

Ownership and Possession
in Roman Property Law



罗马物权法

——所有权与占有

贾婉婷 / 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

Ownership and Possession
in Roman Property Law



罗马物权法

——所有权与占有

贾婉婷 / 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

罗马物权法——所有权与占有 / 贾婉婷著. —北京: 中国法制出版社, 2019.4

ISBN 978-7-5216-0006-3

I. ①罗… II. ①贾… III. ①罗马法—物权法—研究
IV. ①D904.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2019) 第 022493 号

策划编辑: 潘孝莉

责任编辑: 陆紫薇 (luziwei@zgfs.com)

封面设计: 杨泽江

罗马物权法——所有权与占有

LUOMA WUQUANFA —— SUOYOUQUAN YU ZHANYOU

著者 / 贾婉婷

经销 / 新华书店

印刷 / 北京京华虎彩印刷有限公司

开本 / 640 毫米 × 960 毫米 16 开

版次 / 2019 年 4 月第 1 版

印张 / 17.5 字数 / 227 千

2019 年 4 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5216-0006-3

定价: 66.00 元

值班电话: 010-66026508

传真: 010-66031119

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfs.com>

编辑部电话: 010-66010406

市场营销部电话: 010-66033393

邮购部电话: 010-66033288

(如有印装质量问题, 请与本社印务部联系调换。电话: 010-66032926)

目 录

第一章 物与物权	1
第一节 罗马法中的物权	1
第二节 物的概念及划分	6
一、物的概念	6
二、物的划分	9
第二章 所有权概述	39
第一节 所有权的概念	39
一、术语问题	40
二、原始文献中的所有权概念	42
三、后世罗马法学家的所有权概念	44
四、罗马法所有权的特征	46
第二节 所有权的限制	49
一、征收	50
二、相邻关系	52
三、基于公共秩序的限制	55
第三节 罗马法所有权的历史沿革	58
一、私人所有权的产生	58
二、所有权的发展	61

三、衰落时期的土地所有权	63
第三章 所有权的取得方式	65
第一节 先占	65
一、先占概述	65
二、对几种无主物的先占	67
第二节 发现埋藏物	70
一、埋藏物	70
二、发现行为	72
三、权利取得	73
第三节 添附	75
一、动产对动产的添附	76
二、动产与不动产的添附	79
三、不动产对不动产的添附	81
第四节 加工	84
一、概述	84
二、加工物的归属	85
第五节 交付	87
一、作为所有权取得方式的交付	87
二、交付的构成要件	88
三、交付行为的性质	97
四、后古典法时期的交付与所有权转移	100
第六节 要式买卖	106
一、要式买卖的概念	106
二、要式买卖的过程	108
三、要式买卖的效力	110
第七节 拟诉弃权	112

第八节 时效取得	114
一、早期市民法中的时效取得	116
二、古典法时期的时效取得	118
三、长期时效取得与最长时效取得	131
四、优士丁尼的改革	133
第四章 共有	135
第一节 共有概述	135
第二节 共有关系	139
一、共有人对共有物的使用、收益和处分	139
二、禁止权	142
三、增添权	144
第三节 共有之诉	148
一、针对第三人的共有之诉	148
二、共有人之间的诉讼	150
第五章 所有权的保护	157
第一节 所有物返还之诉	157
一、诉讼的原告和被告	158
二、诉讼效力	163
第二节 排除妨害之诉	169
第三节 善意占有之诉	171
一、本诉的概念	171
二、本诉的效力	173
第四节 潜在损害保证与新施工告令	175
一、潜在损害保证	176
二、新施工告令	180

第六章 占有的概念与性质	184
第一节 占有的概念	184
一、占有的定义	184
二、占有的构成要件	186
第二节 占有的起源	194
一、对公地的占有	194
二、占有 (Possessio) 与使用 (Usus)	199
第三节 占有的性质	201
一、前古典法与早期古典法	203
二、古典法后期与后古典法时期	206
第七章 占有的主体和客体	209
第一节 占有的主体	209
一、占有主体的一般要件	209
二、特殊的占有主体	212
第二节 占有的客体	222
一、占有客体的一般要件	222
二、对权利的占有——准占有	225
第八章 占有的取得、丧失和保持	230
第一节 占有的取得	230
一、通过自己的意思和行为取得占有	230
二、通过他人取得占有	236
第二节 占有的丧失	239
一、概述	239
二、自己保持的占有的丧失	240
三、通过他人保持的占有的丧失	246

第三节 占有的保持	248
一、通过第三人保持占有	248
二、仅凭心素保持占有 (<i>ritenere animo possessionem</i>) ...	251
第九章 占有的令状保护	255
第一节 令状保护概述	255
第二节 占有令状的类型	257
一、现状占有令状 (<i>interdictum uti possidetis</i>)	258
二、优者占有令状 (<i>interdictum utrubi</i>)	263
三、制止暴力剥夺令状 (<i>interdictum de vi</i>)	265
四、制止武力剥夺令状 (<i>interdictum de vi armata</i>) ...	269

第一章 物与物权

第一节 罗马法中的物权

在现代法中，物权与债权是民法中最重要的一组概念划分，是支撑整个民法大厦最重要的两根支柱。没有物债二元划分，整个潘德克顿体系都是不可想象的。正因如此，任何一个对民法稍有研习的人对物权的概念必定十分熟悉。按照通行观点，主观意义上的物权是指特定的人在特定的物上所享有的法律地位。^①这种法律地位的突出特征主要表现在两方面：一是它的绝对性，“法律以一项可针对任何人主张的效力来构造物权，并保护物权免受任何不法侵害，任何人对物权均须负尊重义务”，^②物权的这一特征使其与仅在特定主体之间发生效力的债权具有了显著区别。物权地位一旦成立，权利人即与其他所有社会成员建立了一种关系，其他社会成员必须“避

① [德] 鲍尔、施蒂尔纳：《德国物权法》（上册），张双根译，法律出版社 2004 年版，第 12 页。

② [德] 鲍尔、施蒂尔纳：《德国物权法》（上册），张双根译，法律出版社 2004 年版，第 12 页。

免”对归权利人支配的物进行干预，否则就要承担不利后果。在有些学者看来，其他人这种对物的干预的“避免”构成了物权最突出的特征。^①物权的第二个显著特征是它的支配性，即物权人可以凭借自己的意思对物加以管理和处理，而与之相对的债权则仅体现为权利人有权要求义务人为或不为某一特定行为。物权支配性的具体体现就是物权的权能。^②每一种物权都包含或宽或窄的权能范围，它代表了权利人可对物予以支配的行为界限，同时也是他人“避免”对物进行干预的界限。不同种类、性质的物权可以通过其权能范围作出区分。

现代法中的物权理论已经极为完备和发达，但究其本源，它也同样来自现代民法的共同历史基础——罗马法。但这并不表明在罗马法中就已存在与现代物权法相对应的制度体系。事实上，物权（*ius in re*）这一概念在罗马法中并不存在，^③它是由中世纪注释法学家在对罗马法进行研究的基础上总结出来的。虽然罗马法并未发展出抽象的物权概念，却包含了多种体现人对物支配关系的权利类型。所有权、地役权、地上权、用益权、永佃权、抵押权、质权等这些最重要的物权类型都可在罗马法中找到其“原型”。

实际上，包含在物权债权二元划分中的理念体现在罗马法的诉讼程序中。在最古老的法律诉讼中就存在着对物的誓金诉讼（*sacramentum in rem*）与对人的誓金诉讼（*sacramentum in personam*）的区分。到了古典法时期，更为合理的“程式诉讼”取代了古老的、严格形式化的法律诉讼，但对物之诉（*actio in rem*）与对人之诉（*actio in personam*）这一基本划分却得以保留并得到了进一步的发展。盖尤斯在其名著《法学阶梯》第四编“诉讼”中开宗明义地指出“诉讼有几种，较为正确的看法是两种：对物的诉

① S.Perozzi, *Istituzioni del diritto romano*, Milano, p.612.

② G.Pacchioni, *Corso di diritto romano*, Torino, 1910, p.193.

③ P.Bonfante, *Corso di diritto romano. La proprietà*. Vol.I. Milano, 1968, p.5.

讼和对人的诉讼”。^①这两种诉讼的根本区别在于诉讼主张 (intentio) 不同。对人诉讼是“针对某个因契约或私犯行为向负债的人提起的诉讼”，其诉讼主张是“应当给、做或履行”。而对物之诉则是“据以主张某个有形物是我们的或主张我们享有某项权利（如使用权、用益权、通行权、引水权、加高役权或者观望役权）”，其诉讼主张是“当事人提起排除妨害之诉”。^②从盖尤斯对诉讼的论述中可以看出，对人之诉来源于当事人之间债的关系，它只能向特定之人提出，其目的在于使该人为我们做出某种行为（给、做或履行）。而对物之诉则来源于人与物之间的关系，这种关系的实现本身不需要他人的介入。对物之诉只有在这种关系受到破坏时才产生并且可对任何对这种人、物关系造成障碍的人提出。罗马法的这种诉讼划分非常清晰、明确，其所蕴含的观念上的精确性让现代法学家叹为观止。意大利罗马法学者彭梵得 (Bonfante) 曾说过“对人之诉与对物之诉的区分体现了人类文明的一个非常重要的方面，是罗马法最光辉的成就之一。它与遗嘱制度和私人所有权制度共同构成了展现罗马民族对法律独特理解的最典型表现”。德国法学家贝克 (Bekker) 也曾指出“对人权与对物权的区分是罗马人创造出的具有永恒价值的观念。他们在文明发展如此早期的阶段就发现了这一区分，这本身就是这一民族在法律方面具有非凡才能的最好证明”。^③

虽然罗马人在其法律发展的早期就创造出了对人之诉和对物之诉，但在实体法层面，尽管他们很早就用“债” (obligatio) 作为涵盖对人关系的一般概念，但始终没有抽象出一个一般的“物权”

① [古罗马] 盖尤斯：《法学阶梯》，黄风译，北京：中国政法大学出版社 2008 年版，第 207 页。

② [古罗马] 盖尤斯：《法学阶梯》，黄风译，北京：中国政法大学出版社 2008 年版，第 207 页。

③ P. Bonfante, *Corso di diritto romano. La proprietà*. Vol. I. Milano, 1968, p. 7.

概念与之相对应。造成这一结果的主要原因很可能存在于罗马人在法律创造上体现出的民族特性。

与古希腊人不同，古罗马人并不太重视抽象的哲学思辨，因此，在法律上他们也没有特别刻意追求逻辑体系的构建。推动罗马法不断发展的不是法学家对理论的热情，而是罗马民族的实践精神。罗马人的理性精神虽未体现在高屋建瓴的理论构建上，但却能够根据社会的实际需要，按照公平原则考察当事人之间的利益关系，进而抽象出既具有合理性又有灵活性和广泛适用性的法律规则。所以罗马人虽然建立了“对物权利”的各种类型，但却没有抽象出更为一般的“物权”概念。

也许有人会问，对物之诉与对人之诉的区分不也是高度抽象的吗？罗马人何以能够发现对物之诉却发现不了物权呢？要想回答这一问题就要回溯到罗马诉讼的起源。实际上，对物与对人之诉的划分虽然体现了令后人叹为观止的准确性和抽象性，但这更多的只是一种结果上的巧合，其理论性并非罗马人刻意追求的结果，而是有着特定的历史原因。

在古罗马社会的早期，每一个家庭（familia）都是一个独立且封闭的权力结构。在这个权力结构中“家父”（pater familias）高居顶端，对家庭内的一切财富和人员享有最高权力，这种权力在早期甚至不受国家法律的限制。而所有权和夫权、家父权就是这一权力的核心部分，这些权利在取得方式（要式买卖、时效取得）、法律基础（市民法）、保护手段上都具有极强的相似性，因此对物之诉不是别的，正是保护家父对家内财物和人的支配权的法律手段。这一诉讼的核心问题是确定争议对象“归属于”一方当事人，而这一“归属”的背后正是家父的最高权力。与之相对的对人之诉则旨在保护另一类权利，这种权利存在于不同的家父（家庭）之间。每个家父对内享有最高权力，对外则地位平等，因而家父之间的关系类似于国与国之间的关系，对人之诉正是以这类关系为对象。在对人之诉中，核心问题不是确定争议标的的归属，而是确定一方当事人

有义务向另一方做出某一行为。由此可见，对物与对人诉讼是古罗马社会结构所自然导致的结果，分别对应了家父对家庭内部财产和人员的支配权利与不同家父之间的权利义务。^①

然而，罗马法中虽然不存在主观权利意义上的物债二元划分，但其中所包含的法律理念在罗马法中却是长期存在的。虽然没有物权概念，但古罗马法学家也经常用物权的具体类型，特别是所有权，与债权关系进行比较和对照。例如，优士丁尼时期的一些文献中就出现了“债与所有权和地役权”这样的表述，在主观权利中体现了对物与对人的区分。但这尚不能说明当时存在物债之分，只能说存在其萌芽。需要特别指出的是，在罗马法中这种理念上的区分并非是僵化固定的，而是随着社会的发展而不断变化的，二者并非总是泾渭分明，根据实际的需要，它们在效力上也会体现出一定的交叉和融合。例如，在早期罗马法中，对物权只能通过要式买卖、拟诉弃权等特定方式设立，而到了古典法后期，随着这类传统方式的衰落，有些物权类型也可以通过一般的契约（*contractus*）方式设立。^②这样契约既在当事人之间建立了债权关系，也直接设立了一种物权。租赁契约、使用借贷等虽然属于债权关系，但其内容却包含了对物的直接利用，因此具有一定的“对物”特征。此外，债在早期是一种严格的对人关系，只能存在于特定人之间，不得转让。到了后来，为了顺应社会现实的要求，本来只适用于物权的可让与性也开始适用于债权。甚至在诉讼中出现了对物之诉适用于对人关系（如胁迫之诉）以及对人之诉适用于对物关系的情况（如遗产分割请求）。这些事实说明债权和所有权、役权、用益权等虽然性质有别，但它们都是私人财产权的组成部分，社会经济的发展必然要求各种类型的财产权利能够彼此协调、相互配合，因此我们不能只看到它们之间的区别与对立，也要看

① P. Bonfante, *Corso di diritto romano. La proprietà*. Vol. I. Milano, 1968, p. 10.

② 但所有权不能以这种方式设立。

到其间的深刻联系。^①

第二节 物的概念及划分

一、物的概念

按照现代法上的物权理论，作为物权客体的“物”是指“除人之身体外，凡能为人力所支配，具有独立性，能满足人类社会生活需要的有体物和自然力”。^② 这一定义在很大程度上继承了罗马法上的“有体物”概念。

罗马法用 *res* 一词来表示“物”的概念。然而，人们却发现原始文献中法学家们几乎没有对“物”这一概念作出严格定义。而在实践中 *res* 一词的含义也非常广泛，它有时指“有体物”，有时指某种权利，有时甚至指引起权利变动的行为。因此，就概念的确定性而言，*res* 与现代法上的物尚有很大距离。究其原因，一方面是因为在罗马法中不存在完备的主观权利理论，其法学尚未将“权利”和“权利客体”进行明确区分，因此人们用同一术语表示属于不同逻辑层面的概念。另一方面是因为古罗马人习惯从能否作为某人财产（*patrimonium*）组成部分的角度对财产进行界定，既然有体物和权利都可成为某人财产的组成部分，那么用同一术语表示两者也很自然。

① 从这个角度上讲，现代民法上的“物权债权化”和“债权物权化”也不是什么新生概念，其表现在罗马法上即已存在。这说明概念世界永远不能和现实世界完全对应，面对错综复杂的现实情况，人们只能牺牲概念的清晰性和严格性。

② 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53页。

下面就看一下 *res* 在罗马法中的具体含义。在早期拉丁语中，*res* 的含义和用法极为广泛，它既可表示自由人以外的客观、物质存在，同时由于当时的语言中缺乏专门表示抽象概念的名词，它也可被用来表示观念的、抽象的事物，因此其含义几乎可以涵盖除了“我”这一概念之外的全部现实和观念世界。^① *Res* 本身的这种复杂性和多义性也影响到了它的法律含义，以至于在法律上广义的 *res* 也同样既包含了客观、具体的物，如土地矿藏、车马牛羊等，又包括了观念的、抽象的事物，如权利（债权、用益权等）、人的劳务与给付，甚至包括法律行为和法律关系（契约、要式买卖、宗亲关系等）。

这些复杂的法律含义可以在原始文献中找到充分的佐证，如在片段 D.50, 15, 23 中乌尔比安就对 *res* 作出了这样的定义：所谓‘物’（*res*）包含了原因和权利。这句话的意思是说物的含义包括了原因（即引起权利变动的原因行为）和权利，但很显然在第一个“和”字前乌尔比安原话中的一项重要内容被《学说汇纂》的编纂者遗漏了。学者们一致认为被遗漏的是现实的有体物。因此这句话最初的意思是：物的含义包括有体物、行为和权利。

而在另一片段中保罗也对物的概念进行了解释，他认为“物”的含义要比“财物”更广泛，因为它不仅包含那些在我们财产之外的东西，也包含那些被涵盖在我们财产之内的东西，在后一层意思上它与“财物”的含义相同。保罗的这段话和前面乌尔比安的话都是对广义的法律上的“物”的概括，区别在于前者以“物”的含义范围为出发点，通过与另一个相关概念“财物（*pecunia*）”进行比较，指出“物”的含义范围具有广泛性。而后者则着眼于“物”的含义内容，指出它所包含的具体事物。这两段话虽然都算不上对物的精确定义，但都指出了其范围的广泛性和含义的非确定性。这一点也与盖尤斯的三分法相符合。盖尤斯的《法学阶梯》

① P. Bonfante, *Corso di diritto romano. La proprietà*, Vol. I. Milano, 1968, p. 5.

分为人、物、诉三部分，其中以“物”作为标题的第二部分主要包括了物的含义及划分、所有权和他物权、取得所有权和他物权的方式以及债。显然，盖尤斯这里的“物”不仅包括了财产权客体，还包括了围绕这些客体进行的行为（*causae*）和形成的法律关系（*iura*），与前述乌尔比安的概念不谋而合。

以上说的是罗马法中广义的“物”的概念。而具体到物权领域，这一概念的含义显然过于宽泛。所有权、用益权等权利的本质是对物的支配，因此物权法上的物首先必须可以被支配。凡不能被支配的东西，如权利、行为等，就不能成为物权意义上的物。由此可见，物权上的物的范围要比上文中“物”的范围更为狭窄，可以被称为“狭义的物”。在罗马法上，这种“狭义的物”就是指可以成为所有权客体的物。^①而物要想成为所有权客体必须具备以下几项特征：第一，必须不能是自由人的人身。在古罗马人看来，自由人虽然可受家父权的支配，但不受他人一般性财产权的支配，因而不能成为物权客体。第二，必须是一种客观存在，即物必须具备客观的存在形式，不能是人的活动或思想观念。因此，行为、权利等由于不具备客观性，因而不是物。抽象的智力成果也不是物。第三，必须可被人的感觉所感知，即“看得见、摸得着”。实际上，有体物中的“有体”在拉丁文中的意思就是“可以触摸”。对古罗马人而言，无法被人所感知的东西自然也无法为人所控制，所以阳光、风力等都不是物。

物权上的物的含义虽然比一般法律意义上的物的含义更加明确、具体，但它仍然包含着诸多在事实上或法律上具有截然不同特征的具体的物的形式。因此，为了更加深入、全面地理解“物”的概念就有必要按照不同标准对其进行区分，并就各种区分结果进行深入分析。

^① C.Ferrini, *Manuale di pandette*, Milano, 1960, p.199.

二、物的划分

(一) 财产物与非财产物

在罗马法中，物首先根据其能否作为私人财产权的客体被划分为财产物（*res in patrimonio*）和非财产物（*res extra patrimonium*）。前者是指可作为私人财产组成部分的物，而后者则是指基于某些宗教上或公共管理上的特殊原因而由法律规定不能为私人所拥有的物。这一划分在原始文献中有多处体现，其中较为集中的地方包括盖尤斯《法学阶梯》第二编的开头几段、优士丁尼《法学阶梯》第二编“物的划分”第一节以及《学说汇纂》第一卷第八章“关于物的分类及性质”等。不过，这些文献中对类似概念的表达方式并不相同，有些地方表述为“财产物与非财产物”，另一些地方则表述为“交易物（*res in commercio*）和非交易物（*res extra commercium*）”。盖尤斯与优士丁尼的《法学阶梯》使用的是前者，而《学说汇纂》使用的则是后者。关于这两组概念之间的关系，学者之间存在不同观点：以彭梵得为代表的多数学者认为这两组概念的区别主要源于定义的角度不同，财产物与非财产物是从归属角度而言的，即某物能否在法律上被私人所拥有，这是一种静态的定义。而交易物与非交易物则是从动态交易的角度而言，即某物能否成为交易行为的对象，或者说私人能否通过交易行为取得其所有权。这两组概念所包含的内容高度一致，除了个别例外情形（例如团体物、讼争物）^①之外，财产物与交易物、非财产物与非交易物的范围基本一致，因此这两组概念在很大程度上可被视为同义概念。^②但也有一些学者认为这两组概念

① G. Pacchioni, *Corso di diritto romano*, Torino, 1910, p.105.

② P. Bonfante, *Corso di diritto romano. La proprietà*. Vol.I. Milano, 1968, p.14.