



罗马法民法大全翻译系列

CORPUS IURIS CIVILIS

DIGESTA

学说汇纂

(第四卷)

恢复原状与责任的承担

窦海阳 译

[意] 艾马努埃莱·拉依尼 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

(第四卷)

恢复原状与责任的承担

窦海阳 译

[意] 艾马努埃莱·拉依尼 校



中国政法大学出版社

2012·北京

图书在版编目(CIP)数据

学说汇纂. 第4卷 / (古罗马) 优士丁尼著; 窦海阳译. —北京: 中国政法大学出版社, 2012. 5

ISBN 978-7-5620-4267-9

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

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第074193号

- 书 名 学说汇纂(第4卷)恢复原状与责任的承担
XUESHUO HUIZUAN DISIJUAN HUIFU YUANZHUANG YU ZEREN DE CHENG DAN
- 出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路25号)
北京100088 信箱8034分箱 邮编100088
<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
58908325(发行部) 58908334(邮购部)
- 编辑统筹 综合编辑部 010-58908524 dh93@sina.com
- 承 印 固安华明印刷厂
- 规 格 880mm×1230mm 32开本 9印张 225千字
- 版 本 2012年5月第1版 2012年5月第1次印刷
- 书 号 ISBN 978-7-5620-4267-9/D·4227
- 定 价 28.00元
- 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。

序 言

（一）《学说汇纂》第4卷讨论了两个基本问题：恢复原状（*restitutiones in integrum*），这在前七题中进行了论述；责任的承担（*recepta*），这在最后两题中进行了论述，它们之间并没有太多的共同性质。

在由裁判官颁布的永久告示中，已经按照这个顺序对这两个问题进行了阐述，哈德良皇帝要求法学家萨尔维·尤里安（*Salvio Giuliano*）对此进行编纂，之后就成为后世法学家们〔彭波尼、保罗、乌尔比安、盖尤斯（他的是行省告示，但是，顺序都是相同的）〕恢宏评注的基础。关于恢复原状，在告示的第10题中^{〔1〕}，通过轻微的改变，在9个标题下对该问题进行了论述：①在该告示中，没有像《学说汇纂》第4卷第1题那样的介绍性部分；②该告示有一个关于这类人的部分，即不是保佐人的人实施了诈欺行为，事实上这已经被移到了D.27, 6（它在这个地方的位置与裁判官所安排的程序性手段的种类有关，也就是恢复原状，但是，它被放到D.27中去了，因为《学说汇纂》中的这一卷涉及的是监护）；③另外，该告示还规定了另一种情况的恢复原状，即它导致诉争结果的消灭，不过，这种情况丧失了特性；④该告

〔1〕 参见O. Lenel, *Das Edictum perpetuum*, Leipzig, 1927; rist. Aalen, 1974.

示有一个关于恢复原状权利可继承性的部分（参见 D. 4, 4, 19）。关于责任的承担：①该告示的第 11 题在 3 个标题中对该问题进行了论述，其中第三个被移到了 D. 13, 5 中去了；②D. 4 的第 9 题不仅包括了该告示第 11 题相对应的部分，而且还包括了这样一个部分的内容，即在告示中，它与阿奎利亚法的部分即 D. 9, 2 相邻，涉及的是针对船东、旅店主以及马厩主因其雇员所导致的损害而产生的诉讼^{〔1〕}（这种统一部分地修改了该题的功能，一方面，造成了因合同不履行的特别责任，比如在旅店中的寄存^{〔2〕}等；另一方面，规定了主人对雇员不法行为的契约外责任^{〔3〕}）。

（二）在罗马，“对先前状态的恢复原状”作为不同形式的裁判官介入的结果产生于程式诉讼的环境之中。倘若业已发生的事件（法律上的行为、法律事件，比如时间的经过）本来是作为一种权利的消灭结果的，而裁判官却视该权利并没有消灭，那么裁判官就通过行使裁判权将这件发生了的事件处理为没有发生过。

裁判官认为，应当根据不同的理由改变这些事件的后果，我们在 D. 4, 1, 1 中大概地找到了说明，而且主要地：是受欺骗或受恐吓而完成的（第 2~3 题是关于因恐惧或诈欺而做的事情）；或者行为人是无能力人（第 4 题是关于未满 25 岁的未成年人）；或者是一起法律事件的介入导致权利的消灭，而这种消灭却是不公平的（第 5~6 题是关于人格减等或者在权利人由于正当的缺席而不能行使权利的情况下期间的经

〔1〕 参见在关于私犯的一题中出现的片段：D. 47, 5（并不在本卷的考察范围内）。

〔2〕 参见 1942 年意大利民法典第 1783 条以下。

〔3〕 比如参见 1942 年意大利民法典第 2049 条。关于这个，在此可以找到简述，即 S. Schipani, *Scritti di Diritto romano pubblicati in cinese*, Pechino, 2010, 245 n. 45.

过)；或者行为是为了改变诉讼状况而实施的(第7题是关于为了改变审判状况而做出的让渡)；或者某个其他的原因介入值得裁判官进行保护，倘若这并不与法律、平民会决议、元老院决议、皇帝的谕令相违背(D.4, 6, 1, 1最后；参见在D.43, 19, 1, 9的一个例子，即不可抗力使得役权没有使用而消灭)。此外，皇帝通过批复或者其他形式的介入准许由于其他不同原因的恢复原状(参见D.4, 1, 7pr.; D.8, 3, 35; D.4, 6, 26, 9等)^[1]。

恢复原状由受益方请求，而对方应当被传唤(参见D.4, 4, 13 pr. 最后; D.4, 4, 29, 2最后)。执法官要确证是否存在恢复原状的条件，并且在行使自己的裁量权时决定是否进行恢复原状。执法官并没有为了达到这种效果而塑造出一种特殊的工具，而是利用在其裁量权范围内可以使用的不同手段：比如，授予一种诉讼，在此之中引入一种拟制，命令审判员判决“如同”事件没有发生过一样，而对于该事件的后果，执法官本来就是想改变的；然后，越过程式诉讼所划分的两个阶段，执法官在恢复原状的前提以及后果上作出决定。在这个逻辑层面下，总是区分两个不同的时刻：首先，提出了一项裁决，该裁决被界定为撤销性的，或者构成对后果的撤销，恢复消灭了的权利；其次，执法官应当责令原来应当的行为或者恢复原状或者赔偿同等的损害。

正如大家所看到的，这7个题的内容被统合在一起，作为统一的体系化种类，在此之中，裁判官是通过他的介入，也就是恢复原状，来实现结果的。此外，在这个统一种类的内部，还需要考虑可以导致这种后果的不同种类的前提/情况。这些前提有时属于事件，有时属于行为，有时属于它们

[1] 从为了获得恢复原状的手段来看，这部分内容的组织与一些通过抗辩而实现的保护的论述相区别：参见在抗辩告示第44题中的诈欺和恐惧，以及D.44, 4。

的构成部分（意思），或者存在于自身的要件之中（能力），而且，在一个具有不同定位的内容的体系化中，不会再找到像本卷一样的统一了，就比如在我们现代的诸民法典中所发生的那样。这种视角的改变有时导致了对一些发生的情况在某些层面上考虑的“丧失”（这在恐惧和诈欺问题上尤为明显）。

（三）非正式的“责任承担”（*recepta*）与一个具有职责的、承担保证的主体（仲裁人、船东、旅店主、马厩主、银行家）相关联，该主体由裁判官通过不同的方式提供保护，而且在银行家的情况下，银行家通过被吸纳到关于他人债务的协议（*constitutum debiti alieni*）之中，向债务的承担方向发展（C. 4, 18, 2pr. -1）。

正如已经指出的，如果前面所列举的恢复原状的情况在构成要件层面上是不同的，那么，这些“责任承担”的情况更是如此，并且事实上，裁判官所采取的保护措施也是不同的。

事实上，一方面，我们找到了因争讼方的仲裁协议而从事仲裁职责的人的责任承担：裁判官授予了强制手段（支付一笔罚金等），为的是促使仲裁人除了可能发生的免责原因之外履行已经承担的职责。

另一方面，我们找到了从事经管活动的主体，也就是船东、旅店主、马厩主，他们对在船只、旅店、马厩中与他们缔结租赁（海事运输、旅店等）合同的乘客和顾客所遭受的物的失窃和损害承担全部的责任。这种责任的承担起先应当是明确的，之后对于物的“接收”变得不明确了，而且裁判官通过事实之诉对其进行惩罚，这种诉讼具有一种客观责任的性质，并且与租赁合同所产生的责任相并列，因为这种租赁合同所产生的责任常常不足以在这种情况下对另一方提供所需要的安全。

（四）正如我已经多次阐释过的，尤其是最近在《学说

汇纂》第41卷的翻译的序言中，需要初步地考虑到，在本卷中，正如在《学说汇纂》所有的其他卷一样，每个题所包含的片段不仅仅总是按照论述的顺序编排的：事实上，这些片段的顺序也部分地由编纂委员会的工作方式决定。^[1]

这种诸因素的复杂组合，在研究《学说汇纂》的人当中（注释法学派就是这部著作所产生的第一个伟大的例子），产生了一种工作方式，起先就是研究诸片段以及与同一问题有关但不相邻的片段之间的关联，这也包括《法学阶梯》和《优士丁尼法典》的文本，这样就将它们之间的所有文本连接起来了。

对于不同片段所安排的顺序部分地取决于这种“承认”，即我们能够找出罗马法学家们明确地或隐秘地创造出的联系。不过，这种承认又部分地成为一种“重读—解释”，它是通过各种方式和结果，在文本以及它所包含的诸“原则—基础”所承认的范围内完成的，而且仍然在继续进行着。

对于本卷，还要提到波蒂埃的解读（J. Pothier, *Pandectae Justinianee in novum ordinem digestae*），该著作成为1804年法国民法典的基础。^[2]需要考虑到，波蒂埃在进行汇编时，有时也使用《优士丁尼法典》中的皇帝谕令以及法学家的文本，不过这些文本是《学说汇纂》其他卷中讨论的，这与我在上面提到的所有的他的前任所做的工作一样，也与从注释法学派开始所进行的连接一样。这里，我不考虑这些文本，而是限于对本卷所翻译的文本的顺序，因为我的目的在于对

[1] 关于《学说汇纂》的编纂方式，可以参见[意]朱塞佩·格罗索：《罗马法史》，黄风译，中国政法大学出版社1994年版，2009年再版，第335页；[意]斯奇巴尼：“重读尤士丁尼学说汇纂：解释、发展、统一法律”，载《斯奇巴尼教授文集》，中国政法大学出版社2010年版，第94页以下。我们不能忘记《学说汇纂》仅包含了编纂委员会整理和选择的文本的5%。

[2] 罗伯特·J. 波蒂埃（Robert J. Pothier, 1699~1772），于1748~1752年出版了这部著作。

本卷的阅读提供一个可能的起始性线索，并建议一种适合的方法。此外，波蒂埃还常常附着短小的解释性句子，对此，我将其忽略。相反，我使用一些他为了指示不同章节的引语，尽管这些引语在《学说汇纂》中并不存在。做了这些说明之后，接下来我要按照波蒂埃的文本顺序来梳理本卷的片段。^{〔1〕}

二

（一）D. 4, 1: 关于恢复原状的措施^{〔2〕}

引言：D. 4, 1, 1; D. 4, 1, 2。恢复原状将赋予谁以及针对谁：D. 4, 1, 6; D. 4, 1, 5; D. 4, 4, 20pr.; D. 4, 4, 19; D. 4, 4, 39pr.; D. 4, 4, 20, 1; D. 4, 4, 21。哪个官员有权力授予恢复原状：D. 4, 4, 16, 5; D. 4, 4, 42; D. 4, 4, 18。可以通过代理人来参与诉讼的情况：D. 4, 4, 25, 1; D. 4, 4, 26 - 27pr.; D. 4, 4, 26, 1。如何完成对原因的审查：D. 4, 1, 3 - 4。

（二）D. 4, 2: 因恐惧而做的事情^{〔3〕}

引言：D. 4, 2, 1; D. 4, 2, 3pr.; D. 4, 2, 21, 5; D. 4,

〔1〕 在他的重构中，波蒂埃有时将一个片段划分为两个或三个部分。在这种情况下，我在文本中使用“到……为止”（*usque ad*）或“从……开始”（*a*）这些词语。

可以在一些网站中阅读波蒂埃的著作，比如法语的译文，Hathi Trust Digital Library Pothier Pandectae Justinianae; 或者在 openlibrary.org/books/ 网站上；意大利语的译文，Pandette di Giustiniano。

〔2〕 这个标题肯定是优士丁尼习惯的表达方式，即在体系化的工作中建构总则部分。G. Cervenca, *Studi vari sulla restitutio in integrum*, Milano, 1965 (rist. 1990)。

〔3〕 对因暴力所导致的恐惧的保护可以在公元前1世纪屋大维程式中找到对它的首次表述（对此参见 Cicerone, in *Verrem*, 2, 3, 65. 152; *ad Quintum fratrem*, 1, 1, 7, 21; *pro Flacco* 21, 49 e ss.），这就成了一种先例。经过这个起始阶段之后，就有了不同结构的阐述：关于因恐惧而而为的诉讼、恢复原状、抗辩，这三个都是基于裁判官所主张的“我不会对因恐惧而完成的事情进行肯定的”。对此所进行的体系化工作全部体现在乌尔比安的著作之中。他发现，如果具有这些前提的话，恐惧是具有法律意义的，即威胁的危险性、对法律的违背与威胁的违法性、威胁的严重性、威胁的正式提出、损害的存在、威胁与被胁迫行为之间存在着直接的因果关系。法

2, 9, 2。关于对是否属于暴力的调查, 以及相关的证明: 哪种暴力适用于该告示: D. 4, 2, 2; D. 4, 2, 3, 1; D. 4, 2, 23, 3; D. 4, 2, 12, 1。会造成什么样的恐惧: D. 4, 2, 5 - 6; D. 4, 2, 7pr. (从 *proinde si quis meticolosus* 开始); D. 4, 2, 21, 4; D. 4, 2, 22; D. 4, 2, 4; D. 4, 2, 8, 1 - 2; D. 4, 2, 7pr. (到 *restitui* 为止); D. 4, 2, 23, 1 - 2。恶行不应当仅仅是严重的, 而且还得是现实的, 以及关于是由另一个人引起的: D. 4, 2, 9pr. (从 *locum facere* 开始); D. 4, 2, 21pr.; D. 4, 2, 7, 1; D. 4, 2, 8pr.。至于对谁造成了恐惧以及由谁引起了恐惧, 并不重要, 不过应当证明已经引起了恐惧: D. 4, 2, 8, 3; D. 4, 2, 9, 1; D. 4, 2, 23pr.; D. 4, 2, 12, 2 - 13 - 14pr.。

告示采取什么措施来应对引起的恐惧: D. 4, 2, 9, 4 - 6; D. 4, 2, 21, 6; D. 4, 2, 9, 3。这种诉讼属于谁、针对谁: D. 4, 2, 14, 5 (从 *Pedius quoque* 开始)。关于物给何人:

学家与裁判官对该类型阐述关注的焦点在于对遭受暴力的受害者的保护, 尤其是他遭受暴力之后实施行为的主观状态。相反, 较少地关注谁是实施暴力行为的人, 这就反映出对于同一诉讼所可能存在的各种权利人。该诉讼在罚金层面 (即处以四倍罚金) 与对恢复原状的拒绝相关联, 也就是与对遵从审判员的命令对受害人所进行恢复原状的拒绝有关 (要注意的是, 实际上, 这个诉讼如同其他罚金之诉一样, 是多倍价值之诉, 而没有一些它本身所具有的本质特征, 比如累计性质的连带关系、紧密的人身性、不能提起集体诉讼)。因此, 多倍处罚是为了促使恢复原状, 这个目标就是这个诉讼的特征, 而且这与进行保护的条件相一致。参见 E. Calore, *L'actio quod metus causa. Peculiarità e aspetti problematici legati alla tutela del soggetto al quale è stato indotto metus*, Milano, 2011。在我们的民法典中, 造成恐惧的暴力, 一般来说, 与在合同或者法律行为中的意思相关, 这些意思的瑕疵会导致无效或可撤销。欧洲以及拉丁美洲的民法典关于恐惧的条文表述与《学说汇纂》片段的表述相类似, 明显表现出是对作为其基础的《学说汇纂》文本的反映, 比如, 在意大利民法典中, 第 1435 条与 D. 4, 2, 6, 第 1436 条与 D. 4, 2, 8, 3, 第 1438 条与 D. 4, 2, 3, 1 都是可以联系起来的。然而, 还需注意的是, 1942 年意大利民法典却没有罗马法对遭受暴力的受害人的同情心, 罗马法甚至可以在针对善意第三人的情况下适用旨在撤销受胁迫行为的诉讼。

D.4, 2, 14, 3.5 (从 *unde quidam* 开始); D.4, 2, 9, 8; D.4, 2, 10; D.4, 2, 14, 5 (到 *absolvi debebo* 为止)。关于何人实施了暴力: D.4, 2, 14, 15 – 15 – 16, 1。关于继承人: D.4, 2, 16, 2 – 17; D.4, 2, 18.20。

应当进行什么样的恢复原状: D.4, 2, 9, 7 (到 *res rei facta* 为止); D.4, 2, 9, 5; D.9, 2, 12pr.; D.4, 2, 9, 7 (从 *sed et si ususfructus* 开始); D.4, 2, 9, 7 (从 *et si acceptilatione* 开始); D.4, 2, 10, 1 – 11; D.4, 2, 9, 7 (从 *sed et si per vim* 开始); D.4, 2, 14, 6。

在不进行恢复原状的情况下, 要进行什么样的责罚: D.4, 2, 14, 1; D.4, 2, 14, 4; D.4, 2, 14, 7; D.4, 2, 14, 14; D.4, 2, 21, 2; D.4, 2, 14, 10; D.4, 2, 14, 9; D.4, 2, 14, 11。

什么时候可以提起这种诉讼, 它与哪些其他的诉讼竞合: D.4, 2, 14, 1 (从 *post annum* 开始) – 2; D.4, 2, 21, 1; D.4, 2, 19; D.4, 2, 14, 13; D.4, 2, 9 (从 *idem ait* 开始)。

(三) D.4, 3: 关于恶意诈欺^[1]

引言: D.4, 3, 1pr.。什么样的诈欺可以适用该告示:

[1] 诈欺现在被定位于合同或法律行为中的意思瑕疵, 就其本质以及作为错误的一种可能的原因, 是现实的虚假表象。正是在诈欺的情况下, 这种虚假表象才被有意识地引入, 以完成一项法律行为, 而该项法律行为本来还需要其他的条件或者根本就不能达成。对于这种情况, 在公元前 70 年, 从法学家阿奎利奥·嘎罗 (Aquilio Gallo, 西塞罗的朋友, Cic. *De Officiis* 3, 60——参见王焕生翻译的汉语版本, [古罗马] 西塞罗:《论义务》, 中国政法大学出版社 1999 年版) 开始, 就创立了一种诉讼。此外, 该诉讼晚于公元前 94 年在亚洲行省总督 Q. 穆齐·谢沃拉 (Q. Mucio Scevola) 的行省告示中所规定的一种抗辩 (参见 Cicerone, *ad Att.* 6, 1, 15)。它涉及这样的一种程式条款, 该条款开始被引入是为了对被欺骗的被告进行保护, 通过这种条款, 使得欺诈者为了获得通过欺骗所达成的法律行为的成果而起诉被告的诉讼归于无效 (另外, 要强调的是, 从公元前 3 世纪到公元前 2 世纪, 诚信审判已经惩罚诈欺了, 因为诈欺违背了诚信审判所要保护的请求基础, 即“应当基于诚信”, 因此, 这种救济措施被置于市民法的法律行为的环境之中)。

D.4, 3, 1, 3; D.4, 3, 1, 2; D.4, 3, 7, 10-8; D.4, 3, 33; D.4, 3, 7, 7。应当确认诈欺不是为了微薄价值之物, 以及确认没有其他的诉讼了: D.4, 3, 9, 5-10-11pr.; D.4, 3, 1, 4; D.4, 3, 7, 4; D.4, 3, 18, 2; D.4, 3, 7, 5; D.4, 3, 9pr.; D.4, 3, 1, 8-2-3-4; D.4, 3, 18, 3; D.4, 3, 7, 8; D.4, 3, 5-6; D.4, 3, 7, 6; D.4, 3, 9, 3; D.4, 3, 7, 1-2; D.4, 3, 1, 6; D.4, 3, 38; D.4, 3, 1, 6 (从 *etsi alia* 开始) - 7; D.4, 3, 40; D.4, 3, 25; D.4, 3, 7, 9; D.4, 3, 1, 5; D.4, 3, 7pr.; D.4, 3, 7,

诈欺之诉是一种事实程式的裁判官法诉讼, 具有任意性 (也就是说, 该程式规定了, 审判员认为原告有理之后, 在判罚被告之前, 命令对原告进行恢复原状, 只有在不进行恢复原状的情况下才进行判罚)、罚金性、破廉耻性、辅助性 (也就是说, 只有在没有其他救济措施的情况下才能诉诸于它)、不可由继承人继承 (除了在晚期以被继承人的诈欺所得利益为限可以继承)。

这种诉讼有上述抗辩相配合。但是, 这比上面提到的有更为广阔的适用空间。事实上, 审判员被要求评判“没有实施任何诈欺”的情况 (Gai. 4, 119, 黄风翻译的汉语版本, [古罗马] 盖尤斯:《法学阶梯》, 中国政法大学出版社 1996 年版)。这种措辞的灵活性允许法学家们不仅囊括了“过去的欺诈行为”, 也就是在被告为了缔结一项法律行为而被骗的时间里所实施的行为, 而且还囊括了“当前的欺诈行为”, 也就是在法律行为缔结之后的时间里所实施的行为, 这包括了原告以诈欺提起诉讼的时候, 比如, 当原告提起一项市民法诉讼的时候, 但是, 它若产生效力, 则是不公平的 (比如, 某人通过抽象的、形式的要式口约允诺了一笔消费借贷的担保, 而要式口约人应当将其让与第三人; 后来消费借贷没有缔结; 要式口约人根据该要式口约提起诉讼, 并且该诉讼是市民法的, 因为要式口约是一项抽象的法律行为; 但是, 被告提出了“总的或者当前的诈欺抗辩”来对抗他, 基于此, 审判员就有权评判原告的要求中是否存在诈欺)。很明显这并非法律行为中的诈欺。不过, 这不仅是抗辩, 它超出了法律行为意思瑕疵的范畴, 而且针对不去修正这种瑕疵的行为, 也授予了这种诉讼 (比如参见 D.4, 3, 18, 5; D.4, 3, 24; D.4, 3, 35; 或者该卷之外的 D.7, 4, 5, 3)。那么, 我们看出, 重读是有用的, 因为法律行为的框架已经束缚了罗马裁判官针对诈欺而规定诸多保护手段的可能性。参见 G. Longo, *Contributi alla dottrina del dolo*, Padova, 1937; A. Carcaterra, *Dolus bonus / dolus malus. Es-egesi di D.4, 3, 1, 2-3*, Napoli, 1970; M. Brutti, *La problematica del dolo processuale nel diritto romano*, 2 vol., Milano, 1973; AA. VV., *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, Padova, 2006; F. Cursi, *L'eredità dell'actio de dolo e il problema del danno meramente patrimoniale*, Napoli, 2008。

3; D. 4, 3, 9, 2。授予诈欺之诉的例子: D. 4, 3, 9, 1. 4; D. 4, 3, 18, 5 - 19; D. 4, 3, 20pr. - 1; D. 4, 3, 24; D. 4, 3, 31; D. 4, 3, 34; D. 4, 3, 35; D. 4, 3, 39; D. 4, 3, 32; D. 4, 3, 21 - 22 - 23; D. 4, 3, 36。源自该告示的诉讼: D. 4, 3, 15, 19 - 16; D. 4, 3, 18pr. - 1; D. 4, 3, 18, 4。针对何人, 可提起诈欺之诉: D. 4, 3, 17, 1; D. 4, 3, 26 - 27 - 28pr. ; D. 4, 3, 28, 1 - 29 - 30; D. 4, 3, 15pr. - 1 - 2; D. 4, 3, 9, 4a (从 *haec de dolo actio* 开始); D. 4, 3, 17; D. 4, 3, 13, 1 - 14; D. 4, 3, 11, 1 - 12 - 13。

(四) D. 4, 4: 关于未满 25 岁的未成年人^[1]

引言: D. 4, 4, 1pr. - 1。该告示对何人授予恢复原状: D. 4, 4, 1, 2; D. 4, 4, 3, 3; D. 4, 4, 3pr. ; D. 4, 4, 3, 4; D. 4, 4, 3, 5. 7 - 8. 10; D. 4, 4, 38, 1。如果未成年人是个奴隶: D. 4, 4, 3, 11 - 4 - 5。对未成年人继受者的考虑: D. 4, 4, 18, 5; D. 4, 4, 3, 9。该告示针对何人授予恢复原状: D. 4, 4, 27, 4; D. 4, 4, 11, 6; D. 4, 4, 24, 3; D. 4, 4, 13, 1 - 14 - 15; D. 4, 4, 27, 2。

基于哪些原因对未成年人授予恢复原状: D. 4, 4, 7;^[2]

[1] 对未成年人的保护由监护和保佐来承担。未满 25 岁的未成年人是一类无能力人, 当罗马的法律经济活动变得更为复杂的时候, 这类人由公元前 3 世纪末普莱多里法规定。这部法对这种人规定了罚金, 即他们利用年轻人的没有经验, 通过欺诈引诱他们实施不利于他们的行为。这种行为, 即使被惩罚, 仍然是有效的, 为了使之不具有实际效果, 裁判官的介入是有必要的, 他对在审判中被要求履行所承担的义务的未成年人授予了一种抗辩 (D. 44, 1, 7, 1)。之后, 裁判官还规定了在未成年人已经履行义务的情况下的恢复原状, 因此, 抗辩是不够的; 只要未成年人被骗了, 就是如此 (后来, 该要件得以缓和, 限于陷入错误的情况)。参见: F. Musumeci, *Editto sui minori di 25 anni*, in *Studi Talamasca*, 6, Milano, 2001, 33 ss.

[2] 一般来说, 正如我在前面讲过的, 我并不引用《学说汇纂》其他卷中的片段, 但是, 例外地, 在这种情况下, 要考虑众所周知的片段, 即 D. 50, 16, 19 (参见 [意] 斯奇巴尼选编: 《契约之债与准契约之债》, 丁玫译, 中国政法大学出版社 1998 年版), 该片段在乌尔比安的著作中就处于这里所讨论的片段的前面。

D.4, 4, 7, 1; D.4, 4, 49; D.4, 4, 40pr.; D.4, 4, 27, 3; D.4, 4, 7, 3; D.4, 4, 9, 1; D.4, 4, 48, 2; D.4, 4, 34, 1; D.4, 4, 7, 5; D.4, 4, 7, 9; D.4, 4, 25pr.; D.4, 4, 7, 2; D.4, 4, 3, 6; D.4, 4, 7, 4; D.4, 4, 17; D.4, 4, 18, 1-2; D.4, 4, 29pr.; D.4, 4, 47pr.; D.4, 4, 45, 1; D.4, 4, 39, 1; D.4, 4, 24pr.; D.4, 4, 23; D.4, 4, 46; D.4, 4, 35; D.4, 4, 7, 11-12; D.4, 4, 8; D.4, 4, 35-36; D.4, 4, 38; D.4, 4, 11, 3; D.4, 4, 44; D.4, 4, 7, 6-7; D.4, 4, 24, 2; D.4, 4, 7, 8; D.4, 4, 6; D.4, 4, 24, 1; D.4, 4, 11, 4-5; D.4, 4, 16pr. -1; D.4, 4, 16, 3; D.4, 4, 16, 2; D.4, 4, 11, 2。基于哪些原因未成年人不被恢复原状: D.4, 4, 37, 1 (从 *in delictis autem* 开始); D.4, 4, 9, 3.5; D.4, 4, 9, 2; D.4, 4, 32; D.4, 4, 43; D.4, 4, 9, 4; D.4, 4, 9, 6-10-11; D.4, 4, 48, 1; D.4, 4, 33; D.4, 4, 37pr. -1。

恢复原状的形式与后果: D.4, 4, 24, 5; D.4, 4, 13pr. (从 *causa enim cognita* 开始); D.4, 4, 29, 2; D.4, 4, 24, 4; D.4, 4, 27, 1 (从 *item ex diverso* 开始); D.4, 4, 24, 4 (从 *itaque si in vendendo* 开始); D.4, 4, 47, 1 (从 *item quaero, emptor* 开始); D.4, 4, 27, 1 (从 *praedium quoque* 开始); D.4, 4, 11, 1; D.4, 4, 40, 1; D.4, 4, 27, 1; D.4, 4, 56; D.4, 4, 22; D.4, 4, 31; D.4, 4, 7, 10; D.4, 4, 9pr.; D.4, 4, 29, 1; D.4, 4, 28; D.4, 4, 47, 1; D.4, 4, 13; D.4, 4, 48pr.。

放弃恢复原状请求的可能性: D.4, 4, 41。

当丧失恢复原状恩惠的时候: D.4, 4, 30; D.4, 4, 3, 2; D.4, 4, 3, 2; D.4, 4, 3, 1。

(五) D. 4, 5: 关于人格减等^[1]

引言: D. 4, 5, 1; D. 4, 5, 11; D. 4, 5, 5pr. - 1; D. 4, 5, 6; D. 4, 5, 3pr. - 1; D. 4, 5, 3, 1; D. 4, 5, 4; D. 4, 5, 5, 2; D. 4, 5, 6; D. 4, 5, 7pr. ; D. 4, 5, 2, 3; D. 4, 5, 7, 1; D. 4, 5, 8 - 9 - 10。告示: D. 4, 5, 2, 1; D. 4, 5, 2pr. ; D. 4, 5, 7, 2 - 3; D. 4, 5, 2, 2; D. 4, 5, 2, 4; D. 4, 5, 2, 5。

(六) D. 4, 6: 出于哪些理由已满 25 岁的成年人可以恢复原状^[2]

引言: D. 4, 6, 1; D. 4, 6, 2pr. 。告示的第一部分规定了缺席者或者被一个正当原因所阻碍的人: D. 4, 6, 2, 1; D. 4, 6, 3 - 4; D. 4, 6, 45; D. 4, 6, 34pr. ; D. 4, 6, 35, 9; D. 4, 6, 35, 4; D. 4, 6, 7; D. 4, 6, 35, 6; D. 4, 6, 33, 2; D. 4, 6, 35pr. ; D. 4, 6, 35, 5; D. 4, 6, 35, 3;

[1] 人的身份状况的改变,可以使得一个自由的外国人获得市民籍,或者一个奴隶获得市民籍,或者一个自由的市民变成一个奴隶,这些改变会对他所进行的法律关系产生不同的后果。在一个自权人变成他权人(自权人收养、归顺夫权的婚姻)的情况下,除了那些与其人身紧密相关的,比如劳务之债、父系亲属的权利、用益权、审判中的关系、合伙之外(参见 Gai. 3, 83; 3, 153),获得家父权的人继承了他的权利和债(参见 J. 3, 10):一方面,它对债权人造成一种损害,起先这种损害是祭司通过在这样重大的活动中进行的控制而避免的,后来是裁判官通过在由债权人所提起的诉讼程式中引入一种拟制而避免的,最后是由这里讨论的告示所保护的;另一方面,用益权的取消对于一个新的家庭首领来说也是一种损害。反之,在一个他权人通过解放变成自权人的情况下也是如此:他所进行的法律关系被改变了,可能会产生不符合公平的后果,对此,裁判官通过谨慎地适用恢复原状对它们进行规制。当然,这个问题在自然人方面并不是最有意义的,但是它在企业方面却体现出了重要性。

[2] 通过恢复原状的介入来应对各种各样的情况是裁判官这种积极作用的表现,即“为了公共利益而帮助、弥补或矫正市民法”(D. 1, 1, 7, 1),但这并不能认为,这种灵活性不符合这样一种建构,即根据杰尔苏对法的定义(D. 1, 1, 1pr.),要求执法官以同样的方式处理同样的情况,就像他所宣布的法律应当也适用于他本人一样(D. 2, 2, 该题对于创新的深入研究有重大意义)。

D. 4, 6, 38pr. ; D. 4, 6, 37; D. 4, 6, 35, 2; D. 4, 6, 35, 1; D. 4, 6, 38, 1; D. 4, 6, 32; D. 4, 6, 35, 8; D. 4, 6, 5, 1; D. 4, 6, 6; D. 4, 6, 35, 7; D. 4, 6, 33, 1; D. 4, 6, 34, 1; D. 4, 6, 6, 4 (从 *dolum malum* 开始); D. 4, 6, 36; D. 4, 6, 42; D. 4, 6, 5pr. ; D. 4, 6, 5pr. (从 *sed haec adiectio* 开始); D. 4, 6, 9 - 10; D. 4, 6, 11 - 12 - 13pr. ; D. 4, 6, 14; D. 4, 6, 15pr. - 1; D. 4, 6, 13, 1; D. 4, 1, 8; D. 4, 6, 39。

针对何人进行这种恢复原状: D. 4, 6, 17pr. ; D. 4, 6, 46; D. 4, 6, 15, 2; D. 4, 6, 40pr. ; D. 4, 6, 30, 1 (从 *item ex reliquis* 开始) D. 4, 6, 15, 3; D. 4, 6, 16; D. 4, 6, 17, 1; D. 4, 6, 43; D. 4, 6, 27; D. 4, 6, 18 - 19 - 20; D. 4, 6, 44。请求这种恢复原状的期间和恢复原状的后果: D. 4, 6, 28, 3; D. 4, 6, 23, 2; D. 4, 6, 28, 5; D. 4, 6, 41;

告示的第二部分: D. 4, 6, 21pr. ; D. 4, 6, 22, 1。

根据告示的这个部分, 针对何人进行恢复原状: D. 4, 6, 21, 1; D. 4, 6, 23, 3; D. 4, 6, 21, 2; D. 4, 6, 22pr. ; D. 4, 6, 21, 3; D. 4, 6, 23pr. ; D. 4, 6, 23, 4; D. 4, 6, 24 - 25; D. 4, 6, 26, 2; D. 4, 6, 26, 3; D. 4, 6, 22, 2; D. 4, 6, 28, 4; D. 4, 6, 30pr. ; D. 4, 6, 30, 1。这种恢复原状的后果: D. 4, 6, 26, 8; D. 4, 6, 31; D. 4, 6, 28, 6; D. 4, 6, 29。

告示的第三部分: D. 4, 6, 26, 4; D. 4, 6, 26, 5; D. 4, 6, 26pr. ; D. 4, 6, 26, 4 (从 *hoc quo* 开始); D. 4, 6, 26, 7; D. 4, 6, 26, 4 (从 *per magistratus autem* 开始) D. 4, 6, 26, 6; D. 4, 6, 8。

告示的最后一部分: D. 4, 6, 26, 9; D. 4, 6, 33pr. ;

D. 4, 6, 26, 9 (从 *idem puto* 开始); D. 4, 6, 26, 1; D. 4, 6, 40, 1; D. 4, 6, 26, 9 (从 *et generaliter* 开始); D. 4, 6, 28pr. - 1; D. 4, 4, 45; D. 4, 1, 7; D. 4, 6, 28, 2。

(七) D. 4, 7: 关于为了改变审判 [状况] 而做出的让渡^{〔1〕}

告示: D. 4, 7, 1pr.。该告示包括了哪些让渡: D. 4, 7, 4, 2; D. 4, 7, 8, 2; D. 4, 7, 4, 4; D. 4, 7, 8, 4。

关于改变诉讼状况的意图以及关于詐欺: D. 4, 7, 8, 1; D. 4, 7, 8, 3.5; D. 4, 7, 9 - 10pr.; D. 4, 7, 4, 1.3; D. 4, 7, 10, 1。应当查明所进行的诉讼状况对于对方来说是恶化了: D. 4, 7, 1, 1; D. 4, 7, 2; D. 4, 7, 3pr. - 1 - 2 - 3; D. 4, 7, 4pr.。

告示以什么方式规定了为了改变诉讼状况而做的让渡: D. 4, 7, 3, 4; D. 4, 7, 4, 5; D. 4, 7, 3, 5; D. 4, 7, 8; D. 4, 7, 4, 6; D. 4, 7, 5 - 6 - 7; D. 4, 7, 11; D. 4, 7, 12。

〔1〕 奥古斯都的一个告示禁止在知晓案情的情况下从占有者处购买一个涉诉之物。购买者会被处以罚金并上缴国库 (D. 44, 6, 2)。而且, 如果出卖者还没有将该物交给他, 那么他的请求之诉会被抗辩驳回 (Gai. 4, 117; D. 44, 6, 1)。另外, 供奉出诉争标的物构成十二表法规定的一种行为, 该法对此行为规定了双倍物价值的罚金 (D. 44, 6, 3), 就像在非现行的盗窃案中一样。事实上, 这样一种宗教行为排除了将该物归属一个私人的可能, 而是将该物当做一件赃物从而排除了请求者的请求。在这两种情况中, 一种惩罚间接地介入了, 不过, 这种惩罚仍使得所完成的行为保留完全的效力。相反, 如果在请求返还之诉中的被告故意地中止了占有, 或者如果由于没有占有物而并不是被告的人为了使占有人得利而故意承认自己是占有人, 那么这就像被告对要求返还占有的要求有根据一样处理, 对于这样的主体, 不能进行恢复原状, 而要被处罚 (*dolus pro possessione est, liti se offerre*; 参见 D. 6, 1, 22; D. 6, 1, 27pr. ——陈汉翻译的《学说汇纂》第6卷, 中国政法大学出版社2009年版)。

因此, 关于这些问题的线索就提出了禁止为了更严重的刁难而故意地让渡某物, 比如将其卖给住在别的行省的人, 或者一个非常有权势的人。对于类似的情况, 裁判官会授予本题所说的恢复原状或者事实诉讼。