



罗马法民法大全翻译系列

CORPUS IURIS CIVILIS

DIGESTA

学说汇纂

(第十二卷)

请求返还之诉

翟远见 译

[意] 纪蔚民 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

(第十二卷)

请求返还之诉

翟远见 译

[意] 纪蔚民 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12卷/(古罗马)优士丁尼著; 翟远见译. —北京: 中国政法大学出版社, 2012. 4

ISBN 978-7-5620-4255-6

I. ①学… II. ①优…②翟… 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064730号

- 书 名 学说汇纂 XUESHUO HUIZUAN
- 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 7.625印张 165千字
- 版 本 2012年5月第1版 2012年5月第1次印刷
- 书 号 ISBN 978-7-5620-4255-6/D·4215
- 定 价 22.00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

1.1 第十二卷开启了《学说汇纂》的第三大部分。这个部分是“关于物”(*De rebus*)的规定。本卷第一章的标题开头即是“关于物”二词(关于若通过诉讼对某确定物提出主张,人们相信会归还给我们的物,以及关于请求返还之诉)。该标题已经出现在之前的裁判官永久告示中,且这里所涉及的诉讼其历史相当悠久。

当代法学家可能会为第十二卷的体系安排而感到费解,可能会为该卷内容的异质性而感到困惑。

实际上,这个领域的线索有两个。它们表面上看相互对立,实则相互依存。二者不仅决定了这一卷,甚至决定了《学说汇纂》整个第三大部分的结构安排。这两个线索,一个由“请求返还之诉”(*condictio*)和与之相关的“严法诉讼”构成;一个由严法诉讼和诚信诉讼的对立构成。在紧接着这一卷的后面几卷中,优士丁尼手下的这些法学家们安排了关于诚信诉讼的内容。

1.2 我们知道,《学说汇纂》分为七大部分,如此划分是为了、但又不仅限于教学的目的。优士丁尼皇帝在颁布《学说汇纂》之际,于公元533年12月16日的 *Omnem* 谕令中,也改革了法学课程的设置。他规定,法科学生第一年应

该学习这部作品的前面几卷，即所谓的 *Prota*（希腊语中的意思是“第一部分”）；第二年，他们可以选择，要么学习“关于审判”的部分（*la pars “De iudiciis”*）（即第五卷至第十一卷），要么学习“关于物”的部分（*la pars “De rebus”*）（第十二卷至第十九卷）。后一个选择恰恰就涵盖了这个翻译的对象，即第十二卷。

在整个“关于物”的部分中，第十二卷主要涉及的是消费借贷和诸请求返还之诉（*condictiones*），而接下来的几卷则是关于债的其他渊源的規定。具体而言，第十三卷首先结束了“请求返还之诉”这个主题，然后規定使用借贷和质押；第十四、十五卷是关于营造司诉讼的内容；第十六卷規定的是寄存；第十七卷規定的是委托和合伙；“关于物的部分”以第十八、十九卷结束，它們規定的是买卖和租賃，以及与之相关的诸多问题。

1.3 第三大部分各卷内容的顺序是与裁判官通过其告示而安排的体系相一致的。古罗马的法学家们在他们对告示的鸿篇巨制式的论述中也遵循了告示的内容顺序，而这些论述又成为《学说汇纂》的编纂者在汇编第十二卷时的取材对象（特别是乌尔比安《论告示》的第二十六卷和保罗《论告示》的第二十八卷）。

确实，裁判官告示的第十七章，除其他内容之外，还包括消费借贷、使用借贷以及质押的相关规定。从某种意义上说，它与第十九章形成了对比。后者涉及的是关于寄存、信托（这种契约在优士丁尼时代的法中已经消失，故而未

士丁尼提及)、委托、合伙、买卖与租赁这些方面的规定。^[1]正如前文所述,这种对比体现在:一些契约是严法审判[为了简便,这里人们也曾用“请求返还之诉”(condictiones)以代指“严法审判”(iudicia stricti iuris)]所保护的,另外一些契约是诚信审判(iudicia bonae fidei)所保护的。

所以,裁判官告示的第十七章是围绕着严法审判这个主题构建的,而请求返还之诉又是这些与第十九章涉及的诚信审判相对比的严法审判中的典型。所以,相应地,《学说汇纂》第十二卷至第十九卷的内容既涉及了严法审判,也涉及了诚信审判。这也解释了为什么优士丁尼为全部相关内容确定的题目是“人们相信会返还给我们的物”[*pars de rebus (creditis)*]。

正是因为谙熟这一对比关系,基于要用点笔墨做些说明之考虑,优士丁尼本人才在第十二卷第一章的开篇(前面已经说过,它同时也构成了《学说汇纂》一个新的部分的开篇),做了一些“预先解释”(Proteoria)。该解释与法学家乌尔比安在其《论告示》第二十六卷中,当论述到相同的问题时所使用的语词,极为相似。^[2]在D. 12, 1, 1, 1 (Ulp. 26 ad ed.)中,这位法学家明确指出,此标题(但是这里的解

[1] Vd. O. Lenel, *Das edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, Leipzig, 1927³ (rist. Aalen 1985), pp. 231 ss.

[2] 这段话,也许是乌尔比安为其《论告示》(libri ad edictum)中关于裁判官告示第十七章(“人们相信会归还给我们的物”)的论述而所写的导言的一部分。有人猜想通过这段话和其他论述,乌尔比安追溯了“请求返还之诉”在罗马法中一度具有的广泛的适用范围。它没有被编纂者们删去,或许是因为在他们的时代,“请求返还之诉”也承担了众多的制度功能,而这段话与当时的情况是相一致的;并且,也有可能的是,这段话对于这个塞维鲁时代的法学家而言,最初起的作用就是导入他对关于“请求返还之诉”的裁判官告示的论述。

释不仅适用于整个第十二卷，而且甚至适用于整个“关于物”的部分）是“人们相信会归还给我们的物”，这个表述可以用于一系列的契约（*iura pertinentia ad varios contractos*），包括质押和使用借贷。

2. 现在有必要就第十二卷的前一个线索，即“请求返还之诉”（*condictio*）稍作说明。

请求返还之诉是严法诉讼，直接发端于早期的“请求返还之法律诉讼”（*legis actio per condictioem*）。在这个诉讼中，原告的主张是被告应该给他某确定物（*certum dare oportere*）；该物可能是一笔金钱（*certa pecunia*），也可能是某个特定的物（*certa res*）^[1]。

这个诉讼是抽象的，也就是说，无需在程式中指出“确定”诉求所依据的具体法律原因。正因如此，虽然在早期的法学中，就能看出不断总结提起“请求返还之诉”之条件的努力，但是，由于这个诉讼的抽象性特征，这些条件不可避免地隐没在黑暗的角落。西塞罗明确说^[2]，发生下述三种情况之一，便产生“应给付确定之物”的义务（*certum dare oportere*），即可提起“请求返还之诉”：其一，曾经给付了某物（*datio*）；其二，曾经通过要式口约承诺给付某物（*stipulatio*）；其三，或者在文字契约中载明了此项义务（*expensilatio*）。

不过，上述三种类型中，文字契约逐渐消失（从公元前一世纪开始，人们已经看不到这种契约的任何踪影了）；要式

[1] 关于这一点，vd. A. Saccoccio, *Si certum petetur. Dalla condictio dei veteres alle conductiones dei giustiniani*, Milano, 2002.

[2] 相关内容见 Cic., *Pro Rosc. com.* 4, 13-5, 14.

口约被单独加以规定（对此，裁判官的告示不仅规定了“裁判官担保要式口约”，即在诉讼过程中，裁判官要求当事人缔结的要式口约；而且规定了以“不确定物”为对象的要式口约，它们决定了这个制度的内容；最终，优士丁尼在 D. 45, 1 中对之进行了专门规定）^[1]。所以，可以提起“请求返还之诉”的情况最终只剩下一个，即先前曾经完成了一个“物的给付”（*datio*）。

在某些东西被给出的情况下 [即“物的给付”（*datio*）曾被作出]，给出之物，或者给出的一定数量的金钱，只要是“确定的”，就可以通过“请求返还之诉”而被要回。在这一点上，早期的法学家们——很可能是共和时期的法学家们——已经提炼出了一条规则：一个人通过“物的给付”拿到了某物，但是如果他没有法律根据保有它，那么，可以对他提起“请求返还之诉”以要回他所有收到的物。在重申这个规则的时候，萨宾和乌尔比安在片段 D. 12, 5, 6（Ulp. 18 *ad Sab.*）中认为，可以通过这个诉讼要回所有基于“不正当原因”（*ex iniusta causa*）而处于被告那里的东西，换句话说，被告一方继续占有它是不正当的（*iniustum*）。

这个规则奠定了裁判官告示第十七章的基础，并且结果是，它也构成了我们这里的考察对象即《学说汇纂》第十二卷的基础。

3. 所以说，第十二卷中唱主角的是“请求返还之诉”；通过提起该诉讼，可以向被告索回他没有法律理由而保有的

[1] 总而言之，片段 Ulp. lib. sing. pand. D. 12, 1, 24 证明，“请求返还之诉”（*condictio*）最初还是适用于以“确定物”（*certum*）为标的物的要式口约（*stipulatio*）的。

一切。^[1] 于是, 尽管消费借贷契约在古罗马经济中起着举足轻重的作用, 但是却没有被单独规定。^[2]

而在《学说汇纂》接下来的各卷中, 所有其他的契约类型, 无论是要物契约, 还是诺成契约, 按照上文说过的篇章顺序, 都有附带相应小标题的单独规定。在这一点上, 它们与消费借贷不同。就像是任何“物的给付”一样, 消费借贷被看做是可以提起“请求返还之诉”的诸多原因之一, 虽然在这个“物的给付”中, 当事人有缔结一个契约(即消费借贷契约)的意思。实际上, 古罗马的消费借贷, 尽管它的契约性质得到了确认, 但是“物的给付”仍被认为处于绝对核心的位置。这也意味着该契约是无偿的; 之所以如此, 是因为返还之债的原因即“物的给付”, 决定了债的内容。对该内容, 当事人不能增加分毫, 消费借贷的贷与人只能要求返还借出的金钱。万一想附加利息, 只能专门再缔结一个单独的契约——“利息要式口约”(stipulatio usurarum)。^[3]

[1] 应当说, 对于有些“物的给付”(datationes), 比如说“金钱消费借贷”(mutua pecunia), 仍然通过“请求返还之诉”(condictio)来保护; 但是对于其他形式的“物的给付”, 比如说基于使用借贷或质押的给付, 这种保护随着相应的“事实诉讼”(in factum)的诞生而逐渐淡出舞台, 因为相对于严法诉讼, 后者能为当事人提供更为适当的利益保护。事实上, 关于对质押的早期保护形式, 片段 Ulp. 34 ad ed. D. 12, 1, 4, 1 可以算是一个残留下来的证据。这个片段表明, 在履行完所担保的债务之后, 早先是可以提起“请求返还之诉”以要回质物的。对于使用借贷, 片段 Ulp. 26 ad ed. D. 12, 1, 1, 1 中所引用的法学家杰尔苏的论述, 似乎很有说明意义, 他说裁判官在这个关于“请求返还确定物”的告示中, 也规定了质押和使用借贷。

[2] 与此不同的是优士丁尼皇帝的《法学阶梯》, 其中第三卷第十四章是关于要物契约的规定[“以要物方式缔结债的各种形式”(Quibus modis re contrahitur obligatio)], 而在这些契约中, 第一个被论述的恰恰就是消费借贷。

[3] 消费借贷的无偿性之基础, 罗马法从不认为存在于什么伦理原则之中, 而是认为这纯粹是出于程序和技术因素的考虑。这些因素与“物的给付”(datio)所扮演的角色以及“请求返还之诉”制度相关。此外, 在当时金钱“本身”还不被

这就是为什么谁要想在整个《学说汇纂》中找到关于消费借贷的论述,那么他就不应该在小标题中苦苦寻觅,因为没有一个是关于我们这里所说的契约的;相反,在编纂者规定“请求返还之诉”的各章中的第一章(D. 12, 1),他却可以找到关于这个契约的规定。

4.1 最终的结果是,关于消费借贷的问题被统一放在了D. 12, 1专门规定。编纂者将这一章的标题拟为“若通过诉讼对某确定物提出主张”(Si certum petetur)。它在一定程度上照应了裁判官告示中的标题。

如果我们审视一下D. 12, 1这一章的结构,就会发现,优士丁尼的法学家们,在结束前面提到的“预先解释”(Proteoria)部分之后,借杰尔苏和乌尔比安之口,指出这类契约的基石是“fides”。“fides”是罗马法的典型制度,也许我们可以将之译为“信任”:消费借贷中,贷与人相信借用人会返还给他所借出的金钱,可以说,整个制度就是围绕着这个信任而运转的。^[1]生活在公元前二世纪的古希腊历史学家波利比乌斯(Polibio),对罗马的这一制度设计与希腊的对应制度之间的差异惊叹不已:罗马的消费借贷只以“fides”(信任)为基础,而希腊的消费借贷则要求书面形式,且其程序极为烦琐。^[2]

认为可以产生孳息(cfr. R. Cardilli, *La nozione giuridica di fructus*, Napoli, 2000)。现代制度的安排与此恰恰相反,例如1942年意大利民法典的第1815条规定,消费借贷之性质是有偿的,除非当事人作出了相反的意思表示。

[1] Vd. Ulp. 26 ad ed. D. 12, 1, 1, 1:“正如杰尔苏在其《问题集》第一卷中所言,‘相信某物会归还给我们’的表达具有一般意义……”

[2] Vd. Polib., 6, 36, 13:“希腊人借出一笔钱,哪怕只是一塔兰,也要作成10个文书,盖上10个印章,还要准备双份;在他们身上你找不到‘信任’(fides)。但是在罗马人这里你能够找到它,即使涉及的钱数相当可观,他们也言而守信。”

在后面的片段中，法学家保罗谈到了“*mutuum*”（消费借贷）的词源。他认为，之所以称为“*mutuum*”（消费借贷），是因为根据该契约发生了所有权的移转，即物由“我的”变成了“你的”（*de meo tuum fit*）。^[1] 几乎尽人皆知，他的这个词源学上的考察是错误的（“*mutuum*”一词大概是由希腊词根“*moit-on*”变化而来，传递的是“流动”、“变化”的思想，是金钱从贷与人那里移转到了借用人那里的思想）。尽管这个考察被一代又一代的法律学子传为笑柄，但是毫无疑问它在大家的脑海里深深刻下了这种契约的起源及其功能。另外，要知道的是，古罗马法学家们很少使用“消费借贷”（*mutuum*）这一术语，他们更喜欢“消费借贷的给付”（*mutui datio*）这个表述方式。正如前文所言，后者凸显的是这种契约的核心要素，即“物的给付”。

4.2 接下来的内容始终围绕两点展开：一是对这种契约的标的物的界定，众所周知，它应该是可替代物（正像保罗在片段 D. 12, 1, 2 和 D. 12, 1, 6 中所说的那样，“消费借贷针对那些以重量、数目、尺寸计量的物而成立”（*res quae pondere numero mensura consistunt*）；另外一点是，返还之物应与借出之物同属一类、品质相当（D. 12, 1, 3）。

消费借贷的要物性质在片段 D. 12, 1, 11, 1（Ulp., 26 *ad ed.*）中得到了明确肯定。乌尔比安于该片段中论述道，如果以消费借贷的形式给出了 10 币，那么不能要求返还 11 币；但是可以要求只还 9 币，因为就剩余部分的金钱，应该理解为在当事人间形成了赠与。这种契约的要物性是如此的

[1] Vd. Paul: 28 *ad ed.* D. 12, 1, 2, 2, 但是盖尤斯之前也做过相同的词源考察: vd. Gai., 3, 90.

强大，以至于即使给的是他人的金钱，或者是无行为能力人——比如说精神病人，或者没有得到监护人准许的未成年人——给的金钱，消费借贷也照样被认为成立。在这些情况下（D. 12, 1, 12~13，分别是彭波尼和乌尔比安的片段），一旦这些钱被借用人花掉，就认为构成了消费借贷。中世纪的法学家们在相当长的时期内都将这种法律现象称为“消费借贷的再生”（*reconciliatio mutui*），甚至有人〔如法学家库亚奇乌斯（Cuiacio）〕称它是“代消费借贷”（*promutuo*）。

将消费借贷规定为要物契约还是诺成契约，这个问题学界已经讨论了数个世纪，且至今该讨论仍在继续。在这个问题上，古罗马的法学家们会毫不犹豫地将消费借贷归到要物契约的类型中（在 I. 3, 14 pr. 中，我们读到：“以要物方式缔结的债，可举消费借贷为例；”此外，Paul. 28 ad ed. D. 12, 1, 2, 3 这个片段，也强调了移转金钱所有权的必要性），而尽管学者们的意见不尽一致，现代的民法学说似乎更倾向于承认这种契约的诺成性。^{〔1〕}

我们无法先验地判断这两个制度构建孰优孰劣，因为它们分别满足了当事人的不同需求；简言之，我们可以说它们之间的差别是：一种是消费型消费借贷的模式，而另一种是

〔1〕 在罗马法领域，关于这两种观点的论述见：G. Longo, s. v. *Mutuo*, in 《NNDI》，X, 1964, 1048 s.（要物契约）和 V. Giuffr , s. v. *Mutuo (storia)*, in 《ED》，XXVII, 1977, 414 ss.；e Id., *La “datio mutui”. Prospettive romane e moderne*, Napoli, 1989（诺成契约）。关于这个问题，以及对现代制度的讨论，vd. L. Nivarra-G. W. Romagno, *Il mutuo*, in *Il diritto privato oggi*. Serie a cura di P. Cendon, Milano, 2000, 11 ss.；A. Saccoccio, *Mutuo reale e mutuo consensuale nel sistema giuridico latinoamericano*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, XXVII, 2009, 101 ss.，此文已被译成中文，发表在费安玲主编：《学说汇纂》（第3卷），知识产权出版社2011年版，第21~53页。

投资型消费借贷的模式。还有就是，欧洲各国的民法典，有的承继了罗马法消费借贷的要物性，比如《法国民法典》和1942年的《意大利民法典》（尽管它的第1822条承认了“消费借贷承诺”这一制度）；有的则采纳了诺成消费借贷的模式，比如瑞士债法典（*Obligationenrecht*）的第312条，2002年改革后的德国民法典（BGB），无论是针对金钱消费借贷，还是针对其他物的消费借贷，也都采取了诺成契约的立法模式（分别参见修正后的第488条和第607条）。

不过，可以肯定的是，无论在古罗马的现实生活中，还是在当时法学家的理论中，都可以明显看到试图构建一套体系，以期超越过于严苛的要物性要件的努力。

职是之故，比如说，罗马法中产生了一些“特殊的”消费借贷，规范它们的相应制度也构成了消费借贷领域的“特别法”（片段 *Ulp. 31 ad ed. D. 12, 1, 15* 有言：“在金钱消费借贷之债领域，引进了一些特别规则”）。在这些特殊的类型中，一般情况下作为消费借贷契约之基础的“交付”（*traditio*）事实上被“虚拟”，甚至几乎消失。于是，允许贷与人委派其债务人向未来的借用人交付金钱，以设立消费借贷（即所谓的委托交付 *delegatio dandi*），甚至还允许以单方的意思表示将消费借贷之债的债权归到非实际交付金钱之人的名下（片段 *Ulp. 26 ad ed. D. 12, 1, 9, 8* 中说，如果我将自己的金钱用作消费借贷，同时声明说该交付归到你的名下，那么，你取得请求返还之诉，哪怕你全然不知已经发生的交付）。不过亦为事实的是，无论如何改进，“物的给付”都是必须的，在罗马法中它始终没有被一个以“给付行为”为内容的债所取代。

4.3 消费借贷还有其他一些特殊情形。例如，以寄存的

名义交付了一笔钱，同时授权受托人可以使用它，那么，这笔钱一旦被使用，受托人则应依消费借贷之规范而负返还之责（参见 D. 12, 1, 4 中保罗的论断，以及 D. 12, 1, 9, 9 和 D. 12, 1, 10 中乌尔比安的论断）。另外一个例子是所谓的“以出售某物的价金而设立的消费借贷”（*contractus mohatrae*），即向某人交付一个物让他出售，并与此人达成协议说，就此物所售之价金而设立消费借贷（参见片段 Ulp., 26 ad ed. D. 12, 1, 11 pr. 之前的法学家们，如尤里安和阿弗里卡努斯。见 Afr., 8 quaest. D. 17, 1, 34 pr. 中二人的观点，认为不能以这样的方式设立消费借贷之债；乌尔比安则认为可以，他的观点标志着法学在这个问题上的一个转折）。

此外，所谓的“附有要式口约的消费借贷”（用德国学说所创制的术语，即 *Stipulationsdarlehen*）在实践中也是屡见不鲜，这一点已被出土的达奇亚碑（*Tavolette daciche*）以及穆勒奇内碑（*Tavolette dell'archivio di Murecine*）所证实。在我们所说的第十二卷中，片段 Paul. 3 quaest. D. 12, 1, 40 讲述的就是一个这样的例子。在这个片段中，保罗提到了法学家帕比尼安整理的一个含有要式口约的文件。从这个文件可以看出，借用人收到了一笔金钱，同时为了使作为债权人的贷与人更为放心，他以要式口约的形式承诺返还这笔钱（也许还为了在要式口约中加进关于利息的约定，使之最终成为一个关于返还本金和利息的承诺）。

关于这一点，有必要关注一下古罗马法学家的讨论：在这种情况下，到底是产生两个债，一个产生于物的给付，一个产生于口头契约的订立，还是只产生一个债；倘若认为只产生一个债，那么它到底是要物契约之债，还是口头契约之债，抑或是要物和口头契约之债的结合（*re et verbis*）。应该

说, 根据古罗马法学中占上风的观点, 附有要式口约的消费借贷中只导致一个口头之债 (*obligatio verborum*) 的产生。^[1] 假如关于返还的要式口约是在金钱尚未给付之时作出的话, 那么, 应该给借用人提供一个抗辩, 以对抗产生于要式口约的请求, 因为要式口约是一个抽象的契约, 即使还没有数出金钱 (*numeratio*), 也照样可以提起相应的诉讼: 罗马法最初规定债务人可以主张诈欺抗辩 (*exceptio doli*), 后来又专门为这种情况设立了一个抗辩, 即尚未数给金钱的抗辩 (*exceptio non numeratae pecuniae*) (在《学说汇纂》中我们看不到它的影子, 而在《优士丁尼法典》的 C. 4, 30 中则有专门的规定)。^[2]

5. 第十二卷的第二、三章的主题是纠纷解决过程中所作出的宣誓。这两章只是表面上偏离了请求返还之诉这条主线。具体而言, D. 12, 2 是关于“法律审判宣誓” (*iusiurandum in iure*), 也就是所谓的“决案宣誓”的内容。

“决案宣誓”由一方当事人提出, 承审员据之对全部争议作出裁判: 作出宣誓的被告, 或者自己提出的宣誓要求遭到了被告拒绝的原告, 将赢得诉讼。具体而言, 如果被告不宣誓, 那么他将被视为“不辩护人” (*indefensus*);^[3] 相反,

[1] Vd. Pomp. 24 ad Sab. D. 46, 2, 7; Ulp. 46 ad Sab. D. 46, 2, 6, 1; 关于这个问题, 还可参见 M. Talamanca, “Una verborum obligatio” e “obligatio re et verbis contracta”, in *IURA*, L, 1999, 7 ss.

[2] 关于这一点的讨论, vd. ora A. Petrucci, Applicazioni della stipulatio in materia creditizia e problema della causa nel diritto romano classico, in *Atti del Congreso Internacional de derecho civil e romanos comparados (Mexico, 7-9 de septiembre 2005)*, 247 (<http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1943/15.pdf>).

[3] 这是对 Ulp. 26 ad ed. D. 12, 2, 34, 6 这个著名片段的解读。在这个片段中, 乌尔比安引用了裁判官的原话: “对于被要求宣誓之人, 我会强制他要么履行债务, 要么进行宣誓。”

如果他宣誓，那么他将受到“诉权否定”（*denegatio actionis*）或者专门创设的“宣誓抗辩”（*exceptio iusiurandi*）制度的保护。^{〔1〕}

这个所谓的“必要”（*necessarium*）宣誓，之所以会被放在这一章，是因为最初它只适用于“确定金钱债务之诉”（*actio certae creditae pecuniae*）领域。^{〔2〕}只是到了后来，这个宣誓的适用范围才被扩大到少数的其他诉讼，比如说，“金钱债务协议之诉”（*actio de pecunia constituta*）以及“妻物之诉”（*actio rei uxoriae*）。

与上面所说的“必要”宣誓不同，“自愿宣誓”（*iusiurandum voluntarium*）是可以针对任何类型的诉讼（因此，也可能是请求返还之诉以外的领域）、在司法程序之外而作出的宣誓，但是它不能决定纠纷的解决结果，尽管拒绝作出这样的宣誓可能会被承审员当做一个（消极的）因素来考量。优士丁尼的法学家们认为它是“根据协议而作出的宣誓”，甚至将提出宣誓要求和作出宣誓看作了一个简约（*pactum*）。^{〔3〕}

紧接着，下一章 D. 12, 3 规定了“估价宣誓”（*iusiurandum in lite*）。在对物之诉或诚信审判中，如果被告拒不出庭或者非常跋扈地拒不返还应该返还的物，那么承审员可以允许原告就诉讼标的物的价值进行宣誓。^{〔4〕}由于原告可能基于情感价值或者重新要回该物的强烈愿望等因素，而将估价定得比市场价格高，所以这种宣誓也构成了迫使被告作出具体

〔1〕 Vd. Ulp. 22 ad ed. D. 12, 2, 7 e 9.

〔2〕 Vd. O Lenel, *Das edictum perpetuum*³ cit., pp. 235 ss.

〔3〕 Vd. Paul. 18 ad ed. D. 12, 2, 17 pr.

〔4〕 Vd. Marc. 4 reg. D. 12, 3, 5 pr.; Marcell. 8 dig. D. 12, 3, 8.

履行的间接手段。^[1]

6. 第四、五、六、七章又回到了“请求返还之诉”这一主题。需要指出的是，第十二卷并没有囊括所有的相关内容，剩余的部分被放在了第十三卷靠前的几章。D. 13, 1 一章是关于“要求返还被窃物之诉”（*condictio ex causa furtiva*）的。对于这个制度，古罗马法学家们（《学说汇纂》的编纂者们亦不例外）一直都感到有点抓心挠肝。^[2] D. 13, 3 一章是关于所谓的“请求返还小麦之诉”的（*triticum* 在拉丁语中的意思是“小麦”）。这个制度则完全是优士丁尼皇帝手下的这些编纂者们的发明，它只有四个很小的片段。横插在这两章中间的是 D. 13, 2，其中唯一的一个片段，还只有寥寥数行。这个片段是关于“依法律规定的请求返还之诉”（*condictio ex lege*）的，它强调了编纂者们赋予“请求返还之诉”的一般诉讼的特征，即如果某人根据任何“新的法律”（*lex nova*）享有债权，则他可以提起该诉讼。

7. 现在我们来了解一下学理上复杂得多的几章。《学说汇纂》编纂委员会的法学家们，在第十二卷中规定了“目的不达的请求返还之诉”（*causa data causa non secuta*）[也称作“因为一个结果（*ob rem*）或者一个原因（*ob causam*）的请求返还之诉”，或者“因给付的请求返还之诉”（*ob causam datorum*）]；还规定了“卑鄙或不正当原因引起的请求返还之

[1] 因此，承审员也可以为宣誓设定一个上限，使宣誓人在此限额内发誓：vd. Ulp. 36 ad ed. D. 12, 3, 4, 2; Marc. 4 reg. D. 12, 3, 5, 1.

[2] 从 *Gai.*, 4, 4 中已经可以看出这一点。由于窃贼无法移转所盗之物的所有权，而这又恰恰正是“请求返还之诉”的程式所要求的，所以，盖尤斯解释说，允许提起“要求返还被窃物之诉”（*condictio ex causa furtiva*），是为了通过使窃贼受到多种诉讼的追求，以使他得到更大的惩罚[“出于对盗窃的憎恨”（*odio furum*）]。