

ed.D.12,1,9,8)

(四)以消费借贷之名义而为的物的交付与要式口约并存

从公元前1世纪开始,在实践中,越来越普遍的是,伴随着以消费借贷为目的的金钱给付,受领人还要再做出一个允诺,即以要式口约的庄重形式承诺返还受领的金钱。

在原始文献的一些表述的基础上,学界将这种情况称之为“附有要式口约的消费借贷”(mutua cum stipulatione)。德国学说为之创造的一个很准确的术语就是“Stipulationsdarlehen”。

在这些“附有要式口约的消费借贷”中,消费借贷是根据一个要式口约这样的(口头)契约而提供的,消费借贷的借用人通常在要式口约中一并承诺返还本金和利息。

在这些情形中,法学家们有时只承认存在产生于口头契约的债。这样,消费借贷的要物要件就被最终超越了,因为通常情况下要式口约作为抽象行为,在金钱未被交付之前也产生债的效力。“如果某人未采用要式口约而提供了一笔金钱消费借贷,与此同时他又订立了一个要式口约,那么这里只有一个契约。”(Ulp., 46 ad Sab.D.46,2,6,1)“只要我们以消费借贷的名义给出金钱,又使人通过要式口约承诺返还,不产生两个债,而只产生一个口头之债。”(Pap., 3 quaest.D.45,1,126,2)

围绕这种类型的交易,古罗马法学家们进行了激烈的讨论。由此产生了许多问题,比如“没有数出的金钱”(non numerata pecunia)的问题,^①或者所谓的“要物与口头结合”(re et verbis)的契约的问题,^②等等。这些问题迄今也没有被罗马法学界完全解决。

(五)所谓的“以出售某物的价金而设立的消费借贷”(contractus mohatrae)

另外一个与要物性渐行渐远的例子是所谓的

“以出售某物的价金而设立的消费借贷”。通过这样的行为,贷与人交给(未来的)消费借贷借用人一个实物(例如一件衣服、一个银盘子等),以使后者能够卖掉它,并将所得价金作为消费借贷之物而拥有。“你向我请求借一笔钱给你,由于当时我手头上没有,所以给你了一只盘子或一块金子,这样你可以卖掉它们以使用其价金。我认为,如果你将之出售,那么(我们之间)就缔结了一个金钱消费借贷契约。”(Ulp., 26 ad ed.D.12,1,11 pr.)^③

我们仔细观察会发现,确实也存在一个物的交付行为,但是给付的标的物是一个与金钱不同的一般实物,而返还的标的物却是金钱。对于实物的出售,可以使债务人取得他要使用的价金,并在将来作为消费借贷而予以返还。但是,债务人要承担标的物毁损灭失的风险。

(六)承诺提供消费借贷的要式口约(stipulatio de mutuo dando)

在古罗马原始文献中,最能体现与要物消费借贷相分离的制度,是关于“承诺提供消费借贷的要式口约”的规定。在此情形中,债权人通过要式口约的形式,庄严地向未来的债务人承诺以消费借贷的名义提供一笔金钱给他。“如果我被要求以要式口约的形式承诺回答这样的问题,即‘你承诺借给我一笔金钱吗?’那么,这是一个以不确定物为标的的要式口约,因为在要式口约中涉及到我(要回借出的金钱)的利益。”(Paul., 2 ad ed. D. 45,1,68)

上面提到的所有原始文献,尽管被有的学者评价为古罗马迈向承认消费借贷的纯粹合意性的第一步^[8],但是它们没有从根本上动摇这种契约在古罗马法学中要物契约的定位,而顶多算是消费借贷的“特例”(singularia recepta)。

在罗马法体系的整个历史长河中,这似乎构

^①在众多也许可以援引的片段中,管见以为,下述片段特别值得关注。Paul., 5 ad Plaut.D.12.1.30:“某人为了能够以消费借贷的形式拿到一笔钱,以要式口约向未来的债权人许诺返还这笔钱。他有权拒绝受领这笔钱,从而不向对方负有债务。”这个片段提到,以要式口约承诺返还的债务人,有拒绝受领消费借贷之可能;他,无论如何,先是受到“诈欺抗辩”(exceptio doli)的保护,后来受到“金钱未数出的抗辩”(exceptio non numeratae pecuniae)的保护(vd. Gai., 4,116 a)。对此 cfr. M. Cimma, *De non numerata pecunia*, Milano, 1984; W. Litewski, *Non numerata pecunia im klassischen römischen Recht*, in *SDHI*, 60, 1994, 405 ss.

^②关于此点的论述,笔者推荐至少应参见 vd. M. Talamanca, ‘Una verborum obligatio’ e ‘obligatio re et verbis contracta’, in *IURRA*, 50, 1999 (ma pubbl. 2003), 7 ss., 此文准确梳理了关于这一点的学说发展史。最近, A. Petrucci, *Applicazioni della stipulatio in materia creditizia e problema della causa nel diritto romano classico*, in *Derecho civil y romano. Cultura y sistemas juridicos comparados*, a cura di J.A. Goddard, México, 2006, 237 ss., 再次对此问题做了深入研究。

^③关于这个问题的其他片段, cfr. Afr., 8 quaest.D.17,1,34 pr.:“有利的论据是,有意提供金钱消费借贷之人,交给(未来的债务人)一个银器让其出售,则贷与人同样可以正当通过提起诉讼,像要回借出的金钱那样要求返还金钱。”Ulp., 31 ad ed.D.19,5,19 pr.:“你向我请求以消费借贷的形式借一笔钱给我,由于没有这笔钱,给你一个物让你卖掉它,这样你就可以使用其价金。”

成了固守消费借贷要物性的主要理由。

三、从罗马法到当代法

(一)从注释法学派到19世纪

我们可以考察一下欧洲有关消费借贷契约的法学思想的几条演进脉络。

根据注释法学派的观点(这也是评注法学派的观点),毫无疑问,消费借贷是要物契约。不过,注释法学家们区分了“天然”消费借贷(mutuo ‘naturale’)和“法定”消费借贷(mutuo ‘civile’)。在前一种情形中,有物的给付发生;在后一种情形中,物的给付是拟制的,就如同在“没有数出金钱”的情形中,诉讼(querella)的两年时效已经届满将会发生的那样。

评注法学派法学家的观点仍然受上述理论的左右。在消费借贷契约中,他们看到的仍然只是一个通过“实物”(re)而成立的契约。

但是进入16世纪以后,逐渐呈现出一派新气象,因为合意主义是契约法的基础这样的思想已经在欧洲蔓延开来。

一方面,天主教法学家们强调,“协约须严守”(pacta sunt servanda)原则是一个与良心相关的问题:因为言行不一有违对一个合格天主教徒的道德要求。结果就是,单纯的合意就可以构成应有一定行为的基础。

朝着相同的方向,自由主义理论似乎也接踵而至。无论是在经济领域,还是在哲学领域,这些理论都确立了这样的原则:每个人都可以——哪怕只是通过与他人达成合意——自愿使自己受到约束。

“高卢风格”的人文主义法学家们之间也开始有了观点上的分歧。的确,如果说在库亚求斯(Cuiacius, 1522—1590)看来,毋庸置疑,消费借贷是要物契约的一种,^①那么他的一个弟子洛瓦塞(Loysel, 1536—1617),借助重述在对《学说汇纂》的注释(Glossa)中业已出现的一句法谚,就已经认为,“牵牛牵牛角,信人信人言”,所以,一个简单的允诺或者合意,其效力绝不亚于罗马法中的

“要式口约”。

所以,当看到同一历史时期的阿诺德·维尼乌斯(Arnold Vinnius, 1588—1657)强调说,在消费借贷的要物和合意关系这一问题上,应该着重强调后者,我们就不会感到惊讶了。

然而,这种观点并没有得到普遍认同。事实上,一方面,在欧洲,自然法和人文主义学说,大大激发了个体自由和私人意思自治,而单单有它们就可以导致任何契约的生效。另一方面,在“学说汇纂现代运用学派”的法学家那里——他们主要活跃于十七八世纪的德国和欧洲中部——我们看到,坚定支持此种契约的要物性理论的学者不止一个,比如德国的劳特巴赫(Lauterbach, 1618—1687),以及其他一些不那么著名的法学家。

法国的多玛(Domat)^②和波蒂埃(Pothier),二人都在罗马法原始文献的基础上,极力重申消费借贷的要物性质。波蒂埃的一个理由是,一个人不能返还他没有收到的。这个理由并不充分,最终不免成为消费借贷要物性理论体系的致命弱点。

(二)欧洲各国民法典

像许多其他制度那样,1804年《法国民法典》在这一点上做出了与多玛和波蒂埃这两位法学家的理论完全一致的选择。该法典的第1892条,沿袭古典罗马法的传统,将消费借贷清清楚楚地界定为要物契约的一种。^③法国学界,很长一段时间以来,就发出也要将诺成消费借贷制度这个“应然的法”(de iure condendo)予以法典化的呼声。但是,对于这种呼声,理论界并非没有质疑^④,立法上更是毫无动静。

而另一种模式,即合意主义模式,几乎自然而然地在1794年的《普鲁士普通邦法》(ALR)中寻得一席之地。这部作为法学启蒙主义产物的法典,承认并规定了两种消费借贷:一种是严格意义上的(Eigentliches Darlehen),以事先交付一定量的替代物、受领人负有返还它们的义务(vd. ALR. I, 11, 1 § 653)为特征;另一种消费借贷,我们可以称之为“非严格意义的”,其中某人负有向另一人

^①十分重要, I. Cuiacius 给消费借贷下的定义,即“mutuum est creditum quantitatae datae, ea lege, ut eadem ipsa quantitas redatur in genere, non in speciem eadem.”参见氏著, *Observationes et emendationes XI, 37*, in *Opera omnia I*, Prati, 1836, c. 509.

^②J. Domat, *Le leggi civili nel lor ordine naturale II*, Napoli, 1788 (trad. it. dall'ed. di Parigi del 1777), p. 119: “消费借贷是一方据之向另一方给付一定量的物的契约。”

^③Art. 1892: “消费借贷是当事人一方交付因使用而消费的物品的一定数量于他方,他方负返还同一种类、同一品质的同数量物品于贷与人的契约。”

提供借贷的义务(第 654 条)。在纯粹诺成性的“非严格意义的”消费借贷中,不履行债务的一方可能会因不履行而被起诉,除非对方当事人更愿意解除契约,当然这种情况下也可以要求赔偿损失。不过,承诺提供消费借贷之人,在看到借用人的财产状况严重恶化(此时他也仍有义务受领金钱;第 658 条),以致于使人有理由怀疑他的偿债能力的情况下,有权不给付金钱(第 655、656 条)。

《普鲁士普通邦法》的新举措只是在潘德克吞法学内部辟开了一条裂隙,而整体而言,潘德克吞法学依旧根据波蒂埃所说的理由(即不能要求返还本未受领之物),固守着消费借贷的要物性,虽然普遍承认当事人可以订立消费借贷的预约合同(Vorvertrag)。显然,预约合同的结构是诺成性的。但是无论怎样,为了在一定意义上突破要物性的限制,消费借贷契约成了当时德国法学界激烈争论的一个话题。^①

在 1900 年的《德国民法典》中,尽管之前的准备工作都指向确立消费借贷的诺成性,^②但是该法典最终还是采纳了部分德国法学家的观点,于第 607 条规定了要物消费借贷:实际上,尽管存在可就消费借贷订立预约合同(《Darlehensvorvertrag》;第 610 条)之可能,但是实质上仍维持了消费借贷的要物性。^③

对于该法典所选择的解决方案,德国有不少赞同者,但是力倡其诺成性的学者也不乏其人(von Lübtow, Larenz)。尽管司法界极力反对诺成消费借贷的方案,但是主张合意性的观点最终

在 2000 年的法典修订中得到了采纳。修改后的民法典将消费借贷区分为金钱消费借贷(Geld-darlehen)和其他物的消费借贷(Sachendarlehen),二者都被作为诺成契约规定了下来。^④

也是在 20 世纪,在欧洲,诺成消费借贷还曾被规定在 1911 年的《瑞士联邦债法典》中。尽管该债法典规定了一些要物契约(赠予、质押和铁路运输),但是,是把消费借贷作为纯粹诺成契约看待的(第 312 条)。^⑤

意大利法在这一点上,尽管与德国法的演进路径完全不同,但是也是逐渐承认了诺成消费借贷的。

在意大利,《法国民法典》的选择(要物消费借贷),至少在立法目的上,被 1865 年的《意大利民法典》所仿效。后一部民法典在消费借贷问题上所采用的模糊术语,^⑥尽管学说和司法不断将之解释为要物性的规定,但是毕竟为诺成理论的支持者们提供了解释的空间。^⑦

1927 年所谓的《法意债法典》,效仿《普鲁士普通邦法》,果断采纳了折中方案,规定当事人有两种选择:可以订立要物契约性质的,也可以订立诺成性质的消费借贷(第 636 条)。^⑧

1942 年《意大利民法典》的历史有些特别。在该法典的起草过程中,立法者意欲使之与前面提到的《法意债法典》的模式保持一致的意图非常明显,即将消费借贷规定为可以有两种性质的契约,根据当事人做出的意思表示不同,一种具有要

①Cfr., 比如, K. Adler, *Realcontract und Vorvertrag*, in *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts (Jhering's Jahrbücher)*, 31, 1892, pp. 190 ss. 在此看来,物的交付应被界定为消费借贷的“当然条件”(condicio iuris),因为要物是这类契约的性质而非本质要求;而对于 G. Boehmer, *Realverträge im heutigen Recht*, in *Archiv für bürgerliches Recht*, 38, 1913 314 ss. 而言,因为当事人可以订立“预约”,这似乎直接导致了诺成消费借贷的承认。

②Cfr. *Die Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB*, a cura di F.P. von Kübel, Berlin-New York, 1980, *Schuldrecht* 2, p. 519.

③Cfr. § 607 Abs. 1: “受领金钱或者其他替代物作为消费借贷的人,有义务向贷与人偿还相同种类、品质和数量的物。”

④Cfr. § 488 Abs. 1: “因贷款契约,贷与人有义务向借用人提供约定金额的金钱。借用人有义务支付所欠的利息,并在清偿期到来时偿还向其提供的贷款。” § 607 Abs. 1: “根据物的消费借贷契约,贷与人有义务将约定的替代物交给借用人。借用人有义务支付消费借贷的报酬,并在清偿期到来时偿还相同种类、品质和数量的物。”

⑤Art. 312: “消费借贷契约是贷与人同意交付一定数量的金钱或者其他替代物于借用人,借用人同意返还同等数量的金钱或者同等同量的替代物的契约。”

⑥Cfr. art. 1819: “为了消耗物品的消费借贷或者借入是一个契约,据此一方当事人向另一方当事人提供一定量的物,后者负有返还相同种类和质量的等量的物。”

⑦关于司法实践,首先参见 *Cass. civ.* 11.9.1895, 尽管该判决指出了困惑的原因,但是最终还是将消费借贷定位为要物契约。关于理论学说,首先参见 E. Pacifici-Mazzoni, *Istituzioni di diritto civile* V.2, Firenze, 1927⁵, p. 399; 近些年,对于该制度的“成因”分析,还可参见 V. Giuffrè, *La «datio mutui». Prospettive romane e moderne*, Napoli, 1989, p. 17 s.

⑧Cfr. *Progetto di Codice delle obbligazioni e dei contratti. Testo definitivo approvato a Parigi nell'Ottobre 1927 - Anno VI*, Roma, 1928, art. 636, p. 294: “消费借贷是一种一方当事人给付某物或者负有义务给付某物的契约……”对此, cfr. R. Teti, *Il mutuo*, in *Trattato di diritto privato diretto da P. Rescigno* 12.IV, Torino, 1985, p. 660.

结 论

在结论部分,我认为有必要强调一下至此所做的分析而呈现出来的两方面内容:一方面,就是从法律传统的视角来看,消费借贷的要物性质或者诺成性质的问题;另一方面,就是如何对借贷活动(主要是金钱借贷)进行法学理论的构建问题。

从第一个(即历史演进的)视角来看,我们所引述的证据表明,在罗马法体系中并不存在一个整齐划一的消费借贷制度。特别是,在古典罗马法时期,毫无疑问,无论是在法学家所建构的理论中,还是在具体实践中,此种契约都被规定为要物契约。物的交付虽然被去实物化,但始终仍作为消费借贷的要件之一而存在。

不过,与此同时,古罗马人对于从事不同的、在某种意义上更为复杂的活动现实需求,亦非视而不见。在这些活动中,物的交付也许被“观念化”,甚至完全不见其踪影。另外,前面提到的出土石碑的碑文也告诉我们,借用人的返还义务,愈发常见地被规定在“要式口约”中,而不是继物之交付而产生;于此方面,还要考虑到“没有数出的金钱”的问题,它蕴含了让一个人承担返还从未受领之物的义务的非正义性。在这些情形中,债权的设立完全建立在达成的合意的基础之上;或者顶多是,建立在以要式口约的形式所达成的合意的基础之上;要物性要件(即“让渡”),顶多只是使承诺人原本得向要式口约的恶意缔约人主张的(最初是“恶意”,后来是“没有数出的金钱”)抗辩不生效力。

我们还注意到,为了平衡上述规范,古罗马法学家认为,可以采用订立“承诺提供消费借贷的要式口约”的形式,来对提供消费借贷进行承诺。这种要式口约毫不约束要式口约的缔约人受领金钱,而总是使承诺提供消费借贷、却未履行债务的一方承担损害赔偿的责任(vd. D.45,1,68)。

从第二个(即消费借贷的制度与法理)视角来看,一个需要回答的问题是,鉴于要物消费借贷和诺成消费借贷这两种制度构建在罗马法体系中都存在(无论是欧洲法,还是拉美法,在这些本文所关注的子体系中,均是如此),那么到底哪种模式更为可取。

管见以为,对于该问题,不存在一个统一的答案,正如在罗马法系中不同模式所呈现的多样性那样:说要物消费借贷较诺成消费借贷更优、更安全,或者相反,皆为不妥之论。

在笔者看来,现实生活中存在着不同的磋商活动,明智之举就是分别构建与之相应的制度,近乎于要为身材部分相似的模特裁量不同的服装,使得套套各具特色。

特别是,在金钱借贷活动中,如果借用人需要马上能够使用这笔金钱,比如说他要购买一栋房子,或者一辆汽车,或者任何其他的物,那么,毋庸置疑,要物消费借贷契约能更好地满足双方当事人(贷与人和借用人)的需求,因为物的让渡是契约本身成立的要件;没有物之交付,消费借贷便不成立,因为没有交付,促使借用人请求借贷及贷与人提供借贷的需求,亦即这笔金钱立即可供使用的需求,便没有被满足。

相反,近代的实践(其实,正如前文我们已经看到的那样,古代的实践亦同)也要求“诺成”形式的借贷存在,这样可以“使借用人信任贷与人所做出的承诺”。

当只需借出这笔金钱的贷与人(通常是一家银行,或者任何其他“强势的”缔约方)做出承诺,对于借用人而言便为已足之时,即会产生上述需求。这是一个借贷活动,倘若我们愿意,我们也可以称之为“消费借贷”或者“待履行的消费借贷”(mutuo obbligatorio)。应该将它与单纯的消费借贷承诺严格区分开来,但是它与前面论述的要物契约也不同,因为金钱的实际交付在这种情形中是在契约的履行阶段,而不是订立阶段。

然而,窃以为,就像罗马法原始文献所启示的那样,这种诺成消费借贷,也许还需要附以两个矫正措施以使之平衡,其主要而非唯一的目的是,保护法律关系中“弱势的”缔约方。

第一个措施就是,如果借用人的财产状况发生重大变故,以致于可以使人合理怀疑其偿还借贷的能力,则有必要确保贷与人可以不必再提供之前承诺数额的借贷。^①

第二个措施,依愚见便是,当借用人合意达成后不再需要全部借贷时,应当允许他部分不受领,且并不因此承担任何责任。考虑到一家银行

^①1942年《意大利民法典》第1822条在谈到消费借贷的承诺时,使用的是“显然难以返还”(notevole difficoltà di restituzione)和“未提供相应担保”(mancanza di idonee garanzie)这样的表述。

和消费借贷的债务人的缔约能力的悬殊,这是一项重新找回契约平衡的措施,它与在前文所引的罗马法原始文献中便已浮现的模式一脉相承。

参考文献:

- [1]PEROZZI S. Istituzioni di Diritto Romano II[M]. Milano, 1928:251.
- [2]LONGO C. Corso di Diritto Romano. Il Mutuo[M]. Milano, 1947:1.
- [3]GOLDSCHMITH L. Premodern Financial Systems a Historical Comparative Study[M]. Cambridge, 1987.
- [4]CIOCCA P. Moneta e Credito Nella Roma del Primo Impero[C]. Atti Acc. Cost., 12. 1998:25 ss.
- [5]FINLEY M I. The Ancient Economy[M]. Berkeley—Los Angeles—London, 1973:141 ss. e 196 ss.
- [6]PETRUCCI A. Mensam Exercere. Studi Sull'Impresa Finanziaria Romana II sec. a.C. - metà del III sec. d. C. [M]. Napoli, 1991.
- [7]PETRUCCI A. Prime Riflessioni su Banca e Interessi Nell'Esperienza Romana[C]. Atti del Congresso "L'usura ieri e oggi", a cura di TAFARO S., Bari, 1997.
- [8]ZIMMERMANN R. The Law of Obligation. Roman Foundations of the Civilian Tradition [M]. Oxford, 1996: 159.
- [9]JOBARD—BACHELLIER M N. Existe-t-il Encore des Contrats Réels en Droit Français? Ou la Valeur Des Promesses de Contrat Réels en Droit Positif[J]. Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1985:1 ss.
- [10]BIONDI B. Contratto e Stipulatio[M]. Milano, 1953: 231 ss.
- [11]SACCO R. Il Contratto[M]. Trattato di Diritto Civile Diretto da VASSALLI, VI/2, Torino, 1975:613 ss.

Commerce in Roman Law: The Example of Real Contract of Loan between Tradition and Changes

ANTONIO SACCOCCIO

(School of Law, University of Brescia, Brescia 25121, Italy)

ZHAI Yuan-jian (tran.)

(College of Comparative Law, China University of Political Science and Law, Beijing 100088, China)

Abstract: The Roman sources attest many times that, in dogmatic terms, loan is a real contract, which can be concluded with the agreement (*consensus*) and the delivery (*traditio*) of a certain quantity of fungible goods. In detail, however, the same sources show a steady shift towards a greater appreciation of the element of consent: we see that in the so-called 'dematerialisation' of delivery (*traditio brevi manu*), in the conventional determination of the place and date of return, in the solemn promise of restitution (*stipulatio*) accompanying the delivery, and in the promise of future loan (*stipulatio de mutuo dando*). In the Roman law system, therefore, the loan is either a real contract, as declared theoretically by the jurists, or a consensual contract, as the parties want. All that together with commenting either on the Civil Codes or on the draft of Soft Law Projects allows a better understanding of the discussions currently circulating in the Old continent on loan within the modern European civil law, which continues to rotate around the dichotomy between real contracts and consensual contracts, ignoring the possibility of coexistence of the two models, which instead already sinks its roots in Roman law. Key words:

Key words: loan; real contract; Roman law; European Civil Codes; European Soft Law Projects

[责任编辑:张莲英]