

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

尤陈俊

【摘要】在明清中国围绕民间房地买卖而生发的契约实践中,至少在江南地区的不少地方,曾存在着——一类当时通常被称为“叹契”的独特契约形式。这类契约尽管在具体名称上各地稍有差异,但其共同的特征在于,卖主将房地绝卖于他人之后,仍可再向买主索要俗称“叹价”的经济补偿。此类体现绝卖不绝之特征的“叹契”,往往构成当时江南地区不少地方的房地买卖全过程之内在组成部分。本文不仅通过对新史料的挖掘与运用,以及与学界已有的研究成果进行对话,就叹契这一契约类型展开讨论,并且还主要借助于欧根·埃利希的一对概念,从法律社会学的角度,对明清时期建立在诸如叹价诉求之类的“不确定的习惯权利”基础上的社会秩序藉以维系数百年之久的司法机制加以探讨。

【关键词】叹契;绝卖;契约;习惯权利;社会秩序

【作者简介】尤陈俊,法学博士,中国人民大学法学院讲师。

【原文出处】《法学家》(京),2012.4.14~28

【基金项目】本研究受到教育部人文社会科学重点研究基地中山大学历史人类学研究中心重大研究项目“地方民事习惯与明清国家的法秩序”(项目编号:12JJD770023)的资助。

引言

自宋代以降,随着社会经济的巨大变动,尤其是在明清时期的房地买卖之中,“典”制之外,尚盛行“活卖”,且典、卖常被时人混称,从而使得围绕土地、房屋交易而生发的问题更显复杂。^①而无论是典还是活卖,都将在实践中衍生出“回赎”、“找贴”、“卖断”等一系列复杂问题。^②

就针对“典卖田宅”行为的法律规制而言,清代虽在律文上基本沿袭明律,但实际上另以增纂例文的形式继续发展着。例如雍正八年(1730年)订立的一条例文明确规定:“卖产立有绝卖文契,并未注明找贴字样者,概不许贴赎。如契未载绝卖字样,或注定期限回赎者,并听回赎。若卖主无力回赎,许凭中公估,找贴一次,另立绝卖契纸。若买主不愿找贴,

听其别卖,归还原价。倘已经卖绝,契载确凿,复行告找告赎,及执产动归原、先尽亲邻之说,借端藉勒,希图短价,并典限未滿而业主强赎者,俱照不应重律治罪。”^③乾隆十八年(1753年),刑部议复浙江按察使同德的条奏内容被纂修入例:“嗣后民间置买产业,如系典契,务在契内注明‘回赎’字样。如系卖契,亦于契内注明‘绝卖’、‘永不回赎’字样。其自乾隆十八年定例以前,典卖契载不明之产,如在三十年以内,契无‘绝卖’字样者,听其照例分别找赎。若远在三十年以外,契内虽无‘绝卖’字样,但未注明‘回赎’者,即以绝产论,概不许找赎。如有混行争告者,均照不应重律治罪。”^④

由上引例文可知,按照清代法典的明确规定,在田宅交易中,双方一旦立下绝卖文契,便不得再

行要求找贴。然而在实践中,事实却并非如此简单。早在1980年代,便已有中国学者反省道:“大量契约证明,以往史学界以为‘当土地卖断或卖绝后……卖主完全丧失了赎回土地或索找、索贴、索增的权利’,是不符合历史事实的。”^⑤近二十多年来,随着学界研究的日益细化和不断深入,诸如此类存在于法典表达与社会实践之间的背离情况,已被不断地予以揭示。例如黄宗智就注意到,在清代,“甚至绝卖的土地也可能被认为并非完全绝断的交易”,并以允许出售者“摘留”家庭坟地的所有权之风俗演化为例加以说明。^⑥他举的这个例子,在一定程度上展示了绝卖有时并不会被如其“绝”字之字面含义所声称的那样得到彻底落实。在本文中,我将诉诸明清时期一类更为直观的独特契约类型——“叹契”——展开专门探讨。

对于“叹契”这一契约类型,管见所及,不仅先前从未引起过中国法学界的专门关注,^⑦而且在中国史学界也鲜有研究。^⑧从学界先前那些对于“叹契”的零星化关注来看,其主要资料来源几乎无出如下两类:第一,直接引用《清代上海房地契档案汇编》一书之中所收录的叹契;^⑨第二,从冯绍霆依据上海市档案馆所藏的叹契撰写的系列论文中转引。^⑩本文将在借鉴学界已有成果(特别是冯绍霆的先行研究)并与之展开对话的基础上,通过对新史料的挖掘与运用,力求推进对“叹契”乃至明清契约文书学和中国民事法史的深入研究,其中也包括对一些旧有观点的商榷与纠正。在本文的最后部分,我仍将借助欧根·埃利希(Eugen Ehrlich)的一对概念,对明清时期建立在诸如叹价诉求之类的“不确定的习惯权利”基础上的社会秩序藉以维系数百年之久的司法机制加以探讨,特别强调地方司法官员在弥合“行为规范”和“判决规范”之间张力方面的独特作用。

一、明清时期上海地区房地买卖中的“叹契”

按照《清代上海房地契档案汇编》编者的说法,在清代的上海地区,一桩房地交易,往往需要先后

订立卖、加、绝、叹等数份形式不同的契约:“按照当时惯例,一宗房地产交易,在订立卖契之后,卖主可以提出加价的要求随即形成一份加契;其后卖主再提出不再回赎绝卖之,订立绝契,获得绝价;在房地产绝卖之后,循例仍可订立叹契,得到叹价……由此,一宗房地产交易一般需订立四份契约,整个交易过程可能经年累月。”^⑪如下的例子,便清晰地展现了上述内容与过程。

清道光二十九年(1849年)十二月,郑貽茂等人将其位于二十五保十六图十六铺内坝基南首的平房一所10间,连同前后天井、坑井和屋基地,以50两的时价一起卖给朱姓某人,在双方当时所写立的卖契中,载明了“如有原银,不时回赎”的字样(可见属于活卖)。次年(道光三十年)八月,双方又写立了一份“加契”,“因思前价不敷”的郑貽茂等人,这次又得到了20两的卖加银两。一年多之后(咸丰元年[1851年]五月),郑貽茂等人又“因思未敷”,再次要求买主加添。根据双方所立的“再加契”记载的内容可知,郑貽茂等人此次又得到150两的再加添房价。仅仅半年过后(咸丰元年十二月),郑貽茂等人又声称因家中急用,决定将该房地“杜绝到朱处永为世业”,此次得到杜绝价35两,并在双方订立的“绝契”中写明“其房自绝之后,任从拆卸改造升高,收科入册、过户承粮,永为朱姓世业,与郑姓毫无干涉,永斩割藤……恐后无凭,立此杜绝房文契为照”。^⑫但就在订立绝契两个月后(咸丰二年二月),双方又订立了一份“叹契”,该份契约如此写道:“立收门房上下叹契据郑貽茂。因于年间将自己契买二十五保十六图十六铺内平房壹所,共计拾间,并随屋基地,得过卖加绝价,杜绝于朱处永为世业。任凭升高改造,并无他说。契载永斩割藤,本无可生言。今循俗例,是以愚央中相劝,收到朱处门房叹契银豆规银叁拾两正,当立契日壹并收齐。自叹之后,永远删根,决不再有枝节。恐后无凭,立此门房上下叹契为照。……”^⑬

上述交易中先后产生的两份“加契”,源于前引

清律例文中所谓的“找贴”习俗,与当时民间习见的“活卖”情形无异,但后面两份契约——“绝契”和“叹契”——的相续产生却颇值玩味。

冯绍霆将类似上述要求得到“加价”和“叹价”的行为统称为“加叹”。他认为:“加叹是中国封建社会后期在土地交易中出现的一种比较普遍的现象,即:土地卖出之后,卖主可以循例向买主多次索取加价。在不同的地区或不同的时期,索取加价的名目略有差异,有的叫‘加价’,有的叫‘找价’或‘找赎’,有的则每次索取都有一个名目。”^⑧在上述例子中,就其实质而言,两份“加契”所代表的索要加价的行为,相当于在由“活卖”向“绝卖”过渡的常见过程中出现的所谓“找贴”、“找价”或“找赎”,而咸丰元年十二月订立的那份“杜绝房文契”可谓名不符实,次年二月订立的那份“收门房上下叹契”方才是真正意义上的“绝契”。^⑨有鉴于此,为了更好地将分别产生于(名义上的)“绝契”订立前后的“加契”和“叹契”区分开来,并突出“叹契”所象征的“绝卖不绝”的独特意涵,本文在专指房地卖主向买主索要叹价的行为时,通常不使用“加叹”这一笼统说法,而是采用“叹价诉求”这一指向性更为明确的表达。

在当时的上海地区,像上述只有在支付卖价、加价、绝价、叹价之后才算是真正买断房地的情形,是否仅属昙花一现的一时特例?答案并非如此。“从乡俗与国家律例上说,买卖双方既立绝契,原业主便无理由招(疑为“找”字之误笔——引者注)贴钱款”,但“绝契以外,续立叹契这在后来也是见怪不怪”。^⑩事实上,在订立绝卖文契后,双方甚至还可能续立不止一份叹契。例如,戴心如在咸丰七年(1857年)二月与朱姓某人订立绝契,将一方屋基地绝卖给后者。双方三个月后订立了一份叹契。不仅如此,就在此份叹契订立一年半后(咸丰八年十一月),双方又订立了一份“永远叹契”,自此以后,方才可谓“任从永远管业,与戴姓丝毫无涉”。^⑪从上海地区现存的相关契约文书来看,被用来指称此类契约形式的名称颇多(这也在某种程度上暗示,此一俗例在当地

颇为普遍),除了最常见的“叹契”之外,尚有“叹据”、^⑫“叹气契”、^⑬“叹气据”、^⑭“加叹契”、^⑮“再叹契”、^⑯“绝叹契”、^⑰“叹契笔据”、^⑱“叹气笔据”、^⑲“情叹笔据”、^⑳“叹气文据”、^㉑“叹房文契”、^㉒“循俗叹气据”、^㉓“永远拔藤叹据”、^㉔“拔根割藤叹契”、^㉕“除堂落匾叹契”^㉖等其他名称。

尽管目前可见的叹契原件几乎都出现于19世纪之后,但上述鲜明体现“绝卖不绝”特征的叹价诉求,并非仅见于晚清时期,而是至少可以追溯到明代后期。冯绍霆指出,“从文献史料来看,上海地区土地买卖中的加叹俗例形成于明隆庆、万历年间”,并列举了《云间据目抄》、《乙酉笔记》等明代史料加以说明。^㉗实际上,加叹的俗例,在明代后期的一些官府公牒中亦有反映。

明人毛一鹭所撰的《云间臬略》一书,系汇编其本人于万历三十四年(1606年)至三十九年(1611年)任南直隶松江府推官时所撰之判语及公牒而成,^㉘收录有多起涉及加叹俗例的案例。其中的一则案例,甚至较之前述郑貽茂出售房地的事例更为复杂,因为它牵涉围绕同一田产而前后相续进行的两桩交易。松江府上海县民人蒋孝将田售于张士修,先为活卖,后通过接受找价而变为绝卖,“俱有券凭”。不料此田的原主尤承贤,见到蒋孝卖田所得较之自己当初将该田卖于蒋孝时所得高出甚多,于是要求蒋孝“加叹六金”。蒋孝转向张士修索要该田叹价。张士修拒绝支付,蒋孝便以回赎该田相要挟。张士修系眼盲之人,“赖叔道宇、道容为家督”。其叔张道宇力阻蒋孝回赎该田,因言辞激烈,激怒蒋孝,遂致双方扭打。蒋孝之族侄蒋涛先前曾在蒋孝与张士修的田产交易中充当中人,眼见蒋孝父子在扭打中落于下风,“遂从旁劝解。而道宇乘势误推,致涛跌而起、起而仆者且再”,最终“不逾旬死矣”。官府在审理此案后,除了杖惩张道宇、张道容和蒋孝之外,还就此案所涉的田产做如下处断:“此事起衅,原由赎田。交易远年,虽无赎例,第尤承贤加蒋孝之叹,原在蒋孝既转卖之后。张士修吝蒋孝之叹,又在蒋

孝既代加之后。田归于张,而叹加于尤,孝其能灰心乎!且死涛致讼,终由士修吝加为祟。田应断蒋孝回赎,原价并加叹银追给士修,以杜后争。”^⑧同书的其他几卷,亦有多起案例明确涉及因加叹俗例而引起的纷争。^⑨

二、沪地特有之俗例?

冯绍霆曾认为,叹契“为上海地区房地产买卖中特有习惯”。^⑩但事实上,叹契在清代绝非仅见于沪地。

在清代江苏镇江府的《京江郭氏家乘》之中,记录了一件“叹气杜绝文契”的文字内容:

立叹气杜绝文契人王士元全弟王士杰。今因身故父先年用价契买园地并厅屋、小平房、池塘、竹园、沟洞等项,坐落在于岳师坊琵琶山地方马字等号,已于上年凭中说合,得价立契绝卖与马府名下执业无异。近因身等乏用,又兼条粮无出,浼烦原事申友,议得例有杜绝叹气白银六拾两整,一并归身兄弟收受。即日银契两交明白,自今杜绝,以后永无异说。今恐无凭,立此叹气杜绝文契存照。

康熙三十二年 月 日。

立叹气杜绝文契人王士元全弟王士杰,中见人董虎山、张凤仪、祖君召、董继舒、刘甸侯,官牙吴璨之俱押。^⑪

此份由江苏丹徒县县民王士元与其弟王士杰所立的“叹气杜绝文契”,与前述上海地区名称不一的各类叹契属于同一大类。在上海地区现存的各式叹契当中,便有一份光绪年间订立的“叹杜绝契”与其在名称上极为相似。^⑫此外,在上海市档案馆保存的那些叹契原件中,形成时间最早的订立于道光元年(1821年)十二月,^⑬而相比之下,《京江郭氏家乘》所记载的这份订立于康熙三十二年(1693年)的“叹气杜绝文契”,虽非原件,但在时间上则要早了将近130年。管见所及,在其文字内容完整地保存至今的叹契当中,上述“叹气杜绝文契”是其中年代最早的一份。^⑭

除了丹徒县之外,在清代江苏的其他地方亦可

见到叹契的身影。从杨国祯对日本国会图书馆收藏的江苏文书所作的研究来看,在地域相邻的吴县和太湖厅两地,也有体现叹价诉求的俗例存在。^⑮例如,乾隆二十八年(1763年)十二月,家住吴县^⑯二十六都二图翁巷的席又梁将其房屋、园地绝卖于金姓,在其“循乡例”一并写立的三张契约中,除了“绝卖”和“推收杜绝”两契外,尚有一张“找根加叹”契约。在太湖理民府档案^⑰所收的同治五年(1866年)太湖厅二十九都傅正东等立的永远杜绝文契中,写有“并连推收杜绝、找根叹气在山乡例,尽应贯入价内”的字样,其中所谓的“找根叹气”,即系写立叹契的俗例之反映。

不仅清代江苏不少地方曾存在叹契,^⑱在清代浙江,叹契的使用在一些地区很可能颇为普遍。在晚近整理出版的一批清代浙江慈溪县契约文书中,便收录了十几份叹契。这些被包含在不同的家族契约之中的叹契,在具体名称上彼此稍有差异,除了使用较多的“永远找绝叹契”^⑲和“永远找绝叹卖文契”^⑳等名称之外,尚有“永远杜绝找叹契”^㉑、“永远杜找叹契”^㉒、“永远绝卖叹契”^㉓、“永远叹找绝文契”^㉔、“永远叹找契”^㉕和“永远叹找文契”^㉖等不同称呼。从其来源来看,这些清代叹契在慈溪县内的地理分布颇广,分别出自该县十六都四图泾浦沿楼氏家族、九都外四图曹氏家族、廿九都一图坊表桥韩氏家族各自的土地房屋买卖契约;而从其立约时间上来看,最早的订立于乾隆五十八年(1793年),最晚的订立于同治九年(1870年),不过以道光与咸丰两朝的居多。

除此之外,在民国天津市政府财政局的档案中,也收藏有两份叹契,其中的一份订立于咸丰五年(1855年)七月,另一份则订立于光绪十九年(1893年)十二月,但这两份叹契中所涉及的交易土地都并非在天津,而是位于上海地区。^㉗以上海地区某块土地为交易对象而写就的叹契,缘何会被收在民国天津市政府财政局的档案之中,其原因尚待进一步研究。

三、“叹契”的区域性与超区域性

从明清契约文书来看,就全国的情况而言,明确以叹契为名者确不多见,^⑤但上引资料至少可以表明,叹契也绝非为上海地区所特有,而是还曾存在于江苏、浙江的不少地区。

一本旨在介绍旧上海各种掌故的现代辞书,在解释“叹契”时指出,叹契是“清代上海及江南地区一种房屋、地产等财产转让的契约名称。有些契约直接在行文上写上‘叹契’,有的题头不书‘叹契’,但契文中凡写明‘永不叹乞’或‘永不叹契’者也叫作‘叹契’。”^⑥这说明该词条的撰写者已注意到,在清代,除了上海地区之外,叹契也存在于其他“江南地区”。所谓“江南”,其地域范围“大则囊括苏皖南部、浙江全省乃至江西大部,小则仅有太湖东部平原之一角”,而依据李伯重的看法,“就明清时代而言,作为一个经济区域的江南地区,其合理范围应是今苏南浙北,即明清的苏、松、常、镇、宁、杭、嘉、湖八府以及由苏州府划出的仓州”^⑦。上述各例中的松江府、丹徒县、吴县、太湖厅和慈溪县,正是座落在此“八府一州”的范围之内。需要指出的是,即便是在包含“八府一州”的江南地区,叹契似乎也不是全境各地均为常见的契约形式,例如在新近公布的一批来自浙江松阳县石仓村的契约文书中,就未见有以叹契为名的契约类型。^⑧

叹契的上述区域性特征,常常被一些对其有所关注但深入了解不多的学者在不经意间所忽略。在翻译一本提及叹契的英文著作时,该书译者考虑到中国学界先前对于这一独特契约类型所知甚少,于是专门添加了如下译者注予以说明:“在清代的房地买卖中,通常情况下,一宗房地交易需要经过卖契、加契、绝契、叹契等多次契约才能真正完成。……综上所述,在清代实践中,一宗房地交易的完成通常需要订立四份契约。”^⑨这个注释在有助于一般读者了解叹契的同时,也具有一定的误导性,因为它很容易让人觉得,房地买卖中订立卖、加、绝、叹四份契约的做法,是普遍流行于清代各地

的共有俗例。实际上,在该书译者藉以参考解释叹契的《清代上海房地契档案汇编》一书中,其编者曾明确言其书所讲的乃是上海地区的俗例。^⑩而那本英文原著的作者梅利莎·麦柯丽(Melissa Macauley)在谈及叹契时所主要参考的资料,乃是法国传教士黄伯禄(Pierre Hoang)神父的一本初版于19世纪末的法文著作中所提及的“叹契据”和“叹契”;^⑪她也依照黄伯禄神父原书所言,在行文之中清楚地将其描述的情形限定为“松江”地区。^⑫濮德培(Peter C. Perdue)在其出版于1980年代后期的一本专著中,在讨论中国传统时期各种附着于土地而生发的财产权利之时,同样参考了黄伯禄神父的前述法文著作。他在书中对叹契亦有所提及,但仅是一笔带过,既没有对黄伯禄神父在原书中论及此一俗例时所写明的区域语境(松江)做任何交待,亦未对原书记载此一俗例的具体年代稍加说明,以至于给人的一个误导性印象是,叹契乃是一种明清时期甚至更早之前便普遍流行于中国各地的常见契约形式。^⑬

不过,如果注重叹契所体现的“绝卖不绝”之本质特征而不囿于其名,就会发现流行类似契约实践的区域早已超出江南地区。明人谢肇淛在17世纪初刊行的《五杂俎》中提到:“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,此最薄恶之风,而闽中尤甚……余一族兄,于余未生之时,鬻田于先大夫,至余当户,犹索尽不休,此真可笑事也。”^⑭杨国桢曾指出,“大致在明末清初,闽北土地买卖中所谓‘卖’、‘找’、‘贴’、‘断’、‘洗’、‘尽’、‘休心断骨’等等概念已经完备并固定下来,在契约文书中表示地权转移的性质与程度,为社会买卖双方所公认,并得到官府의默许”^⑮。为了展示明清以来土地买卖过程的复杂性,他还举出数个直观的例子加以说明。在其例举的一桩土地买卖中,整个过程前后持续26年之久。其大致经过如下:乾隆十一年(1746年)二月,福建瓯宁禾供里民人罗恭智将位于坪州大新源的一块“大苗田”卖给赵天若,

得价银 39 两,并立有活卖文契(其中写明十年之内取赎)。乾隆十四年十二月二十八日,罗恭智放弃回赎希望,向赵天若索取找价,得价银十两,并立契写明“自找之后,听凭买主永远管业,卖主向后不得取赎,以及登门索找讨贴”。尽管上份契约显然隐含卖断之意,但在乾隆二十五年十二月,罗又以“时价不同”为由,要求赵天若之子赵宜珪“重找”,得遂其愿后立下“找贴断契”。乾隆三十二年十二月,罗恭智又以“缺少银两应急”,再向赵宜珪重找,得价银三两后立下“休心找贴断契”。罗恭智四年后去世,乾隆三十六年九月,其子罗启玉、罗启亮以“父亡家贫手迫,不能丧葬”为由,再向赵宜珪找贴,并最终立下“休心断骨契”。^⑥此处所谓的“休心找贴断契”和“休心断骨契”,均与“叹契”有异曲同工之处,只是不以“叹契”名之而已。

事实上,除了福建之外,在清代中国的很多地区,均广泛存在同样体现房地“绝卖不绝”之特征的类似契约实践,正如岸本美绪所言,“在绝卖契成立以后,还多次要求‘找价’,这是很普遍的惯例”^⑦。例如徽州文书中的“加添字”、“添价契”、“掇券”、“掇字”之类的契约形式,所体现的亦为绝卖之后卖主仍向买主索要找价的俗例,与前述“叹契”所体现的本质特征实无二致。^⑧

上述房地交易“绝卖不绝”的情形,如果换用杨国桢所惯用的话来说,便是“断而不死”。^⑨类似的俗例,甚至在民国时期的民事习惯调查记录中亦时有所见。例如,在浙江寿昌县,绝卖房屋仍可找价,此种行为在当地俗称“房屋一卖三找”。^⑩福建省的不少地方也存在类似俗例:在闽清县,“产业虽经立契断卖,数年之后,业主尚得向买主要求找贴,谓之洗断,并付洗断契为凭”;在霞浦县,“产业买卖,如在五服内,只典不断,俗谓同族无断业。他如写明永断葛藤、不敢言贴之业,尚得立字找贴一二三次……”^⑪在古田县,该地民人“将产业卖断后,卖主如果贫不聊生,仍得向买[卖]主索钱若干,名曰尽卖。甚有一田尽卖数次……”^⑫

四、“加叹”行为的细节变迁

叹契颇为广泛地出现在明清江南地区的上述事实,意味着在此数百年间,卖主将房地绝卖之后再向买主索要“叹价”的主张,实际上已经演化成为一种绝卖不绝的“习惯权利”。^⑬甚至到了民国时期,这种与叹契相关的事实性权利还被作为地方风俗予以记载。例如民国时期纂修的《嘉定县续志》便写道:“买房屋者,于契价之外,有叹、脱二项:叹者,言屋已为他人所有,失主唯有付之一叹,故须由得主加钱若干,别立叹契;脱者,失主屋中有匾额诰命之类,除去时心有不忍,又须加钱若干,别立脱契。”^⑭不过叹契的具体存在样态在不同时期亦有所变化。

冯绍霆已经指出,年代越后,依次订立卖、加、绝、叹各契的间隔时间,就越是逐渐缩短的趋势。他强调,至少从对上海市档案馆馆藏的加叹文契的统计来看,“除了个别几份外,绝大多数的加叹契,都订立于卖契以后的一年或几个月之内,有些甚至与卖契同时订立。而且,年代越晚,加叹契与卖契的间隔时间便越短,各契同时成立的现象也出现得越频繁”,还有,一些契约看起来“各种加叹文契虽然一应俱全,但实际上它们是一次写就、同时签署的”^⑮。

上述特点,也曾被 19 世纪末在华的一些外国观察者所注意。在出版于 1960 年代后期的《中国近代农业史资料》一书中,有如下一段据称从 1889 年出版的《英国皇家亚洲学会中国分会会报》卷 23 翻译而来的记载:“在松江一带,一次绝卖的地产,同时要预备四份地契,即‘活卖契’、‘加找契’、‘加绝契’以及‘叹气据’或‘情借据’,将地价总额分摊于四份地契上,并填上不同的日期。”^⑯该书所译的“英国皇家亚洲学会中国分会”,在当时更准确的名字其实应为“皇家亚洲文会中国分会”(The China Branch of the Royal Asiatic Society),它是一个由近代寓华外侨在上海创建的以调查研究中国各项事情为宗旨的文化机构,《皇家亚洲文会中国支会会报》(Journal of the China Branch of the Royal Asiatic Society)则是其在 1882 年至 1905 年间出版的英文

会刊。^⑧多少有些美中不足的是,《中国近代农业史资料》一书在翻译上述文字之时,既未写清其原文作者,也未阐明这段文字的背景。经核查英文原文后发现,在19世纪后期写下上述记载之人,乃是一位署名为“Peter Hoang”的外籍人士,前引内容则是出自于该人所写的一篇专题性文章。^⑨撰写此文的Peter Hoang,其实正是前文曾提及的法国传教士黄伯禄神父。在1897年出版的那本法文著作的序言中,黄伯禄神父明确交待,该书主要依据自己那篇早先发表的英文文章修改增补而成。^⑩而前述梅利莎·麦柯丽和濮德培等人在各自著作中对“叹契”的关注,正是引自黄伯禄此书中关于“叹契”的多处论述。^⑪在各种记载叹契俗例的资料中,管见所及,黄伯禄神父在1889年刊出的那篇英文文章中关于叹契的相关描述,是目前所见的年代最早的外文记载。

黄伯禄神父描述的上述做法,实际上早在他写作此文的一百多年前便已出现在江南地区。前述提及的席又梁的那份“找根加叹”契约,便系在乾隆二十八年将其房屋和园地卖于金姓之时,“循乡例”,与“绝卖”、“推收杜绝”两份文契同日写就。^⑫从民国时期的民事习惯调查记录来看,类似的做法在江苏境内被延续下来。据调查报告记载,当时江苏松江府便有“三契同日成立”的习惯:“松江七宝地方,双方为完备手续起见,往往活典、加找、杜绝三契同时成立。惟既经最终杜绝契成立后,无论各契上有无年限条件,均应作为绝卖,不能回赎。”^⑬

杨国桢指出,“在清朝政府严禁找贴之后,江苏原有找贴四次以上的乡例,在契约文书形式上有所简化,但实质内容并无变化。”^⑭他所说的“清朝政府严禁找贴”,系指前引雍正八年的例文,而所谓的“在契约文书形式上有所简化”,则是指该例文颁布后,在江苏民间的田地买卖中,尽管旧有的加叹习惯仍然继续存在,但出现了“遵例总书一契为绝”的新变化,例如前引太湖理民府档案中的那件同治五年的永远杜绝文契,便在一张文契之中将加叹俗例

所需的全部钱文包括在内。^⑮

这种“遵例总书一契为绝”的新变化,此后还呈现加快的趋势。到了清末,甚至还有将卖、加、绝、叹四契合并并在一张契纸写就者。光绪三十三年(1907年)的一件卖田契约可作例证。在这件原为印刷品的契约文书中,卖田者奚桂发在用来写明文契类型的空格处明确填上“卖加杜绝拔根叹田”的字眼,从而形成了一件非常独特的“卖加杜绝拔根叹田”文契。^⑯随着这类将叹契合并写入一张卖契之中乃至不复单独再提的做法在清末以来愈发普遍,叹契这类曾经流行于明清江南地区的独特契约类型,自民国以降,逐渐淡出房地交易过程的契约实践,乃至后来趋于消失。^⑰

五、不确定的习惯权利:绝卖不绝与社会秩序

在概括明清中国的社会秩序形成原理时,寺田浩明如此写道:“当时的人们把围绕自己的社会状况首先理解为各有特殊情况以及相应论据的一个个小家默然地相互推来挤去的事态,而把社会秩序的形成视为一个相互调整的问题。当然,不能否定‘欲’的存在,但是欲的膨胀如果超过一定限度,必然要引起受压的他人坚决反击。存在着某个恰当的均衡点,或者说人们总相信无疑应当存在。如果人人都以达到均衡为前提适当而有节度地行动,秩序自然就会成立。”^⑱在其后的一篇论文中,他进一步将明清中国的上述社会秩序模式形象地概括为“拥挤列车模式”。^⑲诸如“叹价诉求”之类的“习惯权利”,也只有放置在这样的社会秩序模式中才能真正得到理解。

尽管明清时期的一些士大夫对包括叹价诉求在内的加找、加叹等俗例颇多不满,甚至直接斥之为“恶俗”,^⑳但倘若结合明清中国的社会经济背景(民生之艰)和中国固有文化背景(互助伦理)加以审视,可以发现这一俗例亦有其积极的一面。事实上,虽然当时的人们对那些无节制的找贴行为多有批评,但对找贴俗例之本意则也不乏肯定之处,例如19世纪后期的一本县志便认为“得业者怜失业者之

贫,而求济出银,名‘不敷’,原属额外通情,为厚俗之一”。^⑨晚近的一些论著,借助于大量的历史实证研究,对中国学界先前那种“土地兼并—农民起义—改朝换代”的意识形态化论述模式提出了有力的挑战,指出明清时期的土地兼并程度被高估,并转而强调地权分配呈现分散化长期趋势的新论断。^⑩这提醒我们注意,在明清时期频繁发生的田地买卖中,通过叹价诉求之类俗例所体现的“贫富相济”之社会连带,其实际卖主和买主,未必皆可模式化地划为贫苦百姓和势家地主两类,很可能更多的为贫富差距不甚悬殊的普通百姓。谢肇淛在明末就已经指出这一问题。他在讲述闽中流行的前赴“尽价”俗例导致词讼多有发生时,曾接着写道:“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?”^⑪不过,即便是发生在普通百姓之间的田地买卖,也常常有买主乘机压低价格而卖主迫于无奈只能接受的例子。18世纪前期出任浙江天台县令的戴兆佳,在其发布的一则告示中,曾如此描述当地田土买卖中往往存在的失之公平情形:“买卖时立契成交,买主故意留难,短少价值,以存日后捣根地步。卖者急于求售,姑且忍气吞声,以为将来翻腾张本。恶习相沿已久,是从前大小一切田土买卖若不分已绝未绝,概以不赎不找之法绳之,在买者坐拥膏腴,固志得而意满,在卖者剜肉无填,呕心无血,能不喁喁然向隅而泣乎?”^⑫戴兆佳还特别强调,“天道有循环,人事有消长,贫富无定势,田地无定主,有钱则买,无钱则卖,则卖买产之家,当知此理不可”,“今日卖田之穷人,是即当年刻薄寡恩买田之富室子孙也”,并引用前人诗作——“一派青山景色幽,前人田地后人收。后人收得休欢喜,还有收人在后头”,以劝诫买主不可乘机苦抑卖产之人。^⑬

因此,生成于上述背景中的叹价诉求,尽管包含着一定程度的市场逻辑,但体现更为明显的则是伦理取向。毋宁说,它是集前商业逻辑、市场逻辑和生存伦理于一体。^⑭它与清代法典“一找即绝”规定

之间的背离之处,其实并非价值取向上的完全冲突,而只是形式操作的差异问题。

数十年前,法律社会学家欧根·埃利希(Eugen Ehrlich)指出,法律概念的本质要素并非在于其必须由国家加以创制,并进而提出“活生生的法律”(das lebende Recht)的概念。埃利希认为,这种日用平常的活生生的法律规范着人群的生活,它包括各社会团体的风俗,并将此种法律规范称为“行为规范”。与此相对的,则是他所谓的“判决规范”:这是面对冲突时运用的规范,以法官依法条判决为其代表。^⑮用他的原话来说,“据以裁决法律争议的法律规范,即裁判规范”;“裁判规范像所有的社会规范一样是一种行为规范,但确实只为法院适用,它至少主要不是一种为在日常生活中活动的人设定的规则,而是为对他人的行为进行裁判的人设定的规则”;“任何应当用作法院裁判之基础的法条本身是一种裁判规范,它用条款表达,用某种权威的方式发布,宣称普遍有效,但却与可能促使它得到适用的案件无关”。^⑯埃利希的这些论说,对于我们思考包括叹价诉求在内的明清时期房地“绝卖不绝”之俗例而言,不失为一个可以藉以深入分析的理论框架。

我们不妨将包括叹价诉求在内的房地“绝卖不绝”之俗例,视为存在于明清中国不少地区的“行为规范”。埃利希曾讲过:“国家的裁判规范的作用一般被过分高估。一切取决于当事人的活动,国家的裁判规范的作用通常是完全失灵的。制定法经常在很广泛的范围内不为人所知,有时它实际上不能被人使用,而且,制定法所保护的利益当事人经常缺乏物质手段来行使他们的请求权,甚或由于实际的力量对比关系的存在而缺乏对行使请求权的必要自信或对国家机关的信任。”^⑰在明清时期的日常经济生活中,提出叹价诉求的卖主只要在一定限度内行事而非无休止地屡索不断,这种“习惯权利”一般便可以在买主那里获得实现。一个例子是,尽管青浦县令在光绪年间所立的《为禁绝产加叹告示碑》中明确地以官方姿态声称,“嗣后倘有已绝之产业,

经将契投税者,遇有前项情事(指被原业主要求加叹——引者注),许该业主,立即扭交该保介候,从严惩办。如地保徇隐不解,并藉端需索分文,希即指明禀究,决不宽贷”,^⑨但从已披露的上海市档案馆所藏的包含叹契的房地契约来看,其卖契最初订立在光绪七年之后(即《为禁绝产加叹告示碑》的立碑时间之后)并在后来发生加叹的,至少有19例,其订立卖契的时间从“光绪七年三月”到“民国三年九月”不等。^⑩尽管我并不清楚这19例是否发生在青浦县境内,但清末民初的这些加叹事例,至少表明了叹价诉求这种俗例并未因包括青浦县令在内的官方之整饬姿态而马上消失。^⑪实际上,青浦县令当年在立碑禁止绝产加叹之时,也承认“本县访闻青邑,此风甚炽”。这从“绝卖不绝”的做法在明清时期很多地方都被作为“俗例”、“乡例”、“土例”、“乡规”、“土风”的内容长达数百年之久的事实中,也可推而知之。清初时人吴袁仲的下述言论,尽管被其友陈确视为“吾于世未闻斯论也”,但至少代表了当时一些田地买主的内心想法:“虽先世之产,而原主求加,甚甚至求赎。遂许之,则势不可以复止也。其拒之,亦终为重财产而薄乡旧也。虽然,吾宁失财产,勿失乡旧也。”^⑫

而清代法律中“一找即绝”的规定,显然具有“判决规范”的性质。多少有些吊诡的是,导致这种“判决规范”真正成为双方交涉过程中的在场要素,很多时候却是缘于那些被买主认为行为失度故而其加找要求未获支持的卖主以各种理由所提起的诉讼。岸本美绪在详加考察后指出,在找价回赎类诉讼中,“买主当原告的事例较少”,这是因为“绝卖后找价回赎的要求虽为‘宪禁’,提出找价回赎的要求本身一般并不能成为起诉的理由”,在一般情况下,只有“当卖主不肯罢休,任意割取田地上的谷物,或者使用暴力,发生争执无法收拾时,买主才诉之官府”^⑬。

在论及明代以来田地买卖中的添找之风时,仁井田陞曾指出,“它体现了权利关系的不安定和不

确实性,也是前近代权利关系的特征反映”^⑭。这一论断,其实兼容了“行为规范”和“裁判规范”的双重视角。一方面,它意味着“绝卖不绝”俗例所形成的“行为规范”意义上的“权利关系”,是一种事实性的存在(如果用梁治平的话来说,便是“于判定‘事实’有重大关系之习惯”^⑮);另一方面,它也表明,作为这种事实性的“权利关系”之内容的“习惯权利”,在遭遇清律中“一找即绝”的“裁判规范”时,也可能会被官府否认,因此相较于那些法典权利而言具有“不安定和不确实性”。

在深受马克斯·韦伯(Max Weber)所标举的“形式—理性的”司法样式理念熏陶而鄙视所谓“实质—非理性的”传统中国司法样式^⑯的人们看来,这种以“不安定和不确实性”为特征的“习惯权利”如何能够维系明清中国的房地买卖秩序长达数百年之久,是一个令人好奇的问题。借用寺田浩明的话来说,“这样的以‘不确定的权利’为基础的秩序的存在方式,确实和我们耳濡目染的熟知的法秩序相去甚远”^⑰。就本文从叹价诉求切入后渐次展开的讨论而言,理论上存在于相关的“行为规范”和“判决规范”之间的张力,主要是由明清时期的地方官员们通过个案化的处理来加以弥合,从而在私契秩序和律例秩序之间寻找平衡。岸本美绪在考察了60多则涉及找价回赎的审判事例之后,发现州县和其上级部门在处理此类案件的风格上存在颇为明显的差异,即“作为有关找价回赎审判的感情照顾的倾向,在州县的判词、衙门档案中相当显著”,而“州县的上级部门府(直隶州)以上的审判事例中……几乎没有发现照顾感情的判决”。^⑱就地方衙门的处理而言,这并不意味着州县官们是在和稀泥,而是说“几乎所有地方官员明确地判断谁是谁非,但判决未必就是简单地命令无理的一方履行契约”。^⑲结果形成了“对弱者照顾的感情性审判”和“对情节恶劣者严厉叱责并宣称将对其依律惩戒的审判”这两种不同风格共存于同一司法体制内部之不同层级的格局。清代浙江天台县令戴兆

佳在 18 世纪前期发布的一则告示中便声称：“买卖田产，不许告找告赎，此定例也。然律设大法，理顺人情，事贵因地制宜，难以拘泥成法。”^⑨这种倾向，通常具体体现在地方衙门考虑“贫困、老年或者子幼、母寡等卖主个人或家庭的状况”之后所做的“照顾弱者的感情性审判”之中。^⑩太湖理民厅档案中的张文均呈控叶天如纵妾妄加找房价一案，便是典型的例子。同治六年(1867 年)十一月，张文均从叶天如处买得住房一所，在契约中“言明一卖永绝，一切乡例贯入价”。五年之后(1872 年)的 6 月，叶天如之妾托其同乡向张文均要求绝产加找。两个月后，张文均在先前立契时的中人的劝说下，答应帮贴叶天如钱一百千文。孰料叶天如之妾不从，至中人家中大闹，扬言除非张文均加找钱二百千文，否则就要拼命。张文均无奈之下，只得于 9 月 16 日向太湖理民厅呈控。太湖理民厅审理此案后所作的判决，鲜明体现了当时地方衙门处理此类讼案时的一般倾向，其中写道：“绝卖本无加找，怜生迈贫，断给钱捌拾文。”^⑪而这时，距离雍正八年和乾隆十八年旨在规制民间找价行为的两条代表性例文的各自颁布时间，已有一百余年。

质言之，这种建立在诸如叹价诉求之类的“不确定的习惯权利”基础上的社会秩序，乃是游移于私契秩序和律例秩序两极之间，通过地方官员原情执法式的个案化处理，不断朝向最佳平衡点调整的一种动态。明清中国这种特殊的社会秩序生成模式，有别于近代主义理论视野中的那种“既得权”型社会秩序生成模式。^⑫它并非本质上天生就是“不公正”、“落后”的社会秩序，毋宁说，它代表的是多元化的社会秩序生成模式中的一种类型。正如岸本美绪所说的那样，找价之类的俗例所反映的，“既不是贯彻执行形式合理的规则，也不是随心所欲的弱肉强食，清代中国人似乎共同具有一定的十分精炼的公正感觉”^⑬。而这种类型的社会秩序的生成和维系，与传统中国时代的意识形态、伦理观念、社会结构、经济变迁等诸多因素密

切相关。

* 感谢梁治平、林端、黄宗智、阿风等师友针对本文最初稿的评论或修改建议，江照信、陈新宇在资料搜集上的帮助，以及巩涛、余履雪在法语文献阅读方面的指点。一如既往，所有文责均由我自己承担。

注释：

①关于典、活卖与绝卖三者之间的差异，可参见刘高勇：《论清代田宅“活卖”契约的性质——与“典”契的比较》，载《比较法研究》2008 年第 6 期；龙登高：《清代地权交易形式的多样化发展》，载《清史研究》2008 年第 3 期。

②关于明清时期土地交易过程中衍生的诸种复杂“惯例”的概括性研究，可参见[日]寺田浩明：《关于清代土地法秩序“惯例”的结构》，载刘俊文编：《日本中青年学者论中国史(宋元明清卷)》，上海古籍出版社 1995 年版；[日]森田成满：《清代中国土地法研究》，牛杰译，法律出版社 2012 年将出。对土地、房屋交易过程中的“找价”问题的专门研究，可参见陈铿：《中国不动产交易的找价问题》，载《福建论坛》(文史哲版)1987 年第 5 期；唐文基：《关于明清时期土地典卖中的找价问题》，载《史学月刊》1992 年第 3 期；李三谋、侯瑞芳：《清代土地的附加价和追加价》，载《农业考古》2001 年第 1 期；[日]岸本美绪：《明清时代的“找价回赎”问题》，载[日]寺田浩明主编：《中国法制史考证·丙编·日本学者考证中国法制史重要成果选译》(第四卷·明清)，郑民钦译，中国社会科学出版社 2003 年版；春杨：《明清时期田土买卖中的找价回赎纠纷及其解决》，载《法学研究》2011 年第 3 期。

③《大清律例·户律·田宅·典卖田宅》，条例部分，见[清]薛允升：《读例存疑》，胡星桥等点校，中国人民公安大学出版社 1994 年版，第 202 页。另查田涛、郑秦点校的《大清律例》(法律出版社 1999 年版)第 199 页的此条例部分，稍有不同，后者之中无“并典限未满而业主强赎”一段文字。

④同注③，薛允升书，第 203 页。

⑤陈铿：《中国不动产交易的找价问题》，载《福建论坛》(文史哲版)1987 年第 5 期。

⑥参见黄宗智：《法典、习俗与司法实践：清代与民国的比较》，上海书店出版社 2003 年版，第 75-76 页。关于典卖田宅的律令与实践之关系的考察，另可参见张富美：《清代台湾典买田宅律令之演变与台湾不动产交易的找价问题》，载陈秋

坤、许雪姬编：《台湾历史上的土地问题》，“中央研究院”台湾史田野研究室 1992 年印，第 17-28 页。

⑦在中国法学界，就我阅读所及，不仅未见有民法学研究者关注到传统中国的这一契约类型，而且连中国法律史学界不少旨在研究中国“民法史”、“财产法史”或“契约史”的作品，在讨论传统中国时期不同类型的契约实践时，即便偶有提及叹契，也几乎全属一笔带过或简单引用该名词而已，并不对其稍加解释，自然谈不上对其专门进行深入研究。例如叶孝信主编：《中国民法史》，上海人民出版社 1993 年版，第 540-542 页；王志强：《试析晚清至民初房地交易契约的概念——民事习惯地区性差异的初步研究》，载《北大法律评论》第 4 卷第 1 辑，法律出版社 2001 年版；王志强：《中国传统法的地域性论略》，载《复旦学报》2002 年第 3 期；张晋藩主编：《中国民法通史》，福建人民出版社 2003 年版，第 859 页；郭建：《中国财产法史稿》，中国政法大学出版社 2005 年版，第 232-234 页；曹伊清：《法制现代化视野中的清末房地产契证制度——以南京地区房地产契证为范本的分析》，南京师范大学 2006 年博士学位论文，第 165、172、180、182 页；唐红林：《中国传统民事契约格式研究》，华东政法大学 2008 年博士学位论文，第 49-50、133、135、163 页；练育强：《近代上海城市规划法制研究》，华东政法大学 2009 年博士学位论文，第 57-58 页；王玉婷：《产权视野下的晚清上海道契制度》，复旦大学 2009 年硕士学位论文，第 33-34 页；郭建：《典权制度源流考》，社会科学文献出版社 2009 年版，第 188 页；冯学伟：《契约文书之于古人生活的意义》，载《法制与社会发展》2011 年第 1 期。夏扬是目前所见极少数曾较为具体地分析过叹契的法史研究者（参见夏扬：《上海道契：法制变迁的另一种表现》，北京大学出版社 2007 年版，第 112-115、140-142 页），但他也只是简单将叹契视为严重阻碍清末上海地区土地交易的因素之一；并且，其关于加叹期限呈现出逐渐缩短之趋势以及卖、加、绝、叹等原先在不同时间订立的契约后来逐渐向一次写就转变的论述，其实在史学研究者冯绍霆那里有详细论述（后者的研究并未被该书提及）。而在其他一些关于中国“民法史”或“契约史”的论著中，甚至全无“叹契”的影迹，例如李志敏：《中国古代民法》，法律出版社 1988 年版；孔庆明等编著：《中国民法史》，吉林人民出版社 1996 年版；张传玺：《契约史买地券研究》，中华书局 2008 年版；田涛：《千年契约》，法律出版社 2012 年版。

⑧冯绍霆是目前所见唯一曾对叹契进行过深入研究的史学研究者，他曾撰有多篇专题论文。参见朱华、冯绍霆：《试论清代上海地区房地产交易中的加叹》，载《近代中国》第 8 辑，立信会计出版社 1998 年版；冯绍霆：《清代上海房地产卖加绝叹契介绍》，载《近代史资料》总 85 号，中国社会科学出版社 1994 年版；Feng Shaoting, "Supplemental Payment in Urban Property Contracts in Mid to Late Qing Shanghai", translated by

Madeleine Zelin, in Madeleine Zelin, Jonathan Ocko and Robert Cardella, eds., *Contract and Property in Early Modern China*, Stanford: Stanford University Press, 2004. 此外，亦有一些中国史研究文献曾简单叙及“叹契”，例如王日根：《清代地权转移中的非经济因素》，载《中国社会经济史研究》1996 年第 2 期（该文对叹契的关注系引述前引冯绍霆《清代上海房地产卖加绝叹契介绍》一文）；马学强：《近代上海道契与明清江南土地契约文书之比较》，载《史林》2002 年第 1 期（或见马学强：《从传统到现代：江南城镇土地产权制度研究》，上海社会科学院出版社 2002 年版，第 192-193 页）；张佩国：《近代江南乡村地权的历史人类学研究》，上海人民出版社 2002 年版，第 80 页；杜恂诚：《从找贴风俗的改变看近代上海房地产交易效率的提高》，载《上海经济研究》2006 年第 11 期。或许正是因为“叹契”在中国史学界显得相当陌生，以至于一位资深的史学研究者，在论及冯绍霆前引英文论文时也不免发生误读，而将上海房地交易中订立的卖、加、绝、叹等不同契约，与常见的典卖中所订立的典卖、找洗、添价和绝卖等四种契约相混淆，并没有注意到“叹价诉求”的特殊性，参见陈秋坤：《书评：近代中国的契约与产权》，载《中央研究院近代史研究所集刊》2006 年第 52 期。

⑨参见上海市档案馆编：《清代上海房地契档案汇编》，上海古籍出版社 1999 年版。

⑩此外，《档案与史学》曾在 2003 年分两期披露了上海钱业公会档案中有关清代钱业公所的一批地契文书，其中也包括数份叹契，参见《清代上海房地契档案补编（上）》，载《档案与史学》2003 年第 5 期；《清代上海房地契档案补编（下）》，载《档案与史学》2003 年第 5 期。不过后一批史料至今还几乎没有在学术界得到关注和使用。

⑪同注⑨，本辑说明，第 1 页。

⑫《郑貽茂等卖房地契》（道光二十九年十二月至咸丰二年二月），载注⑨，第 40-45 页。事实上，在前后两年的时间里，双方所订立的各式契约并不止上述 4 份。就在订立绝契的同月，双方还订立了一份“装修契”，根据其中言定，郑貽茂又得到 50 两。订立“装修契”的行为，涉及上海地区至少在道光年间就已出现的新的加价名目，拟另文探讨，上文描述中暂且从略。

⑬《咸丰二年二月收门房上下叹契据》，载注⑨，第 45-46 页。

⑭朱华、冯绍霆：《试论清代上海地区房地产交易中的加叹》，载《近代中国》第 8 辑，立信会计出版社 1998 年版。

⑮或许也正是鉴于此一特征，早在明末清初之时，一位时居青村（今奉贤）的生员便在其笔记中如此描述“加叹”俗例：“俗于出售田亩房屋后，尚可向买主商索加价。加一次，出一添契，加至再三，无法再加时，则为绝契，亦称叹契。”参见[清]

曾羽王:《乙酉笔记》,载《清代日记汇抄》,上海人民出版社1982年版。

⑩马学强:《从传统到现代:江南城镇土地产权制度研究》,上海社会科学院出版社2002年版,第192-193页。需要指出的是,马学强对“叹契”的看法前后经历了调整修正,在构成此书这一部分之内容原型的《近代上海道契与明清江南土地契约文书之比较》(载《史林》2002年第1期)一文中,他曾认为“绝契以外,续立叹契,倒是很少的例外”。

⑪参见《戴心如卖房地契》,载注⑨,第64-68页。

⑫例如《光绪十三年立门房上下叹据》,载注⑨,第226-227页。

⑬例如《咸丰十年十二月立叹契》,载注⑨,第97页。

⑭例如《道光二十年十二月立收门房叹契据》,载注⑨,第30页。

⑮例如《乾隆四十四年十月立加叹契》,载注⑨,第21-22页。

⑯例如《光绪七年七月立屋基地再叹契》,载注⑨,第197页。

⑰例如《同治十三年叹契》,载注⑨,第164页。

⑱例如《道光元年十二月立收门房上下叹契笔据》,载注⑨,第13页。

⑲例如《咸丰九年十二月立叹契笔据》,载注⑨,第83-84页。

⑳参见《同治四年四月立基地情叹门房上下笔据》,载注⑨,第120-121页。

㉑例如《咸丰元年立门房上下叹契文据》,载注⑨,第50页。

㉒例如《光绪十一年十二月立叹房文契》,载注⑨,第219页。

㉓例如《光绪二十四年十二月立循俗叹契据》,载注⑨,第271页。

㉔例如《光绪十三年十二月立门房上下叹据》,载注⑨,第233-234页。

㉕例如《光绪二十四年四月立拔根割藤叹契》,载注⑨,第266-267页。

㉖例如《光绪三十年十二月立除堂落匾叹契》,载注⑨,第278页。

㉗参见注⑩,第112-113页。据该文所引,明人范濂所著《云间据目抄》记载:“田产交易,昔年亦有卖价不敷之说,自海公以后,则加叹杜绝遂为定例。有一产而加五六次者。初犹无赖小人为之,近年则士类效之,腆不顾名义矣。”生活于明末清初的曾羽王,在《乙酉笔记》中记述盛覃右事迹时亦提及:“覃右酷好得蒲,无分昼夜,田宅不已,而加叹随之;墓木不已,而加叹随之。”该论文另还引用《历年记》、《阅世编》中的相关记

载予以说明,但从其引自后两种明末清初史料的文章来看,似乎后两种史料字面反映的只是常见的“加价”,而不是如《云间据目抄》、《乙酉笔记》等那样明确指涉到特殊的“叹价诉求”。

㉘中国国家图书馆善本部藏有明刊本《云间谡略》。该书原有10卷,现仅存8卷(第5卷和第6卷缺佚),其所记的案件,均发生在明万历三十六年(1608年)以前。参见杨一凡:《十二种明代判例判牍版本述略》,载张伯元主编:《法律文献整理与研究》,北京大学出版社2005年版。南直隶为明成祖永乐元年迁都北平后,对南京及附近府和直隶州的统称,其管辖区域包括今江苏、安徽和上海等两省一市,松江府(管辖区域大致相当于今上海市)即为其所辖。

㉙详见[明]毛一鹭:《云间谡略》,卷一,“一件人命事”,载杨一凡、徐立志主编,刘笃才等整理:《历代判例判牍》第3册,中国社会科学出版社2005年版。清代以来。诸如此类连锁找价的情形更是多见,参见注⑤,第30页。

㉚参见注⑤,毛一鹭书,卷三,“一件倒悬事”;卷七,“一件灭宪屠家事”;卷八,“一件出巡事”;卷九,“一件丞丞滨灶事”,第470、529-530、536-537、558-559页。

㉛冯绍霆:《清代上海房地产卖加绝叹契介绍》,载《近代史资料》总85号,中国社会科学出版社1994年版。

㉜[清]郭开淮等修:《京江郭氏家乘》,清宣统三年(1911年)续古堂重修本,现藏南开大学图书馆,卷之七,“马侯原买王姓根契七纸附录”,第6页a-6页b。《京江郭氏家乘》始修于清康熙间,乾隆九年续修,道光元年三修,宣统三年重修,前后凡四修,南开大学图书馆馆藏的为清宣统三年(1911年)续古堂重修本,共八卷,1函10册。

㉝《光绪二十八年十二月立叹杜绝契》,载注⑨,第273页。

㉞参见注⑦,第227页。

㉟晚近的一则随笔提及,日本京都大学图书馆藏有一件名为《康熙十六年六月苏州陈求章永远杜绝加叹契》的叹契原件(编号为2549-06),参见李开周:“加叹”,载搜狐网<http://roll.sohu.com/20120607/n344920205.shtml>,2012年6月20日访问。但我尚未亲见这件契约实物。

㊱以下两个例子,均引自杨国桢:《明清土地契约文书研究》修订版,中国人民大学出版社2009年版,第195页。

㊲需要指出的是,对于此份契约的当事人的具体所在地,杨国桢尚未完全确认,而是经推测认定为吴县(因此他在“吴县”两字之后标注了“?”以示存疑),参见注⑫,第195页。但从这份契约所处的文书群来看,其来自江苏则应当没有疑问。

㊳“太湖理民府档案”的另一个更为正式普遍的名称是“太湖厅档案”。据范金民的介绍,日本国会图书馆所藏的太湖厅档案,“时间上起自同治五年,止于宣统三年,前后46年,其中同治朝13件,光绪朝14件,宣统朝3件,包含同光宣三

朝的杂文件1件。内容包括诉讼案卷21件,同治五年绝卖地契1件……”参见范金民:《太湖厅档案及其史料价值》,载范金民:《国计民生:明清江南社会经济研究》,福建人民出版社2008年版。范金民在前引介绍中提及的“同治五年绝卖地契1件”,应该就是指傅正东等立的永远杜绝文契。

④5从清代丹徒县、吴县、太湖厅等地均有叹契存在的上述事实来看,尽管根据《云间谿略》的记载,明末松江府便有卖主向买主索要叹价的俗例存在,但上海地区是否就是“叹契”这一名称的最初发源地,还存在很多疑问。

④6参见《乾隆五十八年十月(楼)世荣等卖田永远找绝叹契》(两份)、《道光四年四月沈允科卖田给赐福财神会永远找绝叹契》和《道光十年十二月王寅文卖田永远找绝叹契》,载张介人编:《清代浙东契约文书辑选》,浙江大学出版社2011年版。惟需稍作交待的是,前述契名与张介人所拟的契约名称稍有不同,系我根据契约原文内容首行中写明的文契类别全称重新拟定。本文中所有引自该书的叹契均做如此处理,以下不再赘述。

④7参见《咸丰三年十二月任盈周等卖地永远找绝叹卖文契》、《咸丰三年十二月朱茂祯卖山永远找绝叹卖文契》和《道光二十九年二月叶思朋等卖田永远找绝叹卖文契》,载注④6,第38-39、53页。

④8参见《咸丰五年十一月韩岑氏同男鹏华卖地永远杜绝找叹契》和《咸丰十一年十二月韩焕文卖屋永远杜绝找叹契》,载注④6,第89-90页,第91页。

④9参见《咸丰四年四月张李氏卖田永远杜绝找叹契》,载注④6,第39页。

⑤0参见《道光元年三月秉乾卖地永远绝卖叹契》,载注④6,第33页。

⑤1参见《同治九年正月柯满升卖地永远叹找绝文契》,载注④6,第19页。

⑤2参见《道光二十二年二月冯宗朋卖田永远叹找契》,载注④6,第52-53页。

⑤3参见《道光二十二年二月冯宗朋卖田永远叹找文契》,载注④6,第52页。

⑤4参见刘海岩主编:《清代以来天津土地契证档案选编》,天津古籍出版社2006年版,“导言”第2页,第277-278页。

⑤5例如在花山文艺出版社1993年出版的《徽州千年契约文书》所收录的宋、元、明、清、民国时期徽州契约中,就我眼力所及,就并未发现明确以“叹契”为名的契约类型。在《自贡盐业契约档案选辑》(自贡市档案馆、北京经济学院、四川大学合编,中国社会科学出版社1985年版)、《中国历代契约会编考释》(张传玺主编,北京大学出版社1995年版)、《许舒博士所藏商业及土地契约文书·乾泰隆文书(一)潮汕地区土地契约文书》(蔡志祥编,东京大学东洋文化研究所1995年印)、《敦

煌契约文书辑校》(沙知录校,江苏古籍出版社1998年版)、《广东土地契约文书(含海南)》(谭棣华、洗剑民编,暨南大学出版社2000年版)、《田藏契约文书粹编》(田涛、宋格文、郑秦主编,中华书局2001年版)、《贵州文斗寨苗族契约法律文书汇编:姜元泽家藏契约文书》(陈金全、杜万华主编,人民出版社2008年版)等书所收录的大量契约文书之中,也未见一件叹契。此外,岸本美绪在她那篇介绍明清契约文书的概述性论文中,也未见对叹契有所提及,参见[日]岸本美绪:《明清契约文书》,载[日]滋贺秀三等著,王亚新、梁治平编:《明清时期的民事审判与民间契约》,法律出版社1998年版。

⑤6薛理勇主编:《上海掌故辞典》,上海辞书出版社1999年版,第668页。这一词条将叹契视为清代上海的一种契约类型,但如前所述,叹契在明代后期即已出现于上海地区。

⑤7李伯重:《简论“江南地区”的界定》,载《中国社会经济史研究》1991年第1期。

⑤8参见曹树基等编:《石仓契约》第1辑,浙江大学出版社2011年版。此外,《清代宁波契约文书辑校》(王万盈辑校,天津古籍出版社2008年版)中也未见一件叹契。

⑤9[美]梅利莎·麦柯丽:《社会权力与法律文化:中华帝国晚期的讼师》,明辉译,北京大学出版社2012年版,第233、385-386页。

⑥0参见注⑤9,本辑说明,第1页。

⑥1Voyez Pierre Hoang, *Notion techniques sur la propriété en Chine avec une choix d'actes et de documents officiels*, Shanghai [Zi-ka-wei]: Imprimerie de l'Orphelinat de T'ou-sè-wè, 1920, pp. 8-9. 此为该书1897年初版的重印本。

⑥2See Melissa Macauley, *Social Power and Legal Culture: Litigation Masters in Late Imperial China*, Stanford, California: Stanford University Press, 1998, p. 235.

⑥3See Peter C. Perdue, *Exhausting the Earth: State and Peasant in Hunan, 1500-1850*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1987, p. 138.

⑥4[明]谢肇淛:《五杂俎》,卷之四,“地部二”,上海书店出版社2001年版,第79页。

⑥5同注⑥4,第221页。

⑥6参见注⑥4,第223页。

⑥7[日]岸本美绪:《明清时代的“找价回赎”问题》,载[日]寺田浩明主编:《中国法制史考证·丙编·日本学者考证中国法制史重要成果选译》(第四卷·明清),郑民钦译,中国社会科学出版社2003年版。

⑥8关于“加添字”,参见注⑥7,第428-429页;关于“添价契”、“撮券”和“撮字”,参见春杨:《明清时期田土买卖中的找价回赎纠纷及其解决》,载《法学研究》2011年第3期。

⑥9参见注⑥7,第200、226、223、226页。

⑦参见施沛生编：《中国民事习惯大全》影印本，上海书店出版社2002年版，第一编“债权”第三类“契约之习惯”，第23页b。该书系根据1924年上海广益书局版影印。

⑧同注⑦，第二编“物权”第一类“不动产之典押习惯”，第15页a；第二编“物权”第一类“不动产之典押习惯”，第18页a-18页b。

⑨南京国民政府司法行政部编：《民事习惯调查报告录》，中国政法大学出版社2005年版，第237页。管见所及，《中国民事习惯大全》未载古田县的此一习惯。

⑩中国法学界对所谓“习惯权利”有不同的界定，本文所采用的，乃是其中一种我认为比较精到的概括：“习惯权利针对法（国家法）定权利而言，它是指一定社区的社会主体根据包括社会习俗在内的民间规范而享有的自己为或不为；或者对抗（请求）他人作为或不作为一定行为的社会资格。”详见谢晖：《民间规范与习惯权利》，载《现代法学》2005年第2期。关于学界围绕“习惯权利”概念的不同看法，参见韦志明：《习惯权利论》，中国政法大学出版社2011年版，第36-42页。

⑪民国《嘉定县续志》卷5《风俗》，转引自冯尔康：《清代地土层级结构及经营方式述论》，载冯尔康：《顾真斋文丛》，中华书局2003年版。

⑫详见注⑭，第116-119、121-122页。另可参见Feng Shaoting, "Supplemental Payment in Urban Property Contracts in Mid to Late Qing Shanghai", translated by Madeleine Zelin, in Madeleine Zelin, Jonathan Ocko and Robert Cardella, eds., *Contract and Property in Early Modern China*, Stanford: Stanford University Press, 2004, pp. 213-218.

⑬李文治编：《中国近代农业史资料》第1辑·1840-1911，三联书店1957年版，第47页。

⑭皇家亚洲文会中国分会的前身，可追溯到1857年9月由裨治文(E. C. Bridgman)等寓华侨民在上海成立的“上海文理学会”(Shanghai Literary and Scientific Society)。1859年，“上海文理学会”加盟1823年在伦敦成立的大不列颠及爱尔兰皇家亚细亚学会，成为其在中国的支会，该会名称也改为“皇家亚洲文会北中国分会”(The North-China Branch of the Royal Asiatic Society)，以区别于同是大不列颠及爱尔兰皇家亚细亚学会在中国的支会之一的“皇家亚洲文会中国分会”(The China Branch of the Royal Asiatic Society；该会后在1859年停止活动)。“The North-China Branch of the Royal Asiatic Society”自20世纪以来便有多种译名，鉴于该会当年大门口匾额和演讲厅内悬挂的布料上所写的中文名字均为“亚洲文会”，所以该会的通用简称应为“亚洲文会”而非“亚洲学会”。该会在1861年其核心成员分离后停止活动，后于1864年恢复重建，在1882-1905年间的20多年里，曾一度更名为“皇家亚洲文会中国支会”(The China Branch of the Royal Asiatic Soci-

ety)，其会报也随之更名为“皇家亚洲文会中国支会会报”(Journal of the China Branch of the Royal Asiatic Society)，不过从1906年起又改回“皇家亚洲文会北中国支会会报”。该会后于1951年5月正式关闭。参见王毅：《皇家亚洲文会北中国分会研究》，上海书店出版社2005年版，第1-27页，第82页。

⑮See Peter Hoang, "A Practical Treatise on Legal Ownership", *Journal of the China Branch of the Royal Asiatic Society*, New Series, Vol. XXIII, 1889, pp. 126-127. 在该文中，“活卖契”、“加找契”、“加绝契”、“叹气据”、“情借据”等名词，均由黄伯禄神父用中文在对应英文后标出。

⑯参见注⑮。该书最早出版于1897年，系由上海土山湾印书馆出版的Variétés Sinologiques(《汉学杂刊》)系列中的第11种。

⑰参见注⑮。该书第8-9页以中文标出“叹契据”和“叹契”的字样，第108页则抄录了一份光绪年间的“叹气据”样本：“立叹气据赵甲。为因前将自置坐落某邑某保某区某图某字圩内第几号则田若干亩，凭中绝卖于万原堂永为执业。得过契价已数。惟今因万万急需，央中相劝，叹得通足制钱若干千文正。立据日一并收足。自叹之后，永远割藤，断不再生枝节。恐后无凭，立此叹气据交执为证。实收据内通足制钱若干文正。光绪某年某月日立叹气据赵甲。见叹某，经中某，代笔某。信实。”

⑱参见注⑮，第195页。

⑲同注⑦，第二编“物权”第一类“不动产之典押习惯”，第21页b。

⑳同注⑫，第200页。

㉑关于雍正八年定例之后出现“遵例总书一契为绝”新变化的更多例证，参见注⑫，第196-197页。

㉒参见《光绪三十三年四月奚桂发卖田契》，载注⑨，第283页。

㉓冯绍霆曾引民国三年(1914年)9月沪人沈上之在写立绝卖房屋基地草契的同日所立的一份“加契”中的一段表述——“所有旧俗升高起造、加叹等名目，一应在内”，以说明叹价诉求的习俗在民国时期尽管已日趋式微，但遗风犹存。他还分析过叹契之所以在清末后淡出乃至消失的原因，认为这与上海商业的发展、洋商道契的影响有莫大关系。参见注⑮，Feng Shaoting 文，pp. 220-221, pp. 224-228。关于沈上之所写立的加契的内容，参见注⑨，第302页。

㉔[日]寺田浩明：《权利与冤抑——清代听讼和民众的民事法秩序》，载[日]滋贺秀三等著，王亚新、梁治平编：《明清时期的民事审判与民间契约》，法律出版社1998年版。

㉕参见[日]寺田浩明：《拥挤列车模式：明清时期的社会认知和秩序建构》，阮云星译，载《清华法学》2010年第6期。

㉖例如根据《成规拾遗》一书的记载，乾隆五年(1740年)

正月浙省藩司发布的一则告示,便名为《严禁找贴恶俗》,参见注⑫,第187页。光绪年间上海青浦县衙所立的一通《为禁绝产加叹告示碑》,开篇即云“查绝产加叹,最为地方恶习,本干例禁”,参见上海博物馆图书资料室编:《上海碑刻资料选辑》,上海人民出版社1980年版,第156页。据该书介绍,该碑原在青浦县朱家角城隍庙旧址,碑文中的落款时间为“光绪陆年十二月廿八日”。

⑩同治年间江西《零都县志》,转引自注⑭,冯尔康文,第23页。

⑪例如赵冈:《历史上的土地制度与地权分配》,中国农业出版社2003年,第266-302页;王志润:《对清代中后期地主大规模兼并土地的质疑——立足于类似普查的实证资料和乡村社会抽样调查资料的深入考察》,载《新东方》2005年第1期;赵冈:《中国传统农村的地权分配》,新星出版社2006年版,第124-168页;刘正山:《土地兼并的历史检视》,载《经济学(季刊)》第6卷第2期,北京大学出版社2007年版。

⑫同注⑭。

⑬[清]戴兆佳:《天台治略》,清活字本,卷之六,“告示·一件严禁富户措找措贱刁民告找告贱事”,见《官箴书集成》第四册,黄山书社1997年版,第161-162页。

⑭参见注⑬,及同书卷之六,“告示·一件劝谕买产人户速循天台旧例了根找绝以斩葛藤以清案牍事”,第161-163页。

⑮在分析清代的典习俗时,黄宗智视其“既包含继承过去的前商业逻辑,也包含帝国晚期不断增长的商业化了的小农经济的市场逻辑”,同时还体现了一种生存伦理,参见注⑥,黄宗智书,第67页。这样的判断,同样适合于形容明清中国房地交易“绝卖不绝”之俗例。

⑯参见林端:《儒家伦理与法律文化》,中国政法大学出版社2002年版,第112页。

⑰[奥]欧根·埃利希:《法社会学原理》,舒国滢译,中国大百科全书出版社2009年版,第25、127、183页。

⑱同注⑰,第405-406页。

⑲同注⑱,载《上海碑刻资料选辑》,第156页。

⑳参见注⑱,第117-119页

㉑巩涛(Jérôme Bourgon)指出,清代政务文献汇编(例如省例)在论及风俗习惯之时,往往都是强调要对其加以矫正,而非完全依例来治理民众,正如“正风俗”这一表述所暗示的那样,参见 Jérôme Bourgon, "Uncivil Dialogue: Law and Custom Did Not Merge into Civil Law Under the Qing," *Late Imperial China* 23: 1(2002), pp. 81-82.

㉒[清]陈确:《产述论》,载《陈确集》上册,中华书局1979年版,卷五。

㉓同注㉒,第423-447页。

㉔[日]仁井田陞:《中国买卖法的沿革》,载[日]初山明主编:《中国法制史考证·丙编·日本学者考证中国法制史重要成果选译》(第一卷·通代先秦秦汉卷),徐世虹译,中国社会科学出版社2003年版。

㉕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39页。

㉖参见[德]马克斯·韦伯:《法律社会学》,康乐、简惠美译,广西师范大学出版社2005年版,第269-270页。

㉗同注㉖,第170页。

㉘同注㉖,第450页。

㉙同注㉖,第423-454页。

㉚同注㉙,“告示·一件劝谕买产人户速循天台旧例了根找绝以斩葛藤以清案牍事”,第162页。

㉛参见注㉖,第447-455页。

㉜同注㉚,第200页。

㉝参见注㉚,第173-174页。寺田浩明所称的“既得权”型社会秩序具有如下特征:“个别主体首先拥有某些确定之物,然后这样的各自拥有所有物的个别主体集聚着,在互相认可各自的拥有物的过程中产生出全体。”

㉞同注㉚,第457页。

参考文献:

[1]冯绍霆:《清代上海房地产加绝叹契介绍》,载《近代史资料》总85号,中国社会科学出版社1994年版。

[2]上海市档案馆编:《清代上海房地契档案汇编》,上海古籍出版社1999年版。

[3][日]岸本美绪:《明清时代的“找价回赎”问题》,载[日]寺田浩明主编:《中国法制史考证·丙编·日本学者考证中国法制史重要成果选译》(第四卷·明清),郑民钦译,中国社会科学出版社2003年版。

[4]杨国桢:《明清土地契约文书研究》(修订版),中国人民大学出版社2009年版。

[5][奥]欧根·埃利希:《法社会学原理》,舒国滢译,中国大百科全书出版社2009年版。

[6]Peter Hoang, "A Practical Treatise on Legal Ownership", *Journal of the China Branch of the Royal Asiatic Society*, New Series, Vol. XXIII, 1889.