

# 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)

摘要: 契约本性与自由的平等是契约自由的前提和基础, 也是中国古代契约自由平等之本。

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

表1 买卖契约的“两共平章”套语<sup>②</sup>

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,<sup>[1]</sup>甚至收养文书也讲“两共对面平章为定”<sup>[2]</sup>。

#### (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”<sup>[3]</sup>。之

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) 敦煌汜口流卖钱契	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

#### (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。<sup>①</sup>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。

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) 于阗霍昕悦便粟契	两共对面平章
	唐建中三年(782) 于阗马令庄举钱契	两共平章
	唐建中七年(786) 于阗苏门梯举钱契	两共平章

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?) 敦煌赵朋册便豆契	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麦契	两共平章
癸未年(922?) 敦煌沙弥唐德继契	两共对面平章	

时期	契约名称	契约语言
吐蕃占领时期	吐蕃寅年(822?) 敦煌瓦匠泥范振受雇契	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) 敦煌阴厶甲受雇契	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?) 敦煌雷粉抛出雇牛契	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?) 敦煌加加受雇工契	两共对面平章为定	

五代	壬寅年(942?) 敦煌龙钵略贷绢契	两共对面平章
	乙巳年(945?) 敦煌徐留通还绢契	两共面对(对面)平章
	丙辰年(956?) 敦煌僧法宝贷绢契	两共对面平章为第(定)
宋	辛酉年(961?) 敦煌陈宝山贷绢契	两共面对□
	甲子年(964?) 敦煌怀怀通兄弟贷绢契	两共对面, 贷绢为定
	丙寅年(966?) 敦煌索清子贷绢契	两共对面平章
	辛未年(971?) 敦煌梁保德取褐契	两共对坐商宜已定

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<sup>⑥</sup>

时期	契约名称	契约语言
唐	唐大历(766-779年) 间于闐许十四典牙梳契	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

唐代大历、建中年间于闐、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，而于闐、龟兹尚在，故人们仍用唐朝纪年；但因地处阻隔，不知已换了皇帝，改了元，故仍用旧纪年推算。实际上

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”

表5 租佃契约的“两共平章”套语

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
	唐天复七年(907) 敦煌高加盈以地租抵债契	两共对 [后缺]
宋	乙亥年敦煌索黑奴等租地契	共两面 [对平]章
	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。契中数量不多，但表明这一流行语风行范围较广。不仅西域的于闐、龟兹有，河西也有。各有所谓“两共平章”套语。吐鲁番、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。

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

中，我们只注意到一例即《武周大授元年(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)，于闐、龟兹可以有，敦煌可以有，地理范围可以波及唐朝统治的所有地域，甚至可以在时间上超越唐代。如果从契约的用语来看，就会发现，宋元契约中“召到某人为牙，……当三面议断价钞若干贯文”<sup>[8]</sup>，实际是卖主、买主、牙人三方“平章”的记

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。

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

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,<sup>[6]</sup>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。<sup>[7]</sup>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”<sup>[8]</sup>,或是在交易时讲信用,道及其物瑕疵<sup>[9]</sup>,或是家资来历清楚,得之有道,“皆有契券”<sup>[10]</sup>。

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。”<sup>[12]</sup>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,而王谧因造就倒霉了“以其造逵之惠,遂其兄弟”<sup>[13]</sup>。

## 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

话,臣下以“仕”(出任官职)与“止”(离仕)为与君王的“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,<sup>[5]</sup>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

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

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”<sup>[7]</sup>;“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”<sup>[8]</sup>。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:

幼是不在其中的”。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”<sup>[9]</sup>、“今恐人心无凭,立此文契为用者”<sup>[10]</sup>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”<sup>[11]</sup>,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

“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。<sup>[2]</sup>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

步。”<sup>[12]</sup>

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;<sup>[4]</sup>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“为民更始”,但代表官绅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。<sup>[5]</sup>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

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。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

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,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。’”<sup>[6]</sup>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。<sup>[7]</sup>至后唐时,国家自己缓征公债,也要求民间私债

予以缓征。<sup>[28]</sup>

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。

可以看到,不是无产阶级领导,土地革命是做不成的。”<sup>[29]</sup>“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。

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,

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

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][9][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.

[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.

九德旨;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

[26](元)马端临.文献通考(卷二十七·国用考五·籴贷)[O].

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