

杨一凡 寺田浩明 主编

日本学者中国法制史论著选

先秦秦汉卷

（一）日本学者对中国法制史研究之回顾与展望
（二）日本学者对中国法制史研究之展望
（三）日本学者对中国法制史研究之展望
（四）日本学者对中国法制史研究之展望
（五）日本学者对中国法制史研究之展望
（六）日本学者对中国法制史研究之展望
（七）日本学者对中国法制史研究之展望
（八）日本学者对中国法制史研究之展望
（九）日本学者对中国法制史研究之展望
（十）日本学者对中国法制史研究之展望

中华书局

杨一凡 寺田浩明 主编

日本学者中国法制史论著选

先秦秦汉卷

（此处为书籍内页的模糊文字，因图像清晰度不足，无法准确转录。）

中华书局

图书在版编目(CIP)数据

日本学者中国法制史论著选.先秦秦汉卷/杨一凡,(日)寺田浩明主编. —北京:中华书局,2016.4
(日本学者中国法制史论著选)
ISBN 978-7-101-11371-6

I.日… II.①杨…②寺… III.①法制史-中国-先秦时代-文集②法制史-中国-秦汉时代-文集 IV.D929-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 267058 号

-
- 书 名 日本学者中国法制史论著选·先秦秦汉卷
主 编 杨一凡 [日]寺田浩明
丛 书 名 日本学者中国法制史论著选
责任编辑 李 勉
出版发行 中华书局
(北京市丰台区太平桥西里 38 号 100073)
<http://www.zhbc.com.cn>
E-mail:zhbc@zhbc.com.cn
印 刷 北京市白帆印务有限公司
版 次 2016 年 4 月北京第 1 版
2016 年 4 月北京第 1 次印刷
规 格 开本/710×1000 毫米 1/16
印张 34³/₄ 插页 2 字数 460 千字
印 数 1-2000 册
国际书号 ISBN 978-7-101-11371-6
定 价 156.00 元
-

序 言

中日法文化交流历史久远。古代日本律令制是在学习、借鉴隋唐律令制的基础上建立和逐步完善起来的。而近代中国法律的革新和改造,则深受“脱亚入欧”、继受欧陆法系的日本法的影响。两国如此密切的法文化关系,形成了日本学界在研究本国法制史的同时也很注重研究中国法制史的传统。

日本学者以现代法学观点和科学的方法研究中国法制史始于 19 世纪末叶。一个多世纪以来,经过几代学者的不懈探索,他们在法制史研究领域取得了举世公认的巨大成就,学术成果丰硕而富有创见,做出卓越贡献的学者代有人出,成为中国法制史研究的重镇。

中国自清末起百余年来,也有诸如沈家本等多位前辈学者热衷于用现代法学观点研究中国法制史,并创造了令人敬慕的学术业绩。然而,在中国未进入改革开放新的历史时期之前,囿于当时的社会条件,这门学科一直缺乏充分发展的学术环境。中国法律史学的兴盛,应该说是从 20 世纪 80 年代才真正开始的。相对于日本法史学界而言,在此之前相当长的时间内,中国大陆的法史研究处于滞后状态。

在中国大陆法律史学振兴之初,我于 1989 年、1991 年和 1995 年三次赴日学术访问,有机会查阅大量的日本学者研究中国法制史的论著目录,并与日本同仁进行了广泛的学术交流。近四个月的东瀛之行,收获颇丰,其感受之深,片言难尽。尽快让国内同仁了解日本学者已有的学术成果和见解,扩大学术视

野,是我当时最深切的感受之一。

1997年5月,我主持的中国社会科学院重点科研项目《中国法制史考证》(15册,分为甲、乙、丙编)立项不久,便致函寺田浩明教授,提议从日本学者已发表的考证中国法制史的成果中,精选若干篇代表性论文收入《考证》丙编出版。寺田浩明教授欣然允诺,他约请冈野诚、初山明、川村康三位教授一起,历时半年之久,阅读比较,从2200余篇已发表的论文中精选出50篇。我们把这些论文分为“通代先秦秦汉卷”、“魏晋南北朝隋唐卷”、“宋辽西夏元卷”、“明清卷”4册编辑,中国学者徐世虹、程维荣、姚荣涛、郑民钦四位教授热情地承担起各负责翻译1册的重任。2003年,该书由中国社会科学出版社出版。

《中国法制史考证》丙编出版后,受到国内外学界的关注。这50篇论文作为日本学者考证中国法制史的精华,其富有理据的扎实考证,令人耳目一新的学术见解,不仅为研究中国法制史的学者所重视,也引起了很多读者的阅读兴趣。因《中国法制史考证》甲、乙、丙三编合编为一套丛书出版,定价颇高,不少学者写信给我,建议以《考证》丙编为基础,再增收一些日本学者近期发表的考证类论文,单独成书出版。

得益于各论文作者、各册编者和译者的通力合作,也承蒙中华书局的大力支持,《日本学者中国法制史论著选》得以问世。收入本书的59篇论文,有50篇曾收入《考证》丙编,这次出版时对译文作了较大的修订。新收入的9篇,除1篇是已故的法史巨擘仁井田陞教授的旧作外,其他8篇均系日本学者近年新作。另外,根据各分册所收论文的内容,把全书4册的原卷名依次调整为“先秦秦汉卷”、“魏晋隋唐卷”、“宋辽金元卷”和“明清卷”。

在审校书稿过程中,我有幸反复拜读了收入本书的日本学者的论文。从论文的选题看,涉及中国法制史的诸多研究领域,包括律、令、格、式、例等形式表述的法律和法典编纂史、法律思想、律学、刑罚制度、审判制度、案例判牍、职官制度、土地及其他经济制度、婚姻家庭制度等;就史料的运用而言,日本学者不仅重视传统法律原典的精细解读,而且很重视金文、简牍、敦煌和吐鲁番法律文

书、契约及实地调查资料的搜集和研究；就研究方法和学术风格而论，注重微观研究，注重基础史料，注重考证，论证缜密，善于见微知著、以小见大，是日本学者论文的基本特色。这些论文都是作者在力图穷尽史料、反复钻研推敲的基础上写成的，其严谨求实的学风值得称道。

值《日本学者中国法制史论著选》付梓之际，谨向为本书付出艰辛劳动的各位同仁表示致谢。寺田浩明和冈野诚、笏山明、川村康教授，从精选论文到联系作者校对译稿，花费了大量精力。这次在增收日本学者新作时，得到辻正博、青木敦、铃木秀光三位教授和石冈浩先生（2014年逝世）的热情帮助。寺田浩明教授作为本书的主编，承担了组织工作和编译的很多繁琐事务。徐世虹、程维荣、姚荣涛、郑民钦教授教学和科研工作繁忙，多年前，他们挤出时间翻译文稿，反复修改，这次又重新修订，力求做到译文忠实原著，准确无误。所有这些，都令我感念难忘。

加强国际学术交流，及时了解各国学者的学术建树，并在此基础上克难攻关，是攀登新的科学高峰的必由之路。中国法律史学前进路径亦是如此。在中国大陆，法律史学经过三十多年持续繁荣发展，无论是学术成果的数量，还是研究的广度和深度，都较前有了巨大的进展。然而，随着出土法律资料的增多和大批法律古籍整理成果的出版，开拓新的研究领域，重新认识和阐述中国法律发展史，仍是当代中外法律史学者面临的重大课题。我们期盼本书的问世，能够为推动法律史学进一步走向科学发挥其应有的作用。

杨一凡

二〇一五年八月二日于北京

目 录

- 中国买卖法的沿革 /仁井田陞(1)
- 刑罚的历史
- 东方 /滋贺秀三(62)
- 律令法 /池田温(85)
- 西周后期社会所反映的变革萌芽
- 智鼎铭解释问题的初步解决 /松丸道雄(129)
- 中国上古刑罚考
- 以盟誓为线索 /滋贺秀三(163)
- 法家以前
- 春秋时期的刑与秩序 /泷山明(187)
- 战国秦汉时期的集团之“约” /增渊龙夫(216)
- 秦律的“夏”与“臣邦” /渡边英幸(241)
- 秦汉时期的审判制度
- 张家山汉简《奏讞书》所见 /宫宅洁(269)
- 围绕族刑的几个问题 /小仓芳彦(300)
- 汉律中的“不道”概念 /大庭脩(338)
- 汉代的复仇 /牧野巽(387)
- 王杖十简 /富谷至(440)

收制废止所见西汉文帝刑制改革之发端

——从爵制的混乱到刑罚的破绽 /石冈浩(483)

心意的偏重

——关于行为的评价 /日原利国(510)

中国买卖法的沿革

仁井田陞 撰

徐世虹 译

一、序说

本文的论述对象，为公元前二世纪至近年的中国买卖法的沿革。对此，近年由杉之原舜一等人所作的《华北农村法习惯调查》^{〔补1〕}有不少值得参考之处，只是限于篇幅而仅述其要点。

在中国古代社会，土地买卖时实行实物契约，而动产交易时实行即时交易，至近年来已很少使用承诺契约。无论是在流通刀、布、钱等货币^①的公元前三、四世纪的战国时代，还是这以后的时代，铸造的货币都不是唯一的支付手段。在六、七、八世纪的六朝与唐代，绢、麻、褐以及谷物等物品货币也作为支付手段使用。因此在这点上，和交换的区别不明显。

① 在中国，古时用贝（“買”“賣”“販”字的组成部分）、刀和布（农具）作为货币。战国时，酷似刀布状的货币和中央有孔的圆形钱并行。参见加藤繁：《支那經濟史概説》，1944年2月，第125页以下；穗积文雄：《支那貨幣考》，1944年7月，第13页以下。

至少在四世纪的东晋以来,根据买卖目的物的种类,买卖可分为需要特别的法律形式(据晋与明清之例,指向官府申报履行接受税契的手续)或不需要两种。普通动产的买卖属于后者,土地房屋以及像奴隶、牛马、骆驼等主要动产的买卖属于前者。据中国古代法,具有移动性质的物称移徙物,无移动性的土地房屋等称不移徙物(参见《唐律疏议》卷一三《户婚律》疏、卷一二《贼盗律》疏等),二者有所区别。在移徙物中,家畜称畜产,其他普通动产称资财或财物。“物”的原义本来就和 chattel 一样,表示家畜^①。

本文首先论述买卖的各种形态,分别说明需要特别法律形式的不动产与奴隶家畜的买卖,以及不需要特别法律形式的普通动产的买卖。其次就预付(定银),叙述从担保契约的强制作用到解约作用即预付损失(预付流失)及预付加倍损失(预付加倍返还)的过渡性习惯。赊卖、永久买卖、赎回等交易形态也是本文叙述的内容。买卖称杜卖或绝卖,给人以绝对的、无所保留的感觉,但它又带有赎回条款,而且买主必须向卖主数次支付以补足卖价,这充分说明权利关系不是一刀两断的,它是不稳定且不确定的。附有赎回条款的买卖易与抵押混同,在现实的法律生活中,二者未必是被有意识地区分的。

在买卖担保部分,将分别说明瑕疵担保、违约担保、追夺担保。违约惩罚是契约所具有的约束力,但并不乏见在支付罚金时解除契约的例子。违约担保乃至追夺担保的语句,可见于中国公元前二世纪至公元二世纪的买卖契约。伴随着时代的迁移,这些语句也变得复杂化,其分量占到了契约的一半。此种担保文书的复杂化,和在国家权力的干预外自寻权利保障措施的要求密切相关^②。因此从这一见解切入,关于买卖习惯、包括证人与老契(传承权利的文书)习惯在内的诸多之点,就可以得到解释。

① 《说文》云“物”：“万物也。牛为大物，天地之数，起于牵牛，故从牛勿声。”此当为原义。参仁井田陞：《唐宋法律文書の研究》，1937年7月，第151页。

② 高柳真三《日本法制史》(一)(1949年7月，第320页)认为，在日本有相同的情况。

二、普通动产的买卖

资财即普通动产的买卖,多采用即时以物或付款交换的即时买卖方式,此外也有賒卖与预付交易。这种动产买卖一般履行不要式行为,也无须制作契约。但据《周礼·地官·质人》注^①,汉代在进行特殊动产的买卖时,是要制作契约的^②。近年来,斯坦因探险队在甘肃省西部的敦煌^③,以及赫定参加的西北科学考察团在宁夏西北部的居延发现了汉代木简^④,其中含有在买卖衣物时制作的契约(券)。当时是尚未使用纸的时代,契约也是书写在木简上。其衣物买卖契约的形式与内容,和当时的土地买卖契约(也书写在木简上,或用铅券等)相似,也记有旁人(在场者)。其中敦煌所出的神爵二年(公元前60)契约^⑤,所见内容有以一千三百文钱交易布袍一领,以及交易后的酒席和酒费负担。其文如下:

① 《周礼·地官·质人》郑注:“大市人民、马牛之属,用长券。小市兵器、珍异之物,用短券。”又《周礼·秋官·士师》郑司农注:“若今时市买为券书以别之,各得其一,讼则案券以正之。”《周礼》所云交易,姑且不论是否属于要式行为。首先,这里的券指契约,在诉讼时可作为证据。

② 后世制作契约,也未必仅限于不动产或奴婢家畜的买卖。在大宗交易的情况下,为了以后证据确凿,当事者往往自由地制作契约。

③ Stein et Chavannes, *Documents Chinois*. 张凤《汉晋西陲木简汇编》(有1938年7月之序)中有汉律残文。仁井田陞:《唐令拾遗》,1933年3月,第2页。

④ *Reports from the Scientific Expedition to the Northwest Provinces of China under the Leadership of Dr. Sven Hedin* (Stockholm). 劳榘:《居延汉简考释》,中研院历史语言研究所专刊之二十一,1949年11月,释文卷一文书符券类,第169页。据同书自序可知,敦煌汉简由斯坦因发现,由沙畹及王国维诸氏考释。居延汉简于中华民国十九年(1930年)由西北科学考察团发现,虽然发现时间晚于敦煌汉简,但在数量上则多出数倍。简牍年代大致自太初(西汉武帝年号,公元前二世纪后半叶)至建武,最晚的年号为建武七年(东汉光武帝年号,公元31年)。其中汉律有“捕律:禁吏毋夜入人庐舍捕人。犯者,其室殴伤之,以无故入人室律从事”,其他还包括了汉元延二年十月过所、买卖契约类文书。元光四年正月符则记载了家长名、家属名及年龄容貌等。同书卷末附录“敦煌汉简校文”载有此符。“无故入人室律”,有汉贼律逸文(参见《九朝律考》)。^[补]参见仁井田陞:《中国法制史研究》(刑法)第20、217、227页。

⑤ 关于此神爵二年十月契约,参见 Chavannes(前引 NO. 43)、王国维《流沙坠简考释补正》。《居延汉简考释》的附录也发表了“敦煌汉简校文”。因此我将参照三者后解读的结果载于本文。该契约王国维作“神爵元年”,此正作“神爵二年”。前述“校文”中“卖布袍”脱“卖”字。契约中最后一字,沙畹作“斗”,王国维作“升”。又“沽”云云一句,王国维将其与汉建初、建宁、中平年间的土地买卖契约作了对比。

神爵二年十月廿六日，广汉县廿郑里男子节宽惠，卖布袍一，陵胡队长张仲(?)孙，用贾钱千三百，不在(??)正月□□□至(?)□□□□□□(正面)

正月书符用钱十，时在旁候史张子卿、戍卒杜忠，知卷约，沽□二斗(?) (反面)

居延发现的有一件为建始二年(公元前 31)之物：

建始二年闰月丙戌，甲渠令史董子方，买鄯卒欧威裘一领，直千百五十，约里长钱毕已，旁人杜君隼

所记内容为：买卖目的物为裘一领，制作契约之日付钱一千一百五十文。居延所出另一件无年号：

七月十日鄯卒张中功，贯卖皂布章单衣一领，直三百五十二，堠史张君长所，钱约至十二月尽毕已，旁人临桐史解子房，知券□□

其交易目的物为单衣一领，价值三百五十二文。但这里的交易方式是赊卖(贯卖)，衣款在半年后支付。以上三例的付款均以钱支付，数量从数百到超过一千。根据其他的居延汉简可知，当时的谷价有“黍米二斗直钱卅”、“黍一石直一百一十”、“出钱二百廿余梁粟二石，石百一十”，又“出钱百一十余大麦一石，石百一十”之类^①。据此，似一斗粟米价值十五钱，梁粟与大麦则价值十一钱。据加藤博士考，二世纪时河北与甘肃等地的粟麦，一斗值钱五文，四川地方米一斗八文^②(据狩谷掖斋《本朝度量权衡考》)，汉一斗大约相当于日本的一升一合)。将此米价和上述价格相比，可知衣物的价格是比较高的。在后世当交易一件衣物时，恐怕是没有必要制作契约的，而在汉代木简中屡屡发现此种契约，正好说

^① 《居延汉简考释》释文卷二簿录钱谷类所收之例，有“出钱二百一十余黍粟二石，石百五”、“出钱二百一十余黍粟二石，石百五”之语。有关这些内容，参见同书第 254 页、281 页、314 页、318 页。

^② 加藤繁：《支那经济史概说》，1944 年 2 月，第 148 页以下。又，谷物价格因丰收或饥馑而变化甚大。丰时米一石五钱，饥时米一石二千钱(《汉书》卷二四《食货志》)。

明衣物在当时是价值较高的财产^①。神爵三年(公元前59)王褒所买奴隶的价格为一万五千钱(《王褒僮约》),《文选》所见梁刘整买奴婢用钱七千,与此相比,衣物买卖的金额当然不是很大。不过尽管是买卖价值仅七八十元的衣物(缡),在本始元年(公元前73)也要制作契约^②。它是否具有证据以外的含义,留待日后研究。

三、不动产买卖

(一) 契约的成立

土地房屋的交易需要要物契约。其契约的成立,除买卖双方同意外,还必须具备交付价钱或预付价钱、交与目的物的事实。一般在授受付款与目的物的情况下制作契、券,契、券制成后遂无解约的自由。契、券为证书此无须赘言,因而自古以来不动产的交易就是要式行为。契约的缔结意味着效力的有无取决于契、券的制成与否,契、券的授受则意味着所有权的转移。当公券制度具有现实效力时,它成为必备的条件。以下就此点加以详述。

自汉魏六朝即公元前二世纪至以后的数世纪间,土地买卖契约记载在铅版或砖(有时为石)上,多有传至今日者^③。以下所举,皆为铅版文书^④。

建元元年夏五月朔廿二日乙乙,武阳太守大邑荣阳邑朱忠,有田在黑石滩田二百町,卖与本邑王兴圭为有。众人李文信,贾钱二万五千五百,其当日交评(毕)。东比王忠交,西比朱文忠,北比王之祥,南比大道,亦后无各言。其田王兴圭业田,内有男死者为奴,有女死者为婢。其日同共人,沽

① 以《周礼》郑注所见,不仅是奴隶家畜,买卖兵器与珍异之物也要制作契约。参见前注。

② 《居延汉简考释》第169页收录了这样一枚简:“本始元年十月庚寅朔甲寅,楼里陈长子卖官缡柘里黄子心,贾八十。”

③ 仁井田陞:《汉魏六朝の土地売買文書》,《東方學報》東京第8册,1938年1月,第33页以下。此项研究所据,除《艺术丛编》《地券征存》《贞松堂集古遗文》所见资料外,亦以所调查的现实遗物为资料。

④ 汉建元元年五月及光和元年十二月的土地买卖契约,均藏于中村氏书法博物馆。

酒各半。

其纪年为建元元年(公元前140),在传至今日的汉代的土地买卖契约中,属于年代最久远者。其内容大致如下:“建元元年夏五月,朱某将所有地二百町卖给王某,为其所‘有’。在场证人为李某。地价二万五千五百钱,当天(制作契约之日)交付。所卖之地东西南北的四边(比)分别为何处处。买卖之后,不得违约(守约文书)。卖地中若有死者,男为奴,女为婢。酒席费用由卖主与买主各负担一半。”其次为汉光和元年(178)十二月土地买卖契约^①:

光和元年十二月丙午朔十五日,平阴都乡市南里曹仲成,从同县男子陈胡奴,买长谷亭部马领佰北冢田六亩 = 千五百,并直九千钱,即日毕。田东比胡奴,北比胡奴,(以上正面)

西比胡奴,南尽松道。四比之内,根生伏财物一钱以上,皆属仲成。田中有伏尸,既□男当作奴,女当作婢,皆当为仲成给使。时旁人贾刘皆知券约。他如天帝律令。(以上反面)

其大意为:“光和元年十二月,曹某以九千钱自陈某处买得某处土地六亩余^②,地价的支付与收取于即日(制作契约之日)完成。土地东西南北毗邻何处处。卖地上所生草木及地下埋葬财物一钱以上,均归买主所有。其地内若有伏尸,男当为奴,女当为婢,听从买主役使。证人某在契约完成时在场。”前述建元元年五月土地买卖契约中的“当日交毕”,与光和元年十二月土地买卖契约、光和七年九月土地买卖契约(参见第八节第二)中的“即日毕”相同,表示在制作契约

^① 见前页注④。

^② 附带说明一点,汉时等古代买卖契约,在作“某卖某”的同时,也多见“某自某买”之例,光和元年十二月契约即为一例。与此相对,后世的契约往往卖主就是契约的制作者。而且在汉代等古代契约中,买主姓名也要写在契约之中,而后世契约只将买主作“某姓名下”,契约本文中只表示买主之姓,有时甚至无任何表示(参见《民商事习惯调查报告录》,可知安徽省诸县及江苏省有其例)。后世契约中,多见卖主因生活困顿而卖给买主这种形式。不过后世契约中,也不是没有同列出买主姓名的例子。有关此点,可参见第八节第二所举出的康熙三十七年七月的宅屋买卖契约。

的当日至少要交付地价,买卖目的物的交付也在当天进行。这一做法,通过北京图书馆所藏敦煌的房屋买卖文书(《敦煌杂录》)中的“谷米其舍,及当日交相分付讫”(参见第八节第二)、南宋绍兴九年(1139)十一月土地买卖契约中的“即日钱财分付”^①、元代土地买卖契约的范本(参见第八节第二)中的“其钱随立契日,交领十分足讫”等句得到体现。它又进一步延伸到明清时代的不动产交易契约(如《燕居笔记》所收)之中,与“卖给买主,为其所有。银契(钱与契约)两系,相互受讫,无丝毫不足”等语相融。据此,它成为授受付款与契约的代表性表述^②。据华北农村法习惯调查,当问及河北省昌黎县侯家营的农民“有不立契的买卖吗”时,其答曰“没有,一定要立契”。又问“没有只凭口头买卖土地的情况吗”,答“没有这种事”(据小沼正氏调查)。在同村问别的农民“卖时一定要立契吗”,答“是的。不立契,买主是不答应的”(同上。在顺义县沙井村的调查结果也是如此)。关于房屋买卖,山东省历城县冷水沟庄的农民也说“交换卖契,一定要付钱”(据杉浦贯一氏的调查)^[补1]。契约制成后付款,卖主与买主均无解约的自由,这点即便是从守约语句中也可以看出。相同的表现在建元元年的买卖契约中已经有所反映,后世如北魏正始四年(507)九月土地买卖文书中的“立券之后”,又唐元和九年(814)九月土地买卖契约中的“其钱交付讫”,均为立契付款后不得违约的通例^③(参见第八节第二)。

在中国法史上,对于重复出卖不动产以及重复抵押——重复典卖的行为,

① 收入《地券征存》。仁井田陞:《唐宋法律文書の研究》,1937年3月,第111页以下。

② 《重建丰济仓图案》中的清代土地买卖契约,也可见“钱契两交”。《關東庁ノ法廷ニ現ハレタル支那ノ民事慣習彙報》下卷(1934年3月)第1681页载:“按金州的地方习惯,在交付田宅时,若交付卖契即视为交付土地。”同上第1687页以下:“按金州的地方习惯……被买卖的田宅在向买主交付卖契时,即视同交付。价钱也应在交付一般卖契的同时授受。”“买卖尚有他人居住的房屋,也同样要交付卖契。在给予房屋后,买主可让居住者腾出房屋,也可让他继续居住。在买主令居住者腾出房屋的情况下,在习惯上应给予三四个月的缓冲期。”

③ 据华北农村法习惯调查,当问及河北省顺义县沙井村的农民“能否取消契约”时,农民答“绝对不行(立契之后)”(据本田悦郎氏调查)。在该村还有这种情况:即使尚未支付价钱,但“若已立契,即同受金”,不得解约(调查者不明)。昌黎县侯家营也同样如此(小沼正氏调查)。

法律是禁止的,即使是一般买卖也不允许。但是在现实中,重复出卖使卖主与中介人成为伙伴,使得时有第二买主参与其中^①。据罗马法原理,有所谓优先给予(Priorität der Besitzübergabe)之说,物在交易后仍然还是卖主的所有物,买主在尚未被给付物前,不是所有者。在卖主给予前进行重复出卖的情况下,谁先接受给予,目的物就是谁的所有物。与此相对,在日耳曼法理中,Sohm 如是说:所谓实行买卖契约优势(Priorität des kaufkontrakts),即只要根据买卖契约,买主便可成为所有权者,因此重复交易是无效的^②。在中国的传统法规中,买卖契约使所有权的转移发生效力。买卖契约中如唐大中元年(847)八月一件云“买主付款买地之后,其土地为买主之永业(永久性的所有地)”,宋代契约(前引)中云“卖主卖土地,买主为所有者”,敦煌发现的房屋买卖契约也记载,买主一旦买入之后,即“作为永久所有者而居住”^③。近来关于习惯法的文献中也有此类记载,即卖主、买主、中介人若在买卖契约上署名画押,它便具有“证明物权转移”的效力(《民商事习惯调查报告录》河北省天津县)。由此可进一步如是说:契约的制成与授受,意味着目的物所有权的转移。这是一种从外部可以认识到的行为,一旦有此行为,所有权便开始转移。河北省昌黎县侯家营农民说,土地“在立契之日交给对方。如果立了契,就是买主之物了”,“立契约后,土地的权利就归对方,和卖方(无论买方在土地上干什么)就没有关系了”(据小沼正氏调查)。顺义县沙井村的农民也说,“买主交了钱,地在交契时就成为买主之物了”(调查者姓氏不详)^④。契约的制成与授受意味着目的物所有权的转移,这不仅仅是指传统的不动产买卖,可以说奴隶家畜买卖历来也是如此(参见第四节)。这样,在中国传统的法律中,譬如《名公书判清明集》所引用的南宋时代的法律中,不

① 《天台治略》卷五《告示》(“晓谕颁给清丈田由事”):“天台恶俗又多盗卖之弊,有一产两卖,甚有三四卖者。”这是清代以后的例子。

② R. Sohm, *Trauwng und. Verlobung*, S. 13, 19. 栗生武夫:《法の變動》,岩波书店 1937 年 1 月,第 162 页。

③ 仁井田陞:《唐宋法律文書の研究》第 141 页以下。原文为“永世便为主记居住”。

④ 据华北农村法习惯的调查,就互相交换、授受价钱与卖契而问农民“卖主之地何时可成为买主之地”时,答曰“交钱时”(据本田悦郎氏在河北省顺义县沙井村的调查)。

仅重复交易(重复典卖)是无效的,而且卖主还要负刑事责任,中介人与第二买主在事先知道重复交易的情况下,也要受到处罚^①。明清律(《户律》典卖田宅条)规定,将已典卖田宅重复典卖者,按其价格以盗窃犯论处,田宅归第一买主所有,第二买主若不知情,允许返还买价。近来在华北农村,例如河北省顺义县沙井村农民也称重复买卖为“一地二契”,第二买主即便是善意(不知情)的,在诉讼上也应当“在两件草契中,日期在先者胜”^②(据本田悦郎氏调查)。昌黎县侯家营的农民也答道,如果“看年份”再询问中人,“谁是真实的马上就能明白”(据小沼正氏调查)。

(二)目的物

在土地买卖时,关于地上的木石、地内宿藏物^③的处理,自古以来就多在契约内写明。目的物中的“根生伏财物一钱以上”及“根生土着毛物”均属于买主,这在公元二世纪的买卖契约(前引东汉光和年间契约,其他如东汉建宁年间之物等^④)中已经有所记载。从元代的土地买卖契约范本中,也可见“寸土木石不留”之语(第八节第二),明代的文书范本(《燕居笔记》《尺牍双鱼》所载)中同样也有此“寸土木石不留”,证明以地上房屋为主的“园林竹木”与土地一起出卖。而且文书中还加注说明,从石砧、石碾(磨粉用的磨)、牛车、风车到牛栏、猪栏均

① 《清明集·户婚门》争业类“从兄盗卖已死弟田业”：“在法：交易诸盗及重叠之类，钱主知情者，钱没官，自首及不知情者，理还，犯人偿不足，知情牙保均备。”违法交易类“重叠”：“法：诸以己田宅，重叠典卖者，杖一百，牙保知情与同罪。”仁井田陞：《清明集户婚门の研究》，《東方學報》東京第4册，1935年11月，第131页。

② 但据《支那ノ民事慣習彙報》上卷第1251页以下云，“在第二买卖者为恶意时，令其交还买卖目的物。而第二买卖者为善意的买卖习惯，尚未详”，又云在第二买入者为善意时，第一买入者“可取回买卖目的物，而恶意的情况则无实例”，恐有误。

③ 仁井田陞：《漢魏六朝の土地賣買文書》，前引第74页以下。关于宿藏物，不仅可见唐明律，《庆元条法事类》卷八〇《杂门·杂令》也有“诸官地内得宿藏物者听收。若佗人地内得者，与地主中分之”之载。

④ 参《地券征存》、《芒洛冢墓遗文续编》。