

制度的内涵变迁在实现土地多重价值中的作用〔*〕

——“三权分置”制度进路的思想资源

○ 夏 扬

(北京师范大学 法学院,北京 100875)

〔摘 要〕土地的“三权分置”是照顾到土地多重价值的制度设计,但如何界定各项权利的权能范围并赋予恰当的法律地位尚需更为细致的制度设计。土地有着多重价值,既需要承担履行公共职能的义务,同时作为财产还需带来经济利益。土地的多重价值使得制度设计陷入复杂境地。制度需要相对的稳定性的以获得遵守,制度的设计也应避免繁复和人为臆测。利用制度的内涵变迁而非制度本身的革新作为制度完善的进路,中国传统社会的土地关系的实践为我们提供一个方法论的借鉴。随着土地流转的加快以及经济利益的冲击,个人权利逐渐得到重视,土地治理方法却能很好地适应。传统社会的制度发展并非跳跃式的,升科、田单、勘丈等逐渐演化成适应确认个人产权的方式,外形相同的制度却有着完全不同的治理内涵。横跨公共责任与个人权利之间的制度设计为不同价值目标提供了完善的制度供给,制度以缓进的方式完成了转变,治理方式也得到了完善。通过制度内涵的变迁,在保留了制度外形的情况下对土地的另一层价值加以调整,从而以较小的立法成本完成治理任务。

〔关键词〕公共责任;个人权利;土地治理;制度变迁;制度内涵;权利分置

DOI:10.3969/j.issn.1002-1698.2018.05.003

土地利用关系的治理相较于其它财产有着较大差别,这是由土地同时具有的公共职能属性和个人经济利益属性所决定的。现今推行的“三权分置”便是试图在土地的不同价值之间取得平衡,通过土地的所有权、承包权和经营权加以分

作者简介:夏扬,法学博士,北京师范大学法学院教授、硕士生导师,基础理论法教研中心主任,主要从事土地法、土地法史、法学基础理论的研究。

〔*〕本文系教育部人文社会科学研究规划基金项目“双重所有权在中国传统法中的运作以及对解决当代农村土地问题的价值”(16YJA820018)的成果。

离,以不同的权能满足土地的不同价值。“三权分置”的设想以及制度的顶层设计是优秀的,但三种权能如何分置、各以何种形式展现、配合以何种制度,则需要制度的进一步设计和完善。^[1]为此,需要考虑制度的具体进路,是在土地管理法中楔入新的制度并强制推行,还是充分利用已有的制度,使这些制度发挥新的作用?这是一个两难的选择。^[2]土地权利语义的多样性以及内涵的变化性使得这种分置可能会成功,但其理论基础仍需要不断夯实。^[3]中国土地及相关管理制度的历史实践和变迁为我们展示了制度缓进的一个画面,土地法律对价值的侧重发生了变化,制度本身并未大幅度地改变,但冲突的价值在外形相同的制度中得到实现。^[4]制度的规范性通过不变的制度外形得到强调,而要求遵守的内容则通过变化了的制度内涵得到实现。

对土地不同价值的倚重是随着时代发展而变化的,制度却是需要保持相对稳定的。近代以来,随着经济形态的改变,土地的个人经济利益属性不断得到重视并被无限放大,国家的土地治理方式也不得不向这种属性倾斜。虽然价值层面的变化是巨大的,但制度的变革却是平稳的。传统社会中诸多用于承担公共责任的制度仍然在现实社会中被加以运用。不同的是,这些制度以新的法律内涵呈现在人们的面前,成为连结两种不同治理方式的桥梁,也完成了制度对土地不同价值的制度需求。农地的“三权分置”是治理方式的主动改革,但改革的诸多方面需要土地的公共价值、身份关系与经济利益之间的协调,历史实践中的制度变化为今天的制度设计提供了一种思想上的进路,以此照亮制度前进的方向。^[5]

一、社会治理价值与个人权利保护通过土地征税制度取得的平衡

土地关系是不同社会中法律重点调整的对象,但法律调整的侧重却有所不同。中国传统社会的法律重视土地的公共职能,虽对个人土地产权的保护做出规定,^[6]但不能以西方法律中的权利意识观念来解读和理解这些法律条文。国家承担了立法与司法成本,对个人土地权利的保护仍是维护土地的公共价值。^[7]对个人土地产权的规定,不仅仅在于通过产权规定保护个人所获的经济收益,更重要的在于通过产权的确认明确承担国家税收义务的主体。赋税征收的目的虽在很大程度上是为了维护以君主为最高领袖的国家机器的运转,但君主作为公共权力的代表,维护最高领袖的政治统治也是这个社会的一种公共责任,因此通过规定产权保护以明确税赋的征收便是履行土地公共职能的一种表现。以土地承担税赋是土地公共职能的表现,也迎合了公共权力对于土地财产的要求和治理。^[8]所以,在对土地产权做出规定之后,古代法典中的相关章节马上转变话题,要求在土地产权交易时必须过割钱粮以防止对国家赋税的脱漏。对于不过割钱粮的,要以没收土地作为惩罚,^[9]甚至处以重刑。^[10]由此证明国家产权保护的真正意图。在与个人权利比较时,法律显然对土地公共价值更为在意。这是中国传统社会对待法律治理的普遍态度。^[11]也因此铸就了制度偏重公共价值的外形

与内涵。

对于这种价值的偏好使得国家法律专心于发掘土地的公共价值,国家的制度供给有着明显的方向性。^[12]国家着眼土地的公共属性,用赋税征收的方法实现土地的这一属性。赋税的征收必须落实到生产单元,而对土地产权的规定则是对这种单元的明确。将赋税落实在作为基本生产资料的土地以及生产单元上,这是完成赋税征收的最好方法。^[13]由此演化出各种以土地作为征收对象的税收制度,这些制度本身便具有公法性质,是服务于公共利益的,但又和土地产权有着千丝万缕的联系。^[14]传统社会中的升科便是这样一种制度。本是国家为土地产权征收税赋而设计,但正是与土地产权的密切联系,随着经济价值的张扬与法律适用环境的变化,逐渐演变成对于土地产权加以确认和保护的制度,制度的内涵发生着变化。

升科的基本含义是由无粮的土地转为有粮土地,所谓“有粮”便是以实物形式向国家缴纳的赋税。通过调节缴纳赋税的起始年限和纳粮的数额,升科可以调节财富分配和救济穷困之人,很大程度上承担着国家的社会治理任务。^[15]土地是承税对象,但需要确定纳税人,而纳税人就是土地的所有者。所以,从偏重土地公共价值的角度出发,只有承担了国家赋税的土地所有人才能享有该块土地的产权,只有承担了国家赋税的产权人才是国家承认的土地名副其实的所有者。升科与土地产权并无直接关系,因为土地产权并非总是与升科有关。中国古代社会存在大量国家所有的土地,如牧地、庄田、监地等,收入直接由国家享有,因此并不需要向国家缴税,因此也就无所谓“升科”。若是已为个人所拥有的土地,产权早已明确,如祖传的土地、买卖交易等获得的土地,赋税的承担也已确定而并不存在升科。但升科并非与土地产权完全无关,通过升科承认了百姓的土地产权,从而获得产权承认的个人必须为国家承担赋税。所以,在传统法律体系中,作为国家赋税确认制度的升科是与产权确认距离最近的一种制度设计。^[16]同时,由于传统法律体系中并不存在产权确认制度,当经济条件对制度体系提出确认产权的要求时,与产权确认距离最近的升科制度便发生着内涵的迁移。

升科制度的本质是确定赋税的承担人,百姓对于升科的消极态度可以反映升科制度的本质。有些土地如岸边新涨出的水滩,由于涨滩时起时落、变化多端,其土地四至、大小时常难以确定,或者刚缴价升科之后土地大小又发生变化。百姓并不愿意向官府申报升科,因为可以不用承担国家赋税。由于国家并不存在独立的土地产权确认制度,这些未经升科土地的产权便长期处于不明确的状态,因此可能不断引发纠纷。^[17]经济的发展以及个人权利意识的增长需要相应制度的配合,国家对私人利益的轻视以及理论研究的缺乏无法从立法给予回应,而直接面对纠纷并需解决纠纷的司法部门却不得不给出答案。^[18]由于制度本身孕育着成长因素,这种因素借助社会经济条件的现实要求促使制度发生了变化。制度需要国家立法给予改变,当立法缺位时,发生变化的只能是制度的内涵。

经济条件是促进制度内涵发生变化的动力,疆域辽阔的国家各地的生产条

件有差异,国家制度不可能精确地分地区加以制定,国家立法的外形是不变的,只能通过制度的内涵变化修改国家法律的施用。在土地出产丰饶且较早产生个人土地意识的地区,经济效益更加得到重视,相对于北方政权对于身份的重视,土地的经济价值更加得到强调。江南水乡因此经常有关于涨滩的纠纷便是这个原因。国家的升科制度的内涵便发生着变化,而内涵的这种变化首先是从较易变化的方面开始,对于升科制度来说,便是制度的适用范围。^[19]国家原本只是将土地分为官有和私有,官府占有并使用土地无须经过升科纳粮的手续。但若不是为官府而只是为百姓的公共事业所服务,是否应当升科纳粮?随着时代的发展,在官府所有土地与个人土地之间又出现了新的性质的土地,这些土地是否适用升科?这既考验施政者的智慧,实际上也是对升科制度的范围提出了变化的要求。升科的适用范围发生着悄悄的变化,同时也预示着制度内涵可能的变化。

升科适用范围的松动为制度内涵的进一步变化提供了可能性,升科既然并非与征税行为完全对应,产权确认内涵便更多地加入升科制度之中,普通百姓有着产权确认的需求时,升科便成为制度的首选。司法实践中的许多案件都涉及升科,升科成为纠纷解决不可缺少的制度环节。^[20]虽然升科在官方的话语中仍是一种赋税征收制度,但大众心目中的升科却成为确认土地产权的方法。最为重要的是,升科这种内涵变化为实际审理案件的司法官所承认并运用,从而演变成为一种官方的程序。正是有了官方的背书,升科的内涵变迁不断漫延。在诸多案例中双方争相要求向国家升科,与此前厌恶升科以及逃避升科形成鲜明对比。^[21]

随着土地经济价值的增加以及这种增加对社会关系的影响,升科的内涵发生着持续的变化,进一步显现出与个人产权的亲缘关系,而这种变化反过来逐渐影响到国家的土地行政。国家也开始正式承认升科的产权确认功能,官府将升科用作土地买卖的一种方法,升科成为土地买卖与土地确权的必经程序。^[22]升科在制度外貌上没有任何变化,但在实际运用中却有着截然不同的含义,向官府缴纳的升科费用名为税收,但在实际生活中却被普遍理解成为土地的购买费用。升科以外貌不变而内涵变化的方式架起了公共责任履行与个人产权确认之间的桥梁。^[23]

传统社会中的国家权力是十分强大的,制度的设计和运行依赖于政府。立法有着庞大成本,政府难以事必躬亲,因此,制度外形的变化常常是非常缓慢的。当经济条件的变化需要新的制度加以规范时,可能会在民间生长出新的制度,但民间自发制度的效力是存在问题的,特别是涉及诸如土地产权的重大事项之时。^[24]因此采用内涵变迁的方式,将国家制度改造成适用于新的经济条件要求下的制度,这可能是一条更为有效和低成本的道路。新的制度内涵仍然有着旧有的制度外衣,可以很好地利用国家权力和原有的执法资源,减少立法的投入与成本,国家权力的背书通过不变的制度外形使得变化了的内涵得到贯彻,新的内涵得以较为迅速地发挥作用。^[25]

二、用作税收管理的土地契证以权力内涵背书个人的土地权利

古代中国社会中国家向个人颁发田单等土地文件,以此要求田单的持有者承担国家的赋税。国家颁发田单的目的并非单纯为了证明个人的土地产权,田单的意义更多在于明确赋税义务。^[26]以缴纳赋税作为条件换取对土地的使用和控制的权力,即使是对土地的使用、控制,国家认为其意义也在于为缴纳赋税提供可能与方便。^[27]所以从根本上说,田单是对土地公共价值的保障,而非个人权利的赋予。^[28]在传统农耕社会中,土地的耕种与收获才是土地主人更为重视的权利内容,权利的客体是土地上的出产物而非土地。处于静止而非流通状态的土地权利本身无须外部的证明,所有权的概念也仅仅围绕着土地的出产而产生。随着商品经济的发展,土地开始进入交易市场,土地关系变动不居,需要有独立的文件证明土地的归属。田单明确赋税的作用逐渐发生着变化,田单逐渐演变成权利证明文书。当土地纠纷发生时,政府也常常以田单作为纠纷解决的依据。正是因为田单承载着国家赋税,有着国家权力作为背书,因此有着较高的证明力。

传统社会中国家对个人权利的态度决定着对权利的证明是难以出自政府的,这种态度决定着田单的地位和性质。传统社会的诉讼性质加重了这一认识和做法,政府以社会稳定作为最终目的,明辨是非只是在息讼止争时的次要追求。当对公共利益的考虑大于个人利益时,个人权利保障便是较为次要的价值。土地赋税并不因个人权利申张而得到增收,社会治安也不因产权明确而得到稳定。司法官解决诉讼的动力仍来自赋税的落实和社会的稳定,可以用作权利证明的田单等文件便失去了用武之地,邻里以及熟人之间的稳定关系相较于维护个人的土地权益有着更为重要的作用。^[29]即使有着内容明确的田单,也可能完全不按田单来加以审理和判决。^[30]息讼的审判方式是对过程的重视以及对结果的漠视,这是在缺乏证据条件下逐渐形成的诉讼模式,而这种诉讼模式反过来影响到证据的使用。因此,田单就更加只是用于证明税赋,而和个人权利无关。因此,从司法实践角度来看,即使是官府,对于田单与个人权利之间的关系也并不十分确信,作为公共义务承担者的田单及相关制度在证明和实现个人权利上是存在困难的。

田单在现实生活中并不能发挥保护个人权利的作用,手持田单的个人对田单就不可能给予更多的关注和重视,社会也就不可能对田单投入太多的管理成本。管理方法单一、管理水平低下,田单与现实土地状况的对应就越差,能够发挥对事实证明的作用就越弱。^[31]如此往复,田单的可信度就越低。久而久之,田单便无法证明土地权利的存在,无法作为土地纠纷的证据加以使用。田单是土地权利的唯一凭证,但却无法在诉讼中与现实权利相对应,这是田单的赋税证明内涵所决定的。

公产的法律地位也可以证明田单的性质。^[32]传统社会的土地治理强调公共

利益和公共职能,个人的土地权利是依靠社会关系网络来得到保护的,因此土地契证所要求的更多是土地义务的承担和明确。传统社会中存在大量集体所有或公有土地,这些土地并不承担国家赋税,因此官府并不发给土地契证,土地的权利因此无法证明,这些集体或公有土地经常被人占用,土地产权难以分明。有些集体土地由私人捐赠而成,虽有国家所颁土地契证,但这些契证仍然只是记录着捐赠者以及承税者的姓名,难以发挥保护土地权利的私法目的,这些集体土地也经常被盗卖。^[33]土地契证的公法含义侵蚀了契证的权利保护内容,当土地因为公有或集体所有而缺乏明确的权利人不断申索权利之时,就不存在社会关系网络与人情关系保护下的土地权利,因此经常被占用或盗卖就不足为奇了。田单原有的内涵可见一般。

近代之后,西方审判制度开始对传统社会加以渗透,诉讼观念也逐渐发生着变化。^[34]西式审判对证据极为重视,土地诉讼自然也就重视买卖合同和土地契证,不断重复的审判实践改变了人们对于这些契证的认识,也使得传统土地契证的法律内涵逐渐发生着变化。^[35]土地业主的权利可以通过土地契证加以体现,土地契证与权利的相关性甚至使得土地契证的价值出现了变化,土地契证不仅代表着权利,甚至本身还可直接代表着利益,转化成金钱。^[36]土地契证内涵的这种变化揭示的正是权利意识的觉醒,也是权利意识觉醒后对内涵迁移的一种反向促进。个人自觉沿着权利保护的方向对官方颁发的契证加以利用。^[37]虽然此时国家仍隐身于后并未出场,土地交易后或拍卖后的契证仍不须经过官方程序更名,国家仍然只是看重其赋税证明作用,但司法实践已经证明了其内涵的改变。

随着时代的发展以及个人权利意识的提高,权利证明文件逐渐成为人们对于契证性质的一致认识。行为是心理意识的反应,普遍的行为选择反映着契证内涵的变化,个人不仅更加注意保护契证文件,还尝试着改变政府对于契证的定位与认识。不但认真保护手中的契证,当契证损坏则主动要求政府换发,甚至建立完善的契证管理制度。^[38]官府对契证的证明虽仍出于公共利益考虑,但同时也维护了契证的私法价值。虽然契证的证明力仍出自于官府的盖印背书,但官府在这里的作用却发生了变化。以官府的公权力去证明契证的私法效力,以公权力去保护个人权利,这是此前中国社会难以见到的。国家虽仍以旧有的法律内涵去理解土地契证,但却发挥着实际上保护个人权利的作用。^[39]而正是因为这些保护行为本身的权力色彩,民间早已将这些契证视为权利保护的重要证明。

随着传统社会的关系网络不断淡化,权利必须要有相应的证据加以证明才能得到保护,土地契证的内涵便进一步滑向个人的权利保护。当国门大开、西法东渐之后,土地契证的这种变化更为明显。中外交流中经常发生法律纠纷,而在这种法律纠纷之中,传统的土地契证往往承担的就是权利证明的作用。在中国社会中一次又一次地演示了土地契证的不同内涵,也逐渐改变着普通百姓对于这些土地契证的心理定位,越来越多的案件通过土地契证的证明作用而最终获得解决。

董家渡码头纠纷案集中反映了契证观念的这种变化,这个纠纷案不仅体现了中西法律观念的差异,同时也是契证前后不同法律内涵的碰撞。在外来观念的影响下以及因纠纷解决的实际需要,土地契证发挥着权利证明的作用,最终成为纠纷得以解决重要且唯一的凭据。在争执的过程中,不仅争执的双方极为重视手中的土地契证,而且官府在判案的过程中也将土地契证作为解决纠纷的重要证据。案件的最终解决依靠的是当事人手中的粮串,这也成为土地契证内涵变化的一个实在表现。粮串本是土地所有者向国家纳粮的收据,与土地所有权并无直接联系,但此案中却用作土地产权的证明文件。令人瞩目的是,中国官府利用了西方的契约制度以及所谓的“契约精神”,以粮串作为证据对抗外国商人,迫使外国商人同意对土地进行勘丈,最终使得案件获得解决。^[40]官方发给的赋税收据发挥了保护私权的作用,这在传统社会是难以想象的。在制度本身并未发生改变的情况下,为维护公共利益而设计的制度逐渐被私权保护的内涵所占领,并发挥实际的私法作用。这是制度的内涵变迁发挥的作用。

三、土地勘丈适用范围的调整对国家土地治理与个案纠纷解决的兼顾

土地的空间性决定着土地有着较强的公共属性,与政府管理行为直接相关的便是土地的这些公共属性。当国家财政必须承担众多支出时,政府首先考虑的便是这些公共价值的实现。中国传统社会是农耕社会,政府的经济收入有限。通过安定百姓、维护百姓的个人利益可以获得社会治理,但政府的有限收入无法支撑庞大的行政和司法成本,因此,古代政府的治理只能瞄准公共福利和公共价值。了解和掌握土地的实际情况是国家的社会治理得到实现的手段和目的。政府关注的土地状况只能是和赋税总额、防洪御灾等公共价值有关,对土地进行勘丈是了解治理基础的重要且唯一的方式,以此为赋税的落实以及相关治理活动打下基础。^[41]但是,土地有着多重价值,同样的制度在不同价值的拉扯之下发生内涵的迁移,而土地勘丈也是如此。

传统社会将土地区分为官产、民田、涨滩等,官方的法律语言继承了民间这种分类,并未对之进行更为细致的划分。自然形态决定着土地的用途,也因此决定着土地的价值所在,通过自然形态对土地进行法律意义上的区分不仅仅是立法技术的问题,更直接的原因是国家着眼于土地的公共价值以使得赋税的实现是国家法律首先关心的内容。^[42]明清时期,随着勘丈技术的发展,特别是勘丈成本的下降,国家有了更多机会进行土地的丈量。土地丈量的目的是为国家的行政目的服务的,百姓对待勘丈的态度仍然是冷漠和逃避的。^[43]国家借勘丈的机会向个人颁发土地契证,以此赋予个人的土地权利换取其对国家赋税的承担。与土地契证的性质一样,土地勘丈的性质首先仍然是服务于土地的公共价值。^[44]国家勘丈土地的目的并非为了保护个人的土地权利,也并非为弄清个人承担的赋税数额,勘丈更重要的目的是弄清某县、某府应当承担的钱粮数额,勘丈活动的性质是为了满足社会治理的需求。^[45]若非山川地貌出现重大变化,或

经动乱赋税记录焚毁,一般不再进行勘丈。^[46]同时,勘丈的结果往往并非与实际的土地情况相对应,而是折算成相应的亩数记录在册,这种记录更可以看出勘丈的性质。^[47]即使民间出现有关土地权属的纠纷,官府并不进行土地的个别丈量。土地勘丈有着浓重的权力色彩以及特定的内涵,维护土地的公共价值、完成社会治理的任务才是土地勘丈在国家层面的含义。随着土地的经济价值逐渐趋向于个人,土地勘丈的性质也发生着变化,改变着国家对于勘丈内涵的设定。

土地勘丈的性质可以从勘丈时所颁发田单的性质得到体现。田单来自官府,有着权力的背书,其权威性 or 证明性是不言自明的。田单持有人尽力保护其手中的这一重要文件,以期通过仅有的官方文件证明自己对于土地享有的权利。由于勘丈不能经常进行,国家权力对于土地权利的证明又十分重要,因此只能通过原先颁发的土地契证来实现这种证明。契证的原件镌有官府的印章,权力成为土地权利的最好证明。勘丈并不是为证明权利而进行,土地契证损坏也并不补发。纸质田单易于损坏,内容因此可能不全,这样的田单被称为“烂单”。但即使成为“烂单”,百姓也视为珍宝。不仅如此,百姓若是分家析产需要分割土地,国家同样不会进行勘丈,自然也不会发给田单,百姓便是将田单撕开分执,以分执的田单证明各自的权利。田单虽被分裂成数片,但正因为出自于官方,上盖有官印,因此并不妨碍其对权利的证明作用。民间“割单”“劈单”以及“烂单”因此长期存在,这是勘丈的性质、田单的内涵以及背后的国家权力的证明作用所决定的,这也揭示了土地勘丈的缺位造成的困境。

近代之后,随着经济的发展,土地经常作为交易的对象。个人权利意识不断向土地交易渗透。交易中会发生有关土地面积的纠纷,双方都极力提供证据以加以证明,土地契证便是一种重要证据,而作为契证来源的土地勘丈便成为解决土地纠纷的终极方法。国家对于勘丈的定位仍然是公共性质的,勘丈并不为普通百姓服务,即使是官府急于解决纠纷,因为有着技术实施上的困难,因此也不可能经常进行勘丈。随着外国商人来到中国以及勘丈技术随着时代而进步,勘丈开始被经常施用,以解决与外国商人之间的土地纠纷。外国商人与中国百姓之间发生的纠纷不是简单的私权纠纷,政府往往将其视为一种涉及国家利益的纠纷。因此,原本服务于公共利益的土地勘丈便被政府大量施用。随着勘丈的不断进行,特别是施用对象不断下移至普通百姓,普通百姓对于勘丈开始有了不同的理解,这种不同的理解反馈至官府,对官府的行为产生影响。勘丈的内涵不断发生着变化,逐渐成为一种与个人权利保护相关的制度,也因此成为普通百姓纠纷解决的必经程序。这种变化在单纯经济条件的要求下是难以实现的,必须借助于政治的压力。而此时来自外国的压力为这种转变提供了契机。

董家渡码头案中我们可以明显看到勘丈所发挥的作用,而勘丈内涵的转变正是在这种涉及外商的案件中首先出现的。^[48]洋商怡和洋行所持有的道契已经过交易转契,转契时可能并未经过勘丈,因此道契上注明的是“界依原契”,原契查找不到,怡和洋行因此可以随意指称土地四至。为了解决纠纷,也因为涉及外

商,官府只能动用了勘丈来加以调查并最终通过勘丈解决了这个纠纷。勘丈不仅查明怡和洋行非法占有码头,还多占周边土地。根据勘丈结果要求怡和洋行退出码头基地,多占的土地也需缴价升科。怡和洋行也无话可说。勘丈的重要作用在此案中展现得淋漓尽致,其目的不再是为国家赋税服务。虽然解决纠纷仍然是国家的公共治理行为,但这种治理行为是通过维护个人私权实现的,勘丈是实现个人私权的制度工具,其内涵发生了深刻的变化。随着勘丈不断以这种面目出现,普通民众包括官府对于勘丈的理解也发生了变化。在另一起关于涨滩的纠纷中,我们可以看到勘丈的频繁使用以及勘丈对于维护个人权利意义的加强。^[49]在解决这一纠纷过程中,官府屡次进行土地勘丈,土地勘丈成为解决纠纷的重要手段,其维护个人权利的属性愈加明显。

勘丈内涵的转变还体现在国家机构设置的相应变化上,勘丈的首要目的是了解全国土地面积以及与此些土地面积相对应的赋税分配,因此传统社会中的勘丈并不设专门机构,而是由国家临时组织,为单一任务而设,完成任务之后便不复存在。^[50]随着勘丈内涵的变化,以及纠纷解决对勘丈的日益依赖,国家也开始建立常设的勘丈机构,以应对随时的勘丈需求,土地会丈局、土地清丈局等机构便应运而生。这些机构的产生使得勘丈成为完全的私权保护制度,巩固了制度变迁的成果,奠定了制度变迁的基础,也使得勘丈成为纠纷解决可靠的制度工具。勘丈制度的外貌并没有变化,而内涵的变化使其成为一种现代的制度。

四、通过交易制度的节奏变化取舍身份安全与经济效率的对立价值

古往今来,土地因其多重价值而在社会中扮演多种角色,不同社会对于土地的价值有着不同的侧重,因此对交易制度所赋予的内涵就有所不同。交易是土地的流通,但流通的土地可能会破坏土地关系的稳定性。交易制度伴随着人类物质财富的剩余而出现,以保障交易的公平作为制度的根本原则。随着土地进入交易制度的视野之中,交易制度的内涵也在发生着变化。土地价值的多重性使得土地承担着多重任务,不同任务的实施却有着方法上的冲突。土地以及土地的出产既是生产、生活资料的来源,同时也作为最重要的财产成为诸多政治和身份价值实现的基础。土地交易因此是制度内涵变动最经常也最激烈的领域。

在一个要求保持现有政治结构的社会中,保持政治结构的经济基础是维持稳定的方法。土地对所有权的稳定有着要求,通过这种稳定性满足身份制度的需要。土地交易是财富在不同阶层之间的流转,必然会破坏身份的稳定性,进而引起政治结构的变化。土地交易又是不可避免的,只有通过交易才能展现土地作为重要财富的地位。传统中国社会则演化出适应土地这一公共价值的交易方式,在保障交易实现的同时,最大程度地保障了土地的身份价值。例如,国家法律维护土地的身份价值,“先问亲邻”是出售土地前的必经程序,这使得土地尽可能在家族内部流转,以满足身份的需要。这是民间规则与国家法律交互作用的结果。^[51]此外,土地契约的签订必须要询问家中长辈,由此家中长辈甚至女性长

辈也在契约文书中反复出现。^[52] 土地交易最初是以保护身份为内涵的。

土地交易制度往往伴随着一系列的固定行为和程序,以这些行为和程序宣示交易的存在并保证交易的真实,例如中人制度、订约的复杂过程等等,因此时至今日仍然可以看到大量的土地交易契约。这些契约貌似与西方法律环境中的契约相同,并且也能承担大部分那个环境中的交易功能,但这种交易却有着许多不同的内涵和功能,承担着与那个环境不同的责任和义务。看似私权交易的契约实际上却是国家税赋的交割证明,^[53] 有些契约名为租佃,实际反映的并非租佃的经济关系。^[54]

土地的活卖制度、交易中的不断找贴、交易时约定的回赎、对交易对象的限定等都是注重土地身份价值的体现,通过这些制度延缓交易过程,打断土地流转的链条,使土地的出让人有更多的机会赎回土地,同时也使得土地受让方接受土地产权无法快速确定的事实,形成有利于身份保护的期待。交易如此进行在社会上还形成对土地交易的一般心理,从而固化土地交易的内涵。交易制度的本意是经济性质的,但是当交易同时要保障土地的政治价值时,土地交易制度便表现出与动产交易并不相同的特征与内涵。

土地活卖是传统社会土地买卖的主要形式,活卖的诞生是与传统社会对土地价值的偏好相一致的,是交易制度针对土地客体的重要创造。在这种交易制度之下,土地产权的移转是缓慢和渐进的。土地出让人出售土地时只是获得一部分的价金,出让人愿意以较低的价格转让土地是因为这种制度可使其保留了回赎土地的权利,这就在很大程度上保留了围绕着土地产生的各种社会关系,维护了旧有社会关系的稳定。与此相适应,对于土地上产生的原有社会关系而言,买受人是一位外来者或是一位社会关系的入侵者,这位外来者需要不断调整其在这个社会关系中的地位,从而可以适应原有的社会关系对于新加入者的身份认同。活卖的制度设计提供了这样一个不断熟悉的过程,不断考察一个新来者,同时使其融入这个身份关系之中。当土地出让者最终无法赎回土地时,新来者也经历了考验和磨合,从而可以在身份上承担土地出让人应当承担的责任。这是一种维护身份的交易制度。这种土地交易虽然与惯常的交易有着相似的外表,但其内涵却远为丰富和深远。

不同的社会阶层通过强调不同的社会价值以巩固本阶层在社会中的地位,土地的不同价值为不同阶层所看重和开发,这就会产生不同阶层在土地利用上的冲突。^[55] 法律规则往往是保守的,但经济的发展却会对旧有的规则提出挑战,新规则的建立随着社会的发展以及经济交换的日益普及化,不可避免地与原有规则产生冲突,找寻到一个制度的容器,可以容纳有着不同交易内涵的规则成为土地交易平稳发展的前提。因此,卖契加叹的内容被加入了交易制度之中,成为这样一种制度容器。

卖契加叹是将交易的过程分散在多个往复于双方的类交易行为之中,这不仅能够继续保留身份关系的影响,而且可以不断利用交易行为的往复在土地价

值中强调对身份关系的保护和倾斜。卖契加叹的过程一般都签订有多份契约，一般分为卖契、加契、绝契、叹契等多份，每份契约实质上或均是一个独立的交易过程。土地出让人提出的交易要求一般都能得到受让方的同意，由此签订一份又一份的交易契约。交易表现为通过多份契约的签定而逐渐推进，土地交易的基本模式都包含多次交易的契约。对于交易双方而言，这种通过多份契约推进交易的方式是可以接受的。对交易过程的这种反复，双方均有着心理预期，这是双方对于土地某种价值的一种共同承认或默契，这种价值就是土地的公共价值。通过这种往复使得原有的土地关系逐渐接纳新的成员，也使得原有土地关系逐渐接受出让人的逐渐退出。这种交易的本质是维护建立在土地上的身份关系，使得身份关系较少受到经济关系变动的影响。不同社会对身份关系和效率有着不同的认识，因此多份契约或绝卖在不同地域表现又有所不同，从而深刻地反映契约制度与社会需求之间的协调和相互合作关系。^[56]

随着社会的发展以及市场交换的增加，土地的经济价值在社会中愈加得到重视，土地的商品化使得土地的交易必须配合以更为完善的制度。法律往往是保守，尽可能少加变动是法律维护其规则性本质的一种自然倾向，制度的彻底改变往往十分困难，而通过现实的交易过程不断向已有制度添加新的内涵是一种普遍且较低成本的做法。^[57]土地价值的多重性也使得这种内涵变迁成为法律改革的一种必由之路。对于叹契的观察可以看到，着意维护身份稳定的往复式交易方式本身并没有改变，往复的次数以及所订契约的份数也并没有减少，但是往复的过程更加简单，整个交易过程在缩短。虽然在形式上仍具有往复性，但实际上这些往复在较短的时间内就已完成。^[58]古代社会传承下来的规则没有遭到破坏或改变，但规则的施用过程却产生了变化，在相同的制度外观之下产生不同的心理效果和制度效果。这就是制度内涵的变化以及这种变化带来的社会效果。

交易以往复的方式缓慢地进行，适应了古代社会土地交易的心理与社会基础。安土重迁的农耕社会并不鼓励土地的交易，土地交易的反复加重了交易的成本，以此阻却交易的进行，维护旧有的社会秩序和经济秩序。这是这种制度如此设计的本意。随着近代社会的到来，土地的商品性质在不断地被发现，土地市场则愈发成熟。^[59]土地市场需要相应的制度以对抗地价的不合理的变动，以此避免社会的动乱。原本阻却土地交易、维护土地所有权稳定的制度在这里得到复活，成为防止地价暴涨或暴跌、维护社会稳定的制度砝码。制度的内涵在这里再次发生了变化。通过延长土地的交易时间，利用不断追找，使得土地的出賣方可以获得地价的补偿，以避免因土地的价格飞涨给土地出賣方造成心理落差以及由此引起的社会不公。土地最终仍然是完成了交易，但交易过程的“温柔”适应了人情的需要。这是制度内涵所进行的一次反向迁移。同时通过往复式的交易，使得双方继续保持着某种联系，加强社会网络的结果便是社会财富能够更加公平地在不同人群之间加以分配。^[60]

土地权利区分为田底和田面也是交易制度平衡身份安全与效率的方

法,通过对交易客体在权利上的分割从而实现了土地不同价值的交易,田底权保护土地的身份价值,而田面权则代表着经济利益。当交易制度无法应对经济利益的冲击时,只能采用分割地权的方式来保护不同的价值。交易制度的设计目的便是促进交易的发生和便于交易的进行,这是人类长期以来的经济活动对制度的塑造。土地等重要财产原本并不适合交易,因此也并未参加交易制度的设计。当土地的身份价值被经济价值超越而需要适用交易制度时,交易制度的内涵便随之发生变化,这里的变化是区分了身份与经济而分别对待,从而同一种制度中容纳了不同含义的“交易”。正因交易制度是相同的,不同的只是交易的内涵,所以田面与田底可以随着政治及经济环境的变化时而合一、时而为二。^[61]与田面、田底的交易相类似,还有众多契约对交易的对象作出规定,诸如交易收租权、耕作权等,这便是交易制度应和经济的需要而对权利加以分割并将这些权利单独进行交易的结果。^[62]

交易制度的一般原则来自国家法律的规定,但国家法律的规定是普适性的,并未对土地交易作出专门的规定,最多针对土地交易特殊性进行一些调整,而民间习惯则填补了这个空白。^[63]国家法律充满了微言大义式的制度,这种形式的制度也为法律满足和实现多种价值提供了空间和可能。国家法典中对制度的粗线条设计也是政府针对民间土地交易的一种妥协,国家既想维护现有的社会结构,通过固定身份以获得社会的治理,排除不利于治理的阶层流动,同时又需要照顾社会对于经济利益的追求,满足普通百姓的经济交往需求。

我国土地“三权分置”的制度设计本身脱胎于原有的土地承包经营制度,一定程度上是对原有制度的一种进化。从旧制度中脱胎的新制度必须大量借用旧制度的概念和原则,因此必然涉及概念的转换和制度涵义的输入。对概念的彻底改造将是一项十分困难和漫长的工作,无法适应需要立即开始的制度实践。^[64]考察概念和制度的实施方式,承认和利用内涵的迁移是实现新制度效力的一种重要方式。土地价值的多重性更加依重这种内涵变迁的方式,作为重要财产的土地难以接受突然的改变,制度的内涵变迁较能够适应普通民众遵守规则的心理能力,这样才能为规则的落实提供坚实的心理基础。^[65]传统社会的实践为我们提供了制度演化的思想资源。

五、结 语

土地“三权分置”是解决当前我国土地关系所面临的问题的一个进路,但这一进路仍需制度的配合。如何进行制度的设计、需要创设哪些制度、又需要改造或放弃哪些制度,需要有一个总体的指导原则或理论基础。作为一种重要的财产,土地不仅是个人权利实现的对象和客体,同时,土地还承担着重要的公共职能。土地的多重价值决定土地法律制度本身具有较强的目的适应性与内涵的迁延性,同一种制度具有不同的甚至是相反的价值倾向性和现实准备性,从而既可以满足公共职能的需要,同时也可以作为实现个人权利的工具。“三权分置”进

路的初衷便是平衡公共利益与个人私权之间的矛盾,通过规定土地所有权、承包权巩固土地的身份特征以发挥土地的公共利益,而通过设置经营权尊重土地的流转价值发挥土地的经济利益。如何平衡这两种不同的价值,需要制度设计的精心构建。西方传来的法律对于法律性质的公私区分并不能完全适用于中国传统社会,传统社会的“政法”传统使得法律制度兼具不同特征,用于公共利益维护的制度同时可以用作对于个人权利的保护。法律制度的稳定是社会稳定的前提,以内涵的变化来代替制度的变更可能是达成这种稳定的便捷之路。^[66]这是制度的历史实践为我们提供的经验。

注释:

[1]孙宪忠:《推进农地三权分置经营模式的立法研究》,《中国社会科学》2016年第7期。

[2]“三权分置”的法律设计尚属空白,如“土地承包权和土地经营权属于典型的经济学概念,更多的是阐述土地的产权结构,不能当然转化为法律权利,……”,见陈小君:《“三权分置”与中国农地法制变革》,《甘肃政法学院学报》2018年第1期。

[3]高圣平:《论农村土地权利结构的重构——以〈农村土地承包法〉的修改为中心》,《法学》2018年第2期。

[4]语义的多样性是制度变迁的基础,在土地制度中,这一点更为明显,见刘和惠、张爱琴:《明代徽州田契研究》,《历史研究》1983年第5期。

[5]学者也进行过类似的探讨,见耿卓:《农民土地财产权保护的观念转变及其立法回应——以农村集体经济有效实现为视角》,《法学研究》2014年第5期。

[6]如“凡盗卖,及冒认,若虚钱实契典卖,及侵占他人田宅者,田一亩、屋一间以下,笞五十。每田五亩、屋三间,加一等,罪止杖八十、徒二年。系官者,各加二等。若强占官民山场、湖泊、茶园、芦荡及金、银、铜、锡、铁治者,杖一百、流三千里。”《大清律例》,卷九,户律,田宅,盗卖田宅,见于《大清律例》,田涛、郑秦点校,北京:法律出版社,1999年。

[7]杨国桢先生所倡导的“私有与共同体所有权结合论”可能可以对这种现象加以解释,见杨国桢:《深化中国土地所有权史研究——〈明清土地契约文书研究〉修订版序》,《中国社会经济史研究》2008年第3期。

[8]社会治理内容必然还包括鼓励或限制土地的用途转变,如牧地向农地的转变,见刘忠和:《清代察哈尔右翼地区农垦进程研究》,《内蒙古大学学报(哲学社会科学版)》2011年第1期。

[9]凡是典卖田宅,必须过割钱粮,“不过割者,一亩至五亩,笞四十,每五亩加一等,罪止杖一百,其田入官。”《大清律例》,卷九,户律,田宅,典卖田宅。《大清律例》,田涛、郑秦点校,北京:法律出版社,1999年。

[10]中国第一历史档案馆:《雍正末年垦荒升科题本》,《历史档案》1998年第2期。

[11]国家对土地的权利也不能用西方的“权利”概念加以解释,见吴俊范:《近代上海土地利用方式转型初探——以河浜资源为中心》,《中国经济史研究》2010年第3期。

[12]土地的赋税管理是国家土地行政的重要且唯一的任务,见彭雨新:《清初的垦荒与财政》,《武汉大学学报(哲学社会科学版)》1978年第6期。

[13]薛理禹:《清代人丁研究》,北京:社会科学文献出版社,2014年,第126页。

[14]升科本身承担着很多公共治理的任务,如利用升科对土地用途的规划与调节,见金卫国:《清朝名臣方观承》,《历史档案》2010年第1期。

[15]江太新:《对顺康雍乾时期扶农政策的考察》,《中国经济史研究》2007年第3期。

[16]除了与土地产权有关,升科还涉及社会治理的多个方面,如外来人口的落户,见祁美琴、褚宏霞:《清代嘉道时期新疆移民落籍方式初探》,《西域研究》2013年第2期。所以,升科本身是一个农业社会的

综合性治理制度。

[17]如“青浦、娄县交界处所有塘田数百亩，……未报升科，是以附近之人皆思染指。娄县张某势大财雄，垂涎无粮之田，欲图措占，因邀雇无赖数百名，每名给予青蚨四百翼，与青浦人争夺涨滩。青浦人亦聚众抗持，奋不顾身，器械并举。张党受伤数十人，死者二名。”见李文治编：《中国近代农业史资料（第一辑）》（1840—1911），北京：生活·读书·新知三联书店，1957年，第231页。

[18]如庄鼎勋将李茂茂之地报请升科，被李茂茂告上县衙，主审官认为，李茂茂当时不报升科，实系自误，现在已由庄念报升科多年，不便再断归其管业。而庄鼎勋父庄念本为地保，盗卖他人涨滩颇多，父子两人在乡间有种种欺侮愚懦的行为，现判庄鼎勋补偿李茂茂的地价六十元。见“上海县署琐案”，《申报》1898年5月10日。

[19]国家为百姓提供公众服务的做法和观念在中国传统社会并不存在，租界拟将涨滩用作公园，认为这是土地的一种公共目的，因此不需要升科纳粮，上海地方官并不认同这种做法，后经英国领事反复磋商最终同意，见胡道静：《公共租界的公园》，载上海通社编：《上海研究资料》，上海：上海书店，1984年，第473、480页。

[20]如金利源码头案便是这样一起纠纷，纠纷既是因升科而发生，最终也是通过升科加以解决。该案的全过程请见《光绪三年购置金利源码头地基纠纷》，招商局档案，468卷，可参见黎志刚：《19世纪80年代上海金利源码头业权的纠纷》，载张仲礼主编：《中国近代城市企业·社会·空间》，上海：上海社会科学院出版社，1998年，第48—53页。

[21]国家在运用升科时，也将土地的性质和可耕种性作为考虑的内容，以避免普通百姓对于升科的抵触，如“试种一年后另行查看酌议升科之处”的要求，见中国第一历史档案馆：《道光朝林则徐新疆履勘荒地档案》，《历史档案》2016年第1期。对于土地性质和可耕种性的考虑也为升科内涵的变迁奠定基础，因为这至少也是一种对耕种者或土地所有人“权利”的认可和照顾。

[22]1896年（光绪二十二年），上海成立南市马路工程局，负责马路的修造，马路筑成之后尚有余地80多亩，工程局于是决定将每亩定价银5880两出售给个人业户，毗连各户可以缴价升科，共获得卖地收入银22万余两。升科成为卖地程序的重要组成部分，具有了完全意义上的产权确认性质。在卖地过程，其中有三户购买者是外国商人，他们应缴纳银21万余两，外商拖欠不缴，直到1906年（光绪三十二年）道台袁树勋通融办理，每亩减为3000两，才将此笔款项收齐并补办了升科。详见陆文达主编：《上海房地产志》，上海：上海社会科学院出版社，1999年，第530页。

[23]对发展过程的资料整理，可见友闻：《十九世纪末至二十世纪初官田向民田的转化》，《经济研究》1957年第2期。

[24]虽然物权法定已成通识，但依法确定物权有着巨大缺陷，不能阻止诸多其它权利的产生，如永佃权，见〔日〕我妻荣：《新订物权法》，罗丽译，北京：中国法制出版社，2008年，第27页。法定权利之下产生的新权利，想必就是一种内涵变迁的结果。

[25]明朝时征税制度的改革有着类似的进路，见〔日〕森正夫：《明代江南土地制度研究》，伍跃、张学锋等译，南京：江苏人民出版社，2014年，第313页及以下。

[26]对中国古代社会是否存在独立的个人产权，学者们一直有着不同的认识，反对者如吕振羽：《中世纪和近代土地契约形式及土地所有权性质问题》，《史学集刊》1982年第2期。对于土地产权的争论正好印证了本文对于田单性质的认识，即田单并非为了证明个人权利而颁发的。

[27]中国社会土地产权的性质存在着争论，中国古代的诸多土地产权形式不能仅从字面加以理解，见陈守实：《中国古代土地关系史稿 中国土地制度史》，上海：复旦大学出版社，2015年，第241页。这种名称含义多重化现象正是法律内涵不断变迁的体现。

[28]国家对于契约形式也有明确的要求，而这种要求更多是为了赋税的征收，见陈学文：《清代土地所有权转移的法制化——清道光三十年山西徐沟县王耀田契（私契、官契、契尾）的考释及其他》，《中国社会经济史研究》2006年第4期。

[29]如程仁寿因无子立有嗣子，但心中仍是不情愿，所以将田产全部写为自己管业，其嗣子恼怒不

己,将田中所种棉花捣毁,程仁寿将其告到官府。官府审理的方法仍是不辨是非,“当堂晓以礼义”,“劝谕寝息”,首先劝他们息讼,“果有不明之处,听凭亲族理处”,并不对土地产权作任何判断,匆匆了结此案,见《申报》1872年10月23日。

[30]苏州尚始公所有一块基地由商人陆既通生前捐助,基地的契券也交由尚始公所保管,但后来陆家却想将已捐之地收回,双方僵持不下闹至官府。经官府调查,田单由公所掌握,该块基地确已经捐给公所,但官府认为陆家景况艰难,判尚始公所“念其父旧情”,贴银60元,补作基地之价,见《尚始公所补给陆惠卿地价碑》,光绪十九年(1893),见于苏州历史博物馆:《明清苏州工商业碑刻集》,南京:江苏人民出版社,1981年,第86页。

[31]清中叶之后政府长期处于财政拮据的状态,见周育民:《晚清财政与社会变迁》,上海:上海人民出版社,2000年,第65—68页。不可能有多余的精力来换发或维护田单。

[32]各种形式的公产构成了土地产权的主要形式,见刘和惠等:《徽州土地关系》,合肥:安徽人民出版社,2005年,第44页及以下。

[33]如一处公共房产先后被卖给不同买主,见“河南南阳府还堂及鹿邑桐柏武安各教案议结”,载李鸿章撰:《通商章程成案汇编》,光绪十二年八月,卷二十二,礼类五,传教。公产的产权是极易被侵犯的。

[34]道契制度在身边的实践提供了一个直接的榜样,见杜恂诚:《道契制度:完全意义上的土地私有产权制度》,《中国经济史研究》2011年第1期。

[35]法律移植可能会由多种因素所促成,见练育强:《近代上海城市法律的移植及本土化——以土地、道路管理法规为主要视角》,《政治与法律》2010年第11期。法律进化过程的复杂性也反映在田单等契证内涵的变化上,心理的趋利性决定着人的行为选择,同时也引导着法律内涵的变迁。

[36]土地契证本身甚至可以用作交易,当土地所有人不归还欠款之后,甚至能以拍卖土地契证的方式求偿。见“拍卖方单抵欠”,《申报》1919年1月27日。

[37]契证虽然有着较大区别,但仍然有一些共通之处,见马学强:《近代上海道契与明清江南土地契约文书之比较》,《史林》2002年第1期。

[38]如有会馆和公所把房地产业契证“另录置产簿二本,呈请盖印,以一本存县档,以一本存会馆,永远执守,历无贻误”。《吴兴会馆房产新旧契照碑》,光绪二十五年(1899),见于苏州历史博物馆:《明清苏州工商业碑刻集》,南京:江苏人民出版社,1981年,第48页。

[39]传统司法中的价值是有先后顺序的,特别是在经济条件难以全部满足的情况下,有学者对此有着全面的分析,见黄东海:《地方财政条件约束下的民事司法偏好——以清代州县为中心》,《南京大学法律评论》2014年秋季卷。

[40]该案交涉的全过程请参见《塘工善后局清理英商怡和契地重建董家渡码头辟筑塘桥马路案》所附《浦东董家渡交涉始末卷》,藏上海社科院历史所资料室。

[41]即使对个人的土地进行丈量,其目的仍然是为纳粮,可以由一份少见的明万历年间丈田契看到这一点,见寒冬虹、杨靖:《国家图书馆藏部分明清土地契约略说》,《文献》2004年第1期。

[42]土地勘丈往往用以调查土地赋税情况,见中国第一历史档案馆:《乾隆初处理建阳县瞒报应升科田赋案》,《历史档案》1993年第3期。

[43]如国家可以“特免勘丈”作为一种鼓励民生发展的措施,见钟永宁:《试论十八世纪湘米输出的可行性问题》,《中国社会经济史研究》1990年第3期。

[44]土地勘丈可以对赋税的承担加以调整,土地契证因此可能换发,如“吾邑田地执业,清粮以前,执乾隆四十八年县印田单为凭。清粮以后,执咸丰五年县印田单为凭。”见于吴馨等修、姚文桐纂:《上海县续志》,卷六,“田赋上”。从这点可以清楚地看出土地勘丈的性质。1783年(乾隆四十八年)上海县曾进行清丈,并颁有田单。1855年(咸丰五年)又进行清丈,对土地契证进行换发。

[45]如何依据土地收取赋税,这是国家财政长期实践的结果,由此形成土地与赋税的固定关系,见张雨:《赋税制度、租佃关系与中国中古经济研究》,上海:上海古籍出版社,2015年,第73页。

[46]1842年(道光二十二年)英军入侵以及1853年(咸丰三年)小刀会起义使得钱粮串簿遭焚毁,

1855年(咸丰五年)即进行了土地丈量工作,其目的便是换发新的田单。当土地赋税明确之后,土地勘丈也就不会经常进行。

[47]如何炳棣对于折亩的分析,见何炳棣:《南宋至今土地数字的考释和评价(下)》,《中国社会科学》1985年第3期。

[48]该案交涉的全过程请参见《塘工善后局清理英商怡和契地重建董家渡码头辟筑塘桥马路案》所附《浦东董家渡交涉始末卷》,藏上海社科院历史所资料室。

[49]《光绪三年购置金利源码头地基纠纷》,招商局档案,468卷,第328页,一.12,转引自黎志刚:《19世纪80年代上海金利源码头业权的纠纷》,载张仲礼主编:《中国近代城市企业·社会·空间》,上海:上海社会科学院出版社,1998年,第48—53页。

[50]如著名万历年间的清丈便是如此,各地设置临时机构加以实施,见张海瀛:《张居正改革与山西万历清丈研究》,太原:山西人民出版社,1993年,第119—121页。

[51]不同性质的土地需要得到亲邻同意的程序不同,有的甚至要全族逐个签字同意才得买卖,见谭棟华、赵令扬:《从广州爱育堂契约文书看清代珠江三角洲的土地关系》,《中国社会经济史研究》1987年第4期。另见洗剑民:《从契约文书看清广东的土地问题》,《历史档案》2005年第3期。

[52]妇女只是作为家庭社会关系的一种组成而得到尊重,可能无法以此证明妇女地位得到提高,见刘正刚、杜云南:《清代珠三角契约文书反映的妇女地位研究》,《中国社会经济史研究》2013年第4期。

[53]如认为“税责转移而非地权过户”,见曹树基、高杨:《送户票与收粮字:土地买卖的中间过程——以浙江松阳石仓为中心》,《华东师范大学学报(哲学社会科学版)》2010年第4期。

[54]孙达人:《对唐至五代租佃契约经济内容的分析》,《历史研究》1962年第6期。

[55]宋之后,特别是明清时期,土地兼并加剧,其主要原因便是国家放松了对土地身份价值的维护,更多地通过土地的经济价值来调整社会关系,见漆侠:《宋代经济史》(上),北京:中华书局,2009年,第340页。

[56]北方注重经济价值,而南方更重视身份关系,由此表现出交易形态的不同,见罗志欢等编:《清代广东土地契约文书汇编》,济南:齐鲁书社,2014年,第6页。

[57]如土地上的树木种植权也可以单独加以出售,由此表现出经济交往增强背景下制度的灵活性以及内涵迁移的广泛性,见寒冬虹、杨靖:《国家图书馆藏部分明清土地契约略说》,《文献》2004年第1期。

[58]尤陈俊:《明清中国房地买卖俗例中的习惯权利——以“叹契”为中心的考察》,《法学家》2012年第4期。

[59]通过对村级土地市场的细致描绘,可以看到这种交易的成熟度,见赵晓力:《中国近代农村土地交易中的契约、习惯与国家法》,《北大法律评论》第1卷第2辑。

[60]所谓“当人”与“钱主”的双赢,见曹树基、李霏霖:《清中后期浙南山区的土地典当——基于松阳县石仓村“当田契”的考察》,《历史研究》2008年第4期。

[61]王日根:《清至民国建瓯土地契约中的经济关系探微》,《中国经济史研究》1990年第3期。

[62]谢小娟:《民国时期太仓地区田契研究》,《浙江档案》2017年第8期。

[63]如在宋代,国家对于土地交易明确规定了经官给据、先问亲邻、输钱印契、过割赋税、原主离业等诸多程序,但实际交易过程并非依此程序进行,甚至国家最后也放松了这个要求,见刘复生:《从土地制度的变化看宋代社会》,《西华大学学报(哲学社会科学版)》2004年第1期。

[64]高圣平:《农地三权分置视野下土地承包权的重构》,《法学家》2017年第5期。

[65]变迁方式的不同对变迁结果影响的比较,见董景山:《农村集体土地所有权行使模式研究》,北京:法律出版社,2012年,第190页。

[66]这在房地产领域表现更为明显,见曹伊清:《房地产契证制度与清末社会稳定——以南京地区房地产契证为范例的分析》,《北方法学》2010年第1期。

[责任编辑:刘姝媛]