

# 清代的典习俗、法律应对与裁判实践

## 以浙闽两省为考察中心

赖骏楠\*

---

**摘要** 清代的典习俗是发达的土地金融市场的产物。理解该时期的典习俗实践,应主要从市场—产权逻辑出发,不宜过度依赖情感—伦理逻辑。出典、回赎、找价、绝卖等行为,均体现出充分的市场理性和明确的产权边界。清代各级政权立法对典的规制,各地方——尤其浙、闽——官府对涉典纠纷的审断,也多符合市场—产权逻辑,从而有效地保护和促进了资源流通和经济效率。对清代典习俗、相应法律表达与实践的研究,有助于增进当代学界对传统经济与法律的更清晰认识,并为当代地权改革和国家治理体系的完善,提供有益的历史镜鉴。

**关键词** 典 市场 产权 情感 伦理

---

### 引言

典,亦即田房等不动产的“可以赎回的有保留的出售”,<sup>[1]</sup>是一种明清时期常见的交易方式和产权安排。这一习俗由于长期被视为中国所独有,所以得到数代学者的持续关注。对于典习俗在帝制中国的产生和盛行,过往研究多归因于中国传统文化与经济的特殊性。简言之,典习俗中的回赎权,既是为了尊重民众对祖先遗留之产业的情感依赖,又是对因贫困而被迫鬻

---

\* 复旦大学法学院副教授。本文系国家社科基金青年项目“晚清财政法制变革与国家现代化研究”(项目编号:18CFX010)的阶段性研究成果。

[1] (美)黄宗智:《法典、习俗与司法实践:清代与民国的比较》,法律出版社2013年版,第60页。本文对典与活卖不做区分。凡是对不动产的“可回赎的出售”,本文一概称其为典。这两种习俗虽历史起源有所不同,但在清代却呈现出高度混同趋势。

产之弱者的特殊照顾。出典一段时间后,出典人以找价(又称找贴)形式获取典价外资金的习惯,也常被认为是一种对弱者的保护。<sup>〔2〕</sup>黄宗智在清代和民国典习俗的实践中,挖掘出上述“前商业逻辑”与当时经济中不断增强之“市场逻辑”间的复杂交织。<sup>〔3〕</sup>龙登高、曹树基等团队则尝试将后述“市场逻辑”予以突出,从而将典视作一种地权分化背景下促进资源流通、增进经济效率的交易工具。<sup>〔4〕</sup>

本文主要以法律史学方式,通过对成文法和诉讼文书等材料的考察,来回应以上讨论。清代的典不仅是一套民间习惯,而且是官方民事和财税立法的重点规制对象。面对不断涌现的涉典纠纷,地方官府也不得不在基层治理中予以应对和裁断。从法律史角度观察清代国家对典之性质的判断和对相关纠纷的处理,既可增进对典习俗本身的理解,又有望澄清如下问题:清代国家的相关态度是否符合民间自身对该习俗的理解?是促进还是阻碍了典在社会经济中原本承担的功能?对清代法律中涉典表达与实践的考察,还有助于反思近代以来部分法政精英和学者对典的误读,并能促使学界反思典权的当代意义。清代浙、闽两省,作为典习俗极为发达、典纠纷极为频繁且地理上毗邻的两个省份,是本文的重点考察区域。

## 一、理解典习俗的两种逻辑

我们可以从当代学者对典之性质和功用的表述出发,建构出两种理解典的纯粹“理念”形态,并以此关照典习俗的运行实态。这其中第一个形态,可称为情感—伦理逻辑形态。这一逻辑为多数学者所认同。根据学者的说法,之所以典习俗一般会赋予出典人无限期回赎权,是因为出典人彻底变卖“祖业”的行为,是一种不孝之举,会遭至情感和舆论上的巨大压力,也是因为典卖产业者往往被视作值得同情的弱者。一次成功的回赎会被认为是维护了祖产和名声,且能够将产业留给后人,所以值得赞许。找价则被认为是出典人在彻底陷入贫困、从而无力回赎时,请求典权人给予恩惠、从而保证生存的举动。<sup>〔5〕</sup>

按理说,由于这种解释符合我们对传统儒家文化的一般认知,所以我们应该能在历史文献中找到类似表述。但遗憾的是,能够将典习俗的情感—伦理逻辑予以清晰、完整且正面表述的

〔2〕 参见梁治平:《清代习惯法:国家与社会》,中国政法大学出版社1996版,第97—98、110页;郭建:《典权制度源流考》,社会科学文献出版社2009版,第8页;邹亚莎:《清末民国时期典权制度研究》,法律出版社2013年版,第46页;(日)岸本美绪:“明清时期的‘找价回赎’问题”,载杨一凡、(日)寺田浩明编:《日本学者论中国法制史论著选》(明清卷),中华书局2016年版,第355—356、358—359页。

〔3〕 参见黄宗智,见前注〔1〕,第59—79页。See also Taisu Zhang, *The Laws and Economics of Confucianism: Kinship and Property in Preindustrial China and England*, Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

〔4〕 参见龙登高:《中国传统地权制度及其变迁》,社会科学文献出版社2018年版,第52—107页;曹树基、刘诗古:《传统中国地权结构及其演变》,上海交通大学出版社2015年版第2版,第28—32、290—292页。

〔5〕 参见梁治平,见前注〔2〕,第97—98、110页;郭建,见前注〔2〕,第8页;邹亚莎,见前注〔2〕,第46页;岸本美绪,见前注〔2〕,第355—356、358—359页。

文字,在清代文献中似乎不易寻见。就我浏览所及,在官箴类作品中,相对清晰地表述这种逻辑的一个段落,出自徐栋所编《牧令书》:“典质田产,以济力田也。查被灾之后,户鲜盖藏,望此春耕以抒贫困。乃因良田数亩,久事荒芜,纵有牛种可借,而粪草全无,亦不能载芟载柞,自不得不将田亩分股典质。如有田十亩,暂典三亩,以作七亩资本。此等情形,殊非得已。”〔6〕这段文字的作者是满洲镶黄旗人、嘉庆年间进士裕谦(1793—1841),其人官至两江总督。作为一名思维已经儒家化的满人精英官僚,裕谦对典的理解正符合上述情感—伦理逻辑:农民出典土地,多是因遭受自然灾害而陷入生计无着或无力自耕境地;一旦恢复财力,出典人定会尽力回赎土地以自耕。因此,裕谦劝诫作为典权人的“富户”在交易时务必公平定价,不得借机短价,并应允许出典人日后回赎。〔7〕

然而,更多文献却体现出对这种情感—伦理逻辑的否定性评价。如生活年代距离清初不远的晚明士人谢肇淛(1567—1624)即对典卖后找价之风提出质疑:“俗卖产业与人,数年之后,辄求足其直,谓之尽价,至再至三,形之词讼。此最恶薄之风,而闽中尤甚。官府不知,动以为卖者贫而买者富,每讼辄为断给。不知争讼之家,贫富不甚相远。若富室有势力者,岂能讼之乎?”〔8〕在谢看来,现实中典卖交易双方不见得有明显贫富差距。官府在处理找价诉讼时,亦不应一味将出典人认定为贫者,进而予以偏袒。又如,同治年间江西《零都县志》一方面以济弱的逻辑来理解找价,但另一方面又对该实践的恶性膨胀导致纠纷频发的后果,表达了不满:“得业者怜失业者之贫,而求济出银,名曰不敷,原属额外通情,为厚俗之一。相沿已久,视为分内之财,至累索不休,且有九找十不敷之云。恃强横取,竞于除夕碎器毁房,使守业者不予之而不得,最为恶俗。”〔9〕当然,以上文字与其说提出了对典习俗内在运行逻辑的新理解,毋宁说是从儒教官僚制国家这一外在视角出发,对典习俗及相关的找价实践引发的纠纷、诉讼频发之后果,表达了精英阶层的厌恶。〔10〕

实际上,在帝制时期,无论是对典习俗的肯定性抑或否定性评价,长期以来都属于精英(而非民众自身)话语范围。典起源并成熟于民间,属于“小传统”,并非官方或上层精英主动创设。然而,一旦儒教国家的“大传统”开始关注典习俗,对典的解释就有可能被儒家话语俘获,从而掩盖该习俗的原本逻辑与功能。对典的情感—伦理性理解,散见于官箴、方志、笔记、世情小说等传世文献,而这些作品恰恰是士绅阶层展现自己才能和意识形态的重要舞台。同样地,一旦精英阶层发现典习俗——在他们看来——过于复杂,涉典纠纷过于频繁,他们又本能性地从家产官僚制国家所追求的社会安靖、纠纷平息等价值出发,对典习俗以及——他们所理解的——

〔6〕〔清〕徐栋辑:《牧令书·卷十四》,载官箴书集成编纂委员会编:《官箴书集成》(第七册),黄山书社1997年版,第22页下。

〔7〕参见同上注,第22页下一第23页上。

〔8〕〔明〕谢肇淛:《五杂俎》,中华书局1959年版,第116页。

〔9〕〔清〕颜寿芝修、〔清〕何载仁纂:《零都县志·卷五·风俗志》,同治十三年刻本,第29页上。

〔10〕参见赖骏楠:“清代民间地权习惯与基层财税困局——以闽台地区一田多主制为例”,《法学家》2019年第2期,第57—60页。

这种习俗背后的情感—伦理逻辑,予以否定评价。但无论何种态度,都无法准确、完整地揭示典习俗的内在逻辑本身。

因此,面对历史上精英阶层创造的对民间各类财产习惯的诠释,研究者理应持有反思性的态度。与其从官方意识形态角度来理解典习俗,不如尽可能搁置价值前见,以更为中性和技术化的眼光,来重新审视典这一属于经济领域的经济制度。只有当经济解释无法穷尽某个制度的全部面向时,才需要引入文化解释。<sup>[11]</sup>以这种视角去看待出典、回赎、找价乃至诉讼等行为,就能发现当事人在决策时的种种经济理性。岸本美绪的作品已表明,晚明和清代频繁发生的回赎、找价及相关纠纷,与地价上涨高度相关。<sup>[12]</sup>在17至19世纪这三百年间,地价除了因战乱而发生的几次明显下跌,在人口增长、米价上涨、赋役稳定和白银输入等因素的共同作用下,东南地区的地价都呈现上涨、甚至暴涨趋势。在这种局面下,出典人回赎土地,与其说是为了收回祖业自耕,毋宁说是一种以较低的原典价赎回产业,随后在土地市场上迅速转卖,以谋取高额差价的行为。时人甚至发明“翻烧饼”这一俗语,来形容这种行为。<sup>[13]</sup>此时的找价,亦应被理解为出典人/卖方以交易土地的时价已超出原典价/卖价为由,要求典权人/买家弥补时价和原价间的差额,从而分享土地增值。

因此,有必要提出理解典习俗的第二种逻辑形态,我称之为市场—产权逻辑。<sup>[14]</sup>在这种逻辑下,典在经济上可理解为典权人的资金利息与出典人的不动产收益间的交易(所谓以租抵利)。在法律上,一次出典交易,可理解为成立两个契约关系(法律上的契约与实体的契纸并不完全是一回事)。其中一个为借款契约,作为债权人的典权人以典价作为本金提供给作为债务人的出典人,且双方约定该债务没有到期期限,典权人无权主动请求偿还本金,只有出典人有权决定在典期<sup>[15]</sup>届满后的任何时刻偿还(即无限期回赎权)。另一契约则是设定典权的契约,典权正是典权人以占有、使用、收益和部分处分(转典情形下)不动产的方式,来实现典价利息收取和典价债权担保这双重功能的权利。因此典权兼具担保和用益两种物权性质。<sup>[16]</sup>出典人的回赎行为,可理解为债务人为终止债的关系并收回承担担保功能和利息支付功能的田房,对作为债权人的典权人最初所付本金的偿还。考虑到典权人通过每年收取田房租金(或使用田房)而获得的收益,一般而言大致等于该典价/本金以其他投资方式能获得的利润,<sup>[17]</sup>回

[11] See Taisu Zhang, *supra* note 3, pp. 1—34.

[12] 参见岸本美绪,见前注[2],第352—353页;Mio Kishimoto, “Property Rights, Land, and Law in Imperial China”, in Ma Debin and Jan Luiten van Zanden (eds.), *Law and Long-Term Economic Change: A Euroasian Perspective*, Stanford: Stanford University Press, 2011, pp. 80—81.

[13] 参见[清]褚人获:《坚瓠集·广集·卷五》,康熙年间刻本,第40页下;[清]翟灏:《通俗编·卷二十七》,乾隆十六年翟氏无不宜斋刻本,第12页上。

[14] 另见龙登高,见前注[4],第52—107页;曹树基、刘诗古,见前注[4],第28—32、290—292页。

[15] 典期规定的是典权的最短存续期限,在该期限内出典人无权回赎。

[16] 参见史尚宽:《物权法论》,张双根校勘,中国政法大学出版社2000年版,第434—435页。

[17] 如果做不到这一点,那么手持资金的人将不会对土地投资,而是会将资金交给票号、当铺、钱庄等机构放贷,以获取利息收入。

赎并不会对典权人造成不公平的经济后果。无限期回赎权允许出典人长期不回赎(极端情形下存在百年以上不回赎的情形)。如果说此时典权人的本金债权可能因持续通胀而贬值,那么现代资本市场中的长期性和永续性债券也同样存在此类风险。找价实际上是弥补典价和绝卖价间差额或原价和时价间差额的行为,而并不尽然是想象中一贫如洗的出典人向富有的典权人寻求经济依附之举。此外,普遍存在的转典现象,也表明典权市场的高度流通性。

通过对 3000 余件清代和民国山西契约文书的考察,龙登高团队相对清晰地展现了典习俗中的这种市场—产权逻辑。典契经常规定有典期,并要求出典人在该期限内不得回赎。若出典人仍欲提前回赎,则须支付高于原典价的赎价,以补偿典权人受损的预期利益。找价可能导致典期延长,从而以进一步限制回赎权的方式确保典权人的收益。回赎权的行使也并非遵循严格的原价回赎规则。若典权人在承典期间对不动产进行了长期投资(如改良灌溉设施、修葺房屋),那么在回赎时,除了支付原典价,也须对这类投资提供补偿。可见典并非一种无效率、文化导向或非理性的制度安排,而是有着清晰的产权结构,并遵循严格的、可预期和可计算的经济理性。<sup>[18]</sup>

即使是在北洋时期完成的《民事习惯调查报告录》这一常见材料中,也能轻易寻得这种市场—产权逻辑的踪影。在典习俗最为发达的福建省,调查人员发现,古田、惠安两县的出典人,回赎时须在典价外支付 10% 的利息(可能是对通胀损失或长期投资的统一补偿),漳平县的出典人在回赎时也须支付“厚价”;在平潭县,找价与原价之和不得超过原绝卖价,而建瓯县的找价与原价之和不得超过找价之际的绝卖时价;闽清、漳平、平潭、蒲霞等县的习俗,则对转典程序及转典后的找、赎等事项有着明确要求(尤其是为保障转典交易中各方当事人的权利,明确规定不得隔手找、赎)。<sup>[19]</sup>换言之,以新眼光注目旧史料,也能获得新的启发。

需要承认的是,典习俗的上述两种理解逻辑,在实践中并非绝对排斥的关系,而是处于一种复杂的共存状态。即使以市场—产权逻辑能够解释典习俗中的多数制度安排,部分制度面向仍可从情感—伦理逻辑予以理解。永久回赎权就是后一方面的例证。如果从完美保护典权人/债权人利益的角度出发,回赎制度理应设计出典人在出典一定年限后(如民国《民法》规定的 30 年期限)就丧失回赎权、并自动找价绝卖这一状态。但清代的典习俗允许出典人在相当长时期内既不回赎又不找价绝卖,这导致当事人间债的关系长期僵持。在持续通胀的作用下,一方面典权人针对出典人拥有的债权(即典价)不断贬值,另一方面出典人在数十年、上百年之后再行回赎时,经常只需以支付大为贬值之原典价的方式,即可消灭典交易关系,并获得显著增值的土地及其收益。而典权人在获得原典价后,也不太可能再以该价格在市场上获得相同收益的土地。换言之,从长远目光来看,货币贬值和地价上涨的不利后果,常常是由典权

[18] 参见龙登高、温方方:“论中国传统典权交易的回赎机制——基于清华馆藏山西契约的研究”,《经济科学》2014 年第 5 期,第 90—102 页。

[19] 参见前南京国民政府司法行政部编:《民事习惯调查报告录》(上册),中国政法大学出版社 1998 年版,第 295、307、308、314、317、318、320 页。

人单独承担。因此,永久回赎权的确体现为对出典人的特殊照顾,也的确需要以文化的角度进行补充性解释。

但仍须强调的是,无限期回赎权这一对出典人予以照顾的特殊制度安排,并没有越出市场—产权逻辑的底线保障:即使出典人在出典数十年、上百年后才进行回赎的举动颇似无赖,但此时的典权人因在承典期间已逐年收获大量地租,所以至少其所付典价之利息收入能得到保障。此外,典权人也能通过转典这一退出机制及时收回资金,并将资金投入新的、利润率更高的经济机会中去。而且,对于投资者而言,除了典这一方式,尚有普通租佃、押租、田面买卖、抵押、绝卖等投资方式供其选择。交易手段的多样化和差异化,能够满足交易各方的多种需求和不同风险偏好,为每一次交易都提供最合适制度工具,从而促进资源流通并增进总体效率。<sup>〔20〕</sup>

鉴于晚近研究已在相当程度上证明了市场—产权逻辑在清代民间典习俗中的主导地位,值得追问的是:清代国家是否理解并尊重这一逻辑?尤其是在地方政府这个层面上,府、县级别的官员,面对层出不穷的找价和回赎纠纷,究竟是如何认知这些行为,又如何做出相应裁断的?

在正式转入对清代法的考察之前,有必要从情感—伦理和市场—产权这两种逻辑出发,来相应建构出两种有关典的“理念型”制度安排,以便据此精确地衡量清代法律究竟偏向于何种逻辑和制度安排。从情感—伦理的逻辑出发,回赎应遵循绝对原价规则,即既不补偿典权人所做的附着于土地且有利于未来使用人的长期投资,又无须支付回赎之际的田房时价;找价非但可以多次进行,而且找价与典价总额还可以超出田房绝卖原价乃至绝卖时价;在转典事宜上,要么是简单地禁止或严格限制转典(所谓产动归原),要么是允许隔手找、赎(以彻底保护原出典人)。从市场—产权逻辑出发,回赎价格应是机动的,以便照顾典权人的长期投资利益,或允许典权人分享不动产价格上涨带来的增值;即使允许多次找价,但找价总额与典价之和不能溢出田房的绝卖价;转典得到允许,而为了保护交易链上各方利益,原则上不允许原出典人隔手找、赎(除非中间位置的转典人彻底退出典交易关系)。很显然,后一种制度安排有着清晰的产权边界,从而能有效降低交易成本,并增进效率。最后要强调的是,回赎权本身不能被简单视为纯粹情感—伦理逻辑的体现。更关键的思考面向是回赎的具体制度安排,以及其中的利益分配。

## 二、清代法律的典制表达

在清代中央、省和府县各级政权发布的法典或法律文件中,都能发现对典习俗的调整规范。总体而言,清代立法的天平并未偏向出典人一方,而毋宁是对市场—产权逻辑更为尊重。

首先看全国通行的《大清律例》。尽管该法典的主体内容是刑法,但在其《户律》中的确存

〔20〕 参见龙登高,见前注〔4〕,第17、52、70页。

在一些顺应时代发展的、调整民事关系的条款。与本文高度相关的,是“典卖田宅”律门。其律文正文沿袭自明律,并直接规定了回赎纠纷的处理办法。该条文明确保障了出典人在典限届满后的原价回赎权,但也允许出典人在典限届满时暂不行使回赎权,从而延续典交易关系。<sup>〔21〕</sup>

不过,更值得关注的,是该律门中产生于清代、且效力优先于律文的各条例。其中一条雍正八年(1730)确定的例文,显示出清政府在严格区分典(或活卖)与绝卖两种交易、规范找价次数和金额且对出典人和典权人的合法权利予以一体保护的首次尝试。该例一律禁止对已经以绝卖契出卖且契中不含找贴字样之产业的找价和回赎。若契中未载绝卖字样,或“注定年限回赎”(即载有典期),则允许回赎。出典人也可在中人协助下对产业价值进行公平估算,并找价一次,从而绝卖产业。若典权人不愿找价绝卖,也允许出典人对他人出售典产,并向典权人归还原价。该例进一步规定:若产业已经绝卖,出典人仍提起诉讼,要求找、赎,按不应重律治罪(杖八十);而典权人在典限届满后抗赎的,亦按不应重律处理。该例在嘉庆六年(1801)经过改定,增加了对“典限未久而业主强赎”之情况的处罚,从而加强了对典权人的保护。<sup>〔22〕</sup>

另一条定于乾隆十八年(1753)的例文,则更加彰显清王朝在厘清交易类型、着重限制出典人权利以杜绝纠纷的决心。该条例全文如下:

嗣后[该例颁行之后]民间置买产业如系典契,务于契内注明回赎字样。如系卖契,亦于契内注明绝卖永不回赎字样。其自乾隆十八年定例以前,典卖契载不明之产,如在三十年以内,契无绝卖字样者,听其照例分别找、赎。若远在三十年以外,契内虽无绝卖字样,但未注明回赎者,即以绝产论,概不许找、赎。如有混行争告者,均照不应重律治罪。

该条例并未废止民间典习俗中的无限期回赎权本身。根据《大清律例会通新纂》中的看法,只要契据内写明找赎字样,那么无论交易发生在条例颁行之前还是之后,出典人的回赎权都是永久性的。<sup>〔23〕</sup>

该例的关键意图,首先在于为此后的田房交易一劳永逸地杜绝因“契载不明”导致的交易性质模糊问题,及由此引发的纠纷。因此,例文要求未来交易一律在契据上注明“回赎”或“绝卖永不回赎”字样。在官方(不现实的)设想下,从此以后民间将不会存在既不写明是典、又不写明是绝卖的交易,因而也不会再发生因双方当事人对交易性质认识不同而导致的找、赎纠纷和诉讼。

该例也尝试处理例文颁行前的“契载不明”(既未注明“绝卖”又未注明“回赎”)之产可能引发的问题。对这些交易,应参照所谓“三十年”期限分别处理。但由于例文表述并不完全清晰,此处的30年期限可做两种理解。在第一种理解中,若契载不明的交易发生在自条例颁行的乾

〔21〕 参见〔清〕薛允升:《读例存疑·卷十》,中文研究资料中心1970年版,第280—281页。

〔22〕 参见〔清〕吴坤修等编纂:《大清律例根原》(一),上海辞书出版社2012年版,第443、445页。

〔23〕 参见〔清〕姚雨蓁原纂、〔清〕胡仰山增辑:《大清律例会通新纂·卷八·典卖田宅》,文海出版社1987年版,第987页。

隆十八年(1753)向前追溯的30年期限内,则应允许找、赎;若性质不明的交易发生在此30年期限外(即雍正元年[1723]之前),则一概以绝产论,不得找、赎。在第二种理解中,若乾隆十八年之前契载不明的交易,也发生在自当事人提起诉讼之际向前追溯的30年期限内,则应允许找、赎;若诉讼时间距离交易时间已过30年,则不得找、赎。尽管这两种解释都意味着对回赎权的限制,但第一种解释相比第二种仍显得对出典人/卖方略为有利:只要契载不明交易发生在雍正元年至乾隆十八年这30年期间内,那么出典人/卖方在乾隆十八年后的任何时刻都有权找、赎(实际上是承认了这部分交易中的无限回赎权);根据第二种理解,乾隆十八年之前发生的契载不明交易中的出典人/卖方,只能在交易后30年内提起诉讼,要求找、赎,超出此期间的找、赎请求将得不到法律支持(亦即对这类交易中的回赎权行使予以时效限制)。<sup>[24]</sup>

除了《大清律例》,《户部则例》至少在名义上是民事法源之一,因此亦值得考察。<sup>[25]</sup>在乾隆年间《户部则例》卷十七“典卖找赎”部分,有一条与上述乾隆十八年条例内容接近的则例(两者都源自乾隆十八年浙江按察使同德的上奏)。而随后另一则例的开始部分,系对上述雍正八年条例的重述(典期限满找价一次即绝卖、出典人别卖后偿还典权人原典价)。该则例剩余部分主要涉及转典、转典后的找、赎,以及典期:

至典契并原卖听赎之产,现业主果有急需,原主不能回赎,亦听现业主转典。倘有冒称原主之原主,隔手告找、告赎,或原主于转典未年限以前强行告赎,及限满而现业主勒索者,均治其罪……凡民人典当田房,契载年份统以三、五年至十年为率,限满听赎。如原主力不能赎,听典主执业或行转典,悉从民便。倘于典契内多载年份,一经发觉,追交税银,照例治罪。<sup>[26]</sup>

首先,这部分内容以委婉的语气,有限度地允许了转典,也就实际上承认了典权的市场流通性。其次,为保护转典关系中各方当事人利益,该则例非但禁止出典人越过转典人向现典权人隔手找、赎,甚至禁止出典人在转典人和现典权人约定的典限届满之前向转典人找、赎。最后,该则例要求所有典契规定的典期不得超过10年。根据寺田浩明的解释,此处对典期的限制,与其说是着眼于对回赎权的限制,毋宁说是为避免田房买家以长期典权的形式,来规避以绝卖方式置产所需支付的契税。即使在10年最长典期届满后,出典人也没有回赎义务,典权仍可延续。在部分地区(如19世纪末的台湾),承典已过10年的典权人,需要以典契投税,之后回赎时出典人须补偿典权人所付契税。<sup>[27]</sup>

[24] 即使到清末,薛允升、沈家本等职业法律人对“三十年”的理解仍有分歧,参见郭建,见前注[2],第195页。

[25] 参见林乾、张晋藩:“《户部则例》的法律适用——兼对几个问题的回答”,载朱勇主编:《崇德会典》、《户部则例》及其他——张晋藩先生近期研究论著一瞥,法律出版社2003年版,第76—111页。

[26] 故宫博物院编:《钦定户部则例·卷十七·典卖找赎》(第一册),海南出版社2000年版,第7页下—第8页上。

[27] 参见(日)寺田浩明:“论清代中期土地典卖規制中的期限”,魏敏译,载朱诚如、徐凯主编:《明清论丛》(第十八辑),故宫出版社2018年版,第307—311页。

同治朝《户部则例》卷十“置产投税”部分,也统一规定典契所载年份不得超过10年。同样的,该则例并非对回赎权的限制,而且其文字将户部对典交易规避契税问题的关注,呈现得更清晰:“……限满听赎。如原业力不能赎,听典主投税过割执业”。〔28〕

清代的省例,作为一省各类法规文书的汇编,也包含有大量涉及民事关系的规定。〔29〕此处考察的是浙、闽两地省例:《治浙成规》与《福建省例》。在前一部文献中,与本文最为相关的一个文件,是乾隆四十三年(1778)浙江巡抚王亶望、按察使国栋和布政使徐恕就上文已述及的乾隆十八年条例中“三十年”期限之含义的讨论,以及最终确定的全省通行方案。省当局的讨论结果显然不利于出典人。按察使的说法为:“若立契之日扣至告发之日,已逾三十年之限,契内虽无绝卖字样,但未注明回赎者,即以绝产论,概不准断令找、赎。其扣至乾隆十八年定例之日为止,分别限内限外之处,显与定例不符,应毋庸议”。〔30〕布政使也同样强调,衡量30年期限之“内外”的计算方法,“自应以立契之日起,扣至呈控之日止”。而另一种解释则违背了条例原意:“若自十八年追溯从前,则自雍正元年五月起止乾隆十八年四月定例之日,民间出卖一切契载不明之产,虽在百年之后,亦得指称在例限三十年以内,予以找、赎,似无此理,应毋庸议”。为避免出典人抢在此期限届满前起诉请求回赎、在官府支持其请求后却无钱回赎的情形发生,布政使还提议,应飭令出典人在起诉之际即备好赎价,预缴于官府库房,“总以契价交足之日,分别年限。倘逾限不交,虽断赎在前,仍以绝论”。〔31〕巡抚批准了两司的全部意见,并飭令全省通行。

《福建省例》中与有关典的规定,也体现出官方从平息纠纷的角度出发,对典契格式、私力救济等方面所做的规制。乾隆二十四年(1759),福建巡抚为杜绝出典人在回赎纠纷时私自抢割,明确规定若因回赎而提起诉讼,诉讼之年“如系何人布种,即令本人收获……其互争之处,即断归被割之人收管。即应赎者,亦不准其赎回”。〔32〕翌年,巡抚又针对典交易颁布了上下合同契式,其中“典主执上契,原主执下契,各执一纸为据,以便于回赎时原主执下契向典主取赎,收回上契”。〔33〕但直到乾隆四十八年(1783),按察使仍在向巡抚反映民间未曾使用过这种契式,并强调使用合同契式会产生一方当事人涂改所持契纸,以至回赎时两契内容不符的问题,“是欲除一弊而又滋一弊”。〔34〕可以想见,按察使的主要顾虑,是地方官在处理每起回赎诉讼时须检验两张契纸的工作量问题。结果,省当局决定废除合同典契的

〔28〕 参见《钦定户部则例·卷十·置产投税》(第六册),同治十三年校刊,第12页上。

〔29〕 参见王志强:《清代国家法:多元差异与集权统一》,社会科学文献出版社2017年版,第27—65页。

〔30〕 《治浙成规·卷七·民间告赎田产将满三十年者应令备价缴库俟契价交足之日扣算曾否已逾年限分别定断》,载杨一凡、刘笃才编:《中国古代地方法律文献》(丙编,第九册),社会科学文献出版社2012年版,第35页下一第36页上。

〔31〕 同上注,第37页上一第38页上。

〔32〕 《福建省例·田宅例·互争田亩》,大通书局1987年版,第442页。

〔33〕 《福建省例·田宅例·典卖契式》,大通书局1987年版,第443页。

〔34〕 参见《福建省例·田宅例·民间活典产业毋庸设立对契》,大通书局1987年版,第450页。

要求,放任民间继续使用单契。

甚至在府、县层级,地方官发布的在其辖区内具有法律效力的各类告示,也有涉及典交易者。可以想见,由于地方官直接面临出典人频繁告找、告赎带来的基层治理压力,所以他们经常对出典人之请求抱有谨慎态度。约在康熙十四年至十七年间(1675—1678)担任浙江嘉兴知府的卢崇兴,曾在任内发布告示,禁止“交易久定,年深日远者”借端找价,违者处以诬告之罪。<sup>[35]</sup>在康熙五十八年至六十年间(1719—1721)担任浙江天台知县的戴兆佳,也曾颁行告示,对出典后的找价问题予以调整。在这份告示中,戴兆佳首先承认,天台的田土交易多采取典或活卖的形式,所以为了预留日后找价,首次交易价往往低于绝卖价。在这种局面下,若一律禁止找价,则显然对出典人/卖方不公。但若一味放任找价,也容易发生“卖经数十余年捣找数番、入户办粮之绝产,亦投讼棍主维,驾虚渎控,希图朦混”这类情况。两相权衡下,戴兆佳给出的方案是:若交易只有正契,未经找价,允许出典人与典权人议明,依“时价”(!)一次性补足价额,然后立即投税过户。<sup>[36]</sup>尽管告示使用的语言带有一定的道德评价色彩,但其主体论证实际上依据的是等价交换、产权界定等原则。

综上,通过对清代法律有关典之表达的考察,可发现清代国家对民间典习俗中的市场—产权逻辑已有一定的认识,并在规制典之实践时着重强调了该逻辑。无论是中央级别的立法还是地方层面的告示,规则制定者都清晰地意识到,找价并不是额外恳求经济救济,而是对原价和绝卖价(乃至绝卖时价)间差额的弥补。对转典的允许,以及对转典关系中各方当事人权利的保护,也表明统治者承认典权的市场流通性,并愿意以国家法来保证流通的安全性。为着减少词讼纠纷、缓解税收压力,清代国家甚至主动地以法律形式,努力划定不同类型产权的边界,并且在划定过程中非但没有偏袒出典人,反而对其权利有所限制(如只许一次找价,以及年代久远、性质不明交易的回赎限制)。诚然,清代国家这些措施之动机多源自自身的基层治理和财税方面利益,而非以“确立近代所有权”为直接目标。<sup>[37]</sup>但这些举措若得以运行,也必然能在现实中起到保护产权、增进效率的“反射效用”。面对已经高度商业化和市场化的民间社会生活,清代国家治理呈现出明显的实用主义态度,而非想象中的道德主义。

### 三、清代的典纠纷裁判实践

我从清代出版文献和县衙档案中,辨识出 50 起与浙闽二省田房出典相关的案件。这些案

[35] 参见〔清〕卢崇兴:《守禾日记·卷三·一件严禁田房加价以遏刁风以奠民生事》,载杨一凡、徐立志主编:《历代判例判牍》(第九册),中国社会科学出版社 2005 年版,第 349—350 页;〔清〕卢崇兴:《守禾日记·卷三·一件府堂事》,载杨一凡、徐立志主编:《历代判例判牍》(第九册),中国社会科学出版社 2005 年版,第 359 页。

[36] 参见〔清〕戴舒庵:《天台治略·卷六·一件严禁富户措找措赎刁民告找告赎事》,成文出版社 1970 年版,第 593—595 页。

[37] 参见〔日〕仁井田陞:“明清时代的一田两主习惯及其成立”,姚荣涛译,载刘俊文主编:《日本学者研究中国史论著选译》(第 8 卷:法律制度),中华书局 1992 年版,第 421、430 页。

件在时间上涉及顺治、康熙、同治、光绪四朝,在空间上则覆盖了浙江嘉兴(府)、天台、太平、会稽、诸暨,以及福建汀州(府)、淡水(厅)、新竹等地(详见附表)。由于这两省清代县衙档案的存世数量极为有限,本文仍主要依赖官箴书和判词汇编中的案件(相关案件为40件)。尽管下文会列举一些数字,但这不表示本文是定量研究(材料性质不允许此种操作)。但这些数字的展现,虽不具有社会科学意义上的精确性,仍至少对思考相关议题有着直观的启发性。

按理说,官箴、判词汇编这类作品,由于基本都出自官员本人或其门生之手,所以更易体现士大夫阶层的儒家心智。这类文献保留的对典纠纷的判词和批词,也就更应呈现出情感—伦理逻辑。但实际情形并非如此。

### (一)未转典情形下的回赎案件

在总共28起未涉及转典的回赎案件中,有2起淡新档案中的案件,既未见结案记录,又无法从诉状上的批词中看出审断者对回赎的明确态度。

对其余26个案件的第一个观察结果,是回赎请求并非一律得到支持。在6个案件中,审断者直接拒绝了这类请求。拒绝的理由,在4个案件中极为明确:已找价绝卖之产不得回赎。在剩余两个案件中,实际上出典人尚未找价或尚未找尽(亦即原价和找价之和还未达到绝卖价,且尚未立绝卖契),因此本应允许回赎。但承审官员或调解人员非但拒绝回赎,而且要求出典人找价卖尽,从而将交易转化为对典权人更有利的绝卖状态。值得一提的是,在一个光绪年间发生于诸暨的案件中,知县在否决回赎请求后,明确断令双方依“时值”找价绝卖。<sup>[38]</sup>这显示出该官员对土地市场价格波动的清醒认识。

有20起案件的结果均支持回赎请求。但正如上文所言,支持回赎本身并非对市场—产权逻辑的破坏。更关键的观察面向,一是这些案件中是否存在对已绝卖之业回赎请求的支持(这就意味着产权边界仍不清晰),二是在确定赎价时是否恪守僵硬的原价回赎规则。

首先考察允许回赎绝产的情况。在这20起案件中,仅两起中的审断者允许赎回已明确绝卖的产业。其中一起发生在康熙年间福建汀州。因案情的极端性,该案审断显得颇为偏袒卖方。黄武奇因欠江西布商吴六合银300两,遂将房产绝卖后者抵债。黄武奇病故时,其子黄天衢趁丧事之机,将父亲尸柩停放于前述房产厅堂,以致吴六合因租客退房而损失房租收入。吴六合将黄天衢控至衙门,要求移柩出屋。但黄天衢声称该房产只是被出典,而非绝卖,并要求赎回。知府王廷抡当庭验契,证实该房产已经绝卖。但他在判决中却罔顾此事实,断令黄天衢于五日内筹集银200两,将房产赎回;若期内不能赎回,则必须移柩。若移柩后一年之内黄天衢仍能备得银200两,仍准其取赎;一年之外则须照300两取赎。<sup>[39]</sup>知府之所以如此偏袒黄天衢,可能是出于尽快平息这场借尸强赎纠纷、避免事端更加恶化的动机。另一案件发生于光

[38] 参见[清]倪望重:《诸暨谕民纪要·卷三·陈德孝等控蔡汝霖等捐赎押产由》,载杨一凡、徐立志主编:《历代判例判牍》(第十册),中国社会科学出版社2005年版,第491页。

[39] 参见[清]王廷抡:《临汀考言·卷十五·江西布客吴六合告黄天衢移丧夺租》,载四库未收书辑刊编纂委员会编:《四库未收书辑刊》(捌辑·贰拾壹册),北京出版社2000年版,第19页。

绪年间诸暨。知县判决绝产赎回的理由是,当事人为五服内亲属,而这类人之间的绝卖契赎回“固无不可”。〔40〕

还有一个诸暨案件的支持回赎判决,涉及典契内容与民间习惯的冲突问题。因涉案契据上载有“十年以内听赎”字样,而出典人要求回赎时距出典时间已逾近50年,所以典权人拒绝回赎。但知县却依据他所理解的习俗,将契中10年期限强行解释成10年以内不得回赎,10年以后允许任何时刻回赎,并断令照原价加倍回赎。〔41〕

接下来考察回赎与原价之关系。在总共20起允许回赎的案件中,除了在一个案件中无法获知赎价与原价之关系,只有4起按原价回赎,而赎价高于原价的案件数多达12起。断令以更高价额回赎的理由,有如下几种:典权人以修建水利设施或修葺、添造房屋的方式,对典产进行了长期投资(5起);未说明理由直接断令加倍回赎(3起,均出自光绪朝诸暨,可能该地存在以加倍回赎方式统一补偿典权人长期投资或典价利息的习惯);该产业的出典时价已经上涨(1起);典价利息(1起);回赎手续费的名义(1起);对典权人无理由索取高价的默认(1起)。这就表明,审断者在多数场合已能够结合本地习俗、典权人长期投资、物价变动、利息等等因素,对赎价予以综合、灵活的考虑,从而更好地保障当事人的利益,促进投资积极性。

3起以更低价格回赎的案件,也并不尽是因为出典人/卖方贫弱。其中一起为已经提及的卖方借尸强赎、知府考虑“维稳”被迫对其迁就的案件。在另一起中,知县的考虑因素,是典权人通过典产已收益颇丰,出典人却“贫而老独”。〔42〕最后一件则未明确提供支持该价格的理由。〔43〕也即是说,3件低价回赎的判词中,只有一件是明确的情感—伦理型判决。

综上,在处理回赎纠纷时,府县官员在大部分情况下,都能够遵循民间交易中已经成熟起来的“市场—产权”逻辑。他们愿意并能够区分绝卖与典/活卖,且一般不允许绝卖者的回赎请求。他们对合法典交易中赎价的认定,也不是机械照搬原价取赎规则,而是依据典权人长期投资、地方交易习惯、市场价格变动、利息或通胀等因素,来灵活确定金额,从而平衡各方利益,尤其是确保典权人的投资积极性。在总共28个简单回赎案件中,严格意义上的情感—伦理型判决,只出现在两个案件中(如果加上前述允许亲属间回赎绝产的案件的话)。诚然,有不少判词的内容,包含对典权人的亲情、道德或宗教(尤其因果报应论)劝诫。但这只是判决的附带性乃至修饰性成分。在地方官的判决结构中,市场—产权推理占据主导位置。大部分的判词都会明确地提及涉案交易的来龙去脉以及契约中的具体规定。在确定赎价时,判词也经常提及典

〔40〕 参见〔清〕倪望重:《诸暨谕民纪要·卷三·宣照海即沼海控宣贵伦卖屋翻悔由》,载杨一凡、徐立志,见前注〔38〕,第367页。

〔41〕 参见〔清〕倪望重:《诸暨谕民纪要·卷二·封登千等控冯文魁即文奎谋占厂屋由》,载杨一凡、徐立志,见前注〔38〕,第410页。

〔42〕 参见〔清〕倪望重:《诸暨谕民纪要·卷一·赵泉左控赵廷试捐赎祀会由》,载杨一凡、徐立志,见前注〔38〕,第410页。

〔43〕 参见〔清〕倪望重:《诸暨谕民纪要·卷二·周祖烈控冯楚峰串受田亩由》,载杨一凡、徐立志,见前注〔38〕,第442—443页。

权人修建水利设施、修葺或添造房屋等情况,并进行相应计算。劝导典权人同意回赎的亲情、道德或宗教说教,常出现在已经依市场一产权逻辑提出的解决方案之后的判词末尾部分。<sup>[44]</sup>考虑到清代地方政府常常缺乏足够的行政资源以强制执行司法判决,以说教方式来增加相对“冰冷”的判决获得当事人自愿执行的可能性,不失为一种可理解的实用策略。

## (二)未转典情形下的找价案件

在 11 件未涉及转典的找价案件中,否决找价请求的多达 6 件。否决理由也至为明显:涉案产业已是绝产。最让人惊讶的一起案件,发生于顺治年间嘉兴府。王八十一之父身前已将房产绝卖与王世臣。后王八十一因家贫欲找价,但遭拒绝。其母此刻又因贫苦和找价遭拒,倍感羞愤,竟在正月初一服毒自杀。王八十一将王世臣告至官府。知府李之芳(后官至文华殿大学士兼吏部尚书)却谴责原告是“以其母之死‘嫁祸于人,以快其欲’”,并严词拒绝找价请求。<sup>[45]</sup>其对市场一产权逻辑之冷酷维护,恐怕当代司法人员也难以望其项背。

上文已述及,找价不能简单理解为失去产业的出典人/卖方向典权人/买方寻求经济救济的非市场行为,而毋宁应从补齐典价与绝卖价(既可能是绝卖原价,又可能是绝卖时价)的差额角度来理解。因此,对于允许找价的 5 个案件,值得考察的问题,一为是否允许绝卖后的找价请求,二为找价与典价之和是否超过绝卖价。对于后一问题,如果判决确定的找价与典价之和没有超过绝卖价(即使经历多次找价),那么判决便遵循了市场一产权逻辑;如果明显超出这一额度(即使只允许一次找价),那么判决便可能是倾向于情感一伦理逻辑。

首先来看是否存在支持绝产找价的情形。有 3 个案件明确许可了这种请求,其判决理由均涉及请求找价者的贫穷境遇。在一起诸暨的案件中,原出典人已经找价并立绝卖契。当买主在所购地基上添造新屋时,原主趁机再行找价,获银 50 洋元。即便如此,贪心不足的原主又声称房屋基地前的晒场并未出卖,仍欲找价。知县调查契据后,认定晒场早已绝卖,并痛斥原主“贫而无赖”,其行径“情不能通,理不能遣,可恶至极”。但随后的判决结果却是一个大翻转:由于当事人是同族,且原主穷困,所以断令再次找价 16 元。<sup>[46]</sup>

但官府支持找价,有时也是出于政府自身的财税利益。在上述 3 个允许绝产找价的案件中,一个浙江天台案件的判词,除了提到卖方“一贫彻骨”,更是发现其“钱粮[即土地税]拖欠无偿”,因此断令买方再找七两,并以此直接替卖方清完税款。<sup>[47]</sup>与其说知县关心的是买方的生存状况,毋宁说确保官府财政收入才是判决的核心考量。

其次考察找价、典价之和与绝卖价间关系。很明显,在 3 个允许绝产找价之案件中,找价

[44] 例见[清]戴舒菴:《天台治略·卷三·一件背父灭据等事》,成文出版社 1970 年版,第 337—338 页;

[45] 参见[清]李之芳:《棘听草·卷六·本县一件为占杀活杀父母事》,载杨一凡、徐立志,见前注[35],第 172 页。

[46] 参见[清]倪望重:《诸暨谕民纪要·卷三·毛浚明控毛望高等毁基强诈由》,载杨一凡、徐立志,见前注[38],第 497—498 页。

[47] 参见[清]戴舒菴:《天台治略·卷三·一件叛占血业等事》,成文出版社 1970 年版,第 364 页。

和典价之和大概率是高于绝卖价。在剩余两个允许找价的案件中,由于出典人在首次交易后均尚未找价,且原典价要低于绝卖价,所以他们的找价请求属于习俗允许的、弥补典价与绝卖价间差额的行为。这种情形下典价与找价总额,应不会超出绝卖价。

综上,地方官在面临找价纠纷时,也多按照市场—产权逻辑来进行处断。在区分绝卖与典/活卖的基础上,他们一般会拒绝已绝卖产业之原主的找价请求,同时也保护尚未找价绝卖之出典人的找价请求权。尽管存在颇为极端的情感—伦理型判决,但这并非审断常态。

### (三)转典情形下的赎、找案件及其他涉典纠纷

清代频繁发生的转典现象,体现出典权作为一种投资对象的高度流通性。然而,由于典交易关系并非一次性的资源单向流动,而是有着找价、回赎等来回互动过程,转典可能会将这一问题复杂化,导致更多纠纷。如果初次交易后的典权人在转典时彻底退出原交易,由新典权人彻底取代其原本地位(亦即现代法学所谓典权让与),那么交易关系并不会因此而变得复杂。但现实情形经常是典权人转典后并不退出交易关系,这就可能出现在出典人与原典权人/转典人、原典权人/转典人与现典权人之间,各自发生找价、回赎的复杂状况。在这种局面下,为保护交易环节上所有人的利益,就有必要在原则上禁止隔手找、赎交涉。<sup>[48]</sup>

总共有8起案件事关转典交易中的回赎纠纷。多数案件中的审断者,都没有允许隔手回赎。在3起案件中,当事人和审断者都遵循交易顺序交涉,因而没有隔手交涉现象。在两起案件中,当事人尝试隔手取赎,但被审断者否决。剩下3起则由于判词提供的信息不完整,所以无法做出相关判断。

在这8起案件中,有一起淡新档案中的案件,涉及出典人试图以隔手取赎方式,回避其与原典权人债务纠纷,但被新竹知县和宗族调节者否决该尝试的情形。曾邦于咸丰年间将一份小租田产(即田面权)出典曾文,后者又将此业转典曾德芳。此后曾邦隔手向曾德芳提议找价绝卖,双方本已议定尽价银560元。但此时原典权人曾文出现,声称曾邦之弟曾瑞妙先后向其借银33元,因此要求曾邦首先解决这一债务问题,并拒绝隔手取赎。回赎一事暂时搁浅。后因地价上涨,曾邦又放弃绝卖念头,转而又向曾德芳(此时已去世)之子曾瑞钦提议隔手赎回田产(以便曾邦转售套利)。曾文再度阻挠,曾瑞钦亦不接受隔手取赎。知县亦否决隔手赎业。本案最终以调解销案:在曾氏宗族出面下,曾邦和曾文的典交易,与曾瑞妙和曾文的债务关系,得以分别清算,且曾邦必须首先向曾文备价取赎,而非直接隔手向曾瑞钦赎回。<sup>[49]</sup>

在这8起转典后的回赎案件中,有两起的判决以涉案产业已绝卖为由,否决了回赎请求。在一起诸暨的案件中,原主一份田产在宗族内经过两次交易到达现主手中。后原主主张两次

[48] 可以设想如下情形:出典人与原典权人之间在转典后发生了找价,而原典权人并未随即向现典权人找价。在不允许隔手交涉时,出典人欲赎回产业,就只能先向原典权人支付原典价和找价之和的价金(从而保证了原典权人的利益),然后由原典权人向现典权人以原典价回赎,再将赎得产业返还出典人。如果允许出典人向现典权人隔手取赎,那么不知找价一事的现典权人就可能同意出典人以首次交易的典价赎回,而原典权人向出典人所支付的找价金额将被架空。这必然会引发纠纷。

[49] 参见淡新档案,民事一钱债一典当,23205。

交易均是典,所以要求赎回。知县却依据契据文字,认定这些交易不是典,而是绝卖,所以不得赎回。但他同时又认为该产业契载卖价偏低,且当事人系同宗,所以现主应给原主找价 10 千文。<sup>[50]</sup>这其中卖价偏低的理由接近于等价交换的市场原则,而亲属关系这一理由则属于情感—伦理逻辑。

允许赎回的案件,也基本都符合市场—产权逻辑。6 起案件支持了出典人的赎回请求(包括虽否决隔手赎回请求,但支持依序赎回的情形),但没有允许绝卖后赎回的案件。在这 6 起案件中,2 起未出现赎价信息,3 起中的赎价为原典价,1 起中的赎价高于原价(因典权人修理过房屋)。

转典后的找价案件仅见一起(发生于浙江天台)。虽然该案判决允许名义上是绝产的找价,但其理由是原价和找价之和相比产业价值本身低太多。张朱氏故夫张元复身前曾将田 372 石、庄房一所、松树—林出典—潘姓武官,典价仅 100 两,该武官又转典陈君持。张朱氏先后找价三次(最后一次出具了绝卖凭证),分别得银 13 两、5 两和一两三钱。但张朱氏仍欲找价,遂引发纠纷。知县在判词中写到:“呜呼!以三百七十二石之田,而且有庄房如许、庄基松木如许,原价不过百金,所找不过廿两。其源不清,塞流无用。无怪张朱氏之不肯甘心于陈”。<sup>[51]</sup>因此,知县断令陈君持再出找价 32 两。知县的判决并非对出典人额外恩惠,而是对等价交换—原则的遵循(但在某种意义上也确实打破了典与绝卖的形式界限)。在判词末尾部分,为劝导陈君持同意支付找价,知县又添入了因果报应上的说教:“闻谚云:‘田地若将糠粃换,儿孙依旧换糠粃’。报施之理,历历不爽,可不惧哉!”<sup>[52]</sup>

在本文使用的 50 起涉典案件中,还有两起既不涉及赎回、找价,又不涉及转典。但其中审断者或调解者也都能从产权明晰化或确保等价交易的原则出发,对纠纷予以妥当处理。其中一起天台案件中的最初交易方案颇为特别:出典人将田业 40 石出典,典权人支付典价 40 两,除每年 40 石的地租收入,典权人每年尚可获得出典人另贴利息 8 两。但 3 年后出典人拒绝再交利息。知县认定,相比地租和利息收入,典权人支付的 40 两典价明显过低,于是判决要求典权人只得管业 22 石,其余 18 石退还出典人,后者当然也无须再每年支付利息。<sup>[53]</sup>另一起台湾新竹的案件,则涉及出典人在出典后又佃种同一田产的情形,亦即此后出典人须向典权人支付地租(此处是田面小租)。但后来发生出典人连续抗租的情形。经过邻里调解,典权人支付找价买尽该产业,而出典人则退耕,田产交由现买主另行招佃,以杜纠纷。<sup>[54]</sup>

在清代浙、闽地区,地方官对各类涉典纠纷的处理方式,大多呈现出虽不完整但仍清晰可辨的市场—产权逻辑。部分判决的确存在某些亲情、道德或宗教劝诫,但这些成分经常是附随

[50] 参见〔清〕倪望重:《诸暨谕民纪要·卷三·陈万利控陈宗富措赎佃田由》,载杨一凡、徐立志,见前注〔38〕,第 484—485 页。

[51] 〔清〕戴舒菴:《天台治略·卷三·一件契外占吞事》,成文出版社 1970 年版,第 381—382 页。

[52] 同上注,第 382 页。

[53] 参见〔清〕戴舒菴:《天台治略·卷三·一件负噬吞占等事》,成文出版社 1970 年版,第 361 页。

[54] 参见淡新档案,民事—钱债—典当,23207。

在判词的末尾部分,并非司法推理的核心要素,而是确保当事人遵守判决的权宜手段。明显违背市场—产权逻辑、严格意义上的情感—伦理型判决(如允许贫苦的卖方在绝卖后找、赎,或允许这类出典人低价回赎),在比例上处于边缘地位。本文的考察结论,或许与清代民事审判法源包含“情、理、法”的传统说法并不冲突。<sup>[55]</sup>因为“情理”或者“个案式的衡平”,并不一定就意味着所谓“前现代”或“非规则性”的情感、礼教或纲常,而是可能包含着对于民间已成熟起来的市场和产权观念的尊重。

## 四、结 论

在中国近代民法典编纂事业中,典成为重要议题。在1929年公布、1930年施行的《中华民国民法》物权编中,典权被吸纳其中,成为法定的物权种类之一。领导编纂任务的国民党元老胡汉民等人,为迎合其意识形态和政绩竞争需求,开始大力鼓吹将典权这一“为世界各国所没有的”制度纳入民法典的成就。他们的说法已为我们所熟悉:“这真是一种富有王道精神的习惯,为我国道德上济弱观念的优点”。<sup>[56]</sup>与其说帝制时代少数士绅对典习俗的片言只语影响了当代学者对典的看法,毋宁说国民党民法典的编纂者、鼓吹者和解释者对传统的系统性发明,在更大程度上左右了20世纪以来学者对该习俗的认识。

相比之下,秉持实践哲学的同时期中国共产党人,通过广泛开展社会调查、密切联系群众等手段,对包括典在内各种民间财产习惯,常拥有更清醒的认识。上世纪四十年代的革命者认识到,典并不是“弱者的武器”,出典人与典权人之间,并未呈现出前者贫、后者富的简单画面;甚至成分被界定为“地主”者,也有将土地出典给农民的情形。在回赎议题上,他们将“贫赎富”“平赎平”和“富赎贫”等情形予以区别对待,从而实现了阶级斗争和地权调整上更为精确的操作方案。<sup>[57]</sup>对“田土细故”实事求是的处理态度,也正酝酿着中国革命与国家建设的希望。

在某种程度上,本文是一次力求摆脱20世纪主流法学(包括法律史学)话语、以更为现实的社会科学眼光,来审视清代的典习俗、其立法表达与司法实践的尝试。结合现有的经济史研究成果,本文主张,清代的典习俗是繁荣的土地金融市场的产物,其经济合理性值得挖掘和肯定。典在经济上可理解为典权人的资金利息与出典人的不动产收益间的交易,在法律上可以理解为以占有、使用、收益和部分性处分不动产的方式,来实现典价利息支付和典价债权担保这双重功能的契约关系。典产的回赎,可理解为债务人为终止债的关系并收回承担担保功能的不动产,对作为债权人的典权人最初所付本金的偿还。找价是弥补典价和绝卖价间差额或原价和时价间差额的行为。这一市场—产权逻辑也得到了清代法律的维护。无论是清代各级

[55] 参见(日)滋贺秀三:“清代诉讼制度之民事法源的概括性考察——情、理、法”,载(日)滋贺秀三等著:《明清时期的民事审判与民间契约》,法律出版社1998年版,第19—53页。

[56] 胡汉民:“民法物权编的精神”,载吴经熊、华懋生编:《法学文选》,中国政法大学出版社2003年版,第450页。

[57] 参见郭建,见前注[2],第245—246页。

政权所颁行法律文件中的典制表达,还是地方官府对对各类涉典纠纷的审断,都明显呈现出清晰界定产权边界、遵循市场规律划分不同主体利益的趋势,从而有效地降低了交易成本,促进了资源流通和经济效率。长久以来,学者们在理解中国传统经济与法律时,时常会遭遇的一种可以理解的情感与理智上的疑惑:真的可以从纯经济角度去解释传统财产习惯吗?中国传统经济真的已经成为一个初步分化出来的领域,从而可以在相当程度上独立于政治和伦理等领域的影响吗?法律认可这种分化吗?晚期帝制中国真有如此“现代”吗?通过尽力摆脱原有价值前见的经验研究,我们已逐渐能对这些问题给出坚实的、至少是部分性的肯定答复,并为当代法律改革和国家治理提供若干本土资源。希望本文也能提供这方面的些微贡献。

## 附表 本文使用的涉典案件一览

表 1 未转典情形下的回赎案件

资料来源	时间	地点
《棘听草·卷六·分守道奉抚院一件为违旨灭宪事》	顺 6—11	浙江省嘉兴府
《棘听草·卷六·守巡两道一件为投献屠良事》	顺 6—11	浙江省嘉兴府
《棘听草·卷六·分守道一件为伪屠事》	顺 6—11	浙江省嘉兴府
《棘听草·卷六·分守道一件为占杀屠儒事》	顺 6—11	浙江省嘉兴府
《棘听草·卷七·本县一件为沸冤事》	顺 6—11	浙江省嘉兴府
《天台治略·卷三·一件背父灭据等事》	康 58—60	浙江省台州府天台县
《天台治略·卷三·一件价倍粮赔等事》	康 58—60	浙江省台州府天台县
《四西斋决事·卷一·陶冠涛批》	约光 16—26	浙江省绍兴府会稽县
《四西斋决事·卷一·许志坤等批》	约光 16—26	浙江省绍兴府会稽县
《四西斋决事·卷二·章少轩判》	约光 16—26	浙江省绍兴府会稽县
《四西斋决事·卷五·林文裕等判》	约光 16—26	浙江省台州府太平县
《诸暨谕民纪要·卷一·王士本控王鲁信捐赎房屋由》	光 21—23	浙江省绍兴府诸暨县
《诸暨谕民纪要·卷一·赵泉左控赵廷试捐赎祀会由》	光 21—23	浙江省绍兴府诸暨县

《诸暨谕民纪要·卷一·赵有桂等控杨大法霸住庄屋不管坟山由》	光 21-23	浙江省绍兴府诸暨县
《诸暨谕民纪要·卷二·宣照海即沼海控宣贵伦卖屋翻悔由》	光 21-23	浙江省绍兴府诸暨县
《诸暨谕民纪要·卷二·封登千等控冯文魁即文奎谋占厂屋由》	光 21-23	浙江省绍兴府诸暨县
《诸暨谕民纪要·卷二·王应氏与赵怀恩互争屋宇由》	光 21-23	浙江省绍兴府诸暨县
《诸暨谕民纪要·卷二·周祖烈控冯楚峰串受田亩由》	光 21-23	浙江省绍兴府诸暨县
《诸暨谕民纪要·卷三·曹盛昌控陈镐相即桂潮捐赎楼屋由》	光 21-23	浙江省绍兴府诸暨县
《诸暨谕民纪要·卷三·张瑞法与黄之瑶互控逞凶由》	光 21-23	浙江省绍兴府诸暨县
《诸暨谕民纪要·卷三·陈德孝等控蔡汝霖等捐贖押产由》	光 21-23	浙江省绍兴府诸暨县
《临汀考言·卷十五·江西布客吴六合告黄天衢移丧夺租》	康 35-39	福建省汀州府
淡新档案,民事—钱债—典当,23201	同 7-8	福建省台湾府淡水厅
淡新档案,民事—钱债—典当,23202	同 12—光 2	福建省台湾府淡水厅
淡新档案,民事—钱债—典当,23203	光 3-4	福建省台湾府淡水厅
淡新档案,民事—钱债—典当,23204	光 4	福建省台北府
淡新档案,民事—钱债—典当,23208	光 7-8	福建省台北府新竹县
淡新档案,民事—钱债—典当,23210	光 15	台湾省台北府新竹县

表 2 未转典情形下的找价案件

资料来源	时间	地点
《棘听草·卷六·分守道一件为宪斩事》	顺 6-11	浙江省嘉兴府
《棘听草·卷六·守巡两道一件为剖掠明火劫抄事》	顺 6-11	浙江省嘉兴府
《棘听草·卷六·本县一件为占杀活杀父母事》	顺 6-11	浙江省嘉兴府

《天台治略·卷三·一件叛占血业等事》	康 58—康 60	浙江省台州府天台县
《天台治略·卷三·一件恶措屠寡等事》	康 58—康 60	浙江省台州府天台县
《天台治略·卷三·一件欺寡吞孤等事》	康 58—康 60	浙江省台州府天台县
《天台治略·卷十·一件恩恩追价等事》	康 58—康 60	浙江省台州府天台县
《天台治略·卷十·一件叠剥棧房等事》	康 58—康 60	浙江省台州府天台县
《天台治略·卷十·一件僧秀峰具》	康 58—康 60	浙江省台州府天台县
《四西斋决事·卷一·高祥泰批》	约光 16—26	浙江省绍兴府会稽县
《诸暨谕民纪要·卷三·毛浚明控毛望高等毁基强诈由》	光 21—23	浙江省绍兴府诸暨县

表 3 转典情形下的赎、找案件

资料来源	时间	地点
《棘听草·卷六·分守道奉抚院一件为违旨灭宪事》	顺 6—11	浙江省嘉兴府
《天台治略·卷三·一件契外占吞事》	康 58—康 60	浙江省台州府天台县
《诸暨谕民纪要·卷二·蔡奎邦等控蔡观澜等骗价抗推由》	光 21—23	浙江省绍兴府诸暨县
《诸暨谕民纪要·卷三·寿玉书控王张氏盗墓占屋等情由》	光 21—23	浙江省绍兴府诸暨县
《诸暨谕民纪要·卷三·陈万利控陈宗富捐赎佃田由》	光 21—23	浙江省绍兴府诸暨县
《临汀考言·卷三·宁化县民雷万诬告官役诈赃》	康 35—39	福建省汀州府
淡新档案,民事—钱债—典当,23205	光 5	福建省台北府新竹县
淡新档案,民事—钱债—典当,23206	光 5—6	福建省台北府新竹县
淡新档案,民事—钱债—典当,23209	光 8	福建省台北府新竹县

表4 其他案件

资料来源	时间	地点
《天台治略·卷三·一件负噬吞占等事》	康58—康60	浙江省台州府天台县
淡新档案,民事—钱债—典当,23207	光6—7	福建省台北府新竹县

**Abstract:** The custom of *dian* in the Qing dynasty was a product of a highly developed land-financial market. The understanding of the practice of that custom in this period should be mainly based on the logic of market and property right instead of the emotional-ethical logic. The acts of *dian*-sales, redemptions, price-adding, and permanent sales all reflected full market rationality and clear boundaries between various property rights. Regulations of *dian* by legislation at all levels of the Qing state and the adjudication of disputes involving *dian* by various local governments—especially in Zhejiang and Fujian—were also in line with the market-property logic, thus effectively protecting and promoting the circulation of resources and economic efficiency. The study of Qing's *dian* custom, the corresponding legislative presentation, and relevant judicial practice will provide contemporary scholarship a clearer understanding of traditional economy and law, and will provide useful historical insights for contemporary land rights reform and the improvement of the state governance system.

**Key Words:** *Dian*; Market; Property Right; Emotion; Morality

(责任编辑:章永乐)