

司

关键词
收稿日期
作者

中国一
起
不完
制度
有

臣并言

的

天官
形式 博 则是其
为 本书中
五
论 下

要也更为基础性的是 中国人对契约的理解 是将其作为一种制度安排 以为契约是 立信、结信、征信的。这后一点 是所有一切的基础性认识和基本前提。

敬畏契约 西方尤然 故人们常将其与法律相比拟。在西方法谚中 合意生法律
合意成契约为法律

或 当事人的协议使契约具备了法律效力

契约因当事人协议一致而具有法律效力

都强调当事人之间所订立的契约 即为当事人的立法。这是西方私法自治 意思自治 原则承认私人事务的处理 应当听任其自由意思为之的精神。

一个基本的事实是 这样一种契约精神 在古代的中国并不缺乏 甚至还很浓厚。中国的契约语言 早期的三个发展阶段有三种说法 但无一例外地都表现了对这种合意的敬畏。

一 汉以来的 民有私约如律令

将契约的约定比拟为律令 民有私约 如律令 或有私约者当律令 即契约具有与律令一样必得遵行的效力 是汉代以来契约的常用语。

王国维 观堂集林 卷 云 汉时行下诏书 或曰 如诏书 或曰 如律令。苟一事为律令所未具而以诏书定之者 则曰 如诏书 苟为律令所已定而但以诏书督促之者 则曰 如律令。 如律令 一语 不独诏书 凡上告下之文 皆得用之 其后民间契约 道家符咒 亦皆用之。 确如王国维所言 我们今天所能见到的汉代契约 在 买地券 这种为死者虚拟的买卖土地的契约中 可以看到频繁使用 如律令 一类句式的情形 后世同汉。

据张传玺 中国历代契约会编考释 从东汉开始历三国、两晋、南朝宋齐梁直到唐五代、北宋、金、元、明的 件买地券中 分别使用了 如律令、 以为析 律 令、 这以为析 律 令、 一如律令、 有私约者当律令、 民有私约 如律令 等 种套语。其中 充斥了夸张性语言的、道教色彩浓厚的地契也有许多 如 急急如律令、 如天帝律令、 急急如太上律令、 急急如五帝女清律令、 急急如五常使者女青律令、 一如奉 太上老君陛下之青诏书律令 等 但在强调 如律令 这一点上 是相同的。

买地券中的 如律令 等说法 学者以为是模仿实契而来的。这种说法 可以从吐蕃占领时期的敦煌契约中得到印证。敦煌有 个便麦契 使用了 仍任将契为领六 令律、 仍任将此契为令六 律、 仍任将契为领 令 律、 仍任将 契 为 领六 令律 等套语 意即 该契的所有约定 都与律令效力相同。此外 敦煌还有 个契约有 仍任不著领六 令律、 其 车 请不著领六 令律 的套语 意即不依照法律规定而依照本约定 通过具体的契约约定与国家法律相对抗 类似下述的 约定优先于规定 的契约精神。两种套语的意指虽不同 但都在张大契内约定的效力 以示其不可移易。这表明这种视契约如法律的意识 在契约生活中是一种实际的存在 并影响着民间契约生活。

二 北凉、高昌的 民有私要 要行二主

北凉时期的吐鲁番契约中 有 民有私要 要行二主 套语。至高昌 这一套语几乎是每契必具。比如 高昌 件卖买田园、卖薪、买作人、买舍地等契券中 共 件有该套语 件租佃契 即夏田、夏树、赁舍券 中 件有 件借贷契约 举锦、举麦、举钱券 中 件有 无者皆属于残契 可能也存有这样的语句 件雇佣契约 雇放羊、雇岁作券 中全部有。在具体表述上 一般都采用 民有私要 要行二主 各自署名为信 在时间上 唐

之类的法谚。这里的公法是指强行法而言的 而 契约胜法律 的所谓法律是指任意法而言的。任意法可以以契约排除其适用 而强行法则不可。因之 在西方 法律中常有 法律行为违背强制或禁止性规定者 无效 的规定 作为对 约定优先于规定 的限制。但在中国 约定优先于规定 的精神是通过扭曲的方式展示出来的 其发生作用的方式也是特别的。

一方面 在 家资尽者 役身折酬 等以 家资 作为出举 有息借贷 之债的履行方式的场合 契约中例有 听掣家资杂物 的约定 但也不乏反制度的、违法的约定。比如 契约中可以约定 牵掣家资牛畜 有剩不追 、 掣夺房资什物 用充麦直。有剩不 在 论限 等 这些契约约定 属于唐 杂令 中所谓 契外掣夺 明显违背 唐律疏议 杂律 禁止 强牵掣财物过本契 的规定精神 民间显然是在与法律强行规定相对抗。如果说这种约定涉嫌违背 私约不损公法 理念 那么 我们就应关注另一种 预防性 的约定 旨在抵抗国家临时发布的私债赦免令、以求取得 约定优先于规定 效果的情形。

在这方面 这种契约精神自始就是国家强权的对立面 是对国家过度干预民间契约的一种强烈回应。比如 契约约定 公私债负停征 此物不在停限 、 如后有恩赦 不在免限 契约中的这类抵赦条款 与国家的大赦令屡屡赦免民间债负相对抗。笔者曾撰文讨论过敦煌吐鲁番借贷契约中的抵赦免条款问题 就其与当时国家对民间债负的赦免问题进行了分析 基本的结论是 契约中的这种抵赦条款 是唐宋时期民间高利贷与国家控制的博弈。我现在仍坚持这一基本结论 但这里更强调前述资料中所反映的 民间意识 及其细节问题。因为债负赦免问题是复杂的 不仅包括高利贷 而且涉及其他借贷并波及到了其他契约形式 是一个带有全局性的问题。

一 高利贷债负赦免的初衷及其带来的问题

按 魏书 释老志 记载 国家最初对私债的赦免 针对的是 偿利过本 及 翻改券契 等两种民间高利贷行为 前者因其违背了 一本一利 的收利不过本的规则 后者则是禁止 回利为本 的复利行为 翻改初券 即将原本与利息重新计作本钱而生利 。唐、五代及南宋、元初赦令 基本延续了这个传统。从现有资料看 这一干预过程 自北魏开始 一直延续到元初。敦煌吐鲁番借贷契约中的抵赦条款 处于这一时期的中段 它是民间高利贷对抗国家赦免私债的契约表现。契约中的抵赦条款的反复出现与国家免除民间债负赦令的频繁发布 反映了民间高利贷与国家控制的长时间博弈。到明清时期 国家不再以赦令形式免除私债 契约中的抵赦条款也随即消失。

赦免私债的初衷 在执行中经常变味 正常的契约约定得不到尊重 债权人的正当利益经常受到损失。比如北魏 魏书 孝庄帝纪 永安二年 年 八月诏 诸有公私债负 一钱以上、巨万以还 悉皆禁断 不得征责。 公债负先不论 私债负不论数额大小 一律不允许征偿 问题颇多。因本利征偿情况 每一宗债负会有不同 既可能有征利过本的 也可能有本钱都没有征回的。不分青红皂白 一律免征 殊不合理。而这种极端情形 在古代一再出现。南宋淳熙十六年 年 光宗 登极赦 文云 凡民间所欠债负 不以久近、多少 一切除放。该赦文发布后 遂有方出钱旬日 未得一息 而并本尽失之者 的情形。 对此 沈家本评论曰 民间债负乃私有之权 本不应在赦中。赦本非美事 此尤为失之甚者。 沈氏此论 是出自西风东渐之后的私权神圣观念的评价。

因而 我们说古代国家赦免私债 表明国家权力一度对纯粹民间事务的干预范围大、程度深、力量强。这里更应强调的是 这种干预惯性所造成的深层次问题。

二 合法有息借贷、无息借贷中出现抵赦条款的意味

就此而言 抵赦条款应从两方面来分析。一方面 违背法定利率的高利贷是应该被禁止的

大氛围中
解。在法
立作
子
事实
这是
平衡
见的
有符
契
券
分
引
下
几

跟调君
的是一
作为制
符节
有才能
这样呢
时
制度与
期指
信。
不是说
之
策为
于它们
不如
见定力
无端
这

也能将契
诚信之外
到了
的人
见
龙书
市指市

为一种制度安
立公信 机制。
作为制度被普遍
在使用 券契、
者认为慎子的说
也云 朝市征
公私都免不了
太平御览 一本
是以分马者之
钩策本身是超
曰 使信士
证守信的 信
是 去私 而
都无关系 重
的信赖要优于

上
策分
以
以
占阄 来分
到均平 而是
因此而去拘怨
用秤锤

一道理的。 慎子 云
以钩、策为均也。 得 者
以公 契
公以私也。

者不
以

用投策 拈阄、抽签 来分配马匹 不是
因此而去感激什么
恩戴德。同理 用
了求得 公正
斗斛来度量

以及
以立公信

筹、 闭户 等机 我们
得到的是皆无异言的 公信。
这是法家对中国思想的贡献

以质剂结 是说契
合意 之 私
就不 契约精

神表现
作为契约
契约基本上排斥口头契
以信
信之
的性质。

双方当事
今恐无
立此契

安排性
无法操
契约实
任

机制

义上的
责者
众在解
书也。
云
券书
是亦

由
谓
期的

的依
券证

及质
行检
只
属
资财
依
的正

的
而
是
三。
理

天
不得
清了
证据。
掉了。
得到被
为证据
府陈崇
借契等
日被族人
的自家
当时案
法官就
执行。就
方法律精

是法官审理争讼时必须调
质契要由承押人收执 以备
期交付的赎金文据 淮阴县
承押人实际拥有出押人先期

等而逃 。牛主征租 不仅得
籍问题不予受理。泰兴县令

婚书又失 欲娶郝女 郝
过第二证据判决此案。
租赋记录、财产清单为佐证
且杨氏颇有心计 在棉衣中
财产相符 遂将田产断与杨

践中均有证明力。契约即是
中国 契约同样被比类为法
神 也是一种文化精神。它

法谚 二
西方法谚
观堂集林
中国历代
波 法谚 一
无忌 唐律疏
存福 敦煌吐鲁
互 容斋随笔

肃政法学院学报

唐代刑

北京 中华书局

文书辑校 南京 江苏古籍出版社

第 册 石家庄 河北人民出版社

钱熙祚 辑 守山阁丛书 第 册 刻本

第 册 石家庄 河北教育出版社

下 北京 中国政法大学出版社

北京 中国政法大学出版社

出版社

上海 复旦大学出版社

中国历

ABSTRACTS

History and Logic of the Development of Chinese Philosophy since the Reform

SUN Zheng-yu

Abstract -
-
-

Keywords

The Rising of Neo-tradition: Idea Transition and the Life Style in Late Ming Dynasty

GAO Xiang

Abstract -
-
-
-

Keywords

The Connotation and Its Modern Value of the Contract Spirits of Ancient China

HUO Cun-fu

Abstract -
-
-

Keywords

The Buddhist Orientation of the Jingong Style Poems

WANG Shu-hai, WANG Yan-ling

Abstract -