
* 作者

马帝国的北非行省汪达尔王国!公元 439"" 534 年#的买卖合同实践情况\$

自公元前 31 年%埃及开始成为罗马帝国的行省%在其后 400 余年的时间里%原埃及统治区域及北非大部分领土都由罗马帝国管辖\$其政治&经济领域一直受到罗马帝国的全面控制'在法律领域%其受到罗马帝国更大程度的影响%后来西罗马帝国衰落%但其法律依然影响着当地的居民\$公元 439 年%汪达尔王国建立%原罗马帝国的北非行省逐渐并入其中%但是其法律实践方面没有受到影响%依然保留罗马法律实践的传统%所以%此时的土地买卖合同文书%能够反映出古罗马普通百姓土地买卖实践的状况\$(阿尔贝尔提木板文书)中有一件土地买卖合同文书"" *尤里亚卖地文契+保存完整%且内容具有代表性%其全文如下,

z { | k !Gunthamund"L - / F } ~wn 1! 12 d⁻¹·# E # \$ 6 \$ F % Rj & ' (' / Z) z q B * R Z 3 + P 1 * 5 , a , ⁻²·# | , a , & P % . & # T / P O I 1 2 3 \$ 4 = 5 \$ 6 U 7 & W ' | , , f W A 8 9 : ; ; # F < 4 R (= k * \ , " > # F ? 4 R z X 6 @ 2 * + P o Z # F 4 f] 5 A I * , R ']

< # 4 = 5 \$ B 4 \$ C ! f 7 c 4 D 2 H 9 0 1 E C E | W , ' _ 9 0 1 E C 7 J " E # \$ 6 \$ F % Rj & F G # / z q B \$ 6 * s H Z I W ? f 7 \ , * Z ' P 3 ' O j ^ . J # W O K E 4 ? z C = D J \ ' O 9 a ' c 4 / 3 + J H j _ ? 3 4 & L W (M N ' [; * \ , # 7 O x P E 4 # J E 4 B j I J a L W (M N ' [; # H C Q \ ' R W B ⁻³ . J 7 | f 7 \ , # S 7 T E 4 H o] W \ , S U n Z ' ' R W B ⁻⁴ V , W \ , P j & W W [~ j _ ? 3 4 # < z { ? @ a g s 4 W \ , # 6 \$ F % B j & ' (' S W q X Y , X E 4 Z T W \ , N s 4 & * Z ' # c 4 7 V [J \ _ o 9 a # 4 = 5 \$ B 4 \$ C 7 " \ j m [' _ o " q u f 7 n w (! (d / U) P] ^ C z G ' z # _ q] # ~ c 4 6 \$ F % n ' J ! p j = = a " # P j r B B j & b c z a # , d 7 J c 4 3 q F G ' z # \$ e f 2 P] # g z h i j k E n & * R z q)) z # 3 \$ I 7 ~ m n o n ' J ! p j = = a " * R z q W P m n o B z r B b c ' z # h _ q] # p q W z r _ q ' ⁻⁵ .

从格式与内容上看%古罗马的这份*尤里亚卖地文契+与古中国同种类型的契约文书有很多不同%其中折射出来的民商事契约理念也存在差异\$不同国度&不同地域契约文书的格式反映着一定的契约意识&契约观念%并且%在其中强化或暗含着权利意识\$现选取古中国不同时间段的土地买卖合同文书与这份古罗马的*尤里亚卖地文契+进行比较%其目的是通过比较差异来寻求民商事契约发展中的一些共性\$古中国现存最早的土地买卖合同文书是汉建元元年⁶的铅板契约文书%为便于比较%摘录原文如下,

@ s s w ! o s J 1 4 0 w " t < ! u v / d w x # / y z { + | } y | ~ ! # W " / # i \$ # " / u % # c u r | - & ' # P W o B (H ! #) * / + < , < u #] d 7 - ! S " # . f - ! 7 # F f ~ H ! # ? f - n / # < f + P ' O M q 1 + #] " - & ' 6 " ' q W 2 3 a P 4 a # W 5 3 a P 6 #] d % ' B 7 8 1 9 ' ⁻⁷ .

-1. 即公元 494 年 1 月 12 日\$
-2. 一种由佃农耕种的土地%主要见于北非\$
-3. 指卖主或其继承人\$
-4. 指第三者\$
-5. 巫宝三,《古代希腊&罗马经济思想资料选辑》%商务印书馆 1990 年版%第 391 页\$
-6. 建元元年是!公元前 140 年#是汉武帝的年号\$
-7. 张中秋&盛与袁,《汉唐经济法制与经济社会调控研究》%中国政法大学出版社 2007 年版%第 203 页\$

前述古罗马《阿尔贝尔提木板文书》中的“尤里亚卖地文契”，对于权利转移条款、土地所有权保证条款等方面都体现着一种权利观念，这在古中国的土地买卖契约文书当中是看不到的，那么是否古中国不具有“私权”保护观念呢？亦或是，古中国存在着另外一种对等的话语体系？下面将古中国与古罗马的土地买卖契约条款进行系统比较，以探究其话语体系的差异。

一、所有权保证条款中“私权”意识的暗含与强化

在古罗马这份“尤里亚卖地文契”中，当事人明确运用法律来强化所买卖的土地在“权利方面无瑕疵”，即：“宣称该土地为其所有并证实其合法权利，且通过法律程序追回该土地，则马克西曼及其妻贝莉格须毫无欺诈地向买主偿付该土地被追回时的价格，卖主已宣誓承担此项义务”。在古中国，汉代乃至清代的土地买卖契约文书中则没有类似的语言，但是古中国确实也非常重视标的物的权利保证。

在前述的汉代“建元元年卖地文书”中，没有明确的所有权瑕疵担保，而是由证人来实施担保的，即“为有众人李文信”，在其后东汉的土地买卖文书当中，也是由证人来实施担保，如：“东汉光和元年平阴县曹仲成买田铅券”中也记载：“时旁人贾、刘，皆知券约。□如天帝律令”。〔8〕但是，在“汉长乐里乐奴卖田券”〔9〕中开始出现土地所有权保证的条款，“丈田即不足，计□〔10〕数环钱。旁人淳于次孺、王充、郑少卿，古酒旁二斗，皆饮之。”这说明在汉代进行土地买卖的时候，有土地所有权担保的意识，所采取的担保手段是证人担保，如果数额出现差错，出卖人要退还差价。

至南北朝，买卖契约文书中对于所有权的保证更加明确，如公元6世纪中期在高昌出土的一份“卖葡萄园券”当中这样约定，“后若有何〔道〕（呵盗）□□〔者〕，仰本主了。”〔11〕随着买卖契约实践的发展，所有权保证条款在逐步发展。

至五代，所有权保证条款又增加了新的内容，如后唐乾宁四年（公元897年）敦煌张义全卖宅舍契中这样约定：“其舍〔一买〕已后，中间若有亲姻兄弟兼及别人称为主己（记）者，一仰旧舍主张义全及男粉子、支之祇（支）当还替，不忤（干）买舍人之事。或有恩赦敕书行下，亦不在论理之限。”〔12〕

至清代，所有权保证条款的内容更为充实，在“康熙六十一年（公元1722年）休宁县王阿苏母子卖地红契”中，当事人双方言明：“其四至自有保簿开载，不在（再）行写。今凭中出卖与族叔鸣和名下为业。三面议定时值价银肆两整。……未卖之先，并无重复交易。及一切不明等情，尽是卖人承当，不涉受业之事。其地买人随即管业，本家并无异说。其税候册年推入买人户内输纳无辞”。〔13〕在这份买卖土地契约文书当中，对于所有权保证虽没有提到法律方面的担保，但是其有多重的共同保证。有国家公权力的保证，〔14〕即“保簿”开载；有人证在场，即“凭中出卖与族叔鸣和名下为业。三面议定……”，这里的中人其实也具有国家公权力保证的意味；还有自身的信用担保，即“未卖之先，并无重复交易。及一切不明等情，尽是卖人承当，不涉受业之事。”这种三方

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

〔9〕 同前注〔8〕，第40页。

〔10〕 此为亩积单位。

〔11〕 同前注〔8〕，第89页。

〔12〕 同前注〔8〕，第227页。

〔13〕 同前注〔8〕，第1197页。

〔14〕 霍存福：《论中国古代契约与国家法的关系》，载《当代法学》2005年第1期。

面的所有权保证基本上可以保证该标的物所有权无瑕疵,即使有,也与买受人无关。

以上所列举的土地买卖合同文书说明,随着民商事契约实践的发展

权,则即使买卖双方当事人对此无任何约定,这项地役权仍然转移于买受人。将水引来的水管的情况亦同。其后保罗也在《论萨宾》中补充说:即使这项水管位于住宅之外。^[16] 对于地役权中较复杂的问题,古罗马的另一位法学家保罗在《阿尔芬学说汇纂概要》中进行了进一步的阐述:“土地买卖双方 in 简约中约定‘附带有关水的权利’,则有疑问的是,这项约定是否将取水通行权包括在内?答案是,看来当事人的约定已很明确,所以出卖人同时还应向买受人移转取水通行权。”^[17]

与之相比,古中国的土地买卖契约文书当中很早就已经明确了与取水、通行有关的地役权。如:公元6世纪中期在高昌出土的一份“卖葡萄园券”当中这样约定:“四限之内,长[不]□□□□,人车水道如旧通”^[17]。还有高昌延寿十五年(638年)司空文□卖田券:“田中役使,即[随田行。]……车行水道依旧通。若后有阿盗(呵盗认名)者,仰本主了。田中车行道,从大道中即入自田中。”^[18]

通过以上分析,可以初步得出这样的结论,关于土地买卖实践当中的地役权问题,古中国与古罗马都有关注。古中国百姓将地役权的问题,通过契约实践予以具体规定,成为土地买卖契约文书的一个条款。

甘罚契内价银一半与不悔人用。恐后无凭,立此卖契为照。”^[21]在这件契约文书当中,对于毁约之人罚的是银子,而且是价款的一半。但是在清代的卖地官契当中却没有了这方面的约定,如“清道光二十八年(公元1848年)新都县萧周氏捆卖水田、旱地官契”记载:“一买千秋,永无赎取。今恐人心不古,特立捆卖文契一纸,交与文昌宫乐岁,赴公税拨、合户,永远存照为据。”^[22]不仅官契,白契也是如此。在买卖契约文书中不再约定违约处罚条款,但这并不代表土地买卖的双方当事人没有毁约行为出现,而是出现了新的情况。第一,在清代,古中国的土地兼并非常严重,土地的价格是一路上涨的,买到土地的买主绝对不会毁约,因为一旦他缺少用度,或者后悔了,可以再次转手把地卖出去,而且绝对不会赔钱,所以在土地买卖实践中,买卖双方当事人的一方——买方,不存在毁约的情形。第二,在这种地价一路上涨的情形下,如果土地买卖实践中的卖方反悔,怎么办?卖主能否毁约呢?在清代,地主与普通农民之间的势力差别开始明显,如果农民或地主开始卖地,说明他遭遇到了相当大的困难,那么他的势力是很小的,如果想毁约,几乎不可能,但是为了缓和矛盾,出现了一种“找价”的弥补模式。所谓找价,就是土地卖的便宜了,或土地卖后,地价上涨,如果一段时间之后,地价相差很大的话,卖主可以要求买主找还一定的差价。如“清咸丰七年(公元1857年)山阴县高可德父子杜绝卖荡埂田白契”中这样记载:“立杜绝卖埂田、荡文契人高可德同男启祥、启华,今将祖遗驹字号荡式亩,埂田壹亩五分,前经出卖与族处为业,得过正价钱壹佰壹拾阡(仟)文。因契价不足,仍泯原中,三面议定时值,找到族处钱叁拾肆阡(仟)文正,其钱当日收用。”^[23]在当时,就是通过这种找价的方式来解决卖方反悔的问题。但是找价只能找一次,不能无限次的找价,如前“高可德父子杜绝卖荡埂田白契”中即规定:“永不再找,永不回赎,勇斩葛藤。此系两厢情愿,各无异言。恐后无凭,立此杜绝文契存照。”^[24]在当时地主与普通农民势力不均衡的情况下,卖方也不敢无休止纠缠。这似乎说明了一个问题,随着社会的发展,民间百姓对民商事契约实践有着不同的需求,正是这部分需求决定着契约文书条款的变化。

与古中国相比较,古罗马的这份“尤里亚卖地文契”当中并没有违约处罚条款,但是古罗马法学家却针对这一问题进行了相应的理论表达。帕比尼安在《问题集》阐述:

如果在买卖契约成立后,又达成了简约,并且该简约使买卖契约的义务在某些方面有所减少,则该简约可包括在该买卖契约内。但是,如果这样订立的简约为买卖契约增加了内容,则该简约不包括在买卖契约之内。该规则适用于买卖的辅助性约款,诸如“不对双倍判罚的追夺责任负责”或“为双倍判罚的追夺责任提供担保人”的要式口约。但是,尽管在买受人起诉时,简约不发生效力,但在出卖人起诉时,它却可作为一项抗辩。人们还有理由提出下列问题:既然价格是买卖的常素,在就其达成协议后,能否再对其进行增加或减少。保罗指出,如果当事人没有在其他方面做出任何改变,只是就价格的增加或减少达成了协议,则第一个买卖契约废止,而看来同时又产生了一个新的买卖契约。^[25]

从上述材料我们能看出,无论是古中国还是古罗马,买卖契约实践当中存在的问题都是一样的,只是不同的国情决定着解决方式的不同。

总之,古中国与古罗马基于不同文化背景而构建了不同的民商事契约话语体系。古罗马法学家精心构建了一个“权利义务”的话语体系,无论在契约文书中、还是在理论化的论述中,“权利

[21] 同前注[8],第1010页。

[22] 同前注[8],第1372页。

[23] 同前注[8],第1401页。

[24] 同前注[8],第1401页。

[25] [古罗马]优士丁尼:《买卖契约》,刘家安译,中国政法大学出版社2001年版,第77页。

义务”是保护当事人权益的主要判断标准。在契约文书中，“权利”、“义务”的字样频繁出现，其目的是界定双方当事人的利益。在法学家的论述中，“权利”、“义务”的反复出现，其作用是更好的说明各种法律关系和法律方面的疑问。这一套“权利义务”话语体系得到了整个古罗马社会的认同，无论是上层人士，还是普通的平民，都能有一个能够交流、理解的平台和基础。

与之相比，在古中国，官府与民间形成了一个有关“公平”的话语体系，无论是皇帝、官员、市场的管理者、还是商人、地主、平民，都能以“公平与否”来解释有关契约实践中的疑问与纠纷。

这两种话语体系在发展中溶于其本身的文化系统，在文化的传承中影响至今。当带着古罗马契约文化基因的西方民商事契约制度与理念被移植到中国时，成长于中华文化系统中的中国人觉得陌生，觉得与自身关于民商事契约文化的认识相去甚远。所以，如果在立法中完全移植西方的民商事契约制度，那么，在实践操作中会遇到障碍； &