

明清时代的“中人”与契约秩序*

王帅一

摘要:在以往的法律史研究中,中国传统契约中的“中人”多被描述为中间人、担保人或者调解人等功能形象,而针对形成此功能之内在机制与文化因素的讨论不多。如果将中人问题还原到中国文化视角下的传统社会,通过中人以及缔约相对方构成的人际关系网络,就可以看到:所谓抽象的契约关系,在中国传统社会中实际上是具体人际关系,其中的中人对于契约关系或者说中国传统文化观念对中国传统“私法”秩序的保障作用便可以得到理解。在交易中借助中人将交易双方联系起来,这种“人为制造”的“熟人”关系,使中国传统社会所强调的道德观念可以用来维护契约关系,使契约相对方抽象的契约关系在人际关系网络中变得具体化,使交易各方在契约关系中获得安全可靠的确信。中人普遍存在于契约中的现象,实际上是中国文化在具体制度上的体现,展现了中国文化塑造的传统中国人在“私法”行为上的旨趣与秩序。

关键词:中人; 契约; 中国文化; 熟人关系; 私法秩序

一、缘起: 通过“中人”观察私法秩序

在讨论中国传统社会中的“民法”^①这一问题时,国家立法与民间习惯是两个截然不同的观察领域。国家立法的缺失与民间交易习惯的丰富,构成了认识传统中国“民事法律”(或者说是“私法”秩序)的双重面相。在中国传统契约文书中常见到的现象是“中人”、“中保人”、“中见人”、“凭中”、“居间人”等契约相对方之外的这类人,几乎存在于每一份契约文书之中。参与到契约关系中的这类人,并不是契约文书所涉权利的出让者或承受者,也就是说,我们在文书中看不出其与正在进行交易的标的有何联系,但他们确是每次交易、缔约行为的参与者,且备受各方重视。无论是将其理解为一种制度,还是一种习惯,这都会引发人们对其普遍存在的意义产生好奇,如果要进一步认真研究传统中国的“民事”(或者说“私法”)秩序,应该可以从其中窥探一二。^②

以往对中人的研究,将中人在契约关系中所发挥的作用分析得比较充分,普遍表现为通过现代西方法学的视角审视中人为中间人、担保人或者调解人等几种身份而加以阐释,并试图从文化角度对此现象

作者简介:王帅一,法学博士,中国社会科学院法学研究所助理研究员。

* 本文为国家社科基金重大项目“中国民法重述、民法典编纂与社会主义市场经济法律制度的完善”(14ZDC018)的阶段性成果。作者在构思与写作过程中数值迷津,经苏亦工教授、尤陈俊副教授不厌诲示得以完成,在此谨致谢忱!

① 在现代学术讨论过程中,我们不得不借助现代法律概念来讨论中国传统社会存在的与今天的法律概念相关的现象。诸如“民法”一词,其内涵与外延并非中国固有,但我们不得不借其指代在今天看来是属于“民法”领域的诸如户婚、田土、钱债之类的习惯与制度。

② 本文所研究的契约主要以“田宅”这类在明清社会经济生活中大量存在、普遍常见且受学界关注热议的契约为核心而展开。因限于篇幅以及讨论问题的集中性,其他类型的契约,如贩卖人口之类极为特殊的契约关系并未一体考量。

进行分析。^①应该说,这种从契约关系内部来讨论中人问题的方式,已经足够清晰勾勒出中人之于契约的位置。因此,本文结合既往研究,但希望突破这种契约关系的内部视角,通过着眼于契约秩序(甚至是“民法”、“私法”秩序)这一外部视角,来进一步发掘中人在契约关系中之所以能够发挥这几种作用的关键,分析中国文化对中国人性格及交易习惯的塑造,进一步厘清传统中国的契约秩序,以便于在今天的立法与司法活动中,“发现”契合中国人态度与心灵的“民法”。

二、前提:具体个人化的传统契约关系

在传统国家立法介入较少的契约交易领域,契约秩序的维持与缔约的具体个人息息相关。缔约人如无信用,遇到纠纷时,即使立有完备的契约文书也会如同废纸;缔约人如讲信用,口头契约的效力也并不亚于书面契约。契约的顺利运行,需要依仗缔约各方对契约的遵守,但缔约方出于各自利益的考量,也会在特殊情况下寻求对于已立契约的突破,从而引发纠纷、构成社会之不安定因素。因此,在官方律典“缺位”的情形下,^②如何建立稳定的契约关系,便成了一个问题。

在对中国传统土地契约与制度进行研究时,有学者发现“当缔结佃种契约时候,也以对人信用为主。所以契约的大部分只在口头,不存在什么文书的形式,就是立有文约,大多也不过是简单地记载地租数目罢了。这种现象,北方较多,南方各地多有契约,且其格式也比北方详细。”^[1]杨国桢对于口头契约的形成也作了自己的分析。他认为在契约关系中,有“相当大的一部分”不使用书面契约,而采用“口头契约”的原因在于,在经济、文化落后或阶级分化不明显的地区或村落,人们遵从“乡规俗例”,手续简单明白。即使在经济文化发达的地区,贫瘠的地块因其收益甚微而不受重视,也无需“多费笔墨”。缺乏文化的佃户害怕地主作弊篡改契约文书上的文字而不采用书契等原因,使“口头契约”可以流行存在。当然,订立口头契约时多需要中人、乡邻在场,若发生纠纷,一般也是在中邻、亲族内部解决^[2](P.40)。无论南北方的契约习惯如何不同,也无论经济文化发展水平差异如何,包括缔约人的信用在内的个人信息,在缔约时都是各方所要考虑的重要因素。

“信”虽为传统社会所尊崇的五常之一,但仅凭个人的信誉或者信用,还是不能使立约相对方完全确信其不会违约。况且儒学之“信”与契约关系中所要求的信用意涵针对性有所不同^[3](P.243-250),在契约关系这一既抽象又专门化的领域中所能发挥的作用实在有限。“信”不足以满足人们立契所需,具体针对性制度比比皆是,如长野郎的研究即指出“地主仅以对人信用,是不能满足的。于是,不得不讲究种种手段,来保护自己的权利。所以在佃种制度上,想出了许多方法,主要的就是以下各点:甲、地租预纳制度:地租缴纳,难得希望正确的时候,地主有使地租的一部分,或全部预先缴纳的。……乙、押金制度:押金制度,就是地主使人佃种时,向佃农征收保证金的制度。佃农要不缴纳地租,就由这里边扣出,地租迟纳的数目,达到和押金同额的时候,就没收他的佃种地。这种方法遍行于中国各地,是地主想避免佃农不纳地租的损害而生的。”^[1](P.259)又如契约用语中的“乏银使用”一词,原本表明立契原因的语句,到明清时代多数已成固定格式套话,并非缔约方的真实意思表达。随着契约程式化的强化,契约中的“原因条款”也趋向形式化^[4]。准确地说,其并不能反映出出卖田地的真实原因,赵冈所举的一个例子便讲到“福建建瓯有一名地主卢必明,他将田骨出售,卖地契上写明的是‘乏银使用’才出卖田产,但

^① 对“中人”问题的研究很多,专门的文章如李祝环“中国传统民事契约中的中人现象”,载《法学研究》1997年第6期;吴欣“明清时期的‘中人’及其法律作用与意义——以明清徽州地方契约为例”,载《南京大学法律评论》2004年春季号;李桃、陈胜强“中人在清代私契中功能之基因分析”,载《河南社会科学》2008年第5期;周进、李桃“同姓中人在清代土地绝卖契约中的法律角色研究——从与卖方的关系探讨”,载《贵州社会科学》2009年第11期;陈胜强“中人对清代土地绝卖契约的影响及其借鉴意义”,载《法学评论》2010年第3期;毛永俊“古代契约‘中人’现象的法文化背景——以清代土地买卖契约为例”,载《社会科学家》2012年第9期;胡谦“中人调处与清代民事纠纷解决”,载《烟台大学学报(哲学社会科学版)》2008年第3期;周进“清代土地绝卖契约中人的双向性居间功能”,载《长江大学学报(社科版)》2013年第3期等。

^② 以现代法学理念观察中国传统社会中的私法行为,我们发现大量交易并未有国家明文规定作为指导,继而就会得出民事法律规范缺乏等论断,但这几乎是颠倒因果的误解。实际情形恰恰相反,正因民间有关契约交易的习惯原本已经足够发达,才导致国家法律并无兴趣涉足这一领域的“缺位”特征。现代社会立法资源都稍显紧张,在中国传统社会更是如此。所以,在民间社会可以自行解决诸如“细事”纠纷等问题的时候,国家可以集中精力解决公权力更应该关注的问题,实为中国文化的智慧所在。

却立即又买了一块田皮。显然他不是真正‘乏银使用’，而是要利用租额价差，将大租换成小租；多收一点地租。”^[5]（P. 45）

因此，在契约习惯中形成一套对于可能发生的纠纷予以预防与协调的保障性措施用以维持契约秩序，显得尤为重要。我们在材料中发现，采取经济手段是最直接便利、容易理解的保障方式，例如人们将“信”量化成“信洋”等情形^[2]（P. 189）。也有与今日之“定金”类似的“定洋”。^①然而，在中国传统文化影响下的具体人际关系网络中，中人成为契约关系中不可缺少的重要节点更具普遍性。我们会发现，正是中人将契约的相对方联结到了一起，使抽象的契约关系变得十分具体个人化。中人可以让原本并不认识的缔约双方增进对彼此的了解，进而，抽象的个人信誉、抽象的契约关系，在这一具体的人际关系网络中通过礼义廉耻等道德观念及其言说，才可以为人们所评价与忌惮。

三、印象：时人观念中的中人与契约

明清时代的民间日用类书中有“投请房族，无人承买外，托中引就某宅，三面商议，实值时价若干两”。“为因无银用度，投请房族，无人承买外，情愿托中引到某处三面商议，实值时价细丝银若干两正。”^[6]（P. 173）等格式化的契约文书用语，说明中人在契约文书与契约关系中不可或缺的特点。^②甚至连累世封爵的孔府与普通百姓订立契约之时，也要注明“本府凭中说合”，“同中人……卖于圣府永远为业”等字样^[2]（P. 141-142）。

这些文书中的表述都在告诉我们，如果没有中人这一重要因素，如果不是“三面”会同订立契约，那么文书的效力以及由其所确定的契约关系都会受到损害，甚至令人怀疑契约关系是否真实存在。“地土不明，查审文契、中人”^③是当时的普遍观念与通行做法。在官方判断契约关系是否存在时，还有人提出了“民间买卖田地房屋，首重代笔、中人，继凭红契”^④的说法，将契约关系中的非相对方因素视为判断的首要依据，人证的效力远大于物证，甚至连官方钤印的红契都不得不屈于次席。如果说“代笔”因其身为契约文书的制作者自然应受到重视，那么，“中人”在当时人的观念中，又是由于何种原因而备受重视呢？

清人王棠在讨论契约中的“中人”一词的本源时说：

今日文契交易必用中人，此字亦有所本。乐府《当墙欲高行》云：龙欲升天须浮云，人之仕进待中人。以为仕进不待中人，则事不成，交易不用中人，亦无取证也。^⑤

这个说法不一定就是“中人”一词的真正来源，但“事不成”与“无取证”可以说是概括了当时人们观念中的“中人”印象。除此之外，还有两则说法也分别印证了“事不成”与“无取证”这两个方面。

一曰：立契出卖地人，即今之卖主也；一曰：同立契人，即今之卖主亲族也；一曰：引领人，即今之中人也；一曰：写契人，即今之代书也。^⑥

郑康成云：质，平也，主平定物贾者。广林谓：定物贾者，贾师也，非质人事。质人职云：掌成市之货贿。人民、牛马、兵器、珍异，凡卖儻者，质剂焉。质若今中人，剂若今契约。以堂质

① 例如“当涂不动产买卖约定时，必先凭中由卖主书立允议字交与买主，买主即付定洋，或数十元或百元不等。其议字内预订立契日期，如买主翻悔或迟缓期间，将所交之定洋作为罚款，并将允议字退还卖主。或卖主翻悔，出退还定洋外，另照定洋数目加一倍赔罚，方可收回允议字。”前南京国民政府司法行政部编《民事习惯调查报告录》（下），中国政法大学出版社2000年版，第560页。本文研究时间断限主要为明清时代，以今天的眼光来看，这一时期处于中国传统社会发展的后半段，但传统社会并未随着清帝退位戛然而止。国民政府时期所做民事习惯调查，实为针对中国传统社会的民事行为习惯所做的一次归纳总结，因此，可以作为我们研究中国传统社会法律习惯的可信材料。

② 在清代的各种交易中，中人可以说是无处不在，许多非法交易，甚至官缺买卖都要有人从中说合，参见冯尔康《生活在清朝的人们》，中华书局2005年版，第42-43页。

③ 吕坤《实政录》乡甲约卷五，续编乡甲字号，明万历二十六年赵文炳刻本。

④ 张五纬《未能信录》卷一，“南昌僧俗互控山地”。

⑤ 王棠《燕在阁知新录》卷三十二，清康熙刻本。

⑥ 叶昌炽《语石》卷三，清宣统元年刻本。

剂,故以质人名其职。^①

以上三则材料对于“中人”一词颇有考证、解释的意味,正确与否并不妨碍我们了解当时人们对于中人的看法。甚至可以说,偏颇牵强之处恰好体现了身处其时的作者观念中比较深层和固化的看法,否则也不会刻意地往貌似牵强的方向解释。按上述说法,中人在交易过程中起到了“引领人”的作用,如果没有中人的积极活动,那么订立契约的行为便会“事不成”。而且,没有中人参与的契约关系是不稳固的,一旦产生纠纷即会陷入“无取证”的窘境,以至于让清人孔广林联想到了“质人”质证的意涵。“以堂质剂”的理解,说明人们在判断、解决契约纠纷之时,只有一纸文书是远远不够的,至少还得有中人在场才能把事情说清楚。这样的理解在当时是有足够的现实依据作为支撑的,比如官方断案说理就非常重视中人这一要素,《卢乡公牒》中有这样一句话“此案姜殿元如果买房管业,立契时不能无中人在座说合,何以契内仅止贺德贵一人出名?”^②这说明如果用没有中人的契约文书来证明契约关系的存在,文书本身就很可疑。此类纠纷在明清判牒中比较常见,可见官方在协调解决契约纠纷时对于中人的重视程度。

小说作为市井读物,一般说来能够较为贴切地反映世俗生活的方方面面。明代小说《于少保萃中传》第六回“莅广东备陈猺疏,按江西鞠明奸恶”中便有关于中人参与契约订立活动的详细描述,包括中人在契约订立之后还要持续参与欠债还钱等与所立契约相关的事宜,甚至在中人死后,当事人以为没有见证便矢口否认本应履行的义务等情节。^③民间习惯中诸如“一卖三找”等客观情况的存在,^④使得中人在文书订立之后仍然与双方相对人保持着契约上的联系,这也是小说中所描写的中人连续参与缔约双方后续活动的现实依据。

无论是文学作品反映的世俗生活,还是判牒判语中所反映的官方态度,无论是日用类书中记载的契约范本,还是笔记辞书中的推理解释,都表明在传统契约关系中“中人”占有一个固定的、不可替代的位置,并且这个位置非常重要,通常会伴随契约关系始终。而且,在各地契约习惯中,契约关系中的买方、卖方或者双方都会给付中人一定的酬劳,表面上是对其在契约关系中充当中人这一“角色”表示感谢,实质上是表达了双方对于中人在契约关系中发挥积极作用的看重。

例如,安徽省颖上县习惯“颖上不动产之买卖契约,双方均有谢中费用,如买卖百元,买主谢中三元,卖主谢中二元,名为‘买三卖二’,各中平均分受。又有卖主急待事就,或买主速欲成锦(即其所买之不动产与买主原有之产业相毗连,凑成整块之意),而于谢中之外另许的中(即主要中人)酬敬若干者,亦恒有之习惯也。”^{[7] (P. 560, 551)}类似还有安徽天长习惯“天长卖买田产,卖主、买主均出中资,按百分之五‘买三卖二’,以原中、陪中之分别为得受多寡之标准。”^{[7] (P. 555)}江西赣县习惯“不动产买卖之中人费用,由买卖当事人分别担负,如价洋一百元,中人费五元,则买者担负五分之三,卖者担负五分之二。”^{[7] (P. 575)}

当然,也有给予中人报酬,但与“买三卖二”这一比例存在出入的情况。如江西南昌县习惯“南昌习惯,凡买卖田地房屋,在场作中之人,取得中人钱,均由买主支給,如所买卖之田价为一百元,应给中人银三元,屋价一百元,应给中人银四元,故中人钱有‘田三屋四’之称。”^{[7] (P. 572)}以及更为细致复杂的江西新建县习惯“凡买业者,于业价之外,尚须出中人钱三分、代笔钱一分、酒钱二分,而中人之三分,则由正中得一分五,其余散中均分一分五;代笔之一分则归写契人独得;至酒席费须出二分,若买主愿办酒席,则无需再出酒钱。此历来买卖之习惯也。”^{[7] (P. 574)}

① 孔广林《周官臆测》卷二“周官”,“地官司徒第二”,清光绪刻孔丛伯说经五稿本。

② 庄纶裔《卢乡公牒》卷四,“赵孟臣控姜殿元案堂判”,清末排印本。

③ 孙高亮《于少保萃中传》卷二,明天启刻本。

④ 参见法政学社编《中国民事习惯大全》第一编债权,第三类契约之习惯,第23页。与之类似的情形如“叹契”等习惯,可参见尤陈俊“明清中国房地买卖俗例中的习惯权利——以‘叹契’为中心的考察”,《法学家》2012年第4期。

还有福建浦城县习惯,并未言及比例问题,而笼统以酬金(花红)称之“浦俗,买卖产业有居间人,谓之言议与中见,契约成立后,由买主给予酬金(俗称‘花红’)。如该买卖之标的物品有重卖及虚伪情事,居间人应负责任。”^[7] [P. 636]

中人在契约关系中备受重视并获取酬劳的原因,自然是缔约双方认为其在契约关系中须发挥重要作用,而理解其在契约中的作用是讨论中人问题的前提。

四、作用:中人参与传统契约实践成为必要

第三方参与缔约过程的现象,早在汉代契约的文本中便有所体现。“任者”、“任知者”、“旁人”、“时旁人”、“口承人”、“知见人”等对交易中充当第三方角色进行概括的名词,历经各代直至明清渐趋固定在“中见人”、“见中人”、“凭中人”、“同中人”、“中证人”、“中保人”、“中间人”等含有“中”字的名词上,而最常见且最具代表性的当为“中人”一词^[8] [9] [P. 78] [10] [11]。

当然,研究中所谓“中人问题”,主要是对这些契约关系中的第三方进行,但契约文本中第三方的称谓很多,同一个契约关系、同一份契约文书中,同一人还可能担任不同的角色,如“凡契约书件,除系本人自作署名画押外,均由代笔人代为具名,由本人画押。惟作书件之代笔人,每又为说合之中人,故有一人而具二名,如作书件之名为赵甲,而作中人之名则为赵乙。其所以具二名者,盖以中人之名义得一中人费,以代笔人之名义得一代笔费也。”^[7] [P. 562] 因此,本文行文中有必要说明“中人”、“中见人”、“中保人”等带有引号的名词是具体的契约文书中的名词,而没有引号径称中人时,则是指文书中除契约相对双方之外的第三方总称,即概括了之前列举的契约文书中出现的林林总总的各色指代第三方的名词。

除涉及权利转移的契约相对方之外,“中人”在契约文书中反复出现,已经成为明清时期人们立约时的关键性因素。在研究契约问题的著作中常见引用契约文书中如“即日凭中交讫”,“托中说谕,……当日同中三面言议”,“时凭户族邻中,……三面言议”^①等有关中人的表述。结合现有研究,中人在明清时代的契约关系中所发挥的作用,大致可以概括为以下几种:^②

首先,中人将契约交易双方介绍到一起,促成契约关系的成立,起到类似中介的作用,并见证立契的全过程。中人促成并见证签约全过程,是明清时期人们立契时重视中人的重要原因。中人的“公证功能”被看作是中人在契约中发挥的作用,“法”(契约秩序)因中人的参与而被创造^[12] [P. 312]。有些人之所以被请为中人,就是因为他们促成交易方面的技巧和声誉^[13] [P. 44] [14] [P. 130]。例如江西赣南各县习惯中所说的“为说合之中人”^[15] [P. 2],表达的正是促成签约的功能,并且,民间习惯中对于“说合人”的辛勤劳动还要用给予报酬的方式表示感谢。^③ 仁井田陞在讨论中国传统契约时说过:

土地、房屋的买卖契约为要物契约,其成立,除了买主卖主双方合意之外,还必须有提交标的物或者货款或者交付定金这样的事实。这样的买卖,还要请中介人或者见证人,……上述见证人等相关人员如果一致同意、没有异议的话,那么,就可进行标的物的交付和货款的支付,契约也就是契、券便制订完成了^[16] [P. 235]。

这段话言简意赅地表达出中人在契约关系中所起的促成见证作用。

其次,中人在契约关系中具有负某种义务的可能,即在某些情况下“中人”、“保人”、“中保人”概念

^① 参见杨国桢《明清土地契约文书研究》,中国人民大学出版社2009年版,第324-325页,第125-126页,第27-28页。文书上即使没有“中人”字样,也会尽力体现出一个第三方因素,例如“本保经理”这样的公众人物,参见上引书,第116页。

^② 有关中人在契约关系中作用的研究主要有吴欣“明清时期的‘中人’及其法律作用与意义”,载《南京大学法律评论》2004年春季号;李桃、陈胜强“中人在清代私契中功能之基因分析”,载《河南社会科学》2008年第5期;陈胜强“中人在清代土地绝卖契约中的功能——以中国传统交易规则的影响为视角”,载《北方法学》2012年第4期。

^③ 例如闽南习惯“晋江债务者向债权人借款,多有仲人说合,及履行清楚时,无论款额多少,其头月利子多归仲人收入,名为‘头月利’。”前南京国民政府司法行政部编《民事习惯调查报告录》(下),中国人民大学出版社2000年版,第626页。

相互缠绕,^①中人附有连带责任情况亦有发生。作为早期契约中存在的第三方“任者”这一名词中的“任”字表示责任,即有担保之意^[8]。当然,中人的这种连带责任在传统契约关系中并不十分明确,不仅中人不一定能够承担担保责任,即便是保证人(保人)往往也不负有代偿债务的责任。正如“媒人不能包生子,保人不能包还钱”的法律谚语所说的那样,即使契约书里记载了“保人”、“中保人”或“保证人”等字样,这些人也不一定总是负有担保责任^{[16] [P. 266]}。在直隶清苑县习惯中,人们将契约文书中是否有“代保代还”这种明确的表达作为第三方是否负有责任的依据,而不是看第三方是否在字面上被写为“保证人”。其具体习惯为“此间保证债务有两种习惯,一保证人不负完全偿还之责,一保证人须负完全偿还之责。其不能为完全偿还者,如甲为债权人,乙为债务人,双方合意订立债务契约,邀同第三者丙为担保人,丙即允许,契约内只书明中人丙之姓号。将来发生纠葛,丙宜催促乙偿还债务,丙不能负完全偿还之责,以契约内无代保代还字样之故耳。其必须为完全偿还者,如甲欲向乙借债,乙以甲之家计贫困未能承诺,甲因委托有资力者之丙出为保证,借约内书名丙为代保代还人。将来甲不能偿还,当然由丙负完全偿还之责,以借约内有代保代还字样故耳。”^{[15] [P. 8]}

在江西省的民事习惯报告中就表明,当地各县会将借贷关系中第三方分为两种“在场人”与“见借人”,用不同的名称当然是因为二者在契约关系中所承担责任不同。“江西各县习惯,借钱字据多载有在场人与见借人等名称,其不同之点,即在担保力之强弱。在场人不过于双方借贷契约成立时,目见其借贷事实,如日后有拖欠,或狡骗情事涉讼后,仅有证明义务而已。见借人则不然,双方契约之成立,多由见借人介绍,几与保人性质相同,日后发生他故,债务人如不肯偿还,债权人往往向见借人索偿,反置债务人于不问。”^{[7] [P. 568]}

上述江西习惯所称的“见借人”颇具有担保人的特征,而在浙江永嘉则直接以“担保”称呼借贷契约中的第三方,此时“担保”方将在借方不能还款时,代为履行还款义务。“永嘉商业习惯,如甲向乙借款,丙为担保,其保字写明长年交易,至年终结算清楚,倘甲于该年终未能清偿,乙款自应由丙负责归偿,斯时,应由乙向丙理处。”^{[7] [P. 605]}福建南平的“保票人”同样附有连带责任,但是在南平习惯中,“保票人”对此项义务也可以持保留态度,无需履行还款义务。“保证债权之人,南平谓之‘保票人’。如向债权人约明情愿担负完全责任者,债务人至期不为履行,债权人可向保票人请求赔偿。如保票人仅于票内记载‘担保’字样者,只负催讨之责,并无赔偿义务。”^{[7] [P. 627]}因此,契约中的保证人制度虽然已有定型化的趋势和情形^{[17] [P. 70-72]},但民间习惯中仍要视各地具体情况而定。

再次,契约发生纠纷时,中人可以从中进行调处^[18],或者有责任直接作为契约关系见证人接受官方调查。因契约双方都认识中人,中人促成抽象的契约关系个人化,这种个人化的关系自然需要了解双方具体情况的中人来调解纠纷。有研究表明,中人的社会地位越高,便使这种“个人关系和义务”越得到强化,从而加重违约者的心理负担,降低违约的风险^{[14] [P. 129]}。黄宗智谈到借贷契约中的个人关系因素时说:“即使在小农经济中相对正式的借贷也不都是脱离人情关系的,像典型的由债权人和债务人双方都熟悉的人作中谈判,虽然他们之间可能是陌生人。在这两种类型中,亲族或邻里间的非正式借贷和在双方都知道的中人帮助下订立有契约的正式借贷占了中国小农经济中所有借贷的极大部分。”^{[19] [P. 102]}“在清代小农经济中,信用的价格很大程度上由人际关系和当地的条件以及法律规定的限制所左右。”但是,“作为中人、说合人的责任,也就是督促没有偿还债务的债务人还债,或者居于债权人、债务人之间进行调停、斡旋、说合,有的不过是专门负责解决两者间的争端而已”^{[16] [P. 266]},在具体操作中也并非

^① 在研究中人这一问题时,“保人”因是传统契约关系中的第三方,所以与“中人”常常混淆在一起。有的研究即将“保人”看作是中人众多名称中的一种,或者说“保人”就是“中人”。参见高学强“试论中国古代契约中的担保制度”,载《大连理工大学学报(社会科学版)》2009年第4期,第70-71页。中人在契约关系中所起的作用具有极强的综合性,而严格说来“保人”在契约关系中的作用主要是保证债务能够被履行,因此“保人”这一称谓有更具体的指向。但是,将“保人”作为契约交易行为中的第三方纳入中人这一概括性、综合性的范畴,似乎也并无不妥。

是一种确定的制度。在诉讼过程中,中人确实是官方调查的重要对象,在堂讯中“细鞫代笔、原中人等”^①的环节必不可少,而且中人供述内容对官方所做裁决极为重要。

通过梳理上述中人在契约关系中发挥出的作用,我们可以发现中人的这些作用都是围绕一个中心,即为契约关系的发生与运行提供维护保障。中人作用贯穿立契前、立契中和立契后。他们之所以能够发挥出这样的作用,是因为中人切实参与到了契约关系中的核心部分。^②如果没有参与到诸如定价、利率、质量鉴别等核心问题,那么中就不可能发挥出上述所说的那些作用。“寻找什么样的中人是 by 契约类型所决定的。”^{[14] (P. 134)}也就是说,因契约的类型不同,其需要中人参与到契约中的内容与程度是不同的,提供的保障也不尽相同,需要中人介入契约的程度与范围各有差别。由于中人已经在契约关系中加入到核心问题的探讨,所以,中国传统契约订立过程中的这个特点,与今天从西方传统借鉴来的普遍具有双方当事人的契约差别迥异。

在土地交易中,常常是卖主请中人寻求买主并约定合适的价钱,判牒中有“中人不照时价,孟读何为画押”^③的表达,说明中人在定价过程具有至关重要的作用。中人也须对土地质量(肥瘠)和大小等向买主作出保证,更为重要的是,他必须确保卖主对该土地具有毫无争议的所有权^{[14] (P. 133)}。买卖土地的交易行为通常为一次性交易,买主交钱之后一般不会出现违约的情况,但由于可能存在的卖主违约的情形,如杨国楨指出的“田主在出卖土地时,向买主索取高价作为保留粮差义务的报酬。这时,得业者‘有田而无粮’,卖主‘有粮而无田’,与‘活卖’状况相同。但卖主故意不承担粮差义务,一逃自脱,使土地所有权在法律上成为‘虚悬’。”^{[2] (P. 310)}因此,在土地买卖契约关系中,中人在见证交易的同时,一般须向买主保证土地权利的完整。

土地买卖契约不像租赁或借贷契约一样延续一段时期,因此,中人的责任原则上随交易的完成而终止。即便是一次性的交易,如前所述,中人在土地交易前要做很多工作,并且在交易过程中如果发生了分歧,他也有责任进行调解,所以,在买卖文书写毕时,卖方会对中人的促成和居间斡旋表示感谢。^④在一些地方习惯中,契约上并不一定明确写明地价,这种关键性要素只有中人掌握,如浙江临海县习惯:“临海县买卖田地房屋,例如,经中一定价洋一百元,立契载明‘收清’字样,画押交付,其实当时并不将契价照数付讫,仅先交几元,名为押契,又不另立字据为凭,仅由契中人等作证。”^{[7] (P. 615)}因此,中人是纠纷发生时最重要的证人。所谓“谢中费用”或“花红”的给付,除了是买卖双方对中人为契约的缔结所作工作的感谢之外,也是与其“应负责任”相对应的权利。由此,我们也许可以认为“契中可作证明”一事,在给付报酬之后就变成中人不好推脱的一项义务了。

在租赁(或租佃)关系中,由于其存在一段相当长的延续性,对于业主来说,如不慎重选定承租人,可能就会发生种种的纠纷,尤其是在永佃制盛行的地区,由于业佃存续时间足够长,因此欠租之事屡见不鲜。赵冈的研究指出:“最突出的实例是《茗州初庄吴启贤堂租簿》。此册包括光绪十一年至民国10年的收租记录。租簿内列名的佃户总数在光绪二十一年时是81家,到光绪31年时增至90家,然后又逐渐减少,到了民国初年又恢复到81家佃户。佃户们常常不肯交租,或是不肯交足。于是吴启贤堂另置一册《刁佃名册》,专门登录各家欠租佃户每年所欠之数量。列刁佃名册之佃户共80家,也就是说90%以上的佃户都属于‘刁佃’。”^{[5] (P. 100-101)}到纠纷发生时,事后的各种救济措施都不如立契当初有保证人或中间人保举的佃户相对可靠。因此,有如江苏吴县租赁契约之习惯:“凡租房时应立租约一纸,租折一扣,并须有相当之中保。”^{[7] (P. 507)}

① 徐士林《徐雨峰中丞劄语》卷一,“王西士等互争棉地案”,清光绪圣译楼丛书本。

② 如浙江嘉兴的民事习惯所述“凡买卖典押,目的物之是否确实、有无瑕疵,均惟此全中是问,……遇有交涉,必须先向此全中理论。”前南京国民政府司法行政部编《民事习惯调查报告录》(下),第595-596页。

③ 徐士林《徐雨峰中丞劄语》卷一,“冯孟读私找田价案”,清光绪圣译楼丛书本。

④ 参见[美]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46-47页。上述颍上县“买三卖二”等安徽、浙江地习惯已有所说明。

与买卖契约相类似,在土地租赁的契约中,中人通常与佃户和业主都保有良好关系,或者在业佃双方都有良好的声誉。他们促成了租赁契约的订立,同时也是潜在的调停者^{[13] P. 45-46)}。中人在立约过程中同样也会协助双方约定租金,如江苏昆山契约习惯就有“查崑邑租屋手续,先由中证人说定押租及每月租金,然后由租借者立押约,载明租价若干,每月租金若干”。^{[7] P. 510)}在议价过程中积极作为的中人,由于其已经深入立约的核心环节,因此可见中人在契约关系中的重要地位。

在借贷关系中,由于明清时期分为有抵押物的借贷与无抵押物的借贷,因此中人在契约关系中发挥的作用也有所不同。

在有抵押物的借贷关系中,作为见证人可以证明契约关系以及契约文书的存在有效,如福建浦城县习惯“借贷亦有居间人,谓之见借,大率借主虚赁主不相征信,要求居间人以为成契约之媒介,居间人并不受酬金,惟以后当事人,对于该契约有真伪,或借主拒绝支付时,居间为之证明,但不负保证之责。”^{[7] P. 636)}其还有可能肩负向贷方证明被抵押财产确实归借方所有的责任,在延长债期、偿还利息方面,中人也可以起到比较大的作用^{[14] P. 131)}。有抵押物的借贷通常是以土地做为抵押物,这时就无需中人作为担保人。如有欠账,他会先寻求延期或想办法帮借方还债,在贷款是以土地耕作权做担保时,他的责任就是保证贷方得到这一权利。如果是具借贷性质的典卖契约,他就要在以后的交易中继续充当中人^{[13] P. 45)}。

有些借贷不需要抵押物,但借款人通常会找一个自己熟悉的有资产或声望的人作保,一同在文书中签字画押,如福建晋江习惯“晋江民间,借款多立有借字,俗名‘手票’。借字内载借款若干,每月利子若干,债务人署名画押或盖章,担保人、代书人亦然,借字内并无载债权人姓名。”^{[7] P. 626)}其在贷款人面前这代表了他的信用。^①而涉及大额借贷几乎一定要求有实物抵押。在以土地使用权作担保进行借贷的时候,通常可获得相当于抵押土地价格50%的贷款。如果签订了具借贷性质的典卖契约,则可以获得相当于典卖土地价格70%的典价^{[13] P. 29-30)}。这些借贷行为的发生都要有中人的参与,同样深入到契约关系的核心层面。

由于借贷契约的特殊性,前文所提到的中人在契约纠纷中的调解作用在借贷关系中体现得较为重要。借贷关系中债务人经过一段时间后需要向债权人履行自己的偿还义务,但因借贷关系又不像租佃关系中有土地的产出保障债务人履约,借债人一般生活都较为窘迫潦倒,所以不能偿还债务的可能性较大,那么中人在借贷契约中所能起到的调解作用其实常常是帮助债务人与债权人沟通,尽量取得两方都能满意的效果。也就是说“如果借方不能还债,那么,中人就应该想出妥协的办法”。田野调查资料中正式借贷的纠纷都是由中人调解的,没有一件需要请族亲或社区人士调解,更没有一件演变为诉讼案。正式借贷的相对低的诉讼率证明了中间人制度作为调解争端手段的重要性^{[13] P. 44-45)}。正式借贷的中人成为其解决冲突的内在机制,贷方可通过中人来讨债。虽然原则上来说中人所负的只是一种道义的责任,但如果借方赖账,人们还是指望他来还债^{[13] P. 30)}。中人在借贷契约关系中发挥的这种调解作用,实际上是帮助其中一方来说服另外一方,即要么帮助债权人讨债,要么帮助债务人请求减免或延缓偿还。

五、文化:中人在明清契约实践中发挥作用的机制

在对中人在契约中发挥作用的问题已有较为详细梳理的情况下,更进一步地探讨此问题,人们不禁要问中人何以发挥此种作用。^②抑或是说,中人为何能较好地完成此种任务?是什么样的内在机制可

^① 如前所述,在民事习惯中第三方究竟需不需要承担连带责任应该也是三方约定的结果,我们可以看到借贷契约签订时,缔约各方会在文本中明确各自的权利、义务。

^② 日本学者矶田进于20世纪40年代即提出何为支持“中人”、“保人”发挥秩序功能的社会机制的问题,但后续研究并未见深化。参见[日]岸本美绪“明清契约文书”、滋贺秀三等《明清时期的民事审判与民间契约》,王亚新、梁治平译,法律出版社1998年版,第311-312页。

以推动其外在作用的发挥呢?

有研究指出“契约得以发生的两个重要前提条件就是:当事人要么对对方拥有很高程度的信任,知道对方执行契约的可能性很高;要么拥有一个强大的外在强制力量,可以确保契约得以执行。”^[20]中人在中国传统契约中的作用在这两个方面都可以得到体现,并且以中国文化的特征对其加以强化。

(一) 由中人促成的“熟人关系”使契约运行处于具体人际关系之中

由于缔约双方希望中人能够在立约之后更长久的时间里持续不断地发挥作用,因此立约时对于中人的选定一定不是随意而为,应是一个非常谨慎的选择。长野郎对人们立约时更愿意选择便于熟悉、了解的本地人,做了有意思的描述:(1)四川北部,地主对于想作佃农的人,常先行充分的调查,否则就不借给土地。他们努力选择忠心勤俭的农民,以图避免他日的纠纷。在佃农方面,也因信用若一度丧人,以后谁也不敢借给土地的缘故,所以在可能范围内,是不肯和地主竞争的。(2)佃农要是他乡人,不能充分信用,地主就厌恶他们。这些游动的农民,除了一部分开垦荒芜地复旧以外,很少被人使用……他乡的佃农,多无职业无着落,常常抛弃土地,不纳地租而逃去,所以不为一般地主所欢迎^[1] (P. 258)。

如果人们缔约时找到地位、品行较高的人作为中人来介绍熟人进行交易,那么会比较容易避免无故违约或者敲诈勒索,由此他们之间便结成了一种所谓的“互惠”关系^[14] (P. 128-130)。这种“互惠”关系必须在特定的关系网中才能得以实现,而所谓特定的关系网则由中人联结而成。人们往往选择有较高地位的人充任中人,正是看重其具有与各界广泛联系的关系网,可以让契约相对方对彼此有所了解,确信对方持续“执行契约的可能性”。这对促成契约以及保障契约的运行具有至关重要的作用。同时,中人也通过参与到契约关系中来加强和巩固这张网。

实际上,在与契约合同脱离具体人际关系的现代西方法治理念相比较后,我们可以发现传统社会中的纠纷与诉讼过程,自始至终都是高度人际关系化的。中人是纠纷双方都要先行依赖的调解者,中人无法调解冲突时,纠纷会在亲族、乡里寻求解决,通过熟人之间的沟通妥协平息纠纷。在这里人际关系显得十分重要,即使最终走向诉讼,控告方也是希望对方可以回到谈判桌上来。在正式的堂审阶段,官方也常常希望在双方的人际关系网中找到解决纠纷、判断是非利益的方法。在传统的诉讼纠纷中,完全陌生不认识的双方当事人极其罕见^[19] (P. 102-103)。因此,“熟人关系”可以说是中国传统契约关系的一个前提。杜赞奇所说“权力的文化网络”可以帮助我们理解人们在进行交易时受制于此一网络,且无法突破这一网络对各方的束缚的情形^[14] (P. 135-136)。而且,不仅是涉及权利的相对方受制于网络之中,即使是作为第三方参加到契约关系中的中人也受制于这个网络。

我们可以看到,在这种“文化网络”之中,人们的交易最好确定是在“自己人”之间才好进行。如果没有这种关系,就必须先去“拉关系”、“拉交情”,交易多半是经由熟人“介绍”。中人的存在,人为地制造了这种熟人关系,因为并不能够保证每一次交易都会在熟人之间发生,那么中人在促成交易之前应该尽力促进双方的彼此熟知与信任。因此,中国人在从事交易的过程中,有时会感到被人情“缚”住。在“自己人”之间,中国人总是处处以对方为重,中国人在能够制约自己的人面前,持的态度总是很礼让的,也总是要让自己“多吃一点亏”,而且常常自我贬抑,碰到拂逆自己利益的事,也多半会逆来顺受^[21] (P. 64-65)。契约中引入中人的习惯,正是利用了人们在熟人面前所呈现出的上述特征,借此希望中人可以束缚缔约双方。其实,传统社会中的每个人都是一连串社会关系的中心,在层层关系构成的网络中,每个人都有一定的义务和权利,个人无法在这网外生存^[22] (P. 49)。在这样一个网络中,中人自己也被束缚其间,因此,在发生纠纷时,他们不仅被寄希望于缓和、解决矛盾,甚至在官府堂讯时,中人如同两造一样,不能置身事外。

以中人为例来解释这种文化网络,可以帮助我们理解中国传统契约文化,甚至是中国传统社会有别于现代法治社会的“特异”之处。如果寻找中人促成交易的话,亲戚朋友自然是首选目标,我们还可以

判断在乡里生活的地位较高的绅士群体也应该是契约关系中第三方的理想来源。^①其实,即使他们不以“中人”的身份出现,也同样可以对于契约的运行以及乡里秩序的维护发挥重要影响。如张仲礼所言“在严格的意义上说,绅士一般是不掌握司法权的,但是他们作为仲裁人,调解许多纠纷。有关绅士这类事务的例子不胜枚举,故人们下这样的断言,即由绅士解决的争端大大多于知县处理的。”^{[23] [P. 60-61]}在明清史料的字里行间,我们也可以感受到当时国家对于这一群体寄予厚望“士为齐民之首,朝廷法纪不能尽喻于民,惟士与民亲,易于取信。如有读书敦品之士,正赖其转相劝戒,俾官之教化得行,自当爱之重之。”^②如果可以找到国家依靠、信任的人来做交易中的中人,那么契约的稳定性与效力都会大幅提高。如果中人选任不合适,官方话语直接会表达出诸如“勾串党棍硬作中人,强卖分肥”^③等言语,无疑等于因中人的道德问题而直接否定了契约的效力。

然而,民间习惯的形成并非仅仅是官方引导的结果,甚至可以说主要不是官方因素使然,普通老百姓通常“像躲避瘟疫一般躲避衙门。”^{[24] [P. 179]}中国的乡村多由年长者凭借自己的年龄从精神上予以领导,也由绅士们凭借自己对法律及历史的知识从精神上予以指导。从根本上讲,它是用习俗和惯例这些没有文字记录的法律进行统治的。村民中出现不和时,年长者和族长就被请来裁决是非曲直,裁决的依据是“人性与公理”的结合。一些并不以处理诉讼为生的杰出正直的绅士,以自己的人格和学问的声誉与村里的长者一起,领导老百姓们日复一日地生活着。中国的传统是人民一直在自己管理着自己。如果“政府”能不干涉他们的事物,他们倒也很愿意让政府靠边稍息^{[24] [P. 179]}。事实上,政府也仰仗乡村中的地方精英来维护乡里秩序的和谐稳定,比如陈宏谋在《弭盗议详》一文中就讲述了地方精英在这方面所能发挥的积极作用“其年力精壮、原能手艺、可以佣工之人,或因自己本无营业,他人不肯雇用,不得已而为乞丐者,应问明本人,即谕该地邻乡保,为之觅主佣作,并即令乡地邻族公同立契,如有事犯不得连累雇主,则雇主无所顾忌,肯为雇用。敢养一人即可少一人为窃,亦弭盗之一端也。”^④这种“双赢”局面在传统社会表现得淋漓尽致。

(二) 由中人促成的“熟人”评价系统优于官方权力在私权领域发挥作用

传统中国人一般不迷信官方的力量,所以大家都并不感到有强制力来保护自身的必要,甚至不求助于官方权力来维护自己的私权。那么“拥有一个强大的外在强制力量,可以确保契约得以执行”就变得不太重要,其与契约相对方的互相信任程度之间此消彼长的关系^[20]便得以显现出来。这正是中国传统契约中大量存在的中人现象与国家制定法中没有所谓“民事法律规范”这一对“相反相成”的客观存在。

在中国传统社会,大家确信“公理和正义”是一种超越物质的力量,道德责任被公认为一种必须服从的东西^{[25] [P. 3-4]}。中国文化重视“做人”与“人道”^{[26] [P. 22]}。中国传统社会所提倡的君子之道、人的名分意识或荣誉、廉耻感是所有社会和文明真正的、合理的、永久的基础。为了使社会的各个部分都得以运转,荣誉和廉耻感不仅是重要的,而且是绝对必需的。人丧失了荣誉和廉耻感,所有的社会和文明就会在顷刻间崩溃^{[25] [P. 26-27]}。实际上,中国文化以及传统中国人认为如果没有了荣誉和廉耻感,国家制度形同虚设,只有发自内心的遵从人们认为善的东西,国家、社会才会长治久安。

中国文化是一种面对现实人生的和平文化,有一种极为深厚的人道观念。这种人道观念,并不指消极性的怜悯与饶恕,而是指其积极方面的“忠恕”与“爱敬”,人与人之间以“忠恕”与“爱敬”相待,这才是真的“人道”^{[26] [P. 50]}。但是,即使有发自内心的人道观念,交易行为(尤其是商业活动)也毕竟是逐利的行为,将利益最大化是交易行为的初衷与目的。当只有相对双方进行交易时,“忠恕”与“爱敬”能否

^① 以清代土地买卖契约为例,参与契约的“中人”主要是“村庄首领”与亲戚、邻居。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60页。

^② 王凤生《绅士》载(清)徐栋辑《牧令书辑要》卷六。

^③ 徐士林《徐雨峰中丞勘语》卷二,“王阿胡烹产绝养案”,清光绪圣译楼丛书本。

^④ 徐栋辑《牧令书辑要》卷九,清同治七年江苏书局本。

战胜对利益诉求的欲望是一个难题。然而,在中国传统文化影响下,自发形成的一系列契约习惯比较好地解决了这个问题,中人被习惯性地列为交易行为中的一项要件,归根到底正是这种文化观念的影响。

在中人参与的具体的人际关系网中,忠恕、爱敬、廉耻、道德等观念都被具体化,不再是抽象空洞的说教。有研究表明,通过交易中引入第三方并由他们协助解决纠纷的安排,相当有效地减少了诉讼^{[13] (P. 30)}。这说明传统中国人即使没有对神的恐惧,没有对国家权力的恐惧,却不能不恐惧良心与人道的规训^{[25] (P. 141)}。换句话说,在传统中国社会,被官方惩处相比于被周遭人群的道德鄙夷更容易被人接受和理解,后者对于个人的威慑力在人们日常生活的具体人际关系网络中远大于前者。出于对廉耻和道德观念的忌讳,非礼之事被中国人所不齿,而且一般的纠纷依据礼义廉耻就可以解决。这正是在熟人社会中,由彼此都熟悉的第三方协调解决纠纷的文化基础,也是近年来强调通过调解方式解决诉讼纠纷的文化基因所在。即使契约相对方并不熟悉彼此,但是由中人促成的这种人为的熟人关系,使得熟人社会中的道德评判具有了强大的威慑力,也就是说参与交易全过程、对交易内容及所涉权利了如指掌的中人使双方联系起来,形成由契约关系引发的人际关系网络,三方的存在使交易双方的违约意图受到人际关系网络中的廉耻、道德观念的限制。在传统社会中生活的大多数人一辈子逃脱不掉这一“熟人关系”网络,因此,来自熟人之间道德上的负面评价成为其“不能承受之重”。

当代表国家的官员面对契约纠纷之时,他们不能把法律看作一个抽象的存在,而一定要把它看作一个可变的量,应该具体地运用到某一个人身上。任何与个人联系不紧密的法律,任何不能视具体情况而定的法律都是非人道的法律,所以也不能成其为法律^{[23] (P. 63)}。官方处理民间纠纷,常常用儒家经典中的道德话语来“教化”两造,既可以用如果是“圣人”就不会这样行事为理由进行谴责,又可以用因为不是“圣人”而只是一介小民为根据来给予宽恕^{[26] (P. 204)}。我们在官方解决契约纠纷(或者说所有私法纠纷)的领域,常常看不到有任何法律被援引,但又是官方与普通老百姓都认可(至少是表面上认可)的最终结果。

中国人的那些固定的社会渠道都是一些具体的“人情”关系,而使中国人受到制约的也就是这些关系中实实在在感觉得到的“心意”。因此,官方面对纠纷就往往必须诉诸“人治”与“身教”,“法制”反而退居其次^{[20] (P. 35)}。在解决这一类纠纷时,一个观点在逻辑上正确还远远不够,它同时必须合乎人情。实际上,合乎人情,即“近情”比合乎逻辑更重要^{[23] (P. 73)}。对于在具体的人际关系中生活的人们来说,“近情”比“逻辑”更切实切己,更有利于人们日常生活中的和谐相处。在审理诸如契约纠纷为代表的户婚、田土、钱债等“细事”之时,官方的价值排序里,两造和中人的意见以及如何处理纠纷各方的人际关系,如何教化两造不再因如此小事而争斗诉讼等方面,都超越了法律的规定。甚至,我们可以说官方根本就没有认为这是一个“法律”问题。这一切都在由中人联结双方的熟人关系中,看起来顺理成章。

六、余论:中国文化所认可的柔性私法秩序

有学者概括中国社会为传统指导型社会,其具体表现为比较缺少变化的社会、个人依赖家族和亲戚的社会、比较有紧密价值网的社会、对耻辱恐惧的社会、一切由传统决定的社会^{[27] (P. 271)}。在这样一种社会中,我们比较容易理解传统中国的契约行为。缺少变化使中人在契约关系中得以延续,个人依赖家族和亲戚,这让很多人在订立契约时优先想在亲族内部进行交易,或者求助亲友作为中人来寻找合适的交易对象,此时中人和交易对象都是相对值得信赖的。在这个比较紧密的价值网内,中人可以紧密联系双方,或者利用相同或相似的价值观念尽力沟通以平息纷争。对耻辱的恐惧最大程度上保证缔约双方在中人面前不敢或者不愿违约,尽力履行契约中的义务。一切由传统决定的社会让“中人须用老年有德者”^①成为中肯的经验总结。

在国家立法几乎“缺位”的情形下,明清时代的地区产业分工、土地交易与商贸往来却表现出了越

① 丁宜曾《农圃便览》,清乾隆原刻本。

来越繁荣的景象^{[28] [2] [29]}。探讨究竟何种因素维护了一个私法体系顺畅运作时,国家的力量不可忽视,但也确实不是直接因素^[30]。不仅国家在这一问题上采取了尽量不介入的态度,人们的日常生活也并不依赖国家,或者说不主要依靠国家来解决此类“鼠牙雀角”之事。人们将这类活动产生的纠纷放入道德领域,希望通过熟人关系网络中的礼义廉耻观念来协调解决纠纷,虽与今日西方法治理念格格不入,但却是在中国文化浸润下的传统社会自发的解决机制。因此,这种国家法“缺位”的现象并不是一种缺陷,而是一种不同文化影响下自然而然产生的正常现象。

时至今日,当我们讨论中人问题,必须认识到中人对传统契约关系的保障,其实是中国文化所塑造的以道德评判为主的“熟人关系”对于契约关系的保障,而这种“熟人关系”实际上是由中人从中积极促成的。中人可以使并不熟悉的相对方变得熟悉,可以使原已熟悉的相对方变得更熟悉。可以说,这种具体人际关系网络中的“熟人”是一种人为制造的“熟人关系”。现代西方法治观念中抽象的契约关系,使得硬性规定的法律可以有用武之地,而由中人人地为地促成的熟人关系网络,使得中国传统知识体系中的道德教化在具体的人际关系面前得以施展“威力”。简单地从现代法学观念理解中人所起的作用,还没有真正意识到中国文化对于中国传统习惯制度与民族品格的影响之大。

中国文化通过中人对契约秩序的形成所起到的独特作用,是无形的中国文化渊源在具体制度上的体现,是我们理解传统中国的私法秩序的逻辑起点。中国人强调的这种“人道”和其乐融融的和谐关系,根本目的也是为了维护各种社会关系的稳定发展,可谓与现代西方法治理念殊途同归。同时,中国人深深认识到如果没有人们发自内心的认同,强硬的制度乃至严刑峻法也无济于事,甚至会适得其反,正所谓“民不畏死,奈何以死惧之”。^①主动地依靠人的内心,而非像法律依靠外在的权力是传统社会相对稳定的基本原因^{[27] [P.303]}。因此,中人的出现,并不仅仅是一种功能主义视角下对于契约制度的保障。只有从中国文化角度来认识中人,才能理解其在契约关系中所发挥作用的机制,才会认识中国传统社会私法运作的特点,发现其意义与价值所在。

参考文献:

- [1] [日]长野郎《中国土地制度的研究》,强我译,中国政法大学出版社2004年版。
- [2] 杨国桢《明清土地契约文书研究》,中国人民大学出版社2009年版。
- [3] 苏亦工《天下归仁:儒家文化与法》,人民出版社2015年版。
- [4] 韩伟、赵晓耕“中国传统契约‘原因条款’研究——兼与欧陆民法原因理论之比较”,载《北方法学》2014年第6期。
- [5] 赵冈《永佃制研究》,中国农业出版社2005年版。
- [6] 佚名《五刻徽郡释义经书士民便用通考杂字》卷二,载谢国桢选编《明代社会经济史料选编》(下),福建人民出版社2004年版。
- [7] 前南京国民政府司法行政部编《民事习惯调查报告录》(下),中国政法大学出版社2000年版。
- [8] 李祝环“中国传统民事契约中的中人现象”,载《法学研究》1997年第6期。
- [9] 张传玺《契约史买地券研究》,中华书局2008年版。
- [10] 张可辉“从敦煌吐鲁番文书看中人与地权交易契约关系”,载《西域研究》2011年第2期。
- [11] 吴欣“明清时期的中人及其法律作用与意义——以明清徽州地方契约为例”,载《南京大学法律评论》2004年春季号。
- [12] [日]岸本美绪“明清契约文书”,载滋贺秀三等:《明清时期的民事审判与民间契约》,王亚新、梁治平译,法律出版社1998年版。
- [13] [美]黄宗智《清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践》,上海书店出版社2007年版。
- [14] [美]杜赞奇《文化、权力与国家:1900-1942年的华北农村》,王福明译,江苏人民出版社2006年版。
- [15] 法政学社编《中国民事习惯大全》第一编“债权”,第三类“契约之习惯”,上海书店出版社2002年影印版。
- [16] [日]仁井田陞《中国法制史》,牟发松译,上海古籍出版社2011年版。
- [17] 高学强“试论中国古代契约中的担保制度”,载《大

① 《道德经》七十四章。

- 连理工大学学报(社会科学版)》2009年第4期。
- [18] 胡谦“中人调处与清代民事纠纷解决”载《烟台大学学报(哲学社会科学版)》2008年第3期。
- [19] [美]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2007年版。
- [20] 丁晓东“身份、道德与契约自由——儒家学说的制度性解读”载《法学家》2014年第3期。
- [21] [美]孙隆基《中国文化的深层结构》,广西师范大学出版社2004年版。
- [22] 许倬云《中国古代文化的特质》,新星出版社2006年版。
- [23] 张仲礼《中国绅士:关于其在19世纪中国社会中作用的研究》,上海社会科学院出版社1991年版。
- [24] 林语堂《中国人》,郝志东、沈益洪译,浙江人民出版社1988年版。
- [25] 辜鸿铭《中国人的精神》,黄兴涛、宋小庆译,人民出版社2010年版。
- [26] 钱穆《中国文化精神》,九州出版社2012年版。
- [27] 韦政通《中国文化概论》,吉林出版集团有限责任公司2008年版。
- [28] 刘石吉《明清时代江南市镇研究》,中国社会科学出版社1987年版。
- [29] 邱澎生《当法律遇上经济:明清中国的商业法律》,五南图书出版公司2008年版。
- [30] 王帅一“明清时代官方对于契约的干预:通过‘税契’方式的介入”载《中外法学》2012年第6期。

Zhongren and the Contract Order of Ming and Qing Dynasties

Wang Shuaiyi

Abstract: In previous studies zhongren in the Chinese traditional contract was usually described as intermediaries guarantors or mediator, but the studies for the formation of these functions mechanism and cultural factors were not enough. In the Chinese traditional society, through the network of the relative composition, you can see the abstract contract relationship is actually a concrete interpersonal relationship. The guarantee function of Chinese traditional culture and the concept of the Chinese traditional private law can be understood. In the transaction, this man-made “acquaintances relationship” which emphasizes morality can be used to protect a contractual relationship. The abstract contractual relationship in the interpersonal relationship network becomes specific. Every parties in the contract relationship access to safe. The phenomenon of zhongren generally existing in the contract, in fact, is the embodiment of Chinese culture in the specific system, displaying that the Chinese culture molds the order of the private law.

KeyWords: Zhongren; Contract; Chinese Culture; Acquaintance Relationship; Private Law Order

(责任编辑 晨 晖)