

# 中德私法 研究 14

共同共有

Archiv für chinesisch-deutsches Privatrecht

荣誉顾问 江平 王泽鉴

主 编 王洪亮 张谷 田士永 朱庆育 张双根



元照系列

本期主题

## 共同共有

主题报告

共同共有词义考 [唐勇]

论共同共有的类型及其纯化 [戴孟勇]

主题文献

合伙与合手 [维尔纳·弗卢梅著 金晶译 陈大创校]

新变更法视角下的共同共有与法人 [托马斯·莱塞尔著 徐同远译]

共有制合伙 [彼得·乌尔默著 张怀岭译论]

论罗马法中的共有制度 [阿尔贝托·布尔代塞著 翟远见译]

专家专稿

共同共有债权之行使 [吴从周]

欧洲资本市场法的新发展 [托马斯·马丁·约翰内斯·默勒斯著 申柳华译]

论未成年人的民事责任能力 [缪宇]

私法教室

多级转租房屋之占有返还 [吴香香]

德国公司法上的隐藏分配 [王萍译评]

书评

法律行为解释之方法 [弗朗茨·维亚克尔著 范雪飞译]



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

# 中德私法研究 14

共同共有

Archiv für chinesisch-deutsches Privatrecht

荣誉顾问

江 平 王泽鉴

学术顾问

(按姓氏笔画排序)

米 健 孙宪忠 苏永钦 邵建东 黄 立 黄茂荣

[德] Rolf Stürner [德] Rolf Knütel [德] Thomas Raiser

主 编

王洪亮 张 谷 田士永 朱庆育 张双根

编辑委员

(按姓氏笔画排序)

王洪亮 田士永 申卫星 朱庆育 朱 岩 许 兰 许德风 李 昊  
吴从周 吴香香 沈冠伶 陈卫佐 陈自强 陈聪富 杨 继 杨淑文  
张双根 张 谷 金可可 涂长风 唐 勇 黄 卉 常鹏翱 董一梁  
詹森林 蔡明诚

[德] Thomas Rübner [德] Sebastian Lohsse [德] Beate Gsell

执行编委

吴香香 唐 勇



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

## 图书在版编目(CIP)数据

中德私法研究. 14, 共同共有/王洪亮等主编. —北京: 北京大学出版社, 2016. 12  
ISBN 978-7-301-27975-5

I. ①中… II. ①王… III. ①私法—研究—中国 ②私法—研究—德国  
IV. ①D923.04 ②D951.63

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 010050 号

- 书 名** 中德私法研究(14): 共同共有  
Zhong-De Sifa Yanjiu(Shisi): Gongtong Gongyou
- 著作责任者** 王洪亮 张 谷 田士永 朱庆育 张双根 主编
- 责任编辑** 苏燕英
- 标准书号** ISBN 978-7-301-27975-5
- 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://www.pup.cn> <http://www.yandayuanzhao.com>
- 电子信箱** [yandayuanzhao@163.com](mailto:yandayuanzhao@163.com)
- 新浪微博** @北京大学出版社 @北大出版社燕大元照法律图书
- 电 话** 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788
- 印刷者** 三河市博文印刷有限公司
- 经 销 者** 新华书店
- 965mm×1300mm 16 开本 22.5 印张 320 千字  
2016 年 12 月第 1 版 2016 年 12 月第 1 次印刷
- 定 价** 49.00 元

---

未经许可, 不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

**版权所有, 侵权必究**

举报电话: 010-62752024 电子信箱: [fd@pup.pku.edu.cn](mailto:fd@pup.pku.edu.cn)

图书如有印装质量问题, 请与出版部联系, 电话: 010-62756370

清华大学郑裕彤法学发展基金资助

# 目录

## 本期主题:共同共有

### 主题 报告

- 3 共同共有词义考 [唐 勇]  
38 论共同共有的类型及其纯化 [戴孟勇]

### 主题 文献

- 65 合伙与合手  
[维尔纳·弗卢梅 著 金 晶 译 陈大创 校]  
92 新变更法视角下的共同共有与法人  
[托马斯·莱塞尔 著 徐同远 译]  
112 共有制合伙  
——一种至今未明的组织形式?  
[彼得·乌尔默 著 张怀岭 译]  
151 论罗马法中的共有制度  
[阿尔贝托·布尔代塞 著 翟远见 译]

### 专家 专稿

- 161 共同共有债权之行使  
——评“最高法院”2015年度第三次民事庭会议决议  
[吴从周]  
194 欧洲资本市场法的新发展  
[托马斯·马丁·约翰内斯·默勒斯 著 申柳华 译]  
221 论未成年人的民事责任能力 [缪 宇]

私法  
教室

255 多级转租房屋之占有返还 [吴香香]

272 德国公司法上的隐藏分配  
——公司以低于成本价为股东建造  
房屋视为隐藏的盈利分配 [王萍 译评]

书评

287 法律行为解释之方法  
[弗朗茨·维亚克尔 著 范雪飞 译]

法律  
法规

311 瑞士土地登记条例 [唐勇 译]

---

主题报告





## 共同共有词义考

唐 勇\*

**摘要:** 作为法律概念的共同共有,存在构词法上的同义反复。以语词演变为线索,我国法上的共同共有可追溯至德瑞法上的合手共有。合手共有之要义,可化约为手手叠加之象征性与日耳曼团体精神。合手共有极具“地方性知识”色彩,且较为玄秘,并存在结构性困境;尤其,日耳曼共有/罗马法共有之二元规则体系,与罗马法共有、合伙、法人三层递进之规则体系,存在镜像重叠,并给现代法教义学带来一定困难。我国自清末以降,继受合手共有时保有的犹豫,给《中华人民共和国物权法》(以下简称《物权法》)第95条乃至整体共同共有之塑型预留了自由空间,从而对共同共有内涵可有两种不同的解释路径;而将共同共有型塑为“地道之合手共有”还是“调整的按份共有”,关涉共有体系的开放乃至民商法规则体系的调谐。

**关键词:** 共同共有 总有 合手共有 地方性知识 结构性困境

\* 法学博士,中央民族大学法学院副教授。

## 一、 导论：作为类概念的“共同共有”

《中华人民共和国物权法》(以下简称《物权法》)第 95 条规定：“共同共有人对共有的不动产或者动产共同享有所有权。”尝试着对共同共有作出概括式定义,以奠基共同共有的教义学地位。然而,这一尝试无疑是失败的:本条循环定义,不明就里,无法从中甄别出共同共有区别于按份共有的特质。显然,第 95 条系采取了一种“拆字”的定义法。以拆字法定义共同共有之所以不成功,盖在于“共同共有”本身即源于一个“失败”的构词法:共有,系“共同所有”或“共同所有权”之简称,共同共有系共有的一大类型,从字面上“还原”共同共有,应为“共同共同所有”或“共同共同所有权”,不论如何拆解,仍不过是两个“共同”的同义反复而已。<sup>[1]</sup>

不同于按份共有,学理上,共同共有一直被视为一个类概念(Gattungsbegriff),涵摄夫妻共有等数个下子类型。而作为类概念的共同共有,必得表彰某种一般性的共通规则(公因式),方得涵摄各子类型,并在争议制度和边缘地带起到调节和过渡作用。然则,我国法上界定一种财产类型为共同共有的标准是什么呢?第 95 条因循环定义未能给出,严格意义上,整部《物权法》也未给出。

按照目前通行的观点,共同共有包括夫妻共有、家庭共有与继承共有,并无争议。<sup>[2]</sup>然而,对于合伙是否属于共同共有,则存在较大争议。<sup>[3]</sup>新近有观点认为,不如将“合伙财产看做混合的共有,较为符合实

[1] 较复杂的语言分析,似乎可将“共同共同所有”中的第一个“共同”视为一种“使用(use)”,第二个“共同”视为一种“提到(mention)”,即“共同‘共同所有’”(共同共有);关于语言哲学上语词的“使用”和“提到”这一基本区分,参见[美]A. P. 马蒂尼奇:《语言哲学》,牟博等译,商务印书局 1998 年版,第 3、5 页。

[2] 新近也有观点认为继承关系应属于按份共有,参见刘青文:《论共有的法律适用——以〈物权法〉为视角》,载《河北法学》2008 年第 26 卷第 9 期,第 23 页。

[3] “我国内地很多学者把……‘合伙’认定为按份共有……因此,‘合伙财产’是归入按份共有,还是归入共同共有,是一个值得研究的问题。”参见全国人大常委会法制工作委员会民法室编:《中华人民共和国物权法条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社 2007 年版,第 169 页。

际”。〔4〕 反观继受母法,无论是我国台湾地区“民法”(第 668 条),抑或《瑞士民法》(ZGB § § 652—654)〔5〕、《德国民法》(BGB § § 718,719),无不将合伙视为共同共有。从夫妻共有、家庭共有和继承共有这三项较无争议的共同共有类型来看,可以提取的共通性规则,似乎只有三者均以家庭关系为基础,而以家庭关系作为认定共同共有的基准,恰是《物权法》第 103 条所倡导的。

然而,以家庭关系作为认定共同共有的基准,其本身即为合伙等制度的共有属性埋下了争端的隐患。再则,以家庭关系为基准,还会制造新的争点,比如就农村集体土地上的使用权,其权利载体是以户(农户)计,户者,既是家庭也是生产共同体,户内共同共有〔6〕,户本身是否具有主体性;进而,集体所有本身,系数个共同共有(户)的联合,抑或本身即为一种特殊的共同共有?〔7〕 况乎,第 103 条的精确措辞是“除共有人具有家庭关系等外,视为按份共有”,即以“家庭关系等”而并非仅以“家庭关系”作为认定共同共有的基准,单一个“等”字,足以悬置家庭关系的标尺作用。如此,究竟何谓共同共有?

以上“咬文嚼字”,显然不是为了证明“共同共有”是又一个“Tutu 的问题”。〔8〕 共同共有恰是一项重要制度,在民法内部,界定共同共有的内涵与外延(第 95 条),关乎如何解释《物权法》第 103 条、第 58 条(集体所有权)和《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》)第 32 条(个人合伙),关乎如何协调《物权法》与《中华人民共和国婚姻法》(以下简称《婚姻法》)、亲属法、《中华人民共和国继承法》(以下简称继承

〔4〕 崔建远:《物权法》,中国人民大学出版社 2009 年版,第 262 页。

〔5〕 Vgl. Tuor/Schnyder/Schmid, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 13 Auflage, Zürich 2009, S. 913-921; Schmid/Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, Zürich 2009, S. 180.

〔6〕 《苏俄民法典》(1964)第 126 条即规定:“集体农户的财产,属于其成员共同共有。”参见中国社会科学院法学研究所民法研究室编:《苏联民法典》,中国社会科学出版社 1980 年版,第 43 页。

〔7〕 《俄罗斯联邦民法典》(1995)第 257 条第 1 款前段规定:“农场(畜牧场)的财产归其成员共同共有”。参见黄道秀译:《俄罗斯联邦民法典》,北京大学出版社 2007 年版,第 128 页。

〔8〕 关于“劳埃德的问题”和“Tutu 的问题”(Tutu 指一个虚妄、无意义但却被共同体煞有介事地认可的概念,引者注),参见王涌:《所有权概念分析》,载《中外法学》2000 年第 5 期,第 516、518 页。

法);而比较法上,共同共有早已向商法(企业、公司法)漫射<sup>[9]</sup>,其作为一种“中间形态”,对民法的体系化乃至民商法的调谐,意义重大。作为类概念,共同共有如何吸收和拒斥特定的财产类型,应当有前后一致、内外调谐的标尺。探寻该标尺,即是本文的目标。

判断何者为共同共有的类型之一(外延),端赖共同共有内涵的界定。从成文法的文义角度审视,我国法上的共同共有并无确定的内容,或者至少内容上是不完整的。加之,关于共同共有的学理论述,就笔者对相关论著有限的检索来看,虽不能谓“千篇一律”,但大致可以说是“大同小异”,近几年新意有限,尤其,在共同共有的物权属性、共有人关系界定方面,甚为含糊,更多倾向于以“类型强制”方式分而治之,愈发使得作为类概念的共同共有呈现出内涵上的模糊性和边界上的不确定。故而,本文将避免教科书式的阐释,有鉴于共同共有(较之按份共有)<sup>[10]</sup>更强的舶来品特质,拟尝试以法继受过程中共同共有语词的演变为脉络<sup>[11]</sup>,践行一个逐步的“还原主义”<sup>[12]</sup>进路,探明共同共有制度的要义。

## 二、探寻共同共有的原初概念

共同共有作为法律概念进入我国实定法,并非一蹴而就,而有其演化的过程。就语词生成而言,既需考察共同共有概念在本国法上的变迁,又需考察其在继受母法上的生成史,此两者的连接点是继受事实。在共同

[9] 在德国商法领域,不得不长期讨论商事组织与共同共有的融合与边界。参见[德]莱赛尔(Raiser)/法伊尔(Veil):《德国资合公司法(第3版)》,高旭军等译,法律出版社2005年版,第14页以下。我国法上就合伙也已涉及民商法调谐,尤其民事合伙(《民法通则》)与商事合伙(《合伙企业法》)的关联。

[10] 此系由按份共有的罗马法属性决定的,作为罗马法共有的按份共有具有更强的“普适性”,为大陆法不同国家(德、意、法、奥、瑞等)所分享,恰恰共同共有制度仅为德语国家所特有。

[11] 就民国时期“共同共有”的语词考证,已有学者撰写专文,参见李启成:《“误读”抑或“创造”——近代中国“共同共有”语词考》,载《北大法律评论》2012年第13卷第2辑,第481页以下;下文会涉及对该文的评述,此处暂不评论。

[12] 还原主义(Reductionism)与整体主义(Holism),是研究复杂系统的两种相对的基本思想;还原主义将高层次还原为低层次、将整体还原为各组分加以研究,而整体主义则强调研究高层次本身和整体的重要性。

共有概念生成的过程中,有两个显著因素应当被关照:一是外来词的翻译因素,一是本国的语法惯例。下文将尝试既从本国法史又从继受母法史的角度,以语词演变为线索,恢复共同共有的原初概念。

### (一)“共同共有”“统一共有”至“公同共有”

最新实定法《物权法》(2007)上的共同共有,系承袭《民法通则》(1986)。《民法通则》上的共同共有,又可溯源至1956年起草的《中华人民共和国民法典所有权篇(草案)》(以下简称《1956年草案》)第三稿:《1956年草案》最初稿用的是“统一共有”,其第28条规定:“共有财产可以是按份共有,也可以是统一共有……”;至一、二稿时,采“统一共有(或写为共同共有);至三稿时,即改为“共同共有”;之后的草案沿用。<sup>[13]</sup>至于《1956年草案》当时为何会摇摆于“统一共有”与“共同共有”之间,不明就里:当时我国民法主要受苏联民法影响,而据学者考证<sup>[14]</sup>,当时的《苏联民法典》(1922)只有“普通共有”,并无“共同共有”或“统一共有”<sup>[15]</sup>;尤

[13] 参见何勤华等编:《新中国民法典草案总览》(上卷),法律出版社2003年版,第56、70、77、86页。

[14] 参见李启成前注[11]文,第483页,注释5;李启成博士文中所称的“普通共有”,应当是按份共有,王增润的原译文(1922年《苏俄民法典》第61条)为“所有权得按部分属于二人或数人(共有)”,参见中央人民政府法制委员会编:《苏俄民法典》,王增润译,王之相校,新华书店1950年版,第31页;另见郑华译:《苏俄民法典》(1922),法律出版社1956年版,第18页(第61—65条)。

[15] 然则,及至1964年《苏俄民法典》第116条第2款则明确将共有分为两种类型,即“确定份额的(按份共有)和没有确定份额的(共同共有)”,参见中国社会科学院法学研究所民法研究室编前注[6]书,第40页;该共有二分法,为1995年《俄罗斯联邦民法典》所承继,见黄道秀译:前注[7]书,第124页。俄罗斯现代民法学理上,认为与按份共有不同,共同共有“只作为法律没有规定的例外而产生”,参见[俄]E. A. 苏哈诺夫主编:《俄罗斯民法典》(第2册),王志华、李国强译,中国政法大学出版社2011年版,第529页。就词源而言,由于逐译的苏联或俄罗斯“共同共有”,均在《1956年草案》之后,故而,似很难将该语词的构造与苏俄法制勾连。尤其,《俄罗斯联邦民法典》第244条第2款原文为:Имущество может находиться в общей собственности с определением доли каждого из собственников в праве собственности (долевая собственность) или без определения таких долей (совместная собственность),其规定的:совместная собственность(共同共有)一词,严格对译起来,其词根совместная表示共同的、一起的,собственность表示“财产”,并非类似德语的Miteigentum(共有),故而,该俄文词本身也并非同义反复,采直译即“共同的财产”(此俄汉对译的工作,请教了学友孙忠博士,特此致谢,错责自负)。

其,“统一共有”来源不明<sup>[16]</sup>，“共同共有”，则大体可以溯源至此前已被大陆废止的《中华民国民法》(1929—1931)之“共同共有”(第 827—830 条)。<sup>[17]</sup> 1929 年《中华民国民法》之“共同共有”，又渊源于 1911 年《大清民律草案》<sup>[18]</sup>之“共同共有”(第 1063—1068 条)。

关于因何从清末、民国时期的“共同共有”到新中国成立后变成了“共同共有”，有学者推测：“之所以最终选择‘共同共有’，一方面是民国时期就有少数学者使用该词……在传统家国同构的社会格局和儒家观念中，‘公’‘私’之间都是相对的；而在法家和新中国的意识形态中，‘公’‘私’则是截然对立的，‘公’具有神圣性，‘私’则否。因此，作为共有财产的一种类型，本质上属于‘私’，何得称为带有‘公’字的‘共同共有’？”<sup>[19]</sup>

上文已述及，就构词法而言，“共同共有”存在同义反复、循环释义。然而，“共同共有”就不是同义反复了吗？就中文语义而言，“共同共有”与“共同共有”存在明显差别么？仅只表面如此，“共同共有”可还原为“共同共同所有权”；二者区别的关键在于“共同”与“共同”的异同。就大陆目前的用语习惯而言，多使用“共同”而不用“共同”，同时，在使用“共同”的时空下，依据词典解释，共同“犹共同”<sup>[20]</sup>，即二者系属同义。<sup>[21]</sup> 简言之，构词角度，“共同共有=共同共有”。至于“公”“私”之分，带来的“心理学”意义上的价值<sup>[22]</sup>，大体可以忽略不计，其表现之一就是：我国台湾地区“民法”并不因采“共同共有”，其第 827 条之“共同关系”即在汉语意义上具有

[16] 有一个不应被(尤其李启成博士)忽略的细节是，《1956 年草案》的起草者在最初稿中注明了统一共有(第 34—36 条)的参考资料，即“克依里洛娃讲义第 98 条”，参见何勤华等编前注[13]书，第 57 页。故而，这似乎表明虽然 1922 年《苏俄民法典》只规定了按份共有(第 61 条)，但苏俄学理上可能已总结出与现代共同共有类似的制度。

[17] 《国民律草案》(1925 年)将“共同共有”规定在第 844—848 条。参见杨立新点校：《大清民律草案、国民律草案》，吉林人民出版社 2002 年版，第 317 页。

[18] 同上注，第 139 页以下。

[19] 李启成前注[11]文，第 483 页，注释[5]。

[20] “共同”一词详尽的引证释义，可参见汉典网。

[21] 《现代汉语大词典》词条“共同”，为“(共同)[common]共同(共同决定)”。参见王同亿主编：《现代汉语大词典》，海南出版社 1992 年版，第 447 页。

[22] 公私之分在我国现代民法上确曾较为敏感，就私法观念“挣扎求生”这段历史的描述，可参见尹田：《民法典总则之理论与立法研究》，法律出版社 2010 年版，第 63 页以下。

更加明确的内涵或表征<sup>[23]</sup>,相反,仍如同“共同关系”一样,因概念(“共同”与“关系”)过于空乏,而无所指涉。<sup>[24]</sup>

## (二) 自“公同共有”追溯至“总有(Gesamteigentum)”

1911年《大清民律草案》之“公同共有”则系继受自1907年《瑞士民法典》,正所谓“自晚清制定《大清民律草案》开始,中国即基本照搬《瑞士民法》关于‘公同共有’的一般规定,仅在形式上作了点变动,即将《瑞士民法典》的3个条文按照符合中国人的逻辑层次分解为6个条文(《大清民律草案》第1063—1068条)”。<sup>[25]</sup>史尚宽先生也指出:“民法仿瑞士民法之例,于共有标题之下,……前者单称共有,后者称为公同共有。”<sup>[26]</sup>

究瑞士立法,《瑞士民法典》(ZGB)在共同所有权(Gemeinschaftliches Eigentum)一节,区分规定了两种不同类型的共有,即 Miteigentum(Art. 646—651)和 Gesamteigentum(Art. 652—654);就德汉严格对译而言,前者可直接译为“共有”或引申为“按份共有”(根据《瑞士民法典》第646条第1款),后者应当译为“连带所有权”<sup>[27]</sup>“总括所有权”,或接近我国台湾地区和日本制度史上使用的“总有”。<sup>[28]</sup>“总有”一词,已为我国大陆部分学者借用,并被建议用来“规制目前中国社会的集体所有权”,也有称其

[23] 我国台湾地区“民法”第827条之共同关系,所指涉的约定、家庭关系等,范围宽泛、内容分散,且难以从中“提取公因式”,自然也就很难明了该“共同关系”的实质内涵。

[24] 此际,根本无法区分按份共有与共同共有,盖按份共有亦得抽象出或提取出“共同关系”(Gemeinschaft)。有趣的是,上文述及的新中国成立后《1956年草案》三稿(第23条)至五稿(第38条第2款)原本均规定,统一共有(共同共有)是“夫妻或家庭等共同关系”而产生的并不划分份额的共有;及至六稿,即删除关于夫妻或家庭等共同关系的规定;原因之一是,根据1956年12月26日全国人民代表大会常务委员会办公厅研究室《中华人民共和国民法典(草案)所有权篇第五次草稿意见辑录》(何勤华等编前注[13]书,第105页以下),当时中国人民大学即提议“‘夫妻或家庭关系等共同关系’的范围极难确定,建议取消第2款,以‘共同共有得根据专门法律的规定而发生’这样一款作为第2款,以便对共同共有的范围加以严格限制”。

[25] 俞廉三、刘若曾编:《大清民律草案》,宣统三年修订法律馆铅印本,第4册,第30—40页;转引自李启成:《法律近代化过程中的外来规则与固有习惯——以祭田案件为中心》,载《中国社会科学》2008年第3期,第97页。

[26] 史尚宽:《物权法论》,中国政法大学出版社2000年版,第153页。

[27] 比如“Gesamtgläubiger”对译为“连带债权人”,“Gesamtforderung”对译为“连带债权”;当然,就“连带”一词,德语上还经常使用“solidar-”,比如“连带责任”即为“Solidarhaftung”。

[28] 史尚宽前注[26]书,第153页;〔日〕我妻荣:《新订物权法》,罗丽译,中国法制出版社2008年版,第326页。

为“总同共有”。〔29〕然则,无论如何,较难对译为同义反复的“共同共有”。〔30〕

### (三) 自“总有”追溯至“合有(Gesamthandseigentum)”

《瑞士民法典》(1907)上的共有源自罗马法,“总有”源自日耳曼法。〔31〕更重要的是,其“总有”的具体关系称 Gemeinschaft zur gesamten Hand(Gesamthandschaft)〔32〕,其名为“总有”,实系合有也。“合有”〔33〕也为我国台湾地区和日本制度史所认可,即“合手的共有(Eigentum zur gesamten Hand)”。〔34〕

共有(Miteigentum)源自罗马法,自无他说,近代包括法国、意大利和日本等国皆规定有罗马法意义上的共有制度,确系同源。然瑞士立法上的总有,据“瑞士民法典缔造者”胡贝尔(Huber)的叙述,究其来源,名义上是由 Johann Kaspar Bluntschli(1808—1881)担任苏黎世(州)(私法)法典编撰者时(1854—1856)引入苏黎世立法,系源自 Bluntschli 和 Beseler〔35〕,亦即可谓源自德国法;然而,胡贝尔又指出,其实“总有”在此之前,就“已经作为所有权的一个特殊类型,出现在苏黎世(Zürich)、沙夫豪森(Schaffhausen)和格劳宾登(Graubünden)这3个州的立法中了”,并且

〔29〕 参见孟勤国:《物权二元结构论》,人民法院出版社2009年版,第166页;韩松:《论总同共有》,载《甘肃政法学院学报》2000年第4期。

〔30〕 较为有趣的是殷生根的翻译;其将 Gesamteigentum 直接翻译为“共同共有关系”,究其原因,恐怕主要是因其译文系在《民法通则》颁布后出版之故。参见殷生根译:《瑞士民法典》,艾棠校,法律出版社1987年版,第176页。

〔31〕 Tuor/Schnyder/Schmid, a. a. O., S. 913, Nr. 1. Auch Meier-Hayoz, BeKomm. Vorbem. zu den Art. 646-654 ZGB, Nr. 11(原文指出共有源自罗马法和共同法 das gemeine Recht); Schmid/Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, Zürich 2009, S. 164.

〔32〕 Vgl. Tuor/Schnyder/Schmid, a. a. O., S. 913, Nr. 2.

〔33〕 据史尚宽先生介绍,“合有”系源自日本学理上的称谓;参见史尚宽前注〔26〕书,第174页;罗丽译成“合有(总的共有)”,也提及“总手”。参见我妻荣前注〔28〕书,第326页。

〔34〕 史尚宽:前注〔26〕,第153页。

〔35〕—此处应当指的是普鲁士法学家 Georg Beseler (1809—1888)。上已述及, Beseler 被认为是德国法上合手原理(Gesamthandlehre)的奠基者,其后 Gierke (1841—1921)之 Genossenschaftstheorie 则为集大成者。Vgl. Buchda, Geschichte und Kritik der deutschen Gesamthandlehre, Marburg 1936, S. 166.



其内涵都与德国法学界的认知相同。<sup>[36]</sup> 据此,瑞士立法上的总有,具体师出谁人之手虽难确定,但认定其在立法和学说上与德国法上的合有(总有)系属同宗<sup>[37]</sup>,应大体无疑。

#### (四) 德国法史上的一段公案:共有与总有(合有)之争

1907年《瑞士民法典》上的“公同共有”名为“总有”,实为“合有”;1900年《德国民法典》上的共有,仅指按份共有(Miteigentum nach Bruchteilen)和合手共有(Gesamthandseigentum)。然而,“总有”与“合有”并非同义词,在德国古法上,先有“总有”,而后“总有”概念被终结。而关于共有与总有(合有)的争论,系德国法上的“一段公案”。现就德瑞法上合有(总有)向德国古法上的追溯,借用Buchda的研究,勾勒如下。

##### 1. 学说上“总有”概念的提出

德国古法上(约14—17世纪),一直存在德国学者(主要是日耳曼学者)认为的,一些不同于罗马法上共有的复数所有权形式,诸如合手采邑(Gesamtbelehnung)、继承共同体(Ganerbschaft)、婚姻共同体(die eheliche Gütergemeinschaft)、初级的公众公司与合伙(Vorstufen der offenen Handelsgesellschaft und societates)和海运公司(Reederei)等<sup>[38]</sup>,但其长期处于零碎状态,不成体系。经学者考证,到了17世纪,方才形成了具有体系意义的“连带复数领主”[das dominium plurium in solidum (das alte Gesamteigentum,即古代总有)]概念,即由Justus Veracius阐释了“班贝格(Bamberg,德国拜恩州)法上婚姻共同体之连带复数领主”理论(1681)<sup>[39]</sup>,并进一步提出存在一种“连带所有权”(solidarisches Eigentum),其并不同于罗马法上的共有。

17世纪接近尾声时,“连带复数领主”(das dominium plurium in solidum)概念再次重现,即由Johann Schilter将其深深地嵌入了德国法上的

[36] Vgl. Huber, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes (Dritter Band), Basel 1889, S. 149, 150.

[37] 尤其是德瑞古法都可向共同法(gemeines Recht)时期追溯。

[38] Buchda, a. a. O., S. 35 ff.

[39] Buchda, a. a. O., S. 115 ff.