

东亚的儒家法律文化及其全球化

——一个韩国人的视角

[韩] Chongko Choi 著 吕廷君 王斐* 译

引言

在当今世界的法学研究中，东亚法律文化在世界法律体系中是独树一帜的，其主要特征是带有浓厚的儒家法律文化的色彩。尽管正确理解儒家思想并不是一件容易的事情，但是大多数学者认为，中国、韩国、日本和越南的法律是以儒家伦理道德为基础的。用戴维林勋爵的话说，东亚法律是以“儒家主导型道德的法律规制”来型构的。

另一方面，东亚的学者和法律人也在谈论法律全球化和地方化问题。当我们思考东亚法律的全球化时，我们是从两个视角观视的：一个是全球化和西方化对于地方性法律文化之不可抵御的外在需要；另一个则是作为地方性法律制度的东亚法律其自身的包容性。

本文将考察东亚法律如何应对法律全球化的挑战和应当如何调整自己的姿态以面对未来。

一、东亚法律传统

在过去的十年间，我一直宣称“东亚共同法”(Ostasiatisches Jus

* Chongko Choi 韩国汉城国立大学教授。吕廷君 山东大学法学院 2003 级法理学博士研究生。王斐 山东大学法学院 2003 级法理学硕士研究生。

Commune) 的概念对于更好地理解东亚法律至关重要。^[1]当我讲到传统法律史中的东亚共同法时,我并不说东亚国家已经适用了统一的法律规则,因为每个国家都曾经拥有不同的法典编纂和独特的法律实践活动。但是我的确认为他们在历史上形成了广泛的、共同的道德价值观和在这些价值观影响下的法律制度。

我曾经从以下五个角度解释了东亚共同法这个概念。^[2]

- (1) 法典编纂 东亚的法典编纂具有“连续性”特点。
- (2) 儒家思想及其仪式(礼) 儒家思想是道德和法律的动力。
- (3) 社区团结: 东亚曾经适用自治规则进行过独立管理。
- (4) 法理: 东亚法律学者具有共同的法律理念。
- (5) 斡旋和调解: 东亚依赖于对纠纷的自主解决机制。

东亚在原初意义上不过是指亚洲东部这样一个地缘概念,人们通常认为这个地区包括中国、日本、韩国、蒙古和越南。如今许多人认为它不仅仅是一个地理或者历史概念,^[3]还把它看作一个具有特定含义的区域秩序。

[1] Chongko Choi, Foundations of East Asian Jurisprudence, Seoul Law Journal, vol. 41 No. 1, 2000; Chongko Choi, Foundations of Law and Justice in East Asia, Comparative Law(Nihon Univ.), vol. 18, 2002, pp. 1~17

[2] 当我们谈到普通法时我赞同霍姆斯的观点。在他的经典著作《普通法》(1881)中霍姆斯指出:“本书的目的在于为普通法提供一般观点。为完成这一任务除了逻辑以外的其他工具也是必需的。它揭示出制度的一致性需要特定的结果,但这并不是全部。法律的生命从来都不是逻辑,而是经验。时间的可感知的必要性,通行的道德和政治理论,对公共政策的直觉,不论是公开承认或是存在于潜意识之中,甚至法官和他们的追随者共有的偏见,都曾比三段论推理更多地作用于决定支配人们的规则。法律体现了一个民族多个世纪以来的发展历程,它不能仅仅被看作是数学教科书上的定理和公式。为了理解它是什么,我们必须知道它曾经是什么,以及它将要变成什么。我们必须不断翻阅法律的历史和现实理论。但最困难的工作将会是去理解二者在各个阶段结合而成的新产品。就其本身而言,法律实体几乎在任何指定的时间都符合便利的要求;但是它的形式和机构,以及它能够在多大程度上产生令人满意的结果,则主要取决于它的过去。”(Oliver Wendell Holmes, The Common Law, N. Y. 1991, pp. 1~2.)

[3] Charles Holcombe, The Genesis of East Asia, Univ. of Hawaii Press. 2001.

在政治和文化上 东亚已经建立了以中国为核心的统治秩序 我们可以把它称作“中华秩序”或“朝贡秩序” 尽管运用西方国际法的概念很难对其加以解释。^{〔4〕}然而 根据 Min Tuki 教授 汉城国立大学 汉学学者 所述 东亚国际关系的维持 靠的是建立在“小中心秩序”之上的外交 这种“小中心秩序”被认为是“对权宜之计的误解”。以中国为核心的中心秩序正是依靠其内部众多自恰的小中心秩序来维系。^{〔5〕}在东亚历史上,长期以来一直具有一种持续的向心力和离心力,这和罗马在欧洲中世纪历史上的情形是相同的。

相比于从细节上进行解释,^{〔6〕}我更想指出把“东亚法律”作为宽泛的概念来理解是必要的和有益的,尤其是从比较法(Rechtsvergleichung)的视角来看。东亚法律史研究曾经全神贯注于他们自己国家法律的历史 但是 随着东亚文化开始活跃在世界舞台上 我们这些东亚法律学者也开始意识到在一个广阔背景下研究东亚法律历史的重要性。这个新的视角提供了法律史研究的新进路,即有关邻近国家外交和文化关系的研究。

二、对西方法律的继受

对西方法律的继受开始于 19 世纪末,其直接结果是对某些东亚

〔4〕 Own Denny, *China and Korea, Shanghai 1888 and the debate of P. G. von M? llendorff*, A Reply to Mr. O. N. Denny's pamphlet entitled *China and Korea*, in: Rosalie M? llendorff, P. G. von M? llendorff: *Ein Lebensbild*, Leipzig, 1930, S. 124 - 136; M. Frederick Nelson, *Korea and the Old Orders in Eastern Asia*, Louisiana State Univ. Press, 1946, Reprint, Seoul, 1975.

〔5〕 Min Tuki, *The Identity and Prospects of East Asia: A Historical Approach*, paper read at the 1966 International Symposium "East Asia and the University in the 21th Century", commemorating the 50th Anniversary of Seoul National University, Oct. 16 - 17, 1966, p. 6.

〔6〕 For detail, Chongko Choi, *Foundations of Law and Justice in East Asia*, *Comparative Law*, Vol. 18, 2002, pp. 1 - 17.

法律传统形成了毁灭性打击，并使它们逐步淡出了我们的生活。^{〔7〕} 很多人 包括许多学者 相信东亚国家现在是处在当代西方法律理论的控制之下 如果纯从法律机制这个视角来看 这个判断或许是正确的。如果这样的话 很多人就同时会问 为什么东亚国家不能发展出西方模式的民主和法治？虽然同样源自西方的共产主义意识形态以不同的形式在中国、北朝鲜和越南社会中持久地发挥着作用。

另一方面 许多学者指出了—个有趣的现象 即东亚国家都曾经受到过大陆法系的影响，而没有受到英美法系的影响。根据某些比较法学者的说法 这个共同现象也是当代东亚共同法的一个基础 比如，许多翻译成汉字的法律术语和概念被东亚的人们普遍地理解和接受。从这个意义上说，我们能够在东亚政治的民主和法治化过程中进一步认识儒家传统。

下面我来谈—下东亚法律教育中的—个热点问题：日本和韩国的法律学者正积极讨论司法制度和法学教育的改革，问题是美国的法学院制度（作为研究生课程）是否适合于日本和韩国。从 1995 年以来，韩国就激烈地争论过这个问题。日本讨论这个问题稍晚—些，但是他们得出了—个比较—致的结论，那就是必须建立日本自己的法学院模式 而不是美国的模式。到目前为止 中国对于建立在美国法律模式基础上的改革反应相对冷淡。

三、东亚和区域合作

自从冷战结束以后 世界已经发生了根本性的变革 从对抗转向对话与合作。对自由民主和市场经济普遍价值的尊重已经替代了意

〔7〕 For detail, Kitagawa Zentaro, *Rezeption und Fortbildung des Europäischen Zivilrechts in Japan*, Frankfurt, 1970; Chongko Choi, *Traditional Korean Law and its Modernization*, Transactions of Royal Asiatic Society of Korean Branch, Vol.64, 1990; Chongko Choi, *Ueber die Rezeption Westlichen rechts in Korea*, in: *Zur Rezeption des Deutschen Rechts in Korea*, hrg., Manfred Rehbinder, Baden - Baden, 1990.

意识形态的对抗。基于这些普遍价值，世界各国已经开始致力于将自己融入到这个新的国际环境中去。

后冷战时期国际关系的历史性变革以民族国家间日益增长的彼此依赖为主要特征 同时它也促进了全球化的发展 这个全球化过程伴随着信息和交流技术的进步而发生。随着冷战体系的崩溃，全球的紧张局势变得缓和，地区问题的焦点由追求安全转向追求经济发展。经济流动性的增强促进了国际国内贸易、资金流动和技术转让的发展，从而也促进了国家间的彼此需要和经济合作。区域化和国际化的增强使国内和国际联系日益密切 确实 这些发展趋势和全球化之间曾经存在着相互促进的作用。自由贸易体制建立在市场经济原则之上，它为经济的竞争与合作提供了持续的动力。紧密的经济联系增进了利益共同体的存在意义，刺激了经济联合与经济区域化的增长，这种整合反过来又具有了政治和安全的战略意义。

经济联系的加强有利于缓和民族主义情绪，国家之间的各种交往和多维关系大大降低了摩擦、紧张状态和冲突的可能性。地区倾向于把区域整体利益作为高于一国利益的共同利益来看待，地区在经济上的发展和对繁荣的关注，使其更加关注维持和平与稳定的手段和方法。这种对地区安全关注的增强能够激发地区内部建立自己的安全体系，并进一步推进经济的交流与合作。

如果我们从区域合作组织的成员资格来看，则在一个较为宽泛的概念和一个相对狭窄的概念之间存在着冲突。前者涵盖了亚太地区（包括北美）也就是指 APEC 后者只是包含着参加亚洲会议的这一部分亚洲国家 这就排除了北美、俄罗斯、澳大利亚或新西兰。即使在东盟成员国中 三个后加入的国家 老挝、缅甸和柬埔寨 也不属于 APEC 和亚洲会议这些区域合作组织。由于在 APEC 或亚洲会议中的成员资格久拖不决，导致像欧盟这类的区域性组织也对其暂时不予承认。

欧洲一体化的提速得到了包括东亚在内的其他地区的响应，敦促他们加快了自己建立经济共同体的步伐。随着东亚整体性作用的

逐渐显现，世界已经变成了多元架构。2003年10月“亚洲十加三领导人会议”（东盟加中国、韩国、日本）通过了建立亚洲银行和亚洲发展基金等经济合作规划。目前，如何实现这一规划已经成为了东亚人们讨论的热点话题。

四、法律的全球化

全球化提出了一个无法回避的问题，即要求我们在东亚这个独特的环境中看待东亚共同法。从历史上看，全球化曾经导致了战争和帝国主义，例如罗马帝国（Pax Romana）拿破仑和他的法典、大英帝国等等。大陆法系已经广播世界各地，甚至包括遥远的东亚。在一定意义上讲，世界法律史就是其全球化的历史。

和平的全球化开端于1945年：(1)世界金融体系的建立，(2)贸易增长，(3)资本主义和共产主义对峙，(4)区域条约的签订，(5)世界组织的建立，(6)技术和科学的进步，(7)“Big is Beautiful”的意识形态，(8)消费者社会的形成。^{〔8〕}

欧洲人往往很积极地看待全球化，^{〔9〕}很多人对这些发展和对美国的帮助心存感激。这些评论家认为美国在经济上太强大，在政治上居于统治地位。欧洲人并不是仅仅被充斥着利益的文化所吸引。从这种立场出发，他们更加关注社会的精神和文化层面。1998年的巴黎反对运动和1999年发生在西雅图的对WTO会议的抗议，无不说明了人们的批评态度正与日俱增。东亚人也开始感到了全球化带来的困境，但他们仍然试图适应这股不可逆转的潮流。比如说，从1992年起，韩国就把全球化政策作为了最重要的国策。对律师来说，最严峻的问题在于是否向外国律师开放本国法律市场。这个考虑

〔8〕 Willem Calkoen, Globalization and the Future of the International Practice of Law from a European Perspective, European Journal of Law Reform, Vol. 2, No.4, 2000, pp. 491-503.

〔9〕 Willem Calkoen, *ibid.*, p. 495.

与法律教育和律师培训的改革趋势是紧密相连的。

五、欧盟法的启示

欧洲正在大步走向一体化 这让我们东亚人颇为羡慕。当然 我们和欧洲有着不同的历史发展过程和政治文化背景。其实在欧洲的历史上也曾经充斥着战争和冲突。最近欧洲议会通过了一项决议，把现在的名称 EU(European Union) 替换为 ER(European Republic) 并且提议制订欧洲宪法，设立一位欧洲共和国总统。

我们这些欧洲法律实践的局外人很难理解他们是如何克服了先前不同的政治立场，一步步走向一体化的。当检视我们早先东亚社区的自我形象的消亡时，我们能够发现自己需要从欧洲人的作为中进行学习。

在欧洲一体化进程中，一个显著的特征是很多事务是通过理性的对话和协商来完成的。他们尊重理智的妥协，这带来了相互的理解和利益。我注意到很多的学术研究机构参与到了欧盟法的研究和起草的工作中。

在此我将介绍一家机构 它把精力倾注在了这项工作上 这就是欧洲大学协会 (EUL) 法律部。EUL 成立于 1972 年 是根据欧洲共同体 (EC) 成员国的国际公约建立的。它坐落在佛罗伦萨郊区一处风景优美的小山坡上 是一个跨语言、跨文化、国际性的专门研究机构，从事研究生教学和科研 尤其是关于欧洲、欧洲一体化 以及欧盟的研究。^[10]通过阅读该机构出版的第一手材料，我了解到欧洲法律学者是如何进行欧共体法律一体化的研究和讨论的。^[11]一个中国律

[10] For details, Francis Snyder ed., *The Europeanisation of Law: The Legal Effects of European Integration*, Oxford, 2000.

[11] 这本书中包含以下文章: The EUI Law Department and the Europeanization of Law (Francis Snyder), *Integration Through Law Revisited: Some Thoughts on the Juridification of the European Political Process* (Renaud Dehousse), *The Science of Private Law and the Nation - State* (Chri

师考察团曾访问了汉堡的 Max Planck 研究所，这家研究所致力于外国法和国际私法的研究。考察团向他们询问对于中国民法典编纂的意见，J. Basedow 理事讲，德国不再有德国民法了，其原则已经赋予了欧洲合同法（即 Lando 原则），^[12]如果中国民法典的编纂能够借鉴这些欧洲民法的原则，将具有重要的意义。

六、建立东亚共同法的努力

有一个著名的观点认为传统是生成的而不是建构的，这对东亚共同法来说可能也是同样适用的。如果我们试图对东亚法律传统进行积极的再评价，我们就必须通过订立国际条约和改进立法来重构东亚共同法。

一般说来，法律学者和律师倾向于保守，他们试图维持既有利益现状。在东亚国家，法律职业者往往处于接触西方资本主义的前沿，所以他们能够从其国家法律秩序中得到所有利益。因此，我可以坦率地说，他们似乎并不曾认真考虑去应对全球化和区域化的挑战。尽管他们有这样的保守倾向，但是由于环境改变如此之快，他们也感到了在全球化竞争和区域化政策的世界中难以幸免。

正像上文指出，欧洲法律一体化得益于学者的研究和探讨，所以东亚法律一体化也需要全东亚知识界和研究机构的努力。我想在这项工程中，大学的作用至关重要。幸运的是，东亚的各大学间保持着

（接上页注释）stian Joerges), *The Role of Institutional Principles in the Judicial Development of the European Union Legal Order* (Bruno de Witte), *Legal Pluralism as an Evolutionary Achievement of Community Law* (Massimo La Torre), *The Convergence of the Administrative Laws of the EU Member States* (Jürgen Schwarze), *Simplification of European Law* (Roland Bieber and Celsa Amarelle), *Global or Re-nationalised? Past and Future of European Labour Law* (Silvana Sciarra), *Europeanisation and Globalisation as Friends and Rivals: European Union Law in Global Economic Networks* (Francis Snyder).

[12] Ole Lando and Hugh Beale ed., *Principles of European Contract Law*, Kluwer/Utrecht, 2000; J. Basedow, *Globalisierung des Rechts*, Korean Legislature Institute/Seoul, 2003.

长期的合作关系。例如由四所主要大学发起的 BESETOHA(北京 - 汉城 - 东京 - 河内)会议。在该组织于 2002 年 10 月 7 日在汉城国立大学召开的第三次会议上以“亚洲价值与高等教育”为主题进行了讨论,东京大学校长提出了相对于西方世界的东亚唯理论的本质这一命题,会议还研讨了建立东亚各大学教授间的互动网络的议题。

我建议成立东亚共同法中心或东亚法律一体化中心,作为一个智囊机构。^[13]当然,这种意义上的法律一体化必须建立在对当前东亚各国法律体系比较研究的基础上。尽管如此,我们必须认识到不能仅仅局限在比较的范围内在一体化进程中我们的目标必须是更多地建立在东亚法律传统的共同点和当前法律文化的基础上。我们不能从政治观点出发一味地神圣化当下各国的法律秩序,理性的法律人和法律学者能够而且应当在克服东亚各国间过激的国家对抗中承担起领导角色。总之在这个区域全球化的时代我们这些东亚法律学者应该对包含了知识分子努力的东亚共同法进行更深入的思考。

2003 年 10 月 18~20 日,我参加了在中国召开的一个国际会议,会上一位法国法律学者讲了个让人印象深刻的故事。她说,如果没有 Robert Schuman 和 Konrad Adenauer 倡导成立的知识分子组成的研究团体,欧盟不可能建立。我相信东亚的知识分子也应该力图找出一条理性和谐之路,以克服国家间的偏见和民族主义情绪。

结 论

总的说来,我们应当敏锐地观察法律全球化漫长的历史发展进程。东亚法律也不应例外于这一过程,然而东亚法律决不能被美国

[13] 事实上我于 2002 年 11 月 3-4 日参加在上海大学法学院召开的法哲学和经济法会议时首次提出这个观点,获得了积极的响应,并引发了关于如何建立这类组织的务实的讨论。

中心的法律全球化体系所同化。因为法律不仅仅是技术和机构，它还必须包括价值和道德。从这个意义上说，东亚法律的亚洲化是更为迫切的需要。从儒家学说中阐发出来的“亚洲价值”并非是不能被西方人所分享的孤立存在，儒家法律文化将会开辟一条协调亚洲法治和全球法治的新途径。

中国契约史与西方契约史

—— 契约概念比较史的重新探讨

[日] 寺田浩明* 著 郑芙蓉 魏敏** 译

中国法制史的契约发展与西方法制史的契约发展，这两者处于一种什么样的关系呢？在我年轻时的时代，认为中国或者说包括日本在内的东亚的传统契约有很强的“封建性”并不是基于自由双方当事人意思表示的一致而建立起来的，所以与西方契约比较起来是“落后的”的观点以及东亚传统中欠缺“契约遵守精神”的观点等被大家理所当然地接受。

不过现在谁都知道这种简单的想法是不成立的。正如被遗留的大多数契约文书所显示的：使财产关系身份关系井然有序的多数契约类型在中国古代就得到了发展 国家所设立的法廷也受理裁决了与契约有关的诉讼。特别是宋代以来，与生产互助有关的大多数社会关系都是通过契约来完成的。与此相对照 在西方法制史中 法廷无差别地受理所有与契约有关的纠纷是到了 18 世纪、19 世纪才开始的事情。而且社会关系的“由身份关系到契约关系”的转变也是到了近代才发生的。

但是因此就能说中国契约史比西方契约史“先进”吗 或者说这样解释这个问题就能了结了吗？恐怕不能。上面的讨论只是指出了

* 寺田浩明，日本京都大学法学科教授。

** 郑芙蓉，京都大学大学院法学研究科博士生。魏敏，京都大学大学院法学研究科研究生。

近现代中国的契约社会与西方近代的契约社会是不同的，但具体不同在那些地方以及为什么不同，对于这些我们最想知道的却无法通过上面的讨论来得到。不仅如此，这种讨论方法本身也只是达到了强化把近代西方契约法作为当然的历史到达点的这种一元史观的作用。

那么究竟用什么样的讨论方法才合适呢？毋庸置疑，如果知道答案的话就不用这么辛苦了。关于这一点还没有什么前例。今后众多学者非常有必要开展这样的尝试。今天在此我先作一个尝试，还希望大家多多给予指正。

第一节，主要是以清代为对象对传统中国的契约的特质进行整理 第二节 对西方契约史进行概略性的考察 第三节 承接以上两节 在分析了传统中国契约秩序的特征之后 对作为比较核心的契约概念所具有的两面性加以分析。

一、清代的契约与现实合意的关系

（一 裁判中的‘保护契约’的内容

《大清律例》中有明确的条文 即便发生了诉讼只要‘验有亲族写立分书 已定出卖文的是实者’就承认被告的所有权（户律田宅 典卖田宅的原例）。在清代的官箴中土地的裁判要重视买卖契约文书；家产分割的裁判要重视家产分割的契约文书（圖書）的教谕随处可见（如《福惠全书》等）事实上就清代的民事裁判的判决文集 判语 来看也能看出清代的裁判官裁决的时候相当重视当事人之间的签订的私人契约（契约文书）

但重视契约未必就等于在裁判时按契约执行。从清末的审判集《三邑治略》（全五卷 熊宾撰 光绪三十一年序）中举出一例。卷五《讯黄汉清一案》。

讯明。黄汉清之祖黄珮臣，买陈堂住宅一所，计价九百串文。验明印约纸张，确系咸丰十一年所立。而刘宏逵之父在日控称有当价

貳百五十串文未赎。查验归约 陈际文亲笔两张 字迹均不相符 显有情弊。断令刘宏逵让去钱五十串，仰黄汉清书立二百串票据交伊抱告收领外 陈启运系出卖房主 义送钱壹百串文 此房即归黄汉清自得。老约并还 当约注销 具结完案。此谕。

对 40年前被买卖的房屋拥有抵押权的第三者就该房屋一直争执不下无法结案。地方官不仅调查了买卖的契据，也调查了抵押权是否设定的契据。最后的解决方案是使抵押权者的债权以及房屋买主的无抵押负担的所有权分别被实现。但详细地看其内容就会发现 其执行的内容为 由于借款契约 当约 归约 中有可疑的地方 所以减掉五十串改为二百串，且让买主卖主双方均摊这两百串的责任。这样一来 的确使全体的当事人都得到了相应的满足 由此纠纷也得到了解决 但这个结论却不是从当初的两个契约中导出的 也是无法被正当化的。与其说当初的契约通过裁判得到了实现，倒不如说是在事情原委上结成了新的合意。

这种实质‘保护实现’的方向 有时是通过撤销原契约的方式来 实现的。如同书卷四《讯牟奇翠一案》。

此案 牟奇翠承买刘松魁田地 本无错误。因刘名著等有祖坟在 内 先圣杨焕章劝刘名贤承买 而刘名贤故意捐贱 致使刘松魁转卖 牟姓。始终错误即在刘名贤一人。断令此地仍归刘姓户族刘银魁接 买 将牟姓所出之税契中资各费 均归刘银魁户族付给。杨焕章另代 牟奇翠再卖田地一分 以免鞫鞫。牟奇翠此次所买之约 着原中杨焕 章送来缴销 仍同杨焕章邀刘姓各族及牟奇忠等到面书立约据 卖於 刘银魁名下以作护坟之田，嗣後亦不得再卖他姓。各具结完案。此 谕。

在同族的请求下，将欲卖给他姓的内有祖先坟墓的土地卖给了 同族，同时令卖主另外购买一土地来卖给善意的原买主。原契约既 没有被实现也没有被判无效或被取消。地方官所做的更接近对一个 新买卖的斡旋。

说是对契约的重视，其实也就是对某一时间点上的两个当事人

达成了合意的这个事实的重视，也是对最能证明这一事实的契约文书的重视。裁判的作用就是在充分立足于这些事实、事情的原委的基础上提出现在这个时间点上可能实现的解决方案并当场对此作出新的合意。

事实上，法廷成为以形成新的关系为目的的制作新契据的场所的事例也散见于史料中（比如卷四“讯张朱氏一案”“当堂将借字退还销号朱福坤亦当堂书立退庄字以清此事”），甚至存在用判决文本本身代替有许多不明点的借钱契据的事例（卷三“孝感县妇丁赵氏批”），另外也有即使是实现以前的契约也在法廷上重新作出相同内容的契据的事例的存在（同书卷五“讯赵龙新一案”），当两份分关（分割家产的文书）中有一方被发现是眷写的伪作，判决当事人遵照原来的分割家产文书实行，同时当场做成了与原来的分割家产文书有相同内容的新的家产分割文书，并命令双方当事人在上面签字）。

从这些例子可以看出，法廷与其说是“实现”以前合意内容的场所，不如说是在当初的合意不顺利进行的情况下，对双方合意进行再确认和再订立，从而做出新合意的场所。不过反过来说，传统中国的订立契约也就没有能力成为日后发生纠纷时的解决基准。

（二）契约缔结与交易的同时性

在此回顾一下，就能发现传统中国的大部分契约文书在约定将来履行的性格上，从一开始就很薄弱。

就如各种各样文书资料所显示的一样：土地买卖契约里面所写的最主要的内容是将某处的土地卖与了某人，由其“管业”收取了多少钱等。这些内容无论哪个都是在立契之前，或与立契同时，就已经完成的行为。关于家产分割的契约文书（圖書）的情况也是同样的。家产分割是在族长与同族参加的情况下，把按人数预先将财产价值均等地分割好的财产目录，以抽签的方式进行分配。圖書则是在这些仪式、活动都完成以后才作成的。这些虽然叫契约，但从一开始就不存在先约定后“履行”的问题（关于只约定将来履行的借钱契约，将在后面论述。）

当然这些文书中，也含有关于将来的约定。如卖契中所规定的今后不妨碍对方对该土地的管理；所卖土地来历不明时由卖主负责；阍书中所规定的今后对于分得的家产不再提出异议等。但是这些大多数都是在买卖土地与分割家产中的不言自明的东西。谁都不认为只要文书中没写这些条款就能被免责吧。

结果重要的是当事人关于土地买卖或家产分割这一重大事情达成一定合意这一事情本身。这些行为通过召集有关系的人、立会人参加的方式来公开举行，契约作为其中的一环而被签订。立契的主要目的是作为一种日后能使包括对方在内的周围的人证明当事人确实是在不存在不当压迫“无逼情愿”的情况下自愿签订了该契约的证据而被记录下来。

（三）与现实相交织的契约

土地买卖也好，家产分割也好都是当事人在其意思基础上对其财产归属关系进行变更、确认等的共同行为。而且此时的社会关系多数是通过相对任意地选择对方进行交涉后形成合意的方式来形成的。与由世袭来决定的社会相比，把上面的社会称为“契约”的社会是妥当的，把在这种社会中所进行的每一个行为都称为通常意义上的“契约”也是妥当的。

但是正如在前面所见的一样，这里的契约是现在就存在行为，并且与现在的存在的状况没什么差别。

首先就其成立时来说，在契约中所记内容与眼前当事者的关系基本上是相同的。契约的签订与现有的当事者的社会关系的配置做成，本来就不是两回事。

不用说，即使在这个时候也常常有不能按约定的预料来发展的情况的出现，当事人的合意无法顺利进行而不得不停滞，结果就引起了诉讼。此时的契约内容与现状当然是不一致的。

审判时先参考契约文书，在仅仅是一方由于个人利益而食言的情况下，通常通过出示契约文书来证明当事人当时确实做过该承诺，从而实行强制履行。不仅如此，清律户律钱债《违禁取利》条中还规定

了对‘负欠私债违约不还者’的刑罚，与此相反，正如上面几例所示，如果是因为由于隐情而无法实现的，就不再严格拘泥于当初契约的内容，而是尽量地做出与变化后的现状最合适的。大多数情况下是可以立即实现的新的合意。

这并不等于无视契约。虽然上面举出了因无法确定而减去五十串的例子，但一般是要暂且追究原合意的内容的。而且即使是无法实现的情况，也并不是就否定了曾经有过这样合意的这一事实。此处所说的对契约的尊重其实是对过去的事实的‘原委的尊重’。立契是招集关系者且当事人也深思熟虑后进行的重大行为。事实上在很多时候它被放在一种与事态的开展、人际关系都有联系的重要位置上。因此裁判官重视它也是很自然的事。（这种意识的一个明显的表现就是当一方当事人事后提出种种论据时，裁判官会以下面的形式否定这个当事人，假如当初真有此事，为何在缔结契约时你不提出呢。不过这最终也只是在订立契约时的合意。在事情不能按预料进行而现状变得错综复杂的情况下，按原样提出以前的合意（以前的现状）也就没有意义了。在对原委的深思熟虑后达成新的合意才是所追求的目标，也才是裁判的作用所在。

但是正如前者研究〔1〕所做的结论一样，即使是法廷的判决也没有确定力。在此虽然曾经表示接受判决（写下遵依甘结状的裁判守诺书）的当事人在重新考虑后还是认为不满的情况下就同一案件的再提起起诉这一行为是被允许的。而且也有看起来通过判决好像达到一时稳定的事件在以后又以其他的形式产生纠纷的情况。以纠纷持续下去就可能发生‘不测之事’为由而上诉，法官就不得不着手再审理（事实上，以民事纠纷为端而发生的杀人案件中，民事纠纷曾被提出过诉讼并被判决，当事人也写了遵依结状的事例散见于史

〔1〕〔日〕滋贺秀三：《清代中国の法と裁判》創文社 1984 年。

料中。)^{〔2〕}此时一方面仔细斟酌、重视曾经被判决过的当事人写过
 遵依结状的事实，但另一方面又在谋求与现在情况相适应的新的合
 意方案。

这实际上是对缔结后又破裂，破裂后又缔结的当事者关系所进
 行的没有止境的调整与再调整。契约与判决都是存在于这样流动的
 现实的社会关系中的，并与这些社会关系交织在一起。并且有形成
 一种自然形态的可能性。

回顾一下就会发现，西方契约史中的契约的任何一个都未必是
 这种‘自然的’东西 或者说不单单是一种‘自然’的东西。

二、西方契约史中的合意与契约

（一）作为权力制度的契约

如与现代民法教科书对契约所下的定义 即‘它是一种约定 并
 且其履行受法律的保护’^{〔3〕}所示的典型的思考顺序一样：我们平时
 考虑契约时 先考虑到的是当事人约定合意的这个大集和 然后当这
 个集合中的特定的约定合意被法所保护时，它就变成了契约。同时，
 我们也知道这种私人合意的整体被广泛赋予法的保护在西方也是近
 代以后才有的事情。在这之前只有被严格定义的几种特定契约类型
 可以进行诉讼 而且越是往前追溯 被允许的契约的种类就越少 例
 如 古代罗马法中所限定性列举的‘有名契约’^{〔4〕}因此西方契约史基
 基本上可以被想为人们的约定合意的法保护的扩大史。乍看，不得不
 说这是一种让人容易理解的说明。

但是这容易引起这样的联想，即就那些没被法律保护的部分来
 说 它们只是仅仅欠缺了法的保护 它们的在当事人之间的合意的本

〔2〕〔日〕寺田浩明：《權利と冤抑——清代聽訟世界の全体像》，《法学》161卷5号，
 1997年。

〔3〕〔日〕真野英一：《民法概論Ⅳ》良書普及会 1976年。