



罗马法民法大全翻译系列

CORPUS IURIS CIVILIS

DIGESTA

学说汇纂

(第十三卷)

要求归还物的诉讼

张长绵 译 [意] 腊 兰 校



中国政法大学出版社

罗马法民法大全翻译系列

CORPUS IURIS CIVILIS
DIGESTA

学说汇纂

(第十三卷)

要求归还物的诉讼

张长绵 译

[意] 腊 兰 校



中国政法大学出版社

2016·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

学说汇纂. 第13卷, 要求归还物的诉讼/(古罗马)优士丁尼著; 张长编译
北京: 中国政法大学出版社, 2016. 3
ISBN 978-7-5620-5595-2

I. ①学… II. ①优… ②张… III. ①罗马法—文集 IV. ①D904. 1-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第197916号

出 版 者 中国政法大学出版社
地 址 北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话 010-58908285(总编室) 58908334(邮购部)
承 印 固安华明印业有限公司
开 本 880mm × 1230mm 1/32
印 张 5.25
字 数 122 千字
版 次 2016 年 3 月第 1 版
印 次 2016 年 3 月第 1 次印刷
定 价 21.00 元



**OSSERVATORIO SULLA CODIFICAZIONE E SULLA
FORMAZIONE DEL GIURISTA IN CINA NEL QUADRO
DEL SISTEMA GIURIDICO ROMANISTICO**

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "TOR VERGATA"

"SAPIENZA" UNIVERSITÀ DI ROMA

DIPARTIMENTO DI SCIENZE UMANE E SOCIALI DEL CNR

UNIVERSITÀ DELLA CINA DI SCIENZE POLITICHE E GIURISPRUDENZA (CUPL)

Volume stampato con il contributo dello stesso Osservatorio

DE CONDICTIONIBUS

Traduzione in cinese con latino a fronte

A cura di SANDRO SCHIPANI

Professore Emerito di Diritto romano, "Sapienza" Università di Roma

Traduzione in cinese di ZHANG CHANGMIAN

Dottore di ricerca dell'Università degli Studi di Roma, "Tor Vergata"

Revisione di LARA COLANGELO

Assegnista di Ricerca dell' "Osservatorio sulla codificazione e sulla formazione
del giurista in Cina nel quadro del sistema giuridico romanistico"

("SAPIENZA" UNIVERSITÀ DI ROMA - UNIVERSITÀ DI ROMA "TOR VERGATA"-CUPL- CNR)

Con collaborazione del Centro di Studi sul diritto romano e Italiano
UNIVERSITÀ DELLA CINA DI SCIENZE POLITICHE E GIURISPRUDENZA (CUPL)

序 言

1. 十三卷是《学说汇纂》第三部分《物》（人们可期待通过诉讼要求归还特定物；请求返还之诉）之延续。在某种意义上，首先延续的是关于请求返还之诉的论述，随后论及使用借贷和质押。实际上，《永久告示》中已经专题论述了使用借贷和质押，原因在于：①它们发生返还确定物之债；②最早保护它们的事实之诉，很可能是对请求返还之诉之模仿（《永久告示》中，在它们之后，论及的是抵销。而该论题，在《学说汇纂》中被安排在第十六卷。关于此等论题的体系化，参见笔者关于十二卷的序言^[1]）。

2. 对于盗窃，可提起罚金之诉。实际上，在罗马法中，盗窃被认为是私犯行为，即只能由受害人提起的侵权行为。它能发生以支付一笔金钱为内容的债，但是，该债不具有损害赔偿之性质，相反是一种金钱惩罚。根据不同类型的盗窃，它可以是被盗物价值的数倍：双倍、三倍、四倍（盗窃作为私犯，被安排在 D. 47. 2 - 6 中论述）。

然而，罚金的支付并非盗窃法律后果的全部。由于无正当的合法基础，被盗物存于盗贼——或者由于后者的原因，而存于第三人——的财产之中，故而，还涉及被盗物归还之

[1] 由于印刷的原因，在十二卷序言中，似乎未提及 A. Saccoccio 关于请求返还之诉的作品。笔者在本序言中引用之：A. Saccoccio, *Si certum petetur. Dalla condictio dei veteres alle condictiones giustinianee*, Milano, 2002.

问题。对于该问题，所有人可提起原物返还之诉，要求占有人归还被盗物：对此，所有人需证明其所有权人之身份（参见：D. 6）；所有人还可以通过占有令状——尤其是以“两地之一（*utrobi*）”为开头的令状（根据该令状，相对于所有人，盗贼的占有人身份是不正当的，因此需依照裁判官之命令归还被盗物，而不能阻止所有人重获占有。参见：D. 43. 31）重获占有。另外，被盗人还可通过请求返还之诉（D. 13. 1 论及的主题）要求归还被盗物，因为被盗物持有人之持有不具有正当合法性基础，故而有义务归还之。

该三个诉（盗窃之诉、原物返还之诉、请求返还之诉）之间的关系，或是聚合的，或是竞合的（即可选择的）。

罚金之诉可与原物返还之诉、请求返还之诉聚合，因为虽然他们的请求权基础（*causa petendi*）都统一于盗窃，但请求权的内容（*petitum*）相异。申言之，罚金之诉的内容是请求一笔罚金；而后两者的内容却是恢复原状，即要求归还原物，或者在归还不能时赔偿与物等价之损失。

而后两个恢复原状之诉之间的关系是竞合的。申言之，被盗人只能实现其中一个诉。由于两者都是恢复原状之诉，内容同一，故而其中一个诉的实现将会使另一个诉消灭（D. 13. 1. 7. 1）；选择实现原物返还之诉还是请求返还之诉，则由当事人自由决定。

还需指出：罚金之诉在被告人方面，不得移转（Gai. 4. 112；J. 4. 12. 1），除非在私犯行为人死亡之时司法程序已经启动（参见：D. 50. 17. 139pr.；D. 50. 17. 164；D. 44. 7. 59/58；D. 42. 1. 6. 3）^{〔1〕}。相反，原物返还之诉在被告人方面，

〔1〕 另外片段 D. 44. 7. 36pr. 也非常有意义。根据该片段，私犯行为人死于诉讼启动之前的，若某人享有遗产时基于该私犯行为而受益，则会被认为是不当得利。该片段提及的事例包括故意的私犯行为、暴力或秘密占有、临时让与等。

则可以转移。另外，罚金之诉具有投偿性、连带性，而原物返还之诉不具有此等性质。

对于这些片段，玻蒂埃^[1]在顺序上作出了不同于优士丁尼时代编撰《学说汇纂》的法学家的解读。如同其他卷一样，笔者愿意给出这一解读^[2]，因为它便于人们理解。但是，笔者意图强调：对于论题的深入理解，能够发展出更完美的解读顺序，正如笔者在《学说汇纂》第9卷的序言中所呈现的那样。根据玻蒂埃的论述，D. 13. 1 可以如下顺序更好地被解读 [笔者增加了本卷以外的片段（以括号示明），因为玻蒂埃认为，这些片段有利于完整地、有顺序地展示该论题。如前所述，私犯中也论及该论题，D. 47. 2 - 6]：

诉的享有者：D. 13. 1. 1；(D. 47. 2. 14. 16)；D. 13. 1. 10. 2 - 3；D. 13. 1. 12 pr. - 1；D. 13. 1. 14pr.；(D. 47. 2. 52. 29)；D. 13. 1. 11；(D. 47. 2. 57. 4in fine)；D. 13. 1. 12. 2。

对谁提起诉，该诉与盗窃之诉之区别所在：D. 13. 1. 10 pr. - 1；D. 13. 1. 16；(D. 13. 6. 14)；D. 13. 1. 5in fine；D. 13. 1. 6；D. 13. 1. 4；D. 13. 1. 5；D. 13. 1. 19；D. 13. 1. 15；D. 13. 1. 2；D. 13. 1. 9；D. 13. 1. 7. 2。

何种情况下，赋予盗窃之诉：D. 13. 1. 14. 2 - 3；(D. 47. 2. 21. 10；D. 47. 2. 38. 1)。

诉讼期限：D. 13. 1. 10pr.；(D. 47. 2. 81. 5)；D. 13. 1. 7pr.；(D. 47. 2. 68. 5；D. 13. 1. 8pr.；D. 13. 1. 20；D. 13. 1. 17。

诉的内容：D. 13. 1. 8. 1；D. 13. 1. 13；D. 13. 1. 14. 1；D. 13. 1. 8. 2；D. 13. 1. 3。

3. D. 13. 2 寥寥数语，只包含一个片段：“依据法律 (ex

[1] R. J. Pothier, *Pandectae iustinianee in novum ordinem digestae*, 1748 ~ 1752.

[2] 参见笔者序言：《学说汇纂》第4卷序言标题6、7、8；《学说汇纂》第6卷标题1；《学说汇纂》第8卷标题1；等等。

lege) 的请求返还之诉”。编撰者赋予该诉一般诉的特征,他们宣称:该诉可保护任何新的法律(*lex nova*)创造的请求权。对此,我们也可以从 C. 3. 31. 12. 1、C. 6. 30. 22. 6 以及 531 年的两个谕令中找到痕迹。笔者以为,应当把该诉与法律作为债的发生原因之论述(D. 44. 7. 52. 5)^[1]联系起来理解。

D. 13. 3 论述“请求返还小麦之诉”。它的名字源于拉丁语中“小麦(*triticum*)”一词。该诉涉及请求返还基于借贷产生的除现金之外的、可替代的、确定数额的物。它也是优士丁尼法学家的创造物。实际上,他们只规定了四个片段。关于涉及该诉的其他片段,参见前述 12 卷序言。

4. D. 13. 4 谈及的仍然是请求返还之诉,它涉及如下问题:在特定地点给付物。

就总体而言,罗马人并未深入分析债的履行地问题^[2]:债的履行地有时由债的发生原因决定,有时可由给付的性质推知。后者特别适用于为之债。与之不同,若债的标的是种类物之给付,其履行地应在提起诉讼的地方,即一般而言,为债务人所在地;若债的标的是特定物之给付,如在遗赠情形中,应在物之所在地履行,除非继承人(债务人)故意将物转移至他处(D. 5. 1. 38; D. 30. 47pr.^[3]; D. 30. 108pr.)。

在金钱之债中,如明确约定了履行地——而该履行地可不同于债的设立地,也可不同于债务人所在地——此时履行地问题就具有特殊意义。有时,债权人请求在约定之外的地方履行债务,可能给债务人带来更大的负担,但也可能对债务人

[1] 该片段,参见丁玫译:《契约之债、准契约之债》,中国政法大学出版社 1998 年版,第 7 页。

[2] 故此,笔者在选择具体片段时(《契约之债、准契约之债》)并未对该问题予以特别重视。

[3] 参见费安玲译:《婚姻、家庭、遗产继承》,中国政法大学出版社 2001 年版,第 558 页。

有利：有时，在约定地履行，符合债权人之利益，而在约定地之外履行，却对债务人有利。面对此等情形，裁判官创造了“特定地给付”之诉，该诉也是“仲裁诉讼”。据此，在程式诉讼中需赋予承审员自由裁量权，于最终判决时，考量如下因素：双方在约定履行地履行之利益，在他地履行时对一方造成的损失。此种自由裁量权通过在程式中载明不确定的、待定的债务数额加以实现——即使债务数额实际上是确定的^{〔1〕}。

玻蒂埃建议的解读顺序如下：

履行地明确的债：D. 13. 4. 9；D. 13. 4. 2. 4；D. 13. 4. 2. 3；D. 13. 4. 2. 7；D. 13. 4. 1。

“特定地给付”之诉；赋予诉的具体原因；诉的享有者；向谁提起诉：D. 13. 4. 2. 1；D. 13. 4. 6；D. 13. 4. 7。

该诉应在某一履行地提起：D. 13. 4. 2. 2。

诉中承审员的职责：D. 13. 4. 2. 8；D. 13. 4. 3；D. 13. 4. 2pr.；D. 13. 4. 4；D. 13. 4. 8；D. 13. 4. 10。

5. D. 13. 4 谈及“关于在确定期限内清偿的钱款债务”^{〔2〕}。面对契约类型封闭性所造成的诸多困境，裁判官尝试通过多种方式加以解决，其中包括对法学家的理论建构进行整合。比如对某些特殊的协议（这些协议因告示条款而获得保护）进行类型化，便是一种特殊的整合方式。但是，在许多其他情形中，

〔1〕 该节中，最饶有趣味的是 D. 13. 4. 3。在该片段中，考量了金钱在不同地方的不同价值。并规定：由于债权人的原因，金钱债务之履行会给该债务人带来更重负担时，则此等负担须有债权人承担。对该片段，笔者曾撰文强调：在国际债务中，如果金钱的价值差异是由当事人一方的原因或者货币政策造成的，需考量此等价值差异。参见 S. Schipani, *Livio* 35, 7; *Gaio D. 13. 4. 3 e il problema del debito internazionale*; in S. Tafaro (a cura di): *L'usura ieri e oggi*, Bari, 1997, 271 ss.

〔2〕 该论题的现代经典罗马法著作：F. De Martino, *Le garanzie personali dell' obbligazione*, Roma, 1940; P. Frezza, *Le garanzie delle obbligazioni, I. Le garanzie personali*, Padova, 1962; F. Giuzzi, “Constitutum debiti”, in *Novissimo Digesto Italiano*, 4, Torino, 1959, 299 ss.

此等协议并非产生全新的束缚，而是强化某一基于其他原因产生的债，此等强化亦可通过第三人介入而得以实现。

业已存在的市民法或裁判官法上的债（也许也可是自然法上的债），即使已经规定履行期限，若其内容为数额确定的金钱或可替代物，仍可通过某一行为规定该债一个确定的履行期限，且该债必须在该期限内履行。

原始文献并未将上述行为定性为“简约”，而是很可能将之界定为合意：它不是单方行为，也不是要式行为。申言之，该行为可在当事人不在场的情况下完成，也无需遵循特殊的形式。另外，它被认为是为了债权人利益，故此人们不将该行为认为是单纯的债务人主动行为，即使在债务人提出建议后，债权人也可处于单纯的消极状态——即使该行为可通过如下方式完成：债务人作出单方意思表示，而债权人知晓该意思表示，或者只要其未作出相反的意思表示。

还需指出，若在确定的期限内，债务人未履行债权，则债权人可选择提起基于原债权的诉讼（该诉并未消灭）或者本诉（该诉最早在拉贝奥时期即公元前1世纪由裁判官赋予）。后者的性质属于事实之诉，依据该诉，债权人的利益可获得更妥当的评估，尤其考虑到两个诉所涉及的不同履行期限。另外，只要履行期限届至而未履行，则债务人就必须承担责任。故此，债务人需对履行迟延后的意外事件承担责任，只有在未履行或履行迟延可归责于债权人时，方可排除债务人的责任。

“关于在确定期限清偿的钱款债务”的制度设计，其最早的功能在于商定一个业已存在的债的履行期限，随后其功能得到扩展：尤其具有了担保功能，即可以为第三人之债约定一个确定的清偿期限。优士丁尼法规定了该担保功能，并且还规定了其他诸多便利（C.4.18.2.1）。另外，它还可可为任何客体的债确定履行期限。因此，实质上，该制度的构成

要件便是：①存在先前的债务，至于是自身或他人的债务，则在所不问；②为债权人之利益，确定一个履行期限；③在履行债务时，由承审员评估债权人利益的不同纬度。

本章涉及的问题非常丰富。玻蒂埃对该章片段的解读顺序如下：

该制度的实质：D. 13. 5. 1pr. ； D. 13. 5. 16. 2。

何等债务可使用该制度：D. 13. 5. 1. 6； D. 13. 5. 29；
D. 13. 5. 1. 7-8； D. 13. 5. 25. 1； D. 13. 5. 1pr. -2； D. 13. 5. 19pr. -1；
D. 13. 5. 11pr. ； D. 13. 5. 21pr. ； D. 13. 5. 23； D. 13. 5. 18. 1；
D. 13. 5. 19. 2； D. 13. 5. 20。

可承诺的内容：D. 13. 5. 13； D. 13. 5. 11. 1； D. 13. 5. 12；
D. 13. 5. 1. 5； D. 13. 5. 14. 1-2。

可否以不同于原债权的方式承诺：D. 13. 5. 5pr. ；D. 13. 5. 4；
D. 13. 5. 16. 1。

谁可以承诺，可为谁承诺：D. 13. 5. 1. 1-3； D. 13. 5. 5. 2；
D. 13. 5. 7. 1； D. 13. 5. 8；

可否为他人之债承诺：D. 13. 5. 27； D. 13. 5. 31； D. 13. 5. 2；
D. 13. 5. 1. 8。

可对谁人之债承诺，承诺人可为何人之利益商谈：D. 13.
5. 5. 4-6； D. 13. 5. 5. 10； D. 13. 5. 6； D. 13. 5. 7； D. 13. 5. 5. 7-9。

如何完成该行为：D. 13. 5. 1. 4； D. 13. 5. 14. 3； D. 13. 5. 15；
D. 13. 5. 5. 3； D. 13. 5. 24； D. 13. 5. 26； D. 13. 5. 14pr. ； D. 13. 5. 21. 1。

行为之效力：D. 13. 5. 28； D. 13. 5. 18. 3。

实现诉的前提：D. 13. 5. 21. 2； D. 13. 5. 25pr. ； D. 13. 5. 8
in fine； D. 13. 5. 9； D. 13. 5. 10； D. 13. 5. 30； D. 13. 5. 16. 3。

需考虑哪个时间点：D. 13. 5. 16. 4； D. 13. 5. 17； D. 13. 5.
18pr. 。

诉包含的内容：D. 13. 5. 18. 2； D. 13. 5. 16pr. 。

6. D. 13. 4 论及著名的、常见的一类合同：使用借贷^{〔1〕}。在本章中，首先是对程式中用词的综合但不完整的分析。

对使用借贷的保护，也是司法官基于对一类信托的分析而建构的。

从结构上而言，信托与要物合同相似；从功能上看，后来的使用借贷、质押、寄托一直发挥着信托之功能（但信托也一直存在于整个古典法时期），但是在债的发生原因里，却一直不包括信托。信托是通过庄严形式转让要式物（*res Mancipi*）所有权的一种法律制度。在该庄严形式过程中，信托人通过言辞来表达转移要式物的目标；而物的受让人基于信义（*fides*）向信托人承担实现上述目标的义务（该目标正是受让人转移所有权的原因）。上述目标实现后，受让人需向信托人返还所有权。信托制度产生的原因在于：一方面，远古罗马尚未承认权能小于所有权的权利；另一方面，亦未创造相应的法律行为类型以适应不断涌现的诸多的实践需求，而这些需求的实现最终只能求诸“与朋友的信托”、“与债权人的信托”。当然，就欲实现的目标而言，转让所有权可以说显得多余。于是，信托的原因、典型的法律事实逐渐地独立出来，具有了相应的法律效果。

当然，笔者无意在此分析信托制度，只是试图强调：隐藏于上述两个信托类型的某些特殊的原因，逐渐地显现出来。申言之，为实现交物于朋友使用并需归还或交物于债权人用于担保的目标而移转所有权的这件“外衣”显得过于“肥大”，故此，便制作了数件“得体的外衣”，其中一件便是使用借贷。对于使用借贷，司法官首先创造了一个事实之诉，据此，在未

〔1〕 该论题的现代经典著作：F. Pastori, *Il comodato nel diritto romano*, Milano, 1954, rist., 1997, Cisalpino; F. Pastori, voce “*Comodato (Diritto romano)*”, in *Novissimo Digesto Italiano*, 3, Torino, 688 ss; G. Sherillo, “*Comodato (Diritto romano)*”, in *Enciclopedia del Diritto*, 7, Milano, 1960.

归还物的情况下，会作出损害赔偿之判决（如前文所述，该诉是在模仿请求返还之诉的基础上建构的）；其后，此等新的重要原因法律关系为市民法所移植，司法官又创造了以诚实信用为基础的诉（两种程式，参见 Gai. 4. 47）。该诉是诚信诉讼，因此一方面能以更灵活的形式描述借用人在归还不能的情况下的责任问题；另一方面又能更妥当地对归还之物的价值贬损进行评估。

需强调的是，使用借贷是“对使用之借贷”（*prestito d'uso*），实际上，我们在原始文献中可找到类似表达——“给予以便使用（*dare per usare*）”。使用借贷是要物合同之一种，原因在于：债随着物之交付而产生，并以之塑造。申言之，债的内容是“归还”，且不得超过“交付”的量度。无偿性是借贷合同的结构性特征，因为债是以物的交付为限度而建构的。故此，从功能上讲，信用借贷是单务合同，只有一方当事人承担债务。若存在对价义务的话，信用借贷则转变为租赁合同或无名合同。物之交付，是合同成立的充分要件；虽然在反思诸合同制度的过程（这一过程于公元2世纪古典法中得以成熟发展）中，合意总是被隐舍地提及，但是，合意从未被认为是使用借贷合同的独立要素。

另外，若借用人在使用物之过程中产生了相关费用，或者赔偿了因物而引起的损害，则可向出借人要求偿还。据此，规定了对立诉。

使用借贷的标的物须是不可消费物，该物的所有权一直为出借人所享有。标的物的不可消费性是相对于物之使用而言的。比如，就一般用途而言是可消费的物，如水果，则只能被出借用于展示。物之交付以有利于借用人之利益为目的。借用人可以使用物，但受到如下限制：①须归还物；②若有明确的约定，则须遵循之；③遵循习惯。

本章的内容非常丰富，需要深入分析。为简化解读，笔者引用玻蒂埃的解读顺序：

何等物可以被使用借贷：D. 13. 6. 1pr. - 1；D. 13. 6. 3. 6；D. 13. 6. 4。

如何完成标的物的交付，如何使用物，使用借贷的无偿性：D. 13. 6. 8；D. 13. 6. 9；D. 13. 6. 5. 11 - 12。

在何等人之间可以成立使用借贷：D. 13. 6. 1. 2；D. 13. 6. 2；D. 13. 6. 3pr. ；D. 13. 6. 13. 2；D. 13. 6. 15；D. 13. 6. 1. 2；D. 13. 6. 2；D. 13. 6. 3pr. ；D. 13. 6. 13. 2；D. 13. 6. 15；D. 13. 6. 16。

出借人之诉，诉的享有者，向谁提起诉：D. 13. 6. 6. 8；D. 13. 6. 6；D. 13. 6. 7；D. 13. 6. 3. 4 - 5；D. 13. 6. 3. 3；D. 13. 6. 17. 2。

何时可以通过诉要求返还出借物：D. 13. 6. 17. 3。

诉的内容：(D. 44. 7. 1. 4)；D. 13. 6. 5. 2 - 3；D. 13. 6. 5. 5；D. 13. 6. 21. 1；D. 13. 6. 5. 6；D. 13. 6. 5. 13 - 14；D. 13. 6. 5. 9；D. 13. 6. 18pr. infine；D. 13. 6. 5. 10；D. 13. 6. 5. 12；D. 13. 6. 20；D. 13. 6. 20；D. 13. 6. 12. 1；D. 13. 6. 5. 4；D. 13. 6. 18；D. 13. 6. 5. 7；D. 13. 6. 3. 1；D. 13. 6. 23；D. 13. 6. 10；D. 13. 6. 19；D. 13. 6. 21pr. ；D. 13. 6. 3. 2；D. 13. 6. 5. 1。

可否要求逐次返还出借物：D. 13. 6. 13pr. 。

借用人之对立诉：D. 13. 6. 13pr. ；D. 3. 6. 5. 8infine；D. 3. 6. 18. 2 - 3；D. 3. 6. 22；D. 3. 6. 17. 5；D. 3. 6. 21；D. 3. 6. 18. 4；D. 3. 6. 17. 1。

7. D. 13. 4 论及与质押有关的诉^[1]。这一论题颇具现代

[1] 该论题的现代罗马法经典著作：P. Frezza, *Le garanzie delle obbligazioni. II. Le garanzie reali*, Padova, 1963；A. Burdese, *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, Torino, 1949；A. Burdese, s. v. *Pegno (diritto romano)*, in *Enciclopedia del Diritto*, 32, Milano, 1982. 意中之间的合作成果参见 A. Petrucci, *La legge sulle garanzie delle obbligazioni della R. P. C.*, in *Dir. comm. int.*, 1996, p. 873 ss., e in *Diritto cinese e sistema giuridico romanistico* (a cura di Formichella, Terracina e Toti) Torino, 2005, p. 175 ss.；A. Petrucci, *Sistema giuridico romanistico e diritto cinese: considerazioni sui diritti reali di garanzia*, in *Le nuove leggi cinesi e la codificazione. La legge sui diritti reali* (a cura di S. Schipani e G. Terracina), Roma, 2009, p. 249 ss.。

意义。对此，我们首先要做两个说明。

(1) 需要强调指出，术语“质押”(*pegno*)指的是不向债权人移转标的物所有权的任一物保，既包括以交付标的物为基础的“给付质押”，也包括“协议质押”。后者最早被称为“抵押”(*ipoteca*)，它无需交付标的物，而以双方的合意为基础(D. 20. 1. 5. 1)。故此，在现代意义上，质押这一主题包括质押(以动产为标的物)和抵押(以不动产为标的物)两对存在差异的范畴。当然，这两对范畴已经出现在原始文献中(D. 13. 7. 9. 2; J. 4. 6. 7)。

(2) 同样需要强调的是，本章中质押是从诉的角度、从最初的保护手段的角度而被加以论述的。如前所述，裁判官认为此等法律关系值得保护；而最初赋予的保护形式便是事实之诉。从某种意义上讲，是诉的赋予塑造了该诉所保护的主观权利。此种诉的优先性，反映在《学说汇纂》对该论题的安排中，正因为如此，它与请求返还之诉一起，被统一论述。我们知道，事实之诉要求关注事实，因为事实是裁判官赋予诉的理由。基于此，需要对作为该诉之前提的事实进行分析。《学说汇纂》并未将物的交付作为该事实的构成要件(但物的交付这一要件却是优帝《法学阶梯》将其列为要物合同的动因)，原因在于：诉的事实要件具有一统性(*unitarietà*)，而物的交付不存于所有质押之中，故而它不能被统一论述。另外，需提及的是质押包含的协议。该协议最初置身于信托的庄严仪式之中，而后从中分离出来，并且根据协议即可在物上设立担保：这也决定了D. 20. 1(关于质押和抵押，它们如何成立，与它们相关的简约)的内容。但是，整合本章的论述时，需综合考虑上述两个角度(物的交付和协议)。

如上所述，“与债权人之信托”涉及要式物，须通过曼令巴蓄完成。该制度中，物的所有权移转于债权人，当债务

人履行债务时，债权人需返还所有权；而当债务未清偿时，信托所有权转变为债权人的纯正所有权；若信托物的价值高于债务时，债务人对差额不享有任何权利。鉴于此，在信托协议中经常约定如下条款：若信托物的价值高于债务时，则债权出卖后须向债务人归还差额；反之，若出卖信托物的价款不足以满足债权时，则债权人享有差额债权。早在公元前2世纪，就出现了一种以动产为标的物的担保。由于标的物是动产，不属于要式物，故而无须通过曼令巴蓄完成。具体言之，此种动产担保涉及的是土地承租人携带至土地、用于耕作的农具，人们将之编制成清单。在这过程中，通过某种意义的交付（携带至土地），农具的所有权很可能被土地的所有权直接吸收，从而设立了担保。还需指出，在早于程式诉讼之前的法律诉讼中，存在一种“扣押之诉”，据此，债权人在债务清偿之前无义务归还标的物（参见 Gai. 4. 26-29）。

协议质押正是源于上述涉及农具之法律情形，它出现于公元前2世纪末。该制度的确定经历了一个漫长的过程。最初，债权人可通过占有令状保护其占有，以对抗所有人之外的其他人；而对该制度最终成为物保起决定性作用的是公元前1世纪赛尔维诉讼的创立。该诉实际上是拟制的原物返还之诉，即旨在重获对物的实际控制的对物之诉。在失去占有的情况下，质权人可通过在程式中描述事实，对现占有人提起该诉。该诉的构成要件是：①质押为业已存在的债务而设立；②质物为债务人之财产；③债务未清偿且债权未因其他原因而获满足。

给付质押遵循协议质押的径路。将物之交付作为一种合意、协议看待，也并非难事。

如前所述，质押可由债务人、第三人设立——只要质物属于他们的财产。需要指出的是，质押人对物的权利，可以

是纯正所有权，也可以是裁判官所有权或行省所有权，甚至对某地享有赋税田权（*Ius in agro vectigali*）的人也可质押该地。并且，占有某物的人存在占有取得的可能性时，或许也可质押标的物。

质押物可以是有体物。公元1世纪，出现了整体财产上的抵押。古典法时期，出现了债权质押。

质押的设立须以存在主债权为要件。若缺少这一要件，质押不成立。若债务因清偿或其他原因（如免除）而消灭，则质押消灭。在不完全消灭债权的情况下，质权在何种范围内消灭？对于这个问题，争论纷纭。另外，主债权可以是自然债权。

在同一物上同时为多个债权人设定质押的，最初的规则是取得占有的债权人享有优先权；其后的规则是诸质权人平等享有质权。在同一物上先后为多个债权人设定质押的，则按设定时间的顺序依次受偿（即所谓抵押次序），后次序人在前次序人实现债权后的剩余价值上受偿。

古典法中，若债权未获满足，债权人可获得质押物的所有权。但是，此等基于解约条款（*lex commissoria*）的取得所有权之权利，并非自动实现，而需要债权人作出使用该条款的意思表示（债权人和债务人之间所有权移转的成立要件是饶有意味的）。相对于上述解约条款，作为后来成为质押行为常数的“出卖简约”（*patto di vendita*）在实践中更加流行。根据“出卖简约”，债权人享有处分质物的权利。与古老的信托制度中的信托所有权人不同，此处的债权人并非作为所有权人处分质物（同样，此处的成立要件也是饶有意味的。但是笔者无法在此讨论）。当债权获得满足后，债权人有义务向债务人或质押人（第三人）归还差额。在债权人难以出卖质物时，根据最古老的模式，债权人有权自己购买之。而在君士坦丁堡时期，禁止债权人取得质物；优士丁尼时期，则采取了更谨慎的做