

中国历史上的典权

黄宗智^{*}

内容摘要：在清代和民国时期，典权制度赋予出典人有利的回赎条件，起到了照顾农村处于患难中的弱势群体的作用。本文从简述清代成文法和民间习俗中的典开始，通过考查与典卖交易有关的法庭案件，展现了此制度中的前商业逻辑和市场经济逻辑，以及它们所引发的问题。最后一部分讨论了典制度中长期存在的四个主要问题：找贴、期限、典权买卖以及与抵押的异同。

关键词：典 习俗 前商业逻辑 市场经济逻辑

一、导 言

“典权”是在有关中国《物权法草案》讨论中的一个争议较多的问题。其中一种主要意见是把典权等同于借贷关系中的抵押或质权，又或土地关系中的租佃，以为不必在那些法律范畴之外另设典权。这种意见认为，在今日的客观环境之下，典权所能起的作用最多只不过是融资的一种办法，是完全可以由抵押、租佃或其他合同取代的。那样，更符合国际产权惯例。但这是对典权的误解，因为它其实是一个西方现代法律所没有的、附有回赎权的土地转让制度，一旦出典，使用权便即转让，但出典人仍然保留以有利条件回赎土地的权利。

在清代和民国时期的农村实际生活中，典权制度不仅被应用于土地所有权，也被应用于土地使用权（包括田面权和永佃权）。清政府之所以在成文法律上正式认可这个制度，是为了照顾农村被迫出卖土地的弱势群体，认为典权符合仁政的理想。进入 20 世纪的法律改革，立法者原先试图用从西方移植的抵押和质权概念取代典权，但是后来，认识到这些概念不符合中国社会实际，因此，国民党立法者最终仍旧援用了典权，在《中华民国民法典》中特地另列了“典”的一章，其主要动机也是，在社会危机频繁的客观事实下，照顾弱势群体。

从历史经历来看，“典权”制度完全可以适用于今日农村的土地承包（使用）

^{*} 黄宗智，美国加利福尼亚大学、中国人民大学教授，清华大学人文与社会科学高等研究中心研究员。

权。它可以是融资、也可以是借贷救急的办法,但更重要的是它通过对出典人有利的回赎条件来维护农村处于患难中的人们的土地权利的习俗。后者其实是历史上的典权的最关键的一面。这一点在中国关于《物权法草案》的讨论之中尚未得到应有的重视。

典习俗,亦即土地的有保留出售,既包含继承过去的前商业逻辑,也包含帝国晚期不断增长的商业化了的小农经济的市场逻辑。它还体现了一种生存伦理,该伦理源于面对不断的生存危机的经济。一方面,根据土地永久所有权的前商业理想,它对那些不能够继续从所有地糊口的人给予特别照顾,允许他们可以无限期回赎土地;另一方面,根据市场逻辑,它允许买卖获得的典权本身,甚至允许买卖因涨价而获得的那部分赢利。

本文原是作者《法典、习俗与司法实践:清代与民国的比较》(上海书店,2003年版)的第五章,在法典以及诉讼案件档案的基础上,对清代和民国时期的典权的法律、习俗和司法实践作比较全面的探讨。本文从简述清代成文法和民间习俗中的典开始,利用一方去说明另一方,阐明它们两者间的一致与分离。然后考虑这些与典卖交易有关的法庭案件,借此既可以展现惯习的全貌也显示法庭惯常处理的各种问题。这两部分主要关注的是体现在典中的两种相反的逻辑所引起的问题。最后一部分讨论民国时期,特别着重于从清代法典到民国“民法典”的过渡期内的延续与改变。全文依次讨论过渡期内长期存在的四个主要问题:找贴,亦即由典卖权改为绝卖权时所支付的款项;合法回赎的时间限制;买卖典权;以及典与抵押(即借贷中以土地为担保抵押)惯习之间的混淆。

二、清代的法典和习俗

清政府对典卖交易课税的考虑在律 95(沿用明代法典)^{〔1〕} 有关“典买田宅”的开头一句中表现得十分清楚:“凡典买田宅,不税契者,笞五十。”藉此决定对典交易课税,当然,晚期帝国政府也由此承认典卖土地的合法性。

(一) 典 与 绝 卖

首先,典须与绝卖明确区分开来。雍正八年(1730年),清法典加了一条有此作用的例:“卖产立有绝卖文契,并未注有找贴字样者,概不准贴赎。”(例 95-3)。但典与此不同:“如约未载绝卖字样,或注定年限回赎者,并听回赎。”换句话说,典首先是可以回赎的有保留的出售。

〔1〕 本文对法典或法典草案仅以条或律引用,除非不清楚谈的是哪一部法典;除大清律例和1925—1926年的民法典草案外,余皆以题目排列。清代法典参考的是薛允升编(1905年)、黄静嘉校的版本;引用律依照的是黄静嘉的编号系统。1925—1926年法典草案参考的是潘维和《中国历次民律草案校释》。

此例的措辞也表明回赎土地的权利一定要在出售时清楚标明为可以回赎的典卖才可能存在。法律把证明的负担置于绝卖(而非典卖)一方:契约必须声明本交易是不可回赎的绝卖。若没有如此声明,法律将认此交易为典卖,认交易的土地为可以赎回。而且,除非典约特别规定一段时间作为回赎时限,法律将视交易的土地为无限可赎。

在此我们看到清代法典偏向被迫出售土地的小农。法典秉承土地永久所有权的前商业社会理想,因此允许无限回赎。同时,法律(像其成长于斯的社会习俗一样)考虑到农民通常只有在走投无路的情况下为了生存才出售土地,出于对那些生存受到威胁者的同情伦理,法律试图给予贫弱者方便。它虽然通过同意尊重绝卖契约迁就了清代不断增长的买卖土地的现实,但它另外也为出典人提供了回赎土地的最大机会。在没有与之相反的明确声明的情况下,法律假定土地出售带有无限的回赎权。

在其他类似的有关小农生活的领域中,法律的立场显示了始终如一的道德姿态。例如,在律 149“违禁取利”中,强行限制在小农借贷中可能收取的利息,以试图保护贫困者免受高利贷的盘剥。又比如,通过律 312“威力制缚人”,法典严禁豪强地主对佃户动用私刑。这些律文源自《大清律例》仁政的儒家意识形态,把自己表达为不仅具有基于法家意识形态的严厉的父权,也具有基于儒家仁治的善意的母权。这也正是“父母官”这一隐喻所蕴含的意思。^{〔2〕}

根据案件记录判断,清代的许多土地出售契约并未说明其是绝卖不可回赎的还是典卖可以回赎的。按照法律,依没有明确声明的契约买卖土地者其后人在土地易手几代以后仍可以要求回赎。这样的要求可能会在很长时间后提出,那时典权人及其后代已经理所当然地视此土地为他们自己的财产,争端因而不可避免。

(二) 时限与找贴

为回应此类问题,清代法典在乾隆 18 年(1753 年)对那些没有明确是典卖还是绝卖的契约制定了 30 年的时间限制:

嗣后民间置买产业,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。(例 95-7)

这样,依没有明确声明的土地出售契约售出的土地“只”在 30 年内可以回

〔2〕 黄宗智,《清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践》,101、219 页,上海,上海书店出版社,2001

赎,而不像依明确声明可回赎的契约出售的土地那样可以无限期回赎。^{〔3〕}

像几乎所有与典有关的事一样,这一 30 年的规则也可以作两种不同的评价。它可以被视为法律的适应性改变,从无限回赎的出发点到市场交易的现实。但它也可以被视为顽强坚持源于前商业经济土地永久所有权的理想,规定如此充裕的时间以便于出典人回赎其产业。

法律面对的另一个问题是当出典人想回赎或绝卖已经涨价很多的土地时该怎么做,应该依据时价还是原价?根据前商业经济的逻辑,这个问题根本就不该出现。它假设价格基本稳定。因此回赎须依原典价进行,而绝买则须补足原典价^{〔4〕}和土地全价之间的差额。但是在价格经常波动的市场经济中,其逻辑为后来的交易应该是依当时的价格而不是原价格进行。绝买者和回赎者双方均得支付土地典价与时价的差额。

大清律例采取了介于二者之间的立场,尽管这一立场靠前商业经济逻辑比靠市场经济逻辑更近。首先,它根本不考虑要求回赎土地者支付土地溢价的可能性。出典人有权仅仅支付原价赎回他典卖的土地,不管市场价格有多大变化。但绝买全然不同,这方面市场逻辑流行到这样的程度,以致 1730 年的例要求绝买土地的典权人以时价支付,也就是说,他得支付原典价和市场时价之间的差额。用法典的话说,交易以“凭中公估”的价格进行,并“另立绝卖契纸”。清法典称此种交易为“找贴”。

由于古汉语的灵活性,“找贴”一词不仅可以用作名词指那种支付和交易,也可以用作动词指买卖任何一方所采取的行动。于是,出典人可以说“找贴”他的土地,意思是他现在是在以他得到的原典价和此土地的市场时价之间的差额绝卖他曾典卖的土地。同样,典权人也可以说“找贴”土地,意思是他利用那笔钱购买剩余的权利以便拥有全部的所有权。另外,任何一方的行为都可以由此词的缩写指代,即利用此合成词中的任何一个字“找”或“贴”,一如大清律例在其 1730 年例中所做的那样(例 95-3)。

但“找贴”支付是清代法律编纂者所能容许的市场逻辑的极限。在民间做法和话语系统中有“找价”的概念,即典权的市场时价与其原先典卖交易时的价格之间的差额(因为典权的价格是与土地的价格成比例地上涨的)。很清楚,在

〔3〕 此段中 30 年的规定有点模棱两可,因为该例可以被理解为只适用于 1753 年以前签成的契约,于是人们可能会坚持法典根本无意对 1753 年之后所签的新契约制定 30 年的时间限制。我怀疑很可能是立法者用过去的话进行表达,因为在他们刚刚要求所有契约都必须明确载明时限后,再谈将来时限不确定的契约似乎不恰当。另外,如果对采用该例之前的契约有 30 年的时间限制,也就是暗示那个日期之后的契约也应有同样的时间限制。不管怎样,我们的案件记录证据毫无疑义地表明,清代县令把此例理解为对不明交易制定 30 年的时间限制。岸本美绪“明清时代における‘找价回赎’问题”,是在“晚期中华帝国的法律、社会、与文化”研讨会上宣读的论文,其附录第 17-18 页载有清代杀人案件中县令依 30 年规定判决的三个例子。

〔4〕 在 1930 年代的华北这一价格通常是绝买价的 60%~70%,见黄宗智:《华北的小农经济与社会变迁》,184 页,北京,中华书局,1986。

1730年的例之前,出典人可藉威胁以原典价回赎典产而不断要求额外的“找价”。这样,出典人和典权人在“找价”上存在频繁的冲突和诉讼也就毫不奇怪。为回应这种情况,清代法典试图通过规定仅限一次“找贴”来阻止出典人的不断需索。它从未承认或批准习俗中的“找价”概念。它根本就没有使用这一术语。根据法律,只能有一次“找贴”。

(三) 出售和转典典权

市场惯习给立法者们出了另外一个难题。典不仅给予典权人使用此土地的权利,也给予他对土地部分的所有权。因这种权利带有市场价值,它被广泛地买卖。在最简单的形式下,它被典权人绝卖给第三方。但也可以典卖,在一定的时期内可以回赎,像原先出售它一样。换句话说,典权本身可以被典卖,交易中这叫做“转典”(后来的国民党民法典所使用的正式英文翻译是“sub-dian”)。案件记录表明转典发生得相当频繁。

清代法典完全没有留意这些惯习。也许是因为它们还没有产生很多的纠纷而迫使立法者去立新法。或者也许是因为立法者们坚持前商业逻辑优于市场逻辑而干脆拒绝承认这些市场惯习。

(四) 既非租赁亦非抵押

至此应该清楚典绝对不是租赁。对此事在某种程度上会令人有些困惑,因为实际中典有时会被称作租赁以应付法律。新的典权人接管典卖土地的耕种可以通过自称提前付租或支付地租押金(实际上是支付的典买价)以换取一段特定时间(实际上是双方同意的典期)内免租耕种的权利来避免外表上表现出典买。这是处理旗地的常见方法,因为依照法律旗地是禁止售与普通汉人的。Christopher Isett 指出,这种托词在东北尤其普遍。那儿到处都是旗地,这些旗地在清代越来越多地被暗中典卖或绝卖给汉移民。^{〔5〕}为禁止此类非法行为和表达,法典明确规定旗丁租出旗地(运田,屯田),得以一年为限期,并不准提前收取任何租金(例 95-5)。不过,事实上旗地仍被迅速出售。

在惯习中,典(有保留的出售)与抵押(借贷中作为抵押的土地)之间的区别非常清楚。在抵押中,借款者并未放弃土地的使用权,但假使他一旦未能偿付借款,作为抵押的土地的所有权将转给债权人。起码是应该如此。实际上,抵押的契约并非一定明确无误。1910年司法部所做的地方习俗调查表明,在江苏省的一个县,即使在拖欠贷款之后,土地所有权的转让通常也会推迟五年、七

〔5〕 See Isett, Christopher Mills, *State, Peasant and Agrarian Change on the Manchurian Frontier, 1644-1944*, Ph. D. dissertation, University of California, Los Angeles (1998), 第四章。

年、或甚至十年,不像“动产”的转让到期立即进行。^{〔6〕}也许正是因为土地让渡中的此类困难,这些交易有时附有其它契约。如浙江嘉兴县乡民告贷时还得出不动产作抵写立卖契,以备在拖欠贷款的情况下使用。^{〔7〕}在福州甚至有这样的做法,债务人须签一份出租契约,让债权人在必要时证明是他拥有这块不过是租给债务人的土地。^{〔8〕}

这些纯粹是地方的惯习。清代法典立有条款承认典习俗的合法性,但没有承认抵押的合法性。与抵押最接近的范畴是“典当”,主要用于动产(律 149)。

习俗与成文法在清代于是以错综复杂的形式组成我们所知道的典。法律承认典卖土地有“权”回赎的事实,因此也赋予了它合法性。尽管这样,为处理争端,法律规定那些没有明言回赎的典契有 30 年的回赎限期。清代法典也承认土地市场价格变动的事实,但它只允许买卖双方绝买(卖)时“找贴”一次。

但清代法典不可能完全迈入自由市场经济。它不允许出典人乘机利用土地价格上涨(亦即典价的上涨)向典权人不断索求“找价”的做法。它根本就不承认买卖典权的惯习。这样,清政府在典习俗体现出的孪生逻辑间寻找微妙的平衡适中。它在很大程度上承认帝国晚期市场交易的现实,但也坚持从前朝继承的前商业逻辑的某些方面。

三、清代的习俗与法庭行为

通过考查案件记录可以更清楚地看到典的特殊特性和复杂性。^{〔9〕}多种多样的诉状和反诉为我们同时显示了民间习俗和法律实践,并有助于进一步阐明前商业逻辑和市场经济逻辑两者如何在典中纠缠在一起。

(一) 前商业逻辑

很明显,出典人一般都认为他们拥有无限的回赎权。我们有不少案件提到人们试图赎回许许多多以前典卖的土地。如在 19 世纪宝坻的一件案子中,

〔6〕《民商事习惯调查报告录》,318 页,北京,司法部,1930 年。

〔7〕同上注,1018 页。

〔8〕同上注,1077 页。在台湾地区,用一块地的权契当作贷款的抵押时,称作胎借。典词只用于有保留的土地出售。见 Allee, Mark A., *Code, Culture, and Custom: Foundations of Civil Case Verdicts in a Nineteenth-Century County Court*, in Bernhardt(白凯) and Huang(黄宗智) eds., 122-41(1994), pp. 135-36。

〔9〕以下讨论以 22 件清代典案件为基础:巴县 11 件、宝坻 3 件、及淡-新 8 件。为参照方便,下面说明引用案件时使用的格式。括号内的数字是我自己使用的案件号码归类(债-债务,继-继承,土-土地,婚-婚姻)。日期以年、月、日(1893. 7. 4)形式表示。它们是原始告状的日期(若有),否则即是判决日期。

宝坻:卷号与阴历日期;巴县:全宗号、目录号、案卷号、阴历日期(若有);淡水-新竹:整理者的编号与阴历日期(引用时简称淡-新);顺义:目录号、案卷号、阳历日期;宜宾:只据日期(档案尚未完全分类);乐清:只据日期(所有案件都出自全宗 2、目录 2、卷 61);吴江:全宗号、目录号、案卷号、阳历日期。第二历史档案馆:中华民国大理院、京师高等审判厅民事案件,依法院、卷号、页码、以及日期引用,如大理院,241: 878, 1915. 2. 22; 京师, 239: 2496, 1916. 12. 27。括号内的号码系白凯所藏复印资料的编号,依卷和页码编排(如[3: 514]; [9-1685])。

赵永的曾祖父曾在 1788 年典卖土地给一个姓项的人,项后来又把土地租给两个佃户刘和与刘顺,他们耕种此地已不止 45 年。现在(1865 年),赵永想赎回土地,他用抢割佃农麦子的方式来表明他对此地的所有权。由此引发了一场角斗和诉讼。^{〔10〕}又比如,在新竹,李进声的叔祖曾在 1835 年把他的地典给苏恭。46 年之后(1881 年),刘想从苏的孙子苏黎手中将地赎回,结果也引发争端与诉讼。^{〔11〕}

在最初的典交易以后很久再提出回赎要求,某些出典人并不是真的想赎回土地,而不过是试图逼使典权人支付额外的找价。但毫无疑问,社会习俗和成文法允许永久拥有土地理想的存在,也允许对被迫出售其土地的穷人给予特别关照的伦理的存在。

在上面所引的第一个例子中,争端最后在法庭外得到调解。赵永被允许留下他抢割的麦子——这也许正是他起初所想要的东西。作为交换,他保证让项姓典权人继续租田给现在的佃户。他能保留所抢割的麦子也许可以视为法律对其无限回赎权合法要求的承认。在第二个例子中,县令在起诉状上写下如下的批语“该田系尔叔祖出典苏恭……其孙苏黎等安能抗赎?”案件记录到此为止,可能是因为诉讼当事双方已经看到县令将如何判决,因此通过调解达成协议。

甚至绝卖的土地也可能被认为并非完全绝断的交易,因为法庭有时像社会习俗一样倾向于承认出售土地者对其土地的道德与感情依恋的合法性。如果出售者的祖坟坐落在耕地内而又必须包含在交易中,往往会引起这样的争端。在巴县(也许还有其他的地方),这种情况下通常会制定一些预防措施。这方面的习俗逐渐演化成让出售者在契约中特别说明他可“摘留”坟地。

但多起案件显示,这种做法充满潜在的冲突。有这么一个例子,当几年以后买者的儿子在坟地上牧养牲口时原主人提起诉讼。^{〔12〕}在另一个例子中,当新主人在坟地上种庄稼时,原主人提起诉讼。^{〔13〕}对那些易手多次的土地,争端更容易兴起。例如,在田产转手三次之后,当新主人想把他自己的母亲葬在坟地上并砍伐其上的树木时,前业主提起诉讼。^{〔14〕}在另一件案子中,旧业主提出诉讼,因他得知买家转售了土地而没有为他摘留坟地。^{〔15〕}

第一件案子由邻居调处,他们核实被告没有一再侵犯坟地。换句话说,社区承认旧业主对坟地的权利。在第二个案子中,中人对于土地的争执没有提出任何看法,而是找出了隐藏的真正(但没有加以说明)的争端。在第三个案子(也由邻居调处)中,两造皆同意“日后坟茔各管,不得复生祸端”,因而也承认旧

〔10〕 宝坻 104,1865.5.22 [土-16]; 亦见宝坻 106,1882.2.18 [土-22]。

〔11〕 淡-新 23208,1881.11.21 [土-130]。

〔12〕 巴县 6.1: 761,1777.3 [土-42]。

〔13〕 巴县 6.2: 1427,1796.6 [土-47]。

〔14〕 巴县 6.2: 1421,1807.4 [土-46]。

〔15〕 巴县 6.3: 2637,1822.11 [土-99]。

业主对土地要求的合法性。最后,在第四个案子中,县令同意调查此事,亦即承认原告要求的合法性,尽管他还是作了这样的批示:“如系藉坟需索……定行重处不贷。”

当新业主觉得旧业主超过了道德所允许的要求范围时也会引起冲突,如果契约没有特别说明保留坟地更是如此。这样当原业主继续在已转手三次的土地上搭棚住宿并砍伐坟地以外的树木自用时,该产业的新业主提出控告。^[16]与此类似,一个贫穷的寡妇和她的儿子不得已出售了土地,但之后因无处栖身而在其祖坟地上搭棚占居,新业主因此控诉。^[17]我们总共有七宗巴县档案涉及新业主控告旧业主侵犯他们的权利。^[18]

在刚刚引用过的两宗案件的第一宗中,被告在契约上摘留了坟地,因此对其有合法的权利,但他明显侵占了坟地以外的土地。调解者商定澄清坟地边界并要求被告赔偿他砍伐的树木,以此解决争端。在另一宗案子中,寡妇及其子在出售其土地时显然没有摘留坟地,因此当他们听说控告后就作出让步同意搬出,没有坚持到正式的庭讯。原告随即恳请销案。

巴县的这些案件清楚地表明,在前商业经济中,土地远不仅仅只是一件可以买卖的财产。它甚至也不只是维生的基本来源。它是一个人尊严感的根本基础。它使一个人有别于“无家可归”、被迫四处漂泊之类的可悲者,它体现了一个家族的香火的延续,具体的表现就是家庭坟地。出售土地因而会是对售者具有深刻象征意义的行为。正是认识到这一事实,习俗逐渐演化为允许售者摘留家庭坟地的所有权。^[19]尽管清代法典没有特别提到此类惯习,法庭明显地倾向于承认它的合法性。

这种同情被迫出售土地的农民的文化给前面提及的种种敲诈勒索行为提供了机会。然而法庭对这种滥用并非视而不见,对处罚作恶者也决不犹豫。例如有这么一个例子,宝坻县一名叫周福来的人 1839 年惹出来的案子。几年前福来的父亲曾典卖过十亩地,这块地随后由福来的叔叔(被告福顺的父亲)赎回,立有书面契据。后来,福来以不知多少钱将此地绝卖给他的叔叔。这次买卖也有契约记录。到了 1839 年,福来已一贫如洗(他连老婆也卖了,无家可归,四处流浪),于是捏控诬告其堂弟福顺强占了他仍保留有回赎权的土地。知县经核实真情,下令以妄控罪责福来 30 大板。^[20]

在一宗 1882 年的新竹案子中,又是书面契据使原告遭难。李溪猛的父亲

[16] 巴县 6.2: 1430,1797.8 [土-48]。

[17] 巴县 6.4: 1707,1851.8.19 [土-54]。

[18] 除上面所引两宗案件外,见巴县 6.1: 739,1774.8 [土-37]; 6.2: 1415,1797.1 [土-15]; 6.2: 1418,1797.3 [土-44]; 6.2: 1430,1797.8 [土-48]; 6.3: 2623,1852.8 [土-89]。

[19] 这在华北的习俗中也很明显。买方设宴庆贺交易完成并感谢中人,但卖方绝对不会被指望同样设宴,正证明人们认为他显然是受损失的一方,见黄宗智:《清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践》,55-56 页,上海,上海书店出版社,2001。

[20] 宝坻 194,1839.2.23 [土-1]。

很久以前曾典卖一块地给被告梁福的祖父。溪猛后来又将该地按找贴绝卖给新的典权人(这位典权人曾从梁福的父亲手中购得典权)。双方签有契据以证明系绝卖。这个例子中的问题是契据本身的合法性。李溪猛声称那是伪造的,因此他有权回赎土地。法庭查实该契据既真实又合法(即已经纳税),下令当堂答责李溪猛。^{〔21〕}

在第三个例子(来自 1797 年的巴县)中,两兄弟回到乃祖 30 多年前售出的土地上“搭篷霸居”,伐竹木出售,且向新业主索诈。法庭根据新业主的告状认为兄弟俩可能是“藉坟滋事”。后来似得到村首和四邻的确证,兄弟俩因而同意调解息事。^{〔22〕}

(二) 市场逻辑

上引诸案显示了前商业理想的力量,但它们也显示出其反面:市场逻辑的侵蚀不断增加。在绝卖中,新业主控告原业主就是因为他们认为其权利受到侵犯。凭市场购买并依照法律,他们视自己为新业主,拥有全部产权。这就是为什么他们要抵制原业主回赎的要求。这也是为什么他们不肯接受原业主对坟地的要求并请求法庭处理。即使那些只典买了土地的人也倾向于认为所买之地属于他们,长时期之后更是如此。这也就是为什么在最初的交易进行多年之后,当出典人要求回赎其土地时会引发冲突和诉讼。可以理解,一个长期持有典权的人会理所当然地视土地为己有。

如果典权人不是把地回租给出典人,而是自己耕种的话,他对此土地的所有权感觉更强烈。如在 1868 年的新竹,黄万盛曾从梁本立处典买过一块地,约定期限 10 年。黄在典期内耕种土地,据他所言,他通过修筑坡坝提高了该土地的生产力。到了梁回赎产业的时候,黄不愿意,因他作了投资。梁当然不同意放弃回赎,诉讼遂起。^{〔23〕}

一个想要赎回典地的人很可能会发现他面对的不仅仅是当初与他或他的先辈做交易的人,因为典产带有可进一步交易的市场价值。(确实,在这个处于帝国晚期的商业化了的小农经济中,甚至租佃权也具有可交易的市场价值。)新的典权人可能利用典权作为贷款的抵押,也可能把典权售予他人,或典卖或绝卖。我们已经看到,清代法律从未承认此类典权交易。

这样的做法会把这些交易完全搞混,正如 1873 年的一件新竹案子那样。案中原告萧源的叔婶在他不在场时把家里的田典卖给曾火炉的祖父,期限定为 20 年。典期到时,萧试图赎回土地,但得知曾火炉不再据有典契,因他用此典契

〔21〕 淡-新 23209,1882.3.8 [土-131]。

〔22〕 巴县 6.2: 1418,1797.3 [土-44]。

〔23〕 淡-新,23201,1868.10.23 [土-123]。

作抵贷了一笔款(或至少他说是这样)。此外,曾坚持乃祖绝买了此地,不是典买。^{〔24〕}

如果典权已被转卖,回赎变得更加困难,一件 18 世纪的巴县案子表现的就是这样。杨攀龙曾典买了刘洪志的一块地(那儿对典的称呼是当),然后在土地价格上涨时把地转典(转当)给了另外一个人。此前刘控告过杨要求得到杨的部分利润,并成功地让法庭命令杨额外付他 20 两银子。在此新的诉讼中,杨要求刘赎回土地。对刘来说,他想以他收到的典价与土地的市场时价间的找贴差额绝卖其地。但他在杨同意首先赎回他转典的典权之前不能售出土地。法庭下令刘另寻买主并警告杨在刘找到买主时不得阻挠交易——他必须赎回转典权并让刘出售土地。^{〔25〕}

1879 年新竹的另一件案子更加复杂,案中曾邦在若干年前把他的土地典给曾文。曾文后来又把典权转典给曾瑞钦的父亲。但当曾邦试图赎回其地时引起了一场纠纷,原来他的弟弟瑞妙曾用该地余下的所有权向首位典权人曾文借钱,而且这笔钱仍未偿还。但我们知道,实际上原告曾邦对重新得到土地并不真的感兴趣,他只是想借回赎的威胁得到一笔更高的绝卖价。他原先以 420 元的价格把土地典给曾文,当价格上涨后,曾文则以 445 元将典权转售给曾瑞钦的父亲。曾瑞钦的父亲不久前出价 560 元将土地绝买,以图其进一步涨价,并甚至付予曾邦 10 元钱的押金以确保成交。但认识到该土地的价值会持续上涨,曾邦又另打主意。他决定起诉要求赎回土地,企图挣更多的钱。在所有这些过程中,原典权人曾文仍有一定的发言权和所有权,因为转典之后他保留有部分典权,也因为他借钱给曾邦的弟弟而有部分所有权。^{〔26〕}

梳理该案子对任何县令来说都是一场恶梦,在各方的多次起诉和反诉之后,它最终由三方的亲族经调解解决。虽然我们不知道最后处理的细节,但现存记录本身已足够显示市场的做法已把前商业经济理想改变到什么样的程度。像这样的土地出售根本不是清代法典想象的、只涉及原出典人和典权人两方的简单事情。想要买地的人是一位转典权的持有者,必须想办法得到原典权人以及出典人的同意。原来简单的交易不仅仅牵涉到多方,而且所有“权”本身也被各方分割成不同形式的好几部分。在这个案子中,前商业逻辑下的典的理想显然已被缜密复杂的市场实际做法取代。

支持这些做法的市场逻辑容易被滥用,和前商业理想中的无限可赎并无不同。最通常的滥用形式是当某个地主典卖一块他已经典卖给他人的土地时,在同一块土地上得到多次买价支付。例如在 1775 年的巴县,周登荣曾把他的土地典给三个不同的人,从每一个人那里他都得到了他认为公平的补偿。后来他

〔24〕 记录到此为止;淡-新 23202 号,1873.10.18 [土-124]。

〔25〕 巴县 6.2: 1413,1796.11 [土-14]。

〔26〕 淡-新 23205,1879.2.18 [土-127]。

屈从于其中一人而把田绝卖给他,事情因此暴露。另外两位典权人向法庭起诉要求偿还他们已支付的典价。^[27]

在同一年巴县的另一件案子中,刘顺珍及其兄曾从张伦元及其兄手中购得一块地。刘氏兄弟中的一位(哪一位不详)显然没有足够的钱购买,他同意把部分典权让回给张氏兄弟。但之后他又改变主意将该部分典权卖给第三者刘秀珍。^[28] 该案件的事实真相扑朔迷离,各方陈述互相矛盾(档案记录也未显示有任何清楚的解决结果)。我引用它仅仅只是作为一个例子表明典的制度可以如何被利用和滥用。

大清律例的典卖土地条款提到这样的违法行为。该律(律 95,沿袭自明代)明确禁止出典人出售已经售与他人的典权。但很明显,这些欺诈行为一直存在——当小农经济变得日益商业化时,我们可以推测这种违法牟利行为对于人们变得更有吸引力。

四、民国时期的典惯习

民国案件记录表明,尽管商业化程度不断加深,^[29] 典惯习仍有强大的力量。人们继续期望典卖了的土地可以无限期,或至少在很长一段时间内可以回赎。例如在顺义,原告王永增的父亲王锡全曾典给张桂林三亩地,张后来又转典一亩并把剩下的二亩租给被告王公新。到了 1922 年,永增想赎回土地,但公新不肯。永增设法说服了原典权人张桂林控请赎回他转典给公新的一亩地,然后永增从张手中赎回全部三亩地。但王公新及其一家拒绝把土地让与永增,于是永增要求法庭维护他赎回的土地的权利。法庭最后裁定永增胜诉并下令警察和村长强制执行判决。^[30] 又如在乐清,吴寡妇的丈夫 1916 年曾典卖掉他三块地中的一块(另两块地绝卖)。29 年之后(1945 年),当吴寡妇要求赎回该地时,法院准其所请。^[31]

买卖典权的复杂的市场惯习在民国也继续发生作用。在刚引用过的王永增的案子中,原典权人张桂林曾将土地转典给王公新。当永增要赎回他的土地时,不是原典权人张桂林,而是转典典权人王公新抵制回赎。在乐清另一个相似的案子(1945 年)中,钟左川曾典出他的两亩地,这两亩地后来由其姑表兄张茶盛赎回。依照典的逻辑,只要有能力,钟应该可以从他的姑表兄处赎回他的土地。然而张茶盛趁土地市场上升之际把典权绝卖给了朱再烈,没有征求钟的

[27] 巴县 6.1: 749,1775.10 [土-71]; 类似的以欺诈手段出售的案件见巴县 6.2: 1428,1797.8 [土-85]。

[28] 巴县 6.1: 746,1775.3 [土-70]。

[29] 以下的讨论以 16 宗典案件为基础: 顺义 7 件、乐清 5 件、及吴江 4 件。

[30] 顺义 2: 212,1922.7.4 [土-70]。

[31] 乐清,1945.11.30 [土-3]。

同意。钟同时控告张朱两人,试图赎回土地,法院判决他在理。^{〔32〕}

这两宗案子,像民国时期的许多案子一样,与清代例子并无不同。但下面陈述的大多数例子则从不同的侧面表明了民国“民法典”的影响,因此我们有必要在此暂停一下,看看在产生那些法院行为之前,法律如何被修改。

晚清法律改革者认为典的所有习俗都是不现代的。在他们的新民法典草案(1911年《大清民律草案》)中,他们简单地把典完全去掉,只允许借贷中的“抵押”(mortgage)和“质权”(pledge),要不然就只是简单的市场绝卖。他们完全没有提及典。但民国“民法典”清楚指出,典和那两种借贷契约有着极大的差别。在典交易中,土地占有和使用权立即转移。但根据 mortgage 的概念(立法者在这里使用了令人误解的“抵押”一词,该词在民间习俗用法中含义与这里不同),交易时土地的占有权并不转手(第860条)。另外,抵押权者(或受押人)只有在对方违约欠付的情况下才能要求取得售出产业所得的款额,他不能占有该块地本身。实际上,民国“民法典”第873条宣布任何与此相反的契约无效:“约定于债权已届清偿期而未为清偿时抵押物之所有权移属于抵押权人者其约定为无效。”

质权(这是20世纪立法者采用的新词)的契约也同样不涉及占有权的转手。但在此“质权”的条件下,违约欠付时所有权确实要转给债权人。那是1911年新民法典草案中从开始就使用的质权的概念(第1195条),它效法德国民法典。^{〔33〕}民国时期立法者使用了同样的术语,但他们明确把质权仅限于动产,不允许用于土地(不动产)。

对晚清法律改革者们来说,修订过的大清律例仅只是发布新的、完全现代的法典前的临时性措施,因此他们愿意在一定的限度内容忍典的存在,即保留典售可以回赎以及典地可以以一次性额外找贴绝卖的规定。^{〔34〕}但他们认为1753年例中30年的时限已经过时且不甚相干,因此决定将其摒弃。作为解释,沈家本和余廉三表明:“今此例遵用已百余年,早无从前契载不明之产。此层应即节删,例首嗣后二字亦应删去。”^{〔35〕}但沈和余对当时实际情况的认识是完全错误的,因为当他们这样写的时候,许多没有注明是否绝卖或可回赎的土地正在被出售。

而且,民国早期许多地方土地价格上涨更增加了典纠纷。一如1915年大理院说明的那样:“加以现在地价渐昂,当时贱价典当者,群思收赎以图余利。受典当之户,业经数十百年,久已视为己物,亦决不愿任其贱价赎回。此种种轳轳[纠纷]所由起也。”^{〔36〕}

〔32〕 乐清,1945.7.24 [土-1]。

〔33〕 潘维和:《中国历次民律草案校释》,33页,台北,翰林出版社,1982。

〔34〕 《大清现行刑律案语》,无出版处,法律馆,1909,“田宅”:22a,b。

〔35〕 同上注,22b,23a。

〔36〕 郭卫编:《中华民国元年至十六年大理院解释例全文》,卷1,171~172页,上海,法学编译社,无日期(1912—1927年)。岸本美绪极有说服力地证实明清价格上涨与找贴回赎纠纷间的联系。

问题变得如此严重以致北洋法学家决定必须改正正在使用的修订本清法典。1915年10月9日,司法部发布一道特别的“清理不动产典当办法”。第1条重新采用了原法典的规定:日期超过30年未说明以何种形式出售者作绝卖处理;其他时限短于30年者可以回赎。但在旧法典允许无限期回赎权的地方(有契约明确规定为典买时),第2条现在制定了60年的时限。北洋立法者显然不愿意返回到地产不能让与的前商业思想。^[37]

民国时期立法者不得不正视典的问题,不过他们对中国现实的把握要远优于晚清改革者。他们充分认识到典卖与“抵押”和质权大不相同——晚清改革者曾试图把典习划归这两类范畴。由此,中央政治会议指示起草者们重新采用“典”,立其为一个独特的法律范畴。首先,他们解释道,要明白无误它既非抵押亦非质权。更重要的是,典“实远胜于不动产质”,因为它对待出典人比较仁慈,这些人“多经济上之弱者”。典允许他当价格下降时“抛弃其回赎权”,亦即免“负担于其物价格”,而于价格上涨时,可以由找贴权获得利益。中央政治会议骄傲地说此“诚我国道德上济弱观念之优点”。^[38]新民法典将会用一整章的条款来处理典(在法典的正式英译文本中使用了原中文词——音译为“dian”)(第三编,第8章)。^[39]

在该章中,民国时期立法者保留了未经修订的大清律例及北洋政府针对典卖的规定的基要义。但他们对回赎权的期限作了重要的修改,缩短到30年,亦即仅是北洋立法者允许的一半(第912、924条)。按他们的说法,这是必要的修改,以使产权明晰。在他们看来,如果没有时间限制,“则权利状态不能确定,于经济上之发展甚有妨害。”^[40]

民国时期立法者还决定让买卖典权的民间惯习合法化,正式允许清律之所未曾允许。第917条规定典权人可以把典权让与他人,第915条更规定典权人可以转典或出租典物与他人。这里我们看到他们对市场的现实做法作了更多的让步。

最后,民国时期立法者,像他们的清代同仁一样,决定否定民间的抵押惯习(借贷中以土地为抵押,这里的抵押不同于民国“民法典”使用的“抵押”[mortgage]一词)。中央政治会议在其“立法原则”中直截了当地说:“我国习俗无不动产质而有典。”^[41]

[37] 《法令辑览》,卷6,179~180页,1917年。

[38] 潘维和:《中国历次民律草案校释》,107页,台北,翰林出版社,1982。

[39] 注意1929—1930年民法典是国民党政府统治下关于土地关系的立法的关键性文件。前面提到,1930年的土地法直到1946年才下令全面实施。但不管怎样,它对本章和下章讨论的与典和田面权有关的议题没有增添任何新内容。

[40] 《中华民国法制资料汇编》,10页,台北,司法行政部,1960。

[41] 同上注39,107页。

五、持续的问题

到此为止我们对典的分析只限于全面性的讨论。现在我们转向分别集中讨论围绕这个习俗并贯穿整个过渡期内的四个问题：找贴、回赎的时限、转典、以及典与抵押（其民间的用法）之间的混淆。立法者们对所有这些问题的共同思路是寻找一条调和前商业逻辑与市场逻辑的途径。

（一）找 贴

我们已经看到，当土地（及其典权）价格上涨时，出典人可能会试图借威胁赎回出典地而从典权人那儿榨取找价。苏州沈氏家族的土地交易是这方面的清楚例证。涵盖 1659 年至 1823 年的记录簿中有许多同一块地多次找贴（或用他们的话说，贴）的例子。例如，沈家在 1663 年从桑振泉处以四两银子典买了一亩地，1860 年又额外支付（贴银）四两，1701 年二两，以及 1716 年二两。原典交易 70 年后，1733 年最后绝买时再支付二两四钱（绝买银）。1659 年至 1729 年间的 53 份账目中，28 份表明有两次以上追加支付，仅 11 份是一次性地支付找贴获得绝卖权。^{〔42〕}

1730 年清政府颁令只许找贴一次之后，沈氏家族的找价支付急剧减少。以接下来几年（1731—1743）同样份数（53）的账目为例，我们发现只 8 份显示有两次或多次额外支付，而 30 份只追付一次就获得绝买权。此后，多次找贴变得越来越稀少。1744 年至 1823 年间的 488 份账目中只有 5 份表明沈氏家族在获得最后的绝买权之前有两次额外支付。它似乎说明司法体制成功地消灭了该惯习。^{〔43〕}

我们的案件记录只有一件些许提到有一个法庭实施 1730 年的例，从中我们可以看到出典人和典权人双方都想利用市场价格的上升谋利。这就是前面引用过的 1796 年巴县的一个案子，案中杨攀龙曾典买刘洪志的地。当价格上升时，杨首先靠转典谋利。但刘也成功地控告杨补付找价而分得部分利益（20 两银子）。当价格进一步上涨时，两人陷入激烈的争执，刘要求杨绝买土地，杨则试图迫使刘以市场全价赎回土地。法庭决定中止他们的伎俩，下令刘另觅买主、杨赎回转典权并不得阻挠出售。

我们已经看到，以保护弱者不致被迫在通货膨胀的情况下赎回产业为理由，也或许是因为对完全自由市场经济持有保留，民国时期立法者们重新采用了清代旧法典针对典的条款。其实，法律系统对这个问题的立场当时已无疑

〔42〕 洪焕椿：《明清苏州农村经济资料》，90～95 页，南京，江苏古籍出版社，1988。

〔43〕 洪焕椿：《明清苏州农村经济资料》，94～145 页，南京，江苏古籍出版社，1988。

问,因为1915年时大理院已经确认这一立场。颜俊臣是一份价值增值不少的产业的典权人,他曾在地方法庭中控诉要求出典人应以市场时价赎回典权,而不是以多年前的原典价回赎,但结果败诉。他在此次也是他最后的上诉中也没有达到目的。法院判决的理由很简单:法典没有如此条款,而且“以该地方典物回赎惯例系以出典时之实价取赎为断定之标准”。^[44]

但此立场将会再次遇到挑战,在战时中国物价飞涨的情况下挑战更加明显。在乐清县,朱亦明1937年以当时较低(因战争导致萧条)但仍不失公平的150元钱典给林光地一幢房屋。他们的契约要求8年内回赎。但到期(1945年)当朱亦明想以原价赎回其田产时,战时通货膨胀已使150元贬得几乎一文不值,典权人林光地争辩说朱应该支付至少10000元作为补偿。林同颜俊臣一样不成功。法官裁定,依“民法典”第923条之规定,朱可以赎回产业。虽然判决没有提到该支付的金额,明显的暗示只可能是典价原额。^[45]在这个例子中,法律的字面意义被严格遵守,但人们不禁要质疑这是否公平、以及典权的总是以原价回赎的原则在如此情况下还能维持多久。

(二) 时 限

虽然我的清代案件(来自巴县、淡-新和宝坻)中没有对时限不明的契约运用30年规则的例子,但在保存于刑部的命案档案中我们有证据表明它的应用。如在1762年,唐用中试图赎回乃父1723年售与被告王有然之父的土地。接着发生了一场斗殴,有然的儿子被用中的侄儿杀死。有关争执中的财产,刑部指出因为最初的交易并未载明可否回赎,则适用1753年的30年规则。而既然30年期限已过,该土地严格说应属于有然。^[46]

回赎应有时限的概念本身从来不是个问题,只是沈家本和余廉三以为已经不须再援用。我们已经看到,无论北洋政府立法者还是国民党立法者都不认为这个习俗已经不存在。对他们来说问题是双重的:制定最大限、最小限。北洋政府把清代的无限可赎降低到60年,是对市场逻辑作了让步。但它也努力维护出典人的权利,确保无论契约所载期限如何,他们可以在10年之内赎回土地。^[47]

民国“民法典”试图两全其美。它进一步把回赎期限缩短到30年,但同时把最低时限延长到15年,藉此提高对出典人的保护。根据第913条,即使约定期限不满15年,典权人不可到时藉以获得绝卖权。

复杂多样的回赎时限以及它们在北洋政府和国民党政府统治时期的变化

[44] 第二历史档案馆,大理院241:878。

[45] 乐清,1945.11.13[土-2]。

[46] 《清代土地占有关系与佃农抗租斗争》,卷2,案例167,北京,中华书局,1988。

[47] 《法令辑览》,卷6,181页,1917。

在几宗案件记录中很好地表现出来。在乐清(1945年),寡妇吴黄氏要求赎回她丈夫1916年售出的一块地。他还售出了另两块地,契约明载不得有找贴或回赎(“永后不找不赎”)。但在告诉中的这块地,契约所写的是:“不找取赎”。法院判决既然这是一笔典交易,而且仍在30年法定期限内,吴寡妇有权赎回土地。^[48]

与上述案件类似,1927年在顺义,张有岑要求赎回他在12年前(1915年)典售给其兄有寿的土地。契约只载明交易是典,没有说明具体时期。很明显有岑在法律上是有理的。争执由社区调解平息(具体情况不详),没有继续追求法院判决。^[49]

因法律标准的改变所引起的复杂情况的最好例证是一宗1947年的吴江案件。案中原告是另一位吴寡妇,她的公公1921年向朱春芳典买了一块0.08亩的宅基地,她声称大家理解的回赎期是5年。因已过去26年而地仍未被赎回,吴寡妇坚持此地现在绝对完全属于她。另一方面,被告朱桂卿则声称原业主朱春芳已在1942年从吴寡妇处赎回该地,然后售给他,当年他即占有并使用了该块地。

对法院来说,首先要弄清楚的问题是迟至1942年朱春芳是否还有赎回土地的权利。在回答该问题时,法官指出最初的交易发生在民国“民法典”“物权”编正式生效的1930年5月5号之前,因此应该以北洋政府1915年的“方法”为准。根据“方法”中的第8条,回赎权可以持续至少10年,哪怕契约上载明一个更短的时期。这块地既然是1921年出典的,国民党法典颁行时该典仍然有效,因此应依该法典处理;由于书面契约并未载明具体时期,只写明是典卖且可回赎,因此30年规则适用。最后,自1921年初次交易后时间尚未过去30年,因此朱春芳1942年的确仍有权赎回土地。

但经仔细考虑所有这些后,法院发现有证据表明朱春芳并未如被告所说在1942年赎回土地,这样他就不能合法将土地出售给被告桂卿。就法律上讲,吴寡妇仍是典权人,虽然不是如她所称的全权业主。照此,应是吴寡妇而不是被告拥有土地的使用权,法院就此判决。^[50]

在这里,法官的相当复杂的辩论揭示法院为达成判决所必须全面考虑的繁多的种种规定。无论是清代法典,还是1910年的现行刑律、北洋政府1915年的“办法”、国民党政府1929—1930年的法典,对典卖土地可回赎这一习俗的合法性都无疑问。但在试图调和永久拥有土地的理想和迅速上升的土地市场现实之间的矛盾少、做法各不相同。理想日益让位于现实。

[48] 乐清,1945.11.30 [土-3]。

[49] 顺义2:472,1927.3.15 [土-15]。

[50] 吴江206.1:141,1947.10.24 [土-15]。

（三）出售和转典典权

根据清代法典的字面意义，典只涉及两方。但我们现在知道，惯习常与法律不一致。一份典可能牵涉到除最初交易双方以外的三方或更多方。而且，根据清代法典的字面意义，典只牵涉对某一件财产的单一的权利。但案件记录显示有些典权人把他们的典权分解，将不同的部分以不同的形式（作为部分性的所有权、作为贷款抵押、或作为可以回赎的财产典卖）出售与不同的人。

清代法典并不承认这些市场惯习。法典坚持其对典的简单的看法和想法。它对市场逻辑的让步仅限于以上讨论过的那些。民国“民法典”编纂者们则想让法律与社会惯习更紧密配合，但他们无法预见由新立法可能引起的一案列问题。上引钟左川案件就是一个好例子。我们可以回忆一下，钟要求赎回最初被典卖但后来由其表兄张茶盛回赎的土地，只是他发现张同时已把其获得的典权转典给了朱再烈。张的行为当然完全合法，是新的民国“民法典”所允许的。但它留给钟一个问题。为行使法律保护的回赎权，他必须不仅征得其表兄张茶盛的同意（因他拥有典权），还得征得朱再烈的同意（因他拥有转典权）。这也就是为什么钟的控诉把张和朱两人并列为被告——也是为什么法院在判决时下令两人都得尊重钟的回赎权。

我们可以想象，如果还有其他的转典，或是全部典权或是部分典权，将可能会引起多么复杂的情况。为维护法律保证的回赎权，原告与法院可能得与更多的被告打交道。作为一个有用的例证，让我们回到 1879 年曾邦的那桩恶梦般的案子。当原出典人曾邦想赎回其土地时，他发现自己面对多人，人人都对该地据有部分权利。首先有原典权人曾文，尽管他把那块田转典给了曾瑞钦的父亲，通过他与曾邦的典交易，也因为曾邦的兄长以这块地作抵向他借了钱，他仍保有部分权利。然后是转典权人和想要成为绝卖人的曾瑞钦之父。如此复杂的局面下，还加上曾邦本人的诡计图谋。他其实并不想简单地赎回土地，他是想如何使潜在的买主多付高价找贴，因为他算计土地会不断涨价。虽然因为案件最后由调解了结，我们对法庭会如何解决此案不得而知，但它仍然揭示了判决者所要对付的种种错综复杂的情形。^{〔51〕}

这一切发生在清代，当时的法律相对而言比较直接了当，因而或许也相对容易执行：典交易设想为只牵涉两方的交易。民国“民法典”则既坚持回赎权又允许典权的交易，可以说是为法庭带来了不少的麻烦。

（四）典与抵押

在国民党政府法律里，典和抵押多有混淆，主要是因为法典中的“抵押”意义与习俗用法中的意义有很大的不同。我们看到，根据法典的定义，“抵押”是

〔51〕 淡-新 23205, 1879. 2. 18 [土-127]。

mortgage,如果违约欠付,借出人唯一的办法是拍卖出售土地,用所得款额清债还贷,他无权占有土地本身。对积欠违约得把产业让给借出者(这是民间习俗对抵押的理解)的借贷契约,法典用的词是“质权”,或 pledge。但正如已指出的那样,它不允许质押土地,只允许质押“动产”。

法典与习俗间这一分离的结果是有些借出人把他们凭抵押的出贷表达为典买,可能是为了迎合法定范畴。这样,在一件 1931 年的顺义案子中,原告田树桩借给蔺凤儒 136 元,蔺以 10 亩地作抵。该笔借款在 4 年内要付一定的利息(具体不详)。蔺继续使用该块地,他并没有像在典交易中那样把土地的占有和使用权让与田。尽管契约、诉状和反诉均称该交易为典交易,它实际上是习俗中的抵押,法官也正是精明地这样处理。在这次裁决中,他凭藉的是习俗而不是法律条文:蔺必须要么偿清贷款,要么把土地让给原告。^[52]

在另一宗吴江的案件(1947 年)中,被告做的刚好相反,他是用抵押一词来表达土地的典卖。原告沈麓笙声称 1934 年他向彭芝开绝买了 17.24 亩地,然后把地返租给彭。因为彭两年没有付租,沈要求终止租约。但彭声称 1934 年的交易只是抵押而已,沈要求的地租其实只是贷款的利息。他宣称,在他与沈的约定中,该抵押的土地在 10 年内可以回赎。(约定的时限明显已超过,但根据法典的 15 年规定,彭仍有两年才到期。)

原告沈(有精明的律师代表)呈示了他 1934 年交易的书面契约,证明那是一次绝卖,附有“不赎不找”的字样。法院判决既然沈是合法业主,彭确实只是他的佃农,不是出典人。作为佃农,彭已积欠地租两年,沈因而有权终止租约。^[53] 我们不清楚为什么彭在其反诉中用了抵押一词,他其实是想争辩说他们的约定是典,可以回赎。或许他或他咨询的什么人把这些术语完全弄混了。不管怎样,法官没有被误导,当他驳回彭的反诉时使用的是正确的术语典。

第三宗案件(出自 1934 年的顺义)显得更加复杂。顾祥曾典买了一块宅基地,后来又以它为押向被告张朝元贷了一笔款,典契移交给张。当原出典人要赎回土地并要回契据时,顾办不到,因为契据现在在债权人张朝元手中。而根据习俗中抵押的逻辑,张拒绝归还契据,因为顾仍欠他钱。随即,受原典权人所迫,顾起诉张。法院的判决如下:“按典当地亩,以转移占有为要件。而抵押地亩,则不转移占有。”这里法院坚持最初的交易明显是典而非习俗中的抵押,因此顾事实上是把土地转典给了张。对于典产,原出典人有权赎回,不管典权人顾祥和转典典权人张朝元之间是否有其他贷款没有偿付。^[54]

[52] 顺义 3: 478, 1931. 6. 24 [土-19]。

[53] 吴江 206. 1: 250, 1947. 4. 3 [土-16]; 亦见顺义 3: 473, 1945. 12. 14 [土-1]。

[54] 顺义 3: 828, 1934. 4. 9 [土-30]。

这一例子显示出纯市场经济逻辑和部分市场、部分前商业的典逻辑之间的紧张关系。出典人要求维护赎回他典售了的土地的权利，与债权人的要求刚好相反，债权人想完全依信贷市场的逻辑行事。法院选择维持回赎权。

于是，在拒绝承认抵押的地方惯习的过程中，国民党政府立法者们设立了一条反对市场惯习的边线。对于市场逻辑，他们比清代作出了更大的让步：采取 30 年期限和终止无限期回赎权、以及允许买卖典权（包括转典这些权利）。但他们在抵押——也就是说让贷款人因借钱人积欠而取得所押的土地——上划清了界限。他们说他们宁愿坚持优越的典逻辑，因为它对出售土地的赤贫者比较仁慈。结果可以说是个分裂的现象：一个习俗消失了，但另一个得以维持。

参考文献

一、中、日文

1. 《大清现行刑律案语》，无出版处，法律馆，1909。
2. 《大清民律草案》，无出版处，修订法律馆，1911。
3. 《法令辑览》，卷 6，1917。
4. 《清理不动产典当办法》，收于《法令辑览》卷 6，第 179-80 页，1917。
5. 《民商事习惯调查报告录》，北京，司法行政部，1930。
6. 《六法全书》，上海，上海法学编译社，1932。
7. 郭卫编：《中华民国元年至十六年大理院解释例全文》，2 卷，上海，法学编译社，无日期（1912—1927 年）。
8. 郭卫编：《最高法院解释例全文》（1927. 12. 15—1928. 12. 20），上海，法学编译社，无日期（1927—28 年）。
9. 郭卫编：《司法院解释例全文》，卷 1（1929. 2. 16—1933. 11. 9）、卷 2（1933. 11. 9—1940. 5. 17）、卷 3（1940. 5. 18—1946. 3. 28），上海，法学编译社，无日期（1929—46 年）。
10. 宝坻县档案，北京，第一历史档案馆（归顺天府；引用时注有卷号和阴历日期）。
11. 巴县档案，成都，四川省档案馆（引用时注有全宗号、目录号、卷号及阴历日期）。
12. 淡新档案，加利福尼亚大学洛杉矶校区东亚图书馆藏缩微胶片，戴炎辉编目。
13. 《顺义县档案》，藏顺义县档案馆（引用时注有目录号、卷号、及阳历日期）。
14. 宜宾县档案馆：《宜宾县地方法院民事诉讼档案》（1933—1937）。
15. 《乐清地方法律民事诉讼档案》（1945—46），藏宜兴县档案馆，全宗 2、宗 2、卷 61。
16. 吴江县档案馆：《吴江县地方法院民事诉讼档案》（1945—49），全宗 206，目录 1。
17. 第二历史档案馆：中华民国大理院、京师高等审判厅民事案件。
18. 《中华民国法制资料汇编》，台北，司法行政部，1960。
19. 《土地法》，收于傅秉常、周定宇编，卷 1，第 457-552 页，1964。
20. 《土地法施行法》，收于傅秉常、周定宇编，卷 1，第 553-562 页，1964。
21. 潘维和：《中国历次民律草案校释》，台北，翰林出版社，1982。
22. 黄宗智：《华北的小农经济与社会变迁》，北京，中华书局，1986。

23. 洪焕椿：《明清苏州农村经济资料》，南京，江苏古籍出版社，1988。
24. 《清代土地占有关系与佃农抗租斗争》2卷，北京，中华书局，1988。
24. 岸本美绪：《明清时代における‘找价回赎’问题》，在“晚期中华帝国的法律、社会、与文化”研讨会上宣读的论文，1996年9月21-23日，鎌倉。
25. 岸本美绪：《明清时代における‘找价回赎’问题》，载《中国社会と文化》，第12卷，1997（岸本美绪1996年文章缩写版）。
26. 黄宗智：《清代的法律、社会与文化：民法的表达与实践》，上海，上海书店出版社，2001。

二、英 文

1. *The German Civil Code*, Translated and Annotated, with an Historical Introduction and Appendices, by Chung Hui Wang (Wang Chonghui, 王宠惠), London, Stevens and Sons (1907).
2. *The Civil Code of the Republic of China*, Shanghai, Kelly & Walsh (1930—31).
3. Huang, Philip C. C (黄宗智), *The Peasant Economy and Social Change in North China*. Stanford, Calif., Stanford University Press (1985). (中文版《华北的小农经济与社会变迁》，北京，中华书局，1986年，2000，2004年再版)
4. Allee, Mark A., *Code, Culture, and Custom: Foundations of Civil Case Verdicts in a Nineteenth-Century County Court*, in Bernhardt (白凯) and Huang (黄宗智) eds., 122-141 (1994)
5. Bernhardt, Kathryn (白凯), and Philip C. C. Huang (黄宗智) eds., *Civil Law in Qing and Republican China*, Stanford, Calif., Stanford University Press (1994).
6. Huang, Philip C. C (黄宗智), *Civil Justice in China: Representation and Practice in the Qing*. Stanford, Calif., Stanford University Press (1996). (中文版《清代的法律、社会与文化：民法的表达与实践》，上海，上海书店出版社，2001年)
7. Isett, Christopher Mills, *State, Peasant and Agrarian Change on the Manchurian Frontier, 1644-1944*, Ph. D. dissertation, University of California, Los Angeles (1998).
8. Huang, Philip C. C (黄宗智), *Code, Custom, and Legal Practice in China: The Qing and the Republic Compared*. Stanford, Calif., Stanford University Press (2001). (中文版《法典、习俗与司法实践：清代与民国的比较》，上海书店出版社，2003年)

Dian Rights in Chinese History

Abstract: In the Qing and the Republic, the system of conditional sales of land, or dian, gave people the right to redeem their land at favorable terms, thereby lending some help to the impoverished forced to sell their land. This article begins with a brief account of the dian system, in both codified law and popular custom. The article then examines actual court cases to show the coexistence in dian of a precommercial logic inherited from an earlier day with a market logic stemming from an increasingly commercialized peasant economy. The article ends with considerations of four issues of persistent concern in the operation of the dian system: zhaotie payment, time limit of dian, buying and selling of dian rights, and the differences between dian and diya.

Key words: conditional sales of land(dian), practice, precommercial logic, market logic