

關注正在崛起的中國

Focus on Rising China

美中法律評論

二〇〇四年十二月號
總第一卷，第一期(總第一期)

China Business Review (Journal), Inc., USA
美國中國經濟評論期刊公司出版/月刊

華盛頓批准 紐約出版
海內外發行 歡迎訂閱

主要內容

西法東漸與法治文明：

中西法律文化比較研究的現代意蘊

吉林大學法學院 張文顯 清華大學法學院 許章潤 中山大學法學院 劉星

法律方法論的意義

山東大學威海分校法學院

陳金釗

法律碩士、法科大學院制度的創設與中日法律實務教育改革——中、日繼受美國Law School制度的比較

中國人民大學法學院

丁相順

人與文化和法——從人的文化原理看中西法律文化交流的可行性與難題及其克服

中國政法大學法律史研究中心

張中秋

法律的信仰基礎——一個中西比較的觀察

北京大學法學院/中山大學法學院

任強

論中國古代契約與國家法的關係——以唐代法律與借貸契約的關係為中心

吉林大學法學院

霍存福

小事鬧大與大事化小：

解讀一份清代民事調解的法庭記錄

中山大學法學院

徐忠明

西方司法制度中“人本主義”精神的顯現及其啟示

南京大學法學院

楊春福

倫理與刑法：中西刑法傳統的倫理比較

中南財經政法大學法學院

範忠信

中西法律文化的對比——韋伯與滋賀秀三的比較

國立臺灣大學社會學系

林端



國際統一刊號(ISSN): 1548-6605

主辦: USA-China Entrepreneur Associates, Inc., USA

聯合主辦: [Http://www.usa-review.org](http://www.usa-review.org);

支持單位: [Http://www.economists.org.cn](http://www.economists.org.cn);

協辦單位: [Http://www.managers.org.cn](http://www.managers.org.cn);

本刊所有登過文章及本期文章均可通過中國法學家網 [Http://www.jurist.org.cn](http://www.jurist.org.cn) 閱讀, 歡迎瀏覽, 下載請注明出處

美國美中企業家協會

美國美中經濟評論網

中國經濟學家網

中國管理名家網

ISSN 1548-6605



9 771548 660049

12

目 錄

西法東漸與法治文明:中西法律文化比較研究的現代意蘊 吉林大學法學院 張文顯 清華大學法學院 許章潤 中山大學法學院 劉星	1	中國古代買賣契約的效力與羅馬法的比較研究 吉林大學法學院 王宏慶	78
法律方法論的意義 山東大學威海分校法學院 陳金釗	4	關係主義與法鎖 ——中西契約效力思考的新視角 吉林大學法學院 孫良國	84
從比較論走向互動論 ——關於法律文化研究範式轉換的初步設想 吉林大學法學院 黃文藝	11	敦煌吐魯番契約中“悔”的含義及適用範圍 吉林大學法學院 王成偉	90
反思法律史研究中的“類型學”方法 ——中國法律史研究的另一種思路 中南財經政法大學法學院 陳景良	15	略論敦煌吐魯番契約中的“鄉元生利” 吉林大學法學院 王成偉	94
法律碩士、法科大學院制度的創設與中日法律實務教育改革 ——中、日繼受美國 Law School 制度的比較 中國人民大學法學院 丁相順	21	吐魯番回鶻文借貸契約研究 吉林大學法學院 章燕	96
“刑官”的知識結構解析 吉林大學法學院 任喜榮	24	吐魯番回鶻文買賣契約分析 吉林大學法學院 王宏慶	103
明代訟師秘本研究 吉林大學法學院 潘宇	34	吐魯番回鶻文租佃契約的考察 吉林大學法學院 武航宇	110
人與文化和法——從人的文化原理看中西法律文化交流的可行性與難題及其克服 中國政法大學法律史研究中心 張中秋	38	小事鬧大與大事化小: 解讀一份清代民事調解的法庭記錄 中山大學法學院 徐忠明	115
論中國古代法律生活中的“情理場” ——從《名公書判清明集》出發 吉林大學法學院 鄭勇	41	西方司法制度中“人本主義”精神的顯現及其啓示 南京大學法學院 楊春福	135
法律的信仰基礎——一個中西比較的觀察 北京大學法學院/中山大學法學院 任 強	47	本是同根生 相去何其遠 ——英國陪審制與歐陸糾問制探源 中南財經政法大學法學院 程漢大	140
“陰陽”與“因果” ——從民族思維模式對中西方法律文化的一種解析 吉林大學理論法學研究中心 李擁軍 沈陽工業大學文法學院 易玉	53	The Adversarial System- Origin and Practice in the United States with a Comment on Recent Changes in Chinese Criminal Procedure Herbert D. Bowman Indiana University	146
日本近代移植西方法之研究 中山大學法學院 丁艷雅	57	倫理與刑法:中西刑法傳統的倫理比較(寫作綱要) 中南財經政法大學法學院 範忠信	149
論中國古代契約與國家法的關係 ——以唐代法律與借貸契約的關係為中心 吉林大學法學院 霍存福	63	得形忘意:中國當前制定民法典的前鑒與省思 中國社會科學院法學研究所 蘇亦工	151
古中國與古羅馬契約制度與觀念的比較 吉林大學法學院 霍存福	71	中西法律文化的對比——韋伯與滋賀秀三的比較 國立臺灣大學社會學系 林端	155
		體制轉變國家之法整備支援 日本名古屋大學法學研究科 宇田川 幸則	175
		移植法與本土資源的克裏奧耳 ——中西法律文化的相遇 日本北海道大學法學院 鈴木賢	176

主辦: USA-China Entrepreneur Associates, Inc., USA 出版: China Business Review(Journal), Inc., USA

本刊網上收稿/投稿、網上審稿/編輯,歡迎投稿/訂閱 主編:美國美中企業家協會 袁天祐會長

編輯部成員: Karin-Irene Eiermann 袁海雲 成傳鋒 程喆 李春艷 胡媛媛 徐錦堂 彭先偉

法律顧問:美國新澤西州胡知宇律師樓胡知宇律師;美國紐約市李進進律師樓李進進律師

本刊地址: 135-29 40th Rd, Suite3A, Flushing, NY11354, USA 網址: <http://www.jurist.org.cn>(美國中國法學家網)

支持: <http://www.usa-review.org>(紐約美中經濟評論網); <http://www.economists.org.cn>(中國經濟學家網); <http://www.managers.org.cn>

(中國管理名家網); <http://www.china-review.org>(美國中國經濟評論網); Tel: 001-718-358-5658; Fax: 001-718-358-5688

Email: usa@jurist.org.cn; china@jurist.org.cn; chinareview@china-review.org; usareview@usa-review.org

投稿須知: 投稿請用簡體漢字或方正書宋繁體 WORD 格式以電子郵件附件形式發送, 投稿必復, 本刊歡迎各類法學文章投稿。

論中國古代契約與國家法的關係

——以唐代法律與借貸契約的關係為中心

吉林大學法學院 霍存福*

摘 要:探討法律與契約的關係,是我們研究“諸法合體,民刑不分”的古代中國社會民事法律的一個重要課題。為了弄清法律是否規制或者說指導了契約,以及其指導程度的問題,本文從以下兩個方面加以討論:其一是法律規制之下的契約活動,其二是實踐中契約對法律的遵守問題。通過以上的討論,筆者得出的結論是肯定的

關鍵詞: 古代法律 民間契約 借貸契約 法律規則

古代中國的法律尤其是民事方面的法律留存較少,法律與契約的本來關係難以清晰看到。但透過一些資料,仍可尋覓到某些線索和痕迹。

法律與契約內容、契約活動的關係,是研究中國古代契約時無法繞開的一個問題。那麼,中國古代法律是否規制或指導了契約內容與契約活動呢?答案是肯定的。

探討法律對契約的規制或指導的範圍與程度,應當首先看法律對民間契約的總體態度。古代法律(如唐代律令)有意造成這樣一種局面:民間事務部分靠習俗調整,部分則由法律調整。國家承認“私契”的地位,允許“私契”在民間的存在,並承認它的規則。唐令之中,“私契”是個使用率較高的專門術語,民間契約中也使用這一概念。遺留下來的古法佚文對借貸契約的有關規定,比較典型,也比較集中。我們的分析,將從此進行。

一、法律規制下的契約活動

唐代法律對契約活動的規制,以借貸契約最為典型。

唐代《雜令》的“公私以財物出舉”條,比較全面地規定了有息借貸契約(出舉)的訂立、利息禁制、履行方式、司法救濟、質押物處理、保證責任等,同時也兼及無息借貸契約(非出息之債)的司法救濟問題。《宋刑統》卷二六《雜律·受寄財物輒費用》門載其全文為:

諸公私以財物出舉者,任依私契,官不為理。每月取利,不得過六分。積日雖多,

不得過一倍。若官物及公廩,本利

停訖,每計過五十日不送盡者,餘本生利如初,不得更過一倍。家資盡者,役身折酬。役通取戶內男口。又不得回利為本(其放財物為粟麥者,亦不得回利為本及過一倍)。若違法積利、契外掣奪及非出息之債者,官為理。收質者,非對物主不得輒賣。若計利過本不贖,聽告市司對賣,有剩還之。如負債者逃,保人代償。

該條內容比較複雜。我們試將其分為四個層次進行分析。

(一)“官不為理”

依《雜令》,國家對有息借貸和無息借貸“私契”,分別採取了“官不為理”和“官為理”兩種不同的態度。對“官不為理”和“官為理”,學者理解不同。但這裏的前後兩個“理”字,含義並不相同。

關於“官不為理”,《雜令》雲:“諸公私以財物出舉者,任依私契,官不為理。”這裏的“理”,戴炎輝先生解作“受理”,似不確切,而應解作“介入”或“干預”。故“官不為理”,確解應是官府不介入、不干預。但“官不為理”絕不是無論鬧到什麼程度,或無論如何做,國家都不介入、不干預。而是說,國家對有息借貸(即出舉),無論其是“公”家(即官家,指下文“官物及公廩”)與私人之間締結的契約,還是私人雙方之間締結的契約,概屬於“私契”範疇,國家既不參與、干預其訂立過程,也不參與或干預其正常履行。故“任依私契,官不為理”,一指不介入契約訂立,二指不干預其正常履行。關於該種契約的正常履行方式,《雜令》下文是有規定的:“家資盡者,役身折酬”,即首

先是以“家資”抵當,其次是以“役身”折抵。理論上是以家產負責在先,以身役負責在後。而後續規定是“役通取戶內男口”,則是又不得涉及女性。“役身折酬”的履行條件必須是“家資盡者”。

從《雜令》文意看,國家對有息借貸的不干預、不參與,有兩個限定條件。這兩個條件,一是最高利息率的限制:“每月取利,不得過六分”;二是利息的總量控制:“積日雖多,不得過一倍”,即利息總量不得超過本金。“公”家參與私契訂立(作為貸方)者,稍微特殊些:“若官物及公廩,本利停訖,每計過五十日不送盡者,餘本生利如初”,但利息總量的要求仍是“不得更過一倍”。

在本金與利息的關係上,《雜令》又規定:“又不得回利為本(其放財物為粟麥者,亦不得回利為本,及過一倍)。”這是說,利息不能返折為本金,重新生利,即禁止復利;同時,借貸無論以財物²償還或以粟麥償還,雖過時限,利息累計不得超過本金,即不能過一倍。

這裏,如果我們稍加留意,就可以注意到:所謂的“任依私契,官不為理”,為“私契”在約定方面留下了這樣的空間:第一,出舉的期限,一月或數月,一年或數年,法律是不作規定或要求的,也就意味著從民間習慣或依從當事人約定;第二,在“財物”的範圍內,法律也不限定借貸標的物的類別與數量,借貸物品的類型及額度都由當事人說了算;第三,法律限定之外的當事人約定,也應解作法律不作干涉。至於所謂主體問題,這裏雖未作限定,但根據唐《雜令》

*霍存福,吉林大學法學院院長,教授,博士生導師;地址:長春市林園路1788號,郵編:130012;電話:0431-5166051;E-mail:huocunfu@citiz.net.

“家長在”條的規定，子孫弟侄等無權“質舉（以奴婢、六畜、田宅及余財物私自為質而舉借）”，³也就意味著不得貸入，貸出似也可。

因而，對於有息借貸（出舉），國家給予了一定的空間，允許民間的大量的營利行為在一定範圍內存在，只要不違背國家的節制就可以。出土契約顯示，取利的借貸，所占的比例是很高的，遠遠超過非營利性借貸，恰恰反映了這一空間是實際存在的。

同樣，《雜令》“以粟麥出舉”條還規定：“諸以粟麥出舉，還為粟麥者，任依私契，官不為理。仍以一年為斷，不得因舊本更令生利，又不得回利為本。”⁴這個關於糧食的特種借貸，套用了前述的一般規定，法律的態度仍然是“任依私契，官不為理”；但在期限上有限定，即只能以一年為斷；一年之後不得再生利（其高限也當是一本一利），且不得以利充本復再生利。對糧食借貸的出舉生利期限的限定，當與這類借貸的特征一般是用于種子或食用，以及其對於農人的重要影響，有密切關係。國家保護弱小農民的立場，可以概見。

此外，《雜令》“出舉取利過正”條還規定：“諸出舉，兩情和同，私契取利過正者，任人糾告，本及利物并入糾人。”⁵這個鼓勵告奸、重點懲罰貸出方（同時也懲罰了貸入方）的救濟手段，也是出于保證利息率、利息總量不超過最高限制的意圖。即使當事人情願，是事先約定，利息率仍不得高于限制，也不得“過一倍”以及“回利為本”。

（二）“官為理”

《雜令》雲：“若違法積利、契外掣奪……官為理”，這裏的“理”，可以解作“受理”，是“介入、干預”，官府在此是要作出判決的，即國家從“官不為理”的不介入、不干預轉入到“官為理”的介入、干預。這是因為，一方面，“官為理”的發生時間，是在契約履行有了問題之後出現的，針對的是契約或違反了利息率規定，或違反了利息總量控制規定，或違反了禁止復利的規定，以及超出了契約內容進行非法履行等行為的。首先，“違法積利”的“官為理”，既包括了月利超過法定的六分（6%），契約在訂立時就違法了，又包括總利息量超過一倍者，還包括“回利為本”的情形，後兩者都是在契約履行過程中出現的違法情事（前者在立約時就違法了，但只能在履行過程中才可能被發現和糾正）。其次，“契外掣奪”的“官為理”，是指在以“家資”負責的前提下，“強牽掣財物過本契”。在

這方面，律文中的嚴格限定，與此相銜接。《唐律疏議》卷二六《雜律》規定：“諸負債不告官司，而強牽財物，過本契者，坐贓論。疏議曰：謂公私負債，違契不償，應牽掣者，皆告官司聽斷。若不告官司而強牽掣財物，若奴婢、畜產，過本契者，坐贓論。若監臨官共所部交關，強牽過本契者，計過剩之物，准‘于所部強市有剩利’之法。”⁶准此，則牽掣債務人財物應須告官聽斷，不告而牽掣即是“強”；強牽財物超過契約標的物數額者，依其超過數額論罪；不超過者，不以“坐贓”論罪，但似應以“不應得為”罪處罰；官員犯此，則加重處罰。

《唐律疏議》卷二六《雜律》負債強牽財物條疏議，沒有限定這裏的“負債”是限于“非出舉之物”，與《唐律疏議》中該條的上條“負債違契不償”條限定“負債”僅限于“非出舉之物”不同。這裏的沒有限定，似不是疏忽，而是有意不作限定。在理論上，它既應包括“出舉之物”，也包括“非出舉之物”。雖然《令》文是針對出舉的，但《律》文則包含了“出舉之物”和“非出舉之物”即有息借貸和無息借貸兩種情形。

這個方面的“官為理”，都是與對有息借貸的限制或禁制相關的，國家的受理明顯是要行使司法權。

另一方面，對“非出息之債者，官為理。”這裏的“理”，同樣可以解作“受理”。但這個“為理”，不是在簽訂契約時的“介入、干預”，同樣是國家行使司法權的受理。即對於使用借貸以及對於消費借貸但無利息者，官府干預其償的履行。唐人顏師古在對《漢書·淮陽憲王欽傳》之“負責（債）數百萬”作注時說：“責（債），謂假貸人財物，未償者也。”表明唐代的“債”或“負債”，是總括了假與貸的。而唐《雜令》的“非出息之債者，官為理”，是與律文規定相銜接的。按《唐律》卷二六《雜律》：“諸負債違契不償，一匹以上，違二十日笞二十，二十日加一等，罪止杖六十；三十匹加二等，百匹又加三等。各令備償。”疏議在解釋時說：“負債者，謂非出舉之物，依《令》合理者。或欠負公私財物，乃違約乖期不償者，一匹以上，違二十日笞二十（中略），若更延日及經恩不償者，皆依判斷及恩後之日，科罪如初。”律文的“非出舉之物”，即《雜令》之“非出息之債”。由律文可知，《雜令》之“官為理”，只是一個原則；而律文限定，則是解決一定量的標的物（價值相當于一匹絹）的契約“違約乖期不償”問題的。這樣，一匹絹以下，按《令》應受理，按《律》無明文。依唐律原

則，似應科違令罪或不應得為罪。“違契不償”被進一步解釋為“違約乖期不償”，主要是期限問題。因為對於使用借貸及無利息的消費借貸而言，不存在“違法積利”問題，也不存在“契外掣奪”情事，可能的違約情形就是過期不償。律文規定，違契不償期限滿 20 日始科罪，最高科罰為違契百日不償，這又是進一步的限定了。

這類契約的履行期限，可以理解為任憑當事人雙方約定，當事人在這方面是自由的。國家只以約定的到期日開始計算其是否“乖期”。與出舉一樣，在“財物”的範圍內，法律也不限定這類消費借貸（但無利息）、使用借貸的標的物的類別與數量，借貸物品的類型及額度也應由當事人說了算；法律限定之外的當事人約定，也應解作法律不作干涉。

在這一方面，國家的態度是明顯的：支持民間的非營利性交往，對其互通有無的互助行為給予救濟，其立場顯然是支持提供資源者的貸方。這與國家意識形態的重義輕利的道德觀是一致的。

在此，應當辨明的是，《唐六典》比部郎中員外郎條注，對這類問題的記述有些含混：“凡質舉之利，收子不得逾五分。出息，償過其倍，若回利充本，官不理。”這裏肯定有衍文和錯簡。“質舉”，可能是“舉質”二字互倒（也可能是“出舉”誤為“質舉”），因為唐代後來的《戶部格敕》確實有“舉質”的用法：“天下私舉質，宜四分收利，官本五分生利。”當然，這裏的利息率較前有所降低了，“這是一個發展。另外，“出息，償過其倍”及“回利充本”，利息超過本金及以利充本再生利，正是“官為理”的對象。可能《六典》此處的“官不理”應是“官為理”，“為”字誤為“不”。因為唐代《雜令》正是此意。

（三）質舉（出舉而收質）

出舉而收質（質舉），即質押借貸。《雜令》雲：“收質者，非對物主不得輒賣。若計利過本不贖，聽告市司對賣，有剩還之。”該條只是對質物的處理，規定了原則。而依唐令別條，法律上還有對於質舉主體和程序問題的規定。《雜令》“家長在”條雲：“諸家長在（在謂三百裏內，非隔閩者），而子孫弟侄等，不得輒以奴婢、六畜、田宅及余財物私自質舉及賣田宅（無質而舉者，亦准此）。其有質舉、賣者，皆得本司文牒，然後聽之。若不相本問，違而輒與及買者，物即還主，錢沒不追。”⁷即卑幼不得為質舉主體，即使有時可為主體，也得履行告官批准程序，以保證家長的處分權。這一規定似乎也將可以作為質物的範圍作了規制，即奴婢、六

畜、田宅及余財物等，均可為質物。但在實際上，可作為質物的範圍，不是靠法律規定的，而應理解為是由當事人自由約定的。另外，奴婢可以質債，但律禁止以良人為奴婢質債，以防壓良為賤。《唐律疏議》卷二六《雜律》：“諸妄以良人為奴婢用質債者，各減自相賣罪三等，知情而取者，又減一等。仍計庸以當債直。”這又是與質舉相關的律文。

(四) 保人代償

關於保人責任，《雜令》云：“如負債者逃，保人代償。”這是一種留住保證制與支付保證制相結合的保證責任。即保人的主要責任是保證舉債者不逃亡，以保證債的履行；但若債務人負債而逃，保人應負代償責任，轉入支付保證制。

據此，我們可以總結一下唐令與唐律之間有關出舉契約規定的銜接問題及相關性。可見以下附表。

《雜令》與原理	《雜 令》	《雜 律》
出舉契約訂立及正常履行	出舉任依私契，官不為理	無
月利不過六分；利不過本一倍；不回利為本；	1. 出舉違法積利，官為理； 2. 出舉私契取利過正條，任人糾告，本及利物并入糾人。	無 無
家資可能的抵當方式：或由債務人主動給付，或由債主牽掣	出舉契外掣奪，官為理	諸負債不告官司，而強牽財物，過本契者，坐贓論。
非出舉而不償	非出息之債者，官為理	諸負債（謂非出舉之物）違契（違約乖期）不償，一匹以上，違二十日笞二十，二十日加一等，罪止杖六十；三十匹加二等，百匹又加三等。各令備償。
指名質舉，即以家資抵當。奴隸可用質債	出舉而收質者，非對物主不得輒賣。若計利過本不贖，聽告市司對賣，有剩還之。	諸妄以良人為奴婢用質債者，各減自相賣罪三等，知情而取者，又減一等。仍計庸以當債直。
身役抵折	役身折酬	

應當說，唐代有關出舉的上述制度一直在適用。《唐會要》卷八八《雜錄》載武周長安元年（702年）十一月十三日敕：“負債出舉，不得回利作本，并法外生利。仍令州縣，嚴加禁斷。”堅持了禁制復利和違法積利的立場。唐開成二年（837年）八月二日敕文云：“今后應有舉放，又（及？）將產業等上契取錢，并勒依官法，不得五分以上生利。如未辦計會，其利止于一倍，不得虛立倍契，及計會未足，抑令翻契，回利為本。如有違越，一任取錢人經府縣陳論，追勒得實，其放錢人請決脊杖二十，枷項令衆一月日。如屬諸軍、諸使，亦准百姓例科處。”⁹同樣堅持了最高利率標準、最高利息總量限制和禁制復利的立場。

宋元時期法律基本依唐制。南宋《慶元條法事類·雜門·出舉債負》載《關市令》云：“諸以財物出舉者，每月取利，不得過

肆厘，積日雖多，不得過壹倍。即元借米穀者，止還本色。每歲取利不得過五分（謂每門不得過伍升之類），仍不得准折價錢。”則其月利有所降低，年利也有了限制，但仍堅持最高利息總量一本一利的控制原則。元代制度，據《事林廣記》壬集卷一載《至元雜令》云：“諸以財物出舉者，每月取利，不得過三分。積日雖多，不得過一倍，亦不得回利為本及立倍契。若欠戶全逃，保人自用代償。”除月利率有所降低外，其余與唐制大抵相同。

此外，《慶元條法事類·財用門·理欠》及同上《雜門·出舉債負》都引用了南宋《關市令》，文雲：“諸負債違契不償，官為理索，欠者逃亡，保人代償，各不得留禁。即欠在伍年外，或違法取利及高抬賣價，若元借穀米而另准折價錢者，各不得受理。其收質者，過限不贖，聽從私約。”該條規定顯然突破了《唐律疏

借貸。一種可能是，唐令中也有關於無息借貸也以家資負責的條款；另一種可能是，唐律令在這方面規定不嚴密，有所缺漏。不管怎樣，唐《雜令》以“家資”為抵履行債務的規定，是與唐律的牽掣家資財物相聯系的。以“家資”為抵履行債務的方式，可以理解為：或由當事人主動將家資給付與債主，或由債主牽掣家資。《唐律疏議》卷二六《雜律》“負債強牽掣財物過本契”條允許債權人牽掣債務人財物，但不允許“強牽掣”，更不允許“強牽掣財物超過本契”。律令中的這兩條規定，是民間借貸契約中牽掣財物條款的依據。

牽掣財物習俗，由來已久，而且，最早的牽掣是出現在買賣契約中的，⁹而不只限于買賣契約。可見，唐律也只是沿襲前朝的律令制度。

唐五代時期（包括吐蕃占領敦煌時期）的敦煌吐魯番借貸契約中，包含了“聽掣家資雜物”的條款的契約，所占的比例很高。據我的統計，在76個借貸契約（不計入“請貸牒”）中，共有41個契約中有這樣的條款，這尚不算按照殘文可以判定為具有這樣條款的契約。同時，在一些殘缺嚴重的契約中，仍有可能包含着這樣的條款。可見，“聽掣家資雜物”是當時契約中的一個普遍約定。這些條款一般表述為：“聽掣家資雜物”、“牽掣家資雜物、口分田桃（萄）”、“一任牽掣家資、牛畜”、“任掣奪家資雜物用充麥粟直”等。¹⁰就此而言，唐《雜令》中的以“家資”抵當，實踐中表現為一種事先的約定。即在契約中，當事人要據實指出債務人家資的範圍，並要指出其抵當的方式。如前所述，家資的可能的抵當方式，本來可以有兩種，而契約中却一無例外地指明要“聽”、“任”牽掣。由債務人主動給付的情形，在這一強行條款下，實際上沒有了余地；由可以主動行使的權利，變成了只能被動履行的義務，即只能“聽”、“任”債主牽掣。

那么，牽掣財物的前提條件是什麼？在各類契約中是如何約定的？

考察牽掣財物條款，其約定的具體情形是：7個出現於無息借貸，牽掣意味着只涉及本金；11個出現於有息借貸，牽掣意味着包括了本和息；4個出現於附條件的有息借貸，即到期不還始生利，牽掣也意味着包括了本和息；2個出現於先有利息，到期不還又生利，牽掣也意味着包括了本和息；17個出現於到期不還生利加倍，牽掣也意味着包括了本和息。前1個屬於一類，后4個屬於另一類。第3種契約是從無息借貸轉化為

《雜律》卷二六《雜律》的“負債違契不償”僅“謂非出舉之物”的限制，“負債”已包含了“取利”的出舉甚至質舉；從救濟機制看，有了時效5年的規定，並有了質舉從約定的原則，較唐代制度有所發展。

二、實踐中的契約內容對法律的遵守與抵觸

留存下來的契約原件顯示，實踐中的借貸契約對法律有遵守，也有抵觸，情況比較複雜。我們將按前述法律令的內容順序，依次作出分析。

(一) 在契約的履行方式上

1. 家資抵當與牽掣家資雜物

以家資抵當和役身折酬，按《雜令》規定，都是有息借貸契約的法定履行方式。《令》中家資抵當局限于有息借貸，而《律》中的牽掣家資雜物則包括了有息借貸和無息借貸兩者，已不限于有息

有息借貸的，第5種契約是第3種契約的變形，也是從無息借貸轉化為有息借貸的；第4種契約是第2種和第3種契約的復合，有息借貸到期不還又生利息，是雙重利息。

在純粹的無息借貸契約中，牽掣的條件是違限不還。《吐蕃寅年（八三四年？）敦煌陰海清便麥粟契》云：“如違限不還，即任掣奪家資雜物用充麥粟直。”¹¹這一約定條款，與《唐律疏議》卷二六《雜律》負債違契不償條的“違約乖期不償”很容易發生衝突。按律，可以進行“一匹以上，違二十日笞二十，二十日加一等，罪止杖六十；三十匹加二等，百匹又加三等”的處罰，並“各令備償”，又打又罰。而按契約約定，則又可以依據《唐律疏議》卷二六《雜律》負債強牽財物條規定，對其“違契不償，應牽掣者，皆告官司聽斷”，行使司法救濟的請求權，即只罰不打。在這裏，關鍵是如何理解“應牽掣者”的含義。是將其理解為契約必須有此事先約定。

還是理解為即使無約定，只要出現非牽掣即無履行能力即為實質上的“應牽掣者”？同樣，律中的“各令備償”，也需要解釋。實際上，“備償”到最后，不能不包含牽掣財物。

在各類有息借貸契約中，情況大抵相同，一般也以違限為條件。比如，在附加條件的有息借貸契約中，違限可能是首先產生利息，表明該無息借貸契約向有息借貸契約轉變；若再不還，才產生牽掣家資問題。《唐麟德二年（六六五年）高昌張海還、白懷洛貨銀錢契》一款云：“貸取銀錢肆拾捌文，限至西州十日內還本錢使了。如違限不償錢，月別拾錢後生利錢壹文入左。若延引注托不還錢，任左牽掣張家資雜物、口分田、桃（萄），用充錢直取。”¹²這時，利息發生之後，若再行推延、推托而不履行償還義務，就可以牽掣家資。

有息借貸契約的牽掣細節，是個值得說明的問題。唐《雜令》中的“官為理”，未提及出舉的負債不償問題。唐律中雖有“負債違契不償”，却僅指“非出息之債”。實踐中，出息之債（即出舉）不償，在以家資負責的情形下，債權人除了模仿“非出息之債”而強牽掣債務人財物的自力救濟外，還有請求司法救濟一途。通過訴諸訴訟，而請求國家強制執行，以實現契約中“延引不還，聽掣家資雜物，平為錢直”的條款約定。告官請求執行，有出土的出舉契約為證。

吐魯番文書有《唐咸亨五年（六七四年）高昌王文歡訴張尾仁貸錢不還

辭》，是告官求索文辭，很類似唐律關於“非出息之債”要求債權人“應牽掣（財物）者，皆告官司聽斷”者。其文雲：

酒泉城人張尾仁……件人，去咸亨四年正月內立契……銀錢貳拾文，準辦法和立私契……拾文後生利錢貳文。其人從取錢已來……索，延引不還。酒泉去州……來去，常日空歸。文歡……急，尾仁方便取錢人……¹³

而原契約《唐咸亨四年（六七三年）酒泉城張尾仁舉錢契》雲：

【咸】亨四年正月貳拾伍日，酒泉城人張尾仁于高昌縣王文歡邊舉取銀錢貳【拾文】，至當年□□，月別生【利錢】……日生利具還……錢直。□身東西不在，仰妻兒及收【後】

……【兩】和立契，畫指為驗。

錢主王文歡

舉錢人張尾仁

保人吳白師

知見人辛□□¹⁴

這是一個有息借貸（出舉）。契約有殘缺，剛好在應規定“聽掣家資雜物口分田”（與妻兒保證屬并行條款）的地方有缺文。但我們可以從“……錢直”殘文及其上下文關係中，推斷出原契中本有“延引不還，聽掣家資雜物，平為錢直”之類的條款。因為在唐咸亨四年（六七三年）的前三年即唐總章三年（六七零年），同屬高昌縣的《唐總章三年（六七零年）高昌白懷洛舉錢契》中，就有“若延引不還，聽牽取白家財及口分，平為錢直”的條款，之後又有“身東西不在，一仰妻兒酬還錢直。兩和立契，獲指為驗”，¹⁵正與本契這些文字順序相同。可見，本契是一個包含了牽掣家資條款的出舉契約。故債權人呈文官府，要求給予司法救濟。可能的執行方式，就是要求官斷并由官署出面牽掣債務人財物。

又，伯希和3854號背，有《唐大歷七年客尼三空請追征負麥牒并判詞》。文雲：百姓李朝進，曲惠忠共負麥兩石九門。右件人，先負上件麥，頻索付，被推延。去前日，經□□狀，蒙判追還。至今未蒙處分。三空貧客，衣鉢懸絕，伏起追徵，請處分。

牒件狀如前。謹牒。

大歷七年九月日客尼三空牒。

一個叫做“繼”的官員的判詞是：

先狀徵還，至今延引，公私俱慢，終是頑狠，追過對問。九日。繼。¹⁶

該案已搞不清是出舉還是非出息之債，債務人也是“頻索付，被推延”，總之是應當追征。官員“繼”既對債務人“延引不還”不滿，也對此前官員的處理不

滿意，故稱“公私俱慢，終是頑狠”，要求“追過對問”。可能的結果，是官府代為追索，直至牽掣家資。

但牽掣財物一事，契約中的違法約定也有很多。這就是明確地說“有剩不追”。《唐大歷十七年（七八二年）于闐霍昕悅便粟契》云：“如違限【不還】，一任僧虔英牽掣霍昕悅家資牛畜，將充粟直。有剩不追。”¹⁷《唐建中三年（七八二年）于闐馬令莊舉錢契》云：“如不得，一任虔英牽掣令莊家資牛畜，將充錢直。有剩不追。”¹⁸《吐蕃卯年（八二三年）敦煌馬其鄰等便麥床契》：“牽掣家資雜物牛畜等，用充仏（佛）麥。其有剩，不在論限。”¹⁹《吐蕃某年敦煌趙脚脚便麥契》：“掣奪家資雜物，【用】充麥直。有剩不在論限。”²⁰《吐蕃某年敦煌僧神寂等便麥契》：“掣奪房資什物，用充麥直。有剩不【在】論限。”²¹這5個契約的約定，明顯違背《唐律疏議》卷二六《雜律》禁止“牽掣財物超過本契”的規定。

2. 役身折酬與良人質債成奴婢問題

唐代《雜令》規定出舉的法定履行方式之一有“役身折酬”。但在唐代契約中，却缺乏有關役身折酬的條款。可見，在當時，役身折酬不是一個契約上的約定問題。但既然有法律規定，實踐中就不可能不存在。在邏輯上，役身折酬應存在于“家資”窮盡（牽掣之後尚且不足）之後。但實踐中却是“牽掣……有剩不追”，對家資的不足于抵償債務，人們並不擔心。而在實際中，由于債務問題（也包括役身折酬在內）而用良人質債，并使之成為事實上的奴婢，已經成為一個嚴重問題。

唐《雜令》規定“役身折酬”，對於如此折債是否會造成債務奴隸，國家似乎並不擔心。因為在理論上，一則“役身”是為“折酬”，酬盡而止；二則又有僅限一本一利并且“不得回利為本”，似又可保證不會使債權者處於長期受奴役地位而成為事實上的奴隸。但實際上這一履行方式大有問題。

如前所述，在質債方面，唐律禁止以良人為質債。《唐律疏議》卷二六《雜律》：“諸妄以良人為奴婢用質債者，各減自相賣罪三等，知情而取者，又減一等。”但民間“質債”或“典貼”，却多系良人。《韓昌黎集》卷四零有《應所在典貼良人男女等狀》：“右准《律》不許典貼良人男女作奴婢驅使。臣往任袁州刺史日，檢到州界內得七百三十一人并是良人男女，准《律》例計庸折值，一時放免。原其本末，或因水旱不熟，或因公私債負，遂相典貼，漸以成風。名目雖殊，奴

婢不別，鞭答役使，至死乃休。既乖律文，實虧政理。”則“因公私債負”而為入質者，是債務奴隸的一大來源。按《唐律疏議》卷二六《雜律》：“諸妄以良人為奴婢用質債者……仍計庸以當債直”，律對此問題的處理，是比照“役身折酬”方式進行的。韓愈也確實是按律行事的，所謂“准《律》例計庸折值，一時放免”，也就是依准役身折酬而處理的。

(二)在利息問題上

1. 關於出舉月利率問題

唐朝官府常平倉出舉利息，據唐廣德三年（七六五年）交河縣的5個舉借牒，4件分別稱“依官數收納”、“官征收本利”、“依官法征[利]”、“依官生利”，第5件《唐廣德三年（七六五年）交河縣蘇大方等連保請舉常平倉粟牒》，則稱“上件粟，至十月加參分納利者”，²⁸是其月利息為3分，即3%，未超過唐《雜令》的月利6分（開元后改為月利“官本五分收利”）的禁限。

而民間借貸，利息問題頗大。屬於唐《雜令》“出舉私契取利過正條”的情形較多。

唐末五代時敦煌貸絹、麥，利息均以實物表現，而且期限長短也不同，計算較難。如貸1匹生絹，數月或年利，麥粟4碩（共4例），這是比較普遍的利息，也有“利頭”為1個氈子的；有貸絁1匹，4個月利息為1張羊皮的；也有貸絹1匹，利息絁1、布1者；有貸褐3個月，借3段還4段者，有借4段還6段者；有貸絹綾，出使回來，還立機2匹者；有貸絹1匹，經商回來，利息絁1匹者；有貸絹1匹，利息20兩者；有貸絹1匹，充使回來，利息立機1匹者，則又是期限不太確定的。²⁹

可以較明確地計算出利率的，則有如下一些契約。吐魯番地區《唐某年高昌劉□達舉麥契》云：“舉[青麥]五門，加柒生利。青麥五門……本利共還壹碩□□。”³⁰是高于法令限定的月利6分，比之前述官府常平倉利率，高出一倍還多。與此利率相近的舉錢契，有敦煌所出《唐建中七年（七八六年）于闐蘇門悌舉錢契》，³¹月利為6.6%。而在吐魯番地區，除了舉借銅錢還粟絁（1例），已難以確定其利息量，其余有明確利率者：出舉銀錢月利分別為10%（共7例）、12.5%（1例）、15%（1例）、貸麥月利10%（1例）、舉練月利13.3%（1例），均超出法令月利6%的限定。而敦煌出土唐大曆十六年（七八一年）龜茲舉錢契，月利更達20%（共2例）。³²

另外，關於“鄉原例”，在唐代，也稱做鄉元、鄉願、鄉源，指本鄉慣例。敦煌

契約及吐魯番契約中都有。敦煌地區契約，如《辛巳年（九二一年）敦煌郝獵丹貸絹契》：“若于限不還者，便着（看）鄉原生利。”³³《癸未年（九二三年）敦煌沈延慶貸錢契》：“于月還不得者，每月于鄉原生利。”³⁴《乙酉年（九二五年）敦煌張保全貸絹契》：“其絹限至來年立契月日當須填還。若于限不還者，准鄉原例生利。”³⁵吐魯番地區契約，如《武周長安三年（七零三年）曹保保舉錢契》：“月別依鄉法生利入史。月滿依數送利。”³⁶據學者推測，西州舉錢生息原有的慣例可能是月息10%。³⁷這就是說，鄉原例也是超出了法律規定的月利6%界限的，而與大多數寫明了利息率的銀錢借貸的利息是相同的。

2. 關於利息過本一倍及回利為本問題

一般來說，利率率超過法律令限定，就可能使總利息超過借貸本金，只要期限相對較長的話。而利息過一倍的情況，據舉契原件顯示，在契約訂立時就存在。可見它已表現為一種違法約定。《唐大曆十六年（七八一年）龜茲楊三娘舉錢契》和《唐大曆十六年（七八一年）龜茲米十四舉錢契》，債主都是藥方邑，兩個契約各“舉錢壹仟文，[每]月納貳佰[百]文，計六個月，本利并納”，³⁸則其總利息額為1200文，超過本錢數額200文。這種公然違法的約定，是比較極端的情形。

就總體情況而言，許多契約都努力不超過一本一利這一禁制。比如，便麥契約，從3月至秋天，5個多月，取一本一利（1例）；便麥粟契約，3個多月，一本一利（1例）；貸絹，出使回來，一本一利（1例）。³⁹實際上，前述的17個有關牽掣財物的到期不還加倍生利的契約約定，如《吐蕃卯年（八二三年）敦煌馬其鄰等便麥契》所言：“便僕（漢）[門]麥]捌碩……如違[限]不[還]，其麥請陪（賠）為壹拾陸碩”，⁴⁰也未始就不具有不超過一本一利限制的用意，盡管這種倍賠已經是懲罰性條款。

國家也在許多場合，努力維護一本一利的取息原則。《唐會要》卷八八《雜錄》云：“寶曆元年（八二五年）正月七日敕節文：‘應京城內有私債，經十年已上，曾出利過本兩倍，本部主及元保人死亡，并無家產者，宜令臺府勿為征理。’”這裏的“曾出利過本兩倍”，是說即使本錢尚未歸還，已經交付了相當于本金兩倍的利息者，就相當于已經給付了一本一利，故要求官府不必為其征收。

值得說明的是“續倒文契”問題，因為此類情形可能會使利息過本。“私債經十年已上”，可能已經有一個“續倒文

契”的過程了。敦煌契約中確實有“續倒文契”。《丙午年（八八六年）敦煌翟信子欠麥粟契》，是一個辛丑年父子二人借人6石麥、2石粟，中間償還了若干麥粟，到丙午年仍欠4碩（即石）麥、6碩（即石）粟。經重新立契（6月立契），再度確認了還期（秋天償還），並更換了欠物人的順序，由父一子變到子一父。中間經過了一個環節“算會”。⁴¹則8石麥粟經過償還，竟然還欠10石，無論如何都已超過了一本一利。另一例“續倒文契”，如《吐蕃某年敦煌某人便麥粟契》，再次約定的違限不納，麥粟請陪（賠），⁴²雖未過一本一利，但較原契約肯定變嚴了。前一個契約經過了一個“算會”。按前述唐開成二年（八三七年）八月二日敕文云：“今后應有舉放，又（及？）將產業等上契取錢，并勒依官法，不得五分以上生利。如未辦計會，其利止于一倍，不得虛立倍契，及計會未足，抑令翻契，回利為本。”⁴³“算會”可能就是“計會”。法律的立場是“不得虛立倍契”，也不得“抑令翻契，回利為本”。後來的元朝稱此為“續倒文契”。元世祖忽必烈于中統二年（一二六一年）下旨：“民間私借錢債，驗元借底契，止還一本一利。其間雖有續倒文契，當官毀抹，并不准使。若先有已定還數目，前后通同照算，止還一本一利。”⁴⁴至元三年（一二六六年）聖旨重申：“債負止還一本一利，雖有倒換文契，并不准使。”⁴⁵至元十九年（一二八二年），尚書省要求對“再行倒換文契，疊算利錢”的回利為本者，“將多取利息追還借錢之人，本利沒官，更將犯人嚴行斷罪”；⁴⁶至元二十九年（一二九二年），戶部要求對糧食借貸中豪富“將息通行作本，續倒文契”、“疊年通算的回利為本行為，依已降條畫追斷，重申了“年月雖多，不過一本一利”的原則，⁴⁷則比唐代禁制更嚴。

(三)在質物交付與處理問題上

實踐中的抵押借貸的質物，有動產如鐵鎚、鐮、畚、裙、車等，大多屬於生活用品，只有車屬於生產、運輸工具，大抵相當于唐《雜令》中所謂的“余財物”，未見奴婢、六畜用于質典的例證；不動產則主要是菜園、口分田、葡萄園等，也未見房屋用作質物的。

質押借貸的出質時間，一般是在訂立契約時就交付質物的。《吐蕃巳年（八三七年？）敦煌李和和等便麥粟契》，債務人借取粟麥時“典貳門鐵鎚壹口”；⁴⁸唐大中十二年（八五八年）敦煌孟慈奴便麥粟契也有“典勿（物）大華（鐮）一孔、衆釜一富（畚）”，⁴⁹但兩個契約約定，

如違限不還，牽掣家資（前者更要求麥粟加倍給還）；其人逃避，保人代還，均只字未提質物如何折抵。《癸未年（九二三年）敦煌彭順子便麥粟文書》有“只（質）典紫羅郡（裙）一（腰）”，“借權利息約定為加倍償還，也未提及質物如何折抵。《吐蕃卯年（八三五年）敦煌武光兒典車便麥粟契》倒是有質物處理內容，其文雲：“其車壹乘為典……如違限不納，其[車]請不着領六（令律），住寺收將。其麥壹門倍（賠）為貳門。”⁴³《某年敦煌曹清奴押鑿便豆麥粟契》也有相同條款：“如違限不還，其典鑿壹口，沒□□請倍（賠）”，“則質物均要被債權人沒收，同時還要加倍收息（一本一利），質物實際上沒有發揮抵折部分借貸物價值的作用。像《雜令》所說的那種“收質者，非對物主不得輒賣。若計利過本不贖，聽告市司對賣，有剩還之”的質物處理原則及程序，在契約中是看不到的。道理可能在于，質押借貸的質物，價值遠遠低於借貸物，故起不到應有的擔保作用。

質物扣押有時是在出現遲延履行時，由契約預先指定某物為質而實現的，具有設立早、實行晚的特點。如《唐干封三年（六六八年）高昌張善燕舉錢契》，除了約定“若延引（引）不還，聽左拽取張家財雜物，平為錢本直”外，同時還約定“如延引不與左錢者，將中渠菜園半畝，與作錢質”。⁴⁴《唐總章三年（六七零年）高昌白懷洛舉錢契》在牽掣條款後，也有“仍將口分、蒲桃（葡萄）用作錢質”，也是指在履行過程中出現遲延時使用的扣押手段，不是在契約訂立時設立的質押。《武周長安三年（七零三年）高昌曹保舉錢契》雲：“如延引不還，及無本利錢可還，將來年辰歲石宕渠口分常田貳畝，折充錢直”，“則前述的“用作錢質”，也是以將來某年的土地使用和收益權為對象的。這種情況，後來稱做“准折財產”，是為法律所禁止的。南宋《慶元條法事類·雜門·出舉債負》載《關市令》雲：“請以財物出舉者……仍不得准折價錢”，即是指此。

（四）在保人代償問題上

舉契中的保人履行代償責任的條件，一般表述是“身東西不在”、“身東西不平善”、“身東西不來”等。沙知先生以為，這裏實際表達的是兩層意思：“東西”意為“逃避”、“逃亡”；“不在”則是死的諱詞。⁴⁵則所謂保人責任，一是保證債務人不逃亡（所謂留住），逃亡即得代償；二是在債務人死亡情況下，由保人代償。

保人代償條款，在契約中占有很高的比例。在前述的76件舉契中，62件具

有這樣的條款。可見，由保人提供擔保，并要求保人作為從債務人承擔代償責任，是當時的常態。

純粹由外人做保人的，在契約中一般寫做“如取錢後，東西逃避，一仰保人等代[還]”，⁴⁶或“如中間身不在，一仰保人代還”。⁴⁷其保證內容，既有留住保證，又有債務人死亡情況下的支付保證。但有時留住、債務人死亡以及債務人無力償還，三者均構成代償條件。《吐蕃子年（八三二年）敦煌孫清便粟契》雲：“如身有東西不在，及依限不辦填還，一仰保人等依時限還足。”⁴⁸則又不以留住、債務人死亡為僅有條件。

單獨由親屬充當的保人，有的直接寫明“保人男某某”或“保人弟某某”，有的叫“口承人”，身份也為債務人的弟弟⁴⁹或兒子，后者寫做“壹仰口承男某甲伍（祇）當”。⁵⁰其擔保條件仍是逃亡、死亡等。

有時又由債務人的妻兒及保人共同擔負保證責任，寫做“若身東西不在，一仰妻兒及保人等代”，⁵¹屬於雙重保證；有時雖寫做“一仰妻兒還償”，但其後仍有其它保人存在，應理解為其它保人仍負有責任，⁵²仍屬於雙重保證。

但保人代償，在實踐中不是必然發生的，這可能與保人代償的嚴格限定條件有關。它是否因此而僅成爲一種象征，是值得探討的問題。

前述吐魯番文書《唐咸亨五年（六七四年）高昌王文歡訴張尾仁貸錢不還辭》，是債權人告官求索文辭。而原契約《唐咸亨四年（六七三年）酒泉城張尾仁舉錢契》，其保證條款之一是“□身東西不在，仰妻兒及收[后]……”（應為“仰妻兒及收[后]者代償”——作者注），屬於第一重人保；契尾又有“保人吳白師”，屬於第二重人保，其所缺文字中應有保人代償條款。⁵³但遇到麻煩時，債權人沒有訴諸人保，尤其是沒有訴諸第二重人保的代償，而是訴諸告官。告官的解決，一是有官府督促償還，二是牽掣家資。可見當時只要不是“負債者逃”（以及債務人死亡），“保人”就不必“代償”，而仍以督促甚至牽掣債務人的家資作為債務清償的第一選擇。可見，由留住保證制到支付保證制的轉變，在當時的中國，是困難的。

（五）契約中的抵放效力條款與國家對公私債負的赦免問題

債權人免除債務人債負的現象，在任何社會中都是存在的，這是債權人的權利。中國古代，沒有權利概念和權利意識，故在西方被叫做“權利”的這一現

象，在中國却無相應的詞匯表達，而是以其它概念表述出來的。比如通過道德範疇之“義”、“樂善好施”來反映，或通過政治手腕的“權術”來表征。在大多場合，它是以扭曲的形式反映出來的。

比如，中國最早的赦免債負記載，是一種收買人心的措施，是一種權術，如馮驩為孟嘗君償債而燒掉券契，酒家為微時的劉邦“折券棄責”等。⁵⁴在後來，赦免債負仍然是道德行為，一律博得了“好義”之名。如東漢以來某些人的行為。⁵⁵免除債務是義舉，而不是被從正面闡發的法律上的權利，此與西方文化之差別也。

唐代法律令似對赦免後的債務仍要求償還。《唐律》卷二六《雜律》：“諸負債違契不償，一匹以上，違二十日笞二十，二十日加一等，罪止杖六十；三十匹加二等，百匹又加三等。各令備償。”疏議在解釋時說：“若更延日及經恩不償者，皆依判斷及恩后之日，科罪如初。”故所謂“恩赦”，不是必然地免除債務，法律的立場仍然是又打又罰，盡管這裏的債務僅指“非出舉之物”。

契約中明確寫清對國家大赦之免除私人債務效力抵抗的條款，是唐代的一個比較突出的現象。在借貸方面，唐代契約中抵放條款不如買賣契約中多。⁵⁶借貸契約中只有5例這樣的條款。《唐干封元年（六六六年）高昌鄭海石舉銀錢契》雲：“公私債負停征，此物不在停限”，“這是我們看到的最早的唐代有關借貸契約的抵放條款。至吐蕃時期，這樣的條款更多。《吐蕃卯年（八二三年）敦煌翟米老便麥粟契》雲：“不在免限”，估計也指對恩赦而言；⁵⁷《吐蕃酉年（八二九年）敦煌曹茂晟便豆種帖》雲：“中間或有恩赦，不在免限”；⁵⁸《吐蕃寅年（八三四年）敦煌陰海清便麥粟契》雲：“中間如有恩赦，不在免限”；⁵⁹《吐蕃寅年（八三四年）敦煌興逸便麥粟契》雲：“如后有恩赦，不在免限”，⁶⁰則吐蕃時期也可能有赦免，故而契約沿襲舊習慣，仍然申明此條。

對國家赦免效力的抵抗，主要是保證交易安全，保證契約關係的穩定性。因為中國傳統社會的特殊性，國家權力對純粹民間事務的干預範圍大、程度深、力量強。在唐代，契約中約定這種抵放條款確實事出有因。當時的大赦文中關於免除私債的內容，確實是有的。這就是契約中屢屢出現抵放條款的背景。

《文苑英華》卷四二二有唐代憲宗《元和十四年（八一九年）七月二十三日尊號赦》文，在放免官債（公廩錢出舉）

后，就是對私債的放免：“京城內私債，本因富饒之家，乘人急切，終令貧乏之輩，陷死逃亡。主保既無，資產亦竭，徒擾公府，無益私家。應在城內有私債，經十年已上，本主及元保人死亡，又無資產可征理者，并宜放免。”⁷⁰這可能就是所謂的公私債負一同放免之在五代時期風行起來的濫竽。

五代以還對私債的放免，其基本遵循是一本一利原則。《舊五代史·梁末帝紀》：“貞明六年四月制：私放還年債負，生利過倍，自違格條，所在州縣，不在更與征理之限。”《冊府元龜》卷四九一《邦計部·蠲復門》該條作“自違格條”，可見《格》文中有禁止利息過本一倍規定。又《冊府元龜》卷四九一《邦計部·蠲復門》載后唐莊宗同光元年四月即位詔：“應有欠負，不系公私，若曾重重出利，纒經征理，填還不適者，并皆釋放。”《冊府元龜》卷九二《帝王部·赦宥》載后唐明宗天成元年四月丙午即位制曰：“若取官中回圖錢，立契取私債，未曾納本利者，不在限。其余并不征理。”也以本利并納為依據。《舊五代史》四一《后唐明宗紀》：“改天成五年為長興元年，大赦天下……應私債出利已經倍者，只許征本；已經兩倍者，本利并放。”《冊府元龜》卷六六《帝王部·發號令五》：“后唐明宗長興元年二月赦書：應諸色私債納利已經一倍者，只許征本，本外欠數并放；納利已經兩倍者，本利并放。”《舊五代史》卷八零《后晉高祖紀》載天福六年八月制：“私下債負，征利及一倍者，并放。主持者不在此限。”《宋史·光宗紀》：淳熙十六年閏五月，“免郡縣淳熙十四年以前私負。十五年以後，輸息及本者亦蠲之。”《元史·劉秉忠傳》中，其上書世祖雲：“今宜打算官民所欠債負，若實為應當差發所借，宜依合罕皇帝聖旨，一本一利，官司歸還。凡賠償無名虛契所負，及還過元本者，并行放免。”

在這期間，全面免除私債的赦文也是有的，⁷¹但不構成主流。南宋淳熙年間有一個類似的赦文：“凡民間所欠債負，不以久近，多少，一切除放”，後來的沈家本曾評論曰：“民間債負乃私有之權，本不應在赦中。赦本非美事，此尤為失之甚者。”⁷²沈家本正視私人財產權，力圖扭轉當時賤視民間私有權的傳統觀念，這自是他那個時代西學東漸之后的新見地。這個批評，用來評價五代時期的全面免除私債的赦文，也是適用的。但這已是后話。

注釋：

1. 戴炎輝著：《中國法制史》，臺灣三民書局1966年版，第326頁。
2. 財物在理論上包括奴婢、六畜、田宅及餘財物。《宋刑統》卷一三《戶婚》典責指當論說物業門、卷二六《雜律》受寄財物輒費用門附唐《雜令》之“家長在”條：“諸家長在（在謂三百裏內，非隔閩者），而子孫弟侄等，不得輒以奴婢、六畜、田宅及餘財物私自質舉及賣田宅”，即是。但這裏的“財物”，從敦煌吐魯番地區留存的契約看，借貸物品主要是指錢、粟麥豆、絹褐練□等；蒙元時期吐魯番契約則是銀、芝麻谷子、布等。
3. 按同上《雜令》：“諸家長在（在謂三百裏內，非隔閩者），而子孫弟侄等，不得輒以奴婢、六畜、田宅及餘財物私自質舉及賣田宅[田宅疑衍]（無質而舉者，亦準此）。其有質舉、賣者，皆得本司文牒，然後聽之。若不相本問，違而輒與及買者，物即還主，錢沒不追。”是子孫弟侄既無權以家財為質而舉借，也不得為一般舉借（所謂“無質而舉”），同樣似也不應貸出，屬於無處分權的人。
4. 《宋刑統》卷二六《雜律·受寄財物輒費用》條附。
5. 《宋刑統》卷二六《雜律·受寄財物輒費用》條附。
6. 《宋刑統》卷二六《雜律》受寄財物輒費用門附。劉俊文以為，此處唐代《戶部格》源于唐玄宗的敕，《冊府元龜》卷一五九《帝王部·革弊一》：“（開元）十六年二月癸未詔曰：養人施惠，患在不均，褒多益寡，務資適中。比來公私舉放，取利頗深，有損貧下，事須厘革。自今以後，天下私舉質宜四分收利，官本五分收利。”見氏著《唐代法制研究》，臺灣文津出版社1999年版，第152頁。又按《唐會要》卷八八《雜錄》雲：“開元……十六年二月十六日詔：比來公私舉放，取利頗深，有損貧下，事須厘革。自今以後，天下負舉，□宜四分收利，官本五分取利。”其文與《冊府元龜》略有不同。
7. 《宋刑統》卷一三《戶婚》典責指當論說物業門、卷二六《雜律》受寄財物輒費用門附。
8. 《宋刑統》卷二六《雜律·受寄財物輒費用》條。
9. 這一習俗的最早文獻記載，是《高昌六世紀後期□奴賣新契》，其中約定：債務人“若前却不上（償），聽[□家資]，平為新[薪]直。”見張傳璽主編：《中國歷代契約匯編考釋》上冊，北京大學出版社1995年版，第90頁。
10. 張傳璽主編：《中國歷代契約匯編考釋》上冊，北京大學出版社1995年版，第333-413頁。
11. 張傳璽主編：《中國歷代契約匯編考釋》上冊，北京大學出版社1995年版，第368頁。
12. 張傳璽主編：《中國歷代契約匯編考釋》上冊，北京大學出版社1995年版，第338-339頁。
13. 張傳璽主編：《中國歷代契約匯編考釋》上冊，北京大學出版社1995年版，第346-347頁。
14. 張傳璽主編：《中國歷代契約匯編考釋》上冊，北京大學出版社1995年版，第345-346頁。
15. 張傳璽主編：《中國歷代契約匯編考釋》上冊，北京大學出版社1995年版，第344頁。
16. 王震亞、趙發著：《敦煌殘卷爭訟文牒集釋》，甘肅人民出版社1993年版，第3頁。
17. 張傳璽主編：《中國歷代契約匯編考釋》上冊，北京大學出版社1995年版，第356頁。
18. 張傳璽主編：《中國歷代契約匯編考釋》上冊，北京大學出版社1995年版，第357頁。
19. 張傳璽主編：《中國歷代契約匯編考釋》上冊，北京大學出版社1995年版，第362頁。
20. 張傳璽主編：《中國歷代契約匯編考釋》上冊，北京大學出版社1995年版，第403頁。
21. 張傳璽主編：《中國歷代契約匯編考釋》上冊，北京大學出版社1995年版，第404頁。
22. 張傳璽主編：《中國歷代契約匯編考釋》上冊，北京大學出版社1995年版，第413頁。
23. 張傳璽主編：《中國歷代契約匯編考釋》上冊，北京大學出版社1995年版，第333-359頁。
24. 張傳璽主編：《中國歷代契約匯編考釋》上冊，北京大學出版社1995年版，第352頁。
25. 張傳璽主編：《中國歷代契約匯編考釋》上冊，北京大學出版社1995年版，第358-359頁。
26. 張傳璽主編：《中國歷代契約匯編考釋》上冊，北京大學出版社1995年版，第333-359頁。
27. 張傳璽主編：《中國歷代契約匯編考釋》上冊，北京大學出版社1995年版，第379頁。
28. 張傳璽主編：《中國歷代契約匯編考釋》上冊，北京大學出版社1995年版，第381頁。
29. 張傳璽主編：《中國歷代契約匯編考釋》

- 上册,北京大學出版社1995年版,第383頁。
30. 張傳璽主編:《中國歷代契約匯編考釋》上册,北京大學出版社1995年版,第348頁。
31. 李方著:《唐西州九姓胡人生活狀況一瞥》,載《敦煌吐魯番研究》第四卷,第265頁。轉引自王啓濤著:《中古及近代法制文書語言研究——以敦煌文書為中心》,巴蜀書社2003年版,第399頁。
32. 張傳璽主編:《中國歷代契約匯編考釋》上册,北京大學出版社1995年版,第354-355頁。
33. 張傳璽主編:《中國歷代契約匯編考釋》上册,北京大學出版社1995年版,第333-359頁。
34. 張傳璽主編:《中國歷代契約匯編考釋》上册,北京大學出版社1995年版,第362頁。
35. 張傳璽主編:《中國歷代契約匯編考釋》上册,北京大學出版社1995年版,第377頁。
36. 張傳璽主編:《中國歷代契約匯編考釋》上册,北京大學出版社1995年版,第408頁。
37. 《宋刑統》卷二六《雜律·受寄財物輒費用》條。
38. 《元典章》卷二七戶部一三《錢債·私債·錢債止還一本一利》。
39. 《通制條格》卷二八《雜令·違例取息》。
40. 《通制條格》卷二八《雜令·違例取息》。
41. 《通制條格》卷二八《雜令·違例取息》。
42. 張傳璽主編:《中國歷代契約匯編考釋》上册,北京大學出版社1995年版,第373頁。
43. 張傳璽主編:《中國歷代契約匯編考釋》上册,北京大學出版社1995年版,第376頁。
44. 張傳璽主編:《中國歷代契約匯編考釋》上册,北京大學出版社1995年版,第382頁。
45. 張傳璽主編:《中國歷代契約匯編考釋》上册,北京大學出版社1995年版,第372頁。
46. 張傳璽主編:《中國歷代契約匯編考釋》上册,北京大學出版社1995年版,第407頁。
47. 張傳璽主編:《中國歷代契約匯編考釋》上册,北京大學出版社1995年版,第341-342頁。
48. 張傳璽主編:《中國歷代契約匯編考釋》上册,北京大學出版社1995年版,第344頁。
49. 張傳璽主編:《中國歷代契約匯編考釋》上册,北京大學出版社1995年版,第348頁。
50. 季羨林主編:《敦煌學大辭典》,上海辭書出版社1998年版,第390頁。
51. 張傳璽主編:《中國歷代契約匯編考釋》上册,北京大學出版社1995年版,第354頁。
52. 張傳璽主編:《中國歷代契約匯編考釋》上册,北京大學出版社1995年版,第375頁。
53. 張傳璽主編:《中國歷代契約匯編考釋》上册,北京大學出版社1995年版,第367頁。
54. 張傳璽主編:《中國歷代契約匯編考釋》上册,北京大學出版社1995年版,第372頁。
55. 張傳璽主編:《中國歷代契約匯編考釋》上册,北京大學出版社1995年版,第370頁。
56. 張傳璽主編:《中國歷代契約匯編考釋》上册,北京大學出版社1995年版,第384頁。
57. 張傳璽主編:《中國歷代契約匯編考釋》上册,北京大學出版社1995年版,第386頁。
58. 張傳璽主編:《中國歷代契約匯編考釋》上册,北京大學出版社1995年版,第333頁。
59. 張傳璽主編:《中國歷代契約匯編考釋》上册,北京大學出版社1995年版,第335頁。
60. 張傳璽主編:《中國歷代契約匯編考釋》上册,北京大學出版社1995年版,第345-346頁。
61. 在中國古代,債權人可以赦免債務人的債負。《戰國策》卷一《齊四》也見《史記·孟嘗君列傳》:孟嘗君使馮驩收責于薛,“載券契而行”,“使吏召諸民當償者,悉來合券。券適合,起,矯命以貴賜諸民,因燒其券。”在當時,以竹為券,剖而分之,各持其一,故合之以為信。又,《漢書·高帝紀》:“及見怪,歲竟,此兩家常折券弃責。”按此亦以竹簡為券,既不徵索,故折毀也。參見尚秉和著:《歷代社會風俗事物考》,中國書店2001年1月版,第190頁。
62. 《後漢書·樊宏傳》:“其素所假貸人間數百萬,遺令焚削文契。責家聞者皆慚,爭往償之。諸子從教,竟不肯受。”《魏書·盧義偉傳》:“先有谷數萬石貸民。義偉以年谷不熟,乃燬其契。”《北史·李士謙傳》:“士謙出粟萬石,以貸鄉人……于是悉召債家,為設酒食,對之燬契。明年,大熟,責家爭來償。士謙拒之,一無所受。”
63. 敦煌買賣契約中有11份具有抵赦條款。除《吐蕃末年(八二七年?)敦煌安環清賣地契》中約定“已後若恩赦,安清罰金伍兩,納入官”外,其餘10件大抵均寫明“或遇恩赦大赦流行,亦不在論理之限”。分別見張傳璽主編:《中國歷代契約匯編考釋》上册,北京大學出版社1995年版,第216、223、226、227、230、233、234、237、241、244、247頁。
64. 張傳璽主編:《中國歷代契約匯編考釋》上册,北京大學出版社1995年版,第340頁。
65. 張傳璽主編:《中國歷代契約匯編考釋》上册,北京大學出版社1995年版,第364頁。
66. 張傳璽主編:《中國歷代契約匯編考釋》上册,北京大學出版社1995年版,第364-365頁。
67. 張傳璽主編:《中國歷代契約匯編考釋》上册,北京大學出版社1995年版,第368頁。
68. 張傳璽主編:《中國歷代契約匯編考釋》上册,北京大學出版社1995年版,第369-370頁。
69. 放免官債內容如下:“門下……御史臺及秘書省等三十二司公廩及諸色本利錢,其主保逃亡者,并正舉納利;十倍已上,擲徵保人;納利五倍已上及展轉擔保者,本利并宜放免。”
70. 《新五代史》卷八《後晉高祖紀》:“天福五年春正月,德音,除公私私債。”《冊府元龜》卷四九二《邦計部·蠲復門》:“後晉天福五年正月丁卯朔,降制曰:……宜蠲宿負,以惠黎元,應天福元年終已前,公私債負,一切除放。”《冊府元龜》卷四九二《邦計部·蠲復門》:“晉少帝天福七年八月詔曰:應天福七年夏稅已前諸色殘欠及訟徵錢物,并公私債負等,并與除放。”《冊府元龜》卷九二《帝王部·赦宥一》:後唐莊宗同光元年十月己醜,降德音曰:“應諸道戶口……新系殘欠賦稅及諸務懸欠積年課利及公私債負等,其汴州城內,自收復日已前,并不在徵理之限。應天下諸道,自壬午年十二月已前,并放。”《冊府元龜》卷四九一《邦計部·蠲復門》:“後唐莊宗同光元年……十月,詔曰:應諸道戶口……所系殘欠賦稅及諸務懸欠積年課利及公私債負等,其汴州城內,自收復日已前,并不在徵理之限。應天下諸道,自壬午年十二月已前,并放。”《冊府元龜》卷九二《帝王部·赦宥一》:“天成二年十月,詔曰:應汴州城內百姓……宜放二年屋稅,及公私債負。如是在城回圖錢物及公私質庫,除點簡見在外,實經兵士散失者,不計年月遠近,并宜蠲放。”
71. [清]沈家本著:《歷代刑法考》第二冊,中華書局1985年版,第773-774頁。

(責任編輯:彭先偉、徐錦堂、程喆、張琳、李春艷)

吉林大學法學院概況



院長 霍存福教授

吉林大學法學院是1988年經原國家教委批准在原吉林大學法律系（1948年建系）的基礎上創建的。現設有三系二所一社，即法學系、經濟法學系、國際法學系、法學研究所、吉大律師事務所和《法制與社會發展》雜誌社。經過幾代人的艱苦奮鬥和五十年的建設與發展，吉林大學法學院已成為中國著名的法學院之一。

吉林大學法學院現有教職工98人，其中教授16名、副教授26名。學院師資力量雄厚，教學、科研和管理經驗豐富，律師實務亦頗有影響。這裏薈萃了一批學識淵博、治學嚴謹的法學專家、學者，他們在全國和省市許多社會團體中兼任着重要的職務。學院現有刑法學、法學理論兩個博士點，有法理學、法律史、憲法與行政法學、刑法學、民商法學、經濟法學、國際法學、訴訟法學以及法律碩士專業學位（試點）等九個碩士點。現在校全日制本科生830人，碩士研究生329人，博士研究生38人，函授本科和專科學生1450人，外國留學生28人。此外，還有680多人在我院開辦的研究生課程進修班中學習。

吉林大學法學院具有良好的科研條件和濃厚的學術研究氛圍，科研成果顯著。1980年以來，全院共出版學術專著87部，在省級以上刊物發表學術論文1898篇，編寫系列教材4套140種。在國家級、省部級和吉林大學優秀論著評選中，有40多部著作和150多篇論文獲獎。完成和即將完成的重大和較大科研項目63項。

吉林大學法學院始終堅持理論與實踐并重的原則，對學生要求標準高，管理嚴格，在全院學生中形成了良好的學習風氣。學生不僅刻苦學習、努力鑽研，學術研究也蔚然成風。院法學會經常組織學生進行社會調查，積極開展各類學術實踐活動，有許多學生在報刊雜誌上發表論文，歷年都有學生榮獲吉林大學文科學生最高獎——呂振羽獎學金。為鼓勵學生善疑多思，法學院的教師和校友還捐資設立了“教師愛心助學基金”、“東勇律師助學基金”、“德恆律師獎學金”、“佳林律師獎學金”、“華邦律師獎學金”、“吉大律師獎學金”等。學生的日常文體活動、課餘活動豐富多彩，健康活潑。法學院藝術團、演講協會、外語學會、書畫協會、足球俱樂部等都成為學生喜愛的業餘活動團體。

吉林大學法學院設有資料室及成文堂書庫(日)，有中外文藏書近5萬冊，特別是當代日本法律類著作和教材較為完備；訂有各類報刊雜誌60多種。此外，還設有現代化的模擬法庭、語言實驗室、刑事偵查實驗室及微機室等，為教學與實習提供了良好的條件。

吉林大學法學院十分重視同國外學術界的交流。建院以來，曾先後邀請美、日、英、法、俄等50多名外國專家、學者、律師和法官來院講學。同時，還先後派出留學生和訪問學者60多人到美國、日本、俄羅斯、英國、法國、德國、比利時、澳大利亞、加拿大、韓國、南斯拉夫以及香港、臺灣等十幾個國家和地區攻讀博士和碩士學位、進修或講學，並與日本北海道大學法學部等國外院校建立了院際交流聯系，互派留學生和教師學習、進修或講學。

五十年來，吉林大學法學院（法律系）為國家培養了各類法律專門人才近萬人，以“全國法院模範”譚彥為代表的一大批畢業生已成為法律界和各條戰綫的骨幹力量，許多人走上了國家、省市政法部門的領導崗位，還有一些人在法學教學、科研領域成為著名的法學家、學者，為社會主義法制建設、法學教育和法學研究做出了重要的貢獻。

吉林大學法學院坐落在吉林大學新校區。全新的環境，幽雅恬靜的校園，是讀書和學習的好地方。這裏是培養優秀法律人才的沃土，是造就法學家的搖籃。

通訊地址：中國吉林省長春市前衛路10號 郵政編碼：130012

電話：0431-5166014、5166053 傳真：0431-5166014

吉林大學理論法學研究中心簡介



中心主任 張文顯教授

吉林大學理論法學研究中心是經教育部批准的人文社會科學重點研究基地，是我國理論法學領域的唯一重點研究基地。吉林大學理論法學研究中心是由吉林大學法學研究所改制而成。1988年，吉林大學以法學理論學科教師為主體成立了法學研究所；1999年，經過人事改革、人員重組和機構調整，法學研究所更名為吉林大學理論法學研究中心；2000年，經教育部批准成為教育部人文社會科學重點研究基地；2002年，中心的法學理論學科經教育部批准成為國家重點建設學科；2003年，經人事部、全國博士後管理委員會批准設立法學博士後科研流動站。中心的發展目標是建成全國領先、並在國際上有重要影響的理論法學領域的科學研究中心、人才培養中心、學術交流中心、信息中心和諮詢服務中心。

中心主任由我國著名法學家張文顯教授擔任，中心名譽主任由我國著名法學家、政治學家王惠岩教授擔任。中心設有學術委員會和8個研究所，即法理學研究所、西方法哲學研究所、法律社會學研究所、法律文化與比較法研究所、法律經濟學研究所、人權理論與人權法研究所、立法學與司法學研究所、部門法哲學研究所。中心薈萃了一批優秀的科研人才，專兼職研究人員共41人，其中教授26人，博士生導師25人。他們在長期的合作研究過程中，形成了有共同理論旨趣、研究範式和社會責任感的、在國內外法學界具有相當影響的學術群體。

在科學研究方面，中心成立以來，專兼職研究人員先後承擔國家級課題11項、部級課題21項、省級課題6項，獲得課題經費720餘萬元；出版學術專著、譯著和教材40多部，發表學術論文330餘篇。其中，張文顯教授主持編寫了“九五”、“十五”國家級重點規劃教材《法理學》，教育部研究生工作辦公室推薦的研究生教學用書《馬克思主義法理學理論、方法和前沿》。中心研究人員完成的教學成果獲得國家級教學成果一等獎1項，二等獎2項，完成的科研成果獲得省部級獎勵18項。中心已成為中國理論法學科學研究的核心基地。

在人才培養方面，中心擁有法學理論、法律史兩個碩士點和法學理論、法律經濟學（與經濟學院共創）兩個博士點，開展了“法學理論前沿博士論壇”、“生活中的法理系列論壇”、“博士生讀書會”、“碩士沙龍”等豐富多彩的學術活動。中心承擔的“法理學”課程被評為國家精品課程。作為高層次法學理論人才培養基地，中心每年向全國高校、科研機構、實務部門輸送一大批優秀的碩士和博士畢業生。

在學術交流方面，中心舉辦“當代法學名家講座”、“海外學者講座”、“法學學術圓桌”、“青年學者論壇”等學術活動，每年邀請數十位國內外著名學者來吉林大學講學。中心舉辦“北歐中國國際人權法教師研修班”、“法律職業共同體與中國法治之路”等大型學術會議，並支持研究人員參加國際、國內學術會議。中心研究人員分別在美國、英國、德國、荷蘭、比利時、日本等國家的著名高等學府從事過學術研究、講學和訪問，與國外同行專家保持經常性的學術聯系。

在網絡信息建設方面，中心主辦全國人文社會科學核心期刊《法制與社會發展》、法理學學科類年刊《法理學論叢》和系列出版物《法學理論前沿論壇》、《生活中的法理》等，並計劃出版《中國法學理論博士文庫》；開發建設了全國唯一的理論法學學術網站“中國理論法學研究信息網”及其子網“文獻檢索中心”、“視頻網”、“圖書網”；正在建設“1900年以來法學理論專業文獻”大型數據庫。中心圖書館擁有數量豐富、種類齊全的中外理論法學圖書資料。