

## 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

汪 洋

**内容提要:**在罗马法历史上,所有权概念与术语经历了流变,其从早期表现为氏族集体所有性质的“支配权”,演变为“市民法所有权”,再发展到更晚期则表现为综合“归属”与“权能”两大要素的“所有权”。罗马法中丰富多元的归属体系及其表达方式还造就了“裁判官法所有权”、“行省土地所有权”、“公地占有”等多种归属模式。罗马法上所有权概念的发展,体现了政治性逐渐消退,而法律性与经济性逐渐增长的趋势,其成为了近现代大陆法系各国法典化中所有权的模型,并且坚持“归属+权能”的模式。此外,罗马法中的“行省土地所有权”与“裁判官法所有权”,分别与英美财产法中的“不限嗣继承地产权”以及“衡平法所有权”,从功能到结构有着高度的相似与趋同。

**关键词:**支配权 市民法所有权 所有权 裁判官法所有权 行省土地所有权

汪洋,意大利罗马第二大学法学博士生。

### 一 罗马早期的所有权概念:支配权(mancipium)

罗马建城之初的王政时期和共和国前期还只是一个制度起源的时代,在这个时期罗马法中还没有出现完善的“所有权”的概念,由于存在观念类型上的差别,我们在运用现代的“所有权”的术语去描述罗马人的法律经验时,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。所有权的概念充其量只是一种约定俗成的产物,并不存在一个先验的所有权概念。如果某一法律体制允许私人对某物拥有绝对的处分权,这种法律地位是否可以被界定为一种所有权,其实是一个术语体系选择的问题。如果严格地把所有权与“市民法所有权”相等的话,那就不能用所有权的概念去指称其他与之类似,但是的确存在一定差异的法律地位。<sup>[1]</sup> 所以笔者是在宽泛的意义上,用所有权的概念去指称法律通过排除第三人的干预而赋予一个主体对特定的、单个的物行使特定权力所具有的具体的资格,针对的是任

[1] 薛军著:《物权与占有》,载自费安玲主编,《罗马私法学》,中国政法大学出版社2009年版,第167页。

何第三人而显示出主体对受保护物的绝对的可支配性。如此一来,“所有权”这一概念之下就可以包容不同类型的法律地位,从而可以论述罗马法上的不同类型的所有的法律架构。

### (一) 彭梵得的“所有权的集体与政治性理论”

#### 1. “支配权”(mancipium)的“主权”特性

罗马早期法学语境中“归属”的性质与类型,被一般地概括为“支配权”这一术语。对于罗马早期归属的性质,最为重要的理论流派是罗马法学家彭梵得(Bonfante)所创立的“所有权的集体与政治性理论”,该理论自十九世纪末以来产生了深远的影响,促使后世的罗马法学家们对罗马物的归属体系的历史与演化进行重构。

根据彭梵得的理论,罗马早期的所有权归属关系有些类似于日耳曼所有权,体现为一种以“氏族”或父系家族为中心的集体所有权特征。这种归属关系最初产生于土地及与土地相关联的物上,而非产生于动产,是一种针对土地而产生的、封闭而独立的、不受限制的、永久性的“主宰”,体现在与财产所具有的一种事实性的关系中,它排斥任何限制与外来的影响,必然吸收一切添加进来的东西,有着神圣的边界,就像城邦有自己的城墙与城界一样,<sup>[2]</sup>所以更多地体现为一种“主权”特性,而非仅仅是简单的“统领”。土地所有权与“地域主权”等量齐观,土地即为主权性的领地,以及家族之所在。可以说在“支配权”上体现出了公法上的权力(主权)与私法上的权力(所有权)的平行关系。

#### 2. “支配权”的主体——家父

彭梵得所有权理论需要解决的一个重要问题,即这种早期有着主权特质的所有权究竟由哪些主体所享有呢?罗马社会早期主要有三种社会组织体,从大到小依次为氏族、“共同法家庭”以及“自有法家庭”。<sup>[3]</sup>这个问题涉及到这三种社会组织体之间的关系以及这些组织体在建立城邦过程中扮演的角色,简要而言,彭梵得所支持的理论称之为“家父制家庭理论”,强调最初的社会组织体是罗马家庭,随后在家庭的基础上自发地进化而演变出氏族以及城邦,<sup>[4]</sup>即土地等重要的物属于氏族或家庭集体所有,而具体的权力则掌握在“家父”手中,由这一术语“支配权”进行表达。

罗马土地与家父两者展现出一个完美的平行关系,家父在土地上的统一的“支配权”实质上具备了“政治性”特征,其并非起源于城邦,而是先于城邦即已存在,即家父针对土地的权力并非源于一个更高级组织的授予或确认。早期家庭被视为城邦的雏形,在建城之后初期,也如同一个“国中之国”。这种所有权归属的“政治性”特征,使得最早的所有权的功能更多地与家庭或氏族组织的自治与存亡相关,而非纯粹是与土地利用相关的经济性目的,所以只能是集体性质的,不可能体现为一种个体性质的所有权。但因为这种集体性质的归属资格根据习俗和宗教,仅仅被授予家父,因此也可以说最早罗马社会的所有权是一种“限于家父为主体的个人所有权”。<sup>[5]</sup>

因此“支配权”可以定义为:家父为了家庭利益而对其父权范围下的人与物所行使的

[2] [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1992年版,第149页。

[3] Feliciano Serra, *Diritto private economia e società nella storia di roma*, Prima parte, Editore Napoli, p. 35.

[4] 另一种理论称之为“城邦一家族”理论,强调最初的统一的主权性组织并非家庭或氏族,是一种基于村社体系形成的同种族的家族,随着这一大的家族的瓦解才形成了城邦、氏族和部落等市民社会组织,家族被包含在家族这一最初的组织体之内。另外,格罗索综合了两种观点,认为城邦的建立源自于更大的共同体的解体与小规模组织体的统一这一交织的进程。Stefania Romeo, *L'appartenenza e l'alienazione in diritto romano*, Giuffrè Editore, 2010, p. 17.

[5] D. 50. 16. 195. 2, Ulp. 46 ad ed.: qui in domo dominium habet.

“权力”，家子和女性成员也被扩展成为了财产的权利人。在原始文献中常出现“权力”、“夫权”与“支配权”三个概念一体的情形，如盖尤斯在其《法学阶梯》(Gai. 2. 86)中提到：“我们不仅通过我们自己取得，而且也通过那些处于我们的支配权、夫权或权力之下的人实现取得。”〔6〕

### 3. “支配权”的客体——集体性质的“要式物”

彭梵得提出了由家父的权利所构成的“父权制”下的家庭和氏族组织的政治性特征与社会组织结构，并以此区分出了两种基本的物的类型——代表社会团体利益的物和代表个体利益的物——“要式物”与“略式物”。这是整个罗马古典法时期最为基础的一种物的划分，直到拉丁世界发生危机为止。〔7〕两者的区分标准并非依据单纯的物理性要素(如动产和不动产)，而是包含了一系列当时的经济社会秩序下，依据一般性与必要性为衡量标准所作的社会功能评价：“要式物”关系到一个社会组织体自身的需求，指一个经济和社会组织得以存续的不可缺少的物，是一种集体和社会性财产，对其归属的定义就概括为“支配权”；〔8〕而“略式物”最初仅仅包括家庭内部成员所属的具备个体性归属特征的动产，〔9〕其出现略晚于“要式物”，但很长时期内两种形式的归属形态是共存的。这种区分与对立，并非技术上的，而是历史和立法的结果。〔10〕

盖尤斯在 Gai. 1. 192 片段中，〔11〕将“要式物”描述为“更贵重的物”，很显然在这里盖尤斯并没有深入阐述“更贵重”所体现的历史含义：在政治性特征与社会组织结构的原因之外，这种区分也源自于两种物之间代表的经济社会功能标准的差异。在罗马社会早期以农耕为主要经营模式的经济形态下，将土地及其耕作工具和重要的地役权确定为要式物，就是因为这些物在每一个以农业为生存之道的组织体中都最为不可或缺，而非简单地依据某物的市场价格。〔12〕

总结而言，根据彭梵得的理论，在罗马社会初期，集体性质所有权的客体是“要式物”，而个体所有权的客体是“略式物”，“支配权”这一早期指称所有权的术语，所指代的仅仅是这种氏族家庭集体所有的“要式物”，而不包含“略式物”在内。也就是说，要式物与略式物不仅仅是客体不同，它们所对应的归属主体也是不同的，而且在最初，“略式物”被排除出“所有权返还之诉”的保护范围。

### (二)“支配权”(mancipium)词源分析

从词源上分析，一种观点认为，mancipium 一词源自于 manu capere，即“用手抓住”，这表明最初归属的实现是通过手的活动，当然这种活动必须具备一定的法律含义。土地不久便被添加进这个范畴，因为它的取得也源于人的占有和耕种的行为，总之，原初的所有权与人类的劳动这一要素密不可分。〔13〕

〔6〕 [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108页。

〔7〕 彼德罗·彭梵得：《罗马法教科书》，第146页。

〔8〕 P. Bonfante, *Forme primitive ed evoluzione della proprietà romana*. in *Scritti giuridici vari*, II, Torino, 1918, p. 22.

〔9〕 P. Bonfante, *Corso di diritto romano*, II, *La proprietà* 1, Milano, 1966, p. 211.

〔10〕 “略式物”的范畴在帝国初期也扩展到行省土地之上。

〔11〕 盖尤斯：《法学阶梯》，第72页。

〔12〕 L. Capogrossi Colognesi, *La struttura della proprietà e la formazione dei iura praediorum nell'età repubblicana*, Milano, 1969, pp. 350 - 370.

〔13〕 Stefania Romeo, p. 30.

另一种观点认为, *mancipium* 一词源自于 *mancipatio*, 即“要式买卖”, 它最初并非是一种“权力或权利”, 而是一种物的“取得行为”, 即通过“要式买卖”而取得“要式物”的行为。根据词根很容易看出, “要式物”即是通过“要式买卖”取得的物, 家父在这种物上的资格就被称之为“支配权”, 这三个术语的词源是相同的。这种词源理解在“十二表法”和盖尤斯的《法学阶梯》(Gai. 2. 22) 中均有体现。另外从 Gai. 1. 116, 1. 120, 1. 123 等片段中, 可以看出“要式买卖”的客体不仅仅包含一般的“物”的范畴, 还包含奴隶和自由人, 他们与物一样也是家父享有的“支配权”的客体。而到了随后的“所有权”阶段时, 排除了古老的“支配权”客体中涉及的人和家庭成员这一部分, 客体仅仅限定于物的范畴, 并且将略式物也囊括其中。<sup>[14]</sup>

### (三)“支配权”的限制及其保护方式

早期的法律体制对于抽象的所有权的认识尚处于萌芽状态, 法律体制的滞后性自然会在对所有权行使的限制不足上表现出来。客观而言, 人类早期社会中人与人之间的复杂联系和氏族社会中的连带关系, 在事实上限制了家父“支配权”自由运作的空间, 所以习惯法对所有权的限制是客观存在的。但是, 在罗马早期的社会结构发生变化之后, 上述习惯法上的实质性限制趋于解体, 而制定法上的限制尚未架构出来, 所以给后人造成了罗马法上的所有权是一种自由的、绝对的所有权的印象。就此而言, 当我们说罗马早期的所有权表现出高度的自由与绝对的特征, 也许不过是依据我们的形式主义、实证主义的法律观念去描述罗马人的法律、道德和习俗相互交错的所有权制度时所产生的的一种先入为主的印象。<sup>[15]</sup> 因此, 家父对于“支配权”之下的要式物与家庭成员, 并非能完全自由处置, 而是处于一种“权力—义务”的位置上, 被赋予的社会职能所束缚, 家父必须为了家庭成员的集体利益行使职权。<sup>[16]</sup>

对这种归属关系的保护方式, 也随着城邦的建立, 从之前由家庭内私人力量的无秩序地自发通过暴力手段进行自卫, 逐渐地朝向在法律与宗教规则的内容与形式下, 由家父与城邦机构一起进行维护, 并由此产生了最初的“法律诉讼”之中的“对物之诉”。<sup>[17]</sup> 在早期法律规范的萌芽阶段, 法秩序中不同成员之间的冲突, 许多时候只有借助于祭司等宗教机制和团体来解决纠纷, 在这之中城邦世俗权力并没有主动介入。例如“誓金法律诉讼”中的誓言, 这种宗教的神力直到被“伪誓”等破坏后, 才给城邦世俗权力的介入提供了可能。

在罗马法发展的早期阶段, 之所以出现上述处理方法, 很可能是最初负责处理私人争端解决的祭司团体作为一种为了确保“权属状态的确定性”的工具而加以使用和发展的。关于权属状态的确定性, 用现代语言来表述的话, 就是努力使得物之上的权利状态与物的实际状态相一致。实际上, 诉讼程序的保障形式以及与其相对应的法律上的请求, 虽然受到祭司团体方面的相关的制度上的调整, 但是, 它们的存在却肯定早于这些法律规范对其做出调整的时期。应该说, 这些制度属于传统的“习俗”的核心内容, 而这些习俗的起源, 在罗马城邦

[14] Stefania Romeo, p. 29.

[15] [意] 德·马尔蒂诺:《个人主义与罗马私法》, 薛军译, 载徐国栋主编:《罗马法与现代民法》第四卷, 中国人民大学出版社 2004 年版, 第 30 页。

[16] Stefania Romeo, p. 60.

[17] G. Pugliese, *Il processo civile romano*, I, Roma, 1962, p. 29ss.

产生之后已经湮灭不可考了。<sup>[18]</sup>

## 二 古典法中的所有权概念：市民法所有权与所有权

### （一）从“支配权”向“市民法所有权”的转化

当“城邦”建立和完善之后，伴随着政治的重心和平台从氏族和家庭逐渐转向城邦共和国及随后的元首制帝国，耗尽和瓦解了氏族等更小规模的政治组织体，早先的氏族集体性质的土地消失了，在土地领域私有土地逐渐与公地成为了罗马最为重要的土地类型，这些在本书第一章进行了论述。家庭社会角色的弱化以及习俗的重要性的削减，使得家父的精神价值依旧存在，但“父权”却逐渐日薄西山。而且根据 Nicosia 等学者观点，到了共和国晚期和帝国初期，尤其是第二次布匿战争之后，随着罗马经济和社会条件的发展，商业经济更为动态化，要求物的移转更为频繁和快捷，使得这一建立在农业经济基础上的，限制移转的古老的物的分类逐渐成为了一种阻碍因素，要求取消要式物与略式物区分的呼声逐渐成为主流。而且罗马的行省政策使得大多数意大利城市从行省源源不断攫取财富而变得富足，加上意大利本身的农业危机以及元老院的寡头们将财富都投资于商业活动，使得农业作为罗马权力与财富基础的神话破灭了，对物的评价重新回到简单的以物的市场价值定义“贵重物”的阶段。<sup>[19]</sup>

在这些因素的共同作用之下，“支配权”这一表达所有权归属的术语，在公元前 3 - 2 世纪期间逐渐消失了。个人主义的兴起产生了纯粹经济含义与个体性特征的所有权术语，即一种法技术层面狭义的归属概念——古典法时期的“市民法所有权”或称之为“奎里蒂法所有权”，以及更晚期的“所有权”。尽管卡博格罗西 (Capogrossi) 认为即便到了“市民法所有权”时期，家父依旧对于人和物具有统一的权力，但不可否认的是家父的自治权力在很大程度上失去了，罗马法上所有权的发展开始朝向一条“抽象化”的路线，即演变成一种更为抽象更为技术性的归属方式与物的取得方式。<sup>[20]</sup>

当然，从“支配权”向“市民法所有权”的转化是逐渐实现的：在转变发生之前，家父通过自力救济的方式来处理家庭间要式物的归属关系；而到了第二阶段，虽然没有完全摆脱古代的遗留影响，但通过“要式买卖”与“所有物返还之诉”中“物是我的”等为代表的严格的程式，将一种家庭之间的归属关系转变为一种个体性归属的居间阶段，保护方式也从自力救济过渡到城邦制定法中诉讼程序的保护，如最初的对物之诉。对个人价值而非家庭利益的保护的日益凸显，使得归属模式中的经济性内容日益重要和突出，出现了中世纪法学家对“市民法所有权”下的定义中所出现的各个权能要素：“拥有”、“占有”、“使用”、“收益”等等。

但需要强调的是，“市民法所有权”的规范与《十二表法》时期“支配权”规范之间并不存在明显的差别。无论是从所有权的内容、转移所有权的行为、时效取得及相邻关系、地役权等方面来看，都是如此。这种现象之所以出现，主要是因为《十二表法》的编纂中，“支配权”已经表现出了一定程度的抽象性，并且相关法律规范集中关注所有权人对物的自由

[18] [意] 卡博格罗西著：《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，第 19 页。

[19] L. Capogrossi Colognesi, pp. 360 - 370.

[20] L. Capogrossi Colognesi, pp. 124, 186.

的利用。这种所有权的法律结构,即使对于很多世纪以后那些强调所有权的自由特性的法律体系而言,也是一种非常理想的模式。<sup>[21]</sup>

## (二)原始文献中的“市民法所有权”与“所有权”

“市民法所有权”这一术语最早出现在公元前2世纪,在这一时期,尽管抽象的所有权概念在罗马人的法律思维中尚未获得明确表达,但事实上它已经在共和国时期法学家的相关作品与法律制度中开始实际运转了,即“市民法所有权”的实际运用与法学对其进行精确的术语界定之间,存在一段间隙期。

这一时期也恰好与罗马的统治阶层内部出现最初的法律专家的时代相重合,随着世俗法学取代祭司法学,罗马所有权开始面临一个更加广阔的进程的开端。该转变从公元前2世纪初期开始,在穆齐(Quinto Mucio)和塞维鲁(Servio Sulpicio Rufo)的时代仍然在扩展中,一直到共和国末期为止。罗马的所有权一方面在扩展,一方面也在限缩:所谓的扩展,表现为从其中开始发展出一些独立的并且其界限更加明确的新的法律地位;这同时也可以看作是对所有权本身的限制。因此,所有权一方面受到限制,一方面其内容也更加精确,通过这种技术,从它原来的古老的绝对性中就分离出一些功能,逐渐被看作是一些独立的权能。这就是所谓的系列的“物权”的发现。<sup>[22]</sup>

原始文献中“市民法所有权”这一术语最早出现在公元前1世纪后期 Alfero Varo 的著述《学说汇纂》中的一个片段,在这个片段中市民法所有权第一次被用来指代所有权的概念,后来被保罗(Paolo)引用而编纂进优士丁尼的《学说汇纂》之中:拥有两块土地的人出售其中之一时,讲土地上的水源和水源边上十尺之地作为例外保留了。提出了这么一个问题,保留之地的所有权仍属于他呢,还只是他可以进入该部分的土地?答复说,如果保留是这样表达的“围着水源十尺之宽”,则认为出售人只拥有个人通行权。<sup>[23]</sup>

在这个片段中“市民法所有权”所对应的是“通行役权”,有研究认为 Alfero Varo 应该是受其老师,即共和国晚期的法学家塞尔维(Servio)的影响。在同一时期西塞罗(Cicero)的晚年著作中也出现了这一术语(Cic. Rep. 1. 27, ad Brut. 1. 16. 4, 17. 2);奥古斯都时期,这一术语在法学家拉贝奥(Labeone)的著述(D. 18. 1. 80. 3, Lab. 5 post. a Iav. ep.)以及李维(Livio)的《建城以来史》中也有出现(Liv. ab Urbe cond. 45. 13. 15)。<sup>[24]</sup>

在这两个原始文献中,dominium 这个术语是与“用益权”相对应使用。根据 Bozza 的研究,dominium 最初就是在对应着地役权与用益权所代表的他物权的意义上出现的。<sup>[25]</sup> 这种对应现象也揭示了二者之间隐含的一种联系。人们完全可以在法技术层面上运用这一术语则在公元1世纪后期。

作为现代所有权概念表达的另一术语 proprietas 比 dominium 出现得略晚,但出现次数比 dominium 要少得多,长期以来一直被并行使用。proprietas 多是与用益权或者占有这些术语相对应出现,构成一种“用益物所有权-用益权”的对立结构,<sup>[26]</sup>例如盖尤斯的《法学阶

[21] 薛军:《物权与占有》,第167页。

[22] 卡博格罗西:《所有权与物权:从罗马法到现代》,第23页。

[23] [古罗马]优士丁尼:《学说汇纂:第8卷地役权》,陈汉译,中国政法大学出版社2009年版,第97页。

[24] L. Capogrossi Colognesi, pp. 494 - 497.

[25] L. Capogrossi Colognesi, pp. 494 - 497.

[26] Stefania Romeo, p. 74.

梯》(Gai. 2. 33, 2. 89, 2. 90, 3. 136)与优士丁尼的《学说汇纂》中的相关片段:“人们可以采用以下方式通过要式买卖设立用益权:在转让所有权时可以扣除用益权。在这种情况下,用益权实际上并未被买卖,而是在对所有权进行要式买卖时被加以扣除,从而使得一人享有用益权,另一人享有所有权。”<sup>[27]</sup>“用益权也可以在遗产分割和公有财产分割的司法判决的基础上设立,如果法官判决一人享有用益物的所有权,而另一个享有用益权的话”。

### (三)“市民法所有权”与“所有权”的结构

“市民法所有权”是罗马古典法中最典型的所有权形式。但与“支配权”相同的是,罗马文献也没有对该术语进行明确或直接的定义。盖尤斯在《法学阶梯》中把“市民法所有权”称作是“对物的完全权利”。罗马人只是继续沿用“这个东西是属于我的”或“这个东西是我的”这种迂回的表达方法,并且加上一句“根据奎里蒂法”,来表示这种物的归属关系。这种表述的方式其实并不完全对应古典法时期“市民法所有权”的特点。理论上说,任何一种主体权利都可以表现为主体对物在一定程度上的拥有,这种程度则由权利的性质加以表示。因而,一个人可以说:我根据永佃权或用益权拥有一块土地。但是,“市民法所有权”中的这种归属是最为完整的,所有主完全可以说“这个东西是我的”,而无需附加任何限定词(例如“根据奎里蒂法”)以说明这东西在何种意义上并在何种程度是属于他。<sup>[28]</sup>

但是“根据奎里蒂法”这一限定语,表明到了“市民法所有权”阶段,法学视角转向一种“合法性价值”的评判,即对物的归属情形的限制不再是外部的通过与其他家庭的关系而得以实现,也不再建立在习俗这种浸淫着神性与宗教的法律基础之上。这种所有权首先被“十二表法”规定的公共利益限制,其次在城市土地及其建筑领域,被“公共法律”、元老院决议和皇帝敕令所限制,代表着从家庭规范向市民规范体系的转变,即这种归属的法律关系不再仅仅存在于家庭之间,即家父之间,而是存在于市民之间。<sup>[29]</sup>

可以看到,罗马人对所有权的定义是消极性的:也就是通过指出所有权受到的消极限制来界定所有权的内容。这些限制一般体现在那些与保护所有权的诉讼工具有关的特殊的体制中。由此也可以看出所有权和债权之间的根本性的差别:后者的内容总是特定的,通过特殊的请求权来保障其得到实现,“市民法所有权”则是一个完全的权力,偶尔受到一些例外的限制,之所以说是例外的限制,是因为本来就不可能去积极地界定所有权的边界。总的来说,罗马人一直试图避免通过具体的积极列举的方式,通过指出所有权具有哪些权能的方式,去界定所有权的内容。<sup>[30]</sup>而且如夏洛亚(Scialoja)所言,对于罗马法学家来说,所有权定义的缺少使得成为一种类似于基本原则的观念,当出现与所有权相混淆的法学表征时,可以把所有权与这些类似于所有权的表征进行截然区分。<sup>[31]</sup>

Dominium 这一术语的词源来源于“Dominus”(主人),如果没有行使所有权的“主人”,也就难以想象“dominium”的存在。因此这一术语依旧代表着一种从人到物的主体的视野。在罗马法学家对此进行理论抽象之前,罗马人非常清楚主人是什么以及其权力有哪些,所以说“市民法所有权”在很长一段时间内更多地代表着一种事实关系而非法律关系。

[27] 盖尤斯:《法学阶梯》,第88页。

[28] 彼得罗·彭梵得:《罗马法教科书》,第150页。

[29] Stefania Romeo, p. 56.

[30] 卡博格罗西:《所有权与物权:从罗马法到现代》,第21页。

[31] V. Scialoja, Teoria della proprietà in diritto romano, I, Roma 1928, 263 s.

Proprietas 这一术语的词源来源于“自己的”，如前文所述，最初该术语是同“用益权”相对应而使用，指称的是一种对物不享有任何的实际支配能力，而仅仅为名义上的所有权人的“空虚所有权”，更偏向于是一个经济与法律的概念，后来被现代法典化运动所选中。<sup>[32]</sup> 在罗马法原始文献中也没有对于“所有权”的直接定义，第一位对该术语进行明确界定的，是中世纪的法学家 Bartolo 所强调所有权是一种用益与消费的权利。<sup>[33]</sup>

总体而言，罗马法学家们一般从两种思路描述所有权：一种侧重于所有权人的权力角度，强调人对于物的统领以及以人为重心的关系，这一角度得到了 dominium 这一术语的支撑；另一种侧重于物的归属角度，强调物的经济与法律意义的归属以及以物为重心的关系，同时开始从法技术上分化出多项“权能”，这一思路得到了 proprietas 这一术语的支持。所以 dominium 与 proprietas 两个术语有着内密切的相关关系，它们结合在一起，构成了完整的所有权概念和内涵。

#### (四)“市民法所有权”的性质：从物到权利

前文已述，在罗马社会早期，相对于权利观念，罗马法学家更倾向于具体形象的思维，他们将人与物之间存在的直接的法律关系直观的反映为物本身，将所有权与物相等同。很难断言“支配权”是一种主观权利或者主观法律状态，原因之一在于，当时喜好法律经验的实用性的罗马人尚不具备这一概念建构的能力和 demand；原因之二在于，罗马法学家不将所有权看作是一种“权利”，是因为他们仅仅将权利定义为一种限定性的权利或权力，如债权、他物权，或者一种权力的整体，如继承。但不可能存在一种无限定性的一般性的权力。所以罗马法学家将“所有权”看作是一种“物”，在其上可以产生和存在“权利”，即所有权不是一种物上特殊的权利，它就是物本身。

到了古典法时期，“市民法所有权”依旧被视为是一种“物”，但是法学家对其逐渐进行了主观权利的改造，该概念已经逐渐成为“权利”的近义词了，在当时的原始文献中已经出现了诸如 dominium usufructus, dominium obligationis, dominium hereditatis 等表述，在这些表述里 dominium 代表着一般意义上的主观权利，或者说权利的归属。<sup>[34]</sup> 可以说 dominium 是从 mancipium 到 proprietas 的一个中间阶段，此时虽然没有精炼出恰当的主观权利理论，但已不再把所有权视为一种完全物理性支配的约束关系。到了后古典法时期和优士丁尼法时期，proprietas 已经被看作是一种“权利”(ius)。<sup>[35]</sup>

在罗马人发现在人与物之间可以存在一种非物质性的法律关联之后，随后希腊哲学的影响，盖尤斯创建了“有体物与无体物”这一对应关系，随后影响到了所有权概念的构建。<sup>[36]</sup> 盖尤斯通过“无体物”这一概念，把所有财产性的法律关系都包括到“物”的范畴中来，其中包括所有权、其他物权、债和继承。<sup>[37]</sup> 通过这一区分，盖尤斯构建起一个具有很大包容性的“物”的范畴，并在此基础上建立了“人一物一诉讼”的《法学阶梯》三分法体系。这一划分在古典法时期是很独特的，但因为符合拜占庭时代的法学思维习惯，因此得到强调并成为了

[32] Feliciano Serra, p. 278.

[33] P. Bonfante, Corso di diritto romano, II, La proprietà 1, p. 233

[34] P. Bonfante, Corso di diritto romano, II, La proprietà 1, p. 232.

[35] R. Santoro, Potere ed azione nell'antico diritto romano, p. 438, da Stefania Romeo, p. 40.

[36] L. Capogrossi Colognesi, pp. 494 - 497.

[37] Gai. 2. 13 - 14: 无体物是那些不能触摸的物品，它们体现为某种权利，比如遗产继承权、用益权、以任何形式缔结的债。



优士丁尼《法学阶梯》体系建构的基础。<sup>[38]</sup>但这并不能掩盖有体物与无体物划分的内在逻辑不一致问题:根据这一划分,所有权本身被视为有体物,同时其客体也是有体物;其他权利被视为无体物,同时其他权利的客体却可以是有体物,这样就将所有权与其他权利完全割裂开了。

### 三 古典法与帝政时期所有权的多种类型与统一

#### (一)“裁判官法所有权”(in bonis habere)——并立的双重所有权体系

最早可能溯及至公元前 1 世纪,在罗马法上出现了与“市民法所有权”并行的另一种所有权形式:“裁判官法所有权”或称之为“善意拥有”。盖尤斯明确谈到了“双重所有权”。<sup>[39]</sup>

“裁判官法所有权”或称之为“善意拥有”是指未遵守市民法所有权转让形式而获得的、受到裁判官法保护的事实上的所有权形式,属于在实体法层面上产生法律效果的司法实践的产物。因为罗马法上区分了要式物与略式物,对于前者适用要式买卖或拟诉弃权的方式转让,后者则只需要简单的交付即可。因此,在要式物转让的情形中,如果未遵循上述程式仅为简单交付,则依照市民法的规定,物的所有权不发生转移。但到古典法后期,随着罗马的扩张以及商业贸易的繁荣,要求交易程序走向简化,要式物的转让形式成为了一种阻碍和弊端。交易双方仅仅通过交付转让物的情形越来越普遍,面对这种情形,裁判官为了保护买受人的基本利益和履行维护公平正义,就在“返还所有物之诉”的基础上类推适用并拟制出一个新的诉讼——“善意占有之诉”以及“物已出让并交付之抗辩”,对物的受让人进行保护。在这种情形下,转让人仍然是市民法所有权人,物的受让人没有取得市民法所有权,但裁判官赋予其抗辩权,使其成为受到裁判官法保护的事实上的所有权人。相反,物的原所有权人仍然对物享有市民法法所有权,依然是物的名义上的所有权人,可以对抗除物的受让人以外的任何第三人。由此形成了裁判官法所有权与市民法所有权的对立。

事实上,对于盖尤斯双重所有权的内部来说,“市民法所有权”和“裁判官法所有权”之间的对立,不会相应地改变所有权制度及其经济——社会功能,因为从实质上看,“裁判官所有权”的规则是模仿“市民法上所有权”的规则,的<sup>[40]</sup>两者的区分,完全建立在对规范体系的形式区别上,即特定法律地位的保护,或来源于市民法,或来源于荣誉法(裁判官法),这种差别只是与罗马法法律体制的二元化特征存在联系,二者都具有高度的抽象性,并且都保障权利人拥有最广泛的利用其所有物的自由。彭梵得就认为,盖尤斯所描述的这两种所有权不应当被理解为两种所有权类型的划分,而应当是对统一所有权概念的分解。主体只有同时兼具奎里蒂所有权和善意拥有两者,才能对物享有完整的所有权。

“布布里其安之诉”并没有出现在优士丁尼法中,因为这种诉讼所遵循的古老的要式物和略式物区别的背景在优士丁尼公元 531 年的法令(C. 7. 31. 1. 5)中得到废除,“让渡”成为了唯一的财产移转的生前行为方式。但“布布里其安之诉”通过转而适用于善意取得他人之物的买卖问题而得以继续。优士丁尼不再区分“市民法所有权”与“裁判官法所有权”:

[38] 薛军:《物权与占有》,第 156 页。

[39] 盖尤斯:《法学阶梯》,第 20、90、304 页。

[40] M. Talamanca, Considerazioni conclusive, in E. Cortese, La proprietà e le proprietà, Milano 1988, p. 196.

他认为这种区别作为一种法律技术没有任何实践价值,<sup>[41]</sup> 试图重新统一所有权概念。但这两者的区分是建立在不同的诉讼方式上的:对市民法所有权采用“所有权返还之诉”进行保护,而对裁判官法所有权则采取布布里其安之诉”。在优士丁尼的实践中对善意取得他人之物的买方同样赋予“所有权返还之诉”,即试图通过统一两种诉讼程式来统一两种所有权制度。

## (二)行省土地所有权:一种实质性的所有权

绝大多数行省土地,至少在共和国和帝国的大多数时间内属于广义的“公地”的范畴,因此行省土地上无法适用涉及“市民法所有权”的相关制度规范;又因为行省土地属于略式物,并且不能通过时效取得,因此不适用“裁判官法所有权”即“善意拥有”的相关法律规则。面积广袤的行省土地,一时间内似乎成为了传统所有权理论领域的弃儿。

行省土地的法律归属性质在盖尤斯的《法学阶梯》中有所表述:“但是,多数人认为行省的土地不能变为神息物,因为这种土地归罗马国家或者皇帝所有,我们似乎只拥有占有权或者用益权……”前文已述,在这里不能从公法层面,即治权和主权的角度来理解土地的归属,不将行省土地纳入“公有物”的法律范畴,相反,将罗马人民或皇帝作为行省土地私法关系上的主体来看待,使得私人也能够对该土地进行“占有和用益”。<sup>[42]</sup> 但是,随着土地税赋制度的发展,尤其是戴克里先进行了税赋改革取消了两种行省土地的区分,使得意大利的私有土地也开始缴纳土地税之后,帝国对于行省土地的权力又重新开始从主权的层面进行理解,即虽然皇帝或者罗马人民为名义上某些行省土地的所有主,而事实上,大的承租人、市镇、以及具体的土地占有人,已然成为了真正意义上的土地所有权人,除了缴纳不同类型的土地税赋之外,他们行所有权人之实,而无所有权名号之累,与共和国时期贵族在“占据地”上的处境相类似。当然,自卡拉卡拉敕令之后市民法在帝国全境得以适用,裁判官通过扩展适用保护奎里蒂法所有权的诉讼,并且引入物权性质的告示来对土地实际的所有人进行保护,<sup>[43]</sup> 这种私人权利甚至被罗马法学家称之为“行省土地所有权”。

可以说,行省土地所有权的产生,就其起源而言,实际上是罗马人对公地的法律规制变迁的产物。罗马法学家最开始没有对行省土地上的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及以特别方法来规制行省土地的流通,另一方面,因为行省面积广袤,流通制度和转让、用益的方式可以留给当地的法律和习惯进行解决。而且虽然没有一个特别的命名,但从经济内涵角度看,获得土地的人的权利与市民法所有权是相同的,虽然它们在法律形式上存在差异,如很长一段时间有缴税缴租的义务。从术语界定来看,否认权利人对行省土地所享有的几乎是绝对的处分权可以被定义为某种形式的所有权,主要是基于概念的原因,因为同一个物,不可能认可在其之上同时存在人民和皇帝的所有权和另外一种私人性质的所有权。

## (三)优士丁尼法中所有权概念的统一

在帝政时期,随着戴克里先改革消灭了在意大利权土地和行省土地之间存在的关于税

[41] 彼得罗·彭梵得:《罗马法教科书》,第164页。

[42] Francesco Grelle, *Stipendium vel Tributum: l'imposizione fondiaria nelle dottrine giuridiche del II e III secolo*, Jovene, 1963, pp. 4 - 10.

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

收制度方面的差异,为市民法所有权和行省土地所有权的同一化创造了前提条件,行省土地所有权体制开始被整合到一个统一的土地所有权体制之中。优士丁尼对所有权制度进行了改革:从形式上废除了要式物与略式物的划分,转而采用动产与不动产这一最基本的区分;在此基础上他废除了市民法所有权与裁判官法所有权的划分;采用长期取得时效制度成为了时效取得制度唯一形式,适用于位于行省和意大利境内的不动产。在优士丁尼的这些改革内容中可以发现,行省土地所有权在统一的所有权构造中发挥了重大影响。

优士丁尼在皇帝谕令与新律的用语中,也采用了古典法时期的准确术语与精确划分,与东方的古典特征相联系,重新回归到抽象的一元的古典法的所有权观念,使其重新具有绝对性、排他性和永久性特征。这也使得古典的罗马法所有权理论,能够借助中世纪的罗马法复兴,被重新发掘和解释,为注释法学与评注法学派学者所接受,对现代所有权模式在法律结构和权利内容的确定上产生重要影响。但不可否认的是,优士丁尼的法典编纂班子也不能够避免地使用世俗化的语言。<sup>[44]</sup>

(四) 图表:所有权概念的历史演变

术语	主体	客体	要素	性质
支配权 (mancipium)	家父	要式物 + 家庭成员	归属	集体性与政治性
市民法所有权 (dominium)	个人	要式物 + 略式物	归属	抽象、完全和排他的权力
所有权 (proprietas)	个人	要式物 + 略式物	归属 + 权能	经济与法律性质
裁判官法所有权 (in bonis habere)	个人	要式物	权能 + 归属抗辩	抗辩性质与事实性
行省土地所有权 (proprietà provinciale)	行省土地持有人	行省土地	权能	拟制性质与实质性

## 四 罗马法所有权概念对两大法系的影响

### (一) 大陆法系对罗马法“所有权”(proprietas)概念的继受

在罗马法中“归属与权能”相一统的“所有权”概念下,所有权表现为对物完整的、统一的、全面的、不可分割的权利,与近现代西方自由资本主义时期的个人主义精神相契合。具体来说,至 18 世纪末,随着社会进步和经济发展,财产上的自由和政治上的平等信念日益增强,这样一个社会发展和个人欲望膨胀的背景下,加之封建主之间相互争夺土地,在土地上渐渐形成了可以自由处分的土地所有权。罗马法绝对所有权概念所体现的绝对的、独立的、

[44] 薛军:《物权与占有》,第 178 页。

自由的观念以及一物一权主义正符合这一时期经济发展的需要。尤其到了自由资本主义时期,人们越来越清楚地意识到日尔曼法所有权制度已经成为资本主义商品经济发展的羁绊,而罗马法上的所有权概念方与自由资本主义时期个人主义精神完全一致。与此相反的是中世纪西欧日耳曼地区采用的分割所有权形式,附属于物的财产权能由两个或多个主体分割所有——采邑主和封建农奴。处分权能和用益权能在被划分为不完整的所有权中分离。处分权人被视为“上级所有权人”,另外的权利人被视为“用益所有权人”。1794年《普鲁士普通邦法》和1811年《奥地利民法典》虽然建立在自然法和学说汇纂学派的基础上,但是确立的却是分割所有权的法律模式。<sup>[45]</sup>

近现代继受罗马法所有权的哲学理论基础是黑格尔所奠定的所有权与自由之间的关系——“所有权是自由的定在”。“人把他的意志体现在物内,这就是所有权的概念”。因为自由意志仅仅是抽象的主体性,而现实的真正的人必须是主客同一体,只有主客同一体才是自由的理性的存在或作为理念的存在,所以说“人为了作为理念而存在,必须给它的自由以外部的领域”;而“人唯有在所有权中才是作为理性而存在的”。黑格尔的具体论证方法是从抽象到具体:自由意志最初是抽象的,“为了不仍然是抽象的,自由意志必须首先给自己以定在,而这种定在最初的感性材料就是事物,即外界的物;自由的这一最初方式,就是所有权。”<sup>[46]</sup>

罗马法的绝对所有权观念它不仅深得19世纪注释法学家的推崇,也被大陆法系各国的资本主义立法所继承。《拿破仑法典》第544条规定:“所有权是对于物有绝对无限制地使用、收益及处分的权利,但法令所禁止的使用不在此限。”<sup>[47]</sup>这一物权法所奉行的无限制私有原则成为自由资本主义时期民法的重要原则之一。《德国民法典》依照德国哲学和法学思想的影响,也果断抛弃分割所有权概念,转向罗马法的统一所有权制度。康德和黑格尔都意识到,基于分割所有权的这种直接占有用益的关系,以及采邑同租佃并其他租金、地租和转移税之间的关系,不符合现代所有权概念。《德国民法典》第一草案因此称:“在采邑法中,涉及因很久以前的政治、经济关系形式而存在的制度。在绝大多数国家中,立法在思考消除这些制度。这些制度的残余逐渐归于消亡,从而将其纳入民法典是不合适的。”<sup>[48]</sup>

前文已述,罗马人对所有权的定义是消极性的,也就是通过指出所有权受到的消极与例外限制来界定所有权的内容,而一直试图避免通过具体的积极列举的方式,通过指出所有权具有哪些权能的方式,去界定所有权的内容。<sup>[49]</sup>这就是罗马法所有权的“完全物权”理念,它也被大陆法系各法典完美继受。以《德国民法典》为例,第903条前句规定:“在不与法律或者第三人的权利相抵触的限度内,物的所有人可以随意处置该物,并排除他人的一切干涉。”其中就没有对所有权的积极权能进行例举,而认为所有权是所有权人对物的一般概括性的完全支配,突出了归属的要素。

## (二) 英国法土地“保有制”(tenure)的起源——从罗马帝国后期到诺曼征服

罗马帝国中后期,帝国各个行省的社会经济结构开始逐步走向封建化:戴克里先皇帝的税制改革试图将劳动力固定在土地上,使得帝国全部乡村居民都要缴纳一种丁税与地税相

[45] [德]罗尔夫·克尼佩尔:《法律与历史》,朱岩译,法律出版社2003年版,第239页。

[46] [德]黑格尔:《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆2009年版,第42-59页。

[47] 《拿破仑法典》,李浩培等译,商务印书馆1996年版,第72页。

[48] 罗尔夫·克尼佩尔:《法律与历史》,第240页。

[49] 卡博格罗西:《所有权与物权:从罗马法到现代》,第21页。

结合的“人头土地税”。<sup>[50]</sup> 戴克里先的税收和户籍改革被君士坦丁一世 (Constantinus I) 继承下来,甚至有所强化。随着社会阶层的日渐僵化,在农村出现了“佃农制”,即为了使耕作者做到永久性服役,采取了把耕种者束缚在土地上的做法,还加强了佃户对田庄主的人身依附关系,他们如果逃亡或者被别人告发,应被押回原来的田庄。根据君士坦丁一世于公元 332 年颁发的敕令,任何人如果在自己地产内找到了别人的佃农,不但应把佃农送还原来的地方,而且应该负担佃农在那个期间的人头税,因此佃农变成了农奴,被世代束缚在一块土地以及他与主人的主仆关系上,变成了一个严格的世代相承的等级中的一员。

另一方面,迫于沉重的税收、缺乏足够的畜力和由此引发的畜肥的不足,小土地所有者抛弃土地以逃避税收已经是相当普遍的现象。而且由于社会动荡,治安状况恶劣,越来越多的小农户为求得大田庄主的庇护,自动投靠大田庄,成为有依附关系的佃农。<sup>[51]</sup> 因此自君士坦丁时期开始,到了公元 4 世纪后期到 5 世纪初,伴随着公地和私有土地的集中,重新出现了一个大土地所有主阶级,即“土豪”,他们盘踞一方领地,摆脱了向帝国应尽的义务,采取自救行为维护自身利益,向个人和周边村落提供保护,俨然成为小的独立政权,以对抗帝国和外部势力,由此产生了一些“庇护地”。<sup>[52]</sup> 总体而言,在君士坦丁一世临朝时期,欧洲大陆开始了向封建制的确定无疑的转变。<sup>[53]</sup>

在罗马帝国分裂灭亡之后,欧洲陷入无序与混乱,个人人身与财产安全凭自身力量无法自保,因此君士坦丁时期出现的小农“带产投靠”贵族以寻求庇护的作法日益普遍,代价则是丧失人身的独立于土地的所有。原来的农户只是“持有”土地,并且提供各种劳役。由此,“土地保有制”逐渐形成,土地成为连接人与人之间关系的纽带。简言之,保有是一种围绕土地而建立的领主及其附庸之间的社会关系:附庸持有领主的土地,并向领主承担各种封建义务;领主向附庸提供保护,并保留在某些情况下收回土地的权利。附庸并不拥有土地,他和土地之间的关系只是持有关系。

随着 1066 年诺曼征服,欧洲大陆的保有制度被威廉一世带入英国。征服者威廉认为自己对于英国王位有继承权,他在消灭或驱逐不肯降服的撒克逊贵族后,将其土地收归自己所有,按照功绩与亲疏分配于亲信与将士。因此所有的土地只属于国王,每一个从国王处分或赎回土地之人成为第一持有人,他们持有而不是拥有土地。持有人可以对持有土地进行再分封,分得土地的二级持有人可以继续往下分封,每一次分租均产生一层保有关系。<sup>[54]</sup> 随着保有体制的彻底推行,在英国,除国王外,无人可直接拥有土地。尽管随着时间推移,事实在不断发生实质性变化,但保有的外壳并未随之改变。英美法宁愿一步步削弱保有制度的实际效力,也不愿动摇保有理论本身的基础,于是保有的理念就这样自罗马帝国后期始,一直影响到今日的英美法。

(三) 英美地产权中“不限嗣继承地产权”与罗马“行省土地所有权”的趋同: 归属与权能的分离

在保有制度下,理论上是国王拥有全部土地所有权,现实却是各人实际掌握自己土地上

[50] Francesco Grelle. *Stipendium vel Tributum: l'imposizione fondiaria nelle dottrine giuridiche del II e III secolo*, Jovene, 1963, p. 93.

[51] 厉以宁,《罗马——拜占庭经济史》,商务印书馆 2006 年版,第 365-367 页。

[52] [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 389 页。

[53] 厉以宁:《罗马——拜占庭经济史》,第 313 页。

[54] 吴一鸣,《英美物权法》,上海人民出版社 2011 年版,第 57 页。

的权利,为了刻意区分于国王所有的,它又决不能成为绝对的所有权。因为保有权益自国王从自己权益中分封出来,所以与国王的所有权相比可以无限接近但始终存在一个差距。因此土地的实际拥有人就土地持有的“普通法所有权”,虽然名为所有权,却没有大陆法上为它确立起来的那种终极性与封闭性,仍存在超越的空间,这一空间指的就是国王的所有权。因此英美法所有权观念不可能采取罗马法绝对所有排斥其他的概念,<sup>[55]</sup>而只能采取类似于罗马法“行省土地所有权”的模式,所有权形式上的归属主体为帝国与皇帝,但土地的实际持有人却享有一种实质性与拟制性的所有权。

与罗马行省土地持有人需要缴纳税赋与承担公役等义务相同,英美法土地的实际持有人,一旦未忠实履行封建义务,其土地就会被收回;但从领主角度而言,只要持有人在忠实履行义务,领主即不能对土地行使权利。因此,与罗马法不同的是,英国法土地上,无论领主还是持有人,对土地仅享有一种有限的权利。故而,英国法土地持有人所拥有的是一个存在于持有人与土地之间的抽象实体,该实体被称为“地产权”,即对土地进行占有性利用的权利范围。地产权是连接租户与土地之间的一个法律概念。<sup>[56]</sup>

“地产权”有多种,如果持有人可以终生占有土地,且死后可由其继承人继承土地,则该持有人拥有的地产权称之为“不限嗣继承地产权”(fee simple)。1925年英国财产法改革,土地持有人所负封建义务被荡涤一清,至此不限嗣继承地产权成为一种持有人可自由处分的权利,一种完整、自足的土地权利,一种英美法中“最大”的地产权,无论从权利的存续规则、功能乃至限制上,其接近甚至等同于大陆法系的不动产所有权,也宣布了保有制度的名存实亡,国王的土地所有权已不含任何私权的成分,而纯化为一种领土主权。

综上所述,英美法很长一段时期以来,名义上不动产所有权的归属仅仅掌握在国王手中,现实中创设出各种地产权取而代之所有权各种权能的功能。随着封建社会的消亡,地产权体系中最基础的一种地产权——“不限嗣继承地产权”逐渐实质上取得所有权的内涵与法律地位。但在无所有权年代形成的特有的地产权制度也几乎完整进入现代社会。地产权制度的直接后果为,在英美物权法中,主体与客体之间始终存在一个抽象的地产权,主体不直接拥有不动产,而是拥有权利,ownership这一术语即表示权利与主体之间的此种归属关系,而非所有权本身。<sup>[57]</sup>

英美法不动产地产权这一归属与权能相分离的模式与罗马法中“行省土地所有权”的设计极为类似,实质上也是所有权政治性与法律性经济性相分离的一种体现:无论是行省土地还是英国土地,在政治层面上的归属皆为帝国皇帝抑或英国国王,但落实到法律与经济层面上,所有权之中那些实质性的享益与权能皆归于土地的实际持有人享有。

但英美法地产权模式与被大陆法采用的罗马法绝对“所有权”模式却存在着本质区别:大陆法所有权可以被想象为一个写有“所有权”标签的盒子,在所有权完全无负担的情况下,盒子里包含了占有、使用、收益、处分等特定权利,所有权人可以把盒子里一些权利转让给他人,但只要盒子仍在,即便是空的,他仍然是所有权人。而英美法中没有所谓的盒子,有

[55] Kate Green, *Land Law*, 4th ed., 法律出版社影印 2003 年版,第 7 页。

[56] 约翰·梅利曼:《所有权与地产权》,《比较法研究》2011 年第 3 期。

[57] ownership 不是一个权利概念,描述的是人与权利之间的归属关系,并不描述人与不动产之间的关系。换言之,在不动产法领域,英美法与大陆法所有权概念对应的并非是“ownership”,而是“fee simple”。参见吴一鸣:《英美物权法》,第 69-71 页。

的是各种地产权代表的不同束的法律权益,拥有“不限嗣继承地产权”的人有最大束的法律权益,当他转移一束或多束给他人时,那部分就没有了,地产权的性质也就随之改变。<sup>[58]</sup>

#### (四)“衡平法所有权”与“裁判官法所有权”的功能比较:双重所有权的假象?

在英美财产法中最为独特的莫过于信托制度,其将所有权区分为普通法所有权与衡平法所有权两个层次,即通常所说的“双重所有权”。前者指的是根据普通法的原则得到确认的产权,即在普通法法院可获得承认或执行的产权,产权人对财产的所有权和占有在表面上是完整的,但对财产并无受益利益。后者是根据衡平法的原则受衡平法保护的一种财产上的受益利益。<sup>[59]</sup> 在功能上,衡平法较多涉及欺诈、信托等问题,缓解了普通法的僵硬性,是一种补充性或附加性、注释性的法律,它所围绕的仍然是普通法,二者不是竞争对手的关系,毋宁说是一种主辅的关系。换言之,这反映了“衡平法追随普通法”这一事实,即衡平法始终以承认普通法为前提,并不明确否定普通法的规则,而只是通过规则的创新来对那些不能实现实质正义的普通法规则进行实质性修改。

在财产法范畴内,英美法并不承认一种绝对的权利根据,而是承认一系列相对有效的权利,对这些具体权利,个案审判时适用比较的方法来确定其中谁是更好产权,由此给予保护。因此所有权作为一种权利出现时也是相对的,既然是相对的,就没有理由反对另一种权利伴生于它,这就是英美法双重所有权存在的合理背景。<sup>[60]</sup>

大陆法系处理问题的思路则完全不同。例如当买卖双方就一块土地善意约定了转让,但并未完成法律约定的若干程序时,英美法的处理方法是这块土地的普通法所有权在卖方手中,衡平法所有权则在买方手中,相互比较实现超越;而大陆法系的处理办法是卖方享有土地的所有权,买方享有基于合同的债权请求权。但二者在本质上都可概括为二重性的划分,通过这种财产法律结构的二分,两大法系都对现代商业流转中非即时清结的交易关系实现了有效的调整。它们虽然在处理问题的技术方式上存在重大差异,然而却发挥着相似的功能。<sup>[61]</sup>

究其本质而言,普通法所有权与衡平法所有权不是两个独立的所有权,尽管会出现双重所有权的表述。所谓的“双重所有权”,只是在不同司法体系中得到不同救济的两个法益。例如在信托关系中,普通法只认受托人,不认受益人,因此只有不动产的受托人拥有产权。而衡平法既认受托人,也认受益人,但同时认为受益人对土地拥有实质性的利益,是实质的产权人。同时并不否认受托人对土地拥有产权,只不过这个产权成了一个没有实际利益的“挂名产权”。可见从历史的角度,信托中的“双重所有权”不过是由于权利在不同的救济系统中获得保护的可能性不同而出现的一个法律现象;从逻辑的角度,信托在本质上也不过是所有权能分割的产物,由此产生的两个权利不过是分担了一个所有权的两个功能。<sup>[62]</sup>

这一现象极为类似于罗马法中“市民法所有权”和“裁判官法所有权”的区分,虽然没有证据明确表明,“衡平法所有权”的诞生借鉴了“裁判官法所有权”模式的影响,因为自优士

[58] 约翰·梅利曼:《所有权与地产权》,《比较法研究》2011年第3期。

[59] Black's Law Dictionary, 7th ed., West Group, 1999, p. 1493.

[60] 冉昊:《相对的所有权——双重所有权的英美法系视角与大陆法系绝对所有权的解构》,《环球法律评论》2004年冬季号。

[61] 冉昊:《论两大法系财产法结构的共通性》,《环球法律评论》2006年第1期。

[62] 吴一鸣:《英美物权法》,第78-81页。

丁尼始已经取消了市民法所有权与裁判官法所有权的区分,该种所有权类型在诺曼征服时期早已不复存在。但是在形式上进行比较可以发现,与裁判官法所有权相同,衡平法所有权在设立之初,也是因为未满足普通法所要求的形式要件,也是基于司法实践救济而在实体法层面上产生的法律效果,也是与法律和司法体系的二元化特征存在联系,普通法所有权人与市民法所有权人一样,可以对抗除了衡平法所有权与裁判官法所有权之外的任何第三人。而且究其实质,罗马法中这种“双重所有权”也并非真正的两个独立完整的所有权,如上文所述,彭梵得认为这两种所有权应当被理解为对统一所有权概念的分解。主体只有同时兼具市民法所有权和裁判官法所有权两者,才称得上对物享有完整的所有权。

细细比较可以发现,衡平法所有权与裁判官法所有权也具有不同之处。因为英美财产法理论不采用一物一权这一归属模式,因此普通法所有权与衡平法所有权更多展示的是处分权能与受益权能的区分,而不涉及到归属层面;而“裁判官所有权”规则是模仿“市民法所有权”规则的,<sup>[63]</sup>这就意味着裁判官法所有权人除了享有所有权的一切权能之外,亦对归属层面进行了制度设计:裁判官法所有权人在取得时效完成之前,并没有对物的归属,而仅仅被裁判官赋予一种“归属的抗辩”,只有等取得时效完成之日,才能获得对物的归属,但在这一时刻,裁判官法所有权就消失了,而自动转化成为了市民法所有权。

## 五 总 结

### (一) 罗马法所有权概念的发展趋势与影响:政治性的消退与法律性的增长

纵观罗马法上所有权概念的发展,可以看出,各个时期的“所有权”的概念,在成为一个教义学的术语之前,都属于一个历史的概念,所有权制度从来不是单纯的法技术上的构建,而是与一个社会的政治经济状况及社会各阶层力量博弈的结果紧密相连,所有权的法律结构某种程度上是为一个社会的财产的政治性安排披上一件法律的“晚礼服”。这就是所有权政治性、经济性与法律性的三位一体。

罗马法所有权概念演变的趋势表明,从最初完全体现政治性色彩与主权意义的“支配权”,经历了氏族家庭权力的消解、个人主义的兴起与法学家阶层对其主观权利的改造之后,共和国中后期出现的“市民法所有权”概念已经体现出强烈的个人性与法律性特征,完成了从物到权利的质变;最后出现了与用益权等他物权相对应使用的“所有权”概念,仅仅具备经济与法律意义,相比较归属更加强调权能的分解。因此可以说,罗马法所有权概念的发展,就是一个政治性逐渐消退,而法律性与经济性逐渐增长的过程。

罗马法所有权的这一发展趋势,也影响到现代法所有权的性质。近现代欧洲法典运动,采用了罗马法中“所有权”这一术语,旨在突出强调所有权的经济性与法律性,而弱化其政治性特征,虽然各国宪法层面上对所有权与财产权保护的强调仍然保留了所有权内涵中的政治性要素。而我国的《物权法》,保留了国家所有权、集体所有权的分类,某种程度上是以政治性表述替代了法技术性的规定。把国家所有权规定在《物权法》上,在私法层面上可以更多起到的是一种“排除功能”,例如不适用善意取得与时效取得制度,不适用诉讼时效制度等等。而立法者显然意识到了所有权制度政治性过强所带来的弊端,例如《物权法》第 59

[63] M. Talamanca, p. 196.



条对《民法通则》悄然进行了修正:《物权法》继续承认集体所有权政治意义上的主体是集体组织,但是明文规定了集体所有权法律意义上的主体是集体组织成员——试图以这种方式从法技术上解决集体所有权的主体虚化问题。

## (二) 罗马法所有权对两大法系的影响——花开两枝,各自表述

通过前文的分析可以看出,罗马法中丰富多元的归属体系及其表达方式,在不同时期分别造就了“氏族集体所有权”、“个人所有权”、“市民法所有权”、“裁判官法所有权”、“行省土地所有权”、“公地占有”等诸多概念,使得统一的罗马法所有权概念从来不曾建立,现代的罗马法学家们更愿意采用“单一所有权与多重所有权”这一同时在单复数意义上使用的方式,来表述罗马法上同时呈现出绝对一元以及多重多元特征的归属及权能模式。<sup>[64]</sup>

罗马法中这一系列所有权概念与模式,对两大法系所有权与财产权体系的建构,都产生了深远的影响。具体而言,以归属为核心要素构建出来的“市民法所有权”与“所有权”概念,尤其是后者,成为了近现代大陆法系各国法典化中所有权的模型,维持了罗马法这一概念中所包含的“一物一权”、“完全性”、“排他性”、“弹力性”等品格,并且坚持了“归属+权能”的模式。

而与此相反,罗马法所有权序列中的另外两个概念——行省土地所有权与裁判官法所有权,与日后英美财产法中产生的“不限嗣继承地产权”以及“衡平法所有权”,从功能到结构都高度趋同,例如行省土地所有权与不限嗣继承地产权的共同特性都在于“归属”要素的缺失以及“权能”的实质享有;裁判官法所有权与衡平法所有权两者都基于形式要件不合格,基于司法实践救济而产生,实际效力都强于名义上的所有权人等。再联系到英国财产法源头的土地“保有”制度在罗马帝国后期封建化过程中产生的雏形,不由让人感叹道,罗马法中诸多丰富的所有权模型,以“归属”这一要素为区分点,在大陆法与英美法两大法系分别扎根发芽,可谓花开两枝,各自表述,共同构建起了当今世界的所有权制度。

---

[Abstract] In the history of Roman Law, the concept and terminology of ownership had experienced a lot changes: from the “mancipium” appeared as collective ownership of gens in early periods, to the “dominium”, and later the “proprietas” which combined the two major factors of “belonging” and “function”. The diverse systems of belongings and their expressions in Roman Law also built mutiple conceptions of belongings, such as “in bonis habere”, “ownership of the provincial land” and “possession of public land”. The development of the conception of ownership in Roman Law reflects these tendencies that the political elements had been gradually decreasing, while the legal and economical elements were increasing. “Proprietas” became the models of the ownership during the legal codification process in Continental law countries which insists the combination of “belonging” and “function”. The “in bonis habere” and “ownership of the provincial land” in Roman Law are highly similar with the “fee simple” and “equitable title” in the Property Law of Anglo-American Legal System.

---

(责任编辑:姚佳)

[64] M. Talamanca, p. 186.