



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

The Poverty
of
Property

财产权利的贫困

中国传统民事法研究

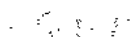
邓建鹏 著

TODAY | Legal Thinker

财产权利的贫困

中国传统民事法研究

邓建鹏 著



Legal Thinker



法律出版社

始于1954年

图书在版编目(CIP)数据

财产权利的贫困:中国传统民事法研究/邓建鹏著.

—北京:法律出版社,2006.9

ISBN 7-5036-6595-5

I. 财… II. 邓… III. 所有权—民法—法制史—

研究—中国 IV. D923-22

中国版本图书馆CIP数据核字(2006)第097365号

© 法律出版社·中国

财产权利的贫困——中国传统民事法研究

邓建鹏 著

责任编辑 董彦斌

装帧设计 乔智炜

开本 A5

版本 2006年12月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 10.25 字数 170千

印次 2006年12月第1次印刷

编辑 法学学术出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶松

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

苏州公司/0512-65193110

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 7-5036-6595-5/D·6312

定价:26.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

致 谢

本书最初的雏形——一份论文开题报告承蒙武树臣师、马小红师、王宏治师、李力师、郭成伟师最早提供富有建设性的修订意见。在 2001 ~ 2004 年初稿写作期间,承蒙邱炳、邱煦、邱燕、邱同、邱焘等兄妹,锐拓自动化有限公司,杨春洗基金会(负责人为梁根林等教授)慷慨资助/奖助,著者由此免为生计之忧,潜心问学。本书部分初稿先后承蒙周静芳女士、田涛师、寺田浩明教授、彭冰教授、邱澎生研究员、杜瑞芳博士直言不讳地批评指正。学长苏亦工研究员、易继明研究员的开阔视野、学术志向对著者多有砥砺;他们热心提携后进,令著者感念不已。黄震教授、张谷教授、陈利博士、郝维华博士、侯猛博士、梁迎修博士、钱宁峰博士、孙伶伶博士及周刚志博士在学术上对著者多有促进。李红海教授是著者在英国法制知识方面最早的启蒙者,傅部林教授在民事诉讼法学学习方面对著者曾有指教。多年前挚友李和生君的鼓励与帮助,时时存

留于著者的回忆。

著者毕业后,继续从事研究的经济基础与学术资源异常贫乏,幸有张群博士、习罡华博士、谢秋荣及温泉同学鼎力协助,提供文献或代为找寻部分参考资料;徐中起教授、严奉姬教授、匡爱民教授、韩小兵教授及其他同事的理解和善意支持,令著者获得较宽松的研究时间;在具体教学与生活方面,苏钦教授时有指点与关照;在科研方面,宋才发教授亦有鼓励;葛小明先生古道热肠,在2004年下半年著者经济困难之际,及时告知科研立项信息;中央民族大学法学院2004级法英、法经双学位班诸多同学的好学与热情,使著者深受鼓舞,满怀动力地顺利驶过教学事业首个驿站。由此,著者得以从容地全面修订书稿。全书完成后,承学界前辈季卫东教授百忙之中仔细阅读书稿、慷慨赐序,其中多有勉励,著者倍感荣幸。另外,书稿由孟蔚然、雷孙强两位同学仔细通读校对,辛勤有加!

本书部分篇章的初稿曾先后发表于《中外法学》、《中西法律传统》、《私法》、《清华法学》、《环球法律评论》、《法商研究》等刊物。在现行“核心期刊”体制下,著者常因“为文不易、发表愈难”大发感慨之际,上述刊物大度包容使著者获得学术上前行的莫大动力。

本书出版承蒙法律出版社编辑董彦斌先生与孔志国博士大力协助,这是成就著者嫁与学术生活不可或缺的条件。

为此,著者谨向上述人士与刊物致以谢意。当然,本书的分析、结论及可能发生的偏误均由著者独立承担。

邓建鹏 2006年3月于青云斋

(时于京西一承租之民房内)

序

季卫东

北京大学法学博士邓建鹏君的第一本法律史学专著付梓,嘱托我写篇序言。这当然是义不容辞的,因为我们有江西同乡、燕园校友的缘份,似乎或多或少也有些对乐平洪岩镇出身的洪皓、洪迈父子道德文章的共通兴趣,另外还有因京都大学法学院教授、老朋友寺田浩明从中介绍而接上联系的一段佳话。仔细阅读书稿之后,我发现尽管题目很宏大,乍一看容易给人以史论色彩太浓的印象,但作者其实非常重视史料的梳理和经验性分析,考据、记述、推演、比较以及法理上的推敲论证等都不乏足可称道的优点,字里行间还飘溢着赣南“文乡诗国”独特的灵气。顺便加个注脚,迄今为止我与建鹏还没有任何晤谈交往,故此处评价绝非出自私谊或碍于情面。

众所周知,传统的国家秩序以义务为本位而缺乏权利保障,这个学术命题并不新颖。从官民对立

的视角来考察社会结构,就分析框架而言甚至还会引起“似曾相识燕归来”的感慨,毕竟在近一二十年间,中国法制史研究的范式和方法已经发生了很大的变化:鲍尔·科恩提倡“就中国论中国”的视点而摈斥“传统对现代”的两分法,黄宗智认为中国的司法运作存在介于官与民两者之间的“第三领域”,杜赞奇试图把历史学与社会科学结合起来,建构某种社会史学的新体系。但是,建鹏却能以旧瓶装满香醇的新酒,并指着那似乎已尘埃落定的地方告诉人们:“甚器,且尘上矣。”定睛一看,果然。进而有“何故惹尘埃”一问。于是作者不慌不忙地把近年发现的张家山汉简、走马楼吴简、黄岩诉讼档案、笔记、卷宗等都逐一展示出来,与典章制度、经史子集以及当代研究成果等互相对照和印证,并别出心裁地作出某些饶有新意的阐发或者判断。

例如,关于历史上的民事权利观念,本书以农耕社会最基本的财产——田宅为考察对象,把焦点对准中国经济制度变迁的最突出的特点——早熟的土地私有制和不动产转让关系,并始终扣紧这样的核心问题:为什么民间的土地权利不能摆脱政府的频繁渗透、干预甚至掠夺?作者根据史学界的定说和新知指出,古代中国土地名为私人所有,实际上是权原为国家垄断。也就是说,王朝是一切土地的终极所有者,对土地的支配是帝室财政收入的最稳固的基础。在这样否定私人土地所有制的前提条件下,地主和自耕农享有的其实大都只是永久性承包经营权,真正的私人土地,其规模以及对民生整体的影响并不很大。土地权益的买卖也受到国家在产业上抑制兼并、在分配上调整贫富等政策的制约,不是完全自由的。

在这里,特别值得注意的是关于所谓“官有”与“私有”、“民富”与“民穷”不断颠倒转化的循环系的记叙。虽然文艺复兴期间的意大利分割所有权理论提出过“下级所有权(dominium utile)”和“上级所有权(dominium directum)”对峙的制度框架,但两者的权利义务关系是明确的、固定不变的,而中国的情形则不同,“损有余、补不足”的财富轮回周流不仅

得到制度上的承认,而且得到政策上的鼓励。正是土地享有关系的易学式动态结构,使得某种关于确定的、稳固的甚至绝对的私人权利观念无从发育,也使得国家没有必要仅依赖征税作为行政财源,还可以采取其他获利方式来满足维持官僚制运作的需要。从而中国的历代王朝缺乏为了征税而不得不提供充分的“公共物品”或行政服务作为代价的动机,在一定范围内,也就免除或者减弱了人民要求派代表参与政治决策的潜在压力。因此,作者根据史料分析得出的一个重要结论就是地产为身份的结果而不是其原因,所以“财产权在中国政治话语中扮演了一个消极的角色”。

从已有的实例和叙事脉络我们可以发现,中国传统的土地权利基本上是按照交换价值(其主要表现形态先是承租契约,后为买卖契约)来定义的,B. Windscheid 所强调的意志之力受到极大的限制。与此相关,中国的经济观也始终以场地出租式的营利为基调。限制国家与庶族地主、自耕农之间交易条件以及国家机关凭借暴力改变交易条件仅限于生存权、承包经营协议以及强者的仁慈恩惠之类的构想。在这样的意义上,国家本身就构成一座超级“收租院”,流露出非常明显的营利气质,往往不大顾忌“与民争利”的指责。除此之外,国家的营利性还体现为通过官营或专卖等方式彻底垄断具有高额利润的行业,即使在向社会提供均输、平准、赈灾等公共物品(政策性举措)之际,也总是采取商业化操作的行为方式。实际上,从周礼的制度设计开始,“面朝、后市”就已成定局,形成某种与市场经济颇亲近的专制主义政治结构,也导致公私不分的弊端。既然君主“以我之大私为天下之大公”,那么臣民也就比较难以产生出那种“以牺牲小我而实现大我”的大公无私精神以及社会责任感,即使有也不多见或者很淡薄。

本书的敏锐之处是透过从均田制到土地使用权交易自由的历史现象,看清楚了私权与公法之间关系的一个枢纽或者关键,即税收的存在方式。按照日本近代思想家福泽谕吉的比喻,“国家就像一个以税金为

价格而贩卖治安的商社”，似乎也能适用于中国的历史研究。由此可以推论，既然中国王朝的财政不必完全依赖征税，那么人民就该廉价购人行政服务；相反，假如税赋颇苛重，那么人民就该要求高质量的行政服务。但是，这样两种事态实际上却都没有发生。为什么？根据我对本书内容的理解，正因为中国统治者历来采取“利出一孔”的垄断政策，独占了对土地的支配权以及对高利润产业的经营权和专卖权，所以王朝财政收入具有直接的和确定不移的来源并可以按照当局意愿和监控能力达到最大化。然而，“以田为累”等史实却表明，政府汲取能力的过分强化和任意化也有可能反过来，破坏税收与财政之间合理关系的基础以及国家的其他制度条件。国家垄断土地和产业还会引起一个思维方式上的问题，就是让统治者自我感觉良好，按照不是“人民养政府，而是政府养人民”的逻辑去说话、办事，无从真正形成和落实“公仆”的职责是提供行政服务之类的观念，也很难确保用于公共事务（如审理诉讼案件）的财政开支款项。

在通过土地考察实体性私权的生态之后，作者把视线投向程序性的诉权，特别是“健讼”现象与嫌讼倾向并存的悖论。在这里，饶有趣味的是关于在中国特色的税收之下财政支出也颇有不同之处的潜台词。按理说，政府既然可以最大限度获得税赋，而诉讼几乎是政府向人民提供的唯一的日常性服务，那么司法经费应该很充足才对。可是由于国家垄断土地和产业，并没有向私人集资（征税）以满足公共需要同时作为补偿向私人权益提供制度化保护和服务的观念，结果形成了所谓“权力最大化、责任最小化”的奇异格局，出现了这样的咄咄怪事：司法经费少得可怜，另行征收却又难以公然出口（据建鹏的考据，正式的诉讼收费制度直到1907年才终于设置），为了维护“法无二解”的原则还得严格禁止诉讼当事者自己委托代理人，有关当局其实也根本不情愿审理只涉及私人利益的民诉案件。正是在民诉之门过于狭窄的背景下，当事人为了引起政府重视，打破官吏不作为的沉闷氛围，不得不夸大纠纷的严重性，把认定

私人权利的问题转化成事关公序良俗的重案,就像当今上访群众中流行的“小闹小解决、大闹大解决”的谚语一样。这就很容易诱发诬告和教唆,也很容易为取缔讼师的命令、罚则提供各种口实或者正当性根据。

在税收和财政的关系这样的公法层面上分析作为私法现象的民事法权和民事诉讼,是本书提示的一个很新颖的视角。正因为中国的传统是公私不分或者公私区隔不彻底,所以几乎不存在纯粹私法意义上的问题意识,大多数制度化作业都停留在私权与公权的交会处固步自封。私权为了避免被侵害或者寻求救济,也不得不主动地往自己身上涂抹一些公法色彩。例如,通过“挂靠”国家权力的方式争取重视和保护,于是更给官吏的恣意干预以及对民间利益的鲸吞蚕食留下了方便之门。在知识产权方面也如此。作者通过丰富的实例和细致周到的分析证明,虽然民间早就存在保护版权的要求,但政府轻视私人合法利益的保护,而只注重与社会秩序相关的出版管制法令,其结果,人们出于无奈不得不致力于“将私人利益涂抹上与王朝利益一致的色彩”,说得难听些也就是假公济私。

看得出来,在收集史料并进行梳理、分析、推论方面,作者的确是下过一番苦功的,因此实例和前人学说的引用显得丰富多彩,有关描述、解释以及个人见解也多有启迪,很值得参考。就各部分的主题和论述内容而言,虽然已经存在许多先行研究的成果,但这本著作在税收、财政开支、市场竞争机制等不同层次探索公与私、国家与个人之间的复杂关系,在公权私有化和私权公有化的双重变异中追问制度设计的合理性问题,足以给人别开生面的印象。毋庸讳言,该书并非完璧无缺,或多或少还存在某些需要进一步推敲、改善的地方。然而这些都只是形式上的、技术性的微瑕,无损于整体的学术意义和价值。尤其难能可贵的是,强烈的现实关怀促使作者把治史与对法与社会发展的沉思紧密结合在一起,特别注重客观因果关系的实证以及规律性现象的追究,相信读者能从中获得很多助益。

2006年3月13日于神户

目 录

致谢/1

季卫东教授序/1

绪言/1

一、相关概念/2

（一）“权利”的概念与范围/2

（二）“民事法”的概念与范围/4

二、视野与方法/5

（一）整体把握与官民二元视野/5

（二）作为法学的法律史研究/9

第一篇 私有制与所有权？

——以传统中国的土地权利为视角/12

引言/12

第一节 国家对待私人财产权利的态度/17

第二节 战国至三国土地的法律调整/31

- 第三节 土地私有的标准问题/53
- 第四节 权利状态与“公共产品”供给/74
- 第五节 学术逻辑的断裂与批评/85
- 第六节 反思与思考/96

第二篇 健讼与贱讼：财产权利司法保障的困境

——以传统中国的民事诉讼为视角/103

- 第一节 问题的提出/103
- 第二节 司法能力的局限/115
- 第三节 讼费及其影响/135
- 第四节 讼师的官方规制/153
- 第五节 健讼成因及其区域性/178
- 第六节 结语/196

第三篇 私人财产法律制度创制的障碍

——以传统中国的版权问题为视角/211

- 第一节 雕版印刷术普及与书籍之盛/212
- 第二节 版权的国家保护：来自民间的需求/217
- 第三节 制度的另类创设/228
- 第四节 郑成思与安守廉之争及相关评价/238
- 第五节 制度创设的关键/254
- 第六节 结语/268

附“中西中世纪出版管制对照表”/271

结束语/278

参考文献/286

绪 言

本书在“中国传统民事法”这一宏大视野下,以对众多有广泛性和代表性史例的阐述为基础,选择“财产权利”为考查中心。这是因为,在人们最一般的印象中,中华法系下的传统民众基本谈不上参政、议政及言论自由的权利,人格、健康与名誉等人身权利也在家族伦理色彩之下束缚了成长的空间。与之不同,财产权利构成民众维持生存和改进生活质量的必备条件,是诸如生命等其他权利得以依存的基石。在任何时代,正常人天生就有趋于获取、维护和主张财产权利的本能。即使在传统中国社会,私人财产权利意识不但很难因当时的制度、观念或意识形态的抑制消失,而且随着经济社会生活复杂化及人口压力增大而日渐强烈。

本书无意构建一个中国传统社会财产权利的完整体系(是否存在这样的体系也是值得怀疑的),而是在前人研究成就基础上,秉承学术继承和批判的态度,分别从以下视角分析秦汉至清代社会财产

权利面临的困境:第一部分以传统社会的土地权利为视角,针对通说认为中国传统社会乃是土地私有制这一观点,辨析土地的权利状态、以土地为核心的实体性私有财产法律制度是否存在,及此种土地权利状态在现代的影响;第二部分以民事诉讼这一程序性法律及司法过程为视角,探讨传统社会尤其是唐代之后,以田土、钱债为主要内容的民事案件激增的背景下,私人财产权利通过司法获得保障的可能性;第三部分以传统中国的版权问题为个案,围绕影响和决定法律制度创设及立法过程的各种因素,分析在新印刷术引发大量盗版现象的背景下,创设版权以至私人财产法律制度的可能性及其障碍所在。为使本书思路、各篇行文中的概念及其范围便于理解,先作如下说明:

一、相关概念

(一)“权利”的概念与范围

中国传统社会不具备近代以来的权利概念及相应的法律制度。^①现代学者一般认为,我国固有之法律思想,素以义务为本位,未闻有所谓权利其物者。^②然而,生存的本能促使人们要求自身利益得到他人肯定的评价,以被认为是应有的与正当的,从而获得道德上的依据,由此产生私

① 先秦我国即有“权利”一词。如《荀子·君道》:“接之以声色、权利”;《商君书·算地》:“穷则生知而权利。易力则轻死而乐用,权利则畏罚而易苦”;《荀子·劝学》:“是故权利不能相倾也”;《史记·黠嫫、田蚡、灌夫列传》云:“宗族宾客为权利,横于颍川,”等等。这些“权利”的意蕴主要是:权势及货财、因权生利、以权谋私或威势与货财之意,没有道德上的正当要求或受法律承认和保护利益的意思。近代意义的“权利”一词首次出现于1864年丁韪良翻译的《万国公法》。关于“权利”一词的来源、古典及其近代意义,参见梁治平:《寻求自然秩序中的和谐——中国传统法律文化研究》,中国政法大学出版社1997年版,第176页;详细讨论参见李贵连:“话说‘权利’”,载《北大法律评论》第1卷第1辑,法律出版社1998年版,第115~129页。

② 梅仲协:《民法要义》,中国政法大学出版社1998年版,第32页。

人权利诉求的意识。尽管作为民法规范的权利源自于西方近代社会,民众对权利的要求在任何社会都存在。^① 自古流传下来的成千上万份契约文书就是标明私人利益与义务的一种载体。这种利益的要式行为不仅在民间有效,而且可获得官方认可。晋代以来官方印制的红契本身就是以法定形式认可契约的合法有效性。^② 一旦民众间发生户婚田土钱债纠纷,王朝有可能通过诉讼程序保护受害方的利益。甚至刑事案件件的司法处理,在客观上也通过惩罚被告“保护”了原告利益。

鉴于本书主旨的限定,这里只在前人既有研究基础上,对权利的内涵作简要概述和分析,以确保意义明晰及逻辑一致。从学者自身学术背景划分,存在道德、法理学/法哲学上的权利与民法学上的权利。前者如,格劳秀斯把权利看成是“道德资格”;霍布斯、斯宾诺莎等人将自由看作权利的本质。^③ 这些道德、法理学/法哲学上的权利仁者见仁,智者见智,缺乏相对统一、客观的认识,故不在本书探讨范围之内。在大多数民法学者看来,权利的构成至少具备如下条件:(1)权利的核心为现实性利益,如人身利益、财产利益(甚至包括政治利益)等;(2)权利法定,通过法律确认利益,权利的行使具有法律所赋予的能力,具备相应的权利保障与救济制度;(3)权利是私人自主性增强的表现,并直接与个体相联,

① 本书赞同如下观点:不能以现代“权利”语言符号之存否而定权利之存否,不能以正统学说对个人权利的主观价值判断替代对个人权利的客观事实判断。参见夏勇:《走向权利的时代》“绪论”,中国政法大学出版社2000年版,第18页。

② 如学者认为自晋代以后,官府在已纳税的契约上钤盖红色官印,这种契约文书称为红契。红契具有法律效力。未钤印的契约文书为白契,白契在实际生活中具有产权证明的性质,但不具备法律效力。清代官府颁发契纸、契稿,令用户填写,因此又有官颁契纸、契稿,即所谓官契、官稿。张小林:“清代顺治朝北京城区房契研究”,载《中国史研究》1999年第1期。

③ 夏勇:《人权概念起源》,中国政法大学出版社1992年版,第40~45页。

通过对政治权力的限制得以确立。^①

权利不仅是私人的正当性利益观念与意识,而且尚需相应的制度保障其在现实中得到确立及维护。对私人利益的确立与维护若无法抽象为一定的逻辑与规范,那么权利就只能停留在私人事实上的利益持有关系上。权利从事实关系抽象为制度,通过法律规范形式得到确立,而且在现实中受侵害时能获得及时救济(救济本身即是一种权利),这一系列构成完整的权利。一定程度上,这种对权利的认识来自于现实生活的长期观照与抽象概括,与各种道德哲学与法哲学/法学上的权利观相比,更直接与具体现实生活相联系。本书对纯粹抽象的观念毫无兴趣,对权利的理解大致来自于民法学的基本共识。

从历史角度来看,完整的权利内涵既不是从人类出现伊始就有,也非必然出现于特定社会。其经历了从权利意识、观念的产生过渡到法律上的抽象、确立与制度保障的进程。“权利意识包括三个要素:权利的认知、主张和要求。权利认知是指作为权利主体的个人对自己应该成实际享有的利益的了解。权利主张是权利主体对自己应该实际享有的利益予以主动确认和维护的意识。分两种情况,其一,在交往中明确自己权利的意识;其二,当自己的权利受侵害时,寻求有效途径维护自己权利的意识等。权利要求是指社会成员据社会的发展变动向社会或政府提出新的权利请求的意识。其中,财产权利意识是人们为了维持生存和改进生活而获取和维护财产的意识。”^②

(二)“民法法”的概念与范围

秦汉至清末法律改革前的中国社会不存在被称为“民法”的独立法

^① 史尚宽:《民法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第18~19页;胡长清:《中国民法总论》,中国政法大学出版社1997年版,第38页;梅仲协:《民法要义》,中国政法大学出版社1998年版,第32~33页;王泽鉴:《民法总则》,中国政法大学出版社2001年版,第84~85页,等等。

^② 高鸿钧:“中国公民权利意识的演进”,载夏勇:《走向权利的时代》,中国政法大学出版社2000年版,第44~47页。

律规范。“民法”是早已为我国学者所接受的实体法体系的概念,作为源自于欧洲大陆法系、包括以权利为核心的法律概念、思想,与中华法系有根本差异。民法中的绝大部分概念不能简单适用于对中国传统“民事法”状态的直接描述。但是,中国传统社会同样存在大量民事或私人性活动,需要民事的法律加以规范与调控。为此,本书采取具有包容性的指称“民事法”涵盖传统中国涉及民事实体与程序性的法律规范、涉及民事纠纷与诉讼(主要为户婚、田土、钱债等)的动态型法。^①当然,“民事法”只是本书为研究便利撰造的一个包容性指称,传统中国不存在独立的“民事法”或私法体系。

本书认为,中国传统民事法研究对象至少涉及三部分,其一,关于民事方面的律例,如有关户婚、田土、钱债方面的法规;其二,与民事法相关的法思想、观念与学说;其三,“民事动态法过程”,主要涉及民事纠纷的产生及调解、民事诉讼的启动、当事人的诉讼策略与诉讼心理、官方对待诉讼的态度与对策等区别于静态制度的法律活动。“民事动态法过程”考察“文本上的法律”如何转变为“现实中的法律”,是考察法律运作、法的实效的重要坐标。同单向度的法律制度或法律思想研究相比,整合以上三部分有助于勾勒中国传统中国真实法律世界更丰富、更全面的立体图像。

二、视野与方法

(一)整体把握与官民二元视野

中国传统民事法的产生与运行同当时整体社会密切相关。它受社

① 特别说明:“民事法”这样的指称并非本书独创,国外学者早有使用。参见[日]寺田浩明:“权利与冤抑——清代听讼和民众的民事法秩序”,王亚新译,载[日]滋贺秀三等:《明清时期的民事审判与民间契约》,王亚新、梁治平编,法律出版社1998年版,第198~200页。