

民法哲学丛书 | 赵万一 主编



传统与变革： 私权的话语与制度

欧家路-著



法律出版社

LAW PRESS · CHINA

民法哲学丛书 | 赵万一 主编

传统与变革： 私权的话语与制度

欧家路-著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

传统与变革:私权的话语与制度 / 欧家路著. —
北京:法律出版社,2014.7
(民法哲学丛书)
ISBN 978-7-5118-6603-5

I. ①传… II. ①欧… III. ①民法—研究—中国
IV. ①D923.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第147815号

传统与变革:私权的话语与制度

欧家路 著

责任编辑 刘文科 李峰云
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 720毫米×960毫米 1/16

版本 2014年8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 三河市龙大印装有限公司

印张 14.5 字数 211千

印次 2014年8月第1次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

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

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-6603-5

定价:35.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

民法的哲学之维（代序言）

法律作为包括一切社会思想和道德在内的所有人类聪明智慧的结晶,是现代社会治理结构中最具决定性的因素之一。不但法律的完备程度可以直接作为社会治理规范程度的主要标尺,而且法律的良善程度又直接决定了社会文明程度的高低。而在所有的法律制度中,体系最为庞杂、内容最为繁复的民法制度对各国社会秩序的形成和国民性的塑造,无疑是最为直接最为重要的供给形式。与此相关联,作为民法制度形成基础的民法学理论又当仁不让地成为最具有哲学诉求和最具有哲学精神的法律学科之一。从形而上的角度言之,民法不但把哲学的本体论思想和目的性价值内化为自己的观念基础和价值取向,而且以其自身的独立价值体系及其制度建构提炼升华为一种目的性存在。从形而下的角度观察,复杂精细的民法制度构成又以其极具个体化的目标定位、分工明晰的调整功能及其程式化的适用而成为一种工具性存在。如果将民法放在整个人文科学研究的大视野下进行分析我们不难发现,无论是民法理念的进化过程,还是民法体系的调整固化过程,或者是民法制度的演进过程,无一不是与哲学思想的发展与变革而不断融汇和共生的过程。正是基于这个原因,作为古

罗马五大法学家之一的乌尔比安才认为，法律不单是一个特别社会的规则，乃是正义和德行的永远不变的原理和说明。从哲学与法律的交互作用过程来看，卢梭的社会契约思想不但直接发端于古罗马的契约自由理论和契约平权思想，而且直接建构了作为现代民法基石的权利平等和人格平等观念和意思自治思想，以至于伟大的思想家梅因在对人类社会的发展进程经过仔细分析后得出这样充满睿智的感悟：所有的社会进步如果归结到一点的话，可以也只能总结为从身份向契约的转变。

民法之所以能够负担其在法学领域弘扬哲学思想的重任，除了因为民法向法理学和法哲学贡献了最基本的法律术语和最主要的法律思维方法之外，还在于民法本身就是哲学思维的法律化过程。之所以作此判断，主要基于以下原因：首先是民法非常关注对作为哲学本体的价值问题的发现、演绎和实现。美国著名法学家庞德曾说过一句名言，虽然价值问题是一个困难的问题，但它却是法律科学所不能回避的问题，这点对民法来说表现得尤为突出。民法不但将哲学的基本价值，如公平、平等、自由、善良、理性等内化为民法的基本原则和制度设计依据，而且将是否符合哲学的本源价值作为判断民法制度优劣的主要标志。换言之，民法不但非常关注其工具性价值，而且更加关注其目的性价值。从民法发展的历史轨迹来看，近代民法哲学的繁盛不仅推动了民法内部的价值生成与制度建构，而且其所倡导的基本理念已经成为并将继续成为改造社会、推动人类文明进步的现实性力量！

与此同时，民法还非常关注伦理道德对其自身规则形成的影响。马克斯·韦伯认为，所有经验都充分表明，在任何情况下，统治都不会自动地使自己局限于诉诸物质的或情感的动机，以此作为自身生存的基础。相反，任何一种统治都试图唤醒和培养人们对其合法性的信念。而一个国家法律制度合法性的标准，主要在于其是否满足了具有自然法意义的作为社会道德集成的社会公理的要求，是否实现了社会认同和遵守的一致性。而任何至高无上的权力和个人对这些自然法的挑战，都是对整个人类发展中所自然形成的道德的违反和颠覆。从社会实证的角度言之，道德伦理的法律化是各国法律实践的共同选择结果，道德伦理的规则和要求不但为法律提供了丰富的法源宝藏，而且与伦理道德的契合程度也成为评价法律本身善恶与

否的主要尺度。诚如德国学者魏德士所言,道德不只是法的条件,也是法的目标,因为任何法律秩序都是以道德的价值秩序为基础的,因此法律秩序发挥作用的前提是,它必须达到具有约束力的道德规范的最低限度。虽然任何法律都有对道德的强烈渴求,但相对于其他法律来说,民法对道德伦理资源的依赖程度更为明显。其原因无他,乃在于民事活动本身就社会伦理生活的一部分,民法文化也主要表现为一种伦理文化,因此其所体现的价值无疑应当以对人自身的关怀作为首要取向,以符合伦理性作为其制度设计之衡矢。因此,任何国家的民法制度设计,都会以符合基本的社会道德理念,如正义、公平和公正等作为基本要求,从某种意义上说,整个民法的发展史就是一部道德的演进史和转化史。

不仅如此,民法还非常关注对人性本身的探求。根据英国哲学家大卫·休谟的观点,一切科学特别是社会科学都或多或少地与人性问题有些关系,任何科学不论似乎与人性离得多远,它们总是会通过这样或那样的途径回到人性上来。从某种意义上说,人性预设是各学科理论分析框架的出发点和逻辑推理的前提。虽然休谟的这一论断对有些社会科学门类来说其权威性还有待验证,但对法学特别是民法来说,其科学性和准确性肯定是毋庸置疑的。人性预设中的性恶论假设不但构成民法的制度基石,而且许多基本制度设计中的天使与撒旦共生、良善与恶魔共生的中人标准则直接影响到规则的安排和权利义务的分配。当然民法对人的这种不完善性的预设,实际上是从强烈的道德感出发的,是对人性中与生俱来的缺陷的正视和反省,因此民法的志向绝不仅仅限于对现实人性的简单确认,而是更加强调对人性的启蒙和改造,即通过启发和激励人性中的向善因素,提升人性中的性善比重,以此助长以诚信和性善为核心要素的社会文明基因的不断繁盛。

最后一个原因在于民法非常尊重对个人权利的保护。法国著名民法学者阿·布瓦斯泰尔认为,民法典尊重个人权利的最好和最重要的体现是它对先于和高于实在法的法原则的承认。通过研读各国民法特别是以《法国民法典》为代表的现代民法制度我们不难发现,民法就其本质而言具有非常强的正义性品质,不但通过设定基本原则的方式将民法的基本价值追求显现出来,而且通过对个人本位思想和权利本位思想的法律确认,担负起提

升人的存在价值,促进人的全面发展的历史重任。以权利本位为例,民法通过一系列的权利要求,承认和弘扬人的理性,努力给人的意志自由和行为自由提供更加宽广的选择空间。换句话说,民法虽然调整的主要是财产关系,但就其产生和演变的历史轨迹来说,对人(其中特别是公民)自身的价值、人的法律地位、人的权利的关注却远远胜于对财产的关注。它把维护人的尊严、自由和人格独立作为整个民法制度赖以建立的基础,把个人视为法律关注的焦点,对民法来说,只有人本身才是目的,而财产仅仅是实现人的目的的手段,正如孟德斯鸠所言:“在民法的慈母般的眼里,每一个个人就是整个的国家。”

中国目前正处在剧烈的社会变革期和转型期,在促进社会转型的诸多因素中,法律无疑发挥着其他制度无可替代的作用。美国著名法学家埃尔曼曾经断言:法律乃是改革的主要力量,是解决冲突的首要渠道。改革开放三十多年来,中国的法治化进程步入了快车道,法治精神和法治理念逐步深入人心,究其根本,无一不是与民法之基本价值理念及其制度范式密切相关。民法通过弘扬私权价值层面上的平等之地位、自由之意志、独立之人格,不仅推动了中国法治理念的转变,而且启蒙了人们的权利意识,促成了思想观念之解放。而独立与自由的意志是人类最基本的动力之一,我们有义务维护它,并且一天天地将其巩固下去(路德维希·艾哈德语)。惟有如此,民智才能真正被开启,人们才能活得更加有尊严。

西南政法大学民商法学学科自创建以来,一直秉承道术并重、博学诚信的西政学术传统,强调人才培养上的智德兼备、知行合一,提倡修身以明德,厚德以励志,崇法以济世,至善以笃行;致力于在社会实践基础上,多能关注民法之基础理论研究,融汇哲学、政治学、社会学、经济学、宗教学学科之先进方法论,全面透析近代以来民法之生成、发展脉络及其规律,力求为中国民法典的诞生奠定坚实的人文基石。在此基础上,希图通过对民法之原初命题、价值体系、权利构建、法条解释等宏观性问题进行抽象分析,以期从本体论、本质论、本位论、方法论等领域全方位、深层次地对现代民法进行解析。我们一直主张:民法不仅仅是一种制度,更是一种信念,是一种能够构筑和开创现代民主社会的信仰和理念;同时它还是一种力量,是一种足以改变我们自身和现实社会并能引领美好未来的力量。我们愿与全国的同仁一道,

拾薪积火,薪火相传,秉自由之精神,为中国的法治建设和社会的文明昌盛
贡献自己的微薄之力。

是为序。

赵万一

2014年7月16日于西南政法大学

目 录

引言	1
一、缘起：私权的忧郁	1
二、问题：传统抑或现代	2
三、时段选择	9
四、关于贡献	11
第一章 现代性、政治与私权	13
一、现代性的抽象历史塑造	14
二、中国现代进程中的新历史观及其审思	17
三、现代性的政治隐喻	21
（一）古典政治史与现代政治史：循环与 目的	22
（二）现代政治的反思：差异、断裂与 延续	25
四、现代性、政治与私权	29
（一）国外私法与政治的关联研究	29
（二）评析与拓展	33
（三）逻辑结构与关联	35
第二章 传统社会的私权境遇	40

一、传统政治话语中私权的缺失	41
(一) 儒家思想与传统政治话语的表达	41
(二) 如何看待《大清律例》中的“民事规定”	43
二、实践政治下的私权状况	52
(一) 官方制度的现实修正——“别籍异财”之考察	53
(二) 司法裁判与私权保护——兼评黄宗智“表达与实践之 背离”	57
(三) 传统私权真的忧郁吗——以习惯法为分析对象	86
三、小结：话语与实践差异下的私权空间	104
第三章 变法晚清：私权的进步与保守	106
一、传统框架下的历史话语重构	107
(一) 新政治话语产生的背景	107
(二) 新政治话语的表现	108
二、“私权”话语及其制度的转变	110
(一) 清末出洋考察大臣的私权认识	110
(二) 具体修法中的私权意识	113
(三) 《大清民律草案》中的私权表达	121
三、小结：传统情理与现代法律	128
第四章 民初司法：裁判中的私权	131
一、民国前后政治话语的形式	132
(一) 种族革命与现代性话语的结合	132
(二) 民族主义与私权话语	138
二、民初私权裁判与法律适用	141
(一) 前清与民事相涉法律之效力	141
(二) 前清民事法律之适用	143
(三) 习惯法之适用	150
(四) 条理的功能	159
三、个体与国家——新政治结构下的私权保护	166
(一) 私法救济的解释性扩张	168
(二) 民刑相分	173

(三) 法律行为的效力与行政权力	174
(四) 宗教组织与国家权力——关于庙产之案件	175
(五) 家财与私产	178
(六) 家族功能的保存与限制	180
四、小结：旧社会与新国家	182
第五章 权力反思：大政治与小私权	187
一、文化与制度争论下的私权分析	188
(一) 文化与制度论争的逻辑	188
(二) 传统还是现代：再谈私权忧郁的根源	192
二、大政治下的私权破立：方式与路径	195
(一) 传统的发明与私权认知	195
(二) 新中国成立后的私权辗转	197
三、小结：私权的观念注塑	203
结语：忧郁中前行	206
参考文献	208
后记	219

引言

一、缘起：私权的忧郁

现代中国私权似乎一直在一种忧郁中辗转，这样一种忧郁一方面在意识形态下（传统的抑或现代的）给予“私”一番非道德论证而貌似正当，^①另一方面又在公权力的强势遮蔽与攫取下变得愈加孱弱。^②而近三十年来中国私权制度建构上的欢欣鼓舞与效果上的差强人意，众多学术探讨的理想图景与现实民众的艰难抗衡，更让我们对私权保护的前景堪忧，并进一步使我们反思这样

① 这里关于传统的或现代的意识形态各有所指：前者指至晚清以来的现代化进程中，以传统的儒家伦理教化来反对新变革彰显私权所带来的纷争，并以此表明圣人之道之正确性——事实上，正如笔者后面会进一步论述到的，这样一种传统“公”与现代“私”的极端对立与凸显只是特定历史环境下的产物，其实质上并一定反映真实的社会语境与制度，亦不能据此对传统社会进行定性；而后者（现代的意识形态）主要指建国后“姓资姓社”的讨论及相伴随的社会主义改造，大跃进，文化大革命等运动，其在很长一段时间为私权的压抑乃至铲除奠定了正当性——该意识形态于1978年改革开放之后逐渐被淡化，却又在中国制定物权法时再次被有些学者与官员提出，对作为私权重要组成部分的私人财产发难。

② 这一点在近年来的经济建设过程中，表现得尤为突出，例如拆迁问题上对待私权的粗暴最为典型。然而，这并不能归咎于经济建设本身，而是要更多地反思现行体制下的权力格局与运作。

一种法律现代化路径有问题吗？

私权不兴，法治不立，这似乎已经成了我们当代的共识，可问题在于“已兴的私权”与“未立的法治”之间却存在诸多捍格，私权与法治远不是原因与结果般的顺理成章。我们常言西人如何大兴法典，高扬私权，以成民主自由之功；又言邻人日本如何明治维新，效法西方，终跻近代强国之列——似乎制度建构亦成了中国问题解决之不二法门。可如果我们当真回到历史之中，就会发现个中的妥协与变革，传统与现代，争论与和解，又岂是“制度建构之功”所能解释？制度之再强大，无非人造，几千年相承继的传统制度皆可以在短短几十年里面目全非，更何况一时代夹缝中之私权，更何况几部历经风雨之法规？而纵观私权自现代以来随政治跌宕的起伏挣扎，与意识形态的交织冲突，于现实制度中的否定肯定，其坎坷路径与错综关系已远不是一部孤立的私权史所能书写。

制度建构固然重要，比较 30 年前之中国与 30 年后之中国，我们自能理解其对于一个有序社会的价值。就今天之私权而言，我们有法律的实行，有司法的裁判，有学者的“私权呐喊”，可似乎仍就不足以塑造一个尊重私权的国家。改革 30 年，我们的私权于经济中复苏，于人性中复苏，可到底在法律上处于怎样的地位，于意识形态中应如何界定却远没有清晰的答案；而现实生活，那些明明落于纸上之私权却总是在权力与利益的沉湎与喧嚣中被偷偷甚至公然抹去，百姓因此置法律于一旁而以最原始之对抗来捍卫私权之绝望，更警示我们这个时代私权的困境。

二、问题：传统抑或现代

面对私权的忧郁，我们需要进一步诘问，其到底是一个现代问题还是一个传统问题？换句话说，其到底是源于我们根深蒂固的传统文化还是 19 世纪末以来的现代化进程？

（一）传统中求解

诸多学者试图为这种私权的忧郁在一种历史的延续性中寻求答案，将私权的忧郁归之于几千年的传统，其意在表明中国的传统里私权从来就备

受压抑,口诛笔伐,而当下所私权所面临的尴尬境遇也就顺理成章。梁治平先生曾以“孝”为基础之家族结构,以传统思想之“义利之辩”,以礼法合一之社会规范模式,论证中国传统社会个体之独立人格缺失,以及对个体私利之排斥;^③也有学者指出封建小农经济中根深蒂固的“重农抑商”观念无论是在民主革命还是社会主义建立初期,都未经过系统批判,故此“浓厚的自然经济历史遗迹”成为了“否定私权与商品经济的‘左’倾政策”的重要源头;^④翟志成教授亦在宋明理学之“克己私而复天理”与土改、文革时期之“破私立公”之间寻找关联,认为正是传统理学“灭私”始能“存公”之见解深入中国深层文化结构,并成为现代“私”之道德困境与制度破坏的根源;^⑤还有学者提出在权利与义务的范畴下进行分析,认为“古代法是以义务为本位,现代法则是或应当是以权利为本位”,^⑥从而为中国传统法律中的权利缺失求解。

除此之外,我们还可见以具体制度论证传统中私权之处境,如侯外庐先生认为中国古代以皇族地主的土地垄断制为主要内容,尽管于明末时有“自由私产”之萌芽,但总体上私有土地所有权之观念比较缺乏。^⑦ 也有学

③ 梁治平指出:“在中国传统身份社会里,一个人最基本的身份首先表现为某个家的成员,其次才是其他(如阶级的或地域上的),而在家这样一个伦理实体中,个人主义意义上的个人是根本不存在的……子女在家中无独立之人格、地位,亦无所谓独立的意志”,而“族”亦“适用家的全部原则,保证并且强化家的秩序”,所以“传统之中国文化完全不承认‘个人’的存在,而在现实的社会关系,更没有‘个人’的立足之地”,“从私法的角度来看,它就意味着抽去了‘私法’赖以生长、发达的社会学基础。在一个以家族为基本单位的社会里,没有纯粹‘个人’的行为,更没有真正‘个人’的关系。个人被束缚在家族的身份网络之中,没有独立的意志,没有自己的财产,甚至不能自由支配自己的身体”。作为司法活动之“民间词讼”,其最基本原则“不但不是权利,反倒是要彻底消灭权利的‘义’,此其精神上与民法相反;又因为普遍的道德化,它又把一切都‘刑事’化了,此其法律效果上与民法相悖”。见梁治平:《寻求自然秩序的和谐——中国传统法律文化研究》,上海人民出版社出版1991年版,第112~123、230页。

④ 见董辅初主编:《中华人民共和国经济史》(上卷),三联书店(香港)有限公司2001年版,第447~448页。关于此点,笔者在第五章建国后“大政治与小私权”的相关论述中会进一步涉及。

⑤ 翟志成:“宋明理学的公私之辨及其现代意涵”,载黄克武、张哲嘉主编:《公与私:近代中国个体与群体之重建》,“中央”研究院近代史研究所出版2000年版,第15、52~55页。

⑥ 张文显:《法哲学范畴研究》,中国政法大学出版社2001年修订版,第342页。

⑦ 侯外庐:“中国封建社会土地所有制形式的问题——中国封建社会发展规律商兑之一”,侯外庐等:《侯外庐史学论文选集》,人民出版社1987年版,第242、250页。需要指出的是,侯外庐先生的观点中主要以马克思、恩格斯关于东方世界自由的土地私权的法律观念缺乏之论述为基础,所以在很大程度上,其观点落于“阶级”的分析框架内,很难看成是对中国传统社会私权状况的客观描述(对此笔者将在后文中再进一步评述);也正因为此,在侯外庐先生的论文中,只见官与民、国家与个人的论证,而对传统社会中的家族、宗族的功能基本没有涉及。

者指出中国传统中没有公私领域的相对区分,王朝可以通过滥用籍没法,超额征敛赋役等方式对私人财产进行掠夺,因此不存在完整、稳定的私有财产法律制度的基本条件;并进一步通过土地交易及所有制形式的分析,指出正是那种“传统社会实行的是私有制与严格私人权”的错误认识,在一定程度上为新中国全面确立公有财产制度的法律优先地位奠定历史和理论基础。^⑧

面对这些从文化层面或是具体制度层面对传统社会私权之认识,以及与现代私权困境的勾连,其结论乃是立足于中西方之差异性而产生的。可问题在于,这种差异的产生往往是在“肯定现代西方,否定中国传统”的现代语境下进行的。而如果我们客观地回到中国历史中去,传统中的私权兴许并未如我们现代所认识下的无助与忧郁。我们也很难相信,一种不屑私权或贬低私权的法律可能延续几千年?而梁治平先生后于《清代习惯法》中重新审思传统之民法,重新挖掘其原来并不重视之传统“私有秩序”,不正印证了这一点?^⑨

同时,就思想之解读而言,当我们粗率地引用宋明理学“存天理,灭人欲”抑或更早之孔孟仁义等诸多教化辞藻而匆忙地为传统文化定性,大写文化差异时,我们同样可以在柏拉图的“理想国”,黑格尔的伦理国家,抑或我们最为熟悉的马克思的“共产主义”中找到相类似的表达;同样,当我们的意识形态把私有制(当其被当作社会罪恶时)赋之以小农经济为代表的封建传统(也同样赋之于资本主义)之后,却又在社会需要发展私有经济时得出了一个中国传统文化与政治压抑私有制,压抑私权的结论——所以到底是传统文化引导了现代政治以及私权挫折还是政治权力本身任意地解

^⑧ 邓建鹏:《财产权利的贫困:中国传统民法研究》,法律出版社2006年版,第17~22、24、37~53、60页。

^⑨ 梁治平曾认为中国传统表面上维持了一个“私有秩序”,而本质上却是一个“道德秩序”,并极力用这个道德秩序去压制、谴责私有(梁治平:《寻求自然秩序的和谐——中国传统法律文化研究》,上海人民出版社1991年版,第227页),但其后来的著作《清代习惯法》通过反思“国家与社会”、“大传统与小传统”的二元分析框架,重新审视中国习惯法,及其所维持的“私有秩序”,似乎与先前秉持的路径有所抵牾,关于这一点邓正来亦在其著作中指出(邓正来:《中国法学向何处去》,商务印书馆2006年版,第131~156页)。关于梁治平早期“私有秩序”与“道德秩序”并存于中国传统社会之观点,笔者在后文对传统法律分析中,特别是与黄宗智关于清代法律“表达”与“实践”的背离比较中,将作进一步阐述。

释了文化,抑或其之间的关系根本就是我们“以己度人”的想象,这是我们
需要思考的问题。

而对以那些具体制度史料论证中国传统私权贫乏者,这些史料本身能
否展示传统社会之真实尚且存疑,^⑩同时对于这些史料之别样解读亦且存
在;^⑪更为重要的是,作为范本之“私权精神”是否真如某些学者所述的那样
贯穿于西方历史更是值得深究。^⑫

(二)现代之检讨

也有将此种忧郁归之于晚清以来的现代化进程者。梁漱溟先生虽未明
确论及传统私权之状况,不过其指出,传统社会“天子及代表天子之官与庶
民之间,乃疏远而成一种无交涉状态,免得相碍、相冲突,而庶乎得较久之相
安;嚬有所谓‘无为而治’之概”,意在表明传统社会“私”并非处于“公”之
压抑中。反而是清室一倒,数千年相传之政治制度也顿然随之俱废,全社会
乃骤失其维系作用;而新者未立,故陷入文化失调——社会构造崩溃,社会
关系欠调整,社会秩序的饥荒。^⑬由此可见,现代革命导致了传统私权秩序

^⑩ 如邓建鹏在其著作中所举的公权力通过滥用籍没侵害私权之史料,不仅多因刑事附带
(往往刑有明文或者所涉之罪甚大),而且该类材料多引于《后汉书》、《魏书》等史书中所列传
记,于中国历史中寻找几个被施以籍没刑罚之人,并非难事;再则,这些于历史中被立“传”之人,
与寻常百姓于现实中之私权状况很难证明有所关联。故此,所谓通过“滥用籍没侵害私权”之
说实难成立。而关于超额征敛赋役以害私权也同样如此,如果举出一些王朝免税或少征税之史料,
是否可以抵销其所超额征敛之论证力,是故,岂能以随便几处记载便认定超额征敛体现了古代中
国对待私权之肆意侵害态度。

^⑪ 如前面所举侯外庐先生关于中国古代不存在土地私有之观念,杨国桢先生通过研究明
清契约就指出,尽管私人土地受着国家干预,但说中国没有土地私有之观念是不妥当的,中国封
建社会私人土地上的共同体所有权是两重的(国家的和乡族的),它们和私人所有权的结合,便
构成中国式封建土地所有权。但从长期来看,私人所有权占主导地位。同时,杨国桢先生还指
出,反而中世纪欧洲的土地所有权(封建领地)较为僵硬,而中国封建土地所有权由于个人对土
地的支配较大,土地买卖相对自由,流动性强(见杨国桢:《明清土地契约文书研究》,人民出版社
1988年版,第12~14页)。

^⑫ 以罗马帝国为例,其帝国的内战与征战中,往往苛以严重的赋税和劳役,大肆掠夺帝国
内整个资产阶级,特别是城市资产阶级的财产,摧毁了帝国的繁荣和精神,导致了帝国的没落
(见[美]M. 罗斯托夫采夫:《罗马帝国社会经济史》(上、下),马雍、厉以宁译,商务印书馆1985
年版,第622~623,626~629,638~641页)。此外,中世纪基督教会向居民征收的什一税,也是
一个典型的例子,其后受到激烈反对并引发起义。笔者在此只是想表明并不能想当然地认为西
方传统中的“私权精神”。“私权精神”本为一现代产物,岂能让整个西方历史都符合其脉络,或
者以此精神来反套西方历史。

^⑬ 梁漱溟:《乡村建设理论》,上海人民出版社2006年版,第15、19、22、34~35页。

之破坏(如果我们将村治秩序亦广义地认为是私权秩序之一种的话),^⑭西方的宪政之路在中国是行不通的,我们需要通过乡村建设运动造势、造理,重塑自己的秩序。与梁漱溟先生一样,余英时先生也曾指出,中国近代社会之激进使得“一个合理的民主秩序未曾建立以前,一个原有旧的权威性的、家长式的传统秩序崩溃了,这中间完全是一片混乱”;持续的激进在1950年以后,“依照斯大林在苏联所建立的一套社会模式彻底改造了中国,更是在短短数年之内,废除了几千年来自然演进而成的一切制度和组织。在消灭了私有财产之后,所有传统的‘中间团体’如宗族、行会、私立学校、宗教组织、同乡会等都失去了存在的依据,有的则是名存实亡”。^⑮还有学者通过“经纪模式”分析了晚清以降的“国家政权建设”,即“所有的中央和地区政权,都企图将国家权力伸入到社会基层,于是通过在乡村构建一种新型的‘赢利型的国家经纪组织’来侵蚀或代替原来乡村自愿的‘保护型经纪组织’,以达到控制乡村社会的目的”,^⑯从而带来的传统秩序特别是村治的逐

^⑭ 事实上,在传统社会结构中将乡村列为“私之一端”,并无不可。正如有学者指出:“‘公’与‘私’在实然方面它们为社会范畴的区分,一般而‘公’指国家部门(state sector),有时也包括地方公产与公众事务,而‘私’则指非国家部门(non-state sector),又可再进一步细分为个人与社会群体,如家族、党社等”(黄克武:“从追求正道到认同国族——明末至清末中国公私观念的重整”,黄克武、张哲嘉主编:《公与私:近代中国个体与群体之重建》,“中央”研究院近代史研究所出版2000年版,第59页)。尽管在整个的官方文化中是通过一种“家天下”的话语,但在实际的社会运行中一种“官与民”、“公与私”、“国与家”之区分是明显的。在某种程度上,正是“家天下”等一系列传统政治话语与以此为基础的制度设计,使得作为现实中私一方之“家族”具备了在政治权力结构上的正当性,并为其权力范围内的私权保护及秩序的构建提供了基础。

^⑮ 余英时:“中国近代思想史中的激进与保守”,载《钱穆与中国文化》,上海远东出版社1994年版,第201~209页。

^⑯ 正如杜赞奇先生所言,清末以来的国家政权建设要求村庄建立一套财政制度以资助兴办新学堂、新的行政组织和自卫组织;而国家亦开始向农村摊款。伴随着农村公共事业的扩大,新型的村庄领导组织得到加强,形成了赢利型经纪(掠夺型经纪或贪婪型经纪)。相较于原来的乡村的“保护型经纪”,“赢利型经纪”不再是由地方有威望的乡绅等基层精英组成,而只是为国家权力所利用的,但在一个不断商品化的社会中却没有合法收入的职员;而原来“保护型经纪”的抵抗公权力侵蚀(通过税收、摊款等方式)的功能,也自然在“赢利型经纪”下不再具备,反而赢利型经纪成为国家渗透乡村,征税摊款,掠夺私权的工具。当然,杜赞奇借用“吉尔茨”的“内卷化”理论,即一种社会或文化模式在某一发展阶段达到一种确定的形式后,便停滞不前或无法转化为另一种高级模式的现象,指出,赢利型经纪组织并没有如国家权力希望的那样解决征税、摊款,也并未实现基层社会官僚化的目的,反而在一定程度上导致社会进一步压榨与破坏,阻碍了国家权力的真正扩张([美]杜赞奇:《文化、权力与国家:1900—1942年的华北农村》,江苏人民出版社1996年版,第4、37~41、57~58、66~68页)。无论以“经纪模型”分析晚清以来的国家政权建设是否恰当,无论杜赞奇所谓“赢利型经纪”在乡村是否成功,有一点是可以肯定的,即传统的乡村权力运行模式被削弱或受到了破坏,新的政治结构或意欲构建的政治结构很难像传统社会那样维持其地位,发挥其功能。关于乡村结构中的自治,特别是私权如何得以维护,笔者在后文中将会通过清代法律之运行进一步阐释。