

因此,也就经常发生以救助为目的的债权债务。若某人之犁锄损坏,或者其农作物收成欠佳,就需要向邻人求助;这些邻人会借给运气欠佳之人金钱、小麦或者酒油等必需品,以帮助他度过难关。

这是一种罗马法学将之界定为所谓的“非必要式消费借贷”的关系。也就是说,对于消耗物的借贷,受领人(*accipiens*)取得交付给他的物的所有权,同时他负有在约定期限届满时返还“相同种类和品质的物”(tantundem eiusdem generis et qualitatis)的债务。

盖尤斯在《法学阶梯》中已对消费借贷给出定义。优士丁尼的《法学阶梯》几乎全文照搬了盖尤斯的上述著作。有必要引述后书中的一段文字:“消费借贷之债以重量、数量或者尺寸计量的物为标的物,比如酒、油、小麦、钱币、铜、银或者金。这些物,通过丈量或者称量,我们给出它们的目的是使它们成为受领人的;而之后,受领人归还的不是原物,而是同一性质和同等品质的物。”(I.3,14 pr.)

古罗马法学家认为,这类契约的基础是“信义”(fides)(即相信借用人会归还给我所借给他的全部东西)、“信任”(fiducia)和“友谊”(amicitia)的等价值。在公元2世纪,法学家杰尔苏在对规定了消费借贷、题为“*Res creditae*”(相信会归还给我们的物)的裁判官告示的标题做说明时,他这样写道:“那么,由于裁判官在该标题之下规定了对与不同契约相关的多种权利的保护,故而,他将标题命名为‘人们相信会归还给我们的物’。的确,它囊括了所有我们基于对他人的信任而订立的契约。正如杰尔苏在其《问题集》第1卷中所言,‘相信某物会归还给我们’的表达具有一般意义。”(Ulp. 26 ad ed. D.12,1,1,1)

如此一来,便诞生了要物消费借贷。在要物消费借贷中,“给”(datio),即交付将被受领人使用、未来受领人以同量归还的替代物,是该契约成立的要素;而且,在某种意义上,甚至就像有些学者(如塞劳)所认为的那样,最初这样的行为本身就构成了整个契约。

这一点古罗马法学家看得清清楚楚。他们对“mutuum”(消费借贷)一词所做的——尽管从科学的角度是错误的——词源学考察(消费借贷“mutuum”,正如拉丁语博学士瓦罗所言,实际上来源于希腊单词“moiton”。该词表达了“变动”的思想,即金钱由一个人移转到了另一个人那里),很好地阐明了“给”这个要素的中心地位。例如,I.3,13, pr.:“故而称之为消费借贷,因为某物被我给了你,目的是使它由‘我的’变成‘你的’。”

此外,“消费借贷”这个称谓本身在罗马法原始文献中并不常见,常见的是“以消费借贷为目的的给付”(mutui datio)。这恰恰是为了凸显要素“给”在此类契约中的中心地位。

最初,消费借贷被古罗马人放在了外延更广的概念“实物缔结的债”(re contrahere)之下。后一个概念的含义是,债乃由于债权人基于信任交给债务人的“物”(res)而生,同时该物也构成了所生之债的法律基础,且为债之量度,也就是说,债本身不能超出所交付的物的总量或者价值;债务人应当归还所交给他的那个物,或者与之相当的物,不多也不少。正因为如此,在《学说汇纂》第12卷的第1章中,像消费借贷、使用借贷、甚至非债清偿等这些事实或者关系才被共置一处。它们唯一的共同点就是“给”这个要素,而绝非其理论架构。^①

因为正如上文所言,在古罗马的消费借贷制度中,“给”这个行为本身在某种意义上就是契约之全部,所以古罗马人不认为返还之物可以多于受领之物。^②这样一来,利息(当然,这里指的是所谓的“合意利息”或者说“作为报酬的利息”)就必须由另外一个专门的契约即所谓的“利息要式口约”(stipulatio usurarum)来规定。^③

只是到了后来,由于自夏沃拉(Quinto Mucio Scevola,公元前1世纪)开始逐渐成熟的“实证法”上的契约概念,^④才发展出近代法学所熟知的理论,即认为在消费借贷中存在交付和合意两个要

^①对这一点的详细论述,参见我和我导师桑德罗·斯奇巴尼(Sandro Schipani)教授合写的《学说汇纂》第十二卷中译本的“序言”(《学说汇纂》第十二卷:请求返还之诉)=*Digesta [Liber 12: De conditionibus]*,北京,2012年版。

^②Ulp. 26 ad ed. D.12,1,11,1:“普罗库勒正确地认为,如果我借给你了10(币),只要求你之后还我9(币),根据法律,你偿还的金钱不必超过9(币)。但是,如果我借给你了10(币),目的是使你归还给我11(币),普罗库勒认为不能提起请求返还之诉以主张超出10(币)的那一部分。”

^③单单一个简约是不够的。cfr. 比如,P.S. 2,14,1:“如果只是就利息的给付订立了一个裸体简约,那么该简约没有任何价值。”(“裸体简约”又译作“无形式简约”。——译者)

^④主要参见 *Pomp.*, 4 ad Q. *Muc.* D.46,3,80.

素。这是今天非常主流的观点,但是这很可能与消费借贷最初的混沌状态并不相符。

一、从起源到公元前3世纪

最初,很有可能通过对人誓金之诉(*actio sacramenti in personam*),来惩罚不履行债务的消费借贷借用人。后来,通过与该诉讼同样历史悠久的通知给付法律诉讼(*legis actio per condictionem*),只要求返还曾经给出的物。后一诉讼,作为程式诉讼的请求返还之诉(*condictio*)的原型,是适用范围很广的严法诉讼的一种。^①

除了最初的“友情”消费借贷外,很快就发展出另外一种借贷形式,因为朋友或者相识之人的圈子已经不能完全满足借贷的需求,请求借贷之人必须向那些高于自己所属阶层的其他阶层的人求助,于是,消费借贷开始采用、或者至少借助“债务口约”(*nexum*)和“誓约”(*sponsio*)两种形式。毫无疑问,后者是一种“异质担保行为”。

关于“债务口约”,因为保存下来的原始文献非常有限,迄今为止我们对之还所知甚少。根据掌握的一点信息,我们知道,消费借贷的借用人,在金钱(这里指的是未铸造的铜块 *aes rude*)被给付之时,要通过一个庄严的称铜式行为(*per aes et libram*),将他自己交给贷与人,或者使自己处于后者的支配(*potestas*)之下,后者会让他在极其艰苦的条件下劳作,直至债务完全被清偿。根据我们所掌握的(主要来自李维的)历史资料,这些“债务人”(*nexi*)的处境极为悲惨,对于他们而言,返还所借金钱日益困难,于是,起义和暴动便不断发生。终于,在公元前326年(迄今确定的最有可能的年份),随着《博埃得利亚和帕皮里亚法》(*lex Poetelia Papiria*)的颁布,“债务口约”制度被废止。

在这个时期,人们所采用的另外一种借贷形式是“誓约”。在早期,誓约发挥着异质担保的功能:贷与人提供消费借贷,会要求有第三人的担保;第三人根据一个形式庄重的“誓约”,在债务人

于约定期限内没有将受领的金钱归还的情况下,承担相应的责任。

大体而言,在古代晚期,多数以消费为目的的消费借贷,其形式有三种:要么是同一个社会阶层成员间金钱的简单给付;如果贷与人属于统治阶级(比如说贵族),而消费借贷的借用人所属的阶层等级较低,那么,后者要么通过“债务口约”使自身被押,要么找到一个提供要式“誓约”的担保人。

在消费借贷契约的历史中,真正意义的转折发生在公元前3世纪。罗马通过前两次布匿战争(分别发生在公元前265—241年和公元前218—202年),战胜了迦太基,事实上取得了对几乎整个地中海的霸权。之前以农耕和畜牧为主的这座城邦,其商业贸易非常有限,而现在开始繁荣起来了。海上贸易逐渐兴盛,商品交换日趋频繁,奴隶经济得以推广,商业企业层出不穷,商业资本与日俱增。先前自给自足的家庭农场,现在被建立在奴隶劳动基础之上的“庄园”(*villa*)所取代。庄园的生产具有工业性质,其产品主要面向市场。

消费借贷,被认为是“万民法”(*iuris gentium*)上的契约;作为这样的契约,它对异邦人(*peregrini*)也是开放的;在这个新的社会经济现实中,它是人们使用较多的一种契约。这一点,比如,在普拉图斯的戏剧中也有明确的反映。^②

不过,在这个新的社会背景中,尽管借贷行为仍然以“信义”为中心来运转,但是此时物的返还要被其他形式要件所证实。这些要件以更加明晰的方式保证贷与人可以要回借出的物。

在这一点上,近些年的研究实际上超越了前人的理论。此前,人们低估了古罗马贸易的复杂与繁荣。

的确,根据一种最早由德国著名法学家、近代商法学的开创者莱温·戈尔德施密特(Levin Goldschmidt, 1823—1897)倡导的旧有理论,在所谓的“第一帝国”罗马,意定债权也许很少发生^{[3][4]}。该观点后来遭到了美国学者摩西·芬利

^①因此,完全可以说,主要是缘于技术程序原因(而非伦理道德原因)。消费借贷对于古罗马人而言,自诞生之始便基本上为无偿契约:在这一点上,继 J. Michel, *Gratuité en droit romain. Études d'histoire et d'ethnologie juridique*, Bruxelles, 1963, 303 ss. 之后,主要见 vd. C.A. Maschi, *La gratuità del mutuo classico*, in *Studi in onore di Ballardore Pallieri I*, Milano, 1978, pp. 289 ss.; 关于罗马法中请求返还之诉(*condictio*)的起源及演进历史,参见拙著 A. Saccoccio, *Si certum petetur. Dalla condictio deiveteres alle conductiones gustinianee*, Milano, 2002.

^②在(公元前3世纪)普拉图斯的戏剧中,经常提到消费借贷契约。从这位剧作家常常描绘的奴隶或者自由人四处借钱无果的情景,我们可以想象在古罗马共和国中期,这种契约曾被广泛运用。对普拉图斯戏剧的罗马法研究,参见 E. Costa, *Il diritto privato romano nelle commedie di Plauto*, Torino, 1890 (rist. Roma, 1968); 最近的研究,参见 P. Leitner, *Die plautinischen Komödien als Quellen des römischen Rechts*, in *Diritto e teatro in Grecia e a Roma*, a cura di E. Cantarella e L. Gagliardi, Milano, 2007, pp. 69 ss.

(Moses Finley, 1912—1986)的反对,后者认为意定债权在古代社会广泛存在(当然在古罗马亦是如此),只不过基本上都是以用于消费的意定债权的形式发生的罢了^[5]。借助当代研究古代经济的史学家们(比如意大利的卡肖)的学术成果,人们才认识到,在古代社会里,“为了投资的意定债权”也起着至关重要的作用。

金钱借贷作为金融与商业间的纽带的例子不止一个,我们只需分析一下在波佐利(Pozzuoli)发现的历史文档,就可以一窥古罗马复杂的金融运作过程了。根据该文档,我们可以还原苏尔皮奇家族(Sulpici)所从事的金融活动的历史原貌。其中公元前40年3月13日至15日的三个文件(标号分别是TPSulp. 53、46和79)表明,银行家福斯托斯(Sulpicius Faustus)向小麦商优昆图斯(L. Marius Iucundus)提供了两万银币附有质押的消费借贷。优昆图斯用这些钱购买了一批小麦(此外,就以这批小麦作为这笔消费借贷的质物),再卖掉它们,并用出售所得的价金偿还借款。

所以,在这一历史时期,古罗马的企业,通过设立意定债权以及建立银行和其他金融机构,来募集经营所需的资本。这些金融机构运用的精致工具(证券、金钱过户、商业保险等形式),与近代银行所从事的活动相比,毫不逊色^{[6][7]}。

基于以上所有原因,如果说古罗马人一方面极力维系着消费借贷的要物性的话,那么,另一方面,可能是由于实践和经济生活需求的不断推动,^①他们试图构建其他模式,来超越前面所说的欲使消费借贷契约产生(债的)的效力,必须有物的给付(让渡“traditio”)这样的限制。他们通过一定的方式,围绕着同样的需求,力图达到完成我们可以称之为借贷的金融活动的目的。

二、要物与合意之间

(一)对要物性的确认

在罗马法中,消费借贷的要物性一直被古罗马法学认为是其不可动摇的基本特征;而且从注

释法学派直至今天,对此也几乎听不到任何不同的学术声音。^②

消费借贷的要物性在优士丁尼的《国法大全》中多次被重申。作为范例,我们知道(公元2世纪的法学家盖尤斯在其《法学阶梯》中说:“债可以通过实物(re)缔结,比如通过给付某物以提供消费借贷。”(Gai., 3, 90)这一论断被优士丁尼的《法学阶梯》全文照搬,即“债可以通过实物(re)缔结,比如通过给付某物以提供消费借贷”。(I.3, 14 pr.)

基于同样的理由,(公元2世纪)比盖尤斯稍早些的法学家阿弗利卡努斯就曾说过:“通过裸体简约不可能设立债权。”(Afr., 8 quaest. D. 17, 1, 34 pr.)

他的意思无疑是,一个裸体简约,即单纯的协议,尚不足以成立消费借贷;这个契约的成立,除了要有合意本身以外,还需满足金钱给付要件。

这些片段证实了上文的论述,即在古罗马的消费借贷中,物的给付是一个比单纯合意更为重要的要件,后者单独连成立利息之债的效力都没有,而必须采用我们前面所说的要式口约(stipulatio)的形式方可。

但是,在这一点上,即使抛开有关商业活动的历史文献不谈,法学原始文献本身,也还给我们呈现了下述紧张关系:一方面关于消费借贷要物性的理论建构,坚定地要求物的交付这个要件;另一方面,这一点又被认为过于繁缛,为了超越它,古罗马人不断探寻新的可能的法律制度。事实上,古罗马法学家时常充分借助要式口约的抽象性,在意定之债领域,提炼出了比伴随着返还等量物(tantundem)的合意的物之交付更为复杂的制度,目的就是在一定程度上避开要物要件本身,尽管在抽象意义上他们从未将它抛弃。

实际上,鉴于前面所说的消费借贷对于一个相对发达和复杂的社会——比如公元前二三世纪以后的古罗马社会曾经应该具有的状况那样——的意义,如果说物的交付加上让渡这样的高度概括的规则,就能满足商业当事人在借贷活动中的

^①在古罗马,法律最终也不可避免地受到经济发展的影响,相关精辟的论述,参见A. Petrucci, *L'organizzazione delle imprese bancarie alla luce della giurisprudenza romana del principato*, in *Credito e moneta nel mondo romano. Atti degli Incontri capresi di storia dell'economia antica* (Capri 12-14 ottobre 2000), a cura di E. Lo Cascio, Bari 2003, p. 129.

^②关于这个问题的最新研究成果,在此仅提请参见C.A. Maschi, *La categoria dei contratti reali. Corso di diritto romano*, Milano, 1973, partic. 140 ss.; M. Salazar Revuelta, *La gratuidad del mutuum en el derecho romano*, Jaén, 1999; J. Byoung-Ho, *Darlehensvalutierung im römischen Recht*, Göttingen, 2002. 从合意视角对这种契约的不同解读,可参见U. von Lübtow, *Die Entwicklung des Darlehensbegriffs im römischen und im geltenden Recht mit Beiträgen zur Delegation und Novation*, Berlin, 1965, 21 ss., 尤其是V. Giuffré, s.v. *Mutuo* (storia), in *(ED)*, XXVII, 1977, 414 ss.; e. Id., *La "datio mutui"*. *Prospettive romane e moderne*, Napoli, 1989.

一切需求,这似乎并不可信:倘若真是如此,我们不得不说,没有任何古罗马贷与人收取利息,或者对借出的钱财确定准确的归还期限,或者要求对做出的“给付物”的行为保留证据,或者要求为物的返还提供担保,等等。^①

古罗马法学家所做的理论模式构建似乎是朝这个方向迈出的第一步。这些模式越来越重视“消费借贷的合意”以及对于物之给付必要性(让渡)的超越。物的给付曾被认为是,为了使消费借贷产生(债的)效力,替代物从给付人(*dans*)到受领人(*accipiens*)的物理转移。

(二)让渡的去实物化

在这一点上,首先可以使人想到的是,针对消费借贷中的“让渡”要件不断地“去实物化”。这个结论被罗马法原始文献多次证明。比如,乌尔比安,超越先前法学家(尤其是尤里安和阿弗利卡努斯)在相关问题上的观点,^②认为借用人可以以消费借贷的名义拥有原来基于委托而持有的金钱。“在金钱消费借贷之债领域,引进了一些特别规则。的确,如果我吩咐我的债务人交给你一笔钱,你将向我负有债务,尽管你收到的不是我的钱。”(*Ulp.*, 31 *ad ed. D.12,1,15*)

比如允许以所谓的“短手”形式(*brevi manu*)进行让渡。这方面的例子是,若接受寄存之人被许可使用寄存的金钱,则视为存在一个消费借贷:“我在你处寄存了10(币),之后我允许你使用它们;涅尔瓦和普罗库勒认为,我可以向你提起请求返还之诉索回(这笔钱),就好像是借贷给你的一样,即使是在你使用它们之前。确实,正如马尔切罗也认为的那样……”(*Ulp.*, 26 *ad ed. D.12,1,9,9*)

另外,在“委托清偿”(*delegatio solvendi*)中,债权人为了建立一个消费借贷关系,要求自己的债务人向借用人提供金钱:“尤里安……写道……毫无疑问,如果我以你的名义并根据你的意愿,借出我的一笔金钱,该债权由你取得,因为每天都会

发生(这样的事情),即在我们提供消费借贷之前,先向另一个人请求转借,使此债权人以我们的名义给我们未来的债务人一笔现金。”(*Ulp.*, 26 *ad ed. D.12,1,9,8*)

(三)在确定归还日期或地点时,合意(*conventio*)的意义

合意要件相对于要物要件越来越重要,也可以从下述方面看出这一点,即当事人得以合意确定返还以消费借贷形式借出的金钱之地点或日期。“在以消费借贷的名义给付金钱,并且有于特定地点返还之约定条款的情况下,(可以提起仲裁诉讼)。”(*Pomp.*, 22 *ad Sab. D.13,4,6*)

最终上面提到的“给出的物”(*res data*)构成消费借贷所生之债的基础和量度的规则甚至也被超越,开始承认可以对返还物的质量和数量进行约定,比如可以约定返还的数量少于实际交付的量,实际交付的量只是构成返还之债的最大上限。“以消费借贷的形式给出了一些酒,之后就提起了诉讼。这样的问题被提出,即应以何时为标准确定这些酒的价格……萨宾给出了这样的解答,即如果曾说过应何时还酒,则当以那一时间为标准确定诉讼标的物的价值……”(*Iul.*, 4 *ex Min. D.12,1,22*)“普罗库勒正确地认为,如果我借给你了10(币),只要求你之后还我9(币),根据法律,你偿还的金钱不必超过9(币)。但是,如果我借给你了10(币),目的是使你还给我11(币),普罗库勒认为不能提起请求返还之诉以主张超出10(币)的那一部分。”(*Ulp.*, 26 *ad ed. D.12,1,11,1*)

“合意”的意义还不仅限于此,它还可以决定向何人返还以消费借贷的形式借出的金钱,此人可以不同于实际“数出”(*numeratio*)金钱之人,即用于消费借贷的金钱的真正所有人。“……毫无疑问,如果我以你的名义并根据你的意愿,借出我的一笔金钱,该债权由你取得……”(*Ulp.*, 26 *ad*

^①关于此点,主要参见 A. D'Ors, *Re et verbis*, in *Atti del Congresso internazionale di diritto romano e di storia del diritto*, III, Verona, 27, 28, 29—IX—1948, a cura di G. Moschetti, 1948, 281; 不过, A. Castresana, *La estipulación*, in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al Profesor J. L. Murga Gener*, a cura di J. Paricio, Madrid, 1994, 442, 却说:“众所周知,以消费借贷为目的的给付,在共和时期的大部分阶段,并不能满足古罗马已经增长的大规模国际贸易的需求。”

^②在这一点上,尤里安和阿弗利卡努斯的立场似乎比乌尔比安的立场要保守,他们否认在下列情况下有消费借贷的存在。cfr. *Afr.*, 8 *quest. D.17,1,34 pr.*:“某人,作为代理人,管理鲁丘斯·提丘斯的事务,收到后者的债务人交来的一笔金钱,于是致信提丘斯,告诉他由于事务之管理,这笔钱现在在自己手中,且对于这笔钱,(如果)借给他,他就是需要偿还百分之六利息的债务人。有人提出这样的问题,即基于该原因,是否可以将这笔钱作为借出的钱而提起诉讼,以及是否可以请求给付上述利息。(尤里安)回答说,这笔钱没有被借出,否则就必须认为,基于任何契约而欠的钱,都可以通过一个裸体简约而变成借出的钱。这与就寄存于你处的金钱达成借给你的合意不同,因为在后一情形中,这些金钱由我的变成了你的。”对此的进一步讨论,参见拙著 A. Saccoccio, *Si certum petetur. Dall'adictio dei veteres alle condictiones giustinianee*, Milano, 2002, pp. 392 ss.