



典卖制度研究

魏文超 著



法律出版社
LAW PRESS • CHINA



教育部人文社会科学研究规划基金项目“典卖制度研究——历史法学的视角”（项目批准号：13YJA820052）最终研究成果

典卖制度研究

魏文超 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

典卖制度研究 / 魏文超著. —北京:法律出版社,
2015. 6

ISBN 978 - 7 - 5118 - 7814 - 4

I. ①典… II. ①魏… III. ①物权法—研究 IV.
①D913. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 078322 号

典卖制度研究

魏文超 著

责任编辑 孙东育 李峰运

装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2015 年 6 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 北京京华虎彩印刷有限公司

印张 18.75 字数 234 千

印次 2015 年 6 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 - 7814 - 4

定价:45.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

陈景良

典卖制度既是中国古老的民事制度,也是中国古代法律学家于法律实践中独创的最具民族特色的法律制度。典卖既包括典与卖,也是以典就卖的代称。典制的形成,得益于我们民族得天独厚的封闭式地理环境的庇护,得益于小农经济环境与东方群体主义伦理观的滋养。从目前的史料考察,典制的源头至少可以上溯到南北朝时期,这一制度直至近代中国,相沿无改,一直盛行于民间,甚至现代社会仍有运用的典型(如中国台湾地区、韩国)。典制虽然产生于封建社会,但其并非类同于裹足、纳妾之类的封建陋习,而是一种社会经济交往形式。典制具有质、当等制度所不具备的优势,具有平等性、互益性、稳定性与长期性等优点。

典制是兼跨法史学与民法学的研究课题,已得到法史学与民法学者一定程度的关注,但这些研究

多立足于西方物权法理论,在研究前提上往往将典制假设为某种物权类型。这种导向性错误的研究难以揭示其本来面目。典制研究首要之务是要运用历史法学的方法,通过对当时的历史环境与典制实际运作情形的考察,还原典制的本来面目;其次,在回到历史现场的基础上,运用现代的法律理论,对典卖活动中各项法律关系,进行适当归类,凸显法史研究中的现代意识。本书正是作者在他人研究基础之上,本着历史法学的方法对典制所作的新阐释。

本书的研究成果能够给予我们以下几方面的启示:

其一,必须正视习惯法(民间法)的积极意义。典制最早萌发于民间,是民众自发创造的产物,其主要以民间习惯法的形式存在。从典制萌生之初,官府对此现象从禁止到默许直至赞成,并在宋代以典制正式入律,但官方的主要着眼点是增加税收,民间的典交易仍主要受习惯法的调整。现存于世的大量民间白契并非全都是民众逃税的例证,它还是当时社会,包括司法官员判案中,用于证明当事人拥有某项土地权益的证据。明清时期,“民间管业,全凭契据”之语流行江南,便是对此问题的绝好证明。因此学界应当加大对习惯法的关注力度。

其二,中国法学体系的建构必须从中国法制文明中寻求资源。中华民族历史悠久,曾创造出以儒家思想为核心的中华法系。然自近代以来,在西方文明的冲击下,中华法系逐步解体,但其精神却作为中国文化的一部分已植根于中国人的日常生活中。在改革开放、社会转型的今天,如何在学习西方法治经验的同时,于本民族的法制文明中寻求资源,构建一个符合中国实际的法学体系,是一个迫切需要研究的课题。我们能否运用西方物权理论,也即是当今中国民法学者的物权理论简单地裁剪历史?显然不行。以中国的典制为例,足以说明学界苦心孤诣所进行的以西方法学理论解释中国历史的努力具有必然的不确当性。法学研究必须立足于中国的历史与现实,寻求中国百姓过

日子的规则与逻辑。在中国,个人不是私有权利的个人,而是家庭成员中的个人,伦理亲情的个人,因此中国历史上的“私”不同于西方罗马法传统中的个人权利之“私”。中国人的“私”之上附有伦理亲情的约束,也附载着乡族、国家所有权的负担,如国家赋税、田不出族、房不离宗等,这样的“私”是用西方的民法理论所不能确切解释的。古代中国,平民百姓,数间草房,几头耕牛,数亩薄田,都是维持家庭生活、养亲育子的基本保障,绝不会随便让与。以个人为本位的私有观念,既不存在于中国古代的历史生活中,也很难在现实的中国社会畅行。古典中国之私有并非是相互之间权利义务关系的明确界定,而是基于生活所需的异财同籍,是和谐思想下的相给相与。中国法学的研究要转型,既要学习西方,也要重铸传统。

其三,法史学研究必须注重沟通历史与现实。法史学是历史学与法学的结合,对中国法律史的深入研讨,离不开对现实问题的观察。有人说,历史已离现代社会愈行愈远,二者没有多少关联,也有学者以为,现代的法制主要是学习西方,与中国古代凿枘不投,乃至势同水火,其实,这只是一种流俗之见。当前中国最大的问题是“三农”问题,与“三农”最为密切的是土地。土地权利的归属、流转与利用,既是现实中国改革的“瓶颈”,也是中国现代民法,尤其是物权法最不容易解决的问题。由于我国不承认土地私有,农民土地经营权常与土地国有或集体所有制发生冲突,当前所谓的“小产权房”问题即为典型体现。要解决这类问题,西法中没有现成的答案,但我们的祖先早已为我们提供了解决这一难题的途径,这就是典制,正由于典卖交易只涉及使用权的转移,可以有效地避开所有权转移这一敏感问题,因此典制的复兴是当前我国建立土地市场的一条捷径。这提醒我们:用现实的眼光洞察历史,绝非单纯以西方的理论为参照系,更不是把它当作唯一真理,而是要在对现实的思考之中,同情地阐释传统,研究历史。

魏文超曾经在中南财经政法大学法学院追随我攻读博士学位,他为人朴实,学风严谨,素来重视自身的修为与对学理的运思。他学术功底扎实,研究视角新颖,分析问题全面,是一位颇具研究潜力的法律史学者。2013年他在博士论文的基础上修改出版了《宋代证据制度研究》一书,这次他又完成了《典卖制度研究》的教育部项目,并予以出版。两书虽然研究领域迥异,但二者所体现的学术开拓精神与学术价值同样值得赞许。

作为导师,我为他这两年所取得的不菲成绩感到由衷得高兴。“山川悠远,惟其劳矣。”希望他在学术的道路上,以宽阔的胸襟,取得更大的成就!

是为序。

目 录

绪 论 / 001

一、研究现状与评析 / 002

二、研究意义 / 016

三、研究进路与方法 / 019

第一章 典卖制度形成的社会语境 / 024

一、人文地理环境 / 026

二、小农经济 / 034

三、群体主义伦理观 / 041

第二章 典卖制度的历史演进 / 051

一、“典”的疑似史料辨析 / 052

二、质、贴、贖等制度考析 / 058

三、典制的早期时期(南北朝至唐前期) / 063

四、典制的形成时期(唐末五代时期) / 070

五、宋元时期典制的发展 / 074

六、明清时期典制的完善 / 096

七、清末民国时期典制的西式改造 / 117

八、1949 年以后典制发展的挫折 / 130

第三章 典卖制度的结构与功能 / 142

一、典制的结构与运作 / 142

二、典制的社会功能 / 195

第四章 典卖制度的法理解析 / 204

一、中国传统产权观念的模糊性 / 204

二、典制的平等互利性 / 212

三、典制的民间法意义 / 218

四、典领域解纷机制之法理分析 / 226

第五章 典卖制度的未来展望 / 239

一、典制应当保留之理据 / 240

二、典制立法应当采用单行法的形式 / 260

结论：尊重习惯法的法源地位 / 267

一、习惯法乃人类史上的重要法源 / 267

二、习惯法应当成为当代中国法源之一 / 274

参考文献 / 280

后记 / 289

绪 论

在中华民族几千年文明史中,我们的先民创造了无数其他民族所无法企望的奇迹,民法制度——典制即为其中一例。^{〔1〕}史尚宽说:“典权为中国固有制度,现今各国民法已不复睹,唯日耳曼法之古质,与中国之典极相类似。”^{〔2〕}典制是中国传统社会中一项重要的民事制度,其核心内容是:出典人将财物或产业交付典权人,以获得典权人以典价形式给付的金钱,而典权人则拥有典物的使用、收益权;出典人对到期典物拥有回赎权,而出典人逾期未回

〔1〕 典制是我国独创的民法制度。在世界范围内,只有《韩国民法典》规定的传贖权制度与中国典制相类似。《韩国民法典》之《物权编》第303条第1项规定:传贖权人支付传贖金占有他人不动产,按照该不动产的用途使用、收益不动产,对整个不动产后顺位权利人就传贖金享有优先受偿权。自1958年颁布的《韩国民法典》规定传贖权制度以来,该制度几经立法修订,至今仍在韩国沿用。虽然传贖权与典制存在一定的差异,但前者是对后者的借鉴与传承。参见朴恩惠:《韩国传贖权制度研究——兼与中国典权比较》,华东政法大学2010年博士学位论文。

〔2〕 史尚宽:《物权法论》,中国政法大学出版社2000年版,第434页。其实日耳曼法中的质押制度与中国的典制具有本质上的差异,世界范围内只有韩国的传贖权制度与中国典制相类似。

赎时,典权人有权获得典物的所有权。

中国古代关于典的表达有两种含义:其一与“当”相关联,通常合称为“典当”;其二与“卖”相关联(虽然与卖并无必然联系),通常称为“典卖”。第一种意义上的典,其含义大体相当于现代民法中的动产质押,其内涵相对单纯,学术界没有什么争议。第二种含义上的典就是最引起学界研究兴趣的田宅(相当于今人之不动产)典卖,后人所说的“典制”或“典权”多指典卖。^{〔1〕}典卖制度最能体现中国传统法律文化的特质,但令人惋惜的是,这一在世界法制史上具有独创意义的法律制度,仍存在较大的研究空白,在现有的研究成果中,基于某些偏见,学界对典制的一些问题尚存在一定的争议,因此典制有待于作进一步研究。本书即着力对典卖制度进行探讨,期望在学术上能有所突破。

一、研究现状与评析

典制属于民法的研究范畴,因此学界关于中国古代民法的争论关乎典制研究的前提,因此有必要对中国古代民法问题作进一步分析。

〔1〕 广义的典制主要可以分为典当与典卖两种形式,二者的共同之处在于出典人以典物为质向典权人交换典价钱,二者主要区别在于:其一,典当的主要标的物是动产,典卖主要标的物为田宅等不动产;其二,典当铺对典物只享有占有权,而不得随意使用,典卖中的典买人则拥有对典物进行使用、收益的权力,因此一些学者据此将典当定义为担保物权,而将典卖归结为用益物权;其三,典卖关系之成立,建立在交易双方所订立的契约基础之上,属于民间性经济交往,而典当业则发展出行会组织与行规,典当关系以当票为凭证,因此典当具有很强的商业色彩;其四,通过对目前所掌握的相关史料的研究,可以看出,典当现象产生在先,典卖在后,并且典卖应该是典当交易在不动产领域的延伸;其五,从世界范围看,典卖属于中国特色的民事制度,除了韩国之外,世界其他地区没有相对应的制度,而典当业则在世界其他文明中广泛存在;其六,从设计机理上看,“地不起租,银不生息”是典卖制度的基本规则,出典人只须偿还典价即可赎回典物,不需支付利息,典买人获得的是对典物的用益权,地租与银息相抵,使得双方利益得到平衡,因此典期可长可短,可见典卖制度设计灵活巧妙,而这一制度完全是民间创造的产物,体现了民间自治主义,而在典当关系中,虽然因当物相对价值低、便于携带,因而典当交易极为便捷,但典当设计机制具有“硬伤”,因为当物只能被典当行占有,而不具备使用收益价值,当户赎回当物时,必须支付当价的利息,交易双方的唯一平衡点即为当价的利息,可见典当交易具有剥削性,因此国家与典当行业组织不得不花更多的精力对利息进行规制,以平衡交易双方的利益。

在典制本身研究方面,学界的研究兴趣主要集中于典制性质的辨别与典制存废的争论两方面,这些问题尚需作进一步探讨。

(一) 关于中国古代民法之争

现代中国法学界所使用的“民法”一词,肇始于罗马法之“市民法”一词。^{〔1〕}在古代罗马早期,调整罗马本国公民即罗马市民之间关系的法律,被称为“市民法”。“市民法”这一概念后经法国、德国和日本等国之辗转继承和发展,各国在转译“市民法”一词时,采用了与本国语言相应的词汇。这一概念于清末变法时经由日本引入我国,始称“民律”,南京国民政府时期改称“民法”,这一用法遂沿用至今。中国法学界所说的“民法”与大陆法系的民法或民法典大体具有相同内涵,中国近代以来的民事立法也完全是模仿大陆法系民法典的产物,因此中国近现代民法在思想与立法两方面均与中国古代法律传统产生了断层。基于以上历史原因,对于中国古代社会是否存在民法这一问题,学界存在不同的认识。

一些学者以大陆法系的民法或民法典作为参照物,认为中国古代不存在民法。例如,民法学者梁慧星认为,中国古代长期压抑私权的发展,因而不存在也不可能存在有民法。^{〔2〕}又如日本学者滋贺秀三以欧州法为参照,认为“在中国,虽然拥有从古代就相当发达的文明的漫长历史,却始终没有从自己的传统中生长出私法的体系来”,滋贺甚至认为,“私法理念”在古代中国“是一个空白”。^{〔3〕}

〔1〕《尚书·孔氏传》中记载:“咎单,臣名,主土地之官,作明居民法一篇,亡。”据陈嘉梁考证,这里的“民法”一词,“其内容大体上就是我们所说的广义的民法,即它是调整民事财产关系的民事法律规范的总称”。(参见陈嘉梁:“‘民法’一词探源”,载《法学研究》1986年第1期。)其实《尚书》中“民法”一语的出现带有个案的性质,并非古人约定俗成的熟语,因此词汇学意义不大。中国古代文献中大量出现的“田宅细故”、“户婚”、“争业”、“争财”等种属概念大体对应了现代民法中的部分内容。

〔2〕梁慧星:《民法总论》,法律出版社1996年版,第2页。

〔3〕滋贺秀三:“中国法文化的考察——以诉讼的形态为素材”,载《比较法研究》1988年第3辑。

一些学者不以西方民法或民法典为参照,而从中国古代法的内在理路出发,认为中国古代存在民法。法史学者陈景良认为,当代中国的法学家,尤其是民法学者,由于对中国的典籍未加深入研读,便以为中国历史上既然没有民法典,没有所有权、物权、债权的分类,自然也不存在私有制及私有财产权利的保护。在陈景良看来,这是一种误解,因为中国古代土地所有权及私有财产的界定与保护并非尽由国家制定法——法典进行明确规定,而是通过自己特有的方式反映出来,这在宋代以后的元明清社会尤其突出。^{〔1〕} 法史学者孔庆明认为,根据社会发展的客观规律,凡是有财产流转和商品交换的地方,必然有民事法律制度,只是这种法律制度的存在形式和发展程度不同而已。^{〔2〕} 另有其他一些学者也认为中国古代存在民法,但不同学者对于中国古代民法性质有着各种认识。有学者认为中国古代民法具有多种渊源,如伦理、习惯、民事单行法、民事文书、民事判例等,因此认为中国古代固有民法具有开放性的特点;^{〔3〕} 有学者认为中国无独立的民法;^{〔4〕} 有学者认为中国民法不发达;^{〔5〕} 张晋藩认为中国古代法典编纂技术上采用“诸法合体,民刑不分”的体例,但中国古代法律体

〔1〕 陈景良:“中国法学知识体系的建构必须重视从中华法制文明中寻求资源”,载《法学研究》2011年第6期。

〔2〕 孔庆明等:《中国民法史》,吉林人民出版社1996年版,绪论第1页。

〔3〕 李显冬:“论中国古代固有民法的开放性体系”,载《杭州师范学院学报》(社会科学版)2003年第5期。

〔4〕 例如赵晓耕认为,由于自然经济和宗法制度的影响,使中国古代民事性质的法律规范在最初阶段就失去了独立发展的可能。参见赵晓耕:“中国古代民法的特点及其鉴别”,载南京师范大学法制现代化研究中心编:《法制现代化研究》(第三卷),南京师范大学出版社1997年版,第288页。

〔5〕 例如孔庆明以罗马法与大陆法系为参照,认为中国古代民法不发达,没有形成系统、完整和严密的体系。(参见孔庆明等编著:《中国民法史》,吉林大学出版社1996年版,绪论第2页。)叶孝信认为,中国传统民法发展迟缓,无独立的民法典。(参见叶孝信主编:《中国民法史》,上海人民出版社1993年版,绪论第30~31页。)张晋藩也认为,中国传统民法发展迟缓,始终没有形成相对独立的民法典。(参见张晋藩主编:《中国民法通史》,福建人民出版社2003年版,绪论第19页。)

系却是“诸法并存,民刑有分”,二者是两个不同的概念,不能混淆。〔1〕

从方法论上说,对一个问题有一个全面的认识,是对这一问题进行研究的前提。因此,对于民法这一概念有一个理性认识,对研究包括典制在内的中国古代民法至关重要。判断中国古代有无民法,看似一个简单的论断,其实涉及了诸多需要厘正的命题,例如,所论民法是指中国民法还是西方民法?是指传统民法还是近现代民法?是实质意义上的民法还是形式意义上的民法?这些命题可以归结为一个命题,即所论的民法到底指什么样的民法。因此只有摆正中外古今民法的位置,才能走出认识的误区,这是展开中国古代民法研究的前提。很多学者为法律的存在形式所羁绊,为现代式的民法典所障目,便会产生中国古代民法不存在或不发达之类的错觉,这会挫伤学界研究中国古代民法的兴趣,同时也使学界注重于制定法的研究,忽略对民间习惯法的研究,而前者只关涉中国古代民法之皮毛,而丰富的民法内容恰恰蕴含于后者之中。中国古代虽然没有产生类似于西方的民法典,但却存在丰富的民法制度与实践,而这种民法主要以民间习惯法的形式存在。〔2〕中国古代民法没有一个约定俗成的概念,从某种意义上讲,采用“民法”这一近代舶来概念来描述一个古代的东西,实为一种无奈,主要是为了论述与表达上的方便。

〔1〕 张晋藩:《中国法律的传统与近代转型》,法律出版社2009年版,第247页以下。

〔2〕 法律的意义在于运用,在于为社会所接受,不为社会所接受的法律,其形式即使再完美,也不过是无用的摆设,因此民法是否具备完备的体系与概念,并不影响其存在的价值。一些学者尤其是民法学者,特别重视民法的形式意义,如民法学者王利明著有《民法典体系研究》一书,专门对民法典体系的重要性展开论证,李冰清甚至还撰写了“体系是民法典的生命”一文(载《博览群书》2009年第11期),不难看出法的形式在这些学者心目中的无上地位。但仅有华丽的外表而内容脱离社会实际的空壳法律,是当前中国所不需要的。2007年颁行的《物权法》不顾中国国情,排斥了典制内容,主要是为了取得形式上的纯西化,以利于与国际接轨。试问:已颁行数年的《物权法》,除了供少数学者研究之外,其内容又为多少中国民众所知晓?其对中国社会经济、民众生活影响又有几何?这里涉及民法发展的推动力究竟是学术研究还是民众实践的问题。法律发展史警示我们,民法应当问道民众,取法民间。

通行的民法定义认为,民法是一定社会调整平等主体之间特定的财产关系和人身关系的法律规范的总和,主要包括物权法、债法、继承法、婚姻法等内容。从以上定义来看,民法分类的依据主要是民法所调整的内容,同时依此定义,判断一种法律是否属于民法,应该从其调整的对象即财产关系与人身关系的角度来衡量,而不是其存在形式。世界上任何时期任何地区,只要存在人身、财产关系的非刑法性调整,就一定存在民法,而不论这种“民法”以何种称呼与形式出现。^{〔1〕} 在中国古代法律中,虽无西方式“民法”概念与民法体系,但却存在着财产关系、人身关系的法律调整,这种调整当然构成实质意义上的民法规则。^{〔2〕} 我们有理由说,中国古代数千年的田宅交易、继承、婚嫁等民间行为中所蕴含的规则、习俗,即为中国古代的民法。^{〔3〕}

中国古代民法与刑法之区别,从司法中即可见端倪。中国古代司法中,“狱”与“讼”的分别自古有之,一般来说,“狱”大体相当于刑事

〔1〕 英美法系也没有严格的部门法概念,即没有系统性、逻辑性很强的法律分类,其法律分类比较注重实用,贴近司法实际,因此英美法系中不存在大陆法系的民法部门法,其财产法、侵权法等大致相当于大陆法系中民法的一些内容,但学界一般不会凭藉大陆法系的民法体系对英美法相关内容进行剪裁。英美法系独具一格的风格,受到法学界的青睐,没有学者质疑英美法系作为世界法系之一极的重要地位。

〔2〕 诚然,中西古代法律文化缺乏交流,各自在不同社会环境中发展起来的法律风格迥异,缺乏形式上的可比性,但基于人类社会生活内容的相似性,二者在内容方面却有诸多的可比性,比如古代中西不同民族有着类似的契约制度,其中包括诸多类似的要素,例如:在交易参加人方面,除了交易双方当事人外,还有证人、中人见证并签字画押;又如在表意方面,一般要求交易双方合意、意思表示真实;再如在交易内容方面,一般要求交易公平合理,不得妨害他人利益与社会利益等。因此中西法文化比较,需要透过现象看本质,抛开形式看内容。

〔3〕 正如陈景良所说,就法律而言,有广义与狭义之分,狭义的法律是指国家机关制定或认可的规范,在西方法学流派中,持狭义法律观念的是实证主义法学派,广义的法律,除国家制定法外,还包括习俗、礼俗及社会团体、社会组织制定的章程、办法等,社会法学派往往持广义的法律观念。陈景良认为,中国是一个具有悠久成文法传统的国家,制定法是审判的主要依据,但由于中国人口众多,民族多样,又加上文化深受儒家思想影响,故历来以“礼法合一”著称,而礼的部分规范,成为法律与司法原则,因此对于礼俗,也未必不可以广义之法视之。参见陈景良:“释‘干照’——从‘唐宋变革’视野下的宋代田宅诉讼说起”,载《河南财经政法大学学报》2012年第6期。

案件,“讼”则大致相当于民事案件。在“狱”类案件中,司法官代表国家追究犯罪,承担刑事侦查、追诉和审判的综合职能,在“讼”类案件中,司法官或地方士绅,居中审判与调解田土、婚姻等方面的纠纷。另外古代司法中的刑事与民事案件所适用的法律也有区别,前者主要是刑事制定法,后者则主要为民事制定法与民事习惯。流传至今的大量古代的民事判牍,如宋代的《名公书判清明集》,以及明清的《盟水斋存牍》、《樊山判牍》、《吴中判牍》等,证明了中国古代民事司法的存在,也证明了民法的存在。如果没有民法,那么民事审判将何以凭依?

如果诚如一些学者所断言,中国古代不存在民法,那么学界关于中国古代民法的大量研究成果,也就随之成了空中楼阁,法理难圆。如果中国古代不存在民法之断言能够成立,还会引发很多悖论,例如,假设中国古代不存在民法,那么就很难说得通古代中国为何会产生发达的民法制度——典制。以典制为据,足以终结学术界关于中国古代是否存在民法的长期争论。

(二)关于典制性质之争

关于典制的性质,在现代学术语境中,学者们各自从自身的学术背景出发,参照他人的理论,纷纷提出自己的观点,至今未有定论。值得关注的是,透过纷杂的理论与不同提法,不难发现,近现代学者多从“权利”的角度对典制进行理解,多称之为“典权”,并在属性上将其定义为某种“物权”。^{〔1〕}例如,日本学者寺田浩明认为典是“所有者接受约为卖价之半的金额而允许他人使用自己的土地获得收益,经过约

〔1〕对典作“权利”上的定位,明显受西方自然法的权利说与罗马法的物权说影响,存在法理上的瑕疵。近现代立法也是把典制作为物权看待的。事实上典制的存在依据是基于典物与典价资金流转的一种制度机制,而非一种权利。正如吴向红所论,所有权是来自于罗马法的概念,并不天然地具有普世性,中国传统的地权秩序中根本没有足以支撑“所有权”的法律设施,古代(乃至当今)中国的地权秩序的根本特征恰恰是“所有权的缺席”,因为法权意义下的土地所有权是被皇权(或国家权力)彻底垄断的,百姓们只是在“管业”(起耕纳粮),从来没有被赋予法权意义上的所有权。(参见吴向红:《典之风俗与典之法律》,法律出版社2009年版,前言第4页。)吴向红对于中国土地私人所有权缺失的论断存在绝对化的嫌疑,但这一论断对于我们认识中国典制得以形成的法权背景不无启示意义。

定的期间后他随时可返还最初领取的价额,重新取得土地”的一种权利安排;^[1]一些日本学者认为中国的典属于向“作为一种担保制度的近代质权”发展中的一种过渡形态;^[2]日本学者冈田朝太郎则认为典制属不动产质权,已属谬误至甚;有学者认为,典权具有用益物权性质;^[3]有学者认为,典权具有担保物权性质;^[4]有学者认为,典权具有用益物权和担保物权的二重性。^[5]宏而论之,学界在典卖制度的权利定性上主要有三种观点:或将其认定为用益物权,或认定为担保物权,或折衷前两种观点将其认定为特种物权或双重物权。经过多年争论,用益物权说勉强成通说,我国大陆与台湾地区民法学者多认同典权属于用益物权类型,但仍有众多不同观点。例如,有学者将典理解为附有回赎条件的买卖;^[6]有学者将其理解为一种债的关系。^[7]总之,对“典”这一概念在法律体系中的定位,在理论上至今没有统一的见解。

持用益物权说的学者认为,典权以对典物的使用、收益为其主要内容,典权人所看中的正是典物的使用与收益价值,另外典权比较丰

[1] [日]寺田浩明:“权利或冤抑”,载[日]滋贺秀三等:《明清时期的民事审判与民间契约》,王亚新等编译,法律出版社1998年版,第198页。

[2] [日]岸本美绪:“明清契约文书”,载[日]滋贺秀三等:《明清时期的民事审判与民间契约》,王亚新等编译,法律出版社1998年版,第296页。

[3] 例如民法学者梁慧星即采用益物权说。参见中国物权法研究课题组:《中国物权法草案建议稿:条文、说明、理由与参考立法例》,社会科学文献出版社2000年版,第583页。

[4] 例如张晋藩认为:“清朝立法者在明律关于区分典卖二种法律行为的基础上,作出进一步的阐发,使典的物权担保性质更为明确。”参见张晋藩:《清代民法综论》,中国政法大学出版社1998年版,第119页。

[5] 例如童光政认为:“典权就是典主占有出典人的不动产并使用收益的权利。中国古代,‘典’又带有‘质’的某些特点,因此典权具有用益物权和担保物权的二重性。”参见张晋藩等:《中国法制通史》(明卷),中国政法大学出版社1999年版,第227页。

[6] 李志敏认为,典本无卖的意思,但是“与卖合在一处,成为一种附条件的出卖”。参见李志敏:《中国古代民法》,法律出版社1988年版,第106页。

[7] 孔庆明等人认为,“典卖已成为唐代债的关系的普遍形式”,在清代表现为活卖,是农户遇有困难但又“舍不得丢弃祖业”而采取的“临时应急措施”。参见孔庆明等:《中国民法史》,吉林人民出版社1996年版,第259、639页。