

近代法文库

四川大学近代法文化研究所

四川大学“211工程”项目

中国区域历史与文化

「近代地方社会与法律」学术系列

民国基层社会纠纷及其裁断

以新繁档案为依据

Minguo Jiceng Shehui
Jiufen Jiqi Caiduan

里赞 刘昕杰 等著



四川大学出版社

四川省哲学社会科学规划项目

“民国时期地方社会纠纷及其裁断”（SC07B038）研究成果

四川省教育厅重点基地民间文化研究中心项目

“民间法与国家法的互动”研究成果

四川大学211工程项目

中国区域历史与文化

「近代地方社会与法律」学术系列

民国基层社会纠纷及其裁断

——
以新繁档案为依据



四川大学出版社

责任编辑:王 冰
责任校对:高庆梅
封面设计:墨创文化
责任印制:李 平

图书在版编目(CIP)数据

民国基层社会纠纷及其裁断:以新繁档案为依据 / 里赞等著. —成都:四川大学出版社, 2008. 12
ISBN 978-7-5614-4222-7

I. 民… II. 里… III. 司法制度—研究—新繁县—民国
IV. D929.6

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 204983 号

书名 民国基层社会纠纷及其裁断
——以新繁档案为依据

著者	里 赞 刘昕杰 等
出版	四川大学出版社
地址	成都市一环路南一段 24 号 (610065)
发行	四川大学出版社
书号	ISBN 978-7-5614-4222-7
印刷	四川锦祝印务有限公司
成品尺寸	148 mm×210 mm
印张	6
字数	185 千字
版次	2009 年 11 月第 1 版
印次	2009 年 11 月第 1 次印刷
定价	18.00 元

版权所有◆侵权必究

◆读者邮购本书,请与本社发行科联系。电话:85408408/85401670/85408023 邮政编码:610065
◆本社图书如有印装质量问题,请寄回出版社调换。
◆网址:www.scupress.com.cn

序

清人谓“万事胚胎，皆由州县”，即国之运行以基层单位为基础，而国之大事，其萌芽先兆、运行状况及至发展态势，亦可从基层社会生活中见微知著。这样一种见解在以往人们的思想中虽不鲜见，但在当下人们的意识中似已淡漠。过多的研究更关注于宏大的普遍性问题或较为抽象的价值判断问题，而对于身边事、具体事却视而不见，如此学风下的很多“见识”虽不为过，然往往于事无补，立意虽高却难有建树。这多少意味着无论是历史的或现实的研究，理论范式的转变对于当下的学界是很要紧的一件事情。利用地方基层档案开展基层司法状况的研究，当属此类学术努力。本书正是基于这样的认识，依托现藏于四川省成都市新都区档案馆之民国新繁县司法档案，讨论在由传统向现代的社会变迁中，基层政府、司法机关如何处理地方社会纠纷。在试图趋近历史真实的同时，展示一种中国法近代化的多样性面向。

就中国法律史研究而言，将地方档案运用于研究的可以上溯至20世纪50年代台湾淡新档案的发现。1947年，台湾大学法律系的戴炎辉教授在台湾“中华文化教育基金会”的支持下，对原日据时期所留“台湾文书”档案进行了长达五年的整理，从而形成法律史学界最早系统使用的清代基层司法档案，并率先运用这一档案论证晚清台湾地区的司法问题。^①这一材料后来也被美国和日本的学者

^① 戴炎辉利用淡新档案的研究成果包括：《清代台湾之司法制度》，《台湾省通志稿》（卷三政事志司法编第一册第一章清代司法制度），台北台湾省文献委员会1955年版；《清代地方官治组织及其实际运用》，《宪政时代》1975年第2~4期；《清代台湾的乡治组织及其实际运用》，《法学丛刊》1976年总第80~83期等。

用以研究中国法和社会，极大地改变了中国法律史的研究视角和方法。美国学者戴维德最先对淡新档案作了许多基本统计，成为许多学者的参考材料。^① 之后美国的艾马克 (Mark A. Allee)^② 和日本的滋贺秀三^③等著名学者也都开始采用淡新档案来论证或佐证个人的观点。为大陆学者所熟知的我国台湾法史学者那思陆、张伟仁在其著作中也对淡新档案有所涉猎。^④ 但由于淡新档案的大多数案件集中于同治和光绪年间，且缺乏大陆档案的佐证，加之当时海峡两岸的区隔，该档案的使用虽在中国法律史的研究方法上给出了新的选择，但并未获得中国法律史学界更广泛的响应。^⑤ 20 世纪 90 年代之后，日美的中国法律史学者逐渐转向对大陆所存州县档案的使用。究其原因，一方面是大陆学术界的日益开放，另一方面是一些原有档案价值受到重新重视。其中四川巴县档案成为日美学界争相使用的档案材料。1953 年四川巴县档案在重庆被发现，1955 年四川大学历史系开始整理使用。较之台湾淡新档案，四川巴县档案所涵盖时间更长，数量更多，但该档案虽多被史学界使用，法学界重视者却不多。以黄宗智为代表的美国学者发现这一现象后，开始有

① D. Buxbaum, "Some Aspects of Civil Procedure and Practice at the Trial Level in Tanshui and Hsinchu from 1789 to 1895", *The Journal of Asian Studies*, 1971, Vol. 30, No. 2

② Mark A. Allee, *Law and Local Society in Late Imperial China — Northern Taiwan in the Nineteenth Century*, Stanford, Ca.: Stanford University Press, 1994. 中文版见艾马克：《十九世纪的北部台湾——晚清中国法律与地方社会》，台湾播种者出版社，2003 年版。

③ 滋贺秀三：《清代州县衙门诉讼的若干研究心得——以淡新档案为史料》，《日本学者研究中国史论著选译》（第 8 卷），中华书局，1992 年版，第 528～544 页。其弟子也有相关论文，参见寺田浩明：《中国清代的民事诉讼与“法之构筑”——以淡新档案的一个案例为素材》，《私法》第 3 辑第 2 卷（总第 6 卷），北京大学出版社，2004 年版，第 304～326 页。

④ 那思陆：《清代州县衙门审判制度》，文史哲出版社，1982 年版；张伟仁：《清代法制研究》，台湾“中央研究院”历史语言研究所，1983 年版。

⑤ 淡新档案对台湾法律史学界的影响至今仍十分重大，见王泰升、亮嘉宁、陈韵如：《“淡新档案”在法律史研究上的运用——以台大法学院师生为例》，《台湾史料研究》2001 年第 22 辑，第 30～71 页。

意识地利用巴县档案进行中国法律史研究。^① 白德瑞 (Bradly W. Reed) 在其著作中指出, 巴县档案的出现, 使学者摆脱了因淡新档案过于薄弱而无法进行更彻底研究的困境。^② 由于巴县档案的丰富和完整, 美国的中国法律史研究者所使用的地方档案, 多以巴县档案为主, 兼顾淡新等其他地区的档案材料。^③ 以寺田浩明为代表的日本学者同样也利用巴县档案进行了颇有意义的研究。^④

但国内学者在使用档案材料论证观点方面略显不足, 这既与我们以前研究的问题多集中于制度上的宏大叙事有关, 也与长期以来形成的学术氛围和学术传统有关。坦言之, 在相当长的一段时间里, 中国法律史学界尚未形成凭档案说话的学术传统。近年来虽出现了一些变化, 如对黄岩档案的整理研究、对巴县和南部县档案法学价值的日益重视, 以及田涛、邓建鹏、俞江、赵妮妮、吴佩林等

① 作为美国利用清代州县档案进行中国法律史研究的中心人物, 黄宗智的著作颇丰, 其代表作很多已被翻译为中文, 如黄宗智:《民事审判与民间调解: 清代的表达与实践》, 中国社会科学出版社, 1998年版;《清代的法律、社会与文化: 民法的表达与实践》, 上海书店出版社, 2007年版;《法典、习俗与司法实践: 清代与民国的比较》, 上海书店出版社, 2007年版等。

② Bradley W. Reed, *Talons and Teeth: County Clerks and Runners in the Qing Dynasty*, Stanford, Ca.: Stanford University Press, 2000, preface, pp. xiv, 利用巴县档案进行的研究还有: Bradley W. Reed, *Talons and Teeth: County Clerks and Runners in the Qing Dynasty*, Stanford University Press, California, 2000; "Money and Justice: Clerks and Runners, and the Magistrates's Court in Late Imperial Sichuan", *Modern China*, Vol. 21, No. 3 (Jul, 1995), pp. 345~382.

③ 美国学者运用档案进行清代法律研究可参见: Kathryn Bernhardt, Philip C. C. Huang, ed., *Civil Law in Qing and Republican China*, Stanford University Press, Stanford, California, 1994; 另可见 Matthew H. Sommer, *Sex, Law, and Society in Late Imperial China*, Stanford, Ca.: Stanford University Press, 2000.

④ 王亚新编:《明清时期的民事审判与民间契约》, 法律出版社, 1998年版。

人的研究成果^①，表明中国法律史学界开始注意到研究材料的重要性，对州县审断的研究也开始从单一的制度描述转到利用档案材料进行具体问题的深入探讨。但是由于档案资源有限，加之档案整理和研究均需花费较长的时间和相当的学术积累，与当下急功近利的学术气候并不相宜。因此在这方面有所突破甚至取得长足的发展绝非朝夕之事，尚需学界同仁的长期努力。

运用档案材料并不意味着必然能得出可信的结论。换言之，档案材料的分析论证是可信结论的必要条件而非充分条件。从滋贺秀三和黄宗智的研究可以看出，对待包括档案在内的论证材料的态度是他们之所以产生争论的一个重要原因。

事实上，所有的档案对其时代的记录都是有限的，若想通过档案以窥历史之全貌本就不可能，何况还是有限的且不尽完整的档案。在对南部和巴县档案的研究中，至少以下方面的问题提示出对档案的使用需谨慎为之：

其一，材料与所论相适应。普遍性的结论很难以一个或几个县的材料得出，因为档案已然表明，不同的县之间有大的差别。即便是同为四川省所辖的巴县和南部都有差别，更何况全国。故“了解之同情”研究取向的前提即承认研究者的认识能力及其可据材料都是有限的。在这样的情形下仍要寻求“真了解”（陈寅恪语），不仅要“论世”以“知人”，更不能不“以意逆志”，像清人所说“于空

^① 田涛率先开展了对黄岩档案的整理和研究，参见田涛等主编：《黄岩诉讼档案及调查报告》，法律出版社，2004年版。另外邓建鹏所依据的是黄岩档案，俞江所依据的为宝坻档案，赵妮妮所依据的为南部县档案。可参见邓建鹏：《清代州县讼案和基层的司法运作——以黄岩诉讼档案为研究中心》，《法治研究》2007年5期。邓建鹏：《清代州县讼案的裁判方式研究——以“黄岩诉讼档案”为考查对象》，《江苏社会科学》2007年3期；俞江：《论分家习惯与家的整体性——对滋贺秀三〈中国家族法原理〉的批评》，《政法论坛》2006年第1期。俞江：《论清代的继子孙责任——以顺天府宝坻县刑房档案为线索》，《现代法学》2007年第6期。俞江：《清代的立继规则与州县审理——以宝坻刑房档为线索》，《政法论坛》2007年第5期。赵妮妮：《晚清知县对婚姻讼案之审断——晚清四川南部县档案与“樊山政书”的互考》，《中国法学》2007年第6期。

曲交会之际以求其不可知之事”^①。

其二，材料的选择对结论的影响。对同一个问题，不同地方的材料、同一个地方的不同时期的材料、同一个地方同一时期不同人的材料等等因素，所得出的结论都会有所不同。现有研究中诸多争议的问题，焦点不在结论的正确与否，而往往在于材料的选择或使用。关于历史材料的认识或使用，陈寅恪先生有言：“吾人今日可依据之材料，仅为当时所遗存最小之一部，欲藉此残余断片以窥测其全部结构，必须具备艺术家欣赏古代绘画雕刻之眼光及精神，然后古人立说之用意与对象，始可以真了解。”^②要做到不逾越昔人之时代限制，陈先生特别提出：“解释古书，其谨严方法，在不改原有之字，仍用习见之义。故解释之愈简易者，亦愈近真谛。并须旁采史实人情，以为参证。”^③

目前法律史学对于地方档案的发掘和研究还主要集中于清代（见表1），运用档案进行民国时期法律制度研究的法律史论著尚不多见。而同清代的法律研究一样，民国时期看似成为定论的一些观点也都还有待于利用地方档案进行佐证或纠正。然而出于许多客观的原因，在民国法律史的研究中对地方档案的发掘和整理都还处于起步阶段。与清代相比，民国时期更是社会背景和法律文化急速转型的时代，虽然西方六法体系在中国本土得以完整建立，但西式的法律制度究竟是以何种方式在基层社会存在，我们至今也未有一个较为清晰的描述或判断。民国时期新繁县司法档案所显示出来的无论是法律制度、法律观念还是基层社会的法律实践中都还存在黄宗智教授描述清代法律实践中所运用到的“表达”与“实践”的冲突。

① 罗志田：《近代中国史学十论》，复旦大学出版社，2003年版，第185页。

② 陈寅恪：《冯友兰〈中国哲学史〉上册审查报告》，《金明馆丛稿二编》，上海古籍出版社，1980年版，第247页。

③ 陈寅恪：《“蓟丘之植，植于汶渚”之最简易解释》，《金明馆丛稿二编》，上海古籍出版社，1980年版，第262页。

表 1 目前中国法律史学界主要运用的地方档案

	规模	跨越年代	档案地点	馆藏地点
淡新 ^①	约 19152 件	1789—1895	台湾淡水厅、台北府、新竹县	台湾大学图书馆
巴县 ^②	约 11.3 万件	1757—1911	四川省巴县	四川省档案馆
宝坻 ^③	约 41839 件	1810—1900	顺天府宝坻县	中国历史第一档案馆
南部 ^④	约 84390 件	1657—1911	四川省南部县	四川省南充市档案馆

而这样一种国家法律制度与基层法律实践的冲突绝不仅仅体现于民国时期。近代以来的中国法的法律移植和法制建设表明，在中国社会引入西方法律，建立制度是一回事，而制度的落实则又是另外一回事。我们若要寻求两者的和谐统一，那么，研究民国时期的基层法律实践，揭示其中的种种问题，对于当下的中国而言，就不

① 台湾大学于 1995 年起重新整理出版该档案，已出版《淡新档案》行政编八册，一至四辑于 1995 年出版，分别为总务类、民政类；五至八辑于 2001 年出版，分为财政类、建设类。台湾大学图书馆正在进行淡新档案的数字化工作。参见台湾大学图书馆网站：http://www.lib.ntu.edu.tw/specialcollect/Coll_Taiwan/Coll_Tan-hsin-s5.html#anchor02，访问时间：2008 年 8 月 19 日。

② 巴县档案全面记载巴县从乾隆至宣统时期的政治、经济、文化历史。参见重庆市巴南区档案信息网，www.da.cqbn.gov.cn，访问时间：2008 年 11 月 8 日。

③ 宝坻档案非独立的州县档案材料，为顺天府全宗档案的内容之一。顺天府全宗档案起止年度从雍正至宣统。参见中国历史第一博物馆馆藏说明：http://www.lsdag.com/showinfo.asp?info_id=131，访问时间：2008 年 8 月 2 日。其中的宝坻档案情况未能单独考证，根据使用者俞江的介绍，他主要使用的是宝坻档案中的刑房档，刑房档在宝坻县档中占了主要部分，时间跨度从 1832 年（道光十二年）至 1911 年（宣统三年）约 80 年。见俞江：《清代的立继规则与州县审理》，《政法论坛》2007 年第 9 期。

④ 南部档案现已列入中国档案文化遗产和国家清史编纂工程。参见国家清史编纂委员会：《南充市档案局（馆）藏清代南部县衙档案概略》，《档案调研报告》，转引自中华文史网 <http://www.historychina.net/cns/QSYJ/WXWD/DALY/2004/04/19/11043.html>，访问时间：2008 年 11 月 11 日。

仅有着理论上的意义，而且有着极其重要的实践价值。正是基于这种思考，我们开始了对民国基层司法档案的收集和整理。

四川省是民国时期的抗战大后方，故而民国档案的保存相对丰富且未受战火毁损。目前，四川省许多基层县都还较为完整地保留着大量民国时期的地方档案，新繁县即为其中之一，这为地处四川的我们提供了很好的研究条件。新繁县现属成都市新都区，因离成都市区较近，基于便捷的因素，我们首先对其民国档案进行了整理和研究。

新繁，古名繁，由古蜀王望帝杜宇氏所建。《华阳国志》记载“蜀川人称郫、繁为膏腴”，取物产丰富、人烟繁盛之意为名，名繁。据明正德年间之《四川志》载，秦始皇时已设有繁县，归蜀郡管辖。三国蜀汉时期，后主刘禅将降民内迁至繁县，令原繁县居民迁至今新都及青白江岸地区，用以拱卫京城成都，因新迁于此，故名新繁。1913年，四川废省改道，将四川省划为七道，并废除府、州、厅制，新都县隶属川西道，一年后改为西川道。此后，军阀割据，推行“防区制”，新都属邓锡侯的二十八军防区。1935年国民党政权统一川政，设四川省政府，将全省划分为18个行政督察区，新都县属第一行政督察区直至民国三十八年。1949年以后，经过多次行政建制变迁，最终并入成都新都区。新都区档案馆建于1959年，馆内收藏了64535卷（册）档案资料以及18个姓氏的家谱族谱。其中，清代档案11卷，民国档案5807卷。该馆馆藏资料内容丰富，分为党团类、政府类、司法警察类、文教卫生类、工商企业类、金融类及其他共七个门类。与四川巴县、南部县档案相似，新都档案中的相当部分为司法档案——民国新繁县司法档案，全宗号159，分为6个目录，共计3978卷，主要收集了1930年到1950年20年间新繁县司法处的刑民案卷以及当时的司法行政文件。

当然，必须指出的是，在中国这样一个区域差异极大的国家，基层的法律实践也是多面向的，东西南北的基层情况并不一致，故而对四川档案的研究未必能揭示出中国基层的所有问题。但这样的研究至少能反映出在统一的法律制度下基层社会所必然具备的地方

特性，这对于我们进一步认知和重视在统一法制建设中地方法律实践的多元化问题具有重要价值。

本研究课题有幸得到了四川省哲学社会科学基金和四川省教育厅重点基地民间文化研究中心的支持，更被纳入四川大学 211 工程中国区域历史与文化项目，这极大地促进了课题成果的最终完成。从 2006 年开始，我先后带领我的研究生和科研团队多次赴新都区档案馆，拍摄了相对完整的档案图片资料，而后编撰目录大纲，对其中的部分档案进行录入，并针对一些问题开始了初步的整理、讨论和研究，本书是这部分初步研究的成果。需要特别指出的是，与我所了解和亲眼见过的其他档案相比，新繁档案并非最为完整和内容最为丰富的，然而即便如此，它仍然相当程度地改变了我们的一些成见，也呈现了许多极具地方特色且真实的历史面貌，缩小了我们与历史的距离，尽管我们的研究工作才刚刚开始。

通过档案开展研究是一件十分辛苦的工作。它不仅需要参与者在思想、体力和物质上的巨大付出，还需要广泛的社会支持。我们课题研究的开展以及本书的完成正得益于新都区宣传部袁道宽部长、新都区档案局吴春华局长、四川大学历史文化学院王挺之院长、民革成都市委员会孙传敏主委以及四川大学出版社陈国弟社长、王冰编辑等诸多机构和人士的大力支持和帮助，在此特致诚挚的谢意。

本书各章节写作分工如下：序，里赞；第一章，刘昕杰；第二章，张润梅；第三章，里赞、张坤；第四章，里赞、王有粮、徐翔；第五章，里赞、王有粮；第六章，刘昕杰、吴光于；第七章，阎晓梦、刘昕杰；第八章：李常永、里赞；第九章，刘昕杰；第十章，里赞、刘昕杰。本书的部分章节曾在一些刊物或会议上发表，收入此书时均作了修改。全书虽属分章写作，但对许多问题的讨论，特别是对基本档案的整理和运用，都不是个人所能独自完成的。因此，本书是我们整个研究团队的成果，它负载着大家共同的心血，是集体智慧的结晶。

目 录

第一章 典权·····	(1)
第二章 租佃·····	(19)
第三章 婚约·····	(35)
第四章 离婚·····	(48)
第五章 庙产·····	(62)
第六章 继承·····	(81)
第七章 调解·····	(95)
第八章 诉状·····	(120)
第九章 兼理司法·····	(141)
第十章 法学教育·····	(155)
主要参考文献·····	(177)

第一章 典 权

与民国民法典所设立的其他权利制度相比，唯有典权在外国法中没有直接与之对应的权利制度。由于物权法定的近代民法原则，在立法者规定的物权形态之外，私人不可再自行设定权利，民法对物权种类的规定往往能够突显财产关系形态和立法者的价值取向。西方民法将物权细分为所有权、用益物权（地上权、永佃权、地役权等）及担保物权（抵押权、质权、留置权等），历经多年均能适应财产流转的社会要求，未尝增添新的物权种类，及至日本民法也仅在此架构下稍作名称的变更而已。因此，民国时期民法典中关于典权的规定可以视作近代立法者对中国传统土地关系进行法典化改造，并使之融入既有西方物权法律体系中的唯一一项努力。

我国传统社会中的典，其渊源可溯至宋代之前的“贴卖”、“活卖”。明清两朝律典都对典进行了专门规定，如《大明律》载：“凡典买田宅不税契者，笞五十。”^①《大清律例》也有几乎完全相同的规定。^② 潘维和先生曾指出：“近代法上典权，其标的物，仅以不动产者为限者，亦即狭义之典权。”“今日近代法上之典权确系由昔日‘典卖’之‘典’演化而来，广义之典权其标的物遍及动产或人

^① 《大明律·户律·典买田宅》，怀效锋点校：《大明律》，辽沈书社，1990年版，第53页。

^② 《大清律例·户律·典买》，田涛、郑秦点校：《大清律例》，法律出版社，1998年版，第198页。

身者不同。”^①“出卖祖产以应急需，虽非不孝之尤，亦属败家之征，自为农业社会人情所不愿。”^②在传统中国社会中，典不是一项民事“权利”，而是一种买卖方式，亦即可以回赎的买卖。这样一种典卖制度，实际上是给当事人解决一时贫穷困境的机会，如果要将典视为一项权利，则传统中国更倾向于将其视为一种出典人的权利，而近代西方民法权利设置的出发点在于占有者，典权人指代的是承典人。因此，传统意义上的典和纳入西方物权法体系的典权不可避免地存在差异和冲突。

日本学者松冈义正执笔起草《大清民律草案》物权编之时，认为中国的典权制度大体与日本的不动产质权相同，故而将典权视作近代西欧民法物权理论中的“不动产质”，在草案中未予明文规定。民国肇始，江庸负责主持编纂中华民国《民律草案》，他特别指出《大清民律草案》“多继受外国法，于本国固有法源，未甚措意”，并点出物权不设“典”是明显的失误，“此等法典之得失，于社会经济消长盈虚，影响极巨，未可置之不顾”^③。由于典在土地关系中举足轻重，数量极多，成文法出台之前，民初大理院的判例、解释例就已多次涉及。^④1915年10月，北洋政府司法部拟定《清理不动产典当办法》，此项办法是近代立法者最早有关典的立法^⑤，但详看条文，总计不过十条，且并未明确界定典为何物，也未明确典在物权体系中的位置，主要立法目的是清理以前典权交易类的积压案件，其条文除明确地规定回赎权与典期的限制以外很少涉及典权制度的其他重要内容。

在进行了民事习惯调查后，1921年由大理院和修订法律馆组

① 潘维和：《中国民事法史》，台湾汉林出版社，1982年版，第398页。

② 潘维和：《中国民事法史》，台湾汉林出版社，1982年版，第400页。

③ 谢振民编著：《中华民国立法史》（下册），中国政法大学出版社，2000年版，第748页。

④ 民初大理院1913年判决典权案1例，1914年判决典权案7例。参见郭卫：《大理院判决例全书》，上海法学编译社，1931年版，第171~172页。

⑤ 叶孝信：《中国民法史》，上海人民出版社，1993年版，第630页。

成的民律草案修订组开始进行中华民国《民律草案》的制定，而在此草案中，物权编对典权专章立法，共 17 条。民国法学家也承认，此次立法“基本上，物权编和民法其他部分均为德、瑞、日民法之混合继受”，“可成为我国民法特有之创新者，厥为典权制度”^①。值得一提的是，执笔编纂物权编的法律家黄右昌时任北京大学法律系教授，也是著名的罗马法专家，但他所制定的物权编却对中国传统法极为重视，典权的设置为一例，另一例是他仍将各级审判机关称为“审判衙门”，与其他四编将之统称为“法院”格格不入。

如果说中华民国《民律草案》对典权的设置还有一定的个人因素的话，《中华民国民法》对典权的详细规定无疑是“政治精英与法律家合作”^②的结果，在《民法物权编立法原则》共十项的立法原则中，竟有五项是关于典权制度的，并特别说明“我国习惯无不动产质，而有典，二者性质不同”。“二者相较，典之习惯，远胜于不动产质。”“因出典人多为经济上之弱者，使于典物价格递减时，抛弃其回赎权，即免于负担；于典物价格高涨时，有找贴的权利，诚我国道德上济弱观点之优点。”^③

从立法上的否定到肯定，典权背负着维系中国独有优越物权制度的任务。在立法者的努力下，这样一项符合中国传统道德经济逻辑的权利制度终被放置在强调商品经济逻辑的现代物权法律制度之中。但很明显，在中央立法机构执著于典权所负有的特殊立法意义和庆幸以法典维系了中国传统法律文化时，处于地方的基层司法机构和典权关系的两造对于该项近代法典中的传统权利反倒显得无所适从。

二

民国司法档案表明，即使到了 20 世纪 30 年代，传统典卖习惯

① 胡长清：《民法总论》，中国政法大学出版社，1997 年版，第 23 页。

② 张生：《中国民法法典化研究》，中国政法大学出版社，2004 年版，第 197 页。

③ 胡长清：《民法物权》，中国政法大学出版社，1997 年版，第 400 页。

仍一直顽强地存续在民间。所谓典权，按照《中华民国民法》第911条的解释，是指典权人“支付典价，占有他人之不动产，而为使用及收益之权”，与民国民法中规定的其他制度相比，官方和民间的表达中对典的含义一直都较为模糊和宽泛。民国民法典借鉴潘德克顿式的严密逻辑，其概念几乎多直接借用日本对德国法的汉字翻译，典权由于没有西方法和日本法的概念可以诠释，故而对典的立法界定，可以视作是民国立法者自力更生的作品。然而，这样一种西方法律语言式的中国制度解释，不仅未将典权的内涵界定清晰，反使得基层百姓与司法机构很难将现实纠纷中的典权制度纳入现代权利体系的合理位置之中。加之典权所涉纠纷往往历时长，变动性大，人员较广，民国立法者所期待的一个明晰的现代的典权概念并未获基层司法机构和两造的接受。

在民国三十一年（1942年）的黄张氏案中，双方争议焦点原为典权的回赎问题，原告黄张氏将自己的三亩水田中的一亩二分典给王国章，并取得法币三千元，期限为三年，期限届满时王国章已逝世，其妻王沈氏不愿意按照原典价交回水田。于是双方诉到法院。这是一个较为典型的典权案件，但原告黄张氏在起诉中一直认定为其受到侵害的是抵押权而非典权：

为抵押逾限，违约霸耕，请传集调解，恳准原价回赎，以维征属生活，而符优待法令事。缘钧处管辖区万安乡第十八保境内，有民自管水田三亩余。民国三十一年八月拨出一亩二分与被声请人之夫王国章设立抵押权。当凭证约定，抵押法币三千元，期限为三年陆季，在最末一季开始时，氏即通知国章，嘱其准备返还抵押物。……第以设定抵押权之故，致受契约之拘束。^①

黄张氏在诉状中还强调自己儿子系军人，引用《优待条例》中

^① “诉状”，“黄张氏案”，民国三十五年，目录号3，案卷号161，四川省成都市新都区档案馆。

对出典人的保障条文对其主张进行支持：“出征军人，于应征前设定之典权得由出典人以原价回赎。”虽然这个规定不符合黄张氏自认为的抵押，但她认为“就契约内容论，则合于民法所规定之典权无异”，因而主张可以类比援引优待条例对典权的规定，从而以原价回赎“抵押物”^①。在整个案件中，当事人时而主张抵押，时而主张典权，时而认为两者同一，极为混乱，没有明确认知。

由于典与买卖的区别在于其若干年后的结果不同，即《大明律集解附例》所称的“以田宅质人而取其财日典，以田宅与人而易其财日卖，典可赎，而卖不可赎也”。典是一项临时性的卖，而非永久性的卖，出典人可以在未来某一时刻重新回赎典物，故而典的实质不外乎应付一时之需的融资手段。但由于中国传统民间社会中田土的流转情况相当地复杂，而且各地习惯各异，有称“典”，有称“抵”，有称“当”，有称“卖”，名目不一，更重要的是，双方当事人产生典卖关系往往与纠纷的产生相距时间短则三五年，长则三五十年，而民国民法借助西方法律概念对此行为的法律定义多发生在典权关系形成之后。因而要确认双方是卖地契约还是典权关系，也颇令法官为难。

民国十八年（1929年），胡俊章将其回兰塔田房地基卖与胡弼章和胡赞章，其所签契约为“抵约”。其后胡弼章分家，该田产为其子胡子周、胡子琪等所得。十年后，胡俊章之子胡子潜将胡子周、胡子琪及胡赞章告上法庭，要求回赎田产，其理由是该契约为“抵约”，并无“杜卖”的意思。该案历经一审、二审和再审，间杂多次调解和解，但由于“抵约”不是民国民法典规定，实百姓口语，非法律概念，因此在法律上该约到底是何性质，法院认定不一。新繁县司法处认为：

本件双方所订之契约，系书明抵约文书，而无典当之记载，然就该约实质审究，支付金钱之被告等占有原告不

^① “诉状”，“黄张氏案”，民国三十五年，目录号3，案卷号161，四川省成都市新都区档案馆。