

## · 民法文化 ·

## 传统契约“官罚”条款之内涵探究\*

罗海山\*\*

**摘要:**“官罚”是传统契约违约责任的一种,对于这种责任,历来较少关注。本文通过对大量契约文书的实证分析,认为其真实内涵应这样理解:如有违约,则请官方来处理纠纷,惩治违约人,深层次的内涵是以此来震慑违约人不要违约,否则将承担严重后果,这样就可以最大限度避免违约的情况发生。就是说,“官罚”条款其实是在强调契约的效力,强调契约对立契主体的约束性和不可反悔性,以此保障契约的顺利履行,从而实现订立契约的目的。收取违约金或是告官并不是它的最主要目的。

**关键词:**违约;违约金;契约效力;公力救济

## 目 次

- 一、“官罚”条款之表现形式
- 二、“官罚”条款之内涵分析
- 三、结论

## 一、“官罚”条款之表现形式

一般而言,多数契约在签订之后都能够得到履行,但是也有部分契约会因为种种原因而不能被履行。为了维护守约人的利益,也为了维护正常的交易秩序,违约人承担一定的法律责任、补偿另一方的损失实属常理,无可指摘。无论是古今还是中外,契约中多写有违约责任,对当事人进行一定的约束,以保证契约的正常履行。中国传统契约也不例外,在传世的诸多契约文书中,违约责任的典型表述如下:“如先悔者,罚(钱或物若干)人不悔人……”,或者“如先悔者,一罚二人不悔人”。这样的契约比比皆是,数不胜数。但是,也有少数契约的违约责任十分奇特,这样的契约也有违约责任存在,然而违约人不是向守约人而是向国家即官方承担责任,在其违约之后要向后者缴纳一定的

\*本文为国家社科基金重大项目“法治文化的传统资源及其创造性转化研究”(14ZDC023)、辽宁省社会科学基金项目“近代东北土地交易习惯与地方社会变迁”(批准号:L11CZS011)、中央高校基本科研业务费资助(批准号:DUT15RW105)的阶段成果。

\*\*大连理工大学人文与社会科学学部法律系副教授,法学博士。

违约金或违约财物,以示惩罚。其典型表述如下:“如先悔者,罚(钱或物若干)入官公用”,为叙述方便,以下简称“官罚”<sup>①</sup>。详细内容见表1:

表1 “官罚”条款的详细内容及分布情况<sup>②</sup>

年代	具体表述
唐大历十六年(781年)龟兹米十四举钱契	……钱纳官……
丁卯年(907年?)敦煌张氏博换宅舍契	……充纳入官
后周显德三年(956年?)敦煌宋欺忠卖舍契	如先悔者,罚黄金叁两,充入官家
唐天复四年(904年)敦煌令狐法性出租地契	罚……送纳入官
唐天复九年(909年)敦煌董加盈兄弟分家文书	如若无大没小,决杖十五下,罚黄金一两,充官入用
九世纪敦煌分家文书格式	如立分书之后,再有喧悖,请科重罪,名目入官,虚者伏法
十世纪敦煌分家文书格式(甲)	……(罚物)……如若更生毁诋,说少道多,罚锦一匹,充助官门
十世纪敦煌分家文书格式(乙)	……罚绫一匹,用官中,仍麦拾伍硕,用充军粮
西夏天盛二十二年(1170年)寡妇耶和氏宝引母子卖地房契	若有人翻悔,依律令承罪,有人不服,罚麦三十斛入官
元泰定二年(1325年)祁门县李文贵等产权合同文书	甘罚中钞壹佰贯文,入官支用,仍依合同文书为用
元泰定三年(1326年)徽州谢智甫等分家文书	愿罚中统钞壹拾锭,捨助入官,修造公用;支用,仍依此文为使
元觅子书式	如违此约,甘罚中统钞若干贯文入官公用不词
元弃子书式	如违此约,甘罚中统钞若干贯文入官公用不词
明成化六年(1470年)祁门县李通卖山地红契	甘罚契内银叁钱入官公用,仍依此契为准
明正德二年(1507年)祁门县饶杲等卖田契	罚银贰两入官公用
明嘉靖四十年(1561年)祁门县洪世仁兑佃契	罚银贰两入官公用,仍依此契为准

<sup>①</sup>“官罚”一词,分别见于梅村坦及李经纬的著作中,戴炎辉称之为“国库罚”。两者相比,前者较为简洁,本文采用之。相关论著见梅村坦:“具有违约纳罚条款的回鹘文书”,载《东洋学报》第58卷3、4期,1977年;李经纬:“回鹘文买卖契约的意项分析及其与现代经济文书的比较”,载《喀什师范学院学报》1995年第4期,第47页;戴炎辉:《中国法制史》,三民书局1979年版,第327页。

<sup>②</sup>表中契约引文依次见张传玺主编:《中国历代契约会编考释》,北京大学出版社1995年版,第355、231、241、328、462、464、470、471、594、666、670、687、688、780、800、847、997、1044、1045、1047、1093、1098、1101、1110、1496页。

续表

年代	具体表述
明崇祯十三年(1640年)大兴县傅尚志卖房官契(甲)	罚白米拾石入官公用
明弘治十一年(1498年)祁门县饶永善断山文约	如有盗斫,听自贳文陈理无词,甘罚白银贰两入官公用,仍依此文为准
明弘治十三年(1500年)祁门县朱文琛等伙山合同	如有私自不令知会,砍斫一根,甘罚白银一钱入官公用。
明嘉靖二十七年(1548年)祁门县毕伴儒断山木文约	如砍一根,罚银二钱入官公用,仍依此文为始
明景泰六年(1455年)祁门县方伯起等分山合同	听自遵约人告理,甘罚违约人名下银五两入官公用,仍依此文为准
明成化十年(1474年)祁门县饶云宗划分山地界文约	罚银贰两入官公用,依此文为始
明正德十四年(1519年)休宁县郑良曙叔侄分产合同文约	如悔者,甘罚花银拾两入官公用,仍依此文约为准。
明嘉靖三十六年(1557年)祁门县洪显等三房管理坟地合同	如违,呈官理治,罚银拾两入官公用,仍令改正
清康熙二十年(1681年)宛平县郭慎言出顶房草契	甘罚契内银一半入官公用

表1可见,写有此类条款的契约最早出现于唐代中叶,一直延续到清代,时间跨度很大,存在于敦煌、吐鲁番、徽州、宛平等众多地区,分布于买卖、典当、博易、租佃、借贷、分家、管理等诸多领域,以不动产交易契约为主。

## 二、“官罚”条款之内涵分析

从现代法的角度,“官罚”条款并不符合契约理论。基于合意成立的契约具有效力,即约束力,正是这种约束力为契约的履行提供了切实的保障,而约束的对象则是契约当事人。无论契约当事人是双方还是多方,都应受其约束,否则立契就没有任何意义。“民有私约如律令”以及“民有私要,要行二主”所要表达的就是契约对当事人的约束效力。而契约中的违约责任自然也适用于契约当事人。一方违背了契约,破坏了“契约必须信守”的原则,就要付出代价,就应当向非违约方或者守约方承担一定的法律责任。而在传统契约中,这种违约责任往往是以缴纳违约金的方式来体现的。守约方接受这笔违约金也符合公平正义的原则。正因如此,相当多的契约中写有“如先悔者,罚(钱或物若干)入不悔人……”或者“如先悔者,一罚二入不悔人”的字样也就理所

当然。

在这里,契约的效力仅仅及于契约的当事人<sup>①</sup>,只有立契人才受其约束,其他人与此无关,不用承担责任。国家也是如此,如果没有参与到契约中去,则是与契约无关的第三人,与该契约没有利益关系,自然不用承担法律责任。就此而言,当事人违约,要向官方缴纳一定的违约金或者罚金是没有理论依据的。这在契约理论上解释不通。进一步而言,如果将违约金交给官方,则非违约人的利益无法得到保障,损失无法得到赔偿,这同样不符合公平原则。

但不能认为这样的契约内容是格式套语,事实上,这样的行文内容在少数民族地区及世界其他地方也存在过。<sup>②</sup>也不能据此认定这样的内容没有意义。这些契约行文是基于生活需要产生,经历了漫长的演变过程,在当时都有其特定的目的,都表达了特定的价值观念在其中,只是时间已久,多数已经难以考证。“官罚”条款也有其特定目的,也蕴含了民众特定的价值观念。

对于立契人而言,订立契约是为了满足自身的需要,是想通过交换来实现各自的需求,当然希望所立之契约能够履行,使自己的利益得到实现。西方法谚“契约必须遵守”的理念在古代中国的体现就是“民有私约如律令”。尽管表述有别,二者并无本质不同,都在强调契约的严肃性和不可违背性,契约在民众心目中具有与法律一样的效力。“官有政法,民从私契”是这一理念的另一种表达。一旦有人违约,造成契约的不能履行,则会给非违约方即守约人带来损失。为了防止违约发生,大多数契约都写有违约责任。而多数违约责任都是限于自力救济,即由违约人给予守约人一定的赔偿,或者是一赔一,或者是一赔二,或者是其他。但是这些惩罚责任还不足以制止违约行为,试想,如果履行了一赔一、一赔二或其他的赔付义务,则可以肆意违约,这当然是守约人不愿看到的。为了进一步强调契约的不可悔的效力,契约中常常出现公力救济的内容。典型的表述如下:《840年前后敦煌僧张月光、日兴兄弟分家文书》:“如有违者,一口犯其重罪,入狱无有出期。二乃于官受鞭一千。”<sup>③</sup>《九世纪敦煌分家文书格式》:“如立分

<sup>①</sup>契约当事人不一定就是双方,也有可能是多方,例如分家合同、合伙契约。

<sup>②</sup>国内12~13世纪西夏文契约、13~14世纪回鹘文契约,国外公元前2世纪巴比伦地区出售给养权文书(公元前147年)、安息时期伊朗地区葡萄园买卖契(公元前87年,21年)、古罗马时期学徒契约(66年)、法兰克王国时期奴役文书、卖身文书、恩赐文件(七世纪格式文件)都有类似约定。法律规定方面,《天盛改旧新定律令》卷三之《催索债利·有其他语》:“以后有悔语者时,罚交于官有名则当交官,交私人有名则当交私人取。”相关内容见史金波:“黑水城出土西夏文卖地契研究”,载《历史研究》2012年第2期;史金波:“黑水城出土西夏文卖人契研究”,载《中国社会科学院研究生院学报》2014年第4期;史金波:“西夏文卖畜契和雇畜契研究”,载《中华文史论丛》2014年第3期;史金波:“西夏粮食借贷契约研究”,载《中国社会科学院学术委员会集刊2004》(第1辑),社会科学文献出版社2005年版;史金波:“黑水城出土西夏文租地契约研究”,载《吴天墀教授百年诞辰纪念文集》,四川人民出版社2013年版;李经纬:《回鹘文社会经济文书研究》,新疆大学出版社1996年版,第65~66页;李经纬:《吐鲁番回鹘文社会经济文书研究》,新疆人民出版社1996年版,第41、48、52、100、118、123、56、296、309、325页;李铁匠选译:《古代伊朗史料选辑》,商务印书馆1992年版,第159、175、177页;巫宝三主编:《古代希腊、罗马经济思想资料选辑》,商务印书馆1990年版,第390页;耿淡如、黄瑞章译注:《世界中世纪史原始资料选辑》,天津人民出版社1959年版,第3~4页;齐思和等选译:《中世纪初期的西欧》,生活·读书·新知三联书店1958年版,第146~147页;史金波等译注:《天盛改旧新定律令》,法律出版社2000年版,第189~190页。

<sup>③</sup>张传玺主编:《中国历代契约会编考释》,北京大学出版社1995年版,第458页。

书以后,再有喧悖,请科重罪,名目入官,虚者伏法。”<sup>①</sup>《九世纪敦煌放良文书格式(丁)》:“若违此书,任呈官府。”<sup>②</sup>《十世纪敦煌遗嘱格式(丁)》:“若有违此条流,但将此凭呈官,依格必当断决者。”<sup>③</sup>《明隆庆二年(1568年)祁门县李廷锡等伙山戒约合同》:“盗砍,罚银……入祠公用。……强梁不规者……告官治罪,仍依此文为准。”<sup>④</sup>《明代坟山禁约格式》:“砍害者,轻则依约行罚,重则送官惩治。”<sup>⑤</sup>《清乾隆四十年(1775年)广西南宁农文忠卖筋竹契约》“或有何人悔心多端,违背约内之言,钱主任执立契赴上陈理论,甘罚无辞……。”<sup>⑥</sup>

公力救济多是出现在私力救济之后。在穷尽了一切私力救济手段之后,如果再有违约只好进入公力救济的程序了。公力救济的手段是由国家或官方来实行。“官”作为国家、社会的主导者,在民众心目中一直居于重要地位。古代民众对官方的尊重乃至敬畏都有史可考<sup>⑦</sup>。在他们看来,“官”与“家长”是可以划等号的。而家长则居于家庭的核心地位,拥有教令权、财产权、主婚权等各项大权,其作用不言而喻。民众将官方的干预作为解决契约纠纷、履行契约的最后一道程序。此类条款即有违约发生时提请官方处理纠纷之意。当然,这样的条款内容也有威吓、震慑的内涵,而且后者应是契约当事人的主要意图。就古代中国的现实而言,纠纷一旦进入官方的视野,就变得复杂起来,谁也无法预料到案情将会怎样处理。民间谚语云“县官断案缘故多,十有八九人不知”。而且,诉讼费用也是一笔不小的开支<sup>⑧</sup>。另外,打官司也容易导致与对方的关系破裂。中国传统契约交易多是发生在亲族之间、乡邻之间,都是近距离的交易,大家在交易之前就有某种关系存在<sup>⑨</sup>,而这种关系的形成要经过多年的经营,十分不易。一旦造成破裂,则损失巨大<sup>⑩</sup>。对于当事人而言,不到万不得已,不会选择诉讼的方式。民间谚语“不吃毒药,不打官司”即是对诉讼的形象比喻<sup>⑪</sup>。尽管明清时期有些地区颇有健讼之风,但总体而言,民众其实不希望官方过多干预包括私人契约纠纷在内的众多民

①张传玺主编:《中国历代契约会编考释》,北京大学出版社1995年版,第464页。

②张传玺主编:《中国历代契约会编考释》,北京大学出版社1995年版,第480页。

③张传玺主编:《中国历代契约会编考释》,北京大学出版社1995年版,第506页。

④张传玺主编:《中国历代契约会编考释》,北京大学出版社1995年版,第1079页。

⑤张传玺主编:《中国历代契约会编考释》,北京大学出版社1995年版,第1084页。

⑥《广西少数民族地区碑文契约资料集》,民族出版社2009年版,第39页。

⑦详见尚秉和:《历代风俗事物考》,中国书店2001年版,第345~353页,卷三十一“古贵贱之观察”的相关内容。

⑧有关诉讼费用的讨论,详见徐忠明:《思考与批评》,法律出版社2000年版,第177~180页。民间谚语“赢了官司,赔了钱财”“衙役见钱,苍蝇见血”“官司未见官,衙役先吃饱”等也能说明诉讼费用的不菲。

⑨见赵晓力的研究,载赵晓力:“中国近代农村土地交易中的契约、习惯与国家法”,载《北大法律评论》(第1卷第2辑),法律出版社1999年版,第445页。

⑩传统社会中,乡民之间交往可以分为三类:第一,联合起来克服较大的自然灾害,当时条件下,但各农户难以抵挡自然灾害。第二,联合起来兴修大规模水利工程,这对于农业生产十分必要。第三,在生活上如嫁娶、生子、疾病、患难时的互帮互助(相关研究可参见叶显恩:《明清徽州农村社会和佃仆制》,安徽人民出版社1983年版,第160页;费孝通:《乡土中国·生育制度》,北京大学出版社1998年版,第9页;秦燕、胡红安:《清代以来的陕北宗族与社会变迁》,西北工业大学出版社2004年版,第97~99、154~159页)。关系破裂后这些合作自然就不存在了。此外,民间谚语“一朝告发人,三代结仇怨”,也是对这种破裂关系的形象写照。

⑪类似的民间谚语还有“屈死不告官,饿死不作贼”“劝君莫告官,烦恼说不完”。

间纠纷。因而,此类条款中威吓、震慑的内涵要明显大于希望求助于官府予以解决纠纷的意思。将这样的内容写入契约无非是想借助官府的威势,给立契人一种震慑,让其知道违约之后所发生的严重后果,敦促立契各方如实履行契约、不要违约,从而顺利实现立契的目的。

### 三、结论

综上,“官罚”的契约行文字面意思是:如有人违约,则要向官方缴纳一定数量的违约金,以示惩罚。其实它想表达的真实内涵应这样理解:如有违约,则请官方来处理纠纷,惩治违约人。更深层次的内涵是以此来震慑违约人,让其不要违约,否则将承担严重后果,这样就可以最大限度避免违约的情况发生。就是说,“官罚”条款其实是在强调契约的效力,强调契约对立契主体的约束性和不可反悔性,以此保障契约的顺利履行,从而实现订立契约的目的。收取违约金或是告官并不是它的最主要目的。

[责任编辑:冯学伟]

#### 法史问答录

问曰:王老师好!向您请教:唐开元年间,长安地区某甲的妻子乙,将甲的亲妹妹殴打成重伤,请问他们的婚姻关系是否还能维持?为什么?期盼您的解答,谢谢您!

答曰:据《唐律疏议·户律》“犯义绝”条:“诸犯义绝者离之,违者,徒一年。”关于义绝的释义在其前“妻无七出而出之”条疏议曰:“义绝,谓殴妻之祖父母、父母及杀妻外祖父母、父母、伯叔父母、兄弟、姑、姊妹,若夫妻祖父母、父母、外祖父母、伯叔父母、兄弟、姑、姊妹自相杀及妻殴詈夫之祖父母、父母,杀伤夫外祖父母、伯叔父母、兄弟、姑、姊妹及与缌麻以上亲、若妻母奸及欲害夫者,虽会赦,皆为义绝。”你说的情况符合“妻杀伤夫之姊妹”(杀伤包括杀与伤),应该属于“义绝”,其婚姻关系从法律上讲应该不能维持了。(王宏治)