

王帅一 著

PEOPLE,
CONTRACTS AND
THE STATE
IN THE MING AND QING
DYNASTIES

明月清风

明清时代的
人、契约与国家



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

明月清风

明清时代的
人、契约与国家

PEOPLE, CONTRACTS AND
THE STATE IN
THE MING AND QING DYNASTIES

王帅一 著

图书在版编目(CIP)数据

明月清风：明清时代的人、契约与国家 / 王帅一著

· 北京：社会科学文献出版社，2018.10

ISBN 978-7-5201-3324-1

I. ①明… II. ①王… 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 (2018) 第 192788 号

明月清风：明清时代的人、契约与国家

著 者 / 王帅一

出 版 人 / 谢寿光

项目统筹 / 芮素平

责任编辑 / 芮素平 闫富斌 尹雪燕

出 版 / 社会科学文献出版社·社会政法分社(010) 59367156

地址：北京市北三环中路甲 29 号院华龙大厦 邮编：100029

网址：www.ssap.com.cn

发 行 / 市场营销中心(010) 59367081 59367018

印 装 / 天津千鹤文化传播有限公司

规 格 / 开 本：787mm × 1092mm 1/16

印 张：11.75 字 数：186 千字

版 次 / 2018 年 10 月第 1 版 2018 年 10 月第 1 次印刷

书 号 / ISBN 978-7-5201-3324-1

定 价 / 49.00 元

本书如有印装质量问题，请与读者服务中心(010-59367028)联系

版权所有 翻印必究

目 录

引 论	001
第一章 个人的缔约行为：家族文书中的体现	018
第一节 关于“共财”的形成：父祖的创设与子孙的贡献	021
第二节 关于“共财”的规定：积极的管理与消极的处分	030
第三节 对于“共财”的处分：个人的突破与家族的惩处	040
小 结	049
第二章 缔约各方的具体关系：契约的多样性表达	052
第一节 土地买卖契约中缔约方之间的关系	054
第二节 土地租佃契约中缔约方之间的关系	065
第三节 与土地相关契约中缔约方之间的关系	081
小 结	095
第三章 明清时代的中人与契约秩序	097
第一节 具体个人化的传统契约关系	099
第二节 明清时代人们观念中的中人与契约	101
第三节 中人参与传统契约实践成为必要	105
第四节 中人在明清契约实践中发挥作用的机制	113
小 结	120
第四章 明清时代官方眼中的土地契约词讼与处理	123
第一节 明清官方对作为审断依据的契约及其纠纷之考量	124
第二节 明清官员审断纠纷案件时掌握之经验与所做之准备	128

第三节	明清官方综合利用多种知识以化解土地契约纠纷之策略	135
小 结		138
第五章	明清时代官方与民间契约习惯的互动	141
第一节	明清律例与会典中的“税契”	142
第二节	“税契”与田赋征收之间的联系	145
第三节	“税契”体现官方介入契约的需要与限度	150
小 结		156
余 论		158
参考文献		165
后 记		180

引 论

一 问题·理论·写法

既往相当长一段时期，中国法律史研究主要以历代律令典章为对象，偏重于讲述国家层面（包括中央与地方）的制度构建及其相关问题。这种研究应是中国古典学术传统在法律制度史研究领域中的延续，其价值当然极为重要。而且，据我们今天所见的此类研究现状判断，传统的中国法律史研究尚有对传统认识的诸多不足，仍需投入精力与耐心。同时，学术研究需要继往开来、传承创新，不囿于以西方为中心进行自我考量，如何认清几千年传统中国自发形成的、在今人看来是属于法律领域的文明，仍是当务之急。

本书之所以会研究传统中国社会中的契约以及私法秩序的问题，并非专门针对法律条文来研究传统中国律令典章应该说是受到了关于“中国传统社会究竟有无民法”这一持久问题争论场域的影响。^①有关这个问题的讨论既与典章制度相关，又超越典章制度之外。初看上去，争论各方是因为对民法这一概念内涵及其表现形式的理解有着根本的对立，在一套精致的逻辑体系推演之后，产生了民法有无的观点分歧。但从某种意义上说，学者们讨论民法有无这一问题，其实是每一位学者自己内心对现实问题的关怀，讨论的延续也体现出不同时代的学者在如何看待中国传统这个问题上的复杂心态。正如布罗代尔所说：“在某种意义上，历

^① 自西学东渐以来，诸多学者都讨论过中国传统社会有关民法的问题，近年来并未有减少之势，从而形成了一个有关传统中国有无民法的问题场域。从国家制定法层面论及这一问题的如梁启超、梅仲协、杨鸿烈、戴炎辉、史尚宽、张晋藩等先生。从社会运作或民间习惯角度涉及这一问题的有滋贺秀三、黄宗智、岸本美绪、寺田浩明、梁治平等先生。在讨论的过程中，论证传统中国有民法的学者从国家制度或民间习惯层面列举调整民事法律的规范或习惯，持否定说的学者则注重讲述传统社会的制度法律及观念等与民法意义相去甚远。由于对民法概念及表现形式理解的不同，无论从国家制度还是民间习惯层面出发，都可能得出肯定或否定的结论。

史学甚至可以看作是一种关于现在的研究。”^①

传统中国民法的有无，就像中国史上的“资本主义萌芽”问题，或者是著名的“李约瑟难题”一样，其与中国社会是否具有现代性，或者能否自然发展过渡到所谓具有现代性的“现代社会”看似密切相关，所以，法律史学者如何对待传统，也同样具有极强的现实关切。张灏先生在谈到近代以来的知识分子对待这个问题时曾说过：“传统与现代化，这是一个百年来的老问题。百年来，中国知识分子，对这个问题的讨论，在内容上不知变了多少，但讨论的大方向，却很少改变。从本世纪初年的梁启超到十年前故世的殷海光，都主要是以现代化为标准、为尺度，来对传统作检讨、作批判。从今天看，这个方向并不错，但却是不够的。无论就中国而言，或者放眼世界，现代化的成就固是有目共睹，现代的弊病也在逐渐显露。因此我们不但要以现代化为基点去批判传统，同时也需要借助传统去检讨现代化。”^②在以现代化作为标准和尺度来对传统进行检讨、批判时，民法与中国社会的现代性变得密切相关，关乎当今中国是否可能建立完全西方意义上的民法体系，也关乎今人对中华先人所创立的制度文明的信念与信心。因此，诸如中国传统社会中是否存在民法等问题的讨论，自然是法学界或法史学界对“传统中国及其能否现代化转型”这一宏大理论问题的具体回应。本书立意并不在此，但也颇具张灏先生所言之第二层意思，即“借助传统去检讨现代化”的意味。

上述问题最终所指的层面，不仅关乎学术，也关乎我们如何认识自己的历史与文化，可以不夸张地说，这也是一个爱国主义的命题。站在所谓的“全球化”时代，面对百多年来传统中国现代转型过程中遇到的诸多问题，都需要我们不断地认识自己的传统，考虑传统与所谓“现代”的衔接。或者，考虑从中国的“传统”到欧美的“现代”之间，是否仅仅是一种单一的线性关系，是否存在另外一种可能，即多元传统在全球化时代如何共生。

实际上，中国近代史上的转型并没有按照人们（尤其是所谓的各界“精英们”）设计好的现代化道路顺利前行。自道光二十年（1840年）以

① [法] 费尔南·布罗代尔：《论历史》，刘北成、周立红译，北京大学出版社，2008，第71页。

② 张灏：《幽暗意识与民主传统》，联经出版事业股份有限公司，1990，第117页。

来,在经历了近两个世纪的社会转型中,中国儒家传统、国际共产主义运动及中国共产党领导的革命传统、借鉴西方模式并在改革开放以来形成的市场经济传统三者共同构成了中国社会的复杂面相,^①并形成一种在三者“互相排斥”的状态之下,促进中国社会不断发展的内在动能。在此漫长过程中的某些片段,中国儒家传统之外的其他两种传统均时而而被设定为一种绝对正确的现代化标准与转型之终极目标,人们往往将此间经历的转型与进步的困难,归咎于延续了两千年之久的中国儒家传统。^②

然而,在这百多年间,无论我们的行为方式如何与自身传统相抵牾,甚至戕害自身传统之程度达至最高潮,中国文化却一如既往地展现出其生生不息之精神,这恰恰证明了中国文化的坚韧与卓越。鸦片战争以来,今日之中国以前所未有的自信屹立于世界民族之林,使我们可以更加从容地检视自己的传统。在以上三种于今日中国都发挥巨大作用的思想文化传统中,中国儒家传统是我们比较容易忽视,却最不该忽视的。因为,儒家传统通过对于人生、对于自然、对于社会、对于秩序、对于国家、对于天下的认识而形成的制度与文化,不仅是我们这片土地上的原生文化,更重要的是,其不绝如缕与历久弥新的特性,仍在为今天我们理解上述问题、解决现代化产生的问题,提供有别于西方理论的更多可能性。“西方较早地把自己的实现为普遍的,东方则尚处在把自己的地方性实现为普遍性的开始,而精神价值的内在普遍性并不决定于外在实现的程度。”^③

从宏观转向微观,具体到前辈学者关于中国传统社会民法问题的论著,从肯定到否定似乎都已将问题阐述得清楚而深刻,但“什么是法律”这一“经久不绝问题”并没有解决,^④双方都还只能自说自话而无法说服

① 参见甘阳《通三统》,生活·读书·新知三联书店,2007,第3~5页。

② 学界一直有人因中国传统社会未能孕育出与西方法治文明相同或相类似的法律体系(尤其是民商事法律体系)而感到英雄气短以致捶胸顿足。细读此类观点,著者往往对传统社会缺乏整体性认识,进而采用“儒家思想”“小农经济”“重农抑商”“贱货贵德”等诸多理据展开对中国传统社会与文化的批判,并由此认为这些现象与意识和现代工商业社会所需的法律理性性格不入,甚至根本对立。他们认为中国文化成为引入西方“现代”文明以改造中国的绊脚石,阻碍了中国的“现代化”进程。

③ 陈来:《中华文明的核心价值:国学流变与传统价值观》,生活·读书·新知三联书店,2015,第62页。

④ [英]哈特:《法律的概念》,张文显等译,中国大百科全书出版社,1996,第1页。

彼此。可是，在面对“什么是法律”这样一个具有明显西方理论意义的问题时，使用剪裁中国传统素材的方式去“碰撞”民事法律有无问题的答案，却多少显得有些舍本逐末。因为这并非传统中国自发产生的学术问题，也无助于解决今日中国的现实问题。不过，没有此类问题并不代表不存在此类事物，今天我们看起来属于民事法律规范调整的方方面面，于传统中国社会中的人们眼中是什么样子，以前的中国人究竟如何理解并处理这样的交易与纠纷，这些问题或许是受到现代西方法学“启蒙”之后，我们应该对传统产生的问题。带着这些问题读到下面两段话时，就会发现它不仅为我们开启了研究此类问题的视野，也在明确地提醒着我们研究此类问题的瓶颈与局限。

一条法令就是一种具有明显强制性的社会规范，政府颁布法令，并设有一套强制性的惩罚机构，迫使人们遵守法令。事实上，这样的戒律可以约束各种各样的行为，但它们绝不是控制行为的唯一手段。在日常生活中，人们的行为往往要受到道德、职业和时尚的左右，而它们的要求与法律不同。何况，法律的界限经常波动，而社会公认的准则即使因载入法律便显得更为清晰有力，也不会因此而改变其性质。从严格意义上来说，法律仅仅是现实形式上的表象，而现实本身是错综复杂的，难以为单一的研究提供有效的题材。而且，法律也没有穷尽全部现实。……总之，除非作为法官史，法律史难以孤立的存在。^①

在“治隆于上，俗美于下”^②的中国传统社会，其复杂程度与价值偏好^③使得我们即使在认识其法律的历史这一专门领域时，也不可能仅仅依靠法律这一“现实形式上的表象”。这些法律表象背后错综复杂的社会现实与思想，是我们解释中国传统法律呈现出某种形态的线索与依据。而岸

① [法] 马克·布洛赫：《为历史学辩护》，张和声、程郁译，中国人民大学出版社，2006，第125～126页。

② (宋) 朱熹：《四书章句集注·大学章句序》，中华书局，2012，第1页。

③ 陈来先生总结了中华文明在几千年的发展历程中逐步形成的自己的价值偏好：责任先于权利、义务先于自由、社群高于个人、和谐高于冲突。这些价值偏好或多或少与今日西来之法学与法治理念存在差异。参见陈来《中华文明的核心价值：国学流变与传统价值观》，生活·读书·新知三联书店，2015，第49～63页。

本美绪教授则更进一步，在具体的契约法史这一领域提出了问题。

现在，在明清史的研究中，契约文书作为珍稀史料的时代已经结束，大量的文书史料开始为研究者所利用。不过，仅仅有丰富的资料，今后的明清法制史研究是否就能大有成就却是另一个问题。大部分契约文书都是以类似的样式制作的，“从法制史的观点来看，只要知道一个，就可以大体明白其他的了”。……契约文书作为史料的魅力还不仅仅在于所记载的物价、租额等数据，纸质、字体、笔触以及其他通过文书可能察知的如登场人物、人和人之间的关系等等，都能折射出当时社会的气氛。这些文书在当时的日常生活中是很普通的事物，但正由于其普普通通、无意造作的性质，反而更能够给研究者带来关于当时生活现实的实在感受。令人感兴趣的是，研究法制史的学者对于契约文书的这种魅力或感受又有何想法呢？^①

近年来，随着大量契约文书的整理问世，关于契约问题的研究在法史学界已经成为显学。当我们“被自己的进步搞得不知所措”^②时，我们还能否继续利用好这些反映人们日常生活的文书，进而对中国法律史的研究有所增益？面对岸本教授这种诘问，关注中国传统契约法制问题的研究者应该有所触动，即法制史领域中的契约研究，在契约的形制、分类、要件与契约的结构、功能、意义以及不同阶段的契约文书所呈现出的时代差异等领域已经做出丰宏研究之后，^③法学领域的中国传统契约研究还可以有什么作为？如何理解传统中国语境下的契约及其文化，或者说在中国契约呈现出来的诸多特征背后，中国人创造出此种契约文化背后的“人类生活的第二条路向态度”^④问题，皆应为已有著述基础上之推进。

① [日] 岸本美绪：《明清契约文书》，王亚新译，载滋贺秀三等《明清时期的民事审判与民间契约》，法律出版社，1998，第314页。

② [法] 费尔南·布罗代尔：《论历史》，刘北成、周立红译，北京大学出版社，2008，第27页。

③ 以上诸问题可参见张传玺《契约史买地券研究》，中华书局，2008；王旭《契纸千年：中国传统契约的形式与演变》，北京大学出版社，2013；冯学伟《明清契约的结构、功能及意义》，法律出版社，2015。

④ 关于“人类生活的第二条路向态度”，参见梁漱溟《东西文化及其哲学》，中华书局，2013，第70页。

由于“在人文科学之中，没有一门学科能够不直接或间接地受到其他更活跃的学科的进步的影响”，^①而对于“法律史”这种作为交叉学科的理论法学来说，在接受他者影响方面理应更具先天优势，因此，不断推进契约法史研究的这些问题迫使我不得不寻找“他者”的理论资源来使自己的这项研究变得“富有”意义。实际上，东西方社会的知识体系常存在某种巧合。与梁漱溟先生以人之态度分析与解释文化类似，在推进历史研究与解释力方面，使“人”居于中心位置的努力早已开始。

早在20世纪30年代前后，一场史学革新就在法国展开了。以年鉴派^②史学家为代表的“新史学”与当时占统治地位的“事件史学”（诸如机构史、事物史、概念史或思想史）划清界限，认为“只有人的历史，此外就再也没有什么历史了”。在他们的著作里，可以一再发现这种思想，“人是社会事物的一种浓缩因素，而且可以把他当作交往互动网络中的一个枢纽加以分析。这种观点暗含着这样一个命题，就是复杂的交流关系以及从人们的互动当中形成的制度和机构，都被人们体验为具有自己的影响力的社会现实了”。^③虽然这种“新史学”的理论在学界早已不再新鲜流行，但是其对于今日的法律史研究仍旧有着可以吸收的养分。如果将法律史的研究视角转向以人为中心，关注人的行为与活动，依靠“吾人生活所依靠之一切”，^④那么应该可以做出与以往法史研究不同的成果。

在今天看来当然属于法学研究对象的契约文书，恰好是以人为中心的法律史研究的极佳素材，正如韩森教授在讲到自己为何要研究契约时曾说：“说起契约，大多数现代读者会联想到那些远离日常生活、枯燥乏味而且连篇累牍的文书。幸运的是，传统中国的契约却是与生活息息相关的。”^⑤契约与人们的生活“息息相关”应该可以映照我前面提到的思

① [法] 费尔南·布罗代尔：《论历史》，刘北成、周立红译，北京大学出版社，2008，第27页。

② 参见[英] 彼得·伯克《法国史学革命：年鉴学派，1929~1989》，刘永华译，北京大学出版社，2006。

③ [瑞士] 雅各布·坦纳：《历史人类学导论》，白锡堃译，北京大学出版社，2008，第54页。

④ 梁漱溟：《中国文化要义》，上海人民出版社，2011，第7页。

⑤ [美] 韩森：《传统中国日常生活中的协商：中古契约研究》，鲁西奇译，江苏人民出版社，2008，第1页。

考，即今天我们看起来受民法调整的方方面面，在传统社会中究竟被人们如何对待。

对此，我试图通过本书讨论传统中国社会中人们订立契约的法律行为，以及影响契约运行的各种因素，把传统社会中普通人的行为作为研究对象，以人为中心来思考人与契约、人与社会、人与国家的关系。文中希望尽可能摆脱使用现代民法的框架来看待传统契约（当然只是希望而并不一定能够真正做到），也就是说，把中国契约及其文化当作一套相对独立的知识传统来看待。在写作过程中，我自己的心里一直有这么几个问题不断地出现：明清时代的人们如何认识和看待契约？什么样的人可以订立契约？他们为什么要订立契约？契约在人们生活中起到了什么样的作用？契约如何被遵守与执行？是哪些因素保证了契约效力的实现？本书如果能够解惑，固然为我所愿，但如果不仅未能解惑，反而使一些问题变得更加模糊，也算是抛砖引得同仁之思考。若能让学界持续为契约法史领域添砖加瓦，那么这番工夫也未白费。

现代学术对一部作品的预期，可以借用唐德刚先生曾经议论所谓“现代派”史家的一段话来概括，用语似乎稍显尖刻，但也生动地使人晓然历史叙述之别。

现代派史学家治史，简单点说，就像是一般游客到钱塘江口观潮。观潮的人要看的是横空而来，白浪滔天的海潮。至于那些在潮头上摇旗滑水的“弄潮儿”，只是点缀而已。究天人之际，通古今之变，是重在潮的本身，而不在潮上面人为的表演。如果观潮的游客不看潮，只看“表演”，那就是三尺之童的兴致了。^①

在法律史写作中，要描绘或者揭示“潮”，非深厚的学术功力而不能完成。其实，就算是要看清“弄潮儿”的身影也并非易事。因“弄潮儿”随“潮”而动，观潮之时是不可能无视“弄潮儿”之表演的，而且能够在观潮时仍保留一份“三尺”童真，更应是史学著作难能可贵的品质。在写作书稿时，虽自知不能达至这种境界，但仍然心存向往，希望观“潮”，却也并不忽略“弄潮儿”。王志强教授曾更清晰地表达过同样

^① 唐德刚：《胡适杂忆》，传记文学出版社，1987，第108页。

的意思，法律史“作为理论法学的分支，理应同时具有求知和明理的双重意义。其所欲明之理，乃在于揭示中国传统法的特质以及与此密切相关的中国传统社会控制和纠纷解决的思维和行为模式，并进而在特定的历史背景下对其状态和演变作出解释”。^①因此，本书力求阐释清楚家族文书、契约文书、官员判牍、地方政书、国家制度所表达的人与契约的关系，既期待理解这些鲜活的具体行为，又希望厘清这些具体行为所展现的明清传统契约文化这一时代大潮。

当然，今后研究传统契约法的学者不可能止步于从传统的律令典章中勾勒出一套契约制度，也不可能止步于只通过契约文书这种单一材料来说明契约运作的实际状况。也就是说，将多重研究材料与研究方法结合应该是一种更好的出路。既要关注民间层面的文书以及文集、方志等材料，又要从官方文献如律例、会典（则例、事例）以及实录和档案中寻找线索，结合上层与下层两方面材料文献才能发现传统社会中契约运行的情形。在这基础之上，理解传统中国的契约习惯与制度在何种环境下能够运行下去，就必须对所谓的“软环境”进行考察，只有这样研究才具有可持续性。其实，在西方法治语境下，有无民法的问题不太容易让我们理解传承已久且具有中国特征的契约究竟是怎么回事。因此，还原到当时的具体情况，分析契约行为中蕴含的文化因素及其文化属性，研究文化因素所引导的契约行为是本书的主旨所在。

有学者指出：“就如同其他历史学门，法律史的认识任务并不在于个别信息、事实的既存材料，或者它对现代的利用价值；毋宁在于我们的存在本身的历史性。”^②当我们弄清楚契约文书基本要素之后，如何来理解这一历史存在，如何理解传统中国的人们在面对交易及其纠纷时的解决之“道”（而非“术”），是研究明清契约的意义所在。这种“道”是“文化陶冶”的结果，也就是说，契约问题要放在生活在明清时代的人们创造的文化以及文化回转而创造的人们的生活方式中去理解，要放在文

① 王志强：《中国法律史学研究取向的回顾与前瞻》，载中南财经政法大学法律史研究所编《中西法律传统》第2卷，中国政法大学出版社，2002。

② [德] 弗朗茨·维亚克尔：《近代私法史：以德意志的发展为观察重点》上，陈爱娥、黄建辉译，上海三联书店，2006，第5页。

化的“内在理想”及其力量使人随之发展的过程中去理解。^①

本书意在表达一个有关人与契约的动态关系，也就是说通过对契约行为（意指人们订立契约的行为以及契约运行中人们维护其运行的行为及与契约紧密相关的人的行为）的研究，来阐释契约于人们生活中的作用。这种行为既受传统文化所影响而发生，亦形成了一种自成一体的契约文化，其导致了契约关系的产生、变化或者契约诉讼的提起与平息。因此，以行为之前的文化来解读传统契约关系的发生，以行为之后的文化来阐释传统契约关系的本质，是为本书的目的。

正是这些与生活息息相关的契约文本，让我们了解到人们生活中的契约是如何帮助人们进行交易，或者如何固定某种经济关系甚至社会关系，人们如何依赖契约才能使生活不至于难以为继。不仅如此，诸如解决契约纠纷等司法活动所表现出的“礼乐刑政、综合治理”的特征，让审判构成一个整体性场域，以儒家思想为代表的国家意识形态与作为日常生活道德的情理、法律规范与关系规范具有高度一致性，通过公议和舆论在这个场域中沟通、交流、融合，^②使契约文书的深入研究不可能局限于习惯与制度层面。与生活相关的契约文书及其纠纷解决过程中所体现的文化因素，都会使我们看到其中重视人的方面。与西方不同，中国的契约是没有被神化的日常生活的重要组成部分。

宋史学者柳立言曾说：“就研究途径来说，任何研究领域都经过‘开拓—发展—成熟’的阶段，而衡量它的成熟程度，不外看三件事：掌握的史料是否充足，提出的问题是否重要、深入和全面，和研究的方法是否有效地回答问题。个人时常感到困难的，不是提出大问题，而是不知道应该把这个大问题分解成哪些小问题，以便逐一回答，最后才能比较完满地解决这个大问题。”^③从“一个社会乃至一个民族一个成群的大团体所包有的多方面的生活，综合起来称人生，也就是文化”^④的层面来谈契约问题，无疑是一个大问题。因为中国文化是“人本位”的，

① 参见钱穆《中华文化十二讲》，九州出版社，2012，第19页。

② 参见季卫东《宪政新论——全球化时代的法与社会变迁》（第二版），北京大学出版社，2005，第113页。

③ 柳立言：《宋代的宗教、身份与司法》，中华书局，2012，序言第6页。

④ 钱穆：《中华文化十二讲》，九州出版社，2012，第3页。

以“人文”为中心的，主要在求完成一个一个的人。此理想的一个一个人，配合起来成为一个理想的社会。^①因此，本书仍然遵循以人为中心的基本思路，探讨人与契约的关系，将其作为观察分析这个大问题的视角。

具体而言，从个人立约、缔约人之间的关系、契约在社会中如何运行并获得保障、官方对待契约的态度等几个小问题出发，讨论明清时代的契约与人的生活，似乎可以回应人与契约关系这个大问题。虽然这些讨论并未直接回应传统社会有无民法这一命题，但也从另外一个角度描述了传统社会中的人们如何应对今天我们遇到的类似问题，以期待能够解释今日中国人遇到此类问题时，为何仍抱有与所谓“现代契约法”迥异之态度。传统史学所倡导的“资鉴”功用在此也应有体现。对中国传统契约尝试进行文化分析与解读的意义也正在于此。

二 断代·地域·回顾

选择明清时代作为本书集中讨论的时间段限，固然是因为这一时段保留下来的材料最多。有关契约文书的整理、点校与出版是对契约的初步研究，为进一步深入研究契约问题打下了基础。^②在大量材料既存的情况下，研究明清时代的问题，无须如先秦研究一般仅凭只言片语而苦苦进行推断。但更重要的是，明清时代是中国传统社会中距离当下最近的一个时代，中国走向现代化的大门在这一阶段开启，因此，将这个时

① 参见钱穆《中华文化十二讲》，九州出版社，2012，第16页。

② 现在我们所能见到的契约文书资料主要有：居延、敦煌汉代契约，新疆魏晋至隋唐契约，敦煌唐、北宋契约，徽州南宋、元契约，各地明、清、民国契约，宋元时期少数民族契约，铜器铭文契约资料，摩崖碑记中的契约资料，买地券以及文献中的契约资料。无论从数量上、保存的质量上以及影印和点校的出版物上来看，明清契约文书绝对是现存传统契约中的大多数。随着契约文书的整理出版，我们现在利用起来比较方便的资料有张传玺先生主编的《中国历代契约会编考释》，田涛等主编的《田藏契约文书粹编》等，侧重于某一地域范围内的契约文书被整理出版的更多，诸如中国社会科学院历史研究所收藏整理的《徽州千年契约文书》，福建师范大学历史系整理出版的《明清福建经济契约文书选辑》，安徽省博物馆与中国社会科学院历史研究所徽州文契整理组编的《明清徽州社会经济资料丛编》，吴晓亮、徐政芸主编的《云南省博物馆藏契约文书整理与汇编》，陈金全、杜万华主编的《贵州文斗寨苗族契约法律文书汇编》等。此外，前南京国民政府司法行政部编的《民事习惯调查报告录》中也包含各地的契约文书与契约习惯，对于契约尤其是契约习惯与行为的研究还是十分重要的。如果不是针对某一特定历史问题的研究，仅从研究契约角度来看，这些出版物可以满足研究的需求。

代的问题说清楚，也许有助于我们明晰现代中国遇到的一些问题与困惑。

将明清时代的契约作为一个整体来看待，而不是分割成明代或者清代来叙述，主要基于以下两点考虑：首先，明清两代的法律有着承继关系，无论是清初的《大清律集解附例》还是清中期定型的《大清律例》，二者都是在《大明律》及《问刑条例》的基础上修撰而成，清律只是在政体变迁之处有所损益调整。虽然清代有着随时代发展而不断增加的定例用以补充律文的单薄不足，但其基本上均沿袭了律文的精神。其次，我们通过观察明清两代的契约文书可以看出民间习惯的长久延续性，在如此长的一个时段中，除了具体措辞可能会体现出地域或时间的细节信息外，人们的契约习惯并未有明显变化。更重要的是这种契约习惯在明代以前就已经如此，清代和近代各种土地契约的格式，大体上都是在南宋至明代这段时期内奠定的，而明清时代正是中国传统契约习惯的较长稳定期。到了嘉靖、万历时期，在土地契约关系上形成了种种契式，并通过日用杂书刊刻推广，契约文书便具有了一定的规范性，^① 这更加巩固了契约习惯的稳定。因此可以说，明清时代是研究中国传统契约的一个较为理想的时期。^②

有关明清时期社会经济方面的著述是我们研究契约问题的重要背景知识，社会经济史方面的论著有助于我们深入了解与经济活动紧密相关的契约问题。这一时期，人口的迅速增长和耕地的大量垦辟是经济与市场繁荣的重要先决因素。^③ 元代就有“田尽而地，地尽而山”^④ 的局面，到了清代更是大力开垦山区、边区，耕地面积比明盛世又增加了3亿余

① 参见杨国桢《明清土地契约文书研究》（修订版），中国人民大学出版社，2009，第11页。

② 瞿同祖先生甚至认为更大跨度的法律史都是可行的：“将秦汉以至晚清变法这两千余年间的事实熔于一炉的态度实基于一基本信念——认为这一长时间的法律和整个的社会政治经济一样，甚至停滞于同一基本类型而不变。如此前提是对的，则我们或不妨忽略那些形式上枝节上的差异，而寻求其共同之点，以解释我们法律之基本精神及主要特征。”林端：《由绚烂归于平淡——瞿同祖教授访问记》，载林端《儒家伦理与法律文化》，中国政法大学出版社，2002，第137页。

③ 人口问题可参见〔美〕何炳棣《明初以降人口及其相关问题：1368～1953》，葛剑雄译，生活·读书·新知三联书店，2000。

④ （元）王桢：《农书》卷七农器图谱一，“梯田”。

亩，是历代垦田最多的。^① 田地的增加对于土地交易及契约文书的产生当然有着客观的促进作用。而且，清代（如江南地区）农业与手工业（甚至可以称之为“工业化”）的发展，^② 使得商业空前繁荣并形成了在全国范围内具有层级的市场网络。^③ 早在宋时即有市镇经济发达的记载，“市邑雄富，列肆繁错，城外南市亦数里，虽钱塘、建康不能过，隐然一大都会也”，^④ 清代笔记中更有遍布全国的经济中心的描述，“天下有四聚，北则京师，南则佛山，东则苏州，西则汉口”，^⑤ 这些都是商品经济发达、市场交易繁荣的生动写照。

明清时代的农业发展与商品经济的关系，正如刘石吉所说：“‘已开发地区’的江南，其农业结构在明清时代却已起了显著的变化，最重要的特征即在于农业资源业已充分利用；就当时的技术条件下，想在传统农业范畴中作进一步的扩张已不太可能，而商品经济（甚至手工业与现代工业）的发展才是它最显著的特色。”^⑥ 商业机能的扩张导致了市镇的成长，专业性商业市镇的兴起将市场的影响力逐渐从各市镇渗透到附近的乡村地区，而刺激传统农村手工业的进一步发展，因此其重要

① 吴承明：《中国的现代化：市场与社会》，生活·读书·新知三联书店，2001，第242～246页。

② 参见李伯重先生的两本著作：《江南农业的发展：1620～1850》，上海古籍出版社，2007；以及《江南的早期工业化（1550～1850）》（修订版），中国人民大学出版社，2010。有关中国传统农业发展的论述还可参见黄宗智先生的两部著作：《华北的小农经济与社会变迁》，中华书局，2000；《长江三角洲小农家庭与乡村发展》，中华书局，2000。

③ 参见〔美〕施坚雅《中国农村的市场和社会结构》，史建云、徐秀丽译，中国社会科学出版社，1998。有关明清时代经济与市场的论著还可参见〔日〕岸本美绪《清代中国的物价与经济波动》，刘迪瑞译，社会科学文献出版社，2010；陈春声《市场机制与社会变迁：18世纪广东米价分析》，中国人民大学出版社，2010。明清市场的这种繁荣景象有着强大的根基与生命力，如吴承明先生所说：“战争会造成生产力、包括劳动力的破坏，但未必影响市场繁荣。显著之例莫过于太平天国战争，长达15年，人口损失2000多万，而市场并未萧瑟。茶出口一直增长，丝出口增长更快。战争最激烈的南京、苏州，人口减少过半。而大军一过，南京‘城中设立五大行，自出买办奇货藏’；‘城外直如五都市，外小负贩时相从’。苏州更是‘百货云屯，盛于未乱时倍蓰’；‘生意繁盛，较平时数倍’。在上海，还因人口阜聚，出现了大批新的市镇。盖战时政府巨额支出，居民流动亦倾出家资，购买力膨胀引起市场战时繁荣，乃属常见。”吴承明：《中国的现代化：市场与社会》，生活·读书·新知三联书店，2001，第211页。

④ （宋）陆游：《渭南文集》卷四十六。

⑤ （清）刘献廷：《广阳杂记》卷四。

⑥ 刘石吉：《明清时代江南市镇研究》，中国社会科学出版社，1987，第3页。