

近代上海道契土地产权属性研究

李一苇 龙登高

摘 要：上海道契最初是晚清道台衙门与外国领事共同签发给外国人的土地契证，其在继承和发展中国传统土地产权制度的同时，吸纳了西方法律思想和原则，是连接传统和近代土地制度的重要环节。上海道契的产权属性逐渐超越最初的使用权，但道契申领并未发生原业主对承租人的所有权交割。这种基于所有者契约让渡而独立进入市场的财产权，可界定为介于所有权与使用权之间的土地占有权。在不完全契约下，道契持有者通过行使剩余控制权获得城市化进程中地价增值的支配权，使最初的“永租”使用权在市场交易中逐渐扩权赋能，形成可交易的经济权利，尤其是财产化的抵押与担保，从而实现土地占有权，进而获得治外法权下租界法律和制度的保障，由此也推动了租界的城市化进程。道契产权、典权、田面权等作为占有权，在产权形态及其实现路径上具有理论共通性，可以由此深化土地产权理论及其解释力。

关键词：上海道契 占有权 土地制度变迁 租界扩张

近代上海道契制度既继承和发展了中国传统土地产权制度，又引进了西方法律思想与规范，在中西碰撞与交融中，在一定程度上实现了土地制度的创新，促进了土地流转与资源配置，推动了租界的城市化进程，促使租界地区从上海县城郊外的河滩荒地建设成为较为繁华的闹市。在中外官民各利益相关方的博弈中，道契土地产权形态发生了变化，所呈现出的产权形成的演进脉络及其土地权利特征，具有超越道契所处地域的学术价值，受到学界普遍关注，其复杂性亦引发争论。

争议的核心是永租（Rent in Perpetuity）与购买（Purchase）能否等同，道契所交易的权利可否等同于所有权。早在 20 世纪二三十年代，学界、商界和社会舆论

就兴起了关于租界土地永租权法理依据的探讨。^①当代学者基于道契文书和租界档案等史料,从历史学、经济学、法学等层面,对道契的产权性质展开更为专业的探讨。其中所有权论者认为,道契订立之后,原业主完全退出后续的交易,既无法收回土地,也不能享有与土地相关的一切权利,事实上失去了土地所有权,道契一手交易名为“永租”,实为绝卖。^②而使用权论者认为,承租人的权利受到中国政府、外国领事等第三方的限制,仅包含使用权、收益权,承租人没有获得绝对的土地所有权,土地所有权在法律意义上属于中国政府。^③

以上两种成说均有一定合理性,但它们对道契产权的探讨,本质上是基于不同时间点交易结果的静态分析,所有权论侧重道契二手交易完成时的产权状态,而使用权论侧重道契申领伊始的产权状态。它们忽略了其长期演进变化的动态过程,而这恰恰是对道契产权形成与实现进行理论解释的关键。更重要的是,长期以来,争论双方各持己见,实际上反映了道契土地产权属性已经超越使用权,具备了某些所有权的特性。因此,如果将其界定为介乎使用权与所有权之间的产权形态,形成对道契土地权利特征在不同交易时点的动态的逻辑自洽解释,或许能使问题迎刃而解,并对产权理论的发展有所推进。

由此出发,本文以近代中外约章、道契之书及相关文集、报刊等史料为基础,拟从契约中反映的各方权利义务和近代上海频繁的道契交易中概括其产权特征,以“经济权利”的视角界定和论述道契土地的产权形态,引出土地占有权概念,继而以不完全契约理论考察租界城市化过程中道契扩权赋能与占有权的实现。通过梳理道契地产权能扩展的历史脉络,揭示产权形成的演化过程,特别是所有者让渡财产权利的独立化与市场化过程,从而对道契土地产权属性作出动态解释。

一、道契土地的扩权赋能进程

道契(Title Deed)即上海、天津等通商口岸城市由晚清道台衙门(苏松太道、

① 参见阮笃诚编著:《租界制度与上海公共租界》第1章,夏晋麟编著:《上海租界问题》第1—3章,徐公肃、邱瑾璋:《上海公共租界制度》,周谷城主编:《民国丛书》第4编,上海:上海书店,1992年,第24册。

② 参见朱华:《上海租界土地永租制初探》,上海地方志办公室编:《上海研究论丛》第2辑,上海:上海社会科学院出版社,1989年,第160—163页;费成康:《中国租界史》,上海:上海社会科学院出版社,1991年,第86—90页;杜恂诚:《道契制度:完全意义上的土地私有产权制度》,《中国经济史研究》2011年第1期;杜恂诚等:《近代上海公共租界的土地制度与市政管理》,上海:上海人民出版社,2020年,第19页;等等。

③ 参见陈正书:《近代上海城市土地永租制度考源》,《史林》1996年第2期;马学强:《近代上海道契与明清江南土地契约文书之比较》,《史林》2002年第1期;夏扬:《上海道契:法制变迁的另一种表现》,北京:北京大学出版社,2007年,第51—56页。

津海关道)与外国领事共同签发给外国人的土地契证;道契须经中国地方政府钤印,并于外国领事馆登记注册。^①道契一式三份,分别由注册国领事馆、中国地方政府和租地人收存,中外文对照并立,契文中明确记录土地面积和四至,且设签批、附件等记录道契申领、后续交易、土地纠纷及其处理等信息。与传统中国的一般契约相比,道契最大的特殊性在于由中外双方共同参与的专业地政机构测量土地、树立界碑,^②中外官方签署确认并强制登记,从而更具权威性、稳定性和法律效力。

1845年,上海道台宫慕久与英国领事巴富尔(F. H. Balfour)订立《上海租地章程》(*Shanghai Land Regulations*),^③1847年底开始正式签发道契,延续至1930年。^④该章程作为上海地方性法律和外交约章,首次明确了外国商民在通商口岸获取土地采用“永远租赁”原则,^⑤租界土地制度采取永租制,即租界内外国商民及华人通过押租的方式租用中国业主土地,订立长期或无固定期限契约的土地制度;承租人获得的土地使用、经营、收益等系列权益即为永租权,^⑥在正式书面合同中对对应外国商民在租界内居住、使用土地的权利。在此后的历史演进过程中情况发生

- ① 北洋政府时期改由外交部特派江苏交涉员与沪海道尹会銜、外交部特派直隶交涉员等钤印,参见陈正书:《道契与道契档案之考察》,《近代史研究》1997年第3期。
- ② 原业主田单的勘验甄别、土地面积及四至的丈量勘测,均由中外双方共同办理。1889年设会丈局,专司道契申领时的土地勘丈等事务。中国传统契约则由民间签订,官方认可。
- ③ 《上海租地章程》规定了上海公共租界的土地制度是道契制度的基础性文件,其中关于定租立契的条文是道契制度建立及有效运行的法律基础。中文版见王铁崖编:《中外旧约章汇编》,上海:上海财经大学出版社,2019年,第1册,第60—64页;英文版见徐公肃、邱瑾璋:《上海公共租界制度》,第200—208页,周谷城主编:《民国丛书》第4编,第24册。该章程先后于1854年、1869年、1898—1899年进行修订,分别形成《上海英法美租界租地章程》《上海洋泾浜北首租界章程》《增订上海洋泾浜北首租界章程:增订后附规则》,参见王铁崖编:《中外旧约章汇编》,第1册,第73—76、270—284、744—761页。
- ④ 相比于其他租界和通商口岸城市颁行的土地契证,上海道契制式长期比较稳定,且可在不同租界区内通行。关于天津、汉口、广州等其他租界土地制度,特别是其有别于上海道契特征的研究,可参见刘海岩:《并非仅仅是“道契”——租界土地制度的再探讨》,《历史教学》2006年第8期;耿科研、江沛:《英国近代在华租界土地制度述论——以天津英国原订租界地皇家租契纷争为中心》,《民国档案》2014年第3期;陈玥:《晚清民国武汉城市土地问题》,博士学位论文,中山大学历史学系,2014年;黄素娟:《从省城到城市:近代广州土地产权与城市空间变迁》,北京:社会科学文献出版社,2018年,第74—76页;等等。
- ⑤ 相关条款为:“洋商租地建屋后,得报明停租,退还押手,但业主不得任意停租,尤不得增加租银。”(王铁崖编:《中外旧约章汇编》,第1册,第62页)早期英册道契中常有类似欲将原业主某某等地基一处“永远赁租”的内容,参见蔡育天主编:《上海道契(1847—1911)》,上海:上海古籍出版社,2005年,第1卷,第88页。
- ⑥ 甲午战争后,“租卖”、“购买”等词在约章与租地契约中出现,新开辟的租界和部分租界的扩展允许外国商民购买土地,如天津意租界等。民间也俗称道契一手交易为“卖予洋商,朦转道契”(《上海县署琐案》,《申报》1897年4月18日,第3版),乃至纠纷诉讼与政府的函件公告中也偶有援引,此不足为据。

了变化,引发学界争论。本节分析上海道契在租界土地市场中所交易的权利,究竟在何时、何种程度上超越了使用权,进而对其产权形态展开理论分析。^①

(一)最初的使用权及其扩权赋能

据《上海租地章程》对英商租地的面积、用途、价格等相关事宜的规定,承租人获得的权利有限,且受到很大约束。首先,承租人租得土地后须尽快开发使用,禁止囤占土地的投资行为;其次,关于转租价格,除原承租人对土地的固定资产投资外,禁止土地市场参与者通过二手交易赚取升值地价,以避免承租人与原业主就土地升值分配产生纠纷。^②这表明道契申领伊始,承租人仅获得土地使用权和特定用途下的经营权,道契不具备财产属性。

在1854年《上海英法美租界租地章程》中,上述限制性条款被删去,承租人最初拥有的使用权,随着城市化发展和参与市场交易得以扩展,道契开始了扩权赋能。道契一手交易完成后,持有者^③在土地市场和金融市场交易中获得了超越使用权、经营权的财产权利。最典型的就是以道契作为信用担保,抵押借贷或“挂号”。^④使用权在经济生活中,往往以租赁契约的形式确立,不能充作抵押物。金融活动中的抵押物之所以能够行使抵押权,一是该项物品能为债务人带来符合预期的收入流,以保证其能及时还本付息;二是当债务人难以还债,债权人可以将该项物品没收变卖以补偿损失。使用权难以满足上述条件,因而当道契地产权能充作信用

① 本文对上海道契产权性质的讨论以公共租界的相关条约规章为主要参考。已有学者就法租界领事馆契进行了较为详细的考证和研究,指出法租界的土地契证虽然在早期有别于道契,但在租界存续的大部分时段内,其与公共租界的道契高度相似,据此本文暂将法租界的领事馆契或道契与公共租界内土地道契等同视之,并将对公共租界的道契产权性质的相关结论推广至法租界。参见陈正书:《道契与道契档案之考察》,《近代史研究》1997年第3期;马学强:《近代上海法租界与法册道契》,《社会科学》2008年第12期;牟振宇:《近代上海法国领事馆契相关问题考证》,《史林》2014年第1期。

② “地基租定后,倘不建造房屋以供居住、存货,当系违犯和约,地方官究得与领事官会同查明,收回土地,交给别人承租”。“倘洋商不愿居所租地基,全部转让他人,或取得地基而将一部分转租他人,该地租银仅得按原租银数目转让(但出卖或出租地基上新造房屋以及填土等费用除外,该商可自行商议),不得增加,借防租地买卖以图营利,致引华民不满。”(王铁崖编:《中外旧约章汇编》,第1册,第62—63页)

③ 当道契发生转租、割租、添租等二手交易或抵押后,继续用“承租人”指称其权利主体并不恰当,且易引起对道契交易性质的误解,故在下文中将权利主体由承租人改称持有者或道契持有者。

④ 华人将其实际出资获取的土地以外国人名义于外国领事馆登记并申领道契,即“挂号”,外国挂号业主包括洋行行东、律师行及律师等,关于挂号道契的具体权利归属,将在下文讨论。

担保时，就意味着持有者的权能超出了使用权，即使在名义上仍被称为使用权，对于道契持有者而言，原本的租赁契约业已成为一种能够行使抵押权的财产。

自 1853 年起，因小刀会和太平天国起义而进入上海租界避难的华人剧增。《上海英法美租界租地章程》取消了禁止华人在租界内租赁土地房屋的条款，人口增长推动对土地和房屋的需求，租界内土地市场及与之相关的金融活动快速活跃起来。以道契作为信用担保，挂号或抵押借贷、发行债券成为中外商民融资的渠道之一。通过抵押道契获得资金，所谓“不如暂押一时，以应目前之需，同时仍不失将来高价应售之机会”，^① 实现未来收入贴现的同时仍保留其升值空间，是一种灵活的融资手段。外商银行、地产公司、钱庄等商业机构均接受道契抵押借贷。中外地产商可通过以已有房地产或其租金收入作为抵押品，获取贷款用以购入新地产的方式，不断扩张资本；^② 地产商也以道契和租金为担保，发行公司债券，广泛吸收社会资本，实现快速融资。^③

尽管通行的抵押合同中明确了“押户于本合同期内或押款本利未清还以前，对于抵押品内之房屋及一切建筑物，如未得押主书面之同意……不得于抵押品上再与他人设定二等抵押债权”，但在实际交易中，抵押合同、租地建房合同等与道契地产相挂钩的交易文书也可用于抵押，其可获得的押款一般不超过地产市值的 70%。^④ 即对于道契持有者而言，拥有道契地产意味着拥有高杠杆率的融资工具，即使是地产有限的中小业主，也可快速获得资金。

同时，受押者将道契抵债或转押等抵押权二手交易也并不罕见。如清末许姓业主将其浦东住所的道契抵押给庄姓业主，押得银 2000 两，庄姓业主又将该地产以 4300 两转押与英商泰利洋行。^⑤ 又如 1911 年，晋益升银号欠沪南制造局存款无法

① 《上海之房地产业（续）》，《申报》1936 年 3 月 5 日，第 14 版。

② 1936 年，上海 8 家英商地产公司向银行抵押贷款总额约为其总资产的 90%，14 家外商银行接受的房地产抵押品估值超过 1.2 亿元。参见日本东亚研究所：《列国对华投资概要》，1936 年，第 28、37、68 页，转引自张仲礼主编：《近代上海城市研究（1840—1949 年）》，上海：上海文艺出版社，2008 年，第 352 页。徐润作为当时华人地产商代表，地产抵押的融资手段在其经营各阶段均有运用。1883 年由于上海银根紧缩，徐润经营房地产失败，将名下 32 处房地产抵押、变价，其中以康宝里等 28 亩地产向一家保险公司抵押贷款白银 20 万两，后因无力偿还，由新沙逊洋行购入。参见徐润：《徐愚斋自叙年谱》，梁文生校注，南昌：江西人民出版社，2012 年，第 47—49 页。

③ 如业广地产公司、华懋地产公司、普益地产公司等具有一定规模的洋商地产公司先后于 20 世纪 10—30 年代累计发行数百万两白银债券。参见张仲礼、陈曾年：《沙逊集团在中国》，北京：人民出版社，1985 年，第 53 页；薛理勇：《老上海房地产大鳄》，上海：上海书店出版社，2014 年，第 154 页。

④ 陈炎林编著：《上海地产大全》，第 250—251、265、274 页，周谷城主编：《民国丛书》第 3 编，上海：上海书店，1991 年，第 32 册。

⑤ 《英租界琐案》，《申报》1909 年 8 月 19 日，第 20 版。

提兑,遂将5年前郑姓业主抵押于该银号的法册253号道契转抵给该局,郑姓业主向晋益升银号抵押获得的银1800两待还押款抵偿欠款。^①这两则案例,不仅印证了基于地产的保值增值预期,道契持有者的权能有所扩展;而且反映了道契地产充作抵押担保的信用市场充分发展,受押方可在不干扰原出抵人回赎权利的情况下,通过转押转抵等二手交易,实现财产的快速变现,缓解其当期流动性紧缺,道契抵押权的相对独立性与可交易性得到充分体现。

随着道契抵押借贷的普遍实行,道契逐渐成为流通性较强的信用担保物。时人只要“手中持有‘道契’,即不愁资金无着,盖一般银钱业,对于该项道契,皆乐于承押。故当时上海之道契,几与先进国家之公司债券无异”,^②道契在一定程度上充当了有价证券。这种地权证券化的高度发育,体现了道契地产及道契本身的财产权属性。

除抵押借贷外,华人买办道契挂号也是道契作为信用担保的形式之一,体现了市场对其财产权属性的认可。买办作为洋行特殊成员,需要提供保证金等形式的信用担保。^③此时挂号道契作为华商资产状况和偿债能力的保证,充当买办的信用担保物,华人业主作为道契持有者行使抵押权,获取信用乃至资金。关于双方权责,华人收执的产业单或权柄单中注明,该地产相关的年租和地产税须由华人支付,催缴一月仍未缴纳者,挂号代管人有权申请撤销或变卖该道契。^④由华人履行承租人对官方的义务,在事实上承认了华人的财产权。同时,地产的使用、经营仍由华人自主决定,代管人无权干涉,华人业主如欲将该地产交易转手,业主、代管人、新业主三方重新立定权柄单即可。^⑤例如英册2929号道契,1899年由英商玛礼孙、葛来敦作为代管人申领,权柄单户名为吴陆氏,1912年11月,该道契登记业主转为高易行,随后吴陆氏将权柄单转售同业房地产股份有限公司。^⑥也有挂号抵押相对稳定,而权柄单交易、继承的情形,如瞿某之父生前在新其昌洋行名下挂号了一则道契,瞿某成年后欲将该道契地产充作在该洋行服务的担保品,于是向法院请求执管遗产,将权柄单过户到自己名下。^⑦这两则案例表明,对挂号道契而言,代管人变更和实际权利二手交易互不干涉,道契持有者的财产权具有充分的可交易性。拥有挂号道契的华人业主也可以向其挂号洋商外的其他市场主体行使抵押权,如

① 《制造局催赎抵产》,《申报》1911年9月9日,第19版。

② 《上海之房地产业》,《申报》1936年3月4日,第14版。

③ 财产担保与现金担保统称为押柜,以挂号道契形式提供的地产实物担保比现金押柜更受洋行信任,且以地产作为财产担保并不限于上海,在汕头、天津、汉口、广州等通商口岸城市乃至香港也被采用。

④ 也有挂号代管人垫付租税的情况,但这不影响华人业主抵押权的行使。

⑤ 丁日初主编:《上海近代经济史》第1卷(1843—1894年),上海:上海人民出版社,1994年,第297页。

⑥ 蔡育天主编:《上海道契(1847—1911)》,第10卷,第90页。

⑦ 《公布栏·上海临时法院》,《申报》1928年4月21日,第15版。

1906年9月,壳件洋行买办陈志云将挂号于通和洋行的英册5135号道契(连同地上房屋),抵押给大清银行,获得押款白银3万两。^①这表明挂号道契持有者的财产权利束^②可再细分,可行使的抵押权与一般道契并无不同。

挂号道契除了可作为信用担保外,也可充当信托财产,权柄单的英文名即为“Declaration of Trust”。^③华人业主可委托作为挂号业主的洋行职员或律师等经营管理,以道契挂号的方式投资房地产信托。如英商好而司与林氏在上海共同居住,1872年,好而司因故独自返英,其间在高易行存款5000元(银圆),以每月利息作为林氏母子的赡养费用;后因生活开支增加,经该行职员建议,林氏支取本金1800余元购入0.9亩左右地产并挂号在该行名下,以每月租金维持日常生活。^④此例即典型的房地产信托:林氏母子作为委托人和受益人,投资购买地产,通过挂号将其地产的法律所有者登记为高易行,委托其经营管理,所得租金作为投资回报,并据权柄单向高易行支付佣金。在此项信托合同中,委托人或华人业主拥有的财产权能,体现为租金控制和分配,通过将其财产的使用权、经营权和部分收益权转移给代管人的方式得以实现。

道契除能以转租、添租、割租等形式进行二手交易外,还允许被赠予、继承,从而涉及其作为财产的权能和收益,也表明道契的权能超过使用权。道契持有者可自由抵押或以道契推偿抵款,而债权人可通过拍卖、转租等方式变现,其财产权具有很高的市场接受度。基于这些市场表现,所有权论者认为道契赋予持有者的权利,虽无所有权之名,可行所有权之实,可视为完全的私有产权。此说不无道理,但道契通过土地市场和金融市场的扩权赋能,并没有实现完整的所有权。

(二) 道契交易不包括所有权转让与交割

道契交易没有发生最终的所有权交割。《上海租地章程》及之后的修订都对租界中外国人拥有土地的非所有权属性作出规定;契文也表明,道契的申领或一手市场交易,采用押租的形式,其交易内容并不包括土地所有权。

《上海租地章程》第7条规定了租地费用相关事宜,持有者租得一块地产,需向业主支付押手(deposit money,即道契所注明价格,以下称“价格”或“契内价

① 《契地抵押之催赎》,《申报》1909年3月31日,第19版。

② 即产权为包含诸多权利的集合,市场交易的本质就是双方交换彼此的一项或一束权利。参见Harold Demsetz,“Toward a Theory of Property Rights,”*The American Economic Review*, Vol. 57, No. 2, 1967, pp. 347-359.

③ 关于挂号道契与信托,参见夏扬:《洋商挂名道契与近代信托制度的实践》,《比较法研究》2006年第6期;何品伟、田汉雄编著:《道契概论:上海近代租界起源于基石》,上海:上海文化出版社,2021年,第113—114页。

④ 《谓他人父》,《申报》1893年10月21日,第3版。

格”)和年租(annual rent)两部分价格;第9条规定退租时原业主须如数返还押手。这具有中国传统地权市场中押租交易的典型特征。订立道契时以押租的形式,出让了土地使用权,其所有权并未发生转移,仍由原业主保留。第8条规定,持有者将年租交至指定银号(Government Banker,或英文契文中所称的Government Banking-House),^①中国业主凭借银号的业主租簿备案收取年租,体现了所有者权益。

《上海英法美租界租地章程》关于纳租的规定,中、英文版本不尽一致。中文版章程第6条“纳租”中为“每亩年租一千五百文,每年于十二月中预付该业户,以备完粮”,^②即年租仍付给原业主;而英文版第7条则规定租地的外国人须向中国政府支付年租每亩1500文,由持有者在指定日期前交至指定银号。大多数学者采信英文版。^③参考《上海洋泾浜北首租界章程》关于纳租期限规定的叙述,^④在租界存续的大部分时间段内,中国政府代替原业主获得年租。

所有权论者针对这一章程修订,将押租解释为地价,年租解释为地税,^⑤认为原业主并未收取年租,就完全退出了交易,其所有者权益得不到体现。在租界范围内,税收制度的订立由纳税人共同决定,工部局作为征税主体,可对租界内的房地产、道路和水陆运输货物,收取地税房捐、路捐、码头捐等。^⑥即工部局以上述捐税为收入来源,为市政机构提供公共服务,而中国政府既不掌握租界的管辖权,也无权直接参与租界内公共决策和公共品提供,并不能在租界内征收地产税,因而不能将年租视为承租人向中国政府缴纳的地产税。^⑦将年租定义为租而非税,表明道契一手交易隐含了土地所有权转移至中国政府的国有化过程:持有者支付价格与年

① 相当于现代金融中的“Banker to the Government”,即为政府提供金融服务的金融代理。

② 王铁崖编:《中外旧约章汇编》,第1册,第74页。

③ 徐公肃、邱瑾璋:《上海公共租界制度》附录 *Shanghai Land Regulations*,第211页,周谷城主编:《民国丛书》第4编,第24册。

④ “凡中国业户租与西人之地尚存有应完年租,限于每年十二月十五日预将明年地租全行照完,倘有迟疑及抚欠等情,即由上海道函致该管领事官,向执业之西人追缴。”(《上海洋泾浜北首租界章程》,王铁崖编:《中外旧约章汇编》,第1册,第272页)

⑤ 中、英文版《上海租地章程》都明确区分了年租(Annual Rent / Ground Rent)与地税/捐(Land Tax)。年租实际上成为地税的观点最早见于徐公肃等基于《上海租地章程》及其嬗变的论述,具体参见徐公肃、邱瑾璋:《上海公共租界制度》,第37页,周谷城主编:《民国丛书》第4编,第24册。

⑥ 租地人会议及此后的纳税人会议是租界的最高权力机关,有权决定租界内捐税征收的税种、税率,审批工部局预决算,决定发行公债等财政事宜。《上海英法美租界租地章程》第10、13条规定了租界内公共服务和公共管理资金的来源、征税主体、税收制度等;《上海洋泾浜北首租界章程》确认工部局征收捐税的权利及强制征税实施办法。参见王铁崖编:《中外旧约章汇编》,第1册,第75、272—273页。

⑦ 鉴于土地使用权并不能作为征税对象,工部局所征收的地捐也表明持有者所获得的权益绝不仅仅是使用权。

租,采用押租的形式获得土地,并未购得土地所有权,而原业主获得一次性给付的价格后随即退出交易,中国政府替代原业主获取所有者权益,土地所有权在中国业主与政府间的转移,并不影响持有者行使道契所赋予的权利。^① 道契持有者可以使用权、特定用途的经营权为基础扩展其权能,但道契契文规定了其权利束的上限,即持有者获得的永租权利(Tenue of Ground)不可能成为“无限制、无条件的产权”(Unlimited or Unconditioned Proprietary Right)。

但在实际中,原业主并非在道契订立时便退出交易。晚清时期,原业主仍可获得年租的一部分,“地保向西商每亩收租钱一千五百文,然后照县署定价,交各图地保转给地主”,^② 即政府授权地保主导年租收入的分配,由地保充任中介转付给原业主。年租中政府支取的比重日益增加,20世纪初,“沪上洋商租地年租一款大半拨充上海县公费”;^③ 至民国时期正式编入预算,纳入地方财政。道契交易所隐含的土地国有化渐趋明显。

关于按时完租,《上海租地章程》规定:“倘有租主逾期不交地租,领事官应按本国欠租律例处理。”^④ 在1847—1852年申领的英册1—100号道契中,契文称“如该英商按期先给减租钱一千五百文,并无迟欠,由本道经保,常守租赁存安无碍”;^⑤ 1854年起采用的道契制式中,中英文契文均注明,若不按时缴纳年租,道契将作废失效,土地须交还所有者即中国政府。^⑥ 这些均表明持有者须按时缴纳年租以保证租赁关系的存续,道契一手交易并未将所有权让渡给持有者。而在实际操作中,中国政府往往不会直接收回土地,而是选择将其变现并用作公共支出,以作为对所有者权益的补偿。^⑦

需要注意的是,年租作为所有者权益的体现,是持有者维持道契有效性必须承

① 就这一隐含的所有权转移而言,杜恂诚列举的道契交易中所见的永租草契实同绝卖案例,与道契交易并未发生所有权最终交割并不冲突,参见《道契制度:完全意义上的土地私有产权制度》,《中国经济史研究》2011年第1期。

② 《冒领地租》,《申报》1886年8月30日,第3版。

③ 《洋商地租余款改拨英美公廨》,《申报》1905年7月12日,第4版。

④ 王铁崖编:《中外旧约章汇编》,第1册,第62页。

⑤ 蔡育天主编:《上海道契(1847—1911)》,第1卷,第88页。这里“减租钱”即为年租,《上海租地章程》签订前已有部分英商租用土地,采用押租的交易方式,但其年租高于章程规定的每亩1500文,因而在1847年正式申领道契之后,削减年租,并追付押租款。这一押租、年租的事后变动也印证了道契申领并未发生土地所有权交割。

⑥ 中文契文表述为“违犯斯章者,则此契作为废纸,地即归官”,印证了“官”即中国政府获得了土地所有权。参见蔡育天主编:《上海道契(1847—1911)》,第10卷,第1页。

⑦ 如1880年地保谢小山因英商位来拖欠英册622号道契年租达15年,请求英领事介入催缴;在沟通未果的情况下,上海道台下令将地产丈量拍卖,所得地价抵扣欠租后充公。虽然该案例中涉及的土地位于浦东而非公共租界,其所反映的产权关系与租界内一致,同时也表明道契制度具有拓展性。参见《荒地充公》,《申报》1880年11月24日,第2版。

担的义务,说明了道契交易并没有发生所有权由原业主向持有者的交割。^①由此,将道契的产权性质定义为所有权的观点并不成立,徐公肃等的“永典权”^②定义有一定合理性。部分使用权论者也指出,持有者虽未获取所有权,其权能除使用权、收益权外,还包括对契约的决定权、处置权。遗憾的是,这些论述并未明确界定和论述道契的财产权属性。

(三) 道契有效期与权利限定性

道契交易在租界区域范围内,其合同有效期受租界存续限制,而道契所有权论者忽视了这一约束条件,将永租的“永”解读为无限期合同,因此误解为所有权交易。必须注意,无论是《上海租地章程》及后续各修订本中规定的商民可永租土地的地域范围,还是契文中所说的“按合约所定界内”,都是道契一手交易合法性和有效性的约束条件。只有位于条约划定的允许洋人居住的特定区域——租界内,道契永租土地才能成立。道契的有效性及其持有者的权利,以租界的存续为基本前提,受中外约章和地方性约定等约束;当约章修订或废止时,道契文本规定和相关的登记、管理制度将作出相应调整,进而通过改变持有者对其权利和未来收益的预期,影响道契在市场交易中的权能扩展。当租界依条约被收回,其外国商民在租界内享有的自治管理、治外法权等废止后,道契的永租也自动失效。

虽然在《上海租地章程》及后续修订本中,并未对永租或租界期限作出明确规定,但在隐含的土地国有化前提下,中国政府收回租界后,道契地产占有权也自动被土地所有者收回。1945年,上海市地政局在承认道契作为合法产权凭证的基础上规定:

外国人(日德两国除外)依条约向中国业主租用土地执有永租契或道契者……由租用人申请为租赁登记,改凭他项权利证明书行使其权利;市民执有外人户名永租契或道契并附权柄单之土地,应于本市办理土地登记期间申请为所有权登记,改凭所有权状管业。^③

① 即使在一手交易中承租人一次性支付包括押手和合同期内年租贴现的全部费用,也不能将之视为所有权交易,盖因并未实现所有权的最终交割。

② 前引徐公肃、邱瑾璋《上海公共租界制度》(第172—173页,周谷城主编:《民国丛书》第4编,第24册)归纳了永租的特质,提出永租权是一种特殊物权,将之定义为“永典权”,即土地权利的内容和效力在实质上与典权相同,又有别于典权的有限时间,故用“永典权”这一概念来表述租地人的权利。

③ 《上海市政府公布上海市地政局处理永租契或道契土地登记暂行办法》(1945年),民国档案,档号Q201—1—4,上海市档案馆藏。

对于华人持有的挂号地产，其土地所有权又从国家转还至私人业主手中；而对外籍道契持有者，明确其交易为租赁，并要求道契持有者更换行使权利的合同凭证。这表明道契合约结束，所有者收回了外籍持有者据道契取得的财产权，持有者仅能在租赁合约的约束下行使使用权、经营权等。同时，该条例明确了外国人“向中国业主租用土地执有永租契或道契”，再次强调了道契申领并非所有权交易。

基于以上三方面，现有的所有权论与使用权论都无法周全地解释道契交易，特别是二手交易中的市场表现。同时，土地市场与金融市场中广泛交易的道契地产，具有排他性占有和可自由交易的性质，在经济学意义上可视为财产权。下文将结合具有类似特征的典权与田面权，对道契的产权性质进行界定，从理论层面探讨这些产权形态的共通性。

二、道契占有权形态的理论分析

制度经济学对产权的分析基于权利束展开，有学者认为一项产权的权能是否完整，由排他的使用权、自由的交易权和收入的独享权共同决定。^① 本文讨论的占有权，在排他性和可交易性上具备财产权特征，是涵盖权利束有别于所有权的完整产权。本文引入产权理论，对道契所包含的权利束展开分析。

（一）道契土地占有权：一项经济产权

关于产权在经济活动和法律规定中的异同，德姆塞茨认为，就财产获益能力而言，产权的经济价值远比法律概念更重要。^② 巴泽尔区分了经济权利（Economic Rights）和法律权利（Legal Rights）两个层面的产权。经济权利是个体消费某种资产和服务的能力，经济权利层面的产权不是绝对的，财产权利的界定受个人行为的控制和影响，个人通过不断修改权利边界以实现效用最大化，因而在均衡状态下随着其拥有商品的权利更有价值，权利的界定也更精确和彻底。而法律权利是政府承认和执行的权利，是政府对具体财产的法律界定和保护，当法律明确界定了某项产权后，其经济权利的所有者可以排除来自交易对象和公共领域的干预，从而实现权利边界的扩展；经济权利可以在法律权利缺位的情况下

① Steven N. S. Cheung, “The Structure of a Contract and the Theory of a Non-Exclusive Resource,” *The Journal of Law and Economics*, Vol. 13, No. 1, 1970, pp. 49-70.

② Harold Demsetz, “Toward a Theory of Property Rights,” pp. 347-359.

存在。^①借助上述理论,本文或可突破现有使用权论和所有权论的局限,形成对道契土地产权形态及其市场表现的逻辑自洽的解释——土地占有权理论。

从经济史的视角出发,李埏基于侯外庐的相关著述,初步区分了古代分封制下的土地所有权、占有权与使用权。^②而英国历史上的“保有权”也有土地实际占有与所有权长期相互独立的特征;此外,还有学者探讨保有权制度下的“永远租赁”与租界土地永租之间的联系。^③

基于对典权、田面权的论述,龙登高提出土地财产权利意义上的占有权概念,土地所有者可让渡特定层次或特定时间段内的全部或部分权利,从而实现所有权、占有权、使用权的分离和相互独立。^④占有权是一种由非土地所有者享有的具有排他性和可交易性的、介于所有权和使用权之间的独立财产权,具有以下特征:(1)由所有者根据契约让渡土地权利,必须包括交易权和抵押权(或典权),也可以是契约规定时限与条件下几乎全部权能与收益;(2)原业主保留所有权,交易双方不发生所有权交割;(3)所有者可依据契约规定收回让渡的权能和权益。

需要明确的是,占有权主享有的权利包括占有、使用、收益、处分。^⑤同时,也有法学研究者以二元物权理论探讨田面权,并将之定义为占有权。^⑥法学视角下的土地占有或占有权,其概念源于罗马法,在大陆法系民法中一直占有重要地位,

-
- ① Y. 巴泽尔:《产权的经济分析》,费方域、段毅才译,上海:上海三联书店、上海人民出版社,1997年,第88—92页;约拉姆·巴泽尔:《国家理论经济权利、法律权利与国家范围》,钱勇、曾咏梅译,上海:上海财经大学出版社,2006年,第215页。
- ② 李埏将占有权的本质理解为贵族获得的来自君主的特权和村社对贵族的贡赋义务,而土地所有权归属国家,农民作为劳动者只享有使用权。参见《论我国的“封建的土地国有制”》,《历史研究》1956年第8期;《三论中国封建土地国有制》,《思想战线》1996年第1期。
- ③ 参见石强:《论英国都铎时期土地占有权的流转》,《江西社会科学》2009年第3期;申始占:《英国“保有权”制度对中国“三权分置”改革的借鉴与启示》,《世界农业》2018年第7期。
- ④ 参见龙登高:《中国传统地权制度论纲》,《中国农史》2020年第2期;龙登高、温方方、邱永志:《典田的性质与权益——基于清代与宋代的比较研究》,《历史研究》2016年第5期。
- ⑤ 其在法学意义上更接近用益物权(Usufruct)或其他物权(Rights over the Property of Another),而非单纯的占有或占有权能;占有作为一种权能,也可成为一种法律事实。参见杨立新、尹艳:《我国他物权制度的重新构造》,《中国社会科学》1995年第3期。不过,基于前述产权理论中的权利束学说,产权所包含的权利束可以是使用、转让、占有、抵押等单独一项权利或其组合;笔者认为,既然“使用”是一种权能,使用权可以成为一种产权形态,那么“占有”这一权能,也并不影响“占有权”成为产权形态。关于物权等的法学概念,学派林立,本文暂不讨论。
- ⑥ 参见童光政:《“一田两主”的地权结构分析及其改造利用》,《北方法学》2007年第2期;孟勤国:《物权二元结构论——中国物权制度的理论重构》,北京:人民法院出版社,2009年,第61—62页。

有别于描述财产归属的所有和所有权，占有和占有权侧重表述财产，特别是他人所有财产的利用状态。^① 虽然不同学科领域对“占有权”的理解不尽相同，但无论是经济史中关于土地占有的探讨，还是法学上占有概念的理论渊源分析，其核心都在于解释非所有者对他人土地享有财产权利获取收益的经济事实。

道契产权形态具有与典权和田面权相似的特征：持有者通过契约获得所有者释放的约定期限内包括使用权、经营权、抵押权等几乎全部权能；持有者的权能介于所有权与使用权之间，包含关键的财产性权利；其权能的扩展通过市场交易实现。故而可以将道契的产权属性定义为占有权，道契的权能以契约赋予占有者的使用、经营、收益等权利为基础，通过市场交易界定和扩展，并实现剩余索取权，且各项权利由占有者自由行使，不受所有权干涉，是一项典型的经济权利。其中，持有者最初获取的使用权、居住权作为生产要素参与经营，扩展出处置权、经营权、收益权，再进一步通过参与金融市场扩展出抵押权，同时通过转租、继承等二手交易和代际转移，获得派生演化的财产权权能（见图1）。这与典权的权能扩展相似。同时，在不断参与市场交易的过程中，道契持有者也不同程度地对土地进行固定资产投资，并在后续交易中实现其投资的处置权、收益权和求偿权。这与佃农田面权的形成和实现相似。

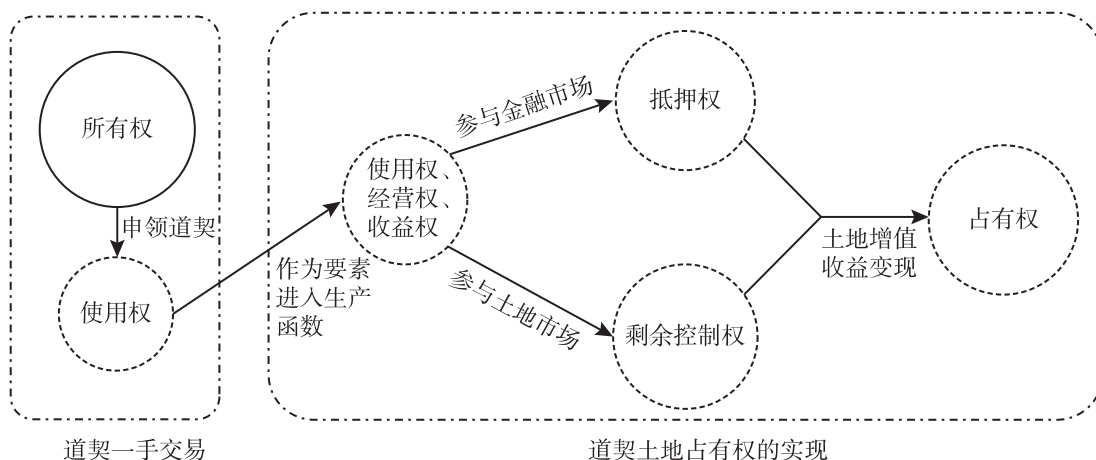


图1 道契权能扩展的市场过程

注：（1）图中以虚线绘出的权利属性，表示其边界处于随市场交易不断重新界定的动态过程中；（2）土地作为生产要素进入生产函数，包含建造商住楼宇、厂房、仓库等用于工商业、服务业生产经营和居住，以及修建学校、医院、道路等成为公共场所或提供公共服务等。

^① 参见孟勤国：《占有概念的历史发展与中国占有制度》，《中国社会科学》1993年第4期；渠敬东：《占有、经营与治理：乡镇企业的三重分析概念（上）——重返经典社会科学研究的一项尝试》，《社会》2013年第1期。

因此,不论是道契产权形态的特征,还是权能扩展及其实现路径,与典权、田面权均具有共通性,占有权由所有者让渡,道契的演进更清晰地显示其初始权能通过参与市场不断派生演化,扩展为独立于所有权的、具备完整产权特性的财产权。作为经济产权的占有权对地权制度的解释具有普遍性,随着工业化和城市化的发展,道契占有权的实现在非农业部门中呈现出新特点。

(二) 道契占有权的实现:城市化中的土地增值

土地占有权通过由占有权人掌握剩余权利(residual rights)实现。不完全契约理论框架下,哈特等认为契约规定之外的权利,即剩余权利的分配是经济组织实现效率最大化的关键,将剩余索取权(residual claim)分配给专有物质资本投资最高的一方,能够最大化地激励事前专用性投资,带来更高的经济效益;该领域其他学者将专用性投资的范畴扩展为关键性资源,着重指出其中包含人力资本,拥有人力资本的管理者掌握剩余权利能有效降低交易成本。^①这些理论探讨的核心,是剩余权利能否及如何由所有者之外的关键性要素投入者获取,将之应用到土地产权分析中,便能更好地理解土地的剩余权利,即占有权从所有权中分离并独立存在的现象。

农业经营中持有土地的投资预期或土地价值的核心在于土地产出水平的提高。传统地权市场中,典权与田面权均由占有权主体获取剩余权利,激励其追加工本投资以提高土地平均产出和家庭农庄收益,从而实现土地权能的扩展,参与权益的分享,财产权由此得到体现和保障,符合经济效率。

随着城市化的发展,非农部门投资土地的关注点转为地价上涨带来的资产增值预期。道契制度下土地占有权的形成,就以工商业发展和城市化带来的地价增值为基础。道契持有者个人的固定资产投资(如建造修缮房屋、填平洼地等)和来自工部局的市政基础设施建设,都能带来地价增值;而商业发展和城市化的需求拉动,也能在私人或公共部门不追加固定资产投资的情况下带来地价上涨。^②对道契持有者而言,地价的增值预期支持道契作为财产参与市场交易,道契地产在信用担保、

① Oliver Hart and John Moore, "Property Rights and the Nature of the Firm," *Journal of Political Economy*, Vol. 98, No. 6, 1990, pp. 1119-1158; Oliver Hart, *Firms, Contracts, and Financial Structure*, New York: Oxford University Press, 1995; Raghuram G. Rajan and Luigi Zingales, "Power in a Theory of the Firm," *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 113, No. 2, 1998, pp. 387-432; Xiaokai Yang and Yew Kwang Ng, "Theory of the Firm and Structure of Residual Rights," *Journal of Economic Behavior and Organization*, Vol. 26, 1995, pp. 107-128.

② 在近代上海租界,后者形成前者的投资激励,前者的地价增值在数量上逊于后者。

交易变现等过程中获得了最初契约规定之外的权能，从而使土地占有权得以形成。在租界土地市场中，道契持有者凭借其收集的信息形成对未来市场状况的合理预期，根据市场信号及时调整反馈，作出其在土地和金融市场的投资决策，并承担这一过程中的绝大部分风险；这既需要发挥其人力资本乃至社会资本以获取信息并作出合理判断，又需要以可观的预期收入作为其追加物质资本投资的激励。因此，在道契制度下，契约规定之外的权益——地价增值，由契约中的“承租人”控制，即作为占有权的权利主体获取土地的剩余索取权，而所有者收取固定年租，并不能分享和干涉占有者对土地的剩余权利。

经济产权理论也能够解释剩余权利的分配。巴泽尔提出在重新界定产权边界时，交易中受价值量变动影响更大的一方，更有能力和意愿实现其权利边界的扩展，收益分配就是权利边界重新界定的现实对应。^① 前述剩余权利的主体即为对价格变化更敏感的一方。在地价增值背景下，道契持有者通过交易重新界定其经济权利，从产权层面保障其地产开发经营中获得的投资收益和风险溢价，以实现效用的最大化；同时作为土地的实际使用和经营者，相比于不承担任何风险、只收取定额租金的所有者，道契持有者对地产价格的变动及其反映的产权边界再划分更为敏感。将剩余权利分配给道契持有者而非所有者，是经济权利通过市场交易逐步扩展和明晰其权利边界的必然要求，也更符合资源配置效率。道契参与市场交易的过程使占有权得以实现，即在“永租”的使用权之上扩权赋能，持有者获得的剩余权能得到扩展，其经济权利带来的收益也得以提高，而所实现的权益就表现为地价增值。

（三）道契土地占有权的价格表现

1854年以后，上海租界内的土地随着租界的开发和城市化发展快速增值，这成为道契二级市场繁荣的基础，道契持有者通过参与二级市场，将其剩余权利变现，从而实现占有权。土地市场中道契二手交易价格数倍甚至几十倍于道契契内价格，1865—1911年，上述两价格倍数均值约为23，其年均增长率达36.8%。^② 这一高速增长的地价增量全部由占有者控制，作为所有者权益的道契一手交易价格与固定年租，在城市化过程中与占有者获取的地价增量的对比日益悬殊，土地所有者的权益不论在绝对数值还是相对比重上均未随地价上涨而提高，反而有所下降。

① Y. 巴泽尔：《产权的经济分析》，第160—161页。

② 《上海公共租界工部局年报》（1864—1939年），租界档案，档号U1—1—878—965，上海市档案馆藏；杜恂诚：《晚清上海道契申领总趋势及影响因素分析》，《财经研究》2011年第8期；高峰：《近代上海公共租界的土地价格、地税制度与城市化（1845—1933年）》，《财经研究》2013年第8期。

图2显示,在短期内,占有者控制的土地增值已超过原业主获得的押租,其在土地总价值中所占比重(即占有权占比)超过所有权占比,图2所列案例中,所有权所占比重平均为33%,仅有英册2905号超过50%。而在长期案例中,随着地价上涨,占有者权益占比超过90%。图2中案例所有权占比均值仅为3%,土地价值的增加几乎全部由占有者获得,原业主几乎不能参与分享土地增值收益。特别是英册2419号的所有权占比仅约为0.3%,而英册1120号、3970号,20世纪30年代的拍卖均价达8.5万两/亩和4.3万两/亩,约为一手交易价格的1340倍和2790倍,增值部分所占比重超过99.9%,所有权占比趋近于零。这也是一些学者认为道契一手交易中所有者让渡全部权利的根据之一,即误将巨大的剩余索取权视为所有权,误认为原业主不参与分享剩余权利就是失去其所有权。

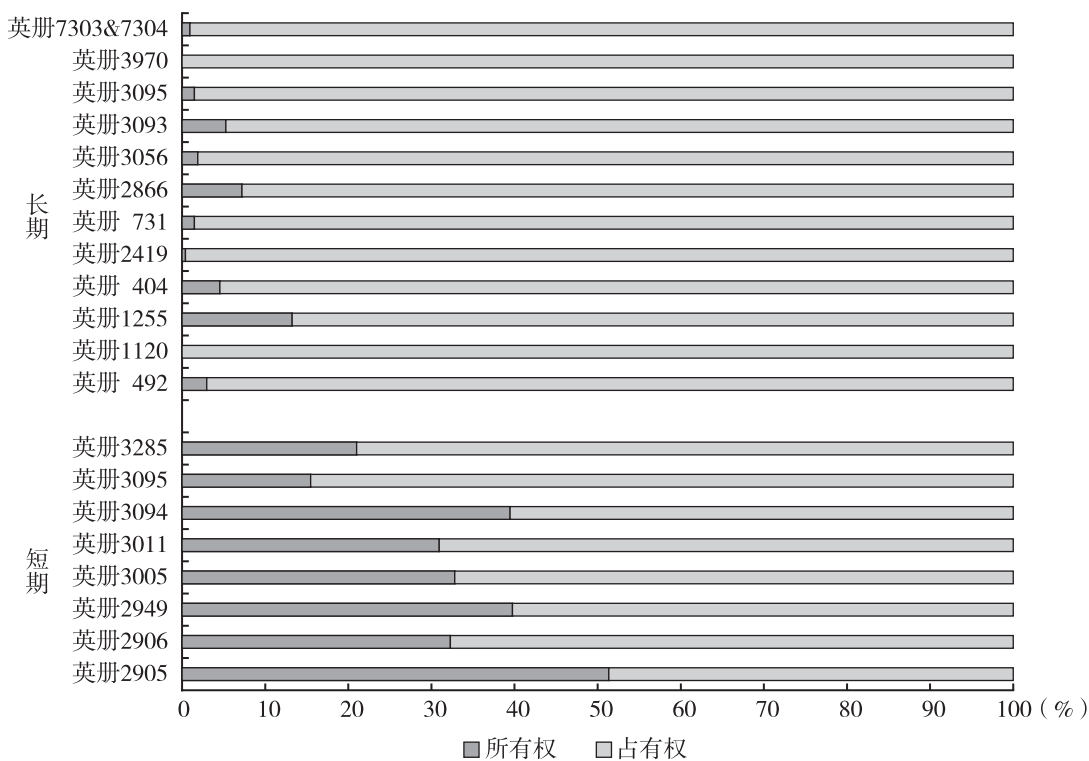


图2 道契案例中所见地价中占有权比重的短期与长期对比

注:(1) 道契契内价格(一手交易价格)反映所有权,调查地价或二手交易中的增值反映占有权。以地价作为土地全部收益计算,道契契内价格属于所有者权益,道契申领后的增值部分属于占有权收益,二者在地价总值中的占比可分别视为来自所有权、占有权的收益比重;(2)“短期”指道契申领后3年内契内价格与调查地价比较,“长期”指道契申领20年以上的契内价格与调查或二手交易地价对比;契内价格与调查地价均为每亩均价。

数据来源:道契契内价格和调查价格来自蔡育天主编:《上海道契(1847—1911)》,第10卷,1898年10月—1899年5月;杜恂诚等:《近代上海公共租界的土地制度与市政管理》,第355—665页。二手交易价格来自《大公报》(上海)1937年4—7月。

道契地产所有权、占有权租金收入比较表

年份	册号或位置	所有权（每亩）	占有权（每亩）
1904	英册 1617	1.15 两	850.63 元（银圆）
1904	英册 914	1.15 两	230.87 镑
1907	美册 88	1.09 两	2658.23 两
1908	英册 5978	1.07 两	667.61 两
1911	英册 1113	0.87 两	157.04 两
1911	英册 4035、英册 4408	0.87 两 ^①	168.19 两
1914	英册 1417	1500 文	638.89 两
1919	英册 4633、美册 38	1500 文	54.67 两
1920	英册 147	1500 文	1371.32 元（银圆）
1927	法册 335	1 两 ^②	3000 两
1930	美册 2678	1500 文	1766.06 两
1932	英册 1120	1500 文	7235.29 元（法币）
1932	英册 2014	1500 文	6319.12 两
1932	英册 12317、英册 12611	1500 文	395.07 两
1932	招商局中栈、北栈及华栈 ^③	1500 文	1580.99 两
1937	法册 137	1500 文	384.02 两

数据来源：《申报》1904—1937 年。部分道契土地面积来源于杜恂诚等：《近代上海公共租界的土地制度与市政管理》，第 355—665 页。

以每年的收入流衡量所有者与占有者权益，也可看出二者差距甚大。1921 年新沙逊洋行持有的道契房地产，每年可得租金达 73.4 万两，平均每亩约 2463 两，^④而 1924 年上海县租界内外全部道契年租约 4600 两，^⑤仅相当于不足 2 亩的租金。表中所列大部分道契案例，虽因时间和地产位置等不同，租金收入差异较大，但占有者获得的租金收入，相当于道契年租的数百倍乃至上千倍；其中晚清时期占有权

① 1911 年及以前道契年租换算的银钱比价，参见林满红：《银线：19 世纪的世界与中国》，詹庆华等译，南京：江苏人民出版社，2011 年，第 77 页。

② 1927 年，上海《县署改定华洋商道契年租之公函》规定，每亩年租 1 两，折钱 1500 文。（《申报》1927 年 2 月 16 日，第 13 版）

③ 该处含美册 461—467、509—511 号及英册 486、607、12503 号道契中的所有基地、码头、仓库等建筑。

④ 参见张仲礼、陈曾年：《沙逊集团在旧中国》，第 41—42 页。

⑤ 《上海县十三年度之预算案》，《申报》1924 年 6 月 24 日，第 14 版。

租金平均 625.5 倍于道契年租。与道契契内价格和二手交易价格相类比,道契年租和地产年租收入分别对应地产为所有者和占有者带来的当期收入,其中地产租金作为剩余权利带来的收益归属占有者。而道契年租可类比于农业租佃中的定额租,所有者不参与生产的任何环节,也不分担任何风险,故而无法获取剩余权利。

道契持有者控制并获取剩余权利典型的形式之一,就是租界普遍流行的租地建房,^①这既反映了城市化带来的土地增值为占有权主体带来的经济效益,也表明占有权的产权安排在城市化过程中是一项激励土地投资的制度。其交易形式可类比于田面权出典,即道契持有者将地产出让给其他机构或个人用以建造房屋,承诺合同到期后收回土地并折价购买或无偿获得所建房屋。^②

1921 年底,怡和洋行买办祝兰舫向沙逊洋行租赁德安里 12 亩土地,用于建造房屋,合同期为 25 年。1933 年初,因生意经营失败,祝兰舫以其所建房屋为抵押,向新沙逊银行贷款 35 万两,约为 1921 年房租的 6 倍。1933 年 6 月,将该合同剩余 13 年内房屋产权转移给第三方业主。1935 年 6 月沙逊洋行提前收回房屋。^③此案例中,道契持有者通过租赁合同出让土地一定期限内的使用权、经营权,乃至一部分的剩余控制权,建房者获得土地的经营权,所建房屋作为其行使剩余权利的产物,房屋产权在本质上可视为土地的占有权,将合同期内剩余年限的房屋产权转售,本质上是土地占有权的交易,反映了占有权的独立性和可交易性。同时,合同期内建房者可行使其建造房屋的抵押权,明确了其作为占有权的财产权属性。此外,租地建房合同中道契持有者的剩余权利在合同到期后才能够完全实现,在合同期内双方根据合同中的租金规定共享剩余权利,地价上涨预期和产权保障共同激励其对土地的固定资本投资。

① 城市房地产业的历史研究对租地建房或租地造屋有所关注,总结了租地造屋的经营方式,从双方风险收益的角度解释了租地建房合同订立的经济激励。参见赵津:《中国城市房地产业史论(1840—1949)》,天津:南开大学出版社,1994年,第71—75页;抱仁:《外国房地产商在旧上海的经营手段(下)》,《上海房地》1997年第6期;张仲礼、陈曾年:《沙逊集团在旧中国》,第47—49页;杜恂诚:《以造房出租为主业的英商业广地产公司》,《中国经济史研究》2021年第3期。

② 如哈同洋行以租地建房的形式,在南京路沿线获得大量高价房产。1916年永安公司向哈同洋行租地建造大楼,1941年合同期满之际,大楼及建筑上所有构件、装修由哈同洋行收回,永安公司拥有相同价格下的优先续租权;1931年大陆银行与哈同洋行订立32年租地合同,建造总造价230万元的房屋,年租金20万两,到期房屋归哈同洋行。1914年先施公司向雷士德洋行租赁一块约10.69亩的土地30年,到期后雷士德洋行承诺以低价购买该地上的房屋。参见薛理勇:《老上海房地产大鳄》,第101—103页;上海百货公司等编著:《上海近代百货商业史》,上海:上海社会科学院出版社,1988年,第106—108页。

③ 张仲礼、陈曾年:《沙逊集团在旧中国》,第46—47页。

三、道契的经济权利获得法律与制度保障

学界一般认为，与道契的颁发、交易相匹配的上海租界（特别是公共租界）的市政管理、土地管理及法律制度，虽然是近代西方殖民侵略的产物，但具有一定的科学性和有效性，对土地市场发育有积极作用。^①在治外法权下相对稳定的市场制度与政策环境中，道契持有者通过市场交易活动逐渐扩大权能，道契地产的财产权属性作为经济权利受到市场、社会的广泛和长期认可，进而受到租界的法律和行政当局认可和明确保护，使得扩权赋能的结果得到巩固和强化，即经济权利逐步获得与之相适应的法律权利。

（一）道契的财产权属性与租界土地管理

道契的财产权属性，通过租界内选举权与税收义务得到工部局确认。作为公共租界内市政管理机构的工部局，其董事选举与经费筹措的规定也与道契密切相关。《上海英法美租界租地章程》及其后续修订本中规定，租界内实行向租界居民征税，以筹集修建道路、桥梁、码头等公共事业经费的管理制度，每年初由外国领事组织租地人会议以制定公共事业资金筹集方案，即税制决策；租地人有权对名下的土地或房产提出估价申请以作为征税标准。这里涉及的税收实为财产税，其隐含前提就是承认以道契持有地产的财产性。

《上海洋泾浜北首租界章程》规定，在公共租界内，居民享有以缴纳房地捐金额和持有地产市值多寡为评判依据的选举权。地捐的征收标准是道契持有者的地产估价，属于财产税，表明工部局承认道契持有者对相应土地的财产权。在承认道契持有者财产权的前提下，工部局以董事会为决策机构，通过征收捐税为市政建设筹资，在日常管理与决策制定中，必将最大限度地维护纳税人利益，从而在法律和制度上维护道契持有者的财产权。

此外，在司法实践中，地捐缴纳凭证也被视为判断产权归属的法律依据之一。地捐发票、地捐单等均为地捐缴纳凭证，其中记录了户名、地产位置、册号、面积等。在处理地产纠纷时，能与道契、合同文件等物证形成互补，确认和保护持有者的合法财产权。例如，陈子翰有法租界内祖遗道契地产 0.128 亩，因被王阿奎占用

^① 参见王立民、练育强主编：《上海租界法制研究》，北京：法律出版社，2011年，第75页；熊金武：《近代中国城市化进程中土地制度思想研究》，北京：首都经济贸易大学出版社，2019年，第135页；杜恂诚等：《近代上海公共租界的土地制度与市政管理》，第347—348页。

建房至法公廨投诉。王阿奎称该地是其以每年4洋元的价格从陈永禄处租来，陈永禄追溯了道契由来，说明该处地产本是其于1909年委托陈子翰祖父陈胜华购买并转立道契，原计划购买1.01亩，但最终仅得到挂号于法商巴吉名下的0.882亩道契，并提交了权柄单、地捐单等物证以备核查。会审公廨凭借权柄单、地捐单中的户名均为陈胜华这一事实，判决王阿奎于一月内拆去房屋，其所受损失向陈永禄追控，而该地交还陈永禄。^①

道契抵押权的行使，其信用一方面来源于稳定的预期收益，另一方面需要靠契证本身的规范性加以保障，这就离不开法律层面对权利范畴的明确定义、规范和保护。《上海洋泾浜北首租界章程》明确允许道契地产抵押，在制度上承认了市场交易中普遍存在的抵押行为，并为之提供法律保护。在具体实施中要求抵押方将地产过户到受押方名下，并及时向受押方所属国领事官署登记。通过承认和保护作为财产权属性重要体现之一的抵押权，租界在法律和制度上对道契持有者的财产权属性加以明确。

道契抵押中财产权的法律认定和抵押交易的登记管理，一方面是对市场交易中不断扩展的经济权利的认可和维护；另一方面完善了土地管理的法律体系，降低道契二手交易中的交易费用和潜在风险，为土地权能进一步扩展提供制度保障。

1925年发生了上海开埠以来的首例伪造道契诉讼案件。^②据会审公廨案例和《上海道契（1847—1911）》收录的附件，可发现很多伪造田单、印鉴、盗卖公田和坟地等欺诈交易，却鲜见直接伪造道契的案例。这表明对道契抵押的强制登记，形成对道契抵押的有效监管，一方面约束市场主体，杜绝或减少伪造契证、多重抵押等行为可能带来的潜在金融风险和削弱抵押品信用的隐患；另一方面在纠纷解决乃至诉讼中为各方提供公正有效的信息支持，降低交易费用，从而巩固和增强道契的契证信用，为其权能扩展提供制度保障。而当时土地交易中常见的伪造、变造方单导致的纠纷，由于缺乏类似道契的严格登记，调查过程中难以找到对契证交易的可靠记录和备案，导致无法追溯其不同业主间流转的详尽记录，也难以验证诉讼中原、被告双方的证词是否可靠。这从一个侧面证明了道契对抵押交易强制登记的有效性。

（二）治外法权与道契土地占有权

租界内的法律特权，来自中外条约体系和治外法权的不平等规定。在以治外法

① 《地产归还原主》，《申报》1916年10月26日，第11版。

② 中国营业公司控告曹寿天、洪正明意图以伪造的道契作为抵押品，伪造严子良名下英册7635号道契，托请店主俞朝会向营业公司抵押借款白银8万两，而该册道契业已由其合法持有者严子良向同泰钱庄抵押借款10万两，并计划于当年7月赎回。详见《指控伪造道契图骗银两案之审讯》，《申报》1925年2月25日，第14版。

权为背景的租界城市自治制度下,《上海租地章程》及其修订本对土地获取、注册、交易等相关管理制度作了具体规范,行政和司法机构则为相关原则和规范的有效实施提供了解决机制。

租界的治外法权对道契的权能扩展和土地占有权实现,有着不容忽视的影响。一方面,治外法权下的城市工商业发展拥有稳定的市场环境,其市场秩序和经济预期不受或少受时局动荡和战争影响,故而道契持有者通过市场交易所扩展的权能具有长期稳定性和有效性,其市场认可度由此得以维持,保证了土地占有权作为经济权利的独立性与可交易性。另一方面,明确的法律规范和市民自治的城市治理模式为经济权利提供法律保障,道契持有者占有土地增值的经济权利具有合法性,并且这一合法性在租界存续期内受中外各方认可。

1879年,工部局设立“修改章程委员会”(Revision Committee)修订租界各规章,其修订需经纳税人会议通过后提交公使或领事团批准,工部局享有对其附则订立、增改的自由处置权,无须公使团批准。^①在《上海租地章程》历次修订中,参与博弈的利益主体主要是作为市政机构的工部局和租界内纳税人,中国的中央和地方政府参与度较低,其修订反映的是租界内公共利益与私人利益的博弈,不直接涉及中国中央政府和上海地方当局与租界之间的中外利益。在此背景下,租界内土地产权相关的立法、行政管理、民商纠纷解决等各方面法律及相关制度,都具有相对独立性,也反映了市场交易主体在权能扩展中的制度需求。由此,治外法权背景下,道契的土地占有权有获取与其经济权利相适应的法律权利的制度空间。

就土地纠纷的解决机制而言,租界范围内华洋商民间的钱债、斗殴、窃盗案件,由上海地方官员和外国领事共同审理,涉及地产的民商事案件充分尊重契约自由原则,从而在法律上肯定和保障通过市场交易实现的权能扩展和地价增值收益获取。^②同时,对于承担大部分土地登记管理、税收征缴和市政建设职能的工部局,领事公堂(Court of Foreign Consuls)作为行政法庭,也在很大程度上依据《上海租地章程》及其各修订本和一般性法律原则,约束其在土地管理和土地市场中的行

① 事实上,1854年以后的租地章程修订,并未由总理衙门正式批准生效。直至1898年章程修订后,由领事送上海道台转询南洋大臣刘坤一意见,刘回复“此事可由工部局与领事团妥为磋商”,后经北京公使团批准。参见徐公肃、邱瑾璋:《上海公共租界制度》,第40—43页,周谷城主编:《民国丛书》第4编,第24册。

② 法制史相关研究认为,在租界内华洋商业纠纷处理中,尊重和保障契约自由原则及其法律作用,英国法律模式下的会审公廨使法律与经济之间的联系更为密切。也有论者指出,会审公廨在民商事件纠纷处理中对地方习惯的态度较为暧昧和混乱。参见杨湘钧:《帝国之鞭与寡头之链——上海会审公廨权力关系变迁研究》,北京:北京大学出版社,2006年,第89页;侯庆斌:《上海租界法制史研究的回顾与思考——以会审公廨研究为例》,苏智良、蒋杰主编:《从荒野芦滩到东方巴黎——法租界与近代上海》,上海:上海社会科学院出版社,2018年,第84—100页。

为,以保障道契持有者的合法财产权。^①

20世纪30年代,上海英国律师公会评述了道契地产享有的法律保障,强调免除地税外一切杂捐和公共用地须依法征收两项制度的突出作用。^②作为财产权契证,其持有者的权利和义务十分明确,且能获得有效监管,持有者的私有财产权不可侵犯,在保证土地和金融市场中交易秩序的同时,尽可能排除来自政权更替、主权争端、多方政府博弈等的非经济强制。这些法律权利充分顺应和促进了土地市场的发展,从而为道契持有者的权能扩展和占有权实现提供保障。

此外,道契作为财产权契证,不仅在租界长期受到市场认可和法律保护,也逐渐被租界外的中国政府认可。1945年《上海市收复区土地权利清理办法》中,将道契与土地执业证、粮串、有关地权判决书及其他合法证件等同,视为合法产权凭证,^③承认了道契持有者财产权的合法性。

关于道契制度下的土地权利及其在城市经济发展中的作用,时人有评论,“公共租界内私有财产权之不容侵犯,业经承认,并有保障,且因有此种承认保障而感生之信用,乃使上海成为关系远大之商业活动中心”。^④此即制度经济学的重要理论——明晰且受保护的私有财产权能带来经济增长。^⑤租界法律特权下围绕道契展开的土地制度,为占有权的实现和维护提供有效制度保障,从而推助近代上海城市化和工商业发展。

虽然租界内外各方为道契占有权提供的法律保障,并没有以明确的法律条文或中外约章的形式出现,正式定义道契持有者获得的权利性质,也没有一个与经济产权意义上的占有权相对等的法律产权概念,但这种保障仍然是有效的。^⑥

结 论

回顾上海道契产权性质之争,所有权说与使用权说各有依据,也各有不足。本

-
- ① 1869年《上海洋泾浜北首租界章程》提出设立领事公堂,专司租界内商民控告工部局的民事案件,1882年颁行《上海领事公堂诉讼条例》。参见徐公肃、邱瑾璋:《上海公共租界制度》,第227—228页,周谷城主编:《民国丛书》第4编,第24册。
- ② 费唐:《费唐法官研究租界情形报告书》第1卷,工部局华文处译,张研、孙燕京主编:《民国史料丛刊续编》第698册,郑州:大象出版社,2009年,第674—676页。
- ③ 《上海市政府公布上海市地政局处理永租契或道契土地登记暂行办法》(1945年),民国档案,档号Q201—1—4。
- ④ 费唐:《费唐法官研究租界情形报告书》第1卷,张研、孙燕京主编:《民国史料丛刊续编》第698册,第655页。
- ⑤ 道格拉斯·诺斯、罗伯斯·托马斯:《西方世界的兴起》,厉以平、蔡磊译,北京:华夏出版社,2017年,第193—198页。
- ⑥ 传统时期的典权和田面权,其占有权由官府认可的民间惯例充当制度保障。

文论证了道契产权是介于所有权与使用权之间的占有权，是一种具有排他性和可交易性特征的财产权形态。从交易表现来看，持有者在城市化和市场交易中逐渐实现了扩权赋能，其权能超越了最初的使用权，道契可作为抵押物和财产担保行使财产权。但是，持有者并未从权能扩展中获得所有权，道契一手交易采用押租的形式，并未发生原业主对承租人的所有权交割；所有者的收益虽然相对越来越低甚至被忽略，但仍然存在。同时，订立道契也并非无限期地将土地权益转让给持有者，其有效性受租界存续约束。这三方面表现与占有权的特征相吻合。在道契申领及后续交易中，土地所有者几乎让渡了全部土地权利，持有者获得了土地在预期内全部的使用权、经营权、收益权、抵押权等。道契所有权论者将原业主或所有权人无法分享剩余权利视为其失去了所有权，其实是混淆了剩余控制权、剩余索取权与所有者权利；而使用权论下，道契持有者获得的权利性质及其能够行使的权能，并不能合理地解释其抵押、挂号、继承等财产权属的市场交易，忽视了扩权赋能的动态过程。

作为经济权利，道契产权界定并非单纯通过订立契约实现，而是通过多样化的交易实现权能扩展；同时，土地占有权的形成与实现，有赖于租界城市化背景下的土地开发与快速增值。通过行使不完全契约下对地价增值的剩余索取权，道契持有者获得合约期限内全部土地增值的权益。城市化带来的地价增值预期，为道契持有者扩展财产权和实现土地占有权创造前提。中外共同核查签发的道契受到多重政府承认和法律认可，具有较强的规范性、权威性和市场信誉，土地占有权的财产性也受到法律认可保护，交易成本较低，为道契参与二手交易提供有利条件。这为道契持有者在市场交易中扩权赋能、实现并分享其财产权益，提供了较高的可行性，同时风险较低，从而确认和保障了占有权作为独立于所有权的财产权利，在市场交易中实现收益最大化。^①

道契产权与典权、田面权作为占有权，在产权形态和权能扩展上具有理论共通性。占有权作为经济权利，呈现了财产性生产要素层面的剩余权利与所有权的分离，有利于实现土地要素的合理配置。这一经济权利能获得法律的确认和保障，产生相应的法律权利，也能在法律权利缺位的情况下依托土地市场有效运行。

必须明确的是，道契制度是借由租界产生的，就其本质而言，是近代西方列强侵略中国的产物。只是就土地占有权制度而言，上海道契允许作为市场主体和投资主体的道契持有者获得独立于所有权的财产性权利，明晰的产权关系促进了土地流转与资源配置，使原处河滩荒地的租界得到较为迅速的开发，房地产业得以快速发展。概言之，道契交易丰富了信用产品与金融市场，从而在一定程度上促进了上海

^① 此外，洋商在租界外的浦东等地租地并申领道契，表明占有权制度在近代上海并不局限于租界，其与城市化的互动关系也突破了租界的地域。

金融中心的成长。

上海租界道契的产权属性和土地管理制度，在近代城市中得到不同程度的移植和借鉴。其他一些未开设租界的通商口岸城市、自开商埠，以及朝鲜半岛的仁川租界等，其土地契证及相关登记管理制度，也以上海道契为参照，采用押租方式完成一手交易，中外文契约并立，多为20—30年有限租地或“永租”，允许契证持有者通过各种方式扩展权能。^①晚清的华商道契及民国时期上海地政局颁行的土地执业证等契据，也效仿租界内施行的道契登记管理办法，实行土地的第三方专业清丈、地方政府签发及强制登记等措施，以求提高土地契证的权威性与规范性，增进城市土地管理效率。^②近代上海道契作为制度创新，在推进土地市场配置效率与城市化建设中的作用是突出的，但同时也打上了殖民侵略的烙印。上海道契在土地开发与市场交易中实现的财产权利逐步获取法律保障，清晰地呈现了土地占有权的形成过程与产权特征，对其分析可深化土地产权体系的研究，具有理论拓展性和借鉴意义。^③

〔作者李一苇，清华大学社会科学学院博士研究生；龙登高，清华大学社会科学学院教授。北京 100084〕

（责任编辑：黄娟）

① 此类近代城市土地制度中与上海道契相似的特征，在1899年《岳州城陵租地章程》、1908年《奉天各商埠租地简章》、1910年《仁川釜山元山清国租界章程》等中均有体现。参见王铁崖编：《中外旧约章汇编》，第1册，第863—864页；第2册，第452—453、598—600页。

② 关于华商道契、土地执业证的介绍及其对租界道契制度的借鉴，参见金玄：《上海房地产产权凭证剖析》，中国人民政治协商会议上海市委员会文史资料委员会编：《上海文史资料选辑》第64辑《旧上海的房地产经营》，上海：上海人民出版社，1990年，第31—38页；夏扬：《法律制度近代变迁的多样性——以上海道契为例》，《西北大学学报》2007年第5期。

③ 土地占有权理论可为当前农地三权分置改革提供学理支持和借鉴。保障农民对承包土地的使用、收益、流转等权益，并赋予其抵押、担保等权能，本质上就是承包权通过还权赋能而成为占有权。推进农地三权分置与还权赋能的改革，使农民获得对土地的财产权和剩余控制权，能够促进土地流转与农民收入增长。

Han language adoption also echoed and influenced the construction of the official language from the level of public opinion. The strong rise of the new spoken and written language Han indicates that the construction of a unified national language and culture could be the trend of the stages with ethnic rulers in Chinese history, while the coexistence of the old and new “national language” reveals the incompleteness and ethnicity in the reform process.

A Study on the Land Property Rights of the Modern Shanghai Title Deed

Li Yiwei and Long Denggao (101)

The Shanghai Title Deed was originally issued to foreigners jointly by the Shanghai Taotai and foreign consuls in the late Qing Dynasty. While inheriting and developing the traditional Chinese land property system, the title deed incorporated the Western legal ideas and principles, which was an important link between the traditional and modern land systems. The property rights of the Shanghai Title Deed gradually transcended the initial right of land use, but the deed application did not result in the transfer of ownership from the original owner to the renter. Instead, the property right of the deed owner to enter the market independently based on contractual concession can be defined as the right of land possession between ownership and use. In accordance with the incomplete contract, the deed owner acquired the right to control the appreciation of land value in the urbanization by exercising the residual claim. Therefore, the initial right of use acquired by “perpetual lease” was gradually empowered in the market transactions and expanded to be a tradable economic right by exercising the function of mortgage and guarantee. Thus the deed owner realized his right of land possession, promoting urbanization in the concessions under the legal and institutional protection by extraterritoriality. As Title Deed, pawn, and allotment have theoretical commonality in the form of property rights and in realization paths, they may enrich the theory of land property and its implications.