

“民有私约如律令”考*

李显冬·李兆军

中国政法大学民商经济法学院教授 博士研究生导师·中国人民大学法学院

< 目 次 >

- I. 引言
- II. “民有私约如律令”的语词渊源
- III. 地券的概念和内涵及其与契约的关系
- IV. 反映古代土地买卖信息的地券
- V. 地券的外延及其法律属性
- VI. 碑刻所见土地买卖契约
- VII. 从“民有私约如律令”看中国古代民事法律调整的独到之处
- VIII. 结语

I. 引言

张晋藩先生在1985年就在其论文中即提到：“出土汉墓中发现的刻于砖石之上的‘买地券’，包括有地界、证人、不得侵犯等内容。其中著名的《杨绍买地券》上载有“民有私约如律令”的字样。”¹“已发现的还有《潘延寿买地券》上也写有‘有私约者当律令’，《曹仲成买田铅券》上则写为‘知券约，□如天帝律令’等。”²“这些书面买卖契约均写有‘私约如律令’的字样，不但表示了当事人对契约所具有的法律约束力的理解，同时也反映了官府对民间私约法律效力的肯认。”³

无疑，近代以来的中外研究者都察觉到了中国古代法典皆主要都是刑法规范这一特点。其实就基本法典的编纂形式而言，在承认“民刑不分，诸法合体”

* 심사위원 : 배성호, 신우철, 김혜정

1) 张晋藩：《论中国古代民法研究中的几个问题》，载《政法论坛》1985年第5期。

2) 孔庆明、胡留元、孙季平：《中国民法史》，吉林人民出版社，1996年1月第一版，第159页

3) 张晋藩：《中国法制历史简谈》，“光明日报”1986年12月3日。

是中国古代法典的重要的特征的问题上,始终并无什么太大的争议。问题的关键在于,一谈到中国古代法中有无“私法”或说“民法”的问题,通说就又多持否定态度了。由于多年来都囿于此种所谓“民刑不分”、“诸法合体”的习惯思维。故一旦获悉“民有私约如律令”这种信息,就使自己这种深受民法传统民法传统影响的学人感到了一种震撼。

今人在改革开放的20世纪80年代,才喊出了“合同就是法律”的口号,可是我们的祖先居然在1700多年前就有了如此绝妙的表达。难道这还不足以证明:在古代中国就像在古罗马那样,也同样存在着某种“意思自治”的法律思想吗?

所以,当自己专注于研究从《大清民律草案》到《民法典》的转型历史过程时⁴,更引发了对“民有私约如律令”的兴趣。为了确保学术引证的严肃性,笔者不但千方百计地寻找“杨绍买地券”的出处,而且经导师张晋藩教授点拨和历时两年多的考证,收集了一批与此有关的各种学术研究资料,且尽最大的努力对其进行整理和研究,以期加深对中国古代民法的进一步的研究。现将初步的探讨成果小结,抛砖引玉。

II. “民有私约如律令”的语词渊源

“民有私约如律令”这一合同习语,刻于所谓的“杨绍买地券”上,通常亦有称之为《杨绍买地券》或《杨绍买地券》的。清代杜春生撰,詹波馆刻本《越中金石记》⁵选录了此《杨绍买地券》并载明:“《十驾斋养新录》十五云,山阴童二如游洛阳,得此石刻。”1918年,罗振玉将他所收集到的19种地券,汇编成《地券征存》⁶,其中也包括此《杨绍买地券》。其全文如下:

大男杨绍从土公买冢地一丘。东极阡泽,西极黄滕,南极山背,北极于湖。直钱四百万,即日交毕。日月为证,四时为任,太康五年九月廿九日对共破券。民有私约如律令。

在我国以“征证翔核,考据精审,究极微旨”⁷而著称的著名历史学家范文澜先生点校的《文心雕龙注》中亦特别指出:“兹录晋杨绍买地券于下,亦略窥

4) 李显冬:《从〈大清律例〉到“民法典”的转型》,中国人民公安大学出版社2003年10月版,第43页。

5) 收入国家图书馆善本金石组编:《前秦秦汉魏晋南北朝石刻文献全编》,北京图书出版社,2003年3月版,其中收有民国和民国以前金石志书1700余种。

6) 北京图书馆藏,蓝皮布面,石印64开本,索书号:古520·04/925/:3。

7) 《中国大百科全书》(简明版),第三卷,中国大百科全书出版社。1995年版,第1270页。

古券契之一斑。”⁸显然《文心雕龙注》引注《晋杨绍买地券》也是将其作为了中国古券契的典型例证。既然如此,“民有私约如律令”这样的合同习语,其究竟是封建迷信的咒语?还是“契约自由,意思自治”的法律思想的世俗表达呢?

要想搞清这一切,就须依据中国古代土地交换的历史事实,当然包括其行为规则来予以说明。

III. 地券的概念和内涵及其与契约的关系

1. 中国古人对契约的定义

了解中国古代对于契约的定义及其由来,无疑对理解“买地券”有非常重要的意义。《说文解字》中说:“券,契也。券别之书以刀判契其旁,故曰契券。”⁹《辞源》说:“合同即指契约文书。”¹⁰《周礼·秋官·朝士》“判书”疏:“云判,半分而合者,即质剂、傅别分支合同,两家各得其一者”。《周礼·小宰》“听称责(债)以傅别”注云:“傅别,谓为大手书于一札,中字别之,今之券书也。”其《秋官·朝士》:“凡有责(债)者,以判书以治则听。”郑司农云:“谓别券也。”《释名·释书契》:“莛,别也。大书中央中破别之也。”

从以上列举的这些重要的古代文献及其注解中,我们可以得到以下结论,即在古代中国,“契券”、“合同”、“质剂”、“傅别”和“莛”这些名词,虽然在使用时代、使用对象和相互从属的关系上有所区别,但是它们的作用都是“听讼责者以券书决之”¹¹。

因此,笔者将中国古代的“地券”定义为是指那些随同墓主下葬的,涉及“土地”买卖的文书及其摹本,并将不符合这一定义的其它土地买卖文书统称为“土地买卖契约”。基于以上的定义和分析,笔者认为地券和土地买卖契约都属于广义的契约的范畴,只是其内涵和外延有所差异罢了。

2. 地券的内涵

(1) 地券之定义。

中国虽然历代均有地券出土,但其直到清末才引起金石学家们的注意。既然这些所谓地券仅指那些随同墓主下葬的,涉及“土地”买卖的文书及其摹本;

8) 《文心雕龙注》,人民文学出版社,1958年9月第一版,第486页。

9) 许慎:《说文解字》,中华书局,1963年12月第一版,第92页。

10) 广东、广西、湖南、河南辞源修订组,商务印书馆编辑部编:《辞源》,商务印书馆,1979年修订第一版,第479页。

11) 许慎撰、段玉裁注:《说文解字注》,上海古籍出版社,1988年2月第二版,第182页。

因此我们只能将那些不符合这一定义的其它的碑刻类的土地买卖文书归类为“土地买卖契约”或其摹本。在经过我们对诸多地券和土地买卖文书碑帖的阅读、分析之后,笔者认为,《晋杨绍买地券》在众多地券文献中的确有其代表性。

(2) 地券之明器属性。

一般认为,所谓明器是“古代陪葬的器物。最初的明器是死者生前用的器物,后来是用陶土、木头等仿制的模型。”¹²而现在我们所谓的地券产生于汉代。在汉代以前虽然也有与土地交易有关的文书特别是其摹本随葬,但并非是以地券之形式出现。¹³故对于地券的性质,有学者认为是明器,当然也有学者认为其不是。

a. 地券具有明器的属性。

笔者认为:与墓志一样,地券既然也是随同墓主下葬的物品,所以应当也是明器。但应该指出的是,墓志与地券之间有时会存在一些界限模糊之处。如曾有墓志“外观呈方形石函状,即把墓志外形分成志盖与志盒两部分制作”¹⁴,而有的墓志盖上刻有“其灵寘寘,以此为拯,阳覆阴施大道之侧,五精变化安魂之德,子孙获吉诸殃永息,急急如律令”¹⁵,并在左侧刻青龙,右侧刻白虎,上面刻朱雀,下面刻玄武。结合对已知券文内容的分析,笔者认为这正是一种文字与图画相结合,同时与墓志相联系的地券。此外墓志中除记述墓主人生平外,也频繁出现刻有“永寘幽宫”等的用语的。¹⁶

b. 墓志与地券二者在内容上各有侧重。

墓志的内容多讲述墓主的生卒年月、生平事迹,表达对墓主的赞颂和哀悼。而所谓地券,顾名思义它反映的是与古代最重要的生产资料——土地流转有关的权利转让关系,尽管对于转让的“土地”的法律性质,学界一直存在着争议。故即使地券并非现实经济生活中具有法律意义的“土地”买卖的文书,起码也是作为明器随同墓主下葬的,现实经济生活中具有法律意义的“土地”的买卖文书之摹本。

正是由于墓志与地券在内容方面的差异,才形成了地券的篇幅通常都小于墓志,且其中的部分甚至全部要带有宗教或迷信色彩。因此,地券引起学者兴趣的时间要较墓志晚得多,而金石学家们则更看重的是地券书写的书法价值,“晋都乡杨绍买冢地券”的拓片¹⁷就是中国古代历史上有名的隶书碑帖。¹⁸不过

12) 《现代汉语词典》,中国社会科学院语言研究所词典编辑室编,商务印书馆,1996年7月修订第三版,第889页。

13) 岐山县文化馆和陕西省文管会:《陕西省岐山县西周铜器窖穴发掘简报》,《文物》,1976年5期。

14) 黄晓芬:《汉墓的考古学研究》,岳麓书社,2003年7月第1版,第244页。

15) “洛阳市文物工作队简报”,载《华夏考古》1996年第1期。

16) “铁可墓志盖阴面续刻志文拓片”,见《北京文物精粹大系石刻卷》,北京出版社,2004年1月第一版,第185页。

17) 北京图书馆藏拓。

随着金石学家对地券兴趣的增加，人们对地券及其拓片的需求也随之增长。经济利益促使古董商人开始制造地券赝品。因此，长期以来，对某些地券的真实性在学界一直存在着争议。

IV. 反映古代土地买卖信息的地券

1. 典型的明器地券

(1) 吴《五凤元年买地券》。¹⁹

“五凤元年十月十八日，大男九江黄甫，年十八，今于莫府后南边，起冢宅，从天买地，从地买冢，雇钱三百，东至田库，西至□□，南至□□，北至壬癸，若有争地，当诣天帝，若有争宅，当诣□□，如天帝律令”

(2) 唐《乔进臣买地券》。²⁰

“元和九年九月廿七日，乔进臣买德地一段，东至东海，西至山，南至钅各，北至长城，用钱九万九千九百九文，其钱交付讫，其得更不得忤恢，如有忤恢，打你九千，使你作奴婢，上至天，下至黄泉。

保人 张坚故

保人 管公明

保人 东方朔

见人 李定度

涿州范阳县向阳乡永乐村敦义里

南二里

乔进臣牒”

(3) 东晋《咸康四年买地券》。²¹

“□咸康四年二月□□朔四日□□□□□□从天买地，从地买宅，东极甲乙，南极丙丁，西极庚辛，北极壬癸，中央戊己，上极天，下极泉，直钱二百□，即日交毕，若有争地，当旨天帝，若有争宅，当旨土伯，□□□东王公西王母，□如天帝律令”

从以上地券的内容来看，即使典型的明器地券亦反映着当时土地买卖的形式要件的影子。在以上三件地券中，我们可以看到在所有地券中都普遍存在的形式要件。即所有地券都说明了买受人、出卖人、土地的价格、土地的四至（方位）、土地的大小、见证人和保人，发生争议的解决办法以及标的物与款项的交付情况，也有些通过对四至的描述来确定土地的大小。

18) 1918年，羅振玉將他所收集到的19種地券，彙編成《地券徵存》，其中就包括此《楊紹買地券》。“民國二十年羅振玉出售碑帖價目表”載“晉楊紹買地券楊龍澗跋”，久佚，三百元。見“碑帖行情”，2002黑虎工作室，© 2002 Blacktiger Networks。

19) 殷荪：《中國磚銘》，江蘇美術出版社，1998年10月第一版，圖版上冊，第331頁。

20) 羅振玉：《地券徵存》，北京圖書館藏，藍皮布面石印本。

21) 殷荪：《中國磚銘》，江蘇美術出版社，1998年10月第一版，圖版上冊，第450頁。

在此种地券中，买受人通常为墓主人。出卖人通常为天地或土公、山公或“从天买地，从地买宅”。土地的价格通常为“九万九千九百九文”，或中国古代所常用的三、六、九等虚数。四至通常为“东极甲乙，南极丙丁，西极庚辛，北极壬癸，中央戊己，上极天，下极泉”、“东至青龙，西至白虎，南至朱雀，北至玄武”或如“东至东海，西至山，南至劔各，北至长城”这样用人所共知的著名地点作为四至的标志。所有这些话都让读者明白无误地知道，其中所说的内容明显是虚指。

见人和保人通常为张坚故、管公明、东方朔、李定度或东王公、西王母等道教神祇。争议的解决办法通常为，“若有争地，当旨天帝，若有争宅，当旨土伯”。标的物与款项的交付情况通常是“即日交毕”或“其钱交付讫”。此外还有一些常见语句如“田中若有尸死，男即为奴，女即为婢”、“券立二本，一本奉付后土，一本给付立人收执，永远照用。今分券背上又书合同二字，故气伏尸，永不侵争口至券者”等。

前面的最后一句话也清楚地说明了“合同”二字的含义，即在契券中央书写合同二字，然后从中一分为二，出卖人和买受人各执一半作为买卖的凭证。这也正是现代合同一词的滥觞。

值得注意的是这三份地券中都有“如天帝律令”的字句。此句是这一类地券的普遍特征，类似的话还有“急急如五帝使者青女律令”、“如五帝使者青女律令”、“急急如律令”等。所谓“如律令”无非是强调强调民间契约的效力至高无上。《词源》对于“急急如律令”的解释为：汉代公文常以“如律令”或“急急如律令”结尾，意即要求立即按照法律命令办事，相当于后来宋代公文书末的“符到奉行”。后来道家咒语或符篆文字也习用此语，意为勒令鬼神按符令照办。

道教是从汉桓帝到汉献帝（公元147—220）这段时间，才开始在民间活跃起来的²²。汉代是道教发展的早期，尚未形成统一形式，刚刚进入民间的道教正在与民间的习惯相互影响和融合。所谓“如律令”的说法的出现，就是官府、民间和道教三者相互影响、彼此融合的产物。天帝是道教中的神祇。古代中国，皇帝是受命于天的，因而天帝的律令理应具有比人间皇帝的律令更大的效力。无论是声称民间订立的契约具有同人间律令同等的效力，还是说有同天帝律令相同的威力，都是要强调契约的效力是至高无上的。

2. 与现实中的土地契约如影随形的明器地券

(1) 东汉《光和元年曹仲成买地铅券》。²³

“光和元年十二月丙午朔十五日，平阴都乡市南里曹仲成，从同县男子陈胡奴买长谷亭部马领佰北冢田六亩，亩千五百，并直九千，钱即日毕。田东比

22) 李养正：《道教概说》，中华书局，1989年2月第一版，第30页。

23) 张传玺：《中国历代契约会编考释》，北京大学出版社1995年版，第51页。

胡奴，北比胡奴，西比胡奴，南尽松道。四比之内，根生伏财物一钱以上，皆属仲成。田中有伏尸，既口男当作奴，女当作婢，皆当为仲成给使。时旁人贾、刘皆知券约，他如天帝律令。”

(2) 东汉《建武中元元年徐胜买地铅券》。²⁴

“建武中元元年丙辰四月甲午朔廿八日乙酉，广阳太守官大奴徐胜，从武邑男子高纪成，买所名黑石潭部罗佰田一町，贾钱二万五千，钱即日毕。田东比皇甫忠，南比孙仲信，西比张淮，北比大道。根生土着毛物，皆属徐胜。田中若有尸死，男即为奴，女即为婢，皆当徐胜给使。时旁人姜同、许义皆知券约，沽酒各半。”

这类地券本身就是对现实生活中人们频繁使用的契约的临摹。

东汉《光和元年曹仲成买地铅券》券文末尾也有“如天帝律令”的话。其中包含的各种要件与前三份地券也基本相同。而东汉《建武中元元年徐胜买地铅券》，一般学者认为此铅券即属于史树青先生所说铅铸的“实在用的地券”²⁵，而非“迷信物”。

只要我们将东汉《光和元年曹仲成买地铅券》与作为现实中的土地契约的东汉《建武中元元年徐胜买地铅券》稍作比较就会发现，地券本身就是对现实生活中人们频繁使用的契约的模仿。从这两份地券的比较及大多数这一时期的地券中还可以看出，此时的地券还未形成如同后世一样固定的格式。这种格式的影响大约到三国时期才逐渐扩大，至明清时才最终固定下来。那时的地券不仅各种用语已形成了固定的“套话”，并且连书写格式也基本一致。

从汉代的丧葬习俗来说，“从墓葬形制和随葬器物变化发展的总趋势看，都是更加仿效或贴近现实人生”²⁶。“汉代人们所谓‘事死如生’、‘事亡如存’的厚葬观念和行，反映了对人生的重视和企图对人生的仿效再现”²⁷。从这一角度来说，地券也不例外地模仿着当时人们的现实生活。

3. 基本反映现实契约内容的买地券

(1) 东汉《建宁元年马莛砖铭》之一。²⁸

“兄弟九人，从山公买山一丘于五风里，葬父马卫将，直钱六十万，即日交毕，建宁元年正月合莛大吉，左，有私约者当律令。”

(2) 东汉《建宁元年马莛砖铭》之二。²⁹

“兄弟九人，从山公买山一丘于五风里，葬父马卫将，直钱六十万，即日交毕，分置券一，合莛大吉，立右，建宁元年二月朔，有私约者当律令。”

(3) 三国吴《神凤元年买冢城记》。³⁰

24) 山东省博物馆藏。

25) 刘黎明：《契约·神裁·打赌》，四川人民出版社，1993年5月第一版，第193页。

26) 蒋英炬、杨爱国：《汉代画像石与画像砖》，文物出版社，2001年3月第一版，23页。

27) 蒋英炬、杨爱国：《汉代画像石与画像砖》，文物出版社，2001年3月第一版，24页。

28) 殷荪：《中国砖铭》，江苏美术出版社，1998年10月第一版，图版上册，第199页。

29) 殷荪：《中国砖铭》，江苏美术出版社，1998年10月第一版，图版上册，第201页。

“会稽亭候并领水军绥远将军，从土公买冢城一丘，东南极凤凰山郭，西极湘，北极□□，直钱八百万，即日交毕，日月为证，四时为冯，有私约者当律令。大吴神风元年壬申三月□□大吉。”

以上三份地券相隔 84 年，都有“有私约者当律令”这句话，且没有太多的道教或迷信成份。三券都清楚交待了立券人及受益人，说明了冢地所在的地点、价钱以及交易方式。前券所书“直钱六十万”和后券所书“直钱八百万”应该是实数。首先，“六十万”和“八百万”与后来地券中最典型的“九万九千九百九十九”有差别。其次，“六十万”与“八百万”虽然相差不少，但《神风元年买冢城记》中所载主人的身份既然为“会稽亭候并领水军绥远将军”，则其所葬的地点应在其封地内，且冢城的面积应该不小。最后，会稽自古以来就是富庶之地，土地价格自然不会低。据考，汉代最佳土地，每亩值钱一万，三国去汉不远，从汉到宋，土地价格基本没变。³¹

在以上三券的比较当中，我们可以看到，地券的内容在一开始譬如汉代，其与现实中的土地买卖契约没有太大的区别，内容也是基本依据事实的情况来写的，随着时间的推移，到了后来才慢慢地加入了愈来愈多的宗教和迷信的成份，使更多的内容愈益脱离实际的。

4. 从“有私约者当律令”到“官有公法，民有私约”

在以上几份地券中都出现的“有私约者当律令”这句契约习语，笔者认为，完全可以将其理解为“私约在立约人之间产生如同法令一样的效力”。这既是中国古代民间对契约的认识，也是中国古代社会对调整“薄物细故”、“户婚田土”关系的契约功能与其意义，甚至可以说是对其重要地位在观念上的反映。

V. 地券的外延及其法律属性

1. 有关地券性质的传统学说

从文字的表达上看，地券毫无疑问是一种“土地”买卖文书。然而，对地券究竟买卖的是何种土地，此种文书的性质到底应如何认识，却众说纷纭，大致可以概括分为三类。

(1) 镇墓券说。

持这一观点的学者认为，地券“并非实在的土地买卖文书”，“其田亩面积、所用之钱亦仅具冥世意义，而没有现世意义，也就无须亦不可能与现世实际墓

30) 中国国家图书馆藏拓，善拓 583-133。

31) 罗宗真：《魏晋南北朝考古》，文物出版社，2001 年 6 月第一版，第 167 页。

地亩数及现世土地价格相对应”，地券与镇墓券也无本质区别。³²

(2) 真实契约说。

持第二类观点的学者认为，地券本身就是古代土地买卖的真实契约，因此可以很好的反映出当时土地的状况³³。

(3) 折中说。

第三类观点介乎前两类观点之间，即认为我国古代地券既不能全部归为“现实中的地契”，认为其“都能够全面真实的反映古代土地及其买卖的状况”；也不能全部归为“冥世土地买卖契约”，而“没有现世意义”，绝不能认为“其田亩面积、所用之钱亦仅具冥世意义，而没有现世意义，也就无须亦不可能与现世实际墓地亩数及现世土地价格相对应”。

此种认为中国古代的地券既有现实的地契，也有迷信的明器，特别是同一地券中既包含现实的因素，也包含迷信的成分的观点，不但产生较早，而且影响较大，并被学界广泛接受。

2. 地券法律属性的深入研讨之深入

在持折中说的观点之中，就具体分法而言，又可有进一步的发展。

(1) 人鬼两分说。

罗振玉认为“以传世法券，殆有两种：一为买之于人，如建初、建宁二券是也；一为买之于鬼神，则术家假托之词”³⁴。他又进一步将“买之于人”的称为“地券”，将“买之于鬼神”的称为“镇墓券”³⁵。

(2) 三分法说。

也有学者将地券分为三种：

其一，地券为当时的真实的契约；其二，作为当时真实契约的复制品的地券；其三，纯属迷信的地券。³⁶

史树青先生认为：“我国各地出土过不少的汉代以来的‘地券’，其内容可

32) 鲁西奇：《汉代买地券的实质、渊源与意义》，载《中国史研究》2006年第1期。对于地券的性质和地券与镇墓券的关系的结论为：“(1)今见所有东汉买地券都是随葬明器，并非实在的土地买卖文书，而是‘实在的冥世土地买卖契约’：买地券所涉及的买卖双方、见证人均均为亡人，所买卖的对象——墓地所有权是冥世所有权，其田亩面积、所用之钱亦仅具冥世意义，而没有现世意义，也就无须亦不可能与现世实际墓地亩数及现世土地价格相对应。(2)今见东汉镇墓文在时间、空间上均与买地券并存，其功用、性质与买地券并无本质区别：二者都是向地下鬼神通告亡人之死亡，并祈求得到地下鬼神的接纳与保佑，只不过镇墓文以铅人、金玉奉献给地下土神以解除丧葬动土对地下神祇的冒犯，而买地券则通过向地下鬼神购买葬地以得到地下鬼神的保佑。”

33) 仁井田陞：《中国法制史研究(土地法·取引法)》，东京大学出版会1980年版，第400—461页。传世的汉魏六朝买地券全部看作是现实生活中的土地买卖文书。

34) 罗振玉：《蒿里遗珍》，北京图书馆藏，\古104\925\8\P9L\普通古籍阅览室。

35) 罗振玉：《贞松堂集古遗文》，北京图书馆出版社，2003年9月版，??页。

36) 《中国古代民法》，法律出版社，1988年6月第一版，163页。

分二种：一种是实在用的地券，多铸铅为之，上面刻上某人向某人买地，钱地两清的券文，例如洛阳出土的房桃枝买地券。一种是迷信用物，俗称‘买山地券’，或称‘地荊’，最初把券文用朱砂写在陶罐上或砖上，后来渐渐的刻在砖上或石板上，例如会稽出土的杨绍买地荊。”³⁷按照笔者对地券的理解，史树青先生所说的第一种，并不属于笔者所讨论的地券之列，其本身就是契约。

3. 对反映论经过改造而提出的两分说

经过以上一番对古代地券资料的收集和整理，显然我们难以得出“地券即真实契约”的结论，因为现存的很多地券都包含有很明显的“冥世土地买卖契约”的特征。故笔者以为，“折中说”的观点可能更容易服人。不过尽管笔者赞同折中说的观点，但我们不同于折中说中的其它学者，多从形式上对地券进行分类，而是根据自身研究的需要，将地券分为了“较多的反映古代土地买卖状况的地券”和“较少的反映古代土地买卖状况的地券”两种。应当认为：

(1) 地券仅仅是对现实中的土地买卖契约的一种象征性模拟。

之所以如此分类是因为，笔者认为，凡地券均带有迷信色彩，只是在所带迷信色彩的程度有所区别而已。不过绝不能因为一些地券带有的迷信色彩较多，就对全部地券的学术价值予以绝对否定。事实上很多学者都承认地券对古代土地买卖的反映作用，只是对地券究竟在多大程度上反映了古代现实生活方面却存在分歧。³⁸既然明器作为古代陪葬的器物，最初都是死者生前用过的器物，后来才用陶土、木头等仿制成模型，那么地券作为明器中的一种，理所当然地也只能是对死者生前生活现实的模拟。说穿了，就是对现实经济生活中的土地买卖状况的一种模拟。

尽管地券这种模拟不可能百分之百与现实中的土地买卖丝毫不差，但绝不会是完全凭空想象出来的。毕竟，“观念的东西不外是移入人的头脑并在人的头脑中改造过的物质的东西而已”³⁹。

(2) 地券的形成和发展有其自己的演变过程。

存在决定意识，我们的古人不可能完全脱离当时的现实社会的生活，而另外创造出一种从未有过的所谓阴间的土地买卖制度来。因此，从现实中的“土地买卖契约”到作为明器的“地券”的过程，与道教按照现实中的皇帝和朝廷创造出来的天帝和天庭的过程一样，只能是模仿现实中的法律文书创造出来阴间的法律文书。在笔者看来，地券的存在和发展，与其所依附的墓葬风俗和制度的存在与发展一样，同样有其复杂的演变与发展的过程。

中国古代地券历经上千年的发展变化，在这一漫长的过程中，既有其世代传承始终未变的内容，同时它也受到了历史上法律、政治、宗教、风俗及外来

37) 史树青：《晋周芳命妻潘氏衣物券考释》，载《考古通讯》1956年第2期。

38) 黄晓芬：《汉墓的考古学研究》，岳麓书社，2003年7月第1版，第244页。

39) 马克思：《资本论》第一卷第二版跋，人民出版社，???年版，??页。

文化等多方面的影响。且中国地域辽阔，南方、北方、东部、西部在地理环境和风俗上多有差异。对这一点我们可从以下许多的出土地券的考证中得到印证。

(3) 地券的性质只能根据具体历史情况对其进行具体的分析。

正是由于此种复杂性的存在，今人不能简单地对地券一概而论，任何全部肯定或是全部否定的观点都是武断的。虽然一部分地券存在着宗教或迷信因素，而且这种变化愈往后变得越来越明显，并且最终形成一种相当程序化的地券表现形式。

即使如此，“不过从出土的六朝地券内容看，它反映了当时的重要土地制度——地主庄园经济的一部分情况，和士族门阀制度的状况，也是值得重视的”⁴⁰。也有学者利用地券的记载，改正人们对古代地理的一些错误认识，促进了人们对古代地理的了解⁴¹，也是明证。

VI. 碑刻所见土地买卖契约

1. 五代后唐《天成二年买地碑》⁴²

在搜寻杨绍买地券的过程中，笔者在洛阳龙门石窟研究院发现了其所藏的一块买地碑。其碑文如下：

“龙门奉先寺主僧守真，唐丁亥岁天成二年十二月十三日，立契回卖寺后中岭罗汉台西脚下割地二亩，东西北自至，南至古口，东西阔二十步，南北长二十五步，与敬爱寺千佛院僧（传昉）充。先大师和尚坟塔地，准价钱一十贯文为定。其钱及地立契日交，相分付讫，并无悬欠，其地如后别有人占，认称是自己田地，不忤买人之事，并是买人支当，官有政法，下凭私契为据。代两家书契，邻院僧继口，年五十三。

寺主僧守真年五十五

同学僧惠真年四十七

40) 罗宗真：《魏晋南北朝考古》，文物出版社，2001年6月第一版，165页。

41) 罗宗真：《魏晋南北朝考古》，文物出版社，2001年6月第一版，168页。

五凤元年地券出土地点在“莫府山后”，“莫”即“幕”，此墓发现地点在幕府山南约2公里处。又从永安四年地券知出土地点在“幕府山前”，在今幕府山南约3公里处。一个在“前”，一个在“后”，其中恰恰夹有一座郭家山。因此，这座郭家山在六朝时可能就是当时的幕府山。故知现在幕府山不是当面的幕府山，因此《景定建康志》记东晋时“丞相王导建幕府于此山，因名山焉”，推测幕府山得名之起源有两个可能：一是起于孙吴五凤之前，而不是始于东晋王导时；二是两座不同的山被一个相同的名字混淆起来。据《建康志》记，幕府山“在城北二十里，高七十丈，周围三十里”，与现在所见的郭家山大小、范围、地点均不相同，后者仅为一个较小的土山。故《建康志》可能有误，幕府山即今郭家山，在东吴时已有其名。

42) 原碑收藏于洛阳龙门研究院，李显冬藏拓。

邻院主僧思□年四十
天成三年正月十八日收税讫
买地主
内外临坛大德传昉奉，为先和尚澄明大师修塔地券以记于后
同学传朗
同学河阳万岁律院宗主内外临坛大德传业
同学传□ 同学内外临坛大德袭源
同学全晰 同学全皎 同学袭章”

从此碑的内容上可以看出，它绝非是作为明器使用的买地券。它可能是嵌在舍利塔外，也可能是立在地上。既然它是佛教徒所刻，则不会含有大多数作为明器的地券中普遍含有的道教丧葬习俗的内容。从其形式上看，该碑包含了买受人和出卖人的姓名、年龄，土地的用途、位置、大小，双方的给付情况，对日后发生争议的解决办法，书契人的姓名、年龄等要素，十分完备，应是古代真实契约的复本。但需要注意的是，就契约的构成要素的具体内容而言，却与买地券的用语极其惊人相似。

特别是其间有“官有政法，下凭私契为据”一句话，不但其意思与“民有私约如律令”不谋而合，与《增广贤文》中“官有政法，民有私约”的字句几乎雷同。此种在隋唐五代的契约文书中多有出现的类似的习语，以下还有一例，以为偶证。

2. 《末年安环清买地券》。⁴³

“宜秋十里西支地壹段，共柒畦拾亩，东道、西渠、武再、南索晟、北再。末年十月三日上部落百姓安环清为庞田债负，不办输纳，今将前件地出买（卖）与同部落人武国子。其地亩别断作斛斗汉壹硕陆斗，都计麦壹拾伍硕、粟一硕、并汉斗。一卖已后，一任武国子修营佃种，如后有人干识认，一仰安环清割上地佃种与国子。其地及麦当日交相分付，一无悬欠。一卖□如若先翻悔，罚麦伍硕，入不悔人。已后若恩赦，安（环）清罚金伍两纳入官。官有政法，人从私契，两共平章，画指为记。

见人张良友 地主安环清廿一
母安年五十二 师叔正灯（押）
姐夫安恒子”

由于其买卖的对象不是墓地而是用于生产的土地，也就与古代的丧葬习俗毫无瓜葛。与龙门买地碑相同的是，这一契约的形式要件也十分完备，而且因此券为纸质，所以券上还有当事人的画押。但其所包含的内容要素也与此前

43) 中国科学院历史研究所编：《敦煌资料》（第一辑），??? 出版社，?? 年版，?? 页。

的各种地券基本相同，特别是所谓“官有政法，人从私契”的习语，与“民有私约如律令”无疑有异曲同工之妙。

VII. 从“民有私约如律令”看

中国古代民事法律调整的独到之处

1. 契约是中国古代土地流转的基本法律形式

(1) 中国古代的土地物权流转普遍存在。

作为讨论土地买卖的前提，有必要先对买卖的对象做出简要的说明。马克思曾说：“土地所有权的前提是某一些私人独占着地体的一定部分，把它当作他们自己私人意志的专有领域，排斥其它一切人去支配它。”“对于我国古代是否存在土地私有权的问题，学界一直存在争论，已有学者分别阐述了正反双方的观点及理由。”⁴⁵这里我们仅从对这一问题的横向比较中进行简要的讨论，即一瞥他国古代特别是其它法系所在国家中的土地所有关系。“在英国法律中，缺少明确地关于土地所有权的规定。对于土地所有权和保有权没有明确地加以区分。这与罗马法相应内容有着截然不同的特点。”⁴⁶对法律进行民法和刑法的分类本身，并非中华法系的方法，而是舶来品。

单纯地从内涵上来判断土地所有权的有无，对于我们悠久而又纷繁的历史来说又过于抽象。因而我们应当从实质上对土地的性质作出判断。即使有人认为中国古代土地的性质与古罗马的情况不同，那么中国的情形也与英国古代的情况十分相似。所以，即使不认为中国古代存在土地所有权，那么也应当存在土地占有权或保有权的不动产权。在此基础上进行的土地买卖的过程中，买

44) 马克思：《资本论》第三卷，人民出版社，1954年第一版，第807页。

45) 《中国古代民法》，法律出版社，1988年6月第一版，第74页。

如何认识我国古代土地所有权的性质，即我国古代社会有无土地私有权，也是有争论的。有些人认为，我国古代不存在土地私有权，根据是马克思的一段话：“假设相对出现的，不是私有土地的地主，都象在亚细亚一样，是那种对于他们是地主同时又是主权者的国家，地租和课税就会合并在一起，或不如说，不会再有什么和这个地租形态不同的课税。在这个种情形下，依赖关系在政治方面和经济方面，除了普通的对于国家的臣属关系，不会在此之外再需要有什么更加苛刻的形态。在这里，国家是最高地主。在这里，主权就是在国家范围内集中的土地所有权。但在这里，因此也就没有土地私有权，虽然对于土地，既有私人的也有共同的占有权和使用权。”（《资本论》第三卷，人民出版社1954年版第1032页）这段分析，用来观察我国奴隶社会，几乎没有什么分歧。但能否用来观察我国封建社会，认识就不同了。很多学者认为马克思的分析包括我国奴隶社会，不包括封建社会。有人甚至认为，连中国奴隶社会也不包括在内。

46) 沈汉：《英国土地制度史》，学林出版社，2005年12月第一版，第1页。

卖双方均处于平等的地位,可以基于自己真实的意思表示,实施处置土地的行为。

(2) 中国封建社会中广泛存在土地买卖必然会在中国古代民法中得以表现。

土地自身的特性决定了它在任何社会形态下与它以外的其它生产资料相比都更为重要。这一点在封建社会表现的尤为突出。无论东方还是西方都是如此。

“土地是一切生产和一切存在的源泉,并且它又是同农业结合着的,而农业是一切多少固定的社会的最初的生产方式。”⁴⁷

从客观方面看,土地的作用和意义归根到底是由它的特性所决定的。土地作为生产资料,一般来说,它具有永恒性和生产性。正是因为它具有永恒的特性,因而“土地生产着延续到最远将来的收益”⁴⁸。正是因为它具有生产的特性,所以在封建社会的生产力水平下,虽然“土地不是唯一的具有生产性的自然力,但它是唯一的或几乎唯一的能由人占为己有以取得特殊或独占利益的自然力”⁴⁹。

从主观方面看,由于土地在客观上的作用,无论是东方人,抑或是西方人,对土地都非常重视。封建社会的中国以农业为本业,以商业为末业,本末不可倒置。尽管到了封建社会后期,虽然商业有了空前的发展,甚至出现了以商为本的阶层,但是重视土地的思想依然根深蒂固。即便是商人阶层,也仍然非常重视土地。这均可以从有关晋商和徽商的研究资料中得到证实。

有鉴于此,对具有以上特性的生产资料——土地的买卖进行研究,就能够较为准确地把握代表并反映古代商品经济发展的状况和特点的有关信息,研究“买地券”就可以为我们了解与商品经济有关的古代法律制度提供重要的资料。

基于以上的分析,我们再回过头来看此《晋都乡杨绍买地券》:

“大男杨绍从土公买冢地一丘。东极阡泽,西极黄滕,南极山背,北极于湖。直钱四百万,即日交毕。日月为证,四时为任,太康五年九月廿九日对共破蒯。民有私约如律令。”

此买地券的券文中包含了大多数地券所共有的各种要件,即买受人、出卖人、土地的价格、通过对四至的描述来确定土地的位置和大小、见证人、标的物与款项的交付情况。特别是其最后一句话“民有私约如律令”,笔者认为其意为“民间的私人约定有如同法律一样的效力”,其所表达的意思与两份东汉《建宁元年马薊砖铭》和吴《神凤元年买冢城记》“有私约者当律令”一句所表达的意思相同,与五代后唐《天成二年买地碑》“官有政法,下凭私契为据”和《宋

47)《马克思恩格斯选集》第二卷,人民出版社,1972年5月第一版,第109页。

48) [奥]弗·冯·维塞尔著、陈国庆译:《自然价值》,商务印书馆,1982年6月第一版,第180页。

49)《政治经济学概论》,[法]萨伊,陈福生、陈振骅,1963年10月第一版,商务印书馆,第406页。

年安环清买地券》中“官有政法，人从私契”所表达的思想也是一样的。

故完全可以得出结论说，这些材料充分证明了在中国古代，民间对于“百姓间的私约具有如同官法的效力”这样的理念，不但源远流长，而且普遍认同。

而且除了古代地券和土地买卖契约的史料可以佐证这一现象以外，我们还可以从社会文化的角度，看到此种观念的巨大影响。中国古代与《三字经》、《千字文》和《朱子家训》同样著名的蒙学课本《增广贤文》，是古时几乎每一个读书人在启蒙时都要背诵的读物。在此种人们耳熟能详的，有很大比例采用了骈体的形式，对仗十分工整的。《增广贤文》中，其中便有一句为“官有公法，民有私约”⁵⁰。

从文字看，官是与民相对的，公法是与私约相对。这不但说明，私约在中国古代民间观念中具有着同公法相当的地位，而且可以看出，中国古代虽然没有法典意义上的民法，但是的确存在被民间广泛接受，并被国家所承认和保护的民事行为规范。

2. 通过对公权力的规定相对界定出私权活动的范围

基于我们从“民有私约如律令”到“官有公法，人从私契”的史料考证，从合同习语这样一个角度，反映了中国古代民法相对于西方的独到之处。黄宗智先生曾通过研究得出结论说：清代法律在民事方面确实强调禁与罚而非正面地肯定权利，这在官方表达的层面尤其如此。不过在实践中清代法制在处理民事案件时却几乎从不用刑，并且经常对产权和契约加以保护。⁵¹

在买地券中常有诸如“若有争地，当旨天帝，若有争宅，当旨土伯”之类的话。这反映出中国古代合同关系，只有在出现纠纷时才会诉诸公堂。这与现代的合同关系大体一致，因而充分地反映出古代就业已存在了那种：凡是不违法的就是合法的“契约自由，意思自治”的法律思想。合同条文中的此类的用语无疑可以反映出，中国古代社会对平等主体间进行民事活动在法律上有着充分的认可，也证明了民事司法活动的大量存在。

其实问题是在于，现在人们往往是将“民法”这一概念严格限定在了西方大陆法传统的“民事法典”这一意义上来使用的，而且沿用这样一种用法无疑就等于接受了一整套现代西方民法的规范，包括以权利而不是像中国古代固有民法那样以禁与罚来定义的民事概念，以及认定法律独立于行政权力，而不是像中国古代那样，把法律看作是统治者绝对权力的产物。黄宗智认为，这样的民法观点会剥夺我们对古代法律中处理民事的那个部分进行思考的概念范畴，它也会引导我们去争辩中国法是否符合一个预定的理想标准。⁵²

故笔者认为：中国古代的民事法律规范系统作为一种社会控制系统，在某

50) 《增广贤文》，中州古籍出版社，2004年10月第一版，第110页。

51) 黄宗智：《民法的表达与实践：清代的法律、社会与文化》，上海书店出版社，2001年8月第一版，第7页。

52) 参见梁治平：《寻求自然秩序中的和谐——中国传统法律文化研究》，中国政法大学出版社，1997年5月版，第122页。

种意义上有点像宗教一样,在外人看来是一种以扭曲了的形式所表现出来的东西。正像黄仁宇先生曾说过的那样:在中国古代盛行某种“利用假科学说真问题”的方式。⁵³⁾所以我们能否认为:既然西方人是通过权利的界定来制约权力的,我们中国人则是反其道而行之,是通过公权力的界定,来给出私权活动的范围的。

苏永钦教授认为,私法自治使私人成为法律关系的主要形成者,正如法律关系所要创造和维系的经济关系。然而一直到制度学派开始强调,经济学家才领悟到,国家在私法关系的形成到消灭过程中,从来就不是一个旁观者,从民法典到外于民法典的民事规范,国家的强制的性格、目的和效果不尽相同而已。埋首短订条文义的法律学者,则对私法自治和国家强制的关系,实际上已经因国家的角色从单纯的经济秩序维护者、仲裁者,演变为结果取向的干预者,与积极的市场参与者,近年又逐渐退出市场,转而结构取向的管理者而发生了微妙的变化,鲜予置意。⁵⁴⁾

故可见,通过私法来限制公法的调整范围与通过公法来界定民事活动的范围,虽然是两条截然不同的思路,却竟然有某种意义上的异曲同工之妙。

3. 在实定性的私法体系外设想和构筑民事法律秩序

地券中大量充斥的“若有争地,当旨天帝,若有争宅,当旨土伯”这类话充分说明了只有在发生争议的情况下,当事人才会寻求第三方的力量来进行干涉。同时也说明了在不违反法律且无争议的情况下,当事人可以充分履行自己的权利,而无需争得他人的同意。即正律仅仅是一种作为民事活动底线的最基本的要求。

很多学者认为,由于中国古代民事审判的特点,实定性的私法体系似乎无从发生或形成。因此这就决定了中国固有民法的基本特性,而且这种特点与欧洲的法与审判的传统形成了对照。但这决不意味着中国法律传统的落后性,传统中国的固有民法与中国的民事审判可以说,是人们从另一个方向上来设想和构筑社会的秩序并将其发展到极为成熟精致高度的产物,是另一种同样具有自身内在价值的人类文明的体现。⁵⁵⁾

在民事法律调整的范围之内,虽然中国古代法典“民刑不分,诸法合体”,但其实这并非意味着在中国古代只以刑罚作为民事法律关系的唯一调整手段,恰恰相反,它只不过是向人们表明:以刑法为其主要表现内容的成文的正律,仅仅需起一种规定民事活动的最低基本要求的作用即足已。从法律方法论的角度来看,所谓“出礼入刑”其实并非是说中国古代只以刑罚作为民事法律关系

53) 黄仁宇:《中国大历史》,生活·读书·新知三联书店,2001年8月北京版,第43页。

54) 苏永钦:《走入新世纪的私法自治》,中国政法大学出版社,2002年8月,第一版,第3—4页。

55) 王亚新:《关于滋贺秀三教授的论文》,载《明清时期的民事审判与民间契约》,法律出版社,1998年10月第一版,第98页。

的调整手段,而是意味着,以刑法为其主要表现内容的正律仅仅是一种作为民事活动底线的最基本的要求而已。所以结论应是:中国固有民法是以成文的“律例”与不成文的习惯法和情理等“正律”以外的广义的民法渊源为其重要的表现形式,在成文法规定所限定的框架之内而形成的一种法律规范系统。

现在普遍认为,商品交换的本质体现为了法律行为中的“意思自治原则”。在法律行为中,当事人的意志可以决定一切,不论是法律行为的产生,还是其变更和消灭,也不论是其形式,还是内容,均可由当事人自己决定。“国家干涉的越少,政府越好。”法律行为这种制度其实就是法律赋予了人们自由创设法律关系的一种手段,人们可以通过它来按照自己的意愿,自由创设法律关系。此即所谓私法自治。这就是说,任何民事行为,只要符合民事法律行为的有效要件,不论法律有无明文的具体规定,均应受民法保护。换句话说,即在此种情况下,凡是不违法的,就是合法的。

现代民事法律行为的理论,将当事人有意志的行为放在了民事行为法的中心地位,从而将体现当事人目的、意愿的法律行为区别于其它具有法律意义的行为。法律行为制度集中体现了私权的可处分性的法律特征,承认了个人在私法领域内,只要不违背国家法律的强制性的要求,就可以根据自己的意思,自由创设法律关系。

故可见,民法作为规范人民自治的法律,其主要目的不在指导或强制人民为或不为一的行为,而只是设定行为规范。当民事主体的行为合于规范时,即能得到法律秩序的承认(生效),从而在必要时,可以凭借国家的公权力来实现其权利。同时,民法也仅是要为司法者提供一套方便操作、易昭公信的裁判规范。⁵⁶从买地券文中保人和证人的存在,便是最原始的,且也许是更行之有效的“昭示公信”的方式。对后世民事成文法的影响也是巨大的。

所以尽管中国固有民法中没有“私权神圣”的明文规定来体现国家以法律保护社会成员的民事权利不受非法侵犯的原则,但如果在实际审判过程中将正律理解仅仅是一种作为民事活动底线的最基本的要求的实践,同样可以告诉人们,凡是不违反法律和基本社会准则的“薄物细故”,都属于百姓可以合法去做的合法事情。

所以尽管西方那种法定主义的调整方式,对法律关系要素的确定具有统一明确等好处,但我们的古人似乎业已明白:国家的法律不可能,也没有必要,对经济生活中每一种行为都有具体的规定,再庞大的法典,也无法穷尽所有的法律关系。因此,法律即不得不借助于各种禁止性的法律规定,给人们在社会生活中的各种行为规定出一个最一般的行为规则,使其各种行为都能受到法律的调整。在这个意义上,中国古代此种以正律仅作为一种作为民事活动底线的最基本的要求,而在实定性的私法体系外设想和构筑自然秩序中的和谐的制度,显然也可以具有法定主义方式所无法具有的法律调整功能。其不但可以为司法审判提供法律依据,而且弥补了民事法律规范的疏漏与不足。说到底,这无非是法律实现其对社会关系的调整的一种有效措施而已。

56) 苏永钦:《走入新世纪的私法自治》,中国政法大学出版社,2002年8月,第一版,第93页。

VIII. 结语

综上所述,“民有私约如律令”此句合同习语的考证,证明了这种将民间私契在当事人之间的效力与官府律令的效力等同起来的理念,在中国由来已久。尽管这种思想在历代的表现形式不尽相同,但其都十分相似。这种思想的长期存在充分说明,那种认为中国古代不存在民法的观点是不符合客观事实的;在中国古代,民间长期存在着与官府律令相对应的,以意思自治为主要内容的民事习惯法。

关键词：土地契约、土地买卖、地券、继承法

[Abstract]

A Study of "Agreement among People is as binding as stated in the Law"

Li, Xian-Dong · Li, Zhao-Jun

Professor, China University of Political and Law · Student, REN MIN University of China

Traditional view of the study of law considered ancient law of China as a unitary law which is mainly comprised of Criminal Law and has no explicit classification on the type of law. Furthermore, the view denies the existence of Civil Law in ancient China. Starting from the contract idiom of "Agreement among people is as binding as stated in the law", with many related historical and academic materials in hand, the essay systematically reviewed the derivation of "Agreement among people is as binding as stated in the law", the concept and legal character of Di Quan in ancient China (the kind of document that carries the idiom) and its relationship with contracts of the transaction of land.

From the study of the idiom, it is concluded that the principle of "Agreement among people is as binding as stated in the law", reflected through the text of the idiom, was established long before in China. There is a long existence of the convention that parties are free to reach an agreement, compared with written law by the central government. Chinese ancient civil law has its unique way of regulating the civil affair, which is to define the scope of the exercise of the public power rather than define the scope of the civil right. With the written law as bottom line of legal conduct, the Chinese unique way project and construct civil law system beyond the range of the existing private law system.

Key Words : Agreement among people is as binding as stated in the law, Di Quan, contract of land, inherent civil law