

# 明清中国土地典交易新论<sup>\*</sup>

## ——概念的梳理与交易方式的辨析

谢开键

**内容提要:**典是传统中国独有的土地交易形式。本文运用产权理论,对“一田二主”实态下的典进行重新定义,以期更清晰地反映典的实际内涵,并对典和当、活卖及胎借等土地交易形式之异同进行辨析。“一田二主”实态下的土地典交易,标的物为田面(田面主为实际耕种者)时,与田面、田底合一的情况相同,转让的是土地的使用权益、收获权益及部分处置权益;标的物为田面(田面主佃与他人耕种)或田底时,转让的则是收小租或大租的权益,不涉及土地使用权益。当实际上是抵押借贷,与典有本质区别。在标的物为田面时,活卖和典几无区别,这是二者多被等同的根本原因。胎借源于福建,在传入台湾地区后衍生出三种形式,即普通胎借、对佃胎借和起耕胎借。土地交易方式的不断更新和演变,土地不断流转,土地资源持续优化配置,或可为论证中国传统社会的长期延续提供新的思路或视角。

**关键词:** 典 当 活卖 胎借 一田二主 土地交易

中国的土地私有制自商鞅变法开始确立并合法化,私人正式取得政府认可的土地所有权。此后,土地私有成为中国历史上最重要的土地所有方式,<sup>①</sup>而土地的公开买卖也成为传统中国与封建时代的西欧和日本的重要区别。迨至明清时期,土地交易形式趋于多样化,租佃、抵押、顶、退、押租、典、活卖、绝卖等方式在此时得到进一步发展、成熟,并形成“一般租佃——押租——典——押、抵——活卖——绝卖、股份交易”的体系。<sup>②</sup>土地交易形式的多样化化为有意以土地为媒介获取资金者提供了更多选择。

近年来,部分学者采用法学的物权理论或经济学的产权理论,结合各地民间土地契约文书分析中国的土地交易方式,并将其纳入相应的解释框架。<sup>③</sup>但由于中国土地交易所具有的多样性和复杂性,以及“一田二主”<sup>④</sup>土地实态的存在,目前对于土地“交易规则及其功能的差异尚未厘清,有的甚至被误读”。<sup>⑤</sup>尤其是典交易,学界对其的认识存在诸多可继续讨论之处。本文从梳理和评述典的概念入手,对典和当、活卖及胎借等土地交易形式之异同进行辨析,希冀对相关研究有所推进。舛误之处,尚祈方家指正。

[作者简介] 谢开键,南京师范大学社会发展学院讲师,南京,210024,邮箱:xkj19860209@163.com。

\* 感谢匿名评审专家提出的宝贵修改意见,文责自负。

① 自北魏太和九年(485),孝文帝颁行均田制始,至唐德宗建中元年(780)实行两税法止,此间近300年的时间内,土地为国家所有,唐中叶之后,随着均田制的崩溃,土地私有制再次在全国范围内确立。

② 龙登高:《地权市场与资源配置》,福建人民出版社2012年版,第51页。

③ 参见曹树基《传统中国乡村地权变动的一般理论》,《学术月刊》2012年第12期;龙登高《地权市场与资源配置》;刘志《地权的分割、转移及其阐释——基于传统中国民间土地市场》,《中国经济史研究》2017年第3期等。

④ 国内外关于“一田二主”的研究很多,寺田浩明《田面田底惯例的法律性质——以概念性的分析为中心》(王亚新等译:《权利与冤抑——寺田浩明中国法史论集》,清华大学出版社2012年版,第1—71页)一文对此有较为全面的总结。对于“一田二主”出现的时间,学界一般认为其源于宋代。参见漆侠《宋代经济史》(上),上海人民出版社1987年版,第223页;戴建国《宋代的民田典卖与“一田两主制”》,《历史研究》2011年第6期。最新研究表明,“一田二主”在唐代业已出现。参见杨际平《论唐、五代所见的“一田二主”与永佃权》,《中国经济史研究》2018年第3期。

⑤ 龙登高:《清代地权交易形式的多样化发展》,《清史研究》2008年第3期。

## 一、典概念的梳理

本文所述之典,乃专就土地交易而言,非指将财物抵押与当铺以获得资金的“典当”交易。

### (一)将典释为典权

法学界多将典释为典权。在清末至民国时期的法典中,典经历了从无到有、从不动产质到典权的过程。光绪三十四年(1908),清廷聘请日本法学家志田钾太郎和松冈义正起草《大清民律草案》,二人误将“典”等同于日本的“质”,将典解释为“不动产质”。民初,黄右昌在起草《民国民律草案》时纠正了这一错误,将传统的典阐释为“典权”,并将其定义为:“典权人因支付典权(价),占有他人之不动产而为使用及收益”。<sup>①</sup>《中华民国民法典》的编纂者则将典阐释为:“典权者,谓支付典价占有他人之不动产,而为使用及收益之权。”<sup>②</sup>法学研究者多沿用此定义。那么,该定义是否准确?笔者认为其至少存在以下缺陷:

第一,将典视为典权,不符合中国实际。典权是近代中国西化的一个缩影,是中国近代部分法学者接受近代西方民法理论并以其为蓝本,抛弃传统中国固有的典制度,而对这一制度加以改造、重塑的产物。将典释为典权,引发了其为“用益物权”还是“担保物权”的法理之争,至今未形成共识。<sup>③</sup>究其原因在于:物权起源于罗马法,而传统中国的典制度无法还原于罗马法的范畴。

第二,忽视了典的重要交易规则——回赎。典的一个重要特征就是以原价回赎标的物,亦即在签订典契约之时,交易双方会约定标的物出典期限,在约定的典期到限后,出典人上门抽约取赎。虽然有部分契约未书明标的物的典期,但是会在契约内标明可回赎,民间对此也是默认的,故有“一典活千年”“典田千年有分”等俗谚。

第三,将典的标的物限定为不动产。动产和不动产是近代传入中国的一组法律概念,潘维和认为传统中国社会也有动产和不动产之分:“称动产为物,财或财物,称不动产曰产、业或产业。物之所有权人为物主或业主。”<sup>④</sup>张晋藩则认为“动产所有权人为‘物主’或‘财主’;不动产所有权人为‘业主’‘田主’‘地主’‘房主’”。<sup>⑤</sup>但遗憾的是,在传统中国社会中,无论是历朝法典法规,还是现实生活,均无动产和不动产概念之区分。明清两朝法律对典的标的物均有涉及。《大明律》明确规定,田宅、园林、碾磨等物可以作为标的物出典,同时视情况之不同,对典雇妻女的行为处以杖六十至一百的惩罚,<sup>⑥</sup>这表明民间存在以妻女作为标的物的典交易行为。《大清律》的相关规定沿袭明律。<sup>⑦</sup>台湾地区的典“有广狭两义,广义不仅出典动产及不动产,出典妻妾奴婢亦包括在内,即律例所谓的‘典卖田宅’‘典卖田房’‘典卖妻妾’。狭义是出典不动产,出典动产通常称为‘当’或‘押’,亦有称为‘典’者,例如《福建省例》称出典动产为小典”。<sup>⑧</sup>此外,民间还存在将自身出典的情形。<sup>⑨</sup>这些均表明传统中国典交易的标的物超出了所谓不动产范畴。

在土地典交易中,土地似乎属于“不动产”范畴,故有学者指出“典卖是业主将不动产交给钱主,

① 潘维和:《中国历次民律草案校释·民国民律草案》,汉林出版社1982年版,第496页。

② 徐百齐编:《中华民国法规大全·中华民国民法》,商务印书馆1936年版,第76页。

③ 王利明:《物权法研究》,中国人民大学出版社2004年版,第509—511页。

④ 潘维和:《中国民事法史》,汉林出版社1982年版,第354页。

⑤ 张晋藩:《清代民法综论》,中国政法大学出版社1998年版,第82页。

⑥ 刘惟谦等:《大明律》卷6《户律三·典雇妻女》,《续四库全书》第862册,上海古籍出版社2002年版,第457、460页。

⑦ 分见姚雨蓁原纂、胡仰山增辑《大清律例会通新纂》卷8《户律·典买田宅》、卷9《户律·典雇妻女》,同治十二年(1873)刊本,第25、8页。

⑧ 陈金田译:《临时台湾旧惯调查会第一部调查第三回报告书——台湾私法》第1卷,台湾省文献委员会1990年版,第344页。

⑨ 《癸卯年(1903年)敦煌吴庆顺典身契》,张传玺主编:《中国历代契约会编考释》(上),北京大学出版社1995年版,第270—271页。

钱主占有不动产”,<sup>①</sup>但其忽略了明清时期民间土地存在田骨(田底)和田皮(田面)分别交易的实际。<sup>②</sup>早在20世纪30年代初,日本学者长野郎就指出,土地“在出典的时候,田面权和田底权也可以分别的出典”。<sup>③</sup>冯和法亦注意到此问题,并将浙江西部的土地出典分为出典田底面(面底合一)或田底两大类。<sup>④</sup>出典田底包括两种可能,一是田底和田面分别属于不同之人;二是田底和田面为同一人所有。浙江平湖县就存在田面和田底分属两人,且田底主出典田底的情况。<sup>⑤</sup>杨国桢认为,土地在“一田二主”和“一田三主”形态下,“大小租作为相对独立的物权权利,均可单独让渡、典卖。典卖契约按其对象分为大小全租、大租、小租三种”。<sup>⑥</sup>显然,大租或小租均不属于不动产范畴。因此,典的标的物超出了不动产范畴,故将其限定为不动产不符合中国的历史实际,也无法展现典交易标的物的丰富性。

## (二) 引入产权或物权中的使用权、收益权、处置权等概念

杨国桢最早运用产权相关理论对典进行了定义和阐释,指出“典是债务人直接以土地在一定期限内的经济收益抵算利息,交由债主掌管收租。当是在典的基础上,每年另加纳粮银若干”,并认为在土地出典期间,承典人有对土地的使用权和处分权,“可以自种或召佃收租,或原主耕作纳租,或转典于他人”。<sup>⑦</sup>随后,严桂夫、王国健等运用类似理论解释中国土地交易问题,认为徽州地区的典交易是“将土地财产典出后,土地暂时归受典人支配,出典人已无耕种权、租佃权等使用权”。<sup>⑧</sup>黄宗智在比较清代和民国民事法律制度后指出,典“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,使用权便即转移,但出典人仍然保留以有条件回赎土地的权利”。<sup>⑨</sup>孔迈隆根据台湾南部弥浓地区(美浓镇)的契约,将典视为抵押销售(pledge sale)、或赎回销售(redeemable sale)、或是有条件销售(conditional sale),亦即将土地或其他财产交给支付现金的一方当事人,收取土地或者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,土地或其他财产将返还其原所有者手中。<sup>⑩</sup>曹树基在上述学者的基础上指出,土地出典后,原业主保留部分土地处置权,钱主拥有对土地的全部收益权和使用权,以及对土地的部分处置权。<sup>⑪</sup>

2007年,《物权法》的颁行,推动人文学科开始更多地运用物权理论进行相关研究,如运用物权中的他物权、自物权,以及涉及物的使用权、收益权、处置权和占有权等概念来分析地权的分割。龙登高指出,典是地权所有者出让约定期限内的土地控制权与收益权,获得现金或钱财,期满之后,备原价赎回。其特征是约定期内以土地物权转移与经营收益来偿还债务。<sup>⑫</sup>典亦是土地收益与资本利息之间的交易,指地权所有者出让约定期限内的物权获得贷款,以土地经营权与全部收益支付资本利息。出典人保留最终所有权或自物权,在政府产权登记中不发生交割过户;期满后备原价收回土

① 曹树基:《传统中国乡村地权变动的一般理论》,《学术月刊》2012年第12期。

② 在某些地区,对田底和田面的称法恰恰相反。在福建闽北地区的建宁、延平、邵武等府属诸县和闽西汀州府属地区,通常称土地田底为田骨,田面为田皮;而福州、福宁府属诸县则称田面为田骨,称田底为田皮。参见杨国桢《明清土地契约文书研究》,中国人民大学出版社2009年版,第219、308—309页;刘克祥《中国永佃制度研究》(上),社会科学文献出版社2017年版,第1—2页。

③ 长野郎著,强我译:《中国土地制度史的研究》,神州国光社1932年版,第224—225页。

④ 冯和法编:《中国农村经济资料》(下),华世出版社1978年版,第558—560页。

⑤ 冯和法编:《中国农村经济资料》(下),第566页。

⑥ 杨国桢:《明清土地契约文书研究》,第280页。

⑦ 杨国桢:《明清土地契约文书研究》,第27—28页。

⑧ 严桂夫、王国健:《徽州文书档案》,安徽人民出版社2005年版,第153页。

⑨ 黄宗智:《中国历史上的典权》,《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。

⑩ 孔迈隆:《晚晴帝国契约的构建之路——以台湾地区弥浓契约文件为例》,曾小萍等编,李超等译:《早期近代中国的契约与产权》,浙江大学出版社2011年版,第46页。

⑪ 曹树基:《传统中国乡村地权变动的一般理论》,《学术月刊》2012年第12期。

⑫ 龙登高:《地权市场与资源配置》,第52页。

地。出典人获得贷款,成为债务人,承典人即债权人(银主)获得约定期限内的土地物权。<sup>①</sup>

以上对于典的定义均较为准确,极富启发性。学者们指出典的可回赎性质,分析了典交易双方在土地出典前后转移或获取的权益,并对“一田二主”问题进行了深入研究,认为田骨和田皮可以分别进行交易。但需要指出的是,已有研究尚未对田骨和田皮可分别出典的情况予以关注。田底主所有的田骨,其义务是向国家交租、向田面主收租(大租),所以若将田底出典,实际标的物乃是大租,而大租根本不涉及土地的使用权益。因此,认为出典人转让典标物的使用权益无法解释土地在“一田二主”形态下的典交易。

### (三)与当、活卖等田宅交易形式混同

典、当和活卖是明清时期非常普遍的土地交易形式,因为其存在诸多相似性,所以容易被混同。将典等同于活卖者,认为“典田是一种过渡性的买卖行为。有的农村将出典土地称之为‘活卖’,即没有绝卖,将来还有机会赎回”。<sup>②</sup> 将典混同于当者,认为“所谓典,类似动产的当。双方在契约中写明,到了规定的期限,原业主有权退还典价,收回原业”。<sup>③</sup> 又有学者将晋西北的“典当地”视为活卖,指出典当的雅号是“长生库”、“穷人的后门”和“穷人衣物的储藏所”,<sup>④</sup>但“长生库”诸语乃是形容当铺,而非抵押,这样不仅混淆了典和土地的当(抵押),还将土地的抵押误为当铺之“当”。实际上,典和当、活卖是有区别的,此待下文详述。

### (四)运用传统中国民间惯用的“管业”概念

前文提及,众多学者使用西方的法律概念,将其“类推到明清契约文书的内容上”,<sup>⑤</sup>至20世纪80年代,中国和日本的学者开始反思这一研究方法。梁治平首先反对以西方法律术语生搬硬套于传统中国的土地研究。<sup>⑥</sup>之后,日本学者寺田浩明主张用传统中国民间固有的“业”的概念来阐释中国的土地交易。<sup>⑦</sup>李力则在寺田氏的基础上对“业”的内涵加以扩展,指出传统中国的“业”可以“被用来指称地权、田骨权、田皮权、永佃权、典权、股权、井权等一系列财产性权利,在观念上并不以对物的占有为核心,而以收益的权利为其基本内涵”。<sup>⑧</sup>吴向红亦赞同寺田的观点,着力将典置于“前所有权”语境下考察,并提出“正典理论”,来重塑中国的典制度。<sup>⑨</sup>然而,将典和其他交易方式都纳入“业权”的范畴,会造成典和其他交易方式并无二致,并引起新的概念混淆。

### (五)本文对典的理解

吴承明曾强调:“研究经济史,唯一根据是经过你考证的你认为可信的史料,怎样解释和处理它,可根据所研究问题的性质和史料的可能性,选择你认为适宜的方法进行研究。”<sup>⑩</sup>对于中国土地交易中的典,笔者将采用产权理论,并结合中国实际来进行阐释。所谓中国实际,指的是土地存在“一田二主”这一特殊形态。因此,要解释典,必须厘清典交易的标的物。在土地面底合一的情况下,典是

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 张之毅:《玉村农业和商业》,费孝通、张之毅:《云南三村》,天津人民出版社1990年版,第401页。另可参见孔庆明等编著《中国民法史》,吉林人民出版社1996年版,第259、639页;陈志英:《宋代物权关系研究》,博士学位论文,河北大学历史系,2006年,第66页;郭建:《典权制度源流考》,社会科学文献出版社2009年版,第148页;李力:《清代民间土地契约对于典的表达及其意义》,《金陵法律评论》2006年第1期;曹树基:《传统中国乡村地权变动的一般理论》,《学术月刊》2012年第12期。

③ 经君健:《清代关于民间经济的立法》,《中国经济史研究》1994年第1期。

④ 张玮:《战争·革命与乡村社会:晋西北租佃制度与借贷关系之研究(1937—1945)》,中国社会科学出版社2008年版,第253页。

⑤ 岸本美绪:《明清契约文书》,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294页。

⑥ 梁治平:《清代习惯法》,广西师范大学出版社2015年版,第89—90页。

⑦ 寺田浩明:《权利与冤抑——清代听讼和民众的民事法秩序》,王亚新等译:《权利与冤抑——寺田浩明中国法史论集》,第218页。

⑧ 李力:《清代民法语境中“业”的表达及其意义》,《历史研究》2005年第4期。

⑨ 吴向红:《典之风俗与典之法律》,法律出版社2009年版,第298—308页。

⑩ 吴承明:《经济史:历史观与方法论》,《经济研究》2001年第3期。

在典期内将土地全部使用权益、收获权益(包括土地的收获权益或土地种植物的收获权益)和部分处置权益(转典、招佃或撤佃等)转让给承典人获得典价的行为。到期后,出典人以原典价(绝大多数情况)将前述权益收回,出典方无力回赎,可增加典价,延长典期或出卖,承典人也可将其在典期内获得的权益转让给他人(即所谓转典)。

本文需要着重阐释的是“一田二主”形态下的土地典交易。倘若出典的是田面且田面主为土地的实际耕种者,则田面主转让的权益和田底合一之情况相同。假如田面主将土地佃与他人耕种,那么此时出典田面转让的则是收小租的权益,不涉及土地的使用权益。假如出典的是田底,那么田底主转让的是收大租的权益,不涉及土地的使用权益。因此,土地典交易是指出典人在约定期限内将土地的全部使用权益和收获权益(包括土地或土地上种植物的收获权益)及部分处置权,或将大租、小租(大租或小租的出让不涉及土地使用权益)转让给承典人,获得典价(贷款)的一种经济行为。期限到后,出典人以原典价将前述全部权益(或收大租、小租的权益)收回。出典人无力回赎,可通过增加典价的方式来延长典期,或者承典人将其在典期内获得的权益转让给第三者,抑或将土地绝卖,但是将土地变卖已不属于典交易的范畴。

## 二、多样化的土地交易形式:典与当、活卖、胎借的辨析

当和活卖是明清时期常见的土地交易方式,学者们往往将其与典混同。另外,源于福建地区的胎借虽属抵押借贷的范畴,但其在传入台湾地区后衍生出多种形式。对这些土地交易方式展开比较讨论和辨析,有助于我们进一步理解典的性质和特色,以及明清以来民间土地交易形式多样化的实态。

### (一)典和当的辨析

典和当连用,与收取抵押财物放贷的营业机构(即今日为人所熟知的典当铺)之称呼演变有关。当铺,起源于南北朝时期佛寺的“质库”,元之前大多沿用这一称呼。<sup>①</sup>元、明之际,民间开始混用典、当,“典当”成为一个合用的固定词语,典和当也作为同义词使用。<sup>②</sup>从当铺和土地当交易的规则可知,当乃“抵押”之意,二者均属抵押借贷。因此,典当铺其实只能称之为当铺。民间土地的当交易是指以土地作为抵押物并向债权人交纳利息的借贷行为,这与典交易不同,具体见下文论述。至于部分地区错典为当,或错当为典,则是混用“典当”二字的結果。

对于土地交易中的典和当,学界有颇多争论。郑力民以徽州契约文书为例,言其所见典当契中,也有部分契种名不副实,但细加甄别,却都是错典为当,而决无错当为典。乾隆二十四年(1759)之前出现这种情况也是为了规避契税,而此前当契无需缴纳契税,典契则需要;乾隆二十四年之后,“虽仍有错典为当的,但肯定已不再是为逃税,如究其原委,看来是为错已久,遂相沿成习,以至专用当而不立典,从而还造成典、当不分的假象,给后人留下了一道难题”。<sup>③</sup>对于此,吴秉坤提出不同的观点,认为明代至民国时期徽州地区存在“错当为典”的情况,即便在乾隆二十四年之前,亦存在“错典为当”的契约,并且这些契约都缴纳过契税。此外,吴氏将典、当交错运用的原因归结为“不是为逃避税收,而是因为‘典’‘当’意义相通,皆是‘典当’的省略之称,二者是可以互换、连用和混用的”。<sup>④</sup>如前所述,笔者认为当用于土地等物时,具有“抵押”之意,而典在意义上更接近卖,所以民间典、当交错运用非省略“典当”引起,而是民间长期以来对典和当二词含义的误解和混用,并在部分地区形成习惯之故。

贵州清水江流域的天柱县便存在典和当混用的情况。同治十三年三月,补元祖将先年得当的土

① 刘秋根:《中国典当制度史》,上海古籍出版社1995年版,第16页。

② 郭建:《典权制度源流考》,第34页。

③ 郑力民:《明清徽州土地典当蠡测》,《中国史研究》1991年第3期。

④ 吴秉坤:《清至民国徽州田宅典当契约探析——兼与郑力民先生商榷》,《中国经济史研究》2009年第1期。

地“冲大田右边壹大截,并基地禾地”等出当与香运洪名下为业,并约定“田山自当日为始,任凭地主耕理”。<sup>①</sup> 民国二十二年(1933)四月,蒋景田将“老鼓皮水田乙连三坵,计谷拾运”出当与蒋景耀名下为业。<sup>②</sup> 由这些出当契可知,出当人都将标的物交给承当人,而且未向承当人交纳利息,因此在天柱县,所谓“当”交易其实指的是典交易。与天柱毗连的锦屏县的情况则不一样。嘉庆二十一年十二月,姜廷华因缺少银钱,以“杉木坐落地名冉石丹又一团;皆反从后二团”作当,向姜之摸借钱二两,“其银照月加三行利”。<sup>③</sup> 该契约中的当,即指抵押。他如典交易在广东更常见,而四川则更常用当,<sup>④</sup>可以认为在广东地区,民间对典和当有更清晰的认识,四川地区则相对模糊。

土地作为标的物有三种情况,即田面底合一、田底或田面。其中,田面又可分为自己耕种和他人耕种两种。以下便按照土地标的物的三种类型对典和当进行区分,参见表1。

表1 典和当的辨析

土地标的物形态		交易方式	使用权益	处置权益	收获权益	
					钱息	谷息
田底合一		典	全部转让	部分转让	—	全部转让
		当	不转让	部分转让	不转让	全部或部分转让
田面	自己耕种	典	全部转让	部分转让	—	部分转让
		当	不转让	部分转让	不转让	全部或部分转让
	他人耕种	典	无	部分转让	—	转让全部小租
		当	无	部分转让	不转让	全部或部分转让小租
田底		典	无	部分转让	—	转让全部大租
		当	无	部分转让	不转让	全部或部分转让大租

说明:“转让”意为出典者或出当者将权益转让给承典者或承当者。“无”代表出典者或出当者本身就不具有该项权益。“大租”和“小租”,指田面主将土地交由他人耕种,向佃农收取小租,向田地主交大租。

需要指出的是,如果是向当铺借贷,同样需要将标的物交付给当铺,但是当铺无权使用标的物,只有在出当人无法赎回标的物(即所谓“死当”)时,当铺才有权处理标的物。由此可知,土地典交易、当交易及当铺当交易三者之间具有较为明显的区别。

## (二) 典和活卖的辨析

活卖是明清时期一种比较特殊的交易形态,介于绝卖和典之间,大概与土地交易时间和推收过割在时间上的脱节有关。<sup>⑤</sup> 典和活卖被混同,主要是因为“典卖”连用经常出现于典籍之中,而且二者都可以回赎。另外,有些契约的书写造成“活卖和典当的界限不清”,<sup>⑥</sup>以至于很多学者将典和活卖视为同一种交易形态。

在“一田二主”的特殊形态中,土地的田面、田底或田面田底合一都可以作为出典或活卖的标的物。首先,来论述在田底田面合一情况下典和活卖的区别,田底田面分离情况下的相应区别可同理进行推导。前文论及,典是在一定期限内将土地的使用权益、收获权益及部分处置权益转让给他人,

① 《同治十三年三月十六日补元祖当田山各色木枝禁林等项字》,张新民主编:《天柱文书》第1辑第18册,江苏人民出版社2014年版,第239页。

② 《民国二十二年四月十六日蒋景田当田契》,张新民主编:《天柱文书》第1辑第8册,第44页。

③ 《姜廷华当杉木字(嘉庆二十一年十二月二十三日)》,张应强、王宗勋主编:《清水江文书》第1辑第7册,广西师范大学出版社2007年版,第183页。

④ 步德茂:《诉讼,合法性以及致命暴行——19世纪中国乡村法庭无法阻止财产暴力纠纷之原因》,曾小萍等编,李超等译:《早期近代中国的契约与产权》,第96页。

⑤ 杨国桢:《明清土地契约文书研究》,第20页。

⑥ 章有义:《清代鸦片战争前徽州土地制度——从休宁朱姓置产簿所见》,章有义:《明清徽州土地关系研究》,中国社会科学出版社1984年版,第77页。

出典人仍为土地的所有者,典“乃民间一时借贷银钱”,<sup>①</sup>是一种债务关系。活卖则不仅将使用权益、收获权益及处置权益转让给他人,土地的所有者也发生了转移,即土地为买主所有。这是二者最根本的不同。典和活卖虽然都可以回赎,但典的回赎是在土地所有者未发生改变之前发生的,活卖则是在土地所有者改变之后进行的。典的回赎是典交易进行的一个重要环节,只要出典者有能力回赎,便会受到法律保护。清律规定,出典的标的物“年限已满,业主备价取赎,若典主托故不肯放赎者,笞四十,限外递年所得花利追还给主,依价取赎。业主无力取赎者,不拘此律”。<sup>②</sup>活卖的回赎,则是另一种交易,回赎后土地所有者再次发生改变。

契税方面,典交易在清代初年需要缴纳契税,税率为典价的3%。乾隆二十四年,清廷正式在全国范围内取消契税。光绪末年,部分省份开始征收典交易契税,各省税率不一。宣统元年(1909),清廷在湖广总督陈夔龙的奏请下,于是年十月再次在全国范围内征收典契契税,税率为6%。<sup>③</sup>活卖与卖(绝卖)契税税率相同,由此前的6%提升为9%。这是典和活卖的又一区别。

无论是典还是活卖,在交易进行之后都可以找价,典一般称之为加典或者续典(加典一般是延长典期),活卖则一般称之为找价。典在加典后,土地所有者依然未发生改变,只有绝卖后才发生改变。活卖的找价,则是在土地的所有者发生改变后进行。有观点指出,活卖变为卖,其本性没有发生改变,所以用加价;典变为卖后,其性质发生改变,则只用找价。<sup>④</sup>不知论者据何得出此结论。各地对加价、找价的称呼很多,仅福建地区就有数十种之多。<sup>⑤</sup>

另外,刘高勇从赋税的交割方面区分典和活卖,即活卖需要交割赋税,典不需要。<sup>⑥</sup>吴秉坤对此问题有过纠正,认为存在“钱粮赋税从出典人户内推入受典人户内,由受典人承担;钱粮赋税不需推割,由出典人自己承担;钱粮赋税不需推割,但由受典人每年贴钱与出典人,由出典人代为交纳赋税;钱粮赋税不需推割,但典价内已经包含一笔经费,这笔经费的利息收益就是用来交纳钱粮赋税”<sup>⑦</sup>等四种情况。

又有学者从典和活卖交易的出售方和承接方对二者进行区分:典的出售方为业主、出典人,承接方为钱主、典权人、典主;活卖的出售方为卖方,承接方为买主。然而,在土地买卖时,称买主为钱主或银主的情况十分常见,试举几例加以说明。称买主为钱主者,如:光绪二十五年魏发明、魏爱明将名下之田卖与陈世亮时,说到“其田任从钱主子孙永远管业”;<sup>⑧</sup>民国三十三年陈代乡卖田时,亦称“其田卖与钱主子孙永远耕管为业”。<sup>⑨</sup>称买主为银主者,如:道光三年杨玉清卖茶园地契中载“其地在于银主耕管为业”;<sup>⑩</sup>同治十二年周长春卖水田契中载“其田卖与银主子孙耕管为业”。<sup>⑪</sup>因此,仅从交易双方的称呼上无法区别典和活卖。

以上是土地面底合一情况下典和活卖的区别,田面和田底分离的情况可以根据上述逻辑推导,参见表2。需要指出的是,田面和田底分别买卖,不为清政府所认可,<sup>⑫</sup>所以在田面和田底分别进行的典和活卖就不存在是否需要缴纳契税的问题。

① 中国第一历史档案馆编:《雍正朝汉文谕旨》第2册,广西师范大学出版社1999年版,第387页。

② 姚雨蓁原纂,胡仰山增辑:《大清律例会通新纂》卷8《户律·典买田宅》,第25页。

③ 谢开键:《读〈地权市场与资源配置〉二札》,《中国经济史研究》2017年第3期。

④ 郑力民:《明清徽州土地典当蠡测》,《中国史研究》1991年第3期。

⑤ 福建师范大学历史系编:《明清福建经济契约文书选辑》,人民出版社1997年版,第216—365页。

⑥ 刘高勇:《论清代田宅“活卖”契约的性质》,《比较法研究》2008年第6期。

⑦ 吴秉坤:《再论“活卖”与“典”的关系》,《黄山学院学报》2012年第1期。

⑧ 《光绪二十五年十一月十六日魏发明、魏爱明卖田契》,张新民主编:《天柱文书》第1辑第1册,第19页。

⑨ 《民国三十三年十一月十三日陈代乡卖田契(附:陈代卿除帖领田价字)》,张新民主编:《天柱文书》第1辑第1册,第25页。

⑩ 《道光三年十月四日杨玉清卖茶园地契》,张新民主编:《天柱文书》第1辑第3册,第147页。

⑪ 《同治十二年三月六日周长春卖水田契》,张新民主编:《天柱文书》第1辑第1册,第30页。

⑫ 仁井田陞著,姚荣涛译:《明清时代的一田两主习惯及其成立》,刘文俊主编:《日本学者研究中国史论著选译》第8卷《法律制度》,中华书局1993年版,第410、419—420、432—433页。

表2 典和活卖的辨析

土地形态		交易方式	使用权益	处置权益	收获权益	土地所有者	契税
田底合一		典	全部转让	部分转让	全部转让	不变	乾隆二十四年停征,宣统元年重征
		活卖	全部转让	部分转让	全部转让	改变	有
田面	自己耕种	典	全部转让	部分转让	全部转让	不变	不合法
		活卖	全部转让	部分转让	全部转让	不变	不合法
	他人耕种	典	无	部分转让	转让全部小租	不变	不合法
		活卖	无	部分转让	转让全部小租	不变	不合法
田底		典	无	部分转让	转让全部大租	不变	乾隆二十四年停征,宣统元年重征
		活卖	无	部分转让	转让全部大租	改变	有

据表2可知,田面的典和活卖在各项权益的转让上没有什么区别,从这点来看,典和活卖确实是等同的。而典交易多是在典期内转让田面及其包括的各项权益,这应当是其多被视为活卖的根源。

### (三) 典和胎借的辨析

胎借,是明清时期源于福建地区以土地或房屋为抵押物的一种借贷形式,在清代“开发台湾的高潮中,闽南移民把这种借贷形式带到台湾”。<sup>①</sup>关于胎借的含义,清末民初的调查报告中有涉及,如漳平民间“以不动产向人押款,谓之‘胎借’。其产仍由原主管理,其款须如约计息,到期如不能清偿,债权人得扣留所胎之产”。<sup>②</sup>福清“民间订借银款时,恒约明利率、偿期,将田园或屋宇作抵,写立‘胎’字为凭,届期,债务人如不偿还,债权人得将所胎物产召回管业,以抵本息,但债务人有款时仍可随时取赎,名曰‘胎借’”。<sup>③</sup>台湾“通常称普通的贷借为信借,有信凭的贷借为胎借”。<sup>④</sup>因此,无论是福建抑或是台湾地区,“胎”乃是指借贷时的抵押物。在出胎人不能偿还借款时,抵押物归债权人所有。嘉庆五年(1800)七月林辟因缺少经营生意的本钱,以自置的“厝一间”为胎,向咤叔借出“清水佛面银拾大员”,约定年利率为20%,并于次年归还本息。如果不能按时归还,房屋则交由咤叔掌管。<sup>⑤</sup>这种胎借形式和其他地区的抵押借贷相比,不同的只是称呼而已。

胎借在传到台湾地区后衍生出两种新的形态:一是对佃胎借,又称汇租。所谓对佃胎借,是指承胎人可直接向土地的佃耕人或房屋租住者收取相当于利息的租谷或租银。对佃胎借和普通胎借的区别在于:前者对抵押物的收益有直接权利,后者的承胎人仅持有抵押物的字据,对抵押物的收益并无直接权利。<sup>⑥</sup>因此,对佃胎借较普通胎借更为安全可靠,故而在台湾北部地区比较流行。此类胎借,如黄阿番、黄阿顺因“乏银应用”,以“承祖遗下向社番给有青山垦批”为胎,向林德胜等四人借佛银<sup>⑦</sup>170元,每元每年缴纳谷利1.2斗,共计20.4石。<sup>⑧</sup>谷息则直接由债权人向佃农收取,假若大租有余,则交由债务人。从文书的表述可知,对佃胎借方式并不是在“一田二主”的形态下进行,所以只需比较田面田底合一情况下的典和对佃胎借的区别即可。对佃胎借的债权人并不将土地的使用权益、处置权益转让给债务人,其只是以土地的大租作为偿还利息,且大租收入多于利息时,债务人可将多余部分收为己有,即转让部分收获权益。典则需要转让使用权益、部分土地处置权益和全部的

① 周翔鹤:《清代台湾民间抵押借贷研究》,《中国社会经济史研究》1993年第2期。

② 前南京国民政府司法行政部编,胡旭晟、夏新华、李交发点校:《民事习惯调查报告录》(上),中国政法大学出版社2000年版,第315页。

③ 前南京国民政府司法行政部编,胡旭晟、夏新华、李交发点校:《民事习惯调查报告录》(上),第321页。

④ 陈金田译:《临时台湾旧惯调查会第一部调查第三回报告书——台湾私法》第1卷,第367页。

⑤ 《林辟立胎契》,参见《闽南契约文书综录》,《中国社会经济史研究》1990年增刊。

⑥ 陈金田译:《临时台湾旧惯调查会第一部调查第三回报告书——台湾私法》第1卷,第368页。

⑦ 所谓“佛银”,即“佛面银”,曾被称为“鬼面”“番面”,后被称为“佛头”,是指印有西班牙国王头像的西班牙银元。林满红:《两千年间的“佛”与“国”:传统中国对西方货币领袖头像的认知》,《中国经济史研究》2018年第2期。

⑧ 《立对佃胎借银字人黄阿番、黄阿顺》(光绪八年十一月),“台湾历史数位图书馆”。



收获权益。

二是起耕胎借。起耕胎借的债权人可以对抵押物进行管业,可以更换佃人或房屋租住人,同时以抵押物产生的收益作为利息,但如果所得收益超过需要支付的利息,债权人需要将溢出部分还给出胎人。<sup>①</sup> 此类胎借,如谢天送因“乏银应用”,以“祖父遗拨阡分内应得水田埔地壹处”为胎,向谢霖雨借洋银120元,双方约定水田等物交由银主“掌管、收租抵利”,<sup>②</sup> 多余的谷息要退还与债务人,所以债权人拥有胎借土地的全部使用权益,部分处置、收获权益。这种胎借方式和典非常相似,二者的主要区别在于,倘若胎借物所产超过利息额,承胎人需将超出部分的收益还给出胎人。此外,典,特别是“一田二主”形态下的土地典交易,承典人一般不能随意更换佃农,但起耕胎借可以。

此外,产生于宋代的“出典回佃”<sup>③</sup>式典交易同起耕胎借亦较相似,所谓“出典回佃”是指出典人佃种出典土地的一种社会经济行为。在“出典回佃”交易中,出典人向承典人交纳定额或约定地租,起耕胎借的出胎人是以土地收益作为借贷的利息。实际上,出典人交纳的租谷也可视为出典人向承典人支付典价的利息。在典交易中,典价(即贷款)并非无息,它是以土地全年所得为典价的利息,即所谓“收花为利”。假若承典人自己耕种入典的土地,那么典价的利息是该土地全年收获扣除劳动、谷物种子和肥料等耕种成本后的所得。承典人将典人之田佃给他人耕种,佃农交纳的租谷便是典价的利息。因此,承典人出佃土地,只要佃农按时纳租便可,至于佃农是谁对其并无实际影响,而在“出典回佃”式交易中出典人就是佃农,他交纳的租谷与其说是租,还不如说是交纳典价的利息。<sup>④</sup> “出典回佃”和起耕胎借的出典人(或出胎人)将土地的部分处置权益及土地收获权益转让给承典人或承胎人。“出典回佃”同起耕胎借的不同之处在于,“出典回佃”的出典人并不转让土地的使用权益,土地依然由出典人耕种,起耕胎借的出胎人则需转让土地的使用权益。“出典回佃”是由一般的典交易衍生而来,它并不占典交易的大部分,因之本节只对比一般的典交易同胎借的区别。

综合以上三种胎借方式,其与典之间的区别可以参见表3。

表3 典和普通胎借、对佃胎借及起耕胎借的辨析

	土地使用权益	土地处置权益	土地收获权益	是否可以随意更换佃农
典	全部转让	部分转让	全部转让	不可
普通胎借	不转让	不转让	不转让	不可
对佃胎借	不转让	不转让	部分转让	不可
起耕胎借	全部转让	部分转让	部分转让	可以

另外,对于台湾地区的对佃胎借和起耕胎借,有观点认为主要是在“利息的支付方式、土地占有转移的时间、回赎期限以及所交易的财产权的性质”等方面有新变化。其中,所谓“利息的支付方式”变化指的是福建地区的胎借仅是以现金作为利息。<sup>⑤</sup> 然而,《闽南契约文书综录》已收入大量以谷息作为利息的胎借契约文书,因此上述观点并不正确。<sup>⑥</sup> 至于回赎期限,普通胎借假如能够按时还款,根本就无需回赎。依据上述表述,笔者以为其中的回赎期限应当是指还款的期限,福建地区胎借的还款期限有长达五年者,更有“不限年月”者,并非“半年到一年”。此外,还有学者认为胎借是“以土

① 陈金田译:《临时台湾旧惯调查会第一部调查第三回报告书——台湾私法》第1卷,第368页。

② 《立起耕尽租胎借银字人谢天送》(光绪十八年十一月),“台湾历史数位图书馆”。

③ 乾隆朝刑科题本的案例显示“出典回佃”在山西、广东、湖南、广西和安徽等地区均存在,具体见中国第一历史档案馆、中国社会科学院历史研究所合编《乾隆刑科题本租佃关系史料之二——清代土地占有关系与佃农抗租斗争》(上),中华书局1988年版,第236—237、241—243、248—250、268—271、299—302页。此外,保定地区的“典田图种”(亦称为“典地不出手”),江苏地区的“典田图种”均是此种情况,见前南京国民政府司法部编,胡旭晟、夏新华、李交发点校《民事习惯调查报告录》(上),第22、179页。

④ 谢开键:《“出典回佃”式交易研究——以清中后期贵州锦屏县为例》,《中国社会经济史研究》待刊。

⑤ 杨柳:《市场、法律与地方习惯:清代台湾的胎借》,《中外法学》2009年第3期。

⑥ 以谷物作为利息的福建地区胎借契约文书,可参见《闽南契约文书综录》,《中国社会经济史研究》1990年增刊。

地为胎,订立契约借贷银钱,即以地权为抵押,以土地收货物来还本付息。土地收益归债主,不能依约还债则发生地权转移”,<sup>①</sup>或认为胎借“以产业(土地)作为抵押而形成的借贷关系。抵押田由‘银主(债权人)收租抵利’,一旦拖欠利粟,抵押之田便听银主‘起耕掌管’。但如偿清债务,不拘年月,即可赎回抵押物,银主不得刁难”。<sup>②</sup>上述观点仅注意到胎借在台湾地区演变之后的情况,忽视了其原始形态。而且普通胎借的利息为谷息或银息,对佃胎借和起耕胎借是以土地收货物偿还利息而非本金。又如,“胎借是一种不须改变原有租佃关系的借贷形式,土地所有者借债,直接由佃户向债主交纳地租来偿还,佃户改变,则由新佃户直接交纳地租给债主”,故将胎借视为地租交易。<sup>③</sup>前述起耕胎借可以改变原有的租佃关系,所以该观点不完全正确。

### 三、结论

在“一田二主”土地形态下进行的典交易,其标的物的范畴有所扩展。与之相应,对典的理解也应当随之调整。以西方的法律概念阐释典,不仅使典的含义缩小,而且使典失去原有的内涵,同时掩盖了典的丰富性和复杂性,不符合中国实际。而以静态的视角观察典,忽视其动态性,得出的结论自然也会有所偏差。本文在考虑明清时期“一田二主”形态下典交易标的物多样性的基础上,以期对典进行更为科学、准确、符合中国实际的定义。

当,无论是当铺还是土地当交易,均为抵押之意。典交易和当交易二者存在本质区别,二者虽然混用,但可根据土地契约的表述判断究竟为典或是当交易。因此,“错典为当”是将典误认为当,实际为当交易;“错当为典”是将当误解为典,实际上是典交易。活卖和典在土地田底合一或标的物只是田底的情况下,二者有所区别,但是在标的物为田面之时,二者几无区别。而无论是典还是活卖,交易的主要是田面,因此这应当是造成二者混同的根本原因。胎借源于福建,在传入台湾地区后衍生出三种形式,即普通胎借、对佃胎借和起耕胎借。

土地的交易方式在明清时期具有多样性,其表现之一是,固有的土地交易在传入另一地区之后,为适应当地的经济需求或实际,衍生出其他形式,如胎借。表现之二是,新的土地形态使得土地交易方式进一步扩大。明清时期“一田二主”在空间上进一步扩展,极大地丰富了土地交易的方式。以典为例,其标的物由土地合一扩充为田面或是田底。在现代金融机构匮乏的农村,土地交易的多样化,使得以土地作为金融媒介的借贷活动愈加丰富,债务人的选择范围亦随之扩大。这些都给农村社会经济注入新的活力,有利于农村社会的稳定。土地交易方式的不断更新或演变,土地不断流转,土地资源持续优化配置,或者能为论证中国传统社会得以长期延续提供新的思路或视角。

## A New Study on the Land Dian Transaction in Ming and Qing Dynasties: An Analysis of the Concepts and the Transaction Methods

Xie Kaijian

**Abstract:** Dian is a traditional Chinese unique form of land transaction. Since modern times, with the introduction of real right and property right theory, Chinese scholars began to apply these theories to explain or reshape the dian. In addition, because the fact that the land under the system of “One Field Two

① 龙登高:《清代地权交易形式的多样化发展》,《清史研究》2008年第3期。又如,“胎借,指‘立胎借银’,主要流行于台湾和福建。以土地为胎,订立契约借贷银钱,即以地租为担保并予以还本付息。不能依约还债则发生地权转移。”参见龙登高《地权市场与资源配置》,第61页。

② 张晋藩:《清代民法综论》,第161—162页。

③ 参见龙登高《地权市场与资源配置》,第61页;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。

Owners” can be traded separately between the land surface and the land bottom was neglected, the original meaning of dian has lost. Therefore, with relatively clear property right theory and combining with the fact of “One Field Two Owners” to elaborate the dian, its actual connotation will be more clearly reflected. Under the form of “One Field Two Owners”, when the subject matter of land dian transaction is the land surface and its owner is the actual cultivator, which is the same as the case of the combination of the land surface and the land bottom, then what has been transferred is the land use right, harvest right and partially disposal right; but when the subject matter is the land surface( cultivated by the landlord and others) or the land bottom, then what has been transferred is the rights of small or large rent, which does not involve the right of land use. Dian and dang, and flexible selling are two sets of concepts often confused by the academic circles. Actually, dang means mortgage loans, which is essentially different from dian. When the subject matter is the land surface, flexible selling and dian are almost the same, and the object of their transaction is mainly the land surface, which is the root cause of the scholars equating the two concepts. Taijie is originated from Fujian, and when it was introduced to the Taiwanese region, it generated three forms, namely, ordinary taijie, Duidian taijie, and Qigeng taijie. Scholars would often overgeneralize the three forms according to one of them. However, the continuous updating and evolution of land transaction methods, the continuous circulation of land, and the continuous optimization and allocation of land resources, probably will provide new ideas or perspectives for the demonstration of the long-term continuation of traditional Chinese society.

**Key Words:** Dian, Dang, Flexible Selling, Taijie, One Land Two Owners, Land Transaction

(责任编辑:丰若非)