

· 法律文化研究 ·

习惯法视野下中国古代“亲邻之法”的源起

韩伟

(长安大学政治与行政学院, 陕西西安710064)

摘要: “亲邻之法”的正式形成一般认为是迟至五代的后周时期, 根据敦煌吐鲁番发现的十余件汉文及回鹘文买卖契约文书的相应内容, 可以发现, 在晚唐时期已经存在习惯法意义上的亲邻之法, 虽然只见“亲”, 不见邻, 也缺乏明确的“优先权”实现规则, 但“姻亲忏悔”、“称为主己”等惯用说法, 仍然反映了亲邻之法早期形成过程中的鲜明特征, 可以确定为是习惯法意义上的“亲邻之法”, 并可依此推论至迟在唐懿宗大中年间, 民间就有“亲邻之法”的广泛实践。由晚唐到五代, 随着国家律令制度对“先问亲邻”习惯的吸收与确认, 亲邻之法经历习惯法的成文化, 于宋元最终成型。

关键词: 亲邻之法; 先买权; 敦煌契约

中图分类号: DF082

文献标识码: A

文章编号: 1006-6128(2011)03-0072-11

一、研究说明

“亲邻之法”是中国古代不动产交易中一项非常重要的制度, 一般而言, 它是指在土地房屋等不动产买卖中, 房亲、邻人(房邻或地邻)具有优先购买权, 这种优先购买权可以对抗亲邻以外的一般购买人。对于“亲邻之法”在宋代以后的流变, 学界多有详尽的论述, 而关于它的起源则意见不一。学界征引较多的, 是源自五代时后周二年(952年)的一则“例”文, 即“如有典卖庄宅, 准例, 房亲邻人合得承当。若是亲人不要, 及著价不及, 方得别处商量。不得虚抬价例, 蒙昧公私。有发觉, 一任亲人论理。”(《五代会要》卷二十六)说明“亲邻之法”在五代时期就已经进入国家律法之内。到了两宋时期, 亲邻之法就更为流行, 不仅在宋人的著述中多有提及, 比如宋代的郑克即指出“卖田问邻, 成券会邻, 古法也。”^[1]并且也在实践中得到官方强制性确认, 对买卖中不依此交易者予以制裁。^①但是, 一个具体制度不会凭空出现的, 它一定有一个产生、发展、演变的过程, 而“亲邻之法”是否就是在后周二年^②形成, 在其形成之前, 民间不动产买卖又有怎样的实践, 学界

收稿日期: 2010-12-20

基金项目: 长安大学人文社会科学研究专项基金项目(ZR0902)

作者简介: 韩伟(1982-), 男, 陕西绥德人, 长安大学政治与行政学院讲师, 中国人民大学法学院博士研究生。

①宋代时的书判中就有大量涉及“亲邻之法”的案件, 参见《明公书判清明集》。

②典型的说法是丁凌华, 他提到后周广顺二年(952)令, “如有典卖庄宅, 准例: 房亲、邻人合得承当。若是亲人不要, 及著价不及, 方得别处商量。不得虚抬价例, 蒙昧公私。有发觉, 一任亲人论理。……或亲邻人不收买, 妄有遮吝, 阻滞交易者, 亦当深罪。”参见丁凌华《五代会要》, 载陈鹏生主编《中国古代法律三百题》, 上海古籍出版社1991年版。

少有关注。以前囿于史料及方法的局限,对亲邻之法的起源考察留下诸多模糊之处,到底是源自五代,还是中晚唐,抑或是更早期,仍有不少争论。本文试图通过考察所见的出土敦煌、吐鲁番买卖券契文书,采取历史文本分析的方法,并借助当下法律社会学较为流行的习惯法的视野,对“亲邻之法”的源起作更进一步的澄清,以求教于方家。

关于“亲邻之法”起源的说法很多,但主要集中于以下几种意见:根据《宋刑统》中的“典卖指当论竞物业”条,有学者推论唐宪宗元和六年(811年)即有涉及亲邻之法的诏令、敕条,所以“先取问亲、邻的规定或者类似的规定,在中唐就已经出现”,但连他自己都承认,《宋刑统》中的说法“很笼统”,“元和六年以来的敕文到底是什么时候的诏令敕文?其内容如何都不得而知”。[2]也有学者从民间习惯和国家律法两个角度分析了“先问亲邻”制度的缘起,认为从汉代王莽改制以来,民间就有“先问亲邻”的做法,并被认为是“古法也”;而从律法制度来说,“五代时很可能已经有了田宅买卖必须征求亲邻意见的法律,或至少是法律确认民间的这一惯例”。[3](P217-218)另有部分学者则根据《魏书》“食货志”的记载,认为当时“已经具有了优先购买权的雏形,由此推断出亲族优先购买权最迟不晚于北魏就已出现,但从中也可以看出,此种优先购买权的权利主体仅限于亲而不适用于邻”。[4](P80)亦有学者认为,唐及五代的资料里,已经存在房亲和邻地者的不动产先买权。^①还有学者依据出土契约文书和基本律典记载认为,“唐朝中后期,民间田土交易中出现了‘先问亲邻’现象;五代后周时期,‘先问亲邻’正式写入法典”。[5](P296)也就是说,先问亲邻的现象在唐代中后期出现,但这一制度成文化、法律化是在五代后周时期。^②

由上所述,虽然有不少论著征引的若干史料记载了“亲邻之法”,但是一则,相关的大部分史料基本都属于正史所记载的、国家律令制度范畴内的,或可称之为是“国家法”、“成文法”的领域,而缺乏民间买卖交易实践的、非官方史书的相关资料或惯例作为印证;二则,对于五代之前特别是隋唐时期的“亲邻之法”,还鲜有论著专门考察非常具体的民间实践中的实例。提到的一些律令制度,也没有明确就是亲邻的优先购买权,所以关于“亲邻之法”的缘起,尽管郭建与柴荣的说法较为有说服力,亦即民间习惯上的“亲邻之法”大约是中晚唐或者更早期就已经出现,但从国家律法的角度来看,应该是在五代时期才出现的。但民间习惯“古已有之”,或者更确切地说是“中晚唐”就存在的具体实例如何,相关论著却未给出明确的、足够的史料来说明。其次,在视野或方法上,论者也较少将唐五代券契中的这类惯常做法放到习惯法的视野下进行研究。一般而言,习惯法很少有成文的规则,甚至没有确定的组织或机构来负责其实施,它既非“立法者”创造,也没有专门机构来执行。习惯因俗而生,随风而变,倘某种做法占据上风,且为众人群起效尤,就可能推衍成风,变成所谓“乡例”、“俗例”。有一些“乡例”、“俗例”经历长期的实践,可能在诉讼过程中为官府所认可,甚至会进入国家法的范畴。^③宋元时期作为国家正式制度的“亲邻之法”,如果向前追溯,它的前身完全可能是某种习惯法,甚至仅仅是某些地方的惯行。由此,也使本文的研究成为可能。

二、敦煌吐鲁番买卖契约文书中所见亲邻之法的民间实践

由于“亲邻之法”主要应用于土地等不动产买卖,因此我们可以从民间买卖契约文书入手做一些实证的考察。敦煌、吐鲁番发现的契约文书中,数量最多的就是买卖契约,跨越公元7世纪到10

①参见仁井田陞《中国法制史研究:法と慣習・法と道德》,东京大学出版会1991年版,第387页。但所依据的资料仍以宋元为主,诸如《宋刑统》及《文献通考》的宋代敕文等。

②刘馨珪亦提到“田宅买卖交易中的亲邻之法,乃从开宝二年(969年)颁布‘格’后,就施行于全国,”该“格”则是引述自《宋会要》食货37,然而其论述主要是以宋代、特别是南宋为主要对象,亲邻之法也限于宋代,并未否定宋之前就不存在“亲邻之法”,参见氏著《明镜高悬:南宋县衙的狱讼》,北京大学出版社2007年版,第253页。

③尽管梁治平并没有将习惯法与“乡例”完全等同起来,但作为某种广为使用的惯常做法,且已经影响到了实质权利的移转,将其作为习惯法来考察,或不致大谬。参见梁治平《在边缘处思考》,中国政法大学出版社2010年版,第172页。

世纪。这些契约文书繁简不一，却包含了内容非常类似的、涉及姻亲、兄弟等亲属的条款，比如典型的一件编号为“斯 3877 号”的契约是“唐乾宁四年平康乡百姓张义全卖舍契（习书）”：[6]

1. 永宁坊巷东壁上舍内东房子一口，并屋木，东西中略
8. 都断作价直五拾硕，内斛斗干货各半。其上件
9. 舍价，立契当日，交相分付讫，一无悬欠。其舍一买
10. 已后，中间若有亲姻兄弟兼及别人，称为主己者，
11. 一仰旧舍主张义全及男粉子支子，只当还替，不忤
12. 买舍人之事。或有恩敕赦书行下，亦不在论理
13. 之限。一定已后，两不休悔。如有先悔者，罚麦三拾
14. 驮，充入不悔人。恐人无信，两共对面平章，余略。

在该契约中，明确提及了“亲姻兄弟”等亲属，并具体说明如发生“亲姻兄弟兼及别人，称为主己”的情况，由房屋的出卖人，也就是“旧舍主”张义全等承担全部责任，而与买方，即买舍人没有任何关系。这一条款的列入，暗示了在当时，亲姻兄弟等这些具有特殊身份的人，完全有可能来主张某种权利，并会实际危害房宅买方权利的实现。上述条款的设定，正是预先对这种潜在威胁的积极应对。为了更充分地说明问题，笔者检视了所有搜集到的唐五代时期的不动产买卖契约文书，并将其他类似的、具有相关条款或文字内容的汉文契约和部分回鹘文契约列表比照，分列如下：

表一 汉文契约：

年代	契约简称	涉及“亲属”相关条款	备注
唐大中五年 (851 年)	敕内庄宅使牒	其价钱并入门悉是僧正言衣……并不忤同学门徒亲情等事。其正词即…… [7] (P218)	
丙子年 (856 年)	敦煌沈都和卖舍契	若右（有）亲因（姻）论治此舍来者，一仰丑捩并畔（判）觅上好舍充替一院……	北图生字 25 号
唐乾宁四年 (897 年)	平康乡百姓张义全卖舍契（习书） * *	中间若有亲姻兄弟兼及别人，称为主己者，一仰旧舍主张义全及男粉子、支子祇（支）当还替，不忤买舍人之事……	斯 3877 号 2V
唐乾宁四年 (897 年)	平康乡百姓张义全卖舍契（习书） * *	中间若有亲姻兄弟兼及别人，称为（主己）者， ^① 一仰旧舍主张义全及男粉子，祇当还替，不忤买舍人之事…… ^②	斯 3877 号 3V4V
唐天复九年 (909 年)	洪润乡百姓安力子卖地契 * *	中间若亲姻兄弟及别人，争论上件地者，一仰口承人男……兄弟祇（支）当，不忤买人之事。	斯 3877 号 5-6V
后周显德三年 (956 年) ^③	兵马使张骨子买舍契 * *	中间或有兄弟房从及至姻亲忤悞，称为主记者，一仰舍主宋欺忠及妻男邻近稳便买舍充替，更不许异语东西……	伯 3331 号

①据图版契约，原 9 行“称”字下又“当”字，旁注×，表示涂抹，应为衍文，故舍去。参见唐耕耦、陆宏基《敦煌社会经济文献真迹释录》（第 1 辑），书目文献出版社 1986 年版，第 6 页。

②“张义全卖舍契”（习书）原文即有两件，由于并非真实发生的契约，而是作为“习书”练习留存的。其内容略有不同，但涉及“亲属优先权”的条文基本一致。

③一说该契约为公元 896 年，参见唐耕耦、陆宏基《敦煌社会经济文献真迹释录》（第 1 辑），书目文献出版社 1986 年版，第 4 页。

年代	契约简称	涉及“亲属”相关条款	备注
后周显德四年（957年）	敦煌乡百姓吴盈顺卖地契**	后为唯有吴家兄弟及别人，侵射此地来者，一仰地主面上，并畔觅好地充替……	伯3649号
五代	敦煌姚文清买舍契**	后若房从兄弟及亲因（姻）论谨（竞）来者，为邻看好舍充替……	斯5700号
年次不详	洛晟晟卖园舍契**	兄弟同户人，恠……园地充替。其舍及……	HBX1355
9世纪后期	阴国政等卖地契**	别已后，不许别房姪男侵劫，如若无辜非理争论，…… ^①	BLS2385
年次不详	买舍契尾	（兄）索庆进，（舍）人房兄索俊子，房弟索进子…… [8]（P114）	俄藏06051号

除了上述汉文契约文书以外，尚有不少回鹘文契约 [9] 也包含有类似的内容，可以作为一种对照，亦摘录部分列举如下：

表二 回鹘文契约：^②

年代	契约简称	涉及“亲属”相关条款
某年戎月	答拉罕卖地契	弟兄、家人、亲戚不得说三道四。他们说三道四的话，他们的话不算……
羊年一月	布尔特卖地契	弟兄、家人、亲戚不得说三道四。如果他们依仗有权力的官吏之力……赎回
羊年戎月	艾德归卖地契	弟兄、家人、亲戚、儿子、女儿不得说三道四……
猴年六月	夏比卖地契	弟兄、家人、亲戚、嫂子、叔不得说三道四……
鼠年三月	托赫里勒卖葡萄园契	弟兄、家属、亲戚不得说三道四……
兔年十一月	孜米西卖地契	弟兄、家人、亲戚也不得争执，不得说三道四……
牛年十一月	托赫里勒卖地契	弟兄、家人、亲戚，无论是谁也不得争执，不得说三道四……
马年四月	艾德归卖草地契	弟兄、家人、亲戚也不得争执，谁要依仗有权力的官吏……
鸡年一月	萨达卖葡萄园契	我萨达的兄弟、子孙、家属，我的儿子、我的……谁也不许争执。
猪年五月	铁尔比西卖葡萄园契	我铁尔比西的兄弟、嫂（婶）子、叔（舅）谁也不得争执。

对于上述买卖契约，有几个地方值得注意和说明：一是“习书”，不难发现，有好几件汉文的契约文书是“习书”。虽然习书一般被认为并非实际使用的契约，但不可否认，无论是作为一种草拟契

①表中有**号的契约均来自山本达郎、池田温主编《敦煌吐鲁番社会经济文书Ⅲ（契约）》，东洋文库1987年版。

②如未特别注明，本文所有回鹘文契约译文均来自刘戈《回鹘文契约买卖译注》，中华书局2006年版，原契文无标题，表内契约简称系本文作者自拟。

约的练习方式，还是仅仅作为读书识字的方法^①，它必然有反映社会现实的一面，而且还可能更多地反映了社会久已流行的交易习惯，因为只有反复被使用的交易惯例，才有可能被“习书”吸收，并成为练习的范本；二是对“忤怙”一词的理解，一般认为，“忤（干）”有“扰乱、冒犯”的意思，至于“怙”则是“侵占”之义，故“忤怙”一词，有“侵犯、冒犯、侵占”的含义。[10]其三，唐大中五年（851）的“敕内庄宅使牒”，亦稍不同于其他契约，严格的说，它不能算是买卖契约，但是“牒”这类文书，作为官方对私人财产买卖的批准文件，实际上却更能反映该时期财产买卖的习惯，虽然这些交易习惯不一定全部获得官方认可，但至少官方不予干涉或禁止。这一“牒”正是反映了在该宅舍的交易中，有“同学门徒亲情”等关系的人都不得干预，这一要求还特别写入“牒”，由官方的正式文书予以确认，这种寻求官方支持的努力，间接地透露了此种习惯在民间交易中的普遍性。其四，汉文契约的最后一件“卖舍契尾”，虽然相关条款不是像前述那样，是对亲属优先权利的排除或预防，而是仅仅为契尾签字画押的人名，但这些署名人的身份，却明确透露出，作为亲属，他们对于“卖舍契约”的签名确认，亦证明他们对房宅有某种权利。

就回鹘文契约而言，虽然涉及亲属的文字内容说法各异，但大概意思却是相同的。对于回鹘文买卖契约中这样的惯用条款，有几点值得注意：一是有关“依仗有权力的官吏之力”，当然不是简单地依靠有权力的官方人士，以权谋私，以力取之。实际上更可能潜在地表示这种亲属的“优先权”是获得官方认可的，卖方的亲属是完全有理由“理直气壮”地“依法”提出对标的物的优先权利，因此买受人不得不以此条款预作防备；二是有关责任的归属和落实，不难看出通行的做法是由卖方来承担“潜在优先权”的保证责任，如果发生此种情况，那么就通过“另给一块相同的地”之方式来解决，这与前引汉文的宅舍买卖契约中约定“觅上好舍充替”的实质是一样的。此外，仍有一点需要说明的是，上引回鹘文契约的年代及其证明效力，有学者推测是9—14世纪的，也有人认为是13、14世纪的。[9]（P17）鉴于回鹘人和唐朝的密切关系以及回鹘民族交易习惯自身的延续性，我们可以推断这些契约仍然是反映了晚唐五代时期土地房宅买卖的基本特征，因此是可以作为晚唐敦煌契约的同类型参照使用的。

综上所述，可以发现，晚唐五代时期的不动产买卖契约中涉及亲属权利主张的条款有如下特征：第一，标的物只涉及不动产。也就是说，买卖契约中明确约定由于“亲姻、兄弟”等亲戚主张权利而造成违约情形的，契约标的物绝大多数是土地、葡萄园、房宅等价值较大的不动产，还没有发现动产买卖中存在类似条款的契约文书。第二，唐五代时期买卖契约中对抗先买权的相应条款只见“亲”而不见“邻”。这类条款中的主体以与卖方有“亲缘”关系的人为主，包括了有血亲关系的兄弟、侄等，也包括有姻亲关系的妻、嫂等人，但总归是以亲属为主，还没有看到有“邻”的情形。第三，这类条款的出现时间大致为晚唐至五代时期，到了宋元时期就比较普遍了，“中唐”乃至更早的例证，在敦煌、吐鲁番契约文书中，还没能发现。第四，如果真的发生亲属等主张先买权，干涉交易的情况，导致买卖契约无法正常履行，处理的方式一般都是由卖方来负责解决。

三、“姻亲忤怙”、“称为主己”、“论争”等词与亲邻之法的关系

如果要说明“亲邻之法”不是最早出现于五代或两宋时期，而是在更早的唐代就已存在，首先需要确认上述契约中，尤其是晚唐的几份契约中的条文属于“亲邻之法”，^②只有确认了它们属于亲邻之法，或者和亲邻之法具有本质上的相同性，就可以说五代之前就存在这样的——至少是习惯法意

①如韩森提到“书写人既弄混了形似的字，如把买当做卖；……在学习书写汉字的过程中，这些错误经常发生。这些错字可能是抄写人弄出来的，”这从一方面说明习书在当时作为一种文字书写练习的作用。参见韩森《传统中国日常生活中的协商》，江苏人民出版社2009年版，第61页。

②此处所谓的“法”不仅仅是官府的律令制度，而是包含民间惯例、乡法等，广义的法。

义上的——“亲邻之法”。所谓的“亲邻之法”实际包含几个要素：一是标的物以“房宅田地”等价值较大的不动产为主，动产买卖中一般不涉及亲邻之法；二是适用亲邻之法的主体为“亲”或者“邻”，亲一般包括了房亲、姻亲等与卖方有亲缘关系之人；邻则一般是指与交易的土地、房宅相接，即有“地邻”关系的人。三是亲邻之法主要是针对转移占有、使用权的典卖、绝卖、抵当等交易方式。四是如果有亲邻关系的人出面阻挠交易，产生的违约责任一般由卖方承担，同时契约中的保人也需要负担连带责任。

就其实质法理而言，“亲邻之法”的形成首先是源于中国古代家族伦理的需要，儒家思想提倡“尊尊长长”的孝道，而维系孝道的前提是保证家庭财产的完整，不使家产流失，而“亲邻之法”正可以达到这样的目的。其次，古代的财产交易，不管是绝卖、还是典卖、抵当，转移的并非是现代意义上的完全所有权，而实际上主要是使用、收益的权利，亲邻之法也正是基于这样的考虑。土地、房宅等财产的交易，变更的主要是使用、收益的主体，而这些权能的行使，又极大地受到亲戚、邻人的影响和制约，从而产生纠纷，要避免这类纠纷，由亲、邻优先取得这些权利，无疑成为最好的选择。就其性质而言，“系属形成权，即优先承买权人得依一方之意思，形成以义务人出卖与第三人同样条件为内容之契约，无须义务人（出卖人）之承诺”。[11]（P477）所以，“亲邻之法”本质上是在中国古代特定的伦理社会条件下产生的，对于不动产权利移转时可单方面行使的一种“形成权”，其目的是为了更好地实现对于财产的利用，减少不必要的纷争。

基于对“亲邻之法”的上述认识，再次考察前引契约条文，唐乾宁年间的说法是“亲姻兄弟兼及别人，称为主己者”，而到唐天复年间的说法是“亲姻兄弟及别人，争论上件地者”，我们认为这类说法就是对买卖中优先权的表示，因为：

其一，仅就文义而言，“称为主己者”中的“主”，在古代汉语中作为动词用，^①有“掌管”之意，也就是作为主人对财产的掌管权利。在不动产买卖中，姻亲等提出“主己”，也仅仅表明具有某种“主”的掌管之权，并非真正的“主”，而只是由于其与出卖人有亲缘关系而产生的对财产的某项权利，^②这项权利不一定意味着就是该不动产的所有权，亦可以仅仅是提出在同等条件下优先购买的形成权。“己”则包含“尽”之意，表示尽可能、尽量，在唐代官方律令典籍中就有类似的使用，如《唐会要》中关于逃户土地宅舍的处理，有“先己亲邻买卖”（《唐会要》卷85），正是指称需尽量保证这类人的优先权。另外，在部分地方的方言中“尽”也有优先考虑、优先选择等等含义，“先尽亲邻”就是这样的用法。故契文中的“主己”一词即意味着掌握优先的权利，或拥有买卖中的优先权；“论争”、“论治”、“忤悞”等词，意指对交易提出异议，显然是在认为对该土地或房宅有着某种特别的权利的前提下，提出权利主张的方式。

其二，“称为主己者”等说法与唐五代时期主张不动产的所有权的典型说法有区别。唐五代契约中也多次提到物的真正所有权人要求权利，这类条款一般被归入追夺担保或者是权利的瑕疵担保，[12]导致转让的财产被追夺的主要原因是盗卖，因此在契约文书中的典型说法有“有人寒盗认估”、“如后有人寒盗识认者”等，大都特别强调其中的“盗”的因素。此外敦煌吐鲁番契约中的追夺情形主要发生在牲畜的交易当中，在土地等不动产的交易中较少。

其三，以回鹘文买卖契约的对应条款作为对比，联系来看，二者在表述结构及内容上具有内在的一致性。汉文契约中的优先权及其主张一般表述为“称为主己者”、“论争此地者”或“忤悞”，对交易行为提出异议；回鹘文契约中则是“说三道四”，表达的含义十分类似；不仅如此，责任承担的

①实际上，有学者认为“主”在敦煌文书中主要是作为名词用的，有“诉讼案的当事人、契约的双方、对方”等等含义，但本文从联系上下文，整体解释的角度，认为作动词解更为恰当。参见王启涛《“主”字新解》，《中国史研究》2004年第2期。

②这种权利可以认为是共同体的所有权，杨国桢提出中国古代田地的“私有与共同体所有权结合论”，认为血缘性共同体内部成员土地财产移转的“先买权”设定，含有共同体作为所有者的权利之意。参见杨国桢《明清土地契约文书研究》（修订版序），中国人民大学出版社2009年版。

主体与方式也类似。首先,在责任的归属上,斯 3877 号 2V 等两件契约是“旧舍主”,当然就是指卖方;后一件“斯 3877 号 5-6V”是“口承人”,而口承人作为契约见证人,也是为履约作保证的人,^①与卖方也有千丝万缕的联系(很多时候还是卖方的亲戚),故有时也会与卖方承担连带的担保责任。回鹘文契约中如果发生姻亲“说三道四”的情况,也是由书写契约的主体,即“卖方”保证负责。在责任的承担上,敦煌的汉文契约中主张一旦实现的结果,就是由出卖人“并畔觅好地充替”。而回鹘文契约中一般也都是“另外给或买一块相同的地或房宅”。敦煌的汉文契约与高昌的回鹘文契约在时间上的前后延续关系,说明这种有关姻亲等在买卖中具有优先权的民间惯例早已有之,为预防亲属利用优先权干预交易,而在买卖契约中特别约定,这是自晚唐以来就习以为常的一种惯例、乡法。正是源于民间交易惯例较强的稳定性、延续性,故晚唐与五代以后的几件契约的相关条款中相应的说法也有不少大同小异之处。

其四,从宋代以后“亲邻之法”运行的实态来看,与上述契约相应条款中提及的权利实现方式也有类似性。在宋代亲邻之法已进入国家法,并经历了一个发展演变的过程,“从宋太宗开宝二年的‘先问房亲,不买,次问四邻’,到宁宗时‘有亲而无邻与有邻而无亲,皆不在问限’”,[13](P27)对亲邻优先权的适用范围逐步加以限制。与之形成鲜明对照的是,在民间交易中存在着亲邻之法的广泛实践,普通百姓对该规范非常熟悉,甚至到了可以用来牟利的程度,有不少贪婪之徒“往往妄执亲邻挡住外姓,以图获利。为了保护业主的利益,宋代法律不得不规定‘若亲邻着价不尽,亦任就得价高处交易’,禁止亲邻之人虚抬价钱或邻亲遮吝的行为。”[14](P216-217)国家律法也明确“邻亲妄有遮恹者,并据所欺钱数,与情状轻重,酌量科断。”(《宋刑统》第十三卷)元代的亲邻优先权则更为完善,确立了立账批问的制度,在典卖时要优先取问有服房亲,然后再问邻人。取问时要立账,也就是要出具“征询亲、邻、典主是否愿意典卖土地的通知单……不愿者三日批退,愿者五日批价”,[15](P37)如果“亲邻典主除过限不批外,更行‘遮占’,阻止业主处分者,也丧失优先权。”[16](P556)可见,在宋元“亲邻之法”盛行的时期,其行使权利的方式也多是“遮占”、论争、以及阻挠交易的正常进行,这与前引唐代末期契约中提及的方式是一致的。

据此来看,无论是惯用语词的文本含义,还是行使权利的方式,亦或是责任的归属、落实,都符合亲邻之法、尤其是“先尽亲邻”的本质特征,所以这些契约文书中的相应条款应是亲邻之法在唐五代时期民间买卖中的实践。

四、晚唐出现习惯法上“亲邻之法”之原因考析

“亲邻之法”在晚唐已经初见端倪,并非偶然。唐代早期实行严格的授田制,除“庶人有身死家贫无以供葬的,官人永业田、勋田和赐田”[17](P367)等可以出卖以外,一般情况下土地是禁止买卖的。唐中叶以后,均田制开始遭到破坏,土地买卖日趋频繁起来,从事土地买卖的已经从以前的官僚豪强和富商大贾,发展到上至皇亲国戚,下至普通百姓,[18]大量家贫无继的普通百姓更是卖掉了永业田,沦落为逃户。到了唐代的后期,特别是安史之乱以后,随着唐中央统治力的下降,对于永业田不许买卖的禁令就更为松弛,加之授田不足和赋役不均使土地成为下层民众的沉重负担,[19](P464)民间卖田的现象也日趋增多。而在敦煌地区,到了归义军时期(851年之后),土地买卖更是成为合法行为,[20](P54)因此,伴随着日益增多的民间土地买卖,相关交易的经验也不断累积,土地、房宅等不动产交易的各类民间规范也渐趋成熟。在这类契约中特别约定,排除亲属对买

^①“口承”的含义,为“保证”,……多为契约当事人之亲属,不仅是作为契约见证人,而且还是为履约作保证的人,因此敦煌契约文书中的口承人就类同于保人。同取人、同便人似是与欠债人共同履约之人,共同“便粟、取钱”,共担责任,也类同于契约中的保人,并体现了夫债妻还,父债子还的特点。参见杨惠玲《敦煌契约文书中的保人、见人、口承人、同便人,同取人》,《敦煌研究》2002年第6期。

卖标的物的“优先权”，从另一个方面说明不动产买卖中的卖方亲属主张“优先权”或者其他特殊权益的习惯是广泛存在的，并已经深刻影响到该类契约的顺利履行，这对于希望顺利获取财产的买方来说，无疑构成了极大的风险，所以需要专门在契约中订入相应的条款，以作预防。

此外，唐代民间“亲邻之法”的出现，还与隋唐时期国家奉行严格的“同居共财”制有密切的关系。“同居共财”制首先就是要求不得轻易“别籍异财”。官府的主导思想就是要维持世代“同居共财”的大家族，极力展示亲属和睦、家庭和谐的景象，为保持这种“累世大族”的存在，唐律中规定“诸祖父母在，父母在，而子孙别籍、异财者，徒三年。”（《唐律疏议》“户婚”）尽管“别籍的同时必定异财，反之则不一定”，即“异财具有相对性”，[21]但异财的结果一定会大大加重别籍的可能性，从而影响封建统治的稳定，因此也是封建国家统治需要极力避免的，而财产出卖外人，正是对“同居共财”的极大威胁。不许别籍异财以外，唐代也不许家内卑幼私自处分家产，更不得蓄私产。《唐律》“户婚”的“同居卑幼私辄用财”就有“凡是同居之内，必有尊长。尊长既在，子孙无所自专。若卑幼不由尊长，私辄用家财物者，十匹笞十，十匹加一等，罪止杖一百。”（《唐律疏议》“户婚”）所以，有家长在时，一般是不允许家庭内的其他人随意出卖家产的，而土地、房宅等对于一个家庭来说，尤为重要，甚至可以说是一个家庭的根基，就更不能被允许擅自买卖。在严格的家族“共财”制下，家族内的任何财产，在亲族之间都不允许擅行分配、移转，就更不要说卖给外人了。一旦国家统治力减弱，“家族共财”制松懈，那财产的转移就极有可能优先在家族之内进行，而这正是唐代晚期社会的常见情形，它实际上是社会过渡期的一种现象。

其三，也与唐代流动性很小的社会环境有关。中晚唐时期，历经战火浩劫，虽然国家的社会控制力显著下降，民间商业活动频繁，但还没有成为相当繁荣成熟的商业社会，大多数地区的百姓生活圈狭小，结果就是“熟人社会、乡土社会”的大量存在。而对田土、房宅这样对乡民而言极为贵重的财产，必然是要优先选择较为熟悉的亲属来作交易，这样也间接地减少了信息费用。另一方面，就方便农耕的角度来讲，“父祖田业，子孙分析，人受其一，势不能全，若有典卖，他姓得之，或水利之相关，或界至之互见，不无扞格。”（《明公书判清明集》卷之四“漕司送下互争田产”）若土地在亲族间转移，在通行、灌溉等方面，也有一定的便利，省却很多不必要的纷争。

其四，亲邻的“优先权”很可能还跟唐代晚期的国家赋税制度有关，唐中后期社会日趋混乱，逃户日益增多。天宝以后，“不课户占总户数约40%，而不课口竟高达人口总数的84%，以16%的人口，负担全部税役，其沉重可知”，[19]（P464）税赋过重，土地不足以营生，于是卖地逃户的情形不免增多。逃户导致的后果之一是国家租赋无法征收，部分地方政府就出现了针对逃户土地的亲邻征收赋税的做法，宝应元年五月敕令即说“逃户不归者，当户租赋停征，不得率摊邻亲高户……”（《唐会要》卷八十五）可见，如果一户逃亡，其亲邻就可能面临被“摊租赋”的风险，为了抵抗这类风险，亲邻势必需要拥有对逃户土地的“优先权”，这样的结果完全是出于利益的考量。

还有一个问题，为何唐晚期以至五代时期防止“亲邻优先购买权”的契约实践中都没有“邻”的踪影？如果排除尚有未出土或未发现的包含“邻”的不动产买卖契约文书的可能，我们可以试做如下推测：一是晚唐五代社会处于一个变革期，当时土地买卖尚非十分频繁，故因土地所有权移转而导致的对“地邻”的侵扰还没成为一个普遍的问题，所以也没有引起邻人的广泛关注；二是从当时权利的行使方式来看，主要是通过“论争”、“忤恚”等方式主张，必须是很亲近的亲属关系，才有可能以这样的方式来主张他的优先权，假如邻人也如此主张权利，恐怕尚缺乏足够的正当性。另外，如果具体到特殊地域，即敦煌吐鲁番地区来看，“亲邻之法”的民间实践不能不说跟当地的风俗民情有着重要的联系。敦煌吐鲁番地区的一大特色就是宗教，尤其是佛教的盛行，当地百姓即使不信佛，也难免与佛教，与寺观发生千丝万缕的关系，“寺户”就是这样一个与佛教、寺院有密切关系的特殊群体，“寺观依附户是晋唐时期寺院和道观的主要劳作人之一。……归义军时期敦煌常住百姓的身份低于唐前期的部曲。强调常住百姓当色未婚”，[22]对身份等级的格外强调，使得财产的转移

也一般限于同等身份人的内部,而对于敦煌的寺户来说,“当色为婚”的限制,使同等身份的人自然以姻亲关系为主。因此,从等级、身份人内部发生一般社会交往的角度来看,类似寺户这种百姓如果有田宅出卖,恐怕也只能卖给他的亲属,而不会牵涉到寺户等级以外的其他邻人。

五、从不许“姻亲怙恚”到亲邻之法:习惯法向成文法的转变

隋唐五代,亲邻在田土等不动产交易中优先购买权的发展演变,也是我们考察习惯法成文化的一个极好例证。从上引买卖契约文书的内容来看,即使晚唐契约中的亲族优先权利不是最早出现的,也可以充分说明这一时期亲族的优先权利在民间交易实践中已经广泛存在,并影响到了不动产买卖交易的达成。从“若有亲姻兄弟兼及别人,称为主己者”这样反复出现的契约惯常用语来看,也从侧面反映了因先买权的存在而使买卖受到侵扰的情形并非罕见。而且,可以想见,类似的财产权利的纠纷在民间不在少数,在中国古代处于强势的儒家伦理传统下,争执的初级阶段一般限于亲族乡里等小范围内,抑或会要求有一定权威的家长或族长等居中调解。如果仍然不能解决,对这类价值相对较大的财产纠纷,完全有可能闹上官府衙门,由宋代大量出现的田宅买卖纠纷推测,中唐以后,官府受理此类亲属要求优先购买田土、房宅等财产的案件大约也不在少数,而民间习惯法正是以这种方式开始进入官方视野。正如有学者指出的那样,“习惯法在传统中国的司法制度下,主要是以‘例’(判例)的方式进入正式司法”, [23] (P114) 大量的判例累积形成,就成为一种“通行”^①,“若某个‘通行’具有一般性,国家可以把这个判例所含的法律规制上升为条例——成文法”。 [24] (P43) 在唐代,国家成文法的形成一般也经历从诏令、制敕到永格,再到“格”^②的过程,作为成文法形式之一的“格”,其最初的来源是诏令、制敕等,而皇帝敕令的产生,除了皇权统治的需要外,不免也受到一定的民间惯例的影响,民间习惯通过这种历程,也不断地影响,乃至渗透进入国家法律。正是因为民间对某种规则长期遵循,加之基层官府审判的反复实践确认,及上层皇帝制敕的吸收沿用,才有可能使得民间“先问亲邻”的习惯法最终进入到“亲邻之法”的官法领域。

就更为一般的意义而言,法律作为社会意识形态的一种,也无法脱离一定的社会现实、民族情感而独立存在,必须要与社会相适应。德国的历史法学派认为“法的功用和价值,也正在于表现和褒扬民族情感和民族意识。法律因而成为民族历史凝成的生活方式的规则形式”。 [25] (P81) 所以一国生命力的“法”首先应当是对民族情感和民族意识的表现与确认。清末礼教派的代表人物劳乃宣亦认为,“法律何自生乎?生于政体。政体何自生乎?生于礼教。礼教何自生乎?生于风俗。风俗何自生乎?生于生计”。 [26] 这种在某一个地方产生、发展的风俗、习惯,加上这一地域民众的普遍认可与遵循,就具备了成为习惯法的可能。“习惯必须是被特定地域的民众认为具有约束力的规则,这种约束力也叫做对它的法律确信……习惯 (custom) 是已经获得法律意义的惯行 (practice),这使得它们能够超越法律之外甚或对抗法律,结果成为地方上的一项习惯法的基本要素。” [27] (P94) 所以晚唐时期这种获得较为普遍使用的、对亲属优先购买权作预先防备的特殊条款以及其背后暗示的亲属权利,作为一种民间交易的惯例,完全是在国家律法未明文规定的情况下自发形成的,但在形成和演变的过程中逐渐获得了民众的认可,已经具备了构成一项习惯法的各项要素,经由晚唐时期的“对抗亲族”民间习惯发展到五代后周的“亲邻之法”国家律令,体现着这种经由民间惯例到习惯法,再到成文化的律令制度的“经典”演进历程,这或许也是中国古代部分立法形成的一种途径,而“官法”对这种民间习惯的回应与承认,也表现了中国古代立法的某些进步之处。

^①清代的“通行”比“例”的法律效力稍低,作为例的补充,是执法、司法活动中可援引作为依据的成文法。参见胡震《清代“通行”考论》,《比较法研究》2010年第5期。这里虽然说的是清代的立法与司法过程,但作为一种法律形式的演变,却不乏一般的意义。

^②作为成文法的格主要就是来源于皇帝的制、诏、敕等。参见郑显文《唐代律令制研究》,北京大学出版社2004年版。

六、结语

现有的习惯法（或民间法）研究多侧重于国家法意义上的习惯法，即着重关注获得国家立法或是司法认可的民间习惯，相对忽视非国家法意义上的习惯法。事实上，在法律发展早期尤其是民商事法律发展之初，民间习惯、民间规则反而具有更重要的意义，甚至在日常生活中起主导作用。以此来看，唐代末期民间交易中广泛存在的“先尽亲邻”现象，无疑是这种习惯法在民间早期的生动体现。虽然有学者亦提出唐代国家法中即已存在“亲邻之法”，但由现有的典籍史料和契约文书材料来看，“亲邻之法”在晚唐作为国家律令制度就已经存在仍缺乏足够的证据。^①从民间交易的习惯来看，“亲属优先、先问亲邻”在晚唐时期又已经不是个别的“现象”，而是形成了较为固定的、为大多数人所遵循的民间惯例。如果从涵盖非国家法意义上的习惯法之更为广义的“法”的角度来看，中国古代“亲邻之法”的产生，应该至迟不晚于唐懿宗大中年间，也就是说在晚唐时期已然出现了大量“亲邻之法”的民间实践，这种表现为不动产买卖契约文书特定条款、被反复使用的民间实践，甚至已经不是偶然的、个别的“现象”，而应该被认为是属于习惯法的范畴，作为一种交易习惯被民间普遍地遵循。当然，限于本文的史料，也只能在地域化的意义上谈论这类民间交易习惯，还无法充分说明唐代晚期的整个唐朝疆域内都存在着这样的习惯，实际上，类似的交易习惯也只能是地域性、个别性的，我们完全无法抛开时代、地域来考察它。从后来的官方法律产生来看，如果以五代后周的敕令为基准，它们基本上是属于中原地区的立法，这些立法跟西域边疆的民间习惯尽管不能想当然地链接起来，但不可否认的是，隋唐五代，包括高昌、敦煌的整个西域地区，与唐王朝一直有着密切的联系，即使有部分时期曾经脱离唐王朝的统治，但最为深层次的民间文化、风俗，当不致相差太远。所以，西域的民间习惯，完全是可以作为对照，来推测这一时期中原地区的风俗、习惯的，就此而言，这些契约文书及其所反映出来的交易习惯也具有更为一般的意义。

从习惯法到官方律令的法律生成路径来看，考察“亲邻之法”的源起与演变也具有重要的意义。这种经过民间实践长期发展，并不断与官方的律令制度形成互动，最后获得官法的认可，被吸收进官法的规范，生动地反映了一项具有生命力的制度生成的整个历程，这样的律法规范是不大会被民众排斥的，因为“民族不仅意识到他们的法，而且还以他们的法来生活，他们依此而行为，依此而变迁”，[28]（P497）法律规范与他们的日常生活是相互契合的，是符合一般大众的情感取向的，所以，对它的遵循，已经不仅仅是出于法律强制力下的被迫，而是内心情感确认后的自觉。这种法律规范的生成方式，即使对今天，仍有重要的理论价值与现实意义。

参考文献：

- [1] 疑狱集，折狱龟鉴校释 [M]. 上海：复旦大学出版社，1988.
- [2] 吕志兴. 中国古代不动产优先购买权制度研究 [J]. 现代法学，2000，（2）.
- [3] 郭建. 中国财产法史稿 [M]. 北京：中国政法大学出版社，2005.
- [4] 许尚豪等. 优先购买权制度研究 [M]. 北京：中国法制出版社，2006.
- [5] 柴荣. 中国古代物权法研究 [M]. 北京：中国检察出版社，2007.
- [6] [日] 山本达郎，池田温等编. 敦煌吐鲁番社会经济文书：Ⅲ（契约） [M]. 东京：东洋文库，1987.
- [7] 张传玺. 中国历代契约会编考释：上 [M]. 北京：北京大学出版社，1995.
- [8] 乜小红. 俄藏敦煌契约文书研究 [M]. 上海：上海古籍出版社，2009.

^①尽管在《唐会要》的“逃户”中记载唐天宝十四年有制“天下诸郡逃户，有田宅产业妄被人破除，并缘欠负租庸，先已亲邻买卖，及其归复，无所依投。永言此流，须加安辑，应有复业者，宜并却还……”但是，一则该条主要是针对逃户田宅而言的，而非一般意义上的田宅买卖规范；二则就逃户归复后的安置来看，先已亲邻也是临时之举，而非非权利的绝对移转。

- [9] 刘戈. 回鹘文买卖契约译注 [M]. 北京: 中华书局, 2006.
- [10] 毛远明. 释“忏悔” [J]. 中国语文, 2008, (4).
- [11] 王泽鉴. 民法学说与判例研究: 第一册 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2005.
- [12] 韩伟. 唐宋时期买卖契约中的瑕疵担保——以敦煌契约文书为中心的考察 [J]. 兰州学刊, 2010, (2).
- [13] 酈家驹. 两宋时期土地所有权的转移 [J]. 中国史研究, 1988, (4).
- [14] 陈志英. 宋代物权关系研究 [M]. 北京: 中国社会科学出版社, 2006.
- [15] 陈高华. 元代土地典卖的过程和文契 [J]. 中国史研究, 1988, (4).
- [16] 杨一凡主编. 中国法制史考证甲编: 第五卷 [M]. 北京: 中国社会科学出版社, 2003.
- [17] 翦伯赞. 中国史纲要 [M]. 北京: 人民出版社, 1995.
- [18] 赵云旗. 论唐代均田制下的土地买卖 [J]. 社会科学战线, 1998, (2).
- [19] 侯家驹. 中国经济史 [M]. 北京: 新星出版社, 1998.
- [20] 李并成. 敦煌学教程 [M]. 北京: 商务印书馆, 2007.
- [21] 艾永明等. 《唐律》别籍异财之禁探析 [J]. 法学研究, 2010, (5).
- [22] 张弓. 南北朝隋唐寺观户阶层述略 [J]. 中国史研究, 1984, (2).
- [23] 历尽国. 法治视野中的习惯法 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2010.
- [24] 胡兴东. 中国古代判例法运作机制研究 [M]. 北京: 北京大学出版社, 2010.
- [25] 许章润. 民族的自然言说 [A]. 许章润主编. 萨维尼与历史法学派 [C]. 桂林: 广西师范大学出版社, 2004.
- [26] 严文强. 清末礼教派法律思想的理性思考 [J]. 江汉论坛, 2007, (1).
- [27] 巩涛. 失礼的对话: 清代的法律和习惯法并未融汇成民法 [A]. 北大法律评论: 第10卷第1辑 [C]. 北京: 北京大学出版社, 2009.
- [28] [奥] 欧根·埃利希. 法社会学原理 [M]. 北京: 中国大百科全书出版社, 2009.

[责任编辑: 王霞]

The Emerging of “Kinship and Neighborhood Law” in Ancient China in the Perspective of Customary Law

HAN Wei

(School of Politics and Administration, Chang'an University, Xi'an, Shanxi, 710064)

Abstract: Although it is generally regarded that kinship and neighborhood law emerged in Later Zhou (951–960) in Five Dynasties, the contracts in Dunhuang show that such law existed as early as late Tang Dynasty in the form of customary law. Some wordings show distinctive characteristics of primary stages of kinship and neighborhood law. From these evidences we may conclude that in Dazhong Years (847–860), there were wide practices of kinship and neighborhood law, and such practices were accepted as law in Song and Yuan Dynasties.

Key words: kinship and neighborhood law; priority to buy; contracts in Dunhuang