

罗马法中租赁与买卖的异同*

[意] 奥利维耶罗·迪利贝尔托

内容提要:在《法学阶梯》中,罗马法学家盖尤斯向他的学生讲述了罗马法中买卖和租赁的异同:两者都是合意契约,它们之间存在“亲密的联系”;而物的返还是区分这两种契约的主要要素。同时,他又提出了两种存在疑问的情形:公田永久租赁以及角斗士奴隶。由于这两种情形的特殊性,罗马法学家很难将它们划分到租赁契约或者买卖契约中。公田永久租赁的案例中,在没有定期支付租金的情况下存在物的返还,应视为租赁契约。但是直至今日,大多数理论仍将角斗士奴隶的案例解释为两种“异类契约”,并认为它们是附条件契约的特例,其效力可以追溯到契约缔结之时。而笔者认为,契约在缔结之时已经要件完备且产生效力,不同的“条件”并不是用来确认契约的法律属性,而是用来在事件发生时确定是哪种契约的情形,并且不具有溯及力。

关键词: 买卖 租赁 物的返还 附条件 合意契约

奥利维耶罗·迪利贝尔托(Oliviero Diliberto),罗马第一大学法学教授,意大利前司法部长。

引言

本文的写作目的,意在深入研究和力争缕清罗马法中两种最重要的、也是日常生活中最常见的契约,即买卖与租赁之间的相似与不同之处,因为此种异同同时也是这两种契约之间的连接点。正如大家将在文中看到的,这是两种具有相似构造的契约,但是它们之间至少存在一个根本性的差异,从而避免了两者之间的混淆。

有必要紧接着说明一下这两种契约在罗马法中的差异是什么。在买卖关系中,一方主体(出卖人)向另一方主体(买受人)交付某物,以换取一份价金。而在最常见的租赁关系中,即物的租赁(locatio rei)中,例如租赁一套房子、一块地或者一只动物,一方主体(出

* 此文为作者授权本刊在全球首发。

租人)向另一方主体(承租人)交付某物,以换取一笔钱款。这笔钱款被称为“租金”(merces),通常是定期的。但是在租赁到期的时候,物回归由出租人处分,而在买卖中,物则最终归由买受人处分。

因此,两类契约之间的不同之处在于:在租赁中存在物的返还,而在买卖中则并不存在这一要素。这一差异几乎存在于所有的具体情形中,在大部分的日常生活实践中都是如此。

然而在某些情形中,两种契约之间的区别却并非如此清晰。正如本文即将要分析的,在经济交往活动中存在一些非常重要的情形,对于罗马法学家们而言,他们很难明确地辨析出有一些情形到底是租赁契约还是买卖契约。从法律的层面来说,这些情形颇有难度但又耐人寻味,甚至还作为法律学校中的研究材料,被用来教授那些即将成为法学家的年轻人学习如何对罗马法进行精细的法律论证。

实际上,恰恰是在一本几乎完整地流传到我们手中的法律学校教材中,我们发现了这些介于租赁契约和买卖契约之间的特殊情形。之所以说是介于两者之间,因为它们之间非常相似、非常接近。这本书就是古罗马法学家盖尤斯的《市民法法学阶梯》(Istituzioni di diritto civile),出现于公元后 2 世纪,是流传最广的罗马法教材,^[1]后来还成为优士丁尼《市民法大全》(Corpus iuris civilis)中《优士丁尼法学阶梯》(Istituzioni)的写作蓝本。

借助《环球法律评论》这本久负盛名的权威杂志,笔者想通过这篇文章向中国的学者和同仁展现这些具有研究价值的教学案例。它们是两种特殊的契约类型,属于古罗马债法的范畴,其法律属性引起了罗马法学家们的激烈讨论。问题的焦点在于,如何对这些具体但又非常普遍的特殊类型契约进行界定。下文将要考察的几个案例,其解决方案在法律层面上非常精妙。在笔者看来,也能为当代的私法研究提供一些启发。

一 罗马法债因体系中的买卖与租赁

分析这些在古罗马法律学校被研究的案例之前,笔者想首先就罗马法的债的渊源体系作一个简明扼要的框架性介绍。这样,对于买卖契约和租赁契约之间的关系问题也将更加清晰,即这两者之间究竟有什么相似和差异之处。

罗马法中的债法^[2]与物法共同一起,在很大程度上奠定了欧洲(以及不同的民法体系)现代法典编纂的基础。债也被定义为相对权,意思是债只能对特定的人发生效力。而物权则相反,是绝对权。例如,债权人只能对其债务人主张债权,而某种物权可以对任

[1] 关于盖尤斯的《法学阶梯》的参考文献显然非常之多。因此,我仅提及如下不可或缺的一些文献:Gaio nel suo tempo, Atti del simposio romanistico, Napoli, 1967; R. Quadrato, *Le Institutiones nell'insegnamento di Gaio. Omissioni e rinvi*, Napoli, 1979; Id., *Gaius dixit. La voce di un giurista di frontiera*, Bari, 2010; G. Falcone, *Appunti sul IV commentario delle Istituzioni di Gaio*, Torino, 2003。

[2] 关于罗马法中债的概念,文献不计其数。请参见近期的一部佳作:G. Falcone, “*Obligatio est iuris vinculum*”, Torino 2003; 还有一篇非常重要的作品: M. Talamanca, voce “*Obbligazioni (dir. rom.)*” in *Enciclopedia del Diritto*, 29 (1979), 1 ss.。

何人发生效力。

在罗马法中,人们非常熟悉两类债的发生根据,它们在罗马法最古老的时期就已经出现。在公元前5世纪古老的《十二表法》中,债产生于合法行为和不法行为。债务产生于不法行为(例如盗窃或者人身伤害),即不法行为的实施者成为受损人的债务人,后者成为债权人,加害者须对受损人进行赔偿。不过,债也可以产生于当事人之间通过合法行为创设债权债务关系的意愿。

这种“两分法”作为债的渊源的基础,贯穿着罗马法的始终。前面提到的罗马法学家盖尤斯,在他的《法学阶梯》中写道:“债或产生于契约,或产生于不法行为。”这是人们所知道的对债的发生根据所进行的第一次理论分类。

但是,盖尤斯还说道,他无法将所有的情形都归入上述两种债因体系中,也就是说,有一些情形既不是契约,也不是不法行为。就此,盖尤斯以“非债清偿”(indebiti solutio)为例进行说明。非债清偿,是指履行了并非自己债务的给付。笔者的理解是,清偿人应该给付一笔钱款而错误地履行给了另外一方,由于实际上他并不应该履行这笔给付,因此产生向他返还这笔钱款的债。显然,这笔错误的给付并不是一种不法行为,但是也不是一种契约。事实上,这种给付并不产生于创建债权和债务的意愿(比如说在契约中),而却产生于消灭债权债务的“错误意愿”。

因此,第一种对债的发生根据(即盖尤斯的《法学阶梯》中)的分类,是一种“两分法”,即契约与私犯。不过这种分类方法并不完美,因为并不能囊括所有产生债的行为类型,例如非债清偿。

为了解决这种不完美,盖尤斯在他的另外一部作品,即《日常事务》(Res cottidianae)中,创造了“三分法”:债的发生根据包括契约、不法行为,同时还加入了一种新的类型,即“法律规定的其他情形”。这是一种一般性的类型,所有既不是契约也不是不法行为的渊源都可以囊括进去。

最后一种债因分类出现在优士丁尼的《法学阶梯》(公元6世纪)中。这部作品以盖尤斯的《法学阶梯》为蓝本,做了一些修改,特别是在债的部分做了一些变动。实际上,在优士丁尼的《法学阶梯》中,人们发现了债的发生根据的“四分法”,即债产生于契约、准契约、私犯和准私犯。换言之,那些既不能纳入契约,也不能纳入私犯的情形,以“准”来进行定义,意思是“仿佛是”。

在准契约中,债产生于单方法律行为,欠缺双方当事人的合意。^[3] 例如,在优士丁尼的《法学阶梯》中,非债清偿就被纳入至准契约的类型中。同样的还有无因管理(negotiorum gestio)、单方允诺^[4]。而准私犯,除了一种情形以外,都是“他人所为的”^[5]不法行

[3] 有学者对这一主题进行了细致的研究,参见 G. Finazzi, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, vol. I - II, Cassino 2003 - 2006。

[4] 中国已经有年轻学者就这一主题在意大利完成了博士论文,对于罗马法中“单方允诺”制度的研究参见徐涤宇、黄美玲:《单方允诺的效力依据》,《中国社会科学》2013年第4期,第141页及以下。

[5] 参见 R. Fercia, *La responsabilità per fatti di ausiliari nel diritto romano*, Padova 2008; F. Mattioli, *Ricerche sulla formazione della categoria dei cosiddetti quasi delitti*, Bologna 2010。

为。例如,在某旅馆发生的一起盗窃或者是某物的损害,并不是由不法行为的实施者承担责任,而是由这个旅馆的经营者进行赔偿。事实上,也很难找到是谁实施了不法行为,可能是做清洁的服务员还可能是某位顾客,经营者的过错在于未尽到管理义务。因此,这种新的分类法是将债的发生根据划分为四类:契约、准契约、私犯、准私犯。

为了更加接近这篇文章的主题,我们再来看看契约。^[6] 契约是一种双方的、财产性的、产生债的法律行为,它也是债的主要发生根据。罗马法中的契约体系^[7]被定义为“典型”(tipico)契约体系,即双方当事人并不能自由地根据自己的意愿缔结契约,而是要选择一种法律中所规定的契约类型。契约中,有两个构成要件必不可少:(1)合意(conventio),即双方当事人的同意;(2)财产性,合意必须附随经济利益。^[8] 要称之为契约,这两个基本要素缺一不可。^[9] 有意思的是,罗马法中的契约也跟债的发生根据一样,又可以细分为四类:实物契约、口头契约、文书契约与合意契约。

实物契约通过物(res)的交付(dazione)而成立。例如,消费借贷(mutuo)在借用人收到一笔借入的钱款时成立,并在这一时刻产生债,借用人须在契约到期时偿还借款。双方当事人合意的意思表示就是实施物的交付。口头契约是通过固定的言语表达所缔结的契约。文书契约则是通过制定特定的文书所缔结的契约。而合意契约只需要双方当事人以任何形式表达出的简单合意即可成立。

在这四种契约类型中,合意是实质性要素,如果欠缺合意,则不能称之为契约。它们之间的差异只是改变了合意的表达方式,或是通过物的交付,或是通过语言表达,或是通过文书的制定。只有在合意契约中,合意的表达不需要特殊形式,握手或者是默认的合意即可。

现在来更进一步地讨论我们感兴趣的合意契约。正如前面所提到的,就是那些可以任何方式表达双方当事人合意的契约。同样地,合意契约中也可以划分为四种类型:买卖、租赁、委托和合伙。今天所要讨论的,就是前两种合意契约类型,稍后大家就会明白这是为什么。

买卖是物与价金之间的交换。卖方的义务是,向买受人转移对于某物的无争议的、最终的“处分权”。而买方的义务则是向出卖人转移价金的所有权。其中,买受人为获得商品而向出卖人支付的价金表现为货币,这是将买卖区别于互易(permuta)的基本要素,后者指的是物与物之间的交换。罗马法学家们的不同法学流派在进行了多次激烈的讨论之后,作出这样一种清晰的区分,而且这种区分随后也被最终写入当代各国民法典之中。

租赁,^[10]则没有一个统一的特征。在租赁的内部,又可以将它划分为三种相似而又不同类型的租赁,即物的租赁(locatio rei)、雇佣租赁(locatio operarum)和承揽租赁(locatio

[6] G. Grosso, *Il sistema romano dei contratti*, Torino 1949.

[7] L. Garofalo, *Figure e tutele contrattuali fra diritto romano e contemporaneità giuridica*, Santiago de Compostela 2015.

[8] 关于这一点,参见 F. Gallo, *Synallagma e conventio nel contratto*, Torino 1992。

[9] 关于罗马法中契约的构成要件,参见 M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, 532 ss.。

[10] 关于租赁,我也仅仅引用一部佳著,即:R. Fiori, *La definizione della 'locatio-conductio'*. *Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Napoli, 1999。

operis)。

物的租赁是这样一种契约:出租人向承租人给付某物的“持有”,使后者能够在一段确定的时间内享用该物并且随后归还;而承租人则要支付一笔酬金(定期的租金),并且在双方确定的期限内返还该物。例如,在不动产租赁中(租赁一块土地或者一套房屋),出租人将物交付给承租人,承租人须向出租人支付定期的租金。

雇佣租赁(locatio operarum),即现代的劳务合同。“劳务”(operae)是有薪酬的劳动性行为,被认为几乎类同于实质性的物。出租人将自己的服务提供给承租人,承租人支付酬金,即一笔薪酬,承租人同时是向出租人提供这份工作的人。最后,承租人返还劳作人的“人身”——劳作人从所承担的劳作义务中回归到自由的状态,重新获得自己的身体。在这种情况下,跟一种物的租赁形式一样,出租人还是向承租人交付劳作,而承租人则支付价金。

在承揽租赁(locatio operis)中,其构造则发生了变化,即出租人向承租人交付某物的持有,以使得承租人能够在该物上完成某一工作。出租人支付一笔价金,并且重新获得被进行加工之后的物。例如,交付某块手表进行修理。在这种情形中,交付物的人也是出租人,但是进行劳作的是承租人,而支付价金的则是出租人。

正如我们看到的,这是几种不同类型的租赁形式。它们之间的共同要素是出租人总是交付物(或劳作)的一方,但是支付价金的人则不尽相同。不管怎样,在这三种情形中,“租赁”(locatio)的本质要素是负担,租金(支付一笔价金)实际上是其最根本的构成要件。否则的话,则变成了另外一种契约。

二 永久租赁:公田的案例

根据前面的铺垫,现在来讨论本文的研究对象,即两则法学教学案例。首先,来看两则非常特别但是颇有意思的罗马法片段。

盖尤斯《法学阶梯》3. 145:

因此,在买卖和租赁之间似乎存在着某种“亲密的联系”(familiaritatem),^[11]在一些情况中,人们往往会问:所缔结的是买卖契约,还是租赁契约。比如:某个物被永久出租;就像在租赁市政府(农村)的土地时达成这样的约定,只要交纳定期的租税(vectigal),就不得从承租人或者其继承人那里夺走该土地。大多数观点认为这是租赁契约。

Gai Institutiones, 3. 145:

Adeo autem emptio et venditio et locatio et conductio familiaritatem aliquam inter se habere videntur, ut in quibusdam causis quari solet, utrum emptio et venditio contrahatur an locatio et conductio. Veluti si qua res in perpetuum locata sit, quod

[11] 在这里,“familiaritatem”意思是两种契约非常相似,就好比一个家庭中的两个成员。

evenit in praediis municipum, quae ea lege locantur, ut quamdiu (id) vectigal praestetur, neque ipsi conductori neque heredi eius praedium auferatur. Sed magis placuit locationem conductionemque esse.

盖尤斯《法学阶梯》3. 146:

同样,如果我向你交付一些角斗士时约定:(在角斗结束时)那些未受伤的奴隶,据此约定,对于他们的辛劳,向我支付每人 20 块钱,对于每个被刺死或者被致残的奴隶,向我支付每人 1000 块钱。人们问:这是买卖合同,还是租赁合同? 多数人认为对于在表演中未受伤的奴隶,所缔结的应该是租赁合同,而对于被刺死或者致残的奴隶,所缔结的则应该是买卖合同;这看上去是取决于具体情况(ex accidentibus),就如同买卖合同和租赁合同被附加条件一样。实际上,人们现在已对此并无疑问,既可以附条件地缔结买卖合同,也可以附条件地缔结租赁合同。

Gai Institutiones, 3. 146:

Item si gladiatores ea lege tibi tradiderim, ut in singulos, qui integri exierint, pro sudore denarii XX mihi darentur, in eos uero singulos, qui occisi aut debilitati fuerint, denarii mille, quaeritur, utrum emptio et uenditio an locatio et conductionem contractam uideri, at eorum, qui occisi aut debilitati sunt, emptionem et uenditionem esse; idque ex accidentibus apparet, tamquam sub condicione facta cuiusque uenditione aut locatione. iam enim non dubitatur, quin sub condicione res uenire aut locari possint.

上述这两则片段在很多方面都非常耐人寻味。

首先来看语境。前面提到过,这是著名罗马法学家盖尤斯《法学阶梯》中的两则片段,写于罗马法学最鼎盛时期——公元 2 世纪。这是两则“基本原理式”(isituzionale)的片段,其目的是为了教学,具有教学性质。盖尤斯正在向他的学生讲解买卖合同和租赁合同的差异,并且提出了两种介于两类合同之间的情形。在这两种情形中,买卖和租赁之间的区别非常微妙,因此罗马法学家很难区分到底是哪一类合同,这两种特殊情形即是:(市政府的、农村的)公田永久地租赁给市民个人,以及角斗士案例。

现在来分析一下第一种情形,较之于第二种情形,在法律层面上它显得没有那么复杂。盖尤斯让他的学生思考古罗马社会中非常普遍的一种现象,从被战胜民族那里征服得来的土地(盖尤斯在写作这本教材的时候,即公元 2 世纪,罗马帝国幅员辽阔,有很多小块的土地),实际上可能被国家(罗马人民 Populus Romanus)直接卖给个人(ager divisus et adsignatus:将土地加以分割并进行分配)。在这种情况下,对于合同的属性并没有争议,毫无疑问,这是一种买卖合同,买受人(市民个人)最终成为土地的所有权人。

但是更常见的往往是另外一种情况,即盖尤斯在这则片段中所讨论的。征服来的土

地的所有权仍归国家保留(ager publicu:公田),但是分配给独立的私人承包使用,后者并不成为所有权人,但是可以在土地上进行耕种,甚至可以永久耕种(还可以留给他们的继承人)。作为交换,他们定期支付一笔租税(vectigal)^[12]。分配土地的形式有很多种,但是并不是所有的形式都有明确的法律地位。不过,有一点是非常确定的,即国家对土地进行分配承包,而实际上仍然是土地的所有权人。因此,这是一种“徘徊在边界线上”的情形,这究竟是一种买卖契约还是租赁契约,罗马法学家们聚讼纷纭,因为对于罗马法中的基本原理而言,永久租赁似乎是一种矛盾(或者说是例外)。因为之前已经论述过,租赁的基本要素是在契约到期时将物返还给所有权人,而在永久租赁^[13]的情形中,并不存在这一要素。

盖尤斯说道,这种物(即公田)的交付是永久的,但仅限于有规律地交付租金。一旦未能交付,那么物将回归所有权人,即罗马国家所有。因此,这种契约是可以撤销的,并且产生返还物的效果,但是这仅发生在承租人没有履行给付的情况下,即没有支付定期租金的时候。显然,罗马法学家们并没有就这一点达成一致。很早之前,一位著名的法学家就正确地指出,如果“主流观点”认为这是一种租赁契约,那么也就是说还有一些罗马法学家认为这是一种买卖契约。^[14]实际上,盖尤斯明确提到主流观点(magis placuit)——也就是说观点并不统一——认为这是租赁契约,因为存在租金的支付。

但是从法学理论的层面来说,实际上是很难理解永久性租赁契约的。早在盖尤斯之前的一个世纪,一位非常卓越的罗马法学家拉贝奥,就对同一法律情形——即公田的永久租赁进行了分析。他认为,肯定不能将这种情形作为买卖契约来对待,因为经营管理土地的人并没有成为所有权人,但是这位法学家也不确定这种情形是租赁契约还是“另外一种契约类别”(aliud genus contractus),他未能作出区分(D. 18. 1. 80. 3)。^[15]因此,对于罗马法学家而言,如何对这种情形进行界定一直是一个难题。事实上,租赁契约的一个典型要件,即租金的给付最终将其定义为一种特别的、“异类的”租赁契约情形。尽管在这种情形中,物的返还仅仅是一种非常偶然的状况,只发生于没有给付租金的时候。^[16]

三 角斗士案例中的附条件契约:租赁还是买卖?

再来看看盖尤斯所提到的第二则教学案例。较之前面这一种情形,角斗士案例在理

[12] 笔者曾经深入研究过盖尤斯的这则片段,关于罗马公有土地的承包问题,参见 O. Diliberto, Proprietà fondiaria pubblica e disponibilità dei privati nel diritto romano, in http://www.csdri.org/italiano/class_detail.asp?inford=197,最后访问时间:[2017-04-23]。

[13] 最新的文献可以参见 S. Longo, Locare 'in perpetuum'. Le concessioni in godimento di ager municipalis, Torino 2012, specialmente 41 ss.。

[14] 参见 E. Albertario, Il possesso dell' ager vectigalis, in Il Filangeri 37 (1912), 810;随后关于这一主题文献参见 F. Gallo, Disciplina giuridica e costruzione dogmatica nella 'locatio' degli 'agri vectigales', in SDHI, 30 (1964), 28; Longo, Locare 'in perpetuum'. Le concessioni in godimento di ager municipalis, Torino 2012 64 ss.。

[15] 对于拉贝奥的这则片段,参见 R. Fiori, La definizione della 'locatio-conductio' cit. 177 ss.。

[16] 参见 L. Amirante, Ricerche in tema di locazione, in BIDR 62, 1959, 9 ss.。

论上要更加复杂一些。这一案例讨论的是古罗马竞技场(例如罗马的斗兽场)中,在众多的观众面前表演竞技的角斗士们,两个或者更多的人配备武器与另外的人进行角斗,直到有人死亡,或者是严重致残而导致不能再进行搏斗。这是一种残酷的、血腥的表演,但是在古罗马世界和罗马帝国内部的各个城市都非常盛行,并受到追捧。在罗马帝国内部,没有哪个城市没有自己的角斗士竞技场。这是罗马人各个阶层“最重要的社会娱乐消遣方式”。^[17]因此,想要获得人民好感的人通常会付钱组织角斗士表演,例如为了赢得某次竞选。在这种情况下,他会去找角斗士的拥有者,这些人通常是独立的个人,但是以训练角斗士并且将他们派到竞技场去进行角斗而赚取费用。除了一些特殊情形^[18]外,角斗士通常是奴隶。也就是说,对于罗马法而言,这些角斗士奴隶相当于物。因此,他们可以成为他们的主人与他人缔结契约(例如买卖或者是租赁)的客体。例如,在角斗士的拥有者与角斗的组织者缔结的契约中(成为客体)。

盖尤斯所讨论的恰恰就是这种情形。一位角斗士的拥有者(他是角斗士奴隶的所有权人)与想要组织角斗士表演的人达成了协议:对于那些在角斗结束后,健康活着回到他们主人身边的角斗士,这位角斗士的所有权人获得的价款是每名角斗士 20 块钱;而对于那些死亡或者是致残(也就是不能再进行角斗)的人,价款是每名角斗士 1000 块钱。我们看到,在所考察的两种情形中,价款差异非常之大。但是很容易解释:那些活着的角斗士还能继续重新与他人进行角斗,因此对于其所有权人来说,仍然是完整无缺的财产。而那些死亡或致残的角斗士对于其所有权人来说,已经没有任何价值,他已经永久地丧失了该物(即角斗士奴隶)的所有权。

这种协议肯定是一种契约,无论是在角斗士存活还是在其死亡或致残的情形中,都具有我们所强调的两个基本特征:合意和财产性。更准确地说,也肯定是一份合意契约:事实上,从文本中可以看到,在达成协议的时候并没有以特殊的形式履行。但是盖尤斯问,这是什么契约?跟先前的第一则案例一样,对于这则案例,在罗马法学家之间也明显地存在争议,因为盖尤斯提到了主流观点。解决方案是:在角斗士可以健康地活着回到主人身边的情形下,认为这是租赁契约;在角斗士死亡或致残的情形下,认为这是买卖契约。这同时也解释了价款之间的区别,20 块钱是支付物的租赁的租金,而 1000 块钱则是买卖契约中所支付的价金。

在这一则教学案例中,讨论的是当时在现实生活中非常普遍的一种情形。据此我们可以更好、更深入地了解到,所讨论的这两种契约在客观上非常相似。事实上,盖尤斯也说道,两者之间存在某种“亲密的联系”。但是,前面已经论述过,在罗马法中,买卖与契约的区别性要素在于是否存在物的返还。租赁契约中,契约到期时,租赁物回归所有人处分;而在买卖契约中,物则最终移转给买受人处分,而出卖人则永久地丧失了对该物的处分权。

[17] S. Longo, ‘Quaeritur utrum emptio et venditio an locatio et conductio contrahatur’: l’ingaggio dei gladiatores in Gai. 3. 146, in Studi in onore di A. Metro, III, Milano 2010, 470.

[18] O. Diliberto, Ricerche sull’ “auctoramentum” e sulla condizione giuridica degli “auctorati”, Milano 1981.

盖尤斯的片段启发了我们的思考,它在法律层面上非常具有蕴意。盖尤斯实际上提供了一种非常特别的解决方案。由于在缔结契约的时候,还无法知道角斗士是死是活,因此为两种不同的情形都定下了价款,但是在两种情况下,契约(是哪一种契约仍然没有确定的法学定义)都被认为是附条件的契约。

众所周知,“条件”是法律行为的一种偶然性因素。双方当事人(通过意思表示)达成一致,使该法律行为的效果取决于某一将来的、不确定的事件。在此种情况下,是一种“悬止状态”(condizione sospensiva)。经典的罗马法举例是:“在船只到达亚洲时,我将支付一笔确定的钱款。”如果船只顺利抵达,则产生支付钱款的义务,否则不产生任何义务。

因此,这种契约是附条件的。但是非常重要的一点是,法律行为的效果仅仅产生于“事件”发生之时(ex nunc:从现在开始,也就是说从事件发生开始;non ex tunc:从那时候起,即从开始表示合意之时起)。换言之,罗马法与现代意大利法相反,这些法律效果仅仅开始于这一不确定的事件发生之时。所以,“事件”发生之时是在双方当事人意思表示之后的某一时刻,^[19]并且不存在任何溯及性。

再回到盖尤斯,对于这位罗马法学家而言,无论是将角斗士归还给主人的租赁契约,还是无法归还身亡或致残的角斗士的买卖契约,两种契约都处于一种悬止状态。因此,这里的“条件”分为两种,每个条件都对应于一种不同的契约。

根据这则文本,绝大部分的理论都认为,摆在我们面前的是一种“异类的”条件类型。实际上,由于两种契约的法律属性只能在最终(即角斗结束时)得到确认,因此看上去貌似这两种条件是具有溯及性的。也就是说,实际上在契约订立之初就限定了是哪种契约,只是在最后才得到明确。^[20]但是,这在罗马法的附条件法律行为的制度中,是一种非常重要的特例。因此,对现代读者而言,人们所面对的是罗马私法中一种“非典型的”条件^[21]或者是“不纯正的”^[22]条件,自然是非常特别的。

对于这一点,当然也存在很多种不同的解释路径。意大利著名的罗马法学家瓜里诺(Guarino)早就指出,我们实际上所面对的是一种“非典型”契约^[23]。具体来说,这位杰出的法学家认为,盖尤斯的这则片段(提前一千多年)构成了源于英美法系的一种契约的雏形,现在称之为“融资租赁”,这种契约是一种“新型契约”,它结合了两种契约的构造,即租赁契约和通过保留所有权的简约所缔结的买卖契约。

它是这样一种契约:一方主体获得对某物在一段时间内的租赁,定期地支付租金。至少在缔结契约的时候仍然是租赁契约,但是可以在契约到期的时候进行更改。同时保留如下权利,即是在契约到期时归还该物,或是按照事先合同中的约定,支付最后一笔新

[19] 参见 E. Volterra, Istituzioni di diritto privato romano, Roma 1974, 155。

[20] G. Grosso, Gai III, 146 e la retroattività della condizione, in SDHI 9 (1943), 290 s.

[21] 关于这一主题,主要参考文献有:A. Masi, Studi sulla condizione nel diritto romano, Milano, 1966, 151 ss.; S. Longo, 'Quaeritur utrum emptio et venditio an locatio et conductio contrahatur': l'ingaggio dei gladiatores in Gai. 3. 146, in Studi in onore di A. Metro, III, Milano 2010, 477。

[22] A. Wacke, Incidenti nello sport e nel gioco in diritto romano e moderno, in Index 19 (1991), 373。

[23] A. Guarino, Il leasing dei gladiatori (1985), ora in Pagine di diritto romano, VI, Napoli 1995, 154。

的租金以购买该物。对于购买人来说,该物可能是他个人职业的劳作工具还是公司活动的器械,又或是一个普通的动产,优点是他立即获得了该物的完整处分权。同时,他可以在预先约定的期限内,选择成为所有权人或者是返还该物。

如果将这种类型的契约与盖尤斯片段中所提到的角斗士案例进行比较,对我们的思维必定产生很大的冲击,但是总是很难用近现代的法律类型去理解那些古老的法律类型。最近,隆格(Sara Longo)实际上又非常猛烈地抨击了这一研究方法,^[24]即将现代的类型适用于古罗马的分类中。

特别是在本文所研究的案例中,盖尤斯明确而坚定地指出,根据角斗结果的不同,人们所面对的是两类不同的契约类型,即买卖和租赁。而不是像在“融资租赁”中一样,是一种“混合契约”。因此,瓜里诺的观点,我们不能采纳。

四 一种新的可能解决问题的方案

笔者所思考的是:盖尤斯所列举的案例,就一定是一种异类的契约类型并且是罗马法中“附条件”制度的特例?笔者认为并非如此。因此,本文想就上述所讨论的教学案例,向中国的法律学者和同仁们提出一种新的解决方案,希望能够抛砖引玉,启发大家的思考。

那么,再来好好看一看盖尤斯的片段。双方当事人就交付一定数量的某物达成一致(角斗士奴隶),并且立即(*da subito*)——也就是在双方相互进行意思表示(合意)的时候规定:对于活着回来的角斗士,组织角斗士表演的人向所有人支付每位角斗士 20 块钱的价款;而对于无法归还的角斗士,则需要向所有权人支付每位角斗士 1000 块钱的价款。换言之,在契约签订的那一时刻,契约双方当事人就知道了其中一种是租赁,另外一种则是买卖,因为这两种契约的不同之处在于是否具有返还物这一构成要件。因此,两种条件并不是用来根据事件的发生来界定不同契约的属性,而是用来根据角斗士的生死存亡来确定哪些以及多少角斗士是租赁,哪些以及多少角斗士是买卖。这种事件发生在将来,而且是不确定的,就像在罗马法中的典型条件一样。但是这一事件只有在确实发生的时候才产生效力,并不一定溯及既往。因此,(这类契约)并不是一个普通原理的特例。正如盖尤斯所写到的,只有根据最终的具体情形才能清楚到底是租赁契约还是买卖契约,而且要根据契约中的客体,即每个单独的角斗士来一一进行确定。

另外,盖尤斯这则片段的受众者是他的学生,这是一本教科书中的一则片段,因此,在没有详细阐述和明确解释时,他很可能并不是在呈现某一基本原理的特例。换言之,盖尤斯只是在提出一种实用的、绝妙的解决方案,来解决一个并不简单但是同时又非常普遍的法学问题,也就是角斗士奴隶主与角斗组织者之间就角斗士所签订的契约。

[24] S. Longo, 'Quaeritur utrum emptio et venditio an locatio et conductio contrahatur': l'ingaggio dei gladiatores in Gai. 3. 146, in Studi in onore di A. Metro, III, Milano 2010, 485.

然而,现实生活中如此普遍的一个法律问题,在法律理论上如此复杂,它的解决方案却总是离不开罗马法中的一些基本原理。

[本文由中南财经政法大学黄美玲副教授翻译。]

[**Abstract**] Gaius, the famous ancient Roman scholar, elaborated the differences and similarities between contract of sales and contract of leases in Roman Law to his students through the masterpiece named Institutes. Both of them are consensus contracts and they have intimate connections with each other. The restitution of res is the main factor for differentiating these two types of contracts. Moreover, he mentioned two circumstances in question, which are perpetual leases on public land and the contract to be a gladiator slave. Due to the particularities of these two kinds of contracts, it's very difficult to put them into the domain of contract of sales or contract of leases. Among the cases concerning perpetual leases, some will be considered as contracts of leases under the circumstance of no payment of rent fee in time, which will lead to res restitution. But even until now, most theories support the interpretation approach that divides cases of gladiator slave into two types of special contracts. These cases are taken as the particular examples of contract on condition whose effect can be retroactive back to their formation. According to the author, however, each contract has its sub - components and effects soon after its formation. Different conditions are not for the confirmation of the legal characters of contract, but for the determination of specific type of contract when one circumstance happens, and they are not retroactive.

(责任编辑:姚 佳)