

契约本性与古代中国的契约自由、平等(续)

——中国古代契约语言与社会史的考察

霍存福 刘晓林

(吉林大学 法学院, 长春 130012)

提 要: 契约本性是自由的, 平等是契约自由的前提和必然要求。中国古代契约充斥着大量反映契约自由和平等的套语, 这些语汇与当时的刑事、民事法律术语及政治语汇的精神一致。古代中国存在着权力、身份所不能决定的东西, 这就是契约的自由与平等。古代中国政治、社会与家族内部等级上的差异, 并未消灭经济生活中契约的自由与平等。缘在政治生活、社会生活、家庭伦理生活与经济生活不同, 古代的中国也是一个契约社会, 契约本身也是人们的一种生活方式。

关 键 词: 中国古代; 契约平等; 契约语言; 两共平章

中图分类号: D923.6 **文献标识码:** A **文章编号:** 1003-3637(2010)03-0101-05

一、“两共对面平章”: 契约平等的语言表现

古代的契约平等, 重在缔约人之间的平等。体现在契约语言上, 就是“两共对面平章”、“两共平章”、“两共对面平章已定”、“两共对面平章立口”、“两共对坐商宜已定”、“两共对面平章为定”、“两共对面, 贷绢为定”等。买卖、借贷、租赁、雇佣契约如此, 代管田产文凭也如此,^[1]甚至收养文书也讲“两共对面平章为定”^[2]。

(一) 作为政治术语的“平章”字义

“平章”二字作为动词, 含义为商量处理, 重在发表意见、与人共商。议事场合, 参加“平章”的人可能是特许的。《太平御览》卷二百二十三《职官部二十一·谏议大夫》引《唐书》曰: “王珪为谏议大夫, 尝有论谏, 太宗称善。遂诏: ‘每宰相入内平章大计, 必使谏官随入, 与闻政事。’”但既然宰相论事可以称为“平章大计”, 故特别受委派者之发言权, 也叫“平章”政事。在这样一种意义上, “平章”也被用作名词, 即宰相的称呼。唐太宗“贞观八年(公元634年), 仆射李靖以疾辞位, 诏疾小瘳, 三两日一至中书门下平章事, 而‘平章事’之名盖起于此”^[3]。之后, 非三省长官而任宰相者, 称为“同中书门下平章事”, 简称“同平章事”; 唐高宗永淳元年(公元682年), “同平章事”入官衔, 正式成为宰相称号; 唐代宗大历(公元766—779年)之后, 三省长官多空而不设, “同平章事”几成宰相专称, 迄五代而不改。宋沿袭唐制; 元中书省“平章”为宰相副职; 明初亦然。这里虽被名词化, 仍使用其动词义。

明乎此, 我们就容易清楚一点: 为什么在唐、宋、元时期的契约中, “两共对面平章”会被使用得如此普遍。它实际是当时缔约双方面对面地商议情形的比较文雅的用词, 借用的是政治场合使用的“大词”。所以, “两共对面平章”有时又被直接替换成“两共对坐商宜已定”、“两共面对商议为定”等比较通俗的日常语言, “平章”也就是“商议”。

(二) 契约中的“两共对面平章”套语

契约中“两共对面平章”套语, 一般出现在契约后部。后接“更不休悔”, 强调不许悔约。契约中“两共对面平章”套语出现在唐代“平章”一词大行之时。^[4]下面我们对套语出现频率最高的买卖、借贷、租赁、雇佣等契约, 作一简要介绍和分析。

表1 买卖契约的“两共平章”套语^②

时期	契约名称	契约语言
唐	唐开元二十九年(741) 于闐兴胡安忽婆卖牛契	两主对面
吐蕃占领时期	吐蕃寅年(822?) 敦煌令狐宠卖牛契	两共平章
	吐蕃未年(827?) 敦煌安环清卖地契	两共平章
归义军时期	丙子年(856年) 敦煌沈都和卖舍契	两共对面平章为定
	唐乾宁四年(897) 敦煌张义全卖宅舍契(甲)	两共对面平章
	唐乾宁四年(897) 敦煌张义全卖宅舍契(乙)	两共对面平章
	九世纪后期(?) 敦煌阴国政卖地契	两共对面平章
	唐天复二年(902) 敦煌曹大行等换舍地契	共(两)共对面平章
五代	唐天复九年(909) 敦煌安力子卖地契	两共对面平章
	后梁贞明九年(923) 敦煌留住卖奴契	两共面对平章 [为定]
	后唐清泰三年(936) 敦煌杨忽律哺卖舍契	两共面对平间(章)
	丙辰年(956) 敦煌汜口流卖铛契	两共对 [面]平章
	后周显德四年(957) 敦煌吴盈顺卖地契	两共对面平 [章]为定
宋	五代敦煌姚文清买舍契	两共对面平章为定
	北宋淳化二年(991) 敦煌韩愿定卖妮子契	两共面对商议为定
金	金大定二十八年(1188) 修武县马用父子卖地契	据钱、业主对目商议定

张传玺以为, 唐代开元间于闐卖牛契“两主对面”之后, 当有“平章”两字, 可从。这也是唐代契约中最早出现类似字样者。结合下文有关唐代大历、建中年间于闐、龟兹借贷契约的“两共对面平章”用语看, 称“两主”而不称“两共”, 表明“两主对面 [平章]”尚是早期形态, 与“两主和同立契”句式相类, 保留了明显的沿革痕迹。敦煌契约, 无论吐蕃占领时期、归义军时期还是五代、宋, 均用“两共对面平章为定”、“两共对面平章”, 或其更简略形式“两共平章”。

表2 借贷契约的“两共平章”套语^③

时期	契约名称	契约语言
唐	唐大历十六年(781) 龟兹杨三娘举钱契	两共对面平章
	唐大历十六年(781) 龟兹米十四举钱契	[两共对面平]章
	唐大历十六年(781) 于闐霍昕悦便粟契	两共对面平章
	唐建中三年(782) 于闐马令庄举钱契	两共平章
	唐建中七年(786) 于闐苏门梯举钱契	两共平章

(续表)

吐蕃占领时期	吐蕃丑年(821?) 敦煌曹先玉便麦契	两共平章
	吐蕃卯年(823?) 敦煌翟米老便麦契	两共平章
	吐蕃酉年(829?) 敦煌曹茂晟便豆种帖	两共平章
	吐蕃酉年(829?) 敦煌张七奴便麦契	两共平章
	吐蕃寅年(834?) 敦煌阴海清便麦粟契	两共平章
	吐蕃寅年(834?) 敦煌赵朋朋便豆契	两共平章
	吐蕃寅年(834?) 敦煌 兴逸便麦契	两共平章
	吐蕃未年(839?) 敦煌张国清便麦契	两共平章
	吐蕃某年敦煌僧神宝便麦契	两共平章
	巳年敦煌令狐善奴便刈价契	两共平章
五代	癸未年(923?) 敦煌沈延庆贷縗契	共对到面平章
	乙酉年(925?) 敦煌张保全贷縗契	两共对面平章已定
	乙未年(935?) 敦煌龙弘子贷縗契	两共对面平章立口
	壬寅年(942?) 敦煌龙钵略贷縗契	两共对面平章
	乙巳年(945?) 敦煌徐留通还縗契	两共面对(对面)平章
宋	丙辰年(956?) 敦煌僧法宝贷縗契	两共对面平章为第(定)
	辛酉年(961?) 敦煌陈宝山贷縗契	两共面对口
	甲子年(964?) 敦煌怀怀通兄弟贷縗契	两共对面, 贷縗为定
	丙寅年(966?) 敦煌索清子贷縗契	两共对面平章
	辛未年(971?) 敦煌梁保德取揭契	两共对坐商宜已定

唐代大历、建中年间于阆、龟兹借贷契约中的“两共对面平章”、“两共平章”,是典型的唐人流行词汇。这与唐代安史之乱后尤其是代宗大历之后,“同平章事”几成宰相专称,关联极大。“平章”一词也随之更加风行起来。其时,敦煌已陷入吐蕃占领时期,而于阆、龟兹尚在,故人们仍用唐朝纪年;但因地远阻隔,不知已换了皇帝、改了元,故仍用旧纪元推算。实际上,大历十六年不存在,唐代宗大历只有14年。

不过,唐代的该套语影响了吐蕃。敦煌在吐蕃占领时期,无论前述买卖契约还是这里的借贷契约,都承继了唐代的“两共对面平章”、“两共平章”套语,无有例外。其后五代、宋契约也都如此。

表3 租佃契约的“两共平章”套语^④

时期	契约名称	契约语言
唐	唐□元二年(759或761) 高昌朱进明转租田契	两共平章
	唐高昌张小承与某人双方自愿换种田地契	两共平章
归义军时期	唐咸通二年(861) 敦煌齐像奴租地契	两共平章
	唐天复二年(902) 敦煌刘加兴出租地契	两共对面平章
	唐天复四年(904) 敦煌令狐法性出租地契	一定以后,两共对面平章
	唐天复七年(907) 敦煌高加盈以地租抵债契	两共对 [后缺]
	乙亥年敦煌索黑奴等租地契	共两面 [对平]章
宋	乙丑年(965?) 敦煌祝骨子合种地契	两共对面平章

吐鲁番唐代租佃契约出现“两共平章”,这是仅见的两例。尽管数量不多,但表明这一流行语风行范围较大,不仅西域的于阆、龟兹有,高昌也有,不过目前仅在租佃契约中发现。至于敦煌,与前两种契约形式一样,归义军时期及宋,仍都使用“两共对面平章”、“两共平章”套语。

敦煌各时期雇佣契约,套语仍用“两共对面平章”、“两共平章”,吐蕃占领时期、归义军时期及五代皆如此。不过下限已及于元朝。

表4 雇佣契约的“两共平章”套语^⑤

时期	契约名称	契约语言
吐蕃占领时期	吐蕃寅年(822?) 敦煌瓦匠范英振受雇契	两共平章
	吐蕃巳年(837?) 敦煌令狐善奴便刈价契	两共平章
归义军时期	戊戌年(878?) 敦煌令狐安定雇工契	两共对面摺审平章
	癸未年(923?) 敦煌张修造雇驼契(乙)	两共对面平章
五代	后梁龙德四年(924) 敦煌阴△甲受雇契	两共对面平章为定
	乙酉年(925?) 敦煌邓件子受雇契	两共对面 [平]章
	壬辰年(932?) 敦煌雷粉推出雇牛契	两共对面平章 [章]
	戊申年(948?) 敦煌李员昌雇彭章三契	两共对平章
	乙卯年(955?) 敦煌马盈德受雇契	两共面对(对面)平章
	丁巳年(957?) 敦煌贺保定雇工契	两共对面平章为定
元	某年敦煌程柱儿雇驴契	今两共对面平章为定
	某年敦煌某人雇愿千契	两共对面平章为定
	某年敦煌康富子雇工契约草稿	两共对面平章

表5 典当契约、代管田产文凭、收养契约的“两共对面平章”套语^⑥

时期	契约名称	契约语言
唐	唐大历(766-779年) 间于阆许十四典牙梳契	两共 [平]章
五代	癸卯年(943?) 敦煌吴庆顺典身契	两共面对商量为定
	后周广顺三年(953) 敦煌龙章祐兄弟典地契	两共对面平章为定
	甲午年(934?) 敦煌索怀义代管弟产文凭	两共面平章
	十世纪敦煌吴再昌养男契草稿	两共对面平章为定
	十世纪敦煌养男契约格式	两共对面平章为定

这里我们概括一下。一方面,“两共对面平章”、“两共平章”有的与“画指为验”相连接,有的与“恐人无信,故立此契”相连接,其句意是独立的。这个句式,有时也省略,可以理解为可有可无;但出现频率之高,表明在当时它是被许多场合特别强调的。当然,不具有这一套语的,并不意味着就不是“两共平章”了,就不平等了。另一方面,需特别提出的是,自北凉、高昌至唐代初、中期的契约更多强调自由的一面,故“两和立契”使用最多;唐后期及五代、宋、元时期的契约,更多强调平等的一面,故“两共对面平章”使用普遍,几乎代替了此前的“两和立契”。这两类套语,在中国契约史上呈现为前后更迭的局面,而且决不同时出现在同一个契约中,将契约史判然区分为两个时期,这是颇有意思的。从源头上讲,“两和立契”更多代表北凉、高昌的法制倾向和意识系统,具有一定的“地方性”,唐代的西州(原高昌,今吐鲁番)不过是延续传承而已;因为在敦煌契约中,我们只注意到一例即《武周天授元年(公元690年)敦煌张文信租田契》使用了“两和立契书,画指 [为记]”字样;故“两和立契”属于高昌系统。相形之下,“两共对面平章”才是唐代自己的东西,故高昌可以有(数量不大与时间段有关,敦煌契约时间上较晚),于阆、龟兹可以有,敦煌可以有,地理范围可以波及唐朝统辖的所有地域,甚至在时间上可以超越唐代一朝。如果我们不拘泥于“两共对面平章”的字眼,而扩及类似词汇的用法,就会注意到,宋元契约中“召到某人为牙,……当三面议断价钞若干贯文”^⑦,实际是卖主、买主、牙人三方“平章”的记录。当然,在这个意义上,“两和立契”的精神也被沿用了,宋元契约中“情愿到人为牙,……三面言议,断得时直价中统钞若干贯文”^⑧,则“情愿”为“和”,实际也是典买双方(所谓“二

主”)“和可立契”的结果。

那么,“两和立契”与“两共对面平章”,各有自己的意义,为何后者能代替前者呢?理论上,“两和立契”重在昭示“两和”即自由地达成合意的一面,同时也包含了“面对面地讨论”而达成合意的意义在内;“两共对面平章”重在揭示“面对面地讨论”而达成双方合意,同时也意味着这种讨论应当是“两和”即意志自由的。就是说,两者可以是互相包含的,它们不会同时出现在同一个契约的表述中,道理在此。故我们虽然分别讨论了“两和立契”与“两共对面平章”,二者的共同性则不能忽略。

二、等级社会结构形态、政治强力国家对契约平等、自由的影响估价

在古代中国,存在着权力、身份所不能决定的东西,这就是契约的自由与平等。在一定意义上,平等也是实现契约自由的手段与保障。

(一) 关于平等

1. “两共对面平章”与等级社会

古代中国是一个等级社会。政治等级上有君与臣、官与吏、官与民之分,社会等级上有良与贱之别,家庭内部等级上有“五服”制度显示的亲疏、尊卑、长幼的差异,等等。在一个连穿衣戴帽的服色、服饰,都必须按照各自等级进行而不得逾越的社会里(更不用说住居房舍、出行工具、婚丧嫁娶等方面的规格了),毫无基本的平等,怎么会容纳天性平等的契约了呢?

等级社会结构形态,并没有在根本上影响契约的存在和发挥作用。其中原因值得探讨。古代中国虽采取的是等级的社会与国家的结构方式,但政治、社会与家族、家庭内部的等级并未消灭经济生活中契约的平等,缘在政治、社会、家庭伦理生活与经济生活不同,在朝、在家与在外不同,古代的中国也是一个契约社会,契约本身也是人们的一种生活方式。

首先,契约是家庭之间或家庭外部签订的。这意味着:家庭内部等级对契约的签订和履行,虽然可能有影响,但不会太大。^⑦家庭之间的交往由家长进行,家长由“父、祖、兄、伯叔”(有时由寡母)等担当,此时就回归了平等。两个家长进行的交易,类似契约发达的古罗马的“家父”们签订契约,家子和妻也是属于“家父”所有的。

其次,契约也可以在官与吏、官与民之间签订。做官可以从民那里置业,靠俸禄或赏赐,买入土地、房屋(不计入国家或君主赐田,以及非契约性的巧取豪夺),官僚地主由此产生;吏也如是;民也可以从败落的官(或吏)那里买入土地、房屋、奴婢,就如“旧时王谢堂前燕,飞入寻常百姓家”一样。在这些时候,官、吏、民都是作为法律要求的家长身份,进行交易的——我们先不称其为民事主体吧。

权豪有时也尊重他人契约,^⑧甚至在特殊时期,按契约规则与百姓交易,也能得到坚持,是得民心的举措。^⑨官宦们有时也表现出大度,他们或是弃债,将过去“典质良田数顷”,契书、土地一律“召还本主”^⑩,或是在交易时讲信用,道及其物瑕疵^⑪,或是家资来历清楚,得之有道“皆有契券”^⑫。

关于帝王,我们更能注意到的是那个“债台高筑”的成语。^⑬天子的地位和处境之落魄,竟然到了如此境地,与平民一样,不得不逃避债务;而民人作为债主,似也不客气地去作正常讨要,逼得君主逃债。《汉书·诸侯王表》说:“自(周)幽、平之后,日以陵夷,至虢阨河、洛之间,分为二周。有逃责(债)

之台,被窃鉄之言,然天下谓之共主。”但所谓的“共主”只是一个名义上的东西了。

南朝宋武帝刘裕“初,高祖家贫,尝负刁逵社钱三万,经时无以还。逵执录甚严,王谧造逵见之,密以钱代还,由是得释。”^⑭在做皇帝之前,他不得不服从民间规则,欠债还钱,免不了被绑起来;只是掌朝权后,才有所谓生杀予夺大权。比如,有人劝他杀王谧“裕以其偿钱之惠,固请免之”,报答了代其偿债者:而旧债主刁逵就倒霉了,“以刁逵缚之之怨,诛其兄弟”^⑮。

2. 契约伦理与等级社会

君主沦落为普通债务人,这当然是特例。但毕竟表明在一定情况下,君主也是以民事主体身份进入民事关系的。民事关系与君臣关系究竟有怎样的联系?君臣关系应否影响民事关系?于慎行的意见是:政治伦理与民间契约伦理是不同的。政治伦理方面“人君御下,大臣体国,恩义苟存,何论进退?乃在上者以出、处为亲疏,在下者以仕、止为离合,是犹受直取庸,朝夕异视,在则为役夫,去则为路人,不亦甚乎!”^⑯君臣之间是以“恩义”维系的,这是政治伦理的内容,细化一下,可以讲出君明臣忠等一系列具体规范;如果舍弃了这种伦理,君主以臣下的“出”(出任官职)与“处”(离任)区分“亲近”与“疏远”的话,臣下以“仕”(出任官职)与“止”(离任)为与君主的“离”、“合”的话,那就与雇佣关系一样了:“在则为役夫,去则为路人”,变成了纯粹的交易关系或金钱关系。无疑,于慎行反对韩非的君臣关系说。韩非赞赏田蚡的说法,^⑰田蚡、韩非都是想努力剥去温情脉脉君臣关系面纱的人,力图用交易关系或金钱关系定义君臣关系。在思想性上,这当然是深刻的。它反映了时代发展对人际关系的理解的变化。韩非也力图用契约关系或交易关系去诠释人们之间的所谓“人情冷暖”,^⑱韩非认为那不过是契约关系,而不是有什么“爱”与“忠”之类的东西。给钱布、给美食,疾耘耕、正畦畴,都可以是契约的约定内容,本来与情感的事情无关。

这样,民间契约伦理,就与政治伦理不同。民间契约伦理,就像田蚡、韩非所言的买卖关系一样,不是以“爱”、“侍仗”等伦理调节的生活事实,而是系于“自侍”即独立、自主身份,以及“计数”的“自为心”或“计算之心”的利益考量的结果;民间契约伦理,也正像于慎行所说的雇佣关系一样,是一个“朝夕异视”的、处理陌生人社会的陌生人之间关系的准则。

同理,亲属伦理、乡谊伦理,都是一样。等级并不能阻止契约伦理的存在与发生作用。因之,在社会结构、国家结构等级不平等的基本框架下,却存在着契约的平等。我一直以为:中国民间的契约及契约关系,它的天性的平等,本是瓦解等级社会的腐蚀剂,但却没能瓦解它、消融它;国家与体制包容了它,尽管时有限制和制约,但基本上相安无事。因而,人们的角色也就随时随事转换。在家、在外、在朝不同,政治生活、伦理生活、经济生活不同;一旦要与其他家庭发生交易,大家就平等了。当然,贫富差别还在,经济的强制还在——任何一个社会的契约关系,都免不了经济强制的存在。

(二) 关于自由

1. “两和立契”的法律分析

“两和立契”,缔约人的自由空间有多少?按契约自由,一般理解可包含缔约自由、相对人自由、方式自由、内容自由。大

体上,这几个方面的自由,古代是存在的。

从法律上看,法律提供了基本的自由空间。这是实践中之所以出现“两和立契”现象的法律基础。

比如,就借贷自由而言,唐宋《杂令》规定:“诸公私以财物出举者,任依私契,官不为理”^[7];“诸以粟麦出举,还为粟麦者,任依私契,官不为理。仍以一年为断”^[8]。这是说,国家既不参与、干预这些“出举(有息借贷)”契约的订立过程,也不参与或干预其正常履行:只是在出现“违法积利、契外掣夺”等违法履行情况时,由官府介入审断。不消说“官不为理”给民间在借贷期限、标的物种类、额度等方面留下了自由空间。无疑,这是民间力量争取来的,是契约自由的必须具有的空间。

具体而言,这里“私契”约定的自由空间,主要有如下数端:第一,出举的期限,一月或数月、一年或数年,法律是不作规定或要求的,也就意味着从民间习惯或依从当事人约定;只是“以粟麦出举,还为粟麦者”限定为一年。第二,在“财物”的范围内,包括奴婢、六畜、田宅及余财物等,法律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说了算;第三,法律限定之外的当事人约定,也应解作法律不作干涉;第四,主体问题,这里未作限定,应理解为是自由的。自然,就如同罗马法中的“家父”一样,中国的交易主体是“家长”,子孙卑幼是不在其中的^⑥。这几方面,前三项属于内容自由,最后一项是相对人自由。

在约定方式上,中国习惯以书面契约为正,一般以“恐人失信,故立斯契,用为后验”^[9]、“今恐人心无凭,立此文契为用者”^[10]等空口无凭之理由,习惯上不接受口头契约。包括高昌契约的“民有私要,要行二主,各自署名信”^[11],也具有宣示书面契约才是唯一可信的契约形式。与此相应地,当事人署名画押(或画指)、保人署名、见人署名等,也就变成了必备的程式。

这可能带来一个问题,主流意识上排斥了口头契约类型的社会,是否还存在缔约方式的自由?答案当然是肯定的。容纳了口头契约或者说口头契约占据相当地位的社会,无疑在实践中具有相应保证信用的机制和体制。中国也存在大量口头契约,但往往难得履行保证,包括婚约、借贷或合伙契约。但坚持书面契约的社会也不见得不是缔约方式自由的社会。这可能与一个社会的交易频繁度、期限、标的数额等因素有关,也与社会的纠纷解决机制相关。

总之,从有息借贷(“出举”)来看,国家给予这种契约以一定的自由空间,允许民间的大量的营利行为在一定范围内存在,只要不违背国家的节制就可以。出土契约显示,取利的借贷,所占的比例是很高的,远远超过非营利性借贷,恰反映了这一空间是实际存在的。

2. “两和立契”的政治与社会分析

从社会因素上看,契约自由也是基本得到了保证的。杨国桢先生曾对战国以降的土地自由买卖情况进行了估价,认为中国古代的契约自由是主调,“两相情愿”是基本状态;同时,也要正视“社会经济关系的制约因素”对契约自由的影响。不过,“来自出卖土地者经济困难而田地‘急切难售’的压力”一项,是个社会公正问题,与契约自由无涉,近现代社会也无法解决这类问题,但不能说现代社会不存在契约自由;其他两项是可以成立的。比如,“来自特权地主依仗政治权势的‘夺买’”,会影响契约自由的许多方面,尤其是相对人自由和内容自由;而

“有顽固维护血缘关系和地缘关系的乡族势力的干涉”,也会影响契约自由的相对人自由、内容自由,甚至会影响其缔约自由。^[12]在这些方面,我们既可以举出许多个案,也可以举出一些类别。

比如,仗势夺买,确是古代的一大社会问题。夺买可以是“准折债负”。放高利贷的债主,将还不清本息的债务人的土地、房屋,另作典卖契约以折抵债务,即是“准折债负”。这种情形,国家法律是禁止的。因为它确实是高利贷者剥夺农民的一法。但对这个问题,还要看到它的另一面。

杨国桢先生就以为,出现于金、元以来契约中的禁止“准折债负”的条款,尤其是明代以后的契式,把“亦无准折债负之类”或“亦无债负准折”等作为土地交易的先决条件,同时要声明“此系正行交易”、“正买正卖”、“此系两愿,并无抑勒”、“系是两愿,原非勒逼”,其意义在于“这就在私约关系上,划清正买正卖与夺买逼卖的界限。约文上作此规定,大体上可以反映正买正卖在明代土地所有权转移上的地位有所提高。”他以为,“正是土地的争夺从依仗政治特权和暴力为主过渡到以买卖为主,契式上的上述法权关系才得以产生。”虽然“特权地主仍然可以利用这些契式行勒买之实,事实上这种现象也大量存在,但从法权关系上作出明确规范,不能不说是一个历史性的进步。”^[13]

就国家层面而言,国家力图对富人给予适当抑制,以免不利于贫人的契约条款大行其道;^[14]希望通过权利义务的分担,使富有的承典人自己承担户税,不得令贫穷的出典人承担典质期间的户税。国家不希望小民重困,因为这会引起深重的社会问题。

国家有时又会是摇摆的。比如南宋,国家本期望对民间宿债一律赦除,来个“与民更始”;但代表官僚地主的武将们的利益受到了损失,就来个集体抵制,公然违抗国家赦令。国家无法,只好出尔反尔,更改前诏;但百姓也不干了,干脆“杀债主,啸聚山谷”,造起反来了。^[15]国家摇摆于尊重私约的总体态度与纾宽民力之间,既不希望小民重困,也惹不起诸豪族尤其是武将;担心小民重困、铤而走险,不得不间隔地放免赋税、赦除私债,但不成想恰恰逼民造反了。这,一直是国家最头疼的问题。

这个问题,有时候也阴差阳错。还是这个南宋,“绍兴三十二年,孝宗即位赦文:‘应官司债负、房赁、税赋、和买、役钱及坊场、河渡等,截止绍兴三十二年以前并除放。如别立名额追纳者,许越诉官吏,并坐之。’”这是针对官债及官税的。过了16年,到淳熙十六年二月,光宗受禅即位,诏“蠲赦条画一依寿皇登极赦事理”,但这时出了问题。臣僚们说“绍兴三十二年截止放官司债负,今乃易官司之‘司’为公私之‘私’,一字之差,范围却大不一样,因而,‘赦下之后,并缘昏赖者众,乃诏‘私债纳息过本者放;未过本者,免息还本,并缘昏赖者科罪。’”^[16]国家又不得不修正前诏。我们已不清楚哪个环节出了问题,当时的国家也没有追查是谁的责任导致这一错误。但我以为,事情的出现,应是此前国家赦免私债的惯性使然,其根基就是轻纾民力的考虑。或者出于皇帝的意图,或者出于有司的意见。

自然,这里的债务人的“昏赖”,只是问题的一个方面,其对立面是债主的抵制与反对,包括使用诉讼手段索要,尤其是那些权豪,则又是可以想见的。就国家而言,其对私债的态度,总体上是尊重私约的。这在要求缓征公私债负的诏书中,可以看得很清楚。^[17]至后唐时,国家自己缓征公债,也要求民间私债

予以缓征。^[28]

当然,讲到契约自由,还须注意到极不自由的一面。近代以前的中国“超经济强制”或“经济外强制”是社会的一大特征,这也是农民革命的原因。当时,地主垄断了大部分土地,耕者无其田,不得不租种地主土地,地主凭借地权把贫苦农民死死捆在小块土地上,农民没有人身自由,不能离开农庄或户籍,人格上依附于地主,而地主榨取的是高额地租和其他超经济剥削,这就是旧式租佃制度的主要特征。就这方面而言,人格依附下的农民,租佃契约的自由是受限制的,也可以说是不自由的。

民国年间的事情似可说明:这种表面上的租佃契约自由,其实质是不自由的。民国间,国民党曾下令“二五减租”,“一个是湖北省,那时是桂系军阀当权,上边下命令要减租,下边地主不减,他们说:‘政府并不应干涉地主与农民的契约关系’。因为他们有契约,是自己商量好的。后来就下令停止了。由此可以看到,不是无产阶级领导,土地革命是做不成的。”^[29]“政府并不应干涉地主与农民的契约关系”只是地主们反对减租的一个口实。不过,这也恰恰反映了千百年来封建剥削的特征之一,即在尊重契约和契约关系的口号下,掩盖的是残酷的封建剥削。革命就是要打倒这种剥削。

相对而言,国家与私人地主相比,还有不同。国家需要农民为其交租税、出徭役,需要有土地的农民。《宋史·食货志上(农田)》载:“淳祐二年九月,敕曰:‘四川累经兵火,百姓弃业避难,官以其旷土权耕屯以给军食,及民归业,占据不还。自今凡民有契券,界至分明,所在州县屯官随即归还。其有违戾,许民越诉,重罪之。’”这是保证国家不因特殊原因侵占民田。对民间权利,不肆意予以侵夺。

注 释:

①目前能找到的最早写有该类套语的,是唐代于阗、龟兹契约,时间在玄宗开元二十九年(公元741年)、代宗大历十六年(公元781年,实际为德宗建中二年)、德宗建中三年(公元782年)和七年(公元786年,实际为贞元二年);吐鲁番(西州,即原高昌)契约较少使用,出现时间在肃宗乾元二年(公元759年)或上元二年(公元761年);敦煌契约基本是在吐蕃占领时期和张议潮的归义军时期大量使用的。这样的一种反映,刚好与“平章”一词从流行至专门化的过程相符。

② [1](p208,214,216,223,226,227,228,230,233,235,237,242,244,247,523,530)

③ [1](p354,356,356,358,359,361,364,365,366,368,370,371,375,399,406,381,383,386,392,393,396,642,643,644,645)

④ [1](p317,320,324,326,328,329,330,640)

⑤ [1](p434,435,436,439,441,443,446,449,451,452,658,660,661)

⑥ [1](p267,271,272,512,683,685)

⑦我们能注意到家庭内“子、孙、弟、侄”不得进行交易,则相对应的“父、祖、兄、伯叔”就有此权利。

⑧子孙弟侄既无权以家财为质而举借,也不得为一般举借(所谓“无质而举”);同样似也不应贷出,属于无处分权利人。参见《宋刑统》卷二十六《杂律·受寄财物辄费用》附《杂令》。

⑨按明代以后的契式,除声明“亦无准折债负”外,尚有“亦无重复典当”、“无重复交易”之说明,这是防止土地所有者一物两卖或两典,针对的是典卖之家。

参考文献:

[1][2][4][5][19][20][21]张传玺.中国历代契约会编考释(上册)[M].北京:北京大学出版社,1995:512,683,327,592,590,244,570,158.

[3](宋)欧阳修,宋祁.新唐书(卷四十六·志第三十六·百官志一)[O].北京:中华书局,1975:1182.

[6](宋)薛居正等.旧五代史(卷八十九·列传四·赵莹)[O].北京:中华书局,1976:1171.

[7](唐)房玄龄等.旧五代史(卷四十二·列传第十二·王濬)[O].北京:中华书局,1974:1214.

[8](后晋)刘昫等.旧唐书(卷一百四十·列传第九十·卢群)[O].北京:中华书局,1975:3834.

[9](唐)李延寿.北史(卷七十·列传第五十八·孟信)[O].北京:中华书局,1974:2434.

[10](元)脱脱等.金史(卷八十三·列传第二十一·耶律安礼)[O].北京:中华书局,1975:1872.

[11](宋)李昉等.太平御览(卷一百七十七·居处部五·台上)[O].北京:中华书局,1960:864(下).

[12](梁)沈约.宋书(卷一·本纪第一·武帝上)[O].北京:中华书局,1974:10.

[13](北齐)魏收.魏书(卷九十七·列传第八十五·岛夷刘裕)[O].北京:中华书局,1974:2130,2132.

[14](明)于慎行.读史漫录(卷十二·宋神宗至徽钦)[O].济南:齐鲁书社,1996:432.

[15](清)王先慎.韩非子集解(卷第十四·外储说右下第三十五·说二;卷第十五·难一第三十六)[O].钟哲点校.北京:中华书局,1998:338,352.

[16](清)王先慎.韩非子集解(卷第三十一·外储说左上第三十二·说三)[O].钟哲点校.北京:中华书局,1998:274.

[17][18]宋刑统(卷二十六·杂律·受寄财物辄费用附杂令).萧榕.世界著名法典选编(中国古代法卷)[M].北京:中国民主法制出版社,1998:546.

[22][23]杨国桢.明清土地契约文书研究[M].北京:人民出版社,1988:29—30,30—31.

[24][27][28](清)董诰等.全唐文(卷六十六·穆宗三·南郊郊元德音;卷七十三·文宗五·优恤旱蝗诸州诏;卷四百六十一·陆贽二·冬至大礼大赦制;卷四百六十三·陆贽四·优恤畿内百姓并除十县令诏;卷一百零七·后唐明宗二·省刑诏)[O].北京:中华书局,1983:703(上),766(下),4709(下),4726(下),1097(上).

[25](清)毕沅.续资治通鉴(卷一百二十·宋纪一百二十·高宗绍兴八年)[O].“标点续资治通鉴小组”校点.北京:中华书局,1957:3181.

[26](元)马端临.文献通考(卷二十七·国用考五·鬻贷)[O].杭州:浙江古籍出版社,1988:260.

[29]谢觉哉.谢觉哉文集[M].北京:人民出版社,1989:603.

基金项目:本文为教育部人文社会科学基地重大项目“语言的变迁与法律文化的生成与转型”(06JJD820003)的阶段性成果。

作者简介:霍存福(1958—),男,河北康保人,吉林大学法学院教授、博士生导师,研究方向为法律史、法律文化。刘晓林(1981—),男,山东潍坊人,吉林大学法学院法学理论专业博士研究生,甘肃政法学院教师,研究方向为法律史。

责任编辑:胡政平;校对:宁远