

要也更为基础性的是- 中国人对契约的理解- 是
结信、征信的。这后一点- 是所有一切的

制度安排- 以为契约是 立信、
本前提。

敬畏

敬畏契约- 西方尤然- 故人们常将其与法律
>?!# \$! 'A 5 09.99601.9/- 合意成契约为法
'")\$ 09.9- 或 当事人的协议使契约具备了法
'A \$ \$!)~1\$')\$ 01.9- 契约因当事人协议一
\$!'C"!> H\$~D\$!, "1#5 01.9- 都强调当事人之
方私法自治 1意思自治 5 原则承认私人事务的处理

谚中- 合意生法律 1=~1#1 \$
)~1#S&&\$ \$!) 'A ~D\$!)~1-
&'1# "D, "1#)~1#S&&\$ \$!
1=~1\$')\$ \$?! \$!E 'A D">
即为当事人的立法。这是西
白意思为之的精神。

一个基本的事实是: 这样一种契约精神- 在古
约语言- 早期的三个发展阶段有三种说法- 但无一
1- 5 汉以来的 民有私约如律令

- 甚至还很浓厚。中国的契
这种合意的敬畏。

将契约的约定比拟为律令 民有私约- 如
律令一样必得遵行的效力- 是汉代以来契约的常用
王国维 观堂集林 卷 97云; 汉时行下诏-
为律令所未具而以诏书定之者- 则曰 如诏书 /
如律令 。 如律令 一语- 不独诏书- 凡上
符咒- 亦皆用之。 01.99601.9- 确如王国维所言- 我们
为死者虚拟的买卖土地的契约中- 可以看到频繁使

者当律令 - 即契约具有与
或曰 如律令 。 苟一事
但以诏书督促之者- 则曰
其后民间契约- 道家
约- 在 买地券 这种
的情形/ 后世同汉。

据张传玺 中国历代契约会编考释 - 从东汉
北宋、金、元、明的 :fi件买地券中- 分别使用了
1律 5 令、 一如律令、 有私约者当律令、 民
了夸张性语言的、道教色彩浓厚的地契也有许多-
太上律令、 急急如五帝女清律令、 急急如五帝
之青诏书律令 等- 但在强调 如律令 这一点上

朝宋齐梁直到唐五代、
律 5 令、 这以为析
种套语。其中- 充斥
帝律令、 急急如
太上老君陛下

买地券中的 如律令 等说法- 学者以为是模
时期的敦煌契约中得到印证。敦煌有 个便麦契-
此契为令六 1律 5、 仍任将契为领 1令 5 0律。
语 01.99601.9- 意即; 该契的所有约定- 都与律令效力
不著领六 1令律 5、 其 0车。 请不著领六 1令律 5
照本约定- 通过具体的契约约定与国家法律相对抗
神, 两种套语的意指虽不同- 但都在张大契内约定
如法律的意识- 在契约生活中是一种实际的存在- 5

可以从吐蕃占领
令律 5、 仍任将
1令律 5 等套
契约有 仍任不
法律规定而依
定 的契约精
用这种视契约

1二 5 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
契 5 比如- 高昌 9: 件卖买田园、卖薪、买作
件 夏田、夏树、赁舍券 5 中 1/件有- 5
件 可能也存有这样的语句/
有 民有私要- 要行

几乎是每
语/ :/
中 97
全部
唐

初也沿用了高昌时期的该套语- 太宗贞观、高宗永徽、乾封时仍在使用的。

民有私要- 要行二主 强调私人间的约定应该也必须得到双方当事人的遵从- 类似西方契约是当事人的法律 的说法- 所以一旦有约定- 必须通行 于双方当事人之间。与汉以来的前述套语相比- 它没有与律令相类比- 而是更着眼于其纯粹的民间性。

1.3.5 唐代的 官有政法- 人从私契

唐代吐鲁番契约- 对此套语略作改造- 形成了 官有政法- 民从私契 - 增加了 官 及政法 的对照。这一过程- 从太宗贞观二十三年 18 年 5 开始- 高宗以后沿袭了这个改变。同时- 从唐高宗龙朔元年 1 889 年 5 起- 开始避太宗李世民讳- 民从私契 变成了 人从私契 。而在敦煌- 受唐风的影响- 在吐蕃占领时期及以后的契约中- 也能见到 官有政法- 人从私契 套语。后一句- 有时也作 人从私断 、 人从此契 - 意思未变。

在唐代- 举凡买卖、租佃、借贷、博易、雇佣、伤害赔偿等契约- 都有 官有政法- 人从私契 套语出现/ 甚至契约样文如 放良文书格式 中- 也有使用 官有政法- 人从私契 套语。这一习俗- 延续到了五代时期的敦煌。我们只在 北 九八四年 5 喜县马隐父子卖坟地券 这个虚拟的契约中- 看到了 官有政法- 人从私契 套语。与此不同。或许- 这来源于宋初的法律规定。

官有政法- 人从私契 套语- 在 官、民 对举中- 强调了私契与官法的相同性- 强调私契与官法一样的必得遵从的特性。即是说- 官民都要 官服从政令、民遵从契、券约定/ 人从私契 保留了此套语- 以示其与 官有政法 的公 意不同- 因而在其后埋伏了抵抗 官有政法 的抵赦条款的意识原因。这显示了 人从私契 从的是私契的约定。

总之- 汉以来 有私要- 要行二主 的套语- 视契约如法律- 在中国契约史上具有特别的地位。北凉、高昌的 民有私要- 要行二主 套语- 显示了 中国人建立起了他们的敬畏契约的基本精神。

契

方法 主张 习惯与 适用 契约精神最终 高于法律的

C § D' > &!, &H, D 'A 5⁰ 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 1有息借贷 5 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 0在。论限等⁰。86 /。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⁰⁸。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⁰。 /。 如后有恩赦。不在免限⁰。8:6:7 /。 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制赦免条款问题。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。⁰⁷ 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。

1— 5 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 1 翻改初券 即将原本与利息重新计作本钱而生利 5。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 1 11年 5 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 1 99~11年 5 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。⁰⁷。91 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。⁰⁶。77:6 77 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。

1二 5 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。

因为它违背了强行法的要求。唐代 杂令 公私以财物出举 条- 比较全面地规定了有息借贷契约 1出举5 的利息禁制等;

诸公私以财物出举者- 任依私契- 官不为理。每月取利- 不得过六分。积日虽多- 不得过一倍。 又不得回利为本 1其放财物为粟麦者- 亦不得回利为本及过一倍 5。若违法积利、契外掣夺及非出息之债者- 官为理。^{09, 916 9:}

这里有三个限定条件- 一是最高利率的限制- 每月取利- 不得过六分 / 二是利息的总量控制- 积日虽多- 不得过一倍 - 即利息总量不得超过本金/ 三是复利的禁制问题- 不得回利为本 即不得将利息作为本钱重复生利。按 法律行为违背强制或禁止性规定者- 无效 的原理- 国家对高利贷的任何一项违规行为所造成的债负进行赦免- 是符合法理的。

另一方面- 债负赦免如果针对了未违背法定利率的出举 1有息借贷 5 债负而进行- 就有问题了- 因为这里不存在违背强行法的情事。我们现在注意到的是- 国家对有息借贷 1出举 5 高利盘剥的赦免初衷- 不仅涉及到未违背法定利率的出举 1有息借贷 5 债负- 甚至最后竟也波及到无息借贷- 致使抵赦条款也出现在无息借贷契约中。在可以考定为无息借贷的唐及吐蕃 :个借贷契约中- 也出现了 中间如有恩赦- 不在免限 、 如后有恩赦- 不在免限 的抵赦条款。^{0 1: 8- : 7/0 99, 9:} 这反映了民间防御意识在强化- 希望通过抵赦条款取得主动- 得到 约定优先于规定 的效果。赦免债负波及无息借贷- 与国家倡导民间相互抚恤以及无息借贷的互助功能、缺乏图利意识的道德指向- 出现了严重冲突- 并不合算。

1三 5 买卖契约中出现抵赦条款的问题

高利贷债负的赦免是欲解小民重困 - 但那本来是借贷领域的事情。问题是国家赦令也牵涉到其他契约形式- 比如买卖关系- 致使民间在买卖时也担心国家大赦令的突然出现- 故而买卖契约中也出现了抵赦条款。

我们注意到- 唐五代时期的敦煌买卖契约中- 有 99 个具有抵赦条款- 包括 :个卖地契- 1个卖 1宅 5 舍契- 9个换舍地契- 9个卖儿契- 9个买舍契。除 吐蕃末年 1八二七年 < 5 敦煌安环清卖地契 中约定 已后若恩赦- 安清罚金伍两- 纳入官 外- 其余 9/件大抵均写明 或遇恩赦大赦流行- 亦不在论理之限 、 中间或有恩赦流行- 亦不在论理之限 等。^{0 1: 186 1 7}

无疑- 这是民间社会被国家赦令逼出来的举动。但其中包含的意义却是: 民间希望自己的契约受到保护 既得不到国家的强有力、始终一贯的严格保护- 那就来个自我保护 以当事人双方合意的形式堵塞国家随时可能发布的大赦令免除债务的意图。因此 后有恩赦- 不在免限 - 是民间努力争取先机- 时间上来个 约定先于规定 - 以取得 约定优先于规定 的效果。国家有时不尊重我- 我就来个自尊、自重。

、 、 、 : 契

西谚谓: 契约应严守 1° !"\$' C! #H+ I& @' \$15^{0 1: 186 1 7} 诚信原则之要求- 在乎依约履行 1J""+ D1& +!> }+ # \$' SA @' \$# 'C"!+ &, }# @' H! +~}!5^{09, 9:} 甚至强调 订约在己- 解约不在己 1 K# > H! \$', "> #! 1~\$ \$ +#)@' "C!5^{0 1: 186 1 7} 这都是突出诚信、守信、践约。

与西方文化不同- 中国文化的核心是道德原则与伦理秩序/ 但在普遍的重人伦道德、重人生

我们曾指出: 国家对放免民间债务的认识- 出发点在于嫉富怜贫意识、父家长 意识、清静官府意识- 并夹杂了对放债造成社会问题的清醒认识。比如唐宪宗敕文云: 京城内私债- 本因富饶之家- 乘人急切- 终令贫乏之辈- 陷死逃亡。主保既无- 资产亦竭- 徒扰公府- 无益私家。后晋高祖天福五年诏也云 宜蠲宿负- 以惠黎元 。这都是意欲解除受困于高利盘剥下的穷苦百姓- 缓解社会矛盾的不得不尔的办法。

子
王
文

载：以一刻结信而止讼 - 是说契

公
定
性

首先- 赎金凭证为证据。在抵押借贷中- 质契和赎金凭证等书证- 是法官审理争讼时必须调取的证据- 无则败诉。因不动产抵押- 往往以土地或房屋买契为质。质契要由承押人收执- 以备出押人取赎。唐代有个“智断隐钱”的著名案例- 因出押人缺乏先期交付的赎金文据- 淮阴县和州府都不予受理- 不得已越诉至邻县。江阴县令赵和- 以诈术得到承押人实际拥有出押人先期赎质财产的实情- 搞清了底里- 遂断给还。^{097, 88}

其次- 租契也为证据。宋代有一人租牛于邻县的姻家- 后“窃券而逃”。牛主征租- 不仅得不到租金- 牛也被卖掉了。累年打官司- 无券可质- 邻县又以管辖问题不予受理。泰兴县令刘宰- 用诡诈方法得到被盗之租契- 断令租牛者归还其牛与租金。^{098, 1:}

再次- 婚书也为证据。清代周庆云聘郝延龄女- 因家道中落- 婚书又失- 欲娶郝女- 郝延龄拒绝之。河间府陈崇砥判曰: “婚书虽失- 有媒妁可证- 终于通过第二证据判决此案。”^{017, 1:}

最后- 买契与借契等为基本证据- 若无法查证- 法官会设法依照租赋记录、财产清单为佐证断案。清代杨寡妇被族人诬以不洁- 夺其田产契券- 逐出家门。但杨氏颇有心计- 在棉衣中密藏了丈夫所记的自家“租赋出入”清单- 廖冀亨核查租赋记录与财产相符- 遂将田产断与杨氏。^{017, 91/}

这些还只是当时案例的一鳞半爪。在古代中国- 契约在制度及实践中均有证明力。契约即是当事人的法律- 法官就要以之作为审判依据- 这是西方的原理/ 在中国- 契约同样被比类为法律- 也得遵照执行。就此而言- 中国人的契约精神- 既是一种法律精神- 也是一种文化精神。它完全可以与西方法律精神相衔接- 成为构建新型法治的“中国元素”。

[参考文献]

- 0 9 . 郑玉波L 法谚; 二 OM .L 台北; 三民书局- 9fi~L
- 0 1 . 孙笑侠L 西方法谚精选 OM .L 北京; 法律出版社- 1//L
- 0 : . 王国维L 观堂集林; 第 : 册 OM .L 北京; 中华书局- 9fi~fiL
- 0 . 张传玺L 中国历代契约会编考释; 上、下 OM .L 北京; 北京大学出版社- 9fiifiL
- 0 . 郑玉波L 法谚; 一 OM .L 台北; 三民书局- 9fi~L
- 0 8 . 长孙无忌L 唐律疏议 OM .L 北京; 中华书局- 9fi~L
- 0 7 . 霍存福L 敦煌吐鲁番借贷契约的抵赦条款与国家民间债的赦免 0fiL 甘肃政法学院学报- 1//7 115L
- 0 . 洪迈L 容斋随笔 OM .L 长春; 吉林文史出版社- 9fiifiL
- 0 fi . 沈家本L 历代刑法考; 第 1 册 OM .L 北京; 中华书局- 9fi~L
- 09/. 窦仪L 宋刑统 OM .L 北京; 中华书局- 9fi~L
099. 沙知L 敦煌契约文书辑校 OM .L 南京; 江苏古籍出版社- 9fiifiL
091. 李昉L 太平御览; 第 册 OM .L 石家庄; 河北教育出版社- 9fiifiL
- 09:. 慎到L 慎子 OM . N 钱熙祚- 辑L 守山阁丛书; 第 87 册L 刻本L 金山; 钱氏- 9~ 1清道光 1 年 5L
- 09 . 李昉L 太平御览; 第 7 册 OM .L 石家庄; 河北教育出版社- 9fiifiL
- 09 . 袁枚L 子不语; 下 OM .L 北京; 中国国际广播出版社- 9fiifiL
098. 天一阁藏明钞本天圣令校证 OM .L 北京; 中华书局- 1//8L
097. 令义解 OM .L 东京; 吉川弘文馆- 9fi~L
- 09 . 郑克L 折狱龟鉴选 OM .L 北京; 群众出版社- 9fi~9L
- 09fi. 辛子牛L 中国历代名案集成; 中卷 OM .L 上海; 复旦大学出版社- 9fiifiL
- 01/. 辛子牛L 中国历代名案集成; 下卷 OM .L 上海; 复旦大学出版社- 9fiifiL

[责任编辑: 李佳欣, 高 玥]

ABSTRACTS

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

SUN Zheng-yu

Abstract =@H!#, @L~#, @% "D"!D"> S! !)!H~SH! #!, "' Q + 'i + #) ~#!% "!' Q + A K @ @# S "D , ")!## ~D=@L ' #!"D">- 'i + C!H!" % #, !?IG @!, @L~#, @% "D:/%! "#~D"!D"> # @! @!- ~"!S) ' !F, "!##L! 'i + +% ' > D# ~D@! C"! S, ")SD)!# ~D=@H!#!)@' "')Q " #) L #> 'i + S # @! M 'F- #SG@L~#, @% H)~i#S&) S!C A K @=@H!#!)@' "')S!" =@H!#! #, E!S 'i + =@L!#! #% L

Keywords "i D"> 'i + ~, !H K &/ =@L!#!, @L~#, @% M 'F#S, @L~#, @%

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

GAO Xiang

Abstract E@! > 'L ~iC ' #S!C ~, + S' + S!E! @' S '!' + L C =@L!#! #) H%A ' # @! > ~" zHA A K @ =~i R) L! !@D + #) L #! ! ' # @!) ~"L 2&S+&"HC @! ' Q M H C O %! '#% @! zHA ~D) @, !, ! @' + & i + ! "C"i! ' S"i #S!E! A @D @ ! + @! S"i #S!E! ~D zHC #%! - > 'i H #S!C ' i A) & % " ' S" + S!E! # @' , ! i - L C E@! i A S" + S!E! @' + @! L! ! # ~D, & " & L C @ & ' i H! "% 'i + , ! "#' i ' L @ + ! z! ~, > !H S > ' S " E ' ! i - P% > !S 'i + @! P% ~D, H 'i + ~ & H S!C 'i +) " S) H H C =~i R) L! ! @D + #) L # L E @ #) & % " ' S" + S!E! A ' # A K @ @! Q & ' i #S) @' "') S" ' @ & C @ H A ' # i " S z! "% > ' & % " ! S > +! ' +! !, L, "!##L! ~D @' S S! R " @! "> ~" ! S @' + H! ! ' #S!C D" ' ~iC S! ! & i S! ' S! " @! > L ~D9fi @) !H % " , " zL + @! ~" E - L ' 'i + ! !) !## "%) & % " ' D & i + S!E! ~D @') "> , "!@i #E! #S "S!C ~D @! > ~+! 'i H' S!E! ~D =@L L

Keywords ' Q M H C O %! '#% i A S" + S!E! / @ & ' i # / #) E ') & % " !

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

HUO Cunfu

Abstract E@!)~i S') S #, E!S L 'i) H! S =@H' A ' # @! " ! #, !) S 'i + D! " ~D) ~i S') S 'i + S ? H C @!)~i S') S # 'A A ' # @! " ! #, !) S D") ~i S') S 3 & @! "> ~" ! @! > ~" ! H' #D ' #, !) S # @' S @! =@L!#! , !, ! # & i + ! "#S' + H C ~D) ~i S') S S ? H C)~i S') S # 'i # # S! > ' "" i C > !H K 'i) H! S =@H' - @! # -) E ' i + @! # S S # S &) @! ' , ~ S) ' " i ? I G #) E ' # S @ # 'i + @! # S @ # A K @ L @! D > L % ' .. + L i ~ S !F S!C & # @ @!)~i S') S !R & ' S L ! !) ~i ~> D H L B i) H! S =@L!#! , !, ! #) ~i S') S #, E!S A ' # H' @) & - @ " ' 'i + ! C ' - 'i + S) 'i H!) ~i H!) S + H % @! S ! # S 'i ' i C ' #, E!S 'i + H!) "> ! @! =@L!#! ! ! > !H S \$ H & L + & , @! i A % ! ~D & ! ~D ' A L

Keywords 'i) H! S) ~i S') S #, E!S #, E!S)~i ~S S!E! / > ~+! 'i z' & !

The Buddhist Orientation of the Jinggong Style Poems

WANG Shu-hai WANG Yan-ling

Abstract S 'i C B i # @ L # , ~ > # # ') ' i + A K @ # C C ~ i C (% ! A ! ! @! > 'i H! # S S!E! ~D @! D' > ' - S!E! 'i + > ' & % " ! ~D @ # , ~! S % # % ! 'i + @! 2 & + @ # S " " H! S S!E! A ' # @! !F, "!##L! ~D @! , ~! S # @ C @