

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

## 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](mailto:usa@jurist.org.cn); [china@jurist.org.cn](mailto:china@jurist.org.cn); [chinareview@china-review.org](mailto:chinareview@china-review.org); [usareview@usa-review.org](mailto: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。

# 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\*

**摘要:**古羅馬遺留下來的關於契約的原理很多,但契約原件却很少。古中國遺留下來了大量的契約原件,却很少有原理和學說。通過比較分析,我們發現兩者在一些具體的契約制度方面是類似的、共同的,但在原理學說方面却有較大區別。古中國的債的概念比較狹窄,古羅馬的債的概念比較寬泛;古中國法是從事實層面上借貸,而古羅馬法則既從事實層面上講,也從權利層面上講。

**關鍵詞:**古中國 古羅馬 契約制度 契約原理

就資料的遺存而言,古中國與古羅馬的契約問題,對我們來說都是一種殘缺。我們有系統的古羅馬契約原理、學說的遺留(它還曾有過復興,並對西方法律產生過絕對的影響),却絕少看到當時的契約原件;我們有古中國數以百萬計的契約原件,却很少有契約原理、學說的遺留。

原理、學說是條理化的、規則化的,而原件是直觀的、素樸的;原理、學說經過眾人的論說、比較、實踐,而後被皇帝欽定,而原件是未被加工的、原始的。在古中國,只有被儒生闡發過的律學,曾被皇帝選擇、比較而欽定過,偏偏對契約沒有過集中的、大範圍的討論。我們有些人為中國沒有契約原理、學說而懷喪,但歷史就是這樣走過來的。

比較古中國與古羅馬契約制度與觀念,是一件複雜而艱巨的事情。筆者也是初涉這一領域。現在,謹將我讀書時所見的古中國與古羅馬契約制度與觀念的一些問題及感想寫出來,以與諸君分享。

## 一、關於制度之同異

### (一)家子、卑幼的無權舉借與不賦予借人以訴權

羅馬法對家子接受金錢的消費借貸,是以無效處理的。

烏爾比安《論告示》第29編云:“關於處理馬徹多尼安案件的元老院決議如下:馬徹多尼安放蕩不羈的天性也表現在他處理借貸的獨特方式上——在沒有任何償還保證的情況下進行金錢的消費借貸。這就為不良行為提供了可乘之

機。因此,我們規定:以消費借貸的名義借錢給家子的人,即使在家子所處父權下的家父去世后,亦不賦予借人訴權以請求返還借出的金錢。所以,放高利貸者應當懂得,即使是在家父死后亦無權請求家子返還所借的金錢。”<sup>1</sup>這很類似中國唐宋令的有關規定,盡管唐宋時還包含了出賣或典賣。

唐宋《雜令》規定:“諸家長在(‘在’,謂三百裏內,非隔闈者),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。”<sup>2</sup>這是說,子孫弟侄等卑幼,不得為質舉及一般舉借的借方主體(也不得為田宅的賣方主體);即使在有些情況下可以為上述主體,也得履行告官審核批准程序,以保證家長獨享處分權。同時,一律不保護出舉人(貸方)及買主利益,貸出的錢及買田宅價錢若被對方子孫弟侄等卑幼揮霍掉了的話,不予追征;而物業則應歸還原主,即所謂的“物即還主,錢沒不追”。在卑幼的無權舉借與不賦予借人以訴權方面,其嚴格性,唐令與羅馬法相同。但羅馬法似乎走得更遠,“即使在家子所處父權下的家父去世后,亦不賦予借人訴權以請求返還借出的金錢”,唐令未見此類規定。在民間習俗上,民間契約有“若東西不在,一仰妻兒等償”,父債子還已是原則,則子孫弟侄等卑幼自己借取的債務,應當由自己償還,在理

論上似也不成問題。但唐令強調的是該類契約的無效性,故尊長死后,貸方是否就享有追征的訴權,仍是個問題。

宋代沿襲了唐令的基本制度,在宋初制定《宋刑統》時,就以類似的規定重申了這一制度。《宋刑統》卷一三《戶婚》典賣指當論競物業門云:“臣等參詳:應典賣物業或指名質舉,須是家主尊長對錢主或錢主親信人,當面署押契帖。或婦女難於面對者,須隔簾幕親聞商量,方成交易。如家主尊長在外,不計遠近,並須依此。若隔在化外,及阻隔兵戈,即須州縣相度事理,給予憑由,方許商量交易。如是卑幼骨肉蒙昧尊長,專擅典賣、質舉、倚當,或偽署尊長姓名,其卑幼及牙保引致人等,並當重斷,錢、業各還兩主。其錢已經卑幼破用,無可征償者,不在更于家主尊長處征理之限。應田宅、物業雖骨肉不合有分,輒將典賣者,准盜論,從律處分。”宋代在規定一般情況下“錢、業各還兩主”時,尚屬寬緩;至到“其錢已經卑幼破用,無可征償者,不在更于家主尊長處征理之限”,仍然回到了唐令的立場上。又宋代對卑幼重予斷罪,則又是唐令及羅馬法所無的。

唐代一般是努力貫徹這一由《雜令》確定的規則的,但有時又對該規則作出了重大修改。憲宗元和敕即是明證。唐元和五年十一月六日敕節文:“應諸色人中,身是卑幼,不告家長,私舉公私錢物等,多有此色子弟,凶惡徒黨因之交結,便與作保,舉諸司及形家錢物,同為非道破用。家有尊長,都不知委。及

\*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.

征收本利，舉者便東西。保人等即稱‘舉錢主見有家宅、莊業，請便收納’。喧訴相次，實擾府縣。今后如有此舉，無尊者同署文契，推問得實，其舉錢主在與不在，其保人等并請先決二十；其本利仍令均攤填納，冀絕奸計。”<sup>1</sup>這一規定，懲罰保人，又打又罰，不僅打板子，還要求保人代償。后者明顯有違“錢沒不追”的精神，等于承認了該類契約的有效性，與唐令規定形成衝突。這一立場的改變，可能與這裏的“舉”借錢物（即“諸司”公廩錢）有關。國家既然是利益人，自然不願因此而遭受損失，故對前述原則予以了修改。

### （二）對官員設立消費借貸的禁止性規定

羅馬法對行省官員設立消費借貸有禁止性規定。

莫德斯丁《學說匯纂》第10編云：“皇帝在憲令中指出：行省長官及其隨從在所轄省內不得經商，不得進行金錢的消費借貸或海運借款。”<sup>2</sup>又，莫德斯丁《論規則》第5編云：“在行省擔任軍、政職務之人，不得取得該省的土地。除非是由國庫拍買的他本人的祖產。”<sup>3</sup>而優士丁尼皇帝致大區長官梅納的兩個文件，都提到了這樣的問題。一則說：“儘管一些權威人士曾經准許某些下列取得，但是，我們對行省官員仍絕對禁止之。這一限制不僅包括不得接受任何贈與，而且包括不得在所轄省內購置任何動產或不動產（食品、服裝及私人住房除外）。盡管在離職5年以後行使這一權利，或是在離職以後才得到贈與人或賣方的同意，這種贈與和取得仍不能獲准。”<sup>4</sup>二則說：“我們認為，對上述物品的取得的禁止性規定還應擴大適用於行省官員的奴隸和門客。我們還應當說，通過第三人的取得無效。盡管他實現這一取得沒有任何風險。”<sup>5</sup>

唐宋兩代對此的區處，按唐代《戶部格敕》云：“州縣官寄附部人與易，及部內放債等，并宜禁斷。”在規範上還僅僅是禁止性規定，未必一定要給予處罰。宋代《宋刑統》規定：“今后監臨官于部內放債者，請計利以受所監臨財物論，過一百匹着，奏取敕裁。”<sup>6</sup>則更有具體罪名和處罰例。

兩相比較，羅馬法禁制的範圍，包括了“在離職5年以後行使這一權利，或是在離職以後才得到贈與人或賣方的同意”的情形，并聲明“這種贈與和取得仍不能獲准”；並且有“通過第三人的取得無效”的規定，這似應理解為隨從（隨從

更被明確為奴隸和門客）之外的第三人。在契約行為類別和標的物上，既包括不得接受任何贈與，且包括不能取得土地（當指不能通過任何方式取得），以及不得購置任何動產或不動產。只有祖產及食品、服裝及私人住房除外。

唐宋法禁止官員接受部內人的贈與，以及對其部內的借貸、買賣行為，從

作使用（也包括消費）借貸。

4. 監臨受猪羊（殺訖）供饋、酒食、瓜果，坐贓論。

此外，唐宋法對家人有犯，有處罰規定，但家人減官人罪二等；官人知情與同罪，不知情各減家人罪五等。

兩者的共同點與差異，可用下表顯示：

羅馬法		唐宋法		
主體	禁止行為	主體	禁止行為	處罰
行省長官及其隨從	不得經商	1. 州縣官(唐) 2. 監臨官(宋) 3. 監臨官	1. 寄附部人與易、部內放債；2. 部內放債 3. (1) 買賣有剩利 (2) 強市有剩利 4. 市易欠負不還	1. ? 2. 以受所監臨財物論；過一百匹着，奏取敕裁 3. (1) 以乞取監臨財物論 (2) 准枉法論 4. 五十日內依“負債違契不償”罪；過五十日，以受所監臨財物論；
行省長官及其隨從	不得進行金錢的消費借貸或海運借款	監臨官	1. 貸所監臨財物 2. 借所監臨奴婢牛馬 3. 借衣服、器玩等	1. 坐贓論 2. 以受所監臨財物論 3. 經三十日不還，坐贓論
行省擔任軍、政職務之人	不得取得該省土地			
1. 行省官員 2. 行省官員的奴隸和門客	不得接受贈與，不得在省內購置任何動產或不動產	監臨官	1. (1) 受所監臨財物 (2) 乞取監臨財物 (3) 強乞取監臨財物 2. 監臨受猪羊（殺訖）供饋及酒食	1. (1) 一尺笞四十等 (2) 加受所監臨一等；(3) 准枉法論 2. 坐贓論
		監臨官家人	受乞、借貸、役使、買賣有剩利	1. 家人減官人罪二等 2. 官人知情與同罪；不知情各減家人罪五等

刑事法的角度禁制甚嚴。《唐律》卷一《職制》列有受所監臨財物、貸所監臨財物、役使所監臨、監臨受供饋、監臨之官家人乞借等條，設立了一個典型罪名“受所監臨財物”，并有一些與之相關的罪名：

1. “受所監臨財物”（如畜產、米面等）。處罰是“一尺笞四十，一匹加一等，八匹徒一年，八匹加一等，五十匹流二千裏”；

2. (1) 貸所監臨財物。處罰是“坐贓論；若百日不還，以受所監臨財物論；強者，各加二等”。疏議解釋說：“所貸之物，元非擬將入己；貸時本許酬價”。此即不得作財物的消費借貸，是羅馬法的禁制事項。

(2) 買賣有剩利。處罰是“計利，以乞取監臨財物論。強市者，笞五十；有剩利者，計利，准枉法論。”

(3) 于所部市易欠負不還。若“斷契有數，仍有欠物，違負不還”，五十日內依“負債違契不償”罪；過五十日，以受所監臨財物論；

(4) 借衣服、器玩之屬，經三十日不還，坐贓論，罪止徒一年，即不得作某些使用借貸，此為羅馬法所無；

3. 監臨借奴婢牛馬車船邸店之類，各計庸、賃，以受所監臨財物論。不得

### （三）隱瑕疵責任

烏爾比安的《論市政官告示》第1編云：“如果賣方沒有明確說明被出售奴隸患有何種疾病或有哪種缺陷，但是，該種疾病或缺陷是一目了然的。例如：出售的是一名瞎眼的奴隸或在頭上或在身體的其它部分帶有明顯傷疤的奴隸，那么，凱其裏認為，賣方將不對此承擔隱瑕疵責任。同樣，賣方對其它明顯的疾病亦不承擔隱瑕責任。因為，市政官告示表明，它只適用於那些被人們忽視或可能被人們忽視的疾病和缺陷。”<sup>10</sup>又，同上云：“如果奴隸的缺陷或所患疾病影響了對奴隸的使用或妨礙了奴隸所從事的工作，那么，在這種情況下，買方可以提起退貨之訴。但是，要明確的是，不是對隨便哪種弱點都可以提起這一訴訟，而只是對疾病和缺陷（儘管非常輕微），才可以提起這一訴訟。因此，對不易發現的低燒、曾經患過的寒熱病或是算不上什麼缺陷、幾乎察覺不出一個小小的傷口均可提起退貨之訴。因為這些都是可能被忽視的情形。我們在這裏所一一列舉的都是患病和缺陷的例子。”<sup>11</sup>尤裏安《學說匯纂》第51編也云：“如果買方發現被售奴隸有瑕疵，那么，在6

個月之內，買方可以選擇是提起退貨之訴還是減價之訴。因為，當該瑕疵的存在致使買方不再願意購買該奴隸時，這后一個訴訟是包括退貨在內的。應該指出的是，如果買方已經提起了上述兩個訴訟中的一個，此后，買方又提起了減價之訴，那么，他將會被既判物之抗辯駁回。<sup>12</sup>烏爾比安的《論市政官告示》第1編雲：“提起退貨之訴的期限為6個月。如果不要求退還奴隸而只為要求補償損失而提起減價之訴，那么，有效期為1年。退貨之訴的期限從買賣成交之日起計算。如果出售物是口頭約定的或允諾的，那么，這一期限從約定或允諾之日起計算。”<sup>13</sup>烏爾比安《論市政官告示》第1編雲：“退貨之訴使賣方重新擁有原本屬於他的物品。因為這一訴訟的目的是退貨。因此，我們稱之為退貨之訴，這一訴訟幾乎等同于恢復原狀。”<sup>14</sup>

可見，羅馬法的隱瑕疵責任，在這裏，主要是就奴隸買賣而言的。隱瑕疵也主要以疾病或缺陷為內容。涉及到的問題，對當事人而言，有個退貨之訴或減價之訴的訴訟方式的選擇問題，兩種訴訟的訴期是不同的；同時，兩種訴訟的法律性質也是不同的。

唐宋法在奴婢、牲畜買賣方面也有隱瑕疵責任問題的規定。《唐律疏議》卷二六《雜律》買奴婢牛馬立券條：“諸買奴婢、馬牛駝驢驘，已過價，不立市券，過三日答三十；賣者，減一等。立券之后，有舊病者，三日內聽悔；無病欺者，市如法，違者答四十。”疏議曰：“買奴婢、馬牛駝驢驘等，依令，并立市券……若立券之后，有舊病，而買時不知，立券后始知者，三日內聽悔。三日外，無疾病，故相欺罔而欲悔者，市如法，違者答四十。若有病欺，不受悔者，亦答四十。令無私契之文，不准私券之限。”

這裏，對於奴婢、牲畜等活物而言，疾病是唯一的悔約條件，缺陷并不被看重。對於疾病這種隱瑕疵，用羅馬法的話說，是“賣方將對此承擔隱瑕疵責任”。

唐宋的這一律令規定，在民間是被嚴格遵守了的。就是說，類似于羅馬法的“退貨之訴”，在規定的“三日”期限內，是有效的。契約中的約定，是依法進行的程序。法律規定的指導性，在中國古代民間契約上，是有充分體現的。

先看買奴。關於買奴，《唐龍朔元年（公元六六一年）高昌左童黨買奴契》也有“叁日得悔”的殘文，<sup>15</sup>所悔之事，當

指有“舊病”。

再看買牲畜。《唐咸亨四年（公元六七三年）康國康烏破延賣駝契》約定：“買……駝壹頭……其駝……交想（相）付了。若駝……叁日不食水草，得還本主。”<sup>16</sup>這是買主的權利規定。對於三日之內是否有“舊病”的考察，民間是以三日之內是否吃草、喝水來判定的。《吐蕃寅年（公元八二二年）敦煌令狐龍龍賣牛契》雲：“如立契后在三日內牛有宿，不食水草，一任却還本主。三日已外，依契為定，不許休悔。”<sup>17</sup>同樣，這一規定，對於牛馬博換契約，也是適用的，如“……日不食水草，任還本（主）……”<sup>18</sup>

關於隱瑕疵的聲明，在古代中國，似乎是不存在的。出土的唐代三個“市券”，市司只問奴婢是否賤口；保人所保證的內容，也是確認該奴婢屬於主人所有，絕非誘拐之類。<sup>19</sup>對其是否有病，并不關注。看來，唐代法律將發現舊病的義務，推給了買方；賣方似無任何說明的必要。這裏，賣方的誠信或欺罔，是不被看重的。相反，對買方的誠信或不欺罔却有要求，《唐律疏議》卷二六《雜律》“（買方在）三日外，無疾病，故相欺罔而欲悔者，市如法，違者答四十”，即買方將無病說成有病，是不誠信，是欺罔。對於賣方，只是在“若有病欺，不受悔者，亦答四十”，即在發生確有疾“病”而且涉嫌“欺罔”（這時賣方有欺騙的故意），同時賣方不接受買方悔約時，才承擔刑事責任（民事責任的接受退貨，在受杖后也須擔負）；如果接受了買方的悔約，意味着只是負擔民事責任——接受退貨，而不必承擔刑事責任的答刑。唐代的奴、畜買賣，似仍是賣方市場。

#### （四）借貸最高利率限定與一本一利及禁止復利問題

優士丁尼皇帝曾四次致大區長官梅納，反復提到了借貸契約的利率問題。一則雲：“我們規定，無論要式口約標的的價值如何，那些有社會地位的人，以及那些社會地位更高的人均不得訂立利率超過4%的要式口約。我們還規定，主持及經營合法事務之人，在訂立有關利息的要式口約時，利率不得超過8%；在海運及海運借款契約中，盡管早期法律允許，利率亦不得超過12%。同樣，我們規定，任何其它人就利息訂立要式口約時，利率不得超過6%。上述有關利率的規定，在通常要求支付利息的情況下，均不得以任何方式加以提高。”<sup>20</sup>這是根

據各種主體的不同而允許其達到的最高利率標準；二則雲：“至于承審員，亦不得以所在地區現行慣例為由，提高上述有關最高利率的限制性規定。”<sup>21</sup>這意味着，地區慣例（中國古代稱為“鄉元例”）將是不被承認的；三則雲：“要是有人以不同于上述敕令規定的方式索取高額利息，那么，他將對超出規定部分的利息不享有訴權。如果已經接受了高額利息的給付，則必須將超出的部分從本金中扣除。禁止債權人從消費借貸的款項中扣除或暫留一部分作為回扣、手續費或留作他用。無論怎樣，如果做了上述不允許做的事情，那么，主債務將自始扣除與債權人留置相同的部分并相應地減少利息。”<sup>22</sup>這是講，最高利率的限制將要不折不扣地進行，法律不保護超過利率限制的取利部分；四則雲：“我們不允許利息的限額超過原限額的兩倍。有關質物利息的計算亦不得違反這一規定。即使在某些古代法允許索取兩倍以上利息的情況下亦然。我們認為，在善意訴訟中以及在其它所有涉及利息給付的情況下，均應遵守這一原則。”<sup>23</sup>這裏的“不允許利息的限額超過原限額的兩倍”，應指利息不超過本金。周楠先生認為優帝一世此規定“已付的利息等于本金時，即可停止付息，貫徹‘一本一利’的原則”，<sup>24</sup>此解可從。

優士丁尼皇帝也曾兩次致大區長官德莫斯德內，一則雲：“即使是根據古代法律的錯誤的，亦不得以任何方式向債務人索取利息的利息。如果允許利息成為本金并就全部本金訂約計付利息，那么實際上對債務人來說，這與向他索取利息的利息又有什么區別呢？因而，這種作法無疑是制定了一項只局限于理論而不能付諸實施的法律。”<sup>25</sup>二則雲：“依據上述法律，我們不得以任何方式將過去的利息或未來的利息轉化為本金，亦不得就利息的利息訂立新的要式口約。”<sup>26</sup>這是禁止復利，中國人稱此為“回利為本”。

唐宋《雜令》規定：“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，余本生利如初，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。”<sup>27</sup>在此，可知私契是公家（“官物及公廩”）與私人或私人之間締結的契約，官府不參與其訂立，也不參與其正常履行。這是所謂“官不為理”的含義。但私契履行不正常者，“官為理”：一是“違法積利”，官為理，指月利超過六分，及總利息超過一倍者；二是契外掣奪，官為理；三是非出息之債者，官為理。不過，在後來，唐代也修改了利息率，據《宋刑統》卷二六《雜律》受寄財物輒費用門所引：“准戶部格敕：天下私舉質，宜四分收利，官本五分生利。”較原來月利六分有所降低。《宋刑統》卷二六《雜律·受寄財物輒費用》條，附有唐開成二年八月二日敕，文雲：“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，追勘得實，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。”當時五分利標準已被確定了下來。

南宋的《慶元條法事類·雜門·出舉債負》有《關市令》，其內容為：“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，每歲取利不得過伍分（謂每門不得過伍升之類），仍不得准折價錢。”較唐代的六分利、五分利都有所降低。至元朝，《事林廣記》壬集卷一載《至元雜令》：“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。”《元史·世祖紀九》載至元六年敕：“定民間貸錢取息之法，以三分為率”。元代契樣雲“每月依例納息三分”，便是依法定利率為據的。后世之明清律取息三分的規定也是源于元朝的。

關於唐宋令的“積日雖多，不得過一倍”“不得回利為本”以及有關“鄉元例”等的詳細論述，請參見拙文《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》及王成偉的《略論敦煌吐魯番契約中的“鄉元生利”》一文，此處不贅。

另外，唐宋《雜令》的“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”，其中精神應是債權人有通過質物來獲得清償的權利。君

士坦丁皇帝致民衆雲：“我們規定，債權人應當通過出售質物來獲得清償”，<sup>28</sup>即是二者的共同處。

#### （五）賣方對追奪應當承擔的責任

彭波尼的《論庫尹特·穆齊》第31編雲：“在出售土地時，即使雙方未作約定，賣方仍要對追奪承擔責任。因為，以土地或土地的用益權為標的訂立的契約，不允許出現被追奪的情況。如果有約定，那麼，賣方還要依據規定對其它地役權承擔追奪責任。如通行權、步行權、駕車通行權、用水權。這一原則同樣適用於就城市地役權訂立的契約。”<sup>29</sup>可見，在古羅馬，土地所有權及用益權的特殊性，使得對賣方的追奪責任成爲一種絕對責任，而不論是否在契約中有約定，其它地役權則視其約定與否。又，烏爾比安《論告示》第32編雲：“如果賣方對出售物不享有所有權，那麼，就要對追奪承擔責任。因為，賣方收取了價金或已經以其它方式獲得了清償。”<sup>30</sup>則所謂追奪責任的承擔，是以賣方“對出售物不享有所有權”為前提的。雅沃倫《論普拉蒂》第2編雲：“如果在買賣契約中雙方沒有約定承擔追奪責任的範圍，那麼，除一般追奪責任外，賣方將不向買方承擔其它任何責任。至于損失的賠償，則須依據買物之訴的特點承擔責任。”<sup>31</sup>按譯者丁玫對前半段的注釋，“根據羅馬法的有關規定，在買賣契約締結之後，買方對物實行時效取得之前，賣方要就追奪向買方提供擔保。例如，在買賣契約中規定，一旦發生追奪，賣方向買方支付雙倍于價款的賠償。或規定，在發生追奪的情況下，賣方不但向買方返還價款而且支付一定數額的罰金。如果雙方有上述約定，那麼，則依據契約承擔相應的責任。如果沒有約定，則只承擔一般的責任。即：在沒有損失的情況下，賣方只承擔返還價款的責任；如果買方受到了損害，那麼，承審員將根據善意訴訟的原則個案分析，決定賠償範圍。”<sup>32</sup>前一層次是說，追奪擔保或者是“賣方向買方支付雙倍于價款的賠償”，或者是“向買方返還價款而且支付一定數額的罰金”，這是在有約定的情形下追奪責任的形式——依約定進行；后一層次是說，沒有追奪擔保約定的契約，其責任只是“一般的責任”，或者“只返還價款”（沒有損失時），或者“承審員決定賠償範圍”（有損失時）。

據我們對吐魯番回鶻文買賣契約的

研究，賣方所有權追奪擔保一般是有約定的。

在蒙元時期的吐魯番，由于買賣活動必然導致人口或土地的所有權轉移，爲了防止賣方的所有權被追奪而導致買方的利益損失，在吐魯番回鶻文買賣契約中，一般都會明確規定買方在何種情形發生時有權要求賠償，這就是賣方所有權瑕疵擔保的賠償條件條款。

據李經緯先生《吐魯番回鶻文社會經濟文書研究》一書收集并漢譯的25件回鶻文買賣契約中，明確記載了賣方所有權瑕疵擔保賠償條件條款的契約有20件，占買賣契約總數的80%。追奪擔保的賠償條件是，在買賣人口契約中，一般要說：“誰都不得爭執。誰依仗有權的官老爺、官太太、使臣、搶客的勢力制造糾紛，說：我們要贖回，我們要帶走”，<sup>33</sup>或“我、我的弟兄、我的親友若依仗有權勢的官宦之力說（什麼）‘我要把狄鎖（‘狄鎖’系人名——作者注）領走’”；<sup>34</sup>在買賣土地契約中，一般說：“不得有爭議。如果（有誰）依仗有權勢的官員（和）女紳的勢力（或動用巫師的力量），企圖收回（該土地）”，<sup>35</sup>或“誰也不得爭執。如果誰要爭執，說什麼‘我要贖’（等話）”。<sup>36</sup>其常用的基本句式爲：“無論是誰都不得爭執（或制造糾紛）”，這是基本項，表達的是基本態度；進一步地，又有“如果誰依仗有權的官老爺、官太太（或其它有地位的人）的勢力說什麼‘我要贖回、我要帶走’的話”的文字，這是通過條件從句而假設的情況，對可能出現的情形進行預設。后者表明，當時官員及其家人對民事行爲的干預和影響是很大的。

該條款中的“誰”，是專門指有權提出所有權爭議的可能的第三人的，從而與契約中有關第三人規定的條款相銜接。就是說，一旦有權提出所有權爭議的第三人挑起了爭端，爲回贖行爲實行了準備，甚至走了官員或紳士的關節，都不能影響下文約定的懲罰性賠償，因爲這是對買方利益的保護。

在25件回鶻文買賣契約中，明確記載了賣方所有權追奪擔保賠償金額條款的契約有18件，占買賣契約總數的72%。在買賣人口契約中，要寫明“給依尼楚克兩名跟這個奴隸相等的奴隸去贖買”，<sup>37</sup>或“向皇帝陛下貢奉一錠白（銀），向諸王繳納供乘騎的馬”。<sup>38</sup>買賣土地契約要寫清“提供跟這條河邊的這塊土地相等的兩塊土地去贖買”，<sup>39</sup>或“向皇帝陛下繳納

一錠金子，向地方官繳納一匹坐騎”<sup>40</sup>。

可以看出，賣方所有權追奪擔保，其賠償方式一般有兩種：一種方式是當時比較盛行的普遍做法，即一賠二的賠償方式，賠償的金額是買賣交易中標的物（無論人口或土地）的兩倍（加倍賠償）。18件契約中規定以此種方式進行賠償的契約有14件；另一種方式是要求賣方向王公大臣（甚至包括皇帝）繳納一定數量的罰金（和牲畜）。18件契約中規定以此種方式進行賠償的契約有5件，甚至有的包括了上述兩種賠償方式。這兩種追奪擔保的方式，前者與羅馬法中“賣方向買方支付雙倍於價款的賠償”是完全相同的；后者與羅馬法中“向買方返還價款而且支付一定數額的罰金”有一定的類似性，屬於罰金性質，但缺乏“向買方返還價款”內容，這些都是有約定的情形，追奪一依約定進行。

應當說，一賠二的加倍賠償是一種懲罰性賠償。出奇的是，古中國與古羅馬都不約而同地做了相同的規定，不能不說這是個魔鬼數字。一賠二的加倍賠償，意味着贖買者要多出一倍的價錢，才能得到原物，在經濟上是不劃算的。實際上，它的功能就是阻止這樣的回贖，保護買方權益。正如有些回贖文契約中所說的那樣，“贖買者將吃虧，持有該文書的（買主）將不受損失”<sup>41</sup>，“加倍賠償”是一種“重罰”<sup>42</sup>。除經濟上的損失之外，有的契約又指出“制造糾紛的人聲譽將受損害”<sup>43</sup>，更威脅以道義上的損失。同樣，繳納罰金和牲畜也是懲罰性的，因為即使用原價回贖了原物，但罰金和牲畜是多支付的，在經濟上同樣不劃算，也起着阻止回贖的作用，以保護買方利益。

## 二、關於學理之同異

### （一）關於債的概念、理論與體系問題

債是最初起源于借貸的，中外皆然。英國人巴裏·尼古拉斯說：“消費借貸是最早的實物債形式。”<sup>44</sup>“這在中國亦然，債的本義為借貸。《周禮·地官·泉府》：‘凡民之貸者，與其有司辨而授之，以國服為之息。’注：‘有司，其所屬吏也。與之別其貸民之物，定其賈以與之。鄭司農雲，貸者謂從官借本賈也。’疏：‘貸者，即今之舉物生利。’則不僅是指消費借貸，更指消費借貸中的有息借貸。又《孟子》曰：‘又稱貸而益之。’稱貸即《周禮·小宰》之‘稱責’，鄭司農雲：‘稱責謂貸

子。’疏：‘稱責謂舉責生子。彼此俱為稱意，故為稱責。于官于民，俱是稱也。’也指其生息而言。蓋尤斯《論行省告示》第1編：“債權人這一概念不僅僅是指那些借錢給他人之人，而且是指那些接受他人基于各種原因履行義務的人。”<sup>45</sup>可見，即使在古羅馬，在詞源學意義上，“債權人”首先“是指那些借錢給他人之人”，是消費借貸的貸出方，至于又“指那些接受他人基于各種原因履行義務的人”，只是其引伸義。

但古中國的債的概念無疑是狹窄的。《唐律疏議》卷二六《雜律》負債違契不償條的“負債”，據疏議解釋：“負債者，謂非出舉之物，依《令》合理者”，指的是“欠負公私財物，乃違約乖期不償者”。律文這裏的“非出舉之物”，即唐《雜令》之“非出息之債”。而在《唐律疏議》卷二六《雜律》負債強牽財物條的“負債”，又指的是“公私債負，違契不償”，沒有限定“負債”限于“非出舉之物”，與“負債違契不償”條不同。這裏的沒有限定，似乎不是疏忽，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”。可見，在當時，“債”的概念仍然局限于借貸；而且，在使用上也存在着某種淆亂不清的情況。

意大利人桑德羅·斯奇巴尼，在其選編的《契約之債與准契約之債》的“前言”中說：“在蓋尤斯的《法學階梯》中就已經顯示出一個獨立的部分集中論述債的理論的分類思想。在這個部分中，將財產法律關係中有關債的概念、原理、規則以及有關各類單一債的關係的規定匯集在一起統一進行定義、區分和界定。”<sup>46</sup>“在古中國，這自然是難以企及的。桑德羅·斯奇巴尼又說：“優士丁尼《學說匯纂》和優士丁尼《法典》……是按照所論述的、產生于不同原因的債以及這些不同種類的債所享有的訴訟保護的體系編排順序的。《法學階梯》的編排體系為我們指明了通往‘總則’的道路，《學說匯纂》和《法典》的編排體系則突出了各單一債的典型特征。”在古中國，前者既不及，后者也沒能成型，只是在某些債的特征方面有所闡發，難以形成系統。

原理或理論的概括與法律總則的產生與發展，有着必然性和規律性。我們先拋開整個民法原理的抽象不談，單就債而言，羅馬法將“債的概念、原理、規則”抽取出來，并將其與“各類單一債的關係的規定匯集在一起，統一進行定義、

區分和界定”，用“一個獨立的部分集中論述債的理論”，反映着法律與法學發展的一般規律。中國法律的發展，較早地出現了李悝的《具法》、商鞅變法后的秦國《具律》、漢代的《具律》及曹魏的《刑名律》、晉的《刑名律》與《法例律》及后来的《名例律》，就是刑律總則從分則中分離出來的結果，這是一種早熟型的發展。只是中國沒有從財產法律關係中分離出債的理論，法律既無民法類分則的發展，也從而沒有從其中抽象出民法總則的可能。再局限一點說，既無單一債的理論與實踐的充分發展，也就無債的理論與債法的發達。

盡管在古羅馬，優士丁尼《學說匯纂》和優士丁尼《法典》没能沿着蓋尤斯的《法學階梯》走下去，但羅馬法債法理論無疑在發展。因為准契約理論（如屬於家庭和繼承的遺贈、監護）、法定之債如培養費之債，這些被稱為“債”，與中國人的觀念是有別的。在中國，“欠債還錢”的“債”，只意味着借錢，遠沒能涵蓋古羅馬所謂的債的內容。債的概念是否被抽象到了一定的程度和層次，影響了人們對債關係的認識，也影響了債法的發展水平和發展形態。

### （二）單一債的學理問題——使用借貸與消費借貸

對於借貸契約的事實層面的描述，中國元代人和清代人的說明和描述，是清晰而準確的。與古羅馬人的說法，相同者多，但也有差異。古羅馬更多的是從借貸的權利層面來揭示。

古中國向來區別使用借、貸二字。清末沈家本曾詳考經史、字書、唐明兩律，以釋借、貸之別。沈氏雲：“《唐律》貸、借二字，確有分別。凡貨財之類，貸之以濟緩急，或有息，或無息，而不必以原物還主者，謂之貸”；“凡物之偶然借用，而仍以原物還主者，謂之借。”<sup>47</sup>唯沈家本未提及元朝。據現有資料顯示，元朝徐元瑞是系統發掘借、貸二字古義的第一人。

徐氏《史學指南·錢糧造作》雲：“以物假人曰借，從人求物曰貸。‘借’字從人，從昔；‘假’各人道，所以不能無也。凡以官物假人，雖輒服用、觀玩，而昔物猶存，故稱曰‘借’。‘貸’字從代，從貝，凡資財貨賄之類，皆從‘貝’者，以其所利也。假此官物利己利人，雖有還官之意，不過以他物代之，而本色已費，故稱曰‘貸’。又從‘代’者，謂以物替代也。”

徐元瑞的解釋，明顯沿襲自唐律以

來法律規定的內容。“借”僅僅以官物為例，範圍限于“服用”“觀玩”，脫胎于《唐律疏議》卷一五《厩庫》監主以官物借人條之監臨主守以衣服、氈褥、帷帳、器物等官物自借及借人的規定，衣服等為服用，器物為觀玩；“貸”也以官物為言，範圍囊括全部“資財貨賄”，也源于《唐律疏議》卷一五《厩庫》監主貸官物條之監臨主守以庫藏積聚之物私自貸及貸人的規定。這樣的貸，“貸時本許酬價”（戴炎輝注意到了《唐律》之疏議的這一說法），可見是有償（有息）的。至于借貸超出官物的普遍性，徐氏是通過“‘假’各人道，所以不能無也”作擴展說明的。

應當說徐元瑞釋貸較沈家本確切。沈雲“貸”是“不必以原物還主”，實際上消費借貸不是“必”或“不必”以原物償還的問題，而是原物根本不可能存續至償還之時；徐氏雲“本色已費”，雲“以物替代”、“以他物代之”，正反映了消費借貸清償只能以種類物替代的特征。

自然，將借與貸區分為“昔物猶存”仍“以原物還主”的使用借貸與“本色已費”“以他物代之”的消費借貸，是因為“借”與“貸”二字更規範和普遍，故徐元瑞特為釋之。實際上，元人還有其它表達法。《史學指南》又雲：“舉債曰揭，假物曰借。”是貸與借又稱“揭借”。“假”與“借”歷來互通，故借與貸又名“假貸”<sup>45</sup>；“揭”與“舉”同，“舉”是唐以來通用詞，故“貸”又作“揭錢舉債”<sup>46</sup>。以所謂官物借貸而言，《史學指南》又用“監臨主司私貸使費”的“盜用”來指代。《元典章》卷四七有侵盜、侵使，包括“侵欺盜借官物”、“侵借官錢”、“移借官錢”、“借使官錢”等，即是指監主所謂私貸使費。後來明清律均沿元法，監主私貸多稱“侵欺借貸移易”、“侵欺盜用借貸”。

可以看出，中國傳統法理是從事實層面講借貸的。而羅馬法是既從事實層面講借貸，也從權利層面講借貸的。

前者如蓋尤斯《法學階梯》3.90雲：“債可以通過實物締結，比如消費借貸。消費借貸真正涉及的是以重量、數量或者度量計算的物，比如：現金、葡萄酒、油、小麥、銅塊、銀子、金子。這些物品我們可以記數、衡量或者稱重的方式給付，以使它們變為接受者的，當它們被還給我們時，不再是原來的物品，而是同樣性質的物品。因而這被稱為 MUTUUM（消費借貸），因為那些以此方式由我給你的東西，從我的（MEUM）變為你的（TUUM）。”

保羅《論告示》第28編雲：“能作為消費借貸標的的是那些能夠稱、量、計數的物品。這樣，我們就可以用物品的交付來設立債權；用償還同種或同類的物品來履行契約。我們不能就除上述物品外的其它物品訂立消費借貸契約，因為，我們不能違背債權人的意願，以向他借一件物品而返還另一件物品的方式來履行契約。”<sup>47</sup>強調的是債權人的意願。這裏，一是消費借貸的不以原物還主，而以種類物替代的特征，揭示出來了；二是消費借貸的物的種類，揭示出來了；三是物之消費可能被指出了。正如英國人巴裏·尼古拉斯所說：“借貸的目的是消費，而不僅僅是使用，也就是說，借貸的物品是貨幣、食品、飲料等通常只能採用消費的方式加以使用的東西。”<sup>48</sup>

保羅《論告示》第28編還說：“消費借貸不是以收回原物為目的的借貸（否則就是使用借貸或寄托了），但是，收回的應為同種類的物品。因為，要是我們借出的是小麥而收回的却是另外一種物品，如葡萄酒，那就不是消費借貸了。”<sup>49</sup>這一點，似與古中國不同。在中國的契約中，是允許這種變通的。戴炎輝謂：消費借貸“其標的物通常用與元本同種之物，即貸錢生錢利，貸粟生粟利；但亦有用異種物者”。<sup>50</sup>李經緯先生《吐魯番回鶻文社會經濟文書研究》一書所收集的借貸契約《吐爾巴依借布契》雲：“龍年二月二十五（日），我吐爾奇因需要（以）酒（作利息）的棉布，從凱依姆杜那兒借了一個半棉布。秋初時節將跟容量為三十壇鉢的一袋子酒一起償還（他）。”<sup>51</sup>此以異種物為利息者。而在唐代的吐魯番，交河縣某人舉錢，契約約定的償還物却是：一部分錢還花，一部分錢還烏麻，一部分錢還粟。<sup>52</sup>在古中國，似乎人們只以消費借貸理解之，而不是理解作其它。

羅馬人也論及了消費借貸物品的質量。彭波尼《論薩賓》第27編：“對於用于消費借貸的物品，盡管我們沒有在契約中規定要返還同等品質的物品，但是，仍然不允許債務人返還同種類物品中劣于出借物品品質的物品。例如：借的是陳年葡萄酒而返還的是新釀制的葡萄酒。因此，盡管在契中沒有明確規定，但是，仍應返還與出借物相同種類、相同品質的物品。”

在羅馬，關於使用借貸的無償性（及其與租賃契約的區別），也是一種事實層面的描述。“被使用借貸的物，嚴格

地被理解為給付于你作使用，而沒有接受或規定任何報酬的情況。否則，在發生報酬的情況下，物的使用被認為是租賃給你。事實上，使用借貸應是無償的。”<sup>53</sup>實際上，沈家本、徐元瑞將使用借貸與消費借貸的可能“有息”、“以其所利”、“假此官物利己利人”相對舉，也包含了使用借貸的無償特征。但他們均沒有將其與租賃的關係揭示出來，又是其局限。這又符合實際。在唐代吐魯番契約中，租賃土地契約的質價，以預先支付小麥的方式給付，契文中稱“舉取小麥”，<sup>54</sup>“舉”即借，這說明當時對租賃與舉借，理論與實踐中均不作區分；又，吐蕃時期的敦煌契約中，本屬雇人刈麥的雇傭關係（勞務租賃）的雇價（或賃價），在契約中稱做“便刈價麥”，<sup>55</sup>“便”即借，是雇與賃又與借不作區分。

后者如，羅馬法中關於使用借貸的不轉移所有權特征的揭示，就是講權利了。

關於使用借貸是不轉移所有權的。彭波尼《論薩賓》第5編：“當我們借出使用借貸物時，我們仍舊保留對該物的所有權和占有權。”烏爾比安《論告示》雲：“沒有人通過使用借貸轉移所有權。”<sup>56</sup>英國人巴裏·尼古拉斯謂：“使用借貸就是只為了使用而借貸。……借用人……所接受的都既不是所有權，也不是占有權，而是對物的持有。這……契約都是無償的。”<sup>57</sup>

在羅馬法中，消費借貸也是從權利和義務的角度被理解的。保羅《論告示》第28編雲：“這種一件物品從原來屬於我，而變為屬於你的契約稱為消費借貸。要是不轉移所有權，那麼，也就不產生債。”<sup>58</sup>則消費借貸的本質是所有權的轉移。又雲：“在消費借貸中，出借人必須是借貸標的的所有人。因此，家子及奴隸也可以用他們的特有產設立消費借貸。因為，這與家子或奴隸按照我的意願設立消費借貸沒有什麼不同。如果錢不屬於我，那麼將會對我提起訴訟。”<sup>59</sup>這仍是所有權問題，不過又涉及到家子和奴隸特有產的權利問題。英國人巴裏·尼古拉斯謂：消費借貸因為是“只能採用消費的方式加以使用的東西”（意謂原物被“消費”掉了），“這因而涉及所有權的轉移問題，並且要求借用人不是歸還原來的物，而是歸還在數量和質量上與原物同等的物。”同時，從義務的角度講，“產生于消費借貸的義務只是返還，不要求支付利息。任何關於利息的協議都應當以單獨要式口約的形式訂



立。”<sup>63</sup>這當然與中國的情況不同。在中國，是犯不着在借貸契約的協議之外，再來一個口約來約定利息問題的。它們往往是在協議的同時就將利息確定好了。甚至可以說，利息的約定是消費借貸契約之協議的主要內容。中國沒有發達的口約制度，中國人甚至認為“口說無憑”，一開始就要求訂立文字契約，消費借貸亦然。

當然，羅馬法的使用借貸和消費借貸是被置于實物債的詳細分類過的理論中的，實物債包括了消費借貸、使用借貸、寄托和質押（盡管在蓋尤斯那裏，這種分類是過渡性的，他只提到了消費借貸。在優士丁尼那裏，完成了這種劃分）。而人們在敘述它們時，多注意到它們所涉及到的權利問題，即“使用借貸、寄托和質押……它們不涉及所有權的轉移”。<sup>64</sup>

應附帶提到的是，有關寄托物被費用，在《唐律疏議》中是要受處罰的。《雜律》受寄物輒費用條：“諸受寄物，而輒費用者，坐贓論減一等。詐言死失者，以詐欺取財物論減一等。”其中道理，未予道破，但似即侵權。佛羅倫丁《法學階梯》第7編雲：“寄托物的所有權及占有權屬於寄托人。但是，如果物品是存放于托管人處，那么，托管人對托管物享有占有權。因為，在托管期間，存放物品的任何一方當事人均無權占有托管物。”<sup>65</sup>“托管人制度，我們先不論，‘寄托物的所有權及占有權屬於寄托人’，唐律的意識似也如此。

此外，借貸的取息與否，即無息借貸與有息借貸，在古中國似未被當作一個問題。理論的探討不多見。前述徐元瑞釋借，包含了無息意義在內；貸既有“所利”，或利己或利人，又包含了有息之義。沈家本考察唐律之貸包括“有息”與“無息”兩類，元朝亦然。“揭”、“舉”在“舉放利息”<sup>66</sup>的場合，便是有息借貸，但人們似乎只抨擊高利貸，對其學理少有說明。實際上，無息借貸的濟困功能、物品更新功能（如對於積存舊糧而言），即使從借貸的事實層面而言，也是值得論說的。

注釋：

1. 法律世家的律學似未有過這一經歷。按《晉書·刑法志》雲：鑒于東漢以來“叔孫宣、郭令卿、馬融、鄭玄諸儒章句十有餘家，家數十萬言……言數益繁，覽者益

難”的情況，魏明帝曹睿“天子于是下詔：‘但用鄭氏章句，不得雜用餘家。’”律學終於能定于一尊。後來的《唐律》之律疏，也是在漢晉律學的基礎上，由國家組織的總結當時律學的結果。

2. [意]桑德羅·斯奇巴尼選編：《契約之債與準契約之債》，丁玫譯，中國政法大學出版社1998年版，第69頁。
3. 《宋刑統》卷一三《戶婚》典賣指當論就物業門、卷二六《雜律》受寄財物輒費用門附。
4. 《宋刑統》卷二六《雜律》受寄財物輒費用門附。
5. [意]桑德羅·斯奇巴尼選編：《契約之債與準契約之債》，丁玫譯，中國政法大學出版社1998年版，第79頁。
6. [意]桑德羅·斯奇巴尼選編：《契約之債與準契約之債》，丁玫譯，中國政法大學出版社1998年版，第111頁。
7. [意]桑德羅·斯奇巴尼選編：《契約之債與準契約之債》，丁玫譯，中國政法大學出版社1998年版，第113頁。
8. [意]桑德羅·斯奇巴尼選編：《契約之債與準契約之債》，丁玫譯，中國政法大學出版社1998年版，第113頁。
9. 《宋刑統》卷二六《雜律》受寄財物輒費用門附。
10. [意]桑德羅·斯奇巴尼選編：《契約之債與準契約之債》，丁玫譯，中國政法大學出版社1998年版，第167頁。
11. [意]桑德羅·斯奇巴尼選編：《契約之債與準契約之債》，丁玫譯，中國政法大學出版社1998年版，第167頁。
12. [意]桑德羅·斯奇巴尼選編：《契約之債與準契約之債》，丁玫譯，中國政法大學出版社1998年版，第167頁。
13. [意]桑德羅·斯奇巴尼選編：《契約之債與準契約之債》，丁玫譯，中國政法大學出版社1998年版，第167-169頁。
14. [意]桑德羅·斯奇巴尼選編：《契約之債與準契約之債》，丁玫譯，中國政法大學出版社1998年版，第169頁。
15. 張傳璽主編：《中國歷代契約會編考釋》（上冊），北京大學出版社1995年版，第198頁。
16. 張傳璽主編：《中國歷代契約會編考釋》（上冊），北京大學出版社1995年版，第202頁。
17. 張傳璽主編：《中國歷代契約會編考釋》（上冊），北京大學出版社1995年版，第214頁。
18. 張傳璽主編：《中國歷代契約會編考釋》（上冊），北京大學出版社1995年版，第

199頁。

19. 張傳璽主編：《中國歷代契約會編考釋》（上冊），北京大學出版社1995年版，第204、205-206、209-210頁。
20. [意]桑德羅·斯奇巴尼選編：《契約之債與準契約之債》，丁玫譯，中國政法大學出版社1998年版，第377頁。
21. [意]桑德羅·斯奇巴尼選編：《契約之債與準契約之債》，丁玫譯，中國政法大學出版社1998年版，第377頁。
22. [意]桑德羅·斯奇巴尼選編：《契約之債與準契約之債》，丁玫譯，中國政法大學出版社1998年版，第377頁。
23. [意]桑德羅·斯奇巴尼選編：《契約之債與準契約之債》，丁玫譯，中國政法大學出版社1998年版，第379頁。
24. 周相著：《羅馬法原論》（下冊），商務印書館2002年版，第691頁。
25. [意]桑德羅·斯奇巴尼選編：《契約之債與準契約之債》，丁玫譯，中國政法大學出版社1998年版，第379頁。
26. [意]桑德羅·斯奇巴尼選編：《契約之債與準契約之債》，丁玫譯，中國政法大學出版社1998年版，第379頁。
27. 《宋刑統》卷二六《雜律》受寄財物輒費用門附。
28. [意]桑德羅·斯奇巴尼選編：《契約之債與準契約之債》，丁玫譯，中國政法大學出版社1998年版，第109頁。
29. [意]桑德羅·斯奇巴尼選編：《契約之債與準契約之債》，丁玫譯，中國政法大學出版社1998年版，第157頁。
30. [意]桑德羅·斯奇巴尼選編：《契約之債與準契約之債》，丁玫譯，中國政法大學出版社1998年版，第143頁。
31. [意]桑德羅·斯奇巴尼選編：《契約之債與準契約之債》，丁玫譯，中國政法大學出版社1998年版，第157頁。
32. [意]桑德羅·斯奇巴尼選編：《契約之債與準契約之債》，丁玫譯，中國政法大學出版社1998年版，第157頁。
33. 李經緯著：《吐魯番回鶻文社會經濟文書研究》，新疆人民出版社1996年版，第6頁。
34. 李經緯著：《吐魯番回鶻文社會經濟文書研究》，新疆人民出版社1996年版，第52頁。
35. 李經緯著：《吐魯番回鶻文社會經濟文書研究》，新疆人民出版社1996年版，第104頁。
36. 李經緯著：《吐魯番回鶻文社會經濟文書研究》，新疆人民出版社1996年版，第114頁。

（下轉第114頁）

其中，書契人由出租人充任的有4人，承佃人充任的1人，第三人充任的4人。出租人若是知識階層，既識文斷字，又熟悉契約語言，由其充任書契人，就省略了另外請人的花費和麻煩。雖然第三人、承佃人、出租人承擔書契人時，大都寫清了是“遵囑而書”，但出租人承當書契人而特別寫明這一點的，大抵更多了一份據實而書的意味。

#### 注釋：

1. 李經緯著：《吐魯番回鶻文社會經濟文書研究》，新疆人民出版社1996年版。下引契約文書內容及文書順序號（如“二·8”，為第一類文書即買賣契約第8件，餘依此類推），皆據該書，不具引。
2. 轉引自黃時鑒著：《元代法律資料輯存》，浙江古籍出版社1988年版，第239-240頁。
3. 李祝環著：《中國傳統民事契約成立的要件》，載于《政法論壇》1997年第6期。
4. 張傳璽主編：《中國歷代契約會編考釋》

上册，北京大學出版社1995年版，第134-162頁。

5. 如“元至正二十七年(1367年)晉江縣蒲阿友賣園地契”的結尾，用了“至正二十七年二月某日”；又如“元至正二十七年(1367年)徽州吳鳳郎賣山地紅契”的結尾，署明時間是“至正丁未年十月十二日”。均見張傳璽主編：《中國歷代契約會編考釋》上册，北京大學出版社1995年版，第585頁。
6. 楊富學著：《9—12世紀的沙州回鶻文化》，載于《敦煌學輯刊》1994年2期。
7. 齊清順：《清代新疆維吾爾族地區農業生產的發展》，載于《中國歷史地理論叢》1996年3期。
8. 2·1契約中的種子、收成及賦稅均由雙方均分，可能是當時的一種民間慣例。據此可推斷出2·5和2·6契約在雙方均攤種子及賦稅的條件下，收成也極可能是均分的，這一半的收成就大體相當于土地的租金。另外，二·2和二·8契，在出租方負擔賦稅的情況下，應當理解為

租金中包含了賦稅額。

9. 也許我們應注意當事人之間經濟交往頻繁程度的因素。二·5、二·6、二·7、二·8等四件契約，都是凱依姆杜在自馬年至猴年的3年內，與另外兩個人即鐵木耳（一稱鐵木耳·普化）、米四兒發生租佃關係的；前3個契約是以凱依姆杜為出租方的，第4件是凱依姆杜為承佃方租用葡萄園。二·8契約簽訂于馬年二月二十日，二·6契約簽訂于馬年三月十八日；二·8契約對凱依姆杜無甚益處，到二·6契約是個彌補。二·5契約簽訂于馬年六月十八日，二·7契約簽訂于猴年正月初二；二·5契約基本按照慣例進行，到二·7契約又給承佃方鐵木耳·普化一個補償。
10. 烏廷玉著：《中國租佃關係通史》，吉林文史出版社1992年版，第74-76頁。

（責任編輯：張琳、程喆、徐錦堂、彭先偉、李春艷）

（上接第77頁）

37. 李經緯著：《吐魯番回鶻文社會經濟文書研究》，新疆人民出版社1996年版，第12頁。
38. 李經緯著：《吐魯番回鶻文社會經濟文書研究》，新疆人民出版社1996年版，第48頁。
39. 李經緯著：《吐魯番回鶻文社會經濟文書研究》，新疆人民出版社1996年版，第93頁。
40. 李經緯著：《吐魯番回鶻文社會經濟文書研究》，新疆人民出版社1996年版，第100頁。
41. 李經緯著：《吐魯番回鶻文社會經濟文書研究》，新疆人民出版社1996年版，第12、16、36頁。
42. 李經緯著：《吐魯番回鶻文社會經濟文書研究》，新疆人民出版社1996年版，第53頁。
43. 李經緯著：《吐魯番回鶻文社會經濟文書研究》，新疆人民出版社1996年版，第6頁。
44. [意]桑德羅·斯奇巴尼選編：《契約之債與準契約之債》，丁玫譯，中國政法大學出版社1998年版，第177頁。
45. [意]桑德羅·斯奇巴尼選編：《契約之債與準契約之債》，丁玫譯，中國政法大學出版社1998年版，第3頁。
46. [意]桑德羅·斯奇巴尼選編：《契約之債與準契約之債》，丁玫譯，中國政法大學

出版社1998年版，“前言”P. II.

47. [清]沈家本撰：《寄謬文存》卷四《釋貸借》。《歷代刑法考》第四冊，中華書局1985年版，第2152頁。
48. [元]張養浩著：《牧民忠告》卷上《上任第二》。
49. [元]胡祇通：《紫山大全集》卷二二《雜著·論農桑水利》、《寶鈔法》。
50. [意]桑德羅·斯奇巴尼選編：《契約之債與準契約之債》，丁玫譯，中國政法大學出版社1998年版，第63頁。
51. [英]巴裏·尼古拉斯著：《羅馬法概論》，黃風譯，法律出版社2000年版，第177-178頁。
52. [意]桑德羅·斯奇巴尼選編：《契約之債與準契約之債》，丁玫譯，中國政法大學出版社1998年版，第63頁。
53. 戴炎輝著：《中國法制史》，臺灣三民書局1966年版，第333頁。
54. 李經緯著：《吐魯番回鶻文社會經濟文書研究》，新疆人民出版社1996年版，第147頁。
55. 張傳璽主編：《中國歷代契約會編考釋》（上册），北京大學出版社1995年版，第349頁。
56. [古羅馬]優士丁尼著：《法學階梯》，徐國棟譯，中國政法大學出版社1999年版，第347頁。

57. 張傳璽主編：《中國歷代契約會編考釋》上册，北京大學出版社1995年版，第332頁。
58. 張傳璽主編：《中國歷代契約會編考釋》上册，北京大學出版社1995年版，第434頁。
59. [意]桑德羅·斯奇巴尼選編：《契約之債與準契約之債》，丁玫譯，中國政法大學出版社1998年版，第93頁。
60. [英]巴裏·尼古拉斯著：《羅馬法概論》，黃風譯，法律出版社2000年版，第178頁。
61. [意]桑德羅·斯奇巴尼選編：《契約之債與準契約之債》，丁玫譯，中國政法大學出版社1998年版，第65頁。
62. [意]桑德羅·斯奇巴尼選編：《契約之債與準契約之債》，丁玫譯，中國政法大學出版社1998年版，第69頁。
63. [英]巴裏·尼古拉斯著：《羅馬法概論》，黃風譯，法律出版社2000年版，第178頁。
64. [英]巴裏·尼古拉斯著：《羅馬法概論》，黃風譯，法律出版社2000年版，第179頁。
65. [意]桑德羅·斯奇巴尼選編：《契約之債與準契約之債》，丁玫譯，中國政法大學出版社1998年版，第101頁。
66. [元]胡祇通：《紫山大全集》卷二二《雜著·論農桑水利》、《寶鈔法》。

（責任編輯：李春艷、徐錦堂、彭先偉）

## 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。