

### 王者不得制人之私

2013-09-26 访问量: 访问量: 158

#### 【摘要】

敦煌唐代民间契约（简称民契）的数量非常可观，其中包括大量借贷契约。通过对它的考察，再联系唐代的官方法律（简称官法）发现：唐代的官法对民契既有所为，更有所不为，既有体系性的规范，更对民契的独立自主留下了空间；而民间则坚信：“官有政法，民从私契”，民契具有高度的独立性与自治性，并设法规避或抵御官法。官法与民契形成了良性互动的格局。探讨唐代官法对民间私契的宽容态度，对于今天国家处理由民间借贷而自发形成的融资秩序也有借鉴意义。

#### 【全文】

西晋时，武帝曾经计划对王公以下者的奴婢数作出限制，并禁止平民卖田宅，结果遭到大臣李重的反对。这一事件本身平平无奇，但李重反对立法限制奴婢数及禁卖田宅的理由却十分值得玩味，他说：

“周官以土均之法，经其土地井田之制，而辩其五物九等贡献之私序，然后公私制定，率土均齐。自秦立阡陌，建郡县，而斯制已没。降及汉魏，因循旧迹，王法所峻者，唯服物车器有贵贱之差，今不僭拟以乱尊卑耳。至于奴婢私产，则实皆未尝曲为之立限也。……盖以诸侯之轨既灭，而井田之制未灭，则王者不得制人之私也。” [1]

根据李重的说法，土地奴婢是属于人之私，贵贱尊卑的身份秩序才属于公。西周时代，实行井田制度，依等级确定土地奴婢数目。但自从秦朝建立郡县制后，王法已经不轻易干涉社会经济中私的领域了，即“王者不得制人之私”。李重的建议未被采纳，但他提出的“王者不得制人之私”具有非同寻常的重大意义。按照这一观点，王权再大也不得进入人的私域，这就为王权划定了无数个不可入内的私域，不但限定了王权，也大大地强调了人的私域的不可侵犯性。李重的主张是在特定的时间场合针对特定的对象提出来的，但也不必拘泥于这些特定情况，可用以分析思考传统中国社会中的公与私、国家与社会、权力与权利等诸多重大问题。

一般认为，中国古代是一个大一统的社会，所谓“普天之下，莫非王土；率土之滨，莫非王臣”，整个古代社会都统一于王权这一“公”的范畴之下。因此，“公之于法”就是中国传统法律文化的一个基本特质，中国古代法律处处体现着“崇公抑私”的精神。[2]然而，事实上并非如此，所谓“大一统”的描述，更多地是指政权的统一，而非整个社会权力的绝对一元。实际上，中国古代社会俨然存在一个独立于王权之外的私人社会，因而在国家的官法之外，也必然会有相应的民间法所存在。这一点已得到学者们的认同。有学者从习惯法入手研究中国传统中国家与社会的关系，认为在中国古代，民间习惯与国家法律之间存在着一个既独立发展又界限模糊的复杂关系。[3]事实上，中国古代不但有国家法，还在国家法之外存在着丰富多样的法律渊源，正是这些独立于国家法

律之外的社会法源，构成了一个与国家权力相对应的私域。

民间契约是诸多社会法源之一。考察中国古代的民间契约就会发现，“它也是在国家法律之外形成的一个独立的领域。学界关于中国古代契约的研究发现，中国古代对契约的理解是将其作为一种制度安排，作为对民间经济来往的“立信”制度而存在的。同时，中国古代的契约精神是敬畏契约，将契约作为一种法律来对待。更为重要的是，中国古代政治结构、社会阶层和宗法家族中的等级不平等并没有消灭经济生活中的契约平等与自由。

现今，可以从敦煌的唐代契约文书中看到大量反复使用的一种表述方式，即“官有政法，民从私约”。从中不难看出：“官”与“民”对举，“政法”与“私约”并立，“官法”与“民契”各行其是，各有各的领域，这说明唐代有一个与官法相对应的属于民间契约社会的存在，官法与民契之间存在着一种既相互对应又冲突矛盾的互动关系。本文试图通过对唐代官法与民契之间关系的探讨，考察官法进入民间契约领域的方式，以及民间契约社会对官法的回避与抵制。当然，本文更深的用意并不在于此。笔者在探讨中有意识地将唐代的民契与官法进行比较，发现：民契所调整的社会纯属于“私”的领域，发自并适用于这一领域的民契自然被定义为“私约”，凸显其“私”的性质；与其相反，官府即官家，官家即公家，公家即国家，它的实质是权力，表现形式是“公”，出自于官府、布之于百姓的官法是受权力支配的，自然也表现为“公”。因此，官法与民契的两种法律关系，反映出国家与社会、权力与权利、官与民、公与私的关系，折射出与其相映的思想观念。

### 一、唐代官法对民契的积极调整与规范

唐代官法对民契的基本态度是：承认民间契约的地位，承认契约规则的效力，部分的事务放任民间习俗调整，部分的则由法律调整。[4]官法对契约的规制主要体现在三个方面：一是正面的承认性规范，即承认民间契约的合法性地位，赋予其执行力，并且只要官法没有明文禁止性规定的，都视为契约自治空间。二是调整性的规定，对民间契约中可能影响交易安全，破坏社会稳定和伦理秩序的内容通过国家立法加以规制。这类规定通常表现为国家对契约自由的干涉，其表现形式多为禁止性的条款。三是程序性规定，现代法理学认为，程序是对实体权利的重要保障，许多实体权利都将通过程序来实现。唐代的官法也有许多关于买卖契约程序的规定，尤其集中于对田宅、奴婢和牛马的买卖方面。关于唐代民间契约的法律管制的探讨，笔者将以借贷契约为主，同时涉及到特殊标的物买卖契约的法律程序。希望通过这种探讨能够清楚地认识唐代官法对民契的干预方式和干预程度。

#### （一）官法对民契的承认性规范

唐代官法对于民契的承认性规范以对借贷契约的规定最为典型。

唐代《杂令》的“公私以财物出举”条，比较全面地规定了有息借贷契约（出举）的订立、利息禁制、履行方式、司法救济、质押物处理、保证责任等，同时也兼及无息借贷契约（非出息之债）的司法救济问题。唐代《杂令》虽已亡佚，但仍可以从《宋刑统》中收录的唐令看到唐代《杂令》的原貌，其全文为：

“诸公私以财物出举者，任依私契，官不为理。每月取利，不得过六分。积日虽多，不得过一倍。若官物及公廩，本利停讫，每计过五十日不送尽者，余本生利如初；不得更过一倍。家资尽者，役身折酬。役通取户内男口。又不得回利为本（其放财物为粟麦者，亦不得回利为本及过一倍）。若违法积利、契外掣夺及非出息之债者，官为理。收质者，非对物主不得辄卖。若计利过本不贖，听告市司对卖，有剩还之。如负债者逃，保人代偿。”[5]

唐代《杂令》关于粟麦等粮食作物的出举有与此类似的规定：

“诸以粟麦出举，还为粟麦者，任依私契，官不为理。”[6]

根据上述令文的规定，可知唐代官法对于民间借贷契约采取的基本态度是放任，民间可自由订立契约，自由规定借贷的数量和利息及履行等内容，官府并不过问。所谓“任依私契，官不为理”，是指有息借贷。有关这种借贷契约无论是民众之间，也无论官民之间，都属于民间“私契”的范围，官府既不干预其订立过程，也不参与其正常履行。

官法一方面承认民间借贷契约的自治效力，另一方面又对契约履行的方式进行正面规定。关于借贷契约的正常履行方式，《杂令》规定：“家资尽者，役身折酬”，即首先是以“家资”抵当，只有家资不足以清偿债务时才可以“役身”折抵，“役身”履行的前提条件是“家资尽者”，以家资

履行为先，以身折抵在后。即便符合“役身”的条件，也须“役通取户内男口”，女性不得作为劳动力以“役身”来充抵债务之清偿。

通过以上对条文的分析，可发现唐代官法对民契（借贷）的承认性规范有一个显著特征，那就是承认民契的效力，令文中的“任依私契，官不为理”或“诸出举，两情和同”[7]等规定说明官法对民契中合意的保护，在官法未加以禁止的领域允许百姓通过合意订立契约任意约定双方的权利义务，为民契在约定方面留下了较大空间：第一，出举的期限，是一月或数月还是一年或数年，官法是不作规定或要求的，这意味着依从民间习惯或依从当事人约定；第二，在“财物”的范围内，官法也不限定借贷标的物的类别与数量，借贷物品的类型及额度都由当事人合意决定；第三，官法限定之外的当事人约定，也应作不作干涉理解。

## （二）官法对民契的负面禁止性规范

唐代官法对契约的禁止性规范主要集中于对利息、牵掣家财和人质三个方面：

第一，由于唐代高利贷现象较为严重，为此，官法规定了利息的最高限额和利息的计算方式，并且严禁违法取利。唐长安元年十一月十三日敕文规定：“负债出举，不得回本作利，并法外生利。”[8]《唐六典》中也有类似规定：“凡质举之利，收子不得踰五分。出息债过其倍，若回利充本，官不理。”[9]所谓不得回利充本，指的是债务人到期不清偿债务，债权人不得以利充本，利上滚利，即不得采取复利的利息计算方式，增大原本，加重债务人的负担。换言之，唐代实行的是单利原则。关于利息的最高额度，根据上文引述的唐《杂令》中“公私财物出举”条的规定，包括三个方面：一是对最高利息率的规定，“每月取利，不得过六分”；二是对利息的最高额度进行了限制，“积日虽多，不得过一倍”；三是规定不得回本为利。同时，官法对官民之间的官物借贷契约的利息作出了特殊的规定：“若官物及公廩，本利停讫，每计过五十日不送尽者，余本生利如初，不得更过一倍。”

第二，唐代禁止债权人在债务到期不履行时强制牵夺债务人的财物超过本契的行为。《唐律疏义》“负债强牵财物”条规定：“诸负债不告官司，而强牵财物，过本契者，坐赃论。疏义曰：谓公私负债，违契不偿，应牵掣者，皆告官司听断。若不告官司而强牵掣财物，若奴婢、畜产，过本契者，坐赃论。”律文的意图是防止不必要的债务纠纷的发生，因此禁止债权人通过不正当手段向债务人追缴财物，债权人若想实现自己的债权，在债务人“违契不偿”的情况下，应通过诉讼的形式来解决，而不应通过私下强牵掣债务人财物的方式来实现债权。唐律所禁止的有两个方面：一是强制牵掣债务人财物，二是牵掣财物过本契。但是官法所处罚的只是牵掣财物过本契的行为，处罚的方式是以坐赃论。如果仅仅是未经告官司听断而强制牵掣财物并没有过本契的，则不受官法的处罚。

第三，唐代禁止以良人质债为奴的做法。唐代对于借贷债务的履行方式有以劳役充抵不能履行的债务的规定，但以劳役充抵债务的做法须严格遵守官法的规定。首先必须尽量以家资清偿债务，只有出现家资不足清偿时才能“以身折酬”。法律之所以对“以身折酬”作出如此规定，是为了防止有良人因负债而成为事实上的奴隶。唐代的官法严格规定不得以良人为奴质债，唐律就规定：“诸妄以良人为奴婢用质债者，各减自相卖罪三等，知情而取者，又减一等。”[10]

## （三）官法对民契的程序性规范

唐代的官法对于田宅、奴婢、牛马等特殊目标物的买卖设定了特殊的程序，比如要求订立市券，制定买卖文书或者经官司申牒，进行登记。

关于田宅之类不动产的买卖，唐代法律规定必须到官府登记，得到官府许可，取得官府文牒。《唐律疏义》规定：“依令，田无文牒，辄卖买者，财没不追。苗子及买地之财，并入地主。”该律条还征引了其中所说的“令”，其原文是：“诸买卖田，皆须经所部官司申牒，年终彼此除附。若无文牒辄卖买，财没不追。”[11]从立法有利于地之本主来看，申牒官府应该是买主的义务。

唐代还要求对一些特定的动产的买卖，必须使用官契。方法是：先立通常的买卖契约，再到市场监督管理部门申请官契以实现交易的完成，由“市司”出其“市券”。

《唐六典》中曾载有唐代开元《关市令》条文：“凡卖买奴婢、牛马，用本司本部公验以立券。”[12]《唐律》还规定了买卖奴婢牛马不立市券的罚则：

“诸买奴婢、牛马驼骡驴，已过价，不立市券，过三日，笞三十；卖者减一等。立券过后，有旧

病者，三日内听悔；无病欺者，市如法。违者，答四十。疏义曰：买奴婢、牛马驴骡等，依令，并立市券。两和市卖，已过价讫，若不立券，过三日，买者答三十，卖者减一等。若立券之后，有旧病，而买时不知，立券后始知者，三日内听悔。三日外，无疾病，故相欺罔而欲悔者，市如法。违者答四十；若有病欺，不受悔者，亦答四十。令无私契之文，不准私券之限。”[13]

根据以上条文，可发现唐代官法对奴婢牛马等动产的买卖设置了如下法定程序：第一，买卖奴婢牛马需要经官司公验，然后出具市券作为买卖的凭证；第二，设立了奴婢牛马买卖的三日之内可以悔约的制度，买者在买卖完成后三日内如果发现奴婢牛马原来有疾病则可以选择悔约；第三，唐律还专门针对市场管理部门的不作为规定了罚则，如果市场管理部门在三日内没有根据当事人的要求为其出具买卖的市券，相关责任人就要受到处罚。[14]

## 二、以“乡法”和“约定”抵御官法的规制

通过上文可以发现，唐代对民间契约作出了系统性规定，把对民间契约的调整纳入到国家的整个法律体系中去，使其成为国家整个法律体系的组成部分。同时，官法还对民契作出了“官为理”和“官不为理”的规定，明确了在什么情况下需要官府介入民间纠纷，什么情况下不予干预，这就为官府是否受理划出了界限。比如，只要民契没有超出国法规定的界限，有民契则依从民契，否则“官不为理”。反之，如果超出官法规定的范围，则官府就介入干预，这就是“官为理”。一方面，出于交易安全的考虑，民契需要遵守官法的相关规制，在契约得不到遵守而发生纠纷时须寻求官法的保护；另一方面，国家也默许民契以“乡法”或“约定”的方式变通官法的规定。下文将通过对敦煌契约文书的分析来进一步探讨民契对官法规制的回应，考察民契是如何通过“乡法”或“约定”来回避官法规制的。

### （一）以乡法抵御官法

在吐鲁番出土文书中有一份诉状，名为《唐咸亨五年王文欢诉酒泉承认张尾仁逮钱不还辞》。原告王文欢在诉状中认为，他与被告张尾仁订立的契约为“私契”，并称该私契依据的是“乡法”，即所谓“准乡法合立私契”。[15]“乡法”不是偶然出现的个例，它常常出现在许多契约中，如《麟德二年（665）八月赵丑胡贷练契》中约定：“乡法酬生利，延引不还，听拽家财。”[16]这里说明当事人之间关于利息的约定是依据乡法来办的，因此契约中没有写明具体的利息。两相比较，后一份契约文书中的乡法涵义似乎不如王文欢诉状中所说的乡法范围大，就利息的数额而言，王文欢诉状中的乡法是制定契约的所有依据。其实，不仅借贷契约中存在着乡法，在授田、课税等诸多杂项中也都广为运用乡法。唐代的律令同样承认“乡法”的效力，比如《唐律疏义·杂律》“非时烧田野”条注云：“非时，谓二月一日以后，十月三十日以前。若乡土异宜者，依乡法。”《疏义》解释说：“北地霜早，南土晚寒，风土亦既异宜，各须收获总了，防火时节不可一准令文，故云各依乡法。”

看来，乡法的最大特点是因地制宜，随各地风土而异，它是官法所无法取代的，也是官法必须尊重的，对官法来说，无疑是极其重要的补充。由于疆域大，地区差异大，各地的风土人情、生产方式、生活习惯各不相同，而官法既不可能囊括无余地因各地的特点而作出各自不同的规定，也不应当强异从同作出千篇一律的规定。这因为乡法是各地的人们在各自的环境里经过长期的生活实践而逐渐形成的，可谓延承有自，源远流长，为各地的人们世代所遵行，故也称之为“乡原”、“乡元”或“乡原例”。各地的乡法自其产生的时候起就各有特色，各不相同，而且都根深蒂固，具有强大的生命力。不管怎样，“乡法”在唐代的民间习惯中，至少在民间契约的订立过程中，发挥了不可替代的作用，它是当地民众订立契约的重要依据。再根据所谓“官有政法，民从私契”的真实情形，可以看到乡法与官法实际上分属两个不同的规则体系。

由于唐代官法严格规定了民间借贷契约的利息计算方式和最高额度，而这种规定未必为各地民众所接受，因此，为了规避官法对利息的规定，在唐代的民契中双方当事人经常选择依据乡法来约定利息。比如在敦煌地区契约中，《辛巳年（921年？）敦煌郝猎丹贷绢契》载：“若于限不还者，便着（看？）乡原生利。”《癸未年（923年？）敦煌沈延庆贷碟契》载：“于月还不得者，每月于乡元生利。”《乙酉年（925年？）敦煌张保全贷绢契》载：“其绢限至来年立契月日当须填还。若于限不还者，准乡原例生利。”再如吐鲁番地区契约，《武周长安三年（703年）曹保保举钱契》载：“月别依乡法生利入史。月满依数送利。”[17]据学者推测，西州举钱生息原有的惯例可能是月息

10%。[18]这就是说，乡法中关于利息的规定是超出法律规定的月利6%界限的。也有学者认为，在契约中不直接写明利息多少，而是约定“依乡原生利”，其目的是为了规避法律对利息最高额度的规定。[19]

就乡法与官法的关系看，虽然民间不乏以乡法规避官法的事例，但通常情况下，双方都各有自己的界域，井水不犯河水。即便依乡法而订立的民契违背了官法，官府也常处于被动状态，尽量不介入，不干预。当依乡法而订立的契约产生了纠纷，当事人需要官府介入，官府才被动地介入，并非一概推卸责任。但依照官法“官不为理”的规定，官府即便介入也对乡法给予相当的尊重。乡法有其因地制宜的特点，符合当地的风土人情，并深深地为当地人所认同，这对于维护地方秩序有重要作用，所以官府的态度是宽容的，在许多方面都允许各行其是。但乡法毕竟是大社会中的小传统，它一旦突破底线，与官法严重冲突，官府则不能不主动采取行动。比如柳宗元在柳州时，革除当地以良人为质、钱没人主的土俗，就是官法改变乡法的例证。[20]然而，这种情况并不多见，更多的情况是官法、乡法各行其道，乡法规避抵制官法的时候为多，官法承认包容乡法的时候为常见。

## （二）以约定抵御官法

较之于其他朝代，唐代是个相对开放相对自由的社会，借贷作为货物流转方式之一也非常普遍，高利贷之风随之而盛行。为遏制这种势头，官法严格规定了利息的计算方式和最高限额，但民间社会依然以各种方式规避官法，致使高利贷现象屡禁不止。这势必加剧贫富两极分化，危害贫苦民众的生活，影响社会稳定和政治安全，产生一系列严重后果。针对这些实际情况，出于种种需要的考虑，唐代最高统治者常常以诏令的方式实行“恩赦”，以解除债权债务关系，其中比较典型的的就是唐宪宗《元和十四年七月二十三日上尊号赦》。这道恩赦令不仅放免了官债（公廩钱出举），还放免了私债：

“京城内私债，本因富饶之家，乘人急切，终令贫乏之辈，陷死逃亡。主保既无，资产亦竭，徒扰公府，无益私家。应在城内有私债，经十年已上，本主及元保人死亡，又无资产可征理者，并宜放免。”[21]

该道诏令对于债务人来说可谓是名副其实的“恩赦”，而对于债权人来说则绝不是恩赦，而是破财败家，严重侵犯了私有财产。但也不能无限地夸大皇权，不能完全否定相对独立的民间社会的存在，不能说官法民契都荡然无存，私权利不受任何保障。实际上，唐宪宗的敕文只是唐代官法体系中的特别法，它只是在特定的情境下、特定的时间、特定的地方适用，不是在全国范围适用，也不是永久适用，即便放免债务也不是无条件的一律放免，而是有严格限定，须是经过10年以上，且本主与保人都已经死亡的情况下方可放免。这样的债务应当是少之又少，因此绝大多数债权还是受到保护的。

据学者考察统计研究，像唐宪宗那样的赦文，属于个例，并不多见，唐代皇帝放免债务的恩赦更多只是延长债务履行的期限，待丰收之后，债务人有了偿还能力再进行偿还，并不是欠债可以永远不还。[22]而有些恩赦只是免除债务人负债违契不偿的刑事责任，并不免除所负之债。如《唐律》规定：“诸负债违契不偿，一匹以上，违二十日答二十，二十日加一等，罪止杖六十；三十匹加二等，百匹又加三等。各令备偿。”《疏义》中解释说：“若更延日及经恩不偿者，皆依判断及恩后之日，科罪如初。”[23]依照官法，负债不偿须负两种法律责任，即民事和刑事责任，既须偿还本息，还须受到刑事制裁。只有在遇到恩赦的情况下，也只有在恩赦期间，才免除债务人的刑事责任。这就是《唐律》所规定的“恩后之日，科罪如初”。也就是说，免除违约负债不偿的刑事责任只是在恩赦期有效，过期则依常法办事，恢复原有的法律秩序，该怎么处理就怎么处理。

皇帝的恩赦令虽然可在一定程度上使一些债务人摆脱因负高利贷而陷入的生活困境，但它同时也损害了债权人的利益，而且恩赦具有偶然性和不可预期性，谁也不知道皇帝何时颁布恩赦令以及颁布什么样的恩赦令，这不能不让债权人惶恐不安。因此，债权人为了自身的权益安全，就必须未雨绸缪，谨防不测。他们的对策就是在契约签订时约定对恩赦的担保条款，以约定的方式排除恩赦对契约效力的影响，捍卫契约的可信性和权威性，维护自身的权益。沙知先生在这方面作了一项非常枯燥却极有意义的工作，他搜集整理一部《敦煌契约文书辑校》的书，书中收录的很多契约都约定了恩赦担保的条款。这里不妨略举几例：《上部落百姓安环清卖地契》中约定：“以后若恩赦，安清罚金五两纳入官。官有政法，人从私契。”《平康乡百姓张义全卖舍契》中也约定：“或有恩赦

赦书行下，亦不在论理之限。”《敦煌乡百姓吴盈顺卖地契》中的约定用语更典型：“中间或有恩赦流行，亦不在论理之限。”[24]

百姓以约定方式规避恩赦令的做法折射出两种法律关系，即官法与民契的关系，具体地说，是皇帝恩赦令与民间借贷契约的关系。一方面，作为官法中的恩赦令，显然居于主导主动地位，毫无疑问属于高位阶，但它是一时的而不是永久的；是针对特定地区的不是普遍适用的，在适用时间和区域上都是有限的而不是无限的；其内容也是相对的而不是绝对的，不是无条件地解除一切债权债务关系，被解除的债权债务关系有严格的标准界限。这样符合条件的少之又少，有些恩赦令则只是放免债务人违约的刑事责任，并不放免偿还债务的民事责任。这就给民间借贷契约留下了很大自治的空间。另一方面，民契对于民来说比高高在上的官法更有可信度和权威性。广大民间社会奉行的是：上有官法，下有民契，身处下层民间社会的民众更相信民契，民契才是自己真正的法律。从中可以大致判断，唐代契约的履行在多数情况是依靠双方的诚信与自律而实现的。就一般而论，唐代的债权人与债务人关系不是冷冰冰的法律上的对立关系，而是建立在双方合意基础上的诚实守信的契约关系。只有基于双方之间的诚实互信才会在民契的实践中产生大量的规避恩赦令的约定，如果双方之中有一方言而无信，则这种约定就等于是一纸虚文。

在唐代，借贷契约的双方当事人约定只遵从契约而不受恩赦令的影响，这既是恩赦令有限性的结果，也是民契对恩赦令的预防和抵制。民契这一约定与律令中的一般规定也存在同样的关系。较之于恩赦令，律令中的一般规定更具有普遍性和稳定性，所以，大量的经常性的债权债务关系，主要依靠律令中的一般规定去调整。

唐代律典不允许私人间签订的契约有规避官法的约定。《唐律疏义·杂律》“买奴婢牛马不立契”条的《疏议》云：“令无私契之文，不准私券之限。”这说明，在律令中没有承认双方私契内容的规定时，不依私契之约定处置，而以律令为准。但唐律还规定“任依私契，官不为理”，这又说明官法非常尊重民间契约，对民间立私契的做法采取消极不作为的放任态度，任其自由，不加干预。这两种规定看似冲突，实则不然。

如前文所述，唐代官法对民间契约的调整规范，不仅不是空白，而且颇具系统性，表现出很高的立法水平。然而，这些规范通常是备而不用的，它只是要求民间订立私契需符合官法的规定，但只要契约当事人不诉之于官府，官府并不主动过问，只有发生了契约纠纷，诉之于官府，官府才受理，这些规范才派上用场。这就为私契自治留下很大空间，也使私契规避乃至违背官法有了很大的可能性。

因为唐代社会是宗法社会、熟人社会、朋友社会，绝大多数契约都发生在亲戚朋友熟人之间，并有保人作证担保。因此，签约的双方加之保人相互之间都不仅有共同的感情，还有共同的利益。所以，签约的双方都相信对方不会违约，这种私人间的信任远大于私人对官府的信任。如果一方由于不得已的原因而违约，另一方也会予以理解，绝不会轻易地告之于官府。如果一方是出于不诚信、不道德的原因而违约，那将受到熟人社会的共同谴责，为此而付出极大代价。因此这种情况极少发生，即使发生了也可以进行调解，一般也不会诉之官府。正由于这些原因，民契既可以无视官法，也可以有意地规避乃至违背官法，包括律令中的一般规定，也包括皇帝的恩赦令。

### 三、唐代官法的谦抑态度及其借鉴

通过前文可发现，唐代非常重视官法对民契的规制，官法中有大量规制民间契约活动的条款，相当全面，并形成了规则体系，从而使民间契约活动有了法律依据。然而，与官府的态度和做法不同，民间社会普遍认为“官有政法，民从私契”。对于民间来说，官法是官家的法，私契是民间社会乐意遵从的活法，官法与私契分属于两个不同领域。民间不但轻视或无视从官府布之于民间社会的官法，还在契约实践中经常以乡法和约定来规避抵制官法。对这些都值得进行深入分析与思考。

#### （一）官法对民间细故的谦抑态度

唐代官法虽然对民契的规制具有系统性，但总的特征是谦抑的，它虽然积极主动但更消极被动，虽干预但更放任，虽有为但更无为。官法对民契的基本态度是尊重的，并且在司法中奉行不告不理的原则，因而民间契约通常不受官法的控制，在很大程度上处于放任自治的状态。对于民间的田宅、买卖、借贷等纯属私领域的事务，官府一般采取消极无为的态度，任其自由发展，不做干涉。其中的缘由恐怕不仅因为这些是民间细故，不足挂齿。

在国家法的层面上来说，中国古代的民事规范少之又少，因此，有人认为古代民事法律制度的安排缺位了。这是否能够说明古代统治者轻视民事权利从而忽视民事法律制度的建设呢？问题恐怕不能这样简单理解。一方面，统治者将民事法律关系称之为“细故”，的确体现出了古人对民事关系的认识，在古代统治者看来，民事关系无非尽是些草民之间的家长里短、田宅钱粮之类的琐事、私事、细事。古代统治者相信“明主治吏不治民”的道理，民间的百姓生活对统治者并非没有意义、没有价值，只是从社会管理的角度去看，只要君主对官员进行严格管理，使官员遵纪守法，官员上不欺瞒君主、下不欺压百姓，对百姓就可以任其自治，听其自为。从这个意义上来说，明君不仅没有必要将民间百姓生活中的细事、琐事纳入官法的管辖，也不应该将统治的触角深入民间社会，对本来放任百姓自为的私事横加干涉。另一方面，李重提出的“王者不得制人之私”的道理可以用以分析为什么唐及历代统治者都对民间细故采取了一种消极谦抑的态度。如果以李重的思路去分析，古代统治者主动地抑制权力的膨胀和官法的扩张，尊重民间，承认民间细故的独特性、重要性，对其采取消极放任的态度，给民间和民契以一定的独立自主的地位，从而在国家与民间、官法与民契之间画一条大致的界限，使双方有各自的范围，各有遵循，得到平衡协调的发展，这无疑是非常可取的。对于民间细故，官府可以有多种判断，采取多种态度，实行多种对策。

从唐代的情况看，官府并没有小觑民间细故，也没有把无数的民间细故都纳入刑法进行调整，而是认为，民间细故是民间的私事，与政治之公事不可同日而语，二者存在性质上的重大区别。因此，重视民间细故，解决民间细故，主要不是官府的事，也不是官法的事，而是民间的事，民契的事。所以，充分尊重民间，相信民间，依靠民间，由民间通过民契来解决民间细故，就是官府对民间细故的高度重视，也是最好的解决途径，它远远优于依靠官府通过官法解决。另外，将民间细故纳入法典，或者由官府制定出一部统一的民法典，这是后人强古人之所难，古人是根本做不到的。

## （二）官府对民间生活的有限作为和责任

唐代官法对民契的基本态度是放任，但放任不是绝对的，不是全部放任。任何官府都不可能对民间社会没有任何作为，即便“无为”也不是一无所为，只是有所为有所不为，意即尽量减少统治者对民间生活的有为，把有为所产生的副作用降到最低，最大限度发挥民间社会的主动性。具体细节不论，仅就这一思路来看，是无可厚非的。

唐代官法对民契的规制深受家国一体的政治观念的影响。在中国传统政治哲学中，国被定位为家。《礼记·礼运》中说：“故圣人耐以天下为一家，以中国为一民者，非意之也。必知其情，辟于其义，明于其利，达于其患，然后能为之。”这是说宗法伦理秩序是建构“天下一家”政治格局的基础，政治格局是仿照宗法伦理秩序建构起来。可以说，国是家的放大，故称国家，而家又是国的缩影。家与国、民间与官府、宗法与政治难分难解，相辅相成。特别在民间，宗法伦理几乎无处不在，就是民间契约中的纯粹个人经济事务也绝不例外。比如，唐代的令规定：“诸家长在，而子孙弟侄等，不得辄以奴婢、六畜、田宅及余财物私自质举及卖田宅。”[25]条文是有关“同居共财”的要求，意在维护家庭伦理秩序。同样，在依据宗法伦理建立的政治格局中，“天子作民父母，以为天下王”，[26]“天子父母事天而子孙蓄万民”。[27]历代帝王均以天下为家，以兆民父母自居，以“爱民如子”、“若保赤子”自勉。官则是父母官，民则为子民。

需要指出，所谓的“以天下为家”旨在强调对天下整体的没有偏私的关爱和责任，并非化天下为一家之私；所谓“兆民父母”或“父母官”强调的同样是关爱和责任，是对兆民或子民的关爱和责任，带有明显的亲情，而不是作威作福，视民如草芥。作为天下之主和兆民父母的帝王，他有权力也有责任通过颁布恩赦令的方式，解除或推迟债务人的债务。这显然破坏了由民契所维护的民间秩序，也损害债权人的债权。但同时也缓解了社会矛盾，展现亲民形象，提高了政治权威，甚至也是对国家常法的一种补充，不可一概否定。而官法虽然对民契有系统性规定，但它就如一个有经验的母亲看护自己的孩子一样，只有超过底线，将要发生危险，才采取行动。通常情况下，只是起监视引导的作用，并不干涉其自由。

## （三）阳光下发展的民间秩序

契约普遍违法在现代看来是国家控制力低下的表现，然而这在唐代却反映出—个独立于官法之外的民间法的存在，以及独立于国家之外的民间社会的存在。大量的敦煌契约中反复频繁地出现“官有政法，民从私约”—语，但它不是契约里非写不可的格式化套语或例行的空话，而是唐代民间对

官法、民契以及二者关系的普遍的共识，浓缩并反映出唐代社会生活和思想观念的一部分实际情形。在民间社会，官法是官方的规则，民契才是民间社会的规则，两者虽然也有冲突，但基本上是各行其道，各有各的适用范围。官法虽然没有完全放弃对民契的规范调整，但民间社会则往往用乡法或约定的方式取代官法作为签订契约的依据，从而规避了官法；而且，只要当事人不因契约纠纷而诉之于官府，官府则置若罔闻，从不主动干预私人之间的契约关系。这样一来，唐代的民契在事实上也在很大程度上独立于官法之外，成为百姓经济生活中真正的法律。

由民间契约尤其是借贷契约所调整的民间借贷活动是历史上所长期存在的，在特定的历史时期，民间借贷活动承担了社会经济中重要的融资功能。在民间，不仅是借贷活动长期发展，同时也存在大量源远流长的本土金融形态，比如钱会。这些金融活动广泛存在于各地，极大地影响着普通人民的生活和商业。温州就是这类民间借贷以及金融活动最为发达的地区。从历史经验中不难看出，民间金融与草根经济相辅相成，大体可以形成一个良性经济金融生态，不少民间金融制度已有数百年的历史（如明清之际的钱会等民间融资机构），自发地形成了一套独立的交易规则体系。然而，民间借贷或融资活动所形成的金融秩序毕竟是基于熟人社会的背景所产生的，在现代市场经济的环境中，如果缺乏政府的有效监管和健全的配套法律规范的支持，大量不规范乃至违法的活动就会滋生。面对这些不规范乃至违法的现象，如果司法机关和金融监管部门一味禁止，坚持国家法的垄断地位，不承认民间自发形成的金融制度具有正当性、合法性，从而再三予以打击、摧毁，反而会使民间融资活动参与者的预期被打破，从而机会主义盛行，原本的秩序遭到破坏，最终导致酿成金融风险的几率增大。

对待自发形成的民间借贷活动，最好的办法就是引导其在阳光下规范发展，这离不开制度的保障以及政府的有力监管。但是，同时应该注意政府在民间借贷秩序中所扮演的角色，既不能回避责任，造成制度和监管的缺位，也不能任意干涉其中，扭曲其自身的发展轨迹。从这个意义上来说，唐代官法和民契所形成的良性互动值得今人总结。在官法规制下的民间契约所形成的法秩序能充分体现签约双方当事人的自由意志，具有极大的可信性和权威性，是民间社会的活法，同时，也能反映民间社会各具特色的生活习惯，解决民间社会纷繁复杂的纠纷，为民间社会所乐于接受。因而有利于维护民间社会秩序，当然亦可抵御官法向民间社会的肆意扩展，保障民间社会的相对独立性。依靠民契所维护的民间社会，是一个契约型的自治社会，更是一个讲诚信的社会。

#### 【注释】

[1]《晋书·李重传》。

[2]参见郭成伟、方潇：《中国传统“公之于法”特质研究》，《中国法学》2003年第1期。

[3]参见梁治平：《清代习惯法：社会与国家》，中国政法大学出版社1996年版，第27页。

[4]参见霍存福：《论中国古代契约与国家法的关系——以唐代法律与借贷契约的关系为中心》，《当代法学》2005年第1期。

[5][宋]窦仪等：《宋刑统》，薛梅卿点校，法律出版社1999年版，第468页。

[6]同上注，第469页。

[7]同上注。

[8]《唐会要·杂录》卷88。

[9]《唐六典》卷6，“比部郎中员外郎”条注。该条规定对于“回利充本”的问题规定的有些矛盾，这里肯定有衍文和错简。“出息债过其倍，若回利充本”的行为是唐《杂令》中明文规定需要官府介入其中的，当然不可能是“官不理”。

[10][唐]长孙无忌等：《唐律疏议》，刘俊文点校，中华书局1983年版，第486页。

[11]同上注，第245页。

[12]《唐六典》卷20，“太府寺两京诸市署令”条。

[13]同前注[10]，长孙无忌等书，第501页。

[14]唐律“买奴婢牛马不立券”条规定：“即卖买已讫，而市司不时立券者，一日笞三十，一日加一等，罪止杖一百。”

[15]《吐鲁番出土文书》（录文本）六册，文物出版社1985年版，第527页。

[16]同上注，第412、413页。



[17]上述所引契约可参见：张传玺：《中国历代契约汇编考释》上册，北京大学出版社1995年版，第348页、第379页、第381页、第383页。

[18]王启涛：《中古及近代法制文书语言研究—以敦煌文书为中心》，巴蜀书社2003年版，第399页。

[19]陈国灿：《唐代的民间借贷—吐鲁番敦煌等地所出唐代借贷契券初探》，载唐长孺主编：《敦煌吐鲁番文书初探》，武汉大学出版社1983年版，第231页。

[20]《旧唐书·柳宗元传》记载：“柳州土俗，以男女质钱，过期则没入钱主，宗元革其乡法。”

[21]《文苑英华》卷422。

[22]罗彤华：《唐代民间借贷之研究》，台湾商务印书馆2005年版，第326页。

[23]同前注[10]，长孙无忌等书，第485页。

[24]沙知：《敦煌契约文书辑校》，江苏古籍出版社1998年版，第1～2页、第8～9页、第30页。

[25][日]仁井田升：《唐令拾遗》，粟劲、霍存福等编译，长春出版社1989年版，第788页。

[26]《诗经·小雅·南有嘉鱼》。

[27]《春秋繁露·郊祭》。

**【作者】** 李德嘉

**【来源】** 《法学》2012年第8期

**【编辑】** 李伟