

土地物权规范体系的历史基础

汪 洋

内容提要:土地物权规范体系涉及时间维度和社会维度两个面向,这一过程体现了时代的政治经济背景作为宏观推力的重要影响。从法律系统内部观察,物权体系的初步框架是基于公地与私有土地构建出的“所有权—占有”二分体系;在公地多元化利用中逐渐催生出多种债权模式来排除城邦对于土地利用人的侵扰;随着永佃权、地上权、用益权与地役权等他物权规范逐渐成熟,最终成就“所有权—他物权”这一经典的物权体系,在法教义层面具有重要功用与价值。从社会系统外部观察,物权规范体系从来不单单是一种私法层面的权利架构,而是糅合着私人权利、各阶层的利益分配以及国家规制目的的混合产物。经由物权体系所构造出的多层次社会财产分配结构与社会财产秩序,起到社会结构的形成功能;国家也根据不同时期的具体规制目的,直接介入、调试和推动土地物权规范体系的变革。

关键词:物权体系 所有权 他物权 国家规制 罗马土地

汪洋,清华大学法学院讲师。

一 物权规范体系的时间维度与社会维度

法律具有时间维度与社会维度两个面向。^{〔1〕} 时间维度指过去、现在和未来的关系,强调法律是一门有历史取向和“依赖于往昔”的科学。在时间维度上,一方面,我国物权立法的基本概念和体系,从实质材料与表述来看,继受和沿袭自以罗马法为根基构建起来的大陆法传统,而罗马物法中诸多制度,皆围绕土地制度而构建,是传统民法创设一系列物权规范的源泉与归宿。另一方面,罗马土地物权规范秩序,一直都是在国家的直接介入、调试和推动下生成与演化的。国家通过安排公地这一最为重要的社会资源在不同阶

〔1〕 谢鸿飞:《历史法学的思想内核及其中国复兴》,《中国法律评论》2015年第2期,第217页。

段的归属及利用,在型塑物权规范体系过程中留下了鲜明痕迹,使得大部分他物权类型都是围绕着私人与国家之间(而非私人与私人之间)针对土地の利用而展开。这种土地权益秩序上体现出的强烈的国家法色彩,与我国现今的土地制度有似曾相识之妙。因此厘清土地物权规范体系的生成轨迹,无论在私法史与法教义层面上,还是在我国当代土地制度的背景之下,都有着重要的理论价值,这是本文的写作目的之一。

法律的社会维度强调法律系统与其他系统的关系。法律是自主的,却不是孤立而自足的,它一方面与政经领域相分离而维持系统的独立,但并非与其他社会子系统构成的环境全然无关,通过外部指涉对环境保持认知的开放,使得不同系统之间彼此依赖与支持。^[2] 或如戈登所言,“法律内史”与“法律外史”分别对应着盒子内部的法律与盒子外部的社会,“盒内乾坤”并非由盒子内部决定,而是取决于盒外的政治、经济、文化等社会情势。^[3] 土地上的物权体系,通过复杂的关于土地总产出的多层次分配规范,构成一种总体上的财产基础秩序,对整个社会基本结构起到制度保障的作用。通过对资源及其分配进行有效的管控,使得物权体系具备了社会基本结构的形成功能。^[4] 由此,国家通过对物权规范体系的架构实现政经体制的确立,并使得国家规制的目的介入其中。可以说,整个物权框架格局的生成与演化,一直充斥着国家层面政经体制的考量。^[5] 探究物权框架演进与政经体制变迁的内在关联,展示时间维度与社会维度的相互交织与影响,这是本文的另一个写作目的。

需要说明的是,在运用“物权”这一近现代私法的认识范式对古代制度进行重述和表达时,反映了一种将古代史料填充到现代法律框架之内的企图,这就绕不开“权利之预设”,因为整个物权框架是基于权利结构的,权利是它唯一的表达。^[6] 可是在罗马法中并未提炼出如同现代法中体系化的实体意义上的“主观权利”概念,^[7] 罗马法中也没有“物权”(ius reale)、“对物权”(ius in re)、“他物权”(ius in re aliena)这些概念的明确表述,^[8]

[2] 卢曼关于“法律系统论”的理论框架分析,参阅卢曼:《法社会学》,宾凯、赵春燕译,上海世纪出版集团 2013 年版;鲁曼:《社会中的法》,李君韬译,台湾国立编译馆 2009 年版。

[3] 谢鸿飞:《法律与历史:体系化法史学与法律历史社会学》,北京大学出版社 2012 年版,第 59 页。

[4] 龙卫球:《物权法定原则之辨:一种兼顾财产正义的自由论》,《比较法研究》2010 年第 6 期,第 33-34 页。

[5] 朱虎:《物权法自治性观念的变迁》,《法学研究》2013 年第 1 期,第 152 页。

[6] 权利概念具有太多文化和时代的内涵,用它来描述、说明和分析古代社会诸关系,不能不特别审慎。否则,在对古代制度进行权利表达的过程中,会构建出一种原本不存在或不完整的权利结构,势必引起失真。参阅梁治平:《清代习惯法:社会与国家》,中国政法大学出版社 1996 年版,第 51 页。

[7] Massimo Brutti, *Il diritto privato nell' antica Roma*, Torino, 2009, p. 79; Matteo Marrone, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 2006, p. 21.

[8] 作为现代物权概念前身的“对物权”(ius in re)是中世纪评注法学家的创造,“他物权”(ius in re aliena)这一术语也是中世纪人文主义法学家雨果·多诺(Hugo Doneau)在摒弃直接所有权与用益所有权区分基础上创设的,由此所有权和他物权都成为了对物权的下位概念。十七世纪以来,格老秀斯、普芬道夫、波蒂埃等自然法学家把中世纪的“对物权”——“向物权”(ius ad rem)的区分,发展为“对物权—对人权”的区分,为日后成熟的潘德克顿民法债二分体系奠定了关键性的概念区分基础。尔后经过法国民法典评论者、德国潘德克顿学派以及意大利学者的的工作,才使得物权的概念和范畴得到了精确的表述。详细分析参阅朱晓喆,《论近代私权理论建构的自然法基础》,载[意]桑德罗·斯奇巴尼、徐涤宇主编,《罗马法与共同法》第一辑,法律出版社 2012 年版,第 306 页;[意]弗兰西斯科·西特兹亚:《罗马法的物权体系》,刘家安译,载[意]桑德罗·斯奇巴尼主编:《罗马法、中国法与民法典化文选》,中国政法大学出版社 2008 年版,第 9 页。

因此,本文仅仅出于理解便捷的需要,把“权利”和“物权”作为罗马物法的分析和诠释工具,更着重于权益的某种外在呈现状态和客观形态,而非立足于“主观权利”的内涵之中。^[9]当然,历史上并不存在一个先验的物权概念,不能将物权框架仅仅视为一个逻辑上具备一贯性的固有体系,相反,它是历史的产物,这就为把散落在历史长河中的材料碎片,在理论层面上整理还原为一个具有逻辑性的物权框架提供了必要和可能性。^[10]

二 “贵族—平民”体制与“所有权—占有”框架

(一) 罗马共和国时期土地权属概况与政经格局

物权的法律设计本质上不能简单归结为主体之间的归属区划问题,还存在一个立法者在共同体成员之间进行财产分配的问题。^[11]在罗马共和国的绝大多数时期,土地基本可归为公地与私有土地两种类型,罗马人在这两种类型的土地上分别构建起所有权与占有两套物权制度。一直到共和国末期,罗马公地都是意大利最重要的土地类型。除了少量公地以“分配田”(ager divisus et adsignatus)的形式分配给平民阶层成为私有土地以外,大部分罗马公地交由私人占有使用,被称为“占据地”(ager occupatorius),是早期公地利用所采用的唯一模式。在公元前367年“李其尼法”通过之前,根据古老的习惯法规则,只有贵族阶层才能够占有公地,^[12]正是在“占据地”的基础上,逐渐发展起公地利用的多元化模式。

私有土地的缘起,关涉到城邦向私人授予的公地,以及氏族向内部成员分配的氏族集体土地。城邦分配公地的记载可以回溯到罗马第一位国王罗穆卢斯(Romulus)向全体市民按丁分配的二尤杰里“世袭地产”(heredium),^[13]罗穆卢斯的土地分配针对贵族与平民两个阶层,而其后城邦数次土地分配的对象仅仅针对平民。^[14]除了“按丁分配”形成的“分配田”之外,罗马还通过在征服的土地上建立殖民地的方式,使每个殖民者都能够获取一定数量的私有土地。^[15]罗马市民对这些分配的私有土地享有完整的所有权。

[9] 是否因为在罗马时期没有形而上意义的“权利”概念,就应当放弃用其描述和分析古代制度的尝试?其实从本己之特殊立场去观察世界,不但是不可避免的也是正当的。问题不在于是否和能否使用现代概念,而在于怎样或如何使用这些概念。霍贝尔指出,将复杂的制度明晰地分解成基本组成部分,能够避免因为使用含义宽泛乃至大而无当的术语所带来的混乱和无益的争论。例如可以将所有权视为一系列有关土地的复杂的权利综合体,它不仅由一套数量不定的在严格意义上的权利,或针对一批负有相应义务的数量不定的人的请求权组成,也由一系列数量不定且为数众多的特许权、权能和豁免权所组成。参阅梁治平:《清代习惯法:社会与国家》,中国政法大学出版社1996年版,第48-51页。

[10] 如果一个法律体系允许私人对某物拥有一定的支配或排他权利,这种法律地位可否被界定为一种物权,其实是一个术语选择的问题。由于存在观念类型上的差别,所以我们在运用现代的物权术语去描述罗马人的法律经验的时候,一定要注意到概念所指向的实际内容而不能仅仅关注概念本身。

[11] [英]吉米·边沁:《立法理论》,李贵方等译,中国人民公安大学2004年版,第117页。

[12] Feliciano Serra, *Diritto privato economia e società nella storia di Roma*, Prima parte, Editore Napoli, p. 300, Alberto Burdese, *Studi sull'ager publicus*, Editore Torino, p. 22.

[13] Plut. Numa, 16. 1. 参见[古罗马]普鲁塔克:《希腊罗马名人传》,席代岳译,吉林出版集团2009年版,第133页。

[14] Feliciano Serra, *Diritto privato economia e società nella storia di Roma*, Prima parte, Editore Napoli, p. 300, Alberto Burdese, *Studi sull'ager publicus*, Editore Torino, p. 282.

[15] *Frontinus* 4. 34 - 5; *Agennius Urbicus* 36. 6 - 8; *Commentum* 62. 30 - 1.

总体而言,共和国前中期,罗马的土地政策是:赋予平民少量土地的私人所有权,但禁止平民介入公地的占有;对贵族则恰恰相反,极少分配给贵族私有土地,而是以习惯法为依托,使贵族通过“占据地”的形式掌控了几乎全部的公地。于法律层面,贵族在“占据地”上无法适用“市民法所有权”这一工具,但恰恰因为从法理上言,“占据地”的所有权仍然归城邦所有并且可以随时收回,这种公地占有具有不确定性以及任意使用的可能性,使得贵族在经济上大大受益的同时,在政治上亦无太多负担。所以现实中贵族并不愿意将对公地的占有,转化为真正的私人所有权。因此在罗马史中,公地私有化进程并非因经济统治阶级,而是因经济从属阶级的推动而前进。

贵族设计的这一“占据地”制度创造了一个完美的平行关系:对国家权力的占有意味着对土地的占有,对公地的占据是政治权力的反映。虽然贵族对某些公地的占有是不合法的,但是由于贵族掌握了国家前进的方向,对于平民要求获得不同用途的公地、要求停止与现行法不相符的对于土地的过度消耗这些诉求,贵族们将政治世界与法律世界彻底分离,从而在政治上维持着占有的现状。公地的受益者组成了国家的领导阶层,对公地的占有在多个世纪里都被固定在一些同样的家庭里,这些家庭的继承人能够继续维持其占有。^[16]直到“李其尼法”颁布之前,罗马土地的现状是:“平民拥有少量的私地所有权,贵族垄断占有所有公地。”^[17]

(二)私有土地:市民法所有权保护模式

在私有土地上建构出来的权利样态为“市民法所有权”,作为罗马市民法中最典型的所有权样态,盖尤斯(G. 2, 41)把它称作是“对物的完全权利”。罗马人用“这个东西是我的”这种迂回的表达方法来表示这种最完整的物之归属关系,^[18]并通过“所有物返还之诉”(rei vindicatio)这一法律手段进行了周延的保护,土地所有人有权对抗任何妨碍其行使对物的直接支配权的第三人。^[19]

除了“所有物返还之诉”以外,在所有权的保护上,针对土地之间的关系,还发展出一系列保护所有权不受外来第三人侵扰,尤其是来自土地邻人侵扰的诉讼工具,以确保比普通的救济措施更加迅速的司法干预,从而在私有土地上形成了一套完善的诉讼保护体系,该体系可以分为三组类别:第一组适用于他人自认为是所有人而占有他人土地的情形,主

[16] Alberto Burdese, *Studi sull' ager publicus*, Editore Torino, p. 21.

[17] Feliciano Serra, *Diritto privato economia e società nella storia di Roma*, Prima parte, Editore Napoli, p. 300, Alberto Burdese, *Studi sull' ager publicus*, Editore Torino, p. 283.

[18] 参阅汪洋:《罗马法“所有权”概念的演进及其对两大法系所有权制度的影响》,《环球法律评论》2012年第4期,第150页。

[19] 在最初的“法律诉讼”(legis actiones)阶段,对所有权人的保护使用“对物的誓金法律诉讼”(legis actio sacramenti in rem),争议双方被安排在同样的地位上,这一时期诉讼中的“赌誓”环节尚充斥着宗教色彩;经由“誓约法律诉讼”(agere per sponsionem)过渡之后,到了公元前2世纪兴起的“程式诉讼”(formulas)阶段,在“所有物返还之诉”中原告与被告被置于不同的位置上,赋予了“占有”这一状态以充分的法律意义,物的非占有方负担证明自己是所有权人的举证责任,只要相对人没有能够证明自己的主张,土地的现实占有人就可以胜诉。所以在新的诉讼结构下,“占有”已经成为一个决定性的因素,所有权争议在很大程度上成为了占有争议。D. 41. 2. 35:“对占有争议的处理结果仅仅是法官宣布两者中谁占有物,其结果将是:在占有诉讼中败诉的一方,在提出所有权诉讼时将充当原告。”参见[意]桑德罗·斯奇巴尼选编:《民法大全选译·物与物权》,范怀俊译,中国政法大学出版社1993年版,第193页。

要指“返还所有物之诉”(rei vindicatio)与“地界调整之诉”(actio finium regundorum);第二组适用于所有权人仍然保有所有权,但他人行为已经侵扰到所有人对土地应有的排他利用的情形,其中多数用于调整相邻关系。如“排除妨害之诉”(actio negatoria)、“排放雨水之诉”(actio aquae pluviae arcendae)、“潜在损害保证”(cautio damni infecti)、“新施工告令”(operis novi nunciatio)以及“制止暴力和欺瞒令状”(interdictum quod vi aut clam)等;第三组适用于土地所有人为了利用土地,需要把行为扩大到他人土地上,如“修剪树杈令状”(interdictum de arboribus caedendis)、“关于收获果实的令状”(interdictum de glande legenda)等。^[20]

(三) 公有土地:裁判官法占有令状保护模式

无论是把罗马公地交由市民利用的制度安排,还是随后私人对行省土地的多种利用方式,都存在有“占有”这一法律关系。^[21]在共和国早期,祭司以及法学家已经了解到,对“占据地”的占有是一种法律上的事实状态,很难将这种状态归类于某种权利。在术语选择上,使用“possessio”之前,反复出现的是“occupatio”(占据)和“usus”(利用)两个概念。^[22]早期对公地的占据并非源自于城邦的积极规定,而是贵族一种自发的事实行为,这一占有的事实随后被认为是合法的,得到城邦的肯认和保护。^[23]因此其逻辑顺序是:对公地的“利用”(usus)构成“先占”(occupatio)这一事实,最终在法律层面上体现为“占有”(possessio)。占有人不能对“占据地”通过时效取得(usucapione)而转变为所有权人,^[24]城邦在理论上可以随意撤销私人对于“占据地”的占有,所以这种占有是一种“不确定的占有”,^[25]但是在国家收回土地之前,这种占有具备一个合法的基础,因此面对第三人时,占有人享有基于无瑕疵占有基础上的受保护的状态,即只要不是通过暴力和欺诈而占有土地,这种占有就是“合法的”而不受第三人侵扰,^[26]这也解释了为什么占有的保护程序从一开始就具有返还性的功能。^[27]

公元前4世纪时,城邦还通过“李其尼法”对私人占有公地的面积进行了限制,但这一法案的目的仅仅在于避免和纠正对公地任意武断的占有,^[28]而且反过来含蓄地赋予了

[20] Alberto Burdese, *Studi sull' ager publicus*, Editore Torino, p. 83.

[21] Emilio Albertario, *Il possesso dell' "ager vectigalis"*, Milano, 1912, p. 17.

[22] “usus”一词比“possessio”要古老的多,它本身具有两方面的内在张力:一方面它具有一个最宽泛的适用范围,甚至可以适用于某些家庭关系,因此不限于对物的纯粹的管领和支配;另一方面它本身既包含了事实上的状态,也包含了这种事实状态所具有的法律效力,也就是与其相对应的取得权利的效力。

[23] Feliciano Serra, *Diritto privato economia e società nella storia di Roma*, Prima parte, Editore Napoli, p. 300, Alberto Burdese, *Studi sull' ager publicus*, Editore Torino, p. 291.

[24] See *Agenius Urbicus* 40.1-2; *Hyginus* (1) 96.4-5; D. 41.3.9.

[25] See *Commentum* 64.25-7; *Hyginus* (1) 90.18-20.

[26] 学者德·马尔蒂诺认为,对公地的占有是由于一种对公地的占领行为而独立行使的统治权(signoria),并具有这种占有性质本身所固有的双重限制,即不能凭时效取得也不可转让。Cfr. Francesco De Martino, *Storia della costituzione Romana*, 参见[意]德·马尔蒂诺:《罗马政制史》,第一卷,薛军译,北京大学出版社2009年版,第300-301页。

[27] 费安玲主编:《罗马私法学》,中国政法大学出版社2009年版,第255页。

[28] De Martino, *Storia della costituzione Romana*, 参见[意]德·马尔蒂诺:《罗马政制史》,第一卷,薛军译,北京大学出版社2009年版,第302页。

占有一定面积公地的合法性。可见城邦很早便觉察到一味纵容贵族成员以超过自身耕种能力的规模占有公地的危害以及控制私人贪婪心理的必要性,为了整个共同体的经济利益,通过建立一套法律规则在公地诸多追求者中间相对公平地划分各自利用公地的范围,一来避免威胁到城邦根基的冲突与矛盾的产生,二来可以更有效率的方式利用公地。^[29]

占有人对于公地不享有所有权,因而无法适用市民法上“对物的誓金法律诉讼”进行保护。到了公元前 3 世纪布匿战争时期,针对第三方对“占据地”占有人的侵扰,渐渐由裁判官发展起一系列保护占有的“令状”(interdicta)体系,通过令状这一诉讼程序工具,保护对公地占有的事实状态。^[30]至此,“占有”这一概念正式具有了法律意义,与“所有权”相对应。

到了共和国中后期,针对公地占有的令状保护框架已经基本建立,^[31]主要分为“维护占有令状”(interdicta retinendae possessionis)与“恢复占有令状”(interdicta recuperandae possessionis)两大类型。^[32]“维护占有令状”指在两个占有人对占有土地的归属发生争议时,一方可以申请此令状排除另一方的干扰,以维持目前的占有状态。此种令状又可区分为“现状占有令状”(interdictum uti possidetis)与“优者占有令状”(interdictum utrobi);“恢复占有令状”指被他人以暴力方式剥夺对土地的占有时,可要求法官发布此令状使其恢复原先对土地的占有状态。此种令状也可进一步划分为“制止暴力剥夺令状”(interdictum de vi)与“制止武力剥夺令状”(interdictum de vi armata)。

在占有令状产生初期,适用令状的前提是占有本身没有瑕疵,即占有“无暴力无欺瞒无临时授让”(nec vi nec clam nec precario),^[33]在“伊其利亚法”(Lex Icilia)中便规定了,如果私人占据公地中存在暴力或者欺瞒情形,应该将土地归还给罗马人民,而没有暴力或欺瞒的占有则得到城邦的承认和保护。^[34]到了共和国中后期以后,大量非法占有的公地因时间的流逝而被洗白,实践中无法区分占有来源的合法与非法,因此占有瑕疵作为一种例外被渐渐接受,令状所保护的不再是合法的占有人,而是对占有状态不加区分地进行保护,由此生成了“有缺陷占有的抗辩”(exceptio vitiosae possessionis)。^[35]至此,占有令状这一保护工具被罗马私法全盘接纳。到了帝政时期,随着社会结构逐渐趋向一种前封建社会的特征,新的体制对私人的自力救济施加了更严格的限制以加强中央权力,皇帝通过谕令,针对原先“制止暴力剥夺令状”的情形,引进了一种一般性的法律救济手

[29] Alberto Burdese, *Studi sull'ager publicus*, Editore Torino, pp. 51 - 52.

[30] [意]卡博格罗西:《所有权与物权:从罗马法到现代》,薛军译,载斯奇巴尼主编:《中国学者罗马法高级研讨班文集》,知识产权出版社 2008 年版,第 20 - 24 页。

[31] Feliciano Serra, *Diritto privato economia e società nella storia di Roma*, Prima parte, Editore Napoli, p. 300, Alberto Burdese, *Studi sull'ager publicus*, Editore Torino, p. 296.

[32] 参见黄凤林著:《罗马法词典》,法律出版社 2002 年版,第 130 - 134 页。

[33] D. 43. 17. 1. 5:“在此令状中总是包含下述语言:同另一个人相比你未以暴力、未秘密地或不确定地占有。”参见[意]桑德罗·斯奇巴尼选编:《民法大全选译·物与物权》,范怀俊译,中国政法大学出版社 1993 年版,第 379 页。

[34] Feliciano Serra, *Diritto privato economia e società nella storia di Roma*, Prima parte, Editore Napoli, p. 300, Alberto Burdese, *Studi sull'ager publicus*, Editore Torino, p. 297.

[35] Alberto Burdese, *Studi sull'ager publicus*, p. 28; *Le vicende delle forme di appartenenza e sfruttamento della terra nella loro implicazioni politiche tra 4 e 3 secolo a. C.*, BIDR 27, p. 63.

段——现实占有令状,任何人被暴力剥夺占有时,都可以恢复取得土地的现实占有,而不考虑被暴力剥夺的占有本身是否为瑕疵占有。^[36] 所以某种程度上,这些令状尤其是“现状占有令状”对占有现状的保护,使占有的效力堪比所有权,甚至更加有力。^[37] 令状不仅保护了现实中对“占据地”的占有,还使得公地占有人被视为事实上合法的权利人。^[38] 合法的占有人不仅能对抗第三人,到了后古典法时期,占有还被视为是一种“对世”(erga omnes)的权利。

综上,与私有土地上权利保护的关键词“所有权”不同,整个罗马公地利用体制的关键词是“占有”。在整个共和国时期,除了乡村地役权之外,尚未形成他物权这一概念和权利类别,因此,罗马土地上最早生成的物权规范体系,可以归纳为“所有权—占有”的二元框架。

三 公地多元利用与规制:债权模式

(一)催生公地多元法律利用模式的背景:排除城邦的侵扰

到了共和国后期公元前2世纪左右,在意大利中部地区,农产品产量和市场都得到飞速增长,商品作物的种植日益广泛,奴隶劳作也开始成规模地出现,而在意大利其他地区这一切都尚未发生。究其原因,首先,意大利中部的罗马城区域是整个共和国的中枢,人口众多、城市化发达,为农产品及劳动力的商品化提供了客观需求;其次,意大利中部存在较多数量的私有土地,相比较公地占有,在权利方面有更加完善的保障,因此促进了私人对土地的投入,在此基础上形成诸多中型地产。这种中型地产因在迦图的《农业志》中得到详细描述因而被称之为“迦图式庄园”。^[39] 庄园由“管家”(Villicus)或庄园主亲自打理,平日由奴隶耕作,农忙时雇佣附近的自由农帮忙。^[40] 劳动力的混合使用是迦图式庄园区别于其他庄园的重要特征。^[41] 相反,公地占有的不确定性阻碍了占有人对土地的大规模投资,对于农业的发展形成了一种阻挠而非刺激性因素。^[42]

公元前170年罗马停止新建殖民地以后,一些私人庄园改变经营方法,允许部分自由民作为“佃农”(Coloni)在缴纳租金的基础上租种土地。他们属于分益佃农(politier),与庄园主的分成因地而异,至此“佃农制”开始在意大利发展起来,关于土地租赁的法律结构也在公元前1世纪以前被创造出来。据记载,公元前83年集结在庞培周围的许多平民就是他的佃农。这些佃农的身份是独立的,与土地所有主之间仅仅是租佃关系,性质和公

[36] 费安玲主编:《罗马私法学》,中国政法大学出版社2009年版,第257页。

[37] D. 43. 17. 1. 2. 参见[意]桑德罗·斯奇巴尼选编:《民法大全选译·物与物权》,范怀俊译,中国政法大学出版社1993年版,第377页。

[38] Alberto Burdese, *Studi sull'ager publicus*, Editore Torino, p. 27.

[39] Saskia T. Roselaar, *Public land in the Roman Republic: a social and economic history of the ager publicus*, PhD thesis Leiden University 2008, pp. 147-149.

[40] *Cato Agr.* 1. 4. 5.

[41] Varrone, *De. Re. Rustica*, 1, 17, 2-3.

[42] Saskia T. Roselaar, *Public land in the Roman Republic: a social and economic history of the ager publicus*, PhD thesis Leiden University 2008, pp. 193-195.

元 2 世纪后期出现的“隶农”不同。^[43]

但是随着人口膨胀、经济发展和疆域扩大,意大利和地中海地区的海外贸易逐渐升温,有限的私有土地上的农业生产已经无法满足飞速发展的农产品市场的需求。^[44]与此同时,意大利的大部分公地基本上还是属于最简单的“占据地”,虽然通过逐渐完善的令状保护体系,占有人可以抵御来自第三方的侵扰,但是城邦作为理论上的土地所有主,随时可以将“占据地”收回,这就给农业商品化生产带来了严重的阻碍:扩大土地生产规模需要先期大量资金、工具和劳力的投入,但“占据地”的“不确定性”使得占有者得不到确实的权利保障,因而占有者缺乏对土地进一步投资的勇气和热情,“占据地”这种简单的占有形式愈发无法满足经济发展的需求,现实境况呼唤一种更强有力和更为高效的土地利用形式,以确保土地占有者除了抵御来自第三方的侵扰之外,还能防范土地不被城邦随意夺取。^[45]

在这种现实需求下,公元前 2 世纪以后在意大利发展出一系列新的公地占有和利用的法律模式,包括“监察官田”(ager locatus ex lege censoria)、“财政官田”(ager quaestorius)、“附典卖简约地”(ager trientibus fruendus datus)、“记名牧地”(ager scripturarius)、“公共牧地”(ager compascuus)、“赋税田”(ager vectigalis)等,通过这些具体的公地利用模式,占有者与土地的关系更加紧密、权利义务内容更为细化,并得到了来自城邦层面的承认和保障,公地占有者因此能够放心地投资和生产。这些开发的公地大多位于意大利中部,它们向罗马的农产品市场提供大量农产品,与此同时共和国外围地区的大部分公地依然保持“占据地”的利用性质。^[46]

(二)公地利用与规制的债权模式:租赁与典卖

公地利用的诸类型大致可以分为两大类。“监察官田”、“记名牧地”和“赋税田”无一例外采用了租赁合同这一债权规制模式。“监察官田”是一种由监察官将公地出租给出价最高的私人而形成的公地利用类型。^[47]一些学者认为监察官每隔五年将土地出租一次,另一些学者认为在实践中仅仅是现实的占有人每隔五年更新一次租赁合同;^[48]“记名牧地”指监察官通过招标的方式允许私人在缴纳一定数额租税之后用来放牧的公地,租税额由牲畜数量决定。在这一制度的成熟时期,一个或多个特定的放牧人排他地保有在土地上放牧的权利,采用的是监察官向私人租赁土地的形式,与现代法上的租赁非常

[43] 杨共乐:《罗马社会经济研究》,北京师范大学出版社 2010 年版,第 33-34 页。

[44] 到了公元前 225 年,罗马城居民已经达到了 15-20 万人,绝大多数不从事农业生产。Cfr. Leandro Zancan, *Ager Publicus: Ricerche di Storia e di Diritto Romano*, CEDAM, 1935, pp. 91-93.

[45] Saskia T. Roselaar, *Public Land in the Roman Republic: a social and economic history of the ager publicus*, PhD thesis Leiden University 2008, pp. 116-118.

[46] Saskia T. Roselaar, *Public Land in the Roman Republic: a social and economic history of the ager publicus*, PhD thesis Leiden University 2008, p. 128.

[47] Alberto Burdese, *Studi sull' ager publicus*, Editore Torino, p. 48.

[48] Saskia T. Roselaar, *Public Land in the Roman Republic: a social and economic history of the ager publicus*, PhD thesis Leiden University 2008, pp. 123-124.

相像；^[49]“赋税田”最初是一种用于出租的集体耕地，^[50]后来发展为私人以永久方式租用的公地。^[51]

这三种公地利用类型中，公地承租人除了通过令状对占有进行保护，排除来自第三人的侵扰之外，还通过与城邦签订的各种租赁合同，附加了一层债权性质的保障，使得占有者在公地上的权益进一步得到城邦的认可，城邦不再有权任意将这些公地收回。而且现实中只要承租人按时向城邦缴纳税款，似乎可以无限期续租。与此同时，国家可以通过续租以及收取租税来对公地保持控制力，并且源源不断地从中获取财富，因此构成了公地利用的绝佳方式。到了共和国末期和帝政时代，这几种类型的公地开始相互交错渗透，逐渐统一为赋税田的形式，再进一步演化为永佃权等他物权。

在公地利用的诸类型中，“财政官田”与“附典卖简约地”则转向另一条演化道路。“财政官田”由管理国库和财政的财政官在罗马公开拍卖给私人耕种。^[52] 财政官出卖的并非是公地本身，而是对公地占有和利用的权利。除了令状保护外，实践中还采用与买卖合同相关的程式诉讼，也隶属于债权性的保护方式。^[53] 财政官田的诞生是公地私有化进程的重要一步，虽然城邦已经针对公地设置了地籍册和界石，但占有者在获得财政官田以后，可以任意转让而无需登记，也可以交由后代继承，在实际效果上与私有土地已经相差不多，^[54]城邦对土地的实际控制力已经十分薄弱。

“附典卖简约地”的产生需回溯到公元前 210 年第二次布匿战争期间，许多罗马市民借款给城邦以支持赢得战争，这些借款由城邦分三期偿还。^[55] 但是到了偿还第二期借款的时候，罗马陷入了财政危机，拖欠许多债权人巨额债务。为此执政官将公地转让给债主，以代替三分之一的欠款。待到城邦有能力偿债时，若债主更希望获得金钱，则该土地重新收回城邦手中。^[56] 城邦是通过“典卖简约”（*Patto di riscatto*）的方式将公地分成小块向债权人出卖，购买者（即城邦的债权人）仅需向公共财政支付极少数额的地价。^[57] 私人对这部分公地可以自由排他地使用。城邦对“附典卖简约地”既无法管理也无法主动收回，没有记载表明很多债权人放弃了土地而选择收回金钱，因此该类型的公地也逐渐被私有化了。^[58] 如果说公元前 5 世纪以“按丁分配”方式对少量公地进行的私有分配，是着眼于农业层面上解决生存问题，那么从公元前 3 世纪开始的公地私有化进程，则是城邦意图进一步扩大土地产出与经济收益。

公地私有化进程还历经了一个公私含混的中间阶段。公元前 1 世纪提比留·格拉古

[49] Alberto Burdese, *Studi sull' ager publicus*, Editore Torino, p. 38.

[50] *Hyginus* (1) 82. 35 - 84. 2.

[51] Giuseppe Grosso, *Schemi giuridici e società nella storia del Dritto private romano*, Editore Torino, p. 295.

[52] Cic. De Lege Agr. 2. 21. Edoardo Volterra, *Istituzioni di diritto privato romano*, 1988, p. 429.

[53] Alberto Burdese, *Studi sull' ager publicus*, Editore Torino, p. 45.

[54] Edoardo Volterra, *Istituzioni di diritto privato romano*, 1988, p. 430.

[55] *Liv.* 26. 36. 11 - 12, *Liv.* 29. 16. 1 - 3.

[56] *Liv.* 31. 13. 6 - 9.

[57] Edoardo Volterra, *Istituzioni di diritto privato romano*, 1988, p. 429.

[58] Saskia T. Roselaar, *Public land in the Roman Republic: a social and economic history of the ager publicus*, PhD thesis Leiden University 2008, pp. 123 - 124.

与其弟盖尤斯·格拉古先后颁布的两部“森布罗尼土地法”规定,分配的公地不可转让(*inalienabilità*),且需要缴纳土地税(*vectigal*)。究其实质是授予了私人对土地享有的一种“受约束的所有权”(*proprietà vincolata*):排他性占有利用、可继承、不可转让、需缴纳赋税。这便是格拉古土地立法中新创设的土地类型——“私人赋税田”(*ager privatus vectigalisque*),其模板为“财政官田”(*ager questorio*),授予了土地占有人“永久占有”(*privata possessio*)的资格。其中“*possesso*”暗指这种权利还不是所有权;而“*privata*”则强调私人而非城邦是享有土地的主体。^[59]它与罗马法传统上的绝对“所有权”(*dominium*)概念相对立,从内涵上更为接近于现代法意义上的所有权,^[60]暗含了土地上一系列属于国家的权利。^[61]“永久占有”的内涵除了“归属”之外,更为强调多项经济意义上的“权能”,所蕴含的“归属与权能相分离”的可能性,为法学上一系列他物权的产生奠定了理论基础。古典法时期被现代法典化运动继受的“所有权”(*proprietà*)术语,就是与他物权的定义相对应的过程中生成的。^[62]

四 “所有权—他物权”体系的成型与水平分割的趋向

(一)行省土地的权属结构:行省土地所有权

从公元前 27 年奥古斯都创建元首制开始,罗马进入帝国时代。在帝国政制得以确立和稳定之后,从法律层面观察,各行省土地的归属与利用因地制宜地体现出一种多样性的特征。理论上,行省土地归于罗马人民或皇帝所有,私人在行省土地上不享有“市民法所有权”。随着罗马帝国的扩张,皇帝行省的数量和面积急剧增加,相比较元老院行省通常更为边远,大部分居民由没有罗马市民籍的低人一等的“自由人”组成,这一现实情形阻止了“占有”等物权性质的土地利用模式的适用和推广,事实上彼时罗马也不愿意授予这些外邦人以全面而可以转让的“占有”权利。因此在帝政初期,皇帝行省土地上多笼统采用债权性质的“享益”模式来指代权利人对土地享有的权利,^[63]通过引入“赋税田上的私人权利”(*ius in agro vectigali*)这一法技术手段,来解决私人对于土地权利的转让问题。

公元 3 世纪以降,随着帝国经济的日渐凋零和土地荒芜,为了提供生产、扩大兵源和税源,帝国通过比简单的“享益”更具物权效力的“占有”模式,吸引农民投入土地耕作。^[64]

[59] Leandro Zancan, *Ager Publicus: Ricerche di Storia e di Diritto Romano*, CEDAM, 1935, pp. 91 - 93.

[60] Leandro Zancan, *Ager Publicus: Ricerche di Storia e di Diritto Romano*, CEDAM, 1935, pp. 89 - 90.

[61] Saskia T. Roselaar, *Public land in the Roman Republic: a social and economic history of the ager publicus*, PhD thesis Leiden University 2008, p. 266.

[62] [意]卡博格罗西:《所有权与物权:从罗马法到现代》,薛军译,载[意]桑德罗·斯奇巴尼主编:《中国学者罗马法高级研讨班文集》,知识产权出版社 2008 年版,第 20 - 26 页。

[63] “享益”的具体称谓也非常多样,例如在“元老院行省土地”(*agri delle provincie senatorie*)上常称之为“占有或用益”(*possessio vel ususfructus*),或者“对公地的租赁”(*locatio di ager publicus*);而对“皇帝行省土地”(*agri delle provincie imperiali*)则很少使用占有这一术语,而是采用“用益”(*ususfructus*)等概念。Cfr. Giuseppe Grosso, *Schemi giuridici e società nella storia del Diritto privato romano*, Editore Torino, p. 290; Edoardo Volterra, *Istituzioni di diritto privato romano*, 1988, p. 434; Francesca Bozza, *Note sulla proprietà provinciale*, Editore Milano, pp. 13 - 14.

[64] Francesca Bozza, *Note sulla proprietà provinciale*, Editore Milano, pp. 25 - 26.

戴克里先进行的税赋改革取消了行省土地与意大利私有土地的分,罗马人民与皇帝对于行省土地的权力重新开始从主权的层面理解,行省土地上权利人的权利与市民法所有权在权能范围上是相似的,虽然它们在法律形式上存在差异。在实践中,大的承租人和土地占有人除了缴纳土地税赋之外,已经成为了实质意义上的土地所有权人。裁判官通过扩展适用保护市民法所有权的诉讼、引入物权告示来对土地权利人进行保护,^[65]这种权利被后世法学家冠之以“行省土地所有权”的称谓。

可以说,罗马法学家最初没有对行省土地上的私人权利加以特别的注意,因为从技术角度来看,在行省土地上没有出现一种特别的需求以创造新的法律规则以及用特别方法来规制行省土地的流通;而且行省面积广袤,流通制度和转让、用益的方式可以留给当地的法律和习惯解决。从术语界定来看,不把权利人对行省土地的几乎绝对的处分权定义为所有权,还是源于传统观念的掣肘,即认定在同一个物无法同时存在公共所有权和私人所有权。

(二)他物权体系的建构:永佃权、地上权与用益权

将古老的所有权模式扩展成为一个功能与结构上全新的物权体系,显然是法学理论的功劳。在社会层面上,对他物权的产生起决定性作用的因素,是土地之间新型归属与利用关系的不断产生与细化,已非相对立的所有权与占有制度所能容纳。“他物权”(iura in re aliena)这一概念在罗马法中没有被用作包罗地役权与用益权在内的一般性概念,在古罗马人经验主义观念里,是很难理解他物权这一概念的。罗马法学家在这一问题上的考虑重点,是集中于把那些具有社会意义并且从实践角度有存在价值的权利类型提取出来,他们并没有过多纯粹理论上的追求,也没有动力去发展出关于他物权的“一般理论”。^[66]在优士丁尼的法律编纂中,他物权作为一个一般性概念未被《法学阶梯》体系所采纳。^[67]优士丁尼法上的他物权(用益物权)框架由以下权利所构成:^[68]役权(包括地役权和人役权)、永佃权和地上权。从历史发展来看,罗马法上的他物权经历了从地役权到人役权,再到永佃权和地上权这样一个演进过程。这些新的物权类型具有“封闭性”和“典型性”,它们是在公地的多元化利用、罗马法学技艺的成熟,以及裁判官诉讼管辖的扩张等诸多因素的共同影响之下形成的。

永佃权(emphyteusis)作为延续至近现代的一项极为重要的他物权类型,有两个重要的制度来源。一个制度来源是意大利的“赋税田”(ager vectigalis)。赋税田最初只是设定了五年期限的租赁,随后突破这一限制转变为“以永久方式租用”的土地。^[69]从体系的角度来看,法学家对于赋税田的法律定位一直在将其纳入物法还是债法两种选择之间徘徊

[65] D. 6. 3. 1 - 3.

[66] [意]卡博格罗西:《所有权与物权:从罗马法到现代》,薛军译,载[意]桑德罗·斯奇巴尼主编:《中国学者罗马法高级研讨班文集》,知识产权出版社2008年版,第25页。

[67] Mario Talamanca, *Istituzioni di Diritto Romano*, Editore Milano, 1990, p. 455.

[68] “担保物权”在罗马法时期基本隶属于债法范畴,故本文中的“他物权”仅代指用益物权。

[69] Giuseppe Grosso, *Schemi giuridici e società nella storia del Diritto privato romano*, p. 295.

不定,即使在债法领域,也在归为租赁还是买卖而争论。^[70] 保罗等人把赋税田定位为一种物的关系,同时也是一种异化了的租赁。^[71] 私人与赋税田之间的关系具有对世效应,在程序法上被当作物权来进行保护的,实践中承租者除了可获得占有令状的保护外,还具有相应的权利——“赋税地权”(ius in agro vectigali)与对物之诉——“赋税田之诉”(actio in rem vectigalis)。^[72] 而且私人实际上通过扩用之诉的方式获得了相当于所有权人的一系列诉权,如排放雨水之诉、地界调整之诉和追究盗伐树木行为之诉。^[73] 另一个制度来源是埃及等帝国东部行省中长期或永久出租为耕耘土地以便开垦的利用模式。^[74]

公元 5 世纪,芝诺皇帝(Zenone)成立了独立于买卖和租赁的“永佃契约”,^[75] 他虽然没有给予永佃权以明确的形式和单独的名称,但开创了使人把永佃权视为一种独立的物权的先例,^[76] 构成了“永佃权”的前身。最终优士丁尼完成了永佃权制度的设立,他把永佃权的两大制度源头,即意大利赋税田的文献同希腊永佃权的文献混合在一起,形成了最终的永佃权这一他物权形态。^[77]

地上权产生于另一个不同目的:弥补罗马法中“地上物被土地吸收”这一绝对添附性原则违反经济规律的后果。地上权作为一种所有权水平分割的实践,首先被试验于共和国后期公地的利用上,表现为允许私人在公地上建筑店铺,这些店铺不能被转让,通过长期或不定期租赁交由私人使用;到了共和国末期也扩展到私有土地上的建筑,表现为长时间的租赁和支付相应租金。^[78] 由此可见,地上权起初并未被定位于他物权,而是被定位

[70] 拉贝奥(Labeone)在 D. 18. 1. 80. 3 中一方面排除了属于买卖的可能性,另一方面却在判断是否属于租赁之时碰到了困难。盖尤斯在他的《法学阶梯》中(Gaius, inst. 3. 145)对这个问题关注的是买卖与租赁之间的区别。他认为尽管这属于永久性的租赁,但是这一租赁被认为不可撤销的,而买卖与租赁的区别主要是在合同到期之后是否必须归还标的物,既然私人在使用“赋税田”之后无须将其归还给国家,那么应该是买卖。参见[古罗马]盖尤斯:《法学阶梯》,黄风译,中国政法大学出版社 1996 年版,第 250 页。

[71] 法学家保罗(D. 6. 3. 1 pr. Paul. 1. 21 ad ed.)将赋税田定位为“永久租赁”。参见[意]桑德罗·斯奇巴尼选编:《民法大全选译·物与物权》,范怀俊译,中国政法大学出版社 1993 年版,第 125 页。

[72] Giuseppe Grosso, *Schemi giuridici e società nella storia del Diritto privato romano*, Editore Torino, p. 297.

[73] D. 6. 3. 1. 1 (Paul. 21 ad ed.): “为了永久享用土地而向市府租地的人虽未变成所有权人,但他有权对任何一个占有人,甚至对市府本身提起对物之诉。”参见[意]桑德罗·斯奇巴尼选编:《民法大全选译·物与物权》,范怀俊译,中国政法大学出版社 1993 年版,第 125 页。

[74] 哈德良当政时期,在埃及通过授予土地占有人以近似私有土地的“长期租赁”的方式,来刺激土地占有人的积极性,促使他们以更大的热情来专心从事农务。在阿非利加行省,通过《曼奇亚法》(lex Manciana),他鼓励开垦荒地、废弃地和种植果树等较高级的耕作方式,希望有佃户永久性定居在皇家荒地上。为此他不仅允许占有者在荒地上播种耕种,还赐给占有者以准土地所有主的权利。私人在土地上的权利从单纯的“享益权”(usus proprius)转变为“享益、占有及由后代继承的权利”(ius fruendi ac possidendi hereditate suo relinquendi),这是吸引农民垦荒的有效工具,因此哈德良皇帝毫不犹豫地将这些原本属于所有权范畴的权力授予给这些私人。土地占有人仅仅需要耕种土地并缴纳租税。随后哈德良在希腊和小亚细亚也推行同样的政策。到了公元 193 年佩佩纳科斯时期,制定了一部针对帝国范围内所有荒地的统一法律规定,与哈德良时期的法律类似,赋予了私人在行省土地上享有广泛的物权性权利。Cfr. Max Weber, *Storia agraria romana, Dal punto di vista del diritto pubblico e privato*, Saggiatore, 1967, p. 145 - 147; Francesca Bozza, *Note sulla proprietà provinciale*, Editore Milano, p. 28; [美]罗斯托夫采夫:《罗马帝国社会经济史》,马雍、厉以宁译,商务印书馆 1985 年版,第 519 - 521 页。

[75] I. 3. 24. 3, 参见[古罗马]优士丁尼:《法学阶梯》,张企泰译,商务印书馆 1989 年第 1 版,第 177 - 178 页。

[76] C. 4. 66. 1 pr. 参见[意]桑德罗·斯奇巴尼选编:《民法大全选译·物与物权》,范怀俊译,中国政法大学出版社 1993 年版,第 126 页。

[77] [意]彼德罗·彭梵得:《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社 2005 年版,第 203 页。

[78] 费安玲主编:《罗马私法学》,中国政法大学出版社 2009 年版,第 234 页。

于一种债的关系,通过两种契约类型加以规制:当地上权具有期限时,采取租赁的方式;当这种权利无期限时,采取买卖的方式。^[79]

使地上权彻底摆脱债的单纯定位,是塞维鲁(Severiana)时期(公元3世纪初)法学家的贡献。^[80]这一时期,地上权人对建筑物享有类似于用益权或使用权的权利,并受物权诉讼的保护。到了哈德良皇帝时期,通过谕令规定地上权人可拥有对物之诉,并以非常审判程序加以主张。由于受到的保护趋于严密和有效,其反射性的效力导致一般的社会观念将这种权利看成是一种物权类型,允许基于生前行为将这种权利进行有期限地转让和继承。^[81]事实上在地上权性质向物权转移的过程中,附有期限的地上权仍一度被定位于租赁契约且受对人之诉保护;而没有期限的地上权则被归入对物之诉的保护。^[82]

在优士丁尼的新律中,地上权被等同于同样具备支配性质的永佃权,^[83]对它扩大适用在相邻关系中为所有主提供的一系列法律补救措施。地上权适用于城市土地,而永佃权适用于乡村土地。而且,地上权人的权利要比永佃户的权利更为绝对,它不受任何限制并且对于所有人不负任何义务,年租金对于地上权来说似乎也不是实质性的必要条件。^[84]

用益权(ususfructus)的出现不是借助于立法或裁判官的干预,而是基于世俗法学的发展,促使法学家创造出这一制度。该制度产生后,作为他物权的一种类型,就严格地与公元前3-2世纪产生的不同的役权概念紧密联系在一起。实践中通过消极方式对用益权人的权利设立了一些限制,权利的行使必须要维持物的实质,而不改变物的社会经济功能。例如用益权人可以开挖沟渠,只要不损害土地的农业经济价值。由于用益权具有人身性,因此本质上是一种有期限的权利,在权利人死亡或人格减等情形下权利也会消灭。人身性特质导致用益权不可转移,用益权转让在原始文献中被界定为债权性质的买卖,买受人无法取得用益权,只能在事实层面上行使相关权利。^[85]

[79] 在地上权尚不具备物权属性的时代,如果土地所有人妨碍地上权受益人行使权利,地上权人可以提起债权性的“对人诉讼”,要求土地所有人赔偿损害;如果损害来自于所有人以外的第三人,则地上权人不能提起对人诉讼,只能要求所有人转让其对第三人的诉权,而这条救济路径在现实生活中显然过于繁杂。为了更加便捷地解决地上权人与土地所有人之外第三人的利益冲突问题,罗马裁判官通过告示引进了“地上权令状”(interdictum de superficiebus),以保护对建筑物的享用,这种令状通过将地上权与“非暴力且非隐秘”的占有等同,其结构与维护占有令状非常相似,使地上权人得以对抗任何人,具有了向物权关系靠拢的趋势。对于永久设立的地上权,在更早的古典法中,就允许适用对物之诉或扩用的“要求返还之诉”(utilis vindicatio)。D. 43. 18. 1. 1; Ulpianus 70 ad ed.; D. 6. 1. 75; D. 43. 18. 1. 6. 参见[意]桑德罗·斯奇巴尼选编:《民法大全选译·物与物权》,范怀俊译,中国政法大学出版社1993年版,第163-165页。

[80] [意]阿尔多·贝特鲁奇:《地上权:从罗马法到现行意大利民法典》,刘家安译,载杨振山、[意]桑德罗·斯奇巴尼主编:《罗马法·中国法与民法法典化》,中国政法大学出版社2001年版,第243-245页。

[81] 费安玲主编:《罗马私法学》,中国政法大学出版社2009年版,第234页。

[82] [意]阿尔多·贝特鲁奇:《地上权:从罗马法到现行意大利民法典》,刘家安译,载杨振山、[意]桑德罗·斯奇巴尼主编:《罗马法·中国法与民法法典化》,中国政法大学出版社2001年版,第247-248页。

[83] Nov. 7. 3. 2; 120. 1. 2.

[84] 即便地上权到了后古典时期已经被承认为一种独立的他物权类型,罗马法学家依然没有企图对地上权进行抽象的理论构建。当对所有权进行水平层次分割在实践中越来越重要的时候,对他物权的反馈主要体现在希腊化行省的实践中。基于优士丁尼对“地上物被土地吸收”这一绝对添附性原则的重申,法学家们试图把地上权制度容纳到最广泛的役权范畴之中。[意]彼得罗·彭梵得:《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社2005年版,第204页;费安玲主编:《罗马私法学》,中国政法大学出版社2009年版,第235页。

[85] 费安玲主编:《罗马私法学》,中国政法大学出版社2009年版,第228页。

(三) 所有权水平分割的趋向:用益所有权的出现

永佃权与地上权在对物的享用方面成为优先于所有权的权利,^[86] 二者的权能以及用益权人赋予权利人的权能与所有权的权能几乎没有区别,^[87] 唯一的实质性区分在于针对他物权人的保护以及土地转让的可能性都建立在支付一定租税的基础之上。^[88] 可以说土地上的多数他物权类型,都趋于对传统的绝对所有权进行水平分割,他物权在中世纪的演化历程证成了这一结论。在后古典法时期,罗马法仿照“所有物返还之诉”(rei vindicatio),为永佃权人、地上权人设立了“用益物返还之诉”(rei vindicatio utilis),使永佃权人的诉讼地位类似于所有权人。直至中世纪的注释法学家将 dominium 与 utilis 两词结合,生成“用益所有权”(dominio utile)这一概念,与“直接所有权”(dominio diretto)相区分。^[89]

把所有权进行水平分割,是所有权发展历史上的一个重要时点。当所有权被分割理解之后,dominium 一词本身便具备了抽象的特质。中世纪的文献甚至可以用 dominium 一词指称任何对物的权利。^[90] 这一区分还承认了在所有权之外还独立存在着一种“所有权效力”(effectum dominii),它从所有权中衍生出来,常常适用于经济语境中指称具备一定支配与排他效力的永佃权等他物权。由于“归属”要素的缺失,用益所有权与古典意义上的所有权仍然存在一定差别,罗马法在设立了他物权的土地上依旧保留了“虚空所有权人”(nudus dominius)的头衔,专享“归属”这一核心要素。为了保护这种“归属”,产生了由用益权人负担的一系列义务,例如维持物的用途和良好状态、在必要的时候对物进行维修和保养等,而真正的所有权人则没有上述义务。^[91]

五 物权规范体系的教义功能与社会结构形成功能

(一)“所有权—他物权”体系的教义功能

上文对土地上“所有权—他物权”体系的生成进行了全景式的概览:物权最初的框架是基于公有与私有两种土地类型而构建出的“所有权—占有”二分体系;在公地多元化利用中逐渐催生了多种债权保护模式排除城邦与第三人的侵扰;然后逐步通过令状与诉讼手段等救济途径的升级,将土地上债权性质的权利转变为具有对世效应的物权关系;到了罗马帝国时代,从这些土地权利中逐步析出永佃权、地上权、用益权与地役权等独立的他

[86] [意]彼德罗·彭梵得:《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社2005年版,第201页。

[87] 他物权人只是不具有对物进行处分的权利,但可以订立并履行债权性合同而允许别人基于合同使用物并缴纳租金。Cfr. Mario Talamanca, *Istituzioni di Diritto Romano*, Editore Milano, 1990, p. 455.

[88] 费安玲主编:《罗马私法学》,中国政法大学出版社2009年版,第219页。

[89] 第一个作出区分的人很可能是生于12至13世纪的 Pillius,后世法学家接触到这一区分主要是经由 Bartolus Sassoferrato 的著作。See Robert Feenstra, *Dominium and ius in re Aliena: The Origins of a Civil Law Distinction*, in *New Perspectives in the Roman Law of Property*, ed. Peter Birks, Oxford: Clarendon Press, 1989, p. 113, 参见唐晓晴:《澳门特别行政区土地法中的长期租借制度——以 dominium directum 和 dominium utile 的区分为视角》,《北方法学》2012年第1期,第65页。

[90] Giuseppe Grosso, *Schemi giuridici e società nella storia del Diritto privato romano*, Editore Torino, p. 248.

[91] Gaio. 2. 30, 参见[古罗马]盖尤斯:《法学阶梯》,黄风译,中国政法大学出版社1996年版,第86页。

物权类型,最终生成较为完备的“所有权—他物权”体系。

单一的所有权中独立出新的物权类型这一现象,有其在法教义体系功能层面的考量。考量因素之一,在于使土地上的权利状态与实际状态相一致。所有权包括“归属”与“权能”两方面内涵,仅仅强调归属而不细化各种权能结构的差异,很容易导致权利的名号与具体的利益状态相脱节,而通过他物权这一将所有权权能细化给不同主体的制度安排,可以使得权利的称谓与当事人的具体利益状态相吻合,在当事人针对土地不应再具备相应利益的情形下,可以通过权利消灭的形式达至名实相符。^[92]

考量因素之二,在于避免古老的所有权模式被用来实现多样的但是会对自己的定位造成不利影响的功能,从而加重了所有权结构的复杂性,最终使“所有权”的概念承受不能之重。^[93] 因此他物权的产生,是法学理论摒弃了将所有权这一制度框架扩展适用于多种功能的思路。以最早产生的他物权“乡村地役权”(servitutes praediorum rusticorum)为例,包括通行权和用水权,曾对罗马的农业经济的发展起到了很重要的作用。^[94] “通行权”最初并非采取直接在他人土地上设立专项权利的模式,而是通过让与用于通行的条状土地的所有权归属的方式。^[95] 而当历史发展到需要对这种权利内容进行精确定性时,人们从社会变迁中产生新的处理方法,将对通行道路和输水管道的所有观念,转变为在他人土地上为自己土地的利益专门设立通行或引水的权利这样一种观念,由此产生了一种他物权的地役权。^[96]

考量因素之三,在于通过新的物权类型,将土地利用中纯粹的债的关系转变为效力更强大持久的物权性法律关系。在这一方面,行省土地的利用从享益模式向他物权模式的转变、公地多元化利用模式中发展出来的他物权类型,以及地上权的产生,都是典型的例证,这在理论上涉及到物权与债权的区分。在彼时情境中,土地上某一权利从债权性质向物权具体转化,并非抽象理论逻辑上对权利性质的重新定位,而是从实用性的保护视角出发,简单地通过救济途径的改变实现的。所采用的技术手段,便是把土地权利人受侵害时用以自卫的“对人之诉”,升级为“对物之诉”,除此之外,还通过扩用之诉,扩大适用在相邻关系中为所有主提供的一系列法律补救措施,如排放雨水之诉、地界调整之诉和追究盗伐树木行为之诉。^[97] 由于受到的保护趋于严密和有效,其反射性的效力导致一般的社会观念将这种权利看成是一种物权类型,并允许基于生前行为将这种权利进行有期限地转

[92] 例如地役权等他物权会因为“不行使”(non usus)或经过“时效解除负担”(usucapio libertatis)而消灭。参见[意]卡博格罗西:《所有权与物权:从罗马法到现代》,薛军译,载[意]桑德罗·斯奇巴尼主编:《中国学者罗马法高级研讨班文集》,知识产权出版社2008年版,第24页。

[93] 参见[意]卡博格罗西:《所有权与物权:从罗马法到现代》,薛军译,载[意]桑德罗·斯奇巴尼主编:《中国学者罗马法高级研讨班文集》,知识产权出版社2008年版,第24页。

[94] [意]彼德罗·彭梵得:《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社2005年,第192页。

[95] 这也是为什么这种古老的地役权属于“要式物”,并且使用“要式买卖”和“对物誓金法律诉讼”进行移转和保护以及可以时效取得的原因。Cf. Giuseppe Grosso, *Schemi giuridici e società nella storia del Diritto private romano*, Editore Torino, p. 245.

[96] [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,第114页。

[97] D. 6.3.1.1 (Paul. 21 ad ed.): “为了永久享用土地而向市府租地的人虽未变成所有权人,但他有权对任何一个占有人,甚至对市府本身提起对物之诉。”参见[意]桑德罗·斯奇巴尼选编:《民法大全选译·物与物权》,范怀俊译,中国政法大学出版社1993年版,第125页。

让和继承,私人与土地之间的关系从而具有了对世效应。在这种绝对权面前,其他社会成员负有消极义务。^[98]

(二) 物权体系的社会结构形成功能

他物权的功能除了致力于拓展物的利用,更在于通过构造一个更为复杂的“所有权—他物权”的财产权基础结构,以达到对于物的财产功能更为复杂的多层次分配的社会规范配置目的,构建出一种社会财产基础秩序。因此,他物权的产生与设计绝非对于所有权第一规范的彻底颠覆,而是在对所有权体制作为第一规范体制确立后的财产结构本身加以基本尊重的前提下,为促进物尽其用以及达成物的社会平衡所作的一种再调整。^[99] 具体到本文的研究对象,土地上的物权体系采取具有支配和排他功能的物权规范,对资源及其分配进行有效的控管,从而构建起一个复杂的关于土地总产出的多层次分配系统与财产基础秩序,使得物权体系框架自身具备了社会基本结构的形成功能。

土地作为社会财富的代表,由国家通过对公共所有权、私人所有权以及他物权等多种法律工具弹性地选择,在不同阶段对不同阶层之间进行各种策略的财富分配,从而达到国家规制社会的目的,并在此过程中同时考虑到对土地这一财产的保护和合理利用。因此可以看出在历史上并不存在一种先验性或者先天具备正当性的所有制架构与物权结构,在历史的不同阶段,基于不同的规制目的,可能会采用国家直接管控所有土地;由私人所有土地,但国家进行严格的管制和施以沉重的税赋负担;国家所有土地,但赋予私人各种利用的权利等等多元化的物权模式。由此,国家经由物权体系的架构达至政经体制的确立。^[100] 因此可以说,整个物权体系的生成与演化,一直充斥着国家政经体制层面的考量与规制目的的影响。以下以罗马物权体系的演进为例进行说明总结。

罗马共和国前中期的社会基本结构为“贵族—平民”二元体制,土地资源集中掌控在贵族手中。迫于平民风起云涌的土地运动,^[101] 贵族赋予了平民少量土地所有权,但依旧通过“占有”这一法律工具掌控了几乎全部公地。彼时政治上的考量是,在法理上公地的所有权归城邦而非实际的贵族利用者,因此贵族经济上大大受益的同时在政治上亦无负担。^[102] 鉴于贵族在整个城邦体制中的强势地位,“占有”这一权利形态辅之以裁判官法的令状保护已经足够,所以贵族即便在应然层面,也不愿将占有转化为私人所有权。正是在这一政经背景下形成了最初的“所有权—占有”二分框架。而经济层面的影响则体现在这一时期关于土地的一系列立法如“李其尼与塞斯蒂亚法”上,基于整个城邦共同体的经济利益的考量,限制贵族成员以超过自身耕种能力的规模占有公地,以期能建立一套法律规则来更有效率地利用公地这一古代社会最重要的社会资源。

到共和国后期和末期,物权体系变动的政经动因有两点:一是经济层面,随着疆域的

[98] [意]弗兰西斯科·西特兹亚:《罗马法的物权体系》,刘家安译,载[意]桑德罗·斯奇巴尼主编:《罗马法、中国法与民法法典化文选》,中国政法大学出版社2008年版,第13页。

[99] 参阅龙卫球:《物权法定原则之辨:一种兼顾财产正义的自由论》,《比较法研究》2010年第6期。

[100] 朱虎:《物权法自治性观念的变迁》,《法学研究》2013年第1期。

[101] 参阅汪洋:《罗马共和国早期土地立法史研究——公元前5世纪罗马公地的利用模式及分配机制》,《华东政法大学学报》2012年第2期。

[102] Alberto Burdese, *Studi sull'ager publicus*, p. 34.

扩大和地中海贸易的升温,农产品产量和市场得到飞速增长,有限的私有土地上的农业生产无法满足农产品市场的需求,^[103]而公地上简单的占有法律模式因无法阻挡来自城邦的侵扰,因而阻碍了占有者对土地的大规模投资,^[104]通过发展出一系列新的公地占有和使用的法律模式,使得占有者在土地上的权利义务得到城邦层面的承认和保障。二是政治层面,随着布匿战争等对外扩张战争规模的无限制膨胀,城邦需要从手里掌握的公地中寻找财政支持,因此国家通过与土地利用者签订租赁合同等多种形式,以续租以及收取租税的方式,一方面保持对公地一定的控制力,另一方面以公地所有者的名义,源源不断地从中获取财富,并且进一步扩大了土地的总产出与经济收益。

进入帝国时代,出于国家安全、税赋保证以及元首与元老院分权等政经因素的考虑,国家对于行省的规制方式不同于意大利本土,面积广袤的行省土地名义上一直保持公有模式,对土地上的实际利用人赋予所有权之外的各种权利。在帝国前期,为了达到向行省大规模移民、安置老兵,以及推进垦荒等国家层面的政策目的,国家倾向于将未耕耘的土地长期或永久租赁给移民者、老兵或垦荒者,为了鼓励和刺激土地占有者的积极性,赐给许多占有者以准土地所有主的权利。^[105]而公元3世纪以后,随着帝国经济的日渐凋零和土地荒芜,社会阶层日渐僵化,为了扩大兵源和税源,国家通过以物权效力的他物权模式替代租佃等债权模式加强对于土地耕种者的保护,冀望于吸引农民投入土地耕作。^[106]戴克里先税赋改革之后,国家对于行省土地的权力性质,从所有主层面转变为从主权层面进行理解,这是对于土地规制方式的一次重大改变,至此之后,国家在土地上的利益被固化为“土地税赋”这一相对固定的负担。伴随着封建化的进程,大的土地承佃人以及具体的土地占有者,在缴纳税赋之外,俨然成为真正的所有权人,从法律上享有对物之诉和扩用所有权告示的完善保护,被后世冠之以“行省土地所有权”或“用益所有权”的称谓。

(三) 结论

土地上物权规范体系的生成与确立,脱离不开时代的政治经济背景,政经秩序作为一种宏观推力,对于具体物权的制度构建起到了根本性影响。甚至可以说,就长期历史而言,制度是无关的,它内生于更根本的经济和社会变量。^[107]在此背景之下,一方面,从法律系统内部观察,土地物权走向“体系化”的过程,就是经由多种物权类型不断生成与精细化而逐步搭建起一个物权的法教义外部体系的过程。各种归属、权能与诉讼手段的不断完善与深化,无论对于保障和平衡土地上各种类型的利益分配者的权益,还是对于更加合理而技术化地实现国家的规制目的,都是不可或缺的实现工具和方式。

另一方面,从囊括法律系统在内的整个社会系统的视野来看,物权规范体系的确立与演进,为社会结构形成与国家规制目的的实现提供了必要且重要的助力。经由在土地上

[103] Leandro Zancan, *Ager Publicus: Ricerche di Storia e di Diritto Romano*, CEDAM, 1935, pp. 91 - 93.

[104] Saskia T. Roselaar, *Public land in the Roman Republic: a social and economic history of the ager publicus*, PhD thesis Leiden University 2008, pp. 193 - 195.

[105] Max Weber, *Storia agraria romana, Dal punto di vista del diritto pubblico e privato*, Saggiatore, 1967, pp. 145 - 147.

[106] Francesca Bozza, *Note sulla proprietà provinciale*, Editore Milano, pp. 25 - 26.

[107] 姚洋:《土地、制度和农业发展》,北京大学出版社2004年版,第1-25页。

构造一个财产权结构来达到多层次的社会财富分配,从而建立起基本的社会秩序。围绕这一目标以及不同时期国家的具体规制目的,国家直接介入、调试和推动土地这一最为重要的社会资源的归属及利用关系,从而在土地物权规范体系形成过程中留下了鲜明而深刻的痕迹,使得大量围绕土地生成的物权规范皆是调整私人与国家之间,而非私人与私人之间的法律关系。国家角色在土地物权体系中的突出分量,与我国当今土地物权模式有似曾相识的感觉。由此可以看出,物权规范体系从来不仅仅是一种私法层面的权利架构,而是糅合着私人权利、各阶层的利益分配以及国家规制目的的混合产物。

[本文系清华大学郑裕彤法学发展基金资助、清华大学自主科研计划“中国物权规范体系理论研究”课题成果。]

[**Abstract**] The system of real estate rights has two dimensions: the time dimension and the social dimension, which embody the significant impact of political and economic backgrounds of the times. This study reviews the historical development of the conceptual system of real estate rights in ancient Rome. In the period of Roman Republic, the preliminary system of land rights was based on two types of land: *ager publicus* and *ager privatus*, on which the legal system of “*dominium-possessio*” had formed; diversification in the use of public land gradually gave birth to a variety of modes of obligatory right to exclude intrusions from the state; the Roman Empire established a comprehensive system of *iura in re aliena* on Roman land, which included *emphyteusis*, *superficies*, *usufructus* and *servitutes*. By observing social system from outside, we can see that the system of real estate rights has never been merely a kind of private right structure, but a mixture of private rights, distribution of interests among various social classes, and purposes of state regulation. The system of real estate rights establishes a structure and order of social property distribution, which have the function of social structure formation; the state also directly intervenes in, debugs, and promotes the reform of the system of real estate rights in accordance with the specific regulatory objectives at different periods of time.

(责任编辑:姚 佳)