



北京市社会科学理论
著作出版基金资助

上海道契： 法制变迁的另一种表现

夏扬 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

上海道契： 法制变迁的另一种表现

夏扬 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

北京市社会科学理论著作出版基金资助

图书在版编目(CIP)数据

上海道契:法制变迁的另一种表现/夏扬著.—北京:北京大学出版社,
2007.1

(法史论丛)

ISBN 978-7-301-10979-3

I. 上… II. 夏… III. 地契-研究-上海市-近代 IV. F329.51

中国版本图书馆CIP数据核字(2006)第095917号

书 名:上海道契:法制变迁的另一种表现

著作责任者:夏 扬 著

责任编辑:谢海燕

标准书号:ISBN 978-7-301-10979-3/D·1547

出版发行:北京大学出版社

地 址:北京市海淀区成府路205号 100871

网 址:<http://www.pup.cn>

电 话:邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

电子邮箱:law@pup.pku.edu.cn

印刷者:三河市新世纪印务有限公司

经 销 者:新华书店

650毫米×980毫米 16开本 14.75印张 250千字

2007年1月第1版 2007年1月第1次印刷

定 价:26.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

序

近代一百年,西方列强借助坚船利炮进入中国,在侵犯国家主权、掠夺国家资源的同时,也带来新的思想和制度。这些思想和制度深深地影响了国人的思想,影响了中国社会。就效果而言,西方思想和制度的传入,对于中国社会转型和制度更新、进一步适应新时代的社会需求、进一步融入新时期国际大环境,起到积极作用。但这种积极作用,却是在令整个中华民族处于屈辱的环境中实现。

近代中国的制度进步,经常性地实现于屈辱的环境之中。近代中国海关制度的演进,颇有代表性。英国人李泰国、赫德等从中国总税务司署成立之初,即担任其最高代表“总税务司”。从1861年初设到1912年清政府灭亡,四十年的历史中,中国海关制度迅速实现近代化。与传统的海关包税制度相伴而行的效率低下、陋规泛滥、徇私舞弊、贪赃枉法等现象被大规模摒弃,西方国家实行多年的海关制度被全面引进,实征实报、征收分立等制度确立,工作效率全面提高,实收税款大幅度增加。同时,西方国家先进的海关设施和技术也逐渐引进,沿海、沿江、内河通道设施以及导航设备,甚至包括航行章程、检疫规范、气象预报设施,均渐次建立。^①这种制度性进步,令人振奋。就制度的内涵及功能而言,清末海关制度近代化无疑是一个正面典型。但是,我们不能忽视,这种“进步”是在何种背景之中,是在何种代价之下。其一,总税务司署制度的设置及早期运作,发生在国家主权受到侵害的背景之下。其二,近代海关制度的确立及相关设施的建设,以国家利益受到侵损为代价。加上这两点限定,中国近代海关制度的进步实际上是一种“屈辱中的进步”。

对于近代中国而言,如果“屈辱”与“进步”作为两个选项,那么,“屈辱中的进步”,既非上策,亦非下策,而属于中策。但进一步而言,如果“屈辱”作为必选项,同时选择二者,则为明智之举。从19世纪末到20世纪初,悬殊的国力对比,使得“屈辱”成为大清王朝在国际交往中的必选项,甚至成为

^① 参见谢俊美:《政治制度与近代中国》,上海人民出版社1995年版,第126页。

维护国家完整、保持政权稳定的必选项,而在这种屈辱之下,同时选择“进步”,吸收、接受一些代表社会发展方向、体现科学理性的新思想和新制度,以为日后自我发展,摆脱贫弱,最终实现自强自立的民族复兴,是唯一正道。

道契制度作为清末租界制度的重要内容,作为统一、全面的中国法制近代化大格局中具有地方色彩的特殊制度,其建立方式和实施原则都表现出法律变革进程中的非典型性。对于这样一个特殊个体的深入分析,同样有助于对中国法律近代化的全面研究。夏扬以道契制度研究作为博士学位论文,从法律体系的侧面切入法律变革的主体,其方法、视角,其观点、结论,均耐人寻味。

朱 勇

2006 年 11 月

内 容 摘 要

由于与社会文化背景、价值观念以及民族传统有着密切的联系,所以法律制度的变迁与发展是一个复杂的过程。将其他国家的法律制度移植进本国法律体系中是简单的,对固有法进行大规模的改造可能也是简单的,但是法律制度的先进性并不必然代表其具有适应性,无法对现实社会进行有效调整的法律制度,不可能发挥立法者所期望达到的目的。法律的文本与现实制度运行脱节的现象并不少见。法律是可以移植的,这是法律制度这一社会现象本身的性质所决定的,但如何移植,是一个需要进行深入思考的问题。同时照顾到法律制度的先进性与适应性也是一个很难轻易达到的要求,法律制度并不具备合适的计量方法,可以通过准确的计量来完成先进性与适应性的认定。更为复杂的是,先进性与适应性有时还表现出某种互动,法律制度是一种行为规则,通过外界强制力的作用,先进性和适应性在许多情况下取得一致的情形也并不鲜见。所以,进行先进性与适应性的研究需要有相应的方法。

一般意义上的法律制度,是国家强制力保证实施的行为规范,在国家强制力的要求之下,似乎制定出的任何一种规则都可以得到实施,但事实并非如此。一项法律制度能否在一个社会中得到遵守与实施,往往与这个社会的民族传统、文化背景、价值观念等有着很大的关系。这就是法律的适应性问题。评断法律制度适应性的标准,不能仅仅依据其文本特征,更为重要的是要考察其被遵守和执行的情况。再先进的法律制度,如果得不到遵守,也就不能达到立法者制定该项法律的意图。法律制度的先进性并不必然代表其有着良好的适应性,而依靠国家强制力保证实施的法律制度也并不意味着没有适应性。法律制度是一种行为规则,这种性质决定其需要有一定的外在强制力,原本并不完全适应的法律制度在此外在强制力的作用下可能会变为适应。如果是真正适应,这是法律制度对于社会改造的结果,是以国家强制力作为后盾的改造。但在很多情况下,这只是一种表面的适应,在条件适宜的时候,还会表现出其不适应性。国家强制力有强弱之分,适应性也有程度的差别,因此国家强制力与法律制度的适应性始终处于一个相对运

动的状态。国家强制力发挥较强作用时,则法律制度更多地表现为适应,一项法律制度较为适应某一社会时,贯彻执行此项制度对国家强制力的需求则相对较少。成功的法律制度的特征应该是,本身具有较强的适应性,为其实施提供了良好的基础,同时因为有着国家强制力的保证,在现实生活中能得到很好的贯彻,这是立法的最佳状态,但这种状态并非能轻易达到。

由于受到国家强制力的影响,所以对法律制度的适应性往往难以准确认识,因此也就无从判断法律制度的适应性。但是国家强制力在国家政治体制中的分布是不均衡的,一般而言中央较强,地方较弱;法律制度的主要部门较强,次要部门较弱。还有一个规律是,法律制度的不适应性往往是在国家强制力较弱的地方首先显露出来。关注这些国家强制力较弱的方面,往往可以认识更多的有关法律制度适应性的问题。

深入一步了解这个问题,我们可以看到,政治、经济形势的变化会引起法律制度的变化,但法律制度也不是被动的,法律制度的变化同样也可能引起社会关系的变化,这是一种互动的关系。社会生活对于法律制度是有要求的,不同的社会关系要求有不同的法律制度进行调整,如果制定的法律制度正好能满足这种需求,便能使所调整的社会关系健康发展。法律制度同时也有着一定的前导作用,可能超出社会关系的当前需求,但可以诱发或是促进某种经济关系的出现,因此法律制度的适应性本身包含有不同的情况。

传统法律的特点为我们进行这种研究提供了可能。中国传统法律是多层次的,国家立法扮演着重要的角色,但国家立法并不是唯一的法律渊源,对于法律关系的调整,需要国家权力之外其他强制力的参与。强制力的来源是多方面的,如来自于地方政权、家族、行会,等等。法律制度表现出来的这种多层次性、多渊源性,增加了法律变迁的复杂性,但同时也为研究法律变迁提供了一个绝佳的途径和视角。中央政权制定的法律制度承受着更多的外在强制力,因为这些强制力直接来源于国家。地方政权制定或实际实施的法规、地方风俗习惯、乡规民约等所承受的外在强制力可能就要小得多,有利于形成外在强制力与实际使用适应性之间的互动。这些规则可能更多地体现社会生活本身的要求,也就是说,更能体现法律制度是否具有适应性。

历史进程的复杂性为我们考察法律制度提供了很好的途径,其中之一就是中国近代的租界法制。本书的研究就是笔者从租界法律制度对于中国传统法制的影响出发来考察中国法律制度的变迁。租界法律制度内容很多,本书是以租界土地制度——道契制度作为考察对象。道契是租界建立

之后,外人在租界中取得土地的制度,围绕着道契的发放、对道契土地的管理、道契土地的流转等产生了一系列的法律规则与行为规范,其中虽然有着中国方面的参与,但由于道契是外国人取得土地的制度,加上租界的性质,使得法律原则的确立、具体规则的制定都由外国方面占有主导地位,因此使得道契制度中包含大量西方法律制度的精神与原则。道契制度最初是由中外双方谈判产生,道契制度也仅仅适用于外人,而道契的发放必须由中国地方官员——上海道台钤印,在此后的道契土地的流转中,也都必须经过上海道台的批准,因此中国政府也是道契制度的积极参与者。由于上海租界的特殊性,逐渐形成华洋杂居的局面,最后道契也成为华人在租界中取得土地的制度。中国传统法制在这里发生着变迁,这个变迁并非国家层面的变迁,但这种变迁是深刻的,更能体现法制变迁的实在意义,更能体现近代社会对于法制变迁的要求。

本书共分八章。第一章是对于道契制度产生过程的介绍。南京条约签订之后,英国在中国取得五处通商口岸,上海是这五处通商口岸之一。不久开辟了租界,订立了《上海土地章程》,道契由此产生。道契的产生是中外双方谈判的结果,这一过程对于道契的性质以及道契可能发挥的作用有很大影响。《上海土地章程》此后的发展也对道契制度产生着影响。第二章介绍道契制度对法制变迁能够发生影响的原因。道契原本是外国人在中国取得土地的制度,除了发放需要有中国政府批准之外,与中国社会本无多大关系,但是租界性质逐渐发生着变化,如行政权力的扩大、警察及防卫能力的增强、司法审判权力的扩大等都对租界性质变化产生直接影响。华洋分居到华洋杂居是道契制度中最重要的事件,这个事件使得道契可能深入到华人社会中来,进而产生影响。租界国际性的形成,也使得道契制度的影响更大。第三章着重于道契的运作方式,即道契的具体制度,笔者关注的是道契制度与传统土地制度的比较。道契制度对于中国传统土地制度有所继承,同时也有着英国等国家土地制度的影子。道契制度继承了中外双方的制度,但又有发展,形成手续较为齐备的土地契证制度,土地契证的这种发展也构成法制变迁的内容。第四章涉及中国传统地政制度的变化。道契制度运转中有一个重要的机关——会丈局。会丈局负责土地的丈量、契证的办理等事务。会丈局在办理地政事务中有明确的章程规定,一定程度上摒除了传统地政制度中的种种陋习。会丈局本身是中国地方政府的机关,所以笔者认为会丈局的出现是传统地政机关的重要变化,而这种变化并不是清末中央所推行的法制转型或是官制改革的预期目标。此后,会丈局的许多

做法被作为模仿的对象,这表现在上海总工程师局的整理土地的活动和吴淞开埠中对于土地的清理。第五章讨论的是道契对于传统法制的最大影响——地权形态的简化。在中国传统土地制度中,土地交易是一种前近代的土地交易,交易方式繁琐而复杂,同时受到各种因素的制约。道契承认国家对于土地的所有权,而排除了缠绕在传统土地产权上各种其他因素,简化了地权形态,使得土地走向商品化,并因此引起相关法律制度的变化。第六章涉及挂号道契与华商道契,均为有华人参与的道契实践。挂号道契实为英美信托制度,此制度在传统法律中本无根基,却在租界中被华人大量实践。华商道契是华人模仿道契开办的自己的土地契证,虽然开办时间不长,影响不大,但以法制变迁的眼光去考察,却有着较大的意义。第七章是以具体的纠纷作为实例,探讨道契影响下的法制变迁。道契的影响是点点滴滴的,更多地体现在民间的案件与纠纷以及官府处理这些纠纷的具体做法之中,甚至只是表现为民众意识的变化。第八章是道契对法制变迁影响的终结。此章涉及到笔者所提出的一个观点。民国以后,国家政权在立法上的积极作为,使得大量地方性法规以及民间惯行的作用越来越小,国家法渗入到了许多以前不曾调整的领域。对于本书的主题来说,国家法更多涉及土地管理与流转,道契对于土地交易、地政的影响逐渐减退,最后走向终结。

CONTENTS 目 录

绪论：问题、材料与方法	1
一、问题的提出	1
二、关于材料	5
三、关于方法	6

第一章 条约制度与上海道契的产生	9
第一节 条约制度与外人在华土地问题的解决	9
第二节 《上海土地章程》的订立与道契的产生	17
第三节 土地章程的修改及其效力	20
本章小结	28

第二章 租界制度的变化与道契影响的形成	29
第一节 租界抑或居留地？	29
一、行政权力的扩大	31
二、警察及防卫能力的加强	34
三、司法审判权力的扩大	35
第二节 租界面积的扩大	38
第三节 从华洋分居到华洋杂居	42
第四节 租界国际性的形成	47
本章小结	50

CONTENTS 目 录

第三章 承继与发展:道契所建立的土地制度	51
第一节 道契与租界土地制度	51
第二节 对中国传统土地制度的承继与 发展	56
一、继承传统制度的永租制	56
二、对传统土地契约的继承	62
三、对传统制度的发展	70
本章小结	82
第四章 道契与传统地政制度的变化:会丈局、 总工程师与吴淞开埠	83
第一节 传统地政制度及其弊端	83
第二节 会丈局的设置及其作用	88
第三节 总工程师与吴淞开埠中的地政 实践	93
一、总工程师	94
二、吴淞开埠	98
本章小结	103
第五章 道契与地权形态的简化	105
第一节 中国传统地权形态的复杂	105
一、产权形态的复杂	107
二、阻挠土地产权交易的各种因素	112

CONTENTS 目 录

第二节 道契与土地产权形态	121
一、传统社会的变化与制度变迁	121
二、道契制度影响下的产权交易	125
本章小结	142
第六章 挂号道契与华商道契:华人所实践的	
道契	144
第一节 挂号道契及其运作方法	144
第二节 挂号道契与信托制度	150
第三节 模仿道契的华商道契	155
本章小结	157
第七章 土地纠纷与制度变迁	158
第一节 从土地纠纷观察制度变迁	158
第二节 金利源码头纠纷案	
——升科与道契制度的冲突以及	
中西法律制度的碰撞	165
一、纠纷的经过	165
二、升科与道契制度的冲突以及	
中西具体制度的不同是引起	
纠纷根源	167
三、纠纷中所见的制度变迁	173

CONTENTS 目 录

第三节 董家渡码头的纠纷	
——公产纠纷的合理解决	176
一、董家渡码头纠纷的经过	177
二、重视土地契证在解决纠纷中所发挥的作用	180
三、发挥土地勘丈在解决纠纷中的作用	182
四、民众及地方乡绅土地权利意识的提高	185
本章小结	188
第八章 民国改革道契与对土地的整理:道契对法制变迁影响的终结	189
第一节 民国对道契制度的改革	190
一、会丈局的收回	190
二、对租地区域的限制	192
三、对道契契据的改革	193
四、申领手续的改革	195
五、挂号道契的取缔与华商道契的停办	197
第二节 国家开始进行土地的整理	198
一、大量有关土地的国家制定法的出现	198
二、对传统地政制度的改革	200

CONTENTS 目 录

本章小结	204
结论	205
附录 本书表格索引	209
主要参考文献	210
后记	219

绪论：问题、材料与方法

一、问题的提出

中国传统法律在近代的变革,主要是通过吸收、移植外国法完成的,正是因为通过吸收外国法来对中国的法律制度进行改革,这一过程是艰辛的,因此也充满着痛苦与彷徨。在法律改革的过程中,移植外国法的文本是重要的一步。但法律制度的改革往往并不仅仅是法律文本的变化,因为“先进”的法律制度并不一定就能完全适应中国传统社会,所以,哪些制度可以移植,而哪些不能移植就会成为法律改革者的一项艰难的抉择。另一方面,法律制度与社会传统、文化背景、价值观念有着密切的联系,在对于传统法律进行改革时,哪些旧有制度是需要改革的,而哪些是可以或者必须保留的,也是一种选择,对此作出选择也并不轻松。还有第三个问题,在法律制度的改革中,保留下来的传统法律制度与移植进来的外国法如何共存?相互之间是否会有不协调之处?两者如何形成一个完整的体系?这些都是需要思考的。

是否可以先将准备移植的外国法,放诸于中国社会实际之中,观察其实施的情况,考察这些制度对中国社会的适应性,然后再决定这样的法律制度是否可用。我们可以这样做吗?

对近代中国的法制变迁,人们的讨论集中于国家权力层面的作为,集中于法律文本移植和具体制度变化的较多。民间的习惯做法或是规则也会发生变化,但对这些变化却没有给予同样的关注。由于不存在类似国家权力的强制,这些习惯做法或是民间规则往往更能体现传统社会对于法制变迁的内在要求。换一句话来说,就是这些习惯做法或是民间规则的变化可能是真正需要的变化。

法律制度作为上层建筑的重要组成,其变化主要是通过政权的活动来完成的。国家权力直接影响法律制度的制定和修改,但是这些不应当是法律制度变迁的全部内涵。法律制度的变迁应该有多个层次的表现,这和中国传统法律的性质是相一致的。

中国传统法律渊源是多样的,张晋藩先生就曾强调中国法律的传统之

一是“家族本位，伦理法制”，家法族规是传统法律的重要组成。^① 朱勇先生更是将清代宗族法作为其重要的研究对象。^② 除了家法族规、乡规民约作为传统法律的重要渊源之外，还存在有许多其他形式的法律渊源，如风俗习惯、地方惯行、行会规章等等。还有一个值得注意的法律渊源是地方政府的命令指示。这些命令指示是对中央政权的命令的贯彻，对中央政府制定的法律的执行，但有时也表现出一些变化。所以，除了国家制定的法律制度之外，中国传统社会还有着各种各样的法律渊源，由于法律渊源多样性，所以法律制度的变迁也应该具有多样性，法律制度的变迁还应当有其他形式的表现。

仔细考察近代中国的历史，我们可以发现，中国近代社会层次多样，社会关系错综复杂，这种复杂的社会状况似乎可以为找寻不同的法律渊源的变迁提供良好的社会基础和背景，但是困难是很大的。国家政权制定的法律都有文字详加记录的文本，简单地将不同的文本加以对比就可以发现变化的内容，进而可以很方便地得出结论。但是对于其他的法律渊源做出考察却不是那么容易，不仅渊源并不单一，而且多没有简单明了的表达方式，变迁的方式就更为复杂，所受影响又是多方面的，如何对这些制度变迁进行研究，并得出科学的结论，难度相当大。当笔者着眼于中国近代出现的租界法制，并对其作一些基本的考察时，感觉这里可能蕴藏着一直想找寻的完成上述任务的对象，于是开始作进一步研究工作。

由于封建制度的性质所决定，闭关锁国被当作王朝存续的基本政策，这个政策也在一定程度上保证了王朝的统一与完整。但到了近代，新兴资本主义国家的贸易要求与此政策发生了激烈的冲突，最终以武力冲突的方式加以解决，在外国的舰炮的轰击之下国门被迫大开，并且指定了专门的通商口岸。在这些通商口岸中，出现了一些由外国人制定法律并进行控制或是管理的地区，这些地区是外国人的居留地，也就是俗称的租界。

1845年（道光二十五年），英国驻上海首任领事巴福尔与上海道台宫慕久签订《上海土地章程》，从此在中国土地上便出现了租界。租界以其复杂的历史内涵影响着中国近代社会的政治、经济和文化。对中国社会而言，这是一个既有着阻力，同时又有着推动力的因素。

① 详见张晋藩：《中国法律的传统与近代转型》，法律出版社1997年版，第113页。

② 朱勇：《清代宗族法研究》，载朱勇著：《中国法律的艰辛历程》，黑龙江人民出版社2002年版，第64页。

租界是不平等条约的产物,是中国主权丧失的标志,但租界的性质同样也是复杂的。就中国传统社会的近代化而言,租界也发挥着一定的作用。租界的影响首先表现在物质层面。租界管理者不仅在租界内点燃了路灯、接通了自来水、建立了邮电通讯设施,而且还盖起了高楼大厦,使得租界的景象与传统社会的市镇完全不同。郭嵩焘在1856年(咸丰六年)曾到过上海租界,为租界的景象所折服,思想开始产生变化。康有为于1879年(光绪五年)“薄游香港”,“览西人宫室之瑰丽,道路之整洁,巡捕之严密,乃始知西人治国有法度,不得以古旧之夷狄视之,乃复阅《海国图志》、《瀛寰志略》等书,购地球图,渐收西学之书,为讲西学之基矣”^①。1882年(光绪八年),康有为“道经上海之繁盛,益知西人治术之有本。舟车行路,大购西书以归讲求焉……自是大讲西学,始尽释故见”^②,思想也因所睹景象而改变。孙中山先生虽然一直视租界为中国人的耻辱标志,但同时也说:“上海的这一部分地方,是外国的租界,但实在是一个自治的模范。”^③对于国内的连年的政治动荡和战乱,陈独秀说:“惟租界居民,得以安宁自由。”^④容闳、洪仁玕、王韬等莫不为租界的繁华景象所折服,从而在思想上产生很大的变化,所以陈旭麓先生就把租界当作近代中国重要的启蒙方法之一:“在近代中国,启蒙者总是最先受启蒙的。接受启蒙的途径大致有三:一是沉潜于‘西人公理公法之书’。二是香港和上海租界的现实促使人们进行‘华’‘洋’比较。三是如严复等人留学或出使西方近代文明诞生之地,沐浴和呼吸于西方近代教化之中,受其更直接的启蒙。”^⑤租界确实发挥着这样启蒙的作用,但不仅限于此。

如果说租界中的物质文明、市政建设和市政管理仅仅是一个浅层次的近代性的表现的话,租界中所建立的政治法律制度则可能有着一种更深层次的影响。租界中的政治法律制度是按照西方政治法律原则建立起来的制度,体现的是西方的民主传统。如在上海租界中,便有着类似三权分立的立法、行政、司法体制。最高权力机构是由纳税外国人组成的纳税西人会,行政机构是工部局,司法机构有领事法庭、会审公廨等。各机构的组成由选

① 楼宇烈整理:《康南海自编年谱》,中华书局1992年版,第9—10页。

② 前揭《康南海自编年谱》,第10—11页。

③ 孙中山:《在上海民治学会的演说》,载《孙中山全集》第五卷,中华书局1985年版,第173页。

④ 陈独秀:《爱国心与自觉心》,载《陈独秀文章选编》(上),三联书店1984年版,第72页。

⑤ 陈旭麓:《传统·启蒙·中国化》,载《陈旭麓学术文存》,上海人民出版社1990年版,第259