

项目追踪

w . k . e

基金项目：教育部人文社会科学重点研究基地·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(01JAZD820001)。

作者简介：霍存福（1958-），男，河北康保人，法学博士，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

www.k.ne

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。

处罚，并“各令其家资充抵”。而按合同约定，则又可以依据《唐律疏议》卷二六“负债强牵财物”条：“其有牵掣不偿，应牵掣者，皆告官司听断”，行使司法救济的请求。即只罚不打。在理解“应牵掣者”的含义。是将其理解为契约必须有此约定？还是理解为契约中未出现非牵掣即无履行能力即为实质上的“应牵掣者”？

唐律中的“各令备偿”实际上，“备偿”到最后，不能不包含牵掣财物。唐律中，违限可能是“应牵掣家资”的条件。比如，在附加条件的有息借贷契约中，违限可能是“应牵掣家资”的条件。比如，在附加条件的有息借贷契约中，违限可能是“应牵掣家资”的条件。比如，在附加条件的有息借贷契约中，违限可能是“应牵掣家资”的条件。

《唐律疏议》卷二六“负债强牵财物”条：“其有牵掣不偿，应牵掣者，皆告官司听断”。唐《杂令》中的“官为理”，未提及出举契约的牵掣细节，是“官为理”的问题。唐《杂令》中的“官为理”，未提及出举契约的牵掣细节，是“官为理”的问题。唐《杂令》中的“官为理”，未提及出举契约的牵掣细节，是“官为理”的问题。

唐《杂令》中的“官为理”，未提及出举契约的牵掣细节，是“官为理”的问题。唐《杂令》中的“官为理”，未提及出举契约的牵掣细节，是“官为理”的问题。唐《杂令》中的“官为理”，未提及出举契约的牵掣细节，是“官为理”的问题。

唐《杂令》中的“官为理”，未提及出举契约的牵掣细节，是“官为理”的问题。唐《杂令》中的“官为理”，未提及出举契约的牵掣细节，是“官为理”的问题。唐《杂令》中的“官为理”，未提及出举契约的牵掣细节，是“官为理”的问题。

唐《杂令》中的“官为理”，未提及出举契约的牵掣细节，是“官为理”的问题。唐《杂令》中的“官为理”，未提及出举契约的牵掣细节，是“官为理”的问题。唐《杂令》中的“官为理”，未提及出举契约的牵掣细节，是“官为理”的问题。



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，经商回利息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，则又不太确定的。[2] (P333 - 359)

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》：“[青麦]五斗，加柴生利。青麦五斗……本利共还壹硕。”[2] (P352) 是高于法的月利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%。而在吐鲁除了举借铜钱还粟（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10%（共7例）、1215%（1例）、15%（1例），贷麦月利10%（1例），举练月利（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20%（共2例）。[2] (P333 - 359)

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，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。

利息过一倍即回利”问题

利率起于法律限定，就可能使总利息超过借贷本金，只要期限相对较长的过一倍的情况。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

六年六月，主都... 纳... 文，计六个月，... 额... 文。这种公然违法的... 极端的... 兄而言... 如，... 从3... 秋... 取一... 利... 绢，... 回... 1例... 不还... 生... 如... 等... 所... 斗... 也未... 不具

合努力维护... 乡原... 《会要》卷八八《杂录》云：“宝历元年敕节文：‘应京... 上，曾出利过本两倍，本部主及元保人宜令台府勿为征... 中... 出利过本两倍’，指即使本钱尚未归还，已

契”，如《吐蕃某年敦煌某人便麦粟契》，再次约定的违限不纳、麦粟请倍（赔），[2]（P408）虽未过一本一利，但较原契约肯定变严了。前一个契约经过了一个“算会”。按前述唐开成二年（837年）八月二日敕文云：“今后应有举放，又（及）将产业等上契取钱，并勒依官法，不得五分以上生利。如未辩计会，其利止于一倍，不得虚立倍契，及计会未足，抑令翻契，回利为本。”“算会”可能就是“计会”。法律的立场是“不得虚立倍契”，也不得“抑令翻契，回利为本”。后来的元朝称此为“续倒文契”。元世祖忽必烈于中统二年（1261年）下旨：“民间私借钱债，验元借底契，止还一本一利。其间虽有续倒文契，当官毁抹，并不准使。若先有已定还数目，前后通同照算，止还一本一利。”至元三年（1266年）圣旨重申：“债负止还一本一利，虽有倒换文契，并不准使。”至元十九年（1282年），尚书省要求对“再行倒换文契，累算利钱”的回利为本者，“将多取利息追还借钱之人，本利没官，更将犯人严行断罪”；至元二十九年

www.c k n t

产”，是为法律所禁止的。南宋举者，……仍不得准折价钱”，[1]

(四) 在保人代偿问题上

举契中的保人履行代偿责任不来”等。沙知先生以为，这里则是死的诗词。[5] (P390) 则代偿；二是在债务人死亡情况下，

保人代偿条款，在契约中占可见，由保人提供担保，并要求

纯粹由外人做保人的，在契[2] (P354) 或“如中间身不在

事类 杂门 出举债负》载《关市令》云：“诸以财物出

一般表述是“身东西不在”、“身东西不平善”、“身东西约是两层意思。“东西”意为“逃避”、“逃亡”；“不在”任，一是保证债务人不逃亡（所谓留住），逃亡即得代偿。

比例。在前述的 76 件举契中，62 件具有这样的条款。从债务人承担代偿责任，是当时的常态。

写做“如取钱后，东西逃避，一仰保人等代 [还]”，代还”。[2] (P375) 其保证内容，既有留住保证，又

W
k.n



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