

# 清代法律對活賣之規範 與民間的活賣習慣

張益祥\*

## 要 目

- 一、前言
- 二、活賣、絕賣及典
  - (一) 典與賣的差別
  - (二) 介於典與賣中間的形態：活賣
- 三、清代法令對活賣的認定
  - (一) 雍正八年條例以前
  - (二) 雍正八年條例
  - (三) 乾隆九年定例
  - (四) 乾隆十八年戶部定例
  - (五) 乾隆十八年條例
- 四、清代法令對活賣的定位
- 五、結 語

## 摘 要

活賣是明清時期盛行於中國民間的土地交易習慣，但這種交易關係的性質到底屬於典抑或屬於賣，則有不同的看法。如果單就清代法律文獻的記載以觀，清代官方確實一直注意著某種介於典與賣之間的活賣：這種田產買賣即使經過稅契過割等確認產權變動的程序，仍不完全排斥賣主日後可

---

\* 國立政治大學法學碩士、律師，現在美國賓州州立大學 Dickinson School of Law 攻讀 LL.M. 學位。

向買主行使找貼或回贖的請求。從清代官方對於活賣立法的相關討論可知，活賣係「賣而仍欲找贖」的田產交易，惟在法律效果上又籠統地「以典契論」一語帶過，可見清代官方亦承認此種田產交易係與絕賣有別，且與典不同的「活賣」。

對於活賣，清代初期並無清楚的法令予以規範，僅以稅契過割與否決定買賣是否杜絕。直至雍正八年（1730）始承認民間活賣田產的現象，轉而從契約文書記載區別絕賣與活賣，並明確規範找貼回贖的方式及任意告找告贖的法律效果。乾隆時期，則試圖以契約年代是否久遠作為準標，來限制雍正八年條例所承認的活賣範圍。在一系列的嘗試後，乾隆十八年（1753）終於以三十年內外決定田產買賣是活是絕。這個分別三十年內外的規定，究其本意，原僅適用於乾隆十八年以前買賣絕、活不明的情形，但由於《大清律例》的語義不夠周延，以致亦有官員將三十年解釋為回贖期間。惟大體上而言，如果田產買賣契約明確附註找贖條款，則不論該田產買賣年代久近，法律均認為找贖為合法。

關鍵字：活賣、絕賣、典

## 一、前言

如果只看《大清律例》與《戶部則例》中有關民間田產交易的規定，我們可以獲得一個粗略的印象：相較於清政府透過繁多的法令規範稅契（徵收土地交易稅）與推收（變更稅糧負擔人名義）事項，清代官方對於交易當事人之間從立契至移交土地的過程，除了偶爾以頒布契式或通飭的形式予以指導外，基本上法律是抱著不過度干涉的態度。在這種態度下，民間基於各別的動機（風俗、族誼、地價上漲、匿稅…），縱使

## **Regulations on Selling with Recourse under Qing Law and the Practice of Selling with Recourse in Qing Society**

Chang Yi-Hsiang

Selling with recourse was a common practice in land deals during the Qing Dynasty in China. However, people have different points of views on this type of transaction. Is this a sort of pawn or selling? Qing legal literature indicated that Qing officials did pay close attention to this type of transaction in between pawn and selling: This type of transaction was made under indenture and proper assignment of property right. Yet, this full discharge of contractual obligation did not preclude the seller to request to redeem the sold property at a later date. Related discussion on the legislation of selling with recourse in the Qing Dynasty gave us the impression that selling with recourse was a form of land trade whereby “the selling entails subsequent reversion of property through redemption”. But the legal effect was just manifested grossly as “an indenture”. As such, we could see that Qing officials did recognize this type of land deal was different from selling without recourse and also different from pawn. This is selling with recourse.

In the early Qing Dynasty, there were no explicit legal rules governing selling with recourse. They tended to determine whether the selling was conditional by the payment of deed tax and registration for transferring property. Until the 8<sup>th</sup> year of Emperor Ong Zheng (1730), the Qing government began to recognize the practice of selling with recourse. They started to specify in the indenture whether the selling was made with or without recourse. For selling with recourse, how to exercise the right of redemption and the legal effect of illicit redemption were

also specified in the indenture. During the time of Emperor Qian Long, the Qing government tended to use term of the indenture as a yardstick to regulate selling with recourse recognized by the bylaw of Qing. After series of attempts, the Qing government set the term of 30 years for the exercise of the right of redemption under selling with recourse in the 18<sup>th</sup> year of Emperor Qian Long (1753). If such right was not exercised within 30 years, the selling would turn without recourse. This new law was intended to be applicable to the land deal before 1753 whereby selling with or without resource was not clear cut. However, the wording of the “Qing Code” has not been explicit and detailed, to the effect that some officials interpreted the term of 30 years as the redemption period. By and large, if the provisions of redemption were explicitly stated in the indenture, Qing law recognized redemption was legal irrespective how long the land deal has been made.

Keywords: selling with recourse (huo-mai), selling without recourse (jue-mai), pawn (dian)

向買主行使找貼或回贖的請求。從清代官方對於活賣立法的相關討論可知，活賣係「賣而仍欲找贖」的田產交易，惟在法律效果上又籠統地「以典契論」一語帶過，可見清代官方亦承認此種田產交易係與絕賣有別，且與典不同的「活賣」。

對於活賣，清代初期並無清楚的法令予以規範，僅以稅契過割與否決定買賣是否杜絕。直至雍正八年（1730）始承認民間活賣田產的現象，轉而從契約文書記載區別絕賣與活賣，並明確規範找貼回贖的方式及任意告找告贖的法律效果。乾隆時期，則試圖以契約年代是否久遠作為準標，來限制雍正八年條例所承認的活賣範圍。在一系列的嘗試後，乾隆十八年（1753）終於以三十年內外決定田產買賣是活是絕。這個分別三十年內外的規定，究其本意，原僅適用於乾隆十八年以前買賣絕、活不明的情形，但由於《大清律例》的語義不夠周延，以致亦有官員將三十年解釋為回贖期間。惟大體上而言，如果田產買賣契約明確附註找贖條款，則不論該田產買賣年代久近，法律均認為找贖為合法。

關鍵字：活賣、絕賣、典

## 一、前言

如果只看《大清律例》與《戶部則例》中有關民間田產交易的規定，我們可以獲得一個粗略的印象：相較於清政府透過繁多的法令規範稅契（徵收土地交易稅）與推收（變更稅糧負擔人名義）事項，清代官方對於交易當事人之間從立契至移交土地的過程，除了偶爾以頒布契式或通飭的形式予以指導外，基本上法律是抱著不過度干涉的態度。在這種態度下，民間基於各別的動機（風俗、族誼、地價上漲、匿稅…），縱使

對於讓與的田產有不排除日後予以回贖的約定（此種田產即稱之為「活產」；而移轉後不得回贖的田產即為「絕產」），法律並無明文禁止此種約定的規定。相對地，雍正八年（1730），清廷於附律條例明定在一定的條件下，移轉的田產可以回贖，並可以透過找貼的手續，由活轉絕；如不符該條件者，當事人間的約定並非無效，而是當作不得取贖的絕賣。

儘管清代法律不禁止活產，但是作成活產的法律關係或交易類型到底是什麼呢？眾所週知，較為明確的一種類型即為清代法律所明文的「典」，惟清代官方文件常提及的「活契典業」或「活契典當田房」是否不止典一端而已？就此而言，當今的中國法史學界大致上有兩種看法。一是認為除了典之外，尚存在著有別於典的「活賣」這一類型；另一是認為典與活賣並無不同，換言之，典即活賣。這兩種相異的看法，實際上牽動了詮釋清代法制有關買賣與典之間的範圍。

為數頗多的台、中、日中國法制史學者，認為清代的田產買賣除了絕賣之外，尚有活賣。他們大多運用歐陸法系的民法概念—諸如附條件之法律行為、土地所有權的概念—來分析活賣。例如仁井田陸認為，活賣是附買回條件的買賣，絕賣則是無條件的永久買賣；<sup>1</sup>戴炎輝指出活賣者係將所有權移轉於他方，故與典不同，而活賣因可以回贖，又與絕賣相異；<sup>2</sup>章有義亦認為活賣係賣主保留日後可以贖回或加價作絕的權利，並與具有債務擔保或抵押性質而僅移轉使用收益權的典不同；<sup>3</sup>張富美於〈清代典買田宅律令之演變與台灣不動產交易的找

1 仁井田陸，《補訂中國法制史研究：土地法·取引法》，頁382，511-513。

2 戴炎輝（田井輝雄），〈支那・臺灣に於ける不動産買賣の回贖及找貼〉，《台法月報》第37卷第2號（台北，1943），頁1-3。戴炎輝，《中國法制史》（台北：三民書局，1991九版），頁311。

3 章有義，《明清徽州土地關係研究》（北京：中國社會科學出版社，1984），頁76-77。

價問題〉一文，亦未超出仁井田氏、戴氏與章氏的見解；<sup>4</sup>另外，鄭宏基把活賣定位為「附有約款之買賣」，則與前述各家說法大同小異。<sup>5</sup>以上可謂係承認活賣有別於絕賣與典的見解。除以現今法學概念或用語的解釋途徑之外，楊國楨認為活賣係賣出田地時，不領足價，而留有贖回或索找的權利，而較不強調活賣係移轉所有權，因此他還指出，訂立活契時，地權不必推收過割，賣主仍承擔差糧義務。<sup>6</sup>也有從側面理解活賣係另一特殊買賣類型的法律史學者，例如梁治平承認活賣是介於典與賣的類型，梁氏雖未直接定義活賣，但謂活賣是賣的變體。<sup>7</sup>

然而，亦有部分學者認為只有典與賣的區別，而「活賣」這一概念應劃歸於典的領域之中。張晉藩氏援用《大明律集說附例》的說明，以及後述的乾隆十八年條例為依據，認為「典是活賣，賣是絕賣」。<sup>8</sup>劉恆奴氏也說明「『買賣』為『絕賣』，在房屋田產等物業易主後，即認雙方關係已絕盡，不得回贖，……反之，『典』則為一種『活賣』，……即認為在典期經過之後，原業主即得隨時以原典價贖回物業」。<sup>9</sup>

上述兩派見解，極大部分是依據清代民間的契字或清末民初的田野調查作為佐證，例如仁井田陞在論及找價的問題時，引用了很多《民商事習慣調查報告錄》與「華北農村法的

4 張富美，〈清代典買田宅律令之演變與台灣不動產交易的找價問題〉，《台灣歷史上的土地問題》（台北：中央研究院台灣田野研究室，1992），頁21。

5 鄭宏基，〈從契字看台灣法律史上有關土地買賣的法規範〉（台北：國立台灣大學法律學研究所碩士論文，1998），頁85-86。

6 楊國楨，〈明清土地契約文書研究〉，頁273。

7 梁治平，〈清代習慣法：社會與國家〉（北京：中國政法大學出版社，1999），頁92-101。

8 張晉藩，〈清代民法綜論〉，頁119。

9 劉恆奴，〈台灣法律史上國家法律體系對民間習慣規範之介入—以台灣「典」規範之變遷為例〉（台北：國立台灣大學法律學研究所碩士論文，1996），頁39。

慣行調查」的訪談資料；<sup>10</sup>戴炎輝於〈支那・臺灣に於ける不動産買賣の回贖及找貼〉一文中，詳盡地整理《中國民事習慣大全》中的各地習慣。而章有義、楊國楨、鄭宏基與劉恆奴等，亦針對活賣或典的問題，運用了諸如徽州、台灣等地的土地買賣契約檔案。從方法上來看，這些學者運用田野調查與契字等材料，無非是企圖呈現在事實層面上，曾否存在過活賣這一法律現象，就此而言，我也將延續過去研究的途徑，說明清代民間曾經存在著有別於絕賣與典的另一種土地交易類型：活賣。

除了在事實層面探討活賣外，我將再進一步檢討在規範層面上，清代法律是如何看待，或者是如何規範活賣這一民間交易現象。很幸運的是，清代在雍正八年（1730）與乾隆十八年（1753）特別就絕賣與活賣的區別、轉換，制定了兩則重要條例（以下將分別簡稱「雍正八年條例」與「乾隆十八年條例」）。在此，我面臨的主要問題是，如何解讀這兩則條例以及《藩司定例》、《治浙成規》與《江蘇省例》等官方文獻對於活賣範圍參差不一的解釋。尤其是乾隆十八年條例，雖然明定「三十年以外」的活絕不明契字屬於絕賣，但是這三十年期間究竟如何起算，在清代當時即有不同看法。而在「三十年以內」作成的活絕不明契字，是否意味著在三十年期間內可以回贖？儘管日本的調查與近來的學者如王文、Brockman 將該三十年期間定位為回贖權消滅時效或典權期限，<sup>11</sup>似乎認為活賣

10 「華北農村法的慣行調查」即為《中國農村慣行調查》六卷之前身。請參見仁井田陞，《補訂中國法制史研究：土地法・取引法》，頁331，補1之說明。

11 請參考《滿洲舊慣調查報告書》「典之慣習」，轉引自寺田浩明，〈清代中期の典規制にみえる期限の意味について〉，《東洋法史探究》（東京：汲古書院，1987），頁343-344。王文，〈典權期限之研究〉，《政大法學評論》第4期（台北，1971），頁213-214。Rosser H. Brockman, "Commercial Contract Law in Late Nineteenth Century Taiwan", in Jerome Alan Cohen, R. Randle Edwards & Fu-mei Chang Chen (ed.), *Essays on China's Legal Tradition*, (Princeton: Princeton University Press, 1980), pp. 88-89.