

中国古代先问亲邻制度考析

柴 荣

内容提要：田宅交易先问亲邻的制度在法律中出现始于后周时期，在宋元时期达到极盛。明清时期，国家律典对此不再作强制性规定，但在民间习惯中，先问亲邻的做法仍广泛存在。这一制度能最大限度地使土地保留在本宗族的内部，减小交易风险，并协调家族成员关系。它与现代民法中的优先购买权和相邻权等制度有密切的关系。

关键词：先问亲邻 田宅交易 中国古代民法

中国古代关于田宅交易的法律规定，在同等条件下，亲属和地邻享有优先购买权。典型的表述是《宋刑统》的规定：“应典卖，倚当物业，先问房亲，房亲不要，次问四邻，四邻不要，他人并得交易。”〔1〕“先问亲邻”不仅意味着亲邻是否承认出卖者拥有产业所有权，而且还包括了对欲出卖产业相邻权的态度。只有经过先问亲邻的程序，才使买主对标的物的所有权和未来与之相关的相邻权产生安全感。五代后周法律开始有了这方面的要求，宋元两朝买卖田宅均有完整的“先问亲邻”的规定。明清两代虽然在律典层面找不到明文规定，但民间田宅买卖契约均有“投亲房族，无人承买”、“先尽房族，无人承买”等文字，说明先问亲邻制度已衍化为民事习惯，在频繁大量的田宅交易中，得到普通民众的自觉遵循。

在中国古代社会，不动产买卖中先问亲邻占据着重要的地位，它体现了中国古代民法追求社会效益的价值取向，是中国古代民法尤其是物权法领域不可避免的话题！

一、先问亲邻的产生与演变

宋人郑克说：“卖田问邻，成券会邻，古法也。”〔2〕这说明在宋之前，先问亲邻的现象就已普遍存在。但最早何时出现难以断定。现有史料证明，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，明清时期，先问亲邻再次蜕变为民间习惯。先问亲邻在中国古代经历了由民间习惯到正式入律，然后再次蜕变为民间习惯的过程。

（一）民间田土交易中出现先问亲邻——唐代中后期

唐朝前期，《唐律疏议》和民间田土交易契约中均未见土地亲邻优先购买权的相关规定或约定。

* 北京师范大学法学院副教授。

〔1〕《宋刑统》卷一三《典卖指当论竞物业门》。

〔2〕〔宋〕郑克：《折狱龟鉴》卷六，《刘沅问邻》，中华书局1985年版。

例如,“唐贞观十八年(644年)高昌张阿赵买舍契、唐初高昌田阿丰买舍契、武周延载元年(694年)丹徒县伍松超买地砖券、唐大历四年(769年)天山县张无价买地木契”之中都未见先问亲邻的表述。再例如,“唐元和九年(814年)范阳县乔进臣买地砖牒”是一保存较完整的地契,也没有先问亲邻的要求。〔3〕

唐中后期,民间契约中有了亲邻问题的相关约定。〔4〕例如,唐乾宁四年(897年)“敦煌张义全卖宅舍契(甲)”中就涉及到亲邻优先权的相关内容:“其舍一买已后,中间若有亲姻兄弟兼及别人称为主己(记)者,一仰旧舍主。张义全及男粉子,支子祗(支)当还替,不(干)买舍人之事。”〔5〕《敦煌社会经济文献真迹释录》第2辑录“唐天复九年(909年)安力子卖地契”:“中间若亲姻兄弟及别人争论上件地者,一仰口承人男搵搵兄弟祗挡,不干买人之事。”〔6〕“丙子年(856年)敦煌沈都和卖舍契”中也有较明确的表述:“若右(有)亲因(姻)论治此舍来者,一仰五拈并,畔(判)觅上好舍充替一院。”〔7〕这三份契约的内容都很明确,就是说如果有亲姻兄弟等亲邻就田土房舍的所有权问题提出争议时,由出卖方承担责任。

在这之后的五代时期,尽管社会动荡,但民间的田土买卖仍在继续,有关先问亲邻的法律实践活动也在继续发展。后晋石敬瑭的一个判例即属这个时期官方已认可亲邻优先购买权的实证。“常山属邑曰九门,有人鬻地与异居兄,议价不定,乃移于他人。他人须兄立券,兄固抑之,因诉于令。令以兄弟俱不义,送府。帝览之曰,人之不义,由牧长新至,教化所未能及,吾甚愧焉。若以至理言之,兄利良田,弟求善价,顺之则是,沮之则非,其兄不义之甚也,宜重笞焉。市田以高价者取之。”〔8〕需要注意的是,出卖土地时,“他人须兄立券”,即必须有兄的书面认可。

(二) 法典层面出现先问亲邻制度——五代后周

五代后周时期的土地买卖与以前相比有了重大的变化,表现之一便是法律对先问亲邻开始有了明确的规定。据史料记载,规定的内容为:“如有典卖庄宅,准例房亲、邻人合得承当。若是亲邻不要及著价不及,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,勘责不虚,业主牙保人并行重断,仍改正物业。或亲邻人不收买,妄有遮吝,阻滞交易者,亦当深罪。从之。”〔9〕五代后周还有这样的记载:“所有货卖宅舍,仍先问见居人;若不买,次问四邻;不买,方许众人收买。”〔10〕另有规定:“其有典质、倚当物业,官牙人、业主及四邻同署文契。”〔11〕

可见,五代后周典卖田产必须先问房亲邻人,如房亲邻人不要及价格不合理,方可卖与他人。中国古代往往聚族而居,四邻往往即是亲邻,其同署文契,既是对出卖人具有土地所有权的认定和担保,同时也是其放弃了亲邻优先购买权的明证。

〔3〕 以上提到的契约参见张传玺:《中国历代契约会编考释》上,北京大学出版社1995年版,分别见第193页、195页和250页以下。

〔4〕 目前学界把先问亲邻的产生时间最早推到北魏时期。他们认为:“饶具中国特色的亲邻优先权最迟不晚于北魏时期出现。……在当时宗族制度盛行,人民聚族而居,而封建国家又严格控制人口流动的条件下,这种规定是很自然的。”(刘云生、宋宗宇:《中国古代优先权论略》,《重庆大学学报》2002年第3期。)其主要论据是北魏均田令的相关规定:“诸远流配谪,无子孙及户绝者,墟宅、桑榆尽为公田,以供授受,授受之次,给其所亲;未给之间,亦借其所亲。”(见《魏书·食货志》)实际上,该规定的含义很明确,“或给其所亲;未给之间,亦借其所亲”,说的并不是指田土交易中的“亲邻先买”权,而是指远流服刑或绝嗣之人家,其亲邻对田土有继承或使用的权利。亲邻的继承权或使用权与亲邻的优先购买权在法律上是有严格界限的,前者属于物权的范畴,后者是债权领域的问题,二者不能简单地混同。

〔5〕 参见前引〔3〕,张传玺书,第225页以下。唐乾宁四年(897年)敦煌张义全卖宅舍契(乙)与上份契约有相同的约定内容,参见张传玺书,第227页。

〔6〕 中国科学院历史研究所资料室:《敦煌资料》第一辑,中华书局1961年版,第309页。

〔7〕 前引〔3〕,张传玺书,第223页。

〔8〕 《旧五代史·晋书·高帝纪》。

〔9〕 《五代会要》卷二十六《市》。

〔10〕 《五代会要》卷十五《户部》。

〔11〕 前引〔9〕。

后周时期的民间田宅买卖，在明确土地所有权的前提下，给予亲邻优先购买权在契约中也是常见之事。后周显德四年（957年）敦煌吴盈顺卖地契：“敦煌乡百姓吴盈顺伏缘上件地水田菽，往来施功不便，出卖与神沙乡百姓琛义深，断作地价每尺（亩）两硕，乾湿中亭，生绢伍疋，麦粟伍拾贰硕。当日交相分付讫，并无升合玄（悬）欠。自卖已后，永琛家子孙男女称为主记为准。有吴家兄弟及别人侵射此地来者，一仰地主面上，中间或有恩赦流行，亦不在论理之限。两共对面平（章）为定，准法不许休悔。”〔12〕其中“有吴家兄弟及别人侵射此地来者，一仰地主面上”一句，意为将来如果有出卖方吴家的兄弟等亲邻侵扰该土地的所有权的实现，由卖方承担责任。

五代敦煌姚文清买舍契（原件残缺无年代）也有明白准确的有关先问亲邻约定：“自买（已）后，永世子孙世世男女作主，本家不得道东说西。后若房从兄弟及亲因（姻）论谨（竞）来者，为邻看好舍充替。中间或有恩赦流行，亦不在论理知（之限）。两共对面章为定。”〔13〕意为自买卖成交后，本家亲邻不得就该交易“说东道西”，即便兄弟及亲姻就该交易提出异议，也不能动摇该交易的成立。但是，约定了亲邻优先权受侵害时的补救措施，即需要为亲邻另寻上好的房舍作替代。

先问亲邻从唐代中后期在民间田土交易契约中开始运用，逐渐得到官方的认可；后周时期正式入律，而且在法律实践中广泛适用。这一切都证明从立法层面而言，先问亲邻制度正式出现于后周时期。〔14〕

（三）先问亲邻的兴盛——宋元时期

1. 先问亲邻的含义及程序

宋元律典对先问亲邻有最为详细的规定，在田土交易的实践中对先问亲邻的要求也极严格。《宋刑统》明确规定：“应典卖，倚当物业，先问房亲，房亲不要，次问四邻，四邻不要，他人并得交易。”〔15〕宋太宗雍熙三年（986年）二月诏：出卖产业，“据全业所至之邻皆须一一遍问，候四邻不要，方得与外人交易。”〔16〕

亲邻也有顺序问题。北宋初年关于典卖田宅须先问亲邻的法律，既承认亲同时又承认邻有优先权。出卖田宅物业，房亲的优先购买权更在四邻之上。在同族之内，优先购买权则是依血缘关系由亲而疏递减。开封府司录参军孙屿曾建议：“凡典卖物业，先问房亲，不买，次问四邻；其邻以东南为上，西北次之；上邻不买，遂问次邻，四邻俱不售，乃外召钱主。或一邻至著两家已上，东西二邻则以东为上，南北二邻，则以南为上。此是京城则例。检寻条令并无此格。乞下法司详定，可否施行，所贵应元典卖物业者，详知次序。”〔17〕但是，这些建议在实践中很难落实。

取问亲邻若完全遵循《宋刑统》的规定，定会旷日持久，影响土地交易的流转速度。绍圣元年（1094年）有鉴于“遍问四邻，乃于贫而急售者有害”，于是将亲邻之法中的“亲邻”作了限定：“应问邻者，止问本宗有服亲及墓田相去百户内与所断田宅接者，仍限日以节其迟。”〔18〕这一法律

〔12〕 参见前引〔3〕，张传玺书，第245页以下。

〔13〕 同上书，第246页以下。

〔14〕 张中秋教授认为，先问亲邻在唐朝时期就已入律，“制文中‘先已亲邻买卖’一语透露出亲邻先买权已然存在。”（张中秋：《唐代经济民事法律述论》，法律出版社2002年版，第157页。）其主要论据是，唐玄宗天宝十四载（755年）敕说，“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。”（见《唐会要》卷八五《逃户》）笔者以为，这条敕令并不意味着先问亲邻成为了制度层面田土交易的必要条件。因为这条敕令的“先已亲邻买卖”是有限制性前提的，即逃户被他人侵占的田土或因为欠租庸而需要变卖的田土，它不是可以广泛地适用于任何民间田土交易的规定。

〔15〕 《宋刑统》卷一三《典卖指当论竞物业门》。

〔16〕 《宋会要辑稿》食货六一之五六。

〔17〕 同上书，食货三七之一。

〔18〕 马端临：《文献通考》卷五《田赋考五·历代田赋之制》。

一直沿用到南宋宁宗时期。

南宋时对亲邻的解释更为详尽并有所改革。“所在百姓多不晓亲邻之法，往往以为亲自亲、邻自邻。执亲之说者，则凡是有关典卖之业，不问有邻无邻，皆欲收赎；执邻之说者，则凡是南北东西之邻，不问有亲无亲，亦欲取赎。殊不知，在法所谓应问所亲邻者，止是问本宗有服纪亲之有邻至者。如有亲而无邻与有邻而无亲，皆不在问限。见于庆元重修《田令》与嘉定十三年刑部颁降《条册》，昭然可考也。”〔19〕法律实践中对“邻”更有明确限定：“有别户田隔间者，非其间隔古来沟河及众户往来道路之类者，不为邻。”〔20〕以上说明在南宋不但明确了何谓可行使先买权的“亲”与“邻”，而且要求行使先买权者属“亲”且“邻”，而不是“亲”或“邻”。

司法实践中官吏把有亲、有邻、三年之内作为亲邻能够行使优先购买权的三个必要条件。元朝至元六年（1270年）中书省明申亲邻的顺序、范围包括：“诸典卖田宅及已典就卖，先颁立限取问有服房亲（先亲后疏），次及邻人（亲从等及诸邻处分典卖者听），次见典主。”〔21〕而且明确相邻的佛道寺观不属于应问的地邻：“僧俗寺观常住田地既系钦依圣旨不纳税粮，又僧俗不相干，百姓军民户计，虽与寺观相邻住坐，凡遇典、卖，难议为邻。”〔22〕

宋元时期的法律要求出卖方履行告知亲邻的义务，即“以帐取问”，还要亲邻签押，即“亲邻批退”。〔23〕宋绍兴二年（1132年）闰四月十日诏：“典卖田产，不经亲邻及墓田邻至批退，并限一年内陈诉，出限不得受理。”〔24〕同年八月二十九日，臣僚又上言：“典卖田宅批问邻至，莫不有法。比缘臣僚申请，以谓近年以来米价既高，田价亦贵，遂有诈妄陈诉，或经五七年后称有房亲、墓园邻至，不曾批退。乞依绍兴令，三年以上并听离革。又缘日限太宽，引惹词诉，请降诏旨，并限一年内陈诉。”〔25〕

元朝《大元通制·户婚》也有这样的规定：“诸典卖田宅，须从尊长画给据立帐，历问有限房亲及邻人、典主。不愿交易者，限十日批退。违不批退者，笞一十七。愿者限十五日议价，立契成交。违限不酬价者，笞二十七，任便交易。亲邻典主故相邀阻需求书字钱物者，笞二十七。主虚张高价，不相由问成交者，笞三十七，仍听亲邻典主百日收赎。限外不得争诉。业主欺昧故不交业者，笞四十七。亲邻典主在它所者，百里之外，不在由问之限。”

下面这份“元（后）至元二年（1336年）晋江县麻合抹花园屋基帐”完整地展现了元朝“问帐退批”的程序：

“泉州路录事司南隅排铺住人麻合抹，有祖上梯己花园一段，山一段，亭一所，房屋一间，及花果等木在内，并花园外房屋基一段，坐落晋江县三十七都，土名东塘头村。今欲出卖，（价）钱中统钞一百五十锭。如有愿买者，就上批价，前来商议。不愿买者，就上批退。今恐（人心）难信，立帐目一纸，前去为用者。至元二年七月（以下为立帐出卖人、行帐官和不愿买人签名）。”〔26〕

2. 先问亲邻的限制性规定及法律救济途径

亲邻虽然享有优先权，但并不是无限制的，表现有四。首先，当其出价低于外人时，就无所谓优先权了。《宋刑统·户婚》规定：“房亲着价不尽，亦任就得价高处交易”；《元典章·户部五·典卖》规定：“若酬价不平，并违限者，任便交易”，即可说明。其次，如亲邻人等抑价典买妨碍正常交

〔19〕《名公书判清明集》卷九《户婚门·取赎》。

〔20〕同上书。

〔21〕《元典章》卷十九《户部五·典卖》。

〔22〕同上书。

〔23〕“帐”是业主征求买主的书面文件，上面简要写明业主姓名、田土数量及四至着落、售价等内容；“批退”是亲邻在契书上签押，表明放弃优先购买权。没有亲邻的“批退”和“签押”，田宅交易即不为合法。

〔24〕《宋会要辑稿》食货六一之六四。

〔25〕同上书，食货六一之五六。

〔26〕福建晋江陈埭丁姓（道光修）家谱，转引自施一揆：《元代地契》，《历史研究》1957年第9期。

易，也是违法行为。《宋刑统·户婚》准引参详：“……亲邻妄有遮吝者，并据所欺钱数与情状轻重，酌量科断。”元代有更明确的规定：“其亲邻、典主故行刁蹬，取要画字钱物，取问是实，决二十七下。”〔27〕第三，在以典就卖的情况下，典主的优先权又高于亲邻的优先权。拟出卖的田宅事先已典当与人，再要卖断时，则不须问亲邻，而是“先须问见典之人承当。”〔28〕这与亲邻优先并不矛盾，因为在原业主出典时，亲邻已经享有或放弃过优先权。第四，先问亲邻有法定的期限，一般为三年，逾期者不可以再主张先买权。《庆元重修田令》中有明确的规定：“诸典卖田宅满三年而诉以应问邻而不问者，不得受理。”〔29〕

宋元时期对亲邻优先权也有法律救济途径的明确规定。天圣五年（1027年）八月，太子中舍人牛昭俭上言称：“准敕，应典卖田宅，若从初交易之时，不曾问邻书契，与限百日陈首，免罪，只收抽贯税钱。”〔30〕这是说，如果田宅交易当初不曾问亲邻，“限百日陈首”。有违法行为才需要“陈首”，可见当时视典卖田宅不问亲邻、不书契为违法。没有履行先问亲邻程序的土地交易行为是无效的，在法定的期限内，即三年内可以收赎。《宋刑统·户婚》准引参详：“如业主、牙人等欺罔邻亲，契贴内虚抬价钱……并据所欺钱数与情状轻重，酌量科断。”元至元六年（1270年）有更详细的规定：“其业主亦不得虚抬高价及不相问而辄交易。违而成交者，听亲邻、见典主百日内依原价收赎。若亲邻、见典主在他所者，令以次人请问（谓亲邻、典主以次之人），若无人、并行程过百日者，不在争告之限。”〔31〕

（四）先问亲邻蜕化为民间习惯——明清时期

明清律典关于土地交易的法律规定中取消了先问亲邻的要求，清朝司法实践中，对亲邻先买权也并不支持。但是先问亲邻在大量的民间田土契约中却已成为一个约定俗成的固定套语，仍普遍地存在着。

1. 司法实践中对先问亲邻的态度

明朝的民事诉讼主要在民间进行，有这样一个因素值得注意。洪武二十七年（1394年）四月，太祖“命民间高年老人理其乡下之词讼。……上于是严越诉之禁，命有司择民间耆老公正可任事者，俾听其乡诉讼。若户婚、田宅、斗殴者，则会里胥决之。事涉重者，始白于官。”〔32〕可见，明朝田土纠纷大多在乡间就已解决，只在引发人命官司或家族械斗等严重情况时，国家审判机关才会介入。而在民间里正调处涉及亲邻问题的土地纠纷时，应该是尊重民间习惯的。

从现在发现的史料分析，清政府对先问亲邻的习惯在诉讼中是不认可的。雍正三年（1725年），河南巡抚田文镜在河南发布规定，禁止土地买卖先尽业主。他说：“田园房产为小民性命之依，苟非万不得已，岂肯轻弃。既有急需，应听其免主典卖，以济燃眉。乃豫省有先尽业主邻亲之说……，嗣后不论何人许买，有出价者即系售主。如业主之邻亲告争，按律治罪。”〔33〕雍正八年（1730年），清政府正式禁止滥用优先购买权拆散已成交土地，规定对已绝卖的土地，如有人仍“执产动归原先尽亲邻之说，借端措勒希图短价者，俱照不应重律治罪。”〔34〕这正印证了梁治平教授说过的，“从清代民间契约和官府档案看，地方官判案兼顾和认可地方习惯之例甚多，然而这绝

〔27〕 参见前引〔21〕。

〔28〕 《宋会要辑稿》食货六一之五六。

〔29〕 同上书，食货三一之二六。

〔30〕 同上书，食货六一之五八。

〔31〕 参见前引〔21〕。

〔32〕 《明太祖实录》卷232。

〔33〕 田文镜：《抚豫宣化录》，卷4《告示·条禁事》。

〔34〕 《光绪会典事例》，卷755。转引自李文治：《明清时代封建土地关系的松懈》，中国社会科学出版社1993年版，第17页。

不意味着,民间任何一种规、例对地方官可能具有法的性质和意义。”〔35〕

明清司法中不支持亲邻先买权的态度一直延续到民国初年。民初大理院所做的第一个民事判例对先问亲邻即不予支持。当时的大理院二年(1913年)上字第三号判决之例:“上告人穆金布吉主张,吉林旧惯凡土地卖买本族、本旗、本屯有先买权。”〔36〕而大理院则认为此地方习惯不是习惯法进而否认了先买权的法律效力。其理由是:“本案上告人所主张之旧惯纵谓第一至第三要件具备,而独于第四要件不能无缺。盖此种习惯非仅为所有权处分作用限制,及于经济上流通与地方之发达均不无障碍,为公共秩序、利益计,断难与以法之效力。”〔37〕这就是所谓的“此习惯已为吉省一般人民所公认,惟大理院判例尚不采用”。〔38〕

2. 明清时期民间田土交易中仍广泛存在先问亲邻的做法

明清时期律典中不再有先问亲邻的强制要求,允许典卖者自由寻找买主,但先问亲邻作为民间习俗,仍有着强劲的势头,在土地交易中屡见不鲜。例如,明崇祯元年(1628年)陈国器等卖基地契上有亲邻的签名和画押“同侄:国土、国本、国裕、国诏。同亲房:国祯、国明、国祚、国祥、国顺。族中:嘉议、叢芳、伯圭。”〔39〕明崇祯三年(1630年)朱一泰、朱一元卖房契有这样的表述:“倘上首不清亲房一切不明等事俱系卖主一面承管不涉买主之事。”〔40〕清乾隆二十三年(1758年)温大林卖地契也写道:“当日银两交明,外无异说。恐后无凭,立交契,永为死业,存照契。”〔41〕清乾隆二十八年(1763年)狄文川卖地契:“此系两家情愿并无异说,如有亲族邻人争兢,卖主一面承当。”〔42〕清朝中后期,民间仍然有先问亲族的习俗。例如,在四川新都县衙档案中的196件嘉庆元年至宣统三年的晚清地契中,有163件仍写着“先尽房族,无人承买”。〔43〕可见,清代绝大多数土地典卖契约都遵循了先问亲邻的习俗。

民间的这一习俗延续到了民国初年。民初进行民商事习惯调查时,仍发现有大量地契体现了买卖田土先问亲邻的习惯。《民商事习惯调查》甘肃省习惯:“第四十条,本族先置权,田主房屋如未得本族抛弃意思,不许与异姓人结买卖之契约。”〔44〕安徽泗县习惯有:“当卖田产,须先尽本族,如族中无人承受,始能谋及异姓。”〔45〕山西解县的习惯:“购买田宅,立约时,须邀请四至地邻,以证明契载界址之确否。(按:此习惯山西各县大抵皆然)。”〔46〕另外,河南、山东、福建等地也都有先问亲邻的习惯。吉林省榆树县习惯:“查买卖房地,承典之户固有优先留买权,然依地方习惯,于典户之外,又多认族邻亦有优先留买权利。是以民间卖地,必先烦中人向族邻问其能否买留,如族邻不愿留买,方能卖诸他户。”〔47〕

〔35〕 梁治平:《清代习惯法:社会与国家》,中国政法大学出版社1996年版,第132页。

〔36〕 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2000年版,第39页。

〔37〕 因大理院认为:“凡习惯法成立之要件有四:(1)要有内部要素,即人人有法之确信心。(2)要有外部要素,即于一定期间内就同一事项反复为同一之行为。(3)要系法令所未规定之事项。(4)要无悖于公共秩序、利益。”转引自张生:《民国初期民法的近代化》,中国政法大学出版社2002年版,第80页。

〔38〕 同上书。

〔39〕 田涛、[美]宋格文、郑秦主编:《田藏契约文书粹编》,中华书局1986年版,契三,九。亲邻的到场与签名或画押,除了与中人的签押都具有见证契约成立和担保的功能外,更有一种隐含的功能,即证明出卖方已履行对亲邻的告知义务,亲邻是在知情的情况下,放弃了其优先权。这也证明在该契约的签订过程中,亲邻是知情的,在放弃了优先权的情况下,同意其出卖,并且充当了见证人和保人的角色。

〔40〕 同上书,九。

〔41〕〔42〕 同上书,一八。

〔43〕 四川新都档案局编:《清代档案地契史料》(嘉庆——宣统)统计,转引自郭建:《中国财产法史稿》,中国政法大学出版社2005年版,第220页。

〔44〕 同前引〔36〕,南京国民政府司法行政部编书,下册,第733页。

〔45〕 参见前引〔36〕,南京国民政府司法行政部编书,上册,第227页。

〔46〕 同上书,第39页。

〔47〕 同上书,第39页。

二、先问亲邻制度的社会根源

先问亲邻在中国古代农业宗法社会背景下，有存在的合理性，即它能尽最大可能将宗法社会赖以存在的不动产保留在宗法家族内。但是，由于中国古代宗法社会是动态发展的，与之相适应的先问亲邻也在不同时期不断地演变着。

（一）产生于宗法农业社会的必然要求

中国古代是一个家庭本位的农业社会，以血缘关系和婚姻关系为两大纽带构成一个个家族和亲属集团。早在西周时期，中国就形成了重家族血缘的宗法社会形态。但是，从法律实际生活到立法层面都构建起来能体现宗法社会要求的体制却是渐进的过程，它是与“礼入于法”同步的，因为“礼”包含了宗法家族社会的追求家族整体利益的理念。“一准乎礼”的唐律基本完成了礼入于律的过程，以父权为中心，建立了旨在体现“亲亲之义”的各种法律制度。

与此相伴随，唐朝中后期，在民间田土交易过程中，出现了维护家族物质基础的田土交易制度——先问亲邻。实践也证明，在这个时期，亲邻就田土交易提出争议是最常见的。吐鲁番回鹘文契约表明：“25件买卖契约中，明确记载了有权提出所有权争议的第三人身份的契约有17件，占买卖契约总数的68%。值得注意的是，这些人的身份有相似之处，大多是卖主的亲戚和朋友。”〔48〕

为何就所有权提出争议的主要是亲属和朋友？一个很重要的原因是唐中后期之后宗法社会内部就财产问题有更细致的划分。“宗法关系通常是指父系宗亲血缘关系，即同姓宗亲聚居……宗族内部各个家庭分居，各自享有私有财产的所有权，温情脉脉的血缘联系并不能阻挡宗族内部贫富的两级分化，宗族内部各家经济实力的大小彼此很不相同……。”〔49〕可见，宗族内部的财富不均，使彼此之间的地产流转成为不可避免之事。同时，宗族内部又财产相连，互有利害关系，为了维护宗族的内部关系的协和，国家又不得不对土地的交易对象给予一定的限制。在允许土地买卖的前提下，先问亲邻能起到尽可能在家族内部亲邻之间交易的作用。这样的话，田土这一重要的不动产就尽可能留在了族内，宗法家庭存在的物质基础就不致于被破坏。

后周时期，周世宗非常重视法制建设。显德五年（958年）完成的《大周刑统》更是对后来的《宋刑统》产生了直接的影响，先问亲邻在这个时期入律也就不足为怪。同时，“先问亲邻”在后周时期入律也是中国古代长期民间社会经验的总结。

（二）频繁的土地交易是其兴盛的根源

从历史发展的演变过程看，宋元时期是中国古代土地交易最为活跃的时期，也是家族规模由大变小的时期。“宋代前后在宗族形态、家庭规模上都有一些变化。……宋代土地买卖频繁，迁徙相对自由，使聚族而居规模大为缩小，聚族而居更多地成为乡村定居方式。在家庭规模上，也呈现出由大变小的趋势。”〔50〕在分家析产已成为社会趋势的情况下，要想维护宗族家庭的物质基础和尽可能避免以后家族内部的斗讼争端，先问亲邻制度不失为一种很好的选择。因此，宋元时期是先问亲邻制度最为兴盛时期，也是有关先问亲邻的争讼记载最多的阶段。

尽管宋元时期的法律对先问亲邻有严格要求，但是由于商品经济发展，土地买卖频繁，传统的义利观受到强烈的冲击。“宋代特别是南宋时期兴起的讼学和好讼之风不仅反映了宋人对法律、司法认识的改变，更是宋人私权观念转变、权属之争、利益冲突的体现。”〔51〕宋朝太平兴国八年

〔48〕 霍存福：《吐鲁番回鹘文买卖契约分析》，《当代法学》2004年第1期。

〔49〕 李斌城：《隋唐五代社会生活史》，中国社会科学出版社1998年版，第38页。

〔50〕 陈志英：《宋代物权关系研究》，中国社会科学出版社2006年版，第210页。

〔51〕 同上书，第75页。

(983年)赵孚上书：“庄宅多有争讼，皆由衷私妄写文契，说界至则全无丈尺，昧邻里不使闻知，欺罔肆行，狱讼增益。”^[52]围绕着土地买卖过程中亲邻优先权问题，民间也多有争讼。就有关史料分析，因先问亲邻而引发的纠纷主要有以下几个方面：

第一，没有公开“取问亲邻”。

据载，南宋宁宗年间有吕文定、吕文先兄弟二人，父母双亡后，分户而立，弟文先死无后嗣。其兄文定讼于官府，告堂叔吕宾占据田产。经审理，田产系文先于嘉定十二年典与吕宾的，十三年八月投税印契，证据清楚，但吕宾却不能拥有该田产。因为依据宋律，在典卖关系中，亲邻有优先权，吕文定“系是连分人，未曾着押”。这说明吕文先在典田时，没有公开取问亲邻，吕文定当初不知情。官府根据亲邻的优先取得权，判吕文定“听收赎为业，并给断由为据”。^[53]

再看第二个因未曾履行“尽问亲邻”程序而引起的诉讼案例。

南宋时，有(毛)永成诉称，(毛)汝良将大堰桑地一段、黄土坑山一片，又童公沟水田一亩、梅家园桑地一段，典卖与陈潜(内大堰桑地有祖坟一所)，应无效。毛汝良承认，当时交易这些土地时，没有让享有亲邻优先权的毛永成“着押批退”，即没有“取问亲邻”。所以最后判决结果为：“今官司从公区处，欲牒唤上毛汝良、陈自牧、陈潜，将屋二间及大堰有祖坟桑地一亩，照原价仍兑还毛永成为业。”也就是说毛永成用原价赎回了已交易的土地。^[54]

第二，亲邻的执赎问题，这又包括执赎期和执赎资格两个方面。

关于执赎期的实例，在《名公书判清明集》中有一案例中称：“有亲有邻在三年内者方可执赎”，其判词正好印证了这一规定。判词的大意是：王才库与王子通是本家，有亲属关系。王才库所受分的土地也必须与王子通的土地相邻，而且这种相邻应是无其它间隔的相邻；同时只能在交易后的三年之内才可引用亲邻之法执赎，过了三年，超过执赎期就不可以引用亲邻法了。即“如是有亲而无邻，及有亲有邻而在三年之外，皆不可以执赎。”^[55]

关于执赎资格问题：一是应是缌麻以上的亲，二是有邻在先，事后置业为邻者不能执赎。例如，(寡妇)阿章于绍定年内，将住房两间并地基作三契，卖与徐麟一案。判词称，“律之条令，阿章固不当卖，徐麟亦不当买。但阿章一贫彻骨，他无产业，夫男俱亡，两孙年幼，有可鬻以糊其口者，急于求售，要亦出于大不得已也。越两年，徐十二援亲邻条法吝赎为业。”^[56]徐十二系寡妇阿章之夫的从兄弟，属于缌麻以上的亲，同时不属于事后置业，所以在阿章已将田产出卖两年后，徐十二仍可援亲邻法收赎。但是，在另一案例中，吴元昶将田卖与徐六三，后又以所卖之田与自有田地相邻为由要求收赎。知县认为不当赎，理由是“徐六三得产之后，吴元昶方买邻地”。^[57]这种情况属于事后置业为邻，故不能回赎。

第三，滥用亲邻优先权引发的纠纷。

例如，某人陈子万家道败落，与杨世荣合谋，以亲邻之法取赎三十年前出卖给陈定僧父亲的田产，被判为“妄执亲邻”之说(即滥用亲邻优先权)。判词中有这样的表述：“在法：交易钱止有一百二十日限。陈子万赎田经隔一年，交钱未足，不合便将别人田买与杨世荣，不合妄执亲邻。杨世荣不合谋业，用钱资给子万赎田，又资给子万执邻”，于是受到“各勘杖一百”的处罚。^[58]

(三) 先问亲邻再次蜕变为民间习惯的原因

[52] [宋]李焘：《续资治通鉴长编》卷二四“太平兴国八年”条。

[53] 《名公书判清明集》卷四《户婚门·争业上》。

[54] 同上书，卷六《赎屋·执同分赎屋地》。

[55] 同上书，卷九《户婚门·取赎》。

[56] 同上书，卷六《赎屋·已卖而不离业》。

[57] 同上书，卷四《争业·使州索案为吴辛讼县抹干照不当》。

[58] 同上书，卷九《妄执亲邻》。

为何从后周入律的先问亲邻制度，在明清时期再次蜕变为民间习惯？

1. “轻其所轻”的立法思想的影响

-《大明律》的立法思想虽仍然本着“明礼导民”、“崇尚简易”等传统精神，但与唐律相比较已有重大变化。清人薛允升在比较唐律与明律的不同时说：“大抵事关典礼及风俗教化等事，唐律均较明律为重。盗贼及有关币帑钱粮等事，明律则较唐律为重。”^[59]这就是所谓的“轻其轻罪，重其重罪”，即对伦理罪处刑比唐律轻，而对反逆、强盗等罪则处刑明显比唐律重。之所以原来的伦常类违法犯罪，在明朝处罚较轻或不为罪了，主要原因在于伦常类违法行为侵犯的大都是家族的内部秩序。唐到明历经几百年，汉人民间已经完全认可了儒家思想。另外元朝对汉人的伦常有所削弱，对风俗犯罪惩罚偏轻，明朝也延续了这个传统。违反有关先问亲邻之制，应属于有关伦常的违法行为。在明清时期这种“轻其所轻”思想的指导下，田宅交易中的先问亲邻不再属于律典的调整范畴，应是合情合理的。

2. 土地关系有所松动，家族宗法势力有所削弱

这种松动表现为地权转移频繁，而且时期愈靠后变动越频繁，当时的文人对这种现象多有论述。如浙江宁波府，自明宣德以后，“公卿辈出”。他们纷纷购买田土，若干年后，他们的田产却是“业易几姓”。^[60]明万历年间，湖南湘乡县洪懋德说：“今之湘非昔之湘，田十年而五六易主。”^[61]相比较而言，清朝的地权转移更加频繁。康熙后期，山东栖霞县“土地则屡易其主”。^[62]乾隆年间，广东顺德县“田时易主”。^[63]嘉庆、道光之际江苏金匱县钱泳形容地权转移之速，曰：“十年之间已易数主。”^[64]

家族宗法势力削弱主要表现在族田打破习惯进入土地市场。在清朝，尽管土地契约中几乎都申明所卖土地“并非留祭之物”或类似的话语，但实质上族田买卖已公开化。宗族通过多种途径典买田地，不得典卖族内成员田房的规定也被突破，族田进入市场之势不可遏止。据考察，在清朝广东土地买卖中，宗族是最大的买家，又是最大的卖家，较大数量的土地交易往往是在宗族之间进行的。例如，在翰香社向紫水义仓立绝卖田契有这样的表述：“今因宜银急需，无处计备，集社友商议，愿将本社置买尝田……出卖与人。”^[65]到晚清，族田买卖的趋势大为加速。于是，伴随着土地财产进一步商品化，地权转移过程中的封建宗法传统习俗的束缚受到冲击而趋向松懈。在整个社会环境已呈现家族势力日渐削弱、土地交易相对自由的趋势下，法律层面不再规定先问亲邻也属当然。

三、先问亲邻的法理分析

先问亲邻在唐代中后期以后逐渐成为不动产交易中重要的法律要件，是中国古代宗法农业社会的独有现象。随着社会的变迁，在现代不动产交易中它已不再是法律要件，但是，它所蕴涵的社会价值和法的理念仍有存在的必要。它与现代民法其他制度的价值追求多有暗合之处，有异曲同工之妙，值得深入挖掘。

（一）与现代民法优先购买权有相同的社会价值追求

[59] [清]薛允升：《唐明律合编》卷九。

[60] 周容：《春在堂文存》，卷3《陈公初牡丹记》。

[61] 洪懋德：《丁粮或问》，见《古今图书集成》，赋役部，艺文五。

[62] 康熙《栖霞县志》，序。转引自前引[34]，李文治书，第15页。

[63] 乾隆《顺德县志》，卷4。转引自前引[34]，李文治书，第15页。

[64] 钱泳：《履园丛话》，卷4《水学》。

[65] 《翰香社向紫水义仓绝卖田契》，载《广东土地契约文书》，暨南大学出版社2000年版，第188页。

中国古代社会结构使标的物与原业主的亲邻存在紧密关系,可能导致交易结果受到亲邻的影响,先问亲邻制度可以有效地减少交易风险。“中国古代社会是一个聚族而居和安土重迁的小农社会,不但土地相近便于管理,而且购买邻近土地所需之交易费用和风险均大大降低。”^[66]土地不经先买程序而卖与外人,可能令亲族及地邻蒙受不应有之损失。亲邻的优先购买权有“业不出户”、“尽地力”,充分发挥不动产之经济效益,节约社会成本的功效,亲邻的优先购买权的出现就成为其必然结果。

西方优先购买权的不动产先买权是指特定人依法定或者约定享有的于所有人出卖不动产时,得以同等条件优先购买的权利。这一制度在拜占庭时期的罗马法上,就已有之,所谓 *Jus Protimiseos* 即是。中世纪意大利学说上的 *Jus retractus* 亦属一种先买权,德国法中的 *Retraktrecht* 一语,即由此而来。^[67] 现行德国民法、瑞士民法、日本民法及我国台湾地区“民法”中都规定了各种形式的先买权。

我国大陆法律也有相应的规定。民法通则第78条第3款规定:“按份共有财产的每个共有人有权要求将自己的份额分出或者转让。但在出售时,其他共有人在同等条件下,有优先购买的权利。”最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》第92条规定:“共同共有财产分割后,一个或者数个原共有人出卖自己分得的财产时,如果出卖的财产与其他原共有人分得的财产属于一个整体或者配套使用,其他原共有人主张优先购买权的,应当予以支持。”第118条规定:“出租人出卖出租房屋,应提前三个月通知承租人。承租人在同等条件下,享有优先购买权;出租人未按此规定出卖房屋的,承租人请求人民法院宣告该房屋买卖无效。”公司法第35条第3款规定:“经股东同意转让的出资,在同等条件下,其他股东对该出资有优先购买权。”合伙企业法第22条规定:“合伙人依法转让其财产份额的,在同等条件下,其他合伙人有优先受让的权利。”

法律是社会生活的反映,在现代物权法中设立优先购买权仍然是必要的。保护共有人享有优先购买权,首先有利于财产秩序的稳定。例如,在新的共有人加入后,有可能与其他原有共有人之间发生纠纷,影响财产秩序的稳定;新股东、新的房屋所有者、新的合伙人也面临着相似的问题。其次,有利于有效利用财产。共有人、原股东、承租人或合伙人对物有更深入的了解,这种优先权的配置更有利于有效发挥物的功能,达到有效配置资源的目的。这与在熟人社会中,亲邻之间的土地交易更有安全感,其交易成本、信息成本、未来避免相邻权益纠纷的成本都会降低,是有着相同的价值追求的,即它们都是符合社会经济规律和效益成本选择的。

(二) 与现代民法相邻权的设立有相似的理论基础

现代民法上相邻关系的理论基础尽管多种多样,但是按照许多学者的解释,其重要理论基础之一便是所有权的社会化。进入20世纪,经济学上的凯恩斯学说盛行,许多国家实行福利国家政策,法学上也趋于社会本位。中国传统上,无论是国家制定法还是民间习惯上,都一致关注家族利益、群体利益、国家利益,这尽管和西方的社会化不完全相同,但从整体理念上考察有一致之处。有学者指出:“相邻关系为所有权社会化之具体表现,其基本理论乃在利用利益衡量之原理,使权利行使之相互调合。”^[68] 古代先问亲邻的重要法理价值之一便是尽可能地避免相邻权纠纷。宋代理宗时的通判范世堂也分析了“取问亲邻”的立法本意在于“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,不无忤格。”^[69]

[66] 前引[34],李文治书,第16页。

[67] 郑玉波:《民商法问题研究》(一),台北三民书局1991年版,第415页。

[68] 参见王利明:《物权法研究》,中国人民大学出版社2002年版,第367页。

[69] 《名公书判清明集》卷四《户婚·争业上》。

尽管随着社会变迁,在今日不动产交易中已无需先问亲邻,但是相邻权益的实现仍是不动产交易中的重要价值追求之一。相邻权纠纷在现实生活中经常发生,民法通过扩张或限制不动产所有权与使用权的方法来调整相邻关系,目的在于使相邻各方彼此为对方行使不动产所有权或使用权时给予必要的方便,以谋取相邻各方利益的需要,从而充分发挥不动产的社会经济效益。因此,笔者认为,尽管田土交易时,亲邻不再有法定的优先购买权,但是将交易结果告知邻里,对于买方将来相邻权的实现,避免与邻里不必要的纷争还是多有益处的。我国物权法第85条规定:“法律、法规对处理相邻关系有规定的,依照其规定;法律、法规没有规定的,可以按照当地习惯。”所谓当地的习惯就应包括了在民间仍存在的进行田土交易时,对邻里进行礼节性的告知。可见,新的物权法对良好的民间习惯是持支持和认可的态度。

Abstract: The rule of asking relatives and neighbors first in the trade of farmland and house was initiated in the law of Latter Chou Dynasty, and it reached its climax in the period of Song and Yuan Dynasty. Later in the period of Ming and Ching, there was not such compulsory regulation in the state code, but folk customs still followed it. Such a rule could maintain the land within the clan to the maximum possibility, reducing the risk of trades and harmonizing the relationship between family members. It closely relates to the rules of priority and neighboring right in modern civil law.

Keywords: asking relatives and neighbors first, farmland and house trades, civil law in ancient China
