

8



沈阳师范大学学术文库·法律文化研究文丛
沈阳师范大学法律文化协同创新中心文库

明清契约的结构、 功能及意义

冯学伟 著

沈阳师范大学法律文化协同创新中心 组织编写



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



沈阳师范大学学术文库·法律文化研究文丛
沈阳师范大学法律文化协同创新文库

冯学伟 著

沈阳师范大学法律文化协同创新中心 组织编写

明清契约的结构、 功能及意义



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

明清契约的结构、功能及意义 / 冯学伟著. —北京: 法律出版社, 2015. 8

(沈阳师范大学法律文化协同创新文库)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 8375 - 9

I. ①明… II. ①冯… III. ①契约法—研究—中国—明清时代 IV. ①D923.62

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 199589 号

沈阳师范大学法律文化协同创新文库
明清契约的结构、功能及意义
冯学伟 著

编辑统筹 政务出版分社
策划编辑 吕丽丽
责任编辑 吕丽丽
装帧设计 贾丹丹

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京京华虎彩印刷有限公司
责任印制 吕亚莉

开本 720 毫米×960 毫米 1/16
印张 11
字数 145 千
版本 2015 年 10 月第 1 版
印次 2015 年 10 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

北京分公司/010-62534456

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

第一法律书店/010-63939781/9782

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 8375 - 9

定价:30.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

沈阳师范大学法律文化协同创新中心,以法律文化传承为主旨,联合西北政法大学、大连理工大学等国内、省内著名大学,辽宁省社会科学院等科研院所,及辽宁省高级人民法院、辽宁省人民检察院、辽宁省人民政府法制办、辽宁省法学会、辽宁省律师协会等法务部门与行业协会,旨在通过协同攻关、合作创新,推出高质量的法律文化创新研究成果与实践创新成果。在法律文化原理、部门法文化、中国传统法文化、中外(中西)法文化比较等领域,开展全方位的法文化元素(基因)、结构、特征、意义等静态的以及法文化生成、变迁、转型、传播等动态的理论研究;通过调查、走访、驻站等方式,对传统法文化因素的遗存、消失,外来法文化因素的传入、吸收,国人法文化的融汇、创造,当下法文化的现状、建设等,进行实践层面的关注、跟进,以阐扬时代、提炼精神,构建涵摄传统、切合时代、推陈出新、创造更新的具有中国特色的社会主义法文化。这样的新型的法文化,是具有民族根、时代魂的法文化。

协同创新中心研究成果将作为共同成果,以“沈阳师范大学法律文化协同创新中心丛书”形式陆续出版;调研成果也将适时发布,符合发表、出版条件的,也将陆续予以发表,或纳入丛书出版。首批首部著作,是大连大学法学院教师王爱群博士翻译的《日本民法典》。期待这一好的开始,也期待中心丛书越来越好。

法律文化协同创新中心联席主任:霍存福

汪世荣

二〇一四年七月五日

目 录

Contents

绪 论	(1)
一、核心观点	(1)
二、研究现状	(2)
三、材料与方法	(5)
四、概念辨析	(7)
五、本书创新	(8)
第一章 明清契约文书的整体数量及分布情况	(10)
第一节 地域性契约收集初步	(11)
一、校录或影印出版的契约文书	(11)
二、馆藏契约文书	(16)
第二节 中国契约地图及六大契约群	(21)
一、敦煌吐鲁番文书	(22)
二、徽州文书	(22)
三、闽台文书	(23)
四、江浙文书	(23)
五、锦屏文书	(23)

六、山西文书	(24)
第二章 明清契约的形式及结构分析	(26)
第一节 明清契约的形式特点及其制作、收藏	(26)
一、明清契约的形式特征	(26)
二、契约文书的书写制作	(28)
三、契约文书的收藏	(30)
第二节 明清契约的结构	(30)
一、“十要件说”及其不足	(30)
二、明清契约中的“吉祥语”和吉祥文化	(33)
三、加批语——契约文书的“兜底条款”	(43)
第三章 契约文书的时序性分类及其对契约结构认识的深化	(48)
第一节 传统的契约分类及其缺陷	(48)
第二节 契约文书的时序性分类	(49)
一、前契约文书	(49)
二、契约文书	(54)
三、后契约文书	(61)
第四章 契式的流行、演变及其对契约结构的影响	(68)
第一节 契式样文的雏形	(68)
一、敦煌文书中的契约样文	(68)
二、南宋风俗画中的《杂写文约》	(69)
第二节 契式的两种传播方式	(70)
一、契式在日用类书中的传播	(70)
二、契式的单独刊行	(73)

第三节 契式的内容分析·····	(75)
一、历代日用类书中契约内容的比较分析·····	(75)
二、契式单行本的具体内容·····	(86)
三、《大众契约程式》——契式的现代转型·····	(88)
 第五章 契约文书的功能及伪造、防伪与辨伪·····	(94)
第一节 契约文书的伪造原因及对司法审判提出的要求·····	(94)
一、契约文书的伪造原因·····	(94)
二、清代官员在司法审判中对契约伪造的认识与警惕·····	(96)
第二节 契约文书的伪造·····	(98)
一、伪造新契·····	(98)
二、篡改旧契·····	(102)
第三节 契约文书的防伪·····	(104)
一、文字防伪法·····	(104)
二、特殊记号防伪法·····	(105)
三、戳记防伪法·····	(109)
 第六章 契约文书之于古人生活的意义·····	(110)
第一节 “二十亩地、一头牛,老婆孩子热炕头”——朴素的生活理想·····	(112)
第二节 地契、牛契、租契——个体生存的契约秩序·····	(114)
第三节 婚书、阉书、房契——种的繁衍的契约秩序·····	(118)
 第七章 契约文书结构、功能及意义的个案研究	
——以山西省稷山县翟店镇寺庄村曹氏文书为例·····	(121)
第一节 对契约进行归户研究的意义·····	(121)

第二节 曹氏文书概说	(123)
一、曹氏文书的来源及其地域判断	(123)
二、曹氏文书详表	(126)
第三节 曹氏文书所反映的契约的结构、功能及意义	(128)
一、曹氏文书的结构分析	(128)
二、曹氏文书之于曹氏家族的功能及意义	(129)
第四节 曹氏文书中的法律问题	(130)
一、揭约、借约、取约的比较研究	(130)
二、茬下许赎——稷山县的土地回赎惯例	(134)
三、租佃契约及其反映的清代租价	(139)
四、买卖契约、先买权及画字银	(140)
五、合同字与乡族理处	(150)
参考文献	(152)
后 记	(163)

图目录

图 2.1	地契盅	(30)
图 3.1	介休县补契纸	(63)
图 5.1	陈安国所写“节”字	(99)
图 5.2	陈安节所写“节”字	(99)
图 5.3	“一片好心”	(107)
图 5.4	“官中”	(107)
图 5.5	“易业”	(107)
图 5.6	“清正”	(107)
图 5.7	“平时小心”	(107)
图 5.8	“臣心如水”	(107)
图 5.9	“公生明”	(107)
图 5.10	“刚正”	(107)
图 5.11	“受易”	(107)
图 5.12	“公平交易”	(107)
图 5.13	“十分公正”	(107)
图 5.14	“正大光明”	(107)
图 5.15	合同为据(半书)	(108)

图 5.16	挽结之一	(108)
图 5.17	挽结之二	(109)
图 5.18	敦煌文书挽结	(109)
图 6.1	各类契约文书与古人生活要件的对应关系图	(115)
图 7.1	稷山县城、寺庄村、西位村地理位置略图	(125)
图 7.2	黄良贵“典 + 租约”价、权关系转换图	(139)

表目录

表 4.1	元明日用类书中的契式内容比较表	(91)
表 7.1	曹氏文书详表	(126)
表 7.2	曹氏文书中的各类契约与曹氏家族生活内容对应表	(130)
表 7.3	揭约、借约、取约比较表	(133)
表 7.4	山西各县典地回赎时限比较表	(137)
表 7.5	曹氏文书中的卖价及画字银详表	(148)

绪 论

中国传统的契约关系不能按照西方私法的权利概念来分解,而具有显明的中国特色。所谓特色,就是不合世界主流话语的规范,自成一套。但要理出特色之所在,有许多基础工作要做。^①

依笔者管见,首先,这些基础性的工作首先在于对现存契约文书的全貌做个详细的统计与说明,包括其存世数量(涉及预期储量和探明储量)、地域分布及发展趋势等。其次,应对其形式及结构上的中国特色进行说明,展示其功能及意义并深入阐明其中蕴含的契约精神。最后,具体分析出其中有利于现代契约关系建立与发展的一面和不利于现代契约关系建立与发展的一面。当然这其中最重要的在于,尝试以中国人喜闻乐见的话语系统说明传统契约文书的意义及特征,尝试以新的研究方法对数量庞大的明清契约文书进行研究,以便为具体观察明清契约文书提供不同的视角。而以上基础研究目前学界关注得不够,因此笔者希望本书在以上各方面有所贡献。

一、核心观点

明清契约是我国古代契约发展的最后形式,经过时间的洗礼,集历代契约格式、结构演进的精华于一身,形式上相当统一,朴素得近于贫瘠但又遍布机

^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,序言第5页。

巧,彰显着实用理性的光辉,可谓精巧得俗中见雅、雅中藏俗。契式在民间的广泛流传,为契约文书的写作提供了样本,对契约结构的演进与定型起着重要的作用,也是契约文书格式高度统一的重要原因之一。同时,结构决定着功能,功能是契约实践对契约结构提出的要求。中国古人在实践中重视契约文书的立信功能及证据功能,而这几项功能可归结为一个字——真,因此,防伪就成为契约结构上的必然要求,结构的发展与定性也顺应了这种要求,以各种精巧的方式实现了防伪的功能。而且,在更深的层面,这形式统一数量浩繁的契约文书之于古人的个人生活,具有重要的意义。契约本身是中国人的一种生活方式,古人的经济关系乃至人身关系在一定程度上都是靠契约文书来维系的。可以说,契约文书为中国人追求自己的理想生活(“二十亩地、一头牛,老婆孩子热炕头”)提供了约束和保障机制及互相之间的行为规范,使每个人在追求各自理想生活的时候,有规则可循,从而形成了稳定的社会秩序。

二、研究现状

在我国民间契约文书宝库中,明清契约文书占有突出的位置。这是因为明清时代是我国契约文书门类最多、使用最为普及的时期,也因为它和当时人们的现实财产关系有直接或间接的关联,不仅民间重视珍藏,而且官方也存入档案,虽经历史变革而遭大量焚毁,遗存的数量仍然很多。

早在20世纪二三十年代,前辈经济史家如陈翰笙、冯和法、傅衣凌等,就已注意到明清契约文书的搜集和研究,日本方面则通过旧惯调查,收集了大量清代华北、东北、江南和台湾的契约文书。^①经济史学家利用契约文书研究阶级关系、地权关系、物价高低、赋税轻重等。这里必须提到的是杨国桢先生所著的曾获首届郭沫若中国历史学奖的《明清土地契约文书研究》,该书是从经济史、社会史的角度研究明清土地契约文书较为出色的著作之一,尽管不是从法律角

^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,序言第2页。

度入手,但对我们了解明清时期土地契约的形式和内容等相关问题极有帮助。

自 20 世纪 90 年代以来,法学家们在前人收集整理契约原件的基础上,对契约进行法律分析和文化解读,发表了一系列关于中国古代契约问题的优秀文章,这些文章从不同的侧面对传统中国社会的契约问题进行了研究。有对契约中的制度或现象进行专题研究的,如李祝环的《中国传统民事契约中的中人现象》就传统民事契约中的中人称谓的演变、中人的作用、中人的身份和中人的连带责任方面进行了研究,探讨了我国传统民事契约中中人出现的独特的历史原因及法学价值;^①苏亦工的《发现中国的普通法——清代借贷契约的成立》以现代民法为视角,结合西方的契约理论,剖析了清代借贷契约的要物特征、非要式性、约因与时效、主体资格等,也触及了传统契约的整体特征;^②仁井田陞的《中国买卖法的沿革》,论述了传统买卖契约从公元前 2 世纪至近代的发展概况,内容丰富全面、语言精练,是同类论文中的集大成之作;^③郭建、姚少杰的《倚当、抵当考》,通过对史料的深入挖掘,认为倚当、抵当是唐宋时期与典十分类似但又有所不同的颇具特色的民事制度,对典权的发展走向起到了很大的影响作用;^④还有对一些基本概念进行厘定和辨析的,如俞江的《“契约”与“合同”之辨——以清代契约文书为出发点》,通过区别清代的“单契”与“合同”,指出由于缺乏人格概念和平等价值,清代的契约关系体现为当事人之间的具体关系,其中,“单契”是一种不平等的具体关系的反映,而“合同”中则存在相对平等的具体关系;^⑤王志强的《试析晚清至民初房地交易契约的概念——民事习惯地区性差异的初步研究》,通过对契约原件和民事习惯调查报告的分析,

① 李祝环:《中国传统民事契约中的中人现象》,载《法学研究》1997 年第 6 期。

② 苏亦工:《发现中国的普通法——清代借贷契约的成立》,载《法学研究》1997 年第 4 期。

③ 仁井田陞:《中国买卖法的沿革》,载杨一凡总主编:《中国法制史考证》(丙编·第四卷·日本学者考证中国法制史重要成果选译·通代先秦秦汉卷),中国社会科学出版社 2003 年版。

④ 郭建、姚少杰:《倚当、抵当考》,载杨一凡总主编:《中国法制史考证》(甲编·第五卷·历代法制考·宋辽金元法制考),中国社会科学出版社 2003 年版。

⑤ 俞江:《“契约”与“合同”之辨——以清代契约文书为出发点》,载《中国社会科学》2003 年第 6 期。

指出在晚清和民国初年的房地交易中,存在多种形式和概念。其中最常见的有典、当、卖等,在全国范围内普遍使用;另有一些特定地区使用的概念。这些概念,在各地的房地交易中的具体内涵往往并不尽相同,^①等等。

其中,霍存福教授在契约问题上的系列研究较有特色,主要表现为提出了“中国传统社会是‘契约社会’”的理论。其研究以契约原件为基础,首先从具体的契约类型入手,分析各类契约的具体内容和特点,^②同时从制度和观念上对古中国和古罗马契约进行了比较研究,^③进而从整体上分析了古代契约与国家法的关系,^④随后又回到微观问题,分析了契约中的具体条款(以抵赦条款为例)与国家律令间的相互影响与冲突。^⑤

其次,从契约语言及社会史的角度考察了中国古代契约的自由、平等的本性,认为中国古代契约充斥着大量反映契约自由和平等的套语,这些语汇与当时的刑事、民事法律术语及政治语汇的精神一致。古代中国存在权力、身份所不能决定的东西,这就是契约的自由与平等。古代中国政治、社会与家族内部等级上的差异,并未消灭经济生活中契约的自由与平等。^⑥

最后,就契约观念和契约精神而言,古代中国人一直将契约视为对权利义务的确定,尤其债权契约是持有财富的象征;有关契约的概念,也一直在突出契

① 王志强:《试析晚清至民初房地交易契约的概念——民事习惯地区性差异的初步研究》,载《北大法律评论》2001年第4卷第1辑。

② 主要以回鹘文契约为对象,参见霍存福、王宏庆:《吐鲁番回鹘文买卖契约研究》,载《当代法学》2004年第1期;霍存福、章燕:《吐鲁番回鹘文借贷契约研究》,载《吉林大学社会科学学报》2004年第6期。

③ 霍存福:《古中国与古罗马契约制度与观念的比较》,载《美中法律评论》2004年第1卷第1期。

④ 霍存福:《论中国古代契约与国家法的关系——以唐代法律与借贷契约的关系为中心》,载《当代法学》2005年第1期;霍存福:《再论中国古代契约与国家法的关系》,载《法制与社会发展》2006年第6期。

⑤ 霍存福:《敦煌吐鲁番借贷契约的抵赦条款与国家对民间债负的赦免——唐宋时期民间高利贷与国家控制的博弈》,载《甘肃政法学院学报》2007年第2期。

⑥ 霍存福、刘晓林:《契约本性与古代中国的契约自由、平等——中国古代契约语言与社会史的考察》,载《甘肃社会科学》2010年第2期;霍存福、刘晓林:《契约本性与古代中国的契约自由、平等(续)——中国古代契约语言与社会史的考察》,载《甘肃社会科学》2010年第3期。

约内容对双方当事人的“约束”性质,与古罗马法的“债为法锁”之意相同;而契约精神中既有对契约的敬畏,将约定等同于法律,也有对契约的尊重,视约定优先于规定,更主要也更为基础性的是将契约作为一种制度安排,以之“立信”“结信”“征信”。

基于以上研究,提出以下观点:在经济生活领域,古代中国是一个契约社会,契约本身也是人们的一种生活方式。^①诚然,这一命题的证成,还需理论上的进一步展开以及更深入的实证研究,但该命题的提出,不仅为我们把握古代中国的民间秩序、理解古代中国人的生活行为方式提供了全新的视角,而且也为法律史研究提出了新的课题。

但总的来说,学者们的研究多侧重实质的研究,而形式与实质相结合的研究较少,尤其是对一般意义的契约文书的研究相对缺乏,因此,本书试图在这方面做些思考与尝试。

三、材料与方法

(一) 本书写作运用的材料主要有以下几类

1. 契约资料。这是本书运用最多、最主要的材料,其中包括契约原件、契约资料汇编、契约影印件等。有关这些资料的数量、特点及地域分布等情况详见本书第一章《明清契约文书的整体数量及分布情况》的讨论。这里主要说明一下本书在这类资料上的取舍问题,正如科大卫在《告别华南研究》一文中所说,“从华南的研究,我们得到一个通论”,但“我们需要跑到不同的地方,看看通论是否可以经起考验。不能犯以往古代社会史的错误,把中国历史写成是江南的扩大面。只有走出华南研究的范畴,我们才可以把中国历史写成是全中国的历史”。^②同样,在契约研究方面,学界先前利用的契约主要以江南(或说华

^① 霍存福:《中国古代契约精神的内涵及其现代价值——敬畏契约、尊重契约与对契约的制度性安排之理解》,载《吉林大学社会科学学报》2008年第5期。

^② 华南研究会编:《学步与超越:华南研究会论文集》,香港文化创造出版社2004年版,第30页。

南)契约文书为主,北方各地的契约利用得相对较少,而研究江南契约文书得出的结论也不能代表整个中国契约文书的特性。因此本书在可选择的情况下尽量选用北方契约文书,尤以山西为最。且由于许多契约文书属第一次公开发表,因此在引用时尽量全文抄录,以使读者窥见其全貌。

2. 清末民初的民事习惯调查。如果说一件件契约是一颗颗散落的珍珠,那么,民事习惯就是可以将它们串连起来的最好的线索。两者之间可以互相印证,取长补短,契约文书的长处在于详细、真实、未经学者雕琢润饰,是民间民事交往中留下的最原始、最真实的记录;民事习惯的优点在于进行了一定程度的总结,理论性相对较强,有时还阐发了一些契约中不易反映出来的立契双方的内心状态或立契时的相关社会现实等。

在对民事习惯调查进行利用时,本书主要参考了前南京国民政府司法行政部编的《民事习惯调查报告录》(即《民商事习惯调查报告录》)和1926年由上海法政学社编集的《中国民事习惯大全》。此二书在利用价值上各有千秋,由于《报告录》是按总则、物权、债权、亲属继承四编分省编排的,因此便于进行地域性、史料考证性问题的研究,而《大全》以民法理论作指导,进行了一些归纳总结,体系性强,还将一些重复的习惯合并编写,便于进行民事法律及习惯等问题的专题性研究。

3. 传世法典及书判。为考察国家法对于民间契约相关问题的态度及措施,本书利用了历代的传世法典,但法典有时可能会成为具文,因此要了解国家契约法令的执行情况及在司法审判中会遇到什么样的国家法令没能关注到的契约问题,甚至审断者对契约问题所持的观点意识等,还应关注历代书判。本书在这类材料上主要利用了《唐律疏议》《宋刑统》《大元通至条格》《大明律》《大清律例》及《名公书判清明集》等。

(二) 本书在写作上主要用了以下种研究方法

1. 实证考察的方法。在法律史研究中历来重视史料的作用,奉行实证研究,用材料说话,有一分证据说一分话,九分证据不讲十分话。因此,本书的研