

民法哲学文库

赵万一 刘云生 主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

民法哲学文库

赵万一 刘云生 主编



中国古代契约思想史



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中国古代契约思想史 / 刘云生著. —北京:法律出版社, 2011. 12
(民法哲学文库)
ISBN 978 - 7 - 5118 - 2880 - 4

I. ①中… II. ①刘… III. ①契约法—研究—中国—古代 IV. ①D923. 64

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 251169 号

民法哲学文库

中国古代契约思想史

刘云生 著

责任编辑 刘文科 钱小红
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 8.25 字数 273 千

版本 2012 年 3 月第 1 版

印次 2012 年 3 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 2880 - 4

定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《民法哲学文库》学术委员会

主任：

赵万一（教授 博士生导师 民商法学院院长

中国商法学研究会副会长）

刘云生（教授 博士生导师 民商法学院副院长

中国法学会民法研究会理事）

委员：

张玉敏（教授 博士生导师 中国法学会知识产权法研究会副会长）

张 耕（教授 博士生导师 民商法学院副院长）

陈 苇（教授 博士生导师 中国法学会婚姻法研究会副会长）

谭启平（教授 博士生导师 中国民法学研究会副会长）

汪世虎（教授 博士生导师 商法研究室主任）

李雨峰（教授 博士生导师 知识产权法研究室主任）

作为目的与工具并存的民法 (代序)

民法以其自身独立的价值体系及其制度建构成为一种目的性存在;同时又以其个体化目标定位与治理功能及其程式化适用而成为一种工具性存在。西方近代以来文明昌盛,科技发达,很大程度上应当归功于继受罗马私法传统,以民法典为标识,界定了人与人之间、私权与公权之间的权利(力)边界,各明其位,各尽其责。而民法理论的系统化、抽象化无疑为民法典的历史诞生提供了内生价值体系与外在适用规范,不仅在俗界冲破了人作为神之奴仆的藩篱,亦毁弃了人之作为人之奴仆的桎梏,每一个人获得了作为个体化自在自为存在的主体人格以及相应的权利。从这一意义上讲,近代民法哲学的繁盛不仅推动了民法内部的价值生成与制度建构,同时也使之成为改造社会、缔造人类新生的现实性力量!

近十年来,中国部门法哲学日新月异,繁花炫目,争奇斗彩,但究其根本,无一不是以民法之基本价值理念及其制度范式弘扬私权价值层面上的平等之地

位、自由之意志、独立之人格，并藉此推动了中国的法治化进程和思想观念之解放。

西南政法大学民商法学科肇始于1953年成立的民法研究室，复办后隶属于法律系，后单列为法学一系，2003年，该系建院，成为中国第一个纯粹以民商法命名的法学院(系)。建院以来，秉承道术并重、知行合一的西政学术传统，各位同仁在致力于社会实践基础上，多能关注民法之基础理论研究，融汇哲学、政治学、社会学、经济学、宗教学学科之先进方法论，全面透析近代以来民法之生成、发展脉络及其规律，力求为中国民法典的诞生奠定坚实的人文基石。2004年以来，我院先后启动了“西南民商博士文库”、“西南知识产权博士文库”、“西南民商学人文库”、“西南民商教授讲演录”、“民商法学讲演录”、“民法哲学”(集刊)、“西南民商法学阶梯”等工程，出版专著、论文集近四十部，在学界产生了广泛而深刻的影响力。本次“民法哲学文库”推出的九部专著，或阐释、推演民法之基本命题，或探究、辨析民法之基本价值，或发掘、考释传统本土伦理与西方民法理念制度之契合，或探寻、论证民法之解释方法及逻辑路径。其共同的旨趣在于通过对民法之原初命题、价值体系、权利构建、法条解释等宏观性问题进行抽象分析，以期从本体论、本质论、本位论、方法论等领域全方位、深层次地对现代民法进行解析。

数年来，我们之所以对民法学基础研究孜孜矻矻，追求不懈，原因无非有三：

其一，毋庸讳言，我国民商法学科起步晚，基础理论研究薄弱，加强基础理论研究对民法的发展和进步具有重要的意义。我们认为，民法哲学与民法的关系是宏观和微观、根基和枝叶的关系。只有全面研究民法哲学所体现的世界观和方法论，才能深入领会民法的基本精神和具体制度，才能学好民法。

其二，秉持优良的学术传统，薪火相传，再续伟业。本学科创始人

金平教授与杨怀英教授及其后继者李开国教授、张玉敏教授等不仅深切关注民法各类问题的现实样态及其功能缺陷,更能从理论上独出机杼,更正偏失,创新旧说,开一代民法研究新气象。典型者如被誉为“当代民法史的活化石”的金平先生,于1985年与其他学人一道率先提出民法调整对象“平等说”,冲破学术研究禁区,最终被《民法通则》所采纳,为我国市场经济的繁荣作出了历史性贡献。前辈平理若衡之学术理念及许国除弊之鸿风懿采惠泽西政数代学人。

其三,人才培养。我们一直强调,不仅要注重对学生知识的传授,而且要更加注重学生健全人格的培养,把学生的人格塑造和专业知识传授结合起来。将对“法律人”的培养具化为对学生“民法人”人格的塑造。我们在日常教学中深入挖掘民法文化中蕴涵的丰富资源,结合当今大学生的思想实际和心智特点,采用灵活多样的形式,塑造他们的健康人格,使学生时刻认识到自己作为“民法人”所应肩负的特殊历史使命。这样不但加深了学生对市民社会道德规范的理解和遵守,而且也有利于培养出与市场经济接轨的同时与国际接轨的高端人才。

诚如前述,我们一直主张:民法不仅仅是一种制度,更是一种信念,是一种能够构筑和开创现代民主社会的信仰和理念;同时它还是一种力量,是一种足以改变我们自身和现实社会并能引领美好未来的力量。惟愿本套文库能对中国民法典之颁行与民法学理论研究水平之提升有涓滴之功,即或多所错谬,亦欢迎各位方家硕学赐教为幸!

是为序。

赵万一 刘云生

2011年11月26日于西南政法大学

原版李序

中国古代是否存在独立的民法体系,学术界对此莫衷一是。我个人认为,中国古代经济生活绵延持久,也曾在这个世界上处于领先地位,如果没有相应的法律体制加以规制整合,似乎难以解释。同时,如果纯粹将数千年的经济演化史归结于封建行政管理统治之功效,也难以解释诸多的理论问题和实践问题。刘云生同志《中国古代契约法》一书的撰写为解决这一“公案”提供了一个视角。

本书以古代契约为突破口,外在探讨中国古代契约名义流变及其运行机制,说明了古代中国民间与官府之间的相互认同和相互抑制的历史性进程,认为民间习惯法与官府成文法之间此消彼长而又并行不悖,共同构建了古代契约的形态和结构;内在分析古代中国契约的各项制度装置及其内驱动力,认为伦理和契约构成了古代中国社会的两种关联形式,相互制约并相互推动,最终形成饶具特色的契约文化——伦理中具有民主性的契约精神,契约则受伦理的规整和约束,这一点决定了古代中国契约自始至终都被打上

“社会化”的烙印,强调契约正义和社会正义的双重融合。

刘云生同志从事古文教学与研究多年,在收集整理和甄别古籍方面有一定的优势,1998年成为我的研究生以后,致力于发掘古代契约文化,曾就诸多问题与我进行探讨。我觉得其研究视角较为可采,且可填补学术研究空白,故而鼓励其大胆探索。初读书稿,我认为虽然有关问题尚可进一步探讨,但其用功之勤弥足可贵,同时该书对有关问题的论述无论是分析其内在理据或外在机制时都有其独到的见解,是我所见到的第一部系统研究我国古代契约法的专著,故乐而为之序。

李开国
2000年9月24日

再版自序

1998 年秋,负笈歌乐,师从李开国教授研习民法。在研究对象与路径的选择上,颇多疑惑。恩师适时点拨、开导:以此前研究古文献之志趣与功力,探究传统中国之私权生成、发展路径,应不失为一种明智的抉择。一来可还原历史,二来可填补学界空白。

1999 年年初,有感于学界对传统中国法制之“诸法合体”、“刑民不分”、“先刑后民”等判定,遍览古籍文献,发现上述权威性“通说”并非契合传统中国法治之实际语境,慨然立志反诘。历时十月,草成《中国古代契约法》一书,阐明传统中国不仅具有独立而发达之民法制度,更具有逻辑与价值双向统一之民法文化。该书于 2000 年由西南师范大学出版社出版,先后获得日本、法国、美国等汉学界朋友的关注并通过中国图书贸易总公司索书。

2004 年,赴华东政法大学博士后流动站师从法史学名宿何勤华教授研究中国古代契约思想史,2006 年出站。研究报告虽列优等并获国家博士后科学基金资助,但其基本观点、思路、构架仍未脱离《中国古代

契约法》一书。

适值学院推出“民法哲学文库”，而西南师范大学出版社出版合同期间届满，蒙法律出版社不弃，得列其间，以再版形式面世。为保持原貌，除对极个别错别字、标点符号、表述不当进行修订外，一仍旧章。念及文章所探讨领域虽多制度分析，但究以思想分析为主线，故更名为《中国古代契约思想史》。

刘云生

2011年8月27日

绵阳花园小区 排云轩

目 录

原版李序 001

再版自序 001

引言 伦理正义下的契约自由 001

第一章 契约源流考辨 029

第二章 合心·合法——契约之成立及相关
问题 071

第三章 民有私约如律令——契约的效力与契约
责任 121

第四章 合理:利益衡平支点——契约原则 188

第五章 欲望的旗帜——契约之人性基础与契约
权利之增长 220

跋 251

引言 伦理正义下的契约自由

研寻中国古代契约文化,伦理正义不容忽视。任何社会作为一个有机体,从内到外均须依靠相关的纽带来维系,而维系中国传统社会的最重要纽带是伦理和契约,伦理构成契约的内在理据,契约则是伦理的外部显现形态,二者共同构成中国传统社会的本质特征,也是其赖以存在和发展的手段。意大利思想家维柯(Giovanni Battista Vico)在《关于民族共同性的新科学原理》一书中,将人类各民族的历史发展归纳为三个阶段:神祇时代、英雄时代和平民时代,形象地描摹了人类发展之质文相胜的循环过程。^[1]法国社会学家杜尔克姆(Emile Durkheim)则注重从共时层面研究社会发展过程中的集体主义传统并提出了社会关联(团结)学说。所谓社会关联,系指将个体结合在一起的社会纽带,其形式分机械关联和有机关联。前者是原始形态的,以强烈的集体意识为基础,通过刑事法作为实现手段从而将同质性的个体结合成一种社会;后者则是建立在社会成员异质性的相互依赖基

[1] 《外国美学》(第1辑),商务印书馆1985年版,第264页。

础之上的关联形式,分工是其存在的前提。而社会分工之功能并不在于如斯宾塞(Herbert Spencer)和英国个人主义思想者所称道的增加个人之功利或快乐,而在于强行设立一种道德秩序。〔2〕

本章试图以维柯、杜尔克姆之学说为依傍,藉此探讨伦理与契约的内在联系及其相互影响程度。

中国传统社会关联形式是伦理

以人为主体,有学者主张中国传统社会经历了巫术(神性)关联期(夏商)、伦理关联期(西周、汉武帝以后迄于“五四”),契约关联期(“五四”以后迄于今)。并指出从巫术控制到伦理控制再到法律控制,就是人不断挣断自己锁链的过程,是人不断获得解放的过程〔3〕。这虽然割断了传统中国历时性发展过程中伦理与契约的内在脉络,但以社会关联形式断代并将伦理、法律作为考察社会发展的标准,其科学性、客观性较之于近几十年学界以王朝更迭或社会结构划段分期则高明得多。

关于中国传统社会的伦理性特征,关注者评议者甚多,各是其是而非其非,大道多歧,层见错出。黑格尔评价中国人缺乏个体意识,“纯粹建筑在一种道德结合上,国家的特性便是客观的家庭孝敬。他们缺乏独立人格,所知所为亦只是血统关系和天然义务”。同时,中国的行政管理和社会约法是道德的又是完全不含诗意的。中国社会是家长政治制度,在此种制度下诞生的宗教造詣是简单的德性和行善,是一种“自

〔2〕 G. 邓肯·米切尔主编:《新社会学词典》,蔡振扬等译,上海译文出版社1987年版,第98~99页。

〔3〕 陈劲松:“传统中国社会的社会关联形式及其功能”,载《中国人民大学学报》1999年第4期。

由的、精神的、大公无私的意识”〔4〕。德国哲学家密休认为：希腊文化的特征是自然学(Physics)，印度文化是形而上学(meta physics)，中国文化则属伦理学(ethics)。〔5〕H. 史密斯(Huston Smith)《世界哲学之特点》(Accents of the Worlds Philosophies)论点与密休氏如出一辙，他认为西方思想以自然现象为探讨对象，中国哲学以人际关系作为研究对象，印度则以对自身的思考为主。〔6〕夏威夷大学穆尔(Charles A. Moore)撰《哲学——东方与西方》(Philosophy - East and West)认为中国哲学的基本思想是伦理思想，视人类社会为一个整体，人的自我实现(self-realisation)就是进入和睦状态，此点与西方所强调的个人主义思想大相径庭。西方重视个性培养，东方则重视培养“一个人”(the individual)而忽略了“个性”(an individual)。〔7〕日本中村元教授则承西方诸家之说，概括出中国人在行为方面重视形式，讲求伦理，注重身份秩序及家庭关系。〔8〕中国学界似乎也从西方学者的“旁观”视角中开始反省自身文化，从新儒学到新生代学者，视伦理本位为中国传统社会之本质者不在少数，卓荦而为大家者亦复多多。

儒家伦理以血缘、宗法、等级为实体内容的人际关系网络，其核心是血缘关系，家族本位。俞荣根先生论及“伦理”之实质时有言：“伦理一词，实指古代宗法社会中的血缘家族为基础的人伦尊卑等级秩序，亦称伦常，即人伦道德，推而广之，也是宇宙万物的大化规则，人类社会的

〔4〕黑格尔：《历史哲学·东方世界》，王造时译，三联书店1956年版。

〔5〕〔日〕中村元：《比较思想论》，吴震译，浙江人民出版社1987年版，第183～184，143～145页，第170页。

〔6〕〔日〕中村元：《比较思想论》，吴震译，浙江人民出版社1987年版，第183～184，143～145页，第170页。

〔7〕〔日〕中村元：《比较思想论》，吴震译，浙江人民出版社1987年版，第183～184，143～145页，第170页。

〔8〕〔日〕中村元：《比较思想论》，吴震译，浙江人民出版社1987年版，第183～184，143～145，170页。

政治秩序。”〔9〕这种伦理秩序的外在体现即是礼仪制度。汉章帝曾主持白虎观经学会议,其纪录成为后世有名的《白虎通义》,于当时具有法典性质〔10〕,而其中心环节是阐述伦理之用,礼乐之效。“夫礼者,阴阳之际也,百事之会也,所以尊天地摈鬼神,序上下正人道也”,“君父有节,臣子有义,然后四时合,四时合然后万物生……有贵贱焉,有亲疏焉,有长幼焉。朝廷之礼贵不让贱,所以明尊卑也;乡党之礼长不让幼,所以明有年也;宗庙之礼亲不让疏,所以明有亲也。此三者行然后王道得,王道得然后万物成,天下乐之”。〔11〕稍加留意即可明白,中国传统社会是以血缘亲情为逻辑起点,以之类推铺演而至家国统一,万物和顺,即伦理是内在的心理规范,尊长与卑幼,尊贵与愚贱相互间的和同是以各明其位各行其是为前提,而礼仪制度则是维系伦理规范的外在约束力。〔12〕

伦理与礼仪在传统中国都指向一套实践性极强的价值目标体系,如经汉、宋二代儒家所总结而逐步形成的“仁义礼智信”、“温良恭俭让”之类,而贯穿这些目标内在的价值理念则是一种抽象的“德”。追溯中国“德”这一哲学范畴的演变可以更为清晰地考察中国后世演变为伦理本位社会的历史脉络。王国维曾于20世纪初断言“中国政治与文化之变革,莫剧于殷周之际”。先秦的宗教观是一种天人合一的宗教观,而先秦之德则是天人合一的伦理观。殷商是典型的神权统治,注重巫覡式的祖先、上帝崇拜,而周人则明确划分天神、地祇、人鬼,并创造了具有理性色彩的至上神——“天”以及与天同化的“帝”,更以先祖克配

〔9〕 俞荣根:《儒家法思想通论》,广西人民出版社1992年版,第132~133页。

〔10〕 侯外庐等:《中国思想通史》(第2卷),人民出版社1957年版;任继愈主编:《中国哲学发展史(秦汉)》,人民出版社1985年版。

〔11〕 《白虎通义》卷一下《礼乐》。

〔12〕 许殿才:“《白虎通义》中的国家学说”,载《中国史研究》1997年第2期。

“天”(上帝),宗教合一的模式隐然大成;促使“天”从氏族、部落保护神一变而为国家保护神。天命予夺不再是根据血缘,而是依据人王之政行——“德”,故永葆天命之前提是敬德保民,基于此,中国的伦理价值观从一种纯粹的血统辈分演化为天人合一的道德理念。巴新生著文称先秦时“德”之演变经历了原始社会之图腾观念,殷商时期之祖先上帝崇拜,西周时期之政行懿德,春秋时期的伦理道德四个时期,是为的论。^[13]正是基于西周王朝“敬德保民”的国策,才使“人”从历史的混沌中凸显而出,成为社会和历史的主宰力量。“民,神之主也”,不单单是一个价值判断,更重要的是这种价值判断将人的历史性功能提升到了前所未有的高度,甚至成为关乎国运兴衰,王业成败的唯一力量。所以,当西方重复“认识你自己”(苏格拉底)、“人是天生的政治动物”(亚里士多德)等名言,强调个人的独立价值和独立地位时,中国从西周开始则注重培育服从于血缘伦理和道德义务的人,将“德”——内在的人格人道,外在的礼仪制度作为教化手段和目标,强调梁漱溟先生所谓的“互以对方为重”的整体性、族群性伦理。^[14]这种族群性的伦理价值观念通过儒家的“三合一”(天人合一,知行合一、情景合一)从家庭伦理推衍成为社会伦理,并与法律结合,积淀成为一种行之有效的外在约束机制并内化为一种民族道德品格,最终成为维系中国家庭、社会甚至国家的最重要纽带之一。

彼此消长：伦理与契约

之所以说伦理只是维系中国传统家庭、社会、国家的最重要纽带

[13] 巴新生：“试论先秦‘德’的起源与流变”，载《中国史研究》1997年第3期。

[14] 参见张星久：“从人的观念看中西政治法律传统的差异”，载《法商研究》1999年第1期。