作為物權憑證的地契及其在現代觀念中的遺存*

嚴　立**

目　次

壹、問題之所在
貳、地契雙重法律屬性之證成：隋唐以降的單契式
　一、概括討論的前提：地契的形制穩定性
　二、地契的雙重屬性
　　（一）物債之合一
　　（二）交易與司法實踐的考察
　三、以佔有契券為表徵之現實化的所有權觀念
參、地契作為物權憑證的原因
　一、官方簿冊為何不堪用
　　（一）魚鱗圖冊僅在部分地區攢造
　　（二）產權憑證並非隨時發給
　　（三）黃冊亦不得隨時更新
　二、魚鱗圖冊的功能與目的
　　（一）稅收徵管而非爭議解決
　　（二）不動產權屬爭議之解決：以地契為中心的民間習慣
　三、小結
肆、「重契券輕官簿」在現代觀念中的遺存
　一、官簿：現代不動產登記在我國的萌芽與發展
　　（一）萌芽及民國的發展
　　（二）契券如何為不動產登記所取代：從公法手續到物權變動之要件

*　衷心感謝三位匿名審稿人提出的寶貴意見。中國政法大學的趙晶教授、劉家安教授撥冗批閱了初稿，提出綿密細緻的建議。北京大學的許德風教授專門為小稿組織了討論會；王旭女士、李文婧女士亦多有賜教。儘管按照諸位師友的意見對小稿作了增刪修改，惟訛誤在所難免，文責應由筆者自負。

**　北京大學法學院博士研究生。

二、私契：交易實踐中的遺緒
三、實務上之啟發與思考
（一）立法論上不應忽視傳統習慣
（二）解釋論上如何為舊慣容留空間
伍、結論

投稿日：109 年 8 月 5 日　　接受刊登日：110 年 4 月 27 日
校對：鄭柏鴻

摘　要

從傳統中國不動產交易的歷史來看，地契是不動產物權主要的乃至唯一的憑證，因此存在「重契券輕官簿」的民間習慣。官方建立的魚鱗冊、黃冊，或者官給的產權證明，僅服務於稅收徵管之目的，無法準確反映物權狀況。其中原因並非是官方沒有能力設置類似於不動產登記的制度，而是沒有必要，因為不動產登記保障交易安全、為糾紛解決提供准據的功能自有各種交易習慣承當。此種重契券而輕官簿的觀念，即使在實定法改弦易轍的今天，依舊可以從人們的行為中窺見。此種觀察亦能為實務提供鏡鑒：立法不能對長久的習慣視而不見，司法亦可靈活地為重契券的傳統留有一席之地。

關鍵字：地契、不動產登記、功能目的、習慣的生命力

壹、問題之所在

乾隆三十八年，浙江布政使衙門發佈文告稱「民間執業，全以契券為憑……是以民間議價立契之時，必一手交銀一手交契……蓋有契，斯有業，失契即失產也。」[1]毫無疑問，這裡所欲表達者，地契是證明產權歸屬的憑證，物權變動也以契據為准，且有使這種權利憑證的功能唯一化、絕對化的傾向，即「失契即失業」之謂。自今人立場觀之，這樣的說

1　嚴禁驗契推收及大收諸弊已除民累，治浙成規，卷一，清道光間刻本，北京大學圖書館所藏善本古籍，出版年份不詳。

法多少有些難以理解——完善的不動產登記制度下，不動產物權但以登記為准，房產證作為所有權憑證的功能已大大削弱，即使不動產物權變動也並不以交付房產證為要件（《中華人民共和國物權法》第 9 條，[2] 今《中華人民共和國民法典》第 209 條），因此除了以行政管理為目的的各種手續以外，房產證在不動產物權變動中幾乎不具有什麼價值。然而如果看一看早已失效的《城市房屋權屬登記管理辦法》又會覺得以房產證或者地契之類的契券作為權屬之證明，甚至是具有排他性的證明，並不是多麼匪夷所思的事。該辦法第 5 條規定「房屋權屬證書是權利人依法擁有房屋所有權並對房屋行使佔有、使用、收益和處分權利的唯一合法憑證。」

古今相互觀照，將產生一個有趣的猜想——《治浙成規》所反映的有關中國古代不動產權屬憑證的觀念，與《城市房屋權屬登記管理辦法》的規定之間是否存在某種關聯？《物權法》和《房屋登記辦法》施行已逾十年，《中華人民共和國民法典》亦已生效，現代化的不動產登記制度可稱完備，在法律人的記憶中，以契據作為所有權憑證似乎早已成為過去式。但對於未受過法律專業訓練的大眾而言，是否也如此呢？新的法律規範已經在他們的頭腦中紮根了嗎？本文即擬從歷史的脈絡中探尋地契作為物權，尤其是所有權憑證的法律屬性。如果在古人的觀念中，這樣的論斷基本能夠成立，那麼在古今迥異的法制之下，這樣的觀念已經完全被「革除」了嗎？抑或仍舊存在著或多或少的殘餘？

有必要提前說明的是，古代的地契與今天的房產證或許並不能完全等同。地契的本來面目是私人之間形成的契券，但房產證卻是由政府頒發的憑證，這二者如何能夠相互比較呢？我們在這裡提出「官簿」與「私契」一組相應的概念。前者是指由政府製作並保存的官方冊籍，後者則是指私主體收執的契據。按照這樣的描述，將地契與房產證同樣稱為私契，從而二者具備比較的基礎，應當是一個可接受的結論。不能因為房產證由政府發給，就武斷地認為其不具有私的屬性，正如我們不能因為地契上要加蓋官府印章，成為「紅契」就否認其私契的本質。正是在這個意義上，地契與今天的房產證並非沒有比較的基礎。[3]

最後還需要從學說史的角度略作一說明。得益於對地契實物的保存與發掘，如今留存的地契可謂浩如煙海，與此形成對照，關於地契的專門研究卻並不多見。且既有研究的側重點多為史實探微，或者地權分配之經濟史的角度，從部門法尤其是物權變動、不動產登

2 本文所稱法律法規，除特殊說明外，均指中華人民共和國的法律法規。

3 甚至有學者稱「地契、房契就是政府頒發給民眾的不動產權屬證書」，這樣的說法當然是不準確的，但是也能從側面反映地契與房契在人們觀念中（甚至是法律專業人士觀念中）的相似性。孫憲忠，不動產登記基本範疇解析，法學家，6 期，2014 年，頁 25。

記等角度所做的分析尚不多見。[4] 因此本文試圖以這樣的研究範式作一嘗試。

貳、地契雙重法律屬性之證成：隋唐以降的單契式

一、概括討論的前提：地契的形制穩定性

文章直接以地契為研究對象，並未限定具體的年代，似乎免不了要遭受這樣的詰問：契紙或因時因地而不同，籠統地以地契為研究對象恐有未妥。但這在本文語境下似乎並不是一個難以克服的障礙。

我國古代的民事交易歷來重視契約形式，額度較大的交易多以形諸文字的契約達成。[5] 至今存世的契約實物，最早可追溯至西周中期，比如格伯簋銘文就是一份有關土地抵押、典當關係的契約。[6] 就不動產物權變動，尤其是房地買賣而言，凡交易必借助契約，自西周至唐歷時一千六七百年，契約基本已經定型。[7] 唐宋時出現官定契本樣文，甚至是官方刊刻供當事人直接填寫的「定式」契紙，[8] 這更加促進了契約的普及推廣及其樣式的固定。而北宋淳化後直到清末，土地契約文書的樣式基本上已經沒有大的變化了。[9] 從民間發掘出來的契約實物來看，基本大同小異，內容與形式都沒有顯著差異。[10] 由此可見雖曆千百代，土地契約自保有其形式上的繼承性與穩定性。

橫向比較來看，邊陲地區甚至是不臣服于中原王朝政權的地區，其土地文契與更靠近王國中央的地區相比，也並未呈現出十分顯著的地域差異。就現存契約文書來看，東至東三省、[11] 南至瓊、[12] 西至滇、[13] 北至甘，[14] 其形式也都大同小異。即使是與中原王朝分庭抗

4　任吉東，近代中國契約文書及其研究，歷史教學，7 期，2007 年，頁 105-107。

5　參見嶽純之，論兩漢不動產買賣及其法律控制——兼及兩漢不動產買賣契約的基本情況，煙臺大學學報，4 期，2009 年，頁 102。

6　參見張傳璽，秦漢問題研究，北京大學，1995 年，頁 141；另見氏著契約史買地券研究，中華書局，2008 年，頁 138-139。

7　張傳璽，前揭註 6，頁 207。

8　參見楊國楨，明清土地契約文書研究，中國人民大學，2009 年，頁 11。

9　參見王國鍵，宋代土地和財產買賣文書的發展及特點——北宋敦煌賣契與南宋徽州賣契的若干比較研究，第二屆郭煌歷史檔案與徽州歷史檔案開發利用研討會會議論文，頁 51-52。

10　任吉東，前揭註 4，頁 107。

11　馬飛，館藏偽滿洲國康得年間地契淺析，文物天地，10 期，2015 年，頁 64-67。

12　師存勳，試論 1640 年代至 1950 年代海南民間地契中的農本精神，青海民族研究，1 期，2019 年，頁 153-155。

13　穀家榮，滇東漢族村寨地契文化研究——以雲南羅平白古村的二十份民間地契為例，江南大學學報，4 期，2015 年。

禮的西夏國，土地文契的形制也基本承襲前者。[15] 當然，在某些細節部分確實也存在微小的差異，比如西夏的土地契約一般不寫明出賣土地的原因。[16] 但細部特徵的差別並不影響整體上的相似性。

總體而言，相當長的歷史時期內，地契在不動產物權變動中均發揮著無可替代的作用，且其形式與基本內容保持了高度的連貫性。縱使語言風格、措辭因時代、地區或有不同，[17] 其實質內容卻並未改變；某些條款，比如違約罰則，可能時有時無，但這均不妨礙我們從總體上把握地契的特徵。房地契的形制十分穩定，大體是一個站得住腳的結論。又，日本學者滋賀秀三在研究中國的訴訟形態時，僅以清代的訴訟為具體研究對象，而所欲闡發者卻是整個「帝制中國」的法文化，之所以能夠如此是因為憑藉著意識中把握住了「細節性的沿革變化和其不變的性質」。[18] 這樣的想法或許同樣適用於對地契的研究。

二、地契的雙重屬性 [19]

（一）物債之合一

隋唐以前，至早到東晉時期，有用合同契為買賣者。所謂合同契，即書立兩份內容相同的契紙，兩契騎縫處大書一「同」字。兩契相合而真偽自明。隋唐以降，買賣契約則多用單契，僅寫立一份契約交買受人收執。[20] 使用合同契則屬比較例外的情形。[21] 與契約形

14 闞嶽、陳志剛，從洮州衛地契看明代軍屯土地的買賣，青海民族研究，3 期，2016 年，頁 135。

15 史金波，黑水城出土西夏文賣地契研究，歷史研究，3 期，2012 年，頁 52。

16 史金波，前揭註 15，頁 52。此外，有論者認為西夏土地文契的一個特點是違約條款不可或缺（羅將，黑水城出土西夏文賣地契中的違約條款探析——兼與敦煌契約比較，青海民族研究，1 期，2018 年，頁 220。），但查考兩宋時期的契約，發現同樣有明確的違約罰則，因此這似乎不能算作西夏土地契約的「特色」。

17 參見唐智燕，論近代民間不動產買賣契約文書的語言風格，當代修辭學，2 期，2012 年，頁 70-74。

18 滋賀秀三著，王亞新等譯，中國法文化的考察——以訴訟的形態為素材，氏著明清時期的民事審判與民間契約，法律，1998 年，頁 7-8。

19 常見的地契有賣地契，設立永佃權、典權的地契，這裡主要以賣地契為例說明之。另外，房契與地契不存在顯著差異，為行文方便，不再煩言。

20 參見張傳璽：前揭註 6，頁 177-179。相反，活賣因為尚保留了出賣人回贖的權利，故一般使用合同契。戴炎輝，中國法制史，三民，1984 年，頁 312。

21 比如典契仍保留了合同契的形式，如宋本名公書判清明集·爭業·典賣園屋既無契據難以取贖條曰：「在法，典田宅者，皆為合同契，錢、業主各取其一。此天下所通行，常人所共曉。」元通制條格亦稱「今後質典交易，除依例給據外，須要寫立合同文契貳紙，各各畫字，赴務投稅。典主收執正契，業主收執合同。雖年深，憑契收贖，庶革僥倖爭訟之弊」。（轉引自張傳璽，前揭註 6，頁 179-180）又乾隆二十五年（1760 年）二月，福建官府規定只准使用合同式：「如系典產，即寫立合同上下典契，同時一手書

式之變化相伴相生的是契約話語方式的改變。漢以降，契約本為第三人稱寫法，至唐中期則已變成第一人稱寫法。詳言之，「第三人稱寫法」是指站在第三人的角度敘述交易內容，兩漢遺存的大量買地券便是如此。[22]「第一人稱寫法」則是指站在出賣人/出典人等的角度，敘述交易內容，基本的模式是立約人甲願將房/地出賣或者出典與乙。[23] 與常見的誤解不一樣，土地文契並不會由「買賣雙方簽字畫押」，[24] 恰相反，一般僅在正文部分提及權利人姓名，其不必在契書尾部簽字；甚至有些契文連完整的名字都略去，僅留一姓氏，或在姓後加一「宅」字。[25] 從契約的具體內容上看，債務人以第一人稱的口吻作出了讓渡權利的承諾和保證，[26] 權利人佔有契書這一事實本身即足以證明其權源。

我們所說的地契（或者房契）即指單契而言，這與今天的不動產買賣使用合同契，一式數份，雙方當事人各執一紙有大不同。因此，典型的單契式地契不僅揭示了雙方當事人之間的基礎關係，同時有證明權利人之作用，從而兼具了買賣、租佃等債權合同與所有權、永佃權等物權之憑證的雙重性質。

地契是債權合同至為顯明，既有文獻對此等合同之條款早已作了條分縷析式的解剖。值得說明的是地契中特有的「原因條款」，這在現代法制的語境下多少顯得有些特殊。按照土地文契的基本樣式，一般要在契約的靠前處揭明立契的原因，常見的措辭是「立 x 契人某，今因 y」，x 處填寫文契的類型，y 處則填寫訂約的原因。常見的原因是「正用不足」、「使用不便」、「移寬就窄」等等，但實際上契約的形式穩定以後，所謂的原因幾乎已經成為固定的套語，並不會對契約的效力發生實質性的影響。官方刊刻供民間購買填寫的契紙上，甚至有的直接印製了「因使用不便」這樣的原因，[27] 人們從事不動產交易的

寫，中見人等當場畫押，中間騎縫處大書合同上下典契字樣，對半分開，典主執上契，原主執下契，各執一紙為據，以便回輸時原主執下契向典主取贖，收回上契。」（楊國楨，前揭註8，頁28。）但從存世的契據實物來看，典契使用單契毋寧也十分常見。

22 例如「建初六年十一月十六日乙酉，武孟子男靡嬰買馬熙宜、朱大弟少卿塚田」、「建寧二年八月庚午朔廿五日甲午，河內懷男子王未卿，從河南街郵部男子袁叔威買皋門亭部什三陌西袁田三畝」。參見嶽純之，前揭註 5，頁 102。

23 清代臺灣的新港文書之形式同樣秉承著這樣的習慣，在典約中僅寫明業主。李文良，番語與手印：新港文書的清代歷史學研究，師大臺灣史學報，11 期，2018 年，頁 12。

24 寒冬虹、楊靖，國家圖書館藏部分明清土地契約略說，文獻，1 期，2004 年，頁 219。

25 當然，不書完整姓名而僅指明其姓氏，另一個可能的原因在於我國古代對土地的「私人所有權」可能不僅僅以個體為單位，更會以家庭（戶）甚至家族為單位。一個論據是夫亡後，遺孀往往不得獨自處分家庭財產，而是需要令其子在契約尾部畫押，若無子則需要同宗的其他男性出面。（參見郝平、李宇，契約所見清代山西土地價格初探，福建論壇，8 期，2018 年，頁 88）因此只要寫明了買受人的姓氏，即足以確定權利人。

26 相同觀點參見李文良，前揭註 23，頁 13。

動機千千萬萬，又豈是使用不便一語能夠完全網羅的。所謂原因往往實為相沿成習的定式措辭，由此可見一斑。當然也有少量契約詳細敘述了訂約的實質性原因，如「茲因欠米涉訴，無從設法」、「變賣維持建築經費，償還前債」[28] 等語。此外，土地出現田底權、田面權的分化以後，田底權——即向永佃權人收取佃租的權利——的買賣變得十分零碎，交易額小到令人驚異；此時土地的買賣便具有了日常性小額金融調劑的功能，為應付婚喪嫁娶的大宗交易相比之下反而成為少數。[29] 頻繁的小額交易追求便捷的形式，或許也是契約不必寫明實質原因而沿用套語的一個緣故。惟值注意者，傳統文契中所謂的原因，在今天看來其實僅僅是訂立契約的動機而已。

值得一提的還有另外一個問題。學者每欲否定債權行為與物權行為之效力的無因原則時，總是提及其與民間習慣、現實生活常情、[30] 社會人文環境 [31] 等不符，但往往只是泛泛而論，少有提出具體論據來論證習慣、常情、文化所謂者何。而在傳統的地契中，顯然可以發現我傳統的交易模式中，今日語境下的債權與物權行為融為一體，並無區分二者的跡象，買賣等契約無效必然波及物權之得喪變更。更準確地講，我國古代的不動產交易是一種要物契約。[32] 觀念上既然未區分債權與物權行為（分離原則），則自然不生有因與無因之問題。[33] 這對於論證以上觀點而言，實在是一絕佳證據，惜未受到論者重視。

形成對照的是西方法制之傳統。羅馬法上區分實際讓渡物、使受讓人獲得現實佔有(possession)的行為與作為該行為之原因的行為。[34] 此種觀念影響及於後世，普魯士邦法典（1794 年）、奧地利民法（1811 年）均規定所有權移轉須兼具法律上名義與法律上取得方式，始克其成。[35] 惟此種要求名義與特定方式的形式主義，雖然僅有原因，尚不生物權移轉之效力，但其並不意味著存在獨立的物權行為，甚或是物權行為之無因性。[36] 以德國民法典為代表的物權行為無因性，則發端於薩維尼對羅馬法的再造。薩氏認為即時贈與的場合，並不存在一項使贈與人負擔義務的債權契約，而受贈人仍然獲得所有權，因此僅就所

27 參見朱思進，民國時期地契選刊，東華理工大學學報，4 期，2017 年，所載「宋倉兒典地契」。
28 楊廷文，民國新都縣土地契約研究，9 輯，地方文化研究輯刊，頁 168。
29 參見劉克祥，永佃制下土地買賣的演變及其影響，近代史研究，4 期，2012 年，頁 53。
30 王利明，物權行為若干問題探討，中國法學，3 期，1997 年，頁 65、69。
31 米健，物權抽象原則的法理探源與現實斟酌，比較法研究，2 期，2001 年，頁 52。
32 仁井田陞：《中国法制史研究》（土地法・取引法）、東京大学東洋文化研究所、1963 年、頁 329。
33 譬如法民法不承認獨立之物權契約，物權變動系於債權契約，即不生有因與無因之問題。史尚寬，論物權行為之獨立性與無因性，鄭玉波主編，民法物權論文選輯，五南，1984 年，頁 10-11。
34 彼得羅·彭梵得著，黃風譯，羅馬法教科書，中國政法大學，2017 年校訂版，頁 172-174。
35 陳添輝，物權行為無因性原則，政大法學評論，88 期，2005 年，頁 68-70。
36 劉得寬，對物權行為的獨立性與無因性之探討，鄭玉波主編，前揭註 33 書，頁 38-41。

有權移轉而言並不以債權契約為要件，而只需要物權之合意加上交付這一外在的行為即為已足。[37] 法民法則受自然法學之影響，當事人合意能直接發生物權變動之效果。[38] 根據格勞秀斯的闡述，所有權移轉僅需出讓人與受讓人就權利移轉達成一致，並將該意願表現於外即可，[39] 並不以交付為要件。[40]

由是觀之，以羅馬法為嚆矢的西洋法制，遵循著一種區分名義/權源與特定形式的分野，亦即意思要素與形式要素。[41] 注意，此處非指物債的分離原則，而是作為原因的行為與移轉物權的形式，德民則在此種分野之外另加上物權契約，物權變動始由「兩步走」變為「三步走」。即使受到自然法影響，採意思主義的法國，也注意到與單純合意相區別的交付（在不動產則為登記），並將之作為論戰的主要對象。與此相為對照，我傳統法制並無一抽象的所有權概念，而僅有一種以佔有契券為表彰的現實化的所有權觀念，這直接決定了我物權變動在觀念上並不區分所謂的名義與形式，而是「混沌」地表現在契券的即時讓渡中。

（二）交易與司法實踐的考察

正如前述，不動產交易以單契為之，只由原業主寫立契據一紙交新業主收執而已，此外別無其他憑證。由此，物權如果需要什麼作為憑證的話，也只能是地契了。交易實踐中，契券的交付等同於所有權的轉移應無疑問。[42] 一個顯著的證據是交易實踐中對上手契的處理。民間的交易習慣，若出賣人本身持有從前手權利人處獲得的「上手契」，則在向買受人交付新地契的同時，應一併交付所有的上手契，並在契文中注明。[43] 舉例言之，至早在唐乾寧四年（897 年）「敦煌張義全賣宅舍契」中即有「其上件舍價，立契當日交相分付訖」的說明，[44] 宋時則有「置買產業，皆須憑上手干照」[45] 等說法。若無上手契，則

37 陳添輝，前揭註 35，頁 75-76。關於交付或者登記，究竟構成物權契約之一部，抑或僅僅是物權契約之外的一項事實行為，學說上容有爭議。參見史尚寬，物權之公示與公信力，鄭玉波主編，前揭註 33 書，頁 108。

38 史尚寬，前揭註 33，頁 7。

39 格勞秀斯著，馬呈元、譚睿譯，戰爭與和平法，中國政法大學，2016 年，頁 123-124。

40 格勞修斯，前揭註 39，頁 185-186。

41 劉得寬，對物權行為的獨立性與無因性之探討，前揭註 36，頁 44-45。

42 參見仁井田陞著，牟松發譯，中國法制史，上海古籍，2018 年，頁 235。

43 如乾隆五十三年（1788 年）朱明智賣地契「內有紅契一簾為正」，嘉慶五年（1800 年）張存仁賣地契「隨代老紅契二章」，同年張存仁賣地契「隨代老紅契一張」，見王兵傑，清代順治至嘉慶時期北京地區地契研究，中國社會科學院碩士學位論文，2009 年，頁 36、37、39。

44 王國鍵，前揭註 9，頁 54。

45 饒州州院申潛彝招桂節夫周氏阿劉訴爭產事，辛更儒箋校，劉克莊集箋校卷一九三，中華書局，2011 年，頁 7532-7533。

往往在契文中批註「日後搜出作為廢紙」，以表明老契因新契生效而喪失效力。[46] 若將一張上手契所涵蓋的一宗土地拆分開來作為本次交易之標的，上手契無法交付，亦應在地契中注明「繳付不便」等字樣。[47] 在交易實踐中甚至有將上手契當買受人面焚毀，以示永杜瓜葛的操作。[48] 這樣一來，如果所有的上手契均保存完好，最終的權利人所持有的老契和新契即可首尾相連形成一個完整的交易鏈條，上次交易的買受人（或其繼承人）恰為下次交易的出賣人。[49] 契紙首位相連達丈餘者亦所在多有，有些土地幾十年甚至數百年間的交易軌跡都清晰可辨，[50] 實在令人稱奇。[51] 之所以對上手契如此謹小慎微，無非是因其作為物權之唯一憑證的獨特地位。

而在社會公眾的一般觀念中，地契作為物權憑證是如此之重要，以至於輕易不肯示人。即使是在發生產權糾紛到官府告訴時，也常常只是提供抄件，原件僅供胥吏與抄件比對而已。[52] 人們甚至認為盜竊地契是與盜竊實在的財產一樣可憎惡的事情。[53] 在某些地方，「賣地人」不稱賣地人，而自稱「賣約人」。[54] 由此可見，地契不僅僅是表彰不動產

46 劉煉，印證鄉情，佐證歷史——東莞市博物館館藏晚清民國地契略說，文物鑒定與鑒賞，2期，2018年，頁 60。

47 如明隆慶三年鮑懷山賣地契，見阮明道，關於明代的幾件地契，南充師院學報，1 期，1983 年，附件 4。清道光八年蘇坤三賣地契，見舒仁德，記一套清雍正至中華民國年間的系列地契，文物鑒定與鑒賞，10 期，2016 年，頁 59。清乾隆三十二年(1767)休寧縣孫廷秀賣田契，見楊怡，契約書寫程式與民間契約秩序的維繫，四川職業技術學院學報，2 期，2019 年，頁 9。

48 例如乾隆三十五年（1770 年）王顯廷典契中「此地原有王姓白字壹張，同劉姓當面燒毀無存」。王兵傑，前揭註 43。頁 27。

49 「在張氏家族契約文書中，共有 9 張上手契。如乾隆三十五年（1770 年）與三十六年（1771 年）兩張上手契是袁義分兩次從袁克忠、袁克孝手中購買相鄰兩塊土地（一為 6 畝、一為 4.099 畝）的憑證。二十年後，乾隆五十五年（1790 年）袁義後人袁永誠將此地計『十畝零九厘八毛六絲』，『憑中人袁進花說合賣與張暄耕種為業』，在訂立新契約的同時，將兩份上手契交給新業主張誼，以使標的物更加明確。」童廣俊、張玉，試論清代、民國時期冀中農村土地買賣中的契約精神——以東鹿縣張氏家族土地買賣契約為例，河北法學，8 期，2006 年，頁 97。

50 如有從同治元年(1862)上溯至乾隆六十年(1796)的例子，該產業數十年間六易其主皆有據可查，參見孫江，《北京條約》第六款中法文本之辨析——兼論巴黎外方傳教會廣東地契文書，清史研究，3 期，2018 年，頁 130-131。甚至有前後綿延二百餘年的例子，參見舒仁德，仰天宕——二百年間的交易記錄，中國文物報，4 版，2017 年 9 月 29 日。

51 亦可參見戴炎輝，前揭註 20，頁 285-286。

52 杜正貞，近代山區社會的習慣、契約和權利，中華書局，2018 年，頁 274-275。

53 「康熙十九年宗璣偷竊娘之契約家財，致娘鳴究，父子之誼遂絕。」吳宏著，郭成偉、田濤點校，紙上經綸，明清公牘秘本五種，中國政法大學，2013 年，頁 183。

54 刁統菊，對紅山峪村 16 張地契的民俗學解讀，民俗研究，3 期，2005 年，頁 143。

物權的證明，在人們的觀念中，它與權利結合的程度相當緊密。

司法實踐亦能證明之，揆諸宋時官吏所撰《名公書判清明集》可知田宅交易、確認不動產權屬必以契紙為憑。在一個爭產案件中，甲將自己的田產詭寄於乙名下，經查明後還歸甲戶內。乙不甘，偽造契約稱該田產係自己購買，不應歸入甲戶內。裁判官認為該契約未寫明田地的字號、畝數，不符合一般的交易習慣，顯係偽造，於是駁回其請求。[55] 又一案，甲乙二人係兄弟，丙係二人堂叔；甲亡故，乙訴爭某產業被丙侵佔。查該產業之文契，實係甲出典於丙。判詞邏輯頗有意思，稱如果契約係偽造，何必造一典契，應偽造賣契才符合一般行為邏輯。於是駁回乙之請求。[56] 又在另一個爭產案中，甲訴其叔乙侵佔其產業，強賣於他人，查明實係甲之父丙將該產業出賣。裁判認為仍應當由賣契的持有者管業。[57] 類似的爭產案件在《名公書判清明集》中還有不少，其共通點都是以地契作為所有權的憑證。清代傳世的巴縣檔案中，關於產業的案件也無不能體現這種產業以契券為憑的事實。在一個案件中，甲到乙的地界內砍樹出賣，該地本係乙的先人從甲的先人處買得。縣令根據乙提供的地契和加找補契，確認了其產權。[58] 另一案中，甲稱乙侵佔其地內之柴山，縣令根據地契查明實係乙之先人將地賣與甲之先人，但該柴山保留未賣。[59] 清吏蒯德模所撰《吳中判牘》提到一個案例，甲主張田係私產並呈出契據，蒯氏查得該契年遠墨新，故斷定其屬偽契。[60] 及至清季設立的各省審判廳在裁斷產權糾紛時，也一致認為應以契券為憑。[61] 而正因為地契是物權唯一的憑證，裁判官在裁斷糾紛時還需要依據常識推斷，或者結合其他證據來認定此憑證之真偽，比如考察不動產交易中納稅的記錄。[62]

三、以佔有契券為表徵之現實化的所有權觀念

欲表彰對不動產之所有權，則必以佔有契券為要件，移轉物上之權利也必須製作新的

55 鄉原體例，凡立契交易，必書號數畝步於契內，以憑投印。中國社會科學院宋遼金元史研究室點校，名公書判清明集·戶婚門·爭業上，中華書局，1987 年，頁 103。

56 書判清明集，前揭註 55，頁 106。

57 「田照元契為業。」這個案件中，司法官援引了一條法律規則「諸理訴田宅，而契要不明，過二十年，錢主或業主死者，不得受理。」而這個案件發生時據買賣發生時尚只 15 年，裁判官仍認為應當適用這一規則，不予受理。書判清明集，前揭註 55，頁 106-107。

58 四川省檔案館，清代巴縣檔案彙編（乾隆卷），檔案，1991 年，頁 12-13。

59 四川省檔案館，前揭註 58，頁 17-20。

60 蒯德模撰，梁文生、李雅旺校注，吳中判牘，江西人民，2012 年，頁 220。

61 參見汪慶祺點校，各省審判廳判牘，北京大學，2007 年，頁 78、81、82（雲南），頁 84、89、90（安徽）。

62 許文濬著，俞江點校，塔景亭案牘，北京大學，2007 年，頁 73。

契券；契券本身甚至成為了物上權利幻化的形體，如前引《治浙成規》稱「偶遇急用，或以田房契紙抵押銀錢者，無不取攜如寄。是以民間之視契券與現銀無異，莫不慎之重之，不肯輕以付人。此民情也，亦不易之理也。」[63] 此種以佔有契據為要件的所有權形式，或者將契券視為物上之權利本身（或者其化身）的所有權觀念，可稱為一種具象的、現實化的權利，[64] 有別於現代法制中抽象的、觀念上的所有權。可相為對照的是日本近世以來的法制。

寬永 20 年(1643)幕府以法令禁絕了繳稅土地（高請地，主要類型是田畑，即水田與旱田）的絕賣（永代売買），[65] 與此同時卻仍可通過流質（質流れ）親屬間讓與（由緒譲）等方式規避該禁令，[66] 達成所有權移轉或者與之相近的效果。[67] 而且有些土地也並不受禁令限制，仍可自由買賣，故實踐上仍有設定與移轉物權之需要。其基本手續是出賣人／出典人做成賣契（沽券狀，売買証書）或者典契，[68] 在文末加蓋村長（名主）及五人組印章交付買受人，以完成所有權之移轉。田地買受人並需在土地台賬變更權利人資訊（名義書換），宅基地（屋敷地）買受人則需向村長及五人組奉上一定的禮金作為披露所有權移轉之事實的手段。[69] 川島武宜氏將此種方式稱為公證制。[70] 如果說只要存在見證交易的第三

63 嚴禁驗契推收及大收諸弊已除民累，前揭註 1。契據亦可充當融資擔保的工具，在擔保的場合需要交付不動產之契券，此即清季「借據隨帶紅契」的習慣，即借款人借款時要將地契（紅契）交貸款人收執，貸款人由此成為抵押權人。參見民事習慣調查報告錄，中國政法大學，2000 年，頁 19。黑龍江、浙江等地在設立抵押權時也要交付地契。同書第 58 頁、第 274 頁、第 289 頁。

64 參見川島武宜、所有権法の理論、岩波書店、1978 年、頁 234-235。

65 也並非所有的藩國都承認絕賣之禁令。中田薰、法制史論集（第二卷）、岩波書店、1938 年、頁 517-518。

66 所謂的「由緒譲」只在有親屬關係的人（即相互之間存在「由緒」）之間發生，雖名義上為無償，但仍可以賀禮（祝儀、樽代金）等名義支付價金。石井良助、法制史、山川出版社、1964 年、頁 220。中田薰，前揭註 65，頁 506。

67 瀧川政次郎、日本法制史、有斐閣、1928 年、頁 471-472。規定了特定買回年限的定期買賣（年期売買），賣主超過約定年限不回贖土地，則交易中作成的定期賣契（年期賣證文）甚至可視為絕賣契（永代狀）。換言之，定期買賣一定程度上也成了規避禁令的手段。三浦周行、法制史の研究、岩波書店、1924 年、頁 841。

68 買賣證書記載的兩項要件分別是出賣人已收取價金的事實，與其不得再就所有權移轉有任何異議的保證。這意味著所謂的買賣證書是一種包含了所有權移轉的買賣契約之證書，買賣契約並未從物權關係中分化出來，其效力就是直接發生所有權變動。川島武宜，前揭註64，頁235。川島武宜氏認為，日本傳統的不動產交易模式（買賣證書＋村長文末蓋印，売買証書＋奥書証印）下，以所有權移轉為目的的物權行為已經為觀念性的債權契約所吸收，因此日民法所規定的物權變動的意思主義恰恰與其傳統法制相契合。同書頁 245。

69 瀧川政次郎，前揭註 67，頁 557。

方，無論其為官廳、村吏抑或一般民眾，即可稱為「公證制」的話，則我固有法上由中見人承擔此職能的交易方式亦可視為公證制之一種模式，中見人承擔了與名主類似的功能。只不過沽券狀因有領主權威的介入，在一定程度上不再僅僅是純粹私人的文書，而是具備了某種公的屬性。[71]

明治政府初期為了實施租稅改革，[72] 創設了新的「地券」制度，不動產的買賣讓與須在官廳經過書換地券的手續，不經此程式私相授受者，罰之。其目的在於確保擁有地券者即為土地所有權人，[73] 而同時承擔向國家繳稅的義務——地租改革之前，所有權與佃權（小作權）往往有混淆的趨勢，國家收取的地租有時也由佃權人（小作人）繳納；為了保障所有權人/地租繳納者地位的安定性，就必須清楚地區分所有權人與佃權人之地位，並且強化所有權人收取佃租（小作料）的權利。[74] 可以想見的是，在當時一宗土地上存在多個權利人（主要是地主與佃權人）的歷史條件下，確定誰應當擁有地券並不是一個容易的任務。[75] 儘管關於土地買賣存在書換地券的規則，但地券由縣廳發行，往往遷延日久，容易引發糾紛，[76] 故交易習慣卻仍然延續了以往文末蓋印的公證制，官方亦不得不承認其效力。[77]

然而不管是公證制還是地券制，都不能說已經形成了一種現代法意義上的所有權觀念，書換地券的程式也並非旨在向第三人公示一種抽象的所有權。公證制也好，地券制也好，都只能說是一種具象的，建立在對買賣證書與地券之現實支配上的所有權。[78] 就其私法意義而言，與其說地券是對所有權之表彰或者證明，毋寧說是因為有了地券的存在（代表著來自官方的權威），所有權的觀念才得以成立。[79] 換言之，所有權建立在地券這一實體之上，地券可說是權利之化體。

---

70 參見川島武宜，前揭註 64，頁 234-235。

71 宮川澄、日本における近代所有権の形成、御茶の水書房、1969 年、頁 108-111。

72 彼時地租占國家財政的八成，鈴木安蔵、法律史、東洋経済新報社、1965 年、頁 67。

73 若耕作人同時為所有權人（實際上是所持人，與今之所有權概念存在差異）即向其頒發地券，若耕作人為佃權人，則只向實際的所有權人頒發。浅古弘ほか、日本法制史、青林書院、2010 年、頁 296。

74 篠塚昭次、土地所有権の現代：歴史からの展望、1978 年、頁 168-169。

75 出口雄一ほか、概説日本法制史、弘文堂、2018 年、頁 418。

76 石井良助，前揭註 66，頁 322。

77 川島武宜，前揭註 64，頁 233-235。明治 13 年(1880)頒佈土地買賣讓渡規則，村級行政機關（戸長役場）需為土地買賣置備交割帳簿（奥書割印帳），出賣人需將出賣文書並地券在戸長役場履行文末騎縫蓋印的（奥書割印）手續。由此，不動產交易就又回到了以往的公證制，地券的功能便僅限於確定租稅了。浅古弘ほか，前揭註 73，頁 299。

78 川島武宜，前揭註 64，頁 235。

79 石井紫郎、権利と土地所有、東京大学出版会、2012 年、頁 196-197。

要之，日本近世以來以沽券狀、地券等載體表彰所有權的制度與我固有法存在許多相通之處，惟彼法制慣於在所有權層面引入領主、政府等官方的權威，而我法制則借助中見人、親鄰等「民間的權威」，[80] 這正是「官有政法，人從私契」的真意所在。然而自法技術的角度言之，不管權威的來源如何，這種以對契券之實際支配為表彰的所有權觀念，都顯著區別于現代法意義上的所有權。

參、地契作為物權憑證的原因

南宋李椿年創經界法、立砧基簿，一般認為這就是魚鱗圖冊的雛形。[81] 經界法，顧名思義就是確認土地經緯界線的政策，[82] 其主要目的在於使產稅一致。[83] 其程式大略分為量定步畝（測量土地的自然狀況），審定等色（確認土地的等級、土色，即其肥沃程度，以定其稅額），繪制砧基簿。[84] 具體言之，由逐都耆鄰保長與田主、佃客實地勘踏繪圖，保正長於圖上押字作為擔保；繪製的圖呈遞至縣，縣差官據圖覆核。[85] 其進步之處在於，以往的土地清查運動基本上都是令民眾自行申報，自李椿年經界法始，則開始引入官方抽查、實地勘測的程式。[86] 時人向李椿年進獻測量田土面積的步田法，不同的土地形狀和計算方法竟多達十餘種，[87] 依常理度之，當時人們的書算能力應當無法承擔如此複雜的工作，因此打量畫圖（即量定步畝）的過程中必有官方因素的介入，應無疑問。後來繼椿年之任措置經界的王鈇，省卻打量畫圖、造砧基簿的程式，令十戶結成一甲，自行申報、相

80 儘管存在契稅的要求，但粘貼契尾、加蓋官印對所有權並不生實質影響。

81 最近的研究認為經界法形成的砧基簿與後世的魚鱗圖冊並不僅僅是名稱上的差別，魚鱗圖冊是以土地為中心編制的地籍，而砧基簿仍然延續了以往以人戶為單位的戶籍編制手法。只不過砧基簿經過打量畫圖的程式，詳載土地自然狀況，並且開始採用為土地編定獨立字號的技術手段，使之離後世的魚鱗圖冊只有一小步的距離了。換言之，砧基簿至少已經孕育了魚鱗圖的許多元素，應當可算作學界的最低共識。參見尚平，南宋砧基簿與魚鱗圖冊的關係，史學月刊，6 期，2007 年，頁 29-33。

82 土地經界一語在臺灣地區仍多有使用，大陸地區則比較少見。例如曾華松，從土地登記錯誤與經界的是非爭議開始論所有物返還請求權之訴訟與執行，法令月刊，64 卷 8 期，2006 年，頁 27-71。呂太郎，不動產境界訴訟之性質，臺灣本土法學雜誌，7 期，2000 年，頁 131-136。

83 曽我部静雄、中国及び古代日本における郷村形態の変遷、吉川弘文館、1963、頁 176。

84 參見高森，論宋代縣鄉吏役在土地清丈中的職責，河南大學學報，58 卷 3 期，2018 年，頁 87。

85 王德毅，李椿年與南宋土地經界，食貨月刊，2 卷 5 期，1972 年，頁 254。

86 趙岡，魚鱗圖冊研究，黃山書社，2010 年，頁 19。

87 王德毅，前揭註 85，頁 251-253；可惜的是，這種較前代更為精確的計算方法，到了四十年後的朱熹時代即已經失傳了。參見何丙棣，南宋至今土地數字的考釋和評價（上），中國社會科學，2 期，1985 年，頁 137。

互糾舉，便無可避免地產生了民戶相互串通隱匿的弊端。[88] 砧基簿的另一個進步之處在於為土地編訂獨立的字號，使得土地脫離戶口資訊，具備獨立辨識的可能性，孕育了後世魚鱗圖冊的要素。[89]

後世歷代，政府均有組織攢造魚鱗冊的活動，詳細登載土地四至、所有權人、佃作人等資訊；因其詳載土地的自然狀況與權利狀況，亦被稱作「地籍」。[90] 與此同時，丈量田畝以後還會按照勘測情況發給業主一項官方憑證，[91] 稱由帖、[92] 烏由、[93] 田單 [94] 者皆有之，名稱即使有不同，其本質則均屬官方向物權人出具的證明文件。這樣的做法似乎與今日之不動產登記頗為類似，為何卻不能以此種官方簿冊或者官給憑據作為物權憑證呢？

今之不動產登記所以能夠作為不動產物權之憑證，無非是因為其強大的公信力。就自然狀況而言，其登載的四至、面積等準確翔實；就權利狀況而言，非經登記不生物權變動效力，則權屬變動得以即時反映在簿冊之上。另外，不動產登記通行全國，並無可見的地域差異，這就保證了規則的實效性。倘若以這樣的標準來檢驗魚鱗冊與由帖，便不難發現官方簿冊難以承擔物權憑證之功能的原因。

一、官方簿冊為何不堪用

實際上官方憑證在一定程度上確實可以像今天的不動產登記制度一樣承擔明確權屬、定分止爭的功能。南宋初創經界法時的設想就是讓典賣田產的雙方當事人在交易之初，攜帶砧基簿及契約赴縣比對，以確保交易標的真實，權屬清晰。若不比對砧基簿，僅憑地契甚至無法完成交易。[95] 明時亦有以魚鱗冊為據處理土地產權糾紛的說法。[96] 某些地區還有

88　王德毅，前揭註 85，頁 255。

89　尚平，前揭註 81，頁 29-33。

90　參見趙岡，簡論魚鱗圖冊，中國農史，1 期，2001 年，頁 35-37。

91　張傳璽，前揭註 6，頁 131。

92　寒冬虹、楊靖，前揭註 24，頁 223。

93　《余姚縣誌》卷二十二載「乃躬履畝，鱗次圖之，曰魚鱗圖。置流水薄，兜圖之實。又為鼠尾冊，定上中下三戶，均其搖役，每田一丘，給民印署烏由一紙，令按由檢田，即無由莫敢業田也。」轉引自趙岡，前揭註 90，頁 36。

94　馬學強，近代上海道契與明清江南土地契約文書之比較，史林，2 期，2002 年，頁 59。何丙棣先生指出烏由就是魚鱗圖冊單頁的副本。何丙棣，前揭註 87，頁 150。

95　「今後遇有將產典賣，兩家各賫砧基簿及契書赴縣，對行批鑿。如不將兩家簿對行批鑿，雖有契貼干照，並不理為交易。縣每鄉置砧基簿一卣，每遇人戶對行交易之時，並先於本鄉砧基簿批鑿。每三年將新舊簿赴州，新者印押下縣，照使舊者留州架閣。」宋會要輯稿，食貨六之三九，國立北平圖書館 1937 年影印本，頁 4898。

以清丈田畝後官給的田單作為產權憑證，在交易時出示的習慣。[97] 但這似乎終究未能成為普遍的規則，而僅僅是限於一時一地的地方經驗，比如從宋代的司法實踐來看砧基簿並沒有按照所設想的發揮其功能。

（一）魚鱗圖冊僅在部分地區攢造

唐及以前，政府如何進行「不動產登記」已不可考。南宋李椿年所創經界法是魚鱗圖冊之濫觴。椿年向高宗進言經界法，頗得上意，拜兩浙路轉運副使，此即經界法之始。[98] 正以此，浙江一帶也是經界法落實得最好的地方，在全國其他區域則遭遇了不少阻礙。椿年後遷戶部侍郎，其法遂有在全國推行的機會，但次年即丁母憂三年，其法之不得行，可以想見。[99] 要之，終宋之世，經界法也只在有限的地方實行過。當然，雖時作時輟，經界法、砧基簿也在某些地區留存下來。[100] 而中國歷史上下一次全國規模的土地普查與清點則要等到二百年以後的朱元璋時代了。

有一種權威的說法是，洪武年間太祖令國子監生赴全國監督土地丈量，終於攢造成了覆蓋全國的魚鱗圖冊。[101] 但據何丙棣先生的考證，所謂全國性的土地清查不過是一種「傳奇」，絕非史實；太祖所遣國子監生僅僅是分赴兩浙各州縣監造而已，魚鱗圖冊從未在全國通行。[102] 梁方仲先生亦同此觀點，認為明初魚鱗冊始成於兩浙，至於更早的宋嘉定間，則有婺州，元至正時有婺州、余姚。[103] 仁井田升先生則認為在梁先生所說的範圍之外，至少宋代的紹興、常熟地區，明代的江北地區都應有魚鱗冊的攢造。[104] 即使是不贊同以上各家學說，認為魚鱗圖冊已極流行的學者，也不得不承認並無足夠的證據證明魚鱗冊已經完備到覆蓋全國的地步，[105] 況且有些地區明白曉示可不行魚鱗冊之法。[106] 萬曆初年張居正用

96 「魚鱗冊為經，土田之訟質焉；黃冊為緯，賦役之法定焉。」中華書局點校，明史，食貨志卷七七，食貨一，2003 年，頁 1882。

97 上海縣續志卷六，田賦上，載「吾邑田地執業，清糧以前，執乾隆四十八年縣印田單為憑。清糧以後，執鹹豐五年縣印田單為憑。」轉引自馬學強，前揭註 94，頁 59。又如浙江德清縣買賣產業重印單不重契據，《民事習慣調查報告錄》，前揭註 63，頁 609。

98 李椿年闡述經界法之必要性時，提到「臣聞孟子曰，仁政必自經界始，井田之法壞而兼併之弊生，其未遠矣。況兵火之後文籍散亡，戶口租稅雖版曹尚無所稽考，況於州縣乎？豪民猾吏，因緣為奸，機巧多端，情偽萬狀，以有為無，以強吞弱。有田者未必有稅，有稅者未必有田。富者日以兼併，貧者日以困弱，皆由經界之不正耳。」宋會要輯稿，前揭註 95，頁 4897。

99 參見何丙棣，中國歷代土地數字考實，中華書局，2017 年，頁 23-36。

100 張傳璽，前揭註 6，頁 164。

101 參見吳晗，朱元璋傳，江蘇人民，2015 年，頁 129。

102 何丙棣，前揭註 99，頁 80-83。

103 梁方仲，明代魚鱗圖冊考，收於梁方仲文集，中山大學，2004 年，頁 295。

104 仁井田陞，前揭註 32，頁 279。

事，行一條鞭法，這是明朝第二次大規模的土地普查與登記活動。

清室入關，土地簿冊多沿用萬曆舊制，也有部分地區丈量了轄內土地。[107] 康熙二年試圖在全國清丈田畝，但朝野反對聲浪極大，乃止。此後便再無全國統一的丈量活動，惟地方長官仍可自行裁奪。[108] 例如至今仍有康熙五年、十五年江蘇長洲縣的魚鱗圖冊傳世，[109] 顯然與康熙初年的政令吻合。世宗憲皇帝甚至數次諭令不許清丈田畝。[110] 地方上，亦不無抵觸情緒，[111] 乾隆年間浙江有一個例子很能說明問題。浙江雲和縣縣令奉命到布政使衙門抄錄本縣魚鱗圖冊，但發現藩司庫中並無該縣魚鱗冊，且查得該縣自立國之初便未置備魚鱗冊。遂奏請重新丈量縣內田地，但被駁回。理由主要是避免經手胥吏從中漁利，勞民傷財，且魚鱗冊之有無並不妨礙官員裁斷權屬糾紛，亦與業主執業無關。[112]

總而言之，魚鱗冊自創立之初至清末民初，從未像今天的不動產登記一樣形成一項普遍通行的制度，而是聽由地方自行處理，很有可能魚鱗冊僅在全國極少數的地區攢造。且朝野對清丈田畝常懷有批判的態度。[113] 因此，魚鱗圖冊無法形成足夠的公信力，進而無法作為物權憑證也就在情理之中了。

（二）產權憑證並非隨時發給

可能的反對意見是，即使無法在全國推行，只要在部分地區連續地實踐，應當也足以形成以魚鱗冊為物權憑證的規則。然而魚鱗圖冊除了僅僅覆蓋有限的地域以外，尚存在無法即時更新的問題。今之不動產登記簿所以能夠作為物權之准據，是因為其能夠即時更新不動產的權屬變動情況，財產的歷任權利人在該宗財產之下均有反映。但觀今存世的魚鱗

105 參見欒成顯，洪武魚鱗圖冊考實，第十屆明史國際學術討論會論文集，頁 200。

106 趙岡，前揭註 86，頁 2。

107 如順治十年安徽歙縣。參見汪慶元，從魚鱗圖冊看徽商故里的土地佔有，江淮論壇，3 期，2010 年頁 25-35。

108 參見趙岡，前揭註 90，頁 37。

109 章有義，康熙初年江蘇長洲三冊魚鱗簿所見，中國經濟史研究，4 期，1988 年，頁 89；胡英澤，理論與實證：五十年來清代以降魚鱗冊地權研究之反思，近代史研究，3 期，2012 年，頁 143。

110 「世宗憲皇帝屢次訓飭不令舉行」，治浙成規，前揭註 1。

111 張居正當國，丈量田畝。吳地有詩云：「量盡山田與水田，只留滄海與青天。」陸世儀著，夏劍欽等點校，論賦役，皇朝經世文編，卷二十九，嶽麓書社，2004 年。

112 「其鱗冊之有無實屬不礙審斷，亦無關於執業。是以，定例但令州縣赴司錄存備案，並未行令州縣丈量補造.，良有深意。」禁丈量補造魚鱗冊等事，治浙成規，前揭註 1。

113 但人們反對清丈田畝、攢造鱗冊，原因或許並不像前引禁丈量補造魚鱗冊等事中說得那樣單純。丈量田地固然要耗費大量的人力物力，卻未必是大力反對的唯一原因。一旦清查地產，必然會發現有人隱匿應納稅產業從而偷逃稅負，而這樣的人往往是擁有大量田產的豪門大戶，故而反對之聲在很大程度上或許也代表了他們的意志。

圖冊實物，每一土地字號之下皆只有記錄現業主姓名的欄目，並無記錄後手權利人的空間。[114] 此正可以說明魚鱗冊的功能僅僅在於確認既有的靜態財產秩序，而不擬反映動態的財產變動狀況，[115] 在這個意義上稱魚鱗圖冊為「不動產登記簿」之雛形有大不妥。因此我們可以看到歷史上攢造魚鱗圖冊的活動之間往往相隔有年，且其終極目的主要是解決政府財政收入問題，明晰既有產權僅為手段而已。因此可以說，攢造魚鱗冊係例外而非常規操作。

非清丈田畝無以發放由帖（官給產權憑證），故由帖不常發放與魚鱗冊不常攢造其實是同一個問題。例如至今傳世的由帖有不少萬曆九年、十年的，[116] 這是因為張居正新法要求在全國範圍內清丈田畝。既如此，則魚鱗冊攢造與官給由帖俱不能反映不動產物權的即時變動，因此從物權憑證的角度而言，二者均無法滿足頻繁的不動產交易活動。[117] 另一個論據是有些地方只有因河水衝擊新形成的土地買賣才重視官給印單，因為這些土地形成的時間尚短，墾殖一般需要履行官府確權的手續；遠年的成熟之田卻仍然以契據為憑。[118]

田地交易頻繁的背景之下，魚鱗冊所載並非現時的業主，現業主亦未必執有田單：緣執業花戶貧富靡常，輾轉售賣亦無一定，數年之間往往幾易其姓，勢不能悉載鱗冊之內。故鱗冊所載皆非現在執業之人。凡有訐訟審訊者皆以印契串票為據，各省皆然。[119]

正如前文，今之不動產登記所以具備公信力，以其能即時更新之故。官方的魚鱗冊及官給由帖無法即時反映物權之變動，其記載與真實權利狀況脫節，因而無法作為不動產物權之憑據。

（三）黃冊亦不得隨時更新

在魚鱗圖冊與官給由帖之外，還有一種官方簿冊稱「黃冊」者，其與魚鱗冊以土地為中心編制不同，系以戶籍為中心編造，旨在明確每戶之賦稅徭役。所謂黃冊以人戶為母，田為子，魚鱗冊以田為母，人戶為子，[120] 二者經緯分明，則物權歸屬與稅負義務無不詳備。黃冊有時亦能起到證明物權的作用，尤其是在雙方因爭產涉訟時。[121] 比如在清代一起

114 參見趙岡，前揭註 86，書前所附魚鱗冊照片。

115 最極端的例子是，魚鱗冊上登載的權利人為數百年前的先祖，以此表示該地產為家族共有的祖業，而非某人之私產。參見胡鐵球等，婺州魚鱗圖冊的遺存與研究價值，浙江社會科學，4 期，2016 年，頁 124。

116 比如趙大川，浙江地契，浙江檔案，2 期，2014 年。

117 民諺有「千年田，八百主」之說，足見土地交易之頻繁。

118 《民事習慣調查報告錄》，前揭註 63，頁 188。

119 禁丈量補造魚鱗冊等事，治浙成規，前揭註 1。

120 任源祥，賦役後議，見皇朝經世文編，前揭註 111 書，卷 29。

121 「封畛既泯，質劑且亡，未能決斷。曾謂驗其稅籍，曲直可判。……按界至不明，故起爭訟，契書不存，故難決斷，唯有稅籍可謂證據。辭與籍同者其理直，辭與藉異者其理曲也。……爭田之訟，稅籍可

因分家引起的產權糾紛中，地方長官在判斷爭訟人到底是不是物權人時，就明確提到了黃冊的輔助作用。「既已得田糧冊，即應定居。檢查該圖九甲錢糧戶冊……只有淩立魁、淩立義兩戶，而無淩立道戶名」——裁判官認為，土地如果屬立道所有，則糧冊上理應有其戶名，經查考無其戶名說明產業並未分給他。[122] 而且與魚鱗冊相比，黃冊是一種真正在全國廣為推行的措施，各地方無不悉備。[123] 及至18世紀，清代攤丁入畝，不再徵收單獨的丁口稅以後，編制黃冊的傳統才終於斷絕。[124]

然而黃冊與魚鱗冊一樣存在無法即時更新的問題，明代規定每十年大造，[125] 故每十年才能在正式的黃冊上根據各戶地產之變動增減其稅額。明末才更改了十年大造之法，改為隨時過割。因此明前期的地契往往載有「其稅糧俟大造之年，聽從收割過戶當差」之類的表述，但天啟、崇禎朝的地契關於過割的說法卻已經變成「其稅糧今奉新例本戶自行起割，推入買人戶內辦納糧差」。[126] 次則，編造技術落後，裡甲排年編定後，十年之內每年由哪十戶居民承擔徭役便不會再變動，攢造黃冊反而要照顧裡甲排年的順序，以至於與真實情況有出入。而且彼時交通極為不便，向上級機關解送、南京戶部駁回錯訛黃冊、各地呈送補造黃冊等等手續在運輸途中均要花費很長的時間；補造黃冊理論上應於半年內完成，實際卻往往積數年之功始成。[127] 冊籍遞送完成，情況早又發生了變化。

清代雖有隨時過割的規定，[128] 但過割並不是不動產物權變動之要件，[129] 民間不過割者十分普遍。[130] 且地權分化出田底、田面（所有權與永佃權）之後，所有權的買賣變得十分

以為證；分財之訟，丁籍可以為證。雖隱慝而健訟者，亦聳懼而屈服矣。」折獄高抬貴手「王曾」條，見楊奉琨校譯，疑獄集·折獄高抬貴手，廈門大學，1988年，頁327-328。然而需要注意的是，以稅籍為憑據僅僅是在地契遺失（質劑且亡）的情況下作為間接證明而已，可見物權之憑證仍應以地契為主。折獄高抬貴手成書於南宋，但早於經界法之初創，關於成書年代可參見同書序言。

122 許文濬，前揭註62，頁70。

123 參見何丙棣，前揭註99，頁83頁；吳晗，前揭註101，頁129-130。

124 瞿同祖，清代地方政府，法律，2003年，頁250。

125 欒成顯，明代黃冊研究，中國社會科學，1998年，頁1。但發展到明後期也出現了隨時推收的操作。參見欒成顯，明代土地買賣推收過割制度之演變，中國經濟史研究，4期，1997年，頁129。

126 參見王毓銓，明朝田地赤契與賦役黃冊，中國經濟史研究，1期，1991年。

127 參見梁方仲，明代黃冊考，梁方仲文集，中山大學，2004年，頁313-314、324-325。

128 「各該州縣買賣田產，務令買主、賣主親身赴縣，對冊推收。該縣實力稽查，隨時過割。」錢穀指南，前揭註53，頁399。

129 王林敏，由官契到私約——對農村不動產買賣習慣變遷的一個實證考察，民間法，8卷，2009年，頁241。

130 如曲阜孔府購買土地後十三年未過割，後經官府出面始完成過割手續。參見楊國楨，前揭註8，頁143。又如民間為了省去過割繳納的手續費，自行約定不過割的現象亦屬常見。參見黃忠鑫，明清時期徽州的

零碎，原所有權人往往僅象徵性地保留極少的所有權，並保持其名義上納稅人的身份，也並不履行變更納稅義務的手續。[131] 因此黃冊也無法準確反映現實的物權狀態。

再者，土地稅的實際收取，地方政府並不直接預其事，[132] 而是委派殷實大戶，[133] 或者莊書、裡書等廣義的胥吏 [134] 為之。只要實徵稅款符合簿冊記載的應徵稅款，黃冊記載是否符合既有所有權狀況，地方政府並沒有動力去過問。[135] 此即飽受詬病的帝制中國土地行政的「原額邏輯」，[136] 只要稅收總額符合原定額即不會大動干戈，使得政府喪失了通過稅收感知與調控民間經濟生活的管道。[137] 惟在業戶欠租甚或抗阻時，州縣官須出面催促之，動用體罰手段的也不乏其例，稱「校賦」。[138] 汪輝祖《學治臆說》即有「催科之法」一條。以常理度之，若業戶存在隱匿產業等情事，為免校賦之際敗露，必不待催繳而自行完納。隱匿詭寄等情由是難以查清，則官不知民可以想見。甚至在業主契券焚毀的情況下，政府確認業主產權反而需要參照莊書所持冊籍（私冊，並非官方文書），[139] 這一方面說明原則上以私人契券作為物權憑證的事實，另一方面說明官方簿冊之滯後確係不刊之論。

二、魚鱗圖冊的功能與目的

（一）稅收徵管而非爭議解決

需要追問的是，為什麼官方沒有在魚鱗冊的基礎上再邁進一步，即時更新之，從而建立與今之不動產登記類似的制度？或者換一種提問的方式，為什麼我國古代沒有出現今天

裡書更換與私冊流轉，史學月刊，5 期，2015 年，頁 101。再如出賣人採取「活賣」的形式，希圖日後贖回田產，因此不辦理過割手續。請查田糧影射疏，皇朝經世文編，卷三十二，前揭註 111。

131 劉克祥，前揭註 29，頁 55。

132 「通天下使都保耆長催科，豈有須用吏卒下鄉之理？」劉克莊，前揭註 45，頁 7509。

133 「照撫屬州縣衛所，一應錢糧，每年僉派大戶，給與文簿，令其自收。」王浚川，浚川公移駁稿，同前揭註 53 書，第 41 頁。

134 宮崎市定，清代的胥吏和幕友，劉俊文主編，日本學者研究中國史論著選譯（第六卷），中華書局，1993 年，頁 511。趙曉力，中國近代農村土地交易中的契約、習慣與國家法，北大法律評論，2 輯，1998 年，頁 472。

135 參見費孝通著，戴可景譯，江村經濟，外語教學與研究，2010 年，頁 253。

136 關於原額邏輯，參見岩井茂樹著，付勇譯，中國近代財政史研究，社會科學文獻，2011 年，頁 16-17，68-69。

137 林文凱，業憑契管：清代臺灣土地業主權與訴訟文化的分析，臺灣史研究，18 卷 2 期，2011 年，頁 10，註腳 21。

138 「月三旬，旬十日，以七日聽訟，以二日校賦……」汪輝祖撰，梁文生、李雅旺校注，病榻夢痕錄，江西人民，2012 年，乾隆五十二年事。

139 參見黃忠鑫，前揭註 130，頁 100。

意義上的不動產登記制度？最淺白的回答就如前引《禁丈量補造魚鱗冊等事》所雲，「安用敝精勞神靡費帑項，造此無益之冊」？通俗地講，就是攢造圖冊需要耗費大量的社會成本，又無法帶來收益。但以社會成本論可能並不具有十足的說服力，因為我們知道取締造冊節省下來的成本，很可能要耗費在其他地方。比如我國民間通行的「賣產先盡親族」、「賣產先問原業」[140]以及不動產交易必有中人等交易習慣，其作用之一正是杜絕權屬糾紛，[141]而這恰恰是不動產登記所承擔的職能，故而這一系列的交易習慣或許可以在一定程度上視為不動產登記的替代。換言之，如果能夠建立完善的不動產登記制度，這些交易習慣很可能就沒有必要維持；而從不動產登記上節省下來的社會成本，仍然會耗費在作為登記之替代的交易習慣中。因此社會成本並不是一個妥當的回答，故而需要查考魚鱗冊建立的目的。

經界法初創時，其本意是在官方控制下重新丈量土地，儘管其直接的目的是令產稅一致，但因有官方的介入，土地產權的自然狀況與權利狀況均得以明晰，從而間接地起到與今之不動產登記類似的作用。質言之，經界法之初衷其實在於清查民間所隱匿的應納稅財

140 賣產先盡親族，係我傳統法上一項重要的交易習慣，交易實踐應當能夠明白揭示此一點。早在敦煌出土的9世紀末的地契中，就已經出現了「不許別房姪男侵劫」，即出賣人同宗的男子不得再就標的物主張任何權利的聲明。（張傳璽編著，中國歷代契約粹編（上冊），北京大學，2014年，頁217-218）唐乾寧四年（897年）、天複九年（909年）的房契、地契中，均提到「若有姻親兄弟」主張權利，應當由債務人一力承當。（同書頁216-220）後周顯德四年（957年）的地契中有「（出賣人）吳家兄弟及別人侵射此地來者」，出賣人應當理清此糾紛，若無法平息糾紛還應當尋找替代的好地交給買受人。（同書頁228）北宋存世的契約同樣延續以往的表達，一件賣房及地的契約記載「若中間有兄弟及別人諍論此舍來者」，應由出賣人負擔保之責任。及至明清、民國，賣產先盡親族的習慣也可說貫徹始終。民初的《民事習慣調查報告錄》顯示，清末出賣產業存在著不止一種的先買權。（對報告錄中出現之先買權的整理匯總，參見劉高勇，清代買賣契約研究，中國社會科學，2016年，頁102-105。）包括清代臺灣的地契，也會揭明已經過問了親族眾人，無人承買的事實。（陳哲三，清代金門與臺灣契約文書異同之比較，逢甲人文社會學報，21期，2010年，頁63-64。）總體而言，正如小稿提到過的地契的形制穩定性，歷千百代，契約的變動都不甚大。賣產先問親族，可說是一項無疑問的交易習慣。關於其近代以來的效力問題，查大理院「民四上字第22號」判例，謂「賣業先盡親族之習慣，既屬限制所有權之作用，則於經濟上流通及地方之發達均有障礙，即難認為有法之效力。」（郭衛，大理院判決例全書，中國政法大學，2013年，頁211）說明早在20世紀初，法院即已廢棄此一習慣的效力。王澤鑒先生舉過一個案例，甲出國欲賣屋，其弟乙主張親族先買權，臺灣地區最高法院的判例即認為此習慣無助於經濟流通，徒長捎勒之風，違背公共秩序，應認定為無效。（王澤鑒，民法總則，北京大學，2009年，頁61-63）要之，親族先買的習慣已經不會影響買賣之效力。

141 立帳取問親鄰的習慣至少在唐代即已存在。為防止對出賣人的侵害，北宋曾一度廢除之，但後又恢復。原因在於因廢除產生了比較複雜的親鄰產業糾紛。參見張傳璽，前揭註6，頁125。此恰可以證明這一交易習慣對明晰產權的作用。

產，增加政府財政收入，[142] 明確無誤的產權證明作用僅為其副產品而已。[143] 李椿年所言土地經界不正之弊端有十，幾乎無一不涉及稅負問題，即為明證。例如他痛斥經界不正的弊端之一是，以往的地籍登記只是令業戶各自呈報而已，豪門大戶往往有恃無恐「百不供一」，貧富分化因而加劇。[144] 而「令民自實」確實是自古以來土地清查的主要方式。[145] 故新法要義之一是讓業主、佃戶以及各都圖負責人親自到田間地頭確認土地狀況，而後才能繪製砧基簿。[146] 其意正在於經由官方控制，明晰地上之納稅人以及土地權屬。這樣的方式固然更加準確，但同時意味著更高的成本，其貲費自然只能由當地居民承擔，人民負擔必將因此加重。[147] 因此經界法到了同時代的王鈇那裡，即務須「不擾而速辦」，於是省卻了到田間地頭勘踏並「打量畫圖」這一道工序，仍舊令民自實，只是將十戶結為一甲，各戶互相糾舉以保證無人隱匿應納稅財產而已。[148] 此舉雖可能因為缺少官方控制，降低簿冊所載資訊的準確性，但就服務於稅收徵管之目的而言，兩種措置經界的方法卻能殊途同歸。可以說魚鱗圖冊自初創至元明清歷朝歷代，其作為徵收依據，均平賦役的本旨從未改變過。[149]

此外，魚鱗冊的公開程度亦足以證明其不為明確權屬，而只為徵收錢糧。因為魚鱗冊作為一種官方文簿並不對外公開，「其鱗冊存司者民間皆不得一見，即州縣錄存者亦皆束置高擱」。[150] 即使是代徵稅款的莊書所持有的「私冊」也秘不示人，為了達成對莊書這一執業的壟斷，甚至專門就冊籍保密作出明確約定。[151] 既然簿冊不公開，則自無公信力可

142 胡鐵球等，前揭註 115，頁 117。比如在某一區域的土地總圖上需要標注該地面積幾何，應納稅額多少。參見汪慶元，明清魚鱗總圖匯考，歷史研究，6 期，2015 年，頁 88。

143 戴炎輝，前揭註 20，頁 287。

144 「州縣之籍因兵火焚失，往往令民自陳實數而籍之。良善畏法者盡實而供，狡猾豪強者百不供一。不均之弊有不可勝言者，其弊九也。」宋會要輯稿，前揭註 95，頁 4897。

145 參見何丙棣，前揭註 99，頁 32。

146 宋會要輯稿，食貨六之三八、三九，前揭註 95，頁 4898。

147 參見趙岡，前揭註 86，頁 21。

148 「（王鈇）措置經界，務要革去詭名挾戶、侵耕冒佃，使產有常籍，田有實稅，差役無詞訟之煩，催稅免代納之弊。然須施行簡易，不擾而速辦，則實利及民。今欲將兩浙諸州縣已措置未就緒去處，更不須圖畫打量，造納砧基簿。止令逐都保先供保伍帳，排實人戶住居去處，如寄莊戶，用掌管人。每十戶結為一甲，從戶部經界所立式，每一甲給式一道，令甲內人遞相糾舉，各自從實供具本戶應幹田產、畝角、數目、土風、水色、坐落、去處，合納苗稅。」宋會要輯稿，食貨六之四零，前揭註 95，頁 4899。省去了打量畫圖、造砧基簿的工序後，官方對經界法的控制即變得微弱，如果結成一甲的民眾相互串通隱匿，是很難發現的。

149 仁井田陞，前揭註 32，頁 288、298、305。

150 禁丈量補造魚鱗冊等事，治浙成規，前揭註 1。

151 參見黃忠鑫，前揭註 130，頁 103。

言，當然也無法作為明晰權屬的依據。

綜上，魚鱗冊的目的只是令產稅一致，為國家財政開源，根本不以明晰產權為鵠的，[152] 其實只能看作一種臨時性的、非常規的措施。全面清查一輪，使產業各歸其主，有產必有稅，本輪清查並攢冊的任務即已完成，毋庸即時更新。因此魚鱗冊不能即時反映不動產權利狀況便也不能說是違背制度之本旨。反映在魚鱗冊的形式上，不留登載後手權利人的空間便也說得通了。

（二）不動產權屬爭議之解決：以地契為中心的民間習慣

若上文所言非虛，魚鱗冊的目的在於收取土地稅或稱農業稅；今日之不動產（主要是房屋和建設用地使用權）除了繳納交易稅以外，無須繳納類似於土地稅或者農業稅的稅費，兩相比較則可知不動產登記必然還有其他的功能。事實上不動產登記除了在終端環節控制不動產交易稅的繳納以外，主要的功能還在於明晰產權歸屬，在事前保障交易安全，在事後為司法機關處理產權糾紛提供依據。[153] 現代國家的職能之一是為公民提供司法服務，裁斷是非曲直，而欲定分止爭則必有所本。私人契據往往真偽難辨，故只能仰賴國家統一建立的不動產登記。

明白了不動產登記的功能，也就可以順暢地解釋為什麼魚鱗冊沒有發展成類似於不動產登記的制度了——我國古代不動產交易安全的事前保障仰賴一系列民間交易習慣；而政府並不完全介入民間產權糾紛，因此事後也不需要一個官方准據。即使少數情況下民間爭產訴至官府，以地契為憑一般也能求其解決，為了處理這些少數的糾紛建立體系龐大的不動產登記制度，顯然得不償失。

舉例言之，不動產交易有先盡親族的習慣，倘若發生糾紛則必然先在族內求其解決，不會直接訴至官府，不少族規中即有糾紛先報族內公議的規定。[154] 其次，產業四鄰在某些地區亦有優先購買權，賣產先問四鄰則屬防患於未然的舉措，從事前杜絕了權屬爭議發生的可能。有此程式，不動產每交易一次，便詢問一次，每一次交易都是對權屬的再次確認和強化。一俟糾紛發生，四鄰也能提供最直接的證人證言。再次，賣產必有中人，他不僅瞭解雙方當事人情況，因而不至於發生出賣他人之物、一物數賣的情況，另一方面糾紛發生時中人往往也有從中調停之責。總而言之，一系列交易習慣基本能夠在事前保證權屬清晰，事後發生糾紛時，各參與人又能起到居中調停、消弭爭議的作用。

---

152 仁井田升氏亦主張魚鱗圖冊與明晰權利人之權利的不動產登記簿大異其趣。仁井田陞，前揭註 32，頁 277。另，陸世儀論魚鱗圖冊主張廢除黃冊單行魚鱗圖冊，豈不又是一明證？見皇朝經世文編，卷二十九，前揭註 111。

153 參見孫憲忠，前揭註 3，頁 13。

154 滋賀秀三，清代訴訟制度之民事法源的考察——作為法源的習慣，前揭註 18，頁 93。

通說認為我國古代的民事糾紛主要委諸以鄉紳、耆宿為主導的民間調解，[155] 官方亦提倡民間自行調處，[156] 對因「細故」向官方提起訴訟持相當貶抑的態度。[157] 司法權力超然於爭產糾紛之上，不動產交易的種種民間習慣恰恰與其糾紛解決的管道相為呼應。由此，不動產登記保障交易安全、提供糾紛解決之准據的功能，以及司法機關定分止爭的職能在很大程度被民間交易習慣和替代糾紛解決方式分擔，魚鱗冊無法成為不動產登記，良有以也。

這樣的模式當然不是無成本的，實際上設立不動產登記的成本，以及司法機關裁斷產權糾紛的成本，可能都轉嫁到不動產交易中的各種費用中了。比如付給中人的中資、[158] 前手業主的上業禮、[159] 親族畫字禮，[160] 以及各參與人共用的酒席 [161] 等等。但也恰恰是這樣的交易模式和習慣保證了地契及標的物的真實性，因而區別於今天的不動產交易合同，地契始得成為物權之憑證。

三、小結

我國古代的民事習慣，或者習慣法中，地契是物權主要的甚至唯一的憑證，在一定程度上與今之完全證券具有相似性。雖然官方攢造的魚鱗冊與頒發的由帖，與現代法治下的不動產登記和不動產權證極為相似，但只是空有其形而已，無法及時準確地反映不動產物權。僅有極少數地方的交易習慣重視官給由帖。地契因此當仁不讓地成為物權之憑證。但是官方文簿及憑據無法成為物權憑據，也與制度本旨無違，因為清丈田畝並造冊的目的本來就不是明晰權屬，而是稅收徵管。再者，國家較少介入民間的產權糾紛，因此也並不需要像不動產登記簿那樣的准據。職是之故，魚鱗冊未能演變成不動產登記制度，是不為也，非不能也。

155 仁井田陞，前揭註 42，頁 89-91、288-289。

156 「凡民間口角細事，親鄰可以調處，些微債負，原中可以清算者，不得架詞誑告。」吳宏，紙上經綸，同前揭註 53 書，頁 204。

157 「照得爭訟之興，既費時而失事，更怨毒而傷殘，極為惡俗。……及喚至面訊，無非細故。種種惡態，深可痛恨。……爾民自宜盡力南畝，以為衣食之計，豈可以有用之工夫，告此徒自取罪之謊狀。」吳宏：紙上經綸，同前揭註 53 書，頁 205-206。

158 《民事習慣調查報告錄》，前揭註 63，頁 143、522、548、551、555、572、654、723、749。

159 《民事習慣調查報告錄》，前揭註 63，頁 544。

160 《民事習慣調查報告錄》，前揭註 63，頁 499、703。

161 《民事習慣調查報告錄》，前揭註 63，頁 159、501、699、704。

肆、「重契券輕官簿」在現代觀念中的遺存

「習俗自身把約束方式的外部的和內部的雙重效力統一了起來……所以才比道德和法律更具有威力。」[162] 質言之，習慣的實效不僅來源於行動上的服從，也來源於內心的認同，這正是它強大生命力的源泉。如果以上命題為真，那麼地契是不動產物權之憑證，或者換一種更抽象的表述「不動產物權重契券而輕官簿」作為一項綿延了千百年的習慣（或者習慣法）會以怎樣的形式存在於當代的法治實踐與人們的思想觀念中呢？今天的種種跡象似乎都在表明，這樣一種「傳統因素」[163] 在吾人之交易實踐與社會觀念中並未煙消雲散。毋寧正如滋賀秀三氏所說的，一邊是歷史中多樣化的側面，一邊是在根本上沒有變化的人性。[164]

一、官簿：現代不動產登記在我國的萌芽與發展

魚鱗冊與官給由帖的主要目的在稅收徵管，[165] 而不在明確權屬，相反不動產登記的本旨則在明確權屬、保障交易安全。[166] 因此魚鱗冊無須隨著交易即時更新，不動產登記簿卻需要準確表彰不動產上的權利；前者可以束之高閣，後者卻需向公眾敞開懷抱。可見制度之目的與其具體的操作方案是互為表裡的關係。把握住這樣一條主線，便可以考查我國「不動產登記制度」的發端與衍變了。

（一）萌芽及民國的發展

現代語境下的不動產登記是一項西方法治文明的產物，[167] 並隨著清晚期與西方世界的接觸在中國也出現了萌芽的徵兆。早在十九世紀中頁，上海地區外國租界上出現的道契便屬於中西文明碰撞的結果。[168] 道契嚴格編號，一式分上、中、下三份，分別由各國領事館、上海道台衙門、權利人收執。其上載有準確丈量過的土地自然狀況，每一次轉讓均需在契後空白處注明，權利變動有跡可循。[169] 儘管其文字風格多少還承中國傳統契券之遺

162 古斯塔夫·拉德布魯赫著，王樸譯，法哲學，法律，2013 年，頁 55。

163 羅斯科·龐德著，廖德宇譯，法理學（第三卷），法律，2007 年，頁 296。

164 滋賀秀三著，張建國、李力譯，中國家族法原理，法律，2003 年，頁 10。

165 參見熊玉梅、羅昌瀚，中國不動產登記制度的建立、僵滯及重建：基於制度經濟學的分析，江西財經大學學報，6 期，2015 年，頁 15。

166 參見程嘯，不動產登記法研究，法律，2018 年，頁 62-63。

167 參見陳華彬，物權法論，中國政法大學，2018 年，頁 126；李昊等，不動產登記程序的制度建構，北京大學，2005 年，頁 30 以下。

168 馬學強，前揭註 94，頁 64-65。

169 參見夏揚，上海道契與近代土地契證的實踐，華東政法大學學報，4 期，2006 年，頁 151-154；杜恂誠，

緒，但本質上與官給由帖迥不相侔，縱使形式上未建立統一的不動產登記簿，基本上已可視為不動產登記制度在我國土地上的萌芽，但仍然保持著以契據為中心的底色。這與英國在採納托倫斯登記制(Torrens system)之前的情形頗相類似。「佔有產權證書(title deeds)就是所有權的證明……所有權人在買賣中將產權證明移交給買受人，並由雙方當事人的律師(solicitor)確認……直到近來部分地採納托倫斯登記制以前……買受人證明其有效從出讓人處取得權利的唯一證據，似乎就是他佔有著創設這一權利的契據。」[170] 這種以契券為權利之唯一證明的現象，與我傳統法制何其相似；唯須注意的是該時期的 title deeds 也可以在領主法院(manor court)為登記。

這僅僅是大潮流中的一朵小水花而已，真正現代意義上不動產登記制度，恐怕要到民國民法的施行了。[171] 該法移植《德國民法典》的物權變動模式，不動產物權非經登記不生效力，如此則政府不得不全面建立不動產登記制度。當然，即使民法典確立了不動產物權變動的登記生效模式，也不意味著此規範立即獲得了在現實生活中的實然效力。毋寧說交易實踐仍然遵循著以地契為中心的交易習慣，只需要看一眼民國時期大量的地契就能了然於胸了。[172]

從當時的民間觀念來看，不僅是普通民眾，連法院的承審員也認為不動產登記的功能與以往的地契（紅契）並沒有差別，只是效力略強些罷了。他們還認為不動產登記是當事人自願的行為，如果政府不加強制就不辦理登記，這裡的登記應當是指民國「民法」實施後對物權的首次登記。而政府為了實施法律強制民眾登記，反而會引起反抗，「國民黨的政策就是為了給政府抓收入，於是村民召開了村民大會，反對的氣勢高漲，自此以後政府強制登記就弛緩了。」[173] 無怪乎我妻榮評價說「中華民國民法上，對動產的佔有具有公信

道契制度：完全意義上的土地私有產權制度，中國經濟史研究，1 期，2011 年，頁 9。

170 §9.5.Deposit of title deeds, 29 N.J. Prac., *Law of Mortgages* § 9.5 (2d ed.)關於托倫斯登記制可參見李昊等，前揭註 167，頁 34-35。

171 參見熊玉梅，中國不動產登記制度變遷研究(1949-2014)，華東政法大學，2014 年博士學位論文，頁 33-34。下文對新中國不動產登記的論述，很大程度上參考了熊玉梅女士的博士學位論文，尤其是關於各項法律規範的梳理。謹識於此，示不掠美。

172 「我們將會看到在民國時期，法律制度的變化主要在城市而不在農村，主要在其表達而不在其實踐。比較民國和清代的案件記錄，就可以看到民事審判的實踐在縣城和村莊這一層次的基本延續。」黃宗智，清代的法律、社會與文化：民法的表達與實踐，上海書店，2001 年，頁 4。當然也不能忽視，在某些法律意識較強的主體，比如大型商業公司，也確實存在按照「民法」辦理不動產登記的實踐。這恰恰證明黃宗智氏所言，城市所發生的法律變化之一端。胡德開等人申情確認房屋所有權案，沈德詠主編，最高人民法院公報案例彙編，人民法院，2016 年，頁 183-184。

173 仁井田陞，前揭註 32，頁 349。

力，不動產登記卻並無公信力。」[174] 形成鮮明對照的是，中華民國民法播遷臺灣以後，才真正作為一部現代的民法典融入社會生活的血脈。其原因在於，日據時代臺灣社會已經開始適用日本民法規範（甚至早於中華民國民法生效的時間），而日本民法與民國民法都繼承了歐陸的民法體系，從前者轉換到後者並無強烈的滯澀之感。具體言之，1895 年至 1923 年，民商法領域雖存在日本人適用日民法，非日本人適用臺灣舊慣的法律適用規則；但在此一般規則之外猶有諸多例外，例如只要糾紛一方為日本籍即適用日本法，公司股東有一日本人即適用日本法等等。1905 年臺灣總督府甚至以《土地登記規則》將舊有法制上之胎權改造成現代法制意義上的抵押權，這不得不說為後續不動產登記的發展提供了依據。[175] 在日本民法調整下的臺灣社會，自然也就具有了資本主義民法生長的土壤，包括地籍等資料。相比之下，未經歷日本統治的金、馬，其對帝制中國法制的保留即顯著多於與臺、澎。[176] 這正可從反面說明，大陸地區早期尚無全面放棄契券為憑、並接受不動產登記的經濟社會基礎。

（二）契券如何為不動產登記所取代：從公法手續到物權變動之要件

1.中華人民共和國改革開放之前的情況

首先需要說明的是，上文所討論的物權憑證都是從私權的角度而言的，其主要的意義體現在私人間的不動產交易中。如果從私人與國家之關係的角度來講，在確定誰是物權人、誰應當為某一項財產繳稅時，自然也需要某種憑證。典型的比如政權更迭時重新丈量田畝，分配土地，這種情況下頒發的憑證就不是私法意義上的物權憑證，毋寧說是一種憲法意義上的所有權憑證，其價值體現在表彰國家對地權的重新分配，象徵一種新的財產秩序。

新中國成立後廢除六法，隨即開始如火如荼的土地改革，國家徵收私人土地並重新分配，與此同時由政府發給土地所有權證。[177] 同年通過的《城市郊區土地改革條例》也根據《土地改革法》作出了類似的規定。[178] 但是這一階段的土地登記及發證，與古代清丈田畝

174 我妻栄、川島武宜、中華民国民法・物権（上）、1941 年、頁 40。轉引自仁井田陞，前揭註 32，頁 349。

175 王泰升，近代西方法對臺灣華人的影響，收錄於氏著：臺灣法的斷裂與連續，元照，2002 年，頁 133-138。

176 王泰升，臺灣法律現代化歷程：從內地延長到自主繼受，台大，2015 年，頁 105-107。

177 《中華人民共和國土地改革法》第三十條　土地改革完成後，由人民政府發給土地所有證，並承認一切土地所有者自由經營、買賣及出租其土地的權利。土地制度改革以前的土地契約，一律作廢。另外，本條第 2 句也恰恰證明了地契是不動產物權之憑證。這一時期的土地房產所有證可參見張傳璽，前揭註 140，頁 1882-1898。

178 第十七條　城市郊區土地改革完成後，對分得國有土地的農民，由市人民政府發給國有土地使用證，保障

並發給由帖、田單，從形式上看並沒有顯著差異，都是一種對靜態財產秩序的確認。[179] 當然，其目的卻已經發生了翻天覆地的變化，不再是抓緊國家的錢袋子，而是「保障農民已得土地的所有權」，鞏固土地改革的成果。[180] 自上文私法物權與公法秩序的視點觀之，這種情況下發給證書主要的價值還是在於重新分配地權，其私法意義十分有限。

這一時期，國家層面的法律亦並未就不動產物權變動作出專門規定，但有些地區保留了民國「民法」的規則，不動產物權以登記發生效力；有些地區則明文規定不動產物權發生變動時，需要到登記部門換發證書。[181] 總的來講這一時期的不動產登記仍然以發證為中心，[182] 官方簿冊尚未取得十分重要的地位。社會主義改造至改革文革結束，土地私有制被取締，城鎮房屋也去商品化，[183] 因此並不需要不動產登記制度。這一時期的不動產登記基本處於被遺忘的狀態。[184]

2.改革開放後的立法與司法實踐

改革開放以來法制復甦，社會治理也才慢慢回到正軌。1980 年代陸續通過《森林法》[185]《草原法》[186] 以及《土地管理法》[187]，三者均規定由行政機關登記造冊，同時向權利人發給證書。至此，雖然發證仍然以確權為目的，但不動產登記結束了完全以發證為中心的模式，官方登記和不動產簿冊也開始發展。1989 年的《土地登記規則》第 21 條確認「土

農民對該項土地的使用權。對私有農業土地者發給土地所有證，保障其土地所有權。土地制度改革以前的土地契約，一律作廢。文本參見山東政報，1950 年第 11 期。

179 熊玉梅等，前揭註 165，頁 20。

180 中央人民政府內務部關於填發土地房產所有證的指示，前揭註 178，山東政報 1950 年第 11 期。

181 參見熊玉梅，前揭註 171，頁 53。

182 張迎濤，不動產為什麼要登記——以 1949 年之後中國土地登記為例的歷史考察，行政法學研究，1 期，2008 年，頁 39。

183 1956 年 1 月 18 日中共中央轉批中央書記處第二辦公室《關於目前城市私有房產基本情況及進行社會主義改造的意見》規定企業未經批准不得買賣私有房屋。後來在 1991 年審理的案件，即根據這一項國家政策否定了 1973 年發生之買賣的效力。陳德俄訴陳德群侵害房屋所有權糾紛案，沈德詠主編，前揭註 172，頁 168-171。

184 張迎濤，前揭註 182，頁 39-40。

185 《森林法》第三條 第二款 全民所有的和集體所有的森林、林木和林地，個人所有的林木和使用的林地、由縣級以上地方人民政府登記造冊，核發證書，確認所有權或者使用權。

186 《草地法》第四條 第三款 全民所有制單位使用的草原，由縣級以上地方人民政府登記造冊，核發證書，確認使用權。集體所有的草原和集體長期固定使用的全民所有的草原，由縣級人民政府登記造冊，核發證書，確認所有權或者使用權。

187 《土地管理法》第九條（第一款）集體所有的土地，由縣級人民政府登記造冊，核發證書，確認所有權。（第二款）全民所有制單位、集體所有制單位和個人依法使用的國有土地，由縣級以上地方人民政府登記造冊，核發證書，確認使用權。

地登記簿（土地登記卡組裝）是土地使用權、土地所有權和他項權利註冊登記的簿冊，是最基本的土地權屬檔案和法律依據。」不動產登記簿在土地的層面取代權利人持有的證書成為更優先、更權威的憑證。但不能忽視的是，這一時期登記的主要目的仍然是服務於「後計劃經濟時代」強有力的行政管制，毋寧說幾乎不具有顯著的私權色彩。比如 1983 年的《城市私有房屋管理條例》儘管承認了房屋的私人所有，規定所有權變動需要辦理登記，[188] 但卻不是今天物權公示意義上的登記，其目的僅僅在於禁止民間「私買私賣」、「投機倒把」。後文對法院意見的闡述，也將證明這一關於登記的規定，僅在要求一種行政上手續，而並不是一種私法上所有權變動之要件。

1986 年公佈、1987 年生效的《民法通則》並未對不動產登記或者權屬證書作出規定，1988 年實施的「最高人民法院關於貫徹執行《中華人民共和國民法通則》若干問題的意見（試行）」對此問題也未置一詞。直到 1990 年底「民通意見」的修改稿（以下簡稱「民通意見」）才正式回應了不動產權歸屬及其變動的問題。「民通意見」第 90 條規定「（第 1 款）經土改登記的房屋產權，一般以土改登記為准。（第 2 款）未經土改登記的城鎮房屋所有權一般以房屋產權證為准，但他人有證據足以證明產權歸其所有或者共有的，可以認定產權歸他人所有或者共有。」需要注意，前揭《土地改革法》是以登記發證的的方式確認土地所有權，而到「民通意見」的時代，土地所有權已經收歸國有，因此這裡所指應當是經過土改登記之土地上的房屋。再者，正如前述，所謂土改登記仍然屬於官方確權併發證的模式，尚未成為現代意義上的不動產登記。

但值得注意的是，到這個時期，前揭《城市私有房屋管理條例》（1983 年）已經施行有年，該法第 6 條雖然規定所有權移轉應當在房管機關辦理變更登記手續；前揭「民通意見」第 90 條卻似乎並不認為該登記手續系不動產物權變動之私法上要件，而仍應以權證為准據，過戶登記的私法意義仍不顯著，僅僅屬一種行政上手續，其效果相當於在行政機關留底、備案。「意見」第 128 條 [189] 第 2 句前段規定贈與房屋「辦理了過戶手續的，應當認定贈與關係成立」，這裡的贈與關係成立顯然不是今天意義上的合同成立，而意在揭明所有權移轉的事實。同條第 2 句後段則規定未辦理過戶登記，但已經交付了產權證書，且受

188　第六條 第一款 城市私有房屋的所有人，須到房屋所在地房管機關辦理所有權登記手續，經審查核實後，領取房屋所有權證；房屋所有權轉移或房屋現狀變更時，須到房屋所在地房管機關辦理所有權轉移或房屋現狀變更登記手續。

189　「民通意見」第 128 條　公民之間贈與關係的成立，以贈與物的交付為准。贈與房屋，如根據書面贈與合同辦理了過戶手續的，應當認定贈與關係成立；未辦理過戶手續，但贈與人根據書面贈與合同已將產權證書交與受贈人，受贈人根據贈與合同已佔有、使用該房屋的，可以認定贈與有效，但應令其補辦過戶手續。

贈人已經佔有、使用標的物的，應當認定贈與有效，只不過應當補辦過戶手續。這裡的「認定贈與有效」亦與今日合同生效之意涵不同，只可解為若權證交付、已經佔有，則所有權已經發生移轉，只不過應當補足登記這一行政上程式而已。最高院 1994 年判決的一個案件可為論據，該院適用「意見」第 128 條，認為贈與房屋的所有權並未發生移轉，理由在於「房屋產權證書至今仍在上訴人杜永生手中……杜永生雖口頭上說過要將此房以原價轉讓給杜喜生，但從未交出過產權證書」，[190] 此足可證明最高院判斷權屬是否轉移系以權證及佔有的交付為准據，而非登記之手續。「意見」第 123 條規定設定抵押權應當訂立書面合同或者寫入主合同條款，若無書面合同，但已交付權屬證書的，「可以認定抵押關係成立」。[191] 同樣的，此處之抵押關係成立絕非指今日分離原則下，作為債權合同之抵押合同的成立，而是指抵押權已經設立之意。同「意見」第 130 條的類似規定應作相同理解，「《城市私房管理條例》實施後，房屋買賣雙方當時自願、立有契約，交付了房款，並實際管理和使用了房屋，沒有其他違法行為，由於賣方的責任致使沒辦過戶手續，現能夠補辦手續的，可以認定買賣關係有效」若以今日眼光觀之，則辦理過戶系買賣契約下之義務，買受人可請求強制執行之。然而在「意見」的語境下，債權行為與物權行為之間的分離原則尚未確立，本條也並不意味著最高人民法院以登記為所有權變動的要件，而毋寧是履行一種行政上要求。所謂的「認定買賣關係有效」，其真實含義應當是所有權已經發生移轉，不過需要補辦行政上之手續罷了。

更有力的證明是「民通意見」對農村地區不動產權轉讓的規定，依該意見第 131 條第 2 款，[192] 農村房屋所有權因不受《城市私有房屋管理條例》之轄制，故仍以「立有契約」作為權屬的依據。在 1985 年一個爭要房產的案件中，最高院即以契證為依據決定了房屋所有權的歸屬。[193] 本案的買賣關係發生於 1973 年，當事人以契約完成買賣，雖繳納契稅，卻無登記之程式。至十餘年後案件裁判之時，事情並未發生變化。可見遲至 1990 年，在私權的意義上，司法機關仍遵循著不動產所有權以契券為憑的傳統。

---

190 杜海生、杜滿生訴杜喜生房產確權糾紛，沈德詠主編，前揭註 172，頁 174-176。

191 「民通意見」第 123 條　債務人或第三人向債權人提供抵押物時，應當訂立書面合同或者在原債權文書中寫明。沒有書面合同，但有其他證據證明抵押物或者其權利證書已交給抵押權人的，可以認定抵押關係成立。關於抵押關係的錯誤理解，例如中國建設銀行荊州市沙市支行與荊州市輕工物資供銷總公司借款糾紛抗訴案，《最高人民檢察院公報》，2001 年第 1 號。該案發生於 1993 年，「民通意見」已經生效，法院猶自適用國務院頒佈的行政法規，認為抵押因未辦理登記而無效，顯係適用法律錯誤，不足為訓。

192 「民通意見」第 131 條第 2 款　房屋所有人出賣農村私有房屋，買賣雙方自願、立有契約，交付了房款，並實際管理和使用了房屋，又沒有其他違法行為的，應當認定買賣關係有效。當地政府規定需要辦理登記或納稅手續的，按當地規定辦理。

193 廖昌頤與廖掄萬房產糾紛案，沈德詠主編，前揭註 172，2016 年，頁 163。

1994 年實施的《中華人民共和國城市房地產管理法》是第一部由全國人大常委會審議通過的有關房地產的法律。[194] 該法第 59 條首次系統地規定了不動產權屬變動的登記發證制，[195] 並規定不動產的轉讓、抵押應當辦理權屬登記。[196] 雖然前揭森林法、草原法、土地管理法也並非沒有登記造冊、核發證書的規則，然而正如條文的措辭，其往往只是行政上確權的手續，私法意義尚不顯著。房地產管理法雖也屬於行政法範疇，實質上卻包含了大量的物權法規範，具有一種公私融合的屬性。[197] 這無疑是因應市場經濟下頻繁不動產交易的產物，並成為後續立法的先導。[198] 2003 年最高人民法院公佈的「關於審理商品房買賣合同糾紛案件適用法律若干問題的解釋」（法釋〔2003〕7 號）便已明確將城市房地產管理法作為制定解釋的准據之一。然而需要注意的是，城市房地產管理法公私融合的特性中，私的一面也有一個逐漸彰顯的過程，而不是一蹴而就的。例如 2001 年發生的一個房屋買賣糾紛中，甲將房屋賣給乙，移轉佔有但未辦理登記。甲假意借用房屋，複將房屋出賣於丙，並立刻辦理變更登記並取得房產證。法院認為乙已經取得了所有權，據此，甲「應按照合同的約定，向房管部門為乙辦理房產證」。[199] 顯然，所有權的變動並不是像今天這樣以不動產登記為准據的。1995 年《擔保法》、2007 年《物權法》確認不動產物權變動統一以登記為生效要件，不動產登記的私法屬性始可說明明白白地顯露，傳統上重契據輕官簿的規則也才真正被打破。不動產權證在私法意義上退化為無足輕重的東西。[200] 但我們不能

194 宋春華：城市房地產管理法：房地產業健康發展的法律保障，11 期，1994 年，頁 23。

195 《中華人民共和國城市房地產管理法》（1994 年）第 59 條　國家實行土地使用權和房屋所有權登記發證制度。

196 《中華人民共和國城市房地產管理法》（1994 年）第 35 條　房地產轉讓、抵押，當事人應當依照本法第五章的規定辦理權屬登記。

197 參見高聖平：物權法背景下城市房地產管理法的修改，中國人民大學學報，2 期，2008 年，頁 122-124。

198 交易實踐也能反映城市房地產管理法公私融合的屬性。並不是城市房地產管理法一通過即對民法實踐產生影響，例如 1997 年的抵押糾紛中就並沒有提到抵押登記的問題。參見湖南省靖州苗族侗族自治縣城市信用社訴楊隆璋借款抵押合同糾紛案，《最高人民檢察院公報》，2000 年第 5 號。但至遲到 2003 年，不動產交易已經廣泛地開始履行登記的手續。例如大連羽田鋼管有限公司與大連保稅區弘豐鋼鐵工貿有限公司、株式會社羽田鋼管製造所、大連高新技術產業園區龍王塘街道辦事處物權確認糾紛案，最高人民法院公報，2012 年第 6 期；張一訴鄭中偉、中國聯合網路通信有限公司武漢市分公司建築物區分所有權糾紛案，最高人民法院公報，2014 年第 11 期。惟值注意者，商人間的交易更傾向於「隨法而動」，可能的原因是商人更易獲得專業的法律意見，一般民事主體間的交易則傾向於保存舊有習慣。這樣的趨勢固然符合通常的推測，但在法制史的意義上仍然值得留心。識於此，盼望將來有機會另作文以論之。

199 (2002)善民初字第 396 號滕文明與朱國平所有權確認糾紛一審民事判決書。另外二個類似的案件發生在 1997 年、1999 年，見(2002)善民初字第 318 號洪新華與陸明娟、洪琦超所有權確認糾紛一審民事判決書，(2002)善民初字第 401 號李逢堯與洪琦超所有權確認糾紛一審民事判決書。

200 然而擔保法僅僅規定不動產抵押權之設定應當以登記為生效要件，卻並不及於所有權的變動或者他種類

忽略的是，能夠在短時間之內發生這樣重大的變革，並非全無制度基礎。儘管以往的不動產登記偏重于行政管控與靜態財產秩序的確認，但長期的不動產登記實踐已經逐漸形成完備的「登記設施」，正是在此制度基礎上經由《擔保法》和《物權法》的規範供給，不動產登記才最終在物權變動的私法意義上取代契券之交付。

通過以上梳理，我們大致可以看到先是只有契券，爾後作為官簿的不動產登記漸露端倪並與契券並駕齊驅，伴隨登記之私法屬性的彰顯，終於取契券而代之。可以說契券漸漸隱退，而官簿悄然登堂入室。[201]

但是在得出以上結論之前還要重申一下文章開頭就提出的問題，今天的房產證或者不動產權證由政府部門發給，若一定要比附，反而與古之由帖、照單類似，以此為論據豈不是轉而支持以官給文書作為不動產憑證的結論？這樣的反駁似是而非。不動產權證與由帖的相似之處僅在於均由官給，但前者基本能夠反映真實的權利狀況後者卻不能，此為二者不可比附的原因。相較之下，地契雖為私人寫立，卻與不動產權證書一樣能夠即時、準確地反映不動產權利狀況。官給還是私立因而變成不重要的因素。況且自一般社會觀念的角度言之，人們或許傾向於認為地契與不動產權證一樣，都是私人能夠直接掌控、支配的事物，有別於神秘的、束之高閣的官方簿冊，從而能由權利人佔有之，建構一種現實化的所有權概念。以上兩點相似之處，正是可以將傳統的地契與現代的不動產權證共同稱作「契券」的原因所在。

二、私契：交易實踐中的遺緒

法律作為人造的產品，時常可能超越社會現實，或者不理會既存的習慣規則；但某種習慣（或者習慣法）一旦形成穩定的實踐，則求改弦更張便絕非朝夕之功，即使外在的行為已經遵從法律，過去的習慣卻仍在內心的觀念中蠢蠢欲動。

一個有趣的例子是，1960 年代農村完成社會主義改造，人民都加入生產合作社以後，山東某村仍然有人寫立契約買賣土地；而且在他們的觀念中只要持有地契就可以「走遍天下」。聽說合作社要解散時便私下裡購買土地，指望著散社以後取回屬於自己的土地。[202]

之他物權。因此在 2000 年發生的轉讓土地使用權的案件中，私法上仍然以交付國有土地使用證為准。僅在土地行政管理的層面，需要由行政機關辦理變更登記，土地使用權的確認也必須履行行政機關確權的前置程式，方可訴至法院。(2019)魯 08 民終 1720 號，山東鄒城農村商業銀行股份有限公司、鄒城市盛發工貿有限公司合同糾紛二審民事判決書。

201 登記的作用不斷強化，契券的影響日益衰微，甚至也是清以降的歷史發展趨勢。參見高海燕等，地契 366 年：清代以來中國房地產登記制度變遷研究，法律，2016 年，頁 2-3。

202 參見刁統菊，前揭註 54，頁 153-154。

遲至上世紀90年代，我國有些地區仍然保留著以地契交易不動產的習慣，[203]甚至於行文風格都與古代的地契相近。[204]在1999年發生的房屋買賣案件中，雙方當事人僅僅寫立契約，並有代書人、中見人，從未辦理房產證，更遑論過戶登記。最後因標的物拆遷，出賣人借機爭產，法院仍然確認買受人應當享有拆遷收益，即在事實上確認了所有權應由買受人取得。[205]同樣的，2000年發生的轉讓房產的案件中，雙方仍舊通過交付房產證的方式完成，[206]足見舊有習慣之根深蒂固。

另一種可以反映此種習慣之留存的交易現象存在於不動產抵押權中。正如前文，我國民間歷來存在以交付地契設定抵押權的交易習慣。《擔保法》與《物權法》先後提供了明確的規則，不動產抵押權非經登記無以設立，於是這裡出現了新規則與舊秩序之間銜接的問題。儘管法律不可謂不清晰明白，但在交易實踐中，以不動產設立「抵押權」卻不辦理登記，而僅僅交付不動產權證書的情況比比皆是，[207]或者即使辦理登記仍然要求交付房產證以求穩妥。[208]實際上交付產權證書在今天的法制下意義十分有限，儘管行政手續上不動產登記一般要求提供產權證書，但原權利人完全可以謊稱遺失並補辦，再為他人辦理不動產登記。[209]要之，交付不動產權證書以求"穩妥"實際上並不穩妥，然而長久的習慣遺緒尚存，人們渴望一種觀念上的安全感。於是我們可以看到實定法中雖有「契券去，官簿存」的趨勢，但傳統上重視契券的交易習慣卻一以貫之地保留了下來。當然，法律也會對社會實踐產生反作用，我們也可以有把握地說這樣的習慣和觀念必將因為與實定法不一致而慢慢消退。

從這個意義上講，文章開頭提到的《城市房屋權屬登記管理辦法》非但不令人詫異，反而自有其淵源。相反，我們甚至可以說從《擔保法》到《物權法》這一系列全新規則的設定才真正是「開闢鴻蒙」一樣的變動，其所改變的絕對不僅僅是物權變動的模式，而是

203 參見穀家榮，前揭註13，頁72；刁統菊，前揭註54，頁143。

204 王林敏，前揭註129，頁243。

205 (2020)魯15民再15號，劉慶雲、劉會憲房屋買賣合同糾紛再審民事判決書。

206 (2009)汴民終字第11號孫新愛與楊梅物權確認糾紛二審民事判決書。

207 如最高人民法院(2015)民申字第3299號，侯向陽與商都縣眾邦億興能源材料有限責任公司、韓福全等民間借貸糾紛民事裁定書；遼寧省錦州市中級人民法院(2016)遼07民終1194號，上訴人麻福占與被上訴人楊代利抵押權糾紛民事判決書；甘肅省臨夏市人民法院(2017)甘2901民初30號，米哎力訴馬哈三擔保抵押合同糾紛民事判決書；江蘇省新沂市人民法院(2013)新民初字第4146號，王泗剛訴田後俊抵押權糾紛民事判決書。

208 如深圳市中級人民法院(2017)粵03民終9772號，趙唯淞與王建宏等抵押權糾紛民事判決書。

209 這一點承有過多年不動產登記經驗的李文婧女士指教，本文其他涉及不動產登記實務的問題，也多蒙李女士點撥，深表感激。

革命性地更易了千百年來不動產領域「重契券而輕官簿」的傳統習慣。當然，這樣的比較絕不意味著兩種模式有高下優劣之分。發生這種轉變的原因其實並不難想見，無非是經濟飛速增長、市場高度活躍，傳統交易習慣已經無法滿足現實需求。立帳取問親鄰、憑中說合之類的制度註定只能存在於熟人社會中，一旦不動產買賣形成巨大的交易市場，這樣的配套「軟體」便無法再保障交易安全。相比之下，不動產登記制度顯然更堪當大任。我們不妨化用基爾克的名言「所有權是一個歷史的概念，而不是一個邏輯的概念」，與所有權密切相關的地契、不動產登記又何嘗不是所謂歷史的範疇？

三、實務上之啟發與思考

（一）立法論上不應忽視傳統習慣

自立法論言之，習慣固然值得尊重，但它有時也會成為社會進步的阻礙。清末修律時，以勞乃宣、吉同均等人為旗手的守舊派，主要論點之一正是傳統之習慣不可遽變。所謂「法律何自生乎？生於政體。政體何自生乎？生於禮教。禮教何自生乎？生於風俗。風俗何自生乎？生於生計。」[210] 質言之，既然我國的經濟基礎以農耕為主，此生計不變，習俗亦不變，從而政體、法律自應因循不變。

立法論上固然要兼顧習慣，但制定法本身也有改變習慣、觀念，反過來塑造經濟基礎的作用。[211] 就本文論題而言，當然不能說引入現代化的不動產登記制，取代以往的契券制，係不尊重習慣的做法。因為社會基礎發生改變，以往的交易方式已經無法滿足頻繁的不動產交易，不動產登記正可說應運而生。正如前揭王澤鑒教授所舉例，如果賣產先盡親族的習慣因阻礙經濟流通以至於違反公序良俗，則理應認定其為無效，[212] 習慣作為以往生活之延續，往往需要讓位於新的時代需要。當此時也，習慣在何種程度上應受尊重，或許端賴立法者能否於紛繁的現象世界中，感知到那背後蓬勃有力跳動的時代脈搏。[213] 鄙意非在指責立法在地契問題上的不周全，而毋寧是以這一現象為切入點，引出一個一般性的結

210 勞乃宣，新刑律修正案匯錄序，高漢成編著，大清新刑律立法資料補編匯要，中國社會科學，2016 年，頁 8。

211 舉個稍顯遊離的例子。臺灣地區關於同性婚姻的大法官解釋以及專法通過後，調查顯示民意對性少數群體的接受度有所提升。換言之，法律認可其合法，可能促進民眾觀念接受其正當。這是一個極好的，上層建築對社會基礎產生反作用的例子。

212 王澤鑒，前揭註 140，頁 61-63。

213 如果勞乃宣果然認可他說的那番法律與政體的話，那麼他之所以反對修正刑律，就是因為未能感知社會已經萌發了變革的種子；持相反態度的沈家本等人則恰恰可說敏銳地察覺到了已經發生的和正在發生的變化。

論：立法論應當在一定程度上兼顧一國一地之習俗，雖未必一定遵照習慣立法，但在立法時閉目塞聽，罔顧其所立足之社群的習慣，則絕難有良法善治。在這個意義上，立法對土地承包經營權的處理可作為一個妥當的例證。前揭《土地管理法》於 1986 年實施，此後履經修改，並於 1998 年明文規定了土地承包經營權。該法第 14 條第 1 款即規定設立土地承包經營權，發包人與承包人之間應當訂立承包合同，而並無登記之要求。[214] 2007 年的物權法因襲之，承包經營權（用益物權之一種）之設立以承包合同為生效要件；[215] 僅在發生互易、轉讓時，以登記為對抗善意第三人之要件，其設立則仍以合同為准。[216] 考慮到長久以來不動產物權變動以契券為憑的交易習慣，且較之城市，習慣在廣大農村地區更易保存，則以合同（契券）設立地上之用益物權的立法，便可說在最大程度上兼顧了我固有法之傳統，深值肯定。

惟立法改變之後，民眾觀念的徹底變革，則並非三兩日之功。正如川島武宜氏在討論彼國由公證制、地券制過渡到登記制時指出的，其傳統的交易方式訛誤頻出，已經無法滿足高度發達的不動產交易；然而即使建立了不動產登記制度，民眾在一定的過渡時期內仍然渴望佔有證書或者地券，以獲得一種現實化的所有權的安定感。[217] 前揭 1983 年實施的《城市私有房屋管理條例》雖規定房屋所有權變更需辦理登記手續，此種行政法意義上的要求卻並不為私法所承認，因此後來的「民通意見」仍然不以登記為所有權變動之要件，而仍以交付權證為主，其理一也。本文努力說明的也是這樣一種現象，這就可引法司法實務層面的思考——雖然民法典第 10 條後段規定實定法優先於習慣，就不動產物權而言法已有明文，自然不可與之相抵觸，惟司法上尚不無轉圜之餘地。

（二）解釋論上如何為舊慣容留空間

解釋論上至少有三種路徑可為舊有習慣容留空間，一是在缺乏私法規範的時期可直接作為法源適用；而在私法規範尚未統一，且有政出多門之嫌疑的歷史階段，司法適用上仍可賦予契券優越于行政登記的地位。二是私法規範統一以後，因登記與交付契證齟齬，發

214 《中華人民共和國土地管理法》（1998 年修訂）第 14 條第 1 款　農民集體所有的土地由本集體經濟組織的成員承包經營，從事種植業、林業、畜牧業、漁業生產。土地承包經營期限為三十年。發包方和承包方應當訂立承包合同，約定雙方的權利和義務。承包經營土地的農民有保護和按照承包合同約定的用途合理利用土地的義務。農民的土地承包經營權受法律保護。

215 《中華人民共和國物權法》第 127 條　第一百二十七條　土地承包經營權自土地承包經營權合同生效時設立。

216 《中華人民共和國物權法》第 129 條　土地承包經營權人將土地承包經營權互換、轉讓，當事人要求登記的，應當向縣級以上地方人民政府申請土地承包經營權變更登記；未經登記，不得對抗善意第三人。

217 參見川島武宜，前揭註 64，頁 241-242。明治 5 年、6 年實施的地券改革與地租改革，甚至引發了農民起義，學者認為這是改革措施未能考慮社會現實情況所致。出口雄一等，前揭註 75，頁 418。

生合同責任，在認定當事人的過錯（尤其是債權人是否構成與有過失）時，舊有習慣在司法裁量的作業中仍應有一席之地。三是轉讓所有權的案件中，尚未辦理不動產登記，否定受讓人之所有權人地位時應當更加謹慎。分述如次。

中華人民共和國史上可說存在一段私法的「真空期」，在此時期內舊有習慣應具有調整民商事交易之「法源」的地位。例如在1973年發生的一個房屋買賣糾紛中雙方寫立契約並辦理了契稅，契上寫明承買人/所有權人為甲，賣方並在在上手老契上註明「此房歸甲所有」，爾後參與了出資的乙主張房屋所有權，遂成訟。[218] 初審法院根據契證判決房屋歸甲所有，二審法院推翻此項見解，認為所有權不能僅憑契證。這在欠缺關於所有權變動之私法規範的語境下顯非合理。最高人民法院提審，在結果上回到初審意見，惟其提出「我國實行稅契制度，凡是不動產的產權轉移必須以稅契為准」則無論如何都悖理了傳統上見解。不管是帝制中國還是民國時期，契稅雖為國家所重視，卻幾乎未見因未契稅而喪失所有權的情況。因此最高人民法院的結論雖值贊同，其所出示的理由卻反不如一審法院。與這個案例相反，前揭杜喜生案則正確地援引「民通意見」，認為所有權移轉應以權證交付為准據。[219] 可作為反面例證的是有些法院對於1954年發生的房屋買賣案件，站在今日法制的角度揣測「在房屋所有權未經登記前，對所有權未確定的房屋，應保護佔有人的利益」，[220] 憑空將買受人/所有權人的地位降等為佔有人，真可說有些「數典忘祖」了。

不動產糾紛往往曠日持久，此類時間跨度較長的案件，從成訟至審結往往經歷法律規範從無到有或者後法修正前法的過程，規範可說處於一種動盪不安的狀態，此時司法實踐便有尊重舊慣的制度基礎。舉例言之，在一個房屋買賣合同中，甲乙於1992年簽訂買賣合同，彼時標的物尚未竣工；出賣人甲複於2001年至2002年間將其中24套房產出賣於案外人丙。[221] 就本案發生的時間節點而言，此時至少已有生效的《城市私有房屋管理條例》（1983年）規定了所有權變動的變更登記手續，但正如前述，此種登記仍然只是服務於行政管控的措施，其私法屬性仍極有限，直至1994年始公佈兼具私法屬性的《城市房地產管理法》，則契證仍然得為所有權變動的准據。本案法院即有「丙等24人所購房產雖然在房產管理部門辦理了登記手續，但所購房產並未交付，也未實際取得房屋所有權證」的表述，換言之權證的效力更強於登記。以今日眼光觀之，不動產物權變動以登記為准，移轉佔有、辦理權證對所有權變動而言均無意義，本案法院觀點在某種程度上即可說處在舊有

218 廖昌頤與廖掄萬房產糾紛案，最高人民法院公報，1985年第1號。

219 杜海生、杜滿生訴杜喜生房產確權糾紛案，最高人民法院公報，1995年第4期。

220 (2009)浙溫民終字第1479號葛麗華與鄭龍雲、俞友妹排除妨害糾紛二審民事判決書。案涉房屋在土地改革中被沒收、分配，後出賣給買受人。

221 三門峽水利管理局訴鄭州市配套建設公司房屋買賣合同糾紛案，最高人民法院公報，2004年第8期。

習慣的延長線上。[222] 前揭 1997 年至 2001 年的數個案例，法院並未以不動產登記為權屬變動的唯一要件，亦得以相同視點觀察之。[223]

解釋論上可為習慣容留空間的第二個路徑是在認定當事人之與有過失時考慮長久的習慣與實踐。前揭不動產抵押未辦理登記的案型，最高人民法院及各下級法院以往的處理，可謂各出機杼；學說上的總結可分為三種：一曰徑依債權合同承擔保證責任，[224] 二曰將「未登記的抵押權」解為一種「非典型擔保」[225]，三曰抵押人就未登記承擔違約責任 [226]。直到近幾年才逐漸形成由抵押人依抵押合同承擔損害賠償責任的共識，並最終由"最高人民法院關於適用《中華人民共和國民法典》有關擔保制度的解釋"第 46 條一錘定音。[227]「抵押財產因不可歸責於抵押人自身的原因滅失或者被徵收等導致不能辦理抵押登記，債權人請求抵押人在約定的擔保範圍內承擔責任的，人民法院不予支持，」據此反面解釋，若不能辦理登記系可歸責於抵押人的原因所致，則應當在抵押物價值範圍內承擔責任，請求權基礎當係《民法典》第 583 條無疑，即違約損害賠償之請求權。

那麼在不動產抵押未辦理登記，而僅僅交付不動產權證書的案件中，便有此規則適用之餘地——在確認雙方當事人的過錯與可歸責性時，以交付契券設立抵押權的習慣與法的觀念，應當成為法官考量的因素之一。詳言之，若當事人一致同意以交付不動產權屬證書的方式設立抵押權，儘管《民法典》第 402 條對此有明文，不動產抵押非經登記無以設

222 法院援引的規範性文件是「關於審理房地產管理法施行前房地產開發經營案件若干問題的解答」（法發〔1996〕2 號）。

223 (2002)善民初字第 396 號滕文明與朱國平所有權確認糾紛一審民事判決書，(2002)善民初字第 318 號洪新華與陸明娟、洪琦超所有權確認糾紛一審民事判決書，(2002)善民初字第 401 號李逢堯與洪琦超所有權確認糾紛一審民事判決書。

224 參見黃忠，無效民事行為效力轉換制度研究，法商研究，2 期，2007 年，頁 80；宋萍，未辦理登記的抵押合同責任承擔，不動產登記，9 期，2018 年，頁 29-40。

225 參見范小華，未辦抵押登記的不動產抵押合同中抵押人責任研究，法律適用，4 期，2015 年，頁 114-115；另見劉延傑、王明華，未辦理抵押權登記時抵押人應承擔何種責任，人民司法，3 期，2013 年，56-57。

226 參見潘志江、沈君，不動產抵押合同生效但未辦理抵押登記的責任承擔，人民司法，6 期，2013 年，頁 37；劉振會，簽訂土地使用權抵押合同不辦理抵押登記的責任性質及承擔，人民司法，20 期，2017 年，頁 81；張淑君，以登記為生效要件而未登記的抵押合同之法律保護，求索，5 期，2011 年，頁 165。

227 第 46 條　第 1 款　不動產抵押合同生效後未辦理抵押登記手續，債權人請求抵押人辦理抵押登記手續的，人民法院應予支持。

第 2 款　抵押財產因不可歸責於抵押人自身的原因滅失或者被徵收等導致不能辦理抵押登記，債權人請求抵押人在約定的擔保範圍內承擔責任的，人民法院不予支持；但是抵押人已經獲得保險金、賠償金或者補償金等，債權人請求抵押人在其所獲金額範圍內承擔賠償責任的，人民法院依法予以支持。

立，但在確定抵押權人是否構成與有過失時，應當考慮長期以來的民間交易習慣，從嚴認定。亦即原則上不認為以這樣的方式設定抵押權，抵押權人（抵押合同的債權人）構成與有過失，從而應當縮減其依合同得主張的損害賠償請求權。在一個此類型的案件中，抵押人主張「未辦理抵押登記的違約責任明泉公司（抵押人）與劉躍存、李林（抵押權人）等合同主體都有，故原審法院認為明泉公司應承擔連帶責任的判決錯誤」，[228] 試圖以與有過失為由擺脫責任。[229] 此際若考慮到以交付契券為設立不動產物權的交易傳統，即不宜認為抵押權人有何過錯可言。又在一個案情相似的案件中，[230] 原審法院認為抵押權人雖佔有不動產權證書，但辦理登記之前即行放款，具有過錯，止令抵押人承擔 50%的責任，似嫌過苛。二審法院正確地推翻了原審法院此項見解。

最後，正如前文指出的，因著長久的觀念不易變革，交易實踐中常常出現不辦理變更登記的情況。依中華人民共和國物權法（以及民法典），受讓人尚未取得所有權，僅得依合同請求出讓人變更登記而已，2004 年的一個房屋買賣案件中，法院即持此種觀點。[231] 這樣的結論在法律邏輯上固然無懈可擊，但在本案中卻未必適宜。需要權衡的事實和法律因素至少包括：①標的物佔有已經移轉；②訂立合同之時，出讓人自己也尚未辦理初始登記並取得產權證；③案涉標的物已經為案外人申情查封，極可能因強制執行被變賣；④案件發生在 2004 年，彼時物權法尚未頒佈，城市房地產管理法規定之登記手續的私法意義可說還不穩定，前引同時期案例中也有不以登記為准據的情況。本案的審理時間為 2009 年，物權法已經實施，本案徑以物權法的邏輯否定受讓人權利，至少可以說是值得反思的。

伍、結論

中國古代的不動產物權，以地契為主要的甚至是唯一的憑證。儘管存在魚鱗冊、官給由帖之類與今天的不動產登記簿、不動產權證類似的制度，但僅僅是貌合神離，前者的目的主要在於稅收徵管。這種重契券而輕官簿的傳統交易習慣與觀念，即使在完全移植西方的不動產登記以後，仍然以各種各樣的形式或明或暗地存在於社會的各個角落。這一結論乍看起來似乎欠缺現實意義，實則不然。或許我們可以援引邊沁的話來回應這樣的質疑：「闡述已被取代了的死法律，同闡述已取代了它們的活法律不可分地交織在一起。這兩類

228 (2018)雲民終 290 號，陳家珍、賓川縣雞足山明泉有限責任公司民間借貸糾紛二審民事判決書。

229 法院並不認為此理由為正當，雖然法院說理並未提及與有過失的問題，直接根據抵押合同令其承擔違約責任，在結果上應可贊同。惟判令承擔連帶責任，在責任方式上，似非無可議。

230 (2018)京民終 25 號，山西瑞捷利華科技有限公司等與郭文利等民間借貸糾紛二審民事判決書。

231 (2009)紹越民初字第 123 號浙江省紹興市越城區人民法院民事判決書。

科學的大用處，都在於為立法藝術提供實例。」[232]

首先，無論是繼承以往的法律還是移植外國的法律，均應保持一種「體系化」的思維，不宜孤立地看某一規則或制度。正如以地契作為唯一的物權憑證，不能不結合不動產交易的各種習慣規則去考察；而談論西方的不動產登記制度，也不能對其傳統上職業的公證人(notare/notar)群體視而不見。[233] 其次，習慣作為一種自然生長的規則，其生命力往往強於人定法。所謂不變者恒不變，在制定法律時，也必然需要考慮這種法律與社會現實之間的相互作用。[234] 最後，法律學習者應懷有幾分「勿耽溺於實定法」的警覺。充分地瞭解已經「死亡」（然就本文的結論而言，完全可能「死而不僵」）的法律，無疑可作為理解現時之法律的木之本、水之源。借用錢穆先生的說法，這大抵也可算作是對本國歷史的「敬意與溫情」了。

232 邊沁著，時殷弘譯，道德與立法原理導論，商務，2011，頁 366。

233 滋賀秀三，清代訴訟制度之民事法源的考察——作為法源的習慣，前揭註 18，頁 79。

234 「法律，作為控制社會的主要手段，對歷史發展的影響絕不亞於歷史發展對它的影響。」伯納德·施瓦茨著，王軍等譯，美國法律史，法律，2011 年，頁 4。

參考文獻

一、中文文獻

專書類

仁井田陞著，牟松發譯，中國法制史，上海古籍，2018 年。
王澤鑒，民法總則，北京大學，2009 年。
王泰升，臺灣法的斷裂與連續，元照，2002 年。
王泰升，臺灣法律現代化歷程：從內地延長到自主繼受，台大，2015 年。
民事習慣調查報告錄，中國政法大學，2000 年。
古斯塔夫·拉德布魯赫著，王樸譯，法哲學，法律，2013 年
杜正貞，近代山區社會的習慣、契約和權利，中華書局，2018 年。
何丙棣，中國歷代土地數字考實，中華書局，2017 年。
吳　晗，朱元璋傳，江蘇人民，2015 年。
李昊等，不動產登記程序的制度建構，北京大學，2005 年。
伯納德·施瓦茨著，王軍等譯，美國法律史，法律，2011 年。
沈德詠主編，最高人民法院公報案例彙編，人民法院，2016 年。
岩井茂樹著，付勇譯，中國近代財政史研究，社會科學文獻，2011 年。
彼得羅·彭梵得著，黃風譯，羅馬法教科書，中國政法大學，2017 年。
郭　衛，大理院判決例全書，中國政法大學，2013 年。
陳華彬，物權法論，中國政法大學，2018 年。
高海燕等，地契 366 年：清代以來中國房地產登記制度變遷研究，法律，2016 年。
格勞秀斯著，馬呈元、譚睿譯，戰爭與和平法，中國政法大學，2016 年。
張傳璽，秦漢問題研究，北京大學，1995 年。
張傳璽，契約史買地券研究，中華書局，2008 年。
張傳璽編著，中國歷代契約粹編（上冊），北京大學，2014 年。
梁方仲，明代魚鱗圖冊考，收於梁方仲文集，中山大學，2004 年，頁 287-295。
梁方仲，明代黃冊考，收於梁方仲文集，中山大學，2004 年，頁 296-332。
滋賀秀三著，張建國、李力譯，中國家族法原理，法律，2003 年。
費孝通著，戴可景譯，江村經濟，外語教學與研究，2010 年。
程　嘯，不動產登記法研究，法律，2018 年。
黃宗智，清代的法律、社會與文化：民法的表達與實踐，上海書店，2001 年。
楊國楨，明清土地契約文書研究，中國人民大學，2009 年。
趙　岡，魚鱗圖冊研究，黃山書社，2010 年
劉高勇，清代買賣契約研究，中國社會科學，2016 年。
戴炎輝，中國法制史，三民，1984 年。

瞿同祖，清代地方政府，法律，2003 年。
羅斯科·龐德著，廖德宇譯，法理學（第三卷），法律，2007 年。
邊沁著，時殷弘譯，道德與立法原理導論，商務，2011 年。
欒成顯，明代黃冊研究，中國社會科學，1998 年。

專書論文類

王國鍵，宋代土地和財產買賣文書的發展及特點——北宋敦煌賣契與南宋徽州賣契的若干比較研究，第二屆郭煌歷史檔案與徽州歷史檔案開發利用研討會會議論文，頁 46-58。
史尚寬，論物權行為之獨立性與無因性，鄭玉波主編，民法物權論文選輯，五南，1984 年，頁 3-15。
史尚寬，物權之公示與公信力，鄭玉波主編，民法物權論文選輯，五南，1984 年，頁 107-130。
宮崎市定，清代的胥吏和幕友，劉俊文主編，日本學者研究中國史論著選譯（第六卷），中華書局，1993 年，頁 508-539。
滋賀秀三，王亞新等譯，中國法文化的考察——以訴訟的形態為素材，明清時期的民事審判與民間契約，法律，1998 年，頁 1-18。
滋賀秀三，清代訴訟制度之民事法源的考察——作為法源的習慣，明清時期的民事審判與民間契約，法律，1998 年，頁 54-96。
劉得寬，對物權行為的獨立性與無因性之探討，鄭玉波主編，民法物權論文選輯，五南，1984 年，頁 35-50。
欒成顯，洪武魚鱗圖冊考實，第十屆明史國際學術討論會論文集，頁 198-209。

期刊論文類

刁統菊，對紅山峪村 16 張地契的民俗學解讀，民俗研究，3 期，2005 年，頁 142-156。
王利明，物權行為若干問題探討，中國法學，3 期，1997 年，頁 58-70。
王德毅，李椿年與南宋土地經界，食貨月刊，2 卷 5 期，1972 年，頁 248-267。
王毓銓，明朝田地赤契與賦役黃冊，中國經濟史研究，1 期，1991 年，頁 127-134。
王林敏，由官契到私約——對農村不動產買賣習慣變遷的一個實證考察，民間法，8 卷，2009 年，頁 238-252。
史金波，黑水城出土西夏文賣地契研究，歷史研究，3 期，2012 年，頁 45-67。
任吉東，近代中國契約文書及其研究，歷史教學，7 期，2007 年，頁 105-107。
朱思進，民國時期地契選刊，東華理工大學學報，4 期，2017 年。
米　健，物權抽象原則的法理探源與現實斟酌，比較法研究，2 期，2001 年，頁 44-52。
阮明道，關於明代的幾件地契，南充師院學報，1 期，1983 年，頁 66-70。
呂太郎，不動產境界訴訟之性質，臺灣本土法學雜誌，7 期，2000 年，頁 131-136。

李文良，番語與手印：新港文書的清代歷史學研究，師大臺灣史學報，11 期，2018 年，頁 1-32。
何丙棣，南宋至今土地數字的考釋和評價（上），中國社會科學，2 期，1985 年，頁 133-165。
汪慶元，從魚鱗圖冊看徽商故里的土地佔有，江淮論壇，3 期，2010 年，頁 25-35。
汪慶元，明清魚鱗總圖匯考，歷史研究，6 期，2015 年，頁 78-191。
杜恂誠，道契制度：完全意義上的土地私有產權制度，中國經濟史研究，1 期，2011 年，頁 3-11。
宋　萍，未辦理登記的抵押合同責任承擔，不動產登記，9 期，2018 年，頁 38-44。
宋春華，城市房地產管理法：房地產業健康發展的法律保障，11 期，1994 年，頁 23-26。
尚　平，南宋砧基簿與魚鱗圖冊的關係，史學月刊，6 期，2007 年，頁 29-33。
林文凱，業憑契管：清代臺灣土地業主權與訴訟文化的分析，臺灣史研究，18 卷 2 期，2011 年，頁 1-52。
馬　飛，館藏偽滿洲國康得年間地契淺析，文物天地，10 期，2015 年，頁 64-67。
馬學強，近代上海道契與明清江南土地契約文書之比較，史林，2 期，2002 年，頁 55-65。
郝　平、李宇，契約所見清代山西土地價格初探，福建論壇，8 期，2018 年，頁 81-92。
胡英澤，理論與實證：五十年來清代以降魚鱗冊地權研究之反思，近代史研究，3 期，2012 年，頁 141-159。
胡鐵球等，婺州魚鱗圖冊的遺存與研究價值，浙江社會科學，4 期，2016 年，頁 117-126。
范小華，未辦抵押登記的不動產抵押合同中抵押人責任研究，法律適用，4 期，2015 年，頁 113-116。
孫憲忠，不動產登記基本範疇解析，法學家，6 期，2014 年，頁 12-25。
孫　江，《北京條約》第六款中法文本之辨析——兼論巴黎外方傳教會廣東地契文書，清史研究，3 期，2018 年，頁 125-133。
師存勳，試論 1640 年代至 1950 年代海南民間地契中的農本精神，青海民族研究，1 期，2019 年，頁 153-157。
唐智燕，論近代民間不動產買賣契約文書的語言風格，當代修辭學，2 期，2012 年，頁 70-74。
高　森，論宋代縣鄉吏役在土地清丈中的職責，河南大學學報，58 卷 3 期，2018 年，頁 85-91。
高聖平，物權法背景下城市房地產管理法的修改，中國人民大學學報，2 期，2008 年，頁 122-129。
夏　揚，上海道契與近代土地契證的實踐，華東政法大學學報，4 期，2006 年，頁 148-155。
陳添輝，物權行為無因性原則，政大法學評論，88 期，2005 年，頁 63-105。
陳哲三，清代金門與臺灣契約文書異同之比較，逢甲人文社會學報，21 期，2010 年，頁

61-92。
章有義，康熙初年江蘇長洲三冊魚鱗簿所見，中國經濟史研究，4 期，1988 年，頁 89-95。
張迎濤，不動產為什麼要登記——以 1949 年之後中國土地登記為例的歷史考察，行政法學研究，1 期，2008 年，頁 38-44。
張淑君，以登記為生效要件而未登記的抵押合同之法律保護，求索，5 期，2011 年，頁 163-165。
寒冬虹、楊靖，國家圖書館藏部分明清土地契約略說，文獻，1 期，2004 年，頁 219-235。
黃　忠，無效民事行為效力轉換制度研究，法商研究，2 期，2007 年，頁 76-82。
黃忠鑫，明清時期徽州的裡書更換與私冊流轉，史學月刊，5 期，2015 年，頁 98-105。
楊廷文，民國新都縣土地契約研究，9 輯，地方文化研究輯刊，頁 166-172。
楊　怡，契約書寫程式與民間契約秩序的維繫，四川職業技術學院學報，2 期，2019 年，頁 8-13。
舒仁德，記一套清雍正至中華民國年間的系列地契，文物鑒定與鑒賞，10 期，2016 年，頁 58-61。
童廣俊、張玉，試論清代、民國時期冀中農村土地買賣中的契約精神——以束鹿縣張氏家族土地買賣契約為例，河北法學，8 期，頁 96-99。
曾華松，從土地登記錯誤與經界的是非爭議開始論所有物返還請求權之訴訟與執行，法令月刊，64 卷 8 期，2006 年，頁 27-71。
趙　岡，簡論魚鱗圖冊，中國農史，1 期，2001 年，頁 35-44。
趙大川，浙江地契，浙江檔案，2 期，2014 年，頁 25-27。
趙曉力，中國近代農村土地交易中的契約、習慣與國家法，北大法律評論，2 輯，1998 年，頁 427-504。
熊玉梅、羅昌瀚，中國不動產登記制度的建立、僵滯及重建：基於制度經濟學的分析，江西財經大學學報，6 期，2015 年，頁 14-25。
劉克祥，永佃制下土地買賣的演變及其影響，近代史研究，4 期，2012 年，頁 34-57。
劉　煉，印證鄉情，佐證歷史——東莞市博物館館藏晚清民國地契略說，文物鑒定與鑒賞，2 期，2018 年，頁 58-63。
劉延傑、王明華，未辦理抵押權登記時抵押人應承擔何種責任，人民司法，3 期，2013 年，頁 54-59。
劉振會，簽訂土地使用權抵押合同不辦理抵押登記的責任性質及承擔，人民司法，20 期，2017 年，頁 78-81。
穀家榮，滇東漢族村寨地契文化研究——以雲南羅平白古村的二十份民間地契為例，江南大學學報，4 期，2015 年，頁 69-74。
潘志江、沈君，不動產抵押合同生效但未辦理抵押登記的責任承擔，人民司法，6 期，2013 年，頁 35-37。
嶽純之，論兩漢不動產買賣及其法律控制——兼及兩漢不動產買賣契約的基本情況，煙臺

大學學報，4 期，2009 年，頁 100-103。
闕　嶽、陳志剛，從洮州衛地契看明代軍屯土地的買賣，青海民族研究，3 期，2016 年，頁 134-137。
羅　將，黑水城出土西夏文賣地契中的違約條款探析——兼與敦煌契約比較，青海民族研究，1 期，2018 年，頁 216-221。
欒成顯，明代土地買賣推收過割制度之演變，中國經濟史研究，4 期，1997 年，頁 119-129。

學位論文類

王兵傑，清代順治至嘉慶時期北京地區地契研究，中國社會科學院碩士學位論文，2009 年。
熊玉梅，中國不動產登記制度變遷研究(1949-2014)，華東政法大學博士學位論文，2014 年。

古籍

中國社會科學院宋遼金元史研究室點校，名公書判清明集·戶婚門·爭業上，中華書局，1987 年。
中華書局點校，明史，食貨志卷七七，食貨一，2003 年。
四川省檔案館，清代巴縣檔案彙編（乾隆卷），檔案，1991 年。
汪慶祺點校，各省審判廳判牘，北京大學，2007 年。
治浙成規，清道光間刻本，北京大學圖書館所藏善本古籍，出版年份不詳。
宋會要輯稿，食貨六之三九，國立北平圖書館 1937 年影印本。
汪輝祖撰，梁文生、李雅旺校注，病榻夢痕錄，江西人民，2012 年。
夏劍欽等點校，皇朝經世文編，嶽麓書社，2004 年。
郭成偉、田濤點校，明清公牘秘本五種，中國政法大學，2013 年。
許文濬著，俞江點校，塔景亭案牘，北京大學，2007 年。
勞乃宣，新刑律修正案匯錄序，高漢成編著，大清新刑律立法資料補編匯要，中國社會科學，2016 年。
蒯德模撰，梁文生、李雅旺校注，吳中判牘，江西人民，2012 年。
疑獄集·折獄高抬貴手，楊奉琨校釋，廈門大學，1988 年。
劉克莊集，辛更儒箋校，中華書局，2011 年。

其他

山東政報，1950 年第 11 期。
舒仁德，仰天宕——二百年間的交易記錄，中國文物報，4 版，2017 年 9 月 29 日。
最高人民檢察院公報，2000 年第 5 號。

最高人民檢察院公報，2001 年第 1 號
最高人民法院公報，1985 年第 1 號（後改稱期）。
最高人民法院公報，1995 年第 4 期。
最高人民法院公報，2004 年第 8 期。
最高人民法院公報，2012 年第 6 期。
最高人民法院公報，2014 年第 11 期。

二、外文文獻

川島武宜，所有権法の理論，岩波書店，1978 年。
仁井田陞，中国法制史研究（土地法・取引法），東京大学東洋文化研究所，1963 年。
篠塚昭次，土地所有権の現代：歴史からの展望，日本放送出版協会，1978 年。
中田薫，法制史論集（第二巻），岩波書店，1938 年。
石井良助，法制史，山川出版社，1964 年。
瀧川政次郎，日本法制史，有斐閣，1928 年。
三浦周行，法制史の研究，岩波書店，1924 年。
宮川澄，日本における近代所有権の形成，御茶の水書房，1969 年。
鈴木安蔵，法律史，東洋経済新報社，1965 年。
浅古弘ほか，日本法制史，青林書院，2010 年。
出口雄一ほか，概説日本法制史，弘文堂，2018 年。
石井紫郎，権利と土地所有，東京大学出版会，2012 年。
曽我部静雄，中国及び古代日本における郷村形態の変遷，吉川弘文館，1963 年。
Deposit of title deeds, 29 N.J. Prac., *Law of Mortgages* § 9.5 (2d ed.)

On Contract for Land as Title Deed and its Remains in Contemporary Concept

Li Yan*

Abstract

In retrospect of real property transaction in ancient China, it can be found that "contract for estate" is the counterpart of Title deed in common law, and there exists a customary rule that title deeds prevail official registry. Official records, such as Fish-scale Booklet and Yellow Booklet or certificates issued by government aiming at revenue collection are not qualified to be evidence of property right. The reason is not the government's lack of ability to establish a system parallel to estate registry, but there's no need to do so, because a whole range of customs are competent to ensure safety of transaction as well as provide evidence for dispute resolution which are traditionally thought to be the purposes of registration. Even today this conception that title deeds prevail official registry still can be recognized from people's behavior despite the alteration of law. This observation also urges us to reflect on legal practice: the legislature shall not turn a blind eye to the constant custom, and the judiciary can make room for it as well.

Keywords: contract for land, estate registry, function or purpose, life of customs

* Ph. D. Candidate, Peking University Law School.