



大陆法系所有权模式 历史变迁研究

A Study on the Historical Changes of
Ownership Patterns in Civil Law System

陈晓敏 著

中国社会科学出版社



大陆法系所有权模式 历史变迁研究

A Study on the Historical Changes of
Ownership Patterns in Civil Law System

陈晓敏 著

中国社会科学出版社

图书在版编目(CIP)数据

大陆法系所有权模式历史变迁研究 / 陈晓敏著. —北京: 中国社会科学出版社, 2016. 11

ISBN 978 - 7 - 5161 - 9447 - 8

I. ①大… II. ①陈… III. ①大陆法系 - 所有权 - 模式 - 法制史 - 研究
IV. ①D913. 204

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 290472 号

出 版 人 赵剑英
责任编辑 梁剑琴
责任校对 周 昊
责任印制 李寡寡

出 版 **中国社会科学出版社**
社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号
邮 编 100720
网 址 <http://www.csspw.cn>
发 行 部 010 - 84083685
门 市 部 010 - 84029450
经 销 新华书店及其他书店

印刷装订 北京市兴怀印刷厂
版 次 2016 年 11 月第 1 版
印 次 2016 年 11 月第 1 次印刷

开 本 710 × 1000 1/16
印 张 12
插 页 2
字 数 211 千字
定 价 45.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书, 如有质量问题请与本社营销中心联系调换

电话: 010 - 84083683

版权所有 侵权必究

国家社科基金后期资助项目 出版说明

后期资助项目是国家社科基金设立的一类重要项目，旨在鼓励广大社科研究者潜心治学，支持基础研究多出优秀成果。它是经过严格评审，从接近完成的科研成果中遴选立项的。为扩大后期资助项目的影响，更好地推动学术发展，促进成果转化，全国哲学社会科学规划办公室按照“统一设计、统一标识、统一版式、形成系列”的总体要求，组织出版国家社科基金后期资助项目成果。

全国哲学社会科学规划办公室

目 录

绪论：所有权的危机？	(1)
第一章 大陆法系前现代的所有权与归属模式：多元格局与多重 视角	(6)
第一节 罗马法财产归属模式的多元格局与多重视角	(6)
一 奎里蒂所有权：绝对的一元所有权	(7)
二 裁判官法所有权：与市民法并立的双重所有权	(15)
三 以土地为中心的多元财产归属形式	(16)
四 优士丁尼的改革及向一元所有权的回归	(22)
第二节 中世纪的分割所有权	(23)
一 对优士丁尼改革的再解读：用益所有权概念的产生	(24)
二 用益所有权的内涵：以用益为特征的所有权	(29)
三 从准所有权到用益所有权：所有权及类似权利的体系 建构	(31)
第三节 前现代所有权制度变迁中的两种视角：从人到物与从 物到人	(32)
一 从人的视角与从物的视角出发形成的所有权	(32)
二 不同视角对所有权以及物权制度建构的影响	(34)
三 人与物：两种视角的优劣互见	(35)
第二章 大陆法系现代所有权模式的形成：主体视角的确立	(38)
第一节 所有权作为主观权利的理论学说	(38)

2 大陆法系所有权模式历史变迁研究

一 洛克的政治学说：私人财产所有权的正当性 (39)

二 多马的理论：所有权与占有的模糊区分 (40)

三 波蒂埃的理论：现代所有权概念的产生 (42)

第二节 现代所有权模式在民法典中的确立 (43)

一 法国模式 (44)

二 德国模式 (48)

三 所有权主体视角建构的完成：潘德克顿法学理论的成果 (49)

第三节 现代所有权模式确立对物权体系的影响 (52)

一 他物权类型的产生：对所有权体系的突破 (53)

二 所有权与他物权二元体系的确立 (55)

第四节 现代所有权模式确立的意义与局限 (59)

一 现代所有权的主体性 (59)

二 主体模式的意义与局限 (64)

第三章 现代所有权模式的理论原型：主体视角的再审查 (68)

第一节 公共所有权的艰难确立 (71)

一 公共所有权的确立 (72)

二 公共所有权的法律属性 (78)

第二节 集体所有权的私法排除 (82)

一 集体所有权的历史总结：从多元形态到私法排除 (82)

二 集体所有权的内涵：另一种归属模式 (85)

三 集体所有权的法律建构：日耳曼法与罗马法路径 (89)

第三节 其他具有多个主体的所有权形式的解释归并 (92)

一 共有 (93)

二 信托所有权 (96)

三 分时度假所有权 (98)

第四章 所有权模式的当代发展：物的视角重新引入 (100)

第一节 所有权观念从近代到现代的转变 (100)

一	从静态归属到动态利用	(100)
二	从绝对的主观权利到所有权作为社会功能之载体	(102)
第二节	财产类型的扩展对所有权制度形成挑战	(104)
一	“物必有体”——现代所有权的客体特征	(104)
二	与“物必有体”相适应的现代所有权之封闭结构	(107)
三	当代财产类型的丰富与所有权排他性的缓和	(110)
第三节	所有权的社会功能与物的视角转向	(114)
一	所有权社会化的价值考量:所有权是一项基本权利吗? ...	(116)
二	所有权社会化的技术分析:一元抑或多元的所有权制度? ...	(134)
第五章	大陆法系现代所有权模式下我国物权法所有权类型的新	
	诠释	(141)
第一节	国家所有权	(142)
一	国家所有权中隐含的物的视角	(142)
二	大陆法系国家对公共所有权规范的两典型模式	(143)
三	我国《物权法》中国家所有权规范评析	(147)
第二节	集体所有权	(150)
一	我国坚持集体所有权制度的必要性	(150)
二	《物权法》确立的“成员集体所有”制度	(152)
三	集体所有权的功能性对成员权利的限制	(154)
第三节	私人所有权	(156)
一	我国私人所有权法律规范的立法演进	(156)
二	客体视角转向趋势下的我国私人所有权保障	(159)
结论		(162)
参考文献		(168)
后记		(179)

绪论：所有权的危机？

所有权制度是将客体归依于特定主体，使其处于后者的完全支配之下的最典型的财产归属形式。^① 在现代大陆法系国家中，所有权作为一种对物最完全的支配权，构成了整个财产法制度的核心，物权体系和债权体系都可以说是围绕它展开的。不仅如此，在近代私权体系确立的过程中，甚至人身权在很长一段时期内也是被置于所有权概念之下被讨论的。^② 正是基于所有权制度在法律体系中的这种重要性，孟德斯鸠就曾直接宣称，法律的精神就是所有权。^③

1804 年法国民法典确立的现代所有权模式是大陆法系所有权制度的经典模型。伴随社会经济的发展变革，这一经典所有权模式经历了相当的发展：一方面，它开始被不断扩展适用于新的财产类型。无论是在大陆法系还是英美法系国家，通过所有权的概念涵盖“合法的经济利益以及经济期待的整个领域”都几乎已经成为通行的趋势。^④ 另一方面，所有权也在不断地受到来自各方面，尤其是公法规范的限制。借由宪法管道引入的“所有权负义务”原则被普遍确认。宪法所有权与民法所有权的关系也成

① “所有权”本身是一个含义广泛的术语。对所有权各个层面的理论探讨显然超出了笔者的能力限度，也非本书之初衷。基于本书的研究目的，在没有特别限定的情形下，它主要是指作为一种典型的归属形式的法律概念和制度。

② 最初是康德将人格、他人的履行以及外在于主体的物都作为理性占有的客体，从而将包括人身权利在内的所有主观权利都统一在占有名下。之后，潘德克吞法学家受其理论影响，遵循这一思路进行法律构建和体系化工作。尽管他们在人本身能否成为权利客体，即主体能否支配和处分其本身这一问题上不乏歧见，如萨维尼认为如果赋予主体对其自身的权利，就赋予了他自杀的权利，这显然是不合理的，因此，人本身不能作为权利客体。但人身权理论在确立过程中，一直是被置于所有权理论的框架之下被分析和讨论的。参见 O. T. Scozzafava, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Giuffrè, 1982, p. 294.

③ 张俊浩主编：《民法学原理》，中国政法大学出版社 1997 年版，第 360 页。

④ [德] 罗尔夫·克尼佩尔：《法律与历史——论〈德国民法典的形成与变迁〉》，朱岩译，法律出版社 2003 年版，第 271 页。

为法学理论关注的重点。公法义务的增长使得所有权的权利内容被大幅度压缩,完全自由的、绝对的、无限制的所有权已经不复存在。所有权同时经历着扩张与限缩两个方向的发展。而这两个相反相成的进程如今都开始引发统一的所有权体系趋向解体的危机。

早在20世纪二三十年代,大陆法系国家就有学者提出具有共同结构特征和权利内容的统一的所有权制度已不复存在,它已经分化成各种具体的所有权类型的观点。此种主张在法学理论界引起了广泛的讨论,应和者亦不在少数。其中,意大利法学家普亚蒂(S. Pugliatti)就是持此种主张的代表学者。他依据利益作为判断制度存在与否的标准,^①否定了统一的所有权制度的存在,并明确指出了所有权制度范畴内部已然存在的分化现象:

第一,从主体角度来看,以罗马法所有权为原型的大陆法系所有权模式一方面在内部与共有并行,另一方面在外部与各种集体或者团体所有的财产归属形式分而治之。

第二,从客体角度来看,在所有权规范的主要社会财富方面,尤其是不动产以及价值重大的动产部分,公法对私法领域的干涉或者入侵越来越明显与频繁,导致客体类型不同的所有权在权利内容和边界上各不相同,形成了不同的所有权类型。

第三,在所有权制度的重心从保护私人的消费品转向对生产性财产的调整规范时,所有权的动态层面超越其作为静态财产归属的层面,获得了显著的优越性,其与劳动、企业以及合同的联系与互动关系被突出强调。换言之,在现代社会中,所有权的功能不再限于静态的财产归属,也参与到动态的物的利用过程中,呈现出更加开放的姿态,但是这种功能目的的扩张在提高社会资源的有效配置和利用的同时,也带来了加剧所有权自身结构体系消解的危险。^②

这些因素从各个不同层面对所有权的主客体产生影响,从而产生了许多具体的、特殊的所有权规范和形态。所有权的法律规范体系呈现出

① 普亚蒂认为,判断一个统一的制度是否存在,不仅要看它是否具有自己统一的制度结构,还要看其所要保护的利益。因为任何制度的存在都与立法者所意欲保护的利益相联系,而制度结构本身是中性的,它所保护的利益并非必然始终是同一的。因此,利益成为判断制度是否存在标准之一。参见 Salvatore Pugliatti, *La proprietà e le proprietà*, in Idem, *La proprietà nel nuovo diritto*, Giuffrè, 1964, p. 298.

② Salvatore Pugliatti, *La proprietà e le proprietà*, in Idem, *La proprietà nel nuovo diritto*, Giuffrè, 1964, p. 298.

多元化的利益，它们与多元化的社会目标类型相联系，从而与不同的所有权形式相对应。^① 因应这些变化，普亚蒂提出了他的疑问：所有权究竟是一个具有不同面向的统一制度，还是人们仅仅是打着法律传统的幌子，将一些多少具有相似性，却是自成一体的制度类型都聚拢在所有权制度名下？

普亚蒂尽管不是第一个提出多元所有权的理论的学者，但他对这一问题的深入思考与精辟论述，在大陆法系国家引起了广泛的回响，并在 20 世纪 30 年代引领了一股所有权分化理论的思潮。直至今日，在任何论述大陆法系所有权制度的法学著作中，对以普亚蒂为代表的的所有权分化理论的评介都成为其中不可绕开的一个重要部分。无独有偶，在英美法系国家，继 20 世纪 70 年代，以吉尔莫、麦克内尔、阿蒂亚为首的“后古典派”法学宣告契约死亡之后，80 年代美国法学家托马斯·C. 格雷也提出“财产的解体”这一论断。^② 尽管他是在英美法的语境下使用财产的解体（the disintegration of property）这一术语，但他实际上指的是传统以有体物为中心的财产权利的解体。他认为，伴随着市场经济的高度发展与成熟，财产类型及其利用形式的多样性使得所有权日益分解为各种形式的权利束。“不再拥有包括简单的物品所有权和一般被称作财产权的各种各样的法律权利在内的统一的财产权概念。”^③ 这样，格雷就从另一个角度提出了所有权的解体理论。

依据格雷的分析，所有权在财产归属权利中的中心地位被权利束概念所取代。这一方面是因为，个人主义的所有权模式在 18 世纪被赋予的反对封建制度、作为自由平等象征的重要意义丧失，无须再固守完整的所有权模式；另一方面是传统的以有体物，尤其是不动产为调整对象，且以静态调整为主的所有权制度并没有为现代财产的新形式或者利用提供适当的法技术调整工具。而财产的泛动产化和价值化使得所有权开始逐渐脱离与物的紧密联系，人们更加关注物上的每一主体所享有的权利内容，以至于物本身反倒可以被忽略。而且，格雷认为，这种所有权要素的分解与重新组合，产生新的权利结构是市场经济运作的必然结果。这样，所有权无论

① Salvatore Pugliatti, *La proprietà e le proprietà*, in Idem, *La proprietà nel nuovo diritto*, Giuffrè, 1964, p. 300.

② [美] 托马斯·C. 格雷：《论财产权的解体》，高新军译，《经济社会体制比较》1994 年第 5 期。

③ 同上。

在政治还是法律领域中都不再是一个重要范畴，因此，不应当固守物的所有权的概念。用权利束概念替代物的所有权概念能够更好地解释和规范多元化的财产及其利用形式。

无论是大陆法系学者关于一元所有权与多元所有权的广泛讨论，还是英美法系学者在与大陆法系传统所有权相似的领域，即围绕以有体物为中心的财产权利展开的研究，并以惊悚的姿态宣称财产的解体或者死亡，都表明传统所有权模式在现代社会发展中遭遇了瓶颈。在整个社会发展呈现出日趋多元和动态的趋势时，近代民法所确立的一元所有权体系是否仍然能够维持？或者它是否能够仅仅通过制度框架内的修正就可以适应新的经济社会需求？

要确定统一的所有权制度是否存在，就需要首先辨别所有权制度自身的特征是否仍然得以维持。然而，任何法律制度都不是抽象存在的。其中，所有权制度与社会经济结构和状况的联系尤其紧密，受到社会政治经济结构特征的深刻影响，必须将其重置于具体的历史语境中进行还原，才能准确地描述其面貌和特征。

因此，本书的研究主要采用历史方法和比较方法，将所有权置于更广阔的时空领域进行考察与分析，以使它在现行法中被遮蔽的功能和局限得以彰显，从而更有利于判定其在当代法中的角色定位以及发展方向。所有权是一个典型的应当从体系历史的角度认识的私法制度。它体现着在漫长的历史中被延续的传统，以及共同的传统在各个国家的法律体系中被调整和发展，然后又借由这种法律的发展脉络被解释。本书是对所有权具体概念和制度的考察，而概念的考察和术语的定义必须主要根据在某一法律体系中为这些概念所涵盖的事实的研究。在这一研究中，历史方法可以提供有效的帮助，因为那些在任一既定体系中实际调整这些术语所指示的全部关系的规则，必定有一些与此有关的不规则的或明显武断的东西，有一些纯粹理性想象不到的东西。^①

此外，本书对比较方法的运用，不限于大陆法系不同国家的所有权类型和财产归属形式的横向比较，也涉及对不同历史时代存续的各种所有权和财产归属模式的比较考察。这种比较也不限于制度层面的分析，而是借助历史方法的研究，试图寻找其差异的背后所蕴藏的更深刻的法律思想和文化因素。当然，受资料限制，本书对大陆法系所有权模式的研究重点针

① [英] 詹姆斯·布赖斯：《法学的方法》，杨贝译，载郑永流主编《法哲学与法社会学论丛》（六），中国政法大学出版社2003年版。

对几个典型国家的制度考察展开，对于其他国家所有权制度主要是在某个具体问题点上的分析，没有对所有权制度的发展流脉做国别考察，这在一定程度上削弱了本书对这一主题研究的完整性，有待在今后的研究中进一步深入和补充。

第一章 大陆法系前现代的所有权与归属模式：多元格局与多重视角

面对现代所有权模式在当代遭遇的挑战，我们不妨首先退回到近代私法之前，考察大陆法系现代所有权确立之前的历史时代存在的各种所有权和财产归属形式，这将有助于我们对现代所有权制度的内在规定性和边界形成更加清晰的认识。盖尤斯在评述十二表法时曾经阐述了事物起源的重要意义：起源是产生并预示其他部分的部分。^① 回溯大陆法系所有权制度之发端，尤其是罗马法上的多元财产归属形式，如奎里蒂法所有权、善意拥有、公地占有、行省土地所有权等，以及中世纪的分割所有权形式，探寻在现代所有权模式一统天下之前的财产归属格局，考察其所有权与财产归属形式，对于我们跳脱出近代以来所有权的一元体系框架，重新思考所有权与财产归属形式将不无裨益。

第一节 罗马法财产归属模式的多元格局与多重视角

现代法学家在谈到大陆法系所有权制度时，总是会提到其来源于罗马法模式，是在罗马法的绝对所有权模式基础上产生和形成的。但罗马法所有权本身并不是一个严格的学术概念。因为从公元前 754 年建城至公元 6 世纪优士丁尼民法大全的编纂，罗马法前后历经近 14 个世纪。其间，所

① D. 1, 2, 1. 盖尤斯：《论十二表法》第 1 编：“在准备对早先的法律做解释时，我认为首先必须回顾罗马城的起源。这并非因为我爱进行啰唆的评论，而是因为我注意到在所有事物中，体现出其所有部分的事物才是全面的。当然，初始是一切事物的最首要的部分。”译文引自黄风译：《正义与法（民法大全选译）》，中国政法大学出版社 1992 年版，第 42 页。关于事物起源的重要性，另参见 S. Schipani, *La codificazione giustinianea del diritto romano comune*, Torino, 1999, p. 83。

有权并不是始终以同一面貌呈现的。而且，在罗马的法律实践中，法律的发展并不是从简单有限的形式向更加先进和复杂的形式过渡。至少对于晚期的法律科学而言，学者通过分析、提炼和抽象，对彼此不一致和异质的现实进行统一和分类，可以发现其历史起源不完全是这样。^① 在罗马存续的不同时代，除了绝对所有权模式之外，也存在许多其他的财产归属形式，包括分割所有权等。也正因为如此，中世纪注释法学派和近代学者才可能同样都以罗马法为据，却能各取所需，形成迥异的所有权制度。因此，可以认为，罗马法构成了其后历史时代各种所有权制度的源头。

概览罗马法各个历史时期存续的所有权和财产归属形式，它们总体上可以纳入两大类：第一，从人的视角出发形成的所有权形式，即所有权体现为人对物的支配。这类所有权的典型形式是奎里蒂法所有权。第二，从物的视角出发形成的所有权形式，即所有权关注的是对物的利用，体现为物上各种权能内容的总体。这类所有权的代表是行省所有权，以及更广义的赋税田的承租人、公共牧地的所有权人所享有的权利。

一 奎里蒂所有权：绝对的一元所有权

奎里蒂所有权（*dominio ex iure Quiritum*），即市民法所有权，是罗马法中最典型的所有权形式。罗马文献中并未对所有权进行明确的或直接的定义。盖尤斯在《法学阶梯》（G. 2, 41）中把奎里蒂法所有权视为是“对物的完全权利”。在这样一种所有权制度框架下，家父对物享有完全的、排他的绝对权。因此，奎里蒂法所有权构成了最典型的一元所有权，同一物上只能有一个所有权人存在。^②

（一）权利概念的萌芽：从 *meum esse* 到 *dominium*

在指称所有权关系的专门法律术语出现之前的好几个世纪，罗马人就已经有一些关于这种人对物直接所有关系的表述（*meum esse*, *erus*, *dominus* 等），表明其已经存在基本的所有权观念。通常认为，相对于权利观念，罗马法学家更倾向于具体形象的思维，将人与物之间存在的直接的法律联系更直观地反映为物本身，将所有权与物等同。最典型地体现了罗马法学家这种思维的就是关于有体物和无体物的划分。盖尤斯将所有权之外

① L. Capogrossi Colognesi, *Dominium e possesso nell'italia romana*, in *La proprietà e le proprietà*, a cura di Ennio Cortese, Milano, 1988, p. 144.

② 本章中涉及的“一元所有权”，如无特别说明，均是在所有权法律模式的意义上使用的，即指所有权主体的一元性，同一物上只能有一个所有权人存在。

的财产权，包括地役权、债权、继承权等都纳入了无体物范畴，有体物仅作为所有权的客体，这事实上是以物涵盖了整个财产权体系。但是，依据罗马法学者普列塞（Pugliese）的观点，即使在法律观念还相当原始的阶段，也应当认为罗马人已经认识到在人与物之间存在一种直接的法律联系，而不是将其包含在物中，否则就不可能会将其法律主体界定为所有权人。因为这一界定所隐含的前提是在主体与物之间存在一个具有法律意义的关系。^① 另一位意大利的罗马法学者柯洛涅斯（L. Capogrossi Colognesi）也认为，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的表达，但它事实上已经在共和国时期的法学家作品和法律制度中实际运转了。^②

罗马法最初的法律文献在表达财产归属时，没有使用专门术语来指称人对物的权利，而是直接体现在物上。因此，这种财产归属是采用确认某物是某人的这样一种形式，显然体现的是人与物的一种直接关系。这种具体的概念最初产生于对物的誓金之诉的原告所说的话，即原告宣称“物是我的”（*meum esse*）。这一术语在十二表法中也可以找到。到了第二阶段，在具体概念之外，法学家作品中才出现了作为家父对物的权利，用来表示财产归属抽象概念的术语 *dominium. erus*（所有主，特别指在安奎利亚法中用来指其物受到损害并有权行使有关诉权的事主）指所有权。而在物的返还之诉（*rei vindicatio*）程式中，原告通过宣称“这是我的物”请求所有权保护，如同对物的誓金法律之诉一样。^③ 在这两种形式，即“物是我的”（*meum esse*，突出的是与物的具体关系）与“所有权”（*dominium*，突出物上的权利）的基础上，如同奎里蒂法在这两种情形中所反映出来的，存在和确认了一种主观权利。两种法律形式的区别在于，前者将物的实体作为主观权利的客体，后者在权利中识别主观权利的客体。于是，在这一丰富和复杂的历史图景中，所有权观念开始形成：在这种法律形式中，物不再能找到直接的反映，而成为属于某人的对物不受限制的享有和处分权利的客体。

① G. Pugliese, *Diritti reali*, voce in *ED*, XII, Milano, 1964, p. 239.

② L. Capogrossi Colognesi, *Proprietà e "iura praediorum" nell'età repubblicana*, Milano, 1969, p. 499.

③ 这种建构与家父对物和人的权利（*mancipium*）的并存并不矛盾。这种连带的权利作为早期家族集体所有的残余，是一种最古老的概念，其凸显的是权利而非物，指群体对公共物的权利，群体内部的任何成员都可宣称“该财产是他们的”。

所有权还体现在禁止他人干涉其所属物的权利上。在这一点上，所有权毫无疑问也经历了从具体的实体概念到物上权利的抽象概念的历史发展。在第一阶段，第三人的不干涉义务源自实体的财产归属，即物是我的，任何人不能触碰。到第二阶段，第三人同样的义务就开始被建立在更精致的概念基础上，被认为是源于所有权禁止任何干涉的权利。被罗马法学家所确定的是，在所有权法律形式被确立的漫长过程中，甚至在其确立之后，所有权的实体化概念在诉讼领域仍然存在和被运用。这尤其体现在对物的誓金诉讼中，通过“依据奎里蒂法这是我的”（*meum esse ex iure Quiritium*）的这样一种表达来实现对完全的和受保障的财产归属方式的保护。^①

（二）所有权概念的产生：与他物权的相互限定

在罗马法中，从法技术意义上被使用，以指称所有权这种财产归属关系的专门法律术语——*dominium* 出现得比较晚，在现存可考的资料中最早只能追溯至公元前 2 世纪左右的文献。

根据现代罗马法学家波扎（Bozza）的观点，*dominium* 这个词语的最初含义就是为了与地役权（*ius praediorum*）这个词相对照。他认为：“这是合乎逻辑的，当地役权成为一种独立的权利时，所有权也进行了同样的建构。这是发生在同一时期，从权利塑造的功能上看，法学家感觉到必须从所有权人（*dominus*）中发掘出一种表示抽象所有权的权利。”^②

这可以从共和晚期的法学家塞尔维·苏尔皮其·鲁服（*Servius Sulpicius Rufus*）^③ 对 *dominium* 一词的使用中看出。

D. 8, 3, 30 保罗《阿尔芬鲁斯学说汇纂概要》第 4 卷

拥有两块土地的人出售其中之一时，将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（*dominium*）仍属于他呢，还只是他可以进入该部分的土地？答复

① Feliciano Serrao, *Diritto private economia e società nella storia di Roma* 1, Napoli, 2006, p. 321.

② F·Bozza, *Usucapio*, Cfr. S. Solazzi, *Alfeno Varo e il termine 'dominium'*, in *SDHI*, 18, 1952, p. 218.

③ 塞尔维·苏尔皮其·鲁服（*Servius Sulpicius Rufus*）曾任公元前 51 年的执政官，死于公元前 43 年；他是西塞罗的朋友，被西塞罗誉为具有把法学上升为科学的才能的人。他学识渊博，也精通哲学，他领导了一个实力雄厚的学派。彭彼尼曾提到他的十位弟子（*audiores*），其中最为杰的是奥菲蒂奥·那木萨（*Aufidio Namusa*）和阿尔芬·瓦罗（*Alfeno varo*）。参见 [意] 格罗索《罗马法史》，黄风译，中国政法出版社 1994 年版，第 262 页。

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。^①

这是现存最古老展示 dominium 的所有权含义的法学拉丁文本的片段。^②

在法学领域之外,最早在所有权意义上运用 dominium 的还有两个文本:一个来自西塞罗《论共和国》,另一个来自李维的《罗马史》。

Cic., rep., 1. 27 “要是一个人能不把田地、房屋、牲畜和无数的金银视为财富,称之为财富,因为在他看来,这些东西给人的乐趣是微不足道的,它们的益处是微乎其微的,对它们的所有权 (dominatus) 是不可靠的,而且它们常常归那些最恶劣的人所有,那么这样的人该被认为是多么幸福啊!”

Liv., 45. 13. 15 “他很高兴地享受着用益权,且所有权仍然保留在他(用益权人)那里。”

在这两个文本中,dominium 这个词都是与用益权相对应使用。而在法学家塞尔维的片段中,它则与通行地役权相对。所有权概念在其萌芽阶段与他物权相伴相生的现象似乎也揭示了二者之间隐含的一种联系。

由此可见,所有权术语的缓慢成形并不能完全归咎于罗马人在法律思维或者术语方面的某种具象或者实用主义的特征,因为通常人们都会倾向于用一种最直观和便捷的表述来指称某一财产的财产归属。而在罗马早期,所有权因其本身的基础地位和重要性,并不存在推动明晰其权利形象的具体动力。直至共和国末期,随着新的他物权类型逐渐从所有权中抽离出来,形成独立的权利类型,为了与这些新的物权类型在权利内涵和具体制度上进行区分和识别,才产生了对作为其母体和前提的所有权本身进行界定的必要。^③

此外,作为现代所有权概念表达的另一术语 *proprietas* 与 *dominium* 差不多在同一时期出现,并且长期以来一直被并行使用。关于二者的差别或

① [古罗马]《罗马法民法大全翻译系列·学说汇纂第8卷地役权》,陈汉译,[意]纪蔚民校,中国政法大学出版社2009年版,第97页。

② L. Capogrossi colognesi, *Proprietà e “iura praediorum” nell’età repubblicana*, Milano, 1969, p. 497.

③ Ibid., p. 491.