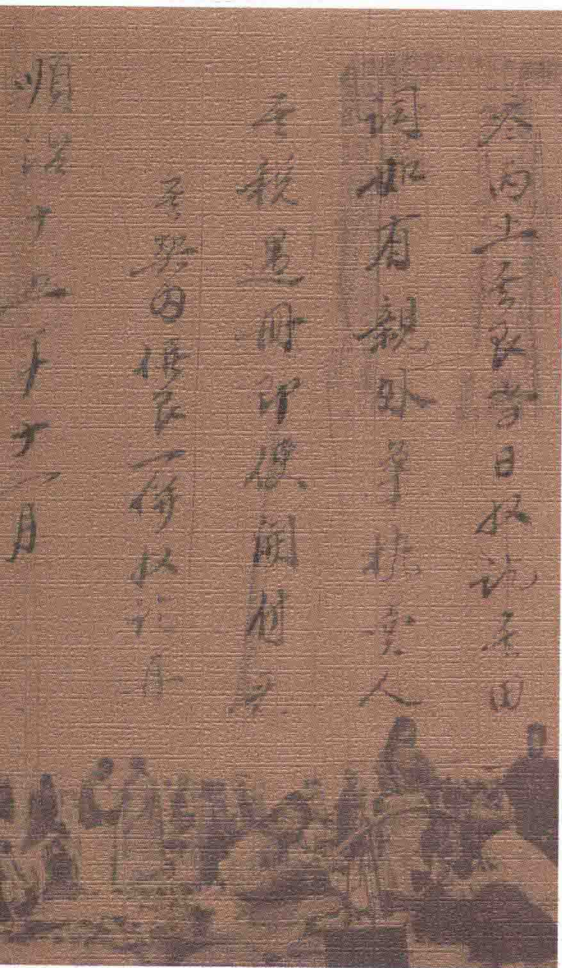


清代买卖契约研究

——基于法制史角度的解读

刘高勇 著



中国社会科

清代买卖契约研究

——基于法制史角度的解读

刘高勇 著

中国社会科学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

清代买卖契约研究：基于法制史角度的解读 / 刘高勇著. — 北京：
中国社会科学出版社，2016. 8

ISBN 978 - 7 - 5161 - 6528 - 7

I. ①清… II. ①刘… III. ①买卖合同—法制史—研究—中国—
清代 IV. ①D929.49

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 159989 号

出 版 人 赵剑英
责任编辑 吴丽平
责任校对 邓雨婷
责任印制 李寡寡

出 版 中国社会科学出版社
社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号
邮 编 100720
网 址 [http: // www. csspw. cn](http://www.csspw.cn)
发 行 部 010 - 84083685
门 市 部 010 - 84029450
经 销 新华书店及其他书店

印 刷 北京明恒达印务有限公司
装 订 廊坊市广阳区广增装订厂
版 次 2016 年 8 月第 1 版
印 次 2016 年 8 月第 1 次印刷

开 本 710 × 1000 1/16
印 张 18.75
插 页 2
字 数 308 千字
定 价 62.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书，如有质量问题请与本社营销中心联系调换

电话：010 - 84083683

版权所有 侵权必究

目 录

导论	(1)
第一章 清代买卖契约概述	(15)
第一节 中国古代买卖契约的历史	(15)
第二节 清代买卖契约的主要特点	(18)
第三节 清代买卖契约的主要类型	(19)
第二章 清代田宅买卖契约的国家规制	(24)
第一节 国家法对买卖契约主客体的法律限制	(24)
第二节 对买卖契约的书面规范	(32)
第三节 契税制度对买卖契约的影响	(37)
第四节 税粮过割与买卖契约的法律规范	(46)
第五节 官牙:国家对民间买卖契约干预的途径	(50)
第三章 田宅买卖的启动	(60)
第一节 田宅买卖契约订立的主体资格	(60)
第二节 “草约”与田宅买卖契约的发起	(87)
第三节 田宅买卖中的先买权	(92)
第四节 契约订立中的第三方群体:功能及其意义	(108)
第四章 订立的田宅买卖契约:格式与内容	(120)
第一节 形式变异与内容自治	(120)
第二节 并不清晰的“四至”:“形式主义”及其功能	(133)

第三节	契约内容的片面性:功能要求下的“合谋”	(139)
第四节	“无重复典挂”的含义:兼论存在权利负担的买卖契约 ...	(148)
第五章	契约订立之后:不易完成的交易	(156)
第一节	标的的交付与契约的效力确定	(156)
第二节	“画字银”:看似不合理的“理性”存在	(169)
第三节	契税:影响民间立契方式的重要因素	(181)
第四节	税粮过割程序对民间买卖契约的影响	(184)
第五节	难了的“纠缠”:田宅买卖后的找价和回赎	(191)
第六章	“另类”的交易:“一田两主”下的“田皮”买卖契约	(211)
第一节	“一田两主”的内涵	(211)
第二节	官方对“田皮”的立场与清代“田皮”的流行	(212)
第三节	“田皮”买卖契约的特点	(216)
第七章	清代田宅“活卖”契约的性质:与典的比较	(221)
第一节	典的基本内涵	(222)
第二节	“典非活卖”:差异性分析	(223)
第八章	清代奴婢和子女买卖契约	(238)
第一节	奴婢买卖契约的源流概述	(238)
第二节	奴婢买卖契约概念的“定型化”	(239)
第三节	奴婢买卖契约的形式特点:重在担保	(241)
第四节	“凸显”的母亲:以子女为标的的买卖契约的 主体特点	(251)
第九章	清代的畜产买卖契约	(256)
第一节	国家成文法对蓄产买卖契约的形式要求	(256)
第二节	民间畜产买卖契约的程序和一般内容	(257)
第十章	清代的其他财产买卖契约	(261)
第一节	国家法对买卖标的的种类限制	(261)

第二节 民间的契约实践	(264)
第十一章 余论:变化尚未真正发生	
——清末修律背景下的买卖契约	(268)
结语	(274)
参考文献	(282)
后记	(292)

导 论

契约，在中国古代民事法律史上具有比西方更重要的意义。因为在西方法律史上，法律家们充当了重要的角色，民事法律领域更是如此。因此，西方民法史的研究往往就是围绕着法学家的著作展开的。中国古代虽然没有成熟的民法理论和独立的民事法典，但并不意味着古代中国没有民事法律规范，这一点已经基本成为学术界的共识^①。对中国古代的民事法律研究，除了要关注分散在国家的律典以及律令条例中的条文外，大量的民间契约文书的发现也为我们研究中国古代的民事法律实践提供了丰富的素材，甚至有很多学者认为中国古代的民事法更多的是以民事习惯和习惯法构成的，而这些显然不能通过对国家的成文法研究来认识，因此对中国古代的民事法律就不能也根本无法绕开对契约文书的研究。稍稍留心中国古代民事法律的学术研究史，我们就会发现，中国古代民事法律研究的全面展开和法律史学界进入契约研究领域是同步的。

一 关于契约概念的辨析

“契约”是我们在进行中国古代的民事法律研究中所使用的一个耳熟能详的词汇。不过，这并非今天汉语中的习惯用法，在西方法律体系传入中国以前，要表达本文所说的“契约”，一般用“契”或“约”来表达，

^① 张晋藩：《清代民法综论》绪论，中国政法大学出版社1998年版，第1—2页。当然，中国古代民事法律的存在状态和西方不同，就法典体系来看，具有“诸法合体，民刑不分”的特点，但正如张先生所指出的“不能从主要法典编纂形式上的民刑不分得出中国古代没有民法的结论”。

因为“契”和“约”本来就是同义词^①，“契”“约”连用的情况十分少见^②。在中国古代，“契”的本意为刻^③，“约”的本意为绳索，引申有约束之意^④。作为一种包含和传达一定信息的载体，它们都是指人们在日常的各类交往中所记录下来的，对约定人具有一定的约束力的信物或者凭证。在中国古代的历史文献中，对这类凭证的称谓除了“契”和“约”以外，还有判书、质剂、傅别、书契、约契、约剂等^⑤。在清代社会，从文本信息来看，对这类凭证的称呼还有“书”“字”“据”“票”等。日本学者岸本美绪认为，“明清时期所说的‘契’‘契据’尽管是日常生活中种种约定及记载约定的文书的泛指，但实际上往往意味着不动产买卖中由卖主提交给买主的证书，该证书在证明不动产归属的文件中占有最为重要的地位”^⑥。因此，从信物和凭证的作用来看，我们也可以说清代具有证明持有人的产权归属的文书都可以视为契约。事实上，就买卖交易而言，这个界定不仅适用于不动产买卖，也同样适用于一般的财产买卖以及奴婢买卖。因此，本书所研究的买卖交易领域的“契约”概念，包括所有的在各类买卖交易中出现的“契”“约”“书”“字”“据”等具有凭证特征的文书。同时，为了行文的方便，本书中的“契约”一词有时候也用来指代整个形成“凭证”文书的过程。

二 清代契约及相关制度研究的概况

中国使用契约的历史十分悠久，有学者认为可追溯至原始社会末期^⑦。至明清社会，契约已经渐臻成熟。契约的广泛使用已经成为一种十分普遍的社会现象。只要稍稍翻阅明清契约文书，我们就会发现契约文书

① 不过，日本学者岸本美绪认为，尽管“契”与“约”的用法因地域和时期的不同有较大差异，但“契”字似乎多用于重要而且正式的文书，“约”和“字”则给人一种略式文书的印象。（载《明清时期的民事审判和民间契约》，法律出版社1998年版，第281页）即使如此，它们之间也没有什么实质的差别，其含义是基本相同的。

② 俞江：《契约与合同之辩》，《中国社会科学》2006年第3期。

③ 《说文》：契，刻也。

④ 《说文》：约，缠束也。

⑤ 李倩：《民国时期契约制度研究》，北京大学出版社2005年版，第5页。

⑥ [日]岸本美绪：《明清契约文书》，载《明清时期的民事审判和民间契约》，法律出版社1998年版，第282页。

⑦ 张传玺：《中国历代契约汇编考释》导言，北京大学出版社1995年版，第22页。

的使用已经渗透到社会经济生活的方方面面,举凡买卖、借贷、租佃、典当、雇佣、合伙,乃至婚娶、分家、立嗣、继承等活动无一不借助于契约来完成。正因为如此,对清代契约的收集整理和研究很早就引起了学术界的关注。

在历代学人的不懈努力之下,清代契约文书的收集整理工作已经取得了巨大的成绩。规模较大并具有广泛影响的契约文书资料主要包括如下几种:安徽省博物馆编、中国社会科学出版社1988年出版的《明清徽州社会经济资料丛编》(第一辑);中国社会科学院编、中国社会科学出版社1990年版的《明清徽州社会经济资料丛编》(第二辑);周绍泉、王钰欣主编,花山出版社1992年版《徽州千年契约文书》;田涛、宋格文、郑秦等主编,中华书局2001年出版《田藏契约文书粹编》;四川新都县档案史料组编《清代地契史料》;张传玺等主编,北京大学出版社1995年出版《中国历代契约汇编考释》;福建师范大学历史系整理编辑,人民出版社1997年出版《福建明清经济契约文书选辑》;谭棣华、冼剑民编,暨南大学出版社2000年出版《广东土地契约文书》等。关于日本等国外的清代契约文书的收集整理及研究情况,日本学者岸本美绪有比较详细的介绍^①,在此我们不再重复。

在中国古代契约研究史上,最早进入这一领域的是国学大师王国维先生^②。而对明清以来的契约文书进行着力研究首先是从经济史领域开始的。20世纪40年代,傅衣凌先生利用他所收集的契约文书原件,开展了对明清福建地区的土地价格以及地主佃户的关系的研究。此后,杨国祯、叶显恩、章有义、周远廉、谢肇华、韦庆远等都利用契约文书资料对明清时期的经济问题进行了深入研究。^③法学界介入这一领域的研究是20世纪80年代以后的事情。不过,在法学界学者的持续努力下,这一领域也日益走向深入和细致化。以下我们可以从研究的内容特点入手对法学界在清代契约及相关研究领域的大致情况进行简单的归纳和总结。

① [日] 岸本美绪:《明清契约文书》,载《明清时期的民事审判和契约文书》,法律出版社1998年版,第283—290页;岸本美绪:《东京大学东洋文化研究所契约文书研究会的30年》,《史学月刊》2005年第12期。

② 李力:《清代民间契约中的法律》,博士学位论文,中国人民大学,2003年,第13页。

③ 参见《清代清水江下游村寨社会的契约规范与秩序》,博士学位论文,西南政法大学,2007年,第6—8页。

（一）立足于契约的各个要素所作的综合性宏观式研究

中国的法律史研究长期以来受梅因“古代中国无民法”观点的影响，而将“民刑不分”视为中华法系的最重要特征的观点也是根深蒂固，因而从契约入手研究中国古代的民事立法也是比较晚近的事。直到20世纪80年代初期，张晋藩先生率先打破了这一迷信，提出了“诸法并用，民刑有分”的观点^①，并得到部分学者的认同。自此以后，对中国古代的民事法律研究迅速在学术界展开。早期的民事法律研究以一批通史性或断代性的民法史专著为代表。如李志敏的《中国古代民法》^②、叶孝信教授主编的《中国民法史》^③以及孔庆明教授主编的《中国民法史》等。这些民法史专著中对各类契约及其各要素都进行了初步梳理，为我们展现了中国古代契约发展的基本轨迹。断代性质的民法史著作中有代表性的如张晋藩先生的《清代民法综论》^④以及郭东旭的《宋代民法史》。另外，郭建的《中国财产法史稿》对中国古代契约的基本问题也都进行了简略的考察，其所涉及的范围除了契约要素自身以外，还包括国家制定法以及一些民间的财产交易习惯。^⑤当然，这里也包括一些史学界尤其是经济史学界和法学界对中国古代契约所作的全面考察。如杨国祯的《明清土地契约文书研究》^⑥、张传玺的《秦汉问题研究》^⑦（增订本）、刘云生的《中国古代契约法》^⑧等。

（二）对特定类型的契约所作的微观研究

这类研究涉及内容广泛，研究问题也比较细致，涵盖了大部分的契约类型。代表性论文有宓公干的《典当论》^⑨、周远廉的《清代租佃制研

① 首届中国法律史年会秘书组：《中国法律史学会首届年会简报七》，1983年8月17日印发。在此也感谢张晋藩先生惠赐该简报的复印件。

② 李志敏主编：《中国民法史》，法律出版社1988年版。

③ 叶孝信等主编：《中国民法史》，上海人民出版社1993年版。

④ 张晋藩：《清代民法综论》，中国政法大学出版社1998年版。

⑤ 郭建：《中国财产法史稿》，中国政法大学出版社2005年版。需要说明的是，该书虽然出版于2005年，但正如作者在后记中所言，该书的缘起及很多内容都和早年参加叶孝信的《中国民法史》直接相关。详情可参阅该书后记。

⑥ 杨国祯：《明清土地契约文书研究》，人民出版社1988年版。

⑦ 张传玺：《秦汉问题研究》（增订本），北京大学出版社1995年版，第140—227页。

⑧ 刘云生：《中国古代契约法》，西南政法大学出版社2000年版。

⑨ 宓公干：《典当论》，商务印书馆1936年版。该书以质权制度为主要研究对象，运用了少量的契约文本。

究》^①、霍存福和王宏庆的《吐鲁番回鹘文买卖契约分析》^②、霍存福的《唐代不动产买卖程序考述》^③、加藤繁的《唐代不动产的“质”》^④、苏亦工的《发现中国的普通法——清代借贷契约的成立》^⑤、郭建和姚少杰的《倚当、抵当考》^⑥、刘斌的《敦煌七十四件买卖、借贷契约考述》^⑦，日本学者池田温的《中国古代租佃契》^⑧，以及仁井田陞的《中国买卖法的沿革》^⑨，仁井氏的论文论述了公元前2世纪至近代买卖法的发展概况。不过，该文的研究以国家制定法为重点，对与民间买卖契约实践相关的论述不是太多。而新近赵晓耕、刘涛的《论“典”》则以国家成文法为主线，对中国历史上的“典”作了比较详细的论述^⑩。就单一的契约类型来说，引起研究者广泛兴趣的首推典契，论著颇丰。

（三）对中国古代契约的特定内容和订立契约过程中的某些现象特征的研究

这些研究涉及了契约的很多细节问题。如李祝环的《中国传统民事契约成立的要件》及其《中国传统民事契约中的中人现象》^⑪，吕志兴的《中国古代不动产优先购买权制度研究》^⑫、王德庆的《清代土地买卖中的

① 周远廉：《清代租佃制研究》，辽宁教育出版社1986年版。

② 该文从国家制定法的条文入手，对唐代吐鲁番地区的买卖契约进行了实证式的分析。载《当代法学》2004年第1期。

③ 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，第554—568页。

④ 加藤繁：《唐代不动产的“质”》，载《中国经济史考证》卷一，华世出版社1981年版，第248—257页。

⑤ 苏亦工：《发现中国的普通法——清代借贷契约的成立》，《法学研究》1997年第4期。

⑥ 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，第192—225页。

⑦ 刘斌：《敦煌七十四件买卖、借贷契约考述》，《中国古代法律文献研究》第一辑，巴蜀书社1999年版，第127—144页。

⑧ [日]池田温：《中国古代租佃契》，日本东京大学出版会1979年出版，龚泽铨节译本，中华书局1984年版。

⑨ 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，第1—72页。

⑩ 赵晓耕、刘涛：《论“典”》，《法学家》2004年第4期。

⑪ 李祝环：《中国传统民事契约成立的要件》，《政法论坛》1997年第6期；《中国传统民事契约中的中人现象》，《法学研究》1997年第6期。

⑫ 吕志兴：《中国古代不动产优先购买权制度研究》，《现代法学》2000年第1期。该文主要以国家法律制度为主线，基本没有结合契约订立中的实际情形。

陋规习惯——以陕南地区为例》^①，卞利《清前期土地税契制度和投税过割办法研究》^②，霍存福的《唐代不动产买卖程序考述》^③，戴建国的《宋代的田宅交易投税凭由和官印田宅契》^④，日本学者岸本美绪的《明清时代的“找价回赎”问题》^⑤等。

（四）对相关概念的辨析式的研究

最近还有学者立足于当今中国民法领域的法律概念展开了对中国古代“契约”及相关概念的辨析。这些研究不仅为我们廓清了契约的准确内涵，也为我们进行深入的契约研究提供了有力的理论启发。其中具有广泛影响的包括贺卫方的《“契约”与“合同”的辨析》^⑥、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》^⑦、俞江的《“契约”与“合同”之辨》^⑧等。

（五）近年来学术界研究的新趋势

近年来，法学界对契约的研究已经逐步走出了仅仅立足于契约本身而展开的国家契约制度的分析以及民间契约订立程序及具体内容的构建，将契约、习惯和社会秩序相结合，运用法学、社会学等方法进行的立体研究已经成为一个热点。较早展露出这种学术旨趣的是美国人宋格文的《天人之间：汉代的契约与国家》^⑨和日本学者寺田浩明的《关于清代土地法秩序“惯例”的结构》^⑩。此后，学术界的目光主要聚焦于清代及近代以

① 王德庆：《清代土地买卖中的陋规习惯——以陕南地区为例》，《历史档案》2006年第3期。

② 卞利：《清前期土地税契制度和投税过割办法研究》，《安徽史学》1995年第2期。

③ 霍存福：《唐代不动产买卖程序考述》，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，第554—568页。

④ 戴建国：《宋代的田宅交易投税凭由和官印田宅契》，《中国史研究》2001年第3期。

⑤ [日]岸本美绪：《明清时代的“找价回赎”问题》，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·明清卷，中国社会科学出版社2003年版，第423—459页。

⑥ 贺卫方：《“契约”与“合同”的辨析》，《法学研究》1992年第2期。

⑦ 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》第4卷第1辑，法律出版社2001年版，第46—81页。

⑧ 俞江：《“契约”与“合同”之辨》，《中国社会科学》2006年第3期。

⑨ 高道蕴等编：《美国学者论中国法律传统》，中国政法大学出版社1994年版，第154—211页。

⑩ [日]寺田浩明：《关于清代土地法秩序“惯例”的结构》，载刘俊文主编《日本中青年学者论中国史》宋元明清卷，上海古籍出版社1995年版，第651—678页。

来的民间契约秩序，力图构建和阐述民间契约秩序的结构及其运行机制。其切入点或为习惯，或为契约。因这方面的研究和本书具有较紧密的联系，因此我们在此对有代表性的作品作一简要介绍和评论。

国内较早进入这一领域并取得重大影响成果的学者首推梁治平。其《清代习惯法：社会与国家》^①虽然是以民间习惯为重点的，对民间契约文本内容涉及不多，但该书对习惯、习惯法的概念所进行的专门的讨论，以及对习惯法的起源、习惯法制度、习惯法与国家法的关系等问题所作的一些简要但却极富启发性的思考，都为后来的研究者提供了一个可资借鉴的基本理路。赵晓力的《中国近代农村土地交易中的契约、习惯和国家法》也是较早讨论民间习惯和国家法的关系的专著具有重要影响的作品。该文以《中国民事习惯大全》^②为主要材料，对近代民间社会土地交易的过程以及土地产权中“一田两主”及其交易习惯进行了比较集中的描述，在此基础上，作者对近代以来土地交易中民间契约和习惯结成的非正式制度与前现代国家以及法制现代化以后国家法的关系进行了极具启发性的思考。不过，对于习惯法和国家法之间的关系，作者主要落脚于在包括确立近代所有权在内的法制近代化运动开始以后，民间习惯和官方正式法之间的微妙关系。对于在清代社会就一直存在的亲邻先买权、上手业权、活卖、找价、回赎等习惯，作者认为正是这些非正式制度支持着中国社会自清代以来的快速的土地流动。虽然作者的着眼点在于近代以来中国农村的土地交易状况，但由于在土地交易中，很多习惯事实上早已沿袭很久，因而其对清代土地买卖过程中民间习惯和官方法的关系的探讨具有很大的参考价值。本书也从该研究中获益良多。不过，该文和其他大多数研究者一样，是以民间习惯和官方法基本对立为出发点的，这在其关于法制近代化开始以后，关于“大传统”和“小传统”之间的关系结论中表现得尤为突出^③。罗海山的博士论文《传统中国的契约、法律与社会》^④以传统契约的一个重要类别——土地交易契约——为研究对象，利用契约文献和民事习惯调查等原始资料，力图对契约在传统中国的功能作出解释，揭示传统契约在中国社会中起到了什么作用。这和赵文有一定的相似之处，不过

① 梁治平：《清代习惯法：社会与国家》，中国政法大学出版社1996年版。

② 法政学社编：《中国民事习惯大全》，台北进学书局1969年影印本。

③ 赵晓力：《北大法律评论》第1卷第2辑，法律出版社1999年版，第495页。

④ 罗海山：《传统中国的契约、法律与社会》，博士学位论文，吉林大学，2005年。

罗文涉及的时间跨度更大,宏观性特征更明显。王德庆的硕士论文《契约、习惯与社会秩序》^①也是如此。李倩的《民国时期契约制度研究》一书重点是将中国长久以来的契约实践放在民国法律近代化的角度下进行考察,以期揭示在中国法律近代化的过程中国家法和民间契约习惯的关系。但该书的第二章也对中国传统契约制度中的国家法和民间契约习惯的关系进行了一个简单的总结性说明,并对梁治平所强调的“习惯法与国家法之间的‘分工’,实具有‘断裂’性质”说法提出了质疑,并将文章的落脚点放在了“在于探讨由国家法与民间契约实践共同‘配合’下,所形成的中国契约制度的传统”^②。当然如其标题所示,其论述的中心是民国时期的契约制度及相关问题。

在海外学者中,近年在清代法律史研究领域引起重大反响的是美籍华人学者黄宗智。其代表作是《清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践》和《法典、习俗与司法实践:清代与民国的比较》^③。前者以司法档案为基本研究材料,对清代法律的表达与实践之间的关系进行了独到的考察,认为清代的法律制度一方面具有高度道德化的理想和话语,另一方面它在操作中又比较实际,能够适应社会实践和风俗。^④体现出“表达”和“实践”的背离。后者将法律放在习俗的背景之下,对清代和国民党民国法律之间的差异进行了局部的比较,以揭示两个不同时期法律与习俗之间的逻辑并为其对司法实践的研究提供背景。英国学者斯普林克尔的《清代法制导论:从社会角度加以分析》从社会学的角度出发,试图对整个中国清代的法律结构作出复合性的分析和架构,“以便使中国在法律制度的类型学方面的位置得以评估”^⑤。这些研究虽然并没有证明涉及清代契约的相关问题,但其研究中所贯穿的多学科研究方法的综合运用却给人很多启发。

而李力的博士论文《清代契约中法律》^⑥则试图通过对清代契约中的

① 王德庆:《契约、习惯与社会秩序》,硕士学位论文,陕西师范大学,2003年。

② 李倩:《民国时期契约制度研究》,北京大学出版社2005年版,第25页。

③ 黄宗智:《法典、习俗与司法实践:清代与民国的比较》,上海书店出版社2003年版。

④ 黄宗智:《清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践》,上海书店2007年版,第9页。

⑤ [英]斯普林克尔:《清代法制导论:从社会角度加以分析》,中国政法大学出版社2000年版,第1页,引论。

⑥ 李力:《清代契约中法律》,博士学位论文,中国人民大学,2003年。

几个关键概念术语的阐述来构建清代的民事法律体系。这种力图克服在运用现代西方法律话语体系解释和研究中国传统民事法律的“水土不服”的努力尤其值得关注。虽然清代民间社会是否存在一套在某种程度上具有一定独立性的民事法律体系还是一个充满争议并需要进一步探讨的问题。但这种以清代的话语构建当时的民事法律体系的尝试还是值得让人尊敬的。

三 选题意义

本书的研究首先缘于学界对清代买卖契约专题研究的缺乏。上述对清代契约（有的不是以清代契约为重点的，但内容上有关联性）研究概况的论述虽因笔者接触所限而可能不够全面，但大体上可以涵盖学术界在契约研究（尤其是清代的契约研究）方面的基本内容和研究范式类型。从研究内容上看，各类民法史的专著由于涉及的内容广泛，时间跨度大，因此不可能对特定时期的特定契约类型给予笔墨。对于清代的契约进行专门研究的是张晋藩先生，他的《清代民法综论》债编章节中，专门有“买卖契约”一项，对清代买卖契约从国家法中的一般规定到民间契约文本的基本特点作了一些总结性的论述。^①其篇幅虽然不多，但对本书从材料到思路都具有一定的启发作用。而在其主编的另一部洋洋一百万余言的《中国民法通史》^②一书中，也根据契约文本对田地买卖的相关条款进行了初步整理。从专题研究所涉及的类型来看，无论是对清代还是其他时期，研究者用力最勤的是典当契约。这从大量的关于典当契约的论文尤其是硕士博士论文可以看出来。这主要是因为“典”在中国传统法律制度中具有特殊的地位，而且也今天的民法立法中对“典权”所展开的大讨论有关。而对于清代社会最广泛的买卖契约却没有吸引研究者太多的目光，对于清代的买卖契约进行全面细致研究的论文也没有看到。当然，一些对买卖交易和买卖契约的个别独立问题的研究还是比较多的。这些都为本书的研究提供了一个深入的平台。

就买卖契约的研究而言，目前学术界的 research 还主要以静态的描述式的研究为主，对立体的、动态的尤其是解释性研究还相对比较薄弱。这主要

① 张晋藩：《清代民法综论》，中国政法大学出版社1998年版，第136—141页。

② 张晋藩：《中国民法通史》，福建人民出版社2003年版。

表现在研究大体上还是停留在对不同类型的契约的主体、契约的主要内容、契约的成立要件等方面的描述上。其研究模式主要是以现代西方的契约概念和构成要素对传统买卖契约进行归纳和分析。虽然有学者强烈批评以现代民法的相关概念去对应中国传统契约中的诸要素,例如关于对“典”的性质的争论就是一个经常被用来批评这种方法的例子。但我们也不能因噎废食,因为这种方法的确有助于对事物性质的发现和揭示^①,而且我们也不能否认这种方法在剖析传统契约的同时能够实现和现代民法理论进行对话的可能性的努力。起码就买卖契约的研究来讲,我们其实也可以在借鉴现代民法理论的同时,尽量避免在传统契约研究中简单套用现代民法概念,用当时的词汇和概念去分析和展现传统的契约实践可以使我们稍稍避开概念上的纠缠。因此,本书对清代契约的研究不是静态的,虽然静态的内容也是其中必不可少的一部分。笔者力图在一个立体的空间里对清代的买卖契约进行展现和分析,将契约文本以及围绕契约订立所展现的种种民间交易习惯放在国家法的背景下进行考察。而这一考察角度的提出,直接也是源于当前清代契约研究中所出现的“国家缺席”的所谓“民间契约秩序”研究的现状。

从上述对清代契约研究的新趋势和热点中可以看出,通过契约研究构建清代的民事法律秩序(或者说民间契约规范)或者借以论证民间习惯(有的称之为习惯法)存在的法学意义及其合理性成为一种新的契约研究思路。这种研究范式不是将契约研究局限于契约自身,而是将契约研究作为通向建构传统民事法律秩序的桥梁,希望以此建立清代完整的民事法律体系。但正如李倩所质疑的梁治平的“习惯法与国家法之间的‘分工’,实具有‘断裂’性质”的判断那样,这些研究大多着眼于契约中的习惯,将这些习惯作为一个独立于国家法的存在、具有自洽性的研究对象。其理论预设就是:由于国家法中的民事法律微乎其微,因此民间自生一套民事法律规范。其理论前提和分析框架是20世纪80年代以来自西方传入的在中国社会科学研究领域具有广泛影响的国家与社会的二元关系理论。这也是我们看到很多以契约为对象的研究几乎完全抛开国家法而试图建构清代民事法律体系的反映。其情形如邓建鹏所总结的那样,“在近十几年来诸多关于古代民间契约、家庭及财产状况、民事审判、‘民事习惯法’或

^① 李力:《清代民间契约中的法律》,第18页。

民事规范、法律的‘文化解释’、公案小说等的研究表明，民事法似乎只是涉及私人利益之间利益和纠纷的私人性法与秩序”，“在这些研究中，王朝利益很少被提及，民事法似乎独立存在与运行，相应案件或是在官方裁决下使私人利益得到保护，而很少受到王朝自身利益倾向的影响，王朝甚至成为没有自身利益而超然于‘民事法’之外的实体”^①。但是，我们必须清醒地认识到，中国传统思想文化的主体是政治思想和政治文化，主旨则是王权主义，而思想文化的王权主义根源于“王权支配社会”这一历史事实。在一个靠武力为基础形成的王权统治的社会，就总体而言，不是经济力量决定权力分配，而是权力分配决定着社会经济分配，社会经济关系的主体是权力分配的产物，在社会结构诸多元素中，王权体系在社会的诸种结构中居于主导地位。^②而缘于市民社会兴起的国家和社会关系的理论是否符合中国的历史现实近年来也开始得到反思。

因此，在进行中国传统民事法的研究时，忽略甚至排斥国家利益的取向，显然也是不可思议的。在以买卖契约为研究对象时，这一点尤其值得警醒。因为买卖契约，特别是田宅等买卖契约对国家的财政收入有着重要的意义。由于这类交易的成交金额比一般物品要高，其契税收入在清代国家财政中占有重要的地位，因而就不能不受到重视。

最后，在当代中国法律文本频出的情况下，本书的研究还具有重要的现实意义。通过对清代国家法背景之下的买卖契约考察，一方面我们可以看到国家法本身所应该具有的逻辑上的一致性、系统性及其定位的适当性对其实际法律效果所具有的决定性意义。这在当下新法迭出的背景下具有的警示意义是不言而喻的。聊举一例，以在新颁布的《物权法》中关于不动产物权变动中登记的性质来说，在进行相应的司法解释时，将其定性为行政行为还是民事行为存在很大争议，而不同的定性绝对有可能在实践中产生重大影响。审视一下清代的田宅买卖交易中国家法的立场及其实践效果当对我们有所启示。而清代国家法对民间交易习惯的姿态及其干预效果，也会让我们看到在制定国家法律时了解并对习惯采取恰当的处理，对保证国家法预期效力的重要性和改变民间习惯所必需的系统性。

① 邓建鹏：《财产权利的贫困》，法律出版社2006年版，第7页。

② 刘泽华：《中国的王权主义》，上海人民出版社2000年版，第2—4页。