,考察中国传统的地权秩序,有必要回到这样一种财产与政治生态——无权所有(ownship of no-right)。

概念的“硬译”造成了严重的遮蔽和扭曲,从而导致一系列轻率的错误。由于先验地假设了所有权的存在,人们不自觉地假定了土地法权的普遍存在,从而假定了私法秩序的存在,进一步,就是假定了权利结构的普遍存在,假定基于法律权利的财产形态(财产的法权形态)的普遍性,假定土地交易的标的就是所有权,假定了私有制。当人们通过所有权为社会经济形态定性时,人们不假思索地把东方社会和西方社会画等号,想当然地认为西方看到的一切一定会在东方出现。概念的有色眼镜扭曲了现实。

在东方的现实中,我们完全有必要考虑另外一种可能性:土地所有权并非普遍之物,乃是某些社会做出特殊努力的结果。地权秩序未必基于法权,它完全可以抛开法治,以政治权力和暴力形成某种秩序(占田秩序)。私法秩序不具有普遍性,在许多文化中,根本找不到以诉权和救济为支撑的民法体系。法权形式的财产形态可能只是财产形态的一种形式,除此之外,还有许多可能的非法权形式(无法律的社会照样有财产)。更通常的情况是,社会的观念、政治经济和法律结构根本不接受私人对土地的绝对和排他的支配,地权秩序仅仅表现为有关土地使用的权利约束;在这种情况

下,所有权不可能成为土地交易的标的。权利(私法秩序中产权的基础)也有可能缺位,尤其是法律权利。无权利的社会是可能的,甚至有可能广泛存在。研究无权利社会的地权秩序,需要超出法律的视野,这要一直追溯到法律之下的或所由出的、更加原初的事物。

不难看出,上述一系列现象——无权利、无私有制、无土地所有权、无法权形态的财产、无私法、无救济、无法治(rule of law)是相互关联的,触目既是的乃是特权、官有、责任田、权力财产、官司、肉刑、人治。一个最简单、最直接的解释是,这些相互关联的现象很可能起源于一个更加基本的社会结构:一种比法律更基本的、足以成为法律之源泉的社会政治现实——古希腊政治学中所讲的Politia。孕育了私法的城邦只是Politia的一个类型(公民社会);另外地,与之相反的类型完全有可能存在,而且在数量上、在古老程度上都远远超过前者。在人类历史上,公民社会只是一些特例,而非公民社会(如内部奴役的社会)则是常态。常态中包含了东方专制社会的基本特点——土地所有权的垄断。

这意味着,我们必须考虑这样一种可能性,东方和西方的社会可能存在类型上的差异,在非公民社会与公民社会差异的背后是奴役与自由的对立,正是在这一基本取向上的取舍导致了Politia的互斥的类型。这一情形可以类比物理系统:平衡态与非平衡态就是两种互斥的类型,现象的互斥本源于方程形式的差异(线性与非线性),耗散结构乃是系统非线性的结果。政治自由的实现需要一系列复杂的条件,还需要整个社会对于公平、正义的不懈追求。当条件不具备或追求而未果时,我们将看到非公民社会。

本书的目的,就是研究一个无私法、无所有权、无权利的社会中的地权秩序,这是非公民社会的一种典型生态。马克思接近过它(亚细亚生产方式),但最终在演进论的先入之见中自相矛盾。生活于西方传统的理论家们已经太习惯于法治和权利了;除了人

类学家(如马林诺夫斯基),他们大多数忽略了这一更加原始的也更加基本的社会生态,对于这种生态下的地权鲜有阐述。但在中国,我们不可能忽略这种生态。如果要真正理解中国的地权传统与地权现实,必须重新直面这种残酷的生态。我们需要一个理论、一个足以摆脱所有权范式的新的理论范式、一个足以洞察于无权所有的地权秩序的分析框架,这一理论的背景是非公民社会的一个典型类型——内部奴役的社会。

毫无疑问,这一工作是复杂和艰巨的。我们要分析的社会结构属于一个古老的东方传统。然而,一个多世纪以来,现代性思想洪流的涌入和代价巨大的社会实验摧毁了这个古老传统的许多遗迹,并且这个原本熟悉的地方覆盖了厚厚一层多余之物。在这样一个基础上,要想建立,先要还原,为了还原,需要适当铲除或清洗。这些事情,都是不得已而为之。在地权这个领域,传统之物已然被扭曲,原本一目了然的逻辑已经被根深蒂固的西方思维范式弄得模糊不清,方寸大乱。为了重新阐释传统,必须努力使一个古老的传统呈现出本来的样子,放下西式的有色眼镜,找回真正属于我们老祖先的“土著的体系”(folk system),如果可能的话,还要尽量还原传统内在的逻辑与合理性。

本书的结构很简单:第一章、二章是一个单元。它开始于对传统地权秩序的观察,并完整研究了元明时期出现的“一田多主”现象,目的是在现象层面呈现管业秩序的内涵,顺带也试图解决“一田多主”这个课题的一些长期疑难如一田多主的起源。第三章是理论部分,意图是建立一个适合于无权利、所有权垄断条件的地权分析框架。对于理解无私法、无所有权、无权利的社会中的地权秩序,这样的理论框架是必需的,且无法拿来。为了摆脱现代性思潮的可能扭曲,该框架选择以古希腊的政治哲学为出发点,只是在产权结构的部分尝试与新制度经济学理论调和。第四章也是理论部分,目的是为习惯法建立一般性的理论基础(我们一直缺乏这样一

个理论),以便更加深刻地理解民间地权秩序,这一工作的出发点是帕森斯所谓“规范性秩序”。第五章很有意思,它综合了古代经学的训诂传统与格拉提安的经院,尝试以解经的方式还原中国古代征信结构和契约渊源。本想做有关民间契约研究的导言的,未承想放在这里特别合适,前呼后应,浑然天成,只好割爱,顺其自然了。本书形成于一系列分析与思考,并非一气呵成,可能会有不一致或小小的回述,在整理时,一些术语和表达上的原始形态被有意保留,以便追踪思想形成的脉络和痕迹。

虽然以中国法制史立项,但由于土地这个题材内在的逻辑,本书不可避免地涉及法学、史学、社会学、政治学、经济史、人类学、考古学、制度经济学等领域,有时还不得不涉及相关领域一系列比较深入的或有争议的专业问题。适度展开这些领域,只是学理的内在需要,并无弄斧之意。涉及广阔题材的讨论,丝毫不意味着本书作者已然或自认为是这些领域的专家;相反,在所有这些专业领域,尤其是在一系列的实证和细节上,本书都不免有所讹误甚至错谬,不当之处恳请方家赐教。

目 录

Catalog

前 言	001
导 论	001
第一章 地权的分裂	012
一、永佃与永佃权	012
二、绝对权力下的佃业	017
三、永佃的前权利表达	025
四、地权原生秩序	032
五、一田多主	037
六、佃业管业秩序	049
七、地权之细化	056
第二章 佃业的形成	061
一、佃业资本化	061
二、佃业交易的诸形式	068
三、一田多主与佃业资本化	072
四、赋役与田底田面的分离	075
五、赋役失控	078
六、地租中间层	084
七、一田多主的形成	090
八、官田与民田	100

九、官田的崩溃	107
十、一田多主的意义	113
第三章 土地上的奴役	116
一、土地制度	116
二、强制的类型	125
三、外部奴役与内部奴役	130
四、合乎自然的社会	138
五、财产法权	142
六、无权利	148
七、无限权力	153
八、应役之地	170
九、产权结构	179
十、地权秩序	186
第四章 习惯法的一般理论	210
一、习惯法的边界	210
二、规范性秩序	214
三、规范性取向与行为模式	218
四、行动类属	223
五、规范性秩序的一般条件	226
六、规范性与原生秩序	232
七、行动类属与规范性架构	238
八、习惯法界定的困难	247
九、可诉性与再制度化	251
十、法秩序的盟约结构	254
第五章 征信结构与契约渊源	259
一、书契之约	259
二、誓的权力结构	265

三、盟约与征信	268
四、盟的蜕变	271
五、矢誓私盟	275
六、征信之物	279
七、符契与籍册	285
八、诚信的枯竭	292

导 论

地权秩序是理解中国历史的主线,也是中国古代民事法律制度的核心,同时,地权也是目前困扰中国的“三农”问题的焦点。从历史和中国文化的角度研究中国的地权问题,有着重大的理论价值和现实意义。地权问题首先涉及经济史和法制史两个领域,国内这两个领域对地权问题的探讨均围绕着同一个“主流范式”展开,这个范式的核心概念是所有制,其分析框架包括土地的所有权以及围绕着所有权展开的各种各样的权利义务。这一范式可以粗略地称为“所有权范式”,它暗含着一个假定:即来自罗马法的所有权概念可以用来分析任何一种文化中的土地关系;这一假定又预设了这样的前提:围绕法权而展开的“权利—义务”模型具有普适性,放之四海而皆准。由于法权来自于国家制定法(官僚法),因此,中国的地权秩序就是国家制定法支持下的所有权制度在不同历史环境中的表现。

所有权范式及其暗含的假定和前提贯穿了中国土地制度史和中国法制史的研究。由此,在地权领域,我们看到了被西方法律概念“彻底重述”了的中国土地制度史和中国民事法律制度史。在这样一种视域中,中国传统的事物与西方人耳熟能详的事物没有什么不同,中国的历史是一个普遍演化过程的特殊表现。中国的一切,比起西方来,只是有些“发育不良”(马克思语)而已。经过侯外庐、林甘泉、李文治、叶孝信等一大批学者的努力,以所有制概念为基础的主流范式逐步成形。侯外庐先生力图以亚细亚生产方

式和东方专制主义把握中国古代史,并尽了最大可能把这一学说与“五阶段论”调和,形成“多线演化论”的中国版本;^①林甘泉先生尝试把中国土地制度史的独特素材纳入所有制演化的范式;^②李文治先生从经济史入手,系统地论述为了解释中国现象而精心发展的“封建地主制理论”;^③叶孝信先生则努力在中国传统的官僚法中发现民法的要素。^④在这一过程中,西方理论与中国现实的冲突也日益凸显,由此也刺激了许多卓绝的学术努力,试图解决冲突。

不过,即便就在这范式之内,老一辈学者中也不乏洞察幽微、一语中的者。傅衣凌先生对于民间契约和社会结构的不懈研究已经给我们呈现出了远比“理论的灰色”丰富多彩的真实的民间世界。^⑤面对种种由西方理论无法解释的中国现象,杨国桢先生达到了这样的认识:

“中国封建社会的土地所有权,不是完全的、自由的土地所有权。在它的内部结构上,虽然它的横向结构同完全的、自由的土地所有权一样,具有作用不同的各种权能;但它的纵向结构,却并存着国家的、乡族的和私人的三个不同层次的权利。”^⑥

这一看似矛盾的、类似“本轮—均轮”的复杂修正虽然还是试图维持原来的范式,但是在这个范式的术语所能覆盖的范围内,他已经触及了事情的本质(皇帝有可能没穿衣服)。

在老一辈史家中,笔者特别要提出王毓铨先生的名字,这位当

① 侯外庐:“亚细亚生产方式之研究与商榷”,载《侯外庐史学论文选集》,人民出版社1987年版,第24页。

② 林甘泉、童超:《中国封建土地制度史》,中国社会科学出版社1990年版,第3~7页。

③ 李文治、江太新:《中国地主制度经济论——封建土地关系发展与变化》,中国社会科学出版社2005年版,第2~18页。

④ 叶孝信主编:《中国民法史》,上海人民出版社1993年版,第549页。

⑤ 傅衣凌:《明清农村社会经济》,三联书店1961年版,第20~44页。

⑥ 杨国桢:《明清土地契约文书研究》,人民出版社1986年版,第3页。

年的“托派分子”，魏特夫(Karl Wittfogel)写作《东方专制主义》时选定的中国助手，对于中国历史的本色有着非凡的洞彻。虽然受到了全套的西式教育和意识形态熏陶，王毓铨先生仍然习惯以地道的本土观念分析、理解、思考和描述中国历史。例如，他毫不含糊地指出了“编户齐民”绝非自由农民，他们的土地并非现代意义下的财产，而是《王制》所谓“量地以制邑，度地以居民”的役田，民田其实就是明人所谓“当差地”，户、籍、纳粮与当差有着深刻的内在联系，户、籍皆为役使，纳粮就是当差。凡此种种，清晰展示了一个内部奴役社会的深刻复杂的纹理；在这里，根本没有自由这回事，更无所谓“土地所有权”。^①

另外一位需要特别提及的前辈是瞿同祖先生。瞿先生深研史料，慧眼独具，特立独行，甘居寂寞，一直在主流范式之外默默深耕细作。他对中国法律传统的研究以及清代地方政府的研究提供了许多重要的线索和细节，清晰呈现了传统官僚法的实际运行，使人对传统中国的社会生态感同身受。瞿先生的工作对本书有重要影响。^②

随着研究的深入，事实逐渐明了，思想的对话逐渐展开，所有权范式略显疲态。来自各个相关领域的研究逐步揭示出所有权范式在基本假定和前提方面的矛盾和局限性。

通过对各种不同文化中法律现象的观察，法律人类学把法律看做一种动态的文化现象。任何文化中的法律制度都来自其社会结构和文化思维模式。图恩瓦尔德(R. Thurnwald)指出：“法律是受到思考范式与心灵状态以及祖先们的规则习惯所限定的。我们

① 《王毓铨史论集》(上下卷)，中华书局2005年版，第682~685页、703页。

② 瞿同祖：《中国法律与中国社会》，中华书局2003年版，第27~64页、197~206页、250~255页、326~327页；《清代地方政府》，法律出版社2005年版，第5~18页、29~34页、159~174页、192~211页。

必须从根本上认定:整个文化是法律的背景”。^①由于不同文化内在的独特性,从文化背景中产生的法律观念、制度和结构呈现出无法互译的巨大差异。为此,博汉南(P. Bohannon)区分了“土著的体系”(folk system)与“分析的体系”(analysis system),前者来自于土著构建自己生活秩序的观念系统,后者则是西方研究者的理论概念体系;博汉南指出土著的概念体系是无法用分析体系中的西方法律术语来正确描述的。^②这些研究揭示了一种可能性——以来自于罗马法的所有权一类的概念描述中国的土地制度可能会出现原则性的偏差,因为中国的文化是独立于西方文明而发展起来的,其中所孕育的法律观念和秩序完全有可能偏离西方的逻辑。

在法制史领域,日本学者对明清时期中国法律秩序的研究颇具启发意义。野田良之注意到诉讼结构对法律的决定性影响,他指出私法并不必然地成为法的根基,西方法律传统中私法之所以成为法律的根基,来源于希腊罗马的“竞技性诉讼观”,在那里判定就是在两个争议主体的对立的主张中支持一方,判定具有“神示”(oracle)的本质,具有终局性和强制性,布兰克斯通因此把法官称为“法的受托人”,“血肉之身的神示者”(living oracle)。^③在罗马,通过诉讼而达到的结果,使每个人得到其应得之份(正义),就是原初意义下的“法”。因此在罗马法中,“权利”与“诉权”是互通的,权利的主张通过诉权的架构而得以实现,这一架构的核心信念是由神示主持的正义。按照野田的看法,西方的法律体系即来自于以“神示”为中心的竞技性诉讼结构之中。

① Richard Thurnwald: *Adventures of a tribe in New Guinea, Essays presented to C. G. Seligman*, London.

② Bohannon, P. *Justice and judgment among the Tiv*. London: Oxford University Press, 1957.

③ 野田良之:“比较文化论的一个尝试”,载《早稻田大学比较法研究所创建三十周年纪念讲演集》(1978),第39页,译文见王亚新、梁治平编撰的滋贺秀三等人的文集:《明清时期的民事审判与民间契约》,法律出版社1998年版,第86页。

与之相应,滋贺秀三(1985)对明清时期中国的诉讼结构(“断官司”)进行了分析,他发现明清的诉讼结构完全不具备判断这一西方法律的本质要素(神示),官府诉讼既无陪审,也无神判(陪审的前身),断罪的根本原则是口供(“供认不讳”),证据只是最终获得口供的辅助方式,以证据断罪仅仅是例外。在这种诉讼结构中,不存在对相互争议的主张进行权威性终局判定的构造。这一诉讼结构使得州县自理的民事审判(婚户土田钱债)具有调解的本质,民事纠纷并不了结于“堂谕”,而是双方表示服判而具结的“遵依结状”。这样一种诉讼结构使习惯法逐步获得实定性的机制,从根本上说它只是官僚机构通过行政权威调解纠纷“定份止争”的社会管理手段。其结构与罗马式的以诉权呼求神示正义的权利观念大相径庭。滋贺秀三认为,中国的官僚法(律令格式)仅仅是官僚机关的内部规则,法的唯一源泉是皇帝的意志。这样的法律结构缺乏私法发展的必要条件,它的根基只能是对维持最基本的社会秩序的刑法。这样一种独特的法律结构是很难用来源于私法的权利概念加以表达的。^①

通过对明清地权秩序的分析,寺田浩明发现古代汉语里的“所有”并不具有私法意义上“所有权”的含义,“农地所有就是以小片地块上的经济收益为中心的所有”,寺田注意到了以收益为焦点的“业”的观念的核心地位,他提出了这样的看法:

“根据契约而被交易的对象,与其说是完整的无负担的‘物’(土地)本身,还不如说是在不言而喻地负有税粮义务的土地上自由进行经营收益(当时称为‘管业’)的一种地位。所谓‘土地的买卖’,指的是现在对某土地进行‘管业’的人把这一地位出让给他人,而且今后永远允许后者对该地进行‘管业’;所谓‘土地的所

^① 滋贺秀三:“中国法文化的考查”,载滋贺秀三等:《明清时期的民事审判与民间契约》,法律出版社1998年版,第8~16页。