

中国传统典权的权利结构及运作机制

冯学伟*

摘要:从法学的角度对传统典权进行深入的学理分析,以“形成权+所有权”模式将回赎权的“霸道”形成权特质从所有权权能中剥离出来,可以更加简明、生动地说明典权的权利结构。这是根据现代物权理论对“有赎回的出售”进行的学理解释,方便学科间的对话和中西法律传统的比较。通过对以福建省、山西省为代表的各地典契进行的比较,可以看出传统社会中的典权具有“转典”“绝卖”“回赎”“找贴”四项重要制度。整体上,传统社会中的典权是一个可以动态调整的权利结构模型,所有权的各个权能与形成权交错运行,展现出典权制度的精密性和灵活性,使得财产所有者能够在不完全放弃所有权的前提下获取必要的经济收益,为社会阶层流动和家产有序传承提供了制度保障,体现了传统法制的人文关怀,是传统法律文化中可资借鉴的中国制度元素。因此,在当今制度设计时保留典权应有的地位,可以为建构具有中国特色的民事法律体系提供有价值的历史借鉴,为大众在进行自身利益考量后的民事行为选择提供更多可能。

关键词:典权 所有权 形成权 契约文书 转典 回赎 找贴

“典”在中国传统社会是相当普遍的交易形式,可以说是传统社会民事法律规则中的“精灵”,也是中国传统法律制度有别于西方现代法律体系的典型特征。并且,中国古代地方官府日常受理的民事财产案件,除了婚姻继承纠纷外,最主要的就是典契纠纷。^① 如何以现代学术概念、理论体系对典权进行解释和分析成为近年的热点问题,也是典权研究的前沿问题,成果颇多、观点林立。经济学者龙登高教授及其团队采用现代物权法理论对典权进行探讨,其一系列研究的贡献在于首先以所有权理论来把握传统契约秩序,并深入细致地展现了典权交易的复杂性,一定程度上进行了历史过程的考察,尤其对典的回赎机制分析得较为透彻。^② 同时,还对占有权概念进行了探讨,认为占有权能够脱离实体财物独立存在,具有经济产权属性,可以用于抵押、担保等交

* 南开大学法学院副教授

基金项目:国家社会科学基金资助项目(22BFX020)

① 参见郭建:《典权制度源流考》,社会科学文献出版社2009年版,第7页。

② 参见龙登高:《中国传统地权制度及其变迁》,中国社会科学出版社2018年版;龙登高、陈月圆、丁春燕:《地权制度与基层秩序》,中国社会科学出版社2022年版;等等。

易,并具有独立的市场价格。^①而历史学者曹树基教授认为应该摒弃“所有权”而采用“产权”以及相关的“权利束”概念,将产权分割为处置权、收益权和使用权,以期用最简明的方式对传统时代中国产权制度作出一个统一的解释,从而完成中国传统时代产权制度的整体性解释。^②有的法学学者将典权与不动产质权、抵押权、营业质权(当)、附有买回约款的买卖以及租赁权等进行比较,分析了典权的用益物权性质,并详细考察了典权的取得与成立、典权的回赎期限、典权的效力等问题。^③亦有学者从习惯、学说、法律文本、司法实践等层面揭示典制在特定时期的整体图景,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。^④还有学者基于中韩两国典权制度的相互比较,剖析典权的意义、法律性质、取得、期限、效力、消灭、社会功能及现状等问题,对如何重建适合中国国情的典契提出建议。^⑤法学学者的研究重心都在说明传统典权的习惯法特征及其本土制度优势,以及在近现代社会的转化、与国家法的互动等秩序性命题。

不同学科因理论预设及关注点的差异而使典权研究呈现出不同的面相,这为我们深入认识典权提供了多学科的理论资源。但以上关于典权研究的共同之处在于,这些研究都没有采用近现代法学理论中的形成权理论,没有将回赎权的形成权特性从所有权权能中剥离出来。而典权最主要的特征是回赎权,这是一种特殊的形成权,既不同于占有、使用、收益、处分等所有权权能,也不同于田面权、永佃权等排他性的物权权利。排他性的物权主要在于排除他人的干涉,是一种相对方负有不干涉义务的权利;而形成权是一种较为“霸道”的权利,由单方意思表示即可改变权利义务关系,同时相对方有给予配合的积极义务。典权通过回赎权体现了形成权的“霸道”性,允许原所有者在一定条件下重新取得财产的完整支配权。谚语“典田千年有分”、^⑥“卖田当日死,典田千年活”^⑦就以夸张的方式表明了传统社会老百姓对“霸道”的形成权的认可和尊重。回赎权的存在打破了现代所有权的静态性,形成了一种灵活且动态的财产关系。现代物权法更强调权利的明确性和稳定性,注重占有、使用、收益、处分等分割权能,而不是权利的动态变化。因此,在以所有权理论解释传统中国契约实践时,不能简单地将所有权视为一个平面化的概念,而应当同时考虑其权能的分离和动态变化。

在典权这一特定法律关系中,所有权的四项权能即占有权、使用权、收益权、处分权与形成权交错运行,形成一种更加灵活的权利结构模型。^⑧所有权理论为理解传统契约文书提供了基本框架,但也暴露出解释某些特殊权利形式的局限性。同时,我们也反对将典理解成两个契约关

① 参见龙登高、陈月圆、李一苇:《在所有权与使用权之间:土地占有权及其实现》,《经济学(季刊)》2022年第6期。

② 参见曹树基、刘诗古:《传统中国地权结构及其演变》,上海交通大学出版社2014年版,第12页。

③ 参见李婉丽:《中国典权法律制度研究》,载梁慧星主编:《民商法论丛》(第1卷),法律出版社1994年版,第367页。

④ 参见邹亚莎:《清末民国时期典权制度研究》,法律出版社2013年版。

⑤ 参见王全弟、陈建宏、高贤升:《典权制度比较研究》,《复旦学报》(社会科学版)2003年第3期。

⑥ 中国民间文艺出版社编:《俗谚》(上),中国民间文艺出版社1983年版,第173页。

⑦ 中国民间文艺出版社编:《俗谚》(中),中国民间文艺出版社1983年版,第157页。

⑧ 需要注意的是,以近现代法学理论来分析和解释典权这种富有中国传统特色的财产交易规则,并不是用西方尺度来衡量中国的制度文明,而是一种学术对话的方式,用熟悉的语言架构重新理解本土制度,以实现中西法治文明的互通、互释。这并非文化上的自我否定,而是为了更有效地阐明中国传统法律实践所蕴含的独特逻辑与价值。

系,即“典=借贷+租佃”,目前这种理解似乎已成为通说。例如,“典权交易是指全部土地年收益与资本利息之间的交易,通过约定期限内土地经营权或物权的转让和担保来实现”,^①再如,“典在经济上可理解为典权人的资金利息与出典人的不动产收益间的交易(所谓以租抵利)。在法律上,一次出典交易,可理解为成立两个契约关系(法律上的契约与实体的契纸并不完全是一回事)”。^② 这些理解很容易湮灭典的“极近所有权”的物权特性,因为借贷关系、租赁关系是典型的债权关系。以债权关系解释典,很容易与传统社会“指地借钱”等揭钱文书相混同。而揭钱文书和出典文书在同一时期同一个区域同时存在,显然民间社会将之理解为不同的法律关系。

有鉴于此,本文在用现代法学理论分析和把握典权的权利结构时,重点突出其形成权特质,并详细分析传统典权的运作机制,从而为典权找到更合理的权利结构模型,以便更好地理解传统制度中的权利配置和社会功能,在此基础上挖掘传统典权在当今社会条件下所可能产生的社会意义。既有研究在史料应用方面,有学者以南方地区如浙江省、福建省等地的契约文书为基础,也有学者多利用北方地区如山西省等地的契约文书。因此,本文选择山西省类典契约与福建省类典契约为样本,通过比较二者的异同来说明二者只是形式上的区别还是具有影响理论分析的实质差异,从而避免因区域样本的单一性而造成研究结论的偏差。

一、典契的形式比较

典的概念在南北方各区域社会中存在一定的差异,需要进行说明。将各地典契进行比较分析,目的在于观察形式差异较大的南北方地区契约文书有无权利义务关系上的实质差异。这是全面进行理论分析的基础,可避免区域样本单一而造成的以偏概全。^③

传统社会典、卖不分的现象较为普遍,在某些地区的契约中,典与卖这两种交易方式的差别不大、难以区分,甚至在多数契约中,只要双方当事人不特意标明“绝卖”“永不回赎”字样,而仅仅写为“卖”的话,指的就是典(活卖)。也就是说,在某些地区,卖契在本质上亦与典有类似的功能,可以回赎、加找、作绝,如当时河南省偃师县有如下习惯:“凡买卖土地,契约内仅书卖字者,无论远年近月,卖主都可向买主回赎,必至同中人,令买主找价若干,再立杜卖契据,然后始断葛藤”。^④ 类似的还有当时山西省高平县的“活口卖契”、山西省山阴县的“有限卖契”、江苏省各县的“杜头活尾契”、福建省南平县的“卖契、典契并存”、湖北省宜昌县的“归约、卖头归尾约”、陕西省沔县的“暂卖约”,^⑤这些均可被称为类典的“活卖契”。可见,典之契约形式在传统社会多种多

① 龙登高、林展、彭波:《典与清代地权交易体系》,《中国社会科学》2013年第5期。

② 赖骏楠:《清代的典习俗、法律应对与裁判实践——以浙闽两省为考察中心》,《中外法学》2021年第3期。

③ 本文多数情况下均以所有权能较为完整的土地、房屋等为研究对象,至于“一田二主”下田面权的出典,即“典租”或“地租典当”,学界已有探讨,地租典当时出典者转让的仅仅是土地的收益权而非使用权,甚至不转让土地的处置权。参见曹树基:《典地与典租:清代闽南地区的土地市场与金融市场》,《清史研究》2019年第4期;谢开键:《明清中国土地典交易新论——概念的梳理与交易方式的辨析》,《中国经济史研究》2019年第4期。但典租等不影响典权的正常运转机制,因为即使典契中并不记载物理意义的土地、房屋的四至等,也不影响加找、转典、回赎、作绝等运作过程,只不过这时典权的权利结构较为简单而已。

④ 前南京国民政府司法行政部编:《民事习惯调查报告录》,中国政法大学出版社2005年修订版,第105页。

⑤ 参见前南京国民政府司法行政部编:《民事习惯调查报告录》,中国政法大学出版社2005年修订版,第130、141、143、237、263、297页。

样,典是标准的、常规的契约形式,各种各样的“活卖契”是其补充形式或变体。因此,有必要对典契与活卖契进行比较,以便说明其形式上的不同是否代表实质上的差异。由于活卖契形式太多,以下只能以较为典型且归户性强的福建省送卖契与文书储量丰富、在北方地区颇具代表性的山西省典契进行对比说明。

以福建省洋坑许氏文书为例,^①这个家族从明万历十八年(1590年)至1946年300余年的历史中,保留下来300余件契约和数册账簿,没有一件典契,只在一件契约中用到了“转典”一词,可见典这一概念在当地并不常用。但当地并不是没有典这种交易形式,相反,典在当地非常流行,以“送卖”的形式进行,如清乾隆年间的许进艳送卖屯田交易,^②共有8件文书,这些文书被保存者叠放在一起,是一个完整的结构单元,为我们清晰地展示了“典(送卖)一添一尽一再添一缴(赎)一送卖一尽添一推产关”的详细过程,其中涉及土地典赎、作绝、银钱比价、当事人继替等诸多问题。为方便说明契约之间的联系,这里将各契约的内容依立契时间、立契人、相对人、契约形式、交易类型、价款数额列表如下:

表1 许进艳送卖屯田系列契约比较表

立契时间	清乾隆十四年 (1749年)	清乾隆十七年 (1752年)	清乾隆二十年 (1755年)	清乾隆二十九年 (1764年)	清乾隆三十四年 (1769年)	清乾隆六十年 (1795年)	清乾隆六十年 (1795年)	清乾隆六十年 (1795年)
立契人	许进艳	许进艳	许魁友、 许仁友	许仁友	许景言、 许性怀	许砥友	许砥友	许砥友
相对人	天语、天鉴、 天海	天语、天鉴、 天海	天语、天海 等	(不详)	许砥友	许廷义	许廷义	许要使
契约形式	兑契	添契	添契	添尽契	缴契	兑契	尽契	推产关
交易类型	送卖	加找	加找	加找	回赎	送卖	加找	作绝
价款数额	九两番永	三两二钱永	二两	一两永	契内价银 乙并收入	11 000文	4 000文	200文

从列表中的相关契约可以清晰地看出,标的物是一块土名洪坑、得田三十束、年载租三百斤的屯田,是一个先送卖再找价、然后回赎、之后又卖、最后作绝的文书结构单元,其间经历了两代人,共46年。仔细研究,可以得出以下结论:(1)福建省德化地区虽然典契的名称较少出现,但典的实践较为丰富,所用的契约形式为兑契,交易类型上属于送卖,可能近似于其他地区的“活卖”。^③加找时所用的契约形式为添契或添尽契。由送卖到绝卖的标志是推产关,类似其他地区的过割,即将屯田随带的屯米三斗、丁银二分伍毫推到新所有人户内。新的所有人是许廷义,但

^① 参见冯学伟、王志民主编:《福建洋坑许氏文书》,广西师范大学出版社2021年版。

^② 参见冯学伟、王志民主编:《福建洋坑许氏文书》,广西师范大学出版社2021年版,第236~251页。类似的送卖、出典契约在《闽南契约文书综录》《明清福建经济契约文书选辑》《厦门典藏契约文书》等资料集里也有大量实例,但这些资料集多采取分类汇编的体例,归户性不明显,因此笔者选取洋坑许氏文书中较为典型的可涵盖“典(送卖)一添一尽一再添一缴(赎)一送卖一尽添一推产关”等一系列运作环节的典型文书链进行探讨。

^③ 送卖契中有“言约有母银到日取出文契,不得兜执”之语,或许还具备借贷抵押的性质。活卖习俗最早或产生于“本族买不死本族房地”的习惯,即“房地卖于本族,无论契据如何书写,一概不拘年限,有钱即准回赎”。并且,“房地卖出犹可回赎,是虽卖而实同于典,唯不拘年限,随时可赎,未免妨及交易安全信用,于保护买主利益殊未未周”。参见前南京国民政府司法行政部编:《民事习惯调查报告录》,中国政法大学出版社2005年修订版,第142页。

其纳税户为本社许要使。许廷义是许氏文书中美五公派下子孙,故这些契约文书归于许氏文书,前边的一送、三添、一赎,五件文书是上手契,被收藏者和后边三件文书存放在一起。(2)福建省回赎土地时用的契约形式为缴契,之所以称为缴契,是因为契中有“其伯进艳卖契及添契共四纸,契内价银乙并收入”之语,或许是因为要把以前订立的送卖契、加添契全部缴纳出来,才能得回原价。^①因年代久远(20年之后),故缴契(回赎)人也不一定是原来送卖、加添契约的双方当事人,而是各自的继承人。(3)加找不是无限制的,即使其加添在理论上没有次数限制,但加添的总价加送卖价,大致应当等于绝卖价格,立尽契以后,就不能再加添了。因为这块土地找尽以后,在回赎前,总的价格为15两2钱(9+3.2+2+1),绝卖价格为15200文(11000+4000+200)。若以一两银折合铜钱一千文计算,找尽价^②与绝卖价不差分毫。

类似交易过程在山西省也相当常见,但使用的交易概念和契约形式有较大差异,例如:

寻 024 雍正十二年(1734年)张鹊征典地契

立典地契人张鹊征,今将自己村西北平地式段,东西畛,计地陆畝五分,东一段,东至大汧,西至业,南至子汧,北至张疆;又西一段,东至业,西至大汧,南北俱至张疆,四至明白,今立契出典与梁日聪为业。同中言定典价丝银壹佰贰拾两整。地限五年取赎,如无原钱,不限年月耕种。每年良差银捌钱伍分。白地交割。恐后无凭,立典契存照。菁苗不得取赎,又照。

系小伙里平兑三个法马,去大的一个,三十两兑内有四两二个,二两的一个,又照。

雍正十二年四月初五日 立典契人张鹊征 十

中人 王辉、张丕烈、张敬范、张大品、张箕斗

乾隆元年十二月二十五日添银贰拾两整,又限叁年为满。系聪戡称银,此照。同大品称。

立转典地契人梁魁升,因为不便,于乾隆三十九年六月初三日同中照依原价将所典张鹊征地转典与张岳耕种,不限年月。银系郭上理天平,四平兑。恐口难凭,立典契存照,再照,罚马系三拾两。

中人 郭上理、梁荣

此契无用故纸(此六字为回赎后添写)^③

从中可以看出,山西省典权契约文书中,加找(添)、转典、回赎均在同一张契约上不断加批,加找添钱时也需要有中人见证。山西的批钱没有那么多复杂的概念,不管批使钱多少次,都直接在原典契上写“批钱”。转典也一样,直接写“某年月日转于某名下为业”。这种在原典契后直接加批的做法,方便回赎时计算回赎价额,只有在一时找不到原典契时才需要另立新的批字,例如:

寻 035 嘉庆二十一年(1816年)张尉氏并子海龄等批使银两字

立写批使银两人张尉氏并子海龄等,因为先前有典契胞侄坤龄房屋之事,今同人说明,批使元丝银肆拾两整。本当在原契上批,争奈契不在手,因此另写一字。待异日或赎或卖,契字相并

^① 虽然缴契可以产生回赎的效果,但也不是回赎的专用术语。福建省德化地区的转典有时也以“缴契”的形式出现。或许可以说,只要是承典者完全脱离典权关系的交易活动就都可以用“缴契”的形式来实现。但“缴”在福建用来表示缴纳之前上手契的意思由来已久,福建省政和县《明万历八年(1580年)山场卖契》中即有“计缴契:景定元年祖契壹纸、天顺四年祖契一纸”的记载,参见福建省档案局、福建省档案馆编:《福建省档案文献遗产名录》,福建人民出版社2019年版,第5~6页。

^② 即原典价和历次找价金额之和。

^③ 此文书为笔者所收藏,属山西省临汾市襄陵县西中黄村张氏文书。

算价,此照。

嘉庆二十一年四月初五日立批写字人 张尉氏并子海龄 十
同中人 张允洽
周南^①

就加找的整体数量和形式而言,山西省契约文书中加找的次数较之南方地区契约文书的偏少。但也有多次加找的实例,如《清代乾隆三十六年(公元1771年)郭无蔽典地文契》,^②出典后,38年间(1771—1809年)七次找贴,都是在原典契上以加批的形式完成的。^③

经比较我们可以发现:(1)典契在形式上有较大的差异,山西省的典契一纸永流传,出典契约订立以后,加找、转典、回赎等所有程序都在原典契上以加批的形式完成,不论转典多少次,典契都归实际承典人收存;福建省订立的典契被称为原契,以后加找需要另外书立新的加找契,配合原典契一同使用,转典时需要缴纳之前所有的典契及加找契,因此转典契也被称为缴契。并且,以福建省为代表的南方地区的加找契名目繁多,以山西省为代表的北方地区的典契往往只写“批钱”表示加找。(2)典契的名称有较大差别,福建省德化县的“送卖”类似于“活卖”,与山西省及福建省其他地区的“典”非常类似,究其实质,都是可以加找、回赎、作绝的典权关系。(3)作绝的实质条件,基本上都是典价与加找价之和接近或等于卖价,不因形式上的差异而有所不同。

当然,各地因经济、地理、风俗、文化等各方面的差异而导致典权的发展情况不尽相同,如山西省契约中加找的次数和名目远不及以福建省为代表的南方等地普遍和繁杂,转典却非常发达。但典权对应的四项重要制度——“转典”“绝卖”“回赎”“找贴”——在山西省、福建省等全国各地均有体现,以两省契约文书作为典型开展研究,不会在理论建构时因地域差异而以偏概全。

二、典权的定义及其“形成权+所有权”结构

(一)典权定义中的理论预设

黄宗智教授曾明确给“典”下过一个定义:“它其实是一个西方现代法律所没有的、附有回赎权的土地转让制度,一旦出典,使用权便即转让,但出典人仍然保留以有利条件回赎土地的权利。”^④美国人类学家孔迈隆教授也将“典”定义为“有赎回的出售”或“抵押销售”,或“有条件销售”。也就是将土地或其他财产交给支付现金的一方当事人,收取土地或其他财产的一方可对土地或其他财产进行耕种或使用,双方约定一旦偿还现金,土地或其他财产就将返还到其原始所有者手中。^⑤比较而言,笔者更倾向于孔迈隆教授的观点,因为“形成权+所有权”模式可以更加简

^① 此文书为笔者所收藏,属山西省临汾市襄陵县西中黄村张氏文书。

^② 参见王支援、梁淑群、田国杰主编:《故纸拾遗》(卷肆),中州古籍出版社2011年版,第143页。

^③ 关于找价与原典价的对比关系,有学者以清代上海房地契、民事习惯调查为样本进行测算,绝卖前后的找价不高于典价的20%和40%。参见张湖东:《传统社会土地交易“找价”新探——实证与功能分析》,《学术月刊》2013年第7期。

^④ 黄宗智:《中国历史上的典权》,载《清华法律评论》编辑委员会编:《清华法律评论》(第1卷第1辑),清华大学出版社2006年版,第1页。

^⑤ 参见[美]孔迈隆:《晚清帝国契约的构建之路——以台湾地区弥浓契约文件为例》,载[美]曾小萍、[美]欧中坦、[美]加德拉编:《早期近代中国的契约与产权》,李超等译,浙江大学出版社2011年版,第46页。

明、生动地说明典权的运作机制,这与“有赎回的出售”异曲同工,是根据现代物权理论对“有赎回的出售”进行的学理解释。

以上是历史学家对典权的定义,说明了典权的基本特性,也涉及典权的运作模式。而法学家的定义往往都是在现代物权理论指导下给出的,如“称典权者,谓支付典价在他人不动产为使用、收益,于他人不回赎时,取得该不动产所有权之权”。^① 尽管传统社会里的典权(即没有法典化的典权)实践要复杂得多,上述理解是对传统典权的简化,但将物权理论应用于典权的解释是值得借鉴的,方便我们深入了解传统典权的结构和权能。

(二)典权的四项制度与“形成权+所有权”模型

王泽鉴教授在分析典权结构时认为,“转典”“绝卖”“回赎”“找贴”是典权的四项重要制度。^② 这对传统典权实践也是适用的,尽管传统典权中这四项制度要复杂得多。下面笔者将以现代法学中的所有权、物权理论结合“形成权+所有权”模型分析典权中的四项重要制度。

1.转典

典权是一项权能非常丰富的权利,已接近于所有权。承典人在行使自己的典权时,不但可以自己占有、^③使用、收益,还可以转典;同时,转典的次数没有限制,即所谓的“转典自由原则”。转典自由原则在传统社会里具有丰富的实践,如山西省契约文书中就有多次转典的情况,原价转典时中见人和书契人都可以变更,不与原典契中的中见人相关联。传统社会里转典是非常灵活的,甚至可以分别典给两个不同的人。也就是说,承典人可以将一个典权分割为两个典权,例如:

同治十三年(1874年)李效汤转典契

立转典地契人李效汤,因为使用不便,今将原典梁海西地八亩五分,上年转典于尉南节三亩,下余尽西边五亩五分并薛家埃地二亩转典于西门财神社。同人言明,典价元银二十六两六钱五分。原银取赎。如无原银,不计年月,其地二段,亦日或赎多段,或赎少段,按地分价。恐口不凭,立约存照。二宗共地五亩五分。

同社内人

同治十三年四月二十一日立转典人 李效汤 十

光绪廿六年腊月廿日同社内人李五卯、李执中、武执敏、梁森寅说合,原契无价转典于梁黑子名下耕种。^④

在此例中,李效汤将典来的八亩五分梁海西地分两次转典,第一次转典了三亩,其余的五亩五分加上另外的二亩,共七亩五分,典得元银二十六两六钱五分,这时若需要回赎,则按地分价,

^① 王泽鉴:《民法物权》(第2版),北京大学出版社2010年版,第445页。

^② 参见王泽鉴:《民法概要》(第2版),北京大学出版社2011年版,第445~449页。

^③ 对于典权所有权结构中的占有这一权能,有学者认为仅仅占有而不使用的权利是不存在的。参见曹树基、刘诗古:《传统中国地权结构及其演变》,上海交通大学出版社2015年版,第30页。笔者认为,尽管传统法学物权概念强调对实体财物的支配权,但占有在某种程度上可以是观念意义上的,即主体随时可以占有并能排除他人的非法占有,而不是要时刻将其掌握在控制范围内。另外,龙登高教授等提出占有权能够脱离实体财物而独立存在,具有经济产权的属性,可以用于抵押、担保等交易,并具有独立的市场价格。这些讨论厘清了产权与物权之间的界限,避免了以往法学与经济学概念混淆的误区,明确占有权具有财产权属性,并能够在市场中独立交易,为理论和现实中的产权争议提供了解决方案。参见龙登高、陈月圆、李一苇:《在所有权与使用权之间:土地占有权及其实现》,《经济学(季刊)》2022年第6期。

^④ 参见龙登高:《中国传统地权制度及其变迁》,中国社会科学出版社2018年版,第42~43页。

也就是说转典的五亩五分地回赎时需要支付典价十六两五钱四分($5.5/7.5 \times 26.65 = 16.54$)。

受土地价格、银钱比价的调整等诸多经济因素的影响,转典也不一定完全依照原价。如果土地价格上升,转典主高于原典价典出承典土地后,或可升值受益。例如,《刑科题本》就有相关记载:“安徽宿州,康熙年间刘文元以1200文当杜士嘉18亩地,后来地价上升,刘文元转当8亩获贷款1500文,转当10亩给刘敏成获4500文,合计达6000文,比原价高出4800文。刘敏成再以此价(4500文)转当与刘敏阮的父亲。三十三年,原主杜士嘉仍以原价1200文回赎”。^①

这种不按原价转典的情况也符合经济规律,因为转典人有其经济理性,承典人可能需要融资,但原业主不来取赎,资本无法流转,此时自然想到依原价转典,这是民事习惯中常见的规则。而另一种情况可能是,转典主经了解市场行情,得知地价攀升,但原业主又无力回赎,在利益的驱使下,其会把典来的土地转典于他人而获得利润。这可以从广义上视为承典人使用、收益权的延伸,也可以看作承典人对自己拥有的典权的处分行为。但问题在于,这时如果原业主直接找后来的承典人回赎,就会因回赎价款而引发各种纠纷,因为需要的回赎价款变多了,直接损害了原业主的权益。此时原业主必须先经过转典人,由转典人向后来的承典者回赎。然后原业主始得以原典价向转典人(即原承典人)以原价回赎,如清宣统元年(1909年)奉天高等审判厅就有相关裁决:“关福生之先人典与王有国之先人……当初典价仅1000吊,现经王有国转典依姓、史姓,价钱共6200吊,俟秋收后向王有国转典依姓史姓抽赎”。^②

在契约实践中,就以上回赎问题,原价转典与加价转典曾发展出了不同的民间习惯。例如,当时山西省猗氏县有如下习惯:“以承典之不动产转典于人,即将原典契约交付,不另立转典契约。有数更典户(质权人),仍以原典契约辗转相授,不另立转典契约者,原业主(所有人)回赎时,应向最后之典户回赎”;但当时的调查人员也表示:“此种习惯似以转典价额与原典价额相同者为限,惟辗转典质,则回赎时,易生纠葛,似应矫正”。^③如果转典价值高于原典价值或低于原典价值,那么依当时黑龙江省通北县之习惯,“须另立新约,毋庸交付旧契。如系照价出典,即可以原立典契交给为据,不必更立新契,但无论如何,必须知会原业主,使其从场作证”。^④需要原业主到场作证,这是在交易程序上对原业主权益的保护,因为此时原业主已经不方便直接向新的承典人取赎,否则会有损于自己的利益。

转典后,转典人是否脱离承典关系,当时河南省中牟县、巩县有如下习惯:“凡甲产出当于乙,若乙复当于丙时,连同原当契一并交付,是谓‘转当’。嗣后甲可向丙回赎,与乙无干。若未连同原当契交付,则谓‘清当’,甲只得向乙回赎,乙向丙回赎”。^⑤也就是说,转典人是否脱离承典关系在于是否保留原典契,若保留则需要逐级回赎,若不保留则回赎时直接找最后承典者即可。

由此可见,转典因涉及出典方、承典方、转承典者等多方当事人利益,转典时的典价、转典期限、回赎等都较为复杂,因此,立法机关在法典化时将民间复杂的转典形态进行了简化处理,即将转典期限、典价等限制在原典的范围:“典权存续中,典权人得将典物转典或出租于他人。但契约

① 转引自龙登高:《中国传统地权制度及其变迁》,中国社会科学出版社2018年版,第66页。

② 转引自龙登高:《中国传统地权制度及其变迁》,中国社会科学出版社2018年版,第66页。

③ 参见前南京国民政府司法行政部编:《民事习惯调查报告录》,中国政法大学出版社2005年修订版,第120页。

④ 前南京国民政府司法行政部编:《民事习惯调查报告录》,中国政法大学出版社2005年修订版,第76页。

⑤ 前南京国民政府司法行政部编:《民事习惯调查报告录》,中国政法大学出版社2005年修订版,第103页。

另有订定或另有习惯者,依其订定或习惯。典权定有期限者,其转典或租赁之期限,不得逾原典权之期限;未定期限者,其转典或租赁,不得定有期限。转典之典价,不得超过原典价”。^① 这种处理方式,可避免民间社会典交易习惯在表述上的模糊性和随意性,对于传统典权的制度化、规范化有一定的积极意义。

2. 绝卖

与典权相关的第二项重要制度是绝卖,其在民间契约实践中常被称为“作绝”,即将典业或活业作成绝业之意,也就是说,彻底转移了出典物的所有权,并失去了回赎权。从典权的运作机制看,原业主选择出典而不进行出卖,根本的目的在于将来回赎,而不至于彻底失去产业。承典人则在一定程度上具有谋产作绝的意图,若只是用来担保债权,则其与传统社会里的当地揭钱契约就没有本质区别了。^② 可见,典权设立的初衷符合经济规律,以稍低于卖价的价值取得一个接近于所有权的物权(典权)。说到底这是业主与典主各自利益博弈的结果,即利益相对立的双方“私心”斗争的结果,这也是典权在传统社会能够长期存在、广泛实践并且内容和机制不断完善、发达的人性基础。

典产的作绝在传统社会往往具有固定的形式和条件。一般来讲,当典价及加找价等于甚至超过卖价以后,典产就具备了作绝的实质要件。^③ 这时只要再满足相应的形式要件(推产过户),就彻底转移了所有权,此时回赎权消失、典权关系解除。推产过户的形式各地不同,如当时福建地区往往要写立推产关文书,所谓“推产关”,即把出典的土地所随带的官方粮差从原业主户内推到承典人户内。目的在于保证国家的正常税收,避免产去税存。当然,根据土地的稀缺程度、出典人和承典人的经济地位等客观因素,各地就典产作绝发展出多种民间习惯。例如,当时江苏省淞江县有如下习惯:“双方为完备手续起见,往往活典、加找、杜绝三契同时成立,惟既经最终杜绝成立后,无论各契上有无年限条件,均应作绝卖,不能回赎”。^④

3. 回赎

回赎权是典权区别于其他物权类型的最根本的权能,是出典人(即原业主)拥有的最重要的权利。之所以说是权利,是因为从反面来理解就是,“凡田宅典出后,无论价格如何低贱,典主如何贫困,业主不欲回赎,典主不得强迫业主一定回赎”。^⑤ 在官方、民间共同建构的民事法律秩序中,回赎权与纳税义务是互相证明和支持的,纳税义务是对回赎权的一种公示,也是回赎权为国

^① 杨立新主编:《中国百年民法典汇编》,中国法制出版社2011年版,第487页。

^② 当地揭钱文约在山西省契约文书中很常见,试举笔者收藏的沁源县马家峪村庞氏文书中的《同治十二年(1873年)庞凤惠当牛地揭钱文约》为例,“立当牛地揭钱文约人庞凤惠,今揭到闫直凝名下揭本钱壹拾式千叁百文整,言定每月叁分行息。质当长山白地上下式段,计地柒畝,又当大犝牛壹只。取日为头,按月计算。本人自限来年六月内交还,如还不到,许钱主承业,地内青苗许钱主收割。立当牛地揭钱文约为证”。这是典型的以牛、地作担保物的揭钱文书。传统社会里的借贷方式根据有无抵押,可分为揭约、借约、取约、限约等多种形式,但不管有没有抵押,出借人的权利都主要在于收回本金及利息,而不在于取得抵押物的所有权,抵押物只是作为担保而存在的。

^③ 实质要件的满足,多数情况下只依出典、承典双方的理性判断,而不需要书面形式,但福建省洋坑村许氏文书中以“尽契”或“尽添契”的形式进行书面记录,上海市房地契档案中以“兴高起造据”的书面形式进行断定。参见冯学伟、王志民主编:《福建洋坑许氏文书》,广西师范大学出版社2021年版,第168页;上海市档案馆编:《清代上海房地契档案汇编》,上海古籍出版社1999年版,第57~58页。

^④ 前南京国民政府司法行政部编:《民事习惯调查报告录》,中国政法大学出版社2005年修订版,第157页。

^⑤ 前南京国民政府司法行政部编:《民事习惯调查报告录》,中国政法大学出版社2005年修订版,第32页。

家所认可的标志。并且,回赎权是一种形成权,仅仅依靠当事人单方的意思表示就可以改变权利义务关系,故形成权是一种相当“霸道”的权利。之所以赋予出典人如此强势的权利,^①是因为出典以后承典人拥有的典权权能非常强大,囊括占有权、使用权、收益权及部分处分权,已非常接近所有权,唯有“霸道”的形成权才能够与之抗衡,极大地缓解了原业主失去产业的风险,有利于保护在经济、法律方面处于弱势地位的出典人。与回赎权对应的义务只有向国家纳税。将形成权引入典权分析中,能使传统社会中错综复杂的典及类典关系^②中的权利运作机制得到进一步明晰。

形成权的法理基础在于私法自治原则的贯彻和对交易利益的终极关怀与维护,私法自治的形成借助了人类的自利心理。传统社会虽然没有私法自治的理念,但民间自发形成的民事习惯中的规则设计也是利用人类的自利之心,这用来说明典之加找、作绝与回赎,也是恰如其分的。加找、作绝是为承典者谋产得业的自利心设计的,回赎权是为出典者保留产业的自利心定制的,典权作为传统社会里产业流转方式中的精灵,游走于回赎与作绝之间,充分展现了传统民事秩序中交易规则的精巧之处。

4. 找贴

典权关系中最后一项重要的制度即找贴,找贴是典权法典化后的称谓。在传统社会里找贴远不止一次,可以巧立名目、一找再找,相应的契约形式有添契、加添契、添尽契、洗契、找契、加契、绝契、叹契、兴高起造据、借据、永远叹契,等等;^③也有不立名目,如山西省契约文书直接以“加批”的形式在原典契上批钱。^④

找贴的重点问题是找贴的次数是否有限制,也就是加找到什么程度就不能再找、不能回赎,只能履行作绝手续、推产过户,形成绝卖。对此,官方法律规定与民间习惯并不一致,有学者认为:“在清朝政府严禁找贴之后,江苏原有找贴四次以上的乡例,在契约文书形式上有所简化,但实质内容并无变化。而且,民间并不完全遵从一找一绝的律例,实际使用的找断契约仍在两次以上”。^⑤不同地域的找价权习惯稍有不同,如当时在福建省,政和县的“一典数找”、南平县的“九尽十八借”、闽清县的多次“撮价”、漳平县的“典后增典”^⑥等均表示可以多次找价,至于找价的具体次数都没有说明;但平潭县“一典九尽”的习惯指出,出典人可以多次找贴,“惟不得超过原卖份额”;在建瓯县,“均得按照时价求找,甚至找至数十次者,找价的时间多在发生阴历年底,但如有

^① 虽然回赎权强势、“霸道”,但也不能在典期或转典期未届满时强制回赎,乾隆朝《户部则例》即有相关规定:“倘有冒称原主之原主,隔手告找、告赎,或原主于转典未届满以前强行告赎,及限满而现业主勒赎者,均治其罪”。参见故宫博物院编:《钦定户部则例》(第1册),海南出版社2000年版,第148~149页。另外,民间社会为了限制回赎权、稳定交易秩序,也发展出了“当白回白、当青回青”“头年房子过年地”“麦不过年、秋不过寒”“三不赎夏、七不赎秋”等一系列限定回赎时间的民事习惯。

^② 所谓“类典关系”,即传统契约实践中的送卖、活卖、当等与典权关系非常接近的产业交易形式。

^③ 参见上海市档案馆编:《清代上海房地契档案汇编》,上海古籍出版社1999年版,第64~68页。

^④ 山西省契约文书中加找的名目较少,直接在原契加批,并不表明北方地区没有单独的加找契,如甘肃省临夏回族自治州广河县典契中加找契就被称为“磊约”或磊价文约。参见马忠明搜集、连贯整理:《宁定契约辑》,临夏州档案馆1990年印行,第19~20页。

^⑤ 杨国祯:《明清土地契约文书研究》,中国人民大学出版社2009年版,第200页。

^⑥ 参见前南京国民政府司法行政部编:《民事习惯调查报告录》,中国政法大学出版社2005年修订版,第236、237、244、252页。

丧葬急需,则可随时找价,但不得溢过时价之额”。^①据此似乎可总结为,当多次找贴价加上原典价等于卖价时就不能再找,至于找贴的次数和形式没有具体限制。但问题在于土地卖价受地理位置、肥沃程度、市场波动等因素的影响,加找双方不易达成一致,由此导致的纠纷屡见不鲜。

这在一定程度上导致典权运作规则的模糊性,似乎给没有成文法依据的民事法律秩序带来不确定性。其实,在以口耳相传的法谚、俗语表达的民间习惯法秩序中,规则是非常具体且有操作性的。当时福建省德化县送卖(典)交易中加找后能否再找、能否回赎,须在找价契约中明确约定,若找价契中写明“日后不敢言添,不得言赎”“无添无赎”或“无添赎”等字样,即是绝卖。若找价契中约定“有赎无添”,则表明不能再找价,只能回赎或作绝,如“乙亥六月卖与善万侄管,无添,付原主赎断”。^②也就是说,据清代农家日用账簿《生财大道》,对于找价后能否再找、能否回赎,立契双方是非常明确的。

三、典权的运作机制

从以上对典权权利结构的分析中可以看出,典权在契约实践中可分为出典、加找、转典、回赎、作绝五个阶段,这五个阶段依次推进,形成了一个可以动态调整的权利结构模型,其中所有权的各个权能与回赎权这一形成权交错运行,展现出典权制度的精密性和灵活性。在出典阶段,出典人将产业的占有权、使用权、收益权在一定期限内转移给承典人,承典人得到的是一个“有被回赎可能性的所有权”,其权能极类似所有权,故传统社会中常常典、卖连称。而出典人自身保留回赎权,回赎权是一种形成权,赋予出典人在一定期限后通过单方意思表示随时恢复财产完整支配权的能力。也就是说,虽然承典人获得了类似所有权的权能,但所有权并未真正转移,因为出典人可以用“霸道”的形成权(回赎权)来对抗。

当典权进入加找阶段后,出典人可以要求承典人增加典价来获得更进一步的收益,相应地,承典人的类所有权地位也更加稳固了。然而,加找并不会消除出典人的回赎权,只是通过多次加找,回赎权的行使将变得更加困难(需要的资金越来越多),典权逐步向所有权转移过渡。关于加找(亦称找价)这一运作机制,古人及早期的研究者多认为加找没有固定的标准,次数及额度的规范性较差,在实际运作过程中容易产生纠纷及争讼,甚至认为是一种陋习。^③《刑科题本》就记载有大量因出典、加找而形成的案件。近来,亦有学者认为,加找发挥了积极的作用,即作为地价形成机制的一部分,既激发了“效率”也兼顾了“公平”。也就是说,加找不仅可以避免因信息不对称而产生的过度讨价还价,及时满足出典方迅速融资的需求;而且可以使出典者分享土地等不动产

^① 前南京国民政府司法行政部编:《民事习惯调查报告录》,中国政法大学出版社2005年修订版,第254~255页。

^② 参见清末农家日用账簿《生财大道》第45页。《生财大道》为笔者所收藏,记载了闽南山区苏怀墀60余年的家庭日用账目,其中有几十笔土地典买的翔实记载,每一次加找不但记载钱数,而且明确表示契约中写的是“有赎无添”还是“无赎无添”,另有不写明无添的即是可以再次加找。参见冯学伟:《〈生财大道〉中的法律信息及特色史料》,《中国社会科学报》2025年4月2日。

^③ 参见陈盛韶著、刘卓英标点:《问俗录》,书目文献出版社1983年版,第59、100、101页;杜恂诚:《道契制度:完全意义上的土地私有产权制度》,《中国经济史研究》2011年第1期。

随社会经济发展产生的增值收益,促进社会公平。^①

其实,加找并非漫天要价,而是有限度、有规则可循的。在清代农家日用账簿《生财大道》中,占最大篇幅的内容是苏怀墀一生中分得、自置及合买田土、竹林、厝屋等产业的情况,约有60段以上。每一段产业的情况占一页至半页篇幅不等,完整记录这一产业的买得、多次加找、作绝或回赎的日期、价款、中见人等,有时还记录收租及经营情况,结合保留下来的相关契约文书可以分析传统社会中产业的交易频率、加找次数、交易习惯等。例如,《生财大道》第3页记载:“(道光)六年墀、旨同买善本侄竹林壹所,坐落德安厝左边纸寮对面,已分去银二元。戊子捌年六月再去银壹元,十二月又再去银式元,约有赎无添。此所系分是旨兄管历年约竹把五百斤实。丁酉十七年五月向添足价钱共柒百,已分下出去钱叁百伍拾文。日后不敢言添亦不得言赎”。这是苏怀墀和五哥苏怀旨共同置买竹林的情况记录,清道光六年(1826年)买得堂侄善本竹林一所,之后经过三次加找,但三次加找的性质完全不同。清道光八年(1828年)六月第一次加找,没有约定,即表示可赎可添;清道光八年(1828年)十二月第二次加找后,约定“有赎无添”,即不能再进行加添、加找了,但可以回赎;清道光十七年(1837年)五月添足价钱后,即“不敢言添亦不得言赎”,表示不但不能加找,回赎权也消失,只能推产关作绝。因此,能否找价完全依照当事人在契约中的约定,规则性非常强:若找价契中写明“日后不敢言添,不得言赎”“无添无赎”或“无添赎”,则为绝卖;若找价契中约定“有赎无添”,则表明不能再找价,而只能回赎或作绝;若没有上述字样,则表示可以进一步加找。

由此可见,加找机制在其创设、形成时顺应当时社会的公平正义观念且规则也是明确的,只不过在其长期发展演变过程中缺乏及时的总结、提炼,没有抽象出自洽的规则体系,只是以“一典数找”“九尽十八借”“一典九尽”“死价活业”等民事谚语的形式传播,^②因此容易在契约实践中造成误解或误读,从而引发纠纷和矛盾。加找制度中兼顾“效率”与“公平”的运作机制及相应的规范心理、制度逻辑,不但能够为典权及加找在传统民事秩序中长期盛行不衰提供合理性解释,还说明典权并非陋习,而是传统法律文化中可资借鉴的制度元素。

在转典阶段,承典人将其获得的占有权、使用权、收益权和部分处分权转移给第三方,即新的承典人。但这种权利转移并不影响出典人回赎财产的形成权。转典的发生表明典权具有可货币化的灵活性,而在权利结构中,出典人通过回赎权始终掌握关涉财产最终归属的主动权。转典这一运行机制的设立宗旨在于保护承典人的权益,当典期届满后,如果承典人急需融资或认为承典标的物的收益不佳,而出典方不能及时回赎,那么承典方手中的典权就会成为“烫手的山芋”,若没有相应的转换机制,则必将使承典人陷入两难境地,影响承典者的交易信心,从而不符合典权的设立初衷。而转典自由原则为承典人免去后顾之忧,化解了承典人在典期届满后可能面临的流动性风险和收益风险,使典权成为一种非常灵活的、有效的财产配置手段。转典自由不仅保障了承典人的自主选择权,为典权交易提供了动态调整的可能性,而且在更广泛的层面促进了市场交易的活跃性,是传统典权制度中非常显著的现代化法律属性。转典在具体契约实践中的运作方式因地域不同而略有差异,北方地区如山西省采用的是在原典契上加批的方式,即转典时在原

^① 参见张湖东:《传统社会土地交易“找价”新探——实证与功能分析》,《学术月刊》2013年第7期。

^② 参见前南京国民政府司法行政部编:《民事习惯调查报告录》,中国政法大学出版社2005年修订版,第236、237、254、317页。

典契上批注“某某年转于某某人”，交于转典主即完成转典；而南方地区如福建省往往要新立转典契（如缴契），即承典人将之前的典契（送卖契）、加找契等一同缴付新的承典人（即转典主），以完成转典交易。

回赎是作为典权核心权能的形成权的行使阶段，出典人通过单方意思表示即可行使回赎权，使承典人或新的承典人配合完成所有权权属的回归。实践中以原主将典价交付典主，并从典主那里取回典契为标志，表示回赎的完成。若因年月久远，典主不能提供原典契，则须重新写立失契执照，以防将来纠纷的发生。

原业主将典契赎回后，往往在上边批上“此契无用”“此契无用故纸”“某某年月赎回无用”“某某年某月抽回”等字样。此时，出典人重新获得财产的完整所有权，承典人的占有、使用和收益权终止。在这个阶段，为保护承典人的权利，对“霸道”的回赎权进行一定程度的限制，传统社会发展出了一系列保障机制，如回赎时间的限定^①等相关的民事习惯就是典权长期发展过程中出典人与承典人利益博弈的结果。回赎权的行使既是法律行为，也是文化行为，其背后蕴含了传统社会关于财产、身份及社会公平的深刻心理逻辑。在农耕社会中，土地与家产的象征意义已超越其经济价值，成为家庭传承、身份认同的重要载体。这种传统法律心理驱使出典人及其子孙追求财产的回归，而承典人则因长期占有而对标的物形成了一种“心理所有权”。即使标的物的最终归属权明确属于出典人，承典人在较长时间的占有、使用、收益过程中也逐步建立了对标的物的情感依赖和归属感。因此，传统社会在契约实践中通过强化对回赎权的认可与限制，在出典人与承典人的心理张力中寻求制度平衡。

当出典人未能在规定期限内行使回赎权且加找次数过多、典价接近卖价时，典权就进入作绝阶段，实质所有权初步形成，契约中往往写明“无添无赎”或“不敢言添亦不得言赎”等。在此阶段，承典人通过法律程序（如推产关）完成所有权的正式转移，出典人的回赎权丧失，形成权的效力终结，典权关系演变为绝卖，完成了所有权^②的实质转移。在传统契约实践中，所有权的正式移转往往以推粮过户为标志。例如，福建推粮过户的专用契约形式为推产关文书：

道光二十四年（1844年）政洁添尽契并推产关

立添尽契并推产关人政洁，承父命有民田壹段，坐落本乡新乾后头秀土内外并顶段大町及四坵坑，于前年抽出租叁百玖拾伍斤实，出卖与怀墀叔边为业，价钱登载原、添契，今因为要完粮应用，托中向叔边添出足价钱壹万壹仟陆百陆拾伍文，又谷陆百斤实，又上年胞侄向借谷叁百斤实，并产关在内，即日当中交讫，其田付叔自耕，永远管业收租。其苗米查原实征配载民米肆斤肆合式勺五抄正，将本里四甲苏恒仁股推付本甲苏生起股收割入户，递年自征完纳。日后不得言及多推少载，亦不得言及添赎，各是二比甘允，内约前买得以平叔缴来国坤叔段内得租壹百斤实，价钱洁已收过足讫，日后或赎或出米，付墀叔对国坤叔对直办理。今欲有凭，立添尽契并推产关为照。

^① 回赎时间的限定包括回赎期限的约定和具体回赎时间的限制，都是为了保护承典人的利益，以对抗形成权（回赎权）。回赎期限在典契中一般约定为“三年为满”或“五年为满”，就是说出典人只能在期限届满后回赎，以使承典人有相对确定的时间规划未来的生产经营活动，充分发挥土地资源的价值。如果典业随时都可能被取赎，承典人对典业没有预期，那么自然就没有长期投资的意愿。同时，典价会随着出典年限的长短产生变化。而“不准拦青取赎”“青苗在地，不许回赎”“白地许赎”“空地取赎”等都是典约到期后与具体回赎时间相关的民事习惯，目的在于防止出典人在作物尚未收获之时备价取赎，导致承典人利益受损。

^② 典租时为收益权，即田面权。

另中礼钱肆百文,再照(押)

道光廿肆年六月日立添尽契并推产关人政洁(押)

中见人叔国坤(押)

怀旨(押)

知见父美缀^①

此文书中苏政洁送卖租 350 斤给苏怀墀,通过推产关文书把自己苏恒仁股内每年向国家交纳的民米四升四合二勺五抄转入苏怀墀的苏生起股内。^② 此外,推产关文书往往与添尽契一起书立,添尽契之后,不能加找也不能回赎,实质所有权形成,而推产关后所有权完成了实质与形式的整体移转。

综上所述,典权制度通过出典、加找、转典、回赎和作绝这五个阶段,动态地展现了所有权各项权能的分离和重组。其中,回赎权作为形成权的核心,在各阶段调节着权利的归属与转移,使得典权中的权利关系较之现代所有权、物权理论更具灵活性和适应性。出典人有回赎权,能够在一定条件下通过单方意思表示恢复对财产的完整支配,而承典人则通过加找、转典等手段保障自身利益。最终,典权制度以其颇具中国特色的权利运作逻辑,平衡了出典人与承典人之间的利益关系。结合承典、出典双方权能的变化,典权的运作机制可用图 1 表示:

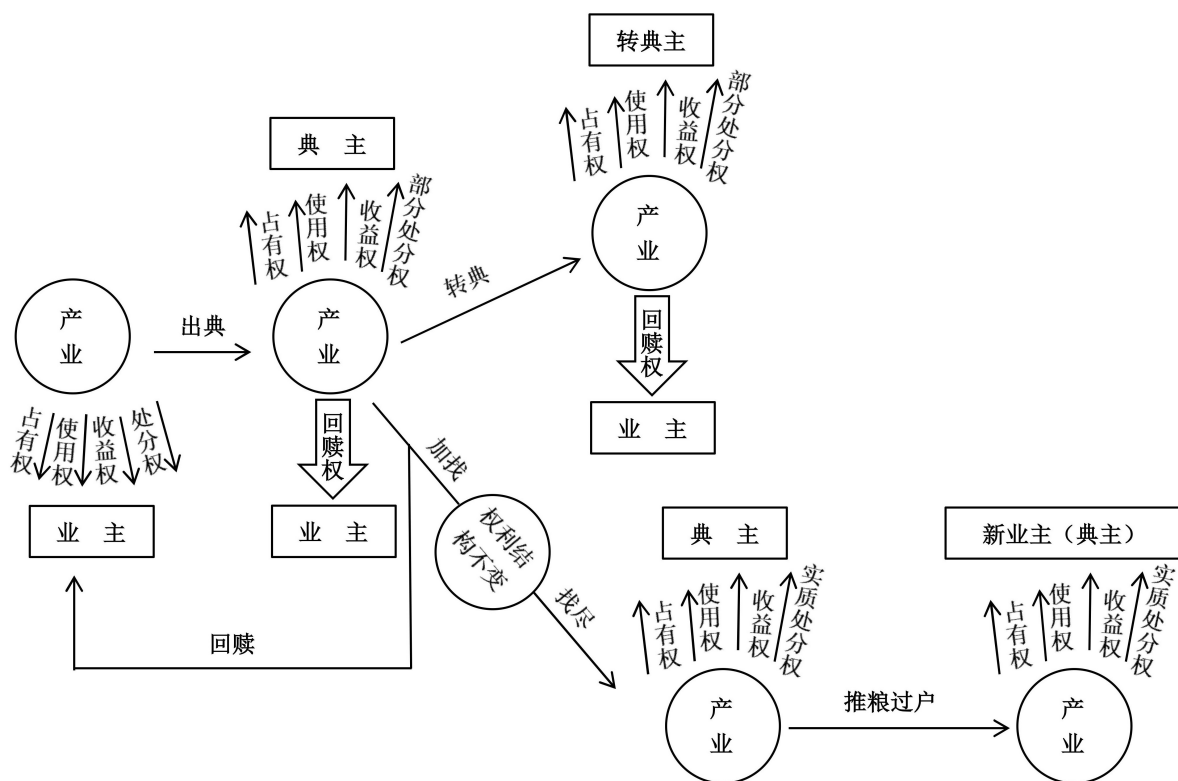


图 1 典权运作机制图

① 此文书为笔者所收藏,属福建省德化县双翰苏氏家族系列契约文书。

② 这里的苏恒仁股、苏生起股是纳税的单位,可以几家共用,也可一家单独使用。据《生财大道》第 33 页记载,苏生起是苏怀墀于清道光二十二年(1842 年)十二月十日为自己新立的股名,“生是发动,起是启创兴发也”。

四、典权存留的理论价值及现实意义

基于以上分析可以看出,明清时期典权在我国南北方虽然形式差异较大,但是实质上都具有“转典”“绝卖”“回赎”“找贴”四项重要制度,充分考虑了交易双方的利益平衡,具有两全其美的经济功能。从理论贡献上来讲,典权权利结构中的回赎权,可以作为形成权理论的重要制度支撑,丰富我国传统社会的物权理论。同时,典权不完全依赖于所有权的绝对性,而是在财产交易中引入了灵活的调整机制,既满足了出让方的资金需求,又为其在未来重新取得财产所有权提供了可能性。这种精巧的权利结构设计是中华传统制度文明在维持社会经济平衡中的独特贡献。在中国传统文化中,土地及附着其上的财产关系不仅仅关乎个人或家族的经济利益,更与社会伦理、宗族观念等密切相关。典权使得财产所有者能够在不完全放弃所有权的前提下获取必要的经济收益,为社会阶层流动和家产有序传承提供了制度保障,也充分展现了传统法制的人文关怀。因此,典权的存废应当慎重。

在制定物权法及民法典时,学界对典权的存废有过较多讨论。有主张典权废除论的学者认为,典权已经走向没落,典权传统功能已经丧失,典权制度自身存在固有之缺陷。因此,不必在物权法中规定典权制度。^① 美国学者罗伯特·C.埃里克森同样持类似的观点,他认为在类似于传统中国的“先市场性”经济体中,绝对的回赎权非但不会造成它在市场经济中所引发的那种后果,反而可以提高经济收益、帮助地方社群赶超那些在紧急情况下不值得信任的陌生人,还可以看作族中长辈遗福后人的保险措施等。而在当今社会,简明私人产权更有优势,是简明而有效的激励农户对其控制之土地做最佳利用的方法。典卖中出卖人的回赎权,会带来当前占有有人在经营土地时目光短浅的风险,也会打击承典者保养与改善承典土地的热情。^② 传统俗谚“典地不上粪、租地不垒埝”^③也表明,在产权不明晰时,承典者、承租者没有改良土地的积极性。而持典权保留论的学者认为,典权为颇具中华文化特色的不动产物权制度,保留典权有利于维持传统文化,充分显示中华民族崇敬祖先及扶弱济贫的道德思想。^④ 典权可为人民提供一种较好的融资渠道,将之予以规定以备而用之,应不失为一种良好、妥善的立法政策。^⑤ 因此,有必要在总结我国司法实践经验的基础上,对典权制度作出全面的规定,这是完善我国物权法律制度、彰显我国民法典本土性和时代性的需要。^⑥ 当然,我国的民法没有规定过典权,典当等民间习惯也随着社会变迁而趋于消失。如果没有足够有力的论据来证明典权制度加入现代民法对现行民法体系有建设性,那么典权制度的仓促设定也是有其适应成本的。

关于典权制度的创设初衷,王泽鉴教授认为:“典权制度的创设,乃因重孝而好名,出卖祖产

^① 参见张新宝:《典权废除论》,《法学杂志》2005年第5期。

^② 参见[美]罗伯特·C.埃里克森:《复杂地权的代价:以中国的两个制度为例》,乔仕彤、张泰苏译,《清华法学》2012年第1期。

^③ 中国民间文艺出版社编:《俗谚》(上),中国民间文艺出版社1983年版,第173页。

^④ 参见崔建远:《民法分则物权编立法研究》,《中国法学》2017年第2期。

^⑤ 参见陈华彬:《我国民法典物权编立法研究》,《政法论坛》2017年第5期。

^⑥ 参见王利明:《物权编设立典权的必要性》,《法治研究》2019年第6期。

虽非不孝之尤,但亦败家之兆,加以物之于人,原亦可发生感情关系,因而永远舍弃,情所不甘”。^①由此可以看出,典权的创设社会和心理两方面因素的支撑,但这两种因素基本上已不复存在。“民众仍重孝而好名,但出卖祖产(或自己财产),系为投资创业,不但无亏孝道,且常为兴家所必要。又在工商业社会,纵使农村世居祖产,感情关系亦渐为经济利益所取代,何况已有发达的金融体系,可供以物抵押,筹措现款。支持典权制度的社会因素,既渐消失,除非另有替代功能,典之制度殆难常存……典权的兴起与式微,使我们更深刻地认识到物权制度与社会变迁、经济发展具有密切的关系。”^②这是通过分析典权制度的法理基础并结合法律实践及社会变迁对典权制度的存废与否进行的理论预判。其实,在传统社会尤其是明清以后,为投资创业而典卖祖产的观念也是深入人心的,各种生意字号为解决资金周转困难而典卖家产的,在契约文书中也大量存在。因此,“重孝好名”的社会基础并不足以成为典权废除与否的社会因素。

为了弘扬中华优秀传统文化,实现优秀传统文化的创造性转化和创新性发展,从法学理论的角度对传统典权进行深入的学理分析是必不可少的。现代法学强调权利的稳定性、明确性与排他性,而典权制度则提供了一种不同的财产关系模型,展示了权利在特定条件下的灵活分配与动态变化。具体来讲,典权作为中华民族原生态的制度工具,与民众的法律文化心理高度契合,经改造、转化后,或许能够服务于乡村振兴的战略目标。例如,乡村振兴需要充分利用农村土地的融资和金融功能,挖掘传统民居的文化价值,从而提升农村的经济活力。一方面,传统民居往往是先祖留下的珍贵遗产,具有显著文化内涵,但有分人较多,所有权归属亦不甚明晰,权利移转时较难达成一致。因此,传统民居的买卖往往不具有现实可能性,而租赁又不易展现其市场价值,如果能够出典,那么既满足了乡村社会的资金需求,又可在典期届满后随时回赎,保持家族产业的有序传承,也方便承典方积极修缮改造,盘活闲置资源;另一方面,农村土地或许可以通过设立典权,在不改变所有权的前提下进行较长时间的稳定转让,从而吸引更多、更有效的社会资本进入农村,助力乡村经济升级转型。

从法律实践的角度看,保留并创新典权制度也具有重要意义。首先,典权可为投资者提供新的投资形式,其回赎机制可增强资产利用的灵活性,提高投资收益的安全性和可控性。其次,典权制度可以为公司及个人提供更广泛的融资渠道,尤其是在现有担保物权模式中,典权作为传统法律秩序中原生态的融资手段,可以在不增加融资成本的前提下提高资金利用效率,为乡村社会、中小企业和个人融资创造更多机会。再次,通过对典权标的物的范围、出典期限等的理性约定,交易双方可以根据自身的实际需求,设计符合双方利益诉求的法律安排。最后,可以利用现代法律技术对传统典权制度进行规范化和透明化的改造,将典权的设立、变更和消灭纳入明晰的法律框架,避免因传统典权运作过程中的模糊性和随意性而引发纠纷。

总之,现代法学中形成权、回赎权、担保物权等概念,都可以在典权制度中找到类似原型或对应关系。在当今制度设计时保留典权应有的地位,可以为合理建构有中国特色的民事法律体系提供来自传统社会的制度资源和理论渊源,对提升法律体系的民族性、原生性有重要的意义。在法律实践中,也可以为投资者提供新的投资形式,为大众在进行自身利益考量后的民事行为选择提供更多的可能性。

^① 王泽鉴:《民法概要》(第2版),北京大学出版社2011年版,第445页。

^② 王泽鉴:《民法概要》(第2版),北京大学出版社2011年版,第445页。

Abstract: Conducting an in-depth theoretical analysis of traditional pawning right from a legal perspective, using the model of “formative right plus ownership” to isolate the dominant, formative nature of the redemption right from the powers inherent in ownership, can provide a clearer and more vivid explanation of the rights structure of pawning right. It serves as a theoretical interpretation of a “sale with right of redemption” under modern property rights theory, facilitating dialogue across academic disciplines and enhancing comparative analysis between Chinese and Western legal traditions. With the help of a comparison of pawning contracts from regions such as Fujian Province and Shanxi Province, it becomes evident that pawning right in traditional society shared four major institutional components: re-transfer, sale ban, redemption, and supplementary payment. As a whole, pawning right in traditional society constituted a dynamically adjustable model of rights structure. Various powers of ownership intersected and operated in tandem with the formative right, revealing both the precision and flexibility of the pawning system. This allowed property owners to obtain necessary economic benefits without fully relinquishing ownership, provided institutional support for social mobility and the orderly transmission of family property, reflected the humanistic concern embodied in traditional legal culture. So, it constitutes a referential Chinese institutional element of traditional legal culture. Therefore, preserving the proper position of pawning right in contemporary legal design may offer valuable historical reference for building a civil law system with Chinese characteristics, and provide individuals with more possibilities in choosing civil legal arrangements based on their own interests.

Key Words: pawning right, ownership, formative right, contract documents, re-transfer, redemption, supplementary payment

责任编辑 王虹霞