



罗马法民法大全翻译系列

CORPUS IURIS CIVILIS

DIGESTA

学说汇纂

(第八卷)

地役权

陈汉译

[意] 纪蔚民 校



中国政法大学出版社

罗马法民法大全翻译系列

CORPUS IURIS CIVILIS

DIGESTA

学说汇纂

(第八卷)

地役权

陈 汉 译
[意] 纪蔚民 校

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

学说汇纂·第8卷,地役权 / 陈汉译. —北京: 中国政法大学出版社,
2009.10

ISBN 978-7-5620-3574-9

I.学... II.陈... III.罗马法 - 文集 IV.D904.1-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第174494号

书 名	学说汇纂·第8卷
作 者	李传敢
出版发行	中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路25号) 北京100088 信箱8034分箱 邮政编码100088 zf5620@263.net http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社) (010)58908325(发行部) 58908285(总编室) 58908334(邮购部)
承 印	固安华明印刷厂
规 格	880×1230 32开本 6.875印张 100千字
版 本	2009年11月第1版 2009年11月第1次印刷
书 号	ISBN 978-7-5620-3574-9/D·3534
定 价	18.00元

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题, 由本社发行部负责退换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

序

《学说汇纂》第八卷是关于地役权部分的。此卷分为六小节，主要论述了以下几个主题：^{〔1〕}

1. 关于役权的基本介绍 (D. 8, 1)

(1) 人役权与地役权之间的区别 (D. 8, 1, 1);

(2) 土地上的役权与土地上建筑物的役权之间的区别 (D. 8, 1, 3);

〔1〕 我们注意到，任何一节的原始文献诸片段并没有统一地、系统地出现，而是由优士丁尼时期的法学家们所组成的一个委员会对古典法时期的作品进行删选后排列〔对于此项工作，参见〔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；“罗马法研究扬弃优士丁尼《学说汇纂》以继续发展和解释罗马法体系”，曾健龙译，载《罗马法与现代民法》（第6卷），厦门大学出版社2008年版〕。因此，一方面我将每节所论述的主题都列了出来，并且对有些另作索引；另一方面我也改变了这些文献的出现顺序，但并不是想对此进行现代逻辑或者法理上的重新排列。我走了一条中间道路，在尊重优士丁尼时期法学家的排列顺序的前提下做了微调。

(3) 役权的设立:

(I) 共有土地役权的设立 (D. 8, 1, 2; 同时也参见下面4);

(II) 与人役权设立的相似之处 (D. 8, 1, 5pr.);

(III) 对役权行使方式的进一步约定的可行性 (D. 8, 1, 4; D. 8, 1, 5, 1; 同时参见下面的4);

(IV) 在土地的特定部分设立役权 (D. 8, 1, 6);

(V) 确定役权行使的具体位置 (D. 8, 1, 9; 同时参见下面的3);

(VI) 役权的内容: 类型化、对土地的利用; 容忍与支持 (D. 8, 1, 7-8; D. 8, 1, 13; D. 8, 1, 15; D. 8, 1, 19; v. anche *infra*B, CeD. 8, 5, 6, 2; D. 8, 5, 8pr.; D. 8, 5, 8, 2)。

(4) 附属性的义务 (D. 8, 1, 10; v. anche *infra* B e C);

(5) 要求供役地必须是可流通物 (D. 8,

1, 14, 2; 参见下面的4);

(6) 役权的不可分性 (D. 8, 1, 17; 参见下面的4);

(7) 关于役权“占有”的问题 (D. 8, 1, 20; 同时参见下文); 排除役权被时效取得的可能性 (D. 8, 1, 14pr.);

(8) 关于私法保护与公法保护 (D. 8, 1, 14, 1)。

2. 城市役权 (D. 8, 2)

(1) 役权的内容、类型、建筑物现状与未来的状况: 限制加高役权、禁止挡光役权、排水役权、搭梁役权、支撑役权、排烟役权, 等等 (D. 8, 2, 2~4; D. 8, 2, 12; D. 8, 2, 15~17; D. 8, 2, 20, 2~24; D. 8, 2, 31; D. 8, 2, 33; D. 8, 2, 36; D. 8, 2, 41; D. 8, 5, 8, 1; D. 8, 5, 8, 5; D. 8, 5, 8, 7); 前述内容之外对所有权的限制及保护的情况 (D. 8, 2, 9~11; D. 8, 2, 13pr.; D. 8, 2, 14; D. 8, 2, 18~19; D. 8, 2, 25; D. 8, 2, 27~29; D. 8, 2, 41, 1; 参见下文

5 中关于役权否认的部分论述);

(2) 附属的内容 (D. 8, 2, 20, 1);

(3) 与乡村役权所区别之处, 即因为时效而获得了役权负担的解除 (D. 8, 2, 6; D. 8, 2, 32);

(4) 役权占有的问题与建筑物占有的问题 (D. 8, 2, 20pr.; D. 8, 2, 32, 1)。

3. 乡村役权 (D. 8, 3)

(1) 役权的内容、类型: 个人通行役权、运输通行役权、引水权、汲水权、饮畜权、放牧权、烧制石灰权、采砂权等 (D. 8, 3, 1pr. ~1; D. 8, 3, 2pr.; D. 8, 3, 3pr. ~2; D. 8, 3, 7~9; D. 8, 3, 12; D. 8, 3, 15; D. 8, 3, 30); 与土地未来状况之间的关系 (D. 8, 3, 10; D. 8, 5, 21);

(2) 附属性的内容 (D. 8, 3, 3, 3; D. 8, 3, 6, 1; D. 8, 4, 11; D. 8, 5, 4, 5; D. 8, 6, 17); 对役权内容的限制 (D. 8, 3, 29);

(3) 役权行使地点的确认 (D. 8, 3, 13,

1~3; D. 8, 3, 21~22; D. 8, 3, 26; D. 8, 3, 28);

4. 城市役权与乡村役权之间的共同要素 (D. 8, 4):

(1) 与土地的相关性 (D. 8, 4, 1, 1);

(I) 供役地必须是可流通物 (D. 8, 4, 2; D. 8, 2, 1pr.; D. 8, 3, 38);

(II) 供役地与需役地必须相邻 (D. 8, 3, 5, 1; D. 8, 2, 38~39), 但是并不意味着直接邻接 (D. 8, 4, 7, 1; D. 8.2, 1pr.);

(III) 必须是属于土地的使用需要 (D. 8, 3, 4; 8, 3, 5, 1~6; D. 8, 3, 13pr.; D. 8, 3, 33, 1); 由个人享有的属于非常态的役权 (D. 8, 3, 37);

(IV) 役权附属于土地所有权 (D. 8, 4, 12; D. 8, 3, 36; D. 8, 3, 23, 2);

(V) 供役地与需役地必须分别属于不同的所有权人 (D. 8, 2, 13, 1; D. 8, 2, 26; D. 8, 2, 40; D. 8, 3, 31; D. 8, 3, 33, 1; D. 8, 4, 10; 参见下文相关部分; 役权因混合

而消灭；役权不可分性)。

(2) 设立役权的方式：

(I) 在转让之时的保留设立 (D. 8, 4, 3; D. 8, 4, 5~6; D. 8, 4, 8~9; D. 8, 2, 34~35); 通过特定方式设立 (D. 8, 4, 7pr.; D. 8, 4, 10);

(II) 简约与要式口约 (D. 8, 3, 33pr);

(III) 通过交付与容忍 (D. 8, 3, 1, 2);

(IV) 拟诉弃权 (D. 8, 5, 8, 1);

(V) 多个共有人设立役权 (D. 8, 4, 18);

(VI) 默认设立 (D. 8, 5, 20)。

(3) 役权的不可分性：不可分性与役权的消灭 (D. 8, 4, 6, 1; D. 8, 2, 30, 1; D. 8, 3, 11; D. 8, 3, 18~19; D. 8, 3, 27; D. 8, 3, 31~32; D. 8, 3, 34pr.; 诉权的行使，参见下面的5)。

(4) 役权的行使不得有损于其他役权 (D. 8, 3, 14);

(5) 对役权法定内容的修正与限制 (D. 8, 4, 14~15; D. 8, 3, 2, 1~2, 2)。

5. 役权的确认与否认 (D. 8, 5)

(1) 确认之诉的原告：所有权人，或者需役地的所有权人 (D. 8, 5, 1; D. 8, 5, 6, 3; D. 8, 5, 4, 3~4; D. 8, 5, 19)，或者通过扩用之诉由赋税地权利人与担保权人提起 (D. 8, 1, 1, 16)；

(2) 确认之诉的被告 (D. 8, 5, 6, 3; D. 8, 5, 10, 1; D. 8, 5, 15; D. 8, 2, 1, 1)；

(3) 否认之诉的原告：即否认其土地负担役权的所有权人 (D. 8, 5, 4, 7; D. 8, 5, 13; D. 8, 5, 17)；

(4) 关于是在诉讼中确定“占有”的问题 (D. 8, 5, 6, 1~2)；

(5) 恢复原状；担保恢复原状；担保不再妨碍役权行使；损害与利益 (D. 8, 5, 7; D. 8, 5, 12; D. 8, 5, 4, 2; D. 8, 5, 6, 6; D. 8, 5, 18)；

(6) 损害赔偿 (D. 8, 5, 7 后部分文字)。

6. 役权消灭的方式 (D. 8, 6)

(1) 混合 (D. 8, 6, 1; D. 8, 1, 18)；

D. 8, 2, 30; D. 8, 4, 9);

(2) 未使用及役权负担因时效而解除 (使用的方式及役权负担的解除; 未使用的期限; 役权未使用期限的计算与中断问题): (D. 8, 6, 2~12; D. 8, 6, 18~25; D. 8, 2, 7; D. 8, 2, 32; D. 8, 3, 18; D. 8, 3, 34, 1~35; D. 8, 5, 9, 1; D. 8, 4, 17);

(3) 恢复 (D. 8, 6, 6, 1b; D. 8, 2, 32pr. 后半段; D. 8, 3, 34pr.); 默认的弃权 (D. 8, 6, 8pr.);

(4) 土地的消失 (D. 8, 6, 14pr.);

(5) 授予人的权利消灭之时 (D. 8, 6, 11, 1);

(6) 役权的特别约定 (D. 8, 3, 13pr.)。

本卷与《学说汇纂》第六卷不同, 与第七卷更为相似: 都是直接论述一项权利本身、权利的取得与消灭、对权利的保护等。与第七卷一样, 本卷也并没有穷尽所有关于役权的规定, 关于役权的规定还散见于其它若干卷: 如对役权的令状保护 (D. 43, 19~23)、新施工告

示 (D. 39, 1)、禁止邻居改变排水渠的诉权 (D. 39, 3, 25); 对役权的侵权责任的规定 (D. 9, 2, 27, 32)。当然对于役权的侵权责任的规定, 并不属于物权法的范畴, 只是与对役权的救济相关。

役权是一项非常古老的制度, 在古老的要式物 (*res mancipi*) 中就有役权的身影。对役权的理论论述, 则是开始于将之视为如同所有权一样在物上的一项权利: 对通行权、引水权等通过之地类似于所有权的一项权利。当时的理论认为, 役权所通过之处“属于”权利人, 但是属于的内容则与所有权有所不同: 役权的权能并不包括所有权所拥有的对物使用与支配这两项权能。随着城市的发展, 城市役权的发达使得不能再将役权视为权利人对某个具体的物的权利: 比如对于为采光目的而设立的限制加高役权。随着这些发展, 法学家们对役权的性质开始了更深层次的思考: 役权是对供役地所有权的限制以满足需役地的使用, 法学家们将这些使用的内容进行了类型化而形成了若干典型的役权。^[1]

[1] 参见 G. Grosso, *Schemi giuridici e società nella storia del diritto privato romano. Dall'epoca arcaica alla giurisprudenza classica: diritti reali e obbligazioni*, 都灵, 1970 年, 第 243 页及后。

法学家们对役权的深刻研究，在没有任何立法参与的情况下，真正创设并完善了这些制度：役权是权利人与供役地之间的关系，这一点表现为役权之诉属于对物之诉这一点之上，即是人与物的关系，而不是人与人之间的关系^[1]。役权确认之诉也是依据原物返还之诉来建构的，并且依役权的性质做了相应的调整，但是原物返还之诉的一些基本特征还是保留了下来。事实上，对物之诉最初是由各个与物直接相关的诉讼发展起来而成为一个统一的诉讼的，成为了所有保护物权的诉讼的统称（参见 *Gai. 4, 1; J. 4, 6, 1*）。

在程式诉讼时代，对物之诉的程式已经非常固定，并且提出对物之诉的请求也非常简明。

对于役权确认之诉，也即通过此诉主张存在着一项役权，程式要求应当如下表述：“提丘是法官。如果表明奥罗·阿杰留有他起诉主张的那块土地上的通行权，但是如果如果没有依据法官所判定的模式确保原告的役权的话，如果被告应当负责的话，那么你作为法官将判决努梅留·内基多向奥罗·阿杰留支付诉讼估价。”不言而喻，必须在诉讼程式中说明所要求确认的役权的种类。有时候，

[1] 参见 G. Grosso, *Le servitù prediali nel diritto romano*, 都灵, 1969 年。

原告主张的并不是要求供役地所有权人支持原告做某事，而是主张供役地所有权人在未经原告同意的时候不得做如果没有役权则可以自由做的某事。比如可以在诉讼请求中进行如下表述：“提丘是法官。如果表明努梅留·内基多未经奥罗·阿杰留同意无权在诉讼所涉及的那块土地上建造超过某个高度的建筑物，若非事实，则开释之。”〔1〕

对于否认役权之存在的否认之诉，则可以进行如下表述：“提丘是法官。如果未经奥罗·阿杰留的同意，努梅留·内基多无权在诉讼所涉及的土地上通行……。”如果所涉及的是否认所有权的某些权能受到限制的话，则可以进行如下表述：“提丘是法官。如果表明奥罗·阿杰留有诉讼所涉及的土地上，无论努梅留·内基多的意思如何都可以加高其建筑物，并且如果……。”

确认之诉，就如我们所观察到的，是以供役地为出发点，需役地的所有权人有权要求供役地所有权人支持其在供役地上做某事，或者要求供役地所有权人不做原

〔1〕 参见 O. Lenel, *Das Edictum perpetuum*, 1927 年版, Aalen 1974 年重新印刷, 第 193 页。其他的可参考 G. Segré, *La clausola restitutoria*, in *BIDR*, 41, 1933, 17 ss.

本可以做的事情。但是作为对物之诉，此诉首先是针对物的，因而供役地的所有权人完全有权不进行应诉。此项原则在 D. 50, 17, 156 中有过明确记载：“任何人不必违背其意愿而被迫就对物之诉进行应诉”：因此被起诉者可以拒绝担当诉讼被告，同时也意味着放弃了反驳原告请求的权利。^{〔1〕}

权利的结构与内容和诉讼规则是相辅相成的，它们是同一块硬币的两面。无论是权利还是诉讼都是与物相关的；权利的内容可以是受约束而不妨碍或者不侵扰他人权利的行使；如果被诉之人放弃反对对方则是足以满足原告即需役地所有权人的诉权；因此，就如古老的法谚所言“役权不是要求他人做什么，而是要求他人不做什么或者容忍权利人做什么”。

从这个角度看，对于 D. 8, 2, 33 应当认真解读以防止出现错误的理解。在这个片段中，我们可以看出作为义务与容忍的支持义务之间的区别，对于前项，供役地所有权人是不必负担的。正是在这样的框架下，我们可以进一步理解拉贝奥的理论论述：“负担役权的是物，而不是人”（D. 8, 5, 6, 2）。但是，在役权保护的层

〔1〕 参见《学说汇纂》第6卷中文译文的序言。

面，有时候则会涉及放弃抗辩的人的给付行为，或者是根据法官的命令确保他人役权的行使，或者保证他不做任何有违于役权的事情（D. 39, 1, 15; D. 8, 5, 12）。事实上这与“役权不是迫使某人做某事”这一原则并不冲突，因为只是提供担保，如果不违背容忍与不作为的义务，那么此项担保本身并不直接产生债的效力。此外，一般由法官根据其职权来具体适用此项原则以便妥善解决纠纷而不至于继续争议。

役权权利人只能向物提出请求，这一点也意味着排除了在役权之上再设立役权（或者用益权）的可能性，即“役权之上不得再设役权（*servitus servitutis esse non potest*）”（参见 D. 33, 2, 1，谈到役权之上不得再设立用益权；D. 8, 3, 33, 1；对于此项规则，罗马法学家们也讨论甚多）。

从诉讼程式上看，也暗含着另一个意思，即役权的双重性：除了被称作役权之外，也被称作“土地的权利（*iura praediorum*）”，也就是说属于需役地的土地的权利。

将地役权本质性地连接于土地的结果是：没有需役地则不能设立役权，即不能为人设立役权；地役权附随性，即附随于需役地；役权以满足需役地本身的需求为

要件，即使是需役地将来的需要；供役地与需役地应当是邻近的（*praedia vicina esse debent*），即使是不直接相邻；役权的内容以满足需役地的需求为限，而不能以满足需役地所有权人或者所有权人所从事的事业的需求为标准（役权也不能以当时的所有权人的有生之年为限）。

役权与需役地之间的联系让人觉得役权是需役地的一种品质。法学家杰尔苏（D. 50, 16, 86）曾经问道：地役权除了给土地增加一项品质之外还有什么，就是土地的一种品质、一种有益性或者延伸性？

从程式中也可以看出役权的内容，当然这些内容在具体个案中有所不同，役权的各种权能的实现一般而言是属于需役地的所有权人来支配。作为一项使用的权能，基于逻辑的考虑，役权也能由多人来行使，但是役权本身是不可分的。此外，作为需役地所有权人的一项额外的使用权能，需役地所有权人不能同时为供役地所有权人：否则的话，这项权能与作为供役地所有权对土地使用的权能就重合了，这就是法谚所言（参见 D. 8, 2, 26）的“对于自己的土地不能拥有役权（*nemini res sua servit*）”（作为例外，存在同时对供役地或者需役地拥有共有份额的情况）。