

民间借贷的风险控制

一个制度变迁的视角

桑本谦*

摘要 在控制违约风险和解决信息不对称方面,中国古代关于民间借贷的法律制度体现出高度的制度理性,但以利率管制为核心的打压高利贷的各种举措却因招致市场反弹而屡屡受挫。民间借贷的制度变迁在很大程度上由科技进步和经济增长联手推进,金融机构占据了消费性借贷的大部分市场,社会保障和商业保险分担甚至替代了借贷市场的传统避险功能,贷方资信调查能力和资金监管能力的提高减轻了债务追讨对暴力强制的依赖,笞杖之刑以及“强牵财物”之类的逼债手段可以弃之不用,“役身折酬”也被高价值的抵押或质押取而代之。现代借贷制度因此表现出人性化和去暴力化的倾向。

关键词 风险 利率 暴力 高利贷 民间借贷

引言

“杀人偿命,欠债还钱”,只寥寥数字就精准概括了人类法律制度的两大要点,无怪乎这句民谚/法谚具有穿越时空的力量。至今,全国法院系统审理的民事案件,半数以上仍是债务纠纷;以工作性质而论,法院执行局差不多就是“讨债局”。尽管欠债还钱的法律关系不限于借贷,且其制度逻辑位居所有民事商事法律关系的枢纽,但本文之所以聚焦于借贷——主要是民间借贷,尤其是高利贷——是因为在各种债权债务关系中,借贷具有很强的延伸性,高利贷则极具显著性。从民间借贷和高利贷入手揭示欠债还钱的制度逻辑,未尝不是一个方便法门。

* 中国海洋大学法学院教授。

对于那些惯于与各种债务纠纷打交道且对各种民商事法律制度了如指掌的法律人而言,民间借贷的制度逻辑看似简单,但其实不然。在围绕轰动全国的“于欢案”的争论中,很容易发现包括法学专家在内的大量法律人关于欠债还钱的许多见解自相矛盾。高利贷引发的债务纠纷以及讨债团伙使用的“软暴力”逼债手段是这起案件的背景因素,法律人对此背景因素的态度不可避免地影响他们对受害人过错及犯罪嫌疑人罪责的评判。为避免“于欢案”悲剧重演,网络评论中法律人给出的解决方案是严惩高利贷、严打暴力讨债。^{〔1〕}

历史地看,这些见解都不新鲜。对比“于欢案”引发的网络舆论和清代司法者在处理借贷命案时屡次使用的判词——“违禁取利,罪有应得”,民间借贷的前世今生呈现出一种历史关联。打压高利贷在中国有不下两千年的历史,^{〔2〕}但凡现代人想到的打压手段,在古代大都付诸实施,只是效果不甚理想,而个中缘由则值得深入推敲。在现代社会,高利贷引发的社会问题已大大缓解。尽管现行法律制度依然保留了利率管制,但比之古代法律中的重利禁令却已宽松许多。高利贷在很长一段时期只受民事法律制度调整,直到最近(由于特定情势)其情节严重者才被纳入刑事管辖。^{〔3〕}

高利贷入刑,在中国始于明代,在西方的历史则久远得多,这很大程度与宗教有关。《重利法》(Usury Laws)在欧洲于19世纪就已被基本废除,但在美国的许多州却保留至今,只不过名存实亡。事实上,即使在《重利法》盛行的年代,法律实施也只是涉及消费性借贷,商业性借贷很少受《重利法》约束。^{〔4〕}中国现行的民间借贷制度并非移植自西方,倒是与历史有诸多纠缠,因而较之比较法的研究,制度变迁的视角对于观察和预测现行法律制度的实施后果也许更有可参照性。

民间借贷的法律制度,古今差异很大,从严苛到宽松经历了一个去暴力化的过程。可一旦理解了这些变化和差异,就能同时刷新我们对历史和现实的认识。正因为如此,通过分析借贷制度的历史变迁,本文试图论证一个重要的命题:古今法律的制度差异只是外部环境各种约束因素变化的结果,而控制借贷风险的制度逻辑却是始终如一。

虽然问题并不复杂,道理也不深奥,但惯性思维的干扰却容易将我们的思考引入歧途。围绕“于欢案”的讨论暴露出来的另一个问题是:关于欠债还钱,道义原则和市场法则有时会发生分歧(此时法律何去何从就成了疑问)。虽然打压高利贷不乏各种正当理由,但借贷关系中的

〔1〕 龙卫球:“关于‘辱母案’债务的民法思考——如何认识和治理非法催债乱象”,载《新华月报》2017年第13期,第86—87页;李泓冰:《人民网评:“于欢案”,亦揭开中小民企融资之殇》,载人民网,http://opinion.people.com.cn/n1/2017/0326/c1003-29169929.html,最后访问日期:2021年10月22日;相对理性的讨论,可参见季卫东:“从于欢案透视民间金融”,《中国改革》2017年第3期,第85—88页。

〔2〕 大概西周时期就有了处罚高利贷的法律规定。《周礼·秋官·朝士》载:“凡民同货财者,令以国法行之,犯令者,刑罚之”。其义为民间赊贷财物,应按国家法定利息支付,违者处以刑罚。

〔3〕 最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《关于办理非法放贷刑事案件若干问题的意见》已于2019年10月21日起施行。

〔4〕 参见(美)查尔斯·盖斯特:《借钱:利息、债务和资本的故事》,蒋小虎译,北京联合出版公司2019年版,第165—222页。

利率和风险以及讨债逼债时的暴力强制,都在很大程度上被市场法则无情支配。

之所以选择“利率”、“风险”和“暴力”作为本文的关键词,是因为这三个因素可以基本决定某一历史时期的借贷市场或其中一笔具体借贷交易的基本面貌,三者之间的互动关系也可大致勾勒出民间借贷的市场逻辑和法律逻辑。关于民间借贷的许多误识,基本都可被诊断为割裂了风险和利率之间的关联,并且忽视了暴力强制在风险控制方面所发挥的作用。

一、中国古代民间借贷的制度描述

民间借贷的法律制度在中国古代保持了很强的连贯性。相关法律自唐代定型,宋承唐制,经元代过渡而至明清,期间只有少许变化;民间规范和惯例更是一脉相承,受政权更迭的影响甚微。^{〔5〕} 致力于揭示制度变迁的逻辑,下文只对古代关于民间借贷的制度做出模型化的描述,而不打算对法律史做细致梳理。

(一) 欠债不还的法律责任

对于民间借贷,历代法律大体上遵循“私法自治”的原则,所谓“任以私契,官不为理”,^{〔6〕}但对欠债不还的处罚却相当严厉。过期不还的,责以笞杖,拖欠时间以日月计;^{〔7〕}判决之后拒不执行的,处罚更重。^{〔8〕}且处罚不能抵债,所欠本利依然要追还给债主。在唐宋时期,若债户确无偿还能力,法律还会迫使其以家中男劳力抵偿债务(所谓“家资尽者,役身折酬,役通取户内男口”)。^{〔9〕}古代法律制度通常只看欠债不还的行为,而不问原因,既不区分恶意逃债和无力偿还,也不承认诸如不可抗力或情势变更之类的免责事由。^{〔10〕}

尽管古代法律制度对欠债不还规定了刑事处罚,但通常只是存而不用。只要债主不向官府告诉,债户就可免遭笞杖之刑。对于拖欠债务,最常见的惩罚只是“违限生利”,即法律允许借贷双方在利息之外约定“迟延利息”,迟延利息相当于违约金。^{〔11〕}

(二) 债务主体

在中国古代,只有家长有权代表家庭借债放贷,卑幼隐瞒家长私自借债放贷,非但无效,且

〔5〕 参见罗彤华:《唐代民间借贷之研究》,北京大学出版社2009年版,“自序”第1页。

〔6〕 开元二十五年唐朝颁布的诏令说:“诸出举,两情合同私契。”《宋刑统·杂律·受寄财务辄费用》:“诸公私以财务出举者,任以私契,官不为理。”此原则被明清法律沿袭。

〔7〕 《唐律疏议·杂律》:“诸负债违契不偿,一疋以上,违二十日笞二十,二十日加一等,罪止杖六十,三十疋加二等;百疋,又加三等。各令备偿。”唐之后历代法律均有类似规定。

〔8〕 《唐律疏议·断狱》:“诸应输备、赎、没、入之物,及欠负应征,违限不送者,一日笞十,五日加一等,罪止杖一百。”唐之后历代法律均有类似规定。其中“欠负应征,违限不送”就是判决后拒不履行的意思。

〔9〕 《宋刑统·杂律·公私债务》引唐杂令:“家资尽者,役身折酬,役通取户内男口。”

〔10〕 并不绝对。古代皇帝在灾荒之年下诏恩赦或停征债务,就隐含着情势变更或不可抗力的制度内涵。

〔11〕 参见罗彤华,见前注〔5〕,第257—266页。

属违法行为。^[12] 既然借债被视为家庭行为,那么还债也自然是整个家庭(甚至家族)的责任,家产是家庭债务最基本的信用担保。^[13] “父债子还”虽未见法律明文,但却一直是强有力的民间规范,并且实际上获得了法律的认可。^[14] 中国古代已经发展出了完善的担保制度,与现代担保制度不同,古代法律允许或默许债户以人为质。^[15] 唐宋时期的法律允许债务人以奴婢质押债务,但严禁以“良人”为质。^[16] 明清法律虽无明文许可以人为质,但实践中却经常是默认的态度。

(三)利率管制

古代法律制度对高利贷的管制经历了一个从宽松到严苛的过程。完善的利率管制始于唐代,法律规定了最高利率和最高利息,且禁止复利。古代通常按月计息,没有“厘”的概念,因而所谓“每月收利不得过六分”,意思是法定最高月利率为6%。尽管唐宋时期的法定利率经常变动,少时月息四分,多时六分,^[17]却为后世开创了取息不过本钱的原则性规定。该原则在唐宋时期表述为“积日虽多,不得过一倍”,明清时表述为“年月虽多,不过一本一利”,意即无论债务拖欠多久,合计利息都不能超过本金。^[18] 但“一本一利”只是在拖欠日久而总计利息时的算法,倘若债户逐年逐月偿还利息,则不受“一本一利”的限制。^[19]

明清时期对高利贷的压制更加严苛。在继承了唐宋时期禁止复利及取息不过本钱这两个原则的基础上,又进一步降低法定最高利率至“月息三分”(年化利率36%),且规定“违禁取利”的罪名,将超过法定利率和法定利息的“余利”视为违法所得,轻者责以笞刑,重者坐赃论

[12] 例如,唐玄宗时颁令说:“诸家长在(在谓三百里内,非隔关者),而子孙弟侄等,不得辄以奴婢六畜田宅及余资财,私自质举及卖田宅。田宅疑衍(无质而举者亦准此)有质举卖者,皆得本司文牒,然后听之。若不相本问,违而与及买者,物即还主,财没不追。”参见(日)仁井田陞:《唐令拾遗》,栗劲、霍存福等编译,长春出版社1989年版,第788—789页。

[13] 中国古代以“户”为权利义务主体的传统至迟在秦代就确立了,参见孔庆明、胡留元、孙季平:《中国民法史》,吉林大学出版社1996年版,第81—82页;元和十一年(816年)东都御史台奏请放免债务时提到:“正身即没,子孙又尽,移征亲族旁支。”参见《唐会要(九三)诸司诸色本钱下》,“移征旁支”意味着债务责任从家庭扩展到家族。

[14] 前引“家资尽者,役身折酬,役通取户内男口”的律文中已隐含了“父债子还”之意。

[15] 中国古代以人为质的传统至迟可追溯至秦代。《汉书·贾谊传》:“秦俗日败,……家贫子壮则出赘”;《淮南子》卷八:“赘妻鬻子,以给上求。”

[16] 《唐律疏议·名例》:“奴婢同于资财”;《宋刑统·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。”

[17] 《唐六典》卷六“比部郎中员外部”条注:“凡质举之利,收子不得逾五分”;《宋刑统·杂律·受寄财物辄费用》卷二六:“诸公私以财物出举者,每月收利,不得过六分。积日虽多,不得过一倍”;《宋刑统·杂律·受寄财物辄费用》卷二六:“天下私举质,宜四分收利,官本五分生利。”

[18] 《明律·户律·钱债》:“凡私放钱债及典当财物,每月取利,并不得过三分,年月虽多,不过一本一利。违者,笞四十。以余利计赃,重者,坐赃论。罪止杖一百”;《大清律例·户律·钱债·违禁取利》之律文与此相同。

[19] 《唐明律合编》卷二十七辑注:“不过一本一利,谓本利皆未还,而积至年月久远者也。若年年纳利,本钱未还者,不得统计已还之利而算一本一利也。”

罪,还要追还“余利”给债户。^[20]而在唐宋时期,“违禁取利”不受刑事制裁,只是“余利”不受法律保护而已。

(四)对私力讨债的法律限制

为了对付欠债不还,历代法律都允许债主采用一些强制性的讨债手段,但同时施加各种限制。尽管唐代法律鼓励债主告诉官府,但即使债主未经告诉而“强牵”债户的家产财物,只要强牵财物的价值不超过债务总额,就通常不会追究债主的责任。^[21]哪怕债主使用了威逼、抢夺乃至暴力的手段(这其实是“强牵财物”的题中之义),只要未造成严重后果,官府的态度总体上是默许的。

但到了明清,法律禁止“豪势之人”未经官府审判而强取债户财产,且处罚相当严厉。若强取财产的价值超过放贷本利之和,余财视为违法所得,一律追还给债户。若“豪势之人”以强迫手段役使债户的妻妾子女,就构成更严重的犯罪。有奸占恶迹者,要被处以绞刑,且免除债务。^[22]但若仅从律文来看,明清两代对债主强取债户财物的惩罚,似乎只是为了打击私债征夺中的恃强凌弱。倘若强取财物的债主算不上“豪势之人”,法律并无明文规定,实践中似乎是默认的态度。

二、借贷关系的解释框架

虽然贷款利率受资金供求状况、市场平均利率、国家金融政策、通胀预期、融资成本、国际利率水平以及社会信用基础等很多因素的影响,但在微观层面上,利率和风险的关系最为紧密,放贷人在决定收取多少利息时,首先考虑的因素就是违约风险。风险越大,利率越高,反之亦然;这就是“风险溢价”的逻辑。^[23]民间借贷的法律制度主要着眼于控制违约风险和解决信息不对称,从而降低利率、扩大市场规模,让借贷双方共同受益。

(一)风险溢价与信息不对称

假定无风险的贷款利率为6%,违约风险为10%(即放贷人有90%的概率获得足额清偿,但有10%的概率分文无取,暂不考虑部分偿还的情形)。设贷款的必要利率为 r ,根据 $1+6\%=(1+r)(1-10\%)$,可计算出 $r\approx 17.8\%$,即必要利率约为17.8%,高出无风险利率11.8%的利差就是风险溢价。同理可以计算出:20%的违约风险对应于32.5%的必要利率;30%的违约风险对应于51.4%的必要利率;40%的违约风险对应于76.7%的必要利率;50%的违约风险对

[20] 《明律·户律·钱债》及《大清律例·户律·钱债·违禁取利》之律文。

[21] 《唐律疏议·杂律》:“公私债负,违契不偿,应牵掣者,皆告官司听断。若不告官司而强牵财物若奴婢畜产过本契者,坐赃论。”

[22] 《大清律例·户律·钱债·违禁取利》:“若豪势之人,不告官司,以私债强夺去人孽畜产业者,杖八十。若估价过本利者,计多余之物,坐赃论。依数追还主。若准折人之妻妾、子女者,杖一百。强夺者,加二等。因而奸占妇女者,绞。人口给亲,私债免追。”

[23] 参见(美)弗兰克·J.法博齐、弗兰科·莫迪利亚尼、弗兰克·J.琼斯:《金融市场与金融机构基础》,孔爱国等译,机械工业出版社2010年版,第154页。

应于112%的必要利率。可见违约风险高到一定程度,放贷就与赌博无异。上述风险溢价的计算还只是假定贷方风险中立,若遇灾荒之年放贷人普遍厌恶风险,则风险溢价还要继续加码。只要将利率和风险结合起来,就会立刻改变对“高利贷”的直观印象。尽管2015年发布的《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》中已被废除的两个法定利率标准(24%和36%)看上去近乎暴利,但在无风险利率为6%的假设之下,其分别对应的违约风险却只有15.5%和22.1%而已,而民间借贷市场上更高的违约风险却是司空见惯。

借贷双方的信息不对称会干扰贷方的风险评估。即使借方有足够能力和意愿去偿还全部债务,如果贷方看不到或不相信这个事实,仍会高估放贷风险。偿还能力和偿还意愿都会影响违约风险,但后者比前者更难以估测。对于职业放贷人,信息不对称对风险评估的影响更大。由于贷方不可能基于充分信息去评估每个借贷人的违约风险,在按统一利率放贷的条件下,就无法避免道德风险和逆向选择。贷方厘定的利率越高,就会有越多风险较低的借贷人退出市场,而那些愿意接受较高利率的借贷人,却通常更倾向于冒险投资。对此,职业放贷人的通常反应是,宁愿以较低利率放贷给违约风险较低的借贷人,也不愿以较高利率放贷给违约风险较高的借贷人。^[24]但这会迫使违约风险较高的借贷人寻找更加偏好风险或以其他手段(比如暴力)控制风险的放贷人,要么承诺支付更高利率,要么忍受暴力强制带来的各种约束。

(二)风险控制与暴力强制

为了争取较低利率,借方就必须设法降低自己的违约风险并致力于解决信息不对称。除了以自身行动创造良好的信用记录之外,^[25]借方可以向贷方做出下列承诺:

(1)承诺将借款用于贷方期望的用途,愿意接受贷方监管借款的使用。

(2)从承诺以其个人收入和个人财产偿还债务,到承诺以其家庭收入和家庭财产偿还债务(家庭连带责任),再到说服亲友或其他利益相关人,向贷方共同承诺,他们都会以全部家庭收入和家庭财产为债务承担连带责任(保证制度)。

(3)若拖欠债务,承诺向贷方支付延迟利息(“违限生利”),并同意贷方以暴力或软暴力手段强取自己的资产抵偿债务(“强牵财物”),或以劳务抵偿债务(“役身折酬”),或将自己部分资产置于贷方控制之下(抵押、质押、典当、留置)。

然而承诺未必可信。要提高承诺的可信度,最可靠的选项莫过于借助第三方的暴力强制。在这个意义上,强制执行相当于国家为借贷双方提供的双向补贴,^[26]而不只是为了保护债权人的利益,因为如果没有强制执行,则借贷人要么借不到钱,要么必须为借钱支付更高的利息。

[24] 这一现象被称为“信用配给”,为了控制放贷风险,理性的放贷人并不必然追求高利率。See Joseph E. Stiglitz and Andrew Weiss, “Credit Rationing in Markets with Imperfect Information,” *The American Economic Review*, Vol. 71, No. 3, 1981, pp. 393—410.

[25] See Benjamin Klein, “Why Hold-Ups Occur: The Self-Enforcing Range of Contractual Relationships,” *Economic Inquiry*, Vol. 34, Issue 3, 1996, pp. 444—463; Robert E. Scott, “Conflict and Cooperation in Long-Term Contracts,” *California Law Review*, Vol. 75, Issue 6, 1987, pp. 2005—2054.

[26] 关于强制执行的功能, see Alan Schwartz and Robert E. Scott, “Contract Theory and the Limits of Contract Law,” *The Yale Law Journal*, Vol. 113, No. 3, 2003, pp. 556—567.

家庭连带责任、保证制度以及“役身折酬”，是为了扩展强制执行的范围；“违限生利”“强牵财物”以及抵押、质押、典当、留置等各种担保，则是为了降低强制执行的难度和成本。^[27] 强制执行的范围越宽，执行成功率越高，违约风险越低，利率也越低，但国家需要为此投入更高的成本。

放贷风险有时表现为借方不能足额清偿（而不是像前文假设的那样，要么全部清偿，要么分文无取）。假定无风险利率为6%，只要风调雨顺借方人就能以其全部家庭收入和全部家庭资产足额清偿贷款本利，但风调雨顺的概率只是60%；倘遇荒年借方人颗粒无收，只能以其全部家产来清偿贷款本利的70%，但30%的余款可用劳务抵偿。基于上述假设，如果强制执行的范围可以延伸到借方人（及其家庭成员）的劳动力，则只要法律能被完美执行，必要贷款利率依然是无风险的6%。但若强制执行范围仅限于借方人的家庭收入和家庭资产，则即使法律能被完美执行，必要利率也会从6%提高到30%。^[28]

这道算术题描述了强制执行的范围对违约风险和利率的影响。法律拒绝强制执行借方人及其家庭成员的劳动力（废除“役身折酬”），意味着在借贷制度史上开启了一种“有限责任”，即借方人仅以其全部家庭收入和家庭资产对债务承担“有限清偿责任”。但这会导致风险和利率攀比提升，24%的利差就是这种“有限责任”的对价。

如果借方人觉得30%的利率太高以致无法承受，他就必须设法降低放贷风险。在没有任何资产可供抵押或质押的条件下，实现这一目标的最佳选项就莫过于规避法律——借贷双方可以私下约定，若借方人的家庭收入和家庭资产不足以清偿借款，余款就以劳务抵偿。只要借方人的承诺可信，必要利率就会从30%降至6%，但这意味着借贷双方通过私约复活了“役身折酬”。但私约易毁，在缺乏合法手段控制违约风险的条件下，体制外的暴力强制（比如黑社会、地方豪强或讨债团伙）就会乘虚而入。

国家为保障债务履行而提供的强制执行越充分，违约风险越低，边际上的放贷利率也越低。只要强制执行的力度不足，体制外的暴力强制就获得了空间。强制执行力度不足的一个表现是执行成功率太低。在上文的假设之下，即使强制执行的范围扩展到借方人及其家庭成员的劳动力，但若执行成功率只有60%，则利率同样会上升到30%。社会财富的增加、执行技术的改进、贷方资金监管能力的提高以及社会保障和商业保险的健全和完善等等，都会允许法定强制执行的范围压缩，同时减轻债务履行对暴力强制的依赖。

三、控制借贷风险的制度变迁

借助前文的解释框架，下文致力于揭示民间借贷制度变迁的原因和动力。尽管古代社会控制借贷风险的法律制度十分严苛，但在控制违约风险和解决信息不对称方面仍然体现出高

[27] Steven Shavell, "The Optimal structure of Law Enforcement," *The Journal of Law and Economics*, Vol. 36, No. 1, 1993, pp. 255-287.

[28] 求解 $1+6\% = 1 \times 80\% \times 40\% + (1+r) \times 60\%$ ，得 $r=30\%$ 。

度的制度理性,而现代借贷制度的人性化和去暴力化倾向则很大程度上可归功于经济增长和科技进步。

(一)古代社会的放贷风险

在中国古代,占人口绝大多数的农民群体很少有机会脱贫致富,大量农民挣扎在生物学意义上的贫困线边缘,抵御自然灾害的能力十分薄弱。即使在没有战乱的康熙年间,也是“乐岁之不免冻饥,而凶年之死亡相枕籍也”。〔29〕古代农民的基本经济状况决定了民间存在巨大的借贷需求。乾隆皇帝就看到了借贷市场对农民抗灾避险的作用:“小民挪借有资,不致流离失所。”〔30〕然而,如果放贷行业兼营保险,则放贷利息中就必然要包含保险费。

但不幸的是,越是贫困的农民,越不容易借到钱,或即使借到钱,利息也更高。〔31〕古代社会“谷利高于钱利”的现象就是个明证——需要借钱的农民还不见得有多穷,但若到了需要借粮的地步,就基本算是赤贫了,因此需要支付更高的利息。〔32〕此外,越是穷乡僻壤借贷利率越高的事实也印证了上述逻辑。〔33〕

民间素有“救急不救穷”之说。比之“救穷”,“救急”的违约风险更容易被控制。虽然小农经济经常被描述为“自给自足”,但农业的周期性收支却使得农民即使在正常年景也难免产生借贷需求。“青黄不接”之际最需要“过桥贷款”,只要“月不足而岁有余”,借贷市场就大体可以正常运转。倘遇荒年,情形就迥然不同:“有余之家恐为所负,不复出借,亦无利息可生,往往中落。贫户仰叩无门,不得不求食他乡。以致富者渐贫,贫者益无所底。”〔34〕古代统治者寄望借贷市场来实现“贫富相维”,但却因频繁发生的灾荒而屡屡受挫。

古代盛行按月计息,说明借期普遍较短。〔35〕缩短借期既为控制放贷风险,也为缓解信息不对称。借期越长,变数越多。不仅债户遭遇各种不测的可能性会增加,原本能够偿还的债务也可能因生老病死或其他事端而继续拖欠。且人心易变,债务拖欠的时间久了,债户的偿还意愿可能不升反降;随着利息越来越高,感觉还债无望的时候,就难免产生赖账动机。正是由于私债征讨屡招怨恨,民间才有“不孝怨父母,欠债怨债主”之说。

与借期较短相对应的,是放贷额度较小。〔36〕债主通常会根据债户的还债能力来确定放

〔29〕《皇朝经世文编》卷26,靳辅:《生财裕响第一疏》。

〔30〕《清高宗实录》卷309,乾隆十三年二月甲戌。

〔31〕李金铮对民国乡村借贷利率的研究可以佐证,参见李金铮:《民国乡村借贷关系研究》,人民出版社2003年版,第170—171页。

〔32〕同上注,第172页;关于明清谷利与钱利的比较,参见刘秋根:《明清高利贷资本》,社会科学文献出版社2000年版,第201—202页。

〔33〕李金铮,见前注〔31〕,第173—174页。

〔34〕《清高宗实录》卷309,乾隆十三年二月甲戌。

〔35〕例如,唐代谷物借期一般不超一年,借契通常只写明月份不注年份,这就说明,当时来年还债已成定例。参见罗彤华,见前注〔5〕,第183页。

〔36〕关于唐代生活性借贷额度的研究,可参见罗彤华,见前注〔5〕,第188—288页;即使到明清时期,小商贩满足经营所需,其借贷额度也不大。刘秋根,见前注〔32〕,第285—286页。

贷额度。为了避免风险和利率的相互攀升,较之高息大额放贷,债主更倾向于低息小额放贷。^[37]宋人袁采已经注意到放贷额度和违约风险之间的关系,所以告诫世人“钱谷不可多借人”。“凡借人钱谷,少则易偿,多则易负。故借谷至百石,借钱至百贯,虽力可还,亦不肯还,宁以所还之资为争讼之费者多矣。”^[38]

争讼还不是大事,顶多耗钱费力,倘因私债征夺而闹出人命来,放贷风险就不是一般地加码了。尽管古代文献中关于债户为逃债而杀死债主的记载并不多见,^[39]相关研究也表明因借贷纠纷而导致命案的概率很低,但考虑到命案只是纠纷引发暴力的极端结果,就可以合理揣测,借贷纠纷中的暴力讨债和暴力抗债都不罕见。有研究表明,一旦利率高于零,债户打死债主的概率就会超过债主打死债户的概率,且利率越高,债主的死亡风险越大。借贷纠纷中暴力冲突所引起的风险溢价必然会转化为高额利息。^[40]

在中国古代,放贷属于公认的高风险投资。高风险自然追求高回报,所以总体上放贷利率远超地租收益率或商业利润率是毫不奇怪的。“拥田宅享租收者利什之一,废著居奇者利什之二,出藏称贷以权母子者利什之三。”^[41]清代人对不同行业投资回报率的描述,其实也反应了不同行业的投资风险。尽管这个描述与大量历史文献中动辄“倍称之息”甚至“数倍之息”的记载并不相符,但逻辑上却无冲突,前者描述的是平均利率,后者记载的是些极端情形。但与如今的银行贷款相比,即使按“什利之三”(30%)计,古代的民间借贷也算是不折不扣的“高利贷”了。

(二)暴力的介入

控制放贷风险是国家和社会的共同使命。借方渴望降低利率,贷方需要控制风险,而借贷市场的有序运作和规模扩张可以满足借贷双方的共同诉求,乾隆皇帝想象的“贫富相维”就是这个意思。古代社会已经发展出了很多控制放贷风险的制度和措施,既有国家正式颁布的法律,也有非正式的民间规范。

“欠债还钱,天经地义”的社会观念,塑造了一种控制借贷风险的制度约束力,再将此观念诉诸超自然的轮回报应,就进一步增加了欠债不还的心理代价。^[42]此外,古代社会还发育了降低风险的信誉机制,经常需要小额借贷的农民懂得“好借好还、再借不难”,信用良好的农民

[37] 李金铮,见前注[31],第173页。短期小额借贷利率偏高,这与李金铮的调查貌似相反,但逻辑上并无冲突。

[38] 《世范》卷下,“治家·钱谷不可多借人”。

[39] 只是偶有记载,例如,《三国志·魏书·高柔传》记载,焦子文为赖账杀了窦礼。又如,《长编》卷二二记载,相州张某因姻亲被高利贷所累,抱打不平,杀死债主一家六口,后自首;面对知州讯问,张慷慨陈词。

[40] 参见陈志武等:“民间借贷中的暴力冲突:清代债务命案研究”,《经济研究》2014年第9期,第162—175页。

[41] 同治《霍丘县志》卷3,“食货四·物产”;宋人袁采也认为,“典质营运”三年翻倍,《世范》卷上,“睦亲·居家不必私藏金宝”。关于古代借贷利率和研究很多,但以借契为据的研究并不可靠,因借契为规避法律所需经常掩盖真实利率,反倒不如时人的观察更加可信。

[42] 关于欠债还钱的轮回报应,古代文献多有记载,如《天平广记·报应·竹永通条》以及《夷坚志支》丁志卷第五十五事“师逸来生债”,均记载了投胎还债的传闻。

更容易争取到低息甚至无息借贷。

为了控制借贷风险,当然也为了降低利率,古代社会在开发信用资源方面可谓不遗余力。不仅保证、抵押、质押、典当、留置等现代担保制度在古代社会一应俱全,就抵押和质押的范围而论,更是无所不用其极。^[43] 在信用资源极度匮乏的条件下,“质为人身”或“父债子还”,既是迫不得已,也是顺理成章。拿自己和子孙的人身做文章,是贫困债户的最后出路。所谓“家资尽者,役身折酬”,实为借贷双方共同开发了一种将人身证券化的债务担保方式。古代社会之所以将还债视为一种家庭乃至家族责任,同样是为了扩大信用基础。“役通取户内男口”,意味着以人为质可以扩展到全部有劳动能力的男性家庭成员;“移征旁支”的情形虽不多见,但如此极端的做法同样是为了开发信用资源和降低违约风险。

借贷市场上少不了暴力强制,否则“役身折酬”或“移征旁支”都只是空话而已。比之强迫债务人“役身折酬”,对“负债违契不还”责以笞杖就更进一步,前者还只是以国家暴力为后盾,后者则直接动用暴力制裁了。但无论剥夺人身自由,还是直接造成身体创痛,都不是制裁的目的,制裁只是逼债的手段,其功能与现代强制执行并无二致。^[44] 强制程度的加码只是对贫困社会的信用基础薄弱且技术手段短缺的一种无奈回应。制裁欠债不还不只是为了保护债主的利益,对于债户而言,笞杖之刑既是一种认证方式(为其偿还能力和偿还意愿强力背书),也是一个遴选机制(把有机会主义倾向的潜在债户淘汰出局)。

古代社会之所以会允许债主必要时可以“强牵”债户财物,乃是因为,国家在无力提供保障债务履行的充分强制时,就需要借助私人的力量。^[45] 笞杖固然可以威慑欠债不还,但官府处理案件的能力毕竟有限,^[46]而天下的借贷纠纷却是汹涌如潮,倘若在潜在债户看来,因欠债不还而遭受刑事制裁只是个小概率事件,那么保障债务履行的充分强制就只是名义上的。对于债主强牵财物的行为网开一面,虽然免不了许多负面后果(放纵豪民,引发纠纷,缺乏稳定性,过分依赖本地社会关系网络,不利于借贷市场规模扩张等等),但为了保障债务履行,这是贫困社会必须付出的代价。如果债务履行过度依赖于强制力量,暴力就成了一种稀缺资源。只要国家担负的暴力强制供给不足,体制外的暴力就会乘虚而入。

将“好借好还,再借不难”这句民间俗语反过来理解,就说明那些信用记录糟糕的农民很难借到钱,或即使能够借到钱,利息也很高。而利息推高会加剧风险,也会激励债户在借贷纠纷中更多使用暴力。^[47] 乡村社会中不乏蛮横嚣张、逞勇斗狠之徒,由于普通债主通常不敢向这类人放贷,于是出现了一个市场空白,而能够填补空白的,自然是那些暴力更强。借贷市场

[43] 据刘秋根统计,典当行业在历代沿袭的名称就有一百余种。参见刘秋根:《中国典当制度史》,上海古籍出版社1997年版,第7—15页。

[44] 参见(美)波斯纳:《法律的经济分析》,蒋兆康译,法律出版社2007年版,第130—133页。

[45] See William M. Landes and Richard A. Posner, “The Private Enforcement of Law”, *The Journal of Legal Studies*, Vol. 4, No. 1, 1975, pp. 1—46.

[46] 乾隆皇帝就很清楚,官府对于欠债不还经常不予受理。参见《清高宗实录》卷309。

[47] 陈志武等,见前注[40],第162—175页。

上之所以从来都少不了军将兵丁、地痞恶棍甚至流刑犯等角色，^{〔48〕}原因就在于此。除了偏好风险，这几类人还能凭借自身的暴力优势来控制债务风险。结果不言而喻，这几类人的逼债手段肯定要比普通债主凶残许多。^{〔49〕}

在借贷市场的竞争中，暴力是一个重要的竞争筹码。地方豪强之所以总能在竞争中取胜，甚至成为高利贷市场的垄断者，^{〔50〕}不仅因为其资金规模庞大（从而能够降低借贷的财务成本并可以兼营保险性放贷），还因为其自身拥有体制外的暴力强制（从而有能力拓展借贷市场并能在竞争中压低放贷利率）。普通债主不敢蹚的浑水，豪强敢蹚；普通债主按月息四分也不敢放出的一笔贷款，豪强可能按月息三分就敢于放出。由于越有能力控制风险就越有能力压低利率，也越有条件偏好风险，所以后者使地方豪强更容易通过提高利率而获取更高利息，前者则使其更容易通过压力利率而在借贷市场的竞争中取胜。^{〔51〕}在打击高利贷的法律约束之下，地方豪强的竞争优势很可能更加明显，因为他们更有能力把贷款利率控制在法定利率以下。

越是在法律退出的地方，体制外的暴力就越有用武之地。唐宋时期法律禁止“以良人为质”，明清时期法律禁止债主未经官府审理而强取债户财物，但这些禁止性规定无一不是形同具文，借贷双方会合谋规避法律，^{〔52〕}还可能会共同寻求体制外的暴力作为偿还债务的保障。此外，司法资源的相对稀缺也给体制外的暴力提供了广阔空间，即使是法律明确规定“官为理”的借贷纠纷，官府也经常“以私债置之不问”。^{〔53〕}“案多人少”显然不只是现代司法者的难题。

（三）制度变迁的原因和动力

分析历史最终还是要回到现实。古今法律制度的相互参照，可以同时深化我们对历史和现实的双重认知。前文的分析已经暗示，民间借贷的制度变迁在很大程度上应归功于科技进步和经济增长。

首先，经济增长基本解决了贫困问题，人们的支付能力和偿还能力已今非昔比。贫困人口的数量减少，降低了保障性借贷和避险性借贷的比例，借钱过日子的现象已经十分罕见。专业性金融机构可以满足大部分消费性的借贷需求，按揭贷款和信用卡支付已成为消费性借贷的

〔48〕 参见柏桦、刘立松：“清代的借贷与规制‘违禁取利’研究”，《南开经济研究》2009年第2期，第141—152页；另外，唐宋时期，甚至出现了“债帅”。参见王云裳：“宋代军中的‘债帅’”，《福建师范大学学报》2013年第4期，第97—103页。

〔49〕 “凡遇民人借债，止有七折、八折，票约则勒写足数。又加每月每两行利三分，此外又科索东道线、保人线，种种名色，穷民借钱到手，十不及半。迨至取偿，不容少宽时日，或利息过月不还，又勒展票，利上加利，不数月间，资财吸尽，祸及妻孥。始虑民人不即依从，先肆凶威，登门毒殴，吊营拷打，百般狼藉，命若悬丝，势不得不鬻妻卖子。”《李文襄公文集·别集》，转引自柏桦、刘立松，见前注〔48〕，第141—152页。

〔50〕 在宋代，专营借贷者有“钱民”之称，而“钱民”的另一种称呼就是“豪民”。参见刘秋根：《宋代经济史》，上海人民出版社1987年版，第1113页。

〔51〕 李金铮，见前注〔31〕，第169—170页。

〔52〕 唐代以良人质债，过期不赎，没为奴婢的现象十分常见，实际上已成民间惯例。罗彤华，见前注〔5〕，第53—57页。

〔53〕 《清高宗实录》卷309。

主流。

其次,科技进步有效控制了瘟疫、疾病和许多自然灾害,人们遭受意外损失和意外死亡的风险降低,且预期寿命大大延长。与此同时,国家控制战乱的能力大增,发动战争的成本却极度攀升,遭遇战争和战乱的风险在日常决策中几乎可以忽略不计。完善的社会保障、发达的商业保险以及国家承担的各种救助措施,分担甚至替代了借贷市场的在抗灾避险方面的传统功能,贷款利息中的保险费比例大大下降。

此外,得益于现代社会发达的信息技术,商业性放贷人拥有了很强的资信调查能力和资金监管能力,可以通过事先信用评估和事后资金监管的方式来有效控制违约风险,借贷市场因此减轻了对强制执行的依赖。即使需要强制执行,如今法院执行机构可以动用的技术手段也令古代官府望尘莫及。体制外暴力在借贷市场上的生存空间因此被大大压缩,即使存在大量游走于法律灰色地带的讨债团伙,通常采用的讨债手段也仅限于各种花样的“软暴力”措施。

上述变化都会降低借贷市场的风险和利率,进而改变欠债还钱的制度。确切地说,是各种外部环境因素的变化,导致最优强制的均衡点位移,借贷法律制度因此表现出人性化和去暴力化的趋势。在现代法律制度中,不仅笞杖之刑以及“强牵财物”之类的逼债和讨债的手段可以弃之不用,“役身折酬”也可以被高价值的抵押或质押取而代之。除非债务人采用欺诈、暴力或其他手段抗拒法院强制执行或采用隐蔽手段人为增加债务风险,否则法律不会对债务人做出刑事处罚。如果债务人确实无力偿还,法院就会中止甚至终结执行,并且,在尚未建立自然人破产制度的条件下,保证债务人拥有基本生活条件是法院强制执行的底线。^[54]此外,只要个人可以作为一个低风险的借贷主体,家庭成员就无须为个人债务承担连带责任,除非个人财产和家庭财产无法区分。即使在婚姻关系中,夫妻一方以个人名义所欠债务,如果没有用于共同生活、共同经营或家庭日常开支,也不至于连累到另一方。^[55]

四、古今利率管制的制度背景和实施效果

借贷市场的有序运作对于维持社会经济秩序至关重要,但高利贷却是历代统治者面对的难题。一旦高利贷泛滥,则包括贫富分化、土地兼并以及恃强凌弱在内的各种复杂社会问题就会如影随形,以利率管制为核心的打压高利贷的各种举措,因此被历代沿袭且存续至今。由于民间借贷的法律制度总体上满足借贷双方的共同诉求,但利率管制却更多反应国家意志,故而其制度背景和实施效果显得格外引人注目,因此值得专门探讨。

(一)古代社会的利率管制

作为“任以私契”的例外,古代法律规定了最高利率和最高利息。对于超过法定利率或法定利息的借贷,唐宋时期的法律规定是“官不为理”,即国家不提供法律保护。明清时期则更进一步,规定“违禁取利”的罪名,对债主追究法律责任。但上述法律的实施效果不佳,且障碍重

[54] 参见《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》第5条。

[55] 参见《中华人民共和国民法典》第1064条。

重。

借贷双方合谋规避法律轻而易举,或在出借本金中先行扣除利息,或将本利合计于出借本金之中。^[56] 只要将真实利率掩盖起来,在借契上看不出高利贷的痕迹,打击“违禁取利”就难免只是虚张声势。^[57] 这两个规避法定利率的招数历史悠久,屡试不爽,且一直沿用至今。现今法院裁判的借贷案件,就有很大比例属于改头换面的高利贷纠纷。

如前文所述,裁断纠纷和强制执行是国家为保障债务履行而为借贷双方提供的一种双向补贴。而“官不为理”,则意味着国家拒绝为高利贷纠纷提供公共服务。在借贷双方会合谋规避法律情形下,要阻止高利贷纠纷鱼目混珠,就必须扩大取证范围,但要拿出足以对抗借契的证据,仅靠债户反悔是做不到的。这意味着,一旦取证范围扩展到借契之外,原本简单的“理讼”就会升级为“断狱”。

即使官府有能力识别高利贷纠纷和普通借贷纠纷,并能成功阻止高利贷纠纷搭乘“官为理”的便车,另一种麻烦也会接踵而至。倘若借贷双方被迫寻求体制外的强制力量作为还债的保障,则不仅军将兵丁、地痞恶棍以及地方豪强在借贷市场上如鱼得水,提供专业化讨债服务的暴力或软暴力组织也会应运而生。

相对于直接使用暴力,只诉诸软暴力手段的专业化讨债应该算是个进步。比之清代地方豪强雇佣打手讨债,民国之后的黑社会组织承揽讨债业务,应该可以有效减少借贷纠纷中的伤亡事故。如果存在讨债行业的市场竞争,那么取胜者自然是那些既能成功讨债、又能合理控制伤亡事故和法律风险的讨债组织。

虽然明清法律规定了“违禁取利”的罪名,但国家打击“违禁取利”的能力却始终是个短板。除非债户向官府告诉,否则官府不可能具备查处“违禁取利”的侦查条件。好在债户告官的概率也确实不高,并且越是注重声誉的债户越不可能告官。正是由于债户不告官是常态、告官是反常,所以民间借贷市场才能有效运转。乾隆皇帝对此心知肚明,他本人就没对“违禁取利”的法定罪名太过当真,相反,对于荒年时债主“加息四五分”而债户“尚肯偿还”,他颇感欣慰。^[58]

如果官府严厉查处“违禁取利”,就会激励债户(尤其是那些不诚信的债户)在抗债时使用暴力,将民事纠纷升级为刑事案件。^[59] 只要借贷纠纷升级为刑案乃至命案,取证范围就会自然扩展到借契之外。而一旦“违禁取利”被查证属实,债户所欠债务即使不被一笔勾销也至少会削减一部分利息。所以事先看来,把纠纷闹大很可能对债户利大于弊。

[56] “利过三分怕犯科,巧将契券写多多”,见于清代旗人德硕亭所作“竹枝词”《草珠一串》,描写了北京城高利贷市场规避法律的情形。诗末附注云:“近日山西……放债,率皆八分加一,又恐犯法,唯于立卷时逼借债人于卷上虚写若干。如借十串,写作百串之类,旗人尤受其害。”欧文·菲歇尔还介绍过用罚金代替的利息的做法。参见(美)欧文·菲歇尔:《利息理论》,陈彪加译,上海人民出版社1963年版,第43页。

[57] 罗彤华在整理了唐代百年间的借契后就吃惊地发现,借契上显示的放贷利率居然呈现水平态势,丝毫不因物种差异或政经情势而波动。参见罗彤华,见前注[5],第236页。可能被罗彤华忽略的是,借契上的利率很可能是假的,目的只是为了规避法律,因此纸面上的利率并无波动可言。

[58] 《清高宗实录》卷309,乾隆十三年二月甲戌。

[59] 陈志武等,见前注[40],第162-175页。

但若债主事先考虑到这种风险,就必然会采取应对措施。一部分厌恶风险的债主会退出借贷市场,这意味着借贷资金减少及利率攀升,同时意味着诚信债户要为不诚信债户抗债而承担连带损失。不打算退出借贷市场的债主必须谨慎放贷,但因此追加资信调查成本最终还要通过提高利率的方式部分或全部分摊给债户。而对于那些不想或不能区分诚信债户和不诚信债户的债主来说,就只剩两个选择了:要么统一提高放贷利率来补偿法律风险,这意味着不诚信债户剥削诚信债户;要么借助体制外的暴力强制来阻止债户抗债或告官,但因此增加的成本同样需要通过提高放贷利率来补偿。总之,债主采取的每一种应对措施都会导致其与债户双输的结局。借贷市场的压缩呈现出一种逆向选择,更多诚信的债户、更多守法的债主以及官府的强制执行会迅速退出借贷市场,而更多不诚信的债户、更多胆大妄为的债主以及体制外的暴力讨债组织却顽强地坚守,他们还会发明出更多规避法律借贷方式。

以法律手段打压高利贷的理想目标,是强制债主将利率和利息降至法律允许的范围,或至少让潜在的高利贷经营者放弃这行生意。但制度设计者却低估甚至忽略了市场反弹的力量,甚至颠倒了高利贷和贫困之间的因果关系。并且由于高利贷的所有弊端都是显性的,所有利好都是隐性的,所以直观上的统计偏差不可避免,古代统治者更容易关注事后的“利”,而忽略事先的“险”;更容易看到高利贷引发的负效应(“私债争夺”经常闹得不可开交),看不到高利贷带来的正效应(“贫富相维”总是默默无闻);更容易发现高利贷引发的犯罪(暴力讨债和暴力抗债),看不到高利贷阻止的犯罪(借不到钱就可能去盗窃、抢劫或诈骗)。所以毫不奇怪,高利贷一直被视为万恶之源,但很少被古代统治精英慎重思考的一个问题却是:既然债主重利盘剥,为何债户还要趋之若鹜?说到底,利率的高低取决于市场,而不取决于法律。打压高利贷的法律纵有一时之功效,长远看还是难免增加借贷市场的交易成本,以致利率越打越高。^[60]

然而,如果古代统治者通晓借贷市场的运作逻辑,有无可能废除打压高利贷的法律制度?答案是否。因为高利贷在古代社会不仅是个经济问题,而且是个政治问题。

(二)作为政治问题的高利贷

在中国古代,统治者的理想是维持一个庞大农业帝国的稳定和繁荣。占人口大多数的自耕农是帝国统治的基础,保护自耕农的利益,尤其是保护他们拥有的土地,是历代统治者的治国纲领。与之相应,抑兼并、振贫弱乃至打击豪强,都在很大程度上服务于这个目的。

当农民迫于生计或因自然灾害需要大额借债时,为了争取较低利率只能抵押田产;倘在借期内无力偿还,田产就可能被折抵债务。因借债而致倾家荡产甚至卖儿鬻女的农民,在历朝历代是如此常见,以致“私债征夺”被唐人列入“民间八苦”。^[61] 历代统治者直观地认为,高利贷

[60] 已有大量研究支持这个结论。例如,1930年代,南京国民政府实行年利率不得超过20%的法令,但这一法令仅在个别地区有些微作用,并未改变民间借贷的总体格局。参见李金铮:“政府法令与民间惯——以国民政府颁行‘年利20%’为中心”,《河北大学学报》2002年第4期,第11—17页;另有研究发现,在清初和20世纪前期,宁夏的民间借贷利率为全国最高,这与宗教严禁高利贷之间可能存在相关性。参见陈志武等:“清初至二十世纪前期中国利率史初探——基于中国利率史数据库(1660—2000)的考察”,《清史研究》2016年第4期,第36—52页。

[61] 《全唐文》卷八〇四。

加速了土地兼并和贫富不均的进程,因此有了“重利盘剥”的恶名,所谓“债利之劫民也,将倍于公赋。”〔62〕这种认识是如此普遍,以致从官方到民间,谴责甚至妖魔化高利贷的各种论调自古至今从未停歇过。这种关于高利贷的社会观念和社会舆论本身就是政治,统治者不能违背或忽视民意,打压高利贷的政策和措施因此又获得了意识形态的支持和驱动。一旦高利贷就从经济问题升格为政治问题,打压高利贷就不会只诉诸法律手段了。

在中国古代,打压高利贷是和抑兼并、振贫弱的财政手段捆绑在一起的。凡遇荒年,官府都会为灾民和贫民提供救济。救济分两种:一是赈恤,即官府以仓粮无偿救济;二是赈贷,即官府提供无息放贷。此外,历代承袭的“常平仓”制度对于平抑粮价也卓有成效:粮价低时,官府大量买入;粮价高时,再以平价卖出;如此可缓解“谷贱伤农”和“谷贵伤农”。〔63〕

但备受争议的措施是官贷,即官府向百姓提供低息贷款。目的一方面是为了压缩民间的高利贷市场,服从于抑兼并、振贫弱的大政方针;另一方面是为了增加官府的预算外收入。〔64〕官贷也为历代沿承,只是手法和规模因时而异,唐代已经发展出了一整套复杂的官贷制度,〔65〕但历史上规模最大的官贷,当属宋代王安石主导的“青苗法”。

“青苗法”将常平仓的本钱以月息二分放贷给农户,并要求农户结社相保,为债务承担连带责任。〔66〕王安石解释说,取息二分是为了补偿耗损、运费和财物成本,〔67〕让官贷救济可持续,通过本利相生逐渐扩大放贷规模,进而压缩高利贷的市场空间。所谓“官薄其息,而民救其乏”,只要“贫者举息于官”,就不必“举息于豪民”。〔68〕然而,月息二分恰是“青苗法”的致命软肋。虽然此利率低于高利贷,甚至低于市场平均利率,但固定利率终究无法回应市场上高低不同、瞬息可变的放贷风险。如果“青苗法”只向贫民放贷,利率就无法补偿放贷风险,官本渐蚀、贫民争贷以及吏缘为奸等连锁反应就不可避免。为了弥补亏空,地方官吏只好违法操作,要么暗中提高利率,增加贫困户负担;〔69〕要么向富户摊派,让富户为亏损埋单。〔70〕如此,“青苗法”在操作过程中最终扭曲变形,以致天怒人怨。

“青苗法”的失败显然是因为割裂了风险和利率的关系,无视借贷市场的经济规律。但同时也暴露出,古代官府实际上无力了解农户的资信状况,不可能像现代金融机构那样对放贷对象进行信用评估和资金监管。“青苗法”只是官贷失败的一个典型,其他朝代的官贷也难免同样的流弊。〔71〕总体上,古代社会用财政手段解决高利贷问题的制度和措施,成效十分有限。

〔62〕《全唐文》卷八六三。

〔63〕参见李向军:“试论中国古代荒政的产生与发展历程”,《中国社会经济史研究》1994年第2期,第7—12页。

〔64〕参见罗彤华:《唐代官方放贷之研究》,广西师范大学出版社2013年版,第1—13页。

〔65〕同上注,第275—374页。

〔66〕参见《宋史》(卷三百二十七)“王安石传”以及《宋会要辑稿》食货四之一九。

〔67〕参见《临川文集》卷四十一“上五事札子”。

〔68〕《临川文集》卷七十三“答曾公立书”。

〔69〕参见《司马光奏议》卷二十九“奏为乞不将米折青苗钱状”。

〔70〕参见《苏轼文集》卷二十五“上神宗皇帝书”。

〔71〕罗彤华,见前注〔64〕,第375—393页。

为了打压高利贷,古代皇帝有时还会以“恩赦”的名义下诏免除天下所有公私债务。恩赦的对象原本只是罪犯,赦免罪犯主要是为了解决监狱人满为患的问题,但自南北朝时期开始扩展到债务人,皇帝经常下诏免除债户的偿还义务,^[72]还最终获得了法律依据,唐律中的“经恩不偿”,就成了“诸负债违契不还”的例外。^[73]恩赦债务的目的是劫富济贫,但对于抑兼并、振贫弱而言,却无疑属于旁门左道。虽有律文做遮掩,但恩赦对于法律威信和市场法则的蔑视仍暴露无遗。恩赦债务自然会增加债主的放贷风险,其结果除了让利率变得更高之外,还会加剧“刁民”剥削“良民”的状况,因为“刁民”更可能以恩赦诏书对抗借契,引发借贷纠纷,而“良民”却不得不为由此而生的风险溢价共同埋单。扰乱市场秩序就会增加交易成本,因此长远看,恩赦债务只能给借贷双方带来双输的结局。

但恩赦在很多时候也是无奈之举。倘若国库空乏又恰逢灾荒,则作为权宜之计或紧急避险,恩赦公私债务仍是不得已而为之。至少唐代统治者对恩赦的后果并非全然不顾,与前朝皇帝动辄下诏放免债户的偿还义务不同,唐代的恩赦通常只限于“停征”,即暂缓催讨公私债务。^[74]但即便这种相对克制的恩赦,也同样引起了借贷市场的反弹。借贷双方会借契中明文约定:“公私债负停征,此物不在停限”或“中间或有恩赦,不在免限”。^[75]双方如此约定,自然是为了保证债务履行不受恩赦干扰,其结果不仅折损了恩赦的效力,也削弱了法律的权威和稳定性。借契和诏书相左,还会增加债务履行的不确定性,引发更多纠纷,因此增加的放贷风险最终还要通过进一步推高利率反应出来。

正如恩赦私债会引起市场反弹一样,恩赦公债和税负也会引起地方官吏的反弹。即便恩赦是救急的举措,却也不乏收买人心的意图,恩赦让皇帝讨好了百姓,但地方财政却难免捉襟见肘,皇帝和地方官吏、百姓和地方官吏的冲突因此加剧。“百姓喜於尽蠲之文,而不知令甲之有限也”,^[76]当地方官吏设法暗中催讨债务赋税时,就必然招致民怨。民间“黄纸放,白纸收”之说,就描述了恩赦带来的政治混乱。^[77]

(三)现代法律中的利率管制

虽说古代统治者对高利贷的普遍存在认识误区,但如前文所述,即使他们通晓借贷市场的运作逻辑,在重利盘剥之外看到“贫富相维”,打压高利贷的法律制度也不会有根本性的变化。即使不考虑政治和意识形态层面的因素,仅仅为了应对频繁发生的天灾人祸,古代统治者也会因情势紧迫而来不及顾忌市场反弹。长远眼光固然值得赞许,但前提是必须过得了眼前的生死劫。

事实上,即使在现代社会,国家对高利贷泛滥也依然保持高度警惕,只是利率管制的力度

[72] 孔庆明等,见前注[13],第222页。

[73] 《唐律疏议·杂律》:“若更延日,及经恩不償者,皆依判断及恩后之日,科罪如初。”

[74] 罗彤华,见前注[5],第292—293页。

[75] 罗彤华,见前注[5],第291页。

[76] 《文献通考》卷一百七十一下“刑考十下”。

[77] 范成大有诗云:“自从新官上任来,黄纸放来白纸催”。“黄纸”是皇帝的恩赦诏书,“白纸”是地方官的征讨令。

有所放松。在相当长的一段时期里,自愿的高利贷交易只受民事法律制度调整,只是最近受特定情势的刺激才重新将发放高利贷情节严重者纳入刑事管辖。不过依然需要注意的是,高利贷入刑,虽不乏正当理由,但对其实施后果却不能寄予厚望,更要警惕由此引发的市场反弹和逆向选择。我们走出了历史,但却不见得走出了历史的逻辑。

此外,虽然相关司法解释规定的刑事追诉的利率起点(36%)与明清时代的“月息三分”恰好相等,但评估利率管制的严苛程度应该参照的标准是借贷市场的平均利率,而不能只看法定最高利率的绝对值。如果现代社会借贷市场的平均利率确实已经大大下降,那么尽管现行法定最高利率与古代法定利率等值,利率管制的严苛程度也已今非昔比。

放松利率管制的前提,是高利贷产生的负面社会后果已经没那么严重了。在现代社会,借贷人即使还不起钱也不至于走投无路,更不可能卖儿鬻女。即使陷入财务困境、导致信用破产乃至丧失抵押品的赎回权,但变卖房产就差不多到了极限。此外,暴力讨债受到国家的强力压制,放贷人所能采用的逼债手段虽然花样繁多,但通常不至于造成人身伤害,也很难长时间剥夺借贷人的人身自由,“役身折酬”可行性已经永久丧失了。虽然借贷双方的权势和地位仍可能严重不对等,但若说放贷人垄断了资金和财富,借贷人除了接受重利盘剥别无选择,也是言过其实了。更重要的是,高利贷在现代社会导致的糟糕后果基本上停留在经济层面,与最令古代统治者忧心的土地兼并不可同日而语,这意味着高利贷引发严重社会动荡或威胁政权稳定的可能性已经基本消失了。

现代法律制度之所以保留利率管制,初始原因在于借贷人的有限理性。人们倾向于只看眼前,对未来盲目乐观,有意无意地低估乃至忽视借贷风险;而一旦无力偿还,就可能想方设法拆东补西,导致债务窟窿越来越大。而借贷人的有限理性很容易被放贷人利用,即使没有欺诈和胁迫,也可能诱导借贷人陷入更深的债务泥潭(甚至专业化的金融机构也不例外,对于信用卡的分期付款,就没多少人能算清因此增加的利率)。这种情形达到一定规模就会导致借贷市场的系统性紊乱,^[78]甚至出现“庞氏骗局”。虽不至于引发严重的社会政治风险,但确实隐藏着一些社会不稳定因素。

在古代社会,高利贷是一道无解的难题。贫困是高利贷的社会根源,一方面借贷市场对高利贷的需求十分旺盛,另一方面国家还必须坚持打压高利贷。虽然这道难题在现代社会已经缓解,但还远未消除。纵然国家拥有了压缩高利贷市场空间的金融工具和财政手段,公安机关侦查高利贷犯罪的技术和能力也已今非昔比,但利率管制依然面对各种挑战,并且这些挑战依然来自市场的强大韧性。只要还有人想借钱,只要借钱之后还可能还不起钱,滋生高利贷的土壤就不会被彻底铲除。虽然建立自然人破产制度可以压缩高利贷的生存空间,但却不能对此寄予厚望,因为,只要破产后的自然人仍有借贷需求,就不能指望放贷人放弃铤而走险;在追讨

[78] See Oren Bar-Gill and Elizabeth Warren, “Making Credit Safer”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 157, No. 1, 2008, pp. 1-101.

债务不能依靠法院强制执行的条件下,放贷人难免会诉诸非法的讨债手段或求助讨债团伙。^[79]此外,只要双方试图合谋规避法律,国家就必须准备为维持利率管制而付出高昂的代价。

对比古代和现代利率管制,我们会发现,虽然制度背景和实施效果已经发生了很大变化,但因市场韧性引发的障碍和难题却是如出一辙,利率、风险与暴力之间的关系更是“天不变道亦不变”。

五、延伸讨论:法律底层的合约结构

前文的分析隐含了一个重要的观念:借贷双方的利益冲突只发生在微观层面的具体交易关系之中,双方可能讨价还价,各自争取更大份额的交易剩余;但借贷双方在宏观层面则是利益兼容的,降低利率和减轻风险的双方诉求可以统一于借贷市场的有序运作和规模扩张,而法律的功能就在于此。

上述观念有助于我们重新审视借贷风险的法律控制。无论是古代法律中的“笞杖之刑”“役身折酬”“强牵财物”以及家庭责任乃至“移征旁支”,还是现代法律中的资信调查、资金监管和强制执行,抑或是被古今借贷制度共同采用的各种担保,都并非单纯致力于保护债权人一方的利益,而是可以让借贷双方共同受益。甚至体制外的暴力,也可以在特定情形下满足借贷双方的共同需求。

我们可以尝试把欠债还钱的制度逻辑扩展到所有债权债务关系,进而提升到法理学层面。在传统民法学的语境中,法律最重要的功能被认为是保护不同主体的合法权益。^[80]但前文的讨论却暗示了,无论法律保护某种权利,还是剥夺某种权利,所产生的实际效果都可能少于立法者的预期和我们的想象。至少对于债权人和债务人而言,重要的不是权利是否受到了法律的保护,而是法律能否降低交易成本,控制违约风险,解决信息不对称,让双方当事人共同受益。

按照这个逻辑,即使古代法律中没有“役身折酬”和“强牵财物”的强制性规定,债户为了降低利率也会向债主做出同样的承诺;而一旦法律规定了“役身折酬”和“强牵财物”,债主和债户就无需再做约定了。而这意味着“役身折酬”和“强牵财物”底层隐藏着一个合约结构。

当然,对于债户而言,“役身折酬”和“强牵财物”未必是自愿的,但自愿与否的参照标准应该是债户的境况比之交易失败是否获得了实质性改善。不能排除的可能是,债户宁愿支付更高的利息也不愿接受“役身折酬”和“强牵财物”。如何回应这一事实?虽然超出古代立法者的

[79] 一个很好的参照是赌债,虽然从不依靠强制执行,而借助非法的讨债手段依然可以维持赌博黑市的地下运作。

[80] 《中华人民共和国民法典》第1条规定的立法目的中就包括了“保护民事主体的合法权益”。权利话语是如此盛行,甚至决定了许多法律的名称和体例,刚刚颁布的《中华人民共和国民法典》就是以不同权利冠名编、章、节的。

想象,但法律确实存在一个潜在的改进方案,即在法律明确规定“役身折酬”和“强牵财物”之余,允许当事人另行约定。详言之,可在原有律文之后附加一个但书,以现在的法律语言可表述为“当事人另有约定的除外”。法律如此规定,“役身折酬”和“强牵财物”就从强行法规则变成了“默认规则”(default rule),又叫做“缺省规则”。

当然,这个潜在的法律改进方案在古代社会并不现实。如果债户提出以支付更高利率来换取免除“役身折酬”和“强牵财物”,债主通常是不会答应的,因为在没法控制借贷风险的条件下,再高的利率也是镜花水月,除非债主信用良好。而对于信用良好的债户,“役身折酬”和“强牵财物”原本就可存而不用。这一事实恰恰表明,“役身折酬”和“强牵财物”是古代社会的主流借贷模式的组成部分,虽有强行法的外表,本质上仍属于默认规则。

在法律语境中,默认规则是指当事人没有另行约定时法律提供的广谱适用规则,^[81]其合理性在于统计学的逻辑,不具有严格意义上的强制性。当法律用统一的规定替代当事人的分散约定时,当事人可用沉默表达对替代的认可,所以叫做“默认”。但实现这种替代的前提,是法定交易模式与主流交易模式高度拟合。当法定交易模式成为多数当事人的默认选择时,就只需选择退出的少数当事人另行约定或额外声明。致力于降低交易成本,默认规则的设计应该努力追求广谱,满足多数需求,让多数人、在多数场合保持沉默,只让少数人、在少数场合发生声音。^[82]与默认规则允许当事人另行约定不同,法律中的强行法规则不允许当事人另行约定。^[83]比如,当事人可以约定违约的范围和赔偿的金额,但诚信义务是能约定排除的。

以默认规则为线索去探讨法律制度的功能和逻辑,我们就会发现,法律制度中的强行法,其数量少于我们的想象,其强制性也弱于我们的想象,绝大多数强行法的真实面目只是一种广谱的默认规则。如果默认规则在民事法律体系中占了主流,则立法原则上只需追求广谱,而无需追求整齐划一。为少数当事人保留一个缺口,允许他们另行约定或额外证明,可以提高法律回应社会的能力。

既然作为默认规则的法律根源于当事人的合意,那么国家力量和国家意志就被边缘化了,这一事实可以让我们重新审视法律作为社会控制工具的效力基础。表面上看,法律反映国家意志并以国家力量强制实施,但隐藏于法律底层的合约结构却意味着,法律效力更为深厚的基础是当事人的合意及其相互牵制,而国家强制力量通常只发挥杠杆作用或只“偶尔露峥嵘”。而如果一种法律制度缺乏底层的合约结构,法律实施所耗费的公共资源就会极度攀升,打压高利贷的法律制度之所以面临严峻挑战,原因就在于此。

[81] 关于默认规则的功能和逻辑, see Ian Ayres and Robert Gertner, “Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules”, *The Yale Law Journal*, Vol. 99, No. 1, 1989, pp. 87—130.

[82] See Charles J. Goetz and Robert E. Scott, “The Limits of Expanded Choice: An Analysis of the Interaction Between Express and Implied Contract Terms”, *California Law Review*, Vol. 73, No. 2, 1985, pp. 261—322.

[83] See Alan Schwartz, “Karl Llewellyn and the Origins of Contract Theory”, in Jody S. Kraus and Steven D. Walt (eds.), *The Jurisprudential Foundations of Corporate and Commercial Law*, New York: Cambridge University Press, 1999, pp. 12—53.

不难想象,倘若每一笔交易都要依赖于强制执行,则国家力量瞬间就会被消耗殆尽。与庞大的市场交易数量相比,法院执行机构的有限预算和编制显得十分渺小,无论先天国家多么强大,都不可能拥有全天候、饱和式地推进法律实施的力量。^{〔84〕}不过好在就促进借贷市场有序运作而言,国家意志与当事人的合意在绝大多数时候并不冲突,所以尊重并保护当事人的合意成为国家意志的组成部分。

倘把视野进一步放宽,我们会发现功能不同、形态各异的法律制度拥有相同的底层结构,合约就是法律的底层结构。对于借贷风险的法律控制,本文就是通过还原合约的方法来完成的,与传统民法学相比,还原合约的方法更有利于揭示法律背后的市场逻辑。而洞察法律背后的市场逻辑对于优化法律决策至关重要,不仅可以减少司法实践中的混乱和失误,还可以为提升立法质量提供建设性的参考。

Abstract: In terms of controlling default risks and handling information asymmetry, regulations on private lending adopted in the ancient Chinese legal system were highly rational. However, crackdowns on usuries with interest rate control at its core were often met with frustration due to adverse market reactions. System evolution in private lending, to a large degree, is the result of technological advancement coupled with economic growth. Financial institutions dominate the consumption loan market with social security and business insurance sharing in or even substituting for the conventional hedging functions of the loan market. Improvements on credit checks and fund supervision by the creditors reduced the reliance on violence for debt recovery. Forceful debt dunning through, for example, flogging and forceful seizing of properties could be renounced whereas compulsory labor was also replaced by collaterals and pledges that were higher in value, hence the tendency towards a more humanized and less violent modern lending system.

Key Words: Risk; Interest Rate; Violence; Usury; Private Lending

(责任编辑:章永乐)

〔84〕 斯图尔特·麦考利的开创性研究发现,稳定的交易关系主要依靠当事人的合意、预期和相互牵制,而非强制执行。See Stewart Macaulay, “Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study”, *American Sociological Review*, Vol. 28, No. 1, 1963, pp. 55—67.