

项目追踪 ·



——

导：

，

，男，

·吉林大学理论法学研究中心重大项目：中西法律文化比较研究

；学博士，吉林大学法学院教授，博士生导师。

诸公私以财物出举者，任依私契，官不为理。每月取利，不得过六分。积日虽多，不得过一倍。若官物及公廩，本利停讫，每计过五十日不送尽者，余本生利如初，不得更过一倍。家资尽者，役身折酬。役通取户内男口。又不得回利为本（其放财物为粟麦者，亦不得回利为本及过一

© 1

范围内存在，只要不违背国家的节制就可以。出土契约显示，取利的借贷，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。

同样，《杂令》“以粟麦出举”条还规定：“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，不得因旧本更令生利，又不得回利为本。”这个关于粮食的特种借贷，套用了前述的一般规定，法律的态度仍然是“任依私契，官不为理”；但在期限上有限定，即只能以一年为断；一年之后不得再生利（其高限也当是一本一利），且不得以利充本复再生利。对粮食借贷的出举生利期限的限定，当与这类借贷的特征一般是用于种子或食用，以及其对于农人的重要影响，有密切关系。国家于此保护弱小农民的立场，可以概见。

此外，《杂令》“出举取利过正条”条还规定：“诸出举，两情和同，私契取利过正条者，任人纠告，本及利物并入纠人。”这个鼓励告讦、重点惩罚贷出方（同时也惩罚了贷入方）的救济手段，也是出于保证利息率、利息总量不超过最高限制的意图。即使当事人情愿，是事先约定，利息率仍不得高于限制，也不得“过一倍”以及“回利为本”。

（二）“官为理”

《杂令》云：“若违法积利、契外掣夺……，官为理”，这里的“理”，可以解作“受理”，是“介入、干预”，官府在此是要作出判决的。即国家从“官不为理”的不介入、不干预转入到“官为理”的介入、干预。这是因为，一方面，“官为理”的发生时间，是在契约履行有了问题之后出现的，针对的是契约或违反了利息率规定，或违反了利息总量控制规定，或违反了禁止复利的规定，以及超出了契约内容进行非法履行等行为的。首先，“违法积利”的“官为理”，既包括了月利超过法定的六分（6%），契约在订立时就违法了；又包括总利息量超过一倍者及“回利为本”的情形，后两者都是在契约履行过程中出现的违法情事（前者在立约时就违法了，但只能在履行过程中才可能被发现和纠正）。其次，“契外掣夺”的“官为理”，是指在以“家资”负责的前提下，“强牵掣财物过本契”。对此，律文严格限定以达衔接。《唐律疏议》卷二六《杂律》规定：“诸负债不告官司，而强牵财物，过本契者，坐赃论。疏议曰：谓公私债负，违契不偿，应牵掣者，皆告官司听断。若不告官司而强牵掣财物，若奴婢、畜产，过本契者，坐赃论。若监临官共所部交关，强牵过本契者，计过剩之物，准‘于所部强市有剩利’之法。”准此，则牵掣债务人财物应须告官听断，不告而牵掣即是“强”；强牵财物超过契约标的物数额者，依其超过数额论罪；不超过者，不以“坐赃”论罪，但似应以“不应得为”罪处罚；官员犯此，则加重处罚。

《唐律疏议》卷二六《杂律》负债强牵财物条疏议，没有限定这里的“负债”是限于“非出举之物”，与《唐律疏议》中该条的上条“负债违契不偿”条限定“负债”仅限于“非出举之物”不同。这里的没有限定，似不是疏忽，而是有意不作限定。在理论上，它既应包括“出举之物”，也包括“非出举之物”。虽然《令》文是针对出举的，但《律》文则包含了“出举之物”和“非出举之物”，即有息借贷和无息借贷两种情形。

这个方面的“官为理”，都是与对有息借贷的限制或禁制相关的，国家的受理明显是要行使司法权。另一方面，对“非出息之债者，官为理。”这里的“理”，同样可以解作“受理”。但这个“为理”，不是在签订契约时的“介入、干预”，而是对于使用借贷以及对于消费借贷但无利息者，官府干预其债的履行。唐人颜师古在对《汉书·淮阳宪王钦传》之“负责（债）数百万”作注时说：“责（债），谓假贷人财物，未偿者也。”表明唐代的“债”或“负债”，是总括了假与贷的。而唐《杂令》的“非出息之债者，官为理”，是与律文规定相衔接的。按《唐律》卷二六《杂律》：“诸负债违契不偿，一匹以上，违二十日笞二十，二十日加一等，罪止杖六十；三十匹

见《宋刑统》卷二六《杂律·受寄财物辄费用》条附。

见《宋刑统》卷二六《杂律·受寄财物辄费用》条附。

加二等，百匹又加三等。各令备偿。”疏议在解释时说：“负债者，谓非出举之物，依《令》合理者。或欠负公私财物，乃违约乖期不偿者，一匹以上，违二十日笞二十（中略），若更延日及经恩不偿者，皆依判断及恩后之日，科罪如初。”律文的“非出举之物”，即《杂令》之“非出息之债”。由律文可知，《杂令》之“官为理”，只是一个原则；而律文限定，则是解决一定量的标的物（价值相当于一匹绢）的契约“违约乖期不偿”问题的。这样，一匹绢以下，按《令》应受理，按《律》无明文。依唐律原则，似应科违令罪或不应得为罪。“违契不偿”被进一步解释为“违约乖期不偿”，主要是期限问题。因为对于使用借贷及无利息的消费借贷而言，不存在“违法积利”问题，也不存在“契外掣夺”情事，可能的违约情形就是过期不偿。律文规定，违契不偿期限满 20 日始科罪，最高科罚为违契百日不偿。这又是进一步的限定了。

这类契约的履行期限，可以理解为是任凭当事人双方约定，当事人在这方面是自由的。国家只以约定的到期日开始计算其是否“乖期”。与出举一样，在“财物”的范围内，法律也不限定这类消费借贷（但无利息）、使用借贷的标的物的类别与数量，借贷物品的类型及额度也应由当事人说了算。法律限定之外的当事人约定，也应解作法律不作干涉。在这一方面，国家的态度是

相结合的保证责任。即保人的主要责任是保证举贷者不逃亡，以保证债的履行；但若债务人负债而逃，保人应负代偿责任，转入支付保证制。

据此，我们可以总结一下唐令与唐律之间有关出举契约规定的衔接问题及相关性。见下表：

《杂令》与原理	《杂令》	《杂律》
出举契约订立及正常履行	出举任依私契，官不为理	无
月利不过六分；利不过本一倍；不回利为本；	11 出举违法积利，官为理 21 出举私契取利过正条，任人纠告，本及利物并入纠人。	无 无

二、实践中的契约内容对法律的遵守与抵触

留存下来的契约原件显示，实践中的借贷契约对法律有遵守，有抵触，情况比较复杂。我们将按前述法律令的内容顺序，依次作出分析。

（一）在契约的履行方式上

11 家资抵当与牵掣家资杂物

以家资抵当和役身折酬，按《杂令》规定，都是有息借贷契约的法定履行方式。《令》中家资抵当既局限于有息借贷，而《律》中的牵掣家资杂物则包括了有息借贷和无息借贷两者，已不限于有息借贷。一种可能是，唐令中也有关于无息借贷也以家资负责的条款；另一种可能是，唐律令在这方面规定不严密，有所缺漏。不管怎样，唐《杂令》以“家资”为抵履行债务的规定，是与唐律的牵掣家资财物相联系的。以“家资”为抵履行债务的方式，可以理解为：或由当事人主动将家资给付与债主，或由债主牵掣家资。《唐律疏议》卷二六《杂律》“负债强牵掣财物过本契”条允许债权人牵掣债务人财物，但不允许“强牵掣”，更不允许“强牵掣财物超过本契”。律令中的这两条规定，是民间借贷契约中牵掣财物条款的依据。

牵掣财物习俗，由来已久；而且，最早的牵掣是出现在买卖合同中的，而不只限于买卖合同。可见，唐律也只是沿袭前朝的律令制度。

唐五代时期（包括吐蕃占领敦煌时期）的敦煌吐鲁番借贷契约中，包含了“听掣家资杂物”的条款的契约，所占的比例很高。据笔者统计，在 76 个借贷契约（不计入“请贷牒”）中，共有 41 个契约中有这样的条款，这尚不算按照残文可以判定为具有这样条款的契约。同时，在一些残缺严重的契约中，仍有可能包含着这样的条款。可见，“听掣家资杂物”是当时契约中的一个普遍约定。这些条款一般表述为：“听掣家资杂物”、“牵掣家资杂物、口分田桃（萄）”、“一任牵掣家资、牛畜”、“任掣夺家资杂物用充麦粟直”等。[2]（P333 - 413）就此而言，唐《杂令》中的以“家资”抵当，实践中表现为一种事先的约定。即在契约中，当事人要据实指出债务人家资的范围，并要指出其抵当的方式。如前所述，家资的可能的抵当方式，本来可以有两种，而契约中却无一例外地指明要“听”、“任”牵掣。由债务人主动给付的情形，在这一强行条款下，实际上没有了余地；由可以主动行使的权利，变成了只能被动履行的义务，即只能“听”、“任”债主牵掣。那么，牵掣财物的前提条件是什么？在各类契约中是如何约定的？

考察牵掣财物条款，其约定的具体情形是：7 个出现于无息借贷，牵掣意味着只涉及本金；11 个出现于有息借贷，牵掣意味着包括了本和息；4 个出现于附条件的有息借贷，即到期不还始生利，牵掣也意味着包括了本和息；2 个出现于先有利息，到期不还又生利，牵掣也意味着包括了本和息；17 个出现于到期不还生利加倍，牵掣也意味着包括了本和息。前 1 个属于一类，后 4 个属于另一类。第 3 种契约是从无息借贷转化为有息借贷的，第 5 种契约是第 3 种契约的变形，也是从无息借贷转化为有息借贷的；第 4 种契约是第 2 种和第 3 种契约的复合，有息借贷到期不还又生利息，是双重利息。

在纯粹的无息借贷契约中，牵掣的条件是违限不还。《吐蕃寅年（八三四年）敦煌阴海清便麦粟契》云：“如违限不还，即任掣夺家资杂物用充麦粟直”。[2]（P368）这一约定条款，与《唐律疏议》卷二六《杂律》负债违契不偿条的“违约乖期不偿”很容易发生冲突。按律，可以进行“一匹以上，违二十日笞二十，二十日加一等，罪止杖六十；三十匹加二等，百匹又加三

这一习俗的最早文献记载是《高昌六世纪后期 奴隶新契》，其中约定：债务人“若前却不上（偿），听[掣]家资”，平为新[薪]直。”见张传玺主编：《中国历代契约汇编考释》（上册），北京大学出版社 1995 年版，第 90 页。

等”的处罚，并“各令备偿”，又打又罚。而按合同约定，则又可以依据《唐律疏议》卷二六《杂律》负债强牵财物条规定，对其“违契不偿，应牵掣者，皆告官司听断”，行使司法救济的请求权，即只罚不打。在这里，关键是如何理解“应牵掣者”的含义。是将其理解为契约必须有此事先约定？还是理解为即使无约定，只要出现非牵掣即无履行能力即为实质上的“应牵掣者”？同样，律中的“各令备偿”，也需要解释。实际上，“备偿”到最后，不能不包含牵掣财物。

在各类有息借贷契约中，情况大抵相同，一般也以违限为条件。比如，在附加条件的有息借贷契约中，违限可能是首先产生利息，表明该无息借贷契约向有息借贷契约转变；若再不还，才产生牵掣家资问题。《唐麟德二年（六六五年）高昌张海还、白怀洛贷银钱契》一款云：“贷取银钱肆拾捌文，限至西州十日内还本钱使了。如违限不偿钱，月别拾钱后生利钱壹文入左。若延引注托不还钱，任左牵掣张家资杂物、口分田、桃（萄），用充钱直取。”[2]（P338 - 339）这时，~~和~~延宕唐麟德二年高昌海还白怀洛契言，~~耗~~耗而不履行偿还义务，就可以牵掣家资。

有息借贷契约的牵掣细节，是个值得说明的问题。唐《杂令》中的“官为理”，未提及出举的~~负~~负借不偿问题；唐律中虽有“负债违契不偿”，却仅指“非出息之债”。实践中，出息之债（即出举）不偿，在以家资负责的情形下，债权人除了模仿“非出息之债”而强牵掣债务人财物的自力救济外，还有请求司法救济一途。通过诉诸诉讼，而请求国家强制执行，以实现契约中“延引不还，听掣家资杂物，平为钱直”的条款约定。告官请求执行，有出土的出举契约为证~~财~~财

一个叫做“继”的官员的判词是：

先状征还，至今延引，公私俱慢，终是顽狠，追过对问。九日。继。[3] (P3)

该案已搞不清是出举还是非出息之债，债务人也是“频索付，被推延”，总之是应当追征。官员“继”对债务人“延引不还”不满，也对前此官员的处理不满意，故称“公私俱慢，终是顽狠”，要求“追过对问”。可能的结果，是官府代为追索，直至牵掣家资。

但牵掣财物一事，契约中的违法约定也有很多。这就是明确地说“有剩不追”。《唐大历十七年（七八二年）于闾霍昕悦便粟契》云：“如违限 [不还]，一任僧虔英牵掣霍昕悦家资牛畜，将充粟直。有剩不追。”[2] (P356)《唐建中三年（七八二年）于闾马令庄举钱契》云：“如不得，一任虔英牵掣令庄家资牛畜，将充钱直。有剩不追。”[2] (P357)《吐蕃卯年（八二三年）敦煌马其邻等便麦床契》：“牵掣家资杂物牛畜等，用充（佛）麦。其有剩，不在论限。”[2] (P362)《吐蕃某年敦煌赵卿卿便麦契》：“掣夺家资杂物，[用]充麦直。有剩不在论限。”[2] (P403)《吐蕃某年敦煌僧神寂等便麦契》：“掣夺房资什物，用充麦直。有剩不 [在] 论限。”[2] (P404) 这 5 个契约约定，明显违背《唐律疏议》卷二六《杂律》禁止“牵掣财物超过本契”的规定精神。

2. 役身折酬与良人质债成奴婢问题

唐代《杂令》规定出举的法定履行方式之一有“役身折酬”。但在唐代契约中，却缺乏有关役身折酬的条款。但既有法律规定，实践中就不可能不存在。在逻辑上，役身折酬应存在于“家资”穷尽（牵掣之后尚且不足）之后。但实践中却是“牵掣……有剩不追”，对家资的不足于抵当债务，人们并不担心。而在实际中，由于债务问题（也包括役身折酬在内）而用良人质债，并使之成为事实上的奴婢，已经成为一个严重问题。

唐《杂令》规定“役身折酬”，对于如此折债是否会造成债务奴隶，国家似乎并不担心。因为在理论上，一则“役身”是为“折酬”，酬尽而止；二则又有仅限一本一利并且“不得回利为本”，似又可保证不会使负债者处于长期受奴役地位而成为事实上的奴隶。但实际上这一履行方式大有问题。在质债方面，唐律禁止以良人为奴质债。《唐律疏议》卷二六《杂律》：“诸妄以良人为奴婢用质债者，各减自相卖罪三等，知情而取者，又减一等。”但民间“质债”或“典贴”，却多系良人。《韩昌黎集》卷四有《应所在典贴良人男女等状》：“右准《律》不许典贴良人男女作奴婢驱使。臣往任袁州刺史日，捡到州界内得七百三十一人并是良人男女，准《律》例计庸折值，一时放免。原其本末，或因水旱不熟，或因公私债负，遂相典贴，渐以成风。名目虽殊，奴婢不别，鞭笞役使，至死乃休。既乖律文，实亏政理。”则“因公私债负”而为人质者，是债务奴隶的一大来源。按《唐律疏议》卷二六《杂律》：“诸妄以良人为奴婢用质债者……，仍计庸以当债直”，律对此问题的处理，是比照“役身折酬”方式进行的。韩愈也确实是按律行事的，所谓“准《律》例计庸折值，一时放免”，也就是依准役身折酬而处理的。

（二）在利息问题上

11 关于出举月利率问题

唐朝官府常平仓出举利息，据唐广德三年（765年）交河县的5个举借牒，4件分别称“依官数收纳”、“官征收本利”、“依官法征 [利]”、“依官生利”，第5件《唐广德三年（七六五年）交河县苏大方等连保请举常平仓粟牒》，则称“上件粟，至十月加叁分纳利者”，[2] (P413) 是其月利息为3分，即3%，未超过唐《杂令》的月利6分（开元后改为月利“官本五分收利”）的禁限。而民间借贷，利息问题颇大。属于唐《杂令》“出举私契取利过正条”的情形较多。

唐末五代时敦煌贷绢、麦，利息均以实物表现，而且期限长短也不同，计算较难。如贷1匹生绢，数月或年利，麦粟4硕（共4例），这是比较普遍的利息，也有“利头”为1个毡子的；有贷縠1匹，4个月利息为1张羊皮的；也有贷绢1匹，利息縠1、布1者；有贷褐3个月，借3

段还4段者，有借4段还6段者；有贷绢绫，出使回来，还立机2匹者；有贷绢1匹，经商回来，利息縑1匹者；有贷绢1匹，利息20两者；有贷绢1匹，充使回来，利息立机1匹者，则又是期限不太确定的。[2] (P333 - 359)

可以较明确地计算出利率的，则有如下一些契约。吐鲁番地区《唐某年高昌刘 达举麦契》云：“举〔青麦〕五斗，加柴生利。青麦五斗……本利共还壹硕。”[2] (P352) 是高于法令限定的月利6分，比之前述官府常平仓利率，高出一倍还多。与此利率相近的举钱契，有敦煌所出《唐建中七年（七八六年）于阗苏门梯举钱契》，[2] (P358 - 359) 月利为616%。而在吐鲁番地区，除了举借铜钱还粟縑（1例），已难以确定其利息量，其余有明确利率者：出举银钱月利分别为10%（共7例）、1215%（1例）、15%（1例），贷麦月利10%（1例），举练月利1313%（1例），均超出法令月利6%的限定。而敦煌出土唐大历十六年（781年）龟兹举钱契，月利更达20%（共2例）。[2] (P333 - 359)

另外，关于“乡原例”，在唐代，也称做乡元、乡愿、乡源，指本乡惯例。敦煌契约及吐鲁番契约中都有。敦煌地区契约，如《辛巳年（九二一年）敦煌郝猎丹贷绢契》：“若于限不还者，便著（看）乡原生利。”[2] (P379) 《癸未年（九二三年）敦煌沈延庆贷碟契》：“于月还不得者，每月于乡元生利。”[2] (P381) 《乙酉年（九二五年）敦煌张保全贷绢契》：“其绢限至来年立契月日当须填还。若于限不还者，准乡原例生利。”[2] (P383) 吐鲁番地区契约，如《武周长安三年（七 三年）曹保保举钱契》：“月别依乡法生利入史。月满依数送利。”[2] (P348) 据学者推测，西州举钱生息原有的惯例可能是月息10%。[4] (P399) 这就是说，乡原例也是超出了法律规定的月利6%界限的，而与大多数写明了利息率的银钱借贷的利息是相同的。

21 关于利息过本一倍及回利为本问题

一般来说，利息率超过法律令限定，就可能使总利息超过借贷本金，只要期限相对较长的话。而利息过一倍的情况，据举契原件显示，在契约订立时就存在。可见它已表现为一种违法约定。《唐大历十六年（七八一年）龟兹杨三娘举钱契》和《唐大历十六年（七八一年）龟兹米十四举钱契》中便有这样的规定，两个契例各“举钱壹千文，每月息贰分，限壹年，本利并纳”，[2] (P354 - 355) 则其总利息额为1200文，超过本钱数额200文。这种公然违法的约定，是比较极端的情形。

就总体情况而言，许多契约都努力不超过一本一利这一禁制。比如，便麦契约，从3月至秋天，5个多月，取一本一利（1例）；便麦粟契约，3个多月，一本一利（1例）；贷绢，出使回来，一本一利（1例）。[2] (P333 - 359) 实际上，前述的17个有关牵掣财物的到期不还加倍生利的契约约定，如《吐蕃卯年（八二三年）敦煌马其邻等便麦縑契》所言：“便仆（汉）〔斗〕〔麦〕捌硕，……如违〔限〕〔不〕还，其麦请陪（赔）为壹拾陆硕”，[2] (P362) 也未始就不具有不超过一本一利限制的用意，尽管这种倍赔已经是惩罚性条款。

国家在许多场合努力维护一本一利的取息原则。《唐会要》卷八八《杂录》云：“宝历元年（825年）正月七日敕节文：‘应京城内有私债，经十年已上，曾出利过本两倍，本部主及元保人死亡，并无家产者，宜令台府勿为征理。’”其中“曾出利过本两倍”，指即使本钱尚未归还，已

非敦煌身
较原契
敕文云：
未辩计；
能就是“
尔此为“
止还一本
，止还一
准使。”
将多取利



，是法律所禁止的。南宋《庆元条法事类 杂门 出举债负
行... 仍不得准折价钱”，即是指此。

四 在保人代偿问题上

举债中的保人履行代偿责任的条件，一般表述是“身东西
亡”等。沙知先生以为，这里实际表达的是两层意思。“东西
是死”诗词。[5]（P390）则所谓保人责任，一是保证债务人
；二是在债务人死亡情况下，由保人代偿。

保人代偿条款，在契约中占有很高的比例。在前述的 76 个
可见，由保人提供担保，并要求保人作为从债务人承担代偿责任
纯粹由外人做保人的，在契约中一般写做“如取钱后，若
[2]（P354）或“如中间身不在，一仰保人代还”。[2]（P375）

博得了“好义”之名。如东汉以来某些人的行为。 免除债务是义举，而不是被从正面阐发的法

十六年闰五月，“免郡县淳熙十四年以前私负。十五年以后，输息及本者亦蠲之。”《元史·刘秉忠传》：上书世祖云：“今宜打算官民所欠债负，若实为应当差发所借，宜依合罕皇帝圣旨，一本一利，官司归还。凡陪偿无名虚契所负，及还过元本者，并行赦免。”

在这期间，全面免除私债的赦文也是有的，但不构成主流。南宋淳熙年间有一个类似的赦文：“凡民间所欠债负，不以久近、多少，一切除放”，后来的沈家本曾评论曰：“民间债负乃私有之权，本不应在赦中。赦本非美事，此尤为失之甚者。”[6]（P773 - 774）沈家本正视私人财产权，力图扭转当时贱视民间私有权的传统观念，这自是他那个时代西学东渐之后的新见地。这个批评，用来评价五代时期的全面免除私债的赦文，也是适用的。但这都已是后话。

参考文献：

- [1] 戴炎辉. 中国法制史 [M]. 台湾：台湾三民书局，1966.
- [2] 张传玺. 中国历代契约汇编考释：上册 [M]. 北京：北京大学出版社，1995.
- [3] 王震亚，赵莹. 敦煌残卷争讼文牒集释 [M]. 兰州：甘肃人民出版社，1993.
- [4] 王启涛. 中古及近代法制文书语言研究——以敦煌文书为中心 [M]. 成都：巴蜀书社，2003.
- [5] 季羨林. 敦煌学大辞典 [Z]. 上海：上海辞书出版社，1998.
- [6] [清] 沈家本. 历代刑法考：第二册 [M]. 北京：中华书局，1985.

责任编辑：徐 岱

The Relation between Contract and Law in Ancient China : An Inquiry into Contact of Borrow and Lend in Tang Dynasty

HUO Cunfu

(Law School , Jilin University , Changchun , Jilin , 130012)

Abstract : The legal regulation and direction on contract in ancient China is in the following way: the civil affairs were partly adjusted by customs and partly by law. The state acknowledged the status of private contract and rules about it. The laws and practices in the contact of borrow and lend show that contents and activities of contract were processed under law. The state, expressed the limitation of freedom of contract by accepting and hearing a case or not; set up procedural and substantial rights and duties on disposal of pledged assets and the obligation of guarantor; and the law are always connected with acts. Meanwhile, in practice, both observations and conflicts existed in the contents of contracts to the law. In areas such as form of performance, limits of interests and guarantor's performance conflicts are more obvious. Immunity clauses exist in some contracts to solve the obligation that state assumed against a private party.

Key words : ancient contract ; law (by a state) ; laws in Tang Dynasty ; contact of borrow and lend