

中世纪法学的扩用所有权学说

董 能

内容提要:扩用所有权是中世纪法学家在评注罗马法文本的过程中构建的一种独特的物权学说。罗马法所有权制度无法适应中世纪独特的经济和土地制度,因此法学家们尝试利用《国法大全》原文构建扩用所有权学说。在封建法和其他许多专门的土地制度中,物的形式所有权和它的使用权相分离,二者分别构成独立的所有权。诸多在罗马法中不属于所有权范畴的物权状态都被划归扩用所有权之列,形成十分庞大的二元所有权体系。然而,嗣后的人文主义法学家认为这一学说背离了罗马法的本意,尝试建立新的、更为严谨的物权体系来取代这一中世纪遗产。在近现代,这一理论因为不符所有权绝对、统一、排他的原则而逐渐衰落,并为现代民法典所废除。然而,这一理论在当代法的某些领域,其现实价值仍值得关注。

关键词:扩用所有权 所有权体系 罗马法 中世纪法学

董能,意大利佛罗伦萨大学博士研究生。

扩用所有权(*dominium utile*)学说的提出及盛行,在欧洲中世纪市民法的发展历程中占极为重要的地位。它在表面上似乎完全推导自罗马法文本:在中世纪法学家们的观念中,诉讼(*actio*)和权利(*ius*)彼此间存在紧密的关系——既然在诉讼法中,为了保障所有主对物的权利,存在着直接的(*actio directa*)和扩用的(*actio utilis*)对物请求返还之诉之别,那么相应地在物权法领域也存在派生自这两种诉的直接所有权(*dominium directum*)和扩用所有权之别,前者根据市民法或万民法成为物的所有主,后者根据万民法成为物的所有主。^[1] 如果要问哪些人被法学家们界定为扩用所有主,那么可以开列一份很长的名

[1] 参见 Rogerii Summa Codicis, liber III, De rei vindicatione, in Bibliotheca Juridica Medii Aevi. Scripta anecdota Glossatorum, Bononiae 1913, I:“直接之诉授予根据万民法或者自然法是所有主的人,根据万民法的有发现、先占、添附;根据市民法的有时取得;如果只是根据自然法是所有主,而他人是市民法的或万民法的所有主,那么拥有扩用之诉……扩用之诉授予自然法的所有主,直接之诉授予万民法的所有主。扩用之诉授予不是所有主、但拥有 *ius in rem* 的人,诸如地上权人、永佃权人、承租贡赋地的人、士兵、未适婚人,这些人花费金钱已经购买了物,被称作扩用之诉是因为源自法律的解释,而不是源于言辞;被称为直接之诉是因为源于判决、源于法律的字面。”

单,其中包括永佃权人、地上权人、账簿受让人、封臣、用益权人〔2〕长期承租人〔3〕等。换言之,凡是能够与土地、具体的物建立长期、稳定的经济关系的人,不管这种关系是源自罗马法制度(例如地上权、永佃权),还是源自中世纪前期以来逐渐产生的习惯(例如账簿受让、请地、封建契约等),都享有扩用所有权,均被称为扩用所有主。该学说在古典共同法盛期成为法学家的一致意见,尤其在意大利和德国。直至1812年《奥地利普通民法典》(Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, ABGB)仍以专文规定两种所有权人的法律地位。〔4〕

然而,这一理论在16世纪的人文主义法学家那里遭到了极为严厉的质疑和抨击,当时欧洲最知名、最权威的法学家们纷纷投入这场论战。这种新与旧、人文主义法学与中世纪法学之间的对立、剧烈冲突但又不乏微妙联系和传承的关系,就使得扩用所有权理论成为展现两种截然不同的法学方法和视野的差异和交锋的舞台。

一 罗马法所有权概念

在优士丁尼编纂的《国法大全》中,并未出现明确的所有权定义,然而这并不妨碍现代学者从中提炼一些基本的罗马法所有权的原则。传统认为罗马法模式的所有权,可以被定义为“统一的”、“抽象的”和“绝对的”。〔5〕统一,意谓只存在一种、而非多种的所有权类型;抽象,系指所有权被理解为诸般权能的概括、而非其总和,诸如使用财产的权能、获取收益的权能、支配物的权能、转让物的权能等。因此,所有权具有独特的概念和规范的自主性,其形式与其具体内容相脱离。抽象的所有权侧重的是作为主体的所有权人以及其各种权利,而非作为客体的财产;绝对,系指某物专门地属于某人,任何他人都不得享有高于所有权人的、针对该物的权利。罗马法禁止多人同时成为同一物的所有权人。〔6〕依法对物享有一定权利的非所有权人,诸如用益权人、佃户、地上权人等,并不拥有全部或部分的所有权,而只被当作他物权人看待。所有权和他物权的对立,构成古典罗马法物权体系的基本面貌。

在早期罗马法中,所有权仅被理解为一种简单的、基本的物和人之间的归属关系。在誓金之诉的程式和要式买卖程式中,一般都是以“我声称这件物是我的”(hanc rem meam

〔2〕 然而,在中世纪共同法成熟时期,普遍认为用益权人与扩用所有权人之间存在着泾渭分明的差异。这一认识在人文主义法学时期,也得到了法学家们的一再确认和阐述。参看:Paolo Grossi,《Dominia》e《Servitutes》(Invenzioni sistematiche del diritto comune in tema di servitù), in Quaderno Fiorentino, 18 (1989), pp. 331-394.

〔3〕 关于长期承租(locatio ad longum tempus)契约在中世纪的变迁,参见 P. Grossi, Locatio ad longum tempus: locazione e rapporti reali di godimento nella problematica del diritto commune, Morano, 1963, Napoli.

〔4〕 1812 ABGB § 354; § 357.

〔5〕 Laura Solidoro Maruotti, La tradizione romanistica nel diritto europeo, II, Giappichelli, 2003, Torino, p. 232.

〔6〕 D. 13, 6, 5, 15:“不得存在分属两人的所有权或占有”(et ait duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse); Inst. Gai, 2, 40:“要么被认为是所有主、要么不被认为是所有主。罗马人民也曾经使用过这种方法:任何人要么被认为是根据奎里蒂法的所有主,要么不被认为是所有主。”(nam aut dominus quisque est aut dominus non intellegitur. quo iure etiam populus Romanus olim utebatur: aut enim ex iure Quiritium unusquisque dominus erat aut non intellegebatur dominus.)

esse aio)之类的词句开头。^[7] 在共和国后期诞生了专门用来指代奎里蒂法所有权的术语 *dominium ex iure Quiritium*。在更晚的时期又出现了 *proprietas* (所有权)、*propriarius* (所有权人)等术语。这些词汇,直至优士丁尼时代,反映的都是罗马法学家对所有权概念的基本认识:作为主体的所有主对作为客体的物的充分的、排他的用益和处分。

在意大利学者保罗·格罗西的研究中,所有权并不仅仅构成罗马财产法律制度的支柱,而且还是罗马国家本身社会-政治制度的核心。所有权除了具有经济上的重大价值,同时也体现重大的伦理、政治意义。它反映的是“家父”(pater)在家庭内部和社会贸易中的自由和特权,对家父所有权的任何外来制约都应被限制到最小程度。^[8] 这种十分广泛强大的权力一直受到罗马国家的重视和保护,仅在古典法后期以及晚期古典法中才陆续承认地上权、永佃权等他物权,但同时加以一定限制。在市民法中,根据“地表从属于土地”(superficies solo cedit)原则,地上权人并不被视为所承租的地表的所有权人。为了保护其利益,裁判官陆续授予其“地上权令状”(interdictum de superficiebus)、^[9]对物之诉。后者属于须经“调查案件事实”(causa cognita)的裁判官之诉,由裁判官评价具体情势后决定是否授予。然而,获得这种诉权的地上权人尽管在实质上成为地上建筑的所有权人,但在形式上并非如此。真正的所有权人依法仍然是土地的所有主。因此这是一种有限的、以收益为其主要内容的他物权。永佃权出现于后期古典法,其轮廓迟至东罗马皇帝芝诺(476-484年)时期才被厘清。芝诺宣布这种权利不是买卖也不是租赁,而是“第三种类型”。^[10] 在优士丁尼法中这是一种在他人之物上的用益物权,承租人须缴纳年租,且常常伴有改良土地的义务。^[11] 在某些敕令中永佃权人甚至被称为“所有主”。但这些敕令在年代上很晚,已经不足以反映古典罗马法的精神。

二 中世纪背景下的扩用所有权

同罗马法所有权相比,扩用所有权显得相当不伦不类。它由一个原本用于程序法领域的形容词同所有权(*dominium*)结合而产生,直接兴起于中世纪法学家的论著,而非如罗马法所有权那样经历了漫长的历史变迁。它代表的是对罗马法所有权的制约、分裂乃至否认。人们或许会发问:这一新颖的、然则离经叛道的理论,为何会诞生于中世纪法学?法学家们为何宁愿隐晦地、曲折地从罗马法文本中寻章摘句来支撑整个理论构建,而非直截了当地宣布,在罗马法所有权之外,尚存在一种中世纪独有的所有权?

这两个问题确实触及了扩用所有权理论的本质,并深刻地反映现代人和中世纪欧洲人之间所有权概念的鸿沟。要回答第一个问题,首先应从中世纪特有的政治、社会、经济面貌中寻找答案。罗马帝国解体后,所有权制度失去了国家层面的承认和保障,“日耳曼

[7] Matteo Marrone, *Istituzioni di diritto romano*, Palumbo, 1994, p. 303.

[8] Paolo Grossi, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale*, Cedam, 1968, Padova, p. 25.

[9] D. 43, 18, 1, 2.

[10] C. 4, 66, 1.

[11] C. 4, 66, 2, 3, 4.

所有权”观念渗透，^[12]各地的地方习惯得以在充分自由、不受政治权力调整、压制的情况下自行发展。自从12世纪法学复兴以来，法学家面对的是中世纪前期延续下来的混乱、芜杂的物的归属状况：除了极为复杂、棘手的封建土地转让当中封主和封臣之间、封臣和后手受让封臣之间的关系、以及封臣的物权的法律资格问题，还出现了大量形式千差万别、主要由习惯法调整的土地契约和转让形式，以致于很难归纳出统一于某一名称下的各种契约所具有的共同特征，因此也难以将罗马法中的术语、概念机械地套用到种种彼此歧异的物权状况上。形式上的所有权人在出让物之后，只满足于收取租金及其他根据契约所有主所应享有的劳役、服务，而受让人实际上耕作、管理、支配土地，并收取土地上所有的收益。

中世纪后期，封建关系支配着社会生活的方方面面。法国学者梅尼亚尔(Meynial)认为，所谓分割所有权理论，无非是披着罗马法理论外衣的古代日耳曼所有权观念的复活，在中世纪后期封建社会逐渐成熟、封臣获得越来越大的权力、乃至和封君分庭抗礼的背景下，获得了学理上的独立和技术的构建。“为了使这一尝试在我们关心的课题中产生结果，仍需要一部分古老的日耳曼土地观，用来作为新的构建的基础，且继受全部的一般性理论，只有这样人们才能在古老的罗马法形式中找到一些大厦的素材。这一双重起源、这一完善分割所有权并使之持久的两大法族的协力，是清晰的。”^[13]这一趋势，在罗马帝国晚期法中就已现端倪，因为《学说汇纂》已经提到，永久承租土地的永佃权人“被视为土地所有主”，^[14]因此可以解放奴隶，即使这样做显然会导致所有权的减少；长期承租地表的地上权人逐步被授予令状、事实抗辩(exceptio in factum)乃至扩用的对物之诉(actio in rem utilis)。^[15]而随着封建社会的成形、巩固，通过对12世纪米兰法官奥伯特·德·奥尔托(Oberto de Orto)撰写的《采邑书》的注释，法学家们逐渐地开始用“扩用所有权”来描述封臣在被分封的土地上的权利，

应注意，罗马-蛮族时期，西欧蜕变为纯粹的农业社会，人们最为关心的是土地实际的使用、收益的状况，而不再是其形式上的权利归属。在罗马法中，物始终是被人的意志所支配的客体，但在中世纪法中却获得了强大的力量，物的经济内容取得了如此崇高的地位，以致于它本身就可以形成一种得到法律承认的所有权：这种所有权并不隶属于原始的、形式上的出让人的权利，而是通过受让人长期的收益活动，被赋予独立的地位。例如，

[12] 所谓“日耳曼土地概念”即物的使用权与物的所有权之间的混同。如果同一件物可以被多人以不同的方式使用(uti)、收益(frui)，那么所有这些人对物都拥有同等性质的权利，甚至可以说，“日耳曼法中所有权和用益权没有实质区别”。参见Meynial, Edouard, Notes sur la formation de la théorie du domaine divisé (domaine directe et domaine utile) du XIIe au XIVe siècle dans les romanistes. Etude de dogmatique juridique, in Mélanges Fitting, Montpellier, 1908, vol. II. Aalen-Frankfurt/Main (rist.) 1969, p. 412。

[13] Meynial, Notes sur la formation de la théorie du domaine divisé (domaine directe et domaine utile) du XIIe au XIVe siècle dans les romanistes. Etude de dogmatique juridique, in Mélanges Fitting, Montpellier, 1908, vol. II. Aalen-Frankfurt/Main (rist.) 1969, p. 417.

[14] C. 11, 62, 12, 1.

[15] Meynial, Notes sur la formation de la théorie du domaine divisé (domaine directe et domaine utile) du XIIe au XIVe siècle dans les romanistes. Etude de dogmatique juridique, in Mélanges Fitting, Montpellier, 1908, vol. II. Aalen-Frankfurt/Main (rist.) 1969, p. 417.

在古典罗马法中只存在一种物的租赁契约,承租人仅获得针对出租人的债权,对于被租赁物并不享有物权。^[16]但除了这种租赁契约,中世纪还发展出一种长期租赁契约,当土地承租人经过若干年的长期耕作后,人们认为通过长期的劳动,承租人和土地之间已经形成了某种密不可分的关系、必须承认他对于土地拥有某种比简单的租赁更强、更为紧密的权利。^[17]

这一贯穿整个罗马-蛮族时代的农业契约物权化现象,在法律层面上的后果便是“造成所有权和农业契约之间严格分界越来越显著地消失,造成种种物权状态错综复杂局面的加剧。全部的物权状态重压在物的形式所有权之上,几乎要夺走形式所有权的生命力,就仿佛附着在树干上的寄生植物:其宏观结果便是寄生植物反客为主,主干则丧失活力和价值,退居其次”。^[18]地籍册上正式登记的形式所有权陷入无数庞杂歧异的物权状态的包围之中,在诸如长期租赁和永佃这样的契约中,形式所有主收取的年租和土地的经济价值完全脱节,仅具有承认直接所有权的功能;这就完全违背了罗马法租赁的本质;相应地,实际管理土地的承租人/永佃权人具有越来越显著的物权性质的权利。例如向其他人出租土地、为土地设立役权、以自己的名义提出新施工警告等。在这一格局下,罗马法中绝不容所有权、占有、持有之别变得模糊不清。这一所有权体系不断解体、种种物权状态和所有权分庭抗礼的进程,从罗马帝国晚期开始,随后在日耳曼法的冲击下达到其高潮。如果说作为一种成熟的、完整的“日耳曼法所有权”缺乏历史依据的话,某种粗糙的、持久的日耳曼所有权观念的影响却是不容否认的。12世纪法学复兴以来,人们重新挖掘罗马法文本,采用新的技术工具解释法律,但统治着法学家头脑的却依然是这种中世纪独有的所有权心理。因此,他们才会不断追问所有权是单数的(*dominium*)还是复数的(*dominia*)、有几种所有权以及何谓广义的所有权等等问题。扩用所有权的提出,与其说是技术上的选择,不如说是一种“深刻的心理意识”。^[19]

传统的罗马法所有权概念无法解释如此纷乱的土地占有状况。在中世纪这一深受习惯而非立法文本或法学学说支配的社会中,经过数世纪演变而形成、确立的土地习惯具有巨大的影响。在中世纪法学作品中,出于实务和理论构建的便利,存在将大量芜杂、难以归类的土地转让形式简化为少数名称统一的契约类型的倾向。前述罗马法已有记载的地上权、永佃权,连同请地、封建契约、长期租赁和书契受让被巴尔多一并归为转让扩用所有权、但保留直接所有权的契约形式。^[20]对法学家而言,扩用所有权这一构建因此成为相当便利的工具,得以避开现状同罗马法教义之间的抵触,且充分顺应中世纪现实。这一认

[16] D. 19, 2, 39: “租赁通常不改变所有权”(non solet locatio dominium mutare)。

[17] Giovanni Garsia, *Tractatus de expensis et meliorationibus*, cap. XIII, n. 1: “分歧源自被广为接受的、古人们的划分,直至今日。这种划分区分长期充足和短期承租,在前者中应获得更有力的权利”(Controversia autem descendit ab illa antiquorum divisione receptissima ad haec usque nostra tempora, quae separavit conductorem ad longum tempus ab eo qui ad breve tempus conduxit, ut in illo fortius ius reperiatur)。

[18] P. Grossi, *Problematica strutturale dei contratti agrari nella esperienza giuridica dell' alto medioevo italiano*, in *Settimane di studio sull' alto medioevo*. Spoleto: Centro studi sull' alto medioevo, 1965, p. 495.

[19] P. Grossi, *La proprietà e le proprietà nell' officina dello storico*, in *Il dominio e le cose*, op. cit., pp. 637-643.

[20] Baldi Ubaldi perusini. . . In *quartum et quintum Codicis libros*, Venetiis, 1577, in *titulum de iure emphyteutico*, n. 1 ss.

识应成为回答上述第二个问题的前提,即中世纪法学为何依附于罗马法文本、曲折地构建这一所有权理论,而非直接宣布存在两种所有权——一种罗马法所有权、另一种被中世纪人所认识的所有权?

这是由中世纪法学的最基本的特征决定的。法学家们的所有学术活动均围绕优士丁尼《国法大全》展开,法学无异于解释学,也就是对《国法大全》的文本进行注释、归纳、分类的过程。法学家们相信这部里程碑式的作品囊括了法学的一切方面,应像圣经一样被耐心注释、研读并适用于解决社会中实际的 legal 问题。这部著作事实上成为中世纪法学家们唯一的理论资源。在这种典型中世纪思想的引导下,法学家并不认为这部数百年前编纂的文献直接应用于 13、14 世纪的西欧有何不妥。他们完全尊重《国法大全》的字面,然而却是以中世纪的方式加以理解、注释。整个中世纪法学的根基建立在《国法大全》绝对权威之上,因此,抛开经典文献的明文、宣布罗马法所有权并不能代表中世纪现实,是中世纪法学家所难以想象的,哪怕两种所有权概念、两种法律文明之间存在尖锐的、难以调和的冲突。

在构造扩用所有权的过程中,法学家们其实正是面临着这样一种两难处境。为了调和文本和现实的对立,法学家们不得不从经典文本的缝隙之间寻找任何可以概括中世纪法律现实的术语,采用“解释”这一极为灵活的体裁,^[21]最大程度地利用罗马法的词句,达到构造罗马法中所没有的概念范畴的目的。换言之,“解释”的真正意图是架空文本的原意,改变、生造、乃至歪曲罗马法的本意,使之服务于中世纪现实。这样,形式上经典文献的权威性得到维护,而实质上反映中世纪面貌的新法学也得以充分发展。在所有权领域,法学家的做法正是如此。在维护形式的所有权的尊严的同时,在其之外构造一种次要的、低级的、但却具有独立理论地位的所有权,使得两者统一于更广义的所有权范畴下。这样,原先唯一的、绝对的罗马法所有权被贬为所有权概念下位的一个“种”,尽管仍维持着相对于扩用所有权的优越地位。

三 截至《大注释》扩用所有权概念的演变

注释法学家们的切入点是诉权。他们认为,诉权和实体权利正如一块硬币的两面,彼此对应、不可分离。罗马法中的“扩用之诉”(actio utilis)是一种事实之诉(actio in factum),被认为是“由裁判官的活动和法学家引进的诉讼,通过修正既存的诉,来涵盖最初的程式并未涉及的法律状况和交易”。^[22]裁判官通过仿效法律明文规定的诉讼,发明新的诉来解决现实中存在、但法律并未明确规定的案例。注释法学家们对此有很多论述,一般而言,

[21] 关于中世纪法学解释的特征和功能,参见 P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Laterza, 1995, Roma, pp. 162 - 175。

[22] Adolf Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, The American Philosophical Society, Philadelphia, 1953, p. 347, v. Actio utilis.

他们认为“直接之诉”(actio directa)源于法律的字面;扩用之诉源于法的理由、精神或判决。^[23] 要揭橥法的理由与精神,则必然求助于法学家的解释。经过解释,法律的字面可以延伸至文本本身并未规定的各种案例。如果直接的请求返还之诉(reivindicatio)被授予真正的所有人,扩用的请求返还之诉被授予并非的真正所有主,但“扩用地”(utiliter)获得诉权的人,那么就可以得出结论,真正所有主享有直接所有权,而扩用所有主享有扩用所有权。这种从诉权到物权的跃迁,在注释法学家们看来是完全可以接受的。^[24]

在荷兰学者芬斯特拉(Robert Feenstra)的研究中,他发现法学家们并非一蹴而就地使用“扩用所有权”一词。题为《注释法学家中扩用所有权的起源(附法国法学家的观点)》^[25]的文章中,他罗列了自梅尼亚尔的成果问世以来,截止当时欧洲各国学者对该课题的阐述。^[26]之后,芬斯特拉对梅尼亚尔的核心论点提出了严厉的质疑。他认为所谓两大法族的对立,与其说是历史的真实,不如说是 19 世纪德国日耳曼法学派的创造,尤其以祁克为代表。在历史上,并不存在这种和罗马法对立、完全体现在使用、收益之中、乃至一物有多少种使用的方式、就有多少所有主的“日耳曼法所有权”,因此,完全不能说注释法学家笔下的分割所有权理论的源头就是这一十分可疑的“日耳曼法所有权”;另外这一认识似乎也贬低了注释法学家们作品的创造力以及他们对于罗马法文本的关注。实际上在阿库修斯之前,法学家们在描述这一概念时,并未形成统一的术语。有时候永佃权人被称为“准所有主”(quasi dominus),^[27]有时候永佃权人、地上权人、佃户等又被模糊不清地称为“某种程度的所有主”(quomodo domini),^[28]有时则使用更为近似的 utiliter dominus 一词。无论如何,在比较了截至阿库修斯《大注释》的大量文本后,芬斯特拉认为是法学家皮利尤斯(Pilius de Medicira)在注释封建法的过程中第一次明确提出了 dominium utile。但这个结果是开放性的。意大利学者科特斯(Ennio Cortese)在其著作中也采纳了这一观点。^[29]芬斯特拉二十多年后就同一主题所作的另一篇论文,对此也并没有大的修正。^[30]

[23] 罗杰里奥:“当就法律的本意产生疑问时,有时人们会问,是否法律字面上虽寥寥数语,但本意不限于此,通过司法的解释,应当扩张至衡平理由得以适用的情形”;阿佐(Azzone,活动时期 1190-ante 1233):“存在直接之诉,出于法律明示的意愿被授予……如此被称为直接之诉,是因为法律的字面指向法律意欲给予诉的人:这样,在这种应给予的诉中,法律的字面和判决并存:确实,哪里缺乏字面,但法律的意志或判决默认地要求给予诉的,则授予扩用之诉。”

[24] ad l. Agri civitatum, ff. Si ager vectigalis (D.6, 3, 1), glo. In rem:“此处并未说他拥有所有权,但足以这么说。”

[25] Robert Feenstra, Les origines du dominium utile chez les glossateurs (avec un appendice concernant l'opinion des Ultramontani), ora in Fata iuris romani. Etudes d'histoire du droit, Leyde, 1974, pp. 215 - 259.

[26] Robert Feenstra, Les origines du dominium utile chez les glossateurs (avec un appendice concernant l'opinion des Ultramontani), ora in Fata iuris romani. Etudes d'histoire du droit, Leyde, 1974, pp. 215 - 219.

[27] Robert Feenstra, Les origines du dominium utile chez les glossateurs (avec un appendice concernant l'opinion des Ultramontani), ora in Fata iuris romani. Etudes d'histoire du droit, Leyde, 1974, p. 231, n. 88.

[28] De verbis quibusdam legalibus-Excerpta Codicis Vaticani Reg. 435, cur. F. Patetta, in Bibliotheca juridica medii aevi-Scripta Anecdota Glossatorum, vol. II, Bononiae, 1892, n. 38:“问,地上权人、永佃权人、佃户是不是因为用益而成为用益权人,我们回答否,因为他们用益的是他人之物,但以某种方式被认为是所有主。如果确实他们丧失了占有,他们可以提起对物之诉,这种诉本不适用,除非以某种方式被认为是所有主的人。”

[29] Ennio Cortese, Il diritto nella storia medievale, I, L'alto Medioevo, Cigno, 1995, Roma, pp. 167 - 173.

[30] Robert Feenstra, Dominium utile est chimera: nouvelles réflexions sur le concept de propriété dans le droit savant (à propos d'un ouvrage récent), Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis, vol. 66 (1998), p. 381.

芬斯特拉注意到的这种语词上的混乱现象,生动地反映了早期注释法学家们从罗马法中寻找技术性语言,用来概括盛行于中世纪前期的一系列特殊物权状态的不断尝试。这些独特的物权状态,尽管多多少少都可以追溯到晚期罗马法,但它们主要仍是罗马-蛮族时代的自然主义的产物。如果说“准所有主”和“某种程度的所有主”在概念上仍十分暧昧不清的话,那么“扩用所有权”一词的提出就具有了不同的意味。它不再像前两种词汇那样,用一种近似的、约略的视角来观察这一制度,而是有意识地 and 扩用之诉嫁接,从而具有高度的技术性。

格罗西(Paolo Grossi)的研究则强调伊尔内留斯的弟子、注释法学家布尔加留在描述不动产长期时效取得时使用的“所有权的效力”(effectus domini)一词,认为这一偏重经济内容反映了扩用所有权的雏形及实质。^[31] 注释法学家们语词上的模糊不清,暴露出他们对于严格意义上的所有权的冷漠。他们并不急于采用某个更为精确的技术词汇来概括形式所有权以外的种种占有的权利状态,而仅仅满足于近似地、约略地描述之。这是因为扩用所有权本身就是一个边界相当模糊、内容相当丰富的概念,对于法学家们来说,一方面,如何精确地下定义是一个棘手的难题;另一方面,他们也没有太大的兴趣去这么做。语词的选择和概念的确立在注释法学家那里是一个渐进的过程,早期的法学家们援引、调和各段优士丁尼罗马法文本来塑造适应中世纪物权状况的概念。以封建法为例,其鼻祖、米兰人奥伯特·德·奥尔托(Oberto dall'Orto, 1100 ca. - 1175)在12世纪中叶撰写《采邑书》时,尚未充分认识到扩用所有权在概念上的独立性,因此只是参考罗马法已有的概念,泛泛地称之为某种可以继承的永久用益权,^[32]但后来的法学家追求用更为技术性的术语来赋予这种所有权以固定的形态,并廓清它与用益权之间明确的界限,因此他们再也无法忍受“用益权”这一粗疏的描述。^[33]

概念上的统一进程并非线性的。除了扩用所有权一词,“准所有权”也常常被注释法学家们使用。13世纪初的阿佐认为,“扩用的(请求返还之诉)出于准所有权的理由被授

[31] P. Grossi, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale*, Cedam, 1968, Padova, pp. 190 - 191: “人们提出一项意义重大的、表面上令人惊奇的等式:‘扩用所有权或所有权的效力’(“dominium utile sive effectus domini”);意即,扩用所有权就是所有权的效力,不多不少,人们致力于提示,‘扩用的’(utilis)就是‘有效力的’(efficax)的同义词……所有权的效力是各种程序工具的集合,甚而所有权的效力就是‘土地的利益’(utilitas fundi)本身。”

[32] “某种出于别人的善意而被授予的恩赏,被分封的不动产的所有权保留在出让人处,而该物的用益转让给受让人,并永久地属于其男性或女性后代,如果他们对于封地的权利被名正言顺地宣告,作为回报,封臣及其继承人应忠诚地服务所有主,或者尽其本分地履行明确指定的义务,或者商定的不确定的义务。”奥伯特这段著名的封地定义,在之后的几个世纪中被法学家们反复讨论、修正。原文:est beneficium illud, quod ex benevolentia alicuius ita datur, ut proprietate quidem rei immobilis beneficiatae penes dantem remanente ususfructus illius rei ita ad accipientem transeat, ut ad eum heredesque suos masculos sive feminas, si de his nominatim dictum sit, in perpetuum pertineat, ob hoc, ut ille et sui heredes fideliter domino serviant, sive servitium illud nominatim, quale esse debeat, sit expressum sive indeterminate sit promissum. *Libri feudorum*, II, 23.

[33] 生活在萨伏依王朝治下的法学家克劳德·塞西尔(Claude de Seyssel, 1458 - 1520)一阵见血地指出了共同法初期的语词和共同法成熟时期的学说之间的齟齬:“显然,这是粗鄙的描述,而非优雅的定义。”(“patet quod ista fuit rustica descriptio, non elegans definitio”, cfr. Claude de Seyssel, *Speculum feudorum*, Basileae, 1566, pp. 68 - 69.)

予永佃权人、地上权人、长期租赁的赋税地承租人”；^[34]此外，这个词也用来指出于诚信从非所有主处取得物、但还没有完成时效取得、因此尚未获得市民法所有权的人，也就是被授予普布利西安之诉（*Actio publiciana*）的权利人。因此，“准所有权人”的范畴相当广阔。它和扩用所有权人之间存在交集（永佃权人、地上权人、长期承租人），而又可以指代普布利西安之诉权利人这样一类还不是市民法所有权人、但被裁判官法拟制地承认的权利人。不管是准所有权人还是扩用所有权人，都具有一个共同的特征：他们的权利相对于真正的所有权人，是欠缺的、不完整的，并非恰如其分的所有权，但由于法学家们的解释，被宽容地接纳进所有权人之列。但是，准所有权和扩用所有权之间的部分重合并非未曾遭到质疑。后来巴尔托鲁斯清楚无误地实现了二者间的分离。

四 中世纪共同法所有权体系的完善

（一）阿库修斯《大注释》的观点

阿库修斯《大注释》显示，截至 13 世纪中叶的西方法学已经普遍接受了两种范畴的所有权的存在，即属于出让人、形式所有人的直接所有权以及属于受让人、实质所有人的扩用所有权。尽管法国奥尔良学派相信只存在唯一的所有权，但这并不影响扩用所有权成为通说。事实上，这一概念的提出和确立，很好地解决了中世纪社会独特的封建物权关系、土地转让关系和罗马法原理之间的龃龉，这也反映了中世纪法学对社会现实保持高度敏感、充分利用“解释”方法，灵活注解罗马法文本、使之能够适应社会现实的特征。出让人的直接所有权在形式上得到高度的尊重和强调，例如，封臣获得、使用、收益封地的时候，须向封君提供军事援助或为其服役；永佃权人负有改良土地的义务、须定期缴纳租金、在将扩用所有权转让给第三人时，须提前通知出让人；后者拥有先买权，即使不行使该权利，也有权从第三人支付的价金中抽取若干比例；相应地，受让人享有长期使用收益土地并将之传给后代继承的权利，在程序层面上，享有“扩用的对物之诉”（*actio utilis in rem*），不但可以对抗不正当侵夺物的第三人，甚至也可以对抗直接所有主本人。

然而，《大注释》中仍存在许多不明确的地方，阿库修斯也意识到这一构建存在牵强之处，同时《大注释》没有对所有权下明确的定义，也没有清楚地界定直接所有权和扩用所有权之间的关系。

（二）巴尔托鲁斯的观点

评注法学家的集大成者、中世纪法学最杰出的人物巴尔托鲁斯首次专门地、明确地给出了所有权的定义。在评注《学说汇纂》第 41 卷第 2 题《论占有的取得与丧失》（*De adquirenda vel amittenda possessione*）时抛出了著名的所有权定义，不仅如此，他还探讨了所有权的分类、直接所有权与扩用所有权的关系以及扩用所有权的再分类等问题：“我

[34] Azzone, *Summa, Venetiis*, 1610, in III. librum Codicis, rubr. 32, De rei vindicatione, n. 3: “datur autem utilis (rei vindicatio) ratione quasi dominii ut emphiteotae, superficiario, conductori vectigalium dummodo non ad modicum tepus conduxerit.”

问:何谓所有权?它可以被极为广义地认为是所有无体权利,例如债权的所有权,例如用益权,参看上一条 § . nihil commune. (D. 41, 2, 12, 1) 的注释……此处我不采用这种理解。《论占有的取得与丧失》这一题以及《法学阶梯》认为所有权在无体物中,首先提出物的分类,之后提及役权、用益权、使用权和居住权,它提出,所有权有的在有体物中、而有的则无体物中。那么什么是所有权?你回答,就是完全地支配有体物的权利,除非法律禁止。”^[35]

在这段论述中,巴尔托鲁斯流露出将所有的有体和无体权利都纳入“所有权”的意图,不但具体的、有实体的、可以为人所触摸的物可以成为所有权的客体,而且抽象的权利,诸如债权和用益权也可以被称为所有权。当某物上的所有权绝对、排他、不容其他所有权并存的时候,很容易让人认为,所有权即等于该有体物本身;但是巴尔托鲁斯彻底粉碎了这一观念,将所有权的观念扩大至无体物,这样,有体物的所有主固然可以被称为物的所有主,而债权人、抵押权人、用益权人等等也可以被称为各自权利的所有主,种种模糊不清的物权状态都有可能被赋予所有权的名称和实质。如此庞大的无所不包的“所有权”体系,显然已经走得太远。因此巴尔托鲁斯很快将他的定义局限在有体物的范围内:“完全地支配有体物的权利,除非法律禁止”(ius de re corporali perfecte disponendi, nisi lex prohibeatur)。这条定义最令人感兴趣的是“完全地支配有体物的权利”这几个词,因为它看似完全符合罗马法精神,看似是一种从主观出发的权利,其着眼点是人利用、支配物的权能以及根据自己的意愿使用物的权力。副词“完全地”(perfecte)和动词“支配”(disponendi)的组合,表面上看有力地证实这一点。^[36]

这条定义反映了巴尔托鲁斯为代表的中世纪法学家对所有权的理解:它是一种广泛的、充分的、体现在主体对物的随心所欲的支配之中的权力,只有法律的明确禁止才是它的边界。但是,这并不是这位法学家论述的全部。这条著名定义反映的只是法学家根据罗马法文本、人为构建的一种理想的所有权状态,并不符合中世纪法的历史真实。因此,他紧接他补充道:“我问,所有权有几种?据昨天在此间授课的那位德国法学家传述,某位奥尔良法学家声称,所有权只有一种。但所有权有两种,法律 l. possessores 可证。该法律说,永佃权人是所有主,然而,另一人也是所有主,也就是出让人,参看法律 C. de iure emphyteutico (C. 4, 66) 第一条和第二条。如果存在两个所有主、两种不同的所有权,是因为两者所拥有的不是同一种所有权。正如上文评注法律 l. si ut certo. § . si duobus vehicu-

[35] Quaero quod sit dominium, et potest appellari largissime pro omni iure incorporali, ut habeo dominium obligationis, ut puta ususfructus. Et vide gl. in § . nihil commune. supra. e. et de hoc videtur tex. in l. 4. supra. de usufr. l. si. magnae gl. et isto modo non assumo hic, sed prout dominium cadit in rebus incorporalibus et hoc modo loquitur tit. de acquirenda rerum dominio et Inst. Primo ponit de rerum divisione, postea ponit de ser. et usufr. et de usu et habitatione, ut ostendat, quod aliud sit dominium in reb. corporalib. quod in incorporalib. Quid ergo est dominium? Responde, est ius de re corporali perfecte disponendi, nisi lex prohibeatur. Bartolo da Sassoferrato, In primam ff. Novi partem, Venetiis 1585, ad l. Si quis vi § Differentia, ff. de acquirenda possessione, n. 4.

[36] 关于巴尔托鲁斯这条著名定义以及中世纪所有权定义的历程,参见 Piccinelli, Ferdinando, Studi e ricerche intorno alla definizione “Dominium est ius utendi et abutendi re sua quatenus iuris ratio patitur”, Firenze, 1886, rist. con una nota di lettura di L. Capogrossi Colognesi, Jovene, Napoli, 1980; Nicolini, Ugo, La proprietà, il principe e l’ espropriazione per pubblica utilità. Studi sulla dottrina giuridica intermedia, Giuffrè, 1952, Milano, rist. pp. 29 - 57.

lum. (D. 13, 6, 5, 15)所说的”。^[37]

这段评注中,巴尔托鲁斯巧妙地层层递进,一步一步抛出双重所有权的理论。首先他转述某位奥尔良法学家的观点,即所有权是单一的、不可分割的,但旋即加以否定。巴尔托鲁斯引用这位“奥尔良法学家”的观点并非随意,事实上,奥尔良学派长久以来一直坚持罗马法文本的字面,强调所有权的唯一性和不可分割性,尽管这种强调或许并不那么绝对。巴尔托鲁斯提出的证据是 l. possessores (C. 11, 62, 12) 这条法律。实际上,这条收录在优士丁尼《法典》中、由皇帝狄奥多西和瓦伦斯颁布于 434 年的论永佃土地的敕令,在时间上相当晚,属于所谓的“通俗罗马法”,它反映的是罗马帝国末期融合了希腊法之后,同古典法相比差异很大的法律面貌。巴尔托鲁斯在此充分利用了优士丁尼在编纂敕令时不统一、不协调的特征,并借助中世纪人们视《国法大全》无所不包、绝对权威的观念,以这条法律作为扩用所有权理论的强有力证明。Paolo Grossi 甚至认为,“这是一项软弱的孤证,体例上单薄,内容上欠缺说服力,但足以构成一个连接纽带,可以说几乎是以一根细丝支撑整座大厦的分量”。^[38]

两种所有权的区分并不仅限于此。巴尔托鲁斯在扩用所有权内部发现了进一步的区分:“我问,扩用所有权是单一的、还是复数的?我回答,复数的。一种和真正的所有权对立、抵触,这种扩用所有权通过长期时效被取得……另一种承认真正的直接所有权,这种权利被授予永佃权人、地上权人和类似的人”。^[39] 这段文本内涵丰富,因为它阐明所有权的范畴,整理并汇总先前的学说,成为此后“意大利习惯”(mos Italicus)的通说。在巴尔托鲁斯的论述中,不但所有权(dominium)本身是复数的,而且所有权下位的扩用所有权也是复数的:以真正的所有权、也就是直接所有权为参照对象,它又可以分为两类:一类与直接所有权对立,也就是通过长期时效取得而取得的所有权,它在早期注释法学家布尔加留那里被称为“所有权的效果”(effectus domini),称之为与直接所有权对立,是因为当拥有正当原因和原权利的占有人完成时效后,便成为奎里蒂法所有主,原来的所有主被迫丧失自己的权利;另一类承认直接所有权并依附于它,也就是中世纪前期所形成的各种土地转让关系。巴尔托鲁斯在此列举了其中最具有代表性的永佃权和地上权,并以“以及类似的人”(et similibus)来涵盖所有这一类的扩用所有权人。

我们可以发现,长期时效取得所获得的权利的性质、以及土地转让关系中长期受让人的地位,恰恰是从法学复兴之初起就一直为法学家所争论的最重大的课题,这两个课题,尽管彼此差异巨大,但都牵涉到一个关键的问题:它们究竟是否属于罗马法文本中的所有权?是否应该将它们接纳进根据经典文本的本来意义,只有真正的所有主才享有的权力范畴之中?巴尔托鲁斯给出的答案是肯定的——永佃权人、地上权人、以及类似的封臣等权利人,都被吸收进“扩用所有权”的大网,并进而被认为是所有主,尽管他们拥有的并非在形式上更强、更为优越的直接所有权,但是他们毕竟被接纳进所有权的范畴,或者反过来说,为了保护诸如永佃权人、封臣这样的权利人,所有权被大大扩张,以致扩大到各种在

[37] Bartolo da Sassoferrato, loc. ult. cit., n. 5.

[38] Grossi, Le situazioni reali, op. cit., p. 207.

[39] Bartolo da Sassoferrato, loc. ult. cit., n. 6.

今天看来仅拥有他物权的人身上。这样,所有权和其他次级物权之间的屏障被打破,所有权的封闭性被完全稀释。因此,巴尔托鲁斯的所有权定义必须结合他的所有权分类才能得到符合历史的、完整的理解:“完全地支配有体物的权利”,与人对物的主观的利用和支配无关,相反暴露了中世纪统一的所有权观念分裂、解体的历史真相。“完全地”(perfecte)这个关键字眼,强调的恰恰是权力的自主性,而非绝对性。^[40]

(三)巴尔多的观点

沿着巴尔托鲁斯开辟的道路,他最杰出的弟子巴尔多(Baldo degli Ubaldi, 1327 - 1400)进一步阐述道:“但是有的人说扩用所有权是怪物,他们声称扩用所有权不是别的,正是和高级所有权分离的用益权,和永久的、可以转让的用益权并无区别。但是这些人不知所云,因为高级所有权是更为优越的所有权,它的发明源于万民法;扩用所有权实际上是低级的所有权,从属于直接所有权,例如封地和永佃地;或者与之对立,例如长期时效取得的所有权,因为长期时效取得源于实在法,而所有权源于万民法,同样地通过长期时效或最长时效取得的不是直接所有权,而是在其中产生了某种所有权的质素,称扩用所有权”。^[41]

将扩用所有权比作“怪物”并非巴尔多首创,事实上这个比喻是教会法学家霍斯腾斯(Hostiensis, 1200 - 1271)提出的,^[42]而霍斯腾斯说这是他的老师 Jacobus Balduini 的观点^[43](Feenstra 暗示此人和奥尔良学派之间可能存在师承渊源,^[44]因此和巴尔托鲁斯攻击奥尔良学派所有权单一论一样,巴尔多此处批判“怪物”论也并非无的放矢)。但巴尔多无情驳斥了这种观点。扩用所有权不是用益权,即使两者在内容上完全相似,也就是说,两者都体现于对物的使用和收益,但在实质上,彼此仍存在不可逾越的鸿沟。扩用所有权属于所有权,是依附于物的权利,触及物的实质;而用益权则否,它依附于人,外在于所有权,因此是脆弱的、不稳定的,且终将复归所有权。巴尔多随后重复了他的老师划分的两种扩用所有权的分类。值得注意的是,在分析通过长期时效取得所获得的权利的性质时,巴尔多认为该权利即“某种所有权的质素”(quaedam qualitas domini),显然,这种“质素”应被理解为具有纯粹经济特征的使用和收益,其本身就足以形成次级的、但地位无疑的所有权。

巴尔多的另一段文本,充分显露他对所有权的理解。这段文本是对优士丁尼《法典》有关所有权^[45]的法律的评注:“所有权是多重的,即我们可以从其他持有人那里请求返还

[40] P. Grossi, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale*, Cedam, 1968, Padova, pp. 155 - 156.

[41] Baldo, *In feudorum usus commentaria*, Augustae Taurinorum, 1578, Proem., n. 24;关于这段文本所涉及的万民法所有权的概念,参看 U. Nicolini, *La proprietà, il principe e l'espropriazione per pubblica utilità*, op. cit., pp. 3 - 28.

[42] Andrea d'Isernia, *In usus feudorum commentaria*, Neapolis, 1571, De capit. Corradi, n. 10.

[43] 安德烈·达·伊塞尔尼亚(Andra d'Isernia, 1230 - 1316)在转述霍斯腾斯观点时,错误地称后者的老师是教会法学家、教皇英诺森四世。

[44] Robert Feenstra, *Dominium utile est chimaera: Nouvelles réflexions sur le concept de propriété dans le droit savant (à propos d'un ouvrage récent)*, in *Tijdschrift Voor Rechtsgeschiedenis*, LXVI, 1998, p. 398.

[45] C. 5, 12, 30:“在可动的或不可动的或可以自行运动的嫁资财产中,如果查实,则不管有没有经过估价,妻在离婚后所主张的财产拥有所有请求返还的特权,先前的夫的债权人,不得以更为有力的原因、就嫁资物向妻主张实现抵押,因为这些财产一开始就是妻的,妻自然地保留其所有权。确实只是出于法律的创制,嫁资才看似并入夫的财产,因此事物的真相被掩盖了或者被混杂了。”

物的请求返还的所有权；支配权，即我们根据自己的意志，支配并转让的权利；充分的占有；以及此处所说的收益的所有权，因为夫和妻都无分别地使用物，于是妻的所有权并没有被吸收，而是通过收益和所有权的利益而残留了部分”。^[46]

这段文本探讨的是一条颇为棘手的法律：一方面，妻子出于自然的理由，是嫁资原始的、天然的所有主；另一方面，夫在婚姻存续期间，出于法律的创制而成为嫁资的所有主。这样，在中世纪法学家的观念中，出于自然法和市民法的双重理由，在同一份嫁资上，同时产生了夫和妻两名所有主。应如何解明夫妻二人各自所有权的性质？巴尔多设计的方案无疑是天才的：他把统一的所有权分解为不同的内容，不是整体地、全面地，而是部分地、局部地看待所有权。所有权是“多重的”，不仅在于其范畴、而且也在于其内容：请求返还、支配、占有、乃至纯粹经济性的收益都可以构成所有权，并因此而被承认对于物具有所有权性质的权利。所有权不是别的，正是这些部分的、片面的权能拼凑形成的整体。“妻的所有权并没有被吸收，而是通过收益和所有权的利益而残留了部分”，通过使用和收益这一纯粹的经济活动，妻仍得以保存一部分的所有权，这一部分游离于严格的法律规定之外，仅仅因其事实使用的性质而自动地被法学家纳入“所有权”的框架中。在论据中，巴尔多特意强调了所有权的“收益”(fruitionem)和“利益”(utilitatem)，显然，他关注的焦点在于对物实际的使用并从中获得收益的状态，而非形式上的所有权的名义，而“利益”一词的形容词形式，恰恰被中世纪的人们用来命名扩用所有权一词。如果说扩用之诉中的“利益”一词仍带有较强的技术含义的话，那么此处的“利益”反映的是纯粹的经济含义，只要某种占有状态能带来长期的、稳定的经济效益，那么它就完全可以被承认为一种独立的所有权。

五 16 世纪人文主义者的批判与再认识

对于欧洲法学而言，16 世纪是一个转折的世纪，被称为“十字路口”。^[47] 这一时期的人文主义法学家们毫不犹豫地对中世纪法学以及学说提出猛烈的抨击，巴尔托鲁斯及巴尔托鲁斯主义者的学说及写作风格被斥为鄙陋、粗野，整个中世纪法学被认为一无是处，应彻底加以摒弃。

法学家让·弗(Jean Feu, 1477 - 1549)一阵见血地指出中世纪法学的一处重大漏洞：“(巴尔托鲁斯)不凭法律、毫无理由、也没有任何法律基础。我努力查找他所引用的、最新的法律，但是在《学说汇纂》中我没有找到任何区分所有权的法律，也没有任何条文提及扩用所有权，由于不存在任何提及这点的法律，我并不怎么关心他的观点，因为法律家

[46] Quadruplex est dominium, scilicet vendicationis quo possumus rem vindicare ab alio detinente...; dispositionis, idest de quo possumus disponere et alienare pro libito voluntatis...; plenae possessionis;... Et dominium fruitionis de quo hic loquitur, quia dote promiscue utuntur vir et uxor, unde dominium mulieris non est absorptum sed remanent reliquiae eius propter fruitionem et utilitatem domini. Baldo, In quartum et quintum Codicis libros commentaria, Venetiis 1577, ad. l. In rebus, C. de jure dotium (C. 5, 12, 30), n. 5.

[47] P. Grossi, La categoria del dominio utile e gli homines novi del quadvivio cinquecentesco, in Il dominio e le cose, op. cit., pp. 209 - 242.

们的观点应按照所引述的法律被理解”。^[48] 另一位人文主义者马克·安托万·缪雷(Marc Antoine Muret, 1526 - 1585)则更为激进地直斥这一理论为“梦呓”(somnia)、遮蔽(obscurando)和污染(contaminando)。^[49]

16世纪法国最伟大的法学家之一雅克·居亚斯(Jacques Cujas, 1552 - 1590)同样激烈反对扩用所有权。在其名作《论封建法》(De feudis libri quinque)中,他斩钉截铁地说:“封臣根据永久的或临时的权利,只享有封建土地的用益权,所有权属于根据封地权出让土地的所有主:我们引用奥伯特在卷三的说法,称用益权,注释家们称之为扩用所有权,因此,封臣们对于被分封的物,享有的不是直接的而是扩用的请求返还之诉……然而,理性并不能引导出扩用所有权,更正确的是皇帝康拉德的判决……并不存在什么扩用所有权”。^[50]

但是,即使颠覆了这一人造概念,法学家们仍不得不面临新的难题。应如何描述永佃权人、地上权人、封臣等权利人的状态?法学家们给出了丰富的答案。法国人弗朗索瓦·杜阿朗(François Douaren, 1509 - 1559)提出:“阿库修斯主义者一般将所有权区分为直接和扩用:这两个词是他们发明的,但在古典法学家那里没有任何地方提及。但是我们如此理解:它是他们借助词语的创新,想要表达、传授的术语,应知有的权利有时候接近所有权,例如永佃权,这种权利被授予扩用的对物之诉,正如直接的对物之诉赋予真正的所有主……我认为,如果正当地理解所有权的话,那么高级所有权就是所有权,因为古典法学家们常常不加区分地使用这些术语”。^[51]

杜阿朗承认阿库修斯主义者们发明的扩用所有权学说在权威文本中从未被提及,但他的态度相较让·弗更为宽容。为了描述诸如永佃权这样的权利,他提出“近所有权”(dominio proximum)的概念,与之结合的是扩用的请求返还之诉。在温和地否认了直接-扩用所有权的分野之后,杜阿朗引进了高级所有权-近所有权的新分类,试图在罗马法字面和当时的社会现实之间实现平衡。

杜阿朗的学生、人文主义法学体系流派的代表人物雨果·多诺(Hugues Doneau, 1527 - 1591)承袭老师的观点,同样提出“近所有权”。多诺的创举在于,将永佃权、地上权、抵押和质押权等都列入“所有权的减少”的范畴之中,这样,他从真正的所有权人的权利是否完整的角度出发来看待永佃权、地上权、封地权等权力,后者不是被理解为与形式所有权对立的、脱离的次级所有权,而是被视为前者的减少。多诺并不是从历史的角度、而是从严格的逻辑构建角度批判扩用所有权这一概念。他写道:

“当永佃权被设立、且被正确地请求之后,下一步,我们应认识被设立的权利的条件:也就是说,被转让给永佃权人的是什么权利,而所有主丧失了什么权利。永佃权体现于利

[48] Repetitio in l. Contractus, ff. de regulis iuris, in Repetitionum seu commentariorum in varia iuriconsultorum responsa volumen sextum, Lugduni 1553, n. 138.

[49] Marc Antoine Muret, Epistolarum [volumina duo], in M. Antoinii Mureti……Oratines, epistolae et praefationes, T. II, Roboreti, 1727, vol. II, epist. LII).

[50] Jacques Cujas, De feudis libri quinque, liber primus, col. 1065, in Jacobi Cujacii Opera, t. II, Venetiis, 1758.

[51] Francisci Duarenni Iureconsulti, Disputationum anniversariarum liber primus, cap. XVII, De dominio quod directum, et utile, vulgo dicitur, p. 263, in Omnia quae quidem hactenus edita fuerunt opera, t. II, Lugduni, 1578.

益和义务。利益即永佃权人所接受的,以及在永佃土地上所拥有的。义务即对应地应支付给所有主的东西。永佃权人接受多少,所有主就按照所有权法丧失多少。然而,他应向所有主提供多少,所有主就抛弃多少,除了他所拥有的对抗其他占有人的权利。永佃权人所接受的,是接近所有主的权利。确实,他支付应该支付的租金有多长时间,那么他的永佃权就能保持多长时间的完整,他就能像所有主那样,几乎遍及所有权的各个部分,根据所有主的权利,使用凡是在土地上的每个部分,正如他可以在赋税地上所设立的,正如一切所有主可以在他自己的物上所行使的权利。我们认为,如果出于设立赋税的原因、一切应予保障的救济和所有的东西都属于他的话,那么显然就是源自所有权的各个部分。确实永佃权人拥有一切东西:拥有物的权利、应受保障的保持完整的权利、使用收益的权利,正如可以随心所欲地使用的唯一权利一样;之后还有转让的权利,这些是我们上文说过的所有权的所有部分”。^[52]

多诺所谓的“近所有权”内容十分广泛,包括拥有物、收益物、在物上设立役权等,甚至可以转让,只要遵守相应的法律规定。权利的来源是承租人所支付的租金,因此在表面上永佃权人获得类似所有主的权利。这一论述和中世纪法学家们的认识并无不同。但是多诺的结论则截然不同。他观察的视角的出发点是真正的所有主,也就是说,多诺的近所有权,被理解为出让人权利的减少,因此它包含在真正所有权人的权利之中,并不构成独立的形态。多诺有意识地避免滑入扩用所有权的概念,相反,他断然予以否认:“……应当承认,他(永佃权人)的权利是近所有权,是某种土地的准所有权。我认为注释者们在称之为扩用所有权的时候,所指的正是该权利。这种所有权因为扩用之诉而得名。这个词很不恰当,而且也不为法的权威所知。”^[53]

十分明显,多诺完全不接受扩用所有权这一中世纪传统。他所采取的策略是站在真正所有主的立场、重新构建一整套物权体系。^[54]他希望不但从语词上、也从概念上抛弃旧有的概念。然而,我们注意到,即使多诺竭力尝试用新的术语来取代中世纪遗产,但他笔下的永佃权人和巴尔托鲁斯的论述似乎并无不同:其权力的来源在于租金,并建立在对形式所有主的更为优越的地位的承认基础之上。换言之,多诺使用的语词虽然不同,但所描述的物权关系仍和中世纪并无二致。

同时代另一位大师、德国人乌尔里希·扎西乌斯(Ulrich Zasius, 1461 - 1535)采取的是另一条路径。扎西乌斯被论者形容为“一个转折时期的人物,处于动荡、纷乱的十字路口的一道分水岭”,^[55]他选择的策略,在表面上割断了同中世纪理论的联系,但实际上仍旧与之保持着相当暧昧、耐人寻味的关系。面对居亚斯、杜阿朗、多诺等人处理过的同样的现实问题,他提出“所有权的等级”:“我们就占有说过的,也通行于所有权,因为多人

[52] Hugonis Donelli... Commentariorum iuris civilis Libri vigintiocto, Hanoviae, 1612, lib. IX, cap. XIV. Ius emphyteuticum constitutum quale; seu quid ad emphyteutam transferat, quid domino adimat, p. 465.

[53] Hugonis Donelli... Commentarii de iure civili, op. cit., lib. IX, cap. XIV, n. XXX.

[54] 多诺在论述永佃权和地上权时,不断重申它们是在他人土地上(in praedio alieno)设立的、和所支付的租金对应的、减损他人权利的权利。

[55] P. Grossi, 'Gradus in dominio' (Zasius e la teorica del dominio diviso), in Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, 14 (1985), p. 373.

不能整体地成为一件物的所有主。同一件物上同时、同性质地整体存在两个所有主是违背自然的,因为物是我的,不是你的……但是如果在所有权中存在等级,如果某种所有权比另一种更普遍,那么这条原理就不适用。因为伯爵就是他整个领地上的所有主,在伯爵领地内没有任何个人拥有他的物的所有权。皇帝是世界的所有主……然而,世上存在许多特殊的所有权。在永佃权人、封臣中也是如此,他们拥有扩用的所有权,即 *das minder eygenthumb*,而永佃权人或封臣的主人享有直接所有权。”^[56]

“一物二主”在罗马法文本中被严格禁止,这是所有中世纪学者的共识。然而形式所有主和实际所有主分离的扩用所有权学说,看似与之背道而驰。事实上,这也是中世纪法学家们一直尝试提供合理解释的地方。扎西乌斯创造了新颖的“所有权的等级”概念。他所引用的论据,具有极为鲜明的封建社会权力层层重叠、层层依附的特征。在这种体系中,始于人与人之间的效忠、依附关系,继之被固定为财产性关系,因此超越了人法,进入物法的领域。领主的封建权力高于封臣,足以涵盖后者,相应地,领主在物上的权利就等级而言,也就高于后者,并涵盖后者。两者虽然并存于一物之上,但它们在等级上有高下之别,因此足以被认为并行不悖。他的这一颇为大胆的“所有权等级”说,和当时德国境内封建采邑犬牙交错、种种权利关系纷乱难解的现状相当吻合,将各种物权状态简化为形式的、唯一的出让人的所有权和其他实际的、复数的、次级的受让人的所有权之间的等级关系。在上述扎西乌斯的拉丁文片段中,还夹杂着显然出自当时实务界的德文词汇 *das minder eygenthumb*(较小的、较次的所有权),充分证明他对现实的高度关注以及这一理论在实务界的盛行。法庭长久的习惯迫使这位法学家不得不通过“等级”来正面解决理论与现实的龃龉,由此,人文主义的革命性观念同中世纪传统和社会现状之间达成了暧昧的妥协。

六 扩用所有权理论的衰落

16世纪晚期一些人文主义法学家已经开始积极地根据理性要求重构罗马法,并尝试摆脱中世纪框架、按照罗马法的精神建立所有权体系。在强调所有权的唯一性和优越性、强调所有权诸般权能统一而非分离的新体系中,扩用所有权必然遭到排挤、压制。然而在旧制度下,封建体制方兴未艾,沿袭自中世纪的各种土地制度依然盛行,扩用所有权不仅在理论上、而且在实务中保持着巨大的价值。被誉为“法国民法典之父”的波蒂埃就很清楚地说明当时普遍存在的两种所有权的并立。^[57]

1804年颁布的《法国民法典》奠定了现代所有权的价值观,并几乎宣判了扩用所有权的死刑。其中第544条规定,“所有权是对于物的绝对的无限制的使用、收益及处分的权

[56] In primam Digestorum sive Pandectarum partem Paratitla, ad l. Possideri. §. Ex contrario, n. 5, in Udalrici Zasii Operum omnium. . . tomus primus, Lugduni, 1550.

[57] Pothier, Traité du droit de domaine de propriété, in Pothier, Oeuvres. . . contenant les traités du droit français, Bruxelles, 1829, t. V, p. 210:“在封建的或租税的财产方面,人们区分两类所有权:直接所有权和扩用所有权……在财产方面,扩用所有权被称为权利的所有权。享有扩用所有权的人被称为所有权人,或扩用领主;享有直接所有权的人,被简单地称为领主。后者是其领主权利的所有权人,但他并不是财产恰如其分的所有权人,而是扩用领主。”

利,但法令所禁止使用的不在此限”,这是直接承袭自巴尔托鲁斯的定义,但却完全剔除了中世纪色彩,最大限度地尊重所有权的绝对性。法典否认所有权的形式和实质可以分属不同的人,强调所有权不可分割。^[58] 自中世纪以来分裂的所有权,重新统一到实际管理、经营财产的人身上。

数年后颁布的《奥地利普通民法典》(ABGB)在欧陆复辟的特殊历史时期,仍继续承认两种所有权的并存,其中第 357 条规定,“根据直接所有权人和扩用所有权人之间存在的不同关系,其所有权被分割的物,称封建财产、可继承租赁以及永佃权”。该世纪的第三部重要法典《1865 年意大利民法典》则重申法国民法典的所有权原则,其中第 436 条规定:“所有权是最绝对的方式收益、支配物的权利,只要其使用不被法律或法规所禁止。”排斥对所有权进行的任何分割。这样,作为中世纪残余以及旧制度象征的扩用所有权,在立法和实务层面被普遍地废除,但其余绪似乎仍波及 21 世纪。^[59]

如果说在古典罗马法和现代所有权观念中,“所有权”意味着人对于物的相当广泛的支配和处分权、人借助物实现自身意志的无限扩张的话,那么“扩用”则意味着物对于人的意志的完全压制,人必须依赖物的用途、效益才能维持自身的生存,因此不得不格外推崇物的优越性,以致于承认这些用途、效益在法律上具有所有权的资格。在中世纪法学家的头脑中,所有权并非如同近现代法学那样被理解为统一、完整、不可分割的实体,而是同其他各种次级的、片面的物权状态混杂在一起,因此也就丧失了其在理论上的独立性和高高在上的地位,相应地,种种在他人的物上行使的长期、稳固的物权状态,升格为某种尽管在等级上次要、且本身颇为脆弱,可能因为偶然的因素而丧失(诸如一定时间内不缴纳约定的租金、违反封建义务、次级封臣继续转封给第三人等)、但在范畴上却被囊括进所有权这张大网的一系列“所有权”。也就是说,单一的所有权分化、瓦解、扩充至复数的所有权,物权状态的经济内容取代法律构建,成为所有权的实质。现代民法就政治角度而言不能容忍扩用所有权所依附的封建制度,就经济角度而言不能容忍权力的解体和碎片化,这就导致了这一理论最终的没落、衰亡。

七 结 语

然而,人们也在讨论,在当代社会,是否仍应当无限推崇所有权绝对、排他、不可分割的原则?是否可以局部地、在某些法律部门重新引进扩用所有权制度?临时性地、出于特殊目的地分离物的使用权和使用权,是否有具有法律实践的价值?有学者指出,作为物权法方面曾经的“共同法”(Ius Commune),封建法一度统一欧洲。因此,重新引进封建制度下盛行的双重所有权的概念,统一欧洲各地多样的所有权形态,似乎有助于构建更为紧密

[58] Premier projet de Cambacères du Code Civil, liv. II, tit. II, §. I, art. 3, II:“直接所有权不应同扩用所有权分离。”(Le domaine direct ne peut pas être séparé du domaine utile.)

[59] 苏格兰于 2000 年制定废除封建土地制度法案,其中宣布:“土地扩用所有权应在指定日期不再作为封建财产存在,而应立即转变为所有权……”。参见 2000 asp 5. Section 2 (1). Cfr. K. G. C. Reid, Vassals no more. Feudalism and post-feudalism in Scotland, in European Review of Private Law 2003, p. 282ff.

的欧洲法；^[60]在诸如能源市场这样的领域，欧洲也正在尝试剥离能源的所有权和使用权。欧洲委员会敦促其成员国分离能源的生产供应和能源的运输转移。曾经为各成员国所独占的管道、线路等基础设施，可以为任何供应商所使用，而这显然并不导致所有权的变更。这样，基础设施的形式所有权和使用权确实发生了分离，分属不同主体，而这样做的目的则是为了建立稳定的内部市场。^[61]扩用所有权在当代法中的价值这一课题是开放性的，社会的发展也为我们提供了跳出陈见、重新审视、思考这一中世纪制度的契机。

[Abstract] *Dominium utile* is a unique theory proposed by Medieval jurists in the process of commenting on *Corpus iuris civilis*. Because the Roman *dominium* turned out to be incompatible with the Medieval economic and praedial institutions, Medieval jurists attempted to construct the theory of *dominium utile* on the basis of the texts of *Corpus iuris*. In feudal law and in other special land institutions, the formal property of a res was separated from its use, resulting in two distinct *dominia*. Consequently, diverse real situations, which were excluded from Roman *dominium*, had been incorporated into the category of *dominium utile*, forming an enormous system of *duplex dominium*. However, some humanist jurists held that such a theory had betrayed the essence of the Roman law. They tried to establish a new and more precise system to replace this Medieval legacy. Because *dominium utile* was contrary to the principle that the property should be absolute, united and exclusive, it gradually declined in modern times and was ultimately abolished by modern civil codes. Nevertheless, its practical value is still remarkable in some fields of contemporary law.

(责任编辑:姚 佳)

[60] Dirk Heirbaut, Feudal Law: the Real Ius Commune of Property in Europe, or: Should We Reintroduce Duplex Dominium?, *European Review of Private Law* (2003) 11, Issue 3, pp. 301 – 320.

[61] Directive 2003/54/EC of the European Parliament and of the Council, 26 June 2003. Cfr. Sjeff Van Erp, Security interests: A secure start for the development of European property law, in *Sicherungsrechte an Immobilien in Europa*, von Monika Hinteregger (Herausgeber), Tomislav Boric (Herausgeber), 2009, p. 32.