



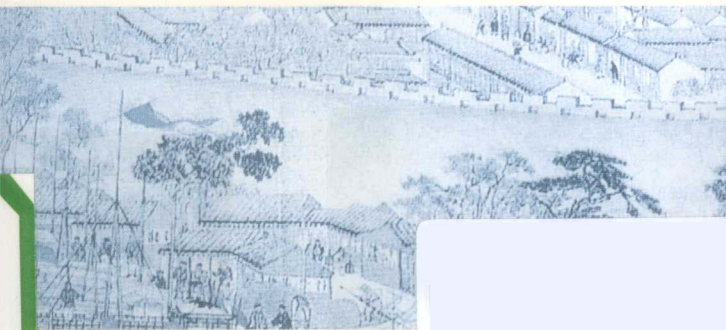
中国民商法专题研究丛书

梁慧星 主编

“十一五”国家重点图书

清末民国时期 典权制度研究

邹亚莎 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



中国民商法专题研究丛书

梁慧星 主编

清末民国时期 典权制度研究

邹亚莎 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

清末民国时期典权制度研究 / 邹亚莎著. -- 北京:
法律出版社, 2012. 12

(中国民商法专题研究丛书)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 4292 - 3

I. ①清… II. ①邹… III. ①物权—研究—中国—清
后期②物权—研究—中国—民国 IV. ①D929.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 283309 号

中国民商法
专题研究丛书

清末民国时期典权制度研究

邹亚莎 著

责任编辑 刘文科
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2013 年 2 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 固安华明印刷厂

印张 10.25 字数 266 千

印次 2013 年 2 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 4292 - 3

定价:32.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《中国民商法专题研究丛书》总序

我于 1988 年起担任中国社会科学院法学研究所民法研究室主任,开始考虑学术发展和人才培养问题。时值 20 世纪 90 年代初,中国内地遭遇学术著作出版难,尤其未成名的年轻学者的学术著作出版更难。遂仿照王泽鉴先生担任台湾大学法律学系主任时编辑出版《台大法学丛书》的办法,编辑出版《中国民商法专题研究丛书》。预计用二十年时间,出版 100 部民商法专题研究著作。

其编辑宗旨是,从中国改革开放和发展现代化的市场经济的实际出发,广泛参考发达国家和地区民商事立法的成功经验和最新判例学说,深入研究民商法的基本理论和实践中的重大法律问题,为中国民商事立法的现代化和民商事审判实务的科学化提供科学的法理基础,提升民商法理论水平,推出民商法理论研究人才,使中国民商法理论研究尽快赶上发达国家和地区的水平。

著作之入选丛书,不论作者职称、地位、亲疏,以学术性为唯一考量。不约稿、不组稿、不需推荐,

概由作者自荐。欢迎自荐博士学位论文。丛书虽以“民商法专题研究”为名,其入选著作并不以民商法学为限。涵盖民法、商法、民事诉讼法、仲裁法、经济法、环境法、国际私法、国际经济法、民商事国际公约惯例等领域,而与广义之“私法学”概念相若。

自1994年推出第一部著作始,迄今已有十余年了,已出版著作50部。出版社方面注意到本套丛书在国内外已产生良好影响和社会效益,决定自第51部著作始,重新设计、增大开本、改变装帧,更加精编精印。特补述丛书编辑缘起及宗旨,作为总序。

梁慧星

于北京城南清芷园

2005年12月8日

序

1930年,在《中华民国民法》颁布之初,青年法学家吴经熊曾评价民国民法典时说:“试就新民法从第1条到第1225条仔细研究一遍,再和德意志民法及瑞士民法和债编逐条对校一下,其百分之九十五是有来历的,不是照帐誊录,便是改头换面。”^{〔1〕}如果说,民国民法百分之九十五的条文来自于外国民法,那么还有百分之五的条文应该是源自本国法。这些百分之五的比例,大约六十几个条文,主要包括了“永佃权”、“典权”、“婚约”、“家”、“亲属会议”以及一些零散的转引自习惯的规定。

民国民法中的“典权”被认为是中国固有法在现代民法典中的遗存。自编纂民法典开始,“典权”就成为中国和日本法律学者讨论的热点问题,其相关著述颇为丰硕。邹亚莎博士以“从固有法中的典到民法典中的典权”为论题,显然不是“填补空白”,

〔1〕 吴经熊:《法律哲学研究》,上海法学编译社1933年版,第27页。

而意在“深描”：固有法语境下的“典”的制度内涵，以及“典”如何转化为现代自物权与他物权体系中的“典权”？

邹亚莎对固有“典”的研究从中国古代社会经济文化入手，明确区分了“典”与质、当，与倚当、抵当、绝卖的关系；比较了“典”与日耳曼法上的质，与法国、意大利、日本民法中的不动产质权，与德国民法中担保用益权的区别。在此基础上，概括了“典”以实现管业效益共享的价值，以及替代买卖、融资的功能。在民法典的编纂过程中，日本法律家设定了“不动产质权”，却没有规定“典”；之后，民初大理院通过民事判例对“典”进行了一系列规范化的改造；及至南京国民政府制定民法典之际，逐步形成了三种“典权”学说——抵押权说、用益权说、特种物权说。“典权”成为民国民法物权编独立的一章，已是一物一权学说体系下的一种他物权，虽然在规范的明确性、个体权利保障功能方面大为改进，但与固有法中强调效益共享的“典”有巨大的区别。民国民法对“典”的规制并不成功，从后来制定《典权条例（草案）》对民法第 923 条的重大修正，就反映出弥补立法失误的用意。作者的研究敏锐地把握了固有法“典”与民法典中“典权”的区别，从有关“典权”民法学说的形成到民法典权制度的确立，阐释了民国时期的法律家对大陆法系民法学说的高度依赖，因而固有法的“典”转变为近现代的“典权”时，已失去了大量的内在价值和功能。

邹亚莎的博士学位论文虽然在选题上不是一个补白的论题，但研究思路与研究深度方面无疑超越了既有的一些成果，可谓深刻而又有创获。这样的研究成果与她良好的民法学、法律史学基础密切相关，同时也是她刻苦努力得来的。为了收集资料，她不仅尽可能地收集了国内的档案文献，还曾赴日本东京大学东洋文化研究所进行了为期半年的研修，对东京大学收藏的中国近代民法史料进行了全面梳理，并得益于与高见泽磨教授的专业交流。

邹亚莎的博士论文，历经一年多的写作，又经答辩后一年有余的修订，今得北京工商大学法学院之襄助付梓，作为指导老师与作者一样，颇

有一种成就感。同时,我也希望邹亚莎能够进一步系统解读史料,多听取读者的意见,不断发展完善自己的研究。

张 生

2012年10月7日

目 录

绪论 / 1

第一章 中国古代“典”之综合考察 / 16

第一节 中国古代典制度源流考察 / 17

一、典制度的发展演变 / 17

二、典制度与相关民事制度的区别 / 28

第二节 中国古代典制度与西方相似制度的比较
研究 / 34

一、典制度与日耳曼法古质之比较 / 34

二、典制度与法、日、意的不动产质权之比较 / 38

三、典制度与德国担保用益权的比较 / 41

第三节 从典制度与西方相似制度的比较中透视
中国古代物权观念 / 44

一、典制度产生的社会根源分析 / 44

二、典制度的法律功能考察 / 47

三、从典制度看中国古代的“业”的概念及物权制度的
独特性 / 50

第二章 清末民国时期典的民间习惯考察 / 58

第一节 习惯及习惯法概念的解析 / 59

第二节 典的民事习惯考察 / 62

一、找贴 / 63

二、回赎 / 67

三、转典 / 75

四、优先权 / 77

五、业主对典物的处分权 / 80

六、典物的风险承担 / 81

七、日常修缮费用的承担 / 82

第三节 典习惯的特征分析 / 83

一、概念的混淆使用 / 83

二、权利义务内容的模糊性 / 88

三、多样性 / 89

四、习惯的相对稳定性 / 91

第三章 清末民国时期典权制度的学理阐释 / 94

第一节 典权学说产生的背景:近代民法学的 输入 / 95

第二节 清末民国时期关于典权制度的学说 / 97

一、物权法通论中的典权学说 / 98

二、专著类 / 126

三、期刊文章及其所反映的典权法律意识 / 128

第三节 清末民国时期典权学说的特点及评析 / 130

一、多以民法注释学的形式出现 / 131

二、对大陆法系法制的采纳与尊崇 / 131

三、对习惯的漠视 / 134

四、典权学说与民法典的互动 / 135

第四章 清末民初典权制度的立法、司法研究 (1907~1927年) / 139

第一节 清末民初典权制度之立法 / 140

- 一、《大清民律草案》中典权制度之缺失——未定与已定 / 140
- 二、北京国民政府时期典权立法研究 / 150

第二节 大理院判例、解释例对于典权制度的改造 / 164

- 一、对概念的区分 / 166
- 二、对性质的判定 / 178
- 三、对转典的限制 / 181
- 四、对典权回赎期限的确定及其法律适用 / 187
- 五、回赎时间的确定 / 199
- 六、典物毁损时责任的承担 / 200

第五章 南京国民政府时期的典权制度 (1927~1949年) / 206

第一节 《中华民国民法》中的典权制度 / 207

- 一、《中华民国民法》的制定 / 207
- 二、典权制度的立法原则 / 208
- 三、《中华民国民法》对典权的规制 / 210
- 四、《中华民国民法》典权制度的立法评价 / 232

第二节 南京国民政府时期典权制度的司法实践 / 234

- 一、典权之内容 / 235
- 二、转典 / 246
- 三、回赎与找贴 / 251
- 四、典权期限 / 260

第三节 质疑与反思：《典权条例(草案)》的制定 / 265

一、《典权条例(草案)》的制定 / 265

二、《典权条例(草案)》对民法典典权内容的
部分修正 / 267

第六章 从典到典权的近代化评析 / 275

一、清末民国时期典权的近代化变革 / 275

二、清末民国时期典权近代化的历史借鉴 / 290

参考文献 / 300

绪 论

有日本学者曾经说过：“中国的土地问题，是中国社会、经济、政治的根源。首先，中国的治乱，基于土地制度的兴废，国民生活的安危，也基于土地制度的整理与否；其次，农业国的中国，以农业为经济的主要部分，自然是不消说的。因此，对于想了解中国的社会、经济、政治之任何方面的人们，都应该先知道一下中国土地制度的情形，这是很重要的一件事。”〔1〕典制作为中国古代特有的土地利用方式和“本土”法律资源，其产生、运行和近代变革对于我们了解古代财产制度及近代民事法律的演变具有重要意义。

西方法律规范及其所体现的法律文化只是实现秩序的一种法律文明。在清末修律前，中国古代社会存在迥然异于前者但同样实现社会秩序的东方法律文明。中国古代社会缺乏民事法律的有效

〔1〕〔日〕长野郎：《中国土地制度的研究》，强我译，中国政法大学出版社2004年版，原序。

规制,民事理论也不发达,但在民间却存在丰富而复杂的习惯。这些自发形成的规范所构成的法律体系同样精巧完整,不仅发挥着调节社会的法律功能,而且实践着对秩序、效率、公正的价值追求。在古代民事习惯中,典具有一定的代表性。作为一种纯然的东方习惯,典制在中国古代社会条件下承担着多重社会功能。典制既是无近现代公示制度的社会里以转移田产的占有实现债务担保的可靠手段;又是在无抽象所有权观念而重视物之使用权能的社会里对物的使用价值的转让及实现物之利用与流通的途径。典的多次找贴既实现了对弱者的救济,也使得富有自耕农以“分期付款”的方式逐渐实现对物之绝卖。典制的较低税率是民间大量选择典而非卖的原因之一,典的找贴、回赎、转典以较为简便、可靠的方式实现物的担保、利用、流转,体现了中国民众的生存智慧和生存哲学,也蕴涵着独特的公平观念和正义理念。典制的长期、广泛存在与中国经济制度的相融、政府治国理念的相恰以及与其特定文化的相和谐也是分不开的。从典制的这些功能、价值及其与社会的适应性来看,典实为一种优秀的法律传统。

伴随着清末修律开始的中国法律近代化,典制历经了由习惯到民法中的权利、由纯粹的习俗到与西方的民法制度相融合的转变。在这一过程中,中国特有社会、文化背景下典习惯在西方法律体系下被重塑、重新定位,两种文化冲突在典制度的改造中尤为深刻地体现出来。文本上,经历《大清民律草案》、民国《民律草案》至南京国民政府时期的《中华民国民法》^{〔2〕}的改造,典权制度的近代化终至完成。这一过程中,典在草案或法典中经历了从无到有、从不动产质权到回归典权的过程。形式上,典习惯得到更多尊重,实质上典制却被西方法理完整地改造,从一种松散的、实用的、扩张性的权利塑造为大陆法系下受到所有权限制的用益物权。这一过程不仅是典制本身的改变,也体现出近代以来西方法律文化对固有法律文化的改造,及其两者深层次的差异、冲突。较之文本

〔2〕 下文或按照学界习惯简称民法典。

上的更迭变化,司法实践中,大理院判例中的典权部分通过创制规则和司法解释,不仅引进了西方的权利观念,也注重对民事习惯的适用和尊重,体现出新旧交替的特点,更为稳健和扎实地推动着典权的近代化。南京国民政府时期的典权司法制度与优良的民法典组成完整的典权体系,在实践中主要发挥着强制推行民法典规则和理念的作用,其实践见证着典权制度在社会推行中的困境及民法典中的典权与社会生活的悬隔。

关于典制的争论从未停息过。从清末民国时期中国的民法学产生伊始,关于典的性质及典是否应写入民法典,以何种面貌写入民法典的问题就已经产生。直至我国《物权法》颁布前,关于典权的性质、典权的废存等仍是争论的热点问题。我国的《物权法》将典权排除于物权法体系之外,也使我们更多地去思考:被西方文化改造前的典制究竟是一种怎样的存在?典制习惯在中国存在逾千年的背后,有怎样的价值支撑?典制与其他民事制度存在哪些共性?典制又是如何被一步步改造并最终纳入大陆法系“用益物权”体系之下的?典权被排除在新颁布的《物权法》的成文体系之外,是否意味着其已失去昔日的价值?

本书选取清末民国这一历史变革时期,并以中西横向具体制度、法律观念的比较为逻辑起点,以典制到典权的纵向源流及发展为线索,力图对以上问题作出回答。作为中国古代产生较早、渊源流长的一项法律制度,除了国家法对于典的规制有较长的历史,民间典习惯在社会生活中具有重要的规范作用。通过对古代典制的深入分析,可以看到中国古代与西方相比不同的财产、权利观念和法律价值体系,进而解释中国古代物权制度^{〔3〕}的独特属性。清末民国时期,立法者以西方的近代民法理论改造中国传统的典制度,产生了“典权”一词,“典权”一词本身即中西结合的产物。典权制度的近代化过程不仅体现了中国变革时期各种

〔3〕 中国古代并无近代意义上民事权利的观念,也无近代意义上的物权法律关系,本书为表述方便将清末修律前规制物之所有、使用、占有等关系的法律规范及习惯总称为中国古代物权关系。

阶层力量和利益的调整,也从微观上折射出中国的法律文化在遭遇西方法民法理论之时的种种反应。与已有研究成果多为静态的、文本的考察不同,本书对这一时期的典试图从习惯、学说、法律文本、司法实践四个层面和动、静两种状态来考察,力图揭示典制在这一时期存在的立体图景。静态上,本书欲对清末民国时期的典从国家立法调整、民间习惯、民法学家的学说三个层面进行分析;动态上,本书着重考察民法学说与国家立法的互动,国家立法在民间习惯与西方理论坐标之间的调整,司法实践对民间固有法与国家立法间裂痕的修补或是扩大。除了使用契约文书、《民事习惯调查报告》等对典习惯进行法社会学及法文化的考察外,以大理院判例、南京国民政府时期最高法院判例及档案描述典权近代化中的司法实践亦是本书的特点。

清末民国时期的典制无可避免地面对着中西两种法律文明。在西方法东渐的大潮中,引领中国民法潮流的近代学者深信西方法制文明的先进性,毅然抛弃了固有法制,将中国固有的法律习惯和制度以西方的法律体系加以重塑。但中国社会状态和法律文化无法如法律文本那样自由地转化,它与一个民族的经济、社会 and 长期的文化精神相关联。美国哈佛大学教授杜维明认为:“以往我们对传统中国历史发展的脉络,从病理学角度去理解得比较多——为什么它惰性会这样大,拖了这样长的时间,或者说,它为什么会死而不僵?而除了这种病理学的角度外,应强调一下生理学的角度,就是说,我们应该去探究它为什么这么长命,有那样强的生命力和兼容并包的气魄?”〔4〕典制及中国古代民事法律制度所体现的法律价值值得探讨,典制及其民法近代化过程中的得失值得借鉴。时至今日,法律已不再承担救亡图存的艰巨使命,但民法依然发挥着引导和调整社会的法律功能。此时,我们应该更理性地面对继受的西方法律文明,更温情和深入地去探求中国法律文化的内在价值,更从容地去反思那段历史的经验和教训。以具体的民事制度为线索,对近代民

〔4〕 陈铿:“中国不动产的找价问题”,载《福建论坛》1987年第5期。

法发展历程的梳理和醒思,必将为今日的民法发展提供历史借鉴。

一、研究成果综述

典权制度作为中国固有的民事制度一直受到学者的广泛关注。受清末民事立法的影响,从近代法学发端之时起,民法学者即开始对典权进行理论探讨,其中不乏有影响力的论著。这些论著所提供的观点和资料在今天仍有很强的学术价值。当代对于典权制度的研究亦不鲜见,这些著作或从民法理论的角度对典权制度进行阐释,或从法律沿革、文化史的角度对典权制度进行梳理、阐述,颇具启发意义。本书对这些研究成果从时间上分为民国时期和当代、空间上分为国内和国外进行梳理。

(一)民国时期关于典权的研究

民国时期典权制度的研究,应首推黄右昌先生。黄右昌先生对典权研究的贡献不仅在于其理论更在于其立法实践。在《大清民律草案》的修订中,清廷聘用的日本法学家将典理解为不动产质,把典纳入担保物权的范畴。黄右昌先生作为民国《民律草案》物权编的负责人,纠正了这一观点,将传统的典重塑为典权并定义为“典权人因支付典价,占有他人不动产而为使用”,将传统的典第一次表达为一种权利,以大陆法系的他物权重塑了传统的典习惯。黄右昌在其1945年出版的《民法论解》一书中,总结了他典权立法和研究的成果。其《民法论解》简述典权之源流,考证“典”字之渊源,对典权立法进行解释,批驳时人法学观念之谬误,笔锋犀利,观点独特。作者在论著中基于对典权的理解和对于罗马法的深厚造诣,将其归入限制物权的范围,以示其与用益物权之地上权、永佃权的区别,显示了作者关于典权及其西方法律的思考。论著的一个鲜明特色是,作者按照《中华民国民法》的条文对典权进行阐释,但在每条的解释前,必先附与之对应的古代典制的法律规定及社会习惯,较之同期普遍西化的典权论述,较多地顾及了旧制和习惯。中国民法学的开拓者余荣昌精研民法,对于典权制度具有独到见解。作为民国《民律草案》总则编的负责人,他对于修正民国《民律草案》中对固有“典”的理解起了重要作用。余荣昌在1941年出版的《民法要论(物权)》中,将典权制度置