

判例与法理：民初大理院土地先买权的近代转型^{*}

代剑锋

摘要 | 土地先买权习惯及其制度作为传统中国法视野下的一项重要制度，经历了民间习惯——被国家法所确定——复归民事习惯等多重缠绕与变迁的过程。在这其中，大理院时期构成这一制度变迁与转型的分水岭。大理院时期有一些先买权习惯被肯定，而有一些习惯被摒弃，其背后不仅存在习惯法界定的法理逻辑与民本主义的法律精神，而且存在社会本位法律理论和法的民族性与历史性理论的双重考量。从“判例与制度形成”到法理逻辑，直至其背后的法律理论的这一分析路径，体现出大理院时期土地先买权制度的近代转型伴有法律理论与民族精神的融入这一法意。

关键词 | 土地先买权；大理院；社会本位；民族精神

作者简介 | 代剑锋，中国政法大学司法文明协同创新中心博士研究生。研究方向为司法文明。

Copyright © 2022 by author (s) and SciScan Publishing Limited

This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/).

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>



一、缘起：土地先买权何以成为“问题”

当我们真正着眼于土地先买权制度的古今之变时，不难发现，大理院时期的土地先买权制度及其司法实践实际上成为该制度古今关联的分水岭。若要想真正明白这一制度的来龙去脉，我们首先要进

行考量的是，返回到目前学者和先贤已有的研究上来，借助于以往的研究来进一步聚焦研究的“横截面”，对先买权这一概念及其研究具有基本的认识轮廓。实际上，在围绕土地先买权研究上，一些学者对于古代的土地先买权实践进行了较为充分的梳理，对先买权的具体概念与社会意义提出一定的探讨^[1]，指出土地先买权制度的产生是为了满足

^{*}本文系中国政法大学博士研究生创新实践一般项目“从民初大理院民事审判到近代私法治理”（2021BSCX15）的阶段性成果。

[1] 参见罗海山：《土地先买权研究中的四点商榷》，载《安徽师范大学学报（人文社会科学版）》2014年第2期；罗海山：《论亲邻先买权的社会意义——以土地为例》，载《海南师范大学学报（社会科学版）》2013年第1期。

特定的社会需求。也有论者专注于“断代史意义上的”细节分析^[1]与制度价值^[2]，这些无疑对于我们了解这一制度的古代因由有着莫大的助益。但令人好奇和颇具研究兴趣的是，大理院时期土地先买权的司法实践，以及具备“准立法性质”的民事判决所形塑的有关这一制度的土地法秩序研究却鲜有问津。这或许要归因于这一制度的原有变迁太过于频仍，从国家法层面的明文确定到习惯法层面的确立，甚至又经历国家法层面的二度筛选，这些反复与变迁实际上增加了研究的难度。此外，大理院有关判例的整理和编制直到2012年以后才颇具规模，受制于有限的档案资料，故而难以深入。若要真正理解这一司法实况，我们需要深入到司法实践判决等多方一手资料，去尝试在史实勾勒与还原层面对这一制度进行必要的考究。

作为本文研究意义上的土地先买权制度，实际上指向这样一个概念：亲邻、族人、垦户、佃户、典权人等特定法律主体依法或依习惯、契约所享有的优先以同等条件购买他人田产的权利制度。随之而来的问题是，自古以来土地先买权是如何发展的，又是如何构建起一套行之有效的制度体系与土地法秩序，有着何种嬗变的国家法与习惯法的缠绕关系，并在大理院时期呈现出何种司法实践生态，能从中获得多少关于现今法律建构的价值思考。本文也尝试着对这些问题能够做出一定的回应。实际上，不论是以国家法的形式还是以“民间法”惯习的方式存在，都对民间土地法秩序产生较为深远的影响。

故此，本文首先阐述了古代土地先买权制度的发展与变迁，并对民初大理院时期土地先买权的司法实践运行实态进行评析，并在此基础上进一步论述土地先买权裁判背后的法律理论及其逻辑，以此来说明关于土地先买权制度的发展受到特定时代法律理论及其思潮的影响。

二、古代土地先买权制度的发展与变迁

土地作为经济社会发展的基础，历来倍受统治者的重视。土地先买权在古代法律上有明文规定最早可追溯到唐末。据有关学者考证，唐朝中

后期，民间田土交易出现“先问亲邻”的土地亲邻先买权惯习，直到五代十国后期亲邻先买权才被法律明文规定。^[3]自古以来，以祖制训诫而言，土地作为宗族所有的集合性财产，为免遗与外人之手，常常限制土地买卖，以保全祖宗之颜面与福荫后人。延宕至宋代，如我们所知，整体而言，宋代是古代市民经济发展最为繁荣的时代，自然而然，如何将土地这一宗族财产得以保全并能实现国家税赋的最大化，便已然纳入统治者的政治视野，这种重视使得先买权制度在皇朝法制层面上得以体现。《宋刑统》载：“臣等参详，自唐元和六年后来条理，典卖物业，敕文不一，今酌详旧条，逐一书条如后……典卖倚当旧业，先问房亲，房亲不要，次问四邻，四邻不要，他人并得交易，房亲着价不尽，亦任得价高处交易。如业主、牙人等欺罔邻亲，契贴内虚抬价钱，及邻亲妄有遮怵者，与情状轻重，酌量科断。”^[4]这种实定法意义层面的规定实际上为民间土地买卖法秩序的安定提供一定的存续空间。该条载明的意义在于，确定土地等典卖物业须问房亲与四邻，并确立房亲的优先顺位。另一方面，揆诸宋代司法判词，“漕司送邓起、江淮英互争田产”案判词云：“邓先与邓文礼（典主）系亲兄弟，邻赎之法，先亲后疎……揆之于法，自有专条……不可谓当问邻而不问，尤难受理。”^[5]从该判词

[1] 参见房绍坤、于志宏：《优先购买权初探》，载《烟台大学学报（哲学社会科学版）》1992年第1期；刘高勇：《论清代国家法干预“先买权”的失败》，载《湖北大学学报（哲学社会科学版）》2008年第5期。

[2] 刘云升：《先买权制度法律价值等诸问题的探讨——兼论先买权制度在未来民法典上的定位》，载《河北法学》2000年第5期。

[3] 参见柴荣：《中国古代先问亲邻制度考析》，载《法学研究》2007年第4期；刘学荣：《浅谈宋朝“亲邻先买”制度》，载《湖北经济学院学报（人文社会科学版）》2010年第4期。

[4] 薛梅卿点校：《宋刑统》，法律出版社1998年版，第231页。

[5] 中国社会科学院历史研究所宋辽金元史研究室点校：《名公书判清明集（下）》，中华书局1987年版，第119页。

中不难发现判官依律断案，又明确先亲后邻的顺位。又试举一例，在“漕司送下互争田产”判词中可见这样一段论述：“然律之于法，诸典卖田宅，具帐开析四邻所至，有本宗缌麻以上亲，及墓田相去百步以内者，以帐取问。立法之初，盖自有意，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，或界至之互现，不无扞格。曰亲曰邻，止有其一者，俱不在批退之数，此盖可见。”^[1] 可以看到，典卖田产过程中须问亲邻与律法保持高度的一致性，并深深影响着土地交易秩序。直至元代，典卖田宅须问亲邻成为明立的条文——省府照得旧例：“诸典卖田宅，及已典就卖，先须立限取问有服房亲〔先亲后疏〕，次及邻人〔亲从等及诸邻处分典卖者听〕，次见典主。”^[2] 在元代律法中，对典卖田宅须问亲邻的时限程序等作出具体限定，问及房亲及四邻之后，愿买者五日内议价，不愿买者三日退出，其中业主不得虚抬价格，在违反该议价询问程序之后，听任在百日内亲邻四房典主依原价收赎，如若欺诈则不必在乎百日之限。到了明清时期，在《大明律》《大清律例》等官方法律典籍中，典卖田宅等有关田宅律条规范并未出现“须问亲邻”等字样，不难推断出，土地先买权制度淡出官方法律的视野，或可以民间惯习的形式继续存在，在清末

组织的民间习惯调查报告中，仍然可以看到土地先买权相关内容。^[3] 试举一例，黑龙江省木兰县存在针对田宅出卖的有关习惯：“查本处习惯，均先尽亲族，次及四邻，如均不买，然后方尽原典户。”^[4]

揆上所述，不难发现，自唐代以降，土地先买权制度在以官方法律或民间惯习与秩序的方式而存在，并发挥着潜移默化的影响。这也从某种程度上验证了土地乃至其他财产询问亲邻之法古已有之。^[5] 自不待言，在中国古代很长一段时间里，亲族本房在田产买卖和典当中享有先买权。^[6] 这种土地先买权的构造在维护宗族财产，保全土地秩序的相对稳定性上发挥着重要作用。

三、大理院时期土地先买权的司法实践运行实态及其评析

大理院时期，土地先买权制度发生着较为显著的变化。一方面大理院对亲邻先买权作出否定性评价，另一方面实际上又肯定佃户、垦主等有着利害关系的主体具有一定的土地先买权，结合社会转型和经济发展对这一制度进行创造性地发展与变革。笔者也在《大理院民事判例辑存》中找到以土地先买权制度为专门部分的相关判例，换言之，此时先买权已经成为固定的司法话语。为了更为直观展现大理院对土地先买权惯习的态度，笔者将其汇总至表 1。^[7]

表 1 大理院土地先买权判例表

序号	字号	主张习惯及其诉求	大理院态度
1	二年上字第3号	吉林习惯中本族、本旗、本屯人对其卖地享有先买权	不采纳 此种习惯不仅限制所有权处分，且有碍经济流通与地方发达，为公共秩序及利益计，不予法效力
2	二年上字第239号	原垦户享有先买权	采纳 原垦户与所垦地辛勤劳作历数百年，倚为生命，赋予其先买权于理甚合，与公共秩序及利益并无不当
3	三年上字第347号	佃户享有先买权	采纳 原佃户与所租佃土地具有利害关系
4	四年上字第429号	主张短期租佃与随时解约者有先买权	不采纳 虽肯定租户享有先买权已为判例明定，但应作必要限制，短期租佃与随时解约者与土地关系尚浅，不应肯认

[1] 中国社会科学院历史研究所宋辽金元史研究室点校：《名公书判清明集（下）》，中华书局1987年版，第121页。

[2] 具体参见陈高华等点校：《元典章》，中华书局2011年版，第692页。

[3] 参见陆鸿明：《清末民初民商事习惯调查之研究》，法律出版社2005年版，第131-132页。

[4] 前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年修订版，第72页。

[5] 参见韩伟：《习惯法视野下中国古代“亲邻之法”的源起》，载《法制与社会发展》2011年第3期。

[6] 参见朱勇：《中国法律的艰辛历程》，黑龙江人民出版社2002年版，第101页。

[7] 在这些判例中，除一则判例重合外，合计有20则，其中也包含全文不详的6则。详细参见黄源盛纂辑：《大理院民事判例辑存》（物权编），犁斋社有限公司2012年版，第657-728页。

续表

序号	字号	主张习惯及其诉求	大理院态度	
5	四年上字第七三五号	垦户受兑人享有先买权	采纳	先肯定垦户享有先买权,当垦户将地兑于其他人,则受兑人继承其权利,当然享有先买权
6	五年上字第二三号	抛弃先买权之所为意思	采纳	凡依法令或习惯享有先买权者,若已作出抛弃之意思,则不可横加阻拦,若未为抛弃之意思,则应予以尊重。但对当事人合意所生之先买权,只可对抗相对人,若因此所生损害赔偿,也只能向相对人索偿
7	五年上字第七八四号	主张典主佃户先买权习惯,但借故措价	不采纳	典主、佃户虽依习惯具有先买权,但其必须明示其留买之意思,且依时价给付,若已表示不愿购买或希图措价者,不得在卖主与他人成交之后再行争辩
8	五年上字第八九七号	典主张对已典之产再行买卖不妥	不采纳	典主对已典卖之产不得阻拦他人承买,律法中载不得重复典卖,系指已典之产不得再典,已卖之产不得重复再卖,与已典之产再行买卖不同
9	五年上字第1491号	先买权习惯成立与限制	采纳	先买权之义务人除先买权人放弃其权利外,应将与他人订约之情形通知先买权人,如先买权人并未在相当期间内主张权利,或对主要条款主张异议者即丧失其权利
10	六年抗字第18号	意定先买权人主张义务人与第三人所定合同无效	不采纳	先买权效力除依法令及善良风俗之外,以契约设定先买权者,仅在契约双方有效,不得对抗第三人
11	六年上字第八八六号	主张不动产抵当权人享有先买权	采纳	先行言明地邻先买权已为法例所不许,但不动产抵当权人如因习惯认其有先买权者,则应肯认
12	六年上字第104号	亲房具有先买权	不采纳	亲房或亲邻先买权已为法例所禁止,其亲房把持房产之风,于社会经济并无实益
13	六年上字第1280号	主张先买权与所有权人因卖价争执而丧失先买权	不采纳	虽言明先买权人表示不愿购买而丧失先买权,但先买权人与所有权人因卖价而非时价争执并无丧失先买权
14	七年上字第224号	主张业主典卖房屋须先仅原租户留置习惯否则不能典卖	不采纳	该习惯有碍所有权处分,且有碍经济流通与地方发达,为公共秩序及利益计,断难赋予效力
15	七年上字第468号	先买权人丧失先买权条件判定仅以通知为主	不采纳	如确有明证表示先买权人收到通知不愿承买或愿买而不愿以时价买受,即表明其丧失先买权
16	七年上字第755号	典主享有先买权	采纳	法律上之典主虽非当然具有所有权,苟因地方习惯有典主先行承买,且为当事人所不争,可认为有先买权,但如非典主表示舍弃或借端短价,则业主及他人不得妨碍先买权之行使
17	八年上字第269号	主张习惯所生先买权受损应得赔偿	采纳	由习惯所生之先买权,可得对抗第三人,如第三人违反该习惯,致先买权人利益受损,可请求撤销该契约
18	八年上字第278号	典权人在明知业主买卖典物听赎时主张先买权	不采纳	先行肯定典主享有先买权,但若明知业主将该典物别卖而听任其回赎者而不表示买受之意思而听任回赎,则认为其舍弃先买权
19	八年上字一二八九号	原业主主张享有先买权	不采纳	前清律例载:倘已经卖绝复行告找、告赎等行为,俱治罪。因而是否有习惯,原业主之先买权均禁止
20	九年上字第115号	业主订立契约之前未通知先买权人	不采纳	业主与他人缔结买卖契约之前,未通知先买权人,则其先定之契约应认为有害先买权人之契约,准其请求撤销并允许先买权人照价买受

我们可以从系统论视角一窥端倪,将整个判例作为土地先买权规范的系统,也即实际上这些判例在先买权主体、权利种类、权利内在边界与外在边界以及特殊条件上的规定在内在法理逻辑层面构造了土地先买权的立法规范系统。在民事法典阙如的情形下,这些判例实际上承担既定的“准立法”规范任务。^[1]

（一）何种土地先买权被肯定及其理据

一般而言,大理院认为,相应权利人能够获得土地先买权的依据主要来源于当时特殊之法令、善良风俗之习惯以及当事人存在的有效契约。但从这20则判例中,我们不难发现,土地原垦户、长期租户、基于原垦户所受兑人、不动产抵当权人、典主享有土地先买权。

具体说来,大理院在考虑何种主体享有土地先买权上具有一定特殊的价值衡量。在肯定土地原垦户具有先买权时,大理院先将此种先买权与

本族、本旗、本屯之人的先买权作出区分,认为前者与他人所有田地具有特别利害关系。这种特别利害关系体现在,原垦户在此田地上辛苦耕种,往往历经数十年乃至数百年,依靠此田地作为立命之资本,赋予其先买权情理双合,且与公共秩序与公共利益并无相悖之处,因而对此做出肯定。^[2]在肯定租佃户的土地先买权之时,大理院也有援引“特别利害关系”作为支持理据,但在租户类型上予以限制,也即短期租佃者和随时解约者与土地关系尚浅,不予赋予先买权。^[3]在肯定基于原垦户有关联的受兑人享有先买权之权利法理上,因前述论及垦户具有先买权已具有法

[1] 参见黄源盛:《民初大理院与裁判》,元照出版有限公司2011年版,第174页。

[2] 参见黄源盛纂辑:《大理院民事判例辑存》(物权编),犁斋社有限公司2012年版,第663页。

[3] 同上注第668-669页。

理上的正当性，而受兑人基于权利的继承或者说权利获得的连续性，肯定受兑人具有此种先买权也具有一定的正当性。^[1]在承认不动产抵押权人具有土地先买权之时，大理院保留了一定的限制条件。其认为，如有习惯承认抵押权人对于田地抵押物具有特殊事由时享有先买权，这种先买权就应当予以确认，但针对此判例具文已散失，因而笔者无法探知关于此种特殊习惯的具体理据。在肯定典主具有土地先买权时，大理院先承认典主并非法律上当然享有土地先买权之主体，但依照该地的通行习惯认为，相关权利人在出卖典物（土地）之时，必须先通知原典之人，而这一习惯也为民事两造所承认之时，我们应当予以典主之所有权，同时对典主的行为作出限制，也即典主只要不存在明示放弃或者借机索要以期降低价格的行为，他人便不能干涉典主行使先买权。^[2]

但在肯定这类主体享有先买权的同时，大理院也对先买权的权利内涵及其边界予以明确。其一，如前所述，对租佃户享有先买权的内在类型予以限制，长期租佃户才享有土地先买权；其二，已明示抛弃先买权之意思者依照法理自然不能干涉权利人出卖土地；其三，就先买权的权力行使限制上，愿意行使先买权之人必须要以当时市场实际价格表示购买，并向原权利人明示购买的意思表示，倘若权利行使者欠缺以上两种行为，断难获得相应土地。

（二）何种土地先买权被否定及其理据

一般而言，为人所熟知的土地先买权习惯大部分均遭摒弃，有一部分先买权虽然在大理院前期得到确认，但在后续的社会发展中，对部分先买权也予以废弃。具体到本文所见的土地先买权判例，我们仍能从真实的判例中得出其背后因由。其一，在本族、本旗、本屯人主张先买权习惯之时，大理院作出较为详细的解释，并形成了习惯法的构成要件。判例具文载：

本院按：判别本案两造主张之是非，其一应解决之点，即吉林习惯对于本族、本旗、本屯人卖地时有先买之权，此种习惯是否可认为地方习惯法。凡习惯法成立之要件有四：（一）要有内部要素，

即人人有法之确信心。（二）要有外部因素，即于一定期间内，就同一事项，反复为同一之行为。（三）要系法令所未规定之事项。（四）要无悖于公共秩序利益。^[3]

大理院根据此四条标准对本族、本旗、本屯人主张先买权之习惯作出评析，认为该条先买权习惯不仅限制了所有权的处分行为，不利于地方经济流通与发展，同时对公共秩序及利益造成了妨碍。因而从不符合习惯法内在构成要件的层面对该土地先买权习惯不予承认，也即从法理层面否定了本族、本旗、本屯之人具有先买权。

其二，对亲房（亲邻）主张先买权予以否定。在大理院六年上字第一零一四号判例中，针对当事人主张亲房拦产之习惯，^[4]大理院认为，该亲邻先买权习惯已经被法律所明令禁止，且亲房把持田产之风一旦形成，对社会经济的发展并无益处。^[5]此外，除大理院已经确认的主体享有先买权外，即使是距离田产较近的亲邻，也不能私自阻拦，在法理层面对亲邻先买权予以废弃。

关于上述两种所谓亲族先买权的司法判例，大理院站在推进社会进步、倡导文明习俗的层面对其进行了否定。此外，这更是因为：不动产亲族先买权习惯对于经济发展、社会进步具有一定的消极作用。^[6]这种消极作用在于，该种先买权习惯无助于市场流通与经济发展。而市场规则与进步法律下民事主体所享有的不动产所有权应当

[1] 参见黄源盛纂辑：《大理院民事判例辑存》（物权编），犁斋社有限公司2012年版，第672-673页。

[2] 同上注第703页。

[3] 同上注第658页。

[4] 笔者查阅甘肃省地方习惯有关记载，发现甘肃全省习惯中载有关于出卖业产先尽亲房的内容：“凡出卖田宅，议定价值若干后，必先问亲房之叔侄兄弟愿留买与否，不得径行卖于旁人……全省习惯大致如此。”参见前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年修订版，第313页。

[5] 参见黄源盛纂辑：《大理院民事判例辑存》（物权编），犁斋社有限公司2012年版，第693页。

[6] 朱勇：《儒者论法》，法律出版社2020年版，第355页。

是完整的,不应受到亲族先买权习惯的限制。

其三,针对原业主主张土地先买权,大理院援引现行律民事有效部分,对此做出法律解释。当原业主主张土地先买权时,大理院认为,根据现行律民事有效部分的规定:卖产倘已经卖绝而复行告找、告赎等行为,俱治罪。^[1]从该条的规范意图出发,因原业主已将田产绝卖他人,对该土地,其恒定地丧失了所有权及其他权利,因而不论是否存在这一习惯,原业主之先买权习惯均应予以禁止。^[2]

此外,大理院还规定了先买权人利益受损的救济路径:一是依照法令获得的先买权的权利人利益受损,可请求撤销相对人的契约,并允许先买权人照价买受该田产;二是依照风俗习惯获得的先买权的权利人利益受损,先买权人可要求相关人赔偿其经济损失;三是依照契约获得的先买权的权利人利益受损,可请求大理院撤销出卖人与第三人的契约,并允许先买权人依照契约照价买受,并有权要求第三人赔偿其损失。大理院吸纳西方的法律思想以及立法精神,为保障其先买权的权利实现提供法律上的支持。

事实上,土地先买权制度作为不动产先买权制度的重要方面,这一制度和逻辑展开并没有在后续民国立法得以肯定,亦没有在后续的最高法院判例中得以展现,^[3]这一制度渐渐淡出了官方的视野。这可能归因于这一制度不符合社会进步的文明思潮、市场规则以及法治文明,这一点留待下文详述。

四、土地先买权裁判背后的法律理论及其逻辑展开

对于一项土地先买权制度,我们不仅要观察大理院裁判作出的法律理据及其法理逻辑,还应当观察大理院推事作出这一裁判背后的法律理论,或者说其受到何种法律理论的影响。如此我们才能在一个更为广阔的视角去认识大理院推事所形塑的先买权制度的整体意蕴及其背后所建构的法律与社会秩序。在这其中,首先要予以考量的是,大理院废除一些类型的土地先买权习惯受到何种法律理论的影响,其次,本文也讨论大理院肯定

一些类型的土地先买权又是基于何种法理逻辑来做出的这种选择。大理院对先买权习惯的价值取向背后,展现的是“法律应随社会进步而进步,要满足民众法治需求”与“法律要尊重民俗、法律要尊重民族性与历史性”两大价值立场的选择与博弈过程。

(一) 近代社会本位法律理论的影响

针对大理院时期土地先买权的习惯是否具备习惯法之效力,以及采用何种价值取向与态度来对这一习惯进行抉择,都是大理院推事们不得不面对的问题。在阐明这一价值取向时,大理院首先注意到了西方的社会本位的立法思想,并将其与当时关于近代社会本位相融合,民国学者胡长清先生将法律发展划分为三个阶段,也即义务本位、权利本位(个人本位)与社会本位。义务本位阶段为近代民法产生前的时段,在该阶段,人类为了形成团体,首在牺牲小我,事事服从;权利本位为近代民法产生后至20世纪,在此阶段,个人主义逐渐发达,法律保护个人权利成为趋势;20世纪之后为社会本位,法律之最终目的在于社会生活之安全与健全,而不在于个人权利之保护。^[4]同时,针对社会本位立法之理论,有学者认为,在社会本位立法理论视角下,法律为了社会共同生活之增进,可以限制或剥夺主体的某种权利,强制其负担特定的义务。^[5]当然也有学者将法律由权利本位向社会本位过渡的趋势称之为法律社会化,并将其作为社会本位法律理论的一

[1] 该处大理院在引用现行律民事有效部分时为简略而隐去了其中的律文内容,仅留关键字段。该条完整律文参见沈尔乔等编著:《“〈现行律〉民事有效部分”集解四种》,陈颐点校,法律出版社2016年版,第666页。

[2] 参见黄源盛纂辑:《大理院民事判例辑存》(物权编),犁斋社有限公司2012年版,第720-721页。

[3] 具体可参见黄源盛:《最高法院判例辑存(民事编):1928—1934》,犁斋社有限公司2014年版,第403-413页。

[4] 参见胡长清:《中国民法总论》,中国政法大学出版社1997年版,第43页。

[5] 参见梁慧星:《民法总论》,法律出版社2007年版,第40-41页。

体两面。法律社会化的基本定位是对权利本位的修正，是为解决个人主义立法所导致的贫富差距等社会问题。^[1]对此，西方学者有更为经典的论断，其认为“法律社会化”的实现功能在于社会控制，也即通过法律规范来抑制个人的反社会本能，满足人类的需要，协调社会上各种冲突的利益。^[2]转承到本文所要探讨的社会本位法律理论，缘何有此理论与判决的契合？主要原因在于，19世纪末兴起于西方的法律社会化运动，是一个跨越国界的法律思潮，它对于各国的法律思想与实践都产生了重要影响。中国也概莫能外。这一点从《大清民律草案》的规定中也可以看出，虽然其整体上被评价为“仿于德日，偏重于个人利益”，但其已经顾及到社会本位立法的精神，出现了所有权限制、契约限制、禁止权利滥用等规定，^[3]实际上，民律草案虽未被大理院所直接援引，但其中的条理、法律精神却深深影响着大理院推事们如何裁判，禁止权利滥用尤其是先买权习惯确立的权利滥用，实际上也是大理院推事吸纳社会本位立法精神的一个重要映照。

从知识发生学与传播学的角度而言，大理院时期近代西方法律社会化或者法律社会化思潮大致出现在19世纪末20世纪初，对欧洲法律社会化思潮的著作与法律社会本位精神的引入成为该时期的热点。最为典型的为中国留日学生创办的非定期杂志《译书汇编》（1900年创刊、1903年停刊）曾最早刊在德国耶林的《权力竞争论》（即《为权利而斗争》）以及《社会法》的中译本，为法社会学在中国传播铺设第一个平台。^[4]由是，不论是从民律草案的编纂过程中，还是在西方法社会学知识的传入过程中，都足以佐证法律社会化思潮的存在，进而使得大理院采用这样一种法律理论及法意来进行法律裁判，增强法律裁判的说服力度和论证强度。

那么聚焦到本文大理院的审判实践中，大理院吸纳法律社会化或者社会本位的法律理论究竟体现在哪些地方呢？笔者以为，这一理论主要体现在这样的三个地方：一是贯彻社会本位理论中的“物尽其用”原则，社会资源的平衡化和合理使用，以便用来促进民众的社会生活便是该原则

的合理内涵之一。在大理院摒弃亲邻、亲族的土地先买权习惯时，大理院提出为了社会经济的流通与发展，便是为了促进物尽其用的这一价值追求的实现。因为在现代社会理念看来，单纯静止、不能用于交换与流通的物是无法体现其经济价值、促进经济发展的。只有不断促使土地交易的完成，使土地不动产处于不断交换与流通的过程中，土地的经济价值才能够体现出来，而社会经济的快速发展无疑对社会民众的整体生活提升、整体利益的发展具有重要意义，从这一角度来看，大理院提出物尽其用的原则和为经济流通发展的目的，正是在某种程度上与社会本位的法律理论发生了契合；二是充分贯彻保障社会公共秩序与公共利益的原则，大理院无论是在肯定还是在否定先买权习惯的过程中，都会充分考虑到对整个社会的公共秩序与公共利益是否造成了不必要的损害，并以此作为其肯定与否定该条习惯的重要衡量标准。实际上，在个人利益与社会公共利益面前，强调社会公益优先的原则，^[5]正是与社会本位法律理论相契合的重要一点；三是体现为以第三人利益等其他社会利益禁止个体权利滥用的原则。在大理院围绕土地先买权取得的依据上，针对法令、风俗习惯、契约等方式取得土地先买权上，大理院明确表示，先买权人不得以不公平的低价、不合理的拖延先买权同意期限等方式来滥用先买权，导致第三人无法取得土地，不能实现土地流转增加经济效用，这是土地先买权人必须要注意不得权利滥用的重要一点。此外，为了避免第三

[1] 参见史尚宽：《民法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第68页。

[2] 参见[美]罗尔斯·庞德：《法律史解释》，邓正来译，商务印书馆2013年版，第168页。

[3] 参见谢振民：《中华民国立法史（下册）》，中国政法大学出版社2001年版，第784页。

[4] 参见胡平仁：《法社会学的百年历程》，载《山东大学学报（哲学社会科学版）》2007年第2期。

[5] 参见江国华、李福林：《迷思中的司法与社会：民国时期司法的社会本位问题》，载《南京社会科学》2016年第3期；胡玉鸿：《社会本位法律观之批判》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2013年第5期。

人对土地先买权人造成损害,强调业主出卖土地时必须通知享有土地先买权人,否则土地先买权人可以主张出卖人与买受人之间的契约得以撤销,并赔偿损失,允许第三人以合理价格购得该土地。这便是不同权利人行使权利均需要遵守一定的权利限制,不得滥用权利。

由此,我们可以看出,大理院推事们在淘汰旧有亲邻先买权等不合时宜的习惯时有意或无意与近代传入中国的法律社会化思潮(社会本位法律理论)发生了法意上的契合。字里行间透露出的社会本位的法意足以让我们重新思考,法律社会理论也能够影响法官(推事)法律决定的作出。这一点我们也可以在清末民初关于民事习惯的调查中也可以看出。如《中国民事习惯大全》凡例所言,“民事习惯或经审判上已采用者或虽未经审判上采用而已成一种习惯足证民情风俗一斑者均罗列之,如认为不良之习惯或违反公益者亦属入之以供负有改良社会之责者参阅”^[1]。这段表述也在一定程度上说明改良社会的社会本位思想已在当时有一定之影响。

(二) 法的民族性与历史性理论的影响

法的民族性与历史性理论旨在表达,我们要尊重这样一个事实:一个地域的法律必然要与其民族精神、历史文化传统及其人文风俗有着密不可分的联系,我们在制定、适用以及执行法律的过程中,都应尊重法律的民族性与历史性。

首先,法的民族性意味着各个民族的法律都是特殊的,与一个地域的地理环境有着密切的关系。近代法的民族性理论一定程度上发源于孟德斯鸠《论法的精神》,甚至说后来为世人所熟知的萨维尼所提出的民族精神说也深受孟氏的启发。^[2]20世纪初叶,梁启超撰写《法理学大家孟德斯鸠之学说》一文,系统介绍孟氏之学说。^[3]孟德斯鸠之大作《论法的精神》被严复翻译为《法意》,引入到中国,对中国的法学界与实务界影响很深。孟德斯鸠主要认为,法律与一个地区的地理环境因素联系极为紧密,每一个民族都有其一般精神,法与民族的一般精神具有着必然联系(在其著作中体现为一种因果律),^[4]这就在一定程度上启发我们注重法的特殊性与民族性。此

外,清末译著中有一部分涉及到法的历史性(或者说历史法学的思潮),最为典型的一篇译作是,息园所翻译的日本学者穗积陈重的《法信说论评》(1911),该文专门阐述了历史法学的核心思想,指出法律为民族精神之发现。^[5]法的历史性则强调法律是一个在历史上具有连续性与稳定性的规则体系,与一个国家的历史文化、民众长期生活的风俗习惯等息息相关。因而,我们必须尊重一国的历史文化、人文风俗习惯等具有历史连续性与稳定性的因素,在制定、适用与执行法律的过程中要兼顾法的历史性因素。

转到笔者所要措意的大理院判例上来,大理院在有关土地先买权的判例中如何体现这一理论的呢?笔者以为,可以从如下角度获得延展性的探知:其一,大理院关注到土地先买权背后我国传统法的民族精神,注重人本主义精神与和谐精神,坚持融合个人利益、他人利益与社会利益,从权利限制的边界去合理划定不同权利保护的范畴,试图在土地先买权的相关主体间构建一套和谐稳定的权利运转机制,在土地的买卖交易上既能使交易平稳进行,又不对相关权利人的权益造成不必要的损害,这是大理院推事们吸收这一理论所做的法理层面的努力;其二,坚持以地理因素作为权利连接点,将法的历史性落实为与土地具有长期紧密联系的相关人的权利赋予上。这也是大理院为何要将一些土地先买权赋予给长期租佃户、典主、原垦户等人的一大原因。大理院在对土地先买权进行摒弃时,并没有采用一

[1] 施沛生编:《中国民事习惯大全》,上海书店出版社2002年版,第1页。

[2] 参见马剑银:《孟德斯鸠语境中的“法”及其“精神”——重读〈论法的精神〉》,载《清华法学》2016年第6期。

[3] 参见梁启超:《梁启超全集》(第四卷),张品兴译,北京出版社1999年版,第1039-1044页。

[4] 参见[法]孟德斯鸠:《论法的精神》(上),许明龙译,商务印书馆2012年版,第466页。

[5] 参见李鼎楚:《历史法学在近代中国传播的“知识景象”——基于法政书刊的考察》,载《政法论坛》2017年第6期。

刀切的粗暴做法，而是兼顾了法的历史性理论，尊重长期生活在土地上的相关权利人的权利，如大理院在判例具文表述中提及原垦户将特定土地倚为生命，便是注重这一理论最为鲜明的注脚。此外，大理院将长期租佃户与短期租佃户、随时解约者区分开来，也是照顾到土地秩序的稳定性和连续性因素，将保护前者的先买权习惯确立为有效。除此之外，典习俗作为传统中国法的重要习俗，发挥着较为稳定的作用，因而大理院在考虑是否赋予此类典主以先买权上就充分考量到土地秩序的稳定性和连续性，并将当事人双方均无争议的地方典习俗确立为有效的法律规范，在判例中加以适用，这些都是兼顾到法的历史性的集中反映。

在传统与现代的两个历史时空交叉之下，清末民初的社会系统也展现出传统与现代两个面向，^[1]彼时，建构稳定的社会秩序也成为了大理院在面临这一土地先买权的司法问题时所考量的价值取向。换言之，大理院作出相应法律决定之前，必然要考虑到土地先买权所营造的以往稳定的社会秩序等因素，试图以渐进式改造的方式，来完成司法兼营立法的历史使命，通过吸纳法的民族性与历史性理论来促进法律适用的稳定性与连续性，从而使得法律裁判更容易为当事人所接受，从解决特定矛盾的层面纾解了因政体更迭、社会动荡不安带来的底层民众的生活困局，以保障相

关群体的土地先买权来彰显正确的社会价值取向。

五、结语

从判例与制度、裁判法理逻辑，再到判决背后的法律理论，土地先买权制度所体现出来的诸多法意，显示出大理院推事们在无民法典的情形下寻绎法源、正确裁判的高超审判技艺与精湛的法学理论造诣。通过对《大理院民事判例辑存》（物权编）中的土地先买权判例的检视，我们不难发现，任何一份判决的作出，不仅仅蕴含着丰富的法理逻辑，还受到特定时代背景下法律理论的诸多影响。因而，在体察判例法理逻辑的同时，我们亦需要措意其背后的法律理论及其思想。大理院推事们之所以肯定土地原垦户、长期租户、基于原垦户所受兑人、不动产抵押权人、典主享有土地先买权，与其受到法的民族性与历史性理论的影响存在较大程度的耦合，而采取摒弃亲邻先买权在内的一些先买权习惯的做法，则是在一定程度上受到西方社会本位法律理论亦或是法律社会化思潮的影响。观照当下，现代民事司法裁判的作出，也不可避免地会受到特定民法理论的影响。在进行特定司法适用时司法者既要关注到当下民众的法治需求，也要关注到法律作为地方性知识所要面临的尊重传统、稳定秩序的法律生活意义。

[1] 李栋、王世柱：《中国传统伦理法向现代法的范式转换——以晚清“无夫奸”罪存废之争为背景》，载《法学》2019年第5期。