

# 明清时期地权秩序的构造及其启示

汪 洋<sup>\*</sup>

---

**内容提要：**明清时期的地权秩序表现为受制于国家政治权力的宏观地权秩序与乡土社会原生自发形成的微观地权秩序的二元结构。民间地权秩序以“业”为核心概念，以私人契约为工具，分化为永佃、一田二主、典制等多样态的管业层级以及典卖、活卖、绝卖等一系列交易形态。诸管业层级根据经营收益、流通性、管业年限与税赋风险等四种影响因子，体现为不同的权利内容与地权价值。诸地权交易类型以当前收益与未来收益两个维度构建起统一的交易链条与理论框架。民间自发的地权分化所催生的复杂地权结构起到了明晰产权与降低交易成本的积极功效，其成因根植于明清社会经济的变迁之中。明清时期地权秩序呈现出来的抽象和相对性观念、时间维度上的灵活性特征，不同于大陆法系以绝对所有权为中心的物权观念以及“所有权—他物权”结构，这一观察对我国农地“三权分置”改革颇具启发意义。

**关键词：**管业秩序 地权分化 一田多主 典制 三权分置

---

中国共产党第十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》重提“编纂民法典”的立法计划以来，《中华人民共和国民法总则》已于2017年3月颁布，法典各编也在紧锣密鼓的制定过程中。清末修律百余年来，欧陆各国民法典及其法学理论，通过学界一个多世纪持续继受移植、萃取与本土化的努力，得到我国社会民众与法律界的广泛认同，并将继续作为我国民法典编纂的重要制度来源。这一过程伴随着传统与现代之间的“文化断裂”、中华法系的解体和律学传统的抛弃，以及对传统的迅速隔膜和忽略。然而，法律是一门有历史取向和“依赖于往昔”的科学，〔1〕当我们回过头审视固

---

<sup>\*</sup> 清华大学法学院副教授。

本文为国家社科基金青年项目（16CFX033）与清华大学自主科研计划课题（2015THZ0）的阶段性成果。

〔1〕 维亚克尔认为，除非丧失整个主体性，各民族事实上无法放弃其基本的日常生活形式。参见〔德〕维亚克尔：《近代私法史》上册，陈爱娥、黄建辉译，上海三联书店2006年版，第107页。

有法，仍能发现其中所蕴含的思想智慧与制度价值。<sup>〔2〕</sup>但毕竟社会情势沧海桑田，即便传承中国固有法能被列入法典编纂的政治与社会文化任务之一，也会面临固有法如何融入现代法学理论与立法体系的难题，真切实现这一任务相当不易。<sup>〔3〕</sup>这就需要将法律本土资源作为素材，进行学术化、规范化和体系化转换的作业，本文便是在这个层面上进行的一次尝试。

明清时期田土产业领域的固有民法规则，包含一田二主、典制、活卖、绝卖等中国特有的财产制度安排，构成传统民事法领域最有魅力的部分，与大陆法系的物权法体系迥异。中国经济史学界与法制史学界的诸多前辈和学者，在该领域依托详尽的第一手历史材料，已经积累了相当丰富的研究成果，但从民法或财产法领域依托上述成果所开展的理论研究与成果依然寥寥。由于运用现代西方私法框架重述传统财产秩序容易遭遇古今、中西和官民三条鸿沟而引起的失真，因此本文坚持复原历史上本土概念的表达，在此基础上，从功能比较的视角，借用比照新制度经济学以及现代财产法理论，对明清地权秩序进行学术化处理。西方法律理论作为地方性知识的特殊性或许并不能提供有益的比较性洞见，但交易中的“制度性因素”却是普适的。<sup>〔4〕</sup>

## 一、明清时期地权秩序的二元结构

新制度经济学认为，理解制度结构有两个必不可少的工具，即国家理论和产权理论。<sup>〔5〕</sup>国家理论之所以不可或缺，原因在于国家在宏观层面决定着产权结构并最终对产权结构的效率负责；而产权结构的效率则导致经济增长、停滞或衰退。产权理论则关注经济运行的制度基础，即财产权利结构。对于明清时期的地权秩序，同样需要从国家理论和产权理论两个层面理解，由此形成政治权力主导的宏观地权秩序与民间自生自发的微观地权秩序这一二元结构。

在国家理论层面，诺斯认为，国家是一种在行使暴力上有比较利益的组织，产权的实质是排他的权力。国家这一享有行使暴力的比较利益的组织，便处于规定和强制实施产权的地位。这是理解国家的关键所在：利用潜在暴力来实现对资源的控制。<sup>〔6〕</sup>地权秩序同样深刻受制于国家权力，表达为以国家暴力为依托的变动不居的权力结构。在传统中国，没有任何力量能够对隐含于土地上的政治权力加以制衡，所有人都只是有待安置的“客户”。

〔2〕 不少学者呼吁民法典的编纂要承载“统一、守成、更新”的立法使命，“守成”即意味着对本民族固有法律经验传统的尊重保留和参酌。近代中国私法变革的相关内容，参见陈新宇、陈煜、江照信：《中国近代法律史讲义》，九州出版社2016年版，第四章，第176页以下。

〔3〕 参见谢鸿飞：《中国民法典的生活世界、价值体系与立法表达》，《清华法学》2014年第6期，第23页。

〔4〕 参见〔美〕曾小萍、欧中坦、加德拉编：《早期近代中国的契约与产权》，李超等译，浙江大学出版社2011年版，第166页。

〔5〕 〔美〕道格拉斯·诺斯：《经济史上的结构与变迁》，厉以平译，商务印书馆1992年版，第21页。

〔6〕 国家理论大致包括洛克和卢梭等人秉持的契约论、马克思和奥尔森等创设的掠夺论，以及试图统合两者的由诺斯所阐述的暴力潜能分配理论。参见上引诺斯书，第25页以下。

地权分配的终极来源是超经济层面的“封、赏、请、射”，〔7〕正所谓“普天之下，莫非王土”。被分配的土地原则上可收回，土地持有人的权利无法表达为“所有权”这一具有绝对排他性的权利结构。政治权力的控制与土地的控制（占田）相伴而生，政治权力的稳定平衡造就了阶段性稳态的地权关系；政治权力的动荡更替则会导致地权格局的重组，如历史上频繁重演的土地革命、土地兼并和隐占现象，〔8〕它们构成地权秩序中非制度性的不稳定因素。

国家会提供一组服务（如司法保护）来交换岁入，所以地权秩序对于官府的意义，无外乎收敛税赋和地方安靖。无论是地主还是自耕农的土地，在官府的视野中都仅作为一个赋税单位而存在。国家仅仅在统治阶层利益最大化的目标范围内促进和界定有效率的产权，除此之外，既无力也无心进行必要的制度安排，由此导致了乡土社会中官僚法的缺席，以及民间惯习作为一种反控制应对的必然出现和蓬勃发展。〔9〕在政治局势相对稳定的阶段，乡土社会以民间惯习为基础，对地权进行了细化，构筑出一套原生的、以契约为工具的微观地权秩序。

这套民间产权结构并非由国家建构和实施，而是在哈耶克所谓“进化论的理性主义”框架内形成的自生自发秩序，包括民间风俗和惯习等“未阐明的正当行为规则”。〔10〕经济因素在其中占据主导地位，私人从权能与时间等维度，对土地收益进行多层次分配，生成了典卖、活卖、绝卖、租佃等一系列灵活、开放而多元的交易名目。民间产权结构产生于“所有权缺失”的宏观制度背景，私人权益具有相对性，只能相互主张并有限度地对抗他人。

宏观与微观地权秩序确立了一套以“土地收益”为标的的分配方案：土地总产出 = 官府实收税赋 + 征收过程中的消耗 + 留给田主的产出剩余。〔11〕官府管控土地的动力，在于如何从土地总产出中收取足额的税赋并限制作为交易费用的各类消耗。〔12〕官府对于民间保有的土地产出剩余部分如何在相关权益者之间分配并无兴趣，因此该部分才有可能、也有必要在官府管控之外进一步细化。

国家有两个基本目标，一是统治阶层的利益最大化，二是全社会的总产出最大化，以增加国家税收。然而这两个目标之间存在持久的冲突：要使社会产出最大化，就要求国家提供最高效的产权制度；而确保统治阶层利益最大化的可能是一套低效的产权制度。这一冲突是不能实现社会经济持续增长的根源。〔13〕在传统中国的地权秩序中，这一冲突不仅表现为官僚法与民间惯习处处抵牾，还表现为政治权力的更替介入，以不可预测的周期破坏

〔7〕 土地与权力紧紧缠绕在一起，是连结“国家—民户”的纽带，民户的各阶层取得土地的途径有：赏赐、请射、职禄、买卖、掠夺、继承等。除买卖和继承外，其他四种途径均与国家权力有关，其产权是政治权力的延伸。参见吴向红：《典之风俗与典之法律》，法律出版社2009年版，第68页。

〔8〕 尽管土地兼并时也以土地买卖的形式出现，却掩盖不了它发生的权力背景。参见程念祺：《国家力量与中国经济的历史变迁》，新星出版社2006年版，第41页以下。

〔9〕 同上引程念祺书，第8页。

〔10〕 参见〔英〕冯·哈耶克：《自由秩序原理》，邓正来译，生活·读书·新知三联书店1997年版，第11页以下；〔英〕冯·哈耶克：《法律、立法与自由》，邓正来等译，中国大百科全书出版社2000年版，第36页以下。

〔11〕 征收过程中的消耗包括耗羨、漕运、贪污等交易费用。参见〔日〕寺田浩明：《中国近代土地所有制研究》，载氏著《权利与冤抑：寺田浩明中国法史论集》，王亚新等译，清华大学出版社2012年版，第86页以下。

〔12〕 前引〔7〕，吴向红书，第251页以下。

〔13〕 前引〔5〕，诺斯书，第25页以下。

和压制着民间地权秩序的稳定性,比如历史上频繁重演的均田、抄没和圈地。<sup>[14]</sup>而民间地权以惊人的生命力,在每一次政治风暴过后新的宏观格局下,通过高效的产权配置促成社会经济的复苏。

官僚法与民间惯习在长期博弈的过程中,也逐渐形成默契和分工:国家权力以“永不加税”的承诺等方式,退化为土地上的固定负担,表现为民间契约中“载粮某某石”等条款内容;而民间自生自发的地权秩序,以灵活高效的方式合理配置土地、劳动力与资本等经济要素并生成有序结构。地权契约的存在和效力并不依赖于官府,正所谓“民有私约如律令”,无论红契(经官府盖章公证)还是白契(未经官府认证),作为“管业来历”的可信凭据,均得到民间惯习的认同,以至于最暴烈的手段也无法将其完全纳入官僚法的范畴。

## 二、民间地权秩序中的管业层级与交易形态

### (一)“业”的观念、层级结构与交易形态

在乡土社会中运行的地权秩序中,核心概念是“业”。与物权观念不同,“业”的观念侧重于土地孳息,其本质为“养育”而非“支配”,支撑“业”的是一种朴素的生存伦理,人与“业”之间是共生性的相互依赖,而非单向度的控制。<sup>[15]</sup>所以“业”并不要求人对物的排他性支配,仅需得到某一层面的使用许可。“物”与“业”是一对多的关系,一块土地上可以同时成立多项内容与形式皆不同的“业”,各得其所、相安无事。当“业”的结构逐步形成几种稳态并得到社会广泛承认时,便构建出一套有规范性色彩的“管业秩序”。“管业”是一种名分,使得人与业之间的关系具备正当性,获得管业名分的人被称为“业主”。

“业”的层级结构,有广义与狭义之分。广义上,人与土地建立的关系皆可称为“业”,惟“管业”内容有所不同;狭义上,“为业”的必备条件,是收益源具有长期性,内容上超越单纯的劳作收益,具有一定程度的排他性和对抗力。<sup>[16]</sup>以该标准衡量,通常不把仅享有劳动收益的普通佃户认定为“业主”,而“田皮主”被认定为“业主”,乃是因为田皮主超越了耕佃者上升到坐享取租的地位,这种地位还可以转让,“取租权益”是业主收益独立化的表现。狭义的“业”又分为“大业”与“小业”:经由新垦、自有或祖分等方式获得的完全产业称为“大业”;经由永佃、一田二主、典卖等地权分化方式获得的次级业权称为“小业”。<sup>[17]</sup>在传统话语体系中,“大业”与“小业”分别被称为“田产”与“佃业”。

“业”的交易形态多样,买、典、租、佃都可以使人管业。至明清时期,逐渐形成多元的地权交易体系链:胎借—租佃—押租—典—抵当—活卖—绝卖。地权交易形态于漫长的历史演进过程中逐渐丰富起来:在租佃与买卖之间,宋代出现典;在租佃与典之间,明清

[14] 近年来涉及中国传统民事法的研究潜含着“没有国家的法律史”的倾向,强调传统民事法的内在自洽性,很大程度上把国家的意志与利益取向排斥出考察视野,这种绝对化的视野在权力无所不在的传统社会是值得怀疑的。参见邓建鹏:《财产权利的贫困:中国传统民事法研究》,法律出版社2006年版,第7页。

[15] “业”在词源上指一份生计,譬如陶渊明《桃花源记》中的“捕鱼为业”,“农业”就是“农耕为业”。获得维持生计的手段为“得业”,反之为“失业”。前引〔7〕,吴向红书,第191页。

[16] [日]森田成满:《清代中国土地法研究》,牛杰译,法律出版社2012年版,第24页。

[17] 郝维华:《清代财产权利的观念与实践》,法律出版社2011年版,第118页。

出现押租；在典与卖之间，明清出现活卖。<sup>〔18〕</sup>若以现代产权标准衡量，这些业的交易形态，既包括产权不变的融通性交易与用益性交易，例如以土地为担保的“按”、“抵押”、“胎借”、“典制”等借贷形式，以及涉及土地用益价值的“租佃”、“典制”；也包括以移转产权为目的的交易类型，如典卖、活卖、绝卖、顶退、找价（找贴）、回赎等。规则的一般价值取向是最大限度地避免田主身份易主。

“业”的一系列层级结构和交易形态塑造了乡土社会特有的所有观、买卖观与租佃观。对于农人来说，关心的是获得土地用以耕种并取得正当的收益。因此任何一种地权层级结构和交易形态，皆以“土地的经营收益”及其“正当性”两个因素为基础。所谓“土地的买卖”，不能简单地认为是对土地这一“物”的处置和移转，而是“前管业者”把管业地位出让给“现管业者”的行为；所谓“土地的所有”，就是向社会公示“现管业者”与“前管业者”订立的契据，作为取得管业地位的正当“来历”获得社会成员的尊重与认可。<sup>〔19〕</sup>

总之，土地管业秩序，就是围绕特定农地的经营收益行为，前管业者与后管业者之间通过契据支付对价而发生的“活、绝”两种正当性的赋予与继受，以及社会上对此结果的大体尊重，使“管业来历”在民间社会结构中获得的较稳固的位置。“业”摆脱了绝对所有权的观念，甚至包含着与所有权的排他支配性根本矛盾的内容，所谓“业主的所有权”只是多余的现代性虚构。正是基于管业秩序这种简单而又普遍存在的机制，才使传统社会中的地权秩序与大规模的土地交易在低成本上得以维持。<sup>〔20〕</sup>以下对“业”的各层级结构与交易形态的制度轮廓逐一简单勾勒。

## （二）永佃制：较高经营收益、低流通性的无期限佃业

永佃制发端于宋代，自明中叶以后，开始流行于东南地区，到了清代和民国时期，已蔓延全国，在若干地区成为主要的土地租佃形态。永佃制这一地权类型的结构内容可概括如下：佃户向田主交纳定额租，有经营土地的自主权；佃户在不拖欠地租的前提下，有权“不限年月、永久耕作”土地，田主无权撤佃；佃户可以自由退佃，主佃之间不存在人身依附关系；佃户无权自由转佃。<sup>〔21〕</sup>

永佃制的生成，源于多种因素的共同作用：<sup>〔22〕</sup>第一，为了稳定租佃关系，在北宋末南宋初，主佃之间普遍签订长期租佃契约。有些地方的买主在买田时于买地文契中承允继续出租给原佃户，构成“随田佃客”。第二，押租制是永佃最常见的起源。它的基本功能是防止欠租，并朝着“押金趋高，租额趋低”的形势发展。押租的佃户在承佃年限和经营收益上常有附带要求，如地主不退还押租银，佃农便可一直承佃，在契约文书中体现为“许退不许辞”和“卖田不卖佃”等条款。第三，宋代典卖之风盛行，很多时候出典者继续留在土地上以佃户身份耕作，在回赎前可世代承佃，由此永佃成为典卖土地的附带条件，被称为“就行佃赁”。第四，在边远省份开荒、东南各省水利工程兴修以及战乱或抛荒后的复耕过程中，佃户对土地投入工本，使田地增值并由此获得永佃资格，被称为“久佃成业”。第

〔18〕 龙登高：《地权市场与资源配置》，福建人民出版社2012年版，第51页，第95页。

〔19〕 前引〔11〕，寺田浩明文，第77页以下。

〔20〕 [日] 寺田浩明：《权利与冤抑——清代听讼和民众的民事法秩序》，载前引〔11〕，寺田浩明书，第218页。

〔21〕 参见杨国桢：《明清土地契约文书研究》，中国人民大学出版社2009年版，第70页以下。

〔22〕 参见赵冈、陈钟毅：《中国土地制度史》，新星出版社2006年版，第299页以下；赵冈：《永佃制研究》，中国农业出版社2005年版，第11页以下。

五，“诡寄田产”及投献行为。如田主将土地转让给官户，但自己继续耕种以求庇护。另外，安徽等地的世仆或庄仆制也是成因之一。

在永佃制的多种生成方式中，押租制的旨趣在于纯粹的佃业，“退佃还银”成为唯一的退出机制。押租人的基本投资策略是“不置田产，只做佃业”。押租的价银可多可少，价银多则地租轻，价银少则地租重。因此，押租的功能在于“加押减租”，以提高永佃户的经营收益。价银与地租的关系体现了当前现金流与未来收益两者之间的权衡以及灵活多样的配置。在特定情形下，当押租银增加到一定数额，地租可趋减至零，相当于把土地典卖或活卖给佃户。<sup>[23]</sup> 永佃制的其他生成方式也体现了类似机制，如招垦开荒便是把投入的工本转化为佃业资本，表现为不受期限的承佃以及地租数额的适当折让。

总之，永佃制下，佃户不欠租便有权长期耕种土地；佃户有“自由退佃权”但没有“自由转佃权”，流通性较差；经营收益根据押租额的大小自由浮动。永佃制是一种具有较高经营收益的、低流通性的中长期佃业。

### （三）一田多主：高经营收益、最高流通性的无期限佃业

一田二主这一民间惯习在明清时期已遍及江南各地与我国台湾地区。<sup>[24]</sup> 其地权分化的路径是，把一块土地抽象分割为上下两层，田面和田底分别归属于不同主体且皆能独立自由处分。田面主享有的权益，包含对土地的占有使用、部分收益（小租）和对田面的处分权（自由退佃、转佃和典卖的权利）；田底主享有的权益，包含部分收益（大租）和对田底的处分权，同时负担国家层面缴纳税赋的义务和乡族层面“乡邻先买权”的限制。<sup>[25]</sup> 从“业”的角度观察，一田二主中的田底和田面没有相互隶属或屈从关系，<sup>[26]</sup> 具备两套各自独立的“管业来历”。

一田二主制中的土地权益分配结构如下图所示（图1）：在土地总产出中，国家获得的部分产出就是税赋；田底主获得的土地产出为从田面主处收得的大租减去所纳税赋后剩余的部分；田面主获得的土地产出为从佃户处收得的小租减去上交给田底主的大租后剩余的部分；佃户获得的土地产出为土地总产出减去上交给田面主的小租后剩余的部分。

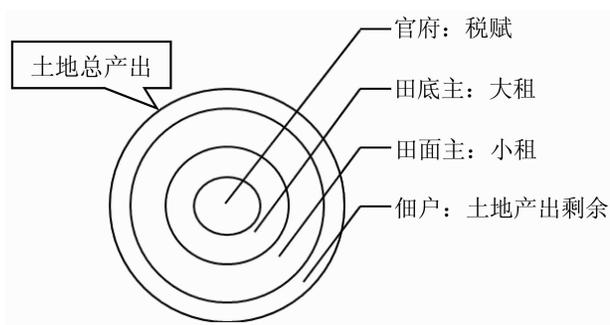


图1 一田二主制中的土地权益分配结构

[23] 吴向红、吴向东：《无权所有：集权奴役社会的地权秩序》，法律出版社2015年版，第68页以下。

[24] 葛金芳：《中国近世农村经济制度史论》，商务印书馆2013年版，第242页以下。

[25] 田面又被称为田皮、上地、小业等，田底又被称为田骨、田根、底地、大业等。参见前引〔21〕，杨国桢书，第307页以下。

[26] 前引〔20〕，寺田浩明文，第227页。

一田二主制中的地权分化从田主层和佃户层两个方向同时展开。<sup>[27]</sup> 田主层的分化与明代的赋役制度紧密相关，佃户层的分化在永佃制基础上演化而来。佃户原本不能自由转佃，但是当佃户“私相授受”永佃地位的行为渐渐生成乡规俗例，作为一种不可变更的既成事实，迫使田主从不承认到默认、从默认到公开接受，永佃便进化成为了田面。整个分化过程大致有三种类型：<sup>[28]</sup> 其一，从田产中分割出田面转让给他人，田主自己保留田底。例如田主活卖土地但不办理过割推收手续，自己保留纳税义务；或者卖主向买主索取高价，继续作为名义上的田主保留粮差义务（虚悬）；或者佃户垦荒投入浩大工本，田主直接授予佃户田面作为垦荒工本的对价。其二，从田产中分割出田底转让给他人，田主自己保留田面。例如田主为逃避粮差，以贱售、诡寄或授产赠送的方式，将田底连同缴纳粮差的义务一并转给他人。其三，将田产同时分割为田底和田面，分别转让给不同的买主，或分家析产时给予不同的家庭成员。

一田多主展现了地权在四个层面的分解：<sup>[29]</sup> 一为投资的分解。田底主通过继承或买卖获得田底，佃户通过押租、垦荒等方式获得田面，对土地皆有不同程度的控制权。二为收益的分解。官府、田底主、田面主与佃户各自都获得了一定的土地收益，这种分配机制以土地高产出为前提。三为管理的分解。田底主负责水利等基础设施或土壤的保持，田面主负责具体的耕种劳作，“不在地主”则将管理权完全委托给田面主。<sup>[30]</sup> 四为风险的分解。理论上田底主收取稳定的定额大租，不因土地收成丰歉而增减，风险很低，而田面主或佃户则面临高风险与高收益的并存。

田面与田底的价值并没有法定比例，由各自独立的市场所决定。<sup>[31]</sup> 人们通常认为田面价有相对固定的价格。但是在押租制盛行的地区，田面价随押金多少而上下浮动。<sup>[32]</sup> 田面与田底的价格并不同步升降，也无明显关联。从长期历史趋势来看，由于田面买卖手续简便，只凭双方契据（白契）便可完成，无需过割和认缴契税；田面主直接占有与使用土地，只要土地总产出足够，可将田面租佃出去收取稳定的“小租”，自己成为二地主；<sup>[33]</sup> 同时，工本的持续投入使田地生产力日渐提升，在大租基本稳定不变的前提下，田面主的收益率通常随之上升。上述因素促使田面价格在承平年岁日渐上涨，而田底价格则日趋下跌，如江南地区田面价约为地价的三分之二，田底价约为三分之一。<sup>[34]</sup> 这一价格趋势改变了田主置产时的行为模式，倾向于卖出田底而留下更有价值的田面。但田面的风险在于，作为民间惯习，缺乏官僚法的支撑和保障，一旦遭遇战乱等社会变局，收回或持有田面的风险大增。到了近代，地权市场则显现出两个新的特征：田底交易频繁，转手率高，而田面转手

[27] 明中叶后普遍存在一田两主、一田三主甚至一田四主的情形。参见傅衣凌：《明清农村社会经济 明清社会经济变迁论》，中华书局 2007 年版，第 51 页以下。

[28] 前引 [21]，杨国楨书，第 307 页以下。

[29] 前引 [18]，龙登高书，第 36 页以下。

[30] 费孝通把一田多主制与不在地主制联系起来。“不在地主”指仅占有田底，而不占有田面，因此无权直接使用土地进行耕种的人。参见费孝通：《江村经济》，上海世纪出版集团 2007 年版，第 137 页，第 141 页。

[31] 前引 [22]，赵冈书，第 43 页以下。

[32] 曹树基：《传统中国地权结构及其演化》，上海交通大学出版社 2015 年版，第 29 页。

[33] 前引 [21]，杨国楨书，第 93 页。

[34] 前引 [18]，龙登高书，第 101 页以下。

率较低；田底的买主多是外地人，田面多限于本村范围内周转。<sup>[35]</sup>

田面是对佃业价值最彻底的表达，田面主与田底主之间是一种非人格化、非身份性的债权债务关系。<sup>[36]</sup>田底主享有的大租，不过是从田面主处获取定额地租的经营性地位，田底买卖的价格也只是与这种经营性地位相对应，比完整的土地价格低得多，并且拖欠大租不会导致田面被收回。作为地权分割的对价，田面价体现了买方对田主两方面的补偿：一为土地收益的减少（收益仅限于大租），二为管业范围的极小化（不能对土地直接占有使用）。<sup>[37]</sup>田底与田面均可通过多种交易形态分别自由流转，具有高度流通性，相互之间没有牵制，一方主体的变更不会引起另一方权益的消长，两者均没有期限限制。总之，田面是一种高经营收益的、具有最高流通性的无期限佃业。

一田二主的出现，意味着土地产权被分解为经营性地权（田面）和资产性地权（田底）。作为独立而稳定的产权形态，田面主通常愿意追加工本长期投资以提高地力，提升了未来收益，形成新的恒产增量，改善了一般租佃制下佃户对土地投入的激励缺失。因土地投资产生的未来预期收益，可以由接耕者在交易价格中予以贴现。<sup>[38]</sup>另一方面，田底成为纯粹的资产性地权而不参与土地具体经营，“不在地主”这一类型的推广，鼓励了城市居民与工商业者下乡购买并投资于土地，大大延展了参与地权交易的社会阶层。同时，资本性与经营性地权的相互置换，还为农户最大化利用家庭资源提供了多元选择：需要扩大经营规模时，可以出卖田底获得资金，以购买更大面积的田面实现规模经营；需要资金时，可以出卖田底或田面进行融资。当家庭劳动力充足时，可以保留田面以获取劳动收益；劳动力不足时，则保留田底获取资产性收益。

一田多主与永佃制的差异，在制度的表象轮廓层面，仅仅体现为佃户是否可以自由转佃。但这两种管业类型的旨趣与功能有明显差异，其关系不是递进，而是分差。一田多主制的精髓，体现为地租和管业范围精确而合理的划分。田底主自愿从土地经营中退出，将自身权益抽象为年金或税邑一样的租谷来源，享受大租和国家税赋的差额，保有名义上的田主身份，其他一律不问；田面主则以缴纳大租为代价，彻底摆脱了税赋征缴中的过割与输纳之苦，并可自由流转田面，因此这一关系是双赢的。<sup>[39]</sup>与官府的交通完全留给田底主，由此成功隔离了政治权力导致的一切负外部性，使田面成为民间原生地权秩序中纯粹的经济要素。作为超级佃业，田面的高度流通性和对资本的吸引力，对乡土社会的地权分化产生了决定性影响，这是永佃制所无法比拟的。永佃制的核心功能是防止“增租夺佃”，一田多主制则通过“底、面”分离屏蔽了官府与业主两方面的不确定性，在所有权缺位的背景下，把田面塑造成为近乎现代土地产权的优质资产。

#### （四）典制：最高经营收益、可自由流通的中长期佃业

典制又称为典卖，指有保留地出售土地，为最具本土特色的民间惯习。古汉语中“典”

[35] 前引〔22〕，赵冈书，第43页以下。

[36] 参见〔日〕仁井田陞：《中国法制史》，牟发松译，上海古籍出版社2011年版，第222页。

[37] 前引〔23〕，吴向红等书，第52页以下。

[38] 如果土地投入的未来收益不能转让或贴现，将限制佃农的自由选择，强化土地的束缚作用。所以变现转让是一种退出机制，代表着资本对人的从属关系，反之则代表着人对土地的依附，这一点决定着佃农的性质。参见前引〔18〕，龙登高书，第102页以下。

[39] 前引〔23〕，吴向红等书，第54页以下。

作为动词的本义是掌管、使用，用于土地时为“使……管田”之意。对土地之典起源于北朝隋唐均田制时期对于土地转卖的限制，指在固定期限内回赎的“帖卖”之法。<sup>[40]</sup>后周时期典、质二字复合为“典质”，与具有抵押功能的“倚当”（抵当）并列。<sup>[41]</sup>典制正式形成于唐宋时期，受到唐宋律令中不保护计息债权原则以及强调家族财产传承性的文化背景影响，得以长期广泛存在与扩散。<sup>[42]</sup>

典制的结构内容可概括为，自出典到绝卖或回赎完成的整个管业期间，典主支付给田主典价，换取四个方面的权益：一为典主可占有使用土地并收益；二为典主无需缴纳地租（地不起租，银不起利）；三为典主可自由转典；四为田主无法回赎时可将田产绝卖给典主。<sup>[43]</sup>典制与一田二主制的区别在于，典制是从时间维度对地权的分割：以典期为界，在典期之前典主无条件管业；典期之后田主可以回赎土地，未回赎时由典主继续管业，由此构成“一业两主”的权益格局。典制需要占有使用土地，所以客体包括田产与田面但不包括田底，因为田底并无占有土地之权能。

在典制中，典主使用土地无需支付地租，可获得最高经营收益；典主可自由转典，并且一般不存在税赋过割的负担，流通性强，在转典或回赎时可兑现典价；典期可以自由约定，且期满之后，除非业主回赎或找绝，典的状态永远持续，即所谓“一典千年活”。因此，典制是一种优质的具有最高经营收益、可自由流通的中长期佃业。

典制在传统社会承担着“以业质钱”的信贷融通功能与土地这一经济要素的流通功能。其中信贷融通功能体现了典制的根本价值，管业收益的流通功能是信贷操作的结果。两种功能分别成就了交易两造的动机：田主出典是为了获得长期无息信贷，典主则是为了取得具体的土地管业收益。<sup>[44]</sup>“以业质钱”成功的关键在于“业”的孳息（地租）与典价的利息对抵，所谓“地不生息，钱不起利”。典制就是发生在土地租金与资本利息之间，或者说土地经营收益与放贷本金之间的交易。虽然在实践中典价的高低与典期的长短成一定正比关系（时间越长，土地收益总额越多），但田宅典制的精髓，在于“息租对抵”这一微妙的平衡，使得典制对时间不敏感，无论出典时间多长，对业主和典主均无大碍，因而典期可自由约定或更改，不必设定特别的限制。在传统民间信贷诸类型中，典制通过“息租相抵”抑制了复利，摆脱了高利贷的危害，这是典制与押、抵等支付利息的借贷类型的本质差异，使得典制成为民间信贷融通中最为温和与稳健的形式。

现代民法理论将典制重述成一种权利（典权），这是对典制内涵的严重误读。典权属于

[40] “帖卖者，钱还地还，依令听许。”《通典》卷二：《食货 田制》。转引自前引 [23]，吴向红等书，第 11 页。

[41] “倚当”之“倚”字，是依靠、凭借的字义，与抵销、顶替字义的“当”字结合为“倚当”，表示依靠田宅若干年的收益抵销积欠下的债务，由受当人占有使用田宅，也被称为“抵当”。倚当与典卖不同，它是一种债务的清偿方式，立契时议定的当价只是债务人不能偿还的债务数额，与田宅价值并无直接联系。而出典源于债务的担保行为，设定时须考虑田宅价值来设定典价。参见郭建：《中国财产法史稿》，中国政法大学出版社 2005 年版，第 133 页以下。对“倚当”的另一种理解认为，抵当就是通过土地担保获取借贷，如不能偿还债务和利息，则以地权让渡来清偿。因此官府和社会伦理通常限制抵当，一是基于反对高利贷的道德伦理，二是抑制土地产权的被迫转移。宋朝称典为“正典”，抵当为“倚当”。参见前引 [18]，龙登高书，第 64 页以下。

[42] 前引 [41]，郭建书，第 155 页。

[43] 前引 [23]，吴向红等书，第 68 页以下。

[44] 前引 [7]，吴向红书，第 256 页。

用益物权抑或担保物权的争论持续至今,根源就在于典制无法被固化为欧陆民法体系中某一权利类型。典制的内涵是多元的,视具体语境而变化:典卖下的典为活卖之萌芽;附期限之典为金融信贷工具,是担保权益的鲜明体现;典主对土地的管业即占有使用,又属于用益权益的范畴;“老典一百年”的状态,可谓介于用益权人和业主之间。〔45〕

典制的扩散与保存家产一脉相传的民间传统伦理有着内在关联。典制设计为时间维度的弹性结构,目的便在于在不改变民间土地归属的前提下,通过新增管业地位满足私人间的融资需求。因此典制总是倾向于宽松、灵活、允许延长和后滞的回赎期限,这一制度架构不是通常的买卖关系能够解释的。〔46〕黄宗智认为,典制一方面体现了前商业逻辑的生存伦理,对那些无法以土地产出糊口的人给予特别照顾,通过出典土地济危解困、渡过时艰,并且“不负出卖之名,而有出卖之实”,顾全了农人“重孝而好名”的心态,维护了祖产的颜面;另一方面则体现了不断增长的商业化市场逻辑,如允许典主自由转典,以及允许田主在逾期无力回赎时延典或找价,直至绝卖土地。〔47〕

#### (五) 地权的三种交易形态:典卖、活卖与绝卖

明清时期地权交易大致分为绝卖、活卖与典卖三种形态。“绝卖”等同于现代的买卖观念,是地权的最终出让,前业主无权回赎或要求找帖(要求买方支付活卖价与时价的差额)。“活卖”也属于有偿转让地权,同时保留前业主回赎或找帖的权利,前业主由此可回复地权或经由找帖获得进一步收益。〔48〕卖方找帖或买方“加绝”后,活卖便转为绝卖。“典卖”在名义上不涉及地权转让,但在典期届满且田主无力回赎时,可通过“找价”等程序转为活卖或绝卖。〔49〕活卖与典卖有着共同的社会基础,或是为了颜面等人情世故,或是期待日后取赎而存一丝保产之心,或是因无须过割而避税。这种“拖泥带水”的产权交易模式,是乡土社会对权利态度的真实写照。

地权买卖的实质,就是买卖双方对土地经营收益及其正当性的移转。根据是否允许回赎与找帖,分为“活”与“绝”两套程序。“典”与“卖”的关系,与其套用他物权向所有权转换这一物权法框架,毋宁通过由“活”向“绝”逐渐移行的框架来理解。〔50〕典卖与活卖保留了返还价款、回赎管业的可能性,绝卖则意味着丧失取回管业地位的可能。

典卖与活卖盛行于田土交易。除了保有回赎的可能之外,另一个重要原因,在于典卖与活卖价格远远低于绝卖价(典价一般为时价的40%—70%),〔51〕有效降低了各方购置田产的成本与门槛。找帖等后续惯习虽然给人情世故的纠葛留下很大空间,但实质上是卖方基于经济上合理的理由(如地价上涨、通货膨胀等)向买方寻求增加授信,通过找帖这一微妙的

〔45〕 前引〔17〕,郝维华书,第136页。

〔46〕 黄宗智和赵晓力都探讨过民间田宅交易的“非完全竞争性质”,能够支撑这一习俗的,是典主对此事的观念和态度。黄宗智认为,在田宅交易中,价格只是要素之一。此外,家族关系、互惠原则、礼品道德等因素无不起着重要作用。参见黄宗智:《民事审判与民事调解:清代的表达与实践》,上海书店出版社2001年版,第94页。

〔47〕 黄宗智:《法典、习俗与司法实践:清代与民国的比较》,上海书店出版社2007年版,第61页以下。

〔48〕 回赎或找帖是一种对被迫出卖地权的弱势者维系产权的制度安排。参见前引〔18〕,龙登高书,第69页。

〔49〕 用于活卖者称为“找帖”,用于出典者称为“找价”。参见前引〔17〕,郝维华书,第138页。

〔50〕 前引〔20〕,寺田浩明文,第218页。

〔51〕 参见前引〔7〕,吴向红书,第35页以下。

平衡机制，在更大时间跨度上修正双方利益的不均衡，可视为土地交易分期付款的萌芽。<sup>[52]</sup>

依严格的法律逻辑，找贴的前提是卖方放弃回赎。但这一理解并不符合历史实情。找帖不以绝卖为前提，其合理性根植于典价（或者活卖价）与田宅实际市场价格的差额。民间惯习不限找帖次数与时间，仅根据“多次找帖后的总价款不高于绝卖价”这一原则约束卖方。<sup>[53]</sup>自乾隆年间以降，“加找”演变成一种契约格式，交易双方在谈定交易价格后，以“卖价”和“找价”分别订立契约，“卖契”和“找契”时间或相差数日。<sup>[54]</sup>“找帖”作为分期贴现的手段，控制了民间的高利贷风险，并提供了相对安全的长期信贷，这使得典卖与活卖作为金融工具，发挥了重要的社会保障作用。

### 三、民间地权秩序的统一理论框架

#### （一）民间契约：地权分化与交易的实现工具

传统中国没有欧洲中世纪时期复杂的封建土地法的束缚，地主和佃户并非分属特权阶层和隶属阶层，彼此不存在紧密的人身依附关系。<sup>[55]</sup>乡土社会中的地权分化与交易，主要经由民间契约这一工具展开。<sup>[56]</sup>地契的存在和效力并不依赖于官府，正所谓“民有私约如律令”，无论红契（经官府盖章公证）还是白契（未经官府认证），作为“管业来历”的可信凭据，均得到民间惯习的认同。红契需缴纳交易税即契税，<sup>[57]</sup>明中叶开始，由户部印制官印“契尾”，作为买卖程序合法的证据。每份契约还需缴纳四十文铜钱作为工本费，并“过割”田产与税粮义务。<sup>[58]</sup>发生田产纠纷时，双方大多以民间契据来证明自己管业地位的合法性，官府处理田产纠纷时多依据两大要点，一为是否有红契，二为是否交业。南宋时强调卖方必须“离业”，即移转土地的占有。<sup>[59]</sup>但明清时期，法律对离业不再有明确规定，出卖土地后转为佃户的情况比比皆是。

交易双方的利益期待都落实在地契上，租佃关系的契约化对佃业分化至关重要。交易的普遍范式为：管业内容 = 契约名色 + 契内限定。<sup>[60]</sup>“契约名色”指契约类型，不同的交易客体（民田、官田、族田、田底、田面等）与不同的交易方式（一般租佃、活、绝、典、

[52] 前引〔18〕，龙登高书，第72页。

[53] 正是基于错误理解，为避免多次找贴引起的纠纷，清政府于1730年规定，卖方只许找贴一次。但实践中多次找贴的做法并无变化，只是在契约文书形式上有所变通以应付官僚法。前引〔7〕，吴向红书，第35页以下。

[54] 参见前引〔32〕，曹树基书，第33页；尤成俊：《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，第16页。

[55] [英]理查德·托尼：《中国的土地和劳动》，安佳译，商务印书馆2014年版，第62页。

[56] 契约制的租佃关系，早见于宋元，大规模施行是在明中叶以后才发达起来的。参见前引〔27〕，傅衣凌书，第71页。

[57] 明朝契税税率为百分之二，清朝为百分之三，“顺治四年定：凡买田地房屋，增用契尾，每两输银三分。”《清通典》卷八《食货八 赋税》。后光绪年间因财政困难，税率提高到百分之六到百分之九。参见前引〔41〕，郭建书，第221页以下。

[58] “过”即过户，“割”即割除原田主的赋税登记。明清律规定，买卖田宅“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。”《大明令 户令》、《明史》卷七十五《职官志四 税课司》。参见蒲坚主编：《中国历代土地资源法制研究》，北京大学出版社2011年版，第336页。

[59] “凡典卖田宅，听其离业，毋就租以充客户。”《宋史》卷一七二《食货志一》。参见前引〔41〕，郭建书，第221页以下。

[60] 前引〔7〕，吴向红书，第213页。

押租等)可组合为多种契约类型,以应对实践中复杂多变的交易需求。如果单单契约名色还不足以区分或满足特定的交易需求,则在契内再加以文字限定,目的在于精确地界定管业的具体内容与双方的权利义务。以地权融通性交易为例:“按”指以土地为担保的资金借贷;“押”与“胎借”指以土地为担保,同时以土地收益来还本付息;“典”指转移土地收益占有并收租抵息;“抵”指把田产分割为田面或田底以抵欠旧债。以上各交易类型均能通过不同的民间契约严格区分彼此。<sup>[61]</sup>当然,这些田产交易术语为民间自行创设使用,很少得到官僚法的统一规制,不同地区也会出现一词多义或多词一义的现象。

民间契约作为以自由合意为基础的经济工具,使乡土社会以效率为导向,分化出一系列灵活高效的佃业形态。具体做法是以标准租佃契约为原型,围绕田主与佃户两个主体,注入各种社会经济变量,由此生成新形态的租佃契约,如私田永佃、一田多主与押租制。标准租佃契约向着正反两个方向发展:穷其极端,一为佃户仅提供单纯劳力的自立度很低的农奴制;二为佃户全权经营并担受所有风险收益的“不在地主制”。

本文以“押租制”为例予以说明。为了防止欠租,田主往往要求佃户缴纳大致相当于一年的租数的价银(押租),在租佃契约原型中加入了“押租银”这一变量。即使佃户欠租,通常不到押租被扣除完毕,田主很难要求佃户退佃,佃户因而以押租银换得长期耕种的权利或正当性,如同田主以价银为对价赋予佃户某种管业地位,起到稳定租佃关系的效果。同样的事态也出现在“明租暗典”或“半租半当”等类型中。当押租银加码至一定程度,这种“租契”与“典契”结构相通,管业资格渐次浸透于租佃关系,<sup>[62]</sup>地权经由契约这一工具而分化,同时也体现了一般租佃关系的“管业化”进程。

## (二) 管业层级的影响因子与地权价值

分化而成的各种土地权益被表达为不同的管业层级,对应着不同的权利内容。地权分化并形成交易市场的必要条件,是分化出来的地权(管业层级)的价值高于交易成本。<sup>[63]</sup>地权的价值主要取决于四种影响因子的权衡(参见表1):一为经营收益,二为流通性,三

表1 管业层级的影响因子

管业层级	经营收益	流通性	管业年限	税赋风险
一般租佃	低, 纯劳动收益	低, 不能转佃	短, 田主有权撤佃	无
永佃制	从正常至最高区间, 由押租金额灵活调节	低, 不能转佃	满足条件(不拖欠地租)时为无限期	无
田面	高, 小租减去大租的剩余部分	高, 自由处分	永久	无
田底	较高, 大租减去赋税的剩余部分	高, 自由处分	永久	有
典制	最高, 无需支付地租	高, 自由转典	典期灵活, 期满后不回赎或找绝, 则永久持续	无

[61] 前引[18], 龙登高书, 第85页。

[62] 前引[11], 寺田浩明文, 第79页以下。

[63] 前引[23], 吴向红等书, 第204页以下。

为管业年限，四为税赋风险。经营收益越低、流通性越差、管业年限越短、税赋风险越高，则地权价值越低，反之越高。权衡结果超过临界点时，地权价值才是正的，才有继续分化和交易的可能。

一般租佃作为初级水准的地权形态，虽然没有税赋风险，但起耕年限短，田主有权撤佃且佃户无权转佃，因而不具备流通性，经营收益仅限于“起耕收割”的劳动收益，地权价值偏低。

在一般租佃原型基础上排除年限限制和田主随意撤佃的权利，就发展为永佃制。在押租制这一重要的永佃类别中，押金趋高，租额趋低，佃户可在当前现金流与未来收益之间权衡，因而经营收益在正常至最高区间内灵活浮动，地权价值较一般租佃要高。

在永佃制基础上，再排除流通限制以及欠租时田主撤佃的权利，就发展为田面。田面无管业年限限制，田面主可自由独立处分转让，流通性和承耕年限皆为最佳。田面主无需同官府打交道，税赋风险规避得最彻底。田面主既可自己耕种，也可将田面租佃出去收取小租，属于地权价值最优质的超级佃业。

田产中分化出田面后，余下的土地权益构成田底。田底也可自由流通，没有年限限制，但田底主承担了全部的税赋风险，且不能占有使用土地，管业范围被极小化为收取大租的权限，经营收益被固化为大租减去税赋的剩余部分，地权价值反映在土地市场上，便是田底价格常常低于田面。

典制是乡土社会中极为重要的一种管业层级。在典制中，地租与典价利息相抵，因而典主占有使用土地却无需缴纳租金，经营收益最高。典主可自由转典，具备高流通性，一般也不存在税赋过割的负担。双方可自由约定典期，期满之后除非田主回赎或找绝，典的状态永远持续，管业年限在很长范围内灵活浮动。因此典制是价值极高的优质地权形态。

总之，租佃、永佃、田面、田底以及典制等管业层级均为佃业“资本化”与“管业化”的具体表达方式，<sup>[64]</sup>通过经营收益、流通性、管业年限与税赋风险四种影响因子而内部关联，体现为不同的权利内容与价值，在经历了适应、选择和规范化之后，逐渐形成制度上的稳态。

### （三）地权交易的理论框架

尽管传统中国不同区域占主导地位的地权类型各不相同，<sup>[65]</sup>呈现出纷繁复杂的结构特征，但地权分化现象普遍存在，总体而言存在一个形式与内容基本统一的乡村土地市场。<sup>[66]</sup>民间所有的地权交易都是同质的：均为佃业交易的一种形式，其功能无外乎通过租佃关系、买卖关系与雇佣关系完成土地、资本和劳动力三种资源的优化配置，并且以契据等“来历”获得正当性以及社会的承认和尊重。各种佃业交易的差别在于转佃的级别与方式，可以得

[64] 佃业资本化起源于这样的观念：除了佃田收谷这样的自然回报外，租佃引起的与土地的关系本身对佃户是有价值的，通过某些方式，这种价值还可以提高和兑现。这种价值称为“佃业附加值”，如粪草、工本或上等地本身的高产。参见前引〔23〕，吴向红等书，第62页以下。佃户经营的“管业化倾向”，一定程度上起源于田主采取的押租等措施。另外，佃户们提高地力即“肥培”投下的工本等也促进了管业化倾向。参见前引〔20〕，寺田浩明文，第221页。

[65] 华北地区与长江三角洲小农经济的主导模式便截然不同。参见黄宗智：《华北的小农经济与社会变迁》，中华书局2000年版；黄宗智：《长江三角洲的小农家庭与乡村发展》，中华书局2000年版。

[66] 前引〔32〕，曹树基书，第12页。

到贯通性解释。笔者为此建构出地权交易理论框架（图2）。在该理论框架中，不同地权交易类型的差异，体现为交易双方在“当前收益”与“未来收益”之间的权衡组合。

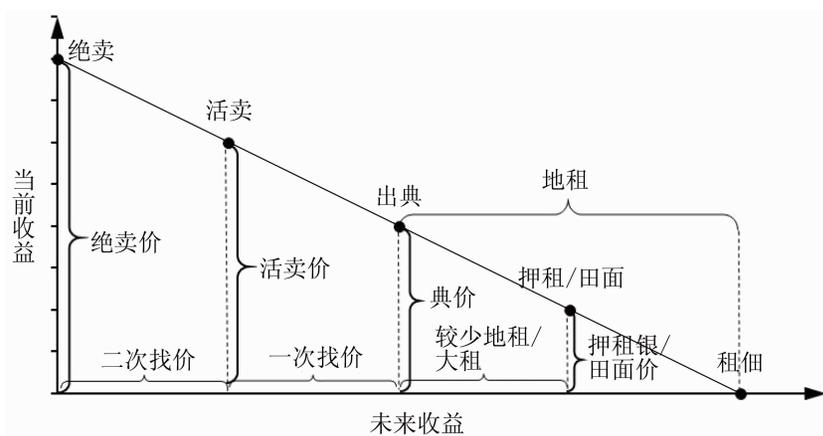


图2 地权交易的理论框架

上图中，横轴代表“未来收益”，从左往右逐渐增加；纵轴代表“当前收益”，由下至上逐渐增加。“租佃—押租/田面—出典—活卖—绝卖”这一交易链条，清晰展示出未来收益趋减而当前收益渐增的趋势。

首先，当一无所有的佃户承租田主土地时，田主出让了土地的占有和使用权能，未获得任何当前收益，换取的是全额地租这一最大化的未来收益。

其次，当佃户逐渐积累了一定资产，便可通过预交押租的方式，换取田主不能随意违约撤佃的承诺，由此，田主获得了押租银这一当前收益，代价是承租年限和未来收益的折让，押金趋高，租额趋低，双方可在当前收益与未来收益之间磋商权衡。田主出卖田面的理论架构同理，田主从田产中分割出田面给买方，自己保有田底，所获得的当前收益为田面价，未来收益为大租减去税赋的部分，田面价与大租额两者也呈反方向比例浮动，田面价越高，大租额越低。

再次，当押租这一当前收益上涨至一定程度，地租额这一未来收益便降为零，这种绝对的押租与典制完全接轨。出典人的当前收益体现为一笔典价，因典价利息与地租额相抵而无需支付地租，所以出典人的未来收益仅暗含于典期届满后、绝卖完成前，可向典权人主张的“找价款”。

复次，出典人向典权人找价，意味着转入活卖程序，该程序中田主的当前收益或者体现为“活卖价”，或者体现为典价加上找价款，未来收益指日后进一步绝卖时，可再次向买方主张的找价款。

最后，绝卖是唯一导致田产彻底易主的地权交易，卖方能获得最大化的当前收益，即“绝卖价”。但随着田产完全过割，卖方不再享有任意的未来收益。

至此，土地之租佃、永佃、出典、活卖与绝卖等多种管业结构与地权交易类型，便在统一的理论框架中得以妥帖解释。

明清时期正是通过上述“地权分化”而非“地权分配”的方式，形塑了乡土社会的产

权结构。地权的渐次分化不仅没有削弱地权秩序的稳定性，相反，明清时期地权市场的发展趋向成熟，甚至朝代鼎革也没影响民间社会的地权运行状况。<sup>[67]</sup>多层次的管业层级结构与多元化的交易类型，降低了地权市场的门槛，不仅使佃户可以获取传统的劳动收益，而且在金融工具短缺的农业社会，用分化的地权及其交易，解决了因生产投入与产品收获的季节性不同步而造成的融通性需求，包括时间维度的调剂与各种要素的调配。

#### （四）复杂地权的成因与功用：以典制为例

有学者对传统中国的复杂地权结构给予了否定性评价。以典制为例，埃里克森便认为，“在典制下，当前的土地占有者会意识到未来利益的权利人可以在某个时间点让他们离开土地。这种将地权复杂化的法律政策会导致对土地的不合理利用和减少对土地改良的投资。典这一传统可能是中国在清朝和民国时期经济表现相对糟糕的重要原因。”<sup>[68]</sup>

诚然，典制作为一种民间惯习，由于交易性质的不确定性、权利存续的不公开性等特点，成为官府受理的民间纠纷主要类型。但是，典制作为一种优质的具有最高经营收益、可自由流通的中长期佃业，在乡土社会起到了“以业质钱”的信贷融通功能与土地要素的流通功能，成为民间信贷融通诸形式中最为温和与稳健的类型，这已经远远超出了单纯的用益功能。因此，虽然出典者的回赎权某种程度上可能抑制了典主对土地的投资，但典期可由双方自由商定，中长期的典期使得典主对投资土地的回报有确定性预期。何况田主以土地出典正是由于缺乏资金，典主通常比出典者拥有更雄厚的财力，土地由田主换为典主来实际占有使用，总体上只会增加而非减少土地上的资本投入。

对于典制增加交易成本、降低土地交易量和妨碍规模农业出现的指摘，关涉的便是复杂地权的功过问题。新制度经济学的产权理论强调产权因素在经济史上的作用，认为明晰的产权才可能降低交易成本，是市场机制优良运作的关键。但产权结构的简明或复杂，与产权是否明晰，其实是两个问题。英美财产法中产权采线形结构，增加了时间维度上对地权的分割，比大陆法系物权体系更为复杂，但不同产权之间经由“对抗力”的比较确立了“更优的权利”，同样达至了产权明晰的效果。因此，地权结构自身的复杂与简单并非重点，关键在于不同产权结构下交易成本的高低。

产权的实质是排他的权力，在多种方案中，大陆法系的绝对所有权是确立权利排他性最彻底简单的方案，但并非唯一方案。明清时期的民间地权秩序与英美财产权体系，便是在绝对所有权缺位的前提下，通过民间地权契约等其他策略，一定程度上实现了权利的排他性。这种以契约为工具的民间地权结构，虽然催生了不少民间纠纷，却以极低的交易成本，灵活而高效地完成了各项资源要素的合理配置。

明清时期的复杂地权结构以经济效率为导向而逐渐生成。新制度经济学承认，产权既是国家设计的有意识的产物，也是“重复的私人互动行为的自发产物”。<sup>[69]</sup>历史上产权结

[67] 前引〔18〕，龙登高书，第130页。

[68] [美] 罗伯特·埃里克森：《复杂地权的代价：以中国的两个制度为例》，乔仕彤、张泰苏译，《清华法学》2012年第1期，第6页。

[69] 前引〔4〕，曾小萍等编书，第176页。

构的简化,多体现为自上而下的政治干预。从立法层面对权利结构进行人为的简化,无法应对社会交往实践中复杂多样的需求,遏制了资源配置效率,在严格的形式主义管控之下危及交易双方的意思自治,并平添了高昂的政府管理成本。<sup>[70]</sup>我国物权法在物权法定主义原则下,仅认可寥寥几种他物权类型,与现代商业社会多样态的财产利用与流转实践严重脱节。

复杂地权结构的功用还在于其社会经济效应,对制度史的评判不应脱离社会经济史的背景。地权结构就长期历史而言,内生于更为根本的经济和社会变量。<sup>[71]</sup>人地关系以及租税结构,对于地权秩序产生了极为深远的影响。

其一,在人地关系方面,何炳棣通过对明清人口变化的估测,证明中国存在马尔萨斯式的人口压力。人口过剩形成了中国近代农村危机的整体图景,<sup>[72]</sup>促使地权进一步分化以及平均。在地权自由交易的制度背景下,人口增加造成的强烈竞买力量,使土地归属日趋分散,所以典押之风盛行。当人口达到一定密度,多子继承制下的小农经济自然会催生出发达的土地市场以求再生,例如小农继承了不敷家用的土地,便要借助该土地市场买田或租田以求生存。<sup>[73]</sup>这些社会性因素进一步推动了佃业交易,使得地权分化的层级不断增加。

其二,在租税结构方面,传统中国经历了从“赋役并征”双轨制向“摊丁入亩”单轨制的演进。<sup>[74]</sup>随着地权秩序中佃业的日益发达,赋税和大租作为双轴线,建构出官府、田主和佃户三者围绕土地产出与农业利润的竞争关系,<sup>[75]</sup>反过来对佃业的制度结构起到了至关重要的作用。另外,民间地权秩序中惯习与官僚法的博弈,也在某种程度上影响到地权结构。<sup>[76]</sup>

#### 四、明清时期地权秩序与大陆法系物权体系的差异及其启示

所有权概念是约定俗成的历史产物,而非先验的单纯法技术构建,某种法律地位是否可以被界定为所有权,是时代背景下的术语选择问题而非逻辑问题。在宽泛的意义上,可以将所有权视为法律通过排除第三人的干预而赋予一个主体对特定的、单个的物行使特定权力所具有的具体资格,这一概念可以包容不同类型的法律架构。自私法史角度观察,作

[70] 张沁纶:《财产法哲学》,法律出版社2016年版,第145页。

[71] 姚洋:《土地、制度和农业发展》,北京大学出版社2004年版,第21页。

[72] [美]何炳棣:《明初以降人口及其相关问题》,葛剑雄译,生活·读书·新知三联书店2000年版,第317页以下。

[73] 参见黄宗智:《经验与理论:中国社会、经济与法律的实践历史研究》,中国人民大学出版社2007年版,第38页以下;前引〔22〕,赵冈等书,第144页。

[74] 参见赵俪生:《中国土地制度史》,武汉大学出版社2013年版,第141页;李龙潜:《明清经济史》,广东高等教育出版社1988年版,第396页;前引〔8〕,程念祺书,第41页以下;葛金芳:《中国近世农村经济制度史论》,商务印书馆2013年版,第418页。

[75] 参见[美]白凯:《长江下游地区的地租、赋税与农民的反抗斗争》,林枫译,上海书店出版社2005年版,第8页。

[76] 参见叶孝信主编:《中国法制史》,复旦大学出版社2002年版,第84页以下;前引〔14〕,邓建鹏书,第78页以下;前引〔41〕,郭建书,第22页;前引〔16〕,森田成满书,第149页;梁治平:《清代习惯法:社会与国家》,中国政法大学出版社1996年版,第130页。

为西方法律传统的源头，罗马法未曾确立单一的所有权概念，而是在不同阶段采用多个术语表达和界定“物的归属”观念，如“氏族集体所有权”、“市民法所有权”（*dominium*）、“所有权”（*proprietas*）、“裁判官法所有权”（*in bonis habere*）、“行省土地所有权”（*proprietà provinciale*）、“公地占有”等。<sup>[77]</sup>上述术语的内涵与结构迥异，分别被两大法系采用借鉴，并深刻影响了各自财产法体系的建构。<sup>[78]</sup>

罗马法中的“所有权”（*proprietas*）概念，强调对物完整、排他、统一、全面且不可分割的权利，与近现代西方自由资本主义时期的个人主义精神相契合，不仅深得19世纪注释法学家的推崇，也在欧陆法典化运动中被各国所继受。德国民法典便抛弃了普鲁士普通邦法中的分割所有权及其所包含的封建和等级义务，转向罗马式的统一所有权，使所有权成为整个财产法的中心。

在所有权中心主义观念之下，大陆法系的“所有权—他物权”物权体系呈现出他物权类型与内容法定以及权能受限的结构特征。以土地上的用益物权为例，传统民法仅仅发展出永佃权（农育权）、地上权、用益权、地役权寥寥数种用益物权类型，除此之外私人无法通过契约任意创设。这完全区别于明清时期私人可自由通过类型丰富的民间契约加之契内限定的方式创设符合交易需求的管业层级的做法，在灵活性方面，大陆法系物权体系可谓先天不足。

大陆法系物权结构与明清时期地权秩序更本质的区别，在于对物的法律上的处分权能唯所有权人独有。基于绝对所有权的完全性与弹力性，他物权只能以所有权为权源，将部分权能暂时分离而生，并作为派生之物终将回归于所有权人。所有权是对物全面的支配，而用益物权仅得对物的一定方向为支配，即从所有权的“占有、使用、收益、处分”四项权能中，根据用益物权的具体类型获得“占有、使用、收益”三项权能之部分或全部，且须为定限和有期，以保障所有权之永久性特征。<sup>[79]</sup>而明清时期的地权结构中，田面主、田底主所享有的权益皆无期限限制，典制中的典期也极为灵活，在不回赎或找绝时可永久持续。田面、田底皆为独立的地权类型，可独立处分流转而非相互隶属，与“所有权—他物权”的关系迥异。

我国物权法在体例结构上承继了大陆法系以绝对所有权为核心的物权体系，于不动产领域确立了土地的国家所有权与集体所有权制度，在国有土地所有权之上设立建设用地使用权，在集体土地所有权之上设立土地承包经营权和宅基地使用权两种用益物权。

2014年1月，中共中央、国务院《关于全面深化农村改革加快推进农业现代化的若干意见》首次提出“在落实农村土地集体所有权的基础上，稳定农户承包权、放活土地经营权，允许承包土地的经营权向金融机构抵押融资”这一政策构想。2014年11月，中共中央、国务院《关于引导农村土地经营权有序流转发展农业适度规模经营的意见》指出“坚持农村土地集体所有，实现所有权、承包权、经营权三权分置，引导土地经营权有序流

[77] M. Talamanca, *Considerazioni conclusive*, in E. Cortese, *La proprietà e le proprietà*, Milano 1988, p. 196.

[78] 参见汪洋：《罗马法“所有权”概念的演进及其对两大法系所有权制度的影响》，《环球法律评论》2012年第4期，第160页。

[79] 谢在全：《民法物权论》，中国政法大学出版社2011年版，第109页以下，第425页。

转”。2015年2月,中共中央、国务院《关于加大改革创新力度加快农业现代化建设的若干意见》要求“抓紧修改农村土地承包方面的法律……界定农村土地集体所有权、农户承包权、土地经营权之间的权利关系”。2015年11月出台的《深化农村改革综合性实施方案》更是对“落实集体所有权,稳定农户承包权,放活土地经营权”的内在意蕴进行了详尽阐释。<sup>[80]</sup>2016年中央一号文件《关于落实发展新理念加快农业现代化实现全面小康目标的若干意见》再一次强调了“三权分置”的改革方向。这一政策完成了从经济学界主张到政策性文件肯定并推动修法的蜕变、升级。

“三权分置”改革的宏观背景是土地资源的集体所有,与明清地权秩序类似,土地的实际利用人并不享有所有权。我国的集体土地所有权与土地承包经营权,糅合了公法层面的治理功能、生存保障功能以及私法层面的市场化私权功能。<sup>[81]</sup>一方面维系了农民与集体之间的身份关系,把保障集体内部成员的生存作为首要价值目标,并强调土地利用的平等性;另一方面以农业经济效益为出发点,试图通过物权的自由流转促进资源的合理配置,实现相应的市场机能。而这两种截然不同的价值理念被混同于土地承包经营权中,导致我国农地改革长期裹足不前。“三权分置”改革区分承包权与经营权的规范目的便在于,对农地承载的生存保障机能与市场私权机能进行适当切割,以求实现各自的价值目标。

在“三权分置”改革的制度实现层面,最具争议的问题为土地经营权是债权型利用权抑或新型的用益物权。有学者支持土地经营权的债权性质,认为把经营权界定为他物权不符合法律逻辑。依据权能分离理论,对土地的直接占有、使用只能集于一人,土地所有权派生出土地承包经营权之后,无法再生发具有他物权性质的“土地经营权”;依据一物一权原则,同一物上不能并存两个以上内容相近的用益物权,在用益物权之上再设相近用益物权的安排,是人为地将法律关系复杂化,这种安排是立法技术的倒退。同一土地上过多的权利设置会造成体系的混乱和权利内容间的龃龉,“土地所有权—承包经营权—债权”的权利体系结构符合权利的生成逻辑,毋需对现有农地权利体系作较大幅度的改动,具有节约制度变革成本的优势。设定债权的方式一方面可根据权利人自身需要设定债权存续期限的长短;另一方面也可在合同中约定特别条款,在特定事由出现后可将土地重新复归用益物权人占有。<sup>[82]</sup>在权利设定时可以采取一定的公示方式为第三人所知晓,并参照“买卖不破租赁”规则建立“承包权变更不破经营权”规则,赋予其对抗第三人的效力。<sup>[83]</sup>

[80] 参见《深化农村改革综合性实施方案》第二部分“关键领域和重大举措”第(一)项“深化农村集体产权制度改革”第1点“深化农村土地制度改革”:“落实集体所有权,就是落实‘农民集体所有的不动产和动产,属于本集体成员集体所有’的法律规定,明确界定农民的集体成员权,明晰集体土地产权归属,实现集体产权主体清晰。稳定农户承包权,就是要依法公正地将集体土地的承包经营权落实到本集体组织的每个农户。放活土地经营权,就是允许承包农户将土地经营权依法自愿配置给有经营意愿和经营能力的主体,发展多种形式的适度规模经营。”

[81] 详见汪洋:《集体土地所有权的三重功能属性——基于罗马氏族与我国农村集体土地的比较分析》,《比较法研究》2014年第2期,第13页。

[82] 参见陈小君:《我国农村土地法律制度变革的思路与框架——十八届三中全会〈决定〉相关内容解读》,《法学研究》2014年第4期,第12页;高圣平:《新型农业经营体系下农地产权结构的法律逻辑》,《法学研究》2014年第4期,第82页;单平基:《“三权分置”理论反思与土地承包经营权困境的解决路径》,《法学》2016年第9期,第54页。

[83] 温世扬、吴昊:《集体土地“三权分置”的法律意蕴与制度供给》,《华东政法大学学报》2017年第3期,第78页以下。

更多学者倾向于将土地经营权物权化，以建立更加稳妥可靠的“三权分置”体制。物权性质的土地经营权对于土地经营者具有期限更长、可以针对第三人主张权利、可以方便流转以及设置抵押等法律制度上的优点。<sup>〔84〕</sup>土地经营权的生成路径是，由所有权分离出土地承包经营权，再由土地承包经营权分离出经营权，并非使经营权直接产生于所有权。土地经营权是土地承包经营权人行使其权利而设定的次级用益物权，承包权与经营权的法构造为“用益物权一次级用益物权”的多层级用益物权体系。未来我国“民法典物权编”应当将土地经营权上升为法定的用益物权，进而实现土地经营权的法定化。<sup>〔85〕</sup>还有学者认为，“三权分置”下的农村土地权利结构，究其根本，实为集体土地所有权、成员权、农地使用权三权并立，是保障农村集体经济和农村集体经济组织成员权利之有效实现的重大政策举措，也是力促统分结合的双层经营体制落到实处的有力工具。<sup>〔86〕</sup>

“三权分置”改革在法律逻辑层面出现的解释困境，源头便在于前文所述的大陆法系“所有权—他物权”的物权观念与结构定式。对比明清时期的地权秩序可以发现，“三权分置”的改革思路与一田二主制有异曲同工之妙。从结构上观察，“农户承包权”类似一田二主制中的田底，权利人依“集体成员”身份而享有“初始分配”得到的土地权益，不能随意流转，通过身份维持、分离对价请求、征收补偿获取以及有偿退出等权利实现相应的生存保障机能，针对经营权人的分离对价请求权，功能上等同于田底主向田面主收取的大租；“土地经营权”则起到了一田二主制中田面的作用，隔离了成员权等非私权因素，性质上被界定为纯粹的财产权，可以自由处分和流转。

随着社会经济生活的飞速发展，财产除传统的使用、收益外，通过抵押、出质、证券化、创立衍生产品等多种法律金融工具进行更多维度的分割利用。交易取代生产本身成为人们谋取财富的主要手段，流转越快、证券化层级越多，收益就越大。<sup>〔87〕</sup>在这样的时代环境下，对世性意义上针对物权的绝对保护，让位于比较特定人之间“对抗力”的相对保护。<sup>〔88〕</sup>“三权分置”中土地经营权、农户承包权与集体所有权的关系，明显呈现出灵活的权利结构，可将土地经营权视为从时间维度裁剪农户承包权而生成的权利，不含有成员权等内容，在权利期限内获得了独立地位，不隶属于承包权或所有权。

如此一来，土地经营权作为一种新型财产权利，如同明清时期田土上的“业”，可自由流转和处分。在流转方面，可根据农户承包权与土地经营权分别设立流转的初级市场与次级市场。前者因受制于权利主体、权利负载功能及流转受到公权力调整的限制，为“半开放”市场，后者为完全开放的自由流转市场。在自由处分方面，土地经营权人既可以对土

〔84〕 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，第160页。

〔85〕 蔡立东、姜楠：《承包权与经营权分置的法构造》，《法学研究》2015年第3期，第39页。

〔86〕 高飞：《农村土地“三权分置”的法理阐释与制度意蕴》，《法学研究》2016年第3期，第3页。

〔87〕 冉昊：《论权利的“相对性”及其在当代中国的应用——来自英美财产法的启示》，《环球法律评论》2015年第2期，第56页。

〔88〕 物权的对世性是一个无效的隐喻，往往会造成不必要的浪费，因为如果当事人只要权利可以对抗某些人即可，那么构建对世性的权利就会造成法定价高于内部定价，引发浪费。当事人对权利的对抗力需求不是刚性的，而是取决于具体场景下的风险，即成本与收益的综合判断。参见前引〔70〕，张淦纶书，第159页。

地经营权的部分权能进行处分, 又可以将土地经营权下的地块进行分割处分,<sup>[89]</sup> 还可以从时间维度对经营权进一步分割, 在经营权所包含的时间范围内, 自主裁剪部分时段创设“次级土地经营权”, 同样作为一种独立财产权利, 也可自由处分如有偿让与他人, 原经营权人保有该“次级经营权”时段终止时的复归权。如此方能真正实现土地权益的多层次灵活利用, 达至“三权分置”的改革初衷。

---

---

**Abstract:** The real property system in the Ming and Qing dynasties manifested itself as a dual structure of the macro-real-property order, which was subject to the state's political power and the micro-real-property order, which spontaneously formed in local society. Taking “ye” (property) as the core concept and private contracts as the tool, folk property right was composed of various managing hierarchies, such as permanent-tendency, two-owners-of-one-land and property right of dien, and such transaction forms as dien sale, live-sale, and absolute sale. The managing hierarchies, based on the four influencing factors of operating profit, negotiability, management period and taxation risk, constituted the property-right entitlements with different contents and values. Various types of real property transaction, based on present and future values, formed unified trading chain and theoretical framework. The complex real property structure produced by the spontaneous property right differentiation had the positive function of clarifying property rights and reducing transaction costs, and its genesis was rooted in the transformation of the social economy of the Ming and Qing dynasties. Our observation is that the characteristics of the real property system in the Ming and Qing dynasties, i. e. concepts of abstraction and relativity, and flexibility of terms, are different from property concept with the core of absolute ownership and the structure of “dominium -ius in re aliena” in the civil law system. This observation can provide useful reference to China in the current reform aimed at separation of rural land rights.

**Key Words:** managing hierarchy of property, real property differentiation, multiple ownership, property right of dien, separation of rural land rights

---

---

[89] 因为土地经营权的物权型流转本身就应当是双向的, 即具有集约化与分散化的功能, 以实现资源的优化配置与控制过渡规模化的风险。参见前引 [83], 温世扬等文, 第78页以下。