



罗马法民法大全翻译系列

CORPUS IURIS CIVILIS

DIGESTA

学说汇纂

(第六卷)

原物返还之诉

陈 汉 译 [意] 纪蔚民 校



中国政法大学出版社



学说汇纂

(第六卷)

ISBN 978-7-5620-3573-2



9 787562 035732 >

定价：14.00元

罗马法民法大全翻译系列

CORPUS IURIS CIVILIS

DIGESTA

学说汇纂

(第六卷)

原物返还之诉

陈 汉 译
[意] 纪蔚民 校

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

学说汇纂.第6卷,原物返还之诉/陈汉译. —北京:中国政法大学出版社,2009.10

ISBN 978-7-5620-3573-2

I.学... II.陈... III.罗马法 - 文集 IV.D904.1-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第174469号

- 书 名 学说汇纂.第6卷
出版人 李传敢
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 邮政编码100088
zf5620@263.net
http://www.cuplpress.com(网络实名:中国政法大学出版社)
(010)58908325(发行部) 58908285(总编室) 58908334(邮购部)
- 承 印 固安华明印刷厂
规 格 880×1230 32开本 4.875印张 70千字
版 本 2009年11月第1版 2009年11月第1次印刷
书 号 ISBN 978-7-5620-3573-2/D·3533
定 价 14.00元

- 声 明 1. 版权所有,侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题,由本社发行部负责退换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

序

《学说汇纂》第六卷是关于原物返还之诉的论述。该诉讼是保护所有权的主要程序性手段，其目的在于排除实际占有所有物的第三人对所有权造成的严重侵犯，以维护权利主体与权利客体间的人与物的关系。

此卷主要涉及下述问题：^{〔1〕}

1. 原物返还之诉（D. 6, 1）。

（1）可以构成返还客体的物：原物返还之诉中物的种类：简单物，复合物，集合物；动产，不动产；可以成为私人财产的物（D. 6, 1, 1 ~ D. 6, 5, 3; D. 6, 1, 23, 1; D. 6, 1, 43; D. 6, 1,

〔1〕 我们注意到，任何一节的原始文献诸片段并没有统一地、系统地出现，而是由优士丁尼时期的法学家所组成的一个委员会对古典法时期的作品进行删选后排列〔对于此项工作，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；《罗马法研究扬弃优士丁尼〈学说汇纂〉以继续发展和解释罗马法体系》，曾健龙译，载徐国栋编：《罗马法与现代民法》（第6卷），厦门大学出版社2008年版〕，因此，对于所有主题的索引并不能完全系统化地进行罗列。

56); 某些特殊情况下, 应返还之物的范围 (D. 6, 1, 5, 4 ~ D. 6, 1, 8); 物的组成部分 (D. 6, 1, 35, 3; D. 6, 1, 73; D. 6, 1, 76)。

(2) 原告: 取得或未丧失物的所有权的人 (D. 6, 1, 23; D. 6, 1, 39 ~ 41; D. 6, 1, 50; D. 6, 1, 59; D. 6, 1, 61; D. 6, 1, 66 ~ 67; D. 6, 1, 72; D. 6, 1, 77)。〔1〕

(3) 被告: 事实支配某物之人, 包括受令状保护的物的占有人, 以及在一些情况下单纯地持有某物之人 (D. 6, 1, 9; D. 6, 1, 27, 1; D. 6, 1, 36pr.; D. 6, 1, 55); 未占有某物却以占有人身份应诉之人 (D. 6, 1, 25 ~ D. 6, 1, 27pr.); 以欺诈方式停止对某物的占有之人 (D. 6, 1, 27, 3; D. 6, 1, 36pr.; D. 6, 1, 52); 在对物之诉中, 被告可以放弃抗辩, 从而避免应诉 (D. 6, 1, 80)。

(4) 物的返还: 返还地点 (D. 6, 1, 10 ~ D. 6, 1, 12)。返还标的, 特别是: (i) 孳息: 仍然存

〔1〕 考虑到此诉的“实在性”, 因此提起此诉的要求都是满足合理这样要件的。

在或已被消耗；已被收取或依诚信原则应被收取 (D. 6, 1, 17, 1; D. 6, 1, 31 ~ 35, 1; D. 6, 1, 62; D. 6, 1, 64; D. 6, 1, 78 ~ 79); (ii) 其它收益 (D. 6, 1, 17, 1; D. 6, 1, 20; D. 6, 1, 42); (iii) 费用 (D. 6, 1, 27, 5 ~ 30; D. 6, 1, 37 ~ 38; D. 6, 1, 48; D. 6, 1, 53; D. 6, 1, 65pr.); (iv) 对因物的使用而在将来可能导致的责任提供担保 (D. 6, 1, 18 ~ 19; D. 6, 1, 69); (v) 物的损害及其它形式的价值贬损 (D. 6, 1, 13 ~ 14; D. 6, 1, 17, 1; D. 6, 1, 27, 2; D. 6, 1, 57 ~ 58)。物的毁坏、被盗及其它无法返还原物的原因 (D. 6, 1, 15, 1 ~ D. 6, 1, 17; D. 6, 1, 21 ~ 22; D. 6, 1, 36, 1; D. 6, 1, 57 ~ 58; D. 6, 1, 63)。

(5) 不返还所有物的情况下应支付的罚金 (D. 6, 1, 35, 2; D. 6, 1, 46 ~ 47; D. 6, 1, 68; D. 6, 1, 71)。

(6) 特定形式的执行 (D. 6, 1, 68)。

2. 普布里其之诉 (又称“善意占有之诉”), 即对所谓的裁判官法上的所有权的保护 (D. 6, 2)。

(1) 由裁判官创设的诉讼形式 (D. 6, 2, 1pr.)。

(2) 与原物返还之诉的相似性 (D. 6, 2, 7, 6~7, 10)。

(3) 该诉讼所针对的物 (D. 6, 2, 9, 5; D. 6, 2, 11, 2~9; D. 6, 2, 12, 2~7; D. 6, 2, 13, 1)。

(4) 原告: 尚未时效取得物的所有权的占有人 (取得时效尚未届满 D. 6, 2, 1, 1); 该物被交付给了原告, 而后原告对之丧失了占有 (D. 6, 2, 9; D. 6, 2, 12, 1; D. 6, 2, 15); 交付以转移所有权的正当理由 (D. 6, 2, 1, 2~D. 6, 2, 7, 5; D. 6, 2, 12pr.; D. 6, 2, 13pr.; D. 6, 2, 14); 善意 (D. 6, 2, 7, 11~17)。

(5) 占有人与所有权人间的关系 (D. 6, 2, 16~17)。

3. 税赋田之诉 (D. 6, 3)。

尽管《学说汇纂》第六卷不是正面直接阐述所有权制度的具体内容, 而是从权利保护的视角提出所有权人可资救济的诉讼程序, 但是它触及并凸显了该制度的

内核。

当然，为了从程序性保护的角度较为全面地把握所有权制度，需要结合阅读“对所有权的轻微侵犯”的相关篇章来理解本卷。在“对所有权的轻微侵犯”的案件中，需要考察的是被告是否享有对某物的使用、收益或实现担保的权利；与之相应，原告提起的是其它形式的对物之诉（旨在否定对方当事人享有上述权利）。这些内容在用益物权和担保物权部分有详尽的阐释（显著的例子是：D. 7, 6 关于否定他人享有用益权的论述，D. 8, 5 关于否定他人享有地役权的论述，以及 J. 4, 6, 2 所作的简洁概括）。

此外，还要将本卷与占有保护的相关内容联系起来理解。其一，虽然占有及对占有的保护是在《学说汇纂》的其它编中论述的（D. 41, 2；D. 43），但因占有具备补充性功能，故在该编中明文强调，在不冲突的情况下，物的所有权人亦可求助占有之救济（D. 6, 1, 24 特别指出可援引 D. 43, 16, 17, 31 之规定）。其二，在许多场合，权利人还可以利用占有保护制度，排除他人对所有权的轻微侵犯，弥补上面提到的排除妨害之诉的功能缺失（主要参见 D. 43）。

为全面把握所有权特别是土地所有权制度，还需要指出，在涉及相邻关系时，制度设计并非只单单考虑所有权人的利益。这方面的典型例子有：新施工告领（D. 39, 1），要求邻人为可能坍塌的建筑提供担保（D. 39, 2），请求邻人改变滴水流向（D. 39, 3），防止暴力或隐瞒令状（D. 43, 24）。

针对某物实施侵权行为引起的诉讼和上面提到的对物之诉之间存在结构上的差异。因为前者并非在所有权的权属或用益物权的特定内容和形式上存有争议，而是被告是否客观上使某物脱离了权利人或阻碍了权利人对该物的使用或收益。所以，侵权行为不是使原告拥有请求返还原物或排除妨碍之权利，而是构成以支付一定罚金为内容的债的渊源。此罚金的全部或部分被认为是对原告所受损失的赔偿。这里说的不法原因造成的损害，既包括第九卷规定的典型形式的损害，也包括其它特殊损害形式，像 D. 11, 1, 3 所规定的当教唆他人奴隶所造成的损害。尽管返还所有物的对物之诉和产生于不法行为的赔偿之诉这两个诉讼之间存在概念上的本质差别，但基于诉讼经济的考虑，在这些不法行为案件中，原告可以一并提起这两个诉讼。

除了上述排除他人对所有权的侵犯的程序性保护外,《学说汇纂》还向我们展示了所有权的各种取得方式。这些内容集中于第四十一卷第一章以及第三~十章。我们可以看到,只有在极个别的情况下,满足了苛刻的法律要件,一方取得所有权,一方丧失所有权,所有权的保护和所有权的取得才是两个相互对立的制度(优士丁尼《法学阶梯》J. 2, 1, 11至J. 2, 1, 48也论述了所有权的各种取得方式)。

在物的确认方面,有时可能还需要对物进行展示(D. 6, 1, 4; 23, 5, 6e; D. 10, 4);当还涉及他人之物时,可能还需要先划清物的边界(D. 10, 1)。

物还可以由数个人共有。共有及共有物的分割在《学说汇纂》第十卷的第二章和第三章有所论述。

这一阡陌交错的制度体系好似搭建了一个权利的舞台,作为主角的权利人时而取得所有物,时而对抗不同强度的侵犯,维护他对所有物的支配关系。但是,精彩纷呈的表演从不偏离权利取得与变更的永恒主题。我们可以看到,所有权的制度内容是如此的错综复杂而严谨缜密。

“所有权”是一个富有延展性、开放性,同时又不失

协调性的法学概念，是对众多复杂法律规则的精确提炼。在这个概念的统领下，《学说汇纂》不同篇章的相关片段组成了一个有机的体系，它们的零散分布不再成为被援引和使用的障碍。^{〔1〕}

应特别指出的是，《学说汇纂》中所有权的这一体系特征，使得在不同的历史时期对这些片段有不同的解读。这些解读不断丰富和发展着片段的内涵。比如，对所有权的剥夺和限制，在十九世纪和个人主义罗马法学时期，法学家们一直都持非常谨慎的态度。可以说，如何全面理解“任何人不得滥用其物，乃公共利益之所在”（D. 1, 6, 2; J. 1, 8, 2）这一法律原则，还没有最终的答案。

原物返还之诉发端于早期罗马法中的对物的法律誓金之诉。盖尤斯的《法学阶梯》中有关于对物的法律誓金之诉的论述（Gai. 4, 13ss.）。在当时，失去占有的原告向法官主张自己的所有权，被告反对原告的这一主张，声明该物属他所有（Gai. 4, 16）；原告和被告二人均须

〔1〕 关于物权的若干原始文献已经由范怀俊翻译成中文，并以《民法大全选译》为名出版。该选译经过扩充，由费安玲教授重译和补译后于2009年在北京出版。

就自己对该物享有所有权提供证据。从公元前3世纪开始，该诉讼开始向裁判官法上的程式诉讼演变。

最终，形式烦琐的法律诉讼被简洁灵活的程式诉讼取代。根据一种比较权威的推测，裁判官为法官提供的书面训示大致是这样：“提丘为法官。如果证实某物依据罗马城邦的法律应属奥罗·阿杰留所有，且未被按照判决返还给他，你，作为法官，应判处努梅留·内基多向奥罗·阿杰留支付与争议标的价值相当的钱款。若非事实，则开释被告。”〔1〕

可以看到，原先双方当事人均须就各自的权利主张提供证据的诉讼模式被超越了：现在，只有原告要就某物归其所有提出主张，并对此提供相应的证据。考虑到这样的话举证责任完全由原告承担，对那些丧失占有的原告，法律为他们提供了另外一种可能：可以通过保护占有的程序，起诉那些剥夺他们的占有的人，重新获得对物的占有，而无需证明自己是所有权人。在原告通过这种方法恢复对物的占有后，如果被告提起原物返还之诉，则此被告应就他对该物享有所有权提供证据。此外，

〔1〕 参见 O. Lenel, *Das Edictum Perpetuum*, Leipzig, 1927, Aalen 1974 年重新印刷，第 185 页。

他还需要先证明应返还之物的范围，必要时还要就返还之物进行公示。

被告应为物的占有人。对根据罗马法律合法占有某物之人——如保管人、借用人、承租人等——可否成为该诉讼的被告，曾存争议。后来比较成熟的标准是：适格的被告应是可以合法返还该物的占有人。法学家们还曾争论被告是否必须在诉讼开始和/或宣告判决之时占有争议之物。此外，如果被告并未真正占有争议之物，而只是为了让他人能通过时效取得该物而应诉，以致原告可能最终丧失所有权，被告将为这种以欺诈方式参加诉讼的行为承担与占有人同样的责任。还有，在原告将要起诉或诉讼进行当中，故意停止对物的占有的人像占有人一样承担责任。

如果法官认为原告提供的证据足以证明争议之物属原告所有，在判处被告支付钱款之前，他会先要求被告返还该物，并裁断应返还之物的范围。值得注意的是，正是在法官就应返还之物的范围进行裁断的过程中，关于物的存在形式、物的添附、物的孳息或其它收益、财产价值的增加或贬损，以及所遭受的损害、返还不能及其原因等具体制度才得以逐步完善。此外，被告是善意

占有人还是恶意占有人，影响着返还的范围。但是，在诉讼开始后被告应知晓他可能要返还争议之物，所以从那时起即使是善意占有人也承担与恶意占有人相同的法律后果。

如果被告适当地返还了应返还之物，则获得开释。否则，法官将依据争议标的的价值判处被告支付钱款。这笔钱款的支付使得被告取得了对争议物的所有权，如同原被告双方从事了买卖活动。在罗马法中，只是极其例外的情况下，才对争议物强制执行。

普布里其之诉由裁判官创设。一个这种诉讼的程式的例子是：“提丘为法官。奥罗·阿杰留占有他出于善意购买的某物已有一年（或两年），且该物的交付是基于正当理由；若根据罗马城邦的法律他可能对之享有所有权，而被告未按照判决返还给他，你，作为法官，应判处努梅留·内基多向奥罗·阿杰留支付与争议标的价值相当的钱款。若非事实，则开释被告。”^[1] 普布里其之诉和原物返还之诉非常相似。但所有权的权属证明问题上，普

[1] 参见 O. Lenel, *Das Edictum Perpetuum*, Leipzig, 1927, Aalen 1974 年新印刷, 第 171 页。这里就不再讨论文中引文和片段 D. 6, 2, 1pr.; 3, 7, 11 中的引文之间的差别了。

布里其之诉中采用了拟制原告已经通过时效取得所有权的方法。即是说，如果具备时效取得的其它法律要件，拟制尚未完成的时效期间已经届满。

多亏了这一法律上的拟制，尚未时效取得所有权的占有人，可以像真正时效取得所有权的人那样，恢复对争议物的占有。他不但可以使用保护占有的各种手段——在某些情况下，它们被优先考虑使用——而且，可以像真正的所有权人那样，对抗任何占有争议物的第三人。

普布里其之诉适用于下面两种特殊的情况：转让人没有所有权（即所谓的从非所有权人处取得），以及转让形式有瑕疵。但是，在第一种情况下，如果原告失去了占有，而新的占有人却是所有权人，普布里其之诉也无回天之力；因为真正的所有权人可以提出所有权抗辩（此时原告只能基于转让的法律关系，向转让人为一定请求）。相反，在第二种情况下，如果交付人在让渡所有权时明知转让形式具有瑕疵，原告可以提出欺诈抗辩。

保护税赋田上权利的对物之诉的程式内容可能大致是这样的：“提丘为法官。如果证实奥罗·阿杰留以维诺

萨自治市市民的身份对某块土地享有永佃权，且被告未依照判决将之返还给他，你，作为法官，应判处努梅留·内基多向奥罗·阿杰留支付与争议标的价值相当的钱款。若非事实，则开释被告。”^[1] 税赋田之诉所做的制度改革不可谓不大。永佃权人获得了大于占有的保护，他可以在债权关系的基础上提起对抗任何人的对物之诉。

第六卷的着眼点是原物返回之诉。它被置于有关所有权诉讼的核心。以它为模式，设计出了其它的对物之诉。这样便构建成了一个物权的权利群。相应地，保护这些物权的诉讼也因其明显的同质性被归为一类（主要参见 Gai. 4, 1ss. 和 J. 4, 6, 1）。

原物返还之诉体现了原告与某物之间法律上的直接关系：“属于（某人所有）…根据城邦的法律”；根据该诉讼的程式内容，被告被处罚金的前提是拒不返还争议物。该编第一章的最后一个片段（D. 6, 1, 80）明确体现了此类诉讼的这一特征。片段 D. 50, 17, 156 以更为优雅和简洁的语言表达道：“不得强迫任何人违背其意志在对物之诉中为己辩护。”前文提到的可以合法返还争

[1] 参见 O. Lenel, *Das Edictum Perpetuum*, Leipzig, 1927, Aalen 1974 年重新印刷，第 186 页及后。