

中国法制史考证续编 第四册

杨一凡 主编

典权制度源流考

郭建 著



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

中国法制史考证续编

第四册

杨一凡 主编

典权制度源流考

郭建 著



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

图书在版编目 (CIP) 数据

典权制度源流考 / 郭建著. —北京: 社会科学文献出版社, 2009. 8

(中国法制史考证续编; 第四册)

ISBN 978-7-5097-0821-7

I. 典… II. 郭… III. 物权—研究—中国—古代
IV. D929.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 104938 号

目 录

序 论	(1)
(一) 典权制度的性质	(1)
(二) 考证典权制度的资料来源	(2)
(三) 典权制度发展的基本轨迹	(3)
(四) 典权制度的社会经济意义	(5)
(五) 典权制度的成因	(7)
一 典权制度的滥觞	(11)
(一) 质、贴(帖)、典、当的字义演变	(11)
(二) 均田制度下的“帖”与“贴赁”、“质”	(35)
(三) 唐末五代典权制度的形成	(52)
二 典权制度的定型	(69)
(一) 《宋刑统》有关典权制度的规定	(69)
(二) 宋朝立法对于典权制度的补充与完善	(78)
(三) 倚当制度及其废除	(123)
(四) 与典权相关的典当制度	(131)
(五) 出典与“活卖”	(147)

三	典权制度的发展	(151)
	(一) 元代典权制度的变化	(151)
	(二) 明代典权制度的变化	(167)
	(三) 清代典权制度的变化	(184)
四	近代以来的典权制度	(220)
	(一) 民国初年的典权制度与民间习惯	(220)
	(二) 民国民法典颁行后的典权制度	(229)
	(三) 1949 年后典权制度的改革	(244)
后	记	(255)

序 论

（一）典权制度的性质

本书所言的“典权”，专指法律上的不动产典权，即支付典价、占有他人之不动产而为使用及收益之权。在中国民间传统习惯上，这种典权往往混同于一般的动产质押，泛称为“当地”、“典质”、“典押”、“典当”等等；同时也被混同于买卖行为，往往被称之为“活卖”，视同为设定了买回特权的不动产买卖。本书的考证局限于不动产的典权，并不涉及民间习惯上习称“典当”、“解典”、“典押”之类的动产质押制度。

不动产典权是中国传统社会特有的一项民事权利。其特点是出典人（习惯上称“业主”）将土地房屋之类的不动产转移给典权人以获得一笔远低于卖价（一般仅为卖价的二分之一）的典价，典权人（习惯上称之为“典主”）获得该项不动产的全部占有、使用、收益权利，以及典期届满后将其转典的处分权，并在出典人出卖该项不动产时具有先买权，号为“典业”；出典人则保留有在约定的若干年（称之为“典期”）后以原典价赎回该项不动产的收赎权，以及将该项不动产出卖的处分权。出典人将已

出典的不动产出卖给典权人的行为，一般称之为“找价”（或“找贴”、“足价”等名目）。

中国古代民事立法相当稀少，而典权制度却在古代民事法律中占有一定的比重。本书即试图考证这种中国特有的民事制度的起源及其发展演变的情况，以期对其来龙去脉有一个较为清晰的把握。而且由于古代典卖连称，未明确为“绝卖”的不动产买卖行为也往往视同为出典，也需要连带对于“活卖”的制度进行考察。另外由于长期以来典、当连称，而“倚当”作为一项不动产的交易方式长期与不动产典权有关联，“抵当”也因设定不动产收益为债务担保缘故与不动产典权有关连，因此也有一定篇幅考证“倚当”及“抵当”的演变。

（二）考证典权制度的资料来源

本书考证历代典权制度所用的主要资料来自于现存的法典（包括律、令），以及散见于各类史料的名目繁多的各类单行法规（诏、制、敕、格、赦文、条例、则例等等），在很多情况下也要利用一些史籍中记载的案例来试图说明一些典权制度的细节。

从现代的眼光来看，古代典权制度在很大程度上并非是完善的立法。政府立法中的典权制度只是规定了一些主要的原则，并没有形成完整的、结构严密的体系，甚至有大量的空缺。同时也缺乏具体的、可操作的规范。而且政府立法往往是出于政府政策导向或者是赋税征收方面的考虑，主要目的并不在于确认、维护当事人的民事权利。长期以来，在民间的实际生活中，存在着大量的典权方面的习惯，可以说民间典权行为主要是依靠这些习惯

来加以规范的。而且这些民间的习惯往往和政府的立法并不完全一致。因此要搞清传统典权行为的情况可能主要应该依靠对于民间习惯的调查。因此作为对比材料,本书也将引用出土的以及传世的古代民间契约文书、古代戏曲小说中记载的民间契约文书材料,以及尽可能收集一些散见于笔记小说中的俗谚俚语的材料,来说明民间实际生活中的典权习惯,补充典权制度的一些细节。在近代部分则主要依靠民国初年的《民商事习惯调查录》,并试图对于民间习惯与朝廷立法之间的互动演变与发展进行一点分析。

由于典权制度已经过了上千年的演变,而且各地的民间习惯又相差很大,现代已经难以实地调查。历代文献记载民间民事习惯的资料又是极其零碎,难以一一考证。因此本书的考证对象只能落实在历代朝廷法律所确定的典权制度上,主要考证的是朝廷的立法、官府的司法中所贯彻的对于典权的规范。主要在有明确资料记载可以说明问题的情况下才使用民间典权习惯材料,作为典权制度的对比性的、补充性的材料。

(三) 典权制度发展的基本轨迹

从现有法律史料中还难以发现唐以前相似于土地出典的法律制度,而在社会史料中也没有证据显示出典交易早在秦汉时代已经在民间普及。作为出现于朝廷立法中的与典权制度极其相似的是北齐时期的“帖”。这是在实行“均田制”、限制民间土地买卖情况下的一种土地转移方式,得到法律的认可。

以后的唐代也实行“均田制”,但立法者认定北齐“帖”的交易性质属于和一般动产质押类似的担保,因此称之为“质”;

而将以土地收益抵销债务的行为称之为“贴赁”，作为“均田制”下被允许的两种受到限制的土地转移方式。由于唐代典、质字义可以互换，至盛唐以后的立法中一般将土地出质改称“典”，以表示与一般动产的质押不同。

五代时期的立法开始将土地房屋出典行为规范化，为其设定了与土地房屋的买卖相同的程序，从而又一次将出典交易认定为与买卖行为相当。这也就成为以后两宋时期有关典权立法的基本原则。两宋的法律规定了出典交易的详细程序，规定了在出典契约不明情况下的收赎期限，以及出典人、典权人双方的权利和义务，强调了出典人无限期的收赎权。典权制度是在这一时期定型的。北宋还废除了由原来的“贴赁”发展而来的“倚当”制度。但是两宋有关的立法既缺乏明确的出典和收赎的法定期限，也没有关于典权人对典物处分权利的具体规定。

元代沿袭了宋代的基本制度。而以后明代的立法则对出典交易的程序大加简化，并且一度再次将典权混同于以不动产收益抵销债务的交易，即使出典人无力收赎，在出典期限届满后，典权人只能再占有典物两年后就必须交还典物。

对于典权制度有重大发展的是清朝的法律。清朝于雍正、乾隆年间进行了典权制度的改革。再次认定出典是一种债务担保行为，与买卖行为无关；并且限制出典期限为三至十年，期限届满后典权人即获得转典权。但是这一制度与宋以来民间长期形成的习惯完全不符，并不能在民间真正实施。

民国时期全面接受了西方的法律体系，在法理上认定典权为一种物权。北洋政府时期发布了清理不动产典当的单行条例，基本精神继承了清代的立法。南京国民政府在民法典中确认了典权制度，作为特殊的不动产物权列入物权编。典权制度由此得以近

代化。但是该民法典中的典权制度实际上与民间的习惯并不一致，在实施中也不顺利。中华人民共和国成立后法律上并未规定典权制度，在土地改革中只是作为遗留问题处理。台湾地区则仍然保留典权制度至今。

（四）典权制度的社会经济意义

根据现代民法的观点，典权是一种财产权利，一般被归属于用益物权的一种。在民国时期的民法典中明确规定了典权制度。但是值得注意的是，民国民法典中所规定的典权制度并不等同于中国传统的典权制度，实际上也和当时民间的典权习惯有很大的差异。

从物权法角度考虑，传统的典权确实可以认定为用益权，是权利人使用、并从他人的不动产获得收益的权利。而从债权法的角度观察，也可以认为传统典权是一种特殊的债权担保方式，出典的不动产作为以典价形式出现的债权的担保，所有人只有清偿全部典价才可以收回不动产；在这之前不动产供权利人占有、使用，并以其收益抵充债务的利息。因此从产生于西欧的近代民法理论来看，典权制度确实是一种难以归纳的民事制度。

从社会经济的角度来观察传统意义上的典权制度，我们可能会感觉到这项物权制度在财产权利的明确性、财产利用的可靠性、双方经济利益的公平性方面是有瑕疵的。

典权制度允许在同一项不动产上形成具有两个平行的各自拥有处分权的权利人（出典人或称业主——典权人或称典主）的局面，同时也并不禁止由第三方实际占有、使用该项不动产。而且除了两宋时期以外，允许出典人仍然占有、使用已出典的不

产（作为典权人的佃农或房客，向典权人交纳租金）。这种情况在缺乏交易公示性（不存在登记、拍卖之类的公示制度）的历史背景下很容易形成权利的重叠和权利的互相纠缠，对于交易的迅捷和安全显然存在影响，存在着对于潜在的交易第三人的危险因素。

由于在典期期满后出典人可以随时要求收赎不动产，因此从典权人的角度来看，对于所获得的财产的利用也存在着风险。典权人在典期内就要尽可能地从这笔不动产上获取收益，而在典期期满后也是能多收一年一季就多收一年一季，不可能对不动产进行重大的投资，因为这种投资在出典人要求收赎时是无法要求补偿的。因此民间的俗谚所谓“典地不上粪，租地不起屋”；“典地不上粪，租地不垒陵”。^①从社会经济角度来看，双方都具有进行短期操作行为的动机。受到妨碍的只能是不动产的改良，不动产的附加值因此趋向于降低。

从经济利益的公平性考虑，出典交易显然是不利于出典人的一方。本来典价就压得很低，一般不会超过该项不动产当时正常价值的二分之一。而且一般在交易进行时所设定的典期（也就是不允许出典人收赎的期限），总是依据该项不动产在该段时间内的收益足以相当于、或超过一般的借贷利息为准。^②因此典期过后，典权人所获得的收益已是超过了借贷利息。在出典人无法凑齐典价收赎的情况下，典权人可以长期占有不动产，长期收益。而出典人要出卖不动产时，又因为受到典权人先买权以及实

① 中国民间文艺出版社编：《俗谚》，中国民间文艺出版社，1983，上册，第173页。

② 至少从北魏开始，历代法律都禁止收取超过原本的利息。合法借贷能够计算并收取利息的上限应为原本的百分之百，称之为“一本一利”，违者构成“违禁取利”之罪。参见叶孝信主编：《中国民法史》，上海人民出版社，1993，第205页；郭建著：《中国财产法史稿》，中国政法大学出版社，2004，第238～242页。

际占有状态的制约，难以找到买主。典权人即以此压低“找价”的价格，往往不过原有价值的一分之一甚至十分之一以下。出典人对此并没有什么对抗措施，在急需现金的情况下只好无可奈何的接受。这就埋伏下以后不断进一步要求找价的理由。

传统的典权制度由于上述的这种经济利益上的不公平性，交易性质的不确定性（凡契约上不写明绝卖的交易都可以视为出典），权利存续期的不公开性等特点，很容易形成当事人之间的纠纷。事实上中国古代地方官府所受理的民事财产案件，除了婚姻继承纠纷外，最主要的就是典权纠纷。

（五）典权制度的成因

在中国古代，土地私有权从未发展到有如马克思所说的“抛弃了共同体的一切外观并消除了国家对财产发展的任何影响的纯粹私有制”^①的水平。事实上在资本主义社会产生以前，除了近代民法发祥地的环地中海地区外，世界任何地方也未曾有过这样纯粹的土地私有制，土地权利的转移和设定总是受到“共同体”（亲属、宗族、村落等）和国家的一定的制约和影响。典权制度就是中国古代社会中这种制约和影响的产物。

典权制度能够长期在中国经久不衰，很大程度上是由于商品经济不发达的社会经济因素造成的。马克思曾认为法国小农的弱点是在于“他们进行生产的地盘，即小块土地，不容许在耕作时进行任何分工，应用任何科学，因而也就没有任何多种多样的发展，没有任何不同的才能，没有任何丰富的社会关系。每一个

^① 马克思、恩格斯：《费尔巴哈》，见《马克思恩格斯选集》第1卷，人民出版社，1972，第69页。

农户差不多都是自给自足的，都是直接生产自己的大部分消费品，因而他们取得生活资料多半是靠与自然交换，而不是靠与社会交往”。^① 这一论断用于中国农民也应该是适用的。农民的生活必需品主要不是依靠市场交换，因此也缺乏资金。当农民一旦因为生、婚、丧、病之类情况急需现金时，要避免高利贷盘剥，就只能以土地出典，换取现金。因为尽管出典时仅能获得很低的价格，可是却使得农民可以保存将来收赎的希望。

法律并非单纯的经济利益的反映。一项民事制度（抑或习惯）的形成，除了有经济上的需要或理由外，文化背景也是重要的因素。典权制度之所以在中国社会扎根，很早就形成习惯，很大程度上是由于重视家族财产传承的缘故。正如有的研究者早已指出的那样，家族的财产虽然由子孙继承，但继承的不是单纯的权利，继承人同时也承担了将家族财产进一步发展并将之往下传承的义务，绝不得轻易卖给他姓。“败家子”在中国传统社会一直是一句最具有蔑视意义的评语。^② 作为家族遗训“至富莫起屋，至贫莫弃田”，^③ 土地是家族传世的根本，不得轻易抛弃。而出典就可以免除这项指责，可以将收回祖产的希望寄托于下一代、以至于再下一代。子子孙孙是没有穷尽的，有朝一日有能力收赎的希望也是始终存在的。因此尽管出典的经济效果很差，但却是人们所能够承受的。所谓“典田千年有分”、“卖田当日死，典田千年活”、“一当千年在，卖字不回头”^④ 之类的俗谚，就说明出典的一方所看重的正是这个可以原价收赎的理想。

① 马克思、恩格斯：《路易·波拿巴的雾月十八日》，见《马克思恩格斯选集》第1卷，第693页。

② 参见叶孝信主编：《中国民法史》，第577页。

③ 《俗谚》下册，第469页。

④ 分别见《俗谚》上册，第173页；中册，第157页；下册，第333页。

典权成为朝廷立法承认并保护的一项民事交易制度，也是由于受到古代立法指导性原则的影响。虽然一般认为春秋战国后中国已经确立了土地私有制度，但根据现在可以看到的秦汉时期的法律文本，我们已经可以得知，秦汉时代依然存在由朝廷依照身份等级配授土地、并按照身份等级制度限制私有土地规模的制度。^①而在北朝隋唐实行均田制时期，朝廷采取的是以国有土地制度面貌包容土地私有状况的土地政策，朝廷立法禁止私人自由买卖土地。但实际上朝廷的法律并不能真正阻止土地的兼并，不能阻止土地的转移。北齐法律允许以“钱还地还”的“帖”的形式转移土地，潜台词就是“钱不还地也就可以不还”，因此实际上这是对于权势者以“帖”的方式占有超过自己身份等级限制的土地规模现实状况的一种默认。而这一方式又被唐及以后朝代的统治者接受，发展为典权制度。

儒家思想强调“不患寡而患不均，不患贫而患不安”，并认为“均无贫，和无寡，安无倾”。^②在儒家思想成为法律的指导原则后，这种“均衡”的思想就影响到立法。至少在唐宋的法律中，法律并不保护计息债权。这一时期的法律将借贷行为分为“借”和“举”两大类，前者是指使用借贷和不计息的消费借贷，后者专指计息的消费借贷。法律对于前者予以保护，惩罚违契不偿的债务人；但对于后者则采取“任依私契，官不为理”的原则，明确限制借贷利率以及利息总额，但并不受理对于违契不偿行为的控诉。^③另外宋以后历代法律禁止债权人将不能清偿计息债务的债务人的土地抵充债务。比如南宋《名公书判清明

① 参见郭建著：《中国财产法史稿》，第92~93页。

② 《论语·季氏》，见《十三经注疏》，中华书局影印本，1979，下册，第2520页。

③ 参见叶孝信主编：《中国民法史》，第269页；郭建著：《中国财产法史稿》，第238页。

集》卷九《户婚门·违法交易》记载：“在法：典卖田宅以有利债负准折价钱者，业还主，钱不追。”明清律的《户律·钱债》“违禁取利”条都规定：“若豪势之人，不告官司，予以私债强夺人孳畜、产业者，杖八十。若估价过本者，计多余之物坐赃论，依数追还。”而《户律·田宅》的“盗卖田宅”条又规定“虚钱实契”之罪名，对于假立买卖文契、买方实际并不给付价金而是以原有债务抵折的行为，按照盗卖田宅罪同样处理，“田一亩、屋一间以下，笞五十；每田五亩、屋三间加一等，罪止杖八十徒二年”。^①

出于法律不得保护计息债权，以及不得以土地房屋抵充计息债务的立法原则，中国古代法律没有能够形成完整的抵押权之类的民事法律制度。唐以后的历代朝廷之所以对于民间流行的出典行为的规范较为积极，正是因为表面上看来出典是没有利息的交易，符合了不保护计息债权的原则。

综上所述，典权制度是在自给自足的自然经济基础上，又受到保存家产一脉相传的传统伦理道德的影响，从而被力图以倡导“均衡”、不积极保护计息债权的朝廷立法所规范，形成一种极具中国特色的民事财产制度。它确实是中国传统社会的一项“中国特色”的民事制度，但是正如传统社会一去不复返那样，在新的社会环境中，是否有必要为了特色而特色的重新设置这一民事制度，还是大可怀疑的。

① 田涛、郑秦点校：《大清律例》卷一四《户律·钱债》违禁取利条，法律出版社，1999，第263页；卷九《户律·田宅》盗卖田宅条，第195页。参见郭建著：《中国财产法史稿》，第93页。

一 典权制度的滥觞

与刑事立法及行政管理方面的立法相比较，中国古代制定法中民事财产方面的立法较为滞后，也没有形成完整的体系，造成有些民事行为的称呼长期难以得到法律上的统一。民间语言随各种社会因素而演变，对于民事行为的专用称呼也会逐渐演变。因此在叙述典权制度源流之前，有必要首先回顾汉语中有关担保、质押专用词语的变化，搞清同样的词语在不同时期的不同含义，具有重要的意义。

（一）质、贴（帖）、典、当的字义演变

1. 表示担保的“质”、“赘”、“贴”（帖）、“押”

（1）质与赘。

“质”在春秋时代往往是指人质。根据《左传》统计，凡提到“质”的50处，其中以物为质的，仅《襄公三十年》郑国大夫之间的盟誓，“用两珪质于河”；《昭公三年》齐国向晋国求婚，“将奉质币以无失时”；《昭公七年》，楚国邀请鲁国国君，“寡君将承质币而见于蜀”；这样三件事例，其余都是有关人质的。《左传·襄公九年》所谓“要盟无质，神弗临也”，凡是盟

誓都必须提供担保性质的“质”，否则“神”就不会降福。^①而绝大多数情况下，是需要提供人质来保证“神”的降福以及履约的信用。

《左传》是记载国家大事的，这些记载是否反映了民间立约提供“质”的习惯？根据现有的资料，无法明确解答。但是从考古发现的资料来看，至少在战国后期的秦国，法律已经明确禁止以人身为债务担保。湖北云梦睡虎地秦墓出土竹简的“法律答问”部分有：

百姓有责（债），勿敢擅强质。擅强质及和受质者，皆赀二甲。廷行事：强质人者论，鼠（予）者不论；和受质者，鼠（予）者□论。

意思是私人债务不得强行索取人质，强行索取人质的、以及合意提供人质的，同样作为犯罪，处以罚两副护身甲的处罚。又根据司法成例，在对方强行索取人质情况下提交人质的一方可以不处罚，但是如果是合意提供人质的，就都要按照法律处罚。^②

汉承秦制，法律也禁止提供人质作为债务担保。湖北江陵张家山汉墓出土的汉高后二年律中的《杂律》有条文专门规定：“诸有责（债）而敢强质者，罚金四两。”^③显然这条法律是发展了上述秦律规定而来，但是有了重大的改变：并不禁止及处罚“和受质”的情况，合意提供人质为债务担保并不直接触犯法

① 以上分别见《春秋左传正义》，《十三经注疏》影印本，下册，第2013页上，第2030页下，第2048页中，第1943页下。

② 睡虎地秦墓竹简整理小组：《睡虎地秦墓竹简》，文物出版社，1978，第214页。

③ 张家山汉墓竹简整理小组：《张家山汉墓竹简》，文物出版社，2001，第158页。