

法律与政治

中西之间的地权“习惯”

——近代比较法学史的视角

赖骏楠

摘要:地权习惯在中国法制近代化过程中遭遇冷落的命运,有必要从比较法学史的角度展开解释。清代官员出于儒家风俗观和官僚制本能等原因,已对地权习惯产生厌恶态度。19世纪欧洲法学界对习惯议题的主流观点,是将习惯视为产生于过去的、不符合近代需求的规范,这种认识在很大程度上源于欧洲自身的习惯法经历。无论是欧陆主流法学还是英国法学,都将习惯或习惯法视作落后或古代的、阻碍社会经济发展的事物。这些习惯理论在19世纪末20世纪初传至东亚,并影响了该地区的法律理论与实践。在习惯议题上,近代日本一方面以西学中介者身份,另一方面以某些独创性观点,对近代中国法律界产生了或间接或直接的刺激。中国近代法学对上述欧、日法学话语几乎全盘接受。基层的司法和行政舞台也受到法学话语的渗透,大量新式语言被用于描绘和批评现实中的地权习惯。清代官方话语中常见的对地权习惯的负面评价,也保留在基层的反馈中。新旧知识/话语的汇合,导致各层次法律人都对本土地权习惯持敌视态度,而这必然会影响到这些习惯在近代法典编纂中的境遇。

关键词:地权; 习惯法; 历史法学; 梅因; 法制近代化

基金项目:2021年国家社会科学基金青年项目“江津档案所见近代乡村地权纠纷及基层治理研究”(21CZS080)

作者简介:赖骏楠,复旦大学法学院(上海 200438)

DOI:10.13613/j.cnki.qhdz.003483

融合民情与国法,在私法近代化运动中充分尊重本土地权习惯,是中国法律人本应完成却未曾完成的一项任务。尽管北洋时期的法界精英曾对地权习惯有过一定重视,^①但整个近代法律史的总体趋势,仍是将这套习惯视为现代性的对立面,并在多数时候对其予以摒弃(这尤其体现在法典编纂事业中)。^②这一事实不禁让当代研究者追问:何以至此?现有研究已揭示出,亡国危机下追求富强的强烈情感、^③撤废领事裁判权的急迫愿望、^④新式政党的革命与进步话语,^⑤以及官僚阶层对习惯的长期敌意,^⑥均导致法律改革者一味模仿“先进”国家制度,并冷落本土习惯。

① 赖骏楠:《融民情于国法:民初法政人对本土地权习惯的继承与改造》,《近代史研究》2022年第2期。

② 黄宗智:《清代以来民事法律的表达与实践:历史、理论与现实》卷二,北京:法律出版社,2013年;张生:《中国近代民法法典化研究:1901—1949》,北京:中国政法大学出版社,2004年;Jérôme Bourgon, “Rights, Freedoms, and Customs in the Making of Chinese Civil Law, 1900–1936”, William C. Kirby ed., *The Making of Freedom in Modern China*, Stanford: Stanford University Press, 2004, pp. 84–112。

③ 黄宗智:《清代以来民事法律的表达与实践:历史、理论与现实》卷二,第53—54页;李卫东:《民初民法中的民事习惯与习惯法——观念、文本和实践》,北京:中国社会科学出版社,2005年,第110—111页。

④ 黄宗智:《清代以来民事法律的表达与实践:历史、理论与现实》卷二,第168页;李卫东:《民初民法中的民事习惯与习惯法——观念、文本和实践》,第158—159页。

⑤ 黄宗智:《清代以来民事法律的表达与实践:历史、理论与现实》卷二,第41—43、53页;睦鸿明:《清末民初商事习惯调查之研究》,北京:法律出版社,2005年,第246页。

⑥ Jérôme Bourgon, “Rights, Freedoms, and Customs in the Making of Chinese Civil Law, 1900–1936”, William C. Kirby ed., *The Making of Freedom in Modern China*, pp. 90, 111.

上述研究均是从“法外”视角——如政治情感和理念、意识形态——去解释本土地权的近代命运。考虑到近代私法制度设计的实际承担者是法律人,甚至是职业法学家,“法内”考察视角(即法学史或法律思想史)在现有学术史中的相对缺失,便不得不说是个遗憾。尤为重要的是,当代研究仍有必要去澄清,作为一种知识/权力的、近代以来对地权习惯的种种负面评价,是如何在跨越中西的法律学术语境中生成、完善、传播并遭到误用的。只有实现了这方面的澄清,我们方能更加深刻地理解本土地权习惯的近代遭遇,并且对近百年来中国法学、历史学中有关本土地权的知识体系和思维方式展开更为彻底的反思。

一、清代官僚对民间田土问题的表达

唐宋变革以降,帝制中国的基层经济图景由大量拥有私有土地的编户齐民家庭构成。国家法律对编户齐民原则上一视同仁,并承认其私有财产的合法性。在法律的保障或默许下,编户齐民为满足各自具体经济需求,以其私有土地展开频繁的、形态各异的交易,由此催生高度繁荣的民间地权习惯和产权安排,市场体系和私法秩序开始成形。晚近研究已表明,本土地权习惯提供的多样化交易手段,能够清晰划定产权边界,降低交易成本,促进资源流通,从而使中国农业经济发展至前工业社会中的最高成就。^①

当然,这是当代社会科学的后见之明,我们很难要求清代精英阶层——尤其是官僚阶层——能对其时的地权习惯产生如此敏锐的认识。从整体上说,决定官僚阶层对地权习惯态度的,关键在于两个因素:一是主要受儒家意识形态支配的“风俗”观,一是官僚制结构和运行方式导致的官员思维习性。

总体而言,与田土有关的交易习惯和产权安排,大致属于清代官绅所说的风俗领域,而风俗观则蕴含着对社会生活状态多样性的认识和统一性的愿望。如岸本美绪所言,风俗一词的意涵并不限于具体、多样的地方性习惯,其内核毋宁是“人们通过这些行动方式表现出来的精神质量”。^②一方面,官员认识到,“百里不同风,千里不同俗”,^③风俗往往因时、因地、因人而异。州县官在上任之际常常会“体问风俗”,并以此为基础展开地方治理:“凡为治,必因一方民风土俗之所便,而与之委蛇,而后为宜民之政也……不便于俗,民弗能堪。不知其俗,事必多误。将欲治之,适以反之,而民怨沸矣。”^④名幕汪辉祖(1731—1807)甚至建议,地方官在审断案件时,“须于堂下稠人广众中择传老成数人,体问风俗,然后折中剖断”。^⑤另一方面,对多样性的认识并不意味着对其全盘肯定,在了解民情后,官员要做的是依照儒家理想“正风俗”或“移风易俗”。清代官箴表明,许多州县官乃至省级大员都会关注本地土习、好讼、讼师、恶棍、斗殴、游惰、轻生、奢侈、赌博、逼寡再嫁、嫁卖生妻、婚丧铺张等民情,对种种“恶俗”严厉谴责,并尝试矫正。^⑥因此,风俗的正当性处于一种微妙和模糊的状态,士大夫一面

① 龙登高:《地权市场与资源配置》,福州:福建人民出版社,2012年;曹树基、刘诗古:《传统中国地权结构及其演变(修订版)》,上海:上海交通大学出版社,2015年。

② 岸本美绪:《风俗与历史观:明清时代的中国与世界》,梁敏玲、毛亦可等译,桂林:广西师范大学出版社,2022年,第52页。

③ 《汉书》卷七二《王贡两龚鲍传》,北京:中华书局,1964年标点本,第10册,第3063页。

④ 袁守定:《图民录》卷四《谏风俗》,《官箴书集成》第5册,合肥:黄山书社,1997年影印本,第10页a。

⑤ 汪辉祖:《学治臆说》卷上《初任须体问风俗》,《官箴书集成》第5册,第13页b。

⑥ 尹会一撰,张受长辑:《健余先生抚豫条教》卷一《士民约法六条》,第4页a-5页b;卷三《劝崇节俭》,第1页a-2页b;卷三《劝戒赌博》,第4页a-b;卷三《严禁逼寡恶风》,第6页a-7页a;卷三《饬禁闹丧》,第10页a-b。以上见《官箴书集成》第4册,合肥:黄山书社,1997年影印本。盘峤野人辑:《居官寡过录》卷一《革俗(补)》,第12页a;卷一《咨询地方利弊论》,第33页a;卷一《咨询民情土俗三十条论》,第35页b、39页b、43页b。以上见《官箴书集成》第5册。

承认风俗的自发性和多样性,但另一面仍以更高的姿态对其保持警惕。这导致风俗不可能像中世纪欧洲的习惯那样得到详细、完整的整理汇编,成为刚性的法律规范。^①

与此同时,清代国家也是一个官僚国家,所以官员对地权习惯的态度,也必须从其所处的官僚制结构出发来理解。千余年的科举制实践,使得帝制晚期的正式治理机器,发展为一个中央集权、科层分明、在相当程度上依赖正式制度运行的文官体系。正如人类学家斯科特(James C. Scott)所指出的,官僚国家在面面对其难以理解的、变动不居又错综复杂的各种地方性实践时,总是倾向于对后者予以清晰化或简单化(simplification)改造,而这种简化尝试是出于行政管理和财政收入上的便利考量,“从而可以集中地从上到下加以记录和监测”。^②在土地法方面,官僚国家倾向于让一块土地只存在一个明确的所有者,其权利受到司法与警察制度的保障,其义务则是定期向国家纳税。从“国家的视角”来看,这种做法“比过去要破解复杂的公共产权和各种各样土地制度的混合物不知容易多少”。^③同样地,清代官员在遭遇复杂地权习惯及其频繁引发的纠纷和诉讼时,也容易身陷监管不便、词讼受理负担加重和征收赋税低效等困难之中,因而对这些给自己“添乱”的习惯持敌视态度。将治理对象形塑得整齐划一和井然有序,几乎是所有官僚的本能。

因此,相较于欧洲法律史上的习惯,清代地权习惯在官方话语中更多是以负面形象出现。尽管抽象的仁政理念充分许可作为民众“生业”的私有土地,儒学传统内部甚至也出现了适应经济现实的、正面确立私有产权正当性的思想,^④而且前现代国家相对羸弱的基层政权机器也不得不在实际上默认大量的地权实践,但在经历了种种现实治理难题后,官员又会在省例、告示乃至具体判决中表达对特定种类地权实践的敌意,甚至试图以强力改变乃至取缔某些实践。例如,《福建省例》就抱怨了广泛存在的一田两主制度,并尝试禁止该习惯,因其频繁引起田底主和田面主间的地租纠纷和诉讼,并导致官府征收田赋困难(因田底主年租无着):“一经买契,即据为世业,公然抗欠田主租谷,田主即欲起田召佃而不可得……田主历年租欠无着,驮粮累比,陷身家而误考成,弊害不堪,亦难名言。”^⑤又如,因土地出典引发的告找、告赎诉讼,也长期令各地官绅头疼不已。相关抱怨甚至从明代就已开始,如谢肇淛(1567—1624)就对典卖后找价之风提出质疑:“俗卖产业与人,数年之后,辄求足其直,谓之尽价,至再至三,形之词讼。此最恶薄之风,而闽中尤甚。官府不知,动以为卖者贫而买者富,每讼辄为断给。不知争讼之家,贫富不甚相远。若富室有势力者,岂能讼之乎?”^⑥清代官员延续了对找、赎纠纷的厌恶态度,亦尝试对典习俗予以规制。在康熙朝前期任浙江嘉兴知府的卢崇兴就发布告示,禁止“交易久定,年深日远者”借端找价。^⑦在康熙朝晚期任浙江天台知县的戴兆佳也谴责“卖经数十余年捣找数番、入户办粮之绝产,亦投讼棍主维,驾虚渎控,希图朦混”这类情况,并下令出典人只得找价一次,随后立即投税过户。^⑧至乾隆年间,浙江按察使同德直接上奏朝廷,请求制定条例严格区分典与卖两种交易,并禁止年份久远之典交易的当事人再行找、赎或混行争告。这一请求最终被刑部

① 巩涛:《失礼的对话:清代的法律和习惯并未融汇成民法》,邓建鹏译,《北大法律评论》第10卷第1辑,北京:北京大学出版社,2009年,第120页。

② 詹姆斯·C. 斯科特:《国家的视角:那些试图改善人类状况的项目是如何失败的》“导言”,王晓毅译,胡搏校,北京:社会科学文献出版社,2004年,第2页。

③ 詹姆斯·C. 斯科特:《国家的视角:那些试图改善人类状况的项目是如何失败的》,第42页。

④ 赖骏楠:《清代思想史上的私有产权议题:以限田论争为切入点》,《中国经济史研究》2023年第2期。

⑤ 《福建省例·田宅例》,台北:大通书局,1987年标点本,第445页。

⑥ 谢肇淛:《五杂俎》卷四,北京:中华书局,1959年标点本,第116页。

⑦ 卢崇兴:《守禾日记》卷三《一件严禁田房加价以遏刁风以奠民生事》,见杨一凡、徐立志主编:《历代判例判牍》第9册,北京:中国社会科学出版社,2005年标点本,第349—350页;卢崇兴:《守禾日记》卷三《一件府堂事》,见杨一凡、徐立志主编:《历代判例判牍》第9册,第359页。

⑧ 戴舒庵:《天台治略》卷六《一件严禁富户措找捐赎刁民告找告赎事》,台北:成文出版社,1970年影印本,第593—595页。

吸纳,成为《大清律例》中的正式规范。^① 尽管清代国家未必真的能在实践中做到对这些习惯的强势介入,^②但清代官员至少在表达层面将自己的厌恶情绪暴露无遗。

二、西方法律史与法学史上的习惯法

(一) 欧洲法律史上的习惯法时代

要理解西方近代法学对习惯/习惯法的认识,就需要理解习惯/习惯法在欧洲法律史上的真实样态,这构成了近代法律科学对习惯议题思考的出发点和根本背景。在民族国家开始以统一的法典或司法体制来调整全境社会生活之前,中世纪欧洲各地通常以习惯法作为裁判案件的主要法源,除了在局部受到罗马法和教会法的影响。

中世纪习惯法的第一个特色,在于其强烈的地方性乃至破碎性。在封建制的长期影响下,欧洲各国政治权力在纵横两个方向上均高度分割,法律地理图景由此呈现为各块或大或小、相互独立的法域(jurisdictions)共存的格局,进而塑造出高度差异化的地方习惯法拼盘。中世纪法国北部是典型的习惯法地区。正如法律史学者所言,“当某人从一地经过另一地时,他的身份可能会由婚生子变为非婚生子;一个地方的成年人,在另一个地方可能会变为未成年人;已婚的妇女可能会摆脱丈夫对她的控制”。尽管自15世纪起,法国君主曾多次下令汇编本国习惯法,以尽可能统一法律,但习惯法至多在行省层面得到统一,且得到统一的内容远未覆盖全部私法。^③ 直至大革命前夕,所谓“普通习惯法”仍至少有60部以上,而“地方习惯法”更是多达300多部。^④ 伏尔泰曾嘲讽道:“在这个王国里,每当你从一个驿站到另一个驿站,随着换乘马匹变了,法律也就变了。”^⑤在中世纪德意志,各采邑、各村庄均有自己的独有习惯,并能得到法庭的保障。由于这些规范过于繁杂,且各自适用的区域过小,所以《萨克森明镜》(*Sachsenspiegel*)这类记录当时法律的文献,也常常只能对其略而不论。^⑥

中世纪习惯法(尤其是土地习惯法)的第二个特色,是其对财产性个人主义在纵横两个方向上的严格限制。根据中世纪土地法,在最严格的情形下,一块土地上没有任何一个主体拥有自由处分该土地的权利。由于受封建制影响,土地产权在纵向受到层层分割,如领主和封臣就分别享有直接所有权(*dominium directum*)和扩用所有权(*dominium utile*),这两种权利在现实中相互牵制。任何一级封臣对土地的处分(如转让、抵押),要么直接被禁止,要么必须履行复杂手续,尤其是必须得到领主事先同意。最底层农户对其佃种土地的处分也受到严格限制,而且不得不承担土地上附随的封建租税义务,有时还包括人身役务。^⑦ 土地产权在横向也受到种种节制。中世纪村落的土地和农业生产习惯体现出鲜明的“共同体”色彩。在开放田制下,可耕地通常分为长条田,分散在各农民家庭手中。为

① 薛允升:《读例存疑·户律·典买田宅》,胡星桥、邓又天主编,北京:中国人民公安大学出版社,1994年标点本,第203页;《治浙成规》卷七《民间告贱田产将满三十年者应令备价缴库俟契价交足之日扣算曾否已逾年限分别定断》,见杨一凡、刘笃才编:《中国古代地方法律文献》丙编第9册,北京:社会科学文献出版社,2012年影印本,第33页a-38页b。

② 彭凯翔:《从交易到市场:传统中国民间经济脉络试探》,杭州:浙江大学出版社,2015年,第410—411页。

③ 梅特兰等:《欧陆法律史概览:事件、渊源、人物及运动(修订本)》,屈文生等译,上海:上海人民出版社,2015年,第170、205—208页。

④ 茨威格特、克茨:《比较法总论》,潘汉典等译,北京:中国法制出版社,2017年,第149—150页。

⑤ Voltaire, “Dialogue entre un plaideur et un avocat”, *Œuvres complètes de Voltaire*, tome 23, Paris: Garnier frères, 1879, p. 495.

⑥ 弗朗茨·维亚克尔:《近代私法史——以德意志的发展为观察重点》上,陈爱娥、黄建辉译,上海:三联书店,2005年,第90页。

⑦ Steffen Schlinker, Hannes Ludyga und Andreas Bergmann, *Privatrechtsgeschichte*, München: C. H. Beck, 2019, S. 247–250, 264–274.

了合理利用牲畜耕种属于不同农户的相邻条田,避免未来播种和收割时发生冲突,农民需要采取一致的耕作节奏和方法。对于村庄的公地,如草场和林地,也有着复杂的使用规则。休耕制也导致可耕地位置发生周期性的变化,这也使得农户难以对任何一块确定的土地拥有稳固的产权。^① 这种共有的精神甚至一直延续到近代,18世纪英国圈地运动仍频繁遭遇各地民众对精英阶层“侵犯公地”行为的抗议。^②

如果从现代社会科学的眼光来看,中世纪欧洲土地习惯法显然不利于近代社会和市场经济的形成。习惯法在地域维度的高度碎片化状态,严重阻碍了各类资源和信息的流通,不利于形成统一的社会生活和全国大市场。土地习惯法的封建性和共同体性,既直接限制了农户处理资源的自由,又导致种种权利间界限的模糊,从而阻碍了资源流通、技术改良和经济发展。“封建”“落后”“前现代”这些标签,在很大程度上确实符合中世纪习惯法的实态。欧洲社会经济只有在经历轰轰烈烈的反封建、农奴解放和土地解负(Grundentlastung)^③诸运动后,才能释放出原子化的个人和可自由流通的土地,从而真正地迎来近代世界。

(二)德国历史法学:习惯法的表面尊崇与实际冷遇

在近代法学中,首个对习惯法予以严肃对待、并对此花费大量篇幅的学派,是19世纪德意志历史法学。根据学界的一般认识,由于历史法学领袖人物萨维尼(Friedrich Carl von Savigny, 1779-1861)对普世主义自然法理论和法典编纂事业均持反对态度,并主张各民族法律是各自“民族精神”(Volksgeist)的体现,所以该学派的主流应当是高度重视本民族自中世纪以来的习惯法(Gewohnheitsrecht),并以此作为建构德国近代私法体系的基石。但历史法学的实际情形却要比这一简单图画复杂得多。

在萨维尼的理论中,尽管习惯法能够承载民族精神,但它不是这种精神的唯一承载者,也并非最重要的承载者。在《论立法与法学的当代使命》(1814,以下或简称《使命》)这一名著中,萨维尼从历史主义和有机体思维中获取灵感,将每一个民族都想象成拥有独特生长轨迹和生长周期的生命体。作为民族有机体之器官或功能的语言和法律,也像民族的生命周期一样,拥有幼年、成年和老年时期。法律在幼年期表现为习惯法,在成年期表现为法学家法,在衰老期则表现为法典法。^④

由于习惯法是民族幼年期的法律,所以这种法不可避免会带有早期法律的那种不成熟性。在萨维尼的描述中,早期法律不具备抽象性,呈现出高度形式主义和象征主义的特色。为保证法律的确立与明晰,这种法律重视“确定的外在形式”,追求的是仪式性的“庄严和权威”,而且越是重要的法律关系就越是如此。萨维尼还承认,在习惯法传统的长期作用下,19世纪初德意志各地的法律仍然高度碎片化,不仅邦国之间的法律不同,“甚至在同一个邦国,邦国与其城镇之间亦常常各有自己的一套体系。这种差异对于司法的损害和交流的阻碍,已常常为人们所体认”。^⑤

在民族度过幼年期后,法律才得到进一步的发展。在成年期,伴随着法学家的介入,法律开始具备“双重生命”。一方面,法律仍是社会整体的一部分,这种政治联系始终未曾断绝。另一方面,法律

① 哈罗德·J. 伯尔曼:《法律与革命:西方法律传统的形成》,贺卫方等译,北京:中国大百科全书出版社,1993年,第397—398页。

② E. P. 汤普森:《共有的习惯:18世纪英国的平民文化》,沈汉、王加丰译,上海:上海人民出版社,2020年,第126—127、134—138页。

③ 土地解负即将土地从种种封建性、习惯性的负担中解放出来,从而便利市场交易和农业进步的运动,它主要发生在17世纪至19世纪。参见欧根·埃利希:《法社会学原理》,舒国滢译,北京:中国大百科全书出版社,2009年,第54—55、423—424页。

④ 弗雷德里希·卡尔·冯·萨维尼:《论立法与法学的当代使命》,许章润译,北京:中国法制出版社,2001年,第7、1—11、13—20页。

⑤ 弗雷德里希·卡尔·冯·萨维尼:《论立法与法学的当代使命》,第8、31页。

开始被掌握于法学家之手,成为独立的知识体系。法学家以科学的方法对习惯法予以提炼、整理和体系化,由此将法律发展为法学家法,法学家本身也成为民族的代表。与18世纪启蒙哲学对历史将不断走向完善境地的乐观信仰不同,写作《使命》时的萨维尼并不认为各民族成年期后之老年期的法律是一种更好的法律。他认为,在民族的这个衰败期,社会和法律都不再发展,由此才产生了将前一阶段已成熟的法学家法以立法方式固定下来的需求。^①

在其晚年创作的《当代罗马法体系》第一卷(1840)中,萨维尼对当时适用于德意志地区的各种法源有过探讨,并主张习惯法也是法源之一。不过,相比于《使命》一书中的习惯法表述,此时萨维尼的立场更为“退步”。他强调,习惯法是民族信念的标志或认识手段,并非民族信念本身。而且习惯法在解释民族信念方面,还可能具有误导性,因为许多习惯的生成是“偶然”和“任意”的,并非真正民族信念的体现。真正的内行人,无须借助对习惯的观察,仅靠“直观”就能认识民族信念,并发现正确的规范。在实体内容方面,萨维尼也声称,习惯法带有“不可避免的不完善性”,因为其许多成分未经“科学化预先处理和承认”。^②除了一如既往地重视法学家法,此时萨维尼甚至给予立法以更高地位,认为立法者处于民族的中心点,将民族的精神、价值观念和需求集于一体,由此成为民族精神的真正代表。^③

早期历史法学的另一代表人物普赫塔(Georg Friedrich Puchta, 1798-1846),曾著有名为《习惯法》的两卷本专著,但其对习惯法的态度远非真正信任。在该书第一卷(1828)中,普赫塔将德意志法的法源区分为习惯法或习俗(Sitte)、立法和科学(Wissenschaft)三类。与萨维尼一样,普赫塔极为重视科学这一法源。科学在法律方面的“生产力”(Produktivität)在形式和内容两个维度均有所体现。在形式方面,科学能从“内在理由”或“内在必要性”出发,将法条整合成一个完备体系。在内容方面,科学也能自行发展出更可靠的法律规范。^④与萨维尼不同的是,普赫塔倾向于对习惯法与法学家法/科学法做更严格的区分。普赫塔有时会认为这两种法的源头完全不同,法学家法的实体内容并非来自习惯法,而是来自学术共同体的“科学确信”(wissenschaftliche Überzeugung)。^⑤

普赫塔承认,在19世纪德意志法的现实中,习惯法不再重要,而且因其不利于社会公共利益,只能越来越退居幕后。习惯法的影响越来越局限于各种特别法,主要表现为行省和地方习惯法(provincielles und locales Gewohnheitsrecht)。“在我们的时代”,这些特别习惯法,尤其是“某些规定土地关系的习惯法”,由于“与邦国政府针对农业状况实施的某些一般的、符合共同福利的措施激烈冲突”,不得不被各邦删除。除了与农业政策冲突,习惯法也可能与贸易、交通、公共安全、公共卫生方面的政策冲突,因此只能退出历史舞台。^⑥

伴随着1871年德意志统一民族国家(即德意志第二帝国)的建立,编纂民法典的呼声日益高涨,并得到官方响应。在这一法典化时代,历史法学也顺势做出调整,开始进一步提升制定法的法源地位,习惯法的境遇自然愈加卑微。作为历史法学和民法科学的19世纪巅峰,温特沙伊德(Bernhard Windscheid, 1817-1892)以其《学说汇纂法教科书》(Lehrbuch des Pandektenrechts, 以下或简称《教科书》)支配了《德国民法典》(BGB)的编纂体例和具体内容,该书代表着并支配着当时德国法学对习惯法议题的主流认识。在出版于1875年的《教科书》第4版(此后该书中的法源学说一直未曾改动)

① 弗雷德里希·卡尔·冯·萨维尼:《论立法与法学的当代使命》,第9—10、20页。

② 弗雷德里希·卡尔·冯·萨维尼:《当代罗马法体系》第一卷,朱虎译,北京:中国人民大学出版社,2023年,第32—35、148页。

③ 舒国滢:《法学的知识谱系》,北京:商务印书馆,2020年,第878页。

④ Georg Friedrich Puchta, *Gewohnheitsrecht, Erster Theil*, Erlangen: Palm'sche Verlagsbuchhandlung, 1828, S. 146-147.

⑤ Georg Friedrich Puchta, *Gewohnheitsrecht, Erster Theil*, S. 161-162, 164. 普赫塔同时承认,法学家法不能完全脱离民族精神。即使是法学家法,其根本源头仍是民族精神,只不过并不是像习惯法那样直接源自民族精神,而是通过民族的代表——法学家——来产生的。参见 Georg Friedrich Puchta, *Gewohnheitsrecht, Erster Theil*, S. 165.

⑥ Georg Friedrich Puchta, *Gewohnheitsrecht, Erster Theil*, S. 210-211, 222-223.

中,温特沙伊德主张,一切实证法的最终源头都是“各民族的理性”(die Vernunft der Völker)。注意他此时已不再使用“民族精神”或“民族共同信念”这种略带神秘主义的词汇,而这些词本来能与欧洲意义上的前近代习惯法产生更强的亲和力。温特沙伊德承认,习惯法“最初对所有民族在实践中都更为重要”,“有成效的立法属于各民族更靠后的教养阶段(Bildungsstufe)”^①。然而:

一旦立法发展起来,习惯法就会退居幕后;一种涵盖整个民族的法律确信,会由于人际关系规模的扩大和个体间差异的增长,而变得越来越难;习惯法首先会撤退到民族的某些小圈子里,不论是地理圈子还是职业圈子,或者接受法学家法的中间形式……所以,在当代,立法是更为重要的法源;相对于立法的习惯法只能占据从属性位置。^②

温特沙伊德要求,现实中能够适用的习惯法不能是“非理性”的,也不能违背国家的伦理秩序。他将法学家法也视为一种习惯法,亦即以判例和法律意见形式产生共同确信和确定规范的法。而且这种习惯法的价值也高于“直接习惯法”,即使有时法学家法并非根源于“民族总体意识”,但其一旦被长期适用,就可能事后塑造出这一总体意识,从而变成“直接习惯法”。^③

在19世纪晚期《德国民法典》的实际编纂过程中,历任编纂者和审议者也都将习惯法置于边缘位置。在1887年公布的民法典第一草案中,由格布哈特(Albert Gebhard, 1832-1907)起草的总则部分第2条涉及习惯法问题,该条完全从制定法中心主义立场出发,严格限制习惯法的适用范围:“只有当制定法参考习惯法时,习惯法上的法律规范才能生效。”^④根据草案说明,习惯法被认为“脱离实践”,承认习惯法会损害法典编纂的目的。法典的目的之一就是确定性,但习惯法的特点则是不稳定。法典的目的之二是统一德国法,而习惯法充满了太多地方性。而且某些习惯法还会“损害大众利益”,所以应该坚决予以拒斥。只有法学家法和司法习惯这种间接意义上的习惯法才是有价值的,因为“法学是有生命力的,而且始终充满活力地展示法的丰富”。负责修订草案的第二委员会(1890年成立)直接将该第2条删除,新一届委员们认为:对于制定法没有规定的法律关系,应适用那些对类似法律关系予以规范的规定。如果没有这样的规定,则应适用体现法律规范精神的基本原则。^⑤新草案最终被提交国会,在经过与本文话题无关的个别改动后,法典于1896年8月公布,并规定在1900年首日正式施行。至此,习惯法的“生存空间”几乎消失殆尽。

日本法学家穗积陈重(1855—1926,他将是后文的重要角色之一)曾精辟地指出,19世纪的习惯法学说,“乃习惯法衰退时代方才出现之奇特现象”。^⑥这一困境也决定了德国历史法学的矛盾之处及其最终出路。一方面,历史法学最初是以法律普世主义的反对者形象问世,并在19世纪初激烈反对过于匆忙的、机械照搬《法国民法典》的法典编纂主张,这种姿态自然能与习惯法主张产生强烈的话语亲和关系。另一方面,历史法学毕竟身处民族主义和进步主义最为兴盛的时代,告别习惯法的割据性和反经济性,以统一、确定的法典塑造同质化的民族与社会生活,促进全境内的资源流通和经济发展,也是历史法学必须尊重的时代精神。结果,除了历史法学中的日耳曼派曾大声疾呼必须重视本民族习惯法,^⑦历史法学的主流(即所谓罗马派或学说汇纂派)在最初给予习惯法表面上的敬意后,便

① Bernhard Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts, Erster Band, 4. Auflage*, Düsseldorf: Verlagshandlung von Julius Buddeus, 1875, S. 42-43.

② Bernhard Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts, Erster Band, 4. Auflage*, S. 43.

③ Bernhard Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts, Erster Band, 4. Auflage*, S. 45-47.

④ Horst Heinrich Jakobs und Werner Schubert (Hrsg.), *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. 1*, Berlin; New York: Walter de Gruyter, 1985, S. 1192.

⑤ 雅科布斯:《十九世纪德国民法科学与立法》,王娜译,北京:法律出版社,2003年,第128—129、133页。

⑥ 穗积陈重:《法律进化论:习惯与法律》,曾玉婷译,北京:中国法制出版社,2023年,第37页。

⑦ 弗朗茨·维亚克尔:《近代私法史——以德意志的发展为观察重点》下,陈爱娥、黄建辉译,上海:三联书店,2005年,第389—397、433—435页。

将其束之高阁。在民法典生效后,德国民法的真正法源,便是一种法典法和学者法(即制定法的解释学)共存的局面。在民族国家与法学精英的共谋下,习惯法注定不合时宜,只得告别历史舞台。

(三) 英国“历史法学”:习惯的古代性与非经济性

与沉迷于对法律概念和规范进行逻辑推演的德国法学不同,英国学术具有更强的经验色彩,因而也就能更直接地讨论法律与社会经济间的诸种关系。在讨论 19 世纪英国法学之前,我们不妨先观察该时期英国经济学对习惯(custom)的认识,毕竟这一当时的“前沿”学科对习惯可能的讨论方式(即讨论习惯是促进还是阻碍财富增长),与 20 世纪中国知识界的关怀具有最密切的联系。无论是在旧派还是新派的经济学中,习惯都是一个负面角色。作为古典政治经济学的最后一代传人,约翰·密尔(John S. Mill, 1806-1873)在《政治经济学原理》(首版于 1848 年)一书中,很显然是从中世纪以来欧洲的历史经验出发,将习惯理解成竞争的对立面,认定其是一种反市场的力量。习惯确立起僵硬的地租制度(如过高的租额、分成租制,或太短的租期),从而不利于农业生产和农民地位改善。习惯限制价格的浮动,使价格不能反映真实的供求关系,不利于市场运行。习惯在很多行业中限制交易条件,如规定统一的报酬,这当然也不利于自由竞争。^① 在新古典经济学奠基人之一马歇尔(Alfred Marshall, 1842-1924)撰写的著名教材《经济学原理》(首版于 1890 年)中,习惯被认为对人类经济行为构成“干扰”,“因为习惯和习性(habit)在很大程度上是在许多代人的过程中以几乎无意识地平衡各种相互对立之动机的方式渐渐生成的”。习惯对人员的跨职业流动、生产模式的变革和交易自由均构成“摩擦”。传统的租佃习惯也赋予地主过多的利益分成,从而打击农民的生产积极性。^②

不过,以最系统和完整方式阐述习惯议题,并使这种阐述产生全球学术和政治影响,仍然主要是法学家的功劳。这方面居功至伟者,是 19 世纪下半叶英帝国学术明星、英国历史法学派创立人亨利·梅因(Henry S. Maine, 1822-1888)。梅因个人对萨维尼推崇至极,也自称为历史法学家。但在学术层面,梅因只是笼统地继承了萨维尼对历史资源(尤其是罗马法史)的重视。无论在视野、理论还是材料上,梅因作品都呈现出显著不同于德国同行的特色。如果一定要说梅因是德国历史法学的继承者,那么我们更有资格说他是法律人类学或早期法律与社会理论的关键创始人。通过对欧洲各民族(古罗马、日耳曼、凯尔特、斯拉夫)过去法律的观察,并凭借其以英属印度总督府参事室法律委员会成员身份(1862—1869)而获得的各类印度资料,梅因创作出《古代法》(1861)《东西方乡村社会》(1871)《早期制度史讲义》(1874)《早期法律与习俗》(1883)这一系列作品,^③试图建构出对各民族、文化均具有普遍解释力的社会进化理论和相应的法律进化理论,并以之指导英帝国的全球治理实践。^④

梅因一反 18 世纪道德哲学创造的将人类各个社会区分为“未开化”(savage)、“野蛮”(barbarian)、“文明”(civilized)三个阶段或类型的做法,提出了更加去道德化(从而显得更加“科学”)、更加简明(从而更利于理解和传播)的“古代”/“现代”这种二分形态的社会类型学和进化论。这一分类方法,实际上是稍后时期由滕尼斯(Ferdinand Tönnies, 1855-1936)、涂尔干(Émile Durkheim, 1858-1917)等人提出的社会类型理论的雏形。^⑤ 梅因表示,与现代社会截然不同的古代

① 约翰·穆勒:《政治经济学原理及其在社会哲学上的若干应用》上卷,赵荣潜等译,北京:商务印书馆,1991 年,第 270—276 页。

② Alfred Marshall, *Principles of Economics*, Vol. 1, London: Macmillan and Co., 1890, pp. 85, 680-681.

③ 梅因:《古代法》,沈景一译,北京:商务印书馆,2015 年;梅因:《东西方乡村社会》,刘莉译,北京:知识产权出版社,2016 年;梅因:《早期制度史讲义》,冯克利、吴其亮译,北京:商务印书馆,2022 年;梅因:《早期法律与习俗》,冷霞译,上海:上海人民出版社,2021 年。

④ 卡鲁娜·曼特娜:《帝国的辩解——亨利·梅因与自由帝国主义的终结》,何俊毅译,上海:华东师范大学出版社,2018 年。

⑤ 卡鲁娜·曼特娜:《帝国的辩解——亨利·梅因与自由帝国主义的终结》,第 24 页。

社会,由一个个以血缘纽带维系的共同体构成,每个这种血亲共同体都以父权制方式进行运作,父亲、祖父或年龄最大的男性,对共同体全体成员行使专制性的生杀予夺大权。^① 在论述古代社会的财产权方面,梅因也反对17世纪以来自然法学派有关个人以先占或劳动来对无主物取得财产权的认识,转而主张古代共同体实施的是原始共产制,此时并不存在任何个人或小家庭的私有产权。最初的血缘团体甚至不知财产权为何物,尤其是没有土地财产的观念。当一个部落结束游荡,开始定居于土地时,土地便开始慢慢取代血缘成为维系社会的基础,由此产生遍布东西方各地的、种种形态的村落共同体(village-communities)。此时财产权为集体所有,全体成员要么集体耕作,并共享劳动成果,要么遵循各种复杂的土地分配和回收方案。^② 很显然,在这样的社会中,“个人”是没有自由可言的,无论是人身自由还是财产自由。古代社会的所有这一切,都与现代社会中的个人自由和市场经济形成鲜明对比。当然,梅因的社会类型学并非静态,而是带有进化论意涵。至少在“进步”社会(限于某些雅利安民族)中,其社会形态能够从古代发展至现代,亦即经历一场“从身份到契约”的运动。^③

与上述社会进化论相应,梅因也创造了一套对后世学术影响深远的法律起源和法律进化理论,习惯在其中占据重要角色。早期法律均是不成文习惯法,或是习惯法的汇编。只有在“进步”社会中,习惯法才逐渐被现代主权国家的法律(尤其是立法)所取代。习惯的舞台被梅因锚定在古代:“正如我们所知,权威、习惯或机会而不是契约,实际上是初民社会伟大的法律渊源。”^④ 这种习惯维护的是一套父权制的、团体主义的、反个人财产和反市场的秩序模式。

尽管梅因的研究初衷是理解乃至尊重古代社会与习惯,以便利英帝国在印度的间接治理(在他看来,印度仍处在他所说的“古代”),但他仍在字里行间流露出19世纪晚期欧洲学者带有的本能性优越感,并从现代标准出发,对习惯做出了不少负面性评价。首先,习惯(以及汇编了习惯的早期法典)未能做到与宗教和道德的分离,“它们中间都混杂着宗教的、民事的以及仅仅是道德的各种命令……至于把法律从道德中分离出来,把宗教从法律中分离出来,则非常明显是属于智力发展的较后阶段的事”。^⑤ 其次,习惯容易僵化,从而不利于社会发展。一个“野蛮”社会的习惯,“往往对其文化进步绝对有害或有某种特殊的危险”:

习惯是为群众所遵守的,但他们当然未必能理解它们所以存在的真正原因,因此,也就不可避免地要创造出迷信的理由以说明它们的永恒存在。于是就开始着这样一种过程,简单地讲,就是从合理的惯例产生出不合理的惯例。类比,这是法律学成熟时期中最有价值的工具,但在法律学的初生时代却是最危险的陷阱。禁令和命令在开始时由于正当理由原来只限于某一种性质的行为,后来就被适用于属于同一类别的一切行为,因为一个人做了一桩要受到上帝谴责的行为,他在做任何稍有些类似的行为时,就必然地要感到一种自然的恐惧。当一种食物由于卫生的理由被禁止,禁令就要适用于一切类似的食物,虽然类比在有的时候完全是建筑在想象的基础上的。同样地,为了保证一般清洁而做出的明智的规定,终于竟变成了教仪上净身的冗繁的手续。又如等级的划分是在社会史上特定紧急关头为保持民族生存所必需的,但逐渐退化而成为所有人类一切制度中最不幸的和最有损害的制度——“种姓制度”(Caste)。^⑥

最后,习惯维系的财产权制度遵循的是团体本位,这种反个人主义的安排自然也不利于经济和技术的

① 梅因:《古代法》,第75—112页。

② 梅因:《东西方乡村社会》,第43—84页;梅因:《早期制度史讲义》,第49、53—55、58—59、123—124页。

③ 梅因:《古代法》,第112页。

④ 梅因:《东西方乡村社会》,第73页。

⑤ 梅因:《古代法》,第11页。

⑥ 梅因:《古代法》,第13页。原译文将Caste译作“族籍制度”,现据当代学术对该词的一般译法稍作改动。

进步。梅因在其著作中详细描绘了日耳曼、凯尔特、斯拉夫和印度的种种在现代经济学看来必然会拖累效率和资源流通的地权习惯。日耳曼公社的草地和森林是共有的,每个家庭在耕地中都拥有自己的份地,但这个家庭必须播种和其他家庭一样的谷物,并且服从统一的休耕规定,而其他家庭则有权在休耕期使用这块已变成草地的休耕地。^① 爱尔兰人的氏族长期实施着神奇的“男性继承人均分制”:当一个拥有土地的人去世时,其所在氏族的首领不会把死者地产直接分给其子女,而是将土地在氏族所有男性成员间进行分配。据说英国法官已将其视作“特别野蛮和有害的死后继承制度”。^② 俄罗斯村社的耕地会“定期重新分配”,巴尔干地区斯拉夫人村落中的长辈甚至有权分配全村土地上的农作物。^③ 在一个印度的“不分居联合家庭”中,任何成员都不得主张对这个大家庭的共有财产拥有特定份额。共同财产所获得的收益,必须放入共同的钱柜或钱袋,并根据共同享有的模式使用,其实际经营则由一名“选举产生的管理者”来进行。^④ 梅因认为,上述种种财产习惯都是在维系“糟糕的农业生产方式”。^⑤ 他深感庆幸地感慨道,土地只能由小家庭私有,“不然文明便不会取得任何实质性进步”,英国人当年能取得“垦殖北美土地这样的成就”,必须感谢“英国这种特殊的绝对所有权形式”。^⑥

梅因有关习惯的观点也在当时英国的法学、社会学/人类学、政治学等学科中得到迅速传播,乃至被奉为通说。如果说斯宾塞(Herbert Spencer, 1820-1903)的进化论曾启发了梅因的法律与社会理论,那么梅因关于古代法律与习惯的详细描述又反过来对斯宾塞后期作品造成影响。在《社会学原理》第二卷中(首版于1883年),斯宾塞充分引用梅因的一系列观点,并辅之以自己积攒的更丰富素材,描绘了一幅几乎涉及全世界各民族的法律起源和古代法/习惯的图景:法律起源于习惯,而习惯被认为是祖先颁布的禁令;在政治组织形成之前,如果有些事项习惯未曾规定,那么就由活着的众人确认祖先禁令规则;在政治组织形成后,确认规则内容的任务由杰出的已故人物(如已故首领)提供;在战争压力促使社会进一步进化后,规则转由活着的国王颁布,因为他被认为能与鬼魂沟通;如果活着的统治者本人被认为具有神性,那么他颁布的禁令也具有同样的效力;所有这些习惯与法律都具有极强的宗教色彩,从而极为僵硬;由于习惯阻碍了社会进步,人们不得不采取“法律拟制”(legal fiction)的方法来规避某些规则(这也是梅因的著名创见);无论如何,以习惯法为代表的古代法的关注重心都在于身份和威权,并忽视个人利益。^⑦ 跨越法学和政治学两个领域的甄克思(Edward Jenks, 1861-1939)在《政治简史》(A History of Politics, 首版于1900年)一书中以大量篇幅描绘了法律的起源与进化,其基调依旧是梅因式的:原始部落的法律主要就是维持父权制的习惯;这些习惯并非起源于理性规划,而是出于种种偶然;但打破这些充满偶然性的习惯并创设新规则,却被等同于犯罪;中世纪土地习惯是繁琐和僵硬的,既限制了农户对土地的使用方式,又阻碍了土地的流转,从而影响了农业进步;其他的习惯法也妨碍了自由竞争;近代国家支持下的圈地运动,充分提升了农业效率,“它(指圈地)保护了勤劳的农民,而懒惰者只会让自己的田里长草;它使有进取心的人乐意尝试实验……它因而使得农民能够节约人力(这在当时还是稀缺资源)”;圈地后形成的新式村庄成为了近代个人主义者的应许之地,因为这里是“所有人都能以自己的方式做自己愿意的任何事情的地方”。^⑧

① 梅因:《东西方乡村社会》,第53—54页。

② 梅因:《早期制度史讲义》,第65—66、122页。

③ 梅因:《早期制度史讲义》,第55页;梅因:《古代法》,第174页。

④ 梅因:《早期制度史讲义》,第53—54页。

⑤ 梅因:《东西方乡村社会》,第108页。

⑥ 梅因:《早期制度史讲义》,第82—83页。

⑦ Herbert Spencer, *The Principles of Sociology*, Vol. II, 3rd ed., New York: D. Appleton and Company, 1898, pp. 513-537.

⑧ Edward Jenks, *A History of Politics*, London: J. M. Dent and Company, 1900, pp. 40-42, 53-54, 72, 103-104, 109-111.

习惯研究的“英国学派”,由于将法与习惯置于社会整体中来展开考察(而不是抽象地讨论习惯如何体现民族精神),所以对习惯的起源、功能和演进提供了更具“现代”和“科学”魅力的解释。这种“社科法学”的研究风格,也更容易在非西方思想界获得传播。毕竟,中国、日本这些国家的近代知识分子与其说对西方法学内部的技术性问题有什么迷信,不如说更为关心某个制度是促进还是阻碍了社会进步和经济发展这种紧迫的现实问题。值得一提的是,早在1904年,甄克思的《政治简史》就被严复译出全文,并以《社会通论》这一书名出版发行。^①

然而,这套知识一旦被发展为尝试解释全球各种法律文化的普适性理论,并被传播到非西方的学术和思想界,其蕴含的欧洲中心主义倾向就可能会产生相应副作用。实际上,无论是欧陆历史法学还是英国法学,他们对习惯法的理论建构,都是主要建立在欧洲历史经验之上的,中世纪习惯法实践构成了他们思考的根本起点。尽管“英国学派”看似采纳了更多来自非西方的素材,但早期社会科学的认识论偏见(如将西方与非西方截然对立)及其浮光掠影式的调查方法,也导致非西方文化难以获得公允的、内在性的理解,而更多只是作为西方学者先在观念的映证物而存在。^②结果,在这套精心建构、并获得西方霸权支撑的知识体系的影响下,一个可能的结果会是:世界各地的习惯或非国家法,都被视为类似于欧洲中世纪习惯法那样的“封建”“前现代”“反个人主义”“反市场”的规范集合,并沦为各国寻求富强道路上必须扬弃的事物。

三、中国私法近代化中的习惯话语

(一) 日本因素的有力刺激

在中国近代的西法东渐和西学东渐过程中,日本均扮演了关键角色。明治日本以官方主导的法典编纂推动法制变革,获取“文明”国家身份,从而成功废除领事裁判权的经历,对中国知识分子构成重要激励。在政治、地理、经济、文化、语言诸因素共同作用下,国人在清末时就开启了赴日留学浪潮,而法政就成为他们重点攻读的专业之一。在新政时期,中央和各省法政学堂也大量聘请日本教习。^③20世纪初的日本法学,正处在大规模继受作为历史法学产物之德国法教义学的阶段,德国主流法学对习惯法的态度也就被日本学界所接触和接受。^④近代中国法学知识体系的建设,最初正是以直接学习日本、从而间接学习欧陆(尤其是德国)的方式来展开的。德国法学中的习惯法理论,也是以这种方式被输入中国,并对后者的法律近代化过程产生重大影响。

与此同时,相比于上述中介性作用,日本学术还对中国知识界有关习惯议题的认识和态度,提供了若干更为直接也更具独创性的刺激。首先,日本学者从本国经历出发,以激进的语言向中国学生主张,为了迅速废除领事裁判权,可以不顾本国社会的实际状况,以模仿自列强的“超前”立法满足外交需求,并以之强行支配社会。如梅谦次郎(1860—1910)在针对中国人的课堂和杂志上多次指出,“欲使外国人服从己国法律之下,则不得不先改良己国之法律,使外国人无借口”。且改革日程紧迫,“则于调查旧俗之事,其势不能详细”,“即所已调查之旧俗,亦恐见忤于外国人而不敢采用者有之”。^⑤来华担任京师法律学堂教习、并主导《大清民律草案》(1911)之起草的松冈义正(1870—1939)在课堂上表示,日本为收回领事裁判权,不得不牺牲本国习惯,“宁不便于己,而不肯别生异议,以阻挠新

① 甄克思:《社会通论》,严复译,上海:商务印书馆,1904年。

② 赖骏楠:《中西之间:马克斯·韦伯的比较法律社会史》,上海:复旦大学出版社,2023年,第28—68页。

③ 实藤惠秀:《中国人留学日本史》,谭汝谦、林启彦译,北京:三联书店,1983年,第18—125页。

④ 何勤华:《20世纪日本法学》,北京:商务印书馆,2003年,第385页。

⑤ 梅谦次郎:《日本之法典事业》,见史洪志编:《日本法学博士与近代中国资料辑要(1898—1912)》,上海:上海人民出版社,2014年,第155页。

法”。虽然人民初始甚觉新法不便于生活,但“行之数年,百姓安之,竟能达改正条约收回领事裁判权之目的。盖始觉其不便者,今且以为大便矣”。^① 19世纪任何一位德国法学家,恐怕都难以发出如此急功近利的反历史主义言论。

其次,出于后发国家学者的本能,日本法学家以相比其欧陆老师更直接的方式讨论法律与经济的关系,甚至将经济效益视作法律必须追求的最重要目的,这也将对中国同行有关习惯的思考造成影响。哪怕是在1904年成立的法政大学清国留学生法政“速成科”中,课程设置中都包含了经济学、财政学等课程。^② 在速成科中讲授法学通论和民法的梅谦次郎,就明确声称:“法律既为维持社会而设,即不能不力图国富之增加。欲图国富之增加,则凡足以障害增加国富之事,皆宜迂回宜求避。故当解释现存法律之际,必求与经济之理默契无违,而后为至当之解释。法律之主义,与经济之主义,常相契而不相悖故也。”^③ 经济学家山崎觉次郎(1868—1945)为同一批留学生讲述了从共有到私有的土地产权进化史,主张若私人所有权不确立,“则无论何人,踌躇而不敢”,这就会严重耽误对土地的投资和生产力的提升。所以国家应当保护所有权,“务使人民有资本土地者,得自由处理之,使用愈巧,收效愈多,其享受也弥固”。^④ 松冈义正也在北京的课堂上提及保护所有权的经济理由:“谓保护所有权,乃本于国家经济的必要。若不加以保护,则个人无劳动心,无储蓄心。由是国家富力日削,必保护所有权,而后国家经济始得发达。”^⑤ “法律应促进一国财富增长”“绝对所有权能激励个人的经济活动”这类“早期法经济学”表述虽显粗糙,却在当时触动了渴望国富民强之中国法律人的内心。

最后,在有关习惯或习惯法的基础理论方面,日本学界也一度综合欧陆和英国学术,创造出东亚版本的法律进化理论,并对同时期中国学术造成深刻影响。穗积陈重是这一过程中的最关键人物。至少在基础法学(尤其是在法律史学)领域,穗积陈重对清末民国的法学研究造成了几乎是最深远的影响。《法律进化论》作为一部穗积未能全部完成的遗著,其日语原版的第一、二册出版于1924年,第三册出版于1927年,相应中译本也在1929年至1934年间全部问世。穗积去世后,原本属于《法律进化论》内容的大量遗稿,也以《法律进化论丛》的名义得到后人的陆续整理和出版。穗积综合了德、英历史法学的种种看法,并补充了源自中国、日本的文献资料,由此提出一套比梅因、甄克思作品还要宏大的法律进化叙事。穗积指出,法律的“形”(形态)“质”(规范来源)“力”(推动法律产生和发展的力量)均经历明确的、阶段式的线性进化历程。习惯主要存在于原始社会和古代社会,尤其是在原始社会,“虽暴君亦为习惯之奴隶”。这是因为,在“文化低级之国家”,“从无所谓作法之观念,以法乃可发见者而非可制作者,故当时亦无所谓立法者”。^⑥ 习惯在内容方面既繁多又僵硬,从而严重限制人之自由。“未开化的民族”的一切生活细节均受制于种种习惯,“起居、饮食、步行、睡眠悉数依惯例而行,世间再无人比这些人更不自由”。^⑦ 由于习惯“最富永续性与不变性”,所以大量不合时宜的习惯得以维持,即使最初产生此种习惯的理由早已不复存在(此时穗积也引用了梅因《古代法》中的相关段落)。只有在“进步”社会中,人们才会以主动立法的方式,打破习惯的囚牢,这尤其涉及个人财

① 松冈义正:《民法总则》上,熊元楷、熊元襄编,李婧点校,上海:上海人民出版社,2013年,第31—32页。

② 《法政速成科规则》,见日本法政大学大学史资料委员会编:《清国留学生法政速成科纪事》,裴敬伟译,桂林:广西师范大学出版社,2015年,第4页。

③ 梅谦次郎:《法学通论及民法》,黎渊译,见李贵连、孙家红编:《法政速成科讲义录》一,桂林:广西师范大学出版社,2015年,第32页;梅谦次郎:《法学通论及民法》,黎渊译,见李贵连、孙家红编:《法政速成科讲义录》二,桂林:广西师范大学出版社,2015年,第33页。

④ 山崎觉次郎:《经济学》,王璟芳译,见李贵连、孙家红编:《法政速成科讲义录》二,桂林:广西师范大学出版社,2015年,第77—78页。

⑤ 松冈义正:《民法物权》,熊元楷编,李明倩点校,上海:上海人民出版社,2013年,第109页。

⑥ 穗积陈重:《法律进化论(法源论)》,黄尊三等译,北京:中国政法大学出版社,2003年,第307、10页。

⑦ 穗积陈重:《法律进化论:习惯与法律》,第3—4页。

产自由的确立;明治维新以后确立的地券制度,赋予个人以完整的土地所有权,从此土地才能够自由买卖;公债、股票、储蓄等方面制度的改革,也赋予户主外家庭成员的独立财产权,由此人人“皆得独立营业”。^①

(二) 中国近代法学对(地权)习惯的讨论

中国是近代法学知识传播中相对被动的接收方,其对习惯的认识也无疑受到“先进国”观点的深刻影响。如前所述,无论是在欧陆、英美还是日本的近代法学界,习惯都没有受到重视。地权习惯更是成为挞伐的对象,因为它被认为阻碍了个人的经济自由和民族国家的财富增长。当中国近代法学精英开始向域外汲取新式知识时,他们几乎不可能获得有关地权习惯的正面评价。当这批人开始以新式语言讨论包含地权习惯在内的本土习惯议题时,其观点在很大程度上就沦为域外学术的回音。

受日本经历的激励,中国近代法学明确接受了日方有关“为撤废领事裁判权,可全盘照搬外国法,可以牺牲习惯”的说辞。众所周知,与近代日本的情形类似,包括民法典编纂在内的中国近代法制改革之直接动因,来自外部因素,尤其是撤废列强在华领事裁判权这一目的。^②这种改革不是出于内在社会经济的实际需求,也未必是出于立法者本人在学理上的坚定信念,而只是为了暂时迎合列强。结果,改革的实际进程便呈现出强烈的机会主义色彩。在日本法律界人士的鼓动下,中国同行往往有充分动机和自认的正当性去盲目模仿国外“最先进”立法例,而全然不顾法律与民情、习惯间的兼容问题,甚至认为立法最终能够迫使习惯变迁和退让。陶保霖于1911年在《法政杂志》上撰文表示:“吾国编订法典之原动力,本含有外交上意味,则不可不与各国立法例相比较……故今日世界愈进步之境,吾决不能不切望其企及,否则于国家存立上,及与各国交际上,必生窒碍。”^③杨端六在讨论收回领事裁判权问题时,也表示:“吾人欲与世界各国言归于好,必不可不先整其法纪,不可不牺牲我国旧有之习惯,以迎合世界公共之心理。”^④在北洋政府修订前清民律草案之际,刘抱愿甚至认为可以保留由日方专家确定的、来自德国法的土地债务制度,其理由正是社会心理可通过新立法予以强行改造:“然余视此心理,恒因外界各种压迫及诱导,常生亟剧变动。且其变动之迟速,多以外界所加之力为准,不能以若干岁月若干阶级之死例律之。”^⑤

与域外学术类似,中国近代法学开始从进化论的高度重新审视本土习惯,并逐渐将习惯视作本质上落后的、阻碍社会进步、因而必须革除之事物。早在1908年,留法学生鞠普即发表《论习惯之碍进化》一文,对既包含个人习性、又包含社会规范的广义“习惯”展开批判。习惯的持续性、僵硬性,及其对变革的阻碍,均受到激烈抨击:“迨风俗既成,恒历千百年而不能变,而世之黠者,遂利用其术,变本加厉,以欺愚弱而便私图。顾愚弱者习之既久,安之若素,虽有志者欲为之扫除改革,而群疑众难,反以丛生。即至举世共知其非……犹复瞻顾徘徊,不思变革,甚矣乎!”作者还认为,中国的风俗习惯尤其阻碍进化:“然世界风俗,吾不能知,亦不能言,而吾国之习惯陋俗,尤更仆难数。”^⑥该文预示了未来数十年中国学界处理习惯的基调。陶保霖在讨论编纂法典时应如何对待习惯这一问题时强调,必须严格区分良习惯与恶习惯:“一国之习惯,有良有恶。编订法典者,必以保存良习惯,而矫正旧习惯为主义。”而区分良恶习惯之标准,则在于是否有碍进步、是否合于“世界公理”,及是否合于“今日政体”。关于进步标准,陶保霖解释道:“凡社会已经过去之级,所有之习惯务必矫正之。社会现在之

① 穗积陈重:《法律进化论(法源论)》,第310—311页。

② 黄宗智:《清代以来民事法律的表达与实践:历史、理论与现实》卷二,第168页;张生:《中国近代民法法典化研究:1901—1949》,第149—153页。

③ 陶保霖:《论编订法典之主义》,《法政杂志》第1年第2期,1911年4月,第26页。

④ 杨端六:《法律世界中之中国》,《东方杂志》第17卷第20号,1920年10月,第14页。

⑤ 刘抱愿:《民律草案土地债务之存废问题》,《法政学报》第2卷第2期,1920年1月,第1页。

⑥ 鞠普:《论习惯之碍进化》,《新世纪》第50号,1908年6月,第3—4页。

级,虽不免尚有此习惯,然苟足以阻碍社会之进步者,亦不能不视为恶习惯,而矫正之……庶不失编订法典为社会谋进化之本意。”^①王世杰也表示:“盖吾国现时是一个无数旧势力应消灭而未消灭,无数新势力求生而不得生的时期。既存的习惯,尽管与社会现实的需要存在相反,既存的习惯却什九存而未灭,为社会上许多新制度与新事业发展的大障碍”,因此国家机关“不当更给这些习惯以优越的法律效力”。^②

相应地,中国近代法学界也发展出一套极为严苛的、强国家主义导向的习惯法成立要件和适用理论。清末民国的法源学说,不仅是对德国理论的照搬,而且是以更强的国家干预立场,对外来理论予以重大改造,以便进一步缩小习惯法的适用空间。这其中有一个关键改造,便发生在习惯法的成立要件上。一个标准的德国历史法学家会认为,习惯法的成立条件有两个:一是存在客观层面上的习惯(Gewohnheit)或惯行(Übung),二是存在主观层面上的法律确信(opinio necessitatis,即因相信其有法之效力而遵守之)。^③但无论是中国司法界还是理论界,都不满足于这种简单的二要件说,而是尝试在此基础上添加更多要件,以实现对待习惯法的更严格审查。在民初大理院著名的1913年“上字第3号”判例中,习惯法的成立要件在上述两方面之外,又被添加以“(三)系法令所未规定之事项;(四)无背于公共之秩序及利益”这两个方面。^④在其他裁判中,大理院也常以第四要件中的公共秩序和利益为由,对各类习惯予以否决。^⑤曾任大理院推事、庭长、北京大学和朝阳大学教授等职的陈瑾昆(1887—1959),在讨论习惯法四个构成要件时,直接将“须不背公序良俗”提升为习惯法的第二要件,而且将“须经国家承认”确立为第四要件。^⑥甚至在法源适用顺序问题上,也有学者不满足于《大清民律草案》和大理院采用的“法律—习惯(法)—条理(法理)”顺序,并主张条理可优先于习惯。王世杰就认为,在编纂民法典时,“不仿照旧草案明认习惯效力优于法理,亦不明认习惯为法源,依着愚见,殊为得体”。在法典颁行以前,即使遇有法无明文规定的情形,法院也可以灵活行事,“亦不必承认习惯的效力优于‘条理’”。^⑦

在域外作品的启发下,中国学界也描述了一种线性的、进化论意味的财产权历史。个人绝对所有权往往是最“先进”的发展阶段。换言之,被判定为反个人主义、反绝对所有权的习惯,自然属于更落后的阶段。徐式圭(1892—1963)在《所有权之史的研究》(1922)一文中强调了所有权的排他性、永续性,及自由的用益和处分等特质,并指出所有权制度的诞生背景:“中古以降,土地与人口之比例,渐形紧张”,原有的粗放式轮作制,逐渐被集约化耕作所取代;农户对土地的耕种成本显著提升,“有今年所下之资力,经数年方告收成者,使无确实之所有制度,以为之基,谁肯以可贵劳资,轻掷虚牝?于是乎熟地之所有权以立”。因此,所有权的“善处”就在于,“一则权利确实,使资本劳力得为无碍的发挥。二则利用利己心,使私人企业得为猛进的展布”。^⑧朱楔(1907—1968)建构出一幅更为宏大的画面,将土地财产权制度演变史划分为六个阶段:渔猎时代无所有权、农业时代初期土地公有、农业时代二期土地定期分配、因征服而产生封建土地制度、个人自由土地所有权和土地所有权的动产所有权化。因此,尽管土地所有权“是所有权之最卓越的(Par excellence)”,但它“不过比较近代的事实”,而且其发生“已不是一朝一夕,不经困难就能成立的”。至于为何土地所有权会演化成个人绝对

① 陶保霖:《论编订法典之主义》,《法政杂志》第1年第2期,1911年4月,第24—26页。

② 王世杰:《大理院与习惯法》,《法律评论》第168期,1926年9月,第2页。

③ Jan Schröder, *Recht als Wissenschaft: Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit (1500–1933)*, 2. Auflage, München: C. H. Beck, 2012, S. 196–198, 297.

④ 郭卫编:《大理院判例全书》,吴宏耀、郭恒、李娜点校,北京:中国政法大学出版社,2013年,第210页。

⑤ 黄源盛:《民初大理院与裁判》,台北:元照出版有限公司,2011年,第214—216、222—223页。

⑥ 陈瑾昆:《民法通义总则》,北京:朝阳学院,1931年,第10—13页。

⑦ 王世杰:《大理院与习惯法》,《法律评论》第168期,1926年9月,第2页。

⑧ 徐式圭:《所有权之史的研究》,《学艺杂志》第4卷第3号,1922年9月。

私有的形态,作者解释道:“可是加上劳力的人,至少他自己能去收获,否则他一定不肯去做。所以,为奖励劳力起见,不得不给耕种者一种权利……此种权利,先是暂时的,及农业进步,长期的劳力继续成为必要时,也渐渐变为长期,最后逐步变为永久的。”^①

进一步地,中国近代法学界从所有权中心主义的立场出发,发展出一种与日本同行类似的“法经济学”话术,并以之评判现实中地权习惯的经济作用。王凤瀛在解释为何民法要采取物权限定主义(即以立法手段严格限制合法物权类型,其余习惯上的地权均不予保护)时,就强调该主义能“增进国家之经济”:“物权苟无限制,则一物之上,可以设定无数物权,物之负担既重,而改良利用之道,动多迟滞,影响于一国富力,决非浅鲜,此其恶果,见于土地所有权者,最为显著。”“以农立国”的中国,更须严格贯彻物权限定主义,“苟许随意设定种种物权,则人民只图目前近利,不顾负担加重,片壤尺土,一物数权,所有人视同陌路,不求改良之道,权利人亦五日京兆,未免畛域之见,土地效用,逐渐锐减,国富增殖,势必大受影响”。^② 朱学曾在讲解物权法定主义时,也诉诸经济理由:“诸物之中,以土地为国家最大富源,而土地之性质又最适于物权之设定,使不严为限制,则土地之负担往往流于过重,而改良利用辄有不便之虞,一国之富力常难望其进步”;“若一物之上设有数多物权,投劳费者一人,享利益者多数,孰肯从而改之乎?维其然也,国家立法,纵一物之上不能使只存一个权利,而亦不可过事放任,此法定主义之所以出也”。^③ 在讨论具体的地权习惯时,经济理由也经常被提起,如典权就被认定为“束缚不动产所有权之效用过甚,如其存续期间漫无限制,则对于经济上之发展甚为有碍”。^④ 中国近代主流法学之所认为本土地权的多样和分化是一种有碍经济发展的现象,主要是因为他们简单套用西方的财产史观,将中国的地权分化现象视为前近代的、封建式的对所有权的人为束缚,而非所有权功能的真正实现。结果,在这些人眼中,只有完整所有权以及在此基础上形成的欧陆近代物权体系,才可能促进土地改良和经济流通,而本土地权习惯只是对所有权和土地有效利用的束缚,是有待革新的对象。

综上所述,在知识体系高度西化的中国近代法学精英的讨论中,习惯不出意外受到冷落,成为必须淘汰的旧制度。在立法与习惯的关系、习惯与进化的关系、习惯法成立标准和适用方式、地权习惯在财产史上的位置,以及地权习惯与经济发展间关系诸方面,中国近代法学的主流观点都像是欧日学者的附和,而远非实地调查的结论。尽管在北洋时期曾一度出现过对机械移植域外制度的反思,也有学者主张将典权、田面权等本土地权纳入尚在编纂的民法典中,但这些插曲毕竟难以撼动近代法学史的主流。^⑤

(三) 基层司法人员对地权习惯的反馈:以民事习惯调查报告为例

与法律界上层精英主要依赖新式学理展开讨论不同,近代司法实践者——尤其是广大的中下层实践者——的习惯话语则展现出更为复杂多样的面貌。一方面,精英论述中的语词和句式或多或少能渗透到同样有过一定法学训练的基层审判者层面。另一方面,由于基层工作者面临更多的实践问题,且这些问题未必能被过度专业化的学术话语所覆盖,所以某些延续已久的本土话语,也在相当程度上出现在基层人员对地权习惯的描述中。总体而言,无论是新式还是旧式话语,对现实中地权习惯

① 朱偕:《土地所有权在历史上之演进与平均地权之方法》,《天津益世报学术周刊》第4期,1928年11月;朱偕:《土地所有权在历史上之演进与平均地权之方法》,《天津益世报学术周刊》第6期,1928年12月。

② 王凤瀛:《物权之种类内容各国立法例有采限定主义者有采放任主义者行之我国以何为宜》,《法学会杂志》第8期,1922年9月,第63—65页。

③ 朱学曾:《民律物权编》,见吴一鳴点校:《朝阳法科讲义》第四卷,上海:上海人民出版社,2014年,第348页。

④ 胡长清:《民法物权》,上海:商务印书馆,1934年,第91页。

⑤ 赖骏楠:《融民情于国法:民初法政人对本土地权习惯的继承与改造》,《近代史研究》2022年第2期,第113—114页。本土地权要全面融入新式法典,还必须考虑其概念和规则如何与法典规范体系兼容的问题,这是一个具体、棘手、但必须解决的问题。以当时的法学研究水平,此问题可能难以解决。

均远非持友好态度。

此处以首版于1930年的《民商事习惯调查报告录》为例,来呈现民初省级以下法律工作者是如何看待现身于大量诉讼中的地权习惯的。为了给民商事法典编纂提供足够的本土资源,并满足民商事纠纷解决的实际需要,清末民初时曾多次举行过民商事习惯调查。^① 这些调查中最为知名、也最具后世影响的成果,便是由北洋政府司法部汇集各省报告初步编成、由南京国民政府司法行政部最终整理出版的《民商事习惯调查报告录》(下文或简称《报告录》)。^② 《报告录》中各地具体习惯的记录,由高等和地方审判厅推事、县知事、承审员等承担司法案件审理任务的人员完成。《报告录》所记载习惯的具体内容早已受到社会经济史和法律史学者的关注,不过令我感兴趣的,是记录人员在描述完习惯后对它们的主观评价,以及支持评价的种种理由。

整体而言,凡是在报告中出现对地权习惯之评价的地方,这些评价基本上都是负面的。报告者显然认为这些习惯不值得在审判时予以适用(而这明显违背了习惯调查的初衷)。^③ 这些否定性意见所依赖的最直接理由,是某些习惯违反了“现行法”。有部分报告中所举出的“现行法”,确实是货真价实的当时生效的制定法和判例。例如,浙江长兴县存在一种“绝契活卖”习惯,即抵押权人要求抵押人预先出具土地绝卖契,若抵押人届期不能偿还债务,则绝卖契直接生效。报告者指出,该习惯违反了《现行律》民事有效部分中的规定。^④ 浙江第一高等审判厅的推事发现,缙云县的土地活卖卖主可以不拘年限取赎,审判厅认为这种做法违反了《清理不动产典当办法》。也有报告人员依据大理院判例,来否决亲邻先买、田面权不可单方撤销等习惯的合法性。^⑤ 然而,现实中未曾生效、且具有高浓度德、日“血统”的《大清民律草案》,却也被报告人频频引用,以否决习惯的效力(尽管有时该草案是以“法理”或“条理”的名义被引入)。湖北各县使用邻地疏水道或开设道路的种种安排、树竹生长侵入邻地后的安排、抵押权在债务人破产时无优先权的习惯、江西龙南县的田面权习惯,都因不合该草案相关规定而遭否决。^⑥ 最为夸张的是,天津的报告人员直接以《日本民法典》(1898)上“永小作权”之规定,来评价本质上是本土田面习惯的所谓“死佃”,并将之斥为“恶习惯”。^⑦

从近代法学的所有权中心主义立场出发,报告者认为某些习惯“妨害所有权”或导致“所有权极难确定”。山东寿光县坟茔附近禁止挖井建房的习俗被认为是对所有权“严重之制限”。江苏各县地契不书典、买主姓名的做法(可能是为了避税和方便进一步流转),被认为“殊难保护所有权者之安全”。面对江苏溧阳县典地时直接出具绝卖契的做法(但附有允许取赎的折据),报告人员认为出典人的所有权“甚属危险”。安徽各地的田面权实践,被认为“于土地所有权妨害甚巨”。浙江天台县和宁海县的田面权,也被认为“于业主权利大有妨碍也”或“未免于业主所有权上之成分加以例外之限制”,显然浙江的推事(他们的报告体现出了最高的近代法学素养)认为只有田底主才配得上“业主”称号。湖北的检察官和推事也认为田面权“系一种恶习,以其妨害所有权之行使太甚故也”。山西襄

① 睦鸿明:《清末民初民商事习惯调查之研究》,第18—31页。

② 本文引用的是当代点校本,该版本系将原《报告录》中包含地权习惯在内的民事部分摘出单独点校而成。参见前南京国民政府司法行政部编:《民事习惯调查报告录》上、下册,胡旭晟等点校,北京:中国政法大学出版社,1998年。

③ 这方面一个明显例外是吉林省的报告。参见前南京国民政府司法行政部编:《民事习惯调查报告录》上册,第38—44页。

④ 前南京国民政府司法行政部编:《民事习惯调查报告录》上册,第280—281页。关于《现行律》民事有效部分,参见段晓彦:《刑民之间:“现行律民事有效部分”研究》,北京:中国法制出版社,2019年。

⑤ 前南京国民政府司法行政部编:《民事习惯调查报告录》上册,第156—157、284页;前南京国民政府司法行政部编:《民事习惯调查报告录》下册,第622—623页。

⑥ 前南京国民政府司法行政部编:《民事习惯调查报告录》上册,第332—333、341—345页;前南京国民政府司法行政部编:《民事习惯调查报告录》下册,第591—592页。

⑦ 前南京国民政府司法行政部编:《民事习惯调查报告录》上册,第14页。

陵县的亲邻先买权,被认定为“究于所有权之行使限制过严”。湖南的审判人员也指出,“卖产先尽亲房”的习惯“有限制所有权之处分作用”。^①至于所有权难以确定的指责,一般是针对典交易中出典人拥有永久回赎权的安排。^②

更加“先进”的经济分析话语,也会被基层人员利用来批评习惯。报告者认为,在浙江龙田及旧台州府各县的包佃习惯中,“包佃者纯以转手牟利为心,自佃者又乏恒久经营之力,不能积极陪护土地,增进生产,故于业主仍未能大有利益也”。湖北的报告者指出,亲族先买的习惯“有妨经济之交通”。湖北襄阳的报告人也认为,家族、当户、地邻的先买权,“对于所有权人加以重重限制,大之有妨社会经济之流通,小之亦易受家族、当主、地邻之把持,似难以采用”。^③显然,这里的分析思路与法学教授的观点是一致的:所有权越绝对,经济发展就越容易。

某些地权习惯因被认为影响“交易安全”(这是一个新式词汇),或者说对一方当事人显著不利或不公(这种说法则属于新旧之间),也受到报告者的批评。最受诟病的是前已提及的那种预先出具绝卖契的土地抵押做法(但往往附有允许在一定期限内赎回的书据),该习惯在各地的称呼有所不同,如“前契后票”“死头活尾”“绝契活卖”“红兼黑的契押钱”“擎粮契约”。浙江省的推事尤其关注此种习惯,并担心“如果贷主觊觎此项活契之产,但须将借条匿不交出,则该产究竟为活为绝,几无从可以辨别。是该习惯之存在,适足长为富不仁者强取豪夺之风,而贫苦小民之产权实有重大危险”。湖北、热河等地的报告者也对此表达过批评意见。尤其是在承德、平泉等县,因此等习惯存在,“故一遇荒年,则贫者之地均为富者所吸收,实一违例巧取重利之习惯也”。典卖产业后的多次找价做法,也受到报告者的批评。福建古田县的承审员声称:“甚有一田尽卖数次者,陋习相沿,颇为社会所苦。”南平县承审员也抱怨:“买主得一业,往往受累不堪,地方不良之习惯未有逾于此者。”^④“明典暗卖”的习惯,即以典契来掩盖绝卖真相的做法,受到热河报告者的批评:“因名实不符之故,常生种种轆轳,不得谓非妨碍安全之习惯也。”家族内田房交易永远可以赎回的习惯(即“族内无断业”),被山西的报告者质疑为“未免妨及交易安全信用,于保护买主利益殊有未周”。^⑤

对地权习惯的最后两个否决理由,想必会令清代官员备感亲切。几乎所有省份的所有推事和官员都在抱怨,种种地权习惯给他们制造了过量的词讼受理负担,并破坏地方风气。一田两主制一如既往地遭遇了最猛烈火力。江苏、浙江、安徽、江西、福建、湖北乃至察哈尔等地的报告者纷纷对此抱怨。^⑥其中江西司法人员的描述最为生动,也最像他们清朝前辈的说法:

田主只知向佃户征收原议额租,并不知其田之所在。而佃人因耕作既久,往往以田皮私售于人,其名曰顶、曰退,最为弊藪。或于退约内少载骨租,得以倍加退价;或隐瞒田丘,冒作己田出售,致使皮田已转乙耕,而骨租仍由甲纳,迨至抗欠数年,田亡而租亦无着。此赣南各县皮骨分管之通病也……佃户敢于私退,业主希图撤佃,于是主佃间遂从此多事矣。^⑦

福建报告者的语言也与清代《福建省例》中的说法如出一辙:“佃户俨然发生根主权之效力,田主虽欲退佃,势难自由,故连江民事诉讼,霸占措租案件十居八九。”湖北的审判者发现湖泊中竟然也有“湖

① 前南京国民政府司法行政部编:《民事习惯调查报告录》上册,第144、178、216、225、283—284页;前南京国民政府司法行政部编:《民事习惯调查报告录》下册,第622—623、477、675、680页。

② 前南京国民政府司法行政部编:《民事习惯调查报告录》上册,第151、417页。

③ 前南京国民政府司法行政部编:《民事习惯调查报告录》上册,第292—293、329—330页。

④ 前南京国民政府司法行政部编:《民事习惯调查报告录》上册,第281、415、295—296页。

⑤ 前南京国民政府司法行政部编:《民事习惯调查报告录》上册,第413、175—176页。

⑥ 前南京国民政府司法行政部编:《民事习惯调查报告录》上册,第186、225、242—243、315、335、420—422页;前南京国民政府司法行政部编:《民事习惯调查报告录》下册,第621页。

⑦ 前南京国民政府司法行政部编:《民事习惯调查报告录》上册,第243页。

地、湖水所有权之分合”,“其所以有纠葛者,系因水涨潮满,有湖地权者,欲藉其湖地权以侵越湖水权(如捕鱼虾、刈水草之类),而有湖水权者,亦欲借其湖水权以侵越湖地权(如采莲挖藕之类),彼此冲突,乃至发生争执”。^①与土地出典有关的种种习俗,也受到广泛抱怨。最受批评的是出典人的永久回赎权,如绥远归化县的报告者就指出,在此情形下,“往往因当事人死亡,承继人已视同永业,不予回赎,两造因而涉讼者有之”。山西汾阳、五台两县的知事和承审员指出,本地土地出典时,为防止一产多典,往往要求出典人将土地红契转交给典权人,但其弊病就是“典户隐匿典契,捏立卖契,致成争讼,原业主反一无凭证”。与之相反,陕西米脂县知事则批评本县典地不交红契的习惯,理由是如此易导致重复典当,“结果上,因争种田地涉讼者甚多”。湖北第一高等审判厅的推事们报告,该省几乎全境都存在土地出典必须出具卖契的习惯(为保障典权人在出典人破产时债权能获得优先保障),但这导致“有此认为卖,彼认为归(即典),致生争执者”。察哈尔张北县承审员也反映了类似习惯,并表示“一般愚民典、卖不能分清,以致兴讼”。陕西蓝田县知事和承审员指出,本地人在土地出典时,为方便缴纳田赋,直接将粮额过拨给典权人,“其因当户借口过粮拒绝回赎,及业主赎地不肯拨粮,涉讼者往往有之”。出典后多次加找的习惯,则被安徽各地的报告者批评,“甚至一找再找,纠缠不休,每至年关拉驴牵牛,或耸令老朽卧食受业之家……穷极无聊者无论矣,中等社会亦有借找价二字任意需索,往往酿成讼事,实为不良习惯”。^②此外,亲邻先买、死契活抵、押租等习惯,也均被报告者指责为“易发生讼端,实为恶习”,或“易滋讼端,殊难认为善良”。^③

与清代一样,某些习惯因不利于政府征税,也受到报告者的批评。土地交易后不去缴纳契税,长期持有白契的做法,遭到山西长安县的调查者批评。江西上犹、安远等县不动产契据中契价一栏“往往空出数格,并不载明数目”,“推原其故,人民为减轻或隐匿税银起见,遂不恤立此不完全之契约,如至无可避免、必须投税之时,始将其契价空格任意减价补填”。县知事表示,“此种习惯非特违反纳税之义务,且致莫大之纠纷”。江苏溧阳县出卖土地经常分为两张契,投税时只提交其中一张,调查人员表示,“查其所以如此办理者,实为偷税而设,绝非善良,应行取缔”。浙江永康县的类似习惯也被报告者评价为“其流弊殆不可胜言也”。湖北黄安县卖契“例不填载实价”,而是“每于约外另立‘满收字’为凭,载明真价……然为瞒税起见,殊属恶习”。卖业留粮的做法,也因为“(卖主)一旦境况愈下,遂至逃粮不完,官中屡迫无着,遂致粮柱虚悬,买者因未换粮户,永得免粮”,而被山西、江西、福建等地的报告者斥为“恶习惯”。^④

至少从《报告录》的情况来看,民初广大基层司法人员对本土土地权习惯的态度完全谈不上友好,而支持这种否定性看法的理由,则呈现出“新旧混合”的特色。新式司法人员开始使用从法政学校和法律系中习得的术语和句式(尽管他们对更复杂和体系化的学理未必能做到透彻掌握),来对种种习惯予以批评。考虑到这些报告是要提交至省和中央级别的、对近代法学更为精通的上级官僚手中,基层人员显然拥有使用新式语言的强烈动机。同时,清代官员对地权习惯的常用指责,如易生纠纷、妨碍征税,也被近代基层的司法和行政人员所继承。只要国家建设的目标仍未完成,只要相对羸弱的基层国家机器仍在疲于应对高度复杂的民间社会经济安排,清代官方话语中那种对田土细故问题的本能性厌恶,就会延续下去。

① 前南京国民政府司法行政部编:《民事习惯调查报告录》上册,第315、335页。

② 前南京国民政府司法行政部编:《民事习惯调查报告录》上册,第157、165—166、328—329、373、417、420页;前南京国民政府司法行政部编:《民事习惯调查报告录》下册,第548页。

③ 前南京国民政府司法行政部编:《民事习惯调查报告录》上册,第218、221、292、344、407—408、412页;前南京国民政府司法行政部编:《民事习惯调查报告录》下册,第442、478、486、488—489、495—496、686—687页。

④ 前南京国民政府司法行政部编:《民事习惯调查报告录》上册,第157、216、257、299、323、363页;前南京国民政府司法行政部编:《民事习惯调查报告录》下册,第570、614、672页。

结 语

本土地权习惯在中国私法近代化运动中的大结局,可以通过在 1929 年至 1931 年间陆续通过和生效的《中华民国民法》来略作观察。该法典采取物权法定主义,即凡是法律没有规定的物权/地权类型,将无法获得法律承认,无法享受物权性质的保护。法典物权编规定的物权种类,基本上都来自欧陆法系的立法例。大部分本土地权都没有被纳入法典,只有典权以一种经过改造的、且脱离其原本功能的形态,被保留于物权编。^① 就像法典编纂的领导者胡汉民(他早年就读于日本法政大学法政速成科)所言,“因为我们知道我国的习惯坏的多,好的少。如果扩大了习惯的适用,国民法制精神更将提不起来,而一切政治社会的进步,更将纾缓了,如果那样一来,试问我们如何去推行我们的主义与政策呢?”^②

本文表明,本土地权习惯在中国法制近代化中的这种命运,并不仅仅是政治、外交、意识形态等方面的原因导致的,百余年全球近代法学知识的生成和传播史,也为这种对习惯的排斥提供了强有力的、精致的专业话语支撑。在步入近代之前,清代官员出于儒家性质的风俗观和官僚制本能等原因,就已对地权习惯产生较为厌恶的态度。19 世纪欧洲法学界对习惯议题的主流观点,是将习惯视为产生于过去的、已不符合近代需求的制度安排,这种认识在很大程度上源于欧洲史上高度地方化的、反个人主义的习惯法经历。德国历史法学尽管在表面上与习惯法有着亲和关系,但在民族国家和近代化等时代主题的要求下,仍然走向制定法中心主义道路。以梅因为代表的英国学界的习惯研究者,从法律/习惯与社会经济间关系的更开阔视角出发,建构出一套法律/习惯与社会的进化理论。习惯被认为属于古代,未能与宗教分离,容易僵化,并且阻碍了土地资源的自由流通,从而不利于农业生产和经济进步。西方法学有关习惯的知识在 19 世纪末 20 世纪初传播至东亚,并影响了那里的近代法律人。近代日本一方面作为西方法学的传播者,对近代中国法律界产生影响,另一方面又在立法与习惯、法律与经济、法律进化论等议题上,提供了更具独创性、也更加激进的观点,并对近代中国法律人构成直接刺激。中国近代法学对上述欧、日法学话语几乎全盘接受,习惯由此处于更为不利的地位。对基层司法人员所做习惯调查报告的初步考察表明,基层舞台迅速受到了上层法学话语的渗透,大量新式语言被用于描述和批评现实中的地权习惯。清代官方话语中常见的对地权习惯易生纠纷、妨碍收税的说法,也保留在基层的反馈中。新旧知识/话语的汇合,导致无论是上层法律精英,还是基层法律实践者,都对本土地权习惯表达出敌视态度,而这必然会影响到这些习惯在法典编纂中的境遇。

近代西方法学对习惯的认识,建基于欧洲法律史的自身经验,具有强烈的欧洲中心主义色彩。如果这套理论满足于留在欧洲内部,那么它顶多只能遮蔽欧洲法学家自己的双眼。一旦它迈出欧洲的疆域,尝试对全世界各法律传统中的“习惯”做出统一的、普遍性的解释,那么它的认识偏见就可能对非西方各国的学术、法制、社会和经济造成难以估量且影响深远的副作用与后遗症。或许,当代人文社会科学都有必要回到历史,以跨越中西的视角和勇气,去认真审视各自学科近代以来知识体系的生成、发展与传播,充分澄清其认识局限和命题漏洞。只有在完成这一检讨后,曾经牢不可破的种种伪普适性理论迷思才有望被彻底打破,一种平等对待世界各文化之历史经验、对各文化也均具有妥当解释力的真正“普遍”理论,才有望最终形成。

(责任编辑:张止一)

① 赖骏楠:《清代的典习俗、法律应对与裁判实践:以浙闽两省为考察中心》,《中外法学》2021 年第 3 期,第 580 页。

② 胡汉民:《新民法的新精神——十八年四月十五日立法院总理纪念周演讲词》(1929 年 4 月 15 日),见陈红民、方勇编:《中国近代思想家文库:胡汉民卷》,北京:中国人民大学出版社,2014 年,第 246 页。

original form, contains the richest treasures in this regard, waiting to be explored. In-depth analysis of the mood levels of declarative sentences helps to explore the free nature of language and clarify the differences between Chinese and Western languages and philosophies.

Confucianism in Rural Community and the New Theory of the Fourth Period of Confucianism

Zhao Fasheng

Confucianism in rural community experiment initiated in Nishan in the spring of 2013 has achieved innovations in multiple dimensions: the revitalization of Confucian educational venues, the modernization of its pedagogical content, the diversification of educational agents, the adaptation of teaching methodologies, and the establishment of a public welfare and mutual aid model. This experiment reconstructed Confucianism's grassroots educational system and its social existence, reconnecting the Confucian principles with daily life. The successful outcomes demonstrate that Confucianism has transcended the "museum artifact" or disembodied spirit state described by historians, offering empirical evidence for its contemporary relevance, which marks a spiritual rejuvenation of Confucianism at the societal level since modern times. The emergence of rural community Confucianism reflects an inherent historical necessity in the evolution of Confucianism, constituting a critical phase in its Fourth Period of Confucianism. By integrating philosophical thought and social influence as dual criteria for periodization, Confucianism's historical trajectory could be divided into four stages rather than the traditional three. The Fourth Period of Confucianism represents its modern transformation, encompassing not only paradigm shifts in philosophical thought but also the reconfiguration of its social existence and educational frameworks. However, while modern Confucian scholarship has produced abundant theoretical innovations and systematic philosophies, the reconstruction of its educational infrastructure has been repeatedly delayed due to historical constraints, leaving grassroots moral education unanchored. The rural community Confucianism experiment advances the third wave of the Fourth Period of Confucianism, providing practical insights for Confucianism's modern adaptation and contributing intellectual resources for the metaphysical reconstruction of contemporary Confucianism.

The Custom of Land Rights Between China and the West——From the Perspective of Comparative History of Modern Jurisprudence

Lai Junnan

It is necessary to explain the fate of the custom of land rights in the process of modernization of the Chinese law from the perspective of comparative history of jurisprudence. Officials in the Qing Dynasty developed an aversion to land right custom for reasons such as the Confucian view of custom and bureaucratic instincts. The dominant view on the subject of custom in the 19th-century European jurisprudence viewed custom as a norm that arose in the past and did not meet the needs of the modern era, an understanding that stemmed to a large extent from Europe's own experience of customary law. Both mainstream continental and English jurisprudence viewed custom or customary law as something backward or ancient that impeded socio-economic development. These custom theories spread to East Asia in the late 19th and early 20th centuries and influenced legal theory and practice in the region. On the topic of custom, modern Japan, on the one hand as an intermediary of Western learning, and on the other hand with certain original views, has either indirectly or directly stimulated the modern Chinese legal profession. Modern Chinese jurisprudence accepted the above-mentioned European and Japanese legal discourses almost in their entirety. The judicial and administrative arenas at the grassroots level were also infiltrated by new juridical discourse, and a great deal of new-fangled language was used to depict and criticize the realities of land custom. Some negative evaluations of land right custom which were common in the official discourse of

the Qing Dynasty were also retained in the feedback from the grassroots. The confluence of old and new knowledge/discourse resulted in a hostile attitude toward native land right custom among lawyers at all levels, which inevitably affected the fate of this custom in modern codification.

Transformation Across Time and Borders: The Formation of the “Director” Concept in Modern Chinese Companies

Nie Xin, Zhu Xiaoya

The term *Dongshi* (director) is not a foreign import but a classical Chinese expression. Since the Late Qing period, with the gradual introduction of company institutions, the meaning of *Dongshi* expanded. The development followed three major stages: official-supervised companies, gentry-led companies, and the enactment of the Company Law. Across these three stages, the term continued to refer to traditional local organizers, while also taking on new meanings within modern corporate governance. In corporate theory, early governance structures in different countries reflected their respective social and political systems. In China, the role of company directors was shaped by the traditional local administrative governance structure. Director selection, authority, and deliberative procedures bore strong local characteristics. Unlike the representative models in Western jurisdictions, where directors were elected by shareholders, collaborate, and exercise supervisory power, Chinese directors were often appointed or informally chosen. Their authority relied more on individual discretion, with limited institutional independence and collective decision-making. This continuity with traditional governance models remained influential. Due to functional similarities, the term *Dongshi* was adopted to explain the modern director role. Yet key differences in institutional logic and purpose were often overlooked. As a result, the transplantation of corporate governance models met with considerable challenges. The historical formation of the *Dongshi* concept shows that effective legal transplantation requires attention to local political and cultural contexts in order to transform foreign norms into workable legal resources.

On the Relationship Between the Sanxingdui Culture and the Early Central Plain Civilisation

Li Jingheng

The Sanxingdui culture maintains a bloodline exchange with the Early Central Plain Civilization. In the world, only the ancient Chinese civilization expresses the highest political, religious and ceremonial authority through the “bronze-jade combination”. The Sanxingdui culture, like the early Chinese civilization, used the “bronze-jade combination” as the highest expression of the ritual system. The bronze sacred trees and sunbirds of Sanxingdui indicate that the Chinese cosmology of *Ten Suns of Fusang* (扶桑—十日) in the early literature had spread to ancient Shu and was accepted by the Sanxingdui people. The culture of Sanxingdui contains elements from both the *Rituals of Xia* (夏礼) and the *Rituals of Yin* (殷礼) of the Central Areas, and a large number of unique local bronze ritual objects show that the *Rituals of Shu* (蜀礼) has become its own lineage, which is a fusion of the “Three Rituals” of *Xia*, *Yin* and *Shu*. There are many records of *Shu* in the non-royal inscriptions of the *Yin* ruins, but there is no evidence that the site is Sanxingdui in the Chengdu Plain. The earliest record of *Shu* in Bashu in the Central Plains is the Zhou Yuan oracle bone, which shows the connection between the pre-Zhou culture and Sanxingdui.

Analysis of Jade Fish and Jade Birds in the Late Shang and the Western Zhou Dynasties

Li Jingzhen, Wang Qing

Jade fish and jade bird were two categories of animal-shaped jade with the largest number in the Late Shang and Western Zhou dynasties. Most of them were relief carvings, while a few were round carvings. According to the characteristics of shape, they could be further classified into several categories. Based on