

民法物权论

郑云瑞 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

民法物权论/郑云瑞著. —北京: 北京大学出版社, 2006.3
(民商法论丛)

ISBN 7 - 301 - 10490 - 1

I. 民... II. 郑... III. ①物权法 - 法的理论 ②物权法 - 研究 - 中国
IV. ①D913.01 ②D923.24

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 002602 号

书 名: 民法物权论

著作责任者: 郑云瑞 著

责任编辑: 孙丽伟 杨莹颖 王业龙

标准书号: ISBN 7 - 301 - 10490 - 1/D · 1434

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

电子信箱: pl@pup.pku.edu.cn

排 版 者: 北京高新特打字服务社 82350640

印 刷 者:

经 销 者: 新华书店

650 毫米 × 980 毫米 16 开本 28 印张 444 千字

2006 年 3 月第 1 版 2006 年 3 月第 1 次印刷

定 价: 38.00 元

序

从20世纪90年代后期开始,我国物权法教科书、著作及译著如雨后春笋般地涌现,物权法研究呈现出欣欣向荣的景象。这均与我国物权法的制定密切相关,1999年10月,中国社会科学院法学研究所研究员梁慧星先生主持完成了《中国物权法草案建议稿》的编纂以及2000年12月中国人民大学法学院教授王利明先生主持完成了《中国物权法草案建议稿》的编纂,标志着中国物权法的研究进入高潮。两大物权法草案建议稿体现了我国学术机构和高等院校最高研究成果。^①本人自知才疏学浅,无力驾驭物权法理论,《民法物权论》是我在完成《民法总论》之后给自己布置的一个作业,无意构建一个新的物权法体系,只是希望在整理、论述前人物权法理论的基础上,加入自己对物权法浅拙的理解,全面、系统论述物权法理论,以传统物权整合、构建中国的物权体系,力求做到概念清晰、内容全面、结构完整、逻辑严密、文字通俗、行文流畅。《民法物权论》并未对物权法问题提供终极的答案,实际上,制度的构建也不可能有一个终极的答案,而是在物权法问题的论述中,对相关理论和观点作出分析,让读者自己思考并作出判断。

20世纪末,我从北京大学毕业来到上海,进入市政府机关工作,世纪之交又在何勤华教授的帮助下进入华东政法学院,从事民商法教学。虽然教授民法学课程,但博大精深的民法学理论使我却步,无意于从事该领域的研究,于是开始涉足保险法领域的研究,并取得了一点成果,出版了《21世纪保险法专题丛书》。一个偶然的的机会,为完成学校安排的任务,开始涉足民法领域的研究,于2004年6月份完成《民法总论》的写作并于同年10月出

^① 2002年12月,全国人大常委会第一次审议物权法草案,2004年10月15日,进行了第二次物权法草案的审议,2005年6月26日,又进行了第三次物权法草案的审议,同年7月10日,该草案向社会公布并征求全民意见。

版。在完成《民法总论》之后,我已经疲惫不堪。但值得欣慰的是,《民法总论》得到了北京大学出版社和读者的肯定,因此,便萌发了物权法的写作计划。物权法写作的另一个动因是2004年下半年曾去上海市房屋土地管理局参加一个研讨会,在交流过程中,发现实务部门也无法理清我国混乱的土地权利状况,对土地权利性质的理解也存在偏差,因此,责任感和使命感便油然而生。同时,作为民法学教师,我试图通过《民法物权论》的写作,深入研究物权法理论,加深对我国物权法现状的了解。这促使我决心系统整理、分析我国的物权状况,并与大陆法系国家物权法进行比较,发现差距,找出问题,提出可行的建议和措施。实际上,我在债法领域的知识可能远远多于民法总论和物权领域,我的博士论文是《西方近现代契约理论研究》,2002年10月翻译了一本介绍评价当代美国合同法理论的书即《合同法的丰富性》,在债法领域应该还是有一点积累,当时也有意从事这方面的研究。如果当初没有接受《民法总论》的任务,当然就不会有现在的《民法物权论》,我可能会沿着自己的研究路径,继续完成我自己的研究计划,那么,今天又是另外一番景象。

2001年,为讲授物权法曾写过一个简单的物权法讲稿,自己觉得非常不满意,因此就弃之不用。去年在讲物权法的时候,又找出了讲稿,发现一些与其他教科书不同的地方,觉得还是有点新意,这构筑了我物权法写作的信心。《民法物权论》结合了以前的物权法的讲稿,并未局限于我国现行的立法体系、概念、术语,而是以传统民法物权的制度、概念、术语为出发点,^①论述我国物权制度。虽然学界同仁已经做了大量研究,取得了丰硕成果,但要将这些成果系统化,运用于自己的著述之中,仍非易事。特别是用益物权论述,把我弄得疲惫不堪,常常是两眼充血,睡眠不足,甚至产生了放弃的念头。但同时又有一股力量在支持我、鼓励我。

《民法物权论》对罗马法和日耳曼法的物权制度一般理论以及担保物权的论述,可能是目前国内物权法教科书中全面、最详尽的,力图使读者能

^① 在永佃权的问题上,我国学界认为,虽然有其存在的价值,有利于改造我国的农地使用权制度,保护农民种地的积极性和合法权益,但由于其植根于封建土地私有制关系,本质上是地主对农民进行剥削的政权表现,因而认为重建永佃权制度似有动摇公有制之嫌,难以为社会所接受。其实这种观点有失偏颇,大陆法系的民法制度,发源于古代罗马社会,即奴隶制社会,反映了奴隶制社会的政权关系。因此,这种观点的出发点是好的,但担心是不必要的。

够全面理解大陆法系物权法发展的脉络及制度和理论的演变,从而准确地把握物权制度和理论,对我国现行混乱、繁杂的物权制度和理论形成自己的观点,对物权制度和理论的取舍作出准确的判断。

《民法物权论》论述了日耳曼法对现代物权法的贡献,指出罗马法直接影响了大陆法系的形成和发展,而日耳曼法在整体上对大陆法系民法的影响较小,但在物权法领域,对大陆法系物权法制度和理论产生了重大影响。由于物权法的固有性,日耳曼法直接影响了德国民法典的物权制度。日耳曼法和中国古代法同属农业社会的法律,两种法律制度有许多相通之处,例如,我国古代的典权制度,与日耳曼法的古质,均属于单纯的物上责任,因而日耳曼法的研究有助于理解我国传统的法律制度。特别是日耳曼法学者以现代法律观念整理固有法律制度的方法和态度,值得我国物权立法借鉴和参考。

《民法物权论》遵循《民法总论》的写作体例和原则,是《民法总论》的延续。《民法物权论》吸纳了我国学界物权法理论研究的最新成果,在此对兢兢业业从事物权法理论研究的学界同仁表示崇高的敬意和谢意。在《民法物权论》完稿之际,物权法草案第三次审议稿在7月10日公开征求全民意见,因而得以将最新的立法成果反映到本书中,但是由于时间关系,未能对相关的物权法条文作出评价。我的研究生李剑伟、张长棉和吕明磊收集了部分物权法资料,在此表示感谢。感谢华东政法学院法律学院院长刘宪权教授、民法教研室主任沈幼伦教授对我工作的关心和支持。

由于本人浅薄的民法物权理论功底,书中难免存在纰漏,敬请学界同仁批评指正。

郑云瑞

上海芙蓉苑

2005年7月26日

法律法规及司法解释缩略语

《宪法》——《中华人民共和国宪法》

《民法通则》——《中华人民共和国民法通则》

《物权法草案》——《中华人民共和国物权法(草案)》(第三次审议稿)
(2005年6月26日审议7月10日正式对外公布)

《合同法》——《中华人民共和国合同法》

《公司法》——《中华人民共和国公司法》

《票据法》——《中华人民共和国票据法》

《海商法》——《中华人民共和国海商法》

《企业破产法(试行)》——《中华人民共和国企业破产法(试行)》

《农业法》——《中华人民共和国农业法》

《担保法》——《中华人民共和国担保法》

《婚姻法》——《中华人民共和国婚姻法》

《继承法》——《中华人民共和国继承法》

《保险法》——《中华人民共和国保险法》

《破产法》——《中华人民共和国破产法》

《民事诉讼法》——《中华人民共和国民事诉讼法》

《民用航空法》——《中华人民共和国民用航空法》

《土地管理法》——《中华人民共和国土地管理法》

《农村土地承包法》——《中华人民共和国农村土地承包法》

《城市房地产管理法》——《中华人民共和国城市房地产管理法》

《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》——《中华人民共和国城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》

《民法通则司法解释》——《关于贯彻执行 中华人民共和国民法通则若干问题的意见(试行)》

《担保法司法解释》——《最高人民法院关于适用 中华人民共和国担保法若干问题的解释》

目 录

第一编 总 论

第一章 物权法的历史沿革	(3)
第一节 古代物权法	(3)
第二节 近现代物权法	(20)
第三节 中国物权法	(28)
第二章 物权总论	(33)
第一节 物权的意义	(34)
第二节 物权的客体	(44)
第三节 物权的类型	(49)
第四节 物权的效力	(63)
第三章 物权变动	(81)
第一节 物权变动的意义	(81)
第二节 物权变动的原则	(85)
第三节 物权行为	(95)

第二编 所 有 权

第四章 所有权通则	(111)
第一节 所有权制度的演变	(111)
第二节 所有权的意义	(116)
第三节 所有权的权能	(121)
第四节 所有权的保护	(124)

第五节 取得时效·····	(131)
第五章 不动产所有权·····	(139)
第一节 土地所有权·····	(139)
第二节 房屋所有权与土地权利·····	(146)
第三节 建筑物的区分所有权·····	(149)
第四节 不动产相邻关系·····	(161)
第六章 动产所有权·····	(167)
第一节 善意取得制度·····	(167)
第二节 先占制度·····	(181)
第三节 拾得遗失物·····	(184)
第四节 发现埋藏物·····	(192)
第五节 添附·····	(194)
第七章 共有·····	(200)
第一节 共有的历史形态·····	(200)
第二节 按份共有·····	(202)
第三节 共同共有·····	(212)
第四节 准共有·····	(216)

第三编 用 益 物 权

第八章 用益物权·····	(221)
第一节 用益物权的历史沿革·····	(221)
第二节 用益物权的概念及性质·····	(223)
第三节 中国的用益物权制度·····	(226)
第九章 地上权与土地使用权·····	(228)
第一节 地上权·····	(228)
第二节 土地使用权·····	(234)
第三节 地上权与土地使用权·····	(236)
第十章 永佃权与土地承包经营权·····	(240)
第一节 永佃权·····	(240)
第二节 土地承包经营权·····	(245)

第三节 永佃权与土地承包经营权	(251)
第十一章 地役权	(254)
第一节 地役权的概念	(254)
第二节 地役权的内容	(259)
第三节 地役权与相邻关系	(261)
第十二章 典权	(265)
第一节 典权制度的历史沿革	(265)
第二节 典权的概念	(268)
第三节 典权的效力	(274)
第四节 典权的消灭	(279)

第四编 担保物权

第十三章 担保物权	(283)
第一节 担保物权的历史沿革	(283)
第二节 担保物权的概念及性质	(288)
第三节 担保物权的种类	(293)
第四节 担保物权的竞存	(296)
第十四章 抵押权(一)	
——普通抵押权	(301)
第一节 抵押权的概念	(301)
第二节 抵押权的设定	(308)
第三节 抵押权的效力	(314)
第四节 抵押权顺位	(323)
第五节 抵押权的消灭	(326)
第十五章 抵押权(二)	
——特殊抵押权	(331)
第一节 动产抵押权	(331)
第二节 权利抵押权	(335)
第三节 财团抵押权	(339)
第四节 所有人抵押权	(342)

第五节 最高额抵押权·····	(345)
第六节 法定抵押权·····	(351)
第七节 共同抵押权·····	(355)
第十六章 质权·····	(357)
第一节 质权的概念·····	(357)
第二节 动产质权·····	(360)
第三节 权利质权·····	(367)
第十七章 留置权·····	(380)
第一节 留置权的概念·····	(380)
第二节 留置权的发生·····	(384)
第三节 留置权的效力·····	(387)
第四节 留置权的消灭·····	(391)
第五节 留置权与同时履行抗辩权·····	(393)
第十八章 优先权与让与担保·····	(394)
第一节 优先权·····	(394)
第二节 让与担保·····	(400)

第五编 占 有

第十九章 占有·····	(417)
第一节 占有的概念·····	(417)
第二节 占有的取得·····	(426)
第三节 占有的效力·····	(428)
第四节 占有的保护·····	(434)
第五节 占有的消灭·····	(437)
第六节 准占有·····	(437)
主要参考书目·····	(439)



第一编

总 论

第一章 物权法的历史沿革

人类社会财产观念的产生与维持人类生存的物质资料密切相关,①物权最初起源于当时人类对自己生活地区周围的无主物的先占,②因此,物权制度是人类社会最早产生的法律制度,③现代世界各国物权法主要承继了罗马法的物权法观念,同时又受到日耳曼法物权法的一定影响,从而在其所依存的历史传统和现实社会关系的基础上形成了具有本国特色的物权法。④物权在法律观念上的变迁,反映了人类社会的精神及其物质基础的变迁。

第一节 古代物权法

物权法既决定于一定社会的客观经济基础,反过来又确认、维护一定社会的经济基础。在原始社会,个人作为社会的肢体,人们对物的占有、利用

① “对财产的最早观念是与获得生存资料紧密相连的,生存资料是基本的需要。在每个顺序相承的文化阶段中,人所掌握的物品将随着生活方式所依靠的技术的增加而增加……财产种类的增加,必然促进有关它的所有权和继承权的某些规则的发展。这些占有财产和继承财产的法则所依据的习惯,是由社会组织的状况和进步确定和限制的。”〔美〕路易斯·亨利·摩尔根:《古代社会》(下册)杨东莼、马雍、马巨译,商务印书馆1977年版,第533页。

② 英国法学家梅因指出:“‘先占’是蓄意占有在当时为无主的财产,目的(这是在专门定义中加上去的)在取得财产作为己有。罗马法律学称为无主物(res nullius)的物件——即现在没有或过去从来没有过一个所有人的物件……如野兽、鱼、野鸡……”“所以认为‘先占’饶有兴味者,主要由于它对纯理论法学所作出的贡献,即它提供了一个关于私有财产起源的假说。”〔英〕亨利·梅因:《古代法》沈景一译,商务印书馆1959年版,第139、142页。

“人类社会之初,生产力低下,人们关心的只是对财产的占有和对这种占有的保护。”王家福主编:《民法债权》,法律出版社1991年版,第2页。

③ 参见郑玉波:《民法物权》,三民书局1992年修订第15版,第8页。

④ 参见史尚宽:《物权法论》,中国政法大学出版社2000年版,第1—7页。

处于自然的无权利意识的状态。自进入私有社会,产生私有观念以来,为使已经取得的财产或利益得到法律的认识和保障,消除社会的混乱状态,最初确认权利主体对财产的归属和支配的物权法律制度便应运而生。

人类社会早期的发展经历了石器时代、青铜时代和铁器时代,^①“财产观念在人类的心灵中是慢慢形成的,它在漫长的岁月中一直处于初萌的薄弱状态。……对财产的欲望超乎其他一切欲望之上,这就是文明伊始的标志”^②。财产观念的产生和发展取决于人类的生存技术,“人类能不能征服地球,完全取决于他们生存技术之巧拙”^③。人类社会的每个重大进步,均与生活资源的扩大密切相关。在人类诞生之初,人类以大地上天然的果实来维持自身生存,当时人口稀少,生活资源简单,为了抵御猛兽的袭击,人类可能栖息在树上。在这个阶段,人类不可能形成财产的观念。人类在采用鱼类食物之后,开始摆脱了地域和气候的限制。由于鱼类分布广泛,可以不受季节的限制无限量地供应,因而成为人类最早的一种人工食物。后来,人类开始种植淀粉类的食用植物。淀粉类食物的出现,标志着食物的品种和数量均极大地增加。^④这时人类才开始逐步形成财产观念,财产观念是形成物权制度的基础。^⑤

① 这种以生存技术为基础对人类社会的划分,最早是丹麦考古学者提出的,现已为人们所广泛接受。美国学者摩尔根从另外一个角度提出,人类社会的发展经过蒙昧阶段、野蛮阶段和文明阶段。参见〔美〕路易斯·亨利·摩尔根:《古代社会》(上册),杨东莼、马雍、马巨译,商务印书馆1977年版,第9—11页。

② 前揭〔美〕路易斯·亨利·摩尔根:《古代社会》(上册),第6页。

③ 同上书,第18页。

④ 同上书,第18—22页。

⑤ 洛克认为,根据自然理性,人享有生存权,土地及其土地上的一切是供给人们用以维持其生存所必需的。土地所自然产生的果实及自然繁衍的各种野兽,应归全体人类所有,而没有人能够对这种处于自然状态中的东西享有排他的私人所有权。“只要他使任何东西脱离自然所提供的和那个东西所处的状态,他就已经掺进他的劳动,在这上面掺加他自己所有的某些东西,因而使它成为他的财产。”“劳动使它们同公共的东西有所区别,劳动在万物之母的自然所已完成的作业上面加上一些东西,这样它们就成为他的私有的权利了。”〔英〕洛克:《政府论》(下册),叶启芳、瞿菊农译,商务印书馆1995年版,第18—19页。

一、古代罗马物权法^①

由于农牧业是古罗马社会的经济基础,土地成为罗马社会财富的象征,因此,法律必须对土地的占有加以保护。此外,由于土地的不可替代性和不能再生性,对土地处分权的保护成为罗马私法的核心使命。^②罗马私法旨在向个人提供以诉讼方式实现其诉讼请求的可能性,因而作为救济手段的诉讼行为在实体法中具有重要地位。罗马私法把诉讼分为对人诉讼(actiones in personam)和对物诉讼(actiones in rem)。对人诉讼是指为保护债权,仅可对特定债务人提起的诉讼;对物诉讼则是为保护物权或者对物的权利而提起的诉讼。^③基于对物诉讼,物权法最初的设计目标为调整人与物之间的关系,因而先产生了所有权的概念。只是后来随着对物的利用和收益的保护,他物权也可通过物权诉讼予以保护。从罗马私法理论的形成看,这与法学家及其信奉的自然法观念有密切关系。“从整体来讲,罗马人在法律改进方面,当受到‘自然法’理论的刺激时,就发生了惊人迅速的进步。”^④罗马法学家西塞罗(Cicero,公元前106—43年)深受希腊斯多葛学派自然法理论的影响,^⑤在古罗马时期(公元前1世纪到3世纪中期),许多罗马法学家同样也受到希腊斯多葛学派自然法理论的影响。^⑥西塞罗倡导的保护自由公民的权利、建立合乎自然精神的法律秩序等思想,为抽象的物权制度奠定了理论基础。

① 在罗马法之前,产生了体现早期朴素财产观点的古希腊物权法。古希腊物权法既没有描述“财产法”的一般术语,也没有相当于“所有”的抽象术语。法律术语“ουσία”并不意味着抽象的“所有”,而是为某人所拥有的具体意义上的某物或者物的集合。因此,未能抽象出对物的权利的绝对性。这些早期朴素的物权观念是大陆法系理念化的物权体系的最初表现形态。古希腊物权法实现了人类由氏族公有到奴隶制私有的转化,而且在产权观念形成的过程中,萌芽了以所有权为核心的物权思想,并重视财产取得方式上的具体规则。这种财产观念的萌芽,成了大陆法系发展的一个重要方向。

② 参见马俊驹、梅夏英:《财产权制度的历史评析和现实思考》,载《中国社会科学》1999年第1期。

③ 参见周枬:《罗马法原论》(上册),商务印书馆1994年版,第884页;〔意〕彼德罗·彭梵得:《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版1992年版,第86—87页。

④ 前揭〔英〕亨利·梅因:《古代法》,第33页。

⑤ 参见〔美〕埃德加·博登海默:《法理学——法哲学及其方法》,邓正来、姬敬武译,华夏出版社1987年版,第14页。

⑥ 同上书,第16页。

罗马法上的物(res)，“是指外部世界的某一有限部分，它在社会意识中是孤立的并被视为一个自在的经济实体”^①。由于受到希腊自然法理论的影响，罗马法将一切权利的客体均归纳为物的概念。^②罗马法上物的概念泛指财物，包括现代民法的物权、继承权和债权。^③罗马法对物的分类方式种类繁多，^④主要有三种：

(1) 不可动物(res immobiles)与可动物(res mobiles)。这种分类方式在现代法中表现为不动产与动产的分类，土地和建筑物为不可动物，其他物则为可动物。根据《十二表法》(Twelve Decemviral Tables)的规定，不可动物的取得时效为2年，而可动物的取得时效则为1年。

(2) 要式物(res Mancipi)与略式物(res nec Mancipi)。这是罗马早期市民法所特有的物的分类，以物的重要性以及所有权的转移是否需要履行法定形式为标准。要式物是指根据法律规定，所有权的转移应采取法定形式的物，否则，不产生转移所有权的效力；略式物是指所有权的转移无须履行一定法律形式的物。对于要式物的买卖，只能以要式买卖(mancipatio)或者拟诉弃权(in iure cessio)的方式进行转让，简单的交付不能产生所有权转移的法律效果，这种市民法规则体现了早期罗马法的法律行为的形式主义特点。

(3) 有体物(res corporals)与无体物(res incorporales)。这是罗马法上非常重要的物的分类。盖尤斯将物划分为有体物与无体物，前者是具有实体的存在，且可通过感觉而认知的物体，如土地、奴隶等；后者是指没有实体的存在而由人们拟制的物，即权利，如债权、地役权、用益权等。在罗马法上，这种物的分类意义在于无体物不能以占有的方式取得，因为占有的实质性条件是对物的实际持有，换言之，无体物既不能以时效方式取得，也不能以让渡(traditio)方式来转让。^⑤

罗马法上的物权(jus in re)是指权利人可以直接对物行使并排除他人

① 前掲〔意〕彼德罗·彭梵得：《罗马法教科书》，第185页。

② 参见李宜琛：《日耳曼法概说》，中国政法大学出版社2003年版，第49页。

③ 参见前掲周相：《罗马法原论》(上册)，第277页。

④ 周相先生列举了罗马法上关于物的14种分类。参见前掲周相：《罗马法原论》(上册)，第277—296页。

⑤ 参见〔英〕巴里·尼古拉斯：《罗马法概论》，黄风译，法律出版社2000年版，第110页。

干涉的权利。物权有自物权(jus in re propria)和他物权(jus in re aliena)之分,自物权是指物权标的物属于权利人本人的物权,即所有权;他物权是指物权标的物属于他人的物权。由于他物权从自物权中派生出来,并依附于自物权,因此,自物权与他物权之间是完全物权与不完全物权的关系。罗马法上的物权有所有权、役权、地上权、永佃权、质权和抵押权共6种。

所有权是物权的一种,而且是物权最重要的部分,是权利人可行使其物上的最完整的权利。罗马法上的所有权是指以所有人的资格支配自己物的权利。^①在罗马法中,所有权的概念在公元前2世纪被正式确立,^②但是,在各个历史时期,所有权有不同的称谓。所有权最早的称谓是“dominium ex jure quiritum”,即“宗联成员的支配权”。^③“dominium”有“统治、管辖、控制和支配”的含意。所有权第二个称谓是“mancipium”。“所有权在罗马法中是从家父权(mancipium)演化而来的,或者说是对家父权的扬弃,它使家父对家子的权利转化为对财产的权利。”^④到了帝国晚期,所有权的称谓是“proprietas”,与“ususfructus”用益权相对,是具有最高权利的技术性术语。^⑤

罗马法上的所有权制度经历了一个历史发展过程。从所有权的主体看,最初只有贵族享有市民法所有权,平民仅有事实上的占有而不能享有法律上的所有权。《十二表法》正式承认平民与贵族享有平等的所有权,但外国人仍然不能享有市民法上的所有权。然而随着罗马的对外扩张,罗马境内的外国人日渐增多,大法官开始承认外国人享有万民法上的所有权。到公元212年,卡拉卡拉将市民权授予罗马帝国境内的一般居民,所有权主体方面的差异基本被消灭。从所有权的客体看,最初并非所有的东西均可作

① 在罗马法文献中没有所有权的定义,仅有所谓的“对所有物的完全支配权”(plena in re potestas)。参见前掲周枏:《罗马法原论》(上册)第299页。

② 参见王泽鉴:《民法物权(通则·所有权)》,中国政法大学出版社2001年版,第149—150页。

③ 参见前掲周枏:《罗马法原论》(上册)第304页。

④ 李仁玉、陈敦:《论所有权观念的历史演进及其启示》,载杨振山主编:《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124页。

⑤ “在罗马人中,所有权的早期称谓是‘mancipium’。‘proprietas(所有权)’作为对物的最高权利的技术性术语,在帝国晚期开始主要相对于‘ususfructus(用益权)’被加以使用(见§103)。另一个称谓‘dominium’则更为古老,但不那么具有技术性,而且它也被用来指‘家父’的一般权利或对任何主体权利的拥有。”前掲〔意〕彼德罗·彭梵得:《罗马法教科书》,第196页。

为市民法所有权的标的,只有被人们视为重要的财产,如妻子、子女、奴隶、牲畜以及世袭住宅等,可以作为所有权的客体,受到市民法的保护。随着商品经济的发展,所有权客体的范围不断扩大,而且家属不再成为所有权的客体。从所有权的转移方式看,最初要式物的转移必须采取“要式买卖”或者“拟诉弃权”方式转移,仅有双方当事人之间的合意和物的交付,在法律上不能产生所有权转移的效果。由于这种方式妨碍了商品流转,阻碍了经济发展,大法官对没有履行法定转移方式的要式物的受让人加以保护,从而形成了事实上的所有权。后来,要式买卖和拟诉弃权逐渐被双方当事人之间的合意和交付所取代。所有权转移方式的历史发展,涉及罗马法上所有权的类型有市民法所有权(*dominium ex jure quiritium*)、大法官所有权(*dominium bonitarium*)、万民法所有权(*dominium ex jure gentium*)和行省土地所有权。

罗马法所有权的权能仅包括使用权(*jus utendi*)、收益权(*jus fruendi*)和处分权(*jus abutendi*)三种,^①占有权并非所有权的一种权能。在物权法中,所有权与占有存在本质的区别,罗马法学家乌尔比安认为,“所有权与占有毫无共同之处”^②。罗马法认为占有(*possessio*)是一种事实而不是一种权利,是对物的实际控制,^③因此,并未将占有视为所有权的一种权能,而是独立于所有权之外的一种法律制度。占有制度的目的不是为了保护权利,而是为了制止暴力行为,维护社会和平。在罗马法中,占有是指占有人可以自由处分物,与物之间所建立的一种事实关系,而且要求占有有人有处分物的实际意图。由于占有是对物的事实上的控制,可以理解为占有关系所体现的是所有权的一般内容,因此,确切地说,占有是所有权的外部形象。^④换言之,所有权是真正具备法律保护要件的占有,而有些形式的占有则实际上变成了所有权的形式。^⑤在罗马法中,占有的构成要件有两个:一是体素(*corpus*),即对物的控制,有管领物的事实存在;二是心素(*animus*),有将物占为己有的意思。即使直接控制物,如果没有占为己有的意思,不会产生法律上的占有效果。“为了维护公共秩序和社会安定,罗马法安排了一种通过令状

① 参见前掲周枬:《罗马法原论》(上册),第300页。

② 前掲〔英〕巴里·尼古拉斯:《罗马法概论》,第110页。

③ 参见前掲周枬:《罗马法原论》(上册),第407页。

④ 参见前掲〔意〕彼德罗·彭梵得:《罗马法教科书》,第269页。

⑤ 同上。