

合与分：清代乡村土地交易中的典与活卖^{*}

王正华

内容提要：学界关于清代土地交易中典与活卖的认识存在着相反的观点，但少有明确的论证分析。从观念演变和实际交易中的产权转移表现可以发现，清代的典与活卖呈现出既“合”又“分”的形态，即在普通百姓日常认知中，典与活卖并无什么不同，但在具体的典与活卖交易过程中，对契税、推收过割和完粮采取不同的实践方式，体现了其谋求利益的选择逻辑，这一逻辑亦形塑了典与活卖的合流。而对于清政府而言，为了保证赋税、减少诉讼，其多次立法澄清二者的区别，尤其在找价回赎问题方面，试图消除因典与活卖的模糊性所带来的弊病，且直接影响了民间交易实践对典与活卖二者内涵认知的调整，但效果甚微。清末典契税的重新征收加剧了这种混乱，并延续至民国，进而影响到民法中的物权问题讨论，而当下学者的认知困境与民国学人又极其相似。

关键词：典 活卖 契税 推收过割 完粮 回赎时限

一、问题的提出

关于中国古代土地交易形式的多样化及相互间内在联系的讨论已有诸多，我们也能够形成一条相对清晰的逻辑链条，但在其中的一些关键节点上仍有不甚清晰之处，典与活卖的辨析问题就是其中之一。典由于处于租佃至绝卖的中间环节以及其在中国历史语境中的独特性，备受学者关注。从经济利益的收入与分配角度出发，剖析典本身的金融工具属性以及典与当、押租、抵押借贷关系的研究很多。而活卖同样作为一种独特的交易形式，与典在交易形式链条中的位置极其相似。但将活卖作为卖的一种，与典比较，似乎又有巨大的差异。这导致学者们在认识典与活卖时出现了同和异两类完全相反的观点。

从一般的民事惯习以及契约形式出发，不少学者认为典与活卖基本相同，均为一种附有回赎条件的交易。杨国桢曾提到：“清代大量典当契约表明，契式除沿袭明代之外，典卖合一的形式十分盛行。典与活卖混同，契纸上只有微小的区别，有的在卖契文末写上典字，有的文字与卖契一样，但中人不画押，不加注意，是难以辨认的。”^①梁治平在分析典与卖的渊源时，提到“活卖乃卖之变体，故仍用卖字，且在有些地方保留了‘推收过户’这一基本特征；典原为借债担保之关系，而在特定社会需求下渐变而近于卖，与活卖几无区别”。^②曹树基、卞利、赵冈、寺田浩明等人持相似观点。^③尽管有学者

【作者简介】 王正华，中国社会科学院古代史研究所、中国社会科学院徽学研究中心助理研究员，北京，100101。

* 本文为国家社会科学基金重点项目“明清华北乡村经济研究及清华馆藏民间文书数据库建设”（批准号：18AZS002）、清华大学自主科研计划文科专项项目“清至民国华北财政与金融问题研究——以清华馆藏契约文书为中心”（项目编号：2019THZJWC40）的阶段性成果之一。文章在写作过程中得到仲伟民、赵思渊、郭睿君等老师的指点与帮助，谨致谢忱。

① 杨国桢：《明清土地契约文书研究（修订版）》，中国人民大学出版社2009年版，第28页。

② 梁治平：《清代习惯法》，广西师范大学出版社2015年版，第101页。

③ 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245页；卞利：《国家与社会的冲突和整合：论明清民事法律规范的调整与农村基层社会的稳定》，中国政法大学出版社2008年版，第190页；赵冈、陈钟毅：《中国经济制度史论》，新星出版社2006年版，第39页；寺田浩明：《权利与冤抑：寺田浩明中国法史论集》，王亚新等译，清华大学出版社2012年版，第77页。

注意到典与活卖最开始的不同,但最终都基于清代典与活卖在契约表现和交易实践中的混用而将其视为同一种交易形式,其出发点或是将典视为一种“卖”,或是将二者视为同一种交易形式的不同称呼。^①

与之相反,一些学者认为典与活卖之间存在不同,其出发点是交易实践中二者所体现出的具体差异以及国家制度对于典卖区分的法律条文化过程,主要观点如下:(1)价格差异,即典价一般低于活卖价;(2)典回赎有约定期限,活卖则无,或者认为活卖的回赎期限长于典;(3)典交易不需纳税,活卖需要纳税;(4)活卖需要过割,即经历税赋的起推过割,业主发生改变,典则不用。^②研究者在论证前两个观点时一般是进行史实描述,论证后两个观点时多在史实基础上运用现代物权和产权理论进行解读。^③目前对二者进行明确辨析的代表性专文有四篇。^④刘高勇主要从税赋过割、对契约双方影响、回赎权能强弱、初始价格比四个方面来辨析清代活卖与典的差异。吴秉坤认为是否过割钱粮赋税并非典与活卖二者的区别,典来源于借债担保,而活卖则来源于卖。龙登高利用经济学产权和法学物权理论,认为典脱胎于卖,清代出现活卖,清代的典不发生所有权交割,而活卖则发生。回赎是典权交易的一个不可缺少的环节,于活卖只是一种优先权,典是卖的缓冲和过渡。^⑤谢开键在“一田二主”的语境下,分别讨论了田面田底合一、田面、田底三种情况下典与活卖的异同,认为田面的典与活卖基本等同,田底的典与活卖最大的差异仍是土地所有者的改变。

从以上观点来看,随着新史料的不断发掘以及理论的深化,典与活卖问题的讨论在逐渐深入,但目前学界对典与活卖的认识众说纷纭,并无统一意见。基于此,仍有一些基本的问题需要继续讨论:什么是活卖?单纯的找价行为能否作为判断活卖的充分条件?何为产权转移?过割钱粮赋税对于活卖而言是否必须?典是否一定不存在过割行为?典与活卖的回赎时限究竟如何?还有一个根本性的问题是,典与活卖在清人的认知中究竟呈现出怎样的面貌?

为解决以上问题,下文选取典与活卖交易发展成熟的清代为研究时段,对当时土地交易的实态进行全面审视。首先,梳理分析典与活卖的词汇来源演变、清朝人对二者的认知以及民国时期概念的再生发;其次,从税契、推收过割、完粮三个交易过程来重新理解“产权转移”;最后,就二者的回赎时限问题进行探讨。需要提前说明的是,本文的工作在时空上跨度比较大,分析主要是围

① 姜茂坤意识到典极具复杂性,“典在各地概念非常模糊,并不统一,有的地方用典,而不使用典;有的地方用典,但其实质却是绝卖或是租;有的地方用典以外的其他概念表示典;还有些地方其契约概念兼含典与卖两种含义。这样,典概念就表现得非常模糊,从而使典显得复杂难辨”。见姜茂坤:《20世纪前30年典的考察与反思》,何勤华主编:《法律文化史研究》第3卷,商务印书馆2007年版,第154页。

② 关于典与活卖差异化的描述,可参见李文治编:《中国近代农业史资料》第1辑(1840—1911),生活·读书·新知三联书店1957年版,第45—46页;叶显恩:《明清徽州农村社会与佃仆制》,安徽人民出版社1983年版,第66页;方行:《清代佃农的中农化》《中国封建社会的土地市场》,《中国古代经济论稿》,厦门大学出版社2015年版,第213、434页;闻鸣、侯璐:《清代地权交易安排与现代金融工具的相似性》,刘秋根、马德斌主编:《中国工商业、金融史的传统与变迁——十至二十世纪中国工商业、金融史国际学术研讨会论文集》,河北大学出版社2009年版,第59页;秦晖:《耕耘者言——一个农民学研究者的心路》,东方出版社2013年版,第104页;马克斯·韦伯:《世界宗教的经济伦理:儒教与道教(最新修订版)》,王容芬译,中央编译出版社2012年版,第161页等。

③ 戴炎辉则分别从所有权和债权来理解活卖与典,即认为“活卖与今日之附买回条件的买卖,或附解除条件的所有权转移类似;典为债务人将标的物交给债权人,由债权人收取孳息,以充抵债务,相当于日耳曼法中的活质”。戴炎辉:《吾国近世抵押权论》,郑玉波主编:《民法物权论文选辑》(下),五南图书出版公司1984年版,第527—528页。关于土地活卖和土地出典、设定土地典权在民法学上的微妙差别,参见戴炎辉:《中国法制史》,三民书局1979年版,第310—316页。笔者认为从债权角度来理解典交易当是利用经济学理论进行释读的有效方法,具体研究有待专文探讨。

④ 参见刘高勇:《论清代田宅“活卖”契约的性质——与“典”契的比较》,《比较法研究》2008年第6期;吴秉坤:《再论“活卖”与“典”的关系》,《黄山学院学报》2012年第1期;龙登高、温方方:《传统地权交易形式辨析——以典为中心》,《浙江学刊》2018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。

⑤ 另可参见龙登高:《地权市场与资源配置》,福建人民出版社2012年版,第72—77页。而后龙登高《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61页)再次强调了这一观点,并提及田面权的出典。

绕较长时段展开的,对于空间差异讨论不多。所幸的是,伴随着各类民间文书的发掘运用以及区域史研究的兴起,各地的土地交易研究已经有了诸多进展,为我们提供了一些空间研究上的参考。清代大部分时间禁止民人典买旗地,导致典与活卖的异同对旗民交易而言并非大问题,因此,本文的讨论主体是清代乡村民人之间的土地交易。另外,“一田二主”造成田面田底的分离,退、顶等部分产权交易的出现对于本文讨论影响不大,原因在于田面的典与活卖均不涉及契税、过割等问题,完粮则由当事人自主商议,而田底的典与活卖,与田面田底一体交易的情况类似,可以进行逻辑推理得出相同的结论。^①

二、典与活卖的概念性认识

要理解典与活卖二者之间的关系,首先需要明确二者的概念,以清代为中间点,可分三层理解其概念:词汇来源演变、清人认知与民国概念的再生发。

《通典》卷2引南北朝宋孝王之《关东风俗传》言:“帖卖者,帖荒田七年,熟田五年,钱还地还,依令听许。”^②北齐时期的“帖卖”是后世“典质”“活卖”的渊源。吐鲁番出土的高昌夏田券名为租田,但已有后世押租含义。宋代是典当制度发展和完善的一个重要阶段,多数学者将此时的典当与活卖视为同一种交易形式的不同称呼,^③亦有学者认为明清时候的活卖是由典当发展而来。^④明代立法第一次明确了典卖之分,《大明律释义》言:“以田宅质人而取其财曰典,以田宅与人而易其财曰卖。典可赎,卖不可赎也。”^⑤《大清律例》仿明律规定,但在明清官方文献中,仍多将典卖(买)放在一起。如《康熙会典》:“凡典买田宅,不税契者,笞五十,仍追契内田宅价钱一半入官。不过割者,一亩至五亩,笞四十。每五亩,加一等,罪止杖一百,其田入官。”^⑥

宋代已出现活卖的雏形,例如敦煌发现的北宋太平兴国七年(982)吕住盈兄弟卖地契名为卖契,其中却写有“有住盈、阿鸾二人能辩[办]修读[收赎]此地来,便容许”。^⑦真正意义上的活卖发生于明中叶,学界针对其产生缘由有多种说法。杨国桢认为土地成交至在赋役册籍上完成过割的时间差使得土地成为一种“活业”,买卖双方在此期间找贴、回赎、转卖等行为,“实际发生过的买卖行为便蜕变为貌似典当、抵押的关系”。^⑧15世纪后半叶到18世纪中叶间歇性的地价波动尤其是地价上涨会直接造成土地交易的找价回赎。^⑨另外,诸如族产不出、互惠救助、家庭弃产不孝败家^⑩、不愿放弃土

① 参见谢开键:《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。

② 杜佑:《通典》卷2《食货二·田制下》,浙江古籍出版社1988年版,第15页。

③ “宋代,由于典当关系盛行,故当时往往‘典卖’连称。典是‘活卖’,所有权并未转移,出典人到期仍可赎回典物。”见蒲坚编著:《中国古代法制丛钞》第3卷,光明日报出版社2001年版,第279页。

④ “土地买卖形式,宋代已有绝卖、典当和倚当(一定时期内转让土地使用权)之分。明清时期又出现由典当发展而来的活卖,即保留约定时间内有权回赎的售卖。”见刘克祥:《简明中国经济史》,经济科学出版社2001年版,第41页。

⑤ 应槩:《大明律释义》卷5《户律·田宅·典买田宅》,续修四库全书编纂委员会编:《续修四库全书》史部第863册,上海古籍出版社2002年版,第59页上栏。

⑥ 伊桑阿等纂修:康熙《大清会典》卷113《刑部五·律例四·户律一·田宅·典买田宅》,《近代中国史料丛刊三编》第73辑,文海出版社1993年版,第5637页。

⑦ 张传玺:《中国历代契约会编考释》(上),北京大学出版社1995年版,第520页。

⑧ 杨国桢:《明清土地契约文书研究(修订版)》,第20页。

⑨ 如湖南平江李二秦于康熙末年将35亩田卖给朱谦益,得价银35两,11年后朱谦益以540两将田转卖高某,田价相当于原价的15倍。参见中国第一历史档案馆、中国社会科学院历史研究所编:《清代土地占有关系与佃农抗租斗争》,中华书局1988年版,第358页。

⑩ “弃产一节,为家庭最难处之事。”《金壶逸墨》卷2《杨广文》,王广超点校:《黄钧宰集》,陕西人民出版社2009年版,第306页。“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,因而遂创设典制度,以济其穷。”见潘维和:《中国民事法史》,汉林出版社1982年版,第400页。

汪羽仪(花押)

奉书男 胡济明(花押)^①

契约名为卖契,契中有“原价取赎”字样,且有“并未典当他人交易”之语,可见典与活卖语言上的混用。乾隆四十三年长汀县王任权所立文契(该契有盖红印,应有缴纳契税)既言“其田应许买主改佃收租,卖人不敢阻挡占其田”,又言该交易“并无重叠典挂之类”。同治元年清流县兰兆所立卖田契中既言卖契,又言“其田乃系正行交易,不是准折债货等情,一典一承二比甘心,两无逼勒承交。倘有上首来历不明,出典人自行支当,不涉承买主之事”。^②

将典与活卖分开记述的材料多为官方材料,而民间大多将二者视为相同。这种对典与活卖概念认知与运用的模糊一直延续到了民国,其时关于典与活卖的差异仍有诸多记载与讨论。^③例如关于回赎问题:

(二)出典——凡出典产业,限期不得逾三十年。(民法第九一二条)^④如在典契上未注明回赎年限者,出典人固得随时以原典价赎回典物。但自出典后,经三十年不回赎者,依现行法,即不许出典人再行回赎。(三)活卖——凡活卖产业,在契约上未有订定期限者,其买回(即赎回)之期,依民法债编施行法^⑤第十二条后段规定,不得逾五年。^⑥

关于产权转移:

(B)典与附有买回特约的出卖不同

法律称附有买回特约的出卖为活卖。活卖与典实际上所发生之效果,虽无多大区别;然活卖关系之出卖者,仅保持有买回权,所有权责移转于买主。典关系并无发生所有权移转之效果;出典人之回赎,并非所有权之回复,而系使典主使用收益之权能,归于消灭之行为。典关系应与附有买回特约之出卖关系不同。满州旧惯调查报告书,又引用清律“凡民间活契典当田房,一概免其纳税,其一切卖契,无论是否杜绝,俱令纳税”之明文,以为未杜绝之卖契,即系活卖之契,清律对于典与活卖之规定,亦非完全相同。^⑦

另《日用快览》载:“(说明)出典田契,即活卖也。惟典田可以催赎。活卖田,只可自赎,无催赎之例,不可不知。”^⑧《最新实用契约大全》又载:“活卖契,即典卖也。其间微有不同者,典田则满期可以催赎,活契田只可由出典人自赎,无催赎之例,此则不可不知。”^⑨《典权要论》中言:“典有返还原价,赎回其不动产之可能。活卖有于原价之外,请求找价之可能……典契活卖契,均谓之活契。”^⑩

另一方面,二者在清代的交易实践中逐渐趋同,清末典税的重新征收进一步弱化了二者的差异,

① 安徽博物院藏,收藏号2:23217。

② 以上契据分别由俞如先收藏和清流县长校镇黄石坑村邹连生保存。参见俞如先:《清至民国闽西乡村民间借贷研究》,天津古籍出版社2010年版,第216—219页。

③ 契约格式内容有关的日用类书中即有诸多记载。

④ “第九百十二条 典权约定期限不得逾三十年,逾三十年者缩短为三十年”,上海文明书局编印:《中华民国民法》,1931年印行,第228页。

⑤ 《民法债编施行法》于民国十九年(1930)二月十日由国民政府公布,同年五月五日施行,“第十二条 民法债编施行前,所定买回契约定有期限者,依其期限。但其残余期限自施行日起算。较民法第三百八十条所定期限为长者,应自施行日起,适用民法第三百八十条之规定。如买回契约未定期限者,自施行日起,不得逾五年”,见刘发均:《民法债编分则实用》,水牛出版社1969年版,第472页。

⑥ 《押户须知》,陈炎林编著:《上海地产大全》,《民国丛书》第3编第32辑,上海书店1990年版,第285页。

⑦ 《典权之性质》,国立中山大学法科社会科学论丛编辑委员会编辑:《社会科学论丛》法律专号第2卷第八九号合刊,国立中山大学法科1930年印行,第14页。

⑧ 刘再苏原编,陈和祥增订:《日用快览》,上海普益书局出版1931年版,第255页。

⑨ 方秩音编:《最新实用契约大全》,大方书局1947年版,第14页。

⑩ 刘绍基:《典权要论》,南京书店1932年版,第29页。

民国将典与活卖视为相同的情况依然存在。曹杰言：“吾国旧习典与卖同视，不过典为活卖非绝卖，因之典产亦须投税，惟此种投税，在现行法上非取得典权之要件。”^①《诉状程式大全》第五十五“第三审上诉理由书状式”所举格式案件中，将典与活卖混同使用。^②

“活契”词汇的使用加深了典与活卖边界模糊的特征。清代置产文献中可见“活契田”的说法，其意为非绝卖之田，并未明确定义为典或活卖。^③另有将典契或活卖契单独称为活契的情况，如《歧路灯》中有“前半截院子、账房及临街市房，是典与商家，要立活契”的说法，^④其中典契称为活契，或称活典。还有活契专指加找之前所立卖契的，即“买卖产业先立卖契，曰活契，后加找契，曰不敷，亦谓之断根契，卖主随出推付一纸，开明字号亩角，交买主收入，本户输粮。俗以一卖一断一付，谓之三张纸，不与回赎，近颁官契，尤为简要”。^⑤但此处活契并非指活卖，而是当地买卖交易的一个过程。

为明确讨论对象，需要提前对典与活卖下一明确定义。典，意指出典人在一定时间内从受典人手中可以原价回赎典物的交易，^⑥毋庸多言。活卖，一般认为是一种附有回赎特约的买卖，但具体内涵则有多种说法，其中很关键的一点是对于找价的理解。找价在明代一直被作为恶风陋俗而受到严禁，^⑦但屡禁不止。不仅典和活卖找价，绝卖也加入了找价队伍。清中期认可了这种行为的合法性，但官方规定的一找一绝对于民间实际交易的影响甚微。^⑧民间对于找价次数往往不以为意，找价方式和总金额才是重点。找价成为俗例之后，在一次交易中同时出现卖契、找贴契，非事后找帖者，不能将其中卖契视为活卖，而应当将二者合而为一次交易。^⑨卖后找价只是产权的延迟过割，^⑩更多地是为了追逐利益或遵循地方惯例，找贴不能视为活卖的充分条件，绝卖也有找贴，只是活卖之后找贴更甚。因此判断是否活卖的一个重要依据是是否存在回赎的可能性，而单纯的找价并不能认为是活卖的证据。就活卖的具体表现而言，有在契约中直接言“立卖活契”“不拘年月远近，银到归赎”者，有

① 曹杰：《中国民法物权论》，商务印书馆1937年版，第291页。关于典之沿革，曹氏言及：“盖当时之社会，交易尚未发达，重视物资而不重视信用，物之观念实较诸债之观念为深，以囊内钱空无以治事之时，除将所有物出卖于人以求得对价外，殆无别法，复以不忍一时卖绝，乃有‘回赎’‘找价’之约定，美其名曰活卖，以形成此特殊之典权制度，殆非偶然。”曹杰：《中国民法物权论》，第260—262页。

② 《诉状程式大全》第五十五“第三审上诉理由书状式”，共和书局1941年版，第82—83页。

③ 当下亦有学者在研究时将活卖契概念扩大化，将其等同于活契，认为其包括典契、当契（抵押契）、换契、补契（加价契）、赎契、添契（加添契）等。参见戴建兵等：《河北近代土地契约研究》，中国农业出版社2010年版，第9页。赵云旗认为唐代的活卖（买）性契约包括土地典当、土地租佃、土地抵押和土地活换。见赵云旗：《唐代土地买卖研究》，中国财政经济出版社2002年版，第277—280页。

④ 李绿园：《歧路灯》第八十四回“谭绍闻筹偿生息债 盛希桥威慑滚算商”，新世界出版社2013年版，第597页。

⑤ 乾隆《安吉州志》卷7《风俗》，《浙江府州县志》第9册，故宫博物院编：《故宫珍本丛刊》第100册，海南出版社2001年版，第24页a。

⑥ 值得注意的是，清水江文书中有很多典契约没有注明回赎期限。参见安尊华：《试论清代清水江下游地区民间借贷——以契约文书为中心》，张新民主编：《探索清水江文明的踪迹——清水江文书与中国地方社会国际学术研讨会论文集》，巴蜀书社2014年版，第132页。

⑦ “领有契纸，纳过税银者，不许卖主告增价值”。《崇祯十二年歙县王文盛等卖山赤契（附：户部关于“酌采契纸之议”条文）》，中国社会科学院历史研究所徽州文契整理组编：《明清徽州社会经济资料丛编》第2集《中国社会科学院历史研究所藏宋元明三代徽州土地买卖文契辑要》，中国社会科学出版社1990年版，第558页。

⑧ 康熙、雍正年间，两江总督于成龙、湖广总督喻成龙、浙江天台知县戴兆佳、云南巡抚杨名时及广东省政府，都曾发布命令，禁止卖方找价回赎。康熙二十年（1681），两江总督于成龙发布了“禁房田找价檄”，对土地买卖作了如下规定：“嗣后如有奸民将已卖田房告找告增，并地方官擅行准理，以及势豪讼棍伙同吓诈者，许被害人赴辕控禀，以凭参拿究处。”见于成龙：《于清端公政书》卷7《禁田房找价檄》，文海出版社1976年版，第1113页。

⑨ 李三谋、侯瑞芳在《清代土地的附加价和追加价》（《农业考古》2001年第1期）中论及活卖契和追补价时所举的晚清浙江湖州乌程县周庆云《续修南浔周氏家谱·公产目》第6卷《祠基》《置产》中的两次交易，光绪三年（1877）有卖契、贴契、割绝契，光绪四年过割，应当是当地交易形式的俗例，是一次性交易，不属于多年后的找贴，更非活卖。

⑩ 参见范金民：《明代江南田宅买卖的“找价”述论》，《史林》2020年第5期。

虽未写这类文字但也未注明“杜绝”等字样者,^①另有绝卖后允许找贴回赎的。考虑到交易过程和交易结果,我们可以将活卖分为三种情况:交易始言明活卖或言明回赎者;交易始并未言明但依惯例允许回赎者;交易始言明绝卖而后允许回赎者。^②

从上可以看出,典与活卖的词汇来源演变、清人认知和交易实态都存在着极大的相似性,但二者又有一些明显的区别,这使得民国和当下学者对于二者的认识均产生了困惑。以下主要从税契、推收过割与完粮三个过程来重新审视二者在产权转移中的具体行为表现,然后从清廷规定与交易实态两个角度来对二者的回赎时限进行辨析,以此来理解二者合与分背后的历史逻辑以及学者们认识分歧产生的深层原因。

三、产权转移的过程:税契、推收过割与完粮

之前学者认为典与活卖的一个重要区分便是产权转移,但何为产权转移?税契、推收过割与完粮三者的关系如何?中国古代土地交易中的产权转移并非单一的行为,而是包括税契、推收过割、完粮等在内的一系列产权不断界定的过程。

曹树基在研究送户票、收粮字等文书时,已注意到“无论是‘绝卖’还是‘活卖’,其送户票的意义都不是法律意义上的更换田主,而是转移税责。对于地方政府而言,买卖双方何时办理契尾即完成‘田底’过户是不重要的,保证税额不被丢失才是关键所在”。由此,将土地买卖分为三个步骤,即税粮过户、找价、办理契尾。^③税契可以视为产权转移的最后一步。其实,税契和过割的顺序并无明确要求,但二者之间的时间往往不能相差太久。雍正九年(1731),浙省“永定推收之法:凡典卖产业于成交税契时,即推收过户,不许卖主措勒……嗣后民间典卖产业,即将字号开付过户,则逐年推收既清,即届大造,亦毋庸另点殷户承管,更为便民,永宜遵守”。^④此处税契在前,过户在后,且是随即进行。我们可以将税契和推收过割分别视为法律意义及实际意义上的产权过割,而不能简单将二者混淆言之,完粮则是推收过割的进一步实现。过割是为了确定纳税者,与税契课税、公证的目的不同。雍正十三年上谕:“民间买卖田房,例应买主输税交官,官用印信钤盖契,所以杜奸民捏造文券之弊,原非为增国课而牟其利也。”^⑤光绪十五年,台湾彰化县晓谕:“推收入户完粮税契,系杜绝卖主找价以及重卖情形,是则契已投税,名曰红契,管业准敢霸占,非徒目前无事,且无累于子孙。”^⑥当然,清朝对未税契的白契同样也予以认可。此外,不履行税契时只是亏损税捐而已,不过割的罪行比不税契罪行更为严重,因为其混淆官司版籍,且连累他人。总体而言,产权转移过程中过割的意义要大于税契。^⑦

① “但积习未改者,典当田产不书明年限;卖买者虽书卖字于纸尾,又书有钱抽赎,土俗名曰活卖;即绝卖之地,并不随时税契过割;租佃地土,俱系业主与租户倒立租约,业主毫无把柄,日久弊生,致多疑狱,此宜禁者一。”见光绪《文县志》卷2《风俗》,《中国地方志集成·甘肃府县志辑》第38册,凤凰出版社·上海书店·巴蜀书社2008年版,第77页下栏。

② 民间交易中多有“死契活口”“死卖活头”“死契活尾”“杜头活尾”“绝头活尾”“卖契头,当契尾”诸现象,即文书名曰杜卖(绝卖),条文中则写明回赎条款或业归原主等。江苏一些县“典当不动产,其文契程式,书立正式典契者甚少,大都均用杜头活尾契,其式开首写明杜绝,末尾注明回赎期间各字样。此种习惯行之已久,其效力与正式典契约毫无差异,一遇出典人照契取赎,受典人不得拒却”。调查员邹麟书于民国七年八月。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》,中国政法大学出版社2005年版,第312页。

③ 参见曹树基、高杨:《送户票与收粮字:土地买卖的中间过程——以浙江松阳石仓为中心》,《华东师范大学学报(哲学社会科学版)》2010年第4期。

④ 乾隆《安吉州志》卷5《赋役·附疏议·奉行顺庄条约》,《浙江府州县志》第9册,故宫博物院编:《故宫珍本丛刊》第100册,第46页a—47页b。

⑤ 乾隆《江南通志》卷79《食货·关税·杂税》,广陵书社2010年版,第1336页。

⑥ 《临时台湾旧惯调查会 第一部调查第三回报告书 台湾私法(第一卷)》,陈金田译,台湾省文献委员会1990年版,第134页。

⑦ 周绍泉、王毓铨分别从官府对交易田宅私有权的法律保证、保证官府粮差利益两个角度论证了税契的重要性。见周绍泉:《田宅交易中的契尾试探》,《中国史研究》1987年第1期;王毓铨:《明朝田地赤契与赋役黄册》,《中国经济史研究》1991年第1期。

(一) 税契

活卖契以卖契的形式存在,按照清代律例,需要缴纳契税,但白契的大量存在表明实际缴纳并不完全。清初延续明制,典包括转典同卖一样需要纳税,^①乾隆二十四年到宣统元年(1909)十月,典交易则不需要交税,宣统元年十月,清政府再次向典交易征收契税。^②其实,典契是否需要征税的讨论在清代以前也曾出现。明万历十年(1582),宛平、大兴两县典契免税,由于库藏缺银,万历二十年顺天府尹谢杰题将“税契除城外地亩已近奉旨钦遵外,其城内房屋亦照大明律内不论典买田宅多寡,每两俱税银三分,候有余之日,仍照前题减免议处”。理由为“典契不税矣,买而托之于典,则百金不税,千金亦不税也”。但建议“典契,则去其四之三,以七厘税焉,或以五厘税焉”。^③以上提到的困境在清代依然存在,即典不须纳税,往往造成以卖托典、契税隐匿。

清代典税取消后,仍存在地方官员违例征收契税。例如乾隆年间汤聘所立《严禁推收勒索详文》中提到:“再各属详内所称典卖契投税字样,查典契原应取赎,例不投税,不得滥行印税。”^④证明仍有地方收取典税。《清水江文书》中同治七年姜开文父子的典田契就盖有方形印戳,证明应当是收了税的。^⑤地方征收契税,并非完全没有凭据。乾隆《户部则例》规定:“凡民人典当田房,契载年份统以三五年至十年为率,限满听赎。如原主力不能赎,听典主执业,或行转典,悉从民便。倘于典契内多载年分,一经发觉,追交税银,照例治罪。”^⑥其只对十年以内之典,不征契税,与雍正上谕^⑦及乾隆之例^⑧,概免征者不同。凡出典已逾十年仍不回赎,而又不换立卖契者,须缴契税。为什么会出现这一矛盾现象,薛允升指出:“总为多收税银而设。”^⑨此项金款,原业主回赎时,须同典价一并返还。同治十二年四月,淡水同知向焘勒石严示禁“卖业重找”中规定:“如系典业……倘或不找不赎,亦即将典契投税并将税费若干于契内载明,将来回赎由原主听还,倘受主因循稽延,应由出主催会投税,以免捏造假契。”^⑩

(二) 推收过割

雍乾年间废除典契税之时,对于典业应否过割,并无明确规定。而福建“省例所载典契之格式(乾隆二十五年颁发),有田听凭典主对佃收租管业推收入户完纳粮色等字样。然税典既废,过割之

① 例如雍正元年大兴县王景伊转典房官契,见张传玺主编:《中国历代契约会编考释》(下),北京大学出版社1995年版,第1501—1502页。

② 参见谢开键:《读〈地权市场与资源配置〉二札》,《中国经济史研究》2017年第3期。在宣统元年之前,各省因财政拮据,已开始相继征收典契税。

③ 万历《顺天府志》卷3《食货志》,王焘校点,《北京旧志汇刊》,中国书店2011年版,第88页b—95页b。

④ 乾隆《桂阳县志》卷12《艺文上·详文》,《中国地方志集成·湖南府县志辑》第28册,凤凰出版社·上海书店·巴蜀书社2002年版,第176页上栏。

⑤ 参见张应强、王宗勋主编:《清水江文书》第1辑第3册,广西师范大学出版社2007年版,第376页。

⑥ 乾隆《钦定户部则例》卷17《田赋·典卖田产·典卖找赎》,故宫博物院编:《故宫珍本丛刊》第2册,海南出版社2000年版,第149页上栏。

⑦ 雍正十三年再定:“至于活契典业者,乃民间一时借贷银钱,原不在买卖纳税之例,嗣后听其自便,不必投契用印,收取税银。”中国第一历史档案馆编:《雍正朝汉文谕旨汇编》第2册,雍正十三年十二月初六日,广西师范大学出版社1999年版,第387页下栏。此处的“活契”应当是特指后面的“典业”,与活卖无关。清律制定之时,或视“典”为“买”,或以之为“买回条件附买卖”,所以,“典”“买”概受同一律文的规律。至此,“典”“卖”的区别,才见分明。但还有一个重要的问题,即是典当房屋是否纳税,这个问题还需另外专文论述。

⑧ 乾隆二十四年在新增加的条例中,清政府对于典当田宅是否纳税问题,纂入条例,明确给予了“免其纳税”的规定。“凡民间活契典当田房,一概免其纳税。其一切卖契,无论是否杜绝,俱令纳税。其有先典后卖者,典契既不纳税,按照卖契银两实数纳税。如有隐漏者,照例治罪。”《钦定大清律例》,故宫博物院编:《故宫珍本丛刊》第331册《清代则例》,海南出版社2000年版,第159页上栏。

⑨ 薛允升著,胡星桥、邓又天主编:《读例存疑点注》卷10《户律之二·田宅·典买田宅》条例按语,中国人民公安大学出版社1994年版,第204页。

⑩ 伊能嘉矩:《台湾文化志》(中),台湾省文献委员会编译,台湾省文献委员会1991年版,第142页。

制因之废弛”。^①即将税契、过割一体来看,典既然已不税契,过割自然也无必要,否则会引发册籍混乱。

另一方面,尽管乾隆《户部则例》规定典达10年才可申请过割,但过割本身并无变更。更为重要的是,典不收税、不过割的情况造成民间为了逃避税收以典代卖以及赋税征收混乱的情况。基于此,地方政府进行了一些相应的改革措施,根据实情要求推割与否。清政府明令规定典免税之后,台湾的田宅过户单仍载有出典及买卖两项,证明仍有在承典时申请过割者。^②《山东乾隆十二年宪规》“典当田房契内注明过割活粮字样”条规定:“乾隆十二年……嗣后民间典当田房,如愿过割者,听其呈明过割。如不愿过割者,立契时,务将纳粮户名,都图里甲,及应完钱粮、漕米各数,于契内逐细开载明白,听典主在业户名下自行完纳,执票为凭,不得仍前私交业主,致有额外浮收,侵吞拖欠等弊。其间或有暂当一两季,及熬地活典等产,钱粮仍系业主完纳者,亦于契内注明钱粮业主完纳字样,以杜日后争端。”其试图就典交易中的税责问题做出规定。《乾隆朝山东宪规》中辑有泰安府肥城县乾隆十八年禀送的一则典契契式中提到“活当产业,例不投税,将钱粮漕米,按则核定数目,填写契内,令当主照数自行赴柜,仍用原户名投纳执票为凭,以省推收过割之烦,并免胥役勒索之弊”,但民间“契载混淆,争讼纷繁,皆系历来奉行不力所致”,于是将上述内容于乾隆二十九年再次“合亟钞式通飭”。^③此距乾隆二十四年的典税取消已过五年。另外,清华馆藏契约中光绪十一年山西介休县东原都的“郭熙德立典地契”中附有同治六年关于土地典当质押的改革内容,其中仍明确要求典需过割。坊里一甲是介休对户进行基层控制的基本单位,赋税的征派则以甲一户为基本单元,即“田地准其易主,粮银不准过甲”,造成粮不随地,百姓“典卖取巧,规避挪移,年深日久,弊窦丛生,遂致奸民种无粮之地,良民纳无地之粮”,同治六年清查规定“粮地归里”。但此做法并不能完全规避土地交易所引发的税额亏空。原因有二,“一则避税契过割之费,则变为典当质押;一则生地多粮少之弊,创为贴粮代完”。这两种情况出现的原因即是典当质押不用税契和过割,为了从根源上杜绝此弊,规定“今后无论典当质押,一概令其过割新名”。公地^④和里书负责典契纸的印刷、发放和过割,并严格规定“倘有不用典契纸,私相授受并典押贴粮者,查出定依不应重律杖八十拟罪,决不宽贷”。^⑤由此,将典当质押交易在官府层面的手续完全等同于买卖交易,以此保证赋税的征收。此规定是以官府名义被印刷在官典契纸当中的,证明在当时当地具有法律效力,且契约本身亦证明政策当是实际有所推行的。

活卖同卖一样需要过割,但时人认知与实际交易中同时存在过割与不过割的情况。例如雍正三年八月张我观署山阴知县时,审理“金允武控告陈箫统众夺菱乘县谢事帖送捕衙差拘勒索”一案时,提到(金允武)“据称系活买,故未过户;但柳姓亦称活卖与丁,而丁何独过户也”。^⑥可见,在张我观眼中,活卖过户与否可能只是一种地方惯例,并无相关律例可以援引。同治《湖州府志》就有“未入户活契田”的称谓。^⑦活卖不过割,固然有立白契以逃避契税的缘故,更重要的是会造成“地去粮存”和“有地无粮”的情况。在屡次辗转交易过程中,百姓通过此手段达到了逃避国家赋役的目的。也正是基于此,地方政府屡次清理地籍,然而效果并不明显。

另外,清朝按户征税,产不出户时,税在本户,自然无需过割。例如乾隆三十六年浙江遂安一份

① 经界局编译所编辑:《中国历代经界纪要》“附编”,都门印刷所1915年印行,第50页。

② “参考书第一编第一章第四节第八八”,《临时台湾旧惯调查会 第一部调查第三回报告书 台湾私法(第一卷)》,第135—136页。

③ 杨一凡、田涛主编,齐钧点校:《中国珍稀法律典籍续编》第7册《乾隆朝宪规》,黑龙江人民出版社2002年版,第26、133、131页。

④ “公地”应为“公正”“乡地”在当地的称呼。

⑤ “光绪十一年腊月二十日山西介休县东原都郭熙德立典地契”,清华馆藏契约文书,清华大学图书馆藏,编号T3725。

⑥ 张我观:《宪救倒悬事 署山阴,雍正三年八月》,《覆甕余集》,《清代诗文集汇编》编纂委员会编:《清代诗文集汇编》第219册,上海古籍出版社2010年版,第582页上栏。

⑦ 同治《湖州府志》卷42《经政略·赋邮》,《中国方志丛书》华中地方第54号,成文出版社1970年版,第782页下栏。

卖地白契:

立卖契令弟政鶚将土名如坂地并石坦身读应股地一分一尽出卖与兄 边为业,当日面议价银二两足,其银当日收足,其地并石坦任凭兄边执契管业,其税在本户,契外再不必另立推约过割,恐口无凭,立此卖契存照。

乾隆卅六年九月 日立卖契令弟政鶚 凭族兄敬存笔^①

契中所言“其税在本户”“不必另立推约”,说明这块土地交易发生在同族同户兄弟间。松原健太郎认为,如果土地税系统履行职责去追溯每份土地的所有者的话,活卖和典之间的差异就可能变得重要了。然而,清朝土地税的分配方式并没有将每次土地交易纳入考虑。其结果之一就是,土地税由一个特定的人或者家庭承担,但可能与实际的财产所有并不存在联系;因而,一份特定土地的获得是通过抵押还是活卖都不会反映在土地税负担中。^② 尽管松原在这里将典视为抵押,但仍然提醒我们注意,在清代的土地税系统下,只要不影响政府的赋税征收,典与活卖过割与否及二者之间的差异便不太重要。

(三)完粮

过割与否背后其实是税粮问题。关于税粮,交易双方往往在契约写立之时约定,由卖方、出典者或买方、承典者承担的情况都可能存在,其操作背后有一套当事人的实践逻辑,也可能存在诸如“势家霸占田产”,造成地去粮存的情况。

就典而言,乾隆年间汾阳县“民间买卖产业,如遇典质之业,则干折钱粮;绝卖之产,则延不过割。所有应纳钱粮仓谷,及差徭杂费,虽系典卖各主出备,仍交出售产业之人完缴。在受产者春夏已交,而弃业者秋冬不纳差,饬票追,此推彼抗,使刁徒享挪移之利,而仓库有亏缺之忧,流弊相承,不可不禁”。因此立下规定:“嗣后典地者,将粮钱仓谷、差徭杂费,务按应出之数,亲自完纳。其原立典契内,记载干粮钱字样,即行勾销。”^③同治元年香山小榄李协和典田契载,李协和将祖遗沙田以三百两典让给萧显簏,议定以十年为期,“自典之后,任显收租抵息,输纳粮务”。^④ 而乾隆湖南耒阳县规,田地钱粮由典主转交原主完纳。^⑤ 此即典田不过粮。对于活卖而言,同样也存在由卖方或买方缴纳赋税的情况,此处不一一列举。

需要注意,即使过户承粮,也不能说已经彻底地实现了产权交割。民国时期武进县瞿瑞喜盗卖典产一案中,金方揆上诉请求回赎同治六年已经“过入瞿姓”的土地,并称其为活产,一审判决金方揆败诉,理由为“时隔五十余年之久,瞿姓完粮执业,善意占有,已历多时,亦万无准其赎回之理”。但金氏不服,仍陈述理由:“至过户承粮一节,则从前活产当然可由执产人过户承粮。此产活卖于前清同治四年,事在清粮以前。清粮时当然由瞿姓注单,并不足为绝产之证据……第一审均舍而不问,仅以过户完粮为不能回赎,实与法律习惯均大相抵触,殊不足以昭折服也。”最后重新开庭审理,废弃原判决,准予金姓备价回赎。^⑥ 由此可见,彻底完全的产权交割还要考虑到交易的实际情况以及地方惯例等外在因素的影响。

^① 倪毅:《浙江省博物馆藏遂安古文书及其他》,孙竞昊、鲍永军主编:《传承与创新:浙江地方历史与文化学术研讨会论文集》,浙江大学出版社2014年版,第229页。

^② 参见苏基朗、马若孟编:《近代中国的条约港经济:制度变迁与经济表现的实证研究》,成一农、田欢译,浙江大学出版社2013年版,第175页。

^③ 道光《汾阳县志》卷10《杂识》,咸丰元年刻本,第37页a—b。

^④ 萧国健、卜永坚:《广东香山县小榄华平社萧氏文献专辑》,《田野与文献:华南研究资料中心通讯》(香港)第50期(2008年1月)。

^⑤ 参见中国第一历史档案馆、中国社会科学院历史研究所合编:《清代土地占有关系与佃农抗租斗争》,第265页。

^⑥ 襟霞阁主著,储菊人校订:《刀笔菁华正集》,中央书店1947年版,第195—196页。

四、典与活卖的回赎时限辨析

明初,卖后找价回赎一般不被允许,也很少见,成化、弘治年间,告赎、索找频发,引发诉讼。成化五年(1469)、十九年及弘治二年(1489),多次定例重申,田产已经买卖过割者,悉照原立卖契,断令照旧管业,不许再赎,但效果不佳。明末清初的抗租霸耕、争取永佃斗争以及找价更为普遍,最终形成俗规乡例。此现象产生的一个重要原因即是地价上涨,案例中也多可见“原价不敷”“时价不足”等言词。地价上涨的原因包括人口增长、粮食短缺、白银货币内流、^①银钱数量攀比上升、银钱俱贱等。^②找价的银钱成为地价的附加物,实际上使地价大大提高了,由此陷入一种恶性循环。

清代地价波动极大,钱泳《履园丛话》记载:

前明中叶,田价甚昂,每亩值五十余两至百两,然亦视其田之肥瘠。……至本朝顺治初,良田不过二三两。康熙年间,长至四五两不等。雍正间,仍复顺治初价值。至乾隆初年,田价渐长,然余五六岁时,亦不过七八两,上者十余两。今阅五十年,竟亦长至五十余两矣。^③

地价的波动与市场经济发展、人口压力、赋役改革等因素密切相关,同时又作用于土地市场。乾隆年间,安仁县“其贫而无赖者,祖父绝卖田产,子孙尚称业主,续契强耕强获,致滋讼累。甚或服毒轻生,酿成命案”的风气盛行,至于同治年间,此俗尚在,利用“找价、闪粮”名目希图回手,署县屡次禁止,并“公议出资立会,如遇有此等顽民,公同具禀,不使受业者一人受累”,然至咸丰年间仍风气不止。^④卖后找价回赎在实践中由风成俗成例,活卖也由此产生发展。

清代田宅等交易找价回赎的过程中,纠纷不断,雍正八年,户部在议复侍郎王朝恩的条奏事项时,对田宅等不动产卖出后能否找价和回赎以及亲邻优先购买问题,给予了明确的答复,这一答复经皇帝允准后,成为定例。即:

卖产立有绝卖文契,并未注有“找贴”字样者,概不准贴赎。如契未载“绝卖”字样,或注定年限回赎者,并听回赎。若卖主无力回赎,许凭中公估找贴一次,另立绝卖契纸。若买主不愿找贴,听其别卖,归还原价。倘已经卖绝,契载确凿,复行告找、告赎,及执产动归原、先尽亲邻之说,借端措勒,希图短价者,俱照不应重律治罪。^⑤

薛允升在本条定例的“按语”中指出:“(王朝恩)原奏有‘原主不得于年限未满足之时,强行告赎;现业主亦不得于年限已满足之后借端措赎’。最为明晰。此例及‘执产动归原’二语,似系指原业主而言;下‘借端措勒’,又似系指现业主而言,语意并未分明。似应将已经卖绝复行找赎作为一层,年限未满足强赎作为一层,年限已满足现业主措勒作为一层。”^⑥另,此例也使交易中一般卖契的回赎合法化。一些地方围绕此例制定了较为详细的实施细则,以便于官员进行操作。乾隆五年,浙江发布《严禁找贴恶俗》告示:

嗣后,雍正八年定例以后所卖之产,契内注明回赎者,如未找过,不拘年限,准其回赎;如无力回赎愿卖者,准其找贴一次,另立绝契。已经找过者不准回赎,再找一次。如契内无“回赎”字样,亦无“绝卖”字样,俱不准赎。除同日所立找契外,如未找过,许找贴一次;已经找过一次者,不准再找。其雍正八年以前所买之产,有“回赎”字样者,如未找过,依例听赎;如不愿赎,亦许量找一次;已经找过,不准回赎,亦不准找贴,如有从未找过者,亦量找一次。

① 全汉昇强调美洲白银的输入与物价上涨之间的关系,并称之为“十八世纪中国物价革命”。参见全汉昇:《美洲白银与十八世纪物价革命的关系》,《中国经济史论丛》第2册,香港中文大学新亚书院新亚研究所1972年印行,第475—508页。

② 参见张研:《17—19世纪中国的人口与生存环境》,黄山书社2008年版,第237—238页。

③ 钱泳:《履园丛话》卷1《旧闻·田价》,上海古籍出版社2012年版,第18页。

④ 同治《安仁县志》卷4《风土志·风俗》,《中国地方志集成·湖南府县志辑》第23册,凤凰出版社·上海书店·巴蜀书社2002年版,第486页下栏—487页上栏。

⑤ 《钦定大清律例》,故宫博物院编:《故宫珍本丛刊》第331册《清代则例》,第157页下栏—158页上栏。

⑥ 薛允升著,胡星桥、邓又天主编:《读例存疑点注》卷10《户律之二·田宅·典买田宅》条例按语,第202页。

同时,浙江藩司又颁布了一个补充规定,云:

民间所卖之产,有同日立正、找契,未经找过者,如在雍正八年定例以前,则不准找;雍正八年后准照找一半价银。若同日所立找契之内已经写明绝卖及有永不回赎、不再找贴,并有“找绝”字样,过户完粮;又如正契月日在前,找契月日在后,注明“找绝”者,一概不准再找。契非同日而告称系同日书写者,则以契书年月为凭,亦不准找。其加、随、贴等契与找契同。^①

乾隆九年,针对雍正八年例中存在的问题,户部官员在议复湖北巡抚晏斯盛的奏折时重新提出意见,将找价回赎的时限规定为“年分久远”,模糊不清。^②乾隆十八年二月,浙江按察使同德条奏:

伏查乾隆九年定例,如系卖契,又经年远,即无杜绝等项字样,总属绝卖之产……今续颁条例,虽未经载入,然亦无远年售产,概许找赎之条,乃刁民辄起借口翻腾,希图找赎,纷纷争执,以致乡被其牵累,匍匐公庭,迨无休息之时。若不定以时限,实无以安民业。为遏刁讼之风,应请嗣后民间卖买产业,总以三十年为断。在三十年以内,则为年分尚近,如果契未杜绝,应听其分别找赎。若在三十年以外,则为年分久远,悉遵前例,一概不许告找告赎。^③

刑部在议复浙江按察使同德的条奏中,明确对“典契”和“卖契”进行了区分和界定。“议复”意见被乾隆皇帝采纳,作为定例置于《大清律例》“典买田宅”律之下:

嗣后民间置买产业,如系典契,务于契内注明“回赎”字样;如系卖契,亦于契内注明“绝卖永不回赎”字样。其自乾隆十八年定例以前,典卖契载不明之产,如在三十年以内,契无“绝卖”字样者,听其照例分别找赎。若远在三十年以外,契内虽无“绝卖”字样,但未注明“回赎”者,即以绝产论,概不许找赎。如有混行争告者,均照不应重律治罪。^④

此例规定仍有多处解释不甚清晰。既是乾隆十八年纂定,为何以30年为期限?而且“据此规定,似以三十年为找赎之期限。然问例对于此条例之解释,重在契载不明四字,谓契内既无绝卖字样,又无找赎字样,含混不明,故以三十年为断。若契载绝卖,即不论年月久远矣。若契有找赎字样,即三十年以外,尚非绝业也。依此解释,则典主虽经报税过割,而业主仍有回赎之权。故事实上业主与典主,名实至为纷歧。”^⑤谢开键认为,此次定例所指时限30年是指找价回赎时间与订立契约时间的差数,且立契时间必须在乾隆十八年定例制定之前。同德原奏是建议所有活卖交易的立契时间与找赎时间相差30年即可以找赎,此定例则将立契时间限定于乾隆十八年之前。原因是此次定例是为了一劳永逸地解决乾隆十八年定例前的找价回赎纠纷,最晚至乾隆四十八年三月以后,民间便不存在可以找赎的土地交易,而同德的条奏则无法达到这一目的。^⑥定例的表述不清使时人产生了诸多困惑,尽管如此,30年期限规定在官员审理案件时仍然发挥着重要的作用,甚至影响到国民律的修订。例如庄纶裔审理“刘芳音控刘蕙案”时堂判:“试问典契过三十余年后,与自己之地何异?”^⑦黄宗智研究认为清代基层官员在处理找价回赎纠纷时,采用的30年时限不是乾隆十八年定例的标准,而是同德的标准。^⑧至此我们可以了解,活卖的回赎期限分为两种,一种是双方交易人自己约定的,一种没有约定则按例为30年,详见表1。

① 万维翰辑:《成规拾遗》(上),乾隆三十九年芸晖堂重刊本,见杨一凡、刘笃才编:《中国古代地方法律文献》乙编第12册,世界图书出版公司2009年版,第434—435、440—441页。

② 薛允升:《唐明清三律汇编》,杨一凡、田涛编:《中国珍稀法律典籍续编》第8册,黑龙江人民出版社2002年版,第181页。

③ 同德:《奏请定产业找赎之年限以杜讼源事》,乾隆十八年二月二十七日,中国第一历史档案馆藏,军机处录副,档号03-0341-012。

④ 《钦定大清律例》,故宫博物院编:《故宫珍本丛刊》第331册《清代则例》,第158页下栏。

⑤ 经界局编译所编辑:《中国历代经界纪要》“附编”,第52页。

⑥ 谢开键:《清代“找价回赎”三十年时限考析》,《史林》2018年第4期。

⑦ 庄纶裔:《卢乡公牍》卷3《刘芳音控刘蕙案堂判》,《官箴书集成》编纂委员会编:《官箴书集成》第9册,黄山书社1997年版,第618页上栏。

⑧ 参见黄宗智:《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,第63页。

表1 清代土地活卖交易的回赎规定

	类型 I		类型 II	类型 III
雍正八年	可以回赎		可以回赎	不能贴赎
乾隆五年	未找贴	不拘年限,准其回赎	不允回赎	
	已找贴	不准回赎		
乾隆十八年			30年以内,可以找赎; 30年以外,不允找赎	

说明:类型 I 为交易始言明活卖或言明回赎者;类型 II 为交易始并未言明,无回赎、绝卖字样;类型 III 为交易始言明绝卖,永不回赎等,未注找贴字样。

关于典当期限,乾隆三十五年户部议覆巡视南城御史增禄与给事中王懿德奏请,嗣后旗人、民人典当田房契载年分,统以三五年以至 10 年为率,限满听赎。如原主力不能赎,听典主执业,或行转典,悉听民便,倘于典契内多载年分,一经发觉,追交税银,照例治罪。此奏后被编入律例。^① 此例并未讲清 10 年之后,典主执业或转典后原业主是否还能回赎的问题,为年代久远后发生的典回赎提供了操作空间。寺田浩明认为,30 年规定和 10 年规定“都与典的回赎权的消失时效没有直接的关系。但是,后来在部分地域,在一些土地名目上,出现了典在经过一定年限以后不得回赎、所有权就此转移的地方性规定”。^②

根据白井佐知子的统计,《徽州千年契约文书》中宋、元、明时代的典契共有 10 件,其中关于回赎的只有嘉靖四年(1525)的一件写有“六年期满”,其余者均未涉及期限和期满日期。^③ “在清前期的典契中,有些并未规定典期,多是‘钱到即赎’,这显然不利于典权人经营典买的田产,而大量的民间典契,对回赎期是没有限制的。凡是未订立回赎期限者,不限时日均可回赎,所谓‘一典千年活’。鉴于典契年限久远,内容含混,经常引起争讼。”^④清中叶,中央和地方多次颁布律例和规定,以对回赎年限进行限制。康熙五十三年郴州州守范廷谋“详禁买卖不清”中规定,“即或典业,亦须载明年限,契内竟书典契字样,不得混写卖契,以致日后争执不明”,^⑤但效果不佳。正如白井佐知子通过对徽州地区的典契研究后所得结论:“乾隆十八年以后,记载了回赎事项的典契确实比以往有所增加,但是,也不能说达到了普及化的程度。政府制定的法规,只能在它作为‘乡例’所能渗透到的范围内发挥威力,而在人们的日常生活中,旧有的习惯、现实的需要都自然要优先于它。而且,可以说,只要不影响财政收入和社会秩序,政府也一直采取得过且过的态度。”^⑥

整体来看,清代的土地典契当中,设定回赎年限与不定回赎年限者均可见到,大部分地方回赎年限由当事人自主决定,或倾向于放宽对于回赎的限制。即定有回赎期限的,限满仍可回赎;^⑦未定期限的,一般允许永远回赎。试举清华馆藏嘉庆八年(1803)山西太平县古城镇李荣春立典平白地契为例:

立典平白地契人李荣春因为使用不便,今将原置到南水门内路西平地一段,东西畛,计地三

① 乾隆《钦定户部则例》卷 6《田赋·旗地下·旗人典卖》,故宫博物院编:《故宫珍本丛刊》第 7 册,第 149 页上栏。

② 寺田浩明:《论清代中期土地典卖規制中的期限》,魏敏译,朱诚如、徐凯主编:《明清论丛》第 18 辑,故宫出版社 2018 年版,第 311 页。

③ 参见白井佐知子:《论明清时代徽州的典与当》,卞利、胡中生主编:《民间文献与地域中国研究》,黄山书社 2010 年版,第 608—638 页。

④ 张晋藩主编:《中国法制史(第二版)》,中国政法大学出版社 2007 年版,第 169 页。

⑤ 乾隆《兴宁县志》卷 10“艺文上·公移”,《中国地方志集成·善本方志辑》第 2 编第 34 册,凤凰出版社·上海书店·巴蜀书社 2014 年版,第 32 页 b。

⑥ 白井佐知子:《论明清时代徽州的典与当》,第 608—638 页。

⑦ 对于提前收赎者,往往需要收取额外的利息,即“如未满期收赎,息照三年算足”。见谭棣华、洗剑民:《广东土地契约文书(含海南)》,暨南大学出版社 2000 年版,第 4 页。

亩五分,同中说合出典与本镇申之德名下耕种,面受典价元系花平银一百六十两整,依旧行流浇灌,毫无阻碍,每年出粮银六钱,一应杂差水冲沙纳与种地人无干,一限五年为满,有原银取赎,如无原银,不计年月,恐口无凭,立典契存照。

当日付牛工子利银一两七钱五分

同治三年三月赎回 此契无用。

嘉庆八年正月二十八

合事银三钱

日立典契人李荣春 +

马 善

同中人刘逢时

李治茂^①

在上述契约当中,嘉庆八年李荣春将地典与申之德,契约当中约定“五年为满”,同时说明“如无原银,不计年月”,事实上到了同治三年,即过了61年后才李荣春才赎回土地。“死典”,是典当时规定土地限期回赎,如到期不赎由典地人收为己有,土地所有权发生转移,即在典约上规定“限几年回赎,过期不赎,即作绝卖”,但这种情形并不普遍。民间既有“典田千年有分”“一当千年在,卖字不回头”“卖田当日死,典田千年活”“典在千年,卖在一朝”等俗谚,同时也有“五年不赎,地归典主”的典约。

活卖回赎具体可分为三种:(1)不拘年月远近,备足原价银交与买主,即可赎回土地;(2)到了规定年限才可回赎,未到期限,不得回赎,且到期不赎即作其他处理;(3)田契无杜卖、绝卖字样,又未言明回赎,按照习惯决定回赎时限。活卖回赎的模糊性往往引发纠纷,乾隆年间山东兰山营子村杨鹤与杨刘氏的田土纠纷中,杨鹤及中人杨安、李伦等曾在供词中言:“小的们是乡间愚民,不知律例,只道活契就该回赎。”^②浙江“景宁地方山居十之七八,田居十之一二。民间讼事,大率争山争木,其弊在于活卖,立契之时,写定回赎字样,不限年分,不数年贫富不齐,讼端起矣。现在乾隆嘉庆间之契,尚有以回赎二字成讼者,此风气之坏也。至买田之家,多不转佃,仍将此业佃与卖主耕种,名曰仰佃。不数年,又因回赎起衅,遂不完租,添出多少鞅轲。争讼之端实由于此”。梅鉴源“因令以书契日始,与期五年,其余一切勿论,自是讼少衰止”。^③徽州道光十年(1830)胡程氏所立出活卖田面权的契约中有批“其田十二年之内不准取赎,十二年之外听凭原价取赎”。^④

正如曾小萍所言,雍正八年和乾隆十八年的立法措施是试图“澄清并容忍”有条件出售,并防止诉讼,通过这些方式消除一次特定交易是否是“有条件”或可赎回交易的模棱两可,即“1730年颁布的附属条例第95—3条,要求说明土地交易是活卖还是绝卖……减少因活卖而引发纠纷的更多办法被整合于1753年的一部清朝法律中”。^⑤但法令在实际交易中的作用并不明显,无论是典还是活卖,其具体的回赎年限均有极大的不确定性,由此,国家法令与民间实情发生了分离。按照国家法而言,活卖的回赎期限分为两种,一种是双方交易人自己约定的,一种没有约定则按例为30年;典以10年为限,但若没有特殊约定,10年过后出典人并不丧失回赎权。但在民间的实际交易过程中,无论是活卖还是典,都倾向于双方自己约定。再加上国家对于民间交易控制的相对松散,只要交易不对国家税收以及社会稳定构成威胁,政府一般也都默认百姓的交易行为。

① 清华馆藏契约文书,清华大学图书馆藏,未编号。

② 中国第一历史档案馆、中国社会科学院历史研究所合编:《清代土地占有关系与佃农抗租斗争》,第530—533页。

③ 梅颐杰编:《梅府君(梅鉴源)年谱》,熊治祁编:《湖南人物年谱》第4册,湖南人民出版社2013年版,第182页。

④ 安徽博物院藏,收藏号2:27986。

⑤ 曾小萍:《对战前中国产权的评论》,曾小萍、欧中坦、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27页。Jing Junjian, “Legislation Related to the Civil Economy in the Qing Dynasty,” *In Civil Law in Qing and Republican China*, edited by Kathryn Bernhardt and Philip C. C. Huang, Stanford, Calif.: Stanford University Press, 1994, pp. 68—70.

五、合与分：清代乡村土地交易中的典与活卖

关于地价差异,本文不做过多讨论,一是由于土地价格时空差异巨大,对典与活卖价格进行比较需要具备苛刻的条件,包括在地价没有明显波动的同一时空同时存在典与活卖,且有足够可用的样本,且在比较的过程中,还需要注意度量衡的一致性 or 可换算性;二是目前学界关于典与活卖价格的差异性意见比较统一,即典价一般相当于地价的50%至60%,而活卖价一般高于典价。^①

典与活卖概念分别于宋代及明中叶发展较为成熟,至清代形成合流。对于清朝政府及官员而言,典与活卖二者不同,但于普通百姓而言,活卖与典没有什么差别。清末典契税重新征收,加剧了二者的模糊性。民国对典与活卖概念的理解与运用延续了清朝,一些学者和官员引入西方经济学、法学理论,在面对典与活卖时往往显得无所适从,经常互相矛盾。当代学者与民国之人面临着同样的困境,产生了两种截然相反的观点。将产权转移视为一种动态的过程,从税契、推收过割与完粮来重新审视,可以得出以下结论:活卖契均须缴纳契税,但逃税情况严重,典契税自乾隆二十四年取消之后,仍有收税现象,目的是增加税收;地方政府为了保证赋税征收,根据不同情况要求典契过割与否,活卖亦有不过割情况,缘由不单单是交易双方逃避契税,亦和逃避赋税相关,而清朝土地按户征税,产不出户、税在本户时,自然也无需过割;税粮问题往往在交易时由双方商议而定,缴纳方式多样。根据清中期律例,活卖回赎期限分为两种,一种由交易双方自行约定,一种没有约定者则为30年。民人典当期限以三五年至10年为界,但若没有特殊约定,10年之后,出典人仍有回赎权。民间实际交易中典与活卖定回赎期限与不定回赎期限者均可见到,且以不定期限最为常见。清朝力图限制典与卖的模糊性,区分典与活卖、规定回赎年限,但效果不佳。

至此,我们对于清代典与活卖的实际情况有了清晰的理解,单纯地讲典与活卖之同或异是没有价值和意义的,更重要地是要理解二者合与分背后的历史原因和过程。尽管二者产生的源流不同,但可回赎条件的相似使得其界限模糊,二者在没有接受过现代经济学、法学理论训练的清朝普通百姓眼中,没有什么不同。对百姓而言,是否税契过割,由谁来完粮才是最重要的关系切身利益的事情。而对清朝政府和官员来说,考虑到赋税征收、减少诉讼、维持社会稳定等实际情况,在过割、税契、完粮、回赎期限等方面对二者都进行了一定的限制,力图澄清二者之间的差异,消除因差异所带来的经济和社会问题。当然,这些限制也只是一些具体的举措,并没有上升到深层次的学理层面。但这些措施推出后,直接影响到了百姓的日常交易,其会根据国家制度对交易及其内涵进行实时的调整,在制度空间内以谋取自身利益的最大化。基于此,典与活卖二者呈现给我们的面貌就是“合与分”,这种面貌和印象延续至民国而至于当下。

更值得我们进一步追问的是,为何如此相悖的“表达”与“实践”会并存于整个清代并延续至民国甚至影响到当代学者的认知?在如此长时段内,二者的均衡如何维持?典与活卖背后的合与分不是单用国家与社会这些笼统且二分的概念所能解释的,其深层的历史逻辑当是隐藏于赋役制度、中间团体等问题背后。税契、推收过割与完粮背后是业的转移,在此姑且将其限称为土地所有者的变化,而管业者在王朝体制下的表现即为“户”,无论是典还是活卖,都牵涉到户地关系。当土地所有或实际占有者发生变化的时候,若能够在经济体制内不影响政府税收和社会稳定,则官府一般对民间利用制度设计“发明”的一套处理方式不予置问。但当事人为了追逐利益,往往会利用各种渠道方式以减少中间费用以及逃避赋税的征收,而典与活卖作为租佃至绝卖交易链中的中间环节,最容易滋生诸多弊病,其在清朝的“合与分”即是最重要的特征表现,这与清廷国家治理目标相悖,由此清政府才多次立法试图从根本上解决相关问题。无论是民间百姓的利益追逐还是政府层面的法令措施,其得

^① 参见严桂夫、王国键:《徽州文书档案》,安徽人民出版社2005年版,第156页。

以实行的前提均是围绕着王朝经济体制中最为根本的赋役制度展开。乡地、乡约、里书、歇家、官中等中间团体是处理相关事务的真正操作者和实施者,且能够很好地把握二者之间的平衡,以使得相悖的“表达”与“实践”能够长期并存。

The Similarities and Differences: The Pawn and Flexible Selling with Redemption in the Trades of Lands in the Villages in the Qing Dynasty

Wang Zhenghua

Abstract: There are opposite opinions about pawn and flexible selling with redemption in the trades of lands in the academic circles, but there are few clear demonstration and analysis. From the evolution of ideas and the transfer of property rights in actual transactions, it can be found that the pawn and flexible selling with redemption in the Qing Dynasty were obviously similar and different. That is to say, there was no difference between pawn and flexible selling with redemption in ordinary people's daily cognition and transaction. However, in the specific transaction process of pawn and flexible selling, different practical methods were adopted for paying deed tax, tui shou guo ge and paying land tax, which reflected the operation logic of seeking interests and also shaped the confluence of them. For the Qing government and officials, in order to ensure tax payment and reduce litigation, the laws have been made for many times to clarify the differences between them for eliminating the disadvantages caused by the ambiguity of pawn and flexible selling with redemption, especially in terms of additional price and redemption. And it directly affect the adjustment of folk trade practice to the connotation cognition of pawn and flexible selling, but the effect was very little. This confusion was aggravated by the re-levy of deed tax in the late Qing Dynasty, which continued to be discussed in the Republic of China on the issue of property rights in modern civil law. And the cognitive dilemma of current scholars is similar to that of scholars in the Republic of China.

Keywords: Pawn, Flexible Selling with Redemption, Paying Deed Tax, Tui Shou Guo Ge, Paying Land Tax, Time Limit of Redemption

(责任编辑:王小嘉)