



JINGMAO FAXUE LUNCONG

经贸法学论丛

总主编 柴振国

zhongguo chuantong qiyue yishi yanjiu

# 中国传统契约 意识研究

张振国 等/著

中国检察出版社

D923.64/33

2007

# 中国传统契约意识研究

张振国 薛现林 著  
王利军 武建敏

中国检察出版社

## 图书在版编目 (CIP) 数据

中国传统契约意识研究/张振国等著. —北京:

中国检察出版社, 2007. 6

(经贸法学论丛)

ISBN 978 - 7 - 80185 - 789 - 7

I. 中… II. 张… III. 契约法—研究—中国

IV. D923. 64

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 088717 号

## 中国传统契约意识研究

张振国 薛现林 王利军 武建敏 著

---

出 版 人: 袁其国

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www. zgjccbs. com)

电子邮箱: zgjccbs@vip. sina. com

电 话: (010)68658769(编辑) 68650015(发行) 68650029(邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 保定市中国画美凯印刷有限公司

开 本: A5

印 张: 13 印张

字 数: 354 千字

版 次: 2007 年 7 月第一版 2007 年 7 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 80185 - 789 - 7/D · 1765

定 价: 32.00 元

---

检察版图书, 版权所有, 侵权必究  
如遇图书印装质量问题本社负责调换

## 总 序

燕赵大地，人杰地灵。河北经贸大学就坐落在太行山脚下风景秀丽的滹沱河畔。它以经济、管理和法学学科为支柱，是省属综合性重点大学之一。声声不息的滹沱河河水，孕育着一代代经贸学人，也孕育着法学院的法律学人和学子们。

正是这种无息的孕育，使法学院的学人们在这块田园里春夏秋冬不辞劳苦、辛勤耕作和无私奉献，也正是这种耕作和奉献，使得法学学科这棵幼苗得以快速成长。从 1993 年其前身经济法系成立到今天初具规模的法学院，经过 12 年的努力，已拥有民商法、经济法和国际法三个硕士点和经济法一个在职硕士点。年轻的法学院充满朝气与活力，集聚和培养了一群风华正茂，立志为学的年轻学者，他们分别毕业于不同的学校，汇聚了全国各大重点院校的不同学术风格，吮吸着京畿大地丰厚的历史文化滋养。他们以无私无畏的精神白手起家，充分发挥着自身的后发优势，他们还利用环绕北京、贴近祖国心脏的地缘优势关注和感受着法学前沿问题和法治社会的重大事件。他们与这个伟大的时代同呼吸、共命运。尽管他们所在的还算不上名门名校，但他们正在凭借自身的力量与智慧，努力争得一席之地。

法学院的发展关键在于学科建设，学科建设的基础关键在于学术成果的支撑，而学术成果的取得在于法律学人不断的发现问题、思考问题和解决问题，在于对学术价值的正确判断和刻苦追求。正是在这种理念下，法学院的学人们刻苦追求，努力奋斗，不断进取，在教学和科研上取得了可喜的成绩。为了展示和反映河北经贸大学法学院的科研实力和最新研究成果，发现和支持新



人新作，鼓励和培养科研精神，加强学科建设，就要开拓一个固定的园地或搭建一个平台，给法学院学人们提供一个展示和创新的机会。这就是出版本论丛的目的所在。

河北经贸大学法学院与中国检察出版社共同组织出版这套《经贸法学论丛》。之所以命名为《经贸法学论丛》主要有两方面考虑：其一，“经贸”是河北经贸大学之意，因为河北经贸大学是这套丛书的发起者；其二，“经贸”是经济贸易的简称，从选题范围来说，这套丛书主要包括民商法、经济法和国际经济法，同时也兼顾其他法律部门，不受部门法划分的局限。今后，我们计划每年陆续安排若干种课题的出版，使这套论丛更加完善和丰满。

在这套《经贸法学论丛》出版之际，我们衷心感谢中国检察出版社领导与编辑朋友们的信任和支持，是他们给我们创建了这个平台，提供了机会。我们也殷切期望这套丛书能得到社会各界的支持与关注，同时，真诚欢迎来自各方面的批评与指教，所有这些都将成为激励和鞭策我们继续前行的力量。

柴振国

2005年8月

## 作者简介

---

### 张振国 男

1965年出生，  
河北经贸大学  
法学院副教授，法学博  
士，目前主



持教育部、司法部及河北省社科规划课  
题各一项，出版专著两部，在《政法论  
坛》、《现代法学》、《道德与文明》  
等核心期刊发表论文二十余篇。

### 薛现林 男，1963年出生，河北师范

大学副教授，外事办主任，法学博士，  
出版专著两部，发表论文十余篇。

## 作者简介

---

**王利军** 男，1971年出生，河北经贸大学法学院副教授，硕士研究生导师，主持省社科研究项目两项，参与国家社科基金项目一项，出版专著三部，在《法学杂志》、《甘肃社会科学》、《河北法学》等核心期刊发表论文二十余篇。

**武建敏** 男，1969年出生，河北经贸大学法学院讲师，硕士研究生导师，法学博士，出版专著三部，发表论文十余篇。

责任编辑 苏晓红

封面设计 耀午书装  
010-84473188

# 目 录

|                                         |        |
|-----------------------------------------|--------|
| 绪论 .....                                | ( 1 )  |
| 一、从契约到社会契约 .....                        | ( 1 )  |
| 二、法律即契约 .....                           | ( 4 )  |
| 三、我们的法律能否成为人民的契约 .....                  | ( 9 )  |
| 四、研究方法 .....                            | ( 13 ) |
| <br>第一章 从政治性契约看传统契约意识 .....             | ( 15 ) |
| 第一节 政治性契约的分类 .....                      | ( 15 ) |
| 一、因分封而形成的政治性契约 .....                    | ( 15 ) |
| 二、因政治势力之间的结盟而形成的政治性契约 .....             | ( 35 ) |
| 三、与异族签订的城下之盟 .....                      | ( 38 ) |
| 四、因笼络民心的需要而与老百姓缔结的政治性契约<br>.....        | ( 40 ) |
| 五、纯粹民间自行签订的政治性契约 .....                  | ( 40 ) |
| 第二节 政治性契约的特征 .....                      | ( 49 ) |
| 一、天命与血缘是维系因分封而形成的政治性契约<br>的两根纽带 .....   | ( 49 ) |
| 二、实现“一统”是传统政治派别之间的盟约的<br>目标 .....       | ( 58 ) |
| 三、城下之盟体现了典型的实力外交 .....                  | ( 62 ) |
| 四、传统政治人物与老百姓订立的政治性契约具有<br>单方性 .....     | ( 64 ) |
| 五、互助、自治是民间“合法”组织订立的政治性<br>契约的主要特征 ..... | ( 65 ) |



|                             |         |
|-----------------------------|---------|
| <b>第二章 从民间契约看传统契约意识</b>     | ( 68 )  |
| <b>第一节 传统民间契约的类型</b>        | ( 69 )  |
| 一、交易关系契约                    | ( 70 )  |
| 二、家庭关系契约                    | ( 99 )  |
| <b>第二节 传统民间契约的特征</b>        | ( 118 ) |
| 一、不信任是传统民间契约活动的第一大特征        | ( 119 ) |
| 二、非自愿、不平等是传统契约的另一个特征        | ( 136 ) |
| 三、严格的形式主义                   | ( 149 ) |
| <br><b>第三章 传统契约意识的生成与发展</b> | ( 155 ) |
| <b>第一节 传统契约的程序意识</b>        | ( 155 ) |
| 一、契约文书的发展沿革                 | ( 155 ) |
| 二、传统契约的程序性规定                | ( 160 ) |
| <b>第二节 传统契约的担保意识</b>        | ( 161 ) |
| 一、传统契约担保的种类和特点              | ( 162 ) |
| 二、传统契约的担保意识                 | ( 175 ) |
| <b>第三节 传统契约的责任意识</b>        | ( 179 ) |
| 一、契约责任的承担主体                 | ( 179 ) |
| 二、契约责任的实现机制——私力救济与公力救济相结合   | ( 179 ) |
| 三、契约违约条款的基本形态               | ( 181 ) |
| 四、违约责任的承担方式                 | ( 183 ) |
| <b>第四节 传统契约价值观</b>          | ( 185 ) |
| 一、秦汉以前的契约价值观                | ( 185 ) |
| 二、秦汉以后至明清的契约价值观             | ( 187 ) |
| <br><b>第四章 中西契约意识比较</b>     | ( 198 ) |
| <b>第一节 中西契约程序意识比较</b>       | ( 199 ) |
| 一、西方契约的程序意识                 | ( 199 ) |



|                               |       |
|-------------------------------|-------|
| 二、中西契约的程序意识比较 .....           | (213) |
| 第二节 中西契约担保意识比较 .....          | (222) |
| 一、西方契约的担保意识 .....             | (222) |
| 二、中西契约的担保意识比较 .....           | (239) |
| 第三节 中西契约责任意识比较 .....          | (241) |
| 一、西方契约的责任意识 .....             | (241) |
| 二、中西契约的责任意识比较 .....           | (255) |
| 第四节 中西契约的诉讼意识比较 .....         | (266) |
| 一、中国传统契约的诉讼意识 .....           | (266) |
| 二、西方契约的诉讼意识 .....             | (267) |
| 第五节 中西契约价值观比较 .....           | (268) |
| 一、西方契约价值观 .....               | (268) |
| 二、中西契约价值观差异解析 .....           | (289) |
| <br>                          |       |
| 第五章 传统契约意识与社会秩序 .....         | (299) |
| 第一节 政治性契约意识与社会秩序 .....        | (300) |
| 一、政治性契约意识及其基本分类 .....         | (300) |
| 二、国家之间的政治性契约意识与社会秩序 .....     | (305) |
| 三、君王与臣民之间的政治性契约意识与社会秩序 .....  | (308) |
| 第二节 民间契约意识与社会秩序 .....         | (313) |
| 一、社会自发秩序与民间契约意识 .....         | (314) |
| 二、从契约的实现途径看民间契约意识与社会秩序 .....  | (317) |
| 三、民间契约意识、规则意识与社会秩序 .....      | (322) |
| 四、从传统到现代：契约意识的精神变迁与社会秩序 ..... | (325) |
| 第三节 契约共识与社会秩序 .....           | (327) |
| 一、中国人能否培养现代契约意识 .....         | (328) |
| 二、如何培养现代契约意识 .....            | (330) |



|                               |              |
|-------------------------------|--------------|
| 三、契约共识的形成与社会秩序 .....          | (333)        |
| <b>第六章 传统契约意识之现代意义 .....</b>  | <b>(336)</b> |
| <b>第一节 探求法治本土资源的意义 .....</b>  | <b>(336)</b> |
| 一、我国现代法治进程的反思 .....           | (336)        |
| 二、本土法治资源的探寻 .....             | (339)        |
| 三、研究中国传统契约意识的重要意义 .....       | (342)        |
| <b>第二节 政治性契约意识之现代意义 .....</b> | <b>(343)</b> |
| 一、传统政治性契约意识的反思 .....          | (343)        |
| 二、现代政治契约理论概述 .....            | (346)        |
| 三、我国当前政治国家法治化进程解析 .....       | (349)        |
| 四、我国当代契约政治的构建 .....           | (354)        |
| <b>第三节 民间契约意识之现代意义 .....</b>  | <b>(364)</b> |
| 一、民间契约的自由意识之现代意义 .....        | (365)        |
| 二、传统契约中的典权制度之现代意义 .....       | (367)        |
| 三、传统契约诚信意识之现代意义 .....         | (373)        |
| 四、传统契约意识与新农村建设 .....          | (385)        |
| <b>参考文献 .....</b>             | <b>(393)</b> |
| <b>后记 .....</b>               | <b>(401)</b> |

# 绪 论

## 一、从契约到社会契约

契约曾经在西方引起革命性的变化，毫不夸张地说，西方近现代社会的发展与契约的关系密不可分。契约在古希腊、古罗马的时候，也不过是经常进行的民事交往活动的手段之一，但是，当中世纪的神权政治国家经过文艺复兴等一系列事件的冲击之后，无论是世俗的王权，还是精神领域的教权，其合理性基础都被动摇了，国家和政府需要找到一种新的理论来为其合理性论证。在这样一种需求之下，17、18世纪的启蒙思想家们从大量盛行的契约活动中找到了灵感，创立了社会契约论——一种全新的论证国家、政府的起源以及政府权力之正当性的理论。契约以及契约活动给社会契约论带来的影响，从以下几个方面可以明显看出来：第一，契约是从事民事活动的人自愿达成的协议，社会契约是自然状态的人们进入社会状态的时候自愿签订的契约。无论民事契约，还是社会契约，其共同点都是契约，契约的内容是对签约人的权利义务的规定，在洛克看来权利和义务都是有条件的，受到限制的，这为限权的宪政民主国家的产生提供了理论根据；无论民事契约还是社会契约，都必须建立在立约人的自愿的合意的基础之上，任何一方都不得把自己的意志强加给对方。社会契约的自愿成分，否定了政府是单纯的压迫性力量，政府必须按照与人民自愿达成的契约行事，否则，权利受到侵犯的签约人就可以推翻政府。第二，在大量进行的民事契约活动中，所有民事主体一般无一例外地需要遵守平等规则。在交换过程中，如果



哪一方违反了这一规则，民事活动的进行时间久了就会受到阻滞。这种状况不仅不利于弱势一方，甚至对强势一方也会带来损害，因此，民事活动是天然的平等派。基督教宣扬的上帝之下人人平等的观念，在教会统治的神权政治世界里没有实现，在民事活动之中却得到了几乎完全体现。人人平等的观念，也被社会契约论所吸收，在这个问题上，即使主张建立强大的、具有专断权力的“利维坦”的霍布斯也不否认。人人平等是现代民主社会所必需的原则，只有人人平等，才能够实现一人一票，等票等值的现代民主政治。第三，财产由不同的人拥有是一个自然的过程，不同的人拥有不同的财产，就需要人们互通有无。只要人类社会存在不同的财富主体，人们就需要从不同主体中获得自己想要的东西。从这一点上来看，交换不是政府大力提倡就能够马上活跃起来的，也不是政府大肆打压就能够堵得住的，只要有需求，就会有交换，没有需求，强制交换也难以继。人们在财富上划分出我有或者他有，以及民事活动如何进行，契约如何签订，完全是自然而然的，是自然的权利，这种权利是与社会契约论所论证的人们在自然状态下所享有的自然权利具有同构性的。而实际上，洛克就是把财产权看作是神圣的自然权利的。

中国很早就是一个契约活动非常发达的国家，这从保留下来的大量的契约文献可见一斑。学者俞江认为：“尽管毁坏是严重的，但仍有数以千万计的中国古代契约文书保存下来。……谁也不能保证自己看过所有的契约文献，甚至没有人敢说自己看过了中国古代所有的契约类型。”为什么中国古代会有那么多的契约呢？我们知道，传统中国社会官府所重视的一般只是可能危害政权的犯罪，而对于钱债、田土、租赁、典当以及经常发生在家族、邻里、乡党之间的小额钱财往来、口角是非等等，在官府看来不过是细故，官府对于这样一些所谓细故，一般是不乐意管的。但这些事情对于一般老百姓可不是小事，尤其是涉及钱债、田土、租赁、典当的事项，可能事关百姓的生活，百姓对于这样的事情不敢不慎重，为了慎重起见，签订一纸契约以示信用，则



成了必然的选择。可能正是因为官府不管，才给民间契约的活跃留下了广阔空间。“完全可以说，调整中国传统社会秩序，带动整个社会运转的，不是民法或其他法律，而是活跃的契约活动。而中国古代之所以可以不需要那么多国家法去干涉民间秩序，其奥妙之一也正是因为存在着如此大量和成熟的契约活动。”<sup>①</sup>

既然我们曾经存在着如此大量的民事契约活动，既然西方之民事契约原来也不过是民事交往活动的工具之一，在这一点上，我们和西方没有什么不同，可西方人却把契约神圣化了，并经由这一神圣化而发展出来了一种全新的国家理论，这种理论改变了西方，影响了整个世界。传统中国没有经历过西方社会的国家制度危机，自从我们的国家形态奠定以来，直到西学东渐，从我们自己的土壤上从来没有产生出对我们的制度合理性问题的怀疑，既然没有问题，自然不曾想到改变制度，并寻求一种新的理论来为新制度辩护。不过话又说回来，即使我们的先人们对我们传统制度的合理性发生怀疑，也未必见得会在经常交换的、被人漠视的契约中找到灵感而创立一种新的理论；即使从契约中受到启发，经验理性发达而抽象理性欠发达的先人也未必抽象出一种西方意义上的社会契约论。由此，我们也可以知道，所谓社会科学的真理性、普适性，只能是相对的，它们产生的环境不同，适用的场域自然不一样。社会契约论只是西方的理论，这种理论不能在中国产生，在中国适用恐怕也是难乎其难的。

西方社会契约论的国家观的产生，可能不仅仅得益于社会发展，还来自于国家权力理论动摇，需要新的理论为新的国家权力的合法性提供支持的历史要求，不仅仅得益于日常存在的大量的契约活动，以及由此而产生的契约自由的思想，其他思想“对以契约为模式的国家学说的产生和确认具有不可低估甚至是无可替代的影响”。在西方历史上，国家起源于契约的思想在古希腊时期早已有之，并且在中世纪其作用和意义越发明白，只不过那

<sup>①</sup> 俞江：“是‘身份到契约’还是‘身份契约’”，载《读书》2002年第5期。



时的契约理论既没有造成自然法学派的社会契约论那样大的影响，也没有自然法学派的社会契约论所蕴含的自由、平等等神圣价值。那时的国家起源的契约理论，如同亚里士多德的国家自然起源论，柏拉图的社会分工的国家起源论一样，只是诸多国家起源论中的一种。在中国人看来，国家之产生是一个自然的过程，法家认为国家之产生源于人民之多少与财货之多寡的矛盾关系，在这对矛盾关系演变过程中国家产生了。韩非指出，上古之时是没有国家的，因为那个时候人民少而财货多，人民用不着你争我夺就可以衣食无忧，但是，随着人口的增加，财货的数量不足以满足人民的需要了，于是开始了强凌弱、众暴寡的过程，这个时候有圣人出，建立了国家，制定了法律。儒家把国家看作是家的扩大版，家与国是同构的，既然家不可动摇，国自然亦不可动摇。所以，儒家之意识形态取得统治地位后，其有关国家的论说就没有在中国发生过危机。无论法家还是儒家，他们都不大相信君权神授一类的话，（中国的君主也不相信，但还要装神弄鬼地把自己的统治神化一番）尽管汉儒、宋儒都在竭力从事美化君主的工作，甚至宋儒极端到让人民饿死，他们的所作所为也不过是工具主义的。在国家起源问题上，我们是缺乏西方式的深刻思辨的。

所以，尽管社会契约理论不是中国货，把它照搬到中国也很难行得通。但是，社会契约理论毕竟为我们观察中国的问题提供了一个视角，还为我们从中国的契约传统挖掘中提供了一点借鉴——我们能不能从传统契约中挖出一些为我们今日所需的东西呢？

## 二、法律即契约

法律是什么？在中西方不同的思想家中是有着各种各样的答案的。可以概括为：规则说、命令说、判决说、神意说、理性



说、公意说、权力说、正义说、社会控制说、事业说等等。<sup>①</sup>所有这些五花八门的关于法的定义，中国人可以与西方人共享知识产权的，规则说一也，权力说二也。法家之鼻祖管仲说：“法律政令者，吏民规矩绳墨也。”<sup>②</sup>清末主持修律的沈家本说：“法者，天下之程式，万事之仪表。”<sup>③</sup>这是典型的法律即规则的表述；商鞅说：“法者，宪令著于官府，赏罚必于民心，赏存乎慎法，而法加乎奸令者也。”<sup>④</sup>则是权力说的表述。

那么，为什么中国人对于法的定义是如此贫乏，而西方人却制造了一个法的定义万花筒呢？关键的因素在于，中国的国家形态从其产生之初就是清一色的专制政治，清一色的君主立法，这样一种政治形态，这样一种法的产生方式，拘囿了中国思想家们的思想范围，使得他们普遍认为“利出一孔，法出一源”才是正当的。法家认为：法、术、势是君主不可一无之具，君主必须牢牢掌握，否则，君权将为之动摇。因此，法家强调：“生法者，君也；守法者，臣也；法于法者，民也。”儒家也不把法律来源多元看作正常的现象，孔子所谓：“天下有道，则礼乐征伐自天子出；天下无道，则礼乐征伐自诸侯出”也是这个意思。<sup>⑤</sup>道家看起来非常赞赏“鸡犬之声相闻，老死不相往来”的小国寡民状态，但是，老子却创立了一个先于天地之“道”，“有物混成，先天地生，寂兮寥兮，独立而不改，周行而不殆，可以为天下母。吾不知其名，字之曰道，强为之名曰大”。又说：“道生一，一生二，二生三，三生万物。”如果说，老子这些关于“道”的论述只具有哲学一统的意思，而不具有政治一统的意思的话，那么，所谓：“天大、地大、道大、王亦大。域中有四

① 张文显主编：《法理学》，高等教育出版社、北京大学出版社1999年版，第44—45页。

② 《管子·七臣七主》。

③ 转引自张国华主编：《中国法律思想史》，法律出版社1982年版，第465页。

④ 《商君书·赏罚篇》。

⑤ 《论语·季氏》。



大，而王处其一焉”，则是再明白不过的政治主张了。<sup>①</sup> 墨家讲“兼爱”、“非攻”，但也讲“尚同”。所谓“尚同”，天子同一天下之义，一也；天子同一天下之义于天，二也。思想源头上弥漫的观念，在其后我们的历史发展中影响是非常大的。它使得中国历代的政治家、思想家都把“礼乐征伐自诸侯出”的时期看作非常态。政治家们因为把“礼乐征伐自诸侯出”看作非常态，其结果是稍有雄心大志如陈胜、刘邦者，都想做一个秦始皇那样的大丈夫，统一天下，把非常态的“礼乐征伐自诸侯出”变成常态的“礼乐征伐自天子出”；思想家们因为把“礼乐征伐自诸侯出”看作是“天下无道”的表现，他们越发论证“礼乐征伐自天子出”之有道，甚至把其神圣化为“天理”。政治事件与政治理论所赞扬的既然都是这样一种“率土之滨莫非王臣”的景象，那么，“生法者，君也”，自然也就牢不可破了。

我们反观西方，古希腊的国家形态既有雅典的奴隶制共和国，又有斯巴达的奴隶主军事专政，既有君主制，又有寡头制。不同的政体样态，为古希腊各城邦法律的多样性提供了条件：有的城邦的法律是由贤人起草的，有的城邦的法律由公民大会一类的组织民主产生的，有的城邦的法律由具有某种血统身份的人制定。国家形态的多样化，为思想家们论证各种政体，分析各种政体之优劣提供了资料；法律产生方式的多样化，为思想家们从不同角度观察法律、比较各种法律之得失，遐想更完善的法律提供了可能的空间。

在西方国家进入中世纪之后，其法律之多样性更加突出，因为那个时候，不仅存在着世俗的王权与精神领域的教权，即使在世俗的王权管辖的范围，还存在着领主、商业城市等等由不同主体统治的区域。其时欧洲的法律有教会法、王室法、庄园法、城市法等等。这些不同的法律相互竞争，既促进了欧洲法律的改进，也开阔了思想家们思考法律问题时的视野。

<sup>①</sup> 《老子》。