

古中国与古罗马借贷纠纷救济途径的比较研究

霍存福, 武航宇

(吉林大学 法学院, 吉林 长春 130012)

摘要: 为了保障借贷双方当事人的权益, 古中国与古罗马都曾努力寻找解决借贷纠纷的途径。首先通过公力救济的方式来规制借贷行为, 其次, 国民也以私力救济的方式来解决借贷纠纷。在东西方不同的法文化背景之下, 古中国与古罗马借贷纠纷的救济途径存在很大差异。为了优化我国目前借贷纠纷救济途径, 更好地解决借贷纠纷, 应从根源上探究两国借贷纠纷救济途径产生差异的历史根源及法文化内涵, 以探寻适合我国的借贷纠纷救济途径。

关键词: 公力救济; 私力救济; 契约规则; “公正”理念; 历史根源; 法文化内涵

中图分类号: DF07

文献标识码: A

文章编号: 1002-3933 (2013) 11-0013-10

A Comparative Study of Debit and Credit Disputes Remedies in Ancient China and Ancient Rome

HUO Cun-fu, WU Hang-yu

(Law School, Jilin University, Changchun 130012 China)

Abstract: In order to solve debit and credit disputes and protect the rights of both parties, the ancient China and Rome make great efforts to seek for the solutions. First, both countries regulate debit and credit practices by issuing certain public remedies. Second, citizens also solve debit and credit disputes by private remedies. Nevertheless, in the context of eastern and western legal cultures, there are also some differences in remedies for debit and credit disputes in Ancient Chinese and Roman. In order to optimize the current remedies for debit and credit disputes, the paper attempts to explore the original causes of debit and credit disputes in the two countries' history, elucidate the connotation of legal culture, and figure out suitable remedies for debit and credit disputes in China.

Key words: public remedies; private remedies; contractual rules; concept of "Fair"; historical roots; legal culture connotation

私有制产生之后, 借贷就随之产生, 而且随着经济的发展, 借贷实践愈发频繁, 随之而来的借贷纠纷也就越来越多。为了保障双方当事人的权益, 古中国与古罗马都曾努力寻找解决借贷纠纷的救济

收稿日期 2013-08-13 该文已由“中国知网”(www.cnki.net)2013年9月 日数字出版, 全球发行

基金项目 2012年教育部人文社会科学研究青年基金项目《权利本位研究范式与当代中国法学的发展》(12YJC820079); 辽宁省教育厅哲学社会科学重大基础理论研究课题《文化繁荣与文化创造语境下的中国法文化研究》的阶段性成果

作者简介 霍存福(1958-), 男, 河北康保人, 吉林大学法学院博士生导师, 沈阳师范大学特聘教授, 法学博士, 研究方向: 法律文化;

武航宇(1978-), 男, 吉林通榆人, 吉林大学法学院法律史专业博士研究生, 沈阳师范大学法学院副教授。

途径。首先通过国家公权力来规制借贷行为,即在法律当中明确规定借贷的利息;法律对借贷行为做相关的禁止性规定;通过诉讼渠道调解借贷纠纷。其次,仅仅通过国家公权力的规制,还不能解决广泛存在于民间的债务纠纷,所以古中国与古罗马的国民也以私力救济的方式来解决借贷纠纷,即担保、动用私刑和道德约束。最后,无论是国家公权力的救济,还是民间的私力救济,都不能完全解决民间的借贷纠纷,所以古中国与古罗马一直在探寻解决借贷纠纷的有效救济途径,在东西方不同的法文化背景之下,古中国与古罗马对于借贷纠纷的救济途径存在很大的差异,古中国注重“公正”的理念,而古罗马则更注重细化借贷契约的条款。

当前,中国借贷纠纷的救济途径与西方非常类似,而这些源于古罗马的西方借贷纠纷救济途径,与中国本土的契约理念及纠纷救济方式存在一些不兼容的因素^①。所以,为了优化我国目前借贷纠纷救济途径,更好地解决借贷纠纷,应从根源上探究两国借贷纠纷救济途径产生差异的历史根源及法文化内涵,以探寻适合我国的借贷纠纷救济途径。

一、国家对借贷行为的公权力救济

因为借贷现象普遍,而且一旦肆虐,就会对社会与经济造成影响。所以,无论是古中国,还是古罗马,都努力通过国家公权力来控制借贷行为朝正常的秩序发展。即通过规定借贷的利息率,禁止回利为本,以及司法途径来保障借贷双方当事人的权利。

(一)法律规定利息

在古罗马,放债取息,很久以来就是惹起国家纷争,造成内部争执和纠纷的原因。最初,国家公权力对于利息率没有规定,而是由有钱人随意规定贷款的利息,只有出现纠纷才动用司法程序。所以,十二铜表法^②规定年息不得超过1%^③,后来,一名保民官的法律又把这样的利率降低了一半。但是,其他的保民官最后还是将放高利贷这样一个行道无条件地禁止了。但禁止借贷是不符合经济规律的,所以没过多久,借贷行为就又悄然出现,而且利息也是越来越高。著名的法学家西塞罗在西里西亚做行省最高长官的时候,就曾在给他的挚友——当时古罗马的“社会名流”阿底古司的信中抱怨,元老布鲁图依仗权势放高利贷。

我替他们做好安排,叫他们在本金之上,按年加利息百分之十二,六年内偿清。但斯卡泼久司要求百分之四十八利息。

我的想法是这样的:如果他不管我通省只承认百分之十二的利息(我的法令中也是有此规定,即最一钱如命的债主也都承认),而坚持要百分之四十八利息;……我的确要为他生我的气而感到有些难过^④。

西塞罗抱怨的这件事发生在当时全罗马上流社会奉为道德典范的布鲁图^⑤身上。像布鲁图这样一个地位并不算特别显赫的元老,可以直接放债给行省的城市和附属国的国王,并通过暴力手段勒索血腥的高额利息。第一,为了倚势凌人,可以要行省长官把自己的狗腿子委为地方官;第二,为了讨索私人的债款,甚至可以派国家的骑兵包围地方元老院,最终让几个元老饿死在包围之中。这说明,在古罗马放高利贷的现象非常普遍,而且利息率确实很高,甚至达到年息百分之四十八,是当时行省通行利息的四倍。

① 公元前450年。这个说法是以塔西陀为依据的;李维所定的日期是公元前357年。

② 根据罗马的计算利息的办法,应当是月息1/12或年息1%。尼布尔认为利息不可能低到这种程度(这个说法受到尼佩尔第的有力的反驳,但是得到了蒙森的同意),因而就把这个词解释为本金的1/12,即年利25/3%,这样由于采用了一年又十个月的传统算法,而巧妙地把利息提高到10%(=25/3 12/10)。

③ 马古司·雍尼乌司·布鲁图,暗杀凯撒的主角之一。由于他曾经跟随他舅父加图到过塞浦路斯,后来又在西里西亚担任过财务官,因之在东方的几个行省和附属国里发放了许多债款。尽管他的父亲是庞培杀死的,但在内战中仍参加了庞培一派,庞培失败后,不但得到了凯撒的原谅,而且很受器重。但因为布鲁图始终留恋共和政体,所以和卡休司等人一起发动刺杀凯撒的密谋。凯撒死后,他和其他共和派一起逃至东方,拥重兵与凯撒派相抗,法萨里亚之役失败后自杀。布鲁图一生敬佩自己的舅父加图,后来离了婚与加图的女儿结婚,在立身行事上也竭力模仿加图,在当时被罗马人视作青年一代中品德最高尚的人。

相对比而言,古中国的法律更重视通过法律规定利息率来调控借贷关系。《史记·货殖列传》中记载无盐氏放贷,一年之中获息十倍,“用此富埒关中。”因为这种放高利贷的现象开始影响社会经济,所以汉朝廷颁布法令,限制利率。据《汉书·食货志》记载:“欲贷以治产业者,均受之除其费,计其所得受息,勿过岁什一。”如果“取息过律”,则受到惩罚。至唐代,由敦煌借贷契约文书可以推知,借贷行为应是广泛存在的,而且利息高达年息120%—180%。在敦煌出土的“唐麟德二年(即公元665年)高昌卜老师举钱契”中就明确约定了利息,具体表述是“宁昌乡人卜老师于高参军家人未潘边举取钱十文,月别生利钱壹文”^[5],这份契约中约定的月利息是10%,即年利息12%。在另外一件借贷契约文书中,双方约定的利息更高,即:在“唐乾封元年(公元666年)高昌郑海石举银钱契”中,双方约定的利息条款是这样的:“崇化乡郑海石于左懂喜边举银钱拾文,月别生利钱壹文半”^[6],这份借贷契约的利率更高,月利息是15%,年利息更是高达180%。所以,《唐令拾遗·杂令第三十三》“公私以财务出举”条规定:“诸公私以财务出举者,任依私契,官不为理。每月取利,不得过六分。积日虽多,不得过一倍。若官物及公廩,本利停讫,每计过五十日不送尽者,余本生利如初,不得更过一倍。家资尽者,役身折酬。……若违法积利,契外掣夺及非出息之债者,官为理。收质者,非对物主不得辄卖。若计利过本不赎,听告市司对卖,有剩还之。如负债者逃,保人代偿。”^[7]

至明代,如果在民间收取超过国家法令规定的利息率,则会按“坐赃”罪处罚,如同明人熊鸣岐在《韶代王章》中所记载的:

反私放钱债,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,止仗一百^[8]。

相比较而言,古中国在解决债务纠纷的过程中更注重解决根本的问题,即利息率的问题。因为,只要利息率被限制在合理的范围之内,不会过大地干预到社会生活。

(二)国家保护债权的禁止性规定

在罗马帝国时期,当提贝里乌斯皇帝提出禁止高利贷时,法律即禁止了这种行为,但是很快显示出了一个负面的效应,即这种措施引起的后果是现金缺乏。因为,不仅是所有的债务被收回了,而且在这样多的判罪和被没收的财产出售之后,所变卖的现金都被锁进了国库或者皇帝的财库^①。所以,提贝里乌斯皇帝为了应付这样的困难,元老院规定每一个债权人都必须把他用来生息的资金的三分之二用来在意大利购买土地(而债务人则应立即按照同样的比例支付他所负的债)。但是,效果却不像提贝里乌斯皇帝预想的那样理想。结果是,既然债权人要求偿清全部债款,从道义上来说,债务人就不能拒绝这样的要求。因此,在开始的时候,债务人往往奔走请求延期,于是行政长官的法庭就忙起来了。而人们所想出来的补救办法,就是产业的买卖。因此,在执行时产生了相反的效果,因为放高利贷的人把自己的流动资金收回来之后,马上又去购买土地了。市场上物资的过剩引起了物价下跌,于是,负债最重的人极难把货物卖出去,许多人便丧失了财产。经济破产使人们的地位和名誉也都扫地以尽了。为了解决这样的问题,提贝里乌斯皇帝又提出,把1亿谢司特尔提乌斯分配给各个兑换所,借款人还可以得到免息3年的贷款,如果他能提出价值相当贷款1倍的土地作为抵押的话。信用贷款就这样恢复起来了。私自放款的人慢慢地又出现了。人们又不按着元老院所公布的法令购买产业了,这次的事情又成了虎头蛇尾^[9]。

另外,古罗马也通过禁止特定身份的人放贷,企图减少高利贷现象的出现。如莫德斯丁在《学说汇纂》记载,“皇帝在宪令中指出:行省长官及其随从在所辖省内不得经商、不得进行金钱的消费借贷或货运借贷。”^[10]行省长官在行省具有极大的权势,是放高利贷的主要主体,古罗马皇帝设想通过限制这一主体的行为,来减少高利贷现象的发生。

同时,古罗马也禁止各种侵犯债权人利益的行为,比如禁止通过释放奴隶来逃避债务。对此,法

^① 严格说来,出售被没收的财产的价款,就如同无主的遗产一样,要归元老院的国库的,但是它们常常被收进皇帝的财库,这种做法不久变成了一件前例。

学家盖约就曾论述：

并非每个愿意释放奴隶的人都可以释放奴隶。因为有的人想通过释放奴隶以达到其欺骗债权人或保护人^①的目的，但他们无从得逞，因为埃利乌斯·塞恩提乌斯法案对此已明令禁止^②。

也就是说，埃利乌斯·塞恩提乌斯法案禁止通过释放奴隶，减少自己的财产而逃避债务。其实，在这个法案颁布之前，被释奴在遗嘱中可以避开其保护人而无须受惩。就如同十二铜表法中所规定的，“如若被释奴死后既无遗嘱，又无直系继承人，则保护人有权继承其财产；而若该释奴立有遗嘱，或有直系继承人，则保护人不得染指其遗产。”但是，最高法官令^③颁布后，这种不合理的现象纠正过来了。释奴必须在遗嘱中将其财产之半数赠予保护人，而若不这样做，保护人反正一样可以得到它。如果释奴临死时没有留遗嘱，保护人可以按法令规定对其半数遗产照取不误。……^④

该法令还规定，罗马公民的释奴之遗产应转交给其保护人、保护人的儿子或孙子。至于被称作“拉丁人”的被释奴之遗产，则如奴隶的地产一样，还可以转交其保护人的旁系继承人。但是，对活着的被释奴的财产，无论保护人或是保护人的子女都无权要求，除非他们向商会或者行会的首脑证明，他们已经非常衰弱贫困，所以有权从自己的释奴那里按月以津贴形式取得帮助^⑤。

由此可见，古罗马国家的公权力通过各种途径来保护债权人的利益，包括限制被释放奴隶财产的支配与继承权。相比较而言，古中国并没有类似的规定，但是，却也有对放高利贷主体的禁止性规定。汉朝《杂律》对放高利贷的行为作了禁止性规定：“吏六百石以上及宦皇帝（宦皇帝，指内臣侍官），而敢字贷钱财者，免之。”^⑥这种禁止性的规定是针对有一定经济能力且皇帝能够直接控制的官员的，汉朝皇帝希望通过这种主体禁止性的规定来减少高利贷的发生，但效果也是暂时的。

（三）诉讼渠道

早在罗马共和国时期，古罗马就出现了借贷方面的矛盾。所以，《十二表法》就通过诉讼来对借贷行为予以约束，“当债务已经承认，或有关之判决已在法庭宣布时，三十天为法定的宽限期。在此以后，便可将债务人加以逮捕；将之携往法庭，如彼不能履行判决，又无人在法庭上自请为之担保，则债权人可将未曾偿债之人持去。彼可以皮带或脚镣系之，并以不轻于十五磅之重量加之，如彼需要，亦可再超过此数。”^⑦这种详细的对于债务索取的诉讼程序，在实践中确实起到了良好的效果。至罗马帝国，提贝里乌斯当政时期，对十二表法的内容进一步解释，使之适应罗马帝国前期的社会需要。他认为：凡经判定应该偿付一笔虽经承认、迄未偿还的债务的人，给予三十天期限，以便张罗钱财，履行清偿责任。这三十日，十人团给起名字称为“法定延期”，也可称做“诉讼中的假期”。这是两造间法律程序中规定的间断和休息，在这些日子中，任何一方都不得进行诉讼行为。然后在期限届满后，如债务人尚未清偿债务，他们便被传唤到（司法官）法庭上去，由他将他们判交给应得的人，系之以皮条或脚镣。而且，提贝里乌斯皇帝本来应该按照法官的要求，处罚元老院中放高利贷的那些元老，但是这些元老请求皇帝的宽恕，所以皇帝就规定，在今后的18月内一切私人的债务必须根据法律的规定进行调整。

同时，还有许多平民的法令力图制止各种诈骗行为，这种诈骗行为虽然在过去也一直受到镇压，但它们总是在临时回避一下之后，便再度出现了。大批的控诉者又把锋芒转到那些由于放高利贷而不断增加了自己财富的人身上，因为这些人违反了独裁官凯撒为规定借钱的条件，以及在意大利本土保有地产的条件而制定的一项法律^⑧。由于公共利益被置于私人利益之下，所以这项法律很久以来就为人们所弃置不问了。由此可见，古罗马很重视通过诉讼途径来解决债务纠纷，但是往往只在短时期内有效，过了一定时期之后，因借贷而产生的纠纷仍然会很多。

与古罗马相比较，古中国的公权力也通过诉讼这一渠道来处理债务纠纷。汉律就开始注重保护

① 因为保护人对其死去的被释奴的财产有部分继承权。

② 长期有效的最高法官令是哈德良皇帝时期在以前每个最高法官就职时所发布的各种命令的基础上制定通过的。

③ 关于这一法律，我知道的并不确切，不过它必定是同公元前48年的紧急措施不同（参见凯撒：《内战记》第3卷，第1章）。

保人代偿的连带责任：

未年四月五日，张国清遂于某处便麦叁藩驮。其麦并限至秋八月末还。如违不还，其麦请陪（倍）……如中间身不在，一仰保人代还。恐人不信，故立私契。两共平章，画指为记。

麦主

便麦人 张国清 年四十三

保人 罗抱玉 年五十五

见人 李胜

见人 高子丰

见人 画允振^[1]

另外，在法国国立图书馆中所藏的另一件《巳年二月六日普光寺人户李和和便麦契》同样也约定了保人代偿的条款。

“巳年二月六日普光寺人户李和和为少种子及粮用，遂于灵图寺常住便麦肆汉硕、粟捌汉硕，典贰斗铛壹口。其麦粟并限至秋八月内纳足。……如身不在，一仰（保）人代还。恐人无信，故立此契。”^[1]

在这三件契约文书当中，可以看出，假如债务人还不上债，债权人的第一种私力救济手段是“牵掣财物”。但是，在很多农民家庭中，没有什么财物可以拿，所以就要有“保人代还”的担保条款。这样能够使债权人的利益得到更大的保障。

（二）动用私刑

在古罗马，如果借贷双方当事人和解失败，债务人又寻求不到担保人为他担保，那么，为了使誓约更为神圣不可侵犯，债权人将采取极端的手段。古罗马的十二表法中规定，为了保护债权，债权人可以对债务人动用私刑，即：“在第三市集日即处彼等以极刑”^[1]。所谓的“极刑”，即将债务人杀死或分尸。

“他们（即债权人）以一番残忍的表现来使那死刑显得更为惨酷，以一番闻所未闻的恐怖来使它显得更为可畏，例如遇有一个债务人须让渡给几个债权人时，十人团允许他们有权将让渡给他们的人肢解，再将死人的尸体加以分配。请看，让我把这法律的原来语句引述一下，免得你们以为我也许在躲避他们的仇视，在第三个市集日，债权人即可加以分割，彼等所割，多于或少于其所应得，可不加追究。”^[1]

这种动用私刑的手段太过残忍和血腥，但却能得到古罗马民众的认可。

与之相比，古中国的借贷双方当事人在出现债务纠纷后，假如寻求和解无望；同时，“掣夺家资”或“保人代偿”也无效时；为了逼迫债务人还债，在实践中，也有债权人动用私刑的情况。尤其是在明清时期，动用私刑的现象非常普遍，而且手段也很惨酷。比如，明人李乐在其所著的《见闻杂记》中记载：“里中沈双溪先生，访一友人董姓者，其家锁一负券人于小楼上。先生睹锁者面容不佳，谓董曰：‘可亟放之’，其人至家，当夕卒。”^[1]清人褚人隤，在其所著的《坚瓠秘集》中也记载：“盐场土豪某，室有别业三楹，阶前掘一深池，中积水，外缭以垣。凡负债者，缚置池中，名曰水牢。”^[10]可见，在古中国，为了逼迫债务人还债，所用私刑的种类主要是监禁，目前尚未见分尸的情况发生。

（三）变卖债务人

古罗马的借贷双方发生纠纷，如果债务人无法还债，且债权人也不愿将其杀死，而是要将其变卖为奴，也是可以的。十二表法中记载：“或发交出售，卖至台伯河以外之外邦。”^[1]这里所谓的“台伯河以外之外邦”，是指将债务人卖至外省，即：“将债务人卖至外省，所得款项由所有债权人均分。”^[1]

与之相比，古中国只在早期有类似的处理方式。比如，在《太平御览》中记载了董永借贷银钱的故事。即：“前汉董永，千乘人，少失母，独养父。父亡，无以葬，乃从人贷钱一万。永谓钱主曰：‘后若无钱还君，当以身做奴。’”^[1]即如果还不上钱，自己到债权人家中为奴。至唐代，“役身折酬”成为偿还债务的方式，即债务人以劳役为债权人抵债。至明清，则没有类似的规定。

（四）道德约束

债务纠纷的私力救济途径，除了前面提到的几种之外，还有一种途径是运用道德的力量约束双方当事人。在古罗马，放债取息被认为是不符合道德标准的行为，只有在道德败坏的时候才有。古罗马

的元老加图，在其所著的《田园什事》中就针对这一问题进行了论述：

“真的，要说赚钱，如果经商不是那么危险的话，有时还更有利些；同样还可以放债，如果他不是那么丧廉耻的话。我们的祖先就抱着这种看法，而且把这种看法订进了法律；它规定：窃盗者处以两倍的罚金，放债者罚金四倍。由此可以判断：他们认为一个公民，与其放债，还不如偷盗了。他们赞扬一个值得称许的人时，他们的赞辞总不出乎“好农人”、“好庄稼汉”等等，受到这种赞扬的人也被认为受到了最高的推奖。我认为商人是精明强干的人，而且是专心致志追逐金钱的人，但我前面已经说过，这是危险的行业，全然是听天由命的勾当。另一方面说：最勇敢的人和最坚强的战士却都来自农民，他们的称号受到最高的尊重，他们的生活最稳定，最少惹人嫉妒，而从事这种行业的人，也最少受人嫌恶。”^[2]

以上的资料显示，古罗马在共和国时期至帝国前期，都认为农业是根本，专门从事农业生产之人会得到赞扬，这一点与古中国很相似。另外，古罗马人认为商人这一职业很危险，这一点与古中国不同，古中国一直认为商业为末业，商人受到歧视。古罗马人认为放债与偷盗是类似的行为，是严重违背道德底线的。由此可见，古罗马在道德领域中是不提倡放债的，也可以将这种道德的约束力看作是避免债务纠纷的一种方式。

与之相比，古中国也希望通过道德评价来解决债务纠纷，明人吕坤在《实政录》中记载：“今后佃户缺食，主家放给，亦照官仓加二，如有平借平还者，相约记善，以凭好处。”^[5]即，在民间，如果债权人收取债务人的利息，会得到良好的道德评价，以此来倡导低息或无息借贷，以避免或缓解债务纠纷。

当然，也有的放债者在社会道德舆论的感召下，为彰显大度，博取善名，同时也为教育子孙而主动免除债务。清人钱泳在《澄楼杂记》中记载：

徽州人有汪拱乾者，精会计，贸易于外者三十余年。其所置之货，皆人弃我取，而无不利市三倍。自此经营，日积日富，而自奉菲薄。并诫诸子，不得鲜衣美食，诸子亦能守成。然人有告借者，无不满其意而去，惟立券时，必载若干利，因其宽于取债，日积月累，子母并计之，则负欠者具有难偿之患。一日，诸子私相谓曰：“昔陶朱公能积能散，故人至今称之。今吾父聚而不散，恐市恩而反招怨尤也。”拱乾闻之，语诸子曰：“吾有是念久矣，恐汝辈不克体吾志耳，是以蓄而不发。今既能会吾意，真吾子也！”于是检篋中券数千张，尽召其人来而焚之，众皆颂祝罗拜，自此以后，诸子亦能自经营，家家丰裕，传其孙曾。今大江南北开质库或木商、布商、汪姓最多，大半皆其后人，当为本朝货殖之冠^[6]。

所以，从舆论导向来看，民间是允许借贷行为存在的。但是，民间百姓追求的是公正的借贷行为，一方面利息率不要太高，另一方面，对于极贫之人的债务能免则免，只有这样，才能得到社会的肯定。比如上文提到的徽州商人汪拱乾，即将负欠者的“难偿之债”全部免除。当借贷契约文书在债务人面前被全部烧毁的时候，众债务人感激涕零。汪拱乾因为受社会舆论导向的影响，免除了百姓久不能赎的债务，在道德上得到了极大的赞颂。

三、借贷纠纷的综合解决方案

无论古中国还是古罗马，借贷行为广泛存在，因高利贷而起的债务纠纷屡禁不止。国家法律规定了利率、限制了主体；同时，有公权力的救济方式；民间有道德约束、还有和解、保证、私刑等私力救济的方式。但是，却总不能解决根本的问题，所以两国都在不断探寻最终的解决方案。

（一）古罗马的解决方案是细化契约规则

为了减少因借贷而起的纠纷，除了前述提到的公力救济与私力救济方式之外，古罗马皇帝和法学家从借贷契约本身出发，设计了一系列具体的规则来解决问题。

1. 强化契约文书的稳定性

古罗马的多位皇帝为了从根本上解决借贷纠纷，提出借贷契约双方当事人必须严格遵守契约文书的约定，比如亚历山大皇帝在对尤里安和阿米亚奴的指示^①中说：“在你们就消费的款项达成了协议而该约定款项并未交付使用的情况下，允许向出借人提起要求给付之诉，请求他履行契约义务。如

^① 亚历山大皇帝的这一谕令颁布于公元223年11月4日，马克西姆第二次执政，艾里安第一次执政。

果出借人提起诉讼,那么,你可以提起未付款项之抗辩对抗原告。”^[7]即只要双方签订了借贷契约文书,那么就允许请求借贷一方,向出借人要求履行借贷行为,国家公权力支持请求借贷一方的要求给付之诉。

为了保证借贷契约的稳定性,古罗马的法学家认为,只要契约成立了,就不能按一方的意志更改。在借贷契约中,如果债务人打算提前还款,那么为了维护契约的稳定性,也要按照原来约定的时限支付利息。对此,斯凯沃拉在《学说汇纂》中做了论述:“某人在罗马接受了一笔作为消费借贷使用并且可以于3个月后在外省偿还的款项,债务人亦向债权人允诺在外省偿还该款项。然而,几天后,在罗马,该债务人在证人面前对债权人说,他已经准备好在罗马偿还这笔款项了,但是扣除了本应支付的利息。我们要问,如果债务人准备在罗马偿还依据要式口约应该在外省偿还的本金与利息呢?在这种情况下,债权人是否可以在偿还期限到来时请求偿还全部本金与利息呢?我认为,债权人可以要求债务人在要式口约规定的地点偿还全部本金与利息。”^[7]

在强化契约的稳定性方面,古罗马的安东尼·比乌皇帝也做出过这样的指示:即:“如果在先前的审理中已经证实了支付利息的允诺是按规定作出的,那么,尽管未作记载,但是,依据善意原则仍应支付利息。”^[7]即使双方达成的合意没有落实在具体的文书当中,那么对于这种合意,借贷双方当事人也应依善意原则履行契约,债务人应向债权人支付当初口头约定的利息。

对于使用借贷,即使出借方不要利息,也没有规定使用期限,双方当事人就在契约文书签订以后,也不能随意违约。对此,保罗在《论告示》中阐释:由于使用借贷更多的是出于自愿和方便他人,而不是出于对金钱的需要,因此,使用借贷的期限及范围由提供便利之人,即出借人确定。交付使用借贷物之后,缩短使用期限,提前索回使用借贷物,不仅违背了你提供便利的初衷,而且在交付和接受交付使用借贷物时产生的责任同样不允许你这样做。因为,这已经成为一个涉及当事人双方的契约了。因此,双方均享有诉权。这个开始只是基于单方提供便利即单方意愿的行为,在交付了使用借贷物后,就成为了双务契约并享有市民法之诉了^[7]。

另外,还应特别强调的是,为了维护契约的稳定性,即使是对出借人来说风险极大的恶意借贷,古罗马法学家也认为应该完全履行契约规定的内容。对此,马尔切勒在《学说汇纂》中表述为:“即使是小偷或强盗进行使用借贷,他们也同样依据契约享有使用借贷之诉的保护。”^[7]

总之,古罗马皇帝以及法学家,都是在极力维护借贷契约的稳定性,希望以此来减少或消除因借贷而产生的纠纷。

2. 必须按借贷契约文书约定的利息结算

古罗马法学家认为应严格遵守契约规定。其所谓的契约规定是,双方当事人的合意必须具体详细,包括必须约定利息率,如果没有约定利息,则不能推定利息的数额,所以债权人不得请求支付利息。正如莫德斯丁在《论解答》中所解释的例子:“盖尤斯·塞尤士在收到奥卢·阿里借给他的一笔钱后写了如下一张字条:我,盖尤斯·塞尤士收到借给我10枚金币。我将于下月1日将这笔钱连同我们商定的利息一起归还你。人们会问,依据这张字条是否可以请求支付利息?支付多少呢?”莫德斯丁认为,如果没有写明所商定的利息,那么,就不得请求利息的支付^[7]。莫德斯丁的意思也就是说,既然缔结契约时没有这样的约定,那么就没有理由请求支付利息。古罗马法学家认为,不仅在借贷时应约定利息,还应以要式口约的形式约定利息,否则关于利息的约定也是无效的。阿富里坎在《论问题》中举了一个例子来进一步说明在借贷契约中约定利息的问题:“蒂提借给山普罗尼3万元并以协议规定由山普罗尼从蒂提借给他的这笔钱和利息中为蒂提支付应当由蒂提上缴的税款,而且规定了利息为年息6%。如果应缴税款少于应付给蒂提的利息,那么,剩余部分应当返还给蒂提;如果应缴税款超除了应付的利息,那么,超出部分从本金中扣除;如果应缴税款不仅超出了应付的利息而且超出了本金,那么,超出的部分由蒂提补足。”然而,蒂提与山普罗尼并未以要式口约对上述事项作出规定。那么,蒂提应当提起哪个诉讼要求山普罗尼返还上缴税款后的剩余部分?阿富里坎的解释是:“在借钱给他人时,只有以要式口约的方式对支付利息做出了规定,才允许索取利息。”^[7]在蒂提与山普罗尼

的借贷契约中，蒂提很明确地规定了借贷的利息率，也明确规定了具体的支付方式，然而借贷双方当事人并没有采用要式口约的方式来约定借贷利息，所以债权人无法向债务人索取利息。那么所谓的要式口约是什么样呢？乌尔比安在《论萨宾》中阐释：“如果要约人在发出要约后得到答复前离去，那么，不产生任何效力。但是，如果要约人在发出要约后立即离去，在他回来后得到了答复，那么，要约有效。事实上，一段微不足道的时间间隔不使债产生瑕疵。”^[7]这段话所说的是典型的要约与承诺的问题，即一方发出要约，没等对方作出承诺就离开了，说明契约没有成立，因为双方没有达成合意，发出要约一方仍可以向其他人发出要约，所以发出的要约不具有约束力，只有对方作出了承诺才具有约束力。但是，如果要约人在发出要约后，虽然暂时离开一会儿，但是马上回来，而且此时对方做出了承诺，这样，他们之间的契约关系才成立，他们所做的约定才是具有约束力的。

在具体的契约实践中，还有更为细致的问题，即，“如果受要约人简单回答，这项契约是否成立？”乌尔比安在《论萨宾》中更进一步做出了解释：“如果受要约人简单回答：将会完成，那么，他不会因此受到约束。如果受要约人被这样问及：在本月15日以前？回答：我会在15日以前。他同样不会因此受到约束。因为承诺与要约不符。如果要约是附条件的而承诺则未附条件，应当说他也不会受到约束。在作出承诺时，如果承诺人增加或减少了某事项，那么，债是有瑕疵的，但是，要约人立即对承诺人的修改表示同意的情况除外。然而，在这种情况下，应当说缔结的是另一项要式口约。”^[7]由此可见，所谓的要式口约是，要约人发出明确的要约后，承诺人必须完全依要约作出承诺，契约才能够成立。否则，契约不成立，一旦契约不成立，那么契约中的内容也就没有法律效力。所以说，古罗马对于契约成立的理论阐述非常透彻。

（二）古中国的解决方式是强化“公正”理念

与古罗马相比，古中国的最终解决方式是追求“公正”。早在南宋高宗绍兴二十三年，温州布衣万春上书言：“乞将间有私债，欠还息与未还息，及本与未及本者，并除放。”^[5]万春上书代表了民间一部分人的声音，他看到大多数高息放贷者倚势欺压百姓的现实，要求国家通过强制手段免除民间债负，解决百姓的困难。但是，他没有从经济学的角度来考虑过借贷行为存在的必要性。当然，这种国家公权力赦免债负的情况在唐宋时期存在过，这在当时的契约文书中也有体现。但是在南宋，随着经济的发展，宋高宗也看到，如果通过国家公权力强制免除民间债负，则会影响经济的发展。所以，高宗的意见是：“若止偿本，则上户不肯放债，反为细民害。乃诏私债还利过本者，并以依条除放，此最得公正之道。”^[5]高宗的这种解决方式就是国家不禁止借贷，不会通过公权力赦免债负，而是要通过公权力保障民间借贷朝“公正”的方向发展，即只要不“回利为本”，国家不会干预高息借贷的行为。

经过南宋的发展，至元朝，确实国家不再颁布赦免民间债负的谕令了。的确，限令商人“助官均田”，“合居共鬻”，“于粤賑族子勿令转徙”，“借资不取息”等做法，都与承认利息合法、资本的集中、农民的自由转徙等新社会产生的前提条件相违背^[11]。如明人陆深在《河汾燕闲录》中记载：

江南放债一事，滋豪右兼并之权，重贫民抑勒之气，颇为弊孔。然亦有不可废者，何则？富者贫之母，贫者一旦有缓急，必资于富；而富者以岁月取赢，要在有司者处之得其道耳。只依今律例，子母之说而行，各为其主张，不使有偏，亦是救荒一策。正如人有两手，贫富犹左右手也，养右以助左，足以便事。一等好功名官府，往往严禁放债之家，譬如戕右以助左，则为废人矣^[5]。

陆深对借贷问题认识得比较深刻。高息借贷行为确实是一个弊端，豪强地主借机勒索贫民，但是如果完全禁止，那么，对于整个社会来说也是不可行的。因为，贫民需要钱的时候，还要从富人那里借，所以贫民与富人都是社会的重要组成部分，不可或缺。有的政府为了追求好名声，会禁止高利贷，从表面上看，这是为百姓利益着想；但实际上，这是违反经济规律的，整个社会的经济秩序会被打乱。所以，明清时期，国家公权力不再赦免债负，但是，在总体上控制利息率、“回利为本”等问题，地方的借贷行为非常普遍。

明人周晖在《金陵琐事》中记载：“（金陵）当铺总有五百家，福建铺本少，取利三分四分。徽州铺本大，取利仅一分二分三分，均之有益于贫民。人情最不喜福建，亦不可奈何也。”^[5]这表明，民间对于

低息借贷还是很认可的,而且这也是符合民间经济需求的。

至清,胡承谋在《吴兴旧闻》中记载:“湖郡典息,向例十两以上者,每月一分五厘起息;一两以上者,每月二分起息;一两以下每月三分起息。贫民衣饰有限,每票不及一两者多隔一二年,本利科算,不能取赎,每多没入。自童国泰控之当道,与典商结讼十三年,卵石不敌,深陷缱绻,有之以利者,志不少变。后巡抚金公轸恤民瘼,准行审勘,断定盖以一分五厘起息,数十年来贫民阴受其福,所省典息,何止累万?国泰字仲甫,乌程人,读书不得志,以民生利弊为己任。康熙三十八年(1699年),翠华南巡,国泰条奏五款,其最要者程、安、德三县浮粮及开浚虎港二事,湖人至今称颂之。”^[5]由此可见,对于借贷行为的公正解决之道,不是彻底禁止借贷,而应该是符合经济规律,由官府与民间合力控制利息率,才能减少因借贷而起的纠纷。

另外,古中国民间也在探寻理顺借贷关系的办法,在某些特定的地区,会出现一些特殊的解决办法,如,明人王士性在《广志绎》中记载:

中州俗,淳厚质直有古风。虽一时好刚,而可以义感。语言少有诡诈,一斥破之,则愧汗而不敢强辩。其俗又有告助,有吃会。告助者,亲朋或征逋追负,而贫不能办,则为草具,召诸友善者,各助以数十百而脱之。吃会者,每会约同志十数人,朔望饮于社庙,各以余钱百十,交于会长蓄之,一位会中人,父母棺衾缓急之备,免借贷也。父死子继,愈久愈蓄,此二者皆善俗也^[5]。

关于古中国规范借贷关系,减少借贷纠纷的问题,除了国家正确引导,民间道德舆论帮助之外,民间一直在寻找根本的解决办法,所以,在中州地区出现了“告助”与“吃会”的形式,以此代替借贷,并且取得了很好的效果。

可见,古中国从国家到民间,对于民间资金融通问题都在积极探索符合经济发展规律的方式,无论哪种方式,都是围绕着“公正”的理念而展开的。

古中国与古罗马借贷纠纷的救济途径,在发展中融于其本身的文化系统,在文化的传承中影响至今。所以当裹挟着古罗马法律文化基因的西方借贷纠纷救济途径被移植到中国来时,成长于中华文化系统中的中国人觉得陌生,认为与自身解决纠纷的理念相去甚远。所以,如果在司法实践中忽视本土借贷纠纷的解决理念与方式,那么,在实践操作中就会遇到障碍。透过古中国与古罗马两种不同的借贷纠纷解决途径,不难发现,两国在借贷纠纷解决方式中所追寻的目的是同一的,即保障当事人的权益。所以,透过不同借贷纠纷解决途径来分析其本质内涵,这是发掘当前法治“本土化”资源的主要路径。

参考文献:

- [1] 孔令学. 民间借贷规范发展路径辨析 [J]. 河北法学, 2013, (1): 125-130.
- [2] 任炳湘. 罗马共和国时期·下 [M]. 北京: 商务印书馆, 1957. 91-92, 9-10.
- [3] 张传玺. 中国历代契约会编考释 [M]. 北京: 北京大学出版社, 1995. 336, 340, 69.
- [4] 张中秋. 盛与衰: 汉唐经济法制与经济社会调控研究 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2007. 240, 208, 211, 240, 241, 241, 242.
- [5] 谢国桢. 明代社会经济史料选编·中 [M]. 福州: 福建人民出版社, 1980. 199, 206, 210, 205, 205, 200, 200, 206.
- [6] 巫宝三. 古代希腊、罗马经济思想资料选辑 [M]. 北京: 商务印书馆, 1990. 354-355, 359, 362, 364.
- [7] [意] 萨德罗·斯契巴尼选. 丁玫译. 契约之债与准契约之债 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2007. 79, 85, 87, 81-83, 81, 95, 93, 81, 79, 19, 19.
- [8] 任炳湘. 罗马共和国时期·上 [M]. 北京: 商务印书馆, 1957. 32, 32, 32, 33, 32.
- [9] 徐昕. 私力救济的性质 [J]. 河北法学, 2007, (7): 11-20.
- [10] 来新夏. 清人笔记随录 [M]. 北京: 中华书局, 2005. 636.
- [11] 傅衣凌. 明清时代商人及商业资本、明代江南市民经济试探 [M]. 北京: 中华书局, 2007. 143.

(全文共 17,088 字)