

也谈敦煌出土契约中的违约责任条款

——兼与余欣同志商榷

杨际平

《史学月刊》1997年第4期刊余欣《敦煌出土契约中的违约条款初探》文,从经济法学角度对敦煌出土契约中的违约条款问题作了初步考察,提出一些有价值的看法,如认为敦煌出土契约中的违约金“是一种以惩罚违约为目的的罚金”,“不一定都含有赔偿损失作用”;认为敦煌契约允许任何一方以交付罚金方式废除合同,与今天经济合同法规定的合同违约受到违约处罚后仍应履行原则,有着本质的区别。但或为条件所限,余欣同志所见的敦煌契约为数不多,故其论断颇有失误,亟须予以辨正。

余欣同志在列举了两件违约条款“不正常缺失”之例后断言:“像这类情形在敦煌出土契券并不罕见,并且在总量上是颇为惊人的,尤其是在木简购地契中绝大部分没有违约条款。这足以说明这样一个值得注意的事实:当时在合同上订立违约条款并不是一种普遍的现象,该条款在这一时代和这一地区尚未得到推广,并未被广泛认可为必须共同遵循的惯例。”我以为余欣同志的论断失之草率,不合事实。

笔者检敦煌出土的契约文书,其中可判断其是否具有违约责任条款的计101件⁽¹⁾,现按类分别列表、统计于下:

〈二〉租佃土地契

序号	年 代	契约性质或名称	违约罚则
1	丑年(829?)	索海朝租地契	“掣夺家资”
2	咸通二年(861)	齐像奴等分种土地契	“罚[]军粮用”
3	天复二年(902)	樊曹子租地契	“罚[]人不悔人”
4	天复四年(904)	令狐法性出租土地契	“罚[]纳入官”
5	乙亥年(915?)	索黑奴等租地契	“罚麦两驮”
6	甲午年(934)	索怀义代管土地契	“罚牡羊一口”
7	广顺三年(953)	龙章祐等出典土地契	“罚青麦拾驮”
8	乙丑年(965)	祝骨子等合种土地契	“罚上羊壹口”

〈三〉卖牛契

序号	年 代	契约性质或名称	违约罚则
1	未年(803)	尼僧明相卖牛契	“罚麦三石”
2	寅年(822)	令狐宠宠卖牛契	“罚麦五硕”
3	丁巳年(897?)	唐清奴买牛欠牛价契	“若於时限不还者,看乡元(原)生利”

〈四〉雇(或典雇)牛、驴、驼契

序号	年 代	契约性质或名称	违约罚则
1	乾宁三年(896)	冯文达典雇驼契(稿)	无 (典雇)
2	癸未年(923?)	张修造雇驼契	“罚麦一驮”
3	辛卯年(931?)	董善通等雇驼契	无 (已付雇价)
4	壬辰年(932)	雇牛契(样书)	罚“一驮”
5	丙午年(946)	宋某雇驼契(样书)	“依乡元礼(例)生理(利)”
6	不详	程住儿雇驴契	“任掣夺便皮价……”

〈五〉卖儿、典儿、典身、卖婢契

序号	年 代	契约性质或名称	违约罚则
1	丙子年(916)	阿吴卖儿契	无 (已付买价)
2	贞明九年(923)	曹留住卖□契	“罚麦拾驮”
3	淳化二年(991)	韩愿定卖妮子契	“罚大羯羊两口”
4	乙未年(935)	赵僧子典儿契	无 (典)
5	癸卯年(943)	吴庆顺典身契	“□捌驮”
6	壬午年(982)	郭定成典身契	无 (典)

〈六〉雇工契

序号	年 代	契约性质或名称	违约罚则
1	寅年(822)	汜英振受雇承造佛堂契	“罚麦叁驮”
2	戊戌年(878)	令狐安定雇工契	“罚羊一口”
3	龙德四年(924)	雇工契(样书)	“罚上羊一口”
4	戊子年(928?)	愿长受雇契	仅有“抛工”罚则
5	戊申年(948?)	李员昌雇工契	“罚麦叁驮”
6	丁巳年(957)	贺保定雇工契	“罚青麦伍驮”
7	某年	康富子雇工契(样书)	“罚在临时”
8	乙卯年(955)	孟再定雇工契	“罚青麦两驮”
9	甲戌年(974)	窦跛蹄雇工契	“罚青麦壹拾驮”
10	不详	某某雇愿千契	“罚青麦壹驮”
11	卯年(811?)	张和子受雇承造苕蒿契	“協蒿请倍, 麦壹驮倍两驮”
12	巳年(837?)	令狐善奴受雇刈麦契	“掣夺家资杂物牛畜等”
13	吐蕃某年	贺胡子受雇刈麦契	“依乡原当时还麦”

〈七〉借贷粮食契

序号	年 代	契约性质或名称	违约罚则
1	天宝十三载(754)?	道士杨神岳便粟契	“任掣夺杨岳 <input type="checkbox"/> 用充麦直”
2	天宝十三载(754)	道士杨某便麦契(稿)	“壹任掣夺常住车牛杂物等, 用充麦直”
3	子年(不详)	孙清便粟契	“如违, 倍。仍任掣夺家资, 用充粟直”
4	未年(803?)	张国清便麦契	“如违不还, 其麦请陪(倍), 仍(任)掣夺”
5	寅年(810?)	赵明明便豆契	“如违不还, 一任掣夺家资杂物, 用充豆直”
6	寅年(不详)	镜兴逸便麦契(稿)	“如违限不还, 一任掣夺家资杂物, 用充麦直”

序号	年 代	契约性质或名称	违约罚则
7	酉年(817)	曹茂晟便豆契	“如违不纳,其豆请倍,一任掣夺家资杂物,用充豆直”
8	酉年(817)	张七奴便麦契	“如违限不还,其麦请陪(倍)……一任掣夺家资杂物牛畜等”
9	某年(817前后)	寺户严君便麦契	“其麦请倍……掣夺家资杂物,用充麦直”
10	某年(823?)	僧神宝便麦契	“如违其限不还,其麦请倍……掣夺家资杂物,用充麦直”
11	某年(823?)	寺户索满奴便麦契	“如违时限,其麦请陪,仍任掣夺家资杂物,用充麦直”
12	某年(823?)	僧义英便麦契	“如违时限,请陪……牵掣房资什物,用充青麦直”
13	某年(823前后)	赵卿卿便麦契	“如违,其麦请陪,……掣夺家资杂物,用充麦直,有剩不在论限”
14	同上	使奉仙便麦契	“如违,其麦请陪,……如身东西,一仰保人代还”
15	某年(823前后)	僧神寂便麦契	“如违,其麦请陪,……牵掣房资什物,用充麦直,有剩不在论限”
16	卯年(823?)	马其邻便麦契	“如违限不还,其麦请陪……牵掣家资杂物牛畜等,用充佛麦。其有剩,不在论限”
17	卯年(823?)	翟米老便麦契	“如违限不还,其麦请陪,仍任掣夺家资牛畜,用充麦直”
18	卯年(823?)	武光儿典车便麦契	“如违限不纳,其车……任寺收将”
19	某年	曹清奴典铛便豆麦契	“如违限不还,其典铛一口没,□□□□请陪,仍任掣夺家资杂物,用充物直”
20	巳年	寺户李和和典铛便麦契	“如违限不还,其麦粟请陪,仍任掣夺家资等物,用充麦粟直”
21	丑年	曹先玉便小麦契(稿)	“如违,即任掣夺家资牛畜等,用充麦直”

序号	年 代	契约性质或名称	违约罚则
22	未年(839)	吴琼岳便粟契	“如违限,陪。一任掣夺家资杂物等,用充粟直”
23	不详	阴海清便麦粟契	“如违限不还,即任掣夺家资杂物,用充麦粟直”
24	大中十二年(858)	孟憨奴典铎、种金便麦粟契	“如违不还者,掣夺家资杂物用充”
25	癸未年(923?)	彭顺子典罗裙便麦粟契	无 (典)
26	不详	游意奴便麦契	“即任掣夺家资大畜,用充麦□□”
27	不详	永康寺僧石悉□便粮契	
28	同上	刘常清便粟契	
29	同上	刘常安便粟契	
30	同上	张他没赞典驴贷麦粟契	“如若不者,其物典没,其麦粟请陪,仍任掣夺家□□物”
31	同上	李荣一典裙便粟契	无 (典)
32	同上	王太娇典种金便粟契	无 (典)

附注:第27~32为同一纸,类似于帐本,而不同于一般契约。

〈八〉借贷绢帛等契

序	年 代	契约性质或名称	违约罚则
1	甲午年(874?)	邓善子贷生绢契	“若违时限不还,於乡元(原)生利”
2	乙未年(875?)	就弘子贷生绢契	“若一个月不还者,逐月於乡原生里(利)”
3	辛巳年(921)	郝猎丹贷绢契(抄)	“若於限不还者,便看乡原生利”
4	癸未年(923?)	王殉敦贷生绢契	
5	癸未年(923?)	沈延庆贷布契	“於月不还得者,每月於乡元生利”, “先□者,罚麦伍斗”
6	甲申年(924?)	曹延延贷生绢契	“若於限不还者,便看乡元生利”

序	年 代	契约性质或名称	违约罚则
7	己丑年(929)	陈佛德贷褐契(抄)	“若於时限不还者,便看乡原生利者”
8	己丑年(929)	何愿德贷褐契	“若不还者,看乡原生利”
9	辛丑年(941)	押衙罗贤信贷生绢契	
10	辛丑年(941)	贾彦昌贷生绢契	
11	壬寅年(942)	龙钵略贷生绢契	“掣夺家资用充绢贾”
12	辛亥年(951)	康幸全贷绢契	“若限满不还者,又须利。忽若推言,掣夺家资”
13	丙辰年(956)	僧法宝贷绢契	“若於限不还者, <input type="text"/> 生利”
14	戊午年(958)	兵马使康员进贷生绢契	“若於限不还者,便於乡例生利”
15	辛丑年(961)	陈银山贷绢契	“切(掣)夺家资,充为绢主”
16	甲子年(964或904)	汜怀德兄弟贷生绢契	“如若於时不还者,於看乡元逐月生利”
17	辛未年(971或911)	押牙梁保德贷斜褐契	(“於限不还者,绢利著梁都头还”)
18	壬午年(982)	某人贷生绢契(抄)	“便看乡元生利”
19	乙酉年(925)	张保全贷生绢契	“若於限不还者,准乡原例生利”

〈九〉敦煌出土各类契约中存在违约条款情况

契约类型及其件数	有明确的违约条款		无明确违约条款	
	件数	百分比	件数	百分比
买卖、典押、博换土地、宅舍契 14件	14件	100%	0	0
租佃土地契 8件	8件	100%	0	0
卖牛契 3件	3件	100%	0	0
雇牛驴驼契(含典雇) 6件	4件	66.7%	2件(其中1件为典雇;1件已付雇价清结)	33.3%
卖儿、卖婢、典儿、典身契 6件	3件	50%	3件(其中2件为典契;1件已付买价清结)	50%
雇工契 13件	12件	92%	1件(有抛工罚则)	8%
贷粮契 32件	25件	78%	7件(其中8件为典贷;3件见于账本,非契书原件;1件规定“如违,其麦请陪。……如身东西,一仰保人代还”)	21%
贷绢帛契 19件	15件	79%	4件(与贷者身份、贷帛目的有关)	21%
合计 101件	81件	83%	17件	17%

从上表可以看出,敦煌出土的买卖、典卖、博换土地宅舍契、卖牛契、租佃契,都有明确的违约罚则。其他契约,绝大多数也有明确的违约罚则。没有明确违约罚则的,大都事出有因。上表所见的无明确违约罚则的计17件。其中6件为典(典雇、典卖、典贷),本可无需违约罚则;2件为已付雇价或买价,因已清结,亦本可无需违约罚则;3件见于帐本,他们虽有“恐人失信,立契为验”之类字眼,但没有贷出方姓名,也没有贷入方署名画押,实际上并非契约;2件为违约罚则欠完整者(其一规定有被雇者“抛工”罚则,其一规定如违限不还贷粮,“其麦请陪……如身东西,一仰保人代还”)。除此之外,只有4件贷绢帛契为非正常的违约缺省。而此4件的贷绢人都是官衙中人(其中2人注明为押牙),贷绢的目的都是外出“充使”。正是因为贷入方地位特殊,才免去“掣夺家资,用充绢值”之类的违约罚则。

从敦煌出土的各类契约,我们只能得出与余欣文适才相反的结论:当时在各种契约中订立违约条款是一种普遍现象,该条款在唐五代的敦煌地区已经广泛推广。少数几件契约非正常缺失违约条款,只能视为特例,而不具普遍意义。

二

余欣同志为证明敦煌契约中存在“有理由的缺省”、“非正常缺失”、“无制裁内容的有名无实者”这三种违约条款缺失现象,举了4例,并作推论,而其所举之例及推论说明,也都有重大失误。余欣所举第1例为开元廿九年(941)卖牛契:

开元廿九年元月十日,真容寺于于谿城
交用大练捌匹,买兴胡安忽婆乌柏
特牛一头,肆岁。其牛及练即日交相
付了。如后牛有寒盗并仰保
知当,不干买人之事。两主对面
画指为记。

练主:

牛主:安忽婆,年卅×

保人:安朱葭,年卅二×

见人:公孙兰

即时清结的买卖而要订立合同,余欣推测是因为其标的物(牛)的价值相当高的缘故。余欣又推测该件契约的牛主(胡人安忽婆)与买主(于谿城真容寺)处于不对等地位,“寺院利用了卖主是一名不识汉字的胡人采用欺诈手段达成了有利于自己的不公正交易”,致使“寺院设立免责条款并取得了防止追夺所有权的担保而没有承担任何其他义务”。实际情况却并非如此。我们知道,买卖牛畜应立契乃唐律令的规定。《唐律》卷二六《杂律》即规定:“诸买奴婢、马牛骡驴,已过价,不立市券,过三日答三十;卖者,减一等”。唐令也有买卖奴婢牛畜应立市券的规定⁽²⁾。实际上,不迟于东晋,就有买卖牛畜立文券的惯例⁽³⁾。唐律令规定买卖牛畜应立市券,其主要目的在于保证所卖牛畜来源合法。上引卖牛契,牛主保证“如后牛有寒盗⁽⁴⁾,并仰保知[抵]当,不干买人之事”即出于此意。由此可见,买卖牛畜立文券乃律令所要求,与标的额无关⁽⁵⁾。在此项交易中,真容寺已付牛价,自然不必再承担其他义务。余欣推测真容寺“采用欺诈手段达

成了有利于自己的不公正交易”，实未免厚诬之嫌。这里顺便一提：于堪城位于西州（今吐鲁番地区）柳中县东六十里，与敦煌距离逾千里，且敦煌亦并无真容寺，由此可以确定，安忽婆卖牛契并非敦煌出土文书，很可能是吐鲁番文书。

余欣同志所举第2例为唐清奴赎买牛契：

丁巳年正月十一日，通颊百姓唐清奴为缘家中欠少牛畜，遂於同乡百姓杨忽律元面上买伍岁耕牛一头。断作价直生绢一匹，长叁丈柒尺。其牛及价当日交相分〔付〕讫为定；用限不还者，看乡元生利。为后凭。其绢限至戊午年十月利头填还。若于时

买牛人唐清奴(押)

买牛人男定山(押)

知见人宋竹子(押)⁽⁶⁾

余欣同志认为上引合同附款“显然应属于借贷合同的范畴，而与牛的买卖合同并无必然联系”。因为余欣认为该买卖合同无违约条款，因而将之视为违约条款“非正常缺失”的典型。其实，这是一件赎购牛畜合同。它可以分解为两个合同，一是购牛合同，一是借贷合同。实际上买牛人唐清奴并没向牛主借贷，而其所欠之款实际上就是牛价。换言之，该借贷合同仍由买牛契转化而来，两者之间存在内在的必然联系⁽⁷⁾。既然唐清奴的买牛款已转化为借贷款，那么其购牛款就应被视为已经清结而无需再立违约条款。唐清奴赎购牛契既然具备与一般贷绢帛契相同的违约罚款，因而也就谈不上违约罚则“非正常缺失”。

余欣同志所举的第3例为：

丙午年六月廿四日翟信子及男定君二人，先辛丑年于汜法律面上便麦六石，粟两石。中间其麦粟并总填还多分。今与算会，智定欠麦肆硕，粟六硕，并在信子及男定君身上，至午年秋还本拾硕。恐人无信，故立此契，用留后验。

欠物人男定君(押)

欠物人父翟信子(押)

余欣同志将此件视为“便麦粟契”。其实，此件只是清理积欠的协议，充其量只能视为续契。原便麦粟契订于辛丑年，距订续契的丙午年已有五年之久。清理积欠协议没有违约罚则，绝不等于原契也没有违约罚则。

余欣同志所举的第4例为：

戊寅年三月十三日，都僧统法律徒众就中院算会，赵老宿、孟老宿二人行像司丁丑斛斗本例，准先例，一一声数如后：

(中略4行)

计得麦壹拾叁硕捌斗貳胜半，粟肆拾硕肆斗柒胜半，豆捌硕玖斗肆胜半。其上件斛斗分付二老宿、绍建、愿会、绍净等五人执帐，逐年於先例加柒生利。年支算会，不得欠折。若有欠折，一仰伍人还纳者。

法律绍建

法律洪忍

管内都僧统法严

余欣同志将此件视为“戊寅年僧绍进贷粮契”，并将其作为违约条款有名无实的典型。其实，这只是某寺行像司戊寅年算会（审计）纪录，与贷粮契毫无共同之处。戊寅年（918）三月十三日某寺行像在管内都僧统（当地佛教僧团首领）法严与僧侣绍建、洪忍主持下召集众僧对该寺粮帐进行审计。审计后决定将剩粮委托绍建等5僧出贷生利。算会记录约定，绍建等5僧必须保证所管粮食不欠折（按今天的说法就是要保证保值增值），如有欠折，由他们负责填还。余欣同志对该文书性质判断失误，其所作的推论自然站不住脚。

三

关于敦煌契约违约条款中的“任掣夺家产”，余欣照字面解释为“债务人若无力偿还债务，债权人有权任意从债务人家庭财产中掣夺物品用来抵偿债务”。认为这是一种非法的“契外掣夺”，是“明目张胆地违反了唐代律令”。余欣并由此大发感慨说：“唐律实际效力之低可见一斑”。笔者以为，余欣同志对《唐律》有关条款与敦煌契约“掣夺”条款的理解都不准确。

《唐律》卷二六《杂律》规定：“诸负债不告官司，而强掣财物，过本契者，坐贓论”。《唐律》此条的要点有二：①公私债负违契不偿，应牵掣者，皆应告官司听断；②牵掣财物不得过本契。而其罪与非罪的界限就在于是否“过本契”。在借贷契场合，亦即是否超过契约所规定的本息。敦煌出土契约中的“一任掣夺家资杂物”，其“一任”两字乃指家资杂物的品种，而非指数量。此类条款的末尾一般都有“用充□直”字眼。此“用充□直”字眼，指的就是契书规定的借贷本息。本文表〈七〉所列有“掣夺”条款的24例中，有3例在此句之后还加上一句“有剩不在论限”，这就更加证明了敦煌出土契约中的“一任掣夺”条款，决非指数量上的任意掣夺^⑧。由此可见，敦煌契约文书中常见的“一任掣夺家资杂物用充□直”条款，并不违反《唐律》有关规定。

余欣同志在分析所谓“违约条款缺失现象”成因时还认定：“违约条款的缺失似乎与合同的签订时间和地点存在着某种直接的相对应关系，也就是说，缺失违约条款的合同是集中于某一时间区间内或某些地域内，或某一时间内的某些特定地域内的。”实际情况又决非如此。上引敦煌出土的各类契书，时间跨度都较长（8世纪～10世纪），地域也很分散，看不出违约条款的有无，与具体时间和地域有多大关系。为了进一步论证这一点，我们不妨再以吐鲁番与今新疆其他地区（“于阗”、“龟兹”等地）的出土契约为例。笔者检得吐鲁番等地出土契约中可判明是否有违约条款的各类契书计175件，情况一如下表：

〈十〉吐鲁番等地出土各类契约中存在违约条款情况

契约性质与件数	有违约条款		无违约条款	
	件数	百分比	件数	百分比
买卖、典卖、博换土地 宅舍契 15件	13件	87%	2件 (皆为阴券)	13%
赁宅舍契 6件	6件	100%		
雇工契(含龟兹1件) 16件	12件	75%	4件 (皆已清结)	25%
租佃契 65件	58件	89%	7件(其中4件为预付地租,已清结;2件 为换耕田土)	11%
买、赁车马牛骡等契 10件	4件	40%	6件 (皆已清结)	60%
买物契 6件	5件	83%	1件 (已清结)	17%
贷粮契 20件 (含于阗1件)	20件	100%		
举钱契 24件 (含龟兹1件、于阗3件)	23件	96%	1件 (典当)	4%
其他 6件	6件	100%		
合计 175件	154件	88%	21件(其中已清结15件,典当1件,换耕 田土2件,阴券2件)	12%
资料来源:日本《东洋文库》编《敦煌吐鲁番文献》Ⅲ《契约》 《吐鲁番出土文书》第1册~第10册				

上引 175 例中,近 90% 的契约有明确的违约责任条款。无违约责任条款的 21 例中,已清结的占 15 件,换耕田土的 2 件,典当 1 件,阴券 2 件^⑨。应有违约责任条款而无违约条款者实际上只有 1 件,不及总数 1%。

吐鲁番出土契约以 4 世纪~8 世纪为绝大多数,敦煌出土契约则以 8 世纪~10 世纪为绝大多数,二者在时空上适可互相补充。从上引敦煌吐鲁番等地 276 件的契约文书看,应有违约条款而无违约条款者属极少数(不到总数的 3%),而此极少数实例的实在,与订立契约的时间、地点并无内在联系。

注释:

- (1) 所检敦煌契约文书见唐耕耦、陆宏基编《敦煌社会经济文献真迹释录》第二辑第1页~第140页。
- (2) 《唐律疏议》卷二六《杂律》即称：“买奴婢、马牛骡驴等，依《令》并立市券”。
- (3) 《隋书》卷二四《食货志》即记：“晋自过江，凡货卖奴婢马牛田宅，有文契”。
- (4) “寒盗”(喧盗)即指认该牛畜为己有而被盗。
- (5) 珠宝等商品，价格虽高，买卖时却不要求立契。事实上，敦煌吐鲁番出土文书中亦未见买卖珠宝契书。
- (6) 件见《敦煌社会经济文献真迹释录》第二辑第37页图版。
- (7) 从形式上看，“其绢限至戊午年十月利头填还，若于时限不还者，著乡元生利”一语也只是附于买牛契间，而不是单立契书或并立契书。
- (8) 此3件契约之所以加上“有剩不在论限”一句，也只是为了避免估价与找补的诸多麻烦，绝不意味着有此附加条款，就可以“过本契”任意掣夺。
- (9) 阴券出自虚拟，与现实的契约不可等同视之。

作者杨际平：厦门大学历史研究所；邮编：361005。

(上接第89页)

- (9) 《左传》昭公二十五年。
- (10) 《史记·田单列传》。
- (11) 《史记·循吏列传》。
- (12)(26)(30) 裘锡圭：《战国文字中的“市”》，《考古学报》，1980年第3期。
- (13)(14)(18) 《战国策·赵策三》。
- (16) 参见《史记·货殖列传》。
- (17) 刘向：《战国策序》。
- (19) 陈恩林：《先秦军事制度研究》，吉林文史出版社，1991年10月第1版，第163页，第167页。
- (20) 《古本竹书纪年》载：“晋定公二十年，洛绝于涧。”
- (21) 《史记·周本纪》。
- (22) 《古本竹书纪年》载：“魏襄王九年，洛入成周，山水大出。”
- (24) 《大云山房文稿·三代因革论一》。
- (25) 杨宽：《战国史》，上海人民出版社，1980年7月第2版，第97页。
- (27) 国家计量总局主编：《中国古代度量衡图集》，文物出版社，1981年。
- (28) 《列子·说符》载：“齐有贫者，常乞于城市。城市患其亟也，众莫之与。遂适田氏之厩，从马医作役而假食。”其城与国通。
- (29) 《晏子春秋·内篇问上》载，齐景公“于是令玩好不御，公市不豫，宫室不饰。”其公指国君，“公市”当谓国君所属之市。
- (31) 战国时代，只有齐国始终没有设郡。而设有都，其都略同于郡。
- (32) 《战国策·东周策》。
- (33) 《战国策·秦策二》，《史记·甘茂列传》。

作者侯强：南通师范学院历史系；邮编：226007。