



不动产物权变动中的官方法律与乡土习惯

——以“亲邻先买”、“亲女不分遗产”为例

撰稿人：张韬略

说明：本文完稿于2002年6月，为作者在北京大学法学院朱苏力老师法理学课的习作，未作修改。是未曾发表的幼稚作品，仅供批判之用。版权所有，转载请注明出处。

“习惯、习俗并非只是一种可以割去的‘阑尾’，只要它们还起着实际的功效，便不会被法律的小刀轻易割去。”——曹锦清【0】

人类生存与发展，离不开一定物质资料的占有，保护这些占有关系进而形成明确的财产归属关系一直是社会得以延续的基础。为此，自罗马法以来，西方民法传统对所有权一直重点保护。【1】同时，由于人与其占有物之间的关系常常处在变动之中，因此对这种顺应市场发展的变动关系的调整同样是物权法的重要内容。而土地以及建筑其上的房屋，由于其在人类生产生活中的重要地位，更是成为物权法关注的核心。

我国清末以降，民商事法律的地位逐渐上升，传统法典中条文甚少而且多侧重赋税的《户律》【2】在十来年间很快地就由具有“现代化”面孔的物权法所代替。相比之下，代表着精英意识的现代法律向下层乡土社会的渗透却是一个非常缓慢的过程。在这个过程中，官方法律与民间习惯的交互影响一直存在。从西方引进的不动产物权法向民间的深入同样难以逾越这一过程。

本文以乡土社会中曾经或者仍在对不动产物权变动起着影响的个别习惯为切入点，展示官方法律文本与它们的断裂、矛盾，进而尝试从静态角度分析这些文本、习惯制度的运作所各自需要的不同基础，最后以典型纠纷为例从动态角度分析纠纷解决状态下的习惯与法律之间的磨合博弈。

一、直观的现象：法律文本与习惯的断裂与矛盾

我们可以先看看下面一组在河南河北的调查资料：

资料一：河南中牟县 “田地出卖，须尽四邻先买。若四邻不愿承买，始听卖主自便。”（《民事习惯调查录》第二编第五章第七节第三条）【3】

资料二：“问：如果一个人未征求宗族意见而出售土地，此项买卖会被宣布无效么？答：是的。……如果一个村民不首先征求同族意见便把土地卖给族外之人，同族人有权阻止。这种风俗出自人性，后来成为族权的一部分。虽然对官府来说，不管将土地卖给谁，只要填写官契（交纳契税），买卖便算合法，但同族先买权一直被延续下来。”（1940~42南满铁道株式会在河北的调查，《中国农村惯行调查》）【4】

资料三：直隶省清苑县 “亲女不分遗产：户绝财产，只有充公办法，而无亲女分析遗产之权。谚语所谓‘儿承家，女吃饭’者是。”（《民事习惯调查录》第四编第一章第五节第十一条）【5】

资料四：“农村没有男孩就是麻烦大，邻村某户只生两个女儿，没有男孩。户主死后，出嫁的女儿回来争夺房产而告到法庭，法院将房产判给两个女儿，但无法落实，如今还是侄子占着他的房子。因为这里的习惯势力很大。……出嫁的女儿将父母的房产留给叔伯兄弟是有道理的，因为这里还是她的娘家，有什么事，还可以来找本家兄弟帮忙，如果她们取走了老家的房产，不是断了娘家路吗？她们有事，谁去帮忙呢？”（1996年河南开封任村某村民）【6】

在上面四个资料中，前两个调查的时间分别为清末民国初、民国后期，调查资料反映的都是解放前乡土社会中具有代表性的亲邻先买权的习惯。尽管以上资料仅以中原地区的河南河北为例，不过从《中国民法习惯大全》来看，这一习惯适用的范围几乎遍及全国各地的乡土社会，而且是我国古代长期存在的习惯。【7】如果这足以证明当时乡村社会众多的不动产物权买卖（土地以及房产买卖）都无法绕开亲邻先买习惯的话，那么从清律对该问题的回避和民国的民事法律文本所作的矫正来看，我们可以说这一广泛适用的习惯或者没有得到代表国家正统权威的法律文本的有力支持（如清律），或者存在着与国家法律发生冲突的极大可能性（如国民民法典）。

后两则资料中的“分家析财”问题涉及到婚姻、继承、物权关系等多个领域（尤其是婚姻继承）而不仅仅局限于物权，但这不妨碍它同时为我们揭示乡土习惯对物权变动施加的某些影响。第四个资料来自社会学学者近期（1996年5月22日）的田野调查，如果其具有可信性，则可以说明：尽管我国现行的《继承法》、《妇女权益保障法》强调保护妇女在继承中平等于男子的地位，【8】但是在某些乡土社会中，已经出嫁的女儿仍然在不动产继承中处于事实上的劣势。在这里，不同于资料一、二的是，习惯和法律文本之间的冲突已经公开化。

二、深层次的冲突：习惯与法律在制度基础上的差异

1、官方法律文本中的不动产物权变动制度及其理念应当分清楚两种在性质上完全不同的官方法律：以《大清律例》为代表的固有法和后来取而代之的移植法。这种区分之所以必要，因为两者对民间民事习惯所采取的态度和产生的影响有很大的不同。

(1) 固有法的“缺位”及其背景

对于不动产物权变动，清律并没有正式规定卖主在卖地时必须征得亲邻的同意。【9】因此，若从西方正统法律理论“法无禁止即为自由”出发，似乎可以得出清律赋予不动产卖主自由出售其地产的权利。但这种分析没能立足于清代官方民事法律与乡土社会间的特殊关系。

以《大清律例》为代表的改制之前的官方民事法律同样关注乡土社会，但它对这些“户、婚、田土细事”的规范，仅体现在《户律》中“田宅”、“婚姻”、“钱债”等律条和例上，它们从数量上远不如刑事和行政法律，【10】而内容则侧重于与缴粮纳税有关的事项。可以说，国家并没有兴趣对这些“细事”给出多于“缴粮纳税”之外的关切，而更多的是让社会自己来处理这些事务。故民间绝大多数的土地买卖、财产继承基本都是依赖各地民间习惯进行。民众除了缴粮纳税，只有在土地买卖、财产继承出现社会自身难以独立解决的纠纷而需要官方介入的情况下，才会直接与国家的制定法以及司法发生关系。在这种情况下，官方法律的缺位并不能得出“法无禁止即为自由”的结论。相反的，由于官方法律对社会自主调整“细事”采取认同态度，我们可以认为，不动产买卖中的当事人并不拥有超越亲邻先买这一民间习惯的权利（至少这种行为没有得到官方法律的明确支持）。实际上，在被认为“国家与社会界限模糊”【11】的清末帝国民事法制中，一方面是官方法律对不违反帝国利益的民事习惯【12】的默认，一方面是民事习惯在乡土社会的广泛适用，两者之间形成一种互为扶持的和谐。

(2) 移植法的“矫正”及其理想前提

《大清律例》中的民法部分在辛亥革命之后依然被保留下来并继续运行，直到民国18年（1929年）才被开始颁行实施的民国民法典所代替。这部吾土吾民完全陌生的新的民事法律无论在理念和内容上都直接借鉴了20世纪初颁行的《德国民法典》。

在德国民法中，人仅仅被分为自然人和法人而不再置于家庭和社区中加以讨论，而且该法典借助“人格”、“权利能力”等法技术将不同国籍、家庭、年龄、性别、职业的个体，将现实世界中利益需要千差万别的个体，都统辖在一个抽象法概念“人”之下。在一定意义上，“人”成为“一个表达意思的机器”【13】。因此，德国学者指出，《德国民法典》是“19世纪之子”，它所调整的

民商事关系，是围绕着特定语境下的人——“根植于启蒙时代、尽可能地自由且平等、既理性又利己的抽象的个人，是兼容市民及商人感受力的经济人”【14】——展开的。可见，这部法典所针对的是一个打破了社会身份制的商业化社会。这样的“人”和这样的社会，成为实施民法典的理想前提，也成为民国民法典中《物权篇》适用时的理想假设。

其次，民国民法参照《德国民法典》中有关物权的规定，将物权变动的原因分为两类：一是当事人行使私法自治的工具——法律行为（契约）；一是如继承、公用征收、法院判决等非基于当事人意志的法定事由。由此，一旦满足物权法中契约、继承等法定要件的要求，物权的变动就取得了合法性，物权变动的结果就得到国家权威的认同。例如对不动产物权买卖而言，只要买卖双方订立了合法买卖合同并履行相应的登记手续，不动产物权的变动就成立生效。【15】

但是，这种移植而来的理想假设却和民间不动产物权变动以及继承习惯所依赖的社会基础形成极大的反差。

2、乡土社会不动产物权变动中的两个习惯及其社会基础

（1）亲邻先买

所谓亲邻先买，是指出卖田产、房产时，必须先遍问亲邻，只有在亲邻不想承买之时，当事人方可将田产、房屋卖与他人。在亲邻先买的习惯中，享有先买权的一般是亲房人、地邻、典主、上手业主、合伙人【16】。先买的顺序各地不同。赵晓力先生通过比较，认为在土地买卖中，先买权的一般顺序是：（1）亲房或者亲族有第一先买权。在亲房亲族内遵循先亲后疏的原则。（2）若地已经出典，则典主具有第二先买权。（3）若地未典出，则地邻拥有第二优先权。不过，地邻的优先权并不如亲族优先权那样稳定和普遍。【17】

亲邻先买习惯，尽管它与现代“契约自由”理论相悖，但其合理性至少表现在：（1）降低亲邻垫赔国家赋役征收的风险。由于清代许多地区以“甲”、“户”为单位完纳粮银，而“户”并非一家一户而往往是同姓的大户，大户之内有许多小户，各小户间对缴纳税赋负有连带的责任。因此，如出现逃亡或决户，该户的亲邻必须为其垫赔税赋。如山西临汾“先尽近族、远族再尽本甲”、山西潞城“一般逃亡绝户本族垫赔空粮”【18】即反映了当时赋役征收的这种情况。在这种情况下，出卖土地就不仅仅涉及一户的利益，亲邻往往要介入其中。（2）土地相近便于管理和节省费用，交易相对人为亲邻有助于提高交易信用和降低交易风险。【19】（3）可以有效的防止土地细零化的趋势而形成相对的规模经济，避免由于土地过于零细的分割而导致权属的复杂化和地邻关系的激烈冲突。例如，绥区的谚语“卖房尽邻，卖地尽畔”就隐含这一深意。【20】（4）起到社会整合功能。土地亲邻先买习惯对孕育它的社会结构——乡村的血缘和地缘关系——起着不断加强和整合的作用。【21】“至亲（三服以内）无断业”、“同族（五服以内）无断业”等民谚都是乡土社会中

人们维护基于血缘的“祖产”、“世业”习惯的一种表现。【22】等等。

我们应当立足于乡土社会的特征来把握这一习惯。中国的乡土社会具有以下显著特征：首先，处在中国基层的乡土社会的流动性不强，是一个“生于斯，死于斯”的农耕社会，其生活富有地方性，人们的“活动范围有地域上的限制，在区域间接触少，生活隔离，各自保持孤立的社会圈子”。

【23】由此，乡土社会基本上是熟人社会，在这个封闭的社区中人与人的接触频繁且持久。其次，这是一个血缘社会，稳定的血缘关系使得乡土社会呈现出身份社会的特征，生活在其中的人和人的权利和义务是根据亲属关系（身份）来决定的。【24】

从乡土社会的封闭性看，很难有完全陌生的人涉足到其不动产的买卖中来。【25】而且，即使交易中出现陌生人，买卖同样难以脱离习惯。因为，在乡土社会的血缘性之下，个体并没有能够脱离家庭、宗族和社区而拥有对不动产的绝对权利或者背负完全独立的义务，因此，对不动产物权而言，个体并没有一个完整的处分权。族权在对土地的支配权要远大于个人的权利。而这点，恰恰是乡土社会巩固其资源、保持其血缘和地缘稳定的一种重要方式。

可见，如果按照民法典关于民事主体的标准，置身于乡土社会不动产物权买卖中的“人”，并不能谓之法律上的“人”；甚至很难说存在着这样一个法律上的自然人，他独立地享有对不动产的完整权利从而能够对外行使处分权。

（2）亲女不分遗产

这一习惯为许多地区分家析财时的原则之一，但也并不是绝对地通行于全国各地。例如在黑龙江省，当出现“绝产”（死者无子孙，并未设立子嗣）的情况时，死者亲女是否可以取得财产以及取得财产的优先程度，各地习惯就很不一样；【26】在个别地区，亲女甚至和男子一样具有承继一般财产的权利，承继“绝产”为其当然的权利【27】。习惯在这里表现了强烈的地方知识的色彩。

仅仅从“男女平等”的价值观出发而给这一习惯贴上“封建”标签，并不能对其进行有益的、深刻的剖析。

“亲女不分遗产”的习惯首先与人类社会继承替代（世代间地位、权力、职位，及财产的传递）中的“单系嗣继”相关。社会继替要求秩序和简明，以此来维持社会的团结稳定。【28】假定身份社会中的上一代（父和母）的社会地位以及财产必须平均分配于下一代（男与女）的每一个人，那么面临着两个问题：一是社会地位难以分割细划，二是地产和房产的细化必定给农耕和居住带来极大不便。可见，社会继替不采用“双系继替”而选择“单系嗣继”，是一种社会长期博弈的结果。在“单系嗣继”情况下，社会要么出现父系亲属体系，要么出现母系亲属体系。乡土社会无疑选择了前者并进而形成男系相传的意识，男系因此拥有承继上一代身份地位的特殊权利。男性在家庭、宗

族关系这种特殊的优势地位进一步伸展到乡土社会的财产关系之中，成为“亲女不分遗产”存在的文化基础，而这一习惯也反过来巩固了这一基础。

3、两种习惯的命运

(1) 亲邻先买

亲邻先买是处理乡土社会不动产买卖的习惯，它以一个不动产买卖市场的存在为前提的，是乡土社会特质在这个村级房地产市场施以影响的产物之一。因此，当解放后的政权逐渐将土地房产的权属由个人转移到国家、集体手中，并通过行政力量来实现土地的分配与调整（流转）时，这个村级房地产市场就日渐萎缩并最终消亡，亲邻先买的习惯也随着销声灭迹。

1970年代末80年代初以来，我国农村广泛实行家庭联产承包责任制，农户以人口为单位取得了相对完整的土地使用权，但是并没有如同一些经济学家预期的那样形成一个户际间的“村级土地市场”。学者们的调查发现，大多数的村庄的土地资源流转依然按照“调整土地”的政治性方式而非市场交易方式进行。在为数不多的民间交易中，亲邻先买的习惯会不会重新发挥作用？以及如果存在的话，在民间流动性日益增强、宗族对个体影响日渐减少的情况下，这一习惯怎样表现自己？和乡土传统资源有什么新的结合形态？这些都应该到实践中去考察。

(2) 亲女不分遗产

与亲邻先买不同，亲女不分遗产的习惯由于发生在亲属、继承而不仅仅局限于物权领域，因此，建国后对乡土社会财产制度和基层政权的改造只是相对的缩小了其运作的空间，亲女不分遗产的习俗在乡土社会中往往还在顽强地发生作用。正是在这种背景下，本文第一部分资料四所提到的那位已亡户主的侄子才敢公然不履行法院判决，占有户主的“绝产”。而被调查者任村村民对这一“违法行为”采取的支持立场和支持理由更是说明了这一习惯在当地人心中的地位以及其得到广泛认同的某些合理原因。

但是，国家法律文本（包括民国民法）对男女平等的强调使得这种习惯处在违法的境地。国家法与民间习惯因之发生巨大的断裂与直接的冲突。这毕竟为许多人挑战乡村的传统提供了法律上的资源，也强化了法律对习惯制约和改造的一面。在40年代满铁调查资料中，一个寡妇及其两个女儿状告其前夫兄弟的案件就说明了这种情况（尽管只占调查资料十三件分家案中的一件）。在这个案件中，这位寡妇要为其两个女儿争取她们父亲所应得之祖父财产的一半，因为新的民国民法赋予了她们这样的权利。【30】同样的，上述的资料四虽然说明了习惯的强大，但也从反面证实了法律与习惯这种相互纠葛的情况。我们可以在这两个相距近半个世纪的案件中去想象法律与习惯在民间遗产承继中的一次次交锋及其结果。历史，正是在这样的时间流变中慢慢的发生质的变化。

三、冲突的习惯与法律在纠纷调解中的地位——讨价还价的砝码

到此为止，以上主要讨论了两则民间习惯与官方法律的内容差异及其原因。究竟两者的矛盾在纠纷解决中会给当事人带来怎样的影响呢？下面我们以民国一起与亲邻先买有关的通行权纠纷为例进行简单的分析。

案例：【31】

沙井的李注源及其侄子李广恩同村且房屋相邻。李注源的住宅在李广恩的西面并临街。李广恩从街道进屋必须穿过李注源的院子。在六十年前的分家过程中，李广恩的分家单写明了他具有通行权，但是李注源的分家单上则没有特别说明他必须允许李广恩穿越其院子。而后，李注源没有依照乡俗，在没有经过同李广恩以及其他邻地业主商量的情况下，通过外村的中人（依乡俗应当由村长作中人）便把地卖给了刚刚搬到村里的赵文，并在仁和镇政府注册了这笔交易。由于分家单的上述特征，李注源轻易地隐瞒了通行权问题，并获得卖房款100元（高于常情）。

引起纠纷后，村里周树棠、赵绍廷和杨永才三人充当调解人并成功说服李注源拿出二三十元来，希望能从赵文手中买回通行权还给李广恩。但是买主赵文认为自己行为合法，而且他打算在通道上建造房子，因此要价100元。在这种情况下，村民请出李氏族宗亲的长老李濡源来调停。李濡源本想从自己地里让出一条通道给李广恩，并立契为证。但是李广恩觉得这条通道不太方便，而且于村庄惯例自己合理，因此拒绝李濡源的调停。后来当赵文开始于通道上造房子时，冲突激化，双方发生斗殴。结果赵文将李广恩告上县法庭。

纠纷到了官府后，村庄担心在理的李广恩没法得到法律支持，加强了调解力度。一方面是说服李注源多付一些钱给赵文，一方面说服赵文把他的要价降到50元，结果在赎金上双方的差距仅剩10元。最后调解人求助于当时恰好在该社区进行调查的满铁日本调查人员。结局是在调查人员的介入下（调查人员自己掏10元填补了这个差距；赵文称接受和解是看了日本调查员的“面子”）和解成功，案件顺利撤销。

这件通行权纠纷原本只是涉及沙井村的三户人家，但是从上边所述来看，村民、族长甚至日本调查人员都卷入其中，整个纠纷运作的社会平台和调动的社会资源远大于纯法律视角下这个案件本身所涉及的法律关系。

调解方式贯通于这起纠纷的整个解决过程，而妥协成为调解的首要原则。可以看到，无论是村庄内部三个村民的初次调解、德高望重的族长的第二次调解，还是纠纷最后引起官司、进入民间与官方的所谓“第三领域”（黄宗智语）时村里和日本调查员的调解，都是本着维护社区和谐的妥协精神

进行的。但是，村庄和官方采取息事宁人态度并不意味着当事人不积极争取自己利益。实际上，在这场表面以妥协为原则的调解斗争的背后，当事人为了维护自己利益都各自在寻找有利于自己的资源。其中值得重视的、成为双方进行讨价还价的重要砝码的，就是亲邻先买习惯、民国民法中不动产买卖规定这两个相互冲突的规范。

我们先来看看卖地的李注源。这是一个长期处在乡土社会中，对乡规习俗了然于胸的人，而且，这也是一个具备一些“法律常识”的人。这点使他观察到两套规范之间的断裂和矛盾，也为他成为传统意义的“刁民”奠定了知识上的基础。【32】在李注源的行为中，两套规范的作用痕迹同时显示出来。首先是缔约过程中，他精心的绕开亲邻先买的习惯和自己所处的熟人社区，故意找了一个外村的中人，将买方赵文与乡村中的人尤其是与房产有牵连的族人隔离开来；接着他又通过合法的缔约和在市镇登记手续进一步为房产买卖寻求国家法上的支持。绕开习俗、倚赖国法，都是为了取得那高于常情的房款价金，可见李注源在一定程度上是符合民法典中要求的理性、经济人的特征的。不过，在接下来的调解中，在乡村压力下，李注源不断地作出妥协，一而再地提高价金以替李广恩赎回通行权，这说明习俗的惩罚机制已经在发生作用，也说明他至少仍与村庄存在着千丝万缕的联系。但是，假如李注源卖房是因为其行将永远脱离这个村庄（人员流动），断绝与这地缘和血缘的关系，结果会不会是另一种样子？历史无法假设，但不论如何，正是在李注源及其行为中，我们看到了一种对亲邻先买规范及其制约机制最具颠覆威胁的力量。

在这个纠纷中，李注源的侄子李广恩受亲邻先买习惯的保护但同时也成为习惯的忠实维护人。他首先争取夺回自己的通行权，然后又拒绝了由族长运作的第二次调解，尤其是后者更是充分地体现了他对亲邻先买习惯在村庄中权威的信赖。不过，李广恩之所以拒绝族长的建议，并不仅仅是因为族长让出的通路“不便”，而更多的是乡土社会给了他亲邻先买规则不可违背的经验。据此，他认为依村庄惯例自己充分合理并预期这一习惯规则能够给他争取到更多的利益，否则作为一个理智的人不会轻易放弃族长李濡源提出的相对诱人的条件，更何况还面临着一个内容完全相反的法律。但是，李广恩是否考虑到法律与习惯存在冲突进而认识到习惯可能完全会存在下风？他是否藐视法律权威？当他被诉至法院时他有怎样的反应？资料并没有显示。因此没法进一步地分析官方法律和权威对这个习惯维护者的影响。

买方赵文是一个外来的人，但同时又是一个即将进入村庄生活的人。这种身份决定了他在这起纠纷中的态度。他以官方法律维护自己权益，但是他并非完全忽视村庄中习惯的力量：他首先希望以高价吓退李广恩（注意这并非不同意购买，而更像是讨价还价时一种惯用手法），后来在矛盾激化下不得不将广恩告到官府，更是在村庄环境压力增大（其中当然地包含了他对习惯力量的默认）下一个外来人谋求法律权威支持的表现。实际上，赵文有莎士比亚笔下威尼斯商人那种“为权利而斗争”的行为却没有法学家们所谓的“为权利而斗争”的理想，他的努力也就仅此为止，法律仅是他讨价还价（bargain）的工具而不是他处世之道。因此，最后他将价降到50元并给日本调查员“面子”以接受和解的结局是非常自然的。

和解的出现，除了与上述三方对村庄习俗和国家法律的认识有关之外，调解人（村庄利益的代表）的作用同样不容忽视，甚至在一定程度上他们对习惯、法律关系的看法会极大影响当事人的态度。例如，乡村里边的调解人认为李广恩在理，这种态度支持了李广恩而对李注源和赵文形成舆论的压力，是促使赵文李注源退步的重要原因；但是他们同样接受习惯与国家法冲突的现实，认可买卖不违法，这实际又成为当事人理性谈判的平台。

这则纠纷的解决过程向我们展示了一个习惯和法律都趋于隐遁的中间领域。在这里，无论习惯还是法律，都在当事人的讨价还价中褪去了权威的面孔，而以最功利的形式出现。我们既没有看到存在脱离具体利益的抽象习惯，也没有发现必定要实现自我的官方法律。

当无数身处其中的乡民们在自己的利益奋斗而钩心斗角地利用着习惯与法律的冲突之时，他们是否同时意识到，这个帝国的习惯和法律同时也在利用着他们，利用着这个仍然在发生作用的熟人社区而缓慢地、静悄悄地塑造着自己的将来。

四、结语

法律社会学的视角下，法律并非是国家的独占物，也包括土生土长的民间习惯（法）。作为乡民长期生活劳作的结果，民间习惯在分配乡民的权利义务、调解乡民之间的利益冲突上确实具备不同于官方法律的优越性。同时，由于受规范的对象广泛、直接地参加到习惯（法）的创制过程，习惯（法）与现代立法机关制定法一样，具备现代“宪制”的特征。所有这些，都要求我们积极关注处在“现代化”话语霸权下的民间习惯，认真考察它们的表达和运作根源，思考它们的命运，并尽可能客观地理解现实中它们与官方法律的关系。

本文写作即是依照上面思路所进行的一次粗浅尝试。

注释：

【0】《黄河边中国——一个学者对乡村社会的观察与思考》，上海文艺出版社2000年版，p41。

【1】18、19世纪随着专制制度的废除和资本主义的发展，所有权理论进而与天赋人权、个人自由结合，发展出近代民法三大原则之一——所有权绝对原则。如1789年法国《人权宣言》第17条即规定：“所有权为神圣不可侵犯者。”私有财产神圣的原则进而被许多国家确认为宪法原则之一。

【2】如《大清律例》第二篇“户律”常被译为“民事法”，但该篇基本上是有有关户籍（第75条）、

征发各种税收（如90条的土地税，80、81条的差役，第141~148条有关关税和国内货物税等等）、婚姻等等。见威廉·琼斯，“大清律例研究”，载《美国学者论中国法律传统》，中国政法大学出版社1994年版，pp369~370。

【3】前南京国民政府司法行政部编，《民事习惯调查报告录》（上册）中国政法大学出版社1998年版，p129。

【4】（美）杜赞齐：《文化、权力与国家——1900~42年的华北农村》，江苏人民出版社1996年版，p88。

【5】前南京国民政府司法行政部编，《民事习惯调查报告录》（下册）中国政法大学出版社1998年版，p762。

【6】曹锦清，《黄河边中国——一个学者对乡村社会的观察与思考》上海文艺出版社2000年版pp40~41。

【7】赵晓力：“中国近代农村土地交易中的契约、习惯与国家法”，表格1“先买权的顺序”，载《北大法律评论》第一卷第二辑，法律出版社1999年版，p441页。

【8】1985年《继承法》第9条规定：“继承权男女平等。”1992年《妇女权益保障法》第30条第2款规定：“妇女结婚、离婚后，其责任田、口粮田和宅基地等应当受到保障。”第31条规定：“妇女享有的与男子平等的财产继承权受法律保护。在同一顺序法定继承人中，不得歧视妇女。”1929年国民民法典第1138条也规定了同样的内容。

【9】黄宗智：《清代的法律、社会与文化：民法的表达与实践》，上海书店出版社2001年版，p65。

【10】这些规范在占1740年清律四百三十六条律文中的八十二条，占1900年薛允升所编律的一千九百零七例中的三百例。见黄宗智：前注9引书，p6。

【11】见梁漱溟的论述，《中国文化要义》，学林出版社1987年版pp162~188。转引自梁治平：《清代习惯法：国家与社会》（导言），中国政法大学出版社1996年版，p21。

【12】官方并非一味迁就地方习惯。例如为确保粮税的征收，明清两朝地方官府曾一再以行政禁令的方式查禁流行甚广的一田两主制度（将土地分为田皮、田骨上下两层，拥有田骨者有权收租，持田面者有权耕作，两者各自有独立的处分权）。顾炎武《天下郡国利病书》中记载，当时福建漳州

府南靖县与平和县的知县都曾采取措施试图清除辖区内的一田两主制度。清代雍正至道光历朝，江南各省官府也多次查禁一田两主制。参见陆井田陞，“明清时代的一田两主习惯及其成立”，载刘俊文（主编）：《日本学者研究中国史论著选译》（第八卷·法律制度），北京中华书局1992年版，p420、pp432~433、pp456~457。以上转引自江湖：“一田两主：一项民事习惯法的制度内涵与运作机制”，中国政法大学本科毕业论文，p32（未刊印稿）。

【13】 赵晓力：“私法中的人”，《北大法律评论》第一卷第一辑，法律出版社1998年版p138。

【14】 为德国学者古斯塔夫·博莫尔（Gustav Boehmer）所言，转引自星野英一：“私法中的人”，载《民商法论丛》（第8卷），法律出版社1997年版，第154页。

【15】 民国民法典“物权编”中规定：“不动产物权依法律行为而取得、设定、丧失及变更者，非经登记不生效力。”（第785条）其另一层的含义在于买卖不动产关键在于体现当事人意思自治的法律行为，登记只是基于公示的需要而产生的形式要件而已。

【16】 合伙人先买权主要流行于一些生产经营关系中（如盐业契约多如此规定），在此不再讨论。见贡市档案馆、北京经济学院和四川大学和编的《自贡盐业契约档案选辑》所载契约，（北京）中国社会科学出版社，1985。转引自梁治平：“习惯法起源举例”，前注11引书，p61。

【17】 赵晓力：前注7引文，p441~442页。

【18】 转引自梁治平：“习惯法起源举例”，前注11引书，p61~62。

【19】 同上注。

【20】 转引自赵晓力：前注7引文，p447~448。

【21】 赵晓力：前注7引文，p448。

【22】 福建建阳、谭平、霞浦等地的习惯。转引自梁治平：“习惯法起源举例”，前注11引书，p62。

【23】 费孝通：“乡土本色”，《乡土社会·生育制度》，北京大学出版社1998年版p9。

【24】 费孝通：“血缘与地缘”，前注23引书，p69~70、74。

【25】当时的土地买卖过程中，中人重要而特殊的地位也证明了这一点。梁治平：“习惯法制度考略”，前注11引书，p120~126。另见黄宗智：前注9引书，p55~56。

【26】《民事习惯调查报告录》（下册）第四编第四章（黑龙江省）的资料反映：兰西县、绥稜县、海伦县、龙镇县、通北县中习俗并不反对亲女承继“绝产”；泰来县中亲女可以承继一半；布西县、木兰县、大赉县、肇东县、讷河县、汤原县中亲女对“绝产”有优先于近族和祠承继的权利；绥东设治局习惯中，“绝产”归亲属亲友，亲女没有承继的权利。而且这些地区一般尊重遗嘱的效力。见：前注3引书，p772~803。

【27】如黑龙江青冈县、巴彦县习惯。见《民事习惯调查报告录》（下册）第四编第四章第七节第五条、第十二节第六条，前注3引书，p781、791。

【28】费孝通：“单系偏重”，前注23引书，pp241。

【29】何道峰，“村级土地制度的变迁”，载国务院发展研究中心农地制度课题组（编），1993：pp31~61。转引自赵晓力：前注7引文，p428~430。

【30】转引自黄宗智：前注9引书，p28。

【31】这是1940~42年南满铁道株式会在河北的调查人员遇到并介入的一个具体纠纷。本文对该案案情的描述参照了学者黄宗智对该案案情的转述，但删除了他在叙述中一些非事实的评价，叙述顺序和一些细节上也作了相应调整。并非来自《中国农村惯行调查》的第一手资料。见黄宗智：前注9引书，pp65~67。

【32】费孝通先生指出，在一个社会变革时期，由于法律与社会生活习俗的脱节，法律往往成为某些“刁民”谋求利益、破坏生活秩序的工具。因此，“法治秩序的好处未得，而破坏礼治秩序弊端却已先发生了。”见费孝通：《乡土中国》，三联书店1985年版，p52以下。转引自苏力：《送法下乡——中国基层司法制度研究》，中国政法大学出版社2000年版，p241。

