

契约本性与古代中国的契约自由、平等

——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; 契约自由; 契约语言; 两和立契

中图分类号: D923.6 **文献标识码:** A **文章编号:** 1003-3637(2010)02-0012-05

笔者曾发表《中国古代契约精神的内涵及其现代价值——敬畏契约、尊重契约与对契约的制度性安排之理解》^[1]一文, 当时限于篇幅, 未能就契约自由与平等问题展开探讨。这个遗憾, 应当补上, 否则对中国古代契约的理解和解释就是不完整的。

契约本性是自由的, 而平等是契约自由的前提和必然要求, 故契约与平等也是共生的。中国古代契约自然也不会灭失这一本性, 否则契约就不成其为契约。契约的自由、平等既是一个事实, 自然也就形诸于契约语言。从北凉、高昌至唐、五代乃至宋元契约中, 充斥着大量的“两和立契”、“两共对面平章”之类的套语。自由的契约语言是“两和立契”, 平等的契约语言是“两共对面平章”。在道理上, 有此事实, 表达出来, 便成为契约语言; 而有此语言, 也表明其事实是存在的。

值得注意的是, 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, 几乎代替了前此的“两和立契”, 将中国契约史判然区分为两个时期。其意义, 我们将在后面论及。

“和”之字义, 与“强”相对。但在中国, 它并不是一个简单字眼, 而是表示一种意志关系, 强调的是意志自由。因之, “和”出现在契约中, 是与中国法律对该字的大面积使用相关联的: 刑事法如此, 民事法更是如此。所以, 在分析契约的“两和立契”之前, 我们先综括一下刑事法中的“和”与“和同”问题, 这是了解该问题的必经路径。

一、刑事法术语的“和”与“和同”

中国古代法律术语中, 刑事法方面有“强”、“和”之分。奸情方面有“强奸”、“和奸”(通奸), 盗之中有“强盗”、“窃盗”。在“强”与“和”的关系上, 晋朝律学的解释是“不和谓之强”^[2]; 《唐律疏议》解释“略人”与“和诱人”的分别, “不和为略”^[3], 也用“不和”释“强”。“强”与“和”, 突出的都是意志的“和”与“不和”问题。

不过, “和”与“同”分不开, 故“和”的解释往往是“和同”。“和同”作为刑事法的核心概念之一, 在《唐律疏议》中使用非

常普遍, 五六个类别的犯罪涉及“和同”:

和奸罪的意志关系, 是用“和同”解释的, “和奸”, “谓彼此和同者”, 妇女要坐罪; 只有“强者, 妇女不坐”^[4]。

谋叛罪的同谋关系即“协同谋计”, 是用“和同”解释的, “协者, 和也。谓本情和同, 共作谋计”; 而“被驱率者, 非”, 是指“元本不共同情, 临时而被驱率者, 不坐”^[5]。

略人、略卖人、诱人等罪的意志关系, 是用“和同”解释的, “不和为略”, “不和”即意志上的“不共和同”; 而“十岁以下, 虽和, 亦同略法”, 因“十岁以下, 未有所知, 易为诬诱, 虽共安和”, 但意志上不可能达到真正“同”的缘故。“和诱人”罪, “谓和同相诱”, 或“彼此和同, 共相诱引, 或使为良, 或使为贱”; “和同相卖”罪, “谓两相和同, 共知违法”, 或“元谋两和”, “和同相卖”为奴婢、部曲者^[6]。同理, “略和诱奴婢”罪, “和诱”者, 也“谓两共和同”^[7]。

戏杀伤人罪的意志关系, 是用“和同”解释的, “谓以力共戏, 至死和同者”, 而“至死和同”的进一步说明, 是“不相瞋恨而致死者”; 若“不和同”者, 就只能按斗杀伤处理^[8]。

和令人犯法罪的意志关系, 是用“和同”解释的, “谓和教人奴婢逃走, 或将禁物度关, 外示和同, 内为私计”。

这里的意志关系, “和”的结果是双方具有“同”一意志。因之, “强”、“和”区分的关键点在于: 第一, 对方的意志是否受到了相对方的压制或强迫, “强”则是, “和”则否; 第二, 双方的意志是否达到了“和”的基础上之“同”, 即同一。刑事法术语的这两个方面, 明显地被移用到民事法的契约领域。《唐律疏议》卷二十六《杂律》买卖不和较固条, 所谓的“卖买不和”, 即指“卖物及买物人, 两不和同”, 虽说唐律将其归入犯罪, 但我们宁愿将其作为民事契约的典型情况来研究, 下文将详细述及。

二、契约中的“两和立契”套语

自北凉、高昌至唐代的所有契约形式, 包括买卖、借贷、租赁、雇佣等契约, 多强调“两和立契”, 成为大多数契约的套语。“两和立契”, 主要讲自由。自由就其本性而言, 即无强迫。所以, 古代契约的“两和立契”套语, 应该说是包含了刑事法字义的上述两个方面。“和”之用字, 也应该说是比较传神的。它反

映了交易的自由性质。

契约中的“两和立契”套语,多出现在契尾。以借贷契约为例,《唐乾封元年(六六六年)高昌郑海石举银钱契》云:

乾封元年四月廿六日,崇化乡郑海石于左憧意边举取银钱拾文,月别生利钱壹文半。到左须钱之日,嗦(索)即须还。若郑延引不还左钱,任左牵掣郑家资杂物、口分田园,用充钱子本直取。所掣之物,壹不生庸;公私债负停征,此物不在停限。若郑身东西不在,一仰妻儿及收后保人替偿。官有政法,人从私契。两和立契,画指为信。

钱主左

举钱郑海石

保人宁大乡张海欢

保人崇化乡张欢相

知见人张欢德^[9]

这个完整的举钱契的后部,写明了“两和立契,画指为信”,借钱人郑海石、两个保人、一个知见人都画了手,表明钱主和借钱人之间是在意志自由的情形下,订立这所有条款的。其余的各类契约,与此相类。详情请看下列分类表格。

表 1 买卖契约的“两和立契”套语^①

时 期	契约名称	契约语言
北凉	北凉承平八年(450)高昌石阿奴卖婢券	二主先和后券
高 昌	高昌公元六世纪中期某人卖葡萄园券	二主先和后卷(券)
	高昌延寿四年(627)赵明儿买作人券	二主和同立(券)
	高昌延寿五年(628)赵善众买舍地券	二主和同立券
	高昌延寿八年(631)孙阿父师买舍券	贰主和同立卷(券)
	高昌延寿十四年(637)雷善祐卖园券	(二主)和同立卷(券)
	高昌延寿十五年(638)司空文? 卖田券	贰主和同立卷(券)
	高昌延寿十五年(638)周隆海买田券	(贰主和同)立券
	高昌七世纪中期张元相买葡萄园券	二主和同立卷(券)
高昌末年某人卖田契	二主先和(后券)	
唐	唐贞观十八年(644)高昌张阿赵买舍券	(二主和可,后)为卷(券)要
	唐初高昌田阿丰卖舍券	贰主和同立卷(券)
	唐高昌赵荫子等博牛券	两和.....
	唐总章元年(668)高昌张潘埏卖草契	两和立契,获指为信
	唐咸亨四年(673)康国康乌破延卖驼契	两和立契,获指(为)验
	唐开元二十一年(733)西州康思礼卖马契	两共和可,画指为记

对上述北凉卖契的“二主先和后券”的“和”,张传玺释作“交易”,引《管子·问》“市者.....万人之所和而利也”尹知章注“和,交易也”,不谓无据。如果据此将“和”理解为过程,高昌契约偶尔也有类似用法。但值得注意的是,进入高昌时期,“和”更多地与“同”连用,形成“和同”用法,则“和”字很快就取得了表示双方意志关系的意义,所谓的“二主和同立券”;同时,高昌人在其他契约形式比如借贷、租赁、雇佣契约中,“和”又与“可”字连用,形成“和可”用法,唐代沿袭之;但唐人更多的是使用“两和立契”句式,表示的都是双方的意志关系。即不存在强制,双方意志是“和”而“同”的。

表 2 借贷契约的“两和立契”套语^②

时 期	契约名称	契约语言	
高 昌	高昌延昌三十三年(593)郭天护举钱券	二主先相和同立(券)	
	高昌某人举钱残券	二主和同立(卷)(券)	
	高昌阳某举钱残券	二主和同立卷(券)	
	高昌良愿相 左舍子互贷麦布券	(二)主和同立卷(券)	
	高昌口口胡从左舍子边举叠券	(二主和同)立卷(券)已竟	
	高昌延和元年(602)道人元祐举钱券	先和(后为券)	
	高昌延和元年(602)口口宗举大麦券	二主和同立卷(券)	
	高昌延和五年(606)严申祐等六人分举大麦合券	七主相和(可,后为卷)(券)要	
	高昌已岁王庆祐等取银钱作孤易券	四主和.....	
	高昌口口延怀等举大小麦券	三主和同立卷(券)	
	高昌延和十年(611)田相保等举大小麦券	九主(和同)立卷(券)	
	高昌延寿九年(632)范阿僚举钱券	贰(主和)同立卷(券)	
	唐	唐显庆四年(659)高昌白僧定举麦契	两和立契
		唐显庆五年(660)天山县长利富举钱契	两和立契
唐龙朔元年(661)高昌龙惠奴举练契		两和立契	
唐麟德二年(665)高昌卜老师举钱契		两和立契	
唐麟德二年(665)高昌张海还 白怀洛贷银钱契		两和立契	
唐乾封元年(666)高昌郑海石举银钱契		两和立契	
唐乾封三年(668)高昌张善熹举钱契		两和立契	
唐总章三年(670)高昌张善熹举钱契		两和立契	
唐总章三年(670)高昌白怀洛举钱契		两和立契	
唐咸亨四年(673)酒泉张尾仁举钱契		(两)和立契	
唐仪凤二年(677)高昌卜老师举钱契		(两和立契)	
武周长安三年(703)高昌曹保保举钱契		两和立契	
唐某年高昌严秃子贷麦契		两和立契	

高昌人借贷契约中出现的“三主”、“四主”、“七主”、“九主”“和同立券”的情形,是债务人共借,但非连保同借,每个人只对自己的那部分债务负责,故也只是“二主和同立券”的变体,没有特殊意义。唐代借贷契约,套语一律使用“两和立契”字样。

表 3 租赁契约的“两和立契”套语^③

时 期	契约名称	契约语言
高 昌	高昌延昌二十四年(584)道人智贾夏田券	二主和同[立]
	高昌翔鼠儿等夏田举粟合券	二主和同,即共立[券]
	高昌延昌二十七年(587)张顺和夏树券	二主先相和可,后为[券]要
	高昌延昌二十八年(588)赵显曹夏田券	二主先相和可,后为[券]要
	高昌延昌二十八年(588)王幼谦夏麦田券主先和后卷(券)
	高昌延昌三十六年(596)宋某夏田券	二主和同
	高昌延昌三十七年(597)张某赁舍券主和同[立]
	高昌道人真明夏?? 田券	二主先和,后为卷(券)要
	高昌某人夏麦田券	二主先和后卷(券)
	高昌尼高参等二人赁舍券	[三]主和同立[券]
	高昌夏某寺葡萄园券	二主和同
	高昌曹 张二人夏葡萄园券	三主[和同]立卷(券)
	高昌孟佛出夏口口残券	二主先相和后卷(券)
	高昌某二人合夏葡萄园券	三主和同立卷(券)
	高昌义和三年(616)张相熹夏田券	二主和[同立券]
	高昌义和三年(616)汜马儿夏田券	二主和同立卷(券)
	高昌重光四年(623)孟阿养夏菜园券	二主和同立卷(券)
	高昌重光四年(623)某人夏部麦田券	二主和同立卷(券)
	高昌延寿元年(624)张寺主赁羊屎粪刺薪券	三主和同立卷(券)
	高昌延寿六年(629)赵明儿夏田券	二[主和]同立卷(券)
	高昌田婆泰夏田券	[二主]和同立卷(券)

唐	唐贞观十四年(640)高昌汎欢口賃舍契	貳主和同
	唐贞观十五年(641)前后高昌某人夏田券	二主和同
	唐贞观十六年(642)高昌某人夏田券	(和)同立卷(券)
	唐贞观二十三年(649)高昌傅阿欢夏田券	两和立卷(券)
	唐初高昌傅阿欢夏田券	两和立契
	唐初高昌某人于口口子边夏田契	两主口可卷(券)契
	唐永徽二年(651)高昌孙·仁夏田契	两主和可
	唐永徽四年(653)高昌傅阿欢夏田契(甲)	两和立(契)
	唐永徽四年(653)高昌傅阿欢夏田契(乙)	二主和同契
	唐显庆四年(659)高昌张君行租田契	两和立契
	唐显庆五年(660)高昌孙沙弥子夏田契	两主和可立契
	唐龙朔元年(661)高昌左憧意夏菜园契	两和立契
	唐龙朔元年(661)高昌孙沙弥子夏田契	两主和可立契
	唐永徽六年(655)或显庆六年(661)高昌某人夏田券	二主和同立券
	唐龙朔三年(663)高昌张海隆夏田契	两主和同立契
	唐乾封元年(666)高昌左憧意夏葡萄园契	两和立契
	唐乾封元年(666)高昌左憧意夏田契	两和立契
	唐高昌某人夏田契	二主和同(立契)
	唐高昌某人佃菜园契	两和立契
	唐口口元年高昌杜定欢賃舍契	两和(立契)
唐垂拱三年(687)高昌杨大智租田契	两和立契	
武周天授元年(690)敦煌张文信租田契	两和立契书	
唐开元二十四年(736)高昌左小礼出租田契	两和立契	
唐大历三年(768)高昌僧法英租田契	两家平和,画指为记	
唐高昌载某租田契	两主言和,立契为记	

高昌租赁契约“三主和同立券”,意义同前述。唐代该类契约,初则沿用高昌人的“二主”或“貳主”,后则改用“两主”;其最普遍使用的“两和立契”,实际是“两主和可立契”、“两主和同立契”的缩略表达法;至于“两家平和,画指为记”、“两主言和,立契为记”,比较特别,但恰好反映了“和”的特征,讨论过程的心“平”气“和”,等等。

表4 雇佣契约的“两和立契”套语^④

时期	契约名称	契约语言
高昌	高昌午岁武城诸人雇赵沙弥放羊券	诸人和可后为卷(券)要
	高昌延昌二十二年(582)康长受岁出券	二主先和后卷(券)
	高昌延和十二年(613)某人从张相惠三人边雇人岁作券	四主和同立卷(券)
	高昌延寿元年(624)张寺主明真雇放羊儿券	二主和同立(券)
唐	唐永徽六年(655)高昌匡某雇易隆仁上烽契	两和立契
	唐永徽七年(656)高昌令狐相口受雇上烽契	两和立获(画)卷(券)为信
	唐显庆三年(658)交河范欢进雇白惠欢上烽契	两主和可立契
	唐龙朔四年(664)高昌范欢进等赁车牛契	两和立契
	唐某年高昌张隆伯雇范住落上烽契	两主和可
	唐某年高昌张隆伯雇口悦子上烽券	二主和同立卷(券)
	唐某年高昌张玉施雇解知德上烽契	(两主和可,画)指为记
唐某年高昌赵某雇李骑居上烽契	两和立契	

雇佣契约强调“两和立契”,高昌契约特征同前,唐代契约也重复了前此几种契约的大部分特征。此外还有一个典当契约,也用了该套语。

表5 典当契约的“两和立契”套语^⑤

时期	契约名称	契约语言
唐	唐贞观二十二年(648)河南县桓德琮限期退还宅钱契	两人和同,两共和可

总之,“两和立契”,其后多接“画指为记”一语,但“两和立契”的句意是独立的,也就是强调缔约人之间是自由的,双方之

间并不存在一方抑勒而另一方受逼勒的情形。我们前述的统计只是现存契约的大部分,还有部分契约因残缺契尾,已看不到相应的套语;另一些可能存在该套语的残契,我们也没有为其强行恢复。

退一步讲,包含了这些套语的契约表达了这样一层意义,自无问题;同样,在道理上,不存在这样的套语的契约,也应认为包含有这样一层意思。因为这是经验,也是常识。这一点,看一下金、元、明时期的契约比如土地、房屋的典买契中,往往有“亦不是债欠准折”^[10]、“系是一色现钞,并非抑勒准折债负”^[11],或“此系两愿,各无抑勒”、“系是二比情愿,原非逼勒”、“系是两愿,原非逼勒”^[12]等表述,表明典或卖不是债主强迫债务人用田、房抵债,典、卖行为是自由的——也在表达与“两和立契”同样的意义。时易世迁,词句不同,含义无别。

不过,对于北凉、高昌、唐代的“两和立契”套语,除了揭示其经验、常识的一面外,似应更关注其作为意识的一面。有关“两和立契”所强调的“两人和同”立契、“和立私契”等内容,不是可有可无的纯粹套话,而是有着实际的意义。从唐代两个契约纠纷案例看,“两和立契”已经成为民间甚至官府的重要契约意识而被重点强调。

《唐贞观二十二年(六四八年)河南县桓德琮限期退还宅钱契》文云:

贞观廿二年[八]月十[六]日,河南县张[元隆]、[索]法惠等二人,向县诉:桓德琮[典]宅价钱,三月未得。今奉明府付坊正[追]向县。坊正、坊民令遣两人和同,别立私契。其利钱限至八月卅日付了。其赎宅价钱限至九月卅日还了。如其违限不还,任元隆宅与卖宅取钱还足,余乘(剩)任还桓琮。两共和可,[画]指为验。(押)

负钱人 桓德琮 琮
男大义 义
同坊人 成敬嗣 嗣
坊正李 差 经^[13]

这个案例中,出典人桓德琮典出自己的房屋,临近回赎期,典价及相应利息却未支付承典人张元隆、索法惠二人。官府的处理意见,是令基层坊正具体办理;坊正、坊民的意见是“令遣两人和同,别立私契”。在确定了新契约的核心内容——先偿付典价利息,再偿付回赎本金;如违限不偿即赋权承典人张元隆出卖房屋以取得典价及其利息——之后,忘不了在契上写明“两共和可,[画]指为验”。可见,民间包括官府的常识,对于民事契约纠纷,基本的态度是“两人和同”立契,“两共和可”以为后验。

另,《唐咸亨四年(六七三年)酒泉张尾仁举钱契》内,已写明“[两]和立契”^[14],而这个契约在翌年就因履行问题而起争执,《唐咸亨五年(六七四年)高昌王文欢诉张尾仁贷钱不还辞》云:

酒泉城人张尾仁。

……件人,去咸亨四年正月内立契,……银钱貳拾文,准乡法和立私契。……拾文后[生利]钱貳文。其人从取钱已来,……索,延引不还。酒泉去州……来去,常日空归。文欢……急,尾仁方便取钱人……

[后缺]^[15]

王文欢诉张尾仁,明明“准乡法和立私契”的借贷契约,却赖账不还,要求官府帮助追索。这表明:契约中的“[两]和立契”,仍然是重要的契约意识,故而被作为重要依据而提出。

三、“两和立契”的民事类相应法律术语:“两情和同”、“两情具愜”

契约自由,在中国古代的民事类法律用语中,也是有明确而直接的反映的。法律令中,常用“两情和同”、“两情具愜”、“两和市卖”等用语。因而,契约中“两和立契”的套语,不过是法律术语的民间化、通俗化或大众化。

在《令》文方面,唐宋《杂令》规定:

诸出举,两情和同,私契取利过正条者,任人纠告,利物并入纠人^[16]。

这是指有息借贷的“出举”,即使双方当事人的意志(“两情”)不存在强迫(“和”),达成了意思表示的合致(“同”),但只要借贷利息超过了法律规定的利息限制,就允许他人纠举告发;作为奖赏,不法利息归告发者。

无疑,“两情和同”是出举契约(从而也是所有契约)达成的一般的、普遍的情状。必须强调的是,“两情和同”之中,“和”是本质,“同”只是结果、是外在形式。在法理上,即使有形式上的“同”,但在达成合意的过程中,缺乏“和”,同样违背契约的本质,同样为法律所不认可。

在《律》文方面,唐律强调契约当事人的意志“和同”,一直是个主线,涉及了许多契约类型。大凡在所有的存在“合意”的场合,都会无例外地强调这一点。只不过《令》文多从引导的正面作规定,《律》则多从制裁的反面作规定,符合所谓的“律以正刑定罪,令以设范立制”。

(一)婚约的“两情具愜”

《唐律疏议》卷一三《户婚》许嫁女已报婚书辄悔条:

诸许嫁女,已报婚书及有私约(约,谓先知夫身老、幼、疾、残、养、庶之类),而辄悔者,杖六十。

疏议曰:老幼,谓违本约相校倍年者;疾残,谓状当三疾,支体不完;养,谓非己所生;庶,谓非嫡子及庶、孽之类。皆谓宿相谄委,两情具愜,私有契约,或报婚书,如此之流,不得辄悔,悔者杖六十,婚仍如约。

虽无许婚之书,但受娉财亦是(娉财无多少之限,酒食非。以财物为酒食者,亦同娉财)。

按此,婚约作为特殊契约,缔结婚约的方式有三:一是女方回报许婚文书;二是女方与男家有特定婚约;三是女方接受聘财。任何一种婚约达成形式,只要完成,女方即不得单方悔约。因婚约的成立,男方必待女家允诺而成,故女家悔约须负法律责任,男家则不负。

值得注意的是,女方回报许婚文书、女方接受聘财两项,可以无碍地认为:女家已接受要约;而女方与男家有特定婚约的“私约”,疏议一则解释说“老幼,谓违本约相校倍年者”,另外又说“宿相谄委,两情具愜,私有契约”,前者的“违本约”指正式约定中未必指出男方当事人身“老”或“幼”的情况,其他“疾、残、养、庶之类”也可以如此理解;后者“宿相谄委,两情具愜,私有契约”指实际上女家又事先知道这类情况,是默认。在法理上,默许也有效力。“两情具愜”也是“两情和同”的意思,指双方家长(“两”)的意志(“情”)不存在强迫(“具愜”)而达成了合意,这里尤指女方家长的“情愜”。实际上,“两情具愜”

也可以理解为另外两种婚约缔结方式的特征,即女方回报许婚文书、女方接受聘财两项,也是“两情具愜”或“两情和同”的。

(二)买卖契约的“两和市卖”与“两情和同”

“和”的强调,或者说“不和”的禁制,在买卖场合,唐律也有特别的规定。《唐律疏议》卷二十六《杂律》买奴婢牛马不立券条,也特别强调“两和市卖”。这可以理解为这类特殊买卖的成立要件。而《唐律疏议》卷二十六《杂律》买卖不和较固条,对此规定和解释更为详细,也更为典型。

该条规定了三个罪名:一是“较固”,二是限价,三是“参市”。后两个中,限价指商贩控制价格,“以贱为贵”、“以贵为贱”的行为;“参市”指商贩“共相表里”、“高下其价”、惑乱买主的行为,属于控制市场价格问题,这里不论。“较固”则关系到买卖双方的“强”与“和”的问题,这里重点分析。

诸卖买不和,而较固取者(较,谓专略其利;固,谓障固其市),……而规自入者:杖八十。已得赃重者,计利,准盗论。

疏议解释说:“卖买不和”,指“卖物及买物人,两不和同”;“而较固取者”,“谓强执其市,不许外人买,故注云‘较,谓专略其利。固,谓障固其市’”。这里针对的“两不和同”,即双方当事人(“两”)存在强迫(“不和”)因而没有达成真正合意(“同”),这是问题的实质。在形式上,这样的买卖虽然貌似完成了,但不是合法有效的契约行为,故法律不予保护。之所以法律要处罚卖者,就是因为这里缺乏了契约成立的基本要件——双方当事人不被对方强迫、不受强制地达成合意。其中,“和”仍是本质,“同”仍是外在形式。即使有外在的“同”,但在达成合意的过程中,缺乏“和”,同样不可。“同”是建立在“和”基础上的“同”。这就是唐律强调“卖买不和”而不关注形式上是否“同”的原因。

还应说明,唐律的这一规定,针对卖方选定某一特定买方而进行的强迫交易行为,所谓“强执其市,不许外人买”,即是指卖方为意志的强加者,买方为受害者。这是它的限定。同时,这一规定,似并不限于行肆的市场范围内。行肆之外,也得成立该罪^⑥。

由于是违法、无效的契约行为,故该罪在刑事处罚外,非法所得应当征收,还给买主,以使买主不受损失,同时也使卖主不能得利。这就是疏议强调的“其赃既准盗科,即合征还本主”。

(三)监临官契约行为禁制中的“和”与“强”

针对官员契约行为的“和”、“强”问题,法律特别作出了规定,对具有监临官身份的人对自己部属的属下的交易进行专门禁制。

一是一律禁止监临官对部属的消费借贷(“贷”)。监临官贷所监临之人财物的,坐赃论罪;百日内不还的,以受所监临财物论,属于加重赃罪;强行贷者,比照前两项“各加二等”^[17]。

二是不准与部属进行获利的买卖和强行买卖。监临官与所监临之人有买卖者,即使“和”买卖而没有行“强”,但只要“有剩利者,计利,以乞取监临财物论”;如果“强市者,笞五十;有剩利者,计利,准枉法论”^[18]。这样,监临官可以参与买卖的情形,只有一种,即虽参与买卖而没有任何盈利。

三是禁止监临官对部属进行具有生产性能的使用借贷(“借”)。监临官可以借“衣服、器玩之属”等非生产性能的物品,只是不允许过期不还^[19];但“借奴婢、牛马驴骡、车船、碾

磔、邸店之类,各计庸、赁,以受所监临财物论”^[20]。依上条律注“余条强者准此”,本条强“借驼骡驴马”之类,也各加二等治罪。

四是监临官的合法交易须依约、依法履行。包括监临官“违负不还”,五十日以下,依杂律科“负债违契不偿”之罪;满五十日,以受所监临财物论^[21];监临官与所部领之人交易,对方无力履行时,要告官听断,不告而强行牵掣对方财物超过契约标的者,“计过剩之物”,准“于所部强市有剩利”之法论罪^[22]。

针对监临官可能发生的契约行为的这些规定,能够曲折反映古代契约的本质。在当时,监临官对部下的借贷、买卖,或是一律禁止,或是有条件允许,禁制较严。国家的立法意图,是希望通过禁止或条件限定,彻底杜绝官员强制交易的发生机会,保证契约能够在“两情和同”的状态下签订和履行。

注 释:

①表格资料来源: [9] (86 89 91, 92, 94 95 96 98 99, 101, 193 196 199 201, 202 207)。

②表格资料来源: [9] (169 171, 171, 172 173 174 175 177, 178 179, 181, 183 332 333 335 336 337, 339 340 342 343 344 345 347, 348 350)。

③表格资料来源: [9] (134 135 138 139 140 143 144 145 146 147 148 149 150 152 154 155 156 157 158 159 161, 274 276 279, 283 284 285 286 287, 288 289 290 291, 292 293 295 296 297, 300 301, 303 305 307, 311, 319, 321)。

④表格资料来源: [9] (184 185 186 187, 422 423 424 425 426 427, 428 431)。

⑤表格资料来源: [9] (266)。

⑥至于刑事处罚,因与这里要讨论的问题关系不直接,不做过多说明。按律文及疏议,只要意图是将“卖买之利入己者”,杖八十;如果既遂,已经得到利物,计赃物数量重于杖八十者,“计利,准盗论”,谓得到赃价折算绢三匹一尺以上,就杖九十,以此类推。刘俊文计算,其下罚

则是:四匹一尺杖一百,五匹徒一年,十匹徒一年半,十五匹徒二年,二十四匹徒二年半,二十五匹徒三年,三十匹流二千里,三十五匹流二千五百里,四十匹流三千里,至此为罪止,得利再多也不再加刑。参见^{[23] (1871)}。

参考文献:

[1] 霍存福. 中国古代契约精神的内涵及其现代价值——敬畏契约、尊重契约与对契约的制度性安排之理解 [J]. 吉林大学社会科学学报, 2008 (5): 57—64

[2] (唐)房玄龄等. 晋书 (卷三十·志第二十·刑法) [O]. 北京: 中华书局, 1974 928

[3] [4] [5] [6] [7] [8] [17] [18] [19] [20] [21] [22] (唐)长孙无忌等. 唐律疏议 [O]. 刘俊文点校. 北京: 中华书局, 1983 49 496 325 93, 369—370 371, 425—426 222—223 223 224 224—225 224 485—486

[9] [13] [14] [15] 张传玺. 中国历代契约会编考释 [M]. 北京: 北京大学出版社, 1995 (上册): 340 166 345 346—347

[10] [12] 杨国楨. 明清土地契约文书研究 [M]. 北京: 人民出版社, 1988 30

[11] 黄时鉴辑点. 元代法律资料辑存 [O]. 杭州: 浙江古籍出版社, 1988 239 240

[16] (日)仁井田陞. 唐令拾遗 [M]. 栗劲等编译. 长春: 长春出版社, 1989 789 790 791

[23] 刘俊文. 唐律疏议笺解 (下册) [M]. 北京: 中华书局, 1996

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: 亚中

(上接第 103 页)

[3] McKinnon The Order of Economic Liberalization Financial Control in the Transition to a Market Economy [M]. Baltimore Johns Hopkins University Press 1991: 689—702

[4] Stiglitz The Role of the State in Financial Markets [J]. The World Bank Economic Review, 1994 (8): 16—18

[5] Boyd John Bruce Smith Intermediation and the Equilibrium Allocation of Investment Capital [J]. Journal of Monetary Economics 1992 30 (3): 409—432

[6] Dutta and Kapur Liquidity Preference and Financial Intermediation [J]. Review of Economic Studies 1998 65 (3): 551—572

[7] Boot and Thakor Financial System Architecture [J]. The Review of Financial Studies 1997, 10 (3): 693—733

[8] 孔祥毅. 百年金融制度变迁与金融协调 [M]. 北京: 中国社会科学出版社, 2002 10—12

[9] 窦尔翔, 何炼成. 论西部经济发展的金融协调 [J]. 重庆工商大学学报, 2004 (4): 96—98

[10] 李翠云. 京津地区金融协调与发展 [J]. 华东经济管理, 2004 (8): 123—125

[11] 和红. 我国区域金融协调发展问题研究 [D]. 华侨大学硕士学位论文, 2007 8—9

[12] 陆红军. 发展我国国际金融中心的战略思考 [J]. 上海金融, 2008 (1): 27—30

[13] 尹优平. 中国区域金融协调发展研究 [M]. 北京: 中国金融出版社, 2008 15—20

[14] 苏宁. 推进“长三角”金融协调发展 [J]. 上海金融, 2008 (5): 5—7

[15] 唐明琴. 次贷危机下中国金融创新的困惑与选择 [J]. 求索, 2009 (6): 41—42.

[16] 王本锡, 徐冰怡. 从次贷危机看金融企业社会责任 [J]. 求索, 2009 (6): 84.

作者简介: 马常青 (1963—), 女, 北京人, 中国人民银行天水市中心支行行长, 高级经济师, 研究方向: 区域金融。

责任编辑: 胡政平; 校对: 宁远