

典之风俗 与 典之法律

吴向红 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

典之风俗 与 典之法律

吴向红 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

典之风俗与典之法律/吴向红著. —北京:法律出版社,
2009.5

ISBN 978 - 7 - 5036 - 9497 - 4

I. 典… II. 吴… III. 物权—研究—中国 IV. D923.24

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 060260 号

典之风俗与典之法律

吴向红 著

责任编辑 刘彦洋

装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2009 年 5 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 北京北苑印刷有限责任公司

印张 13.25 字数 320 千

印次 2009 年 5 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 - 5036 - 9497 - 4

定价:35.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

5年前,我有幸认识了福建师范大学法学院一群勤奋好学、朴实上进的年轻教师,后来,我作为他们的兼职教授,辅导他们的科研、教学,并指导他们完成博士论文。在这个过程中,我目睹了他们为法学理论的进步以及自己的学问追求而废寝忘食、孜孜不倦、不辞辛劳的钻研精神,也见证了他们从稚嫩走向成熟的艰辛历程。现在,把他们近年来的法学研究成果汇集起来,作为丛书出版,我由衷地为他们高兴。林旭霞院长提出让我为这套丛书作序,我义不容辞。这不仅是为了祝贺这些年轻学者的钻研精神和刻苦努力,同时也是为了留住自己与这些弟子们一起攻克课题时值得留恋的记忆。

福建师范大学法学院是一所年轻的法学院,刚刚成立不过六年。我还清晰地记得,刚刚受命学院院长的林旭霞教授踌躇满志,不停地奔波于学院的学科建设和学术提升的情形;也

清晰地记得,那些刚刚成为法学院教授、副教授和讲师的青年学子奋发努力,要打造一个好的法学院的信心和决心。短短的六年,福建师大法学院不仅在民商法学科建设方面取得了突出成绩,他们获得了5项国家社科基金项目 and 多项省部级项目,在《法学研究》、《中国法学》、《政法论坛》等法学专业权威或人文社科核心刊物上发表论文百余篇、出版学术专著10部、编著10部、获省部级社科优秀成果奖励十余项,一批年轻的学者脱颖而出,在各自的研究领域初步形成了自己的特色。

我认为,他们的法学理论研究的最突出的成果,在于以下几个方面:

第一,对物权法研究的进展。他们侧重于研究物权法的现代发展,关注网络环境下新型物权客体即虚拟财产,在虚拟财产权的性质、权利归属、权利保护等方面取得了一系列研究成果,提出“虚拟财产是指在网络环境下,模拟现实环境中的财产形态,以数字化形式存在的、具有独立价值和可独占性的财产利益”、“虚拟物具备物权客体的属性,应适用物权规则”、“虚拟财产权具有直接支配性”等重要观点。在物权法的新领域即空间权的研究上,他们的见解也很独特,已经形成了系统的理论和解决实际问题的规则。在中国传统土地所有权制度方面,他们通过典权等一系列的专题研究,揭示本土传统习惯法对所有权的解决方式,为用中国特色的法律方法解决现代本土土地权属难题提出了一个新的理论。

第二,在民法总则的研究领域,他们突出的研究成果表现在人格制度的研究上,将研究的内容侧重于关注特殊人群的特殊人格,如连体人、植物人、老年人以及胎儿等这些弱势人群的法律人格及准人格问题,探索并解决存在的疑难问题及权利冲突等问题,着力构筑特殊人群法律人格保护的基本制度,为这些特殊人群的权益保护提供了理论依据。

第三,在侵权法研究领域,他们着重探讨确立侵权法上的作为

义务和不作为义务,探索作为义务的合理范围及不作为侵权责任的公平分担,提出了作为义务类型化、不作为侵权责任承担多元化及多层次化的设想。对诽谤法的研究也有重大进展,在综合比较研究的基础上,全面审视我国侵害名誉权责任制度及其具体规则,提出适合国情的立法和司法建议。通过这些研究,为我国侵权责任法的立法提出了很多好的建议,也为司法进步提供了适当参考。

说到底,福建师范大学法学院的这些进步,不过是我国法学研究进步和繁荣的一个缩影。看到福建师范大学法学院的蓬勃发展以及这个学院莘莘学子的不断进步,其实也就看到了我国法学的进步和发展。新中国成立 60 年,改革开放 30 年,中国的法制事业和法学研究、教学事业不断发展,不断繁荣,并且必定要不断发展和繁荣,从而实现依法治国,建设伟大的社会主义强国的目标。我们作为一位法学研究工作者,作为一个法学研究和教学机构的老师们,肩负着重任。与这个伟大目标比起来,我们还有更为重要的任务需要完成。因此,我们还要看到不足,还要继续努力,才能实现这个伟大目标。

未来五年,是中国民法典立法最关键的五年。我衷心期待福建师范大学法学院的这些民法学者在未来的五年里,能够开拓研究视野,在学术研究上更上一层楼,为中国民法典的诞生做出更大的贡献,将更多的法学研究成果奉献给广大读者。

愿上面的祝愿与福建师范大学法学院的师生共勉。

是为序。

中国人民大学民商事法律科学研究中心主任

杨立新

2009 年 4 月 16 日于北京

前 言

“典”是在中国民事法律传统中土生土长的制度。与这一制度息息相关的有两个古老的术语“典当”与“典卖”。“典当”是一种融资方式，将值钱的品质押到当铺（典当行），从而获得现金的周转。“典卖”则被认为是土地和房屋（“田宅”）的一种特殊的交易，通过这种交易，业主（出典人）获得现金，而典主（典权人）得以在典期内使用甚至处置（转典）田宅。“典当”与“典卖”的共同特征是：一方获得现金，而另一方得以在某段时间（典期）内控制（“管”）典物（物品或田宅）。如果说“典当”是“物品之典”，则“典卖”是指“田宅之典”。本文所探讨的“典”特指后者，即“田宅之典”。围绕着“田宅之典”发展起来了一整套极为精巧的制度，我们可以简称为“典制”。

“典当”与“典卖”在形式上的相似使我们很自然地猜想：二者很可能在社会功能上也有

类似之处。在古代中国,当铺实际上是一种民间金融机构,“典当”是在高利贷的诱惑下蓬勃发展的民间信贷方式。那么,田宅的典卖是否也是一种民间信贷的形式呢?对于典制的深入研究证实了这一猜想:田宅的典卖确实是民间信贷的一种形式。而且,与典当相反,田宅的典卖是一种无息信贷——之所以能够做到这一点,是因为典卖的标的(田宅)在中国传统中被认为是能“生”、能“产”、能“养”的“业”,而典制的核心规则正是将“业”的孳息与钱(典价)的利息对抵(“地不生息,钱不起利”)。正是关于“业”的这一特殊观念,使得古人把“典当”与“典卖”建立成两种相互区别的制度。可以说,“典当”和“典卖”的区别正是建立在“物”(物品)与“业”(田宅)的根本区别之上的,正是因为“业”能“生”、能“产”、能“养”,这使它与“物”有了根本区别:“业”才是人们安身立命的基础(成家立业的“业”)。因此,在中国传统中,人们对于“业”的交易(信贷是交易的一种形式)与对于“物”的交易有着截然不同的态度——由于“业”的特殊重要性,中国传统中发展起来一系列特殊的交易规则、仪式和契约形式,其郑重其事的程度,绝不亚于古罗马传统中所谓“要式口约”。

典制起于民间,它是一种典型的由民间创造出来的制度。官府知道典制的存在,其对典制的态度经历了一个转变:一开始是禁止,后来是“听许”。“听许”之后,逐渐就有了关于“典卖田宅”的立法。当然,官府关心的问题,并非围绕典制的私法权利的确定,而是防止土地典卖对赋役的征收形成威胁,以及对田宅典卖征税,由此形成了“过割”与“推收”之制。官府的立法,形成了以所谓“官吏意识”对民间典制的理解和限定。这一特殊的视角,形成了传统官僚法中关于典制的表达。

近代学界对典的理解,起于受过西方学术训练的学者对于传统典制的再认识。通过对于闽北土地契约的研究,傅衣凌先生揭示了民间地权交易的丰富内涵:土地不仅可以佃、典、卖(绝卖),

而且同一块土地还被分为田底、田面(一田两主),田底、田面又可以分别典、卖。杨国桢先生继续了傅衣凌先生的工作,在《明清土地契约文书研究》中,杨国桢先生详细阐述了民间契约中的典制,以及与典相互联系着的诸多交易形式:在简单的租佃和彻底的绝卖之间,实际上还存在着包括典在内的丰富的色层。

近代法律学者对典制的再理解开始于《大清民律》的修订,当时,朝廷聘用的日本法学家把“典”理解为“不动产质”,从而把典纳入担保物权的范畴。通过《民国民律》的制定,黄右昌先生纠正了这一错误,并把传统的典重新叙述为“典权”,这就是《民国民律草案》中著名的定义:“典权人因支付典价,占有他人之不动产而为使用。”传统的典被表达为一种“权利”,而且是一种高度发达的私法权利(物权)。由此开创了一个传统:把典等同于权利,以用益物权重述典制,这一传统,我们称之为“典权传统”。

典权传统对近代中国的法律界产生了决定性的影响。各个时期对于典权的立法(包括《物权法》草案中拟议的典权)都是基于这一传统;近代以来的司法判例,包括最高人民法院对于典权判例的司法解释,都充分表明了典权传统的深刻影响;国内学者们对于“典权”的大量论述和探讨,几乎全部都是在典权传统所建立的范式之中提出问题和解答的。

然而,作为对于中国古典事物的现代性解读,“典权传统”植根于两个根本的假设:一是“所有权假设”,二是“典权法定假设”。所谓“所有权假设”,是认为典的基础是土地和房屋的所有权,典是某种土地所有权制度内发生的现象。这一假定是典权传统的根基:由于物权的基础是所有权,要把典权解释为用益物权自然必须假定业主(出典人)对于田宅的“所有权”。所谓“典权法定”假设,是指这样一种设想:典的全部有意义的制度内涵都已经在传统官僚法(例如《大清律》)中得到的明文表达,官府的法律制定、建立和保障了典的实际运行。因此,只要正确地重述具有官方权威的

“典权立法”，我们就可以正确地表达中国传统的典制。

不幸的是，这两个根本性的假设中蕴涵着根本性的错误，因为它们与中国历史中一些基本的事实正相反对。第一个事实就是：所有权是来自于罗马私法的概念，在罗马法中，法律意义下的所有权指的是一系列“诉权”，因此，作为法权的所有权必须以可诉的法律设施的存在为基础。这类法律设施的存在需要特殊的社会条件和法律传统，并不天然地具有普世性。而对中国的地权秩序的基本分析表明：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。恰恰相反，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”（absence of ownership）——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下的所有权，“所有”就是“管业”，管业就是所有，任何民间交易无法触及、拥有或改变所有权，正如寺田浩明所指出的：中国民间土地交易的本质是“管业地位”的交换。在这一前提下发展起来的地权秩序，我们称之为“前所有权”的秩序（管业秩序）。从历史上看，典制恰恰是在“前所有权”的环境中发展起来的，典制的意义恰恰是在不涉及、不改变所有权的条件下以民间信贷的形式完成对地权秩序的调整。这也是典为什么发展于古代中国而非古代罗马的真正原因。

第二个事实是：官府律令中对典制的描述是不完备的，不是有一些不完备，而是严重的、结构性的不完备，因为它忽略了典制的若干核心规则，例如租息对抵。不仅如此，大量证据表明：从制度角度来看，官府的法律条文中的规定与民间实际运行的制度是不一致的，在很多重要的环节还是相互冲突的。关于这一点，赵晓力在《中国近代农村土地交易中的契约、习惯与国家法》一文中有着出色的叙述。对于官僚法和习惯法的进一步研究表明：真正支撑典制运行的，并非官府律令，而是各地民间的习惯法。官府关于典

的立法仅仅限于对其自身的利益(税收和治安)的关注。官府法律对典制规则的误读和歪曲不仅是由于无知和误会,更多的是由于漠视和故意(围绕自身利益的特殊用意)。因此,如果以官府律令为基础重述典制,将不可避免地带来对典制的误读和扭曲。

有鉴于此,对于传统典制的更加深入的研究就十分必要了。本文的任务就是重新评估持续至今的“典权传统”的根基和后果,并且以民间原生秩序中的典制为基础,试图重新完成对传统典制的现代私法重述,把典这样一个“前所有权”的现象重新还原到中国的土地上。这一重述的结果令人惊讶:发生于“前所有权”环境下的典制对于当今中国的土地问题有着超乎意料的应用价值。学界所谓“典权的衰落”只是“典权传统”的枯竭,“典权传统”的枯竭恰恰是由于其对典制的误读和扭曲,而源于民间的典制本身在现今土地所有权高度垄断的地权秩序中仍然具有潜在的巨大生命力。

目 录

总序 /1

前言 /1

第一部分 典制现象

第一章 导论 /1

一、引言 /1

二、典之源头 /5

三、典契中的观念 /15

四、田宅典卖风俗 /19

五、典制与律令 /42

六、虚幻与疏离 /64

七、土地之痛 /68

第二章 典之立法沿革 /73

一、典卖成文法的形成 /73

- 二、典卖成文法的变迁 /85
- 三、典卖成文法的“现代化” /89
- 四、典的权利表达 /95

第三章 典之司法运行 /104

- 一、民事司法运行的一般状况 /104
- 二、典卖案例分析 /114
- 三、国民民法典中止后的司法解释 /135

第二部分 典制理论

第四章 律令的结构与本质 /143

- 一、权利结构 /143
- 二、诉讼结构 /155
- 三、中国传统官僚法 /170

第五章 管业秩序 /189

- 一、“业”的观念 /189
- 二、产、业、财、物 /192
- 三、管业与所有权 /197
- 四、业的位格成分 /202
- 五、管业来历 /204
- 六、管业内容 /212
- 七、业与权利 /215

第六章 典与土地制度 /225

- 一、典的信贷模型 /225
- 二、典与地权秩序 /234
- 三、产权结构的分层 /245
- 四、典制的信贷和保障功能 /257

第七章 正典理论 /264

一、私法框架与习惯法的冲突 /264

二、重述典制的可能性 /275

三、典制基本规则的重述 /292

四、正典理论 /298

五、正典理论的立法考量 /308

第三部分 典制应用

第八章 前所有权的地权秩序 /314

一、土地承包与使用权的资本化 /314

二、典对土地制度的调节 /317

三、前所有权与集体所有 /324

四、永业、田面与承包 /343

第九章 典制的当代应用 /360

一、韩国房屋典卖状况 /362

二、建设用地与城市房屋 /367

三、宅基地与小产权房 /377

参考文献 /403

一、专著类 /403

二、论文类 /406

三、档案类 /408

第一部分 典制现象

第一章 导 论

一、引言

在中国民事法律传统中，“典”是一个独特、丰富而生动的范例。许多论者指出：典权是中国独有的物权制度。这一论点至少在如下意义上是正确的：在影响了全球许多文明、国家和文化的现代西方法律传统中，我们还找不到典权的准确对应物。作为社会和文化现象，典是丰富的。这不仅是说在中国法律传统中可以发现许多有关典权的法条、文本或案例，更重要的是，典制在民间的实际运行中呈现出极其复杂、细腻、微妙的纹理和脉络——实际上，作为“生活着的制度”，典在民间的使用远比官方法律文本所表现的内容要精细、深刻和丰满得多。

这就提出了一个问题——方法论的问题：我们应该如何理解“典”？面对中国古代传统中如此丰富的一种制度，我们究竟应该怎样理解？我们可以有哪些角度对之进行观察和分析？在这里，可以看到两个两分法：一曰官民（官府的

视角和民间的视角)；一曰土洋(本土的视角和西洋的视角)。这两个两分并不是抉择：比如要么从官家的视角看，要么从民间的视角看。合理的方法应该是平衡兼顾：既考虑官府视角，也考虑民间的视角，古人讲“兼听则明”，也是这个道理。但是，人的思维有着很大的惯性，这种惯性往往造成思维定式：一般而言，在共时方面，在官府和民间两个视角中，官本位的视角往往占优势，人们习惯于选取官府的视角，即从官府的眼光观察现象，把官府的记载当作事实的全部，结果只看到冰山的一角；在历时方面，在西洋和本土两个视角中，西洋的视角占优势，人们习惯于用现代的法律制度、现代的术语概念描述古代传统的事物，却很难察觉语言的生搬硬套对事物本身的扭曲。如此，这两个优势叠加起来，就形成了**双重的失衡**：太多以官府的、西洋的视角去分析一个本质上为民间和本土的东西(典正是如此)。结果，往往出现一幅似是而非的图景：古代的东西被“现代化”了，本土的东西被“西洋化”了。我们确实看到了一出生动鲜艳的古装戏——以现代思维图解古代事件的廉价形式——但事物本身却被扭曲了。

视角的双重失衡也影响了对“典”的讨论，它甚至影响了“典权”这一概念本身。当我们说“典权”的时候，我们的意思是指民事法律体系中某种物权(尽管其是否属于用益物权尚有些争议)，但物权是西方法律传统中的概念，它的基本内涵完成于罗马法，这一法律传统，以我们所知，对中国古代没有任何影响。当我们说“中国的典权制度”时，已经暗暗假定了中国古代的法律传统中也存在物权这一根本要素，这一假定根据何在？来自罗马法的“所有权”概念构成了大陆法系物权制度的基础，然而，我们能够不假思索地推定中国法律传统中也自然适用“所有权”的概念吗？至少这一推定对日耳曼法是不成立的。通过对清代民事习惯的分析，寺田浩明提醒我们：清人的土地交易围绕着土地的经营收益及

(的)教育)更官曰一：古代两个两院管以司，里左

其合法性(所谓“管业来历”)[¹]而非现代观念中的产权(所有权)。如果寺田是对的,考虑到清代民事习惯又是中国古代民事法律传统的延伸和成熟形态,那么,我们必须准备面对这样一个局面:以一物一权为核心的所有权观念并不适合于分析和表达中国的民事法律传统。如果出现了这一局面,那么,“典权”概念就需要重新论证自身的根据了。

在厘清这一根据之前,我们至多可以说:我们在官方的法律条文中看到了有关典的规定,而这规定,让我们沿用黄宗智的说法[²]——至少从其客观效果上——是在维护某种权利,例如对土地的占有。但是,凡此种种,并不意味着典权——从民国法典起,它就被理解为大陆法系中严格意义上的物权。

如此看来,对于理解中国古代民事法律传统而言,“典权”这一概念本身就是一个问题。这一问题的背后,是一个更大的问题:如果说,典权是一种物权,物权是一种权利,那么,中国法律传统中到底有没有“权利”的概念?问得更彻底些:中国法律传统中到底有没有“权利”得以安身立命的空间?中国的法律传统的资源是否足以支撑类似物权这样彻底的权利要求?作为民事法律的根本要素,“权利”在中国古代传统中是否可以称为一种存在?能够存在没有权利的民法吗?抑或是:如果不以权利为基础,某个文化传统将怎样面对例如土地这样重大、具体且不可避免的法律调节需求?

为此我们有必要区分“典权”与“典制”:前者是法权,后者是制度;前者是一个基于罗马式权利的西方概念,后者则是即使在权利缺席的情形也能够实际运行的文化模式。中国古代是否存在典权,这是一个有待论证的问题,但毫无疑问,中国古代存在典制。

【1】[日]寺田浩明:“权利与冤抑”,载王亚新、梁治平编:《明清时期的民事审判与民间契约》,法律出版社1998年版,第199~201页。

【2】黄宗智:《民事审判与民事调解:清代的表达与实践》,上海书店出版社2001年版,第105页。